

【논문】

공익소송 등에서 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향*

박 호 균**

I. 문제의 제기	III. 패소자부담주의 원칙의 개정 논의 및 법률 개정 방향
1. 소송비용 부담과 재판청구권의 관계	1. 패소자부담주의에 대한 개정 필요성에 대한 각계 활동과 경과
2. 사례 제시	2. 개정에 반대하는 의견에 대한 비판
3. 문제의 소재	3. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성과 법률 개정 방향
II. 공익소송 등에서 소송비용 패소자부담 원칙과 재판청구권 침해 가능성	IV. 맺음말
1. 소송비용 제도의 연혁	
2. 외국의 변호사보수 부담 방식	
3. 공익소송 등에서 패소자부담 제도로 인한 재판청구권 침해 가능성	

■ 국문초록 ■

우리나라는 20~30년 이상 지속되어 오던 변호사보수 각자부담원칙을 1990년 민사소송법 개정을 통해 패소자에게 부담시키도록 법률을 개정하였다. 이 때문에 국가에 대해 부당함을 호소하는

* 최근 소송비용 부담 관련 토론회나 심포지엄으로 4번 정도의 행사가 있었는데, ① 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방향에 관한 심포지엄(대한변호사협회, 2018), ② 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회(대한변호사협회, 2020), ③ 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색 국회 토론회(국회의원 백혜련, 대한변호사협회 등, 2021), ④ 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안(국회의원 박주민, 대한변호사협회 등, 2022)가 그것이다. 이 중에서 필자는 위 ①과 ③, ④행사에서 발제를 맡은 바 있고, 본고는 위 발제문 내용을 바탕으로 이후 논의결과, 언론보도, 다른 관계자분들의 의견 등을 토대로 일부 수정, 보완한 것이다.

** 법학박사·법무법인 히포크라테스 대표변호사, hippocra2006@naver.com

소송, 보험계약자들이 제기하는 보험금 소송, 교통사고 후 피해자들이 제기하는 손해배상소송, 의료사고 피해 환자들이 제기하는 의료소송, 다수의 환경 피해자들이 제기하는 환경소송 등은 공익적인 성격이 있는 소송으로서 남소로 보기 어려운 소송인데도, 우리 법제는 일률적으로 패소자부담원칙을 강제함으로써, 순기능을 하는 공익소송을 위축시키고 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 하고 있다. 사회·경제적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담과 재판청구권에 대한 심각한 제약이 발생하고 있는 것이다.

일본 민사소송법은 여전히 변호사보수에 대해 각자부담하는 원칙을 따르고 있다. 미국도 변호사비용에 대해 각자부담원칙을 따르고 있는데, 각자부담원칙의 장점은 무엇보다도 당사자들의 재판청구권을 보장하는 역할을 한다는 것이고, 다만 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호 소송 등에서는 승소한 피해자가 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 편면적인 패소자부담주의를 채택함으로써 사회·경제적 약자를 배려하는 구조이다. 패소자부담주의를 따르는 독일이나 영국에서는 우리와 같이 공익소송을 위축시키거나 재판청구권을 과도하게 제약하는 불합리한 점을 보완하기 위해 변호사보수 법정화, 법률보험, 예외 인정 등 나름대로의 시스템을 갖추고 있다.

우리의 소송비용 패소자부담 방식의 문제점을 개선하기 위하여 그동안 지속적인 시민단체의 문제 제기, 대한변호사협회의 법률 개정안 제시, 법무·검찰개혁위원회의 법령 개정 권고를 비롯하여 근래 국회의 소송비용에 관한 민사소송법 개정 법률안 발의 등 각계의 노력이 있어 왔다. 우리는 원래 일본, 미국처럼 소송비용 중 특히 변호사보수에 있어서는 각자부담하는 방식을 따르고 있었으나 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 남소 방지라는 목적에 치중하여 군사정부 시절에 민사소송법을 개정하였다. 그러나 우리 사회의 구조적인 문제점을 지적하고 국가와 사회 발전을 위해 순기능을 하는 공익소송 등에서 남소 방지 목적 외에도 더 중요한 재판청구권의 보장이라는 본래의 목적이 실현될 수 있도록 소송비용 관련 법률인 민사소송법 등에 패소자부담원칙의 예외를 규정하는 방향으로 조속한 개정이 필요하다.

주제어 : 소송비용 패소자부담원칙, 소송비용 각자부담원칙, 변호사보수, 편면적 패소자부담주의, 공익소송, 재판청구권

I. 문제의 제기

1. 소송비용 부담과 재판청구권의 관계

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위 내에 속하는 비용으로, 재판비용과 당사자비용으로 구별할 수 있다. 재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용 등이다.¹⁾ 당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 지출하는 비용인데, 대표적으로 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다.²⁾ 2018. 4. 대법원규칙(「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」, 이하 ‘변호사보수규칙’) 개정으로 소송비용으로 인정될 수 있는 변호사보수기준 금액이 증액되었다.³⁾ 일각에서는 변호사보수를 현실화하였다고 하나, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다 더 많다는 평가도 적지 않다.

- 1) 강현중, 민사소송법(제6판), 박영사 (2004), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사 (2021), 681 참조; 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제8판), 법문사 (2020), 1165-1166; 호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사 (2020), 637-638 참조.
- 2) 강현중, 민사소송법(제6판), 601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.
- 3) 구 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙(2020. 12. 28. 대법원규칙 제2936호로 일부개정되기 전의 것) [별표].

소송목적의 값	소송비용에 산입되는 비율
2,000만원까지 부분	10%
2,000만원을 초과하여 5,000만원까지 부분 $[200\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 2,000\text{만원}) \times \frac{8}{100}]$	8%
5,000만원을 초과하여 1억원까지 부분 $[440\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 5,000\text{만원}) \times \frac{6}{100}]$	6%
1억원을 초과하여 1억5천만원까지 부분 $[740\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 1\text{억원}) \times \frac{4}{100}]$	4%
1억5천만원을 초과하여 2억원까지 부분 $[940\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 1\text{억5천만원}) \times \frac{2}{100}]$	2%
2억원을 초과하여 5억원까지 부분 $[1,040\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 2\text{억원}) \times \frac{1}{100}]$	1%

소송당사자가 민사소송 혹은 행정소송 등에서 지출한 소송비용(인지대와 같은 재판수수료적 비용, 감정료, 변호사보수 등)에 대해 누가 부담할 것인가 하는 문제에 관하여는 나라마다 다르게 규정하고 있다. 우리는 당초 패소자부담원칙을 취하면서도 변호사보수는 각자부담하는 방식을 따르다가 1980~1990년대에 제도를 크게 변경하여 변호사보수마저 패소자가 부담하는 방식으로 개정하여 오늘에 이르고 있다. 그런데 패소당사자에게 변호사비용을 떠넘길 수 있는 기준이 되는 변호사보수규칙을 대법원이 상향하여 개정함으로써 패소당사자의 부담이 증가되었고, 이로 인해 소 제기, 상소 제기 등 재판 자체를 주저하게 만드는 문제점이 발생하고 있다. 이처럼 현행 소송비용 부담의 제도는 재판청구권을 심각하게 제약하는 문제점이 있기 때문에, 이를 개선하자는 목소리가 적지 않다.⁴⁾ 본고에서 관련 사례를 제시하는 것으로 논의를 시작하기로 한다.

2. 사례 제시

가. 국가 등을 상대로 한 공익소송

시민단체의 도움을 받은 개인이 국가나 지자체, 공공기관을 상대로 제기한 공익소송⁵⁾ 유형의 사례를 먼저 예로 든다.

‘염전노예 사건’으로 알려진 피해 장애인들은 2014. 2. 언론과 장애인 단체 활동가, 법률가들의 도움으로 섬을 탈출하였다. 이들은 과거 수십 년 동안 신안군 내 염전에서 임금 착취와 감금, 폭력을 동반한 강제 노동을 겪은 것에 대하여, 시민단체와 공익 변호사들의 도움으로 인권과 공익을 위해 앞장서야 할 국가와 지방자치단체 공무원들의 악습을

5억원을 초과하는 부분 $[1,340\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 5\text{억원}) \times \frac{0.5}{100}]$	0.5%
-------------------------------------------------------------------------------------------	------

4) 박호균, “사회적 약자의 재판청구권 보장을 위해”, 한겨레 <https://www.hani.co.kr/arti/opinion/because/1026145.html> (2022. 8. 12. 확인) 참조.

5) 공익소송(또는 공익인권소송)은 과거 사법개혁위원회에서 잠정적으로 ‘약자 및 소수자의 권익 보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’으로 설명한 바 있다. 사법개혁위원회, “국민과 함께하는 사법개혁”, 사법개혁위원회 자료집(VII) (2005), 236 참조. 본고에서 이 같은 공익소송의 개념을 기본으로 전제하면서도 우리 사회에 순기능을 할 수 있는 소송을 포함하는 광의의 개념을 공익소송으로 보고 논의하기로 한다.

묵인하는 등의 행태를 근절시키고자 2015. 11. 국가와 신안군, 완도군에 책임을 묻는 국가배상청구소송을 제기하였다. 이 소송 이후 소송비용액 확정 신청에 따라 신안군청이 지출한 변호사수임료 등 약 690여만 원을 7명의 염전 피해 장애인들이 납부해야 한다는 결정이 나서 언론에 알려진 바 있다.⁶⁾

또한 최근 지하철 차량과 승강장 간 간격 혹은 단차로 인해 사고를 입은 장애인들이 공사를 상대로 차별구제 청구 소송을 제기하였다가 패소하였다. 이후 공사 측이 제기한 소송비용확정재판 사건에서 법원은 1인당 500여만 원의 소송비용을 공사 측에 상환하라고 결정하였고,⁷⁾ 이와 관련하여 해당 장애인들이 헌법소원을 제기하였다는 기사가 보도되기도 하였다.⁸⁾

나. 보험금 소송

이 유형은 개인이 보험회사와 같은 대기업을 상대로 제기한 소송으로 소비자 소송의 대표적인 사안으로 볼 수 있다.

P씨는 가정에서 화분에 채소 재배를 위해 보관하던 농약(살충제)을 음료수와 혼동하여 마시는 중독사고로 병원에 이송되어 생명을 구했으나 이미 진행된 사지괴사로 인해

6) 서울중앙지방법원 2018. 5. 8.자 2018라20822 결정 참조; 최석범, “염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나”, 에이블뉴스, <http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0014&NewsCode=001420180503175521193942> (2022. 8. 12. 확인); 전진호, “신안군, 염전노예 장애인에 소송비용 청구 ‘논란’”, 웰페어뉴스, <http://www.welfarenews.net/news/articleView.html?idxno=64708> (2022. 8. 12. 확인). 이후 2년가량이 경과한 시점에 신안군은 인권 침해를 규제하기 위해 ‘신안군 인권기본조례’를 제정하여 2022. 1.부터 적용한다는 소식이 알려졌다. 최종필, “‘염전노예 오명 벗는다’ 신안군, ‘인권보장 및 증진에 관한 조례’ 시행”, 서울신문, https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20211228500077&wlog_tag3=naver (2022. 8. 12. 확인) 참조.

7) 서울동부지방법원 2021. 12. 14.자 2021카합6232 결정; 서울고등법원 2022. 6. 8.자 2021라21374 결정 등 참조.

8) 박규리, ““공익소송은 패소자 비용부담 예외여야” 헌법소원 청구”, 연합뉴스, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20220715071100004?input=1195m> (2022. 7. 26. 확인); 이슬기, “장애인 이동권 소송 졌다, 천만원 내라고요?”, 에이블뉴스, <http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0013&NewsCode=001320220715134010416490>, (2022. 7. 26. 확인); 진선민, ““공익소송 저도 패소비용 다 내라?”…잔인한 민사소송법 현재”, 서울신문, https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20220715500111&wlog_tag3=naver (2022. 7. 26. 확인).

사지절단 상태가 되었다. 이에 대해 평소 가입해둔 보험 상품을 확인하고 보험금을 청구 하였으나 거부당하였고, P씨는 보험사를 상대로 상해보험금 청구 소송을 제기하였으나 대법원 상고심까지 패소하게 되었다. 보험금 소송이 확정된 후 보험사에서 사지절단 상태가 된 P씨에게 보험사가 지출하였다는 변호사보수를 소송비용으로 청구하였고 법원에서 950여만 원을 인정하였다.⁹⁾

다. 의료소송 등

다음 사안은 개인이 지자체, 공사 및 의료기관을 공동 피고로 하여 제기한 병합소송이다.

K씨는 2014. 1. 14. 18:00경 안산시 소재 초지역 지하철역 계단을 걸어 내려가던 중 미끄러지는 사고로 목을 다쳐, 뒤늦게 출동한 119를 통해 인근 J종합병원에 사지감각 저하를 주증상으로 이송되었다. 그런데 보호자가 없다는 이유로 수술이 시행되지 못하는 등 필요한 치료를 받지 못하다가 다음 날인 2014. 1. 15. 15:09경 다른 의료기관으로 전원되어 수술을 뒤늦게 받았으나, 사지마비, 배변, 배뇨 장애 등의 후유증이 남게 되었다. 이후 K씨는 초지역을 관리하는 H공사, 119의 사용자인 경기도 및 수술을 조기에 시행하지 않은 J종합병원을 공동피고로 하여 약 10억 원 가량의 손해배상청구의 소를 제기하였다가 모두 패소하였는데, 이후 위 소송의 피고들인 H공사, 경기도 및 J종합병원측에서 소송비용을 K씨에게 청구하여 합계 약 1억 원 가량의 소송비용을 청구하였고 법원은 이를 받아들였다.¹⁰⁾

또한 의료사고에서 패소한 경우뿐만 아니라 심지어 승소한 경우에도 일부 패소한 부분에 대해 과도한 소송비용 부담의 문제가 발생하는 사안들도 적지 않다.¹¹⁾

9) 서울중앙지방법원 2019. 3. 5.자 2019카합132 결정 참조.

10) 서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카합245 결정; 서울중앙지방법원 2018. 5. 18.자 2018카합31687 결정; 서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카합31041 결정 참조.

11) 김지환·김정호, “가족 잃고 수천만원 변호사비 물어내는 유족들 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(상)]”, 파이낸셜뉴스, <https://www.fnnews.com/news/202106160852234304> (2022. 8. 12. 확인); 김지환·김정호, “너무 억울했지만… 수천만원 소송비 걱정엔 병원과 합의” [소송비용 패소자부담주의, 이젠 변해야], 파이낸셜뉴스, <https://www.fnnews.com/news/202106171759152752> (2022. 8. 12. 확인); 김지환·김정호, “죄책감, 지난함, 두려움… 의료소송 환자는 세 번 운다 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(하)]”, 파이낸셜뉴스 <https://www.fnnews.com/news/202106192139465240> (2022. 8. 12. 확인); JTBC 뉴스, “[단독] 의사 아들도 힘들었던 의료소송… 패소하면 병원 변호사비도 물어내야”, https://news.jtbc.co.kr/article/article.aspx?news_id=NB12035179 (2022. 8. 12. 확인) 참조.

3. 문제의 소재

가. 사례와 문제점

(1) 공익소송 등에서의 문제점

공익소송은 불특정 다수의 피해 구제, 사회적 소수자·약자의 권리보호 등의 공익 실현 기능과 권리구제 기능, 사회개혁을 통한 발전역량의 도모 등의 순기능을 가지고 있다. 따라서 우리 사회의 인권 개선을 위해서는 공익소송이 활성화될 수 있도록 지원하고 공익 법률시스템을 구축해야 할 필요성이 크다.¹²⁾ 다만 공익소송에서 피해자가 다수여야 하는가 하는 의문을 가질 수 있는데, 경제적, 사회적 이유로 사법시스템에 접근하기 어려운 피해자가 소수이거나 개인이라고 하더라도 약자와 소수자에 대한 권익보호 측면에서 공익소송에서 배제될 이유가 없다고 할 것이다.

이 같은 공익소송 유형으로 일제 강점기 독립운동가의 인권 옹호부터 근래의 수재 집단 손해배상청구소송, 호주제 위헌 소송, 장애인 보험차별에 대한 손해배상청구 소송 등 다양한 유형들이 있어 왔고,¹³⁾ 앞에서 제시한 염전노예 사건, 장애인 지하철 사고 외에도 장애인회와 시민단체의 노력으로 제기된 지하철 스크린 도어 관리 소홀로 낙상하는 시각장애인들의 여러 소송, 버스 승차 거부와 관련하여 버스회사를 상대로 한 장애인의 소송, 환경 침해로 인한 주민들의 집단 소송, 과거 독재 정권하에서 인권 탄압, 사살 후 수십 년이 경과하여 진행된 국가배상 소송 등 다양한 성격의 공익적인 소송이 존재하고 언론에 회자되고 있다.

공익소송은 민사소송, 행정소송, 헌법소송의 다양한 형태로 진행되고, 패소 확정 시 소송비용 문제는 공통적인 걸림돌이 되고 있다. 그중 빈번한 피해 사례로는 손해배상청구 등 민사소송, 정보공개청구소송을 포함한 행정소송 등이 있고, 유형별로는 장애인 등 사회적 약자의 인권에 관한 소송, 소비자소송, 노동관계소송, 환경소송, 의료소송 등이 이에 해당될 수 있다. 공익소송의 특성으로 ① 대개 소송의 양 당사자의 지위가 대등하지

12) 송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 공익소송 패소자부담, 공평한가?: 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회 자료집, 대한변호사협회 (2020. 1. 8. 발표), 33 참조.

13) 염형국, “공익인권변론의 역사와 과제”, 노동변론, 공익변론의 어제와 오늘: 故 조영래 변호사 30주기 토론회, 민주사회를 위한 변호사모임 (2020. 11. 14. 발제), 73 이하 참조.

않고, 사회적 약자 본인 또는 시민사회단체가 소송의 일방 당사자가 되기 때문에 당사자의 경제적 자력이 충분치 않으며, 상대방이 국가·지방자치단체·공공기관·대기업으로서 역량의 불균형이 있다는 점, ② 환경소송·의료소송 등과 같이 전문적 영역에 해당하거나 증거의 편재로 인한 증명의 부담이 큰 경우가 많다는 점, ③ 공익소송은 법령이나 법원 판결의 문제점을 지적하고 전향적 개선을 촉구하는 경우가 많아 패소 가능성이 적지 않다는 점 등을 들 수 있고, 따라서 소송비용 부담 문제가 당사자에게 큰 부담으로 작용하며, 결국 이로 인하여 공익소송, 나아가 재판을 청구할 수 있는 권리가 크게 위축되는 문제점이 있다.¹⁴⁾

(2) 사회·경제적 격차가 큰 소비자가 제기한 소송에서 문제점

앞서 본 보험금 소송에서 패소한 사례는, 일반 소비자들이 쉽게 접할 수 있는 소송의 사례이다. 통상적으로 보험회사는 보험가입 당시에는 대부분의 사고를 보장하여 줄 수 있는 것처럼 홍보하고 보험가입을 유도하지만, 정작 사고가 발생하여 보험사고에 해당하는지 여부를 판단하는 단계, 즉 보험금 지급 단계에서는 엄격하게 심사하여 거부하는 경우가 비일비재하다.

이 같은 사례 역시 개별 피해자가 보험사를 상대로 제기한 일반적인 소송이지만, 보험사고를 당한 피보험자가 상해나 재해를 겪은 후 소비자로서 대기업을 상대로 제기하는 소송으로서, 개별 보험계약자가 보험금 준부가 문제되는 경우에 전문적인 보험사 대기업을 상대로 제기하는 유형에 해당하기 때문에, 약자보호 및 소비자 보호 측면에서 소송비용 부담의 문제를 해결할 필요가 있는 공익적인 성격이 있는 소송임에 분명하다.

대기업인 보험사는 일반인들을 상대로 소송비용을 청구함으로써 소 제기 자체를 하지 못하도록 경고하고, 보험금 지급을 거부하면서 보험금 청구 자체를 포기하도록 권유하는 등 재판청구권 자체를 심각하게 제한하는 불합리한 문제점이 있다.

(3) 증명의 부담이 큰 전문소송에서 문제점

서두의 사례소개에서 제시한 지하철 낙상과 의료사고(개인이 지자체, 공사 및 의료기관을 공동 피고로 하여 제기한 소송) 사안에서, H공사의 경우 상고심 단계에서 K씨에게 ‘상고를 제기하면 소송비용을 청구할 것이고, 상고를 포기하면 소송비용을 청구하지 않

14) 송상고, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 34 참조.

을 것'이라는 입장을 전달해 왔으나, K씨는 대법원의 판결을 받지 못하는 불합리함을 받아들이기 어려워 상고를 제기한 바 있다. 소송비용 패소자부담원칙이 재판청구권을 과도하게 제약하는 일면을 볼 수 있다.

또한 위 소송과 관련하여, H공사가 K씨에게 소송비용으로 청구한 변호사보수는, 사실은 H공사가 변호사보수를 스스로 소송대리인에게 지급한 것이 아니라, S보험주식회사에서 보험금 지급 방식으로 변호사보수를 대납하는 것이었다. 즉 H공사는 보험료를 납부하고 소송이라는 보험사건이 발생하자 S보험주식회사가 H공사에 보험금(변호사보수)을 지급한 것인데, 법원에서는 그 보험금 역시 H공사의 변호사보수로 인정하여 다시 K씨로 하여금 H공사의 변호사보수를 부담하도록 결정한 것이다.¹⁵⁾ 이처럼 변호사보수의 패소자부담원칙이 보험과 결합하여 기형적으로 대기업이나 공사의 이익을 극대화하는 기현상까지 초래하고 있다.^{16) 17)}

의료사고로 인한 손해배상청구권이 성립하기 위해서는 불법행위책임이든 채무불이행책임이든, 의료행위자의 귀책행위(고의·과실로 인한 위법행위), 손해의 발생, 귀책행위와 손해 사이의 인과관계가 존재할 것이 요구된다. 의료소송에서 보통 과실에 의한 악결과의 발생, 즉 과실 및 인과관계를 주된 법률요건으로 하여 증명활동이 필요한바, 의료소송에서 위와 같은 과실과 인과관계의 증명을 위해 감정 등 전문가가 개입하는 절차(진료기록감정, 사실조회 등)가 실무에서 필수적으로 요구되고, 또한 환경소송과 같은 전문소송에서도 감정이 필요한 경우가 대부분이다.

즉, 일정한 분야의 전문영역에서는 당사자에게 현저한 증명의 부담이 있는 경우가 있고, 전문성이 부족한 측에서 소송 제기 후 패소하였다고 하여 일률적으로 변호사보수를 부담케 하는 것은 2차적인 경제적 피해를 낳을 뿐만 아니라, 나아가 일반 국민들의 재판청구권을 과도하게 제약하거나 침해하는 불합리한 현상을 초래한다. 남소를 방지하는 목적에서 벗어

15) 서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카합245 결정 참조.

16) 이와 관련하여 기초사안은 달리하나 제3자가 지급하는 변호사보수를 소송비용으로 인정하는 대법원 결정이 타당하다는 최근 연구자료가 존재한다. 박승구, “제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입여부: 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정을 소재로”, 법학논고 제73호(2021) 참조. 그러나 본고에서 지적하는 바와 같이, 공익소송 등에서 불합리한 점, 재판청구권의 과도한 제약이 발생하는지 여부 및 나아가 기본권의 실질적 보장이 되지 않을 수 있다는 우려 등에 대한 검토는 포함되지 않은 것으로 보이고, 현행 변호사보수의 소송비용 패소자부담주의가 그대로 관철되는 것을 전제로 한 평석에 그치고 있다.

17) 의료소송에서 불합리한 사례들에 관한 기사들로는, 각주 11.

나 경제적 어려움이 있는 사람들의 소송 자체를 봉쇄하는 폐해가 있는 것이다.

나. 문제점 정리

공익소송의 이면에는 소송 이후 위 염전노예 사건과 같이 소송비용 부담의 문제가 있어 당사자들이 사후적으로 2차 피해를 겪는 예가 적지 않다. 이 같은 현상은 결국 공익소송의 제기 자체를 주저하게 만드는 큰 요인으로 작용한다고 보아야 한다. 공익소송은 승패와 무관하게 문제 제기 자체로 잘못된 악습이나 제도에 대해 개선의 기회를 제공하는 측면에서 우리 사회에 긍정적인 기능을 하고 있음에도, 패소하였다고 하여 일률적으로 경제적 제재를 가하고 있는 소송비용 제도는 시급히 개선될 필요성이 있다.

우리나라는 2~30년 이상 지속되어 오던 변호사보수 각자부담원칙을 1990년 민사소송법 개정을 통해 패소자에게 부담시키도록 법률을 개정하여 현재까지 같은 법률을 유지하고 있다. 이 때문에 위에서 제시하고 있는 염전노예 사건이나 보험금 소송, 지자체와 의료기관을 상대로 제기한 의료소송 사례의 경우, 공익적 기능, 사회적 약자 배려 측면이나 증명의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 일률적인 패소자부담원칙으로 인해 패소한 당사자는 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 받고 있다고 볼 수 있다.

우리사회의 구조적인 문제점을 지적하고 개선 방향을 제시하는 등 순기능을 할 수 있는 공익소송이나 또 증명의 부담이 큰 영역의 전문가 소송에서도 유사한 문제점이 있는 것으로 보이고, 쉽게 접할 수 있는 보험사에 대한 보험금 청구 소송에서 패소하였을 때에도 비슷한 문제가 발생하고 있다.

과거 헌법재판소는 민사소송법 소송비용 규정이 재판청구권을 침해하지 않는다고 판단한 바 있으나,¹⁸⁾ 변호사보수를 소송비용에 산입함으로써 정당한 권리실행을 위하여 제소 또는 응소하려는 사람이 패소한 경우의 비용 부담을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 되는 점은 부인할 수 없다고 하여 패소자부담원칙의 문제점을 확인하였다. 다만 소송비용 제도는 다소 정책적인 영역이기 때문에, 국회의 재량의 클 수밖에 없는 것이고, 이 같은 영역에서는 헌법재판소에서 위헌 판단을 하기 어려운 구조적인 어려움이 있다.

18) 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌바204 결정; 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2012헌바68 결정 등 참조.

공익소송, 전문가 소송 등에서 발생하는 불합리한 점은 공론화를 거쳐 국회에서 적극적으로 법률을 개정해야 할 필요성이 높다.

소송비용 패소자부담주의는, 경제적, 사회적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담을 주고 재판청구권을 제약함으로써 공익소송 등을 심각하게 위축시키고 있는 것이다. 이하에서는 소송비용, 특히 소송비용 중 변호사보수 부담 제도를 중심으로 하여 우리나라 소송비용 제도의 연혁, 외국의 소송비용 제도 운용 현황, 공익소송 등에서 소송비용 패소자부담원칙과 재판청구권 침해 가능성,¹⁹⁾ 최근 소송비용 제도 개선에 관한 논의 경과 등을 살펴보고, 소송비용 관련 민사소송법 등의 개정 방향에 대해 의견을 개진하고자 한다.

II. 공익소송 등에서 소송비용 패소자부담원칙과 재판청구권 침해 가능성

1. 소송비용 제도의 연혁

가. 소송비용 개념

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용을 말한다. 소송비용의 범위, 액수와 예납에 관하여는 「민사소송비용법」, 「민사소송 등 인지법」, 「변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙」과 「민사소송규칙」 등에 규정이 있다. 소송비용은 소, 항소, 상고의 비용을 말하며, 강제집행비용 또는 가압

19) 헌법재판소는 변호사보수 패소자부담 방식을 취하고 있는 민사소송법 제109조에 대하여 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 바 있다. 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌바20 결정; 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌바204 결정 등 참조. 현행 패소자부담 방식을 규정하고 있는 민사소송법 조항은 정당한 권리행사를 하려는 자의 재판청구권 침해 문제, 사회·경제적으로 열악한 지위에 있는 자의 재판절차에서의 차별과 평등원칙 위배 문제, 소송 당사자의 재산권 침해 문제 등을 검토할 수 있으나, 본고에서는 헌법적 측면에서는 재판청구권 침해 가능성을 위주로 살펴보기로 한다.

류, 가처분의 절차비용은 별도의 비용이다. 소송비용은 재판비용과 당사자비용으로 대별된다.²⁰⁾

재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용이다. 인지액은 1,000만 원 미만의 경우는 ‘소가*5/1000’이나 고액일수록 채감되며 10억 원 이상의 경우는 ‘소가*3.5/1000(555,000원 가산)’가 되는 등 역진제 방식이다.²¹⁾ 인지대 아닌 재판비용은 송달료, 증인·감정인·통역인과 번역인 등에 지급하는 여비·감정료, 법관과 법원사무관 등의 검증 때의 출장일당·여비·숙박료 등이 다. 이와 같은 비용은 당사자에게 예납시킬 수 있는데, 예납명령 불이행시 증거를 채택하지 않을 수 있고, 예납명령의 불이행을 이유로 행한 불이익한 재판에 대하여는 독립하여 불복할 수도 없다.²²⁾

당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용이다. 예를 들면, 소장 등 소송서류의 작성료, 당사자나 대리인이 기일에 출석하기 위한 여비·일당·숙박료와 대법원규칙이 정하는 범위 안에서 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다.²³⁾

나. 종래 민사소송법 규정(1960~1990년)

소송비용 관련 우리나라 최초의 민사소송법(법률 제547호, 제정 1960. 4. 4., 시행 1960. 7. 1.)은 제89조(소송비용부담의 원칙)에서 소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다고 규정하되 소송비용에 변호사보수를 포함하는 별도의 규정을 두지 않았다. 이로써 당초 우리나라 민사소송법은 1990년까지 약 30년 동안 변호사보수 각자부담 방식을 취하고 있었다. 이는 지금의 일본이나 미국이 원칙적으로 따르고 있는 방식에 가깝다.

종전 일부 저자는 이 같은 법제에 대해 종래 우리 민사소송법은 일본법제를 모방하여 법원이 변호사선임명령(민사소송법 제144조)을 한 경우를 제외하고 소송비용에 산입하지 않는 법제였고, 다만 부당제소·부당응소 또는 부당상소로 인하여 부득이 변호사를 선임

20) 강현중, 민사소송법(제6판), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681; 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제8판), 1165-1166; 호문혁, 민사소송법(제14판), 637-638 참조.

21) 정성윤, “소송비용 제도에 관한 고찰”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원 (2021), 32; 강현중, 민사소송법(제6판), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.

22) 강현중, 민사소송법(제6판), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.

23) 강현중, 민사소송법(제6판), 601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.

한 경우에는 불법행위를 구성하는 것으로 보아 별도의 소제기에 의한 그 비용의 배상청구를 인정하였을 뿐이었다고 설명하면서, 독일·프랑스·오스트리아·영국 등 변호사보수 패소자부담 방식을 따르는 국가를 선진제국으로 평가하였다.²⁴⁾

다. 1990년 이후 및 현행 민사소송법 규정

(1) 그러다가 1990. 1. 민사소송법(법률 제4201호, 일부개정 1990. 1. 13., 시행 1990. 9. 1.)을 개정하면서 변호사보수를 소송비용에 포함시키고, 패소자에게 부담시킬 수 있도록 규정 자체를 크게 변경하였다.²⁵⁾ 1990년 민사소송법 개정 당시 개정이유는 ‘소송절차를 일부개정하고, 신용사회의 기반조성을 위하여 채무불이행자에 대한 제재를 강화하는 등 강제집행제도를 보완하려는 것’이었는데, 세부 개정이유²⁶⁾에도 이와 같이 소송비용부담 제도의 큰 변화가 있었다는 점에 대한 설명은 전무하였다. 먼저 1981년 구 「소송촉진 등에 관한 특례법」에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입하였고,²⁷⁾ 이후 민사소송법에서 이를 수용함으로써 제도화한 것이 현행 민사소송법 제109조이다.²⁸⁾ 즉 변호사보수

24) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681-683 참조.

25) 구 민사소송법(1991. 11. 30. 법률 제4408호로 개정되기 전의 것) 제89조(소송비용부담의 원칙) “소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다.”; 동법 제99조의2(변호사보수와 소송비용) “①소송대리를 한 변호사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위안에서 이를 소송비용으로 한다. ②제1항의 소송비용을 산정함에 있어서는 수인의 변호사가 소송대리를 한 경우라도 1인의 변호사가 소송대리를 한 것으로 본다.” (1990. 1. 13. 본조 신설)

26) ① 법을 모르는 국민을 위하여 법원은 당사자가 명백히 간과한 법률상 사항에 대하여 의견진술의 기회를 주도록 함.

② 소송지연을 목적으로 한 제척·기피신청을 각하하고 이러한 경우에도 본안절차가 정지되지 아니하도록 함.

③ 확정판결등에 의한 채무의 불이행자에게 재산목록의 제출을 명할 수 있게 하고, 판결확정후 6월 이내에 채무를 이행하지 아니하는 채무자는 채무불이행자명부에 등재하여 누구나 열람·등사할 수 있도록 함.

④ 경매법을 폐지하고 이를 민사소송법에 흡수함.

⑤ 시행일은 1990년 9월 1일로 함.

27) 구 소송촉진 등에 관한 특례법(1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 것) 제16조(변호사보수와 소송비용) “①소송대리를 한 변호사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위안에서 이를 소송비용으로 한다. ②제1항의 소송비용을 산정함에 있어서는 수인의 변호사가 소송대리를 한 경우라도 1인의 변호사가 소송대리를 한 것으로 본다.”

패소자부담의 원칙은 1990년에 민사소송법 개정으로 신설된 규정에 의한 것이고, 앞서 본 바와 같이 종래 우리 법제의 기본은 변호사보수 각자부담의 원칙을 따르고 있었다.

(2) 현행 민사소송법은 1990년의 민사소송법 규정을 조문 번호만 개정하고 그대로 유지하고 있고,²⁹⁾ 소송비용으로 인정할 수 있는 보수에 관한 대법원규칙을 2018. 4. 1. 및 2020. 12. 28. 각 개정하면서 패소자가 부담해야 할 변호사보수의 기준 금액이 대폭 상향되었다. 근래에 금전의 이행을 구하는 소송에서 소가 1억 원, 2억 원 정도의 소송은 흔한 소송이고, 상대적으로 적은 소가에 속하는데,³⁰⁾ 2020. 12. 28. 개정 「변호사보수의 소송 비용 산입에 관한 규칙」³¹⁾에 의하면, 심급당 1억 원을 청구하여 패소하면 740만 원, 2억

28) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681-682 참조.

29) 민사소송법 제98조(소송비용부담의 원칙) “소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.”; 동법 제 109조(변호사의 보수와 소송비용) “①소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급 할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다. ②제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.”

30) 최근 대법원은 대법원규칙을 개정하여 지방법원 및 지방법원지원의 합의부의 심판범위를 소송 목적의 값이 5억 원을 초과하는 민사사건으로 개정함으로써, 5억 원을 단독과 합의부 사건의 기준으로 삼았다. 민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙 참조.

31) 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [별표]

소송목적 또는 피보전권리의 값	소송비용에 산입되는 비율 또는 산입액
300만원까지 부분	30만원
300만원을 초과하여 2,000만원까지 부분 [30만원 + (소송목적의 값 - 300만원) x $\frac{10}{100}$]	10%
2,000만원을 초과하여 5,000만원까지 부분 [200만원 + (소송목적의 값 - 2,000만원) x $\frac{8}{100}$]	8%
5,000만원을 초과하여 1억원까지 부분 [440만원 + (소송목적의 값 - 5,000만원) x $\frac{6}{100}$]	6%
1억원을 초과하여 1억5천만원까지 부분 [740만원 + (소송목적의 값 - 1억원) x $\frac{4}{100}$]	4%
1억5천만원을 초과하여 2억원까지 부분 [940만원 + (소송목적의 값 - 1억5천만원) x $\frac{2}{100}$]	2%
2억원을 초과하여 5억원까지 부분 [1,040만원 + (소송목적의 값 - 2억원) x $\frac{1}{100}$]	1%

원을 청구하여 패소하면 1,040만 원(항소심까지 패소하면 2배, 상고심까지 패소하면 3배 금액)을 상대측에 변호사보수로 지급해야 하는 등 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다 더 많다는 평가도 적지 않다.³²⁾ 변호사보수를 패소자로부터 받아 낼 수 있으니, 대법원규칙에서 정한 수준 정도의 변호사보수로 약정을 제안하는 경우도 많은 것으로 보인다. 현행 변호사보수 패소자부담 방식은 패소 이유, 패소자의 고의·과실을 묻지 않는 일종의 결과책임이다.³³⁾

(3) 이 같은 현행 제도와 관련하여, 일부 견해는 1981년 「소송촉진 등에 관한 특례법」과 민사소송법 제109조의 변호사보수 패소자부담 방식을 긍정적으로 평가하면서, 부당제소·부당상소를 하는 등의 소권남용을 시정하고, 향후 변호사강제주의 채택의 포석으로서의 의의가 크다고 한다.³⁴⁾ 이 견해는 경제적 약자의 경우 사법접근성이 약화되는 문제점은 있을 수 있다는 점을 인정하면서도, 근래에는 공익소송 등에서의 문제점을 의식하였는지 소송보험에 들면 이를 대비할 수 있을 것이라는 의견을 제시하기도 한다.³⁵⁾ 그런데 패소자부담주의를 관철하면서도 변호사보수가 법정되어 있거나 소송비용 부담을 대비한 보험제도가 정착된 독일과 같은 나라에서는 이러한 방안이 대안이 될 수 있으나, 소송에 대비한 보험이 일반적이지 못한 우리나라에서 적절하지 못하다.

다른 한편 변호사보수 패소자부담원칙의 문제점을 인식하고 있으나, 현행 법률이 그 문제점을 해소하고 있는 것으로 본 견해는 다음과 같다. 소송비용 패소자부담의 원칙은 과거부터 내려온 하나의 원칙이지만 이를 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생길 수 있다는 것이다. 즉, 승소당사자가 소송에서 현실적으로 지출하는 비용은 그 승소당사자의 개성 등을 반영하여 유사한 사건에서도 당사자가 누구냐에 따라 달라질 수 있는데 이를 모두 패소당사자에게 부담시킨다는 것은 부당하고 공평에 반하는 경우가 발생할 수 있기 때문에, 법률은 패소당사자에게 부담시킬 소송비

5억원을 초과하는 부분 $[1,340\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 5\text{억원}) \times \frac{0.5}{100}]$	0.5%
-------------------------------------------------------------------------------------------	------

32) 물론 당사자가 지출한 인지대, 감정료 등의 소송비용도 패소자가 부담해야 하기 때문에 패소자의 부담은 가중된다.

33) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 684 참조.

34) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681-682, 670 참조; 민일영·김능환 편집, 주식회사소송법2(7판), 한국사법행정학회 (2012), 114 참조.

35) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 682-683 참조.

용의 범위, 액수를 획일화하고, 재판에서 법관이 소송비용부담의 비율, 금액을 확정하도록 하여 문제를 해소하였다고 한다.³⁶⁾ 그러나 현행 민사소송 실무에서 일부패소의 경우 청구금액과 인용액의 비율에 따라 일률적으로 패소한 당사자로 하여금 비율적으로 소송비용을 부담케 하는 것이 일반적이고, 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 증명의 어려움 등의 이유로 패소한 공익소송, 손해배상, 보험금 소송 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있으므로, 서두에 제시한 사례들에서 보는 바와 같이, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반하는 경우가 적지 않게 발생하고 있다.

2. 외국의 변호사보수 부담 방식

가. 변호사보수 각자부담 원칙을 취하는 국가

미국에서는 주에 따라 다르지만 일반적으로 변호사비용은 소송비용에 포함되지 않고 변호사와 그 소송당사자 간의 사적자치에 맡겨져 있으며, 보수범위는 시간당 금액으로 청구하는 것이 관행적이고, 소송 결과에 따라 정하는 성공보수를 불법화한 주도 있다.³⁷⁾

미국에서는 우리와 달리 변호사보수를 각자부담하는 것이 일반적이다(흔히 이를 American Rule이라고도 한다).³⁸⁾ 다만 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호 소송 등에서는 연방법이나 주법에서 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하고 있는데, 이는 원고가 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있게 하면서도, 원고가 패소하더라도 상대방(승소자)의 변호사비용을 부담하지 않아도 되는 방식이다.³⁹⁾ 이 같은 예외적인 편면적 패소자부담주의는 공익적 소송 유도, 불법행위 억제 기능이 있는 것으로 보인다.⁴⁰⁾

36) 강현중, 민사소송법(제6판), 714-715 참조.

37) 민일영·김능환 편집, 주석 민사소송법 2(제7판), 113 참조.

38) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 경영법률 제24권 제3호 (2014), 425, 437-438 참조; 조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 한국민사소송법학회 민사소송 제15권 제1호 (2011), 256-258 참조.

39) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 437-438 참조.

미국의 학계에서 각자부담 원칙의 장점은 무엇보다도 당사자들의 재판청구권을 보장하는 역할을 하는 것으로 논의된다. 패소자부담주의는 승소의 가능성이 있더라도 승소여부가 확실하지 않은 사건의 당사자들, 특히 경제적 약자들로 하여금 제소 자체를 제한할 수 있지만, 경제적 강자들은 제소하거나 응소하는 데 걸림돌이 없을 뿐만 아니라 심지어 경제적 약자인 상대방 당사자로 하여금 화해에 응하도록 압박을 가할 수 있는 문제점이 있다고 한다.⁴¹⁾ 미국법원은 *Fleishmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.* 사건에서 “소송의 결과는 불확실하기 때문에 당사자들이 응소하거나 제소하였다는 이유만으로 불이익을 받아서는 안 되고, 불이익에 상대방의 변호사의 비용이 포함될 경우 경제적 약자들이 권리를 지키기 위하여 제소하는 것을 주저하게 된다.”라고 판시하였다.⁴²⁾

미국에서 각자부담의 원칙의 장점으로 당사자들이 승소하더라도 자신의 소송비용을 상대측으로부터 보전받을 수 없기 때문에 남소나 부당 응소가 억제될 수 있고, 화해가능성을 높이는 역할을 한다는 점이 제시되며, 반면 변호사보수 패소자부담방식의 단점으로 승소가능성이 있는 당사자가 자신의 변호사비용을 상대방에게 부담시킬 수 있기 때문에 화해를 하지 않는 문제점, 법원은 본안 사건 절차 외에 소송비용확정절차를 별도로 마련하여야 하는 어려움 등이 논의된다.⁴³⁾ 그래서 미국에서 각자부담의 원칙은 재판청구권 보장, 남소의 방지 및 분쟁에 대한 화해의 유도라는 관점에서 긍정적인 제도로 파악되고 있다.⁴⁴⁾

일본에서는 당사자가 의뢰한 변호사에게 지급한 보수는 가령 그 자가 승소하여도 패소자로 하여금 상환시키지 않는다. 당사자가 지급한 또는 지급하여야 할 재판비용은 기본적으로 패소자가 부담한다는 규정이 있지만(일본 민사소송법 제61조), 이는 법원에 지급하여야 할 재판비용만이고, 당사자가 사건을 의뢰한 변호사에게 지급한 보수에 대하여는 소송의 결과와 관계없이 당사자가 각자부담하는 것으로 되어 있다.⁴⁵⁾ 즉, 변호사비용

40) 위와 같음; 조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 256-258 참조.

41) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 433 참조.

42) *Arcambel v. Wiseman*, 386 U.S. 714, 718 (1976); *Stewart v. Sonneborn*, 98 U.S. 187 (1879); *Oelrichs v. Spain*, 82 U.S. 211 (1872); *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1852); *Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.*, 386 U.S. 714 (1967) 참조.

43) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 433-434 참조.

44) 위와 같음.

45) 전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 한국민사소송법학회 민사소송 제13권 제2호

은 소송비용에 산입하지 아니한다. 그렇다고 하여 변호사비용 전부를 배상의무로부터 완전히 방치하는 것은 아니고, 민법상의 불법행위 또는 채무불이행에 있어서 상당인과관계론 혹은 부당항쟁의 이론에 의하여 그 배상책임임을 인정하여 왔다.⁴⁶⁾ 일본에서 다른 입법적 시도(가령 변호사보수 패소자부담원칙의 도입)는 있었으나 국민으로부터 여러 측면에서 비판을 받아 변경되지 않고 있다.⁴⁷⁾ 2004년 당시 일본의 동경지방법변호사회는 ‘합의에 의한 변호사보수 패소자부담 제도’를 도입하는 내용의 법률안에 대해 ‘적어도 소비자소송, 노동소송 및 우월적 지위에 있는 사업자가 당사자인 경우와 같이 구조적인 격차가 있는 소송’에서는 패소자부담주의가 적용되지 않아야 한다는 입장을 법률가 단체로서 밝힌 바 있다.⁴⁸⁾ 일본에서 도입 논의가 된 내용은, 우리와 같이 일률적인 변호사보수 패소자부담방식과는 차이가 있는 ‘당사자들 사이의 합의’를 전제하는 패소자부담방식이었음에도 사회적 약자의 재판청구권 침해 우려를 이유로 법안이 폐기되었는바, 당초 일본의 민사소송법을 모방한 우리에게 시사하는 바가 크다. 당시 군사정부의 잔재가 적지 않게 남아 있었던 시대적 상황에서 토론과 의견 표명의 문화가 활발하지 못하였을 것으로 추측되나, 1990년 우리 민사소송법 개정 당시 일본의 변호사단체처럼 서울지방변호사회 등 변호사단체가 적극적으로 입장을 표명하고 반대하였다면 하는 아쉬움이 깊게 남는다.

나. 변호사보수 패소자부담원칙을 취하는 국가

독일에서 변호사는 독립의 사법기관으로서(독일 연방변호사법 제1조), 구법원을 제외하고 변호사강제주의가 채택되어 있으며, 변호사의 기본보수가 법정되어 있다. 구법원 사건을 포함한 소송에서의 변호사비용은 소송비용에 포함되어 패소자가 부담하게 된다. 변호사의 성공보수는 원칙적으로 금지되고, 변호사는 재판의 종류, 단계, 소가에 의하여 산정된 일정한 수수료를 1회에 한하여 재판의 승패에 관계없이 받게 되는데, 그 금액은 비교적 저렴하다고 한다. 법정액 이상의 수수료도 일정한 방식에 의한 합의가 있으면 인정되지만, 승소한 경우에 소송비용으로 상대방에게 부담이 명해지는 것은 법정액에 한한

(2009), 171 참조.

46) 민일영·김능환 편집, 주석 민사소송법 2(제7판), 113 참조.

47) 전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 173 참조.

48) “「合意による弁護士報酬敗訴者負担制度」を導入する法律案に反対する決議”, 東京弁護士會, <https://www.toben.or.jp/message/ikensyo/post-185.html> (2022. 8. 7. 확인)

다. 한편 독일에서는 소송에 대비하여 소송비용보험이 널리 보급되어 있다고 하며, 보험에 의해 자기의 변호사비용이나 패소시의 상대방 변호사비용의 지급이 보장되고 있다는 것이다.⁴⁹⁾

영국은 변호사보수 패소자부담원칙을 취하고 있는 국가인데, 공익사건에 대한 재판청구권 보장을 위해 ‘보호적 비용명령(Protective Cost Order, PCO)’ 제도를 가지고 있다.⁵⁰⁾ 이는 원고의 청구에 따라 사법심사의 허가단계에서 법원의 재량에 따라 패소하더라도 소송비용 부담을 면제 혹은 부담의 상한을 설정하는 명령인데, 보호적 비용명령이 인정되기 위해서 ‘일반 대중에 사안이 중요한 경우, 공익을 위해 사건의 해결이 필요한 경우, 신청인의 사건 결과와 사적인 이해관계가 없는 경우, 신청인의 재정상황 관련 명령을 내리는 것이 공정한 경우, 보호적 비용명령이 없으면 신청인의 절차진행이 어려울 경우’ 등에 해당해야 한다.⁵¹⁾

또한 패소자부담주의를 취하고 있는 영국에서 제도가 가지고 있는 문제점을 극복하기 위하여 법률구조(legal aid) 제도나 법률비용보험(legal expense insurance) 제도 등을 적극적으로 활용하고 있고, 영국의 노동조합(industrial union)은 산재로 인한 인사사고에 관하여 변호사비용 등의 소송비용을 부담하면서 원고를 대리하여 소송을 수행함으로써 당사자들의 변호사비용에 대한 부담을 덜어준다고 한다.⁵²⁾

다. 소결

이와 같이 영국과 미국은 변호사비용에 관하여 패소자부담주의와 각자부담주의라는 서로 상반된 제도를 취하고 있지만, 각 제도에서 생기는 문제점을 고려하여 이를 보완하는 제도를 둬으로써 소송당사자들의 재판청구권을 실질적으로 보장하고, 재판제도의 남

49) 전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 170-171 참조; 민일영·김능환 편집, 주석 민사소송법 2(제7판), 112; 박경재, “변호사의 법적 지위와 변호사보수계약”, 부산대학교 법학연구소 법학연구 제51권 제1호 (2010), 4 참조.

50) John Litton, “Protective Costs Orders in UK Environmental and Public Law Cases”, Landmark Chambers, (2015. 9. 18.), 3 참조.

51) 대법원 사법정책연구원, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 182 참조; John Litton, “Protective Costs Orders in UK Environmental and Public Law Cases”, 6 참조.

52) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 436 참조.

용을 방지하고 있다. 두 나라의 태도는 승소자와 패소자 사이의 변호사비용부담 문제가 재판청구권의 보장과 소권의 남용의 방지라는 두 가지 목적을 동시에 달성하여야 하는 어려운 문제라는 것을 비교법적으로 보여주고 있다.⁵³⁾

독일의 경우 변호사보수 패소자부담원칙을 따르는 것으로 알려져 있으나, 보수가 법 정되어 있으므로, 변호사보수를 패소자가 부담한다고 하더라도, 큰 부담이 되는 경우가 많지 않을 것이다. 즉 독일은 우리나라와 같이 변호사보수 패소자부담원칙을 일률적으로 적용함으로써 나타나는 공익소송에서의 사례나, 증명의 부담이 있는 사례에서 나타나는 불합리한 경우가 근본적으로 발생하기 어려울 것으로 보인다.

결국 어떤 방식을 따르더라도 각 나라는 재판청구권의 과도한 제한이나 침해 문제가 발생하지 않도록 제도적으로뿐만 아니라 운영과정에서도 노력하고 있음을 알 수 있다.

3. 공익소송 등에서 패소자부담 제도로 인한 재판청구권 침해 가능성

가. 재판청구권의 의의와 내용

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 재판청구권을 보장하고 있다. 인간의 자유와 권리는 국가권력뿐만 아니라 사인에 의해서도 여러 형태로 침해된다. 침해된 자유와 권리가 효과적으로 구제되지 못한다면 자유와 권리(기본권)의 규정은 무의미한 것이 되고 말 것이다. 재판청구권이 갖는 의의는 무엇보다도 침해된 자유와 권리의 구제에 있어서 가장 중요한 구제수단이라는 점과 분쟁해결수단이라는 점에서 찾을 수 있다. 이런 의미에서 재판청구권은 ‘법치국가의 초석’이라고 보아야 한다.⁵⁴⁾

53) 위와 같음.

54) 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 631; 재판청구권 조항은 독립된 법원에 의한 적정·공평·신속·경제의 재판이라고 하는 재판원칙의 헌법규범화(憲法規範化)를 의미하는 것이고, 재판청구권은 국민에게 그와 같은 재판원칙을 보장함으로써 기본적 인권을 보장하고 법적 정의를 실현하는 것이라고 한다. 권영성, 헌법학원론(개정판), 608 참조; 헌법 제27조 제1항의 헌법과 법률에 의한 재판을 받을 권리에는 두 가지 상이한 성격의 권리가 포함되어 있다는 견해에 의하면, ① 권리·의무에 관한 다툼이 생긴 경우 법원의 재판을 요구할 수 있는 제소권 내지 재판청구권으로서의 실체적 권리와, ② 일단 재판이 행해지는 경우 그 기능과 신분이 독립한 법관에 의해서

재판청구권은 누구든지 국가에 대하여 재판을 청구할 수 있는 권리, 즉 누구든지 권리가 침해되거나 분쟁이 발생한 경우 독립이 보장된 법원에서 법률이 정한 자격을 갖춘 법원에 의해 객관적 법률에 따라 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 말한다.⁵⁵⁾ 헌법 재판소에 따르면 헌법 제27조 제1항 전단의 “헌법과 법률이 정한 법원에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법원에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이다. 그 후단의 “법률에 의한 재판”을 받을 권리라 함은 법원에 의한 재판을 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장한다는 취지라 할 것이고, 이는 법관이 법에 따른 재판이 아닌, 자의와 전단에 의한 재판을 하는 것을 배제한다는 것이다.⁵⁶⁾

재판청구권은 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 재판청구권을 제한하는 법률로는 법원조직법, 헌법재판소법, 민사소송법, 형사소송법, 행정소송법, 군사법원법, 소액사건심판법 등이 있고,⁵⁷⁾ 구체적인 사법제도의 내용에 대하여는 입법자의 형성의 자유가 인정되어야 한다.⁵⁸⁾ 그러나 제한하는 경우에도 본질적 내용을 침해하여서는 안 되고, 재판청구권을 제한하는 경우에는 다른 기본권과 마찬가지로 비례의 원칙과 명확성의 원칙 등을 준수하여야 할 것이다.⁵⁹⁾

나. 공익소송 등에서 패소자부담원칙의 문제점

(1) 결과책임주의의 문제

현행 민사소송법 제109조 제1항은 제98조와 함께 변호사보수 패소자부담 방식을 채택하고 있고, 변호사비용 부담에 관하여 결과책임주의를 취하고 있다. 소송에서 패소한 당사자는 소송의 성질, 이유, 증명의 어려움, 경제력, 인권침해 문제, 공익적 성격의 유무 등과 무관하게 대법원규칙에서 정한 승소자의 변호사보수를 부담해야 한다. 앞서 본 바

적법한 절차의 공정한 재판을 받을 수 있는 사법절차적 기본권으로서의 절차적 권리가 그것이라고 한다. 허영, 한국헌법론(전정17판), 413-415 참조.

55) 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 633 참조.

56) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 92헌바8 결정 참조.

57) 홍성방, 헌법학 개론, 263-264 참조.

58) 장영수, 헌법학(제13판), 903 참조.

59) 홍성방, 헌법학 개론, 263-264 참조.

와 같이, 미국은 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호 소송 등에서는 연방법이나 주법에서 편면적인 패소자부담주의를 채택하고 있다.⁶⁰⁾

엄격한 패소자부담주의는 승소자의 완전한 피해배상과 남소의 방지에 장점이 있을 수 있으나, 소송의 결과를 사전에 정확하게 예측할 수 없다는 한계가 있다. 가령 제조물의 하자로 인한 소비자소송 등의 경우 재판에서 전문가 감정과 같은 증명과정을 통하여 원인이 밝혀지는 경우도 있고, 의료소송이나 환경소송에서 소송 과정의 감정에서 의료사고 원인, 환경피해의 발생원인, 과실 유무 등이 드러나기도 한다. 이러한 경우 대기업 등의 변호사비용을 패소자가 무조건 부담해야 하는 위험을 감수하면서 소송을 제기하는 일은 쉽지 않을 것이다. 또한 분쟁의 원인이 단순한 사실관계의 문제가 아니라 법률적 판단의 문제인 사안에서, 명확한 법령이나 선행 판례가 없는 경우에는 법원 판결을 통해 분쟁을 해결할 수밖에 없을 것이다. 그래서 소송의 결과만으로 변호사비용 부담을 정하는 결과 책임주의는 패소자에게 가혹한 측면이 있다.⁶¹⁾

(2) 공익소송 등에서의 불합리한 사례의 발생

교과서적으로도, 소송비용 패소자부담의 원칙을 엄격하게 관찰하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생길 수 있다고 하여 일률적인 변호사보수 패소자부담원칙의 문제점을 지적하고 있다.⁶²⁾

현행 민사소송 실무에서 일부패소의 경우 일률적으로 패소한 당사자로 하여금 청구금액과 인용액의 비율에 따라 소송비용을 부담케 하는 것이 일반적이고, 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 증명의 어려움 등의 이유로 패소한 공익소송, 손해배상, 보험금 소송 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관찰되고 있다. 이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(국가배상 소송 사건, 성형의료사고, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금보다 많은 소송비용을, 국가, 지자체, 의료기관이나 보험회사에 지급해야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담원칙은 승소한 당

60) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 437-438 참조.

61) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 452 참조.

62) 강현중, 민사소송법(제6판), 714-715 참조.

사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다. 이 같은 사정을 고려함이 없이, 일부 저자들은 마치 1981년 「소송촉진 등에 관한 특례법」(변호사보수의 소송비용산입제)이나 1990년 개정 민사소송법이 진일보한 법제인 것처럼 면밀한 논거 없이 주장하는 경우가 있다.

한편 우리의 소송비용 부담 제도가 경제적 약자의 사법접근성을 약화하는 문제점은 있을 것이지만, 소송보험에 들면 이를 대비할 수 있을 것이라는 의견이 제시되기도 한다.⁶³⁾ 그런데 패소자부담주의와 함께 변호사보수 법정 및 소송비용 부담을 대비한 보험 제도가 정착된 독일과 달리 소송에 대비한 보험가입이 일반적이지 못한 우리나라에서는 적절하지 못하다. 사회·경제적 약자에게 사법접근성이 약화된 문제점이 있다면, 원인을 파악하고 개선하려는 노력을 우선하는 것이 타당하고, ‘억울하면 보험 들면 그만’이라는 식의 생각은, 소비자가 아닌 공급자 위주의 전형적인 권위주의 시대의 사고가 아닌가 하는 우려를 떨칠 수 없다. 경제적 약자로서 소송을 시작하기도 버거운데, 소송에 대비하여 보험부터 가입하라는 취지의 이 같은 견해는, 사회적 약자, 소시민들의 삶에 대한 기본적인 이해가 부족한 데서 비롯되지 않고서는 생각하기 어려워 보인다. 보험료는 하늘에서 떨어지는 것이 아니다. 이 견해가 최소한 현실성이 있으려면 국가 주도의 공적보험을 통해 사회적 약자를 보호하는 방안 등을 제시할 필요가 있으나, 아쉽게도 특정 사기업, 대기업의 상품을 소개하고 있어서 경약을 금하지 않을 수 없다.⁶⁴⁾

(3) 연혁적, 비교법적 측면에서 문제점

무릇 1981년이나 1990년 무렵의 우리나라는 군사정권에서 독재 정치가 이루어진 시대였고, 당시 대기업들은 이들 군사정권과 함께 동반 성장한 시대였다고 감히 이야기할 수 있다. 그래서 군사정부나 대기업으로서는 일반 국민, 시민들의 소송을 통한 문제 제기를 제한하는 방향으로 정책을 구상하였을 것이고, 이때 필요한 도구적 개념이 ‘남소의 폐해를 방지하는 것’이라는 구호였을 것으로 보인다.⁶⁵⁾

63) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 682-683 참조.

64) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 683 참조.

65) 삼청교육대 피해자와 같은 다소 정치적인 이야기는 본고에서 자제키로 하나, 가령 삼청교육대 피해자와 같은 약자가 국가를 상대로 제기하는 소송을 억제하고자 하는 것이 정부의 입장이었을 것이다. 또한 대기업과 경쟁하였던 중소기업이나 개인이 피해자가 되어 대기업을 상대로 문제 제기를 주저하도록 하는 당시 소송비용 제도의 변화는, 대기업의 활발한 성장에 도움이 되었을 것이다.

변호사보수의 소송비용을 규정하고 있는 현행 민사소송법 제109조는 남소 방지의 목적이 있지만, 또 한편으로는 법치국가의 초석이라고 할 수 있는 재판청구권의 보장이라는 중요한 입법목적도 동시에 보호해야 하는 규정이다. 재판청구권이 보장되지 않는 상황에서, 남소의 폐해를 지적하는 것은 논리적으로 모순된 측면이 있을 뿐만 아니라 군사정권이나 독재정권에서나 가능한 논리들이다.

마치 소송비용의 패소자부담원칙이 정의롭고, 우리나라가 원래부터 패소자부담원칙을 따르고 있었던 것처럼 이야기하는 예가 많으나, 주지하듯이 1981~1990년 무렵의 우리나라에서 변호사보수 각자부담의 원칙에서 패소자부담원칙으로 제도를 변경할 당시는 오늘날처럼 일반 소비자, 국민, 시민단체의 의견이 반영되기 어려운 시기였을 것으로 추측된다. 변호사보수 각자부담원칙을 패소자부담원칙으로 변경할 당시 소송비용에 관한 커다란 제도적 변경이 있었음에도, 이에 대한 비판적 시민단체의 의견이나 공청회 자료를 찾기 어렵다.

우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사보수에 있어서는 각자부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였다. 그러나 앞서 본 바와 같이 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하는 공익소송을 위축시키는 문제점이 있고, 약자나 소시민들이 대기업과 벌이는 보험금 소송, 지자체나 국가를 상대로 하는 손해배상 소송, 임상의료 현장에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송, 환경피해를 호소하는 다수 피해자들이 제기하는 환경소송 등과 같이 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 일률적인 변호사보수 패소자부담원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하는 영역이 있다.

우리가 모방한 것으로 보이는 일본 민사소송법은 여전히 변호사보수에 대해 각자부담하는 원칙을 따르고 있는데, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 크게 사회 문제화되지는 않고, 오히려 우리나라보다 인구대비 소송사건 수는 더 적은 것으로 보인다. 우리나라에서는 패소자부담원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자 측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식하에 화해나 조정율이 떨어지고 소송화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다.⁶⁶⁾ 우리나라 사

66) 실무에서 소송대리 업무를 하고 있는 변호사들은, 승소하면 변호사보수를 받을 수 있기 때문에, 화해하지 말고 소송을 통해 해결하도록 분쟁을 조장하는 측면이 없지 않고, 변호사보수 역

법연감에서 매년 보고되고 있는 소송사건 수가 증가하고 있는 점에 비추어,⁶⁷⁾ 변호사보수 패소자부담 방식은 일반적인 남소 방지 기능은 낮고, 공익 소송 등에 대하여만 선별적으로 재판청구권을 제한하는 문제점을 초래하고 있을 수 있다.

비교법적 측면에서, 변호사비용에 관하여 패소자부담주의를 취할 경우 법원은 본안 사건 이외에 소송비용확정을 위한 절차를 별도로 마련하여야 하는 사법정책적 문제점도 있다.⁶⁸⁾ 현재 우리나라에서 사법보좌관 제도를 도입하여 소송비용확정재판을 진행하고 있으나, 이와 관련한 예산 지출이 적지 않을 것으로 보인다. 차제에 현행 변호사보수의 일률적인 패소자부담 제도가 개선될 경우, 소송비용확정 신청 건수가 대폭 감소하게 될 것이고, 사법보좌관이 아닌 법관 충원 등을 위한 예산으로 활용함으로써 재판청구권의 실질적인 보장을 위한 길이 될 수 있을 것이다.

다. 소송비용에 의한 재판청구권 침해 가능성

(1) 변호사보수 패소자부담 방식은 부당한 제소나 상소에 대하여 응소하려는 당사자를 위하여 남소와 남상소를 방지하려는 취지가 있으므로 일응 입법목적이 정당하다고 볼 수는 있으나, 공익소송을 제기하려는 자, 소비자 소송을 제기하는 피해자, 전문영역에서 발생한 의료사고 피해자 및 기타 억울한 피해를 입은 경제적 약자가 제기하는 소송에 대해서는, 인지대와 같은 재판수수료 외에도 고액의 상대방의 변호사보수, 감정료까지 부담하게 하여 재판청구권 행사 자체를 주저하게 만드는 상황을 고려하지 못하므로 후자의 경우에는 입법목적의 정당성, 수단의 적합성도 의문시된다.

당사자비용인 변호사보수 외에 인지대, 송달료와 같은 재판수수료에 한해서 패소자부담 방식을 취하더라도, 부당 제소나 상소에 대한 일정한 제한을 둘 수 있음에도, 변호사 강제주의도 아닌 우리나라에서 개인이 자발적으로 위임한 변호사보수까지 패소자에게

시 변호사보수의 산입에 관한 규칙을 상한으로 하여 약정하는 예가 공공연히 발생하고 있고, 변호사의 성과보수는 패소자에게 받아 낼 수 있는 소송비용으로 대체하는 형태의 약정도 적지 않은 것으로 보인다.

67) 대표적으로 우리나라 민사소송 사건 수는, 2011년에 430여만건에서, 2020년에는 480여만건으로 증가하였고, 소송비용확정신청 사건의 수는 2011년에 25,722건에서 2020년에는 43,641건으로 대폭 증가하였다. 법원행정처, 사법연감 (2021), 675, 705 참조.

68) 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 433-434 참조.

일률적으로 부담케 하는 방식은, 피해의 최소성도 갖추지 못하였다고 볼 것이다. 헌법재판소도 인정한 바와 같이, 자신의 정당한 권리실행을 위하여 제소하거나 응소하려는 자가 패소한 경우의 변호사비용의 상환을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 되는 경우가 적지 않게 발생하고 있으므로, 현행 변호사보수 패소자부담 방식을 취하고 있는 민사소송법 조항은, 자신의 정당한 권리실행을 위하여 제소하거나 응소하려는 자의 재판청구권을 제한하여 얻을 수 있는 공익은 미미하거나 의문시될 정도에 불과함에 반하여 법치국가의 초석이라 할 수 있는 재판청구권의 제약은 극심하여 법익의 균형성을 충족하지 못한다고 보아야 한다. 따라서 현행 변호사보수 패소자부담 방식을 규정하고 있는 민사소송법 조항은 공익소송 등에서 패소한 당사자의 재판청구권을 침해한다고 보아야 한다.

현행 민사소송법 조항은 부당한 제소나 상소 즉 남소나 남상소를 전제하면 합헌적인 범위에 있을 수 있으나, 남소나 남상소가 아닌 정당한 권리 실행의 경우를 전제하면 위헌임을 피할 수 없다. 근래에 문제되는 사례들의 경우 정당한 권리 실행임에도 과도한 변호사보수를 부담자우고 있는 것 아닌가 하는 느낌을 지울 수 없는데, 이는 위 민사소송법 조항에 위헌적인 부분이 포함되어 있고 현행 법률은 이러한 위헌성을 해소하려는 제도를 불충분하게 규정하고 있기 때문에 발생하는 현상일 것으로 보인다.

(2) 법치주의원리는 민주주의와 더불어 헌법의 양대 원리이고, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등 기본권 보장의 실현을 목적으로 한다. 재판청구권은 다른 기본권의 실효적 보장을 위해 반드시 필요한 기본권으로서 법치주의의 핵심적 요소의 하나라고 할 것이다.⁶⁹⁾

그런데 소송비용(특히 변호사보수)의 문제로, 재판을 청구하는 것 자체가 사실상 제약을 받거나 재판 이후 소송비용의 과도한 추급을 당해 경제적으로 2차 피해를 입는다면, ‘법치국가의 초석’이라 할 수 있는 재판청구권이 심각한 제약을 받거나 침해되는 경우가 발생할 수 있다. 우리 법제가 재판청구권의 과도한 제한이나 침해를 허용하고 있다면, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권과 같은 기본권은 명목상의 권리에 불과한 상황이 될 것이다.

서두에서 제시하고 있는 염전노예 사건이나, 보험금 소송, 지하철 낙상 후 지자체와 의료기관을 상대로 한 소송사례의 경우, 공익소송의 순기능, 사회적 약자 보호, 전문가 소송에서 증명의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도,

69) 장영수, 헌법학(제13판), 901 참조; 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 631 참조.

사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 받고 있다고 볼 수 있다.

우리 법제는 일률적으로 패소자부담원칙을 강제함으로써, 불합리하게 과도한 재판청구권에 대한 제한이 발생하고 있음에도 이에 대해 눈을 감고 있다. 이 같은 현상은 경제적, 사회적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 대기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만, 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담이 된다. 이로 인해 헌법상 보장되어야 할 재판청구권에 대한 심각한 제약이 발생하게 되고, 문제 제기 자체를 주저하거나 포기하게 만드는 요인이 될 수 있고, 종국적으로 국가와 사회의 건전한 발전을 저해하는 문제점이 발생한다고 보아야 할 것이다.

(3) 요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사보수에 있어서는 각자부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 앞서 본 바와 같이 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 공익소송을 위축시키는 문제점이 있고, 약자나 소시민들이 대기업과 벌이는 보험금 소송, 지자체나 국가를 상대로 하는 손해배상 소송, 임상의료 현장에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송, 환경피해를 호소하는 다수 피해자들이 제기하는 환경소송, 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 일률적인 변호사보수 패소자부담원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다. 이제 이를 공론화하고 그동안의 문제점을 개선하기 위해 민사소송법 등의 소송비용 관련 법률을 개정할 때가 되었다.

Ⅲ. 패소자부담주의 원칙의 개정 논의 및 법률 개정 방향

1. 패소자부담주의에 대한 개정 필요성에 대한 각계 활동과 경과

가. 시민단체의 문제 제기

2018. 9. 64개 시민사회단체와 개인들이 대법원에 ‘공익의 원칙에 기초하여 일부 소송 유형에 대해 소송비용 부담의 원칙을 달리 정하는 대법원규칙 개정이 필요하다.’라는 내용 등이 포함된 ‘공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구 의견서’를 공동으

로 작성하여 제출하였으나, 대법원에서 특별한 해결책을 내놓지 못하고 있다.⁷⁰⁾

납소와 남상소를 억제하고 승소자의 완전한 권리회복을 목적으로 대법원은 그동안 변호사보수규칙 별표를 개정하여 온 것으로 보이나, 정당한 권리행사자의 측면에서는 재판 청구권의 과도한 부담을 고려하지 않은 문제점이 있다.

그동안 법원은 변호사보수표 기준을 증액하여 왔는데, 납소방지라는 목적은 달성하지 못하면서, 정당한 권리행사를 막아 사회·경제적 약자의 재판청구권을 과도하게 제한하는 방향으로 정책을 펴 온 것은 아닌지 고민해 볼 일이다.

입법자가 민사소송법 등 소송비용 관련 법률을 제·개정하면서, 일부 변호사보수와 같은 소송비용 부담에 관한 내용을 대법원에 위임하였으면, 가급적 법률의 합헌적 운용을 위해 대법원규칙을 제·개정해야 함에도, 정당한 권리행사자, 사회·경제적 약자의 재판청구권을 최대한 억지하는 방향으로 규칙을 개정한 문제점은 없는지 검토할 필요가 있다. 그럼에도 시민단체의 문제 제기에 별다른 답변을 하지 않는 대법원의 입장은 바람직하지 못하다.

나. 대한변호사협회 심포지엄 및 논의안

대한변호사협회 인권위원들의 내부 논의를 거쳐 2018. 11. 21.경 학계, 공공기관, 시민단체, 실무가들과 함께 공익소송 등에서 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 대한 심포지엄이 진행되었다. 우리가 친숙하게 생각하고 있는 변호사보수 패소자부담원칙이라는 것은, 사실 우리 민사소송법에서 본래 규정하고 있는 것이 아니었고, 20~30년 이상 지속된 각자부담 원칙을 군사정부 시대에 소비자, 시민단체의 의견이 반영되지 않은 채 개정한 것이다. 그래서 우리는 변호사보수 패소자부담원칙이든 각자부담원칙이든 어떤 방식으로 가더라도, 큰 혼란이 있을 것으로 보이지 않는다. 소송비용 패소자부담원칙을 유지하면서, 일본이나 미국처럼 변호사보수에 한해 각자부담원칙으로 회귀하되, 예외적인 경우에 변호사보수를 패소자에게 부담시키는 형식, 즉 이른바 편면적 패소자부담주의도 고려해 볼 만하다.

즉, 현행 패소자부담원칙을 유지하면서 변호사보수에 한해 공익소송이나 증명의 부담이 있는 전문가 소송, 인권 관련 소송 등에서는 경제적, 사회적으로 열악한 지위에 있는

70) 송상고, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 37 참조.

원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에, 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 다만 편면적 패소자부담주의가 적용될 필요가 있는 소송의 중요 유형은 민사소송법에 규정하고, 이를 합리적으로 구체화할 수 있도록 대법원규칙에 일부 위임하는 형식을 취함으로써, 예측하지 못한 부족한 점을 보충할 수 있을 것으로 보인다. 필자는 당시 심포지엄에서 현행 민사소송법 제98조는 그대로 두고, 변호사보수에 한해 패소자부담 방식을 완화하는 형태로 민사소송법 제109조 제1항에 단서를 추가하는 내용으로 법률을 개정하자는 의견을 개진한 바 있다.⁷¹⁾ 이렇게 되면 인지대 및 감정료 등 재판비용과 같은 소송비용은 종전과 마찬가지로 패소자부담원칙에 따라 패소자가 부담하게 되지만, 패소자부담원칙의 일률적인 적용으로 상대측의 변호사보수를 부담해야 하는 일부 불합리한 사례가 줄어들 것으로 기대하였다. 또한 패소자부담원칙의 문제점이 부각되는 대부분의 사례들 역시 변호사보수 부담에 관한 것이었으므로, 패소자부담원칙을 규정하고 있는 민사소송법 제98조는 그대로 두고 변호사보수를 소송비용에 산입하고 있는 민사소송법 제109조를 개정하는 방향으로 의견을 개진한 것이다.

위 심포지엄 이후 2018~2019년 당시 대한변호사협회에서 추가적인 논의 후에 필수적 감면이 아닌 ‘임의적 감면’을 제안하는 개정안 관련 의견을 보고한 바 있다.⁷²⁾

이후 대한변호사협회(당시 협회장 이찬희) 산하 장애인권소위원회에서 추가적인 논의 후 민사소송법 제109조 제1항을 더욱 구체화하고, 패소자의 재산적·사회적 상황, 정의와 공평의 원칙 부합 여부와 같은 추상적인 규정을 추가하여 패소자부담원칙의 폐해를 줄이기 위한 내부 개정안을 논의하였다.

71) 박호균, “공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향 - 변호사보수와 소송비용을 중심으로”, 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄, 대한변호사협회 (2018. 11. 21. 발제), 31 참조. 민사소송법 제109조 단서에 “다만 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 증명의 부담이 큰 전문 소송 등 대법원 규칙이 정하는 소송에서 패소한 당사자에 대해서는 소송비용으로 인정하지 아니한다.”를 추가함으로써, 일부 공익적인 성격이 있는 소송 유형에서 필수적 감면 내용을 규정하자는 의견이었다.

72) 당시 대한변호사협회(협회장 김현) 인권위원회 산하 장애인권 분야에서, 민사소송법 제109조 단서에 “-다만 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호, 의료사고 등 공익소송이나 증거의 편재로 인하여 증명 부담이 큰 전문 소송의 경우에 대법원규칙이 정하는 범위안에서 패소한 당사자의 소송비용을 감면할 수 있다.”를 추가함으로써, 일부 공익적인 성격이 있는 소송 유형에서 필수적 감면 보다는 법원에 재량을 인정하는 임의적 감면이 더 바람직하다는 논의를 반영하였다.

2020. 1. 대한변호사협회 토론회에서는 법률 개정, 대법원 스스로의 제도 개선, 정부 및 법무부의 제도 개선 등 더 다양한 개선 의견이 제안되었다. 우선 법률 개정의견으로 공익의 원칙에 기초하여 일정한 요건을 갖춘 공익소송의 유형에 대해서는 소송비용 부담을 면제 내지 감경하는 제도개선이 이루어져야 하고, 다만 법률에서는 구체적 사유나 소송 유형을 구체적으로 특정하는 것이 여의치 않을 수 있으므로, 이를 고려하여 ‘사건의 공익성 등 대법원규칙이 정하는 사유’가 있는 경우에는 패소자부담주의의 예외를 인정하는 규정을 법률에 두며, 대법원규칙 등에서 사유를 구체화하는 것이 보다 효과적일 것이라는 의견이 개진되었다.⁷³⁾ 이 의견은 패소자부담원칙을 포괄적으로 규정하고 있는 민사소송법 제98조에 단서를 추가하는 형태였다.⁷⁴⁾

민사소송법 제98조는 인지대, 감정료 등 재판비용과 같은 소송비용을 패소자가 부담하는 것을 내용으로 하는 원칙 규정이므로, 이 규정의 단서 형태로 개정하자는 의견은, 민사소송법 제109조를 개정하는 의견보다 더 포괄적이고 전면적인 개정으로 볼 수 있다.

다음으로 대법원 스스로의 제도 개선 방안으로, ‘변호사보수규칙’을 개정하는 의견이 제시되었다. 대법원규칙을 개정함으로써, 공익소송 등 일정한 요건을 갖춘 경우에는 법원이 적극적으로 소송비용을 면제 내지 감액할 수 있도록 할 필요가 있다는 것이었고,⁷⁵⁾ 구체적인 개정안으로 재량에 의해 소송비용을 조정할 수 있도록 규정된 현행 변호사보수규칙 제6조를 개정하자는 것이었다.⁷⁶⁾ 법률 개정이 아닌 대법원규칙 개정만으로 패소자

73) 송상고, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 40 참조.

74) 민사소송법 제98조 단서에 “다만 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원규칙이 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”를 추가하는 의견이었다.

75) 송상고, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 41 참조.

76) 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙 개정(안)

현행	개정안
제6조(재량에 의한 조정) ① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다. ② 법원은 제3조의 금액이 소송의 특성 및 이에 따	제6조 ① 법원은 아래 각호의 하나의 경우에 해당하는 경우에는 그 정도에 따라 소송비용에 산입되는 제3조 및 제5조의 금액을 상당한 정도까지 감액 산정 또는 면제할 수 있다. 1. 소송의 공익적 성격이 인정되는 경우 2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하고 패소자의 소송제기에 악의적 의도가 있다고 보기 어려운 경우 3. 기타 소송의 경위와 패소의 사유, 패소자의 소송비용 부담 자력 등 사정을 종합할 때 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소

부담원칙에 예외를 인정하는 의견으로 볼 수 있는데, 대법원의 의지만 있다면 간명하게 현행 패소자부담원칙의 문제점을 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 기대되는 방식이다.

남소 및 남상소의 억제와 승소자의 완전한 권리회복을 목적으로 대법원은 그동안 변호사보수규칙 별표를 개정하여 온 것으로 보이나, 정당한 권리행사자, 사회경제적 약자의 재판청구권의 과도한 제한을 충분히 고려하지 않은 문제점이 있다. 당사자비용인 변호사보수표의 과도한 증액과 일률적인 패소자부담원칙 적용으로 인해 변호사보수 패소자부담 방식을 규정하고 있는 법률의 위헌성이 악화되는 현상이 발생하여 왔다. 입법자가 민사소송법 등 소송비용 관련 법률을 제·개정하면서 일부 변호사보수와 같은 소송비용 부담에 관한 내용을 대법원에 위임하였으면, 가급적 법률의 합헌적 운용을 위해 대법원규칙을 정비할 필요가 있으므로, 대법원 스스로 변호사보수규칙을 개정하는 것은 바람직한 제도 개선 방안 중의 하나이다.

또한 위 토론회에서, 정부 및 법무부의 제도 개선 방안으로, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」을 개정하는 의견이 제시되었다. 국가 등이 스스로 소송비용 확정청구를 자제하고 기계적인 청구를 하지 않도록 근거를 마련할 수 있다는 것이었고,⁷⁷⁾ 현행 위 시행령 제12조에 구체적인 예외 사유를 추가하는 내용의 의견이 개진되었다.⁷⁸⁾

<p>큰 소송대리인의 선임 필요성, 당사자가 실제 지출한 변호사보수 등에 비추어 현저히 부당하게 낮은 금액이라고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 위 금액의 2분의 1 한도에서 이를 증액할 수 있다.</p>	<p>송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우</p> <p>② 법원은 전항 제1호의 ‘공익적 성격’을 판단할 때 아래 각호의 사유를 참작할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 소송의 목적과 쟁점이 사회적 약자 및 소수자의 권익보호에 관련되거나 시민의 권리구제, 제도 개선을 목적으로 하는 등으로 공익적 중요성이 인정되는 경우 2. 소송의 주된 목적이 당사자의 개인적, 재산적 이익에만 해당하지 아니하는 경우 3. 패소한 자의 소 제기예 악의적 의도가 없었던 경우 4. 동일한 상대로 법원의 판단이 없었던 경우 <p>③ 현행 ②항과 동일</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

77) 송상고, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 44 참조.

78) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령 개정(안)

현행	개정안
<p>제12조(확정사건의 처리) ③ 국가승소판결의 확정으로 패소자로부터 회수할 소송비용은 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검</p>	<p>③ 좌동</p> <p>④ 아래의 각호 중 하나에 해당한다고 인정되는 경우에는 전항의 소송비용 확정결정을 통한 회수를 진행하지 아니할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 소송의 공익적 성격이 인정되는 경우

대한변호사협회에서는 소송비용 부담 제도의 개선에 관한 논의를 계속하였고,⁷⁹⁾ 2021. 10.경 민사소송법 개정법률안⁸⁰⁾ 및 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 일부개정 법률안⁸¹⁾에 관한 의견을 취합하였다.

사장이 법원의 소송비용 확정결정을 받아 소관 행정청의 장으로 하여금 회수하게 하여야 한다.	2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하고 패소자의 소송제기에 악의적 의도가 있다고 보기 어려운 경우 3. 기타 소송의 경위와 패소의 사유, 패소자의 소송비용 부담 자력 등 사정을 고려하여 패소자에게 소송비용을 환수하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우 ⑤ 전항의 구체적 판단 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.
----------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

79) 필자 역시 대한변호사협회 공익소송 패소자부담 제도개선 TF 위원(위원장 박종운 변호사)으로 참여하였다.

80) 박호균, “공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안, 더불어민주당 박주민 국회의원·대한변호사협회·민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터·사단법인 정보인권연구소·진보네트워크센터·참여연대·천주교인권위원회·투명사회를위한정보공개센터 (2022. 1. 12. 발제), 31 참조.

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
〈신설〉	제98조의2(원칙의 예외) 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. 1. 인권의 보호와 향상, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 등에 관한 소송으로 그 성격상 공익성이 인정되는 경우 2. 소송 당사자의 사회적 지위 및 경제적 자력, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우

81) 박호균, “공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 31-32 참조.

현행	개정안
〈신설〉	제11조의2(소송비용의 회수) ① 국가승소판결의 확정인 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소한 당사자로부터 소송비용을 회수할 수 있다. 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소송비용 확정결정 신청을 하지 아니하거나 확정된 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. 1. 인권의 보호와 향상, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 등에 관한 소송으로 그 성격상 공익성이 인정되는 경우

2022년에도 대한변호사협회는 국회와 함께 심포지엄을 개최하는 등 소송비용 부담 관련 법률안의 구체적인 개정안 내용에 대해 논의를 계속하였는데, 국회의원 박주민과 대한변호사협회 등이 2022. 1. 12. 공동 주최한 ‘공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안’ 토론회가 그 예이다.

다. 법무·검찰개혁위원회 권고안

법무·검찰개혁위원회(위원장 김남준)는 2020. 2. 10. ‘공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련’에 대해 심의·의결하고 소송비용 부담 관련 법령 개정을 권고하였다. 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정 권고 내용으로 ‘국가 또는 행정청을 당사자 또는 참가인으로 하는 공익소송 등에 있어서 국가등이 패소당사자에게 소송비용을 회수할 경우, 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면’하는 내용이었다. 구체적으로 소송비용 회수의 예외 요건으로 ‘공익성이 인정되는 경우, 정보공개소송의 경우, 경제적·사회적 상황이 여의치 않은 경우, 정의와 공평의 원칙에 부합하지 않은 경우 등’을 예로 들었고, 다만 소송제기에 악의적 의도가 있는 경우는 국가가 소송비용을 회수할 수 있도록 하였다. 또한 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정 전이라도 ‘공익소송 등의 경우에는 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면’하는 내용으로 동법 시행령 제12조의 개정을 권고하였다.⁸²⁾

	2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우
	3. 소송 당사자의 사회적 지위 및 경제적 자력, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 소송비용을 청구하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우
	② 제1항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 소송비용 회수 예외의 범위 및 절차는 대통령령으로 정한다.

82) 법무·검찰 개혁위원회, 『공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련』 권고: 법무·검찰 개혁위원회 제13차 권고 발표, 보도자료 (2020. 2. 10.);

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령 개정(안)

현행	개정안
제12조(확정사건의 처리) ① ~ ② (생략)	제12조(확정사건의 처리) ① ~ ② (현행과 같음)

최근 각급 행정기관은 소송수행자들에 의한 소송수행 방식을 택하지 않고 외부 변호사 혹은 법무법인, 정부법무공단에 소송사건을 위임하는 경향이 강하다. 국가기관이나 행정기관이 당사자가 된 소송에서 실질적으로 해당 국가기관 등의 소속 공무원 등이 더 전문적일 가능성이 높음에도, 굳이 외부 변호사에게 소송을 위임하고 패소한 일반 국민들에게 일률적으로 소송비용을 청구하는 것은, 기본권 보호의무가 있는 국가기관의 태도로는 적절하지 못한 측면이 있다고 보아야 한다.

그동안 국가기관이 당사자가 된 소송에서, 국가가 개인들에 대해 소송비용을 청구하는 경우가 적지 않은데, 국가기관의 잘못을 시정하거나 재발 방지 등 순기능이 있는 공익 소송에서 예외를 규정할 필요가 있다는 취지의 법무·검찰개혁위원회의 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 및 동법 시행령 개정 권고는 패소자부담원칙의 문제점을 일부 바로잡고 일반 국민의 재판청구권을 보장한다는 측면에서 바람직하다.

③ 국가승소판결의 확정으로 패소자로부터 회수할 소송비용은 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장이 법원의 소송비용 확정결정을 받아 소관 행정청의 장으로 하여금 회수하게 하여야 한다.	③ _____ 회수할 수 있다.
〈신설〉	④ 제3항에 따라 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장이 소송비용의 확정결정을 신청하거나 소관 행정청의 장으로 하여금 회수하게 할 때, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우, 패소자의 소송제기에 악의적 의도가 있다고 보기 어려운 경우를 제외하고 소송비용의 전부 또는 일부를 감면하여야 한다. 1. 인권, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우 2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우 3. 패소자에게 소송비용을 지출할 경제적 자력이 없는 경우 또는 사회적 상황을 고려할 때 소송비용 감면이 필요한 경우 4. 기타 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우
〈신설〉	⑤ 제4항의 구체적 판단 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.

또한 위 법무·검찰개혁위원회는 ‘사인 간의 소송에서 공익성이 인정되는 경우, 국민적 공감대가 형성되는 범위에서 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면하도록 민사소송법 제98조, 제109조의 개정 추진’도 권고하였다.⁸³⁾ 국가기관이 아니더라도 각급 공사, 대기업과 일반 시민들 사이에서 벌어지는 소송도 사인 간의 소송으로 볼 수 있는데, 이들 소송에서도 공익성이 인정되는 경우가 많고 재판청구권을 보다 충실하게 보장할 필요성이 있다는 점에서, 위 위원회가 패소자부담원칙을 포괄적으로 담고 있는 일반법인 민사소송법의 개정을 권고한 것 역시 바람직하다.

라. 국회 개정안 발의내용

최근 2022. 6. 국회에서 소송비용 부담 관련 개정법률안이 발의되었는데, 제안이유는 ‘인권, 국민의 건강과 안전, 환경 등 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 함으로써, 공익소송을 활성화하려는 것’이었다. 개정안의 내용은 민사소송법 제98조와 별도로 제99조의2를 신설하여 소송비용부담의 특례를 규정하는 것이었다.⁸⁴⁾

83) 법무·검찰 개혁위원회, 『공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련』 권고: 법무·검찰 개혁위원회 제13차 권고 발표 참조.

84) 민사소송법 일부개정법률안 (의안번호: 15832, 제안일자: 2022. 6. 8., 박주민의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제99조의2.

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
〈신설〉	제99조의2(소송비용부담의 특례) 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. 다만, 해당 사건에 대한 소의 제기가 소권의 남용에 해당하는 것이 명백하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 인권, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인 경우 2. 소송 당사자의 사정, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소자에게 소송비용을 부담시키는 것이 현저히 부당한 경우

또한 민사소송법과 함께 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정안도 발의되었는데 ‘국가승소판결의 확정’이 있는 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소자로부터 소송비용을 회수하도록 하되, 인권, 국민의 건강과 안전, 환경 등 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인 경우에는 패소자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 함으로써, 공익소송을 활성화하려는 것’을 제안이유로 하고, 제11조의2를 신설하는 것이었다.⁸⁵⁾

이보다 앞서 2020. 7. 에도 관련 법률안이 발의되었는데, 현행 민사소송법 제98조에 예외 단서를 신설하여 공익소송에서 패소한 당사자의 경우 소송비용 부담을 경감할 수 있도록 하고, 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하는 것을 제안이유로 들었다.⁸⁶⁾ 또한 국가를 당사자로 하는 공익소송의 패소자의 경우 필요적 소송비용 회수의 예외를 규정하여 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하는 것을 제안이유로, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 제11조의2를 신설하는 것을 내용으로 개정안도 발의되었다.⁸⁷⁾

85) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호: 15830, 제안일자: 2022. 6. 8., 박주민의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제11조의2.

현 행	개 정 안
〈신설〉	제11조의2(소송비용의 회수) 국가승소판결의 확정’이 있는 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소자로부터 소송비용을 회수할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소송비용 확정결정 신청을 하지 아니하거나 그 일부 만을 신청하여야 한다. 소송비용 확정결정 재판이 확정된 후 소관 행정청의 장이 회수할 때에도 같다. 1. 인권, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인 경우 2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우 3. 소송 당사자의 사정, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소자에게 소송비용을 부담시키는 것이 현저히 부당한 경우

86) 민사소송법 일부개정법률안 (의안번호: 1725, 제안일자: 2020. 7. 9., 양정숙의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제98조.

현 행	개 정 안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다. 〈단서 신설〉	제98조(소송비용부담의 원칙) ----- 다 만, 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원규칙으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

이와 같은 민사소송법과 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정안은 그동안 각계 논의 결과를 반영한 것으로 보이고, 구체성의 정도는 차이가 있으나 변호사보수 외에도 재판비용까지 소송비용 패소자부담원칙의 예외를 설정하고 명확히 하는 법률안들로서 재판청구권을 보장하고 불합리한 사례를 줄일 수 있다는 점에서 긍정적이다.

마. 검토

그동안 시민단체 문제 제기, 법률가 단체 및 시민단체의 활발한 논의가 있어왔고, 최근 법무·검찰개혁위원회 및 국회에서도 공익소송 등에서 패소자부담원칙에 대한 예외를 규정함으로써 패소자부담원칙의 일률적인 적용으로 인한 불합리한 점을 해소하는 방향으로 개정하기 위한 논의가 활발하다.

논의되는 개정안의 모습은 다소 추상적인 경우부터 소송비용의 감면 사유에 관한 소송유형과 사유까지 포함하는 구체적인 경우까지 다양하나, 적어도 공익적인 기능을 하는 소송, 사회적 약자가 제기하는 소송 등에서 불합리한 상황을 해소하려는 점에서는 공감대가 형성되어 있는 것으로 보인다.

다만 예외를 구성하는 내용이 ‘사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원규칙으로 정하는 사유’와 같이 지나치게 추상적일 경우, 소송비용을 감면하는 범위가 대법원규칙에 사실상 대부분 위임되는 형태로서 현재와 유사한 문제점이 발생할 수 있다. 또한 소송비용에 관한 문제는 개인의 권리와 의무에 적지 않은 영향을 미칠 수 있는 영역이므로, 대법원규칙에 대부분을 위임하는 형태보다는, 법률에 다소 구체적인 소송유형을 명확하게 규정할 필요가 있다.

87) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호: 1742, 제안일자: 2020. 7. 9., 양정숙의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제11조의2.

현행	개정안
〈신설〉	제11조의2(소송비용의 환수) 국가승소판결의 확정인 있는 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소자로부터 회수할 소송비용을 회수하여야 한다. 다만, 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 개정에 반대하는 의견에 대한 비판

가. 공익소송 개념의 불확정성에 대한 우려 관련 의견

근래의 개정 논의에 대해 일부에서 반대하는 의견 중 공익소송의 개념이 불분명하다는 것이 있다.

그런데 법률에서 추상적 규정을 두고 있는 경우가 매우 많고, 대표적으로 민법에서 신의성실 원칙이나 불법행위법에서 과실과 같은 일반 규정은 매우 추상적이지만 법률 해석과 적용 과정을 거쳐 판결을 통해 구체화될 수 있는 것이며, 오히려 법률에서 중요한 규정은 추상적으로 규정할 수밖에 없는 등 입법기술상 고려해야 할 측면이 있다.

공익소송(또는 공익인권소송)은 현행법상 개념이 규정된 것은 아니지만 과거 사법개혁위원회에서 잠정적으로 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭한다고 개념을 정리한 바 있다.⁸⁸⁾

공익소송을 통해 불합리한 제도가 폐기되거나 개선되는 등의 순기능이 있고, 공익소송 등에서 소송비용의 문제점이 실증적으로 나타나고 있는 상황에서, 공익소송의 개념 자체가 불분명하다고 하여, 현행 소송비용 부담 제도의 문제점을 개선하지 않으려는 입장은 타당하지 못하다.

나. 현행 민사소송법 예외 규정을 통해 해결이 가능하다는 주장에 대한 의견

또한 현행 규정을 통해서도 소송비용 패소자부담의 불합리한 점을 해소할 수 있다는 주장이 있다.

현행 민사소송법상 패소자부담주의에 대한 예외로 제99조 및 제100조가 규정되어 있고,⁸⁹⁾ 대법원규칙인 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」에서 소송비용에 산입하

88) 사법개혁위원회, “국민과 함께하는 사법개혁: 사법개혁위원회 백서”, 사법개혁위원회 자료집 (VII) (2005), 236 참조.

89) 민사소송법 제99조(원칙에 대한 예외) “법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.”; 민사

는 것이 ‘현저히 부당’하다고 인정되는 경우에는 법원이 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있도록 규정되어 있다.⁹⁰⁾ 그러나 판례는 ‘현저히 부당한 경우’에 대하여 ‘소송목적의 값, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의해 산정한 보수액의 규모, 소송의 경과와 기간, 소송종결사유, 사건의 성질과 난이도, 변호사가 들인 노력의 정도 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 변호사보수규칙 제3조 및 제5조에 의한 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 상대방에게 상환을 명하는 것이 공정이나 형평의 이념에 반하는 결과를 가져오는 경우’로 해석하면서 불합리한 경우를 해소할 수 있을 것과 같은 논지를 밝혀오고 있지만,⁹¹⁾ 실제로 이와 같은 법리를 통해 소송비용 부담 경감을 인정한 예는 매우 드물다. 즉 법원 실무상 드물게 예외적인 사안이 없는 것은 아니나 관행적으로 승소 비율에 따라 일률적으로 소송비용을 부담할 것을 주문에서 밝히고 있으므로, 현행 법령을 통해 소송비용과 관련한 불합리한 점을 해결할 수 있다는 취지의 주장 역시 적절하지 못하다.

서두에서 예로 든 지하철 차량과 승강장 간 간격 혹은 단차로 인해 사고를 입은 장애인들이 제기한 본안 소송 후, 소송비용확정결정에서 법원은 1인당 500여만 원의 소송비용을 공사 측에 상환하라고 결정하였는데,⁹²⁾ 공익사건에서조차 소송비용 부담 경감이 이루어지지 못하고 있다는 점은, 현행 법령을 통해서 문제점을 해결하기 어려운 현실의 단면을 보여주고 있다고 볼 것이다.⁹³⁾

소송법 제100조(원칙에 대한 예외) “당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어의 방법을 제출하지 아니하였거나, 기일이나 기간의 준수를 게을리 하였거나, 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연된 때에는 법원은 지연됨으로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 승소한 당사자에게 부담하게 할 수 있다.”

90) 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 제6조(재량에 의한 조정) “① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다. ② 법원은 제3조의 금액이 소송의 특성 및 이에 따른 소송대리인의 선임 필요성, 당사자가 실제 지출한 변호사보수 등에 비추어 현저히 부당하게 낮은 금액이라고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 위 금액의 2분의 1 한도에서 이를 증액할 수 있다.”

91) 대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정.

92) 서울동부지방법원 2021. 12. 14.자 2021카합6232 결정; 서울고등법원 2022. 6. 8.자 2021라21374 결정 등 참조.

93) 박규리, ““공익소송은 패소자 비용부담 예외여야”헌법소원 청구”, 연합뉴스; 이슬기, “장애인 이 동권 소송 졌다, 천만원 내라고요?”, 에이블뉴스; 진선민, ““공익소송 저도 패소비용 다 내라?”…잔인한 민사소송법 현재”, 서울신문 참조.

3. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성 및 법률 개정 방향

우리나라에서 변호사보수 패소자부담원칙이라는 것은, 민사소송법에서 본래 규정하는 방식이 아니었고, 20~30년 이상 지속된 각자부담 원칙을 군사정부 시대에 소비자, 시민 단체의 의견이 반영되지 않은 채 개정한 것이다. 그래서 우리나라는 변호사보수 패소자 부담원칙이든 각자부담 원칙이든 어떤 방식으로 가더라도, 큰 혼란이 있을 것으로 보이지 않는다. 소송비용 패소자부담원칙을 유지하면서, 적은 범위에서 일본이나 미국처럼 변호사보수에 한해 각자부담원칙으로 회귀하되(패소자부담주의의 예외 설정), 예외적인 경우에 해당하는 소송의 중요 유형은 민사소송법에 규정하고, 이를 합리적으로 구체화할 수 있도록 대법원규칙에 일부 위임하는 형식을 취함으로써, 예측하지 못한 부족한 점을 보충할 수 있을 것으로 보인다.

소송비용 부담에 관한 규정은 민사소송법, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 등 관련 법령에 근거를 두고 있는바, 민사소송법 이외의 특정 분야에 적용되는 법률이나 법령을 개정하는 방식으로도 현재 발생하고 있는 소송비용 부담 제도의 문제점을 일정 부분 개선할 수 있다. 그러나 특정 분야에서만 예외를 설정하는 형태의 해결방법은 그 분야에 한해서만 도움을 주는 미봉책에 불과하므로,⁹⁴⁾ 소송비용과 관련한 일반법인 민사소송법을 개정하는 것이 보다 근본적인 방법이다.

필자는 2018년 대한변호사협회에서 민사소송법 제109조를 개정하는 의견을 밝힌 바 있으나(변호사보수를 중심으로 한 개정 의견), 이후 대한변호사협회 내부 논의, 시민단체 의견 등 다양한 내용까지 고려하여 당시보다 다소 적극적으로 같은 법 제98조의 예외를 신설하는 개정(변호사보수 외에 재판비용까지 예외를 두는 방식)과 소송비용 관련 법률인 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」의 개정이 절실하다고 본다.^{95) 96) 97)} 민사

94) 미국에서는 변호사보수를 각자부담하는 것이 원칙이었고, 이러한 역사적·법률적 배경하에서 인권에 관한 소송 등에서 피해자가 승소한 경우 가해자측에 변호사보수를 소송비용으로 청구할 수 있도록 하기 위하여, 연방법이나 주법에 편면적패소자부담주의를 예외적으로 규정하게 된 것이었다. 우리의 현행 법제는 변호사보수 패소자부담방식이 원칙인 상황이므로, 개별 분야·영역에 적용되는 특별법에서만 예외를 규정하는 방식은 전반적인 사회·구조적인 문제점은 해결하지 못하면서, 특정 분야만 우리 사회에서 고립시키거나, 역차별을 한다는 비판이 대두될 수 있다. 이 같은 이유로 필자는 개별 분야에서의 예외 설정 필요성을 긍정하는 생각을 가지고 있으면서도, 우리 법제에서 소송비용 관련 일반법인 민사소송법의 개정을 통해 근본적이고 사회통합적인 개정을 주장하는 것이다.

소송법 개정안 제98조의2(원칙의 예외) 제1항은 2021. 10. 대한변호사협회 최근 의견과 같고, 구체적인 사항은 대법원에서 정할 수 있도록 제2항을 추가한 것이다. 이와 같이 개정할 경우 가령 인권에 관한 소송에서 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 감면받을 수 있는 방식이 될 것이다. 결과적으로 미국의 편면적인 패소자부담주의에 근접한다고 볼 수 있다. 다만 실제 국회에서 개정안 논의 시에 민사소송법 제98조가 아닌

95) 필자가 제안하는 민사소송법 일부개정법률안의 예시는 다음과 같다.

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
〈신설〉	제98조의2(원칙의 예외) ① 법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. 1. 인권의 보호와 향상, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 등에 관한 소송으로 그 성격상 공익성이 인정되는 경우 2. 소송 당사자의 사회적 지위 및 경제적 자력, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우 ② 제1항의 규정에 따라 소송비용을 면제할 수 있는 구체적인 사항은 대법원규칙으로 정한다.

96) 필자가 제안하는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안의 예시는 다음과 같다.

현행	개정안
〈신설〉	제11조의2(소송비용의 회수) ① 국가승소판결의 확정인 있는 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소한 당사자로부터 소송비용을 회수할 수 있다. 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소송비용 확정결정 신청을 하지 아니하거나 확정된 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. 1. 인권의 보호와 향상, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 등에 관한 소송으로 그 성격상 공익성이 인정되는 경우 2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우 3. 소송 당사자의 사회적 지위 및 경제적 자력, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 소송비용을 청구하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우 ② 제1항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 소송비용 회수 예외의 범위 및 절차는 대통령령으로 정한다.

97) 박호균, “공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 34-36 참조.

제109조를 개정하는 경우도 생각해 볼 수 있는데, 그 경우 소송비용 중 재판비용의 상당 부분을 차지하는 인지세, 감정료 등을 감액하여 소송에 대한 장벽을 낮추는 노력도 필요하다. 현행의 인지세, 감정료 등의 비용은 남소 방지라는 목적을 감안하더라도, 공익소송 등에서도 소가에 비례하는 일률적인 방식으로 당사자에게 과도한 부담을 주는 문제가 발생하고 있으므로, 이를 개선하기 위해 대법원과 별도로 국회에서의 입법적 조치도 고려될 필요성이 있다.

「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 예시 개정안 제11조의2(소송비용의 회수)는 2021. 10. 대한변호사협회에서 내부적으로 제안한 최근까지의 논의를 반영한 것이다.

IV. 맺음말

우리나라는 20~30년 이상 지속되어 오던 변호사보수 각자부담원칙을 1990년 민사소송법 개정을 통해 패소자에게 부담시키도록 법률을 개정한 이래 현재까지 이러한 형태의 법률을 유지하고 있다. 이 때문에 공익소송이나 전문소송에서 증명의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 우리 법제는 일률적으로 패소자부담원칙을 강제함으로써, 순기능을 하는 공익소송을 위축시키고 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 하고 있다. 사회·경제적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담과 재판청구권에 대한 심각한 제약이 발생하고 있는 것이다.

우리가 모방한 일본 민사소송법은 여전히 변호사보수에 대해 각자부담하는 원칙을 따르고 있는데, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 크게 문제되지 않고 있고 인구대비 소송사건 수는 우리보다 더 적은 것으로 보인다. 미국에서도 변호사비용에 대해 각자부담의 원칙을 따르고 있는데, 각자부담의 원칙의 장점은 무엇보다도 당사자들의 재판청구권을 보장하는 역할을 한다는 것이고, 다만 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호 소송 등에서는 승소한 피해자가 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 편면적인 패소자부담주의를 채택함으로써 사회·경제적 약자를 배려하는 구조이다. 패소자부담주의를 따르는 독일이나 영국에서는 우리와 같이 공익소송을 위축시키거나 재판청구권을 과도하게 제약하는 불합리한 점을 보완하기 위해 변호사보수 법정화, 법률보험, 예외 인정 등 나름대로의 시스템을 갖추고 있다.

소송비용 패소자부담 방식의 문제점을 개선하기 위하여 그동안 지속적인 시민단체의 문제 제기, 대한변호사협회의 법률 개정안 제시, 법무·검찰개혁위원회의 법령 개정 권고를 비롯하여 근래 국회의 소송비용에 관한 민사소송법 개정 법률안 발의 등 각계의 노력이 있어 왔다. 우리는 원래 일본, 미국처럼 소송비용 중 특히 변호사보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었으나 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 남소 방지라는 목적에 치중하여 군사정부 시기에 민사소송법을 개정하였다. 그러나 우리 사회의 구조적인 문제점을 지적하고 국가와 사회 발전을 위해 순기능을 하는 공익소송 등에서 남소 방지 목적 외에도 더 중요한 재판청구권의 보장이라는 본래의 목적이 실현될 수 있도록 소송비용 관련 법률인 민사소송법 등에 패소자부담원칙의 예외를 규정하는 방향으로 조속한 개정이 필요하다.

참고문헌

1. 단행본

- 강현중, 민사소송법(제6판), 박영사 (2004).
계희열, 헌법학(중)(신정2판), 고려대학교출판부 (2007).
권영성, 헌법학원론, 법문사 (2010).
대법원 사법정책연구원, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 사법정책연구원 (2016).
민일영·김능환 편집, 주식 민사소송법 2(제7판), 한국사법행정학회 (2012).
법원행정처, 사법연감 (2021).
이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사 (2021).
장영수, 헌법학(제13판), 홍문사 (2021).
정동윤·유병현·김경옥, 민사소송법(제8판), 법문사 (2020).
허영, 한국헌법론(전정17판), 박영사 (2021).
호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사 (2020).
홍성방, 헌법학 개론, 박영사 (2017).

2. 논문

- 곽승구, “제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입여부: 대법원 2020. 4. 24.자 2019 마6990 결정을 소재로”, 법학논고 제73호 (2021).
박경재, “변호사의 법적 지위와 변호사보수계약”, 부산대학교 법학연구소 법학연구 제51권 제1호 (2010).
이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자 부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 경영법률 제24권 제3호 (2014).
전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 한국민사소송법학회 민사소송 제13권 제2호, (2009).
정성윤, “소송비용 제도에 관한 고찰”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원 (2021).
조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 한국민사소송법학회 민사소송 제15권 제1호 (2011).

3. 판례

국내 판례

- 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 92헌바8 결정.
헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌바20 결정.
헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌바204 결정.

헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2012헌바68 결정.
대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정.
서울고등법원 2022. 6. 8.자 2021라21374 결정.
서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카확245 결정.
서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카확31041 결정.
서울중앙지방법원 2018. 5. 8.자 2018라20822 결정.
서울중앙지방법원 2018. 5. 18.자 2018카확31687 결정.
서울중앙지방법원 2019. 3. 5.자 2019카확132 결정.
서울동부지방법원 2021. 12. 14.자 2021카확6232 결정.

외국 판례

Arcambel v. Wiseman, 386 U.S. 714 (1796).
Day v. Woodworth, 54 U.S. 363 (1852).
Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co., 386 U.S. 714 (1967).
Oelrichs v. Spain, 82 U.S. 211 (1872).
Stewart v. Sonneborn, 98 U.S. 187 (1879).

4. 법령

현행 법령

대한민국헌법
민사소송법
민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙
변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙

구 법령

구 민사소송법(1961. 9. 1. 법률 제706호로 개정되기 전의 것)
구 민사소송법(1991. 11. 30. 법률 제4408호로 개정되기 전의 것)
구 소송촉진 등에 관한 특례법(1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 것)

법률안

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호: 1742, 제안일자: 2020. 7. 9., 양정숙의원 등 발의, 계류 중)
국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호: 15830, 제안일자: 2022. 6. 8., 박주민의원 등 발의, 계류 중)

민사소송법 일부개정법률안 (의안번호: 1725, 제안일자: 2020. 7. 9., 양정숙의원 등 발의, 계류 중)

민사소송법 일부개정법률안 (의안번호: 15832, 제안일자: 2022. 6. 8., 박주민의원 등 발의, 계류 중)

5. 인터넷 자료

김지환·김정호, “가족 잃고 수천만원 변호사비 물어내는 유족들 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(상)]”, 파이낸셜뉴스.

김지환·김정호, “너무 억울했지만... 수천만원 소송비 걱정해 병원과 합의 [소송자비용 패소자 부담주의, 이젠 변해야]”, 파이낸셜뉴스.

김지환·김정호, “죄책감, 지남함, 두려움... 의료소송 환자는 세 번 운다 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(하)]”, 파이낸셜뉴스.

박구리, ““공익소송은 패소자 비용부담 예외여야”헌법소원 청구”, 연합뉴스.

박호균, “사회적 약자의 재판청구권 보장을 위해”, 한겨레.

오효정, “[단독] 의사 아들도 힘겨웠던 의료소송... 패소하면 병원 변호사비도 물어내야”, JTBC.

이슬기, “장애인 이동권 소송 졌다, 천만원 내라고요?”, 에이블뉴스.

전진호, “신안군, 염전노예 장애인에 소송비용 청구 ‘논란’”, 웰페어뉴스.

진선민, ““공익소송 저도 패소비용 다 내라?”...잔인한 민사소송법 헌재行”, 서울신문.

최석범, “염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나”, 에이블뉴스.

최종필, “‘염전 노예 오명 벗는다’ 신안군, ‘인권보장 및 증진에 관한 조례’ 시행”, 서울신문.

“「合意による弁護士報酬助訴者負担制度」を導入する法律案に反対する決議”, 京弁護士會.

6. 기타 자료

박호균, “공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향—변호사보수와 소송비용을 중심으로”, 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄, 대한변호사협회 (2018. 11. 21. 발제).

박호균, “공익소송도 돈 있어야 하나요?”, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색 국회 토론회, 국회의원 백혜련·대한변호사협회·민주사회를위한변호사모임·진보네트워킹센터·참여연대·천주교인권위원회·투명사회를위한정보공개센터 (2021. 3. 3. 발제).

박호균, “공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안, 더불어민주당 박주민 국회의원·대한변호사협회·민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터·사단법인 정보인권연구소·진보네트워킹센터·참여연대·천주교인권위원회·투명사회를위한정보공개센터 (2022. 1. 12. 발제).

법무·검찰 개혁위원회, 『공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련』 권고: 법무·검찰 개혁위

원회 제13차 권고 발표, 보도자료 (2020. 2. 10.).

사법개혁위원회, “국민과 함께하는 사법개혁: 사법개혁위원회 백서”, 사법개혁위원회 자료집 (VII) (2005).

송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 공익소송 패소자부담, 공평한가?: 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 대한변호사협회, (2020. 1. 18. 발표).

염형국, “공익인권변론의 역사와 과제”, 노동변론, 공익변론의 어제와 오늘: 故 조영래 변호사 30주기 토론회, 민주사회를 위한 변호사모임 (2020. 11. 14. 발제).

John Litton, “Protective Costs Orders in UK Environmental and Public Law Cases”, Landmark Chambers (2015. 9. 18.).

|Abstract|

Problems and Improvement Directions of the Litigation Cost Burden System in Public Interest Litigation*

PARK, Ho-Kyun**

Korea revised American Rule: the principle that each party bears attorney's fees, which had lasted more than 2-30 years, to the costs loser pay rule through the revision of the Civil Procedure Act in 1990. For this reason, even though some suits are about public interest - litigation for unfairness against the state, insurance claims, damages litigation by traffic accident, medical litigation, environmental litigation - that are difficult to be considered as unfair litigation, Korean legal system uniformly enforces costs loser pay rule. In result, the rule reduces litigation about public interest that can have a positive effect and imposes excessive sanctions on plaintiffs. Although it does not impose a significant burden on socially and economically superior actors, it creates a great burden and serious restrictions on the right to a trial for common citizens who

* Recently, there were four symposiums on the Litigation Cost Burden System; ① Symposium on Problems and Improvement of Litigation Costs in Public Interest Litigation, etc.(Organized by Korea Bar Association in 2018), ② Discussion on the effect of contracting public interest litigation and seeking system improvement due to the burden of losing public interest litigation(Organized by Korean Bar Association in 2020), ③ The National Assembly Debate on legislative measures to improve the costs loser pay rule in public interest litigation (Organized by the National Assembly member Baek Hye-ryeon, Korean Bar Association, etc. in 2021), ④ Revision of the Civil Procedure Act for the improvement of the public interest litigation loser's pay system(Organized by the National Assembly member Park Joo-min, Korean Bar Association, etc. in 2022). This article is a revision of the presentations issued at the aforementioned events, except '②'.

** Doctor of Philosophy in law, Representative Attorney at Hippocrates Law Firm, hippocra2006@naver.com

are economically disadvantaged.

The Japanese Civil Procedure Law still follows the principle that each party pays attorney's fees. The United States also follows the principle of paying each attorney's fees (American Rule), and the advantage of the principle of self-pay is that, above all, it serves to guarantee the parties' right to a trial. Only if the trial is about public interest, one victim can claim attorney's fees to the other party (the loser), and this can be recognized as consideration of social and economically disadvantaged people. Germany and the UK, which follow the costs loser pay rule, have their own systems such as legalization of attorney's fees, legal insurance, and recognition of exceptions to compensate for the unreasonable limitations that reduce public interest litigation or excessively restrict the right to a trial.

In order to resolve the problem of our costs loser pay rule, various efforts have been made in various fields, such as continuously raising issues by civic groups, suggesting amendments to laws by the Korean Bar Association, and recommending amendments to laws by the Judicial and Prosecutor's Reform Committee. Also, recently, a bill to amend the Civil Procedure Act on litigation costs was proposed in the National Assembly of the Republic of Korea. Originally, we followed the method of paying each litigation cost, especially attorney's fees, as in Japan and the United States, but the Civil Procedure Act was revised during the military government, focusing on the purpose of preventing litigation abuse without sufficient verification by civil society organizations or the public. However, it is necessary to revise the Civil Procedure Act to stipulate exceptions to the principle of burdening losers so that the original purpose of guaranteeing the right to a trial can be realized in suits about public interest that functions for the development of the state and society.

Keywords : costs loser pay rule, American Rule, attorney's fee, one-way fee shifting rule, public interest litigation, right to a trial