

環境紛爭調整法에 따른 분쟁해결과 ADR의 일반이론

김시철*

차 례

- I. 序論
- II. 本論
- III. 結論

I. 序論

環境紛爭調整法(이하, '환조법'이라 한다)은¹⁾ 環境紛爭의²⁾ 斡旋, 調停 및 裁定の

* 대법원 재판연구관, 부장판사

- 1) 환조법에 관한 기본적인 검토에 관하여는, 이희정, “환경분쟁의 발생배경, 유형 그리고 대책 - 환경분쟁조정제도의 기능강화의 관점에서 -”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006) 3-44, 강정혜, “환경분쟁조정위원회의 구성 및 조정절차의 개선방안”, 같은 책 81-99, 김상수, “환경분쟁해결을 위한 재판과 ADR의 역할 분담”, 같은 책 105-134, 홍준형, “환경분쟁조정제도의 실효성 및 실효성 제고방안에 대한 고찰”, 같은 책 135-165 등 참조.
- 2) 환조법 제2조(定義) 이 법에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.
 1. “環境被害”라 함은 事業活動 기타 사람의 活動에 의하여 발생하였거나 발생이 豫想되는 大氣汚染, 水質汚染, 土壤汚染, 海洋汚染, 騒音·振動, 惡臭, 자연생태계과괴, 일조방해, 통풍방해, 조망저해 그 밖의 대통령령이 정하는 원인으로 인한 건강·재산·정신에 관한 피해를 말한다. 다만, 放射能汚染으로 인한 被害를 제외한다.
 2. “環境紛爭”이라 함은 環境被害에 대한 다툼과 環境技術開發 및 支援에 관한 法律 第2條 第2號의 規定에 의한 環境施設의 設置 또는 관리와 관련된 다툼을 말한다.
 3. “調整”이라 함은 環境紛爭에 대한 斡旋·調停 및 裁定을 말한다.
 4. “多數人關聯紛爭”이라 함은 동일한 원인으로 인한 環境被害를 주장하는 자가 多數인 環境紛爭을 말한다.

절차 등을 규정함으로써 환경분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하여 환경을 보전하고 국민의 건강 및 재산상의 피해를 구제함을 목적으로 제정되었는데(제1조), 환경부에 中央環境紛爭調整委員會를, 특별시·광역시 또는 도(이하, '시·도'라 한다)에 地方環境紛爭調整委員會를 각각 설치하도록 규정하고 있다(제4조 이하, 양자를 통틀어서 '환조위'라고 약칭한다). 환조위의 업무에 관해서는 전문성과 공정성, 간이하고 신속한 절차, 행정기관의 적극적 개입에 의한 신속한 해결, 금전배상 이외의 해결이 가능하다는 점 등을 그 특징으로 예시하는 것이 일반적이다.

환조법에서는 '調整'을 환경분쟁에 대한 斡旋, 調停 및 裁定을 말한다고 규정하면서(제2조 제3호),³⁾ 중앙환조위에서는 紛爭의 裁定(제6조 제1항 제1호), 國家 또는 地方自治團體를 當事者로 하는 紛爭의 調整(제2호), 2이상의 시·도 관할구역에 걸치는 분쟁의 調整(제3호), 환조법 제30조에 의한 職權調停(제4호), 기타 대통령이 정하는 紛爭의 調整(제5호)을 담당하고, 지방환조위에서는 당해 시·도의 관할구역 안에서 발생한 분쟁의 조정사무 중 제1항 제2호 내지 제5호의 사무외의 사무를 담당하되, 제1항 제1호 소정의 裁定的 경우에도 일조방해, 통풍방해, 조망저해로 인한 분쟁을 제외하고 대통령이 정하는 범위에 한하는 것을 담당하는 것으로 규정하였다(제2항).

그런데 중앙환조위의 설립시점인 1991. 7. 19.부터 2007. 12. 31.까지의 사건처리 현황에 의하면,⁴⁾ 총 2,104건을 접수하여 1,750건을 처리하였고, 그 중 264건은 자진 철회로 종결되었으며, 90건은 2007. 12. 31. 현재 '처리 중'으로 집계되었다. 그리고 처리된 1,750건 중 재정사건은 1,708건(1,708/1,750=97.6%)인데, 이중 배상결정은 735건(43%), 기각은 163건(10%), 방음대책 등은 10건(1%), 중재합의는 800건(47%)이며, 조정사건은 42건으로서 이중 조정성립 17건(40%), 조정중단 23건(55%), 기각 2건(5%)으로 나타났다. 즉, 환조법에 규정된 환조위의 업무 중 실무적으로 처리된 사

3) 調整과 調停은 발음이 일본어로는 다르지만 우리는 같은데, 우리 환조법에 규정된 용어는 개념상 혼동을 야기하고 있다[김상수(각주 1) 114].

4) 이 논문에 정리된 환조위 업무통계는 중앙환조위의 홈페이지(<http://edc.me.go.kr>)에 게재된 "2007. 12. 31 현재 환경분쟁 조정현황"을 발췌하여 인용한 것이다. 2003. 6. 이후 재정사건 중 1억원 이하의 사건은 16개 시·도에 설치된 지방환조위에서 수행하도록 환조법이 개정되었기 때문에, 위 통계에는 2003년 이후 지방환조위에서 수행하는 업무는 제외된 것으로 보인다[강정혜(각주 1) 82].

건의 절대다수인 97.6%는 裁定事件이고, 調停 등 다른 업무의 비중은 상대적으로 미미한 수준이라고 할 수 있다.

환조위에 의한 분쟁조정은 行政機關에 의한 代替의 紛爭解決制度(Alternative Dispute Resolution. 이하, 'ADR'이라고 약칭한다)의 일종이라고 할 수 있는데,⁵⁾ 이를 어떻게 평가할 것인지에 대한 논의가 계속되고 있다.⁶⁾ ADR은 訴訟節次에 의한 判決에 의하지 아니하고 法的 紛爭을 해결하는 것을 의미하고,⁷⁾ 그 용어 자체에서 알 수 있듯이 국내외에서 논의되고 있는 대부분의 ADR이론은 미국에서 비롯된 것으로서, Alternative는 '法的 紛爭에 관한⁸⁾ 傳統的 解決方式인 법원에 의한 재판절차'에⁹⁾ 대한 '代案'을 모색한다는 의미이다. 그런데 ADR의 일반이론에 비추어 보면, 우리 환조법의 규정이나 실무가 적정한지에 대하여 논란이 제기될 수 있으므로, 이에 관하여 살펴보기로 한다.

- 5) 행정기관에 의한 ADR에 관한 기본적인 검토에 관하여는 이회정, "법의 지배와 행정법상 재판의 분쟁해결 수단 : 미국의 경우를 중심으로", 서울대학교 법과대학원 박사학위논문(2004), 김용섭, "행정법상 분쟁해결 수단으로서의 조정", 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10) 5-39, 김유환, "국민참여에 의한 행정분쟁해결제도", 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10) 40-74 등 참조.
- 6) 예컨대, 조홍식, "代案的 紛爭解決制度(ADR)의 經濟學, 환경분쟁조정제도에 대한 평가를 중심으로", 법학 47권 1호(138호), 서울대학교 법학연구소(2006.03) 13-75 등 참조.
- 7) ADR에 관한 기본적 검토에 관하여는 허만, "미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)", 민사판례연구(XIV), (1992), 442-469, 김시철, "우리나라와 美國의 ADR에 대한 比較法的 檢討", 21世紀 韓國民事法學의 課題와 展望, 心堂 宋相現先生 華甲紀念論文集 (2002), 387-441 등 참조.
- 8) ADR은 法的 紛爭을 해결하는 절차이고, 단순한 사회적 고민이나 갈등을 해결하는 절차까지 포함하는 것은 아니므로, 예컨대 중고생을 상대로 한 異性問題相談은 사회적 분쟁을 해결하는 제도에는 포함될 수 있으나, 이를 ADR이라고 할 수는 없다[김시철, (각주 7) 387 참조]. 이회정(각주 1) 5에 의하면, ADR에 관련하여 '분쟁(dispute)'은 사람들 사이의 논쟁 또는 의사의 불합치로 정의할 수 있으므로, 현재 표면적으로 다투고 있지 않아도 실질적인 의사의 불합치가 존재하여 다툼의 잠재적 가능성이 존재하는 상황으로 분쟁의 의미범위가 확대될 수 있다고 한다.
- 9) 미국에서 판사는 재판받는 사람들에게 범죄에 상응하는 처벌 또는 적절한 액수의 배상판결을 하기 위하여 정밀한 눈금을 가진 저울로 서로 대립하는 主張과 證據들을 比較衡量하는 正義의 分配者로 묘사되어 왔다. Robert F. Peckham, "The Federal Judge as a Case Manager : The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition," 69 California Law Review, 770 (1981).

II. 本論

1. 환경분쟁조정제도의 법적 성격과 구체적인 문제의 제기

(1) ADR의 기본적 유형분류¹⁰⁾

전통적으로 ADR의 기본적인 형태는 和解, 協商, 調停, 仲裁를 예시하고 있는데, 협상·조정·화해는 각각 독립된 재판의 분쟁해결수단으로서의 의미를 갖지만, 동시에 협상은 조정과 화해의 수단으로, 그리고 화해는 협상과 조정 등의 궁극적인 목적으로서의 의미를 갖는다.

가. 和解 (Settlement)

화해는 당사자 간의 합의에 의한 분쟁해결을 의미한다. 협상·조정·중재 등과 같은 다른 ADR은 결국 화해에 효율적으로 이르기 위한 수단이라고 할 수 있는데, 제도화된 ADR을 통하지 않고서 비공식적인 협상에 의하여 화해를 하는 것도 당연히 가능하다.

나. 協商(Negotiation)

협상은 說得을 목적으로 하는 의사소통행위로서 다른 ADR의 기본 도구가 된다. 이는 제3자의 개입 없이 쌍방 당사자의 주도하에 각자의 입장 차이를 절충하는 등의 방법으로 문제를 自律的으로 해결하는 것을 의미한다.

이를 세분하면 과거에 발생한 분쟁을 해결하는 紛爭解決協商(dispute negotiation)과, 장래 행동을 규율할 계약조건 등의 결정을 목적으로 하는 規範制定協商(rule making negotiation) 등으로 구분할 수 있는데, 제3자의 개입으로 인한 경제적·사회적 비용이 소요되지 않는다는 측면에서 이론적으로 가장 경제적이고 효율적인 분쟁 해결수단이라고 할 수 있다.

10) 아래 내용은 주로 강정혜(각주 1) 84, 이희정(각주 5) 14-16, 조홍식(각주 6) 61, 허만(각주 7) 448-449, 김시철(각주 7) 402-405 등을 발췌하여 정리하였다. 미국법상 ADR에 관한 기본문헌으로는 4 Am. Jur. 2d *Alternative Dispute Resolution* (2008) §§ 1-9 참조.

다. 調停(Mediation)

미국의 ADR 이론에서 일반적으로 사용되는 調停의 개념은 특정한 해결방안을 결정할 권한이 없는 中立的인 調停者(mediator)가 당사자들의 동의를 얻어 분쟁당사자들로 하여금 효율적으로 협상을 할 수 있도록 도와주는 절차, 즉 제3자의 조력을 얻어 수행되는 協商을 의미한다.¹¹⁾

라. 仲裁(Arbitration)

중재는 當事者의 合意에 의하여 선출된 仲裁人의 仲裁判定에 의하여 분쟁을 해결하는 절차를 말한다. 중재의 본질은 私的 裁判이라는 데 있고, 이러한 점에서 당사자의 양보에 의한 자율적 해결인 화해 및 조정과 다르다.

중재제도는 單審制이고 당사자들이 그 절차 및 준거법을 합의로 결정할 수 있으므로 법원의 재판에 비하여 분쟁이 신속하게 해결될 수 있고, 관계분야의 전문가를 중재인으로 선정함으로써 실정에 맞는 분쟁해결을 할 수 있으며, 비공개심리이기 때문에 비밀유지에 도움이 된다는 장점을 가진다.

마. 소결론

화해는 다른 ADR의 궁극적 목적이기 때문에 나머지 ADR과 차원을 달리한다는 점을 감안한다면, ADR은 中立的 第3者의 介入이 없는 유형과 中立的 第3者의 介入이 있는 유형으로 대별할 수 있을 것이다.

전자에 해당하는 協商은 가장 기본적인 ADR 유형으로서, 다른 ADR의 경우도 그 절차에서 당사자들이 自律的으로 協商을 하는 것을 당연한 전제로 하고 있다. 그런데 제도화된 ADR에 관한 논의는 대체로 中立的 第3者의 介入이 있는 후자의 유형을 중심으로 진행되고 있으므로, 이 논문에서도 후자를 중심으로 살펴보기로 한다.

한편 실무적으로 환조위의 주요 업무가 되고 있는 裁定의 경우, 5인 또는 3인의 위원으로 구성되는 裁定委員會가 당사자의 의견진술을 듣는 심문절차, 증거조사절차

11) 한편 우리 민사조정법에 따른 법원의 조정이나 기타 행정부 산하의 조정위원회에 의한 조정 등은 국가기관인 법원과 조정위원회가 분쟁당사자를 중개하여 화해의 성립을 원조·협력하는 제도이라는 측면에서, 이를 ‘公的調停’이라고 부르기도 한다.

등을 거쳐서 환경피해의 인과관계 유무, 피해액 등에 대한 법적 판단을 하고, 주문과 이유가 기재된 문서를 통하여 분쟁을 해결하는 제도이다. 당사자 간의 합의를 유도하는 것을 본질로 하는 알선·조정과는 달리, 재정은 사실을 근거로 객관적인 판정을 내리는 데 중점을 두기 때문에, 법원의 재판과 유사한 구조를 지닌다. 환조법은 재정의 내용으로 손해배상을 원칙으로 하되, 환경피해의 복구를 위하여 필요한 경우 손해배상에 갈음하여 원상회복을 명하는 재정을 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 역시 第三者의 介入이 있는 ADR의 범주에 속하는 것이다.

(2) 환경분쟁에 관한 ADR

환경분쟁을 해결하기 위한 ADR은 크게 ㉠ 法院型 ADR(court-annexed ADR), ㉡ 行政型 ADR, ㉢ 民間型 ADR로 대별할 수 있는데, 환조법에 규정된 환경분쟁조정제도는 行政型 ADR에 해당한다.¹²⁾ 환경부에 설치된 중앙환조위는 상임위원(위원장) 1인 과 비상임위원 8인으로 구성되어 있고, 그 사무를 처리하기 위하여 환경부 소속 공무원 20인으로 구성된 사무국을 두고 있는데, 비상임위원들을 제외한 나머지 구성원은 모두 환경부 소속 공무원이기 때문이다.¹³⁾

(3) 行政法 領域에서의 ADR

행정법 영역에 관한 ADR은 행정쟁송 안에서 또는 행정쟁송 밖에서 중립적인 제3자에 의하여 행하여지는 법적 분쟁의 해결제도라고 할 수 있다.

좁은 의미에서 행정법 영역에 관한 ADR은 公法的 性格을 지니는 行政法上 紛爭을 ADR을 통하여 해결하는 경우를 말하지만,¹⁴⁾ 넓은 의미에서는 중립적인 제3자가 행

12) 우리 환경분쟁조정제도는 연혁적으로 일본의 公害紛爭處理法의 영향을 받은 것인데, 본의 제도에 관한 상세한 내용은 최철호, "일본의 공해분쟁처리제도" 공법학연구, 제5권제2호, (2004) 549 이하, 최우용, "일본 환경분쟁조정제도의 내용과 과제", 공법학연구, 제5권제3호, (2004) 575 이하 참조.

13) 중앙환조위의 홈페이지(<http://edc.me.go.kr>) 참조. 다만 2008. 3. 21. 법률 제8925호로 개정되고 2008. 9. 22. 시행된 환조법 제7조 제1항에 의하면, 중앙조정위원회는 위원장 1명을 포함한 15명 이내의 위원으로 구성하는 것으로 규정되어 있다.

정절차단계에서 개입하는 경우나 私法上 紛爭에 대하여 행정부에 설치된 각종 분쟁 조정위원회가 개입하는 경우까지 포함한다. 이러한 관점에서 행정법 영역에 관한 ADR을 분류하면, ① 행정절차 단계에서의 분쟁에 관한 ADR(이하, '① 유형'이라 한다), ② 행정부가 제공하는 각종 분쟁조정위원회를 통하여 私法上 紛爭을 해결하는 ADR(이하, '② 유형'이라 한다), ③ 행정심판 및 행정소송과 결부된 公法上 紛爭에 관한 ADR(이하, '③ 유형'이라 한다) 등으로 대별할 수 있는 것이다.¹⁵⁾

일반적으로 ① 유형의 경우 행정작용에 대한 國民參與的·事前節次的 性格이 강조되는 반면에, ②③ 유형의 경우 事後的 紛爭解決節次에 해당하는 등의 특징이 있기 때문에, 각 유형별로 적용법리에 상당한 차이가 있다.

(4) 환조법에 근거한 환경분쟁조정제도의 연혁과 법적 성격

환조법의 규정에 의하면, 환조위가 담당하는 環境被害에 관한 斡旋, 調停 및 裁定은 원칙적으로 民事紛爭을 事後的으로 解決하는 ② 유형 ADR에 해당한다.¹⁶⁾¹⁷⁾ 환조법 제62조는¹⁸⁾ 환경분쟁조정절차가 ② 유형 ADR인 국가배상심의와 유사한 기능을 할 수 있음을 명문으로 규정하고 있다.

우리 환경분쟁조정제도는 연혁적으로 일본의 공해분쟁처리제도에 바탕을 두고 있

14) 이에 관하여는 김유환, "법원에서의 행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도", 현대공법학의 과제, 청담 최승화 교수회갑기념 논문집 (2001), 739-740 등 참조.

15) 김용섭(각주 4) 21 이하, 이회정(각주5) 11 이하 등 참조.

16) 한편 環境施設의 設置 또는 관리와 관련된 다툼에 대한 조정 등의 경우 사안에 따라서 ② 유형이 아닌 ① 유형에 해당하는 사례도 발생할 수 있는데, 최근 「폐기물처리시설 설치촉진 및 주변지역 지원 등에 관한 법률」 제9조 제7항에 의한 조정이 여러 차례 이루어진 바 있다고 한다[조홍식(각주 6) 58].

17) 이회정(각주 1) 6, 36 등을 보면, 환경분쟁조정제도와 같은 ADR은 소송의 대안으로서 뿐만 아니라 행정청의 의사의 불합치가 존재하는 다양한 이해관계의 조정자로서 1차적 결정권을 행사할 때 행정청의 일방적인 결정방식(행정행위)의 대안으로도 이용될 수 있다고 기재되어 있는데, 이는 향후 입법조치 또는 실무운영에 따라서 환경분쟁조정제도가 ② 유형뿐만 아니라 ① 유형 ADR로도 활용될 수 있음을 시사하는 것이다. 위 논문에 대한 김재규 교수의 지정토론문[環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006) 45-52]에는 국가의 대규모 개발사업에 관한 ① 유형 ADR의 필요성이 언급되어 있다.

18) 환조법 제62조(국가배상법과의 관계) 국가배상법의 적용을 받는 분쟁으로서 이 법의 규정에 의한 조정절차를 거친 경우(제34조 및 제35조를 포함한다)에는 국가배상법에 의한 배상심의회의 심의의결을 거친 것으로 본다.

다. 일본에서는 1967년 公害對策基本法을 제정한 다음, 1970년에 公害紛爭處理法을 제정하여 총리부에 국가행정조직법 제8조에 근거하는 기관으로서 중앙공해심사위원회를 설치하여 행정기관이 법원과 함께 공해·환경에 관한 민사분쟁의 해결을 담당하도록 하였고, 1971년 환경청을 발족하였다. 그 후 1972년에 공해등조정위원회설치법이 제정·시행되면서 기존의 중앙공해심사위원회와 토지조정위원회를 통합하여 국가행정조직법 제3조가 규정하는 조직으로서 공해등조정위원회를 총리부의 外局으로 설치하였다. 이는 행정위원회의 성격을 가지는 것으로서, 중앙성청의 개편으로 인하여 2001년부터 총무성의 外局으로 전환되었다.¹⁹⁾

일본의 공해등조정위원회도 원칙적으로 民事紛爭의 성격을 가지는 환경분쟁을 해결하는 것을 목적으로 하고 있기 때문에, 거기에서 행하는 斡旋, 調停, 仲裁, 裁定 등은 모두 行政處分에 해당하지 않는다.²⁰⁾ 예컨대, 일본에서는 裁定을²¹⁾ 다시 責任裁定과²²⁾ 原因裁定으로²³⁾ 구분하는데, 공해등조정위원회의 재정에 대하여는 행정소송을 제기할 수 없고, 나아가 당사자가 재정을 받아들이지 않고 동일한 환경피해에 관하여 손해배상청구의 소를 제기한 경우 수소법원은 위와 같은 재정을 무시하고 독자적인 입장에서 始審的으로 심리·판단할 수 있는 것이다.²⁴⁾

19) 최철호(각주 12) 551 이하.

20) 최철호(각주 12) 559 이하.

21) 일본법상 재정은 공해등조정위원회가 일방 당사자의 신청에 근거하여 준사법적인 절차에 의해 공해의 손해배상 책임에 관계되는 분쟁 및 공해원인에 관계되는 분쟁에 대하여 판단을 내리는 것을 의미한다[최철호(각주 12) 565].

22) 책임재정은 공해와 관련이 있는 피해에 관한 손해배상 책임의 유무와 배상해야 할 손해액을 판단하는 재정이자. 책임재정의 재정서의 정본이 당사자에게 송달된 날로부터 30일 이내에 당해 책임재정과 관련 있는 손해배상에 관한 소가 제기되지 않을 때 또는 그 소가 취하된 때에는 그 손해배상에 관하여 당사자간에 당해 책임재정과 동일한 내용의 합의가 성립한 것으로 간주된다(일본 공해분쟁처리법 제42조의 20 제1항). 책임재정은 그 자체로 직접 법적 효과를 발생하는 것이 아니기 때문에 행정처분이 아니고, 재정에 대하여는 행정소송을 제기할 수 없다(같은 법 제42조의 21). 좀더 상세한 내용은 최철호(각주 12) 564 참조.

23) 원인재정은 가해행위와 피해의 발생과의 인과관계의 존부에 관하여 판단하는 재정이자. 원인재정은 인과관계의 존부에 관한 공적 판단을 보이는 것에 불과하고, 당사자간의 권리관계를 확정하는 것이 아니므로 행정처분이 아니며, 이에 대하여 행정소송을 제기할 수 없다(일본 공해분쟁처리법 제42조의 21, 제42조의 33). 좀더 상세한 내용은 최철호(각주 12) 564 참조.

24) 최철호(각주 12) 565-566.

한편 일본에서는 공해분쟁처리법 제49조에 근거하여 공해분쟁에 관한 민원제기의 성격을 띠는 公害苦情相談事件(이는 'Ombudsman 제도'와²⁵⁾ 유사한 것으로서 사안에 따라서 ① 유형 ADR에 해당한다고 볼 수 있다)이 매년 전국적으로 6-7만 건 정도 접수되어 그 중 상당한 비율이 해결되고 있고,²⁶⁾ 정식 사건처리의 경우도 調停事件의 비중이 압도적인 반면에, 우리나라에서는 裁判的 節次(adjudicatory process)와²⁷⁾ 유사한 방식으로 환경피해에 관한 다툼을 해결하는 裁定事件이 그 처리사건의 절대 다수를 차지한다는 점에서 양국의 실무운용은 현저한 차이가 있다고 할 수 있다.

관점에 따라서 ② 유형에 해당하는 裁定을 '간편하고 신속한 분쟁해결제도'에 해당한다고 볼 수 있으나, (일본과 달리) 재정사건 중심으로 환조위를 운영하는 것은 ADR의 본질인 '쌍방 당사자의 자유의사에 의한 합의'를 유도하는 것이 아니라, 행정기관의 일방적인 결정내용을 당사자들에게 수용할 것을 강요하는 형식이 될 우려가 있기 때문에 제도적으로 문제가 있다는 비판도 제기되고 있는 것이다.²⁸⁾

이러한 문제제기의 타당성에 대하여 살펴보기 위해서는 ADR의 일반이론 등에 대한 전반적인 검토가 필요한데, 이 논문에서는 아직까지 충분히 논의되지 않은 것으로 보이는 우리나라와 미국의 司法制度의 기본구조에 대한 비교법적 검토, 憲法上 ADR이 허용되는 범위 등에 비중을 두어 살펴본 다음, 후속논의를 하기로 한다.

25) Ombudsman 제도에 관하여는 김경배, "대체적 분쟁해결제도(ADR)의 활성화 방안에 관한 고찰", 중재연구 12권 1호, 사단법인 한국중재학회 (2002. 8) 187, 김유환, "행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도", 법학논집, 제6권제2호, (2001) 93 참조.

26) 최우용 (각주 12) 581.

27) ADR의 기법에 따라서 ㉠ 재판적 절차(adjudicatory process), ㉡ 합의적 절차(consensual process), ㉢ 자문적 절차(advisory process), ㉣ 혼합형(hybrid) 등으로 분류할 수 있다는 점에 대하여는 이희정(각주 5) 16-19 참조.

이에 관하여 Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, Thomson Reuters/West (3rd ed. 2008), § 1:1 에는 "Alternative dispute resolution procedures may be adjudicatory or nonadjudicatory. Adjudicatory in nature, arbitration most resembles traditional litigation. Presentations are made to one or more neutral decision makers who make a binding award. In some situations, the award is nonbinding and a party may seek a trial de novo. In contrast to the adjudicatory process of arbitration, the nonadjudicatory processes, such as mediation, minitrials or summary jury trials, give third parties no decision-making authority and resolve disputes only by mutual agreement of the parties."라고 기재되어 있다.

28) 상세한 내용은 조홍식(각주 6) 56-64.

2. ADR의 이론적 배경에 관하여

(1) 법적 분쟁에 관한 전통적 해결방식 등

ADR 이론은 法的紛爭에 관한 傳統的解決方式인 '법원에 의한 재판절차'에 대한 '代案'을 모색하는 것이다. 일반적으로 司法作用은 당사자 사이에 具體的인 法的紛爭이 있다는 것을 전제로 하여, 당사자의 소제기에 의하여, 일정한 절차를 거쳐서 무엇이 法인가를 判斷·宣言함으로써 분쟁을 해결하는 작용으로서,²⁹⁾ 헌법재판소는 우리 헌법에 규정된 司法의 本質에 관하여 '법 또는 권리에 관한 다툼이 있거나 법이 침해된 경우에 독립적인 법원이 원칙적으로 직접 조사한 증거를 통한 객관적 사실인정을 바탕으로 법을 해석·적용하여 유권적인 판단을 내리는 작용'이라고 정의하고 있다.³⁰⁾

즉, 司法作用은 ㉠ 구체적인 법적 분쟁에 대하여 개별적인 사실발견절차를 거친 다음 이에 대하여 적절한 법률적용을 하는 것을 기본요건으로 하고, ㉡ 紛爭解決을 固有目的으로 하는 국가작용으로서, ㉢ 당사자의 청구에 근거하여 消極的으로 法執行을 하는 것이 원칙이며, ㉣ 각 재판부의 獨立性 및 中立性의 보장은 공정한 사법작용의 필수적 요소가 된다.

반면에 行政作用은 ㉤ 法的紛爭을 前提로 하지 않으며, ㉥ 具體的인 事件이 아닌 全體社會에 대하여 당사자의 신청을 기다리지 않고, ㉦ 積極的이고 形成的인 法執行을 하는 것을 원칙으로 하고 있으며, ㉧ 개별 기관의 독립성을 인정하기보다는 오히려 全體 行政府가 統一的이고 繼續的인 국가작용을 하는 것이 바람직한 것으로 인식되고 있다.

(2) 미국 연방헌법상 三權分立의 原則

미국 연방헌법은 권력이 의회에 집중된 英國制度를 극복할 목적으로 삼권분립원칙을 천명한 다음, 3府를 구성하는 공무원의 임기 및 충원방법 등에 관하여 규정하였

29) 이에 대비하여 行政作用은 일반적으로 全體로서 統一性을 가진 繼續的인 國家作用이라고 정의되고 있다. 박윤훈, "최신 행정법강의(상) 개정판", 박영사 (1999) 10-11.

30) 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정.

다. 거기에는 대통령이나 연방의원에 관하여 직·간접선거를 통하여 수년의 임기를 정한 선출되는 공직자로 규정되어 있는 반면에, 연방법관에 관하여는 “연방 상원의 조언과 동의(the advice and consent of the Senate)”를 얻어 대통령이 임명하되, 원칙적으로 終身職으로 규정되어 있는바(제2조, 제3조), 이는 사법부의 판단이 정치적 상황이나 압력이 아닌 사건의 실체(the merits of the case)에 근거하여 형성될 수 있는 토대를 마련하기 위한 것이다.³¹⁾

이와 같이 미국 연방헌법이 積極的인 權力行事を 속성으로 하는 立法權·行政權의 경우 그때그때의 정치적 상황을 반영하면서 다음 선거에 대비한 選出職 公職者의 정치적 입장이 ‘公益’의 이름으로 관철될 수 있도록 규정한 반면에,³²⁾ 司法府의 경우 이와는 정반대로 당사자의 신청이 있어야만 비로소 권력행사가 가능하도록 하고(消極性), 신분이 보장된 법관으로 하여금 중립적 입장에서 업무를 처리하도록 규정한 점은 法的 紛爭을 해결함에 있어서 그 절차진행자의 中立性과 獨立性이 本質的인 要件임을 시사하는 것이다.

(3) 행정법 영역의 법적 분쟁에 일반적으로 적용되는 민사소송법 등

미국에서는 형사절차가 아닌 재판절차는 모두 Civil Procedure에 속한다. 따라서 국가 또는 지방자치단체가 私法上 紛爭의 당사자가 되는 경우뿐만 아니라, 전형적인 公法上 紛爭에 관련된 모든 사건도 원칙적으로 민사소송법 및 그 증거법칙을 토대로 하여 해결되고 있다.

31) 좀더 상세한 내용은 Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business (1997), 1-9 참조.

32) 김용섭(각주 4)에 의하면, 행정법 영역에 관한 ① 유형 ADR을 설명하면서, ‘행정청 자체가 중립적인 기관’이라고 주장하면서도(25면), “사법적 분야에 있어서의 조정과 공법적 분야의 조정과의 본질적인 차이점은 행정청이 결코 공익 내지 공공복리라고 하는 척도에 따라서 결정하는 것을 포기할 수 없다는 점에 있다.”라고 주장하고 있음을 알 수 있다(26면).

반면에 미국식 접근방식에 의하면, 行政權 行事に 관한 公益은 본질적으로 선출직 공직자의 ‘정치적 입장’을 대변하는 것이 될 수 있기 때문에, 법적 분쟁의 해결에 관련하여 行政官廳을 一般的으로 中立的인 機關으로 취급하지 않고 있는 것이다.

(4) 비교법적 검토의 전체

ADR에 관한 국내 문헌들은 ‘미국의 전통적인 소송절차의 代案을 모색하는 미국이론 및 법률 등을 많이 인용하고 있는데, 우리 사법제도가 미국의 경우와 동일하지 않기 때문에 혼선이 발생하는 경우가 적지 않다.

따라서 이러한 오해의 소지를 최소화하기 위해서는 ㉠ 미국 Civil Procedure를 기초로 하여, ㉡ 그 대안으로 제시된 ADR의 특징을 살펴본 다음, ㉢ 우리 민사소송법 내지 행정소송법을 토대로 하여, ㉣ 그 대안을 모색하는 ADR의 특성을 정리할 필요가 있고, 나아가 ADR이 허용되는 憲法的 限界에 관련하여 ㉤ 미국 헌법과 ㉥ 우리 헌법 등에 대한 비교분석이 이루어져야 할 것이다. 위 6가지 요소에 대한 종합적 검토가 이루어지지 아니한 상태에서 선불리 미국이론을 원용하는 경우 우리 현실과 동떨어진 논의가 전개될 위험성이 있기 때문이다.³³⁾

따라서 아래 제4장에서는 ㉦ 미국법상 Jurisdiction의 개념, ㉧ 연방헌법상 권력분립원칙과 위헌법률심사제도의 본질, ㉨ 법의 지배(rule of law)와 적법절차원리(due process), ㉩ 엄격한 증거법칙에 근거한 ‘스포츠적 소송제도’, ㉪ 그 대안으로 제시되고 있는 ADR에 관한 이론 등 미국의 사법제도에 대하여 필요한 범위 내에서 간략하게 살펴보기로 한다.

3. 미국 연방헌법 및 소송제도의 기본구조 등

(1) 미국법상 Jurisdiction의 개념³⁴⁾

가. 일부 국내 문헌에서 Jurisdiction을 裁判管轄權이라고 번역하는 경우가 적지 않은

33) 예컨대, 미국 헌법과 Civil Procedure의 제도적 특성에 대한 충분한 검토가 전제되지 않는 경우, 미국에서 제기되는 ADR 이론의 배경 등을 제대로 파악하기 어려운 경우가 발생할 수 있다는 취지인데, 이에 관하여는 아래에서 다시 살펴본다.

34) 이에 관한 상세한 내용은 김시철, “駐韓 美國人 夫婦의 離婚 및 未成年子女에 관한 養育處分 등에 대하여 - 離婚裁判管轄權 및 準據法에 관한 우리제도와 미국제도에 대한 比較法的 檢討를 중심으로 -”, 저스티스 96호, 한국법학원 (2007. 2) 243-248.

데 이는 오해의 소지가 있는 번역이고, 오히려 원칙적으로 헌법이론상 ‘領土高權(對物高權)’, ‘對人高權’ 등에서 나타나는 ‘高權(sovereignty)’, 즉 공권력행사주체의 권한 내지 권력(power)과 유사한 개념으로 파악해야 한다.³⁵⁾³⁶⁾

나. 미국 연방헌법상 權力分立原則(separation of powers)은 ① 聯邦政府 뿐만 아니라 州政府도 독자적으로 高權(sovereignty)을 행사할 수 있고, ② 연방정부 내에서 Legislative Jurisdiction, Executive Jurisdiction, Judicial Jurisdiction이 각각 고유영역을 확보하고 있다는 의미이다.

다. Jurisdiction에 관한 미국 연방대법원의 판례검토

1) Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1877)

미국 연방헌법상 허용되는 州政府(州法院 포함)의 Jurisdiction 및 그 한계에 관한 대표적 선례로서, 그 주요 판시내용은 ‘모든 주는 그 영역 안에 있는 사람들과 물건들에 대하여 배타적인 관할권을 가진다(Every state has “exclusive jurisdiction” over persons and property within the state). 반면에, 주는 그 영역 밖에 있는 사람들과 물건들에 대해서는 직접적인 권력을 행사할 수 없다(As a corollary, states may not exercise “direct” authority over persons and property outside the state).’라는 취지이다.³⁷⁾ Pennoyer Case는 사람과 물건에 관한 ‘屬地主義原則’을 憲法原則으로 확인한 것으로서, 연방헌법 제4조 제1항(Full Faith and Credit Clause)에³⁸⁾ 관련하여 현

35) Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004) : “Jurisdiction” ① A government’s general power to exercise authority over all power and things within its territory.

이에 관하여 Gene R. Shreve and Peter Raven-Hensen, *Understanding Civil Procedure*, Matthew-Bender Publishing (2nd ed. 1994), §7에는 “Historically, the principal basis for and limitation upon personal jurisdiction was territorial, hence our adoption of the term territorial jurisdiction as a generic description for this requirement.”라고 기재되어 있다.

36) 재판관할권은 Jurisdiction의 하위개념인 Judicial jurisdiction에 대응하는 것으로 보아야 하는데, 다만 문맥에 따라서는 Jurisdiction을 Judicial jurisdiction의 개념으로 사용되는 경우도 있다.

37) Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714, 722 (1877).

38) 미국 연방헌법 제4조 제1항은 “각 주는 다른 각 주의 공식적인 법령과 기록(public Acts and Records) 및 재판절차에 대하여 가능한 한 최대의 효력을 인정하여야 한다. 연방의회는 일반법을 통하여 위와 같은 법령, 기록 및 재판절차를 증명하는 방법과 그 효과를 규정할 수 있다(Article IV. Section 1. Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other

법상 일반적으로 인정되는 각 주의 권한범위 및 그 한계 등을 선언한 것이다.

(2) *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945)

*Pennoyer Case*가 선고된 이후 미국의 각 州政府(州議會 포함)들은 屬地主義原則을 토대로 한 다음, 더 나아가서 이른바 'Long-arm Statutes'를 제정하여 각자의 관할권을 확장하려고 시도하였고,³⁹⁾ 그 과정에서 워싱턴 주의회는 주내에 점포를 설치하지 아니한 채 우편판매 등의 방법으로 워싱턴 주민들에 대하여 계속적으로 영업을 하는 타주 소재 기업들에 대하여 포괄적으로 실업보상기금(unemployment compensation fund)에 대한 납부의무를 부과하는 주법률을 제정하였다. 이로 인하여 금전납부의무를 부담하게 된 다른 주 소재 법인인 *International Shoe Co.*는 연방대법원에 상고하면서 위와 같은 주법률이 연방헌법에 위반된다는 주장을 하였는데, 연방대법원은 주정부의 경우 'Minimum contacts(최소한도의 관련성)'가 인정되는 타주 소재 기업에 대해서도 위와 같은 금전납부의무를 부과할 수 있는 Jurisdiction이 있고, 따라서 위 주법률은 연방헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다.

라. 소결론

*International Shoe Case*는 (법원의 관할권이 문제가 아닌) 행정사건에 관한 주법률의 위헌 여부에 관한 사건에서 Minimum contacts라는 기준으로 *Pennoyer Case*에서 천명한 '屬地主義原則'에 대한 一般的 例外를 인정한 것으로서, 이는 미국법상 Jurisdiction이 모든 공권력행사기관의 권한문제를 규율하는 개념이라는 점을 잘 보여 주는 것이다.⁴⁰⁾

State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.)"라고 규정하고 있는데, 이 규정을 흔히 'Full Faith and Credit Clause'라고 한다.

39) 그 당시 Long-arm Statute의 합헌성에 관한 판례로는, 해당 주에 거주하지 않지만 자동차를 운전하여 해당 주에 진입한 사람에 대하여 관할권을 확장하여 인정할 수 있다는 주법률이 연방헌법에 위반되지 아니한다는 *Hess v. Pawloski*, 274 U.S. 352 (1927) 등을 예시할 수 있다.

40) 예컨대, 1973년 제정된 캘리포니아 주 민사소송법의 경우 위 *International Shoe Case* 등을 반영하여, 주법원으로 하여금 연방헌법 또는 주헌법에 위반되지 않는 이상 제한 없이 재판관할권을 행사할 수 있도록 하는 취지(authorizing the exercise of jurisdiction on any basis not inconsistent with the Constitution of this

(2) 미국 연방헌법상 권력분립원칙과 위헌법률심사제도의 본질

위와 같은 Jurisdiction의 개념을 토대로 하여 미국 연방헌법은 권력분립원칙을 정립하였다. 위헌법률심사제도의 기원이 된 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)은 입법부가 연방대법원에 대하여 헌법규정을 초과하는 권한을 부여하는 법률을 제정한 것이 헌법에 위반된다고 판시하였는바,⁴¹⁾ 이는 違憲法律審査制度의 경우 本質적으로 司法機關이 憲法에 근거하여 立法府가 그 權限을 逾越하거나 이를 濫用하는 것을 통제하는 제도임을 분명하게 밝힌 것으로서,⁴²⁾ 그 취지는 현재까지 일관되게 유지되고 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾

state or of the United States)로 규정하고 있는데(Cal. Code Civil Procedure Ann. § 410. 10), 이러한 법률 규정 역시 미국법상 Jurisdiction은 모든 공권력행사기관의 권한문제를 규율하는 것임을 보여주고 있다.

41) 연방대법원은 *Marbury Case*에서 전임 대통령인 Adams에 의하여 공식적으로 판사로 임명된 Marbury(원고)에게 신임 대통령인 Jefferson의 각료인 국무장관 Madison(피고)에 대하여 판사임명장 교부청구를 할 수 있는 권리가 있고 이러한 권리에 대하여 사법적 구제수단이 허용되어야 한다고 판시하면서도, 위와 같은 유형의 직무집행명령(the writ of mandamus) 청구사건에 관하여 연방대법원으로 하여금 제1심으로서의 관할권을 행사하도록 규정한 1789년 법원법(Judiciary Act)은 헌법 제3조 제2항 제2호에 배치(repugnant)되기 때문에 효력이 없고, 따라서 위 법원법에 근거하여 제기된 원고의 청구는 부적법하다고 각하결정을 하면서, “일반적으로 폭넓은 입법재량권(discretion)이 인정되는 연방의회라고 할지라도 헌법규정에 배치되는 법률을 제정할 수는 없다는 의미에서 연방의회의 권한(power)은 한정되고 제한을 받는 것으로서(defined and limited), 헌법은 이에 배치되는 어떠한 입법행위도 통제할 수 있다. 헌법은 최고규범으로서 의회가 통상적인 입법작용(ordinary legislative acts)을 통하여 이를 改廢(alter)할 수 없는 것이다.”라는 취지로 판시하였다. 즉, 연방대법원은 신임 국무장관인 Madison이 Marbury에게 임명장을 교부하지 아니한 행정작용이 부당하다는 점 등을 지적하면서도, 관련 법률의 위헌여부를 심사하는 부수적 규범통제에 관련해서는 오로지 연방의회가 위와 같은 법률을 제정할 수 있는 권한이 있었는지 여부에 대해서만 심사함으로써, 違憲法律審査制度의 경우 본질적으로 모든 국가작용에 대하여 포괄적으로 사법적 심사를 하는 것이 아니고 오로지 司法機關이 憲法에 근거하여 立法府의 權限濫用을 統制하는 제도라는 점을 분명하게 밝힌 것이다.

42) 예컨대, ㉠ 연방대법원의 Judicial Jurisdiction의 설정 및 제한 등에 관하여 원칙적으로 연방의회가 광범위한 입법재량권을 행사할 수 있다는 점에 관해서는 *Ex Parte McCordle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1868), *Felker v. Turpin*, 518 U.S. 651 (1996) 등을 참조할 수 있고, ㉡ 예외적으로 연방법원의 Judicial Jurisdiction에 관하여 이미 確定된 裁判에 대하여 事後的 行政作用이나 立法作用 등을 근거로 하여 법원으로 하여금 재심리를 하도록 규정한 법률은 權力分立原則에 위배된다는 이유로 해당 법률에 대하여 위헌선언을 한 사례로는 *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872), *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211 (1995) 등을 참조할 수 있다.

43) 연방대법원이 대통령의 행정권 남용을 이유로 위헌선언을 한 대표적인 사례로는 *Youngstown Sheet &*

(3) 법의 지배(rule of law)와 적법절차원리(due process)

미국 헌법체계가 Rule of law 및 권력분립원칙을 토대로 하고 있다는 점은 잘 알려져 있다.⁴⁵⁾ 나아가 수정헌법 제5조는 공권력기관이 국민의 생명, 자유, 재산을 박탈하는 경우 반드시 適法節次(due process)를 준수하도록 규정하고 있는데,⁴⁶⁾ ㉠ 입법부가 법률제정을 통하여 직접 국민의 기본권을 제한하는 경우와 ㉡ 행정부 및 사법부의 집행행위를 매개로 하여 기본권을 제한하는 경우에 적용되는 節次的 適法節次(procedural due process)의 차이점 등을 주목할 필요가 있다.

가. 立法作用을 통한 직접적인 기본권제한

미국에서는 연방헌법 제1조 제9항 제3호 및 제10항 제1호에서⁴⁷⁾ 별도로 규정된 刑事處罰에 관한 영역을⁴⁸⁾ 제외한 나머지 영역에 관해서는 연방의회가 특정인의 법

Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952), Clinton v. City of New York, 524 U.S. 417 (1998) 등 참조.
44) 좀 더 상세한 내용은 김시철, “違憲法律審判節次에 관한 몇 가지 논의”, 憲法論叢 제16집 (2005) 218, 김시철,

“憲法的 爭點에 관한 法院의 審理 및 判斷”, 公法研究 제35집 제4호, 한국공법학회 (2007. 6.) 87 등 참조.

45) Black's Law Dictionary (8th ed. 2004) : “Rule of law” ① A substantive legal principle. ② The supremacy of regular as opposed to arbitrary power. ③ The doctrine that every person is subject to the ordinary law within the jurisdiction. ④ The doctrine that general constitutional principles are the result of judicial decisions determining the rights of private individuals in the courts. ⑤ Loosely, a legal ruling; a ruling on a point of law.

46) 수정헌법 제5조 : “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

47) 연방헌법 제1조 제9항 제3호 : “No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.” 연방헌법 제1조 제10항 제1호 : “No State shall... pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.”

48) 16세기 내지 17세기 당시 영국의회에서는 종종 특정인의 이름과 과거의 행동을 직접 명시하고 이를 반역죄로 단정한 다음 위 사람을 사형에 처하도록 규정함으로써 실질적인 재판절차 없이 위 사람을 사형에 처하도록 하는 등의 법률(이를 ‘Bills of Attainder’이라고 한다)을 제정하였는데, 이러한 법률의 경우 통상적으

를관계를 직접 규율하는 ‘處分的 法律(private bill)’을 당연히 제정할 수 있다는 영미법의 전통이 그대로 유지되고 있다.⁴⁹⁾

그런데 입법부는 국민의 대표기관이기 때문에, Private bill에 의한 기본권제한은 최소한 이념적으로 자신의 대표자에 의한 自己拘束을 의미하고, 따라서 미국에서는 위와 같은 사안에서 일반적으로 입법절차 자체가 Procedural due process에 해당하는 것으로 파악하고 있다.⁵⁰⁾

로 특정인에 대한 사형선고의 효과를 바로 발생시킴과 아울러 그 후손들이 위 특정인의 재산을 상속할 수 없도록 하는 ‘血統의 汚染(corruption of blood)’이라는 법적 효과를 발생시키는 규정을 포함하고 있었는데, 미국 연방헌법은 위와 같은 영국의회의 관행을 배척하기 위하여 特定人을 刑事處罰하기 위해서는 반드시 獨立性이 보장된 法院에 의한 實質的인 裁判節次가 이루어져야 한다는 점을 명시적으로 규정한 것이다. 이에 관한 개략적인 설명으로는 Selective Service System v. Minnesota Public Interest Research Group, 468 U.S. 841, 847 (1984) 등 참조.

49) ㉔ 현재 미국 연방의회는 원칙적으로 특정인의 권리의무를 직접 규율하는 Private Bill을 제정할 수 있고(2 USCA § 190g 등 참조), 예컨대 公用收用의 경우에도 최소한 이론적으로는 立法府가 법률을 통하여 특정인의 재산을 직접 수용하는 것이 原則的인 方法이고, 그 권한을 行政府에 위임하는 것은 例外的 收用의 형태이기 때문에, 연방의회 또는 주의회 등에서 Private Bill의 형태로 특정인의 재산을 수용하는 것은 당연히 허용된다. ㉕ 이에 관하여 公用收用을 원칙적으로 行政權의 固有權限으로 인식하는 견해는 프로이센 등의 역사적 전통에서 비롯된 獨逸式 思考方式으로서, 현행 독일기본법 제19조 제1항도 이러한 전통을 이어받아서 “이 기본법에 따라 기본권이 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있는 때에는 그 법률은 일반적으로 적용되어야 하고, 개별적인 경우에만 적용되어서는 안된다.”라고 규정함으로써 입법부가 (형사처벌에 관련된 영역뿐만 아니라) 모든 영역에서 處分的 法律을 제정할 수 없도록 규정하고 있다. 그런데 위와 같은 기본법 제19조상의 명문규정도 불구하고 독일연방헌법재판소는 법률에 의하여 바로 수용대상이 결정되는 이른바 ‘立法收用’의 경우도 (비록 예외적이기는 하지만) 헌법적으로 용인된다고 판시하고 있다는 점은 주목할 필요가 있다(BVerfGE 24, 367).

㉖ 한편 우리 헌법에는 독일 기본법과 달리 ‘處分的 法律’의 제정을 금지하는 명문의 규정이 존재하지 않고, ‘공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.’라고 규정한 헌법 제23조 제3항 등에 관련하여 우리 헌법재판소는 이른바 ‘立法收用’이 헌법적으로 허용된다고 판시하고 있음을 주의할 필요가 있다(헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 93헌바12 결정 참조).

50) 이는 국민의 대표기관인 입법부가 개별 국민에 대하여 기본권제한의 효력을 직접 발생하는 Private Bill을 제정하는 방식으로 공권력행사를 하는 경우, 해당 영역에 대하여 별도의 Procedural due process가 헌법적 차원에서 요구되지는 않는다는 취지이다.

나. 行政作用 및 司法作用을 매개로 한 기본권제한

한편 Rule of law의 법리에 비추어 볼 때, 행정작용 및 사법작용이 합헌적인 법률에 근거하여 행사되어야 한다는 점은 자명하다. 그런데, Procedural due process의 법리에 의하면, 입법부가 직접 기본권제한을 하지 아니하고 행정작용 등을 매개로 하여 기본권이 제한되는 경우, 그 당사자에게 일정한 절차가 별도로 보장되어야만 헌법적 정당성이 인정된다.

1) 法律에 근거한 行政作用을 통한 基本權制限

전통적인 미국 헌법이론상 가장 위험성이 있는 권력작용은 국민의 대표기관이 아닌 행정관료에 의하여 積極的·能動的인 公權力이 행사될 수 있는 行政作用이다. 따라서 법률의 구체적인 수권이 없는 경우 행정부가 국민에 대하여 侵害的(侵益的) 行政行爲를 할 수 없다는 것은 삼권분립원칙 및 Rule of law에 비추어 너무나 분명한 것이다.

나아가, 행정부가 법률의 구체적 수권을 받아서 침해적 행정작용을 하는 경우에도 ㉠ 이에 대하여 궁극적으로 事後的인 司法的 救濟手段이 허용되어야 하고, ㉡ 만일 행정작용으로 인한 권리제한이 중대한 사안에서는 아래에서 보는 바와 같이 일정한 형태의 事前的 行政節次까지도 구비되어야만 헌법적으로 요구되는 Procedural due process 요건이 충족되는 것으로 보고 있다. 주의할 점은 ㉡의 사전적 행정절차가 선행되었다는 이유만으로 해당 행정작용에 대하여 ㉢의 사후적으로 이루어지는 '사법적 구제수단'이 배제되는 것은 결코 아니라는 것이다.

2) 法律에 근거한 司法作用을 통한 基本權制限

司法府의 경우 형사처벌 등을 포함하여 최종적으로 국민의 권리제한에 관한 사항을 관장하기 때문에 개별 국민의 권익에 대하여 매우 중대하고 심각한 영향을 미칠 수 있다. 그럼에도 불구하고 전통적인 헌법이론상 사법작용이 가장 위험하지 아니한 권력으로 취급되는 이유는 積極的 屬性이 없고, 오로지 일방 당사자가 제기한 구체적인 법적 분쟁에⁵¹⁾ 관련하여 消極的·事後的으로 法判斷作用을 하는 역할만을 담당하

51) 즉, 미국 연방헌법 제3조 소정의 'case or controversy' 요건이 충족되어야 한다는 취지인데, 이에 관하여는 김시

기 때문이다.⁵²⁾

그런데 司法作用의 경우 본질적으로 법원이 적법하게 재판관할권을 행사할 수 있는 사안에서 原告에 의해 被告로 지목된 사람이 그 節次에 參與할 義務가 있음을 전제로 하는 것으로서, 피고에게 자발적으로 절차에 참여할 의사와 있는지 여부와 관계 없이 절차를 진행한 다음 雙方 當事者에게 拘束力 있는 裁判을 하는 것이기 때문에 기본권제한적인 공권력행사에 해당하는 것이다.

즉, Rule of law 및 Procedural due process의 법리에 비추어 볼 때, 司法作用도 합헌적인 법률에 근거하여 행사되어야 하고, 이로 인하여 기본권이 제한될 가능성이 있는 사람에게 일정한 절차가 보장되어야만 비로소 헌법적 정당성이 인정될 수 있는 것이다.

3) 미국 헌법상 Procedural due process의 구체적 요건과 정도 등⁵³⁾

수정헌법 제5조로 인하여 行政作用 및 司法作用에 관하여 어느 정도의 절차적 보장이 요구되는지를 심리한 미국 연방대법원은 ㉠ 관련되는 私的 利益의 重要性, ㉡ 당해 私益을 잘못 박탈할 경우의 위험성에 관련하여 追加的인 節次的 保障 (procedural safeguard)을 하는 경우 얻을 수 있는 價値(value, 위험에 대한 회피가능성), ㉢ 추가적인 절차적 보장을 하기 위해서 필연적으로 수반하게 될 재정상·행정상 부담 등을 고려한 政府의 利益(governmental interest) 등을 구체적으로 比較·衡量하여야 한다고 실시함으로써[Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976) 등 참조],⁵⁴⁾ 해

철, “우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象(審査範圍), 憲法實務研究, 제4권 (2003) 504-574 중 557-574 참조.
52) 위와 같은 司法業務의 消極的 屬性은 司法府의 中立性, 獨立性과 밀접하게 관련된다.

즉, 사법부는 (행정기관과 달리) 특정 유관분야에 대하여 포괄적이고 적극적인 利害關係를 가지지 아니하고 이미 발생하거나 급박하게 발생할 우려가 있는 ‘구체적인 법적 분쟁’에 대하여 당사자의 신청이 있는 경우에 한하여 심판하는 기능만을 담당하기 때문에, 사안에 따라서 해당 분쟁에 관한 專門性이 부족하다는 비판이 제기될 수는 있는 반면에, 이러한 본질은 바로 법적 분쟁해결에 관한 中立性의 保障과 직접 관련되는 것이다. 한편 사법권은 헌법상 신분이 보장된 법관들이 행사하는 것인데, 그 본연의 업무가 헌법·법률 및 기존의 선례(the doctrine of stare decisis) 등을 심사기준으로 하여 당사자들 사이의 법적 분쟁을 해결하는 것이기 때문에, 헌법적 차원에서 法官의 獨立性을 보장하고 있는 것이다.

53) 이에 관한 논의로는 이회정(각주 1) 178 참조.

54) 위 판례에 관한 설명으로는 2 Am. Jur. 2d *Administrative Law* § 56 (2008) 참조.

당 분쟁의 유형과 사안에 따라서 그 보장방법과 정도 등이 달라진다고 판시하였는데, 그 판시내용을 정리하면 다음과 같다.

㉠ 먼저 절차적 적법절차원칙이 적용되는 모든 사안에서 中立的인 決定權者(unbiased decisionmaker)가 주관하는 公正한 節次(fair procedure)를 통하여 이익박탈 여부에 관한 결정이 이루어질 것을 요구하고 있는데, ㉡ 통상적으로 당사자에게 事前通知를 하여 위 절차에 참여할 수 있는 기회를 제공하는 것(an opportunity to respond before termination of the interest)을 요건으로 하고 있지만, ㉢ 사안이 비교적 경미하거나 본질적으로 긴급을 요하는 경우에는 事後的 司法審査가 보장되는 것만으로도 헌법적 요건이 충족된다. 예컨대, 일반적으로 공권력작용에 관련되는 절차를 주관하는 Unbiased decisionmaker가 항상 判事일 필요는 없고 사안에 따라서는 판사가 아닌 다른 中立的 人物이 그 절차를 주관할 수도 있지만, 本質的으로 個人의 自由와 權利에 대하여 重大한 制限을 가할 수 刑事事件 등의 경우에는 가장 嚴格한 意味의 Procedural due process가 적용되기 때문에, 반드시 헌법적 차원에서 中立性과 獨立性이 보장되는 判事가 주재하는 事前的 聽聞節次(prior hearing)를 통하여 권리의 제한 여부가 결정되어야 하는 것이다.

위와 같이 미국에서는 行政作用 및 司法作用을 매개로 한 기본권제한에 관련하여 가장 엄격한 의미의 절차적 적법절차는 기본권제한이 이루어지기 전에 반드시 訴訟節次를 거치는 刑事裁判節次 등을 의미하는 것으로 파악하고 있고, 개별 사안에 따라서 그 절차적 엄격성, 절차의 시점 등을 단계적으로 완화하는 접근방식을 취하고 있다.

4) 법률의 근거가 없는 침해적 행정작용이 사전적 행정절차가 이루어졌다는 사유만으로 정당화되는지(소극)

위와 같이 Procedural due process는 행정작용을 헌법적 차원에서 정당화할 수 있는 하나의 요건에 불과하기 때문에, 설령 그 요건이 충족되었다고 하더라도 별개의 요건인 Rule of law에 위배되는 침해적 행정작용은 헌법적으로 정당화될 수 없다.⁵⁵⁾

미국에서 ㉠ 유형 ADR에 해당하는 事前的 行政節次에 이해관계자나 전문가 등이 참여하였다는 사유만으로, 법률의 근거가 침해적 행정작용이 합헌이라는 주장은 제

55) 김유환(각주 5) 70에는, 행정청이 사전적 행정절차에서 어떤 분쟁에 관하여 합의하였다는 사정만으로 그것이 적법하다고 인정되는 것은 아니라는 점을 분명히 지적하고 있다.

기되지 않고 있다. 법률의 제정은 최소한 이념적으로는 국민의 대표기관인 의회가 自己拘束의 原理에 근거하여 국민에게 적용되는 규범을 만드는 것이고, 이와는 달리 일정한 영역에 한정된 소수의 이해관계자나 전문가 등이 ① 유형 ADR에 참여하고 행정관청이 이를 그대로 수용하여 행정작용을 하였다든 사정만으로 근거법률의 흠결을 대체·보완할 수는 없기 때문이다. 만일 법률의 수권이 없는 침해적 행정작용을 용인하는 경우, 행정부가 Executive Jurisdiction을 일탈하여 공권력행사를 하는 것을 방치하는 결과를 초래할 위험성이 있다.⁵⁶⁾

5) ① 유형 ADR을 토대로 한 행정작용에 대한 사법적 구제절차

행정부가 협상에 의한 규칙제정(rule making negotiation) 등을 포함한 ① 유형 ADR을 토대로 행정작용을 하는 경우, 법률에 특별한 근거가 없는 이상 그 ADR의 결과에 기속되는 것은 아니고,⁵⁷⁾ 나아가 ADR의 결과를 그대로 수용한 행정작용에 의하여 관련자의 법익이 제한되는 경우에도 원칙적으로 (위와 같은 ADR의 결과가 아닌) 행정관청의 행정작용이 그 사법심사의 대상이 된다.⁵⁸⁾ 즉, 침해적 행정작용에 대한 궁극적인 법적 권한과 책임은 행정관청에게 귀속되는 것이고, 그 책임을 ADR의 절차주재자에게 전가하는 것은 책임행정의 원칙에 위배되는 것이다.

예컨대, 연방의회가 1990년에 제정한 행정분쟁해결법(Administrative Dispute Resolution Act)⁵⁹⁾에는 ① 유형 ADR의 합의내용 등은 원칙적으로 행정행위에 흡수되어 사법심사대상이 되는 것으로 규정되어 있는데,⁶⁰⁾ 이는 ADR 제도의 헌법적 한계를 반영하고 있는 것이다.

56) 同旨, 김유환(각주 5) 61-62.

57) Natural Resource Defense Council, Inc. v. U.S.E.P.A., 859 F.2d 156 (C.A.D.C., 1998).

58) 김유환(각주 5) 50-54.

59) 5 U.S.C.A. §§ 571 이하 부분.

60) ○ 5 U.S.C.A. § 581. Judicial Review. (a) Notwithstanding any other provision of law, any person adversely affected by an award made in arbitration proceeding conducted under this subchapter may bring an action for review of such award only pursuant to the provisions of sections 9 through 13 of title 9.

○ 이에 관한 국내문헌으로는 김유환(각주 5) 60-65 참조.

6) 의회가 ADR에 대하여 司法作用과 동일한 효력을 부여하는 법률을 제정할 수 있는지 여부 (소극)

가. 일반론

미국 연방헌법은 구체적인 법적 분쟁에 관한 해결에 적합하도록 中立的이고 獨立的인 사법부의 기본구조를 설정한 다음, 이를 근거로 하여 법원에게 헌법과 법률에 따라서 법적 분쟁을 해결하도록 하는 Judicial Jurisdiction을 부여한 것이기 때문에, 입법부가 이러한 헌법적 근거가 흠결된 ADR에 대하여 司法府의 公權力行事와 동일한 효력을 인정할 수 없다. 만일 연방의회가 행정기관 등이 주관·참여하는 ADR이나 민간단체에서 이루어지는 ADR에 대하여 법원의 司法作用과 완전히 동일한 효과를 발생시키는 법률을 제정하는 경우, 헌법에 규정된 사법부의 Jurisdiction을 행정부 내지 민간단체가 행사할 수 있도록 허용함으로써 '적극적인 권한침해로 인한 위헌적 상황'이 야기되고, 법리적으로 그 ADR에 참여하지 않은 사람들의 이해관계가 완전히 배제되는 문제가 발생하기 때문이다.⁶¹⁾

나. 중재판정의 경우

같은 맥락에서 연방대법원은 拘束力 있는 仲裁(binding arbitration)에 관하여 司法作用과 동일한 효력이 있다고 판시한 적이 없고, 중재합의(arbitration agreements)를 쌍방 당사자 사이에서 자발적으로 체결할 수 있는 不提訴特約과 유사하게 파악함으로써 이에 대한 사법심사의 범위를 실질적으로 제한하는 접근방식을 취하고 있다.⁶²⁾

다만 연방대법원은 법률에서 규정한 엄격한 요건을⁶³⁾ 구비한 仲裁判定에 대하여 법원이 별도의 재판절차를 거쳐서 집행력(enforcement power) 등을 부여하는 것은 헌법상 허용되는 것으로 보고 있는데, 이러한 효력의 인정 역시 중재판정에 대해서 제한된 범위 내에서 사법심사가 가능하다는 것을 전제로 하고 있으며, 실제 사건에서는 그 사법심사의 범위 등에 대하여 중점적으로 검토하고 있다[Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG Co. 388 U.S. 395 (1967) 참조].⁶⁴⁾⁶⁵⁾

61) L. Bacow & M. Wheeler, Environmental Dispute Resolution, 1984, p.19[김유환(각주 5) 61에서 재인용함].

62) 이에 관한 설명으로는 4 Am. Jur. 2d Alternative Dispute Resolution (2008) §51 참조.

63) United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958(이른바 'the New York Convention')을 토대로 한 우리 중재법 제3조, 제36조 등과 유사한 요건이다.

다. 미국의 行政紛爭解決法(Administrative Dispute Resolution Act)의 변천⁶⁶⁾

미국 연방의회가 1990년에 5년의 한시법으로 제정한 行政紛爭解決法에는 행정관청이 다양한 ADR에 참여할 수 있는 근거조항이 규정되었지만, 이를 근거로 이루어지는 중재판정이 행정관청을 구속하지는 않는다고 규정되어 있었다. 행정관청에 대하여 拘束力 있는 仲裁가 허용되기 위해서는 ㉠ 憲法上 障礙가 없어야 하고, ㉡ 法律上 授權을 받아야 하며, ㉢ 중재에 대한 契約的 基礎가 있어야 하는 등 3가지 요건이 반드시 충족되어야 하는데, 1990년 당시 미국 법무부는 ㉠ 헌법상 장애의 가능성이 있다는 공식입장을 천명하였고,⁶⁷⁾ 이러한 입장에 따라서 1990년 법률은 처음부터 중

64) 위와 같은 법률요건을 충족시킨 구속력 있는 중재판정에 대하여는 법원이 전면적인 사법심사를 하지 않기는 때문에, 실질적으로 拘束力 있는 仲裁判定의 경우 당사자에 대한 관계에서 재판과 유사한 효과를 발생시키는 사례가 적지 않다.

65) ㉠ 위와 같이 중재판정이 일정한 효력을 발생하기 위해서는 최소한 雙方 當事자가 임의로 체결한 仲裁合意가 전제가 되어야 하는데, ㉡ 司法節次의 경우 원고 일방의 소제가 적법한 경우, 재판관할권을 가지는 법원은 피고의 의사와 관계없이 공권력작용으로서 쌍방에 대하여 구속력 있는 판결을 할 수 있다. 이러한 측면에서 사법작용의 경우, 비록 원고의 소제기를 기다린다는 소극적인 성격이 있기는 하지만, 최소한 피고에 대한 관계에서는 명실상부한 공권력작용으로서의 본질을 구비하고 있는 것이다.

66) 미국 연방법 5 U.S.C.A. §§ 571 et seq., 부분. 이에 관한 상세한 설명은 이회정(각주 5) 163 이하 참조.

67) 1990년 당시 미국 법무부가 제기하였던 憲法上 障礙論의 요지는 다음과 같다.

㉠ 우선 公職者 任命節次에 관한 연방헌법 제2조와 저촉될 우려가 있다. 중재인이 헌법 제2조상의 '公職者(officer)'에 해당한다면 상원의 동의를 얻어서 임명되어야 하므로, 그 동의절차가 흠결된 중재인 임명절차는 문제가 있다. 반면에 중재인이 '公職者'가 아니라고 본다면, 연방정부에게 어떤 행위 또는 금전지급의 구속적 의무를 부과할 권한은 오로지 헌법 제2조의 공직자들만이 행사할 수 있다는 종래 판례법에 위반되는 것이다. ㉡ 司法作用과 유사한 결정을 私人인 중재인에게 맡기는 것에 관하여 司法權을 法院에 맡긴 연방헌법 제3조의 위반여부가 논란이 될 수 있다. 법원 이외의 포럼에서 이루어지는 재판의 위헌여부는 제3조의 근본 목적의 관점에서 결정되어야 하고, 당사자가 中立的이고 獨立的인 재판부에 의해 재판받을 권리 및 牽制와 均衡의 체계 등이 보장되어야 한다(개인에 대한 裁判請求權의 보장을 통한 權力分立의 실현). 연방대법원은 Commodity Futures Trading Commission v. Schor, 478 U.S. 833, 850 (1986)에서, 헌법 제3조상 法院의 외부에서 이루어지는 재판적 형식의 결정(adjudication)이 제3조의 목적을 손상시킬 수 있는가를 결정하기 위해 고려하여야 할 요소들로서 첫째, 司法權의 본질적 부분이 제3조 法院에 유보되어 있는지, 둘째 代替的 포럼에 부여된 管轄과 權限이 통상 제3조 法院에만 부여되는 것인지, 셋째 문제된 權利의 根據와 重要性, 넷째 立法府가 法院 이외의 포럼에서 재판을 할 수 있도록 규정하는데 가지는 利益을 고려해야 한다고 판시하였는데, 위 4가지 요소들은 특히 법원 이외의 포럼에서 사법적 결정을 할 수 있도록 규정한 법률의 위헌여부를 분석하는 데 적합하다. 당사자들이 自發적으로 구속적 중재를 하기로 합의한 경우 議會나

재가 행정관청에 대하여 구속력을 갖지 않는다고 규정하였기 때문이다.⁶⁸⁾

그런데 미국 법무부가 1995년 공식적으로 ㉞ 헌법상 장애 가능성에 관한 입장을 변경하였고,⁶⁹⁾ 이에 관한 연방대법원의 종래 판례에 따라서 합헌성을 인정할 수 있는 수준으로⁷⁰⁾ 정비된 ‘구속력 있는 중재’ 등을 비롯하여 다양한 ADR을 활용할 수 있도록 규정한 개정법률이 1996년 시행된 것이다.

위에서 본 바와 같이 미국 연방대법원의 판례는 拘束力 있는 仲裁判定에 관하여 司法作用과 동일한 효력이 있는 것으로 파악하지 않고, 이를 당사자 사이의 합의의 일종으로 취급하고 있는데, 개정법률은 행정사건에서의 ADR을 當事者の 同意에 의해 진행되는 任意的 節次로만 규정하고 있다는 점,⁷¹⁾ 개정법률에서 6가지 유형의 법

行政府가 司法府의 권한을 침해할 가능성은 극히 적다.

㉞ 仲裁 또는 기타 유형의 청문(hearing)이 適法節次原理에 합치되는지 여부는 Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 334 (1976)에서 제시된 요소들[㉠ 문체된 私益, ㉡ 私益을 잘못 박탈할 위험과 追加的인 또는 代替的인 절차의 價値, ㉢ 재정적 및 행정적 財源을 절약하는 데 대한 정부의 이익] 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다[다만 연방대법원은 Schweiker v. McClure, 456 U.S. 188, 198-200 (1982)에서 이러한 결정권한을 民間人에게 부여하는 경우도 사안에 따라서 適法節次에 부합할 수는 있다고 판시하였다].
68) 즉, 1990년 법률에서는 행정관청과 민간 당사자 사이의 분쟁에 관하여 仲裁을 허용하면서도, 행정관청의 경우 어떠한 仲裁判定에 대해서도 30일 이내에 그 중재효력에 대한 동의를 철회함으로써 이를 실효시키는 것이 허용되었기 때문에, 구속력 있는 중재는 오로지 민간당사자에 대해서만 구속력을 가지게 되었다.
69) 미국 법무부가 1995년에 정리한 논거의 요지는 다음과 같다.

㉠ 仲裁人은 헌법 제2조 소정의 公職者의 모든 특징을 가진 것은 아니므로, 헌법 제2조에 규정된 상원의 동의절차 없이 임명될 수 있다.

㉡㉢에 관한 위헌성 논란은 구체적인 법률내용에 따라서 좌우되는 것인데, 1996년 개정 법률에는 그 제도의 합헌성을 담보할 수 있는 일정한 조건 하에 행정부가 구속적 중재를 이용할 수 있음을 명시적으로 규정하였다(5 U.S.C.A § 575).

70) 1996년 개정법률의 시행 이전에 이미 행정사건에 관하여 私人인 仲裁人에 의해 이루어지는 私的 審判(adjudication)인 중재(arbitration)가 이루어지는 경우의 위헌성 논란에 관하여, ㉞ 중재절차는 當事者의 합의에 의해 개시되는 경우가 원칙인 점, 제한된 범위 안에서라도 중재판정에 대한 사법심사가 가능한 점 등에 비추어 보면 공공프로그램에 관한 중재가 연방헌법 제3조 위반이라고는 단정할 수 없으며, ㉞ 중재 판정이 새로운 선례나 정책을 형성하는 것이 아니고 제3자에게 중요한 영향을 끼치는 것이 아니라면 연방헌법 제2조에 위반될 가능성은 크지 않으며, ㉞ 중재절차에 관하여 입법 등에 의한 기준이 제시되고 중재인이 중재 대상인 사안과 이해관계가 없다면, 연방헌법 제1조 또는 Due process 규정에 위배된다고 할 수 없다는 주장이 제기되고 있었다고 한다[Alfred C. Aman & William T. Mayton, *Administrative Law*, West Publishing Co. (1994), 295. 김유환(각주 5) 62에서 재인용함]

적 분쟁에⁷²⁾ 대하여는 행정관청이 ADR을 활용할 수 없음을 명문으로 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 헌법적 정당성을 유지할 수 있는 수준에서 ADR 제도를 도입한 것으로 볼 수 있는 것이다.⁷³⁾

(4) 미국 민사소송에서의 엄격한 증거법칙 및 일반적인 증거배제법칙 등

가. 미국 소송절차에서 事實發見作業은 상대적 가치관에 입각한 立證責任에 관한 規則 등이 포함된 證據法則에 따라 진행되고 있고, 따라서 소송은 본질적으로 불확실성(doubt)을 관리하는 체계로서, 재판절차는 절대적 진실(truth) 보다는 상대적 공정(fairness)을 추구하도록 설계되어 있다.⁷⁴⁾

71) 반면에 법원에서의 ADR의 경우, 원칙적으로 ADR 절차의 개시 여부에 대한 법관의 재량이 존중되고 특별한 경우에는 의무적으로 ADR에 회부될 것이 요구되고 있는 경우도 있다[김유환(각주 5) 63]. 이는 법원에 계속 중인 사건은 (행정법상 분쟁해결절차와 달리) 모두 원고의 청구에 기하여 개시된 것으로서, 법원은 위와 같은 경우로 심리하게 된 사건의 해결절차에 대하여 상당한 재량권을 가진다는 점 등 사법작용 고유의 특성을 반영하는 차이점이라고 할 수 있다.

72) 5 U.S.C.A Sec. 572 (b)에 규정되어 있는 ADR이 제한되는 6가지 유형은 다음과 같다.

- ㉔ 선례적 가치를 위해 결정적이고 권위있는 사안의 해결이 요구될 때, 그리고 그러한 절차가 권위있는 선례로 받아들여지기 어려울 때
- ㉕ 사안이, 그 최종적인 해결이 이루어지기 전에 추가적인 절차를 요구하는 정부정책의 중요한 문제점들을 포함하거나 그에 관련되어 있을 때, 그리고 그러한 절차가 행정청에게 권고된 정책을 발전시키는데 기여하기 어려울 때
- ㉖ 확립된 정책을 유지하는 것이 특별한 중요성이 있어서 개별 결정 사이에 변화가 증가되지 않으며 그러한 절차가 개별 결정들 사이에 일관된 결과에 도달하기 어려울 때.
- ㉗ 사안이 절차의 당사자가 아닌 사람 또는 조직에 중대한 영향을 미칠 때.
- ㉘ 절차에 대한 완전한 공식적 기록이 중요하고 분쟁해결절차가 그러한 기록을 제공할 수 없을 때.
- ㉙ 행정청이 변화된 상황에 비추어 사안의 처리를 변경시킬 수 있는 권한을 가지고 사안에 대한 계속적인 관할권을 유지하여야 하며 분쟁해결절차가 그러한 요구에 대한 행정청의 이행에 간섭하게 될 때.

73) 김유환 (각주 5) 61-63.

74) Stephen C. Yeazell, *Civil Procedure*, Little, Brown and Company (4th ed. 1996) 714, Geoffrey C. Hazard, Jr., "Res Nova in Res Judicata", 44 Southern California Law Review, 1036, 1042 (1971).

나. 증거법칙

(1) 한편 미국 소송절차에는 精緻한 證據法則이 적용되는데,⁷⁵⁾ ㉞ 원칙적으로 관련성(relevancy)과 중대성(materiality)이 있는 증거에 대해서는 증거능력이 인정되지만, ㉟ 헌법원칙 및 실용주의적 관점에 근거한 일반적인 증거배제법칙 또한 광범위하게 인정되고 있는 것을 주의해야 한다.⁷⁶⁾

(2) ADR에 관련된 一般的인 證據排除法則

미국에서는 모든 유형의 협상과정(during negotiation)에서 화해(settlement)를 하기 위하여 법적 분쟁(disputed claim)에 관하여 쌍방 당사자가 주장한 내용(Compromise and Offers to compromise)⁷⁷⁾ 등은 소송절차에서 증거로 사용할 수 없도록 하는 증거배제법칙이 일반적으로 인정되는데(Federal Rules of Evidence § 408),⁷⁸⁾ 이는 쌍방 당사자가 협상과정에서 아무런 걱정 없이 자유롭게 의견을 교환할 수 있도록 제도적으로 보장하는 것이 궁극적으로 Settlement를 촉진시킬 수 있다는 정책적인 고려 등에서 비롯된 것이다.

(3) 위와 같은 실용주의적 측면 등을 감안한 증거법칙은 나름대로 상당한 이유가 있지만, 구체적인 사건에서 (실체적 진실이 아닌) 증거법칙에 따라서 소송결과가 좌우되는 이른바 ‘스포츠적 소송’이 되는 경우도 있다.

75) 이회정(각주 5) 6.

76) John M. Strong, et. al., *McCormick on Evidence*, West Publishing (4th ed. 1992).

77) 예컨대, 피고가 협상과정에서 원고에게 손해배상금 명목으로 일정한 금액을 제시하였다는 진술, 혹은 원고가 피고에게 일정한 금액을 지급받으면 더 이상 법적 책임을 묻지 않겠다고 하였다는 진술 등을 예시할 수 있다.

78) Federal Rules of Evidence, Rule 408. Compromise and Offers to Compromise

(a) Prohibited Uses. Evidence of the following is not admissible on behalf of any party, when offered to prove liability for, invalidity of, or amount of a claim that was disputed as to validity or amount, or impeach through a prior inconsistent statement or contradiction:

(1) furnishing or offering or promising to furnish—or accepting or offering or promising to accept—a valuable consideration in compromising or attempting to compromise the claim; and

(2) conduct or statements made in compromise negotiations regarding the claim, except when offered in a criminal case and the negotiations related to a claim by a public office or agency in the exercise of regulatory, investigative, or enforcement authority.

(5) 미국의 ADR 이론에 관한 예시 등

가. 위와 같은 전통적인 미국 소송제도의 부정적인 측면 등이 1960년대 ADR Movement의 기폭제가 된 것이므로, 모든 ADR이론에서 전통적 방식의 본질적 장점(기본토대)에 대한 문제제기는 발견할 수 없고 오히려 이를 계속적으로 강조 하다는 것은 주목할 필요가 있다.

나. 예컨대, 모든 ADR 이론은 그 절차진행자가 中立性·獨立性을 갖추어야 한다는 점을 강조하고 있는데,⁷⁹⁾ 이는 법적 분쟁에 관한 전통적 해결절차의 주재자인 ‘판사’에게 헌법적 차원의 신분보장까지 하게 된 본질적 요건이므로, ADR에서도 이러한 기본원칙이 변형될 이유가 전혀 없기 때문에 그 성격이 그대로 강조되고 있는 것이다.⁸⁰⁾

다. 반면에 소송절차에 비하여 상대적으로 형식적인 엄격성을 완화하고자 하는 ADR의 특성상 미국법의 실용주의적 측면은 오히려 강화되고 있다. 예컨대, 미국 법원은 雙方當事者の同意가 있는 경우 중재인이 羈束力이 있는 仲裁判定을 할 수 있는 Voluntary binding arbitration을 통하여 사건을 처리할 수 있다.⁸¹⁾ 그 중 필라델피아 주법원 등에서 실시되는 最終提議仲裁制度(final-offer arbitration)는 實用主義的 側面에서 일방 당사자의 무리한 주장에 대하여 실질적인 불이익을 가함으로써 당사자주의의 남용을 방지하는 미국 ADR의 특성을 잘 반영하고 있으므로,⁸²⁾ 이를 소개한다.⁸³⁾

1) 예컨대, 원고가 손해배상으로 100달러를 요구하고 피고는 50달러만 제시하는 사건의 경우, 중재인이 구체적인 사안에 대한 합리적인 검토에 따른 판단을 하지 않고 막연히 쌍방이 제시한 액수의 중간인 75달러로 중재판정을 내리는 식으로 妥協的 判定을 할 가능성이 적지 않다. 그런데 이러한 실무관행이 고착된다면 당사자들은 ADR에서는 되도록 무리한 요구를 하는 것이 자신에게 유리하다고 생각할 것이기 때문에, 합리적인 방법으로 쌍방의 의견을 접근시킬 수 없게 된다.

79) 김용섭(각주 5) 12.

80) 김유환(각주 5) 64.

81) 허만(각주 7) 456.

82) 이규진, “미국 ADR에 비추어 본 우리나라의 ADR”, 중재 296호 (2000년 여름) 25, 33, 허만(각주 7) 462.

83) Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, Thomson Reuters/West (3rd ed. 2008), §2:37 참조.

2) 이러한 문제를 해결하기 위하여, 필라델피아 주법원에서는 雙方이 법원의 중재에 同意하는 경우, 소송 담당판사가 일단 원·피고로부터 각각 최종합의조건(final-offer)을 제시받은 다음, 同僚判事를 仲裁判事로 선임하되, 중재판사에게는 쌍방의 최종합의조건을 절대 알려주지 않는다. 仲裁判事は 당사자들의 최종합의조건을 알지 못한 상태에서 중재절차를 진행한 다음 나름대로 假判定을 내리고, 그 후 쌍방의 최종합의조건을 공개하여 假判定의 결과에 가까운 조건을 제시한 일방의 최종합의조건 그대로 최종적 중재판정을 내리되, 만일 중재판사의 가판정이 쌍방조건에 정확한 중간이라면 가판정 내용대로 최종적 중재판정을 내리는데, 最終的 仲裁判定은 羈束力이 있기 때문에 당사자들은 이에 불복할 수 없다.

3) Final-offer arbitration은 당사자들이 ADR에서 무리한 요구를 하는 것을 자발적으로 억제하고, 되도록 합리적인 요구를 하도록 유도함으로써, 당사자간의 협상을 실질적으로 촉진시킬 수 있는데, 위와 같은 ADR이 이른바 'Game Theory'에 기초하고 있다는 점은 주목할 필요가 있다.

라. 요컨대, 미국 ADR 이론은 전통적 소송절차를 토대로 하여, 그 장점은 그대로 유지하되, 소송절차 및 증거법칙의 엄격성 등으로 인한 부작용을 보완하기 위하여 탄력적으로 분쟁을 해결하는 방법을 모색하는 것으로서, 그 입법과정에서도 위헌의 소지가 발생하지 않도록 고려하는 등 신중하고도 실용주의적인 입장에서 적절한 ADR 모델을 검토하는 취지라고 할 수 있다.

(6) 紛爭解決費用의 개념과 그 負擔에 관한 美國式 規則

가. 紛爭解決의 社會的 費用⁸⁴⁾

紛爭解決節次가 當事者에게 滿足感을 줄 수 있는지는 일반적으로 민사소송의 理想으로 예시되는 適正·公平·迅速·經濟 등 4요소에 좌우되는데, 문제는 適正·公平的 요소와 迅速·經濟의 요소가 相殺關係(trade-off)에 있다는 것이다. 예컨대 절차주재자가 쌍방을 공정하게 다루면서 실제적 진실에 접근하려면 이에 상응하는 시간

84) 좀더 상세한 내용은 조홍식(각주 6) 33 이하 참조.

과 노력, 즉 費用이 소요되는데, 비용을 절약하면서 소송을 신속하게 진행하려고 시도하면 誤判의 可能性이 높아지기 때문이다.

따라서 상쇄관계인 각 요소들을 어떻게 조화시켜서 最適의 組合을 만들 것인가가 중요한데, 경제학적 관점에서는 紛爭解決方式의 理想은 社會的 紛爭解決費用의 最小化이고, 사회적 분쟁해결비용은 運用費用(operating cost)과 誤判費用(error cost)으로 구성된다.

運用費用은 이해관계자들이 분쟁해결을 하는 데 사용하는 시간과 노력을 말하는 데,⁸⁵⁾ 분쟁해결의 迅速·經濟를 달성하기 위하여 運用費用을 절감하는 것에 내재적 한계가 있는 이유는 운용비용의 절감이 適正·公平이라는 理想을 희생시키면서 오판의 가능성을 높이는 등 궁극적으로 誤判費用이 증가할 위험성이 있기 때문이다.

나. 소송비용의 부담에 관한 美國式 規則과 英國式 規則⁸⁶⁾

미국 민사소송은 訴訟費用의 負擔에 관한 美國式 規則(American rule. 이하 '미국식 규칙'이라고 약칭한다.)에 크게 영향을 받고 있는데, 이는 특별한 사정이 없는 이상 각 당사자는 그 소송비용(運用費用)을 상대방에게 전가하지 못하고 이를 각자 자신의 부담으로 한다는 원칙이다.⁸⁷⁾ 우리나라를 포함한 대부분의 국가들이 勝訴한 當事者의 訴訟費用을 敗訴者에게 轉嫁시키는 것을 원칙으로 하는 英國式 規則(British Rule. 이하 '영국식 규칙'이라고 약칭한다.)을 채택하고 있다는 점과⁸⁸⁾ 크게 대비되는 부분이다. 일반적으로 운용비용에 관하여 미국식 규칙을 채택하게 되면, 영국식 규칙을 취하는 경우에 비하여 당사자가 재판이 아닌 ADR을 통하여 사건을 해결하는 것을 선호하게 되는바, 미국 ADR 이론에 관한 검토함에 있어서는 이러한 측면을 항상 염두에 두어야만 한다.

85) 運用費用을 세분하면, 다시 인지대, 송달료, 증인여비 등의 裁判費用, 변호사보수 등의 當事者費用, 국가가 사법제도를 유지·운영하는 데 지출하는 訴訟制度運用費用으로 구분할 수 있다.

86) 이에 관한 상세한 내용은 김시철, "우리 나라와 美國의 民事訴訟制度에 대한 比較法的 分析 -事實發見節次 (Fact-finding) 및 이에 관한 民事訴訟法 改正案을 中心으로-", 재판자료집 89집, 법원도서관 (2000년) 422-433 등 참조. 이에 관한 경제학적 분석에 관하여는 조홍식(각주 6) 16 이하 참조.

87) 미국 ADR의 비용부담에 관한 설명으로는 Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, Thomson Reuters/West (3rd ed. 2008), §§ 9:35-36 (3d ed.) 참조.

88) 민사소송법 제98조 이하 참조.

(7) 민사소송의 지연에 관하여⁸⁹⁾

미국에서 민사소송이 지연된다는 것은 일반적으로 소제기 이후 Trial까지 당사자들이 오랫동안 기다려야 한다는 것을 의미하는데, 이는 원칙적으로 한 사건의 Trial이 판사를 독점하는 제도적 특성에서 비롯되는 현상이다.

4. 우리 헌법규정 및 사법제도 등

(1) 헌법규정 등

가. 行政作用에 관한 헌법규정 등

- 1) 우리 헌법은 미국식 三權分立原則을 토대로 하여 法治主義原則을 천명하고 있기 때문에 행정작용은 헌법과 법률에 근거해야 한다. 특히 헌법 제37조 제2항은 공공복리 등을 이유로 국민의 자유와 권리를 제한하기 위해서는 具體的인 根據法律이 제정되는 것을 最小限度의 憲法的 要件으로 명시하고 있다.
- 2) 따라서 (수혜적인 행정작용이 아닌) 침해적 행정작용에 관하여 구체적인 법률근거가 존재하는 것은 最小限度의 正當化 要件이고, 이러한 법률적 근거가 흠결된 침해적 행정작용은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 위헌이다(法律留保原則). 즉, 어떤 행정적 분쟁에 관하여 소수의 이해관계자 및 전문가와 행정관청 사이의 합의가 있었다는 사유만으로 구체적 근거법률의 존재를 요구하는 헌법적 요건을 대체할 수는 없다.⁹⁰⁾
- 3) 나아가 침해적 행정작용에 관하여 명시적인 법률적 근거가 있더라도, 그 법률내용이 헌법에 위배되면 위 행정작용은 헌법에 위배되는 것이다.
- 4) 따라서 행정기관에서 '법적 분쟁을 적절하게 해결한다는 막연한 공익'을 명분으로 하여 법률의 구체적인 수권 없이 당사자의 권리를 제한할 수 있는 행정작용을 하는 것은 헌법상 허용될 수 없고, 설령 이러한 절차에 관한 근거법률이 제정된

89) 좀 더 상세한 내용은 김시철(각주 7) 415 이하 참조

90) 同註, 김유환(각주 5) 70.

경우에도 그 규정내용이 헌법에 위배되면 그 행정작용에 관한 헌법적 정당성을 인정할 수 없는 것이다.⁹¹⁾

- 5) 물론 관련 당사자 전원이 모두 자발적으로 절차를 개시하고(절차개시의 임의성), 그 결과로 이루어진 합의내용을 임의로 이행하여 분쟁을 해결하는 경우(분쟁해결의 임의성), 근거법률이 없이도 허용된다고 볼 여지가 있으나, 이는 본질적으로 私의 合意 및 그 履行을 의미하는 것일 뿐이므로 이를 공권력행사에 해당하는 행정작용으로 볼 수 없을 것이다. 반면에 관련자 중 일부가 자신의 의사에 관계 없이 행정기관이 강제로 절차에 참석해야 하는 경우 등은 공권력행사의 일종으로 볼 수밖에 없기 때문에, 구체적인 법률근거를 반드시 필요로 하고 그 법률의 내용 역시 헌법에 합치되어야 한다.

나. 司法作用에 관한 헌법규정 등

- 1) 司法節次의 경우 법적 분쟁의 해결에 관한 헌법적 근거가 일반적으로 구비된 것으로 볼 수 있기 때문에,⁹²⁾ 원고의 제소행위에 근거하는 경우 피고의 절차참여의사와 관계없이 절차를 진행한 다음 법에 따라 쌍방 당사자에게 구속력 있는 재판을 하는 것은 원칙적으로 헌법에 합치된다. 사법절차의 경우 본질적으로 일방 당사자의 신청이 있고, 이에 대하여 법원이 적법하게 재판관할권을 행사할 수 있는 경우 상대방으로 지목된 사람은 그 절차에 참여할 의무가 있음을 전제로 하고 있기 때문이다.
- 2) 다만 헌법 제103조가 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”라고 규정하고 있는 이상, 법원에서 법률을 근거로 하지 아니하고 쌍방 당사자에게 구속력 있는 ADR을 하는 것도 위헌의 소지가 있다.⁹³⁾

91) 이에 관하여 헌법 제107조 제3항의 논점은 아래에서 검토한다.

92) 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정.

93) 우리 현행법상 행정소송사건에 관하여 법원이 구속력 있는 ADR을 할 수 있는 근거조항이 없고, 따라서 법원은 현재까지 쌍방 당사자의 동의를 전제로 한 ‘사실상 조정’만을 시행하고 있다.

(2) 우리 중재법의 규정

중재법 제35조는 “중재판정은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다.”라고 규정하고 있는데, 그 문구만 보면 우리 입법자가 당사자의 합의에 근거한 중재판정에 관하여 司法作用과 동일한 효력을 부여한 것이 아닌가 하는 오해를 야기할 소지가 있다.⁹⁴⁾

그러나 중재법 제36조에 의하면, 일정한 사정이 있는 경우 당사자가 법원에 중재판정취소의 소를 제기할 수 있도록 규정되어 있고,⁹⁵⁾ 같은 법 제37조에 의하면, 중재판정을 집행하기 위해서는 별도의 재판절차를 거쳐서 법원의 집행판결을 받아야 하

94) 홍준형(각주 1) 36을 보면, 중재법상의 중재판정이 확정판결과 동일한 효력을 가지는 것을 전제로 하여 이를 환조법상의 제도와 비교하고 있다.

95) 중재법 제36조(중재판정취소의 소) ① 중재판정에 대한 불복은 법원에 제기하는 중재판정취소의 소에 의하여만 할 수 있다.

② 법원은 다음 각호의 1에 해당하는 때에 한하여 중재판정을 취소할 수 있다.

1. 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 다음 각목의 1에 해당하는 사유를 증명하는 경우
가. 중재합의의 당사자가 그 준거법에 의하여 중재합의 당시 무능력자이었던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 의하여 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 의하여 무효인 사실
나. 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 기타의 사유로 인하여 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 사실

다. 중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 사실. 다만, 중재판정이 중재합의의 대상에 관한 부분과 대상이 아닌 부분으로 분리될 수 있는 경우에는 대상이 아닌 중재판정부분만을 취소할 수 있다.

라. 중재판정부의 구성 또는 중재절차가 이 법의 강행규정에 반하지 아니하는 당사자간의 합의에 따르지 아니하거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니하였다는 사실

2. 법원이 직권으로 다음 각목의 1에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우

가. 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때

나. 중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 때

③ 중재판정취소의 소는 중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재판정의 정본을 받은 날부터 또는 제34조의 규정에 의한 정정·해석 또는 추가판정의 정본을 받은 날부터 3월 이내에 제기하여야 한다.

④ 당해 중재판정에 관하여 대한민국의 법원에서 내려진 승인 또는 집행판결이 확정된 후에는 중재판정취소의 소를 제기할 수 없다.

기 때문에,⁹⁶⁾ 우리 중재법이 중재판정에 관하여 확정판결과 완전히 동일한 효력을 부여하는 것이 아님은 분명하다.

(3) 재판상 화해

우리 민사소송법은 제220조에서 화해조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다고 규정하면서, 제461조에서 화해조서는 準再審으로만 취소될 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 통설·판례는 화해조서에 執行力뿐만 아니라 既判力도 인정되는 것으로 파악하고 있다.⁹⁷⁾

그러나 독일에서는 재판상 화해에 대하여 집행력만 인정하고(독일 민사소송법 제 794조 제1항 제1호) 기판력을 인정하지 않고 있다는 점 등 제반사정을 고려한다면, 立法論으로는 재판상 화해에 대하여 기판력을 배제하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있을 것이다.⁹⁸⁾

(4) 민사소송의 지연에 관하여

우리나라에서는 담당 판사가 배당된 여러 사건의 변론절차를 동시에 진행하는 것이 일반적인 실무관행이기 때문에, 소송지연은 변론의 개시가 늦어진다는 것을 의미하기보다는 오히려 당해 사건에 대한 심리가 장기간 계속된다는 것으로 이해되고 있

96) 중재법 제37조(중재판정의 승인과 집행) ① 중재판정의 승인 또는 집행은 법원의 승인 또는 집행판결에 의한다.

② 중재판정의 승인 또는 집행을 신청하는 당사자는 다음 각호의 서류를 제출하여야 한다. 다만, 중재판정 또는 중재합의가 외국어로 작성되어 있는 경우에는 정당하게 인증된 한국어의 번역문을 첨부하여야 한다.

1. 중재판정의 정본 또는 정당하게 인증된 그 등본
2. 중재합의의 원본 또는 정당하게 인증된 그 등본

97) 註釋, 新民事訴訟法(Ⅲ) 370 이하 참조. 일본의 경우도 재판상 화해조서에 대하여 執行力뿐만 아니라(제한된 범위 내에서) 既判力까지 인정하는 것이 판례·다수설의 입장이다. 伊藤眞, 民事訴訟法(第3版再訂版) 유비각 (2006) 434.

98) 同旨 유병현, “김용섭, 김유환(각주 5) 논문에 대한 지정토론문”, 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10) 82 참조.

다. 비교법적 관점에서 보면, 우리 법원은 미국의 경우에 비하여 상대적으로 신속하게 민사소송사건을 처리하고 있음을 알 수 있다.⁹⁹⁾

99) 좀더 상세한 내용은 김시철(각주 7) 415-417.

참고 문헌

- 국내 문헌 -

1. 강정혜, “환경분쟁조정위원회의 구성 및 조정절차의 개선방안”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
2. 김경배, “대체적 분쟁해결제도(ADR)의 활성화 방안에 관한 고찰”, 중재연구 12권 1호, 사단법인 한국중재학회 (2002. 8)
3. 김민중, “소송외적 방법에 의한 환경오염피해분쟁의 해결제도”, 비교사법, 제2권 제2호, (1995.12)
4. 김상수, “환경분쟁해결을 위한 재판과 ADR의 역할 분담”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
5. 김시철, “우리 나라와 美國의 民事訴訟制度에 대한 比較法的 分析 -事實發見節次(Fact-finding) 및 이에 관한 民事訴訟法 修正案을 中心으로-”, 재판자료집 89집, 법원도서관 (2000년)
6. 김시철, “우리나라와 美國의 ADR에 대한 比較法的 檢討”, 21世紀 韓國民事法學의 課題와 展望, 心堂 宋相現先生 華甲紀念論文集 (2002)
7. 김시철, “우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象(審査範圍)”, 憲法實務研究, 제4권 (2003)
8. 김시철, “違憲法律審判節次에 관한 몇 가지 논의”, 憲法論叢 제16집 (2005)
9. 김시철, “駐韓 美國人 夫婦의 離婚 및 未成年子女에 관한 養育處分 등에 대하여 - 離婚裁判管轄權 및 準據法에 관한 우리제도와 미국제도에 대한 比較法的 檢討를 中心으로 -”, 저스티스 96호, 한국법학원 (2007. 2)
10. 김시철, “憲法的 爭點에 관한 法院의 審理 및 判斷”, 公法研究 제35집 제4호, 한국공법학회 (2007. 6.)
11. 김용섭, “행정법상 분쟁해결수단으로서의 조정”, 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10)
12. 김유환, “행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도”, 법학논집, 제6권제2호, (2001)

13. 김유환, “법원에서의 행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도”, 현대공법학의 과제, 청담 최송화 교수화갑기념 논문집 (2001)
14. 김유환, “국민참여에 의한 행정분쟁해결제도”, 저스티스 81호, 한국법학원 (2004.10)
15. 김충목, “환경분쟁조정제도에 관한 연구”, 법학연구, 제4권제1호, (2000)
16. 류지태, “환경오염피해분쟁조정제도의 비교법적 고찰”, 인권과 정의, 제219호, (1994.11.)
17. 박운흔, 최신 행정법강의(상) 개정판, 박영사 (1999)
18. 이규진, “미국 ADR에 비추어 본 우리나라의 ADR”, 중재 296호(2000년 여름)
19. 이회정, “법의 지배와 행정법상 재판외 분쟁해결수단 : 미국의 경우를 중심으로”, 서울대학교 법과대학원 박사학위논문(2004)
20. 이회정, “환경분쟁의 발생배경, 유형 그리고 대책, - 환경분쟁조정제도의 기능강화의 관점에서 -”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
21. 전경운, “환경분쟁조정제도의 현황과 문제점”, 환경법연구, 제26권제3호. (2004)
22. 조홍식, “代案的 紛爭解決制度(ADR)의 經濟學, 환경분쟁조정제도에 대한 평가를 중심으로”, 법학 47권 1호(138호), 서울대학교 법학연구소(2006.03)
23. 최우용, “일본 환경분쟁조정제도의 내용과 과제”, 공법학연구, 제5권제3호, (2004)
24. 최철호, “일본의 공해분쟁처리제도” 공법학연구, 제5권제2호, (2004)
25. 허만, “미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution)”, 민사판례연구(XIV), (1992), 442- 469
26. 홍준형, “환경분쟁조정제도의 실효성 및 실효성 제고방안에 대한 고찰”, 環境法研究 第28卷 1號, 韓國環境法學會(2006)
27. Stephen McG. Bundy, Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States and Korea : A Comparative Analysis, 서울대학교 법학 제42권 제1호 (2001)

- 국내 판례 -

1. 대법원 1991. 7. 26. 선고 90다19122 판결
2. 대법원 1992. 4. 24. 선고 91다25444 판결
3. 대법원 1997. 4. 11. 선고 95다48414 판결
4. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다32797 판결
5. 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003다32797 판결
6. 헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 결정
7. 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 92헌가11,93헌가8·9·10 결정
8. 헌법재판소 1996. 1. 25. 선고 95헌가5 결정
9. 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 93헌바12 결정
10. 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌바8 결정

- 외국 문헌 -

1. Alfred C. Aman & William T. Mayton, *Administrative Law*, West Publishing Co. (1994).
2. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business (1997).
3. Jay E. Grenig, *Alternative Dispute Resolution*, Thomson Reuters/West (3rd ed. 2008).
4. Geoffrey C. Hazard, Jr., "Res Nova in Res Judicata," 44 *Southern California Law Review* 1036 (1971).
5. Robert F. Peckham, "The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition," 69 *California Law Review* 770 (1981).
6. Gene R. Shreve and Peter Raven-Hensen, *Understanding Civil Procedure*, Matthew-Bender Publishing (2nd ed. 1994).

7. John M. Strong, et. al., *McCormick on Evidence*, West Publishing (4th ed. 1992).
8. Stephen C. Yeazell, *Civil Procedure*, Little Brown and Company (4th ed. 1996).
9. 2 Am. Jur. 2d *Administrative Law* § 56 (2008).
10. 4 Am. Jur. 2d *Alternative Dispute Resolution* §§ 1-51 (2008).
11. 6 C.J.S. *Arbitration* § 238 (2008).
12. Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

- 외국판례 -

- 미국 연방대법원 판례 -

1. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)
2. *Ex Parte McCordle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1868)
3. *United States v. Klein*, 80 U.S. (13 Wall.) 128 (1872)
4. *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 722 (1877)
5. *Hess v. Pawloski*, 274 U.S. 352 (1927)
6. *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945)
7. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)
8. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin MFG Co.* 388 U.S. 395 (1967)
9. *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976)
10. *Schweiker v. McClure*, 456 U.S. 188 (1982)
11. *Selective Service System v. Minnesota Public Interest Research Group*, 468 U.S. 841 (1984)
12. *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833 (1986)
13. *Plaut v. Spendthrift Farm, Inc.*, 514 U.S. 211 (1995)
14. *Felker v. Turpin*, 518 U.S. 651 (1996)
15. *Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417 (1998)

- 미국 하급심 판례 -

1. Natural Resource Defense Council, Inc. v. U.S.E.P.A, 859 F.2d 156 (C.A.D.C., 1998).

- 독일 연방헌법재판소 판례 -

1. BVerfGE 24, 367

<Abstract>

A Discussion of the Dispute Resolution Mechanism Based on
the Environmental Dispute Adjustment Act in Regards to the
General Principles of ADR

Kim, Si Cheol

The Environmental Dispute Adjustment System (“EDAS”) stipulated in the Environmental Dispute Adjustment Act (“EDAA”) is a form of Alternative Dispute Resolution (“ADR”) handled by a division of the Administrative Branch. This particular dispute resolution mechanism followed in the EDAS, consists of several controversial aspects, when viewed in the light of various general principles that lies in the core of ADR.

Though the main purpose of EDAS, which models after the Japanese Adjustment System for Grievances from Pollution, is to settle civil disputes arising in the environmental areas, when compared, the vast majority of EDAS cases in Korea relate to adjudicatory awards while mediation cases constitute overwhelming dispute resolutions in Japan. This, therefore, has drawn criticism concerning the Korean practice of dispute resolution in the environmental dispute setting, since it runs contrary to the very nature of ADR.

Furthermore, in consideration of the general principles of ADR, the provisions of EDAA consist of various fundamental defects. In fact, due to the tendency of ‘under-litigation’ involving environmental disputes, to some extent, this requires a specific mechanism for resolution of such disputes. Under the current system of EDAS, however, the State provides public subsidy to litigants as a matter of fact, which may result in ‘over-litigation’ of disputed cases and actually create a converse effect. Though it may be inevitable to sustain the current system for the time being, for the future, the EDAS should be framed in order to minimize the total cost of resolving disputes. Since the total cost consists of both an ‘operation cost’ and an ‘error cost,’ to reduce the former cost, the latter cost is considered as a necessary trade-off. The EDAS, therefore, must be constructed in a way to minimize the sum of both costs accordingly.

Until recently, the successful outcome of a mediation or an adjudicatory award within the EDAS has been considered as a formal consent agreement between the parties concerned,

which is greatly similar to that of Japan. Nevertheless, because of the newly enacted statute, EDAA(amended by Act No. 8955 on Mar. 21, 2008, and effective on Sep. 22, 2008), the final outcome of EDAS now has the same effect as a consent judgment of a court.

This raises doubts on whether the amendment of the statute can even be upheld as legitimate at all. Under the current Civil Procedure Act in Korea, consent judgments not only have the effect of an execution(enforcement power) but also the effect of a claim preclusion(*res judicata*). When compared, the Korean consent judgment system is somewhat different from the German system, which only has the effect of execution(enforcement power) but not of claim preclusion.

The constitutionality of the statute must also be strictly scrutinized since outcomes of the ADR conducted by the Administrative Branch have the similar effect of a consent judgment. Even from the standpoint of democratic legitimacy, the Korean EDAS is relatively inferior to the Japanese system. Thus, it seems unreasonable to produce the outcomes of EDAS have the similar effect of a consent judgment. Furthermore, in light of the precedents of the Korean Constitutional Court, controversy surrounding the constitutionality of the provisions on the effect of EDAS or Ex Officio Mediation system still remains as an important issue to be considered.

The very nature of the ADR must be emphasized that respects the parties' autonomy involving each dispute, in order to establish a dispute resolution system that is based on sound ADR principles. From another standpoint, the success of EDAS system depends on the extent of reducing the error costs associated with the disputes resolutions. Therefore, in addition to reviewing the empirical research conducted in the U.S. or Japan for guidance in improving the current EDAS system, attempts to narrow the gap between the decisions of the court and the outcomes of the EDAS regarding the environmental disputes must strongly be pursued.

주 제 어 환경분쟁조정법, 환경분쟁조정제도, 대체적 분쟁해결제도(ADR), ADR의 일반이론, 過少訴訟(under-litigation), 過多訴訟(over-litigation), 運用費用(operation cost), 誤判費用(error cost), 재판상 화해, 執行力, 既判力, 職權調停, 當事者の 自律

Key Words Environmental Dispute Adjustment Act, Environmental Dispute Adjustment System, Alternative Dispute Resolution(ADR), general principle of ADR, under-litigation, over-litigation, operation cost, error cost, consent judgment, the effect of execution, the effect of claim preclusion(*res judicata*), Ex Officio Mediation system, parties' autonomy