

ADR에 있어서의 법원의 역할에 대한 문제점과 개선방향

Problems about the Role of Court in ADR and A Direction for its Improvement

김 상 찬* · 정 지 웅**
Kim, Sang-Chan · Jung, Ji-Woong

목 차

- I. 머리말
- II. ADR의 현황과 법원의 역할
- III. 문제점과 개선방향
- IV. 맺음말

국문초록

현대사회에서 발생하는 다양한 유형의 분쟁을 해당 분야의 전문가에 의하여 해결하여야 할 필요가 있고, 법원에 제소하는 사건의 폭주로 인하여 신속하고 적절한 재판을 받지 못하는 경우가 늘어나고 있어서, 법원에 의한 재판을 대체하는 '재판의 분쟁해결제도(ADR)'가 국내외적으로 필요하고 또 그 영역이 점차 확대되고 있다.

우리나라의 ADR은 1987년부터 대법원에서 조정제도 활성화 방안을 세우고

논문접수일 : 2011. 4. 1

심사완료일 : 2011. 4. 29

게재확정일 : 2011. 4. 29

* 법학박사 · 제주대학교 법학전문대학원 교수

** 법학전문석사과정 · 제주대학교 법학전문대학원

이의 활용을 각 지방법원에 권장하면서 활성화되고 있다. 그러나 조정이나 화해의 권장은 조정, 화해율이 높아지는 긍정적인 효과가 있는 한편, 조정, 화해가 너무 지나치게 강조되어 그로 인한 부작용도 나타나고 있다. 이 논문은 법원 주도형 ADR의 현황과 그 문제점을 도출하고 앞으로 개선되어야 할 방향에 대하여 고찰하고 있다.

ADR에 있어서 법원의 역할은 우선 ADR의 근본이념으로 돌아가서 제도의 현황과 개선방향을 모색해야 한다는 것이다. 이념형의 ADR은 국가의 통치권의 하나인 '사법'의 범주에는 들어가지 않는 것으로서 '사적자치'를 그 근본이념으로 한다. 법원이 이를 망각하고 법원에 폭주하는 사건을 손쉽게 처리하려는 태도로 ADR을 바라본다면 ADR의 활성화에 걸림돌이 될 것이다.

진정한 ADR이 정착되려면, 민간중심의 ADR기구를 확충해야 하고, 이를 위한 ADR기본법을 제정하여, 법원 등 국가기관이 적절한 예산 등을 지원함과 동시에 적절한 감독을 할 필요가 있다. 요컨대 ADR에 있어서의 법원의 역할은 ADR의 근본이념인 '사적자치'를 회복하는 방향으로 나아가야 하고 그런 의미에서 단기적으로는 법원의 개입이 불가피하다고 할지라도 장기적으로는 법원은 ADR에서 손을 떼고 꼭 필요한 최소한의 역할만을 담당하게 되어야 한다. 민간형 ADR이 우리나라에서 건강하게 성장할 수 있도록 지원, 육성하는 것이 법원의 가장 중요한 역할임을 강조하고 있다.

주제어 : 재판외분쟁해결제, 조정, 화해, 중재, 법원의 역할, 사적자치, 민간형ADR

1. 머리말

소송은 공개법정에서 엄격한 절차와 증거법칙에 따라 진행되고 법에 준거하여 판결을 내리게 되므로 공개를 꺼리는 당사자 간의 분쟁이나 계속적 거래 등 장기적 관계를 맺고 있는 당사자 서로의 호양에 의하여 원만하게 해결되어야 하는 분쟁은 법원에 그 해결을 맡기는 것이 적절하지 아니하고 사법

절차에 있어서는 대리인의 선임, 인지대 납부 등 거액의 소송비용이 소요되고 판결의 확정에 이르는데 많은 시간이 소요되는 경우가 많다. 또한 현대사회에서 새로이 발생하는 유형의 분쟁은 일반적 상식을 가진 법관만으로는 적절한 분쟁해결을 하기 어렵고 당해분야 전문가에 의하여 해결하여야 할 필요가 있다. 또한 법원에 제소하는 사건의 폭주로 인하여 신속하고 적절한 재판을 받지 못하는 경우가 늘어나고 있다. 따라서 법원에 의한 재판을 대체하는 재판외 분쟁해결절차가 국제적으로 뿐 아니라 국내적으로도 필요하고 또 그 영역이 점점 확대되고 있다.¹⁾

우리나라는 ADR에 관한 많은 연구에 힘입어 1987년부터는 대법원에서 조정제도 활성화 방안을 세우고 이의 활용을 각 지방법원에 권장하면서 법원은 조정의 활성화에 심혈을 기울이기 시작하였다. 이후 법원에서 조정을 통해 종결되는 사건의 비율이 높아지고 있을 뿐만 아니라, 이를 매우 강조·독려하여 법관의 근무평정에도 반영하기도 했다는 이야기조차 들리는 실정이다.²⁾

법원 내에서는 각 재판부가 조정, 화해에 힘쓰도록 강조하여 이로 인한 조정·화해율이 높아지는 긍정적인 효과가 있는 반면, 사건 해결에 있어서 조정이나 화해가 지나치게 강조되어 그로 인한 부작용도 적지 않게 되었고, 또한 각 재판부별로 조정·화해에 대한 입장이나 열의의 차이로 편차가 심해지는 부정적인 모습도 보이고 있는 실정이다.³⁾ 예컨대 법관들이 조정률을 끌어올리기 위하여 다양한 방법이 동원된다고 한다. 판사의 스타일에 따라서는 조정이 성사될 때까지 당사자를 조정실에 붙잡아 두어서 당사자들이 지칠 때 까지 기다리는 경우가 있는가 하면, 당사자를 원고와 피고 따로 각각 격파하는 각개격파식 방법, 또는 호통형도 있다고 한다. 특히 호통형 스타일과 관련하여 법관이 조정과정에서 막말을 하는 경우도 있어, 이를 규제하기 위하여 어떤 법원은 조정 과정을 비디오로 모니터링하는 제도까지 만들기도 하였다고 한다.

1) 손경한, "ADR에 있어 법률가의 역할", 「법학연구」 제26집, 전북대학교 법학연구소, 2008. 6. 4면.

2) 임상혁, "법원의 ADR", 「민사소송」 제12권 제2호, 한국민사소송법학회, 2008.11. 35면.

3) 이준상, "ADR 활성화를 위한 개선방안", 「한국민사소송법학회지」 제10권 제1호, 한국사법행정학회, 2006. 5. 243면.

본고에서는 우리나라의 ADR의 현황과 법원의 역할에 대하여 살펴본 후, 그 문제점과 개선방안에 대하여 고찰하고자 한다.

II. ADR의 현황과 법원의 역할

1. ADR의 이념

제도가 바른 방향으로 가고 있는지를 살필 때에는 그 제도의 근본이념을 살펴보고 제도의 도입과정과 현재 운용과정이 근본이념에 부합하는지를 살피는 것이 먼저일 것이다. ADR이라는 개념은 미국에서 기원한 것으로, 전통적인 법원절차가 너무 느리고, 비용이 많이 들며, 경직되어 있다는 이유로 법원 소송 절차에 대한 대안으로 1970년대 후반에 등장하였다.⁴⁾ 미국에서는 법체계의 복잡성과 소송에 수반되는 비용으로 인하여 ADR의 필요성이 부각되었다.⁵⁾

ADR은 '사적자치'를 원천으로 한다. 법적 주체성을 가진 개인이 '사적자치'의 원리에 기초하여 분쟁을 해결할 때 불가결한 것은 '당사자의 합의'이며, 이 '합의'는 국가의 물리적 강제력과는 별개이므로 이념적인 ADR에는 물리적 강제력이 반드시 필요한 것은 아니라고 해야 한다. 즉 이념적인 ADR은 국가의 통치권의 하나인 '사법'의 범주에는 들어가지 않는다고 할 수 있다. 이점에 착안하면 소송과 ADR의 현저한 차이가 있다는 것을 알 수 있다. 소송이나 ADR은 모두 '근대'에서 출발한 것이지만, 국가에 의한 물리적 강제력의 독점을 원천으로 하는 소송과 법적 주체성·사적 자치를 원천으로 하는 ADR은 별개의 흐름이고, 그 원천의 차이가 절차 중에서 전자의 엄격성에 대하여 후자의 유연성이라는 특징으로 나타난다. 그리고 전자를 상징하는 키워드가 '강제'인 것이라면 후자를 상징하는 키워드는 '합의'라고 할 수 있다.⁶⁾

4) 이로리, "ADR의 활성화와 법원의 역할", 「경영법률」 제19집 제3호, 한국경영법률학회, 2009. 4. 487면.

5) 이로리, 전제논문, 488면

6) 김상찬, "ADR의 이념과 개혁방향", 「법과 정책」 제10호, 제주대학교 사회과학연구소, 2004.8. 106면.

2. 법원 ADR의 현황

가. 조정

(1) 법원에 의한 조정

민사조정법에 의한 조정으로서 조정담당판사, 조정위원회가 행한다. 판사인 조정장과 민간인 조정위원으로 조정위원회가 구성된다. 당사자간 합의된 사항이 조정조서에 기재되어 조정이 성립하면 재판상 화해와 동일한 효력이 생긴다. 조정이 성립되지 않으면 조정담당판사나 조정장은 강제조정을 할 수 있다. 이는 당사자의 이의신청으로 효력을 상실하게 된다.

법원에 의한 조정절차는 시군법원에서 행할 수 있다. 당사자의 신청 또는 법원 직권으로 시작된다. 조정이 성립되지 않거나 조정의 효력이 상실되면 민사소송절차로 옮겨간다.

(2) 법원조정센터에 의한 조정

1) 법원조정센터의 설립배경

우리나라 민사소송 사건 수는 그동안 꾸준히 증가하여 법관의 증원이나 재판업무의 효율화, 물적 설비의 확충만으로는 대처하기에는 어려운 상황에 직면하게 되었다. 여기에 법원이 현재 처리하고 있는 조정사건에서 수소법원 조정의 비중이 너무 높아 민사조정법의 기본취지와도 맞지 않으며 판단자와 조정자가 분리되지 않아 조정의 자발성, 공정성을 의심받을 수 있는 상황이라고 할 수 있다. 조정위원회의 조정이 생각만큼 활성화되지 않는 측면도 있었다. 이를 개선하기 위하여 법원은 오랫동안 당사자의 실질적인 권리구제, 분쟁의 종국적 해결, 법원 업무의 경감방안을 모색해 오던 중 2009.2.9.에 개정된 민사조정법에서 상임조정위원제도를 도입하고, 서울, 부산, 대구, 대전, 광주에 법원조정센터를 개소하기에 이르렀다.⁷⁾

7) 서울법원조정센터는 2009.4.13.에, 부산은 2009.4.20.에, 대구, 대전, 광주는 2011.4.18.에 설립되

2) 법원조정센터의 설치 및 운영

조정을 담당하는 조정센터의 상임조정위원은 법원에 접수된 사건 중 조정에 회부하는 사건을 맡아서 처리하면서도 법관이 아니라는 점과 조정결과에 확정판결과 같은 효력이 부여되므로 부분적으로 법관과 동일한 역할을 한다는 점에서 민간형 ADR적 요소와 법원연계형 ADR적 요소를 동시에 가지고 있다. 법원조정센터의 시설 역시 법원 내에 위치하며 운영예산과 물적 설비를 법원에서 지원받고 있어 이중적 지위를 갖는다고 평가될 수 있다.⁸⁾

3) 상임조정위원

상임조정위원은 민사조정법 제10조 제1항 단서에 의하여 변호사 자격이 있는 사람으로 대법원규칙으로 정하는 일정한 경력을 가진 사람 중에서 법원행정처장이 위촉한다. 조정사건을 담당하는 조정담당판사는 상임조정위원에게 조정에 관한 사무를 처리하게 할 수 있는데 이 경우 상임조정위원은 조정담당판사와 동일한 권한을 갖는다(민사조정법 제7조 제1항, 제4항). 상임조정위원은 형법상 뇌물죄에 관하여는 공무원으로 간주되나(민사조정법 제40조의 제2항), 국가공무원법·법원공무원규칙에 따른 공무원은 아니다. 기존의 법원의 조정위원은 학식과 덕망이 있는 사람 중에서 고등법원장, 지방법원장 또는 지방법원 지원장이 2년 임기로 위촉하였으나, 상임조정위원은 15년 이상의 법조경력자 중 법원행정처장이 위촉하고 법원에 상근하고 일정한 경우 판사와 동일한 권한을 가지도록 하고 있다. 여기에 상임조정위원의 경우에는 위원 업무에 충실 또는 공정을 기할 수 있도록 다른 직무를 금하여 변호사의 직무도 행할 수 없도록 하였다.

4) 서울중앙지방법원의 조기조정제도

조기조정(Early mediation)제도⁹⁾는 법정심리 등 본격적인 재판이 시작되기

있다.

8) 김동욱, "조정센터 업무개요", 부산지방법원 조정연찬회 발표논문, 2009, 2면; 함영주, 「분쟁해결방법론」, 진원사, 2010, 35면.

9) 서울중앙지법이 지난 5월부터 본격 시행중인 '조기조정'제도가 사건당사자들로부터 높은 만

전에 당사자와 민간 조정위원들이 머리를 맞대고 대화를 통해 분쟁의 종국적 해결을 시도하는 절차를 말한다. 대개 소송은 소장 접수 후 첫 변론기일까지 2개월의 시간이 걸리는데 이 기간 동안 조정을 통해 분쟁 해결방안을 모색하는 취지에서 서울중앙지방법원이 2010. 5. 1.부터 시범적으로 운영하고 있다.¹⁰⁾ 조정사건은 세 곳에서 나누어 담당하는 구조를 취한다. 소송가액이 크거나 당사자가 다수인 사건과 복잡한 법률적 쟁점이 있거나 사회적 파급효과가 큰 사건들은 서울중앙지방법원 조정센터가 담당하고, 상사사건은 대한상사증재원 분쟁종합지원센터에서 담당하며, 그 외의 사건들은 서울중앙지방법원 조정위원회가 담당한다.

나. 중재

(1) 현행 중재제도 개관

중재는 사인간의 분쟁해결을 역시 사인인 제3자에게 의뢰하고, 다만 당사자간에 그 제3자에 의한 판정에 따르기로 미리 합의하는 것이라고 할 수 있다.¹¹⁾ 중재는 재판에 버금가는 절차인 점에서는 재판과 유사하나 재판권의 문제로 우리 법원의 판결의 효력이 미치지 못하는 국제상사분쟁의 해결에 매우

속도를 얻으며 새로운 분쟁해결제도로 안착하고 있는 것으로 나타났다. 새 제도에 대해 사건당사자들이 이처럼 높은 만족감을 표시하고 있는 것은 본격적인 재판과정 진행으로 당사자의 감정이 극한으로 치닫기 전에 대화를 통해 문제를 풀 수 있어 신속한 분쟁종식은 물론 비용절감효과까지 얻을 수 있기 때문인 것으로 분석되고 있다. 특히 강제조정논란이 제기되고 있는 수소법원조정과 달리 조기조정제도는 재판부의 직접적 개입없이 서울법원조정센터, 비상임 조정위원, 서울지방변호사회 중재센터, 대한상사증재원 분쟁종합지원센터 등의 변호사나 해당분야 전문가들과 사건당사자가 보다 자유로운 분위기에서 분쟁해결방안을 찾을 수 있기 때문인 것으로 풀이된다. 하지만, 일부 사건당사자들이 공정성이나 만족도에 불만을 제기하는 사례도 있는 만큼 조기조정이 대체적분쟁해결제도(ADR)로 확고히 자리매김하기 위해서는 조정기법 등 조정위원들을 대상으로 한 전문 연수프로그램 강화 등을 통해 조정절차에 대한 투명성과 전문성을 높여야 한다는 지적이다. 또 사건당사자들이 자신들의 입장을 충분히 설명하고 의견을 조율할 수 있도록 조정시간과 횟수를 늘리는 한편, 제도에 대한 법률적 근거를 마련하고 홍보 강화에도 힘써야 할 것으로 보인다(법률신문, 2010. 12. 9).

10) 서울지방변호사회는 법원의 조기조정제도 실시와 관련하여 소속변호사 363명을 대상으로 설문조사를 실시하였는데, 그 결과 82%가 조기조정제도의 도입에 찬성하는 것으로 나타났다(법률신문 2010.5.20).

11) 목영준, 「상사중재법론」, 박영사, 2001, 5면.

효과적인 방법이다. 중재 중 상사분쟁에 관한 기관으로 중재법에 따라 과거 산업자원부장관이 지정한 사단법인 대한상사중재원이 있다. 대한상사중재원은 1970년 3월 비영리법인으로 산업자원부장관의 허가를 받아 사단법인 대한상사중재협회라는 이름으로 설립되었다. 대한상사중재원은 현재 천여 명의 법조계, 실업계, 학계, 공공단체의 인사들이 중재인명부에 중재인으로 등록되어 있다. 중재판정은 법원의 확정판결과 같은 효력이 인정된다. 국내에서 중재를 규율하는 법으로는 중재법과 상사중재규칙이 있다.¹²⁾

(2) 서울변호사회의 중재제도

서울지방변호사회는 기존의 중재제도를 개선하는 작업을 진행하여 2006년 12월 '서울지방변호사회 중재센터'를 개소하였다. 중재대상의 범위는 2,000만원 이하의 민사소액사건으로 하고 중재신청비용은 무료이나, 중재가 성립한 경우에 한하여 5%를 성립수수료로 받는다.

그러나 서울지방변호사회의 중재제도는 제도의 목표를 지나치게 '저소득층 서민을 위한 법률구조사업'의 일환으로만 접근한 나머지 활성화에 어려움을 겪고 있다. 대부분의 중재가 사안이 복잡하거나 비밀유지가 필요하여 전문가인 중재인을 찾아 단심제로 하는 경향이 강하다는 점을 감안하면 중재의 성격과 맞지 않는 측면이 있다.¹³⁾

3. ADR 도입기 법원의 역할

법원이 조정제도를 처음 도입할 때의 법원의 역할에 대하여 다음과 같은 회고가 있음을 주목할 필요가 있다. 회고자는 1987년부터 1988년까지 지방법원장을 재직하면서 법원조정제도를 활성화시켰는지에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.¹⁴⁾

12) 우리나라 중재제도의 발전과정에 대하여는, 박영실·김석철, 「상사중재론」, 도서출판 두남, 2008, 121면 이하 참조.

13) 함영주, 전계서, 54면.

14) 이시윤, "한국에 있어서의 민사조정 실증적 경험", 「사법행정」 제32권 제6호, 1991, 6.

“한국에 있어서 가사조정은 별론으로 하고 법원은 판결을 하는 곳이지 조정을 하는 곳이 아니라는 것이 국민의 의식구조이며 또 지금까지의 일관된 사법운영이었다. 이와 같은 풍토아래 ADR의 중요성이 알려지면서 1987년 대법원에 의하여 조정제도의 활성화방안이 마련되고 이의 활용이 각 지방법원에 권장되었다. 우선, 일반 국민이 조정제도의 활용에 관하여 거의 무경험에 가까웠기 때문에 이를 적극 활용할 수 있도록 우선 그 장점에 대해 지역주민의 계몽이 긴요했다. 그 홍보방법으로 ① 조정절차의 안내책자 작성 배부, ② 지방신문에 조정절차에 관한 해설 기사의 게재, ③ 라디오 및 TV방송을 통한 홍보, ④ 문맹자나 문약자들이 이 제도에 접근할 수 있도록 만화홍보, ⑤ 지방법원 본원 및 지원의 민원상담실에서는 민사조정제도의 적극 유도 등이었다. 장점에 대한 홍보내용으로는, ① 거의가 1회 출석으로 신청 후 1개월의 기간 내 신속하게 분쟁이 해결되며 분쟁해결에 시간과 비용이 크게 절감된다는 점. ② 피신청인으로서 자신의 경제능력에 맞게 양보를 받아낼 수 있어서 양측 모두 만족할 만하게 그리고 원만하게 분쟁이 해결되는 점(분쟁의 평화적 해결). ③ 소송하면 인심없고 공개되어 곤란하다고 생각하는 사람에게 이용하기에 적합한 제도라는 점(소송혐오자에 편리한 방안). ④ 증거를 미리 확보해 놓지 못하거나, 입증관련한 사건의 경우에, 소송에 의한다면 패소할 수밖에 없는 사건인데도 조정에 의하여 권리구제가 될 수 있다는 점. ⑤ 계약, 공사금, 경계 분쟁 등 소송에 의하면 견잡을 수 없는 혼선과 비용 및 시간을 끌 사건들이 조정에 의하여 가볍고 손쉽게 끝나는 편의가 있는 점. ⑥ 소송에 의한다면 법률요건사실 밖에 진술할 수 없는 제약이 따르나, 조정절차에 의할 때는 요건사실만이 아니라 저간의 사정까지 속시원하게 개진할 수 있어 묵었던 한풀이의 전신적 위안이 된다는 점. ⑦ 조정이 성립되면 채무의 이행이 자율적으로 이루어져 강제집행을 필요로 하지 않는다는 점 등이었다. 피신청인의 불출석으로 조정불성립의 경우가 많기 때문에 불출석을 제고하는 방안으로 ① 불출석의 경우에 입는 불이익(과태료, 소송이행 뒤에는 양보를 얻어 내기 어렵다는 취지)을 적은 조정절차 안내문을 피신청인에게 송달하고, ② 조정신청서에 당사자의 전화번호를 적게 하여 불출석당사자에 대해서는 전화로 조정기일에 출석을 독려할 수 있게 하였다. 이와 같은 조정의 이점의 적극적인 홍보와 활

성화를 위한 나름대로 model의 개발로 내가 소속되었던 00지방법원 관내에서 1986년까지는 거의 0%에 가까웠던 조정률이 1987년부터는 전 민사사건 가운데서 18.5%가 민사조정에 의하여 해결되는 성과를 보았으며, 전국 11개 지방법원 가운데 조정률이 제일 높은 실적을 거두게 되었다.”

III. 문제점과 개선방향

1. 법원ADR에 있어서의 문제점

가. ADR 기본원리로부터의 이탈

1987년 대법원에 의하여 조정제도의 활성화방안이 마련되고 각 지방법원에 민사조정을 적극적으로 활용할 것을 권장하면서 본격적인 조정이 시작되었다고 할 수 있는데, 이는 ADR제도를 도입하는 단계에서부터 ADR의 기본적 원리인 ‘사적자치’를 무시하고 국가의 통치권의 하나인 ‘사법부’의 일방적인 주도로 ADR이 시작되었음을 보여주고 있다. 자생적으로 시민들의 필요에 의해 발생한 ADR이 아니라 관이 일반 시민들을 상대로 ‘계몽’을 하는 것으로 시작된 것이다. 본질은 ‘사적자치’인데 도입은 관주도로 이루어지고 있으므로 태생부터 ADR의 기본원리로부터 이탈되고 있었다고 할 수 있다.

나. 실적위주의 ADR

위의 “내가 소속되었던 00지방법원 관내에서 1986년까지는 거의 0%에 가까웠던 조정률이 1987년부터는 전 민사사건 가운데서 18.5%가 민사조정에 의하여 해결되는 성과를 보았으며, 전국 11개 지방법원 가운데 조정률이 제일 높은 실적을 거두게 된 것이다.”라는 표현에서도 알 수 있듯이 제도의 도입 초기부터도 법원의 사건부담 경감을 위해서 대법원에서부터 실적을 독려하고 지방법원장도 전국의 다른 법원장들과 실적을 경쟁하는 왜곡된 형태의 ADR

이었다.

이러한 경향은 최근까지도 조정실적에만 집착한 결과 당사자나 참고인에게 막말, 폭언 등 등 인격적 모욕, 강압적인 합의중용 등이 문제되어 조정이 되지 않음은 물론, 사회적인 물의를 빚는 경우도 있다고 하고 있다.¹⁵⁾

다. 사법과 분쟁해결시스템의 혼재

ADR 기본원리로부터의 이탈은 사법과 분쟁해결시스템의 양상을 뒤섞이게 하는 단초를 제공한 것이라고 할 수 있다.

라. 조정독려의 영향

법원은 화해율 제고를 위해 2002년 개정 민사소송법에서 이른바 화해권고결정이라는 유례없는 새로운 제도를 도입하였다. 성질상 권고를 할 수 있는지도

15) 최근 법정에서 막말 논란으로 물의를 빚었던 서울 북부지방법원의 A판사(48)가 조정 과정에서 70대 노인에게도 막말을 했던 것으로 드러났다. 국가인권위원회는 A판사가 지난 1월 서울고등법원 근무 당시 조정 절차에 참고인으로 출석한 신모(70·여)씨에게 폭언을 해 해당 판사에게 주의조치를 내릴 것을 권고했다고 10일 밝혔다. 신씨의 딸은 호흡기 장애가 있는 1급 장애인으로 부동산과 관련한 금전 문제로 민·형사 소송을 진행하고 있었다. 인권위에 따르면 참고인으로 출석한 신씨가 합의안을 거절하자 A판사는 "딸이 아픈가본데 구치소 있다 죽어나오는 꼴을 보고싶으십니까. 아픈 사람들 구치소 들어가 죽어나오는 게 한들이 아니거든요"라며 강압적인 태도를 보였다는 것이다. 또 "아니 왜 말귀를 못 알아들어요? 귀가 안 좋네"라며 인신공격에 가까운 발언을 하기도 했다. 신씨의 손녀인 이모(24)씨에게도 "엄마가 구치소에서 죽어나오는 꼴 보고 싶어?"라고 말하기도 했다. 이씨는 판사의 폭언으로 가족이 상처를 입었다며 지난 2월 인권위에 진정을 냈다. A판사는 인권위 조사에서 "진정인 측이 합의안을 거절해 답답한 나머지 제설독하는 과정에서 그런 요지의 발언을 하게 된 것 같으나 강압적 태도로 합의를 중용하거나 인신공격할 의도는 없었다"고 해명했다. 그는 "오히려 진정인을 위해 예상되는 불이익을 적나라하게 표현해 최선의 선택을 하도록 할 의도였다"고 덧붙였다. 그러나 인권위는 "좋은 의도였다고 할지라도 사회통념상 70세 노모에게 해서는 안 될 표현이며, 장애인의 가족 앞에서 부적절한 발언이었다"고 판단했다. 진정인 및 그 가족의 인격권을 침해한 행위라는 것이다. A판사는 지난달 조정 과정에서 참고인으로 출석한 박모(57·여)씨에게 "이혼한 사람은 말하지 마. 이혼했잖아. 말할 권리 없어"라고 말하는 등 재판에서 반말을 해 논란이 된 적이 있었다. 박씨의 딸인 최모(34)씨는 이에 모욕감을 느꼈다며 인권위 홈페이지에 민원 글을 올렸다. 당시 법원은 "담당 판사가 일부 평어를 사용해 당사자를 설득한 바는 있으나 막말을 한 적은 없다"고 해명했다(중앙일보, 2010.08.11.).

의문이지만, 당사자들이 자주적으로 한다는 ADR에 법원이 이렇게까지 하게 되면 ADR도 아니고 소송도 아닌, 곧 그 무엇도 아닌 것이 되어 버리는 것이다. 결국 실질적으로 화해를 강제하게 되어 재판을 받을 권리의 침해가 이루어질 수 있다.¹⁶⁾

조정에 대한 법원의 애착은 새로운 제도를 창출해 내기도 하지만, 다른 취지의 기존 제도를 그런 목적으로 적극 운영하자는 해석론을 등장시키기도 한다. 그 주요한 것이 석명권의 활용이다. 곧, 올바른 판결의 자료로 삼을 수 있도록, 명료하지 않은 소송관계를 명확히 하기 위하여 행사하게끔 되어 있는 석명권에 대하여, 그것을 적극적으로 행사하도록 주문하면서, 나아가 화해를 유도할 수 있는 조정의 수단으로 활용할 것을 주장하기까지 하는 것이다. 이 태도가 강조되면 석명권의 제도적 의의까지 몰각시킬 우려도 있다. 이러한 해석까지 나아가게 된 것은 재판보다도 오히려 조정과 화해를 절대시하게끔 법원의 분위기가 형성되어가는 기현상을 보여주는 것이라 할 수 있다.¹⁷⁾

마. 이른바 '심증표명'의 문제

서울고법, 서울중앙지법 조정담당판사 100명을 상대로 한 설문조사에 따르면 90%에 가까운 다수가 구체적 사안에 따라 심증을 표명하거나 할 수 있는 것을 전제로 조정을 진행하고 있다고 답했다. 응답자의 42%는 “조정과정에서 대체로 심증표명을 한다”고 응답하고 있다. 심증표명은 해당 사건이 조정이 아닌 판결로 갈 경우 나올 결과를 암시하는 것이다. 판사들이 조정과정에서 재판 결과를 예측할 수 있도록 한다는 말이다.¹⁸⁾ 여기에서 판사가 심증표명을 해서 결과를 예측하게 해 놓고 판결에서는 이를 뒤집는 경우가 문제된다. 혹자는 ‘재판장은 특별한 사정이 없는 한 같은 결론을 내려야 재판에 대한 신뢰가 형성된다’고 할 수 있고, 혹자는 ‘법원이 판결 이외에 심증을 표명하면 안 된다는 견해도 있지만 불이익한 판단을 받을 가능성이 있는 당사자로서는 오

16) 임상혁, 전제논문, 43면

17) 임상혁, 상개논문, 44면.

18) 내일신문, 2010. 9. 1.

히려 법원의 견해를 알게 됨으로써 예상치 못한 손해를 방지할 수 있고 합리적인 판단을 할 수 있는 기회를 박탈당하지 않을 수 있다'고도 할 수 있다.

2. 개선방향

가. ADR 기본법 제정

ADR에 관한 기본법에서 모든 ADR 절차에 통일적으로 적용되는 규정을 둔다면 이용상 혼란을 피할 수 있다는 점에서 국민들의 ADR 이용을 활성화할 수 있고, 법원에서 외부 ADR 기구에 사건을 회부함에 있어 예상될 수 있는 어려움들을 많이 감소시킬 수 있을 것이다.¹⁹⁾

(1) ADR로 이행하는 결정

재판절차에서 ADR로의 전면적 이행에 관한 규율로서, 수소법원이 소송사건을 ADR기관에 회부하는 결정을 하는 권한을 인정하는 것이 고려될 수 있다. ADR기관이 건전하게 발전하기 위해서는 적어도 그 시초에 있어서는 법원에서 사건이 정기적으로 회부되어 일정수의 사건을 거기에서 심리하는 실적이 쌓이고 일반의 신뢰를 받을 기회를 부여할 필요가 있다. 이러한 사정은 각국에 공통하는 것으로 보이며, 많은 나라의 ADR 관련법제는 ADR기관에의 회부나 다음 항에서 살펴보는 ADR 전치에 관한 사항을 가장 핵심적인 것으로 하고 있다. 우리나라에서도 민사조정제에 관해서는 조정회부 제도가 있고(민사조정법 제6조), 최근에 법원이 이 제도를 비교적 활발하게 운용하고 있다.²⁰⁾

(2) ADR 전치주의

위와 같은 회부를 보다 강력하게 하는 제도로서 ADR에 있어서의 심리를

19) 조원철, "법원연계형 ADR의 도입을 위한 법적 과제", 「언론중재」 제30권 제1호, 언론중재위원회, 2010.3, 41면.

20) 김상찬, "ADR기본법의 입법론에 관한 연구", 「중재연구」 제13권 2호, 한국중재학회, 2004.2, 169면.

소송을 요건으로 하는 ADR 전치주의를 기본법에 채용하는 것도 고려의 대상이 된다. 우리나라의 경우 이미 가사조정에서 광범위한 조정전치주의가 채용되고 있음은 주지의 사실이며, 일본의 경우 가사조정에서의 폭넓은 조정전치주의의 채용과 더불어 민사조정에서도 지대차임증감청구에 관해서 조정전치가 취해지고 있다(일본 민사조정법 제24조의 2). 또한 독일법도 ADR전치를 ADR법제의 핵심으로 하고 있다. 그렇지만 우리나라와 같이 사법형 ADR을 가지고 있는 나라에서는 전치강제는 사법형 ADR에만 인정하면 충분하고, 민간 ADR의 관계에서는 법원에 의한 회부제도를 이용하도록 하는 것이 좋을 것으로 생각된다. 다만 조정전치를 인정하는 경우에 사법형 조정(법원조정)과 민간형 ADR 중에서 당사자가 선택할 수 있도록 하는 것도 한가지 방법이 될 것이다. 그것은 관과 민의 ADR 기관에 경쟁원리가 작용하면서 이용자 서비스 향상에도 도움이 될 것이기 때문이다.²¹⁾

(3) 소송절차의 정지·회부기간

수소법원이 ADR에의 이행을 결정하여 사건을 ADR에 회부한 경우에 ADR기관에서의 심리기간을 어느 만큼으로 정할 것인가 하는 것도 기본법에 규율해야 할 사항이다. 만약 정하지 않는다면 무제한으로 되어 문제가 있기 때문이다. 우리나라의 민사조정에 있어서는 조정에 회부한 경우에 “그 절차가 종료될 때까지 소송절차는 중 지된다”고 하여 특별한 기간제한은 없지만(민사조정규칙 제4조), 제 외국의 법제에서는 이 점을 규정하는 경우가 많다.²²⁾ 기본법에 있어서도 ADR기관에 회부하는 경우에는 소송절차를 중지하는 것이 가능한 취지의 규정을 설정하여 중지기간을 제한하던가 법원이 회부결정을 언제든 취소할 수 있도록 하는 규정을 둘 필요가 있다. 이러한 규정을 두는 것은 특히 회부에 당사자의 동의가 없는 경우에는 재판받을 권리의 보장이라는 측면에서 보아 불가결하다고 생각되며, 당사자의 동의를 전제로 한 경우에 있어서도 ADR기관의 신속

21) 김상찬, 상계논문, 170면.

22) 예컨대 영국법은 원칙적인 기간을 1개월로 하고, 1개월에 한하여 연장을 인정하도록 하고 있으며, 프랑스법도 조정의 종류에 따라 1개월 또는 3개월로 회부기간을 제한하고, 같은 기간에 한하여 연장을 인정하는 입장을 취한다(프랑스민사소송법 131-3조, 832조).

한 처리를 촉구하는 의미에서 심리기간을 제한하는 것이 바람직할 것이다.²³⁾

(4) 집행력 부여

ADR이 합의에 성공한 경우에 법원의 협력방법으로서 ADR합의에 집행력을 부여할 때 법원으로 하여금 관여하도록 하는 것을 고려할 수 있는 바, ADR에 의한 분쟁해결의 실효성을 확보하기 위해서는 ADR에 기초한 합의에 집행력을 부여하는 것이 가장 큰 관건이 된다. 다만 국가기관이 아닌 민간 ADR에서 행해진 합의에 바로 집행력을 인정하는 것은 제도의 원칙상 곤란한 점도 있을 것이지만, 실무적으로는 당사자의 합의에 기초한 중재판단이 내려지면, 그 합의에 관하여 화해나 공정증서를 작성하는 등의 방법이 이용될 수 있는데, 보다 근본적으로는 법원이 관여하는 형태로 집행력을 인정하는 것이 ADR의 실효성을 높이는 하나의 방법이 될 수 있다.²⁴⁾

(5) 국가·기타 관계자의 책무

ADR의 정비를 위한 국가 기타 관계자의 책무에 관하여 규정해야 할 것인 바, 기본법이 국가법인 이상 규율의 중심이 되는 것은 국가가 ADR 정비를 위하여 어떠한 책무를 가지는가 하는 점일 것이다. 여기에서 국가에 기대하고 있는 것은 사안의 성질상 원칙적으로 예산조치를 수반한다기보다는 오히려 법원 등 법원 등 국가기관과 ADR 기관과의 연계의 실효화·원활화에 있다고 생각된다. 국가의 책무의 보다 구체적인 내용으로서 인적·정보면에서의 법원과 ADR기관의 연계가 문제로 된다. 담당자에 관한 인적면에서의 연계로서는, 판례정보 등의 적극적인 공표에 의한 ADR 기관과의 정보의 공유, 조정위원 등의 연수와 ADR담당자의 연수의 유기적 연계, 인재교류의 촉진 등이 생각될 수 있으며 나아가 장기적으로는 조정자에 관해서 자격화를 추진하고 법원 ADR과의 인재의 공통화를 도모하는 것도 고려해 볼 만 하다.²⁵⁾

23) 김상찬, 전계논문, 171면.

24) 김상찬, 상계논문, 168면.

25) 김상찬, 상계논문, 162면.

나. 중재제도의 활성화에 대한 법원의 역할

(1) 우리나라의 중재제도

중재는 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차로서(중재법 제3조 제1호), 일종의 사적재판인 비소송적 분쟁해결절차이다. 우리나라의 중재제도로는 노동중재와 언론중재 등이 있으나 일반적으로는 상사중재를 말하며 중재법에 의하여 설치된 상설기관으로는 대한상사중재원이 있다(중재법 제40조). 당사자들은 사적자치의 원칙에 따라 중재합의를 하고 기존의 중재기관(대한상사중재원 등)의 중재규칙을 통해 중재를 하거나(기관중재), 스스로 중재인의 수나 선정방법, 그리고 중재지 등에 대한 중재계약을 체결하여 실시하게 되는 중재(임시중재 혹은 수시중재)를 할 수도 있다.²⁶⁾

(2) 중재제도와 법원의 관여

법원의 중재에 대한 역할은 크게 중재합의의 실현단계에서의 후견적 역할 및 감독적 역할, 중재판정의 실현단계에서의 후견적 역할 및 감독적 역할 등 네가지로 나누어진다.²⁷⁾

1) 중재합의 실현단계에서의 후견적 역할

① 소송절차배제(중재법 제9조): 중재합의는 법원의 재판권을 배제하는 합의이므로, 법원은 중재합의의 대상인 분쟁에 대하여 소송이 제기되면 이를 각하 또는 기각한다.²⁸⁾

② 중재인 선정(동법 제12조): 중재합의를 하고 당사자 합의로 중재인을 선정하지 못하는 경우 법원이 중재인을 선정하여 준다.²⁹⁾ 우리 중재법은 1999년

26) 이준상, 전계논문, 274면.

27) 이에 대하여 자세히는, 목영준, "중재에 있어서 법원의 역할에 관한 연구", 연세대학교 박사학위논문, 2009.2. 참조.

28) 이준상, 전계논문, 275면.

29) 이준상, 상계논문, 275면.

전문개정과정에서 UNICITRAL 모델중재법을 대폭 수용하여 제12조에 이와 유사한 내용을 규정하고 있다. 특히 개정 전 중재법에서는 중재인 선정결정에 대하여 항고를 제한하는 규정을 없앴고, 개정 후 현행 중재법에 이르러 제12조 제5항에 “제3항 및 제4항의 규정에 의한 법원의 결정에 대하여는 항고할 수 없다.”는 규정을 추가하였다. 이는 UNICITRAL 모델중재법의 영향을 받은 것으로 중재법 제12조 제5항 해석의 기본방향은 문언상 가능하면 중재인 선정 신청 기각결정에 대한 불복을 허용하는 것일 것이다. 우리 중재법 제12조 제3항과 제4항은 ‘선정한다’라는 표현을 통해 법원의 결정 내용을 특정하고 있다는 점에서 동법 제12조 제5항이 즉시항고를 금지하는 대상으로 제3항과 제4항의 결정으로 한 것은 특정 내용의 결정, 즉 선임결정에만 한정하는 취지로 해석하여야 할 것이다. 결론적으로 우리 중재법 제12조 제3항과 제4항은 ‘선정한다’라고 하여 법원의 결정 내용을 특정하고 있고, 중재법 제12조 제5항이 즉시항고를 금지하는 대상을 지정하면서 제3항과 제4항의 결정이라고 한 점 등에 비추어 이를 특정 내용의 결정(=선임결정)만 한정하는 취지로 해석하여야 한다.³⁰⁾

③ 증거조사(동법 제28조) : 법원은 중재판정부의 촉탁에 의하여 증거조사를 실시하여 준다.

④ 임시적처분(동법 제10조) : 추후 내려질 중재판정의 실효성을 확보해 주기 위하여 법원이 중재절차와는 별도로 임시적 처분을 내려 준다.³¹⁾

2) 중재합의 실현단계에서의 감독적 역할

① 중재인에 대한 기피신청에 대한 판단(동법 제14조) : 당사자는 중재인의 공정성이나 독립성에 의심을 야기할 수 있는 경우와 당사자 간에 합의한 자격을 갖추지 못한 경우에 중재인을 기피할 수 있다.³²⁾ 우리나라 중재법의 규정을 살펴보면, 중재인 기피의 1차적인 권한은 중재판정부에 있으나 만약에 중재판정부가 중재인 기피를 받아들이지 않는다면 기피를 신청한 일방당사자

30) 박원형·김철호, “중재인 선정과 법원의 역할에 관한 연구”, 『중재연구』 제20권 제2호, 한국중재학회, 2010. 08. 02, 55면.

31) 이준상, 전제논문, 275면.

32) 이준상, 상제논문, 275면.

는 2차적으로 법원에 기피 신청을 할 수 있다. 즉 기관중재에서는 국가법원의 동시관할권을 배제하면서 중재기관이 자체적으로 중재인 기피에 대해 심문할 권리를 유보하고 있다. 어떤 관할권에서는 중재기관의 중재인 기피에 대한 결정은 행정적 성격의 이유로 항소할 수 없도록 하고 있다. 준거절차규칙이 중재인 기피에 대해 어떠한 입장을 취하든지 간에 규칙으로써 국가법원은 중재인의 선정을 취소하는 소를 받아들일 수 없다는 광범위한 견해가 있는 것 같다. 중재인 선정에 대해 이의가 있다하더라도 중재는 계속 진행이 되고 후에 중재판정이 내려진 후에 중재인 선정의 잘못을 이유로 중재판정에 대한 이의가 법원에 제기되어질 때 비로소 법원은 이 부분에 대해서 재검토할 수 있게 되는 것이다.³³⁾

② 중재인에 관한 권한종료선언(제15조) : 중재인이 법률상 또는 사실상 자신의 직무를 수행할 수 없는 경우에 당사자는 중재인에 대한 권한종료신청을 할 수 있다.

③ 중재절차불허소송에 대한 판단 : 중재합의의 일방 당사자가 법원에 중재합의의 부존재, 무효, 효력상실, 또는 이행불능을 이유로 중재절차를 불허하여 달라는 본안소송을 제기할 수 있다.³⁴⁾

④ 중재인에 대한 민사상, 형사상 책임에 대한 재판 : 중재인이 공정의무 등을 위반하였을 경우 채무불이행으로 인한 손해배상책임이나 불법행위로 인한 민, 형사상 책임을 질 수 있다. 다만 중재제도의 목적상 인정범위는 극히 제한되어야 한다.³⁵⁾

3) 중재판정의 실현단계에서의 후견 및 감독적 역할

① 중재판정의 보관(제32조 제4항) : 중재판정의 정본은 각 당사자에게 송부하고, 중재판정의 원본은 그 송부사실을 증명하는 서면을 첨부하여 관할법원에 송부, 보관한다.

② 중재판정의 승인, 집행(제37조) : 중재판정의 승인 또는 집행은 법원의

33) 박은옥, “중재에 있어서 법원의 역할”, 「무역상무연구」, 제30권, 무역상무학회, 2006.5, 103면.

34) 이준상, 전계논문, 275면.

35) 이준상, 상계논문, 276면.

승인 또는 집행판결에 의한다.

(3) 중재제도 활성화를 위한 법원의 역할

1) 기본방향

먼저 중재는 당사자 자치의 원칙에 기한 제도이므로 이에 대한 법원의 관여는 최소한으로 제한되어야 하며(중재법 제6조), 특히 중재판정취소의 소와 중재판정집행청구소송 등에 있어서 법원이 사적자치의 원칙에 기한 당사자들의 중재합의와 중재판정을 최대한 존중하여 법률가적 관점에서 불만족스럽다고 하여도 그 결과가 구체적 타당성에 근접한다면 그 절차와 판정을 과감하게 승인하여 줌으로써 중재의 활성화를 기할 수 있다. 제도적인 측면에서 중재를 활성화시키기 위한 방안은 기존에 존재하는 중재기관(대한상사중재원)이 더욱 활성화되도록 하거나, 혹은 상사분쟁 이외의 민사분쟁전반에 대하여도 중재 등을 할 수 있는 새로운 ADR 기구를 설치하는 방안이라고 할 것이다. 이러한 기관들이 신뢰를 얻게 되면 분쟁해결기구로서 활용도가 높아질 것이고, 이에 따라 법원에 제소되는 사건도 줄어들어 효과를 누릴 수 있을 것이다.³⁶⁾

2) 법원부속형 중재의 창설

사법형 ADR의 다양화와 관련하여, 법원부속형 ADR 방식의 하나로, 민사조정 이외에 법원이 사건을 중재에 회부하는 법원부속형 중재의 필요성이 제기되고 있다. 이미 미국 등에서 법원부속형 중재가 ADR의 주요한 한 방법으로 활용되고 있는데, 이를 체계화하면 우리나라에서도 ADR 제도 전체가 활성화되는 효과가 있으리라고 예상할 수 있다. 민사사건 가운데에는 양쪽 당사자에 의한 합의, 호양, 타협에 의한 해결을 통한 조정으로 처리할 수 없고, 재판에 의한 해결이 필요한 사건도 다수 존재한다. 전문성이 강한 사건의 효율적 처리라는 중재의 장점 이외에 재판이 원칙적으로 공개가 요청되는 데 대하여, 중재에 있어서는 영업이나 기술의 비밀보호, 프라이버시의 배려가 담보

36) 이준상, 상계논문, 277면.

된다는 점에서 법원부속형 중재를 긍정적으로 평가할 수 있다. 다만, 당사자는 본래 재판에 의한 해결을 구하여 소를 제기한 것인데, 직권에 의해 중재에 회부하는 것을 무제한으로 인정하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.³⁷⁾

3) 새로운 중재기구

민사중재원의 설립은 법원의 업무경감이나 분쟁의 자율적인 해결을 도모한다는 차원에서 바람직하다. 다만, 민간기구로 설치하더라도 설립 및 운영에 소요되는 비용을 감안할 때 국가나 지방자치단체는 예산을 지원하면서 일정 범위 내에서 법원의 감독과 지도를 받도록 해야 한다. 현행 중재법에 의하더라도 정부는 상사중재를 행하는 사단법인에 대하여 필요한 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있고(제40조), 위 조항에 의하여 상사중재기관으로 지정받은 사단법인이 중재규칙을 제정하거나 변경하는 때에는 대법원장의 승인을 얻도록 되어 있다. 현실적으로 변호사회에서 중재기구를 만들도록 하는 것이 가능한데, 이 경우 중재인단이 변호사로만 구성될 가능성이 높아, 다양한 분야의 전문가들이 지식과 경험을 살려 각종 분쟁의 효율적인 해결을 도모할 필요가 있다는 점에서 하나의 한계라고 할 수 있다.³⁸⁾

(4) 중재합의 유도에 의한 중재 회부

법원에서도 일반 법관들에게는 생소한 특수한 분야에서 발생한 분쟁이나 조기에 분쟁을 확정시킬 필요가 큰 사건의 경우에는 소송당사자들로 하여금 중재합의를 하도록 유도할 필요가 있다. 물론 대한상사중재원에서 처리되는 사건을 비롯하여 대부분의 중재사례들이 분쟁이 발생하기 이전에 처음 계약 체결 단계에서 중재합의를 한 경우이고, 이와는 달리 분쟁이 발생한 이후에는 중재합의가 이루어지기 쉽지 않으나, 퇴임한 고위법관들이나 명망 있고 경험 많은 전문인들이 중재인으로 활동한다면 상고심에 이르기까지 오랜 시간과 비용이 소요되는 소송절차에 비하여 경쟁력이 떨어질 것도 없다. 중재사례가 쌓이면서 신뢰를 얻게 되면 분쟁이 발생한 이후에라도 중재합의를 끌어내기

37) 전병서, “ADR의 확충·활성화에 관한 검토”, 「변호사」 제37집, 2007, 126~127면.

38) 조원철, 전계논문, 46면.

가 보다 용이하게 될 것이다.³⁹⁾

다. 조정제도의 활성화에 대한 법원의 역할

(1) 새로운 조정기구의 설치

ADR이 활성화되기 위해서는 무엇보다도 분쟁의 성격이나 당사자들의 사정에 따른 다양한 분쟁해결프로그램이 도입되어야 할 것이고, 장기적으로는 민간형 ADR이 그 중심적 역할을 하여야 한다. 다만, 민간형 조정기구를 설치하는 경우, 국가와 지방자치단체로부터의 예산지원도 절대적으로 필요하고, 아울러 분쟁의 종국적인 해결기관인 법원과의 연계가 실질적으로 원활히 이루어져야 한다. 이를 위해서는 서로 간에 정보를 공유하는 것은 물론이고 법원에서 조정인들에 대한 연수를 실시하는 등으로 지원을 할 필요가 있다. ADR이 성공을 거두기 위하여 중요한 요인들 중 하나는 우수한 조정인과 중재인들을 많이 확보하는 일이다. 일본의 경우 대부분의 법관이 정년퇴직을 하면서 퇴임 후에는 봉사 차원에서 민사 또는 가사 조정위원이 되어 분쟁 해결에 큰 역할을 하고 있다고 한다. 우리나라에서도 은퇴한 법관이나 변호사가 자신의 경험을 살려 조정인으로서 활발히 활동한다면 ADR의 발전에 커다란 기여를 하게 될 것이다.⁴⁰⁾

1) 대한법률구조공단 활용

대한법률구조공단은 변호사를 중심으로 전국적인 조직을 갖추고 있다는 점에서 현재 부수적인 업무로 되어 있는 조정 업무를 체계적으로 강화하여 상담 사건들 중 일부를 조정으로 종국적으로 해결하는 방안을 모색할 필요가 있다.

2) 지방변호사회에 조정센터 설치

현재 서울, 부산, 대구, 대전, 광주에만 설치되어 있는 조정센터를 전국 각지의 지방변호사회로 확대하여 설치할 필요가 있다.

39) 조원철, 상계논문, 47면.

40) 조원철, 상계논문, 42면.

3) 주민분쟁조정센터 설치

우리나라도 미국의 주민분쟁조정센터와 같이 지역사회에서의 이웃간 분쟁, 임대차 관련 분쟁 등을 다루는 ADR기구를 만들 필요가 있다.⁴¹⁾ 주민분쟁조정센터(주민분쟁조정위원회 또는 이웃분쟁조정센터)는 국가기관이든 지방자치단체이든 일반 시민이 쉽게 접근할 수 있는 곳에 설치하면 되고, 자원봉사자나 공익법무관, 공익근무요원을 활용하면 큰 예산을 들이지 않고도 운영할 수 있을 것이다.⁴²⁾ 주민간 분쟁의 경우 장래의 이익을 고려하여 분쟁 당사자 사이의 관계를 원만히 회복시킬 가능성이 큰데도 이에 대하여 법원에 제소하는 것은 한정된 사법자원의 낭비일 뿐 아니라 서로의 관계를 파탄에 빠뜨려 돌이킬 수 없는 결과를 낳게 된다. 이러한 분쟁조정센터는 그 예산 등을 고려할 때 민간차원에서 설치할 것을 기대하기는 어렵고 국가 또는 지방자치단체에서 설치하여야 한다. 몇몇 기초 지방자치단체에서 주민들을 위한 복지 서비스 차원에서 위와 같은 기구를 설치하여 운영한다면 그 결과에 따라서는 전국적으로 급속히 파급될 수도 있을 것이다.⁴³⁾

4) 법학전문대학원에 ADR프로그램 운영

법학전문대학원에는 판사나 변호사 출신의 실무가교수들이 다수 있어 이들의 지도하에 지역주민들 사이의 분쟁이나 특화된 전문분야의 분쟁을 위주로 ADR프로그램을 운영할 경우 분쟁해결뿐만 아니라 ADR에 관심을 갖는 법률가를 양성하는 이중의 효과를 거두게 될 것이다. 특히 지역부민들 사이의 분쟁과 관련하여서는 지방자치단체와 협력하거나 그로부터 재정적 지원을 받을 수도 있을 것이다.⁴⁴⁾

(2) ADR 전치주의

법원의 인적·물적 자원에 있어서 아무리 법관의 증원이나 집중심리 등에

41) 조원철, 상계논문, 43면.

42) 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 「안암법학」 제22호, 홍문사, 2006. 4. 307면.

43) 조원철, 전계논문, 43면.

44) 조원철, 상계논문, 43면.

의하여 그 분쟁해결기능을 충실히 하더라도 현실적인 문제로 분쟁이 전부 법원에 집중한다면 법원은 기능마비에 빠질 것이다. 법원이 그 기능을 원활하게 수행하기 위하여도 법원에 집중하는 사건이 각종의 ADR에 의하여 미리 걸러져서(전치시켜) 적정한 규모로 한정되는 것이 바람직하다. 그런데 ADR 전치주의에 의하여 법원에 의한 권리보호가 현저히 지연되는 결과를 빚는다면 재판받을 권리와 관련하여 위헌문제가 생길 수 있다. ADR이 이용하려는 사람으로부터 신뢰를 얻을 수 있어야 하고, 절차적 공정성이 확립되어 있어야 한다. 그리고 어느 범위의 사건을 전치주의에 한정할 것인가 하는 기준이 검토되어야 한다. 예를 들어 독일에서는 법원의 부담을 완화하고 신속·저렴한 분쟁해결을 위하여 1999년에 소액사건, 隣人분쟁, 명예훼손분쟁 등에 대하여 각주의 법률에 따라 조정전치를 의무화할 수 있도록 하는 내용의 법원의 분쟁해결의 촉진에 관한 법률이 민사소송법시행법의 일부로 제정되어, 2000.1.1.부터 시행되고 있다.⁴⁵⁾

위와 같은 사건에서 조정전치주의가 법원 외 ADR의 활성화로 이어지기 위해서는 변호사회 등에서 해당 전문조정기구를 설치하는 것이 전제되어야 할 것이다.⁴⁶⁾ 조정전치주의를 채택할 경우에 있어서 사법형 ADR과 민간형 ADR중에서 당사자가 선택할 수 있도록 함으로써 양자 간에 선의의 경쟁이 이루어질 수 있도록 해야 한다.⁴⁷⁾

라. 특수분야에 있어서의 ADR의 활성화와 법원의 역할

(1) 스포츠분쟁분야

스포츠 사고의 분쟁해결은 무엇보다도 전문성과 신속성이 요청된다. 말하자면, 스포츠사고에 있어서도 다양한 분쟁을 해결하기 위하여 한국스포츠중재위원회의 규칙에 따라 신속하고 간결하게 해결하는 것이 무엇보다도 중요하다고 할 수 있다. 그러나 사안의 중대성과 당사자가 원하지 않은 경우에는 재판

45) 전병서, 전계논문, 126면.

46) 조원철, 전계논문, 44면.

47) 김상찬, 전계논문, 170면.

의 절차에 따를 수밖에 없다.

스포츠분쟁의 경우에도 조정이나 중재를 통하여 해결하는 것이 바람직하다. 그러나 최근 대한체육회와 대한올림픽위원회가 통합하는 과정에서 정관을 개정하여 한국스포츠중재위원회를 삭제함으로써 조정이나 중재를 통한 해결이 어려워지고 있다. 스포츠 분쟁에 있어서 합리적인 분쟁해결을 위한 명확한 법적인 근거를 마련하기 위해서 스포츠기본법의 제정 등도 필요하다고 할 것이다.⁴⁸⁾

(2) 증권중재분야

우리 중재법에는 증권중재를 위하여 별도의 배려를 하지 않고 있다. 증권분쟁은 중재법의 일반적인 원칙만으로 해결하기에는 그 전문성 내지 특수성이 인정될 필요가 있는 분야이므로, 관련분야의 자율적인 규제가 보다 더 바람직한 측면이 있다고 할 수 있다. 우리나라 증권거래법 및 증권거래소 정관의 개정에 따라 분쟁조정제도의 구체적 운영방안이 새로 마련되어 2001년 4월부터 시행되었다. 이 법은 증권거래소에 증권분쟁조정위원회의 설치를 의무화함으로써 종래의 감독기구 등의 금융분쟁조정제도 뿐만 아니라 자율규제기관에도 분쟁해결을 위한 전담기구를 두게 함으로써 분쟁해결을 위한 제도적 장치가 확대되고 투자자들의 선택의 폭은 넓어지게 되었다. 그러나 이러한 조정제도는 그 장점에도 불구하고, 증권거래소 등의 자율규제기관의 분쟁조정에는 구속력이 인정되지 않으므로 실효성이 없는 상태에 있다. 그러므로 분쟁을 합리적으로 해소하기 위한 방안으로 증권분쟁에 대한 사전중재합의조항을 활용할 수 있게 하거나, 사후에도 중재절차를 활용할 수 있게 할 필요가 있다. 증권중재가 가능하도록 기반을 구축하는 것이 요청된다고 하겠다. 한때 미국 법원이 취해온 태도와 같이 무조건적으로 증권중재를 부인한다면 국제적 자본사회에서 분쟁해결절차가 폐쇄적이라는 평가를 면하기 어려울 것이다.⁴⁹⁾

48) 김상찬·김상명, "스포츠사고의 민사적 책임과 합리적인 분쟁해결", 「스포츠와 법」 12권 4호, 한국 스포츠 엔터테인먼트 법학회, 2009.11, 143면.

49) 한철, "증권중재에 있어서 중재인과 법원의 역할", 「과학기술법연구」 제11집 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2005. 8, 140~141면

(3) 노동분야

서울중앙지방법원은 노동사건 전문조정위원회 제도를 도입하여, 2005년 1월부터 노동사건에 대한 조정을 통한 해결을 꾀해 오고있다. 이 위원회는 노동 문제에 정통한 33인의 학자와 변호사 등으로 구성되며, 2005년에는 서울중앙지방법원에서 시험적으로 도입·시행한 다음, 2006년부터는 전국적으로 확대하기에 이르렀다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 중앙지방법원은 조정절차에 회부되는 사건이 점차 증가함에 따라 2010년 5월부터는 민사재판에 앞서 조정을 통한 해결을 꾀하는 조기조정제도라는 소위 조정전치주의를 도입함에 따라 보다 신속하고 저렴한 사건처리가 기대된다.⁵⁰⁾

(4) 조세분야

조세분쟁에 있어서도 신속하고 경제적인 뿐 아니라 당사자의 합의에 의하여 분쟁을 해결할 수 있는 ADR제도의 구축이 모색될 필요가 있다.⁵¹⁾ 이에 여러 가지 방안이 모색될 수 있으나 현행 사후적 조세불복제도와 과세전 적 부심사제도를 그대로 두고 과세조정제도를 추가로 신설하여 새로운 사전적 및 사후적 구제제도로 기능하게 하는 방법이 가장 유력하다. 이 방안의 장점은 첫째, 기존 제도를 대체로 그대로 유지하기 때문에 새로운 제도의 채택에 따른 혼란이 없고, 둘째, 기존의 과세전 적부심 이외에 과세조정제도를 추가함으로써 과세처분 이전 단계에서의 권리구제의 폭이 넓어질 것이므로 납세자는 과세관청의 부당한 과세로부터 보다 신속하고 저렴하게 구제 받을 수 있게 되며, 셋째, 과세처분 이후에도 조정제도에 의한 신속하고 효율적인 구제가 가능하게 된다.⁵²⁾ 법원은 이러한 조세분야에 있어서의 ADR의 활성화를 위해서도 노력해야 할 것이다.

50) 이정, "한국의 「재판 외 노동분쟁해결제도(ADR)」에 관한 연구", 「강원법학」 제30권, 2010. 6. 168면.

51) 김상찬, "미국 조세소송상 화해제도", 「성균관법학」 제21권 3호, 성균관대학교법학연구소, 2009.12. 900면

52) 이진오, "대체적 조세분쟁해결절차의 도입에 관한 연구", 「세무학연구」 제24권 제1호, 한국세무학회, 2007. 3. 186~187면.

마. 민사중재원의 설치

(1) 설치방안

1) 전국 지방법원 본원에 적정 수의 중재인단으로 구성된 중재원(서울중재원, 제주중재원 등)을 설치하는 방안 : 우선 전국 지방법원 본원에 적정 수의 중재인단으로 구성된 중재원(서울중재원, 제주중재원 등)을 설치하는 방안으로서 중재원의 행정사무는 지방법원에서 담당하고, 중재인단은 상임 중재인과 비상임 중재인으로 구성하되, 상임 중재인은 퇴임 법관이나 고위직 일반직 법원공무원 또는 변호사·법무사 중에서 선임하고, 비상임 중재인은 법조인과 비법조인을 망라하여 적격자를 선임하며, 모든 중재인은 개별 중재사건마다 당사자로부터 법정 보수를 지급 받고, 상임중재인은 그 이외에 국가로부터 일정한 보수를 지급받게 된다. 중재절차는 중재법에 따르고 중재원에서 조정법에 따른 민사조정도 담당하도록 하고, 지원 관할 사건의 경우에는 출장 조정 또는 중재를 실시한다. 53)

이 방안에 대하여 찬성하는 측에서는 만일 법원 또는 변호사단체에 민사중재원을 설치하면 이것은 또 하나의 법원으로 오인되어 자칫 그 이용을 기대하기는 어려울 수 있으며 현재도 법원은 조정제도, 수소법원조정제도, 화해권고제도 등 다양한 소송대체분쟁을 운영하고 있으며 그 밖에도 법원내 ADR을 운영할 필요성이 절실하다면, 법원 스스로 개발하여 운영하면 될 것이라는 논리를 편다.54)

2) 국가기관인 중재원에 갈음하여 대법원이 관장하는 사단법인 민사중재원을 서울에 설치하고 각 지방법원 본원 소재지에 그 분원을 설치하여 중재원의 역할을 담당하도록 하는 방안55)

3) 특정 사건을 전담 처리하는 중재원 등을 설치하는 방안 : 조정율이 높은 교통사고 관련 사건이나 임대차관계분쟁사건의 경우 조정 또는 중재전치주의를 채택하고, 단기적으로는 교통사고중재원 또는 임대차중재원 등 특정사건을

53) 이준상, 전계논문, 281면.

54) 유병현, 전계논문, 308면.

55) 이준상, 전계논문, 281면.

전담 처리하는 중재원을 우선 설립하여 운영한 뒤, 그 경험을 바탕으로 중재원(또는 사단법인 민사중재원)을 설치하는 방안이 있다.⁵⁶⁾

(2) 검토

ADR의 근본이념인 사적 자치의 원칙이 가장 잘 구현되도록 하기 위해서는 될 수 있는대로 법원의 간섭을 최소화 하는 방안을 선택하여야 할 것이다. 이에 부합하는 방안으로서 (2)안과 (3)안이 적합하다고 생각한다.

VI. 맺음말

현대사회는 다양한 유형의 분쟁이 급속도로 증가하고 있다. 따라서 모든 분쟁을 재판으로 해결하기에는 법관의 수가 턱없이 모자라며, 특히 분쟁의 유형 중에는 전문지식이 부족한 법관의 능력만으로는 분쟁을 해결을 하기 어려운 경우도 있다. 따라서 해당 분야의 전문지식을 가진 전문가가 분쟁해결에 개입할 필요성이 더욱 증대되고 있다. 오늘날 ADR의 필요성은 되돌릴 수 없는 대세가 되고 있다. 하지만 법원의 조정이나 화해과정에서 조정율이나 화해율이 지나치게 강조되어 강압적·강제적인 방법으로 조정이나 화해를 시도함으로써 그로 인한 부작용도 많이 발생하게 되었다.

이러한 상황 하에서 '조정·화해의 활성화'는 '조정·화해율의 제고'라는 단순한 의미를 넘어서서 '조정과정의 내실화'의 의미로서 더욱 강조될 필요가 있게 되었고, 이는 법원조정과정에 있어서 당사자의 자율성 보장, 조정기관의 분리를 통한 재판부의 공정성유지, 다양한 ADR 프로그램의 확보 등의 방법을 통해서 구체화될 수 있을 것으로 보인다.

ADR에 있어서 법원의 역할은 우선 ADR의 근본이념으로 돌아가서 제도의 현황과 개선방향을 모색해야 한다는 것이다. 이념형의 ADR은 국가의 통치권의 하나인 '사법'의 범주에는 들어가지 않는 것으로서 '사적자치'를 그 근본이

56) 이준상, 상계논문, 281면.

념으로 한다. 법원이 이를 망각하고 법원에 폭주하는 사건을 손쉽게 처리하려는 태도로 ADR을 바라본다면 ADR의 활성화에 걸림돌이 될 것이다.

진정한 ADR이 정착되려면, 민간중심의 ADR기구를 확충해야 하고, 이를 위한 ADR기본법을 제정하여, 법원 등 국가기관이 적절한 예산 등을 지원함과 동시에 적절한 감독을 할 필요가 있다. 요컨대 ADR에 있어서의 법원의 역할은 ADR의 근본이념인 '사적자치'를 회복하는 방향으로 나아가야 하고 그런 의미에서 단기적으로는 법원의 개입이 불가피하다고 할지라도 장기적으로는 법원은 ADR에서 손을 떼고 꼭 필요한 최소한의 역할만을 담당하게 되어야 한다. 민간형 ADR이 우리나라에서 건강하게 성장할 수 있도록 지원, 육성하는 것이 법원의 가장 중요한 역할일 것이며 이것이 ADR의 활성화를 위한 길임은 물론, 근본이념인 '사적자치'를 회복하는 바른 방향이 될 것이다.

참고문헌

- 곽영실·김석철, 「상사중재론」, 도서출판 두남, 2008.
목영준, 「상사중재론」, 박영사, 2001.
함영주, 분쟁해결방법론, 진원사, 2010.
김상찬, “ADR의 이념과 개혁방향”, 「법과 정책」 제10호, 제주대학교 사회과학연구소, 2004.
김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 2호, 한국중재학회, 2004.
김상찬, “미국 조세소송상 화해제도”, 「성균관법학」 제21권 3호, 성균관대학교 법학연구소, 2009.
김상찬·김상명, “스포츠사고의 민사적 책임과 합리적인 분쟁해결”, 「스포츠와 법」 12권 4호, 한국 스포츠 엔터테인먼트 법학회, 2009.
목영준, “중재에 있어서 법원의 역할에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 2009.
박은옥, “중재에 있어서 법원의 역할”, 「무역상무연구」 제30권, 무역상무학회,

2006.

- 박원형·김철호, “중재인 선정과 법원의 역할에 관한 연구”, 「중재연구」 제20권 제2호, 한국중재학회, 2010.
- 손경한, “ADR에 있어 법률가의 역할”, 「법학연구」 제26집, 전북대학교 법학연구소, 2008.
- 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 「안암법학」 제22호, 안암법학회, 2006.
- 이로리, “ADR의 활성화와 법원의 역할”, 「경영법률」 제19집 제3호, 한국경영법률학회, 2009.
- 이시윤, “한국에 있어서의 민사조정 실증적 경험”, 「사법행정」 제32권 제6호, 1991.
- 이전오, “대체적 조세분쟁해결절차의 도입에 관한 연구”, 「세무학연구」 제24권 제1호, 한국세무학회, 2007.
- 이 정, “한국의 「재판 외 노동분쟁해결제도(ADR)」에 관한 연구”, 「강원법학」 제30권, 2010.
- 이준상, “ADR 활성화를 위한 개선방안”, 「한국민사소송법학회지」 제10권 제1호, 한국사법행정학회, 2006.
- 임상혁, “법원의 ADR”, 「한국민사소송법학회지」 제12권 제2호, 한국사법행정학회, 2008.
- 전병서, “ADR의 확충·활성화에 관한 검토”, 「변호사」 제37집, 2007.
- 조원철, “법원연계형 ADR의 도입을 위한 법적 과제”, 「언론중재」 제30권 제1호, 언론중재위원회, 2010.
- 한 철, “증권중재에 있어서 중재인과 법원의 역할”, 「과학기술법연구」 제11집 제1호, 한남대학교 과학기술법연구원, 2005.

[Abstract]

**Problems about the Role of Court in ADR and A Direction for
its Improvement**

Kim, Sang-Chan

Professor, Law School, Jeju National Univ.

Jung, Ji-Woong

The Master's Course, Law School, Jeju National Univ.

The necessity and importance of Alternative Dispute Resolution (ADR known as external dispute resolution) has increased both at home and abroad. This is because various types of disputes in modern society need to be resolved by diverse experts and a flood of cases in court prevent a growing number of cases from coming to prompt and proper trial.

ADR in Korea has been in use since 1987 when the Supreme Court came up with a plan to vitalize the mediation system and recommended its district courts to utilize it. While a recommendation of mediation and conciliation creates positive effects including the increasing rate of mediation and conciliation, its side effects may arise from depending too heavily on the system. This thesis examines the status quo of court-led ADR, its problems, and a direction for its improvement.

First, as far as ADR and its fundamental principles are concerned, the primary role of court is to understand the current status of ADR and seek for a direction for its improvement. The ideology of ADR rests on private autonomy for its basic principles because it does not fall under the category of jurisdiction, the sovereign power of a nation. If courts ignore this important fact and regard ADR as a means of relieving the backlog of cases, this

attitude will be an impediment to the vitalization of ADR.

In order to establish ADR firmly, it is necessary to expand civilian-led ADR institutes, enact an ADR basic act, allocate an appropriate budget for ADR and have proper supervision over ADR. In short, when it comes to ADR, courts should play a role of restoring private autonomy with its fundamental principles called into mind. They should not directly intervene in ADR, but rather play an essential yet minimum role in the long term, in spite of their inevitable intervention in ADR in the short term. This thesis puts forth the idea that the most important role of court is to support and foster civilian-led ADR to help it grow healthy.

Key Words : Alternative Dispute Resolution, mediation, conciliation, arbitration, courts' role, private autonomy, civilian-led ADR

