

미국의 조정-중재(Med-Arb) 제도에 관한 연구*

A Study of Med-Arb in the United States

정 용 균**

Yong-Kyun Chung

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 미국 조정-중재제도의 기원과 발생원인
- III. 미국 조정-중재제도의 사례분석
- IV. 함 의
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 조정-중재(Med-Arb), 조정, 중재

* 본 연구결과물은 저자가 강원대학교로부터 2013년도 연구비 (과제번호: 120131350) 지원을 받아 수행한 연구임.

** 강원대학교 경영대학 국제무역학과 교수

I. 서론

최근 조정-중재(Med-Arb)제도는 조정과 중재라는 두 가지 독립적인 분쟁해결방식을 결합한 혼종형(hybrid) 분쟁해결방식으로서 주목을 받고 있다. 우리나라 중재학계 및 무역학계 등 ADR 관련 학계에서 조정-중재에 대한 연구는 많지 않다.¹⁾ 이와는 대조적으로 해외에서는 조정-중재제도를 중심으로 혼종형 ADR에 대한 연구가 2천 년대 들어서 활발하게 진행되고 있다.²⁾ 특히 미국에서는 20세기 전반기부터, 조정-중재제도가 사용되어 왔다고 알려져 있으며, 오늘날에도 실제로 많이 사용되고 있다. 예를 들어 포춘지 선정 미국의 천개 대기업을 대상으로 실시한 설문조사에서 응답기업 중 40%가 분쟁해결수단으로서 조정-중재를 활용하였다고 보고하고 있다.³⁾ 최근 한국은 미국과 FTA를 체결하였으며 그만큼 한·미간 교역활동은 빈번해지고 있으며 교역규모가 늘고 그 횟수가 증가하는 만큼 분쟁도 많아질 것으로 예상된다. 따라서 미국에서 많이 사용되고 있는 조정-중재에 대한 연구의 필요성이 제기되고 있다. 더구나 우리의 최대교역국인 중국에서 조차도, 외관상으로는 중재이나 실질적으로는 조정과 중재가 결합된 혼종형 분쟁해결절차를 가지고 있는 것으로 보고되고 있어서,⁴⁾ 더욱 조정-중재제도에 대한 연구는 시급하다고 할 것이다.

- 1) 오원석·이경화(2013)는 중국의 중재절차가 사실상 조정절차가 결합된 절차를 소개하고 있으며, 김진현·정용균(2011)은 미국의 다양한 ADR제도를 개관하는 가운데, 조정-중재제도를 소개하였다. Lim(2012)은 한국에서의 조정-중재제도의 적용가능성에 대하여 논하고 있다. 김진현·정용균, “미국의 사법형 ADR제도와 그 함의에 대한 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제21권 제3호, 2011년 12월, pp.55-87; 오원석·이경화, “중국의 중재와 조정의 결합제도와 시사점”, 『무역학회지』, 한국무역학회, 제38권 제4호, 2013년 8월, pp.93-115; Lim, Sungwoo, “Mediation in Arbitral Proceedings(Arb-Med): A Korean View,” *Korean Arbitration Review*, 2012, pp.38-42.
- 2) Mason, Paul E., “The Arbitrator as Mediator and Mediator as Arbitrator,” *Journal of International Arbitration*, Vol.28, No.6, 2011, pp.541-552; Rosoff, Jacob, “Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings,” *Journal of International Arbitration*, Vol.26, No.1, 2009, pp. 89-100; Vorys, Yolanda, “The Best of Both Worlds: The Use of Med-Arb for Resolving Will Disputes,” *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, Vol.22, 2007, pp.871-897; Phillips, Gerald F., “Same-Neutral Med-Arb: What Does The Future Hold?,” *Dispute Resolution Journal*, Vol.60, May-July 2005, pp.24-33. Oghigian, Haig, “The Mediation/Arbitration Hybrid,” *Journal of International Arbitration*, Vol.20, No.1, 2003, pp.75-80.
- 3) 미국 대기업들의 조정-중재제도의 산업별 활용도를 살펴보면, 광업과 건설업에 종사하는 기업들은 응답기업의 45%가 조정-중재제도를 활용하였으며, 보험 산업에 속한 기업들은 응답기업의 거의 절반인 49%가 조정-중재제도를 활용한 경험이 있다고 보고하였다. 내구재 제조업에 종사하는 기업들은 41%가 조정-중재제도를 활용하였다고 보고하였다. 무역업에 종사하는 기업들의 40%가 조정-중재제도를 활용한 바 있다고 보고하고 있다. Lipsky, B. David and Ronald L. Seeber, “The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by US Corporations,” Cornell University ILR School, 1998. available at <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/icrpubs>, p.9.
- 4) 최근 미국 및 유럽의 연구는 중국에서 조정적 요소와 중재절차가 결합된 혼종형 분쟁해결제도가 오래전부터 활용되어 온 이유를 그 문화적 측면에서 찾고 있다. 즉 유교문화권인 중국은 이천년 전 부터, 갈등보다는 조화를 중시하였다. 학자들은 중국의 유교문화적 전통이 처음부터 대립적 구도로 가는 것을 회피하고,

이처럼 조정-중재가 새로운 분쟁해결수단으로 등장하게 된 것은 조정절차와 중재절차가 본래의 기능을 상실한 데 그 원인이 찾아지고 있다.⁵⁾ 최근 미국은 조정에 대한 법률을 별도로 제정할 만큼 조정에 대한 관심을 높이고 있다.⁶⁾ 그러한 원인으로서는 중재 자체가 본래의 기능을 상실하였다는 지적이 나오고 있기 때문이다. 원래 중재는 소송제도에 비하여 신속하고, 비용이 적게 들고, 우의적 해결이 그 특징이라고 할 수 있다. 즉 소송제도⁷⁾에 비하여, 증거수집절차 등을 간략하게 하는 등, 심리절차를 융통성있게 함으로써 신속하게 심리를 종결할 수 있는 장점이 있었다. 그리고 3심제가 아니고 단심제로 모든 절차가 종결되고 단심제 내에서도 증거절차가 복잡하지 않은 관계로 인하여, 시간이 절약되고 그만큼 비용을 절감함으로써, 경제성 역시 보장된다고 할 것이다. 또한 소송제도가 결국 대립적 구도 하에서 이루어지기 때문에, 서로 우의적 해결이 어려운 반면에 원래 중재제도는 상인들 간에 형성된 제도로서 서로 간 관계를 지속시키는 편이 관계를 일회적으로 끝내는 것보다 나은 면이 있다.⁸⁾ 그러나 이러한 중재의 탄력적 특성은 현재 도전받고 있다.

특히 2차 세계대전 이후 국제무역이 호황기에 진입하면서, 국제상사분쟁에서 중재가 주요한 해결수단으로 등장함에 따라서 분쟁액수 자체가 거액이 되었다.⁹⁾ 분쟁금액 자체가

가능한 한 조화를 이루는 것을 지향하고 있어서 혼종형 분쟁해결제도가 발달한 것으로 파악하고 있다. Kaufmann-Kohler, Gabrielle and Fan Kun, "Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China," *Journal of International Arbitration*, Vol.25, No.4, 2008, pp.479-492; Chang, Wang Sheng, "Combination of Arbitration with Conciliation and Remittance of Awards-With Special Reference to the Asia-Oceania Region," *Journal of International Arbitration*, Vol.19, No.1, 2002, pp.51-65.

- 5) 한편 일부 외국 논문에서는 conciliation과 mediation을 혼용해서 사용하기도 한다. 알선과 조정의 차이점과 공통점에 대해서는 다음의 논문을 참조하시오. 최장호, "우리나라 알선, 조정상의 문제점과 그 개선방안", 『무역학회지』, 한국무역학회, 제27권 제4호, 2002년 12월, pp.47-65; 이로리, "Mediation과 Conciliation의 개념에 관한 비교법적 연구", 『중재연구』, 한국중재학회, 제19권, 제2호, 2009년, 8월, pp.27-47.
- 6) Uniform Mediation Act 참조.
- 7) 우리나라와 같은 대륙법계 국가에서는 판사가 직접 심문하면서 전체 심리절차를 진행시키는 주도적 역할을 하는 반면에 특히 대륙법과는 달리 영미법계에서는 판사의 역할이 스포츠경기의 심판(umpire)과 같은 역할에 중점을 두고 있다. 따라서 영미법계에서의 심리절차는 변호사들이 중심이 되어 진행하므로, 판사는 전체의 진행이 잘못된 경우 지적하는 것에 그치고 있다. 더구나 배심제관의 경우, 법적 전문성이 없는 비전문가들이 배심원들이 타당한 정보를 얻게 하기 위하여 증거수집절차가 매우 엄격하고 복잡한 면이 있다.
- 8) Macneil은 계약법을 고전적 계약법, 신고전적 계약법, 관계적 연속적 계약법으로 분류하고 있다. 고전적 계약법은 비관계적, 일회적 개별계약을 규율대상으로 한다. 19세기 계약법이 이에 해당한다. 한편 20세기의 계약법인 신고전적 계약법에 의하면, 불확실한 상황에서 장기계약을 하는 경우, 미래에 발생할 모든 특수상황을 다 예측하는 것은 불가능하다. 이러한 장기계약의 경우, 특수상황에 대한 정확한 예측보다는 특수상황이 발생할 경우, 어떻게 이러한 상황에 공동대처할 것인가? 그러한 상황의 발생을 사전에 예방하기 위한 조치는 무엇인가 등이 보다 중요한 문제가 된다. 따라서 이러한 문제에 대처하기 위하여 부속계약을 맺는 경우가 발생한다. 주된 계약 내의 중재조항은 그러한 부속계약으로 해석할 수 있다. 따라서 신고전적 계약법은 소송에 절대적으로 의존하는 고전적 계약법과는 달리, 제3자에 의한 중재가 중요해진다. 왜냐하면 신고전적 계약법이 주 대상으로 하는 계약은 당사자 간의 선의의 관계유지가 중요한 의미를 가지기 때문이다. 대립적이고 과거지향적인 소송은 장기계약에는 취약점이 있다고 할 것이다. 박세일, 『법경제학』, 중판, 박영사, 2013, pp.266-269.
- 9) 현대의 국제상사중재제도는 분쟁액수가 커지고, 분쟁의 성격자체가 복잡해져서, 과거와는 근본적인 차이가 있음을 주장하면서, 현대의 국제상사중재제도가 타당하다는 논지에 대해서는 다음의 논문을 참조. Gluck, George, "Great Expectations: Meeting the Challenge of a New Arbitration Paradigm," *American Review of International Arbitration*, Vol.23, 2012, p.236.

거액이 됨에 따라서, 중재판정에서 불리한 판정을 받는다는 것 자체가 큰 손실이 되었기 때문에, 분쟁당사자들은 정교한 법률적 검토가 필요하게 되었으며, 이에 따라서 영미권 법률회사들이 적극적으로 국제상사중재의 해결에 참여함으로써, 초기에 비하여 중재절차가 정형화되기에 이르르게 되었다.¹⁰⁾ 다른 말로 하면, 중재는 소송에 비교해 볼 때 절차적으로 차이점이 많지 않게 되었다.¹¹⁾ 이 결과, 중재 자체가 가지고 있는 장점이 크게 줄어들게 되었다.¹²⁾

이러한 변화된 환경에 적응하여, 기업들은 원래 중재가 가지고 있던 장점을 아직 가지고 있던 조정제도를 활용하는 사례가 늘기 시작하고 있다. 조정은 당사자들이 분쟁해결 자체를 자기 스스로 결정(self-determination)하는 특징을 가지고 있고, 우의적 방식으로 진행된다. 기업들은 조정이 중재에 비하여 보다 탄력적이라는 면에서 환영하고 있다.¹³⁾ 조정-중재 제도는 융통성이 높은 조정절차와 최종성을 보장하는 중재의 장점을 결합한 제도이다. 본 연구는 첫째, 미국의 조정-중재 제도의 기원과 발전 동향을 살펴본다. 둘째, 미국에서의 조정-중재제도에 대한 사례를 분석하고자 한다. 셋째, 조정-중재제도의 장점과 단점을 살펴본다. 넷째, 조정-중재제도가 우리나라에 시사하는 바를 살펴본다.

Ⅱ. 미국 조정-중재제도의 기원과 발전

최근 미국에서의 조정-중재제도가 분쟁해결수단의 하나로 공식화되게 된 연유를 살펴보기 위해서는 역사적 관점에서 조정-중재제도의 성장을 기원과 발전이라는 두 단계로 나누어 살펴보는 것이 바람직해 보인다. 왜냐하면, 조정-중재제도는 그 기원단계에서의 주도적 동인과 발전단계에서의 동인이 다르기 때문이다. 조정-중재제도는 20세기 전반, 미국의 산업현장에서 노사분쟁을 해결하는 과정에서 발생한 데에 그 제도적 기원을 두고 있다. 그

10) 2차 세계대전 이후, 국제무역이 활발해짐에 따라서, 국가 간 분쟁해결을 하는 데 있어서 국제상사중재가 형성되기에 이르렀다. 이때 미국의 국제무역거점인 뉴욕에서 활약하고 있던 저명한 국제변호사들이 국제상사중재 형성에 적극적으로 참여함에 따라서 영미법의 전통이 국제상사 중재절차에 영향을 주게 되었다. 그 결과 국제상사중재절차가 미국의 보통법 재판절차의 기본적 특성들과 유사하게 되었다. Carbonneau, E. Thomas, "The Ballard of Transborder Arbitration," *University of Miami Law Review*, Vol.56, July 2002, p.782. 정형화의 폐해에 대해서는 Brazil(2000)을 참조. Brazil, D. Wayne, "Continuing Conversation About the Current States and the Future of ADR," *Journal of Dispute Resolution*, 2000, pp.11-39.

11) 다음의 연구에서는 중재절차가 소송절차와 유사하다는 점을 보이고 있다. Sachs, Klaus, "Time and Money: Cost Control and Effective Case Management," Loukas A. Mistelis and Julian D. M. (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, pp.103-115.

12) Nolan-Haley, Jacqueline, "Mediation: The New Arbitration," *Harvard Negotiation Law Review*, Vol.17, Spring 2012, p.67.

13) Baruch Bush, Robert, "Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation, and What It Means for the ADR Field," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.3, 2002, pp.111-131.

러나 20세기 후반 들어, 조정-중재제도가 분쟁현장에서 본격적으로 활용되고, 학계에서 활발하게 논의되면서 이룩한 발전 상황은, 기원단계와는 전혀 다른 환경에서 출발하고 있다. 즉 20세기 후반 조정-중재제도가 다양한 분야에서 활용되기 시작한 것은 조정절차에 대한 고객의 수요가 증가했기 때문이다. 본 절에서는 조정-중재제도를 기원과 발전이라는 별도의 항목으로 다루고자 한다.

1. 기 원

미국에서의 조정-중재제도의 기원은 1940년대 초기에 까지 거슬러 올라간다. 초기의 조정-중재제도는 주로 노동중재에 기원을 두고 있다. 조정-중재제도는 2차 세계대전이 진행되던 1942년 미국의 산업현장에서 노동분쟁의 해결과정에서 기원하였다고 알려지고 있다. 일본의 진주만 공습이후 전쟁이라는 국가비상사태에 직면하여 미국 노동계는, 설령 부당한 문제가 발생하더라도, 함부로 파업을 하기 어려운 상황에 놓이게 되었다.¹⁴⁾ 그러나 그렇다고 해서 분쟁해결을 회피할 수도 없었다. 이러한 상황에 직면하여, 당시 기업 대표들과 노동계 대표들은 근로자와 사용자가 산업현장에서 각각 동맹파업과 직장폐쇄를 하지 않는 대신, 노사분쟁을 평화적으로 해결하기 위한 수단을 만들어줄 것을 대통령에게 건의하였다. 루즈벨트대통령은 산업현장의 노동분쟁을 해결하기 위하여 국가전쟁노동위원회(National War Labor Board)를 창설하였다.¹⁵⁾

본 위원회는 외관상으로는 강제적 중재를 통하여 분쟁을 해결하는 것으로 보였으나, 실제적으로는 조정과 자발적 중재를 통하여 분쟁을 해결하였다. 당시의 사고방식은 근로자와 사용자간의 고정(苦情)분쟁¹⁶⁾을 평화적으로 해결하기 위해서는 분쟁해결절차가 전적으로 조정절차가 되어서도 곤란하고, 그렇다고 해서 순수한 사법절차가 되어서도 곤란하다고 보았다. 따라서 노동분쟁은 조정과 중재를 혼합하여 융통성을 가지고 해결하는 것이 바람직하다고 보았다. 그러나 실질적 의미에서 뿐 만 아니라 외관상으로도 조정-중재라는 명칭은, 중재인이었던 카겔(Kagel)이 70년대 초, 샌프란시스코 지역 병원 간호사들의 노사분쟁을 조정-중재를 통하여 해결하였다고 보고하는 기사에서 나타나고 있다.¹⁷⁾ 1970년 노사분쟁에 직면한 간호사들은 카겔에게 분쟁을 조정을 통하여 해결해줄 것을 요청하였다. 이때 카겔은 병원과 간호사 양측이 파업과 직장 폐쇄할 권한을 포기하는 조건으로 조정-

14) 노사분쟁에서 분쟁해결제도로서 조정-중재는 노동자가 파업권을 선택할 수 없을 때 보다 효과적이다. Allred, Stephen, "Med-Arb and the Resolution of the SSA-AFGE Bargaining Impasse: A Case Study," *Arbitration Journal*, Vol.39, NO.2, June 1984, p.47.

15) Bartel, C. Barry, "Med-Arb as A Distinct Method of Dispute Resolution; History, Analysis, and Potentials," *Willamette Law Review*, Vol.27, Summer 1991, p.670.

16) labor grievance 분쟁을 의미한다. 이는 고용주와 근로자간의 근로계약 등을 포함한다.

17) Kagel, Sam, "Combining Mediation and Arbitration," *Monthly Labor Review*, September, 1973, pp.62-63.

중재를 시행하였다.

조정-중재라는 명칭은 그 후, 1978년 위스콘신 주에서 지방공무원 조정-중재법(Med-Arb Law)에서 보듯이 하나의 독립된 분쟁해결제도로서 작동하기 시작하였으며, 이 조정-중재법의 제정 이후, 위스콘신 주에서는 조정-중재제도가 분쟁해결수단으로 폭넓게 활용되기에 이르렀다.¹⁸⁾ 예를 들어서 조정-중재 제도는 위스콘신 주의 도시들과 카운티의 육체근로자와 사무직 근로자들, 그리고 교사들의 경우도 적용되고 있다. 대도시와 교육구 및 카운티에는 조정-중재제도를 통하여 분쟁을 처리하는 노사관계 전담직원이 상주하고 있으며, 중소도시나 학교이사회에는 외래 변호사가 조정-중재제도가 시행되는 것을 돕고 있다. 그리고 최근에는 기업들이 조정-중재제도를 기업의 분쟁해결수단으로 크게 활용할 뿐만 아니라¹⁹⁾, 국제상사분쟁의 해결수단²⁰⁾으로도 활용하기에 이르렀다. 그 결과 조정-중재제도에 관하여 많은 연구들이 수행되고 있다. 이제 미국에서는 조정-중재제도는 단순히 노동분쟁에 국한되는 것이 아니라, 가사분쟁사건 및 상사분쟁 등에 이르기까지 폭넓게 적용되기에 이르렀다.

2. 발전

미국의 조정-중재제도는 20세기 중반의 노동분쟁 해결수단에서 그 기원을 가지고 있지만, 20세기 후반의 발전양상은 전반기와는 궤를 달리한다. 즉 20세기 후반조정-중재제도가 활발하게 논의된 데는 미국에서 조정제도가 각광을 받기 시작하면서 부터이다. 이때부터 조정-중재제도는 노동분쟁에만 국한되지 않고, 다양한 분야에 까지 확대되고 있는 특징을 보인다는 점에서 초기 상황과 구별된다. 조정-중재제도의 본격적으로 발전하게 되는 것에 대해서는 Baruch Bush(2002)의 이론을 적용해볼 필요가 있다. 조정-중재제도는 본질에 있어서는 2단계의 중재절차보다는 1단계의 조정절차에 무게의 중심이 두어지는 혼종형 분쟁해결절차라고 할 수 있다. 즉 2단계의 중재절차는 1단계의 조정절차에서 분쟁이 해결되도록 뒷받침하는 기능을 수행한다. 따라서 조정-중재제도를 바르게 이해하기 위해서는 왜 분쟁해결절차에서 조정절차가 부상하게 되었는가를 분석해야 한다.

바루흐 부쉬(Baruch Bush)교수에 의하면, 조정이 분쟁해결수단으로 부상하게 된 것은 ADR 전체 시장의 차원에서 살펴볼 필요가 있다. 미국의 경우, 1980년대까지는 대체적 분쟁해결(ADR)시장 전체에서 가장 폭넓게 사용해진 방법은 중재였다. 이는 1925년 연방중

18) Stern, James, "The Mediation of Interest Disputes by Arbitrators under the Wisconsin Med-Arb Law for Local Government Employees," *Arbitration Journal*, Vol.39, NO.2, June 1984, p.42.

19) Lipsky and Seeber, 전계논문, p.9.

20) Peter, James, T., "Med-Arb in International Arbitration," *American Review of International Arbitration*, Vol.8, 1997, pp.83-116.

재법(FAA)이 채택된 이후, 민·상사 분쟁해결에 중재에 대한 사용이 꾸준히 증가해온 데 기인한다.²¹⁾ 일례로 1960년대 중반이후 70년대를 통하면서 미국의 법원에서는 소비자 분쟁과 고용분쟁 등에서 중재가능성을 인정하는 판결이 잇달아 내려졌다. 그러나 1980년대와 1990년대 초에 이르러서는 중재합의에 대한 소송이 잇따르기 시작하였다. 그 결과 일부 법원에서는 비록 중재합의가 강제력이 있어야 되겠지만, 중재절차 자체는 분쟁당사자들의 권리를 보호하도록 강화되어야 한다는 취지의 의견들이 대두되기에 이르렀다.²²⁾

그 결과 증권사건에 대한 중재에서 중재절차에 보호적 요소들이 추가되기에 이르렀으며 이는 점차 다른 중재에도 확산되었다. 즉 과거에는 중재절차가 형식에 얽매이지 않고 심사가 생략되어 있는 절차여서 상대적으로 신속하고 비용이 저렴하고 사용이 간편하였다.²³⁾ 그러나 점차 중재절차는 현대에 오면서, 디스커버리에 더 중점을 두고, 서면 요약의 제출을 요구하는 등, 의사결정과정에서 법률적 요소들이 더 중시되기에 이르렀다. 또한 법원은 중재인이 내린 중재판정을 보다 엄격하게 심사하는 방향으로 변화하기에 이르렀다.²⁴⁾ 그러나 중재절차에 대한 보호적 조치는 역설적으로 중재를 보다 형식적이고 비싸고 부담스런 절차로 변모시키고 말았다. 다른 말로 하면, 중재는 보다 사법적 절차와 닮게 되었다. 결과적으로 중재절차를 보호한다는 것이 중재에 대한 매력을 감소시켰다. 그러나 중재에 대한 수요가 감소했다고 해서, 비용이 저렴하고 신속하고, 절차가 간소하고 분쟁해결의 최종성을 요구하는 ADR서비스의 총수요가 감소한 것은 아니었다. ADR에 대한 수요자들은 결국 중재에서 눈을 돌려 조정을 보기에 이르렀다. 최근 조정에 대한 관심이 높아진 것은 결국 중재가 소송을 닮아가면서 중재 본연의 특질을 상실한데 따른 대체수요라고 해석할 수 있다.²⁵⁾

그러나 분쟁해결의 최종성이라는 측면에서 살펴보면 조정은 여전히 약점을 지니고 있다고 평가된다. 왜냐하면, 일반적으로 중재판정은 그 자체가 양 분쟁당사자들을 구속하는 효력을 가지고 있는 반면에, 조정은 분쟁당사자들이 조정안을 받아들이지 않아도 되기 때문에, 중재에 비하여 강제력이 약한 약점이 있다. 조정-중재는 조정이 가지는 융통성과 중재가 가지는 최종성을 결합했다는 점에서 그 발생기원이 있다고 할 것이다. 즉 조정단계에서 분쟁이 해결되거나, 설령 조정단계에서 분쟁이 해결되지 않더라도, 중재단계에서 중재판정에 의하여 분쟁을 해결됨으로써 분쟁 해결의 최종성이 보장된다.

21) 미국은 다른 국가의 전체 영토보다도 넓은 주들로 구성되어 있으며, 주마다 독립된 사법제도를 갖추고 있어서 각 주의 독자성이 크다. 따라서 주간(inter-state) 통상 분쟁을 해결하는 데는 서로 충돌 가능한 사법제도 보다는 중재제도가 효과적이었다. 더구나 연방법이 주법에 우선한다는 연방대법원의 preemption 판결이 나오면서부터, 더욱 중재가 활성화되게 되었다. 김진현·정용균, “미국의 중재판정 취소에 관한 연구: 판례법과 제정법의 조화를 중심으로”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제22권 제2호, 2012년 8월, pp.128-131 참조.

22) Baruch Bush, 전계논문, p.120.

23) 과거에는 경제성, 신속성 등이 중재의 장점으로 거론되어 왔으나 현재는 의문의 여지가 있다. 목영준, 『상사 중재법』, 박영사, 2011년, p.10.

24) Baruch Bush, 상계논문, p.120.

25) 여기서의 조정은 평가적 조정(evaluative mediation)을 의미한다.

Ⅲ. 미국 조정-중재제도의 사례분석

본 절에서는 미국에서 시행되고 있는 조정-중재제도의 네 가지 사례를 살펴보고자 한다. 첫 번째 사례는 조정-중재제도가 법으로 규정된 위스콘신 주에서 노동분쟁의 조정-중재 사례를 살펴본다. 위스콘신 주는 보기 드물게 중재절차와 조정절차와는 별도로 조정-중재제도를 법률로 규정해 놓은 경우이다. 둘째 사례는 최근 미국 영화산업에서의 조정-중재 사례를 살펴본다. 셋째 사례는 가사사건으로서 유언서 무효분쟁에서 조정-중재제도가 가지는 장점을 제시한 경우이다. 넷째 사례는 국제상사분쟁에서의 조정-중재 사례이다. 본 절은 이러한 다양한 사례들을 살펴봄으로써, 조정-중재제도가 특정한 분야에만 국한된 것이 아니라 미국의 다양한 분야에서 활용되고 있음을 보여주고자 한다.

1. 위스콘신 주의 노동분쟁사례

위스콘신 주는 특히 노동분쟁에서 조정-중재제도를 활용하고 있다. 위스콘신 주의 특징은 조정-중재제도 중에서 최종안중재(Mediation and Last offer arbitration: MEDALOA)를 사용한 데 있다.²⁶⁾ 최종안중재란 조정-중재제도 시행 초기에 분쟁당사자 양측이 각각 최종안을 제시하고, 만약 조정단계에서 분쟁이 해결되지 않고, 중재단계로 이행할 경우, 조정-중재인이 양 당사자가 제시한 두 개의 최종안²⁷⁾ 중 하나를 선택하는 방식이다. 이 방식은 승자와 패자가 극명하게 대립된다는 측면에서 볼 때, 소송절차와 유사한 방식이다. 이 방식은, 조정을 선택할 경우, 조정이 실패하면, 당사자 일방은 중재단계에서 극히 불리한 판정을 받을 위험에 노출되게 된다. 따라서 양 당사자가 조정단계에서 원만한 타결을 하도록, 심리적으로 압박하는 효과를 발휘하게 된다. 그 결과 중재로 가기 전, 조정 단계에서 합의가 도출되도록 하는 효과를 가진다고 보고되고 있다.

위스콘신고용관계위원회(Wisconsin Employment Relations Commission: WERC)는 1978년부터 1983년까지 5년 동안 위원회에 회부된 2,195사건 중에서 1,370사건을 조정을 통하

26) 혼종형 분쟁해결제도는 다양하게 발전하고 있다. 첫째, 조정-중재(Med-Arb)제도는 조정이 먼저 개시되고 만약 조정이 실패하면 중재로 들어가는 제도이다. 둘째 중재가 먼저 개시되고 나중에 조정이 개시되는 중재-조정(Arb-Med)제도가 있다. 셋째, 조정이 먼저 개시되나 2단계에서는 중재인이 처음에 받아놓은 양측의 최종안 중에서 하나의 안을 선택하는 최종안중재(Mediation and Last offer arbitration)가 있으며, 넷째, 별도의 조정인과 중재인이 공동으로 심리하는 공동 조정-중재(Co-Med-Arb)등 다양한 유형이 존재한다. Sussman, Enda, "Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process," *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, Vol.2, No.1, Spring 2009, p.71; Peter, James, T., "Med-Arb in International Arbitration," *American Review of International Arbitration*, Vol.8, 1997, pp.83-116.

27) 여기서의 최종안은 문자 그대로 최종안이며, 상대방과 협상 여지에 따라 변동하는 그러한 제안이 아니다.

여 해결하였으며 미해결된 703개 사건은 조정-중재 절차에 회부되었다.²⁸⁾ 위스콘신 조정-중재법이 발효된 1978년부터 1983년 7월까지 조정-중재에 회부된 703개 사건들 중에서, 355개 사건은 조정단계에서 해결되었고, 나머지 348개 사건은 중재단계에서 중재판정이 내려졌다.²⁹⁾ 본 제도를 살펴보면, WERC에서 분쟁이 미해결된 사건들에 대해서는 WERC의 조사관이 각 당사자로 부터 최종안을 제출받는다. 이 시점에서 5명의 중재인들로 구성된 패널이 구성된다. 이 패널은 조정-중재인(mediator-arbitrator)을 선정하는 공식적 명령을 발한다. 위스콘신 조정-중재법에 의하면, 이 패널은 각 당사자의 최종안을 받은 다음, 5명의 시민이 공개청문을 위한 청원을 제출한다. 이 청원에 의하여 개시된 심리에서 양측은 자신들의 최종안을 설명하고 5명의 시민들은 당사자들에게 질문한다. 공적인 심리가 종료한 후, 위스콘신주법에 의하면, 조정-중재인으로 선정된 중재인이 분쟁을 조정으로 해결하도록 노력하고 당사자들이 자발적인 해결을 하도록 노력하도록 되어 있다.

이 조정세션 동안에 당사자가 동의하면 최종안이 변경될 수 있다. 일반적인 경우, 이 조정세션 중에 최종안이 수정된다. 이때 만약 합의가 없으면, 조정-중재의 최종단계에서 조정-중재인은 초기에 제출된 양 당사자의 최종안 중의 하나를 선택하도록 되어 있다. 조정-중재인은 조정으로 분쟁을 해결하기 위하여 수차례 시도할 수 있다. 그러나 이러한 시도가 실현되지 않을 경우, 중재단계로 들어간다. 조정-중재인은 조정단계에서는 중재에서는 허용되지 않는 것들을 할 수 있다. 즉 당사자 일방과 개인적으로 면담해서 당사자들끼리 협상을 하도록 장려한다. 그리고 조정-중재인은 조정단계에서 해결이 안날 경우, 결국에는 중재단계로 진입한다는 것에 관계없이, 조정단계에서 조정인으로 활동한다. 조정-중재인은 당사자들이 조정단계에서 합의에 실패할 경우, 당사자들에게 조정절차가 실패하였음을 선언 통지하고, 조정-중재인은 중재심리를 개시한다. 이때 중재판정은 양 당사자가 제출한 최종안중의 하나가 된다.³⁰⁾ 따라서 위스콘신 주의 조정-중재제도는 중재단계에 진입하면 승자독식구조로 변화한다. 이러한 특성으로 인하여 앞서 지적한 바와 같이, 분쟁당사자들은 가능한 한, 서로 타협이 가능한 조정단계에서 분쟁을 해결하도록 모색하게 된다.

2. 엔터테인먼트산업 분쟁사례

미국에서는 엔터테인먼트산업의 분쟁해결이 소송보다는 ADR 특히 중재를 통하여 이루어져 왔다. 이처럼 분쟁해결수단으로 소송보다는 중재가 선호되어온 것은 엔터테인먼트산업의 비즈니스 성공여부가 창작성, 시의성, 업계 관계자들과의 원만한 네트워크에 의존하

28) 이는 전체 사건의 62% 이상이 주정부기관에 의한 조정을 통하여 해결되었다는 것을 의미한다. Stern, 전체 논문, p.42.

29) Stern, 상계논문 p.43.

30) Stern, 상계논문, p.43.

는 특징을 보이고 있기 때문이다.³¹⁾ 엔터테인먼트산업은 대체로 음반의 출시, 영화의 개봉 등을 앞두고 다른 작품과 출시경쟁을 하므로 시장에 출품되는 시기가 사업의 성패에 중요한 영향을 미친다.³²⁾ 따라서 분쟁이 발생할 경우, 3심제인 소송보다는 단심제인 중재가 더 적합하다. 또한 엔터테인먼트산업종사자는 대중이 그 종사자에 대하여 갖는 이미지가 성공의 핵심적 요소이기 때문에, 분쟁해결에 있어서 비밀유지가 관건이다. 또한 엔터테인먼트산업 종사자는 다른 산업에 비하여 가동연한이 짧은 특징을 가지고 있기 때문에³³⁾ 분쟁이 장기화되면, 여타 산업과 비교할 때, 그 비용이 더 커지는 특징을 보이고 있다. 따라서 소송에 비하여 비용이 절감되는 중재가 선호되고 있다. 또한 업계 관계자와의 공동작업이 대부분이므로 관계자와의 지속적인 관계 유지 또한 중요하다. 이처럼 중재제도는 분쟁해결의 신속성, 비밀유지, 경제성, 관계유지 면에 있어서, 소송제도보다는 우월한 측면이 존재한다.

그러나 최근 미국에서는 혼종형 분쟁해결제도인 조정-중재(Med-Arb)제도를 통하여 엔터테인먼트산업의 분쟁을 해결하는 사례가 보고되고 있다.³⁴⁾ 중재에 앞서서 조정이 먼저 시행되는 조정-중재제도는 중재절차와는 달리 조정의 장점을 십분 활용하는 분쟁해결제도이다. 조정제도는 무엇보다도 비밀유지라는 관점에서는 중재보다 유리하다고 할 것이다.³⁵⁾ 왜냐하면, 중재는 디스커버리 절차를 거치면서, 당사자 일방이 보유하는 정보가 상대방에게 제공되는 반면, 조정의 경우는, 조정인이 별석조정을 통하여 당사자 일방으로부터 얻은 사적인 정보를 상대방 당사자에게 제공하지 않기 때문이다. 따라서 조정절차가 중재절차보다 비밀유지 면에서 더 우월한 측면이 있다. 또한 분쟁이 타결된 이후에도 관계를 지속해야하는 특성을 지니는 엔터테인먼트산업의 특성 상, 대립적인 분쟁해결구도를 갖고 있는 중재에 비하여, 원만한 해결을 유도하는 조정절차가 중재절차보다 유리하다.

본 절에서 소개하는 엔터테인먼트산업에서의 조정-중재제도 사례는 조정-중재인으로 수차례 활동한 제럴드 필립스(Gerald Phillips)씨가 최근 보고한 사례이다. 사건의 내용은 다음과 같다. 두 명의 영화제작자인 피터와 데이빗³⁶⁾은 영화 한 편을 제작하기 위하여 영화제작회사와 영화제작계약을 체결하였다. 계약에 의하면, 영화제작 회사는 영화제작자인

31) 김상찬, “엔터테인먼트분쟁해결을 위한 중재제도의 활성화방안”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제23권 제1호, 2013년 3월, p.94.

32) 김상찬, 상계논문, p.94.

33) 대표적인 엔터테인먼트산업이라 할 수 있는 영화산업의 경우, 스태프들은 해당분야의 전문가들이 그 영화제작을 위해 팀을 구성하고, 영화제작이 완료되면, 그 팀은 해산된다. 예를 들어 SF영화의 경우, 컴퓨터그래픽 전문가, 촬영전문가, 의상전문가, 컨텐츠 작가 등 다양한 전문가들이 팀을 구성하여 영화제작에 참여한다. 각 전문가들은 영화제작이 종료되면 팀을 떠나서, 또 다른 영화제작 팀에 합류한다. 따라서 일반 기업체 조직과는 달리 팀이라는 조직형태는 연속성이 약한 측면이 있다.

34) Phillips, Gerald F., “A Case Study Demonstrates How the Entertainment Business-and Everyone Else-Can Benefit by Using Hybrid Med-Arb Processes,” *Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol.25, No.4, April 2007, pp.67-72.

35) 김상찬, 전계논문, p.96.

36) 피터와 데이빗은 실제 사건의 당사자들의 사생활 보호를 위하여 가명임.

피터와 데이빗에게 공동으로 10만 달러를 지불하거나 각각 5만 달러씩 지불하기로 되어 있었으며 이 돈은 지불되었다. pre-production이 시작되기 전에 영화회사는 피터에게 피터의 서비스는 야외촬영에 필수적이지는 않다고 통지하였다. 영화제작계약에 의하면, 당사자 일방에 대한 본 계약의 종료는 이 계약상의 여타 당사자 일방의 계약상의 권리 의무에 영향을 주지 않는다고 되어 있었다. 영화제작회사는 데이빗에게 추가로 20만 달러를 보너스 명목으로 지불하였다. 데이빗은 보너스 명목의 20만 달러를 피터와 분배하지 않았다. 이에 2005년 4월, 피터는 데이빗에 대하여 10만 달러 및 이자를 지불하도록 소송을 제기하였다.³⁷⁾

본 사건은 6개월 이후에 원고 측 변호사가 조정-중재 전문가에게 분쟁해결을 의뢰하였으며 이에 대하여 피고 측에서도 2006년 1월, 본 사건을 조정-중재로 해결할 것에 동의하여서, 조정-중재가 시행되기에 이르렀다. 동 사건을 담당한 조정-중재인은 사건에 대한 심리를 개시하기 전에, 관계당사자간 합의서를 작성하였다. 동 합의서에는 (1) 조정-중재인이 먼저 조정인으로서의 역할을 수행하고, 만약 조정이 실패할 경우, 동일인이 중재인으로서 심리를 개시하여 중재판정을 내리는 것을 양 당사자가 합의한다는 내용이 들어 있었다. 그리고 (2) 조정-중재인이 조정단계에서 조정인으로 활동하는 동안, 양 당사자들과 그 변호사들은 자신들의 해결방안과 각 각의 강점과 약점들을 조정인에게 밝혀야 함을 인정할 것을 요구하고 있다.³⁸⁾ (3) 당사자들은 그들이 중재인이 내린 의사결정에 대하여 이의를 제기하지 않는데 합의한다.³⁹⁾

이러한 합의서가 작성된 이후, 조정-중재인은 조정단계에 들어가 조정을 개시하였다. 합동회의에서 당사자들의 개시발언이 있었다. 원고 측 변호인은 피터와 데이빗이 영화에 대하여 구두계약을 체결하였으며, 서로 영화제작자가 받을 보수와 영화제작과 관련된 기타 보상의 절반씩을 나눌 것을 합의하였다고 주장하였다. 피고 측 변호인은 원고인 피터가 자신이 수행하지 않은 사항에 대해서 불로소득을 요구하고 있다고 주장하였다. 그리고 구두계약은 공동노력에 대하여 보수를 분배하는 것이었으며, 계약에서 데이빗이 피터에게 10만 달러를 지급해야 할 책임이 없다고 주장하였다. 이후 별석조정에 들어가서 원고 측은 5만 달러를 지급하여 이 사건을 해결하려고 하였다. 그러나 피고 측 변호인은 생활방해(nuisance) 관점에서 해결을 모색하였으며, 생활방해 가치 이상을 지불하려고 하지 않아서 교착상태에 빠졌다. 이에 조정-중재인은 양 당사자들에게 문제를 창조적으로 해결해야

37) Phillips, 전개논문, pp.67-72.

38) Phillips, 상개논문, p.69.

39) 근본적으로 중재단계에서 활동하는 조정-중재인은 이미 조정단계에서 별석조정을 통하여 사적인 정보를 입수한 상태이므로 중립성을 유지하기 곤란한 상태이다. 따라서 나중에 중재판정에 불만을 품은 당사자 일방이 중재판정 취소의 소를 법원에 제기한다면, 조정-중재 제도 자체는 성립하기 어려운 난점이 있다. Rosoff, Jacob, "Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings," *Journal of International Arbitration*, Vol.26, No.1, 2009, p. 94.

하는 것을 역설하였다.

이후, 피고인 데이빗 측은 만약 원고인 피터가 일하기를 원한다면 데이빗이 그를 위하여 일을 마련해줄 수 있다고 제안하였다. 조정인은 개시발언에서 데이빗이 피터의 영화제작자로서의 능력을 높이 평가했던 점을 고려하여, 데이빗이 피터를 고용하여 데이빗이 가지고 있던 영화프로젝트를 공동 개발하는 것을 제안하였다. 조정인은 데이빗이 일부를 현금으로 지불하고, 피터가 데이빗의 영화프로젝트의 일부를 개발하는 조건으로 일정액을 추가로 낼 것을 제안하였다. 이와 같은 제안에 대하여 피고 측인 데이빗이 동의하였다. 이후 원고인 피터와의 별석조정에서 이러한 안을 제안하였으며 피터가 받아들였다. 최종적으로 양 당사자는 피고인 데이빗이 원고인 피터에게 7영업일 이내에 1만5천 달러를 지급하고, 피터가 데이빗의 영화프로젝트를 돕는 조건으로 5만 달러를 지급하기로 합의하였다.⁴⁰⁾

동 사례는 영화산업에서 종사자 간 분쟁이 조정-중재제도에 회부된 경우이다. 동 사례는 첫째, 일차단계인 조정단계에서 분쟁이 해결되었고, 분쟁당사자들이 다시 거래관계를 회복하였다는 특징을 보이고 있다. 둘째, 조정-중재제도의 절차상의 특징으로 선정된 조정-중재인이 절차개시에 앞서서, 양측으로부터 합의서를 받아놓는 다는 점이다. 셋째, 일차 단계인 조정단계에서 양 당사자가 협상에 실패하여 교착상태에 빠졌을 때, 조정-중재인이 창의적으로 당사자들을 이끌었다는 점이다.

3. 가사분쟁: 유언서 분쟁사례

현대사회에서 소송절차로 해결하기 어려운 분쟁 중의 하나는 가사분쟁사건의 일종인 유언서 분쟁이다. 가사분쟁의 해결이 어려운 점은 현대사회가 전통적이지 않은 가족구조를 가지고 있기 때문이다.⁴¹⁾ 즉 법적인 형제간 부모가 동일하지 않은 경우 서로에 대한 신뢰가 약할 수밖에 없다. 더구나 동일한 부모를 가진 형제들 간에도 가족 간 연대의식은 다르게 나타날 수 있다.⁴²⁾ 따라서 가족 구성원 간의 유산배분문제는 언제나 분쟁을 일으킬

40) Phillips, 전제논문, p.70.

41) 미국의 경우, 부모가 재혼한 경력이 없고 자신들만의 자녀를 양육하는 전통적인 가정이 전체 가정의 24% 정도라고 한다. Vorys, 전제논문, p.871. 미국의 경우 높은 이혼율로 말미암아 배우자가 데려온 자식이 가족구성원에 포함되어 있는 경우도 많게 되었으며, 또한 각각의 배우자가 데려온 자녀들이 있고, 그들이 재혼 후 새로 낳은 자식이 가족에 포함된 경우, 가족구성성은 매우 복잡해질 수밖에 없다. 진화심리학 연구에 의하면, 계부와 의붓자식간의 갈등관계는 심각한 것으로 나타나고 있다. 미 오하이오 주 클리블랜드에서 계 부모들을 조사한 결과, 의붓아버지 중 53%, 의붓어머니 중 25% 만이 의붓자식에게 ‘부모의 감정’을 조금이라도 느꼈다고 답했다. 데이비드 버스(이충호 역 최재천 감수), 『진화심리학』, 웅진지식하우스, 2012, p.330.

42) 자식이 여러 명일 때, 중간에 태어난 자식들은 가족 연대의식이나 동일성 측정 면에서 맏이와 막내에 비하여 차이가 있다는 것이 밝혀지고 있다. 진화심리학의 연구결과에 의하면, 맏이는 부모에게 연대의식을 느끼고 의존하는 경향이 많은 반면, 중간자식은 가족 밖에 사람들과 유대관계를 맺는 경향이 많다고 한다. 그 이유로는 맏이는 다른 형제가 태어나기 전에 부모의 양육 투자를 독차지하고 막내는 나머지 형제들이 분가한 이후에 부모의 사랑과 양육투자를 독차지하기 때문이다. 이와는 대조적으로, 중간자식은 주위에 다른 형제가 없는 때가 없기 때문에 항상 부모의 관심과 양육투자를 다른 형제와 나누어 받을 수밖에 없다. 데이비

소지를 가지고 있다고 할 것이다. 보리스(Vorys)교수는 유언서 분쟁이 일어나기 쉬운 상황으로 다음과 같은 상황을 제시하였다. 남편과 사별한 어떤 부인에게 두 명의 성인 자녀가 있었다. 그녀의 여생 동안, 부인은 자녀 들 중 한명과 동거하였으며, 자녀 중 다른 한명은 멀리 떨어진 다른 지역에서 성장하였다. 그 미망인은 자신이 사망하기 직전에, 자신의 유언서를 변경하였다. 변경되기 이전의 유언서에는 미망인의 유산을 두 자식 간에 동등하게 분배하는 것으로 되어 있었으나, 유언서가 변경된 후에는 모든 유산이 현재 동거하고 있던 자녀에게만 상속되는 것으로 되었다. 이러한 경우, 어머니의 사후, 법적 상속권이 박탈당한 자녀는 자신의 형제가 농간을 부린 것으로 의심하여, 유언서에 대하여 이의를 제기하기로 결정한다.⁴³⁾

이러한 유언서 무효분쟁은 소송으로 해결하기에는 단점들이 적지 않다. 왜냐하면, 불만을 품게 된 가족 구성원들이 유언서분쟁을 소송으로 해결하려고 할 경우, 가족구성원들에게는 재판결과에 따라서 직접적으로 금전적 손실이 발생할 뿐 만 아니라, 변호사비용 등으로 이중으로 금전적 손실이 발생한다. 이에 더하여 가족관계가 영원히 붕괴되는 비극적 결말이 초래될 가능성이 높다.⁴⁴⁾ 따라서 유언서 분쟁을 소송으로 해결하는 것은 바람직하지 않다. 그래서 가사분쟁은 조정전치주의가 제안되고 있다. 그러나 조정절차 자체에도 문제가 있다. 조정의 가장 큰 단점은 만약 분쟁당사자들이 교착상태에 다다르게 되면, 결국 소송에 다시 의지할 수밖에 없다는 점이다. 특히 격한 감정적 요소가 많이 들어가는 가족 간 피상속인의 유언을 둘러싼 유산분쟁의 경우, 조정절차는 타인간의 분쟁보다도 해결가능성이 약해질 것이다.⁴⁵⁾ 더욱이 유산을 자기 것으로 만들기 위하여, 당사자들은 자기주장을 고집하고 타협할 가능성은 많지 않다.⁴⁶⁾ 결국 조정에 회부된 당사자들은 교착상태에 빠질 가능성이 높아지게 된다. 이렇게 되면, 조정을 통하여 분쟁을 해결할 가능성은 적어진다. 조정의 또 다른 문제점으로는 가족 구성원 간에는 서열이 존재하기 때문에 분쟁당사자들이 동등한 협상력을 가지고 있지 않은 경우가 대부분이다. 이러한 상황에서 조정을 통해서 협상안을 도출하게 되면 그 협상결과가 불공평할 가능성도 배제할 수 없게 된다.⁴⁷⁾

이러한 조정의 약점에 대응하여 조정-중재는 이러한 교착상태를 제거함으로써 조정의

드 버스, 전게서, p.375.

43) Vorys, 전게논문, p.877.

44) Vorys, 상게논문, pp.874-875.

45) Radford, F. Mary, "Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters," *Pepperdine Dispute Resolution Journal*, Vol, 2001, p.243.

46) 김진현·정용균(2011), p.81.

47) 가족 간 협상력이 동등하지 않은 문제는 여러 학자들이 지적하고 있다. 이처럼 가족구성원의 협상력이 동등하지 않을 경우, 협상력이 취약한 어린이나 노인은 조정결과가 불리할 가능성이 높다. Gary, N. Susan, "Mediation and the Elderly: Using Mediation to Resolve Probate Disputes Over Guardianship and Inheritance," *Wake Forest Law Review*, Vol.32, Summer 1997, pp.397-444; Radford, 전게논문, p.243.

약점을 보완한다. 즉 조정-중재는 조정절차에서 교착상태가 나온다고 하더라도 양 당사자들이 조정에 이어서 중재를 함으로써, 극단적 대립관계인 소송절차를 거치지 않고서도, 구속력있는 의사결정을 내림으로써 분쟁이 종료된다.⁴⁸⁾ 한편 중재절차 자체가 독립적으로 시행되는 경우, 소송절차를 닮아서, 처음부터 양 당사자는 대립적인 구도로 가기 쉽다. 중재는 소송절차 만큼은 엄격하고 형식적이지 않지만, 중재절차 역시 법원의 절차와 유사한 대립적 절차를 따르게 된다. 즉 중재인도 증거를 채택하고 양 당사자가 소환한 증인의 증언을 청취하고 당사자들의 주장을 심리한다. 이처럼 제3자인 중재인이 노출이 꺼려지는 가족 내부 문제를 들여다 볼 뿐 만 아니라, 중재 자체가 가지고 있는 대립적 구도로 인하여 가족 구성원들은 중재절차에 편안함을 느끼지 못하게 된다. 조정-중재는 조정이 실패할 경우, 중재로 해결한다는 명확한 신호가 제도 내에 내재되어 있기 때문에, 보다 성실하게 조정에 임하게 될 가능성이 커지게 된다.

4. IBM-후지쓰 국제상사분쟁사례

앞에서 소개한 세 가지 사례는 기업 대 개인, 개인 대 개인에 적용되는 경우라고 분류할 수 있다. 그러나 기업 대 기업 간 분쟁의 경우에도 조정-중재 제도가 활용되고 있다. 앞에서 본 바와 같이, 90년대 말 포춘지가 선정한 미국의 일천개 대기업들을 대상으로 한 미국 코넬대학교의 연구에 의하면, 응답한 대기업들 중, 전체의 87%가 과거 3년 이내에 적어도 한번 이상, 조정을 활용한 경험이 있다고 응답하였으며, 응답기업의 80%가 동기간 내에 적어도 한번 이상, 중재를 활용한 적이 있다고 대답하였다. 따라서 미국기업들은 이미 다양한 ADR기법들을 분쟁해결에 사용하고 있음이 나타나고 있다.⁴⁹⁾ 특히, 주목할 점은 응답기업의 40%에 가까운 미국의 대표적인 기업들이 조정-중재제도를 활용하였다는 점이다.⁵⁰⁾ 일반적으로 국제상사분쟁의 경우에는 중재합의가 있는 경우, 특약이 없는 한, 우의적 중재는 시행하지 못하고, 엄격하게 법과 사실을 토대로 한, 객관적인 중재절차에 의하여 해결되는 경우가 일반적이다. 그러한 점에서 국제상사중재는 국내 상사중재와는 많은 차이점이 있다고 할 것이다.⁵¹⁾ 그러나 미국회사인 IBM과 일본회사인 후지쓰 간의 국제상사 분쟁사례는 조정-중재제도를 사용하였다는 점에서 특기할 만하다. 왜냐하면, 국제상사분쟁을 해결하는 데, 조정-중재제도가 사용될 경우, 중재가 개시되기 이전단계인 조정단계에서 우의적 해결 가능성이 존재하기 때문이다. 사건의 내용은 다음과 같다.

48) Henry, L. Karen, "Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes," *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, Vol.3, 1988, pp.385-398.

49) 조사대상기업인 일천개 기업 중, 실제 분석에 사용된 최종 대기업 수는 606개였다. 설문지 응답자는 대기업의 대표번호사나 법무팀 책임자였으며 분석은 1995년말에 시행되었다. Lipsky and Seeber, "전계논문, p.8.

50) Lipsky and Seeber, 전계논문, p.9.

51) Peter, 전계논문, p.103.

IBM은 후지쓰가 메인프레임용, IBM호환 운영체제를 개발하기 위하여 IBM프로그램을 사용하였으며 이로 인하여, IBM은 수억 달러 상당의 피해를 입었다고 주장하였다. 이 분쟁은 1983년에 타결이 되었으나, 모든 쟁점이 완전히 해결된 것은 아니었다. 보다 구체적인 해결을 위하여 양 당사자 간 추후 협상이 진행되었으나, 합의 도출에 실패하였다. 이때 원래의 타결안에는 중재합의 조항이 포함되어 있었기 때문에 분쟁해결을 위해 중재판정부가 구성되었다. 동 사건이 일반적인 중재사건과는 차이가 있었던 것은 두 명의 당사자 선정 중재인들이 중재에 앞서서 먼저 조정에 들어갔다는 점이다. 조정과정에는 당사자 일방과의 별석조정이 포함되었다. 조정의 결과, 분쟁당사자 양측은 추후의 절차에 필요한 합의를 도출하였다. 분쟁당사자들은 후지쓰가 과거에 IBM 컴퓨터 프로그램을 사용한 것과 앞으로 후지쓰가 IBM 컴퓨터 프로그램을 사용할 것을 총체적으로 보상하기 위하여, 라이선스에 합의하였다.⁵²⁾

동 사건 해결과정에서 중재인들은 다양한 분쟁해결기법을 활용하였다. 중재판정부가 구성된 초기에는 단순히 중재합의만 존재하였으나, 후에 당사자들은 중재인들이 조정을 포함한 다양한 분쟁해결기법을 활용하는 것에 동의하였다. 특히 조정단계에서 당사자들은 양 회사의 미래 관계에 대하여 원칙적으로 합의하였다. 이러한 결과는 양측 모두에게 이익이 되었다. 후지쓰는 조정을 통하여, IBM과 호환성을 유지할 수 있도록 보장을 받았으며, IBM측은 후지쓰가 지불하도록 약정한 정보만 활용하도록 보장받을 수 있게 되어서 후지쓰가 미래에 IBM 측의 허락 없이 무단으로 프로그램을 사용할 수 없도록 제도적 장치를 마련하였다.⁵³⁾

이처럼 국제상사분쟁에서 전통적인 중재절차를 활용하지 않고 조정-중재를 활용하게 된 데는, 분쟁금액이 수억 달러에 이르렀기 때문에 분쟁당사자 양측의 핵심 임원들이 참가한 데 기인한다. 각 회사의 고위직 관계자들이 분쟁해결과정에 참가함에 따라서 보다 창의적인 분쟁해결이 가능하게 되었다. 일반적으로는 회사 내 변호사나 법무 팀이 분쟁해결과정에 참여하게 되면 이러한 종류의 협력적인 분쟁해결을 시도할 만큼의 책임을 질 수 없다. 당시 후지쓰와 IBM간의 분쟁에는 저작권 문제가 걸려있었고, 당사자 어느 일방이 중재판정에서 반드시 유리한 결과를 얻는다는 데 대하여 확신을 가질 수 없었다. 이러한 환경하에서 양 당사자는 위험을 줄이기 위하여 협력적인 분위기가 도출하게 되었다.⁵⁴⁾ 이처럼 조정-중재제도를 활용한 결과, 양 당사자는 관계를 지속할 수 있게 되었다.

52) Peter, 상계논문, p.103.

53) Peter, 상계논문, p.104.

54) Peter, 상계논문, p.104.

5. 소 결

조정-중재 과정에서의 성공은 위스콘신 주의 경우와 IBM과 후지쓰 간 국제상사분쟁 해결의 경우 공통적으로 최종안중재(MEDALOA)를 사용한 데 있다. 최종안중재란 양측이 최종안을 제시하고 중재판정부가 양 당사자가 제시한 두 개의 최종안 중 하나를 선택하는 방식이다. 따라서 이는 마치 소송절차와 유사하게 모 아니면 도인 방식이다. 이러한 일도양단 식 방식은 양 당사자 측을 압박하여, 조정단계에서 합의가 도출되도록 하는 효과를 가진다. 또 하나의 공통점은 결과적으로 분쟁이후에도 관계가 지속된다는 점이다. IBM과 후지쓰 간 국제상사분쟁도 분쟁이후에도 양 기업은 거래를 지속하고 있다. 또한 엔터테인먼트산업에서의 조정-중재의 경우에서도, 피터와 데이빗은 관계를 지속하고 있다. 노동분쟁의 경우도 사용자와 피고용자가 분쟁이후에도 지속적 관계를 유지할 가능성이 높다. 따라서 가능한 한, 대립적인 해결보다는 어느 정도 원만한 해결이 필요하다고 할 것이다. 이러한 점은 중재와는 사뭇 다를 수 있다. 특히 국제상사중재의 경우, 엄격하게 준거법과 제출된 증거에 의하여 중재판정이 내려지게 되므로 우의적 중재가 작용할 가능성이 적다고 할 수 있다. 그러나 이러한 조정-중재의 경우는 국제상사분쟁의 경우에도, 우의적 해결을 어느 정도 보장할 수 있어서 관계의 지속이라는 측면에서 유리하다 할 것이다.

향후 국제상사중재에서 조정-중재가 이용률이 제고될 가능성도 생각할 수 있다. IBM과 후지쓰 간 국제상사분쟁의 경우와 같이, 분쟁금액이 수억 달러에 이르는 경우는 패자가 엄청난 손실이 불가피하게 된다. 따라서 승자독식구조의 대립적인 현재의 국제상사중재의 시행은 위험부담이 상당하다고 할 것이다. 그러나 이와 동시에 글로벌화된 경제 환경에서 모든 관련 부품을 전부 국내에서 조달하기는 사실상 불가능하다고 할 것이다. 따라서 분쟁에 휘말린 기업과도 결국에 가서는 서로 협력하지 않으면 안 되는 상황이 발생하게 된다. 현재 항공 산업의 예를 보더라도 전략적 제휴가 일반적이라고 할 것이다. 또한 국제분업의 활성화로 인하여 기업 간의 관계는 관계가 일회적이 아니라 연속적이라고 할 것이다. 이러한 환경에서 대립적인 분쟁해결은 미래의 관계지속성에 부정적 효과를 가져올 것이다. 따라서 지속적인 관계의 유지를 위해서는 국제상사분쟁에 있어서도 어느 정도 우의적 해결이 요청된다고 할 것이다. 그렇다고 하면, 중재에 조정적 요소를 가미한 조정-중재 제도는 미래 기업환경에 부합하는 제도라고 할 것이다.

IV. 함 의

1. 조정-중재의 장단점

(1) 조정-중재의 장점

조정-중재제도는 다양한 점에서 장점을 가지고 있다. 조정-중재제도의 장점으로는 첫째, 당사자들은 적절한 시간 내에 분쟁을 해결할 수 있다는 점이다. 조정-중재제도는 만약 조정절차가 교착상태에 빠져서 해결이 되지 않으면 2차적으로 제3자인 중재인에 의하여 중재절차를 시행될 수밖에 없다는 압박감 속에 있게 되므로, 가능한 한 조정단계에서 신속하게 분쟁이 해결되는 장점이 있다. 둘째, 조정-중재제도를 통한 분쟁해결책은 신속하게 해결되므로 대체적으로 효율성을 가지고 적은 비용으로 얻어질 수 있다. 특히 조정인이 나중에 중재인을 겸하게 되므로, 조정절차와 중재절차가 별개의 절차로 진행되는 경우와 비교해 볼 때, 비용이 적게 들게 된다. 설령 1 단계에서 조정에 실패했다고 하더라도 2단계에서, 조정-중재인은 이미 조정절차를 진행하는 과정에서 상당한 정보를 입수한 상태이기 때문에, 일반 중재절차에서 필요한 상당한 증거수집절차가 생략될 수 있다. 따라서 분쟁을 신속하게 해결할 수 있으며 결과적으로 많은 비용을 절감하여 효율성이 보장된다. 셋째, 조정-중재제도는 당사자들 입장에서는 순수한 중재절차를 통하여 분쟁을 해결하는 경우와 비교해 볼 때, 절차를 더 통제할 수 있기 때문에 당사자들에게 더 호소력이 있다. 왜냐하면 당사자들이 조정단계에서 화해를 추구할 기회를 갖기 때문이다. 동시에 만약 조정단계에서 화해가 이루어지지 않으면, 보다 구속력 있는 중재로 분쟁을 해결함을 보장함으로써 조정에 비하여 최종성을 더 보장한다.⁵⁵⁾ 넷째, 중재절차는 과거에 어떠한 사건이 발생했는지, 누가 책임이 있는지, 누가 손해배상을 해야 하는지 얼마만큼 해야 하는지 결정하는 절차이다. 그러나 조정절차는 현재에 더 중점을 두고, 현재 문제를 해결하고 더 나아가서 미래 관계를 보존하는데 더욱 중점을 두는 제도이다.⁵⁶⁾ 조정-중재제도는 지속적인 관계가 특징인 현대적 계약관계와 어울리는 제도이다.

조정-중재제도는 이러한 조정절차의 장점을 십분 활용하는 제도이다. 앞에서 본 엔터테인먼트 분쟁이나 국제상사분쟁 사례에서 보듯이, 분쟁당사자들은 분쟁 이후에도 관계를 지속시켜야 할 이유들이 있다. 엔터테인먼트산업의 경우는 산업의 특성상, 분쟁당사자들은

55) Brewer, J. Thomas and Lawrence R. Mills, "Combining Mediation & Arbitration," *Dispute Resolution Journal*, November 1999, p.35.

56) Mason, 전계논문, p.542.

이번 영화나 드라마 제작에서 나오더라도 다시 다른 영화나 드라마 제작 때 만나야 하는, 지속적인 관계 속에 놓여 있다. 따라서 가능하면 관계가 회복되기를 희망한다. 또한 현재의 글로벌 무역환경 하에서는 모든 기업들이 불가피하게 다양한 협력관계 속에서 기업 활동을 하고 있다. 따라서 기업들 역시 외국의 기업과 적대적 관계가 발생하는 것은 자신들의 글로벌 기업 활동에 손해가 된다. 따라서 관계의 지속을 희망하게 된다. 특히 제조업체와 유통업체간의 계약관련 분쟁이나 합작투자 사업관련 분쟁, 마케팅 관련 분쟁 등의 경우, 계약의 특징이 양측 모두 그 관계를 유지하고자 희망하는 경우이다.⁵⁷⁾ 이러한 경우, 조정-중재는 우의적인 해결책이 도출되어 양자에게 이익이 되는 장점이 있다.

(2) 조정-중재의 단점

조정-중재의 단점은 1단계에서 조정이 실패하여 중재절차에 들어갔을 때, 발생할 가능성이 높다. 조정-중재과정의 가장 큰 단점은 조정단계와 중재단계가 동일한 조정-중재인에 의하여 시행될 때 윤리적 문제가 발생할 가능성이 크다는 점이다. 사실 미국중재협회(AAA)는 동일한 중립인이 동일한 심리에서 조정인과 중재인으로 활동하지 못하도록 하고 있다. 이처럼 조정-중재인이 동일인일 경우, 분쟁당사자들은 조정-중재의 절차 중에서 조정단계에서 조정-중재인에게 솔직하게 정보를 공유할 가능성이 많지 않을 것이다.⁵⁸⁾ 만약 당사자들이 만약 조정단계에서 합의 도출에 실패할 경우, 조정인이 나중에 중재인이 된다는 것을 알게 된다면, 조정인과 별석조정에서 솔직하게 문제를 상의할 것인가 하는 문제이다. 조정의 성공여부는 조정인과 당사자 간의 솔직하고 정직한 의사소통이라고 볼 때, 이러한 조정-중재의 단점은 문제가 될 수밖에 없을 것이다.

더구나 만약 조정 자체가 평가적 조정인 경우, 조정인이 조정단계에서 평가적 심판자의 역할을 수행하였다면, 중재단계에서 동일한 조정인이 중재인의 역할을 수행할 경우 당사자들이 그 중재절차가 공정하다고 믿을 수 있을 것인가의 문제이다.⁵⁹⁾ 또한 조정-중재인이 조정단계에서 얻은 비밀스런 정보가 나중에 중재단계에서 활용될 가능성도 배제할 수 없다. 대부분의 조정 규칙은 조정단계에서 얻어진 정보를 중재인이나 법원과 공유하는 것에 대하여 상당한 제한을 가하고 있다. 또한 대부분의 중재관련 윤리규칙은 중립적 중재인이 당사자 일방과 의사소통하는 것을 금지하고 있다. 그러나 조정-중재에서 조정-중재인은 조정단계에서 불가피하게, 당사자 일방을 배제한 상황에서 다른 당사자와 각각 별석조정에 들어간다. 둘째로 지적되는 사항은 조정-중재인이 과도한 권한을 가진다는 점이다. 따라서 조정-중재인이 사건을 해결하기 위하여 해결안을 강요할 가능성도 있는 것이다.⁶⁰⁾

57) Brewer and Mills, 전제논문, p.35.

58) 여러 학자들이 조정-중재제도의 장점과 단점을 논의한 바 있다. Phillips, Gerald F., "Same-Neutral Med-Arb: What Does The Future Hold?," *Dispute Resolution Journal*, Vol.60, May-July 2005, pp.24-33; Brewer and Mills, p.35; Peter, 전제논문, pp.83-116.

59) Brewer and Mills, p.35.

조정-중재제도하에서는 조정인이 나중에 중재인이 되므로, 당사자들은 조정단계에서 제시된 조정안을 쉽게 거부하기 어렵게 된다. 따라서 당사자 일방은 힘에 의하여 굴복되는 바람직하지 않은 결과가 도출될 가능성도 배제할 수 없다.

2. 조정-중재의 함축성

본 연구에서는 미국에서 조정-중재제도가 상당히 다양한 영역에서 활용되고 있음을 제시하였다. 그러나 조정-중재 제도는 미국만의 제도는 아니다. 현재 중국은 중재와 조정을 결합한 제도를 활용하고 있다. 중국의 중재제도는 외관상으로는 순수한 중재절차를 가지고 있는 것으로 보이나, 실제에 있어서는 중재와 조정이 결합된 혼종형 분쟁해결제도라고 할 수 있다. 중국에서 활용되는 방식은 '중재절차 중의 조정'방식이다. 즉 중재절차가 진행되는 도중에, 당사자들의 조정 요청이 있거나 중재판정부의 조정 제의에 따라서 조정을 진행하는 방식이다.⁶⁰⁾ 1994년에 제정된 중국 중재법에는 제51조와 제52조에 이와 관련된 조항을 삽입하여, “당사자들이 조정절차에 동의하는 경우, 중재판정부는 조정을 하여야 하며, 중재판정부가 작성한 조정조서와 중재판정문은 동일한 법적 효력이 있다.”는 내용을 포함하고 있으며, 중국의 대표적인 중재기관인 CIETAC 중재규칙도 제45조에 중재와 조정의 결합방식에 대하여 상세한 규칙을 포함하고 있다.⁶²⁾ 실무에 있어서도 중국의 중재와 조정이 결합된 혼종형 분쟁해결제도의 사용도는 상당히 높은 것으로 나타나고 있다.⁶³⁾

우리나라는 중국이 최대교역국이기 때문에, 중국의 중재제도가 외관상 순수한 중재제도이나 실제적으로는 조정-중재제도에 가깝기 때문에 이에 대한 대비가 필요하다고 보인다. 더구나 중국이 세계의 공장 역할을 수행하고 있기 때문에 중국과 교역하는 유럽이나 미국 등의 유럽문명 국가들도 불가피하게 중국과 분쟁해결에 있어서 조정-중재제도를 염두에 둘 수밖에 없는 상황이다. 이는 중국에 국한되는 현상이 아니다. 일본 역시 외관상으로는 중재절차를 시행하나 중재인이 분쟁의 타결에 노력하도록 하고 있다.⁶⁴⁾ 그 만큼 일본의

60) Lim, 전제논문, pp.38-42.

61) 오원석·이경화, 전제논문, p.97.

62) 오원석·이경화, 상계논문, p.99.

63) 1988년부터 2000년 동안, CIETAC 북경본부가 중재와 조정이 결합된 혼종형 분쟁해결방식으로 처리한 사건 수는 총 1,058건에 이르고 있으며, 이 수치는 순수한 중재절차로만 분쟁이 처리된 건수(3,812건)와 비교해 볼 때도 적지 않은 수치임을 알 수 있다. 또한 중국의 대표적인 지방중재기관인 북경중재위원회(BAC)이 2008년부터 2012년 기간 동안, 중재와 조정이 결합된, 혼종형 분쟁해결방식으로 분쟁을 해결한 건수도 대략 40% 이상으로 매우 높게 나타나고 있어서 중재와 조정이 결합된 혼종형 분쟁해결방식이 중요한 분쟁해결 수단임을 알 수 있다. 오원석·이경화, 상계논문, pp.99-100.

64) 일본의 중재실무 전문가들은 당사자들이 중재에 회부된 이후라도 서로 협상할 기회를 가져야 한다고 역설하고 있다. Tashiro, Kenji, “Conciliation or Mediation during the Arbitration Process, A Japanese View,” *Journal of International Arbitration*, Vol.12, 1995, p.121; Kim, Chin-Hyon and Yong-Kyun Chung, “Legal Culture and Commercial Arbitration in the United States and Japan,” *Journal of Arbitration Studies*, Vol.23, No.3, September 2013, p.200 참조.

중재제도도 실제에 있어서는 조정적 요소가 가미되어 있다고 할 것이다. 아시아의 교역규모가 확대되는 만큼 동아시아에 공통적인 요소 즉 대립적 해결보다는 조화로운 해결을 지향하는 분쟁해결방식을 무시할 수 없다.⁶⁵⁾ 더구나 미국에서도 조정-중재제도가 많이 활용되고 있는 만큼 이 조정-중재제도에 대한 연구는 지속되어야 할 것으로 사료된다.

우리나라는 2 천 년대 들어서, 국제분쟁해결에 있어서 주변국들인 중국이나 일본보다도 상대적으로 중재를 분쟁해결수단으로 더 많이 활용하여 왔다.⁶⁶⁾ 따라서 우리나라에서 시행되는 중재의 성격을 자세히 살펴볼 필요가 있다. 한국의 대표적인 중재기관인 대한상사중재원(KCAB)의 국내중재규칙 제18조에 의하면, 대한상사중재원 사무국은 양 당사자가 요청하면 중재절차가 개시되기 이전에, 분쟁을 알선절차에 회부해야 한다. 이 경우, 사무국은 KCAB 중재인명부에서 한 명 또는 3명의 알선인을 선정한다. 만약 알선이 성공적으로 완료되면, 알선인은 중재인으로 간주되며, 알선결과는 중재판정과 같은 것으로 간주되어 중재판정과 동일한 효과를 가지게 된다.⁶⁷⁾ 그러나 만약 알선절차가 분쟁해결에 실패하면, 알선절차는 종료되고, KCAB 중재규칙 하에서 즉시 중재절차가 개시된다.⁶⁸⁾ 뿐만 아니라, 동 규칙 제53조에 의하면, “만약 당사자들이 중재절차가 진행되는 중에, 서로 화해하면, 중재판정부는 당사자들의 요청에 의하여, 화해내용을 중재판정의 형식으로 기록한다”고 되어 있다.⁶⁹⁾ 따라서 우리나라 역시, 외관상으로는 개별적인 중재제도만이 존재하나, 실제에 있어서는 미국의 조정-중재제도와 유사한 제도를 가지고 있다고 해석할 수 있다.⁷⁰⁾ 학계 일부에서는 조정절차의 집행력을 강화하기 위하여 외국의 조정-중재제도를 도입할 필요성을 제기하고 있다.⁷¹⁾

우리나라는 최근 법원연계형 조정제도를 적극 활용하고 있다. 법원연계형 조정제도는 법원에 소 제기가 된 사건들 중에서 조기 조정에 회부하기로 결정되면, 외부의 분쟁해결 기관에 조정을 위임하는 절차이다.⁷²⁾ 우리나라도 법관의 업무량이 과다한 상황에서, 분쟁

65) Kaufmann-Kohler, Gabrielle and Fan Kun, “Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China,” *Journal of International Arbitration*, Vol.25, No.4, 2008, pp.479-492. Chang, Wang Sheng, “Combination of Arbitration with Conciliation and Remittance of Awards-With Special Reference to the Asia-Oceania Region,” *Journal of International Arbitration*, Vol.19, No.1, 2002, pp.51-65. 정용균, “중국의 민간조정제도 논쟁연구: 세 가지 논점을 중심으로”, 『국제지역연구』, 한국외국어대학교 국제지역연구센터, 제14권 제2호, 2010년 7월, pp.333-354.

66) 1998년부터 2010년까지 기간 동안, 대표적 국제중재기관인 ICC 중재법원에 위탁한 중재사건 수는 일본이 225건이고 홍콩을 제외한 중국이 240건인데 비하여, 한국은 307건에 이르고 있어서, 경제규모에 비교해 볼 때, 상당히 많은 분쟁이 국제상사중재로 해결되고 있음을 알 수 있다. 김갑유, 『중재실무강의』, 박영사, 2012년, pp.15-16 참조.

67) Lim, 전계논문, p.41.

68) Lim, 상계논문, p.41.

69) Lim, 상계논문, p.42.

70) 대한상사중재원의 중재규칙은 미국의 조정-중재제도와 유사하게 조정이 먼저 개시되고 나중에 중재가 개시되는 제도와 중국의 조정-중재제도와 유사하게 중재절차 중에 조정이 진행되는 두 가지 측면을 아울러 가지고 있다.

71) 오원석·김대환, “AAA와 KCAB 조정제도의 비교와 시사점”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제24권 제4호, 2013년 12월, p.161.

의 상당부분을 소송의 전 단계에서 해결할 필요성이 제기되고 있는 만큼 ADR의 활용도는 커져야할 상황이다. 그러나 조정의 집행력이 약한 만큼, 조정-중재제도를 통하여, 조정 절차와 중재절차를 결합시킨다면, 그 만큼 법원의 업무량도 줄어들 것이다.

V. 결 론

조정-중재제도는 일종의 강제력이 부가된 조정절차라고도 해석할 수 있다. 조정-중재는 1 단계에서 조정을 시행하고, 조정이 교착상태에 빠지게 되면, 2 단계에서 중재절차를 시행하여 분쟁을 해결하는 절차이다. 문자 그대로 조정절차는 분쟁당사자들이 조정인의 도움을 받아, 자신들 스스로 분쟁을 해결하는 분쟁해결절차이다. 이와는 대조적으로 중재절차는 제3자인 중재인이 소송절차의 법관과 유사하게, 증거에 기초하여 중재판정을 내리는 절차이다. 따라서 조정절차에서는 타협의 가능성이 존재하지만, 중재절차에서는 판정 자체가 완전히 제3자의 손에 맡겨지는 것이다. 즉 조정-중재제도 하에서는 만약 조정이 실패하게 되면, 제3자의 손에 분쟁해결이 맡겨지게 되므로 예측력이 떨어지게 된다. 따라서 조정단계에서 분쟁당사자들은 해결에 대한 압박을 받게 된다. 이는 조정단계에서 분쟁이 타결되도록 하는 효과적인 수단으로 작용하게 된다.

본 연구에서 살펴본 미국의 네 가지 사례분석을 통하여 조정-중재는 초기의 노동분쟁 뿐 만 아니라, 엔터테인먼트산업 분쟁, 가사분쟁인 유언분쟁, 더 나아가서 국제상사분쟁에 까지 폭넓게 사용되고 있다. 따라서 미국에서는 조정-중재가 하나의 별개의 분쟁해결수단으로 사용될 가능성이 더 커질 것으로 전망된다. 한편 중국에서는 이미 CIETAC 중재 자체가 중재인이 중재절차를 진행하는 도중에 조정절차를 진행할 수 있도록 되어 있어서 중국에서는 조정절차와 중재절차가 결합되어 있음을 알 수 있다. 일본 역시 중재실무에서 중재절차가 진행되는 중에, 중재인이 화해를 중용하도록 하고 있어서, 동아시아국가들은 조정과 중재가 결합되는 데 익숙하다할 것이다. 이들 국가와 중재를 통하여 분쟁을 해결할 경우, 상대방 국가는 불가피하게 조정-중재 제도를 고려할 것으로 전망된 상황에 놓이게 될 것이다. 또한 우리나라는 한미FTA를 체결한 상황이어서 더욱 조정-중재 제도에 대하여 연구가 필요하다고 하겠다. 다만 조정-중재제도는 동일한 중립인이 조정인의 역할과 중재인의 역할을 동시에 수행하는 관계로 조정단계에서 조정-중재인이 얻은 사적인 정보를 중재단계에서 활용할 가능성이 커지는 문제점이 있다고 할 것이다.

조정-중재제도에 대한 비판 중 가장 많은 비판은 조정인이 중재인을 겸할 경우, 권한이

72) 법원과 연계된 외부 분쟁조정기관으로는 대한상사중재원, 서울변회 조정센터, 대한법무사협회 조정센터, 공정거래조정원, 한국소비자원, 콘텐츠분쟁조정위원회, 한국거래소, 기독교화해중재원 등이 있다. 대한상사중재원 한국조정학회, 제1기 조정전문가과정 자료, 2012년, p.19.

남용될 경우, 무소불위의 권력을 가지게 된다는 점이다. 민법에서 가장 큰 원칙 중의 하나는 권리남용금지 원칙이다. 더구나 조정-중재인은 민간인이기 때문에 법관에 비하여 공정성에 있어서 더욱 취약할 가능성이 존재한다. 따라서 조정-중재인의 공정성을 보장하기 위한 제도적 보완이 필요하다고 보인다. 조정-중재제도가 활성화될 수 있었던 것은 무엇보다도 유연하고 비용이 적게 들고, 우의적 특성을 지닌 분쟁해결수단에 대한 수요가 크다는 것을 반영한다. 사실 조정제도가 활성화되고, 더 나아가 조정-중재제도에 대한 수요가 증가한 것은 기존의 중재제도가 ADR 본연의 특성이 약화되었기 때문이다. 더구나 최근에는 조정제도 자체도 형식화되는 것에 경고가 보내지고 있다. 따라서 혼종형 분쟁해결제도 역시 ADR 본연의 특성을 유지하도록 제도 개선이 요청된다고 할 것이다. 우리나라에 조정-중재제도를 도입하기 위해서는 보다 심도있는 연구를 통하여 조정-중재제도가 효과가 있는 분쟁은 무엇인지, 조정-중재제도가 효과가 없어서 실익이 없는 분야는 어떤 분야인지 탐구해야 할 것이다.

참고문헌

- 김갑유, 『중재실무강의』, 박영사, 2012년.
- 김상찬, “엔터테인먼트분쟁해결을 위한 중재제도의 활성화방안”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제23권 제1호, 2013.
- 김진현·정용균, “미국의 사법형 ADR제도와 그 함의에 대한 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제21권 제3호, 2011.
- 김진현·정용균, “미국의 중재판정 취소에 관한 연구: 판례법과 제정법의 조화를 중심으로”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제22권 제2호, 2012.
- 데이비드 버스(이충호 역, 최재천 감수), 『진화심리학』, 제4판, 웅진지식하우스, 2012.
- 목영준, 『상사중재법』, 박영사, 2011.
- 박세일, 『법경제학』, 중판, 박영사, 2013.
- 오원석·이경화, “중국의 중재와 조정의 결합제도와 시사점”, 『무역학회지』, 한국무역학회, 제38권 제4호, 2013.
- 오원석·김대환, “AAA와 KCAB 조정제도의 비교와 시사점”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제24권 제4호, 2013.
- 이로리, “Mediation과 Conciliation의 개념에 관한 비교법적 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제19권 제2호, 2009.
- 정용균, “중국의 민간조정제도 논쟁연구: 세 가지 논점을 중심으로”, 『국제지역연구』, 한국

- 외국어대학교 국제지역연구센터, 제14권 제2호, 2010.
- 최장호, “우리나라 알선, 조정상의 문제점과 그 개선방안”, 『무역학회지』, 한국무역학회, 제27권 제4호, 2002.
- Baruch Bush, Robert, “Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation, and What It Means for the ADR Field,” *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.3, 2002.
- Bartel, C. Barry, “Med-Arb as A Distinct Method of Dispute Resolution; History, Analysis, and Potentials,” *Willamette Law Review*, Vol.27, Summer 1991.
- Brazil, D. Wayne, “Continuing Conversation About the Current States and the Future of ADR,” *Journal of Dispute Resolution*, 2000.
- Brewer, J. Thomas and Lawrence R. Mills, “Combining Mediation & Arbitration,” *Dispute Resolution Journal*, November 1999.
- Carbonneau, E. Thomas, “The Ballard of Transborder Arbitration,” *University of Miami Law Review*, Vol.56, July 2002.
- Chang, Wang Sheng, “Combination of Arbitration with Conciliation and Remittance of Awards-With Special Reference to the Asia-Oceania Region,” *Journal of International Arbitration*, Vol.19, No.1, 2002.
- Gary, N. Susan, “Mediation and the Elderly: Using Mediation to Resolve Probate Disputes Over Guardianship and Inheritance,” *Wake Forest Law Review*, Vol.32, Summer 1997.
- Gluck, George, “Great Expectations: Meeting the Challenge of a New Arbitration Paradigm,” *American Review of International Arbitration*, Vol.23, 2012.
- Henry, L. Karen, “Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes,” *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, Vol.3, 1988.
- Kagel, Sam, “Combining Mediation and Arbitration,” *Monthly Labor Review*, September, 1973.
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle and Fan Kun, “Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China,” *Journal of International Arbitration*, Vol.25, No.4, 2008.
- Kim, Chin-Hyon and Yong-Kyun Chung, “Legal Culture and Commercial Arbitration in the United States and Japan,” *Journal of Arbitration Studies*, Vol.23, No.3, September 2013.
- Lim, Sungwoo, “Mediation in Arbitral Proceedings(Arb-Med): A Korean View,” *Korean Arbitration Review*, Vol.1, 2012.
- Lipsky, B. David and Ronald L. Seeber, “The Appropriate Resolution of Corporate

- Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by US Corporations,” Cornell University ILR School, 1998. available at <http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/icrpubs>
- Mason, Paul E., “The Arbitrator as Mediator and Mediator as Arbitrator,” *Journal of International Arbitration*, Vol.28, No.6, 2011.
- Nolan-Haley, Jacqueline, “Mediation: The New Arbitration,” *Harvard Negotiation Law Review*, Vol.17, Spring 2012.
- Oghigian, Haig, “The Mediation/Arbitration Hybrid,” *Journal of International Arbitration*, Vol.20, No.1, 2003.
- Peter, James, T., “Med-Arb in International Arbitration,” *American Review of International Arbitration*, Vol.8, 1997.
- Phillips, Gerald F., “Same-Neutral Med-Arb: What Does The Future Hold?,” *Dispute Resolution Journal*, Vol.60, May-July 2005.
- Phillips, Gerald F., “A Case Study Demonstrates How the Entertainment Business-and Everyone Else-Can Benefit by Using Hybrid Med-Arb Processes,” *Alternatives to the High Cost of Litigation*, Vol.25, No.4, April 2007.
- Radford, F. Mary, “Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters,” *Pepperdine Dispute Resolution Journal*, Vol, 2001.
- Rosoff, Jacob, “Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings,” *Journal of International Arbitration*, Vol.26, No.1, 2009.
- Sachs, Klaus, “Time and Money: Cost Control and Effective Case Management,” Loukas A. Mistelis and Julian D. M. (eds), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006.
- Stern, James, “The Mediation of Interest Disputes by Arbitrators under the Wisconsin Med-Arb Law for Local Government Employees,” *Arbitration Journal*, Vol.39, N0.2, June 1984.
- Tashiro, Kenji, “Conciliation or Mediation during the Arbitration Process, A Japanese View,” *Journal of International Arbitration*, Vol.12, 1995.
- Vera, de, Carlos, “Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Dispute in China,” *Columbia Journal of Asian Law*, Vol.18, Fall 2004.
- Vorys, Yolanda, “The Best of Both Worlds: The Use of Med-Arb for Resolving Will Disputes,” *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, Vol.22, 2007.

ABSTRACT

A Study of Med-Arb in the United States

Yong-Kyun Chung

Mediation and Arbitration are two distinct ADR processes. Their dissimilarity lies in the principle that in mediation the parties themselves decide what the resolution to the problem is, whereas in arbitration the arbitrator makes that determination. Med-Arb, hybrid of the two methods, is a fairly new ADR process dating back to the 1970s. Med-Arb capitalizes on the advantages of both mediation and arbitration, while eliminating many of their disadvantages. Mediation has the advantage of allowing for resolutions rather than decisions. Arbitration has the advantage of guaranteeing that the matter will be resolved when the procedure is over. In Med-Arb, the participants agree to be parties to mediation, and if the mediation comes to an impasse, a final settlement will be reached through arbitration.

This study first explicates the origin and the development of Med-Arb in the United States. This study shows that the emergence of Med-Arb is benefited from the fact that arbitration has lost its own advantages ie, speed, cost-saving, and maintenance of an ongoing relationship between the disputants. Second, this study analyzes four cases in which Med-Arb is applied to various kinds of disputes as a tool of dispute resolution: labor disputes, entertainment disputes, will disputes, and international commercial disputes, consecutively. All those case studies show the generality of Med-Arb as a dispute resolution channel. Third, this study compares the advantages and disadvantages of Med-Arb.

Finally, this study discusses the implications of Med-Arb. In particular it provides the universality of this hybrid form of dispute resolution in the East and West. For example, we show that China has its own distinctive Med-Arb system, where it has developed from ancient Confucian philosophy. Japan also emphasizes the role of an arbitrator who settles the disputes in the course of arbitration. The domestic arbitration rules of the Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) have a similar process in that arbitration contains an element of conciliation. With regard to the universal characteristics of Med-Arb, it is necessary to analyze the pros and cons of Med-Arb at a deeper level in the future. One caveat is that it is necessary to handle the issues of the neutrality of the mediator-arbitrator.

Key Words : Med-Arb, Arbitration, Mediation