

# 기업분쟁해결을 위한 ADR\*

염 미 경

영남대학교 법학전문대학원 교수

## < 목 차 >

- I. 서설
- II. ADR의 개념과 종류
- III. 미국 기업의 ADR의 활용
- IV. 우리나라의 기업관련 분쟁의 해결을 위한 ADR
- V. 우리나라 기업의 ADR 이용 활성화 방안
- VI. 맺음말

## I. 서설

기업은 그 성질상 소비자 또는 다른 기업과의 거래를 일상 업무로 하기 때문에 끊임없이 크고 작은 법률상의 분쟁에 시달릴 수밖에 없다. 이러한 분쟁을 해결하기 위하여 기업이 부담하여야 하는 분쟁해결비용은 만만치 않다. 이윤을 추구하는 기업의 입장에서는 고품질의 저렴한 분쟁해결방법을 필연적으로 모색할 수밖에 없다. 국가의 소송에 의한 분쟁해결방법은 법률에 따른 엄격한 절차에 의한 분쟁해결이므로 당사자의 절차권이 충실히 보장되고 법률에 의한 정확한 분쟁해결을 얻을 수 있다는 장점이 있다. 그러나 분쟁당사자 사이의 유대관계 또는 거래관계의 유지 등은 고려하지 않고 일도양단적으로 분쟁을 해결하기 때문에 기업의 입장에서는 수치로는 계산할 수 없는 무형의 피해를 입을 수도 있다. 또한 일반적으로 소송은 결론을 예측하기 어렵고 비용과 시간이 많이 든다

\* 투고일 : 2011.11.22 심사완료일 : 2011.12.16 게재확정일 : 2011.12.19

고 평가된다. 그리고 소송은 그 내용이 일반 공중에게 모두 공개되는 특성상 기업은 일단 소송에 연루되면 그 승패에 관계없이 회복할 수 없는 손실을 입을 수도 있다. 이러한 소송의 단점을 회피하기 위하여 기업이 이용할 수 있는 소송 이외의 분쟁해결방법, 즉 ADR(Alternative Dispute Resolution)로는 협상 및 조정과 중재를 들 수 있다. 협상은 거래단계나 분쟁해결단계에서 일반적으로 이용되는 것이므로 새삼스러울 것이 없다. 국제거래의 분쟁해결에는 중재가 널리 이용된다. 그러나 국내거래의 분쟁해결을 위한 방법으로 조정이나 중재가 크게 이용되는 것은 아니다. 그런데 우리나라에 비하여 ADR이 법원의 소송절차와 대등한 수준으로 이용되는 미국의 경우<sup>1)</sup>에는 기업관련 분쟁의 경우에도 소송의 분쟁해결방법이 크게 이용되고 있다. 본고에서는 ADR의 개념과 종류, 미국 기업의 ADR 이용 현상을 검토하고 우리나라의 ADR 가운데 기업이 이용하는 조정과 중재의 쟁점을 간략히 살펴본 뒤, 우리 기업의 분쟁해결방법으로 ADR을 활성화할 수 있는 방안을 모색하여 보고자 한다.

## II. ADR의 개념과 종류

### 1. ADR의 의의

ADR은 소송(litigation)에 의하지 아니하는 분쟁해결방법, 즉 소송대체분쟁해결방법(Alternative Dispute Resolution)<sup>2)</sup>을 말한다. 여기의 소송은 당연히 법원의 소송을 의미한다. 그러나 국가기관 등이 정한 제3자가 분쟁을 일방적으로 해결하는 형태(adjudication)<sup>3)</sup>라면 행정관청의 분쟁해결방법(예컨대 행정심판 등)도 넓은 의미의 소송에 포함된다.<sup>4)</sup> 소송에 의한 분쟁해결방법은 법률상 구속력

1) 미국 연방법원의 경우에 2004년을 기준으로 민사사건은 1.7%만이 판결로 종료되었다는 보고도 있다. 여러 이유가 있으나 ADR의 이용이 주된 원인이라고 한다. Marc Galanter, *A World without Trials*, 2006 J. Disp. Resol. 7 (2006).

2) '대안적 분쟁해결방법' 등으로도 번역된다.

3) 'adjudication'은 분쟁당사자가 분쟁해결절차의 진행에 동의를 요하는지를 불문하고 제3자가 분쟁을 해결하는 절차로서 분쟁당사자의 주장과 증거의 제출을 요하는 절차를 말한다[자세한 설명은 Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978)].

이 있고 그 해결 결과의 이행을 국가가 강제할 수 있다. 소송의 경우에는 분쟁 당사자 사이에 특별한 합의가 없더라도 분쟁당사자는 소송의 결과에 구속된다. 그러나 ADR의 경우에는 분쟁당사자가 분쟁해결의 결과에 서로 구속되기로 합의한 경우에만 구속되는 것이 원칙이다. 소송은 분쟁당사자가 이를 배제하기로 하는 특별한 합의를 하지 않으면 자동적으로 적용되는 분쟁해결절차(the default process of dispute resolution)라는 점에서 분쟁당사자 사이에 특별한 합의 또는 동의를 전제로 하는 ADR과 구별된다. 당사자는 분쟁해결을 ADR로 할 것에 관하여 절차진행 전·후 또는 절차종료단계에서 합의를 하지 아니한 경우에는 소송으로 해결할 권리를 갖는다.<sup>5)</sup>

미국에서는 ADR이 매우 발전하여 소송과 대등한 분쟁해결방법으로 자리매김 하였으므로 최근에는 ADR이라는 용어 대신에 DR(dispute resolution)이라는 용어를 쓰는 것이 일반적이다.<sup>6)</sup>

## 2. ADR의 유형

미국에서 이용되는 ADR은 “소송이 아닌 분쟁해결방법은 모두 ADR이다”라고 정의할 수 있을 만큼 다양하나,<sup>7)</sup> 대체로 다음 세 유형, 즉 협상, 조정, 중재로 크게 분류할 수 있다.

### 1) 협상

협상(negotiation)이란 분쟁을 해결하기 위하여 당사자가 서로 협의하는 것을 말한다. 협상에 의하여 합의가 성립하면 분쟁이 해결된다. 미국에서는 협상에 관한 많은 이론이 발전하여 있다.<sup>8)</sup> 우리나라 법원에서 성립하는 소송상화해의 경우도 당사자의 협상을 전제로 하는 것이다.

4) Stephen J. Ware, *Alternative Dispute Resolution*, 2001, p. 5.

5) Stephen J. Ware, *supra* note 4, at. 6.

6) 교과서의 명칭도 그러하다. 예컨대 Goldberg/Sander/Rogers/Cole, *Dispute Resolution*, 2003; Menkel-Meadow/Love/Schneider/Sternlight, *Dispute Resolution*, 2nd ed., 2011 등.

7) Stephen J. Ware, *supra* note 4, at 11.

8) 예컨대 Korobkin, *Negotiation: Theory and Strategy*, 2002.

2) 조정

분쟁당사자 사이의 협상이 성사될 수 없을 때 제3자의 도움이 필요한데 이것이 조정(mediation)이다.<sup>9)</sup> 조정은 제3자가 분쟁당사자 사이의 협상을 도와주는 방식의 분쟁해결방법이며 설령 조정인인 제3자가 분쟁해결기준을 제시하여도 분쟁당사자는 여기에 구속되지 않는다. 즉 분쟁해결의 결정권이 분쟁당사자에게 있다. 따라서 분쟁당사자가 분쟁해결의 결과(협상의 결과)에 동의하여야 효력(계약으로서의 효력)이 있다. 미국의 ADR의 발전은 조정의 발전이라고 할 수 있을 만큼, 조정은 미국 ADR 발전의 중심적 역할을 하고 있는 분쟁해결방법이다. 미국에서 ADR의 형태로 이용되는 조기중립평가(early neutral evaluation), 미니재판(mini-trial), 비구속적 중재(non-binding arbitration), 약식배심재판(summary jury trial) 등도 분쟁당사자의 협상을 돕는 절차라는 점에서 광의의 조정에 속한다고 할 수 있다.<sup>10)</sup> 우리나라에서 조정은 민사조정법에 근거한 법원의 민사조정을 중심으로 이용되고 있다. 또한 각종 행정관청 산하기관 등에 설치된 여러 분쟁조정위원회도 조정을 주된 분쟁해결절차로 채용하고 있다. 우리나라에서는 조정에 재판상화해의 효력, 즉 기판력을 인정하는 경우가 많다. 예컨대 민사조정법 제29조, 소비자기본법 제67조 제4항 등에서 조정에 '재판상화해'의 효력을 인정하고 있다. 재판상화해의 효력에 대하여는 민사소송법 제220조에서 확정판결과 같은 효력을 인정하고 있고 동법 461조 제1항에서는 준재심으로만 취소할 수 있도록 하고 있다. 이러한 법률에 근거하여 판례는 재판상화해의 효력이 기판력임을 확인하고 있다.<sup>11)</sup>

3) 중재

9) Stephen J. Ware, supra note 4, at 203.

10) Stephen J. Ware, supra note 4, at 7. 다양한 ADR을 도표로 일목요연하게 비교설명한 것으로 Goldberg/Sander/Rogers/Cole, supra note 6, at 4f.

11) 대법원 1962. 2. 15. 선고, 4294 민상 914 전원합의체판결. 학설은 이러한 법률에 근거하여 해석상 재판상 화해에 기판력을 인정할 수밖에 없다는 견해(호문혁, 「민사소송법」, 제7판, 2009, 739면), 당사자 사이에 의사의 흠이 없는 경우에만 제한적으로 기판력을 인정하여야 한다는 견해(이시운, 「민사소송법」, 제5판, 2009, 523면), 법률의 규정은 위헌적 규정이므로 해석상 기판력을 부정하여야 한다는 견해(정동윤, 「민사소송법」, 제3판보정판, 2010, 647면) 등이 있다.

중재는 일종의 사적 재판이라고 할 수 있다.<sup>12)</sup> 소송과 마찬가지로 제3자(중재인)가 판단하여 분쟁을 해결해주고(중재판정) 분쟁당사자는 여기에 구속된다. 중재판정에는 기판력이 인정된다. 중재판정의 내용은 법원의 판결의 경우와 다름 없이 강제집행할 수 있다. 중재절차가 진행되기 위해서는 분쟁발생 전·후에 분쟁당사자의 중재합의가 반드시 있어야 한다. 분쟁발생 이전에 중재합의를 해두면 중재절차가 소송절차 대신 그 사건에 관한 정식절차(the default process)가 된다. 따라서 분쟁당사자는 법원에 소를 제기할 수 없다. 미국에서 중재는 조정이 발전하기 이전부터 활성화되었다.<sup>13)</sup> 우리나라에서는 1966년 제정된 중재법이 규율하고 있다.

### III. 미국 기업의 ADR의 활용

#### 1. 이용현황 및 연혁 등

1997년에 미국 코넬대학에서 미국기업의 ADR 이용실태를 조사하기 위하여 미국 1000개 기업의 법무팀장을 상대로 설문조사를 한 바 있다.<sup>14)</sup> 설문조사에 대하여 606개 기업으로부터 응답을 받았는데, 거의 모든 기업이 분쟁수단으로서 ADR을 이용하는 것으로 밝혀졌다. 응답 기업 가운데 과거 3년 동안 1회 이상 조정을 이용한 기업은 88%, 중재를 이용한 기업은 80%에 달하였다.

미국에서도 1970년대 초 이전에는 소송외에서 이용할 수 있는 분쟁해결방법은 그리 많지 않았다. 다만, 중재는 일찍부터 상거래분야와 노사관계분야에서 활발하게 이용되었다. 미국연방중재법(Federal Arbitration Act: FAA)이 1925년에 제정되었으며 미국중재원(American Arbitration Association: AAA)이 그 무

12) Stephen J. Ware, supra note 4, at 7.

13) 중재를 조정과 함께 ADR로 분류하는 것에 대하여 의문을 표시하는 견해도 있다[Jean R. Sternlight, Is Binding Arbitration a Form of ADR: Argument That the Term Has Begun to Outlive Its Usefulness, 2000 J. Disp. Resol. 97 (2000)].

14) 설문조사에 관한 자세한 내용은 David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, In Search of Control: The Corporate Embrace of ADR, 1 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 133, 137 (1997-1998); Top General Counsels Support ADR, 8-APR Bus. L. Today 24 (1999); Patterns of ADR Use in Corporate Disputes, 54-FEB Disp. Resol. J. 66.

립 설립되었다. 미국 연방대법원은 처음에는 중재에 대하여 소극적이었으나, 1970년대에 들어서는 국제거래관련 중재계약의 효력을 광범하게 인정하였다.<sup>15)</sup> 1960대 후반부터 실무가들이 중재나 소송에 불만을 갖고 이를 대체할 수 있는 새로운 분쟁해결수단을 찾기 시작하였다. 그러한 방법 가운데 대표적인 것이 조정이었다.<sup>16)</sup> 1970년대초에 포드재단(Ford Foundation)은 이웃간의 분쟁 또는 지역사회회의 분쟁으로서 사소한 분쟁들을 조정으로 해결하는 것을 지원하였다. 나아가 1976년에는 워렌버거 연방대법원장의 주관으로 열린 파운드회의(Pound Conference)에서 미국변호사협회(ABA), 미국법조협회(The Judicial Conference of the U.S.) 회원들은 보다 효율적이고 경제적인 분쟁해결수단으로서 다양한 ADR, 특히 조정을 이용하는 방안을 심도 있게 논의하였다.<sup>17)</sup> 이를 계기로 미국 법원에서는 ADR의 이용을 적극 장려하기 시작하였다. 미국정부에서도 조정을 중심으로 한 ADR의 이용을 장려하기 위하여 1980년대초에 국가분쟁해결기구(National Institute for Dispute Resolution: NIDR)에서 시험적으로 하와이주, 메사추세츠주, 미네소타주, 뉴저지주, 위스콘신주의 분쟁해결센터를 지원하였다.<sup>18)</sup>

그러나 이러한 ADR의 발전이 기업들에게 ADR에 대한 큰 호응을 불러일으킨 것은 아니다. 기업들이 ADR에 본격적으로 관심을 갖게 한 것 가운데 대표적인 것으로는 1970년대 후반에 널리 알려진 미니재판(minitrial)과 그 무렵 설립된 CPR(Center for Public Resource) Institute for Dispute Resolution이 있다.

먼저, 미니재판은 1977년에 Telecredit사와 TRW사 사이의 600만 달러 상당의 특허침해사건의 분쟁해결 사례이다. 미니재판(minitrial)은 일종의 조정으로서 그 명칭은 당시에 뉴욕타임지가 이 사건을 보도하면서 붙인 이름이다. Telecredit는 특허권을 침해할 이유로 TRW사를 상대로 소를 제기하였고 TRW사의 주된 생산라인 가운데 하나에 대하여 가동중지청구를 하였다. 30개월간의 심리전 절차(pre-trial) 끝에 미니재판이 열렸다. 양사에서 분쟁해결권을 위임받은 임원이 대표로 나서고 특허전문가가 중립인으로서 분쟁해결을 주재하였다. 양사의 대표는

15) Catherine Cronin-Harris, *Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR*, 59 Alb. L. Rev. 847, 849 (1995-1996).

16) 조정은 원래 각종 종교단체에서 구성원 사이의 분쟁을 해결하는 방법으로 이용되거나, 또는 1930년대~1940년대에 노사관계 부문에 한정하여 이용되었다고 한다.

17) 자세한 것은 유병현, “미국의 소송대체분쟁해결제도(ADR)의 현황과 그 도입방안,” 「민사소송」, 제13권 제1호(2009), 494면 이하.

18) Catherine Cronin-Harris, *supra* note 15, at 851.

변호사 없이 직접 정보를 교환하며 협상을 시도하였다. 협상과정에서 어려움에 봉착하면 중립인이 양사의 강점과 약점을 지적하여주고 소송으로 갈 경우의 결과를 평가하여 주었다. 양사가 서로 정보를 교환하고 중립인이 의견을 표명한 뒤에 30분 동안의 협상으로 분쟁이 해결되었다. 절차를 개시하여 분쟁이 해결되기까지 소요된 총 기간은 이틀에 지나지 아니하였다. 분쟁해결비용도 양사는 백만 달러 이상을 절약하였다. 이 사건은 당시에 많은 반향을 불러 일으켰다<sup>19)</sup>

다음으로, 제임스 헨리(James F. Henry)가 비영리기구로서 CPR(Center for Public Resource) Institute for Dispute Resolution을 설립하였는데, 당시 500대 기업의 법무팀장 및 주요로펌의 파트너들과 연합하여 상사관련 ADR 절차를 개발하고 ADR을 상사분쟁에서 이용하기 위함이었다. CPR은 설립 이래로 상사관련 ADR 발전의 중심적 역할을 하였다. CPR은 상사분쟁 실무가, 법관, 교수 등이 새로운 ADR의 활용, ADR 경험의 공유, 상사분쟁해결절차의 개발 등을 하는데 중심적 역할을 하였다. 즉 CPR은 ADR이 그리 많이 이용되지 않던 상거래분야에 ADR절차를 적극 도입하는데 기여하였는데, ADR관련 잡지, 매뉴얼, 서적, 비디오자료 등을 간행하였을 뿐만 아니라, ADR에 대한 상담, 교육, 중재인·조정인의 공급 등의 역할을 하였다. 또한 법원의 상사분쟁에도 상사관련 ADR을 도입하는 데 기여하였다.<sup>20)</sup>

CPR은 특정 조직 또는 기구에 의해 관리되지 않는 ADR을 도입하였다. 즉 일단 분쟁당사자가 분쟁해결을 위한 조정인을 선택하면 어떠한 조직이나 기구의 간섭도 받지 않고 절차를 진행하는 방식을 개발하였다. 이처럼 분쟁절차를 당사자가 주도하는 방식은 비용과 시간을 현저히 절감하는 데 기여하였다.<sup>21)</sup>

ADR은 소송에 대한 불만, 즉 절차의 지연, 과도한 비용 등의 문제점을 피하기 위하여 활발하게 이용되었으나, 기업들은 분쟁협상단계에서 상대방에게 먼저 ADR에 의한 분쟁해결방법을 제안하는 것을 두려워하였다. 그 이유는 ADR을 이용하려는 의사를 먼저 보이면 상대방에게 약한 지위를 노출하는 것으로 염려하였기 때문이다. CPR은 이러한 현상을 불식시키기 위하여 1983년에 '회사의 ADR 정책 선언'(Corporate Policy Statement on ADR)이라는 것을 개발하였다. 이것은 이른바 'ADR 선서'(ADR Pledge)라고도 칭하는 것으로서, 회사는 선서

19) Catherine Cronin-Harris, *supra* note 15, at 853.

20) Catherine Cronin-Harris, *supra* note 15, at 854.

21) Catherine Cronin-Harris, *supra* note 15, at 855.

를 통하여 ADR선서를 한 다른 회사가 분쟁 상대방일 경우에는 원칙적으로 ADR로 분쟁을 해결한다고 선언하는 것이다. 그리하여 선서한 회사의 변호사들로 하여금 분쟁이 발생할 경우 회사의 ADR정책을 원용하며 ADR의 이용을 먼저 제안할 수 있도록 함으로써, ADR의 이용을 제안하는 것 자체를 자기 회사의 약점으로 보이는 것으로 경계할 필요가 없게 하는 것이다. CPR은 1983년부터 ADR선서에 대한 서명을 받기 시작하여, 첫 해에 50개의 서명을 받았으며 1994년 후반에는 2800개의 회사를 대표하는 840개의 서명을 받았다. 로펌으로부터는 500대 로펌 가운데 400개를 포함하여 1560개의 서명을 받았다.<sup>22)</sup> 2012년 1월 현재에는 4000개의 회사, 1500개의 로펌이 서명을 하고 있다.<sup>23)</sup>

이제 미국에서는 기업의 경우에도 ADR이 분쟁의 보편적 해결방법으로 자리매김하고 있다. 다양한 사적 ADR기구가 기업의 분쟁을 해결하는 역할을 담당하고 있다. 대표적인 ADR 영리기구로는 JAMs가 있는데, 미국 전역에 22개의 지점을 두고 있다.<sup>24)</sup> 각 지역의 변호사그룹, 개인변호사, 퇴직법관 등이 ADR을 제공하고 있으며, 어느 지역이든 전화번호부에서 찾을 수 있다. 로펌에 따라서는 ADR절차에서 고객을 대리하는 데 전문성이 있음을 광고하는 경우도 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 미국기업이 ADR을 이용하는 경우

미국 기업이 ADR을 이용하게 되는 경우로서는 다음 세 가지를 들 수 있다.

첫째, 기업의 의사결정은 사안별로 기민하게 이루어져야하므로 사업과정에서 발생하는 분쟁해결을 위해서 구체적 분쟁사안별로 적합한 ADR을 선택하는 경우이다. 둘째, 거래과정에서 미리 조정계약이나 중재계약을 체결하는 경우이다. 셋째, 법원이나 행정관청이 분쟁당사자에게 조정이나 중재에 의한 분쟁해결을 명하는 경우이다. 셋째의 경우가 가장 많다고 한다.<sup>26)</sup>

이처럼 기업이 ADR을 이용하는 경우에 소송보다 ADR을 선호하는 가장 중

22) Catherine Cronin-Harris, *supra* note 15, at 863.

23) CPR의 웹사이트에서는 현재에도 서명을 받고 있다. <http://www.cpradr.org/About/ADRpledge.aspx>

24) JAMs에 대한 그 밖의 내용은 JAM의 웹사이트([http://www.jamsadr.com/aboutus\\_overview](http://www.jamsadr.com/aboutus_overview)) 참조

25) Folberg/Golann/Kloppenber/Stipanowich, *Resolving Disputes*, 2005, p. 7.

26) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 138.



요한 이유는 시간과 비용의 절약이다. 또한 조정의 경우에는 분쟁당사자 스스로 분쟁을 해결할 수 있다는 점, 분쟁해결절차 및 결과를 컨트롤할 수 있다는 점, 그리고 분쟁당사자 사이의 관계를 유지시켜준다는 점 등도 선호사유이다.<sup>27)</sup> 중재의 경우에는 조정보다 만족도가 높지 않다. 중재를 이용하는 것은 거래관계의 계약조건상 중재계약이 필요하기 때문이라는 것이 주된 이유라고 한다.<sup>28)</sup>

### 3. 미국 기업의 ADR 이용이 증가한 배경

미국에서 기업의 ADR 이용이 급격히 늘어난 실질적 이유는 미국 산업계의 경쟁의 압박, 소송에 대한 실망, 법원의 강제, 기업의 계약조항의 활용 등이다.

#### 1) 경쟁의 압박

ADR의 이용이 증가한 가장 주된 이유는 미국 회사들이 직면한 시장경쟁의 압박이다. 2차대전 이후로 미국 기업들은 국제적 경쟁으로부터 절연되어 성장하였으나 1980년대에 들어서면서 세계적 경쟁의 압박에 시달리게 되었다. 미국 기업들은 세계시장 및 국내시장에서 생존하기 위해서 합병, 기구의 축소 등 구조조정을 하였으며 이러한 과정에서 분쟁해결비용을 절감하기 위해 법무팀의 인원과 예산을 축소하였고 비용이 덜 드는 ADR을 이용하게 되었다.<sup>29)</sup>

#### 2) 소송에 대한 실망

2차 대전 이후에 기업을 규제하는 많은 법률들이 제정되었고, 이에 따라 기업 관련 사건이 법원과 행정관청에 과도하게 밀려들었다. 예컨대 고용관계에 한정하여 보더라도 성희롱사건부터 장애인 고용사건, 연령차별사건, 부당해고사건 등 많은 사건이 발생하게 되었다. 법원이나 행정관청은 이러한 사건들에 대하여 신속한 해결을 하는 것이 어려웠으므로 기업은 자연스럽게 ADR에 의존하게 되었다.<sup>30)</sup>

27) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 139.

28) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 139.

29) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 142.

30) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 143.

## 3) 법원의 강제 등

1990년에 미국의회는 민사법원개혁법(Civil Justice Reform Act)을 통과시켰다.<sup>31)</sup> 이 법률은 1998년에는 ADR법(Alternative Dispute Resolution Act)으로 수정입법되었다.<sup>32)</sup> 이 법에 따르면 모든 연방지방법원은 사건의 양을 고려하여 시간과 비용을 절감할 수 있는 민사사건관리에 관한 계획을 수립하여야 하며, 최소한 1개 이상의 ADR 프로그램을 설치하여야 한다는 것이다. 현재에는 거의 모든 주의 법원이 ADR을 두고 있으며, 소송당사자에게 ADR의 이용을 강제하는 경우가 대부분이다. 또한 행정청관련 분쟁에 대하여 1990년에 행정분쟁조정법(The Administrative Dispute Resolution Act)<sup>33)</sup>을 제정하여 모든 연방행정청은 행정청이 당사자가 되는 분쟁에서 ADR을 우선적으로 이용할 것을 요구하고 있다.

## 4) 기업의 계약조항의 활용

많은 기업들이 거래처, 소비자, 근로자 등과 체결하는 계약서에 ADR조항을 삽입하고 있는데, 미국 연방대법원은 이를 지지하고 있다. 이에 관한 대표적인 사건은 연방대법원이 고용계약상의 연령차별사건에서 고용계약서에 삽입되어 있는 중재조항의 유효성을 인정한 것이다. 연방대법원은 *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp* 사건<sup>34)</sup>에서 사전에 합의한 중재로 분쟁을 해결하여야 함을 밝혔다. 이 사건에서 *Gilmer*는 경비팀장으로 고용되면서 고용 당시에 고용관계로부터 발생하는 일체의 분쟁은 중재로 해결하기로 합의한 바 있었다. 그러나 회사가 연령을 이유로 해고하자 고용평등위원회(EEOC)를 거쳐 법원에 소를 제기하였다. 연방대법원은 *Gilmer*의 소를 각하하면서 연방중재법에 의하여 중재계약에 따라 중재로 분쟁을 해결하여야 한다고 판시하였다.<sup>35)</sup>

31) 28 U.S.C.A. § 1.

32) 28 U.S.C.A. § 651.

33) 5 U.S.C.A. § 581. 1996년에 개정.

34) *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

35) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 135.

#### 4. 미국기업의 ADR 이용에 대한 장애요인

미국에서는 대부분의 기업이 ADR을 적극 이용하고 있으나, 그 이용을 기피하는 경우도 있다고 한다. 그 사유를 몇 가지 소개하고자 한다.

##### 1) 의사결정체계의 문제

대부분의 기업의 법무실에서 분쟁해결을 위하여 ADR을 이용할 수 있는 결정권을 가지고 있으나, 큰 사건의 경우에는 회사 최고경영자와 같은 고위층의 결단이 있어야 이용할 수 있는 경우가 많다고 한다. 그런데 회사의 중간 계층의 결정권자들은 이로 인하여 자기들의 결정권에 관한 권위가 손상된다고 여기는 경향이 있기 때문에 ADR로 인한 이익을 알면서도 ADR을 이용하지 않고 소송으로 가는 경우가 많다고 한다.<sup>36)</sup>

##### 2) 상대방의 이용동의의 문제

ADR에 의한 절차를 개시하기 위해서는 상대방의 동의가 필요한데, 실제로 동의를 얻는 것이 쉽지 않다는 것이다. 또한 앞에서 말한 바와 같이 ADR에 의한 분쟁해결을 제안하는 경우에 상대방의 약한 지위를 노출하는 것으로 잘못 오해할 수 있기 때문에 선뜻 먼저 제안하는 데 어려움이 있다고 한다. 또한 비록 일방당사자의 입장에서 소송으로 가지 않고 ADR로 분쟁을 해결하는 것이 양 당사자에게 유리하다고 판단한다고 하여도, 반드시 그 생각을 다른 당사자도 하는 것은 아니기 때문에 ADR의 이용은 제한적일 수밖에 없다고 한다.<sup>37)</sup>

##### 3) 규범의 결여

ADR의 장점으로 생각되는 것이 경우에 따라서는 ADR을 기피하게 하는 요인이 될 수 있는데 그것이 바로 ADR은 비규범적이라는 것이다. ADR에서는 증

36) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, supra note 15, at 144.

37) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, supra note 15, at 145.

거의 제출이나 증인신문 등에 있어서 특별한 법원칙상의 제한이 있는 것이 아니다. 예컨대 중재인이 증거법칙에 구속되는 것이 아니고 분쟁당사자의 대리인은 증인에 대하여 유도신문을 할 수도 있다. 영미 민사소송 특유의 증거개시절차는 조정절차에서는 이용할 수 없고 중재절차에서는 약간 이용되기는 하나 분쟁당사자의 신청이 있을 때에 한한다. 조정인에 대한 절차상의 제한도 법관과는 달리 그리 많지 않다. 기업변호사의 입장에서는 비록 법원칙의 제약을 받지 않고 진행되는 절차가 신속하고 저렴할지라도 중요한 법원칙이 문제되는 경우에는 절차상의 법률적 안전장치가 마련된 소송을 중시할 수밖에 없다고 한다.<sup>38)</sup> 그리고 중재의 경우에는 예컨대 중재인에 대한 합의에만 6개월이 소요되는 경우도 있는 등 절차의 남용으로 인한 폐해도 있다고 하면서, 소송보다 오히려 시간과 비용이 더 들 수 있다고 지적하기도 한다. 또한 중재에서는 어느 것이 옳은지를 판단하여야 함에도 불구하고 중재인이 타협안을 제시하고 그 바탕에서 중재판정을 내리는 경우가 많다고 한다. 그리하여 고액사건은 중재의 이용을 기피하는 경향이 있다고도 한다.<sup>39)</sup>

#### 4) 타협으로 인한 이미지 손상의 염려

기업들은 분쟁이 기업의 중요한 원칙과 관련된 경우에는 타협을 원하지 않는 성향이 있다고 한다. 회사의 기본원칙과 관련된 중대한 사안에서는 타협으로 인한 기업의 명성의 실추를 우려해 ADR을 이용하지 않는다고 한다. 중대한 사안에 대하여는 반드시 끝까지 다툰다는 명성이 쌓이면 오히려 상대방이 소송을 자제하여 결국 비용이 절약된다는 것이다. 경우에 따라서는 안전한 승리를 얻어 상대방에게 고통을 줄 필요가 있는 경우가 있고 그 경우에는 조정을 이용하지 않는다고 한다.<sup>40)</sup>

#### 5) 조정인, 중재인에 대한 불신

조정인이나 중재인의 전문성이 결여되어 있다고 여기는 경향이 있고 이것이

38) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 146.

39) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 147.

40) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 147.

ADR을 기피하는 원인이 되기도 한다고 한다.<sup>41)42)</sup>

## IV. 우리나라의 기업관련 분쟁의 해결을 위한 ADR

### 1. 개관

기업관련 다양한 분쟁에서 ADR이 이용되는 영역은 외국기업과의 관계에서 이용하는 중재가 대부분이다.<sup>43)</sup> 국내기업 사이의 분쟁에서는 법원의 민사조정을 제외하고는 ADR을 이용하는 예를 찾기는 쉽지 않다. 다만, 각종 행정관청 산하에 설치된 분쟁조정위원회가 있는데, 여기에는 주로 소비자가 기업을 상대로 분쟁을 해결하기 위한 것과 기업이 기업을 상대로 하는 것 등이 있다. 여기서는 조정과 중재에서 최근 문제되는 쟁점에 한하여 검토하고자 한다.

### 2. 법원의 민사조정

민사조정법에 따른 조정절차이다. 분쟁당사자가 직접 조정을 신청하는 경우도 있고, 법원이 소제기된 사건을 조정에 회부하는 경우도 있는데, 대부분의 조정 사건은 후자의 경우이다. 법원은 2009년 4월부터 서울법원, 부산법원에 조정센터를 설치하여 상임조정위원을 두는 등 조정의 활성화에 적극적이다. 또한 2010년 3월부터는 서울중앙지방법원이 이른바 '조기조정'을 실시하고 있다. 조기조정은 소장이 접수된 후 변론기일이 열리기 전 사이의 기간을 이용하여 조정에 회부하는 것이다. 조정위원으로 하여금 원칙적으로 조정사건이 배당된 때부터 40일 이내에 사무수행보고를 하게 한다. 조정회부는 법원조정센터 뿐만 아니라 외

41) David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 147.

42) 미국 기업은 중재의 경우에는 미국 중재원(AAA), JAMS, CPR, 상공회의소(the Chamber of Commerce) 등의 중재인을 이용하고 있다. 금융회사들은 증권딜러연합회(National Association of Securities Dealers)의 중재인을 이용한다. 조정의 경우에는 법원연계형 조정의 조정인, 미국 중재원 또는 JAMs의 조정인을 주로 이용한다. David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *supra* note 15, at 150.

43) 국제거래에 이용되는 중재의 필요성과 장점을 상세히 설명한 문헌으로 최장호, "우리 나라 기업의 상사분쟁관리와 ADR에 관한 연구," 「중재연구」, 제13권 제2호, 631면 이하.

부조정기관 및 외부 책임조정위원회에게도 한다. 외부조정기관으로는 대한상사중재원 분쟁종합지원센터, 서울지방변호사회 중재센터 등이 있다. 법원장이 외부조정기관의 실무책임자를 총괄조정위원으로 위촉하고 그 총괄조정위원에게 조정사건을 일괄 배당한 뒤 총괄조정위원이 소속 조정위원들에게 한 건씩 사건을 배당하는 방식이다. 그리고 조정담당판사가 변호사, 교수 등 외부 책임조정위원에게 사건을 배당하여 외부조정위원의 사무실에서 조정을 하도록 하는 방식도 취하고 있다. 어느 경우든 조정이 성립하면 사건을 법원으로 보내서 조정에 갈음하는 결정을 분쟁당사자에게 송부하도록 한다.<sup>44)</sup> 조정이 성립하면 재판상화해와 같은 효력이 있다(민사조정법 제29조).

법원의 조정은 우리나라 조정의 가장 일반적인 형태라고 할 수 있다. 법원이 조기조정을 실시하고 외부기관과 연계하여 조정을 하는 등 전향적으로 조정절차를 활용하는 것은 ADR의 발전을 위하여 매우 바람직스러운 것이다. 민사조정법에 의하면 조정의 회부는 분쟁당사자의 동의를 얻지 않고도 할 수 있다(민사조정법 제6조). 그러나 조정절차에 분쟁당사자가 성실히 임하지 아니한다면 분쟁해결을 기대하기 어렵다. 그러므로 기업이 조정절차를 적극 이용할 수 있기 위해서는 기업 내부에서 조정을 권장하는 정책적 결단이 있어야 할 것이다.

### 3. 각종 분쟁조정위원회

#### 1) 개관

우리나라는 각종 법률에 의하여 행정관청 및 그 산하기관, 또는 정부지원기관에 다양한 분쟁조정위원회를 설치하고 있다.<sup>45)</sup> 그 가운데 기업과 관련된 분쟁을

44) 자세한 설명은 정준영, “민사조정제도의 현황과 전망,” 민사조정법시행 20주년 기념 학술대회 자료집(2010. 9. 1.), 101면 이하.

45) 이들 ADR은 행정형ADR에 속하는 것으로 보기도 한다. 행정형 ADR에 대한 자세한 설명은 함영주, “우리 법제하 행정형ADR의 현황과 과제,” 「언론중재」, 2009 봄, 24면 이하; 유병현, “ADR의 발전과 법원의 조정의 효력,” 「법조」, 2004. 6, 27면. 또한 행정형 ADR과 법원의 절차와 연계의 필요성을 역설하고 있는 문헌으로 김민중, “우리나라 ADR제도의 발전기반구축을 위한 실천과제,” 「언론중재」, 2010 봄, 32면; 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구,” 「중재연구」, 제13권 제2호(2004), 168면; 조원철, “우리나라 분쟁해결시스템의 새로운 디자인을 위한 과제,” 「언론중재」, 2010

해결하기 위하여 설치된 분쟁조정위원회는 주로 기업과 거래하는 경제적 약자인 소비자 또는 사업자(예컨대 하도급업자, 프랜차이즈 가맹점 등)를 보호하기 위한 것이다. 이러한 기구로는 소비자분쟁조정위원회(소비자기본법 제60조), 금융분쟁조정위원회(금융위원회의 설치등에 관한 법률 제51조), 전자거래분쟁조정위원회(전자거래기본법 제32조), 콘텐츠분쟁조정위원회(콘텐츠산업진흥법 제29조), 공정거래분쟁조정협의회(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제48조의 3), 하도급분쟁조정협의회(하도급거래 공정화에 관한 법률 제24조), 가맹사업거래분쟁조정협의회(가맹사업거래 공정화에 관한 법률 제16조), 약관분쟁조정협의회(약관의 규제에 관한 법률 제23조의 2) 등이 있다. 여기서는 절차의 주요 특징들만을 검토해보기로 한다.

## 2) 소비자분쟁조정위원회

소비자와 사업자 사이의 분쟁을 조정하기 위하여 한국소비자원에 설치된 기구이다(소비자기본법 제60조). 사업자가 제공하는 물품 또는 용역을 소비생활을 위하여 사용하거나 이용하는 과정에서 발생한 일체의 소비자 피해가 분쟁조정 대상이다. 원칙적으로 소비자가 처음부터 분쟁조정신청을 할 수 있는 것이 아니다. 일단 소비자가 소비자원 원장에게 피해구제신청을 하고 원장이 피해구제신청의 분쟁당사자에게 합의를 권고하였으나 합의가 성립하지 아니한 경우에 비로소 원장이 분쟁조정위원회에 분쟁조정신청을 하는 절차를 거치게 된다(소비자기본법 제58조, 제65조 제2항). 규정상으로는 사업자도 소비자원에게 분쟁해결을 요청하고 합의가 성립되지 아니하면 원장이 분쟁조정위원회에 조정을 신청할 수 있다. 즉 사업자는 소비자로부터 피해구제의 신청을 받았으나 30일이 경과하여도 합의에 이르지 못하는 경우, 한국소비자원에 피해구제의 처리를 의뢰하기로 소비자와 합의한 경우에는 한국소비자원에 그 처리를 의뢰할 수 있다(소비자기본법 제55조 제3항). 이때 소비자원 원장의 합의권고에도 불구하고 30일 안에 합의가 성립되지 아니하면 소비자원 원장은 분쟁조정위원회에 분쟁조정을 신청할 수 있다(소비자기본법 제58조). 분쟁조정위원회는 조정신청을 받은 때부

봄, 41면.;이준상, "ADR활성화를 위한 개선방안: 법원과 관련된 주제를 중심으로," 「민사소송」, 제10권 제1호(2006), 283면; 정준영, "민사사건에 있어서 중재의 필요성과 활용방안," 「중재」, 제323호(2007. 봄), 30면 등.

터 30일 이내에 분쟁조정을 마쳐야 하는데(소비자기본법 제66조 제2항), 분쟁당사자의 절차에 대한 동의 또는 출석 여부에 관계없이 진행할 수 있다.<sup>46)</sup> 2011년 5월의 법개정으로<sup>47)</sup> 2인에서 5인 사이의 조정부의 구성이 가능하게 되어(동법 제63조 제1항 제2호), 실질적인 심리를 하는 방식으로 절차를 운영할 수 있게 되었다. 분쟁조정위원회의 장은 분쟁조정을 마친 때에는 분쟁당사자에게 분쟁조정 내용을 통지하고, 통지를 받은 분쟁당사자는 통지 받은 날로부터 15일 이내에 분쟁조정 내용에 대한 수락 여부를 조정위원회에 서면으로 통보하여야 한다. 만일 15일 이내에 통보가 없으면 수락한 것으로 본다. 이 경우에는 조정조서에 분쟁당사자의 기명날인을 생략할 수 있다(소비자기본법 제1항 내지 제3항). 분쟁조정에는 재판상화해와 같은 효력(소비자기본법 제67조 제3항), 즉 확정판결과 같은 효력이 인정된다(민사소송법 제220조, 제461조).

· 소비자분쟁조정위원회는 각종 분쟁조정위원회 가운데 대표적인 분쟁조정위원회라고 할 수 있으며, 소비자보호를 위해 기여하는 바가 크다. 분쟁조정신청건수도 2009년도 기준으로 2,540건에 이르고 있다.<sup>48)</sup> 다만, 분쟁조정위원회의 분쟁해결에 실제로 당사자가 직접 절차에 참여하는 예는 많지 않으므로 소비자분쟁조정절차는 엄밀하게 말하면 소송에 갈음하는 분쟁해결절차로서의 '조정(mediation)'이라고 보기에는 어려움이 있다. 제3자의 판단에 의한 분쟁해결(adjudication)이라는 점에서 중재나 판결과 유사하다. 조정안에 기판력을 인정하는 것은 소비자를 철저히 보호한다는 정책적 차원에서 강력한 효력을 인정하는 것이라고 볼 수 있으나, 사인의 판단에 법원의 판결에 고유한 효력을 인정하는 것은 헌법상 보장된 재판청구권을 침해하는 문제가 있고 사법권의 독립을 해하는 문제가 있다는 지적이 있다.<sup>49)</sup>

## 2) 금융분쟁조정위원회

은행, 금융회사, 보험회사와 소비자 사이의 분쟁을 해결하기 위하여 금융감독

46) 소비자기본법 또는 동법 시행령에 분쟁당사자의 절차참여권을 보장하는 조항은 없다.

47) 2011. 5.19, 법률 제10678호.

48) 김금이, "ADR기관으로서 위원회의 역할과 발전방향," 소비자분쟁조정위원회 1000회 개최 기념세미나 자료집(2010. 12.), 9면.

49) 유병현, "법원의 ADR과 연계방안," 법원행정처, 민사조정법시행 20주년 기념 학술대회 자료집(2010. 9. 1.), 264면 이하.



원에 설치된 기구이다. 금융기관 또는 예금자등 금융수요자가 금융과 관련된 분쟁에 관하여 금융감독원 원장에게 분쟁의 조정을 신청할 수 있다(금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제53조 제1항). 소비자보호원의 경우와 마찬가지로 원장이 합의를 권고하고 30일 이내에 합의가 성립하지 아니하면 원장이 분쟁조정위원회에 조정신청을 한다(동법 제53조 제2항). 조정절차가 진행되는 도중에 분쟁당사자가 소를 제기하면 절차는 중지된다(동법 제56조). 조정안을 분쟁당사자에게 제시하여 분쟁당사자가 이를 수락하면 재판상화해와 같은 효력이 있다(금융위원회의 설치 등에 관한 법률 제55조). 금융위원회는 2011년 11월 21일 ‘금융소비자 보호에 관한 법률’을 입법예고하였다.<sup>50)</sup> 키코사태, 저축은행사태 등을 겪고 나서 금융소비자보호의 필요성을 통감한 까닭이라고 한다.<sup>51)</sup> 제정안의 주요 내용 중 하나는 금융분쟁조정위원회 제도를 개선하는 것이다. 먼저 분쟁조정절차가 진행되는 도중에 소를 제기하면 법원이 소송절차를 중지할 수 있도록 하고, 500만원 이하의 사건의 경우에는 조정절차의 진행 중에는 금융회사의 소제기는 금하는 것이다. 이것은 금융회사가 분쟁조정절차에서 불리한 결과가 내려질 것으로 예상되면 조정절차 진행 중에 채무부존재확인 소를 제기하여 절차를 중지시키는 방법으로 조정절차를 무력화시키는 폐단을 개선하기 위함이다.<sup>52)</sup> 최초의 안에서는 금융회사에게는 조정에 불복하여 소를 제기하는 것을 금하는 것으로 하여 이른바 편면적 구속력을 부여하려고 하였으나, 지나치게 과도하게 재판청구권을 침해한다는 법무부의 의견을 수용하여 입법화하지 아니하였다.<sup>53)</sup>

금융회사가 조정절차에서 채무부존재확인 소를 제기하여 조정절차를 무력화시키는 경향이 있다는 것은 조정절차 자체에 문제가 있음을 시사하는 것이다. 즉 조정절차가 ADR기구가 아니라 민원해결기구 또는 일종의 심판기구로서의

50) 금융위원회공고제2011-206호: 법제처 입법예고 사이트 게시:

<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawNotice?lmPpSeq=13594&pageIndex=4>

51) 금융위원회, 금융소비자보호에 관한 법률제정안 주요내용, 2011. 11., 금융위원회 보도자료 별첨자료(2011. 11. 16.):

[http://www.fsc.go.kr/info/ntc\\_news\\_view.jsp?menu=7210100&bbsid=BBS0030&no=28399](http://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?menu=7210100&bbsid=BBS0030&no=28399)

52) 위 자료, 22면. 제17대 국회에서도 유사한 안이 발의된 적이 있다(2006. 3. 30.). 당시의 개정안에서는 조정절차가 종료되지 않으면 소를 제기하지 못하도록 하고 있다(개정안 제55조의 3 신설). 보험회사 등이 소의 제기를 보험료 삭감 등을 위한 위협수단으로 사용하는 것을 막기 위함이었다. 그러나 조정절차가 진행되는 동안에 자동으로 소송절차가 정지되도록 하는 것은 지나치게 재판청구권을 제약한다는 비판으로 실현되지 못하였다. 동 개정안은 17대국회의 임기만료(2004~2008)로 폐기되었다.

53) 위 자료, 22면.

역할을 하고 있으며, 분쟁당사자의 절차권이 충분히 보장될 수 없는 것이라는 반증일 수 있다. 다른 한편으로는 금융회사의 업무담당자의 입장에서는 조정에 의한 해결보다 재판에 의한 해결이 나은 방법이 될 수 있다. 비록 패소하더라도 업무책임을 면할 수 있기 때문이다. 따라서 제도개선뿐만 아니라 절차운영방법 자체를 개선하여, 분쟁당사자의 절차권을 충분히 보장하며 절차를 운영하는 방안을 도입하여야 할 필요가 있다고 생각한다.

### 3) 전자거래분쟁조정위원회

전자거래에 관한 피해의 구제와 분쟁을 조정하기 위한 설치한 기구이다(전자거래기본법 제32조 제1항). 3인으로 구성된 조정부에서 조정할 수 있으며(동법 제33조 제3항), 위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 분쟁당사자 또는 참고인으로 하여금 위원회에 출석하게 하여 그 의견을 들을 수 있다(동법 제34조 제2항). 위원회가 작성한 조정안에 동의하면 분쟁당사자 사이의 합의와 같은 효력이 있다(동법 제35조 제3항). 조정안에 대한 수락을 권고하고 7일 이내에 수락의 의사표시가 없으면 수락한 것으로 간주한다고 한다.<sup>54)</sup>

소비자분쟁조정위원회 등과 달리 분쟁조정에 민법상 화해의 효력만을 인정하는 것은 ADR의 하나인 조정에 부합하는 것이다. 또한 분쟁당사자를 절차에 참여시킬 근거조항도 두고 있으며 3인의 실용적 조정부의 구성도 가능하다는 점에서, 보다 나은 절차를 구성하고 있다고 본다. 그러나 특별한 법률상 근거 없이 조정안에 수락한다는 의사표시를 하지 아니하면 수락한 것으로 간주하는 것은 지나치다고 본다.

### 4) 콘텐츠분쟁조정위원회

콘텐츠 사업자 사이, 콘텐츠 사업자와 이용자 사이, 이용자와 이용자 사이의 분쟁을 조정하기 위하여 한국콘텐츠진흥원에 설치한 기구이다(콘텐츠산업진흥법 제29조). 위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 분쟁당사자 등으로 하여금 조정위원회에 출석하게 하여 의견을 들을 수 있다(동법 제32조 제2항). 조정안을 제시받은 분쟁당사자가 5일 이내에 수락한 경우에는 조정서를 작성하며, 이 조

54) 전자거래분쟁조정위원회 웹사이트의 조정절차 FAQ : <http://www.ecmc.or.kr/med.it?p=2>

정서를 분쟁당사자에게 통보하면 분쟁조정の内容은 재판상화해와 같은 효력을 갖는다.

#### 5) 공정거래분쟁조정협의회

공정거래위원회 산하기관으로서 한국공정거래분쟁조정원에 설치된 기구로서, 불공정거래의 혐의가 있는 행위로 인하여 피해를 입은 사업자가 신청하는 분쟁조정을 담당한다(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제48조의 3). 일정한 경우, 즉 위반행위의 내용·성격 등을 고려하여 시정조치나 시정권고에 의하여 처리하는 것이 적합한 경우로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 행위 또는 분쟁조정신청 이전에 공정거래위원회가 위반행위의 인지 등으로 조사 중인 사건은 제외한다(동법 제48조의 6 제1항). 분쟁당사자 한쪽이 조정을 거부하면 조정절차는 종료된다(동법 제48조의 7 제4항 제3호). 조정절차가 종료될 때까지 해당 분쟁당사자에게는 시정조치나 시정권고가 유예된다(동법 제48조의 7 제6항). 조정이 성립하면 분쟁당사자가 기명날인한 조정조서를 작성하며 이 경우 분쟁당사자 사이에 조정조서와 같은 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제48조의 8 제1항). 공정거래위원회는 불공정거래 혐의 분쟁당사자가 합의에 따른 사항을 이행한 경우에는 시정조치나 시정권고를 면제한다(동법 제48조의 8 제4항).

다른 분쟁조정위원회와는 달리 기업이 주된 이용주체가 되는 분쟁조정위원회이다. 분쟁당사자 일방이 거부하면 조정절차를 진행하지 않도록 하고 조정의 효력도 분쟁당사자 사이의 합의로 한정함으로써 조정의 성질에 충실하게 절차를 구성하고 있다. 또한 경미한 위반행위에 대하여는 위반자가 스스로 합의사항을 이행함으로써 시정조치를 하면 별도의 시정조치나 시정권고를 하지 않음으로써 피해구제의 수월성과 행정의 효율을 꾀하고 있다. 공정거래분쟁조정원에 설치된 그 밖의 분쟁조정기구(하도급분쟁조정협의회, 가맹사업거래분쟁조정협의회 등)도 이와 유사한 절차를 갖추고 있다.

#### 7) 하도급분쟁조정협의회

원사업자와 수급사업자 사이의 하도급거래 분쟁에 대하여 사실을 확인하거나

분쟁을 조정하기 위하여 공정거래분쟁조정원 및 건설업자단체 등 대통령령이 정하는 사업자단체에 설치된 분쟁조정기구이다(하도급거래 공정화에 관한 법률 제24조 제1항). 분쟁조정절차가 진행되는 동안에는 공정거래위원회는 원사업자에게 시정조치를 권고하거나 명하여서는 아니 된다(동법 제24조의 4 제4항). 조정이 성립하면 조정당사자 사이에 조정조서와 같은 내용의 합의가 성립한 것으로 본다(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제24조의 5 제1항). 또한 특별한 사유가 없으면 협의회가 조정한대로 공정거래위원회가 시정에 필요한 조치를 한 것으로 본다(동법 제25조 제2항).

#### 8) 가맹사업거래분쟁조정협의회

가맹사업에 관한 분쟁을 조정하기 위하여 한국공정거래조정원에 설치한 기구이다(가맹사업거래공정화에 관한 법률 제16조). 분쟁당사자의 일방이 거부하면 조정절차를 종료하며, 조정절차가 진행되는 동안에는 공정거래위원회는 분쟁당사자에게 시정조치를 권고하거나 명해서는 아니 된다(동법 제23조 제2항 제1호, 제6항). 조정이 성립하면 분쟁당사자 사이에 조정조서의 내용과 동일한 합의를 한 것으로 간주하며(가맹사업거래공정화에 관한 법률 제24조 제1항), 공정거래위원회는 시정조치 및 시정권고를 하지 아니한다(동법 제33조 제2항).

#### 9) 약관분쟁조정협의회

불공정약관으로 피해를 입은 사업자가 분쟁조정을 신청할 수 있도록 하는 기구로서 한국공정거래분쟁조정원에 설치될 예정이다. 개정 약관의 규제에 관한 법률 제24조에 의하여 도입되는 것으로서 동법의 개정안이 2009년 12월 29일 통과됨에 따라 탄생할 예정이다. 종래 불공정약관으로 피해를 입은 경우에 소비자가 아닌 사업자인 고객은 분쟁조정을 신청할 마땅한 기관이 없었으므로 새로 두는 기구이다. 절차의 내용은 집단분쟁조정절차를 도입한다는 것 및 시정조치 등 관련 사항이 성실상 규정되지 않았다는 점을 제외하고는 공정거래분쟁조정협의회 등 공정거래분쟁조정원에 설치된 다른 분쟁조정위원회와 유사하다. 조정이 성립하면 분쟁당사자 사이에 조정조서와 동일한 내용의 합의가 성립한 것으로 본다(약관규제에 관한 법률 개정안 제28조). 처음 개정안(권택기의원외 16인

발의)은 재판상화해의 효력을 인정하였으나, 정무위원장 안으로 대안이 만들어지면서 현재의 안과 같은 효력으로 변경되었다. 매우 다행한 일이라고 생각한다.

#### 4. 중재

분쟁당사자 사이에 사전에 중재합의가 있으면 중재에 의하여 분쟁을 해결하여야 한다. 중재계약에도 불구하고 법원에 소를 제기하면 부적법각하된다(중재법 제9조 제1항).

우리나라 법원에서는 근래에 선택적 중재조항의 효력이 문제되었다. 우리나라의 정부 각 부처가 기업 등 사인과 계약을 체결한 때에는 기획재정부가 마련한 회계예규상의 계약조건을 계약의 일부로 하면서 그 계약에 필요한 특수조건을 부가하는데, 그 가운데 공사계약일반조건에서 정하고 있는 선택적 중재조항의 효력이 문제된다. 공사계약일반조건은 그 효력이 문제되자 계속 변경되었다. 즉 처음에는 “조정 또는 중재에 의하고 조정이 성립하지 아니하면 판결에 의한다.”고 하였으나, 두 차례에 걸쳐서 변경되었다. 최종적으로 2009년 9월 21자로 개정되어 2010년 1월 4일자로 시행된 회계예규에 따르면 일반조건은 다음과 같다: “일반조건 제51조(분쟁의 해결) ① 계약의 수행 중 계약당사자간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다. ② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 않을 때에는 법원의 판결 또는 중재법에 의한 중재에 의하여 해결한다. 다만 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제4조에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차에 의할 수 있다. ③ 계약당사자는 제1항 및 제2항의 규정에 의한 분쟁기간중 공사의 수행을 중지하여서는 아니 된다.”

대법원은 공사계약일반조건의 선택적 중재조항에 대하여, 현재와 같이 변경되기 전의 사안에서 당사자 일방의 중재신청에 대하여 상대방이 응하면 그 중재계약은 유효하다고 판시하였다. 즉 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서 효력이 있다고 할 것이고, 일방 당사자인 피고들의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재합의로서의 효력이 있다고 볼 수 없다고 보았다.<sup>55)</sup> 이를 지지하는 견해가 다수이다.<sup>56)</sup> 그러나 판례에서 문제된 공사계약

일반조건의 경우에는 양립가능한 조정과 중재 가운데 하나를 선택하게 하는 것이므로 확정적으로 유효한 중재합의이나, 개정된 일반조건은 중재와 소송 가운데 하나를 선택하라고 하는 것이어서 소송절차를 배제하기로 하는 유효한 합의가 있다고 볼 수 없으므로 무효라는 견해도 있다.<sup>57)</sup>

## V. 우리나라 기업의 ADR 이용 활성화 방안

우리나라의 조정은 법원의 민사조정을 제외하고는 피해구제절차의 성격이 강

55) 자세한 내용은 다음과 같다.“이 사건 계약의 일부를 이루는 계약일반조건 제50조 제1항은 “계약의 수행중 계약 당사자 간에 발생하는 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각 호에서 정하는 바에 의하여 해결한다.”고 규정하면서 제1호를 “관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다.”, 제2호를 “제1호의 조정에 불복하는 경우에는 한국고속철도 건설공단(이하 ‘건설공단’이라 한다)의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.”고 규정하고 있는 사실, 피고 삼부토건 주식회사, 계룡건설산업 주식회사와 피고 두산산업개발 주식회사에 합병되기 전의 두산건설 주식회사(이하 ‘피고들’이라 한다)가 건설공단의 철도자산 및 권리가 원고에게 포괄승계되기 전인 2002. 6.경 건설공단을 상대로 대한상사중재원에 물가변동에 따른 계약금액의 조정과 터널굴착방법 변경에 따른 설계변경으로 감액된 82억 9,700만 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 내용의 중재신청을 한 사실, 위 중재신청에 대하여 건설공단이 그 답변서 및 그 후의 준비서면에서 계속하여 중재합의의 부존재를 주장한 사실, 대한상사중재원의 중재판정부는 위 계약일반조건 제50조에 의하여 건설공단과 피고들 사이에 중재합의가 존재함을 전제로 판시와 같이 중재판정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 앞서 본 법리와 조정에 의한 분쟁해결도 당사자 사이에 합의가 성립하지 아니하면 중국적으로는 법원의 판결에 의한 분쟁해결의 절차로 나아가지 아니할 수 없고, 더욱이 이 사건 계약일반조건 제50조 제2항 제2호가 제1호의 조정에 불복하는 경우에는 법원의 판결에 의한다는 규정을 따로 두고 있는 점에 비추어 보면, 위와 같은 내용의 선택적 중재조항은 이 사건 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서 효력이 있다고 할 것이고, 이 사건에서와 같이 일방 당사자인 피고들의 중재신청에 대하여 상대방인 건설공단이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대하는 경우에는 중재합의로서의 효력이 있다고 볼 수 없다 할 것이다.”(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결).

56) 정영환, “단계적 선택적 분쟁해결조항의 연구,” 「중재」, 제308호, 52면; 김교창, “선택적 중재합의의 효력,” 「인권과 정의」, 제319호, 82면; 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항,” 「중재연구」, 제12권 제2호, 51면; 정선주, “선택적 중재합의의 유효성과 문제점,” 「중재연구」, 제13권 제2호, 597면 등.

57) 목영준, 「상사중재법」, 박영사, 2011, 101면.

하다. 따라서 진정한 의미에서 기업이 이용할 수 있는 법원 밖의 조정절차는 찾기 어렵다. 그러므로 기업의 ADR에 대한 이용 전망을 평가하기에는 어려움이 있다. 중재 또한 국제거래의 경우를 제외하고는 국내중재는 적극 활용되지 않고 있는 실정이다. 미국 기업들이 소비자와의 거래에서도 약관으로 중재조항이나 조정조항을 적극 활용하고 있는 것<sup>58)</sup>과는 대조적이다. ADR의 발전은 법원의 사건처리 속도, 비용 등도 고려하여 판단하여야 하므로, 우리 기업의 ADR의 이용률을 미국 기업과 동일한 기준으로 평가하기에는 어려움이 있다. 그러나 분쟁 해결방법도 국제경쟁력을 갖추어야 하는 만큼 서서히 기업의 ADR 이용률 또는 이용에 대한 정책방향은 달라질 것으로 생각한다. 기업이 ADR을 적극 이용하기 위해서는 첫째, 국가 및 기업차원에서의 ADR의 이용을 장려하는 환경이 조성되어야 하고, 둘째, 불합리한 제도의 개선이 필요하다.

## 1. ADR 이용환경의 조성

기업이 ADR을 적극 이용할 수 있도록 하기 위해서는 우리나라도 기업이 ADR을 적극 이용할 수 있는 환경을 조성하는 것이 필요하다.

우선, 국가차원에서는 기업이 ADR을 적극 이용할 수 있도록 하는 ADR의 이용을 장려하는 법률을 제정하여, 국가기관은 사인과의 분쟁해결에 ADR을 우선적으로 이용할 수 있도록 의무화 하여야 할 것이다.<sup>59)</sup>

다음, 기업차원에서는 첫째로, 미국의 CPR(Center for Public Resource) Institute for Dispute Resolution의 경우처럼 기업들이 연합하여 법조실무가, 교

58) Catherine Cronin-Harris, *supra* note 15, at 868ff.

59) 실무상 공무원들은 감사를 두려워하여 조정보다는 법원의 판결을 선호할 수밖에 없다는 것은 주지의 사실이다. 예컨대 대법원이 2012년 1월 12일 세금분쟁 도중 법원 조정예 응해 회사에 손해를 입혔다는 이유로 기소된 정연주 전 KBS 사장에게 무죄를 선고한 사건의 경우를 보면 극명하다. KBS 정연주 전 사장은 2005년 KBS가 국세청을 상대로 수년간 벌여온 법인세 부과 취소 소송에서 승소가 예상됨에도 조정 권고를 받아들여 556억원을 환급받고 소를 취하였다. 검찰은 2008년 경영난으로 인한 적자를 메우기 위해 소송을 포기해 KBS에 1892억원의 손실을 끼친 혐의로 정 전 사장을 불구속 기소했다. 대법원은 특정경제범죄가중처벌법상 배임 혐의로 기소된 정 전 사장에게 무죄를 선고한 원심을 확정했다. 재판부는 “회사 이익에 반하는 불합리한 내용의 조정을 무리하게 추진해 회사에 손해를 입혔다는 공소사실이 의심 없이 증명되지 않았다고 본 원심은 정당하다”고 밝혔다. 재판부는 KBS에게 더 유리한 내용으로 조정안을 관철하지 못한 것이 배임에 해당한다는 예비 공소사실도 무죄로 판단했다(국민일보 인터넷판 2012. 1. 12: <http://news.kukinews.com/article/view.asp?page=1&gCode=kmi&arcid=0005733041&cp=nv>).

수 등의 협조를 얻어서 기업분쟁관련 ADR을 연구·개발하는 기구를 설립할 필요가 있다. 이러한 기구에서 기업의 소송외 분쟁해결을 담당하고, 분쟁해결기법 교육, 표준 ADR절차·ADR기법 등의 연구·개발, 조정인 교육 등을 할 수 있을 것이다. 둘째로, 기업들 사이에 ADR을 우선적으로 이용할 것을 권장할 수 있는 여건을 만들어야 할 것이다. 즉 미국의 ADR선서와 같이 분쟁발생시 원칙적으로 ADR을 우선적으로 이용할 것은 선언하는 방법 등을 고려해볼 수 있다. 셋째로, 기업내에서도 최고경영자 차원에서 ADR의 이용을 장려하는 정책을 내세워야 할 것이다. 사내법무팀에서 ADR을 우선적으로 이용하도록 권장하고 ADR에 의하여 성공적으로 분쟁을 해결한 사례를 발굴하고 분쟁비용절감에 대한 인센티브를 도입하는 등 ADR 권장경영을 하여야 할 것이다. 넷째로 실무상으로도 거래 단계에서 기업과 기업 또는 기업과 고객사이의 거래계약조항(표준약관조항 등)에 중재 또는 조정에 의한 분쟁해결조항을 적극적으로 삽입하여 분쟁발생시 이들 분쟁해결방법을 우선적으로 이용하도록 할 필요가 있다.

## 2. 제도의 개선

ADR의 성질에 비추어 불합리한 제도는 개선하여야 한다. 유사한 성격의 분쟁조정위원회에 재판상화해의 효력과 당사자 사이의 합의의 효력이라는 상반된 효력을 인정하는 것은 국민들이 제도를 불신하게 만드는 것이다. 법원의 판결에 인정되는 효력은 법원으로 넘기고 조정에는 당사자 사이의 합의의 효력만을 인정하는 방안을 검토하여야 할 것이다. 또한 ADR의 운영과정에서 분쟁당사자의 분쟁해결에 대한 결정권을 존중하는 등 ADR의 본래 취지에 충실하게 절차운동을 하여야 한다. 이렇게 하기 위해서는 각종분쟁조정위원회의 경우에는 최근 소비자분쟁조정위원회가 도입한 것처럼 소수의 조정위원들이 하나의 부를 구성하여 절차를 진행할 수 있도록 함으로써 분쟁해결시 당사자의 참여하에 실질적인 의견조정이 가능하게 하여야 할 것이다. 아울러 기획재정부의 회계예규상의 공사계약 일반조건의 선택적 중재조항은 조항 자체의 모호성으로 혼란이 있으므로, 현행 규정처럼 조정이 성립하지 아니하면 소송 또는 중재를 택일하는 것으로 할 것이 아니라 조정이 성립하지 아니하면 중재에 의하는 것으로 할 필요가 있다.



## VI. 맺음말

앞에서 본 바와 같이 우리나라에서 기업이 활용할 수 있는 ADR은 그리 많지 않다. 또한 현실적으로 기업이 ADR을 활용할 수 있는 여건도 좋은 편은 아니다. 기업은 이윤추구를 주된 목적으로 하는 만큼 기업이 ADR을 이용할 수 있기 위해서는 ADR 자체가 기업이 이용의 필요성을 느낄 수 있는 것이어야 한다. 앞으로 학계서도 이러한 관점에서 기업이 이용할 수 있는 ADR에 대한 적극적인 논의가 있길 기대하여 본다.

주제어 : 소송대체분쟁해결방법, 협상, 조정, 중재, 소송, 분쟁해결

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

김교창, 선택적 중재합의의 효력, 인권과 정의, 제319호.

김금이, “ADR기관으로서 위원회의 역할과 발전방향,” 소비자분쟁조정위원회 1000회 개최 기념세미나 자료집(2010. 12.)

김민중, “우리나라 ADR제도의 발전기반구축을 위한 실천과제,” 「언론중재」, 2010 봄.

김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구,” 「중재연구」, 제13권 제2호(2004).

목영준, 「상사중재법」, 2011

유병현, “ADR의 발전과 법원의조정의 효력,” 「법조」, 2004. 6.

\_\_\_\_\_, “미국의 소송대체분쟁해결제도의 현황과 그 도입방안,” 「민사소송」, 제13권 제1호(2009).

\_\_\_\_\_, “법원의 ADR과 연계방안,” 법원행정처, 민사조정법시행 20주년 기념 학술대회 자료집(2010. 9. 1.).

이준상, “ADR활성화를 위한 개선방안: 법원과 관련된 주제를 중심으로,” 「민사소송」, 제10권 제1호(2006).

장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항,” 「중재연구」, 제12권 제2호.

정선주, “선택적 중재합의의 유효성과 문제점,” 「중재연구」, 제13권 제2호.

정영환, “단계적 선택적 분쟁해결조항의 연구,” 「중재」, 제308호.

정준영, “민사사건에 있어서 중재의 필요성과 활용방안,” 「중재」, 제323호 (2007. 봄).

\_\_\_\_\_, “민사조정제도의 현황과 전망,” 민사조정법시행 20주년 기념 학술대회 자료집(2010. 9. 1.).

조원철, “우리나라 분쟁해결시스템의 새로운 디자인을 위한 과제,” 「언론중재」, 2010 봄.

최장호, “우리 나라기업의 상사분쟁관리와 ADR에 관한 연구,” 「중재연구」, 제13권 제2호.

함영주, “우리 법제하 행정형ADR의 현황과 과제,” 「언론중재」, 2009 봄.

## 2. 외국문헌

Catherine Cronin-Harris, *Mainstreaming: Systematizing Corporate Use of ADR*, 59 Alb. L. Rev. 847, 849 (1995-1996).

David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *In Search of Control: The Corporate Embrace of ADR*, 1 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 133, 137 (1997-1998)

David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *Patterns of ADR Use in Corporate Disputes*, 54-FEB Disp. Resol. J. 66.

David B. Lipsky & Ronald L. Seeber, *Top General Counsels Support ADR*, 8-APR Bus. L. Today 24 (1999)

Folberg/Golann/Kloppenber/Stipanowich, *Resolving Disputes*, 2005.

Goldberg/Sander/Rogers/Cole, *Dispute Resolution*, 4th ed., 2003.

Jean R. Sternlight, *Is Binding Arbitration a Form of ADR: Argument That the Term Has Begun to Outlive Its Usefulness*, 2000 J. Disp. Resol. 97 (2000).

Korobkin, *Negotiation: Theory and Strategy*, 2002.

Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 353 (1978).

Marc Galanter, *A World without Trials*, 2006 J. Disp. Resol. 7 (2006).

Menkel-Meadow/Love/Schneider/Sternlight, *Dispute Resolution*, 2nd ed., 2011.

Stephen J. Ware, *Alternative Dispute Resolution*, 2001.

[Abstract]

## Issues on Corporate Alternative Dispute Resolution

Yum, Mi-kyung

Associate Professor, Ph.D. Yeungnam University Law School

The Corporate use of ADR in the U.S has increased dramatically, but in Korea. ADR is defined broadly as the use of any form of negotiation, mediation and arbitration. Negotiation often produces an agreement between the disputants. To negotiate is to communicate or confer with another to arrive at the settlement of some matter. While negotiation involves only the parties and their lawyers, mediation adds the mediator, who is net agent of either party. Mediation is facilitated mediation. Arbitration is a form of binding adjudication. Arbitration is adjudicate in a private forum. Once a arbitrator redners decision, that decision has res judicata. It can be enforced in court. In 1997 Cornell university Survey Team conducted survey of the corporate counsel of the 1000 largest U.S.based corporations to obtain information about each corporation's use of ADR. Of the 606 corporate lawyers, 88% reported that their corporation had used mediation at least once in the last three years, while 80% reported using arbitration. There are three situations that lead to the use of ADR by corporations. First, for a case-by case decision making in the course doing business, opting for an Alternative Dispute Resolution is desirable. Second, corporations use ADR when they incorporating ADR provisions in their contracts, warranties, and other agreements. Third, Corporations use ADR when a court orders the disputing parties to attempt to resolve it themselves through ADR. Saving time and money is the most widely cited reasons for using ADR, but corporations cite many other reasons as well. In Korea only a few Alternative Dispute Resolution Method is employed for the corporate use, such as various

mediation committee mediations or court annexed mediation, and arbitration. But in the near future the corporate use of ADR will be slowly increased.

Key words : ADR, Alternative Dispute Resolution, Negotiation, Mediation, Arbitration, Litigation, DR, Dispute Resolution