

‘Mediation’과 ‘Conciliation’의 개념에 관한 비교법적 연구*

A Comparative Study on the Concepts of Mediation and Conciliation

이 로 리**

Lo-Ri Yi

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 국제법상 Mediation과 Conciliation
- III. 국내법상 Mediation과 Conciliation
- IV. Mediation과 Conciliation의 비교
- V. 결 론

주제어 : 중개, 조정, 평가적 조정, 촉진적 조정, 대안적 분쟁해결제도, 분쟁해결.

* 본 논문의 초안은 2009년 5월 22일 한국중재학회의 학술세미나의 발제 및 토론을 위하여 작성되었으며, 이후 수정, 보완된 논문임을 밝힌다. 본 논문의 보완에 있어 의미 있는 코멘트를 해 주신 위 학술대회의 토론자들과 본 논문의 심사자들에게 감사의 말씀을 전한다.

** 법학박사, 계명대학교 법학부 조교수.

I. 서론

대안적 분쟁해결 (Alternative Dispute Resolution: 이하 ‘ADR’이라 함)의 목적은 분쟁 해결에 있어 법원절차 보다 신속하고, 비용 효율적인 대안을 제공하는 것이다.¹⁾ 소송에 대한 대안으로서의 분쟁해결방식인 ADR에는 다양한 형태가 있으나 대체로 협상 (negotiation), 조정 (調停, mediation), 컨실리에이션 (conciliation) 등은 공통적으로 ADR의 범위에 포함된다.²⁾

그런데, ‘mediation’과 ‘conciliation’은 국제적으로 국가별로 용어 사용에 있어 그 의미와 내용이 통일되어 있지는 않다. 국제법적으로는 mediation과 conciliation이 구별되나 국내법적으로 국가들의 관행을 보면 두 용어가 ‘조정’의 의미로 이해 또는 사용되거나 (한국) 국내법에서 두 용어를 구별하여 각각 관련 내용을 규정함으로써 제도상 그 의미의 차이를 두는 경우 (영국, 프랑스 등)도 있다. 또 다른 한편으로는 양자의 구별의 실익을 인정하지 않으면서 ‘mediation’이라는 용어를 대체로 사용하지만 분야에 따라 mediation과 conciliation을 구별하고, 그 의미를 다르게 사용하는 경우도 있다 (미국). 따라서 본 논문에서는 비교법적인 측면에서 국제법과 국내법에서 ‘mediation’과 ‘conciliation’의 개념을 검토함으로써 두 ADR의 관계를 살펴본다.

국내에서의 용어 사용과 관련하여, 국제법 분야에서는 mediation을 중개 (仲介)로, conciliation을 조정으로 부르고 있으나, 국내법 분야에서는 mediation을 대체로 조정 (調停)으로 번역하여 사용하고 있고, conciliation에 대해서는 알선, 조정 (調停, 調整) 또는 컨실리에이션 등의 용어를 사용하고 있어 그 용어 사용이 국내적으로 통일되어 있지 않다. 본 논문의 목적이 mediation과 conciliation의 개념을 새로이 정의하고자 하는 것이 아니라 그 개념들을 비교법적으로 검토함으로써 용어 사용의 의미를 밝히는 것이므로, 본 논문의 목적상 mediation과 conciliation을 구별하는데 있어 혼란을 피하기 위하여, II.국제법상

1) 미국에서의 ADR은 여전히 개념적으로는 중재절차 (arbitral proceedings)를 포함하는 것으로 간주된다. 유럽에서는 미국과 같이 ADR이 분쟁을 관리 또는 해결하는 대안적 방식을 언급하는 것으로 인식되기는 하지만 ADR의 초점은 분쟁해결의 포럼 (예컨대, 법원 또는 중재 또는 제3의 패널)이 아닌 절차의 비적대적인 성격과 판결이 아닌 계약으로서 당사자에게 구속력이 있는 합의와 같은 도출 가능한 결과에 있는 것으로 보아 유럽에서의 ADR은 보통 중재절차를 포함하지 않는 것으로 간주된다. Carita Wallgren, "ADR and Business" in J.C. Goldsmith, G.H. Pointon and A. Ingen-Housz(eds), ADR in Business, Kluwer Law International (Netherland: 2006), p.7.

2) ADR의 범위는 국가마다 다를 수 있는데, ADR로서 옴부즈만 (Ombudsman), 규제기관 (Regulators), 중재 (Arbitration), 중개 (Mediation), 중립평가 (Neutral Evaluation), 조정 (Conciliation), 전문가결정 (Expert Determination), 중개-조정 (Med-Arb) 등이 제시된다. European Commission, Alternative Dispute Resolution의 국가별 제도 참조 (<http://europa.eu/civiljustice/adr/adr>, 2009년 4월 3일 검색). ADR에 중재 (arbitration)가 포함되는 지 여부와 관련하여 미국에서는 중재에서 분쟁당사자가 합의하여 중재인을 선임하고, 중개규칙을 선택하므로 분쟁당사자가 자발적으로 분쟁을 해결한다는 점에서 ADR에 포함된다는 입장이고, 영국, 프랑스 등 대부분의 유럽 국가에서는 중재인 또는 중재패널이 판결과 같은 법적 구속력이 있는 분쟁해결의 결정을 분쟁당사자에게 부과한다는 점에서 사법적 성격을 가지므로 ADR에 포함되지 않는 것으로 본다.

mediation과 conciliation에서는 'mediation'을 '중개' (仲介), 'conciliation'을 조정 (調停)으로 구별하고, 국내법상 mediation과 conciliation에서는 두 용어가 의미하는 바를 그대로 전달하는 차원에서 영문을 그대로 쓰기로 한다.³⁾

II. 국제법상 Mediation과 Conciliation

ADR에 일반적으로 적용되는 보편적인 국제조약은 존재하지 않지만, 국제연합 (United Nations: 이하 'UN'이라 함), 세계무역기구 (World Trade Organization: 이하 'WTO'라 함)와 같은 국제기구헌장 또는 관련 조약에서 국가간에 발생하는 국제분쟁에 대하여 사법적 분쟁해결이 아닌 일종의 정치적 분쟁해결방식으로서 중개 (mediation) 및 조정 (conciliation) 제도를 규정하고 있다. 또한 EU 민·상사중개지침 등 일부 조약, 국제상사조정예관UNCITRAL모델법 등에서 자국민과 외국인 간에 국제적 성격을 갖는 민사 또는 상사분쟁을 해결하는 방식으로서 두 제도를 규정하고 있다. 다음에서는 상기 국제기구 조약과 모델법 등을 중심으로 중개 (mediation)와 조정 (conciliation)의 개념을 검토한다.

1. UN헌장

UN헌장 (Charter of the United Nations) 33조에 따르면, 어떠한 분쟁도 그의 계속이 국제평화와 안전의 유지를 위태롭게 할 우려가 있는 것일 경우, 그 분쟁의 당사자는 우선 교섭 (negotiation), 심사 (inquiry), 중개 (仲介, mediation), 조정 (conciliation), 중재재판 (arbitration), 사법적 해결 (judicial settlement), 지역적 기관 또는 지역적 약정의 이용 또는 당사자가 선택하는 다른 평화적 수단에 의한 해결을 구해야 한다. 국제분쟁의 평화적 해결을 위하여 국가들은 중재 또는 국제사법재판소 (International Court of Justice)와 같은 사법적 분쟁해결 외에도 제3국 또는 제3자가 개입하는 비사법적 성격의 분쟁해결방식인 중개, 조정 등을 이용할 수 있다. UN헌장 자체는 중개와 조정에 대하여 별도의 정의규정을 두고 있지 않지만, 두 제도를 구별하여 열거한 것에 비추어 두 제도의 의미에 차이를 두고 있음을 알 수 있다. 국제법상 일반적으로 중개 (mediation)와 조정 (conciliation)은 모두 제3자가 개입하는 분쟁해결 방식으로 중개는 당사국간의 분쟁의 해결을 촉진하여 분쟁을 해결하는 방식이며, 조정은 심사와 중개의 특징을 결합한 분쟁해결방식으로서 사실

3) 국제법상의 mediation과 국가의 국내법제도에서 운영되는 mediation은 제3자가 개입하여 분쟁당사자간의 분쟁 해결을 돕는다는 점에서는 동일하나 mediation에 제3자가 개입하는 방식이 국가간의 분쟁과 개인 또는 법인과 같은 국내법의 주체간의 분쟁이 다르므로 국제분쟁해결에 있어 mediation의 의미를 살리기 위해서 다수의 국제법교과서에서 채용하고 있는 '중개'라는 표현을 그대로 쓰기로 한다.

관계의 공정한 규명 및 분쟁의 해결책을 제시할 임무를 가지는 제3자 (조정인) 또는 (조정)위원회가 분쟁해결에 개입한다. 조정인 또는 조정위원회가 제시하는 해결책은 중재판정 또는 ICJ판결과 같은 법적 구속력이 있는 결정이 아니므로 분쟁당사국이 그러한 조정안에 동의하지 않으면, 조정안을 거부될 수 있다. 국제분쟁해결에 있어 조정제도는 많은 수의 양자 및 다자조약에서 규정하고 있는 ADR의 형태이다.⁴⁾

2. WTO 분쟁해결양해

WTO회원국간의 상품, 서비스, 무역관련 지적재산권 등의 분야에서의 통상 분쟁은 WTO분쟁해결제도를 통하여 해결될 수 있다. WTO 분쟁해결제도는 분쟁해결양해 (Dispute Settlement Understanding: 이하 'DSU'라 함)라는 조약에 의해 관장된다. DSU에 따르면, 분쟁당사국들은 먼저 상호 만족할만한 해결책을 도출하기 위하여 협의 (consultation)를 하여야 하며, 협의를 통하여 분쟁이 해결되지 않은 경우 패널절차를 이용할 수 있다.⁵⁾ 패널 및 상소기관 절차는 법원 또는 중재재판과 유사한 사법적 절차이며, 패널 및 상소기관의 보고서를 분쟁해결기관 (Dispute Settlement Body: DSB)이 채택하게 되면 분쟁당사자에 대하여 사법판결과 같은 법적 구속력을 갖는다.

DSU에 따르면 분쟁당사자들에게 상호 수락 가능하고, 대상협정에 일치하는 해결책이 명백히 선호된다.⁶⁾ 따라서 분쟁해결절차의 어느 단계에서도 분쟁당사자는 주선 (good offices), 조정 (conciliation) 또는 중개 (mediation)를 이용할 수 있다.⁷⁾ 주선, 조정 또는 중개는 국제분쟁해결에 이용되는 ADR인데, 그러한 분쟁해결방식은 자발적이고,⁸⁾ 기밀적이며,⁹⁾ 일방 당사자의 권리를 침해함이 없이 수행되어야 한다.¹⁰⁾ 조정 또는 중개의 정의와 절차 그리고 분쟁해결에 개입하는 중립적인 제3자의 역할과 임명되는 방식은 DSU에 명확하게 규정되어 있지 않고, 다만 WTO사무총장이 직권으로 주선, 조정 또는 중개를 분쟁당사국에게 권유할 수 있다고 규정하고 있다.¹¹⁾ ADR로서 조정과 중개 특성을 감안할 때 분쟁을 해결할 제3자의 선임과 절차적 사안 등은 당사국의 의사에 의하여 결정되므로 그러한 측면이 반영된 것으로 보인다. DSU자체에서는 UN헌장과 마찬가지로 중개와 조정의 정의를 두고 있지 않지만, 중개와 조정을 구별하여 규정함으로써 이 두 분쟁해결방식

4) John Collier & Vauchan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press (New York: 1999), pp.27-29.

5) DSU 4조.

6) DSU 3.7조.

7) DSU 5.3조.

8) DSU 5.1조.

9) DSU 5.2조.

10) *Id.*

11) DSU 5.6조.

에 어떠한 차이를 전제한 것으로 보인다.

그런데, DSU에서는 당사국간에 제3국 또는 제3자가 개입하는 조정 또는 중개를 통하여 분쟁을 해결하기로 결정하거나 또는 그러한 방식으로 분쟁이 해결된 경우 그 내용을 WTO에 통고해야 할 의무가 없으므로 WTO분쟁해결절차가 중단된 사건에서 실제 그러한 ADR이 사용되었는지를 파악하기가 어려운 측면이 있다. 또한 DSU에 근거하여 사무총장이 직권으로 분쟁당사자에게 조정 또는 중개를 권유한 사례가 없어 그 활용도를 정확하게 판단하기는 어려우나 일반적으로 WTO회원국이 회원국간의 분쟁을 해결하는데 있어 WTO분쟁해결절차를 개시하는 것은 당사국간 분쟁에 대한 법적해결책을 추구하는 것을 전제로 하기 때문에 조정 또는 중개의 활용도는 매우 낮은 것으로 보인다.

3. 국제상사조정에관한UNCITRAL모델법

국제상사조정에관한UNCITRAL모델법 (Model law on International Commercial Conciliation: 이하 'UNCITRAL모델법'이라 함)은 UN국제무역위원회 (United Nations Commission on International Trade Law: 이하 'UNCITRAL'이라 함)에 의해 2002년 6월 24일 채택되었다. 동 UNCITRAL모델법은 2002년 11월 19일 UN총회 52차 회의에서 결의로 채택되었는데, 동 결의는 국제상사분쟁에서 조정을 적용하기 위한 단일한 법적 골격을 창설하는 인정된 바램의 목적으로, 모든 국가들에게 동 모델법에 기초하여 국내법을 제정할 것을 고려하도록 권고하였다.¹²⁾ UNCITRAL모델법은 상사분쟁의 해결방식으로서의 조정의 이용이 증가한다는 것을 인정하는 상황에서 조정절차에 있어서 단일한 규칙을 제공할 목적으로 개발되었다. 많은 국가에서 조정에 영향을 주는 법 규칙이 다양한 법조문에 명시되어 있고, 기밀성, 증거 특권, 그로 인한 예외 등에 관한 쟁점에 다른 입장을 취하고 있기 때문이다. 동 모델법의 채택은 조정제도와 관련하여 국가간에 단일성을 확보함으로써 조정절차의 보다 완결성과 확실성을 제공하는데 의의가 있다.¹³⁾

12) Resolution adopted by the General Assembly, 57/18 - Model law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law. (Official Records of the General Assembly, Fifty-seven Session, Supplement No.17 (A/57/17), annex 1.

13) UNCITRAL, 2002- UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use (<http://www.uncitral.org>, 2009년 5월 1일 검색), p.13. UNCITRAL모델법은 조정의 적용범위 및 정의, 조정절차의 개시, 수행, 종료 등 총 14개 조문으로 구성되어 있으며, 국가들이 국내법으로 수용할 수 있도록 법조문의 형태를 취하고 있다. 다른 국제협약과 달리 입법을 한 국가들이 UN 또는 역시 입법을 한 다른 국가에게 통보하도록 법적으로 요구되는 것은 아니지만, 국가들은 동 모델법 또는 UNCITRAL 작업의 결과인 기타 모델법의 입법을 UNCITRAL 사무국에 통보할 것이 장려된다. 2009년 4월자로 동 UNCITRAL모델법에 근거하여 입법을 한 것으로 통보한 국가는 캐나다 (2005), 크로아티아 (2003), 헝가리 (2002), 나카라과 (2005), 및 슬로베니아 (2005)가 있다. 동 모델법과 모델법이 근거한 원칙에 영향을 받은 단일한 입법을 한 국가로는 미국 (Uniform Mediation Act)이 있다. UNCITRAL, 2002- UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation - Stuats (<http://www.uncitral.org>, 2009년 5월 1일 검색). 미국의 경우 National Conference of Commissioners on Uniform State Law에 의해 2002년 Uniform Mediation Act가 채택되었고, Illinois, Iowa,

동 모델법상의 조정 (conciliation)의 정의에 따르면, “conciliation, mediation 또는 다른 유사한 의미의 표현으로 언급되는 지 여부에 상관없이, 당사자들이 제3자 또는 3자들에게 계약 또는 기타 법적 관계에서 발생하는 그들의 분쟁에 우호적인 해결책에 도달하기 위한 노력에 있어 그들을 도와달라고 요청하는 절차”를 의미한다.¹⁴⁾ 조정인은 당사자들에게 분쟁의 해결책을 부과할 권한을 갖지 않는다.¹⁵⁾ 그러나 조정인은 조정절차의 모든 단계에서 분쟁 해결을 위한 제안을 할 수 있다.¹⁶⁾ UNCITRAL모델법상의 조정은 제3자 또는 패널이 분쟁당사자들이 자신들의 분쟁을 우호적으로 해결하기 위한 노력을 도와주는 절차를 언급하는 것으로 광범위한 개념으로 정의되었다. 실무자들 사이에서는 제3자에 의해 활용되는 방법의 관점에서 이들 용어가 구별된다는 입장인데, 법률가의 입장에서는 이들 제3자에 의해 활용되는 다양한 절차적 방법상의 구별이 필요하지 않다는 입장이다. 모든 경우에 있어서 이러한 절차들은 제3자의 역할은 분쟁당사자들이 분쟁을 해결하는 것을 돕는데 한정되어 있고, 당사자들에게 법적 구속력이 있는 결정을 부과할 권한이 없다는 공통된 특징을 갖는다.¹⁷⁾ 그러나 동 모델법에서는 조정인이 조정절차의 모든 단계에서 분쟁 해결을 위한 제안을 할 수 있으므로, 명칭의 사용에 관계없이 분쟁해결에 개입하는 제3자의 역할의 범위가 그러한 내용을 포함하고 있다면 UNCITRAL모델법상의 ‘조정’으로 이해하여야 한다.

4. EU 민·상사 중개지침¹⁸⁾

유럽연합 (EU)은 2008년 5월 21일 유럽의회와 EU이사회가 민사 및 상사에 관한 중개지침 (이하 ‘EU중개지침’이라 함)¹⁹⁾을 채택하였는데, 특히 중개절차의 비밀유지, 중개로도출된 합의의 집행력 확보 및 중개와 출소기한의 관계 등을 명확히 함으로써 중개제도가 EU역내에서 ADR로서 보다 활성화 될 수 있는 계기를 마련하였다는 점에서 의의가 있다.²⁰⁾

Nebraska, New Jersey, Ohio 및 Washington주가 관련법을 제정하였다.

14) UNCITRAL모델법 1.3조.

15) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002) 1.3조의 원문은 다음과 같다: “For the purpose of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.”

16) UNCITRAL모델법 6.4조.

17) UNCITRAL, supra note 13, pp.10-11.

18) 이로리, “ADR을 통한 EU의 국경간 분쟁해결제도: EU 민·상사 중개지침을 중심으로”, 『통상법률』 (통권 제86호, 2009년 4월), pp.184-211 참조.

19) Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Official Journal (OJ) L136/3 (24.5.2008).

동 EU중개지침에서의 '중개' (mediation)는 명칭이 어떻든 간에 둘 이상의 분쟁당사자들이 스스로, 자발적인 근거로, 중개인 (mediator)의 지원으로 그들의 분쟁에 대한 합의에 이르도록 노력하는 체계적인 과정으로 정의되어 있다.²¹⁾ 그런데, 지침의 전문(11)은 동 지침이 계약 전 협상이나 사법조정 (judicial conciliation) 제도, 소비자 불만제도, 중재 (arbitration) 및 전문가 결정과 같은 사법적 성격의 과정 또는 법적 구속력이 존재하는 지 여부에 관계없이, 분쟁의 해결에 대하여 공식적인 권고를 주는 사람 또는 기관이 관리하는 절차에는 적용되지 않는다고 규정함으로써, 중개 (mediation)를 분쟁해결에 참여하는 제3자가 분쟁의 해결책 (조정안)을 제안하는 '조정' (conciliation)과 구별하고 있다. 따라서 mediation은 앞서 검토한 조정인 조정절차의 어느 단계에서도 분쟁해결을 위한 제안을 할 수 있는 UNCITRAL모델법의 조정 (conciliation)과는 구별 된다.

Ⅲ. 국내법상 Mediation과 Conciliation

앞서 언급한 바와 같이 'mediation'과 'conciliation'의 용어 사용은 국내법 측면에서 국 가별로 그 용어 사용에 있어 의미와 내용이 통일되어 있지는 않다. 다음에서는 미국, 영국, 프랑스, 독일, 한국의 국내법에서의 두 개념의 의미와 내용을 중심으로 간략하게 분석 하여, 용어 사용의 의미를 살펴보고자 한다.

1. 미국

미국에서 분쟁해결에 적극적인 역할을 하는 중립적인 제3자가 개입하는 분쟁해결방식에 대하여 'mediation'이라는 용어가 사용되었다. 'mediation'이든 'conciliation'이든 분쟁해결에 개입하는 제3자가 분쟁당사자에게 구속력이 있는 결정을 내리지 않고, 분쟁당사자들이 상호 만족스러운 해결책을 찾도록 도와준다는 점에서 두 용어는 일반적으로 동의어로 사용되어 왔다. 미국에서는 'conciliation' 보다는 'mediation'이 보다 일반적으로 사용되며, 미국에서는 분쟁해결에 개입하여 적극적인 역할을 하는 제3자를 'conciliator'라고 부르기 보다는 'mediator'로 부른다.²²⁾

국내법상 'mediation'과 'conciliation'을 절차적으로 구별하는 영국과 유럽 국가들과는

20) 동 지침에 따라 덴마크를 제외한 EU회원국들은 2011년 5월까지 동 지침의 준수에 필요한 법률, 규정 및 행정규칙들을 발효시켜야 한다. 동 지침은 국경 간 분쟁에만 적용되지만 회원국들이 동 지침을 국내중개절차에 적용하는 것을 배제하는 것은 아니다.

21) EU중개지침 5조.

22) M. Jagannadha Rao, "Concepts of Conciliation and Mediation and Their Differences", Law Commission of India (http://lawcommissionofindia.nic.in/adr_conf/concepts%20med%20Rao%201.pdf, 2009년 4월 8일 검색).

달리 미국에서는 그러한 구별이 의미 있어 보이지는 않는다. 다만, 분쟁해결에 개입하는 제3자가 분쟁해결을 촉진하는 *facilitator*의 역할을 하는 ‘*conciliation*’을 덜 공식적인 절차로 보고, 의제와 일정한 기본규칙이 있는 ‘*mediation*’을 제3자가 보다 적극적인 역할을 하는 분쟁해결방식으로 보고 있다. 미국에서의 ‘*mediator*’는 국제상사조정예 관한 *UNCITAL* 모델법의 적극적인 ‘*conciliator*’로 의 역할을 반영하고 있다.²³⁾ 분쟁해결에 개입하는 제3자가 법적 구속력이 있는 결정을 분쟁당사자에게 제시하지 않는다는 점에서 *conciliation*과 *mediation*의 구별실익이 없으며, *mediation*을 조정이라 할 때 *mediation*이 수행되는 양태에 따라 그 유형을 촉진적 조정 (*facilitative mediation*) 또는 평가적 조정 (*evaluative mediation*) 구별할 수 있다.

촉진적 조정에서의 *mediator*의 역할은 당사자들이 대화할 수 있게 해 주고, 분쟁의 가장 어려운 쟁점들로부터 해결책을 찾으려 도와주는 것이다. *mediation*을 수행함에 있어 일정한 프로토콜을 갖게 되는데, 첫째 분쟁 당사자들에게 절차적 사안에 관하여 합의하도록 하는 것이다. 절차적 사안으로 분쟁당사자들이 자발적으로 분쟁에 참여한다는 것을 언급하고, 추후 회의의 시간과 장소를 정하고, 공식적으로 기밀성에 대한 합의를 하는 것이다. 이 단계에서는 분쟁당사자들이 대부분 *yes*라고 답하는 방식으로 시작하므로 합의도출이 가능하다. 두 번째 단계에서는 당사자들이 자신의 입장을 *mediator*에게 이야기 하는데, 이때 타방 당사자는 일방 당사자의 진술에 개입하지 않고, 그 내용을 청취한다. 세 번째 단계는 당사자가 개별 미팅에 합의하는 경우 *mediator*는 각 당사자를 일련의 비밀스럽고 사적인 미팅에서 만나고, 각 당사자들을 자신들의 최초 제안에 대하여 일종의 현실성 테스트를 통하여 평가하게 함으로써 분쟁해결을 개발하는 단계를 시작한다. 넷째, 당사자간의 갭이 좁혀진 경우 *mediator*는 당사자간의 제안과 반대 제안을 전달하거나 당사자가 그들의 제안을 상호 교환할 공동회의를 개최할 수 있다. 최종적으로 분쟁의 대체적인 해결에 합의한 경우 공식적으로 합의에 대한 이해를 재확인하고, 최종 합의문을 작성하고, 서명한다. *mediation*은 당사자들이 분쟁해결의 절차를 계획하고, 통제할 수 있다. 소송과는 달리 분쟁해결의 초점은 과거가 아닌 미래를 지향하므로, 상업적, 고용 측면과 같이 지속적인 관계에 놓여 있는 분쟁당사자간에 분쟁을 해결하는데 특히 효용이 있다.²⁴⁾ 2001년 *Uniform Mediation Act* 초안²⁵⁾이나 1994년 미 법무부의 *ADA (American Disabilities Act) Mediation Program*의 *mediation*의 정의에 따르면, 위의 촉진적 조정 유형의 *mediation*의 정의²⁶⁾를 따르고 있고, 분쟁해결의 커뮤니케이션을 돕고, 구조화된 절차를 관리하는

23) *Id.*

24) *Alternative Dispute Resolution*, thefreedictionary.com (2009년 5월 2일 검색)

25) *Commissioners on Uniform Laws*는 ADR절차와 관련하여 다양한 주에서 채택된 법을 통일하여 1956년 *Uniform Arbitration Act*를 채택하였는데, 49개 주에서 동 법을 채택하였다. 이와 유사하게, 2001년 *American Bar Association's Section on Dispute Mediation Act*와 관련하여 *Uniform Mediation Act* 초안을 작성하였는데, 동 법은 중개의 기밀성과 특권 등의 이슈에 관한 규칙을 규정하고 있다.

mediator의 역할이 제시되고 있다.

그런데 노사분쟁에 있어서는 다른 분야에 비하여 상대적으로 mediation이 보다 적극적인 분쟁해결의 방식으로 강조된다. 미행정부의 독립기관으로서 주간의 상거래에 영향을 주는 노동조합과 경영진간의 분쟁을 예방 또는 해결하는 것을 목적으로 하는 기관인 Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS)²⁷⁾는 mediation 및 conciliation 서비스를 제공한다. mediator는 회의를 수행하고, 논의를 조정함으로써 합의를 촉진하기 위하여 시도한다. 동 기관의 mediator는 분쟁당사자들이 자발적인 합의를 도출하는 것을 돕기 위하여 적극적인 참여자로서 실질적인 제안을 할 수 있다. FMCS mediator는 중립적이며, 최소 7년의 협상기법 및 기술에 경험을 가지고 있어야 한다. mediator는 양 당사자의 입장에 관하여 엄격한 기밀성을 유지하여야 하고, 신뢰를 유지하기 위하여 편견을 제거하여야 한다. FMCS는 매년 30,000건의 사건을 처리하는 200여명의 mediator들을 고용하고 있다.²⁸⁾ 동 기관에서의 conciliation은 다른 분쟁해결의 형태로서, conciliator는 중립적인 제3자로서, 일반적으로 당사자간의 공동회의에 참가하지 않고, 대신 각 당사자의 입장을 상대방에게 개별회의에서 소개하고 특히 협상이 교착상태에 빠진 경우 해결책을 제시한다.²⁹⁾ mediation이나 conciliation이나 모두 분쟁에 개입하는 제3자가 분쟁의 해결책을 제안할 수 있으나 conciliation의 경우 conciliator가 분쟁당사자들이 자발적인 합의를 스스로 도출하도록 하기 보다는 conciliator가 사실관계를 파악하고, 합리적인 문제해결책을 제시하는 평가적 조정 (evaluative mediation)의 성격을 갖는 것으로 볼 수 있다.

2. 영국³⁰⁾

대륙법계의 다른 유럽 국가들에 비하여 영국의 경우 상대적으로 ADR제도가 잘 확립되어 있는데, 영국의 ADR의 형태는 미국의 영향을 많이 받았다.³¹⁾ 영국민사절차법 (Civil

26) 2001년 Uniform Mediation Act 초안 Section 3. 정의규정에 따르면, mediation은 mediator가 분쟁당사자들이 자신들의 분쟁에 관하여 자발적인 합의를 도출하는 것을 돕기 위하여 당사자간의 커뮤니케이션 및 촉진하는 절차를 의미한다. Uniform Mediation Act (February 20, 2001 draft), National Conference of Commissioners on Uniform State Laws). 1994년 미 법무부의 ADA (American Disabilities Act) Mediation Program에 따르면, mediation은 중립적인 제3자가 분쟁당사자들이 자신들의 차이에 대하여 상호 만족스러운 해결책을 찾도록 도와주는 비공식적 절차를 의미한다. 분쟁에 참여하는 제3자인 mediator의 역할은 당사자들이 그들의 분쟁을 해결하는 절차를 관리하는 것이며, 분쟁이 어떻게 해결되어야 하는 지를 결정하지 않는다. U.S. Department of Justice, ADA Mediation Program (<http://www.ada.gov/mediate.com>, 2009년 4월 25일 검색).

27) 동 기관은 1947년 Taft-Hartely Act라고 더 잘 알려진 Labor-Management Relations Act (61 Stat.153 [29 U.S.C.A 172] 법에 의해 설치되었다.

28) Federal Mediation and Conciliation Service, thefreedictionary.com (2009년 5월 2일 검색).

29) *Id.*

30) 영국의 mediation제도에 대해서는 이로리, "ADR의 활성화와 법원의 역할: 영국의 민·상사 법원중개제도를 중심으로", 『경영법률』, 제19집 제3호 (2009년 4월), pp.487-513 참조.

31) Michel Kallipetis and Stephen Ruttle, "Better Dispute Resolution - the Development and Practice of Mediation in the United Kingdom Between 1995 - 2000" in Jean- Claude Goldsmith, Gerald H. Pointon,

Procedure Rules: CPR)의 정의에 따르면, ADR은 보통의 재판절차 외의 분쟁해결방식에 대한 집단적 기술을 의미한다.³²⁾ 사실상 영국에서는 ADR은 항상 중립적인 제3자에 의한 mediation을 언급하는 것으로 이해된다.³³⁾ CPR은 법원에게 당사자로 하여금 적절한 ADR 절차를 이용하도록 장려함으로써 최우선의 목적을 추구할 뿐 아니라 일정한 유형의 분쟁에 이를 적용하기 위하여 일련의 소송 前 절차를 이행할 것을 명령하고 있다.³⁴⁾ 이와 같은 소송 前 프로토콜의 목적은 소송절차가 개시되기 전에 분쟁의 해결을 촉진하는 것이다. 프로토콜들은 대부분은 적어도 하나의 ADR 절차를 고려할 요건을 언급하고 있고, 분쟁당사자가 실행명령 (*Practice Direction*) 또는 특정 프로토콜을 준수하지 않는 경우 법원은 당사자에게 부과할 비용제재를 결정할 수 있다. 2003년 4월 1일 비프로토콜 사건과 관련하여, 새로운 규칙이 발효되었는데, 동 규칙에 따르면 “청구인이 mediation 또는 기타 분쟁해결방식을 개시 하고자 하는 경우³⁵⁾, 동 실행명령을 준수하지 않은데 대하여 제재를 부과할 수 있는 법원의 권한에 주의를 기울이게 하기 위하여,”³⁶⁾ mediation 또는 기타 대안적 분쟁해결방식을 개시할 준비가 되었는지 여부를 언급한다.³⁷⁾ 따라서 사실상 mediation은 모든 비프로토콜 사건에서 고려되어야 하고, 묵시적으로 ADR에 대한 언급이 있는 각 프로토콜 사건에서도 고려되어야 한다. 여기서 mediation에 대한 언급은 상당한 의미가 있는데, CPR 또는 실행명령에 ‘mediation’이 최초로 별도의 개념으로 등장하였기 때문이다. ADR의 주된 형태로서 mediation의 중요성이 인정된 것으로 볼 수 있다.

영국의 mediation은 conciliation과는 구별되는데, 가장 큰 차이는 동 절차에 참여하는 중립적인 제3자의 역할이다. mediator는 분쟁당사자들이 스스로 자신들의 문제를 해결할 수 있도록 협상의 촉진자 (facilitator) 또는 자문자 (advisor) 역할을 하는데 비하여, conciliator는 보다 적극적으로 분쟁당사자에게 분쟁의 해결책(조정안)을 제시하는 역할을 함으로써 분쟁당사자들이 분쟁을 해결하는 것을 돕는다.³⁸⁾ ADR명령에 의하여 mediation 또는 conciliation을 수행할 때의 mediator 또는 conciliator는 소송판사가 아닌 제3자가 담당한다.³⁹⁾

Arnold Ingen-Housz (Eds.), *ADR in Business*, KLUWER LAW Internationa (Netherland:2006), p.211.

32) Civil Procedure Rules, Glossary, p.1 (February 2005).

33) Kallipetis and Ruttle, *supra* note 51, p.191.

34) 동 소송 前 절차가 적용되는 분쟁형태는 개인의 인적침해 (personal injury), 임상과실 (clinical negligence), 건설 및 기술 (construction and engineering), 명예훼손 (defamation), 직업상 손해배상 (professional indemnity), 사법재심 (judicial review), 질병청구 (disease and illness claims), 주택파손 (housing disrepair), 임차료체불에 근거한 점유청구 (possession claims based on rent arrears) 등이다. 소송 前 프로토콜의 원문은 영국 법무부 (Ministry of Justice) 사이트 참조http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm (2008년 10월 1일 방문).

35) CPR 4.3(f)조.

36) CPR 4:3(g)조.

37) CPR 4:7(e)조.

38) Discussion Paper by the Lord Chancellor's Department on Alternative Dispute Resolution (<http://www.lcd.gov.uk/Consult/cr-just/adi/annexald/htm>) - Annexure A.

3. 프랑스⁴⁰⁾

프랑스 민사절차법상 conciliation과 mediation이 절차적으로 구별되어 규정되고 있지만, 그 구분이 그리 명확하지는 않다. 프랑스어 'conciliation'이라는 단어는 라틴어로 conciliare라는 “합치다”에서 왔고, 'médiation'은 라틴어로 mediaire라는 “가운데 있다”는 단어에서 왔다. mediation은 제3자인 mediator가 양 (분쟁)당사자를 만나게 하고, 분쟁에 대한 해결책을 분쟁당사자들이 찾도록 도와주는 행위로 정의된다.⁴¹⁾ 제3자인 mediator의 역할은 소송절차의 판사와 같이 어떠한 결정을 내리는 권한이나 conciliation과 같이 제3자인 conciliator가 분쟁의 해결책을 제시하는 권한을 갖지 않고, 분쟁당사자들이 스스로 원하는 방식으로 분쟁을 해결할 수 있도록 도와주는 것이다. mediator는 분쟁당사자들이 스스로 자신들의 분쟁의 해결책을 찾도록 인도하기 위하여 당사자들의 이야기를 경청하고, 당사자들에게 질문을 던진다. mediator가 수행하는 질문, 당사자의 의견에 대한 재 진술, 해결되어야 하는 중심문제 파악 및 재구성은 당사자들에게 상대방의 관점을 이해하게 하고, 문제의 핵심을 객관적으로 바라보고 스스로 분쟁의 해결책을 찾도록 도와준다.⁴²⁾ 분쟁당사자들이 스스로 자신들의 분쟁의 해결책을 도출하는데 보다 적극적이고 효과적으로 참여할 수 있다는 데 mediation의 장점이 있다. 법원에서의 mediation의 경우, 판사가 mediation 절차를 명령할 수는 있으나 mediation의 이용은 전적으로 당사자의 동의에 기초한다. 따라서 당사자의 의사에 반하여 mediation에 사건을 회부할 수 없다.

형사법 분야에서도 mediation의 이용을 장려하려는 시도가 이루어지고 있다. 형사사건의 mediation은 기소에 대한 대안으로 적절한 경우 피해자에 대한 배상을 제공하고, 평화의 교란상태를 종결시키고 위반자의 사회적 재통합을 촉진시키기 위한 것이다. 1993년 1월 4일 법 n° 93-2 (Loi du 4 Janvier 1993)의 제정 이래 형사소송법 (Code de la Procédure criminale) 41조 6항에 따라 형사중개 (la médiation pénale) 제도가 시행되었는데, 동 규정에 따르면, 검사가 기소 전 당사자의 동의를 얻어 중개를 시도하는 결정을 할 수 있다.⁴³⁾

39) *Id.*

40) 프랑스의 mediation제도에 대해서는 이로리, “프랑스 ADR제도: 법원관련 중개 및 조정제도를 중심으로”, 『안암법학』, 통권 제29호 (2009년 5월), pp.467-494 참조.

41) European Commission, European Judicial Network in civil and commercial matters: Alternative Dispute Resolutions-France, (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_en.htm, 2008년 10월 3일 검색) 참조.

42) Christiane BLANCHEMANCHE, L'avocat et la médiation, première partie: Quelle expérience de développement pratique?, Village de la Justice (www.village-justice.com/articles/avocat-mediation-premiere-parties.122.html, 2009년 3월 28일 검색).

43) 형사사건의 중개인으로 임무를 수행할 자의 자격요건은 1996년 4월 10일 시행령 (Décret n° 96-305 du 10 Août)에 규정되어 있다. C. Jarrosou, “La médiation et la conciliation: essai de presentation”, Droit de Patrimoine at 39 (December 1999), Gaillard · Emmanuel, Gaillard · Emmanuel, “Mediation France”, Dispute Resolution Journal, Nov. 2000 - Jan. 2001, Findarticles.com (http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200011/ai_n8981675, 2008년 10월 30일 검색) endnote 8 재인용.

conciliation은 분쟁당사자들 간의 논의 또는 제3자인 conciliator를 통하여 당사자들이 도출한 합의이다. conciliation은 conciliation의 당사자들이 수락한 해결책으로 분쟁을 종결짓는 것을 목적으로 한다.⁴⁴⁾ 제3자의 존재는 mediation에서는 중요한 요소인데 비하여, 당사자 또는 그들의 대리인간에 실시될 수 있는 conciliation에서는 반드시 필요한 것은 아니다. 왜냐하면 당사자들 또는 그 대리인들이 (화해로서) 그러한 합의를 도출할 수도 있기 때문이다.⁴⁵⁾ 그러나 민사절차법상의 conciliation은 판사 또는 분쟁당사자의 동의에 기초하여 판사가 임명한 법원conciliator⁴⁶⁾인 제3자가 수행하는 절차를 규정하고 있다. conciliator는 mediator와 같은 방식으로 분쟁해결에 개입하지는 않는다. conciliator는 분쟁원인에 대하여 당사자들 이야기를 듣고, 법과 형평의 측면에 기초하여 그들의 차이점에 대한 해결책을 제시하고, 그러한 해결책을 준수할 것을 요청할 수 있다. 분쟁당사자들이 그러한 해결책을 수락하는 것은 자유이므로, 분쟁당사자의 의사에 반하여 제시된 해결책을 강제할 수는 없다.⁴⁷⁾ conciliation은 소송에 대한 대안적 분쟁해결방법으로써, 원칙적으로 분쟁당사자의 동의에 근거한 자발적 성격을 갖지만, mediation과는 달리 일정한 유형의 분쟁의 경우에는 법에 의해 조정이 강제되는 경우도 있다. 조정은 두 가지 제도로 운영되는데, 먼저 소송 전 1심 법원 및 지방법원에서의 사전조정 (preliminary conciliation)의 시도와 소송절차 중에 당사자의 동의에 기초하여 법원에서 명령된 조정이다.⁴⁸⁾

4. 독일

독일에서는 중재 (arbitration), conciliation 및 mediation 절차가 ADR의 형태로 규정되고 있다. 이러한 절차들은 각 절차를 보충하기도 하지만 각각 구별된다.⁴⁹⁾ mediation은 제3자가 분쟁당사자에게 해결책을 제시하지 않는다. 해결책은 당사자에 의하여 도출되고, 공동 합의에 의해 채택된다. mediator는 커뮤니케이션 과정, 협상 및 합의를 돕는 역할을 한다.

44) *Id.*

45) Rapport présenté au nom de la section du Cadre de vie par Mme Michèle Lindeperg, La Documentation Française, Rapport, (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000547/oooo.pdf>) (2009년 3월 2일 검색). p.II-41.

46) 법원조정인 (court conciliator) 제도는 1978년 3월 20일 시행령에 의해 창설되었고, 1996년 12월 13일 시행령에 의해 개정되었다. 1995년 2월 8일 법 95-125와 1996년 12월 13일 시행령 96-1091에 의해, 1심 법원에서 조정의 예비 시도를 진행하기 위하여 법원 조정인이 판사에 의해 임명되는데, 이혼과 별거 (새로운 민사절차법 831-835조) 분야는 예외가 된다.¹⁾ 1998년 12월 28일 시행령 98-1231의 적용으로 1999년 3월 1일 이래, 법원 조정인들이 1심 법원 소송 중에 판사에 의해 특별한 형식 없이 직접 임명될 수 있다 (새로운 민사절차법 840, 847조 및 847-3조).

47) Christiane BLANCHEMANCHE, *supra* note 42.

48) 사전조정 시도와 관련해서는 민사절차법 830조 - 835조가 적용되며, 법원 절차 중 실시되는 조정에는 민사절차법 VI부 (Conciliation) 127조 - 131조가 적용된다. 민사절차법 21조는 당사자를 화해시키는 것이 판사의 임무에 해당한다고 규정하고 있다.

49) European Commission, Alternative Dispute Resolutions - Germany (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_en.htm, 2008년 10월 10일 검색).

판사와는 달리 mediator는 어떠한 의사결정 권한을 갖지 않으며, arbitrator 또는 conciliator와는 달리 분쟁해결을 위한 직접적인 해결책을 제안하지 않는다. mediation절차는 연방 또는 주법에 의해 규율되는 중재법과는 달리 법에 의해 제시되지 않는다. 절차의 비밀성은 mediation 절차의 참여자들이 비밀성에 합의하는 계약을 체결한 경우에만 보장된다. mediator는 그가 그의 직업적 능력에서 행해진 일과 관련된 증거의 모든 쟁점에 대한 질문에 대하여 답변을 거절하는 포괄적인 권리를 부여 받은 전문직그룹에 속해있는 경우 질문에 대한 답변을 거절할 권리만을 갖는다. 이것은 특히 변호사 및 공증인들에 관련된 다.⁵⁰⁾

conciliation은 conciliator에 의해 제시된 합의안으로 분쟁당사자간의 상호합의를 추구하는 것을 목적으로 한다.⁵¹⁾ 민사절차법을 도입하는 법 (Act introducing the Code of Civil Procedure: EGZPO) Section 15a에 따르면, 연방주는 법으로써 분쟁당사자들에게 인정된 조정기관에서 분쟁의 합의를 도출하기 위한 시도를 한 후에 법원에 소송을 제기하도록 요구할 수 있다. 즉, 독일연방의 주들이 이에 상응하는 입법을 하는 경우 그러한 기준에 부합하는 분쟁은 법원절차가 개시되기 전에 conciliation절차를 반드시 거쳐야 함을 의미한다.⁵²⁾ Bavaria, Baden, Hambourg, Hesse, Lower Saxony, North Rhine Westphalia와 Shlewig-Holstein 등 다수의 독일 주들은 법안을 준비하고 있거나 시행하고 있다.⁵³⁾

5. 한국

본 논문의 분석대상인 'mediation'과 'conciliation'은 우리나라의 조정제도와 비교할 수 있다. 조정제도는 그 담당기관을 기준으로 사법형, 행정형, 민간형으로 구분할 수 있다.⁵⁴⁾ 사법형 조정의 대표적인 예는 民事調停제도를 들 수 있다. 우리나라의 민사조정은 제3자인 법원 소속의 조정기관이 간이절차에 따라 당사자를 설득하여 당사자 사이의 상호양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 민사에 관한 분쟁을 해결하는 제도를 말한다.⁵⁵⁾ 우리의 민사조정인 경우 조정기관이 당사자 쌍방의 의견을 들어 쟁점을 정리하고, 필요한 경우에는 당사자를 설득하는 등 절차진행에 적극적으로 개입하고, 분쟁당사자들에게 조정안을 제시한다. 이 점에서 평가적 조정모델을 따른다고 할 수 있다. 민사조정절차는 크게 당사자가 제출한 조정신청에 의해 개시되는 경우와 수소법원 (재판부)이 직권으로 사건을

50) *Id.*

51) *Id.*

52) Katja Funken, "Comparative Dispute Management", *German Law Journal*, Vol.3 No.2 (1 February 2002).

53) 강제조정절차가 적용되는 분쟁 유형은 소송가액이 700유로초과하지 않는 분쟁, 미디어를 통하여 공표되지 않은 특정 명예훼손 분쟁, 이웃 및 인접소유권의 이해관계에 대한 법과 관련된 분쟁 등이 있으며, 이러한 분쟁유형에 해당하더라도 강제적 조정이 적용되지 않는 일정한 예외를 인정하고 있다. *Id.*

54) 강수미, "재판 외의 분쟁해결제도에 대한 반추", 『민사소송』 Vol.10, No.1 (2006), p.210.

55) 민사조정법 [시행 2009.2.6] 제1조.

조정예 회부하는 경우로 나눌 수 있다. 수소법원은 항소심 판결선고 전까지 언제든지 계류 중인 사건을 조정예 회부할 수 있는데, 이를 조정담당판사로 하여금 처리하거나 수소법원이 스스로 처리할 수 있다. 수소법원이 스스로 처리하는 경우에도 수소법원이 직접 조정절차를 진행할 수도 있지만 대개 수소법원에 직속된 조정위원회로 하여금 조정사건을 처리하게 하고 있다. 조정위원회는 수명법관 1인과 조정위원 2인으로 구성되고 수명법관이 조정장이 된다. 실무상 이러한 수소법원에 의한 조정이 조정의 약2/3 정도를 차지하고 있다.⁵⁶⁾ 그러나 조정전담판사가 조정절차를 진행하는 경우, 당해 사건이 성질상 조정을 함에 적당하지 않거나 당사자가 부당한 목적으로 조정을 신청한 경우에는 조정을 하지 않고 사건을 종결시킬 수 있다 (민사조정법 26조). 실무상 이와 같은 사례는 드물고, 대부분 조정성립 또는 불성립으로 조정사건이 종결된다.⁵⁷⁾

행정형조정제도는 각종 특별법에 따라 행정관청 또는 행정관청 산하기관에 설치된 분쟁조정위원회가 관장하는 조정제도를 의미한다. 행정관청에 설치되어 있는 것으로 건설분쟁조정위원회, 건축분쟁조정위원회, 산업재산권분쟁조정위원회, 의료심사조정위원회 등이 있다. 동 분쟁위원회들을 위한 상설 사무국이 있는 것은 아니고 행정관청 내 다른 부서가 부수업무로 겸무하고 있다. 행정관청 산하기관에 설치되어 있는 것으로 소비자분쟁조정위원회 (소비자보호원), 저작권심의조정위원회 (저작권심의조정위원회), 전자거래분쟁조정위원회 (전자거래진흥원), 프로그램심의조정위원회 (프로그램심의조정위원회), 개인정보분쟁조정위원회 (한국정보보호진흥원), 인터넷주소분쟁조정위원회 (한국인터넷진흥원), 언론중재위원회 (언론중재위원회) 등이 있으며, 상설 사무국이 있다. 이러한 각종 분쟁조정위원회는 해당 분야의 전문가를 활용하여 수월하고 원만하게 분쟁을 해결하는 기능을 수행한다.⁵⁸⁾ 그런데, 이러한 각종 분쟁조정예의 효력은 조정기관에 따라 다르다는 문제점을 갖는다. 예컨대 전자거래분쟁조정위원회의 조정예력은 민법상 화해와 같은 효력 (전자거래기본법 제35조 제3항)이나 소비자분쟁조정위원회의 조정예력은 재판상 화해와 같은 효력 (소비자보호법 제45조 제4항)이 있다.⁵⁹⁾ 행정형 조정제도의 경우도 해당분야의 전문가들이 분쟁 당사자의 입장을 듣고, 관련 법과 실정 등을 고려하여 사안을 판단하고 당사자간 분쟁해결을 위한 해결책을 제안하는 점에서 평가적 조정모형을 따르고 있다.

민간단체에 설치되어 있는 것으로 자율분쟁조정위원회 (한국소비자단체협의회: 소비자보호법 제19조의 2), 가맹사업거래분쟁조정협의회 (한국프랜차이즈협회: 가맹사업거래의 공정화에관한법률 제16조) 등이 있다.⁶⁰⁾

56) 법원행정처, 「조정위원직무편람」, 2006.4.26, p.11, 오대성, “민사조정예의 운영실태와 그 활성화방안에 관한 법사회적 연구: 광주 및 전남지역예의 법원을 중심으로”, 「중재연구」, p.192.

57) *Id.*

58) 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 「안암법학」, 통권 제22호, pp.296-297.

59) *Id.*, p.297.

60) 유병현, “ADR의 발전과 법원외조정예의 효력”, 「법조」, 통권 제573호 (2004.6), p.50. 유병현, *supra* note 57,

조정인의 역할을 기준으로 조정은 조정인이 사건의 실체를 평가하여 당사자간의 분쟁해결을 도와주는 평가적 조정모델과 조정인이 사건 실체에 대한 평가를 하기보다 분쟁당사자가 스스로 분쟁의 해결책을 도출하도록 당사자간의 협상을 돕는 촉진적 조정모델로 구별될 수 있다. 우리나라의 조정제도는 민사조정과 같은 調停제도와 환경분쟁조정과 같은 調整제도의 유형이 있는데, 실제 民事調停의 경우에도 조정인이 “당사자를 설득하여... 조리를 바탕으로 실정에 맞게 분쟁을 처리”함으로써 사안을 판단하여 조정안을 제시하는 평가적 조정모델을 따르고 있고, 환경분쟁調整이나 저작권심의調整의 경우에도 조정인이 분쟁사안을 평가하여, 관련법과 실정에 맞게 조정안을 제시한다는 점에서 평가적 조정 모델을 따르고 있다. 분쟁의 성격, 분쟁 당사자간의 관계 등에 따라 분쟁을 해결하는데 적합한 조정모델이 다를 수 있는데, 미국, 영국, 프랑스, 독일 등에서 'mediation'의 모델은 조정인이 분쟁 당사자가 스스로 분쟁해결을 찾을 수 있도록 고안된 절차를 관리하고 당사자간의 커뮤니케이션을 돕는 '촉진적 조정'이 일반적인데 비하여 우리나라의 조정문화는 이러한 형태의 '촉진적 조정' 보다는 '평가적 조정'형태가 일반적인 것으로 보인다.

IV. Mediation과 Conciliation의 비교

앞서 검토한 국가들 (미국, 영국, 프랑스, 독일)의 국내법상의 'mediation'과 'conciliation'의 개념을 살펴보면, mediation과 conciliation 모두 분쟁당사자간의 관계를 유지하면서 분쟁 당사자가 상호 만족스러운 해결책을 도출하는데 관심을 갖는다. 이 두 개념은 동의어로 이해되기도 하지만 분쟁해결방식에 있어 차이가 있음이 발견된다. 먼저, 앞서 검토한 바와 같이 mediation의 경우, 절차의 일정한 프로토콜⁶¹⁾이 있고, mediator가 mediation절차를 효과적으로 관리하여 분쟁당사자이 mediator의 지원으로 분쟁당사자 스스로가 분쟁해결책을 도출한다. 이와 대조적으로 conciliation절차에서는 조정인은 당사자간의 협상 또는 커뮤니케이션을 돕는 어떠한 구조화된 절차를 따르지 않는다.

둘째, mediation과 conciliation 모두 분쟁당사자들이 자신들의 분쟁을 해결하는 방식으로 자발적으로 선택하는 ADR이지만, conciliation의 경우 법에 의해 소송 전에 그 이용이 강제되는 경우도 있다. conciliation이 주로 활용되는 분야는 노동, 소비자 분쟁, 가사분쟁 등이지만 이러한 분야에 한정되는 것은 아니다.

p.296에서 재인용.

61) mediator와 분쟁당사자들은 중재절차에 있어서 구체적인 프로토콜을 갖는다. 예컨대, mediator의 개시진술(opening statements), 각 당사자의 입장 표명, 합의되어야 할 쟁점과 순서 확정, 공동회의, 중개인과 당사자간의 개별회의, 의사결정, 결정의 기록, 중개인의 mediation 종료선언 및 종료 등 일정한 절차적 프로토콜을 통하여 mediator는 분쟁당사자들이 자신들의 이해관계를 반영할 수 있는 최적의 해결책을 찾도록 전문적인 커뮤니케이션기술과 협상기술을 이용한다.

셋째, conciliation절차에 개입하는 conciliator는 분쟁당사자들의 협상을 돕고, 만족할만한 해결책을 제시하는 공정하고 중립적인 제3자다. mediation절차는 최적의 해결책을 개별적으로 고찰하기 위하여 노력하고, 분쟁당사자에게 만족스러운 공통의 해결책을 찾으려 시도한다. 이러한 점은 mediation과 상당히 유사하지만 중요한 차이점은 conciliation에서는 conciliator가 분쟁의 실질적 해결에 상대적으로 직접적 역할을 하여 분쟁당사자들에게 특정한 해결책을 권고할 수 있다는 것이다. 분쟁당사자들은 conciliator가 제시하는 분쟁해결안(조정안)에 대하여 자유로이 의사결정을 할 수 있다. conciliation절차에서 중립적인 제3자는 당사자들에게 최선의 해결책을 만들어 낼 책임을 갖는다. 이 점에서 conciliation은 mediation과 구별된다.

V. 결 론

국제분쟁해결제도에 있어서 UN헌장, WTO DSU는 ADR로서 mediation과 conciliation을 직접 정의하고 있지는 않지만 이 두 가지 분쟁해결방식을 각각 구별하여 열거함으로써 최소한의 차이가 있음을 전제한 것으로 보인다. 국제법상 仲介 (mediation)는 분쟁해결에 개입하는 제3국 또는 제3자가 당사국간의 분쟁해결을 촉진하는 방식이며, 調停 (conciliation)은 분쟁해결에 개입하는 제3국 또는 제3자가 분쟁 당사국간의 분쟁해결을 촉진하면서, 분쟁당사자에게 분쟁의 해결책 (조정안)을 제시하는 분쟁해결방식을 의미하는 것으로 이해되고 있다. 제3국 또는 제3자가 제시하는 조정안은 중재판결과 같이 그 자체로 법적 구속력이 있는 결정으로써 분쟁당사국에게 부과되는 것이 아니므로 분쟁당사국들이 조정안의 수락 또는 거부를 자유로이 결정할 수 있다.

국제조약은 아니지만, 국제상사조정에관한UNCITRAL모델법의 conciliation의 정의에 따르면, “conciliation, mediation 또는 다른 유사한 의미의 표현으로 언급되는 지 여부에 상관없이, 당사자들이 제3자 또는 3자들에게 계약 또는 기타 법적 관계에서 발생하는 그들의 분쟁에 우호적인 해결책에 도달하기 위한 노력에 있어 그들을 도와달라고 요청하는 절차”를 의미한다.⁶²⁾ conciliator는 당사자들에게 분쟁의 해결책을 부과할 권한을 갖지 않는다.⁶³⁾ 그러나 conciliator는 conciliation절차의 모든 단계에서 분쟁 해결을 위한 제안을 할

62) UNCITRAL모델법 1.3조.

63) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002) 1.3조의 원문은 다음과 같다: “For the purpose of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.”

수 있다.⁶⁴⁾ 그런데, EU법인 EU의 mediation지침상의 mediation의 정의를 보면, mediation은 명칭이 어떻든 간에 둘 이상의 분쟁당사자들이 스스로, 자발적인 근거로, 중개인(mediator)의 지원으로 그들의 분쟁에 대한 합의에 이르도록 노력하는 체계적인 과정으로 정의되어 있다.⁶⁵⁾ 그런데, 지침의 전문(11)은 동 지침이 계약 전 협상이나 사법조정(judicial conciliation) 제도, 소비자 불만제도, 중재(arbitration) 및 전문가 결정과 같은 사법적 성격의 과정 또는 법적 구속력이 존재하는 지 여부에 관계없이, 분쟁의 해결에 대하여 공식적인 권고를 주는 사람 또는 기관이 관리하는 절차에는 적용되지 않는다고 규정함으로써, mediation을 분쟁해결에 참여하는 제3자가 분쟁의 해결책(조정안)을 제안하는 conciliation과는 명시적으로 구별하고 있다.

국내법 측면에서 검토하면, 영미법계 국가인 미국, 영국 그리고 대륙법계 국가인 프랑스, 독일, 한국의 ‘mediation’과 ‘conciliation’에 대한 국내법의 구별을 보면 같은 영미법계 국가라 하더라도 미국과 영국이 차이가 있으며, 전반적으로 미국과 영국을 포함한 다른 검토대상 국가와의 차이가 있음을 알 수 있다. 미국에서는 ‘mediation’과 ‘conciliation’이 모두 중재와 달리 법적 구속력 있는 결정을 분쟁당사자에게 부과하지 않으므로, 두 용어의 구별의 실익에 크게 의미를 두지 않고 조정의 의미로 ‘conciliation’ 보다는 ‘mediation’이라는 용어를 사용한다. *Uniform Mediation Act*의 경우, mediation의 정의는 촉진적 조정 모델을 따르고 있고, 노사분쟁에 ADR서비스를 제공하는 *Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS)*에서의 mediation의 정의는 평가적 조정모델을 따르고 있다. 미국을 제외한 영국, 프랑스, 독일의 경우 관련법에서 mediation과 conciliation을 구별하여 별도로 규정하고 있어 제3자의 자격과 절차의 진행 등에 있어 내용을 달리 하고 있는데, mediation의 내용은 대체로 미국의 촉진적 조정모델과 유사하다.

한국의 조정제도는 앞서 검토한 ‘conciliation’의 의미에 가깝고, ‘mediation’ 측면에서 조정인이 평가자적 입장에서 분쟁 당사자간의 분쟁을 해결할 수 있는 해결책을 제시하는 ‘평가적 조정’의 형태를 취하고 있다. ‘촉진적 조정’은 분쟁당사자에게 분쟁당사자의 이해관계에 부합하는 실용적, 경제적 및 지속가능한 해결책을 개발할 기회를 제공한다는 점에서 주로 영미법계에서 다른 ADR에 비하여 그 가치가 높게 평가되고, 활용되고 있다. 그러한 점에서 ‘촉진적 조정’제도에 대한 활용 가능성을 검토할 필요가 있다. 민사 뿐 아니라 특히 당사자간의 사업적 관계의 연속성이 있는 상사분쟁에서 ‘촉진적 조정’제도는 전통적인 법적 권리의 구제 보다는 훨씬 다양한 분쟁해결책을 창출할 수 있고, 분쟁당사자간의 관계도 유지, 개선할 수 있다는 점에서 활용될 수 있다. 그런데, 촉진적 조정의 이점은 조정인의 조정기술, 커뮤니케이션 능력에 상당부분 의존하여 발휘될 수 있다. 따라서

64) UNCITRAL 모델법 6.4조.

65) EU 중개지침 5조.

전문적 조정기술을 갖춘 전문가들을 양성 할 필요성이 있다. 이와 더불어 현행 법원 및 행정기관에 의해 운영되는 조정제도와는 별도로 조정서비스를 제공할 수 있는 공공 및 민간기관이 설치된다면 갈등, 분쟁으로 인한 불필요한 사회적 비용을 줄이는데 기여할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

- 강수미, “재판 외의 분쟁해결제도에 대한 반추”, 『민사소송』 Vol.10, No.1 (2006)
- 법원행정처, 「조정위원직무편람」 (2006)
- 오대성, “민사조정 운영실태와 그 활성화방안에 관한 법사회학적 연구: 광주 및 전남지역의 법원을 중심으로”, 『중재연구』 제17권 제2호 (2007)
- 유병현, “우리나라 ADR의 발전방향”, 『안암법학』, 통권 제22호 (2006)
- 이로리, “ADR을 통한 EU의 국경간 분쟁해결제도: EU 민 · 상사 중개지침을 중심으로”, 『통상법률』, 통권 제86호 (2009).
- 이로리, “ADR의 활성화와 법원의 역할: 영국의 민 · 상사 법원중개제도를 중심으로”, 『경영법률』, 제19집 제3호 (2009)
- 이로리, “프랑스 ADR제도: 법원관련 중개 및 조정제도를 중심으로”, 『안암법학』, 통권 제29호 (2009)
- Carita Wallgren, “ADR and Business” in J.C. Goldsmith, G.H. Pointon and A. Ingen-Housz(eds), *ADR in Business*, Kluwer Law International (Netherland: 2006)
- Christiane BLANCHEMANCHE, L’avocat et la médiation, première partie: Quelle expérience de développement pratique?, Village de la Justice (www.village-justice.com/articles/avocat-meditation-premiere-parties.122.html, 2009년 3월 28일 검색)
- C. Jarroson, “ La médiation et la conciliation: essai de presentation”, Droit dr Patrimoine at 39 (December 1999), Gaillard · Emmanuel, Gaillard · Emmanuel, “Mediation France”, *Dispute Resolution Journal*, Nov. 2000 - Jan. 2001, Findarticles.com (http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200011/ai_n8981675, 2008년 10월 30일 검색)
- Discussion Paper by the Lord Chancellor’s Department on Alternative Dispute Resolution (<http://www.lcd.gov.uk/Consult/cr-just/adi/annexald/htm>) - Annexure A.
- Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, *Official Journal* (OJ)

L136/3 (24.5.2008)

European Commission, Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, COM(2002)196final, Brussels (19.04.2002)

European Commission, European Judicial Network in civil and commercial matters: Alternative Dispute Resolutions-France, (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_fra_en.htm, 2008년 10월 3일 검색)

European Commission, Alternative Dispute Resolutions - Germany (http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_en.htm, 2008년 10월 10일 검색)

John Collier & Vauchan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press (New York: 1999)

Katja Funken, "Comparative Dispute Management" *German Law Journal* Vol.3 No.2 (1 February 2002).

Kimberlee K. Kovach, *Mediation*, Thomson West (2005)

M. Jagannadha Rao, "Concepts of Conciliation and Mediation and Their Differences", Law Commission of India (http://lawcommissionofindia.nic.in/adr_conf/concepts%20med%20Rao%201.pdf, 2009년 4월 8일 검색)

Michel Kallipetis and Stephen Ruttle, "*Better Dispute Resolution - the Development and Practice of Mediation in the United Kingdom Between 1995 - 2000*" in Jean-Claude Goldsmith, Gerald H. Pointon, Arnold Ingen-Housz (Eds.), *ADR in Business*, KLUWER LAW Internationa (Nethrland: 2006)

Nabli N. Antaki, "Cultural Diversity and ADR Practices in the World", in J.C. Goldsmith, G.H. Pointon and A. Ingen-Housz (eds), *ADR in Business*, Kluwer Law International (Netherland: 2006)

Rapport présenté au nom de la section du Cadre de vie par Mme Michèle Lindeperg, La Documentation Française, Rapport, (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000547/oooo.pdf> (2009년 3월 2일 검색)

Resolution adopted by the General Assembly, 57/18 - Model law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade law. (Official Records of the General assembly, Fifty-seven Session, Supplement No.17 (A/57/17), annex 1

Richard L. Marcus & Wdward F. Sherman, *Complex Litigation*, (2nd ed.), West Publishing Co. (2000)

UNCITRAL, 2002- *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with*

- Guide to Enactment and Use* (<http://www.uncitral.org>, 2009년 5월 1일 검색)
- UNCITRAL, 2002- *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation -
Stuats* (<http://www.uncitral.org>, 2009년 5월 1일 검색)
- Uniform Mediation Act (February 20, 2001 draft), National Conference of Commissioners
on Uniform Sate Laws).
- U.S. Department of Justice, ADA Mediation Program (<http://www.ada.gov/mediate.com>,
2009년 4월 25일 검색)
- WIPO Arbitration and Mediation Center, WIPO Arbitration and Mediation Rules, WIPO
Publication N 446(E) (<http://arbiter.wipo.int>, 2009년 4월 3일 검색)
- WIPO, *What is Mediation?*, WIPO IP Service - Arbitration and Mediation Center
(<http://www.wipo.int/amc/en/mediation/what-mediation.html>, 2009년 4월 21일 검색)

ABSTRACT

A Comparative Study on the Concepts of 'Mediation' and 'Conciliation'

Lo-Ri Yi

Concepts of mediation and conciliation as alternative dispute resolutions are often confusingly used. As to what is meant by mediation and conciliation, there is no uniform legal definition. However, there has been a distinction between two methods of dispute settlement under the international law (UN Charter, WTO DSU, NAFTA, EU mediation directive, WIPO Mediation Rules) although there is no clear definition on the terms of mediation and conciliation. And also under the domestic law such as U.K, France, Germany, a clear distinction has been made between two terms. Mediation means a facilitated negotiation between two parties through the intervention of a third party. A third and neutral party (mediator) help the parties in dispute to find their solution by managing a certain mediation protocol and facilitating communication between the parties while in conciliation, a third party evaluative the case and can suggest the parties a legally non-binding solution. Once the parties accept it, it becomes binding between them. However, in the U.S., it seems that there is no practical use of distinguishing mediation and conciliation. The term of mediation is more commonly used than the term of conciliation and it has two kinds of mediation such as facilitative and evaluative mediation. Korea's conciliation system is close to conciliation or evaluative mediation. In conclusion, what is distinct between mediation and conciliation is the role of third party. If a neutral third party takes a role of advisor or facilitator, then he or she may employ a proper protocol to help the parties to find themselves their solution (mediation) while if a neutral person plays a role of evaluator, then he or she listens to the parties and suggest a solution to them (conciliation).

Key Words : mediation, mediation/conciliation, evaluative mediation, facilitative mediation, alternative dispute settlement, dispute settlement.