

〈논문〉

判決과 ADR 體系의 正立에 관한 연구*

胡文赫**

요약

우리나라의 민사소송의 원칙인 변론주의가 지켜지려면 변호사 강제와 소송구조 제도를 제대로 갖추어야 한다. 또한 변호사 보수를 체계적으로 범정할 필요가 있다. 그리고 소송구조 예산의 대폭적 확충이 필수적이다.

종래 법원에서 화해와 조정을 너무 강조한 나머지 화해나 조정의 본질에 반하는 소송지휘가 이루어졌고 법으로 화해권고결정과 조정에 갈음하는 결정(이른바 강제조정)까지 규정하기에 이르러 사건 당사자들의 불만이 매우 컸다. 화해권고결정과 강제조정 제도는 폐지할 것이며, 수소법원에서의 화해는 사건이 내용상 화해에 적합한 것인 경우에 한하여 화해를 권하되 강권해서는 안 된다. 수소법원의 조정 회부는 사건이 내용상 조정에 적합한 것인 경우에 한하여 하도록 하고, 수소법원의 일원인 조정담당판사가 스스로 조정에 임하는 것은 원칙적으로 금지하고, 상임조정위원이나 조정위원회에 회부할 것이다.

행정기관에서 여러 위원회를 만들어 국민의 권리구제를 하면서, 행정위원회를 거쳤다는 것을 이유로 민사소송을 절차법적 원리가 다른 행정소송으로 변환하는 것은 부당하다. 이를 시정하는 법개정이 있어야 할 것이다.

법원 밖에서의 각종 ADR에 재판상 화해의 효력을 부여하는 법률은 헌법상, 절차법상의 여러 문제를 야기한다. 이러한 ADR의 내용에 채무자가 집행을 승인한다는 내용이 포함되면 그 조서에 집행증서로서의 효력을 부여하고, 그렇지 않은 경우에는 단순한 실체법상 합의로서의 효력만을 부여해야 할 것이다.

주제어: 자력구제, 소송제도, 민사소송, 분쟁해결, 변호사강제, 소송구조, 화해, 조정, ADR

* 李興在 선생님께서 언젠가 필자에게 노동관계 소송에서 당사자인 근로자들이 겪는 어려움에 관하여 설명하신 적이 있었다. 이를 계기로 민사소송과 기타 분쟁해결절차의 상관관계에 관심을 갖게 되었고, 그 첫 번째 결실이 이 글이다. 이 자리를 빌어 감사드리고 앞으로 더욱 건승하시기를 기원한다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수, 법학박사.

I. 序 論

1. 國家의 司法權과 自力救濟

우리나라에는 각종 분쟁해결 방법이 여러 가지의 형태로 마련되어 있다. 가장 기본적인 해결 방법은 法院의 判決이고, 그 밖에도 裁判上和解, 仲裁, 調停, 斡旋, 周旋 등이 있다.

본래 한 국가나 사회의 질서가 형성되어 그 구성원들 사이에 일정한 관계가 자리 잡기 전인 원시사회나 고대사회에서는 자기의 권리를 보호하거나 행사하려는 사람은 스스로의 힘에 의지하는 수밖에 없었다(自力救濟).¹⁾ 그러나 이러한 자력구제는 비록 권리를 신속하게 행사하거나 실현시킬 수 있다는 장점이 있지만, 정당한 자가 승리하리라는 보장이 없고 오히려 힘이 센 자가 승리하는 결과가 되기 때문에 제대로 된 권리실현이나 권리구제 수단으로서의 정당성이 인정될 수가 없었다. 뿐만 아니라 자력구제는 상대방이 저항할 경우에는 결국 폭력이나 무력에 의한 구제가 될 것이기 때문에 국가나 사회의 질서가 파괴된다는 목과할 수 없는 단점이 있었다. 그렇기 때문에 국가의 체제가 정비되어 사법권이 확립된 곳에서는 이러한 자력구제를 금지하게 되었다.²⁾

한 국가나 사회에서 자력에 의한 권리구제가 얼마나 계속되었는지는 각 나라의 체제 확립 정도에 따라 다르다. 일찍 국가체제를 정비한 고대 로마에서는 기원 전 왕정 시대에 이미 소송제도가 확립되어 모든 권리구제는 법무관(praetor)과 심판인(iudex)에 의한 재판을 받는 소송을 통하여 하도록 되었고, 자력구제는 예외적인 경우에만 허용되었다.³⁾ 그러나 서로마제국이 멸망하여 아직 권리구제 방법으로 자력구제를 배제하지 못한 게르만족의 지배 하에 들어가게 된 이후에는 도로 자력구제가 횡행하여 이러한 현상이 中世까지 계속되었다.⁴⁾ 비록 게르만족이 유럽

1) 자력구제가 권리실현의 원시적인 형태라는 점은, Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 1, 10. Aufl. (unveränderter Neudruck der 6. Auflage, Leipzig 1907), Aalen 1968, S. 118 f.

2) Rosenberg-Schwab-Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2010, § 1 Rdnr. 6.

3) Meder, *Rechtsgeschichte*, 3. Aufl., Köln, Weimar, Wien, 2008, S. 112. 2세기에 황제 Marcus Aurelius의 칙령으로 채권자가 자력구제를 하는 것을 금지하였고, 이를 위반하면 채권을 상실시키는 제재를 가하였다. 이것이 자력구제를 몰아내려는 노력으로 역사적으로 큰 의미를 가진다고 한다(Kaser-Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., München 2008, § 36 Rdnr. 12).

4) Meder, aaO., S. 112 ff.

각지에 세운 국가가 존재하였으나 봉건체제 때문에 그 통치권이 각 지방에 제대로 미치지 못하였다. 유럽에서 중세에 복수나 私鬪, 자력구제를 금지하려고 시도한 것은 13세기에 편찬된 *Sachsenspiegel*에서부터이지만,⁵⁾ 중국적으로 자력구제가 금지된 것은 로마법이 계수되어 발달된 로마법의 원칙이 도입되고 절대군주제가 확립되면서부터였다.⁶⁾ 中國이나 우리나라에서는 일찍부터 중앙집권국가가 발달하여 법체제가 정비되어 있어서 행정관료에 의한 소송제도가 확립되었다.⁷⁾ 그러나 국가의 권력이 약화되고 사회가 불안해지거나 왕조가 교체되는 시기 등에는 자력구제가 다시 고개를 든 경우는 얼마든지 있었음은 물론이다. 이처럼 국가의 사법권의 확립과 자력구제의 이용은 서로 반비례 관계에 있음을 알 수 있다. 분쟁이 생겼을 때 국가가 소송제도를 제대로 마련하여 놓지 않든가, 국가가 마련한 소송제도에 의하여 분쟁이 제대로 해결되기를 기대하기 어려운 상황이 되면 자력구제는 언제나 고개를 든다는 것은 역사적인 교훈이다. 또한 국가가 자력구제를 금지하는 것은 국가의 기구에 의한 권리보호를 부여할 경우에만 정당화되는 것이다.⁸⁾

2. 訴訟制度와 그 밖의 紛爭解決節次

국가의 사법권이 확립되어 소송제도가 마련되기 전에 권리구제 수단으로 자력구제만 있었던 것은 아니다. 국가 체제는 갖추어지지 않았어도 그 안의 사회에서 안정된 세력계층이 생성되거나 개인적인 인간관계가 성립되면 이를 바탕으로 분쟁해결 수단이 마련될 수 있었다. 대가족의 가장이 그 구성원 사이의 분쟁에 관하여 권위 있는 판단을 내린다는가, 추장, 이장, 면장 등 그 지역에서 어떤 내용이든 권위를 가진 사람이 분쟁에 관하여 판단을 내림으로써 해결하는 것이 그 예이다.⁹⁾

이러한 현상은 국가의 사법권이 확립된 이후에도 사라지지 않았다. 국가의 사법권이 국민 생활의 구석구석까지 남김없이 파고드는 것은 불가능할 뿐만 아니라 꼭 바람직한 것도 아니다. 오늘날도 실제로 분쟁이 생겼을 때 우선 당사자 사이에서 해결하려고 시도하고 그것이 안 될 때에 믿을만한 제3자에게 가서 해결을 시도하고 그것으로도 해결되지 않을 때에 비로소 법원으로 가는 것이 오히려 일반

5) Meder, aaO., S. 161 f.

6) Köbler, *Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte*, München 1997, S. 535.

7) 특히 조선 전기의 민사소송에 관하여는, 任相嫻, 朝鮮前期 民事訴訟과 訴訟理論의 展開, 서울대학교 박사학위논문, 2000. 참조.

8) Rosenberg-Schwab-Gottwald, aaO. § 1 Rdnr. 7.

9) 이러한 형태는 오늘날 중재나 조정의 원형이라고 할 수 있다.

적인 행태이다. 이처럼 소송제도가 정착된 뒤에도 소송을 이용하지 않은 분쟁해결 수단들이 존속하였고, 이들에 대한 법적 규율이 필요하게 되어 이들을 법제도에 편입하기에 이르렀다. 오늘날 법제도로 인정된 仲裁, 調停, 裁判上和解 등이 그것이다. 이처럼 법원의 재판에 의하지 않은 분쟁해결을 재판외 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution = ADR)이라고 한다.

이렇게 분쟁해결의 방법이 법원에서의 소송에 의한 것과 그 밖의 다른 방법에 의한 것이 있으므로 이들 사이의 상호관계를 어떻게 설정하느냐가 문제될 수 있다. 한 쪽 극단으로 원칙적으로 모든 법적 분쟁은 법원에서 소송으로 해결하도록 하고 ADR은 예외적으로 인정할 수도 있고, 그와 반대의 극단으로 모든 법적 분쟁을 ADR로 해결하도록 하고 거기서 해결이 되지 않을 때에 비로소 법원에서 소송을 하도록 허용할 수도 있을 것이다. 이 상호관계를 어떻게 설정하는가는 그 나라의 사회 사정과 국민의 법의식을 참작하여 정하는 것이 가장 알맞을 것이다. 소송을 거친 재판에 의한 분쟁해결과 ADR에는 각기 상반되는 장단점이 있기 때문이다.

여기서는 각 분쟁해결 방법의 본질과 특색, 그 장·단점을 소개하고 이들에 관한 현행법의 규율을 살펴본 뒤에, 문제점과 그에 대한 해결책을 제시하여 본다.

II. 判決에 의한 紛爭解決의 특색과 장단점

1. 訴訟의 本質의 特色

법원에서 이루어지는 소송은 다양한 의미로 사용된다. 소제기로 시작해서 판결의 확정으로 끝나는 절차인 판결절차만을 가리키는 경우도 있고, 소제기 전의 사전절차의 의미를 갖는 독촉절차도 포함하는 의미로 쓰는 경우도 있고, 넓은 의미로는 가압류·가처분절차(보전절차)와 강제집행절차까지 포함하는 의미로 쓰기도 한다. 여기서 ADR과 별도의 절차로서 의미를 가지는 소송은 법원의 確定判決까지의 절차만을 말하는 것이다. 보전절차나 강제집행 절차는 소송을 거치지 않은 ADR에서도 문제되기 때문이다. ADR에 의하여 분쟁해결이 이루어져도 의무자가 그 내용대로 이행하지 않으면 결국은 집행으로 들어가게 되는 것이다.¹⁰⁾

¹⁰⁾ ADR 중에는 그것이 이루어지면 확정판결과 같은 효력을 갖는 것도 있고(재판상화해,

소송은 원고가 권리를 주장하고, 그에 대하여 피고는 원고의 권리를 부정하는 주장을 하며, 이에 대하여 원고는 권리의 발생원인(법률요건)에 해당하는 사실을 주장하고, 피고는 이를 다투기 위하여 그러한 사실의 존재를 부인하든가 그것과는 다른 사실을 주장하여(항변) 방어를 한다. 이처럼 당사자 사이에 사실관계에 관하여 다툼이 있게 되는데, 이 경우에는 각 당사자는 자기의 주장이 진실이라는 것을 법원이 믿도록 하기 위하여 증거신청을 한다. 법원은 증거를 조사하여 그 결과 얻은 증거자료와 변론에서 나타난 여러 사정으로써(변론 전체의 취지) 당사자들이 주장한 사실이 진실인지 여부를 판단한다. 여기서 당사자들의 사실 주장의 진위가 밝혀지지 않는 경우에는 입증책임의 법리에 따라 사실의 존부를 판단하게 된다. 이렇게 하여 확정된 사실관계에 실체법 규범을 적용하여 법원이 판결을 하게 된다. 이러한 과정은 결국 당사자들 사이에서 權利, 法律關係의 존부를 놓고 싸우는 과정이고, 여기서 법원은 소송법이 정한 절차에 따라서 심리를 하며, 당사자들의 권리를 둘러싼 싸움에 대하여는 법원이 실체법 규정을 적용하여 판단하게 된다. 요약하면 소송법과 실체법 규범을 엄격히 적용하여 심판하게 되는 것이다. 이 점에서 법 적용에서 융통성을 발휘할 수 있는 ADR과 구별된다.

따라서 민사소송제도의 목적은 단순한 분쟁해결에 있다고 볼 수는 없다. 소송은 분쟁을 어떤 내용으로든 종식시키기만 하면 되는 것이 아니라, 당사자 사이의 권리나 법률관계를 둘러싼 분쟁을 엄격히 법대로 해결하는 것이므로 權利의 保護가 주된 목적이 된다.¹¹⁾ 이 점에서 실제 권리관계와는 다른 내용이더라도 당사자들의 합의를 이끌어내어 분쟁을 종식시키는 ADR과 구별된다.

2. 判決에 의한 紛爭解決의 長點과 短點

앞에서 본 바와 같이 판결에 의한 분쟁해결은 그 목적이 권리를 법이 정한 절차에 따라 법의 내용대로 보호하려는 것이므로 법이 정한 權利를 그대로 實現시켜 주게 된다는 장점이 있다. 예를 들어, 甲으로부터 물건을 5천만 원에 구입한 乙이 매매대금을 지급하지 않으면 판결로써 甲이 5천만 원을 받을 수 있도록 하

중재), 재판상화해와 같은 효력이 있다고 하여 결과적으로 확정판결과 같은 효력이 인정되는 것도 있지만(민사조정), 단순히 당사자 사이에 화해계약이 체결된 것으로 보는 경우도 있다.

11) 이 점에서 민사소송제도의 목적을 분쟁해결이라고 보는 이른바 분쟁해결설은 타당성이 없다.

는 것이 목표이다(권리보호). 甲이 5천만 원보다 덜 받는 일이 생기지 않도록 분쟁을 해결해 주는 것이다. 만일 甲이 아무런 권리 없이 그러한 청구를 하면 甲의 청구를 기각해서, 그리고 甲이 본래 가진 권리의 금액보다 더 많이 청구하면 그 부분만큼 청구를 기각해서 乙이 부당한 집행을 당하지 않도록 막아 줌으로써 乙의 권리도 보호하게 된다.

그러나 소송에 의한 분쟁 해결은 경직된 절차와 융통성 없는 법 적용으로 인하여 지나치게 법률전문가에 의한 법기술적 절차로 변하여 일반인으로는 이해할 수 없는 결과가 될 수도 있고, 복잡한 절차 때문에 시간이 오래 걸리고 비용이 많이 들 뿐만 아니라, 칼로 자르는 듯한 해결이 되어 당사자들이 마음으로부터 승복하는 진정한 분쟁해결이 되기가 어렵다는 단점이 있다.

III. 각종 ADR의 特色과 長短點

1. 仲裁

중재는 개별적 사건 당사자가 중재인과 중재절차, 적용할 법규 등을 합의에 의하여 정하고 중재인의 판정에 복종하게 하는 분쟁해결 방식이다. 중재로 분쟁을 해결하기로 하는 당사자 사이의 합의(중재합의)가 있어야 중재절차를 이용할 수 있다. 중재합의가 있으면 법원에 하는 소제기는 부적법하고 따라서 법원은 그 소를 각하하여야 한다(중재법 제9조 제1항 본문). 원칙적으로 중재에는 법원이 관여하지 못하고(중재법 제6조), 당사자들은 중재인의 수(중재법 제11조), 중재인 선정(중재법 제12조), 중재절차(중재법 제20조), 중재지(중재법 제21조), 중재언어(중재법 제23조), 적용할 실체법(중재법 제29조) 등을 합의로 정할 수 있다. 이처럼 중재에는 광범위한 當事者 自治가 적용되는데, 이 점에서 소송과 구별되고 다른 ADR과 공통점이 있다. 다른 한편, 중재판정부는 그 사건에 적용할 법률에 따라서 중재판정을 하는 것이 원칙이다(중재법 제29조 제1항). 중재절차 중에 당사자들이 화해를 하는 것은 가능하지만(중재법 제31조), 법률의 내용을 벗어나 형평과 선에 따라 판정하는 것은 당사자들이 명시적으로 권한을 부여하는 경우에 한한다(중재법 제29조 제3항). 이러한 점에서 다른 ADR과는 구별되고 판결과 비슷한 면이 있다.

중재는 당사자들이 적용받기로 합의한 법에 따른 판단을 받는 것이지만 그 법의 내용대로 판단한다는 점에서 그 법에 따른 권리를 행사하고 의무를 이행하도

록 한다는, 즉 法治主義와 잘 부합한다는 장점이 있다. 중재인 중에 그 사건에서 문제되는 분야의 전문가를 포함시키면 감정인을 동원할 필요가 없어서 심리가 간편해지고 그 분야의 실정에 알맞은 판정을 할 수 있다는 장점도 무시할 수 없다. 그리고 절차의 측면에서는 融通性을 발휘할 수 있어서 소송이 갖는 형식적 엄격성이란가 법률전문가에 의한 기술적 절차라는 단점을 보완할 수 있다. 뿐만 아니라 절차에서 융통성을 발휘하면 紛爭을 迅速하게 해결할 수 있다는 장점도 있다.

그러나 이러한 중재의 장점은 중재인이 누구인가에 따라서, 그리고 당사자의 태도 여하에 따라서는 오히려 절차가 소송보다 長期化될 염려도 있다. 소송법상의 절차의 신속화를 위한 여러 가지 규정들이 중재에는 적용되지 않기 때문이다. 또한 법률을 모르는 사람들을 중재인으로 선정할 경우에는 법의 해석을 잘못한다든가, 법을 잘못 적용하여 부당한 판정을 할 가능성도 있다. 그렇다고 해서 法律家들로만 중재판정부를 구성할 경우에는 절차를 소송처럼 운영하여 융통성 있는 절차라는 중재의 장점을 말살시키고 거래계의 실정과는 동떨어진 판정을 할 위험도 있다.

2. 裁判上和解

재판상화해는 법원 앞에서 당사자들이 종전의 주장에서 일부씩 양보하여서 합의로 분쟁을 종결시키는 절차이다. 당사자들이 합의하여 화해에 이르면 이를 조서에 기재하고, 이 조서는¹²⁾ 확정판결과 같은 효력을 가진다(민사소송법 제220조). 이러한 화해에는 訴訟上和解와 提訴前和解가 있다. 전자는 소제기 후에 소송 진행 중에 법원에서 하는 화해를 말하고, 후자는 소를 제기하지 않은 상태에서 법원에 신청하여 하는 화해이다(민사소송법 제385조 이하). 提訴前和解에서 화해가 성립하지 않으면 당사자는 訴提起申請을 할 수 있다. 재판상화해, 그 중에서 특히 제소전화해는 당사자들이 사전에 이미 화해를 체결하고 법원에 와서 형식적 절차를 밟아 화해 내용에 따른 집행권원을 만들기 위하여 이용하는 수가 많다. 재판상화

12) 2002년 개정 민사소송법상 이 부분에 혼란이 있다. 제220조 문언으로는 소송 중에 화해를 하면 이것을 조서에 기재하고, 그 조서에 확정판결과 같은 효력이 있다고 하였으므로, 화해가 기재된 변론기일 등의 조서에 그러한 효력을 인정한다는 뜻이 된다. 그러나 민사소송규칙에서는 변론기일 등의 조서에는 화해했다는 기재만 하고 화해조서는 따로 작성해야 한다고 규정하였다(제31조). 이렇게 되면 기일의 조서에 확정판결과 같은 효력을 인정하는 것이 불가능해진다. 법 개정 시에 제220조의 문언에 유의하지 않았거나 규칙 제정 시에 법규정의 표현이 바뀐 것을 간과한 것으로 보인다.

해를 하여 화해조서를 작성한 뒤에는 그 화해조서의 효력을 다투려면 준재심에 의하는 수밖에 없다(민사소송법 제461조).

화해는 양 당사자가 서로 양보하여 승의를 하여 분쟁을 해결하는 것이므로 어느 의미에서는 진정한 분쟁해결이라고 할 수 있다. 누가 강요한 것이 아니라 스스로의 의사결정으로 화해를 한 것이기 때문에, 하고 난 뒤에는 감정적으로도 남는 것이 없다. 또한 분쟁이 화해로 끝나면 법원의 부담이 줄어들게 된다. 이러한 장점이 있는 반면에 화해의 과정에서 사기나 강박에 의한 의사표시를 하는 등 당사자의 意思表示에 흠이 있을 가능성이 있어서 화해를 취소할 수 있는지 여부가 문제된다. 소송상화해는 소송을 하다가 법원 앞에서 화해를 하는 것이므로 의사표시에 흠이 있을 가능성이 적지만 提訴前和解는 당사자 사이의 합의를 실제로 법원 밖에서 하는 경우가 많아 의사표시에 흠이 있을 가능성이 크다. 우리 법상 화해조서의 효력을 다투려면 준재심에 의하는 수밖에 없어서, 구체적 타당성이 없거나, 무효·취소사유가 있는 화해조서의 내용대로 집행이 될 가능성이 있다. 그리고 법원이 당사자들에게 화해를 강권할 경우에는 진정한 의미의 분쟁해결이 되지 못할 수도 있다. 민사소송법상 법원은 소송 중에 당사자에게 화해를 권고할 수 있고, 경우에 따라서는 和解勸告決定이라는 재판을 할 수도 있다(민사소송법 제225조 이하). 이러한 제도가 ADR로서의 화해의 본질에 맞는지는 논란의 여지가 있다.

3. 調停

조정은 분쟁 당사자가 아닌 제3자가 독자적으로 분쟁해결을 위한 타협방안(調停案)을 마련하여 당사자의 수락을 권고하고, 당사자들이 그 안을 받아들임으로써 분쟁을 해결하는 방식이다. 조정은 이를 다루는 기관에 따라서 법원조정, 행정조정, 민간조정 등으로 나눌 수 있다.

法院調停에는 민사조정법이 적용된다. 이 법에 의하면 수소법원은 사실심 변론종결 때까지 직권으로 사건을 조정에 회부할 수 있고(민사조정법 제6조), 이 경우 조정담당판사가 조정을 하는 것을 원칙적인 것으로 하고, 당사자의 신청이 있으면 조정위원회가 조정을 담당한다(민사조정법 제7조). 경우에 따라서 조정담당판사가 직권으로 조정에 갈음하는 결정(強制調停)을 할 수 있다(민사조정법 제30조). 법원 조정이 성립하면 조정조서를 작성하고 이 조서는 재판상화해조서와 같은 효력을 가진다.

行政調停은 관할 행정기관이 법률에 의하여 조정기구를 만들어 운영하는 경우

를 말한다. 우리 법상 이러한 조정기구가 다수 설치되어 있다.¹³⁾

民間調停은 민간 소비자단체, 시민단체, 변호사단체 등 사회적으로 어느 정도 공신력이나 영향력이 있는 단체에서 조정위원회를 구성하여 하는 조정을 말한다.

조정은 조정자가 마련한 조정안을 당사자들이 받아들임으로써 성립하는 것이므로, 만일 일방 당사자라도 조정안을 받아들이지 않으면 불성립으로 끝난다. 이러한 점에서 기본적으로는 양 당사자의 합의로 분쟁을 끝내는 화해와 공통점이 있다. 화해는 양 당사자의 양보로 인한 합의가 중심인데, 이와 달리 조정은 조정자가 제시한 조정안을 당사자들이 받아들임으로써 성립한다는 점에 특색이 있다. 그러나 화해의 경우에도 법원이 화해권고안을 제시할 수 있으므로 실제로는 별다른 차이가 없을 것이다. 그러므로 조정은 재판상화해와 같은 장점과 단점을 가진다. 다만 조정은 법원에서만 하는 것이 아니고 행정기관이나 민간에서도 널리 활용할 수 있으므로 법원의 부담을 크게 덜어줄 수 있는 제도라고 할 수 있다.

IV. 현행 紛爭解決制度의 問題點

1. 歷史的 背景

한국법제사 분야의 연구 성과에 의하면 우리나라 사람들은 옛날부터 소송을 좋아한 것으로 드러났다. 조선시대 위정자들의 최대의 현안 중의 하나가 범람하는 소송을 어떻게 줄이는가 하는 데에 있었고, 조선조 초기 제도정비를 담당한 개국공신 등 고위 관료들은 고려조 멸망의 원인의 하나로 소송의 폭주를 꼽기도 했다.¹⁴⁾

근대에 들어와서는 법의 이름을 빌려 온갖 수탈이 자행된 일제 강점기와 해방 이후의 사회 혼란, 6.25 동란을 거치면서 법에 대한 불신이 커졌다. 그러면서도 소송을 좋아하는 성향은 그대로 유지된 것으로 분석된다. 오늘날도 인구에 대비한 소송사건의 수가 일본이나 다른 나라에 비하여 월등히 높은 것을 보아도 알 수 있다.¹⁵⁾

13) 구체적 내용은 뒤에 설명한다.

14) 任相燮, 앞의 논문, 29면 이하 참조.

15) 2011년 9월에 독일 München대학에서 열린 독, 한, 일 3국 심포지엄에서 필자는 상고법원의 부담경감 방안을 발표하였는데, 일본의 마코토 아라이는 일본사람은 왜 법원에서 소송을 하지 않는지를 주제로 발표하였다.

2. 訴訟制度的 問題點

(1) 訴訟制度的 構造的 問題

이른바 법보다 주먹이 가까운 현상, 소송제도를 이용하면서도 그 제도에 대한 불신이 팽배해 있는 현상의 원인은 여러 가지가 있겠지만 우리나라 소송제도가 안고 있는 기본적 틀에도 있다고 보인다. 서양의 선진적 법제도를 도입하면서 자유사회에서 개인이 스스로 판단, 결정하고 그 책임은 스스로가 지는 私的自治를 존중하는 제도인 辯論主義도 함께 도입하였다. 그러나 변론주의에는 근대의 자유방임주의가 갖고 있는 약점인 빈곤하고 교육받지 못한 사람에 대한 보호가 소홀하다는 단점이 내재해 있다. 이러한 단점을 극복하기 위하여 辯護士強制를 채택할 필요가 있다. 그러나 변호사강제는 변호사 보수를 지급할 능력이 없는 사람들에게는 오히려 소송을 막는 부작용이 나올 수 있다. 이러한 문제점을 해결하는 제도가 바로 訴訟救助 제도이다. 독일에서처럼 변론주의, 변호사강제, 소송구조의 세 제도가 완벽하게 갖추어지면 자유사회에서의 소송제도가 문제없이 운영될 것이다. 그러나 우리나라는 변론주의를 인정하면서도 변호사강제는 인정하지 않고 있어서 법을 모르는 당사자들이 소송을 잘못하여 패소하는 일이 생길 수 있다. 또한 소송구조 제도도 별로 이용되고 있지 않아서 빈곤한 당사자들이 변호사의 도움을 받지 못하는 일이 빈번하다.¹⁶⁾ 그러다 보니까 법원은 변론주의에 따라서 엄격하게 당사자의 책임 하에 소송수행을 하도록 하기가 어렵게 되고, 따라서 소송심리가 원님재판과 비슷하게 이루어지는 현상이 생긴다.

(2) 民事事件의 刑事化

우리나라에서 나타나는 또 하나의 특이한 현상이 이른바 민사사건의 형사화이다. 민사 채권자들이 채무자로부터 받을 돈을 민사소송을 통하여 받는 것은 번잡하고 별로 효과적이지 아니라고 생각하여 채무자를 詐欺罪나 橫領罪를 범했다고 고소하여 우선 구속시키려고 시도한다는 점이다. 그렇게 되면 채무자나 그 가족이 무슨 수단을 써서라도 채권자에게 변제를 하기 때문이다. 이러한 경우에 물론 검찰에서는 그 사건의 성격을 잘 판단하여 처리하고 있다고는 하지만 채권자들은 끊임없이 이러한 시도를 하고 있다.

16) 소송구조를 비롯한 법률부조제도의 문제점과 개선방안에 관하여는, 호문혁·조국, **법률부조에 관한 연구**, 2004 참조.

(3) 法院組織의 問題點

우리나라 법원은 인적 구성에서 비교적 소규모이다. 그러한 문제점이 가장 극명하게 드러나는 곳이 大法院으로 14인의 대법관으로 구성되어 있지만 상고사건은 매우 많아 그 업무 부담이 상식을 초월할 수준이다. 예를 들면 본안사건을 기준으로 하여 대법관 1인당 1년간 처리한 사건은 2000년에는 1,209건(심리불속행을 제외하면 919건), 2001년에는 1,434건(심리불속행을 제외하면 1,107건), 2002년에는 1,439건(심리불속행을 제외하면 1,108건)이다.¹⁷⁾ 2010년에는 더욱 증가하여 2,601건이 되었다.¹⁸⁾ 그렇기 때문에 법령해석의 통일이라는 막중한 임무를 수행하는 데에 지장이 많다. 이것을 막기 위하여 상고를 제한하고 있지만, 우리 대법원은 권리구제도 중요하다고 판단하여 실질적으로 사실인정을 잘못된 경우에도 상고를 받아들이고 있다. 하급법원도 법관의 수에 비하면 감당하기 어려운 사건을 처리하고 있다. 예를 들어 2010년 제1심 본안사건이 1,315,410건, 지방법원 항소심 사건이 93,642건, 고등법원 항소심 사건이 36,604건이다.¹⁹⁾ 이러한 현상 때문에 법원에서는 가급적 부담을 줄이기 위하여 판결문 간소화, 화해·조정 of 강조 등을 추구하고 있는 실정이다.

3. ADR의 問題點

(1) 行政府의 ADR - 民事事件의 行政事件化

행정부의 각 부처에서 시행하는 행정조정 등의 ADR은 법원으로 갈 사건을 사전에 거른다는 중요한 작용을 하는 것은 사실이다. 그러나 경우에 따라서는 순수한 민사사건에까지 관여하여 결과적으로 민사사건을 행정사건으로 변질시키는 현상이 벌어진다.²⁰⁾

근래에 행정부가 복지의 증진을 이유로 각종 위원회를 만들어 성질상 私的인 紛爭의 해결에 行政審判이나 그에 준하는 절차를 이용하도록 하여 개입하는 예가 늘어가고 있다. 예를 들면, 노동부장관이 관장하는 산업재해보상보험의 급여에 불복이 있는 자는 근로복지공단에 심판청구를 하고 그 심판에 불복이 있으면 재심

17) 사법개혁위원회, **국민과 함께하는 사법개혁 — 사법개혁위원회 백서 —**, 2005. 101면.

18) **사법연감 2010**, 사건의 추이(1) 2면 참조(사법연감 2010년의 통계자료는 대법원 홈페이지의 다음 주소에서 내려받을 수 있다: <http://www.scourt.go.kr/justice/JusticeListAction.work?gubun=10>).

19) **사법연감 2010**, 사건의 추이(1) 2면 참조.

20) 이 부분은 이미 호문혁, **민사소송법**, 제9판, 法文社, 2011, 57면 이하에서 지적하였다.

사 청구를 할 수 있다. 이 재심사청구에 대한 裁決은 노동부 산하의 산업재해보상 보험심사위원회가 담당하는데, 행정소송법 제18조를 적용함에 있어 이 재결을 행정심판에서의 재결로 본다(산업재해보상보험법 제111조 제2항). 결국 이 재결에 대하여 불복이 있는 자는 行政訴訟을 하라는 것이다.

노동부장관이 관장하는 고용보험의 급여에 불복이 있는 경우에도 고용보험심사관에게 심사를 청구할 수 있고, 심사관의 결정에 불복이 있으면 고용보험심사위원회에 재심사를 청구할 수 있다. 이 때 재심사의 청구에 대한 裁決은 행정소송법 제18조를 적용함에 있어 행정심판에서의 재결로 본다(고용보험법 제104조 제1항). 이것도 이 위원회의 재결에 대하여 불복이 있으면 行政訴訟을 하라는 의미가 된다.

또한 勞動關係에서 분쟁이 발생하면 관계 당사자는 중앙노동위원회의 중재재정이나 재심결정을 거치고, 이것이 위법이거나 월권에 의한 것이라고 인정하면 행정소송으로 다룰 수 있다(노동조합및노동관계조정법 제69조 제2항). 또한 중앙노동위원회의 구체명령이나 기각결정, 재심판정에 대하여 불복이 있는 관계 당사자는 행정소송법이 정한 바에 의하여 소를 제기할 수 있다(노동조합및노동관계조정법 제69조 제2항).

國民年金公團의 徵收金과 給與에 관한 처분에 이의가 있는 자는 공단에 이의신청을 할 수 있고, 그에 대한 결정에 불복이 있는 자는 국민연금심사위원회에 심사청구를 할 수 있다. 이에 대한 審査委員會의 심사는 행정소송법 제18조의 적용에서 행정심판법에 의한 행정심판으로 본다(국민연금법 제112조 제2항). 따라서 이 경우에도 위원회의 심사에 불복이 있으면 행정소송을 하게 된다.

敎員이 징계처분이나 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대하여 불복이 있을 때에는 재심위원회에 재심을 청구할 수 있고, 재심위원회의 결정에 대하여 불복이 있으면 행정소송을 할 수 있다(교원지위향상을위한특별법 제10조 제3항). 그러므로 사립학교 교원도 불이익한 처분을 받았을 때 행정소송으로 구제받도록 한 것이다.

이처럼 私法上 紛爭의 해결에 복지 증진 차원에서 행정부가 간여하는 것은 타할 일이 아닌지도 모르지만, 절차상 각종 위원회를 거치게 하여 그 위원회의 결정이나 재결에 대하여 불복하는 소송을 하도록 함으로써 결국 본래 民事訴訟이 되었을 분쟁이 行政訴訟으로 변질되는 것은 사건의 성질을 왜곡하는 것이어서 부당하다.

(2) 法院 밖에서의 ADR의 效力 規律

법원 밖에서의 ADR의 효과에 관한 규율이 체계적으로 정비되어 있지 않다. 이를 재판상화해와 같은 효력을 인정하여 기관력이 생기게 하는 경우가 있는가 하면, 어떤 경우에는 단순히 당사자 사이의 합의가 성립한 것으로 보기도 한다. 전자의 경우에는 재판청구권의 제한이나 침해가 될 우려가 크다.

중재법이나 민사조정법, 가사소송법 등의 기본법률 이외의 개별 법률에서 법원 밖에서의 중재나 조정에 裁判上和解의 효력을 인정하는 경우를 열거하면 다음과 같다:

- (1) 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 제16조, (2) 소비자기본법 제67조, (3) 개인정보보호법 제47조, (4) 공익신고자보호법 제24조, (5) 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제31조, (6) 국가인권위원회법 제43조, (7) 금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제55조, (8) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제11조, (9) 노동위원회법 제16조의3, (10) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제28조, (11) 민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제18조, (12) 반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률 제29조, (13) 발명진흥법 제46조, (14) 방송법 제35조의3, (15) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제23조, (16) 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률 제36조, (17) 저작권법 제117조, (18) 징발법 제24조의4, (19) 콘텐츠산업 진흥법 제33조, (20) 환경분쟁조정법 제33조.

그와 달리 개별 법률에서 조정 등의 효력에 관하여 당사자 사이에 합의가 성립한 것으로 본다고 규정한 경우는 다음과 같다:

- (1) 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제24조, (2) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제33조, (3) 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 제27조, (4) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제48조의8, (5) 여객자동차 운수사업법 제74조, (6) 임대주택법 제35조, (7) 전자거래기본법 제35조, (8) 종자산업법 제158조의7, (9) 주택법 제52조, (10) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제24조의5, (11) 하천법 제56조.

이처럼 각 법률에 따라 달리 규율하는 데에 일정한 기준이 있는지는 의문이다. 재판상화해와 같은 효력이 있으면 우선 기관력이 생겨서 재심사유가 있어야 준재

심에 의하여 그 내용을 다룰 수 있다(민사소송법 제461조). 그리고 내용에 따라서 집행력이 생길 수도 있다. 그러나 단순한 합의의 효과만 있으면 기판력은 물론이고 집행력도 생기지 않고, 나중에 합의 위반이 있을 때 계약 위반으로 소송을 할 수 있을 뿐이다. 이처럼 그 효과의 차이가 매우 크기 때문에 이들의 규율을 세밀하게 검토하여 정비를 할 필요가 있다.

(3) 法治主義와 ADR

우리나라는 국민의 법의식에 비추어 보나 정부의 인적 구성으로 보나 아직 법치주의가 확립되어 있지 못하다.

전통적으로 유교문화의 영향으로 法治보다는 仁治나 禮治를 더 중시한 역사적 배경이 있는데다가 앞에서도 지적한 바와 같이 일제 식민통치를 겪으면서 법치에 대한 거부감이 팽배해졌고, 사회적 혼란을 거치면서 규범이나 윤리를 지켜야 한다는 의식이 희박해지고 따라서 법을 지키는 것은 손해를 자초하는 일이라는 것이 하나의 경험칙이 되어 버렸다. 이러한 상황에서는 법치주의 실현은 요원하다고 할 수밖에 없다.

오늘날 三權分立은 누구나 다 인정하는 현대 민주주의의 기본 원칙의 하나이다. 그런데 국회가 입법 기능을 담당한다는 부분은 상당히 퇴색되어 있는 것도 사실이다. 대부분의 법안은 행정부에서 나오고 국회는 이들을 심리하여 통과시키는 역할을 할 뿐이다. 이러한 상황에서 입법이 제대로 이루어지려면 행정부에 법률가들이 많이 진출해야 한다. 법을 모르는 사람들이 법안을 만드는 것은 의사 아닌 사람이 수술을 하는 것과 다름없이 매우 위험한 일이다. 입법에서뿐만 아니라 행정 그 자체도 法治行政이어야 한다. 법치행정이 제대로 이루어지려면 역시 행정부에 법학을 전공한 사람들이 많이 진출해야 한다. 그러나 현재 행정부 공무원 중에서 법학을 공부한 사람이 매우 드물고, 변호사 자격자들이 행정부 공무원이 되더라도 그 내부에서 제 역할을 맡지 못하는 현상이 있다고 한다. 심지어는 각 부처에 법학 전공자가 필요하다고 하여 행정고시에서 법무행정직을 별도로 선발하고도 이들을 각 부처에 골고루 배치하지 않고 공정거래위원회나 법제처와 같은 법률부서에만 몰아넣는 것이 실상이다. 이런 실정에서는 법치주의 실현은 불가능하다.

이처럼 법치주의 실현과는 가마득히 먼 좌표에 서 있는 우리나라에서는 시급한 것이 법치주의 실현을 위한 여건을 마련하는 것이다. ADR이 당사자들이 납득하는 호혜적인 분쟁해결이라고는 하나, 이러한 ADR을 장려하고 강조하는 것은 법

치주의가 확립된 나라에서는 바람직한 것이겠지만 법치주의 실현이 요원한 나라에서는 오히려 법치주의 실현을 방해하는 작용을 하게 된다. 예를 들어 법원에 계속 중인 민사소송 중에서 반 이상이 상호 부분적으로나마 양보를 하는 화해나 조정으로 끝난다는 사실이 알려지면 채무를 법이나 계약에 따라 정확하게 이행하는 채무자는 어리석은 사람이 된다. 어떻게든 이행을 미루고 있으면 이익을 볼 수 있기 때문이다. 사회적으로 이러한 분위기가 생긴다면 계약은 지켜야 한다는 원칙이 무너지고 말 것이다. 그러므로 ADR을 무분별하게 장려하는 것은 바람직하지 않다.

V. 訴訟制度와 ADR 제도의 정비 방안

1. 辯護士 强制의 적용

앞에서도 지적한 바와 같이 민사소송이 제대로 기능하려면 변론주의, 변호사 강제, 소송구조의 세 제도가 완비되어 서로 보완작용을 하도록 하여야 한다.

우선 소송제도가 국민의 생활과 친해지기 위해서는 辯護士 强制의 점진적 도입이 필요하다. 법을 모르는 대다수의 국민이 민사소송에서 변호사의 도움을 받는 것은 적당하고 공평한 심판을 위하여 매우 유익하다. 그러므로 원칙적으로 모든 민사소송에서 변호사가 소송대리를 하도록 하는 것이 이상적이다. 그러나 소송의 당사자들이 반드시 변호사의 대리만으로 소송을 할 수 있도록 하기 위하여서는 그럴만한 여건이 갖추어져야 한다.

변호사 강제를 위한 여건으로 첫째로 들 수 있는 것이 변호사에 대한 접근 가능성의 확대이다. 변호사의 수가 많고 전국적으로 고루 분포되어 있어서 일반 시민들이 물리적으로 접근이 쉬워야 한다. 근래의 변호사 수의 대폭적인 증가로 이 여건은 어느 정도 갖추어져 가고 있다고 판단된다.

둘째로는, 辯護士들의 報酬 體系가 정비되어야 한다. 소송목적의 값에 따른 일정 비율로 정한 변호사 보수 기준을 마련할 필요가 있다. 본래 대한변호사협회에서 변호사보수 기준을 만든 것이 있었으나 IMF로부터 구제금융을 받으면서 규제 완화를 목적으로 그 기준을 없앴는데, 이는 우리 실정을 무시한 잘못된 일이었다. 미국과 같이 소송비용을 각자 부담하고 변호사 보수가 성공보수인 경우에는 변호사 보수에 관하여 기준을 만드는 것이 불필요할지 모르지만, 우리나라는 소송비용을 패소자가 부담하고 변호사 보수 체계도 착수금과 성공사금으로 분리하는 것이

관행이므로 미국식 사고방식을 갖고 소송비용과 변호사 보수를 규율해서는 안 된다. 적어도 사건 당사자가 변호사에게 소송대리권을 수여할 때 어느 정도의 비용이 들지를 예측할 수 있어야 한다. 그렇지 않으면 일반인들은 변호사에게 가는 것에 대하여 막연한 불안감을 가질 것이다. 그리고 일정한 기준이 있어서 예측이 가능해야 변호사 보수를 소송비용에 산입하여 패소자에게 부담시키는 것이 가능할 것이다. 소송비용 중에서 가장 큰 것이 변호사 보수인데, 변호사 강제도 없고 변호사 보수 기준도 없으면 소송비용의 패소자 부담의 원칙은 의미가 반감되고 만다.

2. 訴訟救助의 擴充

우리 민사소송법은 소송비용을 지출할 자금 능력이 부족한 사람이 패소할 것이 분명하지 않으면 신청이나 직권으로 그를 소송구조를 할 수 있도록 하고(民訴 제 128조), 그 대상으로는 인지대, 송달료, 검증비용, 감정료, 증인의 일당·여비 등의 재판비용과 변호사와 집행관의 보수 및 체당금, 소송비용의 담보 등이다(民訴 제 129조 제1항). 구조의 방법은 납입 내지는 지급의 유예와 담보의 면제 등이다. 그러나 소송구조의 이용은 매우 미미한 실정이다. 소송구조의 신청 비율을 보면 과거에 민사본안사건에서 0.02%를 넘은 경우가 거의 없었다. 이런 미미한 신청비율에도 구조신청이 받아들여진 것은 대체로 30%를 넘지 않았다.²¹⁾ 2010년에는 제1심에서의 소송구조 신청 건수는 5,310이었고 그 중 인용된 것이 3,507이었다.²²⁾ 2001년에 신청이 269건이었고, 2005년에 5,762건으로 늘어난 뒤에는 매년 등락을 거듭하고 있다.²³⁾ 이것을 보면 상황이 나아졌다고 볼 수도 있으나 2010년의 제1심 전체 민사본안사건이 981,188건인²⁴⁾ 것에 비해 보면 아직 0.5% 정도밖에 안 된다.²⁵⁾

소송구조가 많이 이용되도록 하기 위하여서는 여러 가지 제도의 개선이 필요하

21) 이 점에 관한 상세한 것은, 호문혁·조국, 앞의 책, 4면 이하 참조.

22) **사법연감 2010**, 민사, 77면 참조.

23) **사법연감 2010**, 사건의 추이(1), 33면 참조.

24) **사법연감 2010**, 민사, 1면 참조.

25) 예를 들어 독일의 추세를 보면, 독일에서는 2000년에 간이법원 사건의 0.4%, 지방법원 사건의 1.8%, 가사사건의 2.21%가 소송구조 신청을 하였다고 한다(Rosenberg-Schwab-Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., § 87 Rdnr. 1). 그런데 2007년에는 간이법원 사건의 7%, 지방법원 사건의 9%, 가사사건의 43.4%가 소송구조 신청을 하였다(Rosenberg-Schwab-Gottwald, 17. Aufl., § 87 Rdnr. 1). 7년 사이에 대폭 증가한 것을 알 수 있다.

다. 우선 救助의 方法을 다양하게 마련할 필요가 있다. 단순히 비용 지급을 유예하거나 소송비용의 담보를 면제하는 것으로는 충분하지 않고, 분할지급 등 다양한 방법을 마련하면 이용이 활성화될 것이다. 그리고 辯護士 報酬를 公正化하여 변호사 보수 전체를 소송비용에 포함시켜서 소송구조의 대상으로 삼아야 구조의 효과가 커질 것이다. 이제까지는 당사자들이 실제로 지급하는 변호사 비용의 일부만이 소송비용에 포함되어 이 부분에 대한 소송구조의 효과가 별로 없었다. 그리고 가장 중요한 것은 법원은 소송구조를 위한 豫算을 대폭 增額하여 충분한 예산을 확보하고, 직권으로도 소송구조를 할 자세를 갖추 필요가 있고, 변호사들도 구조결정을 받을만한 사건이 있으면 주저 없이 구조신청을 하는 적극적 자세가 필요하다.

3. 法院에서의 ADR의 개선점

법원에서 화해와 조정을 강조하는 것은 조심스럽게 이루어져야 한다. 화해나 조정이 이루어지면 법원으로서의 부담이 줄어들어 바람직한 일이겠지만 앞서 지적한 바와 같이 法治主義가 정착되지 못한 우리나라에서 바람직한 것은 아니다. 사건의 내용상 판결에 의한 해결보다 호혜적인 해결이 더 바람직한 경우에는 화해나 조정을 권장해야겠지만, 잘못하면 법원의 화해권고나 조정회부가 당사자나 변호사들에게 강요로 인식될 우려가 있다. 이러한 것은 互惠의인 紛爭解決이라는 화해와 조정의 본질에 반하는 것이다.

그러므로 법원에서 화해나 조정을 할 때에는 다음 사항에 유의하여야 한다.²⁶⁾ ① 법원이 사건 해결을 위하여 어느 한 쪽으로 몰아가서는 안 되며,²⁷⁾ ② 판결이나 판결서 작성을 하지 않으려고 화해나 조정을 권한다는 의심을 사서는 안 되고, ③ 화해나 조정이 성립되지 않으면 판결을 할 것이라고 위협할 것이 아니라 자연스럽게 화해나 조정이 성립하지 않으면 어쩔 수 없이 판결을 할 수밖에 없을 것이라는 점을 조용히 지적해야 하며, ④ 싸울 의욕이 왕성할 때 법적 평화를 가져올 수도 없는 화합을 강요해서도 안 되며, ⑤ 화해나 조정을 하지 않을 경우에 비용 부담의 위험이 있음을 설명할 수는 있지만 이를 압박 수단으로 써서는 안 된다.

특히 受訴法院에서 화해를 권고하고 더 나아가서 화해권고결정을 하는 것, 그리고 수소법원이나 조정담당판사가 하는 조정은 소송법 원칙상으로도 문제가 많다

²⁶⁾ Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 67. Aufl., München 2009, § 278 Rdnr. 10.

²⁷⁾ Stürner, *Die richterliche Aufklärungspflicht im Zivilprozeß*, Tübingen 1982, S. 73.

고 지적된다. 화해권고나 조정에서 당사자나 대리인들이 진술한 것이 법관의 심증에 영향을 미쳐서 화해나 조정이 성립하지 않았을 때 결과적으로 판결에 영향을 미치는 경우가 허다하기 때문이다. 판결에서는 당사자의 변론과 증거조사에 터잡아 사실을 인정하여야 하고 그 밖의 절차에서 한 당사자등의 진술은 영향을 미쳐서는 안 됨에도 불구하고 실제로는 영향을 미칠 수밖에 없다. 그러므로 화해를 권고할 때에 법원은 강요한다는 인상을 주어서는 안 되며, 조정을 할 때에는 법관은 관여하지 못하도록 하고 조정위원회에서 조정을 담당하도록 제도를 개선해야 할 것이다. 실제로 법원의 화해권고나 조정에 응하지 않았다고 해서 불리한 판결을 받았다고 느끼는 당사자나 변호사가 매우 많다.

여기서 지방법원의 조정에 관한 2010년의 통계를 보자.²⁸⁾

	신청/회부	조정 성립	조정에 갈음하는 결정	조정 불성립	이의, 직권취소
조정신청	10,166	1,798	1,887	2,124	408
조정담당판사, 조정위원회 회부	6,206	1,163	1,989	2,079	918
수소법원조정	58,729	48,229	10,500	-	6,398

이 표를 보면 실제로 조정에 회부해서 조정담당판사나 조정위원회가 처리하는 것보다 수소법원이 직접 조정을 하는 것이 압도적으로 많은 것을 알 수 있다. 수소법원이 직접 조정하는 경우, 조정이 성립하지 않으면 재판을 하기 때문에 불성립은 따로 통계에 잡히지 않는다. 그러므로 실제로 조정을 얼마나 강권하는지는 나타나 있지 않다. 조정신청이나 수소법원 이외의 조정에서 조정성립 비율이 18% 내외인 것에 비추어 보면 수소법원이 스스로 조정을 시도한 사건이 326,000건 정도 되는 것을 짐작된다. 이는 전체 민사본안사건의 3분의 1 정도이다. 여기에는 화해권고나 화해권고결정은 포함되지 않았으므로 우리 법원이 당사자들에게 얼마나 조정이나 화해를 강권하고 있는지를 알 수 있다. 이른바 강제조정이라고 부르는 조정에 갈음하는 결정을 해도 그 중 60%가 넘게 이의신청이나 직권취소로 효력이 없어지는 것을 보면 이 현상이 더욱 뚜렷해진다. 민사조정법에서 조정기관은 조정담당판사이거나 상임조정위원, 조정위원회이어야 하고, 예외적으로 수소법원

²⁸⁾ 사법연감 2010, 민사, 45면 이하 참조.

이 직접 조정할 수 있도록 규정하였음에도(민사조정법 제7조) 불구하고 이처럼 수소법원의 조정비용이 높은 것은 법원에서의 조정 실무에 심각한 문제가 있음을 뜻한다.

그렇기 때문에 화해권고결정 제도는 폐지하고, 수소법원에서 화해를 할 때에는 ① 사건이 화해에 적합한 것이어야 한다. 즉, 당사자들의 관계나 사건의 성질상 판결로 해결하는 것보다 화해로 해결하는 것이 더 합리적이라고 볼만한 객관적인 사정이 있는 경우라야 한다. ② 이러한 사건의 경우 수소법원은 화해를 권고할 수는 있으나 절대로 강권한다는 인식을 주어서는 안 된다.

또한, 강제조정제도라고 할 수 있는 조정에 갈음하는 결정(민사조정법 제30조)도 폐지해야 한다. 그리고 수소법원에서 사건을 조정으로 회부할 때에는 ① 사건이 조정에 적합한 것이어야 한다. 구체적인 내용은 화해의 경우와 같다. ② 조정은 상임조정위원회나 조정위원회에 회부하여야 한다. 수소법원의 일원인 조정담당판사가 하는 것은 원칙적으로 허용하지 말아야 한다.²⁹⁾

본래 法院은 裁判하는 곳이다. 즉 권리를 법의 내용에 따라 보호하는 곳이지, 분쟁을 적당한 내용으로 해결하는 곳이 아니다. 법원은 분쟁을 법대로 해결하는 곳이고 법과는 다른 내용으로 적절하게 해결하는 것은 다른 기관에 맡길 일이다. 우리 국민이 법원에 기대하는 것은 법대로 재판해 주는 것이다. 분쟁을 적당히 해결하라고 법관을 엄선하고, 공무원 중 최고 수준의 직급과 보수를 보장해 주는 것이 아니다.

4. 행정기관에서의 ADR 정비

앞서 지적한 바와 같이 행정기관에서 조정 등을 통하여 분쟁을 해결할 경우에 그에 대하여 行政訴訟으로 불복하도록 하는 것은 소송의 성격을 왜곡하는 것이어서 타당하지 않다. ADR을 위한 각종 위원회에서 처리한 사건도 소송을 하려면 그 사건의 성격이 민사사건이면 민사소송으로 하도록 연결시키는 법개정이 필요하다.

29) 수소법원에서의 조정에 관한 이러한 문제의식에서 서울중앙지방법원에서 조정담당 판사가 직접 조정을 하지 않고 상임조정위원회나 조정위원회로 하여금 조정하게 하는 등의 개선방안을 마련하여 시행하기 시작하여, 점차 다른 법원에 확대되기 시작한 것은 매우 다행한 일이다.

5. 각 전문분야에서의 ADR 개발

ADR이 분쟁해결 수단으로 등장하는 것이 가능한 각 분야, 즉 의료 분쟁, 전자상거래 분쟁, 지적재산권 분쟁, 환경 분쟁, 노동 분쟁, 가사 분쟁, 미디어 분쟁 등에서의 활발한 ADR 개발이 필요하다. 이러한 ADR에서는 법률가와 그 분야의 전문가가 함께 참여하여 분쟁해결이 이루어지도록 제도를 만드는 것이 법원의 부담 경감이나 구체적 타당성이 있는 해결을 이룰 수 있고, 나아가 신속한 분쟁해결에도 이바지할 것이다. 전문 분야에 관한 소송에서는 법관도 변호사도 그 분야에 관한 지식을 갖고 있지 못하기 때문에 그 분야에 종사하는 당사자들이 이들을 이해시키는 데에 엄청난 시간과 노력을 들이고 있는 것이 현실이다. 그 사건의 내용이 어떠한 것인지를 겨우 법관에게 납득시키고 나면 인사이동으로 법관이 바뀌어서 처음부터 새로 설명해야 하는 일이 빈번히 일어나고 있다. 그렇기 때문에 이런 전문분야의 경우, 먼저 이 분야의 전문 중재나 조정절차를 거치도록 하는 방법도 생각할 수 있다. 다만, 재판청구권을 해치는 내용이어서는 안 된다. 이것은 아래 ADR의 효력 규정의 정비와 관련이 있다.

6. 각종 ADR 효력 문제

앞에서 법원 밖에서의 ADR의 효력이 체계적으로 정비되어 있지 않다고 지적하였다. 그 중 재판상화해와 같은 효력이 있다고 한 법규정들이 裁判請求權을 침해할 수 있다고 생각되는데, 이 점에 관하여 헌법재판소에서 위헌 여부를 판단한 것이 있다. 여기서는 우선 헌법재판소에서 이 문제에 관하여 재판청구권 침해 여부를 어떤 기준에서 판단하는지를 살펴보고, 그 타당성을 검토한 뒤에 해결 방안을 모색해 본다.

(1) 憲法裁判所의 判斷 基準

헌법재판소는 1995년 당시 국가배상법 제16조 중 “심의회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 본다”라는 부분의 위헌 여부를 다룬 사건에서³⁰⁾ 이 조문이 재판청구권을 제한하는지 여부에 관하여,

³⁰⁾ 憲決 1995. 5. 25, 91헌가7.

“배상결정절차에 있어서 심의회의 제3자성·독립성이 희박한 점, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있는 점, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하는 점, 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수 없는 점을 종합하여 볼 때 이 사건 법률조항이 위에서 본 바와 같은 입법목적을 달성하기 위하여 동의된 배상결정에 재판상의 화해와 같은 강력하고 최종적인 효력까지 부여하여 재판청구권을 제한하는 것은 신청인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한입법에 있어서의 과잉입법금지의 원칙에 반할 뿐 아니라, 권력을 입법, 행정 및 사법 등으로 분리한 뒤 실질적 의미의 사법작용인 분쟁해결에 관한 종국적인 권한은 원칙적으로 이를 헌법과 법률에 의한 법관으로 구성되는 사법부에 귀속시키고 나아가 국민에게 그러한 법관에 의한 재판을 청구할 수 있는 기본권을 보장하고자 하는 헌법의 정신에도 충실하지 못한 것이라고 할 것이다.”

라고 하여 違憲 결정을 하였다. 헌법재판소의 판단에 의하면 행정부서의 ADR에 재판상 화해와 같은 효력, 즉 기판력을 부여하려면 ① 판단 주체에 중립성과 독립성이 확보될 것, ② 판단 절차에 공정성과 신중성이 구비될 것, ③ 결정되는 액수가 법원 재판을 통한 것보다 낮지 않을 것, ④ 판단 주체의 판단에 대한 신청인의 동의가 재판청구권을 포기할 의사가 있다고 볼 수 있을 것 등의 요건이 구비되어야 한다.

2009년에 특수임무수행자보상에 관한 법률 제17조의2에서 “이 법에 따른 보상금등의 지급결정은 신청인이 동의한 때에는 특수임무수행 또는 이와 관련한 교육훈련으로 입은 피해에 대하여 ‘민사소송법’의 규정에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.”라고 규정한 것에 대하여도 앞의 91헌가7과 실질적으로 동일한 요건을 적용하여 이 사건에서는 위 요건이 갖추어졌다고 판단하고 결론적으로 다음과 같이 판시하였다.³¹⁾

“위와 같은 사정들에다가, 청구인들이 보상금 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있는 상황에서 보상금 지급결정에 동의한 다음 보상금까지 수령한 점까지 감안하여 볼 때, 이 사건 재판상 화해조항으로 인하여 청구인들의 동의 과정에 실체법상 무효 또는 취소사유가 있더라도 재심절차 이외에는 더 이상 재판을 청구할 수 있는 길이 막히게 된다고 하더라도, 위 재판상 화해조항이 합리

31) 憲決 2009. 4. 30, 2006헌마1322.

적인 범위를 벗어나 청구인들의 재판청구권을 과도하게 제한하였다고 보기는 어렵다.

따라서 이 사건 재판상 화해조항은 앞에서 본 선례(현재 91헌가7)의 재판상 화해조항과 달리 헌법에 위반하여 청구인들의 재판청구권을 침해한다고 볼 수 없다.”

(2) 憲法裁判所 基準의 檢討

헌법재판소는 위에서 본 몇 가지 요건을 구비하면 법원 밖에서의 조정 등도 재판상화해와 같은 효력을 갖는 것을 문제 삼지 않겠다는 태도이다. 그에 따른다면 앞에서 본 여러 법률에서 일부는 재판상화해와 같은 효력을 가질 수 있고, 일부는 단순한 합의로서의 효력만 가질 것이고, 그 결과는 현재 법률로 규율하고 있는 것과 반드시 일치하지는 않을 것이다.

1) 憲法裁判所 기준의 전제

헌법재판소의 판단기준은 민사소송법의 재판상화해의 조서를 준재심의 대상으로 삼은 민사소송법 제461조와, 이에 대한 해석론으로 재판상화해는 소송행위이고 기판력이 인정되므로 사법상의 의사표시의 취소 등에 관한 규정을 적용하여 효력을 뒤엎을 수 없다고 하는 대법원의 확립된 판례를³²⁾ 당연한 전제로 하고 있다. 법원 앞에서 하는 재판상화해도 거기에 기판력을 인정하는 것이 문제라고 하는 민사소송법학계의 논의는 전혀 고려하지 않고 있다. 그리하여 ADR을 실시하는 위원회 등 기구가 제3자로 독립성이 보장되어 있고, 심의 절차가 신중하고 공정하며, 조정안 등에 의한 권리실현이 법원에서 하는 것보다 못하지 않고, 조정안 등에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사가 포함되어 있다고 보이면 그 내용이나 판단기관 등이 무엇이든 재판상화해와 같은 효력을 인정해도 무방하다는 결론이 된다. 여기서는 이러한 조정안 등이 결국 법원으로의 접근을 열어두었는가, 봉쇄하였는가는 전혀 고려의 대상이 되어 있지 않다. 더구나 헌법재판소는 헌법이 보장하고 있는 기본권의 하나인 재판청구권도 포기할 수 있는 것을 당연한 전제로 하고 있다.

2) 裁判上和解의 문제점

그러나 민사소송법 학계에서는 재판청구권의 제한이나 포기가 문제될 여지가

³²⁾ 大判(全) 1962. 2. 15, 4294民上914 이후 일관된 입장이다.

없어 보이는 법원에서 하는 재판상화해조차도 문제가 되어 있다. 민사소송법 제 220조가 화해조서에 확정판결과 같은 효력이 있다고 규정하고, 제461조가 이 조서를 준재심의 대상으로 삼았기 때문에 결국 이 조서에 既判力이 인정된다고 해석된다. 따라서 법원 앞에서의 화해 의사표시가 사기나 강박에 의한 것인 경우, 또는 민법상 무효 사유가 있을 때 재판상화해의 효력을 다투는 것이 봉쇄되어 있는 것이다. 이러한 폐단을 막기 위하여 일부 학자들은 화해조서에 위와 같은 흠이 없는 경우에만 기판력을 인정하자는 이른바 制限既判力說을 주장하기도 하고³³⁾ 나아가서 아예 해석론으로 기판력을 부정하기도 한다.³⁴⁾ 제461조가 화해조서를 준재심의 대상으로 삼은 이상 기판력을 부정할 수는 없다. 화해의 내용이 부당하다 해서 기판력을 부정하는 것은 확정판결이 오판이거나 내용에 문제가 있으면 기판력을 인정하지 말자는 것과 다를 것이 없다. 이는 기판력의 제도적 의의를 뿌리째 흔드는 것이어서 수긍할 수 없다. 부득이하게 既判力을 認定할 수밖에 없지만, 입법론으로는 당초 민사소송법 제정시의 규율로 돌아가 제461조에서 調書를 削除하는 것이 타당하다. 그렇게 되면 화해조서에 인정된다는 확정판결과 같은 효력에서 기판력이 제외되어, 적어도 민사소송법 내에서의 문제는 해결된다.

이러한 논란이 있음에도 불구하고 법원 밖에서의 조정 등에 재판상화해와 같은 효력을 인정하는 것은 타당하지 않다. 재판상화해가 갖고 있는 문제점을 고스란히 다른 ADR에 확대한다는 의미가 있을 뿐만 아니라, 적어도 현재의 판례에 따르면 당사자 사이의 합의로 인한 조정에 결과적으로 재판청구권의 포기가 포함된다는 문제가 생긴다.

3) 裁判請求權의 拋棄 문제

민사소송법 학계에서는 거의 일치하여 不提訴特約이 유효라고 인정한다. 판례도 초기에는 “소권은 사인의 국가에 대한 공권이므로 당사자의 합의로써 국가에 대한 공권을 포기할 수는 없는 것이며 이 법리는 민사소송에 있어서와 같이 행정소송에 있어서도 동일하다고 할 것”이라 하여³⁵⁾ 이 특약의 효력을 부정하였다. 그 뒤에 공법관계에 관하여는 이러한 입장을 유지하여 오고 있으나,³⁶⁾ 사법관계에 관하여는

33) 강현중, **민사소송법**, 제6판, 박영사, 2004, 624면; 李時潤, **民事訴訟法**, 제6판, 博英社, 2011, 550-551면; 田炳西, **民事訴訟法講義**, 제4판, 法文社, 2002, 608면.

34) 鄭東潤·庾炳賢, **民事訴訟法**, 제3판보정판, 法文社, 2010, 647-648면.

35) 大判 1961. 11. 2, 4293행상60.

36) 예를 들어, 大判 1995. 9. 15, 94누4455; 大判 1998. 12. 23, 97누5046; 大判 1999. 1.

“특약에 위반하여 제기한 소는 권리보호의 이익이 없다”고 하여 그 효력을 인정하였다.³⁷⁾ 다만 근래에는 不提訴合意가 효력이 있으려면 ① 합의 당사자가 처분할 수 있는 권리 범위 내의 것으로서, ② 특정한 법률관계에 한정된 합의이고, ③ 그 합의 시에 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효라고 판시한다.³⁸⁾ 또한 不公正한 法律行爲(民 제104조)에 해당하는 계약에 부제소특약이 포함되어 있으면 그 특약도 無效라고 한다.³⁹⁾ 이처럼 부제소특약의 효력에 제한을 가하는 것은 일단 타당하다. 부제소특약은 사실상 소권 내지 재판청구권을 박탈하는 결과를 가져오기 때문이다.

그러나 사법관계 사건에서 공법관계와 달리 부제소특약의 효력을 인정하고 이에 위반한 소제기를 권리보호자격 불비라고 하여 부적법하다고 취급하는 것은 문제가 있다. 사법관계이건 공법관계이건 재판청구권 자체의 성질이 달라지는 것은 아니기 때문이다. 실체법상의 권리를 처분하거나 포기할 수 있는지 여부에서는 차이가 나겠으나 소권 내지 재판청구권의 포기 여부에 차이를 둘 이유는 없는 것이다. 이렇게 보면 부제소특약은 통설, 판례와 달리 그 내용이 소권이나 재판청구권의 포기라고 볼 것이 아니라, 실체법상의 權利의 處分이나 拋棄라고 보는 것이 타당하다. 공법상의 권리는 포기에 적절하지 않지만 사법상의 권리는 권리자에게 처분권이 있기 때문에 포기가 가능한 물론이다. 그러므로 포기의 내용상 실체법상의 권리 포기가 아닌 단순한 訴權의 拋棄는 효력이 없다고 볼 것이다.⁴⁰⁾

명시적으로 소송을 하지 않겠다는 부제소특약에도 단순한 소권의 포기로서의 효력은 인정하여서는 안 되는데, 법원 밖에서의 ADR에 재판상화해와 같은 효력을 인정하여 나중에 재판청구권을 행사하여 다툼 여지를 봉쇄하는 것은 더더욱 인정하여서는 안 될 것이다.

(3) 解決方案

법원 밖에서의 조정 등 ADR에 재판상화해의 효력을 부여하는 것은 적어도 현행법 하에서는 부당하다. 특히 행정기관에서 한 ADR에 이러한 효력을 부여하는 것은 三權分立의 원칙에도 위반된다고 생각된다. 立法論으로 민사소송법 제461조

26, 98두12598 등.

37) 大判 1968. 11. 5, 68다1665; 大判 1993. 5. 14, 92다21760.

38) 大判 1999. 3. 26, 98다63988.

39) 大判 2010. 7. 15, 2009다50308.

40) Rosenberg-Schwab-Gottwald, aaO., 17. Aufl., § 89 Rdnr. 24; Stein-Jonas-Roth, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., vor § 253 Rdnr. 129.

의 존재심 대상에서 調書를 삭제하는 것이 일단은 타당하다.⁴¹⁾ 삭제하더라도 재판상화해에서 기판력만이 배제되므로 執行力 등은 여전히 유지될 것이므로 법원 밖에서의 ADR에 그 내용에 따라서 집행력은 인정된다는 결론이 된다. 그러나 법원이 전혀 관여하지 않은 분쟁해결에 집행력을 인정하는 것도 부당하다. 그러므로 그러한 조정 등 ADR의 내용에 채무자가 집행을 승인한다는 내용이 포함되면 그 조서에 執行證書로서의 효력을 부여하면 되고, 그러한 내용이 포함되어 있지 않으면 단순한 합의로서의 효력만을 인정하는 것이 타당하다.⁴²⁾

VI. 맺음말

국가가 소송제도를 비롯한 분쟁해결 제도를 마련한 것은 自力救濟 禁止의 대가이다. 그렇기 때문에 국가적 분쟁해결 제도가 제 기능을 하지 못할 경우에는 법질서가 파괴되고 자력구제가 횡행하게 되는 것이 우리의 경험이다. 그렇기 때문에 분쟁해결 제도를 올바르게 정비할 필요가 있다.

우리나라의 민사소송제도는 辯論主義를 취하면서도 그와 필수적 보완관계에 있는 변호사 강제와 소송구조 제도를 제대로 갖추지 못하고 있다. 그리하여 엄격한 절차법적 규율은 잘 지켜지지 않는 것이 현실이다. 이를 해결하기 위하여서는 辯護士 強制를 도입하고, 辯護士 報酬를 체계적으로 법정할 필요가 있다. 그리고 訴訟救助 예산의 대폭적 확충이 필수적이다.

중래 법원에서 和解와 調停을 강조하는 경향이 매우 강한데, 이를 너무 강조한 나머지 화해나 조정의 본질에 반하는 소송지휘가 이루어졌고 심지어는 법으로 화해권고결정과 조정에 갈음하는 결정(이른바 강제조정)까지 규정하기에 이르러 사건 당사자들의 불만이 매우 컸다. 和解勸告決定과 強制調停 제도는 폐지할 것이며, 수소법원에서의 화해는 사건이 내용상 화해에 적합한 것인 경우에 한하여 화해를 권하되 절대로 강권한다는 인식을 주지 않도록 해야 할 것이다. 수소법원이

41) 조서에 확정판결과 같은 효력을 인정하는 민사소송법 제220조에서 화해조서를 삭제하는 방안도 생각해볼 수 있다. 이 방법을 택하려면 독일처럼 인낙과 포기의 경우에는 조서가 아닌 판결로 처리하도록(§§ 306, 307 ZPO) 하는 법개정이 병행되어야 할 것이다.

42) 기본적으로 ADR로 성립된 조정에는 당사자들의 합의로서의 효력만 부여해야 한다는 견해는, 정선주, “ADR 통일절차법의 제정에 대한 연구”, **민사소송** 제11권 1호(2006. 5.), 307면.

사건을 조정으로 회부할 때에는 사건이 내용상 조정에 적합한 것인 경우에 한하여 하도록 하고, 수소법원의 일원인 조정담당판사가 스스로 조정에 임하는 것은 원칙적으로 금지하고, 상임조정위원이나 조정위원회에 회부할 것이다.

행정기관에서 여러 위원회를 만들어 국민의 권리구제를 하려는 의도는 좋으나, 행정위원회를 거쳤다는 것을 이유로 民事訴訟을 절차법적 원리가 다른 行政訴訟으로 변환하는 것은 법체계상 심각한 문제이다. 이를 시정하는 법개정이 있어야 할 것이다.

법원 밖에서의 각종 ADR에 裁判上和解의 효력을 부여하는 법률이 우후죽순처럼 생겨나는데, 이는 헌법상, 절차법상의 여러 문제를 야기한다. 이를 정리할 필요가 있다. 이러한 ADR의 내용에 채무자가 집행을 승인한다는 내용이 포함되면 그 조서에 執行證書로서의 효력을 부여하고, 그렇지 않은 경우에는 단순한 實體法上合意로서의 효력만을 부여해야 할 것이다.

투고일 2012. 2. 15.

심사완료일 2012. 3. 7.

계재확정일 2012. 3. 9.

참고문헌

- 강현중, **민사소송법**, 제6판, 博英社, 2004.
- 李時潤, **新民事訴訟法**, 제6판, 博英社, 2011.
- 田炳西, **民事訴訟法講義**, 제4판, 法文社, 2002.
- 鄭東潤·庾炳賢, **民事訴訟法**, 제3판보정판, 2010.
- 호문혁, **민사소송법**, 제9판, 法文社, 2011.
- 호문혁·조 국, **법률부조에 관한 연구**, 관악사, 2004.
- 사법개혁위원회, **국민과 함께하는 사법개혁 — 사법개혁위원회 백서 —**, 2005.
- 사법연감 2010** (<http://www.scourt.go.kr/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10>).
- 任相嫻, **朝鮮前期 民事訴訟과 訴訟理論의 展開**, 서울대학교 박사학위논문, 2000.
- 정선주, “ADR 통일절차법의 제정에 대한 연구”, **민사소송** 제11권 1호(2006. 5.).
- Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 67. Aufl., München 2009.
- Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 1, 10. Aufl.(unveränderter Neudruck der 6. Auflage, Leipzig 1907), Aalen 1968.
- Kaser-Knütel, *Römisches Privatrecht*, 19. Aufl., München 2008.
- Köbler, *Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte*, München 1997.
- Meder, *Rechtsgeschichte*, 3. Aufl., Köln, Weimar, Wien, 2008.
- Rosenberg-Schwab-Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., München 2004.
- Rosenberg-Schwab-Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München 2010.
- Stein-Jonas-Bearbeiter, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Tübingen.
- Stürner, *Die richterliche Aufklärungspflicht im Zivilprozeß*, Tübingen 1982.

<Zusammenfassung>

Zur Einordnung des Urteils- und ADR-Systems

Ho, Moon-Hyuck*

Im Zivilprozess ist die Verhandlungsmaxime als verfahrensrechtlicher Grundsatz anerkannt. Dennoch ist sie in vielen Sachen in der Praxis vernachlässigt worden: Der Grund liegt darin, dass es in Korea keinen Anwaltszwang gilt. Außerdem spielt im Zivilprozess die Prozesskostenhilfe eine geringere Rolle. Daher ist es notwendig, den Anwaltszwang einzuführen, die Anwaltsgebühr gesetzlich zu regeln und die Kostenhilfe finanziell viel stärker zu unterstützen.

Bisher haben die Gerichte den Vergleich und die Schlichtung vor Gericht übermäßig betont. Daher sind die Verhandlungen sehr stark gütlichkeitsorientiert geleitet worden. Die Gerichte haben ab und zu den Parteien den Eindruck erweckt, die gütliche Streitbeilegung zu erzwingen. Diese Haltung der Gerichte ist überhaupt nicht wünschenswert. Die Schlichtung vor dem Prozessgericht ist grundsätzlich zu vermeiden und es sollte die Sache an die Schlichtungsanstalt im Gericht verweisen. Außerdem sind der Vergleichsvorschlagsbeschluss und die sog. Zwangsschlichtung abzuschaffen.

Die gesetzliche Regelung der Schlichtung bei den Verwaltungsbehörden verursacht auch die Umwandlung der Zivilsachen zum Verwaltungssachen: Der Kläger, der mit dem Beschluss der Kommission bei der Verwaltungsbehörde nicht zufrieden ist, soll eine verwaltungsrechtliche Anfechtungsklage erheben. Solche Regelungen schaden die Parteiautonomie in der ursprünglichen Zivilsache und sind deshalb zu beseitigen.

Die Wirkung der verschiedenen außergerichtlichen ADR ist zweierlei geregelt: die Vereinbarung bei vielen ADR erlangt einerseits die gleiche Wirkung wie der Prozessvergleich (inklusive der Rechtskraft); bei anderen vielen ADR hat die Vereinbarung nur die Wirkung der privatrechtlichen Vereinbarung. Die Wirkung der

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

Rechtskraft der ADR ist m. E. verfassungswidrig, weil es das Recht auf der richterlichen Entscheidung verletzt. Daher ist der Vereinbarung je nach dem Inhalt der Vereinbarung höchstens die Wirkung der vollstreckbare Urkunde anzuerkennen.

Stichwörter: Prozesssystem, Zivilprozess, Streitbeilegung, Anwaltszwang, Prozesskostenhilfe, Vergleich, Schlichtung, ADR