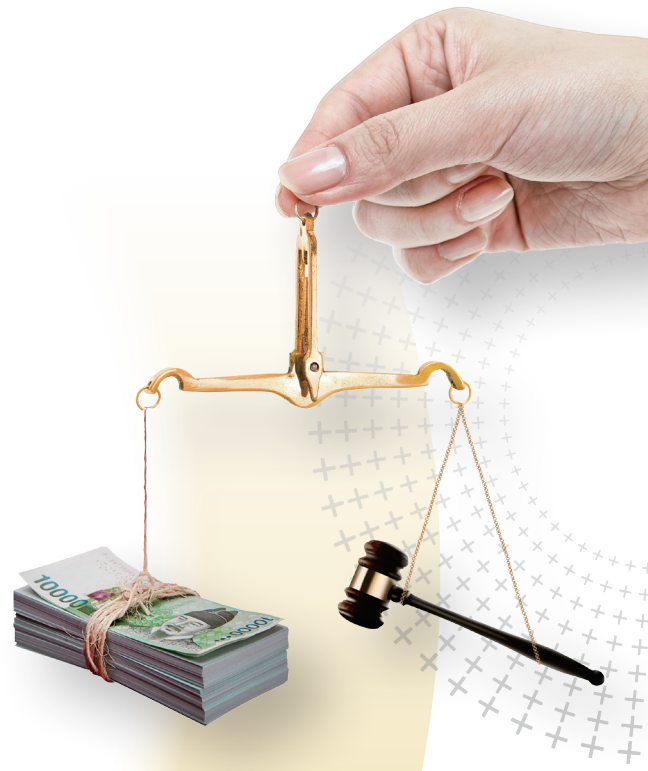


# 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄

**일시** 2018년 11월 21일(수) 14:00~16:30

**장소** 대한변협회관 14층 대강당



주최 |  **대한변호사협회**  
KOREAN BAR ASSOCIATION



## 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄

**일 시** : 2018년 11월 21일(수) 14:00~16:30

**장 소** : 대한변협회관 14층 대강당

**주 최** :  **대한변호사협회**  
KOREAN BAR ASSOCIATION

### 프로그램

\* 사 회 : 이상민 대한변협 인권위원회 위원

시 간	식 순	내 용
14:00~14:10 (10분)	개 회	
	인사말	김 현 대한변호사회 협회장
14:10~14:30 (20분)	발제 1	공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향 - 변호사보수와 소송비용을 중심으로 - <b>&lt;발표자&gt; 박호균 변호사(대한변협 인권위원회 위원)</b>
14:30~14:50 (20분)	발제 2	소송비용제도에 관한 입법론적 고찰 - 미국·일본을 중심으로 - <b>&lt;발표자&gt; 조장곤 변호사(대한변협 인권위원회 위원)</b>
14:50~15:00 (10분)	휴 식	
15:00~16:30 (90분)	<b>&lt;좌장&gt; 이상민 대한변협 인권위원회 위원</b>	
	토 론 각 15분	이종구 단국대 법학과 교수 이희준 법원행정처 사법정책총괄심의관 송상교 변호사 안기종 한국환자단체연합회 대표 조주희 장애우권익문제연구소 인권센터 팀장
	질의응답 및 토론 15분	



## 목 차

**개 회 식** 인사말

**발 제 1** 공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향 ..... 3  
박호균 변호사 대한변협 인권위원회 위원

**발 제 2** 소송비용제도에 관한 입법론적 고찰 ..... 35  
조장곤 변호사 대한변협 인권위원회 위원

**토론문** 이종구 단국대 법학과 교수  
이희준 법원행정처 사법정책총괄심의관  
송상교 변호사  
안기종 한국환자단체연합회 대표  
조주희 장애우권익문제연구소 인권센터 팀장



## 인 사 말

안녕하십니까?

공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄에 참석해주신 내외 귀빈 여러분께 감사드립니다.



오늘 심포지엄 좌장을 맡아주신 이상민 변호사님과 발제를 맡아주신 박호균, 조장곤 대한변협 인권위원회 위원님, 토론에 참여하시는 이종구 교수님, 이희준 법원행정처 사법정책총괄심의관님, 송상교 변호사님, 안기종 한국환자단체연합회 대표님, 조주희 장애우권익문제연구소 팀장님께도 감사드립니다.

현재 우리나라는 소송비용부담에 있어 패소자부담주의를 취하고 있습니다. 이는 무분별한 소송제기를 방지하기 위한 것이지만, 공익소송에까지 패소자부담주의를 일률적으로 적용하면서 피해자들은 소송에 졌을 경우 소송비용까지 떠안게 되는 이중고를 겪고 있습니다.

신안염전노예사건에서도 증거부족 등으로 패소한 피해자들에게 소송비용을 청구하면서, 피해자 중 절반 이상이 소송비용 부담으로 항소를 포기하기도 하였습니다.

미국은 소송비용 각자부담주의를 취하고 있으나 예외적으로 공익소송의 경우에는 원고가 패소하더라도 소송비용을 부담하지 않도록 하고 있으며, 캐나다 또한 비용부담명령시 고려할 요소 중 하나로 공익을 들고 있습니다.

공익소송에서의 과도한 소송비용 부담은 국민의 재판청구권을 제약할 뿐만 아니라 공익 소송 시도조차 제한할 수 있습니다. 오늘 심포지엄을 통해 현 제도에 대한 각계 다양한 의견을 청취할 수 있길 기대합니다.

다시 한번 심포지엄에 참석해 주신 여러분께 깊이 감사드립니다.

대단히 감사합니다.

2018. 11. 21.

대한변호사협회 협회장 김 현





[ 발제 1 ]

# 공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향

- 변호사보수와 소송비용을 중심으로 -

박호균 대한변협 인권위원회 위원



## 공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향

### - 변호사보수와 소송비용을 중심으로 -

박호균 대한변협 인권위원회 위원

## I 서론

### 1. 사례 소개

염전 노예사건으로 알려진 피해 장애인들은 2014년 2월 언론과 장애인 단체 활동가, 법률가들의 도움으로 섬을 탈출하였고, 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 제기하였다가, 송송 이후 소송비용액 확정 신청에 따라 신안군청이 지출한 변호사수임료 등 약 6,972,000 원을 7명의 염전 피해 장애인들이 납부해야 하는 결정이 나서 언론에 알려진바 있다.<sup>1)</sup>

또한 김모씨는 2014. 1. 14. 18:00경 안산시 소재 초지역 지하철역 계단을 걸어 내려가던 중 미끄러지는 사고로 목을 다쳐 119 통해 인근 종합병원에 사지감각 저하를 주증상으로 내원하였다가, 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 김모씨는 초지역을 관리하는 00공사, 119의 사용자인 경기도 및 수술을 조기에 시행하지 않은 의료기관을 공

\* 변호사, 법률사무소 히포크라. 대한변호사협회 인권위원

Tel : 02- 3477-6900, E-Mail : hippocragroup@gmail.com, Homepage : www.hippocra.com

1) 최석범 기자, 염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나, 에이블뉴스, 2018. 5. 3.

동피고로 하여 약 10억원 가량의 손해배상청구의 소를 제기하였다가 모두 패소하였는데, 이후 위 소송의 피고들인 00공사, 경기도 및 의료기관측에서 소송비용을 김모씨에게 청구 하여 합계 약 1억원 가량의 소송비용을 부담하게 될 상황에 처해 있다(서울중앙지방법원 2018카합245 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31687 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31041 소송비용액확정 결정).

## 2. 소송비용의 개념

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용으로, 재판비용과 당사자비용으로 대별된다.<sup>2)</sup> 재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용 등이다.<sup>3)</sup> 당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용인데, 대표적으로 소송 대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다.<sup>4)</sup> 최근 2018. 4. 대법원규칙<sup>5)</sup>이 개

2) 강현중, 민사소송법, 2004, 600면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668면.

3) 강현중, 민사소송법, 2004, 600-601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668-669면.

4) 강현중, 민사소송법, 2004, 601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669면.

5) 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 $[200만원 + (소송목적의 값 - 2,000만원) \times \frac{8}{100}]$	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%

정됨으로써 소송비용으로 인정될 수 있는 변호사 보수가 상향되었다. 일각에서는 변호사 보수를 현실화 하였다고 하나, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다도 더 많은 평가도 적지 않다.

### 3. 논의 범위

우리나라는 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, 의료소송 사례의 경우, 소송은 진행되었으나, 그 이후 소송비용의 추급을 당하는 상황을 보면, 공익소송이나 의료소송의 입증의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 일률적으로 패소자부담 원칙을 강제함으로써, 패소한 당사자는 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 받고 있다고 볼 수 있다. 위에서 구체적인 사례를 언급하지는 않았지만, 우리 사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 할 수 있는 인권에 관한 소송, 소비자보호 소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 공익소송이나 또 입증의 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 있는 것이다. 이하에서는 소송비용 중 변호사 보수 부담 제도를 중심으로 하여 재판청구권의 관계, 우리나라 소송비용 부담의 현황과 문제점, 소송비용 규정의 개정 연혁, 외국의 소송비용 제도 운영 현황 등을 살펴보고, 바람직한 민사소송법의 개정 방향에 대해 의견을 개진하고자 한다.

## II 우리나라 소송비용 부담의 현황과 문제점

### 1. 재판청구권과 소송비용

#### 가. 재판청구권의 의의와 내용

##### (1) 재판청구권의 의의

헌법 제27조 제1항은 「모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다」라고 하여 재판청구권을 보장하고 있다. 인간의 자유와 권리는 국가 권력에 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>6)</sup>

##### (2) 재판청구권의 개념 및 내용

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.<sup>7)</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>8)</sup>

6) 계획열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 631면; 재판청구권 조항은 독립된 법원에 의한 적정·공평·신속·경제의 재판이라고 하는 재판원칙의 헌법규범화(憲法規範化)를 의미한다고 한다[권영성, 헌법학원론(개정판), 2007, 593면].

7) 계획열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 633면.

## 나. 소송비용

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>9)</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 소가X3.5/1000가 된다. 인지대 아닌 재판비용은 송달료, 공고비, 증인·감정인·통역인과 번역인 등에 지급하는 여비·일당·감정료·숙박료, 법원과 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>10)</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>11)</sup>

## 다. 소결

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 재판청구권이 침해되는 경우가 발생할

8) 헌법재판소 결정 1996. 2. 29. 92헌바8

9) 강현중, 민사소송법, 2004, 600면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668면.

10) 강현중, 민사소송법, 2004, 600-601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668-669면.

11) 강현중, 민사소송법, 2004, 601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669면.

수 있고, 우리 법제가 재판청구권의 과도한 제한이나 침해를 허용하고 있다면, 그 문제점을 분석하고 개선할 점을 고민해야 하는 역할은, 적어도 법률에 관여하는 사람들에게는 기본적인 책무라고 보아야 할 것이다.

서론에서 제시하고 있는 염전노예 사건이나, 의료소송 사례의 경우, 소송은 진행되었으나, 그 이후 소송비용의 추급을 당하는 상황을 보면, 공익소송의 순기능(제도 개선 등)이나 의료소송의 입증의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 받고 있다고 볼 수 있고, 우리 법제는 일률적으로 패소자부담원칙을 강제함으로써, 예외적인 유형에서 과도한 재판청구권에 대한 제한이 발생하고 있음에도 이에 대해 눈을 감고 있다. 이 같은 현상은 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.

## 2. 우리나라 소송비용 부담의 현황과 문제점

### 가. 공익소송 등에서 문제점

염전 노예사건으로 알려진 피해 장애인들은 2014년 2월 언론과 장애인 단체 활동가, 법률가들의 도움으로 섬을 탈출하였지만, 과거 수십 년 동안 신안군 내 임금 착취와 감금, 폭력을 동반한 강제 노동을 겪었다. 장애인들은 시민단체와 공익 변호사들의 도움으로 누구보다 인권과 공익을 위해 앞장서야 할 국가와 지방자치단체 공무원들의 이러한 악습을 묵인하는 등의 행태를 근절시키고자 2015년 11월 국가와 신안군, 완도군에 책임을 묻는 국가배상청구소송을 제기하였다. 그런데 소송 이후 소송비용액 확정 신청에 따라 신안군청이 지출한 변호사수임료 등 약 6,972,000원을 7명의 염전 피해 장애인들이 납부해야 하는 결정이 나서 언론에 알려진바 있다.<sup>12)</sup>

12) 최석범 기자, 염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나, 에이블뉴스, 2018. 5. 3.



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 침해로 인한 주민들의 집단 소송, 과거 독재 정권하에서 인권 탄압 후 수 십년이 경과하여 진행된 국가배상 소송 등 공익적인 소송의 유형이 존재하고 또 실제로 많은 소송이 언론에 회자된다. 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 악습이나 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. 의료소송 등 입증의 부담이 큰 전문소송에서 문제점

- (1) 김모씨는 2014. 1. 14. 18:00경 안산시 소재 초지역 지하철역 계단을 걸어 내려가던 중 미끄러지는 사고로 목을 다쳐 119 통해 인근 종합병원에 사지감각 저하를 주증상으로 내원하였다가, 보호자가 없다는 이유로 수술이 시행되지 못하는 등 필요한 치료를 받지 못하다가 다음 날인 2014. 1. 15. 15:09경 다른 의료기관으로 전원되어 경추부 후궁절제술을 통한 감압술 및 후외방 고정술을 받았으나, 사지마비, 배변, 배뇨장애 등의 후유증이 남게 되었다. 이후 김모씨는 초지역을 관리하는 00공사, 119의 사용자인 경기도 및 수술을 조기에 시행하지 않은 의료기관을 공동피고로 하여 약 10억원 가량의 손해배상청구의 소를 제기하였다가 모두 패소하고 대법원에서 심리불속행기각으로 확정되었다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2017다273304 판결). 이후 위 소송의 피고들인 00공사, 경기도 및 의료기관측에서 소송비용을 김모씨에게 청구하여 합계 약 1억원 가량의 소송비용을 부담하게 될 상황에 처해 있다(서울중앙지방법원 2018카합245 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31687 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31041 소송비용액확정 결정).

한편 위 소송에서 00공사의 경우 상고심 단계에서 김모씨에게 ‘상고를 제기하면 소송비용을 청구할 것이고, 상고를 포기하면 소송비용을 청구하지 않을 것’이라는 입장을 전달해

왔으나, 김모씨는 대법원의 판결을 받지 못하는 불합리함을 받아들이기 어려워 상고를 제기한 바 있다.

또한 위 소송과 관련하여, 00공사가 김모씨에게 소송비용으로 청구한 변호사 보수는, 사실은 00공사가 변호사 보수를 스스로 소송대리인에게 지급한 것이 아니라, 00보험주식회사에서 보험금 지급 방식으로 변호사 보수를 대납하는 것이었다. 즉 00공사는 보험료를 납부하고 소송이라는 보험사건이 발생하자 00보험주식회사가 00공사에 보험금(변호사보수)을 지급한 것인데, 법원에서는 그 보험금 역시 00공사의 변호사보수로 인정하여 다시 김모씨로 하여금 00공사의 변호사 보수를 부담하도록 결정한 것이다(서울중앙지방법원 2018카합245 소송비용액확정 결정). 이는 변호사 보수의 패소자 부담 원칙이 보험과 결합하여 더욱 확대되는 경향을 초래하고 있다.

- (2) 의료소송은 그 개념에 관한 구체적 법령 규정이 있는 것은 아니지만 실무에서 자주 사용되는 용어인데, 그 개념이나 용어의 정의와 관련하여 의료소송을 의료분쟁 뿐만 아니라 의료행위를 둘러싼 형사소송, 행정소송, 특허소송, 노동소송, 헌법소송 등을 포함하는 넓은 개념으로 파악하거나<sup>13)</sup>, 의료소송은 의사의 의료상 처치나 병원의 인적, 물적 관리 또는 의료전달체계 등 모든 의료과정과 관련하여 제기되는 소송으로서 이에는 의료행위로 인하여 발생한 악결과에 대한 금전적인 손해배상을 구하는 민사소송, 형법상의 업무상과실치사상죄, 낙태죄, 허위로 진료비를 청구하여 환자나 진료비를 지급하는 기관 또는 단체를 기망한 사기죄와 의료법과 기타 보건관계법령을 위반한 행위로 인한 형사처벌을 다투는 형사소송, 의료법 및 기타 보건관계법령을 위반한 행위에 대한 의사면허정지나 취소 또는 과징금 처분과 같은 행정청의 행정처분을 다투는 행정소송으로 보기도 한다.<sup>14)</sup>

위와 같이 의료소송<sup>15)</sup>이란 용어는 자주 사용하는 용어이기는 하지만 우리나라 법령에

13) 신현호, 의료소송총람[I], 2005, 6면.

14) 박영호, 의료분쟁과 법, 2005, 41면.

15) '의료소송'이라는 용어 대신에 '의료과오소송'이라는 표현을 사용하는 경우도 있는데, 의료과오소송은 일반적으로 환자가 병원 등에서 진료를 받는 과정에서 의사 쪽의 진료상 과실로 인하여 손해를 입었다고 주장하면서 그에 대한 손해배상을 청구하는 소송을 말하고, 여기에는 의사 본인의 진료상 과오뿐만 아니라, 진료과정에 있어서 간호사, 약제사, 물리치료사 등의 과

그 개념이나 내용이 명확히 규정되어 있는 것이 아니다. 이하에서는 실체법적으로는 의료행위의 적절성 여부가 쟁점이 되는 의료과실 혹은 의료과오로 인한 민사 손해배상<sup>16)</sup>청구 사건을 의료소송으로 파악하기로 하되<sup>17)</sup>, 소송법적으로는 의학적·전문적 지식의 활용이 필요한 의료관계 분쟁 영역 중에서 주로 당사자 대립 구조<sup>18)</sup>에 있는 민사소송을 의료소송으로 이해하면 될 것으로 보인다.

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 볼 수 있을 것이다.

의료소송에서 위와 같은 과실과 인과관계의 입증을 위해 법원 실무는 감정 등을 통해 피해자로 하여금 입증을 촉구하는데, 과실의 입증을 위해서는 주로 진료기록감정절차, 전문심리위원 제도, 전문 조정위원, 한국의료분쟁조정원 수탁 감정 절차 등이 이용되고 있고, 손해의 범위를 입증하기 위해서는 피해자에 대한 신체감정 절차가 필수적으로 이용되고 있다.

즉 의료소송에서 판결을 받기 위해서는, 통상적인 사건과 달리, 기본적인 법률요건의 입증을 위해 감정 등 전문가가 개입하는 절차가 실무에서 필수적으로 요구된다(진료기록감정, 사실조회 등). 일부 영역에서 입증의 어려움이나 재판의 어려움을 해소하기 위해 전문심리위원 제도가 우리나라 민사소송법에 도입되기도 하였는데, 지적재산권, 건축, 의료, 환경 등 전문적인 지식이 요구되는 사건에서 법원 외부의 관련 분야 전문가를 전문심리위원으로 지정하고, 소송절차에 참여시켜 전문적인 지식에 의한 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하게 하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술하도록 하여 재판의 전문성을 보완함으로써 재판절차를 보다 충실하게 하려는 취지로 2007. 7. 민사소송법 개정을 통해 도입되

오를 주장하는 경우도 포함된다고 한다(김선중, 의료과오소송법, 2005, 15면).

16) 의료과오책임은 의료행위 중에 의사 기타 의료인의 과실에 기인하여 발생한 사고에 대한 손해배상책임을 말한다(이은영, 채권각론(제5판), 2007, 921-922면; 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의(제8판), 2009, 1665면).

17) 법원 사건명 분류에 따르면 '손해배상(의)' 사건이 이에 해당할 것이다.

18) 당사자대립주의라 하여도 반드시 1인 대 1인의 대립을 뜻하는 것은 아니며, 당사자 한쪽 또는 양쪽에 다수의 당사자가 관여하는 경우도 있는데 이를 공동소송이라고 하며, 두 당사자대립구조의 예외로 독립당사자참가 등 다면소송이 있다(이시윤, 신민사소송법(제5판), 2009, 115면).

었다. 즉 일정한 분야의 영역에서는 의료소송에서와 같이 당사자에게 현저한 입증의 부담이 있는 경우가 있고, 전문성이 부족한 환자측에서 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.

- (3) 과거 헌법재판소는 민사소송법 소송비용 규정이 재판청구권을 침해하지 않는다고 판단하기는 하였으나<sup>19)</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 가능할 것으로 보인다.

### 3. 소송비용 제도의 연혁 및 이에 대한 비판

#### 가. 1990년 이전의 민사소송법

[시행 1960.7.1.] [법률 제547호, 1960.4.4., 제정]

우리나라 최초의 민사소송법 제89조(소송비용부담의 원칙)에서는, 소송비용은 패소한 당

19) 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)

사자의 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 방식이다.

## 나. 1990년 이후의 민사소송법

[시행 1990. 9. 1.] [법률 제4201호, 1990. 1. 13., 일부개정]

**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.

- 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 6월이내에 채무를 이행하지 아니하는 채무자는 채무불이행자명부에 등재하여 누구나 열람·등사할 수 있도록 함.
- ④ 경매법을 폐지하고 이를 민사소송법에 흡수함.
- ⑤ 시행일은 1990년 9월 1일로 함.

그러다가 위와 같이 1990. 1. 민사소송법을 개정하면서 변호사 보수를 소송비용에 포함시키고, 패소자에게 부담시킬 수 있도록 규정 자체를 크게 변경하였다. 즉 변호사 보수 패

소자 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

**제98조(소송비용부담의 원칙)** 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

**제109조(변호사의 보수와 소송비용)** ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙<sup>20)</sup>이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다.

② 제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.

현행 민사소송법은 1990년의 민사소송법 규정을 조문 번호만 개정하고 그대로 유지하고 있고, 각주에서 보는 바와 같이, 소송비용으로 인정할 수 있는 보수에 관한 대법원 규칙을 2018. 4. 개정함으로써, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다도 더 많다는 평가도 적지 않다. 그래서 변호사 보수를 패소자에게 부담시켜 받아 낼 수 있으니, 대법원 규칙에서 정한 수준 정도의 변호사 보수로 약정을 제안하는 경우도 많은 것으로 보인다.

20) 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 $[200만원 + (소송목적의 값 - 2,000만원) \times \frac{8}{100}]$	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%

## 라. 우리나라 패소자부담 원칙 도입에 대한 종전의 평가 및 이에 대한 비판

### (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.

우리 민사소송법은 일본법제를 모방하여 법원의 변호사 선임명령(제144조 제2항)의 경우를 제외하고는 이를 소송비용에 산입하지 아니하여 왔다. 그러다가 1981. 1. 29. 제정된 소송촉진등에관한특례법 제16조에 의하여 이를 소송비용에 산입하였으며 다시 1990. 1. 13. 개정된 민사소송법 제99조의 2에서 이를 정면으로 소송비용으로 인정하기에 이르렀다. 이는 종전에 민사소송 사건에 한하여 적용되던 것을 형사사건을 제외한 여타 사건에까지 확대적용시킨 점에 큰 뜻이 있으며, 이로써 남소의 폐해를 방지하고 변호사강제주의를 위한 초석이 되었다는 의미에서 입법적 진적으로 평가되고 있다고 한다.<sup>21)</sup>

독일·프랑스·오스트리아·영국 등 선진제국의 입법례는 변호사보수를 소송비용에 산입하여 승소당사자는 패소당사로부터 이를 직접 받아낼 수 있게 하였다. 그러나 우리 민사소송법은 일본법제를 모방하여 법원이 변호사선임명령(민사소송법 제144조<sup>22)</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. 그러다가 승소자가 ‘상처뿐인 영광’이 되지 않도록 1981년 소송촉진등에관한 특례법에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입하였으며 뒤의 민소법에서 이를 수용함으로써 제화한 것이 민사소송법 제109조라고 한다.<sup>23)</sup>

21) 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 114면.

22) 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.

23) 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669면.

이러한 산업제도는 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. 다만 경제적 약자에 대하여 사법접근성이 약화되는 문제점은 있을 것이라고 한다.<sup>24)</sup>

우리나라는 소송비용은 당사자 중 패소자의 부담을 원칙으로 한다. 패소의 이유, 패소자의 고의·과실을 불문하기 때문에 일종의 결과책임이다.<sup>25)</sup> 일부패소의 경우에는 각 당사자가 부담할 소송비용은 승패(청구금액과 인용액의 비율)의 비율을 고려함이 없이, 법원의 의견에 의하여 정한다(민사소송법 제101조 본문). 다만 사정에 의하여 한쪽 당사자로 하여금 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있는데(민사소송법 제101조 단서)<sup>26)</sup>, 이 규정으로 미루어 각 당사자가 부담할 소송비용은 법원이 그 재량으로 정할 수 있다고 한다.<sup>27)</sup>

한편 패소자부담원칙의 문제점을 인식하고 있으나, 현행 법률이 그 문제점을 해소하고 있는 것으로 본 견해는 아래와 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 하였다.<sup>28)</sup>

24) 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669-670면.

25) 이시윤, 신민사소송법, 2015, 671면.

26) 민사소송법 제101조(일부패소의 경우) 일부패소의 경우에 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 정한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.

27) 이시윤, 신민사소송법, 2015, 672면.

28) 강현중, 민사소송법, 2004, 714-715면.



## (2) 변호사보수 패소자부담 원칙의 문제점과 비판점

그러나 현행 민사소송 실무에서 일부패소의 경우 청구금액과 인용액의 비율에 따라 패소한 당사자로 하여금 비율적으로 소송비용을 부담케 하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 입증의 어려움 등의 이유로 패소한 손해배상(의) 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있는 것으로 보인다.

이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(성형의료사고, 고령의 환자 의료사고 사망사건, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금 보다 많거나 비슷한 수준으로 의료기관이나 보험회사에 소송비용을 물어주어야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자 부담 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)나 1990년 개정 민사소송법이 진일보한 법제인 것처럼 깊은 성찰이나 면밀한 논거 없이 주장하고 있다.

무릇 1980년이나 1990년 무렵의 우리나라는 군사정권에서 독재 정치가 이루어진 시대였고, 당시 기업들은 이들 군사정권과 함께 동반 성장한 시대였다고 감히 이야기 할 수 있다. 그래서 군사정부나 기업으로서는 일반 국민의 소송을 통한 문제제기를 제한하는 방향으로 정책을 구상하였을 것이고, 이 때 필요한 도구적 개념이 ‘남소의 폐해를 방지하는 것’이라는 구호였을 것으로 보인다.

사실 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.

마치 소송비용의 패소자부담 원칙이 정의로운 것처럼 이야기 하고, 우리나라가 원래부터 패소자부담원칙을 따르고 있었던 것처럼 이야기하는 예가 많으나, 주지하듯이 1990년 무렵의 우리나라에서 변호사보수 각자 부담의 원칙에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경할

당시 오늘날처럼 일반 소비자, 국민, 시민단체의 의견이 반영되기 어려운 시기였을 것으로 추측된다.

우리가 모방한 일본 민사소송법은 여전히 변호사 보수에 대해 각자 부담하는 원칙을 따르고 있고, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 문제되지 않고 있고, 오히려 우리나라보다 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>29)</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.

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>30)</sup> 일률적인 변호사 보수 패소자 부담원칙의 문제점을 지적하고 있다.

## 4. 소결

요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방

29) 여기에 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.

30) 강현중, 민사소송법, 2004, 714-715면.

지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 앞서 본 바와 같은 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 공익소송이나, 임상의료에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송에서도 입증의 부담이 큰 영역의 전문가 소송에서 일률적인 변호사 보수의 패소자 부담 원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다. 이제 이를 공론화하고 문제점을 개선할 수 있는 민사소송법의 개정을 신중히 검토할 때가 되었다.

### III

## 미국, 일본, 독일, 영국 등 외국의 소송비용 제도 운용 현황에 비추어 본 우리나라 소송비용 제도의 문제점

### 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 일반적이다. 성공보수를 불법화한 주도 있다고 한다.<sup>31)</sup>

각자부담의 원칙의 정당성의 근거와 문제점과 관련하여, 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. 각자부담의 원칙의 장점은 무엇보다도 당사들의 재판청구권을 보장하는 역할을 한다고 한다. 가령 미국법원은 *Fleishmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.* 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 나타난다.”고 판시하였다. 즉, 패소자부담주의는 승소의 가능성은 있지만, 승소여부가 확실하지 않은 사건을 가진 당사자들로 하여금 소를 제기하

31) 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면.

는 것 자체를 제한할 수 있다는 것이다. 특히 이러한 현상은 경제적으로 넉넉하지 않는 중간층 이하의 사람들에게 나타날 수 있다고 한다. 이에 반하여 부자들은 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>32)</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 한다.<sup>33)</sup>

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>34)</sup>

변호사비용의 패소자부담주의와 각자부담주의는 각각 장단점을 가지고 있고, 종종 위에서 든 비판은 서로 상충되기도 한다. 따라서 영국과 미국의 제도 중 변호사비용부담과 관련한 다른 제도와 문화를 배제하고 확일적으로 어느 제도가 우월하다고 할 수는 없을 것이다. 가령 패소자부담주의는 소액사건의 경우에도 변호사비용을 상대방으로부터 받아 낼 수 있어서 제소의 길을 열어주는 장점이 있으나 소송에서 패소할 때에는 상대방의 변호사비용을

32) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 433면.

33) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 433-434면.

34) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 433-434면.

물어주어야 하는 위험 때문에 당사자들의 정당한 청구까지도 억제할 수 있다. 이에 반하여 미국의 각자부담주의 하에서는 재판에서 승소가능성이 있는 경우에조차도 변호사비용이 없어서 소를 제기하지 못하는 문제가 생길 수 있다. 다만 미국의 경우 보편화된 승소조건부의 변호사비용의 약정(contingency fees) 제도가 이를 보완하는 역할을 하고 있고(다만 가사사건과 형사사건의 경우는 그렇지 않다고 함), 소비자소송 등과 같은 공익적 성질의 소송의 경우 제정법에 의하여 편면적 패소자부담주의를 채택하고 있고, 미국법원은 코먼로(common law)에 의하여 아무런 법적 근거 없이 부당하게 제소하거나 부당하게 응소하는 등하여 재판제도를 남용하는 경우에는 패소자에게 변호사비용을 부담시켜 각자부담의 원칙에서 생길 수 있는 문제점을 보완하고 있다고 한다.<sup>35)</sup>

한편 패소자부담주의를 취하고 있는 영국의 경우에도 동 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 덜어준다. 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.<sup>36)</sup>

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 변호사

35) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 435-436면.

36) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면.

비용부담 문제가 재판청구권의 보장과 소권의 남용의 방지라는 두 가지 목적을 동시에 달성하여야 하는 난제임을 보여준다.<sup>37)</sup>

미국은 변호사비용부담에 관한 각자부담의 원칙에 대하여 몇 가지 예외를 인정하고 있다. 변호사비용의 각자부담의 원칙에 대한 예외는 제정법(statutes)과 코먼로(common law)에 의하여서만 허용이 된다.<sup>38)</sup>

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 것들이라고 한다. 주목할 점은 이중에서 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 유도하고, (3) 패소자의 불법행위를 처벌하거나 억제하고, 나아가 (4) 패소자가 부당하게 응소하여 다투는 등 사법제도의 남용하는 것을 억제하기 위하여 도입된 것이라고 한다.<sup>39)</sup>

미국에서 소송비용 부담과 관련하여, 앞서 본 내용과 유사한 취지이나, 다른 연구자의 논문을 빌어서 미국의 소송비용 부담에 대한 더 정확한 이해를 살펴보면 다음과 같다. 미국도 우리와 마찬가지로 원칙적으로 소송비용 패소자부담주의를 채택하고 있으며, 미국의 연방 민사소송규칙은 별도의 연방법이나 규칙이 존재하지 않거나 법원에서 달리 결정하지 않는

37) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면.

38) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 437면.

39) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 437-438면.

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 청구 하는 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>40)</sup>

## 2. 일본

일본에서는 당사자가 의뢰한 변호사에게 지급한 보수는 가령 그 자가 승소하여도 패소자로부터 상환시키지 않는다. 법원에 당사자가 지급한 또는 지급하여야 할 재판비용은 기본적으로 패소자가 부담한다는 규정이 있지만(일본 민사소송법 61조), 이는 법원에게 지급하여야 할 재판비용만으로 당사자가 사건을 의뢰한 변호사에게 지급한 보수에 대하여는 소송의 결과와 관계없이 당사자가 각자 부담하는 것으로 되어 있다고 한다.<sup>41)</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 왔다고 한다.<sup>42)</sup>

40) 조수혜, 미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법, 한국민사소송법학회, 제15권 제1호, 2011, 256-258면.

41) 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 171면.

일본의 이 같은 법제는 다른 입법적 시도는 있으나 국민으로부터 여러 측면에서 비판을 받아 변경되지 않고 있다.<sup>43)</sup>

### 3. 독일

독일에서 변호사는 독립의 사법기관으로서(연방변호사법 제1조), 구법원을 제외하고 변호사 강제주의가 채택되어 있으며, 그 비용에 관하여는 변호사가 수행한 소송절차의 사항에 따라 기본보수가 법정되어 있다고 한다. 구법원 사건을 포함한 소송에서의 변호사비용은 소송비용에 포함되어 패소자가 부담하게 된다고 한다. 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>44)</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 것으로 보인다. 즉 독일은 우리나라와 같이 변호사 보수 패소자 부담원칙을 일률적으로 적용함으로써 나타나는 공익소송에서의 사례나, 입증의 부담이 있는 사례에서 나타나는 불합리한 경우가 근본적으로 발생하기 어려운 구조로 이해된다.

### 4. 영국

앞서 본 바와 같이, 패소자부담주의를 취하고 있는 영국의 경우에도 동 제도가 가지고 있

42) 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면.

43) 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 173면.

44) 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 170-171면; 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 112면.



는 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 덜어준다. 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.<sup>45)</sup>

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 난제임을 보여준다.<sup>46)</sup>

## 5. 우리나라(우리나라의 변호사비용부담제도와 비교법적 검토)

### 가. 변호사비용에 관한 패소자부담주의

우리 민사소송법은 민사소송에 관하여 재판유상주의에 따라 당사자 등 소송관계자들이 민사재판비용을 부담하는 것을 원칙으로 하고 있다. 또한 민사소송법은 승소자의 소송비용은 패소자가 부담하는 것으로 규정하고 있다(민사소송법 제98조). 소송당사자간의 변호사비용의 부담문제에 관하여 과거 민사소송법은 법원이 변호사선임명령(제144조)을 한 경우

45) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면.

46) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면.

이외에는 변호사비용을 소송비용에 산입하지 않았기 때문에 변호사비용에 관한 한 각자부담의 원칙을 채택하고 있었다. 따라서 소송당사자가 소송에서 승소하더라도 변호사비용은 소송비용에 산입되지 않기 때문에 이를 패소자에게 소송비용으로는 청구할 수 없었다. 또한 원칙적으로 불법행위자체와 변호사비용간의 상당인과관계를 인정하기가 어려워 손해배상액에 이를 포함하여 상대방에게 청구할 수도 없었다. 가령 대법원도 “변호사강제주의를 택하지 않고 있는 우리나라 법제 하에 서는 불법행위 자체와 변호사비용 자체를 인한 손해배상채권에 포함시킬 수 없다.”하고, 예외적으로 부당항쟁 등으로 인하여 불법행위를 구성하는 경우에 한하여 변호사비용을 청구할 수 있다고 판시하였다. 그러나 민사사건의 경우 다수의 당사자들이 변호사를 선임하여 소송에 임하는 현실과 맞지 않고, 남소의 폐를 조장한다는 이유로 많은 비판을 받았다고 한다. 이에 따라 1981. 1. 29. 법률 제3361호로 소송촉진등에관한특별법의 제정하여 변호사비용을 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용에 산입하여 패소자가 부담하도록 규정하였고(동법 제16조 제1항), 이 조항은 1990. 1. 13. 법률 제4201호로 개정된 민사소송법 제99조의2에 도입되어 규정되었다.<sup>47)</sup>

현행 민사소송법 제109조 제1항은 “소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.”고 규정하여 패소자부담주의를 채택하고 있다.<sup>48)</sup>

## 나. 변호사비용부담에 관한 결과책임주의

민사소송법과 위 대법원은 규칙은 변호사비용부담에 관하여 결과책임주의를 취하고 있다. 소송에서 패소한 당사자는 소송의 성질이나 그 이유와 상관없이 위 기준에 따라 산입된 승소자의 변호사보수를 물어 주어야한다. 이에 반하여 미국은 인권(civil rights) 관한 소송, 소비자소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 경우에는 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하여 제소의 실효성을 보장하고 있다. 이 경우에는 원고가 소송에서 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어주지 않아도 된다. 그러나 우리나라의

47) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 443-444면.

48) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 445면.

경우 결과책임주의에 따라 패소자는 소송의 유형이나 성질을 불문하고 상대방의 변호사비용을 위 대법원 규칙에 따라 물어주어야 한다.<sup>49)</sup>

순수한 패소자부담주의는 승소자의 완전한 피해배상과 남소의 방지에 큰 장점이 있다. 하지만 소송의 결과는 항상 불확실성을 가지고 있고, 사전에 이를 완전하게 예측할 수 없다. 가령 제조물의 하자로 인한 소비자소송 등의 경우에서 보는 바와 같이 재판에서 입증과정을 통하여 비로소 하자의 원인이 밝혀지는 경우도 적지 않다. 이러한 경우 사업자들의 변호사비용을 물어주어야 하는 위험을 감수하면서까지 소액의 손해를 배상받기 위해 소송을 제기하는 소비자는 많지 않을 것이다. 또한 소송의 현실을 보면 당사자들이 소송으로 당부를 가려야 하는 경우도 적지 않다. 가령 소송당사자 사이의 다툼이 단순한 사실문제가 아니라 법률문제이고, 이에 대하여 법원의 판결이 없거나 판결이 있다고 하더라도 판결 상호간에 충돌로 인하여 그 해석에 있어서 첨예한 대립이 있는 경우가 있다. 이때에는 당사자들은 제소나 응소, 즉, 법원의 판결을 통하여 당사자들의 주장의 당부를 가릴 수밖에 없다. 이러한 사정이 있는 경우에 조차도 소송당사자 간의 변호사비용부담에 관하여 결과책임주의로 일관하는 것은 패소자에게 지나치게 가혹한 면이 없지 않다고 할 것이다.<sup>50)</sup>

## 다. 검토

현행 민사소송 실무에서 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 입증의 어려움 등의 이유로 패소한 공익소송이나 손해배상(의) 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있는 것으로 보인다. 이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(성형의료사고, 고령의 환자 의료사고 사망사건, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금 보다 많거나 비슷한 수준으로 의료기관이나 보험회사에 소송비용을 물어주어야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담 원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다.

49) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 451-452면.

50) 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, - 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로 -, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 452면.

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>51)</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.

요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 앞서 본 바와 같은 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 공익소송이나, 임상의료에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송에서 또 입증의 부담이 큰 영역의 전문가 소송에서 남소 방지 목적 외에도 더 중요한 재판청구권의 보장이라는 본래의 목적이 보장될 수 있는 형태로 민사소송법의 개정이 필요하다.

51) 여기에 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.

## IV 민사소송법 개정안 제안

### 1. 민사소송법 개정 방향과 내용

우리가 친숙하게 생각하고 있는 변호사 보수 패소자부담원칙이라는 것은, 사실 우리 민사소송법에서 본래 규정하고 있는 것이 아니었고, 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 부담주의가 적절할 것으로 보인다. 즉 현행 패소자 부담원칙을 유지하면서 변호사 보수에 한해 공익소송이나 입증의 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.

### 2. 신·구조문대비표

현행	개정안
<b>제98조(소송비용부담의 원칙)</b> 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	<b>제98조(소송비용부담의 원칙)</b> -----.
<b>제109조(변호사의 보수와 소송비용)</b> 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.	<b>제109조(변호사의 보수와 소송비용)</b> ① ----- ----- ----. 다만 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 입증의 부담이 큰 전문 소송 등 대법원

현행	개정안
	규칙이 정하는 소송에서 패소한 당사자에 대해서는 소송비용으로 인정하지 아니하다.
	② ----- -----.

## V 결론

우리나라는 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 의료소송과 같은 전문 소송에서 입증의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 우리 법제는 일률적으로 패소자 부담 원칙을 강제함으로써, 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 받고 있다고 볼 수 있다. 경제적, 사회적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치 단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담과 재판청구권에 대한 제약이 발생하고 있는 것이다.

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 의미는 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>52)</sup>

우리가 모방한 일본 민사소송법은 여전히 변호사 보수에 대해 각자 부담하는 원칙을 따르고 있고, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 문제되지 않고 있고, 오히려 우리나라

52) 계획열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 631면; 재판청구권 조항은 독립된 법원에 의한 적정·공평·신속·경제의 재판이라고 하는 재판원칙의 헌법규범화(憲法規範化)를 의미한다고 한다(권영성, 헌법학원론(개정판), 2007, 593면).

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 한다고 한다. 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.

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 중요한 역할을 하고 있는 것으로 보인다.

우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 앞서 본 바와 같은 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 공익소송이나, 임상의료에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송에서 또 입증의 부담이 큰 영역의 전문가 소송 등에서 남소 방지 목적 외에도 더 중요한 재판청구권의 보장이라는 본래의 목적이 보장될 수 있는 형태로 민사소송법의 개정이 필요하다.







[ 발제 2 ]

# 소송비용제도에 관한 입법론적 고찰

- 미국·일본을 중심으로 -

조장곤 대한변협 인권위원회 위원



## 소송비용제도에 관한 입법론적 고찰

### - 미국·일본을 중심으로 -

조장곤 대한변협 인권위원회 위원

## 1 서론

소송비용은 법원에 납부하는 비용으로서 크게 나누어 인지액 및 민사예납금으로 분류되는 재판비용과 당사자가 소송수행을 위하여 법원 외의 제3자에게 직접 지출한 당사자 비용으로 나뉜다. 변호사보수는 당사자비용에 해당한다.<sup>1)</sup>

본 논의는 변호사 보수에 초점을 두며, 이 외의 소송비용은 필요한 범위 내에서 서술하도록 하고, 해외 입법례의 태도 등을 고려하여, 국내 변호사 보수의 소송비용 산입의 여부 및 범위에 관한 개선의 필요성을 살피도록 한다.

## 2 변호사보수의 의의와 국내법의 태도

당사자비용의 하나로, 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정된다. 민사소송법 제98조는 소송비용 패소자부담주의를, 제99, 100조는 승소 당사자의 불필요한 행위 내지 소송지연이 있을 경우 승소자의 소송비용 부담을 규정하고, 제101조는 일부패소의 경우 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 재량으로 정하되, 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있음을<sup>2)</sup>, 제102조는 공동소송인의 소송비용을 균등하나, 법원

1) 소송비용실무연구회 편저, 소송비용실무(2015), 7면

2) “일부패소의 경우, 각 당사자가 부담할 소송비용액의 비율은 법원이 그 재량에 의하여 정할 수 있는 것이고 반드시 청구액과 인용액의 비율에 따라 정하여야 하는 것은 아니다.”(대법원 1986. 11. 11. 선고 85누231 판결)

은 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있음을 규정하고 있다.<sup>3)</sup>

한편, 제117조 제1, 2항, 제120조 제2항은 원고가 대한민국에 주소·사무소와 영업소를 두지 아니한 때에는 물론, “소장·준비서면, 그 밖의 소송기록에 의하여 청구가 이유 없음이 명백한 때 등 소송비용에 대한 담보제공이 필요하다고 판단되는 경우”에 피고의 신청 내지 직권으로 원고에게 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 명하여야 하며, “담보액은 피고가 각 심급에서 지출할 비용의 총액을 표준으로 하여 정하여야 한다.”고, 즉 3심까지의 소송비용을 담보로 제공하여야 함을 규정하고 있다.

### 3 ▶ 소송비용 부담에 관한 해외 입법례 일반론<sup>4)</sup>

각국의 입법례는 미국과 같이 원칙적으로 변호사보수를 소송비용에 산입하지 않는 입법례와 영국과 같이 실제 변호사보수 전부를 소송비용에 산입하여 이를 패소자부담으로 하는 입법례를 양극으로 하여 독일, 프랑스 등과 같이 소송비용에 산입하기는 하되 그 산입의 범위를 제한하는 입법례로 나눌 수 있는데(헌재 2008. 12. 26. 2006헌마384 결정 참조) 이를 좀 더 구체적으로 보면,

#### 가. 미국

이른바 American Rule은, 소송의 승패에 관계없이 변호사를 의뢰한 각 당사자가 자기의 변호사비용을 부담하고 승소자는 패소자에 대하여 변호사비용의 상환을 원칙적으로 구할 수 없다.

3) 1981년 소송촉진등에관한특례법에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입하였다가 민사소송법이 이를 수용함으로써 제도화되었다(이시윤, 신민사소송법 제3판, 박영사(2006), 604면 등 참조).

4) 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토, 155 내지 173면을 참조하였다.

## 나. 영국

이른바 English Rule은, 변호사보수 전부를 소송비용에 산입하여 이를 패소자부담으로 인정하되, 소송비용의 액수, 지급 시기 등에 대한 법원의 재량이 넓게 인정되고, 소액재판 절차에선 각자 부담을 인정하고 있다(Civil Procedure Rule 43.2.(1)(a), 44.3, 27.14 등 참조).

## 다. 독일

변호사를 사법기관으로 상정하여 변호사강제주의를 채택하고, 변호사의 성공보수를 원칙적으로 금지하고 있다. 2006. 12. 변호사의 성공보수약정을 금지하는 연방변호사법에 대한 연방헌법재판소의 위헌 판결이 있었으나<sup>5)</sup>, 독일의 변호사보수는 재판의 종류, 단계, 소가 등을 기준으로 획일적으로 정해지며, 이로 인해 소송비용보험이 널리 이용되고 있다 한다.<sup>6)</sup>

## 라. 일본

민사소송법 제61조는 재판비용에 관한 패소자 부담을 규정하고 있으나, 변호사 보수는 각자 부담 원칙에 의함이 원칙이고, 판례상 불법행위 피해자가 응소하는 경우 불법행위와 상당인과관계에 있는 범위 내의 변호사비용 상환 등을 인정하고 있다 한다.

일본에서 변호사보수는 각자부담주의 원칙에 따라 패소자가 부담하지 않는다는 내용은 민사소송법 교과서와 논문 등에 언급되어 있으나, 그 근거 등을 명확히 언급하는 서술은 찾지 못하였다. 이하는 일본 민사소송법 제4장 소송비용 규정 중 일부를 발췌하도록 한다.

5) 전면적 금지는 직업의 자유를 침해한다는 취지인데, 이후 경제적 형편이 어려운 경우엔 예외적인 성공보수 약정이 가능하다는 취지이다.

6) 장재욱, 미국에서의 소송비용부담과 법률서비스보험 72면 참조 독일은 연방변호사보수법(Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte)상 변호사 보수를 법정하고 있다. 이와 달리 미국은 변호사회가 작성한 변호사 보수표에 의하여 보수를 정하는 것을 독점금지법이 금하는 담합에 의한 불공정 가격제한행위로 보고 있다. Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975)

**(訴訟費用の負担の原則) (소송비용부담의 원칙)**

**第六十一条** 訴訟費用は、敗訴の当事者の負担とする。

제61조 소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다.

**(不必要な行為があった場合等の負担) (불필요한 행위를 한 경우 등의 부담)**

**第六十二条** 裁判所は、事情により、勝訴の当事者に、その権利の伸張若しくは防御に必要でない行為によって生じた訴訟費用又は行為の時における訴訟の程度において相手方の権利の伸張若しくは防御に必要であった行為によって生じた訴訟費用の全部又は一部を負担させることができる。

제62조 재판소는 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 행위시에 소송정도에 따라 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.

**(訴訟を遅滞させた場合の負担) (소송을 지연시킨 경우의 부담)**

**第六十三条** 当事者が適切な時期に攻撃若しくは防御の方法を提出しないことにより、又は期日若しくは期間の不遵守その他当事者の責めに帰すべき事由により訴訟を遅滞させたときは、裁判所は、その当事者に、その勝訴の場合においても、遅滞によって生じた訴訟費用の全部又は一部を負担させることができる。

제63조 당사자가 적당한 시기에 공격이나 방어에 방법을 제출하지 아니하였거나, 기일이나 기간의 불준수 그 밖에 당사자가 책임져야 할 사유로 소송이 지연시킨 때에는 재판소는 그가 승소한 경우에도 지연됨으로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 그에게 부담하게 할 수 있다.

**(一部敗訴の場合の負担) (일부패소의 경우의 부담)**

**第六十四条** 一部敗訴の場合における各当事者の訴訟費用の負担は、裁判所が、その裁量で定める。ただし、事情により、当事者の一方に訴訟費用の全部を負担させることができる。

제64조 일부패소의 경우에 각 당사자가 부담할 소송비용은 재판소가 재량으로 정한다. 다만 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.

**(共同訴訟の場合の負担) (공동소송의 경우의 부담)**

**第六十五条** 共同訴訟人は、等しい割合で訴訟費用を負担する。ただし、裁判所は、事情により、共同訴訟人に連帯して訴訟費用を負担させ、又は他の方法により負担させることができる。

2 裁判所は、前項の規定にかかわらず、権利の伸張又は防御に必要でない行為をした当事者に、その行為によって生じた訴訟費用を負担させることができる。

제65조 ① 공동소송인은 균등한 비율로 소송비용을 부담한다. 다만 재판소는 사정에 따라 공동소송인에게 소송비용을 연대하여 부담하게 하거나 다른 방법으로 부담하게 할 수 있다.

② 재판소는 제1항의 규정에 불구하고 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위를 한 당사자에게 그 행위에 의하여 발생한 소송비용을 부담하게 할 수 있다.

**第二節 訴訟費用の担保 제2절 소송비용의 담보**

**(担保提供命令) (담보제공명령)**

**第七十五条** 原告が日本国内に住所、事務所及び営業所を有しないときは、裁判所は、被告の申立てにより、決定

で、訴訟費用の担保を立てるべきことを原告に命じなければならない。その担保に不足を生じたときも、同様とする。

2 前項の規定は、金銭の支払の請求の一部について争いがない場合において、その額が担保として十分であるときは、適用しない。

3 被告は、担保を立てるべき事由があることを知った後に本案について弁論をし、又は弁論準備手続において申述をしたときは、第一項の申立てをすることができない。

4 第一項の申立てをした被告は、原告が担保を立てるまで応訴を拒むことができる。

5 裁判所は、第一項の決定において、担保の額及び担保を立てるべき期間を定めなければならない。

6 担保の額は、被告が全審級において支出すべき訴訟費用の総額を標準として定める。

7 第一項の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる。

제75조 ① 원고가 일본국내에 주소, 사무소 및 영업소를 가지고 있지 아니한 때에는 재판소는 피고의 신청에 따라 결정으로 소송비용에 대한 담보를 제공하도록 원고에게 명하여야 한다. 그 담보에 부족이 발생한 때에도 같다.

② 제1항의 규정은 금전지급청구의 일부에 대하여 다툼이 없는 경우에 그 액수가 담보로 족한 때에는 이를 적용하지 아니한다.

③ 피고가 담보를 제공할 사유가 있다는 것을 안 후 본안에 관하여 변론하거나 변론준비절차에서 진술한 때에는 제1항의 신청을 하지 못한다.

④ 제1항의 신청을 한 피고는 원고가 담보를 제공하는 때까지 소송에 응하지 아니할 수 있다.

⑤ 재판소는 제1항의 결정에서 담보액과 담보제공의 기간을 정하여야 한다.

⑥ 담보액은 피고가 전심급에서 지출할 소송비용의 총액을 표준으로 하여 정한다.

⑦ 제1항의 신청에 관한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

일본 민사소송법은 우리와 마찬가지로 패소자가 소송비용을 부담케하고 있으나 변호사보수를 그 소송비용에 포함하고 있지 않은 듯하며, 소송비용담보제공에 관한 일본법 제75조는 우리 민사소송법이 2010. 7. 23. 개정되기 전과 마찬가지로 국내에 주소 등이 없는 경우에 한하여 담보제공명령이 인정되고 있다.

2004. 3.경 일본 정부는 변호사보수 패소자부담주의의 도입을 위한 법률안을 상정하였다가 폐기된바 있다. 그 법률안의 주요 내용은 다음과 같다. ① 원칙적으로 변호사보수는 각자 부담한다. ② 당사자 쌍방에게 소송대리인이 선임되어 있는 때, 제소 후 당사자 쌍방이 패소자 부담으로 한다는 취지의 공동 신청을 한 때엔 변호사 보수의 일부를 소송비용으로 할 수 있다. ③ 패소자부담이 되는 변호사보수에 대하여는 소가를 기준으로 법률에서 정한다.

각자부담주의를 옹호하는 입장의 논거는 다음과 같다. ① 사건의 대부분은 처음부터 승패의 전망이 쉽지는 않은 것인데, 변호사보수 패소자부담주의에 의하면, 패소시 상대방 변호사비용 부담의 위험으로 인하여 소제기, 상소제기를 망설이고, 재판 외의 부적절한 해결 방법을 강구할 위험이 있다. ② 소송비용은 분쟁해결을 위한 공익비용으로서의 성격을 갖는다. 패소라는 일종의 결과책임에 기하여 일방적으로 변호사보수를 패소당사자에게 부담시키는 것은 과도한 제재로 합리성이 없다[民訴費用制度等研究會報告書, ヅュリスト(jurist) 1112号(1997), 70면].

#### 4. 변호사보수에 관한 미국의 태도<sup>7)</sup>

가. 미국은 인지(filing fee)는 정액으로, 변호사비용 각자부담원칙<sup>8)</sup>(American rule of costs)에 따라 패소당사자가 변호사비용을 부담하는 cost shifting은 허용되지 않음이 원칙이나,

나. 제소가 악의적인 경우, 소권남용인 경우, 무모하거나 부당한 사유로 제기되는 경우 (in bad faith, vexatiously, wantonly, or for oppressive reasons)엔 패소자에게 승소한 자의 변호사보수를 부담케 할 수 있다.

미연방대법원은 Chambers v. Nasco, Inc., 501 U.S. 32 (1991) 사건에서 이를 확인하여 "American Rule"은 변호사보수의 패소자부담(the shifting of attorney's fees)를 금지하지만, 제소가 악의적임을 이유로 변호사 보수 전액의 부담을 인정하였다.<sup>9)10)</sup>

7) 장재욱 위 논문, 조수혜 “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”을 주로 참조하였다.

8) 미국의 American rule을 '소송비용 각자부담의 원칙'으로 해석하는 논문 등이 있으나 적절하지 않다. 미국 역시 변호사보수를 제외한 일정한 소송비용(taxable costs, 법원서기와 집행관에 대한 수수료, 소송에 필요한 증명서 발급비, 인쇄와 증인에 대한 수수료, 통역관에 대한 급여 등)은 패소자부담의 원칙에 의하고 있다.

9) 루이지애나에있는 텔레비전 방송국을 운영하는 회사의 1인주주이자 이사인 Chambers가 회사 설비와 방송 라이선스를 NASCO에 매각하였다가, 이유없이 마음을 바꿔 매각을 번복한 사례.

10) 판결 해당 부분 원문은 다음과 같다.

“ Although the "American Rule" prohibits the shifting of attorney's fees in most cases, an exception allows federal courts to exercise their inherent power to assess such fees as a sanction when a party has acted in bad faith, vexatiously, wantonly, or for oppressive reasons, as when the party practices a fraud upon the court, or delays or disrupts the litigation or hampers a court order's enforcement. Based on the circumstances of this case, the District Court acted within its discretion in assessing as a sanction for Chambers' bad-faith conduct the entire amount of NASCO's attorney's fees. Chambers' arguments to the



다. 패소자는 송달료, 증거신청관련비용, 통역료와 같은 재판비용(docket fee<sup>11)</sup>)을 부담하고, 변호사 보수는 이에 포함되지 않음이 원칙이나, 주법과 연방법에 따라 합리적인 범위의 변호사 보수를 법원이 패소자에게 부담시킬 수 있다.

이들 법률로는 Civil Rights Attorney's Fees Award Act of 1976,<sup>42</sup> U.S. Code § 1988(시민권 소송에서의 변호사비용 보전법)<sup>12)</sup>, The Americans With Disabilities Act of 1990(장애인법)<sup>13)</sup>, The Age Discrimination in Employment Act of 1967(고용에서의 나이차별 금지법)<sup>14)</sup>, Fair Labor Standards Act<sup>15)</sup>, The Truth in Lending Act of

contrary are without merit.”

11) 28 U.S. Code § 1923 – Docket fees and costs of briefs

- (a) Attorney's and proctor's docket fees in courts of the United States may be taxed as costs as follows:
- \$20 on trial or final hearing (including a default judgment whether entered by the court or by the clerk) in civil, criminal, or admiralty cases, except that in cases of admiralty and maritime jurisdiction where the libellant recovers less than \$50 the proctor's docket fee shall be \$10;
  - \$20 in admiralty appeals involving not over \$1,000;
  - \$50 in admiralty appeals involving not over \$5,000;
  - \$100 in admiralty appeals involving more than \$5,000;
  - \$5 on discontinuance of a civil action;
  - \$5 on motion for judgment and other proceedings on recognizances;
  - \$2.50 for each deposition admitted in evidence.

12) 42 U.S. Code § 1988 (b) Attorney's fees

“In any action or proceeding to enforce a provision of sections 1981, 1981a, 1982, 1983, 1985, and 1986 of this title, title IX of Public Law 92-318 [20 U.S.C. 1681 et seq.], the Religious Freedom Restoration Act of 1993 [42 U.S.C. 2000bb et seq.], the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act of 2000 [42 U.S.C. 2000cc et seq.], title VI of the Civil Rights Act of 1964 [42 U.S.C. 2000d et seq.], or section 12361 of title 34, the court, in its discretion, may allow the prevailing party, other than the United States, a reasonable attorney's fee as part of the costs, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity such officer shall not be held liable for any costs, including attorney's fees, unless such action was clearly in excess of such officer's jurisdiction.”

13) Section 12205. Attorney's fees

“In any action or administrative proceeding commenced pursuant to this chapter, the court or agency, in its discretion, may allow the prevailing party, other than the United States, a reasonable attorney's fee, including litigation expenses, and costs, and the United States shall be liable for the foregoing the same as a private individual.”

14) Section 6104. Enforcement

(e) Injunctions; notice of violations; costs; conditions of actions

- (1) When any interested person brings an action in any United States district court for the district in which the defendant is found or transacts business to enjoin a violation of this Act by any program or activity receiving Federal financial assistance, such interested person shall give notice by registered mail not less than 30 days prior to the commencement of that action to the Secretary of Health and Human Services, the Attorney General of the United States, and the person against whom the action is directed. Such interested person may elect, by a demand for such relief in his complaint, to recover reasonable attorney's fees, in which case the court shall award the costs of suit, including a reasonable attorney's fee, to the prevailing plaintiff.

1968<sup>16)</sup>, Merchant Marine Act<sup>17)</sup> 등을 들 수 있다.<sup>18)</sup>

## 5. 결론 및 제언

헌법재판소가 판시하듯이 변호사보수를 소송비용에 산입시킬지 여부와 산입의 정도는 입법정책의 문제라 생각한다. 변호사보수 각자부담제도가 패소 우려로 인한 제소의 어려움을 해소한다는 명분이 있지만, 변호사보수 패소자부담주의 하에서 소송상대방에 대한 변호사비용의 전가 가능성 또한 소 제기의 강력한 유인이 될 수 있기에, 어느 제도가 그 자체로 뛰어나다는 결론은 내리기 어렵다 보인다.

하지만, 미국이 각자부담주의를 취하면서도, 노동, 인권과 같은 일정한 영역에서 변호사보수를 패소자에게 부담케하고, 소송의 성격에 따라 변호사보수 전액을 상대방사자에게 판결로써 부담하게 하는 등 넓은 재량이 인정되는 취지는 우리에게도 시사하는 바가 크다 생각한다.

공공기관·대기업에 대한 소송, 의료소송 등에서 억울함을 호소하며 소를 제기한 자들이 증거편재로 인한 입증부족으로 패소하면서 상대방의 변호사보수의 상당부분을 예외 없이 지급하는 상황에 놓이고 있다.

이른바 신안군 염전노예 사건에서는 증거부족 등으로 1심 패소한 피해자 7명에게 신안

15) Fair Labor Standards Act. 29 U.S.C. 216(b)

“The court in such action shall, in addition to any judgment awarded to the plaintiff or plaintiffs, allow a reasonable attorney’s fee to be paid by the defendant, and costs of the action.”

16) Truth in Lending Act, 15 U.S.C. 1640(a)

“in the case of any successful action to enforce the foregoing liability or in any action in which a person is determined to have a right of rescission under section 1635 or 1638(e)(7) of this title, the costs of the action, together with a reasonable attorney’s fee as determined by the court”

17) Merchant Marine Act, 46 U.S.C. 1227

“Civil Action.—A person whose business or property is injured by a violation of subsection (a) may bring a civil action in the district court of the United States for the district in which the defendant resides, is found, or has an agent. If the person prevails, the person shall be awarded—

(1) 3 times the damages; and

(2) costs, including reasonable attorney fees.

18) 장재욱은 위 논문 74쪽에서 판결에 의한 예외적 소송비용 부담 및 주법에 의한 예외규정들이 적용되는 경우, 이른바 재판비용인 docket fee만 인정된다는 취지로 기술하고 있으나, 오류로 보인다.

군의 거액의 소송비용 청구가 있었고, 그 중 4명은 소송비용 등의 부담으로 항소를 포기하였다.<sup>19)20)</sup>

소송비용 패소자부담주의와 변호사보수의 소송비용 산입을 인정하는 우리 법제에서 일본에서는 그 예가 없는 ‘청구가 이유 없음이 명백한 때의 소송비용담보제공명령제도’를 인정하고 있는 것은 큰 문제이다.

본안에서 변론하거나 변론준비기일에서 진술한 경우에는 담보제공을 신청하지 못하는데(민사소송법 제118조 참조), 상대방의 응소 태도를 고려할 의도 등으로 간략한 내용 등으로 제출될 수 있는 소장만으로 “청구가 이유 없음이 명백한 때”로 인정하여 3심까지의 소송비용 담보를 명함은 재판청구권을 과도하게 침해하는 것이라 생각한다.

특히, 항의적 성격의 공익소송이나, 사회경제적약자의 불공정 해소 등을 위한 공익소송은 이와 같은 소송비용담보제공명령제도가 넓게 인정될 경우, 제소 자체가 봉쇄될 수 있는 우려가 있다.

응소의 부담을 갖는 피고의 입장도 고려하여야 하지만, 법원이 사건의 성격 등을 감안하여, 입증부족 등으로 인하여 패소한 원고의 부담을 줄일 수 있어야 한다. 또한 소송비용담보제공명령에 관한 2010년 개정 부분은 삭제하고, 기존과 같이 원고의 주소 등이 국외일 경우에만 인정할 필요가 있다. 이를 위하여 소송비용 재판에 대한 독립 상소 문제 등 여러 제도적인 보완이 필요해 보이나, 본 발제는 이 정도 문제제기에서 글을 마치도록 한다.

19) 비마이너 2018. 4. 24.자 기사, “신안군, 염전 피해 장애인들에게 거액의 소송 비용 청구” (<http://beminor.com/detail.php?number=12113&thread=04r03>)

20) 경향신문 2018. 10. 17.자 기사, “법정에 나온 완도군 ‘염전노예’ 피해자 탈출 시도하면 주변 사람들이 염전주에게 신고” ([http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201810171910001&code=940301](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201810171910001&code=940301))





## [ 토론문 ]

이종구 단국대 법학과 교수

이희준 법원행정처 사법정책총괄심의관

송상교 변호사

안기종 한국환자단체연합회 대표

조주희 장애우권익문제연구소 인권센터 팀장



## “공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향”에 대한 토론

이종구 단국대 법학과 교수

발제자의 발제요지는 우리 민사소송법상의 소송비용에 관하여 ‘패소자 부담원칙’을 유지하면서, 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 한해 각자 부담원칙으로 회귀하되, 예외적인 경우에 변호사 보수를 패소자에게 부담시키는 형식, 즉 이른 바 편면적 패소자 부담주의가 적절할 것으로 보인다는 내용이다.

발제자의 발제 내용에서 보드시피 우리나라를 비롯한 대부분의 국가들은 민사소송절차에서 생긴 변호사비용에 관하여 패소자부담주의를 취하고 있으나 미국은 이와는 달리 변호사비용부담에 관하여 각자부담의 원칙을 취하고 있다.

변호사비용부담에 관한 각자부담의 원칙은 소제기를 쉽게 하여 재판청구권을 보장하는 긍정적인 면을 가지고 있다. 예를 들자면 순수한 패소자부담주의 하에서는 당사자들이 소송에서 패소할 경우 상대방의 변호사비용을 물어 주어야 하기 때문에 승소의 개연성이 있다고 하더라도 소송결과는 반드시 확실한 것이 아니므로 소송을 포기하는 경우가 생길 수 있기 때문이다. 그러나 이와는 반대로 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙을 고수한다면 소송물의 가액이 변호사비용 보다 적을 때에는 소송은 전혀 실익이 없기 때문에 피해자들은 소송을 포기하는 문제가 생긴다. 특히 다수의 피해자에게 소액의 피해를 야기하는 담합에 의한 공정거래법 위반이나 소비자 침해의 경우에 주로 문제된다. 예를 들어 소비자들이 사업자를 상대로 손해배상 소송을 제기하지 않는다면 사업자들의 침해행위를 억제하려는 소비자보호법의 목적을 달성할 수 없게 된다.

따라서 미국은 각자부담의 원칙과 패소자부담주의의 장단점을 고려하여 인권에 관한 소송, 고용관계소송, 환경침해, 소비자소송 등의 일정한 유형의 소송 대하여 편면적 변호사비용부담주의(one-way fee shifting)를 취하고 있다. 미국이 이러한 소송 유형에 대하여 편면적 변호사비용부담주의를 취하는 이유는 (1) 승소한 소비자로 하여금 변호사비용을 포함하여 피해를 완전하게 배상받게 하고, (2) 소비자들의 공익소송을 적극적으로 유도하고, (3) 불법행위를 한 사업자를 처벌하고, 이를 본보기로 하여 다른 사업자들로 하여금 불법행위를 하는 것을 미리 예방 또는 억제하고, (4) 불법행위자가 부담 응소하는 등 사법제도를 악용하는 것을 방지하기 위한 것이라고 한다.

위에서 든 바와 같이 미국의 경우 원칙적으로 변호사비용에 대하여 각자부담의 원칙을, 우리 민사소송법은 패소자부담주의를 채택하여 서로 상반된 입장을 취하고 있다. 그러나 변호사비용부담제도 자체의 기능 내지 정당성에 대한 기본적 인식은 크게 다르지 않다고 본다. 미국의 경우 각자부담의 원칙을 취하고 있지만, 재판청구권의 보장과 남소의 방지라는 관점에서 동 제도의 정당성을 찾고 있고, 우리 헌법재판소도 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙에 의하여 소가를 기준으로 변호사보수의 산입비율을 정하고 있는 것은 “국민의 효율적인 권리보호와 소송제도의 적정한 운영이 가능하도록 하기 위한 것”이라고 하여 동 제도의 목적이 재판청구권의 보장과 남소의 방지에 있음을 밝힌 바 있다. 다만 위에서 든 바와 같이 양 제도가 각각 장점과 단점을 공유하고 있고, 두 나라의 법률문화와 제도의 차이에서 기인하는 것이므로 단적으로 어느 제도가 옳다고만 할 수는 없다. 중요한 것은 각 제도가 가지고 있는 단점을 어떻게 보완하여 국민의 재판청구권을 실질적으로 보장하고 남소를 방지하여 재판제도를 합리적으로 운영하느냐의 문제이다.

이러한 관점에서 본다면 발제자가 제안한 소송 유형, 예컨대, 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 공익소송이나 의료소송 또는 입증의 부담이 큰 영역의 전문가 소송 등의 경우 피해자들로 하여금 적극적으로 소송을 제기할 수 있는 길을 열어줄 필요가 있다고 생각한다. 그 이유는 이러한 소송유형에서도 패소자부담주의로 일관할 경우 피해자들은 패소할 경우 상대방의 변호사비용에 대한 두려움 때문에 소송을 주저할 수 있기 때문이다. 특히 위에서 든 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환



경보호소 등 의 경우 국가기관의 공권력(행정적, 형사적 조치)의 행사만으로는 모든 침해 행위를 예방하거나 방지할 수 없을 뿐만 아니라 피해자들이 입은 손해에 대한 구제는 국가가 대신해 줄 수 없고 그것은 피해자들의 민사소송의 제기여부에 달려 있다. 피해자들이 소송비용 문제 때문에 가해자(사업자)를 상대로 소송을 제기하지 않는다면 대량의 피해자들을 양산하고 막대한 이득을 취한 사업자들은 엄청난 부당이득을 취하고도 약간의 행정처벌에 의한 과징금만 납부하면 되는 기이한 결과가 생기게 된다(예: 담합이나 소비자 기만행위의 경우). 또한 인권침해의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 피해자들로 하여금 적극적으로 소송을 제기하도록 유도하여 정의가 무엇인지를 확립할 필요가 있다. 다시 말하자면 이러한 소송의 유형에서 피해자들이 상대방의 변호사비용의 부담에 대한 두려움 때문에 또는 피해액이 너무 소액이라는 이유로 피해자들이 소송을 제기하지 않는다면 사회의 정의가 실현될 수가 없다. 따라서 편면적 패소자부담주의는 피해자들로 하여금 소송을 제기하도록 하여 피해배상을 받을 수 있도록 해 줄 뿐만 아니라 악덕사업자들의 부당한 이득을 모두 토해 내도록 함으로써 사회정의를 실현하기 위한 인센티브로서의 기능을 한다. 예를 들자면 미국의 집단소송제도나 징벌적 손해배상도 동일한 맥락에서 사회정의 실현을 위한 인센티브인 셈이다. 미국에서 이러한 유형의 소송에서 소송을 제기하는 피해자들을 “Private Attorney General”이라고 부르는 점은 매우 의미하는 바가 크다고 생각한다.

한편 병원이나 의사의 의료과실이 추정됨에도 불구하고 입증의 어려움 때문에 피해자가 소송을 주저하거나 쉽게 합의를 해버리는 경향이 적지 않다는 점이다. 의료과오 소송에서는 피해자 측은 증거를 거의 가지고 있지 않기 때문에 소송의 승소여부를 소제기 단계에서는 예측하기가 어려운 경우가 대부분이다. 예를 들자면 이러한 소송에서는 문서제출명령이나 감정촉탁 등을 통해서 그제야 의료과실 등이 증명되는 되는 경우가 적지 않다. 그럼에도 불구하고 소송에서 패소했다는 이유만으로 원고에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것은 지나치게 소권을 제한할 수 있다. 따라서 피해자가 부당하게 상대방을 억압하기 위한 것이 아니라 당시의 상황으로 볼 때 제소할 만한 상당한 이유가 있었다고 판단되면 당사자가 소송에서 패소하였다고 하더라도 상대방 당사자의 변호사 비용에 대한 부담을 상당부분 완화할 필요가 있다고 생각한다. 그렇지 않다면 피해자들은 상대방의 변호사비용의 부담에 대한 두려움 때문에 소송을 주저할 수밖에 없을 것이기 때문이다. 다만 발제자께서는 의료

소송이나 전문가책임이 문제되는 영역의 소송의 경우에도 미국식의 편면적 패소자 부담주의를 채택할 필요가 있다고 하는 바, 이러한 소송의 공익성의 크기가 어느 정도인지를 고려하여 소송비용의 부담의 범위를 결정할 필요가 있다고 생각한다. 예컨대, 사회통념상 편면적 패소자부담주의를 채택할 정도로 공익성이 크다면 이러한 방향으로 개정하는 것도 하나의 방안이 될 것으로 생각한다.

**‘공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에  
관한 심포지엄’ 토론문**

이희준 법원행정처 사법정책총괄심의관

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.



## 공익인권소송 소송비용 개선방향

송상교 변호사

1. 두 발제문에서 확인되듯이 세계 각국의 소송비용에 관한 제도, 특히 변호사 보수에 관한 제도는 각 나라의 역사적 경험 속에서 ‘각자부담주의’와 ‘패소자부담주의’로 나뉘어 있지만, 어느 쪽이건 간에 그로 인하여 발생하는 문제를 보완하기 위한 제도적 장치를 모색함으로써 재판청구권 보장과 남소 방지의 균형을 꾀하고 있다.

외국의 입법례나 판례를 보면, 위 변호사보수 부담에 관한 제도적 보완에 있어서 가장 주된 고민 지점은 특히 공익소송에 있어 변호사보수 문제로 귀착된다. 공익인권소송의 특수성을 고려하여 공익인권소송이 변호사보수 문제로 위축되지 않고 활성화될 수 있도록 소송비용 부담을 완화 내지 합리적으로 조정하는 데에 제도의 초점이 있다.

발제문에 소개된 미국의 편면적 패소자부담주의등 외에도 영국의 ‘보호적 비용명령’ 제도나 남아프리카공화국의 ‘보호적 비용구제제도’, 캐나다의 OLRC 테스트와 그에 따른 법원의 비용명령 등 제도가 모두 공익인권소송의 적극적 유도를 염두에 두고 운영되고 있다. (첨부 64개단체 공동의견서 4.항 참조)

2. 그러나, 우리의 제도는 변호사보수에 대한 ‘패소자 부담주의’를 택한 상황에서 결과책임주의로 인한 문제점을 해소하는 제도적 보완을 제대로 하고 있지 않다. 소송비용에 대한 재판을 법원이 하도록 하면서 그 기준을 대법원 소송규칙에서 소가에 비례한 변호사보수액을 획일적으로 정하고, 일부승소의 경우에도 법원이 대부분 소가 대비 승소액의 비율로 소송비용을 산정하여 판결하는 구조를 택하고 있다.

비록 소송규칙에서 이러한 획일적 기준에 대한 재량으로 ‘소송비용의 증액 또는 감면 규정’을 두고 있으나 그 규정이 적용되어 판단이 이루어지는 경우는 매우 드물다. 이런 제도는 심각한 부정의를 낳고 있다. 특히 공익·인권소송의 패소자가 상대방의 변호사보수까지 부담할 의무를 지게 되는 경우가 매우 자주 발생하고 있다. 그 결과 공익인권소송이 매우 위축되고 있다. 아래 보듯이 특히 국가를 상대로 한 소송, 정보공개거부처분에 대한 취소소송 영역에서 공익인권소송 패소로 인하여 사회적 약자인 개인과 단체가 입는 재산적, 정신적 고통이 매우 심각한 상황이다.(첨부 64개단체 공동의견서, 별첨1 공익인권소송 패소 후 소송비용 부담 사례 참조)

### 3. 이러한 부정의에 대하여 두 발제자가 문제인식을 같이하고 있다.

박호균 변호사는 「공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향」 발제문에서 현재의 변호사보수 패소자 부담원칙은 국민의 재판청구권을 보장하지 못하고 남소 방지라는 목적에 실질적으로 부합하는지 의문이라고 지적하며, ‘편면적 패소자 부담주의’를 제안하고 있다. 그리고 이를 위한 민사소송법 개정을 제안하고 있다.

“소송비용 패소자 부담원칙을 유지하면서, 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 한해 각자 부담원칙으로 회귀하되, 예외적인 경우에 변호사 보수를 패소자에게 부담시키는 형식 이른 바 편면적 패소자 부담주의가 적절할 것으로 보인다. 즉 현행 패소자 부담원칙을 유지하면서 변호사 보수에 한해 공익소송이나 입증의 부담이 있는 전문가 소송, 인권 관련 소송 등에서는 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 형태가 혹시 있을지 모를 부족한 점을 보충할 수 있을 것으로 보인다.”

조장곤 변호사의 「소송비용제도에 관한 입법론적 고찰」 발제문 역시 아래 결론과 같이 어느 제도가 우위에 있다고 단정하기는 어려운 입법정책의 문제이나 적어도 노동, 인권과 같은 일정한 영역에서는 미국과 같은 편면적 패소자부담주의등이 시사점이 있다고 보고 있다.

“헌법재판소가 판시하듯이 변호사보수를 소송비용에 산입시킬지 여부와 산입의 정도는 입법정책의 문제라 생각한다. 변호사보수 각자부담제도가 패소 우려로 인한 제소의 어려움을 해소한다는 명분이 있지만, 변호사보수 패소자부담주의 하에서 소송상대방에 대한 변호사비용의 전가 가능성 또한 소 제기의 강력한 유인이 될 수 있기에, 어느 제도가 그 자체로 뛰어나다는 결론은 내리기 어렵다 보인다. 하지만, 미국이 각자부담주의를 취하면서도, 노동, 인권과 같은 일정한 영역에서 변호사 보수를 패소자에게 부담케하고, 소송의 성격에 따라 변호사보수 전액을 상대방사자에게 판결로써 부담하게 하는 등 넓은 재량이 인정되는 취지는 우리에게도 시사하는 바가 크다 생각한다.”

4. 큰 틀에서 변호사보수 각자부담주의를 도입하거나 패소자부담주의를 택하면서 ‘편면적 패소자부담’의 다양한 예외를 인정하는 방향으로의 전환은 긍정적이며 유의미하다. 나아가 이와 함께 현재 발생하는 구체적 현실 속에서 법률의 개정 전이라도 시급한 문제점을 개선할 수 있는 구체적인 방안의 도입이 절실하다. 이 필요한 큰 문제를 것은 긍정적으로 검토할 만하다.

지난 9월 민주사회를위한 변호사모임 공익인권변론센터 등 64개 단체가 「공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구를 위한 64개 단체 공동의견서」를 대법원에 공식 제출하였다. 단체들은 이 공동의견서에서 현행 소송비용 제도가 어떻게 공익인권소송의 장애물이 되고 있는지 밝히고 그 제도적 개선 방향을 제시하였다. 이 문제제기는 오늘 토론회에서도 큰 의미가 있다고 생각한다. 아래에 해당 의견서를 첨부하며 이를 중심으로 구체적인 제도 개선 방향을 제안하고자 한다.(첨부 64개단체 의견서, 5. 향후 개선방향 참고)

※ 첨부

## 〈공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구 의견서〉<sup>1)</sup>

### 1. 공익인권소송에 대한 과중한 소송비용 청구의 실태와 심각성

#### 가. 두 인권단체에 청구된 거액의 소송비용 청구

진보네트워크센터는 정보인권단체로서 한총련에 홈페이지 호스팅을 제공했다가 2011년 방송통신위원회가 한총련 사이트 폐지 결정을 하자 이에 불복하여 방송통신위원장을 상대로 행정소송을 제기하였습니다(피고 대리인 정부법무공단). 한편 인권활동을 지속적으로 벌여온 인권운동사랑방은 2011년 인권운동사랑방 홈페이지 자유게시판에 게시된 게시글이 북한을 찬양한다는 이유로 삭제를 요구받자 이를 거부하며 방송통신위원회에 행정소송을 제기하였습니다. 두 단체는 게시글을 직접 작성한 주체는 아니었지만 방송통신위원회의 요구가 국가보안법에 대한 자의적 해석을 내세워 표현의 자유를 침해하고, 법원이 아닌 방송통신심의위원회가 법 위반을 판단할 자격이 있는지에 대한 판단이 필요하다는 이유로 소송을 제기했습니다. 이른바 사회적 문제제기를 위하여 인권단체가 ‘공익인권소송’을 제기한 것입니다. 두 단체의 문제제기는 받아들여지지 않았고 2015년 패소 판결이 확정되었습니다.

그런데 진보네트워크센터는 패소 확정 후 3년이 지난 2018년 3월 말 방송통신위원회로부터 돌연 피고측 변호사보수 1,650만원을 포함한 16,545,000원을 지급하라는 소송비용 확정청구를 받았고, 인권운동사랑방 역시 패소에 따른 소송비용으로 2,313만원을 지급할 것을 요구하는 소송비용확정청구를 받았습니다.<sup>2)</sup> 최고서에 첨부된 소송비용 계산서에는 피고 방송통신위원회측 1, 2, 3심 변호사 착수금 및 성공보수를 비롯한 소송비용이 기재되었습니다.<sup>3)</sup>

1) 2018. 9. 1. 8. 64개 단체가 대법원에 제출한 의견서 전문을 여기에 옮김. 다만 위 의견서에 첨부되어 있던 “[별첨2] 공익인권소송의 소송비용 부담에 관한 외국의 현황”은 본 토론회 발제문이 있으므로 생략함

2) 미디어오늘, 2018. 4. 9.자 MB때 공익소송 패소한 시민단체에 방통위 “소송비 내놔라”

3) 위 계산서는 피고측이 들인 수입료와 성공보수를 단순합산한 것이었는데, 2018. 9. 7. 법원은 소송 당시 소가 기준(당시 행정소송 20,000,100원)으로 법을 적용하여 변호사보수 450만원 포함 4,509,045원의 비용을 결정하였습니다.



## 나. 공익인권소송 패소 후 소송비용 부담 사례

위에 언급한 사례 외에도 공익인권소송을 제기했다가 패소판결이 확정된 후에 소송을 제기한 개인이나 단체가 그로 인하여 적지 않은 소송비용을 부담해야 했던 사례들은 적지 않습니다. 대부분의 시민단체, 인권단체는 공익인권소송 패소 후 엄청난 소송비용으로 인하여 큰 어려움에 처한 경험을 가지고 있습니다. 특히 행정소송, 그중에서도 정보공개청구소송은 소가가 일률적으로 5천만 원으로 산정되어 있어 패소할 경우 아래에서 보듯이 상대방에게 심급별로 300만 원이 넘는 변호사보수를 소송비용으로 부담해야 하는 상황이 반복적으로 발생하고 있습니다.

※구체적인 소송비용 부담사례는 별첨1 공익인권소송 패소 후 소송비용 부담 사례 참조

## 2. 공익인권소송에 대한 과중한 소송비용청구 개선의 시급성

국민의 인권 보장을 위해 활동하는 다수의 인권단체와 시민사회단체는 국민의 인권 보장을 위해 다양한 활동을 벌이며, 사회적 문제제기를 위한 소송 제기도 그러한 제도개선을 위한 중요한 활동입니다. 제기한 소송에서 사법부가 전향적 판단을 내릴 경우에는 그 사회적 영향력과 구속력이 적지 않으며 나아가 제도개선 및 입법으로 이어질 가능성이 매우 높기 때문입니다. 이처럼 특정 개인의 사적 이해관계에 따른 소송이 아니라 사회적 약자의 인권 개선, 그리고 제도개선을 목표로 진행하는 소송을 통상 공익인권소송이라고 부릅니다. 공익인권소송은 해당 시점의 사회적 현실의 문제를 제기하고 제도개선을 하기 위한 소송이기 때문에 그 속성상 담고 있는 주장이 현재 법원의 주류적인 판례에서는 인정되고 있지 못한 경우가 대부분입니다. 이런 이유로 법원이 종래의 태도를 변경하지 않는 한 패소 가능성이 높은 것도 사실입니다.

이처럼 공익인권소송이란 본질적으로 패소의 부담을 감수하면서 소송의 틀을 통해 제도개선을 이루려는 의식적이고 공익적인 활동입니다. 게다가 공익인권소송의 당사자는 사회·경제적으로 변호사보수는 커녕 최소한의 소송비용조차 부담하기 어려운 실정인 경우가 많고, 소송을 제기하는 단체의 경우도 대개 재정적으로 매우 열악하여 수백에서 천만 원을 넘

는 소송비용을 도저히 감당할 수 없는 경우가 많습니다. 이러한 이유로 상당수의 공익인권 소송에서 소송을 대리할 변호사를 찾기도 어려운 실정이고, 그런 상황에서 소송을 수행하는 변호사들은 보수조차 지급받지 않고 무료변론으로 진행하는 경우도 많습니다.

따라서 공익인권소송을 제기하였으나 패소판결이 확정된 이후 승소한 상대방이 소송비용 확정청구를 하였을 때, 법원이 공익인권소송의 고유한 성격을 고려하지 아니한 채 소송비용을 확정하는 방식이 계속된다면 그것이 소송을 진행한 당사자와 단체에 미치는 영향은 매우 심각합니다. 공익인권소송에 대하여 일반적인 소송과 마찬가지로 패소하였다는 이유로 패소자에게 기계적으로 그 소송비용을 모두 부담케 한다면 이는 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아닐뿐더러, 보다 중요한 것은 공익인권소송의 형태로 사법부의 문을 두드리는 시도가 더 이상 가능하지 않게 된다는 점입니다. 지금도 많은 단체와 변호사들이 소송 전 단계에서 소송비용의 부담 때문에 소송 제기를 포기하는 경우가 적지 않게 발생하고 있는 실정입니다. 이러한 공익인권소송의 위축은 궁극적으로 국민의 재판청구권을 크게 제약하는 것인바, 문제의 심각성에 대한 인식이 공유되고 제도개선이 이루어져야 할 것입니다.

### 3. 현행 법령과 법원의 해석의 문제점

위와 같이 공익인권소송 패소로 인한 소송비용 부담 문제가 계속적으로 발생하는 데에는 소송비용 부담에 관한 법령의 미비, 법원의 기계적 해석, 그리고 공익인권소송의 특성에 대한 무고려 라는 이유들이 복합적으로 얹혀 있습니다.

#### 가. 소송비용 관련 법령

[민사소송법]

제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

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.

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.

[변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙]

**제3조(산입할 보수의 기준)** ①소송비용에 산입되는 변호사의 보수는 당사자가 보수계약에 의하여 지급한 또는 지급할 보수액의 범위 내에서 각 심급단위로 소송목적의 값에 따라 별표의 기준에 의하여 산정한다. 다만, 별표의 기준에 따른 금액이 30만원에 미치지 못하는 때에는 이를 30만원으로 한다. <개정 2007.11.28., 2013.11.27.>

②가압류, 가처분 명령의 신청, 그 명령에 대한 이의 또는 취소의 신청사건에 있어서 소송비용에 산입되는 변호사의 보수는, 피보전권리의 값에 따라 제1항의 기준에 의하여 산정한 금액의 2분의 1로 한다. 다만, 가압류, 가처분 명령의 신청사건에 있어서는 변론 또는 심문을 거친 경우에 한한다. <신설 1990.8.21., 2003.6.9.>

**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.]

## 나. ‘패소자 부담원칙’의 기계적 적용과 변호사보수 감액 기준의 협소함

민사소송법은 소송비용을 패소자가 부담하는 것을 원칙으로 하고, 소송비용의 대부분을 차지하는 변호사보수에 대해서도 대법원 규칙인 「변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙」(이하 ‘보수규칙’이라 합니다)에서 정한 금액 범위에서 소송비용으로 인정하는 제도를 택하고 있습니다. 소송비용으로 인정되는 변호사보수의 액은 소송 소가에 비례합니다. 법원은 본안에 대한 재판시에 소송비용의 부담에 대해서도 판단을 하는데, 위와 같이 정해진 기준에 따라 패소한 당사자에게 패소 비율에 따라 소송비용을 부담하도록 합니다.

법원은 이러한 패소자 부담주의를 부당한 소송 제기를 막기 위한 것이라고 설명합니다. 그러나 패소자 부담주의를 일률적으로 적용하여 소송의 최종 결과만을 기준으로 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키는 방식은 많은 문제가 있습니다. 예를 들어 소송에서 치열하게 다툼이 진행되어 판사가 결국 49대 51의 심증으로 판결을 하는 경우에도 주문은 ‘원고의 청구 기각’으로 정리됩니다. 그런 경우에도 소송비용을 패소자가 100% 부담케 하는 것은 합리적이라 할 수 없습니다. 또한 공무원의 불법행위로 피해를 당한 시민이 3천만원의 국가배상청구를 할 경우에 사실관계가 인정되어 승소했으나 인정된 배상액이 3백만원인 경우 법원은 통상 소송비용의 9/10을 원고가 부담하도록 판결합니다. 청구액 대비 인정된 액수를 기준으로 판단하기 때문입니다. 이처럼 패소자 부담주의를 기계적으로 적용하는 것이 정의와 공평의 원칙에 어긋나는 경우가 많지만, 법원이 이 문제를 깊이 고려하고 있는지 의문입니다.

보수규칙 제6조는 재량으로 패소자의 소송비용을 감액하는 규정을 두고 있으나 이 규정 역시 지나치게 협소합니다. 법원은 보수규칙 제6조 소정의 “현저히 부당한 경우”를, “소송 목적의 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”라고 해석함이 상당하다(대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정 참조)라고 해석하고 있으나, 그 인정범위를 좁게 해석하고 있습니다.

#### 다. 공익소송의 특수성에 대한 무고려

특히 공익인권소송 패소의 경우가 가장 문제가 됩니다. 위와 같이 공익적 목적으로 제기되는 소송은 특수성이 존재합니다. 우선 현재 제도와 법령이 충분히 마련되어 있지 않은 상황에서 그에 대한 사회적 문제제기 차원에서 제기하는 소송이므로 현재의 법적 틀 안에서는 패소의 위험성이 높습니다. 원고가 사회경제적으로 약자로서 자력이 취약하거나, 단체가 공익적 목적으로 소송을 제기하기 때문에 원고가 고액의 소송비용을 부담하기 어렵고 원고의 대리인 역시 같은 취지로 무료 또는 소액의 비용만을 지급받고 소송에 임합니다. 반면

피고 측은 정부, 지자체, 대기업 등 충분한 자력과 방어력을 가지고 있어 소송에 적극 임하며 승소시 적극적으로 소송비용확정청구권을 행사하고 있습니다.

이러한 상황에서 패소후 소송비용확정청구를 제기당하면 패소한 원고(개인, 단체)는 공익소송의 특수성을 호소하며 감액 내지 면제를 요청하나 그러한 요청이 받아들여지는 경우가 많지 않습니다. 재량감액에 관한 규정인 현행 보수규칙 제6조는 “현저히 부당한 경우”라고만 할 뿐이고, 법원의 해석 역시 협소하여 공익소송의 특수성이 적극적으로 고려되고 있지 못한 것도 그 원인입니다. 결국 공익인권소송 제기시 패소 위험부담은 고스란히 소송을 제기하는 원고 측에게 전가되며 이는 전체 공익인권소송의 현저한 위축을 초래하고 있습니다.

#### 4. 공익소송의 소송비용 부담 완화에 대한 외국의 선례

공익인권소송의 소송비용 문제 해결을 위해서는 세계 각국의 선례를 검토할 필요가 있습니다. 과도한 소송비용의 부담은 이전부터 세계 각국에서도 공익소송의 장애물이 되어 왔습니다. 이에 각국은 공익소송의 발전 과정에서 이에 대한 제도적 해결 방안을 모색해 왔습니다. (상세한 내용은 별첨2 공익인권소송의 소송비용 부담에 관한 외국의 현황 참조)

##### (1) 미국 - 각자부담주의, 공익소송에서의 편면적 패소자부담주의

미국은 전통적으로 변호사보수 각자부담주의(No-way rule)를 취합니다. 즉 소송이 종료되면 그 결과에 상관없이 소송비용은 해당 비용을 발생시킨 당사자가 각자 부담한다는 것입니다. 하지만 입법을 통하여 소송비용에 관한 다양한 접근방식을 택합니다.<sup>4)</sup> 한편 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등 공익소송에 대해서는 ‘편면적 패소자부담주의’(one-way fee shifting)을 채택하고 있습니다. 편면적 패소자부담주의는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 부담하지 않도록 하는 방식입니다. 편면적 패소자부담주의는 (1)승소한 당사자에게 변호사비용을 포함한 완전한 손해를 배상받도

4) Queensland Public Interest Law Clearing House Incorporated, Costs in Public Interest Proceedings in Queensland, 2005, 16면 이하

록 하고, (2) 공익적 소송을 적극적으로 유도하고, (3) 패소자의 불법행위를 처벌하거나 억제하고, 나아가 (4) 패소자가 부당하게 응소하여 다투는 등 사법제도를 남용하는 것을 억제하기 위하여 도입된 것이라고 합니다.<sup>5)</sup> 이와 같은 제도가 표방하는 원칙은 ‘공익소송을 제기한 원고가 승소하였다면 자신의 개인 재산으로 공익을 대변한 결과가 되어서는 아니 되고, 패소하였다면 관련 법률의 의미를 명확하게 하거나 공익적이고 중요한 쟁점을 시험한 대가로 벌을 받는 일은 없어야 한다’는 것이라고 합니다.<sup>6)</sup>

## (2) 캐나다

캐나다는 소송비용에 관하여 법원의 폭넓은 재량권을 인정하고, 법원이 비용부담명령을 할 때 고려할 요소 중 하나로서 “해당 소송절차를 진행함으로써 달성할 수 있는 공익이 그와 같은 비용부담명령을 정당화하는지”를 들고 있습니다[Rule 400(3)(h)].<sup>7)</sup> 캐나다 법원들은 점차 공익적 요소를 가진 소송사건에서는 그에 고유한 정책적 고려가 필요하여 일반적인 원칙과는 다른 방식이 정당화될 수 있다는 점을 편안하게 받아들이고 있는 것으로 보입니다.<sup>8)</sup> 실제로 캐나다 대법원의 다수의견은 ‘법원이 비용부담명령을 내릴 수 있는 권한을 일반 시민들이 사법제도를 이용하여 사회 전체에 영향을 미치는 문제를 해결할 수 있도록 돕는 합법적인 “정책 도구”로 간주하여야 한다’고 합니다.<sup>9)</sup>

한편 온타리오법률개혁위원회(OLRC, Ontario Law Reform Commission)가 1989년에 작성한 ‘당사자적격 관련 법률에 관한 보고서(Report on the Law of Standing)’에서도 출된 일련의 원칙이 법원의 소송비용 부담에 관한 판단의 기준이 되고 있습니다. 위 보고서는 공익소송을 제기한 당사자가 승소한 경우 특별 비용을 보전받거나 패소한 경우 상대방의 소송비용을 부담하는 것을 면제받는 내용의 소송비용명령을 받기 위한 다섯 가지 요건으로, ① 해당 소송에 소송당사자의 이익을 넘어서는 중요한 쟁점이 포함되어 있고, ② 공

5) 이종구, ‘민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자 부담주의를 중심으로’, 2014.

6) Queensland Public Interest Law Clearing House Incorporated, 18면

7) <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-98-106/FullText.html>

8) Tollefson, 204면

9) British Columbia (Minister of Forests) v Okanagan Indian Band, [2002] 3 S.C.R. 371, [2003] S.C.J No. 76, 233 D.L.R (4th)

익소송비용명령을 신청한 당사자가 해당 소송의 결과에 따라 개인적, 재산적, 금전적 이익을 가지지 아니하거나 그러한 이익을 가진다고 하더라도 그 이익이 해당 소송을 경제적으로 정당화할 정도는 아니어야 하며, ③관련 쟁점에 관하여 동일한 피고를 상대로 한 소송에서 법원이 결정을 내린 바 없고, ④피고가 해당 소송의 비용을 부담할 수 있는 우월한 능력을 가짐이 명백하며, ⑤원고가 해당 소송에서 권리를 남용하거나 악의적인 소송행위를 하지 아니할 것을 들고 있습니다. 이들 다섯 가지 요건은 ‘OLRC 테스트’라고 불리며 여러 연방법원을 비롯한 여러 법원에서 인용되고 있습니다.<sup>10)</sup>

### (3) 영국의 ‘보호적 비용명령’ 제도

영국 법원은 ‘보호적 비용명령(Protective Cost Order, PCO)’ 제도를 채택하였는데,<sup>11)</sup> 이는 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 제도입니다. 공익소송에 대해서 보호적 비용명령이 적용되며, 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 있습니다. 이외에도 신청인이 프로보노(pro bono) 활동을 하는 경우나 법원이 사건의 성격을 고려해 판단하기에 보호적 비용명령을 내리는 것이 타당하다고 판단하는 경우에는 보호적 비용명령을 내릴 수 있습니다. 보호적 비용명령은 환경문제와 관련한 소송을 비롯하여 공익소송에 다양하게 활용되고 있습니다.

10) Tollefson, 207면 이하

11) 대법원 사법정책연구원. 2016. <공익소송 제도의 현황과 개선방안> 182,3면

#### (4) 남아프리카공화국-보호적 비용구제제도(Protective Cost Regime)

남아프리카공화국은 소송비용 부담에 있어 패소자부담주의를 기본으로 하는데, 남아프리카공화국 헌법재판소는 이로 인한 위축효과(chilling effect)를 인지하고 그에 대한 대비수단을 마련하였습니다. 헌법재판소는 해당 소가 신의칙에 따라 제기된 것이고 악의적 목적으로 제기된 것이 아니라는 전제 하에 자신의 헌법상 권리를 실현하기 위하여 소를 제기한 원고는 패소하더라도 피고의 소송비용을 부담할 필요가 없고, 원고가 승소할 경우에는 자신의 소송비용을 보전받을 수도 있다고 판단하였습니다.<sup>12)</sup> 1996년에 선고된 판결에서 헌법재판소는 “법령이 헌법에 합치되는지를 확인하고자 하는 당사자는 통상 헌법원칙의 중요한 쟁점을 제기한다. 그러한 뜻을 가진 국민들이 상대방의 소송비용을 부담해야 한다는 위험 때문에 소를 제기하지 못하는 상황이 되어서는 아니 된다. 물론 그렇다고 하여 그와 같은 위험으로부터 완전히 보호될 수 있는 것은 아니다. 법원은 재량을 가지고 판단하여 패소한 원고가 상대방의 소송비용을 부담하도록 명할 수도 있는데, 예를 들어 대상 법령에 대한 문제제기가 악의적인 것이거나 부적절한 동기에서 비롯된 것이거나 기타 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하도록 하는 것이 정의에 부합하는 사정이 있는 경우에 그러하다.”라고 실시하였습니다.<sup>13)</sup>

#### (5) 검토

위와 같이 여러 나라에서 이미 공익인권소송에 대한 소송비용 부담을 완화시켜 공익소송을 활성화시킬 필요성이 인정되어 이를 위한 여러 제도를 시행하고 있습니다. 영국의 ‘보호적 비용명령’ 제도나 남아프리카공화국의 ‘보호적 비용구제제도’, 캐나다의 OLRC 테스트와 그에 따른 법원의 비용명령, 그리고 미국의 편면적 패소자부담주의 역시 공익인권소송의 적극적 유도를 염두에 두고 있습니다. 이러한 요건과 배려 방식은 우리 사법 체계에서도 충분히 도입될 수 있고 적극적으로 수용되어야 합니다.

12) Public Interest Law Alliance, Public Interest Litigation: The Costs Barrier & Protective Costs Orders Report, 2010, 24면

13) Gauteng Provincial Legislature In re: Gauteng School Education Bill of 1995 [CCT39/95] [1996] ZACC 4; 1996 (4) BCLR 537; 1996 (3) SA 165 (4 April 1996).



## 5. 향후 개선 방향

공익인권소송에 대한 과중한 소송비용청구의 문제점을 개선하는 문제는 국민의 재판청구권과 직접 관련되어 있으며, 사회적 정의와 인권을 수호함을 사명으로 하는 법원이 풀어야 할 중요한 과제입니다. 그간 국내에서 이에 관한 실태 파악과 제도 개선에 대한 검토가 미흡한 실정입니다. 따라서 국민의 재판청구권 보장을 위한 사법개혁 과제로 인식하고 시급하게 개선 방안에 대한 사회적 논의를 시작하고 이를 법령개선으로 귀착시켜야 합니다. 향후 개선을 위하여 필요한 사항을 다음과 같이 요청합니다.

가. 공익의 원칙에 기초하여 몇가지 소송 유형에 대해서는 소송비용 부담의 원칙을 달리 정하는 대법원 규칙 개정등 제도개선이 이루어져야 합니다.

- (1) 국가나 지방자치단체, 공공기관을 상대로 소송을 제기했다가 패소한 경우(국가배상소송, 행정소송) 국가등이 소송을 제기한 국민에게 거액의 소송비용을 청구하는 것이 큰 문제로서 시급하게 금지 내지 제한되어야 합니다. 국가가 국민의 의사표현이나 집회 등으로 발생한 손해를 주장하며 국민을 상대로 손해배상소송을 제기하는 것이 이른바 ‘괴롭히기 소송’(전략적 봉쇄소송)으로서 제한되어야 한다는 점에 대해 그간 사회적 인식이 형성되어 대법원 의뢰로 보고서가 제출되었고<sup>14)</sup> 법무검찰개혁위원회나 경찰개혁위원회에서도 유사한 취지의 권고를 하였습니다. 이와 마찬가지로 국가가 소송의 당사자로서 들인 소송비용은 예산을 통하여 보전하여야 하는 것이 원칙이고 소송 상대방인 개인이나 단체에게 소송비용확정청구라는 별도의 소송을 통하여 보전할 것이 아니라는 원칙이 확립되어야 합니다. 미국의 편면적 패소자부담주의 등도 그러한 취지입니다. 따라서 국가, 지자체, 공공기관을 상대로 소송을 제기하였으나 패소한 경우, 국가등이 패소한 국민을 상대로 소송비용확정청구를 하는 것을 금지 내지 엄격하게 제한하는 제도개선이 이루어져야 하고, 필요하다면 법률의 개정이 이루어져야 합니다.
- (2) 행정소송 중에서 특히 정보공개청구의 경우 제도개선이 가장 시급합니다. 정보비공개 처분에 대한 취소소송은 그 소가가 일률적으로 5,000만 원으로 되어 있어 아무리 간

14) 대법원 법원행정처의 의뢰로 민사소송법학회에서 2017. 4. 제출한 <전략적 봉쇄소송과 그 대응 방안에 관한 연구> 참조

단한 정보공개청구 사건도 최소한 1심 기준 소송비용 중 변호사보수가 310만원이 발생하는 구조입니다. 이는 매우 불합리한바, 정보공개청구의 소가 산정 내지 변호사보수 산정에 대해서는 별도의 합리적인 기준이 시급하게 마련되어야 합니다. 애초 정보공개법에서 국민의 알권리 보호 차원에서 국민 누구나 정보공개청구를 하고 비공개처분에 대해 행정소송을 제기할 수 있도록 하였으면서도, 해당 소송에 대하여 일률적으로 과도한 소가를 적용하여 패소시 소송비용을 부담시키는 것은 국민의 재판청구권을 크게 제약하고 있기 때문입니다. 정보공개소송의 경우 패소하더라도 소송비용을 면제하거나, 적어도 일률적으로 5,000만 원인 소가 기준이 대폭 조정되어야 합니다.

- (3) 현재 보수규칙 제6조 제1항의 '재량 감액' 조항이 공익인권소송의 과도한 소송비용 부담을 제한할 수 있는 규정으로 실질화하여야 합니다. 재량 감액의 사유와 기준을 세부적으로 정립하여야 하고 필요한 경우 감액 외에 소송비용을 면제할 수 있도록 하여야 합니다. 재량 감면의 구체적인 사유와 기준에 대하여 세계 각국 선례를 참고하여 구체적 기준을 세워야 합니다. 위에 언급한 캐나다의 OLRC 테스트, 영국의 보호명령 등에서 공통적으로 인정하고 있는 사유들을 중심으로 패소자의 소송비용을 면제 내지 감경할 수 있는 조항을 두도록 하여야 합니다. 아래 사유에 해당하는 경우를 감면사유로 인정하고, 법원이 개별 사건에서 구체적인 사정을 고려하여 재량으로 감면을 판단하도록 하여야 할 것입니다.

#### (가) 소송의 공익적 성격이 인정되는 경우의 감면

소송의 목적과 쟁점의 공익성이 인정되는 경우 소송비용 감면의 주요 사유로 인정되어야 합니다. 소송의 공익성이 인정되는 경우란 결국 공익인권소송으로 볼 수 있는 소송을 말하는 것인바, 이에 대하여 합의 가능한 기준을 정립할 필요가 있습니다. 지난 10여년 사이 국내에서도 많은 공익인권소송이 진행되고 공익인권소송의 개념에 대한 논의가 있었던바 그러한 성과를 반영할 수 있을 것입니다.<sup>15)</sup> 변호사회, 공익소송구조 단위의 기금 지원 등을

15) 공익인권소송의 개념에 대한 합의가 어느 정도 마련되어 가고 있습니다. 예컨대 [민변 변론활동에 관한 규정]은 공익인권사건을 “다중의 확산이익이 있는 사건으로 소송 등 법적 대응을 통해서 사회적 약자 및 소수자의 권익보호, 공권력 또는 사회경제적 지위를 가진 집단 또는 개인 등으로부터 침해된 시민의 권리를 구제하고 불합리한 법령과 사회제도 개선, 국가권력 남용 방지 및 민주사회 발전과 정의로운 사회를 만드는데 도움이 되는 사건”이라고 정의하고 있습니다.

통해 공익성이 소명되는 경우도 이에 포함될 수 있습니다.

소송의 성격상 공익성이 인정되는 경우는 아래와 같은 경우가 포함될 것입니다.

- ① 소송의 목적과 쟁점의 공익성이 인정되는 경우
- ② 당사자의 개인적, 재산적 이익과 무관하거나 주된 목적이 아닌 경우
- ③ 패소자의 소 제기에 악의적 의도가 없었던 경우
- ④ 동일한 상대로 법원의 판단이 없었던 경우

#### (나) 당사자의 사정에 따른 감면

소송의 객관적 성격과 더불어 당사자의 경제적, 사회적 상황을 고려할 때 감면이 필요한 경우도 적극적으로 고려되어야 합니다. 국가등이 승소한 경우에는 소송비용확정청구를 제한할 필요가 있음은 위에서 보았고 그 외에도 패소자의 경제적 사정, 승소자의 부담능력의 우월성, 패소자 소송대리인의 프로보노 변론 여부를 고려하여야 합니다. 그러한 경우로 아래와 같은 내용이 포함될 수 있습니다.

- ① 당사자가 소송비용을 부담할 자력이 없거나 재산적, 사회적 상황을 고려할 때 소송비용 감면이 필요한 경우
- ② 국가, 지방자치단체, 공공기관 기타 승소자의 부담능력이 우월한 경우
- ③ 패소자의 소송대리인이 프로보노 활동을 한 경우

#### (다) 정의와 공평의 기준에 따른 감면

정의와 공평의 기준에 따라 소송비용 부담을 법원이 판단하도록 재량을 부여할 필요가 있습니다. 정의와 공평의 기준에 비추어볼 때 사실관계는 인정되었으나 판결액의 사정으로 일부패소한 경우 등 아래와 같은 경우가 이에 포함될 수 있습니다.

- ① 사실관계 인정되었으나 판결액으로 일부패소한 경우
- ② 기타 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하도록 하는 것이 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니하는 경우

## 나. 위와 같은 법령 개선 이전이라도 법원은 소송비용 부담 판단시에 공익인권 소송의 특수성을 인정하여 적극적인 판단을 하여야 합니다.

현행 법령 내에서도 법원이 적극적인 해석을 통하여 소송비용 부담에 대한 판단을 하여야 합니다. 첫째, 소송비용 부담에 관한 본안재판시에 승패에 따라 기계적으로 소송비용을 산정하지 않고 소송의 실질적 내용과 취지를 살펴서 비록 패소한 당사자라도 소송비용의 과중한 부담을 지지 않도록 선고하여야 합니다. 둘째, 판결확정 후 패소한 공익인권소송 당사자에 대한 소송비용확정청구 사건에서도 적극적인 감면 결정을 하여야 합니다. 최근 국가를 상대로 손해배상 청구 소송을 냈다가 1심에서 패소한 ‘전남 신안 염전노예 사건’ 피해자들에 대하여 국가측이 제기한 소송비용확정청구 사건에서 법원은 “변호사 보수의 소송비용산입에 관한 규칙에 의한 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 피신청인들에게 상환을 명하는 것은 공정이나 형평의 이념에 반하는 경우라고 판단한다”면서 변호사 보수를 청구액의 1/4로 감액하였던바,<sup>16)</sup> 현행 법령 내에서도 법원이 이러한 적극적 해석의 필요성이 큼니다.

## 다. 국가, 지방자치단체의 소송비용확정청구 및 집행에 대한 감사원 감사 면책 도입

종래 국가, 지방자치단체, 공공기관이 소송비용확정청구를 하고 확정된 금액을 집요하게 집행하는 이유로 감사원등 감사기관의 감사에서 이러한 소송비용의 회수가 중요한 감사 대상에 포함되어 있다는 점이 거론됩니다. 서두에 언급한 사건도 방송통신위원회가 소송 확정 후 3년 만에 소송비용확정청구를 한 이유가 감사원 재무감사 지적사항에 포함되었기 때문이라는 보도가 있었습니다.<sup>17)</sup> 따라서, 위에 언급된 바와 같이 소송의 공익성과 당사자의 사정 등에 비추어 패소자에게 소송비용을 부담하게 하는 것이 적당치 않다고 인정되는 경우에는, 감사기관이 피감사기관에게 소송비용확정청구를 강제하거나 미집행을 이유로 감사 지적사항에 포함시키는 관행이 개선되어야 합니다. 이를 명백히 하기 위하여, 국가 등이 공익인권소송의 상대방이 되어 승소한 경우에는 소송비용을 상대방에게 청구하거나 집행하지 않더라도 이를 감사 대상에 포함하지 않거나 면책하도록 제도를 도입하여야 합니다.

16) 서울신문 2018. 8. 22.자 “국가배상 소송에 패소한 ‘신안 염전노예’ 피해자에 소송비 감면”

17) 미디어오늘, 2018. 4. 9.자 MB때 공익소송 패소한 시민단체에 방통위 “소송비 내놔라”

## 6. 결론

위에 본 바와 같이 개인 및 단체가 공익적 목적으로 소송을 제기하였으나 패소한 경우 그에 대한 과중한 소송비용을 부담하여야 하는 상황 개선이 시급하게 이루어져야 합니다. 당장 많은 인권단체가 도저히 감당할 수 없는 거액의 소송비용의 채무자가 되고 있습니다. 이러한 심각성을 깊이 받아들여 신속한 논의와 제도개선을 요청합니다.

2018. 9. 18.

연명단위

4.9통일평화재단, 거창평화인권예술제위원회, 경실련 소비자정의센터, 경실련 시민권익센터, 공익변호사와 함께하는 동행, 공익사단법인 정, 공익인권법재단 공감, 공익인권변호사모임 희망을만드는법, 광주인권지기 활짝, 구속노동자후원회, 국제민주연대, 권 정 변호사(법무법인 대영), 김기중 변호사(법무법인 동서양재), 김보라미 변호사(법무법인 나눔), 김성순 변호사(법무법인 정향), 김예원 변호사(장애인권법센터), 나야장애인권교육센터, 난민인권센터, 다산인권센터, 문화연대, 민변 공익인권변론센터, 민주주의법학연구회, 박경준 변호사(법무법인 인의), 박애란 변호사(법조공익모임 나우), 불교인권위원회, 사단법인 두루, 사단법인 오픈넷, 상상행동 장애와여성 마실, 서교인문사회연구실, 서울사회복지공익법센터, 서울인권영화제, 성적소수문화인권연대 연분홍치마, 손잡고, 심영섭 교수(경희사이버대), 언론인권센터, 용산참사진상규명위원회, 원곡법률사무소, 원불교인권위, 이주민센터 친구, 이주민지원공익센터 감사와동행, 이진아 변호사(법무법인 해냄), 인권교육센터 들, 인권운동공간 활, 인권운동사랑방, 인천인권영화제, 장애여성공감, 장애와인권발바닥행동, 장애우권익문제연구소, 장애인차별금지추진연대, 장애해방열사단, 재단법인 동천, 재단법인 화우공익재단, 전국장애인차별철폐연대, 전북평화와인권연대, 정태수열사추모사업회, 정혜승 변호사(신&유 법률사무소), 제주평화인권연구소왓, 진보네트워크센터, 참여연대, 천주교인권위원회, 한국게이인권운동단체 친구사이, 한국장애인자립생활센터협의회, 한명옥 변호사(법무법인 우원), 허찬행 교수(청운대)

## [별첨 1] 공익인권소송 패소 후 소송비용 부담 사례<sup>18)</sup>

### □ 경실련의 정보공개청구 소송 패소 사례

- 원고 경제정의실천시민연합, 피고 대한민국
- 대통령 직속 지방자치발전위원회는 2014년 12월, 특별·광역시 자치구 폐지를 골자로 한 ‘지방자치발전 종합계획’을 최종 확정하고 국무회의에 보고한 바 있음. 자치구 폐지는 지방자치 퇴행을 야기하는 시대역행적 발상으로 <경실련>은 지방자치발전위원회에 ‘지방자치발전 종합계획’의 결정 과정인 본위원회 회의 내용을 국민들 앞에 낱낱이 공개할 것을 촉구하며 정보공개청구를 하였으나 정보공개를 거부하자 정보공개거부처분취소소송을 제기했으나 패소함.
- 이후 피고가 소송비용확정청구를 하여 1심 변호사보수 310만원을 포함하여 소송비용이 3,107,250원으로 확정되어 이를 납부함.

### □ 언론인권센터의 정보공개청구 소송 패소 후 소송비용 부담 사례

- 원고 언론인권센터, 피고 공정거래위원회
- 2003년 공정거래위원회의 언론사 과징금 취소 관련 정보공개청구에 대한 비공개 결정에 대하여 행정소송 진행하였으나, 1심, 2심(서울고법 2004누9229) 패소함.
- 피고의 소송비용확정청구로 2,110,068원 확정됨.<sup>19)</sup> 이후 피고 독촉장에 따라 납부함.

### □ 참여연대 민생희망본부 민자기숙사 정보공개청구 소송 패소 후 소송비용 부담 사례

- 원고 참여연대 민생희망본부, 피고 고려대학교 총장
- 참여연대 민생희망본부는 대학의 민자 기숙사가 기업 및 대학의 이익을 위해 학생들에게 높은 임대료 부담을 지우는 것과 관련해 2015년 10월 민자 기숙사 비용이 가장 높은 3개 대학(고려대, 연세대, 건국대)에 민자 기숙사의 건축원가, 운영원가를 정보

18) 여러 단체를 통해 취합한 사례임.

19) 당시 행정소송 소가가 2000만원이어서 심급당 변호사보수액이 1,050,004원이었음. 현재는 소가가 5000만원이고, 그에 따른 심급당 변호사보수는 3,100,000원임. 따라서 현재 기준으로는 소송비용확정청구시 변호사보수가 620만원에 이를 것임.

공개청구하였고, 답변 결과 일부자료만 공개하거나 비공개 처분한 부분에 대해 2016년 2월 서울행정법원에 처분 취소소송을 제기하였음. 2017년 2월 1심에서 일부승소 판결이 나왔고 같은 해 9월 2심 판결이 같은 취지로 확정되었음. 공익소송의 취지에 따라 참여연대 민생희망본부는 소송비용 계산서에 변호사 보수를 따로 기재하지 않은 바, 2018년 1월 고려대 측의 소송비용확정청구에 따라 참여연대의 소송비용을 상계하고 남은 4,552,420원의 금액을 소송비용액으로 청구하였음.

○ 소송비용으로 4,552,420원이 확정됨

청구액 : 4,552,420원 = 1심 변호사비용(3,100,000×1/2) + 2심 변호사비용(3,100,000) + 신청비용(9,236) - 참여연대측 소송비용(106,816)

□ 서울영상집단/진보네트워크센터 사례

- 2004년 KBS '열린채널' 〈주민등록증을 찢어라〉 방영 불허 관련, 2004년 소송비용으로 2,800,010원 확정되어 지급함

□ 진보네트워크센터 주민등록번호 변경소송 사례

- 2015년 주민등록번호 변경거부처분 취소소송(서울행정법원 1심 원고패소 확정, 한편 2015년 유사한 사건에 대해 헌법재판소 헌법불합치 결정)
- 위 소송 원고 6명에 대하여 소송비용확정청구하여 1심 변호사보수 5,200,012원 확정 (소가 1억2천만원. 원고 1인 기준 874,702원)

□ 민변의 정보공개청구소송 소취하 후 소송비용 부담 사례

- 원고 민주사회를 위한 변호사모임, 피고 식품의약품안전처장
- 2016. 4. 민변은 식품의약품안전처(식약처)에 "일본산 수산물에 대한 방사능 안전성 위험분석 평가문서"에 대한 정보공개를 청구하였고, 식약처가 "해당 정보가 현재 진행중인 세계무역기구(WTO) 재판에 분쟁당사국(일본)의 증거로 활용될 수 있다"는 이유로 공개를 이를 거부하자, 2016. 4. 경 민변 공익사건으로 지정(공익변론기금 50만원 지원, 대리인 송기호 변호사)하여 정보공개청구 소송(서울행정 2016구합60720)을 제기함.

- 이 소송은 일본의 후쿠시마 원전 오염수가 일본 정부에 의해 안전하게 관리되지 못하고 바다로 방출되면서 일본 후쿠시마 인근 수산물의 방사능 오염 위험성으로부터 대한민국 국민의 생명과 건강을 지키기 위하여 한국 정부가 2013. 9. 6.부터 취한, 후쿠시마 인근 수산물 수입과 관련한 안정성 위험 분석을 차질없이 할 것을 촉구할 목적으로 제기된 것이었음.
- 이후, 식약처는 대형 법무법인을 대리인으로 선임하였고 2회의 변론기일이 진행되었으며, 이 과정에서 우리정부의 수산물 수입제한조치에 대해 일본이 WTO에 제소하여 다툼이 되고 있는 상황에서 해당 정보의 공개가 부적절하다는 점이 쟁점이 되었고, WTO가 2017. 6. 경 이에 대해 결정을 내리겠다고 선언한 상황에서 원고는 정부의 입장 등을 고려하여 정부의 책임있는 대응을 요구하며 소취하하고 피고가 동의하였음.
- 원고는 국민의 알권리 실현을 위하여 공익소송을 제기하였고 담당변호사는 공익변론기금을 통해 50만원을 지급받고 변론을 진행하였음. 반면 피고는 외부 대리인에게 사건을 의뢰하고 고액의 변호사보수 및 성공보수를 지급함. 소송이 취하된 후 식약처는 정보공개청구 소송 소가가 5,000만원임을 기준으로 내세워 변호사보수 310만원을 포함한 소송비용확정청구를 하여 음(서울행정법원 2017아11396)
- 최종적으로 법원의 감액결정이 있었으나 민변에 대해 1,565,700원의 소송비용액 지급결정이 확정됨.



## 의료소송에서 변호사 보수 부담자와 재판청구권 보장

안기종 한국환자단체연합회 대표

### 1. 들어가는 말

우리나라는 민사소송법 제109조와 제98조에 따라 소송비용에 변호사 보수를 포함시키고, 원칙적으로 패소자가 부담하는 것으로 규정하고 있다. 우리나라가 미국이나 일본처럼 변호사 보수를 각자부담원칙이 아닌 패소자부담원칙으로 1999년 변경한 것은 부당한 소송을 당해 피해를 입은 승소자의 피해를 보상하고 불필요한 남소를 방지하기 위해서이다. 그러나 소송은 상대방에게 고의나 과실이 없어서가 아니라 전문성과 정보의 비대칭성 등으로 입증에 어렵거나 불가능해서 패소하는 경우도 적지 않다. 따라서 소송비용 중 상당한 비중을 차지하는 패소 시 상대방 변호사 보수만큼은 소송의 유형과 성격에 따라 합리적으로 조정하여 헌법 제27조제1항에 규정하고 있는 재판청구권을 실질적으로 보장할 필요가 있다.

- 제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.
- 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.
- ② 제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.

아래에서는 의료기관에서 의료사고를 당한 피해자나 유족들이 민사소송을 제기할 때 소송비용 중 고액의 상대방 변호사 보수로 인해 발생하는 재판청구권 침해 상황과 이를 개선하기 위해서는 변호사 보수에 관한 민사소송법 개정이 필요한 이유를 설명하겠다.

## 2. 우리나라 의료소송의 현실

의료사고 피해자나 유족들이 민사소송을 제기하기 위해서는 일반적으로 3백만 원~1천만 원의 소송비용이 필요하다. 소송비용에는 인지대 등 재판비용과 함께 변호사 보수 등을 포함하는 당사자비용으로 구성된다. 패소하면 상대방의 변호사 보수를 포함한 소송비용까지 부담해야 한다. 민사소송은 1심만 평균 2년 6개월이 걸리고, 2심을 거쳐 대법원 판결까지 받으려면 5~6년은 족히 걸린다. 고도의 전문성과 정보의 비대칭성을 특징으로 하는 의료행위에 있어서 의학적 비전문가인 피해자나 유족들이 의료과실과 인과관계를 입증하는 것은 상당히 어렵거나 거의 불가능하다. **의료소송에 있어서 고액의 소송비용, 장기간의 소송기간, 입증의 어려움은 의료사고 피해자와 유족들의 소송 의욕을 꺾는 주요 요인이다.**

더 큰 문제는 우리나라는 아직 의료사고 피해자와 유족들의 의료분쟁 피해구제를 지원하는 체계가 약하다는 것이다. 법률구조공단 소속 변호사가 양질의 의료소송을 수행하기에는 한계가 있고, 패소 시 상대방 변호사 보수가 면제되는 것은 아니다. 그나마 비용 부담이 적은 의료분쟁조정제도도 수혜 대상자가 제한되어 있다. 의료분쟁조정중재원을 통한 조정은 사망, 1개월 이상 의식불명, 장애등급 1급 판정 이외에는 양 당사자의 거부가 인정되어 조정 자체가 열리지 않을 수도 있다. 의료분쟁조정중재원과 소비자원의 조정제도도 양당사자가 조정에 최종 합의하지 않으면 무용지물(無用之物)이 된다. **의료분쟁 조정제도는 결국 민사소송으로 귀결된다.**

의료사고 피해자나 유족들 중에는 고액의 소송비용을 감당할 수 없어서 의료사고의 개연성 높음에도 불구하고 민사소송을 포기하는 경우를 흔히 볼 수 있다. 이런 상황에 분노한 피해자와 유족들은 비용이 들어가지 않는 형사고소를 선택하게 된다. 그렇지 않으면 병원 앞에서 집회나 시위를 하다가 업무방해죄와 명예훼손죄로 형사고소 되어 전과자가 되기도 한다. 의료인이 형사고소를 당하면 실제 형사처벌을 받기도 하고, 검찰에서 불기소처분을 받거나 재판에서 무죄판결을 받아도 수사기관 조사와 법원 재판으로 큰 고통을 겪는다. 따라서 **소송비용이 헌법상 권리인 재판청구권을 심각하게 침해하고 있다.**

### 3. 의료소송과 패소 소송비용

의료소송을 제기했다가 패소한 피해자나 유족들이 의료기관으로부터 소송비용을 청구 받았을 때 그 청구액을 확인하고 큰 충격을 받는다. 사망사건의 경우 일반적으로 1천만 원~2천만 원에 이르기 때문이다. 이 소송비용 중 상당액이 상대방의 변호사 보수다. 경제적 사정이 되지 않는 의료사고 피해자나 유족들은 상담한 변호사의 승소 가능성 말만 믿고 빚을 내어 3백만 원~1천만 원의 소송비용을 지불하고 민사소송을 시작한다. 중간 중간 의료감정 비용·신체감정비용 등으로 추가로 수백만 원을 지불한다. 5~6년이 걸려 대법원에서 최종적으로 패소판결을 받았을 때 그 충격은 말로 표현할 수 없다. 상대방으로부터 피해자나 유족들이 지금까지 지불했던 소송비용보다 더 큰 액수의 상대방 변호사 보수를 포함한 소송비용을 청구 받았을 때의 그 좌절감은 겪어본 사람만 알 수 있다.

또한 대법원 최종 판결에서 10~20% 정도의 일부 승소를 한 경우 승소 비율에 따라 소송비용을 부담하게 되면 일부 승소한 금액 대부분을 상대방 변호사 보수를 포함한 소송비용으로 지불하는 상황도 종종 발생한다.

○ 제101조(일부패소의 경우)

일부패소의 경우에 당사자들이 부담할 소송비용은 법원이 정한다. 다만, 사정에 따라 한 쪽 당사자에게 소송비용의 전부를 부담하게 할 수 있다.

예전에는 의료사고 피해자나 유족들이 민사소송을 제기했다가 패소한 경우에도 의료기관이 입증 능력이나 경제적 능력에서 유리하고, 피해자나 유족들의 슬픔·상처 등을 고려해 대부분 소송비용을 청구하지 않았다. 그런데 언제부터인가 의료사고 민사소송에 있어서도 의료기관에서 승소한 경우 소송비용을 청구하는 것이 관행이 되었고, 의료소송 제기 시 입증의 어려움 못지않게 의료사고 피해자나 유족들의 소송 의욕을 꺾는 중요한 요인이 되고 있다. 즉, 의료소송을 위해 변호사 선임은 성공보수금을 높게 책정해 주는 방법으로 보수를 지불하지 않고도 할 수 있으나 패소 시 부담하는 상대방의 변호사 보수를 감당할 능력이 안 되면 의료사고의 개연성이 높음에도 불구하고 민사소송을 포기해야 한다. 결국 헌법상 권리인 재판청구권을 포기해야만 한다.

의료행위는 실수를 필연적으로 동반하는 특성 때문에 의료기관은 변호사를 자체 고용하거나 법무법인과 계약을 체결해 의료소송에 전문적으로 대응한다. 의료소송 패소 시를 대비해 의사협회 공제회나 민간보험사에 손해배상금 관련 보험에도 가입한다. 이에 반해 의료사고 피해자나 유족들은 의료소송에 대한 대비를 한 적이 없기 때문에 입증도 불리하고 소송비용도 부담스러운 경우가 대부분이다. “의료사고 배전백패, 계란으로 바위치기”라는 말이 의료소송에 늘 따라 붙는 이유도 이미 의사에게 기울대로 기운 상태로 의료소송이 진행되기 때문이다. 여기에 패소 시 상대방 변호사 비용까지 떠안을 수 있는 상황이라면 어느 누가 의료소송에 선뜻 나서겠는가! 의료소송은 소송을 제기할 때도, 패소할 때도 유전무죄(有錢無罪)이고, 무전유죄무전유죄(無錢有罪)이다.

#### 4. 소송비용 중 변호사 보수의 합리적 조정 방안

발제를 하신 조장곤 변호사님과 박호균 변호사님 모두 “현행 소송비용 패소자부담원칙을 유지하면서 변호사 보수에 한해 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 입증의 부담이 큰 전문 소송 등에서는 경제적·사회적으로 열악한 지위에 있는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 패소자인 상대방에게 변호사 보수를 청구할 수 있도록 하고, 반대로 원고가 패소하더라도 승소자인 상대방이 변호사 보수를 원고에게 청구하지 못하도록 하는 방안”을 제안하고 있고, 이것이 합리적인 제안으로 생각한다. 박호균 변호사가 제안한 아래 민사소송법 제109조 개정안에 대해서도 찬성한다.

##### [신·구조문 대비표]

현행	개정안
○ 민사소송법 제109조(변호사의 보수와 소송비용) 개정안 ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.	○ 민사소송법 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① 소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다. <b>다만 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 입증의 부담이 큰 전문 소송 등 대법원 규칙이 정하는 소송에서 패소한 당사자에 대해서는 소송비용으로 인정하지 아니한다.</b>

〈박호균 변호사가 제안한 민사소송법 개정안〉

## 5. 나가는 말

의료사고 피해자와 유족들은 의료적 전문성과 정보 비대칭성을 특징으로 하는 의료행위에 있어서 의료과실과 인과관계 입증이 어렵고, 소송을 위해서는 상대방 변호사 보수를 포함한 고액의 소송비용과 장기간의 소송기간이 소요되기 때문에 의료분쟁에 있어서 환자는 절대적인 약자이다.

따라서 사랑하는 자식, 부모, 배우자 등을 의료사고로 하늘나라로 보낸 유족들이나 피해자들이 의료사고의 원인을 밝히고 싶어도 돈이 없어서 변호사 보수뿐 만 아니라 패소 시 부담할 상대방 변호사 보수 지불 부담 때문에 의료소송을 포기해야 한다면 이는 헌법상 보장된 재판청구권을 침해하는 것이다. 따라서 의료소송 영역에서 유전무죄·무전유죄(有錢無罪·無錢有罪)라는 비판이 나오지 않도록 소송비용 중 변호사 보수에 대해서는 각자부담원칙을 적용하는 방식으로 합리적으로 조정해야 한다. 이를 통해 재판청구권을 실질적으로 보장해야 한다.

의료소송 이외에도 환자단체에서 제약사를 상대로 고가의 약값을 인하하는 공익소송을 제기할 때 패소 시 고액의 상대방 변호사 보수를 부담해야 하는 것 때문에 주저하는 경우도 종종 있다. 공익소송의 활성화를 위해서라도 패소 시 상대방 변호사 보수를 부담하지 않도록 하는 것이 바람직하다. 이를 위해서는 민사소송법 개정이 필수적이기 때문에 오늘 심포지엄을 시작으로 충분한 사회적 논의를 거쳐 합리적인 대안을 찾아야 할 것이다.

## 장애인 인권단체 공익소송의 어려움

조주희 장애우권익문제연구소 인권센터 팀장

### 1. 장애인단체 공익소송의 의미와 패소비용의 문제점

지난 9월, 민변 공익인권변론센터에서는 ‘공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 의견서’를 공익인권단체의 연명을 받아 대법원에 제출했다. 장애우권익문제연구소(이하 ‘연구소’) 또한 오랜기간 사회문제제기 차원의 공익소송을 해온 장애인 인권단체로써 공익인권소송 패소비용에 대한 의견을 함께하고 연명에 참여했다.

연구소는 장애인의 인권 보장과 국민으로서의 권리를 실현하기 위한 목적으로 장애인을 원고로 한 ‘공익소송’을 수행하고 있다. 특히 소송의 원고는 연구소 인권센터를 통해 의뢰된 상담사례 중 제도개선이 필요하거나 문제제기를 통한 사회적 인식개선이 필요한 경우를 고려해 선정하는 경우가 많다. 장애인 인권단체를 중심으로 한 ‘공익소송’은 소송을 통한 사회적 영향력 측면과 「장애인차별금지법」을 근거로 한 법원의 판례 축적에 의미를 두고 진행된다. 이러한 공익 목적의 소송을 제기하기까지는 소송의 원고를 모집하고, 무료 또는 소액의 비용으로 소송을 수임해줄 파트너 변호사를 찾기 위한 많은 노력이 필요하다.

그러나 이러한 과정에서 빠지지 않는 고민은 ‘소송 패소비용의 부담’이다. 소송을 제기할 때에는 판결의 영향력 때문이라도 승소가능성을 고려하는 것이 매우 중요하지만 소송의 결과는 단정 짓기 어렵기 때문에 패소의 가능성까지도 열어두고 진행된다. 발제문에 따르면, 우리나라에서는 소송비용을 패소한 당사자가 부담하도록 되어 있다. 통상 소송에는 많은 시간적·경제적 노력이 요구되기 때문에 문제를 해결하기 위한 다양한 시도 끝에 하나의 대안으로 ‘공익소송’을 선택하게 되는 경우가 많다. 그러나 이러한 소송의 본질을 고려하지

않은 일률적인 패소자부담 원칙은 장애인의 사법접근권을 제한하고 소송을 통한 장애인 권리구제의 기회조차도 박탈하는 것이나 다름없다.

## 2. 공익소송 패소비용 발생 사례

그동안 연구소가 진행해왔던 공익소송의 결과를 보면, 청구내용이 전부 인용된 완전승소는 많지 않다. 청구한 내용 중 일부가 인정되어 ‘원고일부승’으로 결론지어지면 아쉬운 결과지만 그 나름대로의 의미를 찾아 제도개선 활동을 이어나가게 된다. 그러나 실상은 원고가 일부 승소했다고 하더라도 나머지 부분에서는 ‘패소’를 한 것이기 때문에 소송 패소비용 부담이 발생한다는 문제가 있다. 이러한 패소비용의 문제를 실제 진행했던 공익소송 사례를 통해 나누고자 한다.

### 1) 염전노예사건 국가배상 청구소송의 패소비용 청구 사례

사건개요
<p>2014년 전라남도지역 염전에서 노예같은 삶을 살아온 장애인 피해자가 대거 발견되었다. 경찰과 장애인 인권단체의 합동조사결과, 피해자들은 짧게는 수년, 길게는 수십 년 동안 섬에 갇혀 지내왔던 것으로 확인됐다.</p> <p>이 사건은 개인에 의한 단순 범죄라기보다는 장애인 학대를 조장하고 묵인하는 사회구조적인 문제에서 발생한 것으로, 장애인단체와 공익변호사단체에서는 사건의 재발 방지 및 피해 장애인에 대한 최소한의 피해보상을 목적으로 공익소송을 제기하게 되었다.</p> <p>소송 원고로는 염전사건 피해 장애인 8명이 참여했으며 피고는 대한민국과 해당 지자체로, 국가(근로감독관, 경찰공무원, 지자체)가 염전에서 발생하고 있는 피해상황을 인지했음에도 <u>적극적인 구제조치를 하지 않고 사건을 방조한 책임을 묻고자 국가배상 청구소송으로 진행됐다.</u></p>
소송결과
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 피고 대한민국, 피고 지자체에 대해 원고들에 각 3천만 원의 배상금 지급 청구</li> <li>• 1심 판결, 원고 8명 중 1명에 대해서만 3천만 원 청구 인정</li> <li>• 원고 3명에 대해 항소심 제기(진행중)</li> </ul>
문제점
<p>① 1심 패소에 따른 항소심 패소비용 부담</p> <p>원고들은 피고 대한민국과 해당 지자체를 상대로 각 3천만 원의 배상금 청구를 하였으나 1심 소송에서 증거부족의 사유로 8명중 1명의 청구만 인정되고 나머지는 모두 패소하는 판결을 받았다. 이 사건은 피해자 다수가 지적장애인이라는 특성상 원고의 입증책임 원칙이 부당하다는 지적이 있었다. 소송과정</p>

에서 원고의 피해를 입증하기 위해 법원을 통해 피고측에 자료제출을 요구했으나 국가 및 지자체는 이에 응하지 않았다. 원고측은 1심 판결의 결과에 불복했지만 패소비용에 대한 부담으로 증거입증 가능성이 높은 3명의 원고만 선정해 항소심을 제기했다.

## ② 피고로부터의 고액의 소송비용 청구

1심 판결 후, 원고 패소로 판결이 확정된 지자체에서 패소한 피해자 7인에게 총 6,972,000원의 소송비용을 청구하는 일이 있었다. 소송의 승패를 막론하고 수십명의 피해자를 양산했다는 점에서 이 사건의 중대한 책임이 있는 지자체가 “소송비용 확정처리는 행정절차상 의무”라며 원고들에게 소송비용을 청구한 것이다. 이에 장애인 단체에서는 즉각 반발을 했고, 해당 지자체는 “원고들의 사정을 고려해 소송비용 추심포기를 적극적으로 검토하겠다”는 답변을 했다.

원고측에서는 법원에 소송비용액확정결정 신청에 대해 과도한 부담이라는 의견서를 제출했고, 법원에서는 “해당 사건에서 소송산정액 전부를 소송비용으로 인정하는 것은 공정이나 형평의 이념에 반하는 경우”라며 변호사보수액을 1/4로 감액하여 총 1,607,620원으로 소송비용액을 확정하는 판결을 내렸다.

## 2) 시각장애인 지하철 승강장 추락사건의 소송 패소 사례

사건개요
원고는 시각장애 1급의 장애인으로 지하철 OO역에서 승강장의 열차 도착 안내 방송을 듣고 열차에 탑승하려다 선로로 추락했다. 기다리고 있던 열차보다 먼저 도착한 반대쪽 열차의 안내 방송을 듣고 문이 열린 것으로 오인해 일어난 일이었다. 곧이어 추락한 선로의 열차가 선로로 진입한다는 안내 방송이 나왔고, 원고가 승강장 아래로 몸을 피해 더 큰 사고는 피할 수 있었다. 당시 OO역에는 스크린도어가 설치되어 있지 않았고, 현장에 안전요원이 배치되어 있지 않았다. 시각장애인이 지하철 선로에 추락하여 다치거나 사망하는 일이 계속 발생해온 만큼 지하철 승강장 내 시각장애인의 안전문제를 개선하기 위해 철도 관리·운영 주체를 상대로 공익소송을 제기했다.
소송결과
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 사건으로 인한 정신적 충격에 따른 위자료 15,000,000원과 입원치료비 청구</li> <li>• 1심 판결, 원고의 청구를 기각하고 소송비용은 원고 부담으로 판결</li> <li>• 항소심, 위자료 6,000,000원과 입원치료비 30% 지급 판결</li> </ul>
문제점
이 소송은 항소심에서 피고측의 승강장 추락사고 방지 의무가 인정되어 ‘원고일부승’으로 종결되었다. 항소심에서는 원고의 과실 책임을 70%로 인정했지만, 「장애인차별금지법」과 「교통약자이동편의증진법」 등과의 관계성을 고려해 소송비용을 각각 부담하도록 하였다. 그러나 1심 판결만 놓고 보자면 원고의 청구가 전부 기각되면서 피고측의 의무 불이행으로 생명의 위협까지 겪어야 했던 원고가 소송 패소비용까지 전부 부담해야 하는 불평등한 결과를 가져왔다.



### 3) 장애인·노인·임산부 등 교통약자의 시외이동권 소송 패소 사례

사건개요
이 소송의 원고는 총 5인으로, 휠체어를 이용하는 장애인, 영유아 동반으로 유모차를 이용하는 여성, 고령자 등이다. 원고들은 각각 경기도와 서울에 거주하며 시내·시외버스를 이용하려고 했으나 휠체어 승강설비 등의 정당한 편의제공이 되지 않아 버스이용에서 차별을 받았다. 원고측은 「장애인차별금지법」과 「교통약자이동편의증진법」에 따라 교통행정기관인 경기도, 서울시, 국토교통부가 이동 편의 설비를 갖추도록 시책을 추진할 것을 청구하고, 교통사업자에게는 저상버스 등을 도입할 것을 청구하는 공익소송을 제기하였다.
소송결과
<ul style="list-style-type: none"> <li>• ① 국토교통부, 경기도, 서울시의 ‘교통약자 이동편의 증진계획’에 저상버스 도입계획 반영 청구, ② OO고속과 OO운수에 대해 교통약자에 대한 승하차 편의 제공 및 저상버스 도입 청구, ③ 원고들에게 각 500만원의 손해배상금 지급 청구</li> <li>• 1심 판결, ① OO고속과 OO운수에 대해 휠체어 승하차 편의제공과 <u>소송비용 각각 부담 결정</u>, ② 나머지 피고에 대한 원고의 청구 기각 및 기각된 청구에 대한 <u>소송비용 원고 부담 결정</u></li> <li>• 1심 판결 전부 불복하여 항소심 제기(진행중)</li> </ul>
문제점
이 소송은 장애인단체와 공익변호사 등이 <u>장애인 등의 교통약자 이동권 이슈를 해결하기 위한 방법</u> 으로 진행한 공익소송이다. 현행 법·제도 안에서는 장애인의 이동권 차별을 금지하고 있고, 교통행정기관들에게 이를 위한 각종 계획 수립과 실행, 관리·감독을 하도록 하고 있지만 제대로 이행되고 있지 않다. 이러한 사정을 소송을 통해 충분히 입증했음에도 1심 재판부는 ‘원고일부승’ 판결을 내렸다. 그러나 1심 판결은 원고가 청구한 내용에서 일부만 인용되었을 뿐 대부분 기각되어 <u>소송비용의 부담을 안고 항소심을 진행하고 있다</u> .

### 3. 공익소송의 활성화를 위한 향후과제

위에서 살펴본 바와 같이 공익소송 중 패소비용이 발생한 대표적 사례는 염전노예사건 국가배상 청구소송이다. 그러나 소개되지 않은 소송사례 중 실제 패소비용이 청구되었으나 장애인단체와 언론의 문제제기로 소송비용 청구를 철회하는 경우도 있었다.

공익소송의 원고는 대부분 사회·경제적으로 소송비용을 부담하기 어려운 구조에 놓여있다. 공익소송을 대리하는 변호사 역시 무료 또는 소액으로 소송을 수임하는 경우가 많은데 피고측의 변호사 보수 비용까지 포함한 거액의 패소비용을 원고가 온전히 감당하는 것은 형평성에도 어긋나는 일이다.

연구소뿐만 아니라 공익소송을 지원하는 타단체들도 패소비용의 부담은 피해갈 수 없는 문제이다. 공익소송이라는 특수성을 고려하지 않고, 패소자 부담주의 원칙만을 적용하는 것은 국민들의 사법 접근권을 심각하게 침해하게 되는 결과를 초래할 수 있다. 또한 패소자의 상황을 고려하지 않고 감당하지 못할 금액의 패소비용을 청구하는 것은 어떤 이유에서든 결코 평등하지 않다고 본다. 현재의 소송비용 부담 제도는 공익적 성격 또는 패소 당사자의 사정을 고려해 소송비용을 감면하는 등 제도적 대안이 시급히 마련될 필요성이 있다.