

상사분쟁해결제도의 二元化에 관한 一考*

A Study on the two systems for Commercial Disputes Resolution.

신 한 등**

- I. 서 론
- II. 상사분쟁처리의 二元化 당위성
- III. 二元化에 대한 법률검토
- IV. 二元化의 필요성
- V. 결 론

I. 서 론

우리 나라는 1961년 5.16군사혁명이후 수출주도형 경제정책으로 1996년말 GDP 규모로 세계11위의 경제대국으로 성장했다. 그러나 그 동안 규제와 대기업위주의 불균형 경제성장과 고비용 산업구조로 대기업의 도산과 이에 따른 금융기관의

* 본 논문은 한국중재학회 1998년 하계 연구발표회(6. 27)에서 발표된 내용을 일부 수정한 것임

** 한남대학교 경상대학 무역학과 교수

부실로 1997년 12월 3일 IMF로부터 지원을 받기에 이르렀다. 정부는 경제운용의 패러다임을 경쟁체제로 바꾸고 기업의 구조조정을 촉진하기 위하여 독점규제 및 공정거래에 관한 법률을 개정¹⁾하여 지난 4월 1일부터 시행하고 있다.

이러한 정부 정책에 부응하고자 모든 분야에서 효율의 극대화를 위한 변화와 개혁을 전개하고 있다. 그런데 변화와 개혁의 필요성을 인식하면서도 개혁을 하지 못하는 분야가 있다면 국민의 권익을 보호하고 구제하는 검찰과 사법부가 아닌가 생각한다. 법원과 검찰은 이미 오래 전부터 법 운영과 집행상의 문제로 국민들로부터 우려와 개탄을 받아 왔지만 과거 수십년 동안의 관례를 고수하고 있는 실정이다.

[正義의 産室]로 여겨지는 법정은 얼굴도 붉히지 않고 거짓 말을 한다는 서류의 교환장으로 변질되어 있다. 따라서, 眞實과 是非는 요식 절차에 가리어 결국에는 [有錢必勝 無錢必敗] 또는 [有權無罪 無權有罪]의 산실이라는 결과를 낳는다. 더구나 지구촌을 관장하는 법제가 없는 가운데 상품과 서비스 거래는 국경을 초월해서 이루어지고 있고, 산업공해 역시 아무런 제약 없이 바람과 유수를 타고 자유롭게 국경을 넘나들고 있는 가운데 소송의 효력은 원칙상 일국의 국경안으로 제한되어 있는 실정이다.

이러한 실정에도 불구하고 우리 나라 법제는 각종 분쟁이 소송을 통해서 최종 해결되도록 되어 있고, 법원은 거의 모든 분쟁의 해결을 독점하고 있다. 사회가 複雜多岐해지면서 각종 사건이 폭증하고 있는데도 불구하고 이를 해결하고 지원하는 법조인의 수는 제한되어 있고 해결하는 방법도 절차에 구속되어 있는 느낌이다.

미국과 영국은 소송의 단점을 보완하고자 이미 70년 전에 중재제도를 도입하여 우리 나라에서 금지시 하고 있는 노동, 의료, 교통사고, 특히, 환경 등에서 발생하는 모든 민사분쟁은 물론 일부 형사분쟁의 해결에 이르기까지 당사자 자율적 해결을 제도화함으로써 분쟁해결제도의 二元化가 되어 있다.

동양에서는 싱가포르가 분쟁해결의 二元化를 시행하고 있어 당사자 자치를 존중하는 열린 사회로서 최근 수년째 국가경쟁력 1위를 지키고 있다. 스위스 국제경영개발연구원(IMD)의 조사에 의하면 우리 나라의 각종 사회제도나 기구의 효율성이 국제수준으로 볼 때 46개 조사 대상국가 중 최하위에 있다고 한다.

따라서, WTO가 지향하는 국경 없는 무한경쟁시대에 순응하면서 우리의 대외

1) 법률 제4198호로 1998년 2월 14일 개정하였다.

경쟁력을 유지·확보하기 위해서는 중재제도를 소송제도와 병행할 필요가 있다. 분쟁해결방법을 분쟁당사자가 선택할 수 있도록 경쟁의 원리를 적용할 필요가 있다고 본다.

민사분쟁은 형사분쟁과는 달리 당사자의 사익에 관련된 문제이므로 중재제도를 통해서 해결 되도록 당사자들에게 위임하는 것이 온당하다. 사안에 따라 법원의 개입은 오히려 당사자의 자율을 위축시키고 당사자로부터 의혹을 일으켜, 법원에 대한 부신평토만 확대되어 종국적으로는 당사자는 물론 국가에도 해가 될 수도 있다.

이러한 맥락에서 민사분쟁을 해결하는 방법에도 경쟁의 원리를 도입하여 분쟁처리의 효율성을 높일 대책이 필요하다고 본다. 지금까지 우리나라는 소송위주로 분쟁을 해결하는 법제를 취해옴으로써 당사자에게는 물론 국가에게도 많은 부담이 되어 왔다.

본 글은 효율성을 높일 수 있는 분쟁해결의 이원화에 대한 당연성과 그 필요성을 밝히고, 변화의 필요성을 인식하면서도 실질적인 변화와 개혁을 외면하고 있는 법과 제도상의 정책관계자들에게 이론적 근거를 제공하고자 한다.

II. 상사분쟁처리의 二元化 당위성

1. 분쟁처리의 이상

분쟁당사자는 자신의 분쟁을 해결해서 무엇을 쟁취해야 할 것인지를 먼저 생각해야 할 것이고, 재판관 역시 사실을 확인해서 법률을 적용한다는 것 외에도 자신의 판단으로 사회에 어떤 영향을 미치는지 각자의 이상과 목적을 가지고 분쟁해결에 임해야 할 것이다. 분쟁당사자가 추구하는 목적과 이상은 그들의 권리이고, 이들의 권리를 정당화 되도록 실현시키는 것이 재판관의 책임이요 의무라 할 수 있다. 판단의 주체가 되는 재판관은 분쟁의 사실관계를 확인·판단하여 그 시비를 가려서 법률에 따라 사회질서가 바르게 유지하도록 하는 동시에 국가이익에 반하지 않는 판결로 이해관계자의 권리를 정당하게 실현 시켜야 함은 물

른 당시의 시대상을 잘 반영되도록 해야 할 것이다²⁾.

현재 지구상에는 사회질서를 유지하기 위한 규범으로서 실정법을 미리 만들어 놓고 사회질서를 유지하고 있는 성문법계 국가가 있는가 하면 상식이 곧 법률이라 하여 자연법에 근거하여 사회질서를 유지하고 있는 불문법계 국가가 있다³⁾.

그러나 수많은 법률을 가지고 사회를 통제하는 성문법계 국가가 불문법계 국가보다 개인의 권리실현에서 보다 논리적이고 타당해 보이지만 실상은 그렇지 못한 느낌이다. 수많은 인명피해를 주고 크고 많은 전쟁을 일으켰던 나라는 주로 성문법계 국가들 이었다.

성문법계 국가들이 수많은 제정법을 만들어 왔으나⁴⁾ 재판관이 법률을 적용하는데 모자람이 있고, 제정법간에도 서로 상충되는 내용도 많다. 그러다 보니 사문화된 법이 있는가 하면 오히려 인간의 권익을 저해하는 법률도 많다.

오늘날 대부분의 나라가 인간의 존엄·자유·평등·복지에 대한 권리 보장을 국가권력의 의무로서 삼고 있다. 그렇지만 이에 대한 실정법의 유무에 관계없이 중요한 것은 사회 구성원 개개인의 권리를 실현시킬 수 있는 법제가 잘 마련되어 있느냐? 하는 점이다. 물론, 분쟁의 내용이 형사분쟁이나 민사분쟁이냐에 따라 당사자가 추구하는 목적과 이상은 다를 수도 있지만 민사분쟁의 경우 분쟁당사자가 추구하는 이상과 재판관이 추구하는 이상은 일치해야 할 것이다.

이러한 맥락에서 당사자간에 처분할 수 없는 형사사건을 제외한 대부분의 민사사건은 국가권력보다 분쟁당사자의 자유의사에 따라 해결될 수 있는 법제가 필요하다.

대부분의 불문법계 국가에서는 이미 소송보다 중재를 선호하는 실정이고 상사분쟁에서 당사자의 지위에 따라 주권면제의 원칙도 적용하지 않는 추세이다⁵⁾.

2) 서울시는 정도 600년을 맞아 1994년 11월 29일 남산골 공원에 16.1미터의 깊이를 파고 당시의 문물을 대표하는 타임캡슐을 묻었는데, 자료중에는 대법원 90다12243호 토지소유권 이전등기에 관한 판결(1991. 12. 24. 선고)이 법원을 대표하였다. 김이조, [타임캡슐에 들어간 판결문], 인권과 정의, 1998. 10.

3) 서양에서는 여러 법이 뒤섞여 로마법으로 정리되어 1,000여 년 동안 지속되어 오다가 불문법(common law)과 성문법(civil law)으로 발전되었다. Beckman, Law for Business and Management, McGraw-Hill.

4) 우리나라는 1998년 3월 30일 현재 약 4,000여개의 법령이 있는 것으로 알려져 있다.人權과正義 제263호(1998. 7), 대한변호사협회, p.128

5) 주권국가는 통치행위의 주체로서 주권국 상호간에 평등하다는 사상때문에 다른 국가의 법원에서 피고가 될 수 없다는 주권면제이론은 상거래에는 적용할 수 없다는 것이다. 대법원 1975. 5. 23 고지74마281결정.

이러한 실정을 고려할 때, 분쟁해결과정에서 당사자들이나 법관이 추구해야 할 理想은 다음 4가지로 정리할 수 있으며⁶⁾ 그 외에 추구해야 할 이상은 없다고 본다.

첫째, 분쟁해결절차는 공평하게 진행되어 공평의 이상이 실현되어야 한다.

분쟁을 해결하는 과정에서 당사자들은 자신의 주장, 입증 또는 반론을 제기 하는데 어떤 차별이나 방해로 받아서는 사실관계를 올바르게 밝혀낼 수 없다. 당사자는 자신의 직업, 지위고하, 권력이 있고 없고 또는 돈의 있고 없고 에 관계 없이 법앞에 평등한 지위에 있다. 또한 재판관은 안면이 있고 없고 에 관계없이 당사자들에게 평등한 기회를 주고 평등하게 대우를 하여야 한다. 변호인의 안면에 영향을 받아 어느 변호인에게 무리한 유도신문을 허용하고 타방에게 정당한 구두변론도 묵살하는 일은 없어야 한다. 이는 특히 형사사건에서 중요하지만 민사사건에서도 마찬가지이다. 재판과정에서는 이러한 평등의 이상을 담보하기 위하여 심리의 공개, 법관의 제척·기피·회피, 당사자평등주의, 변론주의, 소송절차의 중지·중단, 제3자의 소송참가 등의 제도를 두고 있다.

둘째, 분쟁해결절차는 진실이 가려지도록 적정의 이상이 실현되어야 한다.

당사자는 사실관계가 밝혀지도록 모든 방법을 동원하여야 하고 법관은 이러한 기회를 당사자에게 충분히 제공하고 사실의 인정이 진실에 부합하고 법규의 해석적용에 오류가 없어야 한다. 권리 위에 잠자는 자는 구제 받을 자격이 없듯이 당사자는 사실이 왜곡되지 않도록 증인 또는 감정인을 통해 객관성을 입증하여야 한다. 자신의 주장에 대해 힘을 실어주기 위해서는 전문가의 도움도 필요하다. 사실관계가 규명될 때까지 아무리 시간이 오래 걸리고 경제적 부담이 되더라도 이를 감수 해야 할 것이다.

적정의 이상을 담보하기 위하여 민사소송에는 3심 제도, 재심제도, 합의제, 특별항고, 전속관할, 구술주의, 상호신문제도, 직권증거조사, 釋明權의 행사 등의 제도를 두고 있다.

셋째, 분쟁은 신속하게 해결되도록 신속의 이상이 실현되어야 한다.

분쟁은 신속하게 해결되어야 한다. 신속한 분쟁의 해결은 당사자에게는 물론 국가적으로도 필요하다. 분쟁을 해결하는데 수년이 걸린다면 그 과정에서 중요한 입증자료나 물적 증거가 변질 또는 없어지는 경우도 발생할 수 있어 사실대로 인정받기가 어려워질 수도 있다. 또한 당사자는 기력을 잃어 병을 얻을 수도 있고, 심지어 당사자가 사망에 이르는 경우도 있다. 분쟁해결에 너무 오래 동안 盡

6) 金洪奎, 민사소송법(상), 삼영사, 1988. 6(제 4판), p.42~43.

力하다 보면 다른 일에 소홀하게 되어 새로운 문제를 야기할 수도 있다.

따라서, “재판의 지연은 재판의 거부다”라는 말이 있다. 오늘날 신속의 이상은 다른 이상에 비하여 우선하며 반드시 실현되어야 할 문제이다.

민사소송에는 신속의 이상을 담보하기 위하여 법원은 소송절차의 직권진행, 시기에 늦은 소송자료의 배척, 기일연장의 제한, 기피신청의 각하, 증인불출석에 대한 제재 가집행의 선고, 상고이유의 제한, 단독제, 집중심리, 간이재판 등의 제도를 두고 있다.

넷째, 분쟁해결과정에서 경제적 부담이 적도록 경제의 이상이 실현되어야 한다.

분쟁을 해결하는 과정에서 비용을 많이 소요시킨다면 당사자와 국가에게 그만큼 경제적 부담을 가중시키게 된다. 소송에서 당사자는 인지대, 증인신문수당, 감정인 수당, 현장검증 조사비, 변호사 수임료를 부담하게 되는데 가급적 이러한 비용은 극소화 시켜야할 것이다. 너무 많은 비용부담은 분쟁해결에 응할 수 없는 결과를 초래할 수도 있다.

따라서, 비용부담을 가중시키는 분쟁해결 방법은 결코 좋은 제도라 할 수 없다. 민사소송에서는 경제의 이상을 실현시키기 위하여 소의 합병, 소송이송, 소액사건 심판제도, 간이재판제도 등의 제도를 두고 있다.

이상 위에서 언급한 4가지 이상 외에는 분쟁을 해결하는 과정에서 새로 추가해야 할 이상은 당사자 입장에서나 재판관의 입장에서 없다고 본다.

2. 이상 상호간의 모순

위에서 언급한 4가지 이상은 분쟁해결 과정에서 분쟁당사자나 법관이 반드시 동시에 실현시켜야 할 과제이지만 개개의 특성으로 동시에 실현시킬 수 없는 모순이 있다.

즉, 공평과 적정의 이상은 서로 비슷한 내용관계로 동시에 실현시킬 수 있지만 신속과 경제의 이상은 실현시킬 수 없다.

진실은 당사자에게 공평하게 대우하는 가운데 발견할 수 있다. 그러나 공평성이 보장되는 가운데 진실의 확보는 많은 시간과 경비를 발생시킨다. 그리고 분쟁을 신속하게 해결하면 경제적 부담을 경감시킬 수 있지만 공평성과 진실확보에 소홀해지기 쉽다.

따라서, 공평과 적정의 이상에 치중하다 보면 신속과 경제의 이상실현에 소홀해 질수밖에 없고, 신속과 경제의 이상에 치중하다보면 역시 공평과 적정의 이상을 실현할 수 없는 반대현상으로서 즉, 이율배반관계가 발생한다.

공평의 이상과 적정의 이상은 신속과 경제의 이상과 상충되는 특성을 지니고 있어 동시에 실현시키는 데는 현실적 어려움이 있다. 사실관계를 입증하기 위해서는 필요한 경우 증인, 감정인, 녹음기 또는 거짓말탐지기를 통해서 객관성을 확보하여야 하는데 그에 따른 절차지연과 비용발생은 필연적이라 할 수 있다. 즉, 公明正大한 이상의 추구는 신중한 사실조사가 불가피하다. 신중한 사실조사는 보다 많은 시간과 비용이 발생하기 때문에 공평과 적정의 이상은 실현할 수 있으나 신속과 경제의 이상은 실현할 수 없다.

이러한 모순관계를 극복하기 위하여 분쟁당사자에게는 진실의 의무⁷⁾가 있고 법관에게는 소송절차를 신속하게 진행시켜야 할 의무⁸⁾가 있다.

진실의 의무는 민법(2조 1항)에 규정된 신의성실의 원칙으로서 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”는 것을 의미한다. 만약 당사자가 신의성실의 원칙에 위배되는 경우에 법관은 이를 부적격으로 각하 하거나 또는 그 행위에 인정되는 소송법상의 효과를 부정해야 할 것이다. 진실이 결여된 판결은 상급심에서 번복될 위험이 있기 때문에 법관은 신속·경제의 이상보다 공평·적정의 이상에 치중해서 판결로 말해야 하는 현실적 어려움이 있다⁹⁾.

3. 이원화의 당위성

공평·적정·신속·경제의 이상은 당사자들은 물론 시비를 판단해주는 법관의 입장에서도 반드시 실현시켜야할 과제이나 공평·적정과 신속·경제의 관계는 서로 이율배반의 관계를 보여주고 있다.

公平·適正의 이상은 사실관계가 진실하게 밝혀질 때 실현될 수 있는 상호 비

7) 眞實義務는 오스트리아 민소법 제178조와 1933년의 독일민소법 제138조 1항에 그 義務가 認定되었으며, 故意的 眞實義務違反行爲는 訴訟費用의 賦課, 過怠料 賦課, 損害賠償 債務의 負擔 또는 詐欺罪가 성립된다.

8) 訴訟促進 등에 관한 特別法 제5조. 訴訟節次를 遲延시키거나 反復하는 行爲를 禁止하고 있다.

9) 迅速·經濟의 理想에 置重하여 판결된 문제는 再審이나 上級審의 對象이 되기쉽기 때문이다.

슷한 내용을 지니고 있기 때문에 공정의 이상이라고 말하기도 한다. 공정은 민사소송에서 형식적 공정과 실질적 공정으로 구별되기도 한다¹⁰⁾.

형식적 공정은 소송당사자들에게 자신의 주장과 입증자료를 제출하거나 입증하는 기회를 공평하게 부여한 공개된 법정에서 정당하게 재판에 임하는 절차상의 정당성을 의미한다. 실질적 공정은 재판의 결과가 분쟁의 진상을 밝혀냄으로써 당연히 이겨야 할 당사자가 승소하고, 당연히 져야 할 당사자가 패소해야 한다는 것을 의미한다.

따라서, 공정성은 과정의 정당성과 결과로 표현된다.

법관의 재판업무가 주로 기록정독, 심리, 판결문 작성에 있다는 것을 고려하면 법관은 공명정대 하여야 하고, 소송을 진행함에 있어서도 당사자로 하여금 신뢰감을 갖도록 하는 분위기를 조성할 필요가 있다. 법정은 당사자로부터 진실과 정의 그리고 평화와 질서가 추구되는 곳으로 신뢰 받을 때 공정의 이상은 실현될 수 있다.

이와 같이 법관에 의한 재판제도는 비록 절차진행과정에서 차이가 있지만 동서고금을 막론하고 개인의 권리보호와 법질서유지라는 목적을 가지고 가장 구속력 있게 확립된 분쟁해결제도가 될 수 있다.

따라서, 법원은 오랜 역사를 가지고 浮沈을 거듭하면서 다소 시간이 걸리고 비용이 많이 발생하더라도 공평과 적정의 이상에 치중하여 진실된 사실관계를 밝혀 왔다.

심각한 문제는 우리 나라의 소송제도가 [有權無罪 無權有罪], [有錢必勝 無錢必敗] 또는 [有錢無罪 無錢有罪]의 産室로 비판받고 있다는 점이다. 까다롭고 복잡한 절차로 승소할 당사자가 패하고 반드시 패소할 사람이 결과적으로 승소하는 결과가 되고 있다는 점이다. 더구나 [前官禮遇], [三輪의 共生意識]¹¹⁾ 또는 [미뤄조지기]¹²⁾라는 법원주변에서 떠도는 용어는 세계 어디에서도 찾아볼 수 없는 특이한 속어로서 우리의 소송제도를 부신하고 있는 실정이다.

10) 朴禹東, 民事裁判의 公正을 위하여, [裁判資料 第19輯], 法院行政處, p.359.

11) 법원과 검찰, 변호사집단을 가리켜 법조 삼윤이라 한다. 法을 떠받치고 있는 3바퀴라는 뜻으로 세바퀴에 이상이 생기면 법과 정의의 수레바퀴는 삐걱거릴 수밖에 없어 공생의 관계에서 서로 의존한다는 뜻이다.

12) 소설가 이문열은 6가지 조지기 즉, “집구석은 팔아조지고, 죄수는 먹어 조지고, 간수는 세어 조지고, 형사는 패서 조지고, 검사는 불러 조지고, 판사는 미뤄 조지고”를 나열 하였다. 이문열, 金翅鳥[어둠의 그늘], 등지, 1995 1판 3쇄, p.249~318.

인간의 활동범위가 넓어지고 생활내용 역시 매우 복잡다난해 지면서 소송절차는 더욱 지연되고 사실관계를 밝혀서 권리를 보호해 주는 제도로써 역할을 하는데 한계가 있다. 특히 실리와 효율성에 치중해서 행동하는 현대인의 수요에 부응하지 못하고 있다.

서방 선진국들게도 사정은 비슷하여 신속·경제성에 치중해서 민사분쟁을 해결하는 중재제도를 허용하고 있다. 재판지연에 따른 대책으로서 확립된 중재제도는 우리나라에서 무역에 관련된 상사분쟁에 한해 1967년부터 중재를 허용하고 있을 뿐이다¹³⁾.

미국은 소송에 대신하여 분쟁당사자들이 효율적으로 분쟁을 해결할 수 있도록 여러 가지 ADR(Alternative Dispute Resolution)제도를 실용화 시켜 당사자의 자치해결을 지원하고 있는 실정이다. 중재제도는 ADR제도를 대표하는 분쟁해결 방법이라 할 수 있다.

분쟁해결과정에서 실현되어야 할 이상과 분쟁해결제도상의 소송과 중재의 관계를 그림으로 나타내면 다음 그림 1과 같이 나타낼 수 있다.

중재제도는 분쟁당사자가 자주법정을 구성하여 분쟁을 최종적으로 해결하는 단심체로서 뉴욕협약에 의해 외국에서도 그 집행이 인정되는 분쟁해결제도이다.

따라서, 소송제도는 법리에 치중하여 공평과 적정의 이상을 실현시킬수 있는 분쟁해결제도라 한다면 중재제도는 실리에 치중하여 신속과 경제의 이상을 실현시킬수 있는 분쟁해결제도라 할 수 있다.

우리 나라 헌법에 “모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다¹⁴⁾”고 명시하여 국민의 기본권으로 신속한 재판을 받을 권리를 보장하고 있으나 소송지연은 해마다 가중되어 왔다. 재판지연으로 과다한 비용지출이 요구되고, 금전채권의 경우 채무자의 재산도피 기회로 나타나 결국 집행확보가 어려워 국민이 소송을 외면하게 되어 분쟁발생을 가중시키는 현상을 초래하기도 한다. 더구나 민사사건의 형사사건화 경향, 불법폭력에 의한 해결사 출현, 권력기관 또는 주무기관 심지어 언론기관 등에 직소하는 경향을 발생시켰다.

정부에서는 이의 해결책으로 소송촉진법 제정, 사법부 개혁, 변호사 강제주의 외에도 소송정차상의 신속한 방법 등을 시행하여 왔지만 여전히 재판지연은 계

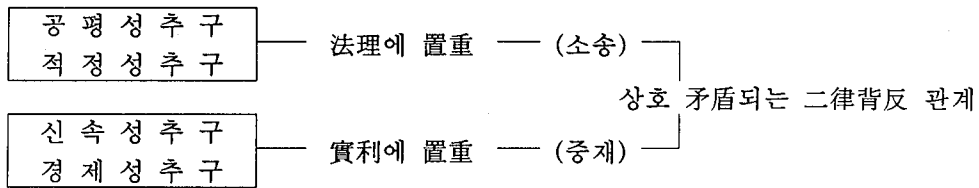
13) 1966년 3월 16일 법률 제1767호로 중재법이 제정·공포되었다. 줄서, 상사중재실무, 신영사, 1993, p.97~101.참조

14) 과거 헌법 제24조 3항 현행 헌법 제 26조 3항

속되고 있다.

이러한 실정을 고려할 때 당사자가 처분할 수 있는 모든 민사분쟁과 고의성이 없는 부작위로 야기되는 일부 분쟁, 예컨대 의료사고분쟁 교통사고분쟁에 대해서는 당사자들에게 중재로 해결할 수 있는 법제를 허용하여 분쟁해결방법의 二元化가 필요하다.

(그림 1) 분쟁해결과정에서 실현되어야 할 이상과 분쟁해결제도



인간의 활동영역이 방대해지고 여기서 발생하는 분쟁 역시 복잡해지면 해결수
 록 분쟁사건의 수도 증가할 것으로 보인다. 이를 법원에서 모두 수용하려고 할
 경우 예산상의 제약과 재판지연이 가중되어 국민의 불만을 증가시킬 우려가 있
 다.

따라서, 분쟁해결과정에서 법리를 좇아 소송을 선택하던가 실리를 좇아 중재를
 선택할 수 있도록 국민의 선택 기회를 넓혀주어야 한다. 국민의 선택기회를 넓혀
 주는 것은 국민의 대외 경쟁력을 높여주므로 시대의 변화에 부응하는 올바른 정
 책이라 할수 있다.

Ⅲ. 이원화에 대한 법률검토

1. 상사분쟁

중재법 제 1조에 “이 법은 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 판결에
 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 신속하게 해결함을 목적으로 한다”고

규정함으로써 중재의 정의와 중재법의 적용대상을 명시하고 있다. 그리고 중재법 2조에는 “사법상의 법률관계에 관하여 당사자간에 발생하고 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 합의함으로써 效力이 생긴다”고 중재계약 효력요건을 규정하고 있다. 본 내용으로 보아 중재는 私法上的 분쟁을 대상으로 하고 公法上的 분쟁은 제외시키고 있다. 사법상의 분쟁은 사인간의 분쟁이므로 당사자중에 국가나 자치단체는 원칙상 포함되지 않으나 이익을 취득할 목적으로 이루어지는 거래의 주체가 될 경우에는 국가나 지방자치단체도 중재의 당사자로 보아야 할 것이다.

이점에 대하여 “당사자중에는 국가나 자치단체는 포함되지 아니한다”는 이견¹⁵⁾이 있지만 미국의 판례¹⁶⁾나 최근 우리 나라 대법원에서 내린 판결¹⁷⁾취지로 보아서도 국가나 자치단체가 이익을 위한 계약의 주체가 되었을 경우 이는 당사자간에 처분할 수 있는 私法上的 분쟁으로 보는 것이 타당하다고 본다.

이익의 취득을 목적으로 하는 계약은 상거래로서 상호 대등한 지위에서 시작되었고 그 해결에 있어서도 대등한 상태로 해석되어야 한다는 것은 법이전에 상식이라 할 수 있다.

따라서, 형사사건의 대상이 되는 분쟁이나 비송사건절차법에 규정된 각종 등기사건은 원칙상 당사자가 처분할 수 없는 분쟁으로서 중재대상이 될 수 없다.

사법상의 분쟁에는 민사분쟁과 상사분쟁이 있다. 여기서 중재법(7조 3항 및 18조)과 상사중재규칙의 내용으로 보아 당사자가 처분할 수 있는 상사분쟁에 한하여 대법원의 승인을 받아 운영되고 있는 대한상사중재원에 의해서 중재로 해결되고 있고, 민사분쟁은 이를 전담하는 상설기구나 중재규칙은 없는 실정이다.

이와 같이 현재 중재의 대상이 되는 상사분쟁은 현존하는 분쟁이던 장차 발생할 장래의 분쟁이던 반드시 서면으로 중재합의가 되어 있어야 한다. 다만 상호 교환된 전보나 전자통신문에 기재된 중재조항은 추후 부인하지 못할 명백한 입

15) 高錫尹, 중재법축조해설, 중재 제 108호(1981. 1), p.10~11.

16) 1969년 미국연방대법원은 미국의 Amkor회사가 한국은행을 상대로 제소한 계약위반사건에서 한국은행이 주권면제이론으로 항변하였으나 배척되었다. 대한상사중재원에서도 국가를 상대로하는 중재사건을 1996년에 1건, 1997년에 9건을 접수 받았다. 상사중재실무, 신영사, 1993, p.119~120.

17) 화성전기(주)는 국가(조달청)를 상대로 중재하여 승리하는 판정을 받았으나(96.4.29), 국가가 불복하여 서울지방법원(96. 10. 23선고, 96가합35700)과 서울고등법원(97. 1. 29선고 96나48222)에서 패소되었다가 대법원 1997. 7. 8 선고 97다 11935판결로 국가를 대상으로 중재청구할 수 있는 합법성을 인정받은 사례.

증이 필요하다고 본다.

2. 민사분쟁

민사분쟁은 현행 중재법의 취지로 보아 임대차분쟁, 부동산거래 분쟁, 유산 상속분쟁, 교통사고에 따른 손해배상분쟁, 보험금 정산분쟁 등에 대한 수시중재¹⁸⁾가 가능하다고 본다.

수시중재는 당사자 스스로가 스스로 구속할 규칙을 만들고 이를 지키는 준법정신이 전제되어야 한다고 본다. 중재제도는 당사자의 자유계약의 결과이다. 자유계약은 국가의 干渉으로부터 자유롭게 그리고 유효하게 맺을 수 있는 권리주체의 기능을 의미 한다. 또한 중재계약은 헌법으로 보장되어 있는 재판청구권을 스스로 포기하는 것을 의미하므로 중재합의된 분쟁은 마땅히 중재로 해결하여야 한다.

중재법정은 당사자의 자치법정이므로 중재합의 내용에 중재인이 어떻게 선정되고 중재심문절차와 중재장소등 중재절차에 필요한 내용을 구체적으로 명시되어 있지 않으면 이러한 문제들을 하나 하나 당사자간에 합의를 하여야 중재진행이 가능하다.

그러나, 당사자간에 그들의 민사분쟁을 중재법에 따라 중재로 해결한다고만 합의 하였을때 중재가 가능할까? 하는 문제가 발생한다. 이에 대하여 우리나라에서는 거의 불가능하다고 본다. 그동안 우리나라에서 수시중재를 하였다는 사례가 없었을 뿐만 아니라 사회 분위기가 수시중재를 할만큼 법률문화가 조성되어 있지 않기 때문이라 할 수 있다.

소송에서 시중보다 저렴한 년리 5%의 법정금리를 적용하는 것도 수시중재를 기피하는 요인이 되고 있다. 채무자로 추정될 수 있는 피신청인의 입장에서는 인플레이와 고금리가 계속되는 상황에서 시간을 끌면 끌수록 자신에 유리한 분위기가 조성되기 때문이다.

이에 반해 서방선진국에서는 인플레이나 고금리도 없거니와 소송을 통해서 기간을 지체시켜보아야 자신에게 유익한 것이라고는 아무 것도 없다. 오히려 자신에 대한 신용만 추락시켜 사회생활을 하는데 불이익이 될 뿐이다.

18) "Ad Hoc Arbitration"으로 표기되며 "임시중재"로 해석하기도 하나 뜻으로 보아 수시중재가 적절하다.

미국, 영국, 프랑스, 독일 등의 서방 선진국에서 기관중재보다 수시중재가 일반화 되어 있는 것은 당사자들이 실리를 추구하고 있다는 결과라 할 수 있다¹⁹⁾.

따라서, 현재와 같은 실정에서 우리나라는 민사분쟁을 기관중재로 활성화 시키는 정책적 대안이 필요하다. 국가의 간섭이나 재정부담을 줄이면서 당사자들의 자율성을 보장하는 방향으로 다음 2가의 중재업무를 전담하는 대책이 필요하다고 본다.

첫째로 민사분쟁을 중재로 해결할 수 있는 “민사중재규칙”을 제정하여야 한다.

둘째로 순수 민사중재업무를 전담할 상설중재기관을 설립하여야 한다.

대한상사중재원은 이미 30년 이상 상사중재업무를 관장해 오면서 상당한 경험과 지식을 축적하고 있을뿐만 아니라 많은 사람들에게도 認知度가 매우 높은 실정이다.

“민사중재규칙”을 제정하여 기관중재가 가능하도록 하기 위해서는 중재법 제 4조 3항, 제 7조 3항 및 제 18조 및 법률 제 1767호 부칙 제2항을 개정할 필요가 있다.

현재로서는 임대차분쟁이나 부동산 소유권분쟁과 같은 일반 민사분쟁에 대하여 대한상사중재원의 중재규칙을 적용하여 중재로 해결할 수 있는지 불확실하다²⁰⁾. 민사분쟁에 대하여 상사중재규칙을 준용하고자 할때 중재판정권이 인정되느냐 하는점이다. 뚜렷한 사례가 없어 속단하기가 어렵지만 분쟁의 내용에 대한 상행위 여부를 우선적으로 판단해야 하는 복잡한 소송절차를 거친뒤 중재판정권에 대한 존부가 가려질 수 있다고 본다.

3. 기타 문제점

위에서 검토한 바와 같이 우리나라의 제정법상 당사자가 처분할 수 있는 상사분쟁이나 민사분쟁은 당사자들의 서면계약에 의해 중재로 해결할 수 있다. 그러나 상사분쟁에 한해 기관중재로 해결되고 있을뿐 민사분쟁은 이를 전담할 중재규칙이나 상설중재기관이 없는 관계로 사실상 중재로 해결하지 못하고 있는 실정이다.

19) ICCA, Yearbook Commercial Arbitration XIII -II X(1988- 1995) 중재사례 참조.

20) 임대차분쟁과 같은 민사분쟁을 대한상사중재원의 상사중재규칙에 의거 중재를 할 수는 있으나 중재판정 후 법원에 의해 적법성 논란이 발생할 우려가 있다.

그리고 의료사고분쟁, 노사분쟁, 환경공해분쟁, 특허분쟁 중 민사에 관련된 분쟁은 공익적 특성을 지니고 있다하여 서방 선진국들과는 달리 행정부의 판단에 이어지는 소송체제를 갖추고 있기 때문에 수시중재의 대상이 되는 분쟁은 거의 없다.

특허분쟁중에서 특허권 양허나 사용(licensing)에 관한 분쟁은 당사자간에 처분할 수 있는 상사분쟁²¹⁾으로 볼수 있으나 특허권, 상표권 및 지적소유권의 효력, 불공정거래행위로 야기되는 분쟁은 중재의 대상이 될 수 없다²²⁾. 비송사건절차법에 규정된 각종 등기사건이나 신청사건은 물론 인사소송이나 가사심판법의 적용을 받는 혼인, 상속에 관한 사건, 파산법의 적용을 받는 파산재산의 처분사건에 관한 중재계약은 무효라 할 수 있다.

따라서, 우리나라의 경우 민사분쟁은 중재법상 중재가 가능하나 기타 법률에 의해 사실상 중재가 불가능 하거나 중재규칙이 없는 관계로 중재가 어렵다고 할 수 있다.

그러나, 1982년에 개정된 미국의 특허법 제294조에서는 특허효력(patent validity)과 특허침해(patent infringement)분쟁을 중재로 해결할 수 있도록 명시하고 있다²³⁾.

뉴욕협약 제 5조 2항은 중재판정의 승인과 집행이 거부될 수 있는 이유로 (a) 중재판정의 대상이 판정국가의 법률에 의해 중재판정권이 없는 내용과 (b) 중재판정의承認이나 집행이 그 국가의 공공질서에 반하는 내용으로 규정하고 있다.

따라서, 분쟁내용에 대한 중재판정권의 존부문제는 집행지국가의 제정법에 의해 중재판정의 효력문제와 직결된다. 설사 중재계약된 내용에 중재판정권이 있다고 보고 중재판정이 되었을 지라도 나중에 우리나라 노동쟁의 조정법, 의료법, 환경오염피해조정법, 특허법에 저촉되어 당사자간에 처분할 수 없는 것으로 판결받게 될 확율이 크다.

중재판정의 집행을 요구받은 법원은 직권으로 이를 拒否할 수 있다²⁴⁾. 이는 분쟁의 사법적 해결이라는 법정지국가의 이익과 밀접하게 관련되기 때문이다. 또한 당사자가 처분할 수 있는 분쟁에 대한 중재판정이라 하더라도 집행국가의 공공

21) UNCITRAL 중재법 제1조 [상사]의 정의내용 참조

22) 李鎬元, 외국중재판정의 승인과 집행, 설외사건의 제문제 [하] [재판자료 제 34집], p.691

23) Thomas L. Creel, Guide to Patent Arbitration, The Bureau of National Affairs, Inc.(USA) 1987, p.10

24) 이호원, 전게서, p.690.

질서(public policy)에 反하는 판결로 귀결될 수도 있다. “공공질서”는 우리나라 법률상 용어로 “선량한 풍속과 사회질서” 또는 “공서양속”으로 이해될 수 있는데 이에 대한 규정은 민법 제103조(반사회질서의 법률행위),涉外사법 제5조(사회질서에 반하는 외국법의 규정), 민사소송법 제203조(외국판결의 효력) 등에서 찾아볼 수 있다.

공서양속의 위반여부는 판정문에 기재된 중재판정이유를 근거로 우리의 정치·경제적 가치관, 윤리관, 법규범 등을 고려하여 상호주의 또는 탄력적으로 적용하는 것이 바람직하기 때문에 일률적으로 적용하기는 어려울 것으로 보인다. 문제는 判定理由²⁵⁾를 생략한 서방 영미법계 국가의 중재판정문 내용이 우리나라에서 양당사자의 요청이 없는한 “公序良俗”을 이유로 중재판정이 취소되는 경우는 사실상 어려울 것으로 생각한다.

이점에 대해서 중재심문에 당사자의 출석기회를 박탈 하거나 또는 우리나라 판결의 기판력과 모순 또는 저촉하는 경우²⁶⁾ 또는 당사자가 정당하게 대리되지 아니한 경우²⁷⁾에 해당된다고 주장하는 학자가 있다.

그러나 국내의 공공질서에 반한다 할지라도 국제사건에서는 “국제거래질서의 안정”이라는 국제적 특성을 고려하여 비록 정도의 차이가 있겠지만 공공질서에 반하지 아니한다고 제한적으로 해석하고 있다²⁸⁾.

IV. 이원화의 필요성

1. 소송의 대체기능

우리나라는 제 1차 경제개발계획을 성공적으로 수행한후 국제거래과정에서 발생하는 무역분쟁에 한하여 1966년 3월부터 중재를 허용함으로써 상사분쟁에 대

25) 우리나라 중재법 제13조 제1항 제4호에서는 중재판정문에 중재판정이유를 붙이지 아니하면 중재판정이 취소된다고 규정하고 있다.

26) 김홍규, 외국중재판정의 승인집행의 요건과 절차, 상사중재연구총서 제 22집(1980), 대한상사중재원 p.16 및 김주상, 외국판결의 승인과 집행, 사법논집 제 6집 p.506

27) 이호원, 전게서, p.692

28) 대법원 1990.4.10. 선고, 89다카 20252호 판결내용 참조

한 해결의 경우 사실상 二元化가 되어 있다. 과거 30년 이상 중재사무관리를 전담해온 대한상사중재원은 국제무역분쟁을 해결하는 국제적 준사법기관으로 인정받고 있는 실정이다.

대한상사중재원이 최근 3년(1995년~1997년)동안 접수한 중재사건은 [표 1]에서 보여주듯이 크게 증가하고 있는 것으로 나타났다.

[표 1] 대한상사중재원의 중재사건 증가추이

()안의 수는 신속절차에 따른 중재사건

	1995년	1996년	1997년
중재사건 접수	79	109(98)	133(114)
전 년 대 비(%)	10	38	22

* 1997년도 접수된 내용중 국내사건이 82건(12% 증가), 국제사건이 51건(42%증가)

자료 : 대한상사중재원 중재 제 287호

1996년에 38%가 증가한데 뒤이어 1997년에는 22%나 중재사건이 증가한 반면에 알선사건은 1997년에 412건으로서 전년도 448건에 비해 오히려 3.6%가 감소하였다. 이처럼 알선사건이 줄고 중재사건이 늘어나는 것은 중재원의 단순서비스 업무로부터 벗어나 중재사건 처리라는 본연의 업무로 자리잡아가고 있다는 것을 보여주고 있다²⁹⁾.

한편 우리 나라 법원이 1996년 한해동안 1심 민사본안사건에 관계하여 접수한 외국인은 총 256명으로서 이중 원고는 134명이고, 피고로서 응소한 인원은 122명에 불과하므로 외국인이 관여된 민사사건의 대부분은 중재원에서 처리하고 있는 것으로 분석된다. 그리고 1996년 우리 나라 법원이 접수한 민사본안사건은 593,928건으로서 이중 1심이 563,740건, 항소심이 24,484건, 상고심이 5,704건 이었다³⁰⁾. 1심 사건중 8.3%인 46,799건이 합의사건이고 소송금액도 대부분 5,000만원 이상인 점을 고려하면 장차 민사분쟁에 대한 중재가 허용될 경우 민사중재사건이 크게 증가할 것으로 예측할 수 있다.

대한상사중재원의 중재업무는 우리 나라 상품의 수출시장을 확장시키는데 기

29) 대한상사중재원, [중재] 제287호, 1998[봄], p.4~26

30) 法院行政處, 司法年鑑 1997년, p.572~621.

여할뿐만 아니라 통상질서 유지에도 커다란 역할을 하고 있는 것으로 분석된다³¹⁾.

소송으로 종국적 확정판결을 얻으려면 상대방의 상소의 남용으로 인하여 1. 2. 3심까지 가게 되는 것이 일반적이다.

[표 2] 우리나라 및 각국 법조인구의 비교³²⁾

국 명	인 구	재판관	검찰관	변호사	각 1인당 국민수			
					재판관	검찰관	변호사	법전체
한 국	39,951,000	676	466	1,166	59,099	86,732	34,263	17,309
일 본	118,693,000	2,774 (1,983)	2,092 (1,173)	12,486	42,788 (59,855)	56,737 (101,188)	9,506	6,840 (7,588)
미 국	229,800,000	연 669 주23,073	연 1,787 주20,826	614,000	343,498 9,960	연28,595 주11,034	374	348
영 국	49,593,000	24,942 (959)		46,560	1,988 (51,713)		1,065	694
서 독	61,566,000	16,667	3,593	37,312	3,696	17,135	1,650	1,071
프랑스	53,080,000	3,590	1,062	9,806	14,786	49,981	5,413	3,671

- 주) 한 국 : 법관수와 검찰관수는 1983년말의 현재원, 변호사의 수는 1983. 12. 31 기준.
- 일 본 : 재판관수와 검찰관수는 1983년의 定員, 변호사 수는 1983. 4. 30기준,
()은 간재판사 이외의 수.
- 미 국 : 재판관수는 연방은 1982년 기준, 주는 1972년 당시의 통상, 특별 및 제한 관할법원의 재판관수, 통상관할법원의 재판관수는 5,656명. 연방검찰관수는 연방검찰관보 1,693명을 포함한 1982년 현재, 주 검찰관수는 자치단체 레벨의 부검사 13,385명을 포함한 1976년기준, 변호사수는 1983. 10. 현재의 모든 변호사 유자격자수, 人口는 1980년 6월말 당시의 추정수
- 서 독 : 재판관수는 각 재판권에 속하는 전 재판관의 현재원, 변호사는 공증인을 겸무하는 자를 포함(모두 1981. 1. 1 현재). 人口는 1980년의 추정수
- 프랑스 : 재판관·검찰관은 1977년 현재의 수, 변호사는 1978년 현재의 수, 人口는 1977년의 추정수.
- 영 국 : 팔호안은 무급치안판사 이외의 1982년 현재의 재판관수이고, 그 중에는 유급치안판사 52명과 촉탁판사(recorder) 445명을 포함. 변호사수는 법정변호사(Barrister) 4,860명(1982. 현재)과 사무변호사(Solicitor) 4,700명(1982. 현재)의 합계. 人口는 1980년 6월말 현재의 추정수

31) 백승호, 중재사건의 실태분석과 동향, [중재] 제275호(1995. 봄) 내용참조
 32) 서울지방변호사회, 法曹春秋 第 133號, 1985, p.62

따라서, 소송에 투입되는 많은 시간이나 비용은 당사자에게는 물론 국가에게도 직접적인 부담을 주게되고 나아가 경제주체의 대외경쟁력을 약화시키는 요인이 된다.

아래 [표 2]와 [표 3]은 약 13년전인 1985년과 1996년을 기준으로 우리나라와 외국의 대국민 법률서비스 현황과 변화를 비교할 수 있도록 보여주고 있다.

[표 3] 우리 나라와 주요 외국의 법조인 口 수 비교

	인 구	판 사	검 사	변 호 사	1인당 국민수			
					판 사	검 사	변 호 사	전 체
한 국 ¹	45,248,000	1,309	1,012	3,625	34,566	44,711	12,482	
일 본 ²	125,569,000	2,073	1,208	15,973	60,574	103,948	7,861	6,522
미 국 ³	262,755,570	연방 1,714 주 27,648	연방 4,485 주 20,826	841,467	연 153,299 주 9,504	연 58,585 주 12,617	312	293
영 국 ⁴	51,621,000	3,165	2,267	70,580	16,310	22,771	731	679
독 일 ⁵	81,179,000	22,134	5,375	78,822	3,668	15,103	1,030	763
프 랑 스 ⁶	58,027,300	4,591	1,367	30,092	12,639	42,449	1,928	1,610

1. 우리 나라의 法曹人口는 1997년 1월 30일 기준이고, 人口는 1996년 추정치임
2. 일본의 판-검사수(간이법원판사 806명 및 부판사 919명 제외)는 1996년 정원이고, 변호사수는 1996년 4월 4일 현원이며, 人口는 1995년 기준임
3. 미국의 연방법원 판사수는 1996년 3월·주법원 판사(비상근판사는 제외)수는 1994년 기준, 연방검찰검사수는 1995년 3월·주검찰 검사수는 1976년, 변호사수는 1995년말 기준이며, 人口는 1995년 기준임
4. 영국(잉글랜드·웨일즈)의 판-검사수는 1996년 3월(법조자격이 없는 비상근 무급치안판사 30,326명 除外), 변호사수는 1995년 3월의 Barrister 8,332명과 1995년 7월의 Solicitor 66,123명을 합한 수에서 비상근 판-검사를 제외한 숫자이며, 人口는 1994년 기준임
5. 독일의 판-검사수는 1995년 1월, 변호사수는 1996년 1월 기준이고, 人口는 1993년 기준임
6. 프랑스의 판-검사수는 1994년 6월 기준, 변호사 수는 1995. 4 기준으로 avocat 29,643명, avoué 363명 (1993년 1월기준), 국사원 및 파기원 변호사 86명은 제외, 人口는 1995년 기준임.

위의 표 2와 표 3의 내용은 우리나라 국민이 외국에 비하여 권리를 구제받는 과정에서 얼마나 많은 시간과 경제적 부담을 안게 되는지를 보여주고 있다.

1997년 1월 현재 우리나라 판사 1인당 국민을 담당하고 있는 인구는 34,566명으로 14년전의 59,099명에 비해 많이 개선되었다고 하나 여전히 외국에 비하여 가장 많은 업무부담을 가지고 있는 것으로 분석된다. 특히 국민의 권리보호를 대변해줄 수 있는 변호사의 수는 외국과 비교할 때 가장 적은 수로서 상대적으로 가장 많은 고객을 대하고 있는 실정이며, 법률서비스에 대한 개방 역시 가장 폐쇄적이라 할 수 있다³³⁾.

우리 법조계는 불균형 상태³⁴⁾에서 경쟁에서 안이하게 대처해 왔다고 할 수 있다. 이러한 실정에서 법률서비스 시장의 개방은 법조계에 상당한 타격을 입히지 않을까 우려된다³⁵⁾.

과거에 있었던 우리나라 법조계의 처사를 “본질적인 문제를 외면하고 지엽말단적인 처사”라고 비판을 받기도 하지만³⁶⁾ 그동안 법조계는 기득권을 고수하며 변화에 적응하지 못한 결과라 할 수 있다. 변호사 수요·공급의 불균형으로 소송 절차가 복잡하고 사건이 누증되면 될수록 국민들은 법률 서비스에 불편을 겪어 왔다.

따라서, 국민에게 사법적 수요를 충족시키며 국가의 재정적 부담을 덜어주는 분쟁해결제도로서 중재제도를 선택할 수 있는 정책이 필요하다.

분쟁해결제도에 대한 당사자의 선택기회를 법으로 봉쇄하고 소송에 치중하도록 하는 법제는 개방경제에 역행하는 처사로서 법조계의 기득권만 옹호하게 되고 나아가 우리의 법률서비스 시장을 외국에 내줄 위험이 있다.

중재제도는 사법적 기능을 보완하고 대체하는 작용으로서 인정되고 있는 국제적 실정³⁷⁾에 비추어 분쟁당사자가 모든 민사분쟁의 해결을 소송과 중재중에서 스스로 선택할 수 있도록 이원화할 필요가 있다.

33) 법원행정처, WTO와 법률서비스 시장개방, 1997.3. P.161

34) 고재항 판사는 연령상, 경력상, 지역적 불균형을 지적하였다. 서울대학교 사회정의연구실, 천도모의 특별기획공개토론회 주제발표(1992. 5. 29) 원고 내용중에서

35) 법원행정처, 법률서비스 시장의 개방, 사법정책연구자료 97-1, 1997. 3. 10

36) 金哲洙, 司法에의 찬가, [시민과 변호사 통권 제 3호] 1994. 4., p.7~14

37) 방순원, 소송증가와 중재제도활용, [중재] 제 81호(1978. 9), p.2~6.

2. 국제경쟁력 강화 기능

5.16이후 우리 나라는 장시간 자유를 유보한 체 추진해 온 수출주도형 경제정책이 어느 정도 성공을 거두어 OECD를 가입³⁸⁾하는등 선진국대열에 진입하기도 하였다.

그러나 불행하게도 OECD가입 1년여만에 IMF위기를 맞고 있다. 그 원인을 두고 의견이 분하지만 88올림픽 이후 너무 방만한 국가경영으로 사회 전반적인 폐쇄적 규제에 의해 모든 경제적 주체가 대외경쟁력을 잃었다는 것이 가장 큰 이유라 본다.

기업은 영리를 목적으로 기업활동을 한다. 그러나 현행 폐쇄적 규제속에서는 공무원의 원칙없는 유권해석과 편법이 보이지 않는 선을 통해서 기업활동을 저해하기 쉽다.

기업이나 개인은 상거래에서 남기고 범망에 걸려서 밀지는 장사를 하기 쉽다.

기업이든 개인이든 모든 경제주체는 폐쇄적 범망을 뚫고 채권을 확보하자니 자연히 무리를 쓰게되고, 법제에 따르자니 소송을 피할 수가 없는 현재와 같은 법제하에서 막대한 경제적 부담을 해야하는 실정이다³⁹⁾.

변호사는 자신의 참신한 능력보다 前官禮遇와 보이지 않는 손을 앞세워 경쟁력을 확보하였고 정당성을 초월하는 보수에 안주하는 결과를 초래하였다. 이러한 관계는 [有錢必勝 無錢必敗]의 결과를 낳으며 결국에는 이순호 변호사사건⁴⁰⁾을 야기 시켰다.

현재와 같은 과중한 변론비용을 부담하며 實利가 없는 업무에 막대한 시간을 낭비할 수밖에 없는 실정이다. 행위의 주체는 浮力을 상실하고 서서히 경쟁력을 잃어갈 수밖에 없다.

분쟁이란 소유권을 차지하기 위한 비영리 활동이라 할 수 있다. 무에서 유를 창조하는 생산활동이 아니다. 잃느냐? 다시 찾느냐? 하는 문제이므로 포기하면 상대방에게 자비를 베풀게 되는 셈이다. 포기하지 않고 소유권을 끝까지 주장한다면 여기에 투입되는 각종비용과 시간을 계산하여야 한다. 즉 원가계산을 철저하

38) 우리나라는 1995년 3월에 OECD(Organization for Economic Cooperation and Development)가입신청서를 제출하고 1996년 10월 11일 가입이 확정(국회통과)되었다.

39) 재판을 받을 권리에 변호사 강제주의를 주장하는 법조인이 많다. 박우동, 전계서, P.

361 및 김용욱, 소송의 신속, [고시연구], 1988. 9, 고시연구사, p.20~21

40) 1998년 6월 23일자 每日經濟 [記者 24時]란 및 각 日刊紙 新聞記事 내용참조.

게 하고 그 결과를 냉정하게 분석해서 대비를 해야하므로 생산성과는 거리가 멀다.

따라서, 분쟁은 대외 경쟁력을 떨어뜨리는 요인으로 작용할 뿐이므로 공평과 적정정보보다는 신속과 경제성에 치중하는 중재로 해결하는 것이 현명하다. 분쟁의 사실관계는 당사자가 누구보다도 잘 알고 있다. 이런 이유로 분쟁의 사실관계는 서면에 의해서 보다 당사자외의 自由奔放한 대화로 풀어야 한다. 서류는 얼굴도 붉히지 않고 거짓말을 한다.

오늘날 소송현상은 서류를 읽고 쓰는데 집중되고 있고, 법정은 서류의 교환장이 되다시피하는 걸치레 구술주의로 적정의 이상을 실현하는데 상당한 노력과 경제적 비용을 유발시키는 것으로 분석된다⁴¹⁾.

이에 반해 중재는 서면보다 당사자들에게 자유분방한 대화를 허용하여 여기서 형성되는 자유심증으로 사실관계를 확인할 수 있는 장점이 있다. 아무리 양심이 없고 거짓말을 잘한다 하더라도 이들에게 자유롭게 말할 수 있는 분위기를 조성해주고 진술을 하게 하면 스스로 自家撞着의 모순에 빠지게 된다. 거짓이 있으면 자신도 모르게 얼굴표정이나 몸짓 또는 말의 더듬으로 표출 하게되는 것이 인간 특유의 감성이다. 중재인은 법관과 달리 사건과다로 업무상의 압박이 없는 상태에서 전문가의 식견을 가지고 있기 때문에 누구보다도 진실에 가까운 심증을 얻을 수 있는 장점을 가지고 있다.

민사분쟁은 법리보다 중재인에게 형성되는 自由心證으로 판단하는 事實審이 적절하다고 할 수 있다. 따라서, 중재절차에는 法理에 치중해서 공격과 방어를 전문으로 하는 변호사가 사실상 필요치 않다.

그러므로 기업과 개인에게 자율적으로 진행되는 중재제도를 통하여 분쟁을 해결하도록 허용하는 것은 이들에게는 대외경쟁력을 높여주고 국가에게는 재정부담을 격감시켜 국가경쟁력을 강화시키는 중요한 역할을 할 것으로 본다.

3. 국제거래의 활성화 기능

1995년 WTO출범으로 지구촌에는 상품에서부터 서비스교역에 이르기까지 경제적 국경의 개념이 점진적으로 사라질 것으로 예상된다. 공정성과 투명성이 보장되는 가운데 관세장벽과 비관세장벽을 철폐 도는 완화시켜 비교우위의 원칙에 따라 모든 산업의 특화를 촉진하면서 무한경쟁시대가 될 것으로 보인다. EU나

41) 朴禹東, 前掲書, p.365

NAFTA출현은 영역내의 자유거래활성화는 물론 영역외 국가간에도 영향을 주어 각종경제주체는 자율과 책임이 따르는 체제가 확립되어 선택의 기회는 더욱 확대될 것으로 보인다.

WTO는 그 동안 목인 해오던 서비스·지적재산권·투자 등 새로운 분야까지 국제적인 규칙을 적용하는 동시에 분쟁해결제도를 마련함으로써⁴²⁾ 우리 나라의 법률서비스 분야의 개방은 불가피 하다고 본다.

그러나 우리 나라의 법률서비스분야는 법관양성에서부터 소송제도 운영상에 많은 문제점을 안고 있어 이로 인한 피해는 결국 기업과 국민이 입게 된다는 점을 언론⁴³⁾과 학자⁴⁴⁾들 그리고 일부 법관⁴⁵⁾들이 지적한 바 있다. 특히 법조계의 稀少化는 앞에서도 지적한 바와 같이 법조계 자신에는 스스로 경쟁력약화를 초래하였으며 결국 국민들에게도 많은 부담을 가중시킨다.

법률 서비스분야의 개방과 더불어 변호사 업무도 송무치중에서 분쟁을 사전에 예방하는 분쟁 방어적 업무에 치중하고 나아가 분쟁을 實利에 치중해서 해결하는 방향으로 개선되어야 할 것이다.

분쟁의 예방은 자유계약에서 실마리를 찾을 수 있다. 자유계약은 경제활동의 자유를 존중하고 경제활동에 대한 자유제한은 재산권처분의 제한이 된다. 그리고 자유계약에 따라 성립된 계약상 청구권도 재산권을 형성하므로 재산권 보장과 자유계약은 상관개념이자 연결제도라 할 수 있다. 자유계약은 사법관계로서 자본주의에서 본질을 이루고 있으므로 분쟁을 法理보다 당사자의 實利를 중심으로 해결할 수 있도록 하는 것은 너무도 당연하다. 국가의 公共秩序와 안보에 관련된 분야를 제외한 모든 부분을 계약으로 정할 수 있도록 허용해야 할 것이다.

근대의 자유사상은 무엇보다도 사적자치를 강조하고 그 영역의 확장을 추구한 결과 오늘날 자본주의의 발전을 가져왔다고 볼 수 있다. 자유계약의 기초는 사적자치의 원리에 있다. 그것은 자유사상에 따라 국가적 간섭에 대항한 자유영역으로 간주되어 개인에게는 전적으로 경쟁을 통하여 경제적 기회를 가져왔고, 국가에게는 가능한 한 경제활동영역에 개입하지 않는 것을 의미하였다. 경제는 소

42) EC의 GATS(The General Agreement on Trade in Services)내용 및 金哲三, WTO 출범과 신고역질서, 대외경제정책연구원 [서비스 부문], 1994

43) 대표적으로 동아일보가 1992년 6월 8일부터 50여회에 걸쳐 보도한 [법조계 -실상과 과제] 내용 참조

44) 김철수, 사법예의 국민참가 - 독일사법에서 배운다-, 시민과 변호사(통권 제 3호), 1994. 4.

45) 방희선, 가지않으면 길이 없다, 지성사, 1997 및 박우동, 전계서 외 다수

위 보이지 않는 손에 이끌려서 수요와 공급이 자동적으로 조절되고 합리적인 경제질서가 조성되는 특성을 지니고 있다.

비공개를 원칙으로 단심으로 분쟁을 해결하는 중재제도는 개방경제하에서 가장 적절한 분쟁해결제도라는 점이 이미 서방 선진국에서 점진적으로 입증되어 왔다.

따라서, 자유계약을 근거로 발전하는 상거래뿐만 아니라 상거래로 파급되는 일반거래에서 발생하는 분쟁을 중재로 해결할 수 있을 때 모든 거래는 더욱 활성화되고 질서가 유지된다고 본다. 법리적 제약은 오히려 거래를 위축시킬 뿐이므로 분쟁해결제도의 二元化는 개방경제에서 불가피하다고 본다.

V 결 론

형사사건을 제외한 모든 분쟁은 개인의 권리와 관련된 사항으로 사적약정에 근거를 두고 발생한다. 사적약정은 권리주체가 자신의 이익을 취득하기 위해 이루어지기 때문에 국가는 사회질서를 파괴하거나 전통적으로 내려오는 美風良俗을 해치지 않는한 이에 간섭을 하지 않는 것이 자본주의를 발전시키는 원동력이 되었다고 할 수 있다. 따라서, 민사분쟁은 분쟁당사자간에 자주적으로 처분할 수 있어야 하고 응징과 처벌을 목적으로 하는 형사사건과 구별되어야 한다.

이러한 맥락에서 서방 선진국가들은 민사분쟁을 당사자의 자유계약에 의거 중재로 해결할 수 있도록 허용함으로써 민사분쟁해결의 二元化가 되어 있다.

우리나라 역시 중재법에는 민사중재를 허용하고 있으면서도 중재사무를 관장할 상설기관이나 민사중재규칙이 없어 무역에 관련된 상사분쟁에 한해 중재를 허용하고 있을뿐이다. 그리고 민사분쟁에 대한 중재를 가로막는 각종제한 규범과 사회분위기로 민사분쟁을 중재로 해결하는 경우는 사실상 거의 없는 실정이다.

대부분의 민사분쟁을 소송으로 최종해결 하도록 법제화되어 있고 소송을 전담하는 법조계의 인원은 외국에 비하여 가장 적은 실정이다. 법조인의 수급불균형이 계속되는 상황에서 우리나라는 WTO의 법률서비스 개방압력에 효과적으로 대응할 수 없다. 더구나 모든 행위가 효율성에 치중하며 신속하고 경제성을 추구하는 세대에서 법리에 치중하며 공평과 적정의 이상을 실현시키려는 법률행위는

호감을 받지 못한다.

따라서, 질차지연과 비용증가로 [有錢必勝] 또는 [有權必勝]으로 귀결되기 쉬운 소송제도를 금융사건과 무역사건으로 나누어 전담 부서를 세분화하자는 주장⁴⁶⁾이 있으나 이는 소극적 지책으로서 시대의 변화에 부응하지 못한다고 할 수 있다.

국경을 초월하여 무한경쟁시대에서 모든 경제주체는 효율성과 대외경쟁력을 강화해야 살아남을 수 있다. 따라서 국가는 모든 경제주체가 공공질서에 반하는 행위가 아닌한 효율성과 대외경쟁력을 높이는 방향으로 자유롭게 거래하고 자주적으로 분쟁을 해결할 수 있는 분위기를 조성할 필요가 있다. 이러한 의미에서 분쟁의 해결에도 경쟁의 원리를 도입하여야 한다. 적어도 당사자들이 자주적으로 처분할 수 있는 분쟁은 당사자 스스로의 자유 선택에 따라 法理 또는 실리를 추구할 수 있도록 소송제도와 중재제도를 허용하여야 한다. 그러기 위해서 모든 경제주체가 민사중재를 실질적으로 이용할 수 있도록 다음 세가지 조치가 先行되어야 한다.

첫째, 사건내용의 특성에 적절한 중재규칙을 제정하고 이를 전담할 상설중재기관을 설립하여야 한다. 중재기관은 기존의 대한상사중재원이나 소비자보호원이 적절하다고 본다.

둘째, 중재를 제한하는 각종법규를 철폐 또는 개정하여야 한다.

이를 테면 노동쟁의조정법, 의료법 제 54조, 환경오염피해분쟁조정법, 특허법의 내용중에서 강제력을 지니고 일방적으로 당사자의 자율과 약정을 제한하는 규범을 당사자의 합의가 있는 경우는 예외로 한다는 명시규정으로 개정하여야 할 것이다.

셋째, 당사자의 입장을 변호하는 대리인이 변호사 자격증이 없을지라도 중재절차과정에서 본인을 위한 변론을 하고 당사자를 대리하여 권리를 주장할 수 있어야 한다. 분쟁내용이 공익성과 관련이 적을 경우에는 당사자의 실리를 바탕으로 당사자들 사이에 자율적으로 분쟁을 해결할 수 있도록 장려되어야 한다. 그러기 위해서는 대리인이 반드시 변호사 자격증 소지자가 필요한 것은 아니다. 대리인의 자격을 중재인의 자격처럼 자격제한을 풀어야 한다. 중재는 사실심으로 법률심이라 할 수 없으므로 변호사와 같은 법률전문가가 필요치 않다고 본다.

이와 같이 국내의 사건에서 당사자의 대리인 제도를 활성화하기 위해서는 현행변호사법을 개정할 필요가 있다.

46) 서울민사지방법원[국제거래실무위원회], 국제화시대에 있어서의 민사사법, 1994. 7.

ABSTRACT

Recently many controversies originate for various reasons, ranging from normal market competition to honest disagreements about rights. Disputes also arise from the clash between institutions and individuals. A free society should provide many systems for resolving controversies. We think of the courts as being primary, but, of course, they are not. In Korea, and in most other parts of the world, disagreements are resolved informally, without the need for judicial intervention. Settlements are worked out privately, usually without lawyers and certainly without judges. Most of judges are finding it difficult to cope with the needs and demands of society. Many businessmen who no longer want to get involved in lawsuits, are looking for alternative methods for resolving their disputes.

However, there are actually two systems, litigation and arbitration only, to resolve disputes with binding both parties concerned. Litigation emphasizes on the equity and the justice with allowing three time's judgment for the reasonable resolution, and arbitration, which is not subject to appeal, stress on the economic settlement rather than justice. Arbitration process results in a final and binding decisions. Although arbitration is a voluntary procedures that is created by the parties themselves, arbitration differs from mediation and conciliation because of its binding power. Arbitration is today coming into fashion as our primary methods for settling disputes. No company wants to have its funds tied up for long periods. Many parties prefer that the decision be final, rather than facing the prospect of extended appellate litigation. Therefore, government must encourage parties to settle their disputes by arbitration instead of litigation.

참 고 문 헌

1. 대한변호사협회, 人權과 正義 제263호 (1998.7).
2. 김홍규, 민사소송법(상), 삼영사, 1988.
3. _____, 외국중재판정의 승인집행 요건과 절차, 대한상사중재원 연구총서, 1980
4. 고석윤, 중재법측조해설, 중재 제 108호 - 115호.
5. 김철수, 사법에의 찬가, 시민과 변호사 통권 제 3호, 1994.
6. 이호원, 외국중재판정의 승인과 집행, 재판자료 제 3집, 법원행정처.
7. 이문열, 금시조, 등지, 1995.
8. 법원 행정처, 사법년감, 1997.
9. _____, WTO와 법률서비스 시장개방, 1997. 3.
10. _____, 법률서비스 시장의 개방, 사법정책연구자료 97-1, 1997.
11. 방순원, 소송증가와 중재제도 활용, 중재 제81호, 1978.
12. 박우동, 민사재판의 공정성을 위하여, 재판자료 제 19집, 법원 행정처.
13. 대한상사중재원, 중재 제 275호, 제 287호,
14. 서울지방변호사회, 법조춘추 제 133호, 1985.
15. 김용욱, 소송의 신속, 고시연구. 고시연구사, 1988. 9.
16. 방희선, 가지 없으면 길이 없다, 지성사, 1977.
17. 김철삼, WTO 출범과 신교역 질서, 대외경제정책 연구원, 1994.
18. 동아일보, 법조계-실상과 과제, 1992년 6월 8일부터 50여회.
19. 매일경제, 기자 24시(1998. 6. 23) 기사 와 각 일간지.
20. 서울민사지방법원[국제거래실무위원회], 국제화시대에 있어서의 민사사법, 1994. 7
21. 서울대학교 사회정의연구실천모임, 특별기획 공개토론회 주제발표 안, 1992. 5. 29
22. Beckman, Law for Business and Management, McGraw-Hill, 1975.
23. Thomas L. Creel, Guide to Patent Arbitration, The Bureau of National Affairs, Inc.(USA) 1987.