

연구논문

## 미국의 재판외 분쟁해결제도

김 태 한\*

〈 목 차 〉

- I. 문제의 제기
- II. 재판외 분쟁해결제도와 추진동기
- III. 98년 연방 ADR법
- IV. 법원 이외의 ADR 기관
- V. 결어 - 과제와 전망

---

\* 호서대 법정학부 교수

## I. 문제의 제기

공동생활을 하고 있는 우리 사회에는 여러 형태의 분쟁이 발생하고 있으며, 이러한 분쟁에 대한 해결방법도 반드시 법관에 의한 재판절차에 한하지 않고 당사자들 사이에서 상담·교섭·화해나 제3자에 의한 조정 또는 중재와 같은 방법에 의해서도 해결하고 있다. 이처럼 다양한 분쟁의 해결방법에 대한 최근 각국에서의 논의는 그 제도의 특징을 고려하여 유기적인 관련 속에서 이들을 어떻게 종합적으로 파악할 것이냐 하는 데에 문제점이 모아지고 있다.<sup>1)</sup>

이러한 문제의 인식은 분쟁처리의 구조와 종류를 연구하는 민사법학자에게는 일찍부터 주목받는 연구 분야로 대두되었고 독일, 미국과 같은 선진사회에서는 말할 것도 없고 최근 우리나라에서도 이에 관한 논의가 활발하다.<sup>2)</sup> 이는 무엇보다도 전통적인 사법제도에 의한 분쟁해결의 한계성에서 비롯된 것으로 재판의 분쟁해결방법에 관한 범리구성과 제도의 개발이 민사법에 있어서의 새로운 과제로 논의되고 있음을 알 수 있다.

조정이나 중재는 미국에서도 예로부터 이용되어온 분쟁해결절차이지만 1970년대 중반의 소위 ADR<sup>3)</sup> 운동에 의해서 재발견 된 이래 현대의 법치주의사회에 있어서 새로운 자리 매김을 모색하면서 다각적인 노력을 완수하여 왔다<sup>4)</sup>. 현재 ADR이 각 국에서 보편적으로 인정되기에 이르는 것은

- 1) 양병희, 독일의 재판의 분쟁해결제도, 송촌화갑기념논문집, 사법학의 제조명, 881면 이하
- 2) 송상현, 소송에 갈음하는 분쟁해결방안의 이념과 전망, 민사판례연구 제14집, 1991, 411면 이하; 이재홍, 간이하고 새로운 민사분쟁해결제도의 제안, 사법행정 1991/7, 20면 이하; 강현중, 한국에서의 조정·화해의 실무, 고시연구 1991/3, 133면; 양병희, ADR과 화해제도의 활성화, 민사소송의 제문제(김홍규박사 화갑기념논문집), 삼영사, 1992, 396면 이하.
- 3) 미국에서는 Alternative Dispute Resolution-ADR, 독일에 있어서는 Alternative zur Justiz에 대한 문제로서 재판외(außergerichtlich)의 분쟁처리제도를 둘러싸고 이에 관한 재판외의 대체적 분쟁해결제도의 확대가 추구되고 있다.
- 4) 이에 관하여 자세한 것은 山田 文, 裁判外紛爭解決制度における 手続的 配慮の研究, (1)(2)(3)完, 法學 58卷1号. 2号. 5号, 1994 참조

미국의 영향이라고 할 수 있으며 오늘날에도 아직까지 미국이 이론적·실무적 선진국의 지위를 차지하고 있는 것은 이론이 없을 것이다.

ADR 운동의 태동에서 수 십 년이 지난 현재 미국에 있어서 ADR은 법원내외에서의 민사분쟁해결절차 및 비즈니스로서 뿐만 아니라 형사분쟁(경미한 사건이나 소년사건의 비사법적처리·피해자·가해자조항 등)이나 행정사건 분쟁의 해결제도로서 널리 이용되고 있다. 더욱이 특징적인 일은 ADR에 관한 교육(변호사의 계속 연수나 law school에서의 커리큘럼으로서)이나 節次主宰者(調停者, 仲裁人)의 system의 침투에 더하여 ADR 절차의 이론화·Rule화·실정화<sup>5)</sup>나 절차주재자의 전문화로서의 제도화, 새로운 ADR 절차의 개발이나 외국에서의 ADR 설립원조 등 혁신적인 방향성 등, ADR을 지탱하는 인프라(Infra)의 정비가 대단한 속도로 추진되고 있는 점이다. 말하자면 분쟁해결의 민영화·자유경쟁화를 위한 기반정비의 확충이, ADR 비즈니스의 융성과 더불어 미국에 있어서 ADR에 다층적인 일대 산업의 모습을 주고 있다고 말할 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

본 논문에서는 위와 같은 미국의 ADR의 여러 모습 중에서 최근 현저하게 볼 수 있는 제도화경향(institutionalization)<sup>7)</sup>을 파악하는 것으로 현황을 소개 하고자 한다.<sup>8)</sup>

- 
- 5) ADR 실무의 관점에 관하여는 Wayne D. Brazil, *Continuing the Conversation about the Current Status and the Future of ADR*, 2000 J. Disp. Resol. 11, 13(2000) 참조
- 6) 무엇보다도 정책적으로는 ADR제도가 추진되고 있는 일방, 이론 면에서는 ADR의 의의나 사법제도와와의 관계에 대해서 수많은 논쟁이 수렴되어 있다. ADR(정책) 비판은 80년대 후이스 교수의 화해비판(법원의 역할은 화해적 분쟁해결이 아니고 헌법상의 가치의 실현에 있다)에 시작하여 그 후로 ADR의 다목적 재판을 받는 권리를 담고 공적인 가치판단의 기회를 잃어버리는 (J. Resnik, H. Edward), 당사자간의 사회적 지위나 힘의 불평등을 반영한 불공정한 해결을 가져오며 (T. Grillo, R. Delgado), 「화회의 정신」의 강조는 분쟁억제·권리주장억제를 가져온다(L. Nader) 등 경청하여야 할 논쟁을 전개하여 왔다.
- 7) ADR 발전은 대체로 3기로 정리 할 수 있는 바, 70년대 중반부터 82년경까지의 ADR 초창기, 그 후 90년까지의 경계기로, 그리고 현재에 이르는 제도화기로 나누어 볼 수 있다. Frank E. A. Sander, *The Future of ADR*, 2000 J. Disp. Resol. 3, 4~5 (2000) 참조.
- 8) 원칙적으로 受訴法院에 의한 和解시도를 제외하였다. 제3자에 의한 분쟁해결절차

## II. 재판외 분쟁해결제도와 추진동기

ADR제도의 기대는 다양하게 고찰할 수 있으나 대체로 추진 동기는 다음과 같은 점을 지적할 수 있다.

첫째, 법원의 효율화 부담경감을 목적으로 하여 절차다원주의에 입각하여 분쟁을 배분하여 ADR에 적합한 분쟁을 판결절차 이외에 흐르게 하는 관점이다.

둘째, 법원 외에서 행정적인 방법에 의해서 신속·간편하게 분쟁을 해결하고 보다 효율적인 권리구제를 도모하려고 하는 관점이다.

셋째, 법원에서 재판규범으로부터 일단 떠나 양 당사자의 필요에 맞는 보수적인 분쟁해결을 도모하여 자율적인 규범형성을 목표로 하는 관점이다<sup>9)</sup>.

먼저 ADR 운동은 첫번째의 동기에 입각하여 시작되었다. 그 후 pretrial(공판전 사전심의)에의 ADR 도입 등 사법정책으로서의 ADR도 첫번째에 입각하여 추진되어 왔다고 말할 수 있다. 구체적으로는 연방법원 Level에서 말하면 70년대의 변호사협회가 연방대법원장에 의한 ADR 추진 정책에 실마리가 되어(시초) 83년 聯邦民訴規則 제 16조의 개정(Pretial에 의 화해의 도입)을 계기로 하여 법정경영관리(Court management)의 한 수단으로서 실무에 침투하여 그 후 98년 연방 ADR法 等 立法上の 지원을 얻게 된 것이다.

이와 같은 동기는 법원 뿐 아니라 user(특히 repeater 인 기업)의 이익(분쟁의 신속, 효율적 처리의 요청)과도 합치하여 user의 법원회피

---

및 제도를 ADR로서 취급하고 있기 때문이다. 법원에 의한 화해시도는 전통적인 법관상에 비추어 특별한 절차가 되므로 별도의 절차 보장이 필요한 것으로서 ADR 일반과 일률적으로는 논할 수 없다는 것 또 98년 법에 볼 수 있는 바와 같이 최종적 판단자 이외의 사람이 ADR을 담당하는 일이 사법자원의 절약의 점에서 사법정책(판단자의 공정성의 호소)의 점에서도 본래적이라고 생각하고 있기 때문이다.

9) 田中成明, 現代社會と 裁判, 弘文堂, 1996, 125面 참조.

(dejudicialization) = ADR 선호에 의해서 정당화되어 왔다. 현재에는 많은 기업이 거래계약 뿐 아니라 고용계약 중에도 중재조항(최근에는 조정조항도 증가하고 있다)을 미리 넣어두어서 ADR에 의한 분쟁의 효율적인 처리를 목표로 하고 있다고 한다. 한편 이와 같은 분쟁처리를 위한 절차주제자(조정자·중재인 등)를 소개하거나 절차준칙(중재규칙)을 제공하는 것은 많은 경우 미국중재협회(AAA) 등 민간의 ADR 기관이 된다. 더욱이 이러한 민간 ADR 기관·비지니스가 이용되는 배경은 소송 Risk 의 큰 위험에 더하여 법원의 ADR도 유료라는 (법원에 의한 강제적 回付라 할지라도 節次主宰者의 보수는 당사자가 부담하지 않으면 안 된다)것을 들 수 있다<sup>10)</sup>.

user(이용자)의 법원 회피의 또 하나의 이유는 법원에는 전문적인 지식을 갖추어 절차운영을 하는 담당자가 부족하다는 점이며, 반면에 ADR은 다양한 경험·지식을 갖는 자에 의한 유연한 서비스로 제공 할 수가 있다는 점에서도 장점이 있다. 이와같이 법률이외에 전문성의 필요성을 인정하는 연장선상에서, 법률전문가(변호사)는 아니나 전문적 지식과 분쟁해결 기술을 구상하는 사람의 분쟁해결 업무의 開放論이 나타난 것은 자연적인 과제라고 할 수 있을 것이다. 변호사 업무를 재검토하여야 한다는 이 문제는 ADR 업무의 성질론(법률업무인가 아닌가, 非변호활동에 해당하느냐 아니냐)으로서 논하여 지고 있는 상황이다.

이러한 법원회피정책은 행정부에도 미치고 있는바, 가령 90년의 행정분쟁해결법은 모든 연방 행정기관에 대해서 행정분쟁의 해결을 위하여 ADR을 이용하는 방침을 취하는 것을 의문으로 하였다. 여기서 말하는 행정분쟁 ADR에는 행정이 ADR 기관을 운영하는 경우와, 행정기관이 당사자가 되는 경우가 포함되는데, 후자에서 흥미 깊은 것은 교섭에 의한 규칙 제정 절차 이다. 이것은 먼저 환경보호청 등에서 그 유용성이 인정되어 이익조정을 제정 전에 행하여 합의에 기한 규칙제정일로 사후의 분쟁처리부담을

10) 보수액은 ADR의 종류, 법원에서의 절차주제자에 따라 각각 다르게 나타나고 있으며 대체로 매 시간당 책정되고 있다. 이에 대하여는 山田 文 교수의 美國에서의 ADR의 實情(上), NBL NO. 718, 2001, 8. 1. 참조.

경감하는 것을 목적으로 한다. 이익조정을 위하여 사인과 행정부의 협의과제를 중립적인 제3자가 중개하여 협의참가자의 약정이나 이익조정과제의 공정화·투명화를 도모하는 점에서 일종의 ADR로 자리 매김 될 수 있다.<sup>11)</sup>

두 번째의 추진 동기는 정의에 접근 할 수 있는 근대운동에서의 제3의 물질로 자리 매김 되는 동기이다. 따라서 소송절차의 형식성을 회생으로 하여 절차를 간략화·유연화 하여 비용을 억제하고 사회적 약자인 사람에게도 평등하게 분쟁을 해결하고 이익구제의 루트를 제공하기 위해서 ADR을 추진하게 된다. 말하자면 분쟁해결에 있어서 복지국가의 실현을 지향하고 있어 행정기관을 위한 ADR과 친화성이 강하다고 말할 수 있을 것이다.

많은 행정기관에 의한 ADR의 서비스나 소액소송절차가 이러한 관점에 따라서 부수적으로 발전해 왔다고 생각되지만, 이론적으로 흥미가 있는 것은 그 동기가 당초에는 자력이 빈약함을 正義의 access 장해로 하고 있다는 것이다. 이것에 비교하여 최근에는 당사자간의 교섭력이나 정보수집능력의 격차도 고려대상에 넣고 있기 때문에 종래 당연히 전제되어온 ADR의 중립성·부당성의 원칙이 흔들리고 있다는 점일 것이다. 그 결과 ADR이 일방당사자에 의해서 후견적 역할을 수행한다고 하는 새로운 유형이 모색되기 시작되고 있다. 예를 들면 전통적으로 資力·교섭력이 서투른 당사자에 의해서도 절차주재자는 법적 조언을 하는 것이 허용되지 않으므로 변호사에 상담할 취지를 말하는데 그쳐야 한다고 하여 왔는바 그리하여 사회적 약자가 실질적으로 구제를 얻을 수 없게 된다는 것이다. 그러므로 절차주재자가 후견적 역할을 담당하는 경우 당사자간 실질적 평등화를 도모하여야 한다는 논쟁이 주장되기 시작하고 있다<sup>12)</sup>. 예를 들면 의료사고 분쟁에 관해서는 당사자간 구조적인 정보·교섭력 격차에 대하여 소송절

11) 山田, 前掲註(4) 특히 5号 106面 : 村松植子, 交渉による 規則制定に關する法律とアメリカ合衆國における規制理論(1)(2)完, 論叢 145~4, 147~4, 1999~2000 참조.

12) 山田 文, 調停における 私的自治の理念と調停者の役割, 民訴雜誌 47号, 2001. 참조.

차의 부담을 경감하기 위하여 제소 후 법조와 의사에 의해서 구성되는 심사위원회가 사건을 검토하는바 경우에 따라서는 당사자에게 증거의 제출을 구하는 등 적극적인 대응을 ADR로서 예정하는 州도 있다<sup>13)</sup>. 또 최근 일본의 경우 50%의 병원에서 채용되고 있다고 알려지고 있는 患者辯護制度도 그 좋은 예로서 들 수가 있을 것이다. 이는 환자(때로는 병원 측)에서의 고충을 처리하는 병원 내 ADR이나, 절차주재자는 환자를 대리하여 고충상황을 조사하여 병원 측에 전하는 형태로 분쟁해결을 도모한다<sup>14)</sup>. 전통적인 중립성에 고집만 부리고 있으면 실질적인 고충처리가 어려우며 오히려 소송부담이 증가하는 것을 전제로 한 분쟁 예방적인 ADR이라고 말할 수 있을 것이다.

끝으로 세 번째의 방향성은 전통적인 재판규범에 의한 분쟁해결에는 한계가 있다고 비판받고 있는바, 개개 분쟁의 실질에 맞는 해결을 당사자가 자율적으로 창출한다는 것을 목적으로 하는 점에서, 앞의 경우와 다르다. 세 번째의 동기는 정치적·철학적 의미도 다양하지만 무엇보다도 가장 공동체 지향의 강한 절차는 ADR 초창기에 설립된 community의 분쟁해결 절차(이하 NJC 이라 함)이며 국가법은 이탈한 자율적인 규범형성과 분쟁해결을 강조하고 있다. 그 後身으로서 현재 近隣분쟁이나 경미한 형사사건·소년사건 등을 취급하는 지역의 ADR이 각지에 설치되어 있다. 법원·복지관계기관·학교 등에서 회부되는 사건에 대해서 원칙적으로는 非 법률가이지만 훈장을 받은 절차주재자에 의한 분쟁해결이 행해지고 있으며 처리 건수도 많은 것 같다<sup>15)</sup>.

그런데 NJC의 당초의 목적의 하나는 현재 소위 회복적 사법(restorative justice)으로서 사법성이 지지하는 정책이었다. 이미 NJC는 가해자·피해자 근린인 사람들의 절차를 통해서 서로 알고 가해자의 피해자에 대한 보상이나 가해자의 사회복귀에 관한 community의 원조 등의 합의를 형성하는

13) Kelly K. Meadows, Resolving Medical Malpractice Disputes in Massachusetts, 4 Suffolk J. Trial & App. Adv. 165 (1999)

14) 李啓充, アメリカ医療の光と影, 醫學書院, 2000, 229面.

15) 자치단체의 자금운영에 관련된 ADR에 관하여는 小林久子, アメリカのADRの事情 (6)(7)(8), JCAジャーナル 47卷 9号, 10号, 11号, 2000 참조.

것으로서 범죄피해의 회복, 나아가서 community의 재복귀를 기대하고 있는바 진정으로 회복적인 사법의 이념과 중복된다고 할 수 있다. 따라서 그 실현은 초기의 NJC에서는 반드시 성공 한 것은 아니지만 피해자·가해자 조항으로서도 결실되고 있다고 볼 수 있을 것이다<sup>16)</sup>.

한편 이러한 동기는 민사분쟁의 교섭·조정이론의 발전으로서 보다 친화적이다. 즉 이미 전통적인 조정은 재판예측을 전제로 양당사자가 서로 번갈아 가며 더하여 그로 나누어 가는 식인데 대하여, 재판규범·예측에 의거하지 않고 당사자간의 교섭의 합리화에 의하여 최적의 합의를 형성하는 가능성이 교섭이론에 의하여 서서히 시작되었다. 그리하여 이것을 조정 절차를 이용하여 실현하려는 문제해결형 조정형이 발전되어 널리 사용 되도록 이르는 것이다<sup>17)</sup>. 이와 같이 당사자간 교섭을 중심으로 한 ADR 모습은 당사자의 자율적 분쟁 해결능력을 강조하는 방향으로 합치하였고 또 ADR 독자의 가치를 가장 선명하게 그릴 수 있는 방법이기 때문에 적어도 이론연구나 조정자 교육의 수준에서 가장 유력한 모델이 되어 있는 것이다. 그러나 이와 같은 ADR의 독자성을 구체적인 실무 수준에서 어떻게 실현할 것인가라는 것에 대해서는 의론이 있는바 특히 개별면접방식의 채용의 시비나 조정자의 역할론(법적평가를 내려야 할 것인가 아니 할 것인가)등 이 쟁점이 되고 있다<sup>18)</sup>.

한편 이러한 관점에 의하면 ADR 주재자는 재판규범에 정통하고 있을 필요는 없으며 조정기법에 우수한 사람이나 전문적 식견을 갖는 사람이 단독 또는 법조와 공동으로 절차를 주재하는 것이 인정된다. ADR에 있어서 절차주재자의 非전문가화·複전문가화의 계기가 된다고 예측되지만 이러한 작용은 ADR 업무성질론의 문제제기와 함께 변호사 역할·논리를 바꾸는 가능성을 갖고 있다는 점도 지적하여 두어야 할 것이다<sup>19)</sup>.

16) <http://ssw.che.umn.edu/rjp/Default.html> 참조

17) Carrie Merkel Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation*, 31 UCLA L.Rev.751(1984)

18) Symposium: *Evaluative Versus Facilitative Mediation*, 24 Fl. St. U. L. Rev. 919(1997)

19) Herbert M. Krizer, *The Professions Are Dead, Long Live the Professions*, 33 L. & Socy Rev. 713(1994)



### Ⅲ. 98년 연방 ADR법

#### 1. 연방 ADR법의 경과

사법정책으로서의 ADR 제도는 1976년 미 법무부 장관의 주선으로 개최된 반동회의에서 특히 일본의 산다교수의 구상을 명확한 시점으로 하고 있으나 실무에 있어서도 70년 중반부터 적극적인 소송운영 = 소송관리론이 나타나 ADR에 의한 화해 촉진을 도모하려는 시도가 있었다.<sup>20)</sup> 1983년 미 연방민소규칙(이하, 민소규칙 이라함)의 개정은 이와 같은 실무조항을 조문화 한 것이라고 말할 수 있다. 한편 의회에서는 소송의 지연, 비용의 폭등, 사건의 係屬과 사법예산의 증대에 대처하는 특효약으로서 ADR의 본격적 도입이 검토되었는바 90년에 사법개혁법(CJRA)이 제정되었다.

이것은 전 聯邦地方法院에 적극적 소송관리나 ADR의 도입 등을 포함한 지연·비용 축소계획의 책정을 의무화시킴과 동시에, 10지방법원 견본 프로그램의 실시를 의무화하는 것이었다. 다만, 프로그램의 구체적 책정은 각 지방법원에 위임되어 있었다. 더욱 RAND의 최근 보고에 의하면 ADR 도입에 의한 현저한 효과는 볼 수 없었다<sup>21)</sup>. 그러나 사법회의와 의회의 ADR 추진의 태도는 변화하지 않고 93년 및 94년에는 강제적 중재(mandatory arbitration)<sup>22)</sup>의 도입을 기도하는 법안이 의회에 제출되어 있었다. 그러나 이것에 대해서는 실무 담당자 측에서 강한 반발이 있어 입법화는 실패로 끝났다.

90년대에는 CJRA의 영향도 있어 많은 지방법원규칙으로 ADR을 도입하여<sup>23)</sup> 또 규범 Level에서도 CJRA의 취지를 수용한 93년 민소규칙 개정

20) Judith Resnik, Managerial Judges, 96 Harv. L. Rev. 374(1982)

21) Judicial Conference of the United States, the Civil Justice Reform Act of 1990 : Final Report(1997) : CJRA의 자세한 것으로는 山田文 교수가 소개한 民訴法院 雜誌 43号(1997)를 참조.

22) 山田文, 前掲論文, NBL No718, 44面 참조

의하여 법원에 의한 제소전 화해 이외의 즉 외부의 제3자에 의한 ADR을 명하는 재량권이 명시되었다<sup>24)</sup>. 그러나 ADR 도입과 사건의 회부는 어디까지나 각 지방법원의 재량에 위임되어 있고 실태로서 반드시 많은 사건이 회부되어 있었던 것은 아니었다<sup>25)</sup>. 한편 사건수의 증가는 현저하였고(전국지방법원의 민사·형사사건 수는 97년에 32만 건을 넘어 역사적 수치를 기록하여 재판관의 손에 가지고 있는 건수도 498건을 넘어 섰다고 한다.), 의회는 이것에 대처하기 위하여 당사자의 만족, 혁신적인 분쟁 해결, 극히 효율적인 분쟁해결수단을 실현하는 가능성을 갖고 ..... 법원의 사건수를 감소시켜 사법의 효율화에 도움을 줄 것이다. ADR을 전국에 통일적으로 추진하는 것을 목적으로 하여 98년 연방ADR법(28 USC Section 651~658)<sup>26)</sup>을 제정하였다.

## 2. 내용개설

### (1) 특징

본 법은 추상적으로는 전국 레벨에의 통일적인 ADR의 촉진을 목적으로 하면서 실무상 중요하고 의론이 나뉘어져 있는 점에 있어서는 각 지방법원의 법원 규칙(이하 규칙이라함)에 위임한다고 하는 이중의 구조에 있다 즉 전국연방지방법원에 대하여

① 전 민사사건에 대해서 ADR이용을 인정하고 그 취지를 규칙에 규정하는 등 하여 ADR의 이용촉진을 기도하는 것을 의무화시켜 (동법 651조.

23) Plapinger & Stienstra, ADR and Settlement in the Federal District Courts, FJC and CPR, 1996: 三木浩一, アメリカ合衆國連邦地裁における訴訟付屬型ADR, 石川三上編著, 比較裁判外紛爭解決制度, 慶應大 출판, 1997, 73面이하 참조

24) Judith Resnik, Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication, 10 Ohio St. J. on Disp. Resol. 211. 230(1995)

25) Plapinger & Stienstra, supra note 18, Table 4~7에서 전체 연방지방법원에 상반기에 회부된 ADR 사건 수가 나타나고 있다.

26) H. R. Rep. No.105~487(1998): 원문은 <http://uscode.house.gov/DOWNLOAD/28C44.DOC> 에서 다운받음

이하 본 장에서는 조문의 수만을 나타냄) ② 전 민사사건의 당사자에 대하여 규칙상 ADR 이용의 검토의무(652조)를 규정하는 등 통일적인 정책실리를 도모하면서도 ③ ADR 절차에 관한 비밀보호(652조a)절차주재자의 선고절차·자격·교육·보수액(653조,658조),중재합의의 진의성의 담보절차(654조b)이라는 중요한 점에 대해서는 규칙제정의 의무만으로 그치고 구체적인 내용에 대해서는 연방대법원(우리나라 대법원)의 규칙제정까지의 동안이나 또는 항구적으로 각 지방법원 주도권에 위임되어 진 것이다.

그 배경에는 CJRA의 초기부터 존재하였던 지방법원간의 온도차(실험적인가 아닌가, 개인적으로는 ADR에 열심인 재판관이 있는가, 없는가 등에 좌우되는 것 같다)나 ADR을 소송절차에 도입하는 것에 비판적인 재판관이 적지 않게 있다는 것 등을 배려하면 의회도 전국적인 “개혁”을 의무화시키는 입법은 할 수 없었다고 하는 사정은 있다<sup>27)</sup>. 그 결과 벌써 본법의 실효성이 없다든가<sup>28)</sup> 그 악영향, 가령 각 지방 법원에서 비밀보호의 취급이 상이함으로 인한 혼란과 廣場 shopping의 위험이 지방법원간 그 온도차의 확대(이것은 예산배분의 격차에도 연계된다.) 등이 염려된다.

새로운 문제는 본법시행에 대한 예산조치가 거의 되어 있지 않는 점에 있다. 의회는 절차주재자의 보수는 당사자의 부담이며 ADR의 운영에는 기존의 직원을 충당하므로 인건비도 들지 않아 신규로 ADR의 프로그램을 채용한 법원에 년 6,000萬의 예산을 계정하면 충분할 것으로 하고 있다. 그러나 실제로 법원 직원은 기존의 직무를 박차고 ADR 전임담당자는 신규로 임용할 필요가 있으며 또 절차주재자뿐 아니라 직원에 대해서도 ADR 교육이 필수라는 점 등을 생각하면 대체로 현실성이 없다고 비판받고 있다<sup>29)</sup>.

27) Wayne D Brazil, ADR and the Courts, Now and in the Future, 17 Alternatives to High Cost · Litigation. 85 (1999)

28) Brazil, supra note 2, 20~23

29) Developments in the Law-the Paths of Civil Litigation, 113 Harv. L. Rev. 1951, 186 1~62 (2000)

## (2) 法院의 ADR 導入義務

각 지법(지방법원)은 규칙에 있어서 파산소송사건을 포함 모든 민사사건에 대해서 ADR의 이용가능성을 규정하여 구체적인 ADR 프로그램 운영을 위하여 전임 담당자를 두고 그럼으로써 ADR의 촉진을 도모하지 않으면 안 된다(651조). 여기서 ADR이라는 중립적 제3자가 쟁점의 해결을 원조하는 모든 절차 내지 과정을 지적하는 것이 되는데, 구체적으로는 조기 중립적 평가<sup>30)</sup>의 조정, mini-trial<sup>31)</sup>, 및 654조 - 658조 규정의 중재절차<sup>32)</sup>로 정의되어 있다. ADR 프로그램의 구체적인 내용(종류·사건의 배분기준(사건유형별로 나눌 것인가, 법원의 특별한 재량에 의할 것인가), 강제적 회부의 선택여부 등)에 대해서는 각 지방법원에 위임되어 있다. 더욱이 사건회부로 인한 규칙 제정권·재량권에는 일정한 제한이 과해진다. 즉 (당사자의 합의를 필요치 않음), 강제적 회부는 조정과 조기 중립적 평가에 특수한 예외<sup>33)</sup>를 제외하고는 중재의 강제적 회부는 허용되지 않는 것으로 되어 있다. (652조 (b)의 금지)

## (3) 當事者의 ADR 檢討義務

이와 같이 법원은 민사사건의 당사자에 대하여 적어도 하나의 이용 가능한 ADR을 제공하는 의무를 지고 당사자도 또한 ADR이용을 그에 알맞은 절차단계로 검토하는 의무를 지는 것으로 되어 있다(652조(a)). 더욱이 종래 강제적 회부에 있어서 당사자의 ADR 절차참가의무의 정도에 관해서는 다툼이 있는 것<sup>34)</sup>, 이러한 검토의무·제공의무에 대해서도 그 내용은

30) 소송의 초기단계에서 중립적 평가인(법원이 임명한 변호사)이 양 당사자의 주장과 증거의 강요에 기하여 법률적으로 강약의 평가를 행하고, 당사자는 소송전략에 직면하여 화해교섭의 계기를 가져오는 절차이다.

31) 따라서 기업간 분쟁을 대상으로 하는 비구속적 중재절차에서 중립적 판단자의 면전에서 변호사가 간단한 변론과 증거조사를 행한 후에, 그 결과를 가지고 당사자 본인이 소송에 참가하여 화해교섭을 행하는 절차이다. 화해가 이루어지지 않는 경우 판단자가 비구속적 중재를 제시하여 재교섭을 촉진하게 된다.

32) 651조·652조 비교하여 참조(山田 文, 전계논문, NBL 718号, 47面)

33) §654(d) 참조.

34) 강제적 중재에서는 대리인의 참가의무를 부과하는 판결이 있는바, 이에 대해서

확실하지 않다. 가령 검토의무에는 변호사·본인간의 협의의무, 그 전제가 되는 변호사의 ADR에 관한 정보제공의무, ADR 이용에 대한 상대방과의 협의의무 등이 포함되는 가능성이 있었으나 그 외연은 불분명하다. 또한 법원의 ADR 제공의무에 대해서도 ADR 담당자에 의한 구체적·개별적인 정보제공·협의의무가 있는 것인가, 단지 ADR 프로그램의 팜프렛을 만들어 당사자에게 주는 것으로 좋은가 등은 불분명하며 따라서 각 법원의 입장에 따라 내실은 전혀 다르게 나타난다고 사료된다<sup>35)</sup>.

한편 이러한 검토 및 제공의무에는 다음의 경우 예외가 인정 될 수 있다.

첫째로 법원에는 관할지도의 변호사 및 연방법무관과의 협의 등을 거친 상태에서 특정유형의 사건에 대해 미리 ADR 검토·제공의무에서 제외할 수가 있다(652조 (b)).

둘째로 이들의 의무는 국가나 연방행정부를 당사자로 하는 소송에는 적용되지 않는다. (동조 (c))

#### (4) ADR 主宰者의 規律

법원은 ADR 종류마다 절차주재자 후보의 명부를 만들어 당사자의 이용에 제공하지 않으면 안 된다(653조 (a)). 그런데 절차주재자에 필요한 자격에 대해서는 이것이 ADR의 성부를 결정하기 위하여 격렬하게 다투어왔던 것인바 본법은 이 점에 대해서 구체적인 태도결정을 하지 않았다. 반면에 법원에 대해서 ① 절차주재자의 선고절차와 선고기준 ② 필요로 여겨지는 자격의 내용 ③ 절차주재자의 자격박탈절차(필요하면 전문가 책임 등도 포함해도 좋음)에 대해서는 반드시 규칙으로 명백하게 하도록 명하고 있다(653조 (a) (b)).

일반적으로 ADR이 신뢰를 얻기위하여는 절차주재자에 대한 명확한 rule이 불가피할 것인바 법원부속의 ADR에 대해서는 강제성이 수반되는

는 Gilling v. Eastern Airlines, Inc., 680 F. Supp. 169(D.N.J. 1988) 참조.

35) 보다 적극적인 법원의 입장으로는, 제9항소법원의 Model Local ADR Rule을 참조(<http://www.ceq.uscourts>.)

것인 만큼 한층 그 요청이 강하다는 생각에 보다 치밀하게 규정항목을 제시하고 있는 것으로 생각된다.

##### (5) 仲裁節次

법원은 당사자의 합의를 전제로 전체 민사사건에 대해서 중재절차에 회부할 권한을 갖는다. 단 ① ADR 검토·제공의무가 면제되는 경우(652조 (b) (c)) ② 654조 (d)에 해당하는 경우<sup>36)</sup> ③ 연방헌법상의 권리 주장하는 사건 ④ 관할권의 전부 또는 일부가 연방법 281편 1343조에 기초를 둔 사건 ⑤ 손해액이 15만불을 넘는 사건에 대하여는 제외된다(654조 (3)).

본법에 의한 개정 전의 제외사유에는 사건이 복잡 또는 특기할 만한 법적 쟁점을 포함하는 경우라는 추상적·평가적인 기준도 포함되어 있으나 본법에 의해서 제외사유는 대폭 그 범위가 제한되게 되었다.

법원은 중재인의 규율에 관해서는 선서의무나 자격박탈절차(455조) 준수 의무를 포함한 중재인 자격기준을 규정하여 이 건에 따라서 중재인(후보자)의 임면을 하지 않으면 안 된다(655조 (b)). 이와 같이 규율과 상환으로 중재인은 準사법기관으로 인정받아 재판관과 같은 면책과 보호를 받아(동조 (c)), 중재절차에 있어서 중인의 소환이나 문서의 제출명령(민소규칙 45조)의 권한을 갖는다(656조).

한편 중재판단에 있어서는 법원이 종국판결로서 확정하며 또는 다른 방법으로 사건이 종료할 때까지 계속중 당해 사건을 담당할 셈이었던 법관에는 알지 못하도록 하는 규정을 두지 않으면 안 된다(657조 (b)). 그 후 중재판단에 대한 재심의 소(trial de novo 657조 (b)) 등의 가능성에 비추어 법관의 중립성을 유지하는 취지라고 생각할 수 있다.

더불어 의미 깊은 것은 중재합의의 진의성에 대한 「자기방위」에 대한 추상적 규정이 문제가 된다. 이 점에 관하여 이미 법원은 중재합의의 형성 과정에 있어서 ① 당해 중재합의가 당사자의 자유의사에 입각하여 충분히 상황을 안 후에 이루어져야 한다. ② 당사자본인, 대리인의 어느 쪽이든 중재합의를 거절함으로써 불이익을 받지 않을 것을 보장하도록 적절한

36) Judicial Improvements and Access to Justice Act.에 기한 강제적·중재절차가 있었다.

규정을 하여야 할 의무를 짊어진다(654조 (b)).

최근 일반적으로 거래계약이나 고용계약 등에 포함되어 있는 중재합의 조항의 유효성이 다투는 일이 많으므로 그러한 문제를 법원부속의 ADR에서는 사전에 회피하여야 할 취지라고 생각된다.

#### (6) 秘密保持(義務)

ADR 절차 중 지득한 정보에 대해서 당사자·절차주재자 중 누구에 어떠한 비밀을 지켜야 할 의무와 권리(타방에 비밀의 보장을 구하는 권리를 포함)를 인정할 것인가 라는 중요한 문제에 대해서 본법은 실제적인 규정을 두지 않고 장차 연방대법원에 의한 규칙제정까지 잠정적으로 地方法院規則으로 이 점에 관하여 규율하여 비밀이 된 communication의 개시금지까지도 규정하도록 요구하는데 그쳤다(652조 (d)).

한편 중재판단에 의한 재심의 소에 있어서 秘密保持에 대해서는 다음과 같은 규율이 이루어졌다.

이미 원칙으로 중재절차에 관한 사항(중재절차실시의 사실이나 중재재판의 내용 등)에 관해 주장의 제출이나 증거능력은 인정되지 않는다. 다만 ① 일반적인 사건이면 법정에서 연방증거규칙에 의해 인정되었을 것이란 증거, ② 당사자가 별도 합의를 한 경우에는 예외적으로 인정된다(657조 (c) (3)).

#### (7) 報酬

절차주재자의 비용을 누가 부담할 것인가가 정책적인 쟁점의 하나이다. 당사자가 지불한다면 특히 ADR의 강제적 회부가 된 경우에는 당사자에게 부당한 부담을 강요하는 결과가 된다는 입장도 주장되고 있으나<sup>37)</sup> 실제에는 예산부족을 이유로 많은 법원이 당사자에게 부담을 부과할 수 밖에 없다는 것이 현실이다. 또 前述한 바와 같이 민간 수준에서의 ADR 서비스(준전문가가 된 중재인·조정자에 대한 유료 서비스)의 경쟁이 시작되고

37) Wayne D. Brazil, Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts, 14 Ohio St. J. on Disp. Resol. 715(1999)

있는 미국에 있어서 무료 그리고 질 좋은 절차주재자를 바라는 것은 이미 불가능에 가깝다고 생각된다. 따라서 이러한 상황에 감안하여 본법은 美國司法會議가 별도로 정한 범위 내에서 법원이 보상액기준을 설정하는 것을 의무화시키고 있는바 보상액을 무료로 설정하는 것도 가능하다고 하는데 그치고 있다(658조).

#### IV. 법원 이외의 ADR 기관

##### 1. 美國仲裁協會-American Arbitration Association: AAA<sup>38)</sup>

AAA는 1920년대 연방 중재법의 제정과 거의 같은 시기에 설립되었다. 현재도 세계 최대의 비영리 ADR 서비스 기관이며 최근에는 중재뿐만 아니라 조정의 수요도 높아 가는 점에도 대응하고 있다.

AAA사업의 하나는 중재나 조정절차를 위한 절차규범설정이다. 은행거래·증권·보험·노동·건축·지적재산권·internet 관계·소비자 관계 등 분쟁의 실체적 내용에 따라서 절차규칙·절차주재자 후보자의 자격·기준·이용요금·보수규정의 어느 것에 대해서도 세밀하게 차별화 된 프로그램이 준비되어 있다. 기업 등의 서비스 이용자는 거래계약·약관에 있어서 AAA의 절차나 절차주재자 소개를 이용하는 취지의 ADR 합의를 분쟁 해결조항으로서 입하는 것으로서 쉽게 ADR을 이용할 수가 있다. 더욱이 절차규칙은 어디까지나 불이행(default)이며 개별 사건에 있어서 채택여부 및 변경에 대해서는 양당사자에 일임되어 있다(가령 노동분쟁 중재와 달리 상사(商事) 분쟁에서는 AAA 절차를 그대로 이용하는 경우가 많은 것 같다).

38) 1995년 AAA는 859건의 중재·조정사건의 처리를 하였다. 대체로 300개의 기업체에서 300만명의 근로자가 AAA의 중재규칙을 이용하는 중재합의 당사자이다. Roberto L. Corrada, *The First Fifty Years: The Arbitral Imperative in Labor and Employment Law*, 47 Cath. U. L. Rev. 919, 932(1998)



예를 들면 보험계약 분쟁해결 프로그램을 보기로 한다. 주재자 후보자의 경우 중재라면 변호사 또는 퇴임한 재판관, 조정이면 변호사이어야 할 필요는 없으나 대체로 오랜 조정 경험을 가지고 있는 사람으로 제한된다고 본다. 기본적으로는 90일 이내의 해결을 목표로 한 절차를 거치는 것으로 예정되어 있으나 절차는 모두 당사자의 합의에 의존한다. 비용은 상대방이 절차를 거치는 것으로 합의하지 않는 경우에는 불필요하나 합의가 있는 경우에는 각 당사자 150弗의 운영수수료에 더하여 一期日 150弗의 보수가 필요하게 된다( 정확하게는 三者의 교섭에 의한다). 절차개시는 일방 당사자 또는 쌍방당사자의 AAA에의 共同申請에 의한다. 당사자는 AAA가 송부하는 이력이나 자격 등을 고려하여 적절한 절차주재자를 선택하지만 후보자는 당해 사건과의 이해관계나 신속한 절차개시의 의뢰에 대해서 정보개시업무가 있는바 이것에 의해 부적당하다고 된 사람은 지명 후 일지라도 배제될 것이다. 중재절차의 경우 통상 한번의 기일로 완료되어 그 후 30일 이내에 서면으로 중재판단이 나오지 않으면 안 된다. 절차수속으로 화해가 성립된 경우 당사자의 절차에서 요청이 있으면 중재인은 화해합의를 중재판단의 형식으로 할 수가 있다. 조정의 경우 조정자는 사자나 증인이 보여준 정보에 대해서 비밀을 지킬 의무를 지며 여하한 대립적 절차(adversary proceeding)나 司法 절차에 있어서도 절차내용에 대해서 기록개시나 증언의 의무를 지지 않는다. 당사자는 상대방 당사자가 화해를 위해 보인 견해나 조정 때문에 한 양보·자백·조정자가 표명한 조정안이나 견해, 상대방 당사자가 조정안을 받아 들어거나 또는 거절의 의사표시를 한 것에 대하여 중재나 司法절차등 기타 절차에 있어서 비밀을 지킬 의무를 부담하며 또한 이로써 사실에 의거한다거나 인용 할 수가 없다. 당사자는 신속하게 절차의 하자를 지적하지 않는 한 責問權을 상실한다<sup>39)</sup>. 그런데 AAA의 절차규범제안사업은 직접 AAA를 이용하는 경우만 하지 않고 다른 기관의 ADR을 계획하는 경우나 특별한 ADR이 실시되는 경우에 참고할 수 있도록 일반적 의정서의 제안에 미치고 있다. 예를 들면 최근 제안된 「소비자 분쟁에 있어서 due process protocol」<sup>40)</sup>(만기경과

39) 이러한 절차의 기본 원칙에 관하여는, [www.adr.com](http://www.adr.com) 참조.

의정서)은 이러한 유형의 분쟁에 있어서 당사자간의 교섭력 정보력의 격차를 전제로 하여 실제적인 해결과는 별도로 소비자가 기대하는 공정성을 보장하도록 ADR 절차에 있어서 15개의 절차원칙을 나타낸 것이다. AAA의 절차를 직접적으로 구속하는 외에 다른 ADR기관, 입법, 사법 판단에도 영향을 줄 것을 기대하고 있다<sup>41)</sup>. 이 의정서는 추상적이기는 하지만 가령 계약 체결시에 있어서 소비자 분쟁 ADR에 대해서 적절한 정보에의 접근이 보장 되어야 하는 것, 절차주재자의 중립성에 관한 정보개시의무 절차의 매 단계마다 日數가 제시되어야 한다는 것 등 주목하여야 할 여러 가지 원칙을 포함한다.

한편 AAA의 연구교육기관으로서의 측면에도 언급하여야 할 것 같다. 구체적으로 새로운 절차메뉴의 개발(가령 간이 중재나 서면에 의한 해결 서비스 등) 절차주재자 List의 충실화 (각 사람의 이력·실무경험·보수액 등에 관해서는 이미 AAA 웹사이트에 공개되어 있다), 조정자의 연수 제공 등 활동을 들 수 있다. 어떠한 측면에 있어서도 대학부설의 연구시설에서조차 없는 민간단체로서는 그 운동 추진력은 대단히 크다고 말할 수 있을 것이다.

## 2. 紛爭解決專門家協會(Society of Professionals in Dispute Resolution : SPIDR)

1972년 노동분쟁의 조정·중재운동을 계기로 설립되어 현재 3600명을 넘는 회원 수를 갖는 단체이다. AAA나 CPR이 실무적 색채가 짙은 단체인 것과 달리 보다 학술적인 색채가 강하고 연구자나 ADR 전문가(절차주재자·변호사)에 의한 ADR 절차 또는 연수 프로그램의 연구, 행위기준이나 윤리규정의 제언, 정부기관·법원의 계몽활동, 절차주재자의 리구루트

40) National Consumer, Disputes Advisory Comm. and AAA. Consumer Due Process Protocol : A Due Process Protocol for Mediation and Arbitration of Consumer Disputes(1998)

41) 山田 文, 前掲論文, NBL No.720, 2001. 9. 1.

방법의 연구 등을 하고 있다<sup>42)</sup>. 가령 89년과 95년에 공포된 보고에서 수속 주재자에 필요한 능력은 절차내용, 당해 ADR의 목적 및 당사자에 의해서 달라질 수 있는바 이미 상당수의 주법에서 규정되어 있는 것과 같은 일률적인 요건설정(가령 일정한 학위취득)에 대하여 경종을 울려 또 임명 후라도 절차주재자의 일습씨는 정기적으로 평가되어야 하며 그 구체적 방법 등이 제안되고 있다.

특히 주목하여야 할 SPIDR의 최근 활동 중 하나는 AAA 또는 ABA(분쟁해결 센터)와 공동으로 발표하였다. 조정자 행위규범<sup>43)</sup>이나 그 목적은 조정자의 행위규범을 정하고 지침으로서 받는 것, 조정 당사자에게 정보를 제공하는 것, 일반인이 조정에 신뢰를 가질 수 있도록 하는 것 등이 있는 바 그 내용은 추상적인 원칙에서 구성되고 있다. 먼저 조정에 있어서 자기 결정이 가장 중요하다는 것을 설명하고 조정자의 不偏性, 각 분쟁 조정에 적합한 능력의 필요성, 비밀보장의무, 조정절차의 질을 꾸준히 향상시켜 당사자의 자기결정에 따른 절차운영을 할 의무 등이 규정되어 있다. 같은 방법으로 노동중재절차의 질적 향상을 위하여 ABA 등과 공동으로 「고용분쟁 해결을 위한 전국적 규칙」을 발표하였으나 이것도 이미 판결례 등에서 참조하는 등 일정한 영향력을 갖고 있는 것 같다. 이들의 행위규범은 가령 ABA가 변호사가 조정자가 되는 경우를 고려하여 변호사 윤리를 개정(改訂)할 때 참조되거나 절차주재자의 비행을 당사자가 주장하는 경우 그 근거로서 사용되고 있는 것 같다.

### 3. CPR(Center for Public Resources Institute for Dispute Resolution)

1977년 30개월의 trial로 진전을 보지 못했던 600만弗의 특허권분쟁이, ADR의 일종인 mini trial을 경유하여 단 30분의 교섭으로 화해에 도달하

42) SPIDR, Ensuring Competence and Quality in Dispute Resolution Practice (1995) : SPIDR: Principles Concerning Qualifications(1989).

43) Model Standards of Conduct for Mediators(1994).

는 놀라운 사건이 발생했다. 이것이 기업이 처음으로 ADR을 보다 진솔하게 검토하는 계기가 되었다고 일반적으로 알려지고 있다<sup>44)</sup>.

CPR의 전략은 유연하면서 다기하여 다방면에 걸쳐 있다. 가령 ADR의 제안이 「약함을 보여 준다」고 하여 기업으로부터 기피되어 왔으므로 80년대에는 비구속적인 「ADR 기업방침」(통상 ADR Pledge)으로 일반적 합의를 많은 기업에 권고하였고 따라서 분쟁이 생기는 경우 실제적으로 유리함에도 불구하고 ADR 이용을 제안하기 쉽게 하는 토양 및 분위기를 조성하기에 이르렀다. 기업이 ADR에 익숙해진 90년대에 와서 각 기업은 자신의 수요 및 필요에 맞는 소비자 고충처리절차를 제안하여 화해율의 향상을 도모하였을 뿐만 아니라 社內·社外 변호사의 동기를 유발하는 등 보다 구체화·실천화하고 있음을 알 수 있다.

계약문서에 그대로 삽입할 수 있는 분쟁해결조항 및 모델의 提言<sup>45)</sup>도 그 대표적 전략의 하나일 것이다. 이 모델에서 교섭·조정·중재·제소의 4단계가 제시되었는바, 각각에 대하여 교섭개시 후 몇 일 이내에 어떠한 내용의 서면을 송부하여 그 후 몇 일 내에 어떠한 ADR을 행하는가(대표이사들이 상호간 교섭을 할 것인가 안 할 것인가, 절차나 중재를 하는 경우에 따라야 할 절차 룰(rule)의 지정(가령 CPR의 조정 룰을 사용하는 등) 조정자·중재인 후보자의 지정, 시효에 대한 준거법의 합의 등)이 큰 틀로서 설정되어 있다. 따라서 당사자 사이에 약간의 보충·정정을 가하면 이로써 완성된다. 어느 단계도 기한이 정하여 있으므로 예측가능성이 높은 것, 절차메뉴가 복수이고 보다 적합한 절차를 선택할 수 있는 것 등이 기업에 대해서 크나큰 merit가 된다고 볼 수 있다.

44) Catherine Cronin-Harris, Mainstreaming : Systematizing Corporate, 59 Alb. L. Rev. 847(1996)

45) CPR Institute for Dispute Resolution, A Drafter's Guide to CPR Dispute Resolution Clauses, 5-7(1999)

## V. 결어 - 과제와 전망

### 1 절차주재자의 책임과 면책

ADR 절차 주재자가 일종의 전문직이라는 견해가 강하여짐에 따라 그 전문가로서의 행위 規準의 중요성이 인정되어<sup>46)</sup> 그 책임이 논의되게 되었다. 조정자를 예를 들면 그 책임은 조정과오 또는 행위규준·윤리규정위반에 기인한다고 말할 수 있다. 전자의 예로서는 상대방 당사자 내지 제3자에 대한 秘密保持義務違反이 典型的이지만 더욱이 잘못된 법 적용, 적절한 자격 내지는 일정 종류의 조정을 떠맡는 일, 당사자와의 합의에 반하여 조정안을 제시하지 않았던 일 등도 포함될 것이다<sup>47)</sup>. 후자로서는 조정자로서의 행위규준에 더하여 그(녀)가 동시에 변호사 등의 자격을 갖는 경우에는 그 직업상의 윤리규정도 문제가 될 수 있다<sup>48)</sup>.

대부분 많은 조정자는 조정과오보험에 가입하고 있으므로 비록 책임이 인정되는 경우를 상정하는 것은 지금 이 마당에 거의 없는 것 같다. 그 이유의 하나로는 州法에 있어서 적어도 법원 부설 ADR의 조정자(통상 유료(有料)이다)나 Frontier의 조정자에 대해서는 재판관과 같은 면책을 주는 경우가 대부분이기 때문일 것이다<sup>49)</sup>. 더욱이 이러한 면책이 인정되어지는냐의 여부는 州에 따라 각양각색이고 또 책임의 유무와 해결합의의 효력과의 관계에 대해서는 아직까지 깊은 논쟁이 있지 않는 것 같다. 일본의 경우, 특히 조정자의 법적 평가에 입각한 조정(평가적 조정)이 일반화되어 있는 점을 감안한다면 조정자 책임규범상의 합의의 효력이 논하여 질 필

46) Robert A. Baruch Bush, Ethical Dilemmas, in *Mediating Legal Disputes*(Dwight Golanned., 1996) 385~437 : Elizabeth Plapinger & Carrie Merkel-Meadow, *ADR Eghics, DISP Resol. Mag*, Summer 1999, at 20.

47) Dwight Golann, Confidentiality and Liability Issues, in *Mediating Legal Disputes*, supra note 42, 378~80

48) See, e.g., *Lange v. Marshall*, 622 S.W. 2d 237 (Mo. Ct. of Appeals. 1981)

49) See, e.g., *Wagshal v. Foster*, 28 F.3d 1249 (D.C. Cir. 1994)

요가 있다고 생각된다.<sup>50)</sup>

## 2 ADR 절차의 비밀성의 규율

ADR 절차주재자와 당사자의 증언거절특권과 비밀을 지키는 의무를 어떠한 절차·상대방·증언내용을 조건으로서 인정하는가는 제도 설계에 있어서 제일 곤란한 문제의 하나가 되어 있다.

첫째로 ADR 절차내의 정보(ADR 기록·해결결과·절차주재자의 증언 등)에 증거능력이 인정되는가의 증거법상의 문제가 있다(연방증거규칙 408 조). 더욱이 이것은 시험적인 증거능력을 규정하는데 그치고 비밀보호로서는 기능하지 않아(발표 등의 공개나 재판소 이외의 장에서의 공표를 금하고 있지 않음)<sup>51)</sup> 오히려 동규칙 제501조가 그것을 부담한다고 되어 있다<sup>52)</sup>. (단지 현사 소송의 증거가 될 수 있는 정보<sup>53)</sup>나 ADR 절차주재자의 과오에 관한 정보나 당사자·절차주재자의 절차행위의 위법성에 관한 정보를 뒤의 소송에 제출하는 것은 예외가 될 것이다<sup>54)</sup>. 이와같은 상황 아래에서 州法 Level에서는 사건유형에 대응한 증언거절특권(privilege)을 인정하기 시작하고 있으나 통일화하기에는 거의 요원하다고 생각한다. 또 당사자간 비밀보장의무의 효력에 관해서도 아직 의론을 시작한 형편에 있다고 본다.

둘째로 이 문제는 조정자의 독립성에 관련된다. 따라서 소송계속중 법

50) ADR합의의 강제성에 관하여는, *Allen v. Leal* 27 F.Supp. 2d 945, 947-48 (S.D.Tex. 1998) ; 조정자의 강제를 인정하는 것으로는, *Department of Transp. v. City of Atlanta*, 380 S.E.2d 265,268 (Ga. 1989) 참조

51) E. g., *Center for Auto Safety v. Department of Justice*, 576 F. Supp. 739, 749 (D.D.C. 1983) ; *Cook v. Yellow Freight Systems*, 132 F.R.D.548 (E.D.Cal. 1990) ; *Cincinnati Gas & Elec. Co. v. General Elec. Co.*, 854 F.2d 900, 90 4-65 (6th. Cir. 1988)

52) See, e. g., *Folb v. Motion Picture Indus. Pension & Health Plans*, 16F. Supp. 2d 1164 (C.D.Cal.1998)

53) *In re Grand Jury Subpoena*, 148 F 3d 487 (5th Cir. 1998)

54) *Foxgate Homeowner's Ass'n v. Bramalea Cal., Inc.*, No. B124482, 2000 WL 218353 (CAL. Ct. App. Feb. 25 2000)

원이 ADR 절차를 수행하면서 정보를 조정자에 보고하는 것이 가능하게 되어 실질적인 조정자관리가 되는 위험이 있다. 당사자와 조정자사이에 신뢰관계를 구축하거나 혹은 솔직한 태도로 ADR절차에 임한다는 것도 매우 곤란하게 되므로 후일 소송수행에 있어서 증거법상의 문제나 법원의 부당한 선입관이 문제시되는 경우가 있을 수 있다.

이들의 문제는 일본에 있어서 이미 조정기록의 開始의 형태로 顯在化되어 있는 문제이지만, 더욱이 기록화 되어 있지 않는 발언이나 메모 등의 정보를 어떻게 취급할 것인가(ADR 소송을 위한 실질적인 발견으로서 이용하는 것을 허용할 것인가의 여부) 또한 행정형·업계형 ADR에 있어서 공정성의 담보로서 요청되는 해결사례의 공표를 어떻게 규율하느냐라는 점까지 포함하여 총체적인 검토가 필요할 것이다.

### 3. 절차주재자의 선임기준·방법·교육

절차주재자의 선임기준·방법에 대해서는 경험적 data도 불충분하므로 통일화가 어렵고, 주법(州法)재판소 규칙이 각각 독자의 system을 설치하고 있는 것이 현재의 실정이다. 그 중에서도 ① 선임자격·기준의 중심(重心)을 일정한 교육의 수료, 전문적 지식의 취득에 두는가, ADR 실무경험에 두는가 ② ADR은 법 실무자인가 여부 ③ 면허제를 채용할 것인가 여부 ④ 절차주재자 임명 후 제3자에 의한 평가 system을 도입할 것인가 여부 등에 관해서 의론이 갈라지고 있다. 한편 특히 법원 부설 ADR과 같이 대부분의 경우 당사자·변호사가 이용하는 절차에 있어서는 인적배경 및 경험의 양면에 있어서 당해 지역의 특수성을 반영할 수 있는 다양성이 필요한 것이지 결코 「엘리트 변호사 집단」으로 할 것은 아니라는 지적도 있다. 이는 「집단(club)」 이외의 변호사가 절차를 신뢰하지 않기 때문이다. 절차주재자의 소환 문제는 앞서 말한 민간 ADR 기관이 자유경쟁을 이기기 위한 전략으로서 이용자의 필요에 대응하는 절차 프로그램의 개발과 절차 주재자의 채용·계속적 훈련을 하고 법원 등의 공적 기관에 보다 한 걸음 앞서있다고 본다. 따라서 그 점에서 관·민의 적당한 상호 교류나 노

하우의 공유·공동개발도 유익하다고 생각되는바 일본 및 우리나라에서 제도를 정착시키는데 하나의 참고가 될 것이다.

#### 4. 사법정책으로서의 ADR

미국은 일본과 비교해서 고찰하여 볼 때 ADR을 소송정책으로 자리 매김하려는 경향이 현저하다고 판단되므로 이와 같은 소송정책의 당사자에 대한 정당화·계량화 능력이 문제가 되어 있다. 특히 소송 운영에는 ADR을 정면에 채택하려고 하는 고로 ADR의 종류를 다양화하여 그 내용을 사전에 당사자에 명시하여 메뉴 선택에 있어서 당사자에 우선권을 주고 있다. 더욱이 이들의 system을 절차와는 별도로 꾸어 독자적으로 운영하여야 한다고 하는바 구체적으로는 법원이 당사자에게 절차적인 조언을 하는 ADR 전문담당자들을 두어야 한다고 하는 의론도 설득력을 갖고 있다(가령 캘리포니아 북구 연방지방법원은 이와 같은 전문가를 활용하여 당사자나 변호사에 대한 교육 효과를 올리고 있다).

나아가 소송정책으로서 ADR을 채용하는 경우 그 한계성, 즉 이와 같은 ADR에는 due-process가 요청되느냐의 점이 의론 되어 있다<sup>55)</sup>. 이 점에 관해서는 민간 ADR 기관이나 ABA에 의하여 분쟁 유형마다(노사분쟁·소비자분쟁·건강조심 등) due-process protocol이 제안되어 채용되어 있으므로 법원으로부터 회부되어 지는 ADR에 있어서도 그 필요성이 논하여져야 할 것이다<sup>56)</sup>.

끝으로 절차 주재자의 보수액 문제가 남아 있다. 현재 많은 법원이 법원부설 ADR 프로그램에 대해서 보수를 당사자의 부담으로 하고 있어 또한 기준액이나 상환 등에 대해서도 89년 법이 지방규칙에의 규율을 명하였는

55) See, Dwight Golann, Making Alternative Dispute Resolution Mandatory, 68 Or. L. Rev. 487, 531-46 (1989) ; Richard Reuben, Public Justice 85 Cal. L. Rev. 79, 588-90 (1997)

56) 주법원에 관하여는, Center for Dispute Settlement, The Institute of Judicial Administration, National Standards for Court-Concepted Mediation Programs 에서 일정한 지침을 제시하고 있다.



데도 불구하고 반드시 철저히 이행도 않고 「시장가격」으로 하고 있는 법원도 적지 않다. 그러나 특히 前置的 ADR의 경우에 그 비용을 담당자에 분담시키는 문제성이나 시간급여 이기 때문에 비용계산이 ADR의 내용에 영향을 미치는 일 등의 문제점이 지적되어 있다. 한편 ADR 서비스에 대해 시장(市場)이 되었기 때문에 변호사간에는 법원 부설 ADR를 담당하는 사람의 질도 보수액에 따라 다르다(고품질의 서비스는 고액이다)라고 생각하게 되어 법원이 보수액의 상한선을 규정하면 절차주재자의 질의 저하가 예측된다고 하는 모순이 생긴다. 그러나 이미 전문 조정위원의 소환 문제를 둘러싸고 보수액과 자질의 높이의 문제가 나타나고 있는 상태에 있다. 따라서 이후 법원 이외의 ADR 충실도에 수반하여 이 문제가 나타날 염려는 이론적으로는 상당히 높다.

## 5. 통일조정법을 둘러싼 논의<sup>57)</sup>

ADR의 가운데에서 특히 법적 규제가 곤란한 조정 절차에 대해서 ABA가 중심이 되어 저명한 ADR 연구자·실무가를 기초위원으로 모시고 통일조정법(Uniform Mediation Act, 2001)을 만드는 일이 여기 수년간 계속되고 있다.

2001년 공포된 Draft는 16조의 짧은 것이나 소송상 증거로서 제출할 수 있는바, 조정 합의가 인정되는 절차 및 법원 등 정부 기관에 의해서 회부되는 일을 알 수 있는 절차 모두를 대상으로 하고 있어(노사분쟁이나 재판관에 의한 화해 등을 제외한다) 성립하면 크나큰 영향력을 갖는 것으로 예측된다. 입법취지는 조정절차 중 정보의 비밀보호의 중요성을 확실하게 하고 조정절차의 정통성이 당사자의 충분한 정보를 준 후 자율적 결정에 있음을 확인하여 통일적 법 제도를 촉진하는데 있다.

57) <http://www.pon.harvard.edu/guests/uma>

## ABSTRACT

### A Study on the Alternative Dispute Resolution in America

Tae Han Kim

This Study is divided into 5 separate Parts and an Abstract. Part I, II consist mostly of a collection of problems, current status, motives and the future of ADR. In Part III was described ADR as policies of judicial settlements.

We must accept that a diversity of legal culture will always continue to exist. Accordingly we must learn to accommodate those differences of 'culture' around us and to harmonize conflicting laws. This recognition of our reality should in no way be confused with pessimism. In fact if one accepts this perspective of the world ,the study of law seems enriched and becomes academically more challenging.

Recently, in the United States, interest in alternative settlement mechanism has increased greatly, which leads me to wonder why such a phenomenon has taken place.

In the first place, I'm amazed at the extent to which conciliation or mediation-or the new word, I guess, is alternative dispute resolution, which by now has its own acronym, "A.D.R."-have gained attention here recently. When 35 years ago, there was virtually no interest in conciliation in this country at the time. What interest there was, was no in the law schools. But looking at the situation now, we have a spate of publications on the subject; we have organizations that are established for no other reason than to promote alternative dispute settlement. We have courses in the law schools. The American

Association of Law Schools and the American Bar Association also have active programs. So we have to ask ourselves why. The difference between now and 35 years are striking.

On the other hand, I think the interest of the public in ADR has probably been greatly enhanced by the politics of the so-called "poverty programs." I think that many of these assistance programs for the poor-and I do think the "poor" have become a rather expansive political movement beyond simply taking care of the most marginal people of society-have generated money to explore this kind of dispute resolution.

**Key Word :** Alternative Dispute Resolution: ADR, Arbitration, Conciliation, Mediation, Restorative Justice, American Arbitration Association: AAA, Society of Professionals in Dispute Resolution: SPIDR, Center for Public Resources Institute for Dispute Resolution: CPR

## 참 고 문 헌

- 강현중, 한국에서의 조정·화해의 실무, 고시연구 1991/3
- 송상현, 소송에 갈음하는 분쟁해결방안의 이념과 전망, 민사판례연구 제14집
- 양병희, 독일의 재판외 분쟁해결제도, 송촌화합기념논문집, 사법학의 제조명
- 양병희, ADR과 화해제도의 활성화, 민사소송의 제문제(김홍규박사 화합기념 논문집), 삼영사
- 이재홍, 간이하고 새로운 민사분쟁해결제도의 제안, 사법행정 1991/7
- 田中成明, 現代社會と 裁判, 弘文堂, 1996
- 山田 文, 裁判外紛争解決制度における 手続的 配慮の 研究 (1)(2)(3)完, 法學58卷1,2,5号,1994
- 山田 文, 調停における 私的自治の理念と調停者の役割, 民訴雜誌 47号, 2001.
- 村松植子, 交渉による 規則制定に關する法律 とアメリカ合衆國における規制理論 (1)(2)完, 論叢 145~4, 147~4, 1999~2000
- 李啓充, アメリカ医療の 光と影, 醫學書院, 2000
- 小林久子, アメリカ의 ADR의 事情 (6)(7)(8), JCA ジャノナル 47卷 9号, 10号, 11号, 2000
- 三木浩一, アメルカ合衆國連邦地裁 における訴訟付屬型 ADR, 石川三上編著, 比較裁判外 紛争解決制度, 慶應大, 1997
- Carrie Merkel Meadow, Toward Another View of Legal Negotiation, 31 UCLA L. Rev. 751(1984)
- Dwight Golann, Making Alternative Dispute Resolution Mandatory, 68 Or. L. Rev. 487, 531-46 (1989)
- Herbert M. Krizer, The Professions Are Dead, Long Live the Professions, 33 L. & Socy Rev. 713(1994)
- Elizabeth Plapinger & Carrie Merkel Meadow, ADR Ethics, Disp Resol. Mag, Summer (1999)
- Frank E. A. Sander, The Future of ADR, 2000 J. Disp. Resol.. 3, 4~5 (2000)

- Judith Resnik, Many Doors ? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication, 10 Ohio St. J. on Disp . Resol, 211. 230(1995)
- Kelly K. Meadows, Resolving Medical Malpractice Disputes in Massachusetts, 4 Suffolk J. Trial & App. Adv. 165 (1999)
- Plapisger & Stienstra, ADR and Settlement in the Federal District Courts, FJC and CPR, (1996)
- Richard Reuben, Public Justice 85 Cal. L. Rev. 79. 588-90 (1997)
- Robert A. Baruch Bush, Ethical Dilemmas, in Mediating Legal Disputes(Dwight Golanned., (1996)
- T. Kojima, Perspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the USA
- Wayne D Brazil, ADR and the Courts, Now and in the Future, 17 Alternatives to High Cost · Litigation. 85 (1999)
- Wayne D. Brazil, Continuing the Conversation about the Current Status and the Future of ADR 2000 J. Disp. Resol. 11. 13(2000)