

대안적 분쟁해결제도와 조정 및 중재

How ADR works?

김 태 기 *

目 次	
1. 문제의 제기	3. 분쟁해결과 중재
2. 분쟁해결과 조정	4. 요약 및 결론

1. 문제의 제기

한국은 분쟁의 시대를 맞이하고 있다. 분쟁의 발생건수는 폭발적으로 증가하고 있고 대형화되고 있다. 그러나 분쟁을 해결하는 방법은 비효과적이고 국가전체로 볼 때 분쟁해결능력이 취약하다.¹⁾ 과도한 분쟁발생과 과격한 분쟁해결의 관행으로 인한 개인과 기업 그리고 사회의 피해는 갈수록 커지고 있다. 가치관이 다양해지고 이해관계가 복잡해짐에 따라 분쟁이 증가하는 것은 불가피하다고 하더라도, 분쟁을 평화적이고 신속하게 해결함으로써 피해를 줄여야 한다는 문제 인식은 분명해지고 공감대도 커지고 있다.

이러한 변화에도 불구하고 분쟁의 발생은 줄이고 분쟁을 효과적으로 해결하는 방법을 찾으려는 노력은 부족하다. 분쟁의 발생과 해결을 하나의 사건으로 보는 경향이 강하고 인과관계의 문제로서 보는 노력은 부족하다. 이러한 문제는 기존의 분쟁해결시스템을 시대의 변화에 걸맞게 개선하지 못하고 방치해둔 것으로 설명할 수 있다. 한국이 낙후한 분쟁해결시스템을 개선하지 못하고 있는 중요한 이유중의 하나는 분쟁의 발생과 해결의 원리에 대한 학계의 관심과 정책당국자들의 이해가 부족한 데서 찾을 수 있다.

* 단국대 경제학교수

1) 한국의 분쟁발생과 분쟁해결의 문제점에 대해서는 줄고(2003)참조.

갈등이나 분쟁을 해결하는 방법은 다양하다. 각각의 방법은 서로 다른 분쟁 해결의 원리를 가지고 있다. 그렇다고 해서 어느 하나의 분쟁 해결 방법은 다른 방법을 배제하는 것은 아니다. 분쟁을 해결하는 과정에서 여러 개의 방법을 혼합해서 활용할 수 있으며, 시간이 지나면서 분쟁 해결의 방법이 바뀌는 등 동태성이 나타난다. 분쟁이 발생하는 초기 단계에 선택했던 방법이 한계에 부딪치게 되면 다른 방법을 동원해서 분쟁을 해결하게 된다.

이러한 과정에서 분쟁 당사자들은 자연스럽게 기존의 분쟁 해결 방법과 다른 새로운 분쟁 해결 방법을 모색하게 된다. 분쟁 당사자들은 분쟁을 효과적으로 해결할 수 있는 방법을 찾아가게 된다. 이러한 과정에서 기존의 분쟁 해결 방법이 가지고 있는 여러 가지 원리를 도입해 혼합적(hybrid)인 분쟁 해결 방법도 만들어 나가게 된다.²⁾ 예를 들면, 조정(mediation)과 중재(arbitration)를 혼합한 조정·중재(med-arb)나 알선(conciliation)이나 조정, 중재의 요소를 동시에 가지고 있는 옴부즈인(ombuds person)제도 등을 들 수 있다.

협상은 가장 보편적인 분쟁 해결의 방법이며 어떠한 분쟁 해결 방법과 함께 활용된다. 즉 어떠한 상황에서도 협상은 기본적으로 활용되며 분쟁을 해결하는데 중심적 역할을 하게 된다. 재판을 통해 분쟁을 해결하는 문제를 예로 들면, 처음에 분쟁 당사자들이 자율적으로 분쟁을 해결하려고 하다가 실패로 돌아가게 되면 법관의 사법적 판단에 따라 분쟁을 해결할 수 있다. 거꾸로 재판을 통해서 분쟁을 해결하려고 하다가 도중에 당사자들이 협상을 통해서 분쟁을 해결할 수 있다.

분쟁을 효과적으로 해결하는 방법은 협상과의 관계속에서 우선적으로 검토할 필요가 있다. 그러나 협상은 제3자의 도움을 필요로 할 수 있다. 당사자끼리 협상을 하다가 합의에 도달하지 못하고 실패로 돌아갈 수 있다. 이때 제3자로부터 도움을 받는 대표적인 방법으로 조정(mediation)과 중재(arbitration)를 들 수 있다. 분쟁이 많아지고 동시에 분쟁을 신속하게 해결해야 할 필요성이 커지면서 조정과 중재는 점점 더 많은 주목을 받고 있다. 선진국에서는 조정과 중재가 대안적 분쟁 해결(Alternative Dispute Resolution : ADR)의 방법으로 널리 활용되고 있으며 뿐만 아니라 새로운 분쟁 해결 방법을 개발할 때 그 원리를 응용하고 있다.

최근에 들어와 한국에서도 조정제도를 적극적으로 도입하고 있다. 특히 정부는 일반 국민들의 이해관계가 복잡해지고 분쟁이 많아지면서 각종 분쟁조정기구를 만들었다. 거의 모든 정부 부처에 분쟁조정기구가 설치되어 있다. 그러나 전반적으로 볼 때 정부 부처에 의한 분쟁조정제도는 행정처분의 성격을 강하게 띄고 있기 때문에 제 역할을 하기에 한계가 있다. 분쟁 당사자간의 자율적 해결을 지원하고 사적 자치(私的自治)의 공간을 확대하기 위한 행정 서비스로서의 성격은 미약하기 때문이다.

한국에서 최근 들어와 조정과 중재라는 용어를 많이 사용하고 있다. 그러나 조정과 중재

2) 새로운 형태의 분쟁해결제도에 대해서는 Goldberg, Green and Sander(1985) 참조.

의 원리에 대한 이해가 부정확하고 용어 사용에서도 혼란이 발생하고 있다. 조정을 중재로 잘못 이해하거나 거꾸로 실제로는 중재인데 조정이라고 잘못 표현하는 문제를 종종 찾아볼 수 있다. 예를 들면, 북미간의 협상에서 한국 정부가 자신의 역할을 조정자가 아니라 중재자라고 말하여 미국으로부터 오해를 받는 일이 발생한 바 있다.

본 논문의 목적은 대안적 분쟁해결의 방법으로 조정제도와 중재제도의 원리를 조사하고 이것을 활용하기 위한 방안을 모색하는데 있다. 당사자들이 협상 등을 통해 자력으로 분쟁을 해결하기 어려울 때 조정이나 중재를 활용한다고 보고, 이때 조정이나 중재가 분쟁의 해결에 어떻게 기여하는지를 찾아보고자 한다. 그리고 조정과 중재는 분쟁 당사자들간의 협상을 촉진한다는 측면에서 유사한 성격을 가지고 있으나 각각의 원리는 서로 다르기 때문에 차이점을 알아보하고자 한다.

본 논문의 순서는 다음과 같다. 제2절에서는 조정제도의 의미, 조정자의 역할과 조정의 성공요인을 조사하며, 조직내부의 갈등을 해결하는데 조정이 어떻게 활용될 수 있는지를 알아본다. 제3절에서는 중재제도의 의미, 중재제도의 장단점, 중재제도의 형태, 중재판정의 방식을 조사한다. 마지막으로 제4절에서는 조정제도와 중재제도의 공통점과 차이점을 정리하고, 분쟁을 효과적으로 해결하기 위해서 조정제도와 중재제도를 대안적 분쟁방법으로 활용할 수 있는 방안을 제시한다.

2. 분쟁해결과 조정

1) 조정제도의 의미

조정제도는 분쟁 당사자들이 협상을 통해서 분쟁을 스스로 해결하려고 하다가 협상이 결렬(impassé)되거나 결렬될 위기에 처하게 될 때 제3자인 조정자가 협상을 도와주는 제도이다. 조정자는 분쟁 당사자들간의 대화를 촉진하거나, 분쟁 당사자들이 수락할 수 있는 대안을 제시하는 등의 방법으로 돌파구(breakthrough)를 만들어 당사자들이 합의에 도달하도록 도와주게 된다.³⁾ 분쟁 당사자들은 조정자가 제시하는 분쟁 해결의 대안을 수락할 의무가 없으며 전적으로 분쟁 당사자의 선택에 달려 있다. 따라서 조정의 역할은 분쟁 당사자들의 협상을

3) 조정자의 역할에 대해서는 Raiffa(1982) 참조.

지원하는 데서 그치게 된다.

분쟁 당사자들이 조정제도를 활용하는 동기는 협상의 실패로 인한 피해를 줄여야 하겠다는 문제 의식에서 출발한다. 물론 협상의 실패로 인한 피해에는 분쟁 당사자의 피해 뿐 아니라 분쟁 당사자가 아닌 일반 대중의 피해도 포함된다. 조정은 거의 대부분 분쟁 당사자들이 자발적으로 요청함으로써 시작된다. 분쟁 당사자들이 조정자의 도움이 필요하다고 느껴 조정서비스를 제공하는 기관에 요청하면 담당 기관이 조정에 착수하게 된다.

그러나 예외적으로 분쟁으로 인한 公衆의 손실이 클 때 정부는 분쟁 당사자들에게 조정을 받도록 권유한다. 한 걸음 더 나아가 분쟁 당사자들이 실행행사에 돌입하기 이전에 조정을 받도록 법적으로 의무화하기도 한다. 특히 노사분쟁의 경우에 그렇다. 법으로 노사간의 단체 교섭을 의무화하고 있고, 합의에 도달하지 못할 때 노동조합이 파업을 할 수 있도록 허용하고 있다. 이러한 이유 때문에 대부분의 국가에서는 제3자에 의한 조정 서비스를 공적인 서비스로 정부가 제공하고 당사자들이 이러한 서비스를 무료로 받을 수 있도록 하고 있다.

조정제도의 활용 여부는 분쟁 당사자들의 선택에 달려 있으며 뿐만 아니라 조정자가 제시하는 조정안을 분쟁 당사자들이 수락하거나 거부할 수 있다. 또한 조정자는 분쟁 당사자들에게 조정을 하는 과정에서 무엇을 선택하라고 강요할 수도 없다. 이러한 점에서 볼 때 조정 그 자체는 협상을 대체할 수 없다. 다만 조정은 협상 가능 영역을 넓히는데 기여하거나 협상력의 균형을 확보하는데 도움이 될 수 있다. 또한 조정은 협상의 진행과 맞물리기 때문에 협상의 일부가 된다. 따라서 조정을 시작하는 시기 뿐 아니라 조정자의 역할 등은 협상의 진행 양상에 영향을 미칠 수 있다.

2) 조정자의 역할

조정자의 역할은 분쟁의 이슈나 분쟁 당사자의 성격 뿐 아니라 분쟁의 발생과 해결에 관련된 법·제도의 특징에 따라 다르다. 또한 조정자가 어떤 이유로 그리고 어떠한 권한이나 능력을 가지고 협상에 관여하는가에 따라서 달라진다. 조정자의 역할은 매우 다양하지만 가장 중요한 역할은 분쟁 당사자들간의 대화를 촉진하며, 긴장을 완화시켜 협상의 실마리를 잡도록 도와주고, 분쟁 당사자들이 만족할 수 있는 질 높은 합의 방안을 만들 수 있도록 도와주는데 있다.

조정자는 다양한 방법을 통해서 분쟁 당사자들의 협상을 도와주게 되지만 조정자에 따라 조정을 하는 스타일도 다르다. 필요에 따라 조정자는 분쟁의 해결 방안을 직접 제시하기도 한다. 이러한 경우 조정자는 그 방안을 제시하기 이전에 양 당사자들 사이를 오고 가면서 사

전에 의견을 충분히 수렴하여 당사자들이 수용할 수 있는 해결 방안을 제시하려고 한다. 예를 들면, 조정자가 쌍방의 요구나 주장을 들은 다음에 일단 합의의 초안을 만들고, 쌍방이 그 초안에 대해서 의견을 제시하고 수정할 수 있도록 하며 쌍방이 수락할 수 있을 때까지 초안을 계속 보완하고 발전시켜 나간다.⁴⁾

조정자는 분쟁 당사자들이 협상하는 과정을 지켜보다가 적절한 시기에 조정을 시작하게 된다. 분쟁 당사자들이 무리한 요구나 주장을 하면서 서로 대립하고 있다면 현실을 직시하도록 유도하게 된다. 또한 분쟁 당사자들에게 논리나 근거를 제공하면서 새로운 합의 대안을 찾을 수 있도록 유도하게 된다. 뿐만 아니라 필요하다면 협상 당사자는 아니지만 협상에 큰 영향을 미치는 분쟁 당사자 등 협상의 객체들을 교육시키는 역할도 할 수 있다.

조정자가 협상에 관여하게 되는 이유에 따라 조정자의 역할이 달라질 수 있다. 조정자가 협상의 결과에 특별한 이해관계를 가지고 있지 않고 분쟁 당사자들에 대해서 중립적인 경우가 일반적이다. 그러나 어떤 경우에는 조정자 자신의 이익이 협상 결과에 영향을 받을 수 있다. 이러한 경우에 조정자는 협상에 어떤 이익을 느끼고 관여하게 된다. 예를 들면, 북미간의 협상에서 한국 정부가 조정자로서 관여하게 된다면 남한은 이해관계를 가진 조정자(mediator-with-an-interest)의 역할을 할 가능성이 높다.

또한 조정자가 협상에 영향을 미칠 수 있는 권한을 가지지 못하는 경우가 일반적이다. 그러나 특수한 경우에는 조정자가 협상을 하는 분쟁 당사자들의 선택에 영향력을 행사할 수 있는 지위에 놓일 수 있다. 조정자가 협상 당사자들에게 어떤 지원을 제공함으로써 당사자들이 합의에 도달하도록 유인할 수 있다. 이런 경우에 조정자는 힘을 가진 조정자(mediator-with-muscle) 역할을 하게 된다. 예를 들면, 1977년 이집트와 이스라엘의 캠프데이비드(Camp David) 협정에서 미국은 이집트와 이스라엘에 대한 지원 방안을 제시하면서 양국간의 합의를 끌어내게 되었는데 이 때 미국은 힘을 통한 조정자의 역할을 하였다고 할 수 있다.

4) 이러한 방법은 단일합의초안 수정방식(single negotiating text, one text procedure)이라고 함. 자주 인용되는 사례는 미국이 조정을 통해서 이집트와 이스라엘간의 분쟁을 해결한 1978년 캠프데이비드(Camp David)협정이라고 할 수 있음. 이 당시 미국의 카터 대통령과 번스 국무장관이 조정을 하였는데 13일간의 회의에서 23번 수정안을 만들었고 결국 이집트와 이스라엘은 조정안을 수락하였음. 캠프데이비드 협정을 주도한 카터 대통령과 번스 국무장관은 키신저 전 국무장관이 채택한 전략 즉 왕복외교(shuttle diplomacy)에 바탕을 둔 단계별 전략(step-by-step approach)을 폐기하였고 그 대신 분쟁 당사국이 합의 방안을 만드는데 직접 참여하는 단일협상초안(single negotiation text)전략을 채택하였음. 여기에 대해서는 Rubin(1981)과 Raiffa(1982) 참조.

3) 조정의 성공 요인

조정 효과는 분쟁 당사자의 자세와 조정자의 노력에 따라 달라진다. 조정에 대해서 분쟁 당사자들이 소극적인 자세를 가지고 있다면 그 효과는 작다. 조정은 분쟁 당사자들간의 합의를 전제로 하고 있기 때문에 조정제도가 효과를 거두기 위해서는 분쟁 당사자들이 적극적으로 협상을 하고자 하는 의지가 있어야 하고 동시에 조정을 하는 사람은 중립적이고 전문성을 가지고 있어 분쟁 당사자들로부터 신뢰를 받아야 한다.

조정자가 제시하는 해결 방안을 분쟁 당사자들이 수용해야 할 의무가 없기 때문에 조정은 분쟁 해결의 궁극적인 방법이 될 수 없다. 분쟁 당사자들의 평가가 조정제도의 성공을 좌우한다. 조정자가 분쟁 당사자들로부터 신뢰를 받지 못한다면 조정이 성공하기 어렵기 때문에 조정자에게는 중립적인 자세와 문제를 이해하고 대안을 찾을 수 있는 능력이 동시에 요구된다. 따라서 조정제도가 성공적으로 작동하기 위해서는 이러한 자질과 능력을 가진 조정자를 확보하는 것이 매우 중요하다.

조정제도를 적극적으로 활용하기 위해서는 조정의 성공 요인이 무엇이지를 이해할 필요가 있다. 조정이 성공했느냐의 판단은 협상의 결과 뿐만 아니라 협상의 과정 측면에서 생각해 볼 필요가 있다. 조정자는 합의 방안을 제시하고 당사자들이 이를 수용하여 협상을 끝내거나, 그렇지 못하다고 하더라도 당사자들이 스스로 합의 방안을 만드는데 도움을 줄 수 있어야 한다. 또한 조정의 과정에서 당사자들이 자신의 요구나 주장을 제기하고 조정자와 당사자들이 함께 논의할 수 있어 절차적으로도 공정하다고 느낄 수 있어야 한다.

조정이 성공하느냐의 여부는 성과는 협상 이슈의 성격뿐 아니라 당사자들의 자세, 조정의 시점, 조정자의 능력 등에 따라 달라진다.⁵⁾ 일반적으로 볼 때 협상의 이슈가 비경제적인 문제보다 경제적인 문제일 때 조정이 성공할 가능성이 상대적으로 높다. 협상 이슈의 속성상 이익의 논리가 지배하고 있다면 조정을 하기 쉽지만 반면 권리의 논리나 힘의 논리가 주도할 때 조정을 하기가 상대적으로 어려워진다. 또한 당사자들이 합의에 도달하려는 의지가 강하고 조정을 적극적으로 활용하려고 할 때 조정의 성과가 커진다.

조정을 성공적으로 수행하기 위해서 조정자는 일차적으로 분쟁 당사자들로부터 신뢰를 확보해야 한다. 조정자가 당사자들로부터 신뢰를 확보하기 위해서는 조정자의 관심은 합의 그 자체에 있어야 하며 합의의 내용에 대해서 어떤 요구를 해서는 안된다. 조정자의 조정 스타일은 개인적 성향에 따라 달라지지만, 조정자는 당사자들을 이해하려고 노력하고 당사자들의 주장을 경청하는 모습을 보여 주어야 한다. 또한 조정자는 합의의 걸림돌이 되고 있는

5) 조정제도와 조정의 성공요인에 대해서는 줄고(1999) 참조.

문제를 정확하게 이해하고, 당사자들간의 대화를 이끌어 나가 의사소통이 원활하게 이루어질 수 있도록 만들어야 한다. 조정의 막판에 가게 되면 당사자들이 합의에 대한 결심을 할 수 있도록 집요하게 달라붙는 등 설득력을 발휘해야 한다.

분쟁 당사자들은 조정자가 중립적인 역할을 수행해야 한다고 믿고 있다. 그럼에도 불구하고 당사자들은 조정자가 자신에게 유리한 방향으로 역할을 해주기를 기대한다. 조정자는 이러한 분쟁 당사자들의 기대심리를 이해해야 한다. 따라서 조정자는 자신과 분쟁 당사자들이 게임을 한다고 생각하고 발언이나 행동에 유의해야 한다. 조정자로서 개인적 견해를 가지고 있다고 하더라도 이것을 당사자들에게 밝히는데 신중해야 하며, 부득이하게 밝힌다고 하더라도 중립적인 자세는 반드시 견지해야 한다.

또한 조정회의에서 분쟁 당사자들이 발언하는 기회나 순서를 공정하게 부여하고, 당사자들이 조정자의 중립성을 의심하게 만드는 질문은 피해야 한다. 뿐만 아니라 조정자는 아무리 해결하기 어려운 분쟁이라고 하더라도 결국 합의에 도달할 수 있다는 확신을 가지고 있어야 하며 분쟁 당사자들도 이러한 확신을 공유하도록 노력해야 한다. 이러한 점에서 볼 때 조정자는 분쟁 당사자들이 들어주기 곤란한 요구를 한다고 하더라도 안된다는 말은 삼갈 필요가 있다.

조정 시작 시점은 조정의 성공을 결정짓는 중대한 변수로 작용한다. 조정이 너무 늦게 시작되어서 안되지만 너무 일찍 시작되어서도 안된다. 너무 늦게 시작하면 당사자들이 협상을 통한 해결을 이미 포기한 상황에 도달해 있고, 너무 일찍 시작하면 조정의 필요성을 크게 느끼지 못하기 때문이다. 이러한 점에서 볼 때 조정의 시작 시점에 대한 선택은 조정자가 협상의 흐름을 판단하여 독자적으로 결정할 문제가 된다.

조정 시작 시점 뿐 아니라 조정자가 자신의 견해를 밝히거나 조정안을 제시하는 시점 또한 고도의 판단을 요구한다. 따라서 조정자는 조정 회의에 참석하고 있는 협상 당사자들의 발언 당시의 표정이나 행동 뿐 아니라 발언 이후의 변화의 조짐을 유심히 살펴 보아야 한다. 이를 통해서 그 시점에서 당사자들이 조정자의 견해를 듣고 싶어하는 지 그리고 조정안을 제시해 주기를 기다리고 있는지를 알아내어야 한다.

노사간의 조정은 제도화되어 있다는 점에서 주목을 받아왔다. 단체교섭은 규칙에 의한 협상(ruled negotiation)이자 제3자의 지원에 의한 협상(assisted negotiation)의 성격을 띠고 있다.⁶⁾ 한국의 경우 선진국에 비해서 노사분쟁 조정제도가 법적으로 강화되어 있다. 단체협약의 체결을 둘러싼 분쟁이 합의에 도달하지 못하는 경우 노동조합이 파업을 할 수 있도록 허용되 파업에 돌입하기 전에 반드시 노동위원회 등에 의한 조정을 거치도록 법으로 의무화하는

6) Susskind and Cruikshank(1987)는 제3자의 지원에 의한 협상으로 협상의 촉진(facilitation), 조정(mediation), 구속력 없는 중재(nonbinding arbitration)의 3가지 형태를 제시하고 있음.

조정전치주의를 도입하고 있다.⁷⁾ 이미 체결된 단체협약의 해석이나 적용을 둘러싼 분쟁에 대해서는 노동위원회의 중재를 통해서 해결하도록 유도하고 있다.

4) 조정과 경영

조정은 조직과 조직간의 표면화된 갈등을 해결하는데 활용할 수 있지만 조직 내부의 표면화되지 않은 갈등을 해결하는데도 활용된다.⁸⁾ 기업의 경영이나 정부의 행정 등에 있어서 내부 구성원들간의 갈등을 효과적으로 해결하는 일이 점점 중요해 지고 있다. 특히 중앙집권화된 조직이 분권화된 조직으로 바뀌고 있고, 명령지휘체계에 따른 의사결정방식이 관련 당사자들의 협의에 의한 집단적 의사결정방식으로 바뀌고 있기 때문이다. 이에 따라 조직내부의 갈등을 효과적으로 해결하기 위한 새로운 매커니즘의 필요성이 커지고 있다.

기업의 경영이나 정부의 행정에서 새로운 갈등 해결 매커니즘을 도입한다면 그 핵심은 조정의 원리를 활용하는데 있다. 이를 위해서는 우선 조직 내부의 구성원들이 협상의 마인드를 가지고 있어야 한다. 조직이 봉착한 문제에 대해서 구성원들은 상대방의 견해를 존중하면서 문제의 해결 방안을 스스로 찾아야 하기 때문이다. 그러나 이러한 필요성에도 불구하고 조직의 구성원들이 합의에 도달하지 못하고 갈등이 지속된다면, 조직의 책임자는 조정자로서의 역할을 수행해야 한다.

조직의 책임자는 조정자처럼 먼저 구성원들이 갈등에 봉착한 문제를 정확하게 이해하고, 구성원들이 스스로 문제의 해결 방안을 찾기 위해서 진지하게 노력하도록 만들어야 한다. 갈등의 당사자들인 구성원들이 의견의 일치에 도달하지 못한다면 구성원들간의 대화를 촉진하고, 필요하다면 자신의 의견을 제시할 필요가 있다. 이때 조직의 책임자는 힘을 가진 조정자로서 조직의 구성원이 갖지 못한 권한을 발휘함으로써 구성원들이 통합적인 자세로 질 높은 문제 해결 방안을 찾을 수 있도록 도와주게 된다.

예를 들어, 영업부서, 생산부서, 기획예산부서가 구조조정 문제를 놓고 갈등 상태에 놓여 있다고 하자. 이때 경영자는 부서간의 협의를 지켜 보고 있다가 협의가 원만하게 진행되지 않을 때 조정자의 역할을 하면서 문제가 해결되도록 한다. 경영자가 일방적으로 문제의 해결 방안을 지시하기 보다는 갈등의 당사자들인 부서의 담당자들이 문제 해결적인 자세로 협의를 하도록 조언하여, 갈등의 당사자들이 협조적인 관계를 유지할 수 있도록 만들 필요가

7) 협약의 체결을 둘러싼 분쟁에 대한 노동위원회의 조정은 그 대상이 임금, 근로조건 등 노동조건 의 결정에 관한 사항으로 제한하고, 조정기간을 10일 또는 15일로 정하며, 조정의 신청, 조정위원 의 선정 및 조정위원회의 구성 등 조정 절차를 법으로 정하고 있음.

8) 조정자로서의 경영자(manager as mediator)에 대해서는 Lax and Sebenius(1986)를 참조.

있다. 이러한 과정에서 경영자는 자신의 경험이나 지식을 제시할 수 있고 뿐만 아니라 문제의 통합적인 해결 방안을 찾는 데 필요한 조직 내부의 자원을 효과적으로 투입할 수 있는 방안을 제시할 수 있다.

3. 분쟁해결과 중재

1) 중재제도의 의미

중재제도는 분쟁 당사자들이 합의에 도달하지 못한 경우 중재자의 판정을 따르게 됨으로써 분쟁을 해결하는 제도이다. 이러한 측면에서 중재제도는 재판과 유사한 측면이 있지만 중재는 재판에 비해서 절차가 간편하고 신속하며 비용이 적게 든다. 뿐만 아니라 중재제도는 재판과 달리 분쟁의 당사자들이 중재 판정의 효력에 대한 문제 뿐 아니라 중재의 대상과 범위에 관한 문제도 스스로 결정할 수 있다.

중재제도는 협상 당사자들이 중재자의 판정을 반드시 따르지 않아도 되는 구속력 없는 중재(nonbinding arbitration)를 포함하지만, 일반적인 경우 중재자의 판정은 최종적이며 구속력을 가지게 된다. 또한 분쟁 당사자들이 중재제도를 반드시 활용하도록 법적으로 강제하는 의무적 중재제도를 도입할 수 있지만, 거의 대부분의 경우 분쟁 당사자들이 합의를 통해서 스스로 중재제도를 활용하는 자발적 중재제도를 도입하고 있다.

급부와 반대 급부 또는 권리와 의무의 관계 설정에 관련된 분쟁 즉 이익분쟁을 해결하기 위해서 이익 중재를 활용하기도 하지만, 대부분의 경우 급부와 반대 급부의 관계나 권리와 의무의 관계를 규정한 합의 내용의 이행이나 적용 등에 관련된 분쟁 즉 권리분쟁을 해결하기 위한 권리 중재가 보편적으로 활용되고 있다. 이익 분쟁은 분쟁 당사자가 스스로 해결하는 것이 가장 바람직하기 때문이다. 분쟁 당사자가 아닌 제3자가 판정을 내려서 이익 분쟁을 해결하는 경우 분쟁의 이면에 깔려 있는 이익의 문제를 해결하기 어려워지고 판정 이후에 분쟁 당사자들간의 관계가 나빠질 수 있다는데 있다.

중재제도는 상사분쟁이나 노사분쟁은 물론 다방면에서 활용되어 왔다. 최근에 들어와 중재제도는 대안적 분쟁 해결(ADR)의 한 방법으로 주목을 받고 있다. 특히 법원의 판결을 통해 분쟁을 해결하는 전통적인 분쟁 해결 방법의 문제점을 극복하기 위한 일환으로 활용되고 있다. 즉 법관이 아니라 민간 전문가인 중재자의 판정이 재판과 동일한 효력을 갖도록 한다는

데 당사자들이 사전에 합의를 함으로써 분쟁을 해결하는 것이다.

중재는 협상이나 조정 등과 연계되어 활용된다. 분쟁 당사자들이 협상이나 조정을 통해서 합의에 도달하는데 실패할 때 중재자의 판정을 통해서 분쟁을 해결할 수 있다. 이런 경우 분쟁 당사자들은 중재제도를 활용하기로 사전에 합의하는 것이 일반적이다. 즉 분쟁 당사자들은 협상이나 조정의 실패에 대비해 자율적으로 중재를 받고자 하는 문제의 범위, 중재자의 선정과 권한, 중재의 절차, 중재판정의 문제 효력 등에 대해서 사전에 합의를 하게 된다.

2) 중재제도의 장단점

중재도 조정과 마찬가지로 분쟁 당사자들이 중재에 대해서 소극적인 자세를 가지고 있다면 그 효과가 작다. 또한 중재자가 분쟁 당사자들로부터 신뢰를 받지 못한다면 분쟁 당사자들은 중재제도 자체를 불신하게 된다. 특히 중재자는 분쟁 당사자들의 요구나 주장에 대해서 시시비비를 따지는 역할을 하기 때문에 전문성을 가지고 분쟁 당사자들로부터 권위를 인정받을 수 있어야 한다.

중재제도는 법원에 의한 사법적 판단과 마찬가지로 시시비비를 가리는 기능을 가지고 있다. 이러한 점 때문에 중재도 어느 정도의 공식적인 절차를 밟는다.⁹⁾ 그러나 중재제도는 법원에 의한 재판과 비교할 때 절차가 간편하고, 증인의 심문이나 증거의 채택 문제가 유연하다. 이러한 점 때문에 분쟁 당사자들이 재판을 통해서 분쟁을 해결할 때 보다 중재를 통해서 분쟁을 해결할 때 시간과 비용이 작게 든다.

중재제도의 또 다른 특징은 중재제도에 분쟁 당사자들이 참여할 수 있다는 점이다. 중재를 받고자 하는 문제의 선택 즉 중재의 대상 범위를 분쟁 당사자들이 합의해서 결정할 수 있다. 또한 중재자를 선택할 때 분쟁 이슈에 대한 전문가를 분쟁 당사자들이 합의해서 선정할 수 있으며, 분쟁 당사자들이 기피하는 사람은 중재자에서 제외시킬 수 있다. 뿐만 아니라 중재자가 판정을 내리는 방법도 분쟁 당사자들이 합의해서 결정할 수 있다.¹⁰⁾

그러나 분쟁 당사자들이 중재제도를 활용하기로 합의를 했다면 그 자체가 분쟁 당사자들 간의 협상에 영향을 미친다. 분쟁 당사자들이 합의에 도달하기 위해서 협상을 한다고 하더라도, 당사자들은 궁극적으로는 중재를 통해서 분쟁이 해결될 수 있다는 가능성을 의식하게 되기 때문에 협상을 적극적으로 하려는 열의가 줄어들 수 있다. 협상 과정에서 양보하면 나중에 중재를 받는 과정에서 자신에게 불리하게 작용할 수 있다고 예상하게 되기 때문이

9) 중재제도의 특징과 유형에 대해서 Goldberg, Green, Sander(1985) 참조.

10) 미국의 중재제도 활용에 대해서는 Goldberg, Green and Sander(1985) 참조.

다. 따라서 분쟁 당사자들은 협상 과정에서 양보를 기피하게 되어 결과적으로 중재 제도는 협상의 인센티브를 저하시키는 문제를 가지고 있다. 이러한 문제를 중재 제도의 냉각효과(chilling effect) 문제라고 부른다.

또한 협상 당사자가 분쟁 당사자들의 이익을 대변하고 있다면 협상 당사자는 협상의 결과에 대한 '정치적' 책임이나 '심리적' 부담 등을 피하기 위해서 중재를 통한 분쟁의 해결을 내심 선호할 수 있다. 이것은 중재제도가 가진 또 다른 단점으로 작용한다. 협상 당사자들은 협상의 결과가 자신이 대변하고 있는 분쟁 당사자들의 기대에 미치지 못할 때 돌아올 비난을 피하고, 그 탓을 중재 판정을 내리는 제3자에게 돌릴 수 있기 때문이다. 이러한 경우 분쟁 해결을 위한 방법으로 협상보다는 중재에 계속 의존하려는 문제가 생길 수 있다. 따라서 한번 중재를 통해서 분쟁을 해결하게 되면 다시 중재를 통해서 분쟁을 해결하는 경향이 나타난다. 이러한 문제를 중재제도의 중독효과(narcotic effect) 문제라고 부른다.

3) 중재제도의 형태

분쟁 당사자가 협상보다는 중재에 지나치게 의존함으로써 나타나는 냉각효과 문제와 중독효과 문제는 중재 판정의 방법과 깊이 관련되어 있다. 중재제도가 법원의 사법적 판단을 통해 분쟁을 해결하는 것보다 장점이 많기는 하지만, 제3자인 중재자의 판정이 아니라 당사자들끼리 합의를 통해서 분쟁을 해결하는 것에 비해서는 못하다. 따라서 분쟁 당사자들이 중재자의 판정에 의존하여 분쟁을 해결하기 보다는 협상을 통해서 자율적으로 해결하도록 유도할 수 있는 기능을 중재제도가 내장하고 있을 필요성이 생기게 된다.

중재 판정에 대한 불확실성 문제는 분쟁 당사자들이 중재제도를 활용하는데 크게 영향을 미치게 된다. 중재자가 어떠한 판정을 내릴지, 판정의 결과가 분쟁 당사자들의 어느 측에 유리할 지에 대해서 불확실한 경우 분쟁 당사자들은 중재판정에 대해서 위험부담을 느끼게 된다. 이것은 분쟁 당사자들이 중재를 활용하는데 보다 신중한 자세를 갖게 만든다. 즉 중재 판정의 불확실성은 분쟁 당사자들에게 이에 따른 댓가 즉 불확실성의 비용을 의식하게 만들어 불가피한 경우에만 중재를 활용하도록 유도하게 된다.¹¹⁾

중재판정의 불확실성 비용은 중재제도의 형태에 따라 달라진다. 특히 이익중재의 경우 중재 판정을 하는데 중재자가 얼마나 권한을 가지고 있느냐에 따라 달라진다. 중재자가 분쟁 당사자들의 주장과 요구를 절충할 수 있는 권한을 (예를 들어, 쌍방의 요구를 절반씩 들어주

11) 중재가 협상 당사자의 행동에 미치는 영향에 대해서는 졸고(1999)참조.

기) 가지고 있다면, 이러한 중재제도는 전통적 중재(conventional arbitration)제도라고 한다.

반면 중재자가 분쟁 당사자들의 요구를 듣되 분쟁 당사자들이 최종적으로 제시한 제안들 중에서 중재자가 어느 하나만을 중재판정으로 선택할 수 있도록 할 수 있다. 이것을 택일식 중재(final-offer arbitration)제도라고 한다. 택일식 중재 제도 하에서는 어느 하나의 제안만을 채택하기 때문에 중재 판정의 불확실성 비용이 상대적으로 크고, 반면 전통적 중재 제도 하에서 양자를 절충하기 때문에 불확실성 비용이 작다. 따라서 절충식 중재제도보다 택일식 중재제도하에서는 분쟁 당사자들은 중재보다 협상을 통해서 합의에 도달하려는 열의가 커지게 된다.

그러나 택일식 중재제도 하에서는 분쟁 당사자들이 제시한 제안이 극단적이라고 하더라도 중재자는 어느 하나를 선택할 수 밖에 없다는 문제점이 발생할 수 있다. 이러한 문제점을 피하기 위해서 중재자가 아닌 중립적인 제3자가 사실조사(fact-finding)를 하고 그 결과를 중재 판정시 활용할 수 있다. 사실조사자의 의견과 분쟁 당사자들의 최종적 제안, 즉 3가지 방안을 놓고 중재자가 어느 하나를 택할 수 있을 때 이러한 중재제도를 3자 택일식 중재(tri-offer arbitration)제도라고 한다.

3자 택일식 중재제도하에서 사실조사 단계가 중재과정에 포함된다. 이러한 경우 중재판정을 내리기 전에 이루어지는 사실조사의 결과가 나중에 중재자의 판정으로 채택될 확률이 높다. 따라서 분쟁 당사자들은 사실조사의 결과에 근접한 제안을 하려는 인센티브를 갖게 되고 이것은 분쟁 당사자들이 보다 합리적인 제안을 하도록 만들게 된다. 또한 분쟁 당사자들은 중재자가 중재 판정을 내리기 전에 사실조사의 결과를 토대로 자율적으로 합의에 도달하고자 하는 의사도 커지게 된다.

4) 중재판정의 방식

이익중재와 달리 권리중재는 몫의 배분에 관한 분쟁이라기 보다는 시시비비를 가리는 분쟁과 관련된다. 즉 합의의 해석이나 적용 문제를 둘러싸고 분쟁 당사자들이 자신의 주장이 옳다고 주장하게 된다. 권리중재의 경우 중재자는 이익중재에 비해서 보다 폭 넓은 권한을 가지며, 시시비비를 가리는 법관과 같은 역할을 하게 된다. 그럼에도 불구하고 중재가 가지고 있는 원리 때문에 중재자가 판정을 내리기 전에 개최하는 회의의 진행방식이나 증인이나 증거의 채택은 자연스럽게 일정한 기준을 따르게 된다.

중재판정을 하기 위해서 심문 회의를 하는 경우 중재자에게 먼저 사건을 설명하는 당사자는 거의 대부분 합의를 위반했다고 주장하는 당사자가 된다. 예를 들어 노동조합측이 사용

자측의 단체협약 위반을 주장한다면, 노동조합측이 먼저 주장을 펴게 된다. 그러나 종업원의 징계 문제라면 노동조합측이 단체협약의 위반을 이유로 징계의 부당성에 대한 주장을 먼저 펼 수 있지만, 사용자측에서 징계 처분을 내렸기 때문에 사용자측이 먼저 징계의 불가피성을 먼저 주장하게 된다.

중재판정의 기준도 일정한 원리를 가지고 있다. 예를 들면, 합의 문안의 의미에 대해서 다투고 있다면 특수한 의미 보다는 통상적으로 받아 들여지는 의미를 적용하게 된다. 또한 합의 문안에서 일관성 있게 사용된 용어는 해석시 예외를 인정하지 않는다.

중재과정에서는 분쟁 당사자들은 자신에게 유리한 증인을 내세우게 된다. 이런 경우 증인은 엇갈리게 되므로 중재자는 증언의 신뢰성에 대해서도 일정한 기준을 적용하게 된다. 예를 들면, 분쟁 당사자가 내세운 증인은 그 당사자가 먼저 심문하게 하고 그 다음에 상대방이 심문할 수 있도록 한다. 또한 중재자는 증인의 진실성을 판단하기 위해서 증인의 자세나 기억력, 증언의 일관성 문제 등을 평가하게 된다.

또한 관행으로 받아 들이는 문제에 대해서 분쟁 당사자들이 다투고 있다면 중재자는 그것을 관행으로 받아들일 수 있는 지 조사하게 된다. 중재자는 그것이 쌍방 모두에게 이익이 되고 있었는지, 그것을 쌍방 모두 알고 있었는지, 그것이 얼마나 오랫동안 유지되어 왔으며 얼마나 반복적으로 활용해 왔는지 등을 판단하게 된다.

4. 요약 및 결론

조정(mediation)은 분쟁 당사자들이 협상을 통해 분쟁을 해결하기 어려울 때 제3자에게 조정을 요청하고 조정자는 분쟁 당사자들이 합의에 도달하도록 도와줌으로써 분쟁을 해결하는 방법이다.¹²⁾ 이러한 점에서 볼 때 조정은 협상의 일부가 되며 당사자주의의 연장선에 서게 된다. 뿐만 아니라 분쟁의 충격이 사회 전반에 미치게 되어 공공의 이익을 보호해야 할 필요성이 있을 때에도 공동체의 참여 차원에서 조정이 활용된다. 이러한 점 때문에 조정은 거의 모든 분쟁에서 광범위하게 활용되고 있다.

중재(arbitration)는 분쟁 당사자들이 협상을 통해 분쟁을 해결하지 못할 때 제3자인 중재자의 판정을 따르기로 함으로써 분쟁을 해결하는 방법이다. 이러한 점에서 볼 때 중재도 당사

12) 조정자의 역할에 대해서는 줄고(1999) 참조.

자주의에 입각해 있다고 할 수 있다. 중재는 조정과 재판의 요소를 함께 가지고 있다. 즉 중재는 조정과 마찬가지로 당사자들이 제3자 도움을 받아 분쟁을 해결하지만, 대부분의 경우 중재자의 판정은 조정과 달리 구속력을 갖게 된다. 또한 중재는 분쟁 당사자들의 요구나 주장에 대해서 시시비비를 가리는 측면이 있기 때문에 재판처럼 사법적 성격을 띄고 있다. 이러한 중재의 원리 때문에 중재 과정은 조정에 비해서 공식적인 성격을 보다 강하게 띈다.

조정과 중재는 전통적인 분쟁해결제도를 대체할 수 있는 대안적 분쟁해결(ADR)제도의 중요성이 커지면서 활용도가 높아지고 있다. 미국의 경우 재판을 통한 전통적인 분쟁해결제도에 비해서 보다 신속하고 적은 비용으로 분쟁을 해결할 수 있고, 분쟁의 해결결과에 대한 당사자들의 만족도도 높은 여러 가지 형태의 대안적 분쟁해결제도를 도입하고 있다. 재판을 통한 분쟁 해결의 대안으로써 판사가 아니라 관련 분야의 분쟁 해결 전문가에게 조정이나 중재 등을 요청하게 되고, 전문가는 분쟁 당사자들의 대화를 촉진하여 합의를 끌어 내거나 당사자들이 수용할 수 있는 분쟁 해결 방안을 제시하게 된다.¹³⁾

대안적 분쟁해결제도를 적극적으로 활용하게 된 이면에는 재판 등을 통한 전통적인 분쟁 해결 방법이 갖고 있는 문제점이 깔려 있다. 법원의 최종 판정을 받는데 소요되는 시간이 분쟁 해결의 시급성에 비추어 볼 때 지나치게 길고, 이 과정에 소요되는 비용 부담도 너무 크기 때문이다. 또한 분쟁의 이슈가 기술적인 문제이거나 판사가 제대로 파악하기에 지나치게 복잡해 판정의 전문성이 떨어지는 문제점도 피할 수 있기 때문이다.

한국에서도 이러한 경향이 노동분쟁이나 환경분쟁, 소비자분쟁 등에서 나타나고 있다. 한국의 조정제도가 법·제도적으로 취약함에도 불구하고 관련 분쟁조정기구가 그 나름대로 활발하게 움직이고 있다는 점은 대안적 분쟁 해결제도의 필요성을 시사하고 있다. 법원도 오래전 부터 이혼분쟁에 대해서 재판을 하기 전에 조정을 거치게 하는 조정전치주의를 도입하고 있고 최근에 들어와서는 소송만능주의의 폐단을 극복하기 위한 차원에서 민사문제의 해결에 대해서 당사자들에게 민사조정제도의 활용을 권장하고 있다.

한국에서 대안적 분쟁해결제도를 적극적으로 개발하고 활용하기 위해서는 법제도의 개선이 필요하다. 한국의 법이 실체법 중심으로 만들어져 있고, 분쟁 해결의 방법과 절차를 규정하는 법이나 제도에 대해서는 관심이 작다.¹⁴⁾ 실체법 중심의 법은 분쟁 당사자들이 협상을 통해 스스로 분쟁을 해결하기 보다는, 정부의 행정조치나 법원에 의한 사법적 판단에 크게 의존하게 만들며 분쟁 당사자들이 스스로 합의에 도달할 수 있는 공간은 그 만큼 줄어들게 만든다. 또한 한국의 법은 법원에서 소송을 통해 분쟁을 해결하는 경우를 상정하고 있어, 변호사가 아닌 해당 분야의 비법률 전문가가 분쟁의 해결을 적극적으로 도와 주는 데는 법적인

13) 대안적 분쟁 해결 제도의 등장 배경과 특징에 대해서 Goldberg, Green and Sander(1985) 참조.

14) 한국의 법에 대한 이러한 문제 제기는 박세일(2000) 참조.

어려움이 있다.

정부는 조정제도나 중재제도의 활용을 권장하여 왔지만 분쟁 당사자들이 이것을 효과적으로 활용하는 데 필요한 기반을 구축하려는 노력은 부족했다. 정부는 앞으로 법제도의 개선 뿐 아니라 행정 및 재정적인 뒷받침을 강화할 필요가 있다. 예를 들면, 협상에 대한 경험이나 해당분야에 대한 전문지식을 갖춘 유능한 조정자를 양성하고 확보하는 문제, 조정을 담당하는 기관의 위상을 세우는 문제 등에 관심을 기울여야 할 것이다. 또한 조정자가 적극적으로 조정제에 임할 수 있도록 만드는데 필요한 예산도 늘려야 할 것이다.¹⁵⁾

참고문헌

1. 김태기, *노사분쟁조정제에 관한 연구*, 한국노동연구원, 1999.
2. 김태기, *협상의 원칙*, 사회평론, 2003.
3. 박세일, *법경제학*, 박영사, 2000.
4. Goldberg, Stephen, B., Green, Eric, D., and Sander, Frank, E. A., *Dispute Resolution*, Boston : Little, Brown and Company, 1985.
5. Raiffa, H. *The Art and Science of Negotiation*. Cambridge, MA : Belknap Press of Harvard University Press, 1982.
6. Susskind, L. and Cruikshank, J., *Breaking the Impasse : Consensual approach to resolving public disputes*, New York : Basic Books, 1987.
7. Lax, D. and Sebenius, J., *The Manager as negotiator : Bargaining for cooperation and competitive gain*, New York : Free Press, 1986.
8. Rubin, J. Z.(ed.) *Dynamics of third party intervention : Kissinger in the Middle East*, New York : Praeger, 1980.

15) 노사분쟁조정제도의 경우에 대해서는 줄고(1999) 참조.

<ABSTRACT>

How ADR works?

Tai-gi Kim *

As disputes have occurred abundantly but they have been resolved ineffectively in Korea, it is required to establish a new dispute resolution system. This paper investigates the feasibility of introducing the ADR(alternative dispute resolution) system by studying the principles and success factors of mediation and arbitration. It also shows that the common and different characteristics of them. It suggests that the introduction of ADR in Korea is feasible and that in order to expedite it related laws need to be revised and the government's measures to support it need to be strengthened.

* Professor, School of Economics, Dankook University.