

협상을 통한 조정 방식의 싱가포르 조정절차 이행법 제정의 필요성*

함 영 주**

- I. 서론 : 협상과 조정에 대한 기본 개념 설정의 필요성
- II. 조정과 협상의 개념
- III. 당사자 간의 합의를 의미하는 '화해'에 대한 다양한 개념 정의와 국내 재판상 화해 효력의 문제점
- IV. 협상/조정 군(群)과 중재/재판 군(群)의 본질적 차이에 대한 검토
- V. 조정 모델법을 별도로 마련한 이유와 그 영향
- VI. 결론

국문초록

협상과 조정은 당사자에게 분쟁 해결의 절차주도권·절차형성권이 전적으로 맡겨져 있는 분쟁 해결제도로, 분쟁 해결의 주체는 협상과 조정의 당사자들이다. 이 때문에 서구의 조정(mediation)에서 조정장의 직권으로 조정을 한다는 식의 표현은 등장할 여지가 없다.

싱가포르 협약에서도 언급하고 있듯이 조정(mediation)은 기본적으로 1인의 조정인이 당사자의 입장에 서서 그들 간의 대화를 촉진하고 화해를 촉진하는 기능을 하는 촉진자(facilitator)로서의 조정인이지, 3인 조정부의 장인 조정장으로 절차를 주도하고 당사자들이 합의하지 않으면 직권으로 조정갈음결정을 내릴 수 있는 존재가 아니다.

* 본 논문은 2023. 6. 16, 한국조정학회·한국협상학회 공동학술대회에서의 발표문을 토론자들의 의견을 수렴하여 수정하였습니다. 논문 수정에 많은 도움을 주신 토론자와 질문을 하신 분들께 감사를 드립니다.

** 중앙대학교 법학전문대학원 교수·법학박사·AI(인공지능) 법 센터 센터장

조정절차를 통한 당사자 간의 합의에 민법상 화해의 효력을 인정하는 데 그친 일부 행정부 산하 조정위원회의 조정과 달리, 조정에 법원의 확정판결과 동일한 효력 또는 재판상 화해와 동일한 효력을 인정한 상당수 행정위원회의 조정은 국가 분쟁 해결체제의 정합성과 절차의 불투명성의 면에서 문제가 많다. 강력한 행정규제는 규제대로 두고 법원의 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 행정부 산하 조정위원회의 조정은 잘못 운영되면 당사자 일방을 협박(coercion)하기 위한 도구로 이용되기 쉽다.

이에 싱가포르 협약의 비준을 준비하고 있는 현시점부터라도 mediation과 전혀 다른 제도로 운영되어 온 우리나라의 민사조정법(실질은 법원의 민사사건 신속 종결을 촉진하는 법)을 바로잡는 민사조정절차법 또는 싱가포르 조정에 대한 이행법을 마련하는 것이 시급하다. 즉, 협약 비준 전에 싱가포르 협약과 모델법에서 제시한 기준을 존중하는 기존의 재판 유사 조정제도와 절차 자체가 다른 우리나라 조정절차의 표준이 될 절차법(節次法)의 제정이 필요하다. 그 이유는 협상·조정 군(群)과 중재·재판 군(群)의 차이점에 대한 기본적인 이해가 중요하기 때문이다.

이 두 군의 차이를 이해하지 못하고 조정절차를 재판절차 또는 심판 절차에 속하는 것으로 이해하면 이론적 문제는 물론이고 실제 사건 해결에서도 문제가 발생하게 된다. 그럼에도 우리 조정의 현실은 조정절차에 별문제가 없다고 하는 인식이 지속되고 있다. 따라서 조정 실무에서 당사자의 의사를 존중하여 당사자의 자율적 합의를 촉진한다는 것은 외형적으로 표방한 표어일 뿐 많은 조정인은 조정을 갈음하는 결정(이른바 강제조정)을 조정의 최고의 장점으로 생각하고 오히려 조정절차의 원칙이 조정을 갈음하는 결정이라고 하기도 한다. 이 경우 조정인은 소송에서 판사도 일정 조건을 갖추지 않으면 하기 어려운 심리를 생략한 심판(판결)을 너무 쉽게 하는 경우까지 발생한다.

국내 조정제도의 난맥상은 민사조정법에 기초한 법원의 민사조정에서 그 기초가 형성된 측면이 있다. 강제조정이라는 용어를 내용은 그대로 둔 채 조정을 갈음하는 결정으로 명칭만 바꾸거나, 수소법원의 조정제도가 부적절하다고 하는 의견을 상당한 부분 수용하면서도 거의 동일한 내용의 수소법원의 화해권고결정 제도를 신설한 것이 그 예이다.

이러한 일이 발생하는 이유는 법원이 재판 또는 심판을 하는 본연의 역할에 충실하지 않고 재판 외의 분쟁 해결 방법까지도 법원에서 할 수 있고 오히려 법원이 주도하는 것이 더욱 바람직하다는 인식 때문이 아닌가 한다. 이 때문에 우리나라 민사조정은

기관 또는 기구 확대용의 제도에서 좀처럼 벗어나지 못하고 있다. 행정부 산하 각종 행정조정위원회가 만들어진 목적도 이와 크게 다르지 않은 것으로 이해된다.

따라서 협상/조정 군(群)과 중재/재판 군(群)의 본질적인 차이를 명확히 구분하는 것은 법원과 행정조정위원회의 본연의 역할을 회복하는 기본적인 토대를 구축한다는 점에서 중요하다. 본 논문에서는 외국의 조정제도를 전제로 한 협상/조정 군(群)과 중재/재판 군(群)의 분류가 아니라 현재 우리나라 조정제도의 실정을 고려하여 두 군을 구별하여 보았다.

이러한 분류를 통하여 두 군의 본질적인 차이를 인식함으로써 법원은 재판 또는 심판이라는 본연의 역할에 집중하고, 행정조정위원회의 민·상사 분쟁에 대한 조정(mediation) 역시 행정부 본연의 역할에 충실한 제도로 발전시켜 나갈 수 있다.

종국적으로는 이러한 논의에 기초하여 해당 기관과 어울리지 않는 불필요한 조정제도의 남설로 초래된 재정적 손실을 줄이고, 국가 전체 분쟁 해결 시스템의 정합성을 고려하여 분쟁당사자들의 자기 결정권 또는 주체성을 회복하는 조정 본연의 제도로 만들어 갈 필요가 있다.

이처럼 실태조차 파악하기 힘든 국내 조정제도 운용에 들어가는 각종 비용을 모두 모아 민간이 운영하는 세계적인 조정기관 또는 조정기구가 태동할 수 있도록 국가가 지원하는 국가분쟁 해결시스템을 구축하여야 한다. 이를 위하여 지금이라도 그 내용을 민사조정절차법 또는 싱가포르 조정에 대한 이행법에 충실히 반영하는 입법을 마련하는 것이 시급하다.

• 핵심어 소송, 중재, 조정, 조정상의 화해, 협박, 사전동의

I. 서론 : 협상과 조정에 대한 기본 개념 설정의 필요성

협상(negotiation)과 조정(mediation)에 대한 기본적인 개념 정의가 필요한 이유는 분쟁해결절차의 분류에서 협상과 조정의 기본적인 개념을 정하여야 현재 활용하고 있는 다양한 유형의 분쟁해결절차를 체계적으로 이해할 수 있기 때문이다.¹⁾ 따

라서 분쟁해결절차에 대한 기본적인 절차적 특질이나 기본적인 개념 규정을 하지 않으면 현재 행해지고 있는 다양한 변형적인 제도들에 현혹되어 조정 자체가 무엇인지에 대하여 혼란스러워하기 쉽다. 예를 들어 “미국에는 ADR 방법이 너무나 다양하여 모든 분쟁 해결 방법이 모두 ADR이다.”라는 말을 하는 사람은 mediation이나 ADR(Alternative dispute resolution)의 기본적 특질이나 본질적 특징을 정하지 않고 그때그때 각 제도를 체계 없이 설명하다가 소송절차까지 ADR이라고 하는 모순에 빠진 것이라고 할 수 있다. 즉, 소송도 다양한 ADR의 특성을 고려하면 ADR에 못 넣을 것이 없다는 자기 모순적인 분류를 하게 된다. 이러한 혼선을 정리하기 위하여 ADR에서 아예 ‘A(alternative)’를 떼고 DR(분쟁 해결; Dispute resolution)로 하도 소송을 그 안에 포함하는 분류 방법이 정착되기에 이르렀다.

그러나 우리나라에서는 아직도 조정(調停)의 개념 속에 소송절차(심판 절차)와 당사자 간의 자율적 합의 절차까지 포함하여 조정이라는 용어를 혼용(混用)하고 있다. 소송과 같거나 유사한 심판도 조정에 포함된다고 하는 이러한 조정 개념은 서구의 mediation이나 싱가포르 협약의 mediation의 개념과 뚜렷이 구별되므로 이들 제도 간의 차이를 세밀하게 비교하여 구분할 필요가 있다.

구분을 명확히 하고 제도의 기본 개념을 보다 구체적으로 설정하는 것은 전 세계 어느 나라보다 복잡하게 얽혀버린 우리 조정제도와 소송제도를 재정비하는데 적지 않은 도움이 될 수 있다. 적어도 미국 등의 국가나 싱가포르 협약의 mediation에서는 litigation(소송)과 mediation(우리나라 번역으로 수많은 조정번역 중 하나)을 결코 혼용하여 사용하지 않고 있다. 이는 단순히 제도 분류를 위한 구분의 의미에 그치지 않는다. 분쟁해결에 걸림돌이 되는 현행 제도와 실무를 정비하기 위한 기초 작업이기 때문이다.

이하에서는 절대 쉽지 않지만, 공통적인 특성으로 꼽을 수 있는 mediation과 협상(negotiation)의 개념을 먼저 정한 후 그 기준에 따른 분쟁 해결 방법을 분류하고

- 1) 국내 많은 문헌에서는 조정(mediation)에 대한 개념 정의는 없이 조정제도의 개선이나 발전에 관한 내용을 제시하는 경우가 많다. 그 경우 조정은 매우 다양한 제도를 포괄적으로 일컫는 것이어서 상호 개념이 달라 논의 자체가 겹도는 경우가 자주 발생한다.

그 기준에 따라 국내 조정제도의 정비와 싱가포르 협약 이행법의 제정 문제를 검토하여야 하는 이유에 대하여 검토해 보고자 한다.

II. 조정과 협상의 개념

1. 미국에서 통용되는 mediation 개념을 수용한 싱가포르 협약이 정한 조정(mediation)의 개념

싱가포르 협약²⁾은 조정(mediation)을 ‘당사자들에게 해결책을 강제할 권한을 갖지 않는’ ‘제3자(조정인)’의 도움으로 (당사자들이) ‘우호적 분쟁 해결’에 이르는 ‘절차(process)’라고 정의한다.³⁾ 이 정의에 대하여 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL) 조정모델법 입법안내서(가이드) 해설 8을 그대로 인용하며 conciliation을 mediation으로 용어를 바꾼 것이 실제적 또는 개념적 함의를 가지지 않는다고 설명하기도 한다.⁴⁾ 그러면서 동시에 조정인(mediator)은 결정을 내리는 것이 아니라 당사자들이 자신의 해결 방안을 찾는 데 도움을 제공할 뿐이라는 구분이 널리 인정되는가 불분명하다는 의견을 제시한다.⁵⁾

이에 대해서는 싱가포르 조정협약이 수많은 국가의 다양한 상황이나 이견을 조율하고 논란이 되는 부분을 미봉책으로라도 덮고 가는 특질이 있다는 점을 참작할 필요가 있다. 왜냐하면 모델법의 설명처럼 conciliation과 mediation 구별의 실익이

2) 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL) 제2 실무 작업반(Working Group II)에서 조정절차를 통하여 성립된 국제 당사자 간의 합의에 대한 집행 가능성을 강화하는 초안을 마련한 후, 이를 기초로 2018년 유엔 본회의에서 “국제 조정절차를 통하여 성립된 당사자 간의 합의에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation; 본고에서는 싱가포르 협약이라 함)”을 채택하도록 한 것을 말한다. 약식명칭은 싱가포르 협약이나, 조정에 관한 싱가포르 협약이란 의미에서 싱가포르 조정협약이라는 용어도 많이 사용한다. 결국 조정제도에 관한 싱가포르 협약이라는 의미이다.

3) 싱가포르 협약 제2조 제3항(Article 2. Definitions, 3.)

4) 석광현, “싱가포르협약상 조정을 통한 화해합의의 승인 및 집행: 한국법의 고찰”, 『국제거래법연구』 제31권 제2호, 2022, 66면, 주3.

5) 같은 논문, 같은 쪽.

나 필요가 없다면 기존에 조정을 의미하는 용어로 사용하던 conciliation을 굳이 mediation으로 바꾸지 않고 유지하였을 것이기 때문이다. 제도를 지칭하는 용어를 바꾸어도 차이가 없다는 모델법의 설명은 바로 이어지는 조정모델법 입법안내서(가이드) 해설 9, 10의 내용을 보면 자기모순을 범하고 있음을 바로 알 수 있다.

조정모델법 입법안내서(가이드) 해설 9, 10, 11은 조정인이 당사자에게 구속력 있는 결정을 ‘강제할 권한이 없고’, 조정은 당사자들이 자신의 요구(욕구; needs)와 이해관계(이해; 욕구; interest)에 기초하여 조정인에게 자신의 분쟁 해결을 도와달라고 하는 명시적인 신청(addressed request)을 핵심 요소로 하며, 조정인이 ‘독립적·중립적’ 방식으로 분쟁 해결을 조력하고 ‘촉진(facilitate)’하는 것에 그치는 것으로, 그 사건에서의 당사자의 상황과 당사자의 의사에 따라 절차를 유연하게 형성해 나가는 것을 극히 중요하다(crucial importance)고 강조한다. 그런데 이 설명은 바로 mediation이 conciliation과 구별된다는 점을 이보다 더 명확히 할 수 없을 정도로 분명하게 한 것이다. conciliation의 개념을 인정하지 않는 미국 민사 부문의 mediation 정의를 그대로 수용한 것이기 때문이다.

또한 이는 국제법과 같이 mediation보다 conciliation이라는 용어를 널리 사용하는 분야와 거리를 둔다는 의미이기도 하다. 동시에 싱가포르 협약은 민·상사 분야(협약에 상사라는 용어⁶⁾를 쓰고 있으나 각국 조정제도의 발전에 필요하다고 하여 상사 분야의 개념도 정하지 않고 있음)에 치중하며 미국 민·상사 분야에서 일반적으로 융통되고 있는 mediation의 개념을 그대로 수용하고 있다. 이 때문에 싱가포르 협약이 민·상사 분야 이외의 분야에 대한 mediation에서 좀 더 멀어지게 된 측면도 있다.

아울러 협약 중에 ‘국제’와 ‘상사’라는 용어에 큰 의미를 두는 것도 적합하지 않다. 모델법 해설 30과 31에서는 상사의 개념이 각국 국내법의 상사 기준과 무관하며 상사 외의 분쟁(non-commercial matters)에 대한 조정에도 모델법을 적극 활용

6) 이재민, “국가 간 분쟁 해결 수단으로서 조정 : 효용성 제고와 제도적 확산을 위한 법적 쟁점”, 『국제법학회 논총』 제67권 제3호(통권 제166호), 2022, 191면.

하여 법규를 제정할 것을 권장하고 있기 때문이다. 이는 각국의 상사 이외의 일반 민사분야 조정제도의 현실이 mediation과 매우 다른 경우가 많으며 그러한 차이가 싱가포르 협약상 조정제도의 발전에 걸림돌이 될 수 있다는 사실을 인정한 설명이라고 할 수 있다. 예를 들어 어느 나라의 민사분쟁에 관한 조정절차가 절차의 정합성 면에서 난맥상에 빠지면 그 나라 조정제도와 전혀 별개의 상사분야에 한정된 국제적 표준에 맞춘 조정절차의 운영은 더욱 어렵게 된다. 따라서 싱가포르 협약은 그러한 나라에게 국내 상사 개념의 기준까지 바꾸어가며 싱가포르 협약에 맞출 것을 요구하지 않는다는 것이다. 왜냐하면 그러한 상황에 있는 나라의 경우에는 국내 조정절차의 기본 틀을 갖추지 않은 상태에서 외국과 관련된 상사분쟁의 조정절차를 운영해야 하는 또 하나의 추가 부담을 지우게 되기 때문이다.

실제 분쟁 사건에서 민사와 상사의 구별이 그리 쉬운 것도 아니다. 특히 민사절차법에 관한 조정절차와 구별되는 별도의 상사조정절차의 개념을 상정하는 것은 불가능에 가깝다. 당사자의 일방 또는 쌍방이 상인이라는 것 외에 사건의 실질은 민사사건이기 때문이다.

상사조정법이 가능하다면 상사소송법이 가능하다는 전제가 충족되어야 한다. 왜냐하면 절차법은 실체법과 같은 내용의 문제가 아니라 절차의 문제이기 때문이다.⁷⁾ ‘국제상사’조정에 대한 언급도 UNCITRAL의 기본 담당 분야가 ‘국제’와 ‘상사’ 분야이므로 당연히 들어간 수식 표현이지 조정절차를 국제상사분야에 한정하여 운영하라는 것이 아니다. 오히려 ‘국제상사’ 부분을 삭제한 모델법을 각국의 조정절차에 반영할 것을 더 적극적으로 권하고 있기 때문이다. 각국 조정제도의 발전 정도를 고려한 것으로 이해된다.

한편 싱가포르 협약에서 conciliation의 요소가 완전히 배제되는 것은 아니고 국가 간 분쟁 해결 또는 국가가 분쟁의 당사자가 되는 분쟁에서도 싱가포르 협약의 적용 가능성에 대한 논의가 활발하게 전개되고 있다는 견해도 있다.⁸⁾ 그러나 국가

7) 절차법에 대한 이해가 부족한 경우 절차법을 실체법에 대응하여 모두 만들 수 있는 것으로 혼동하는 경우가 많다. 그 실례가 식품집단소송법, 환경집단소송법, 가슴기살균제 집단소송법, 의약품피해집단소송법 등의 제정에 관한 국회에서의 논의라고 할 수 있다.

간 분쟁해결에 싱가포르 협약의 조정절차를 활용할 수 있다는 주장은 싱가포르 협약이 적용될 수 있는 특수분야에 대한 논의로 싱가포르 협약이 기본적으로 예정하고 있는 적용 범위와는 틈이 있다. 왜냐하면 국가 간 분쟁 해결 수단으로 싱가포르 협약의 조정이 기능할 수 있도록 하려고 했다면 명칭을 conciliation에서 mediation으로 바꿀 것이 아니라 오히려 conciliation을 고수하였어야 했기 때문이다. 국가 간 분쟁해결에도 싱가포르 협약의 mediation이 적용 가능하다는 주장 속에는 mediation 속에 conciliation의 개념이 포함되어 있다는 설명을 싱가포르 협약에서 하고 있다는 점을 강조하는 측면이 있다. 이는 결국 기본적 개념으로 정한 사인의 자율적인 분쟁 해결인 mediation이 아니라 응용 또는 추가적 개념의 mediation도 협약의 적용대상으로 가능하다는 주장이 된다. 그런데 국가 간 조정에는 앞서 언급한 요구(욕구; needs), 이해관계(이해; 욕구; interest), 촉진자, 당사자의 절차형성과 같은 자연인인 사람이 당사자임을 지칭하는 개념들이 개입될 여지가 더욱 적어지기 때문에 협약이 기본적으로 정한 mediation 개념 속에 conciliation의 개념에 가까운 국가 간 분쟁 해결도 포함되어 있다고 보기에는 어려움이 있다.

2. 협상 개념의 다양성⁹⁾

조정(mediation)의 개념과 마찬가지로 협상에 대한 개념 정의 역시 쉬운 일이 아니다. 그런데도 용어 사용의 혼란을 줄이기 위하여 굳이 개념 정의를 하면 다음과 같이 구분할 수 있다.

(1) 협상 개념 1

협상이란 내가 원하는 것을 최대한 얻어내는 기술이다. 이 경우는 협상에서 내

8) 이재민, 같은 논문, 185~188면.

9) 최철규, “어떻게 원하는 방향으로 상대를 움직일 것인가 협상의 신”, 『한국경제신문』, 2018, 35~36면.; 함영주, 『피스메이커(peace maker)를 위한 협상의 이해』, 진원사, 2022, 6면.

이익을 최대로 취했기 때문에 다음 협상에서 상대는 나를 피한다. 만남을 약속하더라도 이번에는 손해를 보지 않겠다는 응어리를 품고서 대한다.

(2) 협상 개념 2

협상이란 서로의 경제적 이익을 극대화하는 의사소통의 과정이다. 이 경우는 서로가 만족할 수 있도록 경제적 이익을 나누는 게 중요하다는 개념으로 변화한 것이다. 협상은 서로 중요하지 않은 것을 중요한 것과 상호 교환하는 것으로 이해된다. 윈-윈 협상이 협상의 중요한 내용이 된다.

(3) 협상 개념 3

협상이란 상대의 행동, 인식, 감정을 변화시켜 가치를 키우는 의사소통의 과정이다.

결국 위의 정의에서 협상이란 공통으로 당사자들이 ‘자신의 역량’으로 ‘스스로’ 분쟁을 해결하는 과정을 말한다. 협상을 조정과 대비하면 조정모델법 입법안내서(가이드) 해설 10¹⁰⁾에서 언급한 것처럼 협상은 조정에서 조정인의 존재가 필수적인 것과 달리 기본적으로 외부인의 개입 없이 ‘스스로’ 분쟁을 해결한다는 절차적 특색이 있다.

물론 협상도 협상전문가가 중간에 개입하는 경우가 적지 않으나 그 경우에도 조정의 조정인처럼 어느 정도 정해진 절차적 특색(caucus, 비밀유지, 절차형성의 당사자 의존, 각 기관의 조정 규칙 등)을 가진 별도의 절차가 마련되어 있는 것은 아니라는 점에서 구분할 수 있다.

10) Draft Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and Internal Settlement Agreements Resulting from Mediation, 10.

3. ADR 제도에 대한 미국 내의 상황

ADR 제도가 태동한 미국에서도 ADR의 개념에 대해서는 사용자들이 따라 혼선이 상당한 것으로 알려졌다. 법률가를 포함하여 많은 사람이 자신들이 잘 모르는 절차가 있으면 몽뚱그러 ADR의 범주에 포함하기도 한다. 심지어는 책의 저자들조차 분석단계에서는 이들을 구별하다가 정작 실무에서는 비슷한 것으로 혼동하는 일이 흔하다. 이 때문에 사건을 판단할 권한을 가진 소액사건 판사(small claims court judge¹¹⁾)가 당사자 사이의 원만한 해결을 촉진하는 방식으로 합의를 시킨 다음 그것을 판정(decision)으로 선언하는 예도 있다. 몇몇 중재인들도 크게 다르지 않아 당사자를 대리하는 변호사들이 적절한 해결책(fair solution)을 찾으려고 하면 그 변호사가 '조정을 한다(mediate)'라고 말한다.¹²⁾

조정인(mediator) 중에도 조정절차 외부에서 행사 가능한 자신의 힘(위력)을 이용하여 조정절차에서 실질적인 심판권을 행사(impose a solution)하기도 한다. 분쟁 해결기관들 역시 대개 수많은 종류의 분쟁해결절차를 동시에 운영하고 있다. 행정기관들은 심판(adjudication)은 물론이고 스스로 규정을 만들어 그 규정 내에 협상(negotiation)과 조정(mediation)을 포섭하는 내용을 두고 있다. 법원의 지원으로 협상(negotiation), 조정(mediation), 약식배심재판제도(summary jury trial)을 하는 것도 흔히 본다.¹³⁾

미국에서는 이러한 현상을 분쟁 해결사업의 전문성 경쟁(professional competition)이라고 부르기도 한다. 예를 들면 미국 변호사들이 국제상사중재 절차

11) 미국 문헌에 나오는 judge를 한국에서는 통일하여 판사로 번역하는 경우가 많지만, 미국의 경우 연방법원(Federal court) 판사와 주 법원(state court) 판사 사이에도 지위나 역할이 판이하고, 연방법원의 부판사(magistrate judge; 이 용어를 일괄하여 치안판사로 번역하는 옛날 문헌도 있으나 연방법원의 경우에는 전혀 맞지 않는 번역이라고 할 수 있다), 그 외 judge로 부르는 수많은 종류의 유사 명칭이 있어 이를 모두 미국의 판사로 번역하면 한국의 판사(법관)를 기준으로 생각하는 사람들에게 큰 오해를 불러일으킬 수 있다. 뉴욕주만 해도 judge로 불리는 수많은 다른 직역의 사람들이 있다.

12) Leonard L. Riskin/James E. Westbrook/Chris Gutheris, 『Dispute Resolution and Lawyers』, West Publishing, 2009, p. 19.

13) Ibid.

에 필요한 기술을 미국의 소송 스타일로 바꾼 것도 이러한 현상의 하나라는 것이다.¹⁴⁾

이러한 경향에도 불구하고 제도 간 차이나 특징을 명확히 하는 것이 중요하다. 왜냐하면 서로 다른 절차에서는 서로 다른 결과가 나오기 때문이다. 예를 들면 미국의 경우 중재판정은 연방법이나 주법(federal or state statutes)을 통하여 효력이 발생하지만, 조정절차(mediation)를 통하여 당사자들이 합의한 내용은 계약법의 요건을 충족하는 경우에만 효력을 갖는다. 미국에서 조정은 아무리 변형을 가해도 당사자들 간의 합의(한국의 경우 화해 또는 화해계약)인 것에는 변함이 없다.

각각의 절차는 특정 사건에서만 효과가 있다. 예를 들면 중재절차를 선택한 사람들은 소송보다 중재가 신속하고 절차의 엄격성이 덜하다는 것을 선호하는 것으로 엄격한 증거 법칙을 적용하려는 태도를 보이지 않는다. 마찬가지로 조정인이 자신이 최선이라고 생각하는 것을 만들어내려고 당사자들을 압박하고 몰아붙이는 방식을 사용한다면 당사자들이 문제를 해결하기 위하여 노력하는(participants' working relationship) 조정의 절차적 특질은 상실된다.¹⁵⁾

4. 협상의 방식으로 행하는 조정의 의미

분쟁 해결 및 관리 절차를 이해하기 위해서는 절차의 핵심적인 특징을 이해할 필요가 있다. 그중 하나가 협상(negotiation)에서 중요하게 다루는 입장(요구; position)과 이해관계(이해; 욕구; interest)라는 개념¹⁶⁾이다.¹⁷⁾

입장(요구; position)은 당사자가 가지기를 원하는 것으로 소송에서 원고가 인신 손해 또는 인신상해를 이유로 10만 달러를 손해배상금이나 화해금으로 요구하는

14) Ibid.

15) Ibid.

16) 입장은 특정 쟁점에 대하여 협상 당사자가 명시적으로 제시하는 외관상의 선호, 즉, 겉으로 드러나는 주장(요구)을 의미한다. 이에 비해 이해관계는 당사자가 생각하는 내면적 욕구(needs)로 당사자의 행동을 끌어낼 수 있는 것을 말한다; 함영주, 앞의 책, 진원사, 2022, 289면; 전성철/최철규, 『협상의 10계명』, 웅진윈스, 2009, 25면 이하.

17) Leonard L. Riskin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie, Id at 20.

것을 말한다.

이해관계(이해; 욕구; interest)는 입장(요구) 아래에 내재한 동기나 필요를 말하는데 피해자의 자존감 손상, 가해자와의 관계 회복, 경제적 및 비경제적 배상이나 보상, 가해자의 처벌, 신속한 화해 희망, 심지어 사과와 같은 다양한 유형의 것을 포괄한다. 상당히 잘 산정되더라도 금전배상이나 보상은 당사자들의 이해관계를 충분히 충족시키지 못한다.

입장을 중시하는 절차는 기본적으로 적대적이다. 반면에 이해관계를 중시하는 절차는 입장도 고려하면서 이해관계를 충족시키는 화해를 도모하는 기능을 한다.

따라서 이해관계를 중시하는 절차(interested-based approach)는 문제해결형(problem-solving) 절차 또는 협력형(collaborative) 절차, 가치창조형 절차(value-creating), 통합형(integrative) 절차라고 한다. 이와 반대로 입장을 중시하는 절차(position-based approach)는 당사자대립주의적(adversarial) 절차, 경쟁적(competitive) 절차, 가치요구(value claiming) 절차, 권리에 근거한(right-based) 절차라고 한다.

재판(심판)절차(adjudication)는 대표적인 입장 중심(position-based)의 절차이다.¹⁸⁾ 반면에 중재(arbitration)는 재판(심판)의 요소도 있지만, 이해관계를 고려하기도 한다.

협상(negotiation)과 조정(mediation)은 입장(요구; position)과 이해관계(이해; 욕구; interest)를 모두 고려한다.¹⁹⁾

다양한 분쟁 해결 방법에 대한 논의에서 혼란을 초래하는 것은 주로 입장(요구; position)과 이해관계(이해; 욕구; interest)를 구별하지 못하는 데서 비롯된다.²⁰⁾ 그러한 문제를 초래하는 이유의 상당수는 세상의 법률분쟁에 대하여 법에서 이미 정해두었던 분명한 기준만을 찾아 기계적으로 적용하려고 하는 편협한 전통 법학 교

18) 민사소송법과 같은 절차법에서는 이를 외관주의(또는 형식주의) 중시 절차라는 표현을 쓴다. 민법과 같은 실체법에서는 외관주의라는 표현도 간혹 사용하나 표시주의라는 용어를 더 애용하는 경향이 있다(표현대리와 같은 용어가 그중의 하나라고 할 수 있다).

19) Ibid.

20) Ibid.

육에서 찾을 수 있다. 입장과 이해관계를 이해하는 것과 같은, 법이론 차원을 넘어 사회와 사람에 대한 다양한 시야를 갖는 법률가의 자세를 가지면 더욱 효율적으로 중립인(neutral)으로서 그리고 인간으로서의 법률가 역할을 더욱 훌륭하게 수행해 낼 수 있다.²¹⁾

5. ADR 제도 분류와 기본 특질에 대한 이해의 필요성에 대한 검토

ADR(**A**lternative **D**ispute **R**esolution)의 A(대체; 대안; alternative)에 대한 오해는 제도 사이의 차이를 혼동하게 하는 요인의 하나로 작용하고 있다. 초기에 ADR은 재판(소송; trial)에 의하지 않고 분쟁을 해결하는 절차²²⁾라는 의미에서 출발하였다.

그러나 익히 알려진 것처럼 현재의 ADR의 A는 대안(alternative)으로서의 ADR에서 벗어난 지 오래고 Appropriate(적절한) 또는 유용한(useful) 분쟁 해결 방법으로 사용되고 있다. 이와 같은 용어 사용(용어의 의미 변화)으로 전달하려는 메시지는 ADR이 특정 분쟁이나 특정 집단의 분쟁을 해결하는데 가장 적절한 방법을 찾아주고 그 방법에 따르도록 하는 절차라는 것이다. 이 때문에 ADR에 소송(litigation)을 포함하는 견해도 있다.²³⁾

미국 로스쿨에서 사용하는 교과서는 이러한 경향을 반영하여 ADR의 A를 떼어내

21) Ibid.

22) 법원의 판사에게 재판이라는 절차로 분쟁(사건)을 해결하지 않는 방법이라는 의미이다. 판사 앞에 아예 가지 않고 당사자들이 밖에서 자율적으로 분쟁을 해결하는 절차라는 의미이고, 미국을 포함한 대부분의 선진국에서 소송절차와 ADR(특히 mediation) 절차는 철저히 분리되어 있다. 즉 재판과 ADR은 서로 배타적인 개념으로 이해된다. 이에 반해 우리나라에서는 판사에게 재판을 받는 과정에 당사자 간에 화해로 해결하는 소송상(訴訟上) 화해와 아예 소송에 들어가지 않고 즉, 소 제기도 하기 전 판사 앞에 가서 당사자들이 합의한 것을 확인하고 판사는 양자의 합의 사실만 확인하고 도장을 찍어주는 제소전(提訴前) 화해까지도 ADR에 포함하고 있다. 이들 화해에 인정되는 기관력은 판사가 사건을 끝까지 심리하여 소장의 청구취지(請求趣旨)와 청구원인(請求原因)에 대비되는 판결의 주문(主文)과 이유(理由) 중 주문에 한하여 부여하는 확정판결에 부여하는 기판력이라고 할 수 있는데 판결을 내리지도 않고 당사자의 의사를 확인하는 데 그친 재판상 화해에 기판력까지 인정한 것은 기판력에 관한 기본 개념을 도외시킨 입법이라는 비판이 민사소송법학자들에게서 줄기차게 제기되고 있다.; 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2013, 595~597면, 603면; 정동윤/유병현/김경옥, 『민사소송법[10판]』, 법문사, 2023, 760~763면, 771~773면.

23) Leonard L. Riskin/James E. Westerbrook/Chris Guthrie, Id at 21.

고 DR(분쟁 해결; Dispute Resolution)로 사용하는 경우가 많다. 한국 내에서도 대체적분쟁해결 방안(대안적분쟁해결 방안; ADR) 또는 ADR이라는 말을 쓰는 경우보다는 분쟁해결방법론²⁴⁾ 또는 분쟁 해결²⁵⁾이라는 용어를 사용하는 경우가 늘어나고 있다.

III. 당사자 간의 합의를 의미하는 ‘화해’에 대한 다양한 개념 정의와 국내 재판상 화해 효력의 문제점

1. 민법상의 화해

계약은 기본적으로 양 당사자의 대립하는 의사표시가 내용상 합치함으로써 이루어지는 법률행위로 당사자 쌍방의 권리와 의무에 변동을 가져오는 법률요건, 두 사람이 하나 또는 다수의 채권·채무를 발생시킬 것을 약속하는 합의이다.²⁶⁾ 청약자의 청약과 상대방의 승낙 의사표시가 접점을 이루어 의사의 합치가 이루어지는 것이라는 설명이 그것이다. 이 때문에 계약은 기본적으로 사적 자치의 원칙이 적용되며 당사자 간 의사의 합치를 기본적인 요소로 한다.

2. 민사소송에서의 재판상 화해

문제는 우리나라에서 민법상의 화해계약과 재판상의 화해의 효력이 매우 다르다는 데 있다. 계약자유 원칙에 따라 자유롭게 맺는 사인끼리의 합의인 민법상의 화해계약과 달리 판사라는 공권력을 가진 기관의 앞에서 하는 합의는 다르다고 보기 때문이다. 재판상 화해에 대한 사법계약설과 소송계약설이라는 해묵은 논쟁도 여기에서 시작된다.

24) 함영주, 『분쟁해결방법론(개정판)』, 진원사, 2014.

25) 분쟁해결(창간호), 한국조정학회, 2011.

26) 이은영, 『민법 II』, 박영사, 1998, 257면 등.

필자는 법관(또는 판사) 앞에서 합의(재판상 화해)하건 당사자들이 커피숍에서 임의로 합의(민법상 화해계약)하건, 민사법에서의 합의는 당사자 간의 합의를 본질적 구성요소로 한다고 본다. 동시에 일반 화해계약과 달리 법관 앞 또는 재판에서의 합의이므로 일반 사법상의 법률행위와 달리 그 효력을 부정하는 방법이 사법행위보다 제한적이거나 엄격해야 한다는 견해에는 기본적으로 찬성한다. 다만, 법관(또는 판사) 앞에서 합의(재판상 화해)하였으므로 그것이 바로 확정판결과 같은 효력이라고 하는 무제한적 기판력을 주는 민사소송법 제220조와 제461조는 세계에서 유례가 없는 입법으로 개정이 필요하다. 왜냐하면 판사 앞에서의 화해(합의)라고 하여 당사자에게서 자기 사건 또는 분쟁의 최종결정권을 뺏거나(합의 간주), 판결²⁷⁾도 하지 않았는데 판결절차를 끝까지 거친 것과 동일한 효력을 부여하여 재심 사유보다 더 어려운 준재심으로만 다투도록 한 것은 판사 앞에서 화해하였다고 하여 부여할 효력이라고 할 수는 없다. 소송절차를 모두 거친 경우에는 11개 재심사유에 해당하는 사건에 대하여 재심으로 다룰 수 있는데 절차 중간에 재판상 화해를 한 경우에는 기껏해야 5개 정도의 재심사유밖에 인정하지 않는다는 것도 절차법적 관점에서 문제가 있다.²⁸⁾

이때 판결과 동일한 효력, 그중에서도 기판력(既判力; materielle Rechtskraft; Res Judicata)은 당사자가 소송에서 자신이 할 수 있는 주장과 항변, 증거 제출 등 모든 소송행위를 할 기회를 부여받는 등 민사소송절차에서 정해진 엄격한 절차(프로세스)를 모두 거칠 기회를 준 후 판결을 하고 그것이 확정되었을 때만 인정되는 확정판결(確定判決)의 판단에 부여되는 구속력(拘束力)²⁹⁾이기 때문이다. 확정된 판결의

27) 재판이라는 의미가 아니라 판결, 결정, 명령으로 구분할 때의 판결을 말한다.

28) 이 때문에 재심사유를 극도로 좁히는 것은 재판을 받을 권리의 침해 소지가 있다는 점, 당사자 간의 자주적인 분쟁 해결 방법인 합의(Vertrag)에 국가적 판단인 판결(Urteil)과 같은 기판력을 인정하는 것은 화해의 본질에 대한 위배라는 점, 화해의 본질이 판결이 아닌 당사자 간의 합의여서 화해조서에 주문과 이유의 구별이 있을 수 없는데 판결의 주문에만 인정되는 기판력을 무조건 적용하면 판결보다 더 넓은 기판력을 인정하게 되어 기판력 제도와 본질에서 충돌한다는 점, 재판상 화해 중 제소전 화해는 당사자가 합의한 내용을 소를 제기하기도 전에 판사 앞에서 확인받는 것에 불과하여 공증인에게 가서 공증을 받는 것과 다를 바 없는데 공정증서에 인정되지 않는 효력을 인정하는 것이어서 문제가 있다.; 이시윤, 같은 책, 596~597면.

29) 이시윤, 같은 책, 627면.

규준성(Massgeblichkeit)/실질(체)적 확정력(materielle Rechtskraft)/확정적 효력(Feststellungswirkung)이라고 표현하기도 한다.³⁰⁾

판사는 기본적으로 당사자 간에 다툼이 있는 사건에 대하여 판결(결정, 명령 포함)을 하는 기관으로, 당사자들이 합의하여 소송을 종료시키겠다고 하면 처분권주의 원칙상 법원은 그 의사를 존중하여 소송을 종결하면 되는 것이지 판사 앞에서 화해하였다고 하여 판결을 받지 않았음에도 판결을 받은 것과 같다고 하는 것은 판결 없는 판결이라는 문제가 있다. 판결은 하였느냐 하지 않았느냐의 문제이지 원칙적으로 판결을 한 것으로 칠 수 있는 문제가 아니다.

당사자의 합의 역시 당사자가 합의하였느냐 하지 않았느냐의 외형상 나타난 의사표시의 합치 여부의 문제이지 합의를 끝까지 하지 않았는데 합의한 것으로 칠 수 있는 문제가 아니다. 표시주의·외관주의를 기본으로 하는 민사법의 기본 원리에도 반한다. 동시에 명시적으로 합의의 의사표시를 하지 않았는데 합의한 것으로 치는 것은 당사자 의사의 합치라고 하는 합의의 본질에도 반한다. 내심의 의사를 짐작하여 그것을 당사자의 의사로 칠(간주) 수 있다면 당사자가 인정한 것도 내심에는 부정하는 것이라고 마음대로 결정할 수 있고 그 반대도 가능하다는 의미가 된다.

판사가 일방적으로 내린 결정문을 송달받고 2주 이내에 이의를 하지 않았다는 것과 그 결정의 내용처럼 양 당사자가 합의의 의사표시를 하여 서로 양보하였다는 것은 아무리 해도 서로 병존할 수 있는 문제가 아니다(합의 없는 합의라는 말이 되기 때문이다). 전자는 심판이고 후자는 당사자 간의 합의이기 때문이다.

이를 달리 말하면 우리나라의 재판상 화해에서는 당사자 간에 합의의 의사를 표시한 것도 합의이고 법원이 심판한 것도 합의라는 의미가 된다. 따라서 우리나라에서 재판상 화해를 만일 재판상 화해 합의라는 용어로 바꾸어 쓰면 당사자 간의 합의가 실제 없었음에도 합의한 것으로 간주하는 재판상 화해를 더욱 오해하게 만든다. 그 경우 재판상 화해는 합의가 없어도 합의한 것으로 심판한 것으로 그게 곧

30) 정동윤/유병현/김경옥, 『민사소송법(9판)』, 법문사, 2022, 799면; 전원열, 『민사소송법 강의(3판)』, 박영사, 2022, 498면.

합의(재판상 화해=재판=심판=합의)라고 말하는 이해할 수 없는 용어 설명이 될 수 밖에 없다. 요컨대 소송이나 조정절차에서 합의간주제도는 아무리 판사나 조정인이 중간에 개입한다고 하여도 그것만으로 당사자의 의사의 합치인 민사법상의 합의가 될 수 없으며 사건을 신속하게 종결하려는 판사나 조정인의 의도가 개입된 것이라고 할 수밖에 없다. 이 때문에 싱가포르 협약에 합의간주제도가 없는 것은 당연하다.

국내 논문에서 영국의 조정제도라고 소개하면서 영국의 조정에서는 조정인에게 심판권이 있고 합의간주효나 조정안의 편면적 구속력이 있다고 소개하는 경우³¹⁾가 있으나 실제 그 내용은 mediation과 별개의 제도인 금융 옴부즈맨 서비스(FOS; Financial Ombudsmen Service)로 확인된다.³²⁾ 이처럼 국내에서 외국의 다양한 제도 중 소송(litigation)과 중재(arbitration)를 제외한 모든 제도를 조정(調停)으로 번역하고 그것이 마치 mediation인 것처럼 설명하는 것은 제도의 발전을 위하여 우려할만한 현상이라고 할 수 있다.

그 경우는 잘못된 용어 번역이나 ADR 분류의 문제에 그치지 않고 행정부 산하 행정위원회에서 조정제도를 오·남용하는 근거로 활용되고 있기 때문이다. 그 나라에 왜 그러한 특수한 제도가 생겼는지를 자세히 소개하고 우리의 현실과 어떠한 점에서 다르고 같은지를 세밀히 비교하며 우리나라 절차법 체계까지 염두에 둔 치밀한 제도설계의 지혜가 필요하다.

3. 싱가포르 협약의 settlement agreement의 번역 용어의 문제

최근 국내에서는 싱가포르 조정협약 실시법을 만든 일본이 ‘settlement

31) 맹수석/이형욱, “사후적 피해구제제도 개선을 통한 금융소비자보호법 실효성 제공 방안”, 금융소비자 연구 제10권 제1호, 2020, 82면 주 47.; 맹수석, “금융소비자보호법상 분쟁조정제도의 문제점과 개선방안 - 편면적 구속력과 집단분쟁조정제도를 중심으로”, 『은행법연구』 제13권 제2호, 2020, 228~229면.

32) 이에 대해서는 함영주, “금융소비자보호법상의 금융분쟁조정절차에 관한 절차법적 측면의 고찰”, 『민사소송』 제26권 제3호, 한국민사소송법학회, 2022, 17~19면, 30~37면에서 자세히 설명하고 있다.

agreement'를 화해합의로 번역하고 있다는 것을 확인하는 논문이 발표되었고,³³⁾ 일본 법무성에서 마련한 요강안에서 화해합의라는 용어로 번역하고 있다고 소개하는 논문도 있다.³⁴⁾ 아마 일본에서 settlement agreement를 화해합의로 번역한 이유는 우리나라와 같이 당사자 사이의 합의가 없이 '조정을 갈음하는 결정'을 하고 2주 이내에 이의를 제기하지 않으면 합의한 것으로 간주하는 제도를 염두에 두고 싱가포르 협약에서의 조정상 합의는 합의간주가 아니라 당사자 간 화해에 대한 합의가 반드시 있어야 한다는 의미를 별도로 부여하고자 한 것으로 이해할 수 있다.

Settlement agreement를 그렇게 번역하는 것은 거꾸로 조정을 갈음하는 결정이 싱가포르 협약과 병존할 수 없는 제도라는 것을 자인한 것이라고 할 수 있다. 그런데 그 경우라면 싱가포르 협약과 정합성에서 문제가 있는 조정을 갈음하는 결정이라는 제도를 수정하거나 없애는 것이 맞지, settlement agreement를 화해합의로 번역하는 미봉책으로 넘어갈 수 있는 일이 아니다. 일본이 자국의 조정협약 실시법에서 개인과 개인 간의 조정을 협약의 대상에서 제외한 것 역시 조정의 본질이 제대로 구현되지 않고 있는 일본의 현재 상황을 고려한 것이라고 이해할 수 있다.

결국 이러한 번역은 우리나라나 일본의 조정제도가 싱가포르 협약이 상정하는 조정제도의 본질을 벗어난다는 것을 자인하고 반영한 것일 뿐 화해와 합의가 동의 반복이라는 점은 전혀 해결하지 못한다. 더욱이 우리나라는 일본처럼 조정을 갈음하는 결정을 두는 것에 그치지 않고 조정상 화해에 기판력까지 인정하는 단계로까지 나아갔다. 즉, 우리나라에서의 조정상 화해는 일본과 달리 싱가포르 협약에서 말하는 당사자 간의 합의라는 조정의 본질을 완전히 벗어나 법원의 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 그야말로 판결 그 자체로 인식되고 있다. 적어도 우리나라 민사조정법과 일부 행정위원회의 조정상 화해는 판결(조정상 화해=판결)과 동일시된다.

33) 전병서, “일본의 싱가포르 조정협약의 실시법의 소개”, 『법학논문집』 제47집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2023, 175~209면.

34) 조수혜, “조정에 의한 화해합의의 집행에 대한 일본의 개정논의”, 『부산대학교 법학연구』 제63권 제3호, 2022, 40면 주 3).

동시에 화해합의라는 용어는 기존의 국내 민사법 논문에서는 발견하기 어렵다. 화해는 합의의 한 형태이고, 또한 화해는 당사자 간 합의의 결과이기 때문에 두 단어를 연결하여 쓰면 혼란이 초래되기 때문이다. “역전 앞”처럼 겹치는 단어를 쓴 중복 표현이라고 할 수 있다. 이 때문에 국내 민사법에서는 일관되게 민법상 화해 또는 민법상 화해계약이라는 표현을 사용한다. 소송법에서는 동일한 내용의 화해를 재판외화해라고 부른다.

우리나라에서 화해합의라는 용어는 법무부에서 발간한 2021. 3.의 싱가포르 조정 협약 이행법을 제정 참고자료집(235면 이하)에서 settlement agreement를 번역한 것이 처음이 아닌가 한다. 이 자료는 한국조정학회의 용역과제로 연구진의 자체 판단에 따른 번역인지 일본의 화해합의라는 번역을 그대로 따른 것인지 분명하지 않다.

문제는 이 용어를 그대로 따르면서 ‘조정’합의라는 민소법 학자들의 번역에 큰 오류가 있다고 하고 반드시 ‘화해합의’로 번역하여야 한다든가 ‘화해’합의서를 ‘조정’합의서로 부르는 것은 잘못이라는 견해³⁵⁾까지 나타나고 있다는 점이다. 그런데 싱가포르 협약의 settlement agreement는 우리나라 제도 중에 민법상의 화해 또는 화해계약과 가장 가까운 것이며, 당사자들이 조정절차에 들어가기로 하는 합의(조정절차합의, 중재에서 말하는 중재합의에 해당)를 하고 실제 조정절차를 진행하여 조정인의 촉진적 역할에 힘입어 당사자들이 합의한 조정상 합의³⁶⁾ 또는 조정상의 합의를 뜻하는 것이지, 조정절차를 전제로 하지 않은 단순한 재판 외의 화해나 합의를 말하는 것은 아니다. 따라서 이를 무시하고 settlement agreement를 단순히 화해합의로 번역하는 것은 협약에서 사용된 용어를 오해하게 만드는 것이라고 할 수 있다.

이 점에서 싱가포르 협약의 settlement agreement는 양 당사자의 사적 합의인 협상에 의한 합의(화해) 또는 재판외화해와 구별된다. 싱가포르 협약에서 조정절차를

35) 석광현, “싱가포르협약상조정을 통한 화해합의의 승인 및 집행: 한국법의 고찰”, 『국제거래법연구』 제31권 제2호, 2022, 75면.

36) 함영주, 『조정제도 활성화를 위한 국가전략 수립: 싱가포르 협약 대응을 중심으로』, 국회입법조사처, 2021, 10면의 번역 용어.

거친 합의(화해)가 성질상 화해계약에 가장 가깝다고 하는 위 논문(석광현, 20022년 국제거래법연구 논문)에서 제시된 견해는 너무나 당연하지만 그렇다고 하여 우리 민법상의 화해 또는 화해계약과 완전히 동일한 것이라고 할 수도 없다. 핵심이 조정절차를 거친 합의이기 때문이다. 싱가포르 조정협약의 조정상 합의에 당사자 사이의 사적 합의나 이른바 재판외화해에서는 인정될 수 없는 집행력을 부여하고 있다는 점도 고려하여야 한다.

싱가포르 협약에서의 조정상 합의는 실제 미국이나 싱가포르의 조정과 마찬가지로 합의서를 만드는 절차가 있고(구술합의를 인정하는 경우는 찾아볼 수 없음) 조정상 합의의 합의서를 작성하는 주체는 위 논문(석광현, 앞의 논문, 76면)에서 말하는 것처럼 분쟁당사자들이 아니라 조정인이며, 당사자는 수정의견을 내거나 날인 또는 서명을 하는 절차를 거친다. 국내 민사조정이나 행정위원회 조정에서는 물론이고 싱가포르 조정센터나 미국 연방 동부지방법원 시설 내에서의 조정에서도 조정 합의서는 조정인이 초안을 만들고 당사자들의 의사나 의견을 수렴하여 여러 번 수정한 후 당사자들과 조정인이 최종 서명하는 방식으로 진행된다. 따라서 당사자들이 합의서의 작성 주체라는 추측은 아마도 조정절차를 제3자가 개입하지 않는 협상 절차와 동일한 절차로 생각했기 때문이 아닌가 한다. 또한 조정절차에서 당사자 간 합의 때 합의서면 작성이 필수적이므로 조정서와 같이 서면을 의미하는 ‘서’가 들어간 것³⁷⁾에 대해서도 비판적인 입장³⁸⁾이 있으나 그 또한 적절하지 않다. 싱가포르 협약은 조정절차에 관한 협약이지 조정인도 없이 당사자가 합의(협상을 통한 당사자의 사적 합의)하면 거기에 곧 집행력을 부여하자는 것은 아니기 때문이다.

다만 싱가포르 협약은 조정(mediation)을 우리 민법상의 화해계약과 동일한 것으로 상정한 조정 개념으로 출발하였으나 조약의 후반부에 앞의 조정 개념과 충돌하는 집행력을 부여하여 앞뒤가 모순되는 제도를 만들었다는 비판을 받는다.³⁹⁾

이 부분에 대해서는 조정절차에 관한 싱가포르 협약을 만드는 단계에서 조정상

37) 정선주, 『싱가포르 협약의 국내 이행 방안』, 법무부 용역보고서, 2019, 6면.

38) 석광현, 같은 논문, 75면.

39) 주로 독일을 포함한 유럽 연합 소속 국가들이 UNCITRAL에 제시한 비판이다.

합의의 실효성을 높여 조정제도의 발전을 도모하기 위한 특별한 조치가 필요하다는 미국 측 대표의 주장을 받아들여 전격 도입하였다는 설명이 있다. 그러나 법원 밖에서, 심지어 국외에서 국가나 지역, 조정인들, 당사자들마다 천태만상인 조정상 화해(=조정상 합의)에 각국 법원이 알아서 집행에 협력하는 시스템을 별도로 만들도록 한 것은 오히려 조정절차 발전의 걸림돌로 작용할 수도 있다.

조정상 합의에 집행력 부여를 위하여 각국 집행제도의 체계를 변경해야 하는 경우도 있고, 조정 결과(조정상 합의)에 집행력을 부여하는 것이 조정의 특질상 당연한 것으로 오해하는 경우도 발생할 수 있으며, 심지어 조정을 중재나 재판과 유사한 심판 절차로 오해하게 할 여지도 있다. 동시에 우리나라는 조정상 합의의 효력에 이미 집행력을 능가하는 기관력까지 인정하고 있어 조정의 본질을 벗어나는 경향이 더욱 강화될 수도 있다. 이러한 점을 고려하지 않고 일본에서 settlement agreement를 화해합의로 번역하였다고 하여 그대로 따르는 것은 조정상 화해에 기관력까지 인정하는 우리 조정제도를 더욱 극단적인 제도로 유도할 수도 있다. 화해합의만 만들어낼 수 있다면 어떤 방법을 써도 된다는 의미로 받아들여질 수 있기 때문이다.

화해는 양 당사자가 서로 양보하는 합의의 ‘결과’이며 합의와 동일한 뜻을 지니기 때문에 화해합의⁴⁰⁾라는 용어 사용은 settlement agreement를 번역한 용어 중에 특히 혼란을 증폭시키는 번역이 아닌가 한다.⁴¹⁾⁴²⁾ 화해가 곧 합의이기 때문이다.

40) 이미 발간된 논문에 조정화해합의, 당사자들이 합의한 화해합의라는 용어를 쓰는 경우가 많아지고 있으나 settlement agreement를 화해합의로 번역한 이유에 대하여 설명을 하는 경우는 석광현 앞의 논문 75면 이하의 경우 외에는 찾기 어렵다.

41) 관할합의와 중재합의라는 용어를 예로 들면서 절차법에서 합의라는 용어를 선호한다는 설명(석광현, 같은 논문, 78면 주50.)도 있으나, 민사소송법에서 관할합의는 소송상 합의 또는 소송상 계약의 유형 중 하나로 설명되고 있어 관할합의의 본질이 소송계약이라는 점을 분명히 하고 있다. 동시에 절차법(소송법)에서 말하는 소송계약이나 소송상 합의는 절차에 대한 합의를 말하므로 관할이라는 절차에 관한 합의, 중재라는 절차에 대한 합의라는 특징이 있다. 이에 비해 싱가포르 협약에서의 settlement agreement를 번역한 화해합의라는 용어에서의 ‘화해’는 재판이 아니라 화해라는 별도의 절차를 거치는 당사자들의 절차에 대한 합의와는 구별하여 조정절차를 통하여 당사자들이 합의하였을 때의 그 내용을 말하는 실체법적 성격의 실체적 합의를 말한다. 당사자들이 조정절차에 참가하여 노력한 끝에 이루어낸 합의 결과가 settlement agreement라고 할 수 있다. 무엇보다 근본적으로 화해는 협상, 조정, 중재, 재판 등의 절차를 진행하다가 이루

위 용어를 “조정절차에서 이루어진 합의”로 번역한 대법원 정책연구보고서⁴³⁾의 용어 번역이 원래의 뜻을 잘 전달한 예가 아닌가 한다. 위 settlement agreement는 단순한 화해가 아니라 싱가포르 협약에서 말하는 조정(mediation)절차를 거쳐 생성해 낸 당사자들 사이의 합의를 가리키기 때문에 ‘조정상’ 또는 ‘조정상의’라는 수식어가 들어가야 하고 화해합의가 아니라 화해 또는 합의만을 결합하여 사용하여야 한다.

IV. 협상/조정 군(群)과 중재/재판 군(群)의 본질적 차이에 대한 검토

1. 분쟁해결방법의 구분과 협상 및 조정의 절차적 특징

필자가 제시한 논문 말미 부록1의 [분쟁해결방법(Dispute Resolution)의 구분] 도표에서 보는 것처럼 협상과 조정은 당사자에게 분쟁 해결의 주도권, 절차형성권이 전적으로 맡겨져 있고 분쟁 해결의 주체는 협상의 당사자인 자신이고, 조정의 주체는 조정절차의 당사자들이다. 이 때문에 서구에서 말하는 조정(mediation)에서 조정인이 조정장의 직권으로 조정을 한다는 등의 표현은 등장할 여지가 없다.

싱가포르 협약에서도 언급하고 있듯이 조정(mediation)은 기본적으로 1인의 조정인이 당사자의 입장에 서서 그들 간의 대화를 촉진하고 화해를 촉진하는 기능을 하는 촉진자(facilitator)로서의 조정인이지만 3인 조정부의 장인 조정장으로서 절차를 지휘하고 주도하며 당사자들이 합의하지 않으면 조정장이 직권으로 조정갈음결정을

어떤 결과이지 절차의 한 종류로 구분하는 것은 문제가 있다. 이에 필자는 화해를 분쟁해결절차의 종류 중 하나로 분류하는 것에 반대하는 견해이며 미국은 아주 오래전부터, 일본은 과거의 민소법 교과서와 달리 최근의 교과서나 ADR 책에서 화해, 조정, 중재, 재판의 과거 구분보다는 협상, 조정, 중재, 재판으로 나누는 견해로 바뀌고 있다는 점을 지적해 왔다.; 함영주, 『분쟁해결 방법론(개정판)』, 진원사, 2014, 46면 이하 참조.

42) 김도경, “싱가포르협약 비준 이전 국제상사조정의 효력”, 보완방안과 상사조정에 적합한 일부 분쟁에 관한 소고, 『저스티스』 통권 제193호, 2022, 4430-431면도 화해합의로 번역하고 있다.

43) 사법정책연구원, 『한국형 대체적 분쟁해결(ADR)제도의 발전 방향에 관한 연구』, 2016, 602면.

내릴 수 있는 것이 아니다.

조정절차를 통한 당사자 간의 합의에 민법상 화해의 효력을 인정하는 데 그친 일부 행정부 산하 조정위원회의 조정과 달리, 조정에 법원의 확정판결과 동일한 효력 또는 재판상 화해와 동일한 효력을 인정한 상당수 행정위원회의 조정은 국가 분쟁 해결체제의 정합성과 절차의 불투명성에 대한 대대적인 점검과 정비를 할 필요가 있다. 각종 강력한 행정제재 조치는 과거와 같이 그대로 하면서 거기에 법원의 재판과 동일한 효력을 부여하는 조정을 하는 조정위원회를 부수적으로 둔 수많은 행정부 산하 조정위원회는, 잘못 운영되면 당사자 일방을 협박(coercion)하기 위한 도구로 이용될 우려가 그대로 있기 때문이다.

기본적으로 양 당사자 사이의 균형을 유지하는 기능이 상실한 분쟁해결절차는 분쟁을 해결하는 절차가 아니라 일방을 협박하는 절차로 기능하기 쉬운 것이 수많은 법 또는 절차법이 겪어온 역사적 경험이었다고 할 수 있다.

늦었지만 싱가포르 협약의 비준을 고려하는 현시점부터라도 mediation과 전혀 다른 제도로 운영되어 온 우리나라의 민사조정법(실질은 법원의 민사사건 신속 종결을 촉진하는 법)을 대신하는 민사조정절차법 또는 싱가포르 조정에 대한 이행법의 마련⁴⁴⁾이 시급하다. 협약 비준 전에 싱가포르 협약과 모델법에서 제시한 기준을 존중하는 기존의 재판 유사 조정제도와는 다른 우리나라 조정절차의 표준이 될 조정절차법(調停節次法)의 제정이 필요하다. 그 이유는 협상·조정 군(群)과 중재·재판 군(群)의 차이점에 대한 기본적인 구분이 중요하기 때문이다. 이 두 군의 차이

44) 일본의 ‘재판 외 분쟁해결절차의 이용 촉진에 관한 법률’을 두고 일본은 조정절차기본법이 있는데 한국은 없다는 설명은 그리 적절하지 않다. 일본의 ADR 촉진법은 조정절차의 본질적 내용에 대해서는 되도록 추후 과제로 미루고 국가에서 인증하는 조정기관의 시설기준이나 야쿠자와 같은 범죄조직의 구성원들이 조정기관을 운영하지 못 하게 하는 법의 명칭 그대로 ADR촉진법(활성화법)이기 때문이다. 다만 일본은 최근 ADR 촉진법에 인증받은 기관에 일본 변호사가 아니어도 중재인·조정인이 될 수 있는 규정을 추가하였고 JCAA 상사조정 규칙을 개정하여 JCAA 조정을 통하여 성립한 화해(합의)가 집행할 수 있도록 합의문 작성에 관한 규정도 정비하였다(조수혜, “싱가포르 협약 이후 일본의 국제분쟁해결절차 활성화 동향: JCAA 중재규칙과 일본 중재법 개정안을 중심으로”, 『중재연구』 제32권 제2호, 2022, 61면, 67면). 그럼에도 일본은 여전히 조정인 개인에 대한 조정교육과 같은 부분에 대한 고려가 없어 기관인증에 위한 제도에 머물고 있다는 근본적인 한계가 있는 것으로 보인다.

를 이해하지 못하고 조정을 재판절차 또는 심판 절차에 준하는 것으로 이해할 때는 이론적인 문제는 물론이고 실제 사건 해결에서도 적지 않은 문제가 발생하게 된다.

이 둘의 차이에 대하여 명확히 하지 않으면 당사자의 자율적이고 자발적인 합의로 진행되는 절차와 조정인이 일방적으로 심판을 하는 절차의 혼용도 아무런 문제가 없는 것으로 오해할 수 있다. 이 때문에 당사자들의 합의로 절차가 형성되고 결과도 당사자 사이의 합의(계약)에 의하는 것이 재판·중재와 다른 조정절차의 특성이라고 하면서, 중국에는 당사자들이 합의하지 않으면 심판을 하고 그 심판에 법원의 재판과 동일한 효력을 부여해도 문제의식을 느끼지 않는다. 민사조정법과 같이 법률로 제정되어 있으니 그 법률에 따를 뿐 문제가 없다고 인식을 하는 일도 있다.

2. 우리나라 조정실무의 현실

우리 조정실무의 현실은 위와 같이 별문제가 없다고 하는 인식과는 거리가 있다. 조정에서 당사자의 의사를 존중하여 당사자의 자율적 합의를 촉진한다는 것은 외형상의 포장일뿐, 수많은 조정인이 조정을 갈음하는 결정(이른바 강제조정)이 조정의 최고의 장점으로 생각하고 오히려 조정절차의 원칙이 조정을 갈음하는 결정이고 당사자들이 자발적으로 합의하면 그 경우는 보충적으로 고려하면 된다고 생각하기도 한다. 그 경우 조정인은 소송에서 판사도 일정한 요건을 갖추지 않으면 쉽게 할 수 없는 심판(재판)을 쉽게 할 수 있다. 이에 대해서는 당사자들에게 이의를 할 수 있는 기회를 주었기 때문에 문제가 될 것이 없다고 설명한다. 여기에 보태어 사건을 신속하게 끝내는데 조정을 갈음하는 결정보다 더 편리한 제도가 없는데 당사자의 의견을 존중하는 것이 무어 그리 중요하냐는 우리나라 조정인의 설명은 우리 조정제도의 존립 근거에 대한 의문을 품게 하기에 충분하다.

이러한 경향은 법원에서조차 있어, 조정에서 조정을 갈음하는 결정이 사건을 신속하게 종결하는 효력이 탁월하다는 점이 밝혀져서 민사소송에서 그와 사실상 동일한 화해권고결정을 도입하였다고 설명하기도 한다. 이는 법원이 수소법원 조정이 조정

의 본질에 적합하지 않다고 하여 수소법원의 조정을 자제하거나 없애야 한다고 하면서 동시에 수소법원의 조정과 동일한 내용의 수소법원의 화해권고결정 제도를 추가로 도입한 것에서도 나타난다. 수소법원 판사의 조정같은결정은 수소법원 판사의 화해권고결정과 구별을 할 특징이 거의 없어 동일한 것이라고 평가할 수밖에 없다.

이 때문에 국내 조정제도의 난맥상은 법원에서 가장 먼저 그 실마리를 제공하고 있다고 할 수 있다. 강제조정이라는 용어를 내용은 그대로 둔 채 조정을 같은하는 결정으로 명칭만 바꾸거나, 수소법원의 조정제도는 부적절하다고 하면서 동일한 내용의 수소법원의 화해권고결정 제도를 신설한 것이 조정을 재판으로 보는 것의 출발점이 되었기 때문이다.

이러한 일이 발생하는 이유는 법원이 재판 또는 심판을 하는 본연의 역할에 충실하지 않고 재판 외의 분쟁 해결 방법까지도 법원에서 할 수 있고 오히려 법원이 주도하는 것이 더욱 바람직하다는 인식 때문이 아닌가 한다. 이 때문에 우리 조정은 기관 또는 기구 확대용 제도에 불과하다는 비판을 면하기 어렵다. 행정부 산하 각종 행정조정위원회가 만들어진 목적도 이와 크게 다르지 않은 것으로 이해된다.

3. 제도의 본질적 차이의 존중과 각 제도 간의 역할 분담 필요

따라서 협상/조정 군(群)과 중재/재판 군(群)의 본질적인 차이를 구분하는 것은 법원과 행정조정위원회의 본연의 역할을 회복하는 기본적인 토대를 구축한다는 점에서 매우 중요하다. 법원은 재판 또는 심판이라는 역할에 집중하고,⁴⁵⁾ 행정조정위

45) 사법정책연구원, 『조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구』, 2022, 73면은 법원의 조정제도가 법관 내지 법관에 준하는 법률적 경험을 갖춘 조정위원이 관여(조정위원은 기본적으로 전직 판사가 대부분이며 소수의 법관 경력이 없는 변호사를 선임)한다는 점에서 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 것에 정당성이 있다고 주장한다. 조정(調停)이 곧 재판이라는 인식을 당연한 것으로 하는 사고라고 할 수 있다. 같은 면 주231에서는 민사소송법상 소송상 화해가 소송절차에 해당하지만 그렇다고 하여 소송상 화해가 화해적 분쟁 해결이 아니라고 볼 것은 아니라고 하여 논리에 벗어난 주장을 하고 있다. 소송상 화해는 소송절차이고 소송에서 화해의 방식으로 종결한 것이므로 재판 외 분쟁 해결 방법인 외국의 조정(mediation)과 전혀 다른 것이라는 비판에 대하여 소송절차라고 해도 당사자들이 화해하면 그것도 자율적 분쟁해결(동일 보고서 72면 본문 진행이나 증거조사를 통해 진정한 자율분쟁이 가능...)이라는 주장을 펴다.

원회의 민·상사 분쟁에 대한 조정(mediaion) 역시 행정부 본연의 역할에 충실하게 하여 불필요한 제도의 남설로 국가재정의 손실을 국가 전체 분쟁 해결 시스템의 정합성을 확립하여 무엇보다 분쟁당사자들의 자기 결정권 또는 주체성을 회복하는 조정 본연의 제도로 만들어 가는 노력이 필요하다.

이처럼 전체 운영상황을 파악하기조차 힘들게 만들어진 각종 조정제도에 들어가는 국가 전체의 관련 비용을 하나로 모아 민간이 운영하는 세계적인 조정기관 또는 조정기구가 태동할 수 있도록 지원하는 국가 분쟁 해결 시스템 구축이 필요하다.⁴⁶⁾

V. 조정 모델법을 별도로 마련한 이유와 그 영향

1. 조정 모델법의 필요성

유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)는 싱가포르 협약만이 아니라 조정모델법(2018년 유엔 국제 상거래법 위원회(UNCITRAL)의 국제상사 조정 및 조정절차를 통해 성립된 당사자 간의 합의에 관한 모델법(UNCITRAL Model Law)⁴⁷⁾도 동시에

그러나 소송절차에서 변론과 증거조사를 진행하고 거기에서 당사자들이 진술할 기회를 얻는다고 하여 소송절차 자체가 자율적 분쟁해결절차이고 그러므로 소송절차도 ADR이라는 주장은 조정 ‘절차’ 자체를 당사자들이 주체적으로 정할 수 있는 것이 mediation이라는 조정절차의 본질적 특성을 전혀 이해하지 못한 주장이라고 할 수 있다. 소송절차가 아무리 당사자들의 의견을 잘 들어주고 당사자 간 화해를 촉진하는 역할을 하였다고 하여도 소송절차를 당사자들이 임의로 합의하여 바꿀 수 있는 것도 아니고 아무리 친절해도 판사는 당사자들이 합의하지 않는 경우 심판을 하는 심판기관이기 때문이다. 심판 절차를 진행하는 판사가 당사자들이 자발적으로 합의 하도록 하였다고 하여 심판 절차인 재판절차의 성격이 ADR로 변할 수 있는 것이 아니다. 오히려 재판도 ADR이라고 하면 심판권을 가진 판사가 화해율을 높이기 위하여 당사자들에게 불리한 판결을 받을 위험을 암시하며 화해를 종용하는 현상이 언제든 나타날 수 있다.

46) 일찍이 2000년대 초반에 각종 행정위원회의 조정제도와 법원 민사조정제도의 문제점에 대하여 구체적으로 문제점을 지적하고 그에 대한 대안 마련이 필요하다는 의견(유병현, “ADR의 發展과 法院外 調停의 效力”, 『법조』 53권 6호, 법조협회, 2004, 27~55면)이 제시되었으나 20여 년이 지난 지금까지 그 당시의 상황에서 개선된 부분이 거의 없다는 점은 아쉽다. 그동안 싱가포르의 조정제도 발전상과 비교하면 더욱 그러하다.

47) 모델법의 공식 명칭은 “2018년에 채택된 개정사항을 포함한 2002년 국제상사조정 UNCITRAL 모델법 (UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation (2002) with Amendments as Adopted in 2018)”이다. 이는 싱가포르 협약 가입에 어려움이 있는 국가에 먼저 조정 모델법을 자국의 사정에 맞게 적용하여 기존 조정제도를 정비할 수 있도록 하여 조정제도 개선을

마련하였다. 이 모델법은 기존 2002년 모델법을 개정하는 방식을 취하고 있으며 싱가포르 협약과 내용은 같으나 좀 더 자세한 내용을 담고 있다.

이처럼 동일한 내용을 싱가포르 협약(Convention)과 모델법(Model law)이라는 두 가지 방식(two-track)을 마련하고 각국이 선택하도록 한 것은, 협약체결에 적극적인 국가들은 먼저 협약 방식으로 참여하도록 하고, 협약체결에 신중한 국가들은 모델법을 통해 국내 법제 개선을 모색한 후 협약에 가입하도록 유도하지는 취지였다.

국가별 대처를 보면 조정에 관한 모델법이 제시하는 조정(mediation)의 기준에 따라 자국의 조정제도를 정비하고 어느 정도 조정제도가 국제기준에 적합해지면 그때 가서 싱가포르 협약에 가입하겠다는 일본 등의 국가군(群)과 새로 도입되는 제도를 선도적으로 도입하고 국내 제도 정비는 추후의 과제로 미루자는 한국 등의 국가군(群)이 있다. 우리나라는 싱가포르 협약가입 반대의견보다 해외 무역의존도가 높은 우리나라의 특성상 한시라도 가입을 먼저 하는 것이 종국적으로는 우리에게 득이 될 것이라는 입장이 우세하여 가입하기로 하였다고 하나 자세한 과정은 잘 알려지지 않았다. 우리나라는 현재 싱가포르 협약에 가입하였으나 비준은 하지 않은 상태이다.

2. 조정모델법의 구체적 내용

조정에 관한 모델법(모델법)은 mediation이 실용적으로 사용되도록 할 목적으로 각국에서 조정(mediation)에 관한 법을 만들 때 모델법 조항들을 활용하도록 하고 있다. 이 목적의 달성을 위하여 모델법은 조정(mediation)을 당사자들에게 해결책을 강제할 권한을 갖지 않는 제3자(조정인)의 도움으로 우호적 분쟁 해결에 이르는 ‘절차(process)’로 분명히 정의하고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 조정절차에 대한 정의 때문에 당사자들은 중재합의(중재절차에 의하기로 하는 합의로 계약서에 중재기관을 명시

도모할 수 있도록 이원적 접근법을 마련한 것이다. 모델법은 기존 2002년 모델법을 개정하는 방식으로 이루어졌다.

48) 싱가포르 협약 제2조 제3항; 조정모델법 제1조 제3호.

하는 방법으로 함)처럼 사전에 그 내용을 충분히 이해하고 진정한 의사로 동의를 하였다는 사전동의(informed consent)가 있어야 하는 것도 아니다. 언제나 당사자들이 조정절차를 활용하고 싶으면 당사자 간 합의로 진행하면 된다.

모델법 제3항에서는 조정인이 당사자들을 공정하게 다룰 것을, 제4항에서는 여러 분쟁의 단계에서 당사자들의 합의를 끌어내기 위하여 조정인이 합의안을 제안할 수는 있으나 그 과정에서 중립성과 객관성을 유지할 것을 요구하고 있다. 이는 심판을 하는 중재에서의 중재인이나 소송절차에서의 판사와 역할이 다르다는 것을 분명히 한 것이다. 요컨대 조정절차는 심판 절차가 아님을 분명히 하고 있다.

모델법 제4조는 조정에서 당사자들이 조정인이 양 당사자들을 공정하게 대우하여야 한다는 규정(제7조 3항)을 제외하고 당사자들의 사적자치의 원칙이 관철되어야 한다고 규정한다. 이는 조정인들이 당사자의 일방을 편파적으로 우대하거나 차별하는 것은 당사자들이 합의하여도 인정할 수 없다는 것으로 당사자들의 조정절차에 대한 자기 결정권을 분명히 하고 있다.

또한 모델법 제6조는 당사자들이 둘 이상의 조정인을 조정인으로 하기로 합의하지 않는 한 조정인을 한 명만 두도록 하고 있다. 이 규정은 중재에서 3인의 중재인을 두는 것과 구별하는 규정으로 해석된다. 3인, 5인, 7인과 같은 홀수의 합의체는 보통 중재나 소송과 같은 심판기관에서 둔다. 양 당사자를 심판하기 위해서는 심판자가 짝수이면 곤란하기 때문이다. 따라서 심판 절차가 아닌 조정절차에서는 기본적으로 3인의 조정인이 필요하지 않다.

조정인을 3인으로 하지 않은 것은 물론 2인으로 하지 않은 것도 미국식의 조정절차를 실제 진행해 보면 금방 이해할 수 있다. 조정인은 심판자가 아니고 당사자들의 입장(position)보다는 이해관계(interset)나 요구(욕구; needs)에 민감하게 반응하여 당사자들이 원하는 것을 세밀하게 찾아야 하는데 2명이나 3명이 되면 서로의 가치관과 당사자들에 대한 대응 방법에 차이가 발생하여 당사자들 앞에서 의견이 나뉘어 조정인들이 다룰 수 있는 환경이 쉽게 만들어지기 때문이다. 이 때문에 이어지는 제7조 제2항의 경우처럼 조정절차의 진행방식에 대하여 당사자들의 합의가

이루어지지 않으면 조정인은 사건의 분위기와 당사자들이 원하는 것을 참작하여 분쟁을 신속하게 해결하는 방법을 스스로 고안하여 진행하여야 한다.

이처럼 예민하고 시시각각으로 변하는 사정에 바로 응하는 순발력이 조정인에게 필요하다. 그러므로 이미 정해진 절차에 따라 진행하고 그 경과에 따라 당사자들의 주장이나 증거를 판단하고 적용하면 되는 중재인이나 판사와는 다른 절차 진행을 하게 된다. 그러니 조정인이 두 명이나 세 명이 되면 조정인에 따라 진행하고 자 하는 조정절차가 여러 개로 나뉘어 조정인들이 모두 동의하는 하나의 절차로 통일하기 어렵다. 그러므로 모델법의 1인 조정인 규정은 중재나 재판절차의 관점에서 쉽게 이해할 수 없는 규정일 수 있다. 재판에서 단독판사나 조정에서 단독 조정인을 선임하는 것과는 다른 조정절차의 다양성이라는 절차적 특수성을 고려한 것이기 때문이다. 이는 서구식 조정절차의 대표적인 특징에 속한다.

그 외 조정절차에서의 의사소통(communication)의 중요성을 강조한 모델법 제9조는 협상의 방식으로 조정절차를 진행하는 것이 조정의 특징이라는 점을 이해하면 쉽게 이해할 수 있다. 협상이나 조정에서의 의사소통 중요성은 중재나 재판의 경우와 결을 달리한다. 중재나 재판에서는 이미 정해진 엄격한 절차에 따라 공정하게 절차를 진행하면 족하다. 그러나 정해진 엄격한 절차가 애초부터 존재하지 않는 조정절차에서는 당사자들이 어떠한 방식으로 절차를 진행하기를 원하는지를 확인하여 그에 의하고 당사자들의 발언에 내재한 속뜻까지 깊이 있게 알아내는 것이 중요하다. 조정에서는 당사자들의 발언이나 의사 표현은 외형상 드러난 단어의 뜻에 그치지 않고 매우 많은 함의(含意)가 있는 경우가 적지 않으므로, 재판이나 중재에서 외면적인 뜻에 집중하는 것과 달리 조정에서는 말하는 사람의 태도, 표정, 심리, 목소리의 톤 등을 세심하게 고려하여 당사자들에게 사건을 화해로 해결할 기미가 있는지도 눈치로 알아차릴 수 있는 원활한 의사소통 기술이 필요하다.

모델법 제13조는 조정인이 중재인처럼 행동해서는 안 된다는 것을 분명히 하고 있다. 이는 적지 않은 국가에서 조정(mediation)이라는 제도를 운용하면서도 전문가로서 심판권을 행사하는 중재인이나 판사의 역할과 동일한 역할을 조정인이 하는

것으로 오해하는 것을 막기 위한 것이다. 특히 모델법 안내서(가이드) 해설 87은 조정(mediation)절차를 통한 합의에 실패하면 그 조정인을 바로 이어 상대방이 중재인으로 임명하는 것은 바람직하지 않다고 설명한다. 조정절차를 진행하던 그 중재인이 심판자가 되어 중재절차를 진행하는 것은 조정절차에 충실하지 않을 것이라는 점에서는 물론이고, 설령 다른 사람이 중재하더라도 조정절차의 본질과 다른 중재절차의 연결은 자연스럽지 않기 때문이다.

UNCITRAL은 당사자들이 조정인과 신뢰 관계가 생겨 당사자들이 후에 그를 전문 지식이 많은 중재인으로 임명하는 것은 사적 자치의 원칙상 문제가 될 수 없기는 하나 그 나라의 국내법에 저촉될 여지도 있으므로 그 나라에서 입법으로 해결할 문제라는 견해다. 이는 조정-중재, 중재-조정-중재와 같이 조정과 중재를 혼합하는 제도를 주창하던 국가들의 의견을 충분히 알고 있으나 모델법에서 받아들이거나 추천하지는 않는다는 의견을 피력한 것으로 보인다.

조정과 중재절차는 얼핏 보면 서로 연결하여 운영하기에 좋아 보이나 동일한 사건의 조정인이었다가 중재인이 되는 것은 우리 민사소송절차에서 수소법원의 조정을 하던 판사가 다시 수소법원 본연의 판사로 돌아와서 심판(판결)하게 되면 조정에서 양 당사자를 별도로 떼어서 설득하던 것과 충돌하는 판결을 내리게 되어 조정인 또는 판사에 대한 불신을 초래하게 된다는 비판과 동일한 문제가 발생할 수 있다. 예를 들어 1억 원의 배상을 구하는 일방에게 6천만 원만 받고 화해를 할 것을 권하고 상대방에게는 8천만 원을 주라고 하면서 합의를 권하던 판사가 양자 사이에 화해가 되지 않아 판결절차를 끝까지 진행했더니 7천만 원을 인용하는 판결을 하였다면 당사자들이 화해 권고에서 보인 판사의 말에 의문을 품게 된다는 것이다. 결국 버텼더니 이익이 되었다는 결과가 되었기 때문이다.

VI. 결론

협상과 조정은 당사자에게 분쟁 해결의 절차주도권·절차형성권이 전적으로 맡겨져 있는 분쟁 해결제도로, 분쟁 해결의 주체는 협상과 조정의 당사자들이다. 이 때문에 서구의 조정(mediation)에서 조정장의 직권으로 조정을 한다는 식의 표현은 등장할 여지가 없다.

싱가포르 협약에서도 언급하고 있듯이 조정(mediation)은 기본적으로 1인의 조정이 당사자의 입장에 서서 그들 간의 대화를 촉진하고 화해를 촉진하는 기능을 하는 촉진자(facilitator)로서의 조정인이지, 3인 조정부의 장인 조정장으로 절차를 주도하고 당사자들이 합의하지 않으면 직권으로 조정갈음결정을 내릴 수 있는 존재가 아니다.

조정절차를 통한 당사자 간의 합의에 민법상 화해의 효력을 인정하는 데 그친 일부 행정부 산하 조정위원회의 조정과 달리, 조정에 법원의 확정판결과 동일한 효력 또는 재판상 화해와 동일한 효력을 인정한 상당수 행정위원회의 조정은 국가 분쟁 해결체제의 정합성과 절차의 불투명성의 면에서 문제가 많다. 강력한 행정규제는 규제대로 두고 법원의 확정판결과 동일한 효력을 부여하는 행정부 산하 조정위원회의 조정은 잘못 운영되면 당사자 일방을 협박(coercion)하기 위한 도구로 이용되기 쉽다.

이에 싱가포르 협약의 비준을 준비하고 있는 현시점부터라도 mediation과 전혀 다른 제도로 운영되어 온 우리나라의 민사조정법(실질은 법원의 민사사건 신속 종결을 촉진하는 법)을 바로잡는 민사조정절차법 또는 싱가포르 조정에 대한 이행법을 마련하는 것이 시급하다. 즉, 협약 비준 전에 싱가포르 협약과 모델법에서 제시한 기준을 존중하는 기존의 재판 유사 조정제도와 절차 자체가 다른 우리나라 조정 절차의 표준이 될 절차법(節次法)의 제정이 필요하다. 그 이유는 협상·조정 군(群)과 중재·재판 군(群)의 차이점에 대한 기본적인 이해가 중요하기 때문이다.

이 두 군의 차이를 이해하지 못하고 조정절차를 재판절차 또는 심판 절차에 속하

는 것으로 이해하면 이론적 문제는 물론이고 실제 사건 해결에서도 문제가 발생하게 된다. 그럼에도 우리 조정의 현실은 조정절차에 별문제가 없다고 하는 인식이 지속되고 있다. 따라서 조정 실무에서 당사자의 의사를 존중하여 당사자의 자율적 합의를 촉진한다는 것은 외형적으로 표방한 것일 뿐 많은 조정인은 조정을 갈음하는 결정(이른바 강제조정)을 조정의 최고의 장점으로 생각하고 오히려 조정절차의 원칙이 조정을 갈음하는 결정이라고 하기도 한다. 이 경우 조정인은 소송에서 판사도 일정 조건을 갖추지 않으면 하기 어려운 심리를 생략한 심판(판결)을 대수롭지 않게 여기는 경우까지 발생한다.

국내 조정제도의 난맥상은 민사조정법에 기초한 법원의 민사조정에서 그 기초가 형성된 측면이 있다. 강제조정이라는 용어를 내용은 그대로 둔 채 조정을 갈음하는 결정으로 명칭만 바꾸거나, 수소법원의 조정제도가 부적절하다고 하는 의견을 상당한 부분 수용하면서도 거의 동일한 내용의 수소법원의 화해권고결정 제도를 신설한 것이 그 예이다.

이러한 일이 발생하는 이유는 법원이 재판 또는 심판을 하는 본연의 역할에 충실하지 않고 재판 외의 분쟁 해결 방법까지도 법원에서 할 수 있고 오히려 법원이 주도하는 것이 더욱 바람직하다는 인식 때문이 아닌가 한다. 이 때문에 우리나라 민사조정은 기관 또는 기구 확대용의 제도에서 좀처럼 벗어나지 못하고 있다. 행정부 산하 각종 행정조정위원회가 만들어진 목적도 이와 크게 다르지 않은 것으로 이해된다.

따라서 협상/조정 군(群)과 중재/재판 군(群)의 본질적인 차이를 명확히 구분하는 것은 법원과 행정조정위원회의 본연의 역할을 회복하는 기본적인 토대를 구축한다는 점에서 중요하다. 본 논문에서는 외국의 조정제도를 전제로 한 협상/조정 군(群)과 중재/재판 군(群)의 분류가 아니라 현재 우리나라 조정제도의 실정을 고려하여 두 군을 구별하여 보았다.

이러한 분류를 통하여 두 군의 본질적인 차이를 인식함으로써 법원은 재판 또는 심판이라는 본연의 역할에 집중하고, 행정조정위원회의 민·상사 분쟁에 대한 조정

(mediation) 역시 행정부 본연의 역할에 충실한 제도로 발전시켜 나갈 수 있다.

종국적으로는 이러한 논의에 기초하여 해당 기관과 어울리지 않는 불필요한 조정제도의 남설로 초래된 재정적 손실을 줄이고, 국가 전체 분쟁 해결 시스템의 정합성을 고려하여 분쟁당사자들의 자기 결정권 또는 주체성을 회복하는 조정 본연의 제도로 만들어 갈 필요가 있다.

이처럼 실태조차 파악하기 힘든 국내 조정제도 운용에 들어가는 각종 비용을 모두 모아 민간이 운영하는 세계적인 조정기관 또는 조정기구가 태동할 수 있도록 국가가 지원하는 국가분쟁 해결시스템을 구축하여야 한다. 이를 위하여 지금이라도 그 내용을 민사조정절차법 또는 싱가포르 조정에 대한 이행법에 충실히 반영하는 입법을 마련하는 것이 시급하다.

부록 1

[분쟁 해결 방법(Dispute Resolution)의 구분]

구 분	협상(negotiation)/ 민법상 화해계약	조정(mediation)/ 민법상 화해계약	기판력 인정 한국 민 사조정(조정감음결정 포함)/ 행정위원회 조정 중 상당수	중재 (arbitration)	재판/소송/판결/ 화해권고결정 포함 (한국 기준)
분쟁해결절차 형성의 자율성, 자발적 절차 참여(voluntary)	절차형성의 자유가 있어 자신이 원하는 절 차와 방식으로 분쟁을 이끌어 나갈 수 있 음.		법원의 조정회부/행정 위원회 내부에서 알아 서 조정인 선정 (당사자 선택권 없음)	당사자에게 중재기관과 중재인 선택권 있음	선택권 없음(법원의 관 할과 사건 분배 기준에 따름)
절차의 공개	비공개절차 (합의로 공개 결정 가능)		비공개가 원칙	비공개가 원칙	공개심리주의/법정 공 개 (심리절차의 공개) 판결의 선고는 반드시 공개.
쌍방심리주의 여부	심리하는 제3자의 존재가 없음. 조정인은 심리하는 사람(문고 따지는)이 아니라 중개 자, 촉진자. * mediation의 경우 미국은 1시간 12시간 회합(meeting), 홍콩은 긴 경우 3일 연속 진행한 예도 있다고 함. 조정인과 사건에 따라 만나는 횟수가 다양함		재판과 동일하게 진행 하나 조정에 들이는 시 간이 짧아 바로 조정감 음결정으로 직행하는 경우가 많음. 조정인에 따라 천차만별(상사 중 재원의 조정 교육에서 는 외국의 mediation 방식 준수하도록 교육)	재판과 동일	양 당사자의 의견진술 의 기회 보장, 적법절차 의 요건, 당사자평등의 원칙(헌법 11조)
분쟁해결절차 중 당사자의 주장, 증거, 합의서/판정서 공개	사인 간의 합의 절차로 비밀유지의무가 원칙	비밀이 원칙. 사적 협상 (민상사사건)의 경우 굳이 공개할 이유가 없음. 합의하여 공개하는 것은 자유	비공개	비공개	재판 방청 허용(일반인 공개가 원칙이나 구술 주의의 형해화로 의미 퇴색, 비공개심리의 사 유 있음) 소송기록열람제도(민 소법 163조)
구술주의 원칙 여부	말로 하는 것이 원칙		짧은 서면 짧은 심리	많은 서면 짧은 심리	민소법의 원칙은 구술 심리주의 재판 현실은 서면주의 (구술주의 형해화). 변론과 증거조사는 구 술(민소법 134조 1항, 민소규칙 28조)
직접심리주의 여부	제3자가 개입하지 않은 것이 협상의 핵 심 요소 (개입하는 경우가 있어도 심판권은 없	제3자인 조정인이 있으나 문고 따지 는 사람이 아니라 분쟁 해결의 촉진 자, 분쟁 해결의 보	심판권이 없음에도 조 정감음결정을 함(당사 자들의 조정인 선정권 없음).	법원과 동일한 심판권을 가진 중재인 (대신 중재인 선정에	헌법과 법률에 따른 법 관에 의한 직접 심리가 원칙(대법원의 연구관 보고서, 현재의 연구관 보고서의 사실적 영향력

	음)	조자		당사자들이 관여 가능)	<p>름, 변론의 갱신 절차로 회피할 수 있고 변론의 갱신 절차를 행해하.</p> <p>그럼에도 판결할 법관 이 변론 청취·증거조사(민소법 204조), 단독 판사·합의부 판사 과 반 바뀌면 증인 재신문</p>
절차의 개시, 심판의 대상, 절차의 종결에 대한 권한	자유로움. 특히 심판의 대상(소송물)에 대한 엄격한 기준 없음. 청구하지 않은 내용에 대한 합의도 언제나 가능.	민사소송법의 엄격한 소송물 개념이 적용될 수 없음에도 기관력 무제한 인정(이상함), 처분권주의, 변론주의의 개념 약함(사건 초기 종결이 중요 목표)		소송에 준함	<p>관례가 구소송물이론에 철저하며 요건사실론 중심으로 재판이 전개되므로 일반인의 상식과 동떨어진 경우 발생가능.</p> <p>그럼에도 처분권주의, 변론주의가 원칙(사건 초기 종결이 법관의 중요 목표이나 법관에게는 판결로 끝낼 결정권만 있음)</p> <p>석명권/석명의무/지적 의무 있음</p> <p>; 예외 직권탐지주의, 직권조사 사항</p>
자료의 제출 시기	자료 제출의 의무가 없고 모든 것은 당사자가 결정함	절차상 재판과 동일		단심이므로 재판 이상으로 당사자나 변호사의 부담이 클 수 있음	<p>적시제출주의가 원칙 (재정기간 제도, 실기한 공격방어방법의 각하, 변론준비기일 종결 후의 실권효; 3 실권효)이나 한국적 풍토에서 관사가 엄격하게 적용을 하지 못하는 것이 현실</p>
기일의 진행	당사자들이 자유롭게 정하며 만나지 않고 합의하여도 무방함	재판과 동일하나 재판과 비교해 아주 짧은 시간 동안 진행되는 경우가 대부분		단심(상소가 없는)이므로 중재인의 성향에 따라 예측이 어려움	<p>2002년 민소법 개정으로 집중심리주의(변론 준비절차 중심)를 도입하였으나 2008년에 민소법을 다시 개정하며 변론기일 중심으로 후퇴</p>
절차 진행의 권한과 주도권	당사자의 의사에 의하여 시기, 방법, 내용을 결정, 조정인에게 일체의 주도권 없음	재판과 동일(조정 직권 회부)		계약서에 중재지를 기재(사전 합의)해 둔 경우 해당 중재원의 중재 절차에 구속됨. 중재절차 개시 후는 중재인이 절차 주도권	<p>법관에 의한 직권진행주의(첫 기일은 합의로 변경 가능).</p> <p>법원이나 상대방 당사자의 절차 위배의 경우 당사자가 소송절차에 관한 이의권을 바로 행사하지 않으면 상실</p>
증거평가	평가가 없음. 당사자 간 협상과 조정인의 설득, 제3자의 객관적 의견 도움	기본적으로 증거조사 못 함. 의료분쟁 조정위원회		중재인	법관

			의 경우는 법원 이상으로 직권증거조사가 가능한 절차를 도입		
당사자의 신용·비밀유지 (confidential)	강함	아주 강함	-	강함	약함
분쟁주제자의 합의 개입 정도	-	약함	조정갈음결정으로 합의의 사실상 강제	강함	강함. 화해권고결정, 석명권/석명의무
절차의 성격	이해관계 조절		혼선 또는 불분명 (법원의 민사조정과 행정위원회 조정은 성격이 다름/어떤 행정위원회에서는 조정을 민원 처리 절차의 일종으로 이해)	권리 의무 중심	권리 의무 중심
최종판단자/ 결정자	당사자		제3자(조정인)	제3자(중재인)	제3자(법원)
절차 진행의 방식	대립지양		대립적	대립적	양 당사자 대립 주의
문제해결 방향	미래지향		회고적	회고적	회고적
분쟁 해결 결과의 구속력	약함(임의 이행)	약함(싱가포르 협약의 경우 정책적 관점에서 집행력을 부여하고 구체적인 방법은 각국의 과제로 넘김)	강함 (조정갈음결정에 일정 기간 내 이의를 제기하지 않으면 확정판결과 동일한 효력/비판사의 판결?)	강함 (중재합의가 방소(妨訴)항변 사유)	아주 강함 (기판력, 집행력, 형성력, 판결의 사실상의 효력 다수)
분쟁 결과의 자발적 이행 정도	강함 (협상, 조정을 통하여 진정으로 합의하였다면 자발적 이행이 당연하여 집행의 문제를 제기하는 것이 예외적인 것이 됨)		약함 (조정절차 진행의 내용과 질에 따라 천차만별)	약함	약함
사전 절차마련 정도(사전 절차의 체계적 완성 정도)	-	약함 (당사자가 절차를 합의로 만들어 갈 수 있음)	민사조정법은 법원제 판 약식절차의 성격, 행정위원회 조정은 절차면에서 정해진 것이 없는 경우가 대부분이고 조정인의 기존 경험/직업에 따라 달리 진행	강함 (해당 중재원의 중재 규칙을 따름)	아주 강함 (민사소송법 등 각종 절차법에 따름)
분쟁 해결의 비정형성 (informal)		아주 강함	민사조정법에 따르는 경우는 분쟁해결절차가 정형화되어 있으나 각종 행정위원회는 위원회의 구성과 행정부의 조정절차 운영 목적에 따라 분쟁해결절차가	약함 (재판처럼 정형화되었으나 재판 절차에 비해 경쟁력 떨어짐). 변호사들이 중재절차에 개입되는 것을	약함 (분쟁해결절차 중 가장 엄격하고 형식화된 절차, 절차 규칙이 승패를 결정하는데 관건이 되는 경우가 많음).

			상이함	꺼리는 경향이 있어 중재제도 발전의 한계로 작용 (중재 결과 예측 어려움)	
분쟁해결절차의 일시성·가변성	아주 강함	강함	약함	약함	약함
상식·공동체 규범 합치 정도	강함	강함	약함	약함	약함(어론과 구별되는 관례 또는 법치주의를 강조하는 경향이 있음)

■ 참고문헌

- 사법정책연구원, 『한국형 대체적 분쟁해결(ADR)제도의 발전 방향에 관한 연구』, 2016.
- 석광현, “싱가포르협약상 조정을 통한 화해합의의 승인 및 집행: 한국법의 고찰”, 국제거래법 연구 제31권 제2호, 2022.
- 오현석, “조정에 의한 국제화해합의에 관한 UN협약의 주요내용과 특징에 관한 연구”, 통상정보연구, 한국통상정보학회, 2020.
- 유병현, “ADR의 발전과 법원의 조정의 효력”, 법조 53권 6호, 법조협회, 2004.
- 이은영, 『민법 II』, 박영사, 1998.
- 이재민, “국가간 분쟁 해결 수단으로서 조정 : 효용성 제고와 제도적 확산을 위한 법적 쟁점”, 국제법학회 논총 제67권 제3호(통권 제166호), 2022.
- 이찬양, “싱가포르 조정협약과 대한민국 조정의 국제적 허브로서의 선도방안”, 민사소송 제26권 제1호, 2022.
- 전병서, “일본의 싱가포르 조정협약의 실시법의 소개”, 법학논문집 제47집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2023.
- 전성철/최철규, 『협상의 10계명』, 웅진윙스, 2009.
- 전원열, 『민사소송법 강의(3판)』, 박영사, 2022.
- 정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법(10판)』, 법문사, 2023.
- 정선주, 『싱가포르 협약의 국내 이행 방안』, 법무부 용역보고서, 2019.
- 조수혜, “사법정의접근권 보장을 위한 분쟁해결절차 개선 - 조정제도 활성화의 관점에서 -”, 법학논집, 이화여자대학교 법학연구소, 2020.
- 조수혜, “싱가포르 협약 이후 일본의 국제분쟁해결절차 활성화 동향: JCAA 중재규칙과 일본 중재법 개정안을 중심으로”, 중재연구 제32권 제2호.
- 조수혜, “조정에 의한 화해합의의 집행에 대한 일본의 개정논의”, 부산대학교 법학연구 제63권 제3호, 2022.
- 함영주, “금융소비자보호법상의 금융분쟁조정절차에 관한 절차법적 측면의 고찰”, 민사소송 제26권 제3호, 한국민사소송법학회, 2022.
- 함영주, 『분쟁해결방법론(개정판)』, 진원사, 2014.
- 함영주, 『피스메이커를 위한 협상의 이해』, 진원사, 2022.
- Leonard L. Riskin/James E. Westerbrook/Chris Gutheris, 『Dispute Resolution and Lawyers』, West Publishing, 2009.

■ Abstract

A Study on the need to Enact the Singapore Mediation Convention Implementation Act which Reflects the Nature of Negotiation-based Mediation

Ham, Young Joo*

Negotiation- and mediation processes are dispute resolution system in which the right to lead the dispute resolution process and form the process is entirely entrusted to the each party. The procedures are leads by the parties of the negotiation and mediation. For this reason, in Western mediation, there is no room for terms such as mediator adjudicate the case by the ex officio authority of their own.

In the Singapore Mediation Convention, mediation is basically a procedure which only one mediator acts as a facilitator who stands on impartial peacemaker of two parties and promotes dialogue and reconciliation between them. Mediator directs and leads the process as a neutrals, and if the parties do not settle of their own, the mediator cannot regarding the case as settled (regarding settlement).

Unlike the Singapore mediation convention, Korea judicial mediation Act(민사조정법 in Korean) and some Korean administrative committee mediation Act(각종 행정위원회 조정법 in Korean) gives the same effect of court's final judgment or regarding settlement effect in case two weeks past after "the mediation judgment(조정갈음결정 in Korean)". Especially the Korean administrative committee on mediation, the administrative branch still have strong regulation power, also have the same mediation effect of the court's final judgment, which can easily used as coercion tools to the one party.

Accordingly, making the implementation mediation Act suitable to the Singapore Mediation Convention which corrects Korea's Court Mediation Act (which is actually a law that promotes the speedy conclusion of civil cases in the court), is necessary and urgent before the Korean parliament's ratification of the Singapore Mediation Convention.

In case making the implementation mediation Act, it is very important to have a basic understanding on the differences between the characteristics of "negotiation and mediation"

* Chung-Ang University Law School/Professor/Dean of AI Law Center.

group and “arbitration and trial” group.

The present Korean mediation condition is different from the court or administrative’s perception that there are no problems as of dispute resolution on mediation. In Korean mediation, respecting the party’s wish and promoting autonomous agreement of the parties are of no importance at all. Many Korean mediators consider the mediation as another kind of adjudication. Many of them think the so-called compulsory mediation and regarding mediation decision is essential part of mediation.

The present chaos of the Korean mediation system, in some ways, originates from the court controlling civil mediation system. Although Korean Judicial branch changed the name “compulsory mediation” into “regarding mediation decision” that replaces mediation while there is no settlement of party, but the mechanism is all the same.

The reason why this happens may be due to the Korean court has been not faithful to its original role of trial and judgment. The Korean court think that they can and have to resolve every kinds of disputes including mediation in Court, and it is more desirable for the court to take the lead all the dispute resolution system. For this reason, Korean Court is difficult to escape from the criticism that Korean judicial mediation is a system designed to expand court institutions or organizations concerned on Mediation. It is also the same to the established many administrative mediation committees under the administrative branch.

Therefore, clearly distinguishing from the essential characteristics between “negotiation/mediation group” and “arbitration/trial group” is very important, which establishes a basic foundation for restoring the original role of the court and the Administrative Mediation Committee.

In this paper, rather than categorizing the negotiation/mediation group and the arbitration/trial group based on the foreign mediation system, I attempted to distinguish the two groups according to the current situation of Korean mediation.

By recognizing the essential differences between the two groups through the present Korean mediation system, the Korean Court could focus on their original role of trial and/or adjudication, and it also affect to the Korean Administrative Mediation Committee's mediation system.

Based on these discussions, the mediation model system based on Singapore Mediation Convention could reduce the loss of national finances caused by the extraordinary Korean mediation system. The present Korean mediation system, which is incompatible with the Korean civil procedure system, also could be improve to the Global mediation standard.

It is urgent to establish new Korean dispute resolution system leading by the private sector and prepare the new Korean Mediation Implementation Act that faithfully reflects the

contents of the Singapore Mediation Convention,