‘조정제도와 변호사의 역할’에 대한 토론문 1

최계영 교수

(서울대학교 법학전문대학원)

'조정제도와 변호사의 역할'에 대한 토론문 1

최계영 교수 (서울대학교 법학전문대학원)

발표자께서 ADR의 의의와 종류, 장·단점, 변호사의 역할, 외국의 법령에 대한 충실한 검토를 토대로 제안하신 변호사의 역할 제고 방안은 향후의 제도설계와 운용에 큰 도움이 될 것이라고 생각합니다. 제안하신 방안 위주로 제 의견을 덧붙이고 질문을 드리고자 합니다.

첫째로 수소법원 중심 조정제도의 문제점과 개선방향에 대해 말씀해 주셨습니다. 수소법원 조정은 높은 성립률에도 불구하고 수소법원의 판단권을 배경으로 한다는 한계가 있습니다. 조정절차에의 회부나 조정안 제시에서 드러난 법관의 심증은 당사자와 대리인에게 압력으로 작용할 수밖에 없고, 대안적 분쟁해결 제도가 갖는 장점을 상당 부분 상쇄하게 됩니다. 따라서 발표자께서 말씀하신 것처럼 바람직한 방향은 수소법원 조정의 비중을 낮추고 판단자와 조정자를 분리하는 것이라고 할 것입니다. 하지만 수소법원 조정의 비율이 높은 현실은 수소법원의 판단권을 전제로 하지 않는 조정이 성공율이 낮기 때문이라고 보입니다. 외국과 비교할 때 수소법원 조정의 비율이 높은 이유가 무엇일지, 수소법원 밖에서의 조정의 성공가능성을 높이기 위해 어떠한 방안이 필요한지 발표자의 의견을 청하고자 합니다.

둘째로 교육을 통한 조정인으로서의 전문성 확보에 대해 말씀해 주셨습니다. 법률전문가인 변호사가 조정인에게 필요한 일정한 전문성을 갖추었다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없습니다. 그러나 다른 한편으로는 책임의 소재나 범위를 일도양단적으로 판단하거나 주장하는 것이 기존의 법조직역에서 수행한 주요한 역할이었기 때문에, 변호사는 조정을 촉진하는 데 유리하지만은 않은 사고방식이나 태도를 갖게 되는 면도 있는 것 같습니다. 행정형 ADR의 경우, 이해관계에 기초한 설득이 아니라, 판결문과 유사한 형식의 판단이 담긴 조정안이나 결정문을 제시하고 그 수락 여부에 따라 조정 성립 여부가 결정되는 방식으로 운용되는 경우도 있는 듯합니다. 즉 법률가로서의 전문성은 성공적인 조정의 필

요조건임에는 분명하지만, 변호사가 훌륭한 조정인으로 성장하기 위해서는 별도의 교육이 필요하다고 할 것입니다. 발표자께서 변호사에 대한 교육으로 주로 조정기법과 조정사례에 대한 교육이 필요하다고 말씀하셨는데 궤를 같이 하는 말씀이신 것으로 생각됩니다.

셋째, 조정전치주의의 도입에 대해 말씀하셨습니다. 독일의 경우 소액분쟁, 미디어를 통하여 공표되지 않은 특정 명예훼손 분쟁, 상린관계 분쟁 등이 조정전치주의의 대상이 된다고 설명해 주셨는데, 우리나라에 조정전치주의를 도입한다면 어떠한 유형의 사건이 적합하다고 생각하시는지요?

넷째, 조정 관련 기본법 제정 등을 통한 조정제도의 통합적·체계적 운영에 대해 말씀해 주셨습니다. 개별법에서 다양한 행정형 ADR을 설립하다 보니, 굳이 달라야 할 이유가 없는 규율도 우연적인 요인으로 다르게 규율된 경우가 적지 않은 것 같습니다. 기본법 제정을 통해 표준적인 모델을 제시하여야 할 필요성이 크다고 생각합니다. 발표자께서도 여러 군데에서 언급해 주신 비밀유지의 문제를 보아도 그렇습니다. 조정위원 등의 비밀유지의 무는 비교적 균일하게 규정되어 있지만, 소송절차에서의 원용 문제에 대한 규정은 있는 법률도 있고 없는 법률도 있습니다. 민사조정법(제23조)이나 저작권법(제116조)에서는 조정절차에서의 진술은 소송에서 원용할 수 없도록 하여, 진술이 소송절차에서 이용될 것을 우려하여 조정절차에서 솔직하고 진지하게 의견을 피력하지 못하게 될 가능성을 낮추고자 하고 있습니다. 반면 이와 같은 규정을 두지 아니한 법률도 적지 않습니다. 위와 같은 필요성이 수긍된다면 법률에 따라 다를 이유가 없는 규율이라 생각됩니다.

다섯째, 조정의 활성화를 위한 변호사와 변호사단체의 역할에 대해 말씀해 주셨습니다. 변호사가 각종 조정위원회의 조정위원으로 참여하게 되는 동기는 다양할 것이고, 해당 분야에서의 전문성, 경험, 인지도를 쌓는다는 무형의 동기도 분명 작용할 것입니다. 그러나 현실적으로 변호사들의 적극적인 참여를 이끌어 내기 위해서는 투입한 시간과 노력에 상응하는 수준으로 수당을 현실화할 필요도 있지 않을까 생각합니다.

이상으로 토론 마치겠습니다. 경청해 주셔서 감사합니다.

조정제도와 변호사의 역할 심포지엄

‘조정제도와 변호사의 역할’에 대한 토론문 2

곽정민 변호사

(법무법인 클라스)

'조정제도와 변호사의 역할'에 대한 토론문 2

곽정민 변호사 (법무법인 클라스)

□ 비밀유지의 필요성에 대하여

- EU조정지침(본 자료집 11면)이나 영국의 입법례(본 자료집 16면) : 조정이 실패한 경우에도 조정과정에서 당사자 일방이 제시한 정보 또는 제시된 조정안은 추후 사법절차에서 사용될 수 없음
- 조정의 주재자로서 조정절차에 관여한 조정위원의 비밀유지의무와 당사자의 비밀유지의무의 구별 필요성 : 예) 넷플릭스와 SK브로드밴드간 망 사용료 갈등과 방송통신위원회 패싱 논란의 시사점

  당사자는 항상 판결로 결론이 날 경우에 비하여 조정으로 끝났을 때의 유·불리를 염두에 두고 조정에 임하게 됨. 비록 조정에서는 엄격한 증거법칙 등에 구애받지 않는 유연하고 창의적인 방안을 제시하고 논의할 수 있으나 자신에게 보다 유리한 협상조건을 관철시키기 위해서나 상대방이나 조정위원을 설득하기 위해 자신의 주장을 뒷받침하는 자료들을 변론절차와 유사하게 제출하는 경우가 빈번함. 합의가 바탕이 되는 계약법상 사기, 협박 등의 항변도 인정되는데 하물며 조정과정에서 현출된 객관적 증거자료나 당사자의 모순된 언동이 그 후 변론절차에서 당사자에 의해 원용되는 것이 부당하다고 보기는 어려움. 적어도 조정이 결렬되었을 때 조정과정에서 현출된 객관적 증거자료나 당사자의 모순된 언동이 그 후 변론과정에서 적절히 원용될 수 있어야 하고, 당사자의 비밀유지의무는 그러한 측면에서 신중하게 접근되어야 함.

□ 변호사에 의해 체결된 합의의 집행력 확보

- 독일에서는 변호사 화해제도의 형태로 분쟁당사자 간의 변호사에 의해 합의가 체결된 경우 일차적으로 법원의 판결 없이도 직접 집행 가능(본 자료집 14면) : 우리나라 조정의 경우도 도입할 필요가 있음. 당사자의 진의가 확인되고 절차적 권리 보장된

이상 집행력 확보를 위해 굳이 이중의 절차를 강요할 필요는 없음.

□ 조정전치주의의 확대 V.S. 당사자 의사의 우선적 고려

- 조정전치주의가 적용되는 분쟁유형의 확대와 당사자 예측 가능성 담보 : 영국에서의 시사점(본 자료집 15면)
- 수소법원 중심 조정의 대표적 문제점 : 당사자 의사에 대한 고려나 배려 없이 조정을 강권하는 것이었음. 예전에 조정 달성률을 가지고 법관의 성과를 측정하던 관행이 어느 정도 작용했을 것으로 보임. 조정으로 진행하기에 적절한 사건인지 여부는 금액이나 분쟁의 유형만으로 획일적으로 정할 수는 없고 당사자의 의사도 중요하게 존중되어야 함.
- 변론준비절차 또는 첫 기일 전 소장과 답변서를 주고받는 과정에서 쟁점정리서면 등의 양식을 배포하고, 그 항목 중에 하나로 조정절차 진행에 관한 당사자의 의견을 피력하도록 하는 방안을 고려해 봄직하고, 변론 도중에 조정절차로 이행하는 경우에도 그 필요성에 대해 충분히 설명하고 이해를 구하는 과정이 필요함. 전화 수단은 자칫 공정성과 관련하여 불필요한 시비를 불러일으킬 우려가 있음(본 자료집 18면 각주 38 관련).
- 수명법관 조정, 상임조정위원 조정, 조정위원회 조정 등 다양한 조정절차 중 어느 절차를 이용하는지도 당사자에게 미리 알릴 필요 있음. 최근 상임조정위원 조정의 경우 재판처럼 조정위원 인적사항과 경력을 당사자에게 공개하는 경우도 있는데, 전문성을 강조하여 조정의 신뢰도를 높이는 긍정적 효과가 있음. 다만 이에 대해 연고관계의 활용 유인으로 작용한다는 비판이 제기됨.
- 다양한 형태의 조정 중 당사자에게 선택의 기회를 제공하는 것이 바람직하다고 하셨는데(본 자료집 23면), 만약 양측이 선호하는 방법이 다를 때 문제, 수소법원이 일차적으로 결정하더라도 당사자에게 사전에 정확히 알리고 의견 진술할 기회를 주는 것만이라도 충분히 의미 있을 것으로 보임.
- 조정전치주의 도입 확대의 요청과 조정절차 진행여부에 관한 당사자 의사를 우선적으로 고려해야 한다는 명제가 언뜻 서로 모순되는 것처럼 보이기도 하는데, 조정전치주의를 일정사건에 도입한다면 주로 어떤 사건을 상정하고 계신지?

□ 조정인 인증제도와 전문변호사등록제도의 연계

- 다양한 분야에서 행정형조정이나 민간조정이 이루어지고 있는 현 상황을 고려하여 법학전문대학원의 ADR교육(리걸클리닉 포함)을 특성화 교육과 연계하는 방안 예)의료분쟁, 상사분쟁-건설, IT분야 등
- 조정인 인증제도(본 자료집 20~22면) →전문변호사등록제도(일정한 수준의 교육 이수와 관련 실무경험을 갖추는 것을 요건으로 해당 분야의 '전문'표시를 등록하고 이를 대외적으로 표방할 수 있도록 하는 제도)와 연계 고려해 봄직. 그러기 위해서는 일단 조정에 대한 전문분야 추가가 선행되어야 함.

  이에 대해서는 조정이 아우르는 분야가 지나치게 광범위(독립한 형태도 있지만 주로 소송과 병행해서 추진되는 특성)하다는 반론 제기가 가능[예컨대, 건설분쟁에 관한 조정전문과 건설전문(소송+조정+자문 포함)을 구별할 필요가 있는지 등]하나, 점점 업무 분야가 다양화, 세분화되는 추세이므로 예컨대 의료분쟁조정만 주로 전담하는 상임조정위원이라면 의료조정을 전문분야의 소분류로, 의료를 전문분야의 대분류로 설정하여 자신의 전문성을 어떻게 표방/홍보할 것인지 명칭 선택의 폭을 넓혀줄 필요. 이 경우 소분류는 대분류 명칭을 사용할 수 있지만 대분류는 소분류 명칭 사용 불가하도록 함.
- 또한 일정 교육을 이수하여 조정인 인증을 받으면 변호사회가 관련 실무활동의 기회를 다양하게 제공하고 그 분야 전문성을 변협으로부터 인증받아 전문등록→전문 표방→선순환 구도 확립.

□ 조정 관련 기본법의 제정에 대하여

- 특히 행정형 조정의 경우 성립된 조정의 효력이 제각각이라 당사자에게 혼란을 주고 진입 장벽으로 작용할 우려마저 있음, 행정형 조정의 경우 가칭 행정조정기본법 제정 논의가 있음.
- 조정의 종류가 크게 보면 민사/형사/행정/가사조정 등이 있는데 분쟁의 성격, 양상에 따라 각각 그 조정의 성격과 절차, 효력이 일정부분 다를 수밖에 없는데 어느 정도 공통된 절차에 대한 통일성 부여는 필요하겠지만 각기 다른 특수성을 고려한 다양성의 요청에 부응하려면 어떻게 규율함이 바람직할지?

□ 조정 등의 활성화를 위한 변호사와 변호사단체의 역할에 대하여

- 최근 실무의 변화 : 시간비용의 절약이 승소에 따른 성공보수보다 나은 선택지가 된다는 인식이 점차 퍼져나가고 있음
- 만약 조정 등의 가능성도 선제적으로 고려하여 아예 수임단계에서부터 위임계약에 적절히 반영하는 방향으로 일반화된다면 조정의 활성화에도 이바지할 것으로 보임.

조정제도와 변호사의 역할 심포지엄

‘조정제도와 변호사의 역할’에 대한 토론문 3

김정덕 변호사

(법무법인 민서)

'조정제도와 변호사의 역할'에 대한 토론문 3

김정덕 변호사 (법무법인 민서)

성중탁 교수님께서 조정 등 재판외 분쟁해결절차 전반에 관한 설명과 관련 제도에 관한 비교법적 검토, 조정활성화를 위한 방안으로서 변호사 및 변호사단체의 역할 등에 대해서 잘 설명해 주셔서 현재 조기조정위원 등 조정위원으로 활동을 하고 있는 저로서도 조정제도 전반과 변호사의 역할 등에 대하여 다시 한 번 깊이 고민하는 계기가 되었습니다. 이 주제는 조정제도 전반에 관하여 비교법적 고찰을 바탕으로 우리나라 조정제도의 문제점과 개선방향, 개선을 위해 변호사와 변호사단체 등이 해야 할 역할 등을 담고 있는데, 전반적인 문제의식에는 동의하며 이 주제와 관련하여 조정위원으로 활동하면서 고민하였던 몇 가지 의견을 제시하고자 합니다.

1. ADR의 장단점에 대하여

일반적으로 ADR의 경우 소송에 비하여 신속하고 경제적인 비용으로 분쟁의 해결이 가능하다고 알려져 있고, 소송을 통하여 달성할 수 없는 적대적 감정과 분노를 치유하는 데 일조하고, 더 나아가 개인적 관계를 보다 개선하고, 심리적 부담을 경감하거나 축소하는 등의 순기능을 제공한다고 합니다. 반면, 분쟁의 공정한 해결을 침해받을 가능성, 판단기준이 자의적인 경우 당사자 간 주장을 단순히 절충하는 식의 판단이 될 위험성 등이 지적되고 있고, 경우에 따라서 조정결정에 불복하는 경우 소송보다 시간이 더 지체되는 경우가 발생되고, 중재의 경우에는 불복절차가 없으므로 잘못된 판단의 경우 돌이킬 수 없는 위험이 있다는 문제점이 있다고 합니다(본 자료집 4면 내지 5면 참조). 일반적으로는 이러한 장단점이 있을 것으로 생각됩니다.

그런데, 조정위원으로서 조정을 진행해 보면 조정절차가 반드시 적대적 감정과 분노를 치유하는 데 일조하는 경우만 있는 것이 아니라 오히려 조정회부를 통해서 밀접한 대면진행을 하는 경우 적대적 감정과 분노를 더 키우는 경우도 드물지만 존재하고 이런 사건들은 되도록 조정에 회부하지 말았어야 하는 것은 아닌가 하는 생각을 갖게 되는 경우를 만

나게 됩니다. 이러한 사건들의 경우에는 어떠한 사건들을 조정에 회부하고 어떤 사건은 조정에 회부하지 말아야 할 것인지 배당업무를 어떻게 진행할 것인가와 연관이 있고 다음 항에서 말씀드릴 조정절차를 선택하지 않을 권리(일종의 재판청구권 또는 재판절차 선택권)와도 연관이 있을 것으로 생각됩니다.

또한, ADR의 단점으로 흔히 지적받는 '자의적인 판단기준에 따른 단순한 절충식 해결'이라는 것은 사실상 창의적인 해결방법과 동전의 양면과 같은 것으로서 많은 경우 조정위원의 자질과도 많은 연관이 있으며 조정위원이 기본적 법률적 소양을 갖추지 못한 경우 발생되는 일이므로 당사자의 재판청구권에 대한 보장과 처분문서와 같은 중요증거들에 대한 증거판단에 대한 교육 등 조정위원들에 대한 심화교육을 통해 해결할 일인 것으로 생각합니다.

2. 조정전치주의 도입문제

가. 조정전치주의 도입문제

독일처럼 일정 사건에 대해서는 조정전치주의를 도입해 당사자와 변호사가 조정단계와 재판단계를 구분해 준비할 수 있도록 함으로써 거부감도 줄이고 조정성공률도 높일 수 있다는 견해는 2014~2018년 5년간의 민사본안 접수 건수 연간 약 100만건 중 70만건이 소액사건이라는 점(본 자료집 22면 및 각주 45 참조)에서 매우 경청할 만한 견해로 생각됩니다.

현재 조정실무에서 조정에 회부하고 있는 사건들을 보면 일정 규모 이하의 사건들, 특히 소액사건들 중 1,000만원 이하 사건들과 본인소송 사건들은 조정전치주의를 도입할 필요성이 매우 크다고 생각됩니다.

나. 조정전치주의와 배당업무

'법원 조정이 시작단계에서부터 공감을 얻기 위해서는 수소법원 법관은, 소송 당사자의 면면과 소장과 답변서를 통해 나타나는 내용을 잘 검토하여 조정이 어려운 경우와 비교적 용이한 경우를 잘 구분하여야 한다. 즉, 일정 규모의 사건의 경우 무조건 조정위원회에 보내는 경향을 지양하고, 사건의 성격에 따른 조정회부원칙이 필요한 것이다.'라는 주장(본 자료집 18면 각주 38참조)에는 조정위원으로서 사건의 배당을 받는 입장에서 매우 공감하

고 있으나, 이렇게 배당업무를 진행하기 위해서는 결국 법원의 배당업무에 대한 인력배치가 부장판사급 이상의 고급인력배치로 이어질 것이어서 법원의 업무부담이 가중될 우려가 있지 않을까 우려되는 면이 있습니다. 또한, 소송기록만 보는 경우와는 다르게 실제로 조정을 진행하면서 기록만 읽어봐서는 조정이 되지 않을 것 같았던 사건도 당사자의 말을 들어보면서 사건의 이면을 들여다보다 보면 원만한 합의가 진행되는 경우가 꽤 있어서 소송기록을 검토하는 것만으로는 조정에 적합한 사건인지 여부가 잘 판단되지 않는다는 점에서 배당업무의 어려움이 있다는 생각을 하게 됩니다.

차라리 일정 규모 이하의 사건들에 대해서 조정전치주의가 도입되면 조정위원들이 일괄배당된 사건들의 조정을 진행하면서 조정에 적합하지 않거나 당사자들이 조정을 원하지 않는 사건들을 신속하게 가려내어 소송절차로 보내는 일도 함께 할 수 있어서 배당업무도 경감되지 않을까 생각하고, 일정 규모 이상의 사건들은 재판부에서 변론기일을 진행하면서 조정가능성을 판단하거나 직권으로 조정에 회부하는 현재의 방식을 그대로 유지하는 것도 나쁘지 않다고 생각합니다.

3. 조정절차를 선택하지 않을 권리와 조정기관의 선택권 도입문제

의뢰인이 조정 반대 의사를 명확히 밝히는데도 불구하고 여러 차례 조정에 회부하는 재판부가 더러 있는데 이러한 관행도 시정되어야 할 필요성이 있다(본 자료집 18면 각주 38 참조)는 의견에 전적으로 동의합니다.

조정회부에 동의하지 않는다면 조정에 적합하지 않은 사건으로 분류를 하여야 할 것이고, 당사자의 명백한 반대의견에도 불구하고 조정절차에 회부하는 것은 당사자의 재판청구권을 침해하는 일이 될 수 있다고 생각합니다.

다만, 소송절차를 선호하는 현재 우리나라의 재판 실정을 고려하면 당분간은 조정절차를 선택하지 않을 자유보다는 조정전치주의에 가까운 재판부 직권회부 관행을 유지해야 할 필요성이 있어 보입니다.

특히, 조정기관(조정전담부, 담당재판부, 조정위원회)을 선택할 수 있도록 제도적 장치를 마련하는 것은(본 자료집 23면 참조) 특정기관 선호현상과 특정기관 기피현상이 나타날 수 있을 것으로 보이는데 이에 대한 해결방안이 있는지 궁금하고, 조정제도 자체에 대한 일반 국민의 인식이 부족한 상태에서는 시기상조가 아닐까 하는 생각이 들기도 합니다.

4. 기타('나의 사건 검색' 기입문제)
-외부 조정기관과 법원의 기일통지 문제에 있어서 연계 문제

외부 조정위원들은 주로 전화로 기일을 협의하여 팩스로 통지를 하거나 사적인 우편으로 기일통지서를 보내게 되는데, 대법원 홈페이지의 '나의 사건 검색'에는 기일이 나타나지 않아서 소송대리인들이나 소송당사자들이 깜빡하고 기일을 놓쳐 불출석하는 경우가 종종 발생하는 것을 보게 됩니다. 조정 사건을 위임한 법원 입장에서도 조정 사건을 위임한 날로부터 약 40일에서 45일 사이에 외부 조정기관이 사건을 처리하여 사건 기록에 대한 조정결과를 보내오기를 희망하지만 '나의 사건 검색'에 기일이 나타나지 않아서 그보다 긴 시간이 걸리는 경우 외부 조정기관에 위임한 조정 사건이 어떻게 진행되는지 궁금해 하는 경우가 있다고 들었습니다. 서울지방변호사회 등 외부 조정기관들에서는 외부 조정기관의 일정 장소(예를 들면 서울지방변호사회 4층 조정중재센터)를 조정을 위한 장소로 제공하고 있고, 그 장소제공과 적절한 시간배정을 위하여 외부 조정위원의 기일 신청을 받고 있는 것으로 알고 있는데, 이들 외부 조정기관의 시간 및 장소를 배정하는 실무담당자가 법원의 실무관 등에게 조정기일과 장소를 통보하여 '나의 사건 검색'에 외부 조정기관의 기일도 기입이 되도록 하여 법원에서 공식적으로 기일통지를 해주는 것이 외부 조정기관의 업무에도 도움이 되고 외부기관에 위임한 조정사건에 관한 신뢰성 제고 등에도 도움이 될 것으로 생각됩니다.

5. 결어

1990년에 민사조정법이 제정되었으나 그동안 활발하게 이용되지는 못하다가 로스쿨이 도입되고 상당한 시간이 흘러 최근 변호사 수가 많이 누적되어서야 비로소 변호사들이 조정제도에도 자연스레 관심을 많이 갖게 되는 것 같습니다. 주제발표문에서 언급된 조정인 인증제도의 도입과 조정인들에 대한 전문교육 등을 통해 조정의 질이 현재보다 더 높아져서 보다 많은 사건들이 조정으로 원만히 해결되었으면 하는 바람이 있습니다.