

# 헌법소원 심판청구

청 구 인 1. A

2. B.

청구인들 대리인 법무법인(유한) 예울

담당변호사 최 용 문

서울 서초구 서초대로 326, 8층(서초동, 모인터빌딩)

TEL : 02-598-5555, FAX : 02-588-5554

## 청 구 취 지

1. 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제98조, 제109조는 헌법에 위반된다.

라는 결정을 구합니다.

## 당 해 사 건

서울고등법원 2022라21374 소송비용액확정

## 위헌이라고 해석되는 법률 또는 법률조항

민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 개정된 것) 제98조, 제109조

### 청 구 이 유

#### 1. 이 사건의 경위

① 청구인들은 2019. 7. 3. 서울교통공사를 상대로 서울동부지방법원 2019가합 108198호로 차별구제 등 청구소송을 제기하였습니다. 그러나 위 법원은 2020. 7. 8. 청구인들의 청구를 기각하면서 소송비용은 청구인들이 부담한다고 판시하였습니다.

[첨부서류1 - 판결문(서울동부지방법원 2019가합108198 차별구제 등)]

② 청구인들은 위 판결에 항소하여, 서울고등법원 2020나2024708호로 사건이 계속 되었으나, 위 법원은 2021. 8. 19. 청구인들의 항소를 기각하고 항소비용은 청구인들이 부담한다고 판결하였습니다. 그리고 위 판결은 2021. 9. 3. 확정되었습니다.

[첨부서류2 - 판결문(서울고등법원 2020나2024708 차별구제 등)]

③ 서울교통공사는 위 1, 2심 사건의 확정 후인, 2021. 9. 27. 청구인들을 상대로 소송비용액의 확정을 구하는 신청을 하였고, 소송비용액확정 사건의 제1심 사법보좌관은 2021. 12. 14. 청구인들이 서울교통공사에 상환하여야 할 소송비용액은 각 5,005,640원으로 확정하는 결정을 하였습니다.

[첨부서류3 - 결정문(서울동부지방법원 2021카합6232 소송비용액확정)]

④ 청구인들은 위 결정에 즉시항고하여 서울고등법원 2021라21374 소송비용액 확정 사건으로 항고심이 계속되었고, 청구인들은 2022. 2. 8. 위 항고심에서 위헌심판 제청신청을 하였습니다. 그러나 서울고등법원은 2022. 6. 8. 청구인들의 위헌심판제청 신청을 기각하였고(첨부서류4 참조), 위 결정은 2022. 6. 16. 0시에 청구인들에게 도달 하였습니다(첨부서류5 참조).

[첨부서류4 - 결정정본(서울고등법원 2022카기20007 위헌심판제청)]

[첨부서류5 - 나의사건검색(서울고등법원 2022카기20007 위헌심판제청)]

[첨부서류6 - 결정정본(서울고등법원 2021라21374 소송비용액확정)]

## 2. 적법요건

### 가. 서 설

민사소송법 제98조에 대해서는, 이미 헌법재판소가 본안판단을 한 바 있으므로 (헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20 결정 등), 적법요건은 특별히 문제가 되지 않는다고 할 것이지만, 그래도 아래에서 위헌법률심판의 대상과 재판의 전제성에 대해서 주장하도록 하겠습니다.

### 나. 위헌법률심판의 대상

#### (1) 법 리

헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 ‘법률’의 위헌성을 적극적으로 다투는 제도이므로 ‘법률의 부존재’ 즉, 입법부작위를 다투는 것은 그 자체로 허용되지 아니한다. 다만 법률이 불완전·불충분하게 규정되었음을 근거로 법률 자체

의 위헌성을 다투는 취지로 이해될 경우에는 그 법률이 당해사건의 재판의 전제가 된다는 것을 요건으로 허용될 수 있다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌바36 등).”라고 판시하였습니다.

## (2) 민사소송법 제98조의 경우

민사소송법 제98조는 소송비용은 패소한 당사자가 부담한다는 원칙을 규정하고 있고, 같은 법 제99조 내지 101조는 원칙에 대한 예외를 규정하고 있습니다. 그러나 소송의 당사자가 힘의 우열이 명백한 경우 또는 당사자가 공익적인 목적을 가지고 하는 이른바 공익소송의 경우에는 예외규정을 두고 있지 않습니다.

민사소송법은 본래 실체법인 민법의 소송법으로 제정된 것이지만, 현재는 형사소송을 제외한 대부분의 소송에 관하여 일반적인 소송법으로 기능하고 있습니다.<sup>1)</sup> 그러므로 소송비용에 관한 민사소송법의 규정은 형사소송을 제외한 대부분의 소송에서 적용되고 있습니다.

민법은 서로 대등한 당사자를 전제로 제정된 법인데, 현재는 거래상지위 등 힘의 우열이 명백한 이른바 갑을관계를 전제로 제정된 법도 많이 있습니다.<sup>2)</sup>

즉 실체법에 관하여는 대등한 당사자를 전제로 하는 법과 대등하지 않은 당사자

1) 예컨대 행정소송법도 민사소송법을 준용하고 있고(행정소송법 제8조 제2항), 가사소송법도 민사소송법을 준용하고 있습니다(가사소송법 제12조). 그러므로 민사소송, 행정소송, 가사소송 모두 소송비용에 관하여는 민법 제98조 내지 제101조가 적용됩니다.

2) 예컨대, ① 근로기준법에서 근로자를 보호하고 있고, ② 상가건물 임대차보호법 제15조와 주택임대차보호법 제10조는 “이 법의 규정에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다.”고 규정하고 있으며, ③ 공정거래법은 제5장 불공정거래 행위 부분에서 약자를 보호하는 취지의 조항이 있고, 특히 같은 법 제56조는 손해배상에 관하여 피고가 되는 ‘사업자 또는 사업자단체’가 ‘고의 또는 과실이 없음을 입증’할 것을 요구하고 있습니다.

를 전제로 하는 법이 모두 있는데, 소송비용에 관하여는 민사소송법 제98조가 적용되므로 대등한 당사자와 대등하지 않은 당사자 사이를 구별함이 없이 그대로 적용되고 있습니다.

공익소송도 이와 다르지 않습니다. 공익소송이란 소송의 목적과 쟁점의 공익성이 인정되거나, 당사자의 개인적·재산적 이익과 무관하거나 주된 목적이 아닌 경우를 말하는 것으로서, 공익소송의 개념정의 상 피고는 원고에 비하여 우월한 지위를 가지는 경우가 대부분입니다. 그리고 이 사건 소송비용액확정 사건의 본안사건도 지체장애 1급인 신청인들이 서울교통공사를 상대로 차별행위를 시정하기 위한 적극적 시정조치를 요구하는 소송이었습니다. 본안사건은 사회적인 장애인차별에 대하여 장애인의 권익을 위하여 적극적인 시정조치를 청구한 것으로써, 공익적인 목적을 가진 소송이었습니다. 그리고 소송의 상대방인 서울교통공사는 신청인들에 비하여 사회적으로 우월한 힘을 가지고 있다고 할 것입니다.

그럼에도 민사소송법 제98조는 예외로 같은 법 제99조 내지 제101조를 두고 있는 외에, 구체적인 사건에 관하여 힘의 우열에 따른 소송비용의 예외를 고려할 수 있는 규정을 전혀 두고 있지 않습니다. 그리고 힘의 우열이 명백한 이른바 공익소송의 경우도 마찬가지입니다.

그러므로 민사소송법 제98조는 불완전·불충분하게 규정되어 있다고 할 것입니다.

### (3) 민사소송법 제109조 제1항의 경우

민사소송법 제109조 제1항은 “소송을 대리한 변호사에게 당사자가 지급하였거나 지급할 보수는 대법원규칙이 정하는 금액의 범위안에서 소송비용으로 인정한다.”라고 규정하고 있습니다. 그러나 소송의 당사자가 힘의 우열이 명백한 경우 또는 당사자가 공익적인 목적을 가지고 하는 이른바 공익소송의 경우에는 예외규정을 두고 있지 않습니다.

구체적인 이유에 대해서는 위 (2)와 같습니다.

#### 다. 위헌제청신청의 기각결정

청구인은 2022. 2. 8. 민사소송법 제98조, 제109조가 위헌이라고 주장하면서, 위헌법률심판제청신청을 하였습니다. 그러나 서울고등법원은 2022. 6. 8. 당해사건을 기각하면서, 위헌법률심판제청신청도 동시에 기각하였습니다(첨부서류4 참조).

#### 라. 재판의 전제성

법률이 헌법에 위반되는지 여부가 ① 재판의 ② 전제가 된 경우 위헌제청을 할 수 있습니다(헌법재판소법 제41조 제1항).

① 당해사건은 소송비용액확정 사건이므로(서울고등법원 2021라21374 소송비용액확정), 재판에 해당한다고 할 것입니다.

② 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구는 그 적

법요건으로 문제된 법률규정의 위헌여부에 대하여 재판의 전제성이 요구되는바, 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 하려면, 첫째 그 법률이 법원의 재판에 적용되는 것이어야 하고, 둘째 그 법률의 위헌여부에 따라 당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이어야 한다(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바169 결정).”라고 판시하였습니다.

당해사건에서도 민사소송법 제98조, 제109조가 공익소송에 관하여 예외를 두고 있지 않다는 점이 위헌으로 인정되었다면, 당해사건의 법원이 판결한 주문이 달라질 여지가 충분하였다고 할 것입니다.

그러므로 이 사건 신청은 재판의 전제성이 인정된다고 할 것입니다.

#### 마. 청구기간

헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판은 위헌 여부 심판의 제청신청을 기각하는 결정을 통지 받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 합니다(헌법 재판소법 제69조 제2항).

청구인은 2022. 2. 8. 민사소송법 제98조, 제109조가 위헌이라고 주장하면서, 위헌법률심판제청신청을 하였습니다. 그러나 서울고등법원은 2022. 6. 8. 당해사건을 기각하면서, 위헌법률심판제청신청도 동시에 기각하였습니다(첨부서류4 참조). 그리고 청구인은 2022. 6. 16. 0시에 위헌법률심판제청신청에 대한 기각결정을 송달받았습니다(첨부서류 5 참조).

## 바. 소 결

그러므로 이 사건 신청은 적법요건을 모두 갖추어 적법하다고 할 것입니다.

### 3. 소송비용 부담 제도의 개요 및 공익소송 등에 대한 감면의 헌법적 필요성

#### 가. 소송비용의 개념과 현행 민사소송법 규정

소송비용은 소송당사자가 현실적으로 소송에서 지출한 비용 중 법령에 정한 범위에 속하는 비용을 말합니다. 소송비용의 범위·액수와 예납에 관하여는 민사소송비용법, 민사소송등인지법, 변호사보수의 소송비용산입에 관한 규칙과 민사소송규칙 등에 규정이 있습니다. 소송비용은 소·항소·상고의 비용을 말하며, 강제집행비용 또는 가압류, 가처분의 절차비용은 별도의 비용입니다.

소송비용은 재판비용과 당사자비용으로 대별됩니다. 재판비용은 당사자가 국고에 납입하는 비용으로서, 재판수수료인 인지대와 재판 등을 위해 지출하는 그 밖의 비용입니다. 당사자비용은 당사자가 소송수행을 위해 자신이 지출하는 비용으로서, 소장 등 소송서류의 작성료, 당사자나 대리인이 기일에 출석하기 위한 여비·일당·숙박료와 대법원 규칙이 정하는 범위 안에서 소송대리인인 변호사에게 지급하거나 지급할 보수 등을 말합니다.<sup>3)</sup>

---

3) 이시윤, 『신민사소송법』 제7판, 2013. 642, 643면

## 나. 소송비용에 관한 민사소송법 규정의 연혁과 변동

1960. 7. 1. 시행된 제정 민사소송법(법률 제547호, 1960. 4. 4. 제정)은 제89조(소송비용부담의 원칙)에서 “소송비용은 패소한 당사자의 부담으로 한다”고 규정하였으나, 1990년 민사소송법 개정시까지의 소송비용에 변호사 보수를 포함하는 규정을 두지 않았습니다. 따라서 원래 우리 민사소송법은 1990년까지 약 30년 동안은 형식상 소송비용에 관하여 ‘패소자 부담주의’를 취하면서도, 실질적으로는 소송비용의 가장 큰 부분을 차지하는 변호사보수에 관하여는 패소자 부담주의를 적용하지 않고 ‘각자 부담주의’ 방식을 취하고 있었습니다.<sup>4)</sup> 이는 지금의 미국이나 일본이 원칙적으로 따르는 방식입니다.<sup>5)</sup>

그러다가 1981년 『소송촉진 등에 관한 특례법』에서 변호사보수의 소송비용산입 규정이 도입된 후, 1990년 민사소송법 개정(1990. 1. 13. 법률 제4201호로 일부 개정)시에 변호사보수를 소송비용에 산입하는 조항이 제99조의2로 신설된 이후, 해당 내용이 현재 109조 제1항에 이르고 있습니다.<sup>6)</sup> 즉 민사소송법은 1990년 이래 소송비용 중 재판비용과 당사자비용 모두에 대하여 일괄적으로 ‘패소자 부담주의’를 취하고 있습니다. 이는 패소한 당사자가 소송의 유형이나 성질, 이유를 불문하고 승소한 상대방의 변호사비용을 지급해야 하는 ‘결과책임주의’로 분류되는바, 이처럼 결과책임주의로 일관하는 것은 패소한 당사자에게 지나치게 가혹한 면이 있다는 평가가 있습니다.<sup>7)</sup>

4) 이종구, ‘민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자 부담주의를 중심으로’, <경영법학> 2014, 444면

5) 박호균, ‘공익소송 등과 소송비용의 문제점 및 개선방향-변호사보수와 소송비용을 중심으로’, <공익소송 등에서의 소송비용 부담의 문제점 및 개선방안에 관한 심포지엄> 2018.

6) 이시윤, 『신민사소송법』 제7판, 2013, 644면

7) 이종구, ‘민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자 부담주의를 중심으로’, <경영법학> 2014, 451, 452면

## 다. 공익소송 및 사회·경제적 약자의 패소비용 부담 완화의 헌법적 필요성

### (1) 공익소송의 특성과 보장 필요성

공익소송은 ‘약자 및 소수자의 권익보호, 국가권력으로부터 침해된 시민의 권리 구제 등을 통하여 불합리한 사회제도를 개선하고, 권력의 남용을 억제하는 데 도움이 되는 소송’을 통칭합니다. 공익소송은 여러 형태가 있는바, 장애인등 사회적 약자의 인권에 관한 소송·소비자소송·노동관계소송·환경소송·의료소송 등이 이에 해당할 수 있습니다. 한편 공익법률시스템이란 이와 같은 ‘공익소송과 공익활동을 활성화하기 위한 제도적 장치’를 말합니다.<sup>8)</sup> 공익소송은 불특정 다수의 피해 구제, 사회적 소수자·약자의 권리보호 등으로 공익실현 기능, 권리구제 기능, 사회개혁을 통한 발전역량의 도모 등의 순기능을 가지고 있습니다.

공익소송에는 몇가지 공통적 속성이 있습니다. 첫째, 이러한 소송은 대개 소송의 양 당사자의 지위가 대등하지 않습니다. 사회적 약자 본인 또는 시민사회단체가 소송의 일방 당사자가 되기 때문에 당사자가 경제적 자력이 충분치 않으며, 상대방이 국가·지방자치단체·공공기관·대기업(이하 “국가 등”이라 함)으로서 모든 역량의 불균형이 예정되어 있습니다. 둘째, 환경소송 등과 같이 전문적 영역에 해당하거나 증거의 편재로 인한 입증의 부담이 큰 경우가 많습니다. 셋째, 통상 공익소송은 현 시점에서 법령이나 법원 판결의 문제점을 지적하고 전향적 개선을 촉구하는 성격을 가지기에, 속성상 패소 가능성이 적지 않습니다. 만약 현재 법령과 판례에 따라 쉽게 구제가 될 수 있는 경우라면 패소 부담을 무릅쓰고 공익소송을 제기할 필요도 없습니다. 따라서 패소의 위험이 일반 소송에 비해 상대적으로 크기 때문에 공통적으로 패소시 소송비용 부담 문제가 당사자에게 큰 부담으로 작용하며, 결국 이로 인하여 소송이 크게 위축될

8) 사법개혁위원회, 2005. 『국민과 함께하는 사법개혁, 사법개혁위원회 자료집(VII)』 2005, 236면

위험성에 노출되어 있습니다.<sup>9)</sup>

따라서 우리 사회 인권의 개선을 위해서는 공익소송이 활성화될 수 있도록 지원하고 공익법률시스템을 구축해야 할 필요성이 매우 큽니다. 이는 헌법 제27조의 재판 청구권의 보장, 그리고 헌법 제119조 제2항의 사회국가 원리에서 도출되는 국가의 헌법적 의무에 해당합니다.

## (2) 패소시 소송비용 부담으로 인한 공익소송의 위축

그런데 우리의 소송 제도는 ‘소송비용 패소자 부담주의’를 취하고 변호사보수에 대해서도 패소자 부담주의를 관철하면서도, 정작 인권 개선과 제도 개선을 위한 공익적 목적으로 진행된 공익소송의 당사자와 사회·경제적 약자로서 소송비용을 감당할 수 없는 사람에 대하여 소송비용 부담을 완화할 수 있는 아무런 법령상 예외적 보완 장치를 두고 있지 않습니다.

최근에는 공익소송 중 특히 국가나 대기업을 상대로 한 소송에서 국가나 대기업이 승소한 경우 매우 적극적으로 패소한 당사자를 상대로 소송비용 환수에 나서고 있습니다. 소송비용의 대부분을 차지하는 변호사보수액은 소가에 비례하여 변호사보수규칙에서 정하는데, 그 기준이 지속적으로 인상되고 있습니다. 현행 별표 기준에 따르면 소송비용으로 정하는 변호사보수가 소가 5천만 원인 경우 440만 원, 1억 원인 경우 740만 원에 이릅니다. 특히 법령상 비재산권을 목적으로 하는 소송의 소가는 5,000만 원으로 정해져 있습니다. 표적으로 행정청이 정보공개청구를 거부할 경우 정보공개거부처분 취소소송을 통해 다뤄야 하는데, 이때 아무리 간단한 정보공개에 대한 청구이

9) 송상교, ‘공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 구체적 제도개선 방향’, 대한변호사협회 토론회 <공익소송 패소자부담, 공평한가?> (2020. 1. 8.)

더라도 패소가 확정되면 심급당 5천만원의 소가에 해당하는 변호사보수를 부담해야 합니다(단순 계산해도 변호사보수만 3심 합계 1,320만원에 이릅니다). 이 사건 소송비용액확정 사건의 본안사건과 같이 장애인차별금지법에 근거한 차별구제청구소송 역시 국가 등 차별행위자를 상대로 차별의 중지, 시정 등을 구하는 비재산권을 목적으로 하는 경우가 많아 청구인에 대한 재산상 이익 여부를 떠나 그 소가의 기본이 5천만원으로 일괄 산정됩니다. 따라서 청구인들도 패소 후 청구인이 부담해야 할 소송비용액이 당시 별표 기준에 각 500여 만원에 이르렀던 것입니다.

공익소송을 진행하였다가 패소 확정된 후 거액의 소송비용을 부담할 위험에 노출된 부담 사례가 최근 급격하게 증가하고 있으며, 거의 모든 유형의 소송에 걸쳐 발생하고 있습니다. 분야별로 몇가지 예를 살펴보면 아래와 같습니다.<sup>10)</sup>

- 인권단체가 시민을 대리하여 진행한 각종 인권 관련 소송 : 재소자 서신검열 국가배상청구 소송, 변호인 접견거부처분 취소소송, 주민등록번호변경거부처분 취소소송, 염전노예장애인들의 국가배상청구사건 등
- 국민의 알 권리 보장을 위한 공익적 목적의 정보공개청구소송 : 시민단체의 지방자치발전위원회 회의록 공개소송, 식약처 상대 일본산 수산물 방사능 안정성 문서 정보공개소송, 국방부 사드배치 관련 정보공개소송, 공정거래위원회 회의록 정보공개청구소송 등 다수
- 환경소송 : 제주 해군기지 강정마을 절대보전지구지정 취소소송, 인천평화복지연대의 지자체 상대 쓰레기매립지 사용 연장 취소소송 등

10) 이지은, '사례를 중심으로 본 공익소송 비용 문제' 대한변호사협회 토론회 <공익소송 패소자부담, 공평한가?> 2020. 1. 8. 11면 이하.

이렇게 많은 공익소송에서 패소 확정 후 소송비용 부담 문제가 발생하지만, 본안소송 뒤에 발생하는 이유로 언론이나 사회적 관심을 별로 받지 못한 채 개인과 단체의 부담으로 고스란히 맡겨집니다. 그나마 ‘신안군 염전 노예 사건’은 패소후 신안군의 소송비용확정청구로 인하여 패소한 당사자들이 큰 고통을 겪었던 사례가 언론을 통해 알려지면서 사후적으로 어렵게 해결이 되었을 뿐입니다.<sup>11)</sup> 이와 같은 수준의 소송비용 부담은 사회·경제적으로 열악한 처지에 있는 개인이나 단체가 도저히 감당하기 어려운 수준에 이르고 있습니다. 이처럼 공익소송에 대해서도 현재의 소송비용확정청구 제도를 일률적으로 적용하여 과중한 소송비용을 추가로 부담케 하는 제도가 계속되는 한 다름 아닌 소송비용 부담 때문에 공익소송을 진행하지도 못하고 포기하게 됨으로써 전체적으로 공익소송은 크게 위축되고 맙니다. 현재 공익소송을 수행하는 많은 공익변호사단체, 공익인권단체들은 공익소송을 위축시키는 대표적인 걸림돌로 패소시 소송비용 부담의 문제점을 꼽고 있으며, 지난 몇 년간 제도 개선을 간절히 호소하고 있습니다.

#### **라. 세계 각국은 이미 공익소송에 대한 별도의 소송비용 부담 완화 제도를 운영하고 있음**

우리 민사소송법은 ‘패소자 부담원칙’과 극히 제한된 ‘원칙의 예외’ 조항 이외에 별다른 규정을 두고 있지 않으나, 해외 여러 나라에서는 공익소송의 소송비용 문제 해결을 위해서 이미 여러 제도를 마련하고 있습니다. 이는 세계 각국에서도 과도한 소송비용 부담이 공익소송의 중대한 걸림돌이며, 공익소송의 활성화를 위해서 소송비용 부담제도를 마련하는 것이 국가의 의무임을 인식한 결과입니다.

---

11) 에이블뉴스, 2018. 5. 3자. “염전노예 장애인 소송비 폭탄 해결되나”

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

미국은 전통적으로 변호사보수 각자부담주의(No-way rule)를 취하고 있습니다. 즉, 소송이 종료되면 그 결과에 상관없이 소송비용은 해당 비용을 발생시킨 당사자가 각자 부담한다는 것입니다. 하지만 입법을 통하여 소송비용에 관한 다양한 접근방식을 택하고 있습니다.<sup>12)</sup> 인권에 관한 소송, 소비자 보호소송, 고용관계 소송, 환경보호소송 등 공익소송에 대해서는 ‘편면적 패소자부담주의(one-way fee shifting)’을 채택하고 있습니다. 편면적 패소자부담주의는 원고가 소송에서 승소한 경우에는 상대방(패소자)에게 변호사비용을 청구할 수 있는 반면에 원고가 패소하더라도 상대방의 변호사비용을 부담하지 않도록 하는 방식입니다. 편면적 패소자부담주의는 ① 승소한 당사자에게 변호사비용을 포함한 완전한 손해를 배상받도록 하고, ② 공익적 소송을 적극적으로 유도하고, ③ 패소자의 불법행위를 처벌하거나 억제하고, ④ 나아가 패소자가 부당하게 응소하여 다투는 등 사법제도를 남용하는 것을 억제하기 위하여 도입된 것이라고 합니다.<sup>13)</sup> 이와 같은 제도가 표방하는 원칙은 ‘공익소송을 제기한 원고가 승소하였다면 자신의 개인 재산으로 공익을 대변한 결과가 되어서는 아니 되고, 패소하였다면 관련 법률의 의미를 명확하게 하거나 공익적이고 중요한 쟁점을 시험한 대가로 벌을 받는 일은 없어야 한다’는 것입니다.<sup>14)</sup>

## (2) 영국 - ‘보호적 비용명령’ 제도

영국은 우리나라와 마찬가지로 소송비용 부담의 원칙은 패소자 부담주의입니다. 그러나 영국의 법원은 ‘보호적 비용명령(Protective Cost Order, PCO)’ 제도를 채택하

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

13) 이종구, ‘민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로’, <경영법학> 2014, 438면

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

여 패소자 부담주의가 법원에 대한 사법심사 청구에 장벽이 되지 않도록 합니다.<sup>15)</sup> 이는 원고의 청구에 따라 사법심사의 허가단계<sup>16)</sup>에서 법원의 재량으로 내리는 명령으로 법원은 원고가 패소한 경우 원고에게 부과된 피고측의 소송비용의 지불의무를 면제하거나, 원고가 지불해야 하는 상대방의 소송비용의 상한을 설정하는 제도입니다. 공익소송에 대해서 보호적 비용명령이 적용되며, 법원은 ①사건의 쟁점이 공익적인 중요성을 가지거나, ②사건에서 문제되는 쟁점과 공익적 문제가 관련된 경우 또는 ③보호적 비용명령을 신청한 자가 사건의 결과와는 아무런 사적인 이해관계를 가지지 않는 경우, ④신청인의 재정상황을 고려할 때 보호적 비용명령을 내리는 것이 타당하다고 판단되는 경우, ⑤보호적 비용명령이 인정되지 아니할 경우 신청인이 절차진행을 중단할 것으로 판단되는 경우에 보호적 비용명령을 내릴 수 있습니다. 이외에도 신청인이 프로보노(pro bono) 활동을 하는 경우나 법원이 사건의 성격을 고려해 판단하기에 보호적 비용명령을 내리는 것이 타당하다고 판단하는 경우에는 보호적 비용명령을 내릴 수 있습니다. 보호적 비용명령은 환경문제와 관련한 소송을 비롯하여 공익소송에 다양하게 활용되고 있습니다.

한편 1998년 덴마크 오르후스에서 열린 UN 유럽경제위원회(United Nations Economic Commission for Europe)에서 ‘환경정보에 대한 접근·이용권, 환경행정절차참여권, 환경사법액세스권에 관한 협약’(오르후스 협약)이 채택되었습니다. 위 협약은 환경보호를 위하여 환경정보에 대한 접근·이용권, 환경행정절차참여권, 환경사법액세스권 ‘이라는 3가지 권리를 보장하고, 특히 협약 제9조 제5항은 ‘규정의 실효성을 높이기 위하여 체결국은 행정적 및 사법심사절차의 접근에 관한 정보가 공개되고 동시에 사법액세스에 대한 경제적 및 그 외 장애를 제거 또는 경감하기 위한 적절한 지원제도의 확립을 검토하여야 한다’고 규정하였습니다.<sup>17)</sup> 영국은 2013년 민사소송규칙을 개정하여,

15) 이연우, ‘공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 제도개선 방향 - 외국 사례를 중심으로’, 대한변호사협회 토론회 <공익소송 패소자부담, 공평한가?> 2020, 71면 / 대법원 사법정책연구원, 2016. <공익소송 제도의 현황과 개선방안> 182,3면

16) 요건만 충족된다면 법원은 소송 계속 중 어느 단계에서도 명령을 내릴 수 있습니다.

오르후스협약 소송의 소송비용에 관하여 협약 규칙에서 정한 금액을 상회하는 비용을 지불하도록 명령할 수 없다고 규정하여 환경소송에 관한 소송비용 제한을 명문화하였습니다.<sup>18)</sup>

### (3) 캐나다

캐나다는 소송비용에 관하여 법원의 폭넓은 재량권을 인정하고, 법원이 비용부담명령을 할 때 고려할 요소 중 하나로서 “해당 소송절차를 진행함으로써 달성할 수 있는 공익이 그와 같은 비용부담명령을 정당화하는지”를 들고 있습니다.<sup>19)</sup> 캐나다 법원들은 점차 공익적 요소를 가진 소송사건에서는 그에 고유한 정책적 고려가 필요하여 일반적인 원칙과는 다른 방식이 정당화될 수 있다는 점을 편안하게 받아들이고 있는 것으로 보입니다. 실제로 캐나다 대법원의 다수의견은 ‘법원이 비용부담명령을 내릴 수 있는 권한을 일반 시민들이 사법제도를 이용하여 사회 전체에 영향을 미치는 문제를 해결할 수 있도록 돕는 합법적인 “정책 도구”로 간주하여야 한다’고 합니다.<sup>20)</sup>

한편 온타리오법률개혁위원회(OLRC, Ontario Law Reform Commission)가 1989년 작성한 ‘당사자적격 관련 법률에 관한 보고서(Report on the Law of Standing)’에서 도출된 일련의 원칙이 법원의 소송비용 부담에 관한 판단의 기준이 되고 있습니다. 위 보고서는 공익소송을 제기한 당사자가 승소한 경우 특별 비용을 보전받거나 패소한 경우 상대방의 소송비용을 부담하는 것을 면제받는 내용의 소송비용명령을 받기 위한 다

17) 이형석, ‘환경공익소송과 오르후스(Aarhus)협약-영국의 사례를 중심으로-’, <환경법과 정책> 제14권(2015. 2. 28.), 234, 250면

18) 이연우, ‘공익소송 소송비용 패소자부담의 문제점에 대한 제도개선 방향 - 외국 사례를 중심으로’, 대한변호사협회 토론회 <공익소송 패소자부담, 공평한가?> 2020, 73면

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

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

섯가지 요건으로, ① 해당 소송에 소송당사자의 이익을 넘어서는 중요한 쟁점이 포함되어 있고, ② 공익소송비용명령을 신청한 당사자가 해당 소송의 결과에 따라 개인적, 재산적, 금전적 이익을 가지지 아니하거나 그러한 이익을 가진다고 하더라도 그 이익이 해당 소송을 경제적으로 정당화할 정도는 아니어야 하며, ③ 관련 쟁점에 관하여 동일한 피고를 상대로 한 소송에서 법원이 결정을 내린 바 없고, ④ 피고가 해당 소송의 비용을 부담할 수 있는 우월한 능력을 가짐이 명백하며, ⑤ 원고가 해당 소송에서 권리를 남용하거나 악의적인 소송행위를 하지 아니할 것을 들고 있습니다. 이들 다섯가지 요건은 'OLRC 테스트'라고 불리며 여러 연방법원을 비롯한 여러 법원에서 인용되고 있습니다.<sup>21)</sup>

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

남아프리카공화국은 소송비용 부담에 있어 패소자부담주의를 기본으로 하는데, 이는 패소가능성으로 인한 소송비용의 부담으로 인해 공익소송을 활발히 이용하는데 장애요인으로 평가받았습니다. 남아프리카공화국 헌법재판소는 이로 인한 위축효과(chilling effect)를 인지하고 헌법적 해명을 하였습니다.<sup>22)</sup> 남아프리카공화국 헌법재판소는 공익적 목적의 소제기의 경우 악의적 목적으로 제기된 것이 아닌 한 자신의 헌법상 권리를 실현하기 위하여 소를 제기한 원고는 패소하더라도 피고의 소송비용을 부담할 필요가 없고, 원고가 승소할 경우에는 자신의 소송비용을 보전받을 수도 있다는 법리를 확립하였는데 이를 '보호적 비용구제제도'(Protective Cost Regime)라고 부릅니다.<sup>23)</sup>

21) Tollefson, 207면 이하

22) 대법원 사법정책연구원. <공익소송 제도의 현황과 개선방안> 2006, 263면

23) Public Interest Law Alliance, Public Interest Litigation : The Costs Barrier & Protective Costs Order Report, 2010, 24면 / 대법원 사법정책연구원. <공익소송 제도의 현황과 개선방안> 2006, 263면

남아프리카공화국 헌법재판소는 1996년 선고된 판결에서, “법령이 헌법에 합치되는지를 확인하고자 하는 당사자는 통상 헌법원칙의 중요한 쟁점을 제기한다. 그러한 뜻을 가진 국민들이 상대방의 소송비용을 부담해야 한다는 위험 때문에 소를 제기하지 못하는 상황이 되어서는 아니된다. 물론 그렇다고 하여 그와 같은 위험으로부터 완전히 보호될 수 있는 것은 아니다. 법원은 재량을 가지고 판단하여 패소한 원고가 상대방의 소송비용을 부담하도록 명할 수도 있는데, 예를 들어 대상 법령에 대한 문제제기가 악의적인 것이거나 부적절한 동기에서 비롯된 것이거나 기타 패소자에게 상대방의 소송비용을 부담하도록 하는 것이 정의에 부합하는 사정이 있는 경우에도 그러하다.”라고 판단하였습니다.<sup>24)</sup>

#### 4. 민사소송법 제98조, 제109조의 위헌성 - 재판청구권의 침해

##### 가. 재판청구권의 본질적 제한

헌법 제27조 제1항은 「모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다」라고 하여 재판청구권을 보장하고 있습니다. 재판청구권은 국가에 대하여 재판을 청구할 수 있는 기본권으로서, 행정부의 자의적인 판단을 배제하고 사법권의 독립이 보장된 법원에서 신분이 보장된 자격 있는 법관에 의하여 재판을 받을 권리와 적법한 절차에 따르는 공정한 심판을 받을 수 있는 권리라는 의미를 가집니다.<sup>25)</sup> 헌법재판소는 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

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

25) 법제처, 『헌법주석서II』 제2판. 2010, 150면

것이며, 그 후단의 “법률에 의한 재판”을 받을 권리라 함은 법원에 의한 재판을 받되 법대로의 재판 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장한다는 취지라 할 것이고, 이는 법원이 법에 따른 재판이 아닌, 자의와 전단에 의한 재판을 하는 것을 배제한다는 것이라고 하였습니다(헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 92헌바8 결정). 또한 헌법재판소는 헌법 제27조 제1항의 재판청구권은 사법절차에의 접근뿐만 아니라 공정한 재판을 받을 권리, 즉 사법절차상의 기본권을 포함하는 포괄적인 권리라고 천명하였습니다(헌법재판소 1996. 12. 26. 94헌바1, 1997. 11. 27. 94헌바60, 1998. 12. 24. 94헌바46 등). 절차적 기본권으로서의 재판청구권은 사법절차적 기본권 중에서 가장 핵심적인 권리이고, ‘기본권 중의 기본권’이자 ‘기본법의 제왕조항들(königlichen Artikeln)’ 또는 ‘법치국가의 완성’의 의미를 가진다고 합니다.<sup>26)</sup>

그런데, 이 사건 심판대상 조항인 민사소송법 제98조는 패소한 당사자에게 일률적으로 소송비용을 부담하도록 하고, 같은 법 제109조는 승소한 당사자가 부담한 변호사보수 역시 일률적인 기준에 따라 소송비용에 포함시켜 패소한 당사자가 부담하도록 정하고 있습니다. 이는 소송에서 패소한 당사자에게 사건의 성격이나 경위를 불문하고 결과책임을 물어 소송에 들어간 비용 일체를 부담시킴으로써 재판청구권의 행사를 본질적으로 제한하는 규정입니다. 헌법재판소 역시 “소송비용을 패소한 당사자에게 부담시키게 되면, 패소할 경우의 소송비용 상환의 염려 때문에 일반국민이 소송제도의 이용을 꺼리게 될 위험이 있고, 특히 경제적인 능력이 부족한 사람들에게는 소송비용 자체가 법원에의 접근을 사실상 어렵게 할 수 있다. 따라서 소송비용을 패소한 당사자가 부담하도록 한 민사소송법 제98조는 헌법 제27조가 보장하는 재판청구권을 제한한다(헌재 2013. 5. 30. 2012헌바335 결정)”는 점을 인정하고 있습니다. 그러므로 이 사건 심판대상인 민사소송법 제98조, 제109조가 헌법 제27조의 재판청구권을 제한하는 것은 명백합니다.

---

26) 법제처, 『헌법주석서II』 제2판. 2010, 159면

## 나. 재판청구권의 침해

### (1) 심사기준

헌법재판소는 변호사보수의 소송비용산입으로 인한 재판청구권이 제한되는지 여부에 관하여 과잉금지원칙을 적용하여 심사한 바 있습니다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌바 20 결정). 한편 헌법재판소는 재판청구권 침해 여부에 대하여는 입법형성의 범위를 일탈했는지 여부가 그 심사기준이 된다고 하고 있습니다(헌재 2013. 5. 30. 2012헌바 335).

그러나, 국가가 인신보호를 포함하는 국민의 기본권을 침해한 경우, 권리구제를 받을 수 있는 최후의 기회는 ‘재판’일 수밖에 없으며, 국민이 법원과 헌법재판소에 청구할 수 있는 재판청구권은 법치국가의 구체적 실현을 위한 절차적 기본권으로 기능하며, 국민의 최후적 권리구제수단입니다.<sup>27)</sup> 따라서, 국가는 국민의 재판청구권을 보장할 수 있는 사법절차를 마련할 의무가 있으며, 재판청구권의 행사를 이유로 불이익한 처우를 하거나 재판청구권 행사를 부당하게 제약하여서는 아니 됩니다.

재판청구권의 최후적 수단성에 비추어볼 때, 입법자의 입법재량을 광범위하게 허용하는 기존의 몇몇 선례는 보다 엄격하게 축소되어야 하며 합리적으로 용인될 수 있는 한도를 넘어선 과중한 소송비용 부담은 재판청구권의 침해가 될 수밖에 없습니다.<sup>28)</sup> 이하, 과잉금지원칙에 따라 위 조항의 위헌성을 하나씩 살펴볼 때, 침해의 최소성과 법익균형성을 갖추지 못하여 위헌임을 살펴보겠습니다.

27) 법제처, 『헌법주석서Ⅱ』 제2판. 2010, 149, 155면

28) 제처, 『헌법주석서Ⅱ』 제2판. 2010, 201, 202면 참조

## (2) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

민사소송법 제98조, 제109조는 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자를 위하여 실효적인 권리구제를 보장하고 남상소의 방지하려는 목적으로 제정된 것이므로, 그 목적이 정당하지 못하다고 할 수는 없을 것입니다.

민사소송법 제98조, 제109조에 의하여, 정당한 권리실행을 위하여 소송을 제기하거나 응소한 사람의 경우 지출한 변호사비용을 상환받을 수 있게 되는 반면 패소할 경우 비교적 고액인 변호사비용의 부담으로 인하여 부당한 제소 및 방어와 상소를 자제하게 되어 입법목적의 달성에 실효적인 수단이 된다고 할 것이므로, 수단의 적정성도 인정될 수도 있습니다.

## (3) 침해의 최소성

헌법재판소는 종래 이 사건 심판대상조항인 민사소송법 제98조에 대하여 합헌 결정을 하면서, 아래와 같은 크게 4가지 이유로 침해의 최소성을 인정하지 아니하였습니다. 법률에서 재판청구권의 제한을 최소화하고 있다는 이유였습니다

“민사소송법 제98조가 소송당사자의 실효적인 권리구제를 보장하고, 남소와 남상소를 방지하기 위해 원칙적으로 패소한 당사자에게 소송비용을 부담시키는 것은 합리적인 이유가 인정된다. 또한 민사소송법 제99조 내지 제101조는 소송비용의 패소자 부담원칙에 일정한 예외를 인정하고, 민사소송법, 민사소송비용법, 대법원규칙 등에서 소송비용의 범위와 액수를 한정하며, 소송비용 확정결정에 대한 즉시항고제도나 소송구조제도를 두어 기본권 제한을 최소화하고 있으므로 재판청구권을 과도하게 제한한다

고 볼 수 없다. 나아가 권리남용의 성격 및 소송비용부담의 예외규정이 존재하는 점을 고려하면 권리남용의 경우에 별도의 예외를 두지 않았다고 하더라도 민사소송법 제98조가 재판청구권을 침해하였다고 볼 수 없다”(헌법재판소 2013. 5. 30. 선고 2012헌바335 결정).

헌법재판소의 위 판시 취지는 이후 반복되고 있습니다. 헌법재판소가 현행 소송비용 제도가 재판청구권을 침해하는 위헌임을 부인하는 근거는 크게 3가지로 볼 수 있습니다. ①민사소송법 제99조 내지 제101조의 예외를 인정하는 점, ②관련 법령에서 소송비용의 범위와 액수를 한정하고 있는 점, ③소송비용 확정결정에 대한 즉시항고제도나 소송구조 제도가 있는 점입니다. 그러나, 위 3가지 근거는 결코 재판청구권 침해를 최소화하여 합헌적으로 보완하는 역할을 하지 못하고 있으며, 본건과 같은 공익소송에 대해서 어떠한 보완장치의 역할도 하지 못하고 있음이 명백하게 드러났습니다. 따라서 헌법재판소의 선례는 재고되어야 합니다.

#### 가) 소송비용 패소자부담 원칙의 일정한 예외를 인정하고 있다는 논리에 대하여

헌법재판소 역시 민사소송법 제98조에 따를 때 “패소할 경우의 소송비용 상환의 염려 때문에 일반국민이 소송제도의 이용을 꺼리게 될 위험이 있고, 특히 경제적인 능력이 부족한 사람들에게는 소송비용 자체가 법원에의 접근을 사실상 어렵게 할 수 있다”고 하여 위 법률 규정이 재판청구권을 제한한다는 점을 인정하고 있습니다. 그렇다면, 법률에 규정한 예외 조항들이 위와 같은 재판청구권 제한을 실질적으로 완화시키는 기능을 할 수 있어야 비로소 재판청구권 침해의 최소성에 반하지 않을 것입니다.

현행 민사소송법법은 소송비용 패소자 부담주의의 예외로서 민사소송법 제99조 내지 제101조 3가지의 예외만을 두고 있습니다. 그 내용은 승소한 당사자가 불필요한

제소를 하는 등으로 발생한 불필요한 비용(제99조 전단), 패소한 당사자의 행위가 행위 당시에 필요했던 경우(제99조 후단), 승소한 당사자의 소송지연으로 인하여 발생한 비용(제100조), 일부패소한 경우의 처리(제101조)입니다. 이 예외조항들은 공통적으로 소송 진행 절차 내에서 당사자 사이에서 발생한 사유를 소송비용 부담에 반영하는 규정 들입니다.

그러나 정작 민사소송법은 공익소송의 당사자, 사회·경제적 약자인 패소 당사자 에 대해서는 아무런 보완장치도 두고 있지 않습니다. 그 결과 헌법재판소도 인정한 ‘경제적 능력 부족으로 인한 재판청구권 침해 문제’나 ‘공익적 소송의 패소’로 인한 소송비용 부담의 문제에 대해서는 위 예외 규정들이 아무런 기본권 침해의 역할을 하지 못합니다. 이를 구체적으로 살펴봅니다.

[민사소송법] (2020. 12. 22. 법률 제17689호로 개정되기 전의 것)

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.

### ① 힘의 우열이 명백한 사건에서 예외를 두지 않고 있는 사실

위에서 살펴본 바와 같이, ① 민사소송법의 소송비용 규정은 형사소송을 제외한 대부분의 소송에서 적용되고 있고, ② 실체법은 그동안 사회변화를 반영하여 힘의 우열이 명백한 이른바 갑을관계를 전제로 제정된 법도 많이 있으며, ③ 명시적인 규정이 없는 경우에도, 대법원은 일정한 경우 법리적 해석을 통하여 입증책임을 완화하기도 하였습니다.<sup>29)30)</sup> ④ 그럼에도 불구하고 민사소송법의 소송비용규정은 힘의 우열이 명백한 이른바 갑을관계에 대한 고려가 전혀 없다고 할 것입니다.

이 사건 소송비용액확정 사건의 본안사건도 청구인들이 서울교통공사를 상대로 차별구제를 청구하는 공익적인 목적을 가진 것이었고, 소송의 상대방인 서울교통공사는 서울시 산하의 지방공기업으로서, 실질적으로는 지방자치단체의 기관 중 하나와 유사하여, 청구인에 비하여 사회적으로 우월한 힘을 가지고 있다고 할 것입니다. 청구인은 장애인차별금지법에 근거하여, 장애인들의 이동권을 주장하기 위한 공익적인 목적으로 본안사건을 제기한 것입니다. 그리고 법에 추상적으로 규정된 ‘이동 및 교통수단 등에서의 차별금지’ 조항을 실질적인 차원에서 적용되도록 하여, 장애인들에 대한 차별을 해소시키기 위한 목적으로 제기된 소송이었습니다.

만약 이와 같은 사건에서 청구인이 비록 패소하였다고 하여 민사소송법 제98조의 원칙대로 소송비용부담에 관한 재판이 결정된다면, “패소할 경우의 소송비용 상환의 염려 때문에 일반국민이 소송제도의 이용을 꺼리게 될 위험이 있고, 특히 경제적인 능력이 부족한 사람들에게는 소송비용 자체가 법원에의 접근을 사실상 어렵게 할 수 있다(헌법재판소 2013. 5. 30. 선고 2012헌바335 결정)”고 할 것입니다.

또한 민사소송법 제98조와 그 예외를 정하고 있는 같은 법 제99조 내지 제101

29) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다39567 판결

30) 대법원 2000. 2. 25. 선고 98다15934 판결, 이 판결이 선고될 당시에는 ‘결함 등의 추정’을 하는 조문이 없었지만 대법원은 위와 같이 판단하였습니다.

조는 1960. 4. 4. 법률 제547조로 제정되고 같은 해 7. 1. 시행되었던 구 민사소송법 제89조에서 처음 규정된 것이고, 현재에 이르기까지 이어져 오고 있습니다. 이 규정들이 제정되었던 1960년에는 사법(私法) 영역에서 힘의 우열이 명백한 이른바 갑을관계라는 개념은 매우 생소한 것이었지만, 이와 같은 개념은 1990년대부터 활발히 논의되기 시작해 다른 여러 법령에 개정되어 삽입되었습니다. 그러므로 민사소송법 제98조는 제정될 당시, 최근 우리 사회의 공론화의 장 속에 항상 논의되는 힘의 우열이 명백한 이른바 갑을관계라는 개념을 고려하지 못하고 제정되었던 것입니다.

그러나 시대는 많이 바뀌었고, 1987. 10. 29. 헌법 제10호로 개정되어 1988. 2. 25. 시행된 대한민국 헌법조차도 제119조 제2항에서 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지”한다고 규정하며, “경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 하여 사회국가원리를 헌법에서 수용하였습니다. 그리고 현재는 힘의 우열이 명백한 이른바 갑을관계라는 개념에 대한 논의가 항상 사회공론의 장 속에서 한 부분을 차지하고 있으며, 이에 따라 개정된 법률도 많습니다. 이 사건 심판대상 조항은 우리 사회의 모습을 담아내지 못하고 있습니다.

또한 민사소송법 제109조도 위와 같은 문제점을 안고 있으며, 힘의우열이 명백한 이른바 갑을관계라는 개념을 전혀 고려하지 못하고 있습니다.

## ② 공익소송에 대한 고려가 없는 사실

위에 살폈듯이, 공익소송은 불특정 다수의 피해 구제, 사회적 소수자·약자의 권리보호 등으로 공익실현 기능, 권리구제 기능, 사회개혁을 통한 발전역량의 도모 등의

순기능을 가지고 있습니다. 따라서 우리 사회 인권의 개선을 위해서는 공익소송이 활성화될 수 있도록 지원하고 공익법률시스템을 구축해야 할 필요성이 매우 큽니다. 이는 헌법 제27조의 재판청구권의 보장, 그리고 헌법 제119조 제2항의 사회국가 원리에서 도출되는 국가의 헌법적 의무에 해당합니다.

이른바 공익소송에 대한 정의를 하기는 어렵지만, 현재까지 논의되고 있는 틀 안에서의 내용을 정리하면 다음과 같이 정의할 수 있습니다.

[첨부서류7 - 공익소송과 인권실현(이상돈 교수)]

- 공익소송이라 함은 **다중의 확산이익**이 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 만드는데 도움이 되는 사건
- 목적의식을 가진 공익법운동단체 또는 공익변호사가 **이제까지 적절한 법적구제를 받지 못했던 확산이익**에 대하여 새로운 법원의 판례를 이끌어내기 위하여 법원에 소를 제기하는 것

청구인들은 장애인차별금지법에 근거하여, 장애인들의 이동권을 주장하기 위한 공익적인 목적으로 본안사건을 제기한 것입니다. 그리고 법에 추상적으로 규정된 ‘이동 및 교통수단 등에서의 차별금지’ 조항을 실질적인 차원에서 적용되도록 하여, 장애인들에 대한 차별을 해소시키기 위한 목적으로 제기된 소송이었습니다. 즉, 만약 청구인이 본안사건에 대하여 승소하게 되면, 다른 많은 사람들도 유사한 소송을 제기하여 승소할 수 있는 확산이익이 있었고, 약자일 수밖에 없는 장애인들 개개인의 권익을 보호하며, 이를 통해 시민의 기본권이 신장될 수 있을 가능성이 높은 사건이었습니다. 그러므

로 청구인이 제기한 본안 사건은 공익소송이라 할 수 있습니다.

위 개념정의에 의하면 공익소송이란 확산이익을 전제로 하는 것입니다. 그리고 공익소송을 제기하기 위하여 전제되는 상황은 피해집단의 규모는 크지만 각 개별적 피해는 비교적 작은 것인 경우가 많습니다. 왜냐하면 이와 같은 상황에서만 확산이익을 목적으로 소송을 제기할 수 있기 때문입니다. 또한 피해집단의 규모는 크지만 각 개별적 피해는 비교적 작은 것이라는 점에서, 공익소송에서 원고는 개인이거나 시민단체 등이 될 수밖에 없고, 반면 피고는 국가·지방자치단체 또는 사회에서 영향력이 있는 세력이 될 수밖에 없습니다. 그러므로 공익소송이란 애초부터 그 개념정의 상 사회적 세력이 우월하지 않은 원고가 그보다 우월한 피고를 상대로 소송을 제기하는 것일 수밖에 없습니다.

위에서 주장한 바와 같이, 실체법에서는 약자를 위하여 많은 제도가 개정되어 적용되고 있는데 반해, 소송비용에 관하여는 이와 같은 고려가 전혀 없습니다. 그리고 이와 같은 문제는 사회적 약자가 원고가 될 수밖에 없는 공익소송에서도 그대로 적용되고 있습니다.

대표적인 예가 공공기관의 정보공개에 관한 법률이라 할 것입니다. 동법은 ‘국민의 알권리’와 ‘국정에 대한 국민의 참여’ 및 ‘국정운영의 투명성을 확보’하기 위해서 제정된 법으로써, 그 성격이 공익적입니다. 이런 성격을 적극 반영하여 입증책임도 법률상 전환되어 있어서, 원고의 청구가 기각되기 위해서는 동법 제9조에 의하여 공공기관인 피고가 비공개대상정보라는 사실을 입증하여야만 합니다. 심지어 행정소송에서 적법요건 중 하나로 요구되는 ‘소의 이익’도 정보공개거부처분취소 소송에서는 요구되지 않습니다.<sup>31)</sup>

31) 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(대

그러나 원고인 일반 국민이 패소하게 되면, 행정소송법 제8조 제2항에 의하여 민사소송법이 준용되어, 민사소송법 제98조가 적용됩니다. 따라서 소송비용확정에 관하여는 공익적 성격의 소송이었다는 점이 전혀 인정되지 않고, 패소여부에 따라 일률적으로 결정됩니다. 이는 청구인이 제기했던 장애인차별금지법에 근거한 장애인차별구제청구소송(당해사건의 본안사건)의 경우에도 마찬가지입니다.

#### 나) 법령에서 패소한 당사자가 부담할 소송비용의 범위와 액수를 한정하고 있다는 논리에 대하여

민사소송법 제109조는 소송비용의 대다수인 변호사보수를 소송비용에 산입하는 규정을 들 뿐 그에 대한 예외를 두지 않고 있습니다. 민사소송법 제109조 제1항의 위임에 따라 소송비용의 대부분을 차지하는 변호사보수의 소송비용 산입을 정하는 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」(이하 “보수규칙”이라 합니다) 제6조 제1항은 “금액 전부를 소송비용에 산입하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 경우”에 법원이 재량으로 감액할 수 있다고 규정하고 있는바, 위 규칙이 정한 “현저히 부당한 경우”와 관련하여 대법원은 “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 판시하고 있습니다(대법원 2007. 4. 26.자 2005마1270 결정 등). 그러나, 법원은 정작 공익소송을 위 법리에 따른 재량 감액의 대상으로 고려하지 않고 있으며, 기계적으로 청구된 소송비용 그대로 인정하는 결정을 반복하고 있

---

법원 2017. 9. 7. 선고 2017두44558 판결).

습니다.

본건 헌법소원심판 청구사건의 본안 사건이 전형적인 경우에 해당합니다. 이 사건 소송비용액확정 사건의 본안사건도 청구인들이 서울교통공사를 상대로 차별구제를 청구하는 공익적인 목적을 가진 것이었습니다. 법에 추상적으로 규정된 ‘이동 및 교통 수단 등에서의 차별금지’ 조항을 실질적인 차원에서 적용되도록 하여, 장애인들에 대한 차별을 해소시키기 위한 목적으로 제기된 소송이었습니다. 청구인들은 사건의 공익성에 대한 진지한 고려와 소송비용의 감면을 요청하였음에도 불구하고 법원은 사법보좌관의 기계적 판단에 따라 그대로 서울교통공사의 청구를 거의 그대로 인용하였고, 청구인이 항고하였으나 항고 역시 기각하였습니다(첨부서류6 참조).

위 항고심 사건에서 공익소송에 대하여 소송비용을 감면할 것인지에 대하여 쟁점이 형성되었으나, 법원은 “민사소송법, 민사소송비용법, 민사소송 등 인지법, 민사소송규칙, 민사소송비용규칙, 민사소송 등 인지규칙, 변호사보수규칙 등 소송비용액을 직·간접적으로 규율하는 제반 규정들에 신청인이 제출한 자료를 모두 살펴보아도, 이를 입법적으로 해결하는 것은 별론으로 하고, 신청인이 주장하는 이른바 ‘공익소송’을 제기하여 패소한 당사자에 대한 소송비용 부담액 경감 근거를 찾을 수 없다”고 못박았습니다.(첨부서류6 참조) 그리고 법원은 항고 법원은 “각 심급에서 소송비용을 모두 피신청인이 부담하도록 재판이 되었으므로, 달리 감액사유가 없는 이상 피신청인은 소송비용액 전액을 부담하여야 한다”고 기존 입장을 되풀이하였습니다.

이처럼 개인 또는 단체가 어렵게 공익소송을 제기했으나 패소한 경우에도, 승소한 상대방인 국가나 대기업이 소송비용액확정신청을 하면 법원은 종래 기계적으로 보수규칙 제3조 제1항 [별표]에 정해진 대로 소송비용액을 확정할 뿐, 공익소송의 특수성을 깊이 고려한 면제 또는 감액을 인정하지 않습니다. 이처럼 법원은 현행법 해석상으

로 공익소송이나 사회·경제적 약자에 대한 소송비용을 감면할 법적 근거가 없다는 입장을 완강하게 고수하고 있습니다.

특히 아래에서 보듯이 최근에는 국가를 상대로 한 소송에서 국가가 승소한 경우 국가는 매우 적극적으로 패소한 당사자를 상대로 소송비용 환수에 나서고 있습니다. 소송비용 중 특히 변호사보수는 현재 위 보수규칙 별표에서 계산식을 정하고 있는데, 소가에 비례하여 정해집니다. 위 별표는 지속적으로 상승하고 있으며, 2020. 12. 28. 개정된 현행 별표 기준에 따르면 소송비용으로 정하는 변호사보수가 소가 5천만 원인 경우 440만 원, 1억 원인 경우 770만 원에 이릅니다.

■ 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙 [별표] <개정 2020. 12. 28.>

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

|   |      |
|---|------|
| $[940\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 1\text{억}5\text{천만원}) \times \frac{2}{100}]$               |      |
| 2억원을 초과하여 5억원까지 부분<br>$[1,040\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 2\text{억원}) \times \frac{1}{100}]$ | 1%   |
| 5억원을 초과하는 부분<br>$[1,340\text{만원} + (\text{소송목적의 값} - 5\text{억원}) \times \frac{0.5}{100}]$     | 0.5% |

최종심인 대법원까지 소송이 진행되는 경우 패소한 당사자는 수백 만원에서 천만 원을 훌쩍 넘기는 소송비용을 부담해야 합니다. 이와 같은 수준의 소송비용은 사회·경제적으로 열악한 처지에 있는 개인이나 단체가 도저히 감당하기 어려운 수준에 이르렀습니다. 이처럼 공익소송에 대해서도 현재의 소송비용확정청구 제도를 일률적으로 적용하여 과중한 소송비용을 추가로 부담케 하는 제도가 계속되는 한 공익소송을 소송비용 때문에 제기하지 못하게 되어 전체적인 공익소송은 크게 위축되고 맙니다.

따라서, 관련 법령에서 소송비용의 범위와 액수가 정해져 있는 것은 사실이지만, 공익소송의 당사자 및 특히 사회·경제적 약자인 패소 당사자에게는 변호사보수규칙에 정해진 기준 자체가 재판청구권을 침해할 정도로 과중하게 높은 금액이며, 변호사보수규칙 역시 과중한 변호사보수 등을 합리적으로 제한하는 역할을 전혀 하지 못하고 있다는 점이 간과되고 있습니다.

**다) 소송비용 확정결정에 대한 즉시항고제도나 소송구조제도를 두어 기본권 제한을 최소화하고 있다는 논리에 대하여**

현재 소송비용확정결정 신청에 대한 재판은 법관이 아닌 사법보좌관 주도로 진

행됩니다. 민사소송법 제115조는 “제110조 제1항의 신청이 있는 때에는 법원은 법원사무관등에게 소송비용액을 계산하게 하여야 한다”고 정하여, 사법보좌관에게 소송비용의 계산 업무만을 분리하여 맡긴 것처럼 규정되어 있습니다. 그러나, 법원조직법 제54조 제2항 제1호, 사법보좌관규칙 제2조 제1항 제1호, 제4조 제6항에 따라서 사법보좌관이 소송비용의 계산은 물론 상대방에 대한 최고, 상대방의 의견서 검토의 모든 과정에 관여하여 사법보좌관 명의로 결정문이 작성 및 송달됩니다.

변호사보수규칙 제6조에 재량에 의한 조정은 여러 사정을 고려한 신중한 검토가 필요한 사법적 판단의 영역임에도 이러한 사정상 기계적 결정이 이루어지고 있습니다. 사법보좌관의 결정에 대하여 이의신청을 하고 즉시항고를 통하여 항고심 법원의 판단을 받을 수는 있으나, 위에 살펴본 바와 같이 법원은 소송비용확정결정 절차를 기계적으로 심사하여 1심 사법보좌관의 결정을 추인할 뿐 실질적인 검토를 통하여 소송비용 부담의 범위와 액수를 조정하는 경우는 거의 없습니다.

이는 민사소송법 제98조, 제109조에서 소송비용을 패소자가 부담하도록 정하면서 공익소송 등에 대하여 유의미한 예외를 인정하고 있지 않는 상황에서 생겨난 것입니다.(그러한 점에서 종래 헌법재판소는 사법보좌관 제도에 대하여 합헌이라는 태도이지만, 민사소송법 제115조, 법원조직법 제54조 제2항 제1호, 사법보좌관규칙 제2조 제1항 제1호, 제4조는 사법보좌관 제도의 허용 범위를 넘어서 소송비용에 관한 법원 재판의 본질적 부분을 법관이 아닌 사법보좌관에게 맡겨 소송비용액의 범위 및 액수에 관한 다툼에서 법관에 의하여 재판받을 권리를 침해하여 위헌이라고 할 것입니다)

[민사소송법] (2020. 12. 22. 법률 제17689호로 개정되기 전의 것)

제115조(법원사무관등에 의한 계산) 제110조제1항의 신청이 있는 때에는 법원은 법원사무관등에게 소송비용액을 계산하게 하여야 한다.

법원조직법 [시행 2021. 2. 9.] [법률 제17125호, 2020. 3. 24., 일부개정]

제54조(사법보좌관) ① 대법원과 각급 법원에 사법보좌관을 둘 수 있다.

② 사법보좌관은 다음 각 호의 업무 중 대법원규칙으로 정하는 업무를 할 수 있다. <개정 2016.3.29, 2017.12.12>

1. 「민사소송법」(같은 법이 준용되는 경우를 포함한다) 및 「소송촉진 등에 관한 특례법」에 따른 소송비용액·집행비용액 확정결정절차, 독촉절차, 공시최고절차, 「소액사건심판법」에 따른 이행 권고결정절차에서의 법원의 사무

2. 내지 5. 생략

③ 사법보좌관은 법관의 감독을 받아 업무를 수행하며, 사법보좌관의 처분에 대해서는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 법관에게 이의신청을 할 수 있다.

#### 사법보좌관규칙

[시행 2020. 7. 1.] [대법원규칙 제2894호, 2020. 5. 1., 일부개정]

제2조(업무범위) ① 「법원조직법」 제54조제2항 각호의 업무 가운데 사법보좌관이 행할 수 있는 업무는 다음 각 호와 같다. <개정 2008. 2. 18., 2011. 7. 28., 2014. 11. 27., 2016. 6. 1., 2018. 4. 27., 2020. 5. 1.>

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

제4조(즉시항고 등의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청) ① 제2조제1항의 규정에 따른 사법보좌관의 처분중 단독판사 또는 합의부(다음부터 “단독판사등”이라 한다)가 처리하는 경우 항고·즉시항고 또는 특별항고의 대상이 되는 처분에 대하여는 제2항 내지 제10항에서 규정하는 절차에 따라 이의신청을 할 수 있다. <개정 2008. 7. 7.>

② 제1항의 규정에 따른 이의신청은 이의신청대상이 되는 처분의 표시와 그 처분에 대한 이의신청 취지를 밝히는 방법으로 사법보좌관에게 하여야 한다. 다만, 제2조제1항 각 호의 해당법률(이하 이 조에서 “해당법률”이라 한다)에서 이의신청 방법을 서면으로 한정할 때에는 이들 사항을 적은 서면을 사법보좌관에게 제출하여야 한다. <개정 2017. 3. 31.>

③ 제1항에 따른 처분 중 단독판사등이 처리하는 경우 즉시항고 또는 특별항고의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청은 그 처분을 고지 받은 날부터 7일 이내에 하여야 하고, 「가사소송법」 제43조에 따른 즉시항고의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청은 그 처분을 고지 받은 날부터 14일 이내에 하여야 한다. 이 경우 그 기간은 불변기간으로 한다. <개정 2008. 7. 7., 2018. 8. 3.>

- ④제1항의 규정에 따라 이의신청을 하는 때에는 「민사소송 등 인지법」에서 정하는 인지나 「가사소송법」에서 정하는 수수료를 납부할 필요가 없다. <개정 2014. 9. 1., 2018. 4. 27.>
- ⑤사법보좌관은 제2항의 규정에 따라 이의신청을 받은 때에는 이의신청사건을 지체없이 소속법원의 단독판사등에게 송부하여야 한다. <개정 2008. 7. 7.>
- ⑥제5항의 규정에 따라 이의신청사건을 송부받은 단독판사등은 다음 각 호의 규정에 따라 이를 처리하여야 한다. 이 경우 단독판사등은 해당법률에 규정된 절차에 따라 사법보좌관의 처분의 집행을 정지하거나 그 밖의 필요한 처분을 할 수 있다. <개정 2008. 7. 7., 2014. 9. 1., 2018. 4. 27.>
1. 이의신청이 제2항의 규정에 위배되는 경우에는 상당한 기간을 정하여 그 기간내에 흠을 보정하도록 명할 것
  2. 이의신청인이 흠을 보정하지 아니하는 때와 이의신청기간을 경과한 때에는 결정으로 이의신청을 각하할 것. 이 경우 각하결정은 해당법률에 규정된 불복신청에 대한 각하재판으로 본다.
  3. 이의신청이 이유있다고 인정되는 때에는 사법보좌관의 처분을 경정할 것
  4. 사법보좌관의 처분중 단독판사등이 처리하는 경우 특별항고의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청이 이유없다고 인정되는 때에는 결정으로 이를 각하할 것
  5. 사법보좌관의 처분중 단독판사등이 처리하는 경우 항고 또는 즉시항고의 대상이 되는 처분에 대한 이의신청이 이유없다고 인정되는 때에는 사법보좌관의 처분을 인가하고 이의신청사건을 항고법원에 송부할 것. 이 경우 이의신청은 해당법률에 의한 항고 또는 즉시항고로 본다.
- 5-2. 제5호의 인가결정은 이의신청인에게 고지한다.
6. 제5호의 경우 이의신청에 「민사소송 등 인지법」에서 정하는 인지나 「가사소송법」에서 정하는 수수료가 납부되지 아니한 때에는 상당한 기간을 정하여 이의신청인에게 보정을 명하고 이의신청인이 보정하지 아니한 때에는 이의신청을 각하할 것

한편 민사소송법 제128조, 제129조에 정한 소송구조 제도의 경우, 소송구조 결정의 객관적 효과가 미치는 범위는 재판비용의 납입유예, 패소자 본인이 선임하는 변호사 보수 등에 대한 지급유예 등에 미칠 뿐이고, 패소시 승소한 당사자의 변호사 보수에 대하여는 소송구조 제도의 효력이 미치지 아니합니다. 따라서 소송구조 제도는 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용, 특히 그 대부분을 차지하는 승소한 당사자의 변호사보수의 부담에 대하여는 보완장치가 되지 못하느냐, 소송구조제도를 내세워 패소한 당사자의 소송비용 부담으로 인한 재판청구권 침해 피해를 최소화하는 법적 장치라고 말할 수는 없습니다.

## 라) 소결

앞서 주장한 바와 같이, 이른바 공익소송에서는 소송을 제기하는 원고가 약자일 수밖에 없는 구조를 가지고 있으므로, 위와 같은 문제는 공익소송에서 가장 크게 부각되고 있습니다. 이와 같은 사건에서 청구인이 비록 패소하였다고 하여 민사소송법 제98조의 원칙대로 소송비용부담에 관한 재판이 결정된다면, “패소할 경우의 소송비용상환의 염려 때문에 일반국민이 소송제도의 이용을 꺼리게 될 위험이 있고, 특히 경제적인 능력이 부족한 사람들에게는 소송비용 자체가 법원에의 접근을 사실상 어렵게 할 수 있다(헌재 2013. 5. 30. 2012헌바335 결정).”고 할 것입니다.

이와 같은 문제는 별도의 예외조항 하나를 덧붙여서 충분히 해결이 가능함에도 불구하고, 우리 민사소송법 제98조 내지 제101조는 이와 같은 예외를 두고 있지 않습니다. 따라서 민사소송법 제98조는 특정 영역의 소송에서는, 원고가 될 사람이 소송제도의 이용을 꺼리게 될 위험을 초래하게 되고, 특히 경제적인 능력이 부족한 사람들에게는 법원의 접근을 사실상 어렵게 할 수 있으므로, 침해의 최소성을 만족하지 못한다고 할 것입니다.

## (4) 법익 균형성

위와 같이 현행 법률 하에서 공익소송을 제기하였다가 패소한 당사자는 승소한 당사자의 소송비용 명목으로 거액의 비용을 다시 승소한 당사자에게 지급해야만 합니다. 특히 국민의 알권리 차원에서 진행되는 정보공개청구에 관한 소송이나 본건 장애인차별구제청구소송의 경우 비재산적 소로서 소가가 5천만원에 해당하고, 3심까지 패

소할 경우 2020년 개정된 최신 별표에 따를 때 변호사보수만 해도 무려 1,320만원을 승소한 당사자에게 지급하여야 합니다. 이는 사회·경제적 약자에 해당하는 공익소송의 당사자에게는 감당하기 어려운 금액입니다. 특히 장애인차별금지법에 근거하여 청구를 하는 경우, 그 원고는 장애인일 가능성이 매우 높는데, 위와 같은 소송비용 산정의 관행이 지속된다면, 이는 사회·경제적 약자에 해당하는 공익소송의 당사자에게는 감당하기 어려운 금액이 될 것입니다. 또한 소송의 내용에 비하여 지나치게 과도한 결과책임입니다. 이러한 경험은 추후 인권 보장과 제도개선을 위한 공익적 목적으로 소송을 제기하는 개인 또는 수 많은 단체들에게 소송 자체를 포기하게 만드는 효과, 이른바 ‘위축효과’를 가져오고 그 결과 공익소송 전체를 위축시키는 결과에 이릅니다.

반면, 공익소송 등에 대해서도 일률적으로 거액의 소송비용을 부담케 하여 국민, 특히 공익소송을 제기하는 사회·경제적 약자의 재판청구권을 침해하는 반대급부로 얻게 되는 공익은 승소한 당사자의 ‘실효적 권리구제 보장’과 ‘남소 방지’에 귀결될 것입니다(헌법재판소 2012. 5. 30. 선고 2012헌바335결정 등). 그런데, 본건에서 문제되는 것은 패소한 당사자가 공익소송의 당사자이거나 특히 사회·경제적으로 소송비용을 부담할 능력이 부족한 당사자인 경우이고, 반면 승소한 당사자인 대부분 국가이거나 대기업인 경우입니다. 국가나 대기업의 경우 사회·경제적으로 강한 힘의 우위를 가지며, 이들에게 해당 소송비용의 회수는 패소한 당사자의 경우만큼 절박한 문제라고 보기는 어렵고 그 이익이 크지 않습니다.

나아가 공익소송 중에서 국가를 상대방으로 하는 이른바 국가소송인 경우에는 패소한 개인이 국가에게 패소시 소송비용을 부담케 하는 것이 국가의 국민보호의무에 비추어 가연 타당한가의 문제가 있습니다. 국가의 행정작용 과정에서 발생한 소송과 그에 따라 국가가 들인 소송비용은 행정작용에 내재한 것으로써 개별 국민이 아니라 별도 국가의 예산으로 보전되는 것이 옳다는 강력한 문제제기가 있습니다.<sup>32)</sup>

당해사건을 예로 들면, 청구인들은 확정된 소송비용확정결정에 따라서 서울교통공사에 소송비용으로 각 5,005,640원을 지급해야 합니다. 그런데 소송비용으로 확정된 5,005,640원은 ① 서울시 산하 지방공기업인 서울교통공사에게는 단 하루의 운영비도 되지 않는 소액의 돈인 반면, ② 일개 개인인 이 사건 청구인들에게는 월세 보증금에 해당하는 돈일 수도 있고, 적어도 최소 3개월 이상의 생활비에 해당하는 매우 큰 돈입니다.

즉, 서울교통공사가 취하는 이익은 실질적으로 그 회사에 얼마 도움이 되지 않는 반면, 이 사건 청구인들이 부담해야 할 손실액은 이 사건 청구인의 생계를 위협할 수도 있는 금액입니다.

한편, ‘납소 방지’의 공익적 효과는 실제로 명백하다고 볼 수 없습니다. 오히려 사회적 강자가 소송비용 확정청구를 이용하여 사회적 약자의 정당한 소송까지도 극도로 억누르거나 소송에 대한 사후적 보복의 수단으로 악용하는 부정적인 효과는 보다 명백하게 드러납니다. 일반적으로 소송비용, 특히 변호사보수의 각자부담주의는 재판청구권 보장에, 패소자 부담주의는 납소방지에 무게를 둔다고 알려져 있으나 그러한 효과가 명백하게 증명된 것은 아닙니다. 오히려 패소자 부담주의는 납소를 방지하는 효과보다는 승소 여부가 확실하지 않은 사건의 당사자, 그중에서도 경제적으로 넉넉하지 않은 중간층 이하의 사람들의 정당한 청구까지도 억제하여 재판청구권을 제한한다는 비판을 받아 왔습니다.<sup>32)</sup> 이에 반하여 사회·경제력 여력을 가진 측에게는 소송비용의 위험을 무릅쓰고서라도 제소하거나 응소할 수 있을 뿐만 아니라 자신의 부를 가지고

32) 김제완, ‘집회 및 시위로 인한 경찰의 손실에 대한 불법행위법 적용의 문제점’, <민주법학> 제62호, 민주주의법학연구회, 2016, 156면 이하. 국가인권위원회 역시 쌍용자동차 사건이 계류중인 대법원에 제출한 의견서에서 이러한 법리를 상세히 인용한 바 있습니다.

33) 이종구, ‘민사소송에서의 변호사비용부담에 관한 비교법적 연구-미국의 변호사비용에 대한 각자부담의 원칙과 편면적 패소자부담주의를 중심으로’ <경영법학>, 2014

경제적 약자인 상대방을 소송적으로 압박할 수 있다는 비판이 제기됩니다.

이러한 점에서 이 사건 심판대상 조항은 침해되는 기본권과 그 반대급부인 공익 사이의 법익의 균형성을 갖추고 있지 못하다고 할 것입니다.

## (5) 소결

따라서 이 사건 심판대상인 민사소송법 제98조, 제109조는 헌법 제27조의 재판 청구권을 제한하고 힘의 우열이 명백한 사건과 공익사건에 대한 아무런 고려와 보완장치를 마련하지 아니한 불충분한 입법으로서, 침해의 최소성과 법익의 균형성을 위배하여 위헌입니다.

## 5. 평등원칙의 위반

### 가. 법 리

헌법재판소는 “중등교사 임용시험에서 이 사건 복수·부전공 가산점을 받지 못하는 자가 입을 수 있는 불이익은 공직에 진입하는 것 자체에 대한 제약이라는 점에서 당해 기본권에 대한 중대한 제한이므로 이 사건 복수·부전공 가산점 규정의 위헌 여부에 대하여는 엄격한 심사척도를 적용함이 상당하다(헌재 2006. 6. 29. 2005헌가13 결정).”고 판단하였습니다.

이 사건에서도 민사소송법 제98조, 제109조로 인하여, 청구인과 같이 약자에 해당하는 사람은 소송을 제기할 의지를 상실하는 등 재판청구권에 대한 중대한 제한이

될 수 있으며, 헌법상의 기본권체계에 있어서 중심적인 의미를 갖는 국민의 재판청구권 보장과 같은 기본권적 법익들의 보호에 관하여 규율하고 있는 경우에 입법자가 그 법익보호와 관련하여 그 기본권 주체들의 법적 지위를 차별적으로 형성할 수 있는 여지는 현저히 축소된다고 할 것이므로(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 결정 참고), 헌법재판소는 그에 상응하여 입법자가 그 보호입법에 있어서 평등의 원칙을 준수하고 있는가에 관하여 **엄격한 심사기준**을 적용해야 할 것입니다.

#### 나. 차별적 취급의 존재

민법은 서로 대등한 당사자를 전제로 제정된 법인데, 현재는 거래상지위 등 힘의 우열이 명백한 이른바 갑을관계를 전제로 제정된 법도 많이 있습니다. 또한 명시적인 규정이 없는 경우에도, 대법원은 일정한 경우 법리적 해석을 통하여 입증책임을 완화하기도 하였습니다. 그러므로 실체법에 관하여는 소송의 양 당사자의 힘의 우열이 명백한 경우 열악한 지위에 있는 당사자를 보호하는 법률이 존재하는 경우가 있거나, 법원이 해석을 통하여 입증책임을 완화하는 등의 보호책을 마련하고 있습니다.

반면, 소송법과 관련하여, 특히 소송비용에 관한 민사소송법 제98조 내지 101조에는 소송의 양 당사자의 힘의 우열이 명백한 경우 열악한 지위에 있는 당사자를 보호하는 예외를 두고 있지 않습니다. 민사소송법은 제99조 내지 제101조를 통하여 일정한 경우 예외를 인정하고 있지만, 이는 서로 대등한 당사자를 전제로 하고 있을 뿐입니다.

그러므로 하나의 소송에서는 실체법에 관한 본안판결과 그 후속조치로 소송비용액확정 사건이 있을 수 있는데, 실체법에 관한 본안판결과는 달리 소송비용액확정 절차에서는 소송의 양 당사자의 힘의 우열이 명백한 경우 열악한 지위에 있는 당사자에

대하여 고려해줄 수 있는 법률적인 근거가 전혀 없습니다.

따라서 본안의 재판절차와 소송비용의 결정에 관한 재판절차 사이에 차별적 취급이 존재하고, 소송비용을 부담하기 어려운 사회·경제적 약자에 대한 차별적 취급이 존재한다고 할 것입니다.

#### 다. 민사소송법 제98조, 제109조의 평등위반성

##### (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성

민사소송법 제98조, 제109조는 부당한 제소에 대하여 응소하려는 당사자를 위하여 실효적인 권리구제를 보장하고 남상소의 방지하려는 목적으로 제정된 것입니다.

그러나 최근 사회는 과거와 다소 달라졌고, ‘힘의 우열이 대등하지 않은 당사자’라는 개념은 1990년대 이후 본격적으로 논의되어, 이를 전제로 하는 실체법의 많은 규정들이 개정되어 삽입되었고, 대법원은 특별한 규정이 없는 경우에도 입증책임의 완화 등을 통해 법리적 해석을 시도하고 있습니다.

따라서 ‘힘의 우열이 대등하지 않은 당사자’가 소송을 하는 경우 실체법에서는 여러 방면에서 고려가 되지만, 소송비용액확정 사건에서는 민사소송법 제98조 내지 제101조가 적용되어, 이와 같은 사정이 전혀 고려되지 않고 있습니다. 따라서 실체법에 관한 본안 판단과 소송비용액확정절차에서 차별적으로 취급하는 것은 입법목적의 정당성도 없고, 수단이 적정하지도 않습니다.

## (2) 차별취급의 최소침해성(필요성) 및 비례성

실체법에서는 많은 법률 개정과 사법부의 해석을 통하여 사회의 변화를 담아내고 있는 반면, 소송비용에 관한 이 사건 심판대상 조항은 ‘힘의 우열이 대등하지 않은 당사자’를 전혀 고려하지 않고 있어, 그로 인하여 사회·경제적 능력이 부족하거나 특히 개인의 사적 이익이 아닌 공익적 목적으로 소송을 진행하고자 하는 개인 및 단체를 차별하고 있습니다. 재판청구권은 모든 국민에게 동등하게 보장되어야 하는바, 이러한 차별취급의 필요성은 인정될 수 없습니다. 또한 비례성은 목적이 정당한 경우 차별취급의 정도와 적절한 균형을 판단하는 것이므로, 목적의 정당성이 인정되지 않으므로 비례성을 더 나아가 판단할 필요도 없습니다.

## (3) 소 결

그러므로 민사소송법 제98조, 제109조는 평등원칙에 위반됩니다.

## 6. 공익소송 등에 대한 소송비용 제도 개선에 대한 문제제기와 사회적 합의의 증대

### 가. 사회적 문제제기와 여론의 확장

최근 몇 년 사이 우리사회에서도 국민의 재판청구권과 공익소송 활성화를 위해 공익소송 소송비용 부담 완화가 필요하다는 여론이 꾸준히 확장되어 왔습니다.

(1) 2018. 9. 경 64개 시민사회단체와 개인이 대법원에 “공익인권소송 패소시 과중한 소송비용 부담 개선 요구 의견서”를 공동으로 작성하여 제출하였습니다. 대한변

호사협회 역시 공익소송 패소시 소송비용 부담을 완화하는 제도 개선 필요성을 촉구하고 있으며<sup>34)</sup>, 최근 2020. 1. 8. 대한변호사협회 주최로 「공익소송 패소자부담, 공평한가?」라는 토론회를 열어 구체적 제도개선안을 발표하였습니다. 이 자리에는 법무부와 대법원 법원행정처에서도 참석하였으며, 공익소송의 소송비용 부담 완화를 위한 제도 개선이 필요하다는 방향에 대해 공통의 의견이 개진되었습니다. 2020. 10. 13. 시민사회단체, 공익단체들이 정기국회를 맞아 법무부, 검찰, 법원에 공익소송의 제도개선을 촉구하는 공개민원을 제기하였고, 이 민원에는 45개 단체가 연명하였습니다.

[첨부서류9 - 공익소송 패소자부담 공평한가(대한변협 2020)]

(2) 여러 언론에서도 공익소송의 소송비용 부담의 문제점을 지적하고 제도개선의 필요성을 제기하는 보도가 계속되고 있습니다.<sup>35)36)37)</sup>

(3) 또한 대법원 스스로도 2018년 시민단체와의 간담회 이후 '공익소송 비용 경감' 문제를 개선하겠다는 의사를 밝힌 바 있습니다.<sup>38)</sup>

#### 나. 법무·검찰개혁위원회의 공익소송 소송비용 필요적 면제제도 마련 권고

법무부에 설치된 법무·검찰개혁위원회는 2020. 2. 10. “공익과 인권을 중시하는 국가 송무체도의 개선을 위해 공익소송 패소당사자의 소송비용을 필요적으로 감면하는 규정을 마련하라”고 법무부에 권고 했습니다. 특히 법무·검찰개혁위원회는 권고에서 소송비용 부담을 필요적으로 감면할 필요성이 큰 사건의 유형으로 △ 공익성이 인정되는

34) 법률신문 2018. 11. 26.자 기사, “공익소송 비용 패소자 부담, 소권 제한”

35) 조선일보 2019. 6. 25.자 기사, “재판서 지면 비용부담…공익 소송 위축시키는 ‘패소자부담주의’”

36) 한겨레 2019. 12. 2.자 기사, “정보공개청구 했다가 날벼락…‘공익소송 위축’시키는 패소비용”

37) 경향신문 2019. 11. 5.자 기사, “[기고] 국민의 알권리, 돈으로 재갈 물리나”

38) 법률신문 2018. 9. 5.자 기사, “대법원, 인권위·선관위·위원 지명에도 ‘후보추천위’ 도입 검토”

경우, △ 정보공개소송의 경우, △ 경제적·사회적 상황이 여의치 않은 경우, △ 정의와 공평의 원칙에 부합하지 않은 경우 (다만, 소송제기에 악의적 의도가 있는 경우 제외)의 네 가지 경우를 구체적으로 제시하였습니다. 또한 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률과 동법 시행령, 민사소송법을 개정하여 위와 같은 내용을 반영하도록 권고하였습니다.

[첨부서류10 - 법무검찰개혁위원회 보도자료(2020. 2. 10.)]

#### 다. 제도개선을 위한 민사소송법 등 개정안 발의

이러한 사회적 여론의 영향으로, 21대 국회에서, 공익소송 등에 대한 소송비용 부담 문제를 개선하기 위한 민사소송법 개정안과 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 개정안이 발의되어 있습니다.

[첨부서류10 - 민사소송법 일부개정법률안(양정숙 의원 외 10명)]

발의된 민사소송법 개정법률안은 소송비용에 관한 패소자부담주의를 천명하고 있는 민사소송법 제98조에 단서를 추가하여, “다만, 사건의 공익성, 소송의 경위와 패소 사유, 패소한 당사자의 사정 등 대법원 규칙으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고, 예외를 두는 것입니다.

양정숙 의원은 위 개정법률안의 제안이유로 “공익소송은 약자 및 소수자의 권익 보호, 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 공

익소송이 위촉되는 결과를 가져옴”이라 하였습니다.

한편, 박주민 의원은 2022. 6. 8. 민사소송법 일부개정법률안을 대표발의 하였는데, “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 있음.”을 이유로 공익소송의 경우 패소한 당사자가 부담하여야 할 소송비용의 전부 또는 일부를 면제할 수 있도록 하는 것입니다.

[첨부서류11 - 민사소송법 일부개정법률안(의안번호 15832)]

성균관대학교 법학전문대학원에서 헌법과 헌법소송법을 담당하는 부교수 이황희는 2022. 4. 15. 『공익소송에서의 소송비용 부담문제에 관한 의견서』를 작성하였습니다. 이를 첨부하여 제출하오니, 귀 재판부에서 이 사건을 판단하실 때 충분히 고려하여 주시기 바랍니다.

[첨부서류12 - 공익소송에서의 소송비용 부담문제에 관한 의견서(이황희 교수)]

## 라. 소 결

위와 같이 이미 여러 나라에서 공익소송 활성화를 위하여 공익소송에 대한 소송비용 완화제도를 시행하고 있음은 물론, 국내에서도 공익소송의 상대방인 국가나 대기업이 소송비용을 청구하여 거액의 소송비용을 부담하는 사례가 빈발하면서, 그에 대한 제도개선의 필요성을 지적하는 목소리가 언론은 물론 법조계에서도 커지고 있습니다.

## 7. 결 어

그러므로 청구인들의 청구를 인용하여 주시기 바랍니다.

## 첨 부 서 류

1. 판결문(서울동부지방법원 2019가합108198 차별구제 등)
2. 판결문(서울고등법원 2020나2024708 차별구제 등)
3. 결정문(서울동부지방법원 2021카합6232 소송비용액확정)
4. 결정정본(서울고등2022카기20007 위헌심판제청)
5. 나의사건검색(서울고등2022카기20007 위헌심판제청)
6. 결정정본(서울고등법원 2021라21374 소송비용액확정)
7. 공익소송과 인권실현(이상돈 교수)
8. 공익소송 패소자부담 공평한가(대한변협 2020)
9. 법무검찰개혁위원회 보도자료(2020. 2. 10.)
10. 민사소송법 일부개정법률안(양정숙 의원 외 10명)
11. 민사소송법 일부개정법률안(의안번호 15832)
12. 공익소송에서의 소송비용 부담문제에 관한 의견서(이황희 교수)

2022. 7. .

청구인들의 대리인  
법무법인(유한) 예울  
담당 변호사 최 용 문

헌 법 재 판 소

귀 중