

美國法上 代替的紛爭解決과 和解促進制度

金 祥 燦

目 次

- I. 머리말
- II. 代替的紛爭解決 節次의 出現背景
- III. 代替的紛爭解決과 和解
- IV. 美聯邦地方法院의 和解促進 制度
- V. 맺음말

I. 머리말

민사소송에 있어서 소송에 갈음하여 당사자 쌍방의 자율적 의사합치를 토대로 자주적으로 해결하는 방식이 오랫동안 다양하게 발전되어 왔다. 이른바 알선·조정·중재·화해 등과 같은 다양한 분쟁해결방식이 그것인데, 이러한 분쟁해결방식은 법의 토착화 수단으로서 또는 문화인류학적 메커니즘으로서 또는 사법적 구제의 전제조건으로서 나라마다 적당한 모습으로 활용되고 있다. 이러한 방식들은 오늘날 주로 선진국에서 공식적 분쟁해결방식인 소송제도에 대한 불만, 즉 재판지연, 과도한 비용, 재판과정의 기술적 난해성 및 경미하거나 특수한 분쟁에 대한 소송제도의 부적합성 때문에 소송제도에 대한 대안(alternative dispute resolution : ADR)을 모색하는 차원에서 새로운 각광을 받고있다.¹⁾

이러한 가운데, 최근 민사소송실무에서는 '화해 검 변론' 또는 '조정 검 변론'이라는 방식을 이용하여 한편으로는 화해나 조정을 통한 분쟁해결을, 다른 한편으로는 변론의 활성화를 꾀하고 있다. 일본에서는 '화해 검 변론'을, 우리 나라에서는 '조정 검 변론'을 많이 이용하고 있는데, 그 내용에 관해서는 아직 정립되지 않고 있는 실정이다.

쟁점정리절차에 실권효를 부여한다면 소송의 능동적 성격에 비추어 의문이 있고,

* 濟州大學校 法政大學 法學部 助教授

1) 宋相現, 民事訴訟法, 博英社, 1999, 4-13面.

화해권장이 쟁점정리와 동일한 절차에서 행할 수 있게 되는데, 조정이나 화해과정을 어떻게 규율되어야 하는가에 관해서는 명백하지 않다. 따라서 '조정 결 변론' 과정에 있어서의 규율 및 분쟁처리의 다양화의 본연의 모습이 검토되지 않으면 안된다고 할 수 있다. 여기에서 본고는 분쟁실체에 적합한 유연한 재판을 지향하는 미연방민사소송규칙에 있어서의 free trial과정에 대한 규율을 분석·검토함으로써 어떤 시사를 얻고자 한다.

미연방지방법원의 최근의 동향을 살펴보면 이른바 '법관에 의한 사건관리' 및 '대체적 분쟁해결' 절차를 제도화함으로써 분쟁의 화해적 해결을 촉진시키고자 하고 있다. 즉 free trial과정에서 법관(내지 제3자)과 당사자가 비공식적으로 소송준비나 화해에 관하여 협의하는 것을 전제로 하고 있다. 이점에서 현상적으로 보면 우리의 '조정 결 변론'과정과 가깝다고 할 수 있다. 소송구조에 있어 우리 나라와 미국은 이념적인 차이가 크지만, 현실의 소송을 살펴보면 free trial과정과 상당히 비슷함을 알 수 있다. von Mehren은 free trial협의에서의 심리는 집중심리가 아니라 '5월 장마식 심리'를 하고 있다고 한다.²⁾ 이것을 뒷받침하는 것처럼 소송에 이르는 사건은 전체의 10%에도 미치지 못한다. 이 비율은 최근 소송의 증가가 폭증하는 중에도 감소하고 있다.³⁾ 이른바 '소송교섭(litigotiation)'인 것이다.⁴⁾ 미국에서 모두 성공하고 있는 것은 아니지만 화해교섭에 관한 학제적인 이론적 연구가 진전되어 있어,⁵⁾ 이로부터 우리 나라의 상황에 어떤 시사를 얻을 수 있다고 생각한다.

따라서 이하에서는 우선 미국의 연방규칙을 역사적으로 고찰하는 것으로, 우리 나라에서 말해지는 법관의 권한강화와 미국에서의 법관에 의한 사건관리의 강화와의 배경의 차이점과 같은 점을 확인하려고 한다. 그리고 '대체적 분쟁해결'에 관한 이론적인 논쟁을, 분쟁의 분배, 법관·당사자의 역할이라는 점에 관하여 살펴본 후 미연방지방법원의 각종 '대체적 분쟁해결' 절차의 실태를 분석·검토하려 한다.

2) von Mehren, *Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure : Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules*, 63 Notre Dame L. Rev. 609, 625(1988).

3) See Resnik, *Failing Faith : Adjudicatory Procedure in Decline*, 53 U. Chi. L. Rev. 494, 558(1986).

4) Galanter, *Reading the Landscape of Disputes: What we Know and Don't Know(and Think We Know) About Our Allegedly Contentions And Litigious Society*, 31 UCLA L. Rev. 3 (1983).

5) Schuck, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agnet Orange Example*, 53 U. Chi L. Rev. 337, 338-340(1986) ; Cooter & Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Dispute and Their Resolution*, 27, J. Econ. Literature, 1067, 1078-1080(1989).

II. 代替的紛爭解決 節次의 出現背景

지난 수십년간 미연방지방법원에서는 민사소송제도와 관련하여 사실조사절차(discovery)의 남용, 소송지연과 소송비용의 고액화, 소송건수의 폭발적 증가 등 다양한 문제가 제기되어왔다.⁶⁾ 이러한 제문제를 해결하기 위한 시도중의 하나가 현재 연방민사소송규칙 제16조에 의하여 정식으로 승인된 '법관에 의한 사건관리(judicial case management)'이다.⁷⁾ 이 제도는 법관이 free trial과정에 적극적으로 관여하여 소송진행에 어떤 형태로든지 영향을 주어 소송절차가 가지고 있는 문제에 대처하려고 하는 것이다. 연방규칙 제16조에 기한 free trial협약에서 당사자와 법관은 사실조사 범위의 한정, 기일설정, 소송에서 심리할 쟁점형성에 관하여 비공식적으로 협의·결정한다. 그리고, 1983년의 개정에서 새로이 부가된 동조(e)항에 기초하여 그들의 결정사항이 free trial명령에 기재되면 그 후의 소송과정은 동 명령에 구속되게 된다. 이것이 사건관리의 구체적 내용이다.⁸⁾ 나아가 free trial협약에서의 화해권장, '대체적 분쟁해결' 절차를 통한 사건의 화해적 해결의 촉진도 사건관리의 한 내용으로 되는데 이르고 있다.⁹⁾

이러한 경향은 미국만이 아니라 독일이나 일본에서도 보이며, 우리 나라도 예외가 아니다. 그러나 미국에서 이러한 상황이 발생된 배경과 오늘날 우리가 처해있는 상황이 어떻게 다른지 우선 확인할 필요가 있다. 그래서 1938년에 제정된 연방민사소송규칙이 전제한 절차의 성격 내지 이념 등을 살펴보고자 한다. 결론부터 말하면, 법관에 의한 사건관리의 시도는 표면적으로는 현상적인 문제들에 대한 대처라고 할 수 있다. 그러나 그러한 시도의 본질은 쟁점실체를 넓게 받아들여 법관의 재량에 의거하여 분쟁유형에 관계없이 하나의 절차를 통일적이고 유연하게 적용하고자 하는 노력이라고 해야한다.¹⁰⁾

6) Trubek, Sarat, Felstiner, Kritzer & Grossmann, *The Cost of Ordinary Litigation*, 31 UCLA L. Rev. 72 (1983) ; R. Posner THE FEDERAL COURTS, at 60-93(1985).

7) Resnik, *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev.374 (1982) ; Peckham, *The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition*, 69 Cal. L. Rev. 770 (1981) ; Elliott, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 U. Chi. L. Rev. 306 (1986). Judicial case management, managerial judge, managerial judging, case manager

8) Fed. R. Civ. P. 16. See Elliott, *supra* note 2. at 311-314. Fed. R. Civ. P. 26(b), 26(f), 37(g) and its advisory committee's note

9) Fed. R. Civ. P. 16 (a) (5), (c) (7) and its advisory committee's note.

10) Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, 135 U. Pa. L. Rev. 909 (1987) ; Bone, *Mapping the Boundaries of a Dispute: Conceptions of Ideal Lawsuit Structure from the Field Code to the Federal Rules*, 89 Colum. L. Rev. 1 (1989) ; Burbank, *The Costs of Complexity*, 85 Mich. L. Rev. 1463(1987)

1. 연방민사소송규칙의 절차적 성격

미국은 1934년의 授權法(the Rules Enabling Act of 1934)을 제정하여 대법원에 규칙제정권을 부여했는데, 이 법은 보통법(common law)절차와 형평법(equity)절차의 통합을 목적으로 하였다.¹¹⁾ 그리고 이 법에 기하여 1938년에는 연방민사소송규칙이 제정하였다. 이 때 연방규칙의 기초자가 전제로 한 보통법절차와 형평법절차의 통합은 간소화된 절차와 법관의 재량에 의한 형평한 판단을 이념으로 하는 형평법절차였던 것이다.¹²⁾ 형평법적인 소송은 '공공신탁' 내지 '구조개혁소송'에서 현저하였다. Chayes는 일찍이 현대의 소송모델이 적어도 구제방법 형성의 단계에서는 형평법적 성격을 가진다고 지적하고 연방지방법원에서 실제로 무엇이 행해지고 있는가를 기술하려면 전통적모델이 아니라 공공신탁모델이 필요하다고 주장하고 있다.¹³⁾ Subrin은 연방민사소송규칙의 형평법적 성격이 이러한 소송을 가능하게 하였고, 연방규칙의 개방적인 성격을 가지고 규율하려는 시도가 최근 진전된 '법관에 의한 사건관리'나 '대체적분쟁해결'의 소송내화라고 한다.¹⁴⁾ 그래서 이하에서는 각 시대의 절차가 가지고 있는 성격을 명백히 함으로써 보통법절차와 형평법절차의 통합과정, 그리고 형평법적 성격을 기반으로 하고 있는 연방규칙과 현재의 소송상의 제문제가 어떻게 관련하는가를 살펴보려 한다.

(1) 보통법절차와 형평법절차

보통법절차는 단일 쟁점형성을 지향한 訴狀制度를 통하여 소송에 뒤얽힌 분쟁을 한 정함으로써 이념적으로는 법관으로 하여금 일관성 있는 합리적인 법의 형성을 가능하게 한다. 특정한 소송방식이 선택되기 때문에 피고는 원고가 주장하는 법적 관점뿐만 아니라 절차가 소송방식마다 다르므로 소송이 어떠한 절차를 거치는가를 소제기 단계에서 알 수 있었다. 법률효과를 가져올 사실관계를 명백하게 함으로써 이념적으로는 예측가능성을 실현함과 동시에 법관의 재량을 통제하는 성격도 가지고 있다고 할 수 있다.¹⁵⁾ Bone은 이러한 보통법절차를 권리중심적 접근이라고 부른다.¹⁶⁾ 즉, 비교적 단순한 실제적 권리와 의무의 유형을 전제로 하여 소송에서 문제로 되는 것은 이러한

11) 28 U. S. C. § 2072.

12) Subrin, *supra* note 10 ; Bone, *supra* note 10.

13) Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. 1281, at 1292-1296(1976).

14) Subrin, *supra* note 10, at 913, 987-991 ; Burbank, *supra* note 10, at 1468 ; Eisenberg & Yeazell, *The Ordinary and The Extraordinary in Institutional Litigation*, 93 Harv. L. Rev. 465, 510-515(1980).

15) Subrin, *supra* note 10, at 914-918.

16) Bone, *supra* note 10, at 7-8.

단일한 권리 또는 의무뿐이라고 생각한다. 그 때문에 법원이 부여하는 구제방법이 분쟁을 근본적으로 해결할 것인가 아닌가는 고려하지 않고 하나의 권리 또는 의무만이 소송의 대상으로 되어 그러한 권리·의무를 가진 자만이 당사자로 된다.

그러나 사회가 발전함에 따라서 형성되는 법률관계도 매우 다양하여 권리를 중심으로 한 보통법적 절차로는 대응할 수 없게 되었고, 이러한 사회적 상황이 형평법절차의 도입을 가져오게 하였다.¹⁷⁾ 형평법절차에서 대법관은 보통법의 엄격성 때문에 생긴 부정의를 극복하기 위하여 모든 이해나 이해관계인의 상황을 고려하고, 때로는 도의적 문제나 공정성의 문제도 판단하지 않으면 안되었다. 그 때문에 분쟁을 폭넓게 절차로 끌어들이고 구제방법의 형성에 관해서도 폭넓은 재량을 행사하였다. 다만, 권리·의무에 따라서 구성되는 이상적 법질서에 내재한다고 생각된 기본적 일반원칙에 의하여 법관의 재량은 통제된다고 생각하였다.

(2) Field Code에서의 두 절차의 통합

이처럼 두 가지 절차가 존재했기 때문에 어떤 분쟁에 관하여 어떠한 절차를 선택할 것인가가 문제되었으며, 보통법절차에서는 소송방식의 병합이 인정되지 않았기 때문에 소송방식의 선택여하에 따라 소송의 승패가 좌우되는 사태가 생겼다. 이러한 불합리를 회피하기 위하여 Field Code 에 의하여 보통법절차와 형평법절차가 통합되게 된다. Bone은 Field Code의 절차에 관하여 다음과 같이 설명한다.¹⁸⁾ Field Code에서는 권리 그 자체로부터 연역되는 구제방법과의 준별을 전제로 절차는 권리와 의무에 따라서 구성된 이상적이고 보편적 법질서에 적합한 사회를 실현하기 위한 최적의 구제방법을 발견하기 위한 수단으로 보았다. 여기에서 권리는 권리중심적 접근과 같이 소송의 대상이나 당사자라는 틀을 구성하는 모습으로서가 아닌, 특정의 구제방법이 권리를 침해 이전의 상태로 회복할 수 있는 최적의 방법인가 아닌가를 평가하는 기준으로서 이해하고 있다.

(3) 연방민사소송규칙(The Federal Rules of Civil Procedure)

이렇게 권리에 의거한 보통법적 수단에는 고집은 이론내재적인 갈등, Field Code 개정에 의한 절차 기술성의 증대에 대한 실무계의 반발 및 영국의 소송절차의 간소화의 경향에 따라서 없어졌다. 결국 규칙의 간소화와 법관의 재량확대라는 형평법적 요소의 도입에 박차를 가하게 되었다. 그리고 1938년에 연방민사소송규칙이 제정되었던 것이다. 그 제정에 큰 영향을 주었던 자로서 Roscoe Pound 와 Charles Clark를 들 수 있다. 두 사람은 보통법적인 절차적 기술성이 실제판단, 그리고 실제법의 적용을

17) Subrin, *supra* note 10, at 931-939 ; Bone, *supra* note 10, at 7-8.

18) Bone, *supra* note 10, at 8-9, 12-15.

방해하는 것으로 보고 장래의 절차는 형평법을 기초로 해야 한다는 점에서 일치하고 있었다.¹⁹⁾ 보통법절차와 형평법절차가 통합된 점은 Field Code와 마찬가지로인데, 양자의 절차에 대한 관점은 차이가 있다고 Bone은 지적한다.²⁰⁾ 요컨대, 절차는 Field Code에서 상정하는 이상적 법질서를 회복하기 위한 최적의 구제방법을 발견하는 절차가 아니라 오히려 분쟁의 중요한 사실과 정확하고 신속하게 인정하기 위한 수단이라는 점이다. 바꾸어 말하면, 절차는 특정한 사건의 사실관계를 발견하고 그 사건에 적용해야 할 사회내재적인 '실체적'규범을 특정하기 위한 수단으로서, 또한 실체는 사회생활에 내재하는 규범으로 판결을 적합시키는 수단으로서 이해하였다.²¹⁾ Pound는 유연한 절차와 법관의 재량을 통하여 정확하고 확실히, 그리고 확실히 실체법이 적용되는 것을 기대하고 있었던 것이다. 그러나 법관이 분쟁실체에의 배려와 법적용을 어떻게 하여 통합할 것인가에 관해서는 양자 모두 명백하지 않다.²²⁾

또, 권리를 기존의 것처럼 생각하지 않고, 법원의 판단에 따라서 형성된다고 이해했던 것이다.²³⁾ 특히 리얼리스트의 영향을 받고 있었던 Clark는 다양한 사실관계가 법원에 제출되고 법원이 그에 대한 판단을 행하는 과정에서 법적 권리를 형성하는 중요한 사실이 구체화된다고 하는 의미에서 권리는 사실에서 생긴다고 생각하고 있었다.²⁴⁾

이러한 Clark의 견해를 반영하여 연방규칙에서는 '청구원인(a cause of action)'도 기존의 권리에서 규정되는 것이 아니라 오히려 심리의 편의·경제성·신속성 등을 고려하여 가능한 만큼 절차규칙의 장애를 제거하여 실체법을 실현한다고 하는 관점에서 규정되게 되었다.²⁵⁾

또한, 공황이라는 사회의 혼란상황과 그로부터 발생될 수밖에 없는 각종 정책추진 때문에 새로운 유형의 복잡한 분쟁이 법원에 몰려들어 그 해결이 급해졌던 당시의 사회적 배경도 연방규칙의 성격에 영향을 주었다. 정책실현을 위해서는 절차를 간소화함으로써 하나의 절차를 가지고 어떤 유형의 분쟁에도 적용할 수 있다고 생각한 것이다.²⁶⁾

연방규칙을 기초한 자문위원회의 위원 대부분은 사실조사, 각종의 신청 등 형평법

19) Subrin, *supra* note 10, at 945, 962 ; Bone, *supra* note 10, at 88-89, 96-98.

20) Bone, *supra* note 10, at 88-89.

21) Bone, *supra* note 10, at 88-89, 95-96.

22) Subrin, *supra* note 10, at 948 ; Bone, *supra* note 10, at 88

23) Bone, *supra* note 10, at 82-87, 93-94.

24) *Id.*, at 82-87, especially at 83. Note, *Plausible Pleadings: Developing Standards for Rule 11 Sanctions*, 100 Harv. L. Rev. 630, 644-647(1987); Shapiro, *Federal Rule 16 : A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, 137 U. Pa. L. Rev. 1969(1989)

25) Bone, *supra* note 10, at 85; Clark, *The Code Cause of Action*, 33 Yale L. J. 817 (1924) ; Clark, *The Cause of Action*, 82 U. Pa. L. Rev. 355 (1934).

26) Subrin, *supra* note 10, at 974 ; Resnik, *Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Deadline*, 53 U. Chi. L. Rev. 494, at 510-512 ; Subrin, *Symposium: The 50th Anniversary of the Federal Rules of Civil Procedure, 1938-1988*, Preface, 137 U. Pa. L. Rev. 1873(1989) ; Shapiro, *supra* note 24, at 1973-1975.

적 절차가 변호사에게 허용되는 광범위한 소송활동에 대하여 비용을 지불할 수 있는 대기업을 의뢰인으로 하고 있었다. 소송비용의 증가가 현저한 것은 사실이지만, 소규모의 법률회사, 소규모의 사건, 더구나 자력이 없는 의뢰인을 위하여 채용되어야 한다는 절차의 이념에 대하여 이의를 신청하는 위원은 없었다.²⁷⁾ 그 이유는 연방규칙이 당초부터 복잡한 소송을 염두에 두고 있었다고 할 수 있다.

규칙 제8조(a)(2)는, “원고가 구제받을 자격이 있음을 증명하는 주장”이 訴狀(Pleading)에 기재되면 좋다고 규정되어 있다. 그러나 이러한 문언에 이르는 과정에서 분쟁의 기초로 되는 사실을 명백하게 주장하는 것이 중요하다는 것에 주의할 필요가 있다. 최근에는 기재사항이 개개의 사건에서 달라야 한다는 견해도 있다.²⁸⁾ 사실조사의 제한에 대해서도, 예컨대 질문서의 질문이 20을 넘으면 초과한 질문서를 제출한 측에 비용을 지불하도록 한다던가, 증언녹취록은 법원에 당사자가 신청해야 한다는 등의 제안이 있었지만²⁹⁾ 연방민사소송규칙에는 도입되지 않았다.

Clark도 ‘소송에서 심리해야 할 쟁점의 형성명령’을 당사자의 신청 또는 법관의 직권으로 행해야 한다고 제안하였다. 그에 따르면, 법관은 양당사자를 청문한 후에 訴狀에 따라서 명백하게 된 쟁점의 어느 쪽이 실질적으로 다툼이 없는 것인가를 인정하여 소송에 의하여 판단되어야 할 실질적 쟁점을 특정할 수 있도록 하였다. 그러나 법관에 시간적 여유가 없는 점, 그리고 충분한 기록도 없는 판단에 관한 상급심의 심사도 없이 쟁점을 삭제하는 것은 법관의 재량을 지나치게 확대한다는 지적이 있어 연방민사소송규칙에는 들어가지 않았다.³⁰⁾

또한, 사실조사·약식재판·free trial협약에 관해서도 비슷한 과정이 있었다.³¹⁾ 자문위원회는 이들 3가지 제도에 의하여 소송에 들어올 분쟁의 범위를 한정하고 이유가 불충분한 주장이나 청구가 제거될 것을 기대하였다. 그러나 당시에는 이들 제도가 기대된 기능이 달성할 수 없다는 것을 알고 있었다고 한다. 이러한 과정을 거쳐 결국 실제법상의 권리·의무에 따라서 분쟁을 나누는데 넓은 사실관계를 소송에 끌어들이는 절차가 필요했던 것이다. 그러므로 오늘날의 ‘법관에 의한 사건관리’는 기본적으로 訴狀이나 사실조사제도 등에 의하여 복잡하게 뒤얽힌 분쟁을 다시 법관의 재량에 의하여 규율하려고 하는 것이라고 할 수 있다.³²⁾

그러나 절차의 유연성이 모두 포기된 것은 아니라는 사실이다. 위에서 말한 연방규칙 제16조(e)에 의한 free trial명령은 그 이후의 소송과정을 구속하게 되는데, 최후의

27) Subrin, *supra* note 10, at 972 ; Resnik, *supra* note 7, at 513-515; Burbank, *Proposal to Amend Rule 68-Time to Abandon Ship*, 19 U. Mich. J. L. Ref. 425, 427 (1986).

28) Subrin, *supra* note 10, at 976-977 ; Marcus, *The Revival of Fact Pleading Under the Federal Rules of Civil Procedure*, 86 Colum L. Rev. 433 (1986).

29) Subrin, *supra* note 10, at 977-978.

30) *Id.*, at 978-979 ; Shapiro, *supra* note 24, at 1979-1980.

31) Subrin, *supra* note 10., at 979-982 ; Shapiro, *supra* note 24, at 1981.

32) Resnik, *supra* note 7; Peckham, *supra* note 7.

free trial협의 후에 나온 명령 이외의 수정에는 어떤 제한도 따르지 않는다. 자문위원회에 의하면 이것은 “사건관리가 계속하여 행해지는 과정에서는 전회의 협의에서 행해진 것이 차회에는 변경되지 않으면 안될지도 모른다고 하는 현실을 반영한 것”이라고 한다.³³⁾ 또한 James & Hazard는 이에 관하여 다음과 같이 말한다. 즉, 현재 광범한 사실조사가 허용되는 결과, 최종 free trial명령에서 쟁점확정을 변경하는 것은 ‘명백한 부정을 회피하기 위한 이외에는’ 허용되지 않는데, 소송의 전개는 법정 변호사에 의해서도 그만큼 예측가능하지는 않기 때문에 초기단계에서 당사자의 사실 주장을 고정화시키는 것은 ‘소송의 예기치 않은 전개로부터 초래되는 이익을 당사자로부터 빼앗을 가능성이 있다.’³⁴⁾ 이것은 아직까지 남아있는 규칙 제15조(b)에 비추어 합치한다고 할 수 있다. 동 규정에 의하면 소송과정에 있어서도 새로운 법적 관점의 추가는 여전히 허용하고 있다.³⁵⁾

2. 소결

이처럼 미연방규칙이 정한 절차는 이념적으로는 그 만큼 권리·의무라는 개념에 구속되지 않고 분쟁실체를 넓게 끌어넣어 사회의 실체에 입각한 재판을 지향하고 있었던 것으로 보인다. 연방규칙은 한편으로는 분쟁실체의 파악을 방해하는 절차적 장애를 어느 정도 제거하고 분쟁에 관련된 사실관계를 소송에 넓게 반영할 가능성을 크게 하여, 위에서 말한 바와 같은 公共訴訟을 가능하게 하였다. 그러나 다른 한편으로는 기대했던 당사자의 자율적 소송활동에 의한 분쟁해결이 이루어지지 않고 의뢰인의 이익의 최대화를 구실로 한 변호사에 의한 과잉이라고 할만한 사실조사절차의 이용 또는 과도한 신청활동을 초래하는 폐해도 생겼다.³⁶⁾

따라서, 최근의 ‘법관에 의한 사건관리’는 그러한 과잉이라고 할 정도의 변호사의 소송활동의 제한하여 소송상의 분쟁을 규율하려고 하는 시도라고 할 수 있다. 여기에는 절차를 유연화함으로써 분쟁에 관련하는 사실관계를 포괄적으로 끌어들이고 후에 실체판단을 하도록 하는 연방규칙의 절차적 이념과, 무절제한 분쟁의 끌어들이음을 규율하여 판단이 필요한 쟁점에 해결시킬 수 없다고 하는 현실간에 딜레마가 보이는 것으로 생각된다. 따라서 분쟁실체의 파악을 위하여 유연한 대응과 유용한 증거조사를 하기 위한 쟁점의 확정을 어떻게 유기적으로 결부시킬 것인가 점에서, 법관의 사건관리나 연방규칙의 대응을 검토하는 것이 비교법적인 관점에서 바람직하다고 생각한다.

33) Fed. R. Civ. P. 16 (c)(1), (e) and its advisory committee's note.

34) F. James & G. Hazard Jr., CIVIL PROCEDURE (3rd Ed.), at 158, 268-269 (1985). Shapiro, *supra* note 24, at 1991-1998.

35) Fed. R. Civ. P. 15(b).

36) Burbank, *Sanctions in the Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: Some Questions About Power*, 11 Hofstra L. Rev. 997 (1983) ; Shapiro, *supra* note 24, at 1997.

Ⅲ. 代替的紛爭解決과 和解

위에서 살펴본 '법관에 의한 사건관리'는 오로지 분쟁에 관련한 사실관계의 파악을 어떻게든 규율하려고 하는 노력이었다. 이에 대하여 '대체적분쟁해결'에 의한 분쟁의 화해적 해결은 모든 분쟁유형에 연방규칙을 통일적으로 적용하려 했던 기초자의 의도를 변경하여 절차나 해결안의 다양화를 시도한 것이라 할 수 있다. 그 중에서도 특히 소송건수의 폭발적 증가에 대응하여 제도적인 관점에서 형식주의적으로 사전의 분쟁 분배를 시도한 접근과, '분쟁의 變容'이라는 관점에서 당사자의 선호나 요구에 초점을 맞추어 절차의 분쟁적합성을 당사자와 법관에게 판단하게 하려는 접근 등 두 가지가 있다. 이하에서는 분쟁의 분배, 그리고 법관·당사자의 역할이라는 관점에서 '대체적 분쟁해결'의 시도를 분석·검토함으로써 당사자의 요구에 초점을 두어 구체적 해결안의 창출을 지향하고자 한다.

1. 대체적분쟁해결에 대한 형식주의적 접근

'대체적분쟁해결' 절차에 대한 형식주의적 접근을 하게 된 계기가 된 것은 1970년대 후반부터 1980년대 전반에 걸쳐서 이른바 '소송의 폭발적 증가' 현상이다. Posner는 1960년부터 1983년에 걸쳐서 연방지방법원에서의 소제기의 수가 약 8만건에서 28만건으로 3배이상 증가되고 있다고 지적한다.³⁷⁾ 이러한 상황은 당시의 최고법원장관 Beger 등에 의하여 '과도한 소송의 제기' 또는 '소송선호의 성격' 등으로 평가되어 소송제도 개혁의 필요성이 제기되기도 하였다.³⁸⁾ 요컨대, 소제기의 증가라는 현상이 크게 문제되어 제도개혁의 동기가 되었던 것이다.

이러한 방향에서 다루었던 소송제도개혁의 하나가 대체적분쟁해결 절차의 의식적 이용이라는 모습으로 나타났다. 1976년 '분쟁처리의 다양성'을 주제로 한 Sander의 강연은 '대체적분쟁해결'운동의 기원을 이루었고 '대체적 분쟁해결'절차의 연구를 활발하게 만든 계기가 되었다.³⁹⁾ 정의란 무엇인가를 문제삼기보다는 정의에 도달하기 위한 수단이 무엇인가를 문제로 삼아 각종 분쟁처리절차의 기능을 명백하게 하는데 노

37) R. Posner, THE FEDERAL COURTS, 59-77 (1985).

38) Barton, *Behind the Legal Explosion*, 27 Stan L. Rev. 567 (1975) ; Manning, *Hyperlexis : Our National Disease*, 71 Nw. L. Rev. 767, especially 780 (1977) ; Berger, *Isn't There a Better Way?*, 68 A. B. A. J. 274(1982). See also Rowe, *American Law Institute. Study on the Paths to a "Better Way" : Litigation, Alternatives, and Accommodation, Background Paper*, 1989 Duke L. Rev. 824, 832-833.

39) Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F. R. D. 111 (1976). See also Sander, *Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview*, 37 U. Fla. L. Rev. 1 (1985)

력한 Fuller의 견해⁴⁰⁾를 바탕으로, Sander는 다음과 같이 말하고 있다. 법원의 소송 접수건수의 급증에 대처하기 위해서는 '분쟁처리'라고 하는 관점에서 재판은 바라볼 필요가 있다. 그러함으로써 재판은 '분쟁을 처리하기' 위하여 사회에 존재하는 다양한 수단의 하나에 불과하다는 것이 명백해진다.⁴¹⁾ 따라서 분쟁의 성격, 분쟁당사자의 인간관계가 계속적인가 아닌가, 訴價, 소송비용, 그리고 신속한 처리가 가능한가 아닌가에 따라 분쟁은 조정, 중재, 재판 또는 옴브즈만 절차 등으로 분배되어야 한다는 것이다. 그러므로 개개의 절차가 어떠한 기능을 담당하고 있는가를 명백하게 할 필요가 있는 것이다. 이렇게 재판 외의 분쟁해결절차를 다양화하여 법원에 이르는 분쟁을 한정함으로써 재판 본래의 기능의 회복이 가능한 것이다.⁴²⁾

이러한 절차의 다양성의 인정은 어떤 특정한 분쟁의 해결에는 그에 적합한 특정의 절차가 존재한다고 하는 생각에 기초하고 있다. 그러나 Sander는 다양한 절차의 존재와 그 기능을 정의하고 몇가지 규율을 정립하고 있지만, 그들이 어떻게 관련하는가는 명백하게 하지 않았다. Bush는 Sander와 같이 분쟁의 다양성과 그에 적합한 절차의 다양성의 존재를 인식하는 정도만으로는 특정한 분쟁의 해결에는 어떤 절차가 가장 적합한가 하는 '분쟁의 분배문제'를 해결하는 것은 불가능하다고 비판한다.⁴³⁾ 그는 분쟁해결, 절차의 다양화라는 방향을 효과있게 추진하기 위해서는 우선 분쟁해결제도의 다양한 목적을 명확하게 할 필요가 있다고 지적한다. 그리고 나서 어떤 분쟁을 해결하기 위하여 어떠한 절차를 선택하면 분쟁해결제도의 다양한 목적의 달성을 저해하는 비용을 최소화할 수 있는가를 따져야 한다고 한다. Sander는 특정의 분쟁유형이 어떠한 제도목적에 어떤 정도로 저해하는가, 그리고 특정한 해결절차가 어떠한 목적을 어느 정도 저해하고 있는가 하는 절차선택상의 중요한 고려를 빠뜨리고 있으며, Sander가 지적한 분배기준에는 절차적 요인과 분쟁유형적 요인이 혼재되어 있어 합리적인 분배판단을 못하고 잘못된 분배를 하게 된다고 한다고 비판한다.⁴⁴⁾

2. 대체적분쟁해결 절차의 소송절차내화

이와 같은 재판 외의 '대체적분쟁해결'은 소송절차 내부로 들어가게 된다. 그 배경으로는 '대체적분쟁해결'의 소송절차내화에 반대하는 변호사의 강한 이해가 존재한

40) *Id.*, at 115. See Fuller, *Means and Ends*, in THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER 47 (K. Winston ed. 1981) ; Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978) ; Fuller, *Mediation-Its Forms and Functions*, in THE PRINCIPLES OF SOCIAL ORDER 125 (K. Winston ed. 1981).

41) Sander, *supra* note 39, at 112-114.

42) *Id.*, at 130-133.

43) Bush, *Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice : Jurisdictional Principles for process Choice*, 1984 Wis. L. Rev. 893, 926-929.

44) *Id.*, at 939-942.

점. 그리고 free trial과정에서의 화해교섭에 법관의 관여가 추진되는 경향이었던 점을 지적할 수 있다. 변호사의 기술과 경험이 가장 필요로 할 뿐 아니라 높이 평가되어 대부분 완전히 변호사에게 지배되고 있는 재판절차 이외의 새로운 절차를 만드는 것을 지지하는 것은 변호사의 이익과 관련하여 바람직하지 않다고 생각될 수 있다.⁴⁵⁾

1983년 개정전의 연방규칙에 의하면, free trial협회의 목적은 오로지 주장의 정리, 쟁점의 확정이라는 소송준비에 역점을 두었고 화해는 그 부산물이라고 여겼다.⁴⁶⁾ 화해를 명시적인 목적으로 하면 free trial협회는 화해교섭강제의 단순한 수단에 지나지 않는다고 Clark는 말하고 있다.⁴⁷⁾ 그렇지만, 실제, 법관은 종래부터 화해에 관여하여 왔다고 일컬어지고 있다.⁴⁸⁾ 예컨대, 미연방지방법원의 신임법관의 연수에서는 화해과정에서 법관의 역할이 어느 만큼 중요한가, 화해기술에는 어떠한 것이 있는가 등이 강의되고 있었다.⁴⁹⁾ 다만, 화해에 관여한 법관의 관심이 담당사건의 증대, 사건처리의 신속화를 배경으로 하여 최근에는 해결의 질에서부터 사건처리의 효율화로 변화되어 왔다고 Galanter는 지적하고 있다.⁵⁰⁾ 그래서 화해과정에서의 법관의 관여, 그리고 대체적분쟁해결 절차의 이용이 1983년의 규칙 제16조 개정에서 정식으로 승인된 것이다.⁵¹⁾ 그 결과 오늘날 미연방지방법원의 절차는 어느 정도 다양화되어 있는 것이다.

이와 같이 효율성이 화해적 해결을 촉진하는 하나의 큰 이유인 것을 알 수 있다. free trial 과정에서 당사자간의 화해교섭에도 법관이 어떤 모습으로든지 관여한다면 화해율을 높여 지체되었던 사건처리도 효율화할 수 있고 소송자연도 해소할 수 있다고 설명하고 있다.⁵²⁾ 사건을 화해로 해결하는 것은 법원 측의 비용을 경감할 뿐 아니라 분쟁당사자에게도 신속하게 저비용의 분쟁해결을 가져온다. 나아가 화해교섭이 항상 '법의 그림자'에 영향받아서 행해지는 까닭에, 거기에서 합의된 해결도 판결에 비견할 수 있는 것이 된다.⁵³⁾ 화해과정에 있어서의 법관의 역할도 전통적인 소극적 역

45) *Id.*, at 1001-1002 Burbank, *Proposal to Amend Rule 68-Time to Abandon Ship*, 19 Mich. J. L. Ref. 425, 427.

46) C. Wright & A. Miller, *FEDERAL PRACTICE AND PROCEDURE*, § 1521 (1971).

47) Clark, *Objectives of Pre-trial Procedure*, 17 Ohio St. L. J. 163, 167 (1956).

48) Fed. R. Civ. P. 16 and its advisory committee's note.

49) H. Will, R. Merhige Jr. & A. Rubin, *THE ROLE OF THE JUDGE IN THE SETTLEMENT PROCESS*, (Federal Judicial Center, 1977).

50) Galanter, *The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases*, 69 *Judicature* 257 (1986).

51) Fed. R. Civ. P. 16 (a)(5) and (c)(7).

52) Fed. R. Civ. P. 16 (c)(7) and its advisory committee's note : Levin & Colliers, *Containing the Cost of Litigation*, 37 Rutgers L. Rev. 219, 248-251 (1985). Galanter, *The Quality of Settlement*, 1988 J. Dispute Resolution 55, 72-73; M. Provine, *SETTLEMENT STRATEGIES FOR FEDERAL DISTRICT JUDGES*, 38-41 (Federal Judicial Center, 1986) : Minkel-Miadow, *For and Against Settlement : Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, 33 UCLA L. Rev. 485, 507-509 (1985).

할을 탈피하여 양당사자의 주장 및 몇 가지 증거를 평가하여 양자의 타협점의 발견에 협력하고 특정의 타협점을 제시하는 것까지가 기대되는 것이다.⁵⁴⁾ 따라서 이러한 효율적 사건처리를 목적으로 한 화해의 추진은 바로 법원과 당사자의 비용경감을 가져오는 것이라고 이해할 수 있을 것이다.

3. '대체적분쟁해결'에 대한 비판

이와 같은 대체적분쟁해결의 시도에 대하여, Resnik, Subrin, Fiss는 다음과 같은 관점에서 날카롭게 비판하고 있다. Resnik는 역사적·이념적 對審제도(adversary system)에 고유한 절차보장(Due Process)이라는 관점에서, Sabrin은 방식이 갖춰진 사전에 정립된 절차를 통한 실체법의 적용이라는 관점에서, 그리고 Fiss는 법의 독자성이라는 관점에서 각각 '대체적분쟁해결'의 시도를 비판한다.

(1) 절차보장

Resnik는 대체적분쟁해결의 시도를 변호사에 의한 discovery의 이기적인 이용으로부터 생긴 폐해에 대처하기 위하여 변호사의 과도한 소송활동의 여지를 좁히려는 것이라고 받아들인다.⁵⁵⁾ "일견 '절차를 간소화하면 사건도 많이 처리된다(less is more)'고 하는 변호사의 냉소주의를 만들어낸다고 평가한다. 또한 변호사는 의뢰인의 이익을 정당하게 대리하고 있다고 한다.⁵⁶⁾ 대체적 분쟁해결의 시도는 당사자간의 힘의 불균형, 사실조사가 남용하는 중에 화해가 체결된다고 하는 사태에는 어떤 담도 불가능하다고 비판한다.⁵⁷⁾ 나아가 판단이유의 명시, 판단의 재심사가능성, 규범에 구속된 판단형식이라고 하는 이념상 對審的인 재판절차에 불가결한 절차보장이空洞化될 위험도 존재한다고 한다. 예컨대 대체적분쟁해결을 지지하는 자는 절차보장의 하

53) Mnookin & Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale L. J. 950 (1979) ; Levin, *Court-Annexed Arbitration*, 16 Mich. J. L. Ref. 537, 545-547 (1983) ; Galanter, *supra* note 52, at 69-72.

54) See Galanter, *supra* note 52, at 82 ; Galanter, "A Settlement Judge, not a Trial Judge," *Judicial Mediation in the United States*, 12 J. L. Soc'y 1, 14-15 (1985). See also Elliott, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 U. Chi. L. Rev. 306, 324-326 (1986).

55) Resnik, *Failing Faith : Adjudicatory Procedure in Decline*, 53 U. Chi. L. Rev. 494, 536 (1986).

56) *Id.*, at 523, 527, 537. D. Rosenthal, *LAWYER AND CLIENT : WHO'S IN CHARGE?* (1974) ; But, *Conflict and Trust Between Attorney and Client*, 69 Geo. L. J. 1015 (1981) ; Miller, *Some Agency Problems in Settlement*, 26 J. Legal Stud. 189(1987).

57) Resnik, *supra* note 55, at 545.

나인 재판공개에 관해서도 충분한 고려를 하지 않고 있다.⁵⁸⁾ Resnik에 의하면 재판 공개의 의의는 분쟁당사자, 裁定者, 방청객간의 교환과정에서 사회에 존재하는 다양한 문화·가치를 명확히 하여 그로부터 새로운 규범의 창출을 가능하게 하는 것에 있다고 한다. 재판결과 밖에 알지 못하면 '권력으로서의 법'밖에 경험할 수 없게 되지만, 공중이 재판과정에 참가함으로써 비로소 '意味로서의 법'을 경험하는 것이 가능하다고 한다.⁵⁹⁾

Subrin은 분쟁과 절차의 다양성에 주의를 환기시켰다고 하는 점에서는 대체적분쟁 해결을 긍정적으로 평가한다. 그러나 대체적분쟁해결의 시도는 법관의 유연한 재량에 의거하여 분쟁실체에 적당한 재판을 지향한 연방규칙의 형평법적 성격을 재판자체의 회피라고 하는 궁극에까지 나아간 것이라고 비난한다.⁶⁰⁾ 그리고 Resnik, Subrin 모두 보통법절차와 같은 개별성을 구하지는 않지만 절차를 사전에 개별화하여 정립함으로써 실체법의 적용을 지향할 필요가 있다고 한다.

(2) 재판의 독자성

Fiss의 비판은 근본적으로는 사회에 있어서의 법의 본연의 모습에 관한 독자성의 이해에 근거한다. 그의 비판은 단순히 대체적분쟁해결의 시도에 대한 것만 아니라 분쟁이라고 하는 분석 틀을 이용한 법의 사회과학적 연구도 포함시키고 있다.⁶¹⁾ Fiss에 의하면, 법원이란 '분쟁당사자의 목적을 최대화하거나 단지 평화를 확보하거나 하는 것은 아니고, 헌법이나 법률의 문언에 포함되어 있는 제가치를 명확히 하여 그에 효력을 주고 해석하고 현대사회를 그러한 제가치에 적합시키는' 것을 임무로 하는 국가의 기관인 것이다.⁶²⁾ 법관의 독립과 소송당사자와의 대화가 법관에 의한 '헌법적 제가치에의 의미부여'기능을 보장한다고 한다. 그러나 그러한 의미부여 과정과 그들 가치실현을 위하여 실효적인 구제수단을 선택 내지 형성시키는 과정과는, 전자가 연역적인데 대하여 후자는 헌법적 가치에 더하여 국가의 자율성·공평·강제의 최소화·효율이라는 부차적, 전략적 요인이 더해진다고 지적하고 양 과정의 질적 차이를 인정한다. 후자의 과정에 있어서는 법관의 독립, 정당성으로서의 제도적 보전을 흠결해도 가치의 확정과 그의 실현의 쌍방이 있어 비로소 공공적 가치가 실현된다고 하는 이유에서, 법관이 도구적 판단을 내리는 것을 허용한다.⁶³⁾

58) *Id.*, at 545-548 : Resnik, *Managerial Judges*, 96 Harv. L. Rev. 374, 440 (1982).

59) Resnik, *Due Process : Public Dimension*, 39 U. Fla. L. Rev. 405, 417-420(1987).

60) Subrin, *How Equity Conquered Common Law : The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, 135 U. Pa. L. Rev. 909, especially at 989.

61) Fiss, *Forward: The Forms of Justice*, 93 Harv. L. Rev. 1 (1979) [hereinafter *Forms of Justice*]; Fiss, *Against Settlement*, 93 Yale L. J. 1073 (1984) [hereinafter *Settlement*]; Fiss, *Out of Eden*, 94 Yale L. J. 1669 (1985) [hereinafter *Eden*].

62) Fiss, *Settlement*, *supra* note 61, at 1085.

63) Fiss, *Forms of Justice*, *supra* note 61, at 39-44.

이러한 관점에서 보면, 분쟁이라는 분석 틀에 의하여 법을 연구하는 것, 그리고 재판과 다른 분쟁해결절차를 병렬화 하는 것은 재판제도뿐만 아니라 법의 본질을 근본적으로 오해하고 있는 것으로 이해되는 것이 된다. 효율성이나 분쟁처리의 기술론을 과도하게 강조하는 것은 다음과 같은 점에서 문제가 된다.⁶⁴⁾ 우선, 재판에 의하여 법적 가치를 명확히 할 기회를 없앨 뿐만 아니라 화해과정에서의 당사자간의 힘의 불균형이 화해내용에 직접적인 영향을 주게 된다. 또한 현대적인 분쟁주체가 개인이 아니라 단체로 변화되고 있는 상황에 비추어 보면 합의의 책무를 어디에 구할 것인가 하는 문제가 생기게 된다. 나아가 분쟁의 분배를 시도해도 사전에 그 기준을 정립하는 것은 곤란하다고 한다. 다만 단순히 분쟁유형적으로 보아 화해에 적당하지 않은 사건이 있다고 하기보다도, 사적관계에서 그치고 있던 관계를 법원으로 끌어들이도록 하여, 당사자간의 資力의 차이, 판결이 선고된 후에 어떻게 그 분쟁이 전개되는가 하는 예측의 곤란, 또는 법의 유권적 해석의 필요성과 같은 특정 곤란한 요인이 화해를 문제있게 한다고 비판한다. 그러므로 분쟁처리라고 하는 관점은 실체를 경시하는 점에서 위험한 것이 된다.⁶⁵⁾

4. 대체적분쟁처리의 문제해결적 접근

대체적분쟁해결의 접근과는 다르게 분쟁이 어떻게 하여 생겨 소재기 단계에 이르고 최종적으로는 판결에까지 이르게 되는가 하는 '분쟁의 변화과정'이라는 관점에서 분쟁처리의 절차의 다양화를 도모하려는 시도가 존재한다. Silbey & Sarat에 의하면, 약 70년 전에 사회과학적 방법을 법의 연구에 도입함으로써 재판과정을 분석하려고 한 리얼리스트의 연구가 현재에 이르러 '분쟁'이라고 하는 분석개념을 이용한 분쟁처리과정의 연구로 발전하게 되었다. '분쟁'이라는 개념을 이용함으로써 규범의 체계로서의 법의 분석으로부터 어떤 분쟁을 처리하는 하나의 과정으로서 법을 연구하는 것이 가능하게 되었다고 한다. 여기에서 강조되는 점은 법의 독자성이 아니라 오히려 법과 다른 사회제도와와의 관련성에 있고, 또한 제도적인 관점에서가 아니라 오히려 미시적인 분쟁처리, 즉 분쟁당사자 개개인의 인식·해석·대응·전략에 초점이 맞춰지게 된다.⁶⁶⁾

우선, 앞에서 설명한 대체적분쟁해결의 접근은 Galanter가 말하는 "분쟁피라밋" 중의 일부분, 즉 소재기 단계에서만 보이고 그 피라밋의 모습이 어떻게 변화하는가는 전혀 고려되지 않는다고 비판된다.⁶⁷⁾ Felstiner의 연구에 의하면, 어떤 분쟁에 관한

64) Fiss, Settlement, *supra* note 61 : Fiss, Eden, *supra* note 61, at 1670.

65) Edkridge, Jr., *Metaprocedure* (Book Review), 98 Yale L. J. 945, 967 (1989).

66) Silbey & Sarat, *Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Juridical Subject*, 66 Den. L. Rev. 437, 458-464 (1989) : Trubek, *Studying Courts in Context*, 15, L. & Soc'y Rev. 487 (1981).

상대방의 대응이나 비난의 정도, 또는 비난의 질이 주관적인 불만을 분쟁으로 발전시키고 또 분쟁을 소송으로 발전시킨다고 한다.⁶⁸⁾ 이러한 과정에서 분쟁단계에 이른 불만이 '변호사의 프리즘'을 통하여 소송제도로 들어가게 되는 것이다. Menkel-Meadow는 그 과정을 다음과 같이 표현한다.⁶⁹⁾ 분쟁당사자는 자신이 느끼는 불만에 대하여 변호사에게 말한다. 변호사는 사건이나 여러 관계로부터 발생한 분쟁을, '몇개의 범주'에 억지로 꿰어 맞추어 '종래의 처리절차에 분쟁을 대입시키는' 방법으로 그 분쟁의 주제를 재정의한다. 의뢰인과의 면접에서, 의뢰인에게 자유로 말할 하도록 하는 것이 아니라, 변호사는 우선 분쟁을 불법행위사건, 계약사건 등으로 유형화함으로써 법적으로 중요한 정보를 얻는다. 의뢰인이 자유로 진술하는 경우에도 상대방과의 교섭에 들어가면 교섭대상은 재판에서 획득가능한 구제방법에 한정된다. 그리고 소제기 후에는 소송에서의 배심의 평결획득이 아니라 오히려 적용되는 실체법, 소송에서의 판결결과의 예측 불확실, 판결을 획득하는 것에 필요한 여러 가지 비용 등 모두가 교섭과정에서의 거래대상으로 이용되고 있다고 한다.⁷⁰⁾

이러한 관점에서 보면 앞에서 설명한 대체적분쟁해결의 접근은 용량이 한정된 법원의 관점에서 소송과잉 때문에 재판에 적당하지 않은 분쟁은 따로 분배한다고 하는 것이다. 그러나 분쟁당사자의 관점에서 보면 소송의 증가라고 하는 현상도 다르게 보이게 된다. 다시 말하면, 분쟁피라미트의 저변은 변하지 않고 소제기 비율이 증가된 것이라면 소송과잉을 이유로 법원의 역할확대에 관한 논의가 가능하다. 그렇지만, 소송의 증가라고 하는 현상이 피라미트의 저변에 있는 불만에 대한 소제기의 비율은 변화하지 않은 채로 저변의 불만이 증가한 때문에 소제기의 수도 그만큼 증가했다고 하는 것이라면 소송의 증가가 아니라 손해발생의 증가이다. 이러한 현상을 소송과잉으로 평가하는 것은 당연히 구제되어야 할 피해자를 비난하는 것으로 된다고 하여 Sarat는 '소송의 폭발적 증가'를 이유로 제도개혁을 추진하려고 하는 것을 심하게 비판한다.⁷¹⁾

또한, Sarat는 제도적 관점에서 분쟁의 분배를 제창한 대체적분쟁해결의 접근 및 절차를 사전에 개별화해야 한다고 한 Resnik나 Subrin의 접근은 형식주의적이라고 비판한다. 결국 그들은 분쟁과 그것을 해결하는 절차와의 적합성 판단이 가능할 정도

67) Galanter, *Reading the Landscape of Disputes : What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. Rev. 4.11-36 (1983) ; Sarat, *The Litigation Explosion: Access to Justice, and Court Rrform : Examining the Critical Assumptions*, 37 Rutgers L. Rrv. 319. 335 (1985) ; Rowe, *supra* note 38, at 844.

68) Felstiner, Abel & Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes : Naming, Blaming, Claiming...*, 15 L. & Soc'y Rev. 631 (1981).

69) Minkel-Meadow, *The Transformation of Disputes by Lawyers : What the Dispute Paradigm Does and Does not Tell Us*, 1985 Mo. J. Dispute Resolution, 25, 31-33.

70) Galanter, *supra* note 67, at 32-34.

71) Sarat, *supra* note 67, at 335.

로 분쟁이나 그 처리절차가 고정적인 것이라고 생각하지만, 실제 절차는 그것이 받아들이는 분쟁에 따라서, 또한 분쟁은 그것을 받아들이는 절차 또는 변호사에 따라서 항상 변할 가능성이 존재하는 것을 형식주의적 접근은 인식하지 못한다고 하는 것이다.⁷²⁾

실체법의 적용에 있어서 3단계법적인 연역과정을 주창한 형식주의는 리얼리스트에 의하여 통렬히 비판되었다. 그러나 이 형식주의는 오늘날 실체법의 수준이 아니라 절차를 말하는 수단으로서, 즉 특정의 문제의 해결에 적합한 특정의 제도와 절차가 존재한다고 하는 모습으로 남아있게 된다.⁷³⁾

대체적분쟁처리의 입장은 화해교섭 과정에서의 분쟁당사자의 이해, 선호, 요구 등의 요인에 초점을 두고 실질적 정의에 적당한 분쟁의 처리를 지향한다. Menkel-Meadow는 당사자의 역할뿐만 아니라, 잠재적 요구의 발견이 중요하다고 지적하고, 문제해결형 교섭의 실효성을 다음과 같이 설명하고 있다.⁷⁴⁾

당사자의 인간으로서의 잠재적으로 다양한 요구는 앞에서 설명한 것처럼 변호사의 화해교섭의 과정에서나 그 결과인 화해안에서 반영되지 않는다. 변호사는 교섭을 통하여 창출할 수 있는 해결책의 범주를 한정시키기 때문이다. 결국 구제방법으로서 인정되는 것은 금전배상이 보통인 것이므로, 교섭대상은 자연히 상대방으로부터 획득할 수 있는 금액으로 한정되고, 교섭목적도 획득액의 최대화로 되어 버린다. 그에 대하여 당사자의 주장의 배후에 있는 잠재적 요구를 발견하여 그들에 초점을 맞추어 개개의 요구 상호간의 거래(trade-off)가 가능하게 된다. 그러므로, 변호사는 당사자의 요구하는 것이 유일한 법적인 것이라고 속단하기 전에 당사자의 '진실한 요구'가 무엇인가를 명확하게 아는 것이 무엇보다 필요하다. 그리고 화해교섭 과정에서는 그들의 요구를 명확하게 함으로써 제안된 해결안이 요구를 만족시킬 수 있는 것인가를 평가해야 한다. 그럼으로써 제로섬적인 적대적 교섭의 폐해를 극복할 수 있고, 실질적 정의에 적합한 최적의 해결안을 창출할 수 있다.⁷⁵⁾ 또한 그러한 문제해결형의 화해교섭과정에 관여하는 법관의 역할은 당사자의 요구를 파악하기 위하여 질문을 하고 정규적이고 대심적인 교섭과정에서는 획득하기 어려운 정보를 얻어, 객관적 입장에서 당사자

72) Sarat, *The "New Formalism" in Disputing and Dispute Processing*, 21 L. & Soc'y Rev. 695, 708-710 (1988) (reviewing S. Goldberg, D. Green & F. Sander, *DISPUTE RESOLUTION* (1985)).

73) Bush, *supra* note 43, at 972-994.

74) Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation : The Structure of Problem Solving*, 31 UCLA L. Rev. 754 (1984) [hereinafter *Proboem Solving*] Menkel-Meadow, *Legal Negotiation : A Study of Strategies in Search of a Theory*, 1983 Am. B. Foud. Res. J. 905; Menkel-Meadow, *Portia in a Different Voice : Speculations on a Woman's Lawyering Process*, 1 Berkeley Women's L. J. 39 (1985) (relying on C. Gilligan, *IN A DIFFERENT VOICE* (1982)) ; Menkel-Meadow, *supra* note 69.

75) Menkel-Meadow, *Problem Solving*, *supra* note 74, at 794-817.

의 요구에 적합한 해결안의 창출을 지원하는 것이라고 한다.⁷⁶⁾ 다만, 법적 교섭에 있어서는 법적인 실체판단과의 관련도 있어서는 안된다. 그 경우, 실체판단은 교섭의 성과를 측정하는 척도로서 움직이게 된다.⁷⁷⁾ 그러므로 이러한 화해과정에서는 변호사나 법관의 행동원리에 관해서 법적으로 구성된 분쟁을 대심적으로 처리한다고 하는 종래의 소송절차의 성격 자체가 잠정적으로 무시되게 된다. 또한 자기의 요구를 명확하게 하는 과정에 있어서는 당사자 본인의 주체적 역할도 기대되는 것이다.

5. 소 결

지금까지의 고찰에서 일반적으로 말해지는 '대체적분쟁해결'의 시도를 크게 나누면 형식주의적인 접근과 실질적인 관점에서의 접근이 존재한다고 할 수 있다. 이의 차이는 분쟁을 적극적인 사회변혁을 위한 촉매로서 파악할 것인가 그렇지 않으면 사회에 의하여 부정적으로 항상 제거되어야 하는 것으로 파악할 것인가 하는 관점의 차이에 기인한다고 생각된다.

우선, 두 접근의 차이는 분쟁의 분배론에 관하여 사전에 분배기준을 정하는가, 그렇지 않으면 법관 내지 당사자의 주도에 따라서 개개의 분쟁에 대응하는 것인가 하는 차이를 가져온다. 전자의 접근을 취할 경우 분배기준이 분명하다는 장점은 있다. 그러나 분쟁의 분배에 과부족이 생기거나, 분쟁비용의 관점에서 보면 분쟁이 어떤 유형에 무리하게 쪼개 맞추게 되는 문제가 발생한다.⁷⁸⁾ 그에 대하여 분쟁당사자의 관점에서의 분배는 분쟁실체 혹은 당사자의 의향에 따른 처리가 가능해진다. 그러나 양당사자간 및 법관이 분쟁을 어떻게 이해하고 어떠한 절차가 최적인가를 판단할 때에 문제가 생길 수 있다.⁷⁹⁾

당사자나 법관의 행동원리에 관해서도 양 접근의 차이가 존재한다. 대체적분쟁해결에 의한 사건처리의 효율화를 지향하는 입장에서는 제로섬적이고 대심적인 화해교섭이 상정된다.⁸⁰⁾ 제로섬적인 교섭의 경우, 해결안이 실질적 정의에 적당한 것인가 어떤가에 의문이 남는다. 이에 대하여 대체적분쟁처리의 접근의 경우에는 문제해결적인 화해교섭이 예정되지만, 문제해결형교섭이 성립하는 전제인 '진실한 요구'를 어떻게 발견하여 표면적인 선호나 요구와 구별할 것인가가 문제이다.⁸¹⁾ 당사자 자신이 법적 요구, 예컨대 최대의 금전배상이 좋다고 하는 경우, 변호사나 법관이 당사자의 요구를

76) Menkel-Meadow, *supra* note 52, at 510.

77) Menkel-Meadow, Problem Solving, *supra* note 74, at 825-827.

78) Menkel-Meadow, *supra* note 69, at 31-33.

79) Subrin, *Federal Rules, Local Rules, and State Rules : Uniformity, Divergence, and Emerging Procedural Patterns*, 137 U. Pa. L. Rev. 1999, at 2049 (1989).

80) Menkel-Meadow, *supra* note 69, at 34.

81) Galanter, *supra* note 52, at 68.

확인할 필요가 있는가는 의문이 남는다.⁸²⁾ 더구나 '진실한 요구'의 타협과정에서 소요되는 비용에 의하여 실효적 해결안이 만들어지기 전에 제로섬적 교섭으로 다시 이행할 위험성도 존재한다.⁸³⁾

Fiss, Resnik가 지적하는 당사자간의 힘의 불균형이 소송과정에서도 시정되지 않는 것은 Galanter에 의하여 이미 지적되고 있다.⁸⁴⁾ 그러므로 소송제도와 교섭과정 중 어느 쪽이 그 시정에 적합한가 하는 선택의 문제로는 되지 않을 것이다. 그러나 재판은 규범을 명확하게 함으로써 분쟁당사자 뿐만 아니라 일반인에게도 해결기준을 명확하게 한다는 점은 고려해야 한다. 분쟁당사자가 장래 취해야 할 행동지침을 보여주는 데 지나지 않는 해결안이 된다면, 분쟁당사자간에서는 지켜지기 쉬울지도 모르지만 일반의 제3자의 분쟁해결의 지침으로 되기는 어렵다는 것을 무시할 수 없다.⁸⁵⁾

Fiss는 권리 내지 권리에 내재하는 가치확정의 중요성을 역설한다. 그러나 최근의 권리론의 새로운 동향은 Fiss와 같이 법이나 권리의 의미를 고정적으로 파악하는 것에 의문을 제기한다. Minow는 권리를 "우리들이 승리를 얻기 위하여 다른 자를 설득하려고 우리들이 사용하는 말"이라고 파악한다.⁸⁶⁾ 그리고 "현재의 인간의 선택을 초월하여" 권리에 권위적 혹은 고정적인 의미를 부여하는 생각을 없애려고 한다.⁸⁷⁾ 오히려 Minow는 권리를 대화에 참가하는 기회를 보장하기 위한 양식이라고 파악하려 한다.⁸⁸⁾ 이러한 입장은 문제해결형에 보다 접근하는 것이라고 생각된다. 다만, 권리의 내용이 정규적인 재판절차에서 창조되어야 하는가, 비정규적인 교섭에서 창조되어야 하는가에 차이가 있다.⁸⁹⁾ 또한 Fiss는 가치확정 과정에서는 법관의 연역적 사고를 강조하지만, 구제방법 형성과정에서는 오히려 Menkel-Meadow의 주장처럼 문제해결형의 접근을 인정하고 있다. 문제해결형의 화해가 본래 판결에서는 획득할 수 없는 당사자의 요구에 적합한 구제방법의 창조에 역점을 두고 있으므로 이것은 당연한 것이라고 할 수 있다. 양자의 차이는 기존의 권리의 확정애 어느 정도의 의미를 보일 것인가 하는 것에 귀착한다.

82) Menkel-Meadow, Problem Solving, *supra* note 74, at 827.

83) Galanter, *supra* note 52, at 79.

84) Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 1974 L. & Soc'y Rev. 95.

85) Galanter, *supra* note 52, at 80-82; Silbey & Sarat, *supra* note 66, at 492-493.

But see Bush, *supra* note 43, at 943; Rowe, *supra* note 38, at 880.

86) Minow, *Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover*, 96 Yale L. J. 1860 (1987), at 1876.

87) *Id.*, at 1877; Fiss, *The Law Regained*, 74 Cornell L. Rev. 245, 253-254 (1989).

88) Silbey & Sarat, *supra* note 61, at 475.

89) Minow, *supra* note 86, at 1907.

IV. 美聯邦地方法院의 和解促進 制度

위에서 설명한 바와 같이 대체적분쟁처리의 접근은 대체적분쟁해결의 접근에 비하여 이론적으로는 분쟁의 다양성, 분쟁을 받아들이는 절차 내지 변호사에 의하여 분쟁의 성격이 규정된다는 인식, 나아가 법의 내용도 당사자에 따라서 잠정적으로 창조된다고 제창하는 점에서 대단히 매력적이다. 그렇지만 몇가지 현실적인 문제가 존재한다는 것도 알 수 있다. 그렇다면 실험적으로 '대체적분쟁해결' 절차가 받아들여지고 있는 미연방지방법원에서는 실제로 어떠한 대응을 하고 있는가를 살펴보고자 한다.

연방지방법원에 있어서의 화해교섭촉진절차의 다양화는 기본적으로는 대체적분쟁해결에 의한 사건의 효율적 처리를 지향한 것이라고 할 수 있다. 그러나 문제해결적인 접근이 도입된 경우도 실제로 존재한다. 또 1983년 개정에서 법관에게 광범한 권한이 부여되어 실제의 대응이 곤란하다는 것은 일관되지 않은 판례로부터 알 수 있다.

1. 화해교섭에의 법관 등의 관여

일찍부터 행해져온 법관에 의한 화해교섭에의 관여가 1983년의 규칙 제16조 개정에 의하여 인정되었다.⁹⁰⁾ 특히 free trial절차에서의 법관의 보조자로 일컫는 판사보(Master) 등의 사건처리 또는 화해교섭에의 관여도 명확히 규정되었다.⁹¹⁾

우선 free trial협약이 열리는 경우 법관이 화해교섭에 스스로 관여할 것인가 아닌가를 결정하는 요인은 어떤 것일까? 어떤 연방지방법원판사는 화해에 관여했던 경우의 화해성립의 개연성과, 관여하지 않고 소송에 이른 경우에 드는 비용이 고려된다고 지적하고 있다.⁹²⁾ 또한 사건의 성격은 개개의 분쟁에 따라서 그 모습이 다르고, 화해교섭의 장애를 제거하는데 적당한 절차를 준비하는 것이 효율적인 사건처리를 할 수 있다고 하는 인식도 존재한다. 어떤 절차를 선택할 것인가를 판단할 때 고려할 요인은 결국 법원에 이러한 시간적, 경제적 코스트가 될 것이다. 그러나 그 외에 당사자간에 계속적 관계가 있는가 아닌가, 당사자의 교섭능력에 차이가 있는가 없는가, 변호사와 당사자 본인간의 관계에 문제가 있는가 없는가, 또한 화해절차상의 이러한 코스트를 당사자가 부담가능한가 아닌가 하는 점들이 고려되는 경우도 있다고 한다.⁹³⁾ 그리고 화해를 저해하고 있는 원인은 무엇인가. 예컨대 양당사자의 의사소통에 문제가 있기 때문인가, 혹은 소송결과에의 예측이 곤란하여 양당사자간에 결과예측에 관하여 상

90) Fed. R. Civ. P. 16 and its advisory committee's note.

91) Fed. R. Civ. P. 16 (c) (6). See *infra* note 104.

92) Provine, SETTLEMENT STRATEGIES FOR FEDERAL DISTRICT JUDGES, 12-13 (Federal Judicial Center, 1986).

93) *Id.*, at 13-15.

당한 차이가 있기 때문인가 하는 것을 명확히 알고 그러한 장애를 없앨 수 있는 절차를 선택해야 한다고 한다.⁹⁴⁾

화해절차를 이용하는 시기는 사실조사절차(discovery) 등을 통하여 상대방의 증거를 충분히 알 수 있는 free trial 절차의 최후의 단계인 경우가 많다고 한다. 사실조사에 의하여 소송승패의 개연성이 알 수 있기 때문에 당사자는 화해를 시도하려고 할 수 있다. 그러나 최근에는 전술적 고려나 변호사비용을 늘리려는 이유로 변호사는 화해의 시기를 지연시키고 있고, 실제로는 소송제기의 단계에서 이미 화해를 시도하는데 충분한 정보를 손에 넣고 있어, 조기에 화해협의를 하는 경우도 증가하고 있다고 한다.⁹⁵⁾

화해교섭에의 관여의 방식은 어떻게 하는 것일까. 규칙에는 화해교섭을 촉진하는데 있어서 어떠한 접근을 할 것인가를 시사하는 지침은 없고 사건의 특성에 따른 다양한 관여의 방법이 허용되고 있다.⁹⁶⁾ 그러나 이러한 광범한 재량을 부여하는 것 자체가 법관으로 하여금 혼란하게 하는 것도 사실이다. 예컨대, Heileman Brewing사건에서는 변호사에게 위임하고 있는 사건에서 당사자 본인에 대한 화해협상에 출석하라고 명할 권한이 법원에 있는가 없는가가 다투어졌다. 지방법원은 인정하고 있는데 대하여 고등법원은 부정하였다. 그러나 고등법원의 전원합의체(en bank)는 수리건수 증가, 법관의 사건관리강화, 화해협약에 이러한 코스트가 訴價에 비하여 낮다고 하여 결국 인정하고 있다.⁹⁷⁾

실제로는 어떠한 관여가 행해지고 있는 것인가. 예컨대 “나는 언제나 판사실에 있다”고 당사자에게 전달하는 것부터 시작하여, 입증에 관한 문제, 소송에서의 결과예측의 곤란, 소송에 들어가는 시간과 비용을 지적하는 것, 나아가 화해액이나 화해조건을 적극적으로 제시하는 경우가지 있다. 화해액을 제시하는 경우, 당사자가 가장 적당하다고 생각하는 화해액을 종이에 써서 법관에게 넘겨주고 법관이 화해성립의 가능성의 유무, 다시 말하면 제출된 쌍방의 화해액을 당사자에게 알리는 방법도 있다고 한다.⁹⁸⁾ 법관이 구체적인 화해액을 제시하는 경우, 제시된 액은 변호사가 당사자 본인의 기대를 수정하기 위한 것으로 이용되어 화해교섭을 촉진시키게 된다. 이렇게 특정한 정보를 법관이 당사자에게 제공하는 방법은 화해교섭의 과정에 관련되어 불확실성에 어떤

94) *Id.*, at 65.

95) *Id.*, at 17-18.

96) Shapiro, *Federal Rule 16 : A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, 137 U. Pa. L. Rev. 1969, 1994-1995 (1989).

97) *G. Heileman Brewing, Co. v. Joseph Oat Corp.*, 848 F. 2d 1415 (7th Cir. 1988), rev'd 871 F. 2d. 648 (7th Cir. 1989) ; Hashimoto, *Participatory Value in settlement Conferences*, 6 Ritsumeikan L. Rev. Int'l Ed. 15 (1991) ; *Note, Rule 16 and Pretrial Conferences : Have We Forgotten the Most Important Ingredient?*, 63 S. Cal. L. Rev. 1449 (1990).

98) Provine, *supra* note 92, at 22-27 ; Galanter, “... A Settlement Judge, not a Trial Judge : ” *Judicial Mediation in the United States*, 12 J. L. & Soc'y, 4-8 (1985).

영향을 주고 당사자 본인의 기대를 변경시킨다고 할 수 있다.⁹⁹⁾ 그러나 화해교섭에서 결과예측의 불확실성이라고 하는 요인은 화해를 촉진하는 방향으로 움직이는 것인가, 아니면 방해하는 방향으로 움직이는 것인가는 명확하지 않다.¹⁰⁰⁾ 사실조사 후에 화해를 시도한다던가, 법관이 적극적으로 어떤 정보를 당사자에게 제공한다던가 하는 방법은 불확실성을 제거하여 화해를 촉진시키려고 하는 시도라고 할 수 있다. 다른 한편, 베트남전쟁 당시 고엽제 피해를 입은 귀환병이 제기한 Agent Orange를 둘러싼 소송의 경우와 같이, 불확실성의 존재가 화해의 성립에 기여한 실례도 있다.¹⁰¹⁾ 다만, 불확실성을 제거하여 결과에 관한 확실성을 증대시키는 것은 실질적으로도 화해의 결과를 적절하게 만들어 준다.¹⁰²⁾ 또한 이러한 법관의 관여에 관한 변호사의 평가는 주 법원에 있어서의 실무가 화해담당판사와 소송담당판사로 나누고 있는가 아닌가에 따라서 차이가 있게 된다. 예컨대, 주 법원에 있어서 양자를 나누고 있지 않는 플로리다 주에서는 법관의 관여가 소극적으로 평가되고 있는데 대하여, 담당판사가 명확히 나누어지고 있는 캘리포니아주에서는 호의적으로 평가되고 있다.¹⁰³⁾

복잡한 대형사건에서는 사실조사 분쟁의 규율 등의 사건처리 및 다수의 이해관계자 간의 화해교섭추진을 위하여, 판사보(Master) 등이 임명되는 경우도 있다.¹⁰⁴⁾ 관여의 방법은 개개의 사건의 개성에 따라서 정한다. 법관이 관여하는 경우에 비하여 이들의 관여는 사건처리의 과정, 또는 화해교섭의 과정에 있어서 유연한 대응을 가능하다고 하는 측면을 가지게 된다.¹⁰⁵⁾ 약식조서 등 기록은 하지 않는 경우가 많다. 또한 양당사자와 이들 간에 사전교섭에 의하여 사건의 처리절차가 정립되어 화해교섭이 진행된다.¹⁰⁶⁾

또한 비공식 면접에 의하여 경우에 따라서는 交互面接에 의하여 분쟁의 원인 내지 화해의 장애를 없애고 분쟁의 특성에 따른 혁신적 절차를 고안하고 그것을 이용하는

99) Provine, *supra* note 92, at 27 : L. Lind, R. MacCoun, P. Ebner, W. Felstiner, D. Hensler, J. Resnik & T. Tyler, THE PERCEPTION OF JUSTICE : TORT LITIGANTS VIEWS OF TRIALS, COURT-ANNEXED ARBITRATION AND SETTLEMENT CONFERENCES, (Rand Corp., Institution for Civil justice 1989) [hereinafter Perception of Justice]. Id., at 18.

100) See *Id.*, at 27-28 : Alshuler, *Mediation With a Mugger : The Shortage of Adjudicative Services and the Need for a Two-Tier Trial System in Civil Cases*, 99 Colum. L. Rev. 1808, 1825-1828 and n. 85 (1986).

101) See Schuck, *The Role of Judges in Settling Complex Cases : The Agent Orange Example*, 53 U. Chi. F. Rev. 337, 352-353 (1986) ; P. Schuck, AGENT ORANGE ON TRIAL (Enlarged Edition), (1987).

102) Alshuler, *supra* note 100, at 1828.

103) Brazil *Hosting Settlement Conferences : Effectiveness in the Judicial Role*, 3 Ohio St. J. Dispute Resolution 1, 14-15 (1987).

104) See Fed. R. Civ. P. 16 and 53 : 28 U. S. C. A. § § 631-636 (Supp. 1991).

105) Provine, *supra* note 92, at 61-62

106) Brazil, *Special Masters in Complex Cases : Extending the Judiciary or Reshaping Adjudication?*, 56 U. Chi. L. Rev. 394 (1986) ; McGovern, *Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation*, 56 U. Chi. L. Rev. 440 (1986).

경우도 있다고 한다. 예컨대, 미시간湖의 어업권을 둘러싼 사건에 있어서는 비공식 면 접을 통하여 분쟁실체에 정통한 판사보(Master)가 판결에서는 실현될 수 없는 것과 같은 해결안을 당사자와의 교섭에서 도출하여 해결하고 있다. 이른바 문제해결형 교섭이 성공을 거둔 예이다.¹⁰⁷⁾ 경우에 따라서는 판사보(Master)는 종래의 사건관리 및 화해교섭촉진이라고 하는 역할에 전문감정인의 역할까지 하게 된다고 한다. 그러나 이러한 판사보(Master)의 유연한 입장은 신속하고 실효적인 분쟁치리에 관계함과 동시에 다른 한편으로는 소송을 지향한 사건관리와 화해촉진이라고 하는 양립할 수 없는 기능을 부담해야 한다. 중립성 내지 공정성을 저해할 수도 있다. 사실 交互面接의 방식은 상당한 비판을 받고 있다.¹⁰⁸⁾

2. 제3자에 의한 잠정적 평가

연방민사소송규칙 제16조에는 free trial 협의에서 '대체적분쟁해결' 절차 또는 혁신적 절차의 이용가능성도 명시되었다. 법원부속의 중재절차(court-annexed arbitration), 약식 배심소송(summary jury trial), 간이심리(mini-trial) 등이 현재 실제로 이용되고 있는 절차이다.

(1) 법원부속의 중재(court-annexed arbitration)

법원부속의 중재절차는 펜실베니아 주법원에서 1952년부터 이용되기 시작하여 그 후 몇몇 연방지방법원에서도 실험적으로 실시되어졌다.¹⁰⁹⁾ 그 후 미연방의회는 1988년에 '사법의개선및정의에의악세스법(Judicial Improvements and Access to Justice Act of 1988)'을 제정, 종래 부터 이 중재절차를 실시해온 10지구에 새로 10지구를 더 하여 법원부속의 중재를 실험적으로 5년간 실시하는 것을 인정하였다. 실시결과 및 법원부속의 중재를 계속할 것인가 아닌가에 관한 권고의견이 연방사법센터(Federal Judicial Center)에서 연방의회로 보고되기에 이르렀다.¹¹⁰⁾

동법은 당사자의 동의에 기초하여 연방지방법원이 사건을 중재에 회부하는 것을 허용하였다. 다만 종래부터 실시해온 지구에서의 訴價 10만불 이하의 금전배상청구사건에 관해서는 강제로 중재에 회부된다.¹¹¹⁾ 헌법상의 권리침해의 경우, 복잡하고도 새로운 법률문제의 존재의 경우, 또는 사실문제에 비하여 법률문제가 중요한 경우, 기타

107) Brazil, *supra* note 106, at 410-412 ; McGavern, *supra* note 106, at 456-467.

108) Provine, *supra* note 92, at 62 ; Schuck, *supra* note 101, at 362-363 ; Brazil, *supra* note 106, at 417-423 ; Resnik, *Managerial Judge*, 96 Harv. L. Rev. 374, 432 (1982).

109) Levin, *Court-Annexed Arbitration*, 16 U. Mich. J. L. Ref. 537, 539-540 (1983) ; Provine, *supra* note 92, at 45.

110) Judicial Improvements and Access to Justice Act of 1988, Pub. L. 100-702, § 903, 102 Stat. 4642 (codified at 28 U. S. C. A. § § 651-658) ; 28 U. S. C. A. § 651 (Supp. 1991)

111) 28 U. S. C. A. § 652 (a) (Supp. 1991).

합리적 이유가 있는 경우에는 중재에 회부되지 않는다.¹¹²⁾ 나아가 당사자의 동의가 필요한 지구에 있어서는 중재에의 동의가 임의적이어야 하고, 중재에 참가하지 않는 것이 당사자나 변호사에게 불리하게 되지 않는다는 것을 지역규칙(local rule)에서 정하고 있어야 한다고 한다.¹¹³⁾ 심리절차가 간소화되어 있기 때문에 이 절차에 적합한 분쟁유형은 사실관계나 법률관계가 비교적 단순한 손해배상사건이다. 예컨대, 중재에 회부되는 사건은 미시간 西地區에서는 모든 계약관련사건의 24%, 캘리포니아 북지구에서는 72%가 중재에 회부되고 있고, 펜실베니아 동지구, 뉴저지지구에서 중재에 회부되는 사건의 대부분은 교통사고에 기인한 인신손해배상사건이라고 한다.¹¹⁴⁾ 또한 감정대립을 원인으로 하는 사건에는 이 절차가 적합하지 않다.¹¹⁵⁾ 중재의 심리기일은 지역규칙에 따라서 개별적으로 정할 수 있지만 길어도 피고의 답변서가 제출된 후 180일을 초과할 수 없도록 하고 있다.¹¹⁶⁾

중재의 심리절차는 소송에 가깝지만, 약식이고 간소화된 것이다. 펜실베니아 동지구의 경우 심리시간은 3시간 정도로 통상의 소송에 요하는 시간의 절반 이하만 소요된다. 서증 및 인증의 제출이 허용되고 있지만 절차진행의 신속화를 기하기 위하여 증거규칙의 적용은 완화되고 더구나 조서작성은 하지 않아도 된다고 한다.¹¹⁷⁾ 당사자본인의 출석도 기대하지 않는다. 위에서 설명한 Heileman Brewing사건은 강제중재에도 적용될 가능성이 있다.¹¹⁸⁾

중재판단이 선고된 후 30일 이내에 그 판단에 불복하는 당사자는 이의신청을 신청할 수 있다.¹¹⁹⁾ 신청에 의하여 사건은 중재가 없었던 것처럼 소송으로 복귀한다. 본안 소송에 있어서는 중재가 행해진 것, 중재판단에서 제시된 금액은 증거로서 제출되지 않는다.¹²⁰⁾ 불복을 신청한 당사자가 소송에서 중재판단에서 제시한 금액보다도 자신에게 유리한 판단을 획득할 수 없는 경우, 중재인의 비용은 신청한 당사자에게 부담시킬 수 있다. 또한 당사자의 동의에 기초하여 중재가 있었던 경우의 불복신청에 관해서는 신청한 당사자가 중재판단에서 제시된 금액보다도 자신에게 유리한 판단을 획득할 수 없고, 또 법원이 불복신청이 불성실한 것이라고 인정한 경우에는, 중재비용뿐만 아니라 상대방의 변호사비용을 당사자에게 부담시킬 수 있다.¹²¹⁾ 이 절차를 이용

112) 28 U. S. C. A. § 652 (b) (c) (Supp. 1991).

113) 28 U. S. C. A. § 652 (c) (Supp. 1991).

114) 1988 U. S. Code Cong. and Adm. News 5982, 5993.

115) Provine, *supra* note 92, at 50.

116) 28 U. S. C. A. § 653 (b) (Supp. 1991) ; Provine, *supra* note 92, at 47.

117) Provine, *supra* note 92, at 47-48.

118) Note, *Mandatory Mediation and Summary Jury Trial : Guidelines for Ensuring Fair and Effective Processes*, 103 Harv. L. Rev. 1086, 1096 (1991).

119) 28 U. S. C. A. § 655 (a) (Supp. 1991).

120) 28 U. S. C. A. § 655 (b) (c) (Supp. 1991).

121) 28 U. S. C. A. § 655 (d) (e) (Supp. 1991).

한 변호사나 당사자 본인의 만족도는 매우 높다고 한다.¹²²⁾ 이와 관련하여 펜실베니아 동지구의 경우 재심재판에까지 이른 사건은 중재에 회부된 모든 사건의 2% 정도라고 한다.¹²³⁾

(2) 약식 배심소송(summary jury trial)

약식 배심소송은 1980년에 오하이오 동지구의 연방지방법원판사 Lambros에 의하여 소송제도에 대하여 배심재판의 비용을 경감하기 위하여 고안해낸 것이다. 실제로 이 절차를 이용한 사건의 90%가 화해로 해결되었다고 보고하고 있다. 결과예측의 실마리를 당사자에게 주고 화해를 촉진하는 것이 목적인 것이다. 또 약식이지만 실제로 소송이 실시되고 소송대리인을 통하여 자신이 하고 싶은 말을 법정에서 하려고 하는 당사자본인의 욕구도 동시에 충족시키게 된다.¹²⁴⁾

배심의 증거평가에 관한 당사자의 예측의 차이가 화해교섭을 저해하고 있는 경우, 이 절차는 어떠한 분쟁에도 이용이 가능하다고 Lambros판사는 말한다. 그러나 절차가 간소화되어 있기 때문에 사실관계나 증거가 복잡한 사건, 증인의 신빙성이 쟁점으로 되는 사건, 당사자간의 감정대립이 분쟁의 원인인 사건 등은 이 절차가 적당하지 않다.¹²⁵⁾ 이 절차이용의 주도에 관해서는 판례가 일치하지 않는다. Strandell사건에서 연방고등법원은 약식 배심소송의 강제적 이용은 허용되지 않는다고 하였다. 그러나 다른 연방지방법원은 허용되는 경우도 있다.¹²⁶⁾ 플로리다주에서의 실태조사에 의하면 임의적 이용을 정하고 있는 주법원에서의 약식 배심소송에 대한 변호사의 만족도가 높은 편인데 비하여 강제이용을 허용하는 연방지방법원에서는 만족도가 그다지 높지 않은 것으로 나타나고 있다.¹²⁷⁾

심리절차는 법원부속의 중재만큼 구체화되어 있지는 않다. 절차가 상당히 간소화되

122) Provine, *supra* note 92, at 49-50.

123) Levin, *supra* note 109, at 542-544

124) Lambros, *The Summary Jury Trial and Other Alternative Methods of Dispute Resolution*, 103 F. R. D. 461 (1984) [hereinafter Summary Jury Trial] ; Lambros, *The Federal Rules of Civil Procedure : A New Model for a New Era*, 50 U. Pitt. L. Rev. 789 (1989). But see Posner, *The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution : Some Cautionary Observations*, 56 U. Chi L. Rev. 366 (1986).

125) Lambros, Summary Jury Trial, *supra* note 124, at 471-472. But See Posner, *supra* note 124, at 374 ; Provine, *supra* note 92, at 69-70.

126) *Strandell v. Jackson County*, Ill., 838 F. 2d 884 (7th Cir. 1987). But see *Arabian American Oil Co., L. Scarfone*, 119 F. R. D. 448 (M. D. Fla.1988) ; *McKay v. Ashland Oil, Inc.*, 120 F. R. D. 43 (E. D. Ky. 1988).

127) Alfini, *Summary Jury Trials in State and Federal Courts : A Comparative Analysis of the Perceptions of Participating Lawyers*, 4 Ohio St. J. Dispute Resolution 213(1989).

어 있고, 인증이나 반대신문은 생략되고, 증언녹취록은 변호사가 낭독하는데 그친다. 이 절차가 실효성을 가지게 하기 위해서는 free trial협의에서 법률문제에 관한 준비서면의 교환이나 검증에 관한 합의를 성립시키는 것이 권고되고 있다. 1시간에서 1시간 반 사이에 증거규칙이 완화된 가운데 변론이 행해지는 것이 통상적이다. 배심의 권고적 평결이 내려진 후에 화해협약이 열린다. 여기에서 양당사자, 법관, 배심원은 그 사건에 관하여 비공식적인 토론을 하게 된다. 이 약식소송은 비공개로 실시되고 기록은 하지 않으며, 권고적 평결은 당사자를 구속하지 않는다.¹²⁸⁾ 또, 당사자본인의 법정출석을 의무로 해야 한다는 것은 이 절차를 실시한 법관의 견해가 일치하고 있다. 당사자본인의 출석에는 자신이 생각하는 만큼 승소할 가망이 없는 것을 본인도 알아야 한다는 의미도 있다고 한다. 또한 약식 배심소송을 공개해야 하는가 아닌가도 재판상 다투어지고 있다. Cincinnati Gas & Electric Co.사건에서 비공개로 된 약식 배심소송에 신문사가 소송참가를 요구한데 대하여 약식 배심소송은 free trial절차이기 때문이라는 형식적 논리에 의하여 공개를 인정하지 않았다.¹²⁹⁾

(3) 간이심리(mini-trial)

간이심리는 기본적으로 기업간의 분쟁처리를 위한 것이다. 통상 기업의 이사 등 화해권한을 가지는 자가 변호사에 의한 간단한 변론을 들은 후에 직접 교섭을 행하여 해결책을 모색하는 것을 그 주된 목적으로 한다.¹³⁰⁾

간이심리의 절차는 기본적으로는 임의절차이고 개개의 절차내용은 양당사자의 교섭에 의하여 정해진다. 조서의 유무, 누구를 절차 관여자로 할 것인가, 절차비용의 시기, 분쟁해결의 범위 등에 관해서는 당사자에 의하여 합의된다. 그 때문에 양당사자간의 힘의 균형이 전제로 된다. 어떠한 절차내용이 합의된다 해도, 반드시 양당사자로부터 변론이 있게 된다.¹³¹⁾ 또한 분쟁에 관련된 분야의 전문가를 제3자로서 이용하는 경우도 있다. 전문가에게는 합의가능한 영역의 존재를 명확히 하는 것, 복잡한 화해교섭이 진행되는 동안 생기는 전문기술적 문제를 해결하는 것 등에 기대된다. 이러한 과정에서 전문가는 당사자가 생각하지 않았던 서로에게 유익한 해결책을 제시할 수 있는 경우도 있게 된다.¹³²⁾

128) Lambros, Summary Jury Trial, *supra* note 124, at 470-471 ; Provine, *supra* note 92, at 68, 72-73.

129) Cincinnati Gas & Electric Co. v. General Electric Co., 117 F. R. D. 597 (S. D. Ohio 1987). But see Resnik, Due Process : A Public Dimension, 39 U. Fla. L. Rev. 405 (1987).

130) Nilsson, A Litigation Settling Experiment, 65 A. B. A. J. 1818, 1819 (1979) ; Provine, *supra* note 92, at 77.

131) Nilsson, *supra* note 130, at 1819 ; Provine, *supra* note 92, at 76-77.

132) Povine, *supra* note 92, at 80-82. But see Nilsson, *supra* note 130, at 1820.

3. 소결

위에서 보는 바와 같이, 미연방지방법원의 분쟁해결절차는 다양하다는 것을 알 수 있다. 그리고 화해교섭을 촉진하는 방식에 관하여 몇가지 문제가 있다는 것도 알 수 있다. 그러나 여기에서 화해과정의 규율에 관하여 몇가지 실마리가 보인다고 생각된다.

분쟁의 분배는 법관의 재량에 의하는 경우가 많을 것이다. 법관의 재량에 의하여 대응하려고 하고 있는 점은 당연히 법관의 재량에 의거한 유연한 처리라고 하는 연방 규칙의 이념이 뿌리깊이 남아있다고 생각할 수 있다.

그렇다면 당사자의 역할은 무엇일까. 법원부속의 강제중재, 약식 배심재판에서는 절차가 간소화되었을 뿐, 종래의 대심적인 토론형태는 없어지지 않은 것으로 보인다. 여기에 대하여 간이심리, 경우에 따라서는 판사보 등이 주재하는 화해협의에서는 당사자가 문제해결적인 접근을 취할 가능성이 남아있다. 그러나 문제해결형 교섭이나 법정에서의 변론활동은 행동원리적으로 보아, 사실조사, 법의 이용방법 등의 점에서 긴장관계에 있음이 Hymann에 의하여 지적되고 있다.¹³³⁾ 미시간호의 어업권을 둘러싼 분쟁에 있어서는 그 특수사정으로부터 문제해결형이 취해졌다고 생각된다. 분쟁의 성격자체, 처음부터 zero-sum적 판단에 친숙하지 않은 것이었다. 나아가 이 분쟁이 해결되지 않으면 湖의 물고기가 고갈된다고 하는 위험성뿐만 아니라 인디안, 주정부, 뉴시꾼으로부터의 이익을 얻고 있는 州民 등 이해관계자 사이에 폭력이 행사되어 최악의 사태로 되어버린 상황이 존재하였다. 따라서 문제해결형으로 이행하여 어떤 해결책을 모색하지 않으면 안되었다고 해야 한다.¹³⁴⁾

다음으로, 법관 또는 제3자의 관여는 zero-sum적 교섭에 의하여 생기는 화해가능영역 중의 타협점의 발견에 협력하는 형태의 것과 조정자적인 것 두가지로 나누어진 다. 실제로는 전자와 같은 관여가 많을 것이다. Galanter에 의하면, 소송현실에서 화해가능영역의 폭은 넓을수록 화해의 가능성이 증가되지만 그 넓은 화해가능영역의 폭을 양당사자가 아는 것이 곤란하므로 제3자에 의한 타협점의 제시가 요구되게 된다고 한다.¹³⁵⁾ 그러나 간이심리의 경우 또는 판사보 등이 관여하는 경우에는 문제해결형의 접근이 취해질 가능성이 아직 존재한다고 할 것이다. 또 제3자가 제시하는 화해안을 당사자가 받아들이는가 아닌가하는 형태로 교섭을 진행시키는 것이 아니라 그 제시안을 잠정적인 것으로 하는 편이 당사자의 선호나 요구에 초점을 맞추어 문제해결형교섭으로 이행하기 쉽다고 지적하고 있다.¹³⁶⁾ 다만, 실제로 법관 등이 어느 정도 이 점

133) Hymann, *Trial Advocacy and Methods of Negotiation : Can Good Advocates Be Wise Negotiators?*, 34 UCLA L. Rev. 863 (1987) ; Rosenberg, *Resolving Dispute Differently : Adieu to Adversary Justice?*, 21 Creighton L. Rev. 801 (1988).

134) McGovern, *supra* note 106, at 456-460.

135) Galanter, *supra* note 98, at 14.

근을 채용하고 있는가는 명확하지 않다.

V. 맺 음 말

미국에 있어서의 법관에 의한 사건관리 및 '대체적분쟁해결'을 개괄적으로 고찰·검토하였는데, 법관의 권한강화, '대체적분쟁해결'에 의한 분쟁의 화해적인 해결이라고 하는 현상은 우리나라에서나 미국에서나 마찬가지라고 해도 좋을 것이다. 그러나 법관의 권한강화 및 '대체적분쟁해결'이라고 하는 현상이 나타난 배경, 및 그들이 목적으로 하는 바는 다소 차이가 있다. 미국의 경우 처음부터 연방규칙자체가 절차의 유연화를 지향한 성격을 가지고 있다고 하는 점에 유의할 필요가 있다. 법관에 의한 사건관리는 너무나도 유연화된 절차의 폐해 및 변호사의 과잉적인 변호활동을 방지할 목적에서 생긴 것이긴 하나 결국 유연한 처리에의 지향은 여전히 남아있는 것이다. 너무나 유연화된 법관의 재량에 의거하고 있는 연방의 민사소송절차에서 금후 어떠한 지표가 취해지는가 주의할 필요가 있을 것이다. '대체적분쟁해결'에 관해서 절차를 다양화하려고 하는 점에서는 우리 나라도 마찬가지이다. 그러나 어떠한 관점에서 분쟁을 보는가, '대체적분쟁해결'의 목적을 어떻게 볼 것인가, 그리고 어떠한 구체적인 해결 내지 처리과정을 생각하고 있는가 하는 점에 주의할 필요가 있다고 생각된다. 대체적분쟁해결의 경우는 특히 사건처리의 효율화와 결부되기 쉬운데 반하여 대체적분쟁처리의 경우는 당사자의 요구의 충족이라는 점에 역점을 두고 있다. 그러므로 우리나라에서 '대체적분쟁해결'을 논의하는 경우에는 양자의 차이에 유의하여 비교·검토할 필요가 있다고 생각된다. 그래서 이하에서는 미국의 상황을 참고하여 '조정검변론'에 있어서의 쟁점정리, 분쟁의 분배 및 화해교섭 과정에서의 당사자와 법관의 역할에 관하여 검토하려고 한다.

현재의 실무에서는 당사자에 의한 상세한 주장과 서증을 제출하도록 하여 '조정검변론'에서 법관이 석명을 구하거나 석명함으로써 분쟁의 실체를 어느 정도 명확하게 한 후 쟁점을 정리하여 이후의 심리방침을 확정하는 것이 시도되고 있다. 이것을 미국에서의 free trial과정과 비교하면 어떤가? II장에서 설명한 바와 같이, 미국에서도 법관과 당사자와의 비공식 협의에 의하여 쟁점이 형성되어 심리방침이 정해지는 점은 비슷하다. 다만, free trial의 초기단계에 있어서 쟁점을 파악, 확정지어버리는 것에는 처음부터 상당한 비판이 있었고, 실제로 쟁점확정절차는 규칙에도 포함시키지 않았다. 오늘날 James & Hazard는 조기 쟁점확정을 의문시하고 있다. free trial명령의 변

136) N. Rogers & C. McWen, MEDIATION : LAW, POLICY, PRACTICE, 79-83 (1989)
: Note, *supra* note 118, at 98.

경은 '不正義'로 되는 경우밖에는 인정되지 않지만, 그것은 사실조사(discovery)절차의 이용가능성을 전제로 한 것이었다. 사실조사절차 같은 제도가 없는 우리 나라의 소송절차에서 너무 조기에 쟁점을 확정한다고 하는 것은 자기 수중에 상당한 정보가 없는 한 당사자에게는 매우 곤란한 것일 것이다. 또 초기단계에 분쟁을 고정적인 것으로 만드는 자체가 분쟁이 변화할 수 있다는 관점에서는 비난될 것이다.¹³⁷⁾ 그러므로 조기에 쟁점을 확정하는 경우에는 이후의 절차과정에서 그 변동가능성을 담보하려는 준비도 필요가 있을 것이라고 생각한다.

다음으로 분쟁의 분배에 관해서 고찰하려 한다. 우리 나라에서는 제1회 기일에 있어서 사건을 몇 개의 절차로 분배하는 것이 일반적이다. 미국의 예로부터는 유일하게 법원부속의 강제중재가 訴價 10만불 이하라는 기준을 정립하여 분쟁을 분배할 뿐, 나머지는 법관의 재량에 의한 경우의 많은 것을 알 수 있다. 다만, 단순히 분쟁유형적 요인이나 절차적 요인에 따른 것만 분배를 판단하는 것이 아니라, 당사자의 요구에도 주의할 기울이는 것이 중요하다고 지적하고 있다. 또 선택된 절차가 어떤 것인가도 명확하게 할 필요가 있다. 법관은 무엇을 달성하려는 것인가를 명확하게 인식하여, 특정의 화해교섭촉진절차를 선택해야 할 것이라는 지적도 있다. 그러므로 절차를 선택하는 경우에는 분쟁유형적 요인, 절차적 요인, 당사자의 요구 및 특정의 절차가 선택된 목적 등에 관한 정보가 양당사자와 법관 사이에 교환되는 것이 바람직하다고 생각된다.

화해교섭의 과정에 있어서의 당사자, 법관의 역할은 어떠한가? 화해교섭을 분쟁의 법적 구성을 붕괴시키지 않은 채 zero-sum형 교섭과 법적으로 구성하기 전의 순수한 분쟁으로 환원하는 것을 전제로 한 문제해결형 교섭으로 나누어 생각할 수 있다.

zero-sum형의 경우, 판결결과의 예측과 거래비용이 중요한 요인으로 된다. 그러므로 당사자로서도 분쟁을 법적으로 구성, 판결결과를 예측하는 것이 필요할 것이다. 또 법관 내지 화해교섭촉진을 위하여 관여하는 제3자는 심증개시 혹은 법적 관점을 지적하는 것보다 결과에 대한 불확실성을 제거, 화해교섭을 촉진시키는 것이 경우에 따라서는 필요할 것이다. 또한 심증개시를 행하는 경우, 또는 화해액을 제시하는 경우에는 그것을 받아들여야 하는가 아닌가 하는 형태가 아니라 받아들일 수 있는 '하나의 안'으로 제시하는 것이 당사자간의 주체적인 교섭을 촉진하는 위에 중요할 것이다. 그것이 문제해결형에로의 이행할 가능성도 생기게 될 것이다.

이에 대하여 문제해결형의 경우, 우선 변호사는 분쟁을 법적으로 구성하기 전의 상태로 잠정적으로 환원하여보아, 당사자본인의 요구를 확실히 할 필요가 생기게 된다. 그러나 문제해결형의 경우에 있어서도 분쟁을 법적으로 구성하여두는 것은 다른 의미에서 중요하고 zero-sum형의 경우와는 다른 의미를 가지고 있다. 다시 말하면, 판결결과의 예측은 여러 가지로 생각해내는 해결안이 획득가능한 법적 구제방법보다도 훌

137) Simon, *Visions of Practice in Legal Thought*, 36 Stan. L. Rev. 469, at 487-489 (1984)

통한 것인가를 판단하는 척도로서 기능하는 면도 존재하는 것이다. 그러므로 법관의 심증개시, 법적 관점의 지적은 잠정적인 것이고, 그러한 척도를 제공하는 것으로 이해하는 것이 가능할 것이다. 나아가 법관으로부터 당사자본인의 요구에 적당한 적극적인 해결안을 제시하는 것도 생각할 수 있다. 그 경우, 역시 제시안은 잠정적인 안이고 양당사자의 교섭의 토대로 생각해야 할 것이다. 문제해결형 교섭은 기본적으로는 구체적인 구제방법의 창조라고 하는 점에서 중요성을 가지는 것이다. 그런 까닭에, 문제해결형을 적용하는데는 권리확정에 그 자체의 중요성을 당사자가 보이지 않는 경우, 확정된 권리로부터 구제방법이 정해지지 않는 경우, 혹은 판결의 결론의 타당성이 문제가 있는 것 같은 경우에는 문제해결형에 의한 접근이 가능할 것이다. 그렇지만 앞에서 설명한 바와 같이, 이론적으로는 매력이 있는 문제해결형 교섭도 실제의 교섭의 장에서는 쉽사리 수행되기 어려운 면도 있는 것은 부정하기 어렵다. 그것은 Hyman이 지적한 바와 같이, 종래 상정된 변호활동에서 상반하기 때문이고, 또한 법관으로서도 종래의 절차에서는 생각되지 않았던 요구였던 점을 들 수 있을 것이다.

그리고, zero-sum형이나 문제해결형이나 어느 경우도, 최종적인 판단권한을 가진자와 화해교섭추진을 담당하는 자와는 분리해야 될 것이다. 그 점에서 관여하는 제3자로는 어느 정도 유연한 대응력이 가능하게 되고, 제시된 해결안도 당사자가 받아들일 것인가 아닌가하는 것이 아니라 보다 좋은 해결안을 모색하기 위한 잠정적인 것으로서 받아들이기 쉬운 것은 아닌가 생각한다. 또한 화해가 불성립하는 경우 이러한 양자의 분리에 의하여 화해과정에서 얻은 심증을 최종적인 법적 판단으로 이용된다고 하는 폐해를 회피하는 것도 가능하게 되는 반면, 화해교섭 과정이 재개된 변론에 반영되지 않고, 당사자는 다시 변론을 반복하지 않으면 안되게 될 것이다. 그러므로 양자를 분리한 경우에 초래하는 그러한 폐해를 제거하는 것도 필요하다.

이상과 같이 본고는 미국에 있어서의 '법관에 의한 사건관리'와 '대체적 분쟁해결'을 고찰·검토함으로써 분쟁처리의 유연화·다양화를 시도하려고 하고 있는 우리 나라의 상황에 시사를 얻고자 노력하였다. 현재의 미국의 시도가 실험적이고 잠정적인 것이라 해도, 특히 화해과정의 규율에 관하여는 참고로 할 점이 많이 있다고 생각한다. 위의 고찰로부터 변호사의 역할이 화해교섭도 포함한 소송과정에 있어서 중요한 것을 알 수 있다. 본고에 있어서는 그러한 주체면의 차이에까지 들어가 비교·검토하지는 못하였다. 변호사비용의 문제, 직무윤리에 관한 문제 등, 화해에 관련한 문제들에 대한 검토는 금후의 과제이다.