

〈논 문〉

## 代案的 紛爭解決制度(ADR)의 經濟學\* \*\*

— 環境紛爭調停制度에 대한 評價를 中心으로 —

趙 弘 植\*\*\*

### 序論

1. 분쟁을 해결해야 할 필요가 있을 때 분쟁당사자가 선택할 수 있는 분쟁해결방안은 여러 가지가 있다. 이를 理念型으로 분류하면, ① 분쟁당사자 사이의 和解, ② 국가가 공인하는 방법인 법원에 의한 裁判, ③ 알선, 조정, 중재 등의 代案的 紛爭解決方法(Alternative Dispute Resolution, “ADR”)으로 나눌 수 있다. 후자는 다시 「法院型 ADR」(=“법원과 연계된 ADR(court-annexed ADR)”)과 특별한 분쟁상황에 맞추어진 「行政關與型 ADR」로 대별된다. ADR에 속하는 분쟁해결방법은 매우 다양하지만, 이들 모두는 「의견을 제시하고 분쟁에 관한 정보를 분쟁당사자들에게 소통시키는 第三者의 關與」라는 공통점을 가지고 있기도 하다. 또한 ADR에 속하는 해결방법은 모두 “形式性, 複雜性 및 所要期間”의 측면에서 소송보다 그 정도가 약하다.<sup>1)</sup>

이러한 ADR이 민사사건에 있어서 분쟁해결의 새로운 지평을 연 이후, ADR에

\* 이 글을 완성하는 데 많은 분들이 도움을 주셨다. 서울대학교의 호문혁 교수님과 송옥렬 교수님은 대화로써 여러 논점에 대해 조언을 아끼지 않으셨다. 또한 김나영 씨와 안재범 조교는 ADR에 대한 자료를 수집해주었고, 홍진영 조교는 시종일관 성실한 자세로 환경분쟁조정제도에 관한 자료를 요약·정리해주고, 이 원고의 최종적인 교정·교열작업을 해주었다. 이 글을 시작할 수 있는 계기를 마련해주시고 행정적인 번거로움에도 불구하고 독려해주신 지원림 교수님, 토론해 주신 김종국 교수님께도 깊은 감사를 드린다.

\*\* 이 논문은 서울대학교 법과대학 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 학술연구비의 지원을 받았다.

\*\*\* 서울대학교 法科大學 副教授.

1) Steven Shavell, “Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis,” 24 *J. Legal Stud.* 1 (1995).

관한 관심은 지속적으로 증가해왔다. 특히 근자에 들어서는 이를 광범위하게 이용하려는 움직임이 감지되고 있다. 우리나라는 과중한 재판부담에도 불구하고 사건을 재판으로 해결하려는 경향이 전통적으로 강한데, 법원은 이로 인한 사법운영상의 문제점을 해결하기 위한 타개책으로 조정제도를 활성화시키려는 노력을 경주해 왔다. 그 일환으로 추구된 예를 살펴보면, 그 동안 민사조정과 가사조정이 활발히 이용되어 왔고, 민사조정에 관한 통일법전인 민사조정법이 제정되었으며, 화해권고결정제도가 신설된 바 있다. 또한 국회는 전문화된 법영역에서<sup>2)</sup> ADR의 가능성을 새롭게 여는 법률을 제정하고 있는바, 이 중에서는 ADR을 소 제기의 전제조건으로 제시하는 법률도 제정되고 있는 상황이다. 또한 법조 공동체에서는 — 재조뿐만 아니라 일군의 변호사, 중재인 및 학자를 포함한 재야까지<sup>3)</sup> — ADR을 권장하는 분위기가 형성되고 있고, 이에 힘입어 ADR이라는 교과목이 사법원수원의 커리큘럼에 포함되는 등 어떤 측면에서는 ADR을 권장하는 사회운동이 펼쳐지는 것이 아닌가 하는 느낌마저 들 정도이다.

환경문제에 있어서도 ADR의 필요성은 꾸준히 제기되어 왔을 뿐만 아니라 우리나라에서는 이를 지지하는 제도적 뒷받침이 마련되어 있다. 즉 환경분쟁조정법에 의한 환경분쟁조정이 환경부 산하 환경분쟁조정위원회에 의해 운영되고 있는 것이다. ADR에 관련된 이러한 움직임은 사회통합이 시대의 화두로 떠오른 오늘날 일단 환영할 수 있을 것이다. 일도양단의 판결로 당사자 사이의 관계가 결단나는 소송보다는 당사자 사이의 의사소통이 원활한 상태에서 서로가 조금씩 양보하여 합의에 이르게 하는 ADR이 분쟁을 둘러싼 관계인 모두에게 바람직하다고 보기 때문이다.

2. 하지만 ADR에 대한 긍정적 평가 속에서 진행되어 온 제도적 발전과 법조계의 노력에도 불구하고 우리나라에서 ADR의 이용도는 결코 활발하다고 평가할 수 없다. 예컨대 ADR의 대표적인 仲裁의 경우를 보면, 대한상사중재원에는 1,600여 명으로 구성된 중재인단이 있는데, 1997년 그곳에서 처리된 중재건수는 133건에 불과하였다.<sup>4)</sup> 이에 비해 같은 해 우리 지방법원의 법관 수는 921명이었

2) 자세한 내용은, 김준환, “행정부와 대체적 분쟁해결제도”, **한국행정학보**, 제30권 제4호, 37-53 (1996, 겨울). 이에 따르면 행정부의 대체적 분쟁해결제도는, 의료분쟁, 건설분쟁, 고용분쟁, 저작권분쟁, 컴퓨터프로그램분쟁, 지방자치단체간 분쟁, 소비자분쟁, 보험분쟁, 증권분쟁, 언론분쟁, 환경분쟁, 노동분쟁 등 모두 12가지에 달한다. *Id.* 43.

3) 이것은 ADR에 관련된 연구논문의 종류와 수량을 보면 어렵지 않게 알 수 있다.

4) 김시철, “우리나라와 美國의 ADR에 대한 比較法的 檢討”, **21세기 한국민사법학의 과**

는데, 제1심 법원에서 처리한 민사본안사건 627,402건 중 약 60%인 428,627건이 판결로 종결되었다.<sup>5)</sup> 이와 같은 현상은 환경분쟁에 있어서도 예외가 아니라고 추측해본다.

ADR의 現實的 利用이 이와 같이 저조한 까닭은 무엇인가? 물론 그 원인을 우리 국민의 성향, 즉 분쟁해결수단 중 소송을 선호한다는 성향으로 돌릴 수도 있을 것이다.<sup>6)</sup> 하지만 이와 같이 문화적 현상으로만 돌리기에는 ADR의 이용도가 소송에 비해 너무나 뒤쳐지는 것으로 보인다. 이와 같은 문화적 분석을 받아들이기 위해서는 적어도 다른 가능성에 대해서도 살펴보고 따져보아야 할 것이다. 예컨대 우리 ADR 제도의 내용이 사람들의 관심을 끌기에는 부족한 것은 아닌지, 각종 ADR 제도가 분쟁상황에 특화하지 않고 汎用으로 설계된 것은 아닌지 등의 여러 가능성을 따져보아야 할 것이다. 보다 근본적으로는 ADR이 과연 그 자체가 목적이 아닐진대 ADR의 이용을 무조건 권장하는 것이 올바른 것인지도 따져보아야 할 일인 것이다.

3. 이 글은 經濟學的 方法論을 사용한다. 시장에서 타인과 관계하면서 경제활동을 하는 사람은 모두 잠재적 분쟁당사자이다. 이들 잠재적 분쟁 당사자들은 자신들이 겪게 될 분쟁을 처리함에 있어 ADR이라는 새로운 분쟁해결방법이 미칠 영향에 대해서 합리적인 고려를 하게 되어 있다. 말하자면 사람들은 기존의 분쟁해결방법, 즉 소송을 이용할 때와 ADR을 이용할 때를 비교하면서 그 득실을 계산해 본다는 것이다. 제도를 설계하고 정책을 입안하는 설계·입안자의 입장에서는 이와 같은 합리적 계산을 하는 사람들을 상징하고 그들의 합리성을 이용하여 그들의 행태를 조종할 필요를 느끼게 된다. 다시 말해 ADR을 이용할 수 있도록 하려면, 합리적 인간들이 그 방향을 향해 움직일 수 있도록 유인책을 만들어 내야 한다.

경제학은 합리적 인간의 事前的 誘引(*ex ante incentive*)를 만들어내는 데 유효한 방법론이다. 경제학은 效率性(*efficiency*)을 가치판단의 척도로 사용하고 이를 매개변수로 하여 행위당사자의 행위체계에 결정적 영향을 미칠 사전적 유인을 만들어냄으로써 사회 전체의 후생을 증진시킨다. 경제학적 사고방식은 법제도를

제외 전망(심당 송상현선생 화갑기념논문집), 387, 388 (2002).

5) *Id.*

6) 1987년에 우리나라 인구 10,000명당 본안소송건수는 129.8건으로, 같은 시점의 미국 California의 경우(95.4건)보다도 많았고, 1986년 일본의 경우(9.8건)보다는 10배 이상 많았다고 한다. *Id.*

설계하고 법정책을 입안함에 있어서도 유력한 통찰을 제공하는데, 적어도 법이 법공동체 구성원의 복지를 염두에 둔다면 이들의 후생을 증진시키는 방향으로 법제도와 법정책을 설계·입안하여야 하고 바로 이때 경제학적 사고방식이 큰 기여를 할 수 있기 때문이다. 특히 이 글은 대립되는 이해관계자 사이의 분쟁해결방식인 ADR에 대해 논하는 것이기에 경제학적 분석이 더욱 긴요하다고 하겠다. 승패를 놓고 싸우는 분쟁상황에서 당사자는 경제적 유인에 의해 움직일 가능성이 매우 크고 그런 만큼 경제학적 논의가 잘 적용될 수 있기 때문이다. ADR 제도가 어떻게 되어 있는가에 따라 그 제도의 내용을 알고 있는 당사자들의 사전적 의사결정이 달라지고 그 결과 사회 전체의 후생이 달라질 수 있다면, ADR 제도를 설계하고 운용함에 있어 잠재적 분쟁당사자들의 결정에 영향을 미칠 경제적 유인을 고려하는 것은 당연하다고 하겠다.

4. 이 글은 앞서의 문제의식과 경제학적 방법론에 기해 환경분쟁조정법상의 환경분쟁조정제도에 대한 평가에 논의의 초점을 맞추어 다음과 같이 진행한다. 환경소송은 사회적으로 바람직하지만 개인에게는 이를 제기할 유인이 없기 때문에 사회적 최적수준보다 적게 제기되는 경향이 있고, 이를 해결하기 위해서는 분쟁해결 비용을 대폭 줄일 수 있는 ADR을 도입할 필요가 있다.(제I장) 환경분쟁의 특성을 감안할 때 환경분쟁을 위한 ADR은, ① 분쟁해결의 費用을 最小化하면서 ② 가급적 많은 利害關係人이 參與한 채 원활한 意思疏通構造가 보장되는 방식이 되어야 한다.(제II장) 제III장에서는 소송 및 화해의 費用構造를 살펴봄으로써 분쟁해결 一般에 적용될 수 있는 思考의 틀을 정립한 후 이에 기초해 ADR의 비용구조를 살핀다. 제IV장에서는 환경분쟁의 특성 및 ADR의 비용구조에 관한 정보를 이용하여 환경분쟁을 해결하기 위해 ADR이 갖추어야 할 具體的인 制度的 要素 및 그 制約事項을 살펴본다. 제V장에서는 이제까지의 정보를 기초로 환경분쟁과 관련해 운영되고 있는 환경분쟁조정제도의 의 現況을 평가하고 그것이 과연 이름에 걸맞은 機能과 役割을 수행하고 있는지(ADR의 課題)를 살펴보기로 한다.

## I. 民事訴訟의 經濟學

### 1. 民事訴訟의 社會的 效率性和 個人的 效率性

사람들이 경제활동 도중 처하게 되는 분쟁상황에서 상정할 수 있는 대처방식

은 분쟁을 적극적으로 해결하려 할 것인가 아니면 참고 말 것인가로 대별할 수 있다. 전자는 一方的 決定, 雙方 協議, 제3자의 關與로 대별할 수 있다.<sup>7)</sup> 이들 방식들은 저마다 나름의 비용과 편익을 가지고 있는데, 당사자는 각각의 방식에 따르는 비용과 편익을 계산해 가장 유리한 방식을 채택하게 된다. 예컨대 어떤 분쟁당사자가 협의나 제3자 관여 방식이 가져올 편익보다 이에 소요되는 비용이 더 크다고 생각한다면 일방적 결정방식을 생각하게 될 것이고, 이 경우에도 다시 鬭爭 또는 自力救濟로 나아가든지 아니면 체념, 즉 心理的 逃避(flight)로 돌아서게 될 것이다.

다른 한편, 어떤 분쟁당사자의 費用便益分析(cost-benefit analysis) 결과 소를 제기하기로 결정한 경우라고 해서 이러한 訴의 提起가 社會的으로 항상 바람직한 것은 아니다. 소의 제기를 통해 얻게 되는 개인적 편익이 그에 따른 개인적 비용을 초과함으로써 개인적으로 효율적인 소송이라고 하더라도 사회 전체의 입장에서 볼 때 소의 제기에 따른 사회적 비용이 사회적 편익을 웃돌기 때문에 결국 사회적으로 비효율적인 소송이 될 수 있다. 사례를 들어 생각해보자.<sup>8)</sup> 논의의 편의를 위해 아래에서 거시되는 모든 사례에서 다음을 가정한다. ① 원고는 소제기 여부를 고려할 때 신중하게 생각한다. 말하자면 “터무니없는 협박(empty threat)”은 하지 않고 “신뢰할 수 있는 협박(credible threat)”만을 하는 것이다. 다시 말해 원고는 예컨대 2,000원을 들여 1,000원을 얻는 소송은 제기하지 않는다. ② 원고와 피고는 모두 危險中立的이다.<sup>9)</sup> 따라서 소송의 기댓값이 소송비용을 웃도는 경우에 한하여 소를 제기한다. 예컨대 소송비용이 1,000원이고 승소금액이 9,000원이더라도 승소확률이 10%인 경우에는 소제기를 포기한다. 왜냐하면 소송의 기댓값( $900=9,000 \text{원} \times 10\%$ )이 소송비용을 밑돌기 때문이다. ③ 소송비용은 각자 본인이 부담하는 것, 즉 英國式 訴訟費用制度<sup>10)</sup>를 채택한다.

7) 宋相現, **민사소송법**, 7 (1996).

8) 이하의 사례는 宋沃烈, “민사소송의 법경제학”, **서울대학교 법학**, 제46권 제2호, 136, 141-42 (2005)(Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 392-393 (2004)을 인용)에서의 사례를 이용하였다.

9) 소송물의 期待價值(expected value)가 같을 때 위험이 큰 쪽을 선호하는 사람을 危險選好的, 반대로 위험이 작은 쪽을 선호하는 사람을 危險回避的, 위험이 큰 쪽이나 위험이 작은 것 중 특별히 어느 쪽도 선호하지 않는 사람을 危險中立的이라고 한다. 자세한 것은, 朴世逸, **법경제학**, 662. (2000).

10) 소송비용제도에 관해서는 김시철(註 4), 399-401.; 宋沃烈(註 8), 161-166.

[事例 1] 사고가 발생한 경우 원고가 입는 손해는 10,000원, 원고의 소송비용은 3,000원, 피고의 소송비용은 2,000원이라고 하자. 만일 이 경우 사고확률은 10% 인데 피고로서는 사전적으로 어떤 방법을 쓰더라도 10% 미만으로 사고확률을 낮출 수 없는 상황이라고 하자.

[사례1]의 경우는 소의 제기가 사회적으로 바람직하지 않음에도 원고에게 소를 제기할 경제적 유인이 있는 경우이다. [사례1]에서 사고가 나면 원고는 소송비용 3,000원을 들여 10,000원의 손해배상을 얻을 수 있으므로 소를 제기하겠지만, 이는 사회적으로 바람직하지 않다. 왜냐하면 소송의 결과 피고로부터 원고에게 10,000원이 이전되지만(소득의 이전은 사회 전체 파이의 크기에 영향이 없다), 피고의 사고확률은 개선되지 않기 때문이다(사고확률을 개선할 방법이 없다고 가정하였다). 만일 사회적 이익으로 사고 발생의 방지만을 생각한다면 소송을 통한 사회적 이익은 없는 것이고, 그 결과 소송비용 (5,000원=3,000원+2,000원) 만큼의 낭비만이 생길 따름이다. 이처럼 소제기에 따른 개인적 비용편익의 구조와 사회적 비용편익의 구조는 다를 수 있고, 그 결과 개인적으로는 합리적인 소제기가 사회적으로 비합리적인 소제기가 될 수 있는 것이다.

## 2. 民事訴訟의 類型

소송을 社會的 效率性을 기준으로 분류해보면 두 가지 소송이 있다. 즉 소제기에 따르는 사회적 편익이 사회적 비용보다 큰 「社會的으로 效率的인 訴訟」(“① 소송”)과 소제기에 따르는 사회적 비용이 사회적 편익보다 큰 「社會的으로 非效率的인 訴訟」(“② 소송”)이 그것이다. 사회 후생을 고려한다면 사회적으로 효율적인 소송은 장려할 필요가 있는 반면 사회적으로 비효율적인 소송은 이를 제어할 필요가 있겠다.

다음으로 소송을 個人的 效率性을 기준으로 분류하면 두 가지 소송이 있다. 즉 소제기에 따르는 개인적 편익이 개인적 비용보다 큰 「個人的으로 效率的인 訴訟」(“③ 소송”)과 소제기에 따르는 개인적 비용이 개인적 편익보다 큰 「個人的으로 非效率的인 訴訟」(“④ 소송”)이 그것이다.

다시 개인적 효율성과 사회적 효율성을 기준으로 소송의 유형을 상정해보면, 다음과 같은 네 가지 유형이 도출된다.

A 유형: ① + ③: 소제기가 사회적으로도 바람직하고 개인에게도 유인이 있는 경우

B유형: ① + ④: 소제기가 사회적으로 바람직한데, 개인에게는 유인이 없는 경우

C유형: ② + ③: 소제기가 사회적으로 바람직하지 않지만 개인에게는 유인이 있는 경우

D유형: ② + ④: 소제기가 사회적으로도 바람직하지 않고 개인에게도 유인이 없는 경우

이상을 정리하면 <표 1>과 같이 개인적 효율성과 사회적 효율성을 항목으로 한 행렬(matrix)이 만들어진다.

<표 1> 소송유형표

	사회적으로 효율적 소송 (사회적 편익 > 사회적 비용)	사회적으로 비효율적 소송 (사회적 편익 < 사회적 비용)
개인적으로 효율적 소송 (개인적 편익 > 개인적 비용)	A유형	C유형
개인적으로 비효율적 소송 (개인적 편익 < 개인적 비용)	B유형	D유형

### 3. 訴訟 類型에 따른 法政策

(1) 앞서 본 [사례1]은 C유형의 소송, 즉 소제기가 사회적으로 바람직하지 않지만 개인에게는 유인이 있는 경우를 예시한 것이다. 이 경우의 법정책은 이런 소제기가 사회적으로 바람직하지 않기 때문에 개인에게서 소를 제기할 유인을 제거하는 것이 될 것인바, 그러한 법정책 수단으로는 피고의 손해배상책임을 면제하고 대신 원고에게 피고의 출연으로 조성된 보험으로부터 보상받을 수 있도록 하는 방법을 생각할 수 있다. 이 경우는 피고로부터 원고에게로의 소득이전은 있지만 소송비용의 지출을 막을 수 있기 때문이다.

법제도나 법정책을 설계·입안하는 입장에서 볼 때 D유형의 소송에 대해서는 전혀 고민할 필요가 없다. 왜냐하면 D유형의 소송은 이를 제기하지 않는 것이 사회적으로 바람직한데, 개인에게도 소제기의 유인이 없어 실제 그러한 소송이 제기되지 않을 것이기 때문이다. 따라서 연구의 대상에서 제외된다.

(2) A유형의 소송은 소제기가 사회적으로도 바람직하고 또한 원고 역시 소를 제기할 경제적 유인을 가지는 경우이다. 이 유형의 소송에서 소제기가 사회적으로 바람직한 이유는 소제기의 가능성으로 인해 社會的 損失을 招來하는 行爲가

抑止될 수 있기 때문이다.

[事例 2] [사례1]의 사실관계에 덧붙여 다음의 사실을 정정하여 가정한다. 피고가 10원을 지출하여 사고확률을 1%로 낮출 수 있다.<sup>11)</sup>

원고는 여전히 3,000원의 비용을 들여 10,000원의 손해배상을 얻을 수 있으므로 소를 제기할 것이다. 피고가 주의를 하지 않을 경우에는 10,000원의 손해배상과 2,000원의 소송비용을 지출할 가능성이 10%이므로 기대손실은 1,200원( $= (10,000 + 2,000) \times 10\%$ )인데, 10원을 지출하여 사고확률을 1%로 낮춘다면, 기대손실은 130원( $= 10 + (10,000 + 2,000) \times 1\%$ )으로 낮출 수 있다. 따라서 피고로서는 10원을 지출하여 사고확률을 낮출 경제적 유인이 생긴다. 그렇게 되면 소송비용까지 포함한 사회적 총사고비용은 소제기의 가능성으로 말미암아 격감한다. 다시 말해 被訴될 것을 두려워한 나머지 피고가 주의를 기울인다면 총사고비용은, 1,500원( $= (10,000 + 3,000 + 2,000) \times 10\%$ )에서 160원( $= 10 + (10,000 + 3,000 + 2,000) \times 1\%$ )으로 격감하는 것이다.

A 유형의 소송도 역시 법제도설계자 또는 법정책임안자의 입장에서는 고민할 필요가 없다. 왜냐하면 아무런 조치를 취하지 않아도 원고가 자발적으로 사회적으로 바람직한 소를 제기할 것이기 때문이다. 물론 A 유형의 소송에서도, 소송이 제기되는 정도가 지나치게 적은 경우, 즉 過少訴訟(under-litigation)의 가능성과 소송이 제기되는 정도가 지나치게 많은 경우, 즉 過多訴訟(over-litigation)의 가능성은 상존한다. 전자는 개인이 소를 제기할 유인이 사회적으로 바람직한 정도에 미치지 못하는 것이고 후자는 개인의 소제기 유인이 사회적으로 바람직한 정도를 초과하는 것이니 만큼, 이에 대비하는 법정책 내지 법제도가 필요할 수 있겠다.

(3) 법제도설계자 또는 법정책임안자의 입장에서 가장 주목을 끄는 것은 **B 유형**, 즉 소제기가 사회적으로 바람직한데 개인에게는 소제기의 유인이 없는 경우이다.

[事例 3] [사례1]의 사실관계에 다음의 사실을 추가·정정하여 가정한다. 피고가 10원을 지출하여 사고확률을 1%로 낮출 수 있으나, 이번에는 사고가 발생한 경우 원고의 손해를 1,000원이라고 하자.<sup>12)</sup>

11) 宋沃烈(註 8), 142.

12) 宋沃烈(註 8), 142-43.



원고는 3,000원의 비용을 들여 1,000원의 손해배상을 얻으려고 하지 않을 것이므로 소를 제기하지 않을 것이다. 따라서 피고로서도 주의비용을 추가로 지출할 이유가 없고, 따라서 사회적 총사고비용은 손해액 1,000원의 10%(사고확률)인 100원이 될 것이다. 그러나 사회적으로는 소가 제기되는 것이 보다 바람직하다. 소제기의 가능성이 있다고 하면, 피고로서는 2,000원의 소송비용을 지출하지 않기 위해 10원을 지출하여 주의를 기울일 것이고, 그 결과 기대손실이 300원  $(=(1,000+2,000) \times 10\%)$ 에서 40원  $(=10+(1,000+2,000) \times 1\%)$ 으로 줄게 된다. 이처럼 피고가 주의를 기울인다면 사회적 총사고비용도 100원  $(=1,000 \times 10\%)$ 에서 70원  $(=10+(1,000+3,000+2,000) \times 1\%)$ 으로 낮출 수 있다. [사례 3]은 사회적으로는 소가 제기되는 것이 30원  $(=100-70)$ 의 이익을 가져다주지만, 원고에게는 소제기의 유인이 없는 경우를 보여주는 단적인 예라 하겠다.

(4) 이와 같이 B유형의 소송은 특단의 조치가 취해지지 않는 한 소송이 제기되지 않거나 제기된다고 하여도 社會的 最適水準 이하로 제기될 것이 분명하다. 따라서 법제도설계자 또는 법정책임안자, 심지어는 법해석자까지도 B유형의 소송이 보다 많이 제기될 수 있는 처방을 제시할 필요를 느끼게 된다. B유형의 소송에서 제기되는 소송의 수준이 사회적 최적수준 이하, 즉 過少訴訟(under-litigation)인 까닭은, 원고의 소제기 유인이 사회적 최적에 미치지 못하기 때문이다. 사회적 최적과 원고의 소제기 유인 사이에 차이가 나는 원인은, 社會的 便益/費用이 원고 개인의 私的 便益/費用보다 크기 때문, 다시 말해 社會的 效率性 > 私的 效率性이기 때문이다. 따라서 원고의 소제기 유인을 끌어올리기 위해서는 소제기에 따르는 원고 개인의 비용편익구조를 바꿔야 한다. 다시 말해 원고 개인의 편익을 끌어올리든지 아니면 원고 개인의 비용을 끌어내려야 한다. 이에 관해서는 뒤에서 상술하기로 한다.

## II. 環境紛爭의 特徵과 ADR 導入의 必要性

환경분쟁은 그 특성상 ADR에 의한 해결이 바람직하다는 주장이 널리 제기되고 있다. 이 chapter에서는 환경분쟁의 특징을 분석적으로 고찰함으로써 ADR 도입의 필요성을 더욱 부각시키려고 한다. 즉 환경분쟁은 위 “B類型的의 紛爭”에 해당하므로 사람들로 하여금 분쟁을 해결하도록 독려할 필요가 있고 그 방안으로 ADR의 도입을 고려할 필요가 있다는 것이다. 이를 위해 환경분쟁의 특징을 두 가지 축

면에서 살펴보기로 한다. 하나는 福祉·社會厚生(welfare·social welfare)의 측면이고, 다른 하나는 自治·自己決定(autonomy·self-governing)의 측면이다. 시민이 사회계약을 통해 국가를 구성하면서 착목하게 되는 국가공동체의 목표 내지 가치는 여러 가지가 있을 수 있다. 나는 이와 같이 다양한 가치와 이념을 크게 두 가지로 대별해왔다. (이런 사고방식은 사물을 단순화하는 단점이 있지만 어떤 주제에 대해 논의를 전개할 때 準據點(reference point)을 확립하는 데 도움이 된다는 것이 나의 생각이다.) 그 하나는 시민이 국가공동체 구성에 합의했지만 여전히 사생활의 공간에서는 물론이고 공적 영역에서도 의사결정의 주체가 되어야 한다는 것, 즉 自治의 이념이고, 다른 하나는 시민이 국가공동체를 구성함으로써 더 나은 행복을 추구할 수 있어야 한다는 것, 즉 福祉의 이념이다. 논자에 따라서는 이 두 가지 이념을 다른 용어로 표현하기도 하고 우선순위에서도 차이를 보이기도 한다. 그리하여 자치의 자리에 형평성, 공정성, 공평 또는 정의를 놓기도 하고 복지의 자리에 社會厚生 또는 經濟的 效率性을 놓기도 하며, 복지를 먼저 놓기도 하고 자치를 우선하기도 한다. 하지만 논해지는 수많은 이념들은 대체로 자치와 복지로 범주화할 수 있다. 이하에서는 이 두 가지 준거점에 기해 환경문제의 특징을 탐색해보기로 한다. 인간이 모여 살며 겪게 되는 갈등에 대한 (국가를 단위로 한) 해결책을 논하면서 이 두 가지 준거점에 착안해 문제를 분석하고 해결책을 도출해낸다면 大過없는 처방이 될 것이라고 보기 때문이다.

## 1. 社會厚生の 측면에서 본 環境紛爭의 特徵

### (1) 外部效果로서의 環境問題

환경분쟁은 앞서 본 소송유형 중 B유형에 해당하는 전형적인 경우이다. B유형은 「소제기가 사회적으로 바람직함에도 불구하고 개인에게 소제기의 유인이 없는 경우」를 말하는데, 환경분쟁의 경우가 이에 해당하는 것이다.

먼저 환경분쟁의 해결을 위해 개인이 제기하는 소송, 즉 환경소송이 왜 사회적으로 바람직한지에 관해 살펴본다. 환경문제의 본질을 설명하는 데 가장 많이 인용되는 논문은 Garret Hardin의 “共有地の 悲劇(the tragedy of commons)”<sup>13)</sup>이다. Hardin은 이 논문에서 목초지를 공유하는 마을 사람들의 경제적 유인체계에 착목해 환경문제를 설명하고 있다. 마을 사람들이 공유하는 목초지에 양을 키움으

13) Garrett Hardin, “The Tragedy of the Commons,” 162 *Science* 1243 (1968).

로써 얻은 便益은 거의 전부(= +1) 목동 개인에게 돌아가지만 그로 인한 목초지 손실이라는 費用은 마을 주민 전체(n명)에 귀속되므로 그 목동은 비용 중 일부 (-1/n)만을 부담하게 된다는 것이다. 이와 같은 유인체계(= +1만큼의 편익 > -1/n만큼의 비용)는 목동으로 하여금 가능한 많은 수의 양을 방목하도록 유도함으로써 결국 목초지는 가용능력 이상의 양으로 말미암아 파괴에 이르게 되는바, 이에 대처할 사회적 장치가 필요하다는 것이 Hardin의 결론이었다.

이와 같이 공유자원을 공동으로 사용하는 경우에는 사용에 따른 비용과 편익의 귀속주체가 다르게 되는데, 환경문제는 “공유자원의 사용관계에서 발생하는 費用과 便益의 歸屬主體의 乖離가 (인간의 이기심과 결합하여) 만들어 내는 문제”인 것이다.<sup>14)</sup> 경제학적 용어로 환언하면, 환경문제는 다른 아닌 外部效果(externalities) 또는 社會的 費用(social costs)의 문제이다. 다시 말해서 어떤 경제주체가 자신의 편익을 위해 한 행동이 제3자 또는 공동체 전체에게 의도하지 않은 비용, 즉 사회적 비용을 야기함에도 불구하고 이에 대한 대가를 지불하지 않을 때 이 비용은 거래관계 밖에 존재하는 것이므로 이를 외부효과라고 부르는데, 환경문제는 바로 이러한 외부효과 문제인 것이다.

## (2) 外部效果의 對應策으로서 環境訴訟

경제학적으로 볼 때 외부효과 원인은 「財產權(property right)의 未實現 또는 財產權의 未發生」으로 요약할 수 있다.<sup>15)</sup> 예컨대 公害의 경우에, 공해로 인한 피해를 정확히 산정할 수 있거나(재산권의 실현) 혹은 “깨끗한 환경”이라는 재화(이른바 環境財)에 대한 權利가 성립되어 있으면(재산권의 설정), 배출기업은 인근 주민에게 그 손해를 배상하거나 인근 주민으로부터 그 권리를 매입하지 않고서는 생산활동을 할 수 없을 것이다. 그렇게 되면 종래 외부효과였던 공해로 인한 피해는 去來關係 속에 內部化(internalization of externalities)되어 버린다. 따라서 환경문제를 해결하기 위한 環境法은 ① 經濟主體에게 財產權이 설정되어 있으면 이를 實現하여야 하고, ② 財產權이 설정되어 있지 않으면 設定하여야 하며, ③ 재산권을 설정할 수 없는 경우에는 경제주체의 행위를 親環境的으로 命令・統制하여야 한다.<sup>16)</sup>

14) 拙稿, “환경법 소묘”, 서울대학교 법학, 제40권 제2호, 318, 321면(1999).

15) *Id.* 324.

16) 기본적으로 이 세 가지 방법은 재산권의 재설정이라는 하나의 명제로 포섭할 수 있

Ronald Coase가 1960년 Coase 定理(Coase theorem)<sup>17)</sup>로 명명된 이론을 발표하기 전까지만 해도 환경문제의 해결방안에 있어서는 Pigou의 이론이 정설로 받아들여지고 있었다. Pigou의 이론은 외부효과를 내부화시키는 데 租稅가 가장 효과적인 도구라는 것인데, 이것은 환경오염과 같은 사회비용을 관리하기 위해서는 국가가 公法的 規律을 통해 나서야 된다는 것을 의미한다. 요컨대 환경문제에 대한 주된 대응수단은 行政規制, 즉 命令統制方式(command and control)이었던 것이다. Coase는 위 논문에서 해로운 외부효과의 相互性에 대해서 지적하고, 거래비용이 존재하지 않는 상황에서 재산권의 설정이 분명하게 이루어진다면 정부의 개입 없이도 당사자들의 自發的인 協商과 去來를 통해 外部效果를 內部化할 수 있음을 보인 바 있다.<sup>18)</sup> 다시 말해 거래비용이 존재하지 않는다면 정부가 해야 할 일이란 모든 자원에 대해 재산권을 설정해주면 되고, 그 이후는 경제주체들끼리의 자발적인 조정과 협상에 의해 그 자원을 가장 필요로 하는 방향으로 재산권의 교환이 일어나고, 그 결과 자연스럽게 社會 全體의 厚生이 增加하게 될 것이라는 것이다. 예컨대 Hardin의 예에서 목초지를 분할해 마을 사람들에게 나누어주면 목초지를 남용하는 일이 없어질 것이라는 설명이 가능하다. 분할된 목초지의 소유자는 목초지를 남용하는 목동에 대해 그 대가를 지불할 것을 요구할 것이고, 그렇게 되면 過多使用(over-exploitation)되던 목초지는 사회적으로 효율적

다. 법이란 본질적으로 경제주체의 재산권을 재설정하는 기능을 가지고 있기 때문이다. 즉, 법이 바뀌면 경제주체들이 어떤 행위를 하는데 지불하여야 하는 가격이 바뀌는 것이고 따라서 경제주체들의 최적 행위조합이 바뀌는 것이다. 이런 의미에서 보면 위 세 가지는 재산권의 재설정이란 하나의 범주로 파악할 수 있다. 자세한 것은 김일중, “법과 경제의 접목: 경제학자가 본 진화과정”, **미국사회의 지적 흐름**, 175, 179 (1999) 참조.

17) Ronald Coase, “The Problem of Social Cost,” 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960). 한편, 위 논문의 번역문으로는 허성욱, “사회적 비용의 문제에 관하여”, **법학연구**, 5, 305 (1998)가 있다.

18) Coase 정리의 골자는 다음과 같이 정리될 수 있다고 하겠다.

첫째, 영의 거래비용 하에서는 당사자들의 자발적인 교환 및 거래를 통하여 외부효과는 내부화되고, 항상 자원의 효율적 배분이 달성된다. 둘째, 위의 경우 당사자들의 자발적 교환 및 거래의 자원배분 결과는 財產權構造(structure of property right)의 내용, 즉 법이 누구에게 권리를 인정하는가에 관계없이 항상 동일하다. 일반적으로 전자를 效率性 主張(efficiency claim), 후자를 中立性 主張(neutrality or invariance claim)이라고 부른다. 영의 거래비용이라는 가정 하에 위의 두 가지 주장이 성립한다는 것이 곧 코우즈 정리이다.

朴世逸, “코-스 정리 (Coase Theorem)의 법정정책적 의의”, **서울대학교 법학**, 제27권, 76, 81 (1986).

인 수준에서 이용되게 될 것이다.

Coase는 위 논문의 결론 부분에서 경제문제 그리고 법적 권리관계의 설정문제에 관한 인식을 획기적으로 전환할 것을 요구하면서 글을 맺고 있는데, 그의 논의는 그 후 경제학은 물론 법학 및 기타 각종 사회과학에서 큰 역할을 하게 되었다. Coase 정리의 숨意는 여러 가지로 해석될 수 있지만, 이 글의 주제와 관련된 것을 추려보면 다음과 같다. 첫째, Coase 정리는 외부효과가 있다고 해서 반드시 정부의 개입이 불가피하게 요구되는 것은 아니라는 점을 밝혔다. 즉, 만약 외부효과로 인하여 영향을 받는 모든 이해당사자들이 자유로운 협상에 의하여 相互間의 利害를 調整할 수 있다면 「정부의 개입이 없어도 효율적인 자원배분을 달성할 수 있고」 따라서 정부의 역할은 이해당사자들의 자발적인 합의가 보다 쉽게 이루어질 수 있도록 「制度的, 行政的 支援을 제공하는데 局限」되어야 한다는 점을 강조한 것이다. 이로써 거래가능 오염배출권(marketable emission right) 등 각종 經濟的 誘因策, 環境영향평가 등 각종 情報公開制度 등이 그 이론적 근거를 획득한다. 둘째, Coase 정리는 民事法이 재조명되기 시작하는 계기가 된다. 민사법은 정부가 제공하는 제도적 지원에 해당하는 것이고,<sup>19)</sup> 특히 不法行爲法은 외부효과를 내부화할 수 있다는 것이다.<sup>20)</sup> 바로 여기에서 環境訴訟의 진정한 意義가 발견된다고 할 수 있을 것이다. 다시 말해 환경을 훼손하는 불법행위에 대한 民事訴訟은, 피해자 개인의 피해를 구제할 뿐만 아니라 이를 통해 외부효과를 내부화함으로써 환경문제를 해결할 수 있게 하는 것이다.

### (3) 集合行爲의 問題

이상에서 본 바와 같이 환경소송은 환경자원의 과다사용을 막아 환경자원을

19) 民事法은 市場의 機能을 補助하여 경제주체들의 자발적인 조정·거래를 원활히 하는 역할을 한다. 시장에서 활동하는 경제주체들은 그 각 소유의 경제 자원을 서로 거래하면서 생활하는데 이때 불가피하게 분쟁이 발생한다. 紛爭이 발생하는 경우에는 당사자 사이의 타협도 있을 수 있지만 많은 경우 外部의 強制力에 의한 解決이 필요하게 된다. 이 역할을 바로 민사법이 담당하게 되는데, 이때 법은 시장에 개입하는 것이 아니라 오히려 시장이 제 기능을 발휘하도록 돕는 역할을 하는 것이다. 즉, 법이라는 안전판은 당사자들이 시장에서 안심하고 거래할 수 있도록 하여 결국 시장기제가 제대로 기능할 수 있도록 도움을 주는 것이다. 「對等한 當事者 사이의 財產權과 責任을 規律」하는 私法이 고래로부터 이 역할을 담당하고 있다.

20) Coase의 이와 같은 주장은 불법행위를 방지하기 위한 정부규제와 민사법 양자 사이의 비교우위를 연구시키는 기폭제가 되었다고 한다. 이에 관한 논문으로는 김일중, “효율적인 규제방식으로의 전환을 위한 경제이론”, **규제연구** (한국경제연구원, 1995 겨울).

효율적으로 사용하도록 하기 때문에, 일반인들로 하여금 환경소송을 제기하도록 유도할 사회적 필요성이 있다고 할 것이다. 바꾸어 말하면 환경소송은 환경을 침해하는 행위에 대해 억지력을 발휘함으로써 환경자원을 보다 효율적으로 사용하게 하는 효과가 있다. 말하자면 환경문제는 “訴訟을 통한 抑止(deterrence through litigation)”<sup>21)</sup>가 필요한 대표적인 경우라 할 수 있을 것이다.

그러나 불행하게도 개인에게는 환경소송을 제기할 유인이 없거나 부족한 것이 현실이다. Mancur Olson은 왜 개인에게 환경소송을 제기할 유인이 없거나 부족한지를 설명할 수 있는 유력한 통찰을 제공한다. 사회과학에 있어서의 인간관은, Olson의 *The Logic of Collective Action*이 출판되기 전까지만 해도, 사회구성원으로서의 개인에 대한 樂觀主義가 일반적 흐름이었다. D. B. Truman<sup>22)</sup>과 A. Bentley<sup>23)</sup> 등이 그러하듯이, 그 시대 학자들은, 「개인들은 公益의 伸張을 위해 自發的으로 努力하게 될 것」이라는 막연한 기대를 대전제로 의심 없이 받아들였다. 이러한 낙관적 견해는 한 집단에 돌아갈 수 있는 편익이 존재한다면 이러한 편익을 성취하기 위한 集合行爲(collective action)는 자연스럽게 일어날 것이라고 요약할 수 있는데, Olson은 그 당시만 해도 당연시되던 이러한 樂觀主義的 人間觀을 부정하면서<sup>24)</sup> 다음과 같이 갈파한 바 있다.

개별 구성원의 숫자가 아주 적지 않는 한, 혹은 개별 구성원들로 하여금 공익에 따라 행동하도록 강제할 수 있거나 그 밖에 다른 특별한 [유인]장치가 없는 한 합리적이며 자기이익을 추구하는 개인은 공익 혹은 집단이익을 성취하기 위한 행동을 하지 않을 것이다.<sup>25)</sup>

21) 이에 관한 문헌으로는 W. Kip Viscusi, ed., *Regulation through Litigation* (2002).

22) D.B. Truman, *The Governmental Process* (1958).

23) A. Bentley, *The Process of Government* (1949).

24) Olson은 다음과 같이 주장하였다. 즉, “집단의 성원이 그들의 집단이익을 위해 행동하려 한다는 생각은 널리 받아들여지고 있는데, 이 생각은 각 성원들의 합리적이고 자기이익에 따라 행동한다는 전제로부터 논리적으로 유래한 것으로 추정된다. 달리 말하자면 어느 집단의 성원들이 공동의 목표나 공익을 가지고 또한 이러한 공동의 목표가 성취됨으로써 보다 유복해질 수 있다면, 논리적으로 합리적이고 자기이익에 따라 움직이는 개인은 이러한 목표를 성취하기 위해 행동한다고 생각해왔던 것이다.” Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* 1 (1965).

25) *Id.* 2.

Olson은 집합행위의 어려움을 한 권의 책으로 논증하였지만, 그 주장의 요체는 어느 한 公共財, 예컨대 깨끗한 물, 공기, 풍광의 편익을 어느 한 개인이 타인보다 더 많이 얻을 수 없다면 그는 이러한 集合的 利益(collective interest)의 생산에 자발적으로 기여할 아무런 유인을 갖지 않는다는 것이다. 화단조성이나 화장실 청소 등은 어떤 한 사회에 꼭 필요한 집합행위이지만, 이러한 집합행위는 항상 사회에서 필요한 最適水準 以下로 생산된다. 왜냐하면 집합행위에 따르는費用은 行爲者에게만 귀속되지만 그 便益은 社會의 構成員 모두에게 돌아가므로, 행위자는 특단의 사정이 없는 한 이를 행하려 하지 않을 것이고, 따라서 집합행위는 사회가 필요로 하는 만큼 일어나지 않게 되기 때문이다. 합리적인 구성원이라면 집합행위에 참여하기보다는 가능하면 다른 이들이 하는 집합행위에 無賃乘車(free-riding)하려고 할 것이다.

사실 오늘날 사회적으로 큰 의제가 되는 大型國策事業에서 시작하여 相隣關係에 이르기까지 거의 모든 환경문제는 소제기자뿐만 아니라 여타의 사람들에게도 피해를 끼치는데, 피해자 모두가 소를 제기하는 것은 아니다. 또한 소제기자의 승소로 인하여 환경침해행위가 중지되면 소송비용은 소제기자가 지는 데 반하여, 그 혜택은 소제기자 이외의 사람들도 함께 누릴 수 있다. 말하자면 환경소송은 公共財의 성격을 가진다고 할 수 있을 것이고 공공재는 소비의 非競合性(non-rivalry)과 排除不可能性(non-excludability)으로 말미암아 사회적으로 적정한 수준 이하로 공급되게 마련이다. 따라서 사람들이 환경소송을 자발적으로 제기할 수 있도록 하는 제도적 보완이 필요하다고 하겠다.

#### (4) ADR 導入의 必要性

이와 같이 환경소송은 그 공공재적 성격과 집합행위의 어려움으로 말미암아 소송이 과소하게 제기되는 過少訴訟(under-litigation)의 경향을 띠다고 판단된다. 이를 극복하기 위해서는 무엇보다도 環境紛爭을 解決하는 데 드는 費用을 最小化하는 것이 필요할 것이다.

[事例 4] [사례3]의 사실관계에 다음의 사실을 추가·정정하여 가정한다. 원고는 소송을 이용하지 않고 ADR을 통해 분쟁을 해결하려고 하고 이때 원고의 ADR 비용은 500원, 피고의 ADR 비용도 역시 500원이라고 하자.

앞의 [사례3]에서 원고는 1,000원의 손해배상을 얻기 위해 소송비용으로 3,000

원을 지출하여야 하므로 당연히 소를 제기하지 않는다. 따라서 사회적으로 소송이 제기되는 것이 바람직함에도 소송이 제기되지 않고 피고로서도 주의비용을 추가로 지출할 이유가 없으며 그 결과 줄일 수 있는 사회적 총사고비용을 지출하게 된다. 이제 ADR 제도가 제공된다면, 원고는 ADR 비용으로 500원을 들여 1,000원의 손해배상을 얻으려 할 것이다. 피고로서도 주의를 하지 않을 경우 기대손실이 150원( $= (1,000+500) \times 10\%$ )인데 10원을 지출하여 주의를 기울이면 기대손실을 25원( $= (10+(1,000+500) \times 1\%)$ )으로 줄일 수 있기 때문에 주의를 기울일 유인이 생긴다. 이처럼 원고가 ADR을 이용할 수 있게 됨에 따라 피고가 주의를 기울인다면 사회적 총사고비용도 100원( $= 1,000 \times 10\%$ )에서 30원( $= 10+(1,000+500+500) \times 1\%$ )으로 낮출 수 있다. [사례 4]는 ADR 제도의 도입으로 인해 70원( $= 100-30$ )의 사회적 순편익이 생기는 것으로, ADR에 의한 분쟁해결이 사회적으로도 바람직하고 또한 원고 역시 ADR을 제기할 유인이 있는 경우이다. 이 모형은 ADR의 제기가능성으로 인해 사회적 손실을 초래하는 행위가 억지될 수 있음을 보여주고 따라서 ADR의 도입이 사회적으로 바람직함을 보여준다고 하겠다.

## 2. 自治의 측면에서 본 環境紛爭의 特徵

### (1) 政治的 外部效果(political externality)로서의 環境問題

환경침해로 인해 생기는 문제는 政治의 場에서 그 대책을 논하면서 더욱 惡化되기도 한다. 환경문제에 대한 심각성이 일반 국민에게 인식되기 시작한 이래로, 입법부는 각종 환경보호법률을 제정하고 행정부는 이를 시행하기 위한 각종 시행령·시행규칙을 만들어 이를 집행하고 있다. 그런데 이런 환경관련 정책의 입안·집행에 있어 정작 關聯當事者들은 疏外되는 경우가 적지 않게 발견되고, 심지어는 환경보호를 빙자해 국민의 세금으로 특정 利益集團이 特惠를 누리기도 한다.

이와 같이 환경문제와 같은 시장실패를 치유하기 위해 정부가 개입하는 경우 생기는 부작용을 “政治的 外部效果(political externality)”라고 한다.<sup>26)</sup> 경제적 외부효과가 환경침해에 따른 편익을 누리는 사람이 그 비용을 부담하지 않음으로써 생기는 것처럼, 정치적 외부효과는 정치적 결정에 따르는 비용의 부담자와 그로 인한 편익의 향유자 사이에 괴리가 있을 때 발생한다. 정치적 결정은, 시장에

26) “정치적 외부효과”(“political externality”)에 관해서는 Todd J. Zywicki, “Environmental Externalities and Political Externalities: The Political Economy of Environmental Regulation and Reform”, 73 *Tul L. Rev.* 845 (1999).



서의 결정이 거래당사자에게만 미치는 것과 달리, 국민 모두에 미친다. 다시 말해 정치의 장에서 이루어지는 정치행위자 사이의 정치적 교환의 결과는, 경제적 교환과 달리 그 交換當事者뿐만 아니라 교환에 참여하지 아니한 共同體 構成員 全部에게 미친다. 따라서 정치적 외부효과를 최소화하기 위해서는 가능한 한 構成員 全體의 意思가 反映되도록 하여야 하고 政策의 費用과 便益이 構成員 全體에 고루 公平하게 分配되도록 하여야 한다. 이것이 이루어지지 않는다면, 환경문제라는 경제적 외부효과를 잡기 위한 정부 개입이 더 큰 정치적 외부효과를 불러올 수도 있는 것이다. 이와 같이 정치적 외부효과에 대한 대응, 즉 構成員 全體가 참여해 결정하는 것은, 국민이 스스로의 명운을 결정하는 自治·自己決定의 이념에도 부합하는 것은 두말할 필요도 없다.

오늘날 환경문제는 그 양상이 급격히 변하고 있다. 환경에 대한 문제의식이 과거 相隣關係의 문제에서 公害의 문제로, 다시 公害의 문제에서 環境의 문제로 바뀌어온 것은 주지의 사실이거나, 이제는 환경문제가 「危險의 문제에서 리스크의 문제로」 새롭게 인식되고 있는 실정이다. 리스크는 인간의 끊임없는 욕구가 전대미문의 과학기술의 발전과 만나 생겨났지만, 이제는 “인류에게 귀속된 內在的 條件”이라고 할 만큼 우리 사회 곳곳에 퍼지게 되었고,<sup>27)</sup> 급기야는 사회구성원 상호간에 생기는 “葛藤構造의 脫現代의 徵標”로까지 인식되기에 이르렀다.<sup>28)</sup>

리스크로서의 환경문제는 위험으로서의 환경문제와는 차원을 달리한다.<sup>29)</sup> 「위험 (danger)」이 그 발생과정에 대한 경험칙이 성립해 인과관계를 파악할 수 있는데 반해, 리스크(risk)는 아직 그러한 경험칙이 성립하지 않아 오로지 “確率로밖

27) Clayton P. Gillette & James E. Krier, “Risk, Courts, and Agencies,” 138 *U. Pa. L. Rev.* 1027(1990). 보다 자세한 논의를 위해서는 Peter L. Bernstein, *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*(Wiley & Sons, 1996) 참조.

28) 拙稿, “리스크法: 리스크관리체계로서의 環境法”, **서울대학교 법학**, 제43권 제4호, 27-38 (2002).

29) 이에 관해서는 *id.* 특히 27-43. 여기서 나는 리스크와 위험을 본질적으로 성질을 달리 하는 것으로 보고 이에 따라 법적 대응책을 범주적으로 구성하는 것은 무리라고 보았다. 그것은 그와 같은 범주적 대응이 의미가 있을 정도로 리스크 전반에 관한 자연과학적 지식이 성숙해 있지 않기 때문이다. 어떤 문제 상황이 리스크 또는 위험 개념 중 어디에 포섭되는지에 따라 대응책이 정해진다기보다 각각의 문제 상황에 즉응하는 개별·구체적 해결책을 강구하는 것이 바람직하다고 본 것이다. 다시 말해, 리스크와 위험은 개념적으로는 구별될 수 있지만, 그 대응책이 그 개념 구별에 상응해 마련될 정도로 개념구별이 의미 있는 것은 아니라는 것이다. 이렇게 본다면 이 “리스크法”에서 주장과 본문의 주장이 모순되는 것은 아니라 할 것이다.

에 表現될 수 없는 危害”인 것이다.<sup>30)</sup> 리스크는, 발생개연성은 영에 가깝지만 발생할 경우의 해악은 대재난이 되기 때문에 그 미소한 개연성도 무시할 수 없는 딜레마 상황 — 통상 “영-무한대 딜레마(zero-infinity dilemma)”라고 부르는 특수한 상황을 만들어 낸다.<sup>31)</sup> 이와 같이 리스크는 “因果關係의 不確實性”을 본질적 요소로 한다. 따라서 어떤 리스크의 수용 여부 또는 대처방법의 내용 여하는 意思決定者로서 리스크에 관련된 사람과 그 결정에 의해 영향을 받아야 하는 被決定者로서 리스크에 관련된 사람이 다를 수밖에 없고, 그런 만큼 특정한 상황에서 조차도 “客觀的 計算”에 기한 합의의 도출을 기대하기는 어렵다.<sup>32)</sup> 사정이 이렇다 보니 리스크에 대한 처방은 利害關係人 모두에게 適當한 情報를 제공하고 이들이 參與하여 리스크에 대해 스스로 選擇할 수 있도록 하는 것이 되어야 한다. 리스크로부터 영향을 받을 수 있는 사람들이 리스크에 대해 스스로 결정하는 것은 自治의 이념에 부합할 뿐만 아니라 정치적 외부효과를 내부화함으로써 效率的이기도 한 것이다.

그런데 정치과정은 리스크의 문제를 해결하기에 적절하지 않은 문제점을 가지고 있다. 이러한 문제점은 입법과정에서 볼 수 있는 「利益集團 政治(interest-group politics)」와 행정과정에서 볼 수 있는 「行政官僚의 捕獲(capture)」에 기인한다. 立法過程은 -樂觀的 多元主義者들(optimistic pluralists)이 그래왔듯이- 전통적으로 公益을 摸索하는 것으로 인식되어 왔는데, 公共選擇論者들(public choice theorists)은 이를 이익집단의 입법수요에 맞추어서 입법자들이 법률을 공급하는 “去來의 一種”으로 파악한다.<sup>33)</sup> 이에 따르면 이익집단의 로비활동으로 말미암아, 국민전체에 이익을 가져다주는 「公共財的 性格」의 입법은 過少供給되는 반면, 일부 이익집단에 이익을 가져다 주는 「地代追求的 性格」의 입법은 過多供給되는 경향을 가지게 된다. 정치적 다원주의자들은 충분히 많은 다양한 종류의 이익단체들이 생겨나서 각 계층과 분야의 이익을 위한 입법수요가 충분히 반영되면 전

30) *Id.* 33-41.

31) Page, “A Generic View of Toxic Chemicals and Similar Risks,” 7 *Ecological L.Q.* 207, 211(1978).

32) Niklas Luhmann, *Risk: A Sociological Theory* 3-4(Aldine De Gruyter, 1993).

33) 대표적으로 James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent* (1962). 이와 달리 거래의 당사자를 이익집단만으로 보는 학자들도 있다. 이들은 입법거래를 일군의 이익집단이 다른 이익집단 또는 전체 사회의 비용으로 편익을 누리는 것으로 파악하며 정부는 거래를 성사시키는 브로커 역할을 하는 것으로 파악한다. 예컨대 R. McCormick & R. Tollison, *Politicians, Legislation and the Economy* (1981).

체적으로 공익에 부합하는 입법의 균형이 이루어질 수 있다고 본 반면,<sup>34)</sup> 공공선택론자들은 이익집단의 형성은 대단히 선별적으로 이루어지므로 그들에 의해 표출된 입법수요에 따른 입법의 과정은 왜곡될 수밖에 없다고 보는 것이다.

<표 2> 입법유형표<sup>35)</sup>

	편익 분산	편익 집중
비용 분산	① 편익분산/비용분산: 공공재적 입법	② 편익집중/비용분산: 지대추구적 입법
비용 집중	③ 편익분산/비용집중: 공공재적 입법	④ 편익집중/비용집중: 입법 불능

공공선택론자들이 일반 대중의 선호가 대변되기 어렵다고 본 까닭은, 앞서 본 집합행위의 문제가 이익집단의 형성과정에도 그대로 적용된다고 보았기 때문이다. 이익집단의 형성은 그 자체가 집합행위이기 때문에, 일반 대중의 선호를 대

34) 관련문헌으로는 T. Lowi, *The End of Liberalism*, (2d ed. 1979). Lowi는 이를 “이익 집단 자유주의(interest-group liberalism)”이라고 부른다. 또 다른 예로 R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (1956); D. Truman(註 22).

35) 이 표는 Peter S. Menell & Richard B. Stewart, *Environmental Law & Policy* 80 (1994) 을 변형해 만든 것이다. 한편 Menell과 Stewart에 따르면 입법의 결과는, 입법으로 인한 편익과 비용의 분담방식에 따라서 다음과 같이 분류할 수 있다. 우리는 여기서 이익집단의 활동과 그로 인한 입법의 결과 사이에 함수관계가 형성된다는 것을 알 수 있게 된다. [표2]의 입법유형에 대해 살펴보면, 먼저 ① **편익분산/비용분산형의 입법**은, 일반적으로 이익집단의 형성이 쉽지 않기 때문에 입법이 이루어지지 않거나 이루어진다고 하더라도 상징적인 입법에 그치게 되고 법이 발효되는 경우에도 제대로 지켜지고 있는지 감시하거나 혹은 시대 및 상황의 변화에 따른 개정은 쉽게 이루어지지 않는다. ② **편익분산/비용집중형의 입법**은, 입법을 지지하는 단체보다는 반대하는 집단이 강하게 의사를 표현하게 되므로, 이익집단의 반대에 의해 입법이 이루어지지 않거나 이루어진다고 하더라도 법률의 구체적인 시행내용에 대해서는 행정입법에 위임하는 경우가 많다. 이 경우 행정부는 시간이 갈수록 이익집단에 “포획(captured)”되는 경향이 있다. ③ **편익집중/비용분산형의 입법**은, 적극적인 입법을 위한 이익집단의 강력한 로비가 있게 되기 때문에, 입법의 결과에 대해 전국민이 정확한 정보를 알지 못하는 경우에는 전체적으로 찬성하는 여론이 형성될 수 있다. 그 결과, 강하게 조직된 이익집단에게 입법으로 인한 편익이 돌아가는, 전형적인 “지대추구적” 입법이 이루어지게 된다. ④ **편익집중/비용집중형의 입법**에 있어서는, 이익집단이 찬반양론으로 강력하게 형성된다. 입법의 과정은 치열한 로비의 전쟁터가 되고, 입법이 이루어지지 않거나 이루어진다고 하더라도 구체적인 시행내용에 대해서는 행정입법에 위임된다. 행정입법의 내용을 정하는 과정에서 이익집단들은 다시 강하게 충돌하게 된다. *Id.* 76-80.

변하는 집단이 형성되는 데에는 “無賃乘車(free-riding)”의 문제가 발생한다는 것이다. 무임승차의 문제는 어떤 이해관계를 가진 집단의 구성원들이 다수이고 각각의 구성원이 가지는 이해관계가 그다지 크지 않은 경우(대표적으로 환경단체나 소비자단체 혹은 납세자단체)일수록 그 정도는 심해진다. 반면에 구성원의 수가 적고 각각의 구성원이 가지는 이해관계가 큰 경우(대표적으로 기업)에는 무임승차자의 적발이 용이해지므로 집합행위의 문제가 덜 일어나는 것이다. 이런 상황에서 입법과정에서 영향력을 발휘하게 될 집단은 분명해진다. 그것은 바로 기업과 같이 환경을 훼손할 가능성이 큰 이익집단인 것이다. 이들이 입법과정에서 자신들의 이해관계에 맞는 법률을 제정하기 위해 노력하게 되면, 國民의 費用으로 특정 利益集團에게 便益을 가져다주는 법률이 탄생하게 된다. 이런 입법에는 특정 이익집단의 선호가 過多代表(over-representation)되고 그 결과 나머지 이해관계인 또는 일반 국민은 정치과정에서 소외된다. 한편 이와 같은 입법과정에 대한 비판적 시각은, 관료들이 이익집단에 포획되어 그들의 이해관계에 부합하는 행정 서비스를 펼치는 행정과정에도 그대로 적용된다고 하겠다.

#### (2) 政治的 外部效果의 對應策으로서 環境訴訟과 ADR 導入의 必要性

이상에서 본 정치과정의 실패는 法院의 役割과 機能에 대한 關心을 촉발하는 계기가 된다. 대의민주주의가 제대로 작동하지 않을 때 일반 국민이 의지할 수 있는 곳은 法院밖에 남지 않기 때문이다. 하지만 법원은 법원대로 많은 문제점을, 관점에 따라서는 더욱 큰 문제점을 안고 있다. 무엇보다도 법원의 판사는 국민에 대해 정치적 책임을 지지 않는다. 말하자면 민주적 정당성을 갖추지 못한 非民主的(undemocratic) 機關인 법원이 민주적으로 조종되는 정치과정에서의 결정을 뒤엎는다는 것이 反民主主義的(anti-democratic)으로 보이는 것이다. 또한 민사소송의 과정은, (정치과정과 비교할 때) 소송당사자 이외의 사람, 즉 訴外者의 介入이 封鎖되고 있고 참가자들 상호간의 意思疏通方式도 매우 경직되어 있는데, 이것은 말하자면 利益集團만에 의한 決定을 制度化하고 있는 것으로 보인다.

이상의 두 가지 맹점, 즉 ① 법원이 國民의 代表性을 缺如하고 있는 專門家 判事로 구성되었다는 점과 ② 판사의 결정이 그 변론활동에 근거하게 될 訴訟參加者들이 극히 制限的이라는 점은 특히 리스크 문제의 해결책으로서 결정적 하자가 된다. 상술하였듯이 리스크 문제는 인과관계의 불확실성을 그 본질적 요소로 하기 때문에 利害關係人의 參與에 의한 意思決定이 그 문제에 대한 해결책

의 정립에 결정적인 요소가 된다. 그런데 민사소송이 리스크 분쟁의 해결절차로서 한계를 보이는 만큼, 그 대안적 절차로서의 ADR의 필요성은 부각된다고 하겠다. 요컨대 리스크의 시대에는 사회의 제 이익(환경이익을 포함해서)의 조정이 분쟁처리의 중심과제로 떠오르고, 그런 만큼 환경분쟁에 관한 “救濟에서 調整으로”<sup>36)</sup>라는 인식전환의 요구가 설득력을 얻는 것이다.

이러한 ADR은 무엇보다도 리스크 문제의 이해관계자들의 참여를 보장하고 보다 원활한 의사소통구조를 확립하는 것이 필요할 것이다. 그렇게 되면 집합결정(collective decision)의 편익과 비용이 관계자 모두에 고루 분배될 것이고 특정한 집단의 선호가 過多代表되거나 피해자들이 결정과정에서 疎外되는 것을 방지할 수 있게 되기 때문에, 자기결정, 즉 자치의 이념에 부합하는 방향의 해결책이 될 수 있다고 하겠다.

### III. ADR의 經濟學: ADR에 대한 分析的 評價

이상의 논의를 정리하면 다음과 같이 요약될 수 있다. 환경소송은 사회적으로 바람직하지만 개인에게는 이를 제기할 유인이 없기 때문에 過少訴訟의 경향이 있고, 이를 해결하기 위해서는 분쟁해결비용을 대폭 줄일 수 있는 代案的 紛爭解決方式(ADR)을 도입할 필요가 있다. 그리고 환경분쟁의 특성을 감안할 때 환경분쟁을 위한 ADR은, ① 분쟁해결의 費用을 最小化하면서 ② 가급적 많은 利害關係인이 參與한 채 원활한 意思疏通構造가 보장되는 방식이 되어야 한다. 이 후에서는 먼저 소송 및 화해의 비용구조를 살펴봄으로써 분쟁해결 一般에 적용될 수 있는 사고의 틀을 정립한 후 이에 기초해 ADR의 비용구조를 살펴보기로 한다. 이에 관한 정보는 현재 환경분쟁의 해결을 위해 사용되고 있는 우리나라 제도를 분석·평가하는 데 評價基準으로 사용될 것이다.

#### 1. 紛爭解決의 費用構造

##### (1) 紛爭解決의 社會的 費用

분쟁해결비용을 최소화하기 위해서는 먼저 그 費用의 增減에 영향을 주는 요

36) 南博 方, “二十周年お迎えた公害等調停委員會”, *ジュリスト*, 30 (1992. 9. 30.); 홍준형, *환경법*, 402 (제2판, 2005)에서 재인용.

소를 살펴볼 필요가 있다. 먼저 지적해야 할 점은, 분쟁당사자들은 분쟁해결의 방식보다는 결과에 관심이 있다는 사실이다. 따라서 분쟁당사자에게 의미가 있는 방식은 「當事者에게 滿足感을 주는 節次」가 될 것이다. 문제는 무엇이 그런 절차를 구성하는 요소인가이다. 이제까지 연구된 바를 종합하면 당사자에게 만족감을 주는 절차의 구성요소는, 민사소송제도의 이상으로서 거시되는 네 가지 요소, 즉 適正·公平·迅速·經濟로 범주화될 수 있다.<sup>37)</sup> 주지하듯이 이상의 네 가지 이상적 요소는 적정·공평과 신속·경제로 대별되고, 양자는 이른바 相殺關係 (trade-off)에 있다. 양당사자를 공평하게 다루면서 실제적 진실에 접근하려면 상응하는 시간과 노력, 즉 費用이 소요되고, 비용을 절약하면서 소송을 신속하게 진행하려 하면 誤判의 可能性이 높아지는 것이다. 따라서 상쇄관계에 있는 적정·공평과 신속·경제를 어떻게 조화시켜 最適 組合을 만들어내는가 하는 점이 분쟁해결방식을 설계·운용하는 사람에게 가장 중요한 과제라 할 것이다.<sup>38)</sup>

이상의 논의를 경제학적 용어로 풀어쓰면, 분쟁해결방식의 이상은 社會的 紛爭 解決費用의 最小化가 된다.<sup>39)</sup> 사회적 분쟁해결비용은 運用費用(operating cost)과 誤判費用(error cost)으로 구성된다. 운용비용은 분쟁해결에 관계된 사람들이 분쟁해결을 하는 데 사용하는 시간과 노력을 말하는데, 이는 신속·경제라는 분쟁해결의 이상에 定向된 개념이다. 신속·경제를 위해 운용비용을 줄이는 것은 스스로 한계가 있는데, 그것은 운용비용의 절감은 오판의 가능성을 높여 적정·공평이란 이상을 희생시키고 오판비용을 증가시키기 때문이다. 운용비용은 다시 인지대, 송달료, 증인여비 등의 裁判費用, 변호사보수 등의 當事者費用, 국가가 사법제도를 유지·운영하는 데 지불하는 訴訟制度運用費用으로 나누어 볼 수 있다. 한편 誤判은, 個人的으로는 소송당사자에게는 정당하게 기대되는 소득의 이전을 받을 수 없도록 함으로써 그 만큼의 비용(期待利益의 損失=完全情報 判決-實際判決)을 유발하지만, 社會的으로는 歪曲된 誘引을 제공함으로써 사람들의 행위체계에 나쁜 영향을 미치고 결국 사회의 效率性을 犧牲하게 하는 사회적 비용을 야기한다. 예컨대 법원이 과실 판단을 하면서 너무 느슨하거나 강한 기준을 설정

37) 胡文赫, **민사소송법**, 37-40 (법문사 제3판, 2003).

38) *Id.* 40.

39) 이하는, 朴世逸 (註 7), 655-59; 宋沃烈 (註 8), 139-41; Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen(이중인 역), **법경제학(Law and Economics)** 397-98 (비봉출판사, 2000)에 의존하였다. 특별히 강조할 필요가 있는 경우를 제외하고는 일일이 註를 달지 않기로 한다.

하면 사람들은 이에 따라 사회적으로 적정한 수준보다 과소하거나 과다한 주의를 기울이게 되고 그 결과 효율적인 자원배분을 저해하게 되는 것이다.

## (2) 紛爭解決의 私的 費用

환경분쟁을 보다 많이 해결하도록 하기 위해서는 환경분쟁을 해결하는 데 드는 私的 紛爭解決費用을 最小化할 필요가 있다. 환경분쟁이 발생할 경우 피해자 개인이 부담하는 私的 紛爭解決費用은, 위에서 본 사회적 운용비용 중에서 개인이 부담해야 할 재판비용과 당사자비용(“私的 運用費用”), 그리고 오판으로 인한 期待利益의 損失(“私的 誤判費用”)이 된다. 분쟁당사자도 국민의 한사람이므로 소송제도운용비용의 일부와 왜곡된 유인으로 야기된 사회적 손실의 일부를 부담하겠지만, 이는 무시해도 좋을 만큼의 미미한 액수가 될 것이다.

환경분쟁 당사자들이 보다 많은 분쟁해결에 나서도록 하기 위해서 ADR을 설계할 때에는 私的 紛爭解決費用을 最小化하여야 하는데, 이를 위해서는 상쇄관계에 있는 사적 운용비용과 사적 오판비용을 조화롭게 감소시켜야 할 것이다.<sup>40)</sup> 이론적으로 사적 운용비용을 절감하되, 그 運用費用의 減少幅이 誤判費用의 增加幅을 相殺하기에 충분하거나 최소한 같아지는 지점까지 감소시켜야 할 것이다. 새로 고안된 ADR에서 오판비용의 증가폭이 운용비용의 감소폭을 초과할 경우, 사람들은 분쟁해결 자체를 포기하거나 소를 제기하게 될 것이기 때문이다.

## 2. 和解의 費用構造

분쟁해결비용을 최소화하기 위해 가장 먼저 떠올릴 수 있는 것은 당사자 사이의 화해이다. 화해는 양당사자가 소송보다 이를 선호할 때에 한해 체결된다. 양당사자가 화해할 수 있는 조건을 정식화하면, 화해는 “원고의 기대이익에서 피고의 기대손실을 차감한 금액이 원고와 피고의 소송비용의 합보다 작은 경우에” 이루어질 수 있다.<sup>41)</sup> 다시 말해서, “원고기대이익-피고기대손실 < 원고소송비용+피고소송비용”이 성립하면 화해가 가능하다. 원고와 피고 모두 소송비용의 지출은 피하고 싶은데 양당사자가 소송에 대해 갖는 기댓값의 차이가 이 소송비용보

40) 분쟁해결의 사적 비용을  $PC$ , 사적 운용비용을  $c_a$ , 오판비용  $c(e)$ 라고 하면, ADR 설계의 경제학적 목표는 운용비용과 오판비용의 합을 최소화하는 것, 즉  $\text{Min } PC = c_a + c(e)$  이 된다.

41) Cooter & Ulen (註 39).

다 작다면 굳이 큰 소송비용을 지출할 필요를 느끼지 않을 것이다. 만약 소송결과에 대해 서로 정보를 공유하여 비슷한 생각을 한다면 화해의 가능성은 커지고, 반대로 소송에서의 勝算에 대해 원고와 피고의 생각의 차가 커지면, 다시 말해 승산에 대한 원고의 相對的 樂觀主義<sup>42)</sup>가 심해지면 양당사자의 기댓값의 차이가 커져서 화해의 가능성은 떨어진다.

화해비용에 관해 보면, 「提訴前 和解」의 경우에는 분쟁해결비용이 거의 발생하지 않는 경우이고, 「訴訟上 和解」의 경우에도 소송비용에 미치지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 소송당사자들이 「법원이 판결하는 것과 동일한 조건으로 화해할 수 있다」고 가정하면, 이 가정에 의해 화해나 재판의 결과가 동일하므로 和解時 過誤費用은 재판의 오판비용과 동일하다. 하지만 화해의 운용비용은 재판의 운용비용에 미치지 못한다. 따라서 화해의 과오비용과 재판의 오판비용이 동일하다면 화해는 분쟁해결의 사적 비용을 절감하는 효과가 있는 것이다. 일반적으로 재판의 결과와 거의 같은 화해는 私的 費用을 감소시킨다.<sup>43)</sup>

하지만 화해가 社會的으로 바람직한지 여부는 불확실하다는 것이 대체적인 견해이다. 다시 말해서 화해를 유도하는 것이 社會적으로 바람직하다는 인식이 널리 퍼져 있는데, 화해를 장려하는 것이 社會적으로 바람직한 法政策인지 여부는 따져보아야 할 문제라는 것이다.<sup>44)</sup> 왜냐하면 화해가 社會적으로 적절한 수준보다 적게 일어나는 경우, 즉 過少和解의 경우에는 화해를 장려해야 하고, 반대로 過多和解의 경우에는 재판을 통한 해결을 권장하여야 하는데, 화해에 영향을 미치는 요인을 분석해보면 화해가 과소하게 이루어지게 하는 요인뿐만 아니라 과다하게 이루어지게 하는 요인도 발견되기 때문이다. 訴訟費用의 過多함이 화해가 필요한 주된 요인인데, 소송당사자들이 소송비용을 계산할 때 사적 비용 외에 社會的 費用을 고려하지 않기 때문에 화해는 과소하게 발생하게 된다. 또한 화해가 이루어질 수 있는 상황이라도 당사자 사이의 情報不均衡이 각각 자신의 승리를 낙관하게 하는 相對的 樂觀主義를 불러오고 그 결과 화해가 과소하게 이루어진

42) 상대적 낙관주의라 함은, 소송당사자인 원고나 피고 모두가 자신의 승소가능성에 대해 낙관적 생각을 하는 것을 말한다. 원고가 승소확률이나 승소금액을 객관적인 수준보다 훨씬 높게 평가하는 반면 피고는 원고의 승소확률과 승소금액을 지나치게 저평가하는 경향이 그것이다. 朴世逸(註 7) 664-667.

43) 한편, 이와 같은 조건, 즉 재판의 결과와 거의 같은 화해가 社會적 비용까지 감소시킨다는 주장도 있다. Cooter & Ulen (註 39).

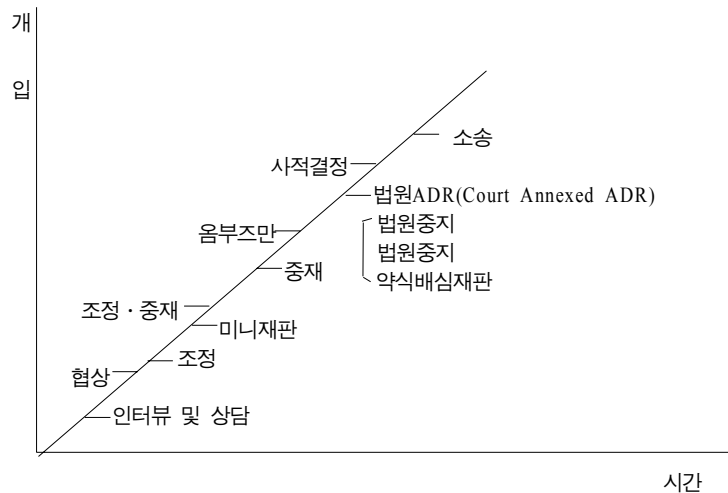
44) 宋沃烈(註 8), 147-49.



다. 다른 한편, 소송당사자는 판결이 가져오는 社會的 利益, 즉 判決의 抑止效果를 고려하지 않기 때문에 화해가 사회적으로 바람직한 수준보다 과다하게 일어날 수 있는 가능성도 있다. 판결이 가져오는 사회적 이익에는 이와 같은 억지 효과 외에 판례를 통한 구체적인 法理의 定立이 포함됨은 물론이다. 따라서 화해에 관한 법정책은 화해를 무조건적으로 권장하기보다는 각 분쟁상황을 분석해본 후 화해가 적절한 분쟁해결방식인지 여부를 따져서 결정하여야 할 것이다.

### 3. ADR의 費用構造

ADR에 대해서도 소송·화해에서와 같은 접근방법이 사용될 수 있다고 본다. 왜냐하면 [그림 1]과 [그림 2]에서 볼 수 있는 바와 같이, ADR은 분쟁해결방식의 스펙트럼 상에서 양 극단을 이루는 화해와 소송의 중간에 위치하는 방식으로 화해의 요소와 소송의 요소를 모두 갖추고 있기 때문이다. 다시 말해서, 위에서 본 것처럼 화해나 소송, 그 어느 것도 사회적으로 항상 바람직한지 여부를 一義的으로 결정할 수 없는 것과 마찬가지로, ADR도 화해와 소송의 각 요소를 모두 가지고 있고 ADR의 구체적 형태에 따라 그 각 요소의 비중도 다양한 만큼, 이에 대해서도 일의적인 판단을 할 수는 없다고 보는 것이다.



[그림 1] 분쟁해결방식의 스펙트럼

出典: 김경배, “한국 대체적 분쟁해결체도의 제도화 및 발전방안에 관한 연구”,  
산업경제연구 제18권 제1호, 251, 261 (2005)

和解 ----- ADR ----- 訴訟

[그림 2] 분쟁해결방식의 범주

Steven Shavell은 먼저 ADR의 종류를, 분쟁이 발생하기 전에 ADR을 채택하기로 결정하는 “**事前的 ADR 合意(ex ante agreement to ADR)**”와 분쟁이 터진 후 ADR을 사용하는 “**事後的 ADR 依存(ex post ADR resort)**”으로 구분한 후, 경제학적 방법을 동원해 ADR이 사람들의 유인체계에 어떤 변화를 가져오는지 밝히고 이어 ADR이 사회후생의 증진에 기여하는지 여부를 설명한 바 있다.<sup>45)</sup> 이하에서는 Shavell의 연구를 비판적으로 고찰하면서 ADR에 좀더 분석적으로 접근해보기로 한다.

결론부터 말하면 ① “**事前的 ADR 合意(ex ante ADR agreements)**”는 합의당사자에게 효율적이고, 그런 만큼 사회후생을 증진하지만, 그렇다고 해서 사전적 ADR 합의가 항상 사회적으로 바람직한지는 따져보아야 할 문제이며, ② “**事後的 ADR 合意(ex post ADR agreements)**”는 또한 사회적으로 권장할 만한 일반적인 이유도 찾을 수 없을 뿐만 아니라 반드시 분쟁당사자들에게 유리하다는 보장도 없다는 것이다. 요컨대 ADR도 화해와 마찬가지로 분쟁상황에 따라 개인적으로나 사회적으로 그 이용을 결정하여야 할 것이다.

#### (1) 事前的 ADR 合意(ex ante agreement to ADR)

사전적 ADR 합의가 합의 당사자 개인에게 가져다주는 利點은 분명하다. 예컨대 계약을 체결할 때 앞으로 분쟁이 발생하면 이를 ADR에 의해 해결할 것을 약정하는 분쟁 전 합의를 체결했다는 사실 자체가 그런 합의가 당사자 모두의 복지(well-being)를 증진시킨다는 것을 의미하기 때문이다. 따라서 특단의 사정이 없는 한 이런 합의는 법적인 구속력이 인정되어야 한다.

[事例 5] 제조물책임에 관해 무과실책임을 채택하고 있는 상황에서, 제품의 하자로 매수자가 입은 손해는 10,000원, 매수자가 하자에 따른 소를 제기할 때 매수자의 소송비용은 1,000원, 피고의 소송비용은 1,500원이라고 하자. 매도자

45) Shavell(註 1).

는 아무리 애를 써도 하자의 발생을 감소할 수 없다고 가정하자.

이런 상황에서 매수자-원고는 제품의 하자발생시 소를 제기할 수밖에 없고 결국 소송비용(이는 사회후생의 증가와는 무관한 去來費用이다.)으로 총 2,500원 (=1,000+1,500)원이 소요된다. 왜냐하면 매수자-원고는 1,000원을 들여 10,000원의 손해배상을 항상(무과실책임이므로) 받을 수 있고 피고도 소송이 제기된 이상 소송비용으로 1,500원을 지출하여야 하기 때문이다. 하지만 이렇게 추가로 지출된 총소송비용 2,500원은, 사안에서의 가정에 의해, 하자있는 제품의 숫자를 감소시키는 데 아무런 기여를 하지 못한다. 따라서 이 경우 당사자들은 모두 제품 하자에 따른 소송이 제기되지 않도록 하는 ADR 합의에 동의함으로써 불필요한 2,500원의 지출을 막게 된다. 다른 한편 사전적 ADR 합의는 제기되는 소송의 수가 지나치게 작아서 생기는 문제도 해결할 수 있다. 다시 말해 소송에서는 승소할 수 없다고 생각해서 소송을 포기하는 경우, 사전 ADR 합의는 양당사자의 행위체계에 변화를 가져와 소송비용의 증가를 충당하고도 남은 만큼의 가치(joint value)를 양당사자에게 가져다 줄 수 있다.<sup>46)</sup>

이와 같이 사전적 ADR 합의는 합의당사자에게 유리하게 작용한다. 이는 다음의 세 가지로 요약될 수 있다. 첫째, ADR은 분쟁해결비용을 저감시킬 수 있고,<sup>47)</sup> 둘째, ADR은 분쟁발생시 결말을 보다 정확히 예측함으로써 보다 나은 “行爲 誘引(behavioral incentive)”을 제공할 수 있으며,<sup>48)</sup> 셋째, ADR은 분쟁의 빈도수에서 변화를 이끌어냄으로써, 다시 말해 분쟁을 적극적으로 해결하려는 혹은 분쟁을 일으키지 않으려는 유인을 만들어냄으로써, 당사자들의 행위체계를 쌍방 모두에게 유익한 방향으로 변화시킨다.<sup>49)</sup> 요컨대 사전적 ADR 합의가 당사자 쌍방 모두에

46) 아래 [사례6]의 경우와 비교해보라.

47) *Id.* 5.

48) 예컨대 계약 일방이 계약 내용을 불완전하게 이행한 경우, 전문가 중재인이 판사보다 보다 정확히 손해를 평가할 수 있다고 가정하자. 이와 같은 상황에서 계약당사자들은 ADR을 통해 분쟁을 해결할 것을 사전에 약속하려고 할 것이다. 왜냐하면 그런 계약은 보다 나은 계약이행을 유도할 것이고, 그럼으로써 결국 타방 당사자의 계약수행의 지를 제고할 것이기 때문이다. 자세한 것은, *id.* 5-6.

49) 소송에까지 이르는 분쟁의 숫자가 많은 상황에서, 당사자들의 자원을 소송비용으로 탕진시키면서도 판결이 쌍방 당사자의 행위체계에 바람직한 변화를 불러올 수 없다면, ADR에 의해 분쟁을 해결하도록 하는 계약은 이와 같은 소 제기의 빈도수를 제어해 결과적으로 당사자 쌍방에 유리한 것이 된다. 자세한 것은, *id.* 7.

게 도움이 되는 방향으로 행위체계를 변화시키는 유인이 된다는 것이다.

하지만 사전적 ADR 합의가 사회적으로도 항상 이로운지는 불분명하다. 물론 Shavell의 주장과 같이, 사전적 ADR 합의가 당사자 모두에게 이롭다면 - 관련 정보가 사람들에게 제공되고, 외부효과가 없는 한<sup>50)</sup> - 사전적 ADR 합의는 사회 후생 또한 증진하는 효과가 있다고 할 수도 있을 것이다.<sup>51)</sup> 이런 까닭에 - 즉 계약당사자들의 복지는 물론 사회적 후생까지도 증진하는 까닭에, 사전적 ADR 합의는 특단의 사정이 없는 한 법에 의해 강제되어야 한다. 또한 사전적 ADR 합의는 계약당사자 모두에게 이롭(고 따라서 자연스럽게 발생할 것이)기 때문에 국가가 특별히 이를 장려하기 위해 보조금을 지급한다든지 강제할 필요가 없다.<sup>52)</sup> 하지만 그렇다고 해서 사전적 ADR 합의가 항상 사회적으로 바람직한지는 따져보아야 할 문제라고 본다. 왜냐하면 ADR은 화해적 요소를 가지고 있기 때문에 화해의 경우에 행해진 분석이 ADR의 경우에도 적용될 수 있기 때문이다. 다시 말해서, 소송비용의 과다함이 ADR을 이용하게 되는 주된 원인인데 분쟁당사자들이 소송비용을 계산할 때 사회적 비용을 고려하지 않고 근거 없는 낙관주의에 빠지게 되면 ADR을 최적수준 이하로 이용할 수 있고(ADR의 寡少利用), 반대로 판결의 억지효과나 구체적 법리 정립과 같은 사회적 이익을 고려하지 않으면 ADR을 과도하게 이용할 수 있는 것이다(ADR의 過多利用). 또한 ADR이 訴訟的 要素와 和解的 要素를 모두 가지고 있는 점에 착안해서 살펴보면, ADR의 구체적 내용에 따라 그리고 대상분쟁의 성격에 따라 소송의 단점(예컨대 소송의 운용비용이 크다는 점)과 화해의 단점(예컨대 과오비용이 크다는 점)이 모두 나타날 수

50) *Id.* 8.

51) 자세한 것은, *id.* 8-9.

52) ADR의 이용자에 대해 보조금을 지급할 필요성에 대한 근거가 없는 것은 아니다. 예컨대 소 제기자는 실제로 소송을 진행하는 데 필요한 공공서비스(public service)에 소요되는 비용 전부를 지불하지 않는다. 반면 ADR을 이용하는 사람은 이에 필요한 비용을 모두 지급할 가능성이 높다. 따라서 소송과의 상대적 비교에서 ADR이 실제보다 더욱 큰 비용이 소요되는 것으로 보일 가능성이 있다. 이렇게 되면 소송은 사회적으로 적절한 수준보다 더욱 많이 이용되고, ADR은 상대적으로 덜 이용될 가능성이 있겠다. 따라서 이런 상황을 염두에 두면 ADR에 대해서도 보조금을 지급할 필요가 있다는 주장이 성립할 수 있게 된다. 하지만 이런 상황에 대한 적절한 대책은 소송이용자에게 소송이용에 소요되는 비용을 충분히 지불하도록 하여야 하며, ADR 이용자에게 보조금을 지불해서는 안 된다는 반론이 가능하다. 그렇지 않고 ADR 이용자에게 보조금을 지급하면 ADR도 사회적으로 적절한 수준 이상으로 과대이용될 가능성이 생기기 때문이다. 자세한 것은, *id.* 8.

도 있고, 경우에 따라서는 그 각 장점(소송의 오관비용이 적다는 점과 화해의 운용비용이 적다는 점)이 모두 나타날 수도 있다고 하겠다. 사정이 이와 같기 때문에, 후술하는 바와 같이, ADR 옹호론자와 ADR 비판론자의 주장이 각기 제기되어 긴장관계를 유지할 수 있는 것이다.<sup>53)</sup> 따라서 사전적 ADR 합의에 관한 법정책도 역시 화해와 마찬가지로 무조건적으로 권장하기보다는 각 분쟁상황을 분석해 본 후 그것이 적절한 분쟁해결방식인지 여부를 따져서 결정하여야 할 것이다.

### (2) 事後的 ADR 依存(ex post ADR resort)

분쟁이 발생한 후 당사자들이 ADR에 의한 분쟁해결에 동의하는 것은 그것이 쌍방 모두에 이롭기 때문이다. 사람들이 소를 제기하는 것은 그로 인한 편익이 비용보다 크기 때문이듯이, ADR도 그 기댓값이 그 비용을 초과해야 이용된다. 사후적 ADR 의존이 당사자 모두에게 이롭다고 인식되는 경우는, ① ADR에서의 결정이 판결 결과를 예측하므로 화해의 가능성이 높아지거나, ② 분쟁해결에 드는 비용을 절약할 수 있는 경우로 요약된다.<sup>54)</sup> 이하에서는 사후적 ADR이 소송과 화해에 미치는 영향, 사후적 ADR을 이용할 유인이 개인에게 있는지 여부, 사후적 ADR을 권장할 만한 법정정책적 근거가 있는지에 대해 살펴하기로 한다.

<표 3> ADR 유형표

	任意性	强制性
拘束力 없음	①-㉞ ADR의 이용이 임의적이고 그 결정도 구속력이 없는 경우	② ADR 전치주의에 의해 소제기 전에 강제되지만 구속력 없는 ADR
拘束力 있음	①-㉠ ADR의 이용이 임의적이지만 그 결정이 구속력이 있는 경우	헌법상 재판청구권 침해

Shavell은 사후적 ADR 의존을 두 가지, 즉 ① “ADR의 이용이 任意的인 경우”와 ② ADR前置主義에 의해 “訴提起 前에 强制되지만 拘束力 없는 ADR(non-binding ADR required by court before litigation)”로 대별한 후, 그 각각의 경우의 결과를 “ADR을 이용할 수 없는 경우”의 결과와 비교하고 있다. 여기서는 Shavell의 분류에 더하여 ①의 경우를, ㉠ 「ADR의 이용이 任意的이지만

53) 아래 註 61-62 및 그 本文 참조.

54) Shavell(註 1), 3.

그 결정이 구속력이 있는 경우」와 ⑤ 「ADR의 이용이 任意的이고 그 결정도 拘束力이 없는 경우」로 나누어 살펴보기로 한다. 주의할 점은 ADR 전치주의에 의해 소제기 전에 강제되면서 구속력이 있는 ADR은 헌법상 보장된 재판청구권을 침해하는 것이어서 상정할 수 없는 선택이라는 것이다.

가. 事後的 ADR 依存의 私的 效率性: 個人에게 事後的 ADR을 利用할 誘引이 있는가?

(가) 일반적으로 ADR의 이용가능성은 소송과 화해의 가능성 모두를 감소시킨다고 생각하기 쉽다. ADR이 소송의 값싼 대안이 될 수 있고 ADR의 결정이 판결의 예상답안이 되어 화해를 촉진하는 효과가 있다면 소송의 利用頻度가 떨어지는 것은 당연하기 때문이다. 다른 한편, ADR이 재판의 값싼 대안이 될 수 있는 상황이라면(환언하면 ADR의 비용이 ADR을 이용할 수 없도록 하는 높은 수준이 아니라면), 화해할 유인이 떨어지는 것도 당연하다고 생각할 수 있기 때문이다. 하지만 ADR이 재판 결과와 동떨어진 결론에 도달하게 되는 경우라면, 다시 말해 ADR의 誤判費用이 크다면 이상의 상식적 판단은 유지될 수 없을 것이다.<sup>55)</sup> 요컨대 사람들로 하여금 소송 대신에 사후적 ADR을 이용하게 하려면, 사후적 ADR의 결정의 판결예측력을 높이는 것이 성공의 첩경이 된다. 환언하면 사후적 ADR의 오판비용이 줄면 줄수록 사후적 ADR이 소송을 대체하는 효과는 커진다. 경우를 나누어 살펴보자.

(나) ADR의 이용이 강제되지 않고 분쟁당사자가 선택할 수 있는 경우, 즉 「任意的 ADR」의 경우, 소제기의 경향은 ADR 決定이 拘束力이 있는지 여부에 따라 달리 나타날 수 있다. 먼저 ① ADR의 이용이 任意的이지만 그 결정이 拘束力이 있는 경우에는 소송과 화해의 경쟁에서와 같은 논리가 적용된다. 즉 사건이 ADR로 가게 될 경우 「법원이 판결하는 것과 동일한 조건으로 ADR에 의한 결정을 받을 수 있다」고 가정하면, 이 가정에 의해 ADR이나 재판의 결과가 동일하므로 ADR의 오판비용은 재판의 오판비용과 동일하다. 하지만 ADR의 운용비용은 재판의 운용비용보다 적은 것이 보통이다. 따라서 당사자들은 소송 대신 ADR을 이용할 것이고, 그 결과 ADR 운용비용이 적은 만큼 개인적으로나 사회적으로나 유리하다. 그러나 ADR의 오판비용이 재판보다 크고 그 크기가 운용비용의 차이(=ADR 운용비용-재판의 운용비용)보다 큰 경우에는 ADR 대신 소송을

55) *Id.* 4.

이용할 것이다. 왜냐하면 ADR의 총비용이 소송의 총비용보다 크기 때문이다. 결국 사람들이 소송 대신에 구속력 있는 ADR을 이용할지 여부는 ADR의 오관비용의 상대적 크기, 다시 말해 ADR의 결정이 얼마나 판결결과에 近似한지에 달린 것이라 할 수 있다.

다음으로 ② ADR의 이용이 임의적이고 그 결정 또한 구속력이 없는 경우에는 소제기의 경향이 ADR에 의해 영향을 받지 않을 가능성이 높다.<sup>56)</sup> 만약 ADR결정이 재판결과에 대한 예측력이 없다면, 승소할 수 있다고 생각하는 사람은 임의적 ADR을 이용하지 않을 것이다. 왜냐하면 그가 ADR에서 승소한다고 하더라도 ADR결정이 예측력이 없기 때문에 상대방이 이에 승복하지 않아 제소하여야 할 것이고, 그런 마당에 소송에서 승소할 가능성이 있는 사람이 굳이 비용이 드는 ADR을 이용할 까닭이 없기 때문이다. 하지만 ADR에서 패소한 사람이 ADR의 결정을 신뢰한다면 ADR의 가용성은 (그 신뢰의 정도에 따라) 소송의 이용빈도에 영향을 미칠 것이다. 다시 말해서 ADR의 결정이 판결의 결과를 정확히 예측한다면 ADR의 가용성은, 비록 그 결정이 구속력이 없다고 하더라도, 소송의 이용빈도에 큰 영향을 미칠 것이다. 결국 구속력 없는 ADR의 가용성이 소송의 사용빈도에 미치는 영향도 ADR의 오관비용의 상대적 크기에 달린 것이라 할 수 있다. 다시 말해서 ADR결정의 예측력이 높으면 높을수록 소송의 이용빈도는 그에 비례해 낮아질 것이다.

하지만 ③ 구속력 없는 ADR이 강제되는 경우, 즉 “ADR前置主義”가 채택된 경우에는 ADR이 소제기에 미칠 영향이 불분명하다. 왜냐하면 예컨대 소 제기할 의도가 없는 사람도 ADR비용이 적기 때문에 ADR을 통해 분쟁을 해결하려 할 수 있고 이것이 결국은 소송으로까지 이어질 수 있으며, 다른 한편 소를 제기하기 위해서는 ADR을 거쳐야 하기 때문에 이것이 전체적인 분쟁해결비용을 높이므로 소송이 감소할 수도 있기 때문이다.<sup>57)</sup> 하지만 이와 같은 변수를 고려하지 않는다면, 이 경우에도 ADR의 오관비용을 줄이면 줄일수록 소송의 빈도는 그에 비례해 떨어지게 되는 것은 물론이다.

(다) 다른 한편 사후적 ADR 의존이 和解에 끼치는 影響을 살펴보자. 먼저 ① ADR 결정 후에 화해하는 것(즉 ADR 결정을 양당사자가 받아들이는 것)은 ADR 결정 후에 소송을 포기하는 것과 같은 것이다. (ADR의 가용성이 소송의

56) Shavell(註 1), 3, 12-16.

57) *Id.* 4, 16-19.

빈도에 미치는 영향은 앞서 이미 보았다.) 따라서 ADR의 오판비용이 줄면 ADR 결정 후에 화해가 촉진될 것은 분명하다. 다시 말해서 ADR 결정이 갖는 판결결과에 대한 예측력을 제고하면, 이에 불복해 소를 제기한다고 해도 ADR 결정과 다른 결과를 얻을 수 없을 것이므로, ADR 결정을 받아들이는 화해가 촉진되는 것은 당연한 이치이다.

문제는 사후적 ADR을 이용하면서 ② ADR 절차 전 또는 진행 중에 화해가 이루어질 가능성이다. 여기서도 당사자들이 화해에 동의하려면, 양당사자 모두 화해가 소송뿐만 아니라 ADR보다도 유리하다고 생각하여야 한다. 앞서 본 화해의 공식을 원용하면, 사후적 ADR보다 화해를 선택하기 위해서는 원고의 기대이익에서 피고의 기대손실을 차감한 금액이 원고와 피고의 ADR비용의 합보다 작은 경우, 즉 원고기대이익-피고기대손실 < 원고ADR비용+피고ADR비용의 조건이 충족되어야 한다. 그런데 만약 당사자들이 ADR보다 화해를 선호한다면, (ADR의 비용이 소송비용보다 작기 때문에) 당연히 재판보다 화해를 선호하게 될 것이다. 하지만 재판보다 화해를 선호한다고 해서 (소송비용이 ADR비용보다 크기 때문에) ADR보다 화해를 선호하리라는 보장은 없다. 말하자면 소송을 포기한 경우에도 곧바로 화해하려고 하지 않고 ADR을 이용하려고 할 수 있다는 것이다. 이런 의미에서 사후적 ADR의 이용가능성은 화해의 빈도를 떨어뜨릴 것으로 생각된다.

(라) 이상에서 사후적 ADR의 이용가능성이 소송의 빈도를 감소하려면 사후적 ADR 결정이 갖는 판결결과에 대한 예측력을 제고하여야 한다는 것을 알았다. 바꾸어 말하면, 소송 대신에 사후적 ADR을 이용하도록 하기 위해서는 사후적 ADR의 결정이 신뢰할 수 있어야 한다는 것이다. 이것은 너무나 당연한 결론이다. ADR을 선택한 것은 ADR의 운용비용이 소송보다 작기 때문이었다(즉, ADR의 운용비용 < 소송의 운용비용). 그런데 그 결과가 신뢰할 수 없는 것이라면, 이는 ADR의 오판비용이 소송보다 크다는 것이 된다(즉, ADR의 오판비용 > 소송의 오판비용). 이 상황에서 만약 “오판비용의 차이가 운용비용의 차보다 크다면”(즉 (ADR의 오판비용-소송의 오판비용) > (소송의 운용비용-ADR의 운용비용)), ADR을 소송보다 선호할 까닭이 없는 것이다. 앞서 본 바와 같이 운용비용과 오판비용은 상쇄관계에 있어 어느 것을 줄이려면 다른 것이 늘게 되어 있다. 따라서 ADR을 설계하는 사람의 입장에서는 운용비용을 절감하되, 그 감소폭보다 오판비용의 증가폭이 커지지 않도록 하여야 한다. 또한 운용비용을 그대로 유지하면서 오판비용을 줄이면 줄일수록 ADR을 이용할 유인은 더욱 커질 것이다.



결론적으로 말해서, 사후적 ADR의 오판비용이 줄면 줄수록 사후적 ADR을 이용하려고 하는 개인적 유인은 더욱 커질 것이다.

나. 事後的 ADR 依存의 社會的 效率性: 事後的 ADR 依存은 社會的으로 바람직한가?

사후적 ADR 의존의 社會的 費用便益構造에 대해서는 사전적 ADR 합의와 좀 다른 관찰이 가능하다. 가장 먼저 주목할 점은, 사후적 ADR 의존은 그 이전에 행해진 행위에 어떤 영향도 끼치지 않는다는 점이다. 사람들은 행위 당시에 나중에 그 행위로 인한 분쟁이 ADR로 처리될 것이라는 정보를 전혀 가지고 있지 않다. 따라서 사후적 ADR 의존은 당사자들 사이에 놓인 파이를 나누는 것일 뿐 그 파이의 크기에는 전혀 영향을 미칠 수 없다. 요컨대 사후적 ADR 의존은 당사자의 행위체계에 어떤 유인도 제공하지 못하고 사회후생을 증진시키지 못한다.

[事例 6] 의료과오로 사고가 발생한 경우 원고가 입는 손해는 10,000원, 원고의 소송비용은 3,000원, 피고 병원의 소송비용은 2,000원이라고 하자. 이 경우 醫療過誤(malpractice) 확률은 10%인데, 피고 병원이 100원을 들이면 이를 1%로 낮출 수 있다고 하자. 법원이 의사가 저지르는 의료과오를 감지해낼 능력이 없는데, 원고는 이 사실을 모르고 피고 병원은 이 사실을 안다고 가정하자. 따라서 병원을 이용하는 환자로서는 의료과오 발생시 「전문가에 의한 ADR」로 분쟁을 처리할 것을 사전에 약속할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 사전적 ADR 합의에 이르지 아니한 상황에서 피고 병원에 의한 의료과오가 실제로 발생했다고 가정하자.

[사례6]은 ADR 결정이 판결 결과를 예측할 수 있는 능력이 전혀 없는 상태를 상정한 것이다. 왜냐하면 법원은 의료과오를 감지할 수 없는데 전문가에 의한 사후 ADR은 의료과오를 적발할 수 있다고 가정하였기 때문이다. 이런 상태에서 ① ADR이 임의적인 경우를 생각해 본다. 피고 병원으로서는, 의료과오가 이미 발생한 상태에서 위험부담을 안고 이러한 ADR로 분쟁을 처리하는 것에 응해줄 이유가 없다. ② ADR 결정이 구속력이 없는 경우라 하더라도 마찬가지이다. 왜냐하면 피고가 ADR에서 승소했다면 법원의 무능을 모르는 원고가 이에 불복할 것이고, 피고가 패소한다면 피고가 불복할 것이기 때문이다. 결국 ADR 비용만 더 들어가는 셈이다. 또한 법원의 판결을 두려워할 이유가 없는 피고로서는 올바

른 의료시술을 위해 자신의 행위체계를 변화시키려고도 하지 않을 것이다. 왜냐하면 소송이 제기될 경우 피고가 패소할 확률은 영(0)이기 때문에 피고의 기대손실은 소송비용의 10%인 20원(=2,000×10%)에 지나지 않는 데 비해, 의료과오를 낮추기 위해서는 100원을 투자하여야 하기 때문이다. 요컨대 사후적 ADR 의존은 이미 벌어진 사태를 해결하는 방식에 대한 합의이기 때문에 당사자들의 후생을 증진시키는 誘引을 만들어내지 못하는 것이다. 결론적으로 사후적 ADR은 사회의 후생을 증진시키지 못한다.

다음으로 ③ ADR이 강제적이지만 구속력이 없는 경우를 생각해본다. 이 경우에도 ADR의 이용이 당사자들에게 유인을 제공하지 못하는 것으로 판단된다. 오히려 증가된 분쟁해결비용만큼의 손실은 있는 것으로 보인다. 아무리 ADR이 강제적이라고 하더라도 구속력이 없기 때문에 당사자들은 이에 불복하고 소를 제기할 수 있기 때문이다. 예컨대 피고 병원이 ADR에서 승소한 경우, 법원의 무능을 모르는 원고로서는 이에 불복해 소를 제기할 것이다. 반대로 피고가 ADR에서 패소한 경우 피고 또한 소를 제기할 것이다. 따라서 ADR이 강제적일 때에도 구속력이 없다면 피고 병원에 아무런 행위유인을 주지 못하고, ADR비용만 더 들어가는 셈이 된다.

이와 같이 사후적 ADR 의존은, ADR결정이 판결예측력이 없다면 당사자들의 후생을 증진시키지 않고 오히려 ADR 비용만큼 감소시키는 것으로 판단된다. [사례 6]에서 볼 수 있듯이, 사후적 ADR 의존은 분쟁당사자의 행위를 계도하는 유인을 제공하지 않으며, 복지 증진이 있다고 하더라도 기껏해야 분쟁해결비용을 절감하는 데 그칠 것인데, 이것도 ADR의 결정이 구속력이 없어 ADR의 결정에 대한 불복소송이 가능하다면 사라지게 된다. 따라서 국가가 분쟁이 발생한 후 ADR의 이용을 강제하는 법정책을 채택할 이유는 없고,<sup>58)</sup> 오히려 강제적인 ADR을 채택하면 총분쟁해결비용을 증가시키는 효과가 있을 수 있다.

[事例 7] [사례6]의 사실관계에 덧붙여 다음의 사실을 가정한다. 원고의 ADR 비용은 1,000원, 피고의 ADR 비용도 1,000원이라 가정하자. 또한 ADR 결정이 오관할 확률은 80%(즉, ADR 결정의 판결결과 예측력이 20%)라고 가정하자.

[사례6]에서 원고는 법원의 무능을 모르므로 10,000원의 손해배상을 받기 위해

58) *Id.*

3,000원을 지출할 것이고, 피고도 이에 응소하기 위해 2,000원을 지출할 것이다. 그 결과 사회의 총기대손실은 1,500원( $= (10,000 + 3,000 + 2,000) \times 10\%$ )이다. 만약 국가가 의료분쟁이 발생한 경우에는 소제기 전에 반드시 ADR을 거칠 것을 요구하는 법정책을 채택했다고 한다면, 이때의 기대손실은 1,200원( $= (10,000 + 1,000 + 1,000) \times 10\%$ )이 된다. 따라서 ADR을 채택할 경우 300원의 사회적 순편익이 생길 수 있다. 하지만 이런 결론은 ADR의 결정이 항상 재판의 결과를 정확히 예측할 수 있어서 ADR 당사자가 이를 수용할 때에 한해서이다. ADR의 결정이 잘못될 가능성이 있다면 오히려 추가적인 사회적 손실을 입을 수 있다. 중요한 것은, 이러한 추가손실(사후적 ADR의 이용으로 인한 손실)은 앞서 본 바와 같이 분쟁당사자의 행위체계를 제도할 사전적 유인이 전혀 되지 못하는 것이고 따라서 분쟁당사자에게는 물론 사회적으로도 전혀 도움이 되지 못한다는 것이다. [사례7]에서는 ADR의 오판확률을 80%로 보았는데 이에 기해 ADR을 채택할 경우의 사회적 총손실을 계산해보면, 의료과오로 발생할 손해는 1,000원( $= 10,000 \times 10\%$ ), ADR로 끝날 경우의 비용 40원( $= (1,000 + 1,000) \times 10\% \times 20\%$ ), ADR 결정에 불복하여 소송이 이어진 경우의 비용 560원( $= (1,000 + 1,000) \times 10\% \times 80\% + (3,000 + 2,000) \times 10\% \times 80\%$ )을 모두 합친 1,600원이 된다. 이것은 ADR 전치주의를 사용하여 사회적 총손실이 100원( $= 1,600 - 1,500$ 원)만큼 더 늘어난 결과가 된다.

이상의 이유로 이제까지의 경제학적 연구결과는 구속력이 없는 ADR을 소제기 전에 강제하는 법정책을 지지하지 않는다. 앞서 인용한 Steven Shavell은 물론이고,<sup>59)</sup> ADR에 대해 최초로 경제학적 분석을 시도한 바 있는 Richard A. Posner도 마찬가지로 결론을 제시하고 있다. Posner의 연구는 ADR 일반이 아니라 소제기 전에 강제되지만 구속력이 없는 “약식 배심재판(summary jury trial)”에 대한 것이었는데, 여기서 Posner는, 약식 배심재판이 오히려 소송의 증가를 불러올 수도 있다고 경고한 바 있다.<sup>60)</sup> Posner에 따르면, 약식 배심재판은 당사자 사이의 정보교환을 통해 사건결과에 대한 원고·피고의 평가가 일치해질 수 있고 그 결과 화해를 촉진시킬 가능성은 있지만, 다른 한편 약식 배심재판은 당사자가 참고 넘어가도 될 사건을 분쟁으로 몰아가 결국 소송의 증가를 불러올 수도 있다

59) Shavell (註 1).

60) Richard A. Posner, “The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations,” 53 *U. Chi. L. Rev.* 366-93 (1986).

고 주장한 바 있다.

#### IV. 環境紛爭解決을 위한 ADR의 制度的 要素 및 그 制弱要素

이 章은 이제까지 ADR에 대해 논의한 내용을 토대로 環境분쟁의 해결에 기여할 수 있는 ADR의 제도적 요소를 찾아내는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 먼저 이제까지 논의한 내용을 간추려 봄으로써 앞으로의 논의전개를 위한 토대를 만들어 보기로 한다.

##### 1. ADR에 관한 制度設計 또는 政策立案時 一般的 注意事項

###### (1) 紛爭解決費用을 最小化하라!

분쟁해결방식의 스펙트럼상 어떤 방식을 선택할지, 즉 소송을 택할지, 화해를 택할지, 아니면 ADR을 택할지, ADR 중에서도 구속력 있는 것을 택할지 여부는 결국 각 방식이 가지고 있는 비용구조에 달려 있다. 같은 결과에 도달할 수 있다면 적은 비용이 드는 방식을 선택하는 것은 너무나 당연하기 때문이다. 요컨대 紛爭解決方式의 選擇은 紛爭解決費用의 函數이다.

분쟁해결에 드는 비용은 크게 두 가지로 나뉜다. 運用費用과 誤判費用이 그것인데, 양자는 서로 상쇄관계에 있으므로 양자의 적절한 조합을 찾아 총비용이 최소화되어야 한다. ADR의 이용에 대해서는 그 동안 긍정적인 평가가 지배적이었지만, ADR을 전문적으로 논하는 논문들을 보면 찬반양론이 팽팽히 대치하고 있음을 알게 된다. 요컨대 ADR에 대해서도 “總論”에 있어서는 異口同聲이나 “各論”에 있어서는 衆口難防인 양상이라고 하겠다. 그런데 양론이 내세우는 근거를 살펴보면, 贊成論은 ADR이 분쟁해결의 運用費用을 절감하는 면에 착목하고 있고, 반대로 反對論은 ADR로 인해 분쟁해결의 誤判費用이 증가하는 면에 치중하고 있음을 알게 된다. 찬성론이 내세우는 근거, 즉 ADR이 사건의 법원집중에 따른 사건처리의 지연을 막아주고, 비형식적인 분쟁해결절차를 채용하여 분쟁해결 비용을 줄이며, 일반국민이 쉽게 접근할 수 있는 권리구제수단을 제공하고, 그리하여 결국 보다 효율적인 분쟁해결방법을 마련한다는 것, 모두가 분쟁해결의 운용비용에 관련되어 있다. 찬성론자들이 ADR의 존립근거라고 내세우는 특징이 최소한의 비형식적인 분쟁해결절차임을 보면 더욱 그러하다.<sup>61)</sup> 또한 반대론이 내세우는 근거, 즉 ADR은 당사자의 자발적 동의에 의해야 하는데 실제로는 국가

기관의 강권에 의해 자기못해 이용하게 되고, 분쟁당사자들간의 경제사회적 지위의 불균형을 간과하고 있어 ADR은 강자가 약자로부터 양보를 얻어내는 절차로 전락하기 쉽고, ADR은 분쟁당사자들의 평화만을 목적으로 한 것이어서 법적 권리의 보호가 아닌 일부포기이고, ADR은 절차의 공정성에 관한 규제가 불가능하고, 결과적으로 ADR은 신속·저렴한 분쟁해결만을 강조하고 분쟁의 공정한 해결이란 가치를 무시한다는 것, 모두가 분쟁해결의 오판비용에 관련되어 있는 것이다.<sup>62)</sup>

따라서 문제는 찬성론과 비판론 중 어느 측면이 더 설득력이 있는지를 가늠하는 것이 아니라 양쪽의 장점을 모두 살릴 수 있는 방안을 찾는 것이다. 다시 말해서 상쇄관계에 있는 運用費用과 誤判費用의 總合을 最小化시키는 것이 당면 과제가 된다.

## (2) 紛爭對象과 紛爭狀況에 맞게 設計하라!

같은 방식이라고 하더라도 분쟁대상에 따라, 같은 대상이라고 하더라도 분쟁상황에 따라 분쟁비용이 달라질 수 있다. 따라서 분쟁해결방식은 분쟁대상과 분쟁상황에 알맞게 선택되어야 한다.<sup>63)</sup> 통상 소송과 ADR의 선택기준으로는 당사자들간의 관계, 분쟁의 내용, 분쟁의 반복성, 걸린 이해의 크기, 신속성과 경비절감의 필요성, 협상력의 중요성과 법률서비스의 이용가능성과 질이 제시되고 있다.<sup>64)</sup>

다음과 같은 특성을 가진 분쟁이 보통 ADR에 친하다고 분류된다.<sup>65)</sup> 먼저 ① 이웃 간이나 계속적 거래관계에 있는 기업과 같이 繼續的 關係에 있는 당사자들

61) 김시철(註 4), 410.

62) *Id.*

63) 이와는 달리 각종 ADR제도의 통일적 규율을 주장하는 견해도 있다. 이에 따르면 우리나라는 최근 새로운 산업분야를 규율하는 법률을 제정할 때마다 해당분야의 분쟁을 해결하기 위한 분쟁조정위원회를 규정하고 있는데 이러한 분쟁조정위원회에서 성립한 조정의 효력이 통일되어 있지 않아 이를 정비할 필요성이 있다는 것이다. 庾炳賢, “ADR의 발전과 법원의 조정의 효력”, 법조 573호, 27 (2004.6.). 하지만 다양한 ADR을 개발해야 한다는 견해도 있다. 예컨대 권해수·서순복, “공공부문과 민간부문의 대체적 분쟁해결제도 비교연구”, 한국행정학회 96년 동계학술대회2, 287 (1996).

64) George Appley, “Alternative Dispute Resolution and the Civil Justice System,” *A Handbook of Dispute Resolution* (Karl J. Mackie ed.) 46 (1991). 김준환, “행정부와 대체적 분쟁해결제도”, 한국행정학보, 제30권 제4호 37, 39(1996, 겨울)에서 재인용.

65) 허만, “미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)”, 민사판례연구(XIV), 442, 447-48 (1992).

은 스스로 분쟁을 해결하는 것이 중요하고, ② 분쟁을 해결하는 데에 지침이 될 수 있는 기준이 없고 한 쟁점의 해결이 다른 쟁점의 해결에 연쇄적인 문제를 일으키는 소위 “分配的 紛爭(allocational disputes)”에 대해서는 재판이 적절하지 못하고 협상이나 조정이 효율적이며, ③ 교통사고로 인한 손해배상의 범위에 대한 분쟁과 같이 이미 판례가 확립되어 기계적으로 기존의 판례를 적용함으로써 해결될 수 있는 분쟁, 즉 “基準適用紛爭”의 경우는 간편한 중재 등에 의해 해결하는 것이 효율적이고, ④ 紛爭의 價額이 상대적으로 작은 경우, 보다 간편하고 저렴한 방법이 적절하다고 한다. 사건으로는 ⑤ 분쟁에 수많은 이해관계인이 얽히고설켜 분쟁해결에 이들을 참여시켜야 하는 경우, ⑥ 비공개적이고 사적인 의사소통이 필요한 경우, ⑦ 창의적인 규범창조가 필요한 경우에도 ADR이 적절한 분쟁방식이 될 수 있다고 본다.

반면에 다음의 경우에는 재판이 더 적절한 방식으로 보인다.<sup>66)</sup> ① 헌법상 기본권을 침해당하였음을 이유로 하는 분쟁 등과 같이 새로운 판례형성이 필요한 분쟁, 즉 “基準設定紛爭”의 경우, ② 분쟁의 價額이 큰 경우, ③ 당사자들의 사회경제적 지위가 달라 당사자들의 協商力(bargaining power)에 큰 차이가 있고 그로 인해 공정한 협상과 조정이 기대될 수 없는 경우, ④ 사회 전체의 관점에서 司法的正義를 추구해야 하는 중요사건의 경우가 그것이다.

## 2. ADR에 대한 經濟學的 分析의 要約整理

ADR 일반에 대한 경제학적 분석(III.)을 통해 얻은 함의를 정리하면 다음과 같다. 이하는 환경분쟁 해결을 위해 ADR 제도를 설계하거나 ADR 정책을 입안할 때 유념하여야 할 사항이 된다.

첫째, ADR의 운용비용을 낮추어야 한다. ADR의 매력은 무엇보다 운용비용이 낮다는 것이다. ADR이 운용비용의 측면에서 강미를 보이지 못한다면, 권위를 자랑하는 법원의 재판과의 경쟁에서 살아남을 수 없다.

둘째, 운용비용의 저감에 치중한 나머지 오관비용을 늘리면 안 된다. 위에서 (III.) 보다 많은 사람이 ADR을 이용하게 하려면 ADR 결정의 判決豫測力을 提高하여야 함을 보았는데, 이것은 오관비용을 줄이는 것이 ADR의 이용을 늘릴 수 있는 첩경임을 우리에게 가르쳐주고 있는 것이다. 오관비용을 법원의 오관비

66) *Id.* 465-66.

용 수준까지 맞춘다면 ADR 후에 다시 법원을 찾는 일은 없어질 것이고, 따라서 ADR로 말미암아 분쟁해결비용이 더 커지는 일은 없게 되고, 그 결과 분쟁해결을 위한 총비용이 감소되어 그 만큼 ADR을 이용하게 될 것이다.

셋째, 당사자 사이에 정보를 교환하는 것이 ADR 결정에 대한 신뢰도를 높이고 ADR 절차 내에서 화해를 가능하게 한다. 정보가 교환하게 되면 분쟁당사자는 소송물에 대한 의견을 바꾸게 되며, 나아가 화해에 이를 수 있을 정도로 의견의 일치를 보게 된다. 불확실한 정보는 잘못된 판단의 기초가 되어 소송당사자들의 상대적 낙관주의를 만들어 내 결국 화해를 방해한다. 교환이 필요한 정보는 事實情報(factual information)뿐만 아니라 法律情報(legal information)도 포함한다. 따라서 당사자 사이의 정보교환을 증진시키기 위해서는 법률전문가의 자문을 얻을 수 있게 하는 등의 제도적 보완이 필요하게 된다.

넷째, ADR이 증거개시제도(discovery)에 의해 공개되는 정보 또는 당사자 사이의 자발적 정보교환보다도 더 많은 정보를 제공하는지는 확실하지 않다. 왜냐하면 당사자들은 ADR 절차 안에서뿐만 아니라 소송 밖에서도 中立的 局外者로부터 새로운 정보를 들을 수 있기 때문이다. 하지만 ADR은 소송당사자로 하여금 事件의 性格을 理解할 수 있는 기회를 제공하는 측면에서 증거개시나 당사자 사이의 직접협상보다 우월하다고 본다. 이것이 당사자들 사이에서 벌어지는 의사소통의 진정한 가치이다. 아무리 정보가 교환되어도 戰略的 行爲를 하게 되면 “協力的 게임(cooperative game)”이 불가능해지고 ADR이 성공할 확률은 떨어지기 때문이다. 따라서 당사자들의 의사소통을 원활하게 하기 위해 ADR 절차를 非公開하는 등의 최소한의 秘密性(confidentiality)이라도 보장하는 제도적 보완이 필요하게 된다. 또한 경제적 이익이 아니라 非經濟的 價値를 추구하는 경우에는, 비경제적 가치에 대한 (시장가격과 같은) 양당사자가 수궁할 수 있는 척도가 마련되지 아니한 까닭에, 화해율은 낮아지고, 판결율은 올라간다. 따라서 비경제적 가치의 문제에 있어서는 의사소통의 중요성이 극도로 올라간다. 이런 점에서 법원에 의한 조정보다 행정부에 의한 조정이 우월한 면이 있다고 하겠다.

다섯째, 소송비용부담제도와 관련해서는 미국식 규칙(American rule), 즉 본인 부담제도를 채택하는 것이 바람직하다고 본다. 왜냐하면 영국식 규칙(British rule), 즉 패소자부담제도는 화해성립범위를 좁혀 조정의 가능성을 낮추고 소송의 가능성을 높이기 때문이다.<sup>67)</sup>

67) 이에 관해서는, 宋沃烈(註 8), 161-166.

여섯째, ADR의 제도유형에 따라 소송의 빈도수가 달라진다. 다시 말해 ADR이 구속력이 있는지 여부, ADR이 강제되는지 여부 등 ADR 제도의 구체적 내용에 따라 ADR을 이용할 유인이 더 생기기도 하고 없어지기도 한다. 앞서 행한 경제적 분석은 ADR을 강제하는 것보다는 ADR을 任意的인 것으로 두되 그 拘束力을 인정하는 편이 낫다는 점을 알려주고 있다. 또한 ADR 제도를 설계함에 있어서는 각 분쟁대상에 맞게 微細調整할 수 있어야 한다. 또한 ADR을 무조건 권장할 것이 아니라 구체적인 분쟁상황을 분석해본 후 그것이 ADR에 적합한지 여부를 따져서 결정하여야 할 것이다.

일곱째, ADR에 대해 국가가 보조금을 주어야 하는지에 대해서는 부정적인 견해가 힘이 있다. ADR, 특히 사후적 ADR 의존이 사회후생을 증진시킨다는 명백한 증거가 없는 상황에서 ADR을 이용하는 사람에게 ADR 비용을 보조해주는 등의 혜택을 베풀면, 사회적으로 최적 수준보다 더 많은 ADR이 이용될 수 있고 이는 사회후생의 손실로 이어지기 때문이다.

여덟째, ADR의 이용을 저해하는 요인으로 ADR에 대한 정보의 부족을 드는 견해도 있다.<sup>68)</sup> 아무리 좋은 ADR이라도 그 홍보가 제대로 이루어지지 않아 이를 이용할 수 없다면 이는 문제가 아닐 수 없다. ADR의 이용가능성을 널리 홍보하는 것이 필요하다.

### 3. ADR에 관한 制度設計 또는 政策立案時 考慮해야 할 環境問題의 特徵

앞서(II.)에서 환경분쟁을 성공적으로 해결하기 위해서는 ① 紛爭解決費用을 最小化하고 ② 관련당사자의 參與와 원활한 意思疏通에 의한 情報共有가 필수적임을 살펴보았다. 법원형 ADR이나 법원의 ADR은 모두 비용측면에서 상당한 절약을 할 수 있도록 제도가 설계되어 있는바, 결국 환경분쟁에 있어서 ADR의 성공 여부를 결정짓는 것은 ②의 요소로 보인다. 하지만 당사자의 참여와 정보공유라는 것도 결국은 당사자가 체감하는 오판비용에 직접 영향을 끼치는 것이어서 결국은 분쟁해결에 드는 총비용을 절감하는 것이 성공의 요체가 된다고 하겠다.

환경분쟁은 그 특성상 화해확률이 적고 소송가능성이 큰 대표적인 경우인데, 소송은 그 形式性으로 인해 이해관계인의 참여도 어렵고 참여한 당사자 사이에

68) 전병서, “대체적 분쟁해결제도(ADR)의 방향”, 변호사, 제32집, 136, 147 (2002).



서의 정보교환도 원활하지 않다. 따라서 환경분쟁의 해결방식으로는 법원형 ADR 보다는 専門家에 의한 助力을 받을 수 있는 「行政型 ADR」이 最善의 方策인 것으로 보인다. 행정형 ADR은, 후술하는 바와 같이, 법원형 ADR보다 공법적 한계에서 보다 자유롭기도 하다.<sup>69)</sup>

환경분쟁은 화해확률을 낮추고 소송확률을 높이는 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 환경분쟁은, 대개 ① 소송물 가액이 크고,<sup>70)</sup> ② 정보의 비대칭성이 크고, ③ 이해관계인이 많아 중간에 조정역할을 하는 사람이 없으면 화해의 비용이 매우 커지며, ④ 환경판결은 공공재적 성격을 가지고 있어 무임승차하려는 유혹이 생겨 일단 소송이 시작되면 (화해보다는) 판결에 대한 압력이 커진다. 이런 까닭에 “소송과 연계된 화해”가 성립할 가능성은 매우 작다. 또한 환경법 분야는 법의 변화가 매우 심한 영역이고, 그럴수록 화해보다는 소송의 가능성은 커진다. 또한 환경문제는 온갖 정책문제가 얽히고설켜 있고 자연과학적으로도 복잡한, 말하자면 自然科學的 不確實性이 지배하는 문제이므로 재판에서의 오판가능성이 커진다. 이런 까닭에 환경문제에서는 ADR의 특징인 非形式性(informalization), 法外化(Delegalization), 非法曹化(Deprofessionalization)가 빛을 발한다고 할 수 있다.<sup>71)</sup> 다시 말해서 전문가의 전문성에 의해 이해관계인 사이의 의사소통이 향도될 가능성이 많은 행정형 ADR이 바람직한 것으로 판단되는 것이다.

또한 환경분쟁은 대개 利害關係人이 多様하고 多數인 경우가 많은데, 이 경우는 더욱 당사자 사이의 협상에 의한 화해도 적절치 않고, 판결도 적절치 않은 측면이 있다고 판단된다.<sup>72)</sup> 왜냐하면 첫째, 이런 사건의 결정은 불특정다수인 혹은 국민전체에게 영향을 미치게 되어 있으므로 이해관계인이 가능한 많이 참여하는 것이 바람직한데, 우연히 분쟁당사자가 된 사람 사이의 협상에 의해 분쟁이 해결된다면 그 효과는 불특정다수인 혹은 국민전체에 미치게 되고, 이것은 判決의 外部效果(judicial externality)가 일어나는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 이

69) 아래 註 246-250 및 그 本文 참조.

70) 소송물의 가액이 크면 클수록 화해공식, 즉 “원고기대이익 - 피고기대손실 < 원고소송비용 + 피고소송비용”이 성립할 가능성이 떨어진다. 즉 화해성립범위가 줄어들어 화해가능성은 줄고 소송가능성은 증가하는 것을 알 수 있다.

71) ADR의 특징에 관해서는, 강현중, **민사소송법**, 51 (1998) 참조.

72) ADR에 의한 환경분쟁해결을 강조한 문헌으로는, 장영두, “협상에 기초한 지방정부와 주민간의 대안적 환경분쟁해결방안”, **한국행정논집**, 제13권 제3호, 693-718 (2001); 황재영, “행정부의 대체적 분쟁해결제도에 관한 연구: 지역분쟁(local disputes)을 중심으로”, **지방정부연구**, 제3권 제1호, 267-184 (1999).

경우 당사자 사이의 협상에 의한 화해보다는 보다 많은 이해관계인이 참여할 수 있는 행정형 ADR이 적절한 방식으로 보인다. 둘째, 이 경우는 판결도 적절치 않은 것으로 보인다. 소송에서는 소송당사자 이외의 참여가 극히 제한되고, 소송제도의 形式性으로 말미암아 의사소통이 원활히 되지 않을 가능성이 높기 때문이다. 이런 경우, 소송보다 유연한 절차를 자랑하는, 의사소통구조가 개선된 행정형 ADR, 특히 전문가들에 의한 ADR이 협상과 판결, 양자의 단점을 극복하고 양자의 장점을 부각시킬 수 있는 대안으로 생각해 볼 수 있다. 이런 측면에서 볼 때 각 행정부 내에서 분쟁해결전문가(dispute resolution specialists)를 키워낼 필요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.<sup>73)</sup>

#### 4. ADR의 法的 限界

환경분쟁해결에 적합한 ADR 제도를 설계함에 있어 빠뜨릴 수 없는 요소가 있다. 바로 우리 국법체계가 만들어낸 제약요소가 그것이다. 위에서 거시한 여러 가지 점들을 고려하면서 분쟁상황에 맞는 ADR제도를 고안하려고 할 때 자칫 당면 목표에만 치우친 나머지 국법구조의 한계를 무시하는 우를 범해서는 안 될 것이다.

먼저 짚고 넘어갈 것은, ADR 자체가 법과정(legal process)을 迂廻하려는 것인데 법이 이를 지지하는 것은 스스로를 부정하는 逆說이 아닌가 하는 문제이다. 그러나 이 역설은 성립하지 않는 것으로 보인다. 왜냐하면 법과정이 특정한 분쟁 상황에 세심하게 대응할 수 있는 정도에는 한계가 있기 때문이다. 다시 말해서 법과정은 사전적 ADR 합의의 유효성을 인정하고 이를 집행함으로써 법과정 스스로가 해결할 수 있는 분쟁의 범위를 最適化한 것으로 볼 수 있다. 이런 법과정의 한계는 다양한 상황의 세세한 부분을 결정함에 있어 법원이 겪게 되는 인식론적인 어려움 때문에 생긴다. 하지만 분쟁상황에 대해 당사자만큼 알고 있는 사람이 없는 만큼, 당사자 스스로 법과정보다 더 나은 분쟁해결의 방법을 선택할 수 있도록 법이 허용하는 것은 스스로를 부정하는 自家撞著의 일이 아닐 것이다.<sup>74)</sup>

다음으로 지적할 것은 ADR에 따르는 公法的 限界 問題이다. 앞서 행정형

73) 권해수·서순복, (註 63).

74) Shavell(註 1), 9.

ADR이 환경분쟁에 적합한 해결방식이라고 하였는데, 이러한 시도가 자칫 헌법상 재판청구권을 침해하거나 법치주의의 원칙 등 국법구조의 틀을 파괴할 수 있기 때문이다.<sup>75)</sup> 행정형 ADR은 행정법상 “參與와 協力에 의한 行政”의 일환으로 볼 수 있는데, 이러한 행정도 나름의 한계가 있는 것이다.<sup>76)</sup> 법원형 ADR도 사정은 마찬가지이다.<sup>77)</sup> 대개 법치주의와의 충돌, 제3자 보호의 문제, 소송법상 제원칙과의 충돌 등이 문제점으로 제시되고 있다. 이에 관한 내용은 우리의 환경분쟁조정법을 평가하면서 논하기로 하고 여기서는 우리의 환경분쟁조정제도를 평가할 수 있는 여러 준거점을 제시하고 있는 헌법재판소 결정을 하나 소개하기로 한다. 헌법재판소는 국가배상사건에 관한 행정형 ADR의 합헌성에 대해 판시한 바 있다.<sup>78)</sup> 舊국가배상법 제16조(“심의회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다”)에 대하여 헌법재판소는

배상결정절차의 심의회의 제3자성[중립성]·독립성이 희박하고, 심의절차의 공정성·신중성이 결여되어 있으며, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하며(강권에 의한 것이라는 반증), 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수 없어 재판청구권을 과도하게 제한하고 있으며, 권력을 입법·행정·사법으로 분리한 뒤 실질적인 사법작용인 분쟁해결의 중국적 권한을 사법부에 귀속시킨 헌법의 정신에도 충실하지 못하다.

라고 판시한 바 있다. 이어서 행정부에 의한 ADR이 분쟁해결수단으로 정립될 수 있는 요건이라 할 수 있는 조건들을 제시하고 있는데, 즉

재판상 화해와 같은 효력을 부여한 각종 분쟁조정위원회의 중재·조정절차는 그 기관의 중립성·독립성이나 심의절차의 공정성·신중성이 거의 사법절차에

75) 이에 관해서는, 이용우, “행정사건에 대한 ADR의 적용에 관한 법이론적 고찰”, **중재연구** 제13권 2호, 459, 471-75 (2004).

76) 이에 관해서는 김유환, “민간의 참여와 협력에 의한 행정과 행정법”, **동아시아행정법**, 제6호, 82, 124-25 (2004.10.).

77) 이에 관해서는 김유환, “법원에서의 행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도”, **현대공법학의 과제**(청담 최송화교수 화갑기념논문집), 738 (2002).

78) 헌법재판소 전원재판부 1995. 5. 25. 91헌가7 결정.

준할 정도로 보장되어 있고, 중재·조정 절차의 성질이나 그 절차에 비추어 그것을 수락한 당사자의 [자발적] 의사에는 분쟁을 중재·조정 절차에 의하여 최종적으로 해결하고 재판을 하지 않겠다는 의사가 포함된 것으로 볼 수도 있는 데 반하여, 배상절차는 중재·조정절차에 비하여 그렇지 못하고, 당사자의 동의에 재판을 하지 않겠다는 의사까지 포함된 것으로 볼 수 없다.

라고 판시한 것이다. 헌법재판소가 행정형 ADR을 평가하면서 주목한 것은, ADR을 주관하는 심의회·위원회 등이 중립적이고 독립적인지 여부, 절차가 공정하고 신중한지 여부, 당사자의 동의를 진정하였는지 여부 등이다. 이와 같은 합헌성의 조건에 더하여, ADR의 기능을 실질적으로 제고하기 위해 고려하여야 할 요소는 당사자 사이에 교섭력의 균형, 기관의 전문성 정도일 것이다.

## V. 환경분쟁과 관련한 현행 ADR의 현황 및 문제점

환경분쟁을 해결하기 위한 ADR은 i) 法院型 ADR(court-annexed ADR), ii) 行政型 ADR, iii) 民間型 ADR로 대별할 수 있을 것이다. 이 글은 환경분쟁을 중심으로 한 ADR에 관한 논의이므로 법원형 ADR과 민간형 ADR에 관한 연구는 ADR 일반에 관한 연구자에 맡기기로 하고, 여기서는 환경분쟁조정법상 환경분쟁조정만을 논하기로 한다. 환경분쟁조정제도에 관해서는 그 동안 적지 않은 연구가 수행되어 왔다. 여기서는 이런 연구 내용을 반복해 기술하는 대신 환경분쟁조정제도를 이해하는 데 필요한 내용만을 요약정리한 후, 그 동안 논의에서 부각된 논점 중 여전히 합의에 이르지 못하고 논의가 분분한 쟁점에 대해 앞서의 평가기준에 입각해 논하기로 한다.

### 1. 環境紛爭調整制度의 內容 및 現況

#### (1) 環境紛爭調整制度의 沿革과 意義

우리나라의 환경분쟁조정제도의 기본적인 모델은 1970년에 제정된 일본의 公害紛爭處理法상의 공해분쟁처리제도에 바탕을 두고 있다는 것이 일반적인 견해이다.<sup>79)</sup> 환경분쟁조정제도는 1971년 공해방지법의 개정과 함께 도입되었으나 별

79) 일본의 제도에 관해서는 최철호, “일본의 공해분쟁처리제도”, **공법학연구**, 제5권 제2호, 549 (2004); 최우용, “일본 환경분쟁조정제도의 내용과 과제”, **공법학연구**, 제5권

반 실효를 거두지 못하다가 환경오염피해분쟁조정법이 단행법으로 제정됨으로써 본게도에 진입하게 된 것으로 보인다. 이 법은 이 후 몇 차례 개정된 후 1997년에는 환경분쟁조정법으로 전면개정된 바 있다. 이런 개정과정을 거치면서 환경분쟁의 대상이 이미 발생한 피해뿐 아니라 발생이 예상되는 피해로 확대되는 등, 여러 가지 제도적 보완을 거친 끝에 오늘에 이르고 있다.

환경분쟁조정제도는 환경분쟁의 특수성에 맞게 고안된 분쟁해결기구 및 절차를 통해 환경분쟁을 신속하고 공정하게 해결하려는 行政型 ADR이다. 환경정책기본법은 국가 및 지방자치단체가 환경오염 또는 환경훼손으로 인한 분쟁 기타 환경관련분쟁이 발생한 경우에 그 분쟁이 신속하고 공정하게 해결될 수 있도록 필요한 시책을 강구해야 함을 규정하고 있으며,<sup>80)</sup> 이 조항에 터잡아 제정된 환경분쟁조정법이 환경분쟁조정제도를 구체적으로 규정하고 있다.

환경분쟁조정제도의 長點으로는 다음의 점들이 제시되고 있다.<sup>81)</sup> 첫째, 簡易한 節次에 따라 迅速한 解決을 도모할 수 있다는 것이다. 소송절차에 의한 해결은 그 절차의 엄격성 때문에 과다한 비용과 긴 시간이 소요되는 반면, 환경분쟁조정제도는 절차의 엄격성을 완화하여 신속하고 능률적인 절차 진행이 가능하다는 것이다. 둘째, 환경분쟁에 관한 專門知識과 經驗을 활용할 수 있다는 것이다. 조정위원회는 환경 및 법률분야에서 경험을 쌓은 專門人力으로 구성된다. 또한 변론주의를 원칙으로 하는 민사소송과는 달리 職權探知主義가 적용되어 분쟁조정위원회가 주도권을 가지고 적극적으로 증거 및 자료수집을 할 수 있어 이러한 전문성을 십분 활용할 수 있는 통로가 열려 있다는 것이다. 셋째, 가해자와 피해

---

제3호, 575 (2004)(일본에서 성공적인 환경분쟁조정사례로 종종 제시되는 스파이크타이어 제조판매사건에 대해 상술하고 있다). 이 법에 의해 설치된 공해등조정위원회에 繫屬되는 사안은 그 규모와 내용의 면에서 매우 다방면에 걸친다. 특히 현대에 들어서는 환경오염분쟁의 형태가 “산업형공해에서 도시생활형공해”로, “사후대책형으로부터 사전예방형”으로, 그리고 “개인간의 민사분쟁형으로부터 국가나 지방공공단체 등을 직간접의 당사자로 하는 공법형 분쟁”으로 변화하고 있다고 한다. 이와 함께 청구사항의 내용도 형식적으로는 손해배상 내지 시설의 건설중지 등 민사사건의 형태를 취하면서도 실질적으로는 행정시책의 흠결 내지 행정상의 감독 책임을 따지는 사건이 증가하고 있어서 직접 국가·지방공공단체, 공단 등을 피신청인으로 하여 조정을 신청하는 사건이 증가하고 있다.

80) 환경정책기본법 제29조.

81) 이하는, 이상규, “환경오염분쟁조정법의 법적성격”, **인권과 정의**, 제219호, 34-36, (1994. 11.) ; 류지태, “환경오염피해분쟁조정제도의 비교법적 고찰”, **인권과 정의**, 제219호, 42-52, (1994. 11.)를 참조하여 종합하였다.

자의 實質的인 對等性을 확보할 수 있다는 것이다. 직권에 의한 증거 및 사실 조사를 활용하여 경제적 약자의 입장에 있는 피해자의 입증능력을 보완함으로써 공정한 해결을 도모할 수 있다는 지적이다. 넷째, 분쟁해결비용이 저렴하다는 것이다. 신청수수료가 민사소송보다 저렴할 뿐만 아니라 일정한 비용은 국가가 부담한다는 점이 제시되고 있다.<sup>82)</sup> 마지막으로, 헌법상 권력구조<sup>83)</sup>나 실체법상 청구권의 유무<sup>84)</sup>에 얽매이지 아니하고 분쟁의 종합적인 해결이 가능하며, 「전부가 아니면 전무」라는 결론보다는 쌍방의 입장을 모두 고려한 調整的·和解的·將來指向的 결정을 내릴 수 있다는 것이다.

## (2) 環境紛爭調整의 對象範圍

환경분쟁조정법은 구법과는 달리 그 조정대상을 환경에 관한 민사상 분쟁에 국한시키지 않고 일반적인 환경분쟁으로 확장하고 있는 것이 특징이다. 현행법에서는 환경분쟁을 두 가지 유형으로 나누고 있다. 첫째는 “환경피해”, 즉 사업활동 기타 사람의 활동에 의하여 발생하였거나 발생이 예상되는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 소음·진동, 악취, 자연생태계파괴 기타 대통령령이 정하는 원인<sup>85)</sup>으로 인한 건강상·재산상의 피해<sup>86)</sup>에 대한 다툼이다. 둘째는 「환경기술개발 및 지원에 관한 법률」제2조 제2호 규정에 의한 환경시설의 설치 또는 관

82) 이에 관해서는 환경분쟁조정법 시행령 제34조 참조.

83) 소송에 의할 경우에는, 분쟁의 효과적 해결에 도움이 되는 경우라도 법원이 판결의 내용을 통하여 행정기관에 대해 일정한 규제조치를 요구하는 것이 권력분립의 원칙상 인정되지 않지만, 우리나라 환경분쟁위원회와 같이 환경분쟁조정을 하는 기관이 행정부 내에 있는 경우에는 이러한 장애사유가 발생하지 않아 결정의 내용에 있어서 유연성을 발휘할 수 있다. 류지태(註 81), 47.

84) 환경분쟁조정을 이용할 수 있는 분쟁대상은 실체법상의 청구권 유무에 얽매이지 않고 매우 광범위하다. 아래 IV.1.(2) 환경분쟁조정 대상범위 부분, 특히 註 87 및 그 본문 참조.

85) 본법 시행령에서 ‘① 진동이 그 원인 중의 하나가 되는 지반침하(광물채굴로 인한 지반침하 제외) ② 건축법의 적용을 받지 아니하는 일조방해’로 정하고 있다. 이에 대해서는 환경오염은 기본적으로 불가량물질의 유입에 의한 임피시온을 의미하는 것이므로 일조방해까지 포함하는 것은 환경오염의 개념을 너무나 확장한 것이라는 등의 이유로 비판하는 견해가 있다(전경운, “환경분쟁조정제도의 현황과 문제점”, **환경법연구**, 제26권 제3호, 219, (2004).

86) ‘건강상·재산상’ 피해라는 문언을 사용함으로써 정신상 피해는 배제되는 것으로 해석될 여지가 있다는 비판(전경운, *id.* 229)이 제기된 바 있으나 중앙환경분쟁조정위원회에서는 정신상 피해에 대하여 적극적으로 인정하고 있다.

리와 관련된 다툼이다. 여기서 “환경시설”은 “환경오염물질 등으로 인한 자연환경 및 생활환경에 대한 위해를 사전에 예방·저감하거나 환경오염물질의 적정처리 또는 폐기물 등의 재활용을 위한 시설·기계·기구 기타 물체로서 환경부령이 정하는 것”으로 정의되고 있다.<sup>87)</sup>

### (3) 環境紛爭調整의 種類

환경분쟁조정법은 구체적인 조정 제도로서 斡旋·調停·裁定の 세 가지를 두고 있다. 특이한 것은 중재제도, 즉 공해피해에 관련되는 분쟁의 해결을 중재위원회의 판단에 맡기고 그 판단을 최종적인 것으로 하여 이에 따를 것을 약속하는 제도를 두고 있지 아니한 점이다. 일본의 경우에는 중재제도를 채택하고 있는데 현재까지 단 1건만이 접수되어 처리되었을 뿐이라고 한다.<sup>88)</sup> 중재는, 일본에서 중재가 현실적 활용도가 떨어지는 점을 감안해 우리나라에 도입되지 않은 것으로 알려져 있다.<sup>89)</sup> 따라서 우리나라에는 환경분쟁과 직접적 관련이 있는 ADR 중 법원내 조정을 제외하고는 구속력이 있는 ADR은 없는 것이 된다.

#### 가. 斡旋

알선이란 알선위원이 당사자 쌍방이 주장하는 요점을 확인하여 사건이 공정하게 해결되도록 주선함으로써 분쟁당사자들의 화해를 유도하여 합의가 이루어지게 하는 절차를 말한다.<sup>90)</sup> 알선이 이루어지면 분쟁당사자간의 민법상 화해계약 체결이라는 결과를 가져올 수 있지만, 분쟁 해결의 가능성이 없다고 인정되거나 알선중인 분쟁에 대하여 조정 또는 재정신청이 있는 때에는 알선은 중단된다.<sup>91)</sup>

87) 이 규정과 관련하여, 특히 「폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률」 제9조 제7항에 의한 조정이 최근 여러 차례 이루어진 바 있다.

88) 공해분쟁처리법이 1970년 11월 1일에 시행된 이래 2004년 말까지 중앙위원회에 접수된 사건은 모두 770건인데, 이 중 종결된 사건은 759건으로 알선이 3건, 조정사건이 701건, 중재사건이 1건, 재정사건이 54건(책임재정 43건, 원인재정 11건), 의무이행권고신청사건이 2건인 것으로 집계되고 있다. <http://www.soumu.go.jp/kouchoi/knowledge/nenji/index.html>.

89) 南博 方, “二十周年お迎えた公害等調停委員會”, *ジュリスト*, 31 (1992. 9.) (류지태, (註 81), 49에서 재인용).

90) 환경분쟁조정법 제28조.

91) 환경분쟁조정법 제29조.

#### 나. 調停

조정이란 中立的인 지위를 가진 調整機構에 의한 仲介를 통하여 분쟁당사자들이 합의에 도달하도록 함으로써 분쟁을 해결하려는 제도이다. 조정은 3인의 위원으로 구성되는 조정위원회에서 분쟁당사자들의 의견을 듣고 사실을 조사한 후, 조정안을 작성하여 분쟁당사자들에게 수락을 권고함으로써 쌍방의 양해를 통해 분쟁을 해결하는 방식으로 이루어진다. 조정은 원칙적으로 당사자의 신청에 의해 이루어지지만, 중대한 환경피해가 발생하여 이를 방지하면 사회적으로 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 인정되는 경우의 분쟁으로서 대통령령이 정하는 분쟁에 대하여는 중앙조정위원회가 직권으로 조정절차를 개시할 수 있다.<sup>92)</sup> 이것은 조정 전치주의를 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 직권조정 중에도 당사자는 언제든지 소를 제기할 수 있기 때문이다.<sup>93)</sup> 조정의 효력은 당사자간에 調停調書와 동일한 내용의 승계가 성립된 것으로 보는 데에 그친다.<sup>94)</sup> 결국 환경분쟁조정법상의 어떠한 조정제도도 그 결정에 대해 구속력을 인정받고 있지 못하다. 舊환경오염피해분쟁조정법 제23조 제3항에서는 관계당사자가 조정안을 수락하여 기명날인한 조정조서는 재판상 화해조서와 동일한 효력을 가진다고 규정하여 별도의 이행청구소송 없이도 직접 강제집행을 할 수 있었다. 이 조항은 환경분쟁조정법으로 전면 개정할 당시에 삭제되었다. 헌법재판소는 1995년에 舊국가배상법 제16조 중 “심의

92) 환경분쟁조정법 제30조. 한편 시행령 제23조는 그 대상으로 ① 환경피해로 인하여 사람이 사망하거나 인체에 중대한 장애가 발생한 분쟁과, ② 조정가액이 50억원 이상인 분쟁을 규정하고 있다.

93) 환경분쟁조정법 제45조는, 재정이 신청된 사건에 대해 소송이 진행중인 때에는 수소법원은 재정이 있을 때까지 소송절차를 중지할 수 있다고 규정하고 있지, 중지하여야 한다고 규정하고 있지 않다. 또한 수소법원이 소송을 중지하지 않으면 재정위원회가 오히려 당해 사건의 재정절차를 중지하여야 한다고 규정하고 있다. 나아가 재정위원회는 재정이 신청된 사건과 동일한 원인으로 다수인이 관련되는 동종·유사 사건에 대한 소송이 진행중인 경우에는 결정으로 재정절차를 중지할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정과 여타 환경분쟁조정법의 규정들을 종합하면, 소송은 재정과 아무런 관련 없이 이를 제기할 수 있고 또한 진행할 수 있다고 하겠다.

94) 환경분쟁조정법 제33조 제2항 후단. 일본의 경우에도 조정·재정에 확정판결의 효력이 인정되지 않는 것은 마찬가지이다. 조정성립 후의 이행을 확보하기 위하여 공해분쟁처리법 제43조의 2에 의무이행권고제도가 마련되어 있으나, 거의 이용되지 않는 실정이라 한다. 그 외에 분쟁해결의 실효성을 담보하기 위한 방안으로 ‘사후적 점검절차’가 거론되고 있다. 이는 조정 조항에 근거를 두고 있거나 혹은 단순한 사실상의 관여인데, 공해등조정위원회나 그 사무국이 조정조항의 이행상황을 감시, 확인하여 상황의 변화가 생겼을 경우에는 조언을 하는 등 조정에 의해 성립된 당사자의 합의를 유지하기 위해서 실시하는 여러 가지의 행위를 가리킨다. 최철호(註 79), 558.



회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상의 화해가 성립한 것으로 본다.”는 부분을 위헌이라고 결정한 바 있는데, 위 조항이 개정된 것은 이 역시 이러한 위헌시비에 휘말릴 수 있다는 우려가 제기된 결과라고 한다.<sup>95)</sup> 실무계에서는 환경분쟁조정에 대한 당사자의 승복율이 80%에 달하므로 강제집행력의 결여로 인한 문제가 그리 크지는 않은 실정이라고 하나, 학계에서는 가해자가 임의이행을 하지 않는 경우 민사소송을 제기해야 하는 본질적 한계로 인하여 이러한 분쟁조정절차가 민사소송제기 시 승소가능성을 타진하는 수단으로만 활용될 소지가 있다는 등의 비판이 강하게 제기되고 있다.<sup>96)</sup>

#### 다. 裁定

재정이란, 당사자 간의 환경분쟁에 관하여 재정위원회가 준사법적 절차에 따라 인과관계의 유무, 피해액 등에 대한 법률적 판단을 내려 분쟁을 해결하는 제도이다. 당사자 간의 합의를 유도하는 것을 본질로 하는 알선·조정과는 달리 재정은 사실을 근거로 객관적인 판정을 내리는 데 중점을 둔다. 환경분쟁조정법은 재정의 내용으로 손해배상을 원칙으로 하되, 환경피해의 복구를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 손해배상에 갈음하여 당사자에게 원상회복을 명하는 재정결정을 할 수 있도록 정하고 있다. 재정의 효력 또한 조정과 마찬가지로 당사자 간의 합의를 의제하는 데에 그친다.<sup>97)</sup>

#### (4) 環境紛爭調整制度의 利用 現況

환경분쟁조정제도가 도입된 1991.7.19.부터 2005.6.30까지 중앙환경분쟁조정위원회는, [표]에서 볼 수 있듯이, 총 1,611건을 접수하여 1,316건을 처리(재정, 조정, 중재합의)하였으며, 209건은 자진철회로 종결되었고, 86건은 현재 처리중인 것으로 집계되고 있다.<sup>98)</sup> 그 특징을 살펴보면 2002년 접수건수가 이전 10년간의

95) 홍준형 (註 36), 410.

96) 예컨대 김홍균, “환경법상의 환경책임제도”, 법조, 제532호, 100 (2001.1).

97) 환경분쟁조정법 제42조(“재정위원회가 재정을 행한 경우 재정문서의 정본이 당사자에게 송달된 날로부터 60일 이내에 당사자 쌍방 또는 일방으로부터 당해 재정의 대상인 환경피해를 원인으로 하는 소송이 제기되지 아니하거나 그 소송이 취하된 때에는 … 당사자간에 당해 재정내용과 동일한 합의가 성립된 것으로 본다.”).

98) 이하는 중앙환경분쟁조정위원회의 2004년 **환경분쟁조정사례집**과 “2005.6.30 현재 환경분쟁조정현황”(http://edc.me.go.kr/bunjang/user/pds/collect\_view.html?page=1&topcode=C&subcode=50&av\_no=20020040)에 근거하였다.

신청건수를 합친 것보다 많은데, 이는 국민의 실질적 피해구제를 위해 중간소음처럼 그 동안 행정법의 규제대상이 아닌 영역에까지 조정범위를 확대한 결과라고 한다. 한편 2003년 6월말부터 1억원 이하의 재정사건을 16개 시·도에 설치된 지방환경분쟁조정위원회에서 수행하도록 법을 개정하면서 중앙의 사건 수가 감소하기 시작하였다.

<표 4> 환경분쟁조정 이용현황표

구 분	접 수 현 황			처 리 현 황				자진 철회	처리중 (이월)
	계	접 수	전년 이월	계	재정 (裁定)	조정 (調停)	중재 합의		
합 계	-	1,611	-	1,316	638	35	643	209	86
'05.6	171	71	100	77	39	2	36	8	86
'04	372	195	177	223	101	1	121	49	(100)
'03	550	350	200	292	87	-	205	81	(177)
'02	493	440	53	263	118	2	143	30	(200)
'01	184	154	30	121	68	7	46	10	(53)
'00	100	70	30	60	39	3	18	10	(30)
'99	119	82	37	79	35	1	43	10	(30)
'98이전	249	249		201	151	19	31	11	(37)

피해원인별 분쟁조정 처리현황을 살펴보면, 소음·진동으로 인한 피해가 전체의 86%로 가장 많았고, 대기와 수질오염이 각각 8%, 4%로 그 뒤를 잇는다. 기타는 토양오염 3건, 추락위험 1건, 기름유출 1건, 생태계 1건 등인데, 이런 순서는 소음·진동피해는 오염발생과 동시에 피해를 체감하여 즉각 반응할 수 있는데 반해 대기·수질 오염사건은 오염발생과 피해인지 간에 오랜 시간이 소요되고 피해가 발생한 뒤에도 인과관계를 파악하기가 매우 어려워 피해구제를 신청하기 어렵기 때문인 것으로 생각된다.

<표 5>에서, 처리된 1,316건 중 재정사건은 1,281건이며, 이 중 배상결정은 523건(41%), 기각 108건(8%), 방음대책 등 7건(1%), 중재합의 643건(50%)이며, 조정사건은 35건으로 이 중 조정성립 14건(40%), 조정중단 19건(54%), 기각 2건(6%)이다. 처리된 1,316건 중 효력이 확정된 1,297건의 내용을 보면, 1,081건(83%)은 합의, 216건(17%)은 조정 중단 또는 소 제기한 경우여서, 합의율은 상당히 높은 편으로 평가되고 있다.<sup>99)</sup>

&lt;표 5&gt; 환경분쟁조정 처리현황표

구 분	처리 건수	재정(裁定)사건					조정(調停)사건			
		계	재정회의			중재 합의	계	조정 성립	조정 중단	기각
			배상 결정	기각	방음 대책 등					
합계 (%)	1,316	1,281 (100)	523 (41)	108 (8)	7 (1)	643 (50)	35 (100)	14 (40)	19 (54)	2 (6)
'05.6	77	75	31	7	1	36	2	1	1	-
'04	223	222	80	19	2	121	1	-	1	-
'03	292	292	66	19	2	205	-	-	-	-
'02	263	261	105	12	1	143	2	1	1	-
'01	121	114	59	8	1	46	7	3	4	-
'00	60	57	32	7	-	18	3	2	1	-
'99	79	78	32	3	-	43	1	1	-	-
'98이전	201	182	118	33	-	31	19	6	11	2

처리기간을 보면 처리된 1,316건 중 3개월 이내에 처리한 사건이 321건(24%), 4~6개월 495건(38%), 7~9개월 423건(32%), 10개월 이상 77건(6%) 등으로 평균 처리기간은 5.5개월이다. 2003년도 이후에 중앙분쟁조정위원회의 평균 처리기간이 길어지는 현상이 뚜렷한데, 이는 1억원 이하 소액사건에 대한 재정기능을 지방위원회로 이관하면서 규모가 크고 이해관계가 복잡한 사건은 주로 중앙위원회가 처리하게 되었기 때문으로 해석된다.

전체적으로 보았을 때 조정 사건이 압도적으로 많은 일본과는 달리, 우리나라에서는 재정사건이 거의 대부분을 차지하고 있는 것을 큰 특징으로 꼽을 수 있다. 이것은 일본 특유의 합의를 중요시하는 문화에도 원인을 찾을 수 있겠지만, 또한 조정절차의 진행방식에 있어서 당사자간의 합의를 촉진한다기보다는 심사관의 사실조사, 전문가의 의견수렴 및 이에 근거한 심사보고서를 조정위원회에서 검토한 후 일방적으로 조정안을 제시하여 수락을 권고하는 방식으로 이루어져, 사실상 재정절차와 동일하게 운영되고 있다는 점<sup>99)</sup>도 우리나라에서 조정절차가

99) 환경분쟁조정에 있어서의 합의율이 우리나라는 77%, 일본은 45.3%(99년까지의 통계임)로 일본의 합의율이 비교적 낮다는 점이 제시되고 있다. 서인원, “한·일 환경분쟁조정제도의 공통점과 차이점”, 한·일 환경분쟁조정제도 비교 세미나, 2001년 11월 15일, 중앙환경분쟁조정위원회. 이와 같은 통계는 일본에서 재정보다 조정이 더 많이 사용되고 있다는 상황과 관련된 것으로 보인다.

활발하지 않은 하나의 원인으로 지적될 수 있을 것이다.

(5) 環境紛爭調整制度의 利用에 대한 全體的 評價

환경분쟁조정제도는 그 이용이 점차 활발해지는 추세인 것은 분명하나, 환경분쟁해결에 대한 기여도는 아직은 미미한 실정이라고 보아야 할 것 같다. 환경분쟁조정위원회를 통하여 해결되는 사안들은 비교적 경미한 환경분쟁인 경우가 대부분이고 대규모 분쟁 사건들은 결국 소송으로 이행하게 되는 점에서 결국 우리 국민은 중요한 분쟁에 있어서는 당사자 합의 방식보다는 궁극적으로 법원의 법 판단을 요구하고 있다는 점을 확인할 수 있고, 분쟁조정제도보다 재판제도를 더 신뢰하고 있다는 점을 알 수 있다.<sup>101)</sup> 또한 수치상으로 비교해 보았을 때, 일본의 경우 약 35년간 전체 사건 수가 800건에 조금 못 미치는 반면, 우리나라의 경우 약 15년간 1600건을 상회하고 있다는 점에서 이런 수치로만 살펴보면 마치 우리나라에서 ADR을 통한 사건 해결이 더욱 활발한 것으로 느껴질 수도 있지만, 실상은 그렇지 않은 것 같다. 왜냐하면 일본의 경우 공해분쟁처리법 제49조에 근거하여 운영되고 있는 1차적 분쟁해결제도로서의 公害苦情相談制度가 분쟁조정제도보다 더 많이 이용되고 있기 때문이다.<sup>102)</sup>

또한 앞에서 살펴본 바와 같이 일본과는 대조되는, 우리나라의 재정사건 중심의 운영 방식은 환경분쟁조정제도가 마련된 기본적인 취지인 “양 당사자의 자유의사에 의한 합의”를 실현하기에 적합한 것이 아니라는 비판이 도처에서 제기되고 있다. 예를 들어, “재정제도는 간편하고 신속한 환경분쟁해결제도로서 그 의미는 매우 크다고 할 수 있으나, 재정위주로의 사건 처리는 실제 조정제도의 본질인 양당사자의 자유의사에 의한 합의를 유도하는 것이 아니라, 일방적인 결정의 내용을 당사자에게 수용할 것을 강요하는 형식이 되므로 법관이 아닌 자에 의하여 재판을 받는 것과 같은 형식을 갖추게 된다. 그리고 재정은 준사법적 절차로서 공권적인 판단을 하는 것이므로 중앙조정위원회의 활동이 재정 위주로 운영될 것 같으면, 조정 위원 중 법률 전문가의 숫자의 증원이 필요하다고 할 것”이라든지,<sup>103)</sup> 또는 “중앙환경분쟁조정위원회의 절차 운영을 보면 조정 제도

100) 김충목, “환경분쟁조정제도에 관한 연구”, **법학연구**, 제4권 제1호, 71 (2000).

101) 김유환, “행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도”, **법학논집**, 제6권 제2호, 75 (2001).

102) 일종의 민원제기의 성질을 가지는 공해고정상담사건이 매년 전국적으로 6, 7만 건에 달하고 있으며, 이러한 사건들은 상당히 높은 율의 해결을 보이고 있다고 한다. 류지태, (註 81), 51.

중에서 중요한 조정 기능이 소홀히 되고 있다. 이는 조정제도 운영의 미흡 및 재정결정에 대한 당사자의 소 제기라는 추가적인 절차에 분쟁 해결을 떠넘긴다는 점에서 바람직스럽지 못하다. 또한 조정절차의 진행방식에 있어서의 조정사례를 보면 심사관의 사실조사, 전문가의 의견수렴 및 이에 근거한 심사보고서를 조정 위원회에서 한두 차례 검토해 본 후 일방적으로 조정안을 제시하여 수락을 권고한다. 이와 같은 조정절차의 운영과 조정을 당사자의 조정절차를 통해 합의를 성립시킨 것이 아니라 위원회에서 제시한 조정안에 대하여 거부 의사표시가 없었다는 사실을 연결지어 보면 문제되는 바를 파악할 수 있다.”는 것이다.<sup>104)</sup>

## 2. 環境紛爭調整制度的 具體的 爭點

### (1) 環境紛爭調整制度的 誤判費用

환경분쟁조정제도가 성공하기 위해서는 오판비용을 최소화하여야 한다. 사람들이 환경분쟁조정의 결과를 법원 판결의 모범답안으로 생각할 때 환경분쟁조정을 소송의 대안으로 생각할 것이기 때문이다. 다행스럽게도 우리나라에서는 해마다 환경분쟁조정에 대한 승복율이 높아지고 있는 것으로 판단된다. 한편 위원회 결정에 불복하여 민사송을 제기한 경우, 법원에서도 위원회의 배상액 산정방식과 인과관계 규명 내용을 그대로 인용하여 판결을 내리고 있다고 하는데, 이는 중앙 환경분쟁조정위원회가 환경분쟁의 해결에 실질적으로 역할을 수행하고 있음을 반영하고 있다.<sup>105)</sup> 이하에서는 환경분쟁조정결과를 신뢰할 수 있도록 만드는 조건들을 살펴보기로 한다.

#### 가. 環境分爭調整委員會의 中立性과 職務上 獨立性

사람들이 환경분쟁조정결과를 신뢰할 수 있도록 하기 위해서는 무엇보다도 환경분쟁조정위원회의 중립성과 직무상 독립성이 보장되어야 한다.<sup>106)</sup> 판사에 비해 행정공무원은 중립성과 직무상 독립성에서 떨어지는 것이 아닌가 하는 인상이 짙다. 환경분쟁에 있어서는 특히, 행정부가 소송의 당사자가 될 수 있고, 행정작용은 사건의 구체적 타당성보다는 전체적·통일적 행정목적의 달성에 정향되어

103) 전경운, (註 85), 234, 239.

104) 김충목(註 100).

105) *Id.*

106) 김시철(註 4), 390-391.

있는 만큼 해당 행정기관의 이익에 봉사한다는 의심을 떨치기 쉽지 않을 것이다. 따라서 적어도 환경분쟁조정위원회의 위원을 다양화하고 중립적 인사로 구성할 필요가 있을 것이다.

#### 나. 환경분쟁조정절차의 公正性과 慎重性

다음으로 중요한 것은 공정한 절차의 보장이다. 먼저 강조해야 할 것은 當事者의 同意를 강요해서는 안 된다는 것이다. 과거 법적 분쟁에 직·간접적으로 관련된 행정기관이 피해자들에 대한 보상절차를 주관한 사례가 적지 않았다고 한다.<sup>107)</sup> 이와 같은 과정을 거쳐 합의에 이른다고 하여도 또한 실체적으로도 충분한 보상이 이루어진다고 해도, 당사자의 진정한 동의에 기해 절차가 개시되지 않는다면, 환경분쟁조정의 결과에 대한 신뢰는 쌓이지 않는다.

다음으로 참여당사자들 사이에 교섭력이 차이가 나면 사람들이 그 분쟁조정의 결과를 신뢰하지 않을 수 있다. 교섭력의 차이를 극복하기 위해서는 情報(사실정보 및 법률정보)를 共有할 필요가 있을 것이다. 또한 분쟁조정위원의 專門性을 제고하는 것도 교섭력의 차이를 극복하는 중요한 방법이다. 환경분쟁조정법은 위원의 자격요건을 엄격하게 규정함으로써 전문성을 담보하고 있다.<sup>108)</sup> 앞으로 환경분쟁조정이 성공하기 위해서는 전문인력을 계속 확보하여야 하고, 다양한 알선·조정방법의 개발이 필요할 것이다.<sup>109)</sup>

한편 위 헌법재판소 결정은 거의 司法節次에 準할 정도로 節次의 公正性과 慎重性이 보장되어야 할 것을 요구하고 있는데, 이러한 요구는 이해관계당사자 모두가 소통할 수 있는 원활한 의사소통구조를 만들어내는 것에도 적용된다고 본다. 당사자가 수긍할 수 있는 조정안이나 재정안이 마련되기 위해서는 충분한 의사소통이 있어야 하기 때문이다. 의사소통에 있어서 가장 중요한 것은 이해관계인의 참여이다. 또한 이들 간의 진솔한 대화가 이루어질 수 있도록 節次의 非公開 등을 고려하여야 한다.<sup>110)</sup>

107) *Id.*

108) 환경분쟁조정법 제8조에 따르면 중앙환경위원회 위원장을 포함한 위원을 “環境에 관한 學識과 經驗이 풍부한 者로서” 환경분야나 법조에서 오래 봉직한 전문가 중에서 임명할 것을 규정하고 있다.

109) 장영두(註 72), 23.

110) 위원회의 조정안에 대해 불복하는 이유에는 당사자간에 분쟁사건과 관련한 인식 차이와 양 당사자가 모두 만족할 수 있는 배상액수준을 결정하기가 곤란하다는 점뿐만

당사자 사이의 의사소통만큼 중요한 것은 조정절차에서 충분한 주장·입증의 기회가 제공되어야 한다는 것이다. 실증적 연구에 따르면, 판사의 화해권고에 따라 화해가 성립하는 원인은, 당사자가 그 내용에 동의해서가 아니라 그 화해권고안의 실질적 내용이 판결과 유사하기 때문이라고 한다. 조정절차에서 충분한 증거수집이 이루어지고 당사자 쌍방의 주장이 충분히 개진될 때, 당사자들은 비로소 그 조정안과 재정안이 판결의 내용과 유사할 것이란 생각을 하게 될 것이다.<sup>111)</sup> 우리 환경분쟁조정법은 다음과 같이 원활한 의사소통구조를 마련해 놓은 것으로 판단된다.

#### (가) 參加制度

환경분쟁은 그 당사자들뿐만 아니라 제3자의 이해관계에도 영향을 미칠 수 있으므로 당사자가 아니더라도 분쟁의 조정결과에 따라 이해관계에 영향을 받을 수 있는 제3자에게 분쟁조정과정에 참가의 기회를 줄 필요가 있다. 환경분쟁조정법 제20조에서는 분쟁이 조정절차에 계류되고 있는 경우에 동일한 원인에 의하여 피해를 주장하는 자는 위원장의 승인을 얻어 당사자로서 절차에 참가할 수 있다고 규정하고 있다.

#### (나) 環境團體의 調整申請

환경분쟁조정법 제26조에서는 중대한 자연생태계 파괴로 인한 피해가 발생하였거나 발생할 위험이 현저할 경우에는 일정한 요건을 갖춘 환경단체에 대하여도 조정신청을 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이것은 어디까지나 분쟁당사자를 대리하여 하는 것이며, 환경단체 자체에 신청인으로서의 당사자적격이 부여되는 것은 아니다. 하지만 이 제도로 인해 당사자 사이의 교섭력의 차이를 극복할 수 있는 방안이 마련되었다고 볼 수 있을 것이다.

#### (다) 節次의 非公開

환경분쟁조정법 제25조에서는 위원회가 행하는 조정의 절차는 이 법에 특별한

---

아니라 “가해자가 공해기업이라는 사회적 비난”도 있다. 이것은 절차의 비공개라는 요구의 정당성을 뒷받침하는 사실이라 하겠다. 전영길, “환경분쟁조정제도의 현황과 앞으로의 개선과제”, **인권과 정의**, 제219호, 61, (1994. 11.).

111) 분쟁당사자들이 ‘그들의 이야기를 말할’(tell their story) 기회를 더 많이 가질수록 절차에 대한 만족도가 높아진다는 연구결과에 대해서는, 김시철(註 4), 414.

규정이 있는 경우를 제외하고는 공개하지 아니한다고 규정함으로써 절차의 비공개를 원칙으로 삼고 있다. 이것은 조정절차가 공개될 경우 분쟁이 이해관계자나 제3자의 압력과 개입 등으로 정치화되거나 변질되는 등으로 분쟁의 원만한 조정에 장애요인이 발생할 수 있다는 가능성을 고려한 결과라고 한다.<sup>112)</sup> 다만 조정의 경우에는 준사법절차로서 공정성과 신뢰성을 담보할 것이 기대되므로 헌법 제109조의 공개심리주의의 취지에 따라 심문을 공개하도록 하고 있다.

#### (라) 다수인관련분쟁의 조정절차

환경분쟁조정법 제4장에서는 “동일한 원인으로 인한 환경피해를 주장하는 자가 다수(100인 이상)인 환경분쟁”, 즉 다수인관련분쟁에 대한 특칙을 두고 있다. 다수인관련분쟁이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우에는 그 중의 1인 또는 수인이 대표당사자로서 조정을 신청할 수 있고, 이에 대해서는 동법 제47조의 허가요건을 충족시키는 경우에 허가할 수 있다. 다수인관련분쟁에 있어서는 대표당사자가 나머지 당사자의 충실한 대리인(agent)으로서의 역할을 제대로 수행하지 않을 위험이 항상 상존하므로 동법 제50조에서는 대표당사자로 하여금 필요한 경우 보고 의무를 부과하고, 대표당사자가 구성원을 공정하고 적절하게 대표하지 아니한다고 인정하는 때에는 구성원의 신청 또는 직권에 의하여 그 대표당사자를 변경하거나 허가를 취소할 수 있도록 하고 있다. 또한 분쟁당사자들이 참가의 기회를 공정하게 부여받을 수 있도록 동법 제51조에서는 다수인관련분쟁조정의 신청 사실을 공고하도록 하고, 이해관계가 있는 자는 공고일로부터 60일 이내에 조정절차에 참가를 신청할 수 있도록 하고 있다. 다수인관련분쟁에 대한 조정의 효력은 대표당사자와 제52조의 규정에 의하여 참가를 신청한 자, 대표당사자의 조정 신청에 동의한 자(제47조 제4호, 제52조 제2항 참조)에 대하여만 미친다. 한편 제52조의 참가 신청을 하지 않은 자는 동일한 분쟁으로 인정되는 사건에 대하여 다시 조정을 신청할 수 없도록 하고 있는데, 이는 결정의 효력을 절차 보장을 받은 자의 범위에만 국한시키면서도 분쟁이 일거에 해결되지 못하고 재발하는 것을 막기 위한 방책이라 할 수 있다. 그러나 이는 어디까지나 환경분쟁조정법상의 조정신청에 국한되는 것이어서 이해관계를 가지는 자가 소송을 통해 권리구제를 주장하는 것까지 막지는 않는다.

112) 홍준형(註 36), 417.



## (2) 環境紛爭調整制度的 運用費用

환경분쟁조정에서 소요되는 비용은 소송비용보다 저렴하다. 또한 환경분쟁조정법은 소송비용에 있어 미국식 제도, 즉 本人負擔制度를 채택하고 있다.<sup>113)</sup> 나아가 동법은 당사자의 조정비용을 補助할 수 있는 근거 규정을 두고 있다. 동법 시행규칙 제34조에 따르면, 당사자들은 위원회의 위원·심사관·직원 및 관계전문가의 출장에 드는 비용, 위원회로부터 협조를 요청받은 자의 출장에 드는 비용, 참고인의 출석에 드는 비용을 부담하지 않아도 된다. 이 규정이 환경분쟁조정을 보다하게 사용하게 할 것인지 여부에 관해서는 아직 판단의 근거가 될만한 자료가 없다.

## (3) 調整前置主義

환경분쟁에 관해 조정전치를 주장하는 견해가 있다.<sup>114)</sup> 하지만 앞서 본 경제학적 분석은 조정의 신뢰성이 담보되지 아니한 상태에서 조정전치주의를 도입하는 것은 당사자뿐만 아니라 사회 전체에도 도움이 되지 않음을 알려주고 있다.

## (4) 調停·裁定の 效力

앞서 본 헌법재판소의 결정에도 불구하고 환경분쟁조정·재정의 효력에 대해 확정판결과 같은 효력을 부여하는 문제에 관해 의견이 분분하다. 먼저 찬성론의 근거로는, “환경분쟁이 행정부에서 사법부로 옮겨 가더라도 사실상 분쟁조정위원회의 판단이 존중되고 있는 것이 현실,<sup>115)</sup> “환경분쟁조정제도의 實效性을 확보”하기 위해서,<sup>116)</sup> “재정은 준수법적 쟁송의 성질을 띠고 있고, … 또 불복제소의 기회가 봉쇄되어 있는 것도 아니”라는 점<sup>117)</sup> 등이다.<sup>118)</sup> 한편 반대론은 “환경분

113) 환경분쟁조정법 제63조 제1항(“委員會가 행하는 調整節次에 필요한 費用은 大統領令이 정하는 사항을 제외하고는 각 當事者가 이를 부담한다.”).

114) 김세규, “환경분쟁조정제도에 관한 연구”, **환경법연구**, 제24권 제1호, 310, (2002) (“산업화와 공업화의 영향으로 환경오염으로 인한 분쟁이 증가할 것이 예상되므로 피해 구제의 합리화를 위하여 법원에 소를 제기하기 이전에 반드시 분쟁조정위원회의 조정을 거치도록 하는 조정전치주의의 도입이 필요하다고 본다. 조정전치주의가 채택 되면 행정기관의 전문지식의 활용, 노력과 비용의 절감, 피해구제의 신속, 법원의 부담경감 등의 이점이 있으므로 충분히 논의될 필요가 있다고 할 수 있다.”).

115) 최우용, (註 79), 600.

116) 김민중, “소송외적 방법에 의한 환경오염피해분쟁의 해결제도”, **비교사법**, 제2권 제2호, 21 (1995.12); 이상규, (註 81), 36.

쟁조정제도는 그 자체로서 사법적인 권리구제제도를 대신할 수도, 대신하여서도 안되”고 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 것은 “실용적 해결을 명분으로 하여, 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리를 사실상 박탈하는 문제를 야기하므로 위헌의 소지를 낳을 수 있”다고 한다.<sup>119)</sup>

생각건대 위에서 본 헌법재판소의 결정은, 각종 중재·조정 등 준사법적 성격을 지닌 절차 일반에 대해 적용되는 것은 아닐 것이다. 왜냐하면 결정이유에 나와 있듯이 확정판결과 같은 효력을 부여하는 것 자체를 문제 삼은 것이 아니고 절차의 형식성의 부족을 문제 삼았기 때문이다. 또한 환경분쟁조정제도는 그 절차적 측면에서 헌법재판소의 결정이 거시하는 여러 가지 기준에 부합하는 것으로 판단되는 조건을 갖추고 있고, 또한 불복제소의 기회를 열어놓고 있어 헌법상 재판청구권을 침해하는 문제는 발생하지 않을 것으로 본다. 하지만 환경분쟁조정법은 조정의 대상을 대폭 넓혀 공법적 사항까지 다루게 되었는데, 이와 같이 공법상 문제가 관련된 분쟁의 경우에는 확정판결과 같은 효력을 부여하는 것이 法治主義와 衝突할 可能性을 배제할 수 없다.<sup>120)</sup> 또한 앞서 행한 경제학적 분석은 조정의 신뢰도를 높이면 굳이 구속력을 인정하지 않더라도 구속력을 인정한 것과 같은 결과에 도달할 수 있음을 보여주고 있다. 반대론에 찬성한다.

## 結 論

環境訴訟은 환경자원의 과다사용을 막아 그 효율적 이용을 가능하게 하므로 피해자가 이를 제기하는 것이 사회적으로 바람직하지만, 환경문제의 특수성으로 인해 개인에게는 이를 제기할 유인이 없고 그 결과 社會的 最適水準보다 적게 제기되는 경향이 있다. 환경소송은 사회 전체를 위해 그 제기가 필요한 集合行爲

117) 홍준형, (註 36). 413.

118) 한편 일본에서는 “조정의 실효성을 높이기 위해서 조정에 민사조정법의 조정과 같이 확정판결과 동일한 효력을 인정해야 하고”, “재정은 준사법 절차에 의하고 과학기술적 조사 또는 정책적 판단에 기초하여 내려지는 판단인 점에서 [확정판결의 효력은 아니더라도] 그 사실인정에 대해서 법원을 구속하는 효력(이른바 실질적 증거법칙)을 인정해야 한다는 견해”가 있다. 南博方·西村淑子, 環境紛爭の處理, 環境問題の行方, **ジュリスト**, 129 (1999.5),. 최철호(註 79), 563, 570.에서 재인용.

119) 류지태(註 81), 51.

120) 同旨, 김유환, (註 101).

이지만 이러한 집합행위는 항상 사회에서 필요한 최적수준 이하로 생산된다. 집합행위에 따르는 비용은 행위자에게만 귀속되지만 그 편익은 사회의 구성원 모두에게 돌아가기 때문에, 합리적인 구성원이라면 집합행위에 참여하기보다는 가능하면 다른 이들이 하는 집합행위에 無賃乘車하려고 할 것이다. 말하자면 환경소송은 公共財의 성격을 가진다고 할 수 있을 것이다. 이와 같이 환경소송은 그 공공재적 성격과 집합행위의 어려움으로 말미암아 소송이 과소하게 제기되는 過少訴訟의 경향을 띤다. 이 문제를 극복하기 위해서는 무엇보다도 環境紛爭을 解決하는 데 드는 費用을 최소화함으로써 사람들이 환경침해로 야기된 분쟁을 자발적으로 해결하기 위해 나설 수 있도록 유도하여야 할 것이다. 환경문제에 있어 특히 ADR의 필요성이 논의되는 까닭은, ADR이 무엇보다도 분쟁해결비용을 낮추는 효과가 있기 때문이다.

근자에 부각되고 있는 새로운 환경문제의 특징, 즉 리스크(risk)로서의 특징은 ADR 이용의 필요성을 倍加한다고 할 수 있다. 환경문제는 요사이 “危險의 문제에서 리스크의 문제”로 새롭게 인식되고 있는데, 위험이 그 발생과정에 대한 經驗則이 성립해 因果關係를 파악할 수 있는 데 반해, 리스크는 아직 그러한 경험칙이 성립하지 않아 오로지 “確率로밖에 표현될 수 없는 危害”이다. 이런 까닭에 리스크에 대한 처방은 이해관계인 모두에게 합당한 정보를 제공하고 이들이 참여하여 리스크에 대해 스스로 선택할 수 있도록 하는 것이 되어야 한다. 하지만 民事訴訟은, 판사의 결정이 그 변론활동에 근거하게 될 소송당사자들이 극히 제한적이라는 점으로 인해, 리스크 문제의 해결책으로는 한계가 있다고 할 수 있다. ADR은 리스크 문제에 관련된 利害關係者들의 參與를 보장하고 보다 원활한 意思疏通構造를 確立할 수 있는 장점을 가지고 있다.

환경분쟁의 해결에 기여할 수 있는 ADR이 되기 위해서는, 무엇보다도 紛爭解決費用을 最小化할 수 있도록 설계되어야 한다. 분쟁해결비용은 運用費用과 誤判費用으로 구성되는데, 양자는 相殺關係에 있어서 어느 한쪽을 감소시키면 다른 한쪽이 증가하는 경향이 있다. 따라서 이상적인 ADR 제도는 運用비용과 오관비용의 合을 最小化하는 것이 된다. ADR에 관해 찬반 양론이 격돌하는 것은 양론이 각기 다른 측면에만 집착하여 다른 면을 살피지 못하기 때문이다. 찬성론은 ADR에 따르는 적은 運用비용에 착목하는 반면, 반대론은 ADR 결과 나온 決定의 信賴性, 즉 오관비용에 착안하고 있는 것이다. ADR이 성공적인 분쟁해결방식이 되기 위해서는 運用비용의 감소에만 치중할 것이 아니라 동시에 ADR 결정의

判決豫測力을 提高하여 費用의 증가폭을 줄여야 할 것이다.

이를 위해서는 첫째, 당사자 사이에 情報를 交換하게 하고 意思疏通을 圓滑하게 하여야 한다. 그렇게 되면 당사자들은 소송물에 대한 의견을 바꾸게 되고 전략적 행위를 자제하게 되어 ADR 결정에 대한 신뢰도가 높아지고 ADR 절차 내에서 화해를 가능하게 한다. 이와 같이 당사자 사이의 의사소통을 원활하게 하기 위해서는 ADR 절차를 非公開하는 등의 제도설계가 필요하다. 의사소통의 측면에서는 절차가 유연한 行政型 ADR이 法院型 ADR보다 바람직하다. 둘째, ADR 비용부담제도와 관련하여서는 本人負擔制度를 채택하는 것이 바람직하다. 패소자부담제도는 화해성립범위를 좁혀 조정의 가능성을 낮추고 소송의 가능성을 높이기 때문이다. 셋째, ADR의 제도유형에 따라 ADR의 이용도가 달라진다. 경제적 분석에 따르면, ADR을 강제하는 것보다는 ADR을 任意的인 것으로 두되 그 拘束力을 인정하는 편이 낫다. 또한 ADR제도를 설계함에 있어서는 각 분쟁대상 및 분쟁상황에 맞게 미세조정할 필요가 있다. 넷째, ADR의 이용자에 대해 국가가 補助金을 줄 필요는 없다. 사후적 ADR 합의가 사회후생을 증진시킨다는 증거가 없는 상황에서 보조금을 지급하면 사회적 최적수준보다 과도하게 ADR을 이용할 가능성이 있기 때문이다. 다섯째, ADR의 이용을 활성화시키기 위해서는 ADR 제도의 존재 및 그 이용가능성에 대한 廣範圍한 弘報가 필요하다. 여섯째, ADR 제도 설계시 公法上 限界를 유념하여야 한다. 새롭게 설계된 행정형 ADR이 분쟁의 해결에만 치중한 나머지 憲法上 裁判請求權을 침해하거나 法治主義 原則을 해치는 일이 생겨서는 안 될 것이다.

우리나라의 환경분쟁조정제도는 그 이용이 점차 活潑해지는 趨勢이나, 환경분쟁해결에 대한 寄與度는 아직은 微微한 실정이다. 환경분쟁조정위원회를 통하여 해결되는 사안들은 비교적 경미한 환경분쟁인 경우가 대부분이고 대규모 분쟁 사건들은 결국 소송으로 이행하게 되는 점에서, 결국 우리 국민은 중요한 분쟁에 있어서는 당사자 합의 방식보다는 궁극적으로 法院의 判決을 요구하고 있고 분쟁조정제도보다 재판제도를 더 신뢰하고 있다는 점을 알 수 있다. 환경분쟁조정제의 운용비용이 저렴함에도 이와 같이 그 이용이 기대에 미치지 못하는 것은 무엇보다도 환경분쟁조정의 판결예측력이 떨어지기 때문이다. 따라서 환경분쟁조정제도의 이용도를 제고하기 위해서는, 환경분쟁조정위원회의 中立性과 獨立性을 확보하고 환경분쟁조정절차의 公正性을 제고함으로써 환경분쟁조정의 誤判費用을 低減시키는 것이 急先務일 것이다. 우리나라의 환경분쟁조정제도는 그 동안 수차

례 개정을 거치면서 제도적 보완을 거듭해 오늘에 이르고 있다. 1997년 전면개정된 현행 환경분쟁조정법이 채택하고 있는 참가제도, 환경단체의 조정신청권, 절차의 비공개제도, 다수인관련분쟁의 특칙 등은, 우리나라의 환경분쟁조정제도가 환경분쟁당사자들 사이의 정보교환 및 의사소통을 원활하게 함으로써 오관비용을 저감하는 방향으로 進化하고 있음을 보여주는 단적인 예라 할 수 있을 것이다. 머지않은 미래에 활성화된 환경분쟁조정제도의 새로운 모습을 조심스럽게 예측해 본다.

주제어: 환경, 환경분쟁, 환경소송, 대안적 분쟁해결제도, 화해, ADR, 행정형 ADR, 법원형 ADR, 알선, 조정, 중재, 법경제학, 경제학적 방법론, 환경분쟁조정, 환경분쟁조정위원회, 사전적 유인, 효율성, 분쟁해결비용, 운용비용, 오관비용, 의사소통, 사회적 비용, 사회적 편익, 사회적 효율성, 위험중립적, 소송유형, 법정책, 과소소송, 과다소송, 외부효과, 정치적 외부효과, 교섭력, 협상력, 재산권, 코오즈 정리, 집합행위, 위험, 리스크, 공공선택, 정치실패, 법원의 역할, 구제에서 조정으로, 억지효과, *ex ante*, *ex post*, 행위유인, 인센티브, 사회후생, 자치, 재판청구권, 공법적 한계, 중립성, 독립성, 공정성, 신중성

<Abstract>

## Economics of Alternative Dispute Resolution – Focusing on “Environmental Dispute Adjustment Act” –

Hong Sik Cho\*

When individuals need to resolve their disputes with other individuals, they may often go not only to courts for trial but also to alternative methods of dispute resolution (“ADR”). Drawing upon a few recent studies, this article provides some economic explanation about why individuals make use of ADR instead of trial and/or settlement. By examining what the social interest is in ADR, it also provides a useful reference point by which one can evaluate the ADR system the “Environmental Dispute Adjustment Act” has developed to cope with complicated environmental disputes.

Part I begins with defining the characteristics of environmental disputes that make environmental litigation less frequent. Due to the tendency of “under-litigation” involving environmental disputes, ADR is particularly needed for environmental disputes. An ADR system aiming at environmental disputes needs to be designed so as to i) minimize the total cost of resolving disputes, and simultaneously ii) to engage as many parties involved as possible and make an ideal communication structure where the parties involved can provide each other with the relevant information(Part II). Part III looks over the cost structure of ADR. The dispute resolution costs of ADR consist of ADR-using cost(“operation cost”) and misjudgment cost(“error cost”). To save the former, it is necessary to trade off the latter. Accordingly, an ideal ADR system must be such that the sum of both can be minimized. In general, ADR brings about less operation costs than a trial before the courts. Therefore the success of ADR depends upon how much it can minimize error costs. If one can design an ideal

---

\* Associate Professor of Law, Seoul National University

communication structure in ADR process, it may also help lower error costs. Part IV specifies ADR's institutional elements necessary to cope successfully with environmental disputes. Drawing upon the findings of Part III and IV, Part V evaluates the current ADR system established by the Environmental Dispute Adjustment Act.

Key Words : environment, environmental disputes, environmental litigation, ADR, Alternative Dispute Resolution, settlement, compromise, arbitration, mediation, conciliation, law and economics, economic analysis, environmental dispute adjustment act, efficiency, collective action, dispute resolution cost, operational cost, error cost, misjudgment cost, communication, social cost, social benefit, social efficiency, risk-averse, legal policy, litigation type, under-litigation, over-litigation, externality, political externality, negotiation power, property, Coase theorem, danger, risk, , public choice, governmental failure, role of courts, “from remedy to mediation”, deterring effect, ex ante, ex post, behavioral incentive, social welfare, autonomy, right to trial, constraint on public law, neutrality, independency, fairness, judicial prudence