

民事調停制度의 活用方案

The Application Method of Court-annexed Mediation

함 영 주 (법률실무과)

Young-Ju Hahm (Dept. of Law)

Key Words: 調停, 調整, 조정, 裁判外 紛爭處理節次(ADR), 當事者適格, 조정위원회, 民事調停全擔法官, 準法官(magistrate), 特別補助法官(special master), 대표자가 없는 당사자(unrepresented party), 紛爭解決機構(Claims Resolution Facilities), 사건관리계획(case management plan), 변론준비절차.

Abstract: 기본적으로 법원이 통제하는 조정은 재판상 화해와 크게 다를 바가 없으나 일반적으로 재판외적 분쟁해결제도로 파악하는 조정을 사법제도의 중심에 도입하였다는 점과 민간차원의 裁判外 紛爭處理節次(ADR)와 달리 국가의 공권력을 배경으로 실효성 있는 채무명의를 만들 수 있고 최종적 분쟁처리채널인 재판과 밀접한 상호관계를 가질 수 있다는 점에 의의가 있다.

이러한 장점을 살려 우리 법의 조정절차는 다음과 같은 방향으로 새로이 구성할 필요가 있다. 즉, 법원의 통제하에 조정을 거친 경우에는 이에 대한 불복을 보통의 경우처럼 제1심에 제기하지 않고 항소심에 곧바로 제기할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 그 대신에 조정을 받드시 거치도록 강제할 필요는 없고 당사자들이 최초의 심판을 제1심 소송에서 받을 것인지 조정으로 대체할 것인지를 임의로 결정하도록 하여야 한다.

또한 집단분쟁특례법 속에 조정과 연관된 효과와 절차를 규정할 필요가 있다. 왜냐하면 집단소송은 필연적으로 조정이나 화해와 같은 비공식적인 협상절차가 선행되는 경향이 있는데 이에 대하여 아무런 효력을 부여하지 않거나 거꾸로 무조건 이 절차로 거치도록 강요하는 것은 사안의 해결을 더욱 어렵게 만들기 때문이다. 특히 집단소송의 경우에는 기존의 조정위원회의 조정위원처럼 이미 구성되어 있는 위원회가 아니라 그때그때 사건의 성격을 감안하여 수시로 법원에서 전문전담조정위원을 임명할 필요가 있다. 그 이유는 일반 민사조정인 경우는 비송사건의 경우와 마찬가지로 정형적인 사건을 계속하여 담당하는 조정위원의 전문화가 관건이 되나 집단소송의 경우는 특정 분야에 대하여 정통한 지식을 가진 전문가 또는 특정 문제에 대한 실정에 밝은 실무가를 필요로 하기 때문이다. 그리고 이 조정위원에게는 법관의 역할을 일정 부분 대신하는 특별보조법관의 자격을 부여하는 것이 여러 면에서 바람직하다.

1. 의의

1.1. 조정의 의의

調停은 제3자가 분쟁당사자들을 중개하고 쌍방의 주장을 절충하여 화해에 이르도록 알선·협력하는 것을 말하는데 보통 국가기관이 제도적으로 행하는 것을 말한다.¹⁾ 이는 다시 법원에 의한 調停²⁾과 행정부산하기관에 의한 調停으로 나뉜다.

1) 鄭東潤, 民事訴訟法[第四全訂版], 法文社, 1997, 20-21면.

2) 법원에서 행하는 조정이 민사조정법의 조정인데 이는 미국의 제도 중 법원내 조정(court-annexed mediation)에 해당하는 것으로 보인다.

이와 달리 조정의 개념을 보다 넓게 파악하여 분쟁당사자들 사이의 견해차이를 공동으로 탐구하고 해소하려는 임의적 절차를 포괄하여 '調整'이라고 정의하기도 한다.³⁾⁴⁾ 후자의 입장에서는 調整節次가 존재하기 위한 전제조건으로 당사자들간의 공감대형성과 합의의 가능성을 들고 있으며 이를 보다 근본적으로 재판에 의한 해결이 의사소통의 수단으로 만족스럽지 못한데 대한 반작용의 성격에서 기인한다고 파악한다.

이러한 관점에서 '裁判으로부터 調整으로'라는 슬로건⁵⁾은 더욱 힘을 얻어 가고 있다. 그러나 이러한 재판이나 조정이나와 같은 이분법적인 인식은 조정도 잘못 활용되면 일방당사자의 법에 의한 방어무기를 빼앗고 실력으로 간섭의 범위를 확대하는 교묘한 통제기구가 될 수 있다는 점에서 바람직하지 않다. 오히려 大正義(macro-justice)의 관점에서 裁判的 正義의 사회적 총생산을 극대화한다는 목표로 裁判外의 紛爭處理를 裁判的 正義의 중요한 波及媒體로 보아⁶⁾ 통합적으로 운영할 필요성이 있다.

1.2. 民事調停法の 정비

우리 나라는 여러 개별법상의 민사조정관련조항을 통폐합하여 1990년 民事調停法으로 일원화하고 1992년, 1995년, 1998년의 개정을 거쳐 현재 시행중이다.⁷⁾ 주요골자는 신청에 의한 조정뿐만 아니라 직권조정도 허용하였으며(민사조정법 제6조), 임의조정을 원칙으로 하되 강제조정(민사조정법 제30조, 제32조)을 적극 활용하도록 하였다. 그리고 조정기관으로는 조정담당판사, 조정위원회, 受訴法院이 있는데 조정처리비율(1995년 기준)은 受訴法院이, 조정성공률은 조정위원회의 경우가 제일 높은 비율을 보이고 있다.⁸⁾

이는 법원이 주관하는 조정이라는 점에서 재판상화해와 크게 다를 바가 없으나 일반적으로 재판외적 분쟁해결제도로 파악되는 조정을 사법제도의 중심에 도입하였다는 점과 민간차원의

3) 環境問題와 관련된 葛藤解消方案에 관한 研究, 環境部, 1996, 105면; 調整이라는 용어는 알선·調停·裁定를 통칭하는 개념이며 일본의 공해분쟁처리법에서는 '處理'라는 용어를 사용한다(金永吉, 環境紛爭調整制度의 現況과 앞으로의 改善課題, 人權과 正義, 1994. 11, 53면). 특히 이 환경분쟁조정제도는 일본에서 성립된 것으로 비공식적인 절차를 선호하는 소송협오사상과 연계되어 있으며 행정법에 있는 행정지도가 일본에서 탄생한 것과 맥을 같이 한다(柳至泰, 環境汚染被害紛爭調整制度의 比較法的考察, 人權과 正義, 1994. 11, 45-47면).

4) 본 논문에서는 조정담당판사나 조정위원회에서 하는 법원에 의한 조정은 '調停'으로 행정부 산하의 각종위원회나 기타 기관 또는 일반인들이 행하는 재판외분쟁해결절차에 대해서는 '調整'으로, 그리고 둘을 모두 포함하는 경우에는 단순히 한글로 음독하여 '조정'으로 사용하고자 한다. 調整과 調停을 모두 포괄하는 개념이 調整이라고 정의하는 경우도 있다(黃永善, 調停制度, 釜山地方辯護士會誌(第13號), 1995, 186면.)

5) 南 博方, 環境紛爭處理の在り方を考える - 裁斷から調整の時代へ -, 判例タイムズ NO. 833, 1994. 3. 1, 4-9면.

6) Kenneth S. Abraham & Glen O. Robinson, Aggregative Valuation of Mass Tort Claims, 53 Law & Contemp. Probs., 137, 139 (1990); 小島武司, 紛爭處理制度の全體構造, 講座民事訴訟 1, 弘文堂, 1984, 355-380면.

7) 현재 본안대비 조정종결율((조정성립건수+갈음결정수-이의신청건수)÷총본안처리건수)은 10% 전후에 머무르고 있는데 이는 일본의 50%에 비하면 매우 낮은 것이다. 그 원인을 소송우선주의적 경향과 조정제도에 대한 홍보와 국민들의 인식부족에서 찾기도 한다. 그러나 조정에 회부된 경우에 조정성공률은 75%에 이른다; 孫壽一, 調停擔當判事の 視覺에서 본 民事調停, 法曹春秋, 1997. 1.(통권 제145호), 89-90면.

8) 孫壽一, 앞의 논문, 90면.

裁判外 紛爭處理節次(ADR)⁹⁾¹⁰⁾와 달리 국가의 공권력을 배경으로 실효성 있는 채무명의를 만들 수 있고 최종적 분쟁처리채널인 재판과 밀접한 상호관계를 가질 수 있다는 점에 의의가 있다.¹¹⁾

본고에서는 법원에 의한 調停을 중심으로 서술하며 필요한 경우에 한하여 調整이나 裁判外 紛爭處理節次를 언급하고자 한다.

2. 조정의 장단점과 여러 제도에서의 활용가능성

2.1. 調停과 裁判外 紛爭處理節次(ADR)

1) 調停(mediation: Schlitung)이나 裁判外 紛爭處理節次(Alternative Dispute Resolution: Außer gerichtliche Streitbeilegung)의 장점¹²⁾은 첫째, 변호사비용, 교통비와 같이 소송에서 발생하는 비용이 들지 않거나 아주 적게 든다. 따라서 소송비용보다 절차상의 비용(Verfahrenskosten)이 적게 들어 경제적이다. 그런데 절차의 신속(Verfahrensbeschleunigung)은 조정이 민사소송보다 빠른 것이 일반적이라는 것이지 각 조정기관의 사정에 따라 조정이 시일이 더 걸릴 수도 있다는 점에서 항상 장점이 되는 것은 아니다. 또한 시효중단의 효과가 생기지 않는 경우도 많다.

이를 다른 관점에서 보면 조정에 의하는 것이 법에의 접근 장애를 제거(Abbau von Zugangsbarrieren)한다는 측면의 장점과 함께, 조정은 비공식적이고 사적인 절차인 경우가 많아 실제의 조정절차에서 세부사항을 이해관계인 들이나 관계 주민에게 알리지 않을 위험성이 있다.¹³⁾ 특히 독일의 경우 대부분의 조정기관이 대도시에 편중되어 있고 절차의 개시는 서면신청을 요하는 경우가 많아서 소외된 계층은 이용하기가 쉽지 않다고 한다.

둘째, 調停委員(Schlitungskommissionen)은 사안에 대하여 좀 더 전문적인 능력(Kompetenz)을 가지고 있다. 따라서 조정위원은 일반적으로 그들의 교육 및 직업활동에서 비법률적인 문제에 대하여 특히 능력을 인정받는 사람들을 임명하는 것이 보통이다. 소송에서는 이러한 역할을 감정인(Sachverständige)이 행하지만, 調停에서의 조정인 들이 더 올바르게 판정을 할 것이라는 개연성(Wahrscheinlichkeit)이 있고, 분쟁해결의 준비를 하는데 조정인에 의한 경우가 심리적으로 더 긍정적인 영향을 미칠 수가 있다.

그러나 거꾸로 조정이 비공개적(Nichtöffentlichkeit)으로 행해진다는 측면에서는 의사나 기업들이 화해를 하거나 부드럽게 나올 가능성이 크지만, 거꾸로 조정의 대상이 되는 사실을

9) 和解, 調停, 仲裁, 相談을 포함하여 당사자쌍방의 자유의사에 의한 자주적 분쟁해결방법을 일컫는다. 이에 대한 역사와 상세한 변화양상에 대해서는 法曹春秋 제145호 97면 이하에서 상세히 소개하고 있다: 張文哲, 辯護士團體의 裁判外的 紛爭解決節次 導入의 意義, 法曹春秋, 1997. 1.(통권 제145호), 97-105면.

10) 裁判外 紛爭處理節次라고 하여 재판과는 전혀 관계없는 것으로 이해하기 쉬우나 법원의 재판을 전제로 이를 보완하는 기능을 수행한다는 입장이다. 그러므로 이 두 제도는 서로 별개의 것이 아니라 경쟁적 공존(中村芳彦, 第2東京辯護士會 仲裁센터의 紛爭處理, 法曹春秋, 1997. 1.(통권 제145호), 120면)을 하는 관계로 보는 것이 적당하다.

11) 孫壽一, 앞의 논문, 88-89면.

12) Jochen Taupitz, Außergerichtliche Streitbeteiligung zum Schutz des Verbrauchers, 韓獨法學 제12호, 法元社, 1996, 439-441; 調停은 대체적 분쟁해결 수단(ADR)의 한 유형이다.

13) *Id. at* 443-444.

은폐하거나 기업 측이 조정을 전략적으로 이용할 가능성이 크다는 문제점도 있다. 그러므로 이러한 면에서 본다면 모든 관련자(소비자)들이 여러 가지의 상황을 파악하여 올바른 방향으로 통제가 가능한 공개적인 소송에 의하는 것이 오히려 유리한 측면도 있다.

반면에 조정이 비공개로 진행되는 데서 오는 장점도 적지 않다. 사생활의 비밀유지나 영업비밀이 보장¹⁴⁾하는 방법이 될 수도 있기 때문이다.

셋째, 소송은 一刀兩斷으로 분쟁을 해결하기 때문에 전부 아니면 전무인 경우가 많아 당사자간의 관계를 완전히 깨놓기 쉽지만 당사자들이 調停을 통하여 호의적으로 합의를 하는 경우에는 이러한 엄격한 법적 효과에 羈束되지 않는다.

2) 이에 비하여 調停이나 裁判外 紛爭處理節次(ADR)의 단점은,

첫째, 서로 조정을 통하여 도달한 우호적인 합의에 대하여 執行力이 없다는 점이다. 그러므로 상대방이 그대로 이행하기를 주저하면 소송의 단계로 넘어가게 된다. 이 경우에는 그 동안의 시간은 낭비한 시간이나 잃어버린 시간에 지나지 않게 되고 소송의 지연은 처음부터 곧바로 소를 제기한 경우보다 더욱 심각할 수가 있다. 특히 강제조정을 하는 경우에는 상호간에 타협의 의지가 없으므로 소송지연을 위한 우회로(Prozeßverzögernder)로 이용되어 불필요한 시간과 비용의 낭비를 초래할 수 있다.

둘째, 소송절차에 의하는 경우에는 訴訟救助를 받을 수 있으나 조정이나 소송외적인 분쟁 해결절차에 의하는 경우에는 비용의 총액은 적을 수 있으나 訴訟救助를 받을 수 없어 자신이 부담해야 하는 경우가 있다. 그러나 이 문제는 독일의 경우에는 타당하나 우리 나라의 경우에는 訴訟救助가 지나치게 제한적으로 인정되므로 실제 소송절차에서는 訴訟救助를 받으나 조정에 의했기 때문에 자신이 비용을 부담하는 경우를 상정하기는 어렵다.

셋째, 위원회의 節次保障과 委員들의 公平한 任命의 문제이다. 특히 조정위원들의 중립성 문제와 재판청구권의 보장이 중심문제이다. 따라서 중국적으로 일반 법관들과 동일한 정도의 공적인 신뢰를 얻을 전문가를 영입할 수 있는 유인(incentive)이 필요하다. 그러므로 법원이 간여하는 조정절차(court-annexed mediation)로 새로이 구성할 필요가 있다.

2.2. 조정에서의 當事者適格의 擴大

조정에 있어서의 當事者適格의 확대는 당연한 현상으로서 소송에서와 같이 지나치게 당사자의 개념에 얽매어 대상자를 제한할 필요는 적다. 그러므로 일정한 범위의 주민단체에게도 광범위하게 當事者適格을 부여하는 것이 바람직하다.

특히 일정 지역에 한정되어 있는 집단분쟁의 경우 주민들의 자치단체를 원칙적으로 당사자로 하여 자율적인 해결을 도모하고 그 외 광범위하게 설치되어 있는 소비자단체나 환경단체는 이들이 제대로 당사자로서의 역할을 할 수 없는 경우에 보충적으로 당사자가 되도록 하는 것이 좋을 것이다. 그러므로 여기서는 법원 외¹⁵⁾ 및 법원 내¹⁶⁾에서의 조정과 소송절차를 어떻

14) 金周元, 辯護士團體의 裁判外的 紛爭解決節次 導入, 法曹春秋, 1997, 서울지방법변호사회, 73-74면.

15) 일정한 전문적인 기관에 대하여 법원이 선정하는 등의 자격제한을 할 필요가 있다.

16) 현재 조정(법원내 조정)제도는 서울 민사지방법원의 경우 1992년까지 5,60건에 불과하던 것이 1993년에 2,306건이 접수되어 1,824건을 처리하였고 조정성공률이 73.6%나 되었다. 이는 독촉사건이 9,567건, 화해사건이 3,101건, 단독사건이 21,419건, 합의사건이 6,867건인 것에 비하면 조정을 상당히 많이 활용하는 것으로 평가되며 1993년에 처음으로 조정전담법관을 두었다고 한다; 국제화시대의 민사사법 -국제거래 및 상사전담부 운영을 위한 간담회보고서-, 서울민사지방법원, 1994. 7., 3면.

게 효율적으로 연결시키느냐에 초점을 맞추고자 한다.

그러나 조정의 경우 상당수의 사건이 소송으로 이행되고 있다는 사정을 감안하면, 그리고 집단소송절차와의 연결까지 생각하면 조정에서의 당사자적격은 집단소송에서의 당사자적격과 연관시켜 규정하고 운용할 필요가 있다. 이는 기존의 조정효력만이 아니라 법원이 관여한 조정에는 1심과 같은 효력을 부여하자는 입장에서는 더욱 그러하다. 그러므로 이 경우에는 법원의 조정에 대한 통제가 필수적이다. 다만 그 범위를 어느 정도로 할 것이냐는 개개의 사안에서 판단할 일이다.

특히 조정을 거친 사안을 2심으로 연결되게 하는 경우에는 조정의 당사자나 일정한 단체에 대하여 당사자적격에 대한 심사를 소송에 준하여 행하여야 한다. 물론 이 경우에 직접 자신의 법률상의 이익과 관계가 없는 경우에도 소송을 인정하는 민중소송을 허용하면 별 문제가 없겠으나 현재의 법제나 소송의 원칙상 허용되지 않으므로 결국은 각각의 사안에 따라 유연하게 어느 정도의 제한을 두어야 한다.¹⁷⁾

참고로 일본에서는 원자로 설치허가의 취소 또는 무효확인에 대하여 명백히 관계가 없는 자만을 당사자에서 배제하는 것이 다수의 의견이다.¹⁸⁾ 이는 미국의 원고적격에 대한 기준에서의 사실상의 손해(injury in fact)요건과 맥을 같이 한다고 풀이할 수 있다.

그 외 獨逸과 같이 조정단계에서의 당사자적격의 문제를 기존의 소송절차에서 분리하여 단체소송을 준용하여 일정한 자격을 갖춘 환경단체, 소비자단체에게 당사자가 될 자격을 부여하여 조정에서의 대표성을 인정하거나, 美國의 대표당사자소송과 같이 조정자로 신청한 자 중에서 법원이 허가함으로써 조직화되지 아니한 집단에 대하여도 적용할 수 있을 것이다.

또 다른 의견으로 분쟁조정위원회에 허가권을 부여하고 대표당사자는 공직선거 피선거권을 가지는 자로 하자는 안¹⁹⁾이 있으나 이러한 행정적인 성격의 위원회에 허가권을 부여하여 사실상 당사자적격과 닮은 요건을 심사하도록 하는 것이 바람직한지 의문이다. 더군다나 우리나라와 같이 이미 비대하다는 평가를 받고 있는 행정기관의 실정을 감안하면 특수한 형태의 또 하나의 행정기관이라 할 수 있는 행정위원회에게 조정업무를 담당하게 하는 것은 적절하지 않다. 왜냐하면 위원회에서 다루려고 하는 사건은 이미 기존의 행정기관에서 조정에 실패한 사안이 대부분일 것이기 때문이다. 오히려 이러한 방안은 여분의 행정관료의 자리마련제도라거나 행정기관 위에 또 다른 행정기관이 존재하게 되어 屋上屋이라는 비판을 받을 우려가 있다. 특히 행정기관과 관련된 분쟁의 경우에 위원회가 얼마나 독립적인 역할을 할 지는 의문이다.

2.3. 조정절차의 改善方案

그러므로 현행 민사조정제도처럼 조정에 裁判上和解의 효력을 부여하여 既判力을 갖게 한다고 문제가 해결되는 것은 아니다. 왜냐하면 이 경우에는 형식적인 절차만을 거침으로서 이 절차를 악용하는 경우가 있을 수 있는데, 특히 행정부 산하의 조정위원회에 의한 조정에 재판상 화해의 효력을 부여하는 것은 권력분립을 왜곡시키거나 법관에 의하여 재판을 받을 권리를 침해하는 측면이 있다.

17) 조정회부사건의 기준에 대하여 친족관계분쟁, 친구간의 분쟁, 의료과오분쟁, 공해분쟁, 契紛爭 등의 사건이 조정에 적합하다고 확일적으로 지칭하나, 조정의 실제에서는 당사자 쌍방이 조금이라도 양보할 가능성이 있는 사건이나 와 같은 당사자의 태도가 더욱 중요한 요소가 되는 경우가 많다; 박해식, 조정사건을 전담한 소감, '96 법관 수련회 보고서, 1996, 서울지방법원남부지원, 130-131면.

18) 環境問題와 관련된 葛藤解消方案에 관한 研究, 環境部, 1996, 163-164면.

19) 앞의 책, 167면.

따라서 재판상화해의 효력을 부여하는 조정은 어떤 형태로든 법원의 감독을 받아야 하며 분쟁을 무마하기 위한 要式行爲가 되지 않도록 수락기간이나 불복기간을 충분히 두어²⁰⁾ 실질적인 조정이 되도록 하여야 한다. 그런데 이처럼 법원의 통제에 의하여 조정을 거친 경우에는 이에 불복이 있는 경우에 소송을 보통의 경우처럼 제1심에 제기하지 않고 항소심에 제기할 수 있도록 하는 것이 불필요한 소송지연을 위한 조정절차의 악용이나 실제당사자들의 소송신속을 위해서도 바람직하다고 생각된다. 그 대신에 조정을 반드시 거치도록 강제할 필요는 없고 당사자들이 최초의 심판을 제1심 소송에서 받을 것인지 조정으로 대체할 것인지를 임의로 결정하도록 하여야 한다

즉 양당사자가 합의한 경우에 한하여 조정절차를 거치도록 하여야 한다. 이렇게 되면 당사자들의 재판을 받을 권리를 해함이 없이 조정절차를 활용할 수 있고 유사한 분쟁이 조정절차를 포함하여 사실상 4개의 審級을 거치는 무익한 소송지연을 줄일 수 있다. 무조건 조정을 우선할 경우 일단 형식적인 조정으로 시간을 끌거나 판결을 어떻게든 회피하려는 전략으로 활용될 수 있어 조정절차가 경직되고 형식화될 가능성이 크다. 특히 잘못된 조정은 무위로 끝나는데서 그치지 않고 당사자간의 감정격화로 문제상황을 더욱 악화시킬 수도 있으므로 절차의 운영을 상세히 법정할 필요가 있다.²¹⁾

그리고 직권조정 또는 강제조정은 그 본질이 재판과 다를 것이 없고²²⁾ 절차의 보장은 법원의 재판에 미치지 못하므로 국민의 공감을 저해할 수 있다는 한계²³⁾가 있으므로, 재판으로 해결할 것을 법원의 편의만을 위하여 조정이라는 이름을 빌려서 강제로 문제를 해결하려는 것이라는 비판을 면하기 어렵다. 특히 다양한 의사가 교착되는 집단소송에서 직권조정을 강제하는 것은 문제가 있다.

일본의 공해등조정위원회²⁴⁾²⁵⁾는 직권조정을 할 수 있고 이는 민사조정과 달리 강제력을 가지지는 않지만 사회적인 힘에 의하여 사실상 실행이 담보되어 있다고 한다. 그러나 기본적으로 이러한 행정부서에 의한 통제는 실효성은 물론 행정청 자신과 관련된 사건에서는 공정성조차 담보하기 어렵다는 치명적인 약점이 있고 행정기관의 힘이 모든 조정의 당사자를 자유로이 통제할 만큼 언제나 강한 것은 아니라는 데 근본적인 한계를 가지고 있다. 결국 이러한 형태의 조정은 사법권을 행정부에서 임의로 행사하는 것의 다름 아니며 적법한 절차보다는 효율과 신속만을 앞세운 실적 위주의 해결에 치우치기 쉽고 하나의 정책을 일정 집단에게 강요하는 또 다른 방법이 될 수 있다.

그러므로 조정기구의 구성과 통제는 법원의 권한하에 두어야 하며 또 이 경우에만 위의 여러 난점들을 극복하고 조정절차와 재판절차를 바로 연계시킬 수가 있다.

20) 앞의 책, 286면.

21) 環境問題와 관련된 葛藤解消方案에 관한 研究, 環境部, 1996, 134면이 하에서는 조정에 관한 정비 방안을 제기하고 있다. 그러나 연구안은 행정부가 조정을 주도하는 것을 기본적인 출발점으로 함으로서 기존의 조정제도에서의 집행력의 확보나 행정관련사안에 대한 처리의 경우의 중립성의 문제에 대해서는 한계를 가지고 있다.

22) 강제조정은 당사자간의 합의를 기초로 하는 것이 아니어서 순수한 의미의 조정이 아니며, 당사자가 이의신청을 하면 효력을 상실한다는 점에서 실효성에도 의문이 있다.

23) 尹鐘燮, 民事紛爭豫防에 관한 考察, 人權과 正義, 1997, 1., 64-65면.

24) 국가행정조직법 제3조 제3항에 의하여 설치된 것으로 환경분쟁, 토지관련 사건의 조정을 담당한다. 이는 일반적으로 정부의 어떠한 기관으로부터도 독립된 준 사법적 준 입법적 권한을 가지는 합의제 관청으로 행정위원회 또는 독립규제위원회라고 불린다; 南 博方, 앞의 책, 142-143면.

25) 우리 나라에서도 조정위원 중에서 주심(전담)조정위원을 두어 사명감과 참여의식을 유도하는 방안을 검토하는 견해도 있다; 權五坤, 조정위원회에 의한 조정의 문제점과 활성화 방안, 昌原地方辯護士會誌(창간호), 1995, 61-62면.

2.4. 조정과 집단소송의 연계방안

1) 집단분쟁특례법 속에 조정과 연관된 효과와 절차를 규정하여야 한다. 왜냐하면 집단소송은 필연적으로 조정이나 화해와 같은 비공식적인 협상절차가 선행되는 경향이 있는데 이에 대하여 아무런 효력을 부여하지 않거나 거꾸로 무조건 이 절차로 거치도록 강요하는 것은 사안의 해결을 더욱 어렵게 만들기 때문이다. 이러한 절차가 발생하는 것이 대부분 사건의 경우에 필연적이라면 분쟁의 초기의 단계부터 이를 효과적으로 운영할 방안을 적극적으로 마련할 필요가 있다.

따라서 법원내의 조정은 물론이고 법원 외에서 집단적인 분쟁에 대하여 조정을 한 경우에도 일정한 요건을 구비한 경우에 한하여 바로 2審 法院에 訴를 提起²⁶⁾²⁷⁾할 수 있도록 할 필요가 있다. 이러한 체제의 도입은 처음부터 1심에 소송을 할 권리를 막는 것이 아니라 1심과 조정을 선택적으로 이용할 수 있게 하여 소제기 전에 최대한의 소송을 지연시키고자 하는 의도를 사전에 예방하기 위한 것이다. 물론 이 경우에도 당사자간에 합의하여 1심의 효력이 발생하지 않는 조정을 하는 것을 금지하거나 배제하는 것은 아니다.

2) 현재의 실태로 내무부 중앙분쟁조정위원회는 재정경제원, 내무부, 건설교통부, 보건복지부의 차관보, 기획관리실장과 대학교수 등의 15명의 위원으로 구성되어 있으나 분쟁조정이 실질적으로 원활하게 처리되지 못하고 있다. 이는 독일의 경우와 마찬가지로 우리 나라도 최근에는 권리실현의 곤란(Vollzugsdefizit)²⁸⁾의 문제가 발생하고 있고 행정위원회가 문제해결을 하기에는 행정부자체가 관련된 사안인 경우도 많아서 중립성에 문제가 있을 수 있고 조정위원도 명예직의 성격이 강하여 전문성도 보장하기 힘들기 때문이다. 그리고 행정청의 기본입장은 분쟁에 대한 적절한 해결보다는 조정과 관련된 행정위원회를 신설하는 것이 기구의 확대에 도움이 된다는 발상²⁹⁾과도 무관하지 않다.

이를 개선하기 위하여서는 조정위원회에 실질적 권한을 부여하는 방안도 가능하나 이러한 행정분야에서의 접근보다는, 법원에서³⁰⁾ 문제해결에 적합한 전문가 또는 전문조정인을 임명하

26) 독일에서는 보통거래약관규제법의 입법과정에서 연방의회가 약관의 효력을 심사하는 단체소송의 중요성과 광범위한 영향력, 심사의 대상이 사실확정의 문제라기보다는 법적용의 문제라는 점, 하급심판결 사이의 모순을 피할 수 있다는 점들을 고려하여 고등법원을 제1심으로 하는 방안을 고려하였다. 이 방안은 민사소송의 영역에서는 완전히 새로운 시도였으나 양원협의회(Vermittlungsausschuss)에서 거부되었다; BT-Drucks. 7/5617, S. 2.

27) 일본에서는 공해등조정위원회를 총리부의 외국으로 준 사법적 권능을 가진다. 특히 토지이용조정에 관한 불복재정은 공개적인 대심구조로 심리되고 여기서 인정한 사실인정은 법원을 구속하는 효력이 인정되며 이에 대한 불복은 지방법원을 생략하고 동경고등법원에 제소하도록 하였다.

28) 우리 나라의 행정법학자들은 이를 집행의 결여로 해석한다. 그러나 이는 강제집행에서의 '집행'으로 오해할 여지가 있다.

29) 李相敦, 訴訟外의 方法에 의한 紛爭解決 - 필요성과 정당성에 관한 이론적 고찰 -, 中央大法學研究所 法學論文集 第13輯, 1988, 214면.

30) 법원에서의 조정은 1990년 민사조정법제정으로 시작되어 1996년에는 항소심에도 민사조정이 도입되어 70%정도의 조정성공률을 보이고 있다. 그리고 아직 제도 초기의 통계이기는 하지만 조정담당판사의 조정성공률이 조정위원회의 성공률보다 높게 나타나고 있는데(한위수, 민사소송사건처리의 추이와 성과분석, 민사조정담당판사회의 결과보고서, 법원행정처, 1994, 29면), 이는 소송과 관련하여 법관이 더 전문적인 식견을 가지고 있다는 점도 있지만 법관의 조정안이 조정을 거부한 경우에 속행될 재판의 판결의 경우와 유사할 것이라는 믿음도 크게 작용하는 것으로 생각된다. 그러므로 집단소송의 경우에 주된 활동을 하는 조정자는 외부에서 위촉하더라도 최종적인 조정이나 조정결정은 법관이 하는 것이 더 효

여 전문적 사실을 보완하는 것이 집행의 실효성을 확보한다는 면에서도 더 나은 방안으로 생각된다.³¹⁾

특히 집단소송의 경우에는 기존의 조정위원회와 조정위원처럼 이미 구성되어 있는 위원회가 아니라 그때그때 사건의 성격을 감안하여 수시로 법원에서 전문전담조정위원³²⁾을 임명³³⁾³⁴⁾할 필요가 있다. 그 이유는 일반 민사조정인 경우는 비송사건의 경우와 마찬가지로 정형적인 사건을 계속하여 담당하는 조정위원의 전문화가 관건이 되나 집단소송의 경우는 특정 분야에 대하여 정통한 지식을 가진 전문가 또는 특정 문제에 대한 실정에 밝은 실무가를 필요로 하기 때문이다.

그리고 이 전문전담조정위원에게는 법관의 역할을 일정 부분 대신하는 특별보조법관의 자격을 부여하는 것이 여러 가지 면에서 바람직하다.³⁵⁾ 왜냐하면 일반 사건의 조정과는 달리 집단소송은 소송물이 집단구성원 각자에게는 소액이어서 관심이 없을 수 있으나 상대방에게는 조정자에게 영향력을 행사할 유혹을 받을 만큼 큰 이익이 있는 사안인 경우가 많을 것이기 때문이다. 일본의 1974년 개정의 민사조정법과 같이 조정위원으로 임명된 사람에게는 비상근 법원

과적이라고 생각된다.

31) 미국에서는 행정부에 의한 조정은 물론 법원이 임명한 사람에 의한 조정 대해서도 '관료적인(bureaucratic)' 문제점이 있다고 지적하기도 한다(Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 *Harv. L. Rev.*, 374, 437 (1982)). 그러나 이 지적은 미국과 같이 극단적인 개인주의 사상이 일반적으로 인정되는 사회에서나 법원에 의하여 임명된 사람도 관료적이라는 평가가 가능한 것으로 현재의 우리의 실정과는 거리가 있는 것으로 생각된다.

32) 미국의 특별보조법관(special master)과 유사한 것으로 법원이 행하는 제1심으로서의 기능을 하는 조정을 담당하는 전문가라는 의미에서 '전문'이고 하나의 사건을 끝까지 처리하므로 '전담'으로 칭하고자 한다.

33) 소매심에 대하여 전문적 사실배심의 성격을 가진다는 미국의 행정위원회(또는 행정규제위원회: Independent regulative commission)와 유사하나 법원에 의하여 통제를 받는다는 점이 다르다.

34) 현재 우리 나라의 경우 내무부 중앙분쟁조정위원회는 재정경제원, 내무부, 건설교통부, 보건복지부의 차관보, 기획관리실장과 대학교수 등의 15명의 위원으로 구성되어 있으나 분쟁조정이 실질적으로 원활하게 처리되지 못하고 있다고 한다. 이를 개선하기 위하여서는 조정위원회에 실질적 권한을 부여하는 방안도 가능하나 이러한 행정분야에서의 접근보다는 법원에서 문제해결에 적합한 전문가 또는 전문조정인을 임명하여 전문적 사실을 보완하는 것이 집행의 실효성을 확보한다는 면에서도 더 나은 방안으로 생각된다.

이에 비하여 법원에서의 조정은 1990년 민사조정법제정으로 시작되어 1996년에는 항소심에도 민사조정이 도입되어 70%정도의 조정성공률을 보이고 있다. 그리고 아직 제도 초기의 통계이기는 하지만 조정담당판사의 조정성공률이 조정위원회의 성공률보다 높게 나타나고 있는데, 이는 소송과 관련하여 법원이 더 전문적인 식견을 가지고 있다는 점도 있지만 법원의 조정안에 대하여 속행될 재판의 판결과 유사할 것이라는 믿음에 기인하는 것으로 생각된다. 이러한 점에서 법원과 연결된 조정제도의 성공가능성이 있다고 생각된다.

35) 사법보좌관 또는 준법관(magistrate)과 같은 법원직원에게 조정을 맡기는 것은 집단소송의 경우에는 적절하지 않다. 전문성의 문제는 물론이고 최종적으로 판결을 하여야 하는 일에 법원에 속하는 법원직원이 관여하는 것은 단순하고 반복되는 사안이 아닌 집단소송의 조정인으로서의 문제가 있다. 그러므로 특별보조법관은 법원외부의 인사로서 당해 사건의 전문가를 임명하여 법원이 간여하지 않는 상태에서 독자적인 보고서를 제출하도록 할 필요가 있다. 법원 외부의 인사이나 변호사(private attorney)여야 한다는 자격조건이 있는 것은 아니라는 점에서 미국의 조기의 중립적 평가절차(ENE)에서의 평가판과는 구별된다: 중립평가절차에 대한 설명으로는 孫壽一, 美國 法院에서의 ADR의 발전과 캘리포니아 북부 연방지방법원의 Early Neutral Evaluation(ENE), 裁判資料 第73輯 外國司法研修論集 (13), 1996, 62-70면.

직원으로 특별직 국가공무원의 지위를 부여하며 업무와 관련하여 법원공무원과 동일한 대우를 할 필요성³⁶⁾이 있다.

특히 특별보조법관으로 집단소송을 전담한 전문전담조정위원회에 대해서는 현재의 우리 대학에서 명예교수나 명예박사학위를 수여하는 것과 같이 명예법관의 자격을 부여하는 것이 공정성과 책임 및 권위를 확보하기 위하여서는 필요하다고 생각된다. 특히 재야법조인을 특정사건에 전문전담조정위원으로 임명하는 경우에는 법조일원제를, 일반 사회전문가나 현장 실무가를 임명하는 경우에는 참심제의 성격을 가미하는 효과가 있다.

또한 전문전담조정위원은 다수가 아니라 문제를 전담하여 해결하는 한 명 또는 소수의 전문가로 구성하여 감정인의 역할을 겸하는 구조로 할 필요가 있다. 왜냐하면 현대와 같은 고도기술사회에서의 감정인은 양당사자가 공히 자신의 입장만을 옹호할 전문가를 선임하므로 그 효과가 상쇄되어 사실상 감정인이 쓸모 없거나 또 하나의 대변자로서 고용된 총잡이(hired gun)에 지나지 않기 때문이다. 이에 비하여 전문전담조정위원은 자신의 이름으로 또한 특별보조법관으로서 판결과 유사한 결정을 하므로 책임의식을 가질 수가 있고 또 법원으로서도 법관에 준하는 책임을 지을 수가 있다.

(1) 일반조정제도와는 달리 이러한 형식의 절차구성의 경우에 예상되는 장점은 다음과 같다. 첫째, 조정절차를 하나의 통과의례로 생각하거나 소송지연의 전략으로 악용하는 사태가 발생하는 것을 막을 수가 있다. 한 審級을 조정으로 대체하게 되어 소송지연의 방법으로는 효과가 없으며 그 내용을 조정조서에 남기면 제1심을 한 효력이 있으므로 당사자들은 쉼을 다하게 된다.

둘째, 법관이 전문전담조정위원을 전문가로 수시로 위촉하고 담당법관이 절차를 통제하고 최종결론을 내림으로서 기존의 조정에서와 같이 한정된 수의 조정위원들³⁷⁾인 경우에 비하여 사건의 일방당사자의 포섭의 대상이 될 위험도 방지할 수 있다. 특히 집단소송의 경우에는 현재의 민사조정위원처럼 신분이 사전에 노출되면 이익집단들의 매수나 압력의 대상이 될 위험이 상존한다.³⁸⁾

물론 이 경우에도 신뢰할 수 있는 우수한 전문가를 다수 확보할 수 있을 정도로 여건이 좋으면 조정위원 명단(pool)을 만들어 이 중에서 임명하면 되지만 집단소송의 경우와 같이 조정위원의 대상이 될 인적자원이 사안의 성격에 따라 한정될 수밖에 없는 경우에는 기존의 조정위원 중에 임명될 사람이 특정된 것과 다른없는 사태가 생길 수가 있다. 그리고 집단소송이 현 단계로서는 전문재판부나 전문조정위원을 상임으로 둘 만큼 그 수가 그렇게 많은 것이 아니라 문제점도 있다.

그러므로 일정한 자격요건을 법정한 후에 담당법관을 포함한 모든 구성원을 수시로(ad hoc) 임명, 위촉하는 것이 바람직하다. 그리고 이렇게 구성된 전문전담조정위원이 사건발생초기부터 집단소송사건을 전담하게 되면 기존의 민사조정에서와 같이 담당법관이 소송 중에 조정에 회부하면서 자신에게 분담된 사건을 떠넘긴다는 인상을 받을 수도 있다고 생각하는 심적 부담을 가질 필요도 없게 된다.

36) 李錫炯, 日本 民事調停制度의 運用實態에 관한 考察 - 그 活性化 原因 및 適正·效率化 努力을 中心으로 -, 裁判資料 第66輯 外國司法研修論集 (12), 1994, 569면.

37) 소비자보호법 제35조는 상임조정위원 3명과 비상임위원 6명 등 9명의 조정위원을 두도록 되어 있다.

38) 이러한 조정위원의 대상으로는 분쟁 분야에 전문성이 인정되는 법관, 퇴임한 대법관, 대학의 총장, 교수, 변호사, 분쟁분야의 사정에 정통한 실무자나 현장전문가 등 다양한 유형을 생각해 볼 수 있다. 적어도 분쟁의 해결에 가장 적임자라고 법원이 판단한 이상 직업만을 선임의 기준으로 할 것은 아니다.

셋째, 양당사자가 합의를 한 경우에만 조정절차에 들어가게 하여야 한다. 민사조정법의 강제 조정은 법원이 사실상 판결과 같은 효력을 부여하려는 의지로 조정에 갈음하는 결정을 하는³⁹⁾ 것이지만 현행 조정제도하에서는 當事者가 異議申請만 하면 무조건 소송으로 이행하지 않을 수 없어서 시간만 낭비하는 폐단이 있다. 즉, 조정의 성격을 잘 알고 있어서 이를 이용하려는 당사자에게는 결국 먹혀들지 않는다는 한계가 있다. 이러한 실패한 조정은 처음부터 조정이 없었던 경우보다 사건 처리가 더 지연되고 당사자간의 관계도 악화되어 양당사자간의 갈등이 증폭될 수가 있다. 그러므로 적어도 조정이 성립되지 않아서 제1심으로 가는 것보다는 1심과 조정을 선택하게 하여 1심을 조정이라는 방법으로 판결과 동일한 여건 하에서 심판을 받도록 하는 것이 시간낭비를 줄이고 소송지연의 전략으로 이용되는 것을 막을 수 있다.

그리고 이 제도는 전문전담조정위원이 실효성과 책임감을 가지고 절차를 진행할 수 있다는 장점이 있다. 특히 집단소송과 같이 모든 절차에 시간과 비용이 많이 드는 경우에 한 審級을 줄이는 것은 당사자들간에 실질적 평등이 확보되지 못한 現代型訴訟에서는 소송비용을 감당하기 어려운 약자를 보호하는 측면도 있다.

넷째, 전문전담조정위원 또는 특별보조법관의 조정결정은 법관의 승인을 조건으로 판결에 준하는 효력을 가진 것으로 하고 이들에게 명예법관의 자격도 부여하여 조정안에 전문전담조정위원의 이름도 표시하게 함으로서 책임감을 높일 수 있다. 법관은 전체적인 절차를 통제하며 최종적으로 조정결정의 인가여부를 자유재량으로 판단하면 된다.

다섯째, 양당사자가 조정을 원하지 않는 경우에는 제1심 법원에서 바로 다루게 함으로서 형식적으로 거치게 마련인 조정 또는 조정유사절차를 회피할 수 있는 기회를 주어 자금동원이 힘든 집단의 대표당사자 측의 부담을 줄일 수 있고 때로는 양당사자 모두에게 도움이 될 수 있다. 현재와 같이 행정관청에 청원, 행정위원회의 조정 등의 공식·비공식의 조정절차를 모두 거치게 하면 상대적으로 자금력이 부족한 소비자단체나 개인들은 재정적인 압박을 받아 사실상 권리를 포기할 수밖에 없게 된다. 이는 재판의 분쟁해결절차를 악용하는 경우의 문제점으로서 일방당사자가 조정에 대하여 계속 이의제기를 하고 최종 중재안에 대하여 거부를 함으로서 절차자체를 무위로 돌리려는 기도를 차단하여 절차가 반복되는 것을 막기 위한 것으로서 법원과 당사자들의 시간과 금전적인 낭비를 최소화할 수가 있다.

여섯째, 법률 문화적 측면에서도 미국은 다민족국가이므로 소송에 의한 법적 판단이 기본적으로 보편적인 기준이 되는데 반해, 우리는 소송보다는 비공식적이고 합의에 의한 해결을 선호⁴⁰⁾하는 일면이 아직도 강하게 남아 있으므로 第1審 訴訟과 선택적으로 조정에 의한 해결의 절차를 두는 것이 바람직하다. 이러한 완충장치를 둠으로서 극단적인 갈등으로 이행될 가능성이 있는 집단분쟁은 보다 완화될 수 있다. 그리고 이러한 부분은 집단적인 분쟁의 경우에 더욱 중요한 역할을 할 수가 있다. 집단소송에서의 조정은 거의 필수적인 절차라고 할 것인데 이 과정에서 절차지연의 가능성을 최소화하는 것이 실제 분쟁해결과정에서는 매우 중요하다.

일곱째, 강제조정 경우에는 법원에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 법원이 모든 절차를 관리하고 最終結論을 認可함으로서, 그리고 사안에 대하여 처음부터 조정절차에 들어갈 것인지를 당사자의 선택에 맡김으로서 이러한 문제가 완화 또는

39) 이는 조정의 본질을 조정기관의 법적 판단을 중시하는 조정재판설의 입장에서 본 것이라고 할 수 있는데, 당사자의 의사결정의 자유에 있다고 보는 조정합의설에 의하면 조정해결안의 최종적 제시의 성격을 가지고 이의신청으로 효력이 상실되는 민사조정법 제32조 제2항의 근거가 된다.

40) 이에 대하여 우리의 국민성이 인간적·비공식적으로 대화하면 솔직해지고, 융통성과 신바람이 있어 심정을 알아주고 체면을 세워 주면 눈앞의 실리를 가볍게 초월하는 면이 있어 조정에 적합하다고 표현하기도 한다: 손수일, 조정위원회 조정의 현 위치와 전망, 조정마당 열린 대화, 1995. 12, 18면.

제거될 수 있다.

여덟째, 미국의 경우와 달리 증거개시절차(discovery)가 없는 우리의 소송체계에서는 이를 보완하는 역할을 할 수가 있다. 집단적 분쟁에 관하여 당사자의 선택으로 조정절차를 거친다는 것은 비공식적으로 상당부분의 증거나 주장이 제시된다는 것을 의미하여 높은 비율의 화해를 이끌어 낼 수가 있다. 그리고 이는 새로이 개정되고 1998년 3월 1일부터 시행되는 행정소송법 제18조가 행정심판을 임의적으로 한 것⁴¹⁾과도 일관성을 갖는다.

아홉째, 최초의 단계인 1심을 전문전담조정위원회에 의한 조정유사절차로 행하면 독일의 단체소송의 최대의 문제점인 소송비용의 문제를 해결할 수 있다. 일반 소송에 의하는 경우는 당연히 변호사가 선임되어 어려운 문제를 풀어가야겠지만 전문전담조정위원회가 조정을 하는 경우에는 변호사선임이 필연적인 것은 아니다. 그러므로 다른 모든 조건을 갖추었으면서 소송비용이나 엄청난 변호사선임비용 때문에 집단소송을 할 수 없었던 경우는 전문전담조정위원의 보수만을 부담하는 선에서 제1심에 준하는 절차를 진행시킬 수가 있다. 또한 기존의 소송에서 일부청구를 하거나 시험소송을 하는 효과를 얻을 수도 있다.

(2) 그러나 다음과 같은 단점도 예상된다.

첫째, 우리의 法文化는 한편으로는 처음부터 소송을 하기로 한 경우에는 불리하다고 판단되는 경우라도 최종심까지 가려는, 감정과 자존심의 대결이 되는 경향이 없지 않다. 더군다나 다수인이 당사자가 된 경우에 전원이 동의하는 분쟁해결방법이 도출되기 어렵다는 점을 감안하면 이 절차로 이행될 사건이 거의 없을 우려도 있다. 따라서 이 제도는 이용이 되지 않고 당사자간의 자율적인 해결이나 소송이라는 분쟁해결의 극단적인 양극화현상이 일어날 우려가 있다.

둘째, 선임된 전문전담조정위원의 보수를 누가 담당하느냐⁴²⁾의 문제이다. 법관의 역할을 대신한다는 측면에서는 법원에서 부담하여야 하나 조정절차를 당사자의 합의에 의하여 밟을 수 있도록 하였으므로 당사자에게 부담을 시킬 수 있는 여지가 있다.⁴³⁾ 어떤 경우이든 초기에 보수와 비용에 대하여 별개의 합의를 하여야 할 필요성이 있다. 그러므로 변호사보수의 산정을 통제하는 미국의 대표당사자소송법개정안의 경우와 유사하게 전문전담조정위원의 보수의 부담은 당사자가 하되 법원이 이를 통제하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다. 그러나 전문전담조정위원의 업무가 상당히 복잡하고 적극적인 역할을 담당하여야 하는 경우도 있으므로 비용에 관한 새로운 규정을 마련하는 것이 필요하다.⁴⁴⁾

41) 제18조 제1항 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기한 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다(1994년 7월 27일 개정).

42) 현재 조정위원회에는 3만원씩의 수당을 지급하고 있다(呂相薰, 民事調停의 활성화에 관한 小考, 民事實務研究會, 1994, 963면). 그러나 이 액수로 전문가를 위촉한다는 것은 당사자의 열의나 의지에만 의존하는 것으로 실효성이 없다. 그러므로 이러한 위촉은 “법원에 대하여 호의를 가지고 있는 지역사회 인사들의 법원후원회”라는 호평을 받아 왔다(장용국, 민사조정제도의 현황과 대책, 민사판례연구 14, 1992, 529면). 오히려 이와 같은 비현실적인 보수에 의한 운영은 당사자들에게 부실한 조정을 받을 것을 강요하는 것일 뿐이며 당사자들도 무조건 값싼 분쟁해결만을 원하는 것은 아니므로 개선을 필요로 한다. 그보다는 오히려 제1심이 소송으로 진행되었을 경우에 들어갈 변호사비용의 일부에 해당하는 액수를 당사자들이 전문가들에게 주도록 하여 진정한 전문가로부터 조정을 받도록 하여야 한다. 그리고 앞서 언급한 것처럼 특히 집단소송과 같이 장기간 계속되는 복잡한 사안에 있어서는 일반조정과 같은 경우와 같이 9인 이상의 조정위원회의 구성은 큰 의의가 없이 책임소재만 불분명해지므로 그 수를 줄여서 1-3인 이내의 위원을 두고 이들에게 법관 또는 법관에 준하는 지위를 부여하는 전문전담조정위원을 선임할 필요가 있다.

43) 우리 나라 環境汚染被害紛爭調整法 제47조는 원칙적으로 당사자가 부담한다고 규정하고 있다.

셋째, 법원에서 재판에 준하는 업무를 외부의 전문가에게 맡긴다는 면에서 법원의 권위에 손상을 입힌다는 비판이 있을 수 있다. 그러나 이 경우는 집단소송과 같이 복잡한 사안에서 전문 전담조정위원회에게 사건을 위임하기는 하나 법원이 전체의 소송을 관리하고 최종결정을 내린다는 의미이지 법원의 역할을 포기한 것은 아니라는 점⁴⁵⁾에서 크게 문제되지 않는다고 할 수 있다.

넷째, 현재의 법원구조하에서는 법원 또는 법관의 역할과 맞지 않을 수가 있다. 특히 현재 진행중인 법원의 구조개혁의 결과와 집단소송에서 기대하는 법원의 역할이 일치하지 않는 경우에는 여러 가지 문제점이 발생할 수가 있다. 그러나 이 경우에도 일반 민사소송의 경우와는 달리 집단소송의 경우에는 법원의 적극적 역할을 인정하는 예외적인 기능설정이 가능하다. 현재 진행중인 법원의 구조개혁은 일반 민사소송절차를 중심으로 하는 것이므로 집단소송은 여전히 특별한 관리를 필요로 하는 영역으로 남는다.

2.5. 외국의 입법례

조정과 관련된 외국의 입법례로 獨逸은 부정경쟁방지법 제27조a에 각 주 상공회의소(Industrie- und Handels Kammer)에 調停所(Einigungsstelle)를 설치하여 그곳에서 조정을 하도록 규정⁴⁶⁾하였다. 이 절차는 당사자가 임의로 제소전 절차로서 選擇을 할 수 있는데 비교적 소액의 청구권이 문제되는 경우에는 유용하다고 한다.⁴⁷⁾ 절차는 최종소비자(letzten Verbraucher)와 부정경쟁방지법 제13조 제2항 제3호의 소비자단체(Verbraucherverband)가 조정을 신청하고 조정소는 독일법관법(Deutschen Richtergesetz)에 의하여 법관의 자격이 있고 부정경쟁방지법 관련 사건을 다룬 경험이 있는 조정장(Vorsitzende)과 同數의 영업자(Gewerbetreibende)와 소비자(Verbraucher)로 구성된다. 제소 전에 조정을 거칠 것인지는 당사자가 임의로 결정할 수 있다. 이 조정절차는 비용이 크지 않은 경우에 실효성이 있고 원고들이 소송을 하겠다는 집단결의를 한 경우에는 이용할 수 없는 방법이라는 한계가 있다.

그러나 조정이 사건을 신속하게 해결하는 장점이 있다고 하여 직권조정이나 강제조정을 허용하게 되면 이는 더 이상 조정이 아니라 조정의 형식을 띤 재판인 것이다. 이 경우는 재판을 받을 권리를 침해할 가능성이 크며 조정의 내용도 교섭력이 강한 측의 의견에 따르기 쉽다. 그

44) 미국의 특별보조법관(special master)의 경우에는 일반적으로 피고나 화해기금(settlement fund)에서 충당한다고 한다. 그러나 언제나 그러한 것은 아니어서 원고나 피고가 부담하는 경우도 있다; Jack B. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation* (Evanston, Ill : Northwestern university Press, 1995), p.145.

45) 구조상으로는 미국에서 입법이나 법원규칙으로 설치한 중재프로그램인 法院附屬(加)型 仲裁(조정)(court-annexed arbitration)와 비슷한 면을 가지고 있다. 그러나 미국의 제도는 정형적인 사건에 대하여 전문조정인을 둔다는 데서 차이가 있다. 미국의 전문조정인에 의한 대체적분쟁해결절차(ADR)는 저급의 정의(second-hand justice)라는 평가도 받고 있으며 보수문제때문에 단독중재인을 이용하려는 경향으로 변화될 것으로 예측하기도 한다(鄭甲柱, 美國法院에 있어서 ADR의 制度化, 裁判資料 第58輯 外國司法研修論集 (9), 1992, 219면, 227면). 그러나 우리 나라에서 이 제도는 오히려 법관만으로는 달성할 수 없는 더 특수한 분야의 전문화와 유연한 분쟁해결을 도모한다는 점에서 유리한 면이 있다.

46) UWG § 27a Abs. 1.

47) Reinhard Urbanczyk(洪準亨 譯), 독일단체소송에 관한 연구(법무자료 제94집), 1987, 128면.

러므로 이러한 경우라면 처음부터 법원의 1심을 대신할 수 있도록⁴⁸⁾ 적어도 절차에 관해서는 法院의 管理하에 運營되도록 하는 조정제도를 두는 것이 바람직하다.

이 경우에 法官은 민사조정법에서와 같이 직접 조정을 할 필요는 없고 제3자나 전문가를 선임하여 법관과 유사한 권한을 부여하고 最終적으로 절차통제의 관점에서 調停案의 承認與否를 決定하면 된다.⁴⁹⁾ 그러므로 현재 행정위원회와 같이 조정위원이 정해져 있는 위원회를 두는 것은 이해관련집단이나 특정기업의 지속적인 영향을 받을 수 있어 독립성이 보장되지 않는다. 그러므로 법관에 의하여 그때그때 선임된 專門家를 전문전담조정위원으로 임시로 구성할 필요가 있다.

美國의 경우도 앞서 특별보조법관에 대한 언급에서 지적한 바와 같이 실질상의 조정이 활발히 행해지고 있다.

3. 조정제도의 활용을 위한 법원 및 법관의 구성방안(특히 집단소송과 관련하여)

3.1. 기존의 법관을 활용하는 방안

3.1.1. 민사조정전담법관의 활용 : 방안 1

이를 위한 방안으로 첫째, 집단소송 또는 현대형소송의 非訟的인 側面에 착안하여 현재의 법관들 중에서 民事調停全擔法官을 집단소송의 법관으로 활용할 수 있다. 이 방안은 일반 법관보다는 조정을 전담했던 법관들이 사안을 해결하는데서 얻은 경험과 기술을 활용하여 사안을 유연하게 해결할 수 있다. 그러나 집단소송이 개인간의 조정과 같이 소규모의 이해관계가 아니라 국가적 규모의 대형사안인 경우에도 조정전담법관이 처리할 수 있느냐는 점이 문제이다. 이러한 경우에는 조정기술만으로는 부족하고 여러 변수를 동시에 고려한 政策的인 判斷까지 할 수 있는 자질이 요구된다. 그럼에도 불구하고 조정절차와 유사하게 집단소송의 제1심을 운영하는 것은 나름대로의 장점이 있다는 것은 부인하기 어렵다.

이와 관련하여 민사조정을 행한 경우에 행정소송의 경우와 같이 고등법원을 제1심으로 하는

48) 앞서 언급한 것처럼 일본의 공해등조정위원회는 국가행정조직법 제3조 제3항에 의하여 총리부에 속하면서 준 사법적 권한을 갖는다. 특히 토지이용의 조정에 관해서는 불복재정은 공개적인 대심구조로 심리되고 사실인정은 법원을 구속하는 효력을 인정하여 이 재정에 대한 불복은 바로 2심으로 이행하도록 하고 있다. 그러나 여기에서는 행정부가 아닌 私人を 임명하는 것이며 법원의 통제를 받는다는 면에서 미국의 대표당사자소송에서 특별보조법관을 이용하는 경우와 유사하다. 또한 실제 미국의 소송은 우리나라의 제도와 비교해 보면 소송보다는 조정과 유사하게 운영되는 측면이 있지 않나 생각된다. 적어도 미국에서는 제1심에서 당사자간의 화해로 대부분 종료된다.

49) 이러한 방법에 의하지 않고 약관규제법에서 고등법원을 1심으로 하는 견해로 독일의 Peter Gilles는 약관의 효력을 심사하는 단체소송은 추상적 규범통제절차와 유사하다는 것에서 그 근거를 찾는다(Peter Gilles, 西ドイツにおける消費者團體訴訟をめぐる新たな政策と訴訟理論(下), JURIST 751, 96면). 우리 나라에서도 이와 동일한 입장에서 약관규제법은 주로 법적 통제의 문제이므로 사실심에서 심판 받을 기회를 한번으로 하여도 큰 문제가 되지 않는다고 하는 견해가 있다(劉南碩, 앞의 논문, 100면). 이러한 견해는 약관규제법에 한하여 논하는 경우에는 타당한 면이 있다. 그러나 우리나라의 경우 행정소송법에서도 행정심판전치주의를 임의적인 것으로 하여 다시 일부 3심제로 환원하는 추세이므로 현재 구상중인 집단소송법에 대하여 입법을 하는 견지에서는 3심은 보장하면서 그 대신에 조정의 단계에 까지 법원의 관여를 확대하여 전체 소송기간을 줄이는 데 역점을 두는 것이 보다 바람직하지 않나 생각된다. 특히 집단소송은 대규모의 자료와 인원이 동원되므로 한 심급의 절약은 매우 큰 효과를 가져올 수 있다.

방안이 있을 수 있다. 이에 대해서는 행정사건의 경우 현재의 추세가 행정심판을 임의적으로 하고 제1심을 지방법원으로 하는 경향과 배치된다는 비판이 가능하다. 행정사건의 경우 행정 분쟁은 고등법원이 없는 지역에서도 빈발하여 지역의 범위와는 무관한데 그 지역의 주민은 시간과 비용의 제약 때문에 사실상 사법 구제를 받지 못하는 경우가 많다는 것이다. 그러나 집단 소송의 경우는 오히려 관련 지역이 광범위한 경우가 많고 지방법원을 1심으로 한 경우에는 합의부를 구성하기도 어려운 지역도 있을 수 있고 이러한 문제에 대한 전문성도 확보하기가 어렵다는 문제점이 있다. 또한 전단계에서 행해진 여러 가지의 조정⁵⁰⁾에 대하여 아무런 효력을 인정하지 않을 경우에 집단소송의 고질적인 문제점인 소송의 지연이 문제된다.

그러므로 조정여부를 당사자가 임의로 선택을 하도록 하여, 조정을 한 경우에는 제1심이 고등법원이 되고 조정을 원하지 않는 경우에는 지방법원을 제1심으로 하면 조정과 같은 단계 때문에 오히려 소송이 지연되는 폐해를 막을 수 있다.

3.1.2. 담당법관수를 확대하는 방안 : 방안 2

집단소송의 경우에 법관의 수를 5인이나 그 이상으로 하여 심리의 신중과 다양성을 피하는 것이다. 최근에 개정된 일본의 민사소송법에서 대규모소송⁵¹⁾의 특칙으로서 5인의 재판관의 합의체를 두도록 한 것이 이에 해당된다. 그러나 단순히 법관의 수만을 늘리는 방안은 합의제에서 발생하는 현실적인 문제점이 그대로 생길 수 있다.

즉 단독제에 비하여 심리의 충실과 공정한 재판을 도모하는 것이 이점인 합의제가 자신이 주심으로 된 사건에만 관심을 집중하는 변형된 형태의 단독제로 운영되어 인적, 물적인 비효율을 가져올 수가 있다는 것이다. 그리고 기존의 법관에 의한 재판이라는 점에서 법정책적인 판단을 하기에는 중재전담법관이 소송을 주재하는 경우와 크게 다를 것이 없다.

3.1.3. 전문법원을 설치하는 방안 : 방안 3

법원을 전문화하는 방안중의 하나로 전문법원을 설치⁵²⁾하는 방안이다. 특히 집단소송의 경우에는 집단소송전문법원을 설치하여 난해한 사건을 전문지식이 축적된 법원에서 다루자는 것이다. 이 방안의 문제점은 일반행정사건과 달리 집단소송은 당사자가 집단이라는 사항을 제외하고는 각 사건에서 발생하는 전문분야가 다르므로 얼마나 전문성을 살릴 수 있는지가 의문이다. 일반적으로 전문법원은 가사, 행정과 같이 단일성이 있는 사건에 대한 것인데 집단소송의 경우에는 소송진행절차에 대한 것 외에는 공통성이 적을 것이기 때문이다.

50) 집단소송과 관련하여 調整 또는 調停에 의한 해결방법으로는 法院에 의한 調停으로 民事調停法(1990)에 의한 調停, 家事訴訟法(49조)의 家事調停, 鑛業法上(97조)의 鑛害調停이 있고, 행정부산하의 조정위원회에 의한 調停으로 汚染紛爭調整法(2조)의 環境部 中央紛爭調整委員會의 調整, 行政規制 및 民願事務基本法상의 국민고충처리위원회의 결정, 消費者保護法(45조)의 消費者紛爭調停委員會의 調停, 醫療法(54의 2)의 醫療審査調停委員會의 조정, 保險業法(197의 6)의 保險紛爭調停委員會의 조정, 建設業法(32의 7)의 建設業紛爭調停委員會의 조정, 입안중인 醫療紛爭調停法案에 의한 調停 등이 있다.

51) 여기에서 말하는 집단소송의 범위와 일치하는 지는 의문이다. 단순히 관련되는 사람만이 다수인 부진정한 집단소송을 대상으로 한 것 같다. 집단소송에 대한 명시적인 언급을 미루고 그러한 제도의 설치를 배제하지는 않는다는 입장으로 보인다.

52) 司法制度改革을 위한 設問調査結果 分析報告書, 司法政策資料 第1輯, 法院行政處, 1990, 79-81면; 법원의 전문화에 대해서 지지하는 견해는 전체 법조인의 98%에 달한다. 그러나 그 방안으로 전문법원의 설치에 대해서는 법학교수 직역이 가장 적극적(88.3%)이고, 법관 중에서는 고등법원판사들이 가장 적극적(75.1%)이며, 경력 30년 이상의 법조인(56.3%)이나 변호사들(63.8%)은 낮은 지지율을 나타냈다.

이와 동일한 맥락에서 법원의 전문화의 방안으로서 전문법원의 설치는 현실적으로 어려운 점이 산적해 있으므로 전문재판부를 확충하자는 견해가 있다. 그 이유는 전문법원을 설치하기 위해서는 어느 정도의 전문분야에 해당하는 사건이 있어야 하는데 현실은 아직 그렇게 시급하지 않다는 것이다.

또한 이와 유사하게 집단소송전담부의 판사의 수를 7인으로 하여 이중에서 4인은 기존의 법관 중 조정전담법관이나 경력이 오래된 법관 중에서 임명 또는 선발하고, 3인은 경제, 사회, 의료, 환경 등의 전문가로서 변호사자격이 있는 사람을 정당의 추천을 받아 정치적 절차를 통하여 선출하는 방식이다. 이 경우는 현재 우리 나라의 헌법재판소체제와 유사한데 정치적 성격이 가미된다는 점에서 헌법재판소에서 얻고 있는 여러 가지의 장점을 얻을 수 있다. 그러나 이러한 제도는 집단소송전담부가 기존의 법원과의 관계에서 어떤 위상이 부여되어야 하느냐의 문제점이 남는다.

3.1.4. 법관을 전문화하는 방안 : 방안 4

세 번째의 방안과 유사하지만 성격을 달리하는 방안으로 법관을 전문화하는 방안이다.⁵³⁾ 이 방안은 집단소송전담부를 두어서 법관을 전문분야별로 임명하거나 상당한 기간 근무후 전직의 기회를 주자는 방안이다.

이와 동일한 성격의 방안으로 법학전공자가 아닌 법관임용자들 중에서 해당전공자들을 전문법관으로 양성한다는 방안도 있을 수 있다. 그러나 법관직을 수행하는 이상 법이론 외의 분야에 대하여 실제 현장에서 활동하는 현장전문가와 동등한 전문인이 되는 것은 기대하기 힘들며 이러한 방향의 전문화는 법학분야와 해당전문분야 모두에 부족한 법관이 되기 쉽다. 결국 법관이란 직업을 갖는 한 법률 지식 이외의 분야에서 완전한 전문성을 달성하기에는 많은 제약요인이 있을 수밖에 없다. 따라서 법관의 전문화는 각 분야별 법관 중에서 상대적 전문화라는 의미로 받아들이는 것이 보다 현실적이며 해당 분야의 전문가를 사건별로 최대한 활용할 필요는 상존한다.

3.2. 準法官(magistrate)과 特別補助法官(special master)制度를 도입하는 방안

미국의 준법관과 유사한 작용을 할 수 있는 우리 나라의 제도는 법원사무관이다. 문제는 준법관에게 어떠한 역할을 맡기느냐이다. 단순히 법관의 단순업무를 경감하는 보조인력으로 사용될 수도 있고 법관이 시간의 제약 때문에 할 수 없는 증거조사나 현장검증과 같은 중요한 업

53) 司法制度改革을 위한 設問調查結果 分析報告書, 司法政策資料 第1輯, 法院行政處, 1990, 78-88면; 법원의 전문화와 법관의 전문화의 본질적인 차이로 법원의 전문화는 사회의 발전 추세에 따라 불가피한 것이고 법관의 전문화는 그와 같은 정도로 전문화될 필요가 없는 전인격적인 판단을 요하는 직책이라는 것이다. 이러한 설명은 민사소송법상 자유심증주의에 근거한 입장으로 생각된다. 그러나 이 설문에서는 법원의 전문화와 법관의 전문화 사이의 인식의 차이(gap)를 메우는 방안에 대해서는 좀 더 구체적인 접근이 없이, 법관의 희망에 따라 한 분야에서 상당 기간 근무하도록 하는 준 전문화가 필요하다는 견해가 다수라고 한다. 특히 專門家를 調査官으로 두어 활용한다는 견해인 1번 지문은 법관의 준 전문화가 필요하다는 2번 지문과 양립 가능한 것으로서 구체적 보완 방안이 될 수 있는데도 단일 지문 내에서 답을 구하였기 때문에 정확한 의견이 반영되지 않은 측면이 있다. 결국 법원은 전문화되더라도 법관이 자유로이 전문법원사이를 이동하기 위해서는 이를 보완하는 방안이 있어야 하기 때문이다. 이는 법원일 반직공무원들에 대한 지문에서 전문분야별 선발방안에 대하여 73%가 반대하는 경우와 함께 법관은 퇴직 후 변호사가 된다는 전제하에서 근무하므로 법원에서 다양한 분야를 경험하는 것이 유리하다는 현실적 필요를 반영한 측면이 있다고 할 수 있다.

무를 대행하게 하거나 미국의 특별보조법관(special master)과 같이 적극적인 역할을 할 수 있도록 조정할 수도 있는 것이다.

미국의 경우는 1968년에 준법관(magistrate)의 역할과 임무에 관하여 상세하게 규정하였으나 법원마다 업무가 차이가 났고 어떤 법원에서는 그 역할에 대하여 엄격히 제한하기도 했다. 그리하여 1976년에 다시 법을 개정하여 그 범위를 더 구체적으로 정하고 일부의 민사사건을 다루고 판결도 하도록 권한을 확대한 경우도 있다.⁵⁴⁾ 그후에도 계속하여 준법관(magistrate)의 임무에 유연성을 부여하고 권한을 넓히는 방향으로 유도하고 있다. 이러한 법관의 보조 또는 역할분담은 복잡한 代表當事者訴訟에서 더욱 필요하다는 것은 상론할 필요도 없다.

문제는 집단소송에서 미국의 특별보조법관(special master)과 같은 역할을 하도록 허용할 것이냐 이다. 이는 현행 민사소송법 하에서의 사법보좌관은 법관을 보좌하여 단순한 업무를 보조하는 것으로 상정하고 있기 때문에 집단소송과 같이 복잡한 사안에서는 큰 위력을 발휘하기가 어렵다는 사실에서 당연히 나오는 의문이다. 집단소송에서도 단순한 업무를 수행할 인력의 부족의 문제도 중요한 것은 사실이나, 보다 근본적인 것은 복잡 다양한 분쟁을 소송절차상으로는 물론 해당 전문분야에 대해서도 능동적으로 대처할 專門人力이 필요하다는 점이다.

미국에서는 1970년대에 소송이 폭증하자 대체적 분쟁해결방안(ADR)으로 발전시켰다. 그중에서 집단소송과 관련하여서는 앞서 언급한 분쟁해결기구들에 의한 사실상의 조정이 활발하게 이루어지고 있다.⁵⁵⁾ 특히 법원은 대표자가 없는 당사자(unrepresented party)의 보호자의 역할을 하므로 법원에 의하여 임명되어 중립적인 중재자의 역할을 할 수 있는 특별보조법관은 매우 필요하였다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾

이들은 화해의 단계와 배상기금의 분배안을 작성하고 집행하는데 중요한 역할을 하며, 특히 화해를 전담하는 특별보조법관은 시간만 오래 끄는 결과가 불확실한 소송에서 공동체의 이해관계와 정치적으로 민감한 문제들⁵⁸⁾을 해결하는데 적격이다. 특히 법관과 달리 사적으로 양당사자를 만나 그들의 비밀에 속하는 사항까지 모두 들은 뒤에 이들을 종합하여 조정을 하므로 자료를 수집하는 데는 어떤 다른 경우보다도 훌륭한 역할을 수행한다.⁵⁹⁾ 이들의 역할 여하에

54) Robert W. Kastenmeier & Michael J. Remington, *Court Reform and Access to Justice: A Legislative Perspective*, 16:2 *Harv. J. on Legis.*, 301, 318-321 (1979); Peter G. McCabe, *The Federal Magistrate Act of 1979*, 16:2 *Harv. J. on Legis.*, 343, 364 (1979)

55) 이러한 분쟁해결기구에 관한 심포지엄이 미국법조협회 불법행위 및 보험법분과, 미국제1심변호사협회(ATLA), 미국피고변호사회(DRI)의 후원 하에 1989년에 Duke대학에서 열렸다. 이 심포지엄에 대한 자료는 53 *Law and Contemporary Problems* 1990년 가을호에 회의 후에 수정을 하여 실고 있다. 실제로 대표당사자소송에 직·간접으로 참가했던 사람들로 구성되어 실무상의 문제점을 상세하게 지적하고 있다.

56) Francis E. MacGovern, *Foreword*, 53 *Law & Contemp. Probs.*, 1, 4 (1990).

57) 멘빌사건에서 Weinstein판사는 장래의 청구권자들을 위한 특별보조법관 1명과 법원에 대한 조언자로서의 특별보조법관 1명을 임명하였다.

58) 고엽제 소송에서 특별보조법관들은 법원과 당사자들간에 완충장치(buffer)의 역할을 했으며, 법원과 당사자와 지역사회간에 의사소통의 통로(conduit)의 역할을 하였고, 양당사자를 사적으로 만나서 화해를 이끌어 내는 중재자(mediator)의 역할을 하였다. 그리고 이때 임명된 3명의 특별보조법관 중에 한 명은 민주당에 또 한 명은 공화당에 친교가 있는 사람들로서 중재자로서 장점이 많았다고 한다: Jack B. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*(Evanston, Illinois : Northwestern University Press, 1995), p.145.

59) Jack B. Weinstein, *Id.* at 144-145; Curtis J. Burger, *Away from the Court*

따라 서로 다른 집단간의 교섭이 가능해지고 사건에 관계된 개개인들이 입장과 처지를 깊이 이해할 수 있고 사건과 당사자들간의 의사소통의 통로가 된다. 또한 특별보조법관이 계획안이나 조정안 작성에 성의를 보이거나 실현가능성이 있는 경우에 집단구성원들이나 공동체의 적극적인 협조를 유도할 수 있는 장점이 있다.⁶⁰⁾

이러한 특별보조법관의 활용은 미국연방민사소송규칙 제53조를 근거 규정으로 하고 있다. 물론 이 조항에는 특별보조법관의 활용을 복잡소송이나 손해액의 계산이 어려운 경우에만 활용을 하도록 예외적으로 규정하고 있지만 실제로 지난 20여 년 동안 특별보조법관은 광범위하게 활용되어 왔다.⁶¹⁾ 이들에 대한 보수는 주로 피고나 화해기금에서 충당했는데 때로는 원고와 피고가 분담한 경우도 있다.

특별보조법관에 대해서는 법관과 동일하게 법관행위전범(Code of Judicial Conduct)의 규정을 준수하며 사건의 本案에 관하여서는 담당법관과도 상의를 하지 않고 나름대로 결론을 내리도록 할 필요성이 있다고 지적한다.⁶²⁾

이러한 특별보조법관의 활용, 특히 석면사건과 자궁내피임기구사건에서 특별보조법관의 역할을 수행했던 MacGovern교수가 제시한 임시손해배상기구(ad hoc claims facility)에 의한 집단소송사안의 해결에 대하여 학자들 중에서는 부정적인 견해를 표명하는 경우가 많다.⁶³⁾ 그러나 이러한 부정적인 견해는 장기적으로 이러한 임시적 성격의 기구로 모든 문제를 해결할 수 없다는 입장에 그칠 뿐 뚜렷한 대안을 제시하지 못하는 한계가 있다.⁶⁴⁾

그러므로 우리 나라의 집단소송에서도 외부의 전문 인력에 대한 활용이 성패의 관건이 될 수 있다. 이러한 적극적인 법관과 특별보조법관을 도입하지 않고서 집단소송이 일반 민사소송 제도에서 해결할 수 있는 문제 이상의 것을 해결하기는 기대하기 힘들다.

3.3. 법원 밖의 분쟁해결기구에 의한 방안

미국에서는 기금의 분배와 소송비용을 줄이기 위하여 紛爭解決機構(Claims Resolution Facilities)가 설립되어 큰 활약을 하였다. 이의 예로 석면소송에서 가해자인 회사측에서 분쟁 해결을 위하여 만든 조직이 ACF이다. 이는 석면관련소송을 담당한 CCR의 전신으로 구성원은 거의 동일하나 운영 방법이 전혀 달랐다⁶⁵⁾. 그러나 이 조직이 원래 예정했던 기능을 제대로 발휘하지 못하자 새로이 조직한 것이 CCR(Center for Claims Resolution)이다. 이 기구는 분쟁해결에 큰 역할을 하여 이후의 사건해결에 모범이 되었다.

이러한 기구의 구성원은 다수가 회사정리철차를 수행하는 법원이 임명한 특별보조법관이며

House and into the Field: The Odyssey of Special Master, 78 *Colum. L. rev.*, 707, 737 (1978).

60) Curtis J. Burger, *Id. at* 738.

61) Jack B. Weinstein, *Id. at* 144.

62) Jack B. Weinstein, *Id. at* 109-110; Curtis J. Burger, *Id. at* 737. 처음부터 계획안이나 소송물에 대하여 법관과 토론하지 않고 계획안을 작성하게 하고 법관은 최종단계에서 이를 판단만 하게 할 필요가 있다는 견해를 표명하고 있다. 이러한 방식에 의하면 처음부터 법관의 판단이 개입되는 것을 방지할 수 있다.

63) David Rosenberg, Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master, 69 *B.U.L.Rev.*, 695, 695-698, 726 (1989).

64) David Rosenberg, *Id. at* 727.

65) Lawrence Fitzpatrick, The Center for Claims Resolution, 53 *Law & Contemp. Probs.*, 13, 13-17 (1990).

또 상당수는 피고회사들의 임시연합기구의 구성원들이다. 그리고 미국에서는 이러한 사적 분쟁 해결기구들이 법원에서 하지 못하는 역할을 하고 있다고 일반적으로 평가하고 있다.

우리 나라의 경우는 미국처럼 완전한 사적 단체를 구성하여 조정에 의하여 분쟁을 해결하는 방법은 아직 시도된 예가 없는 듯하다. 다만 공익단체나 전문기관에서 이를 해결하는 방법은 있다.⁶⁶⁾ 다만 이 공적 기관에 의한 해결방법이 사적 분쟁의 영역을 벗어나서 공법적 영역에까지 침투하는 것은 바람직하지 않다.⁶⁷⁾ 그리고 사적 분쟁해결기구의 출현에 대해서는 앞으로 시일을 두고 검토해 볼 필요가 있다.

4. 재판경영⁶⁸⁾의 개념도입

재판이 법관의 제1차적 책임임에는 틀림이 없으나 재판에 대한 법관의 책임은 재판을 적정하게 한다는 것에 머물러서는 안 된다. 재판경영의 측면에서 불필요하게 장기에 걸친 반복되는 재판은 한정된 법원의 자원을 낭비하게 된다. 그러므로 법관은 특히 신속한 재판을 할 책임이 있다는 인식도 가져야 한다. 왜냐하면 집단소송의 경우는 신속히 화해가 되는 경우도 있는 반면 수십 년을 끄는 경우도 적지 않다. 그러므로 특히 집단소송의 경우에 법관은 재판경영자적 입장(case manager: managing the trial)에서 다른 요소들과 함께 신속의 문제를 항상 염두에 두어야 한다. 이를 구현하기 위하여 신속하게 재판을 진행할 것을 권고조항으로 두거나 재판부 자체를 한시기구로 구성하는 방법도 생각해 볼 수 있다.

미국의 경우는 집단소송의 전형인 대량불법행위소송에서 장래의 피해자들에 대한 사항까지 포함하여 피고가 사건관리계획(case management plan)을 만든다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾⁷¹⁾ 그 이유는 대

66) 상사중재원, 소비자분쟁조정위원회, 언론중재위원회, 의료심사조정위원회, 저작권심의조정위원회, 환경분쟁조정위원회, 고용문제조정위원회, 노동쟁의조정위원회, 보험분쟁조정위원회, 금융분쟁조정위원회, 하도급분쟁조정위원회, 건축분쟁조정위원회, 컴퓨터프로그램조정위원회 등이 있다.

67) 鄭東潤, 民事訴訟法[第四全訂版], 1995, 20면.

68) 賈在桓, 法院의 經營과 司法現代化를 위한 法官의 責任, 司法論集 第24輯, 法院行政處, 1993, 115-116면.

69) Cooper S. Ashley, *Mass Tort Class Actions: Practice Tips and Recent Developments, Planning, Initiating and Defending Class Action Litigation*, Minnesota State Bar Association Continuing Legal Education, March 1996, p.4.

70) 캘리포니아 주에서는 The Trial Court Delay Reduction Act에 의하여 법원이 심리 계획을 세워서 모든 절차를 원활하고 신속하게 진행시키고 법관은 재판관리자의 역할을 담당한다고 한다: 국제화시대의 민사사법 -국제거래 및 상사전담부 운영을 위한 간담회보고서-, 서울민사지방법원, 1994. 7., 6면.

71) 또한 이러한 제도적인 보완과 함께 염두에 두어야 할 것이 法官의 勤務期間과 전근에 관한 문제이다. 현재의 경우와 같이 2년의 임기를 기본으로 하는 제도하에서는 당사자들의 지연 전략이나 소송준비의 부실이 결합하는 경우에는 집단소송의 처리는 불가능하게 될 우려가 있다. 그러므로 집단소송의 경우는 다른 부보다 근무기간이 다소 길어야 한다. 그렇다고 하여 지나치게 장기간의 근무기간은 당해 재판부의 시각이 고정되거나 전체의 법체계를 이해하는 폭이 좁아질 우려도 있다. 이를 위하여 미국의 廣域訴訟(MDL: Multidistrict Litigation)과 같이 집단분쟁의 해결을 위한 임시 전담재판부를 설치할 필요성이 있다.

그리고 감정인의 문제는 당사자의 위촉이나 합의로 일정한 사람을 선임할 것이 아니라 법원이 주도적으로 특별보조법관(special master)을 임명하여 전문가로서의 의견은 물론 화해안과 문제의 궁극적인 해결방안까지 제시하도록 하는 것이 필요하다. 그렇게 되면 이 특별보조법관은 일정 부분 법관을 대신하여 권한을 행사하게 되고 의무를 부담하게 되므로 공정한 결론이 나올 가능성이 더 커지게 된다.

량불법행위사안은 엄청나게 많은 비용이 들고 피고가 파산하는 경우도 있기 때문에 처음부터 계획적으로 소송을 진행하지 않으면 사안의 해결에 엄청난 시간을 낭비할 수 있기 때문이다. 이를 위한 방법의 하나로 미국은 사실심리전회합(Pretrial Conference)과 같이 주장을 정리하고 사전에 쟁점이 부각되도록 쟁점정리절차를 두고 있다. 즉 심리계획을 4-5단계로 나누어 각 단계마다 해야 할 적정한 기준을 설정⁷²⁾해 두고 이 일정에 따라 재판을 진행하는 것이 쟁점정리는 물론 소송의 예측과 일관성을 위하여 도움이 된다는 것이다. 이는 기존의 스케줄링(Scheduling)과 유사하다.

일본은 소송에 화해나 조정을 촉진하기 위하여 비공개의 장소에서 소송대리인이나 당사자 본인을 참석시켜 화해촉진과 쟁점정리를 도모하는 실무상 정착된 변론 겸 화해제도나 개정민사소송법 제168조에서 제174조에 변론준비절차를 두어 쟁점과 증거정리를 하도록 하여 이를 해결하려고 하고 있는데 집단소송에서 이러한 절차를 도입할 필요성도 있다.

이러한 사전 준비절차를 충분히 거친 재판 경영의 방식에 의한 소송은 사법부의 역할에 대하여 부정적이거나 무관심한 국민들의 의식을 개선하여 재판의 과정과 결과에 공감대를 형성하는 계기로 활용될 수 있다. 특히 국민들 상당수가 관심을 가진 문제를 법원에서 적극적으로 해결함으로써 그 동안 법원은 멀리할수록 좋거나 자신과는 아무런 관련이 없다고 생각하는 막연하게 형성되어 온 적대감이나 무관심을 기대와 신뢰로 바꾸는 계기가 될 수 있다. 그리고 이러한 소송은 일반 국민들과 법원이 사회 전체의 공통의 문제에 대하여 서로 의견을 교환하고 이해할 수 있는 공적인 장으로서 활용될 수도 있다. 이러한 제도적 장치를 통하여 재판의 질을 높이는 것, 그리고 전문화되고 실득력 있는 일관된 재판을 하는 것이 또 다른 차원에서 국가경쟁력을 높이는 길이다.⁷³⁾

5. 결어

법원에서 행하는 민사조정은 기본성격이 재판상화해와 크게 다를 바가 없으나 일반적으로 재판외적 분쟁해결방법으로 생각되어온 조정을 사법제도의 중심에 도입하였다는 점과 민간차원의 裁判外 紛爭處理節次(ADR)와 달리 국가의 공권력을 배경으로 실효성 있는 채무명의를 만들 수 있고 최종적 분쟁처리채널인 재판과 밀접한 상호관계를 가질 수 있다는 점에 의의가 있다. 또한 조정은 일반 소송에서 발생하는 비용이 들지 않거나 아주 적게 들어 경제적이며 일반적으로 신속하게 사안을 해결하는 특색이 있다. 또한 조정위원회에 의한 조정의 경우에는 調停委員의 전문지식을 활용할 수도 있다. 물론 이에 대하여 조정은 執行力이 약하다는 단점이 있으며 위원회의 節次保障과 委員들의 公平한 任命이 문제된다. 그러나 조정제도는 우리 민사소송의 단점을 보완하는 도구로서 그 효용이 적지 않다.

그러므로 법원의 통제하에 운영하는 현재의 조정체제를 계속 활용하면서 조정의 대상을 확대할 필요가 있다. 이를 위한 전단계로 조정에서는 일정한 범위의 주민단체에게도 當事者適格을 부여하여야 한다. 특히 조정의 경우 상당수의 사건이 소송으로 이행되고 있다는 사정을 감

왜냐하면 양당사자가 선임한 감정인은 선임한자들에게 유리한 증언만을 하게 되므로 재판에 도움이 되지 않고 양당사자가 합의를 한 경우에도 양당사가 교섭력이 동일하지 않는 한 공정성이 보장되지 않을 수 있기 때문이다.

72) 국제화시대의 민사사법 -국제거래 및 상사전담부 운영을 위한 간담회보고서-, 서울민사지방법원, 1994. 7, 42면.

73) 국제화시대의 민사사법 -국제거래 및 상사전담부 운영을 위한 간담회보고서-, 서울민사지방법원, 1994. 7, 84면.

안하면, 그리고 집단소송절차와의 연결까지 생각하면, 조정에서의 당사자적격은 집단소송에서의 당사자적격과 연관시켜 규정하고 운용할 필요가 있다.

이를 효과적으로 연결하기 위하여 법원의 통제하에 조정을 거친 경우에는 이에 대한 불복을 일반적인 경우처럼 제1심에 소를 제기하지 않고 항소심에 곧바로 제기할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 그 대신 조정을 반드시 거치도록 강제할 필요는 없고 당사자들이 최초의 심판을 제1심 소송에서 받을 것인지 조정으로 대체할 것인지를 임의로 결정하도록 하여야 한다. 즉 양당사자가 합의한 경우에 한하여 조정절차를 거치도록 하여야 한다. 이렇게 되면 당사자들의 재판을 받을 권리를 해함이 없이 조정절차를 활용할 수 있고 유사한 분쟁이 조정절차를 포함하여 사실상 4개의 審級을 거치는 무익한 소송지연을 줄일 수 있다. 다만 그 범위를 어느 정도로 할 것이냐는 개개의 사안에서 판단할 일이다. 이처럼 조정을 거친 사안을 2심으로 연결되게 하는 경우에는 조정에서의 당사자적격에 대한 심사도 소송에 준하여 행하여야 한다.

또한 집단분쟁특례법 속에 조정과 연관된 효과와 절차를 규정할 필요가 있다. 왜냐하면 집단소송은 필연적으로 조정이나 화해와 같은 비공식적인 협상절차가 선행되는 경향이 있는데 이에 대하여 아무런 효력을 부여하지 않거나 거꾸로 무조건 이 절차로 거치도록 강요하는 것은 사안의 해결을 더욱 어렵게 만들기 때문이다. 이러한 비공식적인 협상절차가 대부분 사건에 필연적으로 발생하는 것이라면 분쟁의 초기의 단계부터 이를 효과적으로 운영할 방안을 적극적으로 마련할 필요가 있다. 특히 집단소송의 경우에는 기존의 조정위원회의 조정위원처럼 이미 구성되어 있는 위원회가 아니라 그때그때 사건의 성격을 감안하여 수시로 법원에서 전문전담 조정위원을 임명할 필요가 있다. 그 이유는 일반 민사조정인 경우는 비송사건의 경우와 마찬가지로 정형적인 사건을 계속하여 담당하는 조정위원의 전문화가 관건이 되나 집단소송의 경우는 특정 분야에 대하여 정통한 지식을 가진 전문가 또는 특정 문제에 대한 실정에 밝은 실무자를 필요로 하기 때문이다. 그리고 이 전문전담조정위원에게는 법관의 역할을 일정 부분 대신하는 특별보조법관의 자격을 부여할 필요가 있다.

현재 우리 법원에서 행하는 민사조정은 상당히 그 활용 폭이 넓고 장래 전망도 밝아 보인다. 그러므로 현재의 과제는 다만 이러한 법원내의 조정을 어떻게 그리고 어디까지 발전시켜 나갈 것인가에 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 실무면에서의 여러 가지 난점들이 해결될 수 있다는 전제하에서 결국은 이러한 방향으로 분쟁을 해결해 나가는 것이 앞으로의 소송제도의 발전 방향이 될 것으로 생각된다. 그리고 이러한 방향이 소송의 결과보다 자신의 어려움을 들어줄 것을 더 선호하는 특이한 법문화를 가지고 있는 우리의 실정에 더 적합한 측면마저 있다. 따라서 이러한 방향설정을 위한 노력의 일환으로 현재 법원에서 행해지고 있는 민사조정을 활용하는 방안은 매우 실용적인 의의가 있다.

참고문헌

- (1) 賈在桓, 1993, 法院의 經營과 司法現代化를 위한 法官의 責任, 司法論集 第24輯, 法院行政處.
- (2) 서울민사지방법원, 1994. 7, 국제화시대의 민사사법 -국제거래 및 상사전담부 운영을 위한 간담회 보고서-
- (3) 權五坤, 1995, 조정위원회에 의한 조정의 문제점과 활성화 방안, 昌原地方辯護士會誌(창간호).
- (4) 金永吉, 1994. 11, 環境紛爭調整制度의 現況과 앞으로의 改善課題, 人權과 正義.
- (5) 金周元, 1997, 辯護士團體의 裁判外的 紛爭解決節次 導入, 法曹春秋, 서울지방변호사회.
- (6) 南 博方, 1994. 3. 1, 環境紛爭處理の在り方を考える - 裁斷から調整の時代へ -, 判例タイムズ NO. 833.
- (7) 박해식, 1996, 조정사건을 전담한 소감, '96 법관 수련회 보고서, 서울지방법원남부지원.

- (8) 法院行政處, 1990, 司法制度改革을 위한 設問調查結果 分析報告書, 司法政策資料 第1輯.
- (9) 小島武司, 1984, 紛爭處理制度의全體構造, 講座民事訴訟 1, 弘文堂.
- (10) 孫壽一, 1996, 美國 法院에서의 ADR의 발전과 캘리포니아 북부 연방지방법원의 Early Neutral Evaluation(ENE), 裁判資料 第73輯 外國司法研修論集 (13).
- (11) 孫壽一, 1997. 1, 調停擔當判事の 視覺에서 본 民事調停, 法曹春秋(통권 제145호).
- (12) 손수일, 1995. 12, 조정위원회 조정의 현 위치와 전망, 조정마당 열린 대화.
- (13) 呂相薰, 1994, 民事調停의 활성화에 관한 小考, 民事實務研究, 民事實務研究會.
- (14) 柳至泰, 1994. 11, 環境汚染被害紛爭調整制度의 比較法的考察, 人權과 正義.
- (15) 尹鐘燮, 1997. 1, 民事紛爭豫防에 관한 考察, 人權과 正義.
- (16) 李相敦, 1988, 訴訟外的 方法에 의한 紛爭解決 - 필요성과 정당성에 관한 이론적 고찰 -, 中央大 法學研究所 法學論文集 第13輯.
- (17) 李錫炯, 1994, 日本 民事調停制度의 運用實態에 관한 考察 - 그 活性化 原因 및 適正·效率化 努力을 中心으로 -, 裁判資料 第66輯 外國司法研修論集 (12).
- (18) 張文哲, 1997. 1, 辯護士團體의 裁判外的 紛爭解決節次 導入의 意義, 法曹春秋(통권 제145호).
- (19) 장용국, 1992, 민사조정제도의 현황과 대책, 민사판례연구 14.
- (20) 鄭甲柱, 1992, 美國法院에 있어서 ADR의 制度化, 裁判資料 第58輯 外國司法研修論集 (9).
- (21) 鄭東潤, 1997, 民事訴訟法[第四全訂版], 法文社.
- (22) 中村芳彦, 1991. 1, 第2東京辯護士會 仲裁센터의 紛爭處理, 法曹春秋(통권 제145호).
- (23) 한위수, 1994, 민사소송사건처리의 추이와 성과분석, 민사조정담당판사회의 결과보고서, 법원행정처.
- (24) 環境部, 1996, 環境問題와 관련된 葛藤解消方案에 관한 研究.
- (25) 黃永善, 1995, 調停制度, 釜山地方辯護士會誌(第13號).
- (26) Peter Gilles, 西ドイツにおける消費者團體訴訟をめぐる新たな政策と訴訟理論(下), *ジュリスト* 751.
- (27) Reinhard Urbanczyk(洪準亨 譯), 1987, 독일단체소송에 관한 연구(법무자료 제94집).
- (28) Jochen Taupitz, 1996, Außergerichtliche Streitbeteiligung zum Schutz des Verbrauchers, *韓獨法學* 제12호.
- (29) Cooper S. Ashley, 1996, Mass Tort Class Actions: Practice Tips and Recent Developments, Planning, Initiating and Defending Class Action Litigation, *Minnesota State Bar Association Continuing Legal Education*, March.
- (30) Curtis J. Burger, 1978, Away from the Court House and into the Field: The Odyssey of Special Master, *78 Colum. L. rev.*
- (31) David Rosenberg, 1989, Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master, *69 B.U.L.Rev.*
- (32) Francis E. MacGovern, 1990, Foreword, *53 Law & Contemp. Probs.*
- (33) Jack B. Weinstein, 1995, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Evanston, Illinois : Northwestern University Press.
- (34) Judith Resnik, 1982, Managerial Judges, *96 Harv. L. Rev.*
- (35) Kenneth S. Abraham & Glen O. Robinson, 1990, Aggregative Valuation of Mass Tort Claims, *53 Law & Contemp. Probs.*
- (36) Lawrence Fitzpatrick, 1990, The Center for Claims Resolution, *53 Law & Contemp. Probs.*
- (37) Peter G. McCabe, 1979, The Federal Magistrate Act of 1979, *16:2 Harv. J. on Legis..*
- (38) Robert W. Kastenmeier & Michael J. Remington, 1979, Court Reform and Access to Justice: A Legislative Perspective, *16:2 Harv. J. on Legis.*