

토론회 자료집

국회 토론회  
증언과 토론:  
“패소자부담주의 일률 적용은  
공평한가?”

일시 | 2023년 7월 5일(수) 오전 10시

장소 | 국회의원회관 제3간담회실

주최 | 국회의원 박주민 · 양정숙

공익인권법재단 공감 · 민변 공익인권변론센터 ·

사단법인 정보인권연구소 · 전국언론노조 ·

진보네트워크센터 · 진실탐사그룹 설록 ·

투명사회를 위한 정보공개센터 ·

참여연대 · 천주교인권위원회

후원 | 서울지방변호사회

# 목차

---

목차	2
프로그램	3
인사말 / 박주민	4
인사말 / 양정숙	6
증언1 백제병원 비리 고발 공익제보자 명예훼손소송 / 김인규	9
증언2 산양28마리의 설악산케이블카 설치허가 취소소송 / 김산하	12
증언3 지하철 승강장에서 전동 휠체어 구하기 소송 / 권재현	14
증언4 정부공직자윤리위원회 취업심사 자료 정보공개 소송 / 최용문	15
발제1 공익소송 등에서 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향 / 박호균	17
발제2 외국 입법례를 통해 본 공익소송 인정 기준 / 조미연	53
발제3 공익소송비용 패소자 부담 감면에 대하여 제기되는 남소 우려 및 소송구조제도 활용 가능성에 대한 비판적 검토 / 최용문	71
토론1 토론문 / 유형웅	77
토론2 기자가 본 현장의 공익소송 패소비용 문제 / 주보배	83

## 프로그램

---

### 1부 증언대회

- 10:00 사 회 김태일 참여연대 공익법센터 팀장
- 10:00 소 개
- 10:10 증언1 백제병원 비리 고발 공익제보자 명예훼손소송
- 10:20 증언2 산양28마리의 설악산케이블카 설치허가 취소소송
- 10:30 증언3 지하철 승강장에서 전동 휠체어 구하기 소송
- 10:40 증언4 정부공직자윤리위원회 취업심사 자료 정보공개 소송

### 2부 토론회

- 11:00 좌 장 **한상희** 참여연대 공동대표
- 11:05 발표1 국회 발의된 법안 검토 의견 및 평가  
**박호균** 대한변협 인권위원
- 11:20 발표2 외국 입법례를 통해 본 공익소송 인정 기준  
**조미연** 서울지방변호사회 인권위원
- 11:35 발표3 공익소송비용 패소자 부담 감면에 대하여 제기되는 남소 우려 및  
소송구조제도 활용 가능성에 대한 비판적 검토  
**최용문** 민변 공익인권변론센터
- 11:50 토론1 **유형웅** 사법정책연구원 연구위원(판사)
- 12:00 토론2 **주보배** 진실탐사그룹 설록 기자

---

# 인사말

---



안녕하십니까.

더불어민주당 박주민 국회의원입니다.

먼저, 오늘 <증언과 토론: 패소자부담주의 일률적용은 공평한가?> 토론회에 참석해주신 여러분께 감사와 환영의 인사를 드립니다.

이번 토론회를 함께 주최해 주신 공익인권법재단 공감, 민변 공익인권변론센터, 사단법인 정보인권연구소, 전국언론노조, 진보네트워크센터, 진실탐사그룹 설록, 투명사회를 위한 정보공개센터, 참여연대, 천주교인권위원회 그리고 함께 공동주최해 주신 양정숙 의원님께 감사의 말씀을 드립니다.

아울러, 좌장을 맡아주신 한상희 참여연대 공동대표님, 발제자가 되어 주신 대한변협 인권위원 박호균님, 서울지방변호사회 인권위원 조미연님, 민변 공익인권변론센터 최용문님, 그리고 토론자가 되어 주신 사법정책연구원 유형웅 연구위원님, 진실탐사그룹 설록 후보배 기자님께도 감사의 말씀을 드립니다.

현행법은 소송비용은 패소한 당사자가 부담하는 것이 원칙이고, 법원은 예외적인 경우에만 승소한 당사자에게 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있도록 규정하고 있습니다.

하지만, 인권의 향상, 소비자의 이익, 환경 보호 등에 관련된 사건과 같이 공익성이 인정되는 소송의 경우에도 소송비용은 패소자부담의 원칙이 적용되고 있어, 공익소송을 제기하고자 하는 당사자에게 경제적 부담을 가중시키고 공익소송을 위축시킨다는 지적이 있었습니다.

그렇기에, 지난 해 저는 법원이 인권, 국민의 건강과 안전, 환경 등 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건이 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 함으로써, 공익소송을 활성화하기 위한 민사소송법 일부개정법률안을 발의하였고, 현재 상임위에 계류 중에 있습니다.

공익소송 패소자부담주의에 대한 제도개선이 이루어진다면, 이는 국민의 재판청구권을 침해하고 더 나은 사회를 만들기 위해 제기되는 공익소송을 더 이상은 위축시키는 일을 없을 것입니다. 그렇기에, 부당한 차별과 불평등을 근절하기 위해서, 그리고 우리 국민들을 보호할 수 있는 중요한 기반을 마련할 수 있다는 점에서 그 존재만으로도 큰 의미가 있을 것 입니다.

저는 오늘의 토론회가 패소자부담주의의 일률 적용이라는 제도개선을 위한 다양한 논의와 협의를 이끌어 낼 수 있는 중요한 장이 될 수 있기를 기대합니다. 저도 최선을 다해 국회에서 할 수 있는 입법과 제도개선에 함께 하겠습니다. 감사합니다. □

2023.7.5.

더불어민주당 국회의원 박주민

---

# 인사말

---



안녕하십니까?

양정숙 의원입니다.

국회 토론회 <증언과 토론 : “패소자부담주의 일률적용은 공평한가?”> 개최를 진심으로 축하드립니다.

최근 이른바 ‘신안군 염전 노예 사건’ 등 공익소송에서 패소한 개인이나 단체가 막대한 소송비용을 부담하는 경우가 증가하면서 공익소송이 위축된다는 우려의 목소리가 높아지고 있었습니다. 그래서 2021년 5월 14일 공익사건으로서 일정한 법적 요건을 인정받은 경우에 패소하더라도 소송비용의 전부 또는 일부를 면제받을 수 있도록 하는 「민사소송법 일부개정법률안」을 발의한 바 있습니다.

현행 민사소송법 제98조 및 제109조에 따르면, 패소자 소송비용 부담주의를 규정하고 있으나, 이들 조항에는 공익소송의 사회적 의미를 고려하지 않고 일률적이고 기계적으로 패소자에게 소송비용을 부담하게 함으로써 공익소송을 제기한 당사자는 심각한 경제적 어려움을 겪을 수 있고, 공익소송을 위축시키는 부작용이 발생하고 있습니다.

대한변호사협회를 비롯하여 우리나라 법조계는 10여 년 전부터 지속적으로 일관되게 공익적 목적을 담은 소송에서는 소송비용에 대하여 현행 ‘패소자 부담주의’를 완화해야 한다고 주장하였고, 여러 노력을 기울여 왔습니다.

그런데 여전히 국회에서 공익소송 패소자부담주의 적용 완화와 관련한 민사소송법 일부개정법률안이 꾸준히 발의되었지만, 국회 본회의 통과라는 결실을 맺지 못하고 있습니다.

약자 및 소수자의 권익보호와 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하기 위한 목적의 소송과 국가권력의 남용을 억제하기 위하여 제기하는 소송은 단순히 사익 추구를 위하여 제기되는 민사소송과 구분이 되어야 합니다. 그래서 공익을 목적으로 제기되는 소송에서는 소송비용의 전부 또는 일부를 반드시 면제해주는 재판이 반드시 필요합니다.

오늘 토론회를 통하여 공익소송에서 소송비용의 패소자 부담주의를 완화하는 민사소송법 일부개정법률안이 21대 국회 임기 만료전에 반드시 개정될 수 있도록 하는 이정표가 세워지기를 기대합니다.

오늘 토론회를 준비하시느라 많은 수고를 아끼지 않은 참여연대, 공익인권법재단 공감, 민주사회를 위한 변호사모임 공익변론센터 등 여러 단체와 토론회 발제와 토론을 맡아주시는 분들께 진심으로 감사드립니다.□

2023.7.5.

국회의원 양정숙

## 1부 - 증언대회



## 백제병원 비리 고발 공익제보자 명예훼손소송

김인규 / 백제병원 비리 공익제보자

안녕하세요. 저는 충남 논산시에 있는 의료법인 백제병원과 논산시가 백제병원에 운영을 위탁한 논산시립노인전문병원의 불법 행위를 공익 신고한 김인규입니다. 대표적으로 두 병원의 의료법 위반 행위, 부정 수급, 환자 인권 침해 등을 진실탐사그룹 설록을 비롯한 언론, 행정기관, 수사기관에 제보했습니다.

제 어머니가 백제병원에 입원하면서 저는 병원의 각종 불법 비리를 직접 목격했습니다. 제가 목격한 것을 세상에 알리기 시작했고, 이에 용기를 낸 수많은 시민/피해자/병원관계자의 제보를 받아서, 이를 자료수집과 탐문/확인하며, 그동안 두 의료기관에서 벌어진 사건들을 언론에 공익 제보했습니다. 이어서 행정기관과 수사기관 등에 공익 신고를 하여 많은 진실이 알려졌습니다.

그러자 백제병원은 더 이상 자신들의 진실을 유포하지 말라며 명예훼손 및 모욕 즉 ‘진실유포죄’로 저를 입막음식 형사고소와 봉쇄소송인 민사소송까지 하며 저를 압박했습니다. 형사고소 건은 모두 ‘무혐의’로 끝났습니다. 그러나 백제병원은 민사소송까지 이어가며 저를 괴롭히며 소를 대법원까지 끌고 갔습니다. 결국 피고 일부 패소가 결정돼 제게는 백제병원에 물어줘야 할 수백만 원의 소송비용이 남아 있습니다.

저는 소송을 당하며 온전히 그 힘든 압박을 견뎌내야 했습니다. 소송 과정에서 백제병원/변호사는 여러 차례 저에게 “공익 신고 준비행위(자료수집)를 하는 것을 알고 있다 / 병원 비리 제보를 받지 마라 / 정부기관 권익위 및 행정기관, 수사기관에 공익 신고와 고소고발 등을 하지 말라”며 회유했습니다. 결국 민사소송은 입막음식 봉쇄소송에 지나지 않았습니다. (첨부 : 병원이 보낸 협의 조정 조건문 자료 참고)

의료기관의 불법 비리는 단순한 범죄가 아니며, 국민의 건강과 안전을 위협하는 중대범죄입니다. 또 과거의 의료사고는 부족한 기술 탓인 경우가 많았지만 지금은 점점 지능적 범죄와 미필적 고의에 의한 것이 많습니다. 이미 수많은 보도와 사건으로 그 사실이 입증되어 왔습니다.

지난 7년간 제가 설록 외 여러 언론 및 단체 등 공익 제보하여 백제병원에 대한 방송 및 기사 등 관련 보도 내용들이 약 60건이 넘습니다. 그동안 많은 시민과 제가 함께 공익 제보와 공익 신고를 하였고, 또 많은 피해자 및 내부관계자가 용기를 내어 여러 차례 각종 고소/고발 등을 했습니다.

저의 공익신고로 백제병원이 저지른 불법 비리 및 의료법 위반 등이 적발되었고, 이에 따라 약 1,800만 원이 넘는 과징금/과태료/부정수급금 등도 환수하였습니다. 하지만 백제병원은 반성하지 않고 논산시와 보건복지부를 상대로 행정소송까지 벌이다 결국 패소했는데도, 어찌 된 일인지 정부와 논산시로부터 수십억의 각종 지원금을 받고 있다는 겁니다.

여러 보도와 공익 신고로 진실이 밝혀졌음에도 백제병원은 여전히 건재하며 지금도 불법을 저지를 수 있는 배경이 있습니다.

관할 관리·감독기관인 논산시/보건소, 논산경찰서, 논산세무서, 논산지청, 논산지원 등은 지역 내 오랜 유착관계와 토착 비리로 제대로 된 조사/수사/판결 등을 하지 않았으며 오히려 백제병원에 면죄부를 주었습니다. 무능한 공직자들은 양심은커녕, ‘공직자 비위행위와 책무 유기’를 저질렀습니다.

또, 논산의 기관장들과 공무원들, 지역 유지 및 언론인들까지 오랜 유착관계로 병원의 눈치를 보고 있으며, 무엇보다 수년동안 술집/식당에서 사적인 ‘기관장 모임’을 오랫동안 해오며 심각한 친분을 다져왔다는 겁니다.

더구나 논산시청과 논산보건소는 저의 공익 신고로 적발된 병원의 ‘고의적 불법 행위’를 이미 알고 있음에도 방관해 오며 행정소송까지 했으면서도, 계속해서 병원 편을 들어줬고, 오히려 “적발된 불법에 투자하라”며 국민과 시민의 세금 12억 월세 낭비하며 보조금을 지원하는 부패·비리까지 저질렀습니다.

이에 저는 지금도 국민의 건강과 안전을 위협하며 불법 비리를 저지른 백제병원을 상대로 공익소송/공익신고 등을 이어가고 있으며, 이 중에는 오랜 기간 병원과 의료인이 집단 공모하여 진실을 은폐하다가 환자가 사망한 ‘의료 살인’ 사건을 신고하였고, 현재 소송도 준비 중입니다.

병원과의 유착관계로 불법행위를 알고도 방관하고, 제대로 된 조사/수사조차 하지 않은 논산시청 / 보건소와 논산 경찰 등을 상대로 ‘공직자 비위 행위/직권남용/직무 유기 등’으로 소송을 하고 싶습니다.

하지만, 불법 비리로 가득한 의료기관과 토착 비리 공직자들에게 소송을 한들, 제대로 된 판결을 받을 때까지 버틸 수 있을까요? 만약에 지게 된다면, 개인이 공익소송을 위해서 혼자서 수백만 원에서 수천만 원에 이르는 비용을 감당할 수 있을까요?

저는 낮에는 제조업인 직장에 다니고, 저녁과 주말에는 당시 태어난 아기 육아를 해왔고, 수시로 어머니 간병과 병문안을 하러 다녔습니다. 또 밤에는 1~3시간만 자거나 아예 밤을 새워 가며, 의료법과 형사소송법을 공부하고 자료수집과 탐문 및 문서작성 등을 하면서 공익 신고와 공익소송에 임했습니다.

너무 힘들고 피곤해서 운전 중 사고로 죽을 뻔한 경우도 여러 번이고, 7년간의 노고는 결국 건강 악화로 허리협착증과 스트레스성 통증, 공황장애까지 겪고 있습니다. 여러분이라면 과연 저처럼 할 수 있을까요? 정말 많이 힘듭니다. 공익 신고와 공익소송으로 인생이 송두리째 뺏힐 수 있습니다.

이렇게 어렵게 공익 신고를 거쳐 소송에 이르렀는데, 만약에 또 소송에서 지게 된다면 저는 경제적 부담에 또 시달려야 합니다.

저는 비리 병원과 무능한 공직자들을 상대로 공익소송을 더 해야 합니다. 정말 꼭 하고 싶습니다. 저는 국민의 건강과 안전을 위해서, 용기를 낸 논산시민들과 제보자들을 위해서, 억울하게 돌아가신 제 어머니를 위해서.. 끝까지 진실을 알리고 싶습니다. 왜냐하면 누군가는 꼭 해야 할 일이니까요. 그게 단지 저일 뿐입니다.

공익소송 패소자 부담 원칙을 개정안을 위해서 노력해 주시는 모든 분들께, 여기 계신 모든 분들에게 다시 한번 감사와 부탁의 말씀을 전합니다.

‘공익소송 패소자 부담 원칙 개정안’은 결국 국민 모두를 위한 일입니다. 비록 한 개인이 겪은 사건일지라도 그것을 바로 잡으면 그 상징성은 공공의 이익으로 돌아가는 중대한 의미가 됩니다.

공익소송조차 하지 못하고 포기하는 국민들이 대부분입니다. 더구나 용기와 노고, 그리고 비용을 들여 공익소송을 했음에도 패소 시 상대방의 비용까지 부담해야 한다면 과연 누가 공익소송을 하겠습니까?

법이 바뀌어야 합니다. 문제가 있으면 누구든지 공익을 위해 소송에 나설 수 있도록 말입니다. ‘공익소송 패소자 부담 원칙’에 대한 민사소송법 개정안이 국민을 위해서 올바르게 개정되길 진심으로 바랍니다. 고맙습니다.□

---

## 산양28마리의 설악산케이블카 설치허가 취소소송

---

김산하 / 생명다양성재단 대표, 사무국장

- 설악산 케이블카 사업
  - 1971년 8월부터 설악동에서 권금성 사이 1.1km 구간에 케이블카가 설치돼 운행 중
  - 오색지구부터 대청봉 정상에서 1.4km 떨어진 끝청까지 3.5km 구간에 시간당 825명을 실어 나를 수 있는 케이블카를 운행하는 사업
  - 윤석열 대통령 대통령직인수위원회 지역균형발전특위가 선정한 강원도 15대 정책과제 중 하나
  - 김진태 강원도지사 선거공약
- 원고 산양
  - 문화재보호법이 정한 멸종위기 야생동물 1급 동물
  - 천연기념물 제217호
  - 세계자연보전연맹(IUCN)에서 카테고리 1a 등급을 받음 - 멸종위기종
  - 국립공원공단이 2019년 전수 조사한 결과 산양은 설악산에 260마리, 월악산 100마리, 오대산 95마리, 소백산 13마리, 속리산 16마리, 태백산 10마리, 주왕산 4마리, 울진 93마리, 인제에 117마리가 서식하는 것으로 파악
  - 강원도와 양양군이 케이블카를 놓으려는 설악산 정상부 끝청과 그 아래쪽은 산양의

## 중요한 서식지 중 한 곳

- 산양 28마리&김산하 생명다양성재단 대표가 제기한 소송
  - 2017년 11월, 문화재청 설악산 오색케이블카를 설치하고자 천연보호구역의 현상변경을 허가
  - 2018년 2월 설악산 산양 28마리와 문화재청과 강원 양양군 상대로 행정소송 진행
- 소송비용 담보제공 명령부터 내린 법원
  - 법원, 소를 제기하고 약 두 달이 지난 2018년 4월 소송비용을 법원에 미리 맡겨두라는 취지의 ‘소송비용 담보제공 명령’ 결정
  - 이 명령에 따르지 않으면 민사소송법 제124조에 따라 소가 각하될 수 있음. 즉, 재판이 열리기도 전에 패소할 수도 있음
  - 결국 소송비용 930만 원을 미리 내고 재판 시작
- 재판 결과
  - 법원이 동물의 원고 자격을 인정할 수 없다며 원고 패소. 재판은 첫 기일만 열린 채 2018년 1월 종결. 원고 항소 포기
  - 항소심까지 가기에 소송비용에 대한 부담 컸음

## 지하철 승강장에서 전동 휠체어 구하기 소송

---

권재현 / 한국장애인총연맹 사무차장

## 정부공직자윤리위원회 취업심사 자료 정보공개 소송

---

최용문 변호사 / 참여연대 행정감시센터 실행위원

## 2부 - 토론회



# 공익소송 등에서 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향<sup>1</sup>

박호균<sup>2</sup> 변호사 / 대한변호사협회 인권위원

- I. 국회 발의 법안 및 문제 제기
  1. 국회 발의 개정법률안
  2. 소송비용 부담과 재판청구권의 관계
  3. 사례와 문제점 제시
- II. 공익소송 등에서 소송비용 패소자 부담 원칙과 재판청구권 침해 가능성
  1. 소송비용 제도의 연혁
  2. 외국의 변호사보수 부담 방식
  3. 패소자부담 제도로 인한 재판청구권 침해 가능성
- III. 패소자부담주의 원칙의 개정 논의 및 법률 개정 방향
  1. 패소자부담주의에 대한 개정 필요성에 대한 각계 활동과 경과
  2. 개정 논의에 관한 우려에 대한 비판
  3. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성과 법률 개정 방향
- IV. 맺음말

## I. 국회 발의 법안 및 문제 제기

<sup>1</sup> 최근 소송비용 부담 관련 토론회나 심포지엄으로 4번 정도의 행사가 있었는데, 『① 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방향에 관한 심포지엄, 대한변호사협회, 2018. 11, ② “공익소송 패소자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 대한변호사협회, 2020, ③ 공익소송도 돈 있어야 하나요?, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색 국회 토론회, 국회의원 백혜련, 대한변호사협회 등, 2021, ④ 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안, 국회의원 박주민, 대한변호사협회 등, 2022』가 그것이다. 이 중에서 필자는 위 ①과 ③, ④행사에서 발제를 맡은 바 있고, 이후 “공익소송 등에서 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 공익과 인권, 통권 제22호, (2022), 298 이하에 논문으로 제출하였으며, 본고는 이 논문과 위 발제문 내용 등을 토대로 금번 심포지엄을 위해 일부 수정, 보완한 것이다.

<sup>2</sup> 법학박사·법무법인 히포크라테스 대표변호사·대한변호사협회 인권위원

# 1. 국회 발의 개정법률안

## 가. 박주민 의원 개정안

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

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

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

또한 민사소송법과 함께 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정안도 발의되었는데 ‘국가승소판결의 확정인 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소자로부터 소송비용을 회수하도록 하되, 인권, 국민의 건강과 안전, 환경 등 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인

경우에는 패소자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 함으로써, 공익소송을 활성화하려는 것'을 제안이유로 하고, 제11조의2를 신설하는 것이었다.

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

현행	개정안
<신설>	<p>제11조의2(소송비용의 회수) 국가승소판결의 확정인 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소자로부터 소송비용을 회수할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소송비용 확정결정 신청을 하지 아니하거나 그 일부만을 신청하여야 한다. 소송비용 확정결정 재판이 확정된 후 소관 행정청의 장이 회수할 때에도 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>3. 소송 당사자의 사정, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소자에게 소송비용을 부담시키는 것이 현저히 부당한 경우</li> </ol>

**나. 양정숙 의원 개정안**

이보다 앞서 2020. 7.에도 관련 법률안이 발의되었는데, 현행 민사소송법 제98조에 예외 단서를 신설하여 공익소송에서 패소한 당사자의 경우 소송비용 부담을 경감할 수 있도록 하고, 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하는 것을 제안이유로 들었다.

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

현행	개정안
<p>제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다. &lt;단서 신설&gt;</p>	<p>제98조(소송비용부담의 원칙) ----- . 다만, 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원규칙으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

또한 국가를 당사자로 하는 공익소송의 패소자의 경우 필요적 소송비용 회수의 예외를 규정하여 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하는 것을 제안이유로, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 제11조의2를 신설하는 것을 내용으로 개정안도 발의되었다.

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

현행	개정안
<신설>	제11조의2(소송비용의 환수) 국가승소판결의 확정인 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.

#### 다. 최혜영 의원 개정안

한편, 위와 같은 일반 법률의 개정안과 달리, 개별 법률인 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률의 개정안에서도 소송비용 부담의 예외를 제안하는 안이 제시되었는데, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률에 따라 금지된 차별행위를 시정하기 위하여 제기된 소송의 경우 「민사소송법」에도 불구하고 소송의 공익성 등을 고려하여 패소한 당사자가 소송비용을 부담하는 것이 부당하다고 인정하는 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 함으로써 장애인의 평등권을 두텁게 보호하려는 것’을 내용으로 하였다(안 제48조의2 신설).

□ 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호: 18651, 제안일자: 2022.

12. 2. 최혜영 의원 등 발의, 계류 중, 의안원문, 제48조의2.

현행	개정안
<신설>	제48조의2(소송비용의 감면) 법원은 「민사소송법」 제98조에도 불구하고 이 법에 따라 금지된 차별행위를 시정하기 위하여 제기된 소송의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 소송당사자 간의 관계, 패소한 당사자의 사정 등을 고려하여 패소한 당사자가 소송비용을 부담하는 것이 부당하다고 인정하는 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 하는 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

## 2. 소송비용 부담과 재판청구권의 관계

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용으로, 재판비용과 당사자비용으로 구별할 수 있다. 재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용 등이다<sup>3</sup>. 당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 지출하는 비용인데, 대표적으로 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다<sup>4</sup>. 2018. 4. 대법원규칙(변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙, 이하 ‘변호사보수규칙’) 개정으로 소송비용으로 인정될 수 있는 변호사보수기준 금액이 증액되었다<sup>5</sup>. 일각에서는 변호사보수를 현실화하였다고 하나, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다 더 많다는 평가도 적지 않다.

소송당사자가 민사소송 혹은 행정소송 등에서 지출한 소송비용(인지대와 같은 재판수수료적 비용, 감정료, 변호사보수 등)에 대해 누가 부담할 것인가 하는 문제에 관하여는 나라마다 다르게 규정하고 있다. 우리는 당초 패소자부담원칙을 취하면서도 변호사보수는 각자부담하는 방식을 따르다가 80-90년대에 제도를 크게 변경하여 변호사보수마저 패소자가 부담하는 방식으로 개정하여 오늘에 이르고 있다. 그런데 패소당사자에게 변호사비용을 떠넘길 수 있는 기준이 되는 변호사보수규칙을 대법원이 상향하여 개정함으로써 패소당사자의 부담이 증가되었고, 이로 인해 소 제기, 상소 제기 등 재판 자체를 주저하게 만드는 문제점이 발생하고 있다. 이처럼 현행 소송비용 부담의 제도는 재판청구권을 심각하게 제약하는 문제점이 있기 때문에, 이를 개선하자는 목소리가 적지 않다<sup>6</sup>. 본고에서 관련 사례를 제시하는 것으로 논의를 시작하기로 한다.

### 가. 국가 등을 상대로 한 공익소송

#### (1) 시민단체의 도움을 받은 개인이 국가나 지자체, 공공기관을 상대로 제기한 공익소송<sup>7</sup> 유형의 사례를 먼저 예로 든다.

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

<sup>3</sup> 강현중, 민사소송법(제6판), 박영사 (2004), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사 (2021), 681 참조; 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제8판), 법문사 (2020), 1165-1166; 호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사 (2020), 637-638 참조.

<sup>4</sup> 강현중, 민사소송법(제6판), 601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.

<sup>5</sup> 구 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 (2020. 12. 28. 대법원규칙 제2936호로 일부개정되기 전의 것)

<sup>6</sup> 박호균, “사회적 약자의 재판청구권 보장을 위해”, 한겨레 (2022. 1. 5.), 25 참조.

<sup>7</sup> 공익소송(또는 공익인권소송)은 과거 사법개혁위원회에서 잠정적으로 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’으로 설명한 바 있다. 사법개혁위원회, “국민과 함께하는 사법개혁”, 사법개혁위원회 자료집(VII) (2005), 236 참조. 본고에서 이 같은 공익소송의 개념을 기본으로 전제하면서도 우리 사회에 순기능을 할 수 있는 소송을 포함하는 광의의 개념을 공익소송으로 보고 논의하기로 한다.

앞장서야 할 국가와 지방자치단체 공무원들의 악습을 묵인하는 등의 행태를 근절시키고자 2015. 11. 국가와 신안군, 완도군에 책임을 묻는 국가배상청구소송을 제기하였다. 이 소송 이후 소송비용액 확정 신청에 따라 신안군청이 지출한 변호사수임료 등 약 690여만 원을 7명의 염전 피해 장애인들이 납부해야 한다는 결정이 나서 언론에 알려진 바 있다<sup>8</sup>.

또한 최근 지하철 차량과 승강장 간 간격 혹은 단차로 인해 사고를 입은 장애인들이 공사를 상대로 차별구제 청구 소송을 제기하였다가 패소하였다. 이후 공사 측이 제기한 소송비용확정재판 사건에서 법원은 1인당 500여만 원의 소송비용을 공사 측에 상환하라고 결정하였고<sup>9</sup>, 이와 관련하여 해당 장애인들이 헌법소원을 제기하였다는 기사가 보도되기도 하였다<sup>10</sup>.

## (2) 공익소송 등에서의 문제점

공익소송은 불특정 다수의 피해 구제, 사회적 소수자·약자의 권리보호 등의 공익실현 기능과 권리구제 기능, 사회개혁을 통한 발전역량의 도모 등의 순기능을 가지고 있다. 따라서 우리 사회의 인권 개선을 위해서는 공익소송이 활성화될 수 있도록 지원하고 공익법률시스템을 구축해야 할 필요성이 크다<sup>11</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.

이 같은 공익소송 유형으로 일제 강점기 독립운동가의 인권 옹호부터 근래의 수재 집단 손해배상청구소송, 호주제 위헌 소송, 장애인 보험차별에 대한 손해배상청구 소송 등 다양한 유형들이 있어 왔고<sup>12</sup>, 앞에서 제시한 염전노예 사건, 장애인 지하철 사고 외에도 장애계와 시민단체의 노력으로 제기된 지하철 스크린 도어 관리 소홀로 낙상하는 시각장애인들의 여러 소송, 버스 승차 거부와

<sup>8</sup> 서울중앙지방법원 2018. 5. 8.자 2018라20822 결정 참조; 최석범, “염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나”, 에이블뉴스, <http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0014&NewsCode=001420180503175521193942> (2022. 8. 12. 확인); 전진호, “신안군, 염전노예 장애인에 소송비용 청구 ‘논란’”, 웰페어뉴스, <http://www.welfarenews.net/news/articleView.html?idxno=64708> (2022. 8. 12. 확인). 이후 2년가량이 경과한 시점에 신안군은 인권 침해를 규제하기 위해 ‘신안군 인권기본조례’를 제정하여 2022. 1.부터 적용한다는 소식이 알려졌다. 최종필, “염전노예 오명 벗는다” 신안군, ‘인권보장 및 증진에 관한 조례’ 시행”, 서울신문, [https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20211228500077&wlog\\_tag3=naver](https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20211228500077&wlog_tag3=naver) (2022. 8. 12. 확인) 참조.

<sup>9</sup> 서울동부지방법원 2021. 12. 14.자 2021카합6232 결정; 서울고등법원 2022. 6. 8.자 2021라21374 결정 등 참조.

<sup>10</sup> 박규리, “공익소송은 패소자 비용부담 예외여야” 헌법소원 청구”, 연합뉴스, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20220715071100004?input=1195m> (2022. 7. 26. 확인); 이슬기, “장애인 이동권 소송 졌다, 천만원 내라고요?”, 에이블뉴스, <http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0013&NewsCode=001320220715134010416490>, (2022. 7. 26. 확인); 진선민, “공익소송 쳐도 패소비용 다 내라?”…잔인한 민사소송법 현재”, 서울신문, [https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20220715500111&wlog\\_tag3=naver](https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20220715500111&wlog_tag3=naver) (2022. 7. 26. 확인).

<sup>11</sup> 송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 공익소송 패소자부담, 공평한가?: 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회 자료집, 대한변호사협회 (2020. 1. 8. 발표), 33 참조.

<sup>12</sup> 염형국, “공익인권변론의 역사와 과제”, 노동변론, 공익변론의 어제와 오늘 : 故 조영래 변호사 30주기 토론회, 민주사회를 위한 변호사모임 (2020. 11. 14. 발제), 73 이하 참조.

관련하여 버스회사를 상대로 한 장애인의 소송, 환경 침해로 인한 주민들의 집단 소송, 과거 독재 정권하에서 인권 탄압, 사살 후 수십 년이 경과하여 진행된 국가배상 소송 등 다양한 성격의 공익적인 소송이 존재하고 언론에 회자되고 있다.

공익소송은 민사소송, 행정소송, 헌법소송의 다양한 형태로 진행되고, 패소 확정 시 소송비용 문제는 공통적인 걸림돌이 되고 있다. 그중 빈번한 피해 사례로는 손해배상청구 등 민사소송, 정보공개청구소송을 포함한 행정소송 등이 있고, 유형별로는 장애인 등 사회적 약자의 인권에 관한 소송, 소비자소송, 노동관계소송, 환경소송, 의료소송 등이 이에 해당될 수 있다. 공익소송의 특성으로 ① 대개 소송의 양 당사자의 지위가 대등하지 않고, 사회적 약자 본인 또는 시민사회단체가 소송의 일방 당사자가 되기 때문에 당사자의 경제적 자력이 충분치 않으며, 상대방이 국가·지방자치단체·공공기관·대기업으로서 역량의 불균형이 있다는 점, ② 환경소송·의료소송 등과 같이 전문적 영역에 해당하거나 증거의 편재로 인한 증명의 부담이 큰 경우가 많다는 점, ③ 공익소송은 법령이나 법원 판결의 문제점을 지적하고 전향적 개선을 촉구하는 경우가 많아 패소 가능성이 적지 않다는 점 등을 들 수 있고, 따라서 소송비용 부담 문제가 당사자에게 큰 부담으로 작용하며, 결국 이로 인하여 공익소송, 나아가 재판을 청구할 수 있는 권리가 크게 위축되는 문제점이 있다<sup>13</sup>.

## 나. 보험금 소송 등 소비자 소송

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

P씨는 가정에서 화분에 채소 재배를 위해 보관하던 농약(살충제)을 음료수와 혼동하여 마시는 중독사고로 병원에 이송되어 생명을 구했으나 이미 진행된 사지괴사로 인해 사지절단 상태가 되었다. 이에 대해 평소 가입해둔 보험 상품을 확인하고 보험금을 청구하였으나 거부당하였고, P씨는 보험사를 상대로 상해보험금 청구 소송을 제기하였으나 대법원 상고심까지 패소하게 되었다. 보험금 소송이 확정된 후 보험사에서 사지절단 상태가 된 P씨에게 보험사가 지출하였다는 변호사보수를 소송비용으로 청구하였고 법원에서 950여만 원을 인정하였다<sup>14</sup>.

**(2) 사회·경제적 격차가 큰 소비자가 제기한 소송에서 문제점**

앞서 본 보험금 소송에서 패소한 사례는, 일반 소비자들이 쉽게 접할 수 있는 소송의 사례이다. 통상적으로 보험회사는 보험가입 당시에는 대부분의 사고를 보장하여 줄 수 있는 것처럼 홍보하고

<sup>13</sup> 송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 34 참조.

<sup>14</sup> 서울중앙지방법원 2019. 3. 5.자 2019카합132 결정 참조.

보험가입을 유도하지만, 정작 사고가 발생하여 보험사고에 해당하는지 여부를 판단하는 단계, 즉 보험금 지급 단계에서는 엄격하게 심사하여 거부하는 경우가 비일비재하다.

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

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

#### 다. 의료소송 등 증명의 부담이 큰 소송

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

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

또한 의료사고에서 패소한 경우뿐만 아니라 심지어 승소한 경우에도 일부 패소한 부분에 대해 과도한 소송비용 부담의 문제가 발생하는 사안들도 적지 않다<sup>16</sup>.

#### (2) 증명의 부담이 큰 전문소송에서 문제점

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

<sup>15</sup> 서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카합245 결정; 서울중앙지방법원 2018. 5. 18.자 2018카합31687 결정; 서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카합31041 결정 참조.

<sup>16</sup> 김지환·김정호, “가족 잃고 수천만원 변호사비 물어내는 유족들 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(상)]”, 파이낸셜뉴스, <https://www.fnnews.com/news/202106160852234304> (2022. 8. 12. 확인); 김지환·김정호, “너무 억울했지만… 수천만원 소송비 걱정에 병원과 합의” [소송비용 패소자부담주의, 이젠 변해야]”, 파이낸셜뉴스, <https://www.fnnews.com/news/202106171759152752> (2022. 8. 12. 확인); 김지환·김정호, “죄책감, 지난함, 두려움… 의료소송 환자는 세 번 운다 [의료소송 패소자부담, 이젠 변해야(하)]”, 파이낸셜뉴스 <https://www.fnnews.com/news/202106192139465240> (2022. 8. 12. 확인); JTBC 뉴스, “[단독] 의사 아들도 힘겨웠던 의료소송… 패소하면 병원 변호사비도 물어내야”, [https://news.jtbc.co.kr/article/article.aspx?news\\_id=NB12035179](https://news.jtbc.co.kr/article/article.aspx?news_id=NB12035179) (2022. 8. 12. 확인) 참조.



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

또한 위 소송과 관련하여, H공사가 K씨에게 소송비용으로 청구한 변호사보수는, 사실은 H공사가 변호사보수를 스스로 소송대리인에게 지급한 것이 아니라, S보험주식회사에서 보험금 지급 방식으로 변호사보수를 대납하는 것이었다. 즉 H공사는 보험료를 납부하고 소송이라는 보험사건이 발생하자 S보험주식회사가 H공사에 보험금(변호사보수)을 지급한 것인데, 법원에서는 그 보험금 역시 H공사의 변호사보수로 인정하여 다시 K씨로 하여금 H공사의 변호사보수를 부담하도록 결정한 것이다<sup>17</sup>. 이처럼 변호사보수의 패소자부담원칙이 보험과 결합하여 기형적으로 대기업이나 공사의 이익을 극대화하는 기현상까지 초래하고 있다<sup>18, 19</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 절차(진료기록감정, 사실조회 등)가 실무에서 필수적으로 요구되고, 또한 환경소송과 같은 전문소송에서도 감정이 필요한 경우가 대부분이다.

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

## 라. 문제점 정리

공익소송의 이면에는 소송 이후 위 염전노예 사건과 같이 소송비용 부담의 문제가 있어 당사자들이 사후적으로 2차 피해를 겪는 예가 적지 않다. 이 같은 현상은 결국 공익소송의 제기 자체를 주저하게 만드는 큰 요인으로 작용한다고 보아야 한다. 공익소송은 승패와 무관하게 문제 제기 자체로 잘못된 악습이나 제도에 대해 개선의 기회를 제공한다는 측면에서 우리 사회에 긍정적인 기능을 하고 있음에도,

<sup>17</sup> 서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카합245 결정 참조.

<sup>18</sup> 이와 관련하여 기초사안은 달리하나 제3자가 지급하는 변호사보수를 소송비용으로 인정하는 대법원 결정이 타당하다는 최근 연구자료가 존재한다. 광승구, “제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입여부: 대법원 2020. 4. 24.자 2019마6990 결정을 소재로”, 법학논고 제73호 (2021) 참조. 그러나 이 연구자료는 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>19</sup> 의료소송에서 불합리한 사례들에 관한 기사들로는, 각주 14.

패소하였다고 하여 일률적으로 경제적 제재를 가하고 있는 소송비용 제도는 시급히 개선될 필요성이 있다.

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

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

과거 헌법재판소는 민사소송법 소송비용 규정이 재판청구권을 침해하지 않는다고 판단한 바 있으나<sup>20</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 패소자부담원칙의 문제점을 확인하였다. 다만 소송비용 제도는 다소 정책적인 영역이기 때문에, 국회의 재량의 클 수밖에 없는 것이고, 이 같은 영역에서는 헌법재판소에서 위헌 판단을 하기 어려운 구조적인 어려움이 있다. 공익소송, 전문가 소송 등에서 발생하는 불합리한 점은 공론화를 거쳐 국회에서 적극적으로 법률을 개정해야 할 필요성이 높다.

소송비용 패소자부담주의는, 경제적, 사회적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담을 주고 재판청구권을 제약함으로써 공익소송 등을 심각하게 위축시키고 있는 것이다. 이하에서는 소송비용, 특히 소송비용 중 변호사보수 부담 제도를 중심으로 하여 우리나라 소송비용 제도의 연혁, 외국의 소송비용 제도 운용 현황, 공익소송 등에서 소송비용 패소자 부담 원칙과 재판청구권 침해 가능성<sup>21</sup>, 최근 소송비용 제도 개선에 관한 논의 경과 등을 살펴보고, 소송비용 관련 민사소송법 등의 개정 방향, 발의 법안의 적정성 등에 대해 의견을 개진하고자 한다.

## II. 공익소송 등에서 소송비용 패소자부담원칙과 재판청구권 침해 가능성

<sup>20</sup> 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌바204 결정; 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2012헌바68 결정 등 참조.

<sup>21</sup> 헌법재판소는 변호사보수 패소자부담 방식을 취하고 있는 민사소송법 제109조에 대하여 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 바 있다. 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌바20 결정; 헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌바204 결정 등 참조. 현행 패소자부담 방식을 규정하고 있는 민사소송법 조항은 정당한 권리행사를 하려는 자의 재판청구권 침해 문제, 사회-경제적으로 열악한 지위에 있는 자의 재판절차에서의 차별과 평등원칙 위배 문제, 소송 당사자의 재산권 침해 문제 등을 검토할 수 있으나, 본고에서는 헌법적 측면에서는 재판청구권 침해 가능성을 위주로 살펴보기로 한다.

# 1. 소송비용 제도의 연혁

## 가. 소송비용 개념

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용을 말한다. 소송비용의 범위, 액수와 예납에 관하여는 「민사소송비용법」, 「민사소송 등 인지법」, 「변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙」과 「민사소송규칙」 등에 규정이 있다. 소송비용은 소, 항소, 상고의 비용을 말하며, 강제집행비용 또는 가압류, 가처분의 절차비용은 별도의 비용이다. 소송비용은 재판비용과 당사자비용으로 대별된다<sup>22</sup>.

재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용이다. 인지액은 1,000만 원 미만의 경우는 ‘소가X5/1000’이나 고액일수록 체감되며 10억 원 이상의 경우는 ‘소가X3.5/1000(555,000원 가산)’가 되는 등 역진제 방식이다<sup>23</sup>. 인지대 아닌 재판비용은 송달료, 증인·감정인·통역인과 번역인 등에 지급하는 여비·감정료, 법관과 법원사무관 등의 검증 때의 출장일당·여비·숙박료 등이다. 이와 같은 비용은 당사자에게 예납시킬 수 있는데, 예납명령 불이행시 증거를 채택하지 않을 수 있고, 예납명령의 불이행을 이유로 행한 불이익한 재판에 대하여는 독립하여 불복할 수도 없다<sup>24</sup>.

당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용이다. 예를 들면, 소장 등 소송서류의 작성료, 당사자나 대리인이 기일에 출석하기 위한 여비·일당·숙박료와 대법원규칙이 정하는 범위 안에서 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다<sup>25</sup>.

## 나. 종래 민사소송법 규정(1960년 ~ 1990년)

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

종전 일부 저자는 이 같은 법제에 대해 종래 우리 민사소송법은 일본법제를 모방하여 법원이 변호사선임명령(민사소송법 제144조)을 한 경우를 제외하고 소송비용에 산입하지 않는 법제였고, 다만 부당제소·부당응소 또는 부당상소로 인하여 부득이 변호사를 선임한 경우에는 불법행위를 구성하는 것으로 보아 별도의 소제기에 의한 그 비용의 배상청구를 인정하였을 뿐이었다고 설명하면서,

<sup>22</sup> 강현중, 민사소송법(제6판), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681; 정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제8판), 1165-1166; 호문혁, 민사소송법(제14판), 637-638 참조.

<sup>23</sup> 정성윤, “소송비용 제도에 관한 고찰”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원(2021), 32; 강현중, 민사소송법(제6판), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.

<sup>24</sup> 강현중, 민사소송법(제6판), 600-601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.

<sup>25</sup> 강현중, 민사소송법(제6판), 601; 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681 참조.

독일·프랑스·오스트리아·영국 등 변호사보수 패소자부담 방식을 따르는 국가를 선진제국으로 평가하였다<sup>26</sup>.

## 다. 1990년 이후 및 현행 민사소송법 규정

(1) 그러다가 1990. 1. 민사소송법(법률 제4201호, 일부개정 1990. 1. 13., 시행 1990. 9. 1.)을 개정하면서 변호사보수를 소송비용에 포함시키고, 패소자에게 부담시킬 수 있도록 규정 자체를 크게 변경하였다<sup>27</sup>. 1990년 민사소송법 개정 당시 개정이유는 ‘소송절차를 일부개정하고, 신용사회의 기반조성을 위하여 채무불이행자에 대한 제재를 강화하는 등 강제집행제도를 보완하려는 것’이었는데, 세부 개정이유<sup>28</sup>에도 이와 같이 소송비용부담 제도의 큰 변화가 있었다는 점에 대한 설명은 전무하였다. 먼저 1981년 구 「소송촉진 등에 관한 특례법」에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입하였고<sup>29</sup>, 이후 민사소송법에서 이를 수용함으로써 제도화한 것이 현행 민사소송법 제109조이다<sup>30</sup>. 즉 변호사보수 패소자부담의 원칙은 1990년에 민사소송법 개정으로 신설된 규정에 의한 것이고, 앞서 본 바와 같이 종래 우리 법제의 기본은 변호사보수 각자부담의 원칙을 따르고 있었다.

(2) 현행 민사소송법은 1990년의 민사소송법 규정을 조문 번호만 개정하고 그대로 유지하고 있고<sup>31</sup>, 소송비용으로 인정할 수 있는 보수에 관한 대법원규칙을 2018. 4. 및 2020. 12. 28. 각 개정하면서 패소자가 부담해야 할 변호사보수의 기준 금액이 대폭 상향되었다. 근래에 금전의 이행을 구하는 소송에서 소가 1억 원, 2억 원 정도의 소송은 흔한 소송이고, 상대적으로 적은 소가에 속하는데<sup>32</sup>, 2020. 12. 28. 개정 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙(대법원규칙)<sup>33</sup>에 의하면, 심급당 1억원을 청구하여 패소하면 740만 원, 2억 원을 청구하여 패소하면 1,040만 원(항소심까지 패소하면 2배, 상고심까지 패소하면 3배 금액)을 상대측에 변호사보수로 지급해야 하는 등 현실에서는 실제

<sup>26</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681-683 참조.

<sup>27</sup> 민사소송법 제89조(소송비용부담의 원칙) “소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다.”; 동법 제99조의2(변호사보수와 소송비용) “①소송대리를 한 변호사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위안에서 이를 소송비용으로 한다. ②제1항의 소송비용을 산정함에 있어서는 수인의 변호사가 소송대리를 한 경우라도 1인의 변호사가 소송대리를 한 것으로 본다.” (1990. 1. 13 본조 신설)

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 구 소송촉진 등에 관한 특례법(1990. 1. 13. 법률 제4203호로 개정되기 전의 것) 제16조(변호사보수와 소송비용) “①소송대리를 한 변호사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위안에서 이를 소송비용으로 한다. ②제1항의 소송비용을 산정함에 있어서는 수인의 변호사가 소송대리를 한 경우라도 1인의 변호사가 소송대리를 한 것으로 본다.”

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

<sup>31</sup> 민사소송법 제98조(소송비용부담의 원칙) “소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.”; 동법 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>32</sup> 최근 대법원은 대법원규칙을 개정하여 지방법원 및 지방법원지원의 합의부의 심판범위를 소송목적의 값이 5억 원을 초과하는 민사사건으로 개정함으로써, 5억 원을 단독과 합의부 사건의 기준으로 삼았다. 민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙 참조.

<sup>33</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [별표].

변호사에게 지급하는 보수보다 더 많다는 평가도 적지 않다<sup>34</sup>. 변호사보수를 패소자로부터 받아 낼 수 있으니, 대법원규칙에서 정한 수준 정도의 변호사보수로 약정을 제안하는 경우도 많은 것으로 보인다. 현행 변호사보수 패소자부담 방식은 패소 이유, 패소자의 고의·과실을 묻지 않는 일종의 결과책임이다<sup>35</sup>.

(3) 이 같은 현행 제도와 관련하여, 일부 견해는 1981년 「소송촉진 등에 관한 특례법」과 민사소송법 제109조의 변호사보수 패소자부담 방식을 긍정적으로 평가하면서, 부당제소·부당상소를 하는 등의 소권남용을 시정하고, 향후 변호사강제주의 채택의 포석으로서의 의의가 크다고 한다<sup>36</sup>. 이 견해는 경제적 약자의 경우 사법접근성이 약화되는 문제점은 있을 수 있다는 점을 인정하면서도, 근래에는 공익소송 등에서의 문제점을 의식하였는지 소송보험에 들면 이를 대비할 수 있을 것이라는 의견을 제시하기도 한다<sup>37</sup>. 그런데 패소자부담주의를 관철하면서도 변호사보수가 법정되어 있거나 소송비용 부담을 대비한 보험제도가 정착된 독일과 같은 나라에서는 이러한 방안이 대안이 될 수 있으나, 소송에 대비한 보험이 일반적이지 못한 우리나라에서 적절하지 못하다.

다른 한편 변호사보수 패소자부담원칙의 문제점을 인식하고 있으나, 현행 법률이 그 문제점을 해소하고 있는 것으로 본 견해는 다음과 같다. 소송비용 패소자부담의 원칙은 과거부터 내려온 하나의 원칙이지만 이를 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생길 수 있다는 것이다. 즉, 승소당사자가 소송에서 현실적으로 지출하는 비용은 그 승소당사자의 개성 등을 반영하여 유사한 사건에서도 당사자가 누구냐에 따라 달라질 수 있는데 이를 모두 패소당사자에게 부담시킨다는 것은 부당하고 공평에 반하는 경우가 발생할 수 있기 때문에, 법률은 패소당사자에게 부담시킬 소송비용의 범위, 액수를 획일화하고, 재판에서 법관이 소송비용부담의 비율, 금액을 확정하도록 하여 문제를 해소하였다고 한다<sup>38</sup>. 그러나 현행 민사소송 실무에서 일부패소의 경우 청구금액과 인용액의 비율에 따라 일률적으로 패소한 당사자로 하여금 비율적으로 소송비용을 부담케 하는 것이 일반적이고, 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 증명의 어려움 등의 이유로 패소한 공익소송, 손해배상, 보험금 소송 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있으므로, 서두에 제시한 사례들에서 보는 바와 같이, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반하는 경우가 적지 않게 발생하고 있다.

## 2. 외국의 변호사보수 부담 방식

### 가. 변호사보수 각자부담 원칙을 취하는 국가

<sup>34</sup> 물론 당사자가 지출한 인지대, 감정료 등의 소송비용도 패소자가 부담해야 하기 때문에 패소자의 부담은 가중된다.

<sup>35</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 684 참조.

<sup>36</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 681-682, 670 참조; 민일영·김능환 편집, 주석민사소송법2(7판), 한국사법행정학회(2012), 114 참조.

<sup>37</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 682-683 참조.

<sup>38</sup> 강현중, 민사소송법(제6판), 714-715 참조.

미국에서는 주에 따라 다르지만 일반적으로 변호사비용은 소송비용에 포함되지 않고 변호사와 그 소송당사자 간의 사적자치에 맡겨져 있으며, 보수범위는 시간당 금액으로 청구하는 것이 관행적이고, 소송 결과에 따라 정하는 성공보수를 불법화한 주도 있다<sup>39</sup>.

미국에서는 우리와 달리 변호사보수를 각자부담하는 것이 일반적이다(흔히 이를 American Rule이라고도 한다<sup>40</sup>). 다만 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호 소송 등에서는 연방법이나 주법에서 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하고 있는데, 이는 원고가 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있게 하면서도, 원고가 패소하더라도 상대방(승소자)의 변호사비용을 부담하지 않아도 되는 방식이다<sup>41</sup>. 이 같은 예외적인 편면적 패소자부담주의는 공익적 소송 유도, 불법행위 억제 기능이 있는 것으로 보인다<sup>42</sup>.

미국의 학계에서 각자부담 원칙의 장점은 무엇보다도 당사자들의 재판청구권을 보장하는 역할을 하는 것으로 논의된다. 패소자부담주의는 승소의 가능성이 있더라도 승소여부가 확실하지 않은 사건의 당사자들, 특히 경제적 약자들로 하여금 제소 자체를 제한할 수 있지만, 경제적 강자들은 제소하거나 응소하는 데 걸림돌이 없을 뿐만 아니라 심지어 경제적 약자인 상대방 당사자로 하여금 화해에 응하도록 압박을 가할 수 있는 문제점이 있다고 한다<sup>43</sup>. 미국법원은 *Fleishmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.*, 386 US 714(1967) 사건에서 “소송의 결과는 불확실하기 때문에 당사자들이 응소하거나 제소하였다는 이유만으로 불이익을 받아서는 안 되고, 불이익에 상대방의 변호사의 비용이 포함될 경우 경제적 약자들이 권리를 지키기 위하여 제소하는 것을 주저하게 된다”고 판시하였다<sup>44</sup>.

미국에서 각자부담의 원칙의 장점으로 당사자들이 승소하더라도 자신의 소송비용을 상대측으로부터 보전 받을 수 없기 때문에 남소나 부당 응소가 억제될 수 있고, 화해가능성을 높이는 역할을 한다는 점이 제시되며, 반면 변호사보수 패소자부담방식의 단점으로 승소가능성이 있는 당사자가 자신의 변호사비용을 상대방에게 부담시킬 수 있기 때문에 화해를 하지 않는 문제점, 법원은 본안 사건 절차 외에 소송비용확정절차를 별도로 마련하여야 하는 어려움 등이 논의된다<sup>45</sup>. 그래서 미국에서 각자부담의 원칙은 재판청구권 보장, 남소의 방지 및 분쟁에 대한 화해의 유도라는 관점에서 긍정적인 제도로 파악되고 있다<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> 민일영·김능환 편집, 주석 민사소송법 2(제7판), 113 참조.

<sup>40</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, *경영법률* 제24권 제3호 (2014), 425, 437-438 참조; 조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, *한국민사소송법학회 민사소송* 제15권 제1호 (2011), 256-258 참조.

<sup>41</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 437-438 참조.

<sup>42</sup> 위와 같음; 조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 256-258 참조.

<sup>43</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 433 참조.

<sup>44</sup> *Arcambel v. Wiseman*, 386 U.S. 714, 718 (1976); *Stewart v. Sonneborn*, 98 U.S. 187 (1879); *Oelrichs v. Spain*, 82 U.S. 211 (1872); *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1852); *Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co.*, 386 U.S. 714 (1967) 참조.

<sup>45</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 433-434 참조.

<sup>46</sup> 위와 같음.

일본에서는 당사자가 의뢰한 변호사에게 지급한 보수는 가령 그 자가 승소하여도 패소자로 하여금 상환시키지 않는다. 당사자가 지급한 또는 지급하여야 할 재판비용은 기본적으로 패소자가 부담한다는 규정이 있지만(일본 민사소송법 제61조), 이는 법원에 지급하여야 할 재판비용만이고, 당사자가 사건을 의뢰한 변호사에게 지급한 보수에 대하여는 소송의 결과와 관계없이 당사자가 각자부담하는 것으로 되어 있다<sup>47</sup>. 즉, 변호사비용은 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 패소자부담원칙의 도입)는 있었으나 국민으로부터 여러 측면에서 비판을 받아 변경되지 않고 있다<sup>49</sup>. 2004년 당시 일본의 동경지방법변호사회는 ‘합의에 의한 변호사보수 패소자부담 제도’를 도입하는 내용의 법률안에 대해 ‘적어도 소비자소송, 노동소송 및 우월적 지위에 있는 사업자가 당사자인 경우와 같이 구조적인 격차가 있는 소송’에서는 패소자부담주의가 적용되지 않아야 한다는 입장을 법률가 단체로서 밝힌 바 있다<sup>50</sup>. 일본에서 도입 논의가 된 내용은, 우리와 같이 일률적인 변호사보수 패소자부담방식과는 차이가 있는 ‘당사자들 사이의 합의’를 전제하는 패소자부담방식이었음에도 사회적 약자의 재판청구권 침해 우려를 이유로 법안이 폐기되었는바, 당초 일본의 민사소송법을 모방한 우리에게 시사하는 바가 크다. 당시 군사정부의 잔재가 적지 않게 남아 있었던 시대적 상황에서 토론과 의견 표명의 문화가 활발하지 못하였을 것으로 추측되나, 1990년 우리 민사소송법 개정 당시 일본의 변호사단체처럼 서울지방법변호사회 등 변호사단체가 적극적으로 입장을 표명하고 반대하였다면 하는 아쉬움이 깊게 남는다.

## 나. 변호사보수 패소자부담원칙을 취하는 국가

독일에서 변호사는 독립의 사법기관으로서(연방변호사법 제1조), 구법원을 제외하고 변호사강제주의가 채택되어 있으며, 변호사의 기본보수가 법정되어 있다. 구법원 사건을 포함한 소송에서의 변호사비용은 소송비용에 포함되어 패소자가 부담하게 된다. 변호사의 성공보수는 원칙적으로 금지되고, 변호사는 재판의 종류, 단계, 소가에 의하여 산정된 일정한 수수료를 1회에 한하여 재판의 승패에 관계없이 받게 되는데, 그 금액은 비교적 저렴하다고 한다. 법정액 이상의 수수료도 일정한 방식에 의한 합의가 있으면 인정되지만, 승소한 경우에 소송비용으로 상대방에게 부담이 명해지는 것은 법정액에 한한다. 한편 독일에서는 소송에 대비하여 소송비용보험이 널리 보급되어 있다고 하며, 보험에 의해 자기의 변호사비용이나 패소시의 상대방 변호사비용의 지급이 보장되고 있다는 것이다<sup>51</sup>.

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

<sup>48</sup> 민일영·김능환 편집, 주석 민사소송법 2(제7판), 113 참조.

<sup>49</sup> 전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 173 참조.

<sup>50</sup> “「合意による弁護士報酬敗訴者負担制度」を導入する法律案に反対する決議”, 東京弁護士会 (2004. 7. 28.) <https://www.toben.or.jp/message/ikensyo/post-185.html> (2022. 8. 7. 확인)

<sup>51</sup> “「合意による弁護士報酬敗訴者負担制度」を導入する法律案に反対する決議”, 東京弁護士会 (2004. 7. 28.) <https://www.toben.or.jp/message/ikensyo/post-185.html> (2022. 8. 7. 확인)

영국은 변호사보수 패소자부담원칙을 취하고 있는 국가인데, 공익사건에 대한 재판청구권 보장을 위해 ‘보호적 비용명령(Protective Cost Order, PCO)’ 제도를 가지고 있다<sup>52</sup>. 이는 원고의 청구에 따라 사법심사의 허가단계에서 법원의 재량에 따라 패소하더라도 소송비용 부담을 면제 혹은 부담의 상한을 설정하는 명령인데, 보호적 비용명령이 인정되기 위해서 ‘일반 대중에 사안이 중요한 경우, 공익을 위해 사건의 해결이 필요한 경우, 신청인의 사건 결과와 사적인 이해관계가 없는 경우, 신청인의 재정상황 관련 명령을 내리는 것이 공정한 경우, 보호적 비용명령이 없으면 신청인의 절차진행이 어려울 경우’ 등에 해당해야 한다<sup>53</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<sup>54</sup>.

#### 다. 소결

이와 같이 영국과 미국은 변호사비용에 관하여 패소자부담주의와 각자부담주의라는 서로 상반된 제도를 취하고 있지만, 각 제도에서 생기는 문제점을 고려하여 이를 보완하는 제도를 둬으로써 소송당사자들의 재판청구권을 실질적으로 보장하고, 재판제도의 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>55</sup>.

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

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

<sup>52</sup> John Litton, Protective Costs Orders in UK Environmental and Public Law Cases, (2015), 3 참조.

<sup>53</sup> 대법원 사법정책연구원, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, (2016), 182 참조; John Litton, Protective Costs Orders in UK Environmental and Public Law Cases, 6 참조.

<sup>54</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구 : 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 436 참조.

<sup>55</sup> 위와 같음.



### 3. 공익소송 등에서 패소자부담 제도로 인한 재판청구권 침해 가능성

#### 가. 재판청구권의 의의와 내용

헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 재판청구권을 보장하고 있다. 인간의 자유와 권리는 국가권력뿐만 아니라 사인에 의해서도 여러 형태로 침해된다. 침해된 자유와 권리가 효과적으로 구제되지 못한다면 자유와 권리(기본권)의 규정은 무의미한 것이 되고 말 것이다. 재판청구권이 갖는 의의는 무엇보다도 침해된 자유와 권리의 구제에 있어서 가장 중요한 구제수단이라는 점과 분쟁해결수단이라는 점에서 찾을 수 있다. 이런 의미에서 재판청구권은 ‘법치국가의 초석’이라고 보아야 한다<sup>56</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>57</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 것이다. 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>58</sup>.

재판청구권은 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 재판청구권을 제한하는 법률로는 법원조직법, 헌법재판소법, 민사소송법, 형사소송법, 행정소송법, 군사법원법, 소액사건심판법 등이 있고<sup>59</sup>, 구체적인 사법제도의 내용에 대하여는 입법자의 형성의 자유가 인정되어야 한다<sup>60</sup>. 그러나 제한하는 경우에도 본질적 내용을 침해하여서는 안 되고, 재판청구권을 제한하는 경우에는 다른 기본권과 마찬가지로 비례의 원칙과 명확성의 원칙 등을 준수하여야 할 것이다<sup>61</sup>.

#### 나. 공익소송 등에서 패소자부담원칙의 문제점

<sup>56</sup> 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 631; 재판청구권 조항은 독립된 법원에 의한 적정·공평·신속·경제의 재판이라고 하는 재판원칙의 헌법규범화(憲法規範化)를 의미하는 것이고, 재판청구권은 국민에게 그와 같은 재판원칙을 보장함으로써 기본적 인권을 보장하고 법적 정의를 실현하는 것이라고 한다. 권영성, 헌법학원론(개정판), 608 참조; 헌법 제27조 제1항의 헌법과 법률에 의한 재판을 받을 권리에는 두 가지 상이한 성격의 권리가 포함되어 있다는 견해에 의하면, ① 권리·의무에 관한 다툼이 생긴 경우 법관의 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), 413-415 참조.

<sup>57</sup> 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 633 참조.

<sup>58</sup> 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 92헌바8 결정 참조.

<sup>59</sup> 홍성방, 헌법학 개론, 263-264 참조.

<sup>60</sup> 장영수, 헌법학(제13판), 903 참조.

<sup>61</sup> 홍성방, 헌법학 개론, 263-264 참조.

## (1) 결과책임주의의 문제

현행 민사소송법 제109조 제1항은 제98조와 함께 변호사보수 패소자부담 방식을 채택하고 있고, 변호사비용 부담에 관하여 결과책임주의를 취하고 있다. 소송에서 패소한 당사자는 소송의 성질, 이유, 증명의 어려움, 경제력, 인권침해 문제, 공익적 성격의 유무 등과 무관하게 대법원규칙에서 정한 승소자의 변호사보수를 부담해야 한다. 앞서 본 바와 같이, 미국은 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호 소송 등에서는 연방법이나 주법에서 편면적인 패소자부담주의를 채택하고 있다<sup>62</sup>.

엄격한 패소자부담주의는 승소자의 완전한 피해배상과 남소의 방지에 장점이 있을 수 있으나, 소송의 결과를 사전에 정확하게 예측할 수 없다는 한계가 있다. 가령 제조물의 하자로 인한 소비자소송 등의 경우 재판에서 전문가 감정과 같은 증명과정을 통하여 원인이 밝혀지는 경우도 있고, 의료소송이나 환경소송에서 소송 과정의 감정에서 의료사고 원인, 환경피해의 발생원인, 과실 유무 등이 드러나기도 한다. 이러한 경우 대기업 등의 변호사비용을 패소자가 무조건 부담해야 하는 위험을 감수하면서 소송을 제기하는 일은 쉽지 않을 것이다. 또한 분쟁의 원인이 단순한 사실관계의 문제가 아니라 법률적 판단의 문제인 사안에서, 명확한 법령이나 선행 판례가 없는 경우에는 법원 판결을 통해 분쟁을 해결할 수밖에 없을 것이다. 그래서 소송의 결과만으로 변호사비용 부담을 정하는 결과책임주의는 패소자에게 가혹한 측면이 있다<sup>63</sup>.

## (2) 공익소송 등에서의 불합리한 사례의 발생

교과서적으로도, 소송비용 패소자부담의 원칙을 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생길 수 있다고 하여 일률적인 변호사보수 패소자부담원칙의 문제점을 지적하고 있다<sup>64</sup>.

현행 민사소송 실무에서 일부패소의 경우 일률적으로 패소한 당사자로 하여금 청구금액과 인용액의 비율에 따라 소송비용을 부담케 하는 것이 일반적이고, 패소한 당사자의 경제적 어려움이나 소송의 난이도, 증명의 어려움 등의 이유로 패소한 공익소송, 손해배상, 보험금 소송 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 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 손해배상금보다 많은 소송비용을, 국가, 지자체, 의료기관이나 보험회사에 지급해야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다. 이 같은 사정을 고려함이 없이, 일부 저자들은 마치 1981년 「소송촉진 등에 관한 특례법」(변호사보수의 소송비용산입제)이나 1990년 개정 민사소송법이 진일보한 법제인 것처럼 면밀한 논거 없이 주장하는 경우가 있다.

<sup>62</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 437-438 참조.

<sup>63</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 452 참조.

<sup>64</sup> 강현중, 민사소송법(제6판), 714-715 참조.

한편 우리의 소송비용 부담 제도가 경제적 약자의 사법접근성을 약화하는 문제점은 있을 것이지만, 소송보험에 들면 이를 대비할 수 있을 것이라는 의견이 제시되기도 한다<sup>65</sup>. 그런데 패소자부담주의와 함께 변호사보수 법정 및 소송비용 부담을 대비한 보험제도가 정착된 독일과 달리 소송에 대비한 보험가입이 일반적이지 못한 우리나라에서는 적절하지 못하다. 사회·경제적 약자에게 사법접근성이 약화된 문제점이 있다면, 원인을 파악하고 개선하려는 노력을 우선하는 것이 타당하고, ‘억울하면 보험 들면 그만’이라는 식의 생각은, 소비자가 아닌 공급자 위주의 전형적인 권위주의 시대의 사고가 아닌가 하는 우려를 떨칠 수 없다. 경제적 약자로서 소송을 시작하기도 버거운데, 소송에 대비하여 보험부터 가입하라는 취지의 이 같은 견해는, 사회적 약자, 소시민들의 삶에 대한 기본적인 이해가 부족한 데서 비롯되지 않고서는 생각하기 어려워 보인다. 보험료는 하늘에서 떨어지는 것이 아니다. 이 견해가 최소한 현실성이 있으려면 국가 주도의 공적보험을 통해 사회적 약자를 보호하는 방안 등을 제시할 필요가 있으나, 아쉽게도 특정 사기업, 대기업의 상품을 소개하고 있어서 경악을 금하지 않을 수 없다<sup>66</sup>.

### (3) 연혁적, 비교법적 측면에서 문제점

무릇 1981년이나 1990년 무렵의 우리나라는 군사정권에서 독재 정치가 이루어진 시대였고, 당시 대기업들은 이들 군사정권과 함께 동반 성장한 시대였다고 감히 이야기할 수 있다. 그래서 군사정부나 대기업으로서는 일반 국민, 시민들의 소송을 통한 문제 제기를 제한하는 방향으로 정책을 구상하였을 것이고, 이때 필요한 도구적 개념이 ‘남소의 폐해를 방지하는 것’이라는 구호였을 것으로 보인다<sup>67</sup>.

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

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

우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사보수에 있어서는 각자부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였다. 그러나 앞서 본 바와 같이 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하는

<sup>65</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 682-683 참조.

<sup>66</sup> 이시윤, 신민사소송법(제15판), 683 참조.

<sup>67</sup> 삼청교육대 피해자와 같은 다소 정치적인 이야기는 본고에서 자제키로 하나, 가령 삼청교육대 피해자와 같은 약자가 국가를 상대로 제기하는 소송을 억제하고자 하는 것이 정부의 입장이었을 것이다. 또한 대기업과 경쟁하였던 중소기업이나 개인이 피해자가 되어 대기업을 상대로 문제 제기를 주저하도록 하는 당시 소송비용 제도의 변화는, 대기업의 활발한 성장에 도움이 되었을 것이다.

공익소송을 위촉시키는 문제점이 있고, 약자나 소시민들이 대기업과 벌이는 보험금 소송, 지자체나 국가를 상대로 하는 손해배상 소송, 임상의료 현장에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송, 환경피해를 호소하는 다수 피해자들이 제기하는 환경소송 등과 같이 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 일률적인 변호사보수 패소자부담원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하는 영역이 있다.

우리가 모방한 것으로 보이는 일본 민사소송법은 여전히 변호사보수에 대해 각자부담하는 원칙을 따르고 있는데, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 크게 사회문제화되지는 않고, 오히려 우리나라보다 인구대비 소송사건 수는 더 적은 것으로 보인다. 우리나라에서는 패소자부담원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자 측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식하에 화해나 조정율이 떨어지고 소송화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다<sup>68</sup>. 우리나라 사법연감에서 매년 보고되고 있는 소송사건 수가 증가하고 있는 점에 비추어<sup>69</sup>, 변호사보수 패소자부담 방식은 일반적인 남소 방지 기능은 낮고, 공익 소송 등에 대하여만 선별적으로 재판청구권을 제한하는 문제점을 초래하고 있을 수 있다.

비교법적 측면에서, 변호사비용에 관하여 패소자부담주의를 취할 경우 법원은 본안 사건 이외에 소송비용확정을 위한 절차를 별도로 마련하여야 하는 사법정책적 문제점도 있다<sup>70</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.

## 다. 소송비용에 의한 재판청구권 침해 가능성

(1) 변호사보수 패소자부담 방식은 부당한 제소나 상소에 대하여 응소하려는 당사자를 위하여 남소와 남상소를 방지하려는 취지가 있으므로 일응 입법목적에 정당하다고 볼 수는 있으나, 공익소송을 제기하려는 자, 소비자 소송을 제기하는 피해자, 전문영역에서 발생한 의료사고 피해자 및 기타 억울한 피해를 입은 경제적 약자가 제기하는 소송에 대해서는, 인지대와 같은 재판수수료 외에도 고액의

<sup>68</sup> 실무에서 소송대리 업무를 하고 있는 변호사들은, 승소하면 변호사보수를 받을 수 있기 때문에, 화해하지 말고 소송을 통해 해결하도록 분쟁을 조장하는 측면이 없지 않고, 변호사보수 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>69</sup> 대표적으로 우리나라 민사소송 사건 수는, 2011년에 430여만건에서, 2020년에는 480여만건으로 증가하였고, 소송비용확정신청 사건의 수는 2011년에 25,722건에서 2020년에는 43,641건으로 대폭 증가하였다. 법원행정처, 사법연감(2021), 675, 705 참조.

<sup>70</sup> 이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구: 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 433-434 참조.

상대방의 변호사보수, 감정료까지 부담하게 하여 재판청구권 행사 자체를 주저하게 만드는 상황을 고려하지 못하므로 후자의 경우에는 입법목적의 정당성, 수단의 적합성도 의문시된다.

당사자비용인 변호사보수 외에 인지대, 송달료와 같은 재판수수료에 한해서 패소자부담 방식을 취하더라도, 부당 제소나 상소에 대한 일정한 제한을 둘 수 있음에도, 변호사강제주의도 아닌 우리나라에서 개인이 자발적으로 위임한 변호사보수까지 패소자에게 일률적으로 부담케 하는 방식은, 피해의 최소성도 갖추지 못하였다고 볼 것이다. 헌법재판소도 인정한 바와 같이, 자신의 정당한 권리실행을 위하여 제소하거나 응소하려는 자가 패소한 경우의 변호사비용의 상환을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 되는 경우가 적지 않게 발생하고 있으므로, 현행 변호사보수 패소자부담 방식을 취하고 있는 민사소송법 조항은, 자신의 정당한 권리실행을 위하여 제소하거나 응소하려는 자의 재판청구권을 제한하여 얻을 수 있는 공익은 미미하거나 의문시될 정도에 불과함에 반하여 법치국가의 초석이라 할 수 있는 재판청구권의 제약은 극심하여 법익의 균형성을 충족하지 못한다고 보아야 한다. 따라서 현행 변호사보수 패소자부담 방식을 규정하고 있는 민사소송법 조항은 공익소송 등에서 패소한 당사자의 재판청구권을 침해한다고 보아야 한다.

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

(2) 법치주의원리는 민주주의와 더불어 헌법의 양대 원리이고, 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 등 기본권 보장의 실현을 목적으로 한다. 재판청구권은 다른 기본권의 실효적 보장을 위해 반드시 필요한 기본권으로서 법치주의의 핵심적 요소의 하나라고 할 것이다<sup>71</sup>.

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

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

<sup>71</sup> 장영수, 헌법학(제13판), 901 참조; 계획열, 헌법학(중)(신정2판), 631 참조.

사람들이나 집단, 대기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만, 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담이 된다. 이로 인해 헌법상 보장되어야 할 재판청구권에 대한 심각한 제약이 발생하게 되고, 문제 제기 자체를 주저하거나 포기하게 만드는 요인이 될 수 있고, 종국적으로 국가와 사회의 건전한 발전을 저해하는 문제점이 발생한다고 보아야 할 것이다.

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

### III. 패소자부담주의 원칙의 개정 논의 및 법률 개정 방향

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

##### 가. 시민단체의 문제 제기

2018. 9.에 64개 시민사회단체와 개인들이 대법원에 ‘공익의 원칙에 기초하여 일부 소송 유형에 대해 소송비용 부담의 원칙을 달리 정하는 대법원규칙 개정이 필요하다.’는 내용 등이 포함된 ‘공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구 의견서’를 공동으로 작성하여 제출하였으나, 대법원에서 특별한 해결책을 내놓지 못하고 있다<sup>72</sup>.

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

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

입법자가 민사소송법 등 소송비용 관련 법률을 제·개정하면서, 일부 변호사보수와 같은 소송비용 부담에 관한 내용을 대법원에 위임하였으면, 가급적 법률의 합헌적 운용을 위해 대법원규칙을 제·개정해야 함에도, 정당한 권리행사자, 사회·경제적 약자의 재판청구권을 최대한 억지하는 방향으로 규칙을 개정한

<sup>72</sup> 송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 37 참조.

문제점은 없는지 검토할 필요가 있다. 그럼에도 시민단체의 문제 제기에 별다른 답변을 하지 않는 대법원의 입장은 바람직하지 못하다.

## 나. 대한변호사협회 심포지엄 및 논의안

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

즉, 현행 패소자부담원칙을 유지하면서 변호사보수에 한해 공익소송이나 증명의 부담이 있는 전문가 소송, 인권 관련 소송 등에서는 경제적, 사회적으로 열악한 지위에 있는 원고가 소송에서 승소한 경우에 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에, 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 다만 편면적 패소자부담주의가 적용될 필요가 있는 소송의 중요 유형은 민사소송법에 규정하고, 이를 합리적으로 구체화할 수 있도록 대법원규칙에 일부 위임하는 형식을 취함으로써, 예측하지 못한 부족한 점을 보충할 수 있을 것으로 보인다. 필자는 당시 심포지엄에서 현행 민사소송법 제98조는 그대로 두고, 변호사보수에 한해 패소자부담 방식을 완화하는 형태로 민사소송법 제109조 제1항에 단서를 추가하는 내용으로 법률을 개정하자는 의견을 개진한 바 있다<sup>73</sup>. 이렇게 되면 인지대 및 감정료 등 재판비용과 같은 소송비용은 종전과 마찬가지로 패소자부담원칙에 따라 패소자가 부담하게 되지만, 패소자부담원칙의 일률적인 적용으로 상대측의 변호사보수를 부담해야 하는 일부 불합리한 사례가 줄어들 것으로 기대하였다. 또한 패소자부담원칙의 문제점이 부각되는 대부분의 사례들 역시 변호사보수 부담에 관한 것이었으므로, 패소자부담원칙을 규정하고 있는 민사소송법 제98조는 그대로 두고 변호사보수를 소송비용에 산입하고 있는 민사소송법 제109조를 개정하는 방향으로 의견을 개진한 것이다.

<sup>73</sup> 박호균, “공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향 - 변호사보수와 소송비용을 중심으로”, 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄, 대한변호사협회 (2018. 11. 21. 발표), 31 참조; 단서에 “민사소송법 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① … 다만 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 증명의 부담이 큰 전문 소송 등 대법원 규칙이 정하는 소송에서 패소한 당사자에 대해서는 소송비용으로 인정하지 아니하다.”를 추가함으로써, 일부 공익적인 성격이 있는 소송 유형에서 필수적 감면 내용을 규정하자는 의견이었다.

위 심포지엄 이후 2018~2019년 당시 대한변호사협회에서 추가적인 논의 후에 필수적 감면이 아닌 ‘임의적 감면’을 제안하는 개정안 관련 의견을 보고한 바 있다<sup>74</sup>.

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

2020. 1. 대한변호사협회 토론회에서는 법률 개정, 대법원 스스로의 제도 개선, 정부 및 법무부의 제도 개선 등 더 다양한 개선 의견이 제안되었다. 우선 법률 개정의견으로 공익의 원칙에 기초하여 일정한 요건을 갖춘 공익소송의 유형에 대해서는 소송비용 부담을 면제 내지 감경하는 제도개선이 이루어져야 하고, 다만 법률에서는 구체적 사유나 소송 유형을 구체적으로 특정하는 것이 여의치 않을 수 있으므로, 이를 고려하여 ‘사건의 공익성 등 대법원규칙이 정하는 사유’가 있는 경우에는 패소자부담주의의 예외를 인정하는 규정을 법률에 두며, 대법원규칙 등에서 사유를 구체화하는 것이 보다 효과적일 것이라는 의견이 개진되었다<sup>75</sup>. 이 의견은 패소자부담원칙을 포괄적으로 규정하고 있는 민사소송법 제98조에 단서를 추가하는 형태였다<sup>76</sup>.

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

다음으로 대법원 스스로의 제도 개선 방안으로, ‘변호사보수규칙’을 개정하는 의견이 제시되었다. 대법원규칙을 개정함으로써, 공익소송 등 일정한 요건을 갖춘 경우에는 법원이 적극적으로 소송비용을 면제 내지 감액할 수 있도록 할 필요가 있다는 것이었고<sup>77</sup>, 구체적인 개정안으로 재량에 의해 소송비용을 조정할 수 있도록 규정된 현행 변호사보수규칙 제6조를 개정하자는 것이었다<sup>78</sup>. 법률 개정이 아닌 대법원규칙 개정만으로 패소자부담원칙에 예외를 인정하는 의견으로 볼 수 있는데, 대법원의 의지만 있다면 간명하게 현행 패소자부담원칙의 문제점을 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 기대되는 방식이다.

남소 및 남상소의 억제와 승소자의 완전한 권리회복을 목적으로 대법원은 그동안 변호사보수규칙 별표를 개정하여 온 것으로 보이나, 정당한 권리행사자, 사회경제적 약자의 재판청구권의 과도한 제한을 충분히 고려하지 않은 문제점이 있다. 당사자비용인 변호사보수표의 과도한 증액과 일률적인 패소자부담원칙 적용으로 인해 변호사보수 패소자부담 방식을 규정하고 있는 법률의 위헌성이 악화되는 현상이 발생하여 왔다. 입법자가 민사소송법 등 소송비용 관련 법률을 제·개정하면서 일부 변호사보수와

<sup>74</sup> 당시 대한변호사협회(협회장 김현) 인권위원회 산하 장애인권 분야에서, 단서에 “민사소송법 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ① … 만 인권, 소비자보호, 고용관계, 환경보호, 의료사고 등 공익소송이나 증거의 편재로 인하여 증명 부담이 큰 전문 소송의 경우에 대법원규칙이 정하는 범위 안에서 패소한 당사자의 소송비용을 감면할 수 있다.”를 추가함으로써, 일부 공익적인 성격이 있는 소송 유형에서 필수적 감면 보다는 법원에 재량을 인정하는 임의적 감면이 더 바람직하다는 논의를 반영하였다.

<sup>75</sup> 송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 40 참조.

<sup>76</sup> 단서에 “민사소송법 제98조(소송비용부담의 원칙) … 다만 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원규칙이 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”를 추가하는 의견이었다.

<sup>77</sup> 송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 41 참조.

<sup>78</sup> 「변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙」 개정(안)



같은 소송비용 부담에 관한 내용을 대법원에 위임하였으면, 가급적 법률의 합헌적 운용을 위해 대법원규칙을 정비할 필요가 있으므로, 대법원 스스로 변호사보수규칙을 개정하는 것은 바람직한 제도 개선 방안 중의 하나이다.

또한 위 토론회에서, 정부 및 법무부의 제도 개선 방안으로, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」을 개정하는 의견이 제시되었다. 국가 등이 스스로 소송비용 확정청구를 자제하고 기계적인 청구를 하지 않도록 근거를 마련할 수 있다는 것이었고<sup>79</sup>, 현행 위 시행령 제12조에 구체적인 예외 사유를 추가하는 내용의 의견이 개진되었다<sup>80</sup>.

대한변호사협회에서는 소송비용 부담 제도의 개선에 관한 논의를 계속하였고<sup>81</sup>, 2021. 10.경 민사소송법 개정법률안<sup>82</sup> 및 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 일부개정법률안<sup>83</sup>에 관한 의견을 취합하였다.

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

#### 다. 법무·검찰개혁위원회 권고안

법무·검찰개혁위원회(위원장 김남준)는 2020. 2. 10. ‘공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련’에 대해 심의·의결하고 소송비용 부담 관련 법령 개정을 권고하였다. 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정 권고 내용으로 ‘국가 또는 행정청을 당사자 또는 참가인으로 하는 공익소송 등에 있어서 국가등이 패소당사자에게 소송비용을 회수할 경우, 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면’하는 내용이었다. 구체적으로 소송비용 회수의 예외 요건으로 ‘공익성이 인정되는 경우, 정보공개소송의 경우, 경제적·사회적 상황이 여의치 않은 경우, 정의와 공평의 원칙에 부합하지 않은 경우 등’을 예로 들었고, 다만 소송제기에 악의적 의도가 있는 경우는 국가가 소송비용을 회수할 수 있도록 하였다. 또한 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정 전이라도 ‘공익소송 등의 경우에는 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면’하는 내용으로 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 제12조의 개정을 권고하였다<sup>84</sup>.

최근 각급 행정기관은 소송수행자들에 의한 소송수행 방식을 택하지 않고 외부 변호사 혹은 법무법인, 정부법무공단에 소송사건을 위임하는 경향이 강하다. 국가기관이나 행정기관이 당사자가 된 소송에서

<sup>79</sup> 송상교, “공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향”, 44 참조.

<sup>80</sup> 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 개정(안)

<sup>81</sup> 필자 역시 대한변호사협회 공익소송 패소자부담 제도개선 TF 위원(위원장 박종운 변호사)으로 참여하였다.

<sup>82</sup> 박호균, “공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안, 더불어민주당 박주민 국회의원·대한변호사협회·민주시회를위한변호사모임 공익인권변론센터·사단법인

정보인권연구소·진보네트워크센터·참여연대·천주교인권위원회·투명사회를위한정보공개센터 (2022. 1. 12.). 31 참조.

<sup>83</sup> 박호균, “공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 31-32 참조.

<sup>84</sup> 법무·검찰 개혁위원회, 『공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련』 권고: 법무·검찰 개혁위원회 제13차 권고 발표, 보도자료, (2020. 2. 10.), 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 개정(안)

실질적으로 해당 국가기관 등의 소속 공무원 등이 더 전문적일 가능성이 높음에도, 굳이 외부 변호사에게 소송을 위임하고 패소한 일반 국민들에게 일률적으로 소송비용을 청구하는 것은, 기본권 보호의무가 있는 국가기관의 태도로는 적절하지 못한 측면이 있다고 보아야 한다.

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

또한 위 법무·검찰개혁위원회는 ‘사인 간의 소송에서 공익성이 인정되는 경우, 국민적 공감대가 형성되는 범위에서 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면하도록 민사소송법 제98조, 제109조의 개정 추진’도 권고하였다<sup>85</sup>. 국가기관이 아니더라도 각급 공사, 대기업과 일반 시민들 사이에서 벌어지는 소송도 사인 간의 소송으로 볼 수 있는데, 이들 소송에서도 공익성이 인정되는 경우가 많고 재판청구권을 보다 충실하게 보장할 필요성이 있다는 점에서, 위 위원회가 패소자부담원칙을 포괄적으로 담고 있는 일반법인 민사소송법의 개정을 권고한 것 역시 바람직하다.

## 라. 국회 개정안 발의내용

앞서 본 바와 같이, 최근 2022. 6. 국회에서 소송비용 부담 관련 개정법률안이 발의되었는데, 제안이유는 ‘인권, 국민의 건강과 안전, 환경 등 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 함으로써, 공익소송을 활성화하려는 것’이었다. 개정안의 내용은 민사소송법 제98조와 별도로 제99조의2를 신설하여 소송비용부담의 특례를 규정하는 것이었다<sup>86</sup>.

또한 민사소송법과 함께 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정안도 발의되었는데 ‘국가승소판결의 확정성이 있는 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소자로부터 소송비용을 회수하도록 하되, 인권, 국민의 건강과 안전, 환경 등 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건인 경우에는 패소자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 함으로써, 공익소송을 활성화하려는 것’을 제안이유로 하고, 제11조의2를 신설하는 것이었다<sup>87</sup>.

이보다 앞서 2020. 7.에도 관련 법률안이 발의되었는데, 현행 민사소송법 제98조에 예외 단서를 신설하여 공익소송에서 패소한 당사자의 경우 소송비용 부담을 경감할 수 있도록 하고, 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하는 것을 제안이유로 들었다<sup>88</sup>. 또한 국가를

<sup>85</sup> 법무·검찰 개혁위원회, 『공익소송 패소비용의 필요적 감면 규정 마련』 권고: 법무·검찰 개혁위원회 제13차 권고 발표, 보도자료, (2020. 2. 10.) 참조.

<sup>86</sup> 민사소송법 일부개정법률안 (의안번호: 15832, 제안일자: 2022. 6. 8., 박주민의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제99조의2.

<sup>87</sup> 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호: 15830, 제안일자: 2022. 6. 8., 박주민의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제11조의2.

<sup>88</sup> 민사소송법 일부개정법률안 (의안번호: 1725, 제안일자: 2020. 7. 9., 양정숙의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제98조.

당사자로 하는 공익소송의 패소자의 경우 필요적 소송비용 회수의 예외를 규정하여 이를 통해 공익소송의 활성화 및 공익증진과 인권보호 강화를 도모하는 것을 제안이유로, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 제11조의2를 신설하는 것을 내용으로 개정안도 발의되었다<sup>89</sup>.

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

## 마. 검토

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

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

다만 예외를 구성하는 내용이 ‘사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원규칙으로 정하는 사유’와 같이 추상적일 경우, 소송비용을 감면하는 범위가 대법원규칙에 사실상 대부분 위임되는 형태로서 현재와 유사한 문제점이 발생할 수 있다. 또한 소송비용에 관한 문제는 개인의 권리와 의무에 적지 않은 영향을 미칠 수 있는 영역이므로, 대법원규칙에 대부분을 위민사소송법 일부개정법률안 (의안번호: 1725, 제안일자: 2020. 7. 9., 양정숙의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제98조.임하는 형태보다는, 법률에 다소 구체적인 소송유형을 명확하게 규정할 필요가 있다.

## 2. 개정에 반대하는 의견에 대한 비판

### 가. 공익소송 개념의 불확정성에 대한 우려 관련 의견

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

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

<sup>89</sup> 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안 (의안번호: 1742, 제안일자: 2020. 7. 9., 양정숙의원 등 발의, 계류 중) 의안원문, 제11조의2.

공익소송(또는 공익인권소송)은 현행법상 개념이 규정된 것은 아니지만 과거 사법개혁위원회에서 잠정적으로 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭한다고 개념을 정리한 바 있다<sup>90</sup>.

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

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

또한 현행 규정을 통해서도 소송비용 패소자부담의 불합리한 점을 해소할 수 있다는 주장이 있다. 현행 민사소송법상 패소자부담주의에 대한 예외로 제99조 및 제100조가 규정되어 있고<sup>91</sup>, 대법원규칙인 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙에서 소송비용에 산입하는 것이 ‘현저히 부당’하다고 인정되는 경우에는 법원이 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있도록 규정되어 있다<sup>92</sup>. 그러나 판례는 ‘현저히 부당한 경우’에 대하여 ‘소송목적의 값, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의해 산정한 보수액의 규모, 소송의 경과와 기간, 소송종결사유, 사건의 성질과 난이도, 변호사가 들인 노력의 정도 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의한 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 상대방에게 상환을 명하는 것이 공정이나 형평의 이념에 반하는 결과를 가져오는 경우’로 해석하면서 불합리한 경우를 해소할 수 있을 것과 같은 논리를 밝혀오고 있지만<sup>93</sup>, 실제로 이와 같은 법리를 통해 소송비용 부담 경감을 인정한 예는 매우 드물다. 즉 법원 실무상 드물게 예외적인 사안이 없는 것은 아니나 관행적으로 승소 비율에 따라 일률적으로 소송비용을 부담할 것을 주문에서 밝히고 있으므로, 현행 법령을 통해 소송비용과 관련한 불합리한 점을 해결할 수 있다는 취지의 주장 역시 적절하지 못하다.

서두에서 예로 든 지하철 차량과 승강장 간 간격 혹은 단차로 인해 사고를 입은 장애인들이 제기한 본인 소송 후, 소송비용확정결정에서 법원은 1인당 500여만 원의 소송비용을 공사 측에 상환하라고

<sup>90</sup> 사법개혁위원회, “국민과 함께하는 사법개혁: 사법개혁위원회 백서”, 사법개혁위원회 자료집(VII) (2005), 236 참조

<sup>91</sup> 민사소송법 제99조(원칙에 대한 예외) 법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.

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

<sup>92</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 제6조(재량에 의한 조정) “① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다. ② 법원은 제3조의 금액이 소송의 특성 및 이에 따른 소송대리인의 선임 필요성, 당사자가 실제 지출한 변호사보수 등에 비추어 현저히 부당하게 낮은 금액이라고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 위 금액의 2분의 1 한도에서 이를 증액할 수 있다.”

<sup>93</sup> 대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정, 대법원 2013. 12. 27. 자 2013마1803 결정, 대법원 2022. 5. 12.자 2017마6274 결정 등 참조.

결정하였는데<sup>94</sup>, 공익사건에서조차 소송비용 부담 경감이 이루어지지 못하고 있다는 점은, 현행 법령을 통해서 문제점을 해결하기 어려운 현실의 단면을 보여주고 있다고 볼 것이다<sup>95</sup>.

### 3. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성 및 법률 개정 방향

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

소송비용 부담에 관한 규정은 「민사소송법」, 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」, 관련 법령에 근거를 두고 있는 바, 민사소송법 이외의 특정 분야에 적용되는 법률이나 법령을 개정하는 방식으로도 현재 발생하고 있는 소송비용 부담 제도의 문제점을 일정 부분 개선할 수 있다. 그러나 특정 분야에서만 예외를 설정하는 형태의 해결방법은 그 분야에 한해서만이라도 도움이 될 수 있겠으나, 양정숙 의원안이나 박주민 의원안과 같이, 소송비용과 관련한 일반법인 민사소송법을 개정하는 것이 보다 근본적이고 유효, 적절한 방식으로 사료된다.

보충적으로, 개별법률을 개정하는 것과 일반 법률을 개정하는 것 사이의 적절성에 관해 검토하면, 비교법적으로 미국에서는 변호사보수를 각자부담하는 것이 원칙이었고, 이러한 역사적·법률적 배경하에서 인권에 관한 소송 등에서 피해자가 승소한 경우 가해자측에 변호사보수를 소송비용으로 청구할 수 있도록 하기 위하여, 연방법이나 주법에 편면적패소자부담주의를 예외적으로 규정하게 된 것이었다. 그런데 우리의 현행 법제는 변호사보수 패소자부담방식이 원칙인 상황이므로, 개별 분야·영역에 적용되는 특별법에서만 예외를 규정하는 방식은 전반적인 사회·구조적인 문제점을 해결하지 못하면서, 특정 분야만 우리 사회에서 고립시키거나, 역차별을 한다는 비판이 대두될 수 있다. 이 같은 이유로 필자는 개별 분야(가령 장애인 인권 소송, 소비자 피해구제 소송 등)에서의 예외 설정 필요성을 긍정하는 생각을 가지고 있으면서도, 우리 법제에서 소송비용 관련 일반법인 민사소송법의 개정을 통해 근본적이고 사회통합적인 개정을 주장하는 것이다.

또한 필자는 2018년 대한변호사협회에서 민사소송법 제109조를 개정하는 의견을 밝힌 바 있으나(변호사보수를 중심으로 한 개정 의견), 이후 대한변호사협회 내부 논의, 시민단체 의견 등 다양한 내용까지 고려하여 당시보다 다소 적극적으로 같은 법 제98조의 예외를 신설하는 개정(변호사보수 외에 재판비용까지 예외를 두는 방식)과 소송비용 관련 법률인 「국가를 당사자로 하는

<sup>94</sup> 서울동부지방법원 2021. 12. 14.자 2021카합6232 결정; 서울고등법원 2022. 6. 8.자 2021라21374 결정

<sup>95</sup> 박규리, ““공익소송은 패소자 비용부담 예외여야”헌법소원 청구”, 연합뉴스; 이슬기, “장애인 이동권 소송 졌다, 천만원 내라고요?”, 에이블뉴스; 진선민, ““공익소송 저도 패소비용 다 내라?”…잔인한 민사소송법 현재”, 서울신문 참조.

소송에 관한 법률」의 개정이 절실하다고 본다<sup>96 97 98</sup>. 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 패소자부담주의에 근접한다고 볼 수 있다. 다만 실제 국회에서 개정안 논의 시에 민사소송법 제98조가 아닌 제109조를 개정하는 경우도 생각해 볼 수 있는데, 그 경우 소송비용 중 재판비용의 상당 부분을 차지하는 인지세, 감정료 등을 감액하여 소송에 대한 장벽을 낮추는 노력도 필요하다. 현행의 인지세, 감정료 등의 비용은 남소 방지라는 목적을 감안하더라도, 공익소송 등에서도 소가에 비례하는 일률적인 방식으로 당사자에게 과도한 부담을 주는 문제가 발생하고 있으므로, 이를 개선하기 위해 대법원과 별도로 국회에서의 입법적 조치도 고려될 필요성이 있다.

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

#### IV. 맺음말

우리나라는 20~30년 이상 지속되어 오던 변호사보수 각자부담원칙을 1990년 민사소송법 개정을 통해 패소자에게 부담시키도록 법률을 개정한 이래 현재까지 이러한 형태의 법률을 유지하고 있다. 이 때문에 공익소송이나 전문소송에서 증명의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도,

<sup>96</sup> 필자가 제안하는 민사소송법 일부개정법률안 개정안

<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.

의 예시는 다음과 같다.

<sup>97</sup> 필자가 제안하는 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안의 예시는 다음과 같다.

개정안<신 설>

제11조의2(소송비용의 회수) ① 국가승소판결의 확정인 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소한 당사자로부터 소송비용을 회수할 수 있다. 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소송비용 확정결정 신청을 하지 아니하거나 확정된 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

1. 인권의 보호와 향상, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 등에 관한 소송으로 그 성격상 공익성이 인정되는 경우

2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우

3. 소송 당사자의 사회적 지위 및 경제적 자력, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 소송비용을 청구하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우

② 제1항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 소송비용 회수 예외의 범위 및 절차는 대통령령으로 정한다.

<sup>98</sup> 박호균, “공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 34-36 참조.

우리 법제는 일률적으로 패소자부담원칙을 강제함으로써, 순기능을 하는 공익소송을 위축시키고 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 하고 있다. 사회·경제적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담과 재판청구권에 대한 심각한 제약이 발생하고 있는 것이다.

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

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

# 참고문헌

## 1. 단행본

강현중, 민사소송법(제6판), 박영사 (2004)

계희열, 헌법학(중)(신정2판), 고려대학교출판부 (2007)

권영성, 헌법학원론, 법문사 (2010)

대법원 사법정책연구원, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 사법정책연구원 (2016)

민일영·김능환 편집, 주석 민사소송법 2(제7판), 한국사법행정학회 (2012)

이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사 (2021)

장영수, 헌법학(제13판), 홍문사 (2021)

정동윤·유병현·김경욱, 민사소송법(제8판), 법문사 (2020)

호문혁, 민사소송법(제14판), 법문사 (2020)

허영, 한국헌법론(전정17판), 박영사 (2021)

홍성방, 헌법학 개론, 박영사 (2017)

## 2. 논문

곽승구, “제3자가 지급하는 변호사보수의 소송비용 산입여부 : 대법원 2020. 4. 24.자 2019 마6990 결정을 소재로”, 법학논고 제73호 (2021)

박경재, “변호사의 법적 지위와 변호사보수계약”, 법학연구 제51권 제1호 (2010)

박호균, “공익소송 등에서 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 공익과 인권, 통권 제22호, (2022)

이종구, “민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구 : 미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로”, 경영법률 제24권 제3호 (2014)

전병서, “소송비용의 부담에 관한 약간의 검토”, 한국민사소송법학회 민사소송 제13권 제 2호, (2009)

정성윤, “소송비용 제도에 관한 고찰”, 박사학위논문, 한양대학교 대학원 (2021)



조수혜, “미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법”, 한국민사소송법학회 민사소송 제15권 제1호 (2011)

### 3. 판례

#### 국내 판례

헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 92헌바8 결정

헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌바20 결정

헌법재판소 2011. 5. 26. 선고 2010헌바204 결정

헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2012헌바68 결정

대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정

서울고등법원 2022. 6. 8.자 2021라21374 결정

서울동부지방법원 2021. 12. 14.자 2021카확6232 결정

서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카확245 결정

서울중앙지방법원 2018. 5. 1.자 2018카확31041 결정

서울중앙지방법원 2018. 5. 8.자 2018라20822 결정

서울중앙지방법원 2018. 5. 18.자 2018카확31687 결정

서울중앙지방법원 2019. 3. 5.자 2019카확132 결정

#### 외국 판례

Arcambel v. Wiseman, 386 U.S. 714 (1796)

Stewart v. Sonneborn, 98 U.S. 187 (1879)

Oelrichs v. Spain, 82 U.S. 211 (1872)

Day v. Woodworth, 54 U.S. 363 (1852)

Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co., 386 U.S. 714 (1967)

## 4. 법령

### 현행법령

대한민국헌법 (헌법 제10호, 전부개정 1987. 10. 29., 1988. 2. 25.)

민사소송법 (법률 제18396호, 일부개정 2021. 8. 17., 시행 2021. 11. 18.)

민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙(대법원규칙 제3028호, 일부개정 2022. 1. 28., 시행 2022. 3. 1.)

변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 (대법원규칙 제2936호, 일부개정 2020. 12. 28., 시행 2020. 12. 28.)

### 구법령

구 민사소송법(법률 제547호, 제정 1960. 4. 4., 시행 1960. 7. 1.)

구 민사소송법(법률 제4201호, 일부개정 1990. 1. 13., 시행 1990. 9. 1.)

구 소송촉진 등에 관한 특례법(법률 제3361호, 제정 1981. 1. 29., 시행 1981. 3. 1.)

### 개정법률안

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

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

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

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

장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법 일부개정법률안 (의안번호: 18651, 제안일자: 2022. 12. 2., 최혜영의원 등 발의, 계류 중)

## 5. 기타자료

## 국문자료

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

“공익소송도 돈 있어야 하나요?”, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색 국회 토론회, 국회의원

백혜련·대한변호사협회·민주사회를위한변호사모임·진보네트워킹센터·참여연대·천주교인권위원회·투명사회를위한정보공개센터 (2021. 3. 3.).

“공익소송 등과 소송비용 부담 제도의 문제점과 개선방향”, 공익소송 패소비용 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정방안, 더불어민주당 박주민 국회의원·대한변호사협회·민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터·사단법인

정보인권연구소·진보네트워킹센터·참여연대·천주교인권위원회·투명사회를위한정보공개센터 (2022. 1. 12.).

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

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

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

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

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

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

박호균, “사회적 약자의 재판청구권 보장을 위해”, 한겨레.

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

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

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

최석범, “염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나”, 에이블뉴스.

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

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

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

법원행정처, 사법연감 (2021)

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

## 외국자료

“「合意による弁護士報酬敗訴者負担制度」を導入する法律案に反対する決議”, 京弁護士会 (2004. 7. 28.)

John Litton QC, Protective Costs Orders in UK Environmental and Public Law Cases (2015)

# 외국 입법례를 통해 본 공익소송 인정 기준

조미연 변호사 / 공익인권법재단 공감, 서울지방법변호사회 인권위원회 위원

## I. 서론

### 1. 소송비용 패소자부담주의 일률적용의 문제

현재 우리나라 민사소송법 제98조, 제109조 제1항을 통해 유지되고 있는 ‘소송비용 패소자부담주의’의 예외적 기준으로는 민사소송법 제99조 내지 제101조 및 변호사보수규칙 제6조 제1항<sup>99</sup>을 들 수 있다. 그러나 우리 법원은 판결의 주문에서 청구에 대비한 인용 부분 비율을 기준으로 사실상 기계적으로 소송비용 부담 비율을 선언하고 있으며<sup>100</sup>, 대법원은 변호사보수규칙 제6조 제1항에서 소송비용을 감액할 수 있는 ‘현저히 부당하다고 인정되는 경우’란 ‘소송목적의 값, 보수규칙 제3조 및 제5조에 따라 산정한 보수액의 규모, 소송의 경과와 기간, 소송종결 사유, 사건의 성질과 난이도, 변호사가 들인 노력의 정도 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 보수규칙 제3조 및 제5조에 따른 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 상대방에게 상환을 명하는 것이 공정이나 형평의 이념에 반하는 결과를 가져오는 경우’라고 결정하였다(대법원 2022. 5. 12.자 2017마6274). 이러한 법원 판시에 따라 ‘소송비용확정절차’에서는 패소자에 대한 소송비용 감액결정 여부와 관련하여 위 사유를 고려하고 있다.

<sup>99</sup> 민사소송법 제99조(원칙에 대한 예외) 법원은 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 그 권리를 늘리거나 지키는 데 필요하지 아니한 행위로 말미암은 소송비용 또는 상대방의 권리를 늘리거나 지키는 데 필요한 행위로 말미암은 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있다.

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

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

변호사보수규칙

제6조(재량에 의한 조정) ① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다.

<sup>100</sup> 청구액 1000만원 중 200만원이 인용된 경우, 패소비율에 따라 승소한 원고가 소송비용의 80%, 패소한 피고가 소송비용의 20%를 부담하는 식이다.

문제는 위와 같은 변호사보수규칙 규정 및 대법원 판결에 따른 예외적 기준 또한 ‘소송비용 패소자부담주의’로 인한 문제를 보완하지 못하고 있다는 점이다. ‘소송비용 패소자부담주의’의 예외 없는 관철은 자칫 경제적으로 여유가 없는 사람들의 재판청구권을 제약할 우려가 있으며, 특히 공익소송의 경우 이 문제가 더욱 극명히 나타난다는 점에서 해외 여러 국가에서도 이를 보완하기 위한 여러 장치를 강구해왔다. 그에 비하여 i) 현행 우리나라 ‘소송비용확정절차’는 1차적으로 사법보좌관을 통해 형식적 계산식에 따라 비용이 확정되는 구조이며, ii) 그렇게 확정된 패소비용에 대하여 절차에 따라 항고하더라도 인용률이 지극히 낮고, iii) 변호사보수규칙상 ‘현저히 부당하다고 인정되는 경우’에 사건의 공익성이 포함되지 않아 ‘공익소송’을 이유로 패소비용을 감면받기가 어려워 계속해서 개선의 목소리가 이어져 왔다.

## 2. 공익소송 패소자부담주의 예외적 기준 마련의 필요성

기존에 헌법재판소는 ‘소송비용 패소자부담주의’의 기반이 되는 민사소송법 제98조가 헌법에 위반되지 않는다고 판단했다(헌법재판소 2013. 5. 30. 2012헌바335 결정). 이 조항이 공익소송과 관련하여 소송비용 패소자부담주의를 완화, 보완할 명시적이고 특별한 장치들을 직접 규정하고 있는 것은 아니지만, 민사소송법 제98조는 민사소송법상 패소자부담주의에 대한 예외가 어느 정도 존재하는 점, 관련 법률에 근거하여 제정된 대법원규칙 등에서 소송비용의 범위와 액수를 한정하고 있는 점, 소송비용 확정결정에 관하여 이의가 있는 경우에는 즉시항고를 할 수 있도록 하고 있는 점, 소송구조제도 등을 마련하고 있는 점 등을 이유로 그 제한의 정도가 위헌에 이르지 않는다는 것이다. 그러나 아래의 사정들은 공익소송에 대한 패소자부담주의 예외적 기준 마련의 필요성을 더욱 절실히 느끼게 한다.

### 가. 법적 근거가 없어 공익소송의 소송비용 감면이 어렵다는 대법원

휠체어를 이용하는 중증 지체장애인 2명은 지하철 승강장의 넓은 간격과 높은 단차로 인해 열차에 승·하차하면서 사고를 당했고, 비장애인과 실질적으로 동등하고, 안전하게 이동할 수 없는 현황에 대하여 서울교통공사를 상대로 장애인차별금지법에 근거한 ‘장애인차별구제청구소송’을 제기하였으나 2심에서 기각 판결이 확정되었다<sup>101</sup>(서울고등법원 2021. 8. 19. 2020나2024708). 이후 서울교통공사는 ‘소송비용확정신청’을 통해 원고 2명에게 각 500만원 남짓 비용을 청구하였고, 원고는 절차에 따라 항고하여 ‘공익소송’이라는 점, 재판청구권의 실질적 보장을 위해 법원이 보다 적극적으로 판결해야 한다는 점 등을 주장하며 다투었다. 법원은 ‘이 사건이 공익적 성격이 있다는 점을 감안하더라도 소송비용을 내라는 결정이 공정이나 형평에 반한다고 볼 수 없으며, (중략) 이를 입법적으로 해결하는 것은 별론으로 하고, 신청인이 주장하는 이른바 ‘공익소송’을 제기하여 패소한

<sup>101</sup> 지하철 현황은 장애인에 대한 차별행위임이 인정되었지만, 이러한 차별행위를 시정하지 않은 정당한 사유가 받아들여져 법원에 대한 적극적 구제명령 청구가 받아들여지지 않고 기각되었다.

당사자에 대한 소송비용 부담액 경감 근거를 찾을 수 없다'고 결정하였고, 대법원에서 최종 확정되었다(대법원 2022. 9. 27. 2022마6256 결정).

## 나. '소송비용 패소자부담주의'에 대한 헌법재판소의 종래 결정<sup>102</sup>

종래 헌법재판소는 소송비용 패소자부담주의를 예외 없이 관철하는 것이 재판청구권을 침해할 위험이 있다고 전제하면서도<sup>103</sup>, 현행법상 다양한 예외나 보완장치가 존재한다는 이유로 현행 방식이 재판청구권을 침해하지 않는다고 보았다. 현행법에 근거하여 합당한 예외를 인정하면서 이 제도를 합리적으로 운영할 수 있다는 것이다. 그러나 헌법재판소가 현행법에 마련되어 있다고 평가한 이러한 예외적 운영의 가능성이 '실제로는 효과적으로 실행가능하지 않다'는 점에서 사회적 문제제기가 반복되어 왔으며, 위 대법원 2022마6256 결정을 통해 공익소송에 대한 예외의 합당한 인정가능성이 실정법상으로 명시되지 않은 탓에 법원이 공익소송에 관한 예외를 인정하기 곤란하다는 입장이 명시된바 헌법재판소의 민사소송법 제98조 등이 재판청구권을 침해하는지에 대한 종전 판단은 재검토되어야 한다<sup>104</sup>.

## 다. 잠자고 있는 국회 입법 발의안

현재 국회에는 '소송비용 패소자부담주의'의 예외적 기준과 관련하여 크게는 2개의 민사소송법 개정 법률안이 발의되어 있다. 민사소송법 제98조 단서조항을 신설하여 공익소송의 경우 소송비용부담 원칙에 대한 예외를 인정할 수 있도록 하는 2020. 7. 9.자 양정숙 의원 대표발의안(의안번호 제1725호)<sup>105</sup>, 민사소송법 제99조의2를 신설하여 공익소송에 대한 재정적 소송비용 감면규정을 만드는 2022. 6. 9.자 박주민 의원 대표발의안(의안번호 제15832호)<sup>106</sup>이 그것이다. 그러나 양정숙 의원 대표발의안에 대한 국회 검토보고서는 '공익소송에 대한 필요적 감면규정을 마련하여 공익소송을 제기하고자 하는 자의 재판청구권을 보장하고 소수자의 권리형성 및 실현 등 인권을 향상시키려는 개정안의 취지는 타당'하다고 하면서도 여전히 i) '공익성' 등의 구체적 판단 기준이 모호하고, ii) 형평에 반할 소지가 있으며 iii) 남소에 따른 사법절차 지연 등 부작용이 우려된다는 이유에서 합리적 대안에 대해 충분한

<sup>102</sup> 2021라21374 소송비용액확정 사건 제출 '전문가 의견서', 이황희, 17 ~ 19쪽 일부 인용

<sup>103</sup> '패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키는 것에 합리적인 이유가 인정된다고 하더라도, 예외 없이 모든 경우에 있어서 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키거나, 권리의 신장 또는 방어에 필요하지 않은 비용의 지출까지 모두 소송비용에 포함시켜 패소한 당사자로부터 상환 받을 수 있게 한다면, 소송 당사자에게 불측의 재산상 손해를 끼칠 수 있고, 정당한 권리구제를 사전에 스스로 포기시키게 할 위험도 있다'

<sup>104</sup> 관련해서 민사소송법 제98조, 제109조에 대한 2022헌바159 사건이 헌법재판소에서 계속 중이다.

<sup>105</sup> 유사한 취지의 발의안으로 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안」(양정숙의원 대표발의, 의안번호 제2101742호)

<sup>106</sup> 유사한 취지의 발의안으로 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안」(박주민의원 대표발의, 의안번호 제15830호)

검토가 필요하다는 입장을 보이고 있고 박주민 의원 대표발의안은 발의한 지 1년이 지나도록 구체적인 검토보고서조차 나오지 않은 상황이다.

## 라. 소결

소송비용부담 원칙이 ‘패소자부담주의’든, ‘각자부담주의’든 그에 따른 특성과 장·단점이 상존하며, 나라마다 연혁과 상황에 따른 맥락을 고려해야 함은 당연하다. 그렇다면, 현재 우리나라의 소송비용부담 원칙, 제도는 어떻게 평가되어야 하는가? ‘패소자부담주의’의 장점은 남소방지와 승소한 자의 권리구제에 충실하다는 점인데 사법연감 등 통계상 우리나라 소송건수는 ‘패소자부담주의’를 도입한 이래 전반적으로 증가해 온 사실을 확인할 수 있고<sup>107</sup>, 오히려 승소할 경우 소송비용을 받아낼 수 있어 화해나 조정을 이끌어내지 않거나 공익소송 등을 고려하지 않은 채 일률적인 패소자부담주의를 적용하면서 사회적 변화의 목소리, 공익소송을 위축시킨다는 비판을 받고 있다. 그런 상황에 법원, 헌법재판소, 국회, 정부 너나할 것 없이 모두 현행 ‘소송비용 패소자부담주의’ 개선을 위한 노력에서는 한 걸음 뒤로 물러난 채 방관하고 있는 상황이 지속되고 있는 것이다. 이제는 바뀌어야 한다. 이를 위해 아래에서는 여러 국가들이 소송비용 문제가 공익소송 수행에 장애가 되지 않도록 다양한 제도적 보완책을 모색해 온 사례 중에서도 ‘공익소송 인정 기준’을 중심으로 살펴, 우리나라가 나아갈 방향에 대해 비교법적으로 고찰해 보려고 한다.

## II. 외국 입법례를 통해 본 공익소송 인정 기준

### 1. 미국

#### 가. 소송비용원칙

미국은 우리와 달리 소송당사자들이 소송의 승패 여부와 상관없이 변호사비용의 각자부담이 원칙이다<sup>108</sup>. 소송결과는 원래 불확실하므로 소송을 방어하거나 소송을 제기한다는 이유만으로 불이익을 받아서는 안 되고, 만약 승소한 측의 변호사비용을 패소자 측이 부담하는 것이 그 같은 불이익에 포함된다면 가난한 사람들이 자신의 권리를 옹호하기 위해 소송을 제기하는 것이 부당하게 억제될 수 있다고 이해하기 때문이다<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> 2021년 기준 전체소송건수 629만 1467건, 2022 사법연감 참고2015년 기준 일본 민사소송건수의 약6배

<sup>108</sup> 변호사비용 외 소송비용은 패소자가 부담한다

<sup>109</sup> Fleischmann Distilling Corp. v. Maier Brewing Co., 386 U.S. 714, 718 (1967); F. D. Rich Co. v. United States ex rel Industrial Lumber Co., 417 U.S. 116, 129 (1974).



그러나 변호사비용 각자부담 원칙은 승소할 때에도 자신이 부담한 비용을 상대방으로부터 받아낼 수 없으므로, 경제적으로 여유가 없어 소송에 따르는 변호사비용을 부담하기 힘든 사람들의 소송제기를 억제하도록 만드는 원인이 되기도 한다. 이는 특히 사회적 약자들이 관련되어 있는 공익소송에서 더욱 큰 문제를 야기한다. 때문에 미국은 이러한 문제의식 하에 편면적 비용부담제도(One-way Fee Shifting Rule)를 고안하였다<sup>110</sup>.

## 나. 편면적 비용부담제도 규정

‘편면적 비용부담제도’는 일반적으로 민권(civil rights), 소비자보호(consumer protection), 근로관계(employment), 환경보호(environmental protection)에 대한 소송과 관련하여 인정된다(개별법적 도입). 1993년에 저술된 문헌에 따르면, 200개가 넘는 연방법과 2,000개에 가까운 주법에 이 제도가 도입되어 있다. 이 제도의 목적에는 승소한 측에 대한 보상이나 패소자의 불법행위에 대한 응징도 존재하지만, 공익을 증진하기 위한 취지도 당연히 포함된다. 이 제도에 힘입어 공익소송이 보다 적극적으로 제기될 수 있기 때문이다. 개별법상 관련 표현은 대동소이하며, 구체적 규정의 내용은 다음과 같다.

“해당 법령에 따른 소송 또는 행정 절차에서 법원 또는 기관은 재량에 따라 승소 당사자에게 소송 비용을 포함한 적절한 변호사 비용 지급 명령을 할 수 있으며 미국은 전술한 사항에 대해 개인과 동일한 책임을 진다”  
(원문) “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 (42 U.S.C §12205)”  
\*관련 소송에서 “prevailing party”의 정의가 주요 쟁점이며 각 법안에 대한 해석에 따라 그 정의가 다름

### 1) 장애인법 Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA)

“The court, in issuing any final order in any action brought pursuant to this section, may award costs of litigation (including reasonable attorney and expert witness fees) to any prevailing or substantially prevailing party, whenever the court determines such award is appropriate. (33 U.S.C §1365(d))”

### 2) 수질환경법 Clean Water Act (CWA)

<sup>110</sup> 소송당사자 중 일방의 특수한 지위를 고려해 그 일방이 승소한 경우에는 상대방에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면, 그가 패소할 때에는 그 비용의 각자부담 원칙이 유지되어 상대방의 비용을 부담하지 않도록 한 제도. 여기서의 일방은 원고일 수도 있고, 피고일 수도 있다.

- i) Civil rights 관련 소송을 장려하기 위한 목적으로 제정된 법
- ii) “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. (42 U.S.C. §1988(b))”

### 3) 민권변호사보수상환에관한법률 Civil Rights Attorney’s Fees Awards of Act 1976

- i) 정부를 대상으로 승소한 경우 변호사 비용 등 소송비용을 보장받을 수 있다는 내용을 담은 법
- ii) “Except as otherwise specifically provided by statute, a court shall award to a prevailing party other than the United States fees and other expenses, in addition to any costs awarded pursuant to subsection (a), incurred by that party in any civil action (other than cases sounding in tort), including proceedings for judicial review of an agency action, brought by or against the United States in any court having jurisdiction of that action, unless the court finds that the position of the United States was **substantially justified** or that **special circumstances make an award unjust** (28 U.S.C §2412(d)(1)(A))”

### 4) 평등한 사법절차의 보장에 관한 법률 Equal Access to Justice Act (EAJA)

“A court may in the interest of justice include in such relief an award of the costs of suit, including reasonable attorneys’ fees (determined in accordance with subsection (f)) and reasonable expert witnesses’ fees. (15 U.S.C §2060(c))

### 5) 소비자 제품 안전법 Consumer Product Safety Act (CPSA)

#### 다. 공익소송 인정기준

## 1) 소송비용 조정시 고려하는 요소

사적 법무부 장관 (Private attorney general) 법리를 기반으로 소송비용 조정 시 다음과 같은 요소를 고려함 (Serrano, 1977)

- i) 소송으로 입증된 공공정책의 사회적인 중요성
- ii) 사적 집행의 필요성과 그에 따른 원고의 부담 정도
- iii) 해당 소송 결과에 의해 혜택을 누릴 수 있는 사람의 수

## 2) 소송비용 관련 ‘공익성’에 대한 규정

California Civ. Pro. Code. §1021.5:

소송비용 관련하여 “공익성”을 다음과 같이 규정함

- i) 사회 구성원 전체 (general public) 혹은 많은 사람 (large class of persons)에게 금전적·비금전적인 상당한 이익을 가져오는 경우
- ii) 사적 집행의 필요성과 재정적 부담에 의해 해당 비용이 적절하다고 판단될 경우 해당 소송 비용은 정의의 관점에서 부담될 수 없다.

## 3) ‘공익소송’에 대한 규정

알래스카 대법원은 “공익소송”을 다음과 같이 규정한다.

Alaska Conservation Found v. Pebble P’Ship (2015)

- i) 주요 공공정책을 달성(effectuate) 하고자 하는 경우
- ii) 승소할 경우 많은 사람들에게 이익을 제공하는 경우
- iii) 개인에 의해서만 개시가 가능한 경우
- iv) 원고가 소송을 제기할 충분한 경제적인 유인이 있었는지 여부  
- 원고의 주된 목적이 경제적인 요소가 아닌 경우 “충분한 경제적인 유인”이 부족했다고 판단한다.

## 2. 영국

### 가. 소송비용원칙

영국은, 미국과 달리 그리고 우리와 같이, 소송비용의 패소자부담주의를 채택하고 있는데 영국인들은 과도한 소송비용 부담이 공익소송을 억제할 지도 모른다는 문제의식을 가져 왔다.

## 나. 보호적 비용명령(Protective Cost Order) 제도

영국 법원이 판례를 통해 보호적 비용명령 제도를 도입한 데에는 소송비용 패소자부담주의가 초래할 문제에 대한 의식이 중요하게 작용했다. 원래는 패소자가 소송비용을 부담하지만, 법원은 이 제도를 통해 경우에 따라서는 i) 원고가 패소할 경우에도 원고가 부담하게 될 상대방의 소송비용을 면제해 주거나, ii) 그가 부담하게 될 상대방의 소송비용에 상한을 설정할 수 있다. 법원은 소송절차의 어느 단계에서든 이 명령을 내릴 수 있으며, R v. Wiltshire and Swindon Coroner 사건에서 공익소송에서도 보호적 비용명령이 허가될 수 있다고 판시하여 공익소송과 관련한 비용부담 문제에 대한 대안을 제시하였다<sup>111</sup>. 적용 기준은 다음과 같다.

### 보호적 비용명령 적용 기준<sup>112</sup>

- ① 사건의 쟁점이 공익적으로 중요한 경우
- ② 그러한 쟁점의 해결이 공익적으로 요구되는 경우
- ③ 보호적 비용명령의 신청인이 사건의 결과와 어떠한 사적 이해관계도 없는 경우  
\* 그러나 이후 판례에서는 해당 ③기준을 활용하지 않았으므로 사적인 이해관계의 존재가 PCO 자격을 상실하도록 하는 것은 아님
- ④ 신청인과 피신청인의 재정 형편 및 예상 소송비용을 고려할 때 보호적 비용명령을 내리는 것이 합당한 경우
- ⑤ 보호적 비용명령이 이루어지지 않는다면 신청인이 절차를 중단하게 될 경우
- ⑥ 신청인의 대리인이 공익활동(pro bono) 차원에서 이를 행하는 경우
- ⑦ 신청이 없어도 법원이 이상의 내용을 고려해 보호적 비용명령을 내리는 것이 합당하다고 판단하는 경우(법원의 재량)

보호적 비용명령제도는 대체로 원고에 의해 활용되지만, 경우에 따라서는 피고에게 적용될 수 있다. 보호적 비용명령제도와 관련하여 법원은 위 기준을 유연한 방식으로 적용하고 있으며, 설혹 소송에 사익이 일정부분 개입되어 있다고 해도 그것만으로 이 명령을 내릴 수 없는 것은 아니다. 이러한 보호적 비용명령은 환경문제와 관련한 소송을 비롯하여 공익소송에 다양하게 활용되고 있으며, 예로는 이민과 관련한 정부정책에 관한 사법심사를 요청한 R v. Secretary of State for the Home Department 사건 등을 들 수 있다.

## 다. 공익소송 인정기준

최근 Criminal Justice and Courts Act 2015 (CJCA 2015) 에서는 비용 제한(Costs Capping Order) 제도를 도입하여 과거 보호적 비용명령제도를 대체하였다. 그러나 보호적 비용명령제도 관련 기준은 여전히 유효한 고려대상인 것으로 확인된다. 비용제한제도란 소송 절차의 모든 단계에서 원고가

<sup>111</sup> 2017 사법정책연구원 공익소송 제도의 현황과 개선방안 연구보고서 182~183쪽 참고

<sup>112</sup> R v. Lord Chancellor Ex p Child Poverty Action Group (1999) 에서 개념이 처음 소개되고, R v. Secretary of State for Trade and Industry (2005) 에서 설명된 보호적 비용명령 제도 적용 기준

지불해야 하는 상대방의 소송비용을 제한하거나 제거하는 법원 재량의 명령을 의미한다. 관련해서 비용제한제도는 ‘공익소송’과 ‘공익소송의 판단 기준’을 다음과 같이 규정하고 있다.

### 비용제한제도 기준<sup>113</sup>

- 1) “공익 소송”은 다음과 같이 규정한다.
  - i) 소송에서 다루는 사안이 일반적인 대중에게 중요한 경우
  - ii) 공익적인 차원에서 해당 문제가 해결되어야 하는 경우
  - iii) 해당 문제를 해결하는데 소송이 적합한 수단으로 판단될 경우
- 2) 소송이 “공익소송”에 해당하는지 판단하는데 다음과 같은 사항을 고려해야 한다.i)  
원고에게 사법적인 구제가 제공될 경우 직접적으로 영향 받을 사람의 수
  - ii) 해당 사람들에게 미치는 영향의 정도 및 중요성
  - iii) 소송에서 다루는 사안이 공익적으로 주요한 법적인 논점을 고려하는지 여부

## 3. 남아프리카공화국

### 가. 소송비용원칙

남아프리카 공화국도 소송비용에 관하여 패소자부담주의를 채택하고 있다. 따라서 이 국가에서도 소송비용 문제로 인해 공익소송이 제한될 수 있다는 문제 의식이 있었다. 소송의 불확실성으로 인해, 당사자가 승소를 확신할 수 있는 사건은 거의 없으며, 소송비용의 패소자부담은 그 당사자 개인 혹은 관련 기구를 파산에 이르게 할 위험이 있기 때문이다.

### 나. 보호적 비용구제 제도(Protective Cost Regime)

일찍이 남아프리카 공화국 헌법재판소는 이러한 위험성을 인식했고, 보호적 비용구제 제도를 마련하였다. 이는 공익적 목적의 소제기의 경우 악의적 목적의 소제기가 아니라면 원고가 패소하더라도 상대방 측의 소송비용을 부담하지 않도록 하고 각자 소송비용을 부담하도록 하는 것이다. 또한 2009년 판례는 관련하여 네 가지 중요한 원칙들을 제시했다. 첫째는, 일반적으로 헌법소송에서는 남소가 아니라면 국가를 상대로 패소한 소송당사자로 하여금 비용을 부담시켜서는 안 된다는 것 둘째는, 기본권 침해를 주장해 승소한 소송당사자의 소송비용은 국가가 부담해야 한다는 것 셋째는, 이러한 접근법은 사인과 국가 간의 소송에 또 다른 사인이 관련될 때에도 적용된다는 것 넷째는, 이러한 접근법은 기본권 침해를 주장하는 소송당사자가 공익을 추구하는 당사자인지 아닌지와 상관없이 적용된다는 것이다.

<sup>113</sup> Criminal Justice and Courts Act 2015 c.2 s.88 Capping of costs, Judicial Review: costs protection (Office of the Parliamentary)

이 제도는 특히 공익단체가 공익소송을 제기할 수 있는 능력과 가능성을 증대시켰고, 또한 남아프리카 공화국에서 공익소송을 독려하는 데 중요한 역할을 수행했다는 평가를 받고 있다.

#### 4. 캐나다

그 밖에도 공익증진을 위한 소송에 대하여 소송비용의 패소자부담주의를 완화, 보완하기 위한 제도들 혹은 판례들을 가진 나라로는 캐나다가 있다.

캐나다는 소송비용 부담문제에 관하여 법원의 폭넓은 재량권을 인정하고 있으며, 법원이 소송비용 문제를 판단할 때 “해당 소송절차를 진행함으로써 달성할 수 있는 공익이 그와 같은 비용부담 명령을 정당화하는지”를 고려할 수 있다. (Rule 400(1), (3)(h)).

캐나다 대법원은 이를 고려할 때, ① 해당 소송이 소송당사자의 당면한 이익을 넘어서는 중요한 쟁점을 가질 것, ② 개인이 소송의 결과에 있어서 개인적인 혹은 금전적인 이익을 가지지 않아야 하고 만약 그러한 이익을 가진다해도 그것이 소송을 경제적으로 정당화하지 않을 것, ③ 해당 쟁점이 동일한 상대방을 둔 소송에서 법원에 의해 이미 판단되지 않았을 것, ④ 소송상대방이 소송비용을 감당할 수 있는 우월적인 능력을 확실히 지닐 것, ⑤ 소송을 제기한 자가 남소를 행한 사람이 아닐 것 등을 살펴본다. 이렇게 하는 이유는, 소송비용 패소자부담주의에 따라 패소자에게 소송비용을 부과할 경우 공익소송에 대한 상당한 위축효과가 발생하기 때문이다.

#### 5. 소 결<sup>114 115</sup>

앞에서 살펴본 외국 입법례에 의하면, 비교법적으로 검토해보았을 때에도 패소자부담주의인지 각자부담주의인지 여부를 떠나 사회적 약자가 제기하는 소나 공익소송의 비용에 대하여는 특별한 취급이 필요하며, 공익성, 공익소송의 개념이 모호하다는 의견은 막연한 우려에 지나지 않고 현재 우리나라 소송비용 제도를 보완하는 차원에서도 관련 입법의 필요성이 크다는 결론에 이른다.

미국의 경우 소송비용을 당사자가 각자 부담하는데 민권, 소비자보호, 근로관계, 환경보호에 대한 소송 등 상당한 분야에서 편면적 패소자부담주의를 도입하고 있으며, 당사자가 제기한 소가 공익적 성격을 띠는 경우 활용할 수 있는 부권소송(parens patriae)<sup>116</sup>이 제도되어 있어 소송비용 문제가 자연스럽게 해결된다. 영국은 소송비용이 높지만 이를 보완할 수 있는 ‘보호적 비용명령’(Protective Costs Order)

<sup>114</sup> 2022 사법정책연구원 사회보장사건의 법원을 통한 구제절차 현황과 개선방안 204쪽 일부 인용.

<sup>115</sup> 그밖에 외국 입법례로 독일은 사회보장수급권에 관한 소송, 장애인 권리옹호 소송, 기타 공익소송의 상당수가 사회법원 절차를 통해 제기되어 사회법원 절차의 소송비용 무상원칙 적용으로 패소자의 소송비용 부담 문제 자체가 발생할 여지가 적고, 일본은 패소자비용부담주의라고 하지만 변호사비용은 미국과 같이 각자 부담한다.

<sup>116</sup> 부권소송은 당사자가 주민의 보건, 안전 및 복지와 같은 국가적인 또는 준국가적 이익과 관련된 소를 제기한 경우 행정기관이 주민 모두를 대표하여 국가적 또는 준국가적 자력에 기초하여 제기하는 소의 유형이다.

제도, 비용 제한(Costs Capping Order) 제도를 통해 공익소송 비용부담의 대안을 제시하고 있고, 남아프리카공화국은 ‘보호적 비용구제 제도’(Protective Cost Regime)에 의해 공익적 목적의 소송비용 대책을 마련하고 있다. 캐나다나 프랑스<sup>117</sup>의 경우에도 원칙적으로 패소자가 소송비용을 부담하나, 소송비용 부담문제에 관하여 법원이 폭넓은 재량권을 인정하면서 소송을 통해 달성할 수 있는 공익 등을 고려하고 있다.

### III. 결론

각 나라마다 조금씩 차이는 있으나 외국 입법례를 통해 본 소송비용제도에 대한 보완적 조치 등은 법률상 ‘공익’ 또는 ‘공익소송’의 단일화된 개념 정의를 전제로 하는 것이 아니라 공익성 또는 공익소송임을 고려하여 소송비용을 조정하거나 결정하기 위한 ‘기준’이 무엇인지를 설정하고, 이를 중심으로 한 제도를 시행하고 있다는 것을 알 수 있다. 공익소송의 소송비용에 관하여 일정한 예외를 인정하고 있는 국가들은 이러한 예외적 인정기준을 비교적 분명하게 설정해 적용하고 있고, 이것이 우리나라에서 특별히 불가능하다고 할 수 없을 것이다.

사법정책연구원에서 2017년에 발행한 ‘공익소송제도의 현황과 개선방안’에 의하면, ‘공익’이란 한정된 영역에 국한되는 것이 아닌 공공에 혜택을 주는 모든 종류의 이익, 누구의 이익이냐를 문제 삼지 않고 지금까지 법적으로 제대로 보호받지 못한 이익을 의미하며, ‘공익소송’이란 공익을 소송으로 실현하고자 하는 것, 공익법상 문제가 법원에 소로 제기된 것을 말한다. 결국 공익소송에도 예외 없는 소송비용 패소자부담주의를 개선하기 위해서는 법률상 ‘공익’과 ‘공익소송’이 무엇인지 정의하더라도, 현실적으로 소송비용 감면을 위한 ‘인정기준’을 마련할 수밖에 없다.

공익소송에서 소송비용 패소자부담주의가 완화되기 위해 충족되어야 할 기준으로는 매우 다양한 내용들을 언급할 수 있겠으나, 공익소송의 특성 및 다른 국가들이 활용 중인 법리들을 종합하면, 주요한 요건으로 다음의 사항을 생각해 볼 수 있다<sup>118</sup>.

첫째, 해당 소송이 공익적으로 중요한 문제를 제기하고 있는지  
둘째, 소송을 제기한 당사자의 주된 관심이 공익증진의 결과인지  
셋째, 승소한 소송상대방의 재정적 상황에 비추어 볼 때 해당 소송비용을 부담하는 것이 과도하지 않는지  
넷째, 소송이 단지 상대방을 귀찮게 만들거나 고통을 안겨주려는 등 악의에 기초한 것은 아닌지(소권남용)

<sup>117</sup> 모든 경우에 판사는 형평과 패소자의 경제상황을 고려하여야 하며 이를 고려하여 패소자가 비용을 부담하지 않는다는 판단을 직권으로도 할 수 있다(민사소송법전 제696조, 제700조 참조).

<sup>118</sup> 2021라21374 소송비용액확정 사건 제출 ‘전문가 의견서’, 이황희, 24~25쪽 일부 인용

우리나라 사법정책연구원<sup>119</sup>은 2017년 발행한 ‘공익소송 제도의 현황과 개선방안’에서 현행 공익소송 제도의 문제점으로 ‘비용부담의 문제’, ‘소송비용부담의 완화’ 등을 언급하였고, 2022년 ‘사회보장사건의 법원을 통한 구제절차 현황과 개선방안’에서는 ‘일정 범주의 소송에서 소송비용 감면을 필수적으로 검토할 수 있도록 민사소송법 등에서 그 근거규정을 입법화하는 것이 필요하다고 판단된다’<sup>120</sup>고 하였다. 2023년 ‘외국사법제도 연구 각국의 소송비용 제도’를 포함하면 소송비용과 관련된 연구는 3편 이상에 이른다.

공익소송은 우리 사회 다수로부터 권리로서, 문제로서 인식조차 되지 않던 사안에 대한 변화의 목소리이기도 하다. 공익소송의 특성, 순기능은 여러 가지가 있지만 특히 사회적 약자, 소수자의 권리를 보장함으로써 사회 전체가 건강하고 안전해질 수 있는 공익을 소송으로 실현하고자 하는 개인 등의 출현은 존중되고 또 독려되어야 한다. 일률적인 소송비용 패소자부담주의에서 비롯하는 문제가 반복적으로 지적되어 온 우리 현실, 유사한 문제를 개선하기 위해 다른 국가들이 활용 중인 법리가 존재함을 고려하면 ‘공익성’의 개념이 모호하다는 변명 대신 이제는 정말 전향적으로 바뀌어야 할 것이다. □

---

<sup>119</sup> 대법원 산하의 독립적 연구기관으로서 바람직한 사법부의 모습을 설계하고 미래지향적으로 사법정책에 관한 중·장기적 연구를 수행

<sup>120</sup> 2017년 사법정책연구원 사회보장사건의 법원을 통한 구제절차 현황과 개선방안 203쪽



별첨][공익, 공익소송의 개념 비교

국 가	공익, 공익소송의 개념	참고문헌
한 국	<p>공익이란 어떤 이익상황이 특정한 법적 주체의 개별적 이익에만 관련되는 것이 아니라 국가나 공공단체, 기타의 사회의 여러 공공영역이나 계층 또는 집단의 공공성과 관련하여 그 정당성이 판단되어져야 할 때의 공동체이익</p>	<p>최송화(2004),공익론 - 공법적 탐구 -, 서울대학교출판부, p.8-9</p>
	<p>공익소송이란 목적의식을 가진 공익법 운동단체 또는 공익변호사가 이제까지 적절한 법적 구제를 받지 못했던 확산이익에 대하여 새로운 법원의 판례를 이끌어 내기 위하여 제기하는 소송</p>	<p>이상돈(2006), 공익소송론, 세창출판사, p.18-p.30면</p>
	<p>1) 학문적 대상으로서의 공익 공익은 ‘공공의 이익’의 줄인 말로서 공공의 이익 또는 사회구성원 전체의 이익을 말한다고 봄. 따라서 통상적인 용어상으로는 ‘어떤 사회를 구성하는 개인이나 집단의 사적 이익에 대하여 그 사회의 전 구성원에 관계되는 공통의 이익’을 말한다고 함.</p> <p>2) 헌법상의 공익 개념 제37조 제2항에서 말하는 ‘공공복리’와 ‘공익’과의 관계가 문제시되는데, 여기에 관해서는 ① 위와 같이 국민공동의 이익으로 이해하는 견해, ② 인류적 복지.사회적 복지.국가적 복지 등을 포함하는 광의의 개념으로 보는 견해, ③ 기본적인 권을 제한함으로써 얻어지는 사회적 이익과 제한하지 않을 경우에 유지되는 개인의 이익과를 비교하여 전자의 가치가 큰 경우의 이익으로 파악하는 견해 등 다양한 의견이 대립되고 있음. 헌법상 ‘공익’의 개념은 헌법의 법문에 명문의 규정으로 직접 규정되어 있지는 않으나, 헌법 제37조 제2항의 ‘국가안전보장’, ‘질서유지’, ‘공공복리’ 등을 포괄하는 개념으로 이해되고 있는 것으로 보임(96헌가18 결정 참고)</p>	<p>지성우(2006). 법학적 의미에서의 ‘공익’ 개념에 대한 고찰. 성균관법학, 18(3), 211-234.</p>

	<p>공익이란 헌법이 보장하고 있는 국민의 행복추구권 및 평등권 실현을 위한 기본적 권리로, 모든 국민에게 공평하게 보장되어야 하는 기본적 이익</p> <p>공익의 개념은 다양한 법률 체계에 따라 다름.</p> <p>민법 국가에서 공익: 사회적 공존의 단위로서 국가가 책임져야 할 공동의 이익 또는 공무원이 추구함으로써 공적이 된 사적 이익</p> <p>사회주의 법체계에서 공익: 많은 사적 경제적 권리가 폐지되거나 수정되면서 상당히 확대되어 결과적으로 사회주의 사회에서 존재하는 거의 모든 경제 관계는 공공(국가) 이익의 문제가 되었음.</p> <p>관습법 국가에서의 공익: 국가의 이익과는 별개의 이익으로 간주되고 정부가 대표하는 이익과 직접적으로 충돌하는 경우가 많음.</p>	<p>오시영(Oh, See-Young). (2012). 다수당사자소송의 발전과 전망 &amp;#8211; 이른바 공익소송을 중심으로. 민사소송, 16(2), 265.</p>
	<p>헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 전원재판부 [전기통신기본법제47조제1항위헌소원] [헌집22-2, 684] (미네르바 사건): ‘공익’을 해할 목적의 허위사실을 내용으로 하는 통신 범죄 구성요건으로서 ‘공익’에 엄격한 명확성 원칙 적용</p> <p>- 헌법재판소 다수 의견: ‘현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분인바, 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위한 공익간 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것도 아니다’</p> <p>- 헌법재판소 소수 의견(이동흡, 목영준 재판관): ‘법률상 공익 개념은 대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익을 의미’</p>	<p>전혜림(2013). “공익 개념의 재해석.” 국내석사학위논문 서울대학교 행정대학원, 서울 p.75-76</p>
	<p>법사회학적 정의로 공익소송이란 사회적으로 아주 중요한 권리임에도 불구하고 잘게 쪼개져서 사회구성원 개개인에게 흩어져 있기 때문에 법적으로 제대로 보호받지 못하는 이익(diffused interest)에 대해 이러한 이익을 구제하고 시정하기 위하여 법원에 제기하는 소송 ≡ 황승흠, 우리나라 공익소송의 현황과 과제, 민주사회를 위한 변론(99.1, 통권26호), 29쪽</p>	<p>김학기(2013), “공익소송의 입법론적 고찰”, 원광법학 제29권 제3호, 28</p>

	<p>&lt;헌법재판소가 일반적으로 설정하고 있는 공익 개념&gt;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 국가의 기본권 제한을 정당화 할 수 있는 정당성 근거 중 하나</li> <li>- 위헌심사기준의 핵심인 비례원칙에 바탕을 둠</li> <li>- 법익의 균형성 심사에서 제한되는 기본권(사익)에 대비되는 개념으로 출발하여, 이를 정당화하는 입법 목적으로 구체화될 수 있음.</li> <li>- 공익은 ‘기본권을 제한당하는 기본권 주체의 기본권을 제외한, 입법자가 추구하는 다른 기본권 주체의 이익과 헌법상 이익’이라고 볼 수 있음. 이 공익은 헌법조문에서는 구체적으로 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리’로 넓게 규정되어 있지만, 그 외 조문에서도 헌법상 금지되지 않는 내용을 포함할 수 있는 가능성을 가짐.</li> </ul>	<p>정문식(2015). 헌법재판소의 판례에 나타난 공익 -헌법재판소가 위헌심사에서 공익을 발견하고 적용하는 과정을 중심으로-. 유럽헌법연구, 19, p.325</p>
	<p>공익을 공공성(公共性)을 갖는 이익, 사회 구성원 전체에 두루 관련된 이익을 뜻하는 것으로 보는 일반적인 이해에 따르면</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) 사회의 모든 구성원들이 필요로 하는 어떤 것을 충족시키는 이익</li> <li>2) 공공에 혜택을 주는 모든 종류의 이익</li> </ol> <p>법적인 차원에서는</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>3) 법질서가 지향하거나 보호하거나 조장하는 사회 구성원 전체와 관련한 이익(최송화(2004),공익론 - 공법적 탐구 -, 서울대학교출판부, p.181)</li> </ol> <p>: 이러한 의미의 공익은 법질서의 객관적 가치를 형성한다는 점에서 개인의 주관적 권리로 실현되는 사익과 대비되는 개념으로 사용되기도 함.</p> <p>공익소송에서의 공익 개념</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) 분산된 사회적 이익: 체계에서 권리로 인정되지만 권리의 효용에 비해 관철하는 비용이 과다한 등의 이유로 권리를 실현하기 어려운 경우를 포함함.</li> <li>2) 인권, 정의 관련성: “개인이 사회구성원으로서 가지는 이익으로서, 그것이 박탈될 때 다른 사회구성원들이 이를 회복하도록 도와 줄 의무를 가지는 이익”</li> <li>3) 정책 관련성: 법원에 의해 공익을 실현한다는 것은 직접적으로든 간접적으로든 정책, 즉 사회적 문제해결의 방침을 제시하는 의미를 가짐.</li> </ol>	<p>김태호.(2017).公益訴訟과 行政訴訟. 행정판례연구, 22(2), 195-230</p>

	<p>① 실체적 존재로서의 공익 사익을 포함한 실제의 가치관이 어떠한지 와도 상관 없이, 사회 전체에 올바르게 추론되는 가치(옳음)의 실현이 공익. 사회가 지향해야 할 궁극의 목표가 공익의 내용. 즉 자연법적 가치에 기반을 둔 자유민주주의적 헌법에 포함되어 있는 가치들인 자유·평등·박애(연대) 등의 최고 가치들 그중에서도 특히 자유의 실현이 공익임.</p> <p>② 사익의 총합으로서의 공익 사회구성원이 가지는 각각의 이익(좋음)을 기준으로 공익 개념을 규정하는 견해로서, 사회 구성원 전체의 효용(이익)을 극대화하는 것 곧 사익(좋음)의 집합을 공익으로 봄.</p> <p>③ 공동체의 바람직한 가치로서의 공익관 사회의 ‘현재 주어진’ 상황 하에서 공동체가 바람직한 것으로 받아들이는 가치가 바로 공익. ‘실체적 존재로서의 공익’의 견해와 다른 점은 사익에 토대를 두고 있고 구체적 상황을 전제로 하며 공익 개념을 사회 구성원들 각각이 가지는 모든 가치가 아닌 사회 공동체에 의해 바람직한 것으로 받아들여지고 있는 가치만으로 규정하려는 점임. 곧 사회 구성원들의 일반적·보편적으로 바람직한 것으로 수용하는 가치를 공익으로 봄.</p> <p>④ 절차적 공익 공익의 실체적 내용이 중요한 것이 아니라 공익이 형성되는 과정 혹은 절차에 중점을 두어 이익 집단 간의 타협 내지 절차를 거친 결과를 공익으로 봄. 수많은 이익집단의 존재를 인정하면서, 이들 사이의 민주적 분쟁해결과 그것을 위한 과정과 절차 및 그것을 통한 타협의 결과가 공익. 공익은 정책을 결정하는 과정에서 결정되며, 따라서 공익을 극대화하기 위해서는 공익의 내용(실제)보다는 공익이 형성되어가는 결정 과정이 합리화되어야 한다고 주장.</p>	<p>은송표. (2016). 헌법상 공익(안전)과 공리주의(I) - 최송화 교수의 『공익론 - 공법적 연구』를 읽고. 유럽헌법연구, 22, 16-21.</p>
	<p>공익이란 한정된 영역에 국한되는 것이 아닌 공공에 혜택을 주는 모든 종류의 이익 / 누구의 이익이냐를 문제 삼지 않고 지금까지 ‘법적으로 제대로 보호받지 못한 이익’ 공익소송(public interest litigation, PIL)이란 공익(public interest)을 소송으로 실현하고자 하는 것 / 공익법(public interest law)상의 문제가 법원에 소로 제기된 것</p>	<p>사법정책연구원(2017), 공익소송제도의 현황과 개선방안 p.35-38</p>
	<p>공익소송이란 다중의 확산이익이 있는 소송으로서 소송을 통하여 약자 및 소수자의 인권보호, 시민권의 신장, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고 잘못된 법을 개정하며 국가권력의 남용을 방지하여, 민주사회의 발전과 정의로운 사회를 만드는데 도움이 되는 사건으로 위원회가 소송을 수행하기로 결정한 사건의 소송(민주사회를 위한 변호사 모임의 공익소송위원회 운영규칙 제2조)</p>	<p>최광선(2022), 현행 단체소송 제도의 문제점과 개선방안에 관한 연구 — 공익소송의 활성화를 중심으로</p>
<p>미 국</p>	<p>공익이란 행정기관의 여러 정책에 대하여 상호간의 이해관계를 같이하지만, 행정절차에 있어서 산업체, 노동조합 기타의 조직화된 경제적 제이익 단체들과 같이 실효적으로 참여할 수 있을 만큼 충분히 조직화되어 있지 못한 수많은 개인(소비자, 소수민족, 근로자, 빈자, 환경의 질과 관계있는 사람 등)들이 가지는 이익</p>	<p>L. W. Levy, /K. L. Karst, 『Encyclopedia of the American Constitution』, New York, 2000, pp.2071~2072.</p>

	공익소송이란 변호사들로 하여금 법원의 결정을 통해 법령을 개혁하거나 현재 존재하는 법규를 실행하거나 공공의 규범을 명확히 하도록 하는 등의 사회적 변화를 촉발하도록 하는 목적으로 제기하는 소의 일종	Abram Chayes(1976), "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 Harv. L. Rev. 1281
	공익소송이란 대중 혹은 사회공동체를 구성하는 특정 계층의 금전상의 이익 또는 그들의 법적 권리나 책임에 영향을 주는 일종의 이익과 같은 소위 말하는 공익(public interest)이나 일반적 이익(general interest)의 실현을 위해 법원에 제기하는 소의 일종	Black's Law Dictionary
캐나다	1) 제기된 문제의 중요성 또는 소송이 다른 사람에게 미치는 실질적인 영향의 정도 때문에 광범위한 영향을 미치는 소송, 특히 원고 또는 신청인이 개인적으로 소송을 통해 재정적 또는 경제적 이익을 얻으려는 입장이 아닌 경우 2) 개별적으로 보호되는 이익이 없는 원고가 이익의 제기 여부와 관계없이 공공의 이익을 대변하고자 하는 모든 소송 3) 공적 요소가 있거나 공적 요소가 있는 것으로 인정될 수 있는 절차 4) 소송 결과에 상당한 개인적 또는 경제적 이해관계가 있는 당사자가 적절하게 대변하지 못하는 견해로 구성된 소송	Friedlander, L. (1994). Costs and the public interest litigant. McGill Law Journal, 40(1), 55-102.
호 주	ALRC는 공익소송에 대한 '명확한 정의'가 '입법이나 판례에 존재하지 않는다'는 점을 인정하면서, 공익 소송을 "공동체 또는 공동체의 중요한 부분"에 영향을 미치거나 중요한 법률 문제를 포함하는 사건으로 보는 "광범위하게 수용된 접근법"을 채택함. the Supreme Court in Okanagan Indian Band가 채택한 광범위한 정의와 일치. Tollefson, C., Gilliland, D., & DeMarco, J. (2004). Towards costs jurisprudence in public interest litigation. Canadian Bar Review, 83(2), 501.	ALRC(Australian Law Reform Commission)
프랑스	공익(intéret public)보다는 일반이익(intéret général) 개념이 주로 사용됨. 그러나 양자 사이에 근본적인 성질상의 차이는 없으며 그 기능도 차이가 없으므로 양 개념을 구별하지 않는 것이 일반적 견해임. 행정법에서는 전통적으로 '의지주의적 일반이익 관념'이 채택되고 있는데, 의지주의적 일반이익에 따르면 일반이익은 각 개인의 이익의 총합이 아닌 개인의 이익을 초월하는 국민의 이익임 한편 리베로·왈린(Jean Rivéro, Jean Waline) 교수는 공익(일반이익)을 공동체의 구성원과 구별되는 실체로 여겨지는 공동체 자체의 이익이 아닌 '인간 필요의 전체(un ensemble de nécessités humaines)'라고 봄. 일반이익이 구체화된 '중간공익목적개념'이 다수 존재. 예를 들어, 공공질서(선량한 질서(bon ordre), 안전(sureté, sécurité), 공중위생(salubrité publique)을 포함), 환경보호, 문화재보호, 지역개발, 건강의 보호, 교육 등이 있음.	박균성(2006), 프랑스 행정법상 공익 개념, 서울대학교 법학

	*일반이익이 구체화된 개념이 있는 경우에는 구체화된 개념이 우선 적용됨	
인도	기본권 침해에 대한 공익 또는 일반 대중의 일반적 이익을 집행하기 위해 법원에 제기된 법적 소송.	Tiwari, S. (2018). Public Interest Litigation Need Freedom. Supremo Amicus, 3, 659-664.
	공익이란 호기심을 충족시키거나 정보나 오락에 대한 애정으로서 흥미로운 것이 아니라, 공동체의 한 계층이 금전적 이해관계 또는 법적 권리나 의무에 영향을 미치는 이해관계가 있는 것을 의미 공익소송은 무능력, 빈곤, 법률에 대한 무지 등의 이유로 기본권을 행사할 수 없는 집단 또는 공동체의 기본권 옹호 또는 권리 집행을 위한 법적 절차 Tripathi, H. (2007). Public Interest Litigation in Comparative Perspective. NJA Law Journal, 1, 49-72.	Biswas, S. (2017). Public interest litigation: meaning and dimensions. Indian Journal of Law and Justice, 8(2), 98-115.
	공익이란 불특정 다수에게 공통적으로 적용될 수 있는 ‘확산이익’으로서 개인의 인간다운 생활을 위한 기본적 장치이자 모든 국민에게 차별 없이 보장되어야 하는 ‘공공의 기본적 이익’ + 공익의 구성 요건 효과의 집단성: 사익과 구분되어 다수 또는 집단과 관련을 맺는 이익이어야 함. 그 집단이 늘 다수여야 함을 의미하는 것은 아니고, 소수에 해당되는 이익이라 할지라도 소수의 이익이 그 효과면에서 공익으로 볼 수 있어야 함. 공론화 내지 대중적·공적 논의: 특정 집단 내지 관계 내부의 사안이 아닌 공론화될 가치를 담고 있어야 함. 공개될 수 있는 이익이어야 함. 그렇지 않다면 내면적인 사익으로 보아야 함. 공익소송이란 공익을 소송으로 실현하고자 하는 것. 즉 청원에 의한 구제에서 나아가, 재판을 통해 국민의 권리보장과 직결되는 법률을 구체적으로 해석·적용하여 합법적으로 사회문제를 해결하고, 국가 정책을 형성하는 것을 말함.	박태정.(2015).인도 공익소송제도의 운영실태와 한국적 함의. 아시아연구,18(3),75-103.
Durban Symposium	공익소송의 개념을 보다 넓게 봄. 공익법(public interest law)이란 특정한 법 분야를 가리키는 것이 아니며 공익에 영향을 미치는 개별법 혹은 법 분야는 공익법이라고 볼 수 있고, 그와 관련된 소송은 모두 공익소송이라고 봄. 또한 그와 관련된 법의 개정이나 법교육, 법률서비스 등도 모두 공익법과 공익소송의 범주에 포함될 수 있다고 정의함.	1997. 남아프리카공화국 더반(Durban)에서 열린 ‘Symposium on Public Interest Law in Eastern Europe and Russia’

---

# 공익소송비용 패소자 부담 감면에 대하여 제기되는 남소 우려 및 소송구조제도 활용 가능성에 대한 비판적 검토

---

최용문 변호사 / 민변 미디어언론위원회

## 1. 공익소송비용 패소자부담감면에 대한 전형적인 반론들

- 공익소송비용 패소자부담감면에 대한 논의를 하게 되면, 전형적으로 제기되는 반론들이 있고 다음과 같음.
  - ① 남소/남상소 우려된다는 주장
  - ② 소송구조제도 같은 보완적 제도가 있다는 주장.
- 아래에서는 위 주장들에 대한 반론을 제기해보고자 함.

## 2. 남소 우려에 대한 반론

가. ‘남소’의 정의의 필요성

- ‘남소/남상소’에 대한 용어를 정의할 필요가 있음.
- 왜냐하면 공익소송비용 패소자부담 감면에 대한 논의에 대한 반론으로 ‘남소/남상소’가 자꾸 거론되는데, ‘남소/남상소’의 의미가 명확하지 않고, 단순히 ‘소송의 수가 증가함’이라는 의미로 보이는 경우가 많기 때문임.

- ‘남소/남상소’는 濫訴라는 한자어로 표기되는데, 濫은 ‘지나치다’, ‘과하다’라는 뜻을 가지고 있음.
- 따라서 남소/남상소는 단순히 소송의 수가 증가하는 것을 넘어서, 지나치게 과하게 소송을 제기하는 행위로 정의되어야 함.

#### 나. ‘남소’의 정의

- 남소는 소송을 제기할 수 있는 권리를 남용한다는 것이고, 남상소는 상소할 수 있는 권리를 남용한다는 것이므로, 남상소는 남소에 포함됨. 그러므로 ‘남소우려’라고 용어를 정리하기로 함.
- 남소의 사전적 정의는 ‘소송을 제기할 수 있는 권리를 남용’한다는 것이고, 즉, ‘남소’는 ‘소권남용’임. 이에 대해 최근 개정되어 시행될 민사소송법 개정안에서 ‘소권남용’을 정의하고 있음.

민사소송법[시행 2023. 10. 19.] [법률 제19354호, 2023. 4. 18., 일부개정]

제194조(공시송달의 요건) ④ **원고가 소권(항소권을 포함한다)을 남용하여 청구가 이유 없음이 명백한 소를 반복적으로 제기한 것에** 대하여 법원이 변론 없이 판결로 소를 각하하는 경우에는 재판장은 직권으로 피고에 대하여 공시송달을 명할 수 있다. <신설 2023. 4. 18.>

제219조의2(소권 남용에 대한 제재) **원고가 소권(항소권을 포함한다)을 남용하여 청구가 이유 없음이 명백한 소를 반복적으로 제기한 경우에는** 법원은 결정으로 500만원 이하의 과태료에 처한다.[본조신설 2023. 4. 18.]

- 따라서 ‘남소(소권남용)’은 ① ‘청구가 이유없음이 명백한 소(패소가능성이 명백한 소송)’를 제기하였다고 남소가 아니라, ② ‘반복적으로 제기’되어야 하고, ③ 그것이 소권을 남용한 것으로 평가될 정도이어야 함.
- 위 규정의 ‘원고가 소권을 남용하여’라는 부분은 대법원의 해석에 맡겨진 문제이지만, 대법원의 기존 법리를 보면 다음과 같이 정의될 수 있음.



[대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다40422 판결]

권리의 행사가 주관적으로 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 이를 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없고, 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있으면, 그 권리의 행사는 권리남용으로 허용되지 아니하고, 그 권리의 행사가 상대방에게 고통이나 손해를 주기 위한 것이라는 주관적 요건은 권리자의 정당한 이익을 결여한 권리행사로 보여지는 객관적인 사정에 의하여 추인할 수 있으며, 어느 권리행사가 권리남용이 되는가의 여부는 개별적이고 구체적인 사안에 따라 판단되어야 한다.

- 따라서 ‘남소(소권남용)’는

- ① 패소가능성이 명백한 소송을, ② 반복적으로 제기하여,

- ③ 권리남용, 즉 아래 ㉠~㉣에 해당하여야 함

- ㉠ 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 목적

- ㉡ 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없음.

- ㉢ 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 함.

#### 다. 남소의 개념과 공익소송의 정의의 상충

##### (1) 공익소송의 개념

- ‘공익소송’이란 다종의 확산이익이 있는 소송으로서 소송을 통해서 약자 및 소수자의 권익보호, 시민권의 신장, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통해 불합리한 사회제도를 개선하고 잘못된 법을 개정하며, 국가권력의 남용을 방지하여, 민주사회 발전과 정의로운 사회를 만드는 데 도움이 되는 사건[공익소송과 인권실현(이상돈 교수)]
- 박주민 의원안(2115832, 민사소송법 일부개정법률안)에서는 공익소송을 “인권, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 행위에 관한 사건”이라고 규정함.
- 공익소송의 정의 중 중요한 개념은 ‘다종의 확산이익’이라는 부분임. 박주민 의원안에서는 명시적으로 ‘다종의 확산이익’을 규정하고 있지 않지만, 인권, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 등을 예시로 열거한 것은, 결국 하나의 사건에 대한 판결이 유사 사건에서 적용될 수 있다는 점을 전제로 한 것이고, 결국 ‘다종의 확산이익’을 전제하고 있는 것임.

##### (2) 남소의 개념과의 상충

남소의 개념		일치 여부	공익소송의 개념
①	패소가능성이 명백한 소송	≍	패소가능성이 높긴 함
②	반복적으로 제기하여	≍	반복적으로 제기할 가능성 높음
③	㉠ 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 목적	≠	불합리한 사회제도를 개선하고, 잘못된 법을 개정하며, 국가권력의 남용을 방지하는 등의 목적
	㉡ 행사하는 사람에게는 아무런 이익이 없음	≍	공익소송이 승소하더라도, 원고 본인에게 경제적이익이 없을 수 있음.
	㉢ 객관적으로 사회질서에 위반된다고 볼 수 있음	≠	객관적으로 사회질서에 위반되지 않음.

- 그러므로 ‘공익소송’은 ‘소권남용’의 개념과 양립할 수 없음. 즉, ‘공익소송’으로 인정되면 ‘소권남용’으로 인정될 수 없고, ‘소권남용’으로 인정되면 ‘공익소송’으로 인정될 수 없음.
- 따라서 공익소송 패소시 소송비용부담 감면 논의에서, ‘소권남용’이라고 반론을 하는 것은 옳은 반론이 아니고, ‘그것은 공익소송이 아니다’라고 반론을 해야 함.

라. 남소우려는 현실성이 없음.

(1) ‘남소우려’의 정체

- 위 살펴본 바와 같이 공익소송과 남소(소권남용)은 동시에 성립될 수 있는 개념이 아님. 그럼에도 불구하고 ‘남소우려’라는 반론은 계속 제기됨. 그 이유는 ‘남소’를 권리남용의 하나로서 정의하는 것이 아니라, 단순히 ‘소송의 수가 많아짐’을 의미하기 때문인 것으로 보임.
- 그러나 아래에서 살피는 바와 같이, 단순히 소송의 수가 늘어난다고 하더라도, 큰 문제는 없음.

- 공익소송의 특성상, 원고는 시민단체이거나 개인일 것이고, 피고는 국가/지방자치단체 또는 대기업이 될 것임.

## (2) 피고가 국가/지방자치단체인 경우

- 일단 국가/지방자치단체의 경우는 남소의 우려가 전혀 문제되지 않음. 왜냐하면 국가/지방자치단체는 소송대리를 할 수 있는 충분한 대응인력이 있음.
- 국가/지방자치단체는 수많은 공익법무관을 두고 있음(변호사 자격이 있는 사람으로서 병역의 의무를 갈음하여 국가, 지방자치단체의 법률사무에 종사하는 사람, 병역법 및 공익법무관에 관한 법률).
- 또한 민사소송법에 의하면 변호사 아닌 자는 소송대리인이 될 수 없지만, 국가소송법에 의해 변호사자격이 없는 공무원도 소송수행자가 될 수 있음.
- 또한 현재는 과거에 비하여 변호사자격을 가진 사람들이 공무원으로 많이 재직하고 있음. 따라서 국가/지방자치단체 산하에는 공익법무관이 아니더라도, 변호사자격을 가진 공무원들이 많고, 이런 사람들을 소송수행자로 지정할 수도 있음.
- 정부법무공단법에 의하여 설립된 정부법무공단이 있음. 정부법무공단은 국가/지방자치단체의 소송대리를 하기 위하여 설립된 곳으로, 오직 국가/지방자치단체만이 사용할 수 있는 법무법인, 로펌과 같은 역할임.
- 따라서 국가/지방자치단체의 경우는, 공익소송이 제기되어 피고로 대응해야 하는 경우, 추가비용을 들이지 않고 동원할 수 있는 변호사가 매우 많음.

## (3) 피고가 대기업인 경우

- 최근 변호사의 수가 많아지면서, 대기업으로 취직하는 변호사가 많아짐. 과거에는 법무팀의 팀장만 변호사이고 팀원은 일반 직원들이었지만, 현재는 법무팀의 일반 직원들까지 대부분 변호사로 채용되는 것이 현실임. 또한 법무팀이 아니더라도 변호사가 일반 직원으로 채용되는 경우도 많음.
- 따라서 대기업의 경우도, 공익소송이 제기되어 피고로 대응해야 하는 경우, 추가비용을 들이지 않고 동원할 수 있는 변호사가 매우 많음.

## (4) 소결

- 현재 국가/지방자치단체 또는 대기업은 소가 제기되더라도 대응할 인력이 충분히 있음. 패소자 소송부담주의에 대하여 “남소와 남상소를 방지”한다는 것을 공식적으로 인정한 것이

헌법재판소의 2010헌바204, 2012헌바68 사건인데, 지금은 그때보다 변호사의 수가 훨씬 많아지고, 공익소송의 피고도 대응할 인력이 많아짐.

### 3. 소송구조제도 등 보완적인 제도가 있다는 주장에 대하여

- 공익소송 패소시 패소자의 소송비용을 감면해주는 제도의 취지는 사회변혁을 위한 공익소송의 기회를 보장하는 것임. 즉, 가장 우려되는 것이 바로 ‘패소시 막대한 소송비용을 부담하게 되는 곤란’임. 이것으로부터 보호하려는 것임.
- 반면 소송구조제도는 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청을 받아 법원이 그 비용을 일부 보전해주는 것임. 즉, 소송대리인 선임이 필요한 사람이 돈이 없어서 소송대리인을 선임하지 못하는 것을 막기 위한 것임.
- 즉, 공익소송 공익소송비용 패소자부담감면은 공익소송 제기하여 패소후 피고가 요청하게 될 소송비용을 어떻게 할 것인가에 대한 것이고, 소송구조제도는 소를 제기할 사람이 변호사를 구하지 못할 우려를 막고자 하는 것이므로, 제도의 취지가 다름. 대안이 될 수 없음.
- 공익소송을 제기할 때 법원으로부터 소송구조결정을 받은 후, 혹시나 패소하게 되면 소송구조로 그 비용을 받아 피고에게 소송비용으로 지급하면 될 것 아닌가?? 라는 반론이 제기된다면?
  - 민사소송법과 소송구조제도의 운영에 관한 예규 제11조 제1항에 의하면, 소송구조로 변호사에게 지급되는 비용은 심급마다 100만원임. 변호사의 계좌에 들어올 때는 세금을 일부 제하고 90만원대의 돈이 입금됨.
  - 반면 예를 들어, 정보공개소송에서 패소하게 되면, 피고가 원고에게 청구할 수 있는 소송비용은 440만원임.
  - 즉, 소송구조결정을 받아 추후 받을 수 있는 금액으로, 공익소송 패소 후 피고에게 지급할 소송비용에 충당을 할 수는 있겠지만, 현실적으로 크게 도움되지는 않을 것임. □

## 토론문

유형웅 판사 / 사법정책연구원 연구위원<sup>121</sup>

1.

일련의 개정법안들을 보면서 가장 먼저 떠오르는 생각은, 어떤 사건이 실제로 여기에 해당하는지 여부를 판단하기는 쉬우나, 그 판단에 대하여 다른 법관의 동의를 얻을지는 확신이 없다는 것입니다. 특히 ‘소송당사자의 사정, 소송의 성격 및 경위 등을 고려할 때 … 현저히 부당한 경우’와 같은 일반조항의 경우는 더욱 그러합니다. 아마도 법안을 만든 입장에서는 ‘공익성’이라는 기준을 통해 적절한 걸러내기가 가능하리라 기대하고 있는 것으로 보이나, 사실 모든 손해배상 소송은 어느 정도는 공익적인 측면이 있습니다. 가해자가 손해배상의 형태로 제재를 받지 않고 넘어갈 수 있게 된다면 이는 결국 위법행위의 비용을 줄여 사회 전반의 불법행위 수준을 높이는 결과를 가져오기 때문입니다. 즉 불량품을 판매하여 대량의 피해자를 양산한 기업을 상대로 한 손해배상소송과, 자동차보험회사의 가해운전자를 상대로 한 구상금 소송의 공익성의 차이는 질적인 것이 아니라 양적인 것이라고도 볼 수 있습니다.

이러한 문제점을 피해 가기 위하여 장애인차별금지법에 -동법에 따른 소송에 한하여서만 적용되는- 특례규정을 두는 대안이 시도된 것으로 보이기도 합니다만, 기본적으로 소송비용의 부담을 정하는 기준에 관한 규정은, 설령 내용이 동일하더라도 민사소송법에 두는 것이 법률 실무자의 입장에서는 편리한 것이 사실입니다. 특별법에 이와 같은 특칙을 두는 경우에는 특히 해당 분야의 소송실무에 숙달되지 않은 법관이나 변호사가 이를 간과할 가능성이 높기 때문입니다<sup>122</sup>.

한편 국가소송법의 개정 문제는 소송의 일방당사자인 국가 측에서 스스로 소송비용의 상환청구를 자제할 것인지의 문제로서 법원이 어떻게 소송비용의 부담에 관한 재판을 할 것인지의 문제와는 논의의 평면을 달리 하는 것으로 보입니다. 무엇보다 본 법안(이하 의안번호 15832호 민사소송법 개정안을

<sup>121</sup> 본 토론문의 내용은 소속기관의 공식의견과 무관한 토론자의 개인적인 견해입니다.

<sup>122</sup> 실제로도 소송비용에 관한 일종의 특별법인 「인지 첨부·첨부 및 공탁 제공에 관한 특례법」을 간과하여 대한민국이 신청인(채권자)인 보전처분 사건에서 담보제공을 명하는 사례가 종종 있습니다.

이와 같이 약칭합니다)이 시행되어 이른바 공익소송의 패소자에게 소송비용을 부담시키지 않는 실무가 정착된다면 국가소송법을 굳이 개정할 필요도 없을 것으로 생각합니다. 따라서 토론자는 민사소송법에 대해서만 언급하고자 합니다.

2.

규범으로서 명확성의 문제를 차치하면(이는 후술하듯 반드시 극복하기 어려운 장애라고는 보이지 않습니다), 근본적으로 본 법안의 입법취지에 약간의 의문을 제기해 볼 수 있습니다.

소송비용은 소송을 제기하지 않았더라면 원초적으로 발생하지 않았을 비용이라는 점에서 기본적으로는 패소자가 이를 부담하는 것이 자연스럽고, 실은 미국에서도 변호사보수를 제외한 다른 소송비용에 대하여는 패소자부담주의가 적용되고 있습니다<sup>123</sup>. 각자부담주의와 패소자부담주의는 나름대로 정당성의 논거를 가지고 있고, 전체 민사소송법 체계를 수립하면서 어느 원칙에 따를 것인지는 일정 부분 정책적 판단의 문제라고 생각합니다. 따라서 변호사보수에 관하여 각자부담주의를 취하다가 패소자부담주의를 일부 도입한 사례도 있고, 그와 같은 도입이 논의되는 사례도 있습니다<sup>124</sup>. 심지어 미국에서도 오히려 패소자부담주의가 소액 피해자의 권리구제나 공익소송의 촉진에 더 적합한 제도라고 주장하는 논자도 있는 것으로 보입니다<sup>125</sup>.

따라서 어떤 이유로든 우리나라의 민사소송 전반에 대하여 변호사보수의 각자부담주의(이른바 American Rule)를 채택하기로 하면서 그 일환으로 공익소송에 대하여서도 마찬가지로 원칙을 적용한다면, 별달리 문제될 것은 없다고 하겠습니다.

그런데 본 법안과 같이 현행의 패소자부담주의 원칙을 유지하면서 특정 유형의 소송에 한하여서 그 예외를 인정하기 위해서는 무엇인가 이를 정당화할 논거가 있어야 할 것으로 보입니다. 모든 소송에는 소송비용이 발생하고, 국가공무원이나 대기업의 임·직원이 자체적으로 여기에 대응할 수 있다고 하더라도 그것은 비용이 외견상 지출되지 않은(즉, 비용을 내부화한) 것일 뿐 비용 자체가 발생하지 않은 것은 아닙니다. 일정한 유형의 소송에 대하여 패소자부담주의의 예외를 인정한다는 것은, 결국 그러한 소송의 승소당사자의 출연(出捐)으로 패소당사자를 지원하는 결과가 됩니다. 다시 말해, 승소당사자가 국가라면 결국 국민의 세금으로 특정 소송당사자를 지원하는 것이고, 기업이라면 주주의 이익을 털어 이들을 지원하는 것입니다. 따라서 그러한 특별한 출연을 정당화할 수 없다면 이는 결국 평등의 원칙에 반하는 재산권의 침해로 귀결될 소지가 큰 것입니다.

이에 관하여 발제문들에 제시되었거나 그 외에 다른 경로로 제가 접한 여러 견해들을 정리하면, 대략 세 가지 정도의 이유가 제시되는 듯합니다(그 외에 제소 후의 피고 측의 자발적 시정과 같은 사정변경으로

<sup>123</sup> 이를테면, 미국 연방민소규칙(FRPC) 54(d)(1). 관련 설명은 사법정책연구원, *각국의 소송비용 제도*[외국사법제도연구(31)], 2023, 13.

<sup>124</sup> 전자에 해당하는 프랑스의 사례는 사법정책연구원(2023), 366-367 참조; 후자에 해당하는 일본의 사례는 같은 책, 435 참조.

<sup>125</sup> 사법정책연구원(2023), 19-20.

인하여 원고가 패소한 경우에는 현행 민사소송법 제99조의 적용에 의하여 문제가 해결될 수 있으므로 논외로 합니다).

- ① 결과적으로 근거 없는 것으로 판명되더라도, 이러한 소송의 제기 자체가 무엇인가 사회적으로 유익하다.
- ② 법원 혹은 실정법의 문제로 인하여 패소하였을 뿐 실제로 공공의 이익에 대한 침해가 존재한다.
- ③ 비록 패소하였으나 이러한 소송을 제기한 당사자에게 소송비용까지 부담시키는 것은 가혹하다.

우선 ②에 대하여는, 당사자의 무기대응을 가능케 할 소송제도의 개선이 아니라 소송비용의 부담으로 문제를 해결(실은 해결이라 하기도 어려운데)하는 것은 정공법이 아니라는 지적이 가능할 것입니다. 그리고 현실적으로도 권리 내지 법익침해가 있는지 없는지 가리는 절차가 바로 소송이므로, 권리(내지는 공공의 이익 침해)가 없어서 패소한 원고와, 권리는 있으나 입증에 실패한 원고를 소송비용의 부담을 정하는 단계에서 구별하여 차등적으로 대우하는 것은 (그와 같은 구별이 이미 본안소송에서도 제대로 이루어지지 못했던 이상) 사실상 어려울 것입니다. 그런데 전자와 같은 원고는 적어도 ②의 이유를 들어서는 구제할 필요성이 크지 않은 것입니다.

①에 관하여는 소송제도가 개인의 권리구제를 넘어 어떠한 issue raising의 수단으로 이용되는 것을 민사소송제도의 정상적인 이용으로 볼 수 있는가 하는 의문이 듭니다. 주지하다시피 민사소송은 근본적으로 사권(私權)의 보전과 실현을 목적으로 하며, 부수적으로 공익이 실현되더라도 이는 일반적인 소의 이익의 내용으로 평가하기 어렵습니다. 나아가 공익소송이든 무슨 내용의 소송이든 일단 법원에 제기된 소송은 한정된 사법자원을 놓고 서로 경합하는 관계에 놓일 수밖에 없습니다. 더욱이 이러한 공익소송은 소가와 별개로 꽤 난이도가 높은 소송인 경우가 많습니다<sup>126</sup>. 만약 ①과 같은 이유로 공익소송을 장려하기 위해 무언가 조치를 취해야 한다면, 그로 인하여 발생하는 비용과 효용을 보다 정치하게 분석하여 ‘공익소송이 얼마나 적정 수준에 비하여 억제되고 있는지’ 보다 실증적으로 파악하려는 시도가 필요하고 “승패와 무관하게 문제 제기 자체로 잘못된 악습이나 제도에 대해 개선의 기회를 제공한다”는 일반적인 언명으로는 충분한 논거가 되기 어렵다고 생각됩니다. 그리고 사회적 문제제기가 주된 목적이라면, 일부청구임을 명시하고 상대적으로 소액의 배상만을 청구함으로써 패소시의 위험부담을 최소화하는 등의 소송기술적인 위험 회피 방법도 강구해 볼 수 있습니다. 발제문에도 소개되어 있듯 변호사보수는 무제한적으로 소송비용에 산입되는 것이 아니기 때문입니다<sup>127</sup>.

<sup>126</sup> 발제문에 인용된 서울고등법원 2022. 6. 8.자 2021라21374 결정도 이 점을 지적하고 있습니다.

<sup>127</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 별표 참조. 다만 비재산권에 관한 소송의 소가가 획일적으로 5,000만원(이 경우 변호사보수는 440만 원까지 산입됨) 또는 1억 원(이 경우는 740만 원까지)으로 정해진 한계는 있습니다: 민사소송 등 인지규칙 제15조의2, 제18조, 제18조의2 등.

오히려 타당성을 생각해 볼 수 있는 논거는 ③이라고 생각되고, 본 법안 중 제2호는 실제로 이러한 목적으로 마련된 일반조항이라고 사료됩니다. 사실 이 또한 복지정책으로 풀어야 할 문제일 수도 있으나, 현재의 소송구조제도가 그다지 충실하다고 보기 어려울 뿐 아니라<sup>128</sup>, 소송구조제도는 ‘자신의 소송비용’을 국고가 대신 부담하여 주는 것일 뿐 패소로 인하여 부담하게 되는 상대방의 소송비용까지 국고가 떠안는 제도는 아닙니다<sup>129</sup>. 당사자의 처지 등을 고려하여 소송비용을 부담하는 것이 현실적으로 불가능하거나 중대한 경제적 위기를 초래할 우려가 있다고 판단될 경우에 법원이 재량으로 소송비용의 면제를 인정할 수 있다면, 때로 구체적 타당성 있는 문제 해결에 기여할 수는 있을 것입니다. 반면 다수의 피해자를 조직하여 소송비용을 부담하면서 소송을 기획하고 실행할 수 있을 정도의 능력을 지닌 개인이나 단체에 대하여는 아마 이와 같은 특례를 적용할 필요성을 인정하기 어려울 것입니다<sup>130</sup>. 무엇보다 법원에 대하여 갈수록 재량을 부여하지 않는 작금의 입법 경향에 비추어, 이와 같이 소송비용에 대하여 일종의 은사(恩赦)의 권한을 법원에 부여하는 내용의 법안이 과연 이해관계인들로부터 환영받을 수 있을지도 의문입니다.

### 3.

설령 공익소송을 장려할 필요가 있다고 하더라도, 그 방법이 반드시 공익소송의 상대방에게 불이익을 가하는 것이 되어야 할 필연적인 이유가 있는지는 재고를 요합니다. 대체로 사람들은 위험 회피적이므로, 소송의 결과를 예단하기 어려운 경우 승소하였을 때 받게 될 이익보다는 패소하였을 때의 불이익에 더 민감하게 됩니다. 이러한 위험을 분산하기 위한 전형적인 제도는 보험이지만, 다수의 이해관계인을 모아 집단소송을 제기하거나, 더 나아가 특정 목적을 지향하는 단체를 만들어서 그 단체로 하여금 설립 취지에 부합하는 소송을 지원하도록 하는 것도 유사한 위험분산의 방법으로 볼 수 있습니다<sup>131</sup>.

우리나라의 경우 아직 시민단체에 대한 기부 문화가 활성화되어 있지 않다는 지적이 많은 듯하나, 이러한 자율적인 위험 분산을 장려하는 것이 본 법안과 같이 법원이 재량으로 일방당사자의 권리를 제약함으로써 문제를 해결하는 방식보다는 더 바람직하지 않나 생각합니다.

<sup>128</sup> 현재 소송구조변호사의 기본보수액은 심급별로 100만 원이고, 증액하더라도 200만 원이 상한입니다(재일 2002-2 소송구조제도의 운영에 관한 예규 제11조 제1항, 제11조의2, 2019. 10. 1. 시행)

<sup>129</sup> 독일 민사소송법은 소송구조결정을 받은 당사자가 패소할 경우 상대방은 소송비용의 상환청구를 할 수 있다는 점을 명시하고 있습니다(제123조), 이로 인한 소위 ‘부메랑 효과’를 국고로 완화시켜 주어야 할 필요가 있는지 과거에 논의가 있었으나, 현재는 패소자부담의 일반원칙이 그대로 적용된다는 데 큰 이론이 없다고 합니다: 사법정책연구원, 외국사법제도연구(24) -각국의 소송구조제도에 관한 연구-, 2019, 196-197. 토론자가 개인적으로 조사해 본 바로도 (이유는 알 수 없으나) 독일은 공익소송에 대한 특례 인정에 특히 인색한 법제를 가지고 있는 것으로 보입니다.

<sup>130</sup> 과거 공군 비행장 소음소송을 기획한 변호사가 성공보수로 300억 원이 넘는 지연이자를 받아가 문제가 된 사례가 있었는데, 이러한 소송도 일응 공익성은 있다고 하겠으나, (만약 패소하였더라도) ③과 같은 이유로는 패소자부담의 예외를 인정하기는 어려울 것입니다: ‘비행장 소음’ 소송 365억 채권 변호사에 법원 “지연이자 80% 주민에게 돌려줘라”, 중앙일보(2013. 12. 31.)

<sup>131</sup> 변호사법 제109조가 문제될 수는 있으나, 여기에 저촉되지 않는 방식의 소송 지원 방안이 전혀 없을 것 같지는 않습니다.



4.

끝으로, 본 법안과 같은 내용의 입법을 현실적으로 도입할 경우 함께 고려되어야 할 한 가지 문제를 첨언하고자 합니다.

본 법안의 문언상 소송비용의 특례를 인정할 기준이 명확하지 않다는 점이, 극복하기 어려운 장애라고는 보이지 않습니다. 다만 그 전제로, 이러한 특례가 적용된 소송비용의 부담에 관한 재판에 대하여 독립적인 불복이 허용될 필요가 있다고 사료됩니다.

현행 민사소송법 제391조는 소송비용에 관한 재판에 대한 독립적인 항소를 금지하고 있습니다. 이러한 논리의 연장선상에서 판례는 상소가 부적법하거나 이유 없는 경우 소송비용의 재판에 관한 불복도 이유 없다고 보고 있으며<sup>132</sup>, 다만 무권대리인이 제108조에 따라 소송비용 부담을 명하는 재판을 받은 경우에만 판례상 즉시항고에 의한 불복이 인정되고 있습니다<sup>133</sup>. 따라서 패소 또는 일부승소한 당사자는 상소를 제기하면서 소송비용의 부담에 관하여서도 다른 재판을 기대해 볼 여지가 있으나, 전부승소한 당사자가 자신에게 불리하게 결정된 소송비용의 부담만을 다루기 위하여 불복할 길은 막혀 있습니다<sup>134</sup>. 그런데 본 법안에 따르면 이와 같은 상황이 발생할 가능성이 높다고 보이고, 실은 이러한 상황을 의도하고 있는 법안으로 평가해도 무리는 없을 것입니다. 예컨대 소비자들이 제조물의 하자를 이유로 기업을 상대로 소를 제기하였다가 모두 패소하였으나, 소송비용은 각자 부담하라거나 더 나아가 기업이 부담하라는 식의 결과가 가능해지는 것입니다.

위와 같은 상황에서 승소하여 본안에 관하여는 상소의 이익이 없는 당사자에게 소송비용의 재판에 관한 독립적인 불복을 허용한다면, 결국 본 법안과 같은 정도의 구체성을 띤 문언 하에서도 판례의 형성에 따라 자연스럽게 나름의 기준이 정립될 수는 있을 것으로 보입니다. 예컨대 독일 민사소송법 하에서는 이른바 ‘즉시인낙’(제93조)의 규정에 의하여 전부 승소한 당사자가 소송비용을 부담하는 결과가 발생할 수 있고 실제로도 흔히 발생하는데, 인낙에 의하여 소송이 종결된 경우 소송비용의 부담에 관한 재판은 별도로 즉시항고를 제기할 수 있도록 규정하고 있습니다<sup>135</sup>(제99조 제2항).

<sup>132</sup> 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다22048 판결, 대법원 2020. 2. 27. 선고 2017다37577 판결.

<sup>133</sup> 대법원 1997. 10. 10. 선고 96다48756 판결, 대법원 2016. 6. 17.자 2016마371 결정.

<sup>134</sup> 다만 상소가 이유 없더라도 상소심 법원이 소송비용의 부담만 달리 정할 수는 있다는 견해도 제기되는 것으로 보입니다: 편집대표 민일영, 주석민사소송법(VI)(제8판), 한국사법행정학회(2018), 67-70.

<sup>135</sup> 이하 독일 민사소송법 번역은 문영화, 민사소송법 번역집(독일), 법무부(2019)에 따름.

제93조(즉시 인낙의 경우에 소송비용)

피고가 소의 제기를 유발할 만한 행동을 하지 않았고 즉시 청구를 인낙한 경우, 소송비용은 원고가 부담한다.

제99조(소송비용의 재판에 대한 불복)

(1) 소송비용의 재판에 대하여는 본안의 재판에 대하여 상소가 제기되지 않은 경우에는 불복할 수 없다.

(2) 본안이 인낙을 이유로 한 급부판결에 의하여 종결된 경우, 소송비용의 재판에 대하여는 즉시항고를 한다.

본안의 소가가 제511조에 규정된 액수를 초과하지 않는 때에는 이를 적용하지 않는다. 이 경우 항고에 대한 재판을 하기 전에는 상대방을 심문하여야 한다.

다만 독일 민사소송법 하에서도 다른 이유로(예컨대 제96조의 무익한 공격·방어방법으로 인한 비용이라는 이유로) 승소한 당사자가 소송비용을 부담하였을 때 그에 대해서만 독립적으로 불복하는 것이 언제나 허용된다고는 보이지 않습니다. 제99조에 관한 개괄적인 설명으로는 사법정책연구원(2023), 310-312.

판례는 소송비용에 관한 불복만을 허용하면 사실상 우회적으로 본안에 관한 다툼을 허용한다는 이유로 이와 같은 독자적인 불복에 부정적인 것으로 보입니다<sup>136</sup>. 그러나 본 법안이 시행될 경우 본안소송의 승패와 별도로 -소송비용 부담의 재판을 통하여- 소송 그 자체의 추상적이고 일반적인 성격에 관한 독자적인 재판이 이루어지는 것이므로, 그 부분의 당부를 판단할 별도의 불복절차를 허용하는 것이 소송경제상 금지된다고 보기 어렵고, 오히려 법관의 자의적인 판단의 여지를 줄이기 위해서라도 필요하다고 생각합니다. 서두에서 말씀드렸듯 무엇이 ‘패소자에게 소송비용을 부담시키는 것이 현저히 부당한지’, 그리고 무엇이 ‘인권, 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익’에 관한 것인지의 기준은 법관들에게도 반드시 일의적이고 명백한 것은 아니기 때문입니다.

□

---

<sup>136</sup> 민사소송법 제361조(필자주-소송비용 부분에 한하여서는 현행법 제391조와 같은 내용)가 소송비용의 재판에 대하여 독립하여 상소할 수 없다고 규정한 것은 본안의 재판에 대하여 불만이 없는 사람에게 부수적 재판인 비용부담의 재판에 관하여 따로 불복을 신청할 수 있게 하면 그 비용부담의 적정여부를 가리기 위하여 다시 본안재판의 적정 여부까지 가려보아야 하는 본말을 전도하는 현상이 생기게 되므로 본안재판에 대한 불복과 함께 하는 것이 아니면 허용하지 아니한다는 취지이고 그 규정이 헌법 제23조 제1항과 제27조 제1항에 위반된다는 논지는 받아들일 수 없다(대법원 1991. 12. 30.자 91마726 결정).

## 기자가 본 현장의 공익소송 패소비용 문제

주보배 기자 / 진실탐사그룹 <설록>

안녕하세요. 진실탐사그룹 설록 주보배 기자입니다.

저는 지난 4월부터 기획 기사 <정의 비용: 법원의 이상한 계산법>을 연재했습니다. 이 기획을 통해 패소자 부담 원칙이 공익소송을 위축시켜 사회 변화를 저지하는 부작용이 있다고 지적했습니다.

제가 왜 이 프로젝트를 하게 됐는지, 보도를 위해 취재하면서 누구를 만나 무엇을 느꼈는지를 위주로 말씀 드리겠습니다.

제가 공익소송에 주목한 이유는, 바로 제가 일하는 설록이 공익소송을 직접 수행하는 언론이기 때문입니다.

설록은 행동주의 언론이자 ‘솔루션 저널리즘’을 지향합니다. 설록은 사회 문제를 제기하고 알리는 데 그치지 않고 해결하기 위한 방법을 모색합니다. 공익소송은 설록이 직접 문제를 제기하고, 해결하기 위한 수단이었습니다.

대표적으로 설록은 뉴스타파, 미디어오늘과 함께 2021년 법조기자단 개방화를 위해 직접 행정소송에 나섰습니다. “법조기자단에 속하지 못한다면 법원 기자실을 사용하지 못하고 출입증 발급도 받지 못하는 게 당연한가?”라는 질문을 법원에 던지기 위해서였습니다.

또 검사들이 세금을 지원받아 ‘공짜유학’을 다녀와 놓고 국외훈련 논문을 표절하는 행태를 뿌리뽑기 위해, 지난 1일 법무부와 법원연수원을 상대로 정보공개 소송을 제기하기도 했습니다. 소송을 통해 범죄 사건을 수사하고 법원의 심판을 구하는 검사가 표절이라는 범죄를 저질러도 묵인하는 시스템을 바꾸고자 했습니다.

백제병원의 불법행위를 조명한 프로젝트를 연재하고, 그 과정에서 백제병원이 걸어 온 입막음용 소송이 대법원까지 이어지기도 했습니다.

셜록은 사회를 바꾸기 위해 공익소송을 수행한 사람들의 이야기를 조명하기도 했습니다. 염전노예 피해자들이 국가를 상대로 제기한 손해배상을 법률 대리한 최정규 변호사님을 인터뷰했습니다. 지난해 시민단체 정치하는엄마들이 서울시교육청을 상대로 한 정보공개 청구 행정소송을 기사화했습니다.

직접 공익 소송에 나서면서, 또 공익 소송을 수행한 사람들의 이야기를 들으면서 더 절실하게 깨달았습니다. 소송비용의 부담 때문에 공익소송이 위축될 수 있다는 사실이었습니다. 실제로 염전노예 피해자들 중 한 분은 소송비용 때문에 국가 손해배소 항소심을 포기했습니다. 앞서 직접 발언해주셨지만, 백제병원 김인규 씨 역시 백제병원과의 소송에서 진 후 막대한 경제적 부담을 떠안아야 했습니다. 또, 셜록 내부에서도 소송 여부를 결정할 때 비용을 고려하지 않을 수 없었습니다.

사회를 변화시키는 시도를 하는 데 막대한 돈이 드는 사회는 불합리하다는 생각이 들었습니다. 취재해보니, 다른 나라에서는 우리나라처럼 ‘패소자 부담주의’를 채택했을지라도 공익소송이 위축되지 않도록 보완책을 두고 있었습니다. 이에 공익소송을 직접 수행하는 언론사인 셜록에서 보도를 통해 패소자 부담 원칙의 폐해를 지적할 필요가 있다고 판단했습니다. 정의를 실현하기 위해선 ‘돈 걱정’부터 해야 하는 현실을 지적해야겠다는 생각이 들었습니다. 프로젝트 이름에 ‘정의 비용’이라는 단어가 들어가는 이유입니다.

<정의 비용: 법원의 이상한 계산법>에서 공익소송에 나섰지만 패소 후 막대한 경제적 부담에 시달렸던 사례를 보도했습니다. 앞서 발언해주셨던 ‘산양 소송’의 원고 김산하 대표님, 백제병원의 불법 행위를 알린 김인규 씨를 인터뷰했습니다.

이 밖에도 국방부에 ‘용산기지를 원래 계획대로 이전하라’는 소송을 제기한 용산 주민들도 만났는데요.

노무현 정부 시절이었던 2004년 한미 양국 정부는 용산기지이전협정(Yongsan Relocation Plan, 이하 YRP 협정)을 체결합니다. 한미연합사를 포함한 기지 일부를 2008년까지 평택지역으로 이전하는 게 주요 골자였는데요. 10년 뒤에 이 결정은 무효로 돌아갑니다. 2014년에 박근혜 정부는 한미연합군사령부를 용산에 잔류시키기로 결정한 건데요. 이 때 용산 주민들이 “대통령이 국민과의 약속을 어겼다”며 행정 처분 취소를 요구하는 소송을 제기했습니다. 한미연합사 이전은 국회 비준을 통해서 결정된 사안이거든요. 이걸 국민과 합의 없이 손바닥 뒤집듯 바꿨다는 것에 대한 문제 제기였습니다.

하지만 주민소송단이 패소했고 국방부는 2019년 1차로 주민소송단 35인에게 소송비용 약 600만 원을 청구했습니다. 1차 청구 당시에는, 더 이상 납입을 요구하진 않고 지나갔습니다. 윤석열 정부가 들어서고 올해 1월, 다시 한번 청구서가 날아왔습니다. 이번엔 액수가 약 1.5배 불어난 약 천만 원이었습니다.

천만 원을 일주일도 안 되는 시간 안에 마련했어야 했습니다. 제가 주민소송단을 이끌었던 김은희 온전한생태평화공원조성을위한용산시민회의 대표님께 소송비용을 어떻게 마련했는지 들었는데요. 익명의 개인부터 시작해서 용산시민사회연대, 공무원노조, 용산역사문화협동조합, 성심수녀회 같은 여러 시민사회 단체가 도와줬다고 말하면서 눈물을 보이셨습니다.

주민 소송단 중에는 당시 쪽방에 거주하고 계시던 분도 있었습니다. 원고로 참여한 주민의 대부분은 용산에서 ‘전세 혹은 월세’로 거주하는 중이었습니다. 즉, 용산기지가 빠져나가고 생태 공원이 조성돼서 집값이 오르면 오히려 손해를 보는 상황이었습니다. 그런데도 소송에 나섰다는 사실 자체가 인상적이었고, 사회경제적 상황과 상관 없이, 공익소송에 나설 수 있는 환경이 마련돼야 한다는 생각이 들었습니다.

국가로부터 억울한 피해를 보고도 국가와의 소송전에서 지거나 혹은 ‘일부만’ 승리했다는 이유로 막대한 소송비용을 청구받은 사례도 있었습니다. 2008년 국무총리실 민간인 불법 사찰의 피해자 김종익 씨입니다. 당시 김종익 씨는 대형 금융권 기업의 자회사에 다녔는데 국무총리실에서 모기업에 압박을 넣어서 직장을 잃었습니다. 또 경찰뿐만 아니라 검찰 조사에서 모욕도 겪었습니다. 결국 김종익 씨는 총리실 관계자와 더불어 국가에 손해배상 청구 소송을 제기했습니다. 하지만 법원이 김종익 씨가 겪은 피해 중 일부만 인정했기 때문에 국무총리실로부터 소송비용을 청구받았습니다. 한마디로 김종익 씨는 가해자인 국무총리실에 약 2천 500만 원을 내야 하는 상황입니다.

오래전에 힘든 일을 겪었는데도 김종익 씨는 담담하셨습니다. 인터뷰 말미에서는, “이런 식이면 국가라는 거대한 상대에게 피해를 본 저 같은 사람은 어떻게 재판에 뛰어들 수 있겠냐, 앞으로 국가 상대로 한 손해배상청구 소송과 같이 공익소송에는 패소자 부담 원칙을 적용하지 않도록 목소리를 내고 싶다”고 하셨습니다.

옆에서 공익소송을 직접 수행하는 동료 기자를 보면서, 또 공익소송에서 패소한 분들을 만나면서 저는 민사소송법 등 관련 법 개정의 필요성을 느꼈습니다. 오늘 마련된 토론회가 제도 개선에 나아가는 또 한 번의 걸음이 되길 바랍니다. 감사합니다.□

국회토론회 자료집

**증언과 토론 : “패소자부담주의 일률적용, 공평한가?”**

발행일 2023. 7. 5.

발행처

국회의원 박주민 · 양정숙 · 공익인권법재단 공감·민변  
공익인권변론센터·사단법인 정보인권연구소 ·전국언론노조 ·  
진보네트워크센터·진실탐사그룹 설록·투명사회를 위한  
정보공개센터 ·참여연대·천주교인권위원회

후원 | 서울지방변호사회

담당 이지은 간사 02-723-0666 pil@pspd.org

※ 본 자료는 <https://www.peoplepower21.org/PublicLaw>에서 다시 볼 수 있습니다.