

1 대체적 분쟁해결제도(ADR)의 발전과 그 의미

I. 序言

인간의 삶이 영위되고 있는 복잡하고 다양한 현실의 세계 속에서서는 어떠한 이유에 기한 것이든 다양한 형태의 분쟁이 존재하기 마련이고, 이러한 분쟁을 가능하면 평화적이고 종국적으로 해결하여 공동체의 질서를 유지하기 위한 분쟁해결 시스템이 기능하고 있다. 19세기 이후의 서구사회에 있어서 분쟁해결의 방식은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 이는 사법재판제도에 의한 방식과 분쟁당사자의 자율적 의사의 합치에 의한 자주적 분쟁해결방식이라 하겠다.

전자의 경우는 로마법 이래의 전통적인 법원칙에 따른 국가 통치권의 행사에 의한 것으로 오늘날 분쟁해결을 위한 일반적이고 대표적인 방식이라 할 수 있다. 후자의 경우는 과거의 사실에 대한 시비를 가리면서 오�히려 분쟁당사자에게 있어 평화를 회복시키고 새로운 기초 위에서 장래를 향해 공존의 가능성을 찾는 데 중점을 두는 분쟁해결방식이라 하겠다. 양자의 방식은 그 활용에 있어서 일장일단을 갖고 있는데, 특히 오늘날에 있어서는 공식적인 분쟁해결방식인 소송제도에 대한 불만, 즉 재판의 지연, 과도한 소송비용, 재판과정의 기술적 어려움 및 사소한 분쟁에 대한 재판절차의 부적합성으로 인하여 분쟁해결제도 역시 분쟁의 실체에 접근할 수 있는 다양한 해결방식에 의해 대체 내지는 보완되어야 한다는 현실적 요청이 강하게 대두되고 있다. 즉, 경직적이고 형식적인 절차에서 탈피하여 보다 원만하게 그리고 사회적 상식에서 벗어나지 않으면서도 인간적 정리를 깨뜨리지 않는 민사분쟁 해결수단의 요구가 분출하고 있다고 하겠다.¹⁾

결국 소송을 통한 분쟁해결의 적체현상을 해소함으로써 거래관계의 원활을 기하고 나아가 건전한 사회 질서를 유지하기 위해서는 소송제도 이외의 또 다른 적절한 분쟁해결수단을 강구할 필요가 있는 것이다. 이는 소송이라는 다소 극단적인 방식을 이용함에 따른 부작용을 최소화하고 어느 일방의 일방적인 승리나 패배로 귀결되는 것이 아닌, 관련 당사자 모두에게 수긍할 수 있는 결론에 도달하도록 이끄는 것이 향후의 우리 현실에서는 더욱 바람직하지 않겠는가 하는 의미로 보여 진다.

류 승 훈
선문대학교 법학과 교수

- 독일 쾰른대학교 법학박사
- 선문대학교 법학연구소장 역임

1) 류승훈, 민사소송법, 서울: 신화(2005), 10면.
2) 류승훈, 민사소송법, 10-11면.

오늘날 자주적 분쟁해결방식으로는 상담, 주선, 교섭, 조정, 화해 및 중재 등이 이용되고 있는데,²⁾ 이들의 활용이 보다 큰 의미를 갖기 위해서는 이들 방식의 장·단점을 파악하고 실무상 드러나고 있는 현실적 문제점을 개선해 나가는 것이 필요할 것이다. 이를 위해 본고에서는 그간의 ADR의 발전과정과 찬반 논쟁 그리고 분쟁해결을 위해 활용되고 있는 각각의 방법과 그 유용성 및 효용성 확보방안에 대해서 살펴보고자 한다. 이를 통해 결론적으로 ADR이 소송제도를 대체하는 독자적인 영역 속에서 그 의미를 가질 수 있을 것인지 아니면 ADR이 소송제도를 대체하는 제도가 아니라 상호보완적인 보충적 제도로서의 의미를 가질 수 있을 것인지 나름의 결론을 도출해 보고자 한다.

II. 代替的 紛爭解決(ADR)이란

1. 意 義

대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution; ADR / 이하 ADR이라 함)이라 함은 형식적으로는 법원에서 행하여지는 소송의 형태 이외의 방식으로 이루어지는 분쟁해결제도를 의미하고, 실질적으로는 법원에서 행하여지는 판결의 형태가 아닌 방식 이른바 화해라든가 조정, 중재 등과 같이 제3자의 관여나 혹은 직접 당사자 간에 교섭과 타협으로 이루어지는 분쟁해결제도를 말한다.³⁾ 이러한 것들은 당사자의 자주적 의사에 기초하여 다툼을 해

대체적 분쟁해결(ADR)은 법원에서 행하여지는 판결의 형태가 아닌 방식, 이른바 화해·조정·중재 등과 같이 제3자의 관여나 혹은 직접 당사자 간에 교섭과 타협으로 이루어지는 분쟁해결제도를 말한다.

결하기 때문에 분쟁처리의 원만성, 간이·신속성, 비용의 저렴성, 타당성 등을 도모할 수 있을 뿐만 아니라, 법원의 업무도 크게 경감하여 법원으로 하여금 나머지 소송사건에 진력할 수 있는 여유를 주는 등의 장점이 있다고 하겠다. 또한 판결에서 발생하게 되는 감정대립의 문제를 어느 정도 방지할 수 있고, 또한 당사자의 임의 변제를 기대할 수 있기 때문에 집행법상의 문제를 수반하지 않으므로 채권의 종국적 만족이 용이하다는 점 등에서 그 실천적 의미가 크다고 하겠다.⁴⁾

2. ADR의 機能 및 特性

ADR의 기능으로서는, i) 소송당사자들의 법정에서의 부담과 비용의 경감 및 시간의 절약, ii) 법원의 부담 과중으로 인한 분쟁해결의 지연방지, iii) 그로 인한 분쟁해결의 질적 저하의 방지, iv) 법적 분쟁으로 인한 사회적 분열에 대한 신속한 안정, v) 사법적 시스템에 대한 공적 만족감의 증족, vi) 국민의 분쟁해결제도에

3) 반홍식, “소송 외 분쟁해결제도에 관한 연구”, 전북대학교대학원 박사학위논문(1998), 9면.

4) 송상현, “소송에 갈음하는 분쟁해결방안의 이념과 전망”, 민사판례연구 XIV, 서울: 박영사(1993), 417-418면; 이명우, “재판상 화해에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문(1993), 7면.

대한 접근의 용이함, viii) 일도양단적(一刀兩斷的)인 패소에 의한 굴욕감의 완화 등을 들 수 있다.⁵⁾

ADR에 대한 공통적인 특성으로서는, i) 신속하고 저렴한 분쟁해결, ii) 분쟁처리과정에서의 법원개입의 가급적 배제, iii) 당사자 의사결정의 존중과 변호사 역할의 감소, iv) 최소한의 형식적인 절차, v) 공개적이거나 공공적이지 아닌 사적인 절차진행, vi) 새로운 재판규범의 형성과 실체법에 대한 구속으로부터의 회피 등을 들 수 있다.⁶⁾

이러한 공통적인 특성과 함께 ADR의 활용도에 대한 관심이 증대되고 있는 것은 i) 비공식화(informalization), ii) 비법화(delegalization), iii) 비전문화(deprofessionalization) 등의 이유에 기인한다고 보여진다. 먼저 비공식화는 절차의 경직화, 형해화를 피함과 동시에 절차의 간략화로 인한 국민의 분쟁해결 제도에 대한 접근을 용이하게 함을 의미한다. 그러나 절차의 적정화 내지 절차의 보장이라는 측면에서 문제가 제기되고 있다. 비법화는 분쟁해결의 원만성을 강조하는 것으로 법보다는 조리 또는 상식에 의한 해결, 즉 국민의 감각 내지는 상식(common sense)을 이용하는 해결방식이라 하겠다. 비전문화는 직업법관이 아닌 비법률가인 시민에 의해 분쟁해결을 시도하는 것을 의미하는데, 해당 사안과 관련한 전문가에 의해 그 분야의 전문성이 활용될 수 있고 사회의 일반적 상식을 반영할 수 있다는 면이 부각된다.⁷⁾

III. ADR 制度의 發展과 그의 存在意義에 관한 그간의 論議⁸⁾

1. 各國에서의 ADR의 發展

1) 美國의 境遇

(1) 發展過程

ADR 발전의 역사는 미국에서의 발전과정을 살펴보는 것이 큰 의미를 갖는다. 왜냐하면 미국만큼 다양한 논의가 진행되어 왔고, 실제로 다양한 활용이 이루어져 왔던 곳도 없기 때문이다. 미국의 경우는 1960년대에 들어오면서 이에 대한 새로운 각도에서의 문제제기와 연구가 활발하게 진행되었고, 다양한 ADR이 분쟁 해결을 위해 이용되면서 소위 ADR Movement가 등장하게 되었다. 이러한 운동이 등장하게 된 배경으로서 먼저, 사회경제적 환경변화를 들 수 있다. 손해의 발생이 증가하게 되었고 공동체의 붕괴가 일어나게 되었으며 이로 인한 규범상실이 생겨나게 되었다. 또한 각종의 입법을 통한 법원에 의한 구제가능범위가 확대되었고 이로 인해 제소건수가 증가하게 되었으며, 이는 결국 소송지연과 비용증가로 이어지게 되었다.

5) Stephen B. Goldberg/ Frank E. A. Sander/ Nancy H. Rogers, "Dispute Resolution", 2. Ed.(1992), p. 8; 류승훈, 민사소송법, 21면.

6) Bumet, "Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution", 62. Tulane L. Rev., pp. 11.

7) 류승훈, 민사소송법, 21면; 전병서, 민사소송법, 서울: 법문사(2002), 33면.

8) 각국에서의 ADR제도 개관에 대한 내용은, 류승훈, 민사소송법, 22면 이하 내용을 정리하여 인용함.

두 번째로는 소송절차에서의 과도한 형식성 및 번잡성, 변호사 보수의 고액화 및 사법제도에 대한 불만이 분출케 되었다는 점이다. 세 번째로 공동체구성원에 의한 재판 외 분쟁해결기구가 성립케 되었고 이의 이용이 늘어나게 되었다는 점을 들 수 있다.

이러한 ADR Movement는 Danzig, Lon Fuller 및 Sander교수⁹⁾ 등에 의해 주도되어 ADR이 사법제도보다 효율적인 분쟁해결방법임이 역설되었다. 또한 1976년에는 미국변호사협회(ABA)가 ADR의 연구를 위한 ‘경미한 분쟁해결에 관한 특별위원회’를 설치하게 되었고, 이후 동 위원회는 ‘분쟁해결에 관한 특별위원회’로 발전하게 되었다. 제도적으로는 1964년에 ‘시민권법’(Civil Rights Act)에 근거하여 분쟁당사자 사이의 분쟁을 비폭력적이고 대화를 통해 조정할 수 있도록 하기 위한 기구로서 C.R.S.(The U.S. Community Relations Service)가 설립되었다. 또한 1969년에는 L.E.A.A.(The Law Enforcement Assistance Administration)의 지원 하에 필라델피아 시립중재법정(The Philadelphia Municipal Court Arbitration Tribunal)이 설립되었고, 이후 각 지역에 L.E.A.A.의 지원을 받는 이웃분쟁해결센터(Community / Neighborhood Justice Center: NJC)가 생겨나게 되었다. 이웃분쟁해결센터를 통한 분쟁해결의 속도는 법원에서의 처리기간의 5배에서 10배 정도로 빨리 이루어지고 있고 당사자의 만족도에 있어서도 법원 이용자의 그것에 비해 훨씬 높은 것으로 나타났다. 이로부터 일상생활에서 발생하는 경미한 분쟁, 특히 가족 간의 분쟁이나 이웃 간의 분쟁, 친척 간의 분쟁 및 소액분쟁 등을 중심으로 인간 상호 간의 관계지속이 중요시되는 이른바 복잡성을 지닌 분쟁들에 있어서는 소송 외 분쟁해결기관을 통한 효과를 눈여겨보아야 한다.

미국의 경우 1960년대 들어 ADR에 대한 연구가 활발하게 진행되었고, 이러한 경향은 사회경제적 변화, 소송의 과도한 형식성에 대한 불만 등에서 기인

이러한 ADR Movement는 법원에도 영향을 미치게 되었는데, 이로 인해 법원 내에도 각종의 ADR제도를 도입하여 시행하기에 이르렀다. 1982년 당시 연방대법원장이던 Warren Burger가 소송건수의 증가와 사건처리 지연에 대한 대책으로 조정·중재 등의 ADR제도들이 보다 많이 활용되어야 하고, 결국 ADR이 소송절차에 대한 추가적 절차가 아닌 소송절차에 대한 대체적 절차가 되어야 한다고 갈파하기에 이르렀다.¹⁰⁾ 이러한 영향 등으로 인하여 1983년의 연방민사소송규칙(F.R.C.P.)의 개정 시 ‘ADR의 사용가능성’이 변론전 회합의 논의대상에 포함됨으로써 ADR에 의한 사건해결이 소송절차 진행 중의 자연스러운 부산물이나 결과물로서가 아닌 하나의 공인된 분쟁해결방식으로 공식화되기에 이르렀다.¹¹⁾ 이후 1988년에는 ‘법원연계중재법’(Court-Annexed

9) Sander교수는 1976년 4월에 소집된 ‘사법제도에 대한 국민적 불만요인에 관한 회의’(National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)에서 분쟁의 성격, 분쟁당사자의 관계, 소송물가액, 소송비용 및 재판속도 등을 감안하여 당사자가 다양한 ADR절차 중 적절한 절차를 선택할 수 있도록 하자는 ‘멀티도어 법원’(multi-door courthouse) 개념을 주창하였다.

10) W. Burger, “Isn't There a Better Way?”, 68 A.B.A.J.(1982), p. 274.

11) 민사소송규칙에 따른 재판 전 화해방식의 활용에 의해 판결이라는 형식에서 오는 경직성을 유연한 모습으로 변화시킴으로써 당사자 간의 분쟁을 원활히 해결하는 데 기여하게 되었다. 또한 법관의 사건관리의 강화 측면에서 법관의 재량이 강화되었는바, 법원 내에서 이루어지고 있다는 한계가 있음에도 불구하고, 화해의 촉진방안으로서 큰 의의를 갖는다고 하겠다.

Arbitration Act)이 제정되었고, 1990년에는 ‘민사사법개혁법’ (Civil Justice Reform Act)이 제정되어 이로 인한 영향으로 결국 오늘날 대부분의 연방 제1심법원은 각종 형태의 ADR을 채택하고 있다.¹²⁾

미국에서의 ADR운동의 결과로는 첫째로, 종래의 사법제도 하에서 법의 조력을 받지 못하였던 많은 시민들이 정의에 대한 접근이라는 도움을 얻게 되었다는 점이다. 둘째로는 ADR 프로그램이 당초의 우려와는 달리 결코 2류의 법률서비스가 아니라고 하는 사실이다. 셋째로는 많은 ADR 전문가가 양성됨으로써 새로운 분쟁해결 영역을 개척할 수 있는 토대가 마련되었다는 점 등을 들 수 있다. 따라서 ADR은 미국 국내에서 뿐 아니라 국제적인 분쟁해결을 위해서도 유용한 수단으로 인식되고 있다.¹³⁾

(2) 類 型

미국만큼 ADR에 대한 다양한 학문적·실무적 접근이 행하여지고 있는 곳도 없을 것이다. 미국의 경우 ADR은 법원과 연계하여 절차가 진행되는 프로그램과 법원과의 연계 없이 이루어지는 프로그램으로 나누어 볼 수 있다. 전자의 경우로는, 조정(mediation), 중재(arbitration), 약식배심재판(summary jury trial), 조기중립평가(early neutral evaluation: ENE), 사건평가(case valuation: michigan mediation), 간이재판(court minitrial), 판사 주재의 화해기일(judge-hosted settlement conferences), 화해주간(settlement week), 멀티도어 코트하우스(multi-door court-house) 등을 들 수 있다. 후자의 경우로는 조정중재(Med-Arb), 최종제의중재(Final Offer Arbitration), 편면적 중재(One-Way Arbitration), 이웃분쟁해결센터(neigh- borhood justice center: NJC)등을 들 수 있다.¹⁴⁾

2) 獨逸의 境遇

(1) 發展過程

독일의 경우는 미국보다는 늦게 이 문제에 대한 본격적인 논의가 진행된 것으로 보인다. 1970년대에 들어 관심의 대상이 되었고, 1977년의 ‘Alternative Konfliktregelungsformen’ (대체적 분쟁해결형식)에 관한 논의과정에서 민사재판에 대한 대안을 모색하면서 본격적인 문제제기가 있었던 것으로 보인다. 이후 1979년의 독일법관회의에서 Ernst Bender 판사와 Gerd Pfeiffer판사에 의한¹⁵⁾ 이러한 대안의 발생 원인에 대한 규

12) Michael Thompson/ 권순일(역), “ADR운동의 전개와 현대적 분석”, 법조(1993. 9), 183면.

13) Michal L. Moffit & Robert C. Bordone, The Handbook of Dispute Resolution, Jossy-Bass(2005); Steffen J. Ware, Alternative Dispute Resolution, West Group(2001).

14) 특히 이웃분쟁해결센터의 경우는 최근의 추산으로는 이곳에서 연간 수십만 건의 분쟁이 처리되고 있으며, 그 대상이 되는 분쟁도 개인 간의 사소한 분쟁에서 공공기관과의 공공성을 지닌 분쟁으로까지 확대되고 있다. 미국에서의 ADR의 종류에 관한 상세한 내용에 대해서는, 반흥식, 재판 외 분쟁 해결제도에 관한 연구, 45-91면; 오세훈, 미국재판의 허와 실, 서울: 박영사(2000), 169-189면.

15) 이들에 의한 문제제기는 독일에서의 재판 외 분쟁해결제도에 관심이 쏠리게 된 원인을 법원의 사건 수 증가에 따른 업무부담에서 찾을 수 있겠는가에 관한 것이었다.

명제시로 인하여 '민사재판의 대체'와 관련한 폭넓은 논의가 진행되었다.¹⁶⁾

1980년대에 들어서도 민사재판의 대체성과 관련한 많은 논의가 진행되었는바, 이러한 논의의 방향은 크게 둘로 나누어 생각해 볼 수 있을 것이다. 즉, 법원의 업무부담 경감이라는 시각에서 보는 재판 외의 분쟁 해결제도에 대한 기대가능성 측면과 종래부터 존재하고 있는 재판제도의 기능에 대한 재고의 측면이라 하겠다. 아마도 논의의 중심은 후자, 즉 재판제도의 기능제고에 따른 소송절차의 개선노력으로 모아진 것으로 보인다.¹⁷⁾

(2) 類 型

독일에서의 전통적인 재판 외 분쟁해결제도로서는 화해제도를 들 수 있는데, 현재에는 변호사화해제도(Anwaltsvergleich)를 들 수 있다. 또한 조정이나 중재는 법원에 부설되어 운영되는 것 외에도 행정기관이나 민간에 의해 주도되는 형태로도 활발히 운용되고 있으며, 단순한 민사분쟁뿐만 아니라 상사, 노동, 소비자문제, 의료문제 등에서의 분쟁해결을 위해서도 활용되고 있다.

또한 재판 외 분쟁해결제도가 법률에 의해 설치되어 있는 경우가 있는데 이는 다시 소송 전에 그 이용이 강제되는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 볼 수 있다.¹⁸⁾ 전자의 경우로는 종업원의 발명과 관련한 분쟁(종업원의 발명에 관한 법률 제28조 이하), 부정경쟁에서 비롯된 분쟁(부정경쟁방지법 제27a조), 직업교육에서 발생하는 도제분쟁(노동법원법 제111조), 사용자와 경영자협회와의 분쟁(경영조직법 제76조) 등을 들 수 있다. 후자의 경우로는 중재절차(민사소송법 제1025조 이하), 중개인제도, 상공회의소·수공업회의소 및 각종 동업조합에서의 조정제도(수공업법 제91조 제1항) 및 변호사 간 및 변호사와 의뢰인 간의 분쟁조정제도(변호사법 제73조 제2항) 등을 들 수 있다.

**독일에서는 재판 외 분쟁해결제도가
법률에 의해 설치되어 있는 경우, 소송 전에
그 이용이 강제되는 방식과
그렇지 않은 방식 두 가지 형태로 운영**

3) 日本의 境遇

일본의 경우 재판 외의 분쟁해결제도로서 상담, 고충처리, 알선, 조정, 중재 및 재정 등의 방법이 활용되고

16) Vgl. Astrid Stadler, "Aussergerichtliche obligatorische Streitschlichtung – Chance oder Illusion?", NJW 1998(Heft 34), pp. 2479–2487; Blankenburg/Rottleuthner(Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch fuer Rechtssoziologie und Rechtslehre, Bd. VI, Opladen(1980); Blankenburg/ Gottwald(Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, Koeln(1982); Gerhard Wagner, "Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Kosten, Nutzen, Alternativen", JZ 17(1998), pp. 836–846; Hanns Pruetting, "Schlichten statt Richter?", JZ(1985), pp. 261.

17) 양병희, "ADR과 화해제도의 활성화", 민사소송법의 제 문제(김홍규박사 화갑기념논문), 서울: 삼영사(1992), 400면; v. Hoffman 교수는 재판 외의 분쟁해결제도를 소송제도의 의무적 사전절차로서 제도화하자는 주장에 대해, 그 이점은 인정하면서도 재판 외 분쟁 해결제도가 법원의 부담경감을 촉진하는 요소가 있다는 점에 대해서는 동의하지 아니 하였다. 또한 분쟁해결에 있어 재판제도를 이용할 것인지 아니면 재판 외의 분쟁해결제도를 이용할 것인지는 이해당사자의 판단에 맡겨져야 할 사항이고 재판에 앞서 이를 도입한다면 헌법상의 법적 심문권을 침해하는 것이라고 주장하였다. 결국 재판제도의 재판 외의 분쟁해결제도로의 대체가 아닌 각각의 제도가 그 나름대로의 독자적인 의미를 갖는 것으로 파악하고 있는 것으로 보인다.

18) Hanns Pruetting, Schlichten statt Richter?, pp 61.

있다. 이러한 분쟁해결방법들은 법원 내에서 혹은 법원 외의 경우는 행정기관 혹은 민간단체 등에 의해 운용되고 있다. 법원 내의 경우로는 재판상 화해와 조정을 들 수 있다. 법원 외의 경우로는 상담, 고충처리, 알선, 중재 및 재정 등을 들 수 있는데, 이는 분쟁해결기관이 국가나 지방공공단체에 설치되어 있느냐(행정형) 또는 공익법인이나 업계에 의해 설치된 경우이나(민간형)로 나눌 수 있다. 행정형의 경우로는 노동위원회, 공해등조정위원회, 건설공사분쟁심사회, 건축분쟁조정위원회, 국민생활·소비생활센터 등을 들 수 있다. 민간형의 경우로는 국제상사중재협회, 일본해운집회소, 교통사고분쟁처리센터, 교통사고상담센터, 의료분쟁처리위원회, 세탁배상문제협의회 등을 들 수 있다.

2. ADR의 存在意義와 關聯한 그간의 論議

ADR에 대해서는 그의 존재의의와 관련하여 그간 긍정적 시각과 부정적 시각의 찬반논의가 있어 왔다.

1) 肯定論의 立場

ADR에 대한 긍정적 시각은 아마도 기존의 ‘법’, ‘법률가’ 그리고 ‘재판제도’에 대한 실망 내지는 불신으로부터 기인하지 않았나 싶다. 이러한 시각에서 ADR이 새로운 대안으로 제시된 것이라 보여진다. 이러한 입장을 대표하는 학자로서는 Jethro K. Liberman과 James F. Henry를 들 수 있는데, 이들이 바라보는 ADR의 장점으로는 먼저, ADR이 승패판정이라는 재판의 생래적 한계를 극복하여 보다 창의적이고 생산적인 해결책을 모색할 수 있다는 점이다. 둘째로, 당사자들이 법률가의 법적 사고로부터 자유로이 자신들의 문제를 더 정확히 파악할 수 있고 상대방의 대응에 보다 유연하고 신속하게 대처할 수 있다는 점이다. 셋째로, 관련 사안에 전문적 식견을 갖춘 법률가를 중립적 주재자로 선택할 수 있다면, 심리적으로 그가 판단해 주는 결과를 받아들일 가능성이 높아진다는 점을 들고 있다.¹⁹⁾

Judith Resnik 또한 ADR이 사건 적체와 고액수임료 등의 문제점이 드러난 재판제도에 대한 대안으로서, 그 평가 역시 ‘사건의 간편한 해결방법’ 정도에 그쳐서는 곤란하고, 재판보다 ‘보다 적절하고, 효율적이며, 공정한 제도’ 로서 평가되어야 한다고 주장하고 있다.²⁰⁾

2) 批判論의 立場

ADR의 활용과 관련한 이론적 비판과 관련하여, 그 대표적 비판론자로는 Owen M. Fiss를 들 수 있

19) Jethro K. Liberman & James F. Henry, Lessons From the Alternative Dispute Resolution Movement, 53 Chi. L. R.,(1986), pp. 429-431.

20) Judith Resnik, Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution Adjudication, 10 Ohio St. J. on Dispute Resolution(1995), p. 211.

다. Fiss는 소송 외적 방법을 통한 분쟁해결은 마치 형사재판에서의 유죄타협과 같은 것으로, 이는 결국 대량사회의 조건에의 적응에 불과한 것이기 때문에 결코 권장될 것은 아니라고 주장하였다.²¹⁾ Fiss의 비판을 구체적으로 살펴보면 첫째로, ADR은 당사자 간의 힘의 불균형을 간과하고 있다고 한다. 이는 사회적, 경제적 약자인 경우에는 일반적으로 소송 외적 타결을 강요받는 성향이 있기 때문이라고 한다. 둘째로, ADR은 분쟁의 당사자를 개인으로 가정하고 있지만 많은 경우 회사나 노동조합과 같은 조직체인 경우가 많으며 이러한 경우 그 조직체의 구성원인 주주나 노조원의 이익을 희생하면서 타결이 될 수도 있다고 한다. 셋째로, ADR은 소송이 갖고 있는 시정적인 면모를 약화시키고 단지 판결 자체가 그 과정의 종착역인 것으로 가정하고 있다는 것이다. 이는 ADR이 여전히 분쟁해결의 결과를 집행하는 문제를 남겨놓고 있기 때문에 완전한 해결방안일 수 없다는 것이다. 넷째로, ADR은 우선 분쟁을 해결하여서 평화를 얻고자 하는 데 목적이 있으나, 소송은 헌법과 법률을 해석하고 이에 구현된 가치를 실현하는 것을 그 목적으로 하고 있으므로 합목적적인 면에서 권장할 만하지 못하다고 한다. 다섯째로, 일상적인 사건은 ADR로 다루고 보다 심각한 분쟁은 소송을 거치도록 하자는 주장에 대해서는 이를 구별할 만한 기준도 존재치 않으며 이러한 구분론 자체가 ADR의 취약성을 나타내 보이는 것이라고 하였다.²²⁾

또한 절차상 드러나는 ADR의 문제점으로는 먼저, ADR이 효과적인 증거발견절차를 결하고 있기 때문에 충분한 사실발견이 이루어지기 어렵다는 점, 그리고 ADR이 생생한 증거의 제시와 같은 절차를 거치지 않기 때문에 부정확한 판단을 초래할 수 있다는 점

을 들 수 있다. 이는 ADR이 소송과 같이 상세하게 세부적 내용을 갖고 있는 것이 아니라서 교호신문 내지 선서 하의 증언, 증거법칙의 적용 등 통상의 소송절차를 결하고 있으므로 진실발견에 있어 어려움이 있을 수 있다는 데 기인한 것이다. 둘째로, ADR절차에서는 엄격한 의미의 법관이 존재하지 않기 때문에 공적인 신뢰를 구축할 수 없다는 것이다. 셋째로, ADR절차에서는 변호사의 대리가 없이도 효과적으로 분쟁을 해결할 수 있으며 이러한 점이 장점으로 부각되고 있지만, 이는 변호사의 역할을 과소평가한 것이라고 지적되고 있다.²³⁾ 넷째로, ADR은 공적 이익에 관련된 사건에는 적합하지 않다는 것으로, 이는 ADR에 의해 얻은 결과는 당사자가 반드시 증거에 기한 주장을 하지 않는 경우가 많고 당사자의 개인적 이익에 의해 좌우되는 경우가 많아 공익을 객관적 기준에 의해 유지함으로써 인한 공적 소송의 목적을 달성하기 곤란하다는 점이다.

**ADR에 대한 비판으로는 당사자 간
힘의 불균형 간과, 당사자가 조직체일 경우
조직체 구성원의 이익 희생 가능성,
소송이 갖는 시정적인 면모 약화 등이 거론**

21) Owen M. Fiss, "Against Settlement", 93 Yale L.J.(1984), p. 1075.

22) Owen M. Fiss, Against Settlement, pp. 1076-1090.

23) Edward Brunet, "Questioning the Quality of Alternate Dispute Resolution", 62 Tulane L. Rev., pp. 31-47.

IV. 우리나라에서의 ADR 制度

ADR은 각각의 나라의 법률문화나 환경에 따라 다양한 모습을 갖고 있으며, 그 모습만큼 종류도 다양하다고 할 수 있다. 다양한 종류의 ADR을 정형적으로 유형화하기에는 어려움이 있다 할 것이나, 대체적으로 상담·알선, 화해, 조정, 중재 등으로 분류해 볼 수 있을 것이다. 이하에서는 우리나라에서 현재 활용되고 있는 ADR을 중심으로 살펴보고자 한다.²⁴⁾

1. 相談 및 斡旋

상담이란 행정기관, 소비자보호단체 등 각종의 공·사 단체가 국민이나 소비자 등으로부터 받은 고충을 관계있는 상대방에게 전달하고, 그가 가진 행정력 내지 사실상의 힘을 이용하여 분쟁을 해결하는 방법이다. 예로서 행정기관에 의한 민원상담, 소비자단체에 의한 피해해결상담 등을 들 수 있다.²⁵⁾

알선은 분쟁의 당사자들이 스스로 합의 또는 양해에 도달하여 분쟁을 해소할 수 있도록 하는 중립적인 제3자에 의한 직·간접적인 지원노력을 말한다. 이는 합의의 주선·고취·중재·자문·감정·쟁점의 정리·당사자의 감정이나 분위기의 절제 등의 노력을 말하며, 소송 외의 분쟁해결방식 중 가장 비법률적인 절차라고 할 수 있다. 설사 제3자가 존재한다 하더라도 이 자는 어떤 해답에 상응하는 권고를 하는 것이 아니고 당사자들이 합의에 도달하도록 돕기 위해 존재하게 된다. 분쟁해결을 위한 직접적인 결론이 도출되는 것이 아니라는 점에서 조정이나 중재와 구별된다.²⁶⁾

2. 調 停

조정이란 제3자가 독자적으로 분쟁해결을 위한 타협안을 마련하여 당사자의 수락을 권고하는 방식으로, 당사자가 이 안을 받아들임으로써 조정이 성립케 되고 만약 이를 거부하게 되면 조정은 성립하지 않게 된다. 이러한 점에서 이는 해결방안에 대한 거부의 자유가 최종단계에서 인정되는 자주적 해결방식이라 할 수 있다. 조정제도가 갖는 기능으로서는 소송보충적(訴訟補充的) 기능,²⁷⁾ 간이재판적(簡易裁判的) 기능,²⁸⁾

24) 강현중, 민사소송법, 서울: 박영사(2004), 50면 이하; 김용진, 민사소송법, 서울: 신영사(2004), 13면 이하; 김홍규, 민사소송법, 서울: 삼영사(2003), 20면 이하; 류승훈, 민사소송법, 20면 이하; 이시운, 신민사소송법, 서울: 박영사(2008), 15면 이하; 전병서, 민사소송법, 29면 이하; 정동윤/유병현, 민사소송법, 서울: 법 (2005), 8면 이하; 호문혁, 민사소송법, 서울: 법문사(2005), 5면 이하.

25) 류승훈, 민사소송법, 27면; 정동윤/유병현, 민사소송법, 8면 이하.

26) 반홍식, 소송 외 분쟁해결제도에 관한 연구, 12면; 류승훈, 민사소송법, 27면.

27) 소송에 의한 분쟁해결 시 나타나게 되는 문제점을 조정제도를 이용함으로써 보다 간이·신속하고 저렴하게 분쟁해결에 이용할 수 있다는 의미이다.

28) 법규에 입각한 엄격한 절차규제에 의해서가 아닌 조리재판(條理裁判)에 의한 자유로운 간이절차를 통한 분쟁해결이라는 것이다.

거래중개적(去來仲介的) 기능,²⁹⁾ 사건선별적(事件選別的) 기능,³⁰⁾ 법창조적(法創造的) 기능³¹⁾ 및 민주주의적(民主主義的) 기능을³²⁾ 들 수 있다.

조정은 사법기구에 의한 조정, 행정기구에 의한 조정 그리고 민간기구에 의한 조정으로 나눌 수 있다. 사법기구, 즉 법원에 의한 조정은 민사조정법에 의한 민사조정, 가사소송법에 의한 가사조정 그리고 광업법에 의한 광해조정을 들 수 있다. 먼저 민사에 관한 분쟁을 해결하기 위한 민사조정은 민사분쟁에 관하여 조정기관이 당사자 사이를 중개하여 호양에 따른 합의에 이르도록 주선함으로써 분쟁을 종국적으로 해결하도록 도모하는 분쟁해결방식이다. 민사조정은 조리에 맞고 구체적인 실정에 맞는 해결을 목표로 하고 그것이 조리와 실정에 부합하는지는 조정담당판사나 조정위원회가 판단하게 된다. 따라서 조정기관은 타당한 조정안을 제시할 필요가 있으며, 때에 따라서는 조정에 갈음하는 결정을 하기도 또는 당사자 간에 합의가 성립한 경우라 할지라도 조정이 성립하지 아니한 것으로 사건을 종결시킬 수도 있다. 조정이 성립되지 않는 경우에는 필요 시 직권에 의해 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있으며, 이에 대하여는 당사자의 이의신청에 의해 그 효력을 상실케 할 수 있다. 조정이 성립되지 않은 경우 신청인은 제소신청을 할 수 있고 이때에는 조정신청 시 소가 제기된 것으로 본다. 조정이 성립된 경우 조정은 재판상 화해의 효력과 동일한 효력을 갖게 된다.³³⁾

〈표 1: 민사조정 통계〉

	2007	2008
민사조정 신청건수	접수건수: 6,848건 처리건수: 6,750건 조정성공률: 31.4%	접수건수: 5,800건 처리건수: 5,580건 조정성공률: 35.9%
민사조정 회부사건	조정담당판사 및 조정위원회 처리건수 3,125건 수소법원 처리건수: 53,004건 조정처리비율: 5.2%	조정담당판사 및 조정위원회 처리건수: 2,970건 수소법원 처리건수: 47,846건 조정처리비율: 5.2%
제1심 민사본안사건의 처리결과 중 조정화해 처리비율(소액 사건 제외)	12.8%	9.7%
민사조정처리기간	1월 이내: 2,117건(21.4%) 2월 이내: 3,487건(35.3%) 3월 이내: 1,826건(18.25%)	1월 이내: 1,690건(20.2%) 2월 이내: 3,115건(37.1%) 3월 이내: 1,801건(21.5%)

29) 당사자가 주체가 되어 하는 분쟁해결이라는 의미와 함께 당사자 만에 의하여 해결되지 않는 사적 거래에서의 분쟁을 공정하고 합리적인 중개, 알선 및 원조에 의해 해결함을 말한다.

30) 정말로 재판제도를 거쳐야만 하는 사건에 대해서만 법관이 그 업무를 수행하고 그 밖의 사건은 다른 방식에 의해 분쟁해결을 시도하는 것이 더욱 바람직하다는 것이다.

31) 실정법규의 고전화 내지 현실과의 괴리를 형평의 이념에 의하여 보완하고 수정하여 현실에 부합되는 법을 만들어 감을 말한다.

32) 조정위원이라는 민간인을 조정위원회의 구성원으로 끌어들이므로써 민사사법예의 국민참여라는 사법에 있어서의 민주주의를 구현함을 말한다.

33) 2007년도 사법통계(www.scourt.go.kr/사법연감/통계)에 따르면, 민사사건의 경우 ⅰ) 민사조정신청으로 6,848건이 접수되어 6,750건이 처리되었고 조정성공률은 31.4%였다. ⅱ) 조정회부사건의 경우 조정담당판사 및 조정위원회 처리 건수는 3,125건, 수소법원처리 건수는 53,004건이었고, 민사본안사건 중 조정으로 처리되는 비율은 5.2%였다. 소액사건을 제외한 제1심 민사본안사건의 처리결과 중 조정 및 화해로 처리되는 비율은 12.8%였다. 민사조정사건의 처리기간은, 1월 이내가 2,117 건으로 21.4%, 2월 이내가 3,487 건으로 35.3%, 3월 이내가 1,826 건으로 18.5%였다. 1월 이내에서 3월 이내의 처리기간이 전체의 75.2%에 달하고 있다. 반면에 민사본안사건의 평균처리기간은 제1심 합의부가 10.1월, 단독판사가 5.6월, 소액사건이 4.2월이 소요되었다.

2006년도에는 ⅰ) 민사조정신청으로 5,800건이 접수되어 5,580건이 처리되었고 조정성공률은 35.9%였다. ⅱ) 조정회부사건의 경우 조정담당판사 및 조정위원회 처리 건수는 2,970건, 수소법원처리건수는 47,846건이었고, 민사본안사건 중 조정으로 처리되는 비율은 5.2%였다. 민사본안 사건 중 조정, 화해처리비율(33,299건/ 342,950건)은 9.7%였다. 민사조정사건의 처리기간은, 1월 이내가

가사조정은 가정에 관련한 분쟁에 대하여 개인의 존엄성과 양성의 평등을 기본으로 하여 가정의 평화와 건전한 친족공동생활의 유지를 도모하는 것을 목적으로 당사자를 알선하여 공정하고 구체적으로 타당한 합의를 성립시키고자 하는 자주적 분쟁해결방식이라 할 수 있다. 가사조정은 1991년 시행된 가사소송법에 의해 민사조정법을 준용하도록 하고 있다.³⁴⁾

〈표 2 : 가사조정 통계〉

	2007	2008
가사조정 신청건수	접수건수: 1,861건 처리건수: 1,873건 조정성공률: 73.6%	접수건수: 1,665건 처리건수: 1,555건 조정성공률: 70.6%
가사조정 회부사건	조정담당 판사 및 조정위원회 처리건수: 2,534건 수소법원 처리건수: 8,541건 조정처리비율: 30.2%	조정담당 판사 및 조정위원회 처리건수: 2,024건 수소법원 처리건수: 7,371건 조정처리비율: 23.72%
가사조정처리기간	1월 이내: 2,117건(21.4%) 2월 이내: 3,487건(35.3%) 3월 이내: 1,826건(18.25%)	1월 이내: 426건(11.9%) 2월 이내: 1,070건(29.9%) 3월 이내: 729건(20.4%)

2009년 이후에 법원에 의한 조정 제도는 큰 변화를 보일 것으로 예상되는데, 대법원은 조정제도를 확대·강화하기 위해 ‘법원조정센터’를 신설하고 전문가로 구성된 상시 조직인 ‘상임조정위원 제도’를 도입해 2009년부터 운영하기로 하였다. 입법예고안에 따르면 2009년 초까지 서울과 부산에 법원조정센터를 설치하고 2009년 말까지 전국 각 고등법원이 있는 법원에 조정센

터를 설치할 계획이다. 시행 초기에는 조정전담판사·조정위원회와 병렬적으로 운영하지만 앞으로는 조정사건은 조정센터 중심으로 운영한다는 방침이다. 조정센터는 센터장과 8-10명의 상임조정위원으로 구성되는데, 국민 신뢰와 전문성을 높이기 위해 15년 이상의 ‘중량급’ 법조 경력자를 상임조정위원으로 임명하고 변호사 업무 등 겸직을 금지할 전망이다. 대법원은 특히 상임조정위원 전속 조정부를 편성해 조정부별로 의료·건설·노동 등 전담 부서를 마련하는 방안도 검토 중이다. 상임조정위원 제도가 활성화되면 재판 절차를 거치지 않고 신속하게 분쟁을 해결할 수 있고 재판부 입장에서도 사건이 크게 줄어 집중심리가 가능해질 것이라고 기대하고 있다.

행정부 산하 조정위원회³⁵⁾ 및 민간기구에 의한 조정으로는 원자력손해배상법, 전기공사업법, 건설업

1,690 건으로 20.2%, 2월 이내가 3,115 건으로 37.1%, 3월 이내가 1,801 건으로 21.5%였다. 1월 이내에서 3월 이내의 처리기간이 전체의 78.8%에 달하고 있다. 반면에 민사본안사건의 평균처리기간은 제1심 합의부가 10.1월, 단독판사가 5.6월, 소액사건이 4.1월이 소요되었다.

34) 2007년도 사법통계(www.scourt.go.kr/사법연감/통계)에 따르면, 가사사건의 경우, i) 가사조정신청으로 1,861건이 접수되어 1,873건이 처리되었고 조정성공률은 73.6%였다. ii) 조정회부사건의 경우 조정담당판사 및 조정위원회 처리 건수는 2,534건, 수소법원처리 건수는 8,541건이었고, 가사본안사건 중 조정으로 처리되는 비율은 30.2%였다. 가사조정사건의 처리기간은, 1월 이내가 903 건으로 20.5%, 2월 이내가 1,176 건으로 26.7%, 3월 이내가 878 건으로 19.9%였다. 1월 이내에서 3월 이내의 처리기간이 전체의 67.1%에 달하고 있다. 반면에 가사소송사건의 1심 평균 처리기간은 7.5월이었다.

2006년의 경우, i) 가사조정신청으로 1,665건이 접수되어 1,555건이 처리되었고, 조정성공률은 70.6%였다. ii) 조정회부사건의 경우 조정담당판사 및 조정위원회 처리 건수는 2,024건, 수소법원처리건수는 7,371건이었고, 가사본안사건 중 조정으로 처리되는 비율은 23.72%였다. 가사소송사건 중 조정, 화해처리비율(10,385건/ 43,841건)은 23.7%였다. 가사조정사건의 처리기간은, 1월 이내가 426건으로 11.9%, 2월 이내가 1,070건으로 29.9%, 3월 이내가 729건으로 20.4%였다. 1월 이내에서 3월 이내의 처리기간이 전체의 62.2%에 달하고 있다. 반면에 가사소송사건의 1심 평균 처리기간은 7.1월이었다.

35) 소비자분쟁조정위원회, 의료심사조정위원회, 금융분쟁조정위원회, 저작권심의조정위원회, 건설분쟁조정위원회, 환경분쟁조정위원회, 전자거래분쟁조정위원회 등의 기구를 예로 들 수 있다.

법, 저작권법, 컴퓨터프로그램보호법, 환경분쟁조정법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률, 전자거래기본법, 전자금융거래법, 하도급거래공정화에 관한 법률, 용역경비업법, 부동산중개업법, 보험업법, 소비자기본법, 은행법, 증권거래법 등에 근거한 분쟁조정을 들 수 있다.

다음은 주요 분쟁조정위원회의 ADR 운용 통계자료이다.

3. 和 解

화해는 당사자 간의 직접적, 자주적 교섭을 통한 호양(互讓)으로 분쟁을 해결하는 방식이다. 즉 민사분쟁의 당사자가 서로 그 주장을 양보하여 합의가 이루어 질 때 다툼을 그만두게 되는 제도이다. 오늘날 소송사건의 폭발적 증가와 분쟁의 다양성으로 인한 소송사건 등의 여러 문제점이 대두되고는 있으나 화해의 이점 또한 경시될 수 없을 것이다. 분쟁발생 시 제1차적 단계부터 법률을 엄격히 적용하여 all or nothing의 판결을 내리는 것이 반드시 바람직한

〈표 3 : 전자거래분쟁조정〉³⁶⁾

연 도	분쟁 상담(건)	분쟁조정처리(건)
2000	308	83
2001	1,310	457
2002	2,987	857
2003	3,362	1,151
2004	7,774	1,032
2005	12,034	1,750
2006	11,054	1,991
2007	11,067	2,668

〈표 4 : 소비자분쟁조정〉³⁷⁾

연 도	개 최 횟수(회)	처 리 건 수(건)
2002	58	632
2003	59	893
2004	55	1,125
2005	56	987
2006	56	1,026
2007	61	1,003

〈표 5: 환경분쟁조정〉³⁸⁾

구 분	접 수 현 황(건)			처 리 현 황(건)				자진철회 (건)	처리중(개월) (건)
	계	접 수	전년이월	계	재 정(裁定)	조 정(調停)	중재합의		
합계	-	2,104	-	1,750	908	42	800	264	90
'07	275	196	79	172	126	3	43	13	(90)
'06	276	202	74	165	83	2	80	32	(79)
'05	266	166	100	174	100	4	70	18	(74)
'04	372	195	177	223	101	1	121	49	(100)
'03	550	350	200	292	87	-	205	81	(177)
'02	493	440	53	263	118	2	143	30	(200)
'01	184	154	30	121	68	7	46	10	(53)
'00	100	70	30	60	39	3	18	10	(30)
'99	119	82	37	79	35	1	43	10	(30)
'98이전	249	249		201	151	19	31	11	(37)

36) 전자거래분쟁조정위원회(www.ecmc.or.kr : 2007년 전자거래분쟁조정사례집 p.10 - 15.

37) 소비자분쟁조정위원회 (www.kca.go.kr/ 소개마당/ 소비자분쟁조정위원회.

38) 환경분쟁조정위원회(자료: 2008년 환경분쟁조정사례집) p.1,049.

것은 아닐 것이다. 이는 사건에 따라서는 소송에 의해서 해결방안을 강구하는 것보다는 오히려 다른 방안, 즉 화해를 통해서 분쟁을 해결하는 것이 더 바람직할 수 있기 때문이다. 따라서 양자는 상호 선택적 관계에 있는 것이 아니라 상호 보완적 관계에 있음을 직시하여야 할 것이다.³⁹⁾

화해는 실체법상으로는 민법상의 계약의 형태로도 인정되고 있고 소송법상으로는 제소전 화해와 재판상 화해에 의해서도 가능하다. 전자의 경우는 민법 제731조 소정의 화해계약을 말하는 것으로 당사자가 서로 양보하여 분쟁을 끝내기로 약정하는 것이다. 화해계약은 실제로는 불법행위가 발생하였을 경우 이른바 합의라는 방식으로 이용되고 있으며, 여기에 민·형사상 일체의 청구를 포기한다는 내용을 포함시켜 부제소 특약(不提訴特約) 내지 권리포기계약을 하는 것이 일반적이다. 이에 의해 당사자 일방이 양보한 권리는 소멸케 되고 상대방은 화해로 인하여 그 권리를 취득하는 창설적 효력(민법 제732조)이 생김으로써 화해 이전의 법률관계를 다룰 수 없게 되어 분쟁을 해결하게 된다.

후자의 경우에 있어, 소송상 화해는 소송이 개시된 후에 당사자가 판결에 의하지 아니하고 상대방과의 합의에 의해 소송을 자주적으로 종료케 하는 행위를 말한다. 당사자에 의해 화해가 성립하게 되면 이를 조서에 기재하여 확정판결과 동일한 효력을 부여함으로써 그 이상의 다툼은 끝나게 된다. 제소전 화해는 당사자가 소제기 이전의 단계에서 법원에 임의로 출석하여 화해를 하고 이를 조서화하여 분쟁을 종료케 하는 행위이다. 화해의 성립에 의해 분쟁이 해결된 경우에는 후일의 동일한 분쟁의 재연을 막기 위해 그 내용을 조서에 기재한 때에는 그 조서에는 확정판결과 동일한 효력이 인정되고 있다.

4. 仲 裁

중재란 사적자치의 원칙 하에 사인 간에 발생하였거나 장래 발생할 가능성이 있는 분쟁을 당사자 간의 합의에 따라 국가재판권을 배제하고 사인인 중재인의 판정에 의하여 해결하기로 하는 비소송적 분쟁해결절차로서 사적인 재판이라고도 한다. 사법재판제도가 과거의 사실에 대하여 시비를 가리고 재판을 통하여 사회정의를 구현하는 데 중점을 두고 있음에 반해, 중재제도는 과거의 사실에 대한 시비를 가리면서도 분쟁 당사자에게 새로운 기초 위에서 장래를 향하여 공존의 가능성을 찾는 데 그 중점을 두는 분쟁해결방식이라 하겠다.⁴⁰⁾ 중재는 분쟁사건의 부탁사항의 조건과 범위에 따라 상사중재, 해사중재, 노동쟁의중재 등으로

39) 류승훈, "민사법상의 화해제도에 관한 연구", 외법논집(제7집), 한국외대 법학연구소(1999), 428면.

40) 오늘날 중재제도는 다음의 점 등에서 소송 등의 다른 분쟁해결제도와 구별되고 있다. 첫째, 당사자 간의 중재에 관한 합의가 존재하여야 한다. 그러므로 미리 중재계약을 체결한 다음 제3자를 중재인으로 선정하여야 한다. 둘째, 중재인의 판정에 대해 양 당사자는 복종하지 않으면 안 되며, 중재인의 판정은 전적으로 자신의 양심에 의해 행하여지며 법률의 준수가 반드시 강제되지는 않는다는 점이다. 이는 중재판정이 보다 탄력적인 선과 형평에 의해 행하여 질 것이 요구되기 때문이다. 셋째, 중재판정에 대해서는 법원의 확정판결과 동일한 효력이 인정되고 있다. 그러나 국내중재판정이거나 외국중재판정이거나 중재판정은 그 자체로서 집행력을 가지지 아니하므로, 강제집행을 위해서는 법원의 집행판결을 받음으로 인해 집행력이 생기게 된다. 넷째, 중재는 신속하게 진행되어지므로 시간과 비용의 절약을 기할 수 있다. 또한 중재판정은 단심제이므로 그에 대한 불복신청, 재심사 및 상소가 허용되지 않는 것이 원칙이다. 예외적으로 중재판정취소의 소가 인정되고 있으며 이러한 취소사유가 있는 경우에는 집행판결을 하지 못하도록 하고 있다. 다섯째, 중재는 그 절차가 비공개로 진행되고 중재판정의 내용이 공표되지 않는다. 따라서 분쟁의 내막이나 영업의 비밀이 외부에 누설되지 않고, 사업의 영장선상에서 분쟁해결을 도모할 수 있게 된다.

분류되기도 하고, 당사자가 국내에 또는 국외에 영업소 또는 주소를 두고 있는가의 여하에 따라 국내중재와 국제중재로 구별되기도 하며, 상설중재기관의 사전지정 여부에 따라 제도적 중재와 임시적 중재로 구분하기도 한다. 중재에 관한 기본법으로 중재법이 있으며, 현재 우리나라에서는 대한상사중재원의 상사중재와 언론중재위원회의 언론중재가 유용한 기능을 담당하고 있다.⁴¹⁾

중재는 민사분쟁 특히 상거래에서 발생하는 분쟁 자체를 그 직접대상으로 하는 해결방식을 취하는데, 이는 거래관계에 있어서는 분쟁도 하나의 거래관계의 일환으로 다루어서 일단 위기에 빠진 거래관계를 신속하게 원상으로 회복하도록 도모하자는 것이다. 따라서 이를 위해서는 그 판정의 기준으로 '법'이라는 엄격한 기준에만 따르기보다는 '선과 형평'에 따라 당사자가 신뢰하는 동일업계의 그 분야에 정통한 전문가가 주도하는 절차에 의해 비공개로 신속하게 분쟁을 해결하는 것이 분쟁의 해결에 더욱 적합할 것이라는 취지에서 비롯된 제도라고 하겠다. 중재는 중재판정에 의해 그 절차가 종결되는데, 중재판정은 중재계약의 당사자가 부탁한 분쟁의 해결을 위하여 중재인이 내리는 최종적인 결정을 말한다. 당사자는 이 판정에 구속되며, 판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 갖게 된다. 따라서 중재판정에 대한 철회나 변경은 원칙적으로 허용되지 않으며, 중재판정 취소사유에 해당하는 경우에 당사자는 중재판정 취소의 소를 제기할 수 있을 뿐이다.

향후 중재제도가 더욱 그 활용도를 높여가기 위해서는 중재제도가 갖는 장점⁴⁴⁾ 이외에 문제점으로 지적되는 부분에 대해서 보완해 가지 않으면 안 될 것이다. 일반적으로 중재제도의 단점 내지는 문제점으로 지적되고 있는 부분은 다음의 몇 가지로 집약될 수 있다. 먼저, 중재의 판단기준으로서의 조리가 판단주체의 자의 내지는 주관과 믹스됨으로써 객관성 내지는 공정성을 충분히 담보할 수 없다는 점이다. 둘째로, 중재판정의 경우는 법과 선례에의 구속에 의해서가 아닌 중재인 자신의 가치관에 따른 판단에 의하는 만큼 중재인의 개인차에 따라 그 결과가 서로 달라질 수 있다는 점 따라서 법적 안정성 및 예견가능성을 해할 염려가 있다는 점이다. 셋째로, 중재인의 경우 분쟁사안의 쟁점에

〈표 6: 언론중재 등〉⁴²⁾

연 도	조정 접수(건)	조정 처리(건)
2000	607	387
2001	659	411
2002	511	319
2003	724	492
2004	759	504
2005	883	551
2006	1,087	659
2007	1,043	676

연 도	중재 접수(건)	중재 처리(건)
2006	7	7
2007	14	14

〈표 7: 상사중재〉⁴³⁾

연 도	접 수(건)	처 리(건)
2007	233	207
2008	262	261

41) 2005. 7. 28. 언론중재법에 의해 중재제도가 도입되기 이전의 언론중재위원회를 통한 언론중재는 실질적으로는 조정의 의미라 하겠다.

42) 언론중재위원회(www.pac.or.kr)/ 온라인자료실/ 각종통계 및 현황.

43) 대한상사중재원(www.kcab.or.kr) : 2008년 사업보고서 pp.7-16

44) 중재제도와 관련하여 그의 장점으로서 내세우는 것이, i) 소송에 의하는 것보다 시간과 비용을 절약할 수 있다는 점, ii) 분쟁해결 상의 당사자 간의 감정적 응어리를 덜 남긴다는 점, iii) 분쟁해결의 사안적합성을 기대할 수 있다는 점 및 iv) 국가주권의 범위를 넘어 국제적으로 그 효력을 미칠 수 있다는 점 등을 그 장점으로 들 수 있다.

대한 법률적 파악에 미숙하여 중요부분을 빠뜨릴 수도 있고 복잡한 사안의 경우에는 기대에 미치지 못하는 결론에 이를 수도 있다는 점 등이다.

그러므로 이러한 문제점을 극복해 나가기 위해서는 제도운영상의 제도적 개선방안도 중요하겠으나, 오히려 '좋은 중재인'의 존재가 그 기본 전제라 보여 진다. 이러한 중재인의 존재가 결국 중재제도의 결함을 보완해 줄 수 있는 가장 좋은 대안일 수 있을 것이다. 또한 기존의 중재제도가 상사분쟁 등에 국한되어 활용되고 있었으나, 향후에는 상사분야 이외에 건설·의료·교통·환경·보험·금융·증권·지적재산권 분야에서의 분쟁에서도 활용될 수 있도록 그 운용범위를 확대해 나가야 할 것이다.

V. ADR의 有用性 및 效用性 確保를 위한 具體的 方案의 提示와 關聯하여

1. ADR의 有用性和 關聯하여

소송 이외의 분쟁해결방식이 반드시 소송보다 나은, 우월한 제도라고 단언하기는 어려울 것이다. 그러나 이러한 방식은 그 자체가 소송에 의한 분쟁해결방식과는 다른 독자적 의미를 갖는 제도라 하겠다. 즉 재판절차에 대한 사전절차로서의 의미가 아님을 의미한다. ADR의 활용과 관련하여 그 장점으로서 부각되고 있는 것은, 자기결정적이고 미래지향적 분쟁해결을 가져올 수 있다는 점이다. 또한 분쟁해결비용의 절감 및 재판부담경감의 효과를 가져올 수 있다. 그리고 이러한 경우 법규와 같은 외부적 판단기준보다는 당사자의 주관적인 정의관념에 치중할 수 있을 뿐만 아니라 제3자는 단지 양측의 자주적인 교섭에 대한 촉매제 역할에 불과하기 때문에 전반적으로 전문화와 직업화가 방지될 수 있다. 또한 제도상의 형식에 의존할 필요가 없기 때문에 관료주의적인 절차는 거의 적용시키지 않을 수 있을 것이다. 아울러 한 나라의 법원의 재판권의 범위를 뛰어 넘는 국제적 분쟁해결방식으로서 더 유용할 수 있고, 당사자의 입장에서 사안의 비밀유지가 가능하고 사안의 개별성이나 특수성이 고려된 합목적적 판단이 가능하다는 점에서 그 유용성을 찾아볼 수 있을 것이다. 이러한 소송 이외의 분쟁해결제도의 활용을 통해 현대사회의 국민적 법의식과 정서에 부합할 수 있는 신속하고 간편한 절차의 활용을 도모하여 법원의 업무경감은 물론 재판제도가 안고 있는 현실적 한계를 극복하는 데에도 도움이 되리라 보여진다.

그러나 이러한 자주적 분쟁해결제도를 국가가 나서서 장려하는 경우의 문제점 또한 간과하여서는 아니 될 것이다. 즉, 분쟁을 비권력적으로 처리함으로써 시민적 권리의식을 배척하고 의리나 인정에 의한 해결에 집착하게 하는 풍조를 조장함으로써 전통적 가치관을 무너뜨릴 우려가 있다. 아울러 당사자의 호양(互讓) 및 합의에 의한 원만한 분쟁해결이 강조됨으로써 국가에 의한 분쟁해결 역할의 의미를 퇴색시킴으로써 국가의 분쟁해결제도 개선의 노력을 태만하게 할 우려가 있다는 비판이 가해지고 있다.

그러므로 재판에 의할 것인지 아니면 재판 이외의 분쟁해결방식에 의할 것인지는 결국 소비자인 이용자의 선택에 맡겨두어야 할 것이며, 궁극적으로 제도상 이를 이용하는 자들에게 선택의 기회를 충분히 보장해 준다는 점에 그 중심을 두어야 할 것이다. 이는 재판만이 시간적, 경제적인 면을 포함하여 사회적 타당성

이 있는 해결이라는 인식을 넘어서 양 제도를 선택할 수 있는 체제를 갖추므로써 권리구제에 만전을 기하기 위함이며 ADR과 소송과의 관계가 상호보완적 관계에 있고, 결코 소송제도를 대신하는 대체적 제도로서 극단적으로 파악되어서는 곤란하다는 것을 역설적으로 보여주는 것이라 하겠다. 다양한 분쟁의 해결을 위해 보다 다양한 제도적 장치를 마련해 놓음으로써 분쟁당사자들이 보다 효과적이고 합리적인 분쟁해결에 이를 수 있도록 배려해야 한다는 당위적 측면이 강조됨으로써 결국 ADR도 나름의 독자적 의미를 키워 나갈 수 있을 것이다.

오늘날 ADR은 각종의 다양한 분쟁의 해결을 위해 활용되고 있다. 일각에서 ADR이 소송제도를 대체하는 분쟁해결제도로서 그 효용성을 인정받을 수 없는 하나의 환상에 불과하다는 지적도 심심치 않게 나오고 있다. 그러나 이러한 효용성 문제는 현실에서의 ADR의 활용도를 기초로 하여 판단되어야 할 것이다. 따라서 이들의 이용과 관련하여 만약 그 효용성이 높다면 이를 더욱 향상시킬 수 있는 제도적 개선방향을 강구해 나가야 할 것이고, 만약 제대로 그 기능을 하지 못하고 있다면 현실적 문제점을 찾아 내 그의 개선을 위한 노력을 기울여야 할 것이다.

2. ADR의 效用性 確保를 위한 具體的 方案과 關聯하여

앞서 살펴 본 ADR의 효용성 내지 유용성과 관련한 논의는 이제 ADR이 과연 분쟁해결을 위해 유용한 제도인가의 차원에서의 논의가 아니라 유용한 분쟁해결제도로서 기능하기 위해서는 어떠한 측면이 보완되고 개선되어야 할 것인가의 문제를 중심으로 논의

되는 단계로 이전되었다고 하겠다. 어떠한 제도가 더 우월한 제도이냐는 그들에 대한 소비자의 선택을 통하여 판단되어야 할 성질의 것으로 몇몇 사람들의 찬반논쟁에 의해 해결이 가능한 문제는 아닌 것이다. 다만, 이제는 바야흐로 이러한 제도를 보다 효율적이고 공정하게 운용하기 위하여 무엇이 요구되고 있는가의 문제이므로 그 논의의 비중이 옮겨져야 할 것이다.

개개의 분쟁마다 사건의 성격이 다양하기 때문에 과연 어떠한 절차가 효율적인 사건관리에로 이어질 수 있는지의 문제가 상당히 중요할 것이다. 어떠한 절차를 선택할 것인가에 있어서 중요한 요인으로는 사건에의 ADR 적합성, 효율성 그리고 시간적 및 비용적 측면에서의 경제성이라 하겠다. 이러한 요소 외에도 당사자 간의 관계 즉, 당사자 간에 계속적인 관계가 존재하는지, 당사자 간의 교섭능력에 있어 차이가 있는지, 소요되는 경비를 당사자가 부담할 수 있는지, 양 당사자 간에 의사소통상의 문제는 없는지 그리고 양 당사자가 분쟁결과에 대한 예측에 있어 어느 정도의 차이를 보이고 있는지 등을 파악하는 과정이 요구된다. 이러한 점에서 ADR은 매우 중요한 역할을 하는 것으로 판단된다. 다만, ADR의 활용과 관련하여 향후 다음과 같은 점은 극복되지 않으면 안 될 것으로 본다. 먼저, 어떻게 재판으로 해결하여야 할 사건과 ADR로 해결하여야 할 사건을 어떻게 구별할 것인지의 구별 기준의 문제가 있을 것이고 또한 어떠한 종류의 분쟁이 어떠한 유형의 ADR에 적합할 것인지를 가려내는 문제일 것이다. 아마도 이 문제의 해결을 위해서는 각양각색의 분쟁마다 그 구체적인 분쟁원인을 살펴보는 것이 순서일 것이다. 또한 소송 외 분쟁해결제도의 일반적

재판에 의할 것인지 아니면 재판 이외의 분쟁해결에 의할 것인지는 이용자의 선택에 맡겨두어야 할 것이며, 제도는 선택의 기회를 충분히 보장해 준다는 점에 중심을 두어야

특성중의 하나로 거론되어 지는 것으로 경제성, 저렴성, 신속성 그리고 간편성 등을 들 수 있는데 이러한 것이 단지 피상적으로 인식되어지는 것만으로는 곤란하고 개개의 구체적인 사건과 주변 사정에 의해 서로 다른 결론에 이를 수 있다는 점을 당사자들에게 주지시켜야 할 것이다. 따라서 분쟁당사자의 수·상호관계·경제력, 원고의 사건해결의 긴급성과 필요성, 주장의 성격, 증거의 성격과 입증가능성, 재판의 지연가능성 그리고 정식재판의 예상비용 등에 대한 내용이 고려되지 않으면 안 된다.⁴⁵⁾

둘째로, 소송에 의하지 않는 대체적 분쟁해결방식은 본래 가능한 한 비공식절차를 통해 법률전문가의 개입을 배제하고 합목적적인 분쟁해결을 도모하기 위한 것임에도 법률가들에 의한 개입에 의해 결과적으로는 본연의 장점은 퇴색되고 재판제도에 유사한 분쟁해결방식으로 화할 가능성이 높음을 부인할 수 없을 것이다. 소송 이외의 분쟁해결제도의 본질을 합의를 그 본체로 하여 가능한 한 당사자의 자치권과 임의절차성을 보장해 주려는 데에 두고 있다고 한다면 소송에 유사한 절차진행은 지양되어야 할 것이다. 결국 이 제도를 운영하는 주체가 이를 제대로 운영하기 위해서는 상식과 조리를 적용하여 좀 더 장래 희망적으로 또는 후견적 또는 합목적적 판단이 가능하도록 운용하여야 할 것이다.⁴⁶⁾ 이를 위해서는 ADR을 주재하는 자가 앞서와 같은 판단을 할 수 있는 능력 및 협상능력을 갖출 수 있도록 이를 배양하는 훈련이 절실하게 요구된다고 하겠다. 따라서 기존의 해석법학적 교수방식을 지양하고 실무적 기술이나 협상능력의 개발을 위한 프로그램 등의 교육방법을 통해 이를 뒷받침하여야 할 것이다.

셋째로, 소송 외 분쟁해결기관에서 이루어지는 합의가 갖는 의미는 단순히 분쟁의 종국적 해결의 의미를 넘어 합의도출 과정에서의 당사자 간의 주체적인 의사형성이 이루어진다는 것이므로 분쟁해결기관이 분쟁의 해결만을 위한 차원에서 분쟁에 접근하는 것보다는, 분쟁해결과정에서 새롭게 형성되고 변화되어 가는 당사자의 의사가 충분히 반영될 수 있도록 배려해야 한다는 점이다. 이러한 과정을 통해 어느 일방 당사자의 사기나 강박 혹은 과실에 의하여 합의가 이루어지는 것을 방지할 수 있을 뿐만 아니라, 이 제도를 통해 도출되는 합의내용을 강제할 수 있는 제도적 토대를 만들 수 있을 것이다.


넷째로, ADR을 도입하는 경우, 이 제도의 이용을 당사자의 자유의사에 따르게 할 것인가 아니면 법원이 의무적으로 이 제도에 의해 처리하게 할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 이는 본 제도의 존재 의의를 살피서 결정하여야 할 것이다. 먼저 강제적으로 이용케 할 경우에는 상대방이 직접적으로 교섭하는 것을 막음으로써 소송의 비용이 증가될 경우에 법원이 개입하여 상대방을 합법적으로 교섭에 응하도록 해 줄 수 있을 것이다. 아울러 대리인인 변호사 등이 보수를 목적으로 불필요한 소송수행을 하려는 것을 견제할 수도

45) Jethro K. Liberman & James F. Henry, Lessons From the Alternative Dispute Resolution Movement, p. 424.

46) 특히 집단 간 이해관계와 관련하여 발생하는 분쟁의 해결과 관련해서는 지역에서의 분쟁을 해결하기 위해 한 지방자치단체에서 시행하고 있는 민원배심제도를 참고할 필요가 있다. 민원배심제도는 대구시 수성구가 집단민원의 처리를 위하여 2000년 2월 21일부터 수성구청장의 예규 제 143호인 '대구광역시 수성구 민원배심제도 운영지침'에 의하여 시행중인 제도로서, 법률전문가가 아닌 제3자인 일반 국민 중에서 지식과 덕망이 높은 사람을 배심원으로 선출하여 배심판정을 통해 분쟁을 해결하는 제도이다. 이 제도의 도입목적은 '민원사안이 중대하여 장기간 해결되지 않고 주민간의 이해가 대립되는 민원 등을 공개적·민주적으로 처리하고 민원 처리의 공정·신뢰성을 확보하기' 위한 것이다. 비록 법률적인 구속력은 없다 할지라도 이해당사자 간의 공개적인 대화를 통하여 해결방안을 모색 또는 중재함으로써 분쟁의 사전 역지를 피할 수 있고 주민 간의 화합과 지역발전에도 기여할 수 있다는 점에서 ADR의 다양한 방법 중의 하나로서 의미를 갖는다고 하겠다.

있을 것이다. 그러나 ADR이 존재하지 않거나 충분치 않은 경우에는 불필요한 비용이 요구될 수 있고 관료에 의한 의례적 업무처리로 말미암아 분쟁당사자가 희생될 가능성도 많다 하겠다. 또한 광범위한 의무적 제도이용은 사건을 부적당한 절차에 놓이게 함으로써 결과적으로 시간과 노력의 도로화(徒勞化) 뿐만 아니라 불공정한 해결을 초래할 수도 있게 될 것이다.⁴⁷⁾ 결국 이 제도를 강제할 것이냐 아니면 당사자의 선택에 맡길 것이냐의 문제는, 어느 한 측면의 극단적 강조보다는 양자의 조율을 통해 당사자의 선택권의 보장과 법관에 의한 본 제도이용의 효율성을 고려하여 결정되어야 할 것이다.

마지막으로, ADR이 당사자에 의한 절차지연 등으로 인하여 오·남용되었을 경우 책임 있는 당사자에 대하여 어떠한 제재를 가할 수 있을 것인가 하는 것이다. 이에 의해 ADR의 이용이 위축되지 않을까 하는 우려도 있을 수 있으나, 이 또한 일정한 룰에 의하여 운용되는 만큼 본 제도를 이용하는 당사자에게 사전에 주지시키고 이러한 제재에 대해서 수용한다는 의사표시를 전제로 하여 운용하여야 할 것이다.

이상에서의 고려사항에 유념하여 ADR을 운용해 나간다면 대체적 분쟁해결방식의 문제점을 최소화하고, 이러한 방식의 활용을 통해 본래 의도하였던 바의 효율성을 극대화할 수 있을 것이다. 

47) 미국의 경우, ADR을 강제할 것인지 아니면 당사자의 선택에 의한 것인지를 놓고 고민해 온 것으로 보인다. 즉, 자동적으로 ADR에 의하도록 하는 방법, 당사자의 의견을 묻고 이에 따라 ADR에 의할 것을 결정하는 방법, ADR에 회부한 후 일정한 이익기간을 부여하는 방법 및 ADR 회부 여부를 결정하는 기준을 마련한 후 그 결정을 전달하는 직원을 두는 방법 등 다양한 논의가 진행되어 왔다. 최근에는 사건유형에 따른 강제적이거나 자동적인 ADR 회부는 극히 제한적이라 할 수 있고, 대부분의 경우에는 사건이 ADR에 적합한지의 여부의 판단을 판사와 당사자에게 맡기고 있는 것으로 보인다: 오세훈, 미국 민사재판의 허와 실, 158-159면.