

# 국회 토론회 자료집

## 공익소송도 돈 있어야 하나요?

공익소송 패소비용 제도개선을 위한  
입법방안 모색 국회 토론회

일시 | 2021년 3월 3일(수) 오전 10시

장소 | 온라인 생중계

주최 | 더불어민주당 백혜련 국회의원, 대한변호사협회,  
민주사회를위한변호사모임, 진보네트워킹센터, 참여연대,  
천주교인권위원회, 투명사회를위한정보공개센터

## 프로그램

---

- 10:00 사회 조동선 변호사 / 전 대한변협 공익소송 패소자부담 제도개선TF
- 10:05 인사말 백혜련 더불어민주당 국회의원  
이종엽 대한변호사협회 협회장
- 10:12 좌장 인사말 박종운 변호사 / 전 대한변호사협회 인권위원회 부위원장
- 10:15 발제1 공익소송 등에 대한 패소자부담주의 예외 제도의 필요성  
박호균 변호사 / 전 대한변호사협회 공익소송 패소자부담 제도개선TF
- 10:35 발제2 소송비용 제도개선을 위한 민사소송법 및  
국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정 방안  
최용문 변호사 / 참여연대 행정감시센터 실행위원
- 10:55 토론1 **KBS** 이사회 회의록 정보공개 소송 사례 / 조영수
- 토론2 민간인 불법사찰 피해자 사례 / 김종익
- 토론3 핵발전소 주변마을 '균도네 가족' 소송 사례 / 이진섭
- 토론4 정혜림 사무관 / 법원행정처 민사지원 제1심의관실
- 토론5 윤경식 사무관 / 법무부 국가소송과
- 토론6 김태호 위원 / 서울대학교 공익산업법센터
- 토론7 최용근 변호사 / 민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터
- 12:15 질의 응답

# 인사말

안녕하십니까.

국회 법제사법위원회 소속 더불어민주당 경기 수원을 국회의원 백혜련입니다.

소중한 시간을 내어 ‘공익소송 등 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색 토론회’에 참석해주신 모든 분께 감사의 인사를 전합니다. 특히 오늘 이 자리를 함께 마련해주신 참여연대, 민주사회를위한변호사모임, 진보네트워크센터, 천주교인권위원회, 투명사회를위한정보공개센터, 대한변호사협회를 비롯한 관계자 여러분께 진심으로 감사드립니다.

지난 2015년 당시 질병관리본부 역학조사관의 실수로 메르스 ‘슈퍼 전파자’를 놓치는 사건이 발생했습니다. 감사원의 감사 결과 방역당국이 메르스 확진자의 동선 파악을 제대로 하지 않아 무려 23명이 감염된 것으로 드러났습니다. 그 중 한 사망자의 유가족은 국가를 상대로 공익소송에 나섰지만 3년간의 법정 다툼 끝에 패소가 확정되어 소송비용 2천만 원을 물어낼 위기에 처했습니다.

이처럼 공익소송에 패소하게 되면 「민사소송법」 제98조 및 제109조, 그리고 「국가를 당사자로 하는 소송법 시행령」 제12조 제3항에 따라 소송비용을 부담하게 됩니다. 그런데 이 법령들은 공익소송의 사회적 의미를 고려하지 않고 일률적·기계적으로 패소자에게 소송비용을 부담하게 하는 바, 당사자를 경제적 곤궁에 빠뜨리고 사회적으로는 공익소송 제기를 위축시킨다는 문제점이 지적되고 있습니다.

공익소송은 불특정 다수의 피해를 구제하고 사회적 소수자와 약자의 권리를 구제하는 등 공익 실현과 사회 개혁에 기여하지만, 이에 대한 제도적인 지원장치는 부족한 실정입니다. 그로 인해 ‘계란으로 바위치기’라는 오명이 따라 붙고 있습니다.

대법원은 2018년 시민단체와의 간담회에서 공익소송 비용 경감 문제를 개선하겠다는 의지를 밝혔으며, 법무부 법무·검찰개혁위원회 또한 2020년 2월 공익소송 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면하는 규정을 마련하라고 법무부에 권고하였습니다.

오늘 토론회에서는 공익소송 등에서 패소자부담주의 예외 필요성을 논하고 향후 입법과제와 제도 개선 방안을 살피는 토론이 이루어질 것입니다.

좌장을 맡아주신 박종운 변호사님, 발표를 맡아 주신 박호균 변호사님과 최용문 변호사님, 지정토론자이신 조영수 언론노조대외협실장님, 김종익님, 이진섭님, 정혜림 사무관님, 윤경식 사무관님, 김태호 박사님, 최용근 변호사님께 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

이번 토론회가 공익소송을 활성화시키고 공익 실현과 사회 개혁이라는 순기능을 다하게 하는 방안을 도출하는 생산적인 자리가 되기를 기대합니다.

다시 한번 참석자 여러분께 감사드리며, 오늘의 논의를 바탕으로 21대 국회에서 실질적인 입법이 이루어질 수 있도록 최선을 다하겠습니다.

감사합니다.

2021년 3월 3일

국회의원 백혜련

# 인사말

안녕하십니까. 대한변호사협회장 이종엽 변호사입니다.

바쁘신 중에도 귀중한 시간을 내시어 오늘 『공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색 국회토론회』에 함께해 주신 여러분께 진심으로 감사드립니다. 항상 국민 권익 향상을 위해 노력하시며, 이번 토론회 개최를 위해 힘써주신 더불어민주당 백혜련 국회의원님께 감사의 말씀을 드립니다. 또한, 토론회를 공동주최해 주신 민주사회를위한변호사모임, 참여연대, 진보네트워킹센터, 천주교인권위원회, 투명사회를위한정보공개센터 관계자 여러분의 노고에 감사드립니다.

현재 소송비용은 민사소송법 제98조에 따라 패소한 당사자가 부담하는 것이 원칙입니다. 그러나 사회적 약자의 권익을 보호하고 불합리한 사회구조를 개선하기 위한 공익소송에 대해서도 일률적으로 소송비용 패소자부담의 원칙이 적용되고 있어, 공익소송에서 패소한 당사자가 막대한 소송비용을 짊어질 수밖에 없는 실정입니다. 공익소송의 경우 기존 제도나 판례의 불합리함을 지적하고 개선을 촉구하는 특성이 있으므로, 입증의 부담이 크고 패소 가능성도 적지 않습니다. 이에, 패소 시의 소송비용에 대한 부담은 공익소송을 제기함에 있어 높은 장벽으로 작용하고 있으며, 공익소송의 활성화 및 발전을 저해하는 걸림돌이 되고 있습니다.

소액의 피해를 입은 일반 국민들이 기업이나 국가를 상대로 공익소송을 제기하게 될 경우, 승소를 통해 배상받을 수 있는 금액이 많지 않음에도 상대방의 변호사 보수, 인지대 등의 소송비용을 떠안게 될 수 있으므로 큰 부담이 될 수밖에 없습니다. 그뿐만 아니라, 공익소송은 대다수 국민의 공익을 위한 선의의 목적에서 제기되는 소송임에도 불구하고

패소의 부담은 소송 당사자만이 부담하게 되는 바, 이러한 구조로 인해 공익소송이 위축되고 있다는 비판도 상당수 제기되고 있습니다.

이처럼, 공익소송에서의 소송비용 부담 문제를 해결할 필요가 있다는 의견이 대두되고 있는 가운데, 공익소송의 특성을 고려한 구체적인 제도개선 방안을 검토하기 위해 개최된 이번 토론회는 매우 시의적절하다고 할 것입니다. 이번 토론회를 통하여 실제 공익소송에서의 소송비용 부담 사례를 살펴보고, 각계의 깊이 있는 의견들을 수렴하여 구체적인 법제 개선 방안을 모색할 수 있기를 바랍니다.

특히, 공익소송의 소송비용 감면과 관련한 합리적인 법령 제·개정을 위해서는 ‘공익소송’ 혹은 ‘사건의 공익성’에 대한 명확한 개념 정의가 필요하다고 할 것입니다. 공익소송이라는 개념에 대해서는 여러 가지의 다양한 해석이 존재할 수 있는 만큼, 소송비용 감면 대상인 공익소송이 무엇인지에 대해 국민이 예측 가능한 방향으로 규정되어야 할 것입니다. 다각도의 면밀한 검토를 거쳐 법률안에 구체적인 기준과 원칙을 함께 정하는 것이 바람직할 것으로 보입니다.

오늘 토론회에서 소중한 의견을 나누어 주시고 발전적 논의를 펼쳐주실 각계 전문가분들께 진심으로 감사드립니다. 대한변호사협회는 앞으로도 공익소송 활성화를 통해 약자와 소수자의 인권을 두텁게 보호할 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다.

대단히 감사합니다.

2021년 3월 3일

대한변호사협회 협회장 이종엽

# 공익소송 등에 대한 패소자 부담주의 예외 제도의 필요성

박호균 / 변호사, 전 대한변호사협회 소송비용TF 위원

## I. 서론

1. 사례 소개
2. 소송비용의 개념
3. 문제 제기

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

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

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

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

## IV. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성과 법률 개정 방향

## V. 결론

## I. 서론

### 1. 사례 소개

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

영전 노예사건으로 알려진 피해 장애인들은 2014년 2월 언론과 장애인 단체 활동가, 법률가들의 도움으로 섬을 탈출하였고, 과거 수십 년 동안 신안군 내 임금 착취와 감금, 폭력을 동반한 강제 노동을 겪은 것에 대하여 시민단체와 공익 변호사들의 도움으로 인권과 공익을 위해 앞장서야 할

국가와 지방자치단체 공무원들의 악습을 목인하는 등의 행태를 근절시키고자 2015년 11월 국가와 신안군, 완도군에 책임을 묻는 국가배상청구소송을 제기하였다. 소송 이후 소송비용액 확정 신청에 따라 신안군청이 지출한 변호사수임료 등 약 6,972,000원을 7명의 영전 피해 장애인들이 납부해야 하는 결정이 나서 언론에 알려진바 있다.<sup>1</sup> 이 같은 공익소송 유형으로 일제 강점기 독립운동가의 인권 옹호부터 근래의 수재 집단 손해배상청구소송, 호주제 위헌 소송, 장애인 보험차별에 대한 손해배상청구 소송 등 다양한 유형들이 있다.<sup>2</sup>

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

P씨는 가정에서 화분에 채소 재배를 위해 보관하던 농약(살충제)을 음료수와 혼동하여 마시는 중독 사고로 병원에 이송되어 생명을 구했으나 진행된 사지괴사로 인해 사지절단 상태가 되었고, 이에 대해 평소 가입해둔 보험 상품을 확인하고 사고에 대해 보험금을 청구하였으나 이를 거부하자 보험사를 상대로 상해보험금 청구소송을 제기하였다가 대법원까지 패소하게 되었다. 보험금 소송이 종결된 후 OO보험사에서 사지절단 상태가 된 P씨에게 보험사가 지출하였다는 변호사 보수를 소송비용으로 청구하였고 법원에서 9,530,016원을 인정하였다(서울중앙지방법원 2019카합132 소송비용확정 결정).

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

또한 K씨는 2014. 1. 14. 18:00경 안산시 소재 초지역 지하철역 계단을 걸어 내려가던 중 미끄러지는 사고로 목을 다쳐 119 통해 인근 종합병원에 사지감각 저하를 주증상으로 내원하였다가, 보호자가 없다는 이유로 수술이 시행되지 못하는 등 필요한 치료를 받지 못하다가 다음 날인 2014. 1. 15. 15:09경 다른 의료기관으로 전원되어 뒤늦게 수술을 받았으나, 사지마비, 배변, 배뇨 장애 등의 후유증이 남게 되었다. 이후 K씨는 초지역을 관리하는 OO공사, 119의 사용자인 경기도 및 수술을 조기에 시행하지 않은 OO의료기관을 공동피고로 하여 약 10억원 가량의 손해배상청구의 소를 제기하였다가 모두 패소하였는데, 이후 위 소송의 피고들인 OO공사, 경기도 및 OO의료기관측에서 소송비용을 K씨에게 청구하여 합계 약 1억원 가량의 소송비용을 청구하였고 법원은 이를 받아들였다(서울중앙지방법원 2018카합245 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31687 소송비용액확정 결정, 서울중앙지방법원 2018카합31041 소송비용액확정 결정).

## 2. 소송비용의 개념

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용으로, 재판 비용과 당사자 비용으로 대별된다.<sup>3</sup> 재판 비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용 등이다.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> 최석범 기자, 영전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나, 에이블뉴스, 2018. 5. 3.

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

<sup>3</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 600면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668면.

<sup>4</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 600-601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668-669면.



당사자비용은 당사자가 소송 수행을 위해 자신이 지출하는 비용인데, 대표적으로 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다.<sup>5</sup> 최근 2018. 4. 대법원 규칙<sup>6</sup>이 개정됨으로써 소송비용으로 인정될 수 있는 변호사 보수가 상향되었다. 일각에서는 변호사 보수를 현실화하였다고 하나, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다도 더 많다는 평가도 적지 않다.

### 3. 문제 제기

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

즉 우리 사회의 구조적인 문제점을 지적하고 개선 방향을 제기하는 등 순기능을 할 수 있는 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 공익소송이나 또 증명의 부담이 큰 영역의 전문가 소송에서도 유사한 문제점이 있는 것으로 보이고, 쉽게 접할 수 있는 보험사에 대한 보험금 청구 소송에서 패소하였을 때에도 비슷한 문제가 발생하고 있다.

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

## II. 우리나라 소송비용 부담의 현황, 제도 연혁 및 문제점

### 1. 우리나라 소송비용 부담의 현황과 문제점

#### 가. 공익소송 등에서 문제점

---

<sup>5</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669면.

<sup>6</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙

[시행 2018. 4. 1.][대법원규칙 제2779호, 2018. 3. 7., 일부개정][별표] <개정 2018. 3. 7.> 자료집 35페이지 참조

공익소송(또는 공익인권소송)은 현행법상 개념이 규정된 것은 아니지만 과거 사법개혁위원회에서 잠정적으로 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭하고, 공익법률시스템이란 이와 같은 ‘공익소송과 공익활동을 활성화하기 위한 제도적 장치’를 말한다고 개념을 설명한 바 있고, 대표적인 공익소송의 예로 서울시 판공비 정보공개 청구소송, 지하철 연착에 대한 손해배상 청구소송, 김포공항 소음피해소송, 여성단체들의 군 가산점에 대한 헌법소원 등을 예로 들고 있다.<sup>7</sup>

지금까지 공익소송으로 언급되어 온 공익소송은 불특정 다수의 피해 구제, 사회적 소수자·약자의 권리보호 등으로 공익실현 기능, 권리구제 기능, 사회개혁을 통한 발전역량의 도모 등의 순기능을 가지고 있다. 따라서 우리 사회 인권의 개선을 위해서는 공익소송이 활성화될 수 있도록 지원하고 공익법률시스템을 구축해야 할 필요성이 크다.<sup>8</sup> 다만 공익소송에서 피해자가 다수여야 하는가 하는 의문을 가질 수 있는데, 경제적, 사회적 이유로 사법시스템에 접근하기 어려운 피해자가 소수이거나 개인이라고 하더라도 약자와 소수자에 대한 권익보호 측면에서 공익소송에서 배제될 이유가 없다고 할 것이다.

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

비단 위 영전 노예사건 외에도 장애계 시민단체의 노력으로 지하철 스크린 도어 관리 소홀로 낙상하는 시각장애인들의 여러 소송들, 버스 승차 거부와 관련된 버스회사를 상대로 한 장애인의 소송, 환경 침해로 인한 주민들의 집단 소송, 과거 독재 정권하에서 인권 탄압 후 수십년 경과하여 진행된 국가배상 소송 등 공익적인 소송의 유형이 존재하고 또 실재로 많은 소송이 언론에 회자된다. 그런데 공익소송의 이면에는 소송 이후 위 영전 노예 사건과 같이 소송비용의 부담의 문제가 있고 사후적으로 2차 피해를 겪는 예가 적지 않다. 이 같은 현상은 결국 공익소송의 제기 자체를 주저하게 만드는 큰 요인으로 작용한다고 보아야 한다. 공익소송은 승패와 무관하게 문제 제기 자체로 잘못된 악습이나 제도에 대해 개선의 기회를 제공한다는 측면에서 우리 사회에

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

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

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

긍정적인 기능을 하고 있음에도, 패소하였다고 하여 일률적으로 경제적 제재를 가하고 있는 소송비용 제도는 시급히 개선될 필요성이 있다.

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

앞서 본 보험금 소송에서 패소한 사례는, 일반 소비자들이 쉽게 접할 수 있는 소송이다. 통상적으로 보험가입 당시에는 보험회사는 대부분의 사고를 보장할 수 있을 것처럼 홍보를 하고 보험가입을 유도하지만, 정작 사고가 발생하여 보험사고에 해당하는지 여부, 즉 보험금 지급 단계에서는 엄격하게 심사하여 거부하는 경우가 비일비재하다. 대기업인 보험사는 일반인들을 상대로 소송비용을 청구함으로써 소 제기 자체를 하지 못하도록 경고하고, 보험사에서 보험금 지급을 거부하는 사안에 대해서는 포기를 유도하는 등 재판청구권 자체를 심각하게 제한하고 있는 문제점이 있다. 이 같은 사례 역시 개별 피해자가 보험사를 상대로 제기한 일반적인 소송이지만, 소비자가 대기를 상대로 제기하는 소송으로서 약자보호 및 소비자 보호 측면에서 소송비용 부담의 문제를 해결할 필요가 있는 공익적인 성격이 있는 소송임에 분명하다.

#### 다. 증명의 부담이 큰 전문소송에서 문제점

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

또한 위 소송과 관련하여, OO공사가 K씨에게 소송비용으로 청구한 변호사 보수는, 사실은 OO공사가 변호사 보수를 스스로 소송대리인에게 지급한 것이 아니라, OO보험주식회사에서 보험금 지급 방식으로 변호사 보수를 대납하는 것이었다. 즉 OO공사는 보험료를 납부하고 소송이라는 보험사건이 발생하자 OO보험주식회사가 OO공사에 보험금(변호사보수)을 지급한 것인데, 법원에서는 그 보험금 역시 OO공사의 변호사보수로 인정하여 다시 K씨로 하여금 OO공사의 변호사 보수를 부담하도록 결정한 것이다(서울중앙지방법원 2018카합245 소송비용액확정 결정). 이는 변호사 보수의 패소자 부담 원칙이 보험과 결합하여 기형적으로 대기업의 이익을 극대화하는 기현상까지 초래하고 있다.

의료사고로 인한 손해배상청구권이 성립하기 위해서는 불법행위책임이든 채무불이행책임이든, 의료행위자의 귀책행위(고의·과실로 인한 위법행위), 손해의 발생, 귀책행위와 손해 사이의 인과관계가 존재할 것이 요구된다. 의료소송에서 보통 과실에 의한 악결과의 발생 즉 과실 및 인과관계를 주된 법률요건으로 하여 증명활동이 필요한바, 의료소송에서 위와 같은 과실과 인과관계의 증명을 위해 감정 등 전문가가 개입하는 절차가 실무에서 필수적으로 요구되고(진료기록감정, 사실조회 등), 또한 환경소송과 같은 전문소송에서도 감정이 필요한 경우가 대부분이다. 즉 일정한 분야의 전문영역에서는 당사자에게 현저한 입증의 부담이 있는 경우가 있고, 전문성이 부족한 측에서 소송 제기 후 패소하였다고 하여 일률적으로 변호사 보수를 부담케 하는 것은, 2차적인 경제적 피해를 낳을 뿐만 아니라, 나아가 일반 국민들의 재판청구권을

과도하게 제약하거나 침해하는 불합리한 현상이 발생한다. 남소를 방지하는 목적에서 나아가 경제적 어려움이 있는 사람들의 소송 자체를 봉쇄하는 폐해가 있는 것이다.

과거 헌법재판소는 민사소송법 소송비용 규정이 재판청구권을 침해하지 않는다고 판단하기는 하였으나<sup>10</sup>, 변호사보수를 소송비용에 산입함으로써 정당한 권리실행을 위하여 제소 또는 응소하려는 사람이 패소한 경우의 비용 부담을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 되는 점은 부인할 수 없다고 하여 패소자 부담 원칙의 문제점을 확인하고 있고, 다만 소송비용 제도는 다소 정책적인 영역이기 때문에, 국회의 재량의 클 수 밖에 없는 것이고, 이 같은 영역에서는 헌법재판소에서 위헌 판단을 하기 어려운 구조적인 어려움이 있다. 그러므로 공익소송, 전문가 소송 등에서 발생하는 불합리한 점을 해결하기 위해서는, 공론화를 거쳐 국회에서 적극적으로 법률을 개정하는 방법을 통해 해결할 수밖에 없다.

## 2. 재판청구권과 소송비용의 관계

### 가. 재판청구권의 의의와 내용

헌법 제27조 제1항은 「모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을받을 권리를 가진다」라고 하여 재판청구권을 보장하고 있다. 인간의 자유와 권리는 국가권력에 의해서만이 아니라 사인에 의해서도 갖가지 형태로 침해된다. 이처럼 침해된 자유와 권리가 효과적으로 구제되지 못한다면 자유와 권리(기본권)의 규정은 무의미한 것이 되고 말 것이다. 재판청구권이 갖는 의의는 무엇보다도 침해된 자유와 권리의 구제에 있어서 가장 중요한 구제수단이라는 점과 분쟁해결수단이라는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 이런 의미에서 재판청구권은 ‘법치국가의 초석’이라고 보아야 한다.<sup>11</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>12</sup> 헌법재판소에 따르면 헌법 제27조 제1항 전단의 “헌법과 법률이 정한 법관에 의하여” 재판을 받을 권리라 함은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고, 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 그 후단의 “법률에 의한 재판”을 받을 권리라 함은 법관에 의한 재판을 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을

<sup>10</sup> 변호사보수를 소송비용에 산입하여 승소한 당사자가 이를 상환받을 수 있게 할 것인지는 국가의 재정규모, 국민의 권리의식과 경제적·사회적 여건 등을 고려하여 입법자가 법률로 정할 성질의 것이다. 심판대상조항은 정당한 권리행사를 위하여 소송을 제기하거나 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자의 실효적 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적 운영을 도모하려는 데 그 취지가 있다. 변호사보수를 소송비용에 산입함으로써 정당한 권리실행을 위하여 제소 또는 응소하려는 사람이 패소한 경우의 비용 부담을 염려하여 소송제도의 이용을 꺼리게 되는 점은 부인할 수 없다. 그러나 심판대상조항과 이에 근거한 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’은 소송 유형에 따라 차등을 두거나 법원 재량으로 변호사보수로 산정될 금액을 감액할 수 있도록 하는 등 구체적 소송비용의 상환범위를 합리적으로 제한하고 있다. 이 사건에서 위 선례와 달리 판단할 만한 사정변경이 있다고 보기 어려우므로, 심판대상조항이 패소한 당사자의 재판청구권을 침해한다고 할 수 없다(헌재 2011. 5. 26. 2010헌바204; 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바68)

<sup>11</sup> 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 631면; 재판청구권 조항은 독립된 법원에 의한 적정·공평·신속·경제의 재판이라고 하는 재판원칙의 헌법규범화(憲法規範化)를 의미한다고 한다(권영성, 헌법학원론(개정판), 2007, 593면).

<sup>12</sup> 계희열, 헌법학(중)(신정2판), 2007, 633면.

권리를 보장한다는 취지라 할 것이고, 이는 법관이 법에 따른 재판이 아닌, 자의와 전단에 의한 재판을 하는 것을 배제한다는 것이다.<sup>13</sup>

#### 나. 소송비용

소송비용이라 함은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용을 말한다. 소송비용의 범위, 액수와 예납에 관하여는 민사소송비용법, 민사소송등인지법, 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙과 민사소송규칙 등에 규정이 있다. 소송비용은 소, 항소, 상고의 비용을 말하며, 강제집행비용 또는 가압류, 가처분의 절차비용은 별도의 비용이다. 소송비용은 재판비용과 당사자비용으로 대별된다.<sup>14</sup>

재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용이다. 인지액은 1000만원 미만의 경우는 '소가X5/1000'이나 고액일수록 체감되며 10억원 이상의 경우는 소가X3.5/1000가 된다. 인지대 아닌 재판비용은 송달료, 공고비, 증인·감정인·통역인과 번역인 등에 지급하는 여비·일당·감정료·숙박료, 법관과 법원사무관 등의 검증 때의 출장일당·여비·숙박료 등이다. 이와 같은 비용은 법원 당사자에게 예납시킬 수 있는데, 예납명령의 불이행시 법원은 그 행위(증인채택)를 하지 않을 수 있다. 예납명령의 불이행을 이유로 행한 불이익한 재판에 대하여는 독립하여 불복할 수 없다.<sup>15</sup>

당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용이다. 예를 들면, 소장 등 소송서류의 작성료, 당사자나 대리인이 기일에 출석하기 위한 여비·일당·숙박료와 대법원 규칙이 정하는 범위 안에서 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등이다.<sup>16</sup>

#### 다. 소결

그런데 여러 가지 원인, 가령 소송비용(특히 변호사보수)의 문제로, 재판을 청구하는 것 자체가 사실상 제약을 받거나, 재판 이후 소송비용의 과도한 추급을 당해 경제적으로 2차 피해를 입는다면, '법치국가의 초석'이라 할 수 있는 재판 청구권이 침해되는 경우가 발생할 수 있고, 우리 법제가 재판청구권의 과도한 제한이나 침해를 허용하고 있다면, 그 문제점을 분석하고 개선할 점을 고민해야 하는 역할은, 적어도 법률에 관여하는 사람들에게는 기본적인 책무라고 보아야 할 것이다.

서론에서 제시하고 있는 염전노예 사건이나, 보험금 소송, 지하철 낙상 후 지자체와 의료기관을 상대로 한 소송사례의 경우, 공익소송의 순기능(제도 개선 등), 사회적 약자 보호, 전문가 소송에서 증거의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 받고 있다고 볼 수 있다.

우리 법제는 일률적으로 패소자부담원칙을 강제함으로써, 불합리하게 과도한 재판청구권에 대한 제한이 발생하고 있음에도 이에 대해 눈을 감고 있다. 이 같은 현상은 경제적, 사회적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만, 경제적 약자인

<sup>13</sup> 헌법재판소 결정 1996. 2. 29. 92헌바8

<sup>14</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 600면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668면.

<sup>15</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 600-601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 668-669면.

<sup>16</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 601면; 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669면.

소시민들에게는 커다란 부담과 재판청구권에 대한 심각한 제약이 발생하게 되고, 문제 제기 자체를 주저하거나 포기하게 만드는 요인이 될 수 있고, 종국적으로 국가와 사회의 건전한 발전을 저해하는 문제점이 발생한다고 보아야 할 것이다.

### 3. 소송비용 제도의 연혁 및 이에 대한 비판점

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

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

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

그러다가 위와 같이 1990. 1. 민사소송법을 개정하면서 변호사 보수를 소송비용에 포함시키고, 패소자에게 부담시킬 수 있도록 규정 자체를 크게 변경하였다.<sup>17</sup> 즉 변호사 보수 패소자 부담의 원칙은 1990년에 민사소송법 개정으로 신설된 규정에 의한 것이고, 앞서 본 바와 같이 우리 법제의 기본은 변호사 보수 각자 부담의 원칙을 따르고 있었다.

#### 다. 현행 민사소송법

현행 민사소송법은 1990년의 민사소송법 규정을 조문 번호만 개정하고 그대로 유지하고 있고<sup>18</sup>, 각주에서 보는 바와 같이, 소송비용으로 인정할 수 있는 보수에 관한 대법원 규칙<sup>19</sup>을 2018. 4. 및 2020. 12. 28. 각 개정함으로써, 현실에서는 실제 변호사에게 지급하는 보수보다도 더 많다는

<sup>17</sup> 민사소송법 제89조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다.

제99조의2(변호사 보수와 소송비용) ①소송대리를 한 변호사에게 당사자가 지급한 또는 지급할 보수는 대법원규칙으로 정하는 금액의 범위안에서 이를 소송비용으로 한다.

②제1항의 소송비용을 산정함에 있어서는 수인의 변호사가 소송대리를 한 경우라도 1인의 변호사가 소송대리를 한 것으로 본다.

[본조신설 1990·1·13]

#### 【제정·개정이유】

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

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

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

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

④경매법을 폐지하고 이를 민사소송법에 흡수함.

⑤시행일은 1990년 9월 1일로 함.

<sup>18</sup> 제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.

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

<sup>19</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [시행 2020. 12. 28.] [대법원규칙 제2936호, 2020. 12. 28., 일부개정] [자료집 35페이지 참고](#)

평가도 적지 않다. 변호사 보수를 패소자에게 부담시켜 받아 낼 수 있으니, 대법원 규칙에서 정한 수준 정도의 변호사 보수로 약정을 제안하는 경우도 많은 것으로 보인다.

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

### (1) 패소자부담 원칙에 대한 ‘종래의 평가’

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

독일·프랑스·오스트리아·영국 등 선진제국의 입법례는 변호사보수를 소송비용에 산입하여 승소당사자는 패소당사자로부터 이를 직접 받아낼 수 있게 하였으나, 우리 민사소송법은 일본법제를 모방하여 법원이 변호사선임명령(민사소송법 제144조<sup>20</sup>)을 한 경우를 제외하고 소송비용에 산입하지 않는 법제였으며, 다만 부당제소·부당응소 또는 부당상소로 인하여 부득이 변호사를 선임한 경우에는 불법행위를 구성하는 것으로 보아 별도의 소제기에 의한 그 비용의 배상청구를 인정하였을 뿐이었다<sup>21</sup>. 일본은 현재도 이와 같은 법률 형태를 따르고 있다.

그러다가 승소자가 ‘상처받은 영광’이 되지 않도록 1981년 소송촉진등에관한 특별법에서 변호사보수의 소송비용산입제를 도입하였으며 뒤의 민소법에서 이를 수용함으로써 제도화한 것이 민사소송법 제109조라고 한다<sup>22</sup>. 이러한 산입제도는 승소의 실익이 없는 소송제도를 개선하는 점에서, 부담 없이 부당제소·부당상소를 하는 등의 소권남용을 시정할 수 있는 점에서, 또 앞으로 변호사강제주의 채택의 포석이라는 점에서 그 의의가 크다고 한다. 다만 경제적 약자에 대하여 사법접근성이 악화되는 문제점은 있을 것이라고 한다<sup>23</sup>.

우리나라는 소송비용은 당사자 중 패소자의 부담을 원칙으로 한다. 패소의 이유, 패소자의 고의·과실을 불문하기 때문에 일종의 결과책임이다<sup>24</sup>.

한편 변호사보수 패소자부담원칙의 문제점을 인식하고 있으나, 현행 법률이 그 문제점을 해소하고 있는 것으로 본 견해는 다음과 같다. 소송의 승패가 결정되면 패소당사자에게 소송비용을 부담시킨다(소송비용패소자부담의 원칙)는 것이 고래로부터 내려온 하나의 원칙이라고 한다. 그런데 소송비용패소자부담의 원칙을 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생긴다고 하며, 원래 승소당사자가 소송에서 현실적으로 지출하는 비용은 그 승소당사자의 개성, 경제력, 소송에 대한 열의 등을 반영하여 그 범위와 액수가 정해지기 때문에 같은 사건에서도 당사자가 누구냐에 따라 달라지기 마련인데 이를 모두

<sup>20</sup> 민사소송법 제144조(변론능력이 없는 사람에 대한 조치) ①법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 진술을 할 수 없는 당사자 또는 대리인의 진술을 금지하고, 변론을 계속할 새 기일을 정할 수 있다. ②제1항의 규정에 따라 진술을 금지하는 경우에 필요하다고 인정하면 법원은 변호사를 선임하도록 명할 수 있다. ③제1항 또는 제2항의 규정에 따라 대리인에게 진술을 금지하거나 변호사를 선임하도록 명하였을 때에는 본인에게 그 취지를 통지하여야 한다. ④소 또는 상소를 제기한 사람이 제2항의 규정에 따른 명령을 받고도 제1항의 새 기일까지 변호사를 선임하지 아니한 때에는 법원은 결정으로 소 또는 상소를 각하할 수 있다. ⑤제4항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

<sup>21</sup> 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669-670면.

<sup>22</sup> 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669면.

<sup>23</sup> 이시윤, 신민사소송법, 2015, 669-670면.; 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 114면.

<sup>24</sup> 이시윤, 신민사소송법, 2015, 671면.

패소당사자에게 부담시킨다는 것은 부당하고 공평에 반하게 되는 것이라고 한다. 그러므로 법률은 패소당사자에게 부담시킬 소송비용의 범위, 액수를 획일화하였으며, 또 재판에서 현실로 패소당사자에게 부담시키는 경우에도 법관이 일일이 소송비용부담의 비율, 금액을 확정하도록 하였다<sup>25</sup>.

## (2) 변호사보수 패소자부담 원칙의 문제점과 비판점

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, 입증의 어려움 등의 이유로 패소한 공익소송, 손해배상, 보험금 소송 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있는 것으로 보인다.

이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(성형의료사고, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금보다 많은 소송비용은, 지자체, 국가, 의료기관이나 보험회사에 소송비용을 물어주어야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담 원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처뿐인 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다. 이 같은 사정을 고려함이 없이, 민사소송법 주석서, 민사소송법 교재 등에서 마치 1981년 소송촉진등에관한특례법(변호사보수의 소송비용산입제)나 1990년 개정 민사소송법이 진일보한 법제인 것처럼 깊은 성찰이나 면밀한 논거 없이 주장하고 있다.

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

사실 현행 변호사보수의 소송비용을 규정하고 있는 민사소송법 제109조는, 남소 방지의 목적이 있지만, 또 한편으로는 법치국가의 초석이라고 할 수 있는 재판청구권의 보장이라는 중요한 입법목적도 동시에 보호해야 하는 규정이다. 재판청구권이 보장되지 않는 상황에서, 남소의 폐해를 지적하는 것은 논리적으로도 가능하지 않을뿐더러, 군사정권이나 독재정권에서나 가능한 논리들이다.

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

<sup>25</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 714-715면.



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

우리나라에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식<sup>26</sup>하에 화해나 조정율이 떨어지고 소송사건 화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다. 우리나라 사법연감에서 매년 보고되고 있는 소송사건 수가 증가하고 있는 것에 여러 가지 원인이 있겠으나, 변호사 보수 패소자부담원칙 역시 중요한 역할을 하고 있는 것으로 보인다.

교과서적으로도, 소송비용패소자부담의 원칙을 엄격하게 관철하면, 패소당사자에게 지나치게 가혹하여 공평에 반할 우려가 생기고, 원래 승소당사자가 소송에서 현실적으로 지출하는 비용은 그 승소당사자의 개성, 경제력, 소송에 대한 열의 등을 반영하여 그 범위와 액수가 정해지기 때문에 같은 사건에서도 당사자가 누구냐에 따라 달라지기 마련인데 이를 모두 패소당사자에게 부담시킨다는 것은 부당하고 공평에 반하게 되는 것이라고 하여<sup>27</sup> 일률적인 변호사보수 패소자 부담원칙의 문제점을 지적하고 있다.

요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 앞서 본 바와 같이 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 공익소송이나, 약자나 소시민들이 대기업과 벌이는 보험금 소송, 지자체나 국가를 상대로 하는 손해배상 소송, 임상의료 현장에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송, 환경피해를 호소하는 다수 피해자들이 제기하는 환경소송 등에서 또 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 일률적인 변호사 보수 패소자 부담 원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다. 이제 이를 공론화하고 그동안의 문제점을 개선할 수 있는 민사소송법 등의 소송비용 관련 법률을 개정할 때가 되었다.

## 4. 비교법적 측면에서 우리나라 소송비용 제도의 문제점

가. 변호사보수 각자 부담 원칙을 취하는 국가

### (1) 미국

<sup>26</sup> 여기에 소송대리 업무를 하고 있는 변호사들은, 승소하면 변호사 보수를 받을 수 있기 때문에, 화해하지 말고 소송을 통해 해결하도록 분쟁을 조장하는 측면이 없지 않고, 변호사 보수 역시 변호사보수의 산입에 관한 규칙을 상한으로 하여 약정하는 예가 공공연히 발생하고 있고, 변호사의 성과보수는 패소자에게 받아 낼 수 있는 소송비용으로 대체하는 형태의 약정도 적지 않은 것으로 보인다.

<sup>27</sup> 강현중, 민사소송법, 2004, 714-715면.

주에 따라 다르지만 일반적으로 변호사비용은 소송비용에 포함되지 아니하고 변호사와 그 소송당사자간에 자유로이 결정할 수 있다. 보수는 변호사가 사건에 관하여 일한 시간으로 청구하는 관행이 일반적이고, 성공보수를 불법화한 주도 있다<sup>28</sup>.

즉 미국에서 일반적인 소송에서 소송비용에 관한 미국 사법제도의 기본적인 입장은 소송이 종료되면 그 결과에 상관없이 비용은 해당 비용을 발생시킨 당사자가 각자 부담하도록 하는 각자 부담하는 것이 원칙적이다<sup>29</sup>. 다만 미국은 변호사비용부담에 관한 각자부담의 원칙에 대하여 몇 가지 예외를 인정하고 있는데, 각자부담의 원칙에 대한 가장 중요한 예외는 제정법에 의한 것이며, 이러한 예외를 두고 있는 연방법은 200여개 이상이 있고, 주법은 2000여개에 이른다고 한다. 패소자부담주의를 취하는 법들은 대체로 인권(civil rights)에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등에 관한 것들이다. 주목할 점은 이 중에서 순수하게 패소자부담주의(two-way fee shifting)를 취하고 있는 예는 소수에 불과하고, 대부분의 제정법들은 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하고 있다는 것이다. 편면적인 패소자부담주의는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 편면적 패소자부담주의는 (1) 승소한 당사자에게 변호사비용을 포함한 완전한 손해를 배상을 받도록 하고, (2) 공익적 소송을 적극적으로 유도하고, (3) 패소자의 불법행위를 처벌하거나 억제하고, 나아가 (4) 패소자가 부당하게 응소하여 다투는 등 사법제도의 남용하는 것을 억제하기 위하여 도입된 것이라고 한다<sup>30</sup>.

변호사보수 각자부담의 원칙의 정당성의 근거와 문제점과 관련하여, 미국의 학자들은 미국의 각자부담의 원칙에 대하여 대체로 사법제도에 대한 접근 즉, 재판청구권의 보장과 소송 사건의 폭주의 방지라는 정책적 고려(incentives)와 관련하여 그 정당성을 논의하고 있다. 각자부담의 원칙의 장점은 무엇보다도 당사들의 재판청구권을 보장하는 역할을 한다고 한다. 가령 미국법원은 *Fleishmann Distilling Corp.v. Maier Brewing Co.* 사건에서 “소송의 결과는 불확실성을 가지고 있고, 따라서 당사자들이 단순히 소송을 방어하거나 소송을 제기하였다는 이유만으로 처벌 받아서는 아니 되고, 또한 그러한 처벌이 상대방의 변호사의 비용을 포함하는 것이라면 가난한 사람들이 자신들의 권리를 지키기 위하여 소를 제기하는 것을 부당하게 억제 당하는 결과로 나타난다.”고 판시하였다. 즉, 패소자부담주의는 승소의 가능성은 있지만, 승소여부가 확실하지 않은 사건을 가진 당사자들로 하여금 소를 제기하는 것 자체를 제한할 수 있다는 것이다. 특히 이러한 현상은 경제적으로 넉넉하지 않는 중간층 이하의 사람들에게 나타날 수 있다고 한다. 이에 반하여 부자들은 이러한 위험을 무릅쓰고서라도 제소하거나 응소할 수 있을 뿐만 아니라 자신의 부를 가지고 경제적 약자인 상대방 당사자로 하여금 어쩔 수 없이 화해에 응하도록 압박을 가할 수 있다고 한다<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면.

<sup>29</sup> 이연우, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 69면.

<sup>30</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 437-438면.

<sup>31</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 433면.

또한 각자부담의 원칙의 지지자들은 당사자들이 소송에서 승소하더라도 자신의 법률비용을 패소자에게 받아 낼 수 없기 때문에 다소 승소의 가능성이 적은 소송을 제기하지 않을 것이므로 사소한 소송이 법원에 폭주하는 것을 막을 수 있을 뿐만 아니라 당사자들이 변호사비용 때문에 법원에 사소한 소송을 제기하는 것을 억제하고, 또한 소송당사자들은 소송을 오래 끌고 가는 것을 원하지 않을 것이므로 화해를 유도할 수 있는 장점이 있다고 하고, 이에 반하여 승소자가 패소자에게 변호사비용을 청구할 수 있도록 한다면 당사자가 경제적으로 우월한 지위에 있거나 승소가능성이 있는 경우에는 자신의 변호사비용을 상대방에게 부담시킬 수 있으므로 상대방과 화해를 하지 않을 가능성이 많다고 한다. 또한 변호사비용에 관하여 패소자부담주의를 취할 경우 법원은 본안 사건 이외에 소송비용에 대한 확정을 위한 절차를 별도로 마련하여야 하는 불편이 적지 않을 것이라고 한다. 이상과 같은 이유로 각자부담의 원칙을 지지하는 사람들은 소권의 보장(사법에 대한 접근권)과 남소의 방지 및 분쟁에 대한 화해의 유도라는 관점에서 각자부담 원칙을 긍정적인 제도로 파악한다<sup>32</sup>.

미국에서 소송비용 부담과 관련하여, 앞서 본 내용과 유사한 취지이나, 다른 연구자의 논문을 빌어서 미국의 소송비용 부담에 대한 더 정확한 이해를 위해 살펴보면 다음과 같다. 미국도 우리와 마찬가지로 원칙적으로 소송비용 패소자부담주의를 채택하고 있으며, 미국의 연방민사소송규칙은 별도의 연방법이나 규칙이 존재하지 않거나 법원에서 달리 결정하지 않는 한, 승소한 당사자에게 변호사 보수를 제외한 소송비용을 상환하도록 규정하고 있다는 것이다. 다만 우리와 달리, 미국에서는 변호사 보수(attorney's fees)는 소송 당사자가 각자 부담하는 것이 일반원칙이며, 상대 당사자에게 변호사 보수를 부담시킬 수 있는 법률이 있는 등 예외적인 경우에 한하여 상대방에게 상환청구할 수 있다(이른바 "American Rule"). 따라서 연방민사소송규칙은 변호사 보수에 대해서는 다른 소송비용과 별도로 구분지어 규정을 하고 있는데, 이에 의하면 변호사 보수는 개별 실체법에서 이를 손해의 일부로 재판 중에 증명하여야 한다고 규정된 경우에 패소 당사자에게 부담시킬 수 있다. 이는 손해배상을 청구 하는 경우에도 적용되어, 법률이나 유효한 계약 조항이 존재하지 않는 한 변호사 보수는 상대방에게 상환청구할 수 없다는 것이 일반적인 실무의 태도라고 한다. 승소 당사자에게 변호사 보수를 보상하도록 규정한 법률로는 시민권 소송에서의 변호사 비용 보전법, 장애인법, 고용에서의 나이 차별금지법 등이 있다고 한다. 이 외에도 불법행위(torts) 사건에서 소송의 원인이 다른 이의 불법행위로 인한 것이라면 그 불법행위를 한 다른 이에게 변호사 보수를 포함한 소송비용을 청구할 수 있으며, 악의적인 소송의 경우에도 변호사 보수를 포함한 소송비용을 상대방에게 부담시킬 수 있다고 한다<sup>33</sup>.

## (2) 일본

일본에서는 당사자가 의뢰한 변호사에게 지급한 보수는 가령 그 자가 승소하여도 패소자로 하여금 상환시키지 않는다. 법원에 당사자가 지급한 또는 지급하여야 할 재판비용은 기본적으로 패소자가 부담한다는 규정이 있지만(일본 민사소송법 61조), 이는 법원에게 지급하여야 할 재판비용만으로 당사자가 사건을 의뢰한 변호사에게 지급한 보수에 대하여는 소송의 결과와 관계없이 당사자가 각자 부담하는 것으로 되어 있다<sup>34</sup>. 즉 변호사 비용은 소송비용에 산입하지

<sup>32</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 433-434면.

<sup>33</sup> 조수혜, 미국 민사소송에서 소송비용의 재판에 대한 불복방법, 한국민사소송법학회, 제15권 제1호, 2011, 256-258면.

<sup>34</sup> 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 171면.

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>35</sup> 일본에서 다른 입법적 시도(가령 변호사보수 패소자부담 원칙의 도입)는 있으나 국민으로부터 여러 측면에서 비판을 받아 변경되지 않고 있다.<sup>36</sup>

## 나. 변호사보수 패소자부담원칙을 취하는 국가

### (1) 독일

독일에서 변호사는 독립의 사법기관으로서(연방변호사법 제1조), 구법원을 제외하고 변호사강제주의가 채택되어 있으며, 그 비용에 관하여는 변호사가 수행한 소송절차의 사항에 따라 기본보수가 법정되어 있다. 구법원 사건을 포함한 소송에서의 변호사비용은 소송비용에 포함되어 패소자가 부담하게 된다. 변호사의 성공보수는 원칙적으로 금지되고, 변호사는 재판의 종류, 단계, 소가에 의하여 산정된 일정한 수수료를 1회에 한하여 재판의 승패에 관계없이 받게 되는데, 그 금액은 비교적 저렴하다고 한다. 법정액 이상의 수수료도 일정한 방식에 의한 합의가 있으면 인정되지만, 승소한 경우에 소송비용으로 상대방에게 부담이 명해지는 것은 법정액에 한한다. 한편 독일에서는 소송에 대비하여 소송비용보험이 널리 보급되어 있다고 한다. 보험에 의해 자기의 변호사비용이나 패소시의 상대방 변호사비용의 지급이 보장된다고 한다.<sup>37</sup>

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

### (2) 영국

영국은 변호사보수 패소자부담원칙을 취하고 있는 국가인데, 영국 법원은 소송비용의 고액화로 인한 문제를 해결하기 위해 '보호적 비용명령(Protective Cost Order, PCO)' 제도를 채택하였는데, 이는 원고의 청구에 따라 사법심사의 허가단계에서 법원의 재량으로 내리는 명령으로 법원은 원고가 패소한 경우 원고에게 부과된 피고측의 소송비용의 지불의무를 면제하거나, 원고가 지불해야 하는 상대방의 소송비용의 상한을 설정하는 제도이다.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 113면.

<sup>36</sup> 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 173면.

<sup>37</sup> 전병서, 소송비용의 부담에 관한 약간의 검토. 민사소송, 한국민사소송법학회, 제13권 제2호, 2009, 170-171면; 주석민사소송법(II), 이기택 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 112면.

<sup>38</sup> 대법원 사법정책연구원, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 2016, 182면.; 법원은 ① 사건의 쟁점이 공익적인 중요성을 가지거나, ② 사건에서 문제되는 쟁점과 공익적 문제가 관련된 경우 또는 ③ 보호적 비용명령을 신청한 자가 사건의 결과와는 아무런 사적인 이해관계를 가지지 않는 경우, ④ 신청인의 재정상황을 고려할 때 보호적 비용명령을 내리는 것이 타당하다고 판단되는 경우, ⑤ 보호적 비용명령이 인정되지 아니할 경우 신청인이 절차진행을 중단할 것으로 판단되는 경우에 보호적 비용명령을 내릴 수 있다.

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 덜어준다. 또한 영국민사소송법은 소송비용을 패소자에게 부담시킬 것인지, 그리고 부담시킬 경우에 그 액수를 어느 정도를 할 것인지에 대하여 법원의 재량을 인정하고 있고, 카운티법원의 소액사건의 경우에는 법정된 소송비용만 청구할 수 있게 하고, 변호사비용은 패소자에게 청구할 수 없도록 하고 규정하고, 산업위원회(industrial tribunals)에서의 해고 등 근로관계분쟁에 대한 소송비용에 대하여는 각자부담의 원칙을 채택하고 있다. 이와 같이 영국과 미국은 변호사비용에 관하여 패소자부담주의와 각자부담주의라는 서로 상반된 제도를 취하고 있지만, 각 제도에서 생기는 문제점을 고려하여 이를 보완하는 제도를 둠으로써 소송당사자들의 재판청구권을 실질적으로 보장하고, 사법정의 실현함과 동시에 재판제도의 남용을 방지하고 있다. 두 나라의 태도는 승소자와 패소자 사이의 변호사비용부담 문제가 재판청구권의 보장과 소권의 남용의 방지라는 두 가지 목적을 동시에 달성하여야 하는 어려운 문제라는 것을 비교법적으로 보여주고 있다.<sup>39</sup>

## 5. 소결론

현행 민사소송법 제109조 제1항은 “소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위 안에서 소송비용으로 인정한다.”고 규정하여 제98조와 함께 패소자부담주의를 채택하고 있고, 이는 변호사비용부담에 관하여 결과책임주의를 취하고 있는 것으로, 소송에서 패소한 당사자는 소송의 성질이나 그 이유와 상관없이 위 기준에 따라 산입된 승소자의 변호사보수를 물어 주어야 한다. 이에 반하여 미국은 인권(civil rights) 관한 소송, 소비자소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등의 경우에는 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택하여 제소의 실효성을 보장하고 있는데, 이 경우에는 원고가 소송에서 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어주지 않아도 된다. 그러나 우리나라의 경우 결과책임주의에 따라 패소자는 소송의 유형이나 성질을 불문하고 상대방의 변호사비용을 위 대법원 규칙에 따라 물어주어야 한다.<sup>40</sup>

순수한 패소자부담주의는 승소자의 완전한 피해배상과 남소의 방지에 큰 장점이 있지만, 소송의 결과는 항상 불확실성을 가지고 있고, 사전에 이를 완전하게 예측할 수 없다. 가령 제조물의 하자로 인한 소비자소송 등의 경우에서 보는 바와 같이 재판에서 증명과정을 통하여 비로소 하자의 원인이 밝혀지는 경우도 적지 않다. 이러한 경우 사업자들의 변호사비용을 물어주어야 하는 위험을 감수하면서까지 소액의 손해를 배상받기 위해 소송을 제기하는 소비자는 많지 않을 것이다. 또한 소송의 현실을 보면 당사자들이 소송으로 당부를 가려야 하는 경우도 적지 않은바, 가령 소송당사자 사이의 다툼이 단순한 사실문제가 아니라 법률문제이고, 이에 대하여 법원의

<sup>39</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 436면.

<sup>40</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 451-452면.

판결이 없거나 판결이 있다고 하더라도 판결 상호간에 충돌로 인하여 그 해석에 있어서 첨예한 대립이 있는 경우가 있다. 이때에는 당사자들은 제소나 응소, 즉, 법원의 판결을 통하여 당사자들의 주장의 당부를 가릴 수밖에 없다. 이러한 사정이 있는 경우 조차도 소송당사자 간의 변호사비용부담에 관하여 결과책임주의로 일관하는 것은 패소자에게 지나치게 가혹한 면이 있다고 할 것이다.<sup>41</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, 입증의 어려움 등의 이유로 패소한 공익소송, 손해배상, 보험금 소송 사건 등에서도 일률적으로 패소자부담의 원칙이 관철되고 있다. 이 때문에 가령 소액의 배상만 인정되는 손해배상 사건(국가배상 소송 사건, 성형의료사고, 고령의 피해자가 교통사고와 기왕질환이 경합되어 사망한 사건 등)에서는 일부 승소하였음에도 오히려 손해배상금 보다 많은 소송비용은, 지자체, 국가, 의료기관이나 보험회사에 소송비용을 물어주어야 하는 불합리한 사례 역시 빈발하고 있다. 즉 우리의 패소자부담 원칙은 승소한 당사자에게 오히려 ‘상처받은 영광’을 주는 문제점을 고스란히 가지고 있는 것이다. 이 같은 사정을 고려함이 없이, 민사소송법 주석서, 민사소송법 교재 등에서 마치 1981년 소송촉진등에관한특례법(변호사보수의 소송비용산입제)나 1990년 개정 민사소송법이 진일보한 법제인 것처럼 깊은 성찰이나 면밀한 논거 없이 주장하고 있다.

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

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

우리나라에서 패소자부담 원칙으로 제도를 변경한 이래, 소송사건 수가 줄어들었다는 보고가 없고, 오히려 승소하면 소송비용을 패소자측으로부터 받아 낼 수 있다는 인식<sup>42</sup>하에 화해나 조정율이 떨어지고 소송사건 화하는 비율이 높아지고 있는 것으로 보인다. 우리나라

<sup>41</sup> 이종구, 민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구, -미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로-, 경영법률, 제24권 제3호, 2014, 452면.

<sup>42</sup> 여기에 소송대리 업무를 하고 있는 변호사들은, 승소하면 변호사 보수를 받을 수 있기 때문에, 화해하지 말고 소송을 통해 해결하도록 분쟁을 조장하는 측면이 없지 않고, 변호사 보수 역시 변호사보수의 산입에 관한 규칙을 상한으로 하여 약정하는 예가 공공연히 발생하고 있고, 변호사의 성과보수는 패소자에게 받아 낼 수 있는 소송비용으로 대체하는 형태의 약정도 적지 않은 것으로 보인다.

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

요컨대, 우리는 원래 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 있어서는 각자 부담하는 방식을 따르고 있었고, 시민사회 단체나 일반 국민들의 충분한 검증 없이 군사정부 시대에 남소 방지라는 목적에 치중하여 민사소송법을 개정하였으나, 앞서 본 바와 같이 우리사회의 구조적인 문제점을 지적하는 등 순기능을 하고 있는 공익소송이나, 약자나 소시민들이 대기업과 벌이는 보험금 소송, 지자체나 국가를 상대로 하는 손해배상 소송, 임상의료 현장에서 의료진의 업무상의 주의의무를 확인하고 국민의 건강권을 보호하는 역할을 할 수 있는 의료소송, 환경피해를 호소하는 다수 피해자들이 제기하는 환경소송 등에서 또 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에서 일률적인 변호사 보수 패소자 부담 원칙을 관철함으로써 재판청구권의 과도한 제한이 발생하고 있는 영역이 있다. 이제 이를 공론화하고 그동안의 문제점을 개선할 수 있는 민사소송법 등의 소송비용 관련 법률을 개정할 때가 되었다.

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

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

##### 가. 시민단체 문제 제기

2018년 9월에는 64개 시민사회단체와 개인이 대법원에 ‘공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구 의견서’를 공동으로 작성하여 제출하였으나, 대법원에서 특별한 해결책을 내놓지 못하고 있다.<sup>43</sup>

##### 나. 2018년 대한변호사협회 심포지엄 및 논의안

우리가 친숙하게 생각하고 있는 변호사 보수 패소자부담원칙이라는 것은, 사실 우리 민사소송법에서 본래 규정하고 있는 것이 아니었고, 30년 이상 지속된 각자 부담 원칙을 군사정부 시대에 소비자, 시민단체의 의견이 반영되지 않은 채 개정된 것이다. 그래서 우리는 변호사 보수 패소자 부담원칙이든 각자 부담원칙이든 어떤 방식으로 가더라도, 큰 혼란이 있을 것으로 보이지 않는다. 소송비용 패소자 부담원칙을 유지하면서, 일본이나 미국처럼 변호사 보수에 한해 각자 부담원칙으로 회귀하되, 예외적인 경우에 변호사 보수를 패소자에게 부담시키는 형식, 즉 이른바 편면적 패소자 부담주의가 적절할 것으로 보인다. 즉 현행 패소자 부담원칙을 유지하면서 변호사 보수에 한해 공익소송이나 입증의 부담이 있는 전문가 소송, 인권 관련 소송 등에서는 경제적, 사회적으로 열악한 지위에 있는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에, 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다. 다만 편면적 패소자 부담주의가 적용될 필요가 있는 소송의 중요 유형은 민사소송법에 규정하고, 이를 합리적으로 구체화할 수 있도록 대법원 규칙에 일부 위임하는

<sup>43</sup> 송상교, “공익소송 패소자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 37면.

형식을 취함으로써, 예측하지 못한 부족한 점을 보충할 수 있을 것으로 보인다. 당시 심포지엄에서 아래와 같은 개정안 관련 의견을 개진한 바 있다.<sup>44</sup>

○ 신·구조문대비표

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) -----.
제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다. ②제1항의 소송비용을 계산할 때에는 여러 변호사가 소송을 대리하였더라도 한 변호사가 대리한 것으로 본다.	제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①----- ----- . 다만 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 입증의 부담이 큰 전문 소송 등 대법원 규칙이 정하는 소송에서 패소한 당사자에 대해서는 <u>소송비용으로 인정하지 아니한다.</u> ②-----

심포지엄 이후 2018. - 2019. 당시 대한변호사협회에서 추가적인 논의 후에 아래와 같은 정도의 개정안 관련 의견을 보고한 바 있다(인권위원회 산하 장애인권 분야, 김현 협회장 임기).

○ 신·구조문대비표

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

<sup>44</sup> 박호균, 공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄, 대한변호사협회, 2018, 31면.



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

○ 신·구조문대비표

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

다. 2020년 대한변호사협회 심포지엄 및 논의안

(1) 법률 개정 형태

2020. 1. 대한변호사협회 토론회가 있었고, 당시 공익의 원칙에 기초하여 일정한 요건을 갖춘 공익소송의 유형에 대해서는 소송비용 부담을 면제 내지 감경하는 제도개선이 이루어져야 하고, 다만 법률에서는 구체적 사유나 소송 유형을 구체적으로 특정하는 것이 여의치 않을 수 있으므로, 이를 고려하여 아래와 같이 ‘사건의 공익성 등 대법원 규칙이 정하는 사유’가 있는 경우에는 패소자부담주의의 예외를 인정하는 규정을 법률에 두고, 대법원 규칙 등에서 사유를 구체화하는 것이 보다 효과적일 것이라는 의견이 개진되었다.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> 송상교, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 40면.

○ 신·구조문대비표

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

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

위 토론회에서, 대법원이 대법원규칙을 개정함으로써, 공익소송 등 일정한 요건을 갖춘 경우에는 법원이 적극적으로 소송비용을 면제 내지 감액할 수 있도록 할 필요가 있고 아래와 같은 개정 방향을 개진하였다.<sup>46</sup>

「변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙」 개정(안)

현행	개정안
----	-----

<sup>46</sup> 송상교, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 41면.

<p>제6조(재량에 의한 조정) ① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다.</p> <p>② 법원은 제3조의 금액이 소송의 특성 및 이에 따른 소송대리인의 선임 필요성, 당사자가 실제 지출한 변호사보수 등에 비추어 현저히 부당하게 낮은 금액이라고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 위 금액의 2분의 1 한도에서 이를 증액할 수 있다.</p>	<p>① 법원은 아래 각호의 하나의 경우에 해당하는 경우에는 그 정도에 따라 소송비용에 산입되는 제3조 및 제5조의 금액을 상당한 정도까지 감액 산정 또는 면제할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 소송의 공익적 성격이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하고 패소자의 소송제기에 악의적 의도가 있다고 보기 어려운 경우</li> <li>3. 기타 소송의 경위와 패소의 사유, 패소자의 소송비용 부담 자력 등 사정을 종합할 때 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우</li> </ol> <p>② 법원은 전항 제1호의 ‘공익적 성격’을 판단할 때 아래 각호의 사유를 참작할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 소송의 목적과 쟁점이 사회적 약자 및 소수자의 권익보호에 관련되거나 시민의 권리구제, 제도 개선을 목적으로 하는 등으로 공익적 중요성이 인정되는 경우</li> <li>2. 소송의 주된 목적이 당사자의 개인적, 재산적 이익에만 해당하지 아니하는 경우</li> <li>3. 패소한 자의 소 제기에 악의적 의도가 없었던 경우</li> <li>4. 동일한 상대로 법원의 판단이 없었던 경우</li> </ol> <p>③ 현행 ②항과 동일</p>
---	---

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

국가 등이 스스로 소송비용 확정청구를 자제하도록 제한하여 기계적인 청구를 하지 않도록 근거를 마련할 수 있고, 아래와 같은 개정 방향에 관한 의견이 개진되었다.<sup>47</sup>

「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 개정(안)

현행	개정안
----	-----

<sup>47</sup> 송상교, “공익소송 패소사자부담, 공평한가?”, 공익소송 패소비용 부담에 따른 공익소송 위축효과와 제도개선 모색 토론회, 2020. 대한변호사협회, 44면.

<p>제12조(확정사건의 처리)</p> <p>③ 국가승소판결의 확정으로 패소자로부터 회수할 소송비용은 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장이 법원의 소송비용 확정결정을 받아 소관 행정청의 장으로 하여금 <u>회수하게 하여야 한다.</u></p>	<p>③ 좌동</p> <p>④ 아래의 각호 중 하나에 해당한다고 인정되는 경우에는 전항의 소송비용 확정결정을 통한 회수를 진행하지 아니할 수 있다.</p> <p>1. 소송의 공익적 성격이 인정되는 경우</p> <p>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하고 패소자의 소송제기에 악의적 의도가 있다고 보기 어려운 경우</p> <p>3. 기타 소송의 경위와 패소의 사유, 패소자의 소송비용 부담 자력 등 사정을 고려하여 패소자에게 소송비용을 환수하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우</p> <p>⑤ 전항의 구체적 판단 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.</p>
---	---

라. 법무·검찰개혁위원회 권고안

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

(1) 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」 개정 추진 권고

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

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

나. 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령」 제12조 개정 권고

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

○ 개정 조항(안)의 예시는 다음과 같음

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

<p>확정결정을 받아 소관 행정청의 장으로 하여금 회수하게 하여야 한다.</p>	<p>③----- ----- ----- 회수할 수 있다.</p>
<p>&lt;신 설&gt;</p>	<p>④ 제3항에 따라 제1심 해당 고등검찰청 또는 지방검찰청 검사장이 소송비용의 확정결정을 신청하거나 소관 행정청의 장으로 하여금 회수하게 할 때, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우, 패소자의 소송제기에 악의적 의도가 있다고 보기 어려운 경우를 제외하고 소송비용의 전부 또는 일부를 감면하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>3. 패소자에게 소송비용을 지출할 경제적 자력이 없는 경우 또는 사회적 상황을 고려할 때 소송비용 감면이 필요한 경우</li> <li>4. 기타 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우</li> </ol> <p>⑤ 제4항의 구체적 판단 기준과 절차는 법무부령으로 정한다.</p>

(2) 「민사소송법」 제98조, 제109조 개정 추진 권고

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

마. 국회 개정안 발의내용

최근 양정숙의원 대표발의 개정법률안의 제안이유 및 규정은 아래와 같다.

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

○ 제안이유 및 주요내용

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

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

○ 신·구조문대비표

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

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

○ 제안이유 및 주요내용

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

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

○ 신·구조문대비표

현행	개정안

<p>&lt;신 설&gt;</p>	<p><u>제11조의2(소송비용의 환수) 국가승소판결의 확정</u>이 있는 경우 <u>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.</u></p>
--------------------	--

바. 소결

양정숙의원 대표 발의 민사소송법 일부개정법률안의 경우, 패소자부담원칙을 규정하고 있는 민사소송법 제98조에 예외를 두는 형식이므로, 변호사보수와 같은 당사자비용 외에 인지대 및 감정료와 같은 재판비용에 대해서도 예외를 신설하자는 것이다. 필자가 2018년 제안한 바 있었던 민사소송법 제109조 제1항<sup>48</sup>을 개정하는 형태는 패소자부담원칙을 유지하되 변호사보수에 한해서 각자 부담하는 예외를 두자는 것인데, 양정숙 의원 대표 발의 민사소송법 개정법률안은 일률적인 패소자부담원칙(민사소송법 제98조)의 예외를 인정한 것으로, 민사소송법 제109조 제1항을 개정하는 방안 보다 더 전면적이고 포괄적이라는 측면에서 긍정적이다.

다만 예외를 구성하는 내용이 ‘사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원 규칙으로 정하는 사유’인데, 이 단서의 내용만으로는 그 범위가 협소하여 사실상 국가를 당사자로 하는 형태의 소송에서만 효과적일 수 있다. 그래서 공공기관을 제외한 사기업, 개인이 제기하는 하는 각종 인권에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송, 의료소송 등 공익소송이나 증명의 부담이 큰 전문소송에서는 사실상 적용되지 못할 우려가 있다.

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

## 2. 개정 논의에 관한 우려에 대한 비판점

### 가. 공익소송 개념의 불확정성에 대한 우려 관련 의견

근래의 개정 논의에 대해 일부에서 반대하는 의견이 있는데 그 중에서 공익소송의 개념이 불분명하다는 것이다.

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

<sup>48</sup> 제109조(변호사의 보수와 소송비용) ①소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다.

공익소송(또는 공익인권소송)은 현행법상 개념이 규정된 것은 아니지만 과거 사법개혁위원회에서 잠정적으로 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭하고, 공익법률시스템이란 이와 같은 ‘공익소송과 공익활동을 활성화하기 위한 제도적 장치’를 말한다고 개념을 설명한 바 있고, 대표적인 공익소송의 예로 서울시 판공비 정보공개청구소송, 지하철 연착에 대한 손해배상청구소송, 김포공항 소음피해소송, 여성단체들의 군 가산점에 대한 헌법소원 등을 예로 들고 있다.<sup>49</sup>

공익소송의 순기능과 이에 대한 소송비용의 문제점이 실증적으로 나타나고 있는 상황에서, 공익소송의 개념 자체가 불문명하다고 하여, 문제점을 개선하지 않으려는 입장은 타당하지 못하다.

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

또한 현행 규정을 통해서 소송비용 패소자 부담의 불합리한 점을 해소할 수 있다는 주장이 있다. 현행 민사소송법상 패소자부담주의에 대한 예외로 제99조 및 제100조가 규정되어 있고<sup>50</sup>, 대법원규칙인 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙에서 소송비용에 산입하는 것이 ‘현저히 부당’하다고 인정되는 경우에는 법원이 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있도록 규정되어 있으나<sup>51</sup>, 판례는 ‘현저히 부당한 경우’에 대하여 ‘소송목적의 값, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의해 산정한 보수액의 규모, 소송의 경과와 기간, 소송종결사유, 사건의 성질과 난이도, 변호사가 들인 노력의 정도 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 보수규칙 제3조 및 제5조에 의한 산정액 전부를 소송비용으로 인정하여 상대방에게 상환을 명하는 것이 공정이나 형평의 이념에 반하는 결과를 가져오는 경우(대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정)’로 해석하고 있고, 법원 실무상 드물게 예외가 없는 것은 아니나 관행적으로 승소 비율에 따라 일률적으로 소송비용 부담을 주문에서 밝히고 있으므로, 현행 법령상 소송비용과 관련한 불합리한 점을 해결할 수 있다는 취지의 주장은 적절하지 않다.

<sup>49</sup> 사법개혁위원회. 국민과 함께하는 사법개혁, 사법개혁위원회 자료집(VII), 2005, 236면

<sup>50</sup> 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>51</sup> 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [시행 2020. 12. 28.][대법원규칙 제2936호, 2020. 12. 28., 일부개정] 제6조(재량에 의한 조정) ① 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다. ② 법원은 제3조의 금액이 소송의 특성 및 이에 따른 소송대리인의 선임 필요성, 당사자가 실제 지출한 변호사보수 등에 비추어 현저히 부당하게 낮은 금액이라고 인정하는 때에는 당사자의 신청에 따라 위 금액의 2분의 1 한도에서 이를 증액할 수 있다. [전문개정 2007. 11. 28.]



## IV. 패소자부담주의 원칙의 수정 필요성 및 법률 개정 방향

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

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

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

필자는 2018년 대한변호사협회에서 민사소송법 제109조를 개정하는 의견을 밝힌 바 있으나(변호사 보수를 중심으로 한 개정 의견), 이후 대한변호사협회 소송비용 TF 등의 다른 위원들의 의견과 논의까지 고려하여 금번에 당시 보다 다소 적극적인 같은 법 제98조를 개정하는 의견(변호사 보수 외에 재판비용까지 고려한 의견)과 소송비용 관련 법률인 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률에 관해 개정 의견을 개진하는 바이다<sup>52</sup>.

### □ 민사소송법 일부개정법률안에 관한 예시 개정안

#### ○ 신·구조문대비표

현행	개정안
----	-----

<sup>52</sup> 다만 실제 국회에서 개정안 논의시에 민사소송법 제98조가 아닌 제109조를 개정하는 경우에는, 소송비용 중 재판비용의 상당 부분을 차지하는 인지세, 감정료 등을 감액하여 소송에 대한 장벽을 낮추는 노력도 필요하다. 현행의 인지세 등의 비용은 남소 방지라는 목적을 감안하더라도, 소가에 비례하는 일률적인 방식으로 당사자에게 과도한 부담을 주는 문제가 발생하고 있으므로, 이를 개선하기 위해 대법원과 별도로 국회에서의 입법적 조치를 고려할 필요성이 있다.

<p>제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다. &lt;단서 신설&gt;</p>	<p>제98조(소송비용부담의 원칙) ----- 다만, 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>3. 패소자에게 소송비용을 지출할 경제적 자력이 없는 경우 또는 사회적 상황을 고려할 때 소송비용 감면이 필요한 경우</li> <li>4. 기타 대법원 규칙으로 정하는 경우로서 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우</li> </ol>
--	--

□ 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안에 관한 예시 개정안

○ 신·구조문대비표

현행	개정안
<p>&lt;신 설&gt;</p>	<p>제11조의2(소송비용의 환수) 국가승소판결의 확정 이 있는 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소자로부터 소송비용을 회수할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>3. 패소자에게 소송비용을 지출할 경제적 자력이 없는 경우 또는 사회적 상황을 고려할 때 소송비용 감면이 필요한 경우</li> <li>4. 기타 대법원 규칙으로 정하는 경우로서 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우</li> </ol>

## V. 결론

우리나라는 30년 이상 지속되어 오던 변호사 보수 각자 부담원칙을 1990년 민사소송법 개정을 통해 패소자에게 부담시키도록 법률을 개정한 이래 현재까지 이러한 형태의 법률을 유지하고

있다. 이 때문에 공익소송이나 전문소송에서 증명의 부담 등을 고려할 때 남소의 폐해가 있다고 보기 어려운 사례임에도, 우리 법제는 일률적으로 패소자부담 원칙을 강제함으로써, 순기능을 하는 공익소송을 위축시키고 법리적으로는 사실상 재판청구권을 행사한 것에 대한 과도한 제재를 하고 있다, 경제적, 사회적으로 우위에 있는 사람들이나 집단, 기업, 국가나 지방자치단체에는 별다른 부담이 되지 않지만 경제적 약자인 소시민들에게는 커다란 부담과 재판청구권에 대한 심각한 제약이 발생하고 있는 것이다.

우리가 모방한 일본 민사소송법은 여전히 변호사 보수에 대해 각자 부담하는 원칙을 따르고 있고, 그렇다고 하여 일본에서 남소의 폐해가 문제되지 않고 있고, 오히려 우리나라 보다 절대적인 소송수가 적거나, 인구대비 소송사건 수는 우리보다 훨씬 더 적은 것으로 보인다. 미국에서는 변호사비용에 대해 각자부담의 원칙을 따르고 있는데, 각자부담의 원칙의 장점은 무엇보다도 당사자들의 재판청구권을 보장하는 역할을 하고 있다. 다만 인권(civil rights)에 관한 소송, 소비자보호소송, 고용관계소송, 환경보호소송 등에서는 편면적인 패소자부담주의(one-way fee shifting)를 채택함으로써, 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 물어 줄 필요가 없는 방식이다.

패소자부담주의를 따르는 독일이나 영국에서는 우리와 같이 공익소송을 위축시키거나 재판청구권을 과도하게 제약하는 불합리한 점을 보완하기 위해 시스템을 갖추고 있다.

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

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

각주6. 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙[시행 2018.4.1]

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

각주19. 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [시행 2020.12.28]

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

# 소송비용 제도개선을 위한 민사소송법 및 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정방안

최용문 / 변호사, 참여연대 행정감시센터 실행위원

## 1. 개정법률안 작성의 경위

- 최근 사회적 약자의 권익보호와 불합리한 사회제도 개선 등을 위해 공익적으로 제기되는 이른바 ‘공익소송’에서 패소한 당사자가 막대한 소송비용을 부담하게 됨으로써 공익소송이 크게 위축되고 국민의 재판청구권이 침해되는 경우가 빈번히 발생한다는 우려가 있음.
- 공익소송은 대체로 사회제도 변혁과 인권실현을 위한 목표로, 주류적 법률해석과 판례에 반대하며 변화를 이끌어 내기 위한 소송(즉, 패소가능성이 상대적으로 높은 소송)이기 때문에 공익소송에서 패소시 발생하는 소송비용의 문제는 공익소송의 발전에 큰 걸림돌이 된다는 의견이 많음.
- 과거 대한변호사협회에서도 공익소송 등에서 소송비용 부담의 문제점을 지적하는 심포지움을 개최한 바 있고, 법무·검찰개혁위원회도 2020년 2월경 공익과 인권을 중시하는 국가송무제도의 개선을 위하여 공익소송 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면하는 규정을 마련하도록 권고한 바 있음.
- 참여연대, 민변, 진보네트워킹센터, 천주교인권위원회, 투명사회를 위한 정보공개센터 등에서 아래 소개하는 것과 같이 개정법률안을 작성하게 됨.
- 소송비용이 확정되고 집행되는 단계에는 크게 두 가지가 있음. ① 승소자가 법원에 소송비용액을 확정 신청하여 법원이 확정하는 단계, ② 승소자가 확정된 금액을 집행하는 단계로 나눌 수 있음. 그래서 위 개정법률안은 아래와 같이 두가지 방향을 개정하는 것으로 함.
- 위와 같이 두 가지 방향으로 개정해야하는 이유는 다음과 같음.

① 민사소송법 일부개정법률안 : 법원이 승소자의 신청을 받아 소송비용액 확정 결정을 할 때, 공익소송 등에 대한 예외 사유를 고려해야 한다는 취지.

② 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 일부개정법률안 : 소송비용액 확정신청을 통해 법원이 결정을 했더라도 국가가 소송비용을 강제집행하기 전 공익소송 등에 대한 예외 사유를 다시 고려하라는 취지. 그리고 소송비용액 확정신청을 할 때에도 예외사유를 고려하라는 취지.

## 2. 민사소송법 개정법률안

### 가. 제안 이유

- 민사소송법 제98조는 소송비용에 관한 패소자부담주의를 취하면서도 소송의 공익적 성격이나 당사자의 사정 등을 고려하여 ‘정의와 공평’의 원칙에 따른 패소한 당사자의 소송비용 부담을 완화하는 별도의 조정 규정을 마련하고 있지 않음. 동법 제99조, 제100조에서 원칙에 대한 예외를 규정하고 있으나 이 규정들은 당해 소송 절차 진행 사정에 따른 예외에 불과하여 그 적용범위가 제한됨.
- 또한 대법원 규칙인 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」 제6조에서 소송비용 중 변호사 보수에 대하여 법원의 ‘재량에 의한 조정’ 규정을 두고 있으나 이 역시 규정이 모호하고 적용 대상과 범위가 매우 제한적이어서 법원이 이를 적극적으로 활용하여 공익소송 등에 적용해줄 것을 기대하기 어려움. 그러므로 공익소송 등에 대한 실효성 있는 소송비용 감면의 근거가 되지 못함.
- 그러므로 공익소송 등에 대한 감면규정을 마련하여, 법원이 소송비용액 확정 결정을 할 때 그 판단근거를 마련하고자 하는 것임.

### 나. 신·구 조문대비표

현행	개정안
제98조(소송비용부담의 원칙) 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다.	제98조(소송비용부담의 원칙) <좌동>
<신설>	제98조의2(원칙의 예외) ①법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 패소한 당사자가 부담하여야 할

	<p>소송비용의 전부를 면제하거나 일부를 감경할 수 있다. 다만 제1호, 제2호의 경우에는 면제하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권의 보호와 향상, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>3. 기타 소송 당사자의 사회적 신분, 패소한 당사자의 경제적 자력, 소송의 경위와 패소 사유 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우             <ul style="list-style-type: none"> <li>② 제1항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 제1항 본문의 소송비용 감경의 범위는 대법원 규칙으로 정한다.</li> </ul> </li> </ol> <p>&lt;2021. 1. 본조 신설&gt;</p>
--	--

#### 다. 소송비용 감면의 사유

**1. 인권의 보호와 향상, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우**

- 소송비용 패소자부담주의의 예외를 인정하여야 할 가장 우선적이고 중요한 사유는 ‘소송의 공익성’임.
- ‘소송의 공익성’은 당해 사건 법원이 판단하는바, 법원이 자의적으로 해석하는 것을 방지하기 위하여, 소송의 공익성이 인정될 수 있는 주요 소송 유형을 예시하여 예측 가능성을 담보함.
- ‘인권의 보호와 향상’을 위한 소송은 국가인권위원회법(제20조, 제28조 등)에서 제시하는 유형으로서 인권침해 및 차별행위에 대한 구제와 인권보호를 위한 소송을 일컫음. 이 밖에 예시로서 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송이 이에 해당할 수 있음.

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

- 국가의 행정작용 과정에서 발생한 소송과 그에 따라 국가가 들인 소송비용은 행정작용에 내재한 것으로써 개별 국민이 아니라 별도 국가의 예산으로 보전되는 것이 헌법 제10조에 정한 ‘국가의 국민 보호 의무’에 부합하는 것으로써, 기본권 보호의무 수범자인 국가가 권리자인 국민을 상대로 소송비용을 부담시키는 것은 제한되어야 함.
- 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 국민 누구든 공공기관에 정보공개청구를 할 수 있고, 공개를 거부할 경우 소송을 통해 다투도록 하고 있음. 개인뿐 아니라 많은 시민사회단체가 행정의 투명성 감시와 국민의 알 권리 보장 차원에서 정보공개청구를 주요 활동으로 함. 정보공개에 관한 소송 패소시 3심 기준 1천만원 이상의 소송비용을 부담하는 현실의 문제점이 심각한바, 이를 별도의 소송비용 면제사유로 인정할 필요성이 큼.
- 특히 대법원은 정보공개 청구권자가 공개를 청구하는 정보와 어떤 관련성을 가질 것을 요구하거나 정보공개청구의 목적에 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다(대법원 2017. 9. 7. 2017두44558 판결)”고 판시하고 있으므로, 정보공개 소송은 다른 행정소송과 달리 ‘협의의 소의 이익’을 요구하지 않으므로, 패소시에도 소송비용을 원고에게 부담시킬 근거가 부족함. 그러므로 최소한의 범위에서 패소시 소송비용 부담의 문제점이 지속적으로 발생하는 정보공개청구소송에 대해서는 패소자부담주의의 예외를 인정하여야 함.

**3. 기타 소송 당사자의 사회적 신분, 패소한 당사자의 경제적 자력, 소송의 경위와 패소 사유 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 상대방의 소송비용을 부담하게 하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우**

- 제1호, 제2호는 소송의 객관적 성격을 고려한 사유에 해당하고, 제3호는 당사자의 사회적 신분과 경제적 자력 등 당사자의 주관적 사정, 그 밖의 소송의 경위와 패소 사유를 고려하여 인정되는 감면사유임.
- 이와 같은 사유들은 공통적으로 ‘재판청구권’과 ‘정의와 공평의 원칙’의 지배를 받음. 따라서 법원은 ‘재판청구권’과 ‘정의와 공평의 기준’에 따라 패소한 당사자에게 소송비용을 부담케 하는 것이 타당하지 않을 때 이 조항을 근거로 소송비용을 감면할 수 있으며, 이는 소송비용 부담에 대한 법원의 판단 재량을 구체화한 것임.
- 패소 당사자뿐 아니라 상대방의 사회적 신분도 고려함. ‘사회적 신분’은 헌법 제11조, 근로기준법 제6조, 국가인권위원회법 제2조 등에서 차별을 금지하는 주요



사유로 언급됨. ‘사회적 신분’이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로 설명됨(헌법재판소 93헌바43 등).

② 제1항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 제1항 본문의 소송비용 감경의 범위는 대법원 규칙으로 정한다.

- 제1항 제1호의 ‘소송의 공익성’을 어떻게 판단할 것인가에 대한 보다 구체적인 기준, 제3호에서 재판청구권을 침해할 우려 내지 정의와 공평의 원칙에 따라 소송비용을 감면하여야 하는 구체적 사유와 판단기준에 대하여는 대법원규칙에서 정하도록 위임함.
- 제1, 2호 사유는 면제를 원칙으로 하였으므로, 이를 제외한 소송비용 감경의 구체적 범위에 대하여는 대법원 규칙으로 정함

### 3. 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정법률안

#### 가. 제안 이유

- 위 제2항과 같음.
- 다만, 위 제2항은 법원이 당사자의 신청을 받아 소송비용액 확정결정을 할 때를 제한하는 것이라면, 이 개정법률안은 법원이 소송비용액 확정결정을 한 후, 국가가 집행을 할 때 예외사유를 다시 고려하라는 취지임. 또는 소송비용액 확정신청 시에 예외사유를 고려하라는 취지임.

#### 나. 신·구 조문대비표

현행	개정안
<u>&lt;신 설&gt;</u>	<p>제11조의2(소송비용의 회수) ①국가승소판결의 확정인 경우 대통령령으로 정하는 절차에 따라 패소한 당사자로부터 소송비용을 회수할 수 있다.</p> <p>② 당해 소송이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 소송비용 확정결정 신청을 하지 아니하거나 그 일부만을</p>

	<p>신청하여야 한다. 소송비용 확정결정 재판이 확정된 후 소관 행정청의 장이 회수할 때에도 같다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 인권의 향상과 보호, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우</li> <li>2. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송에 해당하는 경우</li> <li>3. 기타 패소한 당사자의 사회적 신분 또는 경제적 자력, 소송의 경위와 패소 사유 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 소송비용을 회수하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우</li> </ol> <p>③제2항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 제2항의 소송비용 회수 예외의 범위 및 절차는 대통령령으로 정한다.</p> <p>&lt;2021. 1. 본조 신설&gt;</p>
--	---

#### 다. 소송비용회수 예외의 사유

② 당해 소송이 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 소송비용 확정결정 신청을 하지 아니하거나 그 일부만을 신청하여야 한다. 소송비용 확정결정 재판이 확정된 후 소관 행정청의 장이 회수할 때에도 같다.

- 민사소송법 개정안 취지에 맞추어서, 국가소송의 경우 민사소송법상 소송비용 감면 사유에 해당하는 경우에는 국가가 민사소송법 제110조 제1항에 따른 소송비용액 확정결정 신청 단계에서 민사소송법상 소송비용 감면 사유에 해당하는 경우에는 소송비용액 확정결정 신청을 하지 않거나 신청하는 경우에는 그 일부만을 신청하도록 함.
- 소송비용 확정결정이 확정되어 행정기관의 장이 실제 회수할 때에도 감면사유를 다시 고려하도록 함.

**1. 인권의 보호와 향상, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송으로서 그 성격상 공익성이 인정되는 경우**

- 소송비용 회수의 예외를 인정하여야 할 가장 우선적이고 중요한 사유는 ‘소송의 공익성’임.

- ‘소송의 공익성’은 당해 사건 법원이 판단하는바, 법원이 자의적으로 해석하는 것을 방지하기 위하여, 소송의 공익성이 인정될 수 있는 주요 소송 유형을 예시하여 예측가능성을 담보함.
- ‘인권의 보호와 향상’을 위한 소송은 국가인권위원회법(제20조, 제28조 등)에서 제시하는 유형으로서 인권침해 및 차별행위에 대한 구제와 인권보호를 위한 소송을 일컫음. 이 밖에 예시로서 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하는 소송이 이에 해당할 수 있음.

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

- 국가의 행정작용 과정에서 발생한 소송과 그에 따라 국가가 들인 소송비용은 행정작용에 내재한 것으로써 개별 국민이 아니라 별도 국가의 예산으로 보전되는 것이 헌법 제10조에 정한 ‘국가의 국민 보호 의무’에 부합하는 것으로써, 기본권 보호의무 수범자인 국가가 권리자인 국민을 상대로 소송비용을 부담시키는 것은 제한되어야 함.
- 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」은 국민 누구든 공공기관에 정보공개청구를 할 수 있고, 공개를 거부할 경우 소송을 통해 다투도록 하고 있음. 개인뿐 아니라 많은 시민사회단체가 행정의 투명성 감시와 국민의 알권리 보장 차원에서 정보공개청구를 주요 활동으로 함. 정보공개에 관한 소송 패소시 3심 기준 1천만 원 이상의 소송비용을 부담하는 현실의 문제점이 심각한바, 이를 별도의 소송비용 면제 사유로 인정할 필요성이 큼.
- 특히 대법원은 정보공개 청구권자가 공개를 청구하는 정보와 어떤 관련성을 가질 것을 요구하거나 정보공개청구의 목적에 특별한 제한을 두고 있지 아니하므로 정보공개 청구권자의 권리구제 가능성 등은 정보의 공개 여부 결정에 아무런 영향을 미치지 못한다(대법원 2017. 9. 7. 2017두44558 판결.)”고 판시하고 있으므로, 정보공개 소송은 다른 행정소송과 달리 ‘협의를 소의 이익’을 요구하지 않으므로, 패소시에도 소송비용을 원고에게 부담시킬 근거가 부족함. 그러므로 최소한의 범위에서 패소시 소송비용 부담의 문제점이 지속적으로 발생하는 정보공개청구소송에 대해서는 패소자부담주의의 예외를 인정하여야 함.

- 3. 기타 패소한 당사자의 사회적 신분 또는 경제적 자력, 소송의 경위와 패소 사유 등을 고려할 때 패소한 당사자에게 소송비용을 회수하는 것이 재판청구권을 침해할 우려가 있거나 정의와 공평의 원칙에 부합하지 아니한 경우

- 제1호, 제2호는 소송의 객관적 성격을 고려한 사유에 해당하고, 제3호는 당사자의 사회적 신분과 경제적 자력 등 당사자의 주관적 사정, 그 밖의 소송의 경위와 패소 사유를 고려하여 인정되는 소송비용 회수 예외사유임.
- 이와 같은 사유들은 공통적으로 ‘재판청구권’과 ‘정의와 공평의 원칙’의 지배를 받음. 따라서 국가는 패소한 당사자에게 소송비용을 회수하는 것이 ‘재판청구권’과 ‘정의와 공평의 기준’에 부합하지 않을 경우 소송비용을 회수하지 않도록 함.

③ 제2항 제1호, 제3호의 구체적 판단기준, 제2항의 소송비용 회수 예외의 범위 및 절차는 대통령령으로 정한다.

- 제2항 제1호의 ‘소송의 공익성’의 구체적 기준, 제3호에서 재판청구권을 침해할 우려 내지 정의와 공평의 원칙에 따라 소송비용 회수 예외를 인정하는 구체적 사유와 판단기준에 대하여는 대통령령에서 정하도록 위임함.
- 제2항에서 소송비용 회수의 예외를 인정하는 범위와 절차에 대하여는 대통령령에서 정하도록 함.

## 토론1

# KBS이사회 속기록 정보공개 청구소송 패소 사례

조영수 / 전국언론노동조합 대외협력실장

## 1. 경과

- 2015년 KBS 사장 선임(고대영) 당시 KBS를 상대로 선임 절차 및 방법에 관한 이사회 회의 공개를 요청, 거부되자 이사회 속기록 정보공개를 청구(2015년 11월 25일) 함. KBS는 2015년 12월 9일 '정보부분공개'라는 사실상 비공개 결정을 통지.
- 이후 전국언론노동조합-언론개혁시민연대-민주언론시민연합, KBS를 상대로 'KBS 사장 선임에 관한 이사회 속기록 정보공개거부처분취소 소송' 진행(원고: 언론개혁시민연대)
- 2016년 9월 1일, 서울행정법원 '원고의 청구를 기각'한다고 판결(2심 원고 패소 후 확정)
- 2020년 6월 22일, 서울행정법원 소송비용확정 결정
- 2020년 12월 23일, KBS 소송비용 청구 공문 발송(금액: 6,211,427원, 납부기한: 1월 15일)

※ 참고: 언론소비자주권행동은 '수신료분리고지거부처분 취소 소송'을 벌여 대법원에서 패소. 이로 인해 6명이 개인에게 총 18,773,614원의 소송비용이 청구됨

## 2. 청구 이유

### 1) 청구 내용

#### KBS 이사회 속기록

- 제827차 정기이사회 속기록(의결사항 2,205호: 후임사장 임명제청을 위한 절차와 방법에 관한 건)
- 제828차 임시이사회 속기록(의결사항 2,207호: 후임사장 임명제청을 위한 절차와 방법에 관한 건)
- 제829차 정기이사회 속기록(의결사항 2,208호: 사장 선임 결의 방법의 건)
- 제830차 임시이사회 속기록(의결사항 2,208호: 사장 선임 결의 방법의 건, 2,209호:

공정한 사장 선임을 위한 KBS사장 및 계열사 사장 사퇴 권고의 건)

- 2) 그러자 KBS는 청구한 바 없는 ‘경영평가서 이행요구를 위한 소위원회 구성에 관한 건’만 공개한 반면 원고가 청구한 모든 정보공개에 대해 정보공개법 제9조 제1항 제5호의 인사관리에 관한 사항에 해당한다는 이유로 공개를 거부함.
- 3) 하지만 이는 헌법상 기본권인 국민의 알 권리, 일반적 정보공개청구권과 정보공개법 및 방송법상 정보공개 원칙을 위반함. 특히 방송법은 아래와 같이 규정하고 있음.

제46조(이사회의 설치 및 운영 등) ①공사는 공사의 독립성과 공공성을 보장하기 위하여 공사 경영에 관한 최고의결기관으로 이사회를 둔다.

⑨ 이사회의 회의는 공개한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이사회 의결로 공개하지 아니할 수 있다. <신설 2014. 5. 28.>

1. 다른 법령에 따라 비밀로 분류되거나 공개가 제한된 내용이 포함되어 있는 경우
2. 공개하면 개인·법인 및 단체의 명예를 훼손하거나 정당한 이익을 해칠 우려가 있다고 인정되는 경우
3. 감사·인사관리 등에 관한 사항으로 공개하면 공정한 업무수행에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우

- 사장 선임을 위한 이사회 속기록 공개는 ‘사장 임명제청을 위한 절차와 방법’ 및 ‘사장 선임 결의 방법’에 관한 사항이기 때문에 후보자 개인의 신상정보나 개인에 관한 평가의 노출이 아니기 때문에 개인에 대한 명예훼손이나 정당한 이익을 침해할 우려가 없음. 나아가 KBS의 공정한 업무수행에 현저한 지장을 초래할 리도 없음.
- 또 공영방송 KBS 사장 임명의 절차와 방법에 관한 내용은 제도적 성격을 띤 사안이자 공영방송 보도의 향배를 결정하는 고도의 공익적인 사안이므로 비공개해야 할 단순한 인사 관련 사안도 아님을 주장함.
- 따라서 KBS 이사회의 사장선임 절차와 방법에 관한 논의 속기록 정보공개청구는 공개의 이익이 비공개 이익보다 월등히 크고, 원고에 대한 정보공개의 이익은 원고만의 것이 아니라 공익에도 부합한다고 판단함.

### 3. 결과(1심:서울행정법원 2016년 9월 1일)

- 1) 1심과 2심 모두 원고의 청구를 기각함
- 2) 기각 이유
  - 여러 대법원 판례를 들어 “비록 그 사장 임명 절차가 이미 끝나 사장이 취임을 하였다고 하더라도, 이 사건 각 속기록에 담긴 정보는 ‘인사 관리에 관한 사항’ 또는 ‘의사 결정

과정에 있는 사항에 준하는 상황'으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보에 해당한다고 봄이 타당하다”

- 그러면서 속기록에는 “이사들의 개별적·구체적 의견과 발언 내용을 모두 그대로 옮겨놓은 문서이고, 이에 따라 그 문서에는 이사들 간의 의견 대립이나 그 조율 과정 등이 첨예하게 드러나 있다”, 따라서 속기록 내용이 공개될 경우 “이사회가 외부의 부당한 압력 또는 새로운 분쟁에 휘말리는 상황이 초래될 우려가 높다”
- 또 이사회가 여야 추천으로 구성되어 있기 때문에 발언이 ‘정치적인 의미로 해석될 우려’가 있고, 이사의 임기가 2018년 9월경이라는 점을 감안하면 향후에도 이사회 속기록이 공개될 우려 때문에 인사 관련 논의에서 “공정한 심의·의결을 하는데 방해를 받을 개연성이 높다고 봄이 타당하다”
- 심지어 ‘이사들이 11명에 불과하며, 그 신상이 공개되어 있어 발언 내용만으로도 발언자를 추정할 수 있고, 또는 잘못된 추정을 할 우려가 있다’는 이유를 들어 향후 발언자를 익명 처리한 속기록 정보공개청구 소송마저 봉쇄함.

※ 참고: 공공기관의 정보공개에 관한 법률

제1조(목적) 이 법은 공공기관이 보유·관리하는 정보에 대한 국민의 공개청구 및 공공기관의 공개의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 한다.

제9조(비공개대상정보)

① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개대상이 된다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 정보에 대하여는 이를 공개하지 아니할 수 있다.

5. 감사·감독·검사·시험·규제·입찰계약·기술개발·인사관리·의사결정과정 또는 내부검토과정에 있는 사항 등으로서 공개될 경우 업무의 공정한 수행이나 연구·개발에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

---

## 토론2

# 국무총리실 민간인 불법사찰 피해자 사례

김종익

---

먼저 이 법률안의 발의를 해 주신 백혜련 의원님과 이 토론회에 토론자로 참석해 주신 여러분께 감사 말씀을 올립니다.

또 이 법률안의 발의와 토론회를 성사시키기 위해 애쓴 참여연대를 비롯한 여러분의 노고에 감사 말씀을 올립니다.

오늘 제 역할은 공익소송 패소자에게 해당 소송에서 국가가 지출한 변호사 비용을 청구한 사례의 발표로 인식하고 있습니다. 먼저 제가 겪은 사건을 간략히 말씀드리겠습니다.

아시다시피, 저는 국무총리실 민간인 불법 사찰 피해자로, 대한민국을 피고로 하는 손해배상소송에서 제가 청구한 손해배상금액은 잔여 임기 동안의 급여 416백만 원과 '경영권을 가진 대표이사의 부당한 사임 시 62세까지 급여를 배상한다'라는 대법원 판례에 따른 해당 기간의 급여 2,419백만 원을 합한 2,835백만 원과 아내, 자녀, 어머니가 겪은 고통에 대한 피해액 230만 원입니다. (참고로, 당시 제가 소유한 지분율은 75%입니다.)

법원의 최종 판결은, 잔여 임기 동안의 급여 416백만 원, 가족 피해액 35백만 원을 원고들에게 지급하라는 것이었습니다. 또 '소송 총비용 중 4/5는 원고들이 나머지는 피고들이 부담한다'였습니다.

국무총리실에서는, 제게, 이 판결을 근거로 한 소송비용 확정판결 소송 결과에 따라 25,211,920원을 상환하라고 요청했습니다. 이상이 제가 겪은 사건의 주된 내용입니다.

다음은 이 사건을 겪으며 제가 들었던 의문 몇 가지를 말씀드리겠습니다.

첫째, 저는 이 사건의 승소, 패소 여부에 따라 소송비용을 부담하는 주체가 달라진다는 것을 상식 차원에서 납득할 수 없습니다.

왜냐하면 이 소송은 국가가 자행한 범죄 피해 당사자가 피해 구제를 목적으로 제기한 소송인데, 승소, 패소 여부에 따라 소송비용을 원고에게 부담하게 하는 것은, 피해자의 구제 청구를 소극적으로 만들거나, 아주 교묘하게 피해 구제 청구를 압박하여 봉쇄하려는 의도가 있는 게 아닌가 합니다.



둘째, 4.3 사건, 광주 항쟁 같은 국가 범죄 피해자들에 대해서도 같은 내용의 법을 적용하는지, 적용한다면, 이게 어떻게 가능한 것인지, 적용하지 않는다면, 똑같은 국가 범죄 피해자에게 왜 서로 다른 적용을 하는지 궁금합니다.

셋째, 가해자인 국가와 피해자인 개인 간에 놓여 있는 잘 표현할 수 없는 어떤 비대칭입니다. 소송비용 상환과 관련하여, 전화 통화를 한 국무총리실 직원 그러니까 공무원들에게서 제가 느낀 것은, 이 사람들이 성실하면 할수록 피해자는 위축되고, 피해자의 고통은 커질 수밖에 없겠구나, 라는 것이었습니다. 좀 심한 표현인지 모르지만, 저는 국무총리실 직원들이 한나 아렌트가 말한 아이히만과 크게 달라 보이지 않았습니니다.

마지막으로 드릴 말씀은, 저는 국무총리실로부터 공식적인 사과를 여태 받은 적이 없다는 사실입니다. 국무총리실이 법률적 규정을 가지고 피해자에게 소송비용 상환을 청구하기 전에, ‘제대로 된 사과’와 ‘제대로 된 피해 구제’가 선행되어야 하지 않을까요. 저는 국무총리실의 민간인 불법 사찰은, 앞에서 말한 ‘사과와 구제’가 이루어지지 않는 한, 계속된다고 생각합니다.

모든 면에서 국가와 비교될 수 없는 존재인 개인이, 국가 범죄로 입은 피해의 인권적, 물적 구제는 법률 규정으로 해결될 수 없다는 것을 뼈저리게 느끼면서도 법률에 의존할 수밖에 없는 현실에 말할 수 없는 비애를 느끼며, “법률가를 만나지 않는 인생이 행복한 인생이다”라는 말이 지닌 의미를 실감합니다.

부디 이 법안이 통과되어 국가의 범죄 행위로 고통을 받는 여러분에게, 범죄자가 지운 짐을 벗어 놓을 수 있는 굳건한 초석이 되기를 소망합니다. 다시 한번, 이 법안의 입법을 위해 애써주시는 여러분께 감사 말씀을 올립니다. 감사합니다.

# 핵 발전소 주변마을 ‘균도네 가족’

## 소송 사례

이진섭 / 균도아빠

---

균도네 소송은 궁금증이 시작이었습니다.

우리 가족은 핵발전소 주변마을에 살고 있습니다.

내 아들 균도는 올해 30살인데 핵발전소에서 겨우5km밖에 떨어진 곳에서 태어났고, 전 2011년 직장암 소견을 받아 수술을 하였고, 균도엄마 역시 2012년 갑상선암수술을 받았습니다.

참고로 같이 살고있는 균도 외할머니 역시 위암수술을 하였습니다. 지금 가족 6명중 암이나 장애를 벗어난 사람은 균도외할아버지와 균도 동생뿐입니다.

제가 소송을 진행하게된것도 아주 사소한곳에 있었습니다. 핵발전소는 언제나 안전하다는 소리를 듣고 생활했기에 여기는 어느곳보다 청정지역이라고 생각했습니다. 그런데 신고리1호기 핵발전소가 건설이 되면서 반대 급부로 우리 동네에 동남권원자력의학원이 생기고 그 병원에서 핵발전소 주변마을 주민에게 무료로 건강검진을 해주면서 저와 균도엄마가 암이 있다는 것을 알게되었습니다.

수술을 하면서 주변을 돌아보게 되었고 그곳에는 많은 주민이 암이 걸려 우리가족처럼 수술을 받게되어서 입원을 하게 된 것을 알고 암환자의 비율을 알고 싶었습니다. 어느 곳에 들러서 이야기를 해도 그들은 알려줄수 없다는 답변만 있을 뿐이었습니다.

알 수 있는 방법은 소송뿐이라고 병원관계자의 말이 소송의 시작이었습니다.

핵발전소 주변마을에 사는 주민의 궁금증에서 이 소송이 시작이 되었습니다. 환경운동단체를 알게되고 그 단체의 고문 변호사를 만나게 되면서 소송은 시작이 되었습니다. 제가 처음 요구한 것이 소송 금액이 1,000원이었습니다. 핵발전소에서 내뿜는 방사능이 우리 가족에게 미쳤는지 아닌지가 궁금했고 우리 주변사람이 얼마나 암에 신음을 하고 있는지 알고싶었습니다.

미국이나 다른곳에서는 환경소송으로 1달러 소송이 행해지고 그 판단이 내려지면 위자료 등 나머지 싸움이 일어난다고 알고 있었습니다. 그런데 한국의 소송은 1억원 이상이 되지 않으면 합의부를 이끌어내지 못하기 때문에 명의상이 1,000원이 1억원으로 바뀌었습니다.

제 궁금점은 건강보험이나 지자체에서 알려주면 되는데 주민 한 사람의 알기위함이 이 소송으로 가져가게 하였습니다. 8년동안 대법원까지 진행이 되었습니다. 우리나라 최초의 소송이었기에 아무런 자료가 없었습니다. 한수원은 아무에게도 알려주지 않은 자료를 쓰면서 일개 주민을 이기려고 대형로펌으로 동원하였습니다.

우리는 지금도 후회하지않습니다. 이 소송으로 얼마나 많은 사람이 고통을 받고사는지 알게 되었습니다. 1심이 끝나고 언론을 통해 우리와 같은 사람을 찾았는데 그수가 700명이 넘습니다.

전 1심을 부분승소 하고, 2심은 패소, 다시 3심은 기각을 당했습니다.  
읽어보면 연구결과가 없다는 것이 요지입니다.  
궁금점이 소송비를 제가 물어야할 처지에 놓였습니다.

내가 알고 싶은 것은 과연 그들이 안전하다고 하는 방사능이 과연 주변마을 주민에게 영향이 없는지가 궁금했습니다. 후쿠시마사건이 일어나고 감상선암환자가 팽배해지는 이야기를 듣고 이 소송을 진행했습니다. 전 궁금했습니다. 그리고 알고싶었습니다.

제가 돈이 필요했으면 1,000원소송을 준비하려고 변호사를 만났겠습니까????  
여지껏 국가 기관은 무조건 안전만 외치고 그들끼리만 내용을 공유하였습니다.

실상 고통받는 사람이 주변마을 사람인데 그들은 안전하다는 앵무새만 키웠습니다.  
전 지금 법원에서 소송비용 정산을 요구받고 있습니다,  
국가 기관에 대한 궁금점이 마지막에는 돈으로 둔갑하는 것을 보고있습니다.

소송을 하기전에 한번이라도 저에게 알려주는 사람이 없었습니다.  
지금도 그들은 만난적이 없습니다.  
언론브리핑은 있지만 주변마을 주민은 스스로 알아야합니다.  
그들이 소송을 걸게 만들었습니다.

다시 이런일이 있다면 또 준비하려 합니다.  
국민이 알고 싶다는데 공무원은 개인정보를 운운하고 기준도 없이 모른 체합니다.  
그래서 소송을 했습니다.  
이런 소송도 돈이 필요하나요?????

# 공익소송 패소자 비용 부담 관련 지정토론문

정혜림 / 법원행정처 민사지원 제1심의관실

## 1. 취지 공감

### □ 발제의 주된 취지

- 공익소송이나 증명의 부담이 큰 전문가 소송 등에는 재판보장을 위해 소송비용부담원칙의 예외를 두도록 편면적 패소자부담주의를 채택하여 그 유형을 민사소송법에 규정하는 등 개정이 필요함
- 법원이 승소자의 신청을 받아 소송비용액 확정결정을 할 때, 공익소송 등에 대한 예외사유를 고려하도록 민사소송법 개정이 필요함

□ 약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통해 불합리한 사회제도를 개선하고, 공익적 목적을 달성하는데 도움이 되는 소송의 활성화를 위한 제도개선 필요성에 공감

□ 다만, 입법론적으로 공익소송에 관한 개념정의, 남용 우려 등 부작용 보완, 당사자 간 형평과 재판자원의 효율적 사용을 참고하여 우리 소송체계에 부합하는 방식으로 개선 필요

## 2. 현행법상 검토

### 가. 현행 법체제상 논의 부분

#### □ 민사소송법

- 소송비용은 민사소송법 제98조에 따라 패소자 부담이 원칙이며, 예외적으로 ① 승소 당사자의 불필요한 행위로 인하여 생긴 비용(법 제99조 전단), ② 패소 당사자의 행위가 그 행위 당시에 있어서 필요하였던 경우의 비용(법 제99조 후단), ③ 승소 당사자의 책임 있는 사유로 인하여 소송이 지연된 경우에 그로 인하여 생긴 비용(법 제100조)의 경우 사정에 따라 승소한 당사자로 하여금 소송비용의 전부나 일부를 부담하게 할 수 있음. 현재

공익소송의 경우 위 ①, ②, ③ 어느 것에도 해당되지 않아 패소자 부담의 예외로 해석하기에는 무리가 있음.

□ 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙

- 제6조 제1항<sup>53</sup>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”라고 해석하여(대법원 2007. 4. 26. 자 2005마1270 결정) 판례가 일응의 기준을 제시하고 있으며, 패소 당사자를 보호하는 측면이 있음

나. 공익소송에 대한 개념정의의 문제

□ 공익소송에 대한 명확한 정의규정이 없어 무엇이 공익소송인지에 모호한 문제가 해결되지 않았음. 공익성 판단 기준으로 ‘불특정 다수의 피해 구제 및 사회적 소수자·약자의 권리 보호’ 등을 들 수도 있으나<sup>54</sup> 일관된 기준 없이 불명확한 개념으로 소송비용 부담에 관한 원칙을 수정하게 되면 부작용이 클 우려가 있어 입법적 보완 필요

- 공익, 공익소송에 대한 일반적 정의는 존재하지 않고, 명확하게 법에서 규정하고 있는 내용도 없음. 다만 사법개혁위원회는 공익소송을 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 국가권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭한다고 정의하고 있음<sup>55</sup>
- 사회적 합의 없이 추상적 개념으로 입법을 하고, 향후 법률해석과 판단과정을 거쳐 판결을 통해 구체화한다는 것은 사회적 비용이 상당할 것으로 보이며 새로운 분쟁의 시발점이 될 여지가 다분함
- 또한 일반적으로 공익소송으로 분류되는 소송 중에도 사실상 사익을 기초로 한 집단소송 등이 포함되어 있어, 이를 기준으로 소송비용의 부담을 달리하는 것도 문제가 될 수 있음
- 즉, ‘사건의 공익성’이라고 표현하였으나 ‘공익성’에 대한 개념 정의가 법률에 별도로 없는 상황에서, 기존에 공익소송의 범주로 논의되어 온 집단소송, 단체소송, 징벌적 손해배상 소송, 주민소송 또는 기타 여러 유형의 구체적인 사건에 대하여 소송비용 패소자 부담의 예외에 해당하는지를 두고 해석상 분쟁이 발생할 우려가 있음

□ 공익소송에서 일반소송과 달리 예외를 정당화하기 위해서는 공익소송과 일반적인 소송의 구별기준이 명확해야 할 것임

- 패소자의 경제적 자력 및 사회적 상황을 고려하도록 하면, 동일한 원인으로 발생한 채권을 기초로 한 청구에도 패소자가 누구냐에 따라 공익과 사익이 달리 적용되거나, 다른 절차가 적용될 우려가 있음

<sup>53</sup> 제3조 및 제5조의 금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우에는 법원은 상당한 정도까지 감액 산정할 수 있다.

<sup>54</sup> 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 대법원 사법정책연구원(2016), 38면

<sup>55</sup> 사법개혁위원회, 국민과 함께하는 사법개혁, 사법개혁위원회 자료집(VII) (2005), 236쪽

## 다. 남용 우려에 관한 문제

- 공익성이 있다는 이유로 소송비용을 부담하지 않을 경우 남소와 남상소가 만연할 우려가 있음
  - 소송비용의 패소자부담원칙은 정당한 권리행사를 위하여 소송을 제기하거나 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자의 실효적 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적 운영을 도모하려는데 그 취지가 있음[헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2013헌바370, 392, 421, 2014헌바7, 296, 2015헌바74(병합) 전원재판부]
  - 공익소송이라고 하더라도 위와 같이 당사자의 실효적 권리구제를 보장하여야 할 필요나 남소와 남상소를 할 우려가 없다고 보기는 어려움[헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2018헌바235, 391, 460, 471, 2019헌바56, 95, 145(병합) 전원재판부]
  
- 특히, 결과적으로 승소가능성이 높지 않음에도 사회적 환기 목적으로 소를 제기 하는 경우 등 공공정책에 관한 해결을 사법부에 의존하여 사법작용이 정치화 되고, 사법자원의 효율적인 활용에 부정적인 영향을 미칠 우려도 있음
  - 공익소송이 정책형성에 관여하는 것을 목적으로 하는 경우, 결과적으로 헌법이 채택하고 있는 권력분립의 원칙을 침해하게 되는 결과에 이를 수 있으며, 또한 법관은 제한된 상황에서 적용된 국가정책을 단편적으로 다루게 되므로 법원의 판단으로 공공정책의 계획의 오류나 운영과정에서 비효율성을 파악하는 것은 부적절할 수 있음
  
- 또한 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제20조에 따른 행정소송의 경우를 패소자 부담의 예외로 두는 경우 남용 가능성이 우려됨
  - 현재 정보공개청구 및 그 비공개에 대한 불복 민원이 상당하여 한정된 공직 자원의 활용에 어려움이 많음. 정보공개청구가 개인정보를 확보하기 위해서 또는 공무원을 협박하기 위하여 제기되는 경우도 빈번하므로, 이러한 내용이 공익에 해당하는지에 대한 검토도 필요함
  - 또한 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제19조에 따라 별도의 비용없이 신속하게 행정심판을 받을 수 있거나, 이의신청 등 다른 구제절차가 마련되어 있어 개정안의 취지가 이미 현행법에 반영되어 있음. 행정소송에 따른 소송비용이 면제된다면 행정심판을 기각당한 당사자가 행정소송을 또 청구하게 되어, 기각 여부는 달라지지 않을 것으로 보이나 불복과정만 연장될 우려가 있음

## 3. 논의에 대한 고려사항

### 가. 소송비용 부담제도의 문제

- 패소자의 소송비용까지 상대방에 부담시키는 방안은 과도한 것이 될 수 있음
  - 소송비용 패소자 부담의 원칙을 규정한 본문에 대한 단서로 ‘사건의 공익성 등 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다’고 규정함으로써 승소한 자가 패소한 자의 소송비용까지 부담할 수 있게 할 경우, 공익을 위한 비용부담을 소송에서 승소한 자에게 전가하는 문제가 발생함

- 해외 입법례를 살펴보더라도 공익성을 고려하여 소송비용을 각자 부담하도록 하거나 상대방의 소송비용 부담의 상한을 설정하는 방식을 취하고 있음

□ 편면적 패소자부담주의 등 공익소송의 소송비용 부담 완화 방안을 도입할 것인지는 입법정책의 문제<sup>56</sup> 이나, 충분히 검토할 필요 있음

- 사건의 실제보다 공익소송 해당성이 쟁점이 될 경우 소송비용부담재판을 담당하는 재판부에 심리부담을 초래하는 등 본말전도 현상이 발생할 수 있고, 소송비용에 관한 재판에 대해서는 독립하여 항소를 하지 못하는 민사소송법 규정 등 현행 민소법과 체계부조화의 우려가 있음

□ 따라서 소송비용부담제도의 변경은 도입 취지가 몰각되지 않도록 위와 같은 사항에 대하여도 충분한 검토가 필요함

## 나. 변호사보수규칙의 개정문제

□ 소송비용액확정절차의 성질을 변경시킬 우려가 있음

- 소송비용액확정절차는 계산을 중심으로 한다는 소송비용액의 확정작업이고, 소송비용상환청구권의 존부 또는 원인에 대하여 다투는 절차가 아닌데도<sup>57</sup>

계산을 중심으로 하는 절차에서 공익성 등에 대한 심리절차로 변질될 우려가 있음

□ 소송비용부담재판과 소송비용확정절차의 관계에 부합하지 아니함

- 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 제6조는 ‘현저히 부당’한 경우에 변호사보수의 재량조정을 인정하고 있어 당해 공익소송이 거기에 해당하는 것으로 인정될 경우 재량감액의 여지가 있음
- 그러나 여기에서 한발 더 나아가 공익성을 독립적인 재량감액 사유로 규정하는 방식은 신중할 필요 있음.
- 소송비용액확정결정절차에서는 상환할 소송비용의 액수를 정할 수 있을 뿐이고 소송비용에 관한 재판에서 확정된 상환의무 자체의 범위를 심리판단하거나 변경할 수는 없는데(대법원 1991. 9. 24.자 91마277 결정), 소송의 공익성 등을 독립적인 감경사유로 규정할 경우 소송비용부담재판에서 정한 내용을 소송비용액확정결정절차에서 손쉽게 변경하게 됨
- 소송비용부담재판과 소송비용액확정결정절차의 관계를 감안할 때 소송비용부담재판의 내용을 변경하는 것은 ‘현저히 부당’한 경우와 같이 어디까지나 예외적인 경우에만 허용되어야 할 것임

□ 소송비용확정재판의 대부분을 사법보좌관이 담당하는 점(사법보좌관규칙 제2조 제1항 제1호)도 고려할 필요 있음

<sup>56</sup> 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2018헌바235, 391, 460, 471, 2019헌바56, 95, 145(병합) 전원재판부: 공익소송 또는 일정한 전문 분야에 관한 소송 등 남소 또는 남상소로 인한 피해가 적거나 소송의 승패와 상관없이 소제기 자체로 공익에 기여한다고 볼 만한 소송 유형에 대한 변호사보수의 소송비용 산입을 제한하는, 이른바 변호사비용의 편면적 패소자부담주의를 도입할 것인지는 입법 정책적으로 판단할 문제-

<sup>57</sup> 金子宏直, “民事訴訟費用の裁判と費用額確定処分”現代民事手続法の課題, 信山社(2019), 301-302.

## 다. 유사 입법례의 검토

□ 공익소송 제도를 별개로 두는 국가는 인도, 중국에 불과하고, 그밖에 국가들은 대표당사자소송이나 단체소송, 징벌적 손해배상과 같은 제도 등을 활용하여 공익의 실현이라는 목적을 달성하는 국가들이 대다수 「공익소송 제도의 현황과 개선방안」, 대법원 사법정책연구원(2016), 48~264면, 265면

□ 영국이나 남아프리카공화국 등을 제외하고는 명시적으로 공익소송에서 소송비용 부담의 예외나 완화를 인정하는 국가가 많지 않은 것으로 보임

## 라. 추가 고려사항

□ 국가가 재판제도의 이용을 용이하게 하여 국민의 기본권을 보장하는 것이 바람직하겠으나, 지나치게 적은 재판비용만을 당사자에게 부담시킬 경우 소송 제기 및 상소가 남발되어 국민의 권리구제가 지연되고 국가가 그에 따른 비용을 추가로 부담하게 될 것인 바, 그 경우 중국적으로는 재판자원의 공평하고 공정한 이용을 저해하거나 국민의 부담을 그만큼 가중시키게 되는 역기능적 측면이 있다는 점을 고려할 필요가 있음(헌재 1996. 8. 29. 93헌바57 참조)

□ 승소한 당사자에게 응소에 따른 경제적, 정신적, 시간적 손실 등에 대한 불이익을 회복할 수 있는 수단이 마련되어 있어야 당사자 간 형평에 부합할 것임



# 공익소송의 소송비용 부담 완화를 위한 제도개선 방안

윤경식 / 변호사, 법무부 국가소송과 행정사무관

## I. 서론

일반적으로 공익적 목적으로 제기된 소송인 “공익소송”이라 함은, 사회적 약자의 권익보호 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하는 등의 목적에서 제기되는 민사·행정소송, 헌법소원 등을 통칭하는 것을 의미합니다. 현행법상으로는, 이러한 소송에서도 원고가 패소한 경우 「민사소송법」 제98조에서 정하고 있는 소송비용의 패소자부담주의가 적용되고, 패소한 원고가 부담하는 소송비용에는 상대방의 변호사보수도 포함됩니다(동법 제109조 제1항).

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

이러한 점에서, 공익소송으로 인정될 수 있는 소송에서 패소할 경우 소송비용 부담 문제를 완화할 필요성이 인정될 수 있다고 생각합니다. 오늘 주제 발표에서는 이러한 필요성이 인정됨을 전제로, 제도 개선의 구체적 방안으로 「민사소송법」이나 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률(이하 “국가소송법”) 등을 개정하는 등의 방안을 제시하고 있으며, 각 법률과 관련하여 동일한 취지의 개정안이 의원입법으로 발의되어 있습니다.

이하에서는 주제 발표에서 제시된 방안에 대한 의견을 개략적으로 나누어보고자 합니다.

## II. 소송비용 감면의 대상 소송 및 항목

### 1. 소송비용 감면 대상 소송의 범위

## 가. 범위 설정의 필요성

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

만약 소송비용 감면 대상 공익소송의 범위가 설정되지 않을 경우 감면 대상 범위가 부당히 확대됨에 따라, 소송비용 패소자부담주의를 규정하여 남소, 남상소를 방지하고자 하는 「민사소송법」 제98조 등의 입법취지에 부합하지 않는 결과가 발생할 가능성이 있습니다.

### <헌법재판소 2019. 11. 28. 2018헌바235>

#### ■ 「민사소송법」 제98조 등에 대한 위헌소원 사건

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

특히 공익소송의 대표적인 사례로 제시되는 정보공개청구소송의 경우, 행정안전부에서 2019년 9월 발표한 “2018년 정보공개 연차보고서”에 따르면, 행정소송과 행정심판을 포함하여 정보공개에 대한 불복구제 신청은 총 8280건으로 2017년(6,689건) 대비 23.8% 증가하는 등 꾸준히 증가 추세에 있고, 행정심판의 평균 인용 비율이 10%가 채 안되며, 행정소송의 경우에도 인용율은 약 30~40% 수준인 것으로 확인되고 있어, 일정한 범위가 설정되지 않을 경우 헌법재판소 결정(헌법재판소 2019. 11. 28. 2018헌바235)에서도 실시한 바와 같이 남소, 남상소가 발생할 우려를 배제하기 어렵다고 생각합니다.

[표] 연도별 정보공개 불복 신청 및 처리현황

단위:건, ( ):%

구 분	이 의 신 청				행 정 심 판					행 정 소 송				
	계	처 리 결 과			계	계류 중	심 판 결 과			계	계류 중	판 결 결 과		
		취하 각하	기각	인용			취하 각하	기각	인용			취하 각하	기각	인용
2018년	6,577	1,474	2,688	2,415	1,513	80	922	385	126	190	74	38	29	49
	(100)	(22)	(41)	(37)	(100)		(64)	(27)	(9)	(100)		(33)	(25)	(42)
2017년	4,905	1,222	1,995	1,688	1,675	112	1,073	382	108	109	41	26	21	21
	(100)	(25)	(41)	(34)	(100)		(69)	(24)	(7)	(100)		(38)	(31)	(31)
2016년	3,910	918	1,562	1,430	1,252	80	879	220	73	128	49	23	31	25
	(100)	(23)	(40)	(37)	(100)		(75)	(19)	(6)	(100)		(29)	(39)	(32)
2015년	3,559	879	1,421	1,259	1,696	109	1,027	490	70	159	48	47	34	30
	(100)	(25)	(40)	(35)	(100)		(65)	(31)	(4)	(100)		(42)	(31)	(27)
2014년	2,939	650	1,222	1,067	822	51	289	434	48	130	56	20	26	28
	(100)	(22)	(42)	(36)	(100)		(38)	(56)	(6)	(100)		(27)	(35)	(38)
2013년	3,320	757	1,363	1,200	657	79	126	400	52	171	82	38	23	28
	(100)	(23)	(41)	(36)	(100)		(22)	(69)	(9)	(100)		(43)	(26)	(31)
2012년	2,741	616	1,252	873	455	61	150	171	73	95	49	17	13	16
	(100)	(22)	(46)	(32)	(100)		(38)	(43)	(19)	(100)		(37)	(28)	(35)

나. 범위 설정 방안

주제발표에서는, 감면 대상 소송의 범위로, ① 인권의 보호와 향상, 소비자보호, 환경보호 등을 원인으로 하면서 그 성격상 공익성이 인정되는 소송, ② 정보공개청구소송, ③ 그밖에 당사자의 사회적 신분이나 자력 등의 주관적 사정을 고려하여 감면 필요성이 인정되는 소송과 같이 감면 대상 소송을 유형화하여 제시하였습니다.

공익소송의 개념이 다소 추상적 개념인 점을 고려하면, 위와 같이 감면 대상 공익소송으로 볼 수 있는 유형을 열거하여 가능한 범위 내에서 그 의미를 보다 구체화할 필요가 있다고 생각합니다. 다만, 어느 유형에 해당하든 결국에는 공익적 필요성과 소송비용 감면 필요성 등이 인정되어야 하는데, 그 의미는 여전히 추상적일 수 있는 점을 감안하면 개별적으로 유형화하기보다는 예시로 실시된 객관적(소송의 유형) 및 주관적(자력 등) 사정 등을 종합적으로 고려하여 결정되도록 함으로써 구체적 타당성을 확보할 수 있는 방안을 고민해볼 필요가 있을 것으로 보입니다.

## 2. 소송비용 감면 항목

소송비용이 감면되는 공익소송 대상에 해당된다면, 감면되는 항목과 범위에 대해서도 추가적으로 고민할 필요가 있습니다. 현행법상 명확한 산정 기준이 있는 인지대, 송달료, 변호사보수 등을 합산한 금액을 기준으로, 감면 대상 항목 자체를 변호사보수로 제한하거나, 대상 항목 중에서도 감면되는 비율을 어느 정도 급간으로 나누어 규정하는 방안 등이 고려될 수 있을 것으로 보입니다.

## Ⅲ. 소송비용 감면 방안

### 1. 감면 절차

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

#### 국가소송법 시행령

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

따라서 소송비용이 감면되는 공익소송에 관한 결정은 ① 법원의 소송비용 확정 단계에서 결정하는 방안, ② 소송비용이 면제되는 범위를 국가소송이나 행정소송으로 국한하는 것을 전제로 법원은 현행대로 결정하되 국가기관 등에서 소송비용회수를 하지 않는 예외를 두는 방안, ③ 앞의 두 가지 방안을 단계별로 모두 가능하도록 하는 방안이 고려될 수 있습니다.

어떤 방안이 가장 적절한 방안인지에 대해서는 면밀한 검토가 필요한데, 공익성 및 소송비용 감면의 필요성 등의 사정이 인정되는지 여부는 해당 사건의 모든 관련 기록을 면밀히 검토하여 최종적인 판단을 하는 법원에서 하는 것이 보다 적절할 수 있을 것으로 보입니다.

특히 국가기관 등의 경우, 법원과 달리 소송의 일방 당사자로서 제한된 범위의 기록만을 기준으로 소송비용 감면 대상 여부를 판단할 수밖에 없습니다. 또한 국가기관 등이 소송비용 회수를 포기하는 것은 국민의 세금을 기반으로 하는 국가재정과 관련된 사안이고, 국가 채권의 전부 또는 일부의 포기는 「국가채권관리법」에 따라 엄격하고 제한된 요건 하에서만 허용되는 점을 고려하면, 국가기관 등이 소송비용 감면 대상 공익소송인지 여부를 결정하여 소송비용 회수를 하지 않는 결정을 하는 방안은 보다 신중한 접근이 필요하다고 생각합니다.

나아가, 공익소송의 소송비용 감면에 관한 문제는 단기적으로 국가기관 등이 당사자인 소송에 한하여 우선 해결 방안을 모색한다 하더라도, 중장기적으로는 국가기관 등 외의 소송에까지

확대될 수 있는 점도 고려하면, 소송비용 감면 대상 결정의 주체를 법원으로 하는 방안에 대하여 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각합니다.

## 2. “법률” 개정의 필요성

공익소송의 소송비용 감면 결정에 관한 사항을 어떠한 형태로 마련할지와 관련하여 주제발표에서는 전술한 바와 같이 「민사소송법」, 국가소송법 등 법률”의 개정을 그 방안으로 제시하고 있는데, 공익소송의 소송비용 감면 근거는 다음과 같은 점에서 “법률”에서의 규정이 필요하다고 생각합니다.

첫째, 사회적 합의와 국민적 공감대가 필요한 사안이기 때문입니다. 소송비용 패소자부담주의는 현재 국민의 권한을 위임받은 국회에서 제정하는 “법률”인 「민사소송법」에서 규정되어 있습니다. 공익소송에서의 소송비용을 완화하는 제도를 도입하는 것은 “법률”에서 정하고 있는 소송비용 패소자부담주의에 대한 예외를 마련하는 것으로, 사회적 합의를 바탕으로 국민들이 공감할 수 있는 수준의 범위 내에서 인정되어야 할 것입니다.

둘째, 소송비용 부담의 문제는 소를 제기한 국민의 권리·의무의 중요한 내용이기 때문입니다. 만약 이러한 내용을 “법률”의 규정 없이 하위법령인 시행령 개정만으로 정할 경우 상위 법률의 수권 없이 하위 법률만으로 상위 법률과는 다른 내용으로 국민의 권리·의무에 관한 변동을 초래할 수 있다는 지적이 있을 수 있습니다.

셋째, 소송비용 감면의 결정 주체를 법원으로 하는 방안을 고려한다면, 그 근거는 “법률”에 있어야 하기 때문입니다. 사법부인 법원에서 소송비용 감면의 결정을 할 수 있는 근거를 “법률”이 아닌 대통령령이나 부령 등 행정부 내부 법령에 둘 수는 없는 점을 고려할 필요가 있습니다.

## 3. 개정 대상 법률

전술한 바와 같이, 주제발표에서는 개정 대상 “법률”을 「민사소송법」, 국가소송법 등으로 구체적으로 제시하고 있는데, 각 법률의 개정 방안에 대해서는 다음과 같은 점들을 추가로 고민할 필요가 있다고 생각합니다.

### 가. 「민사소송법」 개정 관련

「민사소송법」을 개정할 경우 국민의 권리·의무와 관련이 있는 소송비용 부담의 문제를 민사소송과 행정소송 등의 경우에 일반적으로 적용되는 법률에서 직접 규율할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있다 할 것입니다.

그러나 「민사소송법」을 개정할 경우, 공익소송에 대한 소송비용 감면 규정 일반법이면서 기본법으로서 적용됨에 따라 소송비용이 감면되는 공익소송의 범위가 상대방이 국가 등인 경우를 넘어 대기업 등 사인인 경우 모든 범위의 공익소송에까지 확대될 수 있어, 「민사소송법」을 개정하는 방안은 광범위한 사회적 합의가 없이 추진될 경우 논란의 소지가 클 것으로 보입니다.

또한 소송비용이 면제되는 모든 공익소송을 고려하여 일반법이면서 기본법인 「민사소송법」에 관련 내용을 규정할 경우, 공익소송과 관련한 정의규정부터 적용 범위, 소송비용 감면 기준과 범위 등에 관한 사항을 모두 규정하여야 하는데, 이러한 입법은 현실적으로 어려운 측면도 있습니다.

따라서, 「민사소송법」의 개정은 보다 신중한 접근이 필요할 것으로 보입니다.

## 나. 국가소송법 등 법률 개정 관련

일반법인 「민사소송법」을 개정하는 방안 외에 공익소송으로 통칭되는 개별 소송과 관련한 개별 법률을 개정하는 방안도 고려될 수 있으며, 주제 발표에서는 국가소송이나 행정소송에서의 소송비용 면제에 관한 근거 마련의 방안으로 국가소송법 개정을 제시하고 있습니다.

주제 발표와 같이 국가소송법을 개정할 경우, 소송비용이 감면되는 공익소송의 범위를 국가기관 등에 대한 소송으로 한정하여 관련 제도를 우선적으로 도입하고, 현행법 상 소송비용 패소자부담주의에 따른 법원의 소송비용 결정이라는 제도 일반에 대한 변경과는 별개로 해당 소송의 당사자인 국가기관 등에서 소송비용 회수를 하지 않을 수 있는 근거를 마련할 수 있어, 「민사소송법」 개정 대비 상대적으로 신속한 추진이 가능하다는 긍정적인 측면이 있다 할 것입니다.

그러나 전술한 바와 같이, 소송비용 감면이 필요한 공익소송인지를 판단하는 주체와 관련하여 개별 국가기관 등 보다는 법원이 적절할 수 있다는 점 등을 고려하면, 국가소송법을 개정하더라도 소송비용 감면의 결정 주체는 법원에서 하는 것을 중심으로 접근할 필요가 있다고 생각합니다.

특히 국가소송법은 민사소송 중에서도 국가가 당사자인 경우의 소송 등에 대한 “법률”로서 「민사소송법」의 특별법으로도 볼 수 있는 점을 감안하면, 국가소송 및 정보공개청구소송과 같은 행정소송 중 소송비용 감면이 필요한 공익소송인지 여부를 법원에서 판단할 수 있는 근거를 마련한다는 측면에서의 개선 방안이 고려될 수 있다고 생각합니다.

## IV. 맺음말

향후 제도 도입을 위한 방안을 추가적으로 검토하는데 있어, 전술한 바와 같이 다음의 점들을 고려할 필요가 있다고 생각합니다.

먼저, 주제 발표에서 지적한 바와 같이 소송비용 감면 대상 공익소송의 범위를 관련 “법률”에서 명확하게 규정할 필요가 있습니다. 또한 공익소송의 범위에 관한 근거를 법률로 명확하게 규정하는데 있어, 구체적으로 어떤 소송이 공익소송의 범위에 포함될지 여부에 대한 보다 심도 있는 추가 논의도 필요합니다. 특히 소송의 상대방이 국가, 행정기관, 공공기관, 대기업 등이라는 이유만으로 모두 공익소송으로 분류되기는 어려울 것으로 보이며, 주제발표에서 제시된 외국의 입법례도 함께 참고하여 국민적 공감대가 형성되는 적절한 범위를 설정해야 할 것입니다.

다음으로, 소송비용 감면 대상 공익소송의 범위가 “법률”에서 정해졌다면, 공익소송에 해당되는지를 최종적으로 판단하는 주체 및 절차에 대해서도 면밀히 살펴볼 필요가 있으며, 주체를 법원으로 볼 경우 법원과의 협의도 필요할 것입니다.

끝으로, 감면되는 소송비용 범위에 관하여도 심도 있는 추가 논의가 필요합니다. 합리적이면서 국민들이 예측 가능하고 공감할 수 있는 한편, 남소와 남상소를 최소화할 수 있는 수준에서 감면 범위가 마련되어야 할 것으로 보입니다. 특히 국가소송의 경우 소송비용 감면은 국민의 세금을 기반으로 한 국가 재정 및 국가의 이익과도 관련한 문제인 점도 함께 고려할 필요가 있다고 생각합니다.

공익소송에서의 소송비용 완화 제도의 도입이 정당한 권리행사를 하려는 당사자의 실효적 권리구제를 보장하면서도 남소와 남상소를 방지하여 사법제도의 적정하고 합리적 운영을 도모하는 방향으로 추진될 수 있기를 기대합니다.

# 공익소송의 소송비용 부담 제도 개선 토론회 토론문

김태호 / 서울대학교 공익산업법센터 위원 및 법전문 강사

공익소송에 대한 소송비용 제도의 개선 필요성에 공감해 온 입장에서 토론회 개최를 매우 뜻깊게 생각합니다. 특히 ‘국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률’과 ‘민사소송법’으로 구분하여 입법안을 제시한 점, 소송비용 부담에 대한 입법적 연혁 분석을 통해 현 제도를 상대화하여 반성적 검토의 필요성을 논증한 점 등으로부터 많은 배움을 얻었습니다. 그간 이 문제에 대해 생각해 본 점<sup>58</sup>을 토대로 디테일에 관한 몇 가지 쟁점에 대해서 토론하고자 합니다.

## 1. 공익소송의 의의와 소송비용에서 차별적 취급의 정당화 전제

공익소송의 개념은 소 제기의 일정한 ‘공익추구적 동기’를 공통분모로 하여 다양한 소송유형을 통칭하는 일상관행적 표현으로서 엄밀한 의미에서의 법적인 개념은 아닙니다. 따라서 공익소송을 법적인 용어로 사용하고자 한다면 어느 정도는 엄밀한 대상의 한정 필요할 것입니다. 넓은 의미로 사용되는 공익소송은 대체로 사회적으로 분산된 이익을 대변하거나, 인권 및 사회적 소수자의 권리를 대변하거나, 이상의 대변을 통해 사회제도 및 정책의 변화를 꾀하려는 공통분모를 가지고 있다고 할 수 있을 것입니다. 그리고 바로 그러한 공통분모가 가리키는 지향성, 우리 사회의 공적 가치나 공공성에 대한 지향성 때문에 우리는 공익소송에 대해 개인적 권리 또는 이익의 추구를 목적으로 하는 일반적 소송과 달리 취급할 ‘공익’이 있다고 주장할 수 있을 것입니다.

문제는, 이러한 공익소송이라고 해서 사익 내지 사적 권리 추구를 배제하는 경우는 오히려 드물다는 점입니다. 이는 소송의 본질 상 당연하다고도 할 수 있을 것입니다. 공익(민사)소송의 경우는 물론이거니와 공익(행정)소송의 경우에도, 제가 제안한 용어에 따르자면 ‘협회의 공익행정소송’(민중소송)을 제외한 행정소송에서는 사적인 이익을 전제하고 있습니다. 따라서 당연하게도 원고가 ‘이길 수도 있고’ 자신의 이익을 위한 것이기 ‘도’ 한 소송에서 굳이 소송비용에 대한 예외 – 패소자 부담을 원칙이라고 유지한다는 전제에서 – 를 인정할 필요가 있는가는 균형있는 판단 또한 필요합니다.

<sup>58</sup> 김태호·김정환, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 사법정책연구원 연구총서 2016; 행정소송의 차원에서는 특히 김태호, 공익소송과 행정소송, 행정판례연구 22-2집, 2017, 195-230면을 참조.



나아가 공익소송 또한 소송이라는 공적 제도를 활용하는 것인만큼 소송 제도의 설계가 추구하는 여러 가치와의 조화도 문제될 수 있을 것입니다. 공익소송의 경우에 기존에 받아들여지지 않는 주장은 아예 꺼내지도 말라는 식의 결론으로 이어질 수 있음을 잊어서는 안 될 것입니다만, 한정된 자원인 사법작용을 효율적으로 이용하도록, 이른바 ‘남소’를 방지하기 위해 소송비용 제도를 유지한다는 논거가 어느 정도 타당한지도 숙고해 볼 필요는 있을 것입니다.

## 2. 공익행정소송의 경우

그럼에도 필자가 지난 논문에서 공익행정소송에서 소송비용에 대한 보전 필요성을 긍정한 것<sup>59</sup>은 다음과 같은 이유에서입니다.

일단 공익행정소송의 제기 주체가 소송의 동인을 상실하지 않도록 보장하는 것 자체가 공익적 가치를 가지기 때문일 것입니다. 단적으로 개인의 이익과 무관한, 협의의 공익행정소송에 해당하는 주민소송의 경우에 대해 여타의 행정소송과 동일한 취급을 하는 것은 타당하지 않습니다. 승소한다고 해서 원고들에게 어떤 직접적인 이익이 발생하지도 않지요. 게다가 어떤 주민소송의 경우에는 행정에게 일정한 위법적 소지가 있음에도 책임을 물을 정도까지는 아니라고 한 예도 있는데<sup>60</sup> 이런 경우에 소송비용을 원고들에게 부담시킨다는 것은 대단히 적절하지 않은 운용이라고 하지 않을 수 없을 것입니다.

이러한 생각은, 형식적으로는 개인의 이익을 전제로 하지만 실질적으로는 만인이 소를 제기할 수 있고 그 목적 또한 많은 경우 행정의 투명성을 확보하기 위한 취지인 정보공개소송의 경우도 별도로 취급할 정당성을 뒷받침해 주는 논거라고 생각합니다.

소송 중에는 국책사업 등과 관련한 소송에서 감정비용 등의 문제도 있습니다. 이러한 사안은 당초부터 행정의 합리적 판단을 위한 공적인 평가는 비용을 들여서라도 할 필요가 있다는 점에서 이를 재판비용의 문제로 보아 일방에게 부담시키는 것은 개선해야 할 요소라고 생각합니다.

그밖에 행정소송의 경우에는 ‘부당’하지만 ‘위법’하지는 않다는 이유로 처분을 취소하지 않는 사례도 상정해 볼 수 있는데, 이러한 모든 경우에 패소자에게 비용을 부담시키는 것은 타당하지 않으므로 탄력적 운영의 여지를 제도화할 필요가 있다고 생각합니다. 현행 행정소송법 제32조도 사정판결의 경우에 ‘공평의 요구’에 따라 원고 승소의 경우에 준하여 피고가 소송비용을 부담하도록 하고 있는바, 이처럼 소송비용에 대한 예외는 행정소송의 성격에 비추어 구체적 타당성을 기할 필요가 있다고 생각합니다. 따라서 주민소송과 정보공개청구소송 등 일정한 유형은 처음부터 예외로 하도록 하고, 그 외의 경우에도 ‘패소의 사유, 패소한 당사자의 사정’ 등을 고려하여 대법원 규칙에 따라 개별구체적으로 판단하도록 하는 것(양정숙 의원 안의 취지와 일맥상통하는 것입니다)이 필요하다고 생각합니다.

한편, 발제문에서는 재판비용이 확정되더라도 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률시행령 등에 소송비용의 회수 등에 대한 필요적 감면 규정을 두도록 하는 안이 소개되어 있는데 이 개정은

<sup>59</sup> 김태호, 공익소송과 행정소송, 213면.

<sup>60</sup> 예를 들어 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두7489 판결.

행정소송법 제33조에서 소송비용에 관한 재판이 확정된 때에는 국가 또는 공공단체에 그 효력이 미치도록 한 조항에 대한 검토와 함께 이루어질 필요가 있다고 생각합니다.

### 3. 공익민사소송의 경우

민사소송의 경우에도 패소자부담주의를 일률적으로 관철하는 것에 문제가 있다는 발제의 취지에 공감합니다. 특히 변호사비용과 관련하여 ‘편면적 패소자부담주의’의 관점을 비교법적으로 소개한 것은 공익민사소송과 공익행정소송에서 공히 의미가 적지 않다고 생각합니다.

변호사비용부담에 대한 현재의 결과책임주의를 개선하기 위해 소송비용부담의 원칙에 대한 예외 단서 조항을 둘 것을 제안한 것도 수긍이 됩니다. 다만, 일정한 공익소송에 대한 유형이 인정될 수 있다면 패소 후 소송비용의 예외를 정할 것이 아니라 판결 단계 이전에 처음부터 그와 같은 소송 유형에 대해서 변호사 보수 각자 부담을 원칙으로 하도록 변경하거나 이를 소송 초기단계에서 정할 수 있도록 하는 것은 어떨지 생각해 보았는데 이를 어떻게 평가하시는지는 한번 듣고 싶습니다.

### 4. 맺으며

헌법재판소에서는 소송비용 규정이 재판청구권을 침해하지 않는다고 하면서 ‘변호사 보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’이 소송 유형에 따라 차등을 두거나 법원 재량으로 변호사 보수로 산정될 금액을 감액할 수 있도록 하고 있다는 점을 근거로 든 바 있습니다<sup>61</sup>. 그러나 실제 실무에서는 이러한 판단과 달리 소송비용에 대한 판단이 상당히 기계적으로 이루어지는 것은 아닌가 하는 우려도 있습니다. 이러한 점을 감안하여 소송비용에 대한 구체적 타당성을 법원이 실제로 하고 있는지에 대한 실증적인 검토가 있다면 법률 개정에 대한 정당성에 더 큰 힘을 실을 수 있지 않을까 하는 생각도 들었습니다. 들어 주셔서 감사합니다.

<sup>61</sup> 헌재 2011. 5. 26. 2010헌바204.

## 토론문

최용근 / 변호사, 민변 공익인권변론센터

- 일반적으로 소송비용의 패소자부담주의 원칙을 규정한 민사소송법 제98조의 취지로, 소송당사자의 실효적인 권리구제 보장, 남(상)소의 방지 등이 언급되고 있음(헌법재판소 2013. 5. 30. 선고 2012헌바335 결정 등)
- 남(상)소는 방지되어야 하나, 현재 우리 소송비용에 관한 법령 및 소송비용결정의 실무례에서는 당해 소송이 남(상)소에 해당하는지 여부를 평가하여 이를 소송비용결정에 반영하는 경우가 극히 드뭄. 원·피고의 주장과 항변에 각각의 충분한 근거가 있음에도 불구하고, 결국 법원으로서 원·피고 중 어느 한 쪽의 주장을 규범적으로 평가하여 이를 받아들이거나 받아들이지 않는 결정을 하게 되는 경우가 적지 않고, 패소자의 주장이 권리남용에까지 이르지 않은 경우가 다수이며, 이러한 경우에도 우리 법원은 일률적으로 패소자에게 소송비용을 부담시키고 있음. 즉 남(상)소의 방지와는 무관한 사안에까지 소송비용을 패소자에게 기계적으로 부담시키고 있는 것이 현실임.
- 현재의 소송비용 패소자부담원칙을 공익소송에 대해서도 예외 없이 적용하는 경우 발생할 다양한 문제, 이를 해소하기 위한 입법적 대안에 대하여, 두 분의 발제자께서 충실히 소개해 주신 것으로 생각하고, 토론자도 대체로 그 내용에 동의함.
- 이에 더하여, 국가 및 지방자치단체 등 공공기관의 소송비용확정청구와 관련하여 제도개선방안을 추가로 제안하고자 함<sup>62</sup>.
- 종래 국가, 지방자치단체, 공공기관이 소송비용확정청구를 하고 확정된 금액을 집요하게 집행하는 이유로 감사원등 감사기관의 감사에서 이러한 소송비용의 회수가 중요한 감사 대상에 포함되어 있다는 점이 거론되고 있음.
- 소송의 공익성과 당사자의 사정 등에 비추어 패소자에게 소송비용을 부담하게 하는 것이 적당치 않다고 인정되는 경우에는, 감사기관이 피감사기관에게 소송비용확정청구를 강제하거나 미집행을 이유로 감사지적사항에 포함시키는 관행이 개선되어야 하고, 이를 명백히 하기 위하여 국가 등이 공익인권소송의 상대방이 되어 승소한 경우에는 소송비용을 상대방에게 청구하거나 집행하지 않더라도 이를 감사 대상에 포함하지 않거나 면책하도록 제도를 도입하여야 함.

<sup>62</sup> 이하의 내용은 <공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구 의견서>, 2018. 민변 등 64개단체 공동의견서 참조

- 다음 사항에 대하여는 발제자 두 분의 고견을 여쭙고자 함.
- 현재의 문제 상황을 타개하기 위하여, ① 법원이 ‘현저히 부당한 경우’의 확장해석을 포함한 판례 변경을 통해 소송비용 감면의 예외조항을 적극적으로 검토하는 방안, ② 대법원이 ‘변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙’을 개정하여 공익소송 등을 소송비용의 필요적 감면사유로 규정하는 방안, ③ 정부가 ‘국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 시행령’을 개정하여 공익소송 등을 소송비용의 필요적 감면사유로 규정하는 방안, ④ 국회가 법률을 개정함에 있어 현재의 패소자부담주의원칙을 유지하되 공익소송 등에 대하여 예외를 두는 방안, ⑤ 국회가 법률을 개정함에 있어 현재의 패소자부담주의원칙을 각자부담주의 내지 패소자의 편면적 부담주의로 변경하는 방안 등, 몇 가지의 대안이 거론되고 있음. 각각의 대안에 대한 평가를 요청드립니다.
- 소송비용은 크게 재판비용과 당사자비용으로 대별되는데, 당사자비용, 특히 그 중에서도 변호사보수가 큰 부분을 차지하고 있음. 그런데 변호사보수의 경우 승소자가 그 대리인과 위임계약을 어떠한 조건으로 체결하였는지에 따라 (비록 그 상한은 있으나) 패소자의 부담액이 결정되는 구조이므로, 패소자는 실제 승소자가 변호사보수로 얼마를 지급하였는지에 따라 부담해야 할 소송비용 총액이 좌우되는 측면이 있음. 이러한 부분을 어떻게 평가하여야 할지, 소송비용 중 변호사보수 부분만에 대하여라도 우선적인 입법이 필요한지 여부

국회 토론회 자료집  
공익소송 패소비용 제도개선을 위한 입법방안 모색

발행일 2021. 03. 03.

발행처 더불어민주당 국회의원 백혜련, 대한변호사협회,  
민주사회를위한변호사모임, 진보네트워크센터,  
참여연대,  
천주교인권위원회, 투명사회를위한정보공개센터  
담당 참여연대 공익법센터 02-723-0808, pil@pspd.org

※ 본 자료는 [참여연대 웹사이트](#)에서 다시 볼 수 있습니다.



참여연대는 정부보조금 0%, 회원의 회비로 운영됩니다.

대표전화 02-723-5300 [온라인 회원가입](#) 02-723-4251

주소 03036 서울 종로구 자하문로9길16 (통인동)

홈페이지 [www.peoplepower21.org](http://www.peoplepower21.org)

[참여연대 커뮤니케이션 채널 안내\(SNS·뉴스레터·보도자료 수신 등\)](#)