

분쟁해결론의 발전방향과 조정에서의 교착상태 해결방법*

함영주**

[Abstract]

Global trends of dispute resolution has been changing rapidly into the direction of making peace between parties. In spite of these global trends, judgment of court regards as the most efficient and unique dispute resolution in South Korea.

Recently, dispute resolution pilot programs are implemented by the Seoul Central District Court in a court-annexed and/or -connected mediation programs. In this program, it is very needed to master negotiation and mediation skills.

I tried to introduce unique Korean's negotiation and mediation skills useful in the deadlocked situation of mediation process.

<目 次>

- | | |
|---|--|
| <p>I. 분쟁해결론의 발전 방향</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 미국의 사실심리 실종현상과 우리의 소송현실 2. 미국 민사사건해결방안의 새로운 흐름 <p>II. 조정에서의 교착상태 해결을 위한 시스템차원 및 기술차원의 방안 검토</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 시스템 차원에서 발생하는 조정 교착상태 해결 방안 | <p>III. 조정현실에서의 교착상태 해결방안에 대한 검토</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 조정기술적 측면 (IOAC RCC의 활용) 2. 우리 사회 특성과 인간 본성을 활용한 설득방법에 대한 검토 3. 당사자들의 시간과 공간상의 제약을 활용하는 방법 4. 개인기 중심의 조정에서 절차 및 교육을 중심으로 하는 조정으로 <p>IV. 결어</p> |
|---|--|

* 이 논문은 2014. 3. 의료분쟁조정중재원과 조정학회 공동학술회에서 발표한 논문으로 토론자의 의견을 수렴하여 수정한 것입니다. 논문 중 미국 민사사건의 새로운 흐름부분은 필자의 다른 논문에서 간략하게 요약되어 소개되기도 하였습니다.

** 중앙대학교 법학전문대학원 교수·법학박사.

- 한글주제어 : 사실심리 실종 현상, 통섭법, 예방법, 치유의 사법, 회복적 사법, 절차적 정의, 대동법, 창의적 문제해결, 체면세워주기, 별석조정/개별회의, 친밀감 형성, 재 요약/재진술하기, 약속/합의, 평화의 사도, 압박
- 영어주제어 : Vanishing trial, Holistic law, Preventive law, Therapeutic Jurisprudence, Restorative Justice, Procedural justice, collaborative law, CPS; Creative Problem Solving, face saving/restoration, caucus, build rapport, paraphrasing/restatement, Commitment, peace maker, coercion

I. 분쟁해결론의 발전 방향

1. 미국의 사실심리 실종현상¹⁾과 우리의 소송현실

(1) 미국의 사실심리(trial)²⁾ 실종(소멸화)현상

미국의 연방지방법원과 주법원에서는 사실심리단계(trial)까지 가지 않고 소송이 종료되는 건수가 해마다 늘고 있으며 이제는 사실심리가 거의 사라질 정도에 이르고 있다. 이를 미국에서는 “사실심리 실종(소멸화)현상(Vanishing trial)”이라고 부르며 구체적 연구를 시작하였다.

이 연구는 미국변호사협회 송무과(American Bar Association Litigation Section)가 몇 명의 교수를 공동위원장으로 하여 추진하는 민사사법개혁 프로젝트로 사실심리(trial)가 미국 법원에서 사라지고 있는지, 사실심리율이 얼마나 감소하는지 및 그 원인에 대한 답을 구하는데 초점을 맞추고 있다.

이 연구 후 마크 갈란터(Marc Galanter) 교수는 연방법원에서 사실심리와 관련된 통계자료를 수집하고 “사실심리의 실종: 연방법원과 주법원에서의 사실심리 관련 문제에 대한 조사(The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts)”라는 논문을 발표하였다.³⁾ 갈란터 교수의 논문에 의하면, 사실심리단계까지 가는 사건의 비율은 지난 40년간 급감하여 연방법원에서 사실심리단계까지 가는 민사소송사건의 비율은 1962년 11.5%에서 2002년 1.8%로 꾸준

1) 이규호, 미국에 있어서 사실심리율 감소현상에 대한 실증적 연구, 법조 통권 593호, 2006; 이 논문에서는 사실심리가 많이 줄어들었다는 의미에서 vanishing을 감소로 번역하고 있다, 그런데 미국의 경우에는 사실심리가 단순히 줄어든 정도가 아니라 거의 사라질 정도가 되었다는 의미로 사용되고 있으므로 감소보다 어감이 강한 실종(소멸)으로 번역한다.

2) Trial에 정확하게 맞는 민사소송법상의 용어가 없어 사실심리로 옮겼다. 형사소송법상의 용어인 공판과 가장 근접한 개념이라고 할 수 있다.

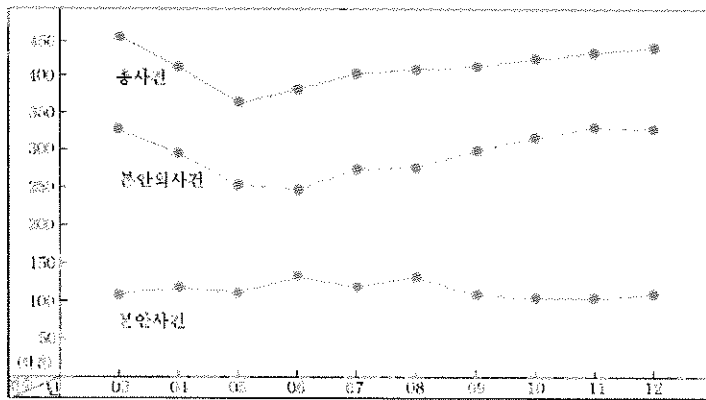
3) Marc Galanter, The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts, *Journal of Empirical Legal Studies* Volume 1, Issue 3, 459 - 570 (2004).

히 감소하였다.

이러한 현상이 나타난 원인으로는 민사재판의 경우 소송비용의 증가, 민사소송사건 수의 폭증⁴⁾, 법관의 사실심리 적대 경향⁵⁾, 변호사비용의 증가⁶⁾, 사실심리생략판결(summary judgment)⁷⁾의 증가, ADR의 활성화, 배심재판의 불명확성과 예측불가능성 등이 제시되고 있다.

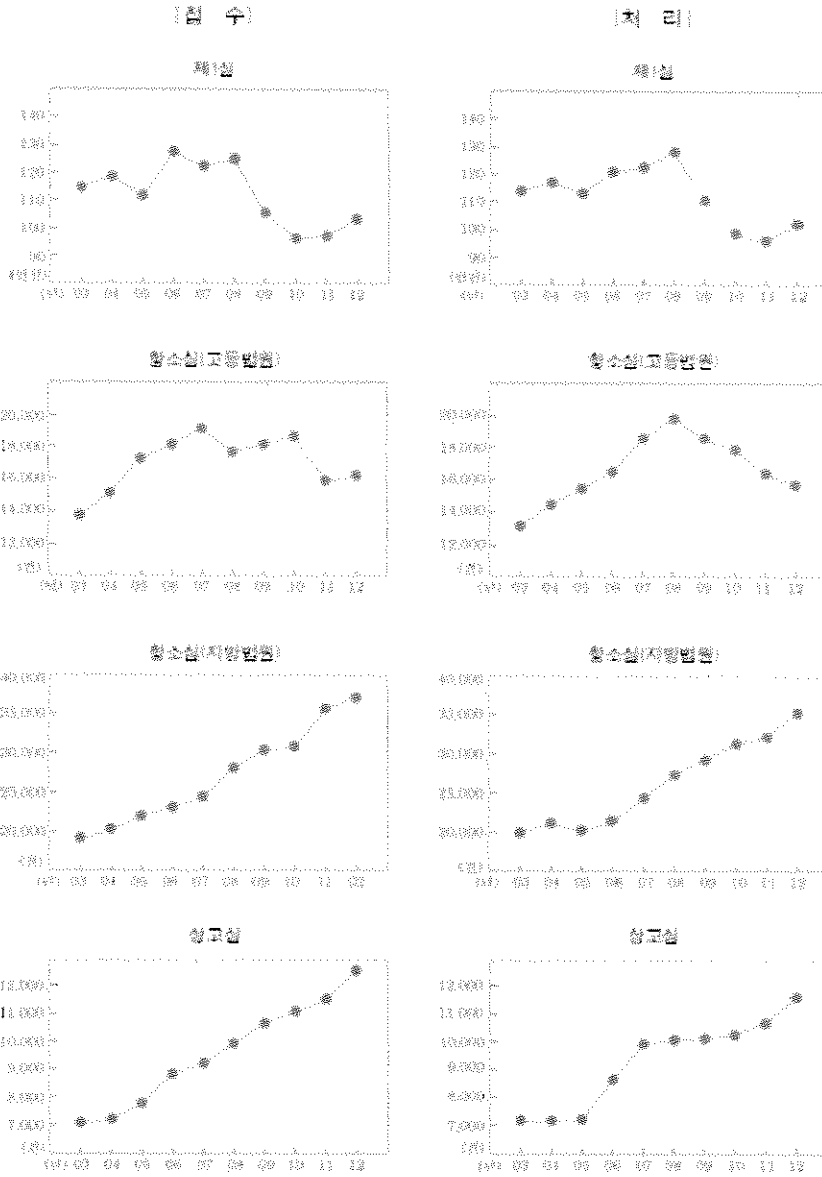
물론 그 외의 원인으로 변호사 및 법원의 비용증가, 소송의 대규모화 및 복잡화, 사실심리전 절차(pretrial procedure)의 활성화, 법관의 적극적인 소송지휘권 행사, 법관·변호사에 대한 대중의 불신심화 등도 원인으로 거론되고 있다.

(2) 우리의 소송 현실에 대한 검토



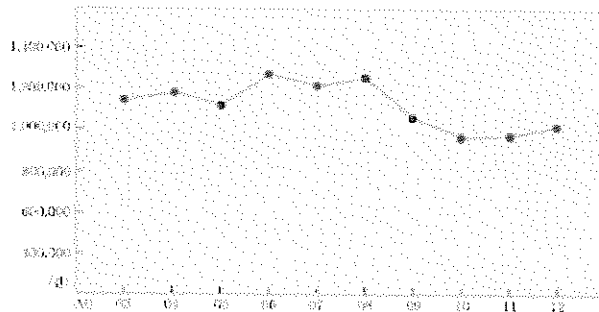
- 4) 민사소송사건 접수건수의 폭증은 필연적으로 판사의 업무부담을 증대시키며 법원은 많은 사건을 처리하기 위하여 사건처리율로 법관을 평가하게 된다. 이 경우 법관은 시간이 많이 드는 사실심리절차로 들어가는 것에 대해 비협조적인 태도를 취하게 된다.
- 5) 판사들은 자신에게 넘겨진 사건을 신속하게 처리하여야 하므로 스스로를 사건관리자(case manager)로 여기게 된다. 이 때문에 사실심리(trial)에 대하여 적대적인 태도를 취하게 된다.
- 6) 미국에서는 사실심리절차에 앞서 증거개시절차(discovery)등을 취하는 등 광범위한 사실심리전절차를 진행하고 있는데 그 과정에서 당사자들은 많은 비용을 지출하게 된다.
- 7) 약식판결로 번역하기도 하나 사실심리를 거치지 않고 간단하게 재판을 한다는 의미를 중요시하여 사실심리생략판결이라고 번역한다.

[민사사건 접수 건수의 추이 1]8)



8) 2012년 사건추이, 사법연감 599면, 이하 사법연감자료는 인터넷 <http://www.scourt.go.kr/portal/justicesta/JusticestaListAction.work?gubun=10>. 참조

[민사본안사건 제1심 접수 추이 2]9)



[민사본안사건의 추이 3]10)

미국의 경우와 달리 위 자료에서 나타나는 우리나라 민사사건의 접수 및 처리건수의 추이는 아직 사건의 감소현상을 이야기하기에는 적절하지 않아 보인다. 표 1-1에서 보듯이 접수건수는 2003년 이후 2012년에 이르기까지 큰 폭의 변화를 보이지 않는다고 할 수 있지만 사건 총수가 350~450만 건을 유지하고 있을 정도로 매우 많다¹¹⁾는 점이 특징이라고 할 수 있다.

물론 이러한 견해에 대하여 그림 1-3에서 보듯이 2009년부터 민사사건의 접수건수 추이가 소폭이나마 줄어드는 경향이 있다는 의견도 가능하다. 다만, 아직 추세라고 하기에는 변화정도가 너무 약하지 않나 한다. 그러나 우리의 경우도 소송사건수가 더 늘어날 것으로 보이지는 않으며 결국은 ADR 등 소송대체제도가 점차 늘어나면 사건수는 줄어들기 시작하지 않을까 한다.

오히려 우리의 경우 특이한 점은 민사본안사건의 추이 표1-3에서 보듯이 우리 법원이 주어진 사건의 양에 맞추어 처리하는 경향을 꾸준히 보이고 있다는 점이다. 그 중에서도 특히 민사 1심사건의 접수 및 처리추세는 거의 일치하는 양상을 보이고 있다.¹²⁾¹³⁾

9) 2012년 사건개황, 사법연감 524면.

10) 2012년 사건추이, 사법연감 601면.

11) 인구대비 사건수가 많은지는 다른 국가와의 비교를 통해 가능할 수 있을 것이다. 그런데 이에 국제적인 통계를 내기 어렵고 국가마다 사법시스템도 다르고 사건수의 통계를 잡는 시점이나 방법도 달라 직접 비교하는 것은 무리가 있다. 2004년 기준 일본과 비교하면 인구 1만 명 당 민사재판은 6배, 형사고소는 155배 수준이고, 소송천국으로 일컬어지는 미국의 캘리포니아 주(우리나라 인구 대비 비슷한 주)와 비교해도 우리의 민사소송건수가 1.7배 정도가 된다는 견해(강민구, 소송만이 농사인가, 매경춘추, 2009.05.20.; <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?year=2009&no=288422> 기사)를 보면 우리 나라의 민사소송사건수(접수/처리 포함)는 결코 적지 않은 나라에 속한다는 알 수 있다.

12) 1심 사건의 처리속도와 소송비용을 기준으로 했을 경우 우리 나라 법원의 사건처리 속도 및 저비용 수준이 세계 최고 수준의 국가군에 속한다고 분석하는 연구보고가 있다; Pilar Salgado_Otónel,

이 경우 법관의 수가 사건 수에 비례하여 증원된 것이 아니라는 점을 고려하면 법관 1인당 사건 수가 매우 많은 쪽으로 늘어난 것으로 보인다. 법관 1인당 사건 수 증가가 가장 심한 곳이 상고심(실제 재판을 하는 대법관수는 12인(대법원장과 행정처장 제외)으로 고정) 부분이다.¹⁴⁾

이러한 부분을 고려하면 단기적으로는 법관수의 증대가 가장 시급하며, 중장기적으로는 사실상 무제한적으로 항소 및 상고가 가능한 소송구조로의 개선 및 1심 충실화가 필요하다는 점을 어렵지 않게 알 수 있다.

또한 이와 동시에 법원은 법원이 개입하지 진정한 의미의 조정활성화와 한 심급만을 기준으로 파악하는 사건처리의 신속보다는¹⁵⁾ 분쟁사건 한 건이 해결되는 데 걸리는 전체 시간(총시간)을 기준으로 할 때 신속할 수 있는 보다 종합적이고 총체적인 관점의 분쟁해결시스템 구축에 힘써야 한다. 사법시스템의 효율성은 그 나라 국가경쟁력의 핵심요소¹⁶⁾이기 때문이다.

이에 본고에서는 총체적인 관점에서의 분쟁해결비용의 저감을 위한 물적, 인적, 제도적 개선이 필요하다는 관점에서 미국에서 논의되고 있는 분쟁해결시스템에 대한 새로운 흐름을 소개하고, 그 분쟁해결시스템의 새로운 대안으로 부상하고 있는 조정제도, 그 중에서도 조정에서의 교착상태해결방법을 시스템 구성의 측면과 조정기술의 측면을 중심으로 논의를 전개하고자 한다.

Enforcing Contracts, Doing Business 2010, APEC Workshop on Enforcing Contracts, 21-22 June 2010, Seoul, p.18.

- 13) 이 점은 법원에서 신규법관을 선발할 때 업무효율이나 업무능력이 뛰어난 사람 또는 과거에 법관이어서 신속한 업무처리가 가능할 것으로 기대되는 사람을 선발하는 기준과도 무관하지 않다. 그러나 법관의 최고의 미덕이 많은 사건을 신속하게 처리하는 것인지는 의문이 아닐 수 없다. 결국 이는 다른 행정기관 공무원 수 증원에 비해 사법부의 인력증원이 국회에서의 예산지원 부족 등의 이유로 상대적으로 적은 것이 큰 원인이라고 할 수 있으므로 국가차원에서 대책마련이 필요하다.
- 14) 대법원의 사건 수는 2012년 기준 민사사건만으로도 15,651건이며 총 사건은 45,311건에 이른다.
- 15) 당사자가 원하기만 하면 모든 사건이 최종 법원인 대법원까지 갈 수 있는 시스템은 세계에서도 유래가 없는 시스템이 아닌가 한다. 이러한 시스템을 그대로 두고 각 심급에서의 신속만을 장점으로 내세우는 것은 심각한 문제가 있다.
- 16) 근래에는 이를 사회 분쟁해결비용이라는 용어로 설명하기도 한다.

2. 미국 민사사건해결방안의 새로운 흐름¹⁷⁾

(1) 분쟁해결시스템의 새로운 흐름

1) 통섭법¹⁸⁾

통섭법(종합법; 전체법; Holistic law)은 1990년 경 미국의 실무변호사들 사이에서 시작되었다. 통섭법은 소송참여자들의 최고 수준의 만족을 위하여 인간적인 법질치의 필요성에 인식을 같이하고 당사자(각자)의 위엄과 인격을 존중하고 평화를 도모하는 방법의 변론을 촉진하며 통섭적인 가치를 추구하자는 흐름을 말한다.

통섭법에서는 당사자들간의 의무와 관계의 가치를 중시하고 공감, 화해, 용서, 치유(healing)의 가치를 소중히 하며 공감적 경청(deep listening), 관계회복(reconciliation), 말로 하는 커뮤니케이션의 중요성, 다양한 문화와 전통에서 활용된 전해 내려오는 지혜를 활용하고 변호사로서의 보람을 찾는 것 등을 중요시한다.

따라서 통섭법은 기본적으로 학제적 연구(interdisciplinary)의 방법에 기반을 두고 변호사들이 의뢰인을 대리할 때 자신의 도덕과 가치를 실현을 하는 것을 목적으로 삼고 있기 때문에 변호사가 의뢰인과 관련되는 모든 사람들에게 옳은 일을 하는 것(do the right thing)을 이상으로 삼는다.

종합의료(통섭의학; holistic medicine)¹⁹⁾와 비슷한 관점에서 서서 법률문제를 해결함에 있어 협동적인 방법이나 치유적인 방법을 사용하며 그 문제에 대한 광범위하고 통섭적인(종합적인) 방법을 즐겨 사용한다. 심지어 어떤 사람들은 인문학적 방법이나 뉴에이지 방식, 심리학적 방식, 종교적 또는 영적인 방식, 보편적인 도덕률 등을 활용하기도 한다.

17) 이러한 경향이 미국에만 국한된 것인지는 좀 더 광범위한 연구를 해 보아야 한다. 본고에서는 필자의 시간과 능력의 한계로 미국에서의 논의에 국한하였다.

18) Leonard L. Risikin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie/Richard C. Ruben/Jennifer K. Robbenolt/Nancy A. Welsh, *Dispute Resolution and Lawyers*, West, 2009, p.955.

19) 사람을 치료하는 방법만이 아니라 그 사람을 둘러싸고 있는 유기적인 요소로서의 환경도 함께 치유하는 것을 목표로 하는 의학을 말한다. 환자를 치료함에 있어 신체의 질병만이 아니라 정신적인 질병도 함께 치유하는 경우를 말하기도 한다.

2) 치유의 사법 및 예방법²⁰⁾

예방법(Preventive law)은 분쟁이 발생하기 전에 법률문제에 개입하여 명시적인 조치를 취하는 법률운동으로 피해를 사전에 예방하는 활동을 말한다. 예방법은 소송이나 갈등을 피하기 위하여 사전에 대책을 세우는 방식, 즉 변호사-의뢰인 관계, 의뢰인-일반인 관계를 전체적인 입장에서 바라보고 법적 분쟁을 사전에 예방하는 방식을 선호한다.

예방법은 소송과 관련된 막대한 심리적 손실과 금전적 손실을 예방하고 소송으로 인한 부정적인 결과를 피하는데 중점이 있다. 대개의 경우 예방법은 소송으로 확대되기 전에 문제점이 내재되어 있는 상황을 제거함으로써 기존의 관계를 유지하는 역할을 한다.

예방법이 가장 전형적으로 적용될 수 있는 노동분야를 예로 들면, 노동자가 사용자에게 불만을 품고 일을 제대로 하지 않게 되어 노동생산성이 떨어지면 사용자는 노동자를 해고하고 노동자가 소를 제기하게 되는데, 변호사가 이러한 상황이 일어나기 전에 먼저 양자의 관계를 역동적으로 이해하고 심리적인 측면까지 고려하여 대책을 세울 수 있다고 한다.

예방법과 유사한 발상에서 나온 방법으로 상당히 이론적으로 체계화된 것이 치유의 사법(Therapeutic Jurisprudence)이다. 이 방법은 1990년경 나타난 이래 지지자들이 급속히 늘어난 방법으로 의뢰인과 그들의 가족, 친구, 변호사, 판사 및 지역사회를 포함하는 사람들의 관계에 중점을 둔다. 원래 치유의 사법은 정신건강 관련법(mental health law)에 속하는 것이지만 절차법뿐 아니라 실체법에서도 광범위하게 활용되고 있다.

치유의 사법은 변호사들에게 어떤 개인이나 집단에게 특정의 법적 조치를 취하는 경우의 심리적 효과를 고려하고 그것을 사후에 검토하도록 한다. 이 때문에 치유의 사법은 사법과정에서 개인의 정신건강도 고려하도록 하는데 도움이 된다. 약물남용관련법원(drug treatment court)이나 가정폭력관련법원(domestic violence court)에서는 이러한 장단기의 정신건강을 고려하여 판단을 하도록 하는 것이 이에 속한다. 이들 사건을 다루는 재판에서 고통을 겪고 있고 방어적이며 고립된 개인을 지원하거나 설득할 권위를 가진 충분한 힘과 권위와 기회를 가진 사람이 판사라고 보기 때문이다.²¹⁾

예방법과 치유의 사법은 전자가 법률실무활동 과정에서 나온 운동이라면 후자는

20) Leonard L. Risikin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie/Richard C. Ruben/Jennifer K. Robbennolt/Nancy A. Welsh, Id at 952-953.

21) Leonard L. Risikin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie/Richard C. Ruben/Jennifer K. Robbennolt/Nancy A. Welsh, Id at 953.

이론적으로 체계화된 것이라고 할 수 있고 서로 상호보완적인 관계에 있다. 이 때문에 예방법학은 치유의 사법에 실용적인 토대를 제공해주는 역할을 하고 있고 치유의 사법은 예방법학에 치유적인 방법으로 법을 적용할 수 있음을 보여준다.

또한 예방법은 치유의 사법이 취하는 법심리학적 방법을 많이 차용하기도 한다. 이 때문에 여러 문헌에서 이 두 가지 방법론은 서로 결합 또는 통합되는 경우가 많다. 이러한 방법들은 자녀가 여럿인 경우 유언에 따라 유산분배를 해야 하는 변호사나, 에이즈로 진단이 난 환자나 이혼을 경험한 고객을 다루는 변호사들이 의뢰인을 돕고 그들의 슬픔을 치료하는 데 있어 매우 유용하다.

3) 회복적 사법²²⁾

회복적 사법(Restorative Justice)은 1977년 앨버트 이글리시(Albert Eglis)에 의하여 처음 주창된 것으로 특정범죄에 이해관계를 가진 사람들(가해자와 피해자 및 지역사회)을 적극적으로 관여²³⁾시켜 피해 및 구체적인 요구사항, 책임관계를 확인하고 치유와 함께 범죄를 둘러싼 갈등을 해소하고 그 결과 피해자나 지역사회의 피해를 배상하는 것을 내용으로 하는 범죄해결의 새로운 대응양식을 말한다. 전통적 형벌에 기초를 둔 응보사법과 범죄자의 치료에 중점을 둔 배분적 사법에 대비되는 개념으로 사용된다.²⁴⁾

이 방식은 오스트레일리아, 캐나다, 영국과 미국의 일부 지역에서 채택되어 활용되고 있다. 캐나다에서는 피해자·가해자 화해프로그램(Victim Offender Reconciliation Program; VORP)으로, 영국은 국가가 지원하는 피해자·가해자 조정(Victim Offender Mediation Program; VOM)으로, 미국변호사협회는 피해자·가해자 조정제도를 승인하고 실무기준을 세우는 방식으로 활용을 하고 있다.

그 외 유럽위원회(Council of Europe)와 유엔 경제사회이사회(ECOSOC)도 이를 지지하는 정책과 기본원칙을 채택하고 있다. 동시에 유럽국가들 중 오스트리아, 독일, 덴마크, 핀란드, 스웨덴, 아일랜드, 네덜란드, 룩셈부르크, 스위스, 알바니아, 루마니아, 폴란드, 불가리아, 이탈리아, 스페인, 우크라이나 등도 피해자·가해자 조정 프로그램을 시행하거나 회복적 사법정책을 수립하고 있다.²⁵⁾

회복적 사법이라는 용어를 반드시 형사법에 한정하여 사용하여야 하는지는 의문

22) Leonard L. Risikin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie/Richard C. Ruben/Jennifer K. Robbenolt/Nancy A. Welsh, Id at 952.

23) 정준영, 치유와 책임, 그리고 통합: 우리가 회복적 사법을 만날 때까지, 제8회 한국법률가대회/제4세션 제4분과 세미나 자료집, 2012, 6면.

24) 이진국, 회복적 사법의 실천을 위한 법적 과제, 제8회 한국법률가대회/제4세션 제4분과 세미나 자료집, 2012, 34-36면.

25) 정준영, 앞의 논문, 13-14면.

이다. 민사분야의 조정절차도 당사자들간의 관계 회복이나 심리적 치유의 기능을 상당정도 수행하고 있다고 할 수 있기 때문이다. 물론 민사분야에서 많이 행해지는 조정은 더 이상의 분쟁확대를 막고 극단적인 격돌을 피하게 해 주는 절차여서 당사자들의 치유나 회복은 일종의 반사적 효과의 성격이 강하다는 점에서 형사법상의 치유의 사법과 차이는 있다.

4) 절차적 정의(Procedural justice)²⁶⁾

절차적 정의를 증시하는 입장에서는 사법절차에서 소송당사자들의 만족도는 때로 소송의 승패만큼이나 당사자들의 심리적 요인이 좌우한다고 생각한다. 이들은 소송 절차의 만족도가 소송에서 당사자들이 얼마나 인격적으로 존중을 받았는지, 자신들의 말을 충분히 들어 주었는지, 자신의 의견을 개진하고 소송에 참가할 수 있는 기회가 충분히 주어졌는지, 판사가 얼마나 믿을 수 있게 권위를 유지하며 절차를 진행하였는지가 절차적 정의의 핵심요소라고 생각한다.

이 때문에 이들은 판사와 변호사가 법률실력 이상으로 당사자들을 인격적으로 대하고 진실, 정직, 신뢰의 자세로 임하여야 하고 소송절차는 당사자들이 자유롭게 말할 수 있는 기회를 최대한 보장하는 능력을 길러야 한다는 견해를 취한다.

문제는 이러한 해외에서의 절차중시경향과는 반대로 우리의 현실은 일종의 절차경시 또는 절차무시경향²⁷⁾이 발생하는 상황에 있지 않나 한다. 분쟁해결의 세계적 추세에 비추어 볼 때 많은 고민을 해야 할 부분²⁸⁾이 아닌가 한다.

5) 협동법/대동법(Collaborative law)²⁹⁾

새로이 논의되고 있는 법률 분야로 대동법(大同法; 협력법; collaborative law)은 양당사자들이 처음부터 소송에 가지 않고 분쟁을 해결하기로 하고 변호사와 계약을 맺고 분쟁을 평화적으로 해결하자고 하는 것으로 비교적 최근에 나타난 새로운 분쟁해결분야에 속한다.³⁰⁾

26) Leonard L. Risikin/James E. Westbrook/Chris Guthrie/Richard C. Ruben/Jennifer K. Robbennolt/Nancy A. Welsh, Id at 953.

27) 함영주, 민사소송법상의 ADR준류체계의 재검토, 민사소송(한국민사소송법학회지) 17권 2호, 진원사, 2013, 516-518면.

28) 사법불신이라는 말로 표현되는 비판이 이와 맥을 같이 한다. 세세한 법률지식이 없는 사법서비스에 대한 다수의 소비자들은 사법전체를 불신하는 방식으로 의사를 표현하는 것이 일반적이기 때문이다.

29) 현재까지 이를 우리말로 번역한 용어가 보이지 않아 필자가 일단 대동법(大同法)으로 번역하였다. 분쟁 해결을 위하여 모두 동참(participation)하고 노력(collaborate)한다는 의미에서 역사적인 의미도 있는 대동(大同)이라는 용어를 선택하였다. 함영주, 분쟁해결론, 진원사, 2010, 143면.

30) The american bar association, Guide to resolving legal disputes, Random house reference,

대동법의 정신에 의하여 양당사자는 처음부터 그 변호사가 분쟁을 평화적인 방법으로만 해결해야 한다는 조건으로 변호사를 선임한다. 만일 대동법의 단계에서 그 변호사가 분쟁을 해결하지 못하면 당사자들은 새로운 변호사를 선임하여 다음 단계로 넘어가게 된다.

또한 당사자들과 변호사는 소송을 하거나 소송을 하겠다고 협박하지 않는다는 조건부의 계약을 한다. 대동협정(participation agreement)이라고 할 수 있는 이 계약은 모든 절차가 철저히 비밀(confidential)에 부처진다는 특징이 있다. 대동협정 하에 양당사자는 신뢰를 가지고 허심탄회하게 동참할 것이 요구된다.

당사자들 사이에 관련정보를 낱알이 공개하는 것이 이 협정의 백미라고 할 수 있다. 의뢰인이 선임한 변호사는 의뢰인의 이익을 위해 봉사한다. 무엇보다 모든 당사자들이 공정하고 형평에 맞는 문제해결이라는 목표를 향해 일심동체가 된다는 점이 다른 분쟁해결제도와 근본적으로 다른 점이다.

대동법(collaborative law)은 주로 가족법에서 사용되기 시작하였지만 점차 고용관련법, 상사법, 유언법, 부동산법, 의료법, 개인상해 관련법 등에서도 활용되고 있다. 양당사자들이 성실히 상대방과 협상을 할 마음가짐만 되어 있다면 대동법은 당사자들의 분쟁을 효율적으로 해결하는 참신한 도구로 기능할 수 있다고도 한다. 예를 들어 이혼사건에서 양당사자와 양당사자의 변호사가 다함께 모여 협의를 하며 변호사는 자신의 의뢰인의 이익만을 위해 활동하지 않으며 4자가 모두 합의를 위해 협력을 하는 경우가 이에 해당될 수 있다.³¹⁾

6) 창의적 문제해결(CPS; Creative Problem Solving)³²⁾

창의적 문제해결(CPS; Creative Problem Solving) 방식은 인본주의적이며 학제적(interdisciplinary)이고 창의적이며 예방적인 방법으로 법률분쟁을 해결하는 방법을 통칭한다. 이 방법에서는 법, 사회학, 사회인류학, 행동과학(인지심리학, 집단역학, 의사결정론 포함), 경제학, 응용과학 등을 전체적인 관점에서 동원한다.

창의적 문제해결에서는 문제를 다차원적인 것으로 종종 비법적이고 학제간 방식의 해결책을 찾기도 한다. 이 때문에 법에 대한 지나칠 정도의 교조적인 자세는 창의적 문제해결의 방해가 되기도 한다. 미국변호사협회(ABA)는 창의적 문제해결 방식의 범위와 효율성에 대하여 적극적인 지지를 하고 있다.

이를 비판하는 입장에서는 창의적 문제해결방식이 모든 문제를 해결하는 만능통

2007, p.41.

31) Leonard L. Risikin, Id at 954-955.

32) Leonard L. Risikin, Id at 955-956.

치약으로 이용되는 측면(umbrella discipline)이 있다는 점을 지적한다.

7) 전문법원(specialized Courts)

미국에서는 마약전문법원, 정신건강법원, 가정폭력법원과 같이 전문화된 법원들이 알콜이나 마약에 중독된 사람들을 치유하는데 효율적이라고 한다. 이들 법원에서는 인간의 본성과 정신에 대한 심리적 통찰력으로 개인들의 생활에 사법적인 처방으로 최적의 결과를 만들어 내기도 한다. 위 법원 중 어떤 법원에서는 범죄자들의 재범률을 획기적으로 낮추는데 기여한 것으로 평가되고 있다.

미국의 경우 전문법원에 의한 문제해결은 주로 변호사들이 아니라 판사들이 주도하는 형태로 진행되고 있다. 전문법원의 업적은 문제가 많은 사람들을 법원시스템 안으로 끌어들었다는데 있다기보다 전문법원의 역할로 변호사와 판사들이 나름의 자신감을 회복하였다는데 있다고 한다.³³⁾

(2) 앞으로의 전망

통섭법(종합법; 전체법; Holistic law), 치유의 사법(Therapeutic jurisprudence), 예방법(Preventive law), 회복적 사법(Restorative justice), 절차적 정의(Procedural justice), 협동법/대동법(Collaborative law), 창의적 문제해결(CPS; Creative Problem Solving) 등의 개념은 우리 나라에 그리 잘 알려진 개념이라고 하기는 어렵고 바로 적용하기도 어렵다. 그러나 우리보다 앞서 많은 시행착오를 거듭한 선진 국가들은 거의 예외 없이 이러한 개념들과 유사한 맥락에서 전체의 틀을 내려다보는 날카로운 관찰력을 가진 매의 눈(an eagle eye)으로 사법시스템의 구축 및 재구축 작업을 해 나가고 있다는 측면만은 참조할 필요가 있다.

이들 논의의 공통점은 사법시스템을 투쟁의 장으로 이해하기보다 대화, 공감, 화해, 용서, 치유(healing)의 가치를 소중히 하며 공감적 경청(deep listening), 관계회복(reconciliation), 커뮤니케이션의 중요성, 다양한 문화와 전통에서 활용된 전해 내려오는 지혜의 활용, 변호사로서의 보람 등을 활용하여 인간이 살아가는데 중요한 가치로 회복하는 장으로 바꾸고자 노력하고 있다는 점이다. 동시에 이는 사회가 더욱 복잡해지고 현대화되면 될수록 소송절차 역시 대립과 갈등에 대하여 승패를 판단의 것으로 충분하지 않고 사법이 화합과 협동 및 평화의 도구로 거듭남으로써 사회를 살려내는데 일조해야 한다는 메시지를 던져준다.

이러한 외국 사법의 최근 흐름 또는 새로운 흐름을 참조하면, 우리의 사법 역시

33) Leonard L. Risikin, Id at 956.

기존의 엄격한 해석법 일변도에서 벗어나 학제적 연구(interdisciplinary)에 기반을 두고 추상적이고 단선적인 법의 해석·적용만 하는 데서 벗어나, 법률분쟁의 현장에서 변호사들이 의뢰인을 대할 때 구체적으로 어떻게 해야 하며 변호사 자신이 자신의 도덕과 가치를 어떻게 실현하여 나갈 것인지를 보다 실질적으로 고민을 해야 하는 시대(시점)가 도래한 것이 아닌가 한다.

이러한 흐름을 감안하면 장래 사법분야에서 경쟁력이 있는 변호사는 상대방 변호사를 소송에서 이김으로써 단기적으로 의뢰인으로부터 돈을 많이 받는 변호사가 아니라 보다 큰 시야로 사람들에게 옳은 일을 하는(do the right thing) 신뢰와 평판을 얻는 변호사가 아닌가 한다. 이 때문에 장래의 변호사와 판사는 논리적이고 지식부문에 다른 사람을 월등히 앞서는 지식인이기보다 당사자들을 인격적으로 존중할 줄 알고 당사자들의 말을 충분히 들어주며 그들의 현실에서의 고민과 고통을 공감할 줄 아는 지성과 감성을 갖춘 법률전문가일 필요가 있다.

동시에 법관은 법학, 사회학, 사회인류학, 행동과학(인지심리학, 집단역학, 의사결정론 포함), 경제학, 응용과학 등에 대해서도 조예가 있어 보다 전체적인 차원에서 사건을 해결하고 사회의 의사(사회기술자; social engineer)로 기능할 수 있어야 할 것이다.

이를 위하여 법학교육 역시 기존의 법해석 지식의 전달을 넘어 적어도 지혜영역의 준전문가 수준에는 달할 정도의 교육 또는 경험에 기초한 현장경험중심의 교육이 행해질 필요가 있다. 동시에 국가는 저렴한 비용으로 사법 인력을 활용하겠다는 효율성 일변도의 마인드에서 벗어나 제도를 이용하는 당사자들의 입장에서 근본적으로 분쟁을 해결하는 제도를 구축하는데 힘을 보태어야 한다.

현재 우리 나라는 위의 흐름 중 전문법원의 설치에 일찍부터 관심을 기울여 가정법원, 행정법원, 특허법원 등의 전문법원이 만들어져 있으나 그 전문화의 정도가 선진국의 수준에는 턱없이 모자란다고 할 수 있다. 전문법원의 운용 역시 장차 변호사로 개업을 할 사람들의 경험·경력 쌓기용이 아니라 해당 분야 당사자들의 관점에서 운용될 필요가 있다.

또한 회복적 사법은 형사절차분야에 한정되어 논의되는 경향이 있으나 보다 넓은 범위에서 논의될 필요가 있다.

이러한 세계적 흐름에 뒤처지지 않게 우리의 조정제도 역시 분쟁해결의 전체시스템을 조망하는 관점에서 운영해 나갈 필요가 있다. 이 때문에 다음 장에서는 재판절차와의 분화가 완전하게 이루어지지 않은 의료분쟁조정절차의 문제점에 대하여 검토해 보고 조정절차 진행 중 교착상태해결을 위한 방안에 대하여 논의해 보고자 한다.

재판절차처럼 운영되는 조정절차는 그 자체가 당사자들의 극단적인 떼쓰기나 버티기가 반복되어 잘해야 무익하고 잘못되면 전체 분쟁해결절차의 길이(시간)만 늘어

당사자들에게 유해한 절차³⁴⁾가 될 수 있기 때문이다.

II. 조정에서의 교착상태 해결을 위한 시스템차원 및 기술차원의 방안 검토

1. 시스템 차원에서 발생하는 조정교착상태 해결 방안

(1) 조정합의제 방식의 조정위원 구성과 교착상태

1) 합의제의 장점과 단점

일반적으로 민사소송에서의 합의제(3인 합의제)는 각 법관의 능력이 상승되며 주관성이 배제되므로 충실한 심리를 하여 공정·타당한 재판을 할 수 있고 외부의 압력을 배제할 수 있는 장점이 있는 것으로 설명된다. 그러나 법관들 개개인의 사건 부담이 너무 많을 경우, 합의제는 주심법관만이 그 사건에 적극적 관심을 가지게 되어 단독제와 크게 다를 것이 없는 방식으로 운영되기도 한다. 이 경우는 “공동책임은 무책임”이라는 부정적 요소가 강하게 나타나게 된다.

2) 단독제의 장점과 단점

소송에서의 단독제는 법관의 책임감을 강하게 하고 기민한 활동으로 신속하게 사건을 처리할 수 있고 예산을 절감할 수 있는 장점이 있다고 한다.

반면에 단독제의 경우에는 사건의 진행이 판사 1인에게 전적으로 맡겨져 있으므로 판사의 성향이나 성실성에 따라 사건의 진행을 예측하기 어렵다는 문제가 발생할 수도 있다.

3) 조정절차에서의 합의제와 단독제

소송과 달리 조정은 그 본래의 자율적인 성격과 절차의 유연성 때문에 조정부 위원 5인의 의견이 일치하는 경우가 발생하기 어려운 속성을 가지고 있다. 또한 조정

34) 조정절차의 한계에 대하여 너무나 잘 아는 사람들이 조정을 또 하나의 소송지연의 도구, 부당한 압박을 하기 위한 도구로 사용하는 것을 가장 경계하여야 한다. 현재 우리의 절차법적 지식이 상대의 무지를 이용하여 부당한 결과를 얻어 내는 도구로 이용되는 현상이 적지 않음을 유념할 필요가 있다. “절차의 지연은 재판의 거부와 같다”고 하듯이 기존 절차와 유사한 절차의 혼용도 장애물이 될 수 있다.

위원들의 의견이 다른데 이를 억지로 일치시키려고 하는 것은 조정의 본질에 반한다. 따라서 조정에서는 소송절차와 달리 조정인의 임기응변이나 즉각적인 대응이 조정과정에서 매우 중요한 역할을 한다.

이 때문에 조정절차에서 조정부를 구성하는 방식(합의제)은 사건에 신속하게 대처하지 못할 수 있다는 단점이 있다. 대개 조정위원들 사이에는 위계질서를 따지기 어려운 임시구성원들의 조합으로 된 경우가 많아 조정절차진행에 위원들간의 의견이 맞지 않거나 결론에서 서로 모순되는 의견을 제시하는 경우에는 조정을 교착상태에 빠뜨리는 원인이 될 수 있다. 이 때문에 소송과 달리 조정은 1인 조정인체제로 운영하는 것이 일반적이다.

그러므로 의료분쟁조정이 전문분야라는 이유만으로 5인으로 구성된 조정부를 원칙적인 유형으로 제시하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다. 합의부로 구성하는 이유를 의료분야의 전문성 때문이라고 하는 주장이 있을 수 있으나, 조정인은 기본적으로 조정절차의 전문가이지 소송전문가이거나 의료분야의 전문가여야 하는 것은 아니다.³⁵⁾ 소송전문가는 조정이 안 된 경우에 진행되는 소송절차에서 전문성을 발휘하면 되는 것이고 의료전문가는 전문의견이 필요한 감정절차에서 의견을 개진하는 것으로 충분할 것이기 때문이다.

동시에 5인의 조정위원으로 구성된 의료분쟁 조정부의 경우에도 민사소송의 합의부와 유사한 현상은 나타날 수 있다. 거기에 의료분쟁조정절차의 조정부가 법조인 2인(판사 1인 반드시 포함, 검사, 변호사), 보건의료인 1인, 소비자단체 1인, 대학교수 1인으로 구성된 5인 조정부로 운영되므로 다수의 조정위원이 한 명의 조정위원에게 의존하는 구조로 운영될 가능성이 있다.

특히 판사 1인(감정의 경우에는 검사 1인)을 반드시 포함하도록 되어 있는데 판사(검사)로서도 본연의 업무를 하면서 외부조정위원으로 활동하는 것이 시간적인 면이나 전문성의 면에서 많은 부담이 될 수 있다. 판사(검사)조정위원의 촉박한 일정 자체가 조정교착상태를 촉발하는 원인이 될 수 있기 때문이다.³⁶⁾

35) 소송전문가 마인드는 별도의 절차인 소송절차에서 발휘할 것이고 의료전문가로서의 전문지식은 감정절차에서 제시되는 것으로 족하지 조정절차에서 조정인으로 반드시 참여해야 하는 문제라고 할 것은 아니다. 조정절차에서 필요한 법률 또는 소송지식은 현재 진행 중인 조정에 실패하여 소송으로 갔을 경우의 한계나 문제점에 대한 설명을 할 수 있는 정도로 충분하다(물론 변호사이면서 조정마인드까지 갖추었다면 더할 나위 없이 좋은 조정인이 될 수 있을 것이다). 그러나 재판절차를 담당하는 법관이 직접 조정절차에 참여하도록 하는 것은 조정절차와 재판절차 모두에게 부담을 줄 수 있다. 이는 또한 판단위주의 절차운영에 대하여 당사자들이 오히려 재판절차로 가서 제대로 된 재판을 받았다고 함으로써 교착상태가 발생하게 하는 원인이 될 가능성도 있다.

36) 조정인의 조정에 쏟아 부을 수 있는 시간이 제한되어 있다는 점이 조정교착상태를 초래하는 원인이 되는 경우는 많이 있다. 조정은 판단작용이라기보다 당사자의 합의를 이끌어 내는 협의과정 또는 협상과정이므로 짧은 제한 시간에 결과를 얻으려고 한다고 얻을 수 있는 것이 아니기 때문이다. 조정당사자들에 비해 조정인들의 시간제약이 많다면 조정절차는 정상적으로 진행되기 어렵다.

그리고 조정절차가 재판절차와 다른 절차임이 틀림없음에도 의료분쟁조정법 제20조 제2항 제1호에 조정위원 정수의 5분의 2는 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람(외국의 법제에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람을 2명 이상 포함하여야 한다)이 포함되도록 한 것은 재판절차와 다른 절차라는 전제와도 모순이 된다. 결국 이는 의료분쟁조정절차³⁷⁾를 소송절차에 준하여 운영한다는 것을 간접적으로 드러내는 것과 다를 것이 없다. 또한 의료분쟁조정법 제33조 조정결정제도와 같은 법 제 37조 제4항에서 조정조서는 재판상 화해와 동일한 효력을 인정한 것도 이러한 절차 운영(소송 점 조정인 혼합절차운영)의 기초를 마련하기 위한 것으로 생각된다.

결국 우리의 의료분쟁조정이 합의부 구성방식의 조정(5인 조정 방식)을 취하고 있다는 것은 당사자의 합의를 촉진하는 조정의 본래의 모습이라기보다 중재나 법원이 재판에서와 같은 판단작용을 중심으로 삼고 있다는 것을 반증하는 것이다. 이러한 특성은 조정절차에 판사 및 검사가 일정 부분 필수적으로 참여³⁸⁾하도록 한 것에서도 쉽게 확인된다. 결국 현 단계에서의 의료분쟁조정제도는 명칭만 조정일뿐 실질은 재판(판단의 일종의 재정(裁定))인 방식으로 운영되고 있다고 할 수밖에 없다.

이는 해당 사건의 진행에서 당사자를 앞에 두고 위원간의 의견이 불일치하는 경우에는 그 경우 절차를 어떻게 진행할 것인지에 대한 절차를 별도로 정해두어야 한다는 의미가 된다.³⁹⁾ 별도의 절차를 두어 조정인간의 의견불일치를 통제한다고 해도 이는 결국 조정절차에 판단의 요소가 도입되어 있기 때문에 발생하는 구조적인 문제라고 할 수 있다.

그런데 이처럼 중재에서의 의장중재인이나 소송절차에서의 재판장처럼 조정부의 장을 두어 절차를 진행한다면 이는 결국 중재나 재판의 아류에 머무를 수밖에 없으며 제도경쟁력 면에서도 소송이나 중재에 흡수되는 문제있는 제도가 될 수밖에 없다.⁴⁰⁾ 조정당사자들이 그렇게 진행되는 재판아류절차에 만족하고 재판절차로 넘어가지 않으려고 순순히 응할지는 의문이다.⁴¹⁾

- 37) 언론중재위원회의 조정과 기본적 구조가 유사한 것으로 보이는데 왜 이 두 분야가 특히 이러한 구조를 취해야 하는 지는 설명이 쉽지 않다.
- 38) 전문성과 공정성 때문이라고 하나 판사나 검사의 전문성이나 전문성은 재판절차 내에서 발휘될 문제이지 당사자들의 자발적인 노력으로 문제를 해결하는 조정절차에서 논의할 문제는 아니다. 기존 판례에 대한 해박한 이해가 필요한 경우라면 유능한 변호사가 그 역할을 충분히 해 낼 수 있을 것이다. 또한 현직 판사와 검사가 자신의 본연의 직무를 중단하고 외부 조정기관의 조정위원회에 반드시 참석하여야 한다고 하는 것도 쉽게 설명할 수 있는 현상은 아니다.
- 39) 소송에서처럼 재판장, 우배석, 좌배석 등의 서열구분이나 주심법관 등의 업무분담이 필요하게 된다.
- 40) 조정인 1인에 의한 조정절차 진행에 대하여 의구심을 가지는 견해는 대부분 조정을 양당사자를 도와 문제를 해결하는 절차가 아니라 판결과 마찬가지로 기존의 판례나 법리를 존중하여 판단하여야 하는 절차로 오해하는 데서 비롯된 경우가 많다. 기존 판례나 법리를 존중하여 판단하는 작용은 소송절차에서 제대로 하는 것이 옳다. 바로 그 점 때문에 소송과 다른 조정절차가 존재하는 것이다.
- 41) 서구에서는 오랫동안 각광을 받던 중재절차가 재판절차와 다른 나름의 특성을 제대로 살리지 못하고 재판유사절차로 운영되면서 과거의 인기를 회복하지 못하고 있다는 지적을 하는 견해가 있다.

그러나 조정은 단독조정인이든 조정부에 의한 조정이든 조정이 당사자들에게 만족스러운 절차였는지는 조정당사자들의 사후 평가를 기준으로 냉정하게 검증이 되는 시스템을 수립할 필요가 있다. 특히 단독조정인을 기본적인 형태로 하는 경우고 불가피한 경우에만 조정부를 둘 수 있도록 시스템을 개선하는 경우에는 조정당사자들에 의한 사후평가를 엄격히 할 필요가 있다. 그렇게 하는 것이 조정인의 역량도 증진시키고 조정교착상태도 근본적으로 해결하는 방안이 될 것이기 때문이다.

(2) 조정의 목적 또는 특질에 대한 이해부족으로 발생하는 교착상태

조정절차는 기본적으로 당사자들이 자신의 문제를 스스로 해결하도록 돕는 당사자 자율의 절차이므로 후술하는 협상의 8가지 요소(IOCAC RCC)를 활용하여 쟁점을 일일이 검토하는 방식이 유용하다. 다만 이 때 조정인은 조정을 단순히 사람을 현혹하는 기술(테크닉)이나 속여서 합의에 이르게 하는 기술로 파악하는 것은 조정당사자에게는 물론이고 조정인에게도 바람직하지 않다.

오히려 조정절차는 소송절차와 다른 특색을 지닌 또 하나의 분쟁해결절차로서 당사자들의 만족도를 높일 수 있는 체계적인 절차라고 운용되어야 한다. 따라서 조정절차의 체계화와 조정인에 대한 교육은 조정절차 운영의 필수적인 요소라고 할 수 있으며, 제대로된 체계 없이 각자의 경험에 기초하여 임기응변으로 조정을 하는 경우에 비하여 많은 장애를 극복할 수 있다.

다만, 조정절차를 진행함에 있어 조정인은 조정이 조정자 자신이 자기 만족적 절차이거나 사건을 신속하게 처리하기 위한 절차가 아니라⁴²⁾, “조정의 당사자들에 의한, 당사자들을 위한 당사자들이 스스로 자신의 문제를 해결하는” 자기발견 절차(앞의 한자에서의 覺)라는 점에서 지극히 민주주의 원칙 또는 사적자치의 원칙을 따르는 제도라는 사실을 확실히 인식할 필요가 있다.

이러한 인식이 없을 경우 조정절차는 임기응변절차가 되고 조정실적을 과시하기 위한 조정을 위한 제도로 전락하기 쉽다. 그 경우 업적 달성을 위한 조정인의 무리한 조정합의시도가 조정에서의 교착상태의 원인이 된다.

조정이 교착상태에 빠지고 당사자들이 재판으로 가겠다는 의지를 확고히 하는 현

42) 법률가, 의사 등 전문직에 종사하는 사람들은 해당 자격증을 따기 위해 많은 노력과 시간을 집중 투입하는 경쟁과정을 거쳤기 때문에 자각 그 자체가 전문성과 공정성을 담보한다는 생각을 갖기 쉽다. 이를 심리학에서 노력정당화이론(Effort Justification Effect)이라고 한다. 그런데 노력정당화이론에 의하면 의사들이 동일 직종의 다른 의사 진료의 문제점을 지적하거나 의사와 환자 사이에 조정인으로 중립성을 지키는 것은 지극히 어려운 수밖에 없어 “팔이 안으로 굽는다”는 비판에서 자유롭기 어렵다. 의료 분쟁에서 조정인이 되거나 감정인이 되는 의사들의 중립성을 확보하기 위해서는 학계에서 동료 교수의 논문을 익명의 다수 동료가 평가하는 익명 동료평가(peer review) 방식을 활용할 필요가 있다. 경우에 따라서는 실제 의료분쟁사건이 아닌 사건도 평가대상에 넣어 공정성을 높이는 것도 한 방법이 아닌가 한다. 조정은 당사자들의 중립인과 조정절차에 대한 “신뢰”에 전적으로 달려 있기 때문이다.

실 상황에서는 조정인 스스로 조정인에 대한 신뢰에 문제가 생겨서 교착상태가 발생한 것은 아닌지 돌아보고 조정에 임하는 자세를 새로이 할 필요가 있다. 교착상태에서 조정인이 당사자들의 기질이 특이하여 또는 고집이 세어서 손해가 더 많이 발생하는 것을 알면서도 재판으로 가려고 한다고 책임을 전가하는 것은 특히 경계하여야 한다.

(3) 기판력의 인정에 따른 조정교착상태의 발생과 해소방안

1) 기판력 부여의 효과

의료사고 피해구제 및 의료분쟁조정 등에 관한 법률 제37조는 당사자 사이에 조정합의가 이루어진 경우 조정부는 조정절차를 중단하고 당사자가 합의한 내용에 따라 조정조서를 작성하여야 하며 그 조서는 재판상 화해와 동일한 효력이 발생한다고 규정하고 있다. 이는 조정의 효력을 법원의 판결과 동일하게 다루는 것으로서 법률의 형식을 취하고 있으므로 의견상 별 문제가 없어 보인다.

그러나 이 부분은 조정합의의 경우 절차에 대한 지식이 적은 당사자는 조정합의의 의미를 심도 있게 이해하지 못하여 법원의 판단을 다시는 받을 수 없는 기판력이 생긴다는 것을 모르고 합의를 하는 경우가 발생하게 하고, 절차법의 지식이 많은 당사자는 자신에게 아주 유리한 경우가 아닌 한 끝까지 합의를 하지 않고 버티는 방법으로 절차를 지연시키는 방향으로 악용할 수 있게 하는 원인이 된다.

또한 조정인이 조정성공물에 집착하게 되면 이 조항에 의지하여 조정인 스스로도 부당하다고 생각하면서 경제적 약자나 협상력(교섭력)이 약한 당사자를 일방적으로 양보시키는 방법으로 조정을 조기에 종결하려고 의욕하기 쉽게 된다. 그것이 조정제도가 지향하는 방향과 배치되는 경우임은 물론이다.

2) 조정본연의 성격과의 조화 문제

의료분쟁조정에서 끝까지 조정합의를 하지 못하는 경우에는 조 정부가 조정결정서 정본을 일방적으로 당사자들에게 보내고 15일 이내에 부동의의 의사표시가 없는 경우에는 동의한 것으로 간주하고 있다(의료분쟁조정법 제36조). 결국 이는 의료분쟁조정이 진정한 의미의 새로운 절차인 조정절차가 아니고 행정부에서 행하는 의료분쟁심판과 유사한 절차라는 것을 스스로 인정하는 셈이다.

이러한 절차를 잘 알고 있는 조정부의 조정위원나 단독조정위원은 합의를 몇 번 권하다가 이 사건은 합의조정이 불가능한 사안이라고 자위하며 조정을 갈음하는 결정을 하는 경향이 있다. 조정인이 조정합의를 하는 것이 매우 어려울 것이라고 느끼

는 순간, 즉 조정이 교착상태에 빠지는 순간, 조정을 갈음하는 결정을 하고 당사자가 이의를 하지 않기를 바라는 방향으로 절차를 서둘러 중단할 수 있다. 이 때 조정인은 그 절차가 없는 경우보다 당사자들을 독려하여 협상이나 교섭을 더욱 치열하게 하려는 의지를 거두기가 쉽다. 실제 조정인은 교착상태에 빠지는 상황이 벌어지면 조정절차의 지속적인 진행을 포기하고 조정갈음결정을 내리고 싶은 유혹에 쉽게 빠진다.⁴³⁾

이러한 특성 때문에 조정합의의 효력에 확정판결과 동일한 효력(재판상화해와 동일한 효력도 마찬가지), 그 중에서도 기판력을 인정하는 것은 바람직하지 않다. 이 점은 조정인 중 1인으로 판사가 포함되어 있다고 하여 달라질 성질의 것이 아니다.⁴⁴⁾⁴⁵⁾

이러한 효력부여는 조정절차의 본질을 흐려 우리 나라에서의 조정을 결국 재판도 조정도 아닌 절차로 만드는 원인이 되고 있다. 이러한 방식으로 운영되는 절차의 문제점은 제도에 밝은 당사자가 이 제도의 단점을 악용하는 경우 재판절차와 같은 분쟁종결기능도 확보하지 못하면서 절차자연의 도구로 동원되거나 제도 이용자들의 불신만 초래하고 제도의 이용을 회피하는 원인으로 작용할 수 있다는 점이다.

3) 집행력 부여로도 충분

조정이 당사자의 진정한 합의를 도출하는 제도로 운영되는 경우에는 굳이 확정판결에서처럼 기판력까지 인정할 필요가 없다.⁴⁶⁾ 서로 진심으로 합의를 했고 상황이 변한 것도 없는 상태인데 만일 일방이 다시 동일사건으로 소제기를 한다면 진심으

43) 심리적인 면에서 볼 때에도 조정이 되지 않아도 조정결정으로 봉합이 될 수 있는 소위 '믿는 구석'이 있으면 조정인들은 의식적으로 원하든 원하지 않든 조정을 위한 노력을 덜 하게 된다. 동시에 조정갈음 결정방식을 취한 것에 대해서도 자신은 제도화되어 있는 절차에 따랐을 뿐이라고 생각(자기 잘못이 아니라는 생각)하면서 조정인으로서의 책임감에서 쉽게 벗어날 수 있다.

44) 민사소송법 학자들은 오랫동안 재판절차 내에서 법원이 행하는 재판상의 화해(제소전 화해와 소송상화해 포함)에 기판력을 인정한 것은 세계적으로도 유례를 찾기 어려운 입법으로서 문제가 있다는 입장을 취해 왔다. 법관의 면전에서 화해가 이루어졌더라도 그 화해는 판결을 받은 것은 아니므로 확정판결과 동일한 효력을 주어서는 안 된다는 것이다. 다시는 소송을 할 수 없도록 하거나 판결의 내용을 존중하도록 하는 의미의 기판력은 확정판결에 한하여 주어져야 하는 기준력이기 때문이다.

45) 판사 1인이 조정인으로 참여하였다고 하여 법원이 아닌 기관에서 행한 절차에 기판력을 인정하는 근거가 될 수는 없다. 판결은 법원이 사건을 기본적으로 법정 내(현장검증 등의 경우만 법정 외 조사)에서 민사소송절차에 따라 진행한 법정에서 내리는 것이기 때문에, 법정 외이면서 판결절차가 아닌 다른 절차로 행해진 판단에 기판력을 부여하는 것은 문제가 있다(물론 의료분쟁조정원이나 언론중재위원회의 조정의 경우는 법원이 전혀 관여하지 않은 일반 행정위원회의 조정에도 기판력을 인정하는 것에 비추어 보면 더 낫다고 주장할 수도 있으나 재판절차(좀 더 엄격하게는 판결절차) 밖의 것이라는 점에서 결국은 크게 다르지 않다.

46) 기판력을 인정하여도 아무런 민사소송체계와 충돌이 되지 않으면 별 문제가 아니라고 할 수도 있다. 소송절차에 들어가지도 않았고 판결을 받은 것도 아닌 데 기판력을 인정하는 법제는 매우 이례적인 법제라고 할 수 있다.

로 합의를 하지 않았든가 합의당시 전혀 예상치 못한 문제가 발생하였다고 할 수 있다.

만일 합의과정에 빠뜨린 중대한 문제가 있는 경우라면 굳이 소송으로 가는 것을 원천적으로 막을 이유도 없다. 전자(진정으로 합의를 한 경우)의 경우라면 법원은 바로 패소판결을 하여 결과의 일관성을 유지하면 되고 후자(절차의 중대한 문제점이 있는 경우)라면 다시 판결절차를 진행하면 된다. 그러나 현행 민사소송법은 절차의 중대한 문제점이 있는 경우 소송절차로 완전히 진행되었을 경우어나 발생할 수 있는 사유로 구성되어 있는 11개의 재심사유에 해당하는 경우에 한해서만 존재심을 할 수 있다고 하여 절차문제에 대한 구제를 외면하고 있다.

이러한 문제점들 때문에 의료분쟁조정위원회에서 당사자간의 합의가 있었다거나 합의는 없었으나 15일 이내에 별도의 이의표시를 하지 않았기 때문에 소송절차로 가는 길을 원천봉쇄한다는 것은 판결을 받지 않은 것을 판결을 받은 것과 같은 것으로 간주하는 것으로 조정의 본질에는 물론이고 소송이론과도 배치된다. 제대로 조정이 된 경우라면 당사자들의 이의를 기다릴 것도 없을 것이고 조정절차에 심각한 문제가 있는 경우라면 법원이 다시 심리해야 하는 것임에도 막는 것으로 당사자의 절차기본권을 침해하게 된다.⁴⁷⁾

결국 조정은 합의가 된 경우에 한하여 집행력을 부여하는 것으로 제도구성을 다시 할 필요가 있다. 진정으로 합의를 한 당사자들은 기본적으로 임의이행을 할 것이고 하지 않는 경우에는 집행절차에 따라 집행을 하면 되기 때문이다. 또한 조정절차에서 합의를 한 후 집행을 거부하고 다시 소송을 하는 당사자가 있다고 해도 법원은 당사자 간의 합의에 중대한 문제점이 없는지 검토하고 동일한 결론을 유지하는 정책을 취하면 크게 문제될 것이 없다. 또 법원이 그러한 절차를 조정절차에 둔다고 하여 당사자합의로 종결된 조정사건이 법원에서 다시 문제되는 경우도 매우 드물 것이다.

(4) 조정당사자들에 의한 조정인 평가시스템의 구축 필요성

모름지기 모든 절차는 평가자에게 일방적인 권한만을 부여하는 경우에 문제가 발생한다. 평가자와 피평가자가 영원한 갑(甲)과 을(乙)의 관계라면 평가자가 피평가자를 위하여 절차를 진행할 유인(誘因)이 있기 어렵다. 그 경우 기껏해야 평가자가 피평가자를 공홀히 여겨 일방적인 시혜로서의 공정성을 베푸는 도덕적 행동이나 할 수 있을 뿐 진정으로 피평가자를 위한 절차를 운영하기는 어렵다.

47) 일부 견해는 조정절차 자체가 재판청구권 또는 절차권의 침해라는 견해도 있으나 조정절차로 인하여 법원에 재판을 청구할 수 있는 기회가 원천적으로 봉쇄되는 것은 아니라는 점에서 동의하기 어렵다.

결국 절차의 당사자들에 의한 평가가 없는 시스템(절차)은 조직 또는 조직에 속한 개인의 자기만족 또는 자기충족적인 평가로 운영되기 쉽다. 더욱이 그 절차를 수행하는 기관이 절차운영의 최종결정권자가 아니라 그 절차에 대한 감시나 감독을 하는 다른 기관의 평가를 받는 입장인 경우라면 그 기관 역시 당사자들보다 감시감독 기관의 기준에 맞춰 제도를 운영하려고 할 수밖에 없게 된다.

이 때문에 절차에 대한 평가 및 감시는 단순히 조직의 독립성을 강화하는 것만으로 달성하기 어렵고 평가자(조정인)와 피평가자(조정당사자)의 상호평가(견제와 균형 기능의 복원) 시스템을 만드는 것이 필요하다.⁴⁸⁾ 이러한 시스템을 구축하지 않고 조정절차가 당사자들을 위한 절차로 운영된다는 주장은 설득력을 갖기 어렵다.

다만 이러한 시스템을 당장 갖추는 것이 기존의 각종 조정관련 법률 때문에 어렵다면 평가결과에 구속력을 주지 않는 상태로 시험운영을 해 보는 것도 한 방법이다. 그 경우 조정당사자들로부터 좋지 않은 평가를 받은 조정인을 당장 교체하지 않고 그 결과를 조정인들에게 전달하는 방법으로 조정결과에 대하여 환류(feedback)를 해 줌으로써 조정인들이 자신을 발전시키는데 도움이 될 수 있다. 물론 조정인들에 대한 환류가 의미 있는 환류가 되기 위해서는 조정위원회에 의한 조정절차진행이 아니라 조정인 개인에 의한 조정절차로 시스템의 구축이 급선무이기는 하다.

이러한 여러 사정을 고려하면 현재 우리 나라에서 시행되고 있는 조정 중에는 법원조정센터에서 행해지고 있는 상임조정인제도가 가장 발전된 형태의 조정제도를 갖춘 것이 아닌가 한다. 상임조정위원은 기본적으로 법관이 아니라는 점에서 법관의 독립과는 다른 의미의 독립성을 확보할 수 있고 1인 조정을 기본으로 하고 있으며 법관이 법원 내외에서 동원할 수 있는 전문 인력 역시 활용할 수 있다. 또한 개인에 따라 편차가 있지만 재판과 조정이 다르다는 것을 심분 이해하고 조정절차의 장점을 잘 살리는 조정을 하고 있는 것으로 알려지고 있다.

다만 조정센터 역시 조정위원을 평가하는 기준으로 조정성공률이 여전히 강조되고 있고, 조정당사자들의 환류절차(feedback)가 제대로 구축되어 있지 않으며, 법원의 조직 관리⁴⁹⁾에 따라야 되는 한계가 있다는 점에서 한계가 있다. 조정센터의 인사·교육 및 재정부문에 어려움을 해소해 나가는 것이 조정제도 발전의 관건이 될

48) 국가기관인 법원의 경우도 사건을 중국적으로 판단할 수 있다는 점에서 매우 큰 장점을 가지고 있으나 동시에 당사자들로부터 직접적인 평가를 받지 않는다는 점 및 그와 동일한 사법서비스를 제공하는 대체기관이 없다는 점에서 크나큰 단점을 가지고 있다. 이 때문에 심판관(법관)은 누가 심판하는가(Who judges the judges?)의 문제 또는 법관에 대한 견제의 문제는 민사절차법의 해묵은 과제에 속한다.

49) 법원은 사법정책의 차원에서 거의 무제한적으로 상소가 허용되는 현행 상소심(3심제) 구조에서 한 사건이 민사소송사건으로 처리되는데 드는 총비용과, 조정을 통한 해결을 도모한 경우의 총비용을, 실증적으로 비교 연구하여 자료로 제시하였으면 한다. 법원이 효율만을 중심으로 운영되는 기관이 아니라는 점에는 전적으로 동의하지만, 기존 대법원 판례를 변경할 정도의 사건도 아닌 수많은 사건들이 상고심의 판단을 받아 대법원판례로 축적되는 현 상황은 어떤 외국의 사례와 비교해 보아도 매우 이례적인 것이기 때문이다.

것으로 생각된다.

Ⅲ. 조정현실에서의 교착상태 해결방안에 대한 검토

1. 조정기술적 측면 (IOCAC RCC의 활용)

(1) 이해관계 (내면에 숨어 있는 동기; Interest)

조정초기는 물론이고 조정이 교착상태에 빠졌을 경우에도 이미 검토해 왔던 입장(position)보다 이해(interest)에 초점을 맞추는 노력을 처음부터 다시 시작해 볼 필요가 있다. 실제 조정에서 당사자들은 사회적 체면이나 자신의 자존심 때문에 자신의 약점을 드러내지 않는 경향이 강하기 때문이다. 조정인이 포기하지 않는 한 조정이 가능한 것이 조정이기 때문이다.⁵⁰⁾

동시에 조정인의 경험과 지식을 활용하여 다음과 같은 숨은 동기나 이해관계가 없는 지를 다시 처음부터 검토할 필요가 있다. 교착상태에 빠지기 전까지 해 오던 조정인의 태도를 180° 바꾸어 보는 것⁵¹⁾도 한 방법일 수 있다.

예) 의무감(부담) 완화, 상실의 고통 이해, 독점 계약 여부, 체면/명성 유지, 관계 유지/친선, 인정, 안전, 사업기회, 조직 또는 개인의 발전 등의 관점으로 관심범위를 넓혀 질문 또는 상담하는 방식으로 당사자들의 숨은 이해관계를 파악할 것. 현재 입장을 취하는 원인도 재검토할 것; 왜 돈이 더 필요한가 또는 필요하지 않은가? 와 같은 개방형의 질문이 필요.

이 과정에서 상호간의 이익을 분명히 하고 우선순위를 정하는 것도 병행하면 효과가 있다. 공동의 이해관계(joint interest)를 찾도록 함으로써 새로운 돌파구를 모색하는 계기가 될 수 있다.

이러한 절차를 모두 거쳤음에도 양당사간의 교착상태가 지속된다면 그 동안 진행되어 온 내면의 숨어 있는 동기를 또다시 전면 재검토하는 절차를 반복해 볼 일이다. 조정인이 포기하지 않는 한 조정이 이루어질 가능성은 남아 있기 때문이다.

(2) 해결방안 마련 (Options)

해결방안을 마련하는 것은 양당사의 이해를 충족시키는 방안을 찾는 것을 말한다.

50) 조정이 시작된 후 얼마 지나지 않아 조정이 절대 불가능하다고 생각되는 사건은 수없이 많다. 그러나 그러한 사건들도 상당수가 조정으로 해결되는 것도 현실이다.

51) 이를 협상에서는 타락한 천사방식 또는 개관친선한 죄인방식이라고도 한다.

이는 당사자 상호간에 이익이 되는 대안을 개발하거나 발굴하는 것으로 사안에 대하여 판단하기보다 해결방안을 만드는데 집중한다.

이를 위하여 브레인 스토밍 기법을 사용하기도 하고 그 과정에서 기본규칙(책임 추궁 금지, 약속/공언 한 것에 얽매이지 말 것, 비판금지, 평가/판단 금지)을 세워서 논의를 진행하기도 한다.

파키우기도 해결방안의 탐색방법으로 많이 활용된다.

예) 이미 벌어진 문제에 대한 후회보다 어떻게 미래/장래를 헤쳐 나갈 것이냐를 생각합시다.

동시에 작은 부분이라도 새로운 약속/합의를 이끌어 낼 부분에 대하여 탐색(작은 양보 대 타협)하고 조그마한 매듭(약속)이라도 지어가는 태도가 필요하다.

교착상태가 되어 더 이상의 논의의 진전이 없는 경우라도 포기하지 말고 절차의 마지막을 새로운 일정의 약속/합의로 마무리하는 것이 좋다. 희망이 없다고 하여 대책 없이 모임을 파하는 것은 피해야 한다.

(3) 객관적 기준 사용(Criteria)

조정에서 대안에 대한 평가기준이 될 수 있는 객관적 기준을 세움으로써 교착상태를 타개해 나가는 것을 말한다. 특히 서로 주장하는 기준이 다르거나 논거가 다를 경우에 양당사자의 합의 하에 객관적 기준을 세울 것을 약속할 수 있다.

객관적 기준의 수립과 조사절차에서도 조정인은 사건의 해결 자체 이상으로 양 당사자들 공정하게 대하는 것에 신경을 써야 한다. 아무리 객관적이고 공정한 기준을 마련했다고 하더라도 양당사자 또 일방 당사자가 기준이 공정하다는 것을 신뢰하지 않으면 모든 것이 무위로 돌아가게 된다. 신뢰는 다분히 주관적이고 감정적인 현상이기 때문이다. 이를 위하여 기준의 정립에 양당사자를 참여시켜 일정 부분 절차형성에 기여했다는 느낌을 갖도록 하는 것이 좋다. 실제 절차형성에 참여하지 않은 경우라고 하더라도 수시로 당사자의 의사를 확인하는 것이 필요하다.

또한 객관적 기준을 마련함에 있어 무조건 자기에게 유리한 기준설정을 요구하는 당사자에게는 모순(칼과 방패) 이야기를 자주 활용하면 유용하다. 기준이란 모름지기 양날을 지닌 칼이기 때문에 자신에게 유리하게만 적용될 수는 없는 것이기 때문이다. 하나의 떡을 들고 있기도 하면서 먹기도 할 수는 없다는 비유도 효과가 있는 경우가 많다.

당사자들에게는 자신에게 이익이 되는 만큼 상대방에게 어떠한 부분을 주어야 하는 것이 협상이라는 인식(give and take)을 만들어갈 필요가 있다. 조정의 당사자들에게 나에게는만 일방적으로 유리한 기준을 설정하겠다고 하는 것은 기준을 만드는

것이 아니라 상대방의 일방적인 양보/굴종을 강요하는 것이거나 속이는 것일 뿐이라는 인식을 하고 진지하게 협상에 임하도록 설득하는 것이 중요하다.

객관적 기준을 설정하면서 당사자가 결과를 받아들일 수 있는 체면(핑계/구실) 세워주기(face saving)/restoration)을 활용하는 경우도 많다. 외견상으로는 그 기준에 만족하지 못하는 태도를 취하면서도 조정인의 얼굴을 봐서 또는 조정인이 워낙 강하게 기준을 만들라고 하니까 마지못해 응한다는 태도를 모른 척 눈감아 주는 것도 매우 유용하다.

객관적 기준을 세울 때에는 그 기준 때문에 새로운 분쟁이 유발되지 않도록 가급적 명확하게 세우는 것이 좋다. 예를 들어 구체적으로 존재하는 선례나 관습/관행/전통, 표준절차(standard procedure), 법적 기준(다만 법원이 판결을 내려야 하는 기준이나 법원의 권한은 제외; 절차상의 월권은 지양), 산업계 일반 기준(이 경우도 어느 지역의 어느 사업장을 표준으로 하자는 합의 필요), 시장가격 등을 기준으로 정할 수 있다. 예) 50제곱미터의 방, 100만원, 서울에 개업하고 있는 종합병원 이상의 oo과 의사 등

다만 이러한 기준에 대한 합의에 도달하는 과정에서 각 당사자들이 상대방의 태도에 따라 기준을 계속하여 바꾸지 못하도록 하고 자신의 기준을 제시하는데 집중하도록 할 필요가 있다. 이는 상대방의 움직이는 좌표(목표)에 따라 자신의 기준도 움직이는 것에서 자신의 기준을 제시하는 고정좌표(목표)로 바꾸는 것을 말한다. 이를 위하여 별석조정/개별회의(caucus)⁵²⁾를 적극 활용할 필요가 있다.

기준을 설정하는 경우 역시 절차의 공정성을 확보하는데 중점을 두어야 한다. 이 경우 어느 일방에 유리하거나 불리한 기준을 만들면 안 되고 서로 절차참여의 부분을 나누어 갖도록 하는 것이 당사자들의 협조를 이끌어내기 쉽다.

가장 고전적인 방법은 일방 당사자가 나누고 타방 당사자가 선택하는 방식으로 절차를 분리하여 서로 견제할 수 있게 하는 것이다. 절차가 여러 번 반복 될 때는 절차의 순서를 바꾸거나 제비뽑기/추첨방식을 채택하거나 중립인이 선택하는 방식도 활용할 수 있다. 물론 오렌지와 오렌지 껍질로 나누어 가질 수 있는 윈-윈 협상이 가능한지도 검토할 필요가 있다.

이는 감정인의 선발기준을 정하는 절차에 당사자들이 참여하는 방식으로 활용할 수도 있다. 그 경우 당사자들의 전문지식이 부족하다고 하여도 절차진행에 대한 예측이 가능해졌다는 점에서 당사자들은 절차의 공정성에 대한 이해도가 높아질 수

52) 양 당사자의 격리로 협상이 용이해지는 경향이 조정절차의 매우 큰 특징이라고 할 수 있다. 다만, 조정 위원이 여럿인 위원회 조정에서는 효과가 반감되는 경향이 있다. 위원들간의 의견조율이 쉽지 않고 위원들의 질문도 즉흥적으로 이루어지는 경우가 많아 전략적인 측면에서 일관성을 유지하기가 어렵기 때문이다.

있다.

기준이 불명확하여 교착상태에 빠진 경우에는 선불리 기준을 재설정하는 것은 좋은 방법이 아니다. 특히 일방당사자의 이의가 있다고 하여 기준을 재설정해 주는 것은 절차운영에 치명적인 결과를 초래할 수 있다. 절차규칙의 설정은 당사자들이 필요하면 언제나 바꿀 수 있는 것이 아니라 당사자와 조정인이 모두 합의하는 경우에만 하여 최소한의 변경을 할 수 있는 것으로 엄격하게 설정하는 것이 좋다.

이 때문에 최초로 기준설정을 하는 단계에서 이미 설정된 기준을 재설정하고자 하는 측에게 처음부터 일정한 불이익(패널티)을 감수하기로 합의해 두는 것이 꼭 필요하다. 이러한 불이익 요건이 없으면 합의를 하고 깨는 경우가 비일비재한 일이 될 수 있고 조정절차는 방향을 잃게 된다.

그 외 기준설정에서는 때로 역발상이 필요한 경우가 많다. 자기에겐 유리한 기준을 일방적으로 요구하는 당사자에게는 모의전투와 전투의 차이가 다르듯이 기준 역시 예상과 실제에서는 다를 수 있다는 점을 이야기하는 것도 유용할 때가 많다. 기준을 잡는 목적이 기준을 잡는데 있는 것이 아니라 자신의 핵심이익을 얻는데 있다는 설득도 유용한 경우가 많다. 예) 땀 잡는 것이 때

객관적 기준에 대한 합의에 실패하는 경우에는 각자 조사해 오게 하는 것도 한 방법이다.

(4) 대안 모색/마련 (Alternatives)

일반 협상상황만이 아니라 합의(화해)가 안 되는 교착상태에서 다시 시도할 수 있는 방법이며 앞의 해결방안(option)을 검토하기 위한 절차이기도 하다. 예) 의료사고가 발생한 병원의 협조로 다른 과, 다른 병원 또는 다른 종류의 처방 제시 (종교적 도움, 사과 표시⁵³) 등 포함)

대안모색의 방안으로 BATNA⁵⁴) (최선의 대안/plan B; 차선안)와 WATNA⁵⁵) (최악의 대안)를 찾는 것이 많은 도움이 된다. 현실의 협상에서는 자신 및 상대방의 대안을 모색하며 유연하게 대응하는 것과 오직 하나의 방침만 가지고 밀어붙이는 것은 큰 차이가 있기 때문이다.

예) 조정을 하지 않고 소송으로 가겠다는 당사자에게 질문; 어떤 점에서 소송을 선호하시나요? (구체적 설명이 나올 수 있는 질문방법 활용)

53) 이 부분은 환자와 의료기관 종사자들이 의료사고 후 상대방을 믿지 않고 의심하는 상황에서는 잘 이루어지지 않을 뿐더러 부작용이 커지는 경우도 있을 수 있다. 다만 조정인이 별석조정/개별회의(caucus) 등의 방법으로 당사자들 간의 오해를 해소시켜준다면 매우 유용한 방법이 될 수 있다.

54) 현실성/실현가능성(reality check)을 따져보는 것이 필수적으로 요구 된다.

55) 대비효과 활용 및 실제 응급상황 대처에도 도움이 된다.

예) 조정이 스스로에게 반복하여 자문할 질문; 조정이 되지 않은 사건에서도 모든 당사자들은 조정참여에 관심이 있었다(또는 일단 조정에 참가하였다). 왜 조정에 참여했는지요?

다만 조정절차의 초기 단계에서 대안마련에 도움이 되라고 조정이 먼저 우리 민사집행제도의 문제점이나 집행의 어려움, 소송절차의 한계 등을 언급하는 것은 쉽게 부작용이 발생할 수 있다. 제도가 문제 있다는 말에 자신감을 갖게 시작한 피신청인이 무조건 버티기 시작하여 교착상태가 발생할 수 있기 때문이다.

특히 피신청인이 제도의 문제점을 전면에 내세우며 법대로 절차대로 하라고 주장하는 경우, 조정은 피신청인을 상대로 기본적으로 의무자의 입장에 있으므로 그러한 말(주장)을 할 것이 아니라 사실과 그러한 입장을 취하면 취 할수록 손해가 된다는 것을 분명히 알려주어 반복하지 못하게 하여야 한다(이 점은 법원이 조정을 전면에 내세우기보다 엄정한 법의 적용과 집행을 하는 기관으로 역할분담을 하는 것이 선행될 때 더욱 효과가 있다. 조정절차와 재판절차의 협업이 필요한 부분이며 일종의 bad guy good guy 전략이라고도 할 수 있다). 말로 천냥 빚을 갚을 수도 있지만 말을 잘못하면 가외의 부담을 질 수도 있다는 말로 설득하는 것도 도움이 된다.

(5) 친밀감 조성/우호적 관계 유지 (Relationship)

협상에서 우호적 관계를 유지하는 것은 두 개의 요소로 나뉜다. 첫 번째가 실체적 쟁점(substantive issues)이고 다음이 관계 쟁점(relationship issues)이다. 첫 번째의 것은 사실관계를 분명히 함으로써 우호적이 될 수 있으나 있으나, 두 번째의 관계문제/쟁점은 회복하는 방법이 다양할 수 있다.

특히 관계쟁점은 조정합의과정에서 걸림돌이 되는 경우가 많다. 이 경우 많이 활용하는 방안이 널리 알려진 “사람과 문제를 분리하라”는 조언이다. 그런데 사람과 문제의 분리는 개념상으로는 어려운 것이 없는 것으로 생각될 수 있으나 실제로는 개인의 성격특성이 너무나 다양하기 때문에 결코 쉽지 않은 경우가 많다.

이 경우에는 질문 상대방이 대답을 할 수 있도록 하는 개방형의 질문을 하는 것이 도움이 된다. 예) 어떻게 하면 화를 푸실 수 있겠어요? 이 문제를 어떻게 하면 내려놓을 수 있을까요? 화가 많이 나셨겠네요(별석조정/개별회의(caucus)에서 활용하는 것이 적절할 수 있음).

그 외에도 친밀감 조성/우호적 관계 유지를 위한 다음과 같은 3가지 방안이 활용되기도 한다(이것 역시 별석조정/개별회의(caucus)에서 활용하는 것이 적절할 수 있다. 공정성과 상대방의 반발이 있을 수 있기 때문이다).

- 가. 인지 방법; 역지사지의 태도를 유지한다. 상대방의 의도를 자기 나름의 생각으로 추론하지 말고 무엇이 필요한지 또는 무엇을 원하는지를 인식하는데 집중한다.
- 나. 감정 관리; 침착함과 냉정함을 유지한다. 조정당사자들의 벤틸레이션(ventilation)을 일정부분 허용하고 수용한다. 그 정도는 당사자가 그로 인하여 편안해질 수 있는 정도면 괜찮다. 그러나 구체적인 허용 범위는 조정인에 따라 천차만별이라고 할 수 있다. 다만 이 경우에도 조정인은 당사자가 화를 내거나 떼를 쓰는데 끌려가면서 방향을 못 잡는 조정인이 아니라 조정절차의 방향은 흔들림 없이 장악하고 주도하는 조정인으로 중심을 잡는 것이 중요하다. 예) “급한 비는 일단 피합시다”와 같은 설득이 잘 먹힌다. 그러나 이는 조정인이 절차주도권을 잃어버리고 표류해서는 안 된다는 것이 지 매사를 독단적으로 이끌어 가라는 것과는 다르다.
- 다. 커뮤니케이션 ; 조정인은 친밀감 형성(build rapport)을 위하여 당사자들의 몸짓(바디랭귀지), 얼굴표정 읽기, 눈동자 방향이나 눈썹의 흔들림, 사용하는 단어의 빈도와 강도, 음식(사탕, 초콜릿 등) 나누기, 다른 문장으로 재요약/재진술하기(paraphrasing/restatement) 등의 다양한 기법을 활용하는 기술이 필요하다. 예) 연령대에 따라 자녀들의 학교 문제, 손자 이야기, 취미 등을 연결고리 활용하여 친밀감을 높여야 한다.

조정진행시에는 의자배치, 의자모양, 탁자모양, 조정장소, 시간 등도 친밀감 증감에 영향을 미치므로 세심한 배려가 필요하다. 특히 친밀감 형성은 당사자들이 어색해 하는 첫 만남 때가 절호의 기회인 경우가 많으므로 그 기회를 놓치지 않는 순발력이 필요하다.

또한 친밀감 조성에는 건설적이고 긍정적인 첫마디가 중요하다. 상대방의 타고난 특성보다는 노력에 의하여 달라지는 부분에 대하여 가볍게 칭찬하는 것도 한 방법이다. 예) 입고 있는 옷의 색깔, 넥타이 무늬 등에 대한 긍정적 언급 등

이러한 조정의 미묘하고 변화무쌍한 특색 때문에 위원회에 의한 공동조정보다는 1인 조정인에 의한 조정을 원칙으로 하는 것이다.

또한 상대가 있는 조정은 협상의 하나로서 협상춤(negotiation dance)과 같이 서로 상대를 무너뜨리려고만 해서는 안 되고 적정한 관계에서 밀고 당기는 하나의 게임이라는 사실을 설득하는 것도 유용하다.

또한 조정절차에서도 분쟁자체가 문제가 아니라 분쟁발생 후 해결방법이 더욱 중요하다라는 사실을 설득하고 다양한 사례를 동원하여 언급할 필요가 있다.

(6) 커뮤니케이션 (Communication)

의사소통이라고 번역하기도 하는 커뮤니케이션은 말하기 듣기는 물론이고 각종 의사교류를 통칭하는 개념이다. 이에는 경청이 가장 중요한 부분을 차지한다.

가. 경청 (active listening); 단순히 듣는 것만을 말하는 것이 아니라 상대방의 의사를 이해하고 있음을 확인하는 동작이나 자신이 제대로 이해하고 있는지를 상대방에게 되물어 확인하는 질문방식도 경청에 포함시킨다. 이 때문에 좋은 질문이 잘 듣는 것이라는 말도 있다. 대체로 긍정적이고 밝은 목소리, 온화한 표정과 솔직담백한 자세 등이 효과가 있는 것으로 논의되나 모든 조정에서 동일한 방식으로 경청해야 하는 것은 아니다.

특히 동석조정/합동회의(joint session)에서는 일방 당사자의 말을 들으면서 동시에 타방 당사자의 표정이나 반응을 유심히 보는 것이 사건해결에 도움이 되는 경우가 많다. 말하는 사람에게만 집중하는 것은 또 다른 중요한 상대방의 내심을 읽을 기회를 놓치는 것임을 유의할 필요가 있고 양당사자에게 고무 신경을 써주는 것이 조정절차의 공정성을 높이는 데 도움이 된다.

동시에 경청을 하는 과정에서는 말하는 당사자와 눈 맞춤(eye-contact)을 게을리 하지 않아야 함은 물론이고 일정한 내용에 대해서는 메모하는 모습을 보여 열심히 듣고 있다는 것을 나타낼 필요가 있다.

나. 말하기; “사람이 입은 하나이고 귀가 두 개인 것은 말하기보다 듣기를 두 배로 하라는 뜻”이라는 탈무드의 말과 함께 말하기의 또 다른 모습이 듣기라는 사실을 이해할 필요가 있다. 당사자들에게 동등한 시간을 주는 한도 내에서 진지하게 듣고 공감하는 모습을 갖는 것도 중요하다.

조정절차에서 조정인이 당사자들에게 장황한 이야기를 하며 자신의 법률지식이나 경험, 경력 등을 자랑하는 경우가 있는데, 당사자들이 적극적으로 요청하고 진정으로 원하는 경우가 아닌 한 삼가는 것이 좋다. 그러한 자랑이 일방 당사자의 수에 말리는 것이 될 수 있다.

특히 당사자들이 말하는 도중에 자르고 요점만을 말하도록 호통을 친다든지 사안의 핵심을 자신이 한마디로 정리하겠다고 하면서 최종결론을 내리거나 속에 품고 있는 심증을 나타내는 태도⁵⁶⁾는 바람직하지 않다.

56) 법원의 민사조정에서 당사자나 대리인인 변호사들에게 심증을 은근히 나타내어 불리한 당사자가 사건을 포기하게 만드는 경우도 적지 않게 발견된다. 어떤 경우는 역으로 대리인인 변호사들이 판사의 의중을 조심스럽게 미리 물어보기도 하는 것으로 알려져 있다. 그런데 이는 조정에서 가장 삼가야 할 일방당사자에 대한 압박(coercion)으로 조정제도의 한계를 넘어선다. 조정인에 대한 평가를 조정성공률로 하지

이 때문에 듣기 : 말하기의 비율이 2 : 1이 아니라 3 : 0인 것이 바람직하다고 하는 견해도 있다.

(7) 약속/합의 (Commitment)

조정절차를 통하여 양당사자 사이의 합의가 이루어지면 조정인은 그 결과를 합의서로 남긴다. 이러한 합의과정에서 조정인은 어떠한 역할을 하여야 하느냐가 문제이다.

조정합의가 성공한 것으로 생각되어도 실제 합의과정에 들어가면 해결할 문제가 산적한 경우가 많다. 흔히 악마는 사소한 것에 깃들어 있다(악마는 디테일한 것에 산다)는 말처럼 문제를 대승적 견지에서 합의를 하기로 한 당사자들이 정작 합의서의 사소한 부분에서 감정이 상하여 사건 전체를 무위로 돌리거나 교착상태에 빠지는 경우가 적지 않다. 교착상태에 빠지게 된 경우에는 합의가 이루어지지 않은 것에 패념하지 말고 다시 처음부터 절차를 다시 시작하는 의연함을 보이는 것도 좋은 방법이다.

조정합의를 함에 있어서는 다음과 같은 요소를 주의할 필요가 있다.

가. 적절한 시기

대체로 합의는 양당사자의 이해관계가 확인이 되고 우선순위가 정해졌을 때, 양당사자의 이해관계를 만족시키는 해결방안이 나온 경우, 객관적 또는 공정한 절차에 의한 해결방안이 도출된 경우, 대안이 도출된 경우에 합의서 작성절차를 진행하는 것이 좋다.

보통 무조건 합의서 작성을 하자고 하는 것보다 당사자들에게 합의서 작성을 하는 것이 어떠냐고 넌지시 권하는 것이 더 효과적인 경우가 많다. 구술로 합의를 하자고 하였다가 조정인 스스로 너무 기쁜 내색을 하는 것도 좋지 않은 결과를 가져올 수 있으니 표정관리를 주의하여야 하는 경우도 있다.

나. 양 당사자들에게 합의를 할 권한(authority)이 부여되어 있는지를 분명히 할 필요 있음

조정절차의 종반에 개괄적인 것에 대하여 대부분 합의를 하였는데 당사자 일방이 혼자서는 최종결정을 하지 못하고 회사의 사장님이나 처(남편)에게 물어보고 그 뜻에 따라 결정하여야 한다고 발을 빼는 경우가 있다. 이 경우 애써 진행한 조정절차가 교착상태에 빠지는 경우가 많고, 결정권을 조정절차에 참여한 자신이 아니라 외

못하게 하여야 하는 이유이기도 하다.

부의 사람에게 돌리는 쪽은 추가로 양보를 요구하는 경우가 많다. 이 경우 선불리 그 상대방에게 양보를 권하는 방향으로 문제를 해결하려는 태도는 바람직하지 않은 경우가 많다.

따라서 조정합의서 작성의 최종결정권 문제는 조정절차를 시작 하면서 또는 전화로 조정절차 참여 약속을 하는 단계에서 분명히 하는 것이 후환을 방지할 수 있다. 대리 참석한 당사자는 조정합의에 대한 최종결정권이 있어야 하며, 만일 없는 경우에는 최종결정권자로부터 사전에 최종결정권한을 위임받아 오도록 하여야 한다.

그러한 위임을 사전에 확실히 해 두지 않은 경우, 협상을 많이 해 본 대리인은 조정절차에 적극 협조하며 인심을 다 쓰다가 조정합의서 작성 단계에서 최종결정권자에게 전화를 해 보고 물어보아야 한다고 하거나 최종결정권자가 떼를 쓰며 허락하지 않는다고 하면서 새로운 양보를 얻어내는 구실로 활용하는 경우가 많다.

예) 회사의 사장 대신에 조정에 나온 직원이나 대리인인 변호사에게는 조정절차에 오기 전에 사장으로부터 조정합의서에 대리인이 최종결정권자로 합의를 할 수 있고 그 합의서대로 이행할 것을 약속하는 위임장을 가지고 오게 하거나 사장이 직접 조정절차에 참여하도록 할 필요⁵⁷⁾가 있다.

만일 대리인이 최종결정권자의 동의를 얻은 상태로는 조정절차에 나올 수 없다고 하거나 사전에 약속을 했음에도 최종결정권자의 조정합의서 작성에 대한 권한위임 없이 조정현장에 왔을 때 조정인은 조정절차를 진행할 것인지 조정절차진행을 더 이상 하지 않을 것인지를 진지하게 고민하여야 한다.

합의서 작성과정에는 어떠한 해결방안들(Options)을 조합하면 당사자들이 잘 받아들일 것인지와 당사자들이 합의서 작성까지 완료하는 최종합의에 이를 수 있는지를 예의주시하여야 한다.

다. 서면작성방식의 합의

구술합의라고 하여 효과가 없는 것은 아니지만 기록이 남는데 제약이 있으므로 가급적 서면으로 합의서를 작성하여야 한다.

합의서 작성에서는 실현가능한 현실적 합의안 작성, 분쟁재발을 최소화하는 합의서(분명하고 오해가 유발되지 않는 문구, 다루어야 할 모든 쟁점을 검토) 등이 가장 바람직하다.

당사자들이 문제 삼지도 않은 이자, 임대료, 기간 등에 대하여 판결서를 작성하는

57) 회사의 업무가 아주 바쁜 경우라고 하더라도 조정절차의 합의과정에 최고책임자가 참석하지 못하거나 위임도 하지 못하는 경우는 매우 드문 예라고 할 수 있다. 만일 이런 저런 사정을 들어 합의서 작성 위임도 참석도 하지 않는 경우라면 그러한 부분들에 대하여 제대로 정리가 되지 않는 한 조정절차를 진행하지 않는 것도 한 방법이다.

것에 준하여 일일이 챙겨야 하는지에 대해서는 의견이 갈린다. 총액의 관점에서 사소한 것을 포기하기로 하고 분란이 다시 발생할 수 있는 부분은 건드리지 않아도 된다는 입장과 당사자들이 간과한 것이지만 조정인은 그것들을 빠뜨리지 않아야 하는 입장이 있다.

필자는 당사자들의 의사를 존중하는 것이 조정이며 당사자들이 본질적인 것으로 생각하지 않는 부분들을 조정인에게 일일이 챙겨주는 것은 조정이 아니라 법원의 후견적 개입이거나 심판이라고 생각하여 총액 또는 전체를 조망하는 관점에서 대타협을 하도록 하고 세세한 부분에 대하여 조정인이 간여하지 않는 방법을 많이 택한다. 총액의 관점에서 개괄적 타협을 하는 것이 조정의 본질에 더 맞다고 보기 때문이다.

2. 우리 사회 특성과 인간 본성을 활용한 설득방법에 대한 검토

(1) 설득방법론: 통계의 활용

반드시 그런 것은 아니지만 사기피해자의 주류는 “투자경험이 풍부한 55세 남성”이라는 연구결과⁵⁸⁾가 있다. 이러한 통계의 활용은 상당히 설득력이 있는 것으로 받아들여진다.

특히 우리의 현실은 여론을 만들어 내기 위하여 또는 다수를 설득시키기 위하여 자신들의 의도에 맞는 여론조사자료를 활용하는 경우가 적지 않은데, 조정절차를 조정의 당사자들을 돕는 것이라는 철학을 굳건히 하고 있는 조정인이라면 통계자료를 적극 활용하여 설득하는 방법도 추천할 만하다. 필요하다면 구체적인 수치를 제시하는 것도 좋다.

(2) 법관 등 전문가도 증거축적(多多益善)에는 무너짐

한 명이 반대하면 미친 사람이라고 하고, 십 명이 반대하면 소수의 반대자라고 하나 수천만 명이 반대하면 아무리 불합리한 것이라도 흔들리는 것이 인간의 인지 특성이라고 한다.

법관 등 판단을 업으로 하는 전문가도 증거의 수를 계속 늘여 가면 설령 그 증거들이 불합리한 증거로 만들어진 것이라고 하더라도 그 막대한 수를 감당하지 못하고 무너지게 된다고 한다. 삼인성호(三人成虎)의 고사가 이를 잘 나타낸다고 할 수 있다.

58) 중앙일보, 2012. 12. 11 기사

http://article.joins.com/news/article/article.asp?total_id=10131844&cloc=olink|article|default

조정절차에서도 유의할 부분이 아닌가 한다.

(3) 커뮤니케이션 전략

조정에서의 설득에서는 조정인의 경험, 지성, 설득력, 지구력, 자제력, 지속적인 의지가 중요하다. 동시에 조정당사자 일방의 감정을 흔들어 조정인과 상대방을 자신의 마음대로 요리하는 것을 피해갈 수 있어야 한다.

이를 위하여 다음과 같이 분쟁을 유발하지 않는 대화법 5단계(I-Message로 말하기와 말하게 하기)를 활용하는 것도 유용하다.

1) 마음 준비시키기

대뜸 내 주장을 이야기하는 것이 아니라 상대가 마음의 준비를 한 후 내 이야기를 들을 수 있도록 한다.

예) 방금 말씀하신 것에 대하여 제 입장을 말씀드려도 될까요?

2) 사실만을 말하기(의견제시 자제 시킴)

상대의 말 중 사실과 다른 부분을 언급하거나, 내가 이런 제안을 할 수밖에 없는 근거를 제시하도록 한다. 논쟁의 여지가 없는 것에 국한되므로 통계수치와 같은 자료를 제시하는 것이 좋다.

예) 통계청에서 발표한 자료에 따르면 제품 원료가격이 작년에 이미 10%나 인상되었습니다. 그런데 말씀하신 단가에 맞추게 되면 저희는 총 20% 정도의 손실을 보게 됩니다.

3) 자기 감정 말하기 (상대방 비난하거나 책임을 물을 시간에)

협상상대의 부정적인 태도나 무리한 제안에 대해 내가 느끼는 감정을 솔직하게 말하는 것이 필요한 경우도 있다. 다만, 비난하지 않고 느낌만 전달하기 위해 노력할 필요가 있다.

예) 그 정도로 손실을 보게 되면 저는 이 절차에 왜 참여했느냐고 위에서 질책을 받게 될 것인데 그 점이 염려됩니다.

4) 말하기

궁극적으로 내가 주장하는 내용이 무엇인지 밝힐 필요가 있다.

예) 어느 정도 가격이 보장되어야 제대로 된 품질도 보장됩니다. 이는 귀사를 위해서도 바람직할 것입니다.

5) 상대방의 의견 요청하기

나의 제안에 대해 어떻게 생각하는지를 질문한다. 일방적인 통보가 아니라 상대방과의 진솔한 대화를 원한다는 인식을 전달하는데 중점을 둔다.

예) 제 의견에 대해 어떻게 생각하시는지요?

(4) 저변에 숨은 욕구(needs), BATNA, 합의 가능영역을 미리 계산하여 자신의 입장을 우선 세우도록 할 것 (하버드식 협상론의 활용)

조정과정에서 일관되게 실익을 중요시하는 자세를 견지하는 것은 우리의 문화에서도 많은 도움이 된다. 특히 저변에 숨은 욕구(필요) 등을 분명히 하도록 상대방이 아니라 자신의 기준, 자신이 필요로 하는 것에 집중하라고 하는 조정인의 설득이 실효성이 있는 경우가 많다. 특히 재판 중인 경우나 언쟁을 벌이는 경우 재판 자체나 언쟁 자체가 당신이 원하는 목표 즉, 궁극적인 목적이냐고 반문하는 것이 도움이 되는 경우가 많다.

다만 우리 현실에서는 자신에게 실익이 없는 경우에도 손실을 무릅쓰고 분쟁을 계속 진행하는 경우가 적지 않다. 자존심 때문에 분쟁에서 물러나지 못하는 경우 역시 적지 않다. 이 경우는 우리 사회 특유 또는 동양사회 특유의 자존심 세워주기용 퇴로를 만들어 주는 것도 한 방법이다. 그 자존심을 세워주는 역할을 조정인이 할 수 있는 경우가 많다.⁵⁹⁾

(5) 조정절차 진행에서의 일관성 유지(특히 절차 부문)

조정상태의 교착상태를 초래하는 원인 중의 하나가 완고한 당사자를 만나는 것이다. 그 경우 완고한 당사자는 논리가 아니라 고집으로 상대방 당사자는 물론이고 조정인도 타협을 할 수 없게 하는 경우가 많다.

이 때 조정인은 조정절차를 일방당사자가 떼를 쓸 수 없는 절차로 만드는데 노력을 기울여야 한다. 왜냐하면 떼를 쓰는 당사자에게 모두 양보하면 조정이 되는 경우도 있겠지만 대개 떼는 떼를 낚는 악순환을 거듭하는 경우가 많다.

또한 조정인은 조정절차를 심리적으로 약한 일방을 누르거나 그에게만 양보를 권하거나 압박을 가하는 절차로 운영해서는 안 된다. 그러한 절차를 거쳐 조정이 되었다면 그 절차는 조정이 아니라 약자가 상대방과 조정인의 부당한 압박에 굴복한 것이 되기 때문이다.

59) 이 때 조정인의 역할을 개그맨의 역할과 유사한 점이 있다. 자신을 낮춤으로서 관객들을 즐겁게 해주는 측면이 있기 때문이다.

이 때문에 조정은 조정절차가 소송절차보다 약한 절차라는 인식을 가져서는 안 된다. 약한 것은 조정절차가 아니라 조정인이며 조정절차에서 절차의 원칙을 확고히 세울 수 있느냐 없느냐는 조정인마다 다른 것이고 전적으로 조정인에게 달려있는 것이기 때문이다.

조정절차의 공정성을 유지하기 위한 방법 중의 하나는 **tit for tat** 전략을 적극 활용하는 것이다(공짜로 주지 말라; 일방의 조건 없는 양보 지양). 그러므로 자기주장만을 하고 상대방의 이야기를 듣지도 않으려고 하는 경우에는 조정이 그를 조정절차에서 배제하는 것도 때로는 필요하다.⁶⁰⁾

조정교착상황이 발생한 경우 조정은 조정실패를 불사할 수 있어야 한다. 왜냐하면 조정은 당사자간의 윈-윈을 도모하는 것이라는 자세로 안이하게 절차를 진행하고 어떤 내용의 합의든 합의만 성립되면 성공이라는 생각으로 합의를 만능으로 생각하는 협상태도는 그 자체가 조정절차의 진행을 갈수록 어렵게 만드는 걸림돌 또는 교착상태를 초래하는 원인이 되는 경우가 많기 때문이다. 그러므로 조정은 당사자들이 행하는 자율적인 절차이고 유연한 절차임에는 틀림이 없으나 절차진행에 관한 상호간의 약속을 어기는 합리적이지 않은 당사자, 때를 쓰는 당사자의 절차위반에는 흔들림 없이 제재를 가할 수 있어야 한다.

이를 위하여 조정을 본격적으로 진행하기 전에 행하는 개시진술(**opening statement**) 절차를 충분히 활용할 필요가 있다. 개시진술로 번역은 하나 실제로 조정인의 일방적인 제도설명이나 의견표명에 그치지 보다는 절차에 대한 약속을 단단히 하는 기회로 활용할 필요가 있다.

따라서 개시진술에서 조정은 조정절차 기본규칙에 대하여 사전에 예고(사전약속)를 하고 당사자의 동의를 얻어 두어야 한다. 절차진행에 미리 정해진 법이나 규칙은 없지만 적어도 조정이 행하는 이 절차에서 특히 언급한 내용들에 대해서는 지켜줄 수 있을지 양해를 구하는 것이 필요하다.

사전에 양해를 구하여 기초를 탄탄하게 해두어야 하는 내용은 다음과 같다.

- 조정참여 의사 확인 : 자율절차 (항상 동의 확인)
- 조정인의 중립성의 확인 및 실천. 예) 볼펜
- 조정은 신뢰관계(라포 **rapport**) 형성이 가장 중요하며 조정은 당사자를 돕는 사람임을 인식하게 함
- 비밀유지에 대한 사전 약속 필수; 상대방에게 말해도 되는지는 개별 사항별 확인
- 동등한 발언 기회/시간 부여 사실 주지. 예) 브라우니 유형 : 견고한 원칙 유지가 관건. 만일 어길 경우에는 적극적이고 단호하게 사전에 한 약속을 환기시키

60) 간혹 조정의 명목상의 당사자를 배제하고 실제 결정권을 가진 뒤에 숨어 있던 사람이 전면에 나와서 상대방과 원만하게 합의를 하는 경우도 있다.

고 동등한 시간을 드린다고 짧고 반복적인 언어로 적극 제지하는 것이 효과적⁶¹⁾이다.

- 사실과 의견 구분하여 이야기할 것 약속
- 스마트/모바일 폰 사용 금지 (조정인에 따라 다름)
- 조정은 신청인과 피신청인 언쟁의 장소제공을 목적으로 하는 절차가 아니므로 상대방을 비난할 시간에 자기의 이야기를 하게 함
- 견고한 원칙 유지; 당사자들이 ~카더라 등 여기 저기서 전해 들은 지식이나 의견을 논거로 내세우는 행위에 대해서는 단호하게 배척(배격)할 필요가 있다. 동시에 조정절차는 법률상담을 해 줘서는 안 되는 절차임을 주지시키고 조정절차에서 법지식을 얻어 다음에 이어지는 소송절차에서 사용하려는 태도는 분명한 태도로 협조하지 않겠다는 의사표시를 하는 것이 중요하다.

공인증개사, 법무사, 변호사 또는 이미 진행된 1심 소송에서 판사의 조정의견 등을 자신의 주장을 합리화하는 논거로 제시하는 발언 등에 대해서도 무료 또는 저비용으로 얻은 법률조언의 한계(money talks 기법 활용)에 대하여 설명하고 1심 법원 법관의 조정의견도 구속력이 없는 의견에 불과한 것임을 분명히 하여 적극적으로 배척하는 것이 필요하다. 법률비용에 대해서도 “싼 게 비지떡”이라는 설득도 필요하며 법관이 교체되거나 심급이 달라지거나 상황이 조금만 바뀌어도 이전의 법률조언이 더 이상 유효하지 않다는 점도 지적하여 양당사자를 공정하게 다루는 점에서는 한 점의 흐트러짐도 없어야 하나 절차운영과 당사자가 조정절차 시작할 때 약속한 절차진행방식에는 따르도록 할 필요가 있다. 그렇게 하는 것이 좋은 게 좋은 거라고 하는 조정인과 달리 진정한 의미에서 신뢰를 쌓는 방법⁶²⁾이기 때문이다.

(6) 상대방이 자신의 입장에서 생각하도록 하기

상대방의 핵심가치를 겨냥하여 그 부분을 집중 공략하는 것이 중요하다. 핵심가치를 찾아내면 80%이상의 설득이 이루어진 것이라고 해도 과언이 아니다. 문화나 출판분야에 종사하는 사람들에게 자부심을 충분히 인정해 주는 것이 이에 해당한다.

61) 실제 조정에서 상대방의 말을 가로 막고 자신의 말을 하는 당사자에게 “시간 드립니다”라는 말을 3차례 정도 반복하여 말하는 것이 효과가 있다. 만일 그 제지에도 계속하여 자신의 말을 계속하면 조정인이 조정실을 박차고 나가는 것도 한 방법일 수 있다. 몇 분 전의 약속도 지키지 않아서는 조정절차를 진행할 수 없다는 확고한 의지를 표현하는 것이 좋다(이 부분은 어느 일방의 편을 드는 것이 아니라 절차에 대한 약속을 지켜야 절차진행을 할 수 있다는 이야기 이므로 공정성의 문제나 당사자의 자율성을 존중하지 않는 문제와는 근본적으로 다른 것이기 때문이다).

62) 친절하게 잘해 준다고 하여 신뢰가 저절로 쌓이는 것은 아니다. 조정절차와 같은 분쟁해결절차에서의 신뢰는 무조건적인 친절이 오히려 신뢰를 무너뜨리는 원인으로 작용할 수 있다. 조정인과 당사자들간의 신뢰는 공언을 한 것, 약속을 한 것을 지키는 데서 출발하는 것이기 때문이다.

(7) 조정인의 마음의 근력 강화가 중요

조정인의 기본자세는 내일 지구의 종말이 와도 상대방의 말할 기회를 실제보장(경청 또 경청)하는 것이며 이러한 자세를 실천함으로써 당사자들도 상대방의 말을 듣는 자세로 만드는 것이 중요하다.

동시에 조정인은 조정절차가 당사자들이 그 동안 쌓인 화를 조정절차를 통하여 해소(ventilation)하는 작용(일종의 카타르시스 작용)이 있음을 솔직히 인정하고 당사자들이 자신들의 이야기를 마음껏 할 수 있는 기회를 주는 절차의 성격이 있음을 유의할 필요가 있다.

그러므로 조정인은 당사자들이 자신들의 이야기보따리를 풀어 놓을 수 있도록 사건에 대하여 준비하고 준비하고 또 준비하여(prepare, prepare, and prepare) 당사자들로부터 하고 싶은 이야기를 모두 뽑아낼 수 있어야 한다.

(8) 일류 조정인을 지향

조정인은 솔직하고 배우는 자세를 유지하여야 한다. 그 때문에 아무진 일 처리, 먼저 배려하고 감사하는 태도, 사소한 일에 더욱 충실하기, 조정의 당사자 뒤에서 눈물을 흘리고 있는 그들의 가족을 생각하는 마음을 유지할 필요가 있다.

이 때문에 조정인은 당사자들의 고민을 이해하는 사람이 되는 것으로 충분하지 않고 궁극적으로 고민해결사, 인간관계해결사, 고민상담사, 평화의 사도(peace maker)가 되겠다는 사명감을 가질 필요가 있다. 동시에 성공과 실패에서 모두 배우며 기존 성공에 집착하는 것 역시 조심하여야 한다.

조정에만 해당하는 것은 아니지만 "모든 사건은 다르다(Every case is different)" 태도를 유지하고 쉽게 그 분야의 전문가가 되었다는 자만심에 빠지지 않는 겸허한 마음을 유지하는 것이 필요하다. 왜냐하면 조정절차는 조정인 또는 조정기관의 신뢰(불편부당함, 공정성) 유지가 핵심인데 조정인의 마음에 겸허한 마음이 사라졌는데 조정이 당사자들이 그들을 신뢰하고 진심으로 의지하기는 어려운 것이기 때문이다. 이 때문에 조정인은 모름지기 종교인의 심성과 소명의식으로 끊임없이 자신을 닦는 사람이 될 필요가 있다.

(9) 이해관계의 충돌문제의 해소를 위한 조정시스템의 구축

조정절차 외에서도 소송사건을 수입할 수 있는 변호사는 당사자들을 위한 조정이 아니라 사건 의뢰를 위해 영업의 일환으로 조정에 임할지 모른다는 의구심을 불식시키는 진지한 노력이 필요하다.

이 경우는 전문성이 오히려 조정절차의 진행에 해가 되는 경우라고 할 수 있다.

직업에 대한 사회 일반인의 인식을 고려하여 조정절차 전후에 변호사로서 왜 조정절차에 적극적으로 참여하는지에 대하여 설명하고 나름의 철학을 갖는 것이 필요하다.

또한 의료분쟁조정외 조정인의 경우에는 전문성, 공정성에 대한 의심을 가장 많이 받을 수 있는 직군이 바로 의사와 변호사라고 할 수 있다. 이 부분에 대한 사회 일반의 지적을 입법을 통하여 극복하거나 배제하려고 할 것이 아니라 조정인의 역할을 하려고 하기보다는, 익명으로 의견을 내는 다수의료인으로 구성된 감정인단(pool)을 만들어 그 속에서 다른 동료의사의 진료과목에 대하여 자유롭게 자신의 의료소견을 낼 수 있도록 함으로써 외부의 민간인들이 믿을 수 있도록 하는 공정한 시스템을 만드는 데 노력을 경주할 필요가 있다.

(10) 조정인의 윤리는 교육으로 완성되는 것이 아니라 견제와 균형시스템으로 시작

조정인의 윤리준수는 도덕교육 또는 윤리교육만으로는 한계가 있고 조정인 풀을 관리하고 조절하는 견제와 균형이 가능한 시스템이 구축되어 있느냐가 더욱 중요하지 않나 한다. 특히 좋은 게 좋은 것이라고 무조건 합의만 되면 된다면서 실적만을 중시하거나 재판절차를 그대로 적용하며 심판자의 역할을 하는 조정은 조정절차가의 존재의미를 심각하게 퇴색시킬 수 있다.

또한 조정절차에서 조정인은 판결절차의 법관과 달리 심판권이 없으므로 인내력과 순발력이 매우 필요하다는 점을 특히 유의하여야 한다. 그렇다고 하여 무조건 일방적으로 봉사하는 마인드만을 가져서는 때를 쓰는 일방에 휘둘리기 쉽다. 특히 우리 사회의 구성원 중 적지 않은 사람들이 타협의식이 낮고 객관적 기준보다는 자신에게 유리한 것이 정의라는 지극히 주관적이고 왜곡된 권리의식을 갖고 있다는 점도 직시할 필요가 있다.

또한 사람은 자신의 거짓말이 들통이 날 때 가장 많은 화를 낸다는 점도 참고할 필요가 있다. 당사자 일방이 화를 내고 목소리를 높이는 경우 내용을 모르는 대부분의 제3자들은 화를 내는 사람이 뭔가 억울한 일을 당했다고 생각하나, 조정의 현실에서는 그렇지 않은 경우가 너무나 많다는 사실도 고려하여야 한다.

(11) 조정절차 진행에 필요한 절차지식의 교육 필요

조정은 기본적으로 절차이므로 현재 다루고 있는 쟁점에 집중하게 하고 논쟁이 셋길로 새지 못하게 하는 절차(법)에 대한 교육이 매우 필요하다. 예를 들어 동석조정/합동회의가 교착상태에 빠질 경우 별석 조정/개별회의로 유연하게 전환하는 것 등이 절차를 활용한 교착상태의 타개방안이 될 수 있다.

또한 당사자들의 말 속에서 말 다르고 뜻 다른 경우도 적지 않다는 것을 감안하는 지혜도 필요하다. 말을 그 외면상 의미 그대로만 받아들여선 내면에 숨어 있는 실제의 이해관계를 파악하기 어려운 경우가 많기 때문이다.

또한 법원의 소송절차 중 판단요소나 지나치게 엄격한 부분은 걸러서 받아들여야 되겠지만 조정이라고 하여 조정인이 당사자에게 흥정, 사정, 읍소하는 것은 단점이 적지 않다. 또 조정인이 당사자 일방과 언쟁을 벌이는 것 역시 최악의 상황 초래할 우려가 있다. 이러한 부분은 재판절차에서 법관의 절차진행방식을 참조하여 장점을 받아들이는 자세가 필요하다. 그 외 현장 방문/현장 증거조사/증거보전 등의 절차도 부분적으로 채용할 필요가 있다.

3. 당사자들의 시간과 공간상의 제약을 활용하는 방법

(1) 하루 종일 조정이 가능하도록 조정인의 시간을 확보함

조정인은 조정에 적어도 하루 종일의 시간과 정성을 들여 신명을 바칠 수 있도록 하는 것이 필요하다. 예) 하루 종일 또는 며칠 연속 조정일정잡기

당사자들은 조정일정을 수행하는데 여유가 있는데 조정인이 시간여유가 없어 조정진행 중에 양해를 구하고 조정절차를 중단하는 것은 문제가 있다. 이 점은 판사, 검사, 의사 등 일정에 여유가 없는 직종에서 조정인을 선발하는 경우에 많이 발생할 수 있다. 이처럼 조정일정에 여유가 없는 직업군보다는 변호사 중에서 일정 여유가 있고 경륜이 있는 분들로 구성된 조정인 풀을 구축하는 것이 나은 경우는 많다. 왜냐하면 조정인에게 일정 여유가 없어서 다음에 조정을 계속 진행하자고 하는데 조정당사자들이 일정연장이나 변경에 합의를 해주지 않아 조정이 실패로 끝난다면 이 경우 조정은 조정인 때문에 실패를 하는 것이 되기 때문이다.

또한 조정일정변경이 불가능한 상태에서 조정인이 조정합의를 서두르게 되면 앞서 말한 것처럼 협상능력이 떨어지는 약자를 억압하여 합의에 이르게 할 유인이 강해질 수 있다. 이를 방지하기 위하여서도 조정에 충분한 시간을 낼 수 있는 사람들로 조정인 풀을 구성할 필요가 있다.

조정시간은 지나치게 당사자들의 편의를 고려하여 당사자들이 전혀 부담을 느끼지 않는 야간이나 공휴일로 잡는 것은 조정서비스차원에서는 장려할 만한 일이나, 실제 조정에서는 자신들의 시간을 잃을 것이 없다는 마음(근무시간이 아니므로 밀릴 것이 없다는 생각)에 조정에 적극 임하지 않는 모습이 나타나는 경우도 있었다. 조정절차 진행에 대한 시간부담을 조정인에게 유리하게 만들어가는 것이 현실의 조정에서는 오히려 도움이 되는 측면이 있다.

(2) 공간상 제약의 극복

법정과 같이 당사자들이 주눅이 드는 공간이 조정에도 도움이 되는 경우가 있는가 하면 대학과 같이 부담 없는 분위기에서 자유롭게 자신의 이야기를 할 수 있는 경우가 도움이 되는 경우가 있다.

지금까지의 조정절차 진행과정에서 나타난 것을 대강 검토해 보면 당사자본인소송의 당사자들은 대학의 조정센터와 같이 부담이 없는 장소를 더 선호하는 듯하고 변호사가 대리인이거나 소송을 많이 수행해본 당사자들은 법원처럼 엄격한 분위기의 장소를 더 선호하지 않나 한다.

이 점에서 법원조정센터는 법원 내부에 위치해 있으면서도 법원의 엄격한 절차부분은 많이 완화하고 있는 중간적인 위치에 있는 것이 아닌가 한다.

4. 개인기 중심의 조정에서 절차 및 교육을 중심으로 하는 조정으로

시스템을 구축하는 과학적인 방법으로 조정절차의 기초를 견고하게 구축하는 것이 매우 필요하다.

조정과정에서는 상대방에 대한 비난을 계속하거나 정의실현 등을 주장하며 상대방을 응징하겠다는 당사자에 대해서는 분쟁의 원래 모습에 대한 인식을 새로이 하도록 설득하는 것이 중요하다. 조정절차는 근본적으로 정의구현절차가 아니며 상대방에게 본래를 보여주는 절차는 더욱 아니라는 점을 분명히 할 필요가 있다.

IV. 결어

세계 각국은 이제 제품의 생산성 경쟁을 넘어 서비스의 생산성 경쟁의 시대로 넘어가고 있다. 이 때문에 “사회 전체의 분쟁해결비용”이라는 말이나 “자본주의간 시스템 경쟁”이라는 용어가 자주 등장하고 있다. 아마 이는 제품을 하나 더 만드는 것이상으로 불필요한 분쟁을 줄이거나 분쟁해결에 드는 비용을 줄이는 것이 국가의 경쟁력이나 사회 전체의 복리증진에 도움이 된다고 생각하기 때문인 듯하다.

이에 선진 각국의 법률분야의 중심도 송무에서 협상이나 조정중심으로, 검투사형 변호사에서 상담자, 평화의 사도(peace maker)인 변호사로 무게의 중심을 옮겨가고 있다. 이에 발맞추어 우리 지난 몇 년 동안 급속히 조정 등 사적부문에 의한 분쟁해결이 강조되고 있다.

그럼에도 여전히 조정이나 협상 또는 당사자 중심의 분쟁해결절차라는 말은 생소

하게 느껴지는 것도 사실이다.

이에 아직은 걸음마 단계이지만 세계적으로 퍼지고 있는 새로운 분쟁해결절차에 대한 경험을 받아들이고 그 방법들을 우리의 현실에 맞추어 개선해 나가는 노력은 아무리 강조해도 지나치지 않은 것이 아닌가 한다. 그렇게 노력해 나가다 보면 조정 절차 등 새로운 분쟁해결절차가 활발히 활용되어 개인과 사회 전체의 분쟁해결비용은 물론이고 분쟁해결의 양과 강도가 완화되는 날이 오지 않을까 한다.

그 때가 되면 법률가는 더 이상 “나쁜 이웃”이 아니라 “분쟁해결로 발생할 고통을 덜어주거나 적극적으로 예방해 주는 사회의 의사”가 될 수 있을 것으로 생각된다.

[참고문헌]

(한국문헌)

이진국, 회복적 사법의 실천을 위한 법적 과제, 제8회 한국법률가대회/제4세션 제4분과 세미나 자료집, 2012.

정준영, 치유와 책임, 그리고 통합: 우리가 회복적 사법을 만날 때까지, 제8회 한국법률가대회/제4세션 제4분과 세미나 자료집, 2012.

함영주, 민사소송법상의 ADR 분류체계의 재검토, 민사소송(한국민사소송법학회지) 17권 2호, 진원사, 2013.

(외국문헌)

Pilar Salgado_Otónel, Enforcing Contracts, Doing Business 2010, APEC Workshop on Enforcing Contracts, 21-22 June Seoul, 2010.

Leonard L. Risikin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie/Richard C. Ruben/Jennifer K. Robbennolt/Nancy A. Welsh, Dispute Resolution and Lawyers, West, 2009.

Marc Galanter, The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts, Journal of Empirical Legal Studies Volume 1, Issue 3, 2004.

The american bar association, Guide to resolving legal disputes, Random house reference, 2007.