

# 국회 토론회 자료집

## 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안

**일시** | 2022년 1월 12일(수) 오후 2시

**장소** | 온라인 생중계

**주최** | 더불어민주당 박주민 국회의원, 대한변호사협회,  
민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터, 사단법인  
정보인권연구소, 진보네트워크센터, 참여연대, 천주교인권위원회,  
투명사회를위한정보공개센터

## 프로그램

---

14:00	사회	박종운 변호사 / 대한변협 공익소송 패소자부담 제도개선TF 위원장
14:05	인사말	박주민 / 더불어민주당 국회의원 이종엽 / 대한변호사협회 협회장
14:15	발제	<b>공익소송 등에 대한 패소자부담주의 예외 제도의 필요성</b> 박호균 변호사 / 대한변호사협회 공익소송 패소자부담 제도개선TF 위원
14:45	토론1	이종구 / 단국대 법학과 교수
	토론2	이승은 / 법원행정처 사법지원실 사무관
	토론3	허진민 / 참여연대 공익법센터 소장
	토론4	김창형 / 법무부 국가소송과 사무관
	토론5	정제형 / 재단법인 동천 변호사
15:30	종합토론 및 질의 응답	

# 인사말



안녕하십니까? 더불어민주당 은평갑 국회의원 박주민입니다.

이번 「공익소송 패소비용 제도 개선을 위한 민사소송법 등 개정방안」 토론회를 공동 주최하게 되어서 매우 기쁘고 감사하게 생각합니다.

먼저 바쁘신 중에도, 이번 토론회에 흔쾌히 참여해 주신 박종운 위원장님, 박호균 위원님, 이종구 교수님, 이승은 사무관님, 허진민 소장님, 정제형 변호사님, 김창형 사무관님께 진심으로 감사 인사를 드립니다. 그리고 이 토론회의 원활한 진행을 위하여 안 보이는 곳에서 묵묵히 애써 주신 실무진 여러분들께도 감사하다는 말씀을 드리고 싶습니다.

익히 알려진 바와 같이, 헌법 제27조 제1항에서는 ‘모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다’고 규정하고 있습니다. 이렇게 헌법이 규정한 국민의 재판청구권을 제대로 보장하기 위해서는, 형식적으로 재판을 청구할 수 있는 기회를 보장하는 것에서 나아가 ‘비용 부담이 재판을 청구하는 데에 장애물이 되어서는 안 된다’는 실질적인 보장까지 이루어져야 할 것입니다.

현행법에 따르면, 소송비용은 패소자가 부담하는 것이 원칙입니다. 그동안 이 원칙은 ‘부당한 제소를 막기 위해 어쩔 수 없다’는 항변으로 용인되어 왔습니다. 그러나, 사회적 약자의 인권보호와 제도 개선을 위해 이루어지는 공익 소송에도 이 원칙을 여과 없이 적용해야 하는 지에 대해서는 많은 분들이 의문을 가지고 있습니다.

뿐만 아니라, 공익소송의 범위를 어느 정도까지 인정할 것인지에 대해서도 다양한 의견이 있습니다.

모쪼록 이번 토론회를 통하여, 패소한 공익소송이더라도 공익 소송의 취지와 역할을 고려할 때 어느 정도가 적절한 비용부담에 해당하는지, 공익소송의 범위는 어떻게 규정하는 것이 타당한 지 등에 대한 합리적인 대안을 마련할 수 있기를 희망합니다.

저도 공익소송 패소 비용과 관련된 법률과 필요한 제도를 만드는 데에 함께 하겠습니다.

감사합니다.

2022. 1. 12.

더불어민주당 국회의원 박주민

# 인사말



안녕하십니까. 대한변호사협회 협회장 이종엽 변호사입니다.

먼저, 오늘 『‘공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정 방안’ 국회 토론회』를 더불어민주당 박주민 국회의원님, 민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터, 정보인권연구소, 진보네트워크센터, 투명사회를위한정보공개센터, 참여연대, 천주교인권위원회와 공동으로 주최하게 되어 대단히 기쁘게 생각합니다. 바쁘신 중에도 귀한 시간을 내시어 발제와 토론을 준비해주신 분들과 관계자 여러분의 노고에 감사드립니다.

현재 소송비용은 민사소송법 제98조에 따라 패소한 당사자가 부담하는 것이 원칙입니다. 그러나 사회적 약자의 권익을 보호하고 불합리한 사회구조를 개선하기 위한 공익소송에 대해서도 일률적으로 소송비용 패소자부담의 원칙이 적용되고 있어, 공익소송에서 패소한 당사자가 막대한 소송비용을 짊어질 수밖에 없는 것이 현실입니다. 그리고 이러한 부담은 공익소송의 활성화를 저해하는 걸림돌이 되고 있습니다.

대한변호사협회는 2018년 11월 ‘공익소송 소송비용 문제에 대한 심포지엄’을 개최하였고, 2020년 1월 ‘공익소송 패소자부담, 공평한가?’라는 주제로 토론회를, 2021년 3월에는 ‘공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색’이란 주제로 국회 토론회를 각 개최하는 등 공익소송 비용 제도에 관하여 오랜 기간 논의를 해왔습니다. 이렇게 공익소송 소송비용 문제에 대한 충분한 논의가 이루어졌고, 사회적 공감대도 형성된 만큼 그간 축적된 의견들을 바탕으로 구체적인 입법방안을 논의하기 위해 개최된 이번 토론회는 매우 시의적절하다고 할 것입니다.

오늘 토론회의 좌장을 맡아주실 대한변협 공익소송 등 소송비용 제도개선 TF 위원장 박종운 변호사님, ‘소송비용 제도개선을 위한 민사소송법 및 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정 방안’이란 주제로 발제를 맡아주실 대한변협 공익소송 등 소송비용 제도개선 TF 위원 박호균 변호사님, 토론을 맡아주실 단국대학교 법학과 이종구 교수님, 법원행정처 사법지원실 이승은 사무관님, 참여연대 공익법센터 소장 허진민 변호사님, 재단법인 동천의 정제형 변호사님, 법무부 국가소송과 김창형 사무관님 그리고 전체 사회를 맡아주실 남혜진 비서관님께도 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

오늘 토론회에 참석해주신 여러분들께 다시 한번 감사의 인사를 드리며, 대한변호사협회는 앞으로도 공익소송 활성화를 통해 약자와 소수자의 인권을 두텁게 보호할 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다.

2022. 1. 12. 대한변호사협회 협회장 이종엽

발표

# 공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향

박호균 / 변호사, 대한변호사협회 소송비용TF 위원

## I. 서론

1. 사례소개
2. 소송비용의 개념
3. 문제 제기

## II. 우리나라 소송비용 부담의 현황, 제도 연혁 및 그 문제점

1. 우리나라 소송비용 부담의 현황과 문제점
2. 재판청구권과 소송비용의 관계
3. 소송비용 제도의 연혁 및 이에 대한 비판점
4. 비교법적 측면에서 우리나라 소송비용 제도의 문제점
5. 소결론

## III. 소송비용 제도 개선방향에 관한 최근 논의 경과 및 우려에 대한 비판점

1. 패소자부담주의에 대한 개정 필요성에 대한 각계 활동과 경과
2. 개정 논의에 관한 우려에 대한 비판점

## IV. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성과 법률 개정 방향

## V. 결론

## I. 서론

### 1. 사례 소개

#### 가. 공익소송 유형 (시민단체의 도움을 받은 개인이 국가나 지자체를 상대로 제기한 소송)

염전 노예사건으로 알려진 피해 장애인들은 2014년 2월 언론과 장애인 단체 활동가, 법률가들의 도움으로 섬을 탈출하였다. 이들은 과거 수십 년 동안 신안군 내 임금 착취와 감금, 폭력을 동반한 강제 노동을 겪은 것에 대하여, 시민단체와 공익 변호사들의 도움으로 인권과 공익을 위해 앞장서야 할 국가와 지방자치단체 공무원들의 악습을 목인하는 등의 행태를 근절시키고자 2015년 11월 국가와

신안군, 완도군에 책임을 묻는 국가배상청구소송을 제기하였다. 이 소송 이후 소송비용액 확정 신청에 따라新安군청이 지출한 변호사수임료 등 약 6,972,000원을 7명의 염전 피해 장애인들이 납부해야 하는 결정이 나서 언론에 알려진바 있다.<sup>1</sup> 이 같은 공익소송 유형으로 일제 강점기 독립운동가의 인권 옹호부터 근래의 수재 집단 손해배상청구소송, 호주제 위헌 소송, 장애인 보험차별에 대한 손해배상청구 소송 등 다양한 유형들이 있다.<sup>2</sup>

## 나. 보험금 소송(개인이 보험회사와 같은 대기업을 상대로 제기한 소송)

P씨는 가정에서 화분에 채소 재배를 위해 보관하던 농약(살충제)을 음료수와 혼동하여 마시는 중독사고로 병원에 이송되어 생명을 구했으나 진행된 사지괴사로 인해 사지절단 상태가 되었고, 이에 대해 평소 가입해둔 보험상품을 확인하고 보험금을 청구하였으나 이를 거부당하였다. P씨는 보험사를 상대로 상해보험금 청구 소송을 제기하였다가 대법원까지 패소하게 되었고, 보험금 소송이 종결된 후 OO보험사에서 사지절단 상태가 된 P씨에게 보험사가 지출하였다는 변호사보수를 소송비용으로 청구하였고 법원에서 9,530,016원을 인정하였다(서울중앙지방법원 2019카합132 소송비용확정 결정).

## 다. 지하철 낙상과 의료사고(개인이 지자체, 공사 및 의료기관을 공동 피고로 하여 제기한 소송)

K씨는 2014. 1. 14. 18:00경 안산시 소재 초지역 지하철역 계단을 걸어 내려가던 중 미끄러지는 사고로 목을 다쳐 뒤늦게 출동한 119를 통해 인근 종합병원에 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 OO공사, 119의 사용자인 경기도 및 수술을 조기에 시행하지 않은 OO의료기관을 공동피고로 하여 약 10억원 가량의 손해배상청구의 소를 제기하였다가 모두 패소하였는데, 이후 위 소송의 피고들인 OO공사, 경기도 및 OO의료기관측에서 소송비용을 K씨에게 청구하여 합계 약 1억원 가량의 소송비용을 청구하였고 법원은 이를 받아들였다(서울중앙지방법원 2018카합245 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31687 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31041 소송비용액확정 결정). 또한 의료사고에서 패소한 경우 뿐만 아니라 심지어 승소한 경우에도 일부 패소한 부분에 대해 과도한 소송비용 부담의 문제가 발생하는 사안들도 적지 않다.<sup>3</sup>

## 2. 소송비용의 개념

<sup>1</sup> 최석범 기자, 염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나, 에이블뉴스, 2018. 5. 3.자 기사; 웰페어뉴스,新安군, 염전 노예 장애인에 소송비용 청구 '논란', 2018. 4. 26.자 기사; 이후 2년 가량이 경과한 시점에新安군은 인권 침해를 규제하기 위해 '新安군 인권기본조례'를 제정하여 2022. 1.부터 적용한다는 소식이 알려졌다(서울신문, '염전 노예 오명 벗는다'新安군, '인권보장 및 증진에 관한 조례' 시행, 2021. 12. 28.자 기사 참조).

<sup>2</sup> 염형국, 노동변론, 공익변론의 어제와 오늘, 민주사회를 위한 변호사모임, 2020, 73면 이하.

<sup>3</sup> 파이낸셜뉴스, 가족 잃고 수천만원 변호사비 물어내는 유족들 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(상)], 2021. 6. 16.자 기사; 파이낸셜뉴스, "너무 억울했지만... 수천만원 소송비 걱정엔 병원과 합의" [소송비용 패소자 부담주의, 이젠 변해야], 2021. 6. 17.자 기사; 파이낸셜뉴스, 죄책감, 지난함, 두려움... 의료소송 환자는 세 번 운다 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(하)], 2021. 6. 20.자 기사; JTBC 뉴스, [단독] 의사 아들도 힘겨웠던 의료소송...패소하면 병원 변호사비도 물어내야, 2021. 11. 26.자 방송 참조.

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용으로, 재판비용과 당사자비용으로 대별된다. 재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용 등이다<sup>4</sup>. 당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용인데, 대표적으로 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다<sup>5</sup>. 최근 2018. 4. 대법원규칙<sup>6</sup>이 개정됨으로써 소송비용으로 인정될 수 있는 변호사 보수가 상향되었다. 일각에서는 변호사 보수를 현실화 하였다고 하나, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다도 더 많다는 평가도 적지 않다.

### 3. 문제 제기

우리나라는 2-30년 이상 지속되어 오던 변호사 보수 각자 부담원칙을 1990년 민사소송법 개정을 통해 패소자에게 부담시키도록 법률을 개정하여 현재까지 같은 법률을 유지하고 있다. 이 때문에 위에서 제시하고 있는 염전노예 사건이나, 보험금 소송, 지자체와 의료기관을 제기한 의료소송 사례의 경우, 소송 종결 후 소송비용의 취급을 당하는 상황을 보면, 공익소송이나 증명의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 일률적으로 패소자부담 원칙을 강제함으로써, 공익소송을 위축시키고 패소한 당사자는 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 받고 있다고 볼 수 있다.

즉 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하고 개선 방향을 제기하는 등 순기능을 할 수 있는 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 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.

경제적, 사회적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담을 주고 재판청구권에 대한 제약이 발생하고 있고, 공익적인 기능을 수행하고 있는 소위 공익소송을 심각하게 위축시키고 있는 것이다. 이하에서는 소송비용, 특히 소송비용 중 변호사 보수 부담 제도를 중심으로 하여 우리나라 소송비용 부담의 현황과 문제점, 소송비용과 재판청구권의 관계, 소송비용 규정의 개정 연혁, 외국의 소송비용 제도 운영 현황, 최근 소송비용 제도 개선에 관한 논의 경과 등을 살펴보고, 바람직한 민사소송법의 개정 방향에 대해 의견을 개진하고자 한다.

---

<sup>4</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 600-601면; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681면 참조;  
정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법(제8판), 2020, 1165-1166면; 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2020, 637-638면 참조.

<sup>5</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 601면; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681면 참조.

<sup>6</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙  
[시행 2018. 4. 1.] [대법원규칙 제2779호, 2018. 3. 7., 일부개정] [별표] <개정 2018. 3. 7.> 자료집 38페이지 참고

## II. 우리나라 소송비용 부담의 현황, 제도 연혁 및 문제점

### 1. 우리나라 소송비용 부담의 현황과 문제점

#### 가. 공익소송 등에서 문제점

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 통칭하고, 공익법률시스템이란 이와 같은 ‘공익소송과 공익활동을 활성화하기 위한 제도적 장치’를 말한다고 개념을 설명한 바 있고, 대표적인 공익소송의 예로 서울시 판공비 정보공개 청구소송, 지하철 연착에 대한 손해배상 청구소송, 김포공항 소음피해소송, 여성단체들의 군 가산점에 대한 헌법소원 등을 예로 들고 있다.<sup>7</sup>

지금까지 공익소송으로 언급되어 온 공익소송은 불특정 다수의 피해 구제, 사회적 소수자·약자의 권리보호 등으로 공익실현 기능, 권리구제 기능, 사회개혁을 통한 발전역량의 도모 등의 순기능을 가지고 있다. 따라서 우리 사회 인권의 개선을 위해서는 공익소송이 활성화될 수 있도록 지원하고 공익법률시스템을 구축해야 할 필요성이 크다.<sup>8</sup> 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.

공익소송은 민사소송, 행정소송, 헌법소송의 다양한 형태로 진행되고, 이러한 공익소송 패소시 소송비용 문제는 공통적인 걸림돌이 되고 있는데, 그중 가장 빈번한 피해 사례는 손해배상청구등 민사소송과 정보공개청구소송을 포함한 행정소송인 경우가 많고, 유형별로는 장애인등 사회적 약자의 인권에 관한 소송·소비자소송·노동관계소송·환경소송·의료소송 등이 이에 해당할 수 있다. 공익소송에는 몇 가지 공통적 속성을 볼 수 있는데, ① 대개 소송의 양 당사자의 지위가 대등하지 않고, 사회적 약자 본인 또는 시민사회단체가 소송의 일방 당사자가 되기 때문에 당사자의 경제적 자력이 충분치 않으며, 상대방이 국가·지방자치단체·공공기관·대기업으로서 모든 역량의 불균형이 예정되어 있다는 점, ② 환경소송·의료소송 등과 같이 전문적 영역에 해당하거나 증거의 편재로 인한 증명의 부담이 큰 경우가 많다는 점, ③ 공익소송은 현 시점에서 법령이나 법원 판결의 문제점을 지적하고 전향적 개선을 촉구하는 경우가 많아 패소 가능성이 적지 않다는 점 등을 속성으로 들 수 있고, 따라서 소송비용 부담 문제가 당사자에게 큰 부담으로 작용하며, 결국 이로 인하여 공익소송이 크게 위축되는 문제점이 있다.<sup>9</sup>

비단 위 염전 노예사건 외에도 장애계, 시민단체의 노력으로 지하철 스크린 도어 관리 소홀로 낙상하는 시각장애인들의 여러 소송들, 버스 승차 거부와 관련된 버스회사를 상대로 한 장애인의 소송, 환경

<sup>7</sup> 사법개혁위원회. 국민과 함께하는 사법개혁, 사법개혁위원회 자료집(VII), 2005, 236면 참조

<sup>8</sup> 송상교, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 33면 참조.

<sup>9</sup> 송상교, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 34면 참조.



침해로 인한 주민들의 집단 소송, 과거 독재 정권하에서 인권 탄압, 사살 후 수 십년이 경과하여 진행된 국가배상 소송 등 공익적인 소송의 유형이 존재하고 언론에 회자되고 있다.

그런데 공익소송의 이면에는 소송 이후 위 염전 노예 사건과 같이 소송비용의 부담의 문제가 있고 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 약속이나 제도에 대해 개선의 기회를 제공한다는 측면에서 우리 사회에 긍정적인 기능을 하고 있음에도, 패소하였다고 하여 일률적으로 경제적 제재를 가하고 있는 소송비용 제도는 시급히 개선될 필요성이 있다.

#### **나. 소비자 대 대기업과 같이 경제적, 사회적 지위에 차이가 큰 경우에 불합리한 점의 발생**

앞서 본 보험금 소송에서 패소한 사례는, 일반 소비자들이 쉽게 접할 수 있는 소송이다. 통상적으로 보험가입 당시에는 보험회사는 대부분의 사고를 보장할 수 있을 것처럼 홍보를 하고 보험가입을 유도하지만, 정작 사고가 발생하여 보험사고에 해당하는지 여부, 즉 보험금 지급 단계에서는 엄격하게 심사하여 거부하는 경우가 비일비재하다.

대기업인 보험사는 일반인들을 상대로 소송비용을 청구함으로써 소 제기 자체를 하지 못하도록 경고하고, 보험사에서 보험금 지급을 거부하는 사안에 대해서는 포기를 유도하는 등 재판청구권 자체를 심각하게 제한하고 있는 문제점이 있다.

이 같은 사례 역시 개별 피해자가 보험사를 상대로 제기한 일반적인 소송이지만, 소비자가 대기업을 상대로 제기하는 소송으로서 약자보호 및 소비자 보호 측면에서 소송비용 부담의 문제를 해결할 필요가 있는 공익적인 성격이 있는 소송임에 분명하다.

#### **다. 증명의 부담이 큰 전문소송에서 문제점**

서론에서 제시한 지하철 낙상과 의료사고(개인이 지자체, 공사 및 의료기관을 공동 피고로 하여 제기한 소송) 사안에서, OO공사의 경우 상고심 단계에서 K씨에게 ‘상고를 제기하면 소송비용을 청구할 것이고, 상고를 포기하면 소송비용을 청구하지 않을 것’이라는 입장을 전달해 왔으나, K씨는 대법원의 판결을 받지 못하는 불합리함을 받아들이기 어려워 상고를 제기한 바 있다. 재판청구권을 과도하게 제약하는 일면을 볼 수 있다.

또한 위 소송과 관련하여, OO공사가 K씨에게 소송비용으로 청구한 변호사 보수는, 사실은 OO공사가 변호사 보수를 스스로 소송대리인에게 지급한 것이 아니라, OO보험주식회사에서 보험금 지급 방식으로 변호사 보수를 대납하는 것이었다. 즉 OO공사는 보험료를 납부하고 소송이라는 보험사건이 발생하자 OO보험주식회사가 OO공사에 보험금(변호사보수)을 지급한 것인데, 법원에서는 그 보험금 역시 OO공사의 변호사보수로 인정하여 다시 K씨로 하여금 OO공사의 변호사 보수를 부담하도록 결정한

것이다(서울중앙지방법원 2018카합245 소송비용액확정 결정). 이는 변호사 보수의 패소자 부담 원칙이 보험과 결합하여 기형적으로 대기업의 이익을 극대화하는 기현상까지 초래하고 있다.<sup>1011</sup>

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 절차가 실무에서 필수적으로 요구되고(진료기록감정, 사실조회 등), 또한 환경소송과 같은 전문소송에서도 감정이 필요한 경우가 대부분이다.

즉 일정한 분야의 전문영역에서는 당사자에게 현저한 입증의 부담이 있는 경우가 있고, 전문성이 부족한 측에서 소송 제기 후 패소하였다고 하여 일률적으로 변호사 보수를 부담케 하는 것은, 2차적인 경제적 피해를 낳을 뿐만 아니라, 나아가 일반 국민들의 재판청구권을 과도하게 제약하거나 침해하는 불합리한 현상이 발생한다. 남소를 방지하는 목적에서 나아가 경제적 어려움이 있는 사람들의 소송 자체를 봉쇄하는 폐해가 있는 것이다.

과거 헌법재판소는 민사소송법 소송비용 규정이 재판청구권을 침해하지 않는다고 판단하기는 하였으나<sup>12</sup>, 변호사보수를 소송비용에 산입함으로써 정당한 권리실행을 위하여 제소 또는 응소하려는 사람이 패소한 경우의 비용 부담을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 되는 점은 부인할 수 없다고 하여 패소자 부담 원칙의 문제점을 확인하고 있고, 다만 소송비용 제도는 다소 정책적인 영역이기 때문에, 국회의 재량의 클 수 밖에 없는 것이고, 이 같은 영역에서는 헌법재판소에서 위헌 판단을 하기 어려운 구조적인 어려움이 있다.

그러므로 공익소송, 전문가 소송 등에서 발생하는 불합리한 점을 해결하기 위해서는, 공론화를 거쳐 국회에서 적극적으로 법률을 개정하는 방법을 통해 해결할 수밖에 없다.

---

<sup>10</sup> 이와 관련하여 기초사안은 달리하나 제3자가 지급하는 변호사 보수를 소송비용으로 인정하는 대법원 결정이 타당하다는 최근 연구자료가 존재하나(곽승구, 제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입여부 -대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정을 소재로-, 법학논고(제73호), 경북대학교 법학연구원, 2021 참조), 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.

<sup>11</sup> 의료소송에서 불합리한 사례들에 관한 기사들로는, 앞서 본 파이낸셜뉴스, 가족 잃고 수천만원 변호사비 물어내는 유족들 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(상)], 2021. 6. 16.자 기사; 파이낸셜뉴스, "너무 억울했지만... 수천만원 소송비 걱정에 병원과 합의" [소송비용 패소자 부담주의, 이젠 변해야], 2021. 6. 17.자 기사; 파이낸셜뉴스, 죄책감, 지난함, 두려움... 의료소송 환자는 세 번 운다 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(하)], 2021. 6. 20.자 기사; JTBC 뉴스, [단독] 의사 아들도 힘겨웠던 의료소송...패소하면 병원 변호사비도 물어내야, 2021. 11. 26.자 방송 참조.

<sup>12</sup> 변호사보수를 소송비용에 산입하여 승소한 당사자가 이를 상환받을 수 있게 할 것인지는 국가의 재정규모, 국민의 권리의식과 경제적·사회적 여건 등을 고려하여 입법자가 법률로 정할 성질의 것이다. 심판대상조항은 정당한 권리행사를 위하여 소송을 제기하거나 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자의 실효적 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적 운영을 도모하려는 데 그 취지가 있다. 변호사보수를 소송비용에 산입함으로써 정당한 권리실행을 위하여 제소 또는 응소하려는 사람이 패소한 경우의 비용 부담을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 되는 점은 부인할 수 없다. 그러나 심판대상조항과 이에 근거한 '변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙'은 소송 유형에 따라 차등을 두거나 법원 재량으로 변호사보수로 산정될 금액을 감액할 수 있도록 하는 등 구체적 소송비용의 상환범위를 합리적으로 제한하고 있다. 이 사건에서 위 선례와 달리 판단할 만한 사정변경이 있다고 보기 어려우므로, 심판대상조항이 패소한 당사자의 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다(헌재 2011. 5. 26. 2010헌바204; 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바68)

## 2. 재판청구권과 소송비용의 관계

### 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 국가권력에 의해서만이 아니라 사인에 의해서도 갖가지 형태로 침해된다. 이처럼 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 있을 것이다. 이런 의미에서 재판청구권은 ‘법치국가의 초석’이라고 보아야 한다.<sup>13</sup>

재판청구권은 누구든지 국가에 대하여 재판을 청구할 수 있는 권리, 즉 누구든지 권리가 침해되거나 분쟁이 발생한 경우 독립이 보장된 법원에서 법률이 정한 자격을 갖춘 법관에 의해 객관적 법률에 따라 공정하고 신속한 공개재판을 받을 권리를 말한다.<sup>14</sup> 헌법재판소에 따르면 헌법 제27조 제1항 전단의 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 그 후단의 “법률에 의한 재판”을 받을 권리라 함은 법관에 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.<sup>15</sup>

### 나. 소송비용에 의한 재판청구권 침해 가능성

(1) 앞서 본 바와 같이, 소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용을 말한다. 소송비용의 범위, 액수와 예납에 관하여는 민사소송비용법, 민사소송등인지법, 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙과 민사소송규칙 등에 규정이 있다. 소송비용은 소, 항소, 상고의 비용을 말하며, 강제집행비용 또는 가압류, 가처분의 절차비용은 별도의 비용이다. 소송비용은 재판비용과 당사자비용으로 대별된다<sup>16</sup>.

재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용이다. 인지액은 1000만원 미만의 경우는 ‘소가X5/1000’이나 고액일수록 체감되며 10억원 이상의 경우는 소가X3.5/1000(555,000원 가산)가 된다. 인지대 아닌 재판비용은 송달료, 공고비,

<sup>13</sup> 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 631면; 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), 2010, 608면 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 적법한 절차의 공정한 재판을 받을 수 있는 사법절차적 기본권으로서의 절차적 권리가 그것이라고 한다[허영, 한국헌법론(전정17판), 2021, 413-415면 참조].

<sup>14</sup> 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 633면 참조.

<sup>15</sup> 헌법재판소 결정 1996. 2. 29. 92헌바8 참조

<sup>16</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 600-601면; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681면 참조; 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법(제8판), 2020, 1165-1166면; 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2020, 637-638면 참조.

증인·감정인·통역인과 번역인 등에 지급하는 여비·일당·감정료·숙박료, 법관과 법원사무관 등의 검증 때의 출장일당·여비·숙박료 등이다. 이와 같은 비용은 법원 당사자에게 예납시킬 수 있는데, 예납명령의 불이행시 법원은 그 행위(증인채택)를 하지 않을 수 있다. 예납명령의 불이행을 이유로 행한 불이익한 재판에 대하여는 독립하여 불복할 수 없다<sup>17</sup>.

당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용이다. 예를 들면, 소장 등 소송서류의 작성료, 당사자나 대리인이 기일에 출석하기 위한 여비·일당·숙박료와 대법원 규칙이 정하는 범위 안에서 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다<sup>18</sup>.

(2) 재판청구권은 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 재판청구권을 제한하는 법률로는 법원조직법, 헌법재판소법, 민사소송법, 형사소송법, 행정소송법, 군사법원법, 소액사건심판법 등의 각종 법률이 있고<sup>19</sup>, 구체적인 사법제도의 내용에 대하여는 입법자의 형성의 자유가 인정되어야 한다<sup>20</sup>. 그러나 제한하는 경우에도 본질적 내용을 침해하여서는 안 된다. 예를 들어, 법관에 의한 적어도 한 차례의 검토·심리의 기회가 보장되는 것과 그러한 접근기회가 사실상 가능하여야 한다는 것은 재판청구권의 본질적 내용에 속한다고 할 것이다. 또한 재판청구권은 제한하는 경우에는 다른 기본권과 마찬가지로 비례의 원칙과 명확성의 원칙 등을 준수하여야 할 것이다.<sup>21</sup>

## 다. 소결

(1) 법치주의원리는 민주주의와 더불어 헌법의 양대 기본원리의 하나로 권력분립을 전제로 기본권보장의 실현을 목적으로 한다. 재판제도의 보장은 법치주의의 핵심요소의 하나이고, 재판을 청구할 수 있는 권리, 즉 재판청구권을 기본권으로 보장하는 것은 법치주의의 직접적인 표현이다. 재판청구권은 다른 기본권의 실효적 보장을 위해 반드시 필요한 기본권으로서 법치주의의 핵심적 요소의 하나라고 할 것이다<sup>22</sup>.

(2) 그런데 여러 가지 원인, 가령 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 재판청구권의 심각한 제약이나 침해되는 경우가 발생할 수 있고, 우리 법제가 재판청구권의 과도한 제한이나 침해를 허용하고 있다면, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권과 같은 기본권은 명목상의 권리에 불과한 상황이 될 것이다.

서론에서 제시하고 있는 염전노예 사건이나, 보험금 소송, 지하철 낙상 후 지자체와 의료기관을 상대로 한 소송사례의 경우, 공익소송의 순기능(제도 개선 등<sup>23</sup>), 사회적 약자 보호, 전문가 소송에서 증명의

<sup>17</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 600-601면; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681면 참조.

<sup>18</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 601면; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681면 참조.

<sup>19</sup> 홍성방, 헌법학 개론, 2017, 263-264면 참조.

<sup>20</sup> 장영수, 헌법학(제13판), 2021, 903면 참조.

<sup>21</sup> 홍성방, 헌법학 개론, 2017, 263-264면 참조.

<sup>22</sup> 장영수, 헌법학(제13판), 2021, 901면 참조; 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 631면 참조.

<sup>23</sup> 다소 평가일 수 있지만, 염전노예 피해자들의 신안군청에 대한 소송 이후 2년 가량이 경과한 시점에 신안군은 인권 침해를 규제하기 위해 ‘신안군 인권기본조례’를 제정하여 2022. 1.부터 적용한다는 소식이

부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 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. 소송비용 제도의 연혁 및 이에 대한 비판점

#### 가. 1990년 이전의 민사소송법[시행 1960.7.1.] [법률 제547호, 1960.4.4., 제정]

우리나라 최초의 민사소송법 제89조(소송비용부담의 원칙)에서는, 소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다고 규정하면서도, 소송비용에 변호사 보수를 포함하는 규정을 두지 않음으로써, 당초 우리나라는 1990년까지 약 30년 동안 변호사 보수 각자 부담 방식을 취하고 있었다. 이는 지금의 일본이나 미국이 원칙적으로 따르고 있는 방식에 가깝다.

#### 나. 1990년 이후의 민사소송법[행 1990. 9. 1.] [법률 제4201호, 1990. 1. 13., 일부개정]

그러다가 위와 같이 1990. 1. 민사소송법을 개정하면서 변호사 보수를 소송비용에 포함시키고, 패소자에게 부담시킬 수 있도록 규정 자체를 크게 변경하였다.<sup>24</sup> 즉 변호사 보수 패소자 부담의 원칙은 1990년에 민사소송법 개정으로 신설된 규정에 의한 것이고, 앞서 본 바와 같이 우리 법제의 기본은 변호사 보수 각자 부담의 원칙을 따르고 있었다.

#### 다. 현행 민사소송법

---

알려졌다(서울신문, ‘염전 노예 오명 벗는다’ 신안군, ‘인권보장 및 증진에 관한 조례’ 시행, 2021. 12. 28.자 기사 참조).

<sup>24</sup> 민사소송법 제89조 (소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다.  
제99조의2 (변호사 보수와 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.  
[본조신설 1990·1·13]

#### 【제정·개정이유】

소송절차를 일부개정하고, 신용사회의 기반조성을 위하여 채무불이행자에 대한 제재를 강화하는등 강제집행제도를 보완하려는 것임.

- ①법을 모르는 국민을 위하여 법원은 당사자가 명백히 간과한 법률상 사항에 대하여 의견진술의 기회를 주도록 함.
- ②소송지연을 목적으로 한 제척·기피신청을 각하하고 이러한 경우에도 본안절차가 정지되지 아니하도록 함.
- ③확정판결등에 의한 채무의 불이행자에게 재산목록의 제출을 명할 수 있게 하고, 판결확정후 6월이내에 채무를 이행하지 아니하는 채무자는 채무불이행자명부에 등재하여 누구나 열람·등사할 수 있도록 함.
- ④경매법을 폐지하고 이를 민사소송법에 흡수함.
- ⑤시행일은 1990년 9월 1일로 함.

현행 민사소송법은 1990년의 민사소송법 규정을 조문 번호만 개정하고 그대로 유지하고 있고<sup>25</sup>, 각주에서 보는 바와 같이, 소송비용으로 인정할 수 있는 보수에 관한 대법원 규칙<sup>26</sup>을 2018. 4. 및 2020. 12. 28. 각 개정함으로써, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다도 더 많다는 평가도 적지 않다. 변호사 보수를 패소자에게 부담시켜 받아 낼 수 있으니, 대법원 규칙에서 정한 수준 정도의 변호사 보수로 약정을 제안하는 경우도 많은 것으로 보인다.

## 라. 우리나라 패소자부담 원칙 도입(1990년)에 대한 종전의 평가 및 이에 대한 비판점

### (1) 패소자부담 원칙에 대한 ‘종래의 평가’

우리나라에서 변호사 보수 각자 부담 원칙에서 패소자 부담 원칙으로 변경이 되자 이에 대해 입법적인 진전이라는 종래의 견해는 아래와 같다.

독일·프랑스·오스트리아·영국 등 선진제국의 입법례는 변호사보수를 소송비용에 산입하여 승소당사자는 패소당사로부터 이를 직접 받아낼 수 있게 하였으나, 우리 민사소송법은 일본법제를 모방하여 법원이 변호사선임명령(민사소송법 제144조<sup>27</sup>)을 한 경우를 제외하고 소송비용에 산입하지 않는 법제였으며, 다만 부당제소·부당응소 또는 부당상소로 인하여 부득이 변호사를 선임한 경우에는 불법행위를 구성하는 것으로 보아 별도의 소제기에 의한 그 비용의 배상청구를 인정하였을 뿐이었다<sup>28</sup>. 일본의 현재 소송비용 부담 방식과 유사하다고 할 수 있다.

그러다가 승소자가 ‘상처받은 영광’이 되지 않도록 1981년 소송촉진등에관한 특례법에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입<sup>29</sup>하였으며 뒤의 민소법에서 이를 수용함으로써 제도화한 것이 민사소송법

<sup>25</sup> 제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다.②제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.

<sup>26</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [시행 2020. 12. 28.] [대법원규칙 제2936호, 2020. 12. 28., 일부개정] 자료집 39페이지 참고

<sup>27</sup> 민사소송법 제144조(변론능력이 없는 사람에 대한 조치)

①법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 진술을 할 수 없는 당사자 또는 대리인의 진술을 금지하고, 변론을 계속할 새 기일을 정할 수 있다.

②제1항의 규정에 따라 진술을 금지하는 경우에 필요하다고 인정하면 법원은 변호사를 선임하도록 명할 수 있다.

③제1항 또는 제2항의 규정에 따라 대리인에게 진술을 금지하거나 변호사를 선임하도록 명하였을 때에는 본인에게 그 취지를 통지하여야 한다.

④소 또는 상소를 제기한 사람이 제2항의 규정에 따른 명령을 받고도 제1항의 새 기일까지 변호사를 선임하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 소 또는 상소를 각하할 수 있다.

⑤제4항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

<sup>28</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681-683면 참조

<sup>29</sup> 구 소송촉진등에관한특례법 [시행 1981. 3. 1.] [법률 제3361호, 1981. 1. 29., 제정]

제16조(변호사 보수와 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.

제109조라고 한다<sup>30</sup>. 이러한 산입제도는 승소의 실익이 없는 소송제도를 개선하는 점에서, 부담 없이 부당제소·부당상소를 하는 등의 소권남용을 시정할 수 있는 점에서, 또 앞으로 변호사강제주의 채택의 포석이라는 점에서 그 의의가 크다고 한다.<sup>31</sup> 이 견해는 다만 경제적 약자의 경우 사법접근성이 악화되는 문제점은 있을 것이지만, 근래에는 공익소송 등에서의 문제점을 의식하였는지 소송보험에 들면 이를 대비할 수 있을 것이라는 의견을 제시하기도 한다.<sup>32</sup>

우리나라는 소송비용은 당사자 중 패소자의 부담을 원칙으로 한다. 패소의 이유, 패소자의 고의·과실을 불문하기 때문에 일종의 결과책임이다.<sup>33</sup>

한편 변호사보수 패소자부담원칙의 문제점을 인식하고 있으나, 현행 법률이 그 문제점을 해소하고 있는 것으로 본 견해는 다음과 같다. 소송의 승패가 결정되면 패소당사자에게 소송비용을 부담시킨다(소송비용패소자부담의 원칙)는 것이 고래로부터 내려온 하나의 원칙이라고 한다. 그런데 소송비용패소자부담의 원칙을 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생긴다고 하며, 원래 승소당사자가 소송에서 현실적으로 지출하는 비용은 그 승소당사자의 개성, 경제력, 소송에 대한 열의 등을 반영하여 그 범위와 액수가 정해지기 때문에 같은 사건에서도 당사자가 누구냐에 따라 달라지기 마련인데 이를 모두 패소당사자에게 부담시킨다는 것은 부당하고 공평에 반하게 되는 것이라고 한다. 그러므로 법률은 패소당사자에게 부담시킬 소송비용의 범위, 액수를 획일화하였으며, 또 재판에서 현실로 패소당사자에게 부담시키는 경우에도 법관이 일일이 소송비용부담의 비율, 금액을 확정하도록 하였다고 한다.<sup>34</sup>

## (2) 변호사보수 패소자부담 원칙의 문제점과 비판점

(가) 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 있는 것으로 보인다.

이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(성형의료사고, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금 보다 많은 소송비용을 지자체, 국가, 의료기관이나 보험회사에 물어주어야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다.

즉 우리의 패소자부담 원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다. 이 같은 사정을 고려함이 없이, 민사소송법 주석서, 민사소송법 교재 등에서 마치

<sup>30</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681-682면 참조.

<sup>31</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 681-682-670면 참조.; 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 114면 참조.

<sup>32</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 682-683면 참조

<sup>33</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 684면 참조.

<sup>34</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 714-715면 참조.

1981년 소송촉진등에관한특례법(변호사보수의 소송비용산입제)나 1990년 개정 민사소송법이 진일보한 법제인 것처럼 깊은 성찰이나 면밀한 논거 없이 주장하고 있다.

(나) 앞서 본 바와 같이, 우리의 소송비용 부담 제도가 경제적 약자의 경우 사법접근성이 약화되는 문제점은 있을 것이지만, 소송보험에 들면 이를 대비할 수 있을 것이라는 의견을 제시하기도 하나<sup>35</sup>, 패소자부담주의를 관철하면서도 변호사보수가 법정되어 있거나 소송비용 부담을 대비한 보험제도가 정착된 독일과 같은 나라에서는 수긍할 수 있는 의견일 수 있어도, 소송에 대비한 보험이 일반적이지 못한 우리나라에서 적절하지 못한 견해라고 보아야 한다. 사회적, 경제적 약자에게 사법접근성이 약화된 문제점이 있다면, 이를 원인을 파악하고 개선하려는 노력을 우선하는 것이 타당한 것이지, 억울하면 보험들면 그만이라는 식의 생각은, 소비자가 아닌 공급자 위주의 전형적인 권위주의, 독재시대의 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 부족한데서 비롯되지 않고서는 생각하기 어려워 보인다. 보험료는 하늘에서 떨어지는가. 이 견해가 최소한 현실성이 있으려면 국가 주도의 공적보험을 통해 사회적 약자를 보호하는 방안 등을 제시할 필요가 있으나, 아쉽게도 특정 사기업, 대기업의 상품을 소개하고 있어서 경악을 금하지 않을 수 없다.<sup>36</sup>

무릇 1981년이나 1990년 무렵의 우리나라는 군사정권에서 독재 정치가 이루어진 시대였고, 당시 대기업들은 이들 군사정권과 함께 동반 성장한 시대였다고 감히 이야기 할 수 있다. 그래서 군사정부나 대기업으로서는 일반 국민, 시민들의 소송을 통한 문제제기를 제한하는 방향으로 정책을 구상하였을 것이고, 이때 필요한 도구적 개념이 ‘남소의 폐해를 방지하는 것’이라는 구호였을 것으로 보인다(삼청교육대 피해자와 같은 다소 정치적인 이야기는 본고에서 자제기로 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 문제제기를 주저하도록 하는 당시 소송비용 제도의 변화는, 대기업의 활발한 성장에 도움이 되었을 것이다).

(다) 사실 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 논리적으로도 가능하지 않을뿐더러, 군사정권이나 독재정권에서나 가능한 논리들이다.

마치 소송비용의 패소자부담 원칙이 정의로운 것처럼 이야기 하고, 우리나라가 원래부터 패소자부담원칙을 따르고 있었던 것처럼 이야기하는 예가 많으나, 주지하듯이 1981 ~ 1990년 무렵의 우리나라에서 변호사보수 각자 부담의 원칙에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경할 당시 오늘 날처럼 일반 소비자, 국민, 시민단체의 의견이 반영되기 어려운 시기였을 것으로 추측된다. 당시 변호사보수 각자 부담 원칙을 패소자부담원칙으로 변경할 당시 소송비용에 관한 커다란 제도적 변경이 있었음에도, 이에 대한 비판적 시민단체의 의견이나 공청회 자료를 찾기 어려운 것은 이를 반증하는 것 아닌가 한다.

<sup>35</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 682-683면 참조.

<sup>36</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 2021, 683면 참조.



우리가 모방한 것으로 보이는 일본 민사소송법은 여전히 변호사 보수에 대해 각자 부담하는 원칙을 따르고 있고, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 크게 사회 문제화 되지 않고, 오히려 우리나라 보다 절대적인 소송건수가 적거나, 인구대비 소송사건 수는 우리보다 훨씬 더 적은 것으로 보인다.

우리나라에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어 들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식<sup>37</sup>하에 화해나 조정율이 떨어지고 소송사건 화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다. 우리나라 사법연감에서 매년 보고되고 있는 소송사건 수가 증가하고 있는 것에 여러 가지 원인이 있겠으나, 변호사 보수 패소자부담원칙 역시 중요한 역할을 하고 있는 것으로 보인다.<sup>38</sup>

(라) 교과서적으로도, 소송비용패소자부담의 원칙을 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생기고, 원래 승소당사자가 소송에서 현실적으로 지출하는 비용은 그 승소당사자의 개성, 경제력, 소송에 대한 열의 등을 반영하여 그 범위와 액수가 정해지기 때문에 같은 사건에서도 당사자가 누구냐에 따라 달라지기 마련인데 이를 모두 패소당사자에게 부담시킨다는 것은 부당하고 공평에 반하게 되는 것이라고 하여<sup>39</sup> 일률적인 변호사보수 패소자 부담원칙의 문제점을 지적하고 있다.

요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 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 등에서 또 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 일률적인 변호사 보수 패소자 부담 원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다.

(마) 부수적으로 비교법적 측면에서, 변호사비용에 관하여 패소자부담주의를 취할 경우 법원은 본안 사건 이외에 소송비용에 대한 확정을 위한 절차를 별도로 마련하여야 하는 사법정책적 문제점도 있다.<sup>40</sup> 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 총원 등을 위한 예산으로 활용함으로써 재판청구권의 실질적인 보장을 위한 길이 될 수 있을 것이다.

<sup>37</sup> 실무에서 소송대리 업무를 하고 있는 변호사들은, 승소하면 변호사 보수를 받을 수 있기 때문에, 화해하지 말고 소송을 통해 해결하도록 분쟁을 조장하는 측면이 없지 않고, 변호사 보수 역시 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.

<sup>38</sup> 대표적으로 우리나라 민사소송 사건 수는, 2011년에 430여만건에서, 2020년에는 480여만건으로 증가하였고(사법연감, 2021, 675면 참조), 소송비용확정신청 사건의 수는 2011년에 25,722건에서 2020년에는 43,641건으로 대폭 증가하였다(사법연감, 2021, 705면 참조).

<sup>39</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 714-715면 참조.

<sup>40</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 433-434면 참조.

(바) 낮은 감은 있지만 이제 이를 공론화하고 그동안의 문제점을 개선할 수 있도록 민사소송법 등의 소송비용 관련 법률을 개정할 때가 되었다.

#### 4. 비교법적 측면에서 우리나라 소송비용 제도의 문제점

##### 가. 변호사보수 각자 부담 원칙을 취하는 국가

###### (1) 미국

주에 따라 다르지만 일반적으로 변호사비용은 소송비용에 포함되지 아니하고 변호사와 그 소송당사자간에 자유로이 결정할 수 있다. 보수는 변호사가 사건에 관하여 일한 시간으로 청구하는 관행이 일반적이고, 성공보수를 불법화한 주도 있다.<sup>41</sup>

즉 미국에서 일반적인 소송에서 소송비용에 관한 미국 사법제도의 기본적인 입장은 소송이 종료되면 그 결과에 상관없이 비용은 해당 비용을 발생시킨 당사자가 각자 부담하도록 하는 각자 부담하는 것이 원칙적이다.<sup>42</sup> 다만 미국은 변호사비용부담에 관한 각자부담의 원칙에 대하여 몇 가지 예외를 인정하고 있는데, 각자부담의 원칙에 대한 가장 중요한 예외는 제정법에 의한 것이며, 이러한 예외를 두고 있는 연방법은 200여개 이상이 있고, 주법은 2000여개에 이른다고 한다. 패소자부담주의를 취하는 법들은 대체로 인권(civil rights)에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등에 관한 것들이다. 주목할 점은 이 중에서 순수하게 패소자부담주의(two-way fee shifting)를 취하고 있는 예는 소수에 불과하고, 대부분의 제정법들은 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하고 있다는 것이다. 편면적인 패소자부담주의는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 편면적 패소자부담주의는 (1) 승소한 당사자에게 변호사비용을 포함한 완전한 손해를 배상을 받도록 하고, (2) 공익적 소송을 적극적으로 유도하며, (3) 패소자의 불법행위를 처벌하거나 억제하고, 나아가 (4) 패소자가 부당하게 응소하여 다투는 등 사법제도의 남용하는 것을 억제하기 위하여 도입된 것이라고 한다.<sup>43</sup>

미국의 학자들은 미국의 각자부담의 원칙에 대하여 대체로 사법제도에 대한 접근 즉, 재판청구권의 보장과 소송 사건의 폭주의 방지라는 정책적 고려(incentives)와 관련하여 그 정당성을 논의하고 있다. 각자부담 원칙의 장점은 무엇보다도 당사들의 재판청구권을 보장하는 역할을 한다고 한다. 가령 미국법원은 *Fleishmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.*, 386 US 714(1967) 사건에서 “소송의 결과는 불확실성을 가지고 있고, 따라서 당사자들이 단순히 소송을 방어하거나 소송을 제기하였다는 이유만으로 처벌 받아서는 아니 되고, 또한 그러한 처벌이 상대방의 변호사의 비용을 포함하는 것이라면 가난한 사람들이 자신들의 권리를 지키기 위하여 소를 제기하는 것을 부당하게 억제 당하는 결과로

<sup>41</sup> 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면 참조.

<sup>42</sup> 이연우, “공익소송 패소자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 69면 참조.

<sup>43</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 437-438면 참조.

나타난다.”고 판시하였다고 한다. 즉, 패소자부담주의는 승소의 가능성은 있지만, 승소여부가 확실하지 않은 사건을 가진 당사자들로 하여금 소를 제기하는 것 자체를 제한할 수 있고, 특히 경제적 약자에게 두드러진다고 한다. 이에 반하여 경제적으로 부유한 사람들은 이러한 위험을 무릅쓰고서라도 제소하거나 응소할 수 있을 뿐만 아니라 자신의 부를 가지고 경제적 약자인 상대방 당사자로 하여금 어쩔 수 없이 화해에 응하도록 압박을 가할 수 있다고 한다.<sup>44</sup>

또한 각자부담의 원칙의 지지자들은 당사자들이 소송에서 승소하더라도 자신의 법률비용을 패소자에게 받아 낼 수 없기 때문에 다소 승소의 가능성이 적은 소송을 제기하지 않을 것이므로 사소한 소송이 법원에 폭주하는 것을 막을 수 있을 뿐만 아니라 당사자들이 변호사비용 때문에 법원에 사소한 소송을 제기하는 것을 억제하고, 또한 소송당사자들은 소송을 오래 끌고 가는 것을 원하지 않을 것이므로 화해를 유도할 수 있는 장점이 있다고 하며, 이에 반하여 승소자가 패소자에게 변호사비용을 청구할 수 있도록 한다면 당사자가 경제적으로 우월한 지위에 있거나 승소가능성이 있는 경우에는 자신의 변호사비용을 상대방에게 부담시킬 수 있으므로 상대방과 화해를 하지 않을 가능성이 많다고 한다. 또한 변호사비용에 관하여 패소자부담주의를 취할 경우 법원은 본안 사건 이외에 소송비용에 대한 확정을 위한 절차를 별도로 마련하여야 하는 불편이 적지 않을 것이라고 한다. 이상과 같은 이유로 각자부담의 원칙을 지지하는 사람들은 소권의 보장(사법에 대한 접근권)과 남소의 방지 및 분쟁에 대한 화해의 유도라는 관점에서 각자부담 원칙을 긍정적인 제도로 파악한다.<sup>45</sup>

미국에서 소송비용 부담과 관련하여, 앞서 본 내용과 유사한 취지이나, 다른 연구자의 논문을 빌어서 미국의 소송비용 부담에 대한 더 정확한 이해를 위해 살펴보면 다음과 같다. 미국도 우리와 마찬가지로 원칙적으로 소송비용 패소자부담주의를 채택하고 있으며, 미국의 연방민사소송규칙은 별도의 연방법이나 규칙이 존재하지 않거나 법원에서 달리 결정하지 않는 한, 승소한 당사자에게 변호사 보수를 제외한 소송비용을 상환하도록 규정하고 있다는 것이다. 다만 우리와 달리, 미국에서는 변호사 보수(attorney's fees)는 소송 당사자가 각자 부담하는 것이 일반원칙이며, 상대 당사자에게 변호사 보수를 부담시킬 수 있는 법률이 있는 등 예외적인 경우에 한하여 상대방에게 상환청구할 수 있다(이른바 “American Rule”). 따라서 연방민사소송규칙은 변호사 보수에 대해서는 다른 소송비용과 별도로 구분지어 규정을 하고 있는데, 이에 의하면 변호사 보수는 개별 실체법에서 이를 손해의 일부로 재판 중에 증명하여야 한다고 규정된 경우에 패소 당사자에게 부담시킬 수 있다. 이는 손해배상을 청구하는 경우에도 적용되어, 법률이나 유효한 계약 조항이 존재하지 않는 한 변호사 보수는 상대방에게 상환청구할 수 없다는 것이 일반적인 실무의 태도라고 한다. 승소 당사자에게 변호사 보수를 보상하도록 규정한 법률로는 시민권 소송에서의 변호사 비용 보전법, 장애인법, 고용에서의 나이 차별금지법 등이 있다고 한다. 이 외에도 불법행위(torts) 사건에서 소송의 원인이 다른 이의 불법행위로 인한 것이라면 그 불법행위를 한 다른 이에게 변호사 보수를 포함한 소송비용을 청구할 수 있으며, 악의적인 소송의 경우에도 변호사 보수를 포함한 소송비용을 상대방에게 부담시킬 수 있다고 한다.<sup>46</sup>

## (2) 일본

<sup>44</sup> 이종구, 앞의 논문, 433면 참조.

<sup>45</sup> 이종구, 앞의 논문, 433-434면 참조.

<sup>46</sup> 조수혜, 미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법, 한국민사소송법학회, 제15권 제1호, 2011, 256-258면 참조.

일본에서는 당사자가 의뢰한 변호사에게 지급한 보수는 가령 그 자가 승소하여도 패소자로 하여금 상환시키지 않는다. 법원에 당사자가 지급한 또는 지급하여야 할 재판비용은 기본적으로 패소자가 부담한다는 규정이 있지만(일본 민사소송법 61조), 이는 법원에 지급하여야 할 재판비용만이고, 당사자가 사건을 의뢰한 변호사에게 지급한 보수에 대하여는 소송의 결과와 관계없이 당사자가 각자 부담하는 것으로 되어 있다.<sup>47</sup> 즉 변호사 비용은 소송비용에 산입하지 아니한다. 그렇다고 하여 변호사비용 전부를 배상의무로부터 완전히 방치하는 것은 아니고, 민법상의 불법행위 또는 채무불이행에 있어서 상당인과관계론 혹은 부당항쟁의 이론에 의하여 그 배상책임을 인정하여 왔다.<sup>48</sup> 일본에서 다른 입법적 시도(가령 변호사보수 패소자부담 원칙의 도입)는 있으나 국민으로부터 여러 측면에서 비판을 받아 변경되지 않고 있다.<sup>49</sup>

## 나. 변호사보수 패소자부담원칙을 취하는 국가

### (1) 독일

독일에서 변호사는 독립의 사법기관으로서(연방변호사법 제1조), 구법원을 제외하고 변호사강제주의가 채택되어 있으며, 그 비용에 관하여는 변호사가 수행한 소송절차의 사항에 따라 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 한한다. 한편 독일에서는 소송에 대비하여 소송비용보험이 널리 보급되어 있다고 한다. 보험에 의해 자기의 변호사비용이나 패소시의 상대방 변호사비용의 지급이 보장된다고 한다.<sup>50</sup>

독일의 경우 변호사 보수 패소자부담 원칙을 따르는 것으로 알려져 있으나, 보수가 법정되어 있고 저렴하다는 것이므로, 변호사 보수를 패소자가 부담한다고 하더라도, 큰 부담이 되는 경우가 많지 않을 것이다. 즉 독일은 우리나라와 같이 변호사 보수 패소자 부담원칙을 일률적으로 적용함으로써 나타나는 공익소송에서의 사례나, 증명의 부담이 있는 사례에서 나타나는 불합리한 경우가 근본적으로 발생하기 어려운 구조로 이해할 수 있다.

### (2) 영국

영국은 변호사보수 패소자부담원칙을 취하고 있는 국가인데, 영국 법원은 소송비용의 고액화로 인한 문제를 해결하기 위해 ‘보호적 비용명령(Protective Cost Order, PCO)’ 제도를 채택하였는데, 이는

<sup>47</sup> 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 171면 참조.

<sup>48</sup> 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면 참조.

<sup>49</sup> 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 173면 참조.

<sup>50</sup> 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 170-171면; 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 112면; 박경재, 변호사의 법적 지위와 변호사보수계약, 법학연구(제51권 제1호), 부산대학교 법학연구소, 2010, 4면 참조.

원고의 청구에 따라 사법심사의 허가단계에서 법원의 재량으로 내리는 명령으로 법원은 원고가 패소한 경우 원고에게 부과된 피고측의 소송비용의 지불의무를 면제하거나, 원고가 지불해야 하는 상대방의 소송비용의 상한을 설정하는 제도이다.<sup>51</sup>

또한 패소자부담주의를 취하고 있는 영국에서 제도가 가지고 있는 문제점을 극복하기 위하여 법률구조(legal aid)제도나 법률비용보험제도(legal expense insurance) 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. 또한 영국민사소송법은 소송비용을 패소자에게 부담시킬 것인지, 그리고 부담시킬 경우에 그 액수를 어느 정도를 할 것인지에 대하여 법원의 재량을 인정하고 있고, 카운티법원의 소액사건의 경우에는 법정된 소송비용만 청구할 수 있게 하고, 변호사비용은 패소자에게 청구할 수 없도록 하고 규정하고, 산업위원회(industrial tribunals)에서의 해고 등 근로관계분쟁에 대한 소송비용에 대하여는 각자부담의 원칙을 채택하고 있다고 한다. 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, 사법정의를 실현함과 동시에 재판제도의 남용을 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.<sup>52</sup>

## 5. 소결론

### 가. 패소자부담원칙에서 결과책임주의의 문제

현행 민사소송법 제109조 제1항은 “소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.”고 규정하여 제98조와 함께 패소자부담주의를 채택하고 있고, 이는 변호사비용부담에 관하여 결과책임주의를 취하고 있는 것으로, 소송에서 패소한 당사자는 소송의 성질이나 그 이유와 상관없이 위 기준에 따라 산입된 승소자의 변호사보수를 물어 주어야 한다. 이에 반하여 미국은 인권(civil rights) 관한 소송, 소비자소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 경우에는 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하여 제소의 실효성을 보장하고 있는데, 이 경우에는 원고가 소송에서 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어주지 않아도 된다. 그러나 우리나라의 경우 결과책임주의에 따라 패소자는 소송의 유형이나 성질을 불문하고 상대방의 변호사비용을 위 대법원 규칙에 따라 물어주어야 한다.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> 대법원 사법정책연구원, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 2016, 182면 참조.; 법원은 ① 사건의 쟁점이 공익적인 중요성을 가지거나, ② 사건에서 문제되는 쟁점과 공익적 문제가 관련된 경우 또는 ③ 보호적 비용명령을 신청한 자가 사건의 결과와는 아무런 사적인 이해관계를 가지지 않는 경우, ④ 신청인의 재정상황을 고려할 때 보호적 비용명령을 내리는 것이 타당하다고 판단되는 경우, ⑤ 보호적 비용명령이 인정되지 아니할 경우 신청인이 절차진행을 중단할 것으로 판단되는 경우에 보호적 비용명령을 내릴 수 있다.

<sup>52</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면 참조.

<sup>53</sup> 이종구, 앞의 논문, 451-452면 참조.

순수한 패소자부담주의는 승소자의 완전한 피해배상과 남소의 방지에 장점이 있을 수 있으나, 소송의 결과는 사전에 이를 완전하게 예측할 수 없는 문제점이 있다. 가령 제조물의 하자로 인한 소비자소송 등의 경우에서 보는 바와 같이 재판에서 증명과정을 통하여 비로소 하자의 원인이 밝혀지는 경우도 있을 수 있는데(가습기살균제 사건을 생각해 보자), 이러한 경우 대기업의 변호사비용을 물어주어야 하는 위험을 감수하면서까지 손해를 배상받기 위해 소송을 제기하는 일은 쉽지 않을 것이다. 또한 다툼이 단순한 사실문제가 아니라 법률문제로서 선행 판례가 없거나 판결이 있다고 하더라도 해석과 적용에 이견이 있을 수 있다. 이때에는 당사자들은 제소나 응소, 즉, 법원의 판결을 통하여 당사자들의 주장의 당부를 가릴 수밖에 없다. 이러한 경우조차도 소송당사자 간의 변호사비용부담에 관하여 결과책임주의로 일관하는 것은 패소자에게 지나치게 가혹한 면이 있다고 할 것이다.<sup>54</sup>

## 나. 공익소송 등에서의 불합리한 사례의 발생과 재판청구권의 과도한 제약

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 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 손해배상금 보다 많은 소송비용을, 지자체, 국가, 의료기관이나 보험회사에 물어주어야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담 원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다. 이 같은 사정을 고려함이 없이, 민사소송법 주석서, 민사소송법 교재 등에서 마치 1981년 소송촉진등에관한특례법(변호사보수의 소송비용산입제)이나 1990년 개정 민사소송법이 진일보한 법제인 것처럼 깊은 성찰이나 면밀한 논거 없이 주장하고 있다.

앞서 본 바와 같이, 무릇 1981년이나 1990년 무렵의 우리나라는 군사정권에서 독재 정치가 이루어진 시대였고, 당시 대기업들은 이들 군사정권과 함께 동반 성장한 시대였다고 감히 이야기 할 수 있다. 그래서 군사정부나 대기업으로서는 일반 국민, 시민의 소송을 통한 문제제기를 제한하는 방향으로 정책을 구상하였을 것이고, 이때 필요한 도구적 개념이 ‘남소의 폐해를 방지하는 것’이라는 구호였을 것으로 보인다.

현행 변호사보수의 소송비용을 규정하고 있는 민사소송법 제109조는, 남소 방지의 목적이 있지만, 또 한편으로는 재판청구권의 보장이라는 중요한 목적도 동시에 보호해야 하는 규정이다. 재판청구권이 보장되지 않는 상황에서, 남소의 폐해를 지적하는 것은 논리적으로도 가능하지 않을뿐더러, 군사정권이나 독재정권에서나 가능한 논리들이다. 우리가 모방한 일본 민사소송법은 여전히 변호사 보수에 대해 각자 부담하는 원칙을 따르고 있고, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 문제되지 않고 있고, 오히려 우리나라 보다 절대적인 소송수가 적거나, 인구대비 소송사건 수는 우리보다 훨씬 더 적은 것으로 보인다.

우리나라에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식<sup>55</sup>하에 화해나 조정율이 떨어지고

<sup>54</sup> 이종구, 앞의 논문, 452면 참조.

<sup>55</sup> 앞서 본 바와 같이, 실무상 소송대리 업무를 하고 있는 변호사들은, 승소하면 변호사 보수를 받을 수 있기 때문에, 화해하지 말고 소송을 통해 해결하도록 분쟁을 조장하는 측면이 없지 않고, 변호사 보수 역시 변호사보수의 산입에

소송사건 화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다. 우리나라 사법연감에서 매년 보고되고 있는 소송사건 수가 증가하고 있는 것에 여러 가지 원인이 있겠으나, 변호사 보수 패소자부담원칙 역시 중요한 역할을 하고 있는 것으로 보인다.

#### 다. 소송비용 부담 제도 개정 필요성

요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 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 등에서 또 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 일률적인 변호사 보수 패소자 부담 원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다. 이제 이를 공론화하고 그동안의 문제점을 개선할 수 있는 민사소송법 등의 소송비용 관련 법률을 개정할 때가 되었다.

### III. 소송비용 제도 개선방향에 관한 최근 논의 경과 및 우려에 대한 비판점

#### 1. 패소자부담주의에 대한 개정 필요성에 대한 각계 활동과 경과

##### 가. 시민단체 문제 제기

2018년 9월에는 64개 시민사회단체와 개인들이 대법원에 ‘공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구 의견서’를 공동으로 작성하여 제출하였으나, 대법원에서 특별한 해결책을 내놓지 못하고 있다.<sup>56</sup>

##### 나. 2018년 대한변호사협회 심포지엄 및 논의안

우리가 친숙하게 생각하고 있는 변호사 보수 패소자부담원칙이라는 것은, 사실 우리 민사소송법에서 본래 규정하고 있는 것이 아니었고, 2-30년 이상 지속된 각자 부담 원칙을 군사정부 시대에 소비자, 시민단체의 의견이 반영되지 않은 채 개정한 것이다. 그래서 우리는 변호사 보수 패소자 부담원칙이든 각자 부담원칙이든 어떤 방식으로 가더라도, 큰 혼란이 있을 것으로 보이지 않는다. 소송비용 패소자 부담원칙을 유지하면서, 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 한해 각자 부담원칙으로 회귀하되, 예외적인

---

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

<sup>56</sup> 송상고, “공익소송 패소자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 37면 참조.

즉 현행 패소자 부담원칙을 유지하면서 변호사 보수에 한해 공익소송이나 증명의 부담이 있는 전문가 소송, 인권 관련 소송 등에서는 경제적, 사회적으로 열악한 지위에 있는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에, 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 다만 편면적 패소자 부담주의가 적용될 필요가 있는 소송의 중요 유형은 민사소송법에 규정하고, 이를 합리적으로 구체화할 수 있도록 대법원 규칙에 일부 위임하는 형식을 취함으로써, 예측하지 못한 부족한 점을 보충할 수 있을 것으로 보인다. 당시 심포지엄에서 아래와 같은 개정안 관련 의견을 개진한 바 있다.<sup>57</sup>



제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다. ②제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.	제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①----- ----- ----- . 다만 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호, 의료사고 등 공익소송이나 증거의 편재로 인하여 증명 부담이 큰 전문 소송의 경우에 대법원 규칙이 정하는 범위안에서 패소한 당사자의 <u>소송비용을 감면할 수 있다.</u> ②----- -----.

이후 대한변호사협회에서 추가적인 논의 결과는 아래와 같다(장애인권소위원회, 이찬희 협회장 임기).

○ 신 · 구조문대비표

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다. ②제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.	제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①----- ----- ----- . 다만 다음 각 호의 경우에는 대법원 규칙이 정하는 범위 안에서 패소한 당사자의 소송비용을 감면할 수 있다. 1. 국가, 지방자치단체 또는 공공기관이 상대방인 소송 2. 인권, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우 3. 패소자에게 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 경우 또는 재산적·사회적 상황을 고려할 때 소송비용 감면이 필요한 경우 4. 기타 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우 ②----- -----.

## 다. 2020년 대한변호사협회 심포지엄 및 논의안

### (1) 법률 개정 형태

2020. 1. 대한변호사협회 토론회가 있었고, 당시 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 아래와 같이 ‘사건의 공익성 등 대법원 규칙이 정하는 사유’가 있는 경우에는 패소자부담주의의 예외를 인정하는 규정을 법률에 두고, 대법원 규칙 등에서 사유를 구체화하는 것이 보다 효과적일 것이라는 의견이 개진되었다.<sup>58</sup>

#### ○ 신·구조문대비표

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다. <u>다만 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원 규칙이 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</u>

### (2) 대법원 스스로의 제도개선-「변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙」 개정

위 토론회에서, 대법원이 대법원규칙을 개정함으로써, 공익소송 등 일정한 요건을 갖춘 경우에는 법원이 적극적으로 소송비용을 면제 내지 감액할 수 있도록 할 필요가 있고 아래와 같은 개정 방향을 개진하였다.<sup>59</sup>

#### 「변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙」 개정(안)

현행	개정안
----	-----

<sup>58</sup> 송상교, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 40면.

<sup>59</sup> 송상교, 앞의 자료, 41면 참조.

<p>제6조(재량에 의한 조정) ① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 <b>현저히 부당하다고 인정되는 경우에는</b> 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다.</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 소송의 공익적 성격이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하고 패소자의 소송제기에 악의적 의도가 있다고 보기 어려운 경우</li> <li>3. 기타 소송의 경위와 패소의 사유, 패소자의 소송비용 부담 자력 등 사정을 종합할 때 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우</li> </ol> <p>② 법원은 전항 제1호의 ‘공익적 성격’을 판단할 때 아래 각호의 사유를 참작할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 소송의 목적과 쟁점이 사회적 약자 및 소수자의 권익보호에 관련되거나 시민의 권리구제, 제도 개선을 목적으로 하는 등으로 공익적 중요성이 인정되는 경우</li> <li>2. 소송의 주된 목적이 당사자의 개인적, 재산적 이익에만 해당하지 아니하는 경우</li> <li>3. 패소한 자의 소 제기에 악의적 의도가 없었던 경우</li> <li>4. 동일한 상대로 법원의 판단이 없었던 경우</li> </ol> <p>③ 현행 ②항과 동일</p>
--	---

### (3) 정부 및 법무부의 제도 개선 - 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 개정

국가 등이 스스로 소송비용 확정청구를 자제하도록 제한하여 기계적인 청구를 하지 않도록 근거를 마련할 수 있고, 아래와 같은 개정 방향에 관한 의견이 개진되었다.<sup>60</sup>

#### 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 개정(안)

현행	개정안
----	-----

<sup>60</sup> 송상교, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 44면.

제12조(확정사건의 처리) ③국가승소판결의 확정으로 패소자로부터 회수할 소송비용은 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장이 법원의 소송비용 확정결정을 받아 소관 행정청의 장으로 하여금 <u>회수하게 하여야 한다.</u>	③ 좌동 ④ 아래의 각호 중 하나에 해당한다고 인정되는 경우에는 전항의 소송비용 확정결정을 통한 회수를 진행하지 아니할 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 고려하여 패소자에게 소송비용을 환수하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우 ⑤ 전항의 구체적 판단 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.
--	--

## 라. 법무·검찰개혁위원회 권고안

법무·검찰개혁위원회(위원장 김남준)는 2020. 2. 10.(월) 『공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련』에 대해 심의, 의결하고 다음과 같이 권고하였다.

### (1) 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정 추진 권고

○ 국가 또는 행정청(이하 국가등)을 당사자 또는 참가인으로 하는 공익소송 등에 있어서 국가등이 패소당사자에게 소송비용을 회수할 경우, 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면하도록 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」의 개정 추진을 권고함

※ 소송비용 회수의 예외 요건은 △공익성이 인정되는 경우 △정보공개소송의 경우 △경제적·사회적 상황이 여의치 않은 경우 △정의와 공평의 원칙에 부합하지 않은 경우 등으로 함 (다만, 소송제기에 악의적 의도가 있는 경우 제외)

### (2) 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 제12조 개정 권고

○ 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정 전이라도 동법 시행령 제12조의 개정을 통해, 공익소송 등의 경우에는 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면할 것을 권고함

○ 개정 조항(안)의 예시는 다음과 같음

현행	개선안
제12조(확정사건의 처리) ① ~ ② (생략) ③ 국가승소판결의 확정으로 패소자로부터 회수할 소송비용은 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장이 법원의 소송비용	제12조(확정사건의 처리) ① ~ ② (현행과 같음) ③----- ----- -----

확정결정을 받아 소관 행정청의 장으로 하여금 회수하게 하여야 한다.	----- 회수할 수 있다.
<신 설>	<p>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.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>3. 패소자에게 소송비용을 지출할 경제적 자력이 없는 경우 또는 사회적 상황을 고려할 때 소송비용 감면이 필요한 경우</li> <li>4. 기타 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우</li> </ol> <p>⑤ 제4항의 구체적 판단 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.</p>

### (3) 「민사소송법」 제98조, 제109조 개정 추진 권고

○ 사인 간의 소송에서 공익성이 인정되는 경우, 국민적 공감대가 형성되는 범위에서 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면하도록 민사소송법 제98조, 제109조의 개정 추진을 권고함

### 마. 국회 개정안 발의내용

양정숙의원 대표발의 개정법률안의 제안이유 및 규정은 아래와 같다.

□ 민사소송법 일부개정법률안(양정숙의원 대표발의, 발의연월일 : 2020. 7. 9.)

#### ○ 제안이유 및 주요내용

공익소송은 약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통해 불합리한 사회제도를 개선하고 국가권력의 남용을 억제하는 데 공익에 크게 기여하여 공익소송에서 승소한 경우

그 이익은 대다수 국민에게 돌아가는 반면, 공익소송에서 패소한 경우에는 개인, 단체 등 패소당사자가 막대한 소송비용을 부담하게 됨으로써 적극적으로 장려되어야 할 공익소송이 위축되는 결과를 가져옴.

이에 현행법 제98조에 예외 단서를 신설하여 공익소송에서 패소한 당사자의 경우 소송비용의 부담을 경감할 수 있도록 하고, 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하고자 함(안 제98조).

○ 신·구조문대비표

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다. <단서 신설>	제98조(소송비용부담의 원칙) ----- - 다만, 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원 규칙으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

□ 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안(양정숙의원 대표발의, 발의연월일 : 2020. 7. 9.)

○ 제안이유 및 주요내용

공익소송은 약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통해 불합리한 사회제도를 개선하고 국가권력의 남용을 억제하는 데 공익에 크게 기여하여 공익소송에서 승소한 경우 그 이익은 대다수 국민에게 돌아가는 반면, 공익소송에서 패소한 경우에는 개인, 단체 등 패소당사자가 막대한 소송비용을 부담하게 됨으로써 적극적으로 장려되어야 할 공익소송이 위축되는 결과를 가져옴.

이에 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 제11조의2를 신설하여 국가를 당사자로 하는 공익소송의 패소자의 경우 필요적 소송비용 회수의 예외를 규정하여 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하고자 함(안 제11조의2 신설).

○ 신·구조문대비표

현행	개정안
<신 설>	제11조의2(소송비용의 환수) 국가승소판결의 확정 <del>이</del> 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.

## 바. 2021년 대한변호사협회 논의안

대한변호사협회에서는 소송비용 부담 제도의 개선에 관한 논의를 계속하였고, 2021. 10.경 아래와 같은 내용의 개정안 정도로 의견을 취합하였다.

### (1) 민사소송법 일부개정법률안

현행	개선안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
<신 설>	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

### (2) 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안

현행	개선안
<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

	<p>청구하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우</p> <p>② 제1항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 소송비용 회수 예외의 범위 및 절차는 대통령령으로 정한다.</p>
--	---

## 사. 소결

양정숙의원 대표 발의 민사소송법 일부개정법률안의 경우, 패소자부담원칙을 규정하고 있는 민사소송법 제98조에 예외를 두는 형식이므로, 변호사보수와 같은 당사자비용 외에 인지대 및 감정료와 같은 재판비용에 대해서도 예외를 신설하자는 것이다. 필자가 2018년 제안한 바 있었던 민사소송법 제109조 제1항<sup>61</sup>을 개정하는 형태는 패소자부담원칙을 유지하되 변호사보수에 한해서 각자 부담하는 예외를 두자는 것인데, 양정숙 의원 대표 발의 민사소송법 개정법률안은 변호사 보수 외에도 재판비용에 대해서도 패소자부담원칙(민사소송법 제98조)의 예외를 인정한 것으로, 민사소송법 제109조 제1항을 개정하는 방안 보다 더 전면적이고 포괄적이라는 측면에서 긍정적이다.

다만 예외를 구성하는 내용이 ‘사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원 규칙으로 정하는 사유’인데, 이 단서의 내용만으로는 소송비용을 감면하는 범위가 대법원 규칙에 사실상 대부분 위임되는 형태로서 의미가 불명확할 뿐만 아니라, 향후 엄격하게 해석되어 국가를 당사자로 하는 형태의 소송에서만 의미가 있을 수 있다.

즉 공공기관이 아닌 사기업을 상대로 개인이 제기하는 하는 각종 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 증명의 부담이 큰 전문소송에서는 사실상 적용되지 못할 우려가 있다.

또한 소송비용에 관한 문제는 개인의 권리와 의무에 적지 않은 부담을 줄 수 있는 영역이므로, 대법원 규칙에 대부분을 위임하는 형태 보다는, 민사소송법에 그 예외적인 단서의 내용을 더 구체적으로 규정할 필요가 있다.

## 2. 개정에 반대하는 의견에 대한 비판

### 가. 공익소송 개념의 불확정성에 대한 우려 관련 의견

근래의 개정 논의에 대해 일부에서 반대하는 의견이 있는데 그 중에서 공익소송의 개념이 불분명하다는 것이다. 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 구체화 될 수 있는 것이며, 오히려 법률에서 중요한 규정은 추상적으로 규정할 수밖에 없는 입법기술상 고려해야 할 측면이 있다.

<sup>61</sup> 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다.



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 통칭하고, 공익법률시스템이란 이와 같은 ‘공익소송과 공익활동을 활성화하기 위한 제도적 장치’를 말한다고 개념을 설명한 바 있고, 대표적인 공익소송의 예로 서울시 판공비 정보공개청구소송, 지하철 연착에 대한 손해배상청구소송, 김포공항 소음피해소송, 여성단체들의 군 가산점에 대한 헌법소원 등을 예로 들고 있다.<sup>62</sup>

공익소송을 통해 불합리한 제도가 폐기되거나 개선되는 등의 순기능이 있고, 공익소송 등에서 소송비용의 문제점이 실증적으로 나타나고 있는 상황에서, 공익소송의 개념 자체가 불분명 하다고 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 통해서 소송비용 패소자 부담의 불합리한 점을 해소할 수 있다는 주장이 있다. 현행 민사소송법상 패소자부담주의에 대한 예외로 제99조 및 제100조가 규정되어 있고<sup>63</sup>, 대법원규칙인 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙에서 소송비용에 산입하는 것이 ‘현저히 부당’하다고 인정되는 경우에는 법원이 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있도록 규정되어 있으나<sup>64</sup>, 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, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의한 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 상대방에게 상환을 명하는 것이 공정이나 형평의 이념에 반하는 결과를 가져오는 경우(대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정)’로 해석하고 있고, 법원 실무상 드물게 예외가 없는 것은 아니나 관행적으로 승소 비율에 따라 일률적으로 소송비용 부담을 주문에서 밝히고 있으므로, 현행 법령을 통해 소송비용과 관련한 불합리한 점을 해결할 수 있다는 취지의 주장 역시 적절하지 않다.

<sup>62</sup> 사법개혁위원회. 국민과 함께하는 사법개혁, 사법개혁위원회 자료집(VII), 2005, 236면 참조.

<sup>63</sup> 99조(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.

제100조(원칙에 대한 예외) 당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어방법을 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.

<sup>64</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙

[시행 2020. 12. 28.] [대법원규칙 제2936호, 2020. 12. 28., 일부개정]

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.

[전문개정 2007. 11. 28.]

## IV. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성 및 법률 개정 방향

앞서 본 바와 같이, 우리가 친숙하게 생각하고 있는 변호사 보수 패소자부담원칙이라는 것은, 민사소송법에서 본래 규정하고 있는 것이 아니었고, 2-30년 이상 지속된 각자 부담 원칙을 군사정부 시대에 소비자, 시민단체의 의견이 반영되지 않은 채 개정한 것이다. 그래서 우리는 변호사 보수 패소자 부담원칙이든 각자 부담원칙이든 어떤 방식으로 가더라도, 큰 혼란이 있을 것으로 보이지 않는다. 소송비용 패소자 부담원칙을 유지하면서, 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 한해 각자 부담원칙으로 회귀하되, 예외적인 경우에 변호사 보수를 패소자에게 부담시키는 형식, 즉 이른 바 편면적 패소자 부담주의를 채택하는 것도 좋은 방안이다.

현행 패소자 부담원칙을 유지하면서 변호사 보수나 재판비용을 공익소송이나 증명의 부담이 있는 전문가 소송, 인권 관련 소송 등에서는 경제적, 사회적으로 열악한 지위에 있는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용 등을 청구할 수 있는 반면에, 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 다만 편면적 패소자 부담주의가 적용될 필요가 있는 소송의 중요 유형은 민사소송법에 규정하고, 이를 합리적으로 구체화할 수 있도록 대법원 규칙에 일부 위임하는 형식을 취함으로써, 예측하지 못한 부족한 점을 보충할 수 있을 것으로 보인다.

소송비용 부담에 관한 규정은 민사소송법, 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률, 관련 법령에 근거를 두고 있는바, 민사소송법 이외의 법률이나 관련 법령을 개정하는 방식으로도 현재 발생하고 있는 소송비용 부담 제도의 문제점을 일정 부분 개선할 수 있다. 그러나 소송비용과 관련한 일반법인 민사소송법을 개정하는 것이 보다 근본적인 방법이다.

필자는 2018년 대한변호사협회에서 민사소송법 제109조를 개정하는 의견을 밝힌 바 있으나(변호사 보수를 중심으로 한 개정 의견), 이후 논의 내용까지 고려하여 금번에 당시 보다 다소 적극적인 같은 법 제98조의 예외를 신설하는 의견(변호사 보수 외에 재판비용까지 고려한 의견)과 소송비용 관련 법률인 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률에 관해 개정 의견을 개진하는 바이다.<sup>65</sup>

### □ 민사소송법 일부개정법률안에 관한 예시 개정안

#### ○ 신·구조문대비표

현행	개선안
----	-----

<sup>65</sup> 다만 실제 국회에서 개정안 논의시에 민사소송법 제98조가 아닌 제109조를 개정하는 경우도 생각해 볼 수 있는데, 소송비용 중 재판비용의 상당 부분을 차지하는 인지세, 감정료 등을 감액하여 소송에 대한 장벽을 낮추는 노력도 필요하다. 현행의 인지세 등의 비용은 남소 방지라는 목적을 감안하더라도, 소가에 비례하는 일률적인 방식으로 당사자에게 과도한 부담을 주는 문제가 발생하고 있으므로, 이를 개선하기 위해 대법원과 별도로 국회에서의 입법적 조치도 고려할 필요성이 있다.

제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
<신 설>	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.

민사소송법 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 패소자부담주의(one-way fee shifting)에 근접한다고 볼 수 있다.

□ 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안에 관한 예시 개정안

○ 신·구조문대비표

현행	개정안
<신 설>	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.

	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권의 보호와 향상, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 등에 관한 소송으로 그 성격상 공익성이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>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</li> </ol> <p>② 제1항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 소송비용 회수 예외의 범위 및 절차는 대통령령으로 정한다.</p>
--	--

국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정안 제11조의2(소송비용의 회수)는, 2021. 10. 대한변호사협회 최근까지의 논의를 반영한 것이다.

## IV. 결론

우리나라는 2-30년 이상 지속되어 오던 변호사 보수 각자 부담원칙을 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 패소자부담 원칙을 강제함으로써, 순기능을 하는 공익소송을 위축시키고 법리적으로는 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 하고 있다, 경제적, 사회적으로 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 변호사 보수에 대해 각자 부담하는 원칙을 따르고 있고, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 문제되지 않고 있고, 오히려 우리나라 보다 절대적인 소송수가 적거나, 인구대비 소송사건 수는 우리보다 훨씬 더 적은 것으로 보인다. 미국에서는 변호사비용에 대해 각자부담의 원칙을 따르고 있는데, 각자부담의 원칙의 장점은 무엇보다도 당사자들의 재판청구권을 보장하는 역할을 하고 있다. 다만 인권(civil rights)에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등에서는 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택함으로써, 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다.

패소자부담주의를 따르는 독일이나 영국에서는 우리와 같이 공익소송을 위축시키거나 재판청구권을 과도하게 제약하는 불합리한 점을 보완하기 위해 변호사 보수 법정화, 법률보험, 예외 인정 등 나름대로의 시스템을 갖추고 있다.

우리나라에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식하에 화해나 조정율이 떨어지고 소송사건화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다. 우리나라 사법연감에서 매년 보고되고 있는 소송사건 수가 증가하고 있는 것에 여러 가지 원인이 있겠으나, 변호사 보수 패소자부담원칙 역시 주요 원인이라고 보아야 할 것이다.

우리는 원래 일본이나 미국처럼 소송비용 중 특히 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 남소 방지라는 목적에 치중하여 군사정부 시절에 민사소송법을 개정하였으나, 앞서 본 바와 같은 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하고 국가와 사회 발전을 위해 순기능을 하고 있는 공익소송이나 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 남소 방지 목적 외에도 더 중요한 재판청구권의 보장이라는 본래의 목적이 보장될 수 있는 형태로 민사소송법 등에 대한 조속한 개정이 필요하다.

=====

각주6. 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙

[시행 2018. 4. 1.] [대법원규칙 제2779호, 2018. 3. 7., 일부개정] [별표] <개정 2018. 3. 7.>

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

각주26. 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [별표]

[시행 2020. 12. 28.] [대법원규칙 제2936호, 2020. 12. 28., 일부개정]

소송목적 또는 피보전권리의 값	소송비용에 산입되는 비율 또는 산입액
300만원까지 부분	30만원
300만원을 초과하여 2,000만원까지 부분 $[30만원 + (소송목적의 값 - 300만원) \times \frac{10}{100}]$	10%
2,000만원을 초과하여 5,000만원까지 부분 $[200만원 + (소송목적의 값 - 2,000만원) \times \frac{8}{100}]$	8%
5,000만원을 초과하여 1억원까지 부분 $[440만원 + (소송목적의 값 - 5,000만원) \times \frac{6}{100}]$	6%
1억원을 초과하여 1억5천만원까지 부분 $[740만원 + (소송목적의 값 - 1억원) \times \frac{4}{100}]$	4%
1억5천만원을 초과하여 2억원까지 부분 $[940만원 + (소송목적의 값 - 1억5천만원) \times \frac{2}{100}]$	2%
2억원을 초과하여 5억원까지 부분 $[1,040만원 + (소송목적의 값 - 2억원) \times \frac{1}{100}]$	1%
5억원을 초과하는 부분 $[1,340만원 + (소송목적의 값 - 5억원) \times \frac{0.5}{100}]$	0.5%

# 토론문

이종구 / 단국대학교 법학과 교수

---

## I. 공익소송의 정의

사법개혁위원회는 공익소송은 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 국가권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’이라고 정의한 바 있다. 이처럼 공익소송은 국가적으로 그리고 사회적으로 당연히 장려되어야 하고, 이를 위하여 제도적으로도 뒷받침될 필요가 있다.

## II. 공익소송과 소송비용 및 변호사 보수의 문제

공익소송의 경우에 변호사 보수를 포함한 소송비용이 문제가 되는 이유는 우리나라가 패소자부담주의를 취하고 있기 때문이다. 예를 들어 소비자가 담합을 이유로 기업을 상대로 소송을 제기한 사건에서 승소하였다면 소비자는 상대방인 기업을 상대로 변호사 보수를 포함한 소송비용을 청구할 수 있으므로 전혀 문제가 되지 않는다.

그러나 이와는 달리 소비자가 위 소송에서 패소한 경우에 상대방인 기업의 소송비용뿐만 아니라 상대방이 지출한 변호사 보수도 대법원 소송비용 산입 규칙에서 정한 범위 내에서 물어주어야 한다. 그렇다면 누구도 소액의 손해배상을 받기 위해 소비자 소송을 제기하지 않을 것입니다. 다른 공익소송도 대체로 같은 문제가 생긴다.

## III. 패소자부담주의의 문제점과 공익소송의 경우 예외인정의 필요성

### 1. 패소자부담주의와 각자부담주의

패소자부담주의는 소액사건도 변호사 보수를 상대방으로부터 받아 낼 수 있으므로 소송을 제기할 수 있는 길을 열어준다는 장점이 있지만, 소송에서 패소할 때에는 상대방의 변호사 비용을 물어주어야 하므로 당사자들이 정당한 소송조차도 포기할 수 있다는 문제가 있다. 즉, 헌법상 보장된 재판청구권을 제한할 문제가 있다.

반면에 각자부담주의는 남소의 위험을 줄일 수 있지만, 재판에서 승소할 수 있는 경우에도 변호사 비용이 없어서 소송을 제기하지 못하는 경우가 있고, 또한 소액사건의 경우 소송에서 승소하더라도 변호사 비용을 제하고 나면 남는 게 없어서 아예 소 자체를 포기하는 경우가 생길 수 있다는 문제가 있다.

따라서 소송비용 부담 문제는 각각 제도상 장단점을 가지고 있으므로 헌법재판소가 지적한 바와 같이 “헌법상의 재판청구권의 실질적 보장”과 “남소 방지”라는 두 가지 목적을 어떻게 동시에 달성할 것인가의 입법 정책적 과제라고 할 수 있다.

## 2. 공익소송의 경우 패소자부담주의의 예외 인정 필요성

발제자께서 지적한 바와 같이 재판청구권의 실질적 보장이라는 측면에서 소비자 소송 등과 같은 공익소송을 제기하였다가 패소한 당사자에게 상대방의 변호사 비용 부담을 상당 부분 완화할 필요가 있다고 본다.

그 이유는 ① 소송의 결과는 항상 불확실성을 가지고 있고, 사전에 그 결과를 완전하게 예측할 수 없다는 점이다. 현재와 같이 공익소송의 경우에도 기계적으로 변호사 비용에 관하여 패소자부담주의를 적용한다면 소비자 소송이나 인권소송 등 공익소송에 관한 재판청구권은 상당히 위축될 수밖에 없다. 따라서 변호사 비용 부담 문제를 단순히 볼 것이 아니라 국민의 헌법상 재판청구권의 실질적 보장이라는 관점에서 살펴볼 필요가 있다.

또한 ② 국가는 소비자 침해나 인권 침해를 적발하여 처벌하고, 국가 자신도 국민의 권리를 보장하고 옹호할 의무를 지고 있다고 할 것이다. 이런 관점에서 본다면 공익소송은 국가가 해야 할 일을 국민(소송을 제기한 원고)이 국가를 대신하는 소송이라고 볼 수 있다(Private Attorney General Suit). 그렇다면 공익소송의 경우에 소송비용 부담 문제를 일반 소송과 같게 다루는 것은 문제가 있다.

발제자의 발표에 따르면 대법원과 법무부 및 대한변호사협회, 국회를 비롯하여 이 문제에 관한 관련 기관 모두가 공익소송을 제기하였다가 패소한 당사자에게 상대방의 소송비용 또는 변호사 비용을 감액하거나 면제할 필요가 있다는 의견을 제시하고 있습니다. 그렇다면 원론적으로는 공익소송의 경우에 소송비용 또는 변호사 보수의 부담 문제에 대하여 제도적 개선이 필요하다는 점에 대해서는 공감대가 형성되었다고 판단된다.

## IV. 개정방안

공익소송의 경우에 소송비용 또는 변호사 보수의 부담 문제에 대하여 제도적 개선이 필요한 점에는 공감대가 형성되어 있지만, 그 범위나 구체적 방법에 대하여는 이견이 있어 보입니다.

### 1. 감면대상인 소송비용의 범위

공익소송의 경우 소송비용 중에서 상대방의 변호사 보수만 감면 대상으로 할 것인가 아니면 재판비용도 포함할 것인가의 문제이다.

예를 들어 패소자부담주의 하에서는 소비자가 소송에서 패소한 경우에 기업이 부담한 소송비용(재판비용+변호사 비용)을 물어 주어야 하므로 문제가 된다.



그런데 재판비용(인지대나 송달료, 증인 등 여비)은 소를 제기하는 원고(소비자)가 대부분 부담하므로 소비자(원고)가 패소한 경우에 상대방의 재판비용을 물어야 하는 경우는 많지 않을 것으로 생각된다(공익소송의 경우에도 대부분 증명책임은 원고에게 있다고 생각됨).

그렇다면 소송비용 중에서 재판비용까지도 감면하는 것은 큰 실익이 없고, 상대방과의 사이에 형평에 어긋날 수 있다. 따라서 토론자로서는 공익소송의 경우 변호사 보수에 관해서만 현행 규정(변호사 보수의 소송비용 산입에 관한 규칙)에 예외를 두어 이를 감면하는 것이 바람직할 것으로 생각한다. 다만 국가를 상대로 공익소송이 제기된 경우에는 국가는 국민의 권익을 보호할 지위에 있다는 점을 고려하면 변호사 보수를 포함한 소송비용 전체에 대하여 예외를 인정할 필요가 있다.

## 2. 일부승소 및 일부패소의 경우

공익소송 중 손해배상청구소송(기업의 담합으로 인한 손해배상 또는 인권침해로 인한 손해배상 등)의 경우에는 원고가 소송을 제기하여 승소하더라도 전부 승소하는 경우는 드물고 대개 일부승소/일부패소로 나타난다. 이 경우 일부승소·패소의 원인이 위자료 액수에 대한 견해차이나 손해액 중 사소한 계산상의 차이에서 비롯된 경우, 다시 말해서 소송의 본질적 부분에서는 원고 승소한 경우에는 전부 승소로 취급할 필요가 있다고 본다.

예컨대, 현행 민사소송법 제101조(일부패소의 경우)는 “일부패소의 경우에 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 정한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

공익소송의 경우에는 법원은 위 규정을 적극적으로 활용하여 원고(소비자나 피해자)가 일부패소하였다고 하더라도 본질적 부분에서 원고가 승소한 이상, 전부승소로 보고 변호사 보수를 포함한 소송비용 전액을 상대방에게 부담시킬 필요가 있다고 생각한다. 더 나아가 공익소송을 강화하기 위해서는 위와 같은 취지로 위 조항을 일부 개정 보완할 필요도 있다고 본다.

## 3. 개정방법

### (1) 변호사 보수의 감면

먼저 변호사 보수의 감면을 민사소송법에 규정을 둘 것인지 아니면 대법원이 제시한『개정안(발제문 31면)』에서 보는 바와 같이 현행『변호사 보수의 소송비용 산입에 관한 규칙』에 둘 것인지의 문제이다. 위에서 든 바와 같이 상대방이 부담한 소송비용 중 재판비용을 제외하고, 변호사 보수에 대해서만『공익소송』이라는 이유로 이를 감면한다면 대법원이 제시한 안과 같이 위『규칙 제6조 1항』을 개정하는 것이 적당하다고 생각된다.

### (2) 국가를 당사자로 한 소송의 경우 소송비용의 회수 제한

또한『국가를 당사자로 하는 소송』의 경우에 소송비용의 회수에 관해서는 정부 및 법무부의 동 소송에 관한 법률 개정안(발제문 32면)과 대한변협의 동 개정안(발제문 36-7면)은 동 규정의 시행령을 법무부장관령으로 하는가 아니면 대통령령으로 하는가에 차이가 있을 뿐, 실질적으로 그 내용은 큰 차이가 없어 보인다.

다만 국가소송담당기관(검사장)이 소송비용 확정결정을 신청하여 이미 결정을 받은 이후에 당해 소송이 공익소송임이 판명된 경우도 있을 수 있다는 점을 고려하면 대한변협의 안과 같이 “확정결정 신청을

하지 아니하거나 확정된 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.”고 하는 것이 타당하지 않을까 생각한다.

#### 4. 재량감면과 필요적 감면 및 회수 제한 등

대법원의 변호사 보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 개정안과 정부 및 법무부의 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정안 및 대한변협의 개정안은 모두 “문제가 된 소송”이 공익적 성격을 가진 경우에는 『변호사 보수 또는 소송비용의 전부 또는 일부를 감면할 수 있다고 하거나 소송비용을 회수하지 않거나 또는 확정된 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다』라는 취지로 규정하여 “재량감면”으로 규정하고 있다.

다시 말하자면 문제가 된 소송에 관하여『공익소송』에 해당한다고 하더라도 바로 감면되는 것이 아니라 법원이 감경 또는 면제 여부를 결정하고, 소송비용의 회수 제한 여부에 대하여 국가 기관이 재량권을 갖는다는 의미이다. 그러나 당해 소송이 공익성의 요건을 충족하여 공익소송에 해당하면 상대방 변호사 보수의 소송비용 산입을 필요적으로 감면하거나 법무부(검사장)의 소송비용 회수가 필요적으로 제한되어야 한다고 생각한다(재량권 행사를 기대할 수 있을까?).

더욱이 공익소송이 활성화되기 위해서는 변호사 보수 등 소송비용을 누가 부담하는지에 대하여『객관성』과『예측 가능성』이 보장되어야 한다. 당해 소송의 공익성 요건 충족 여부도 판단하기가 쉽지 않은데, 공익성이 인정되는 경우에도 또다시 감면이나 회수 제한 여부에 대하여 법원이나 국가 기관의 재량적 판단을 기다려야 한다는 것은 불합리하다. 따라서 위 각 개정안에서 규정한 공익성의 요건을 충족하였다면『감액 산정 또는 면제한다』(대법원 위 규칙 제6조 1항 개정안의 경우)라고 하거나『소송비용을 회수하지 아니하거나 또는 확정된 소송비용의 전부 또는 일부를 면제한다』(대한변협의 국가를 당사자로 한 소송에 관한 법률 시행령 개정안의 경우)라고 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

# 토론문

이승은 / 법원행정처 사법지원실

---

## I. 들어가며

공익소송 제도가 필요하다고 인정되는 영역에서, 공익소송 제기 주체로 하여금 소송의 동인(動人)을 상실하지 않도록 제도적 장치를 마련하자는 측면에서 이번 토론회가 개최되었습니다. 발제문은 ‘공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향’이라는 주제로, 공익소송이나 전문가소송 등의 경우에도 일률적으로 소송비용 패소자부담 원칙이 적용됨으로 인하여 공익소송을 위축시키고 관련된 당사자들의 사실상 재판청구권 행사에 과도한 제재를 가하고 있다는 문제의식을 바탕으로 민사소송법 및 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정안을 제시하고 있습니다. 이하에서는 발제문에서 제시된 개정안에 대한 의견을 개략적으로 나누어보고자 합니다.

## II. 논의 추가 고려사항

### 1. 소송비용 부담재판 관련 규정과의 조화 문제

(1) 「민사소송법」 제391조와의 정합성 문제

발제문에 따른 「민사소송법」 제98조의2 개정안은 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 패소할 당사자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우, 법원이 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 규정하고 있습니다.

한편 현재 「민사소송법」 제391조<sup>66</sup>는 소송비용에 관한 재판의 경우, 독립하여 상소할 수 없고 본안재판에 대한 상소와 함께 하여야 한다고 규정하고 있습니다. 또한 「민사소송법」 제104조<sup>67</sup>에 따르면, 소송비용에 관한 재판에서는 ‘처분권주의’<sup>68</sup>가 적용되지 않습니다. 그에 따라 ‘소송비용의 재판에 대한 불복은 본안의 재판에 대한 상소의 전부 또는 일부가 이유 있는 경우에 한하여 허용되는 것이고, 본안의 상소가 이유 없는 때에는 허용될 수 없다’고 판례도 확립<sup>69</sup>되어 있습니다.

그런데 발제문과 같이 개정될 경우, 본안재판에서의 권리관계 존부에 관한 판단에는 승복하나, ‘해당 소송이 그 성격상 공익성이 인정되어 소송비용의 전부 또는 일부가 면제될 수 있는지’, ‘소송 당사자의 사회적 지위 및 경제적 자력, 소송의 성격 등을 고려할 때 패소할 당사자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니하여 소송비용의 전부 또는 일부가 면제될 수 있는지’ 등을 쟁점으로 한 **소송비용 부담재판에 대하여는 승복할 수 없는 경우에는 현재 소송비용에 관한 재판에서는 처분권주의가 적용되지 않고, 소송비용 부담 재판에 대한 독립한 상소가 허용되지 아니하므로, 문제가 발생할 여지가 있는 바, 신중하게 검토할 필요가 있습니다.**<sup>70</sup>

## (2) 「민사소송법」 제110조의 소송비용액의 확정 결정과의 조화 문제

「민사소송법」 제104조<sup>71</sup> 및 제110조<sup>72</sup>에 따라 소송비용액은 ‘소송비용 부담재판’에서 소송비용액수까지 결정하거나, ‘소송비용액확정결정절차’에서 추가적으로 심리를 하여 결정됩니다. 소송비용 부담재판에서 구체적인 소송비용 액수까지 정하는 것이 가능할 경우에는 소송비용액수의 결정과 부담자의 결정을 동시에 해야 할 것이나, 권리관계의 존재 여부에 관한 재판 당시까지 구체적인 소송비용액수를 산정할 수 있는 자료가 제출되지 않고(당사자가 실제 지출한 변호사 보수 등), 판결 선고 후에도 소송비용이 발생할 수 있어, 실무에서는 소송비용 부담재판에서 부담자와 부담비율을 정하고, 구체적인 소송비용 액수는 소송비용확정결정절차에서 산정되고 있습니다.

<sup>66</sup> 민사소송법 제391조(독립한 항소가 금지되는 재판) 소송비용 및 가집행에 관한 재판에 대하여는 독립하여 항소를 하지 못한다.

<sup>67</sup> 민사소송법 제104조(각 심급의 소송비용의 재판) 법원은 사건을 완결하는 재판에서 직권으로 그 심급의 소송비용 전부에 대하여 재판하여야 한다. 다만, 사정에 따라 사건의 일부나 중간의 다툼에 관한 재판에서 그 비용에 대한 재판을 할 수 있다.

<sup>68</sup> 처분권주의란, 소송에 있어서 절차의 개시, 심판의 대상, 절차의 종료를 당사자에게 주어 처분을 맡기는 원칙을 말한다. 민사소송법에서 처분권주의의 예외로, 당사자의 신청 없이 직권으로 재판할 수 있는 경우에는 ① 소송비용의 재판(제104조, 제107조), ② 소송비용 담보제공(제117조제2항), ③ 가집행선고(제213조제1항), ④ 판결의 경정(제211조제1항), ⑤ 추가재판(제212조제1항), ⑥ 배상명령(특례법 제25조), ⑦ 소송구조(제128조제1항)이 있습니다.

<sup>69</sup> 대법원 1981. 7. 7. 선고 80다2185 판결, 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다38233 판결 등 참조

<sup>70</sup> 소송비용 부담 재판에 대하여 승복하지 못하여 본안에 대해서도 상소하는 경우라면, 본안보다 소송비용이 쟁점이 되는 본말전도 현상이 발생할 수도 있습니다.

<sup>71</sup> 민사소송법 제104조(각 심급의 소송비용의 재판) 법원은 사건을 완결하는 재판에서 직권으로 그 심급의 소송비용 전부에 대하여 재판하여야 한다. 다만, 사정에 따라 사건의 일부나 중간의 다툼에 관한 재판에서 그 비용에 대한 재판을 할 수 있다.

<sup>72</sup> 민사소송법 제110조(소송비용액의 확정결정) ① 소송비용의 부담을 정하는 재판에서 그 액수가 정하여지지 아니한 경우에 제1심 법원은 그 재판이 확정되거나, 소송비용부담의 재판이 집행력을 갖게된 후에 당사자의 신청을 받아 결정으로 그 소송비용액을 확정한다.

소송비용에 관한 재판과 소송비용액확정결정절차와의 관계에 관하여, 법원은

‘소송비용액확정결정절차에서는 상환할 소송비용의 액수를 정할 수 있을 뿐이고 소송비용에 관한 재판에서 확정한 상환의무 자체의 범위를 심리판단하거나 변경할 수는 없으며<sup>73</sup>’,

‘소송비용액확정결정절차에서 소송비용 부담재판의 내용을 변경하는 것은 ‘현저히 부당’한 경우와 같이 어디까지나 예외적인 경우에만 허용되어야 한다<sup>74</sup>’고 보고 있으며, 실제로 소송비용확정결정절차의 대부분을 사법보좌관이 담당<sup>75</sup>하고 있습니다.

그런데 발제문에 따른 「민사소송법」 일부개정법률안 제98조의2에 따르면 법원이 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용을 확정할 때 고려할 사항에는 ‘소송 당사자의 사회적 지위, 경제적 자력, 소송의 공익성 등의 성격 및 경위’가 포함되는데, 이러한 사항은 권리관계의 존재 여부에 관한 재판 당시에 구체적인 자료로 제출되지 않을 가능성이 높고, 공익소송이라고 하더라도 구체적인 사안마다 그 내용과 소송의 경과는 각각 다를 것이므로, 결국 ‘소송비용 부담재판’에서는 패소할 경우의 소송비용 부담여부 및 부담비율만을 정하고, 구체적인 액수는 ‘소송비용확정결정절차’에서 산정될 가능성이 높습니다. 그렇다면, ‘소송비용확정결정절차’에서 ‘상환의무 자체의 범위를 심리판단하거나 변경’할 수 있게 되어, 현재의 소송비용에 관한 재판과 소송비용액확정결정절차와의 관계와 부합하지 않는 측면이 있어 신중한 검토가 필요합니다.

## 2. 남소, 남상소를 방지하기 위한 노력 필요

현재 우리 「민사소송법」은 패소자부담주의를 채택하고 있지만, 소송에서 패소할 경우 상대방 당사자의 변호사비용을 물어주어야 하는 위험 때문에 소권이 지나치게 제한되는 것을 방지하기 위하여 당사자가 지출한 변호사비용의 일부만을 소송비용에 산입하는 ‘제한적 패소자부담주의’를 취하고 있습니다.<sup>76 77</sup> 이는 ‘재판청구권의 보장’과 ‘소권의 남용 방지’라는 두 가지 목적을 달성하기 위함입니다.

발제문에 따른 「민사소송법」 개정안에 따르면, **공익소송에서 재판청구권의 보장과 소권의 남용 방지 중 ‘재판청구권의 보장’에 중점을 두어** 편면적 패소자부담주의를 채택한 것으로 볼 수 있습니다. 그런데 공익성이 있다는 이유로 소송비용을 부담하지 않을 경우, 승소가능성이 높지 않음에도 사회적 환기 목적으로 소를 제기하는 등 남소와 남상소가 만연할 우려가 있습니다. 국가가 재판제도의 이용을 용이하게 하여 국민의 기본권을 보장하는 것이 바람직하겠으나, 지나치게 적은 비용만을 당사자에게 부담시킬 경우 소송제기 및 상소가 남발되어 국민의 권리구제가 지연되고 국가가 그에 따른 비용을

<sup>73</sup> 대법원 1991. 9. 24.자 91마277결정

<sup>74</sup> 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다271657 판결

<sup>75</sup> 사법보좌관규칙 제2조(업무범위) ① 「법원조직법」 제54조제2항 각호의 업무 가운데 사법보좌관이 행할 수 있는 업무는 다음 각 호와 같다.

1. 「민사소송법」 제110조 내지 제115조(「행정소송법」 제8조제2항, 「가사소송법」 제12조 및 「민사집행법」 제23조제1항의 규정에 따라 「민사소송법」 제110조 내지 제115조의 규정이 준용되는 경우를 포함한다)의 규정에 따른 소송비용액 또는 집행비용액 확정결정절차에서의 법원의 사무

<sup>76</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구:미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로, 경영법률 24집3호, 453면 참조

<sup>77</sup> 현재 2019. 11. 28. 2018헌바235·391·460·471, 2019헌바56·95·145(병합)

추가로 부담하게 될 것인 바, 그 경우 중국적으로 재판자원의 공평하고 공정한 이용을 저해하거나 국민의 부담을 그만큼 가중시키게 되는 역기능적 측면이 발생할 우려가 있는 것입니다.

따라서 발제문에 따른 「민사소송법」 개정안의 내용을 도입한다면, 남소·남상소를 방지하기 위한 노력도 함께 필요하다고 생각합니다.<sup>78</sup>

### 3. 「민사소송법」을 개정하는 것이 타당한지의 문제

발제문의 공익소송에서의 재판 청구권 보장을 위해 소송비용부담원칙의 예외를 두도록 편면적 패소자부담주의를 채택하는 내용을 「민사소송법」에 규정할 것인지, 아니면 개별 법률<sup>79</sup>에서 규정할 것인지에 대하여도 신중하게 검토할 필요가 있습니다.

「민사소송법」을 개정할 경우, 국민의 권리·의무와 관련이 있는 소송비용 부담의 문제를 사법체계의 권리 실현을 위한 재판절차를 규정하는 일반법에 직접 규율한다는 점에서 긍정적인 측면이 있다고 할 것입니다.

그러나 「민사소송법」이 민사소송과 행정소송 등의 경우에 일반적으로 적용되는 법률인 만큼, **광범위한 사회적 합의 없이 추진될 경우, 논란의 소지가 클 것으로** 보입니다. 공익소송에서 패소한 당사자가 소송비용을 부담해야 한다면, 그것은 승소한 당사자에게 응소의 정당한 사정이 있었음이 인정되는 상황임에도 불구하고, 승소한 당사자에게 응소에 따른 경제적, 정신적, 시간적 손실 등에 대한 불이익을 회복할 수 있는 수단을 박탈하는 것이기 때문입니다. 특히, 승소한 국가기관 등에서 사용한 비용은 국민의 세금으로 충당된다는 측면에서, 광범위한 사회적 합의 없이 국민의 부담을 가중시키는 규정이 일반법인 「민사소송법」에 규정되는 것이 정당한지에 대한 논의가 추가로 필요하다고 생각합니다.

또한 공익소송이라고 하더라도 구체적인 사안마다 편면적 패소자부담주의 도입의 필요성, 소송비용 감면의 필요범위 등이 다를 수 있기 때문에, **편면적 패소자부담주의 도입의 필요성이 크고 남소 가능성이 적은 분야의 개별 법률에 구체적으로 도입하는 방안**에 대하여 신중하게 검토해볼 필요가 있다고 사료됩니다. 미국의 경우도, 일반 민사소송 규정인 연방민사소송규칙이 아닌 독점금지법(15 U.S.C. §15), 지적재산권법(35 U.S.C. §285), 소비자금융에 관한 법률(15 U.S.C. §1679g(a)(3)), 기본권(civil rights)에 관한 법률(42 U.S.C. §1988(b)), 노동관계법(29 U.S.C. §216(b)) 과 같은 특정 유형의 소송에서 **개별 법률로** 편면적 패소자부담주의를 도입하고 있고, **일본 역시 민사소송법이 아닌**

<sup>78</sup> 미국의 경우 연방민사소송규칙 제11조에서 남소·남상소를 방지하기 위한 규정을 두고 있는 바, 해당 조항에 따르면, 소송당사자는 법원에 문서를 제출함으로써 그가 그 상황에서 합리적이라고 생각되는 방법으로 조사한 결과 형성된 자신의 지식, 정보, 신념에 비추어 볼 때, 그 문서가 1) 괴롭히거나 불필요하게 지연하거나 또는 불필요하게 소송비용을 증가하려는 등 부당한 목적으로 제출된 것이 아니며, 2) 청구, 항변, 기타 법적 주장이 현재의 법 또는 근거 있는 논거에 의하여 담보되고 있으며, 3) 기회가 있다면 그 주장이 뒷받침될 수 있으며, 4) 사실 주장에 대한 부인이 증거 등에 의해 뒷받침된다는 것을 보증하며, 이를 위반한 경우 그 소송당사자와 그 변호인을 처벌할 수 있도록 규정하고 있습니다(이치민, 특허침해소송 남용방지 방안 : 미국연방민사소송규칙 제11조를 중심으로, 경희법학 제47권 제3호, 175면 참조).

<sup>79</sup> 발제문의 개정안에 기재되어 있는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」, 또는 「증권관련 집단소송법」, 「지방자치법」, 「개인정보보호법」 등 가운데서 편면적 패소자부담주의 도입의 필요성이 크고, 남소(남상소) 가능성이 낮은 분야에 도입하는 것을 고려할 수 있습니다.

지방자치법(제242조의제12항)에서 주민소송에 한해 편면적 패소자부담주의를 도입하고 있으므로, 이러한 사례를 참조할 필요가 있다고 사료됩니다.

#### 4. ‘공익소송’ 개념 정의의 문제

사법개혁위원회는 공익 소송을 ‘약자 및 소수자의 권익 보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 국가권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭한다고 정의하였으나, 엄격한 의미에서 공익소송에 대한 명확한 정의 규정은 없습니다.<sup>80</sup>

그런데 공익소송으로 인정되는 소송의 소송비용을 감면하는 것은 그렇지 않은 소송에서 소송비용을 패소자가 모두 부담하는 경우에 대한 예외를 두는 것이고, 특히 국가기관 등을 상대로 한 소송의 경우, 국민의 세금을 기반으로 한 국가재정과도 밀접한 관련이 있으므로, 사회적 합의를 토대로 소송비용 감면이 필요한 **공익소송의 범위를 ‘구체적으로 설정할 필요’가 있다고 할 것입니다.** ‘공익’에 대한 관념은 시대와 상황에 따라 가변적이기 때문에 ‘명백한 공익’과 그 주변부의 광범위한 회색지대가 존재하고, 그 때문에 **소송비용에 관한 법원의 판단이 공익의 개념표지가 되거나 나아가 재판이 정치적, 당파적으로 이용될 우려가 있기 때문**<sup>81</sup>입니다.

이러한 우려는 앞서 살펴본 바와 같이, 일반법인 「민사소송법」에 소송비용이 면제되는 공익소송 일반에 대한 규정을 개정하려는 문제와 맥을 같이 합니다. 일반법인면서 기본법인 「**민사소송법**」에 **규정할 경우, 공익소송과 관련된 정의 규정, 그 요건과 적용범위 등에 대한 사항을 모두 규정하여야 하기 때문에** 이와 같은 문제가 발생하는 것입니다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위하여 일반법이 아닌 「증권관련 집단소송법」 등과 같은 개별 법률에 패소한 당사자 소송비용 감면에 관한 규정을 두는 것을 신중하게 검토해볼 필요가 있습니다.

<sup>80</sup> ‘공익’의 개념 또한 명확한 정의 규정이 없습니다. 공익 또는 공공선 관념에 대한 평가는 이데올로기에 따라 다르며, 시대와 상황에 따라 가변적이기 때문입니다.

<sup>81</sup> 이상돈, 공익소송론, 세창출판사, 21~71면 참조

# 공익소송의 소송비용 제도 개선의 필요성에 대하여

허진민 / 참여연대 공익법센터 소장

---

우리 헌법은 법치주의를 국가원리로 설정하여 공동체 구성원 및 공동체를 구성하는 법인 사이의 갈등에 대하여 자력구제를 금지하고 헌법과 법률이 정한 재판 절차를 통하여 해결하도록 강제하고 있다. 이에 따라 헌법은 제27조에서 재판을 받을 권리를 기본권으로 정하고 있으며, 그 결과 국가는 재판을 받을 권리를 실효적으로 보호할 의무를 부담한다.

그러므로 공동체 구성원으로 하여금 자신의 권리 구제를 위해 재판 절차를 이용함에 있어 부담하게 되는 비용이 과도하여 재판 절차를 이용할 수 없다면 이는 재판을 받을 권리의 침해가 될 수 있으며, 국가는 기본권 보호의무를 다하지 못하는 것으로 볼 수 있다.

따라서 입법자는 소송비용 제도를 정함에 있어 소송의 성격, 당사자의 자력 유무 등을 고려하여 소송비용 부담 기준을 세분화하여 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장할 의무가 있다.

우리나라는 사인간의 재판절차를 규율하고 있는 민사소송법에서 소송비용의 부담기준으로 패소자부담주의를 정하고 있으며, 행정소송법 등에서 민사소송법을 준용하는 형태를 취하고 있다.

소송비용의 부담기준으로 패소자 부담주의를 채택한 가장 큰 이유는 남소의 폐해를 방지하기 위한 것이며, 이는 소권의 남용이나 무익한 소송을 예방하기 위한 것으로 생각된다. 그러나 공익소송은 그 성격상 단순한 사인간의 다툼을 넘어서 사회의 구조적인 문제점을 지적하고 개선 방향을 제기하는 순기능을 가지고 있는 점을 고려한다면 공익소송이 소권의 남용이나 무익한 소송에 해당될 가능성은 높지 않으므로 소송비용 부담에 대하여 다른 기준이 적용되어야 할 것으로 생각된다. 또한 발제자가 적절하게 지적하였듯이 패소자 부담주의를 채택한 이후에도 소송수가 줄어들지 않았다는 통계에 의하더라도 남소 폐해 방지의 역할을 제대로 못하고 있는 점과 패소자 부담주의의 경우 일종의 결과 책임을 부가하고 있는 점, 오히려 패소자 부담주의가 소송비용의 부담으로 공익소송을 포기하게 하는 현실적인 원인을 제공하는 역기능과 재판청구권의 침해가 될 수 있는 점에서도 제도 개선의 필요성은 명확한 것으로 생각된다. 또한 청구금액 대비 승소금액 비율로 소송비용의 부담을 일률적으로 정하는 재판의 관행을 고려할 때 소송비용 부담 기준에 관한 민사소송법의 개정이 필요하다.



공익소송에 있어 소송비용 부담기준을 달리하는 입법안에 대하여 공익소송을 정의하기 어렵다는 이유로 반대하는 의견이 있으나, 그동안 이루어진 공익소송에 대한 개념 정의 및 연구 결과를 고려한다면 충분히 그 범위를 정하여 입법하는 것이 가능한 것으로 생각되며, 법 개정 이후 운영 과정에서 일부 미비한 부분은 보완될 수 있다는 점에서 입법 개정을 미룰 수 있는 논거가 되기는 어렵다고 생각된다.

발제문에 소개된 예시 개정 법률안의 내용대로 신속하게 입법이 이루어져야 한다는 발제자의 의견에 적극 찬성한다.

# 공익소송의 소송비용 부담 완화를 위한 제도 개선 방안

김창형 / 법무부 국가소송과 행정사무관

---

## I. 서론

공익소송은 대부분 국가기관이나 지방자치단체, 대기업 등을 상대로 기존 판례 등의 전향적 개선을 촉구하는 경우가 많아 패소 가능성이 상대적으로 높은 것으로 알려져 있습니다. 따라서 공익소송을 제기하는 원고의 입장에서는 권리 구제의 필요성이 있음에도 불구하고 패소 시 소송비용 부담의 문제로 인하여 적극적으로 소를 제기하지 못함에 따라 결과적으로 공익소송의 사회적 기능이 위축되는 측면이 있습니다.

한편 공익소송으로 인정되는 소송의 소송비용을 감면하는 것은 그렇지 않은 소송에서 소송비용을 패소자가 전부 부담하는 경우에 대한 예외를 두는 것이고, 특히 국가기관 등을 상대로 한 소송의 경우 국민의 세금을 기반으로 하는 국가재정과도 밀접한 관련이 있으므로 사회적 합의를 토대로 소송비용 감면이 필요한 공익소송의 범위를 설정할 필요가 있다 할 것입니다.

이하에서는 위와 같은 점을 고려하여 **소송비용 감면 결정의 주체는 누가 되는 것이 적절한 것인지, 법령 개정**은 어떠한 방식으로 하여야 할 것인지, 그리고 주제 발표에서 제시된 개정안에 대한 의견을 개략적으로 나누어보고자 합니다.

## II. 소송비용 감면 결정의 주체 및 법률 개정 필요성

### 1. 소송비용 감면 결정의 주체

현행법상으로는, ① 법원에서 패소한 당사자의 소송비용 부담에 관한 결정을 하면, ② 법원의 결정에 따라 당사자가 부담된 범위 내에서 상대방에게 소송비용을 청구하거나 강제집행을 신청하고 있습니다. 특히 **국가의 경우 국가 승소 판결 시 확정된 소송비용을 패소한 당사자에 대하여 회수하도록 하는 의무 규정**을 두고 있습니다(국가소송법 시행령 제12조 제3항).

## 국가소송법 시행령

제12조(확정사건의 처리) ③ 국가승소판결의 확정으로 패소자로부터 회수할 소송 비용은 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장이 법원의 소송비용 확정결정을 받아 소관 행정청의 장으로 하여금 회수하게 하여야 한다.

따라서 소송비용이 감면되는 공익소송에 관한 결정은 ① 법원의 소송비용 확정 단계에서 결정하는 방안, ② 국가기관 등에서 소송비용을 회수하지 않는 예외를 두어 국가기관 등이 결정하는 방안, ③ 앞의 두 가지 방안을 단계별로 모두 가능하게 하는 방안 등이 고려될 수 있습니다.

먼저 ②의 방안의 경우, 국가기관은 소송의 일방 당사자로서 상대방의 채무 감면 여부를 결정하여야 하므로 객관성·공정성을 담보하기 어려운 한계가 있습니다. 또한 국가기관 등이 소송비용 회수를 포기하는 것은 국민의 세금을 기반으로 하는 국가재정과 관련된 사안이며, 재판 단계에서 확정된 국가채권의 전부 또는 일부의 포기는 「국가채권관리법」에 따라 엄격하고 제한된 요건 하에서만 허용되는 점을 고려하여야 합니다.

다음으로 ①의 방안, 즉 법원이 공익소송인지 여부를 결정하여 소송비용 확정단계에서 이를 결정하는 방안은 현행법상 소송비용 확정결정의 주체인 법원이 직접 공익소송인지 여부를 판단할 수 있다는 점, 국가기관 등이 소송비용 회수 여부를 결정하는 것은 국가소송 및 행정소송에 국한된다는 점에서 소비자, 환경 관련 소송 등 국가기관 등이 당사자가 아닌 소송에서는 법원이 이를 결정 할 수밖에 없다는 점 등 긍정적인 측면이 있습니다.

다만 법원이 소송비용 결정 단계에서 부담자를 정하는 것은 재판 실무상의 문제로서, 이는 법원의 업무 부담이 가중되는 것과 함께 민사소송법 개정을 위해 다양한 사회 주체들의 공감대 형성이 전제되어야 할 것입니다.

한편 ③의 방안의 경우에는 국가소송과 행정소송에 있어서는 소송비용 감면 여부에 대해 법원과 국가기관 등이 이중적으로 판단하게 하도록 하여 패소당사자를 더욱더 보호해 줄 수 있다는 장점이 있지만, 위에서 기재한 ②번 방안의 문제점은 그대로 존재하며, 나아가 법원이 소송비용 감면 여부를 판단하였음에도 불구하고 2차적으로 국가기관 등이 이를 다시 판단하게 하는 경우 발생할 수 있는 문제점(실효성, 법체계상 문제점 등<sup>82)</sup>)을 고려하면 효과적인 방안으로 보이지는 않습니다.

결국 위와 같이 소송비용 감면의 주체를 누구로 할 것인지 정하는 것은 생각 보다 간단한 문제는 아니라고 보이는바, 소송비용 감면을 위한 법률을 개정하기에 앞서, 공익소송임을 결정하는 주체가 누가 될 것인지, 어떠한 주체가 이를 결정하는 것이 가장 공정하고 합리적인지에 대하여 깊이 있는 검토가 선행되어야 할 것으로 보입니다.

<sup>82</sup> 면밀한 검토가 필요한 부분이나, 법원이 공익소송이 아니라고 판단하여 비용을 감면하지 아니하였음 에도 불구하고 국가기관 등이 법원의 판단을 뒤엎고 공익소송으로 판단하는 경우 등

## 2. “법률”개정의 필요성

공익소송의 소송비용 감면 근거는 “법률”에서 규정하여야 합니다. 소송비용 패소자부담주의는 현재 국민의 권한을 위임받은 국회에서 제정한 “법률”인 「민사소송법」에 규정되고, 공익소송에서의 소송비용을 완화하는 제도를 도입 하는 것은 “법률”에서 정하고 있는 소송비용 패소자부담주의에 대한 예외를 마련하는 것이기 때문입니다.

## III. 개정 대상 법률에 대한 검토

### 1. 민사소송법 개정안에 대한 검토

민사소송법을 개정하는 것은 국민의 권리·의무와 관련이 있는 소송비용 부담의 문제를 일반법적 지위에 있는 민사소송법에서 직접 규율할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있습니다.

다만, 민사소송법을 개정하는 것은 소송비용이 감면되는 공익소송의 범위가 상대방이 국가 등인 경우를 넘어 기업 등 사인인 경우, 즉 모든 범위의 소송에까지 확대될 수 있으므로 **다소 신중한 접근이 필요하다고 판단됩니다.**

### 2. 국가소송법 개정안에 대한 검토

#### 가. 긍정적 측면

국가소송법을 개정하는 것은 소송비용이 감면되는 공익소송의 범위를 국가기관 등에 대한 소송으로 한정하여 **우선적으로 제도를 도입할 수 있다는 점**, 법원의 소송비용 결정과는 별개로 해당 소송의 당사자인 국가기관 등에서 소송비용 회수를 하지 않을 수 있는 근거를 마련하여 **당사자를 두텁게 보호할 수 있다는 점**, **민사소송법 개정 대비 상대적으로 신속한 추진이 가능하다는 점** 등에서 **긍정적인 측면이 있다** 할 것입니다.

다만 공익소송인지를 판단하는 주체는 이해관계자 지위에 있는 개별 국가기관 등 보다는 법원이 적절할 수 있다는 점 등을 고려할 때, **국가소송법을 개정 하더라도 소송비용 감면의 결정 주체는 법원으로 하는 것을 중심으로 접근할 필요는 있다고 생각합니다.**

#### 나. 부정적 측면 1

반면 국가소송법을 개정하는 것은 **민사소송법 개정 대비 적용 범위가 협소하다는 점(실효성)**, 국고로 귀속될 소송비용을 회수하지 아니함으로써 결과적으로 국민 세금 부담으로 귀결된다는 측면에서 문제가 있을 수 있는 점(**부담의 전가**), 소송당사자인 국가가 스스로 소송비용 회수 여부를 결정하는 것은 공정성 및 형평성에 문제가 있을 수 있는 점(**공정성**), 남소 및 남상소가 발생할 우려를 배제하기 어려운 점(**남소 및 남상소의 우려**) 등에서 **긍정적인 측면만 있는 것은 아니라고 할 것**입니다.

< 헌법재판소 2019. 11. 28. 2018헌바235 >

■ 「민사소송법」 제98조 등에 대한 위헌소원 사건

“변호사보수 산입 조항이 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자의 부담으로 한 것은 **정당한 권리행사를 하려는 당사자의 실효적 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적 운영을 도모하려는 점에 취지**가 있다. 민사소송법 관련 규정에는 소송비용에 산입될 변호사보수의 범위를 합리적으로 제한하도록 하고 있고, 변호사보수 산입 조항은 이와 같은 중대한 공익을 추구하고 있으므로 피해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추고 있다. **공익 소송 또는 전문 분야와 관련한 소송 등이라고 하더라도 모든 경우 소송 상대방의 실효적인 권리구제의 필요 또는 남소, 남상소의 우려가 없다고 단정할 수는 없다.** 따라서 변호사보수 산입 조항이 과잉금지원칙에 위반되어 소송당사자의 재판을 받을 권리를 침해한다고 할 수 없다.”

다. 부정적 측면 2 - 특히 정보공개청구소송의 경우

한편 개정안 제2호에서는 민사소송법 개정안에서 규정한 인권, 국민 건강과 안전 등과 동위로 ‘정보공개청구소송’ 또한 소송비용의 전부 또는 일부를 면제 할 수 있도록 규정하고 있습니다.

그런데 행정안전부에서 발표한 “2021년 정보공개 연차보고서”에 따르면, 행정소송과 행정심판을 포함하여 정보공개에 대한 불복구제 신청은 2017년 6,689건에서 2018년 8,280건, 2019년 14,066건, 2020년 11,829건으로 매년 큰 폭으로 증가 추세에 있으나, **행정심판의 경우 평균 인용 비율이 10%가 안 되며, 행정소송 또한 인용률이 약 30~50% 수준에 머물고 있는 것으로 확인되고** 있습니다.

[표] 연도별 정보공개 불복 신청 및 처리현황

[표] 연도별 정보공개 불복 신청 및 처리현황

구 분	이 의 신 청				행 정 심 판					행 정 소 송				
	계	처 리 결 과			계	계 류 중	심 판 결 과			계	계 류 중	판 결 결 과		
		취하 각하	기각	인용			취하 각하	기각	인용			취하 각하	기각	인용
2020년	8,502	1,559	3,830	3,113	3,064	181	2,096	466	321	263	120	59	21	63
2019년	8,800	1,605	3,953	3,242	5,017	250	3,574	987	206	249	107	56	38	48
2018년	6,577	1,474	2,688	2,415	1,513	80	922	385	126	190	74	38	29	49
2017년	4,905	1,222	1,995	1,688	1,675	112	1,073	382	108	109	41	26	21	21
2016년	3,910	918	1,562	1,430	1,252	80	879	220	73	128	49	23	31	25
2015년	3,559	879	1,421	1,259	1,696	109	1,027	490	70	159	48	47	34	30

그렇다면 개정안과 같이 정보공개청구소송에 대해 아무런 제한 없이 나머지 공익소송의 유형들과 같이(동위에 두고) 소송비용을 감면할 수 있도록 하는 것은, 정보공개청구소송에 대해 남소 및 남상소 우려가 해소되지 아니한 상태에서 다소 무리가 있을 수 있다고 보입니다.

## IV. 맺음말

공익소송은 기존의 법질서와는 다른 맥락의 논의를 제기하는 경향성으로 인해 패소가능성이 높으며, 이에 공익소송을 수행한 당사자들이 패소비용을 부담 함에 따라 공익소송이 적극적으로 활용되지 못하는 문제점이 제기되고 있습니다.

이와 같은 문제점을 해결하기 위해 주제발표에서와 같이 민사소송법 내지 국가소송법 등 “법률”의 개정을 통한 제도개선이 필요하다는 점에 깊이 공감하고 있습니다.

다만, 언급한 바와 같이 법률 개정애 앞서 공익소송임을 결정하는 주체가 누가 될 것인지, 어떠한 주체가 이를 결정하는 것이 가장 공정하고 합리적인지에 대하여는 깊이 있는 검토가 선행되어야 할 것으로 보입니다.

나아가 “법률”에 공익소송의 정의, 유형, 감면 절차 및 범위 등이 명확히 규정되어 있지 않다면, 공익소송임을 결정하는 주체가 누가 되든지 간에 이를 판단하는 과정에 상당한 난점이 있을 것으로 보이며, 심지어 공정성 문제를 불러일으킬 염려도 있다고 보입니다.

결론적으로 소송비용 감면 제도의 도입이 국민들이 예측 가능하고 공감할 수 있는 한편, 정당한 권리행사를 하려는 당사자의 권리구제를 보장하면서도, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적 운영을 도모하는 방향으로 추진될 수 있기를 희망합니다. 감사합니다.

# 공익소송 소송비용 부담제도의 문제점과 개선방향에 대한 의견

정제형 / 재단법인 동천 변호사

중요한 문제에 대하여 발제자를 비롯한 대한변호사협회 소송비용 TF의 활동에 감사드리고, 민사소송법 등의 개정을 통해 공익소송에서 소송비용 패소자부담원칙의 예외를 마련해야 한다는 발제자의 의견에 전반적으로 동의함.

아래에서는 실무에서 공익소송을 진행하면서 겪어 본 소송비용 문제를 중심으로 보충의견을 드리고, 개선안에 대해서 약간의 의견을 보태고자 함.

## 1. 공익소송에서 소송비용결정 다툼 사례

### ● 자폐성 장애 아동의 학교에 대한 징계처분취소소송

- 초등학생 자폐성 장애 아동에 대한 담임교사와 사회복지무원들의 부적절한 조치 및 학대 정황이 유력한 상황<sup>83</sup>에서 아동이 담임교사를 때렸다는 이유로 징계처분을 받게 됨. 이에 대하여 법무법인(유한)태평양과 함께 공익소송의 일환으로 장애 아동을 변호사보수없이 대리하여 징계처분의 취소를 다투으나 부족한 증거 등으로 인해 1심과 2심에서 모두 패소함.
- 이 사건은 자폐성 장애 아동에 대한 학대와 부적절한 징계처분에 대한 쟁송으로서, 학대 피해를 받은 피신청인의 권리를 구제하고 다수의 자폐성 장애 아동이 학교에서 학대를 비롯한 부당한 대우를 받게 되는 현실을 알리기 위한 공익적 목적으로 진행됨. 청구가 인용되었다면, 본안소송의 결과는 자폐성 장애 아동을 교육함에 있어서 장애에 대한 이해가 반드시 요구된다는 점, 장애 아동이 학교폭력이나 교권침해로 인한 징계처분의 대상이 되었을 때에도 장애에 대한 이해를 바탕으로 사실관계를 면밀히 파악하고 적절한 징계조치가 이뤄져야 한다는 점 등을 일선 교육 현장에 알리는 좋은 선례가 되었을 것임.

<sup>83</sup> 담임교사와 사회복지무원 중 1인이 교내에서 장애 아동을 물리적·언어적으로 폭행하고 이를 방조하여 아동학대로 기소되어 유죄판결을 받음

- 이 사건은 거부처분취소소송으로 전부 승소하게 될 경우 회복되는 경제적 이익을 산출할 수 없는 비재산권을 목적으로 하는 청구이므로, 「민사소송등 인지규칙」 제18조의2에서 정하는 바에 따라 일괄적으로 50,000,000원으로 소가가 정해지고, 50,000,000원의 소가를 바탕으로 변호사보수액이 각 심당 440만원으로 산정됨.
- 약 880만원 가량의 소송비용에 대하여 상대방의 소송비용결정신청이 있었고, 소송비용결정신청에 관한 의견서를 작성하였으나 받아들여지지 않아, 이의신청을 제기함<sup>84</sup> 사법보좌관결정에 관한 이의신청을 통하여 소송비용액 중 1/2을 감면받음.

## ● 공익소송 패소시 비용부담을 쟁송으로 다뤘을 때의 문제점

- 대법원 규칙인 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」에서는 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다”고 규정하여 법원에 의한 재량감액을 허용하여 기계적인 패소자부담주의의 적용에서 생기는 문제점을 변호사보수에 한하여 다소 완화하고 있음.
- 그러나 그 판단에 있어서 대법원은 “변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙 제6조 소정의 현저히 부당한 경우라 함은, 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, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의한 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 상대방에게 상환을 명하는 것이 공정이나 형평의 이념에 반하는 결과를 가져오는 경우라고 해석함이 상당하다.”(대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정 참조)라고 하여 제한적인 판단기준을 가지고 엄격하게 예외를 인정하고 있음.
- 대법원 규칙에 패소당사자에게 변호사보수를 포함한 소송비용 전부를 부담시키는 것이 부당한 경우가 있을 수 있음을 알고 예외 규정을 마련하고도, 판례는 극히 제한적인 판단기준에 따라 판단하고 있음. 가령 ‘소송비용 패소자부담주의’의 일방적인 관철이 ‘공정과 형평의 이념’에 반하는지 확인할 수 있는 제반 사정으로 사건의 공익적 성격과 의미, 소송 당사자 간의 관계, 패소 사유, 패소한 당사자의 사회적 지위, 경제적 사정 등도 있을 수 있으나 이러한 사정은 판단기준으로 고려되고 있지 않는 것으로 보임.
- 나아가 ‘현저히 부당한 경우’를 엄격하게 판단하고 있어 소송비용액에서 변호사보수가 감액되는 경우는 공익소송 중에서도 극히 예외적인 경우에 한하여 인정되고 있음. 그마저도 변호사보수를 소송비용액으로 산정하는 일부에 관하여서만 감액하는 조치이므로 감액된 금액마저도 공익소송에 임하는 사회·경제적 약자나 시민단체가 부담하기에 큰 금액인 경우가 많음.

<sup>84</sup> 민사소송법 제110조에서 소송비용액이 확정결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있다고 규정되어 있으나, 사법보좌관의 결정으로 이뤄진 경우라면 이의신청으로 진행됨(법원조직법 제54조, 사법보좌관규칙 제4조, 법원실무제요 민사소송 1권, 517면 참조). 다만 실무적으로는 소송비용액확정결정문에 결정에 대해 즉시항고를 제기할 수 있음을 안내하고 있고 이의신청을 제기하여도 즉시항고로 보고 처리함



- 공익소송 패소비용과 관련하여 대표적인 사건인 이른바 신안군 염전 노예 사건의 경우에도 항고심 법원이 1심에서의 소송비용액을 1/4로 재량 감액하면서도, 결정문에 사건의 공익성 등에 대한 언급을 하고 있지 않음. 앞서 공유드린 사건도 마찬가지로 위 대법원의 판단기준을 실시하면서 감액된 금액을 도출할 뿐, 법원이 사건의 어떠한 점을 고려하여 변호사보수를 소송비용에 전부 산정하는 것이 현저히 부당하다고 판단한 것인지 구체적인 내용을 확인할 수 없음. 개별 사건마다 당사자가 이를 다투는 데 어려움을 겪게 됨.
- 실무적으로도 소송비용액확정결정 절차는 변호사보수액 산정이 제대로 되었는지 확인하여 소송비용액을 확정하는 절차여서, 신청 단계에서 의견서를 쌍방이 제출할 수 있으나 재량감액 사유를 의견으로 제출하더라도 대법원규칙에 따라 산정된 소가에 맞는 변호사보수를 청구한 것이 맞는지에 대한 금액적인 부분에 대한 판단만 할 뿐 사법보좌관이 소송비용에 산정되는 변호사보수액을 재량감액하는 판단을 하지 않음. 결국 이를 다투고자 하는 경우에 최소한 사법보좌관의 소송비용액확정결정을 받고 이의신청까지 진행해야 하여 시간적·비용적 낭비가 발생함 즉, 남소의 방지라는 목적으로 패소자부담주의원칙을 엄격하게 관철하는 것이 오히려 소송비용확정신청 및 이의신청, 즉시항고, 재항고에 이르기까지 본안소송 이후의 추가적인 쟁송을 야기할 가능성이 있음.

## 2. 공익소송 등에서 소송비용 패소자 부담원칙 규정을 개정해야 할 근거에 대한 보충

- 앞서 발제자의 여러 의견에 동의함. 소송비용 패소자 부담원칙의 일률적인 적용은 공익소송을 제기했다가 거액의 소송비용을 부담할 위험이 있어 이를 감당하기 어려운 개인이나 단체를로부터의 공익적 목적의 소송이 위축되는 효과를 불러올 수 있음.
- 재판을 통해 변호사비용에 한하여 일부 감액을 받는 것은 현행 규칙과 판례 법리상 극히 예외적인 경우에만 가능하며, 감액을 받아도 공익소송을 진행한 당사자들이 감당하기에 부담되는 비용인 경우가 많음. 나아가 개별법에서 패소자 소송비용부담원칙의 예외를 인정할 수 있는 사유를 규정하지 않는 이상, 사안마다 긴 절차를 밟아가며 재판부의 재량에 판단을 맡길 수밖에 없음. 변호사비용 외에도 인지, 송달료마저도 부담이 되는 소송당사자가 있을 수도 있음.
- 대법원에서 변호사보수를 소송비용에 산입함에 있어서 판단기준으로 삼고 있는 ‘공정과 형평의 이념’에 비추어보아도, i) 공익적 목적을 가지고 제기되며, ii) 소송의 당사자가 사회적 약자가 되고, iii) 증거의 편재 등으로 인해 패소 가능성이 높아 남소의 폐해가 거의 없는 특징을 가진 ‘공익소송’에 대하여 패소자에게 상대방 변호사보수를 전부 부담하도록 하는 것은 형평에 어긋남.
- 더욱이 공익소송의 경우에는 의뢰인의 사회·경제적 어려움을 고려해 변호인이 보수 없이 무료변론의 형태로 사건을 수임하거나, 통상 보수보다 적은 금액으로 수임하는 경우가 많은데 이 경우 원고가 승소하는 경우라도 상대방에게 청구할 변호사보수비용이 없거나 적다는 점에서 공평의 관점에 따른 특별한 배려가 필요함.

- 여러 차례 진행된 관련 토론회와 이번 발제에서 드러난 바와 같이 공익소송 패소 시 소송비용 부담 사례는 매우 많고 소송의 유형도 다양함. 특히 행정소송이나 국가를 상대로 한 민사소송이 상당수를 차지하는데 행정소송의 경우에는 비재산권을 목적으로 한 소송이 많아 그 소가에 기한 기계적인 변호사보수액의 산정이 적절하지 않은 경우도 있을 수 있음. 예를 들어 같은 공립학교 징계처분의 취소를 구하는 소송이라도 퇴학처분의 취소를 구하는 소송과 사회봉사처분의 취소를 구하는 소송에서 회복될 이익이 동등하다고 보긴 어려움. 모든 비재산권을 목적으로 하는 소송에서 원고에게 회복될 이익이 동등하다는 의미는 아니므로 형식적인 소송비용의 부담보다 이를 적절히 감면 또는 감액할 수 있는 예외를 마련할 필요가 큼.

### 3. 개정안에 대한 의견

- 변호사보수 산입 조항이 변호사보수를 소송비용에 산입하여 패소한 당사자의 부담으로 한 것은 남소 방지를 통한 사법제도의 적정하고 합리적 운영을 도모하는 것뿐만 아니라, 정당한 권리행사를 위하여 소송을 제기하거나 부당 제소에 응소하려는 당사자의 실효적 권리구제를 보장하는 측면이 있음(헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2018헌바235·391·460·471, 2019헌바56·95·145(병합) 전원재판부 결정).
- 그러나 소송비용 각자 부담원칙이 되더라도 승소할 가능성이 높은 사회·경제적 약자가 변호사보수 등 소송비용의 문제로 재판을 진행하지 못하게 되는 사례가 발생할 수 있으므로<sup>85</sup>, 소송비용 패소자부담원칙을 각자 부담원칙으로 개편하는 것이 재판청구권을 더 잘 보장할 수 있는 방법이라고 평가하기는 어려워 보임. 재판청구권의 보장과 소권남용방지 목적 간의 균형, 법체계적합성, 개정의 실현가능성 등을 종합적으로 고려한다면 소송비용 패소자부담원칙 자체를 전면 개편하는 것보다 현재 원칙을 유지하되 소송비용 패소자 부담의 예외를 인정할 수 있는 구체적인 기준을 마련하여 개별 사안에 따라 형평에 맞는 소송비용을 부담할 수 있도록 하는 것이 바람직하다 생각됨.
- 발제자가 제시한 개정안대로 민사소송법 109조에서 변호사보수의 소송비용 산입에 한해서만 예외를 인정하기보다 소송비용의 상당부분을 차지하는 인지세, 송달료, 감정료 등을 포괄하여 예외를 인정하므로 민사소송법 98조의 개정이 이뤄지는 것이 더 긍정적이라 생각됨 민사소송법 제109조를 개정하는 경우를 비교하여 생각해 보면, 민사소송법 제109조는 이미 대법원규칙으로 변호사보수를 소송비용으로 산정하는 예외를 두고 있으므로 이를 법으로 규정하는 것이 기술적으로 용이할 수도 있을 것임. 그러나 이 경우 인지세, 송달료, 감정료 등의 소송비용의 부담에 대해서는 대법원이나 별도의 입법적 조치를 통해서 해결해야 하는 추가적인 문제가 발생할 수 있음.

<sup>85</sup> 대한변호사협회에서 주최한 2019년 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회 자료집 참조

- 결론적으로 민사소송법에 소송비용부담원칙의 예외조항을 신설하는 방안의 개정안에 동의함. 다만, 공익소송이 개념적으로 불분명하다는 지적 등이 오랫동안 입법되지 못한 이유라 생각되므로 이를 적절히 해결할 수 있는 개정안이 필요하다 생각됨.
- 이에 공익소송을 개념화하거나 유형화하여 이를 별도의 감면 사유로 규정하는 시도가 어렵다면, 소송비용을 법원이 결정하는 단계에서 공익소송에서 드러날 수 있는 다양한 사유들을 고려하여 소송비용액을 감면할 수 있도록 하되, 사건의 공익성을 판단할 때 참작할 수 있는 요소를 제시하는 개정안도 고려해볼 수 있음.
- 개정안 제98조의2 제1항을 ‘사건의 공익성, 소송목적의 값, 소송종결사유, 소송 당사자 간의 관계, 패소 당사자의 사정 등을 고려하여 당사자가 소송비용을 부담하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.’ 정도의 내용으로 수정하고, 사건의 공익성에 대한 구체적인 판단기준을 2항에 제시하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이라 생각됨. 공익성에 대한 구체적인 기준은 해외 사례의 ‘공익성’ 기준이나 2019년 대한변호사협회 토론회에서 제시된 민사소송법 109조 개정안을 참고해볼 수 있을 것으로 보임(아래 예시).

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
<u>&lt;신 설&gt;</u>	<p>제98조의2(원칙의 예외) ① 사건의 공익성, 소송목적의 값, 소송종결사유, 소송 당사자 간의 관계, 패소 당사자의 사정 등을 고려하여 당사자가 소송비용을 부담하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.</p> <p>② 법원은 전항의 공익성을 판단할 때 아래 각호의 사유를 참작할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제48조에 따른 소송 등 차별행위에 대한 구제와 인권보호를 목적으로 한 소송인 경우</li> <li>2. 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁, 제도 개선 등을 목적으로 한 소송으로 공익적 중요성이 인정되는 경우</li> <li>3. 소송의 결과가 당사자의 개인적, 재산적 이익의 회복에만 그치지 않는 경우</li> <li>4. 패소한 당사자의 소 제기에 악의적 의도가 없었던 경우</li> </ol>

- 이 경우 입법 과정에서 공익소송을 개념화하는 부담을 덜고 법원이 각 사안별로 구체적 타당성을 확보하여 결정할 수 있도록 하는 장점이 있으나, 공익소송을 필수적 감면 조건으로 두지 못하는 한계는 존재함.
- 발제자가 제시한 개정안을 유지한다면, 개정안 제98조의2 1항 2호의 사유는 충분히 구체적으로 제시된 것으로 보이므로 민사소송법 제98조의2 2항에 감면할 수 있는 구체적인 사항을 대법원규칙에 위임하는 것보다, 위의 예시와 같은 형태로 1호의 공익성의 구체적인 판단기준을 마련하여 2항에 규정하거나 대법원규칙 등에 위임하는 것이 더 필요하다 생각됨.
- 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률에 대한 개정안에 대해서는 환수 단계에서 행정청이 사건의 공익성 등을 판단하도록 하는 것보다 민사소송법 개정을 통하여 법원이 판단하도록 하는 것이 바람직하다 생각됨.
- 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정안을 유지한다면 정보공개청구가 투명한 행정과 국민의 알권리 측면에서 공익성이 높긴 하나, 모든 정보공개청구가 남용의 여지없는 것으로 보기는 어려워보이므로 이에 대한 취소소송을 별도의 호로 규정하는 것은 신중한 검토가 필요하다 생각됨.

국회 토론회 자료집  
**공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등  
개정방안**

**발행일** 2022. 01. 12.

**발행처** 더불어민주당 국회의원 박주민, 대한변호사협회,  
민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터, 사단법인  
정보인권연구소, 진보네트워크센터, 참여연대,  
천주교인권위원회, 투명사회를위한정보공개센터

**담당** 참여연대 공익법센터 02-723-0808, pil@pspd.org