

중재절차 중 ‘화해의 유도’와 ‘조정-중재’제도의 구분 필요성에 대한 연구

Study on the Need for Distinction Between "Award by Consent" and
"Med-Arb"

도혜정*
Do, Hyejeong

〈목 차〉

- I. 서론
 - II. 화해의 유도’와 ‘조정-중재’의 구분 필요성
 - III. 중재판정취소의 소 제기 가능성
 - IV. 결론
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 조정, 조정-중재, 화해의 유도, 화해중재판정, 중재판정취소의 소, 비밀성

* 법학박사, 대한상사중재원 중재사업본부 국내중재팀 근무. themoonn6@gmail.com

I. 서론

1. 문제제기

최근 국제사회는 조정에 강제성을 부여하는 ‘우의적 중재’ 또는 ‘조정-중재’에 대한 기대와 관심이 상당하다. 2020. 11. 3. 비대면으로 개최된 “SAF 2020 SIMC & KCAB INTERNATIONAL Webinar “MediAsian: An Asian Perspective on International Mediation””에서도 조정에 강제력을 부여한 싱가포르 조정협약¹⁾ 이후 조정의 모습과 팬데믹 시대의 조정에 관한 논의가 이루어지는 등 국제학계에서 집행가능한 조정에 대한 관심이 높아지고 있다. 특히 이번 회의에서는 조정절차에 있어 ‘신뢰 쌓기’(building trust), 조정인이 ‘누구’인지(Who), 그리고 ‘어떻게’ 조정을 하는지(How), 조정인의 조정인 ‘역할에 대한 이해’가 중요하다는 의견이 제시되었는데, 앞으로 ‘조정-중재’에 있어서도 조정자의 역할이 부각될 것임을 알 수 있다. 이와 같이 조정에 강제성을 부여하는 분쟁해결방식에 대한 관심도가 높은 만큼 향후 국내에서 ‘조정-중재’제도가 더욱 활성화 될 것이기 때문에 우리도 국내중재절차 및 국제중재절차 중에 진행될 조정에 세심한 접근을 할 필요가 있다.

관련하여 국내에 ‘조정-중재’제도에 대해서는 다양한 선행연구가 있어왔다.²⁾ 하지만 기존의 연구에서 ‘조정-중재’제도에서 ‘화해의 유도’ 및 ‘중재판정취소의 소’를 연결하여 ‘조정-중재’의 실제에 접근하려는 시도를 한 선행연구는 찾아보기 어려운 실정이다. 다시 말해, ‘화해’와 ‘조정’은 제3자의 개입여부 또는 개입의 정도에 따라 구별되는 다른 개념임에도 지금까지 별다른 논의가 없어왔던 것이다.

물론 대한상사중재원의 국내중재규칙과 같이 ‘화해중재판정’과 ‘조정-중재’제도를 별도

- 1) 조정제도는 상거래관계를 지속하고, 국가소송으로 허비되는 행정비용을 줄이고, 국제교역을 원활하게 하는 상당한 장점을 가지고 있다. 따라서 다른 법률과 사회 및 경제 시스템을 가진 국가 간의 조정협약은 조화로운 국제교역관계에 도움이 될 것이다. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation(New York, 2018) (the “Singapore Convention on Mediation”) Preamble 참고, 접속일 2020.10.29. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements
- 2) 남선모(2015)는 임대차분쟁에서의 조정-중재 제도에 관해 소개하였으며, 정용균(2014)은 미국의 조정-중재(Med-Arb) 제도에 관해 소개하였으며, 오원석·이경화(2013)는 중국의 중재절차가 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. 남선모, “임대차 분쟁의 조정과 중재에 관한 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제25권 제4호, 2015, pp.119-136.; 정용균, “미국의 조정-중재(Med-Arb) 제도에 관한 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제24권 제1호, 2014, pp.85-109; 오원석·이경화, “중국의 중재와 조정의 결합제도와 시사점”, 『무역학회지』, 한국무역학회, 제38권 제4호, 2013, pp.93-115; 김진현·정용균, “미국의 사법형 ADR제도와 그 함의에 대한 연구”, 『중재연구』, 한국중재학회, 제21권 제3호, 2011, pp.55-87; Lim, Sungwoo, “Mediation in Arbitral Proceedings(Arb-Med): A Korean View,” Korean Arbitration Review, 2012, pp.38-42.

로 규정하고, '조정-중재'제도의 경우 조정인과 중재인을 다른 사람으로 선임하도록 명시 하여³⁾ 보다 세밀한 구분을 시도하려는 노력이 없었던 것은 아니다. 그러나 실무적 차원에서 중재사건에서 '화해'와 '조정'을 같은 의미로 사용하며, '화해의 유도'의 정도를 넘어서서 중재인이 '조정'을 시도하는 경우가 있어온 것이 사실이다. 그럼에도 지금까지 크게 문제가 부각되지 않았던 것은, 조정성립의 경우 합의서를 작성하는 경우가 다수이고 합의서를 작성한 후 이에 근거하여 화해중재판정서를 작성하므로 다툼의 여지가 거의 없기 때문이었다. 하지만 그렇다 하더라도 '조정'이 결렬된 상태에서 중재인이 '조정'과정 중에 지극한 비밀대화에 근거하여 중재판정을 내렸다면 중재인의 월권행위가 될 여지가 생긴다는 원론적인 문제점은 남아있다. 그리고 그로인해 중재판정이 취소될 가능성도 생긴다.

본고는 이와 같은 문제의식을 기초로 중재절차 중 조정에 대한 세심한 접근의 필요성에 대해 논의하고자 하였다. 이를 위해 국제사회에서 우의적 중재로서의 '조정-중재'제도의 등장배경, 각국의 '조정-중재' 관련 규정 및 중재판정이 취소된 실례를 소개하고, 국내에서도 실무적으로 '화해의 유도'와 '조정'을 구별하는 것⁴⁾을 시작으로 중재절차 중 '조정'에 대한 보다 세심한 접근을 할 수 있다는 점을 강조하고자 한다.

2. 우의적 중재로서의 '조정-중재'

국제상사중재시장에서 기존 중재제도의 비대화와 소송화로 인해 중재의 간이성, 신속성, 비용효율성 등의 장점이 퇴색된 것을 보완하기 위한 자연스러운 흐름으로 조정제도에 대한 관심이 높아졌다. 조정에 강제력을 부여하는 '싱가포르 조정 협약'⁵⁾이 그 예이며, 본고에서 논하는 '조정-중재'제도 또한 조정제도를 통해 대체분쟁해결제도가 진정 적절한 분쟁해결제도⁶⁾로 활용될 수 있도록 점차 그 활용도가 높아질 것으로 보인다.

- 3) 중재법과 대한상사중재원 국제중재규칙에는 '조정'에 대한 언급이 없으며 '화해중재판정'에 대한 조항이 있다. 반면 대한상사중재원 국내중재규칙에는 '조정' 및 '화해중재판정'에 대한 조항이 있다. 중재법 제31조 (화해), 국내중재규칙 제39조 (조정), 국내중재규칙 제42조 (화해중재판정)
- 4) 이를 위해 실무자는 조정은 단순한 과정이 아니라는 점을 인지해야 한다. 중재과정 중에 조정이 진행되기 위해서는 중재인의 조정경험, 조정인증과정 이수여부, 조정인의 커뮤니케이션 스킬 등 조정인의 역할에 대한 이해가 있는지 확인이 된 상태여야 할 것이다. 또한 중재과정 중에 조정이라는 용어의 사용을 조심해서 사용해야 한다. 예를 들어 실질이 '화해의 유도'라면 '화해권고' 등의 용어를 사용해야 하며, '조정안 제시'라는 용어를 피해야 한다.
- 5) 양당사자가 서면으로 합의한 경우 조정에 강제력 부여하는 조약이 2019년 8월 7일 싱가포르에서 체결되었다. 우리나라도 한국 기업과 외국 기업이 거래 과정에서 상사분쟁이 발생할 때 당사자끼리 합의한 결과(조정)에 법적 강제성을 부여하기 위해 싱가포르 조정 협약에 가입했다. 서영상, "기업분쟁 조정으로 해결...우리 정부 '싱가포르 조정협약' 가입" 『법률신문』, 2019. 8. 9. 자 접속일 2020.10.29., <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=154976>; 국회 비준을 거쳐 시행되면 앞으로 조정은 법원 판결과 같은 효력을 갖고 싱가포르 조정 협약 가입국에서도 동일한 효력을 인정받게 된다. 안대규, "조정에 법적 강제성 부여 '싱가포르 협약'...한국이 '키맨' 됐다" 『한국경제』, 2019. 4. 14. 자, 접속일 2020.10.29., <https://www.hankyung.com/society/article/2019041434081>
- 6) 중재는 법원을 대신하는 대체분쟁해결제도(ADR, Alternative Dispute Resolution) 중 하나로 알려져 있다. 그

지금의 국제상사중재의 경우, 엄격하게 준거법과 제출된 증거에 의하여 중재판정이 내려지게 되므로 우의적 중재가 작용할 가능성이 적다고 할 수 있다. 그러나 ‘조정-중재’의 경우는 국제상사분쟁의 경우에도, 우의적 해결을 어느 정도 보장할 수 있어서 관계의 지속이라는 측면에서 유리하다할 것이다. 조정절차는 현재 문제를 해결하고 더 나아가서 미래 관계를 보존하는데 중점을 두는 제도이지만 집행력이 보장되지 않았다. 그러나 ‘조정-중재’는 우의적인 해결책이 도출되면서도 집행력이 보장되어 양자에게 이익이 되는 장점이 있다. 이러한 흐름이 왜 생겼는지에 대해 고민하고 ‘조정-중재’제도를 활용해야 국제분쟁시장을 주도할 수 있을 것이다.

3. 조정 용어

본격적인 논의를 시작하기 전에 ADR의 대표적인 중재, 조정, 알선에 대한 용어에 대해 정리하고자 한다. 중재는 당사자에게 구속력이 없는 조정과 구분되며, 일상생활에서 흔히 사용하는 ‘중재’라는 표현은 법률적으로는 ‘조정’에 더 가깝다.⁸⁾ 알선은 제3자가 개입되지만 당사자로 하여금 일치된 해결안에 도달하도록 도와주는 것에 불과하다.⁹⁾ ‘조정’은 제3자인 조정인이 개입되어 일치된 해결안에 도달하도록 분위기를 만들고, 조정안을 제시하여 권유한다. 조정인은 당사자들에게 최선의 해결책을 만들어낼 책임을 가지는 점에서 ‘알선’과 구별된다.¹⁰⁾ 그러나 알선과 조정에 개입하는 제3자는 분쟁당사자들이 분쟁을 해결하는 것을 돕는데 한정되어 있고, 당사자들에게 법적 구속력이 있는 결정을 부과할 권한이 없다는 공통된 특징을 갖는다.¹¹⁾

영문번역의 경우 중재는 ‘arbitration’을 사용하지만, 조정과 알선의 경우 ‘mediation’과 ‘conciliation’을 혼용하는 것으로 보인다. ‘mediation’과 ‘conciliation’은 국가에 따라 서로 같은 의미로 쓰이기도 하고, 다른 의미로 쓰이기도 한다. 국제적으로 국가별로 용어사용에

그러나 중재는 법원보다 오래된 제도이며, 당사자의 합의에 기한 유연한 절차진행이 가능한 적절한 분쟁해결제도(Appropriate Dispute Resolution)라고 소개하고 싶다. 도혜정, “중재제도가 ‘적절한’ 분쟁해결방법이 되기 위한 관심 필요” 『대한변협신문』, 2020. 2. 24.자, 접속일 2020.10.29, <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=21144>

- 7) 우의적 중재(amicable composition)는 법률의 의한 중재(arbitration at law)와 구별되는 개념으로 형평의 원칙 또는 정의관념에 따라 중재판정을 하는 것을 뜻한다. 이는 실질적으로 ‘형평과 선에 의한 중재’(arbitration ex aequo at bono)와 유사하다. 목영준·최승재, 『상사중재법』, 서울: 박영사, 2018. 132면. 참고
- 8) 김갑유·임수현·김홍중·김준우 외, 『중재실무강의』, 서울: 박영사, 2016. 3면
- 9) 국내분쟁의 경우 양당사자들 사이에 중재원의 알선담당자가 일종의 조정인의 역할을 담당하여 임의조정형태로 조정이 시행되고 있으며 이는 향후 한국의 조정제도 발전에 모태가 될 수 있다는 의견. 이주원, “한국 조정제도의 발전방향”, 『중재연구』, 12(1), 2002. 101면.
- 10) 이로리 “mediation과 Conciliation의 개념에 관한 비교법적 연구”, 『중재연구』 제19권 제2호, 28-42면, 2009.; 목영준·최승재 『상사중재법』, 서울: 박영사, 2018. 5면 재인용
- 11) 넓은 의미의 조정의 개념 속에는 알선을 포함한다고 이해하는 의견이 있다. 金容燮, “行政法上 紛爭解決手段으로서의 調停”, 『저스티스』 통권 제81호, 2004. pp.5-39. 14면

있어 그 의미와 내용이 통일되어 있지 않다.¹²⁾ 따라서 본고에서는 조정을 'mediation'으로 통일하여 이하 기재하겠다.

II. 중재절차 중 '화해의 유도'와 '조정-중재'제도의 구분

중재와 조정은 서로 다른 절차와 방식으로 진행되고 효력도 다르지만, 실무에서는 중재판정부가 중재절차 중에 당사자들에게 화해를 권유하는 형식으로 진행하는 경우가 있고 정도에 따라 '화해의 권유' 또는 '조정'이 될 수 있다. 그러다보니 중재인이 '화해'의 형식으로 '조정'을 하는 것에 대해 당연시하기 쉽다. 그러나 앞서 말했듯이 '화해'와 '조정'은 다르기 때문에 구분해서 접근하는 것이 중재인의 월권행위를 경계하는 데 도움이 될 것이다.

한국은 중재판정부의 중립성과 공정성에 영향을 미치는 등의 문제점을 고려하여 조정인과 중재인이 동일한 '조정-중재'제도를 받아들이지 않고 중재판정부의 '화해의 유도'까지만 인정하고 있다는 의견이 있고,¹³⁾ 국내중재규칙에도 '조정-중재'에서 조정인과 중재인을 별도로 선임하도록 규정하고 있다.¹⁴⁾

1. 화해의 유도

대한상사중재원에서는 많은 사건들이 중국적 중재판정이 내려지기 전에 당사자들 간의 화해에 의하여 해결된다. 실례로 최근 접수된 국내중재사건의 5개년 통계를 내본 결과 659건의 신속사건¹⁵⁾ 중 철회 및 진행사건을 제외하고 일반중재판정사건이 455건, 화해중재판정사건이 129건으로 집계되었다. 화해중재판정은 양당사자가 합의서를 작성하고 화해중재판정을 요청하여 중재판정서를 받은 것을 뜻한다. 대한상사중재원의 국내중재사건 신속절차의 화해성립률이 상당히 높은 것을 알 수 있다.¹⁶⁾

12) 조정을 'conciliation'으로 번역하고 알선을 'mediation'으로 번역하는 의견. 목영준·최승재 「상사중재법」. 서울: 박영사, 2018. 5면; 국내에서는 국제법 분야에서는 'mediation'을 '중개'(仲介)로 'conciliation'을 '조정'으로 부르고 있으나, 국내법분야에서는 통일되어 있지 않다는 의견. 이로리 "mediation과 Conciliation의 개념에 관한 비교법적 연구", 「중재연구」 제19권 제2호, 28-42면, 2009. 28면; 싱가포르 조정협약의 경우 'mediation'을 '조정'으로 번역한다.; 'conciliation'을 '조정'으로 번역한 논문. 오원석, 이경화, "중국의 '중재와 조정의 결합' 제도와 시사점", 「무역학회지」, 38(4), 2013.

13) 오원석, 이경화 (2013). 전제논문, 97면

14) 중재법과 대한상사중재원 국제중재규칙에는 '조정'에 대한 언급이 없으며 '화해중재판정'에 대한 조항이 있다. 반면 대한상사중재원 국내중재규칙에는 '조정' 및 '화해중재판정'에 대한 조항이 있다. 중재법 제31조(화해), 국내중재규칙 제39조(조정), 국내중재규칙 제42조(화해중재판정)

15) 국내중재규칙 신속절차의 경우 (1) 1회의 심리 (2) 사무국의 신속한 중재인선정 (3) 판정부 구성일로부터 100일 안에 판정서 작성을 원칙으로 한다. 대한상사중재원 국내중재규칙 제45조, 제47조

화해는 기본적으로 제3자의 개입이 없는 것을 말하며, 양당사자가 중재 심리를 개최하기도 전에 화해하여 합의서를 작성하거나, 중재 1차 심리에서 합의서를 바로 작성하는 경우도 상당하다.

화해(compromise)는 원칙적으로 제3자가 개입되지 않음을 전제로 하고 있다. 우리 민사소송법상의 화해(민사소송법 제145조)도 이론상으로는 합의에 이르는 데까지 법원이 개입하지 않는 것이고, 화해내용을 조서에 기재하여 확정판결과 동일한 효력을 주는 것뿐이다.(민사소송법 제220조)¹⁷⁾

화해가 성립하면 당사자는 중재사건을 철회하거나, 판정서 형식으로 남길 수 있는데, 대부분 집행력을 보장하기 위하여 화해중재판정을 요청한다. 화해중재판정의 한계로 모델법 제30조 제1항은 “중재판정부의 이의가 없을 것”(“...not objected to by the arbitral tribunal”)을 규정하고 있으며, 이는 화해의 내용이 강행규정이나 공서양속에 반하지 않을 것을 요구하고 있는 것으로 이해되고, 중재판정부는 이에 위반하지 않는다고 인정할 때 중재판정의 형식으로 기재할 수 있다고 본다.¹⁸⁾

2. 중재와 다른 조정제도의 특징

(1) 협상 보조 (Assisted Negotiation)

조정인의 주역할은 양당사자가 대화하여 가장 가능한 해결방법을 찾는 것을 돕는 것이다. 조정인은 다양한 스타일을 가질 수 있고 좁게 또는 넓게 쟁점을 정의할 수 있다. 그러나 결론을 강요할 권리는 없다. 그들은 결정하는 자가 아니다. 조정은 넓게 말해 양당사자들이 협상할 수 있도록 보조하는 과정이다.¹⁹⁾ 조정은 협상적인 조정(bargaining mediation)과 치유적인 조정(therapeutic mediation)으로 분류할 수 있다. 조정의 양상은 조정사건의 양상과 당사자들과의 접촉관계에서 조정유형은 이 두 가지 유형을 모두 갖추거나 양상을 달리한다. 협상적인 조정은 조정인이 분쟁해결절차에 적극적으로 개입하며 조

16) 내부통계기준 및 결과는 다음과 같다.(공식자료가 아님)

- 기준일 : 2014. 1. 1.- 2018. 12. 31. (본접수일 기준)
- 3인 중재판정부 제외
- 국내중재규칙 적용
- 중재인 : 사무국 선정
- 총 사건 수 : 659건
- 일반판정 : 455건, 화해판정 : 129건,
- 서류미제출 및 철회 : 74건, 진행중 : 1건

17) 목영준·최승재, 전게서, 4면

18) 이호원, 「중재법연구」, 박영사, 2020. 64면

19) DOUGLAS N. FRENKEL & JAMES H. STARK, THE PRACTICE OF MEDIATION 2-3 (2d ed.2012). p.2.; Fernando Vieira Luiz, “Designing a Court-Annexed Mediation Program for Civil Cases in Brazil: Challenges and Opportunities”, 15 Pepp. Disp. Resol. L.J. 1,2015. p.5.재인용

정인이 직접 조정합의서를 작성하고, 치유적인 조정은 당사자에게 합의안의 자발적인 이행을 강조하며 당사자의 입장과 감정을 충분히 표출하도록 대화의 환경을 조성해준다.²⁰⁾

(2) 합의 과정 (Consensual Process)

당사자들은 완전히 과정의 결과를 컨트롤한다. 판사, 중재인 등은 누가 옳고 그른지, 승자가 누구인지를 결정하지만 조정인은 아니다.²¹⁾ 협상처럼 미래지향적 절차이므로 분쟁당사자의 미래 행동에 초점을 맞추고 당사자 간의 우호적인 협조에 의해 미래의 문제를 논의한다. 소송이나 중재는 과거에 일어난 사실을 바탕으로 법률과 계약조항을 적용하여 권리와 의무를 결정한다.

(3) 비형식성 (Informal Process)

소송의 경우 권리와 소송물의 제약이 있지만, 조정의 경우 당사자들이 원하는 것에 대해 자유롭게 다룰 수 있다. 이로써 제로섬이 아닌 윈윈의 결과를 얻을 수 있다.²²⁾ 중재도 당사자의 합의에 기해 절차를 유연하게 만들 수 있지만, 결과적으로 법에 근거하여 판단하기 때문에 제약이 있다. 따라서 조정은 사법형식을 벗어날 수 있다는 장점을 살려야 하며, 조정인이 사법형식과 사법쟁점에 지나치게 집착하다보면 조정제도의 장점을 잃게 될 수 있다는 점을 인지해야 할 것이다.²³⁾

(4) 조정인의 비밀유지의무

분쟁당사자들이나 조정인은 조정절차 중에 지득한 정보들에 대하여 비밀을 유지하여야 한다. 대한상사중재원 국내중재규칙은 당사자 간에 다른 합의가 없으면 어느 당사자도 조정절차에서의 당사자 또는 이해관계인의 진술을 중재사건에서 원용하지 못한다고 규정하고 있다.²⁴⁾ 국제사회에서도 이는 공통적이며 조정인과 중재인이 동일한 '조정-중재'제도에서 중재인의 월권행위로 인한 중재판정취소의 소 제기 가능성과 연결된다.

20) 이주원. 전계논문, 93면

21) DOUGLAS N. FRENKEL & JAMES H. STARK, THE PRACTICE OF MEDIATION 2-3 (2d ed.2012). p.3.; Fernando Vieira Luiz, op.cit., p.6. 재인용

22) DOUGLAS N. FRENKEL & JAMES H. STARK, THE PRACTICE OF MEDIATION 2-3 (2d ed.2012). p.3.; Fernando Vieira Luiz, op.cit., p.6. 재인용

23) 변호사들은 법률적인 쟁점에만 초점을 맞추고 당사자들이 가질 수 있는 다른 이해에는 관심을 배제하기 때문에 조정인으로 부적합하다는 의견이 있다. 조정은 미래관계를 고려하는 시야가 필요한데 변호사는 종종 이러한 이해를 고려하지 못하고 좁은 법률쟁점에만 초점을 맞추는 경향이 있다. LISA A. KLOPPENBERG. "Implementation of Court-Annexed Environmental Mediation: The District of Oregon Pilot Project". *OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION* [Vol. 17:3 2002]559-596. 2002. p.583

24) 대한상사중재원 국내중재규칙 제39조 제3항

3. 중재와 조정의 결합(Med-Arb)

조정은 시간과 비용을 절약하는 좋은 방법이지만 조정이 실패했을 때는 시간이 많이 소요되며 집행력이 없다.²⁵⁾ ‘조정-중재’제도는 ‘조정’과 ‘중재’제도의 하이브리드로 주로 조정이 결렬되었을 때 사용된다. 물론 조정이 성사되어 조정합의서에 따라 중재판정문을 작성하는 것도 포함된다. 당사자는 조정인이 중재인이 되는 것에 동의할 수 있고 중재인이 내린 중재판정에 양당사자는 구속된다. 조정-중재제도는 “mediation with muscle”이라고 불리며, 조정의 가장 약점인 구속력을 보완하는 제도이다.²⁶⁾

(1) 광의

광의의 ‘조정-중재’제도는 중재와 조정의 여러 가지 결합 형태가 모두 포함된다. 선 조정 후 중재방식(pre-arbitration mediation, conjoining mediation with arbitration), 조정절차와 중재절차를 동시에 진행하며 조정이 성사되면 조정안을 따르고 조정이 실패하면 중재판정을 따르는 ‘그림자 조정방식’, 중국의 CIETAC 등에서 사용하는 방식으로 중재절차를 진행하는 도중에 조정을 진행하며 중재판정부가 조정인을 겸하는 ‘중재절차 중의 조정방식’(combination of arbitration with mediation 중 blending mediation with arbitration), 조정을 진행하다가 성사되지 않으면 양당사자가 각자의 조정안을 제출하고 중재판정부가 이 두 개의 조정안 중 하나를 선택하여 판정문을 작성하는 “최종안중재방식(MedArb)” 등이 있다. 참고로 ‘조정-중재’제도의 반대인 ‘중재-조정’제도(Arb-Med)는 중재판정 뒤에 조정을 하는 제도이다. 조정이 실패하면 중재판정에 구속된다. 조정이 성립하면 중재판정은 공개하지 않으며, 조정이 실패하면 중재판정은 양당사자를 구속한다.²⁷⁾

(2) 협의(Med-Arb-Pure)

협의의 ‘조정-중재’절차는 중국 중재안건의 상당부분을 해결하는 방식으로 ‘중재절차 중의 조정방식’이다. 중재판정부가 조정인을 겸하고 조정이 성사되면 조정합의서에 따라 중재판정문을 발급하고 조정이 실패하면 중재절차를 재개하는 방식이다.²⁸⁾ 가장 큰 단점은 조정단계와 중재단계가 동일한 조정-중재인에 의하여 시행될 때 윤리적 문제가 발생할 가

25) 조정은 시간과 비용을 절약하는 좋은 방법이다. 변호사들은 당사자에게 소송의 경우 길으로는 승자인 것처럼 보여도 실제로는 비용과 시간을 생각하면 패자인 경우가 많다는 점을 상기시킨다면 좋을 것이다. 반면 조정제도는 조정절차에서 합의가 이루어지지 않는 경우에는 시간이 많이 소요될 수 있으며, 강제집행 수단이 없다. Benjamin Charles van der Berg. “Court-annexed mediation: Should it be embraced by the legal profession?”. *DE REBUS* APRIL. 2015. 24-26, p.25

26) Shivam Goel, ““MED - ARB”: A Novel ADR Approach”, *Electronic journal*. 2016. p.5.

27) Shivam Goel, *op.cit.*, p.7.

28) CIETAC(2012년 5월 1일 시행) 제45조

능성이 크다는 점이다.²⁹⁾ 이러한 윤리적 문제를 방지하기 위해서 대한상사중재원 국내중재규칙은 조정인과 중재인을 다른 사람으로 선임하도록 규정하고 있다. 더 나아가 이러한 일관행위는 중재판정취소의 소로 연결될 수 있으며 미국의 경우 취소사례가 있다.³⁰⁾

4. '조정-중재' 제도의 조정인과 중재인 동일성 문제

(1) 부정설 (투명성과 적법성)

조정인과 중재인이 같은 '조정-중재'제도에서 가장 중요하고 명백하게 고려할 사항은 조정절차에서의 비밀대화가(confidential mediation communications) 중재판정에 미치는 영향이다. 특히 이러한 영향이 주법(state statute), 법원규칙(court rule), 기타 다른 법을 위반하는지 여부가 문제된다.³¹⁾ 즉, 조정-중재제도는 이론상으로 이점이 있지만, 손해를 보게 된 상대방은 중재인의 조정인으로서의 개입에 대해 "명백한 편견(apparent bias)" 또는 "중립성 상실(neutrality)"을 주장할 수 있다. 조정인에게 제공된 정보가 불공평하게 사용되는 "판정오염(award contamination)"의 우려도 있다.³²⁾ 이는 중재인의 기피(removal) 또는 중재판정의 무효(invalidation)와 연결될 수 있다.³³⁾

그리고 이러한 우려는 조정과정에 비협조적인 영향을 미치게 될 여지가 있다.³⁴⁾ 다시말해 조정인이 중재인이 된다는 인식은 조정절차에서 완벽하고 솔직한 대화를 이끄는 데 방해가 될 수 있다.³⁵⁾ 또한 조정과정에서 상대방들이 진술할 때 그 진실성에 대하여 선서를 하는 것이 아니고 자유로운 분위기에서 진행되기 때문에 진술내용의 진실성과 객관성이 부족할 수밖에 없다. 조정인과 중재인은 그 입장과 하는 일에 큰 차이를 보이는데 만약 한 안전에 대하여 같은 사람들이 조정인과 중재인을 겸한다면 그 역할에 혼동이 생기기 쉬우며, 중재인으로서 적법절차를 위반하거나 조정인으로서 당사자자치를 침해하는 등 문제가 발생할 수 있다.³⁶⁾

중재인이 조정인을 겸하는 것이 합리적인지에 대해서는 세계 각국 학자들 사이에서 논쟁이 되고 있다. 중재인이 조정인을 겸하는 것의 합리성에 대하여 국제 학계에서는 논쟁이 많은데 한 통계를 보면 설문조사결과 2/3의 응답자가 중재인이 조정인을 겸하는 것은

29) 정용균, "미국의 조정-중재(Med-Arb) 제도에 관한 연구", 『중재연구』, 24(1), 2014.101-103면

30) Bowden v. Weickert, from the Ohio Court of Appeals.(2003 WL 21419175.)

31) Blankley, Kristen M., "KEEPING A SECRET FROM YOURSELF? CONFIDENTIALITY WHEN THE SAME NEUTRAL SERVES BOTH AS MEDIATOR AND AS ARBITRATOR IN THE SAME CASE". *University of Nebraska College of Law, Faculty Publications*. 122. 2011. p.332.

32) Shivam Goel, "'MED - ARB': A Novel ADR Approach", *Electronic journal*. 2016. p.10.

33) Shivam Goel, op.cit., p.6.

34) Blankley, Kristen M., op.cit., p.332.

35) Shivam Goel, op.cit., p.6.

36) 오원석, 이경화, 전계논문, 104면

적절하지 않다고 응답하였다(Christopher R. Drahozal·Richard W. Naimark, 2009)³⁷⁾ Uncitral 제33차 본회의 논의에서는(2000년 뉴욕개최) 중재인과 조정인은 상이한 기술과 소질이 요구된다는 의견이 있었다.³⁸⁾

Med-Arb-Opt-Out은 조정이 ‘결렬’되면 중재인을 새로 선임하는 조정-중재제도를 뜻한다.³⁹⁾ AAA(American Arbitration Association)도 조정이 실패했을 때 조정과정이 중재에 부적절하게 영향이 미칠 것을 우려하여 조정인과 중재인이 동일한 것을 권하지 않는다.⁴⁰⁾ 뉴사우스웨일즈 상법 제27조 D항도 조정-중재제도에서 조정이 ‘결렬’되면 ‘조정-중재’제도를 벗어나게 되어 당사자는 새로운 중재인을 선임할 수 있다고 규정하고 있다.(med-arb-opt-out)⁴¹⁾

조정인과 중재인이 다를 경우 당사자들은 중립성과 비밀성(neutrality and confidentiality)을 유지할 수 있다는 장점을 갖지만, 반면 새 중재인이 사건을 파악하는데 걸리는 추가적인 시간과 비용이 필요하다는 단점이 있다. 한편으로는 조정인과 중재인역할을 동시에 할 수 있는 사람을 찾는 것은 어려운 일이기 때문에 조정인과 중재인을 별도로 선정하는 것이 번거로워 보여도 실제로는 더 쉽고 적절한 방법일 수 있다.⁴²⁾ 더 나아가, 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.⁴³⁾

(2) 긍정설(Med-Arb-Pure)

조정인과 중재인이 동일한 ‘조정-중재’제도(Med-Arb-Pure)는 분쟁당사자들이 우호적 관계를 계속 유지할 수 있고 비용을 절약하며 시간을 단축하고 자발적 이행률이 높은 등 조정의 장점까지 모두 가지고 있다.⁴⁴⁾ 다시 말해, 중재판정부가 조정인을 겸하기 때문에 당사자들은 조정인 선임비용이나 조정 접수비, 관리비 등 제반 비용을 다시 지불할 필요가 없으며, 조정이 성공하게 되면 비싼 중재비나 변호사 선임비용, 증거입수비용 등 여러 가지 비용들까지 절약하게 된다.⁴⁵⁾ 앞서 언급한 Uncitral 제33차 본회의 논의에서는(2000년 뉴욕개최) 사건에 정통하고 여러 가지로 효율적이기 때문에 중재인이 조정인으로 행동

37) 오원석, 이경화, 전계논문, 97면 각주18 재인용.

38) 이강빈, “국제상사조정 및 중재제도 개선에 관한 UNCITRAL 논의동향”. 『중재연구』, 10, 2000. 11면.

39) Shivam Goel, op.cit., p.6.

40) Blankley, Kristen M., “KEEPING A SECRET FROM YOURSELF? CONFIDENTIALITY WHEN THE SAME NEUTRAL SERVES BOTH AS MEDIATOR AND AS ARBITRATOR IN THE SAME CASE”. *University of Nebraska College of Law, Faculty Publications*. 122. 2011. p.332.

41) In New South Wales, the Commercial Arbitration Act, 2010, by virtue of Section 27 D (4). Shivam Goel, op.cit., p.10.

42) Blankley, Kristen M., op.cit., p.336.

43) 정용균, 전계논문, 105면

44) 오원석, 이경화, 전계논문, 113면.

45) 오원석, 이경화, 전계논문, 38(4), 2013. 104면

하는 것이 허용되어야 한다는 의견도 있었다.⁴⁶⁾

이러한 이유로 제3자가 처음에는 조정인의 역할을 하다가 조정이 성립되지 않을 경우에 중재인으로서의 역할을 담당하게 하는 '조정-중재'(Med-Arb-Pure)는 각국의 규정 형태를 떠나서 실무적으로 미국⁴⁷⁾, 싱가포르, 중국, 일본에서 사용되고⁴⁸⁾, 유럽 등 영국을 비롯한 나라에서는 사적인 비밀을 중재인이 될 사람에게 노출시키는 것이 어렵다는 이유로 활용되지 않고 있다.⁴⁹⁾

5. 각국의 규정 예

SIAC(싱가포르국제중재센터)-SIMC(싱가포르국제조정센터)의 Arb-Med-Arb 절차⁵⁰⁾ 하에서 중재인과 조정인은 SIAC과 SIMC에 의해 각각 독립적으로 선정되며, 당사자들이 별도로 합의하지 않는 이상 당해 사건의 중재인은 조정인이 될 수 없다고 규정하고 있다.⁵¹⁾ 미국중재협회(AAA)의 경우 중재절차 중에 조정의 진행은 인정하나 중재인이 조정인을 겸할 수는 없다는 입장을 취하고 있다.⁵²⁾ 국제기구인 UN국제무역법위원회의 《UNCITRAL 모델상사조정법》(2003년 1월 23일시행) 제12조에서는 “당사자들의 합의가 있는 경우를 제외하고 조정인은 동일 안건에 대하여 중재인이 될 수 없다”고 규정한다.⁵³⁾

세계지식재산권기구(World Intellectual Property Organization : 'WIPO')의 조정-중재 (Med-Arb) 절차는 조정과 중재가 결합된 형태로서 제3자가 처음에는 조정인의 역할을 하

46) 이장빈, 전제논문, 11면.

47) 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. 정용균, “미국의 조정-중재(Med-Arb) 제도에 관한 연구”. 『중재연구』, 24(1), 2014. 86면 각주 3. 재인용; 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.

48) Shivam Goel, op. cit., p.5.

49) Sutton/Gill, RUSSEL ON ARBITRATION(22nd Ed), 41(2003); 목영준, 최승재. 『상사중재법』. 박영사. 2018. 5면. 각주7 재인용.

50) 싱가포르 국제중재센터 중재규칙 (제6차) 별지 SIAC-SIMC 중재-조정-중재 프로토콜(이하 “AMA 프로토콜”); 참고로, 싱가포르 국제중재법 제16조 제3항 (a)조는 양당사자가 ‘조정-중재’제도에서 조정결정 후 조정인이 동일 사건에 대해 중재인이 되도록 동의한 경우, 단지 중재사건과 관계있는 조정인 이었다는 이유로 중재인으로 선임하는 것을 거절하지 못하도록 명시하고 있다.

51) 이은재, “중재사건에 조정 시도 기회 제공”, 『리걸타임즈』. 2017.5.2.자, 접속일 2020.10.30. https://www.legaltimes.co.kr:5000/view.htm?kind=menu_code&keys=4&UID=33374

52) AAA상사중재규칙(Rules Amended and Effective October 1, 2013) R-9. Mediation “(생략) Unless agreed to by all parties and the mediator, the mediator shall not be appointed as an arbitrator to the case.”

53) UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) Article 13. Mediator acting as arbitrator

다가 조정이 성립되지 않을 경우에 동일한 중립적 제3자가 해결되지 못한 남은 쟁점에 대해 중재인으로서의 역할을 담당하게 하는 제도이다.⁵⁴⁾

영국은 이 방식에 대한 어떠한 규정도 없으며 다만 런던국제중재원(LCIA) 중재규칙에서 당사자들의 서면합의가 있을 경우 중재인이 우호적 해결을 위하여 조정을 진행할 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁵⁾

중국은⁵⁶⁾ 중국국제경제무역중재위원회에서 1950년대부터 중재절차 과정 중 중재판정부에 의한 조정으로 해결하다가 점차 모든 중재기관 및 세계 각국의 중재기관에서 위 방식을 사용하고 있는 추세이다.⁵⁷⁾ 현재는 CIETAC 뿐만 아니라 중국의 215개 중재기관들에서 모두 관련조항을 두고 있으며 중재절차 중에 조정제의를 많이 하고 있다.⁵⁸⁾

주로 당사자의 합의를 전제로, 중재인이 중재절차 중에 조정인이 되어 조정을 진행할 수 있다고 법률로 규정한 국가와 지역은 대부분 아시아 국가들로 홍콩, 싱가포르,⁵⁹⁾ 인도, 일본 등이 있으며 그 외 호주, 캐나다 등도 있다.⁶⁰⁾ 우리나라 중재법에는 아직 조정이라는 단어가 명시되어 있지 않지만, 앞으로 ‘조정-중재’제도가 입법된다면 조정인과 중재인의 동일성을 원칙으로 들지 예외로 들지, 조정실패의 경우를 분리규정할지 여부 및 조정기간과 동일중재인 거절사유 등에 대해 세심한 고려를 할 필요가 있어 보인다.

Ⅲ. 중재판정취소의 소 제기 가능성

우리나라 중재법 및 대한상사중재원 국제중재규칙에는 ‘조정-중재’제도에 대한 규정이 없다. 구체적으로는 당사자의 합의, 중재지, 준거법, 집행지 등을 고려해서 판단하게 될 것이다. 그러나 대한상사중재원 조정규칙의 ‘비밀유지의무’와 국내중재규칙의 ‘조정-중재’절차에서 조정인과 중재인을 별도로 선임하도록 명시한 취지를 고려해보면, 조정이 실패

54) 1994년 국제사무국 산하에 지식재산권 중재조정센터(WIPO Arbitration and Mediation Center)를 설치하여 지식재산권 관련 국제분쟁을 저렴한 비용으로 빠르게 해결을 위하여 중재, 조정 등의 서비스를 제공하고 있다. 서정일, “조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구”, 『중재연구』, 23(2), 2013. 42면

55) LCIA 중재규칙 제22.4조(effective 1 October 2020).

The Arbitral Tribunal shall only apply to the merits of the dispute principles deriving from “ex aequo et bono”, “amiable composition” or “honourable engagement” where the parties have so agreed in writing.

56) Article 47 Combination of Conciliation with Arbitration(Effective as of January 1, 2015.)

57) 오원석, 이경화, 전계논문, 93면

58) 오원석, 이경화, 전계논문, 98면

59) 싱가포르 국제중재법과 싱가포르 국제중재센터 중재규칙의 차이는 각주 48 참고.

60) 홍콩 중재조례 제1A부 제2A조, 제2B조, 싱가포르 국제중재법 제16조, 인도 중재조정법 제80조, 일본상사중재협회 상사중재규칙 제49조, 호주 상사중재법 제27조, 캐나다 중재법안. 오원석, 이경화, 전계논문, 100면. 각주29. 재인용.

한 사건에서 조정인과 중재인이 동일할 때, 중재판정에 대한 취소의 소 제기 가능성에 대해 한번쯤 고민해봐야 할 것이다.

중재절차 중의 '화해중재판정'과 '조정-중재'제도의 혼란은 중재인의 의도하지 않은 일권행위를 유도하여 중재판정의 취소 또는 무효와도 연결될 수 있다.⁶¹⁾ 더 나아가 화해와 조정 및 중재의 차이에 대한 인식 부재는 중재판정의 기판력에도 영향을 미칠 수 있다는 점도 고려해야 한다. 2016년 중재법은 구 중재법 내지 독일 민사소송법과 비교할 때 중재판정의 효력이 약화되었다. 즉 이제는 취소사유가 있으면 중재판정은 법원에 의하여 취소되기 전에도 기판력이 없다.⁶²⁾ 중재법은 규정을 두고 있지 않으나 중대한 사유가 있으면 중재판정이 무효가 될 수 있다. 중재판정의 당연무효사유 또는 절대적 무효사유에 해당하면 취소에 의하여 효력을 상실하는 것이 아니라 처음부터 무효라는 의미이다.⁶³⁾

1. '조정-중재'제도 중재판정취소 판결

조정인과 중재인이 동일한 '조정-중재'제도(Med-Arb-Pure)에 따른 중재판정이 취소된 실 사례를 살펴보는 것은 국내에서 중재인이 조정절차 중 지득한 비밀대화의 중요성을 이해하는데 도움이 될 것이다.

Bowden v. Weickert, from the Ohio Court of Appeals.(2003 WL 21419175.)⁶⁴⁾는 보험계약관련 사건이다. 중재 전에 조정을 하기로 양당사자가 합의했고 2일간의 조정과정 후 양당사자는 특정가격에 계약을 체결하기로 손으로 서류를 작성하였다. 그리고 추후 구체화하기로 하였다. 그러나 양당사자는 결과적으로 구체화하지 못하였고 조정을 했던 같은 자에게 중재를 맡기게 되었다. 중재인은 조정합의과정에서 양당사자가 서면으로 작성한 계약서 초안에서 고려된 내용이지만 새롭게 판정하였다. 판정은 조정이나 기존 계약과는 관계없는 것처럼 꾸며졌다. 매수자는 중재인의 일권을 주장하며 오하이오법(Ohio law)에 근거하여 중재판정취소의 소를 제기하였다. 법원은 이 판결에 대해 중재판정취소의 소의 높은 기준을 고려하고, 이후 조정-중재제도에 미칠 영향을 고려하였다. 법원은 오하이오주법은 조정대화는 비밀이 유지되어야 함을 규정하고 있기 때문에 조정대화(mediation

61) 참고로 위스콘신 항소법원(Wisconsin Court of Appeals)에 제기된 *Milwaukee County v. Milwaukee District Council* 사건에서 '조정-중재'제도가 헌법상 보장된 권리인 적법절차원칙(due process)을 벗어난 것인지 여부를 판단한 바 있다. 위스콘신 고용관계법(Wisconsin Municipal Employment Relations Act)은 사법심사가 배제된 조정-중재(med-arb)제도를 규정하고 있다. 원고는 절차적 안전장치가 부적절하다는 합리적인 근거를 제시하지 못하였고 법원은 위헌에 대한 주장을 받아들이지 않았다. Shivam Goel., *op. cit.*, p.7.

62) 석광현, "2016년 중재법에 따른 국내중재판정의 효력, 취소와 승인·집행에 관한 법리의 변화", 『법학논총』, pp.461-499. 2017. 472면.

63) 석광현, 전제논문, 465면.

64) Blankley, Kristen M., "KEEPING A SECRET FROM YOURSELF? CONFIDENTIALITY WHEN THE SAME NEUTRAL SERVES BOTH AS MEDIATOR AND AS ARBITRATOR IN THE SAME CASE". *University of Nebraska College of Law, Faculty Publications*. 122. 2011.p.346.

communications)는 조정인과 양당사자의 모든 동의 없이는 다른 절차에 공개(disclose)되어서는 안된다고 판단하였다.⁶⁵⁾

결국 법원은 조정대화가 중재판정에 영향을 미쳤다고 판단하여 중재판정을 취소하였다. 법원은 “비록 조정이 실패하여 당사자들이 중재를 활용하였다라도 중재인은 중립적이고 조정절차중의 대화의 비밀성을 유지해야한다. 따라서 중재인은 중재절차 중에 알게 된 원계약과 증거에 근거하여 판단하여야 하고 이를 벗어나서는 안 된다.”고 판시하였다.⁶⁶⁾ 미국의 경우 11개주에서 받아들여진 통합조정법 (Uniform Mediation Act ‘UMA’)에서 ⁶⁷⁾ 조정과정중의 대화가 중재절차에서 동의 없이 공개되지 않도록(privileged) 규정하고 있으며 ‘조정-중재’제도 중 조정대화도 포함된다.⁶⁸⁾

2. 소결

조정인과 중재인이 동일한 사람인 경우를 “Same-neutral med-arb”라고 명하기도 한다. “Same-neutral med-arb”는 속도, 효율성, 구속력을 모두 갖추었지만, 단점도 있다. 가장 큰 단점은 조정과정에서 알게 된 은밀한 비밀정보에 근거해서 중재를 하게 될 여지가 있다는 점이다. 다시 말해 편견 없이 중재를 하기 어렵다.⁶⁹⁾

당사자는 조정인과의 대화가 비밀 유지될 것이라고 기대한다. 또한 조정과정에서의 대화가 당사자가 포기하지 않는 이상 비밀에 붙여져야 한다고 법에 규정되기도 한다.⁷⁰⁾ 따라서 조정과정에서 알게 된 비밀에 근거한 중재판정은 연방중재법 또는 유사 주법에 따라 취소대상이 될 수 있다.⁷¹⁾ 당사자들이 “조정의 비밀성을 포기”(mediation confidentiality waivers) 하는 것이 중재판정의 취소를 방지하는 방법으로 제시되기도 하지만,⁷²⁾ 이러한 포기가 형식화될 우려가 있고 장기적으로는 ‘조정-중재’제도의 취지와 장점이 퇴색될 수 있다는 점을 고민해봐야 한다.

65) 2003 WL 21419175. citing OHIO REV. CODE ANN. § 2317.023(C)(1) (LexisNexis 2010) (repealed). Blankley, Kristen M., op. cit.,p.347. 재인용

66) 2003 WL 21419175. Blankley, Kristen M., op. cit.,p.348. 재인용.

67) Blankley, Kristen M.,op. cit.,p.346. 재인용. Nat’l Conference of Comm’rs on Unif. State Laws, Legislative Fact Sheet—Mediation Act, UNIF. LAW COMM’N (2010), at <http://www.nccusl.org/LegislativeFactSheet.aspx?title=Mediation%20Act> (indicating that Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio, South Dakota, Utah, Vermont, Washington, and the District of Columbia have adopted the UMA, with legislation pending in Massachusetts and New York).

68) Uniform Mediation Act (UMA) § 4

69) Blankley, Kristen M., op. cit., p.321.

70) Uniform Mediation Act (UMA) § 5, 7

71) 9 U.S.C. § 10 (2006).Blankley, Kristen M.,, op. cit., p.322.

72) Blankley, Kristen M., op. cit., p.322.

IV. 결론

국제사회는 소송화된 중재를 대체하여 유연하고 신속하며 비용효율적인 옛 우의적인 중재의 모습을 한 '집행 가능한 조정'(싱가포르 조정협약) 또는 '조정-중재'제도에 기대를 걸고 있다. 그러나 미래지향적이고 관계지향적인 조정인과 과거의 분쟁을 법률에 근거하여 해결하는 중재인의 역할이 분명 다르고 요구되는 전문성이 다르다는 점을 간과하는 모습을 종종 보게 된다. 기업들은 원래 중재가 가지고 있던 유연함과 비용효율성을 유지한 조정제도를 활용하고자 하지만⁷³⁾, 소송과 중재가 유사하게 되면서 중재의 장점을 잃어가듯이⁷⁴⁾, 조정도 중재와의 경계가 모호해지면서 그 장점을 잃을까 우려된다.

이러한 우려를 미리 고민하고 대비하여 우리나라에서 '조정-중재'제도가 잘 자리 잡혀서 당사자 자치 및 비공개성, 비용효율성 등 ADR 본연의 장점을 살릴 수 있는 모범실무가 만들어지길 희망한다. 이를 위해 ADR이 정의에 접근하는 유효한 방법이라면 정부와 법원은 시민들에게 제공할 수 있는 정책을 마련해야하고⁷⁵⁾ 실무자들은 '조정-중재'제도가 양당사자의 만족스러운 분쟁해결을 위해 자리 잡을 수 있도록 세심히 노력해야 할 것이다.

현재 우리나라 '조정-중재'제도의 모습은 당사자들이 합의하는 경우 중재인들이 조정인의 역할까지 겸하여 화해판정⁷⁶⁾의 형식으로 나타나는 것이 일반적이다.⁷⁷⁾ 그러나 중재인은 당사자의 합의와 관계없이 할 수 있는 '화해의 유도'와 당사자의 합의가 전제되는 '조정'을 같은 것으로 이해하고, 혼용하여 당사자의 합의 없이 '화해의 유도'를 넘어서는 '조정'을 시도하는 경우도 종종 있다. 그러나 원칙적으로 당사자의 합의 없이는 중재인의 역할은 '화해의 유도'까지만 가능하다.⁷⁸⁾ 대한상사중재원 국내중재규칙도 중재인의 공정성과 중립성을 보장하기 위해 중재인과 조정인을 분리하는 규칙을 두고 있다.

앞으로 '조정-중재'제도의 모범실무를 만들기 위해 중재기관⁷⁹⁾과 중재인은 다음과 같은

73) 정용균, 전계논문, 88면.
 74) 중재는 소송과 다른 방향으로 발전되어야 하는 것이 우선되어야 한다. 중재와 소송의 뿌리가 다르며 중재고유의 모범실무를 발전시켜야 할 것이다. 도혜정, "국제상사중재의 비사법화에 관한 연구", 이화여자대학교, 법학박사학위논문, 2007. 53면.
 75) Steve Gizzi, Judging Mediation, 10 JOHN F. KENNEDY U. L. REV. 135, 135 (2004).; Fernando Vieira Luiz, op. cit., p.2 재인용
 76) 대한상사중재원 국내중재규칙에 명시된 '화해중재판정'은 법률상 개념은 아니고 대한상사중재원이 국내 중재 규칙에서 화해 내용을 중재판정서로 작성하는 절차의 줄임말에 불과한 것으로 보인다.
 77) 이주원, 전계논문. 101면
 78) 오원석, 이경화, 전계논문, 110면.
 79) 정부는 대한상사중재원과 같은 전문적인 분쟁해결기관에 대한 과감한 지원을 지속해야 한다. 현재 대한상사중재원은 기존의 알선제도 및 조정제도를 발전시키기 위해 꾸준한 노력을 하고 있으며 분쟁해결에 전문지식을 보유한 전문가들을 다수 보유하고 있다. 매년 조정인 교육을 하고 있으며, 법원연계형 조정의 합의도 꾸준히 이루어지고 있다.

노력을 해야 한다. 첫째, 중재절차 중 ‘화해의 유도’와 ‘조정’의 혼용을 먼저 해결해야 한다고 생각한다. 가령 중재과정 중에 조정이라는 용어의 사용을 주의해서 사용해야 한다. 실질이 ‘화해의 유도’라면 ‘화해권고’ 등의 용어를 사용해야 하며, ‘조정안 제시’라는 용어를 피해야 한다.

둘째, 중재인의 조정에 대한 당사자의 합의가 있는 경우라도 중재인의 공정성과 중립성 문제가 남아있다는 점을 인식해야 한다. ‘조정-중재’제도에서 ‘조정’에 대한 이해가 부족한 상태에서 중재인과 조정인이 같은 경우(Med-Arb-Pure) - 실패한 조정과정 중의 비밀대화⁸⁰⁾가 중재판정에 영향을 미쳤다는 이유로 - 중재인의 월권에 의한 중재판정취소의 소 제기가 가능함을 인지해야 한다.

셋째, 당사자에게 조정이 결렬되었을 때는 조정 중의 비밀대화가 중재판정에 영향을 미쳤다는 이유로 중재판정취소의 소 제기 가능성이 있다는 안내가 필요하다. 또한 당사자에게 조정과정 중 중재인이 지득한 대화의 비밀성을 포기하는 것을 장려하거나 형식화해서는 안된다.

더 나아가 중재인의 조정이 실제로 의미 있게 진행되기 위해서는 중재기관은 그 중재인이 조정인의 역할에 대한 이해가 있는지, 조정경험유무 및 조정인 교육 이수 여부 등의 정보를 당사자에게 제공하고, 중재인의 조정인교육과정 이수를 장려해야 한다.⁸¹⁾

제도적 측면에서도 보완이 필요하다. 중재법에는 아직 조정에 대한 규정이 없다. 조정-중재인은 민간인이기 때문에 법원에 비하여 공정성에 있어서 더욱 취약할 가능성이 존재하므로 민법에서 가장 큰 원칙 중의 하나인 권리남용을 더욱 경계해야 한다. 따라서 조정-중재인의 공정성을 보장하기 위한 제도적 보완으로 조정인과 중재인을 분리 선임하도록 규정하는 것이 바람직해 보인다. 물론 조정과 중재는 사적자치에 근간하는 제도이므로 단서규정으로 당사자의 합의가 있다면 조정인과 중재인이 동일할 수 있다는 점을 명시하는 등 입법을 신중히 고려해야 할 것이다.

향후 ‘조정-중재’제도 중 ‘조정’의 논의사항은 무궁무진하다. 조정지와 중재지, 조정준거법, 조정과정중의 비밀에 대한 포기에 대한 합의, 조정기간 명시여부, 조정인 선정권, 다수의 조정인 선정여부, 팬데믹 이후 비대면 조정 활성화 장려여부 등이 있을 것이다. 최

80) 대한상사중재원 조정규칙 제12조 (비밀유지)

- ① 당사자 간에 다른 합의가 없는 경우 조정절차에서 당사자 또는 이해관계인이 제출한 자료 또는 진술은 분쟁해결합의의 이행 또는 집행을 위하여 필요한 경우를 제외하고, 소송, 중재 또는 다른 절차에서 원용하지 못한다. 다만, 조정절차와 관계없이 당사자가 개별적으로 취득한 자료는 그러하지 아니하다.
 - ② 조정인은 조정 중에 받은 모든 기록과 정보에 대해 비밀을 유지하여야 하며, 소송, 중재, 또는 다른 절차에서 조정과 관련하여 증언을 하거나 기록을 제출할 의무를 부담하지 아니한다.
 - ③ 당사자 간에 다른 합의가 없는 경우 조정 중에 녹취는 허용되지 아니한다.
- 81) 미국법원은 당사자 스스로 분쟁해결을 할 수 있도록 돕는 역할에 주력하는 반면 한국법원은 분쟁해결에 적극 개입하는 경향이 있는데, 당사자 스스로 분쟁해결을 할 수 있도록 사회 분위기가 조성되고, 이를 뒷받침할 수 있는 조정인의 교육과 전문성을 강화하기 위한 지속적인 노력이 필요하다. 장문철, “Party Autonomy in Korean and U.S. Court”. 『중재연구』, 17(2), 125-139. 2007. 139면.

근에는 중재가 소송화되면서 중재의 장점을 잃어가듯이 조정제도마저 장점을 잃어간다는 의견이 있다.⁸²⁾ 소송과 구별되는 중재의 독자성을 충분히 인식하는 것은 기본으로 하되⁸³⁾ '조정-중재'제도 내에서 중재와는 다른 조정의 특징점을 유지하기 위한 세심한 노력이 필요하다.

82) 정용균, 전계논문, 105면.

83) 석광현, 전계논문, 494면.

참고문헌

- 김갑유·임수현·김홍중·김준우 외, 「중재실무강의」. 서울: 박영사.2016.
- 金容燮, “行政法上 紛爭解決手段으로서의 調停”, 「저스티스」 통권 제81호, 2004. pp.5-39.
- 남선모, “임대차 분쟁의 조정과 중재에 관한 연구”, 「중재연구」, 25(4), 2015, pp.119-136.
- 도혜정, “국제상사중재의 비사법화에 관한 연구”, 이화여자대학교, 법학박사학위논문, 2018.
- _____, “중재제도가 ‘적절한’ 분쟁해결방법이 되기 위한 관심 필요” 「대한변협신문」, 2020. 2. 24.자, 접속일 2020.10.29,
<http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=21144>
- 대한상사중재원, 「국내중재 심리절차 표준모델 안내서」, 2019.
- 목영준·최승재, 「상사중재법」. 서울: 박영사, 2018.
- 서정일, “조정제도의 통합적 운용방안에 관한 연구”. 「중재연구」, 23(2), 2013. pp. pp.37-54.
- 서영상, “기업분쟁 조정으로 해결...우리 정부 “싱가포르 조정협약” 가입” 「법률신문」, 2019. 8. 9.자 접속일 2020.10.29.,
<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=154976>
- 석광현, “2016년 중재법에 따른 국내중재판정의 효력, 취소와 승인·집행에 관한 법리의 변화”, 「법학논총」. 2017. pp.461-499.
- 안대규, “조정에 법적 강제성 부여 “싱가포르 협약”...한국이 “키맨” 됐다” 「한국경제」. 2019. 4. 14. 자, 접속일 2020.10.29.,
<https://www.hankyung.com/society/article/2019041434081>
- 오원석, 이경화. “중국의 “중재와 조정의 결합” 제도와 시사점”. 「무역학회지」, 38(4), 2013. pp.93-115.
- 이호원, 「중재법연구」. 서울: 박영사. 2020.
- 이강빈, “국제상사조정 및 중재제도 개선에 관한 UNCITRAL 논의동향”. 「중재연구」. 10, 2000. pp. 3-36.
- 이주원, “한국조정제도의 발전방향”. 「중재연구」, 12(1). 2002. pp. 89-122,
- 이로리, “mediation과 Conciliation의 개념에 관한 비교법적 연구”, 「중재연구」 19(2), 2009. pp. 28-42면(2009)
- 이은재, “중재사건에 조정 시도 기회 제공”, 「리걸타임즈」. 2017.5.2.자, 접속일 2020.10.30.
https://www.legaltimes.co.kr:5000/view.htm?kind=menu_code&keys=4&UID=33374

- 장문철, "Party Autonomy in Korean and U.S Court". 「중재연구」, 17(2), 2007. pp. 125-139.
- 정용균, "미국의 조정-중재(Med-Arb) 제도에 관한 연구". 「중재연구」, 24(1), 2014. pp.85-109.
- Benjamin Charles van der Berg., "Court-annexed mediation: Should it be embraced by the legal profession?", *DE REBUS* APRIL. 2015. pp. 24-26.
- Blankley, Kristen M., "KEEPING A SECRET FROM YOURSELF? CONFIDENTIALITY WHEN THE SAME NEUTRAL SERVES BOTH AS MEDIATOR AND AS ARBITRATOR IN THE SAME CASE". *University of Nebraska College of Law, Faculty Publications*. 122. 2011. pp. 317-366.
- Fernando Vieira Luiz., "Designing a Court-Annexed Mediation Program for Civil Cases in Brazil: Challenges and Opportunities", 15 *Pepp. Disp. Resol. L.J.*, 2015. pp. 1-84.
- LISA A. KLOPPENBERG, "Implementation of Court-Annexed Environmental Mediation: The District of Oregon Pilot Project". *OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION* [Vol. 17:3 2002] 2002. pp.559-596.
- ROBERT W. RACK, JR., "Thoughts of a Chief Circuit Mediator on federal court-annexed mediation SOURCE", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 17 no3, 2002.
- Shivam Goel, ""MED - ARB": A Novel ADR Approach", *Electronic journal*. 2016. 1-18.

ABSTRACT

Study on the Need for Distinction Between "Award by Consent" and "Med-Arb"

Do, Hyejeong

The Mediation-Arbitration hybrid is becoming more popular since it makes an amicable relationship and thorough statement possible. The Mediation-Arbitration hybrid has been used to take advantage of both dispute resolution methods.

In a Med-Arb process, negotiating a resolution to disputes is attempted with a mediator's help. If the mediation ends in an impasse or issues remain unresolved, parties can move on to arbitration. Med-Arb can also be cost-effective when disputants hire one person to serve as mediator and arbitrator (Med-Arb-Pure). However, it can disturb the fairness and neutrality of arbitrators, and awards can be annulled.

Indeed, "Award by Consent" is different from the "Med-Arb-Pure" process. Arbitrators easily confuse them. Only the parties settle on the arbitral proceedings' course, and the arbitrator can help them (award by consent). The role and skill of a mediator are different from an arbitrator's. Disputants have the right to use a mediator who specializes in mediation. Moreover, mediation communication confidentiality is the essential value of mediation, and this should be protected.

Therefore, in the process of "Med-Arb," separation between mediating and arbitrating is a better choice to specialize in each expertise. In this process, "Med-Arb" can be an affordable, expeditious, proper, and effective method of resolving international commercial disputes and continuing ADR prime time.

Key Words : Mediation, Med-Arb, Award by Consent, Annulment of the Award, Confidentiality