

# ADR의 理念과 改革方向

金 祥 燦\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. ADR의 源泉과 理念
- III. ADR의 特徵 및 可能性
- IV. ADR의 問題點과 改革方向
- V. 맺음말

## I. 머리말

우리나라의 사법제도개혁 논의는 최근 사법개혁위원회가 출범하면서 급물살을 타는 듯하다. 다만 최근의 최대 관심사는 대체로 법조인양성 및 선발 또는 법학전문대학원의 도입 여부나 도입방식 등에 관한 것이 되고 있는 바, 이 문제는 사법부나 행정부, 재야법조계인 변호사단체나 법과대학 모두 그들의 밥그릇과 관련된 것이기 때문일 것이다. 그러나 사법제도의 개혁이 법조인양성 및 선발, 또는 법학전문대학원의 설립여부에 국한되지 않음은 주지의 사실이며, 가까운 일본의 경우만 보더라도 오랜 기간 동안 다양한 분야의 다각적인 연구와 검토, 그리고 수차례의 공청회 등을 통한 진통 끝에 사법제도개혁을 시도하고 있는 것은 우리에게 시사하는 바가 크다. 그래서 본고에서는 사법제도의 개혁과 관련하여 제도의 개혁을 위한 여러 분야 중 하나라고 할 수 있는 재판외분쟁해결제(Alternative Dispute Resolution : ADR)에 관하여 살펴보려 한다. 특히 ADR의 원천과 이념, 현실과 문제점 등을 살펴본 후, 앞으로 어떠한 방향으로 개혁해 나가야 할 것인가를 연구·검토하려 한다. 이 연구를 함에 있어서는 최근 일본에서 사법제도개혁을 실시하는 과정에서의 논의, 특히 지난 2001년 6월에 발표한 일본사법제도개혁심의회 의견서<sup>1)</sup>와 이에 관한 논의를 상당부분 참고하려 한다. 일본과 우리

\* 제주대학교 법정대학 법학부 부교수

나라는 적어도 ADR에 관한 한 매우 유사한 환경을 가지고 있기 때문에 우리에게 많은 시사점을 줄 것으로 믿기 때문이다.

일본사법제도개혁심의회회의견서는 재판외분쟁해결수단의 확충, 활성화를 위한 제언으로서, “사법의 중핵인 재판기능의 충실에 각별한 노력을 기울임과 동시에 국민들이 ADR을 재판과 동등하게 매력적인 선택을 할 수 있도록 그 확충·활성화를 도모해야 한다”고 하고 있다. 여기에서 ADR은 재판과 나란히 선택가능한 것으로서, 사법의 틀 내에 위치를 부여하고 있다.<sup>2)</sup> 이 정책결정의 밑바닥에는 ‘사회에서 발생하는 분쟁에는 그 대소, 종류 등에 있어서 다양하지만 사안의 성격이나 당사자의 사정에 따른 다양한 분쟁해결방법을 정비하는 것은 사법을 국민에게 가깝게 하여 분쟁의 심각화를 방지하는데 큰 의의를 가진다’고 하는 인식이 깔려있다. 여기에서 말하는 ‘司法을 국민에게 가깝게 하는 것’이라는 말은 깊이 음미할 필요가 있다.

우선, 여기에서 말하는 ‘사법’이란 무엇인가. 사법이란 법의 지배를 실현하기 위한 여러 가지 장치를 널리 포괄하는 것이라고 정의할 수 있다. 이러한 장치가 정비됨으로써 국민은 자립의 기반을 가지고 통치주체로서 자율적인 활동을 전개할 수 있게 된다. 이와 같이 법의 지배를 위한公私의 여러 장치를 포괄하는 새로운 개념으로서 사법이 받아들여질 때, 재판이라는 선택과 ADR이라는 선택과는 각각 그 특징을 살려 서로 자극하여 조화함으로써 매력적인 것으로 성장해나가게 된다. 그것은 21세기의 우리나라나 인류전체를 위해서 지극히 중요한 과제이다. 분쟁 당사자의 시각에서 본다면 재판과 ADR은 각각 동등하게 선택할 수 있는 것이고, 또한 ADR 중에도 여러 가지 선택할 수 있는 방법이 있으며, 선택의 척도는 개개의 분쟁해결에 있어서 어느 쪽이 보다 적합한가에 있고, 이들 간에 가치서열 내지 우선순위가 선형적으로 존재하는 것은 아니다. 어쨌든 일본사법제도개혁심의회회의견서 중에 명백하지는 않지만 협의의 사법 이외에 광의의 사법이라고 해야 할 개념이 나타나고 있다. 즉, 제2정의로서 ‘汎司法’이 존재하고, 여기에서 ADR은 새로운 위치부여의 가능성도 보인다. 사법에 있어서 이러한 새로운 정의가 가능하다면 법관뿐만 아니라 변호사 등의 법률전문가, 다양한 분야의 전문가, 나아가 일반 사회인도 사법의 담당자로서 법정 내외에서 역할을 담당하는 것이 허용될 것이다.<sup>3)</sup>

1) 日本司法制度改革審議會, 「司法制度改革審議會意見書-21世紀の日本を支える司法制度」, 2001.6.12.  
 2) 川嶋四郎, “より利用しやすい司法制度-紛争処理制度へのアクセスの擴充について”, 「ジュリスト」1198號, 2001. 126面 ; 小島武司·伊藤眞, 「裁判外紛争処理法」, 有斐閣, 1998 ; 小島武司, 「裁判外紛争處理と法の支配」, 有斐閣, 2000 등 참조.  
 3) 여기에서의 논의는 법원을 중심으로 하는 이른바正義의 종합시스템의 이론과 잘 조화하는 것이다 ; 小島武司, 上掲書, 3面 이하 ; 田中成明, 「現代社會と裁判」, 弘文堂, 1996, 116面 이하 참조.

다음으로, 사법을 “국민에게 가까운 것”이라는 말이 가지는 의미도 깊이 생각해 보아야 한다. 분쟁해결방법을 “국민에게 가까운 것”으로 해나가기 위해서는 어떠한 방법을 취해야 할 것인가. ADR과 관련하여 일본사법제도개혁심의회건의서는 “엄격한 재판절차와는 다르게, 이용자의 자주성을 활용한 해결, 프라이버시나 영업비밀을 지키는 비공개에서의 해결, 간이·신속하고 저렴한 해결, 다양한 분야의 전문가의 식견을 활용한 빈틈없는 해결, 법률상의 권리의무의 존부에 뿐만 아니라 실정에 따른 해결을 도모하는 등 유연한 대응도 가능하다”고 지적하고 있다. 이는 추상론을 넘어 구체적인 점에 입각한 간명하면서도 현실주의적인 면을 잘 나타내고 있는데, 이러한 구체적 지적들의 배후에는 ADR이 가지는 분쟁해결방법으로서의 특징이 존재하고 있다.

우리나라에서도 학계나 실무계에서 ADR의 활성화에 관한 관심이 나타나고 있었지만, 4) ADR이 법적 테두리의 재고를 강요할 만큼 중요함을 가지고 우리들의 앞에 나타나리라고는 적어도 십여년 전까지는 거의 예상하지 못하였다. 재판지상주의가 법조계, 특히 변호사계의 주류를 점하고 있었고 또한 調停 등에 호의적인 생각을 가지고 있었지만, ADR 중시의 공공정책이나 참신한 사법개념을 수반한 시대가 올 것이라고 생각하기는 어려웠다. 5) 이러한 점에서 보면 ADR을 지탱하는 현실적 기반이 아직 극히 미약한 것을 부인하기 어렵고, ADR이 가진 문제점을 볼 때 절실히 요구되고 있는 장래의 개혁을 단호하게 추진해가는 데는 착실한 노력을 기울이는 것이 필요하다고 하겠다.

## II. ADR의 源泉과 理念

### 1. ADR의 源천으로서의 유연성

분쟁해결수단으로서 ADR을 파악하는 데는 지금까지 민사소송과의 비교하는 방법을 많이 사용하여 왔다. 6) 이와 같은 학계나 실무계의 비교론과는 별도로 일반사회에

4) 이에 관한 논문이 다수 있으며 대표적인 것으로, 송상현, “소송에 갈음하는 분쟁해결방안(ADR)의 이념과 전망”, 『민사판례연구』 14권, 민사판례연구회, 1992, 411-441면 ; 양병희, “ADR의 활성화를 위한 화해제도의 개선방안”, 『민사소송』 제1권, 한국민사소송법학회, 1988, 411면 이하 ; 유성근, “ADR와 상사중재(1-16)”, 『중재』 제199-216호, 대한상사중재원, 1988.8-1990.1 ; 손경한, “대미거래 및 투자와 분쟁(1-8)”, 『중재』 제194호-218호, 대한상사중재원, 1988.3-1990.3 ; 허만, “미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결”, 『민사판례연구』 제14권, 민사판례연구회 1992.8 등이 있다.

5) 사법제도개혁을 둘러싼 交錯에 관한 일본의 논의로서, 高橋裕, “ADR推進をどう考えるか”, 『法の科學』 30號, 2001, 72面 이하 참조.

널리 인식되고 있는 것은 일반 소송절차는 엄격하지만 ADR은 유연하다는 것이다. 다만, 일반사회라 하더라도 ADR이 잘 알려지지 않고 있어서 이에 관계하고 있는 실무가나 이를 이용하거나 이용하려고 하는 분쟁당사자 등에 한정되는 범위이기는 하지만, 이 범위를 일반사회라고 칭하는 것이 허용된다면, '소송의 엄격성에 대한 ADR의 유연성'과 일반사회에서 인식되고 있는 것은 대체로 차이가 없다고 생각된다.

일반사회의 인식을 비속한 언어를 사용한다면, "소송에는 비용과 시간이 들지만 ADR은 싸고 신속하다"고 하는 말로 표현할 수 있다. 확실히 ADR에는 그러한 이점이 있지만 모든 ADR이 저렴하고 신속한 것은 아니다. 경제적이고 신속한 해결이 ADR의 목표의 하나라고 해도 그 목표의 달성여부는 제도설계와 운영여하에 달려있는 것이다.<sup>7)</sup> 더구나 최근에는 소송도 옛날에 비하여 상당히 신속하게 이루어지고 있으므로 소송과 ADR을 비교할 때 저렴성이나 신속성을 기준으로 식별하는 것은 그리 적절한 방법이 못된다고 생각된다. 반대로 엄격성과 유연성을 대치하는 방법은 소송과 ADR의 기본적인 차이를 설명하는데 보다 적절한 것이라고 할 수 있다. 다만 소송과 ADR의 근본적인 차이를 설명하는 것은 쉽지 않다. 그러므로 엄격성과 유연성이라는 차이를 가져오는 그 '근원'을 명백히 하는 것이 중요하다. 말하자면, 분쟁해결수단으로서의 ADR을 소송과의 비교를 통하여 논할 때 필요한 것은 양자의 원천을 파악하는 것이다. ADR의 확충, 활성화를 부르짖는 오늘날 소송과 ADR의 원천을 파악하고 인식하는 것은 무엇보다 중요하다고 할 것이다. 그렇게 하지 않으면 분쟁해결수단으로서의 ADR을 확실히 파악하지 못하기 때문이다.

## 2. ADR의 원천으로서의 私的自治

근대의 상징 중에 하나는 '무력의 지배'에서 '법의 지배'로의 전환을 들 수 있다. 근대의 지주 중의 하나인 '법의 지배'의 관련에서 소송과 ADR의 원천을 탐색해 볼 수 있다. 근대의 하나의 요소는 개개인에게 물리력의 행사를 허용하지 않고 자력구제를 금지하여 물리적 강제를 국가가 독점한 것이다. "소송은 역사적으로 보면 권총을 쏘거나 단도를 찌르는 개인적 결투의 대체물이다"<sup>8)</sup>라고 하는 말을 인용할 것도 없이 그것은

6) ADR을 소송과 비교하여 논한 대표적인 것으로, 小島武司, 前掲「裁判外紛争處理と法の支配」, 64면이 있으며, 廣田尙久, 司法改革における裁判外紛争解決(ADR)の位置と試案, 「法社會學」, 53號, 2000, 95면도 주로 논리적인 면에서 양자를 비교하고 있다.

7) 廣田尙久, 「民事調停制度改革論」, 信山社, 2001, 56면.

8) 제롬·프랑크/古賀正義 譯, 「裁かれる裁判所(上)」, 弘文堂, 1960, 40면.

당연하다. 그러나 여기에서 중요한 것은 국가가 물리적 강제력을 직접 행사하는 것은 아니라 '법'이라는 필터를 통해야 한다는 것이다. 즉 국가가 물리적 강제력을 행사하는데 있어서도 '법'에 의한 제약이 수반된다. 이 측면도 '법의 지배'의 내용과 다르지 않다. 바꾸어 말하면, '법'의 적용을 통하여 국가의 물리적 강제력의 행사가 정당화되는 것이고, 이것은 형사소송이나 민사소송 모두 마찬가지다. 그래서 궁극적으로 물리적 강제력의 행사를 예정하는 소송에서는 '법'의 적용을 신중하게 하고 절차를 엄격하게 한다. 즉 이 흐름을 참작하는 한, 소송절차가 엄격하다는 것은 제도로서 당연하고 타당한 것이라고 해야 한다. 그래서 이 경우 소송은 '법'의 위반자에 제재를 가하고 권리를 회복·확립시키는 역할을 하게 된다. 이것이 국가의 통치권의 하나인 '司法作用'이다.

근대에 있어서의 '법의 지배'의 이 측면에 착안하면 '법'을 포착하는 방법도 그에 적당할 것이어야 한다. 일찍이 일본의 川島武宜교수는 '법'의 특색으로서 권리의무의 규범으로서의 법, 정치권력의 강제를 수반하는 규범으로서의 법, 재판의 기준으로서의 법을 들고 있는데,<sup>9)</sup> "재판이라는 현상에서 권리를 중심으로 하는 법의 개념과 정치권력의 강제를 중심으로 하는 법과의 접점이 표출된다"<sup>10)</sup>고 함으로써, '법'의 물리적 강제력의 측면을 중요하게 보고 있다. 이것이 근대를 원천으로 하는 소송의 흐름이다. 그리고 이 흐름은 마치 "법의 지배"의 본류처럼 개개인에게 각인되어 근대를 원천으로 하는 또 하나의 흐름은 빠트리고 있었다.

여기에서 그 또 하나의 흐름이란 어떤 것인가. 그것은 주로 민사관계의 법현상으로서 존재하는 것인데, 근대사법의 기본적 요소의 하나인 법적 주체성을 원천으로 하는 것이다. 川島武宜교수는 근대사법의 규범관계는 사적 소유, 계약, 법적 주체성 등 3가지의 기본적 요소에서 성립되고 있다고 하고, 법적 주체성을 "상품교환의 과정에서는 교환당사자는 사적 소유 및 계약을 함에 있어 상호의 독립주체성, 즉 법적 주체성을 승인하고 있다"<sup>11)</sup>고 한다. 상품교환 과정에서 착안한 이 정의는 상품교환 과정뿐만 아니라 근대사법의 이념 중에 개개인의 법적 주체성을 승인한 것이 확실하다고 생각한다. 즉 근대에 들어오면서 개개인은 농노적 지배 상태에서 해방된 것이다. 다만, 우리나라의 경우에 사농공상이 평등한 세상이 되었다고 해도 실제로는 모두가 완전한 법적 주체로 된 것은 아니었다. 그러나 원칙적으로 신분에 의한 차별이 없어지고 이념적으로는 개개인이 법적 주체성을 획득한 것은 틀림없다. 개개인이 법적 주체성을 획득한 것을 사회시스템의 원리로서 받아들인다면, 그것은 '私的自治'라고 말할 수 있다.

9) 川島武宜, 「法社會學」, 岩波書店, 1958, 65面.

10) 上掲書, 77面.

11) 川島武宜, 「民法總則」, 有斐閣, 1965, 3面.

즉, 개개인의 신분 또는 재산에 관하여 사적인 분야에서는 그 법률관계를 개개인의 자유의사에 맡긴다고 하는 '사적자치'가 근대사법의 기본적 원리로서 확립되었다. 이 '사적자치' 자체가 ADR의 원천이라 할 수 있다.

'사적자치'를 원천으로 하는 ADR의 시각에서 보면 '법'을 포착하는 방법도 당연히 변화가 생긴다. 즉 '법'이 재판규범이라고 하는 종래의 포착방법에 더하여 '법'에 분쟁 해결규범으로서의 기능이 있다고 하는 지평이 보이게 된다. '분쟁해결규범'을 "분쟁해결을 위하여 그것을 사용하는 것이 정당하게 되는 기준"으로 정의하고 여러 가지 분쟁 해결규범의 해명을 한다면,<sup>12)</sup> '사적자치'를 원천으로 하는 ADR이 여러 가지 분쟁해결규범을 사용하여 분쟁을 해결하는 수단으로서 유효한 것임에는 틀림없다. 그리고 법적 주체성을 가진 개개인이 '사적자치'의 원리에 기초하여 분쟁을 해결할 때 불가결한 것은 '당사자간의 합의'라는 것이며, 이 '합의'는 국가의 물리적 강제력과는 별개이므로 이념적인 ADR에는 물리적 강제력이 반드시 필요한 것은 아니라고 해야 한다. 즉 이념형의 ADR은 국가의 통치권의 하나인 '司法'의 범주에는 들어가지 않는 것이다.

이점에 착안하면 소송과 ADR의 두드러진 차이가 확실히 이해될 수 있다. 즉 소송이나 ADR은 모두 '근대'에 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 것에 대하여 후자를 상징하는 키워드는 '합의'라고 할 수 있다. 이렇게 본다면, '근대'에서는 국가의 사법작용으로서의 소송과 당사자의 합의를 기본으로 하는 ADR이 동등한 가치를 가지는 것으로서 설계되어 있던 것이다.

그러나 현실은 그렇지 않았다. 또 그들의 차이는 이념형의 소송과 이념형의 ADR을 상정한 때의 대비이고, 현실은 이념과 상당히 괴리되어 있다. 그래서 이하에서는 이념과 현실의 괴리의 상황을 보고, 그 후에 이념으로 회귀할 가능성을 고찰하려 한다.

### 3. ADR의 理念

#### 가. ADR의 이념과 현실의 괴리

ADR은 Alternative Dispute Resolution의 약자로서 대체적 분쟁해결이라고 해석하고

12) 廣田尙久, 「紛爭解決學」, 信山社, 1993, 32面 以下.

있다. 그리고 어떠한 대체인가 하면 소송의 대체이라고 하는 것이다. 이 용어는 ADR이 소송에 따른 존재라고 하는 인상을 주고 ADR의 참된 모습을 파악하는데 어렵게 만들기도 한다.<sup>13)</sup>

ADR의 이념과 현실과의 괴리상황을 알기 위해서는 취급하고 있는 사건 수를 보는 것이 좋을 것이다. 대체로 ADR기관이 취급하고 있는 사건 수는 어느 정도인 것인가. 우리나라의 경우 1990년의 민사조정법 제정과 1999년 새로운 중재법의 탄생으로 조정이나 중재의 활성화의 토대를 마련해 놓고 있기는 하나, 아직도 조정이나 중재제도는 활성화되지 못하고 있다. 조정의 경우, 사법조정 이외에 30여개의 개별행정법에서 분쟁조정과 관련된 조항을 두어 민원해소의 차원에서 시행하고 있어서 이것은 행정부서의 민원해결제도이지 진정한 의미의 분쟁해결제도라고 보기는 어려운 제도라 할 수 있다. 따라서 이러한 법규나 기관에서의 사건 수를 통제한다고 해도 의미가 별로 없을 것이다.<sup>14)</sup> 또한 중재의 경우도 상사중재, 언론중재, 노동중재 등이 있어 각각 잘 활용되고 있고 사적 중재도 많이 행해지고 있지만 우리나라에서 중재라고 하면 이는 곧 대한상사중재원에 의한 중재를 가리키는 것으로 일반적으로 이해되고 있다.<sup>15)</sup> 그러므로 대한상사중재원의 중재현황을 보면 우리 중재제도를 알 수 있는데, 이를 살펴보면, 1995년 국내사건 61건, 국제사건 18건에서, 2000년 국내사건 135건, 국제사건 40건, 2001년 국내사건 132건, 국제사건 65건, 2002년 국내사건 163건, 국제사건 47건으로 점차 증가하고 있으나 사건수로 보면 지극히 미미한 수준이라 할 수 있다.<sup>16)</sup> 일본의 경우, 교통사고분쟁처리센터의 示談 알선 수리건수는 연간 약 4,000건 정도이며, 특히 일본변호사협회교통사고처리센터의 수리건수는 약 1,000건, 변호사회의 중재센터의 전국합계신청건수가 747건, 중앙건설공사분쟁심의회와 지방건설공사분쟁심의회를 합계건수의 249건을 합하면 연간건수는 약 6,500건 정도(1999년 기준)가 된다고 하니<sup>17)</sup> 우리나라보다 훨씬 ADR이 활성화되고 있다고 할 수 있다.

한편, 우리나라의 2003년 사법연감에 의하면, 지방법원 제1심에 신청된 사건 수는 민사소송 1,015,894건, 가사본안 52,389건, 민사조정 10,385건, 가사조정 4,069건이다. 민사조정은 민사소송의 1.0%, 가사조정은 가사소송의 7.2% 정도만을 점하고 있어서 우리나라의 소송에 대한 조정비율은 극히 낮은 비율을 보이고 있다. 지방법원제1심통상소

13) 廣田尙久, 前掲 民事調停制度改革論, 5面 以下.

14) 우리나라의 조정제도의 현상에 대해서는, 이주원, "한국조정제도의 발전방향", 「중재연구」 제12권 제1호, 한국중재학회, 2002. 6. 89면 이하 참조.

15) 송상현, 전계논문, 413면

16) 길경준, "한국의 중재제도 현황", 「중재연구」 제13권 제1호, 한국중재학회, 2003. 8. 24면

17) 廣田尙久, 前掲 民事調停制度改革論, 22面.

송기제사건은 969,355건인데, 이중 78.65%(762,417건)를 접하고 있는 소액사건의 처리 상황을 살펴보면 소취하, 소장각하를 제외하면 313,282건(41.08%)이 판결로 이루어지고 있고, 330,907건(43.4%)이 이행권고나 조정, 화해 등으로 처리되고 있음을 볼 수 있는데,<sup>18)</sup> 이러한 판결이외의 처리가 이루어지고 있는 사건은 ADR에 적합한 사건이라고 할 수 있고 적어도 1년에 33만건 정도의 ADR에 적합한 사건을 법원이 처리하고 있는 셈이 된다. 그것은 ADR의 기본적 원리인 '사적자치'를 국가의 통치권의 하나인 '사법'이 삼켜버리고 있으며, 이는 법원이나 법관의 과중한 부담이라는 결과를 초래하고 있다. 요컨대, ADR에서 처리할 수 있는 많은 수의 사건을 법원에서 처리하고 있는 것이 ADR의 이념으로부터 현실을 괴리시키고, 사법과 분쟁해결시스템의 양상을 뒤섞이게 하고 있는 것이다.

#### 나. 이념에의 회귀

그러면 왜 이렇게 되고 있는 것인가. 그 원인은 여러 가지가 있겠지만,<sup>19)</sup> 우리나라에서는 법원이 본래의 사법의 역할을 초월하여 분쟁해결의 여러 가지 분야에 큰 축을 형성하여 많은 실적을 쌓아왔기 때문일 것이다. 또한 이것은 우리나라에서의 사적자치의 침투의 본연의 모습과 관계있을 것이다. 즉 '사적자치'는 지금까지 우리나라의 사회 풍조 중에는 눈에 띄지 않는 가치로서 그 역량을 충분히 발휘할 수 없었던 것이다. 광복 후 건국과정 중에는 각종 사회통제에 의하여 억압되었고, 6·25전후에는 전후복구와 산업육성정책, 규제정책, 복지정책 등의 사회정책에 의하여 후퇴되었다. 즉 '사적자치'는 어떤 때에는 억압되고 어느 때에는 한계를 보여 그 가지고 있는 본래의 가치가 거의 의식되지 못했던 것이다.

그러나 규제완화나 자기책임이 강조되고 있는 오늘날 ADR은 본래의 이념에 회귀해야 한다고 하는 풍조가 나오고 있다고 할 수 있을 것이다. 즉 규제완화나 자기책임이 '사적자치'의 발동을 요청하고 그 가치에 기대를 가지도록 하고 있는 것이다. 그것을 '법의 지배'라는 관점으로 되돌아가서 생각해볼 수 있다. '법의 지배'는 '법'을 타인으로부터 부여받고 적용된다고 하기보다도 '법'을 자기중심에 받아들여서 스스로 적용하는 편이 철저하다. 즉 '사적자치'는 '법'을 자기중심에 받아들여 스스로 적용하는 작업이므로 '사적자치'가 확립되면 될 수록 '법의 지배'가 침투되고 철저하게 된다. 그리고 또한 '사적자치'가 확립되고 '법의 지배'가 철저하면 할수록 사회적 손실은 적어지게 된다.

18) 法院行政處, 「司法年鑑」, 2003, 433면 이하 참조.

19) 廣田尙久, 前掲 民事調停制度改革論, 100面 以下 참조.



'사적자치'의 확립에는 많은 시간이 필요했지만 근대에 들어서면서부터 21세기를 맞이하는 오늘날까지 우여곡절을 거치면서 점차 확립되어왔다고 할 수 있다. 이와 같이 생각한다면 ADR은 하나의 진화의 형태라고도 할 수 있다. 소송과 ADR을 비교할 때 그것이 가장 본질적인 요소라고도 할 수 있을 것이다.

#### 4. ADR 확충의 전제

##### 가. 正義에의 보편적 액세스

ADR의 진흥이 강한 설득력 있게 되는 근원적인 기반은 어디에 있는가. 일본사법제 도개혁심의회 의견서는 21세기 우리 사회의 모습을 다음과 같이 묘사하고 있다. "국민은 중요한 국가기능을 유효하게 수행하는데 어울리는 간소·효율적·투명한 정부를 실현하는 중에, 자율적이고 사회적 책임을 가진 주체로서 서로 협력하면서 자유롭고 공정한 사회를 건설하고, 그것을 기반으로 국제사회의 발전에 공헌한다". 이러한 사회에서 확립되어야 하는 법의 지배는 형식적인 것이 아니라 실질적인 것이어야 한다. 절차법적으로 표현하면 누구든지 그 법적 피해에 관하여 구제를 구할 수 있다고 하는 법이념으로서 total justice가, 또한 모든 사람들이 정의에의 액세스를 현실적으로 보장한다고 하는 법적 이념으로서 정의에의 보편적 액세스가 법시스템의 근간으로 자리 잡게 되는 것이다. 이러한 법적 이념은 이미 4반세기이상 전부터 구미에서 높이 주창되어 왔는데, 우리나라에서는 현실감이 결핍된 공허한 슬로간이라는 감이 없지 않다.

사회생활에서 생기는 분쟁은 당사자의 사정이나 사건의 성격 등에 의하여 다양하며, 각각에 적합한 다채로운 장이 설정되지 않는 한 그 대부분은 잠재적인 채 묻히게 된다. 다양한 분쟁에 동등한 액세스를 보장하려 한다면 분쟁의 다양성에 알맞는 특색 있는 분쟁해결방법이 준비되어야 한다. 소송이라고 하는 중후하고 어찌면 이용하기 편리한 나쁜 분쟁해결방법만을 마련함으로써 소송을 제기하지 않는 것은 권리의식이나 법의식이 낮기 때문이고 그러한 사람들은 법률가가 충분히 계몽하지 않으면 안된다고 하는 생각을 가지는 경우가 많았다. 그러나 법적 분쟁의 현장에 있는 많은 것을 숙지하고 있는 실무법조인이나 법학자들조차 자신은 소송을 피하는 것이 보통인 것이다. 이것은 거의 공공연한 비밀로 되고 있고 이에 양심의 고통을 느끼는 법률가가 어느 정도 있는지 의문이다. 정의에의 보편적 액세스의 법적 이념을 현실화하기 위해서는 재판 이외에 활력있는 ADR을 구축하는 것이 반드시 필요하다.

## 나. 변호사예의 보편적 액세스

ADR의 확충을 고려함에는 법적 서비스에의 액세스라는 과제를 잘 고려해야 한다. 재판과 ADR이 적절한 역할분담을 하여 건전하게 기능하기 위해서는 변호사가 전국각지에 존재하고 어느 지역에서는 법적 서비스가 접근하기 쉽도록 하는 것이 필요하다. ADR은 재판과 비교하여 절차적으로 보다 간단한 경우가 많고, 그 한도에서 변호사가 관여할 필요는 적어질 것이다. 그렇다 해도 변호사예의 액세스장해가 존재하는 곳에서는 소송에서 ADR에의 移行에는 무리가 있는 것이다. 일본사법제도개혁심의회는 이를 강하게 인식하여 법적 서비스의 방법에 관하여 광범위한 제언을 하고 있다. 즉 사회의 의사로서 사회적 요구에 입각한 변호사활동, 변호사 보수의 분담, 변호사비용 보험의 전개, 민사법률구조의 확충, 법조인구의 대폭적 증가, 변호사 보수의 투명화, 변호사 정보의 공개, 복수변호사사무소 설치의 허용 등이 그것이다. 나아가 ADR에 있어서 활동하는 전문가로는 변호사뿐 만 아니라 인접법률전문직종을 더하는 것이 바람직하다고 하는 부분도 있다. 우리나라의 경우에도 이 제언이 타당할 것이다.

변호사의 ADR에의 관여에 관해서는 그 장점은 물론 단점도 지적되고 있다. 이 점을 직시하면 법적 서비스의 개선에 관한 검토가 무엇보다 시급하다고 할 수 있다. 변호사보수에 관하여 현실적인 대책이 강구되어야 하는 것은 당연한 것이고, 당파적인 법정변호방식의 재평가, 교섭에 관하여 보다 적합한 기술의 개발, 변호사윤리의 재검토 등이 철저히 추진되어야 할 것이다.<sup>20)</sup>

## III. ADR의 特徵 및 可能性

### 1. 분쟁해결수단으로서의 ADR의 특징

앞에서 살펴본 것처럼 분쟁해결수단으로서의 ADR을 소송과의 비교를 통하여 많이 논해져 왔는데, 그 접근방법이 다양하고 또 논의 목적이 반드시 ADR의 이용을 염두에 두었던 것은 아니지만 모두 분쟁해결수단으로서의 ADR의 특징을 명시한 것이라고 이해할 수 있다. 바꾸어 말하면 그것은 분쟁해결수단으로서의 ADR의 이용방법, 또는 이용의 편의를 위한 정보의 제공이라고 해도 좋을 것이다.

20) 鼎談, “professional responsibility論の現状と展望”, 「判例タイムズ」 1060號, 2001, 44面 이하 참조.

ADR의 특징으로서는 우선, 이론적·법정책적 측면에서의 절차적 착상으로서, 독자적인 액세스 회로의 정립, 이질적 인재의 배합, 금액명시요건의 완화, 다수당사자의 대표제, 탄력적 심리방법의 도입, 보편적 해명으로의 지향, 편면적 중재의 실시 등을 들 수 있다.<sup>21)</sup> 또한 쉬운 신청절차, 조정적 중재, 납득할만한 싼 수수료 등 주로 절차적 측면에서 그 특징을 설명할 수도 있다.<sup>22)</sup> 학자에 따라서는 “일정한 법 원리를 기초로 하기보다 유연하게 개별 상황에 응하는 귀납적 판단의 집대성으로서의 동적 정의를 더하여, ‘정의의 다원화’를 도모하는 것이 필요하다”<sup>23)</sup>고 하여 ADR의 가능성을 탐구하기도 한다.

이에 관하여, 일본의 廣田尙久변호사는 일본변호사회의 해결사제를 통하여 이용방법 상 다음과 같은 특징이 있다고 설명하고 있다. 우선 신청단계의 특징인데, 가해자나 채무자로부터의 신청이 상당히 많다는 것이다. 이것은 소송에서는 채무부존재확인소라는 형태로 나타나는데, 피해자로부터 고통을 당하고 있기 때문에 어떻게든 해주기 바란다 고 하는 극히 자연적 감정에서 신청되는 경우가 많은 것이다. 또한 청구권이 발생하기 이전의 신청도 있다. 다음으로 사건의 내용상의 특징인데, 혼인 외 남녀관계사건 등 소송에서는 처리할 수 없는 사건이 적지 않다는 것이다. 또한 범죄피해자로부터의 신청사건도 있는데, 피해자와 가해자의 상호이해가 필요한 때는 ADR의 유연한 절차가 유효성을 발휘한다. 나아가 절차상의 특징으로서는 당사자에 의한 조정인, 중재인의 선정이 가능하다는 것이다. 다만, 이 절차는 모든 변호사회의 센터에 설치되어 있는 것은 아니지만, 최초로 도입된 제1동경변호사회중재센터는 이 제도가 꽤 이용되고 있으며, 조정과 중재의 연속적 절차, 同席조정, TV공개 등, 여러 가지 절차상의 시도가 이루어지고 있다고 한다.<sup>24)</sup>

## 2. ADR의 논리구조적 특징

ADR의 시스템은 다양성이 풍부하다. 특히 조정과 중재에는 각기 특징이 있고, 또한 거기에서 사용되는 규범에도 미묘한 차이가 있다.<sup>25)</sup> 여기에서는 ADR의 논리구조적 특징을 소송의 논리구조와 대비하여 살펴보려 한다.<sup>26)</sup>

21) 小島武司, “裁判外紛争處理機關の理論的法政策的檢討”, 『判例タイムス』728號, 1990. 8面 以下.

22) 大川宏, “仲裁センターと辯護士業務”, 『變革の中の辯護士』, 有斐閣, 1992. 392面 以下.

23) 山田文, “ADRの可能性-正義の多元化・豊饒化の契機として”, 『月刊司法改革』2000. 4月號, 26面.

24) 廣田尙久, 前掲 民事調停制度改革論, 42面 以下.

25) 중재와 조정의 위치에 관한 것으로, 小島武司, 前掲論文, 50面 참조.

26) 상세히는 廣田尙久, 前掲 民事調停制度改革論, 50面 以下.

첫째로, 소송은 원칙적으로 100대 0의 승부라는 모습으로 결과가 나타나지만 ADR의 해결방법은 다양하다. 둘째로, 소송은 요건사실, 항변, 재항변이라는 과정을 거쳐 판단이 행해지지만 ADR은 반드시 그런 것은 아니고 여러 가지 사정을 고려하는 것이 가능하다. 셋째로, 소송은 삼단논법이지만 ADR은 반드시 삼단논법인 것은 아니고 여러 가지 방법의 시도가 가능하다. 넷째로, 소송은 인과율에 따르지만 ADR은 인과율이 아니라 비인과율적인 요소도 포함하여 해결하는 것이 가능하다. 다섯째, 소송은 자유의사 위에 성립하지만 ADR은 잠재의식이나 무의식에 착안하여 해결하는 것도 가능하다. 여섯째, 소송은 청구권의 모습을 필요로 하지만 ADR은 아직 청구권의 형태를 지니지 않은 것도 처리가 가능하다.

그러나 보다 중요한 것은 이들 논리구조의 차이가 어디에서 유래하고 있는가 하는 것이다. 즉 이 차이는 배후에 물리적 강제력을 가지고 있는 소송과 사적 자치의 원리에 기초하여 분쟁해결을 목적으로 하는 ADR의 차이에서 나타나고 있는 것이다. 예컨대, 소송은 물리적 강제력 행사의 가부를 결정할 필요가 있기 때문에 100대 0의 승부를 지니는 것이 원칙이지만, ADR에서는 당면하는 분쟁을 해결하는 것이 목적이므로 100대 0 이외의 해결도 가능한 것이다. 이렇게 본다면 소송과 ADR의 원천을 파악하고 그것을 바로 인식하는 것이 ADR의 운영이나 실무에 있어서 가장 중요하다는 것이 명백하게 된다. 사회가 복잡해지고 권리관계나 가치관이 다양하게 될수록 다양성이 풍부한 ADR의 논리구조를 이용하여 분쟁을 해결하려는 욕구가 증대될 것이므로 더욱 더 ADR의 원천인 '사적자치'를 강하게 의식할 필요가 있다.

### 3. ADR의 가능성

ADR은 협상(Negotiation)과 비교하는 경우, 제3자가 관여하고 조정을 행하는 점에서 분쟁해결의 가능성을 크게 높이는 것으로 기대되고 또한 재판과 비교하는 경우에는 강행성 때문에 판결이라는 형태로 최종결정이 약속되지 않는 점에서 분쟁해결력에 뒤떨어진 면이 있다. ADR은 협상과 재판의 중간지대에 위치한 것으로, 사건의 주체나 내용면에 있어서 몇 가지 우수한 가능성을 잠재하고 있고, 재판과 비교할 때 그것을 능가하는 힘을 발휘하는 경우도 적지 않게 나타난다.

#### 가. 심도있는 주체적 참가의 가능성

ADR에는 당사자 본인이 주체적으로 참가하기 쉽게 하는 절차적 자유가 있고, 변호

사 등 전문가에 지배되지 않고 공격방어에 적극적으로 관여하기가 일단 용이하다. 이 주체적 참가라는 특성은 특히 조정 등의 경우에 잘 발휘되어 절차에 대한 만족도를 크게 상승시킬 것이다. 이와 관련하여 ADR에서는 절차주재자와 양당사자가 보다 수평적인 관계에 서서 솔직하고 편안한 인간적 대화를 통하여 법률요건사실이나 간접사실을 넘어 마음을 울리는 커뮤니케이션이 가능하게 된다.<sup>27)</sup> 이렇게 생각하면 ADR을 중시하는 정책은 통치주체로서의 '국민 개개인의 창조적 활력과 자유로운 개성의 전개'와 내적 관련을 가지는 것이라고 할 수 있다.

#### 나. 분쟁해결방법의 혁신

ADR은 기본적 분쟁해결방법과 절충적 분쟁해결방법으로 나눌 수 있는데, 전자에는 협상, 조정, 중재 등 크게 3가지가 있고, 후자에는 조정·중재(med-arb), 법원중재, 법원조정, 간이심리, 사적판결 등이 있다. 협상은 당사자들이 가장 먼저 사용하는 방법으로서, 제3자의 개입 없이 당사자들의 주도하에 분쟁을 해결하는 것인데, 이 협상이 실패로 끝나는 경우 제3자가 개입하여 분쟁을 해결할 수밖에 없다. 일반적으로 이용되는 ADR의 전형적인 모습이라고 하면 조정과 중재를 들 수 있다.<sup>28)</sup> 요컨대, ADR에는 이와 같이 다양한 방법이 존재함으로써 분쟁해결방법의 혁신을 꾀할 수 있다.

#### 다. 넓은 인재 공급원의 존재

ADR에서는 사건 자체에 그 적성을 감안하여 중재인이나 조정인을 선정하는 것이 가능하므로 사건에 적합한 전문성을 구비한 인재를 등용할 수 있어 질적으로 높은 절차나 과정의 설립·운영이 가능하게 된다. 나아가 중재인 등의 선정에 있어서 당사자의 의견을 참작하는 것도 가능하다. ADR에서는 담당후보자를 많이 확보해두면 사건이 특정인에게 집중되는 것을 막을 수 있고, 법원과 달리 절차주재자가 다수의 사건을 동시에 맡는 것을 피할 수 있게 된다. 중재인 등으로서는 소수의 사건에 전념할 수 있으므로 철저한 집중심리를 행하는 것도 가능하게 된다. 경험이 풍부한 퇴직법관이나 변호사 등의 법률전문가 외에 지적재산권 사건에 관해서는 변리사, 건축분쟁에 관해서

27) 山田文, "調停における私的自治の理念と調停者の役割", 『民事訴訟雑誌』, 47號, 2001, 228面 이하  
참조 : 棚瀬孝雄, "法化社會の調停モデル", 『法學論叢』, 126卷 4・5・6號, 1990.

28) ADR의 유형별 특성에 관해서는, 김경배, "대체적 분쟁해결제도(ADR)의 활성화 방안에 관한 고찰", 『중재연구』, 제12권 제1호, 한국중재학회, 2002, 8, 176면 이하 ; 小島武司, 『ADR·仲裁法教室』, 有斐閣, 2001, 40面 이하 참조.

는 건축사 등 각 분야의 전문가가 중재인 등이 되어 현저하게 높은 전문화의 달성이라는 이점이 현실화될 수 있다.<sup>29)</sup>

### 라. 集中審理의 가능성

집중심리는 최근 절차개혁이 지향하는 공통의 목표로 되고 있다. 민사재판의 국면에서 보면, 독일에서의 간소화법에 의한 집중심리의 실현(독일민소법 제272조), 우리나라의 2002년 개정민사소송법상의 집중심리절차(민소법 제257조, 제258조, 제282조, 제146조, 제225조), 일본의 신민사소송법상의 집중증거조사(일본민소법 182조)의 추구, 일본 사법제도개혁심의회 의견서에 나와 있는 계획심리의 추진은 재판의 국면에서 현저한 진전이자, 집중심리가 실무에 정착하고 있는 common law의 소송절차에의 접근을 보여주는 것이라고 받아들일 수 있다. 집중심리는 이러한 목표로서는 공유되고 있지만, 이것을 실무에 정착시키는 것은 용이하지 않은 작업이고, 법관과 변호사의 활동스타일은 근본적인 변화하지 않는다. 이의 변혁이 이루어지지 않는다면, 집중심리는 실무적으로 타협의 반복을 통하여 간단히 붕괴되어 갈 것이다.

앞에서 언급한 바와 같이 집중심리의 장애를 극복하는 조건 창출이라는 점에서 ADR은 주목할 만하다. 민사재판과 좋은 대조를 이루는 중재를 예로 들면, 중재인이 담당하고 있는 사건 수는 법관과 비교하여 특히 적은 것이 보통이고, 사건의 폭주에 대비하여 중재인선정의 과정에서 일정상 집중심리를 행할 여유가 있는지 여부를 확인하여 두는 것도 가능하며, 중재인의 형편이 집중심리의 방해로 되는 상황을 미리 없앨 수 있다. 대리인인 변호사가 집중심리에 대응할 수 있는가는 보다 곤란한 문제이지만 전문성이 높고 그 영역에 정통한 변호사가 대리인으로 등장하는 경향이 강한 전문적 ADR기관에 관해서 보면 집중심리에 대응할 수 있는 태세를 정비하는 것은 그리 곤란한 것만은 아니다. 집중심리의 실현은 법인화 등 다양한 변호사업무개혁을 통하여 비로소 가능하게 되는 강한 인내심과 착실한 노력을 필요로 하는 목표인데 ADR의 경우에는 그 개혁을 가져오는 조건을 갖추고 있다고 할 수 있다. 여기에 ADR의 독자의 가능성이 존재한다.

### 마. 중재의 결정력

ADR은 裁斷型和 調整型으로 대별되며, 전자의 전형은 仲裁이고 후자의 전형은 調

29) 山本和彦, "裁判外紛爭解決手段(ADR)の擴充・活性化に向けて", 『NBL』 706號, 2001, 6面 以下.

停이다. 우리나라에서는 조정이 비교적 많이 활용되고 있고, 사법조정의 카테고리에 속하는 민사조정이나 가사조정은 점차 증가추세에 있으며, 오늘날 조정이 가지는 현대적 유용성은 높이 평가할 만 하다. 중재의 경우 국내중재는 어느 정도 활성화의 기미를 보이고 있으나, 특히 국제상사중재가 그 사건 수에 있어서 아직도 낮은 수준에 있는 것은 심각한 문제라 할 수 있다.<sup>30)</sup> 이러한 상황을 타개하기 위하여 우리나라는 1999년에 국제연합국제상사거래법위원회(UNCITRAL)의 모델법을 채용한 새로운 중재법을 개정·시행하고 있는데, 상당히 선진화된 법을 채용하고 있음에도 불구하고 아직도 우리 중재제도에는 많은 문제점이 있다고 지적되고 있는 실정이다.<sup>31)</sup> 앞으로 중재의 활성화를 위하여 폭넓은 검토를 해나가는 것이 필요하다.

요컨대, 현시점에서 당사자로서 절실한 것은 중재가 독자적인 분쟁해결제도로서 충분한 결정력을 획득하는 것이라는 것을 기억해야 할 것이고, 당사자의 기대에 부응할 수 있는 이론형성을 위해서는 종래의 패러다임을 일신할 각오가 필요할 것이다.

#### 바. 국경을 초월한 汎用性

세계화가 진행되는 이 시점에서 섭외적 분쟁의 발생은 점차 증가할 것이 확실한 사안인데, 이 사건들이 소송사건으로서 각 국의 법원에 들어가게 된다면 다른 절차법이나 실체법, 더욱이 법문화가 충돌하여, 그것이 만들어내는 負의 에너지는 지극히 크다. 이에 대하여 조정은 물론 중재에 있어서도 중재인 등과 당사자는 그의 합리적 판단에 의하여 이른바 특별한 절차적 조화를 행하여, 절차의 충돌에서 생기는 긴장을 적절하게 통제하는 수단을 가지고 있다. 그리고 국제소송에서는 이러한 노고 끝에 얻은 판결이 외국에서 집행될 가능성은 반드시 보장되지 않는데 대하여 중재판단에서는 그 집행은 많은 나라에서 가능하도록 하고 있고,<sup>32)</sup> 그 점에서 ADR의 우위성이 나타나고 있는 셈이다.

30) 국내 유일의 상설 중재기관인 대한상사중재원의 중재현황을 보면, 국제사건의 경우 1995년 18건, 2000년 40건, 2001년 65건, 2002년 47건으로 나타나고 있다 : 길경준, 전계논문, 24면.

31) 우리 중재제도의 문제점에 관해서는, 석광현, "개정중재법의 몇가지 문제점", 「국제사법연구」 제 5호, 한국국제사법학회, 2000, 72면 이하 ; 김상찬, "중재제도의 국제적 동향과 우리 중재법의 과제", 「법학연구」 제15집, 한국법학회, 2004.6, 484면 이하 참조

32) 小島武司·高桑昭, 「仲裁法」, 青林書院, 1988, 401면 참조.

## IV. ADR의 問題點과 改革方向

ADR은 자칫하면 만병통치약으로 받아들일 수 있다. 그러나 그 본질에 내재하는 계약 내지 문제점이 존재하는 것을 인식해야 한다. 이러한 문제점을 극복하기 위한 노력은 귀중한 것인데, 일정한 특질 예컨대 합의조달의 필요성에 입각하여 보면 그것은 ADR에 있어서 큰 제약요인으로 작용하지만 실질적 합의는 ADR의 결과를 관철시키는 힘이 되는 것이고, 당사자, 나아가 일반사회에 대한 신뢰감은 그것에 의하여 크게 높아질 것이다. ADR이 내포하는 각종 문제점은 ADR의 장점과 단점의 모두를 발생시키는 공통 요인에서 생기고 있는 경우가 많으며 ADR의 개혁에 있어서 이 점을 깊이 인식하고 방안을 강구해야 한다.

### 1. 비강행성의 득과 실

ADR의 경우에는 사법권에 기초한 강행적 분쟁해결방법인 재판과 다르고, 어떤 점에 관해서 또는 어떠한 시점에서 당사자간의 합의가 확보되어야 한다. 중재에서는 제3자의 판단에 따르겠다는 취지의 합의가 절차개시에 앞서 당사자간에 성립하고 있을 필요가 있고, 또한 조정에서도 절차 중에 당사자간에 상호양보에 의하여 구체적인 해결내용에 관하여 합의가 성립되지 않으면 안된다. 그러나 특히 중재의 경우에는 합의에 이르게 하는 것이 곤란한 경우가 많은데, 합의조달의 곤란성을 극복하는 방법으로 분쟁이 발생하기 전에 주된 계약의 거래조항의 하나로써 표준서식에 의한 중재합의의 조달이 있을 수 있다. 조정에서도 조정에 갈음하는 결정(민사조정법 제30조) 제도가 있으며, 사전의 명시적 합의에 대하여 사후적으로 이의를 신청하지 못한다고 하는 소극적인 형태의 합의로도 충분할 것이다. 다만, 합의 자체의 유무가 ADR에 의한 분쟁해결을 원활히 하여 실효적인 것으로 하는데 크게 기여하고 있다는 사실을 명심해야 한다.

### 2. ADR기관의 확산과 집중

ADR기관이 다양하게 존재할수록 서비스제공이라는 측면에서 보면 바람직스러운 일이다. 거기에는 서비스의 다양성이나 경쟁에 의한 절차탁마 등의 이점이 있기 때문이다. 그러므로 ADR기관은 여러 분야에 다양하게 존재하는 것이 좋다. 그러나 이용자가 충분한 정보를 가지지 못하면 적절한 ADR기관을 찾을 때까지 에너지를 소비하고, 이



리저리 찾아다니다가 분쟁해결을 단념하게 되는 경우도 있게 된다. 그것을 피하기 위해서는 일원적인 액세스·포인트를 마련하거나 또는 서로 관련기관으로 회부할 수 있는 시스템의 마련 등 연계조치를 강구하는 것이 필요하다.

### 3. 투명성의 저하와 그 극복

ADR은 재판과 비교하여 절차가 탄력적이고 유연한 해결이 이루어지는데, 바로 그 때문에 해결내용 면에서 투명성의 저하 또는 불투명을 피하기 어렵다. 이 난점을 극복하는 데는 해결기준의 명확화, 해결사례집의 발표 등이 필요하다. 비밀유지와 관계에서 어느 정도의 조정이 필요하지만 투명성의 확보가 불가능한 정도의 장해는 존재하지 않는다.<sup>33)</sup>

### 4. 비용부담과 그 경감

소송의 경우에는 법관의 봉급은 국가가 부담하는데 대하여 ADR에서는 중재인 등의 보수를 당사자가 지급해야 하고 그 비용부담은 상당히 무거울 수 있다. 절차의 신속성이나 전문성에 있어서 감정(鑑定)이 필요하지 않는 등 절차비용이 억제되는 면은 있지만, ADR이 전체적으로 반드시 옹가라고는 말할 수 없다. 이 점에 관해서는 ADR비용을 관계 업계의 부담으로 하는 방법도 생각할 수 있지만, 공정성이나 독립성, 중립성과의 관계에서 문제를 발생시킬 우려가 있다. 이 난점을 극복하는 데는 거래당사자로부터 미리 분쟁처리에 필요한 비용의 상당액을 보험료로서 징수하여 두는 것도 생각해 볼 수 있다.<sup>34)</sup> 절차비용을 최소한으로 억제하는 방법으로는 온라인ADR(vitual ADR)의 도입이나 절차의 약식화 등이 있다.<sup>35)</sup>

33) 山本和彦, "裁判外紛争處理制度(ADR)", 『ひろば』 53卷 9號, 2000, 21面 ; 田島純藏, "裁判外紛争處理機關とその在り方", 『自由と正義』 50卷 4號, 1999, 120面 참조.

34) 山本和彦, 上掲論文, 720面. 일본의 指定住宅紛争處理機關에서는 이 방식을 취한다 : 高谷進, "指定住宅紛争處理機關の意義と課題", 『ジュリスト』 1159號, 2000, 46面 ; 調査研究部, "諸外國における交通事故人身損害に係る裁判外紛争處理制度(ADR)の概要", 『自動車保險研究』 3號, 2000, 69面 以下 参照.

35) ICANN의 통일분쟁처리절차는 중재의 방법에 의한 것으로 할지라도 정식재판의 기회를 보장하여 절차를 약식형에 가까운 것으로 하고 있다 : 町村泰貴, "インターネット社會とADR(下)", 『NBL』 690號, 2000, 47面.

## 5. ADR 사건수의 저조와 그 극복

우리나라는 ADR이 비교적 성공적으로 운영되고 있다고 한다면 그 중심은 법원이 행하는 사법조정(민사조정과 가사조정)이며, 이에 대하여 본류라고 할 수 있는 행정계 ADR이나 민간계 ADR은 매우 저조한 실정이며, 앞에서 살펴보았듯이 국내 유일의 상설중재기관인 대한상사중재원이 해결하는 사건 수도 연간 200여건 내외로 매우 적은 편이다. 그 원인으로서는 여러 가지가 지적되고 있지만 이제 민간계조정기관이나 중재기관의 확충 등 근본적인 대책을 강구해야 할 시기가 되었고 그것은 누구도 부정할 수 없을 것이다.

## 6. ADR 담당자 확보 및 연수기관 설치

ADR이 분쟁해결수단으로서 중요한 역할을 다하기 위해서는 ADR을 담당하는 조정인, 중재인 등이 그에 어울리는 인식과 기량을 갖출 필요가 있는 것은 말할 것도 없다. 그를 위해서는 조정인, 중재인의 확보 및 연수제도를 충실히 하는 것이 불가결하다. 아직 조정이 그리 활성화되지는 않았고, 사법기관에서의 조정 중심으로 이루어지고 있기는 하나, 조정에 대한 필요성이 강조되고 있는 현 시점에서, 우리나라에는 계통적인 훈련을 받은 조정인, 중재인이 아주 적다.<sup>36)</sup> 그리고 또한 우리나라에는 상설연수기관도 없다.

조정인 또는 중재인의 바람직한 연수방법<sup>37)</sup>도 연구해야 하겠지만, 어떠한 규모로 어떠한 성격의 연수기관을 설치해야 하는가 하는 것이 중요한 과제이다.<sup>38)</sup> 그 하나의 방법으로서 현재의 사법연수원에 연수기관을 설치하는 것도 생각할 수 있다. 아니면 사법제도개혁위원회의 구상인 법과대학원(로스쿨)이 설치된다면 여기에 연수기관을 병설하는 것도 하나의 대안이 될 수 있다. 그리고 재원의 확보 등의 조건을 충족하는 것이 가능하다면, 법과대학원 부속 ADR을 설치하여 이론과 실무를 접목시키는 것도 좋을 것이다. 이러한 제도가 존재하지 않는 현상에서는 위화감이 있는지도 모르지만, 의과대학에 부속병원이 있어서 임상과 병리가 결부되어 있는 것이 당연시되고 있는 것처럼 법학의 세계에서도 연구를 실무에 연계시키는 기관이 존재해도 이상하지는 않을

36) 길경준, 전계논문, 24면에 의하면, 우리 중재인수는 1,023명으로 이중 국내거주 중재인이 897명, 외국거주 중재인이 126명으로 나타나고 있다.

37) 이에 관해서는, 廣田尙久, 前掲 民事調停制度改革論, 186面 以下참조.

38) 일본사법제도개혁심의회 의견서에서도 ADR의 담당자의 확보를 위하여 연수를 충실히 해야 한다고 하고 있다 : 전계 심의회의견서, 36면.

것으로 생각한다. 법과대학원에 부속 ADR을 설치하면 실무와 이론을 즉석에서 피드백(feedback)시키는 것이 가능할 것이므로 실무나 이론을 비약적으로 향상시킬 것이다. ADR은 비공개가 원칙이지만 당사자의 승낙을 조건으로 하여 연수생에게 방청을 허용하도록 제도화한다면(당연히 연수생에게는 비밀유지의무를 부과하게 되겠지만), 내실이 있는 연수가 될 것이다.

다만, 이에 대해서는 질병을 치료하기 위한 의료와 권리의무를 확정하기 위한 사법과는 다르다고 하는 반론이 있을 수 있다. 그러나 그것은 ADR을 사법의 범주에 넣기 때문에 그러한 반론이 나오는 것이고, ADR은 사법의 범주를 달리하는 분쟁해결수단이라고 하는 견해에 의하면 그러한 반론은 논거를 잃게 될 것이다. 즉 ADR이 사적 자치에 기초한 분쟁해결수단이고 당사자가 법과대학원 부속 ADR을 이용하는 것을 희망한다면 어떤 지장도 없을 것이다. 그 경우 법원의 연계를 피하고 강제력을 가지지 않는 것으로 하는 것도 하나의 방안이지만 그것은 제도구성의 문제일 것이다.

## 7. ADR의 법적지위와 기본법제정

일본사법제도개혁심의회는 이 점에 관하여 ADR의 새로운 위치부여를 명확하게 하기 위하여 ADR기본법을 제정하는 것도 검토해야 한다고 하여 다음과 같이 설명하고 있다. “종합적인 ADR의 제도기반을 정비하는 견지에서 ADR의 이용촉진, 재판절차와의 연대강화를 위한 기본적인 틀을 규정하는 법률(이른바 ‘ADR기본법’ 등)의 제정도 포함하여, 필요한 방책을 검토해야 한다. 그 때 예컨대 시효중단(또는 정지)효의 부여, 집행력의 부여, 법률구조의 대상화 등을 위한 조건정비, ADR의 전부 또는 일부에 관하여 재판절차를 이용하거나 또는 그 역의 이행을 원활하게 하기 위한 절차정비 등을 구체적으로 검토해야한다”.

ADR기본법을 제정하는데 있어서 우선 생각해야 하는 기본사항은 분쟁해결시스템 전체 가운데 ADR이 어떠한 위치를 가지게 할 것인가 하는 것이다. 보다 구체적으로는 ADR에 보다 강한 법적 효력을 부여하기 위해서는 ADR에 어떠한 성격이 부여되면 좋은가하는 것이다.

법원과 ADR의 관계에 관해서는 두개의 모델이 있을 수 있다. 하나는 司法純化모델인데, 현재 법원이 행하고 있는 각종 ADR을 법원에서 떼어내어 ADR을 모두 사법 이외의 기관이나 조직으로 이전하는 것이 이 모델이다. 예컨대, 새로운 ADR기관을 설립하고 현재 법원에서 처리하는 조정사건, 소송상의 화해사건의 대부분을 신설 ADR기관에 이관한다. 즉 법원에서 처리하는 민사소송과 조정·화해의 업무를 두개로 분할하

여, 후자를 신설 ADR기관으로 이전한다고 하는 이른바 법원직무의 분할 안<sup>39)</sup>이 이 모델에 속한다. 다른 하나는 汎司法모델로서, ADR의 확충을 도모하고 그것을 사법의 통제 하에 두는 것으로, ADR에 의한 분쟁해결을 높은 수준으로 유지하도록 하는 것이다. 사법적 통제가 어떠한 형태로 행해질 것인가에 관해서는 다양한 단계가 있고, 법원의 주재 하에 행해지는 소송상의 화해나 법원에 설치되어있는 민사조정이나 가사조정 등의 이른바 직할방식은 몇 개인가의 형태의 하나를 행하는데 지나지 않는 것이고, 이외에 다양한 연계방식이 생각될 수 있다. 집행력있는 해결합의에 이르는 것으로서 다양한 공적 기관과 더불어 법원의 부탁을 받은 민간기관도 생각해볼 수 있다.

이들 두 개의 모델은 반드시 배척되는 것은 아니고 중첩되는 부분이 적지 않게 포함되어 있다. 汎司法모델 하에서도 법원의 직할방식에 의한 분쟁해결을 민간조직 등에 이행하는 것도 그것이 실행가능한 한 합리성을 가지며, 정책적인 타당성을 가진다고 할 수 있다. 다만 법원에 의한 ADR을 필요로 하는 사회적 요구가 적지 않게 존재할 것이고, 또한 법관이 ADR을 가까이에 느껴 일상적인 자극을 끊임없이 받아들이는 것의 의미는 매우 크다. 汎司法모델에 의하면 법원은 절차적 공정 내지 절차보장의 관점에서 최소한의 기준이라고 해야 하는 것을 이끌어내고, 각종 ADR에 관하여 평가를 행하여 ADR의 병리현상에 대한 적절하게 대처하는 틀을 취하게 된다.

이러한 관점에서는 소송상의 화해나 민사조정 등과 같이 스스로 ADR에 참가하여 분쟁해결의 합리성을 담보하는 직할방식 외에 다양한 방식을 이용하여 ADR의 폐해에 대처하는 것이 가능할 것이다. 예컨대 민간기관 등이 행하는 중재의 경우, 필요한 절차적 지원을 행하거나 또는 불공정한 중재인을 제외시키거나, 중재판단을 취소하는 등의 법적 통제를 실시하는 것이 가능하고, 또한 PL센터 등에서의 조정이나 알선에 있어서도 합의의 유·무효나 공서양속위반의 유무 등의 판단을 통하여 조심스럽고 유의미한 통제를 행할 수도 있을 것이다. 이렇게 범사법 모델의 시각에서 각종 ADR을 바라보면 그 모두가 다양한 형태로 사법의 통제에 따르고 있고, 공사를 초월하여 기본적 동질성을 가지는 틀을 마련하는 것도 가능할 것이다. 예컨대 사법조정과 민간조정 간에는 질적인 차이는 없고 다만 정도의 차이가 보이는데 지나지 않는 것이다.

ADR에 집행력을 부여할 것인지 여부, 또 ADR을 법률구조의 대상으로 할 것인지 여부에 대해서는 일본사법제도개혁심의회 의견서에서도 검토과제로서 지적되고 있는 바, 위와 같은 이론적 틀에서 본다면 이 과제들에 관하여 적극적인 조치를 강구하는 것은 이론적으로 가능하다. 문제는 어떠한 기준을 가지고 구분할 것인가 하는 것이

39) 廣田尙久, “司法改革にADRがなぜ必要か”, 『司法改革』 7號, 2000, 34面 이하 참조.

다. 우선, 집행력의 경우에는 그것이 인정된다면 당사자 상호간의 절차적 입장이 크게 달라지므로 일정한 수준에 있는 ADR에 한정하여 집행력을 부여하는 것으로 해야 할 것이다. 그 경우에 어떠한 안전편을 요구하는가는 어려운 문제이지만, 예컨대 변호사(또는 공증인) 관여의 유무나 절차보장원칙, 사건처리실적 등을 일단 생각할 수 있다. 구체적으로는 독일에서의 변호사화해제도,<sup>40)</sup> 공인업계단체의 조정에서의 재판외 화해 또는 조정제도,<sup>41)</sup> 등이 참고할 만하다. 다음으로, 법률구조의 대상으로 하는 것이 가능한지 여부에 대해서도 같은 기준을 이용하는 것이 검토할 가치가 있다. 왜냐하면 집행력이 인정될 정도로 실효적인 ADR이라면 공적 자금을 가지고 지원하는 것이 정당화된다고 생각되기 때문이다. 그렇지만 ADR에서의 교섭에서 변호사가 자력이 없는 당사자에게 법적 지원을 부여한다면 무효나 취소원인이 아니라 보다 공정한 화해 등의 성립에 기여하는 것일 것이다. 바꾸어 말하면, 변호사의 법적 서비스는 분쟁해결의 장에서 예방사법적인 활동으로서 의의를 가지는 것이다. 이렇게 생각한다면, 법률구조와의 관계에서는 집행력의 국면에 한하지 않고 보다 넓은 범위에 해당하는 지원이 긍정되어도 좋다고 해야 할 것이다.<sup>42)</sup>

## V. 맺음말

앞에서 ADR의 원천과 이념, 그리고 이념과 현실간의 괴리, 그로부터 나타나는 문제점, 개혁방안 등에 대하여 개괄적으로 살펴보았다. 오늘날 ADR의 중요성에 대한 인식은 보편화되고 있다. 그러나 그 인식의 정도는 개개인에 따라 다양하다. ADR은 과거에 있었던 것이 아니라 21세기에 창조해야 할 개혁 과제의 하나로서 파악되어야 한다. 일본사법제도개혁심의회가 ADR에 부여한 독자적 위치에서 도출되는 것은 이러한 인식일 것이다. 그런데 ADR이 21세기의 기대에 부응하는 것으로서 창조되어가기 위해서는 무언가의 요점을 정리할 필요가 있다.

우선, ADR기본법을 제정하여 실효적인 ADR이라는 범주를 설정하여 이에 강한 효

40) 獨逸民事訴訟法 第1044條b. D.라이볼트/出口雅久 譯, “ドイツ民事訴訟法における最新の法改正及び法改正計劃”, 『法學研究』, 第66卷 第5號, 1993, 54面 참조.

41) ZPO 제794조. 岡崎克彦, “ドイツにおける裁判外紛争解決及び法律相談制度の實情(1)”, 『判例時報』 1724號, 2000, 22-24面 참조.

42) 中井隆司, “民事法律扶助法および同施規則の解説(上)”, 『NBL』 693號, 2000, 9面 ; 山本和彦, “裁判外紛争處理制度(ADR)”, 『ひろば』, 53卷 9號, 2000, 25面 ; 山本和彦, “民事法律扶助法の評價と課題”, 『ひろば』, 53卷 8號, 50面 참조.

력을 부여할 가능성을 여는 것을 생각할 수 있다.<sup>43)</sup> 다른 한편 이러한 테두리와는 별도로 자유로 생성발전하는 ADR에 내재하는 힘을 손상되지 않도록 유의하여 약한 ADR의 존재의의에 관해서도 고려해야 할 것이다. ADR의 강점은 법이 설정하는 범주 외에 존재로 확대되는데 있는 것이라는 것을 기억해야 한다. ADR은 평지를 흐르는 강처럼 일정한 방향으로 제어하는 것은 어렵고, 거기에 의외성 있는 전개에 매력이 있다고 할 것이다.<sup>44)</sup>

다음으로, ADR의 영역에서는 다양한 조직이 특색있는 방법을 개발하여 다양한 분쟁해결방법이 경합하는 형태로 전개되어 가는 것이 중요하다. 그러나 동시에 각종의 조직이 서로 연계하여 협력하여, 최소한의 기준을 형성하고, ADR의 좋은 절차를 육성해 가는 것이 절실하다. 나아가 제3자적인 입장에서 ADR의 분쟁해결의 내실을 평가하고 그 이용자에게 선택의 목표를 제공함으로써 신용있는 음브즈맨 등이 중요한 의미를 가질 것이다.

또한 ADR담당자는 독립적이고 공정하며 중립적인 활동을 행하도록 하고, 책무에 기한 고도의 윤리규범에 따르도록 해야 할 것이다. 윤리규정의 명확화는 ADR의 건전한 발전에 있어서 불가결한 것이고, 공정성이나 독립성의 의미도 클 것이다.

### 參考文獻

- 송상현, 「민사소송법(신정3판)」, 박영사, 2004  
 강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2003  
 길정준, “한국의 중재제도 현황”, 「중재연구」 제13권 제1호, 한국중재학회, 2003. 8  
 김정배, “대체적 분쟁해결제도(ADR)의 활성화 방안에 관한 고찰”, 「중재연구」 제12권 제1호, 한국중재학회, 2002.8  
 김상찬, “중재제도의 국제적 동향과 우리 중재법의 과제”, 「법학연구」 제15집, 한국법학회, 2004.6  
 \_\_\_\_\_, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.2

43) ADR기본법 제정에 관해서는 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004.2, 157면 이하 ; 石川明, 「調停法學のすすめ」, 信山社, 1999, 114面 以下 ; 同, “ADRの發展と法的規制のあり方”, 「司法改革」 7號, 2000, 20面 以下 참조.

44) 萩原金美, 「民事訴訟・訴訟の現在課題」, 判例タイムス社, 2000, 294面.

- 석광현, “개정중재법의 몇 가지 문제점”, 「국제사법연구」 제5호, 한국국제사법학회, 2000
- 손경한, “대미거래 및 투자와 분쟁(1-8)”, 「중재」 제194호-218호, 대한상사중재원, 1988.3-1990.3
- 송상현, “소송에 갈음하는 분쟁해결방안(ADR)의 이념과 전망”, 「민사판례연구」 제14권, 민사판례연구회, 1992.8
- 양병희, “ADR의 활성화를 위한 화해제도의 개선방안”, 「민사소송」 제1권, 한국민사소송법학회, 1998
- 유성근, “ADR와 상사중재(1-16)”, 「중재」 제199-216호, 대한상사중재원, 1988.8-1990.1
- 이주원, “한국조정제도의 발전방향”, 「중재연구」 제12권 제1호, 한국중재학회, 2002.8
- 허 만, “미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결”, 「민사판례연구」 제14권, 민사판례연구회, 1992.8
- 廣田尙久, 「民事調停制度改革論」, 信山社, 2001
- \_\_\_\_\_, 「紛争解決學」, 信山社, 1993
- 小島武司, 「裁判外紛争處理と法の支配」, 有斐閣, 2000
- \_\_\_\_\_, 「ADR・仲裁法教室」, 有斐閣, 2001
- 小島武司・高桑昭, 「仲裁法」, 青林書院, 1988
- 石川明, 「調停法學のすすめ」, 信山社, 1999
- 日本司法改革審議會, 「司法制度改革審議會意見書-21世紀の日本を支える司法制度」, 2001.6
- 田中成明, 「現代社會と裁判」, 弘文堂, 1996
- 제롬·프랑크/古賀正義 譯, 「裁かれる裁判所(上)」, 弘文堂, 1960
- 川島武宜, 「民法總則」, 有斐閣, 1965
- \_\_\_\_\_, 「法社會學」, 岩波書店, 1958
- 萩原金美, 「民事訴訟・訴訟の現在課題」, 判例タイムス社, 2000
- D.라이블트/出口雅久 譯, “ドイツ民事訴訟法における最新の法改正及び法改正計劃”, 「法學研究」 제66卷 第5號, 1993
- 岡崎克彦, “ドイツにおける裁判外紛争解決及び法律相談制度の實情(1)”, 判例時報 1724號, 2000
- 高谷進, “指定住宅紛争處理機關の意義と課題”, 「ジュリスト」 1159號, 2000
- 高橋裕, “ADR推進をどう考えるか”, 「法の科學」 30號, 2001
- 廣田尙久, “司法改革にADRがなぜ必要か”, 「司法改革」 7號, 2000
- \_\_\_\_\_, “司法改革における裁判外紛争解決(ADR)の位置と試案”, 「法社會學」 53號, 2000
- 大川宏, “仲裁センターと辯護士業務”, 「變革の中の辯護士」, 有斐閣, 1992

- 棚瀬孝雄, “法化社會の調停モデル”, 「法學論叢」126卷 4・5・6號, 1990
- 山本和彦, “裁判外紛争處理制度(ADR)”, 「ひろば」53卷 9號, 2000
- \_\_\_\_\_, “裁判外紛争解決手段(ADR)の擴充・活性化に向けて”, 「NBL」706號, 2001
- 山田文, “調停における私的自治の理念と調停者の役割”, 「民事訴訟雜誌」47號, 2001
- \_\_\_\_\_, “ADRの可能性-正義の多元化・豊饒化の契機として”, 「月刊司法改革」2000.4
- 石川明, “ADRの發展と法的規制のあり方”, 「司法改革」7號, 2000
- 小島武司, “裁判外紛争處理機關の理論的法政策的検討”, 「判例タイムズ」728號, 1990
- 田島純藏, “裁判外紛争處理機關とその在り方”, 「自由と正義」50卷 4號, 1999
- 鼎談, “professional responsibility論の現状と展望”, 「判例タイムズ」1060號, 2001
- 町村泰貴, “インターネット社會とADR(下)”, 「NBL」690號, 2000
- 中井隆司, “民事法律扶助法および同施規則の解説(上)”, 「NBL」693號, 2000