

연구논문

민사조정의 활성화와 사적자치

주 인*

〈 목 차 〉

- I. 머리말
- II. 조정의 일반적인 문제점
- III. 민사조정에서의 사적자치의 활용
- IV. 맺음말

* 법학박사. 목원대학교 사회과학대학 법정학부 부교수

I. 머리말

1. 조정

민사분쟁을 해결하는 각종 민사절차법중 민사조정법의 역할에 대한 기대가 점차 증대되고 있다. 민사소송에 의한 분쟁해결은 소송지연과 소송비용에 대한 부담이 있으며, 일도양단적인 판결은 당사자에게 후유증을 남기기 때문이다. 이러한 이유로 소송에 의한 분쟁해결을 대신할 수 있는 대안이 모색되었고, 그래서 등장한 것이 바로 화해, 조정, 중재 등을 중심으로 운영되고 있는 '재판외 분쟁처리제도'(alternative dispute resolution, ADR)이다¹⁾. 소송이 국가권력에 의한 강제적 해결방식인데 반하여, '재판외 분쟁처리제도'는 당사자의 자율적 의사에 의하여 자주적으로 분쟁을 해결하는 방식이다. 이 제도는 분쟁을 신속하고, 저렴하게, 평화적으로 해결해줄 수 있다는 긍정적인 평가를 받고 있다.²⁾

이 중에서 조정은 법관이나 조정위원회가 분쟁당사자 사이에 개입하여 화해로 이끄는 절차를 말한다. 소송에 비하여 비용이 적게 들고, 간이하고 신속하게 처리할 수 있는 장점이 있다. 조정은 당사자의 자율적 의사를 가장 많이 반영하고 있어 '재판외 분쟁처리제도'의 중추적인 위치에 있으며, '재판외 분쟁처리제도'이론의 모델이 될 입장에 있다. 조정에는 민사조정법에 의하여 법원이 주도적으로 진행하고 있는 민사조정 이외에도 가사조정이 있으며, 각종 행정위원회에 의하여 운영되고 있는 소비자분쟁조정(소비자보호법 제34조), 의료심사조정(의료법 제54조의 2), 건설업분쟁조정(건설업법 제32조), 환경분쟁조정(환경오염피해분쟁조정법 제2조), 저작권심의조

- 1) 영문표기를 그대로 번역하여 '대체적 분쟁해결제도'라고 하기도 한다. 소송과 대비된다는 측면에서 '재판외 분쟁처리제도'라는 표현이 낫지 않을까 생각한다. 김홍규, 민사소송법, 삼영사, 2002, 19면.
- 2) 그러나 그 효용만을 고려하여 소송에 갈음한 분쟁해결방식으로 지나치게 유도하는 것은 법치주의 의식을 마비시킬 수 있다는 지적도 있다. 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2002, 17면.

정(저작권법 제81조), 금융분쟁조정(금융감독기구의 설치등에 관한 법률 제51조) 등이 있다.

그러나 조정의 여러 가지 장점에도 불구하고 아직까지는 조정제도가 활성화되지 못하고 있다는 지적과, 조정의 효율성에 대한 의문도 적지 않게 제기되고 있다. 이에 대해서 많은 전문가들이 우리 조정제도에 대한 문제점과 해결방안을 제시하고 있기도 하다.

2. 민사조정

특히 민사조정법이 제정되어, 분쟁당사자는 모든 민사분쟁에 대하여 조정을 신청할 수 있으며(제2조), 수소법원도 필요하다고 인정하는 경우에는 소송계속중인 사건을 조정에 회부할 수 있게 됨에 따라(제6조), 특별히 조정을 하지 않기로 결정한 사건(제26조)을 제외하고는 모든 민사 분쟁이 민사조정법의 적용대상이 되었다. 즉 민사조정법은 민사소송법과 병렬적·중첩적인 제도가 된 것이다.³⁾ 이러한 상황에서 민사조정이 제 역할을 하지 못한다면, 민사소송의 부담을 경감시켜준다는 원래의 취지를 달성하지 못할 뿐만 아니라, 오히려 민사소송을 3심제에서 실질적으로 4심제로 연장시키는 부담을 주게 된다. 따라서 민사조정제도의 활성화와 민사조정 효용성 제고는 시급한 문제인 것이다.

민사조정법은 제1조에서 “이 법은 민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자 사이의 상호양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결함을 목적으로 한다”고 밝히고 있다. 민사조정법 핵심은 당사자의 상호양해에 바탕을 둔 것이므로, 당사자의 권리자본 즉 사적자치에 의하여 해결되는 절차임을 밝힌 것이다.⁴⁾ 다만 여기에 조정위원 같은 제3자가 개입

3) 김홍규, 전거서, 20면.

4) 물론 조정에 갈음하는 결정(민사조정법 제30조)도 있지만, 이에 대해서는 당사자가 이의신청을 할 여지가 있다. 또한 현실적으로 많은 당사자들이 이 결정에 이의신청을 하지 않아 분쟁이 종결되기는 하지만, 이러한 수단에 만족한다면 민사조정제도의 미래는 밝지 못하며, 이것이 결국은 민사조정법의 활성화를 막는 장애물이 될 것이다.

하여 당사자들의 화해를 유도하는 특징은 있지만 본질적으로 민사법의 지도원리인 사적자치에 입각한 화해의 특성을 가지고 있는 것이다. 또한 조정규범도 명시적인 재판규범이 우선되는 것이 아니라, 조리를 우선적으로 활용할 것임을 명시하고 있다.

그러나 현실적으로 민사조정에는 당사자들의 자율적인 사적자치에 입각해 운영되지 않고 있으며, 법관이나 조정위원들이 제시한 재판규범을 강제하는 방향으로 운영되고 있다는 지적들이 적지 않다. 이와 같이 민사조정의 본질인 당사자의 사적자치를 배려하지 않는 개입방식은 입법자가 예상한 조정의 성과를 기대할 수 없게 만들 것이며, 오히려 결과적으로 소송지연과 사건적체의 부담만 안겨줄 것이다.

본고에서는 민사조정의 이러한 특성에 착안하여, 민사조정의 활성화에 장애가 되는 것으로 지적받고 있는 여러 가지 문제점 중에서도 특히 당사자의 사적자치와 관련된 부분에 국한하여 검토해보고자 한다. 당사자의 사적자치와 관련된 문제를 검토해봄으로써, 조정을 활성화시킬 수 있는 가능성이 있을지 살펴본다. 당사자에게 자율적인 조정절차상의 지위를 부여한다면 즉 당사자들이 적극적으로 조정에 참여할 수 있도록 하고 당사자들이 실질적으로 교섭과 협상을 벌일 수 있도록 해준다면, 조정이 성립될 가능성이 훨씬 높아질 것이며, 장기적으로 민사조정제도의 이용도 활발해질 것이라고 생각하기 때문이다.

제2절에서는 각종 행정위원회에 의한 조정을 포함한 넓은 의미의 조정에 관하여 여러 전문가들이 지적하고 있는 일반적인 문제점을 간략히 살펴보고, 제3절에서는 민사조정법의 적용을 받는 민사조정을 대상으로 사적자치를 극대화할 필요성과 극대화방안에 대하여 검토하기로 한다.

II. 조정의 일반적인 문제점

현재 조정의 문제로 지적되고 있는 것들을 유형화해보면 몇가지로 나눌

수 있다. 첫째는 조정기관에 관한 문제이며, 둘째는 분쟁당사자들에 관한 문제이고, 셋째는 조정절차와 관련된 문제로 분류할 수 있다.

1. 조정기관과 관련된 문제

(1) 조정절차를 진행하는 기관의 분쟁해결에 대한 Know-How가 절대적으로 부족하다는 지적이 있다.⁵⁾ 조정기관들이 행정법규의 위임을 받아 주 업무가 아닌 분쟁해결에 나서는 관계로 공평한 분쟁해결보다는 당사자 일방의 민원을 해소하는 형태로 진행하기 때문이다. 주로 행정위원회에 의한 조정을 염두에 두고 한 지적이지만, 민사조정에서도 음미할 부분이라고 생각한다. 특히 조정위원의 위촉(민사집행법 제10조) 및 지정(동법 제10조의 2)과 관련하여 부정적인 면을 솔직하게 밝힌 지적도 있다.⁶⁾ 민사집행법에서는 학식과 덕망이 있는 자 중에서 조정위원을 위촉한다고 하고 있으나, 현실은 그렇지 못한 경우도 더러 있는 것 같으며, 조정장의 조정지휘에 구색을 맞추는 인선이 될 때도 있다는 지적이다. 실무에 임하는 법관으로서 '일반시민사회의 평균을 대표하는 자'와 '실사회의 풍부한 경험과 전문적 지식을 가진 자' 중에서 누구를 위촉할 것인가 고민하는 모습도 보이지만, '전문성'에 더 무게를 두는 것 같다. 유능한 조정위원의 확보가 조정의 성패와 직결되어 있는데 조정위원의 선임과 교육 등에 관한 대책이 없다는 지적이다. 전문가 단체에 조정위원의 추천을 의뢰하고, 위촉된 조정위원에 대하여 조정과 관련된 법규와 기술을 습득시키는 프로그램이 마련되어야 한다는 지적이다.

(2) 조정제도에 대한 대국민 홍보가 부족하며, 관계자의 이해와 관심의 부족도 지적되고 있다. 따라서 법원은 국민과 법률관계자들에게 적극적인 홍보활동을 하여야 하며, 민원 및 접수창구에서 조정제도 이용을 지도하여야 하고, 조정기관 및 법관들의 의욕과 열의를 높여야 한다는 견해도

5) 이주원, 한국조정제도의 발전방향, 중재연구, 제12권 제1호, 2002.8, 114면.

6) 이하 장용국, 민사조정제도의 현황과 대책, 민사판례연구 제14권, 1992.5, 529면 이하 참조.

있다.⁷⁾

그러나 조정을 실제로 담당하는 법관들의 주장을 확인하면서 본인이 느낀 가장 큰 문제는 법관들의 열의부족 보다는 다른 곳에 있다는 생각이 든다. 중재절차와 비슷한 전담기구를 두자거나, 조정에 대한 당사자의 이의신청을 제한하자고 하거나, 조정에 갈음하는 결정을 강화하자고 하거나, 조정에 갈음하는 결정에 대하여 항고제를 도입하려 하거나,⁸⁾ 조정위원회 대신 수소법원이 직접 조정할 수 있는 길을 모색하는 등, 조정을 중재제도에 접근시키려고 하거나 조정을 민사소송처럼 법원이 주도적으로 진행하려고 하는 의욕을 곳곳에서 엿볼 수 있었다. 이러한 인식이 이해가 되지 않는 것은 아니다. 조정이 잘못되면 오히려 시간과 비용의 낭비만 부를 수 있으므로 민사조정을 효율적으로 진행시켜 빠른 시간내에 분쟁을 종결시키자는 의도일 것이다. 그러나 앞에서 이미 살펴보았듯이 당사자에게 자율권을 주지 않고 법관이나 조정위원이 직권으로 진행한다면 중재에 관한 문제는 개선될 수 없을 것이다. 조정에 대한 의욕과 열의도 중요하지만, 근본적인 문제는 첫째로 왜 조정이라는 제도가 필요한가를 인식하는 것이며, 둘째로 그 필요성에 부합한 조정기술을 숙지하는 것이라고 생각한다.

(3) 행정위원회에 의한 조정제도의 확대에 대한 우려의 소리도 있다. 지나친 확대는 법적 분쟁해결의 주체가 행정부인 결과가 되어 사법부의 설 자리가 없어지고 권력분립구조를 왜곡시키는 문제가 생길 수 있으며, 특히 그것이 소의 제기에 앞서 거쳐야 할 필수적인 전치절차가 되어 법원에 의한 권리보호가 현저히 지연되는 결과를 빚는다면 위헌의 문제가 생길 수도 있다는 것이다.⁹⁾

7) 노영대, 민사조정, 무등춘추 제3호, 1992.3, 43면.

8) 조정에 갈음하는 결정에 불복신청을 허용하지 않으면 위헌의 문제가 생긴다 (일최고재 소화 35.7.6 대법정판결). 이시윤, 전게서, 20면에서 재인용. 위헌 여부논의를 떠나서라도 그렇게 한다면 이미 조정의 모습은 아닌 것이다.

9) 이시윤, 상게서, 21면.

2. 분쟁당사자와 관련된 문제

(1) 당사자들의 조정제도에 대한 인식 부족

일반적으로 조정제도에 대한 국민의 인식이 부족하다는 지적이 있는데, 이는 대국민 홍보 부족으로서 법원의 책임이라는 지적이 있다. 조정제도가 있는지 모르는 사람들이 많은 것도 사실이지만, 그 외에도 협상문화에 익숙치 못한 당사자들은 조정이 법적구속력이 없는 절차로서 분쟁해결에 별로 유용하지 않다는 인식을 가지고 있다는 점이다. 조정을 비롯한 대부분의 ADR제도는 WIN-WIN협상이라는 점을 인식해야 한다는 지적이다.¹⁰⁾

(2) 조정에 임한 당사자들의 소극성

조정에 참여하고 있는 당사자들의 소극적인 자세도 문제이다. 조정이 법적구속력이 없다고 생각하는 자세도 문제지만, 그렇지 않은 경우에도 적극적으로 자신의 의사를 표시하기 보다는 조정기관의 지휘에 수동적으로 따르는 자세가 더 큰 문제이다. 이것은 아직도 시혜적 소송관이 국민들 사이에 남아있는 탓이기도 하며, 그래서 당사자 스스로 법원의 문턱을 높이는 결과가 되기도 하지만, 사실 근본적인 원인은 이들에게 조정이 당사자의 자주적인 의사에 의하여 진행되는 것이라는 점을 인식시켜주는 사람들이 없다는 것이다. 당사자에게 조정의 진행원칙을 알려줄 책임은 조정위원의 몫이라 아니할 수 없다.

조정의 원칙으로 다음의 것들을 꼽기도 한다.¹¹⁾ 당사자를 포함하여 조정에 참가한자는 모두 자유로운 의사로 조정절차에의 참가를 결정하거나 조정절차를 종료시킬 수 있는 자발성의 원칙, 조정인은 엄격한 중립을 유지해야 하는 중립성의 원칙, 조정절차는 청구권의 발생근거를 중심으로 하는 소송절차와는 달리 당사자의 이익을 분쟁해결의 척도로 삼아야 하므로 조정절차에서는 사적 대리인을 개입시킬 필요가 없는 것이 원칙이라는 자

10) 이주원, 전계논문, 115면.

11) 이하 김용진, 민사소송법, 신영사, 2003, 27면.

기책임의 원칙, 모든 관련자료와 이해관계사실은 당사자본인에게 직접 제공되어야 한다는 정보제공의 원칙, 조정에 참가한 사람은 나머지 사람들의 동의 없이는 조정절차 내용을 누설해서는 안되며 소송으로 전환된 뒤에도 마찬가지로 신뢰의 원칙 등이 거론되고 있다.

3. 조정절차와 관련된 문제

(1) 조정이론의 도입과 연구가 충분치 못하다는 지적도 있고, 민사조정법의 일부 조문에 대한 개정의견도 있으며, 조정조서의 효력에 이견등 해석론적인 지적들도 있다. 실무자들과 관련학회의 현황으로 보아 큰 문제는 아닌 것으로 생각된다.

(2) 조정인의 조정기법과 중립성 유지 : 조정은 재판규범이 아닌 조리에 의하여 당사자의 상호양해를 유도하는 것이므로 조정인에게는 사실관계나 법률상의 전문성 이외에도 협상분위기를 이끌어가는 조정기법이 추가로 요구된다. 이것은 조정인에게 매우 부담스러운 요구이지만 조정을 성립시킬 수 있는 핵심적인 요소일 것이다.

또한 조정인에게는 엄정한 중립성이 요구되고 있는데, 중립성을 저해하는 요소들이 조정인에게 내재되어 있다는 지적이다.¹²⁾ 즉 조정인은 처음에는 중립적일지라도 분쟁에 개입하기 시작하면서 자기 주관울 갖게 될 것이며 이것은 당사자에게 편견으로 비칠 수 있다. 또한 스스로를 권고적 중개인(advisory arbitrator)처럼 생각하게 되거나 사법형식에 지나치게 집착할 수도 있다. 혹은 조정인이 조급해져서 절차의 초기단계에서 개입의 정도가 많거나 너무 일찍 해결안을 제시하면 당사자는 이를 무시하거나 조정인을 불신할 수도 있다.

(3) 조정절차와 관련된 핵심적인 문제점으로 꼽히는 것은 당사자들의 자율성이 충분히 보장되지 못하고 있다는 점이다. 중재보다도 오히려 당사자들의 자율적인 분위기가 약하다는 지적이다.¹³⁾ 당사자들이 스스로 합의에

12) 이하 이주원, 전계논문, 99-100면 참조.

13) 이주원, 상계논문, 114면.

도달할 수 있도록 조정기관이 조력자의 역할만 하는 것이 아니라, 조정기관이 조정안을 제시하는 것이 일반적인 현상이라는 것이다. 조정기관이 일방적으로 결정한 내용을 당사자에게 수용할 것을 강제하는 것은 강제조정이 되어 법관 아닌 자의 재판을 받는 결과가 될 것이다.¹⁴⁾

Ⅲ. 민사조정에서의 사적자치의 활용

1. 문제의 소재

조정의 활성화에 관한 여러 가지 의견이 있지만, 논자의 입장에서 볼 때 가장 큰 문제는 조정의 본질에 관한 인식에 있다고 생각한다. 조정기관이나 분쟁당사자 모두 조정에 관한 정확한 인식이 결여되어 있다는 인상을 받게 된다. 그중에서도 조정기관의 인식은 조정의 효율성에 더 큰 영향을 미치게 된다. 실체법상의 화해나 재판상의 화해, 조정, 중재는 각각 나름대로의 특징과 존재이유가 있으며, 고유한 영역에서 각 제도에 주어진 역할 분담을 하면서, 민사소송을 보완하고 있다. 그러나 곳곳에서 조정을 민사소송처럼 혹은 중재처럼 보려는(혹은 활용하려는) 시각을 감지할 수 있다. 물론 실무를 담당하는 입장에서는 사건의 조속한 종결이라는 결과가 시급하겠지만, 조정을 정착시켜서 장기적으로 민사소송의 부담을 경감시키려면 조정의 특성을 최대한 살려주어야 할 것이다. 이러한 점에서 볼 때 조정기관은 조정에 관여하는 방식이 당사자의 사적자치를 충분히 살릴 수 있는 방식인지 진지하게 검토할 필요가 있다고 생각한다.

2. 조정구조에 관한 인식 전환

(1) 수직적 구조론(조정기관의 공권적 판단성)

14) 이시윤, 전게서, 21면.

수직적 구조론은 조정기관이 분쟁해결의 올바른 기준을 찾아서 분쟁당사자들에게 제시하고, 당사자들이 이것을 받아들일도록 하는 설득하는 방식을 조정의 주된 성질로 보려는 태도이다. 이것을 다시 재판규범을 기준으로 분쟁을 처리하려고 하는 '판단형 조정'과 공동체적 가치나 도덕 등을 기준으로 제시하여 처리하려고 하는 '교화형 조정'으로 나누는 견해도 있다.¹⁵⁾ 조정에 있어서 조정기관의 법적 판단을 중시하는 입장이므로 조정재판설과 연결될 것이며, 조정기관에 광범위한 재량권을 주려고 하게 된다. 이러한 생각을 가지고 있다면 조정이나 민사조정법 개정을 민사소송이나 중재 쪽으로 끌고가 사건의 종결이라는 결과를 도출하려는 쪽으로 치우칠 가능성이 높아질 것이다.

예상되는 재판규범이나 기타 적용규범을 찾아내려면 당사자의 주장·입증 절차가 따라야 하고, 그렇게 되면 민사소송을 피하려는 ADR의 원천적인 존재이유가 의심스러워질 수 밖에 없을 것이다. 그러나 무엇보다도 조정기관이 선택한 규범을 당사자에게 제시하여 사건종결을 도모함으로써 그 규범의 내용이나 타당성을 이해하지 못하고 있는 당사자들에게 합의를 강요할 우려가 있으며, 당사자는 조정의 주체적 지위에서 조정안 수락의 대상으로 전락하게 된다. 이것은 조정이 당사자의 상호양해를 통하여 운영되어야 한다는 민사조정법의 목적에 어긋나는 결과이다.¹⁶⁾

(2) 수평적 구조론(민사조정의 임의성)

한편, 수평적 구조론에 의하면 조정절차에 있어서 당사자의 주체성과 임의성을 중시할 것이며, 조정기관과 당사자는 수평적인 협동관계를 유지

15) 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 第47號, 2001, 229面 참조.

16) 조정에 갈음하는 결정에 의지하려는 태도가 그 예이다. 그 결정에 대해서는 이의신청을 할 수 있는 길이 열려 있으며, 현실적으로 그 결정에 이의를 제기하는 경우는 매우 적다는 강변도 있다. 그러나 아직도 시혜적 소송관이 팽배한 현실에서 불합의의 자유가 있다는 것만으로는 당사자의 절차적 지위를 충분히 고려하고 있다고 할 수 없다. 이의신청을 하지 않는 당사자들이 과연 그 결정에 심정적으로까지 동의하고 있을지는 매우 의심스럽다.

할 수 있다. 조정합의설에 연결될 것이다. 조정의 취지에 적합한 방향이기는 하나, 조정기관이 지나치게 소극적인 태도를 취할 경우 조정기관이 당사자간의 단순한 중재기관으로 전락하는 ‘방임형 조정’이 될 수도 있다. 이럴 경우에는 사적자치를 통하여 화해에 도달해야 할 책임이 당사자들에게 전가됨으로써 당사자들로서도 타협점을 찾기가 쉽지 않으며, 따라서 조정이 성립될 가능성은 매우 낮아질 수 밖에 없다.

3. 당사자의 절차적 지위 제고

(1) 수평적 구조론의 우선화

조정은 수직적 구조와 수평적 구조를 모두 가지고 있는 제도이다. 그러나 소송과는 달리, 조정위원이 개입하여 적당한 방법으로 사실 또는 증거 조사를 하여, 조리나 형평에 의하여 당사자의 호양을 구하여 양당사자의 합의에 의하여 구체적으로 타당한 분쟁해결을 도모하는 의미에서 비법률적, 화해적 성격을 가진다.¹⁷⁾ 지금까지 검토한 점들을 고려해 볼 때, 원칙적으로는 수평적 구조론에 입각하여 당사자들이 실질적이며 동시에 적극적으로 조정과정에 참여하고 자유로운 의사에 의하여 화해를 할 수 있는 길을 마련해주어야 한다는 결론에 이르게 된다. 그러나 다른 한편으로 볼 때, 법률적으로나 관련분야에서 전문가가 아닐 가능성이 높은 당사자들에게, 그것도 주관적 정의감에 사로잡혀 있을 당사자들에게 사적자치에 의한 화해계약의 무거운 짐을 일방적으로 부담하게 할 수는 없는 것이다. 따라서 전문가들로 구성된 조정기관의 적극적인 개입이 불가피한데, 문제는 어떤 방식으로 개입할 것인가 이다. 기본적으로는 소극적인 중립성에서 적극적인 중립성으로 전환하여야 하며, 당사자의 합의도달을 지원할 수 있는 가능한 모든 정보를 제공하여야 한다. 다음 항목에서 자세히 살펴보기로 한다.

17) 김홍규, 전계서, 21면.

(2) 당사자의 절차적 지위 보장

조정인 분쟁을 자율적으로 해결하도록 유도하는 제도라는 점을 인정한다면, 조정과정에서 당사자들이 절차를 주도적으로 이용하여 원활하게 교섭·타협할 수 있도록 당사자들의 절차적 지위를 민사조정법이 금지하고 있지 않는 한 최대한 보장해주어야 한다.

4. 조정기관의 적극적인 정보제공

(1) 절차 관련정보 제공

조정내용이 당사자의 사적자치에 근거하여 이루어져 함은 물론이지만, 나아가 조정절차의 진행에 있어서도 당사자의 사적자치가 반영되어야 한다. 물론 전적으로 당사자들의 사적자치에 조정절차를 맡기자는 것이 아니며, 조정기관의 지휘하에 사적자치가 충분히 반영될 때 조정의 효율성이 제대로 발휘된다는 것이다. 조정절차에 사적자치가 반영되려면, 첫째는, 조정위원회에 대한 기초적인 인적사항(전문분야, 실무경험, 당사자와의 이해관계 등)이 조정개시전에 당사자에게 제공되는 것이 좋을 것이다.¹⁸⁾ 당사자가 조정자의 중립성이나 조정절차의 공정성을 판단할 수 있는 중요한 정보이기 때문이다. 우리 민사조정법은 민사소송법에서 규정하고 있는 법원에 대한 기피신청조항을 준용하고 있지는 않지만, 조정이 성립되면 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다(민사조정법 제29조)는 점에서 조정위원회에 대한 정보가 제공되어야 하며, 수평적 구조론에 입각하여 조정위원회에 대한 기피도 고려할 수 있다.

둘째로, 조정절차의 일정이나 방식 등에 대한 정보를 제공하여야 한다. 조정위원회가 단순히 통보하는 형식이 아니라, 당사자들이 처한 상황을 고려하여 조정절차의 설명과 상호협의를 위한 수정도 가능해야 하며, 조정을 거부할 자유나 조정절차에서 수집한 자료에 대한 비밀준수계약¹⁹⁾ 및 조정

18) 산전 문, 전개논문, 233면. 미국에서는 이미 많은 주에서 채택하고 있다고 한다.

19) 계약상의 비밀보호합의(contractual agreements of confidentiality). 조정절

의 종료예정에 관한 사항등에 대한 협의가 합동작업으로 이루어진다면 조정의 성과는 훨씬 커질 것이다. 이렇게 함으로써 당사자와 조정위원 사이에 신뢰관계가 성립되면, 당사자의 적극적인 참여도 기대할 수 있으며, 조정이 성립될 가능성이 매우 높아질 것이다.

(2) 적용법규 관련정보 제공

조정기관은 사건해결의 기준이 될 법규와 관련사실의 가치 등에 관한 정보를 당사자들에게 수시로 제공할 필요가 있다. 소송으로 전환되었을 때 예측할 수 있는 재판규범을 당사자들이 알 수 있도록 하는 것이다. 이것은 몇 가지 이점이 있다. 당사자들은 주관적인 정의감이나 감정이나 편견 등으로 인하여 사건의 의미를 정확히 모르고 있을 가능성이 적지 않다. 따라서 당사자들은 법률적인 의미가 없는 주장을 고집할 수도 있는데, 관련 법규범을 예측하고 자신의 주장이 갖는 가치를 짐작할 수 있게 된다면 스스로 주장을 철회하거나 축소시킬 기회를 찾을 수 있을 것이다. 또한 조정위원도 법규정보를 제공한 후 당사자의 반론을 받고 재설명하는 과정에서 형평에 맞는 대안을 찾아 제시할 기회를 찾을 수 있게 된다. 이렇게 된다면 조정이 성립될 가능성은 한결 더 높아지며, 그만큼 민사소송으로 진행되어 법원에 부담을 줄 확률은 낮아지는 것이다. 또한 당사자는 조정위원으로부터 전문적인 지식의 도움을 받아 제대로 교섭을 진행할 수도 있다는 장점도 있다.

그러나 유의할 점이 없는 것은 아니다. 조정기관이 아무리 소극적인 태도를 버리고 적극적으로 개입한다고 할지라도 근본적으로 중립성을 깨뜨려서는 안 되는 것이다. 따라서 불편부당하지 않고 객관성을 유지하는 태도가 필요하다. 또한 정보제공과정에서 조정자와 당사자 모두가 착오에 빠질 경우에는 간단치 않은 문제가 발생한다. 현행법은 조정조서에 재판상의

차에 참여하는 당사자들이나 조정인은 조정절차가 개시되기 전에 절차진행 중에 나온 모든 정보를 공개하지 않는다는 비밀보호에 관한 합의서를 서면으로 작성하여 부가적인 보증을 확보할 수 있다(이주원, 전개논문, 98면 참조).

화해조서와 동일한 효력을 인정하고 있는데, 판례와 다수설은 조정조서에 무제한으로 기판력을 인정하고 있다.²⁰⁾ 지금까지 제안한 것처럼 조정이 당사자의 사적자치를 바탕으로 이루어지는 것이라면 별 문제가 없지만, 사적자치가 보장되지 않은 상황에서 작성된 조정조서에 무제한 기판력을 인정하는 것은 문제가 있다.

IV. 맺음말

민사조정은 민사소송의 부담을 덜어줄 수 있는 아주 좋은 제도이다. 당사자 사이에 상호협약에 의하여 타협점을 찾아 분쟁을 해결하는 방식이기 때문에 법원의 소송부담을 덜어줄 뿐만 아니라 당사자에게도 후유증을 남기지 않기 때문이다. 이러한 조정은 실제법상의 화해와 별 차이가 없을 정도로 사적자치가 넓게 인정되는 특징이 있다. 민사조정은 당사자 쌍방의 양해와 납득을 얻지 못하는 한 성공할 수 없는 것이다.

그러나 현실은 그렇지 못하다. 법관이나 조정위원의 주도적인 진행으로 분쟁당사자들이 자율적으로 합의에 이르지 못하고 있다. 조정기관의 판단성이 민사조정 of 임의성을 압도하고 있는 현실이다. 이에 따라 조정은 소송의 부담을 덜어주는 제도가 아니라, 소송을 3심제에서 4심제로 늘리는 옥상옥이 되는 역작용을 하고 있다.

민사조정을 활성화하는 방안은 많겠지만, 가장 중요한 것은 민사조정의 당사자들에게 조정 절차상의 주도적인 지위를 보장해주는 것이라고 생각한다. 따라서 조정기관은 조정의 개시부터 조정의 진행과정과 조정이 종료에 이르기까지 당사자들의 사적자치를 보장해주는 노력을 하여야 한다. 조정절차와 관련하여, 조정위원의 신상에 관한 정보를 조정절차가 개시되기 전에 미리 제공해 줌으로써 당사자들이 조정위원회에 대한 공정성에 신뢰를 갖게 해주어야 하며, 조정절차의 진행과 종결에 관한 정보도 알려주고 협

20) 대판 1968.10.22, 68 트 32.

의에 의하여 조정절차를 수정할 기회를 줌으로써 당사자들이 주도적으로 조정과정에 참여하여 당사자끼리 활발하게 협상을 해나가는 분위기를 만들어 주어야 한다. 또한 조정이 성립되지 않아 소송으로 전환될 경우에 적용될 예상 재판규범에 관한 정보도 당사자에게 제공함으로써 당사자들의 내심에 있는 협상 가이드라인을 조정할 기회를 주어야 한다. 그렇게 함으로써 분쟁당사자 사이에 현실적인 타협이 이루어질 가능성을 높여주어야 한다. 조정기관은 중재나 소송쪽으로 이끌고 가서 사건을 빨리 완결시키려 하지 말고 당사자들이 사적자치에 충실할 수 있도록 최대한 배려해 주어야 한다.

ABSTRACT

A study on the private autonomies of the disputants in the process of conciliation

In Joo

Conciliation is one of the most effective ADR(alternative dispute resolution) which takes the place of civil procedure. It is achieved with disputants' independent will. The disputants negotiate each other, and make peaceful settlement. If a compromise is effected between the two, it regards the compromise as a judgement of the Supreme Court. This effect on the conciliation is afford a basis for the private autonomies.

But nowadays, the practical use of the private autonomies is not thoroughgoing enough in our country. It is a matter of no uncommon occurrence for the member of a conciliation commission to form a conclusion about the dispute and to persuade the disputants to accept the conclusion. Even the judges have a tendency to conduct a conciliation like civil procedure. Under these circumstances, it's harsh to the disputants that a compromise in the conciliation has an effect like the judgement of the Supreme Court.

So you should reconsider carefully the role or service of a conciliation commission. The role of a conciliation commission must be to guarantee an atmosphere of freedom, and for disputants to negotiate without restraint. So the members of a conciliation commission should make an offer the disputants the information on the members and proceedings of the conciliation. It will make the disputants have a firm belief that the members are fair and conciliation will be progressed in a

fair. Moreover they have to notify the disputants of the estimated norms which is concerned in the dispute, too. It will facilitate the negotiation and compromise, and will justify claim preclusion(res judicata) which is based on Korean Civil Conciliation Law(Article 29) says that conciliation has the full force and effect of a civil judgement of the Supreme Court.

key word : conciliation, mediation, ADR, private autonomies

참 고 문 헌

- 김용진, 민사소송법, 신영사, 2003.
김홍규, 민사소송법, 삼영사, 2002.
노영대, 민사조정, 무등춘추 제3호, 1992.3.
이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2002.
이주원, 한국조정제도의 발전방향, 중재연구, 제12권 제1호, 2002.8.
장용국, 민사조정제도의 현황과 대책, 민사판례연구 제14권, 1992.5.
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 第47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 第47號
2001.