



현행 분쟁해결제도의 문제점과 개선과제

— 언론중재를 예로 본 법철학적 분석 —

| 이 상 돈

고려대 법학전문대학원 교수
대검찰청 검찰제도개혁위원회 위원

| 양 천 수

영남대 법학전문대학원 교수
영남대 법학연구소 인권교육연구센터장

I. 서론

현행 사법체계는 분쟁해결제도로서 크게 두 가지 유형의 제도를 마련하고 있다. 가장 전형적으로 이용되는 ‘소송’과 흔히 ‘ADR’로 약칭되는 ‘소송대체분쟁해결제도’(Alternative Dispute Resolution)가 바로 그것이다.¹⁾ 이 중에서 소송은 ‘법의 지배’와 ‘권력분립’을 핵심내용으로 하는 근대적 법치국가 원리가 정착되면서, 오늘날까지도 가장 대표적

인 분쟁해결제도로 자리매김하고 있다. 그러나 이와 동시에 이미 오래 전부터 소송제도가 안고 있는 다양한 문제들이 지적되었고, 이의 연장선상에서 ‘소송대체분쟁해결제도’가 소송의 보완책으로 논의되어,²⁾ 지금은 민사영역뿐만 아니라 행정영역 등 다양한 영역에서 제도화되어 운용되고 있다.³⁾ 심지어 소송을 관할하는 법원은 이런 ADR을 더욱 활성화시키기 위해, 지난 2009년 4월에 법원조정센터를 설치하여 이를 적극적으로 운용하고 있

1) ‘ADR’의 번역어로는 이 글에서 사용하는 “소송대체분쟁해결제도” 이외에도 “재판외 분쟁해결절차”, “대체적 분쟁처리제도”, “소송에 갈음하는 분쟁해결방안”, “재판에 의하지 않는 분쟁해결절차” 등 다양한 번역어가 현재 사용되고 있다. 이런 번역어들은 모두 ‘ADR’이 담고 있는 의미내용을 적절하게 드러내고 있다고 생각한다. 다만 이 글에서는 편의상 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 『안암법학』제22호(2006. 4), 294쪽에 따라 “소송대체분쟁해결제도”라는 번역어를 사용하고자 한다.

2) 이하 “소송대체분쟁해결제도”는 ADR로 약칭한다.

3) 이렇게 제도화된 ADR 전반에 관해서는 우선 유병현, 앞의 논문(주1), 293-314쪽; 류지태, “행정법상 분쟁조정 제도의 비교연구”, 『고려법학』제42호(2004. 4), 1-19쪽 등 참고.

다.⁴⁾ 그러나 법원을 비롯해 ADR에 긍정적인 시각을 갖고 있는 진영은, 현재 우리의 ADR 이용 현황이 미국, 일본 등 선진국에 비해 현저히 낮다고 지적하면서, 이를 높이기 위해 다각도로 노력하고 있다.⁵⁾ 이는 ADR의 한 형태인 ‘언론중재’에서도 찾아볼 수 있다.⁶⁾⁷⁾

그러나 기존의 대표적 분쟁해결제도인 소송이 지닌 장점 및 ADR이 안고 있는 이론적·실제적 문제점을 고려하지 않은 채, 다소 성급하게 ADR의 활성화 방안만을 모색하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 소송제도가 어떤 역사적·사회철학적 맥락에서 등장한 것인지, ADR이 어떤 법철학적 기반 위에 서있는지를 거시적인 시각에서 다루지 않으면, 현재 법원 주도 아래 진행되고 있는 ADR 활성화 방안은 자칫 - 아래 III.3.에서 다루게 될 - ‘사법경제’의 논리에 사로잡히는 문제를 낳을 수 있다. 이는 언론중재에 대해서도 마찬가지라 할 수 있다.⁸⁾ 따라서 이 글은 법철학 및 법사회학의 시각에서 기존의 대표적 분쟁해결제도인 소송제도가 어떤 의의와 문제점을 지니고 있는지, 이를 보완하기 위해 등장한 ADR은 어떤 장점과 단점을 지니고 있는지, 그리고 ADR은 어떤 정책적 방향을 추구해야 하는지를 - 언론중재와 관련지어 - 살펴보고자 한다.

II. 기존 소송제도의 의의와 문제점

1. 의의

ADR을 적극적으로 활성화하고자 하는 주장은 기존의 분쟁해결제도인 소송제도가 형식적이고 번거로우며 비용이 많이 든다는 문제점을 지적한다.⁹⁾ 그러나 서구에서 근대적 사법체계 및 소송제도가 정착되는 과정을 보면, 이런 소송제도의 문제점들이 애초에는 장점으로 작용했다는 점을 알 수 있다. 독일의 사회학자 막스 베버(M. Weber)가 지적한 것처럼, 서구에서 진행된 근대화 과정은 ‘형식적 합리화’ 과정으로 요약할 수 있다.¹⁰⁾ ‘실질적 합리성’이 지배하던 전근대와는 달리, 근대화가 진행되면서 ‘형식적 합리성’이 그 자리를 대신하게 되었다. 이는 법체계에서 가장 전형적으로 찾아볼 수 있다. 가령 근대 자유주의적 법체계는 ‘중립성’, ‘형식성’, ‘외부성’을 통해 ‘형식적 합리성’이 어떻게 법체계에 구현되고 있는지를 잘 보여준다.¹¹⁾ 이 때문에 근대 자유주의적 법체계를 ‘형식법’(Formalrecht)이라고 말하기도 한다. 이런 ‘형식성’은 근대법이 제도화한 소송제도에서도 고스란히 찾아볼 수 있다.¹²⁾ 근대법이 구현한 소송제도는 한편으로는 엄

4) 『법률신문』(2010. 2. 4) 기사 참고; 이 기사에 따르면, 현재 법원조정센터에서 이루어지는 조정의 성공률은 50%선을 유지하고 있다.
 5) 이를 보여주는 임시규, “법원 조정의 현황과 과제”, 『한국조정학회 창립기념학술대회 발표문』(2009. 12. 5), 1-33쪽 참고.
 6) 언론중재는 ‘중재’라는 명칭을 사용하고 있지만, 그 속성을 보면 ‘조정’과 ‘중재’를 모두 포함하는 개념으로 사용되고 있다.
 7) 이런 시각을 보여주는 이재진·유재웅, “언론중재제도의 조정전치 기능에 대한 재고찰: 소송에 갈음하는 분쟁해결방안(ADR)의 효율성 관점에서”, 『한국언론학보』제48권 제2호(2004. 4), 267-293쪽 등 참고.
 8) 이와 유사한 시각으로는 류지태, “언론중재위원회의 발전방향”, 『고려법학』제43호(2004. 10), 93-119쪽 참고.
 9) 임시규, 앞의 논문(주5), 2-3쪽.
 10) 이에 관해서는 이상돈·홍성수, 『법사회학』, 박영사, 2000, 52쪽 아래 참고.
 11) 이에 대해서는 이상돈, 『로스쿨을 위한 법학입문』, 법문사, 2009, 232-235쪽.
 12) 이런 소송제도의 기본모습에 대해서는 이상돈, 앞의 책(주11), 단락번호 [6] “소송의 원리” 참고.

격한 형식성에 입각하여 짜여있어 당사자들에게 아주 귀찮고 번거로운 것이 될 수 있지만, 다른 한편으로는 이런 소송제도의 형식성이 제대로 작동하기만 하면, 소송 당사자들은 예측가능성을 그리고 법원은 법적 안정성을 확보할 수 있다는 장점이 있다. 아울러 이는 분쟁을 적절하게 해결하고, 소송 당사자들의 권리를 최대한 보장하는 데 기여한다. 바로 이런 점에서 근대적 소송제도가 지닌 형식성을 무작정 과소평가할 수는 없다.

2. 문제점

그러나 이미 지적되고 있는 것처럼, 기존의 소송제도는 여러 측면에서 문제점을 노출하고 있다. 소송법학의 관점에서 소송제도의 문제점을 분석·정리한 문헌들은 이미 상당수 축적되어 있는 형편이므로, 아래에서는 기초법학, 특히 법철학의 시각에서 소송제도가 안고 있는 문제점을 정리하도록 한다.

(1) 강한 형식성

위에서 언급한 것처럼, 근대적 사법체계가 정립되던 당시에는 소송제도가 지닌 강한 형식성이 핵심적인 장점으로 작용하였다. 그러나 근대 이후 전체 사회가 전문화·세분화되고 이에 따라 점점 복잡해지면서, 소송제도가 지닌 강한 형식성은 오히려 단점으로 부각되기 시작하였다. 소송제도의 형식성으로 인해, 소송을 통해 이루어지는 재판은 결과의 ‘형식성’ 및 ‘확

일성’, ‘질이 아닌 양적 중심의 해결방식’을 추구하게 되는데,¹³⁾ 이 때문에 소송은 소송 당사자들이 처한 구체적·개별적인 상황을 완벽하게 고려하는 데 한계를 지닐 수밖에 없다. 독일의 법철학자 클라우스 귄터(K. Günther)는 - 소송과 같이 - 규범을 적용하는 절차를 ‘규범적용대화’(Normanwendungsdiskurs)라고 규정하면서, 이런 규범적용대화가 ‘적절성’(Angemessenheit)을 획득하려면, ‘완벽한 상황해석’(vollständige Situationsdeutung)이 전제되어야 한다고 말하는데,¹⁴⁾ 형식적 합리성에 기반을 두어 설계된 현행 소송제도의 현실에서 볼 때 이는 그야말로 도달하기 어려운 이상에 가깝다. 바로 이런 이유에서 소송 당사자들은 - 소송의 승패에 관계없이 - 소송결과에 대해 불만을 토로하기 쉽다.

(2) 명확한 이분법적 코드의 작동

기존의 소송제도가 일도양단식 해결방식을 추구한다는 점, 즉 사회적 기능체계의 코드로 작동하는 ‘이분법적 코드’(binärer Code)가 특히 소송에서 명확하게 작동한다는 점 역시 문제를 야기한다.¹⁵⁾ 소송은 - 가령 민사소송에서는 ‘승소’ 아니면 ‘패소’, 형사소송에서는 ‘유죄’ 아니면 ‘무죄’ 처럼 - ‘합법’(Recht) 아니면 ‘불법’(Unrecht)이라는 이분법적 코드가 강하게 지배한다. 그 때문에 소송 당사자들은 ‘전부 아니면 무’(all or nothing)와 같은 ‘제로섬 게임’을 할 수밖에 없다. 그러나 이런 일도양단식 해결방식은 - 일종의 ‘인정투쟁’(Kampf um Anerkennung)과 결합하여 -

13) 이런 지적으로는 임시규, 앞의 논문(주5), 2-3쪽.

14) 이에 관해서는 K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt/M. 1988; 이를 소개하는 이상돈, 『새로운 법이론』, 세창출판사, 2005, 단락번호 [9] “법률적용의 진리성과 대화이론적 재구성”; 양천수, “법과 대화이론 - 클라우스 귄터의 대화이론적 법이론 -”, 『법철학연구』제4권 제2호(2001), 159-194쪽 등 참고.

15) ‘이분법적 코드’에 관해서는 N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, 4. Aufl., Wiesbaden 2004, 75쪽 아래.

소송이 무한정 길어지는 것에 대한 원인이 될 뿐만 아니라,¹⁶⁾ 여전히 우리 법현실의 한 측면을 지배하는 ‘중용적 사고’ 와도 합치하지 않는다.

(3) 자율성의 약화

나아가 기존의 소송과정에서는 관련 당사자들의 자율성이 약화된다는 문제점을 지적할 수 있다. 물론 기존 소송제도에서도 민사소송의 경우에는 처분권주의와 변론권주의를 핵심내용으로 하는 당사자주의를 통해 ‘소송의 사적자치’ 를 구현하고자 한다.¹⁷⁾ 그렇지만 소송제도가 지닌 강한 형식성과 전문성 때문에, 현실적으로 이런 당사자주의는 형식에 지나지 않는 경우가 대부분이다. 또한 당사자주의를 기반으로 한 민사소송이라 할지라도 결국 분쟁을 결정하는 권한은 관련 당사자들이 아닌 법관에게 있기 때문에, 이와 같은 해결방식을 자율적인 해결방식이라고 말하기 어렵다. 이처럼 소송제도에서는 자율성이 약화되고 있기 때문에, 관련 당사자들이 소송을 통해 도출된 결론에 대해 납득하지 못하는 경우도 많다. 요컨대, 관련 당사자들의 시각에서 보면, 소송을 통해 이루어지는 분쟁해결은 자신들이 주도한 것이 아니라, 타인(법관)이 주도한 것이기 때문에, 그 만큼 소송결과에 대한 불만을 야기하기 쉬운 것이다. 이런 이유에서 소송은 - 대부분의 경우 - 한 번에 끝나지 않고, 최종심까지 지속되는 경향을 보인다.

(4) 소송의 사회국가적 경향

기존의 소송제도에서 찾아볼 수 있는 더욱 큰 문제

점은, 일부 영역의 소송에서 사회국가적 경향이 강해지고 있다는 점이다. 특히 의료소송, 환경소송, 제조물소송 등과 같은 이른바 ‘현대형 소송’에서는 각 당사자들의 관계를 평등한 관계로 파악하지 않고, 강자와 약자의 대립구도로 파악한 후, 법원이 이런 소송에 적극적으로 개입하여 약자에게 유리한 판결을 내리는 현상을 빈번하게 찾아볼 수 있다. 물론 단기적인 차원에서 보면, 이런 소송의 사회국가적 경향은 현실적으로 소송 당사자들 사이에 존재하는 힘의 불균형을 해소할 수 있는 장점을 가진다. 그러나 소송의 사회국가적 경향은 장기적으로는 ‘조종의 트릴레마’(regulatorisches Trilemma)를 야기하여, 시민사회의 자율성뿐만 아니라, 소송의 기반이 되는 법체계의 규범적 통일성도 와해시키는 문제를 빚을 수 있다.¹⁸⁾

“일도양단식 해결방식은 소송이 무한정 길어지는 것에 대한 원인이 될 뿐만 아니라 여전히 우리 법현실의 한 측면을 지배하는 ‘중용적 사고’ 와도 합치하지 않는다”

(5) 비경제성

마지막으로 소송제도의 비경제성을 언급할 수 있다. 이는 아마도 법원을 주축으로 한 실무가들에게는 소송제도가 안고 있는 가장 큰 문제점으로 비칠 것이다. 소송제도가 지닌 형식성·정형성 때문에, 오늘날 소송절차는 시간적으로 점점 길어지고 있다. 그런데 이미 ‘소송폭발’의 시대로 접어든 우리

16) 이 ‘인정투쟁’을 철학적으로 분석하는 것으로는 A. Honneth, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt/M. 1994 참고.

17) 이상돈, 앞의 책(주11), 113-118쪽.

18) 이에 대해서는 이상돈, 『의료체계와 법』, 고려대학교 출판부, 2000, 220-222쪽 참고.

의 소송현실에서 볼 때,¹⁹⁾ 이렇게 시간도 많이 걸리고, 비용도 많이 드는 소송제도는 분명 비경제적인 제도임에 틀림없다. 무엇보다도 언제나 물적·인적·시간적 자원의 한계 속에서 분쟁을 해결해야 하는 법원의 시각에서 볼 때, 이런 소송제도는 법관 개개인에게 과중한 업무부담을 가중시키는 것일 뿐만 아니라, ‘사법경제’라는 사법체계의 기능적 효율성에도 반하는 것으로 비칠 수 있다. 따라서 법원이 소송을 대신할 수 있는, 그러면서 좀 더 간편하고 사법경제에 합치하는 제도를 모색하는 것은, 어찌 보면 당연한 일이라 할 수 있다.

III. ADR의 법철학적 기획

ADR은 이렇게 소송제도가 안고 있는 문제점들을 극복하고 소송제도를 보완하기 위해 등장하였다. 기존의 소송제도에 비해 ADR이 어떤 장점을 갖는가 하는 점은 이미 다수의 연구들이 밝힌 바 있다.²⁰⁾ 따라서 아래에서는 법철학의 관점에서 ADR이 무엇을 지향하고 있는지를 살펴보고자 한다. 이에 대해 필자들은 크게 세 가지 측면을 제시하고자 한다. ‘자율주의’, ‘절차주의’, ‘사법경제’가 그것이다.²¹⁾ 이 세 가지 측면은 ADR이 추구하는 각각의 방향을 보여준다. 그러나 여기서 주의해

야 할 점은, 이 세 측면은 서로 조화롭게 양립할 수 있는 것이 아니라, 각기 긴장관계를 유지하면서, 많은 경우에는 서로 충돌할 수 있는 방향이라는 점이다.²²⁾

1. 자율주의

먼저 ADR은 자율주의를 추구한다. 이 점은 - 많은 이들이 지적하는 것처럼 - ADR이 자율적인 분쟁해결제도이고, 국가적 제도를 넘어서 민간 부문까지 시야에 넣고 있다는 점에서 확인할 수 있다. 그러므로 자율주의가 지향하는 ‘자율성’은 ADR에서 가장 핵심적인 요소가 된다. 요컨대, ADR은 ‘사적 자치를 통한 분쟁해결’을 가장 극명하게 제도화한 것이라고 말할 수 있다. 그러나 ADR을 자율주의의 틀 안에서만 설계하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 자율주의는 근대 서구에서 성장한 ‘자유주의’(Liberalism)에 기반을 두는데, 이런 자유주의가 19~20세기를 전후로 하여 현실의 벽에 좌초했다는 역사적 사실이 이를 시사한다. ‘시장의 실패’가 단적으로 보여주는 것처럼, 각 당사자의 자율성에 의존해서만 분쟁을 해결하고자 하는 것은 - 현실적으로 각 당사자 사이에서 존재하는 힘의 불균형 때문에 - 실패하기 쉽다. 또한 이렇게 분쟁해결의 자율성만 강조하면, 자칫 ‘자율적인 타협’을 가장한 분

19) 이런 진단으로는 김정오, 『한국의 법문화: 인식·구조·변화』, 나남출판, 2006, 157쪽 아래.

20) 가령 임시규, 앞의 논문(5), 5-7쪽; 류지태, 앞의 논문(주3), 2-3쪽 등 참고; 후자의 문헌은 행정법상 ADR인 분쟁조정제도의 장점으로 “열려있는 해결수단”, “민간부문의 활용”, “자율적인 해결수단”, “사회적 비용의 최소화”를 제시한다.

21) 여기서 ‘자율주의’와 ‘절차주의’는 <자유주의적 법모델⇨사회국가적 법모델⇨절차주의적 법모델>로 이어지는 ‘삼단계 법모델’에 따른 것이다. 즉 ‘자율주의’는 ‘자유주의적 법모델’에, ‘절차주의’는 ‘절차주의적 법모델’에 대응한다. 이런 삼단계 법모델에 관해서는 우선 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2008, 단락번호 [13] “법과 역사” 참고.

22) 이런 긴장관계는 특히 ‘절차주의’와 ‘사법경제’에서 극명하게 드러난다.

쟁해결의 왜곡이 발생할 수도 있다. 그러므로 ADR이 추구하는 자율주의 기획은 한편으로는 국가 중심적 소송제도의 문제점을 교정할 수 있으면서도, 근대 자유주의가 낳은 폐해를 넘어설 수 있는 ‘변증적 기획’이 되어야 한다. ‘절차주의’가 바로 이를 도와줄 수 있다.

2. 절차주의

(1) 법의 절차주의화

‘절차주의’ 또는 ‘절차주의화’ (Prozeduralisierung)는 ‘절차적 정의론’ 혹은 ‘절차적 합리성’과 관련을 맺는 것으로서, 자유주의와 사회국가 사이에 존재하는 ‘딜레마’ (또는 ‘패러독스’)를 해소하기 위한 대안으로 등장하였다.²³⁾ 이런 절차주의는 법 영역에서는 ‘절차주의적 법모델’ 또는 ‘법의 절차주의화’로 구현되는데, 이는 크게 다음 세 방향으로 전개된다.²⁴⁾ ‘법의 절차주의화’에 따르면, 먼저 법은 개인들에게 어떤 행위를 해야 하는지, 개인들 사이의 권리와 의무를 어떻게 배분해야 하는지 등과 같은 규범적 내용에 대하여 어떤 ‘실체적 기준’을 제시하지 않는다. 나아가 법은 개인들이나 단체들이 질서를 형성하기 위해 필요한

규율, 즉 합의가능한 내용의 권리와 의무의 분배를 정하는 규범을 자율적으로 정립해 나아가도록 한다. 마지막으로 법은 개인들 또는 단체들 사이에서 발생하는 분쟁을 - 예컨대 협상, 조정, 중재 등을 통하여 - 스스로 해결하는 민주적 과정의 절차를 규율하는 기능만을 수행하도록 한다.

“ADR이 추구하는 자율주의 기획은 한편으로는 국가 중심적 소송제도의 문제점을 교정할 수 있으면서도, 근대 자유주의가 낳은 폐해를 넘어설 수 있는 ‘변증적 기획’이 되어야 한다”

(2) ‘대화적 의사소통구조화’로서 절차주의

절차주의는 독일의 사회학자 루만(N. Luhmann)이 1969년에 출간한 『절차를 통한 정당화』(Legitimation durch Verfahren)에서 촉발된 이래,²⁵⁾ 크게 세 가지 흐름으로 발전하였다. 즉 기본적으로 참여자 관점에 바탕을 둔 ‘대화이론적 절차주의’와 관찰자 관점에 바탕을 둔 ‘체계이론적 절차주의’ 그리고 이 두 절차주의를 ‘절충적으로 종합한 절차주의적 법이론’으로 구분할 수 있다.²⁶⁾ 첫 번째 유형으로서 우리는 하버마스(J. Habermas)가 제안한 ‘법의 대화이론’ (Diskurstheorie des Rechts)을, 두 번째 유형으로서 루만의 ‘체계이

23) 절차주의에 대한 상세한 분석은 이상돈, 앞의 책(주11), 단락번호 [13] “절차주의적 법” 참고.

24) 아래의 내용은 이상돈, 앞의 책(주11), 267-268쪽을 다시 정리한 것이다.

25) 그러나 루만 자신은 1993년에 출간한 『사회의 법』(Das Recht der Gesellschaft)에서 자신의 저서인 『절차를 통한 정당화』는 ‘법의 절차주의화 테제’를 다룬 것이 아니었다고 분명하게 말하기도 하였다. N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1993, 332쪽 각주(73) 참고.

26) 물론 이는 학자에 따라서는 달리 유형화될 수 있다. 가령 독일의 형법학자인 프랑크 잘리거(F. Saliger)는 절차주의를 ‘법사회학적-법이론적 절차주의’와 ‘도덕철학적-법철학적 절차주의’로 구분하면서, 전자의 경우로 비이트훔터와 토이브너, 에더 그리고 칼 하인츠 라데(K. H. Ladeur)를, 후자의 경우로서 하버마스를 언급한다. F. Saliger, *Grundrechtsschutz durch Verfahren und Sterbehilfe*, L. Schulz (Hrsg), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*: ARSP Beiheft 75, Stuttgart 2000, 107-121쪽.

론'(Systemtheorie)을 그리고 마지막 유형으로서 비이트홀터(Wietthölter)의 '절차주의적 법이론'과 토이브너(G. Teubner)의 '반성적 법이론' 및 클라우스 에더(K. Eder)의 '절차적 합리성' 이론을 꼽을 수 있다.²⁷⁾ 이런 다양한 절차주의 중에서 우리는 기본적으로 '대화적 의사소통구조화'를 지향하는 하버마스 식의 절차주의를 추구하고자 한다. 왜냐하면, 체계이론과 같이 '기능목적적 절차주의'를 강조하면, 자칫 체계의 자율적 기능을 위해 개인의 자율이 희생될 수 있기 때문이다. 다시 말해, 기능목적적 절차주의를 추구하면, 사회적 하부체계는 자기조절의 메커니즘을 가동시킬 수 있을지는 몰라도, 체계에 참여하는 시민들은 자기조절의 기회를 굴절 없이 누릴 수가 없게 되기 때문이다. 그러므로 우리는 외부에 대해서는 철저하게 폐쇄되고, 내부에서는 권력과 자본의 영향으로 얼룩진 '자기준거적 하부체계'를 지향하는 절차주의가 아니라, '개방되고 민주적인 체계', 다시 말해 하버마스가 말한 것처럼 "상호이해에 지향된 행동구조에 적합한 갈등해결의 절차"를 제도화하는 것이어야 한다.²⁸⁾

(3) 기능적 구조

이런 절차주의는 기능적인 면에서 어떤 구조를 취하

고 있는가? 이에 대해서는 크게 다음 두 가지를 꼽을 수 있다. '간접적 조종'과 '반성적 구조'가 그것이다.²⁹⁾

1) **간접적 조종** _ 절차주의로 짜인 법은 개인의 사회적 행위를 특정한 방향으로 '직접' 조종하거나, 개인과 개인 사이에서 형성되는 법적 관계의 구체적 내용을 '직접' 정하는 것을 포기한다. 그러나 당사자들이 규범을 자율적으로 정립해서 질서를 형성하거나 분쟁을 해결하는 절차를 규율하는 방식은, 법적 규율이 개인의 행동에 대한 일체의 조종을 포기함을 뜻하는 것은 아니다. 법은 절차를 규율함으로써 '간접적으로' 개인의 행동을 조종한다. 이 때 조종은 크게 두 가지 지향점을 갖는다. 첫째는 '화해지향성'이고, 둘째는 '체계기능지향성'이다.³⁰⁾ 첫째, 절차주의적 법은 각 분쟁당사자들이 합의를 통해 화해에 이를 수 있도록 간접적으로 조종한다. 둘째, 절차주의적 법은 각 사회적 기능체계들이 체계의 기능들을 자기생산적으로 유지할 수 있도록 조종한다.

2) **반성적 구조** _ 절차주의적 법이 지닌 또 다른 기능적 특징은 '법의 반성적 구조'에서 찾을 수 있다.³¹⁾ 이를테면 사회국가적 법모델처럼 법이 개인의 사회적 행위를 직접 조종할 경우에 초래될 수 있는 부

27) 그런데 마지막 유형에서는 다시 구별해야 할 점이 없지 않다. 가령 비이트홀터의 절차주의적 법이론은 '비판이론'의 관점에서 등장한 것이고, 토이브너의 반성적 법이론은 기본적으로 루만의 '체계이론'에 바탕을 둔 것이면서도 다른 한편으로 참여자 관점을 수용한 것이기도 하다. 아마도 이런 근거에서 독일의 법철학자인 노이만(U. Neumann)은 토이브너의 이론이 한편으로는 루만의 체계이론을 그리고 다른 한편으로 하버마스의 대화이론적인 요소를 담고 있다고 이해한다. U. Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt/M. 1994, 187쪽; 마지막으로 에더의 절차적 합리성 이론은 하버마스과 루만의 관점을 절충적으로 지향하고자 한 시도라고 이해할 수 있다. K. Eder, Prozedurale Rationalität. Moderne Rechtentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung, in: *Zeitschrift für die Rechtssoziologie* (1986), 22쪽 아래 등 참고.

28) J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Frankfurt/M. 1981, 544쪽.

29) 아래의 서술은 기본적으로 이상돈, 앞의 책(주11), 274-278쪽을 정리한 것이다.

30) 이에 대한 상세한 설명은 이상돈, 앞의 책(주11), 275-276쪽 참고.

31) '법의 반성적 구조'에 관해서는 G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/M. 1989, 제5장;

정적 결과(예: 트릴레마)를 고려하고, 그것을 방지할 수 있도록 하는 장치를 내부구조에 짜 넣는 것이다.

(4) 절차주의적 분쟁해결제도로써 ADR

이를 통해 알 수 있듯이, ADR, 그 중에서도 언론중재와 같은 분쟁조정제도는 법의 절차주의화를 전형적으로 반영하고 있다.³²⁾ 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 우선 ADR은 분쟁해결의 실제적 기준을 제시하지 않고, 그 대신 분쟁 당사자들이 스스로 분쟁을 해결할 수 있도록 민주적 과정의 분쟁해결절차만을 규율한다. 나아가 ADR은 - 매우 정형화된 소송절차에서는 생각하기 힘든 - 열린 소통이 이루어질 수 있도록 절차 자체를 구조화한다. 말하자면, ADR은 ‘대화적 의사소통 구조’를 지향한다. 뿐만 아니라, ADR은 - 분쟁을 직접 조종하는 소송제도와는 달리 - 분쟁을 간접적으로 조종한다. 우선적으로 합의를 지향할 뿐만 아니라, 이를 통해 사법체계의 기능적 효율성도 도모한다. 마지막으로 분쟁해결의 주도권이 법원에 있어 분쟁해결절차에 대한 당사자의 참여가 상대적으로 낮은 소송에 비해, ADR은 당사자에게 분쟁해결의 주도권을 부여하기 때문에, 그만큼 분쟁해결에 대한 참여나 상호이해 지향성이 더욱 크다. 이런 점에서 ADR은 법의 절차주의화를 지향하는 가장 대표적인 제도라고 말할 수 있다.³³⁾

3. 사법경제

마지막으로 ADR은 사법경제를 지향한다. 소송을 주관해야 하는 법원에게는 아마도 이 사법경제가 ADR이 추구해야 할 가장 매력적인 지향점으로 보이지 않을까 생각한다. 왜냐하면, 점점 더 과중한 소송의 업무부담을 짊어주어야 하는 법원에게는 분쟁해결에 소요되는 시간과 비용을 획기적으로 줄일 수 있는 ADR이 그 무엇보다 돋보일 수밖에 없기 때문이다. 이 때문에 법원은 법적 분쟁을 이른바 ‘집중과 선택’이라는 원칙에 따라 소송으로 다루어야 할 사건과 ADR로 다루어 될 사건으로 구분하여, 사법체계가 지닌 자원을 효율적으로 배분하려 한다.

“우리가 지향하는 절차주의는 ‘개방되고 민주적인 체계’, 즉 “상호이해에 지향된 행동구조에 적합한 갈등해결의 절차”를 제도화하는 것이어야 한다”

이런 시각은 사법경제 역시 - 특히 체계의 기능적 효율성과 관련하여 - 무시하지 못할 가치를 지니고 있다는 점에서 수긍할 만한 것이라고 생각한다. 그러나 이와 동시에 사법경제는 서로 모순적인 측면을 담고 있다는 점도 간과해서는 안 된다. 즉 ‘신속한 재판원칙’이라는 가치가 시사하는 것처럼, 소송

이를 요약해서 소개하는 양천수, “1980년대 이후 전개된 독일 법사회학의 현황 - 토이브너의 이론을 중심으로 하여 -”, 『법과 사회』제30호(2006. 6), 117-140쪽 등 참고.

32) 분쟁조정제도를 절차주의의 시각에서 재해석한 본격적인 시도로는 이상돈, 앞의 책(주18), 제4장 “의료분쟁해결과 법정책” 참고.

33) 물론 이런 주장에 대해서는 좀 더 음미해야 할 문제가 없지 않다. 왜냐하면, ADR은 ‘진실발견’보다는 ‘상호양보를 통한 분쟁종결’을 지향한다는 점에서 ‘상호이해 지향적’이라기보다는 오히려 ‘전략적’이라고 말할 수도 있기 때문이다. 그런 점에서 보면, ADR을 ‘법적 대화’(juristischer Diskurs)라고 말하기 어려울 수도 있다. 그러나 ADR 역시 상호합의에 기반을 두어 분쟁을 절차적으로 종결하는 것을 지향하므로, ADR을 완전히 전략적이라고 말하기도 어렵다고 생각한다. 만약 우리가 ‘전략적’이라는 개념을 좁게, 가령 ‘이기적’이라는 의미로 한정하여 사용한다면, ADR 역시 법적 대화의 범주에 포함시킬 수 있을 것이다. 이렇게 ‘전략적’이라는 개념을 파악하는 B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1991, 39쪽 각주(24) 참고.

경제로 대변되는 사법경제는 한편으로는 분쟁 당사자에게도 도움이 된다. 하지만 다른 한편으로 ADR이 추구하는 사법경제가 - 기능맹목적 절차주의가 그런 것처럼 - 사법체계의 기능적 효율성만을 염두에 두면, 이는 오히려 분쟁 당사자들이 적절하게 재판을 받을 권리를 침해할 수도 있다. 이런 점에서 사법경제는 ‘야누스의 얼굴’을 갖고 있다고 말할 수 있다. 그러므로 다른 무엇보다도 사법경제를 전면에 내세워 ADR을 설계하는 것은 경계할 필요가 있다.

고 있다. 민사영역에서는 이미 민사조정법이 제정되어 법원 주도의 민사조정이 이루어지고 있으며, 지난 2009년 4월부터는 법원조정센터가 설립되어 운용되고 있다. 또한 행정영역에서도 이미 무수히 많은 분쟁조정위원회가 규정되어 활동하고 있다.³⁴⁾ 언론중재위원회도 그 대표적인 경우에 속한다. 심지어 민사소송법학자들은 민간 주도의 분쟁해결센터나 지역 분쟁해결센터를 구축할 것을 정책적으로 제안한다.³⁵⁾ 이것만 놓고 보면, ADR은 이미 우리 사회에 성공적으로 안착하고 있는 것처럼 보인다.

IV. ADR의 현황과 정책

1. ADR의 현황

위에서 우리는 ADR이 ‘자율주의’와 ‘절차주의’ 그리고 ‘사법경제’를 지향한다는 점을 밝혔다. 그러면 현재 ADR은 이런 기획을 만족스럽게 충족하고 있는가? 기존의 소송제도가 안고 있는 문제점들을 성공적으로 보완하고 있는가? 외형으로만 보면, 이런 ADR의 기획은 성공하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 우리의 법현실을 들여다보면, 이에 대해 고민해야 할 점도 없지 않다.

(1) ADR의 지속적 확장

우선 외형적으로 보면, ADR은 지속적으로 확장되

(2) ADR의 세계화 - 초국가적 법다원주의와 ADR

이런 양적 팽창은 단지 국내 차원에서만 볼 수 있는 현상은 아니다. 지난 20세기 후반을 기점으로 하여 전 지구적인 세계화가 진행되면서, ADR은 한 국가의 지평을 넘어 전 세계적으로 확장되고 있다. 이는 무엇보다도 ‘초국가적 법다원주의’(transnationaler Rechtspluralismus)와 맞물려 이루어지고 있다.³⁶⁾ 국가가 제정한 법률, 즉 국가법만을 법규범으로 파악하려 했던 기존의 법실증주의적 시각과는 달리, 초국가적 법다원주의는 국가를 넘어선 전 세계적 영역에서 국가법과는 무관한 새로운 법규범들이 성장하고 있다고 진단한다. 이런 초국가적 법규범들은 - 영국의 법철학자 하트(H.L.A. Hart)가 구분한 - ‘일차적 규범’과 ‘이차적 규범’을 모두 지니고 있는데,³⁷⁾ 이 때 이차적 규범들은 분쟁해결방식으로서

34) 이에 관해서는 류지태, 앞의 논문(주3), 1-19쪽; 유병현, “법원의 분쟁조정위원회의 발전방향”, 『고려법학』제 43호(2004. 11), 219쪽 아래 등 참고.

35) 대표적으로 유병현, 앞의 논문(주1), 305쪽 아래; 함영주, 『신속하고 효율적인 대체적 분쟁해결제도의 활성화를 위한 연구』, 법무부, 2008 등 참고.

36) ‘초국가적 법다원주의’에 관해서는 양천수, “초국가적 법다원주의 - 개념적 차원과 규범적 차원을 중심으로 하여 -”, 『법철학연구』제11권 제2호(2008. 12), 391-426쪽 참고.

37) 이에 관해서는 허버트 하트, 오병선(옮김), 『법의 개념』, 아카넷, 2001, 105쪽 아래.

‘중재’와 같은 ADR을 제도화한다.³⁸⁾ 이처럼 ADR은 성공적인 분쟁해결제도로서 세계화하고 있는 것처럼 보인다.

(3) ADR에 대한 상대적 무관심

그러나 우리의 법현실을 보면, ADR은 상대적으로 홀대받고 있다. 몇몇 통계자료를 통해 알 수 있듯이, 가령 법원에서 이루어지는 민사조정 등은 이용률이나 성공률 면에서 모두 그리 활성화되고 있지는 않다.³⁹⁾ 다만 최근 설립된 법원조정센터는 비교적 성공하고 있는 편이기는 하지만, 이 역시 법조실무가들의 눈으로 보면 그리 만족스럽지는 못하다. 그렇다면 그 이유는 무엇 때문일까? 이에 대해 실무자인 임시규 고등법원 부장판사는, 일본은 실리를 강조하는 양명학을 받아들여 타협 방식의 조정을 선호하는데 반해, 우리는 명분을 숭상하는 주자학을 받아들여 조정보다는 일도양단 식의 소송을 선호한다는 법문화론적 해석을 내놓기도 하였다.⁴⁰⁾ 그러나 이런 법문화론적 주장은 좀 더 면밀하게 따져보아야 할 필요가 있다. 왜냐하면, 우리의 전통적 생활세계에서는 ‘명분’과 동시에 ‘중용’이 중요한 자리를 차지하였는데, 이런 중용은 소송보다는 오히려 조정 등과 같은 ADR에 더 친화적일 수 있기 때문이다.⁴¹⁾ 이런 법문화론적 접근방식은 쉽지 않고, 그 자체 독자적인 연구과제가 되기 때문에, 제한된 이 지면에서 이 문제를 다룰 수는

없다. 그 대신 왜 우리 법현실에서는 ADR이 상대적으로 홀대받고 있는지에 대해 - 법문화론적인 측면에서 - 대략적인 추측만을 제시하면 다음과 같다. 오늘날 우리의 법현실은 일면적으로 파악하기 어려운 중층적인 모습을 간직하고 있다. 한 때 우리의 법현실은 전근대적인 모습을 지니고 있었지만, 오늘날에는 <전근대-근대-탈근대>라는 비동시성이 동시에 공존하는 모습을 보이고 있다.⁴²⁾ 한편으로 우리 사회는 소송을 꺼려하면서도, 다른 한편으로는 소송을 선호하는 ‘소송폭발의 시대’로 접어들었다.

“ADR이 추구하는 사법경제가 사법체계의 기능적 효율성만을 염두에 두면, 분쟁 당사자들이 재판받을 권리를 침해할 수도 있으므로 사법경제를 전면에 내세워 ADR을 설계하는 것은 경계해야 한다”

이로 인해 분쟁이 발생하더라도 가급적 법적 분쟁으로 나아가지 않으려는 경향이 있으면서도, 한 번 법적 분쟁으로 나아가게 되면, ‘명분투쟁’ 혹은 ‘인정투쟁’ 때문에 어정쩡해 보이는 ADR보다는 승패여부가 분명한 소송을 선호하는 것이 아닌가 추측해 본다. 그러나 이는 어디까지나 추측일 뿐, 아직까지는 객관성을 확보한 이론적 주장이라고 말하기는 어려울 것이다. 이외에도 다수의 시민들이 ADR을 선호하지 않는 것은 - 아래에서 보는 것처럼 - 현행 ADR 제도가 안고 있는 여러 문제 때문이지 않나 생각한다.

38) 이를 예증하는 강병근, “스포츠중재재판소(CAS)를 통한 스포츠분쟁의 처리”, 『스포츠와 법』제5호(2004) 이외에 『스포츠와 법』제11권 제1호에서 게재하고 있는 특집논문 참고.

39) 이런 지적으로는 임시규, 앞의 논문(주5), 20-23쪽.

40) 임시규, 앞의 논문(주5), 22쪽 각주(31) 참고.

41) 이런 주장으로는 손수일, “민사조정위원회 조정의 현 위치와 전망”, 『인권과 정의』제233호(1996. 1), 92-93쪽.

42) 이를 분석하는 이상돈, 『형법학』, 법문사, 1999, 단락번호 [2] “법익보호원칙과 대화이론”; 양천수, “한국 법체계에 대한 ‘비동시성의 동시성’ 테제”, 『법철학연구』제10권 제2호(2007. 12), 269-296쪽 등 참고.

2. ADR의 법정책 - 언론중재와 관련하여

마지막으로 현행 ADR이 나아가야 할 법정책적 방향에 대해 살펴보도록 한다. 먼저 현행 ADR의 문제점을 짚어보고, ADR의 법정책을 간략하게 개관하도록 한다.

(1) 현행 ADR의 문제점

1) **과도한 사법경제 지향** - 첫째, 현행 ADR은 분쟁을 적정하게 해결하는 데 주안점을 두기보다는, 분쟁을 신속하게 해결하는 데 더 주안점을 두고 있는 것으로 보인다. 이는 ADR을 활성화하고자 하는 법조실무자들의 인식관심에서도 쉽게 찾아볼 수 있다. 그러나 이미 위에서도 지적하였듯이,⁴³⁾ 사법경제는 사법체계에는 이점으로 작용할 수 있지만, 분쟁 당사자들에게는 적정하게 재판을 받을 권리를 침해할 수도 있다는 점에 주의할 필요가 있다. 가령 사법경제에 치우쳐 ADR을 운영하면, 자칫 분쟁 당사자들은 시간에 쫓겨 서로가 납득할 수 있도록 분쟁을 논증적으로 해결하지 못하고, 화급하게 분쟁을 종식시키는 데 내몰릴 수도 있다.⁴⁴⁾

2) **자율성의 약화** - 둘째, 현행 ADR은 자율성을 약화시키는 경향을 보인다. 이는 크게 두 지점에서 확인할 수 있다. ‘필수적 조정전치주의’와 ‘조정 효력’이 그것이다. 우선 소송에 앞서 반드시 조정을

거치도록 하는 ‘필수적 조정전치주의’는 ADR이 본래 갖고 있는 자율성을 약화시킨다. 이는 ADR을 자율적인 분쟁해결제도가 아니라, 타율적인 분쟁해결제도로 전락시킨다. 이런 문제점으로 조정전치주의를 ‘임의적 전치주의’로 바꾸는 것이 요즘의 추세이다. 다행인 것은 언론중재도 과거에는 반론보도청구권에 관해 필수적 조정전치주의를 채택하고 있었는데, 현행 “언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률”(이하 ‘언론중재법’)으로 약칭한다)은 이를 임의적 전치주의로 개정하였다는 점이다(언론중재법 제19조). 한 때 시대의 흐름에 맞지 않게 필수적 조정전치주의를 강화하고자 하는 움직임도 있었지만,⁴⁵⁾ 현행 언론중재법은 이를 수용하지 않았다. 나아가 조정의 효력에 재판상 화해와 같은 효력을 부여하는 것도 문제가 있다.⁴⁶⁾ 민사소송법은 재판상 화해에 대해서 기판력과 동일한 효력을 인정하는데(민사소송법 제220조), 만약 그렇게 되면 조정이 확정되었을 때 관련 당사자들은 오직 ‘준재심’에 의해서만 그 효력을 다룰 수 있을 뿐이다(민사소송법 제461조). 그러나 다수의 민사소송법학자들이 지적하는 것처럼, 이는 조정과 같은 ADR의 자율성을 약화시키고, 관련 당사자들의 권리를 보장하는 데 오히려 장애가 된다는 점에서 문제가 없지 않다.⁴⁷⁾ 물론 역시 최근에 들어서는 조정의 효력을 민법상 화해의 그것과 동일하게 보는 경향이 강해지고 있지만, 현행 언론중재법은 여전히 재판상 화해의 효력을 고수하고 있다(언론중재법 제25조 제1항). 그러나 이는 언론중재의 기능적 효율성만을 강조한 것으로서

43) 위의 III.3. 참고.

44) 이를 - ADR은 아니지만 - 간이공판절차에서 논증한 경우로서 이상돈, 앞의 책(주42), 단락번호 [15] “법치 국가적 형사소송의 침용” 참고.

45) 이에 관해서는 이재진·유재용, 앞의 논문(주7), 267-293쪽 참고.

46) 대표적으로 민사조정법 제29조 참고.

47) 대표적으로 유병현, 앞의 논문(주34), 242쪽 아래; 유병현, “ADR의 발전과 법원의 조정의 효력”, 『법조』제53

바람직하지 않다.⁴⁸⁾

3) 권위적·비의사소통적 구조 _ 셋째, 특히 구 정 기간행물의 등록 등에 관한 법률이 규정한 언론중재를 보면, 언론중재의 권위적·비의사소통적 구조가 눈에 많이 띄었다. 위에서 언급한 필수적 조정전치주의가 이를 대표적으로 예증하지만, 이외에도 많은 부분에서 언론중재는 - 마치 소송처럼 - 권위적으로 운영되는 면이 없지 않았다. 이를테면, 언론중재는 중재절차에 관해 상당부분을 민사소송절차에 관한 규정들을 준용하였다. 중재신청기간 규정, 중재대리인의 자격 문제, 절차적 규정의 경시, 불출석시의 효과문제, 중재신청의 양식문제, 중재불성립시의 소송제기기간 문제 등이 이에 해당하였다.⁴⁹⁾ 다만 다행인 것은 구 정간법을 대신하여 지난 2005년에 새롭게 제정된 언론중재법은 - 학계의 비판을 수용하여 - 이런 권위적인 부분들을 상당 부분 해소하였다. 그런데도 현행 언론중재법은 직권증거조사(제20조), 직권조정결정(제22조) 그리고 위에서 언급한 재판상 화해의 효력(제25조)은 유지하고 있다. 언론중재가 법원의 소송을 대신할 수 있는 ADR이라기보다는, 또 다른 제1심 재판이라는 인상이 여전히 남아 있는 것이다.⁵⁰⁾

4) 비체계성 _ 마지막으로 - 이는 언론중재에 관한 문제는 아니지만 - ADR을 규율하는 전체 법규

정이 다소 비체계적으로 난립하고 있다는 문제점을 지적할 수 있다. 이는 특히 행정분쟁조정제도에서 심각하게 나타난다. 물론 법정책의 측면에서 보면, 성급하게 분쟁조정제도에 대한 통일적 법규정을 마련하기보다는, 개별 특성에 맞는 분쟁조정제도를 각각 개별적으로 규율한 후, 이런 규정들이 서로 경쟁하도록 하는 것이 행정분쟁조정제도의 법적 진화를 위해서 더욱 나을 수도 있다.⁵¹⁾ 그러나 현행 행정분쟁조정제도를 보면, “체계적으로 잘 정비된 입법도 존재하지만 장식용이나 홍보용 정도로 조정제도가 인식되어, 이러한 인식이 법률내용에 반영되고 있는 경우도 적지 않게” 발견할 수 있다.⁵²⁾

“ADR이 본연의 역할을 수행할 수 있도록 ‘사법경제’ 보다는 ‘자율성’과 ‘대화적 구조’에 더욱 무게중심을 두는 방향으로 ADR의 법정책을 짜나가야 한다”

그러므로 분쟁조정제도 본래의 의미를 살리기 위해서는, 분쟁조정제도에 관한 법규정을 전체적으로 다시 정비할 필요가 있다.

(2) ADR의 법정책

마지막으로 ADR의 발전방향에 대해 언급하도록

권 제6호(2004. 6), 27-72쪽 등 참고.

48) 다만 언론중재법 제25조 제2항은 그간의 비판을 어느 정도 수용하여 중재결정에 대한 불복과 중재결정의 취소에 관해 중재법 제36조를 준용하도록 하고 있다.

49) 이에 대한 상세한 분석은 류지태, 앞의 논문(주8), 107-110쪽 참고.

50) 언론중재를 또 다른 제1심 소송으로 이해하려는 시각으로는 양삼승, “정간법 개정안과 중재제도의 개선”, 『언론중재위원회 2003년도 정기세미나 주제논문집』, 2003 참고.

51) 이런 관점으로는 양천수, “법이론과 법정책의 관점에서 접근한 새터민 이혼소송”, 『통일정책연구』제17권 제1호(2008. 6), 293-314쪽.

52) 류지태, 앞의 논문(주3), 18-19쪽.

한다. 이에 관해서도 이미 다수의 연구가 축적되어 있으므로,⁵³⁾ 여기서는 그 방향을 간략하게 제시하는 데 그치고자 한다.

1) 자율성-대화적 구조-사법경제의 균형 _ 먼저 총괄적으로 고려해야 할 점은, ADR이 추구하는 세 가지 방향, 즉 ‘자율성’과 ‘대화적 구조’ 및 ‘사법경제’가 서로 균형을 이룰 수 있도록 해야 한다는 것이다. 이 중에서 어느 한 쪽에 치중하면, 서로 팽팽하게 유지되던 세 방향의 균형은 깨지고, 이를 통해 ADR은 본래의 역할을 수행하지 못하고 만다. 이 세 방향을 동시에 최적으로 추구할 수 있도록, ADR의 법정책을 짜야 할 필요가 있다.

2) 자율성 및 대화적 구조의 우선 강화 _ 이런 맥락에서 볼 때, 현행 ADR은 세 방향 중에서 ‘사법경제’에 좀 더 치우친 감이 없지 않다. 이는 지금의 ADR이 법원 또는 법원과 유사한 국가기관을 통해 주도되고 있기 때문이기도 하다. 그러나 이는 바람직하지 않다. 그러므로 ADR이 본연의 역할을 수행할 수 있도록, ‘사법경제’ 보다는 ‘자율성’과 ‘대화적 구조’에 더욱 무게중심을 두어야 한다. 다만 여기서 주의해야 할 점이 있다. ADR을 통해 이루어지는 분쟁해결절차도 ‘법적 대화’ (juristischer Diskurs)의 일종이라고 할 수 있다. 그런데 이런 법적 대화는 ‘전문가적 대화’라는 점에 주의할 필요가 있다.⁵⁴⁾ 그러므로 ADR을 담당하는 주체를 다원적·개방적으로 구성하는 것은 바람직한 일

이지만, 그렇다고 ADR의 전문성을 간과해서는 안 된다고 생각한다. ADR을 담당하는 각종 위원회는 각 전문 직역을 대표할 수 있는 구성원으로 채워야 한다.

3) 법규범의 체계화·통일화 _ 셋째, ADR 관련 법규범을 체계화·통일화해야 할 필요가 있다. 위에서 언급한 것처럼, ADR 관련 법규범을 다원적으로 병존시키는 것도 ADR을 법적으로 진화시키는데 유용할 수 있다. 그렇지만 지금의 상황에서는 ADR 관련 법규범을 체계적으로 통일화하는 것이 - 체계효율성의 측면에서 - 더욱 낫다고 생각한다.

4) 공론형성의 매개주체로서 언론중재위원회

마지막으로 언론중재위원회를 위해 한 가지 제안을 덧붙이고자 한다. 주지하다시피 언론중재위원회는 언론중재를 담당하는 주체로서 건전한 언론문화가 정착하는데 큰 기여를 해왔다. 그러나 그 동안 언론중재위원회는 주로 언론 관련 분쟁을 사후적으로 해결하는 소극적인 역할에 치중한 감이 없지 않다. 그렇지만 현대 사회에서 각종 언론이 ‘대화적 민주주의’의 기틀이 되는 ‘공론’을 형성하는 데 핵심적인 역할을 한다는 점에서, 언론분쟁을 담당하는 언론중재위원회 역시 우리 사회의 공론이 건전하게 형성될 수 있도록 책임을 짊어져야 한다고 생각한다. 그러므로 앞으로 언론중재위원회는 이미 발생한 언론분쟁을 소극적으로 해결하는 차원을 넘어서, 우리 사회의 공론을 적극적으로 형성하는 데 주도적인 매개자역할을 해야 할 필요가 있다.⁵⁵⁾

53) 예를 들어, 함영주, 앞의 용역보고서(주35); 전병서, 『대체적분쟁해결처리제도(ADR) 도입방안』, 사법제도개혁추진위원회, 2005; 장문철, 『대체적 분쟁처리제도 도입방안』, 사법제도개혁추진위원회, 2005; 김유환, 『행정형 ADR의 정비방안 - 모델절차법(안) -』, 사법제도개혁추진위원회, 2006 등 참고.

54) 이를 지적하는 이상돈, 앞의 책(주14), 299쪽 아래.

55) 비슷한 취지로 류지태, 앞의 논문(주8), 112쪽 아래; 여기서 류지태 교수는 언론중재위원회가 “적극적 옴부즈만제도”로 거듭나야 한다고 역설한다.