

행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안 연구

A Study on Legislative Improvement for Removing
Administrative Conflicts

2004. 11. 30

연구자 : 한 귀 현 (부연구위원)

한국법제연구원

국 문 요 약

최근 우리 사회에서 최대의 화두가 되고 있는 것은 사회갈등과 그 해결이라 할 수 있다. 그런데 갈등의 의미는 ‘인간은 갈등적 존재이다’(homo conflictus)라는 명제에서 잘 나타나는 바와 같이 갈등은 어느 사회에나 어느 때나 존재하는 것이며, 갈등의 존재 자체는 불가피한 긴장을 상징하며 변화와 발전을 촉진하는 요소이다.

그러나 21세기를 맞이하여 우리 사회는 미증유의 전환, 끊임없는 변용에 직면하고 있다. 현재 우리 사회는 정치갈등, 노사갈등, 세대간갈등, 이념갈등 등을 비롯하여 환경, 교육, 여성, 농촌 등 거의 전 영역에 걸쳐서 심각하고 제어하기 곤란할 정도로 사회갈등이 분출되고 있다. 특히 행정상의 갈등과 관련하여서는 이른바 개발과 보전의 대립, 공공시설 특히 위험·혐오시설 내지 비선호시설의 입지선정을 둘러싸고 갈등이 현저하게 표출되고 있다. 게다가 이와 같은 행정상의 갈등은 지방자치의 본격화에 수반하여 중앙정부와 지방자치단체, 지방자치단체 상호간, 그리고 지방자치단체와 지역주민간의 갈등과 같이 다양한 양상을 띠고 있다. 요컨대 세계화, 지방화, 민주화, 정보화 등에 수반하여 다종다양하고 복합적인 사회적 갈등이 분출됨에 따라 갈등의 해소 내지 예방은 국가의 최우선과제의 하나로 자리매김하고 있다.

행정상의 갈등해소를 위하여 우리의 현행 법제는 국토계획법제, 환경법제, 보상법제, 혐오·기피시설 관련법제 등 나름대로 정비된 법체계를 갖추고 있기는 하지만, 형량원칙의 채용, 계획확정절차의 도입, 그리고 주민참여의 실질화 등 개선하여야 할 과제도 적지 않다. 뿐만 아니라 현행 행정상의 갈등해소법제는 기본적으로는 행정상의 갈등의 사후조정적인 시스템으로 되어 있어 다양한 분야에 걸쳐서 복합적인 형태로 분출되고 있는 행정상의 갈등을 해소 내지 예방하기에는 한계를 드러내고 있다.

생각건대, “예방은 구제보다 낫다”(prevention is better than cure)라는 법격언은 행정상의 갈등해소에 있어서 가장 타당하다고 생각되며,

따라서 행정상의 갈등에 대한 인식의 근본적인 전환과 아울러 그러한 갈등을 사전예방할 수 있는 국가적인 행정갈등관리법시스템의 구축이 요청된다고 할 것이다. 이에 본 연구는 행정상의 갈등해소에 관련한 미국, 독일, 일본의 법제의 검토에 기초하여 가칭 “갈등관리기본법”의 제정방향을 제시하고 있다.

무릇 21세기의 국가경쟁력은 물론 국민화합과 행정의 효율성은 행정상의 갈등을 얼마나 해소하고 예방하느냐의 여하에 달려 있다고 본다. 더 늦기 전에 행정상의 갈등을 사전예방할 수 있는 법시스템이 조속히 마련되어야 할 것이다.

※ 키워드 : 대체적 분쟁해결제도, 참여적 의사결정방법, 행정분쟁해결법, 행정상의 갈등, 갈등영향분석제도

Abstract

One of the most pressing issues in our society these days are social conflicts and their solution. People are sometimes described as 'homo conflitus.' Conflicts exist in every society and at any time. Thus, the existence of conflicts itself signifies inevitable tension and plays a role in promoting change and development.

However, society is now facing unseen upheavals and changes as we enter the 21st century. Social conflicts erupt so severely that they are often uncontrollable. Moreover, they manifest themselves in almost all areas of life. Political, capital and labor, generational and ideological conflicts as well as environmental, educational, gender, rural community conflicts are becoming increasingly common. In particular, administrative conflicts are often caused by an antagonism between development and preservation, and a local or regional resistance against certain developments. For example, when it comes to the selection of sites for public facilities which are dangerous or which arouse public disapproval, the conflicts become very obvious. Moreover, as local autonomy gets into its stride, conflicts are diversified to include collisions between central government and local government, between local governments themselves, and between local government and their constituents. In short, as the processes of globalization, localization, democratization, and the development of information technology have led to diverse and complicated social conflicts, the resolution and prevention of conflicts has become one of the most pressing matters for nations to deal with.

Current legislation is already very well established in the areas of national land planning, the environment, compensation, and the development of unpopular public facilities. However, such legislation could still be improved by adopting cost-benefit analysis, introducing clear procedures to reach settlements and realizing residents' participation. Also, current legislation related to administrative conflicts has limitations in resolving or preventing collisions which are often very complicated, and evident throughout society, since they are basically post adjustments to administrative conflicts.

The saying, "prevention is better than a cure", shows what needs to come first in terms of the resolution of administrative conflicts. Consequently, the development of a system to manage administrative conflicts on a national scale, and which is able to look at administrative conflicts in a new light and to prevent collision itself is thought to be required. This study proposes how the "Framework Act on the Conflicts Management" could be legislated on the basis of similar legislation in the USA, Germany and Japan.

National harmony and administrative efficiency as well as national competitiveness in the 21st century seem to depend on how much administrative conflicts can be resolved and prevented. Preparation of legislation which is able to prevent administrative conflicts must take first priority, before it is too late.

※ Key Word : **Alternative Dispute Resolution(ADR), Participatory Decisionmaking, Administrative Dispute Resolution Act(ADRA), Administrative Conflict, Conflict Impact Assessment**

목 차

국문 요약	3
Abstract	5
제 1 장 서 론	9
제 1 절 연구의 목적	9
제 2 절 연구의 방법과 범위	11
제 2 장 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제의 분석	13
제 1 절 행정상의 갈등의 개념과 전개모델	13
1. 행정상의 갈등의 개념과 유형	13
2. 갈등(분쟁)의 전개모델	16
제 2 절 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제의 분석	24
1. 현행 갈등해소(관리)법제와 문제점	24
2. 갈등관리를 위한 분쟁조정제도	26
제 3 절 행정상 갈등의 주요사례의 검토	35
1. 한탄강댐건설관련 갈등사례	35
2. 부안 핵폐기물처리장건설 갈등사례	42
3. 새만금간척사업 갈등사례	44
제 4 절 소 결	55
제 3 장 행정상의 갈등해소법제에 대한 비교법적 분석	57
제 1 절 미 국	57
1. 개 설	57
2. 행정분쟁해결법의 체계와 주요내용	60
3. 행정분쟁해결법과 대체적 분쟁해결제도	66

제 2 절 독 일	89
1. 개 관	89
2. ADR의 도입계기와 ADR의 상황	90
3. 독일에 있어서 ADR의 불활발과 그 원인	95
4. 행정분쟁해결을 위한 대안으로서의 조정	98
제 3 절 일 본	102
1. 서	102
2. 일본에 있어서 ADR의 발전	102
3. ADR의 문제점과 그 극복	108
4. 새로운 지위에 걸맞는 ADR의 형성	110
5. ADR기본법의 제정논의	111
제 4 절 요약 및 시사점	130
제 4 장 행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안	133
제 1 절 갈등관리기본법의 제정필요성	133
제 2 절 갈등관리기본법의 체계와 주요내용	134
제 3 절 갈등의 예방과 해결의 원칙	136
제 4 절 갈등영향분석제도의 도입	137
제 5 절 갈등관리위원회의 설치	140
제 6 절 참여적 의사결정방법의 도입	141
제 7 절 갈등관리지원센터의 설치	144
제 8 절 갈등조정회의의 설치	145
제 5 장 결 론	147
참 고 문 헌	149

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

21세기를 맞이하여 우리 사회는 미증유의 전환, 끊임없는 변용에 직면하고 있다. 특히 세계화, 지방화, 민주화, 정보화 등에 수반하여 여러 계층에서의 다종다양하고 복합적인 사회적 갈등이 분출됨에 따라 갈등의 해소 내지 예방은 참여정부, 아니 국가의 최우선과제의 하나로 자리매김하고 있으며, 따라서 21세기의 국가경쟁력은 바로 갈등의 해소 여하에 달려있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

흔히 ‘인간은 갈등적 존재이다’(homo conflitus)라는 명제에서 갈등의 의미가 잘 나타난다고 할 수 있다. 갈등의 존재 자체는 불가피한 긴장(inevitable tension)을 상징하며 기능론의 정태적 관점보다는 갈등론에서 제기하듯이 사회발전의 역동성을 의미한다. 즉 사회갈등은 변화를 촉진하는 요소이다. 다만, 어떤 종류의 갈등인지, 어느 정도의 갈등인지가 중요하다고 할 수 있다. 요컨대 갈등과 분쟁은 어느 사회에나 어느 때나 있을 수 있으며, 그것은 변화와 발전의 불가피한 산물이다. 문제는 어떻게 그런 갈등-분쟁에 대처하느냐 하는 것이다.

지난 세기동안 한국 사회에는 갈등이 개발주도형 국가체제 아래에서 억압 및 잠재된 유형으로 진행되어 왔으나, 1987년 소위 6.29 선언에 의해 억압 구조의 분출구가 형성되고 갈등의 양상은 사회구성원의 전체적인 운동의 차원으로 양상을 달리하게 되었다. 즉, 1980년대 후반부터 형식적 민주화과정을 거치면서 사회구성원의 사회적 요구는 봇물처럼 터지게 되었고, 이러한 양상은 문민정부와 국민의 정부에 이르러 실질적인 민주화과정에 대한 기대로 인해 사회 각층에서 표출되기 시작하였으며 갈등의 강도를 더해가게 되었다. 한국 사회가 겪고 있는 대표적인 갈등은 정치갈등, 노사갈등, 세대갈등, 이념갈등 등을 비롯하여 교육, 여성, 농촌 등 거의 전 영역에서 심각할 정도로 나타나고 있는 실정이다.¹⁾

1) 대통령자문 지속가능발전위원회, 갈등관리시스템 구축방안 연구보고서, 지속가능발

특히 행정상의 갈등과 관련하여서는 개발과 보전의 대립, 공공시설 특히 위험·혐오시설 내지 비선호시설(Locally Unwanted Land Uses: LULU)의 입지선정을 둘러싸고 갈등이 현저하게 표출되고 있다. 예를들면 부안 핵폐기물처리장건설, 영월댐 및 한탄강댐건설, 새만금간척사업, 쓰레기소각장(매립지)건설을 둘러싼 갈등 등 이루 헤아릴 수 없을 지경이다. 게다가 이와 같은 행정상의 갈등은 지방자치의 본격화에 수반하여 중앙정부와 지방자치단체, 지방자치단체 상호간, 그리고 지방자치단체와 지역주민간의 갈등 등과 같이 다양한 양상을 띠고 있다.²⁾

한편, 우리의 현행 법제는 이와 같은 행정상의 갈등 내지 분쟁에 대응하기 위하여 행정절차법, 환경·교통·재해등에관한영향평가법 및 환경분쟁조정법 등을 마련하고 있으나 다양하고 심각한 형태로 표출되고 있는 행정상의 갈등의 완화 내지 해소를 위해서는 불충분하다고 하지 않을 수 없으며 따라서 그 개선 내지 보완이 강하게 요구되고 있는 실정이다. 특히 각종의 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제는 기본적으로 그러한 갈등을 사전예방할 수 있는 시스템으로 구성되어 있다기보다는 사후적으로 조정·해결하는 시스템으로 구축되어 있다고 할 수 있다. 그러므로 행정상의 갈등을 완화 내지 해소하기 위해서는 그 법제도 갈등의 사후적 조정시스템으로부터 사전예방적인 시스템으로 근본적으로 전환하여야 할 것으로 본다.

요컨대 21세기의 국가경쟁력은 행정상의 갈등을 얼마나 완화하고 경감하느냐에 달려있다고 해도 지나치지 않을 것이다. 이에 본 연구는 행정상의 주요 갈등사례와 현행 법제를 분석함과 아울러 비교법적 관점에서 특히 미국의 행정분쟁해결법을 비롯하여 독일과 일본에 있어서의 행정상의 갈등해소법제에 대한 검토를 통하여 행정상의 갈등의 사전예방적 시스템의 구축을 위한 가칭 “갈등관리기본법”의 제정방향을 제시함으로써 행정상의 갈등해소는 물론 국가정책의 원활한 실행 및 행정의 효율성 확보, 그리고 국민화합과 신뢰사회의 구축에 이바지함을 목적으로 한다.

전위원회 자료집(2003. 12. 31), 13-14면 참조.

2) 역사적으로 볼 때 사회갈등의 양상은 ‘억압형 → 잠재형 → 표출형 → 확산형’으로 변동하는데 우리나라는 표출형과 확산형의 과도기에 처해 있는 상황이다.

제 2 절 연구의 방법과 범위

갈등의 존재 자체는 불가피한 긴장을 상징하며 사회발전의 역동성, 즉 변화를 촉진하는 요소이다. 그러나 그와 같은 갈등이 각계각층에서 다양하고 심각한 형태로 표출됨에 따라 사회갈등의 해소는 참여정부의 최우선과제의 하나가 되고 있다.

행정상의 갈등은 특히 공공시설의 입지선정 내지 설치와 관련하여 심각하게 나타나고 있다. 따라서 우선은 행정절차법을 비롯한 개별법상의 주민(이해관계인)참여의 실질화, 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 의한 각종 영향평가제도의 객관성·공정성의 확보 등이 선행되어야 할 것이다. 그러나 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제는 기본적으로 갈등의 사후적 조정에 주안점이 두어져 있으며, 그 결과 행정상의 갈등의 해소에 있어서는 그 한계를 노정하고 있다. 따라서 현행 법제는 행정상의 갈등의 사전예방적 시스템을 구축하는 방향으로 근본적으로 전환되어야 할 필요가 있다고 본다.

이에 본 연구는 우선 제1장 서론, 제2장 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제의 분석(행정상 갈등의 개념과 전개모델, 행정상 갈등해소를 위한 현행 법제와 그 문제점, 행정상 갈등의 주요사례의 검토), 제3장에서는 특히 미국의 행정분쟁해결법을 중심으로 한 행정상의 갈등해소법제에 대한 비교법적 분석(미국, 독일, 일본), 제4장 행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안에서는 가칭 '갈등관리기본법'의 제정방향(제정필요성, 기본법의 체계와 주요내용, 갈등의 예방과 해결의 원칙, 갈등영향분석제도의 도입, 갈등관리위원회의 설치, 참여적 의사결정방법의 도입, 갈등관리지원센터의 설치, 갈등조정위원회의 설치 등)을 제시하고, 그리고 제5장 결론의 순으로 진행하고자 한다.

그리고 본 연구는 주로 문헌과 판례 및 사례에 기초하여 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제를 검토하고 비교법적 관점에서의 분석을 통하여 행정상의 갈등해소를 위한 입법정책적 개선방향을 제시하고자 한다.

제 2 장 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제의 분석

제 1 절 행정상의 갈등의 개념과 전개모델

1. 행정상의 갈등의 개념과 유형

(1) 갈등의 개념

일반적으로 갈등이란 노사간의 갈등, 세대간의 갈등 등과 같이 “개인이나 집단 사이에 목표나 이해관계가 달라 서로 적대시하거나 불화를 일으키는 상태”³⁾ 또는 “양립불가능한 것으로 보이는 이해관계나 목표가 상충되고 있는 상태”라고 정의되고 있다. 그리고 일반적으로 갈등의 개념은 당사자간의 동의여부, 이해관계의 양립가능성, 실제와 인식간의 차이, 세계관 및 행위양식의 불일치 등으로 구성된다.

따라서 행정상의 갈등이란 “행정주체 상호간 또는 행정주체와 주민(국민) 사이에 양립불가능한 것으로 보이는 이해관계나 목표가 상충하고 있는 상태”라고 개념정의할 수 있을 것이다.⁴⁾ 예컨대 국가 내지 중앙정부와 지방자치단체간의 갈등, 국가와 일정한 이해집단간의 갈등, 지방자치단체와 주민간의 갈등 등등이 있다.

한편, 갈등(분쟁)은 부정적으로 기능하기도 하지만 긍정적으로 기능하기도 한다. 즉 갈등은 한편에서는 인간과 자연 그리고 사회(질서-체제-인간관계)를 손상 혹은 파괴하고 물질적·정신적·감정적 자원을 집중적으로 소모하는 등의 부정적 기능을 하는 반면에, 갈등의 적절한 처리를 통해 보다 발전된 체제-관계를 형성하며(갈등의 분출-해결과정에서 기존에 누적되거나 잠재된 문제를 발견, 확인, 처리하며 그 해결과정에서 당사자 상호간 오해의 해소, 이해의 증진, 관계의 발전을 가져온다) 특히 외부와

3) 국립국어연구원, 표준국어대사전, (주)두산동아, 2000, 114면.

한편, 갈등의 어원은 ‘confligere’라는 라틴어에서 유래하는데, 이는 ‘con (함께)’과 ‘fligere (충돌, 부딪침, 다툼)’이라는 용어의 합성어이다.

4) 다만, 경우에 따라서는 보다 넓은 의미로 사용될 수도 있을 것이다. 또한 여기에서는 갈등과 분쟁의 개념을 명확히 구분함이 없이 혼용하기로 한다.

의 갈등은 그 집단구성원의 소속감과 결속력을 강화해 주는 효과 등의 긍정적 기능도 가지고 있다. 또한 갈등(분쟁)은 확대재생산(escalation, 악순환), 갈등의 비화(spill-over, 한 곳에서의 갈등(분쟁)의 불뚝이 다른 곳으로까지 번지는 현상), 갈등의 굴절(deflection, 갈등이 현재화될 때 원래 그 갈등이 발생한 지점(진원지, 원인이 되는 이슈와 당사자)이 아니라 다른 곳(원인과 거리가 있는 “엉뚱한” 쟁점이나 당사자)에서 분출되는 현상) 등과 같은 특성을 지닌다.⁵⁾

(2) 갈등의 유형

갈등의 종류에는 기본적으로 욕구갈등(needs conflict)과 가치갈등(value conflict)의 두가지가 있다. 욕구갈등에는 물질적 욕구로서의 이해관계, 사실관계, 구조적, 상호관계 갈등 등이 있으며, 가치갈등에는 이념, 가치관 등의 갈등이 있다.⁶⁾

우선 욕구갈등으로서의 이해관계 갈등(Intrest Conflict)이란 욕구충족을 위한 분배, 절차 등에 대한 갈등을 의미하는 것으로 개인이나 집단의

5) 강영진, 갈등분쟁 해결 매뉴얼, 성공회대학교출판부, 2000, 11면.

한편, 모든 갈등(분쟁) 당사자는 첫째는 자신의 목표(이해관계)와, 둘째는 상대와의 관계(상대의 관심사에 대한 배려)라는 두가지 관심사를 갖고 있는 바, 어느쪽에 비중을 두느냐에 따라 문제해결자세와 결과가 달라진다.

갈등(분쟁)에 대처하는 방식에는 크게 ①Competing/경쟁-대립형(자신의 목표만을 배타적으로 추구(제로-섬), 자기주장이 강하고 경쟁적 자세, 자신의 입장을 고수하고 힘에 의존, 자신의 목표를 달성하는 대신 상대와의 관계를 희생시킴), ②Collaborating/협동적 문제해결형(윈-윈 방식의 문제해결을 추구, 상대방과 함께 해결책을 만드는 협동적인 문제해결 과정, 서로 자신이 추구하는 것(실익)을 상대에게 이해시킴, 각자의 목표(실익)를 충족시키며 효과적인 상호관계 형성), ③Compromising/절충-타협형(자신이 추구하는 것을 상대의 목표와 절충하여 타협적으로 해결, 자신의 실익 및 상대와의 관계를 적절히 조화시키려 함, 문제해결 방법이나 태도는 경쟁형⇔순응형, 회피형⇔협동적 해결형의 중간), ④Avoiding/회피-보류형(문제가 있어도 이를 해결하려 하지 않고 회피하거나 보류, 갈등상태에 있는 자신의 목표-실익 달성을 추구하지 않음, 더 큰 갈등을 우려해 당장의 문제해결을 연기하기도 함), ⑤Accommodating/순응-양보형(자신의 이해관계보다는 상대의 요구에 맞춰 갈등해소 추구, 자신의 실익보다는 상대와의 관계를 더 중시, 상대와의 경쟁-대립 회피, 자기주장을 잘 못하거나 안함)이 있다. 요컨대, 결과의 총량은 “회피”일 때 최소가 되고 “협동적 문제해결”일 때 최대가 된다. 이에 대해서는, 강영진, 전게서, 14-15면 참조.

6) 강영진, 전게서, 12면; 대통령자문 지속가능발전위원회, 전계 연구보고서, 229-232면 참조.

욕구나 가치관 등의 차이에 따라 갈등이 발생하게 된다. 그렇기 때문에 욕구갈등은 가치갈등을 동반하는 경우도 많이 발생하지만, 기본적으로 가치갈등보다는 욕구갈등의 요소를 더 많이 포함하고 있다. 이해관계 갈등의 예로서는 내용에 대한 인식의 차이, 경제적 분배 또는 보상, 혐오감, 부정적 인식 등을 들 수 있다.

둘째, 사실관계 갈등(Data Conflict)이란 객관적 사실이나 평가 등에 있어서 사실관계나 절차 등의 확인이 필요한 갈등으로 객관적인 정보나 학습의 부족으로 인한 이해부족 내지는 해석의 차이에서 발생한다. 따라서 사실확인을 거쳐 명확한 해답을 구할 수 있는 가능성이 높은 갈등이라고 할 수 있지만, 그 확인의 절차나 정보의 객관성과 공정성 등에 대한 신뢰 구축과 결과수용의 자세를 필요로 한다. 그 예로서는 내용에 대한 이해 부족, 신뢰부족, 정책결정 절차상의 문제, 환경에 대한 영향정도, 의사교환단절로부터 기인하는 문제 등을 들 수 있다.

셋째, 구조적 갈등(Structural Conflict)이란 사회 제도나 관행, 차별, 모순 등으로부터 비롯되는 갈등, 즉 사회구조나 시스템 등 분쟁당사자 외부의 상황적인 요인에 의해 발생하는 갈등을 말한다. 기존의 제도나 사회적 관습에 대한 세대간, 계층간, 집단간 이해와 인식, 수용과 인내, 그리고 문화적 차이는 사회적 갈등과 분열을 야기하는 원인이 되며, 욕구와 가치 모두가 깊이 개입되는 것이 통상적이다. 예를들면 반대를 위한 반대, 생존권, 문화의 상이성, 공익성 침해, 혐오감, 제도상의 문제 등을 들 수 있다.

넷째, 상호관계 갈등(Relationship Conflict)이란 상호간의 관계가 부정적이거나 일방적, 또는 단절된 상태에서부터 발생하는 갈등으로서 서로의 역할, 책임, 권한 등에 대한 입장의 차이에서 비롯된다. 예컨대 생존권, 자존심, 신뢰성 침해로부터 발생하는 갈등 등을 들 수 있다.

끝으로, 가치 갈등이란 가치관, 이념, 종교, 문화 등의 차이에서 발생하는 갈등으로서 왜곡된 신념, 정의나 공익에 대한 해석과 기준의 차이와 자신과 다른 기준과 해석에 대한 불인정, 그로 인한 극단적 행동 등을 들 수 있다. 이는 자신의 욕구의 문제를 동반하기도 하지만, 근본적으로는 가치체계의 상이성으로부터 발생하는 갈등이라 할 수 있다.

요컨대, 대부분의 갈등은 욕구와 가치 갈등을 함께 가진 복합갈등이기 때문에, 추가 되는 갈등에 주안점을 맞추고, 종이 되는 갈등은 부가적 해법으로 접근하는 것이 일반적인 갈등관리의 전략이다.

2. 갈등(분쟁)의 전개모델

미국의 법사회학자 펠스티너(William L.F. Felstiner), 애벨(Richard L. Abel), 사라(Austin Sarat)의 공동집필인 『분쟁의 생성과 변용』이라는 논문에서 그들은 분쟁이 전개되어 가는 단계들을 다음과 같이 모델화하였다.⁷⁾

unPIE → PIE → grievance → claim → dispute

unPIE란 unperceived injurious experience(인지되어 있지 않은 침해(미인지침해)의 존재)의 약칭이며, 밖으로부터의 침해행위는 있더라도 피해자가 그것을 침해로서 인지하고 있지 않은 경우를 가리킨다. 침해(injurious experience)란 『행위대상이 되는 인간에 있어서 가치 부정적인(disvalued) 모든 경험』⁸⁾이며, unPIE의 상태에서는 객관적으로는 그와 같은 침해가 존재하고 있지만 행위대상이 되는 인간(즉 피해자)의 주관에는 그것이 등장하고 있지 않다. Felstiner 등이 제시한 예는 다음과 같은 것이다. 핵실험이 행해진 장소의 영향권내에 거주하고 있는 사람들에게는 암의 발생율이 높아진다는 것이 알려져 있지만, 실제로 암에 걸려 있더라도 자기가 살고 있는 장소가 그 원인이 되고 있는 것을 알지 못하는 사람들도 있다. 그 사람들이 두어져 있는 상태가 unPIE라는 것이다. 마찬가지로 예로서 직업병을 직업병으로 인식하고 있지 못한 사람들의 경우도 들 수 있다. 그리고 그와 같은 침해행위가 인지되는지 여부는 당해 사람들의 사회계층, 교육수준, 직장환경, 정보네트워크 등에 상관하고 있는 것으로 그들은 예상하고 있다.

7) Felstiner, William L.F. et al. (1981) "The Emergence and Transformation of Disputes : Naming, Blaming, Claiming...", 15 Law and Society Review 631.

8) ibid., p. 634.

침해행위를 인지하게 되는 변용을 Felstiner 등은 「naming —문제화」라고 명명하고 있다. 핵실험장의 영향권내에 살고 있었기 때문에 암에 걸렸던 것이고, 유해물질을 취급하는 직장에서 일하고 있었기 때문에 「직업병」이라고 일컬어지는 특정의 병에 걸렸던 것이며, 그것은 단순한 우연이 아니라 거기에 밖으로부터의 침해행위가 존재한 것을 인지하게 되는 것이 naming인 것이다. 따라서 이 naming이라는 변용이야말로 협의의 「분쟁」 내지 갈등이 발생하기 위한 제1관문이 된다.⁹⁾

naming이라는 변용을 거친 unPIE는 PIE(perceived injurious experience = 既認知侵害)라고 일컬어지고, 이것이 제2의 변용인 「blaming —귀책화」를 통과함으로써 grievance(특정침해)가 된다. 인지된 침해를 일으키고 있는 원인주체를 피해자가 특정하여 인식하게 된다 —알기 쉽게 말하면, 누구 때문에 자신이 피해를 받고 있는가 하는 것을 피해자가 의식하게 되는 변용, 즉 문제시되는 사태를 일으키고 있는 책임주체의 특정화가 blaming인 것이다. 따라서 이 변용의 성립에는 ①침해를 일으키고 있는 주체의 존재와, ②그것이 어떤 형태로 구제가능할 것이 전제되어 있는 것이다.

게다가 grievance(특정침해)를 가진 피해자가 그 특정된 상대방(침해자)에 대해 침해의 사실(피해자에 있어서의 주관적 사실로 좋다)을 알리고 그것에 대한 구제를 요구하는 것을 제3의 변용, 「claiming —요구화」라고 부른다. 이 경우 비로소 피해자와 침해자라는 양 당사자간에 협의의 「분쟁」으로 발전할 수 있는 대립이 존재하고 있는 것이 顯在化하는 것이다. claiming이라는 변용을 거친 grievance(특정침해)는 claim(구제요구)을 이끌고, 피해자가 제시한 claim을 침해자가 부분적일지라

9) 무엇을 문제시하는가는 시대나 문화에 따라 상이한 상대적인 판단이다. 같은 시대 같은 문화 속에 있더라도 교육수준이나 사회계층의 차이가 초래하는 부차문화에 의해 혹은 개인적인 성격에 의해 그 판단은 크게 다를 것이다.

이러한 판단의 차이가 정치적인 형태를 취하면 그것은 이데올로기의 차이가 된다. 이러한 판단의 차이는 모두 그 기초를 이루는 전제의 차이에 기인한다. 갈등(분쟁)의 전개의 가장 기본적인 차원에 이와 같은 주관적인 판단이 위치지워지는 것이다. 이것은 모든 사회적 행위가 어떤 전제에 기초하여 행해지는 것의 필연적인 귀결이기도 하다. 이에 대해서는, 和田仁孝·太田勝造·阿部昌樹, 交渉と紛争處理, 日本評論社, 2002, 29-30頁 참조.

도 거절된 경우에 양자의 대립은 dispute(협의의 『분쟁』으로 된다)가 된다. 여기에서 말하는 『거절』에는 직접적·명시적인 것뿐만 아니라 묵살이나 완만한 대응 등의 간접적·묵시적인 것까지 포함되는 것은 물론이다.

dispute(분쟁)가 그 후 어떠한 전개를 보이는가(피해자가 요구의 실현을 단념한다, 당사자간의 교섭으로 원활하게 해결한다, 제3자기관에 의한 판단이 구해진다 등등 여러 가지의 전개가 있을 수 있을 것이다) 라는 문제는 Felstiner 등의 당면의 관심으로부터는 벗어나 있지만,¹⁰⁾ 여기에서는 다시 이것을 정리하면 다음과 같다. dispute(분쟁)상태에 접어든 경우에 애초의 구제요구자인 피해자가 그 요구실현을 단념하는 것 없이 상대방인 침해자에게 분쟁의 해결을 위한 작용을 계속한다면, claim(내지 dispute)은 제4의 변용인 『re-claiming』을 거쳐 negotiation (당사자교섭)의 단계에 이른다고 생각된다.¹¹⁾ 이 negotiation이라는 상태는

10) Felstiner 등은 종래의 연구가 협의의 『분쟁』이 발생한 이후의 처리에 집중되어 있고 『분쟁』 이전의 분쟁의 생성변용의 문제가 부당하게 무시되어 온 점을 강조하고 있다. 그들은 말하건대, 『그것은 마치 선거에 기권하는 사람이 대세인 것을 알면서도 투표된 표의 동향만을 기초로 하여 정치이론을 구축하려고 하는 것과 같은 것이다. …naming, blaming, claiming이라는 초기단계가 중요한 것은 이들 제단계에서 많은 분쟁예비군이 소멸해 버리기 때문일 뿐만 아니라, 분쟁 후의 단계에서 취해지는 행동에 비하여 이들 초기단계에 있어서의 사람들의 행동양식은 훨씬 풍부하며, …그 것을 연구하는 것은 다툼의 사회구조라는 것을 이해함에 있어서 크게 참고가 되는 것이다.』(ibid., p. 636). Felstiner 등은 이들 변용이 당사자의 개인적 특성과 함께 사회구조상의 변수에 의해서도 영향을 받는 것이라는 점에 주목하고 있는 것이다. 그 의미에서 그들이 제시한 분쟁의 생성변용이라는 시각은 사회심리학과 사회계층(회의)연구의 접점에 있어서 분쟁연구를 전개하려고 하는 시도라고 할 수 있을 것이다.

한편, 분쟁이 공연화한 후의 『변용』에 초점을 맞추어 그 이론화를 시도한 것으로서는 다음의 것이 있다. Mather, Lynn & Barbara Yngvesson (1981) “Language, Audience, and the Transformation of Disputes”, 15 Law and Society Review 775. 이 논고에서는 분쟁(dispute)은 『두 당사자(개인 또는 집단)간의 다툼(conflict)이 공연화하는 —즉 제3자 앞에 드러내어 보여지는— 사회관계상의 일정한 단계』(p. 77)로서 정의되고, 분쟁의 변용이란 양 당사자 및 그것을 둘러싼 諸力(표제의 audience에 상당한다)이 각각의 이해에 기초하여 분쟁을 다시 짜는 작업(표제의 language가 여기에서 중심적인 역할을 수행한다)을 행하는 것으로서 이해되고 있다.

11) 물론 현실의 프로세스에 있어서는 침해자에 의해 피해자의 claim이 부분적으로 거절되는 것과 같은 경우 등에 dispute 즉 negotiation인 경우도 있을 것이다. 여기에서는 어디까지나 모델로서의 negotiation의 위치부여를 기술하고 있는 것이다.

기본적으로는 분쟁이 종결될 때까지 계속되지만, 그것과 병행하여 당사자는 분쟁처리를 제3자기관(전형적으로는 법원)에 맡기거나 그 조력을 구하는 일도 있을 것이다. 이것이 제5의 변용이며 『resorting』이라고 불러두기로 한다. resorting을 거쳐 negotiation은 調停(mediation), 중재(arbitration), 소송(litigation) 등의 처리방식에 이르는 것이다. 또한 제3자기관에는 비공식적인(informal) 것에서부터 공식적인(formal) 것까지 몇가지의 단계가 있을 수 있다.¹²⁾

상술한 분쟁의 전개모델을 간략히 정리하면 다음과 같다. unPIE·PIE·grievance가 각기 naming·blaming·claiming이라는 변용을 받지 않으면 그것들은 claim(구제요구)에 의한 『대립의 현재화』 이전에 소멸하여 버리고,¹³⁾ 분쟁의 전개라는 관점에서는 거기에 탈락(attrition)이 생기게 된다. 한편 claim이 상대방에게 받아들여져 dispute(분쟁)에 이르지 않는 경우에도 대립은 소멸하지만, 상술한 『탈락』과는 성격이 다르다. 이 경우에는 대립이 소멸하는지 여부는 상대방의 태도 여하에 따라 결정되는 것이고 기본적으로 피해자 측에서 파악되어 있는 분쟁모델 가운데 있으며, 이 부분만큼이 이질인 것이다. 또한 re-claiming의 변용이 없기 위한 탈락이란 dispute상태가 된 후에 요구자가 그 주장을 통하는 것을 단념한 경우 등이며, negotiation의 상태에 접어들어서부터의 탈락과의 구별은 실제로는 다분히 유동적일 것이다. 다만, 개념상은 negotiation의 상태에 접어들어서부터의 탈락은 교섭에 의한 합의의 성격이 강한 것에 대하여, negotiation 이전의 탈락은 본래의 의미에서의 탈락이라는 차이가 있다. 끝으로, 분쟁이 제3자기관에 가져가졌다고 하더라도 그것으로 인해서 반드시 최종적인 해결이 얻어진다고는 할 수 없는 것이며, 그 뒤 다시 당사자간의 교섭(negotiation)으로 되돌아갈 가능성은

12) 가장 비공식적인 것의 예로서는 재단법인 교통사고분쟁처리센터에서 행해지고 있는 示談의 알선 등을 들 수 있을 것이고, 정식재판은 그 반대의 극에 위치하는 것이며, 법원에서 행해지고 있는 각종의 조정은 그 중간적 존재라고 할 수 있을 것이다(和田安弘, 法と紛争の社會學, 世界思想社, 2001, 105頁).

13) 다만, 대립의 소멸은 표면상의 것이며, 소멸한 대립이 도리어 깊은 증오 등으로 모습을 바꾸어 의식의 밑바닥에 침전하는 것과 같은 경우도 있을 수 있을 것이다.

충분히 있다. 이 모델은 그러한 피드백의 발생도 상정하고 있다.¹⁴⁾ 분쟁은 궁극적으로는 당사자의 것이며, 제3자에 의해서는 그 처리를 완결하는 것은 불가능하기 때문이다.

Felstiner 등은 상술한 『분쟁의 생성과 변용』이라는 논문 속에서는 naming · blaming · claiming이라는 세가지의 변용밖에 언급하고 있지 않지만, 같은 논문의 후반에는 『기인지침해, 특정침해, 그리고 분쟁의 변용』¹⁵⁾이라는 표현도 보이며, 실제로는 『분쟁』 후의 전개도 시야에 넣은 고찰을 하고자 하고 있는 것으로 생각된다. 그래서 다음으로, 이 넓게 이해된 전개에 있어서 무엇이 누구에 의해 어떻게 변용되는 것인가 라는 점에 관한 그들의 견해¹⁶⁾를 소개해 두기로 한다.

변용의 주체(subjects)나 담당자(agents)로 되는 것으로서 그들은 다음과 같은 항목을 열거하고 있다. (1)당사자(parties), (2)귀책(attributions), (3)분쟁범위(scope), (4)기구선택(choice of mechanisms), (5)목적(objectives sought), (6)이데올로기(ideology), (7)준거집단(reference group), (8)대리인 등(representatives and officials), (9)분쟁처리제도(dispute institutions). 이하에서는 순서대로 요점을 기술해 두기로 한다.

- (1) 당사자 = 대립하는 양 당사자(개인 또는 집단)가 분쟁의 전개 속에서 어떠한 행동을 취하는가는¹⁷⁾ 우선 첫째로, 당해의 당사자 자신에 관한 요인에 의해 결정되는 바가 크다. 즉, 당사자의 경험(과거의 분쟁경험을 필두로 하는 분쟁처리에 영향을 주는 여러 가지 경험)과 성격(다투는 것을 좋아하는 정도, 준칙을 존중하는 정도 등에 관하여) —이러한 두 개의 요소는 또한 사회구조변수(계층, 연령, 성별 등)에 상관한다—이 기초가 되며, 게다가 양 당사자간의 관계(양자를 결부지우는 공통의 요소)나 거기에서 취해지는 전략(속셈,

14) op. cit., p. 639.

15) Felstiner et al., op. cit., p. 639.

16) ibid., pp. 639-649.

17) 여기에서 말하는 분쟁이란 반드시 앞에서 정의된 협의의 『분쟁』에 한정되는 것은 아니고 넓게 분쟁과정전반을 가리킨다.

분쟁행동)이 분쟁의 전개에 기본적으로 중요한 요인이라는 것이다.

- (2) 귀책 = 객관적으로 보아 침해행위가 있었다 하더라도 그 원인을 자기 자신에게 찾는 피해자는 naming · blaming · claiming과 같은 대외적 귀책행동을 취하는 것이 적어질 것이라는 의미에서 귀속이론(attribution theory)¹⁸⁾이 대상으로 하는 귀책행동은 분쟁의 전개를 크게 좌우할 수 있는 위치에 있다고 할 수 있을 것이다.
- (3) 분쟁범위 = 여기에서 말하는 분쟁범위란 분쟁의 전개에 즈음하여 어디까지 넓게 문제를 파악하는가 하는 것이며, 예를들면 소송에 있어서는 법적으로 가공된 是非曲直만이 문제로 되는 것에 대하여 調停이라면 보다 상황적 · 감정적인 국면까지 문제로 할 수 있다는 차이가 발생하게 된다. 이와 같이 문제시되고 의론되며 심리되는 대상의 범위가 어떠한 것인가 하는 것은 당사자를 확정하거나 사용 되는 전략을 결정하거나, 나아가서는 초래되는 결과에 영향을 주게 되는 것이다.
- (4) 기구선택 = 제3자에게 고충을 호소하는 경우 피해자가 어떠한 기구를 선택하는가는 제1차적으로는 그 사람의 목적이 무엇인가에 의해 결정되지만, 보다 우연적인 외적 요인(예를들면 처음에 누구에게 상담하였는가라든지 상담상대가 되었던 변호사의 성격여하와 같은 것)에 의해서도 좌우된다. 그렇게 하여 어떤 기구가 선택된 후에는 그 선택(된 기구)이 분쟁처리의 전개를 일정한 방향으로 향하게 하는 힘이 되어 작용하는 것이다.
- (5) 목적 = 분쟁당사자는 그 분쟁과정 속에서 무엇을 어느 정도 요구하고 어느 정도 양보하는가 하는 행동지침, 즉 목적을 가지고 행동하는 것으로 생각되지만, 그러한 목적판단의 기초로 되고 있는 것의 (그 자에 있어서의) 중요도(stakes)는 정보 · 필요 · 준칙 · 코스

18) 귀속이론에 관한 개관에 대해서는, Shaver, Kelly G. (1975) An Introduction to Attribution Process (Cambridge, Mass. : Winthrop Publishers, Inc.). 또한, Coates, Dan & Steven Penrod (1981) "Social Psychology and the Emergence of Disputes", 15 Law and Society Review 655는 분쟁과정의 사회심리학적 연구를 행함에 있어서는 귀속이론이 제공하는 구조가 최적이라고 결론 지우고 있다.

트 등의 변화에 수반하여 변동하는 것이다. 예를들면 상술한 바와 같이 목적은 기구선택을 결정지우는 경향에 있지만, 역으로 일정한 기구가 선택된 후에는 목적 자체를 변경시키지 않을 수 없는 것으로도 된다. 분쟁당사자가 소송법이 허용하는 바에 따라 소송의 목적물을 제한하는 것이 이것에 해당한다. 그러나 그러한 종속변수성을 띠면서도 역시 분쟁에 있어서의 목적이 분쟁의 전개를 리드하는 것인 점은 확실하다.

- (6) 이데올로기 = 일정한 작위나 부작위상태를 향수하는 것이 당연한 권리(반드시 법률용어의 『권리』에 한정되지 않는 광의의 그것)라고 어떤 개인이 생각하기 위해서는 법을 필두로 하는 사회의 이데올로기가 크게 관여하고 있다. 예를들면 인종평등의 관념에 기초한 통합교육(integrated education)을 당연한 것으로 보는 사고방식이 미국사회에 광범위하게 보급되게 되었던 것은 1954년에 브라운 케이스 연방대법원판결¹⁹⁾이 나와서부터이며, 소비자문제가 사회문제화한 것도 Ralph Nader에 의한 운동이 영향력을 가지게 되어서부터이다. 이 의미에서 이데올로기는 개인의 분쟁행동의 전개에 영향을 주는 가장 基底的인 요인의 하나라고 할 수 있을 것이다.
- (7) 준거집단 = 개인적인 분쟁이 그 개인을 넘은 집단적인 분쟁으로 되거나 법적인 틀을 넘어 정치의 세계에서 다툼으로 발전하는(분쟁의 확대) 현상이 일어날 개연성은 본래의 개인이 일정한 조건을 충족하는 준거집단을 가지고 있는가 어떤가에 강하게 규정된다.²⁰⁾

19) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483, 493(1954). 미국에서 학교교육에 있어서 인종차별의 문제는 Brown v. Board of Education of Topeka사건에서 문제된 이후 공립학교에서의 인종차별은 위헌이며, 교육의 기회는 실질적인 평등의 의미로서 모든 어린이에게 적용되어야 하는 권리로서 파악되고 있다. 이 판결은 1896년 미연방대법원이 흑백인 입학문제에 관하여 ‘분리하되 평등(separate but equal)의 이론’에 따라 ‘교사·교육과정·교원봉급 기타 유형적인 것은 동등하고, 교육의 장소만을 분리하는 것은 합헌이다’(Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537(1896))라고 판시한 내용을 ‘헌법이 보장하는 평등이라는 것은 흑인에 대한 차별의 의도에서 나온 것으로, 헌법에 위배되기 때문에 흑백인 공학은 실질적으로 인정되어야 한다’라고 함으로써 ‘분리하되 평등의 원칙’이 위헌임을 판시하여 판례변경을 하였다.

20) 가령 원래는 특정의 노동자만이 당사자이었던 노동분쟁이 노동조합을 결성하려고

그와 같은 준거집단이 존재하는 경우에는 분쟁의 전개도 그것에 의해 적지않이 영향을 받게 될 것이다.

- (8) 대리인 등 = 변호사를 필두로 하는 분쟁에 관한 전문직 혹은 전문직유사의 상담상대(미국 사회에서는 여기에 정신분석의나 소셜 워커 등도 포함된다)는 당사자의 분쟁행동에 밀접히 관계하고 있으며, 당사자가 떠맡고 있는 문제의 성질이나 그것에의 대처방법을 그들에게 이해시킴에 있어서 중요한 작용을 하고 있다. 이 영역에서의 변호사의 의의는 미국사회에서는 특히 중대하며, 분쟁과정 속에서 변호사가 등장할 때에는 그 과정 속에서 요구되는 의사결정에 당사자보다도 중심적인 역할을 수행하게 될 것이다.
- (9) 분쟁처리제도 = 분쟁을 처리·해결하기 위한 제3자기관에는 여러 가지의 것을 생각할 수 있다. 소송(litigation)과 심리요법(psychotherapy)이 그 양 극에 위치하는 바, 상대방에게 명령을 발하여 일정의 행동을 구함으로써 성공으로 되는 소송에 대하여, 심리요법에서는 자기자신 속에 잠재하는 문제를 발견하여 자신을 보다 적합적으로 변화시키는 것이 성공이라고 생각되고 있다. 또한 그것을 위해 취해지는 수순·방식도 양자에 있어서는 현저히 대조적이며, 후자에 있어서는 감정 그 자체가 취급되게 된다. 중재, 조정, 행정심문 등의 절차는 이 양자 사이에 위치하고 있다. 이러한 여러 가지의 기관이 각각의 처리방법으로 분쟁에 임할 시에 분쟁처리의 과정은 그 특징의 영향을 받게 될 것이다.

이상이 Felstiner 등에 의해 열거된 분쟁변용의 주체 내지 담당자이다. 이것들은 열거된 것이고 요소들간의 관계나 각 요소를 포함하는 가설이 명시되어 있는 것은 아니지만, 분쟁의 변용과정에서 고려해야 할 항목은 이것으로 충분히 커버될 것이다.²¹⁾

하는 움직임에 연결되는 것은 이와 같은 일정한 조건이 충족된 경우에 발생하는 현상이라고 볼 수 있는 것이다.

21) 이상에 대해서는, 和田安弘, 전게서, 102-110頁 참조.

제 2 절 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제의 분석

1. 현행 갈등해소(관리)법제와 문제점

(1) 국토계획법제

행정상의 갈등은 주로 공공사업에 관련하여 빈발하고 있다. 이에 종전에는 국토를 도시지역과 비도시지역으로 구분하여 도시지역에는 도시계획법, 비도시지역에는 국토이용관리법으로 이원화하여 운용하였으나, 국토의 난개발 문제가 대두됨에 따라 2003년 1월 1일부터는 도시계획법과 국토이용관리법을 통합하여 비도시지역에도 도시계획법에 의한 도시계획기법을 도입할 수 있도록 국토의계획및이용에관한법률을 제정함으로써 국토의 계획적·체계적인 이용을 통한 난개발의 방지와 환경친화적인 국토이용체계를 구축하고자 하고 있다. 특히 동법은 종전의 국토이용관리법의 적용대상이었던 비도시지역에 대하여도 종합적인 계획인 도시기본계획 및 도시관리계획을 수립하도록 함으로써 계획에 따라 개발이 이루어지는 ‘선계획 후개발’의 국토이용체계를 도모하고 있다(동법 제18조 및 제24조).

그러나 이러한 국토계획법제는 그 대대적인 개편에도 불구하고 국토계획이나 도시계획과정에서 다양한 사회적 갈등이 표출될 수 있다는 점을 간과하고 있다고 할 수 있다. 즉, 계획을 통한 개발 그 자체만으로 국토의 난개발을 방지하고 국토개발과정에서 발생할 수 있는 여러 문제점들을 방지할 수는 없는 것이며, 개발계획과정에서 발생할 수 있는 여러 계층의 갈등요인들을 조정하고 해소하려는 구체적인 입법 장치가 요청된다고 할 것이다.²²⁾

(2) 환경법제

헌법 제35조의 규정에 의하여 보장된 환경권을 구체화한 법인 환경법제(환경부 소관의 33개 법률을 비롯하여 타 부처 소관 50개 이상의 법률로 구성)는 최근 국민들의 환경문제에 대한 관심증대 및 여러 환경단체의 적극적인 활동과 함께, 정부나 지방자치단체의 정책이나 사업과정

22) 대통령자문 지속가능발전위원회, 전계 연구보고서, 96면.

에서 갈등요인으로 대두되는 경우가 많아지고 있다. 특히 대규모 공공사업을 시행하는 과정에서 사업주체와 이해관계인간의 환경문제와 관련된 갈등이 많이 발생하고 있으며, 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 의한 환경영향평가제도는 공공정책을 추진하는 과정에서 자주 발생할 수 있는 환경문제로 인한 갈등을 방지하고자 하는 목적을 가지고 있다.

그러나 환경영향평가제도는 여러 차례에 걸쳐 제도가 개선되어 왔음에도 불구하고, 평가기관의 전문성·공정성 확보의 미흡, 협의요청시기의 부적절성, 사업시행 불가통보의 곤란성, 항목별 평가서협의기관의 분산등과 같은 문제점이 지적되고 있다.

(3) 보상법제

2003년부터 시행되고 있는 이른바 통합보상법인 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률은 종래 2원화된 보상법체계를 일원화하고 형식적 당사자소송 등과 관련된 법해석적 문제 등을 해결하였지만, 실질적인 보상문제에 대한 해결책을 제시한 것은 아니다. 뿐만 아니라 특히 보상과 관련하여 사회적 갈등을 유발하는 간접보상, 생활보상, 정신적 보상 등의 문제에 대해서는 명확한 법적 기준을 제시하고 있지 아니하다. 즉, 공공사업지 밖에서 실제적으로 발생한 손실이 간접보상규정의 미비로 보상이 되지 않거나 사안에 따라 형평성을 잃은 보상이 이루어지는 경우 사회적 갈등을 초래하는 바, 간접보상에 대한 명확한 규정이 없어 보상이 제대로 이루어지지 않은 경우가 많다.

(4) 혐오·기피시설 관련법제

최근 방사성폐기물처리시설, 쓰레기소각장, 댐 등과 같은 이른바 혐오·기피시설의 설치로 인한 사회적 갈등은 지방자치시대의 본격화와 더불어 더욱 증대되고 있다.²³⁾ 이러한 갈등의 핵심적인 내용은 이해관계주

23) 이른바 비선호시설은 LULU(Locally Unwanted Land Uses)로 불리기도 하는데, 이는 “지역주민들에게 공포와 고통을 주며, 집값이 하락하는 등 부정적인 외부효과를 유발하는 반면에 그것의 설치로 입지 지역에 돌아오는 혜택은 타 지역과 동일하거나 그다지 크지 않은 공공시설”로 정의되고 있다. 비선호시설에 대한 기피현상이 사회적 갈등으로 전개되는 이유는 비선호시설의 설치로 인한 이득은 사회 전체가 누

민의 참여와 합리적인 보상의 문제이지만, 혐오·기피시설의 설치를 위한 근거법률에는 이 점에 관한 규정이 부족한 실정이다.

게다가 일반적인 보상이 아닌 특수한 형태의 보상으로서 댐건설관련 갈등에 대해서는 댐건설및주변지역지원등에관한법률, 방사성폐기물관련 갈등은 발전소주변지역지원에관한법률, 폐기물처리시설설치관련 갈등에 대해서는 폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률에서 이를 규율하고 있으나, 피보상자의 입장에서 정당한 보상이 되지 못한다는 요청이 많은 실정이다.²⁴⁾

2. 갈등관리를 위한 분쟁조정제도

(1) 서

분쟁조정제도는 우선 분쟁조정기구에 따라 민사조정이나 가사조정과 같이 법원에서 관장하는 사법형, 행정기관에서 관장하는 행정형, 민간형 등으로 분류할 수 있다. 또한 ADR 주관자의 판단의 수락에 의하느냐 당사자의 양해에 따라 분쟁을 해결하느냐에 따라 재단형(중재, 재정)과 조정형(알선, 調停)이 있다. 한편 주된 분쟁조정으로 알선, 조정 및 준사

리는 반면 그 부담은 해당시설이 입지한 특정 지역에 집중되기 때문이다. 즉, 대부분의 비선호시설은 운영상의 경제적, 기능적인 측면에서 적정 규모를 가지고 있으며, 이러한 시설규모의 일정한 불가분성(indivisibility)이라는 속성 때문에 시설로 인한 편익을 누리는 집단(지역)과 손실을 부담하는 집단(지역)이 일치하지 않게 된다. 이른바 넘비(Not In My Backyard) 현상은 비선호시설의 특성상 필연적으로 발생할 수밖에 없기 때문에, 그것을 지역이기주의, 집단이기주의 등으로 비난하는 것은 문제 해결에 전혀 도움이 되지 아니한다. 이와 같이 넘비 현상이 비선호시설 자체의 특성 때문에 필연적으로 발생할 수밖에 없다면, 그러한 갈등 자체를 비난하거나 제거함으로써 문제를 해결하고자 하기보다는 갈등을 조정하고 분쟁을 해소하여 이해당사자 간의 타협을 이끌어낼 수 있는 적절한 갈등조정시스템을 갖추는 것이 중요한 과제라고 할 수 있다.

한편, 우리나라에서는 1995년 6월 지방자치제의 실시 이후 각종 지역의 개발사업이나 시설 입지를 둘러싼 지역간 갈등, 지방자치단체와 지역주민간의 갈등, 중앙정부와 지방정부간의 갈등 등이 본격적으로 표면화되었다. 지방자치제의 실시 이후 특히 국가나 지방자치단체를 당사자로 하는 갈등이 크게 증가하였는 바, 그 이유는 갈등조정과 관련된 법적, 제도적 장치가 충분치 못한 상황에서 지방자치단체의 자율권 강화노력, 지역주민들의 발언권 강화, 정치행정의 민주화, 환경의식의 증대, 공동체의식의 약화, 공무원의 조정능력 부재 등으로 인해 과거보다 갈등 표출이 증가하였기 때문이다. 이에 대해서는, 임일섭, 『넘비 갈등』의 유형과 정책대응, LG경제연구원, 2004. 5, 3-8면 참조.

24) 대통령자문 지속가능발전위원회, 전계 연구보고서, 96-98면.

법절차인 중재나 재정이 있지만, 실제로 중재나 재정까지 포함하는 경우(예: 환경분쟁조정, 노동쟁의조정)는 많지 않은 실정이다.

이와 같이 대체적 분쟁해결(ADR) 수법에는 행정형 ADR과 사법형 ADR이 있는 바,²⁵⁾ 이하에서는 대체적 분쟁해결제도와 법치행정의 정합

25) 오늘날 세계적인 규모로 확대되고 있는 ADR운동의 선구가 되었던 것은 1976년 미국에서 열린 사법개혁·행정에 관한 전미회의(저명한 법철학자의 이름을 붙여 『파운트회의』(Pound Conference)라고 한다)이며, 거기에서 비로소 명확히 사법정책(법원의 부담경감)으로서의 ADR의 유용성이 주장되었다. 그러나 그 후 정책적 배경 및 법사상의 다원화를 반영하여 ADR의 의의(목적론)와 내용도 다양화를 이루어 왔다. 대략적으로는 다음 3설을 ADR목적론으로서 들 수 있다.

첫째는, 법원의 사건처리의 효율화를 목적으로 하는 사고방식이다(사법효율화설). 파운트회의에서는 법원의 분쟁처리능력의 양적 한계를 전제로, 제기되는 분쟁을 『법원이 판단해야 할 (중요한) 사건』과 『그것 이외의 질차로 처리해야 할 (경미한) 성질의 사건』으로 분류하여 후자를 ADR이, 전자를 법원이 담당함으로써 사건부담을 경감하고자 하는 구상으로서 제창되었다.

둘째는, 정의를 법원에 의한 권리의 선언뿐만 아니라 주어져야 할 구제의 현실화(전형적으로는 금전화)라고 파악한 다음, 정의에의 악세스를 확충하여 영가·신속한 구제를 넓게 사람들에게 제공하기 위해 ADR을 이용하는 사고방식이다(정책적 구제설). 이것은 현대의 복지국가의 이념과 거기에 대두하는 법의 새로운 역할(관리형법)에 적합적이다. 관리형법이란 전형적으로는 행정이 주체가 되어 특정의 정책목적(예를들면 소비자보호)을 총체적으로 달성하기 위한 수단·도구로서 법을 이용하는 경우를 가리킨다. 요컨대 정책적 구제설은 전통적 분쟁처리의 양적·코스트적 한계를 근거로 부나 사회적 지위의 불평등에 의해 법원에서의 개별적 구제를 받을 수 없는 사람들에게 집단적으로 평등한 구제를 저비용으로 제공하여 사회적인 정의의 총량을 늘리는 것(자원의 재배분)을 ADR의 목적이라고 본다.

셋째는, 재판규범에 의한 분쟁처리의 질적 한계를 비판하여 ADR은 분쟁당사자의 개별적인 수요에 맞는 처리라는 보다 높은 질을 제공할 수 있다고 하고, ADR의 독자성과 장점을 적극적으로 주장하는 입장이다(질적 우위설). 위의 2설이 재판형분쟁처리를 일류의 정의라고 위치시키고 다만 그 효율성이나 악세스의 한계성을 비판하였던 것에 대하여, 이 질적 우위설은 우선 그와 같은 전제에 기초하는 ADR의 경직성·확일성을 비판한다. 그리고 ADR의 본질은 재판규범에서 구할 수 없는 개별적 사정을 포함한 교섭을 통해 인간관계를 조정하여 대립의 근본적 해소를 가능하게 하는 점에 있다고 주장한다. 그리고 이와 같은 유연하고 미래지향의 분쟁처리는 ADR에 의해 비로소 달성되는 일류의 정의이며, 재판형분쟁처리보다 질적으로 우수하다고 한다.

이상으로부터 ADR의 이념으로서의 재판적 처리의 대체라고 이해하는 관점과 당사자간교섭의 대체 내지 원조라고 이해하는 관점이 있는 것을 알 수 있다. ADR의 목적론으로서 어느것이 최적인가 라는 의론은 무릇 분쟁처리방법과 정의의 다양성·다원성을 인정하려고 하는 ADR제도론으로서는 반드시 생산적이지는 않다. 오히려 모든 ADR이 하나의 가치에 감추어져 버리는 것이야말로 문제시되어야 할 것이다. 따라서 제도론으로서 각 ADR기관·절차가 어떠한 ADR목적론·이념을 묵시적으로 채용하고 있는가를 분명히 한 다음, 각각이 내포하는 비법화의 방향성이나 반법화의

성에 관련하여 살펴본 다음 우리나라에 있어서의 대표적인 행정형의 대체적 분쟁해결제도에 관하여 검토하기로 한다.

(2) 대체적 분쟁해결제도와 법치행정의 정합성

행정사건은 전통적으로 법의 지배 내지 법치주의가 지배한 영역인데, 시민과 행정청이 자기책임에 입각하여 자율적으로 해결하는 방식으로 분쟁을 해결하는 것이 어떤 논리로 정당화될 것인가의 문제가 제기된다. 즉, 행정법에 있어서의 분쟁조정제도의 헌법적 한계를 설정하는 문제가 어려운 과제로 등장한다. 이는 행정법의 기본원리인 법치행정의 원리와 어떻게 조화를 이룰 것인가의 문제로서, 행정분쟁조정제도는 결국 법이 아닌 평화를 지향하는 제도인데 반하여, 법치행정은 행정의 법률과 법에의 기속을 요구하고 있기 때문에 이념적 충돌의 문제가 없겠는가 하는 것이다. 대체적 분쟁해결절차는 법관이 법률에 의한 재판으로 분쟁을 해결하는 것이 갖는 한계를 극복하려는 것이므로 헌법상의 협력국가의 원리라든가 민주주의원리에 의하여 정당화될 수 있다고 할 것이다. 아울러 법치주의를 실질적 법치주의로 이해하여, 기본권보장을 목적으로 보고 국가작용이 법에 기초하여 이루어질 것을 수단으로 본다면, ADR을 반드시 법률에 기초하여 이루어질 것을 요구할 것이 아니라 재판제도가 법에 의하여 이루어지기 때문에 포괄적으로 해결하지 못하는 사례에 있어서 기본권 보장의 확보라는 목적에 충실한 대체적 분쟁해결제도야말로 실질적 법치주의에도 합치되는 것이라고 할 것이다. 따라서 국가는 분쟁을 해결하는 시스템의 최종적 해결창구는 사법권을 행사하는 법원으로 하되, 그 전단계에 있어서 대체적 분쟁조정기구를 마련하는 것은 법치주의를 확장하는 것이 된다고 할 것이다. 다만, 공법영역에 있어서의 행정조정은 특히 법률적합성의 원칙에 따라야 하기 때문에 조정위원회의 구성이나 위원자격, 조정절차 등에 관하여 법률에 근거를 두고 운영하는 것이 바람직함은 물론이다.²⁶⁾

정도, 혹은 『합의』적 해결의 강제의 위험성 등을 분석하여 제도의 개선을 도모하여야 할 것이다. 이에 대해서는, 和田仁孝·太田勝造·阿部昌樹編, 交渉と紛争處理, 日本評論社, 2002, 69-73頁 참조.

26) 金容燮, 行政法上 紛争解決手段으로서의 調停, 저스티스 통권 제81호(2004. 10), 7-8면.

한편, 대체적 분쟁해결수단은 구체적으로는 다음과 같은 경우에 있어서 법치행정의 정당화를 보완하는 수단으로서 법치주의의 내부에 자리매김할 수 있을 것이다.²⁷⁾

1) 법규범의 흡결상태의 보완

법규범이 흡결된 분쟁상황에서 대체적 분쟁해결수단을 통해 당해 개별사안을 해결할 수 있고, 나아가 법의 형성에 관여하는 여러 기관들의 상호작용에 참여함으로써 법규범의 형성과정에 기여할 수 있다. 그러한 예로서는 환경분쟁조정위원회의 아파트 층간소음분쟁 및 새집증후군분쟁에 대한 조정을 들 수 있다. 양자의 경우 모두 건축법규에서 사전에 적절한 규제기준이 마련되어 있지 않은 상황에서 환경분쟁조정위원회가 건설시공사의 책임을 인정하는 조정안을 내어놓은 경우이다. 가령 아파트 층간소음분쟁의 경우 환경분쟁조정위원회의 조정이 있고난 후, 건설교통부에서 법규로 규제기준을 마련한 것은 대체적 분쟁해결수단이 법의 형성에 참여한 예라 할 수 있다. 법규범의 흡결의 경우 합의적인 대체적 분쟁해결수단이 바람직한 중요한 이유는 당사자의 동의라는 형식의 참여로써 법규범의 흡결에 의한 (조정결정의) 정당성의 부족을 보완할 수 있기 때문이다.

2) 법적용의 개별화

일반적인 법규칙의 형식으로 어떤 규제목적을 실현하고자 할 때, 규칙의 형식적 합리성을 확보하기 위해 규제수단의 형태 또는 기준은 경직성을 띠게 되는데, 이 때 개별적 사안마다 더 효율적이거나 또는 더 정교한 규제를 하기 위해서는 이러한 규칙을 기계적으로 적용하는 데서 벗어나 각각의 경우에 적합한 수단을 이용하는 것이 허락되어야 한다. 예컨대 독점규제와 관련하여 공정거래위원회는 각 사안마다 가장 적합한 경쟁회복조치를 합의할 수 있을 것이다. 이러한 경우 대체적 분쟁해결수단은 상충되는 필요를 충족시킬 수 있는 해결책이 될 수 있다.

27) 이하에 대해서는, 李熙貞, 法の支配와 行政法上 裁判外紛爭解決手段 -美國의 경우를 中心으로-, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2004. 8), 29-32면 참조.

3) 전문성의 제고

상사분쟁처럼 그 부분사회의 독특한 규범과 관행들이 축적되어 있는 영역이나 고도의 과학·기술적 사항에 관한 판단이 핵심부분을 차지하는 분쟁에서 전문가들을 조정인이나 중재인으로 하는 대체적 분쟁해결수단을 이용하는 것이 전문성의 강화라는 측면에서 법치주의의 정당화에 기여할 수 있다. 행정과 관련하여 현행법상 각종 전문영역에서 조정위원회가 설치되어 있는 것은 바로 대체적 분쟁해결수단이 이러한 전문성 제고의 수단으로 이용되는 경우를 의미한다.

4) 다원주의적 참여의 수단

다양한 이익이 상충되는 경우로서, 그 이해관계인들이 비교적 명확히 제한될 수 있어서 이들 간의 협상과 거래를 통한 결정에 의해 이에 참여하지 않은 자의 이익이 부당하게 손상될 우려가 없는 경우에는 다원주의적 참여를 가능케 하는 형태의 대체적 분쟁해결수단을 이용함으로써 그 결정의 정당성을 높일 수 있다. 이 절차의 특성은 참여자들 각각의 고유한 이익을 그대로 정당한 것으로 인정하고 이들이 각자의 이익을 추구하는 합리적 행위로서 상호 거래(bargaining)를 통해 타협을 이루도록 하고, 그 절차는 이들이 전략적으로 행동할 수 있는 여지와 수단을 주어야 한다.

5) 공화주의적 참여의 수단

서로 양립불가능한 가치 또는 목적의 선택에 관한 문제는 법규정이나 법원리로부터 합리적으로 확정적인 결론을 도출하기 어렵고, 전문적인 판단 역시 어렵다. 따라서 대화와 심의의 과정을 통해 그 가치들을 고루 만족시킬 수 있는 제3의 창의적인 수단을 합의해 내거나 상대방에게 대화를 통해 이를 합리적으로 설득시키는 노력이 필요하다. 이러한 설득을 통해 합의를 이루어가는 과정을 공화주의적 참여라 할 수 있는 바, 대체적 분쟁해결수단은 참여자들로 하여금 자신의 이익이 아닌 전체의 이익을 위해 서로 다른 사람의 입장에서 생각해 보도록 유인을 제공하고, 그 절차는 이들이 소통적 의사표시를 할 수 있는 대화와 숙고가 가능한 조건을 갖추어야 한다.

분쟁조정 관련 기구 및 법규현황

구 분	기 구	관 련 법 규	관련 부처·기관
노 동	노사정위원회	노사정위원회의설치및 운영등에관한법률	노사정위원회
	중앙노동위원회	노동조합 및 노동관계 조정법, 노동위원회법	노동부
금 용	증권분쟁조정위원회	증권거래법	증권거래소
	금융분쟁조정위원회	금융감독기구의설치등에관한법률	금융감독원
의 료	의료심사분쟁조정위원회	의료법	보건복지부
환 경	환경분쟁조정위원회	환경분쟁조정법	환경부
무 역	대한상사중재원	중재법, 대외무역법 시행령	산업자원부 대한상사중재원
언 론	언론중재위원회	정기간행물의등록에관한법률	문화관광부
외 교	국제계약분쟁조정위원회	WTO 정부조달협정, 국가를당사자로하는계약에관한법률	외교통상부
건 설	건설분쟁조정위원회	건설산업기본법	건설교통부
교 육	사학분쟁조정위원회	사학분쟁조정위원회 규정	교육인적자원부
	시도교육분쟁조정위원회	지방교육자치에관한법률	교육인적자원부
	중앙교원지위향상심의회	교원지위향상을위한특별법	교육인적자원부
I T	프로그램심의조정위원회	컴퓨터프로그램보호법	정보통신부
	전자거래분쟁조정위원회	전자거래기본법	한국전자거래진흥원
	도메인이름분쟁조정위원회	-	한국인터넷정보센터
	개인정보분쟁조정위원회	정보통신망이용촉진및 정보보호등에관한법률	한국정보보호진흥원
행 정 기관간 갈 등	중앙분쟁조정위원회 (지자체간)	지방자치법	행정자치부
	행정협의조정위원회 (중앙기관-지자체간)	지방자치법	행정자치부
기 타	저작권분쟁심의조정위원회	저작권법	문화관광부
	소비자분쟁조정위원회	소비자보호법	한국소비자보호원
	하도급분쟁조정협의회	하도급거래공정화에관한법률	공정거래위원회 건설협회 등 8개 사업자 단체
	분쟁조정위원회	방송법	방송위원회
	반도체배치설계심의 조정위원회	반도체집적회로의배치 설계에관한법률	특허청
	산업재산권분쟁조정위원회	발명진흥법	특허청
	선원노동위원회	선원법	해양수산부

(3) 환경분쟁조정위원회

1) 조직 및 기능

환경분쟁조정제도는 날로 복잡해져 가고 있는 환경분쟁을 행정기관의 전문성과 신속성을 활용하여 소송외적 방법으로 처리하도록 하기 위해 마련된 이른바 대체적 분쟁해결제도이다.

1990년 8월 1일 환경오염피해분쟁조정법의 제정(1997년 8월 28일 법률 제5393호에 의하여 환경분쟁조정법으로 개정)을 시점으로 다음해인 1991년 7월에 중앙에 중앙환경분쟁조정위원회와 전국 16개 시·도에 지방환경분쟁조정위원회가 설치되었다. 중앙환경분쟁조정위원회는 위원장을 포함하여 9인의 위원으로 구성된 상설위원회로 환경분쟁의 재정, 국가 또는 지방자치단체를 당사자로 하는 분쟁의 調整, 다수인관련 분쟁의 조정, 직권조정 등의 업무를 수행하고 있으며, 지방환경분쟁조정위원회는 현재 부시장 또는 부지사 중에서 시·도지사가 임명하는 위원장을 포함한 9인을 위원으로 하는 비상설기구로 설치되어 당해 시·도의 관할구역안에서 발생한 환경분쟁의 알선·調停 업무만을 담당하였으나, 2003년 6월 27일 환경분쟁조정법시행령의 개정으로 1억원 이하의 재정사무가 지방환경분쟁조정위원회의 관할로 변경되어 지역주민이 지역에서 발생하는 소규모 피해 분쟁사건을 보다 가까운 곳에서 손쉽게 이용할 수 있게 되었다.

2) 분쟁해결의 유형

환경분쟁조정 유형에는 크게 알선, 조정 및 재정의 방법이 있다. 우선 알선이란 비교적 간단한 피해분쟁사건을 대상으로 하며, 알선위원이 분쟁당사자의 화해를 유도하여 합의가 성립되게 하는 절차를 말한다. 조정은 알선으로 해결이 곤란한 피해분쟁사건에 관하여, 조정위원회가 사실조사 후 조정안을 작성하여 양측에 수락을 권고하는 절차로서 조정조서에 기명·날인 시 합의가 성립된다.²⁸⁾ 끝으로, 재정은 알선·조정으로

28) 중앙환경분쟁조정위원회는 중대한 환경피해가 발생하여 이를 방치하면 사회적 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 인정되는 경우의 분쟁으로서 대통령령이 정하는 분쟁

해결이 곤란한 손해배상사건에 관하여, 재정위원회가 인과관계의 유무 및 피해액을 판단하여 결정하는 절차로서 재정후 당사자가 불복 또는 소를 제기하지 아니하면 합의가 성립된다.

3) 환경분쟁조정현황 및 문제점

중앙환경분쟁조정위원회가 설립된 1991년부터 2003년 12월 31일 현재까지 총 1,345건의 환경분쟁사건이 접수되었다. 조정신청 건수는 해마다 증가하다가 2003년에 다소 감소하였으나, 이는 2003년 6월말부터 재정사건 중 1억원 이하 사건을 16개 시·도에 설치된 지방환경분쟁조정위원회에서 수행하도록 법이 개정됨에 따른 것으로 이해된다.

환경분쟁조정 신청접수 및 처리현황

구 분	계	1991~1999	2000	2001	2002	2003
접 수	1,345	331	70	154	440	350
처 리	1,016	280	60	121	263	292

2003년 말 현재 중앙환경분쟁조정위원회에서는 총 1,016건을 처리하였는데 이중 재정사건은 전체의 97%인 984건, 조정사건은 3%인 32건에 불과하였다. 이를 다시 피해원인별로 분류하면, 처리된 1,016건 중 소음·진동으로 인한 피해가 전체의 84%인 859건으로 가장 많았고, 대기오염이 97건(10%), 수질오염이 47건(5%)으로 그 뒤를 이었다. 환경분쟁사건의 내용적 특징을 살펴보면 주민들이 환경오염으로 인한 정신적 피해를 호소하는 경우가 지속적으로 늘고 있는 점이 눈에 띄는 바, 이는 물질적 재산뿐만 아니라 쾌적한 생활환경도 시민의 중요한 권리로 인식되는 사회적 경향을 반영하는 것으로 이해된다.²⁹⁾

(1. 환경피해로 인하여 사람이 사망하거나 인체에 중대한 장애가 발생한 분쟁, 2. 조정가액이 50억원 이상인 분쟁)에 대하여는 당사자의 신청이 없는 경우에도 직권으로 조정절차를 개시할 수 있다(동법 제30조, 동법시행령 제23조).

29) 환경부, 2004 환경백서, 181-186면 참조.

그러나 그 문제점과 관련하여 중앙환경분쟁조정위원회는 법적으로는 지방자치단체간 분쟁도 조정할 수 있으나 거의 이루어지지 않고 있다. 또한 개인간·집단간 이해관계 갈등을 조정하는 기능을 성공적으로 수행하고 있으나 정부가 당사자인 환경갈등이나 가치관 갈등의 조정은 수행하기 어렵고, 이는 기본적으로 사후적 갈등관리 시스템으로서 갈등의 사전예방기능도 수행 불가능한 실정이다.

(4) 건축분쟁조정위원회

1) 조 직

건축분쟁조정위원회는 건축법 제76조의2 내지 제76조의8의 규정에 근거하여 건축물의 건축 등에 관한 분쟁을 調停하기 위하여 특별시·광역시·도 및 시·군·구에 각각 건축분쟁조정위원회가 설치되어 있다. 위원회는 위원장과 부위원장 각 1인을 포함한 15인 이내의 위원으로 구성된다.

2) 조정대상

건축분쟁조정위원회의 조정대상은 건축관계자와 당해 건축물의 건축 등으로 인하여 피해를 입은 인근주민간의 분쟁, 관계전문기술자와 인근주민간의 분쟁, 건축관계자와 관계전문기술자간의 분쟁, 건축관계자 상호간의 분쟁, 인근주민 상호간의 분쟁, 관계전문기술자 상호간의 분쟁, 기타 대통령령으로 정하는 사항이다(건축법 제76조의2 제1항).

3) 조정절차

건축분쟁조정위원회에 의한 조정절차를 정리하여 보면 다음과 같다. 즉, ①조정신청 → ②위원회는 조정신청을 받은 날부터 60일 이내에 이를 심사하여 조정안 작성 → ③위원회가 조정안을 작성한 때에는 지체 없이 이를 각 당사자에게 제시 → ④당사자는 조정안의 제시를 받은 날부터 15일 이내에 그 수락여부를 위원회에 통보 → ⑤당사자가 조정안을 수락하면 위원회는 즉시 조정서를 작성하고 위원장 및 각 당사자는 이에

기명날인 → ⑥당사자간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 간주한다(동법 제76조의3 및 제76조의5).

4) 조정의 효력

당사자가 조정안을 수락하고 조정서에 기명날인한 때에는 당사자간에 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(동법 제76조의5 제4항).

제 3 절 행정상 갈등의 주요사례의 검토

행정상의 갈등은 다양한 분야에 걸쳐서 나타나고 있지만 그 가운데서도 개발과 보전을 둘러싼 갈등, 위험·협오시설의 설치에 둘러싼 갈등이 현저한 경향을 보이고 있다. 예를들면 경부고속철도 금정산·천성산 구간 노선 결정, 서울외곽순환도로 사패산 터널구간 건설, 새만금간척사업, 부안 핵폐기물처리장건설, 한탄강댐건설을 둘러싼 갈등 등이 있다.

1. 한탄강댐건설관련 갈등사례

(1) 개 요

1990년대 들어와 용수부족과 수질오염이 가속화되면서, 그리고 환경단체들의 급성장이라는 수자원정책환경이 급변하면서 댐건설을 포함한 다양한 유형의 수자원갈등이 빈발하고 있다. 수자원갈등의 유형을 공급·유지·이용으로 대분류할 때, 그간 댐건설을 둘러싼 갈등문제는 공급분야에서의 대표적 수자원갈등유형으로서 자리매김하였다.³⁰⁾ 이들 댐건설갈등사례들은 대부분 갈등해소가 상당기간 지연되면서 효과적인 수자원관

30) ‘수자원공급분야’는 주로 댐건설을 둘러싼 갈등유형으로서 강원도 영월군 영월댐건설반대사례·용담댐건설반대사례·보길도댐건설반대사례, 그리고 최근 한탄강댐건설반대사례 등이 있으며, ‘수자원유지분야’에서는 주로 수질보전관리나 댐상류의 수변구역지정, 그리고 상수원보호구역지정 및 해제관련유형으로서 대포천상수원보호구역지정 관련사례, 주암호수질보전관리를 둘러싼 갈등사례, 그리고 팔당상수원보호구역지정 관련사례가 대표적이다. 또한 ‘수자원이용분야’는 물사용료나 수리권분쟁사례가 다수를 점하는데, 용담댐건설에 따른 수리권분쟁사례나 영천댐물사용료부담을 둘러싼 갈등사례가 대표적이다.

리에 대한 어려움과 거래비용을 높일 뿐만 아니라 정부불신마저 심화시켜 지역과 더 나아가 국가통합을 저해하는 주요인으로 지목되고 있다.³¹⁾

이러한 가운데 한탄강댐건설계획이 추진의 원동력을 얻은 것은 경기북부지역에 대규모 홍수피해가 발생하면서이다. 1996년부터 1999년까지 임진강 유역에 집중호우에 의한 홍수가 발생하여 232명의 인명피해와 약 1조6천억원의 재산피해가 발생하였다. 이에 대해 정부의 수해방지기획단은 1999년 12월에 수해복구·하도정비·펌프시설보강 등을 단기대책으로 하고, 2009년까지 홍수조절용 댐건설을 장기대책으로 하는 “수해방지종합대책”을 발표하였다. 정부가 수해방지기능과 함께 한탄강댐건설의 취지로 내세운 내용에는 경기 북부지역의 용수 수요증가에 대비한 안정적 용수공급·수력에너지 개발·기득수리시설 및 하천의 정상적인 기능유지 등이다.³²⁾

(2) 경 과

댐건설에 따른 피해는 대체로 댐이 건설되는 지점의 상류지역에 집중된다. 특히 수몰에 따른 피해보상도 받지 못하고 댐 곁에서 살아가야 하는 주민들에게 피해가 집중됨이 일반적인 현상이다. 한탄강댐의 경우에도 피해가 집중되는 상류지역인 철원·포천, 그리고 연천에서의 댐건설반대의 목소리가 높다. 특히 건설교통부가 2002년 연내에 한탄강댐건설을 본격화하겠다는 입장을 밝혔을 때, 철원·포천·연천군의 공동대책위원회, 한탄강네트워크 등이 건교부의 입장에 강하게 반발하면서 갈등의 정도는 심화되었다.

댐이 건설되기 위해서는 예비타당성조사 및 타당성 조사, 환경영향평가, 중앙건설심의위원회의 심의 등의 절차를 거쳐 댐건설예정지역에 대한 지정 및 고시가 이루어져야 한다. 댐건설예정지역으로 지정되면 “댐건설및주변지역지원등에관한법률”에 의거하여 건축·토지형질변경·가축사육 등의 행위에 대한 규제가 가해지고, 댐에 대한 실시설계와 건설이 순

31) 최홍석 외, 공유지와 갈등관리, 博英社, 2004, 66면.

32) 최홍석 외, 전계서, 28면.

차적으로 이루어진다.

그러나 한탄강댐건설을 위한 ‘댐건설예정지역 지정 및 고시’는 이루어지지 않았고, 댐건설추진집단과 반대집단 사이의 갈등이 지속되고 있는 상태이다. 한탄강댐건설사업 추진과정을 정리하면 아래 표와 같다.³³⁾

한탄강댐건설추진과정

1995. 6 ~ 1997. 12	임진강유역조사 착수(건교부)
1996 · 1998 · 1999	경기북부지역 집중호우발생
1999. 12. 11	한탄강 · 영평천댐 기본설계착수(건교부)
1999. 12. 20	수물지역 내 군시설 이전관련 국방부협의(국방부 → 건교부)
2000. 1	수도권수자원개발계획 수립통보(건교부 → 수자원공사)
2000. 6. 15	임진강댐기본설계관련 협조요청(건교부 → 국방부) 임진강댐추진계획 방침시달(건교부 → 수자원공사) 한탄강댐 : 댐운영계획을 홍수조절위주로 변경
2001. 8 ~ 2001. 10	한탄강댐환경영향평가(초안) 공람, 주민의견수렴 및 설명회(11회)
2001. 12 ~ 현재	한탄강댐환경영향평가 협의(환경부)
2002. 5. 7	댐타당성 및 환경영향평가재검증결과 총리보고
2002. 6. 14	환경영향평가보완 요구(환경부 → 건교부)
2002. 7. 22	환경영향평가보완보고서 제출(건교부 → 환경부)
2002. 8 ~ 2002. 9	환경정책평가연구원(KEI), 경기도 환경영향평가자문단 대상으로 보완내용설명
2002. 10. 16	환경영향평가재보완 요구(환경부 → 건교부)
2002. 12. 16	환경영향평가재보완 보고서제출
2003. 4. 14	한탄강댐기본계획안 작성제출 및 협의-환경부에서 KEI 및 환경영향평가 전문위원 의견취합 검토
2003. 9	건교부, 한탄강댐 건설 기본계획 고시 연기

33) 최홍석 외, 전계서, 67-68면.

한탄강댐건설반대사례 개요

갈등의 당사자	한국수자원공사(건교부)↔경기도 철원군(주민 및 환경단체·의회)
갈등의 주요 원인	건교부가 임진강수계종합치수대책 수립차원에서 홍수에방 목적으로 한탄강에 댐을 건설하려고 함. 현재 댐예정지 고시지연
갈등의 주요 쟁점	댐건설시 삶의 터전을 잃고 농작물피해가 상당함. 환경생태계피해. 그리고 수몰지역 내 동양최대사격장 소재로 인해 댐안전성문제
주요 조정·해결기제	관계기관간의 상호 협의와 중립적 행정기관의 토론의 장 형성
주요 갈등심화요인	지역활동가의 정치적 개입 및 자료의 허구성논란 등

(3) 한탄강댐 갈등조정위원회에서의 조정

전술한 바와 같이 파주·동두천·포천·연천·철원지역의 대홍수를 계기로 정부에서는 1999년 12월 국무회의를 거쳐 ‘수해방지종합대책’을 확정하고 한탄강댐 건설을 추진하였다. 그러나 한탄강댐의 건설에 대해 찬·반 여론이 갈라져 기본계획고시를 앞두고 사업추진이 일시 중단된 상태에서 노무현 대통령께서는 갈등당사자간 합의를 통해 납득가능한 결론을 도출할 것을 지속가능발전위원회에 지시하였다. 이에 아래와 같은 경과를 거쳐 한탄강댐갈등조정소위원회는 2004. 11. 12. 천변저류지 2개소 및 새로운 홍수조절용댐 건설안을 최종대안으로 결정하였다.³⁴⁾

34) 한탄강댐갈등조정소위원회는 2004년 8월 27일의 최종합의문 제1조에 의하여 위임된 바에 따라 다음과 같이 결정한다.

- (1) 조정소위원회는 최종합의문 제4조 6항 “전문가가 제시하는 기타 대안 등”에 근거하여 “대안 6: 천변저류와 새로운 홍수조절용댐 건설안”을 결정한다.
 - ① ‘홍수조절용댐’이란 기존의 한탄강댐보다 축소된 규모의 홍수조절용 댐을 말한다.
 - ② 기존의 한탄강댐 계획은 무효화한다. 단, 임진강(한탄강) 유역에 홍수조절을 위한 댐이 필요하다는 사실은 인정한다.
 - ③ 따라서 새로운 홍수조절용 댐과 천변저류지의 건설을 위하여 필요한 법적·제도적 절차(저류지의 저류효과, 댐의 홍수조절효과, 규모 및 안전성에 대한 확인에 한함)를 밟아 홍수조절용 댐 건설을 추진한다.
 - ④ 중립적 전문가와 정부, 환경단체, 주민대표들로 “공동협의회”를 구성, 운영하여 1

년 이내에 댐 규모 등 댐 건설에 필요한 절차를 마무리한다.

- ⑤ 천변저류지는 2개 지역(장단반도와 석장2지구)에 건설하며, 천변저류지의 저류용량만큼 홍수조절용댐의 규모를 축소한다.
- ⑥ 붕괴된 연천댐은 재건설하지 않으며, 한탄강 상류의 수력발전용 댐은 철거한다.

(2) 결정이유

- ① 각 대안의 홍수조절효과는 동일하다 하더라도 대안별 활용목적이 다르기 때문에 문산지역 홍수조절효과와 임진강본류의 중·상류 홍수조절효과를 동시에 가진 대안을 선택하였다. 천변저류지의 실험적 운영과 그 효과의 전국적 확산을 고려하였고, 천변저류량 만큼 댐의 규모를 최소화할 수 있으며 이로 인하여 철원지역의 홍수 시 침수지역을 기존 한탄강댐 계획상 3%이던 것을 상당히 줄일 수 있을 것으로 판단하였다. 무엇보다도 홍수조절용 댐건설의 필요성과 댐 건설을 위한 기술적 절차에 대한 불신이 깊은 만큼, 댐건설을 추진하는 정부측과 주민 및 환경단체간의 신뢰를 형성하는 과정을 거쳐 댐 건설을 추진하는 것이 바람직할 것으로 판단하였다. 이를 위하여서는 홍수조절용 댐 건설의 관련당사자대표들과 중립적 전문가들로 이루어진 “공동협의회”를 구성하여 댐 건설을 위해 저류지의 저류효과, 댐의 홍수조절효과, 규모 및 안전성에 대한 확인에 관해 필요한 절차를 밟는 것이 바람직할 것이다.
- ② 제방안, 분수로와 제방안은 안전성과 환경성을 고려하여 제외하였다. 제방은 하천의 접근성의 문제, 소하천 생태계에 부정적 영향을 미치며 안전성과 환경성을 높이기 위해서는 더 많은 비용이 든다. 주민 수용성 측면에서 부담을 준다. 분수로의 경우 문산지역 홍수조절효과는 있으나 역류 우려와 수질악화 등 환경성에 문제가 있다.
- ③ 제1대안인 천변저류와 제방안은 홍수조절효과가 불확실한 반면, 제방 길이도 약 150km 정도로 계산되어(자문의견) 환경성, 안전성, 사회적 수용성 측면에서 제외되었다. 그러나 천변저류안은 향후 댐을 대체하는 친환경적 홍수조절대안으로서의 가치를 가지기 때문에 5개소 모두가 아닌 민가나 농경지가 없어 사회적 수용성이 높은 2개소(장단반도와 석장2지구)를 우선적으로 적용함으로써 문산지역 홍수에 대비하면서 동시에 과학적 실험을 계속할 수 있는 제6대안을 선택하였다.
- ④ 제4대안인 한탄강댐안은 홍수조절효과도 확실하고 환경성이나 안전성의 문제도 미미하다고는 하지만, 건설교통부와 수자원공사측에서 제시하는 자료들의 신뢰성이 떨어지기 때문에 그 자료들에 근거하여 도출된 결론들을 그대로 수용할 수는 없다. 따라서 임진강유역의 홍수조절효과를 위해서 한탄강에 홍수조절용 댐을 건설할 필요가 있다는 것은 인정하지만, 건설교통부와 수자원공사측에서 댐건설을 추진하는 과정에서 범한 기술적 오류 때문에 댐 건설을 위해서는 계획단계에서부터 재검토할 필요가 있다. 따라서 기존의 한탄강댐안은 무효화하였다.
- ⑤ 제5대안은 경제성에서는 다른 대안에 비하여 다소 뒤떨어지나, 안전성과 환경성에서는 다른 대안에 비하여 상대적으로 앞선다. 다만 천변저류지와는 달리 댐에 대한 환경단체와 한탄강댐건설 반대측 주민의 사회적 수용성이 낮은 것이 문제이며, 이는 정부가 한탄강댐을 추진하는 과정에서 발생시킨 절차상의 문제로 인하여 나타난 불신이 크기 때문인 것으로 판단하였다. 특히, 반대주민측에서 제기한 한탄강댐 건설시 발생할 수 있는 우려 사항은 다목적댐이 아닌 홍수조절용 댐으로 건설하게 되면 해소되나, 기존 댐건설추진과정에 대한 근본적 불신으로 반대주민측의 한탄강댐 건설 후 용수용댐으로 전환할 것에 대한 우려는 여전히 존재한다는 점이다. 그러나 정부에서 제시하는 한탄강댐의 축소안은 천변저류량을 제대로 반영하지 못하고 있으

제 2 장 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제의 분석

- 『한탄강댐갈등관리준비단』구성·운영: '04. 2. 17 ~ 5. 11
 - 준비단 구성(단장: 정진승 위원, 구성위원: 허상수·김경·박수선·이선우·이영희 위원)
 - 활동 사항
 - 13차례 회의 및 현지답사를 통해 찬·반 지역주민·환경단체·건교부 등 4개 관련당사자의 의견 청취, 주요쟁점 등 파악

- 한탄강댐 갈등조정프로세스 설명회 개최: '04. 4. 29, 5. 1
 - 건교부·환경단체 설명회('04.4.29), 찬성주민('04.5.1, 연천군민회관)·반대주민('04.5.1, 철원군청) 설명회 개최, 한탄강댐 갈등조정프로세스 참여 요청

- 한탄강댐 관련당사자 합동워크숍 개최: '04. 5. 20
 - 관련당사자 그룹 잠정 대표자에게 갈등조정 추진계획 설명

- 『한탄강댐갈등조정소위원회』구성·운영: '04. 5. 11~
 - 정진승, 허상수, 박수선, 이선우 위원 등 4명으로 구성
 - 21차례 회의를 개최하여 한탄강댐조정회의의 운영방안 논의, 쟁점 파악, 임진강유역 홍수피해 방지 대안검토 및 결정

- 『한탄강댐문제조정을위한관련당사자회의(한탄강댐조정회의)』 구성·운영 : '04. 6. 2 ~ 9. 1
 - 찬·반 주민 대표 각 4인, 정부·환경단체 대표 각 3인, 조정위원 4인 등 18인으로 구성
 - 한탄강댐조정회의 16차례, 기술검토소회의 5차례 개최
 - 한탄강댐조정회의의 원활한 진행을 위한 '사전약속' 합의
 - 한탄강댐 추진절차 및 홍수조절효과·경제성·환경성·주민영향

며, 기존의 한탄강댐 건설계획에 근거하고 있기 때문에 대안으로 선택하지 않았다.

등 한탄강댐과 관련된 주요쟁점 논의 및 임진강유역 홍수피해 방지를 위한 5가지 대안 도출

- 5개 대안 중 최적대안을 조정위원이 1개월 내외의 기간 안에 결정하고, 관련당사자는 그 결정을 수용하기로 합의('04. 8. 27, 제16차 조정회의)

□ 임진강유역 홍수피해방지 대안검토 및 결정: '04. 8. 28 ~ 10. 30

- 8. 27 합의에 따라 전문가 자문회의와 조정소위 회의 등을 통해 임진강유역 홍수피해 방지를 위한 5개 대안의 홍수조절효과, 안전성, 환경성, 경제성, 사회적 수용성 검토
- 각 대안의 장·단점을 분석하고, 관련당사자의 수용성을 높이는 데 초점을 맞추어 '천변저류와 홍수조절용댐안'을 대안으로 결정

□ 관련당사자 설명회 개최 및 홍보 추진: '04. 11. 2~

- 관련당사자 설명회 개최: '04. 11. 2 ~ 3, 대명비발디콘도, 철원군청
- 춘천KBS, 문화일보, YTN, CBS 등 인터뷰 및 한겨레, 조선일보 등 주요언론에 조정소위 결정의 과정과 의미 등 설명

□ 한탄강댐갈등조정소위원회 대안의 개요: 천변저류지 2개소 및 새로운 홍수조절용 댐 건설

- 천변저류지 2개소(장단반도와 석장2지구, 면적 약 3km², 저류용량 12백만톤)를 건설하여 시범운영
- 임진강유역 홍수피해 방지를 위한 홍수조절용 댐의 필요성은 인정하되, 기 계획되어 있는 한탄강댐 건설계획은 무효화
- 조정회의 과정에서 논란이 되었던 저류지의 저류효과, 댐의 홍수조절효과, 규모 및 안전성을 확인
 - 중립적 전문가, 정부, 환경단체, 주민대표들로 '공동협의회'를 구성하여 1년 이내에 댐 건설에 필요한 절차 마무리
- 상기 절차를 거쳐 천변저류지의 효과를 감안, 기존 계획의 한탄

강댐보다 축소된 규모의 홍수조절용 댐건설 추진

- 지역주민의 의견을 수용한 다양한 지역지원대책 제시 등
한탄강댐 갈등조정 추진경과

2003. 12. 19	노무현대통령, 갈등당사자간 합의를 통해 납득가능한 결론 도출을 지속가능발전위원회에 지시
2004. 2. 17 ~ 5. 11	『한탄강댐갈등관리준비단』 구성·운영
2004. 4. 29 2004. 5. 1	한탄강댐 갈등조정프로세스 설명회 개최
2004. 5. 20	한탄강댐 관련당사자 합동워크샵 개최
2004. 5. 11 ~	『한탄강댐갈등조정소위원회』 구성·운영
2004. 6. 2 ~ 9. 1	『한탄강댐문제조정을위한관련당사자회의(한탄강댐조정회의)』 구성·운영
2004. 8. 28 ~ 10. 30	임진강유역 홍수피해방지 대안검토 및 결정
2004. 11. 2 ~	관련당사자 설명회 개최 및 홍보 추진
2004. 11. 12	한탄강댐갈등조정소위원회 대안결정

2. 부안 핵폐기물처리장건설 갈등사례

정부는 전국의 원자력발전소 안에 임시로 설치한 방사성 폐기물 저장 시설이 2008년부터 포화상태가 되는 점을 감안하여 방사성 폐기물 저장 시설 즉 원전수거물 관리시설을 건설하고자 1986년 7월부터 부지확보에 착수하였으나 아직까지도 당해 시설의 입지를 확정하지 못하고 있다. 그동안의 추진경위를 살펴보면, 우선 1차('86~'89)로 경북 울진, 영덕, 영일 3개 후보지 도출, 2차('90.11)로 충남 태안군 안면도에 건설계획 발표, 3차('91~'93)로 후보지 도출 용역 실시(고성, 양양, 울진, 영일, 장흥, 태안), 4차('93~'94)로 유치지역(경남 양산, 경북 울진)에 지역 지원사업을 제시하였으나 지역주민들의 반대로 각기 중단, 취소, 무산되었다. 또한 5차('95. 2)로 굴업도를 후보부지로 지정하였으나 이 역시 활성단층의 발견으로 1995년 12월 지정 해제되었다.³⁵⁾

35) 1997년 1월에는 당해 사업의 주체가 과기부/원자력연구소에서 산자부/한전으로 변경되었다.

한편, 2003년 7월 주민여론의 수렴 없이 자치단체장이 핵폐기물처리장의 유치신청을 함으로써 촉발된 불안사태는 정부 및 지방자치단체와 주민들 모두의 미숙한 대응으로 갈등이 격화되면서 폭력사태로까지 치달은 바 있다. 작년 12월 더 이상의 추진을 유보한다는 정부 발표 이후 소강국면으로 접어든 상황에서 지난 2월 14일 강행된 불안주민의 직접투표는 압도적인 표차로 유치를 반대하였으나, 이를 인정하지 않는 정부의 공식적인 입장 때문에 갈등의 불씨는 아직 잠복되어 있는 것으로 보인다. 불안사태에 관련한 주요 경과는 다음과 같다.³⁶⁾

2003. 5. 1	산업자원부, 핵폐기장 관리시설 유치 공고
2003. 5. 13	위도주민 핵폐기장유치위, 주민 80% 이상 서명 받아 불안군의회에 유치 청원
2003. 7. 9	부안군의회, 핵폐기장 유치 반대 결의
2003. 7. 14	김종규 부안군수와 김형인 부안군의회 의장, 산업자원부에 유치신청서 제출
2003. 7. 22	핵반대 군수퇴진 불안주민 1만인 켈기대회
2003. 7. 24	산업자원부, 부안군 위도를 핵폐기장 후보지로 결정
2003. 7. 26	산업자원부 장관, “현금보상 검토” 발언, 불안주민 촛불집회 시작
2003. 7. 29	정부, 위도 현금보상 배제 결정
2003. 9. 8	부안군수, 군민들에게 폭행당함
2003. 11. 18	정부, 주민투표 불가방침 발표
2003. 11. 19	핵폐기장 백지화 범부안군민 대책위원회, 정부와 대화중단 선언
2003. 11. 25	부안 핵폐기장 사태 해결을 위한 주민투표 실시 촉구 ‘2천인 선언’
2003. 12. 10	정부, 핵폐기장 유치신청 추가접수 결정
2004. 1. 15	핵폐기장 관련 불안주민 직접투표 강행 발표
2004. 1. 15	주민투표 관리위원회, 2.14 주민투표 공고
2004. 2. 5	산업자원부, “원전수거물 관리시설 부지공모 공고안” 발표
2004. 2. 14	주민투표 (투표율 72.01%, 반대 91.83%)

이에 정부에서는 2003. 12. 10 주민투표의 필수절차화 등 유치신청절

36) 임일섭, 『남비 갈등』의 유형과 정책대응, 23면.

차의 민주성 보완을 내용으로 하는 부지선정 보완방안을 발표하고 보완된 절차에 따라 부안군 위도이외의 타 지역에도 신청기회를 부여하기로 하였다. 2004. 2. 5 신규 유치공모를 공고하였으나³⁷⁾ 예비신청마감일인 9. 15까지 지방자치단체장의 예비신청이 한군데도 없어 결국 무산되고 말았다. 그러나 2004. 9. 16 정부는 새로운 원전수거물 처리방안 수립 등을 지속적으로 추진하고자 하는 의지를 발표하였으며, 원전수거물 처리시설의 건설을 위한 입지 확보는 난관에 부딪쳐 있다.

3. 새만금간척사업 갈등사례

(1) 새만금사업의 개요 및 경과

새만금 간척종합개발사업은 국토확장, 산업용지 및 농지조성, 치수 등의 목적으로 당시 농림수산부에서 구 농촌근대화촉진법 제92조, 제93조 및 제96조와 공유수면매립법 제4조의 규정에 따라 계획된 대규모 간척사업이다.³⁸⁾

새만금간척사업을 둘러싼 갈등은 정부·집단지 가치관갈등의 대표적인 사례로서, 사업구상 및 초기단계와 이후단계 사이의 가치관변화로 인해 환경 가치관 갈등이 강하고 지속적으로 표출되는 사례라 할 수 있다. 새만금간척사업을 둘러싼 갈등의 경과는 다음과 같다.³⁹⁾

37) 신규 공모절차는 ①주민투표의 도입으로 『주민자치원칙』 보장(주민의 유치청원에 의해 절차가 개시되고 주민투표를 통한 유치여부 최종결정 등 민주적이고 투명한 공모절차 추진), ②『지역주민의 참여』를 통한 투명한 부지선정(주민대표, 시민사회단체 대표 등이 부지조사 단계부터 시설의 건설 및 운영단계까지 참여할 수 있는 기회를 보장), ③시설 안전성에 대한 지역주민들의 불안감 해소(사용후연료 재처리시설과 고준위방사성폐기물 영구처분장은 금번 공고의 대상시설에서 제외함을 명시하여 불필요한 오해 방지, 국내의 관련시설 견학 등을 통해 안전성 확인 기회 부여), ④유치지역에 대한 지원 i)지역지원금(3,000억원 상당), ii)양성자기반공학기술개발사업, iii)한국수력원자력(주) 본사 이전을 지원하고, 또한 해당 지방자치단체가 제출하는 지원 요청사업을 최대한 지원)을 주된 내용으로 한다.

38) 새만금간척사업의 개발면적은 여의도의 140배 규모인 40,100ha(토지조성 28,300ha, 담수호 11,800ha)이다.

39) 1999년 5월 ‘새만금사업 환경영향 민관공동조사단’이 발족되어 정부와 환경단체들이 각각 추천한 전문가들이 경제성분과·수질분과·환경분과로 나뉘어 1년 이상 연구했지만, 이들의 철학·이론·방법론, 모든 것이 달랐기 때문에 연구는 제대로 이루어

새만금간척사업 추진 경과

지지 못하였다. 특히 경제성분과는 결론 도출방법에 대한 합의를 이루지 못한 채 편익과 비용을 찬·반 입장을 가진 연구자들이 따로 분석해서 공동조사단이 파행되는 원인을 제공하였으며, 공동조사단안에서 찬·반 입장이 극도로 대립되어 합의된 결론을 얻지 못한 채 공동조사단장은 2000년 8월 보고서를 정부에 제출하였다.

제 2 장 행정상의 갈등해소를 위한 현행 법제의 분석

1986. 1. 경	김제, 부안, 옥구 3개 지구를 통합하는 부안지구 복지농어도 (農漁道) 종합개발사업 구상
1986. 3 ~ 1987. 12	새만금사업 타당성과 기본조사 실시(한국산업경제연구원)
1987. 12. 11	새만금사업 추진계획 발표
1989.	환경영향평가
1989. 5. 22	새만금사업 기본계획(안) 관계기관 협의
1989. 11. 6	새만금사업 기본계획확정(구 농촌근대화촉진법 제92조)
1991. 8. 13	새만금사업 시행계획확정(구 농촌근대화촉진법 제93조)
1991. 8. 19	새만금사업 시행계획고시(구 농촌근대화촉진법 제94조)
1991. 10. 17	공유수면매립면허처분(구 공유수면매립법 제4조, 제29조, 동 시행령 제34조)
1991. 10. 22	공유수면매립면허처분 고시(구 공유수면매립법 제7조, 동 시행령 제12조 제1항)
1991. 11. 13	새만금사업 시행인가처분(구 농촌근대화촉진법 제96조, 구 공유수면매립법 제9조의2)
1991. 11.16	새만금사업 시행인가처분 고시(구 농촌근대화촉진법 제96조)
1991.11. 28	제1호 방조제 공사착공
1992. 6. 10	제2, 3, 4호 방조제 공사착공
1994. 7. 25	제1, 3호 방조제 끝막이 공사 완료
1996. 5	시화호 오염 발생, 새만금 간척사업에 대한 문제제기 본격화
1998. 4	감사원 국책사업감사단 특별감사

1998. 9. 25	감사원 새만금 사업 추진실태 감사결과 발표(모두 79건의 위법, 부당한 사항을 지적하면서 시정 및 주의조치를 하고 새만금 사업계획을 재검토하도록 권고)
1998. 12. 30	제1호 방조제공사 완공(방조제 33km 중 약 19.1km 완공)
1999. 1	유종근 전라북도지사의 새만금 사업 전면 재검토 선언, 공동조사단 구성 제의
1999. 4	국무총리실 산하 수질개선기획단에 새만금 사업 민관공동조사단 구성, 조사시작(환경영향, 경제성, 수질보전대책 등의 3개 분과로 나누어 조사하여 그 결과에 따라 새만금 사업의 계속여부를 결정하기로 함)
2000. 8	민관공동조사단 최종보고서 제출
2001. 5. 25	국무총리의 새만금 사업에 대한 정부조치계획 확정, 발표(방조제는 완공하되 동진강 수역부터 먼저 개발하고 만경강 수역은 수질이 목표기준에 적합하다고 평가될 때까지 개발을 유보한다는 순차 개발방식 확정, 총사업비는 3조 1737억원으로 증액됨)
2001. 8. 6	정부 조치계획에 대한 세부실천계획 확정
2003. 2. 11	노무현 대통령 당선자의 새만금 사업 계속하되 간척지 이용방안 재검토 의사
2003. 6. 현재	물막이공사 기준으로 총 33km 중 제2호 방조제 2.7km를 제외한 구간 약 30.3km(약 91.8%) 완공

(2) 새만금 소송

시민사회운동의 일환으로 새만금 지역의 갯벌과 생태계 보전을 위해 새만금사업을 중지시키기 위한 목적으로 제기된 소송에는 2000. 5. 제기된 제1차 새만금 소송, 2001. 8. 경 각각 제기된 제2차 새만금 소송과 헌법소원심판청구, 2003. 6. 경 제기된 집행정지신청 등이 포함되는 바, 그 구체적 내용을 개략적으로 살펴보면 다음과 같다.⁴⁰⁾

40) 이하의 내용에 대해서는, 金泓均, 새만금 소송의 의의와 과제, 저스티스 통권 제81호 (2004. 10), 94-99면 참조.

새만금 소송의 경과

2000. 5. 4	제1차 새만금 소송(공유수면매립면허처분취소 등) 제기(서울행정법원 2000구 12811 사건)
2001. 7. 25	제1차 새만금 소송 원고청구 각하(서울행정법원 2000구12811 판결)
2001. 8	헌법소원심판청구 제기(헌재 2001헌마579 사건)
2001. 8	제2차 새만금 소송(정부조치계획취소 등) 제기(서울행정법원 2001구33563 사건)
2003. 1. 30	헌법재판소의 헌법소원심판청구 각하(헌재 2001헌마579 결정)
2003. 5. 15	제1차 새만금 소송 항소심의 원심 인용(서울고등법원 2001누 13173 판결)
2003. 6. 초	새만금간척종합개발사업에 대한 정부조치계획, 세부실천계획, 공유수면매립면허처분, 새만금간척종합개발사업시행인가처분의 집행정지 신청(서울행정법원 2003아1142 사건)
2003. 7. 15	서울행정법원 제3합의부의 새만금간척종합개발사업에 따른 방조제공사의 집행정지 결정(서울행정법원 2003아1142 판결)
2004. 1. 29	서울고등법원의 원심 집행정지결정 취소 결정(서울고등법원 2003 루98 판결)
2004. 2. 초	재항고
현 재	새만금간척종합개발사업 집행정지신청사건(재항고심)은 대법원에 계속되어 있으며, 본안소송은 서울행정법원에 계속되어 있음

1) 제1차 새만금 소송

2000. 5. 4. 새만금 사업구역인 군산시, 김제시, 부안군 등에 거주하는 37명과 전국에 걸쳐 거주하고 있는 새만금사업 관련처분 당시 태어났거나 아직 태어나지 아니한 18세 미만의 미성년자들(이른바 미래세대)인 177명이 원고로서 농림부장관을 상대로 환경권, 미래세대의 다양한 동·식물계에 대한 권리, 풍요로운 자연에서 생활할 권리, 자연유산을 향유할 권리 등을 근거로 “1991. 10. 17.에 한 공유수면매립면허처분과 1991.

11. 13.에 한 새만금간척종합개발사업 시행인가처분을 각 취소”하여 달라고 청구하였다.

흔히 미래세대 소송으로 일컬어지는 이 소송에서 법원은, 자연환경보전법, 습지보전법 등은 처분 당시에는 제정되어 있지도 아니하였으므로 당해 처분의 근거법규 또는 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 해당될 수가 없고, 환경권은 명문의 법률규정이나 관계법령의 규정 취지 및 조리에 비추어 권리의 주체·대상·내용·행사방법등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없어 법률상 보호되는 이익으로 인정될 수 없으며, 원고들이 주장하는 국제기구 선언, 국제협약 등은 처분의 근거 법규 또는 처분의 행정목적 달성을 위한 일련의 단계적인 관련처분들의 근거법규에 해당하지 않는다는 등 이유로 원고 김정현 등 37명을 제외한 나머지 원고들의 원고적격을 부인하고, 원고 김정현 등 37명은 적법한 전치절차를 거치지 아니하여 각 부적법하다며 소를 각하하였다.⁴¹⁾ 이에 대한 항소심은 원심을 인용하였으며,⁴²⁾ 원고들이 상고하지 아니함에 따라 확정되었다.

2) 헌법소원심판

2001. 8. 경 새만금갯벌 주변지역에 살고있는 어민·주민들과 전국의 시민종교단체 인사들 3,640명이 국무총리, 국무총리 산하 수질개선기획단장과 행정조정실장, 농림부장관을 상대로 헌법재판소에 “2001. 5. 25.에 한 ‘새만금 간척사업에 대한 정부조치계획’의 확정발표와 간척사업의 재개 등의 행위는 청구인들의 헌법상 환경권과 직업의 자유, 거주이전의 자유 등을 침해한 것이므로 취소”하여 달라고 청구한 바 있다.

이에 대해 헌법재판소는 “피청구인 국무총리의 2001. 5. 25.자 새만금 간척사업에 대한 정부조치계획 및 지시사항시달은 당초 시행중인 새만금 간척종합개발사업에 관한 국무총리의 관계부처에 대한 지휘·감독권의 행사의 일환으로 행해진 것으로, 당초 1991. 11. 16. 사업시행인가 고시되고 공사진행 중인 농림수산부장관의 새만금간척종합개발사업을 변경

41) 서울행정법원 2001. 7. 25. 선고 2000구12811 판결.

42) 서울고등법원 2003. 5. 15. 선고 2001누13173 판결.

시키거나 그 사업을 대체하는 것이 아니라, 동 사업을 계획대로 계속 시행하되, 다만 환경친화적인 개발이 되도록 관계부처에 보완대책을 수립·추진하라는 것을 내용으로 하고 있고, 피청구인 농림부장관의 2001. 8. 6. 자 새만금간척사업에 대한 후속 세부실천계획 또한 위 국무총리의 지시사항을 이행한 실천계획을 정한 것으로, 동 사업에 대한 환경친화적인 개발의 이행계획을 내용으로 하고 있으며, 그리고 새만금간척사업에 대한 공사재개행위는 당초 새만금간척사업시행계획에 따라 진행되다 중단된 공사를 재개하는 것에 불과하여, 위 각 행위 자체로 독립하여 새로이 직접 청구인들의 기본권을 침해하고 있는 것이 아니므로, 피청구인들의 위 각 행위는 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력행사에 해당되지 아니한다고 할 것이다”며 각하 결정하였다.⁴³⁾

3) 제2차 새만금 소송(서울행정법원 2001구33563 사건)

2001. 8. 경 헌법소원을 제기한 3,640명(환경영향평가대상지역에 거주하는 주민과 그 밖의 지역에 거주하면서 새만금사업 반대운동을 하고 있는 시민들로 구분)이 국무총리와 농림부장관을 상대로, ①국무총리가 2001. 5. 25.에 확정된 새만금간척사업에 대한 정부조치계획과 농림부장관이 2001. 8. 6.에 확정된 새만금간척사업에 대한 정부조치계획에 대한 세부실천계획에 대하여는 선택적으로 취소를, ②농림부장관이 1991. 10. 17.에 한 공유수면매립면허처분과 1991. 11. 13.에 한 새만금간척 종합개발사업 시행인가처분에 대하여는 무효확인을, ③농림부장관이 2001. 5. 24.에 원고들의 공유수면매립면허 등 직권취소신청에 대하여 한 거부처분에 대하여는 취소를 구하는 병합청구를 제기, 현재 서울행정법원에 계속되고 있다.

한편, 이와 같이 3년 넘게 끌어온 새만금간척사업 정부조치계획취소청구 본안소송, 즉 제2차 새만금 소송의 1심 재판심리가 지난 2004. 11. 12. 막을 내렸다. 즉, 서울행정법원 행정3부(재판장 강영호)는 2004. 11. 12. 제2차 새만금 소송의 결심공판을 열어 원고와 피고 쪽 증인으로 출석한

43) 현재 2003. 1. 30. 선고 2001헌마579 결정.

전문가들로부터 새만금사업의 대안에 대한 견해를 들었다.⁴⁴⁾ 재판부는 “판결로 인한 갈등을 줄이고 행정절차의 존중을 위해 결심공판 뒤에도 이해당사자를 참가시켜 비공개로 조정해 들어갈 방침”이라며, “조정안은 판결로 대체할 수 있도록 작성하되 어느 한쪽에서 이의를 제기한다면 곧장 기일을 잡아 선고하겠다”고 밝혔다. 재판부는 곧바로 권고문 작성에 들어가 내년 1월 중순까지는 작업을 끝낸다는 방침이어서 이른바 제2차 새만금 소송의 1심 재판은 늦어도 내년 2월까지의 결론이 내려질 전망이다.

4) 집행정지

2003. 6. 초 최열 등 3인은 국무총리와 농림부장관을 피신청인으로 하여 “국무총리가 2001. 5. 25.에 한 새만금간척종합개발사업에 대한 정부조치계획과 농림부장관이 2001. 8. 6.에 한 위 정부조치계획에 대한 세부실천계획과 1991. 10. 17.에 한 공유수면매립면허처분 및 1991. 11. 13.에 한 새만금간척종합개발사업시행인가처분은 그 집행을 정지한다”는 효력집행정지신청을 제기하였다.

이에 대하여 2003. 7. 15. 서울행정법원은 신청인들의 방조제 공사중지주장을 받아들여 새만금간척종합개발사업에 따른 방조제공사의 집행을 정지하는 주목할만한 결정을 하였다.⁴⁵⁾ 법원은 “농림부장관이 1991. 10. 17.에 한 공유수면매립면허처분 및 1991. 11. 13.에 한 새만금간척종합개발사업시행인가처분에 근거한 새만금간척종합개발사업에 따른 방조제 공사는 원고들이 2001. 8. 경 제기한 새만금매립기본계획에 기초한 공유수면매립면허 및 사업시행인가처분 무효행정소송(2001구33563 사건)의 판결선고시까지 그 집행을 정지한다”고 결정하면서 본안소송의 승소가

44) 이날 결심공판에 원고인 환경단체측 증인으로 나온 오창환 전북대 지구환경과학과 교수는 “정부의 수질개선대책에도 불구하고 올해 들어 급속도로 동진강의 수질이 오염되고 있다”며, “새만금방조제 물막이 공사를 중단하고 이 지역을 농지 및 공업지구가 아닌 종합관광단지로 전환해 싱가포르와 같은 국제상업도시를 만들어야 한다”고 말했다. 그러나 피고인 농림부측 증인으로 나온 서병훈 농림부 농촌정책국장은 “식량안보 차원에서라도 새만금지역을 농지로 사용한다는 정부입장에는 아직 변화가 없다”며 “방조제 물막이 공사를 끝내지 않으면 경제성 확보가 불가능하고, 토석과 깃벌 등의 유실로 인해 새로운 해양환경문제가 발생하게 된다”고 반박하였다.

45) 서울행정법원 2003. 7. 15. 선고 2003아1142 결정.

능성을 언급하였다. 즉 법원은 “농지조성 및 농업용수의 공급이라는 이 사건 사업의 목적을 달성하기 위하여는 이 사건 사업으로 건설될 예정인 새만금 담수호에 대한 수질오염을 방지하기 위한 대책이 전제되어야 할 것이나, 이 사건 각 처분을 하기 위하여 시행한 환경영향평가 중 수질오염방지대책에 의하거나, 나아가 환경부가 1999. 12. 경 제시한 새만금 호 수질보전종합대책과 민관공동조사단의 수질보전분야에 대한 조사결과를 포함한 피신청인 국무총리의 이 사건 정부조치계획 중 수질오염방지 대책에 의하더라도 새만금 담수호의 수질은 당초 피신청인들이 목표로 한 농업용수기준인 4급수를 기술상 충족시킬 수 없을뿐더러, 설혹 기술상 위 농업용수기준의 유지가 가능하다 하더라도 이를 충족하기 위하여 감당하기 어려운 과도한 비용을 요하게 되어 사회통념상 실현불가능한 것이어서 이 사건 각 처분을 당연 무효로 볼 여지도 있는 만큼, 신청인 들로서는 이 사건 본안소송에서 승소하게 될 개연성도 있다고 할 것이다” 고 판단한 것이다. 아울러 “현재의 상황에서 피신청인들이 이 사건 사업에 따른 방조제공사를 완공하게 될 경우 새만금 담수호와 새만금유역의 갯벌에서 발생하게 될 수질오염과 갯벌파괴 등으로 인한 환경피해가 심각히 우려되는 이상 그와 같은 부수적인 손실은 이 사건 각 처분에 기한 방조제공사의 집행정지를 배제할 정도는 아니라는 점”도 분명히 밝히고 있다.

그러나 서울행정법원은 위 집행정지결정 후 3일만인 2003. 7. 18. 집행정지결정에 대한 피신청인의 의견조회에 대한 회신이라는 특이한 형식으로 방조제의 물막이 공사가 진행되지 않은 구간(2.7km)에 대한 추가적인 물막이 공사의 진행은 금지하되, 물막이 공사를 시행한 부분은 해일, 파랑으로 인한 유실 및 붕괴의 위험을 방지할 수 있는 범위내에서 필요한 보강공사를 허용하였다. 이러한 법원의 결정은 사실상 집행정지결정 이전에 해오던 공사의 재개를 허용하는 것으로 이해되고 있다.

그 후 서울행정법원(1심)의 집행정지결정은 서울고등법원(항고심)에서 번복되었다.⁴⁶⁾ 즉, 서울고등법원은 집행정지의 한 요인인 “회복하기 어

46) 서울고등법원 2004. 1. 29. 선고 2003루98 결정.

려운 손해발생의 우려”와 관련하여 “신청인 조경훈, 신형록은 이 사건 사업의 시행으로 인하여 방조제가 완성되어 해수의 유입이 차단되는 경우에 전국 갯벌의 8%인 20,800ha 상당의 갯벌이 사라지고 만경강, 동진강에서 유입되는 오염된 물로 인하여 단기간내에 새만금유역의 하구갯벌에서 서식하는 어패류 및 다양한 미생물이 모두 폐사하게 되어 시화호와 같은 죽음의 호수가 예견된다고 주장하고 있을 뿐이고, 신청인들이 이 사건에서 주장한 내용과 제출한 모든 소명자료를 종합하더라도, 위 신청인들의 환경상의 이익이 이 사건 각 처분의 효력이 유지됨으로 인하여 구체적으로 어떤 형태로, 어느 정도로 침해되며, 그러한 이익의 침해로 인한 손해가 본안소송에서 승소한다고 하더라도 금전보상이 불가능하거나 금전보상으로는 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우에 해당한다는 점을 인정하기에 부족하다. 따라서 이 사건 각 처분의 효력이 유지됨으로 인하여 신청인 조경훈, 신형록에게 행정소송법 제23조 제2항 소정의 ‘회복하기 어려운 손해’가 발생할 우려가 있다고 인정하기 어렵다”고 판단하였다.

또한, 집행정지의 또 다른 요건인 “긴급한 필요”와 관련하여 “이 사건 방조제공사는 약 91.8%에 대한 물막이공사가 이루어졌고 그 구간에 대한 보강공사와 2개의 배수갑문에 대한 공사가 진행 중인 점, 앞으로 이 사건 방조제는 2005. 10.경까지 위 보강공사 및 배수갑문공사, 2005. 11.부터 2006. 3.까지 제2호 방조제 개방구간에 대한 끝물막이공사를 각 마치고, 그 후부터 2006. 12.까지 도로포장 등 방조제에 대한 마무리 공사가 이루어질 예정인 사실, 따라서 제2호 방조제 개방구간(2.7km)에 대한 물막이 공사가 끝날 때까지는 현재와 같이 이 사건 방조제의 개방구간을 통하여 해수 유통이 계속될 것인 점 등을 종합적으로 고려하면 이 사건 각 처분에 기한 방조제공사의 집행을 미리 정지하여야 할 만큼 급박한 사정이 있다고 볼 수 없다”고 판단하였다.⁴⁷⁾

47) 한편, 집행정지의 소극적 요건인 “공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없는 경우”와 관련하여서는 “이 사건 방조제공사의 집행정지결정으로 인하여 방조제공사를 중단하게 된다면 대규모 국책사업에 관한 국가정책이 유보됨은 물론 많은 양의 방조제 토

(3) 새만금갈등 사례의 시사점

첫째, 가치관과 이해관계가 첨예하게 대립하고 갈등당사자의 힘이 균형을 이루었음에도 사실관계 확인, 결론 도출방법 등에 대한 합의 없이 공동조사단을 구성, 운영한 점이 합의도출 실패의 한 원인이 되었다. 공동조사단내 중립적 조정자가 없고, 대안검토가 과업범위에 포함되지 않았으므로 갈등조정을 통한 제3의 대안을 만들지 못하고 찬성과 반대가 평행선을 그렸다.

석이 유실될 뿐만 아니라 유실방지 보강공사 등에 막대한 비용이 소요될 우려가 있으며, 나아가 방조제의 붕괴로까지 이어질 가능성이 있는 점(피신청인은 방조제 등 임시보강공사에 30억원 상당이 소요될 것으로 예상하고 있다), 또한 유실된 토석이 인근 해역에 흩어짐으로써 발생하게 될 해양오염, 선박통행의 장애나 안전사고 발생 가능성이 있으며, 인근 어장이 황폐화될 우려가 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 볼 때 이 사건 집행정지결정으로 인하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 때에 해당한다”고 판단하였다.

더 나아가 법원은 “이 사건 본안소송에서 쟁송의 대상이 되는 처분은 이 사건 각 처분이므로, 새만금간척종합개발사업에 따른 방조제공사가 행정소송법상의 집행정지의 대상이 되는 ‘처분 등’이라고 할 수 없고, 이 사건 각 처분은 그 상대방으로 하여금 공유수면매립과 간척사업을 행할 수 있게 하는 이른바 ‘수익적 행정처분’으로서 처분의 목적이 이 사건 각 처분의 발령과 동시에 완성되어 별도의 집행행위를 필요로 하지 않으므로 ‘처분의 집행’이란 있을 수 없고, 또한 처분에 기한 후속적인 질차가 없으므로 ‘질차의 속행’이란 것도 있을 수 없는 점, 피신청인 농림부장관은 권한의 위임에 의하여 이 사건 각 처분의 허가, 인가권자인 동시에 허가, 인가를 받은 당사자로서의 사업시행자의 위치에 있으며, 사업시행자의 지위에서 새만금간척종합개발사업에 따른 방조제공사를 시행하고 있다고 보아야 할 것인 점, 행정소송은 처분을 행한 행정청을 피고(행정소송법 제13조)로 하여야 하고, 이 사건의 본안소송도 이 사건 각 처분을 한 행정청인 농림부장관(이 사건 각 처분의 허가, 인가권자로서의 지위)을 피고로 하여 이 사건 각 처분의 무효를 구하고 있는 점, 그런데 이 사건 제1심이 집행정지의 대상으로 삼은 새만금종합개발사업에 따른 방조제공사는 이 사건 각 처분이 유효함을 전제로 법률관계가 진전되어 다른 처분이 행해진 경우로 보기는 어렵고 단지 이 사건 각 처분에 따른 사실행위로서의 성질을 갖는다고 봄이 상당하다고 할 것이며, 그와 같은 사실행위는 행정소송법상의 집행정지의 대상이 되지 않는다고 할 것이다. 그런데 제1심은 신청인들의 이 사건 각 처분에 대한 효력정지신청에 대하여 위와 같이 이 사건 각 처분에 근거한 새만금간척종합개발사업에 따른 방조제공사의 집행을 정지한다는 결정을 함으로써 행정소송법상 집행정지의 대상이 되지 아니하는 사실행위에 대한 집행정지를 한 것이 되어 위법하다”고 판단하면서 농림부측 항고를 받아들여 1심의 집행정지결정을 취소하였다. 한편, 새만금 소송에 관련한 처분성, 원고 적격 등 주요쟁점에 대해서는, 金泓均, 전계논문, 99면 이하 참조.

둘째, 시화호의 담수호 조성 실패라는 정책실패가 정부에 대한 신뢰부족으로 이어져 진행 중인 사업에 대한 반대가 활성화되었으므로 정부의 일관되고 지속적인 신뢰구축이 매우 중요하다.

셋째, 정부와 지방자치단체의 불일치한 사업목표 등이 전북도민, 환경단체, 종교단체 등의 이해관계, 가치관 갈등으로 이어졌으므로, 정부부처간, 정부와 지방자치단체간의 정책갈등 조정이 매우 중요하다. 요컨대 농림부의 농지조성이라는 사업목표와 전라북도의 복합산업단지라는 사업목표의 차이에 따라 예산, 환경적 영향, 경제적 이익 등 전반적인 영향이 달라지기 때문이다.

넷째, 농림부의 주된 사업목표인 ‘농지확보를 통한 식량안보’가 쌀증산 정책의 변경으로 인해 정당성의 훼손을 받았고 이것이 새만금 갈등의 새로운 갈등 유발요인이 되었다.

다섯째, 갈등이 장기화할수록 참여자가 늘어나고, 정치적 자원동원과 감정적 대립구조가 심화되므로 감정적 갈등이 확산되기 전에 합리적인 해결방안을 통한 윈-윈 전략이 절실하다.

여섯째, 새만금 갈등은 가치관 갈등 사례이나 전북도민의 발전에 대한 이해관심과 환경·종교단체의 환경에 대한 이해관심을 함께 충족할 수 있는 제3의 대안에 대한 활발한 토론과 조정이 매우 필요하다고 할 수 있다. 이를 위해서는 갈등당사자와 제3의 조정그룹, 합리적이고 지혜로운 인사 등 인적 자원을 활용하여 가치관의 차이를 토론을 통해 상호인정하면서 경제적 이해관심을 충족시킬 수 있는 대안의 마련이 필요하다 할 것이다. 특히 연안습지와 하구생태계의 중요성이 미래로 갈수록 커지는 것을 고려하여 미래세대에 대한 이해관심을 고려하는 것도 필요할 것이다.⁴⁸⁾

48) 대통령자문 지속가능발전위원회, 전계 보고서, 78-81면. 한편, 전술한 새만금 소송은 환경의식의 고양, 시민운동의 연장선, 전문가의 역할 각성, 새로운 법리의 시도, 환경백서의 기능, 대안의 모색계기, 환경친화적 개발의 유도과 같은 긍정적 성과를 거두는데 크게 기여하였다고 평가되고 있다(金泓均, 전계논문, 115-118면 참조).

제 4 절 소 결

행정상의 갈등이란 “행정주체 상호간 또는 행정주체와 주민(국민) 사이에 양립불가능한 것으로 보이는 이해관계나 목표가 상충하고 있는 상태”라고 잠정적으로 개념정의할 수 있다. 이러한 행정상의 갈등은 어느 사회에나 어느 때나 있을 수 있으며, 이에 우리의 경우에도 행정상의 갈등의 해소 내지 예방을 위하여 전술한 바와 같이 국토계획법제, 환경법제, 보상법제, 혐오·기피시설 관련법제 등 여러 가지의 법제가 나름대로 마련되어 있다. 또한 날로 복잡해져 가고 있는 행정분쟁(갈등)을 행정기관의 전문성과 신속성을 활용하여 소송외적인 방법으로 해결하기 위하여 환경분쟁조정법에 의한 환경분쟁조정제도, 건축법에 의한 건축분쟁조정제도 등 다수의 이른바 대체적 분쟁해결제도가 채용되어 시행되고 있다.

그러나 우리의 현행 행정갈등해소법제는 기본적으로는 그러한 행정상의 갈등을 사전예방할 수 있는 시스템으로 구성되어 있다기보다는 단지 사후적으로 행정상의 갈등을 조정·해결하는 시스템으로 구축되어 있다고 있다. 따라서 행정상의 갈등을 완화 내지 해소하기 위해서는 그 법제도 갈등의 사후적 조정시스템으로부터 사전예방적인 시스템으로 근본적으로 전환되어야 할 것으로 본다.

요컨대, 행정상의 갈등해소를 위해서는 한편에서는, 현행 법제의 미비점을 보완하고 개선해 나감과 아울러 다른 한편에서는, 행정상의 갈등이 발생하지 않도록 하는 사전예방적인 법적 시스템을 마련해 나가야 할 것이다.

제 3 장 행정상의 갈등해소법제에 대한 비교법적 분석

사회는 각기 서로 유사하면서도 상이한 상황에 놓여 있으며, 법과 제도는 당해 사회의 상이한 요구와 필요를 반영하고 있음은 물론이다. 행정상의 갈등해소법제 역시 각국에 있어서의 상이한 갈등의 양상과 정도를 반영하여 다양하게 전개되어 오고 있다. 이하에서는 비교법적 관점에서 미국, 독일, 그리고 일본에 있어서 행정상의 갈등해소법제를 검토하여 그 시사점을 얻고자 한다.

제 1 절 미 국

1. 개 설

분쟁당사자간의 협상으로 문제를 해결하는 경우 갈등이 심화되어 감정이 격화되는 경우가 많으며 문제가 복잡하거나 당사자의 숫자가 많은 경우 해결되지 않는 경우가 많다. 이에 효율적인 분쟁해결을 위해 민간부문에서 광범위하게 활용되고 있는 제3자의 개입을 통한 갈등의 해결인 대체적 분쟁해결 방법(alternative dispute resolution (ADR) techniques)의 도입이 필요로 되었다.⁴⁹⁾

49) 미국에 있어서 연방정부가 대체적 분쟁해결수단을 이용한 기원은 19세기 후반까지 거슬러 올라갈 수 있고, 그 이후로 대체적 분쟁해결수단의 이용은 계속 확대되어 왔다. 그리고 초기에는 노동분쟁의 영역에서 먼저 이용되기 시작하여 점차 다른 영역에서도 이용되게 되었는데, 1990년 이른바 행정분쟁해결법(ADRA)이 제정되기 전까지의 경과를 살펴보면 다음과 같다.

우선 1888년 법(Act of 1888)은 최초의 연방대체적 분쟁해결수단제도를 창설하였는데, 이는 철도회사와 노조간의 분쟁으로 철도운송이 마비되는 것을 막기 위해 그 분쟁해결을 위해 설치한 자발적 중재위원회(voluntary boards of arbitration)이다. 10년 후에 의회는 이러한 분쟁들에 대한 조정(mediation)을 제공하는 에르드만법(Erdman Act)을 통과시켰다.

최초의 연방조정위원회(federal mediation agencies)들은 20세기 초에 창설되기 시작하였다. 신토지법(Newlands Act in 1913)에 의거하여 철도산업의 노동분쟁을 해결하기 위해 조정위원회(Board of Mediation and Conciliation)가 설립되었는데, 이것은 현재의 국립조정위원회(National Mediation Board)의 전신이다. 같은 해, 의회는 새로운 노동부의 한 부서로 미국조정국(U.S. Conciliation Service)을 창설하여 노동분쟁에 대한 조정과 화해를 담당하도록 하였다. 이는 현재의 연방조정

미국에서는 1970년대 이후 법조계와 학계에서도 이른바 ADR 운동이 시작되어 법원에서도 소송보다 중재를 권고하여 왔으며, 그 결과 소송사건 중 3%만이 판결까지가고 나머지는 법정밖에서 협상 혹은 중재로 해결되고 있는 실정이다. 행정분쟁(갈등)과 관련하여서는 특히 1995년 클린턴 대통령의 업무지침(Memorandum)으로 ADR을 적극적으로 활용하고 협상에 의한 규칙제정(negotiated rulemaking)을 강화할 것을 지시하였다. 이에 대체적 분쟁해결추진단(Alternative dispute resolution

국(Federal Mediation and Conciliation Service)의 전신이다.

1925년 연방중재법(Federal Arbitration Act)은 중재를 진작하는 국가적 정책을 선언하고 상업 영역에서의 중재절차를 수립하였으며, 1937년 연방민사소송절차규칙(Federal Rules of Civil Procedure)은 법관들에게 모든 연방민사소송에서 화해협의(settlement conference)를 할 수 있는 권한을 부여하였다.

1946년 행정절차법(Administrative Procedure Act)은 일부 사건들을 연방법원에서의 소송을 거치지 않고 해결할 수 있도록 행정청의 행정절차(agency administrative process)를 창설하였다. 또한 1964년 시민권법(Civil Rights Act)은 법무부에 Community Relations Service를 창설하여 인종, 피부색 및 국적의 차이에 의해 발생하는 지역주민들간의 분쟁해결을 돕도록 하였다.

한편, 1976년 파운드 회의(Pound Conference)는 정부와 관련한 대체적 분쟁해결수단의 발전에 중요한 영향을 미쳤다. 250명의 법관, 변호사, 법원행정관, 법학교수 및 기타 참석자들이 모인 이 회의에서 하바드대학교의 Frank Sander 교수는 “분쟁해결센터”로서의 법원이라는 비전을 제시하였다. 이는 법원이 다양한 유형의 분쟁해결절차를 마련하고, 법원 서기가 소송을 검토하여 6가지 절차 중의 하나로 갈 수 있도록 분류하는 모델이었다. Sander 교수는 법원이 자신의 능력에 가장 적합한 활동을 하도록 해 주고, 그들의 특수한 능력을 요하지 않는 사건으로 인해 업무가 마비되지 않도록 하자고 주장하였다. 당시, 법무장관 Griffin Bell은 법원의 전통적 소송절차가 상대적으로 경미한 분쟁을 해결하는데는 지나치게 시간과 비용이 많이 들며, 대심절차(adversary process)가 항상 그러한 분쟁을 해결하는 가장 좋은 장치는 아니라는 파운드 회의의 결론을 실현시키기 위해, 지역사회단위에서 대체적 분쟁해결수단을 제공하기 위해 최초의 상린분쟁해결센터(neighborhood justice center)에 대한 재정지원을 결정하였다.

1978년 공직개혁법(Civil Service Reform Act of 1978)은 연방행정청들로 하여금 연방정부의 피고용자들과의 직장내분쟁을 해결하기 위해 조정, 중재를 이용하도록 촉구하였으며, 1980년 분쟁해결법(Dispute Resolution Act of 1980)은 주정부와 지방정부들로 하여금 대체적 분쟁해결수단을 실험적으로 이용해보도록 촉구하였다.

끝으로, 1990년 민사소송개혁법(Civil Justice Act of 1990)은 사법부에 대해 민사소송에서의 비용과 지연을 줄일 수 있는 계획을 수립하도록 요구하면서, 특히 명시적으로 사건관리원칙(case management principle)으로서의 대체적 분쟁해결수단을 언급하였다. 이상에 대해서는, 李熙貞, 法の支配와 行政法上 裁判外 紛爭解決手段 - 美國의 경우를 中心으로 -, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2004. 8), 163-165면 참조.

working group)이 구성되어 분쟁해결 프로그램의 개발, 교육훈련, 대통령에 대한 자문을 실시하여 왔다.⁵⁰⁾

이와 같은 과정을 거쳐서 미국에서는 1990년 연방행정프로그램에서의 대체적 분쟁해결수단프로그램을 위한 분수령이 되었던 이른바 행정분쟁해결법(Administrative Dispute Resolution Act: ADRA)이 제정되고 1996년에는 그 개정법이 성립하였다.

50) 즉, 1998년 Clinton 대통령의 교서(presidential memorandum)는 “연방정부가 보다 효율적이고 효과적으로 운영되도록 하고 가능한 경우에는 국가와 관련된 분쟁을 그 예방과 회피를 포함하여 합의에 의해 해결하도록 하기 위한 노력의 일부로서 본인은 모든 연방행정청의 調停, 仲裁, 早期中立人評價, 행정음부즈만 및 기타 대체적 분쟁해결수단(ADR) 기법의 이용을 촉진하는 조치를 취해야 한다고 결정하였다.”

이 명령에 의해 행정청간 대체적 분쟁해결수단 실무그룹(Interagency ADR Working Group)이 구성되고, 법무장관이 그 의장으로 임명되었다. 실무그룹은 다음과 같은 영역, 즉 ①분쟁해결을 위한 대체적 수단을 이용할 프로그램의 개발, ②행정청의 공무원들에게 언제, 어떻게 대체적 분쟁해결수단을 이용해야 하는지를 알 수 있도록 교육, ③행정청이 신속하게 중립인의 조력을 받을 수 있도록 하는 절차의 개발, ④대체적 분쟁해결수단의 성과를 확인하기 위한 기록작성 및 보관 등과 같은 영역에서 행정청들간의 조화를 돕고, 촉진하고 제공하도록 명령되었다.

이러한 실무그룹은 1998년 9월 14일에 법무장관과 deputy director for management가 OMB(Office of Management and Budget)에서 개최한 회의로 시작되었다. 60여 연방행정청에서 온 100명 이상의 고위대표들이 참석하였다. 그 이후로 그 실무그룹은 대체적 분쟁해결수단의 모든 측면에 대한 교육과정, 회의, 전문가세미나를 열었고, 연방정부 전반에서 이용되고 있는 지침서를 간행하였다. 그 실무그룹의 기획위원회는 매달 모임을 가지며, 수십여 행정청에서 온 ADR 지도자들로 구성되어 있다. 2000년에 법무장관은 대통령에게 그 실무그룹의 활동에 대한 보고서를 제출하였다.

한편, 법무부에서는 법무장관이 대체적 분쟁해결수단의 이용을 조율하기 위해 분쟁해결청(Office of Dispute Resolution)을 설치하였다(Memorandum from the Attorney General to All Offices, Boards, and Divisions, Apr. 6, 1995). 그 설치명령에 따르면 “본 명령의 목적은 모든 시민들의 사법예외의 접근을 개선하고 정부와 관련된 분쟁을 보다 효과적으로 해결하도록 하기 위해서 대체적 분쟁해결수단을 더 광범위하게 이용하도록 하기 위한 것이다.” 동 기관은 대체적 분쟁해결수단 정책을 개발하고, 정부 소속변호사들의 대체적 분쟁해결수단 이용을 지원한다. 법무부의 모든 민사소송담당부서와 국가변호인사무국(Executive Office for United States Attorneys)은 대체적 분쟁해결수단의 이용과 관련된 정책을 정리한 내용을 출간하였다(Notices: Department of Justice, Policy on the Use of Alternative Dispute Resolution, and Case Identification Criteria for Alternative Dispute Resolution, Federal Register, July 15, 1996, 36,895). 이에 대해서는, 李熙貞, 法の支配와 行政法上 裁判外 紛爭解決手段 -美國의 경우를 中心으로-, 168-169면 참조.

2. 행정분쟁해결법의 체계와 주요내용

이른바 미국의 행정분쟁해결법은 미국연방법전(U.S.C) 제571조 내지 제584조로 구성되어 있다. 그 구체적 내용은 정의(제571조), 일반적 권한(제572조), 중립인(제573조), 비밀유지(제574조), 중재의 수권(제575조), 중재합의의 시행(제576조), 중재인(제577조), 중재인의 권한(제578조), 중재절차(제579조), 중재판정(제580조), 사법심사(제581조), 지원서비스(제583조), 지출승인(제584조)으로 되어 있다.⁵¹⁾

동법에 있어서 ‘행정과정에서의 대체적 분쟁해결수단(alternative means of dispute resolution)’이란 분쟁의 쟁점을 해결하기 위하여 사용되는 절차를 의미하며, 여기에는 조정(conciliation, mediation), 조정촉진(facilitation), 사실확인(fact finding), 약식심리(minitrials), 중재(arbitration) 그리고 옴부즈만(ombuds)의 사용 또는 그들의 결합 등이 되고 또한 이에 국한되지 아니한다(5 U.S.C 제571조 제3항). 또한 ‘분쟁해결절차’(dispute resolution proceeding)란 그 해결을 위하여 중립인이 선임되고 특정 당사자들이 참여하는 분쟁의 쟁점을 해결하기 위해 분쟁해결의 대체수단이 사용되는 각각의 과정을 말한다(동조 제6항).⁵²⁾

(1) 일반적 권한

행정청은 당사자들의 동의가 있으면 대체적 행정분쟁해결절차를 이용할 수 있으며, 이러한 대체적 분쟁해결절차는 다른 가능한 분쟁해결수단의

51) 정보의 편집(Compilation of information)에 관한 동법 제582조는 1996년 10월 9일 개정법에 의하여 삭제되었다.

52) 한편, 1998년 대체적 분쟁해결법(Alternative Dispute Resolution Act)은 연방법원들이 대체적 분쟁해결수단 프로그램을 실행할 것을 요구하고 있다. 즉, 동법은 각 연방지방법원이 “그 자신의 대체적 분쟁해결수단 프로그램을 고안하고 시행하며,” “자신의 관할내에서 대체적 분쟁해결수단의 이용을 장려하고 촉진하며,” “모든 민사사건의 소송당사자들에게 소송의 적절한 단계에서 대체적 분쟁해결수단의 이용을 고려하도록 요구하고,” “모든 민사사건의 소송당사자들에게 적어도 한가지 대체적 분쟁해결수단 절차를 제공할 것”을 요구한다. 법원들은 당사자들이 조정 및 조기중립인평가(early neutral evaluation)에 참여하도록 요구할 수 있다(U.S.C. Title 28, secs. 651-658). 다만, 당사자들에게 중재의 이용을 명령할 수는 없고, 이는 당사자들의 동의에 의해서만 가능하다.

기법을 제한하기보다는 보완하는 자발적 절차이다. 다만, 다음의 경우에는 행정청은 분쟁해결절차를 이용하지 못한다. 즉, ①선례적 가치(precedential value)를 위해 결정적인 또는 권위있는 사안의 해결이 요구될 때, 그리고 그러한 절차가 권위있는 선례로 받아들여지기 어려울 때, ②사안이 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, ③확립된 정책을 유지하는 것이 특별한 중요성에 있어서 개별 결정 사이에 변화가 증가되지 않으며 그러한 절차가 개별 결정들 사이에 일관된 결과에 도달하기 어려울 때, ④사안이 절차의 당사자가 아닌 사람 또는 조직에 중대한 영향을 미칠 때, ⑤절차에 대한 완전한 기록이 중요하고 분쟁해결절차가 그러한 기록을 제공할 수 없을 때, ⑥행정청이 변화된 상황에 비추어 사안의 처리를 변경시킬 수 있는 권한을 가지고 사안에 대한 계속적인 관할권을 유지하여야 하며 분쟁해결절차가 그러한 요구에 대한 행정청의 이행에 간섭하게 될 때이다(5 U.S.C 제572조).

(2) 중립인 및 비밀유지

1) 중립인

중립인(neutral)이란 “분쟁의 해결에 있어 분쟁의 쟁점과 관련하여 특별히 당사자들을 돕는 역할을 하는 개인”(5 U.S.C. 제571조 제9항)으로서, 연방정부의 영구적 또는 임시적 공무원이거나 피용자이거나 분쟁 해결절차의 당사자들에게 받아들여진 다른 개인을 말한다(5 U.S.C. 제 573조 (a)항). 예컨대, 사건의 신규접수에 관여하고 대체적 분쟁해결절차를 위해 당사자들을 집합시키는데 참여하는 행정청의 피용자도 포함된다. 또한 한 사건에는 복수의 중립인이 있을 수 있고, 중립인은 정부에 소속된 자 뿐만 아니라 민간영역에서 올 수도 있다. 한편, 원칙적으로 중립인은 분쟁의 쟁점에 관한 공식적, 재정적 또는 개인적 이해대립이 없어야 한다.

2) 비밀유지(Confidentiality)

분쟁해결절차에 있는 중립인은 원칙적으로 다음의 경우, 즉 ①분쟁해결절차의 모든 당사자와 중립인이 서면으로 동의하고, 만약 분쟁해결 커뮤니케이션(dispute resolution communication)이 비당사자인 참가자에 의해 제공되었을 때에는 그 참가자 역시 서면으로 동의한 경우, ②분쟁해결 커뮤니케이션이 이미 공표된 경우, ③분쟁해결 커뮤니케이션이 제정법에 의하여 공표될 것이 요구되는 경우, ④법원이 그러한 증거 또는 공개가 특정한 사건에 있어서 커뮤니케이션이 비밀로 남을 장래의 사건에 있어서 당사자의 비밀성을 축소함으로써 일반적으로 분쟁해결절차의 완전성을 능가하게 할만큼 충분히 중대하게 a)명백한 부정의(injustice)를 방지하기 위해, b)법률 위반의 입증을 돕기 위해, 또는 c)공중의 건강과 안전의 위해를 방지하기 위해 필수적이라고 판단한 경우에 해당하지 않는 한, 어떠한 분쟁해결 커뮤니케이션 또는 중립인에게 은밀히 제공된 어떠한 커뮤니케이션도 자발적으로 공개시킬 수 없고 知得이나 강제과정을 통하여 공개시킬 것을 요구받지 아니한다(5 U.S.C. 제574조 (a)항).⁵³⁾ 또한 분쟁해결절차의 당사자도 일정한 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 분쟁해결 커뮤니케이션도 자발적으로 공개시킬 수 없고 또는 지득이나 강제과정을 통해 공개시킬 것을 요구받지 아니한다(동조 (b)항). 이를 위반하여 공개된 어떠한 분쟁해결커뮤니케이션도 그 분쟁의 쟁점과 관련한 어떤 절차에서도 그 커뮤니케이션이 만들어진 분쟁의 쟁점에 관하여 받아들여질 수 없다(동조 (c)항).

한편, 비밀유지에 대해서는 중립인과 당사자에 대해 공히 적용되는 다음과 같은 예외가 있다.

53) 다만, 당사자들은 중립인에 의한 공개에 대한 대체적 비밀절차에 합의할 수 있으며, 또한 분쟁해결 커뮤니케이션에 관하여 인지 요청이나 다른 법적 과정을 통하여 공개에 대한 요구가 중립인에게 있을 때에는 중립인은 당사자들과 모든 이해영향이 있는 비당사자 참가자들(nonparty participants)에게 그 요구를 통지하여야 하고 15일 이내에 정보의 공개에 거절하지 않는 때에는 그것을 공개할 수 있다(동조 (d), (e)항 참조).

첫째, 다른 수단으로는 조사될 수 없는 증거는 그것이 단지 대체적 분쟁해결절차에서 진술되었다는 이유만으로는 비공개로 될 수 없다. 증거의 핵심부분이 조사가능한 것이라면 이를 대체적 분쟁해결절차에서 이용하였다고 하여 이를 소송절차에서 이용할 수 없게 되는 것은 아니다. 이는 당사자들이 불리한 증거를 법원에서 증거로 받아들일 수 없게 하기 위해 대체적 분쟁해결절차를 이용하는 것을 막기 위함이다. 예컨대, 신체손상사건에서 대체적 분쟁해결절차와 관계없이 준비된 의료기록은 증거조사절차에서 조사가능한데, 이를 대체적 분쟁해결절차에 제출하였다는 이유만으로는 그것이 이후의 소송절차에서 비공개원칙의 적용대상이 되지 아니한다(동법 제574조 제(f)항).

둘째, 대체적 분쟁해결절차에서 도달한 합의를 문서화하기 위한 정보의 공개 또는 중립인과 당사자간의 분쟁을 해결하기 위한 정보의 공개는 허용된다(동조 제(g)항).

셋째, 특정 당사자와 쟁점이 식별 불가능한 형태인 한, 연구와 교육적 목적을 위해 정보가 이용될 수 있다(동조 제(h)항).

넷째, 중립인과 당사자 또는 당사자가 아닌 참가자 사이의 분쟁을 해결하기 위해 분쟁해결절차상의 진술을 공개하는 것은 그 분쟁해결을 위해 필요한 범위에서 공개되는 한 금지되지 아니한다(동조 제(i)항).

다섯째, 중립인과 일방당사자 사이의 대화로서 행정분쟁해결법에 의해 공개금지된 것은 정보공개법(FOIA)에 기한 공개의무에서 면제된다(동조 제(j)항). 정보공개법은 법률에 의해 특정하여 공개가 면제된 경우로서, 그러한 법률이 그 쟁점에 관해 아무런 재량권을 남기지 않는 방식으로 그 문서의 비공개를 요구하는 경우이거나, 비공개의 특별한 기준을 수립하거나 비공개할 특정한 사안의 유형을 언급하고 있는 경우에 정보공개법상 정보공개의무가 적용되지 아니한다고 규정하고 있다.⁵⁴⁾

(3) 중재의 수권

모든 당사자가 동의한다면 중재는 언제든지 대체적 분쟁해결수단으로 활용될 수 있으며, 그러한 동의는 분쟁의 쟁점이 떠오르기 전이나 후에 주

54) 5 U.S.C. 552(b)(3).

어질 수 있다(5 U.S.C. 제575조 (a)항). 행정청의 공무원이나 피용자는 안건에 관하여 합의절차(settlement)를 개시할 권한이 있는 경우 또는 행정청에 의하여 명시적으로 중재의 활용을 수권받은 경우를 제외하고는 분쟁의 쟁점의 해결을 위하여 중재의 활용을 제외할 수 없다(동조 (b)항).

(4) 중재인의 권한, 중재절차 및 중재판정

1) 중재인의 권한

중재절차의 당사자들은 중재인의 선정에 참여할 권리가 있으며, 중재인(arbitrator)은 동법 제573조의 기준에 적합한 중립인이어야 한다(5 U.S.C 제577조).

한편, 분쟁을 담당한 중재인은 중재청문(arbitral hearings)의 진행과 행위를 규율하고 선서나 확인을 관장하며, 제9편 제7조의 규정하에 관계행정청이 다른 경우에도 법에 의해 그렇게 할 수 있도록 수권받은 범위에서만 청문에 있어서의 증인의 출석과 증거의 제출을 강요하고, 또한 판정을 내리는 등의 행위를 할 수 있다(5 U.S.C. 제578조).

2) 중재절차(arbitration proceedings)

이에 관해서는 동법 제579조에 규정되어 있다. 중재인은 분쟁에 대한 청문의 시간과 장소를 정하여 당사자에게 적어도 청문 5일 이전에 통지하여야 하며, 청문은 신속히 그리고 비공식적으로 이루어져야 한다. 또한 중재인은 당사자의 동의하에 청문의 전부 또는 일부를 전화, 텔레비전, 컴퓨터 또는 기타의 전자적 수단에 의하여 시행할 수 있으며, 어떠한 구두 또는 서면 증거도 받을 수 있다.⁵⁵⁾

한편, 중재당사자는 청문을 받고 분쟁에 중요한 증거를 제출하고 청문에 나타난 증인을 교호심문할(cross-examine) 권리를 가진다(동조 제(c)(1)항).

중재인은 당사자가 다른 시간 제한에 동의한 경우 또는 행정청이 규칙에 의해 다른 시간 제한을 규정한 경우를 제외하고는 청문 종결 후 또는

55) 다만, 부적절하거나, 중요하지 않거나 불합리하게 중복적이거나 또는 비밀증거는 중재인에 의해 배척된다.

중재인에 의해 공인된 요약의 서류완성일 후 30일 이내에 판정을 내려야 한다(동조 제(e)항).

3) 중재판정(arbitration awards)

중재절차에서의 판정은 행정청이 규칙으로 달리 정하지 않은 한 요약, 판정의 사실적·법적 근거에 대한 비공식적 토론을 포함하여야 하지만, 공식적인 사실판단이나 법의 결론 등은 요구되지 아니한다. 중재절차의 판정은 그것이 모든 당사자들에게 송달된 후 원칙적으로 30일 후에 확정되며, 최종판정(final award)은 중재절차의 모든 당사자들을 구속한다.

그러나 중재절차의 판정은 이 절차에서 결정된 어떤 쟁점을 위한 다른 절차에서 금반언(estoppel)의 근거로 사용될 수 없으며, 또한 그러한 판정은 사실상 관련된 어떤 절차에서도 선례로 또는 다른 의미로 존중되는 것은 아니다.

(5) 사법심사

법의 어떤 다른 규정에도 불구하고 본절에 의해 이루어진 중재절차에서 내려진 판정에 의하여 불리한 영향을 받거나 손해를 당한 자는 제9편 제9조 내지 제13조의 규정에 의해서만 그러한 판정에 대한 심사를 청구하는 소송을 제기할 수 있다(5 U.S.C. 제581조 (a)항). 그리고 본절에서의 분쟁해결절차를 사용할 것인지 아닌지에 대한 행정청의 결정은 행정청의 재량에 맡겨져 있고 사법심사(judicial review)의 대상이 아니지만, 중재는 제9편 제10조 (b)에 의한 사법심사의 대상이 된다(동조 (b)항).

(6) 지원서비스

본절의 목적을 위하여 행정청은 다른 연방 행정청, 주, 지방, 종족 정부, 공사조직 및 기관, 개인 등의 편의나 시설을 그러한 기관, 조직, 개인의 동의하에 활용할 수 있다. 또한 행정청은 제31편 제1342조의 규정에 불구하고 본절의 목적을 위해 자발적이고 보상없는 편의제공을 받아

들일 수 있다(5 U.S.C. 제583조). 게다가 본질의 목적을 수행하기 위해 필요한 만큼의 금액이 지출될 것이 승인된다(5 U.S.C. 제584조).

3. 행정분쟁해결법과 대체적 분쟁해결제도

(1) 서

행정기관들이 채택한 절차 중 일부는 대체적 분쟁해결메커니즘(alternative dispute resolution mechanism)인 바, 그것은 연방이나 주 법원에서 정규적인 분쟁사항을 소송으로 다루어야 하는 당사자가 겪은 형식성, 비용, 그리고 시간상의 지연 등에 대한 반작용으로 나타난 것이다.⁵⁶⁾ 현재 이에 대해서 이러한 대체적 분쟁해결절차라는 것도 지나치게 형식적이고 비용도 많이 들며 또한 시간낭비 되는 일이 되었다는 비판도 있다.⁵⁷⁾ 더욱이 많은 행정기관들이 광범위한 사건부담을 지고 있는 상황이다. 그러나 ADR의 제안자들은 이 기법의 주된 장점으로 이해당사자들의 만족감을 증대시킨다고 주장한다. 대개 당사자들은 결정과정 자체에 보다 직접적으로 개입할 수 있게 되며 절차에 드는 비용과 시간도 보다 싸고 신속하다. 이러한 이유로, 대체적 분쟁해결기법은 현재 행정적 결정 절차의 중대한 개혁으로서 지속적으로 제안되고 있다. 이러한 기법 중에는 화해나 교섭과 같이 이미 오래전부터 행정절차의 일부인 것도 포함되어 있다. 그러나 한편 보편적으로 이용되지는 않았던 중재, 조정, 약식심리와 같은 것도 포함되어 있다.

행정분쟁해결법의 제정목적은 “연방행정기관이 조정, 화해, 중재 기타 즉각적이고 비공식적인 분쟁해결기법을 이용하도록 권한을 부여하고 장려하는 데에 있다.”⁵⁸⁾ 동법은 기존의 연방행정절차법(APA)을 개정하여 연방행정프로그램상 야기된 행정상 분쟁의 이해당사자가 이러한 분쟁의

56) See Gellhorn, Alternative Means of Dispute Resolution In Government: A Sense of Perspective, 1 Admin.L.J. 459, 460 (1987).

57) Id. See also, 141 Cong. Rec. S10105 (daily ed. July 17, 1995) (statement of Sen. Roth).

58) Pub.L. 101-552, 104 Stat. 2736(1990)(5 U.S.C.A. §§571-584).

해결을 위하여 대체적 분쟁해결방법을 이용하는 데 동의하도록 한다. 전술한 바와 같이 행정기관이 ADR제도를 이용할 것인지 여부의 결정은 여전히 완전한 재량사항이다. 동법은 ADR기법이 가장 적당한 경우를 결정함에 있어 가이드라인을 제시한다. 또한 동법은 각 기관이 공식적인 ADR 정책을 마련할 것과 이에 관련된 인력을 충원하고 ADR 방법에 대한 훈련을 제공할 것을 정하고 있다. 이 분쟁해결절차 동안의 모든 기록과 정보들은 기밀이며 다른 사유로 공개되지 않는 한 허가없이 소송에 이용되거나 공개되지 아니한다.

이하에서는 다양한 연방기관들에 의하여 정규적 혹은 실험적으로 이용된 보다 일반적인 대체적 분쟁해결기법에 대하여 검토하기로 한다.

ADR의 주요 기법

		협상(negotiation)	조정(mediation)	중재(arbitration)
절차개시에서 당사자간의 합의		필수요건	필수요건/예외	필수요건/예외
제3자	개 입	불개입	개입	개입
	범 위		민간/공·사기관	민간/공·사기관
	선 정		쌍방향의	쌍방향의
	역 할		합의도출	일방적 결정
절차의 진행내용		이해/입장조정	이해/입장조정	확인/입장조정
절차진행의 주요 수단		협상(negotiation)	· 화해(conciliation) · 조정협상(mediated negotiation)	· 사실확인(fact-finding) · 협 상
결정의 정형성		없음	대개 없음	조금 있음
결정의 근거		쌍방의 합의	조정자의 도움으로 쌍방 합의	쌍방간의 증거자료와 중재인의 결정
결정의 구속력		쌍방의 동의 필요	쌍방의 동의 필요	구속적/예외
파생기법의 종류			· 사실발견(fact-finding) · 약식심리(minitrial) · 협상규칙제정(negotiated rulemaking)	· 구속적 중재(binding arbitration) · 비구속적 중재(non-binding arbitration)

제 3 장 행정상의 갈등해소법제에 대한 비교법적 분석

파생기법의 종류	<ul style="list-style-type: none"> · 옴부즈만(Ombudsman) · 동반화(partnering) · 조기중립적 평가(Early neutral evaluation) · 약식배심재판(summary jury trials) 	<ul style="list-style-type: none"> · 최후통첩(final offer arbitration) · 하이로우중재(high-low arbitration) · 인센티브 중재(incentive arbitration)
	<ul style="list-style-type: none"> · 기밀경청자(confidential listener) · 다단계(multi steps) · 사전적 ADR 계약(predispute ADR contract clause) 	
	조정-중재(med-arb), 연대적 조정중재(co-med-arb)	
	이원적 접근(two-track approach : 재판절차인 소송까지 포함)	

(2) 화 해

1) 개 요

화해(Settlement)의 핵심은 분쟁의 직접 당사자들이 스스로 협상에 의한 동의를 통하여 결정을 하게 된다는 점이다. 화해 동안의 모든 기록과 정보들은 기밀이며, 다른 사유로 공개가 되지 아니하는 한, 허가없이 소송에 이용되거나 공개될 수 없다.

어떤 행정절차는 단지 두 당사자, 즉 규제를 받는 객체와 행정기관만이 관여되어 있기도 하지만, 행정소송은 보다 전형적으로 보다 많은 당사자와 다양한 이익과 관점들을 보여주게 된다. 예컨대 연방에너지규제위원회(Federal Energy Regulatory Commission: FERC)에 제기되는 요금관련사건의 경우는 요금인상을 추구하는 주간사용(interstate utility)에만 국한되기보다는 많은 당사자들과 관련이 있다. 이러한 추가적 당사자들에는 일반적으로 지역 주간이용회사, 기타 주간이용의 절차 중에 이익을 가지는 자, 많은 사업체 및 전기나 가스의 상업적 이용자나 주거용 이용자 등과 같이 이를 이용하는 다양한 소비자들이 포함된다. 당사자가 많을수록 화해하기도 어려워진다. 이는 “당사자들과 결정권 있는 당국의 거리가 멀수록” 특히 심하다. 그러므로 당사자들은 일반적으로

로, 화해의 권한이 있는 당국과 의논 중이라는 점이 명백하지 않는 한, 협상을 꺼리게 된다.⁵⁹⁾

화해는 오랫동안 행정절차의 일부인 분쟁해결기법이다. 연방행정절차법은 제554(c)조에서 명확하게 “시간, 절차의 성격, 공공의 이익이 부합하는 경우에는 행정기관은 모든 이해당사자에게 화해를 할 기회를 주어야 한다”고 규정하고 있다.⁶⁰⁾ 절차에 참가한 자는 화해판사(settlement judge)를 지명해줄 것을 요구할 권리를 가진다. 화해판사란 영구적으로 사건을 담당하지는 않는 행정법관(administrative law judge: ALJ)으로서 “사건에 관한 회의와 화해 협상을 주재하고 가능한 실현방안을 시도해볼 권한이 있는” 자이다. 화해판사는 협상이 실패한 사건을 주재하지는 않지만 사건에 대한 그의 견해를 제시함으로써 일종의 중재자처럼 활동한다. 화해판사가 공식적인 조정에 있어서는 어떠한 역할도 하지 않기 때문에 당사자들은 보다 적극적으로 분쟁해결에 임하게 된다.⁶¹⁾

행정절차법은 어떤 특정한 행정기관의 절차를 정하고 있지는 않으며, 따라서 각기 다른 행정기관들은 각기 다른 화해전략을 발전시켜 왔다. 예를들면 연방에너지규제위원회(FERC)는 분쟁해결을 실효화하기 위하여 화해로부터 경합하는 당사자들을 분리하는 경우들이 있다. 또한 환경보호청(Environmental Protection Agency: EPA)의 기관화해전략(agency settlement strategies)이 있는데 이것도 수퍼펀드 관련 사건들 중 상당한 정도의 미처리사건들을 해결하기 위하여 이용된다.⁶²⁾ 요

59) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *Administrative Law* [Second Edition], ST. PAUL, Minn., 2001, p. 279.

60) See also 5 U.S.C.A. §558(c). See *Michigan Consol. Gas Co. v. FPC*, 283 F.2d 204, 224(D.C.Cir.1960), cert. denied sub nom. *Panhandle E. Pipe Line Co. v. Michigan Consol. Gas Co.*, 364 U.S. 913, 81 S. Ct. 276, 5 L.Ed.2d 227 (1960).

61) 화해판사가 참여할 수 있는 사건의 규명에서 가장 중요한 요소는 사실의 특정이며, 따라서 광범위한 정책이나 법적 문제는 일반적으로 화해에 부적합하다.

62) 즉, EPA가 1986년 수퍼펀드개정및재위임법(Superfund Amendments Reauthorization Act: SARA)에 따라 유해쓰레기부지의 목록을 선정하고 나면 이에 대한 잠재적인 책임당사자들(potentially responsible parties: PRPs)과 협상을 하도록 결정할 수 있다. 일단 EPA가 이러한 협상을 결정하면 잠재적 책임당사자들은 기관에 대하여 청소제안서(cleanup proposal)를 제출하여야 한다. 30일간의 공지기간을 거쳐 EPA에 의한 승인과 관할 연방법원의 승인에 따른다.

컨대, 상당한 정도의 ADR메커니즘이 행정기관으로 하여금 효과적이고 효율적인 분쟁화해전략을 가질 기회를 제공한다.

2) FERC에서의 화해

연방에너지규제위원회(FERC)는 의례적으로 그 사건부담을 감경하기 위하여 화해기법을 이용한다. 전신인 연방발전위원회(Federal Power Commission: FPC)의 관행을 따르도록 기술하면서 FERC는 “...행정기관은 화해방법에 의한 사건처리를 선호하는 정책성향이 강하다. FPC와 법원은 산업의 실질적 비율의 산출이 당사자에 의하여 개시되는 자발적 화해의 결과가 아닌 경우에 위원회는 관할법령에 의하여 생기는 산업의 물결에 대응할 수가 없다는 점을 인지하고 있다. 우리는 그러한 견해를 지지한다.”⁶³⁾

절차에 있어서 당사자나 참가자는 비공식적인 요청이나 다른 방법으로 화해회의를 요구할 수 있고 이에 대해서 위원회 스태프나 결정권자는 허가할 수 있다. 주재판사는 화해제안(settlement offers)을 받아들이거나 별도의 화해판사가 임명될 수 있다. 참가자는 누구나 주재판사나 위원회에 대하여 화해판사의 임명을 청구할 수 있다. 화해회의는 공식적일 수도 비공식적일 수도 있다. 비공식적인 화해는 당사자라면 누구나 소집할 수 있고 참가자, 위원회 스태프도 소집할 수 있다. 공식적인 화해회의와는 달리 비공식적 회의는 통지와 참가요건에 관한 위원회규칙의 적용을 받지 않는다.⁶⁴⁾

화해제안은 만장일치일 수도 있고 경합될 수도 있다. 그 제안이 “공정하고 합리적이며 공공의 이익에 위반되지 않는” 것이라면, 위원회는 일반적으로 모든 비경합 화해를 승인한다.

화해제안이 경합하면 위원회는 이 제안을 ①합리적인 판단이 근거로 삼을 수 있는 실질적인 증거를 기록에 포함하고 있는 경우, ②위원회가 중요한 사실의 일반적인 이슈가 전혀 존재하지 않는다고 판단한 경우에 승인한다. 법원은 이러한 접근을 인용한다. 예컨대, *Cities of Lexington v.*

63) 44 Fed.Reg. 34,936 (1979).

64) Alfred C. Aman Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 281.

FPC⁶⁵⁾ 사건에서 법원은 ‘행정절차법에서 명시적으로 모든 참가당사자들이 화해의 동의를 만장일치로 하도록 요구하고 있지 않다’고 판단하였다. 실제로도 그러한 만장일치를 요구하는 것은 화해조항을 무력화하는 결과를 가져온다고 판단하였다. FERC는 또한 협상된 동의안으로부터 경합된 이슈들을 별개로 취급할 수 있다. 그러나 이러한 옵션은 거의 운용되지 않는 데 그 이유는 많은 화해제안이 “불가분”조항(“non-severability” clauses)을 포함하기 때문이다.

보다 일반적인 것은 화해를 촉진하기 위하여 경합당사자들을 화해로부터 분리하는 것이다. 위원회가 당사자를 분리해내기로 결정하면, 경합이 없었던 것과 같은 합의를 가지고 절차를 진행하며, 경합당사자가 경합이슈에 대하여 청문을 할 수 있도록 허가한다. 콜럼비아특별구 항소법원은 이러한 기법을 *United Municipal Distributors Group v. FERC*⁶⁶⁾에서 인용하였다. 이 판결에서 원고들은 두 위원회의 명령이 모든 동의당사자들에 대하여 이율증가의 화해를 승인하도록 하였으면서 당해 사건에 대해서는 경합원고의 입장에 대한 모든 행정청문회를 하도록 요구한 것에 대하여 제소한 것이다. 항소법원은 이에 대하여 비화해당사자들의 적법절차권리를 보호하면서 화해자들의 협상의 이익을 제공한 것으로 FERC의 공정한 절차의 행사라고 판결하였다. 그렇게 되면 반대했던 이자부담자는 독립적으로 그에게 부과된 이자에 대하여 제소할 수 있게 된다.

특별구 순회법원은 이러한 접근법의 합법성을 *Arctic Slope Regional Corp. v. FERC*⁶⁷⁾에서 재확인하였다. 이 사건에서 FERC는 알래스카 파이프라인시스템에 관련된 오일 파이프라인 이율사건의 다수당사자 화해를 승인하였다. 화해의 절차는 결론에 가까이 가지도 못하고 시간이 꽤 걸렸다. 원고인 Arctic은 화해에 대하여 이익을 제기하였는데 합의를 위하여 이율을 정하는 기법이 “공정하고 합리적”이라는 것이 확인된 것이 아니라는 근거를 댔다. 위원회는 답하기를 이 원고를 사건에서 분리하였

65) 295 F.2d 109 (4th Cir.1961).

66) 732 F.2d 202 (D.C.Cir.1984).

67) 832 F.2d 158 (D.C.Cir.1987), cert. denied 488 U.S. 868, 109 S.Ct. 175, 102 L.Ed.2d 145 (1988).

으며 화해가 경합없는 것과 마찬가지로의 절차를 진행하도록 허가한 것이라고 하였다. 그러면서 위원회는 이 화해가 Arctic에 대해서는 부과된 것이 아니며 그러한 한 Arctic은 독립적으로 이율을 정하는 경합을 할 권리를 가지고 있다는 점을 명확히 하였다. 더욱이 위원회는 ①이율산정 기법이 그 이율이 그렇게 정하여지는 것이 정당하고 합리적임을 보장하는 것이 아니라는 점, ②화해는 위원회에서 후속절차에 대하여 선례의 가치를 가지는 것이 아니라는 점을 강조하였다. 순회법원은 ‘그러한 절차 진행으로 인하여 공공의 이익에 많은 이점이 있다’는 점을 강조하며 이를 재확인하였다. 즉, 이러한 절차의 진행으로 사실상 이율이 낮아져서 알래스카주가 반환금을 받을 수 있는 정도가 커지며 실질적으로 주민들에게 그 혜택이 돌아가게 된다는 것이다. 그리고 경쟁자들이 화해를 더 많이 채택하게 될 것이다. 법원은 또한 ‘공공의 이익을 보호할 의무있는 주체인 알래스카주정부와 법무부가 이 화해를 전폭적으로 승인한 것은 별로 중요한 일이 아니다’고도 하였다.⁶⁸⁾

3) EPA에서의 화해

환경분쟁의 복잡성에도 불구하고 또는 그 때문에⁶⁹⁾ 이러한 종류의 분쟁은 특히 ADR 기법과 친하다. 효율성의 관점에서 볼 때 EPA의 압도적이고 기하급수적인 사건미제분은 예산상의 제한과 시행을 요구하는 회입법과 어우러져 행정기관에 대하여 이러한 사건부담을 운용하는 데에 선택의 여지를 별로 남겨주지 않는다. 민간 당사자로서는 소송의 비교적 고비용, 위험 및 지연을 포함한 화해에의 유인요인이 그들의 실제 부담을 경감하는 기회와 맞닿아 있다.⁷⁰⁾

다만, 이에 대한 비판자들은 주장하기를 이러한 실질적인 이점들은 환경분쟁에 ADR을 적용하는 효과에 관한 엄격한 정책적 관심에 의하여 상쇄된다고 한다. 이 와중에는 사법부의 공공이익의 수호자로서의 역할

68) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 283.

69) See Anderson, *Negotiation and Informal Agency Action: The Case of Superfund*, 1985 *Duke L.J.* 261, 328 (1985).

70) *ibid.*, p. 284.

의 주장이 있고, 공공의 가치와 법적 기준의 무시나 타협과 같은 사실화의 위험이 있으며 또한 이해관계 있는 참여자를 잠재적으로 배제하게 될 우려도 있다고 지적한다.⁷¹⁾

이러한 우려들은 책임있는 당사자에게 지나치게 관대한 것으로 알려진 초기의 수퍼펀드 화해사건들에서 분명하게 나타나게 된 것이다. 반대당사자에 대하여 처리비용을 거의 부과하지 않는 화해와 위반자의 혐의를 받는 자에 대한 비용을 모두 부담지우는 화해 간의 균형을 맞추기 위하여 연방의회는 1986년 수퍼펀드개정및재위임법(SARA)에서 위험한 쓰레기 화해절차를 입법하였다. 동법의 목적은 특히 EPA와 잠재적인 책임당사자(potentially responsible parties: PRPs)간에 “효과적인 구제활동을 촉진하고 소송을 최소화할” 필요를 포함하는 것이었다. 수퍼펀드개정및재위임법은 명시적으로 EPA가 잠재적 책임당사자와 처리합의를 보장하기 위하여 협상과 화해절차를 이용할 수 있도록 권한을 부여하였다. 동법은 EPA가 소환장발부권한과 제한된 사법심사권을 가지는 것으로 규정한다. 게다가 동법은 잠재적 책임당사자 화해참가에의 저해요인을 지정하고 최소한의 화해, 소송하지 않겠다는 약정서, 비용회복화해, 동의서 및 혼합된 자금을 관하여 어느 정도 다루고 있다. 이러한 요인들은 잠재적 책임당사자에게 부여된 무거운 입증책임과 더불어 잠재적 책임당사자에게 분쟁을 해결하고 화해절차를 통하여 그 책임을 최소화하려는 강력한 동기를 부여한다.

수퍼펀드개정및재위임법의 규정들상 일단 위험한 쓰레기구역의 목록을 만들고 행정기관이 잠재적 책임당사자와 협상을 하기로 재량상 결정을 하면, 특정한 정보와 절차를 계속할 의도의 통지를 제공할 것이 요구된다. 통지 이후에 120일간 EPA와 잠재적 책임당사자간에는 유예기간을 가지며, 이 기간동안 EPA는 그 선택사항으로 잠재적 책임당사자간의 비구속적인 비용할당을 마련한다.

60일간의 통지기간 내에 PRPs는 정보의 수집 또는 사건처리를 위한 신의성실한 제안을 제출하여야 한다. 잠재적 책임당사자가 60일내에 이

71) L. Bacow & M. Wheeler, Environmental Dispute Resolution 19 (1984).

를 처리하지 못하면 행정기관은 이들에 대한 행위를 개시하며, 잠재적 책임당사자는 처음의 정보개발에서의 주도권을 가질 기회를 소진한 것이 된다. 그러나 EPA는 관례적으로 이전의 비협조적인 행위에도 불구하고 구제적인 행위를 유도할 기회를 잠재적 책임당사자에게 제공한다.

구제적 행위를 위한 정부와 잠재적 책임당사자간의 합의결과는 30일간의 공지기간을 두고 적당한 연방법원에서 동의서를 작성하기 시작한다. 이 기간동안 그 합의서가 “부적당하고 부적절하며 불합리”⁷²⁾하다는 의견이 받아들여지면 행정기관은 그 합의를 제거할 수 있다. 법원은 합의서에 서명하고 인용하며 최종행정기관명령을 전달한다. 그러나 종합환경대응책임법⁷³⁾(Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act: CERCLA)상 합의를 인용하기 전에 법원은 그것이 “공정하고 적절하며 합리적이고 헌법과 의회의 규정에 합치된다”⁷⁴⁾는 결정을 하는 화해에 대하여 심사할 수 있다.

SARA는 PRPs가 EPA와 화해를 하도록 부추기는 데에 성공할 수 있었던 반면에 그 보호적 규정은 실제적인 화해절차를 더디게 할 수 있다. 게다가 SARA상의 연방권한과 자원보존및회복법(Resource Conservation and Recovery Act: RCRA)⁷⁵⁾ 및 주법상의⁷⁶⁾ 주정부권한간에는 다소 긴장이 존재한다. 주석자들은 EPA의 화해촉진절차에서 개선의 여지가 남아 있다는 점에 동의하고 있다.⁷⁷⁾

72) 42 U.S.C.A. §9622(i)(3).

73) 동법은 이른바 슈퍼펀드법이라고도 일컬어지는 바 1980년에 제정되어 1986년 슈퍼펀드개정및채임법(SARA)에 의해서 개정되었다. 한편, 자원보존및회복법의 일부를 제외하고 미국의 대부분의 환경법은 현재의 활동이라든지 행위를 규제하는 것인데 대하여, 슈퍼펀드법은 과거의 행위에 의해 야기된 오염에 대처하는 것을 주목적으로 하고 있는 점에 특징이 있다. 동법에 대해서는, 韓貴鉉, 美國環境法の 理論과 實際, 도서출판 동남기획, 2001, 309면 이하 참조.

74) City of New York v. Exxon Corp., 697 F.Supp. 677, 692 (S.D.N.Y. 1988) (citation omitted).

75) 42 U.S.C.A. §§6901-6987 (1982).

76) See generally Hoard & Lyons, Negotiating with Environmental Regulatory Agencies: Working Towards Harmony, 31 Air Force L.R. 201, 205.

77) See generally Note, Superfund Settlements: The Failed Promise of the 1986 Amendments, 74 Va.L.Rev. 123 (1988); Leue, supra note 188; Strock, Settlement Policy Under the Superfund Amendments and Re-

4) EPA와 ADR의 일반적인 사용

EPA는 또한 그 외에 다양한 ADR 기법을 채용하고 있다. 조정과 비 구속적 중재(nonbinding arbitration)를 환경문제에 관하여 유용한 ADR의 주된 형태로 이해하고 있다. 또한 약식심리(minitrials)와 사실조사(fact-finding)도 때때로 EPA에 의하여 이용된다.

어떤 ADR방식을 채택할 것인가를 결정함에 있어서 EPA는 여러 가지 다양한 요소들을 고려하여 정한다. 실질적·잠재적 난점, 행정기관의 당해 법적 쟁점과의 친밀성, 비교적 잘 정착된 법률의 존재, 그 심사분야의 선례 등을 고려한다. 뿐만 아니라 사건 당사자의 수와 쟁점도 고려하며 중립적인 제3자가 필요한가 등에 관해서도 결정한다.⁷⁸⁾

(3) 조정(Mediation)

조정은 전통적인 화해기법과 밀접한 관련이 있다. 화해판사나 담당관 처럼 조정자도 합의사항을 협상함에 있어서 소송당사자들을 보조하는 중립적인 제3자이다. 그러나 판사나 중재자와 달리 조정자는 당사자에 대하여 판결을 부과하는 권한을 전혀 가지지 않는다. 조정은 노동문제에 있어서 일반적인 분쟁해결장치이며, 이것은 또한 가족간 분쟁에도 이용된다. 또한 환경문제에 대해서도 이용률이 높아져가고 있다.⁷⁹⁾ 조정에 호의적인 판사가 당사자들에게 이 기법을 채용해볼 것을 권고하는데에 결정적인 역할을 할 수도 있다.

조정자의 다양하고 많은 기능들은 종종 상당한 정도의 식견의 축적, 외교적 재능, 복잡한 경우가 많은 쟁점들에 대한 수용력을 요구하게 된다. 분쟁의 처음부터 개입한 경우에는 조정자는 당사자들의 불만을 타진하고 가능한 기법으로서 협상을 제안하고 포함되어야 하는 당사자를 규

authorization Act of 1986, 58 U.Colo.L.Rev. 599, 629 (1988).

78) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 288.

79) Diane R. Smith, "Rough Justice," "Fairness," and the Process of Environmental Mediation, 34 Val. U.L. Rev. 367 (2000); Elaine Smith, *Danger-Inequality of Resources Present: Can the Environmental Mediation Process Provide an Effective Answer?*, 1996 J. Disp. Resol. 379 (1996).

명하고, 협상을 구성하는 일을 도울 수 있다. 개개 당사자들간의 비공개 회합에서 조정자는 분쟁에 들게 되는 잠재적인 비용산정을 도와주고, 당사자들이 양보하려고 하는 영역의 정도를 확립하고, 협상중에 실제 필요한 것과 이익이 되는 것을 구별해 준다.

일단 협상이 시작되면, 조정자는 미묘한 사안들과 일방당사자에 의해서 전원일치로 제안된 잠재적인 해결방법을 제출하고, 따라서 제안자를 “냉각시키게” 한다. 개인 미팅에서는 조정자는 당사자들이 제안안을 현실적으로 계산하는 것을 돕고, 다른 상대방의 전망에 대하여 전후관계 분석을 고려한 데이터로 보여준다. 끝으로, 조정자는 뜨거운 쟁점이 되고 있는 문제들을 다룸에 있어 그 문제를 인지하며 당사자를 돕고, 대화의 소통을 유지함으로써 협상과정에서 당사자의 활동에 대한 매니저의 역할도 하게 된다. 협상이 난항에 부딪히거나 결렬될 위험이 있으면, 조정자는 당사자간의 공통점을 찾아서 당사자들이 다시 협상에 임하도록 돕는다.⁸⁰⁾

(4) 약식심리(Minitrials)

약식심리는 “세심하게 구성된 사적 분쟁해결협상으로서 대립당사자들의 변호인이 각 당사자로부터 분쟁을 해결할 최종적 권한을 가지고 있는 상급 집행관(senior executives) 앞에서 그 사건의 요약서를 제출하는 것”⁸¹⁾ 이라고 정의된다. 약식심리의 배경에는 분쟁을 해결할 권한을 가지는 소송대표자들이 합동으로 임명한 중립적 권고자의 눈앞에 그들의 최선의 상황에 대하여 요약하여 제출하여 각각의 장점과 약점을 알게 되면, 당사자들이 스스로 분쟁을 보다 효과적으로 해결할 수 있을 것이라는 사상이 있다. 각 사건들이 제출된 후에 당사자들은 사적으로 만나서 합의사항을 협상한다. 약식심리는 비공개이며 구속력도 없다. 일반적으로 절차중에 작성되는 문서도 없다. 약식심리는 시간과 비용을 모두 절약하는

80) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 290; Harter, *Points An A Continuum*, *supra* note 146, at 148-149.

81) Douglas A. Henderson, *Avoiding Litigation With the Mini-Trial: The Corporate Bottom Line as Dispute Resolution Technique*, 46 S.C. L. Rev. 237, 238 (1995).

데에 좋은 방법이다.⁸²⁾

약식심리가 이용되면 관련당사자들은 통상적으로 본인들의 이름, 중립적 권고자가 협상을 촉진하려고 할 것인지 아닌지 간에 관련 문제들, 그리고 비용의 할당을 특정하는 약식심리합의서(minitrial agreement)를 작성한다. 게다가 당사자들은 신속한 매커니즘의 이익을 확실히 할 수 있도록 발견의 범위와 기간을 한정시키는 일에 주의하여야 한다. 끝으로, 당사자들은 약식심리기간동안 전통적인 소송을 중지하는 데에 합의하여야 한다.⁸³⁾

(5) 중재(Arbitration)

중재는 사적 심판관(private adjudicators)들에 의하여 행해지는 조정(adjudication)이다. 그것은 사적 분쟁해결의 일반적인 대체적 수단이다. 공적 중재(public arbitration)는 법원과 행정기관에 의하여 행해진다. 사적인 중재자를 공공프로그램(public programmes)에서 발생하는 분쟁을 중재하도록 이용하는 것은 다양한 헌법적, 법적, 현실적 문제를 야기한다. 그럼에도 불구하고 중재는 몇몇 행정적 배경에서 다소간의 전망을 보여주고 있다.

중재는 심리의 형식성에서부터 완전히 비공식적 논의와 협상에 이르기까지 다양한 모습을 가진다. 당사자들은 선택사항의 과다현상을 경험하게 된다. 당사자들은 전체적인 사실발견에 가담하게 될 수도 있고 선서한 증인을 이용하거나, 상세한 요약서를 제출하고 그 사건들에 대한 전체 논쟁을 하는 경우도 있으며 혹은 단순하고 신속한 청문촉진해결방법(hearing facilitating expeditious resolution)을 쓸 수도 있다. 중재의 가장 큰 이점들 중의 하나는 특정 분쟁사항에 대한 특별전문가를 중재자로 선

82) 약식심리의 평균기간은 5개월이고 평균적인 직접비용은 25,000달러이다.

많은 학자들은 약식심리가 법률과 사실에 관한 복합적인 문제에 대한 분쟁에서 가장 잘 작용되는 것이라고 생각한다. 그러나 일부 학자들은 쟁점이 된 문제가 순전히 법률 문제의 하나이거나 선례가 확립되어 있거나 하면 약식심리는 좋은 방법이 아니라고 주장한다. 다른 학자들은 약식심리가 법률문제에 대한 논쟁에서의 효과성을 완전히 이해하기에는 이 방법은 너무 새로운 것이라고 본다. Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 291.

83) *Ibid.*

택할 수 있다는 것이다.

중재는 구속적일 수도 있고 권고적인 것일 수도 있으며, 또한 자발적인 것일 수도 있고 강제적인 것일 수도 있다. 자발적인 중재(voluntary arbitration)라면 당사자들은 분쟁의 전후에 분쟁을 중재에 의하겠다는 동의를 할 수 있다. 당사자들은 또한 중재절차에 대해서도 동의한다. 강제적인 중재(mandatory arbitration)라면 중재절차는 그 절차가 결과와 마찬가지로 당사자들에게 이미 정해져서 부과된다.⁸⁴⁾

비록 중재가 일반적으로 사적인 대체적 분쟁해결기법이지만, 많은 법령들은 행정기관에게 그것을 이용할 권한을 부여하고 있다.⁸⁵⁾ 예를 들면 낙농산물조정법(Agricultural Adjustment Act)⁸⁶⁾은 낙농산부 장관이 우유의 판매와 배포에 관한 분쟁에 관하여 중재를 할 수 있는 권한을 부여하고 있다.⁸⁷⁾ 또한 1988년의 남태평양참치법(South Pacific Tuna Act)⁸⁸⁾은 미합중국정부와 특정태평양군도국가정부들간의 어업조약상 일어난 분쟁에 관하여 국무장관과 통상부 장관이 중재법정의 성립이 필요한 경우에는 중재자를 임명할 수 있는 권한을 부여하고 있다.⁸⁹⁾ 또한 종합적 환경대응책임법(CERCLA)⁹⁰⁾에서는 환경보호청이 청소비용이 50만 달러를 넘지 않는 범위에서 중재에 의하여 분쟁을 해결할 수 있는 권한을 부여하고 있다.⁹¹⁾

행정중재(Administrative arbitration)가 기관의 선례에 기반을 두기는 하지만 중재가 선례로 사용될 수는 없다. 사실, 사안이 “선례로서 적용될 것이 요구되는 최종적이거나 유권적 결정이고 그러한 절차가 일

84) Ibid., p. 292.

85) See, e.g., 7 U.S.C. §136a(c)(1)(F)(iii) (2000); 7 U.S.C. §671 (1999); 16 U.S.C. §973n (2000); 17 U.S.C. §801 (2000); 39 U.S.C. §1207; 42 U.S.C. 4083 (1999); 42 U.S.C. §9622(h)(2) (1999).

86) Ch. 25, 48 Stat. 31, as amended by Ch. 296, §3, 50 Stat. 248.

87) 7 U.S.C. 671(a) (1999).

88) Pub. Law No. 100-330, §2, 102 Stat. 591.

89) April 2, 1987, T.I.A.S. No. 11100.

90) Pub. L. No. 96-510, Title I, §101, 94 Stat. 2767.

91) 42 U.S.C. §9622(h)(2) (1999). Cf. *Disston Co. v. Sandvik, Inc.*, 750 F.Supp. 745, 746 (W.D.Va.1990); *United States v. Acton Corp.*, 733 F.Supp. 869, 871 (D.N.J.1990).

반적으로 유권적 선례로서 받아들여지지 않을 것 같은 경우”⁹²⁾라면, 기관은 중재의 이용이나 일반적인 ADR을 고려해서는 안된다. 최종적인 중재판정(final arbitration awards)은 연방정부를 포함한 모든 당사자를 구속하며, 이는 연방중재법(Federal Arbitration Act: FAA)⁹³⁾에 따라 시행된다.

구속적 기관중재(binding agency arbitration)에 대한 사법심사기준은 아직 정착되어 있지는 아니하다. 그러나 최소한 4개 정도의 접근법이 존재한다. 첫째, 당사자들은 모든 사법심사를 포기할 수 있다. 포기를 하지 않은 경우에는, 어떤 법원은 기관판정(agency award)이 증거에 근거를 두지 않았거나 법률을 위반한 것으로 보일 때는 기관의 결정을 파기하기만 할 것이다. 다른 법원들은 법률이 대체적 분쟁해결법과 연방중재법상의 심사기준을 통합할 것인가를 결정할 것이다. 이 기준상 연방구법원(federal district court)은 경합하는 기관중재판정이 편견, 사기, 부패 또는 중재자의 실수의 결과인지 또는 5 U.S.C. §572 (1999)상의 “명백히 사실관계와 부합하지 않는” 판정인지를 결정하여야 한다. 끝으로, 아직도 다른 접근법은 일상적인 방식으로 행정절차법에 따라 판정에 대하여 심사한다. 법률이 행정조정과 중재에 의한 기관결정에 대한 항소를 규정하고 있다면, 당사자는 사법심사를 구하기 전에 모든 행정구제 및 중재에 의한 구제방법을 다 써야 한다.⁹⁴⁾

행정중재는 몇가지 헌법적 문제를 야기하는 바, 미연방헌법 제3조와 관련된 문제가 가장 중요하다. 기관중재에 의하여 제기된 특정 쟁점은 연방법원에 부여된 조정권(adjudicative authority)이 행정관에 관한 것이 아니라 사적인 결정자들에게 부여된 범위이다. 이것은 Thomas v. Union Carbide Agr. Products Co.⁹⁵⁾ 사건에서 쟁점이었다. 여기서 원고들은 농약을 등록하려는 제조업자들이 당해 농약이 건강, 안전 및 환경에 미칠 영향에 관한 EPA 연구데이터를 제출하여야 한다는 EPA의

92) 5 U.S.C. 572(b)(1) (1999).

93) 5 U.S.C.A. §580 (c) (Supp. 2000).

94) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 292-293.

95) 473 U.S. 568, 105 S.Ct. 3325, 87 L.Ed.2d 409 (1985).

요건에 관한 분쟁을 해결함에 있어서 중재의 방법을 이용한 것에 대하여 제소하였다. EPA는 이 데이터를 당해 농약의 등록에만 관련하여 정한 것이 아니라 이후에 유사한 제품을 등록한 자들에 대하여서도 정한 것이다. 이후의 등록인들은 앞의 데이터의 사용에 관하여 앞의 등록자들에게 비용을 지급하여야 한다. 그리고 만일 보상의 정도에 대하여 의견불일치가 있을 경우에 그러한 분쟁은 기관의 조정이 아니라 중재에 의한다. 연방대법원은 오직 사적인 권리만이 관련된다는 주장을 기각하였다.⁹⁶⁾

법원은 이 분야에 관하여 의회가 구속적 중재를 통하여 절차를 유연하게 하려는 의도를 인지한 것이다. 중재는 공공프로그램의 효과적인 행정에 있어 중요하며, 더욱이 중재에 불복하는 피고는 사법집행권에 따르므로 연방헌법 제3조의 사법권을 저해할 우려가 없었다. 최종적으로 연방대법원은 FIFRA의 사법심사의 제한된 범위는 이러한 중재절차와 관련하여 연방헌법 제3조에 필요하고 부합하는 것임을 확인하였다.⁹⁷⁾

중재는 또한 연방헌법 제2조와 관련된 문제도 야기한다. 중재자들은 임명되어야 하며 이것은 권력분립문제를 발생시킬 수 있다. 권력분립원리는 연방대법원에서 다음과 같은 4개의 가정에 근거하여 발전되어 왔다. ①어떤 헌법기관의 행위는 헌법상 부여된 권한의 행사로 추정한다. ②설사 바람직한 목적을 위한 것이라 할지라도 헌법기관들은 각각 헌법상 규정된 권한의 한계를 넘어서는 안된다. ③헌법상 의무의 수행에 있어 어떠한 기관도 다른 기관을 침해하여서는 안된다. ④의회는 엄격하고 배타적으로 입법권으로 부여된 사항을 연방대법원 기타 사법기관에 위임할 수 없다.⁹⁸⁾

96) 473 U.S. 593-594, 105 S.Ct. 3339-40.

97) Thomas 사건에서 법원의 분석과 기관중재에 대한 효과는 Schor v. Commodity Futures Trading Commission(740 F.2d 1262 (D.C.Cir.1984)) 사건에서 보여주는 연방헌법 제3조에 대한 비교적 유연한 접근법과도 합치된다. 그 사건에서 연방대법원은 CFTC가 기관에 제출된 원래의 분쟁에서 그런 것과 같이 똑같은 처리로부터 발생하는 주법반소(state law counterclaim)에 대한 결정을 할 수 있다고 판결하였다.

98) Neil Kinkopf, Of Devolution, Privatization, and Globalization: Separation of Powers Limits on Congressional Authority to Assign Federal Powers to Non-Federal Actors, 50 Rutgers L. Rev. 331, 338-39 (1998).

헌법상 행정부에 부여된 권한을 가진 중재자에 대하여 의회가 해임이나 유임을 정하거나 임명하는 것에 의하여 의회가 그 권한을 남용한다면 권력 분립원리에 관한 문제가 발생하는 것이다. 그럼에도 불구하고 Morrison v. Olsen⁹⁹⁾ 사건에서 법원이 보여준 권력분립에 대한 기능적 접근방법은 사적인 중재의 여지가 상당하며 이는 이행 국면에서도 마찬가지로 보여준다. 중재는 특히 중재자의 주된 역할이 사실발견(factfinding) 및 잘 정착된 법원칙과 사실에 대한 정책을 적용하는 일에 국한될 때 가장 적당하다.¹⁰⁰⁾

중재는 또한 연방헌법 제2조상의 임명조항(Appointments Clause) 문제를 발생시킬 수 있다. Printz v. United States¹⁰¹⁾ 사건에서 스칼리아(Scalia) 대법관은 임명조항에 의하여 행정부에 위임된 하급공무원에 대한 권한은 대통령이 “법률이 성실하게 시행되고 있는지 감독할 수 있게 하는” 것이 된다고 판시하였다. 기관분쟁(agency disputes)의 중재를 위하여 행정관이 아닌 중립적 제3자를 임명하는 것은 위헌적이게도 행정권한을 행정부의 통제밖에 두는 것이 된다는 논란이 가능하다. 1980년대 후반에 미연방법무부 변호사들은 기관에 의한 분쟁에 대한 조정자의 임명은 임명조항을 위반하는 것이라고 주장한 바 있다. 1995년 법무부는 그 입장을 바꿨으며, 법률고문국(Office of Legal Council)으로부터의 각서에서 예외는 있지만 미국정부는 구속적 중재의 당사자가 될 수 있다고 주장하였다. 법무부에 따르면 임명조항은 ①연방정부내에 ② 상당한 권한이 부여되는 ③고용인의 지위로 개인이 임명이 되거나 또는 그러한 지위가 창설되는 때만 관련문제가 된다고 한다. 법무부의 분석에 따르면, 한 사건에서 중재자로서 활동하는 사적인 계약자의 해고는 임명조항을 위반하는 것이 아니다. 만일 행정기관이 전임중재자를 고용한 경우에는 중재자는 임명조항에 따라 임명되어야 한다. 또한 스칼리아 대법관의 Printz 보충의견은 대통령의 판단을 중재자의 판단에 복종하게 함으로써 대통령의 법률을 “성실히” 집행할 의무를 함께 선택하게 하는 것이 되

99) 487 U.S. 654 S.Ct. 2597, 101 L.Ed.2d 569 (1988).

100) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 296.

101) 521 U.S. 898, 117 S.Ct. 2365, 138 L.Ed.2d 914 (1997).

어, 중재자의 최종판정은 미국연방헌법 제2장 제1조 제1문의 보호조항 (Take Care Clause)을 위반하는 것이 된다는 것을 함의한다. 그러나 법무부의 의견은 “보호”조항은 단지 대통령이 어떤 것이든 중재자의 결정에서 결과로 나타나는 유효한 법적 요건에 따라야 한다는 것만 정한 것이라는 것이다.¹⁰²⁾

연방헌법 제1조와 적법절차문제가 또한 발생할 수 있다. 행정권한을 사적 결정권자(private decisionmakers)에게 위임하는 것은 Carter v. Carter Coal Co.¹⁰³⁾ 사건의 교훈을 되새기게 한다. 이 사건에서 법원은 석탄산업에서 최대근로시간과 최저임금의 결정권을 위임하도록 정한 법령을 무효로 하면서 그 효과에 있어서 사적 결정권자에 대한 권한위임이 적법절차조항(Due Process Clause)을 위반하는 것이라고 결정하였다. 위임은 그 위임이 막연하거나 기준이 없는(vague or without standards) 것일 때는 특히 연방헌법 제1조의 문제를 야기할 수 있다. 그러나 이러한 이슈들은 공무원이나 의회로부터의 감독이나 지도 없이 사적 당사자에게 전부위임하는 것이 아닌 한, 거의 심각하게 되지는 않는다. 대부분의 중재조항들은 이러한 문제들을 피해갈 수 있도록 쉽게 구성된다.¹⁰⁴⁾

102) Tenaska Washington Partners II, LP v. United States (34 Fed. Cl. 434 (Fed. Cl. 1995))에서 미국연방쟁송법원(U.S. Court of Federal Claims) 앞에 놓인 쟁점은 미연방정부가 구속적 중재에 들어갈 수 있는가 하는 점이었다. 에너지성의 한 기관인 Bonneville Power Administration(BPA)는 민간에너지 공급자인 테나스카와 합의를 하였다. BPA는 테나스카로부터 20년간 에너지를 구매하였으나 그 이후에는 그 계약이행을 거부하였다. 테나스카는 BPA를 연방쟁송법원에 제소하였다. 테나스카와의 계약서에 포함된 중재조항에 의거하여 BPA는 조정강제명령신청의 제출을 기대하여 사실발견의 유예를 위하여 제소하였다. 테나스카는 BPA가 구속적 중재에 들어갈 헌법상, 법령상 권한을 모두 결여한다고 주장하였다. 법원은 1995년 구속적 중재에 관한 법무부 양해각서에 근거하여 BPA가 구속적 중재에 들어가지 못할 헌법상 금지규정은 없다고 판단하였고 더 나아가 의회가 BPA의 담당관이 여하한 분쟁에 대해서도 이를 종결할 권한을 가지도록 정한 바 이는 그 담당관이 중재에 의하여서도 분쟁해결을 할 수 있게 한 것이라고 판단하였다.

103) 298 U.S. 238, 56 S.Ct. 855, 80 L.Ed. 1160 (1936).

104) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 297-298. 한편, 적법절차문제는 중재와 의료배상에 관련하여 발생하였다. Schweiker v. McClure (456 U.S. 188, 102 S.Ct. 1665, 72 L.Ed.2d 1 (1982)) 사건에서 연방대법원은 전 원일치로 항소권이 없는 민간보험업자에 의한 의료분쟁의 조정을 지지하였다. 연방대

(6) 협상에 의한 규칙제정(Negotiated Rulemaking)

협상에 의한 규칙제정이란 행정입법에 의해 영향을 받는 사람들이 입법과정에 적극적으로 참여하여 상호간의 이해관계에 대해 협상하고 그 결과로 도출되는 합의에 기초하여 입법내용을 결정하는 제도를 말한다. 종래 입법이 국민의 대의기관이나 그 기관의 위임자에 의해 일방적으로 이루어져 온 측면이 강하였다는 점을 상기할 때, 수범자 또는 피규제자들의 협상에 의해 규칙제정이 이루어진다는 것은 매우 새롭고 놀라운 것이라 하지 않을 수 없다.¹⁰⁵⁾

이와 같이 ADR은 심판적인(adjudicatory) 맥락에서만 한정된 것이 아니다. 행정기관의 규칙제정에 대한 점점 더 적대적인 분위기의 팽배에 직면하여 혼합형 규칙제정(hybrid rulemaking)이 종종 수반하는 장황한 절차와 거의 불가피한 사법적 제소로 인하여 행정기관과 이해당사자들은 정책결정에 대한 협상적인 접근에 점점 더 관심을 가지게 되었는데,¹⁰⁶⁾ 이러한 가운데 고안된 것이 바로 협상에 의한 규칙제정이다. 그

법원은 다양하게 제기된 공정성 시비를 모두 기각하고 이러한 결정을 한 민간업자가 여하한 금전적인 이해관계가 없다는 사실에 크게 의존하였다. 그 급여나 기타 요구사항들은 그 고용주들에 의해서가 아니라 정부에 의하여 지급되었다. 더욱이 결정의 성격은 법령에 의하여 결정되었으며, 그것들은 행정기관에 의하여 특정된 절차하에서 운용되어야만 하였다. 대부분의 중재는 이 사건에서 정해진 가이드라인 내에 쉽게 포섭된다.

105) 金裕煥, 국민참여에 의한 행정분쟁해결제도, 저스티스 통권 제81호(2004. 10), 50면.

106) 다만 협상에 의한 규칙제정의 장점에 대해서는 계속하여 논란되고 있는 바, 그 논란은 두 범주로 나눌 수 있다. 우선 통계적 범주에서, Cary Coglianese는 협상에 의한 규칙제정은 규칙을 개발하는데 드는 시간을 줄이고 규칙에 대한 후속적인 사법적 이의신청을 줄인다는 제도의 목적을 달성하는데 실패했다고 주장한다. 그에 따르면, 행정기관의 규칙들 중 0.1% 미만만이 협상에 의한 규칙제정의 이용을 통하여 채용되었다고 한다. 게다가 협상에 의한 규칙제정절차의 평균소요기간은 협상에 의한 규칙제정이 이용되지 않는 경우의 3.1년과 비교하여 2.8년이라고 한다. 끝으로, 그는 협상에 의한 규칙제정에 대한 소송율은 전체 규칙에 대한 소송율보다 전혀 낮지 않다고 한다. Langbein 교수와 Kerwin 교수는 자신들이 낸 통계에 근거하여 Coglianese 교수의 결론에 반대하고 있다. 이 통계는 협상에 의한 규칙제정에 참여한 참가자들은 자신들이 협상에 의한 규칙제정에 참여하지 않는 경우보다 최종적으로 결정된 규칙에 대해서 만족감이 더 크다는 것을 보여준다. 이 논쟁에서 함축적인 것은 특정한 법적 기준이다. Coglianese의 경우에 관심사는 협상에 의한 규칙제정이 자동적인 행정기관의 규칙에 대하여 특별이익합의구축을 한다는 것이다. Langbein과 Kerwin의 경우에

러나 협상에 의한 규칙제정절차는 기존의 규칙제정절차를 대체하는 새로운 절차가 아니라 기존의 고지와 의견제출(notice and comment)에 의한 행정절차법상의 규칙제정절차에 덧붙여져 그것을 보완하는 성격을 가지는 것이다.¹⁰⁷⁾

1990년의 협상에 의한 규칙제정법(Negotiated Rulemaking Act)¹⁰⁸⁾은 행정절차법의 통지와 권고기간에 앞서 행정기관과 이해당사자들 간에 협상을 촉진하기 위하여 제정되었다.¹⁰⁹⁾ 행정기관의 장이 협상에 의한 규칙제정이 공공의 이익에 부합된다고 결정하면, 이해당사자를 확정하고 그 당사자들에 관련된 문제들을 확정하는 회의주재자(convener)를 임명할 수 있다.¹¹⁰⁾ 이해당사자들은 행정기관의 규칙이 어떠해야 하는가에 대한 합의에 도달하기 위하여 25명 이하의 위원으로 구성되는 협상에 의

는 규칙에 대한 보다 큰 만족감은 규칙에 대한 합법성이 크다고 해석된다는 것이다. 이에 대한 상세는, Cary Coglianese, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, 46 *Duke L.J.* 1255 (1997); Philip J. Harter, *Assessing the Assessors: The Actual Performance of Negotiated Rulemaking*, 9 *N.Y.U. Env'tl. L.J.* 32, 32 (2000); Laura I. Langbein & Cornelius M. Kerwin, *Regulatory Negotiation Versus Conventional Rule Making: Claims, Counterclaims, and Empirical Evidence*, 10 *J. Pub. Administration Research & Theory* 599, 599 (2000); Jody Freeman & Laura I. Langbein, *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, 9 *N.Y.U. Env'tl. L.J.* 60, 121 (2000).

107) Cary Coglianese, *Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking*, 46 *Duke Law Journal* 1255 (1997), p. 1256.

한편, 협상에 의한 규칙제정과 전통적인 비공식규칙제정절차간에는 다음과 같은 차이가 있다. 첫째, 전통적인 절차에서는 행정청이 일단 규칙안을 만들어 공시하고 의견제출을 청하지만, 협상단계에서는 행정청은 협상해야 할 쟁점만을 제공하고 협상에 임한다. 둘째, 전통적 절차에서 행정청은 주권적 의사결정자로서 제출된 의견을 고려하지만, 협상단계에서 행정청은 다른 이익주체와 동일한 권리와 책임만을 가지고 임한다. 셋째, 전통적 절차에서는 규칙제정절차의 공적 기록을 만들 의무가 있고 사법심사 시 이를 통해 그 규칙이 실질적인 증거에 기초하고 있는지를 심사받지만, 협상과정에서는 원칙적으로 그 정도의 기록이 요구되지 않으며, 법원은 이제까지의 판례를 보건대 협상의 기록에 대해 별로 주의를 기울이지 않고 있다. 다만, 실제에 있어서 행정청은 사법심사를 대비하여 기록을 충분히 만드는 경향이 있다. 이에 대해서는, 李熙貞, 法の支配와 行政法上 裁判外 紛爭解決手段 -美國의 경우를 中心으로-, 227-228면 참조.

108) *Pul.L.* 101-648.

109) 5 *U.S.C.A.* §551 (1996).

110) 5 *U.S.C.A.* §563 (1996).

한 규칙제정위원회(negotiated rulemaking committee)를 구성한다. 동 위원회가 제안된 규칙에 관하여 합의에 도달하면, 행정기관에 그 제안된 규칙을 보고한다.¹¹¹⁾ 행정기관은 동 위원회가 제안한 규칙을 규칙안의 기본으로 하고 행정절차법에 따라 해설서를 출간한다.

이 법률은 USA Group Loan Services, Inc. v. Riley¹¹²⁾에서 처음으로 사법적 해석을 받게 되었다. 쟁점은 행정기관 담당관의 협상에 의한 규칙제정위원회의 합의에 따르겠다고 한 약속이 강제집행가능한 것인지 여부이었다. 법원은 그러한 약속은 강제집행할 수 있는 것은 아니라고 판단하였다.¹¹³⁾

(7) 행정기관의 규칙제정절차에 있어서 ADR의 합법성

법해석자들 중에는 연방행정기관에 의한 대체적 분쟁해결, 특히 협상에 의한 규칙제정의 효율적인 이용에 대한 몇가지 법적 장애들을 제시한다. 특히 위임원칙(delegation doctrine),¹¹⁴⁾ 연방자문위원회법(Federal Advisory Committee Act: FACA)¹¹⁵⁾ 및 일방적 커뮤니케이션(ex parte communications)에 관한 일반적 금지는 모두 협상에 의한 규칙제정에 잠재적인 문제의 소지를 가지고 있다. 비록 이러한 법적 문제들이 극복되었다 하더라도 사법심사기준이 가장 그 절차에 적절하다거나 협상된 규칙에 대한 제소당사자의 문제와 같은 다른 문제들은 여전히 남아 있다.¹¹⁶⁾

111) 5 U.S.C.A. §566(f) (1996).

112) 82 F.3d 708 (7th Cir.1996).

113) USA Group Loan Services 사건의 다툼에는 교육부와 학자금 “대부자”가 관련되었는데, 이 대부자는 사건의 제3자로서 학교에 대해서는 학자금기록보관을 수행하고 은행에 대해서는 학자금을 모금하는 일을 하였다. 법원은 협상에 의한 규칙제정법이 교육부 담당관의 약속을 강제집행할 수 있게 정한 바 없을 뿐 아니라 담당관의 약속을 강제이행할 수 있게 하면, 행정기관이 이미 산업체에 한 약속에 구애를 받게 되면 권고는 부적절한 것이 되기 때문에, 협상에 의한 규칙제정에 앞서 일어나는 모든 사건에서 규칙제정 통지와 권고를 무효로 만드는 것이라고 하였다(82 F.3d 714-15).

114) William Funk, Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest, 46 duke L.J. 1351, 1373-74 (1997).

115) Pub. L. No. 92-463, 86 Stat. 770 (1972).

116) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 300.

규칙안을 마련하기 위하여 민간 개인들을 이용하는 것은 위임원칙을 위반하는 것이 될 수 있다. 그러나 협상에 의한 규칙제정은 반드시 위임원칙에 저촉되는 것은 아니다. 법원은 최종적인 결정권을 받은 민간과 엄격하게 자문적 능력을 가지고 활동하는 민간을 구별하고 있다.¹¹⁷⁾ 명백하게 협상위원회는 허용되는 범주, 즉 후자에 속하는 것으로 생각된다. 협상에 의한 규칙제정법상 행정기관은 위원회의 규칙안을 그대로 수용할 의무는 없다. 더욱이 협상에 의한 규칙제정위원회에는 행정기관의 대표가 반드시 포함되어야 하며, 민간단체의 대표로 전부 구성되는 위원회와는 구별된다. 요컨대 협상에 의한 규칙제정은 심각한 법적 문제들을 발생시키지 않는다.

그러나 연방자문위원회법에 따르면, 잠재적으로는 보다 난처한 법적인 문제가 있다. 협상단체들이 자문적 역할을 수행하지만, 그것은 정부에 의하여 설립되고 이용되는 것인 때에만 연방자문위원회법상 공인받은 것이 된다.¹¹⁸⁾ 따라서 특정한 환경규칙에 대하여 EPA에 대해 자문을 하기 위하여 민간 환경기구에 의하여 창설된 동등한 심사단체는 EPA가 그 단체를 엄격하게 운영하지 않는 한 연방자문위원회법상의 자문위원회가 되지 못한다.¹¹⁹⁾

117) See, e.g., *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 U.S. 381, 399, 60 S.Ct. 907, 915, 84 L.Ed. 1263 (1940); *First Jersey Securities, Inc. v. Bergen*, 605 F.2d 690, 697-700 (3d Cir.1979), cert. denied 444 U.S. 1074, 100 S.Ct. 1020, 62 L.Ed.2d 756 (1980); Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. Rev. 543 (2000); Mark Seidenfeld, *Empowering Stakeholders: Limits on collaboration as the Basis for Flexible Regulation*, 41 Wm and Mary L. Rev. 411 (2000); Hans A. Linde, *Structures and Terms of Consent: Delegation, Discretion, Separation of Powers, Representation, Participation, Accountability?*, 20 *Cardozo L. Rev.* 823 (1999).

118) See *Public Citizen v. United States Dep't of Justice*, 491 U.S. 440, 109 S.Ct. 2558, 105 L.Ed.2d 377 (1989).

연방자문위원회법은 모든 자문위원회 회의가 공공에게 공개되고 그러한 회의는 연방공보(Federal Register)에 미리 공고되어야 한다고 요건을 정하고 있다(5 U.S.C.A. App. 2 § 10). 협상에 의한 규칙제정법은 행정기관은 연방자문위원회법상 협상에 의한 규칙제정위원회를 창설할 권한을 가지고, 연방자문위원회법에 부합하는 한에서 위원회 회의록과 의사록을 관리할 책임자를 임명한다. 이 정보기록들은 제안된 규칙안에 관한 위원회의 보고서와 함께 행정기관에 전달된다.

119) Cf. *Byrd v. United States Environmental Protection Agency*, 174

협상에 의한 규칙제정에 관한 또 다른 잠재적인 난점은 일방적 커뮤니케이션에 대한 일반적 금지이다. 민간과의 접촉에 대한 이러한 금지는 기록이 협잡이 되고 규칙을 제정하게 된 진짜 이유를 숨기는 것이 되지 않을까 하는 우려, 그리고 규칙에 의하여 영향을 받는 자들이 그것이 일어난 당시에 그리고 이후에 조정 때 모두 기록에 대해 소를 제기할 수 없게 될 우려 때문이다. 기록보관의 비공식성과 협상과정에서 민간의 협의의 가능성은 부적절한 영향과 행정기관 ‘매수’로 제소될 우려를 가지고 있고, 따라서 협상에 의한 규칙제정에 대한 금지의 적용을 위한 이유를 제공한다.¹²⁰⁾

특별구 순회법원은 Home Box Office 사건에서 열거된 전체적인 제한에 대한 예외를 확립하였다. Sierra Club v. Costle 사건¹²¹⁾에서 법원은 비공식적인 규칙제정이 명백하게 정책결정의 성격인 사적 접촉에 대해서 인정하였다. 다른 사건에서 법원은 당사자들이 “특정 가치를 가진 권한”에 대하여 다툴 때에만 그 금지가 적용된다고 판결하였다. United Steel Workers of America v. Marshall 사건¹²²⁾에서 법원은 OSHA가 상담자를 이용하여 공공기록으로부터 결론을 도출하고자 그리고 행정기관이 규칙의 서문을 작성하는 것을 돕고자 일방적인 접촉을 하는 것에 대하여 허가하였다.

이러한 판례들은 협상에 의한 규칙제정이 일방적 접촉에 대한 금지에 근거한 제소에 있어서도 살아남을 수 있음을 보여준다. 첫째, 행정기관이 완전한 사실기록을 제공한다면, 공중은 협상에 참여하거나 통지나 자문의 단계를 통하여 규칙의 실질적 근거에 대하여 제소할 수 있는 기회를 제공할 것이며, 이것은 협상중의 특정분석이나 평가가 기록되지 않은 경우에도 마찬가지이다. 둘째, 법원은 행정기관과 참여자간의 숙고에 관하여 기록이 폐쇄된 후에 일어난 경우라면 정책에만 집중하여 인용할 수 있다.

F.3d 239, 245-48 (D.C.Cir.1999).

120) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 302.

121) 657 F.2d 298, 402 (D.C.Cir.1981).

122) 647 F.2d 1189, 1217 (D.C.Cir.1980), cert. denied 453 U.S. 913, 101 S.Ct. 3148, 69 L.Ed.2d 997 (1981).

협상에 의한 규칙제정에 관한 사법심사기준은 협상에 의한 규칙제정과 정에서 발생하는 가장 논쟁적인 쟁점이다. 협상에 의한 규칙제정법의 통과에 앞서 협상에 의한 규칙제정의 선구적 제안자인 Philip Harter는 법원이 협상에 의한 규칙들에 대해서 “덜 엄격한” 사법심사기준을 사용할 것을 제안하였다.¹²³⁾ 법원으로서의 전체 기록에 비추어 행정기관의 결정에 대한 “엄격하고 주의 깊은”(searching and careful)¹²⁴⁾ 사법심사를 하기보다는 규칙제정이 “자의성과 비합리성의 위험을 부정하는 방법으로” 수행된 것인지 여부를 검토하여야 한다. 이런 순수한 절차적 접근은 결정의 사실적 근거에 대한 철저한 심사의 필요를 제거하는 것이다. 그리고 규칙이 행정기관의 관할내에 있는 것인 한 적당한 이해단체 대표와 합의가 최소한 이론상으로 성취된 것이다.¹²⁵⁾

전술한 바와 같이 협상에 의한 규칙제정은 규제행정기관의 숙려의 초기단계에서 이해당사자가 개입하는 절차이다. 절차는 각 관련 당사자와 행정기관에 의하여 이해관계의 순위와 의사소통을 촉진하도록 고안된 것이다. 그것이 효과적이라면 공정하고 시행력있는 규정의 창설이 가능할 것이며, 또한 법원에 제소하는 경우도 감소할 것이다. 불행히도 그 절차는 부적절한 결정에 근거하여 규칙을 제정할 잠재성도 보인다. 이러한 위험에도 불구하고 협상에 의한 규칙제정의 제안자들은 “의미있는 사법심사의 정리”를 향한 경향을 보이고 있다. 장래에 얼마나 중요하고 유용한 협상에 의한 규칙제정이 나타날 것인지는 아직 더 두고 볼 일이지만, 그 이용은 협상에 의한 규칙제정법을 행정기관들이 시행하고 있으므로 점점 증가하게 될 것이다.¹²⁶⁾

123) Harter, *Negotiating Regulations*, supra note 130, at 103.

124) *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416, 91 S.Ct. 814, 824, 28 L.Ed.2d 136 (1971).

125) 이 접근은 재판장 Patricia M. Wald로부터 상당한 비난을 받았다. 그는 협상에 의한 규칙제정은 “행정법에 대한 복수주의 접근(pluralist approach)의 최근의 성장을 대표”하는 것이라고 주장한다. 그리고 사법심사기준의 변화와 함께 실제로 사법개입이 증가할 수 있다고 주장한다. 정치적 과정을 대체하려는 시도로 인하여 행정기관은 법원에 대하여 “관련이해단체를 규명하고 참여의 범위와 ‘협상’ 과정을 산정하는 법적 기준을 어떻게 개발할 것인가” 하는 난처한 문제들을 미뤄버린 셈이다.

126) Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, *ibid.*, p. 302.

제2절 독일

1. 개 관

실정법률과 정식소송제도가 발달한 독일에서도 최근 대체적 관리방법에 대한 중요성이 인식되면서 다양한 ADR제도(Schiedsgerichtsbarkeit, Schlichtung, Mediation)가 발달하고 있다. 이에는 강제조정절차(예: 종업원의발명에관한법률에 따른 특허청의 조정위원회, 자동차강제보험에 관한법률에 따른 보상기금의 조정위원회, 저작권의행사에관한법률에 따른 특허청의 조정위원회 등)와 임의적인 조정절차(예: 독일 상공업회의 조정위원회, 주 의사협회에 의한 의료분쟁사건을 위한 조정위원회, 전자 데이터 프로세싱 조정위원회 등)이 있다.

특히 공공사업관련 갈등을 관리하기 위한 제도로써 독일의 토지관련법제(국토공간정비법, 건설법전) 등에서는 계획수립시 다양한 이해관계자들의 갈등을 조정해야 하는 의무를 규정하고 있는 바(이른바 계획법상의 형량원칙(Abwägungsgebot)), 이 원칙은 독일에서 국토계획이나 도시 계획과정에서 발생할 수 있는 갈등을 사전에 예방하는 기능을 하고 있다. 요컨대 계획권자는 계획과정에서 상충될 수 있는 이해관계를 조정해야 하는 의무가 있으며, 그 의무를 제대로 못했을 경우 그 계획이 취소될 수도 있다. 또한 국민들은 대규모 공공사업계획과정에서 그들의 이해관계가 제대로 반영되지 못하게 되는 경우 형량원칙에 반했다는 이유를 들어 공식적인 절차를 통하여 그 공공사업계획을 다룰 수 있기 때문에 불법적인 갈등분출이 방지되고 있다. 또한 대규모 공공사업은 단순한 허가나 승인을 통하여 결정하는 것이 아니라, 행정절차법상의 이른바 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)를 통하여 국민들의 참여가 보장된 가운데 사업이 추진되는 바,¹²⁷⁾ 그 과정에서 이해관계인들이 참여할

127) 독일행정법상 계획확정결정에는 확정효, 법형성효, 배제효 및 집중효와 같은 여러 가지의 법적 효과가 주어지기 때문에 계획확정절차는 법령에서 동 절차를 거치도록 규정하고 있는 경우에 한하여 적용된다(독일연방행정절차법 제72조). 독일의 법령에서 계획확정절차를 거치도록 규정하고 있는 주요한 경우의 예로는 ①원자력발전소 및 핵폐기물처리장의 설치, ②철도, ③도시내의 전차궤도, ④자기부상열차를 위한 궤도,

수 있는 길이 열려 있으며 갈등이 사전에 예방되는 기능을 하게 된다. 계획확정절차는 공공사업의 추진을 신중하게 하는 반면에, 효율성을 저해하는 측면이 있어 그 대상을 한정하고 있으며 간이·신속하게 추진될 수 있는 경우도 함께 규정하고 있다. 뿐만 아니라 환경문제로 인한 갈등에 대해서는 환경영향평가법(UVPG) 등 환경법제가 매우 발달해 있으며,¹²⁸⁾ 최근 유럽연합차원에서 강화된 환경보호기준을 수용하면서 환경관련 갈등관리에 중요한 역할을 하고 있다.¹²⁹⁾

2. ADR의 도입계기와 ADR의 상황

(1) ADR의 도입계기

독일에서는 1970년대 초반에 있어서의 미국의 neighbourhood justice 나 스칸디나비아 제국에 있어서의 옴부즈만과 같은, 특히 형사사건 내지 소비자보호의 영역에 있어서 분쟁해결에의 시민관여의 법제도의 시도¹³⁰⁾에 자극을 받아 1970년대 후반부터 ADR의 의론이 활발화하였다.¹³¹⁾

⑤도로, ⑥통신시설을 위한 선로, ⑦운하, ⑧공항 등 사회간접자본의 설치를 위한 특별한 사업계획의 확정절차, ⑨토지구획정리사업 등 다중영향의 부지정리사업의 확정절차, ⑩폐기물처리장의 설치와 같은 환경오염시설의 설치사업의 확정절차, ⑪하천구역의 변경과 같이 자연환경에 대규모의 영향을 미치는 사업의 확정절차를 들 수 있다. 한편, 계획확정결정에는 특히 집중효(Konzentrationswirkung)가 인정되어 있기 때문에 무엇보다도 관련 행정청과 이해관계인 등의 참여의 보장이 중요한 바, 계획확정절차에서는 당해 절차를 거쳐서 이루어진 계획확정결정에 집중효를 부여하기 위한 절차적 보장으로 특유한 청문절차를 두고 있으며 이 점에서 특색이 있다. 집중효에 대해서는, 韓貴鉉, 獨逸行政法上の 集中效에 관한 研究, 법제연구 통권 제26호(2004. 6), 249-276면 참조.

128) 독일의 환경법제에 대해서는, 韓貴鉉, 獨逸環境法論, 韓國法制研究院, 2002 참조.

129) 대통령자문 지속가능발전위원회, 전개 연구보고서, 120-121면.

130) 이것에 관해서는, Felstiner/Williams, Mediation as an Alternative to Criminal Prosecution: Ideology and Limitations, in: Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6(1980), S. 195 ff.; Klaus Röhl, Rechtspolitische und ideologische Hintergründe der Diskussion über Alternativen zur Justiz, in: Alternativen in Ziviljustiz (1982), S. 15 ff.; Norbert Reich, Alternativen zur Ziviljustiz im Verbraucherschutz, in: Alternativen in Ziviljustiz (1982) 참조.

131) 그 내용에 관해서는, Blankenburg/Klausa/Rottleithner/Rogowski (Hrsg.),

거기에서는 고액인 절차비용이나 장기화하는 절차기간과 더불어, 법적 지식의 결여·복잡한 법률전문용어·절차개시에의 불안·심급에 관한 무지 등에 의해 발생하는 액세스장해의 개선이 주장되었다. 또한 질적인 문제로서, ADR에는 모든 당사자간의 포괄적인 토론을 보증하는 것과 같은, 그리고 깊게 가라앉은 분쟁원인을 구명하고 해결하는 것과 같은 제도일 것도 요구되었던 것이다.¹³²⁾ 게다가 절차에의 비전문가의 관여의 문제도 테마가 되었다.

이와 같은 다분히 학문추상적인 원인에 기초하여 주장되었던 ADR의 요구의 이면에는 저렴하고 신속한 절차라는 실제상의 필요성이라는 동기가 있었다. 또한 최근에는 그것에 더하여 법원의 가중부담이라는 것이 중대한 문제로서 부상하였다. 그것에 대처하기 위해 독일에서는 종래 법원이 주었던 보호를 경제적으로 우위적으로 관리·분배하는 것이 중요하다는 인식이 확대되고, 그것을 구체화하기 위해 사법성이 『調停은 재판보다 더 낫다(Schlichten ist besser als Richten)』는 책자를 작성하여 ADR에 관한 계몽활동을 행하였다. 이와 같은 움직임은 1990년의 독일 재통일 이래 활발화하였다. 즉, 구동독 諸州에 의한 서독 법제도의 수용에 수반하여 재판관, 사법보조관, 그 밖의 법원직원의 수의 절대적인 부족이 발생하여 그것을 메우는 것으로서 ADR의 중요성이 인식되게 되었던 것이다.

그것과 동시에, 법원에 계속된 사건의 신속한 처리를 실현하기 위해 1974년의 『지방법원의부담경감과재판상의사록의간소화에관한법률(Gesetz zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls)』, 1976년의 『법원절차의간소화와촉진에관한법률(Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren)』, 1990년의 『사법간소화법(Rechtspflegevereinfachungsgesetz)』, 1993년의 『사법부담경감법(Rechtspflegeentlastungsgesetz)』 등의 일련의 입법에서 법원의 부담경감이 도모되어 왔

Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6(1980) 및 Blankenburg/W. Gottwald(Hrsg.), Alternativen in Ziviljustiz (1982)에 게재된 각 논고를 참조.

132) Vgl. Röhl, a.a.O., in: Alternativen in Ziviljustiz (1982), S. 18 ff., 20.

다. 그러나 그와 같은 시도에도 불구하고, 현재로서는 독일의 각주의 법무부는 여전히 부담경감책을 의론하고 있는 것이다.¹³³⁾

이상과 같은 사정을 배경으로 하여 독일에서는 여러 가지의 ADR이 시도되어 왔다.

(2) 독일에 있어서 ADR과 그 이용상황

1) 법률에 근거하여 설치되는 ADR

① 사전의 이용이 강제되는 ADR

이것에는 발명품에 관한 분쟁이나 저작권사용료를 둘러싼 분쟁, 부정경쟁을 둘러싼 분쟁, 자동차사고보상기금에 관한 분쟁, 직업훈련중의 분쟁, 사용자와 경영협의회간의 분쟁 등 여러 가지의 것이 있다. 그러나 발명품에 관한 분쟁에 있어서의 중재소나 저작권사용료를 둘러싼 분쟁에 있어서의 조정위원회와 같은 법정외의 ADR의 기관에 있어서의 해결에 관해서는 신청된 사건의 대다수는 성공리에 해결되고 있다는 견해는 있지만 구체적인 이용건수는 불명이며, 부정경쟁을 둘러싼 분쟁에 관해서는 합의소(Einigungsstelle)에서의 합의의 시도가 소송 전에 행해질 것이 권장되고 있음에도 불구하고 그 이용빈도는 현저히 낮다고 할 수 있으며 반드시 충분히 기능하고 있다고는 말하기 어렵다.

② 사전의 이용이 강제되지 않는 ADR

a. 중재 : 이것은 독일민사소송법 제1025조 이하의 규정에 의한 것이며, 당사자의 합의에 의해 제3자에게 분쟁해결을 위한 판단을 맡기는 제도이다. 그리고 중요한 경제활동을 하고 있는 기업에 있어서는 중재계약에 의해 분쟁이 해결되는 것은 드문 것은 아니다. 게다가 대부분의 중재판단은 강제집행을 할 필요도 없이 그 판단은 당사자에 의해 임의로 이행되고 있다고 일컬어진다.

b. 중개인(Schiedsfrau/Schiedsmann)제도 : 이것은 중개인법(Schiedsmannordnung)이라는 주의 법률에 의해 규제되고 있으며, 현

133) Prütting, a.a.O., JZ 1985, S. 263; 三上威彦, 比較法的視點からみたわが國ADRの特質 —ドイツ法から, JURIST 第1207號(2001), 66-67頁 참조.

재 베를린, 헤센, 니드작센, 노르트라인베스트팔렌, 라인란트팔츠, 자아르, 쉴레스비히홀슈타인 7개의 주에 두어져 있다. 중개인은 경미한 형사사건외에 민사분쟁을 취급하는 기관이다.¹³⁴⁾

- c. 함부르크 공공법률정보 및 화해소(Öffentliche Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle: ÖRA) : 이것은 중개인제도가 없는 함부르크주에서 그것과 거의 동등한 역할을 수행하고 있는 것이며, 경미한 형사사건이나 민사사건에 관하여 조정적인 해결을 도모하고 있다.
- d. 상공회의소 및 수공업회의소의 조정 : 이것은 상공회의소나 수공업회의소 또는 각종 동업조합에 설치되어 있는 조정소(Schlichtungsstelle)에서 행해지는 조정이다. 다만, 조정소가 설치되어 있는 것은 전 독일 73개의 회의소 중 31개의 회의소뿐이며, 나머지는 회의소의 담당자(Referent)가 절차를 행하고 있다. 여기에서는 단지 화해적 합의의 성립을 위한 노력이 행해질 뿐이고 중재판단은 행해지지 않는다. 한편 수공업회의소에는 독립된 중재기관이라는 것은 없고 법무부가 사건을 취급하고 있다. 다만, 도르트문트, 뒤셀도르프, 아우구스부르크, 프랑크푸르트, 브레멘, 함부르크의 각 수공업회의소에는 상설의 건축조정소(Bauschlichtungsstelle)가 설치되어 있다.
- e. 여러 기관에 의한 노동관계분쟁의 ADR : 이것에는 직업훈련생과 지도자간의 분쟁에 관한 사전절차(§111 Abs. 2 ArbGG)가 있는 외에, 종업원의발명에관한법률(Arbeitnehmererfindungsgesetz) 제28조 이하는 독일특허청에 있어서의 중재소의 이용청구권을 규정하고 있다. 게다가 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz) 제76조는 기업합의소(betriebliche Einigungsstelle)를 규정하고 있는 등 여러 ADR이 규정되어 있다.
- f. 변호사회의 조정 : 이것은 변호사간의 분쟁의 해결을 위해(§73 Abs. 2 Nr. 2 BAO), 그리고 회원인 변호사와 그 의뢰자간의 분쟁을 해결하기 위해(§73 Abs. 2 Nr. 3 BAO) 변호사회내에 두어진 화해

134) 이 제도의 이용은 1910년에는 연간 221,000건이었던 것이 1980년에는 3,000건을 밑돌았으며, 그 중 민사소송에 있어서의 이용은 887건이었다(Prütting, a.a.O., JZ 1985, S. 264).

소(Gütestelle)에서 행해지는 것이다.¹³⁵⁾

2) 반드시 법률에 근거하여 설치되어 있는 것은 아닌 ADR

이것들은 각종 동업자조합 등에 의해 운영되고 있는 ADR이 그 중심을 이룬다. 예를들면 자동차수공업회의 중재소(Schiedsstelle), 크리닝업조합의 중재소, 구두제조업자의 단체에 의한 구두고충처리조정소(Schlichtungsstelle für Schuhreklamationen), 라디오·텔레비전기술자의 중재소(Schiedsstelle der Radio- und Fernsehtechniker), 중고차판매업자의 중재소, 건축가회의소에 있어서의 조정소, 각주의 의사회에 의한 감정=조정소(Gutachter- und Schlichtungsstelle) 등이 있다. 또한 동업자조합에 의한 것은 아니지만 임대차조정소(Mietschlichtungsstelle)나 전자데이터매체 및 소프트웨어 등에 관한 분쟁을 해결하기 위한 기관이 본의 독일상공의회(Industrie und Handelstag)와 상공회의소, 그리고 프랑크푸르트의 정보기술·법협회(Deutsche Gesellschaft für Informationstechnik und Recht e.V.)에 설치되어 있다.¹³⁶⁾

(3) 독일의 새로운 입법

독일에서는 이상과 같은 상황을 배경으로 하여 최근 재판외의분쟁해결의촉진에관한법률(Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung von 15.10.1999)¹³⁷⁾이 제정되어 국가적으로 직접 ADR의 이용을 촉진하는 정책이 채택되기에 이르렀다. 이 법률은 사법의 부담경감, 신속하고 저렴한 분쟁해결, 영속적인 권리의 만족을 목적으로 하여 제정된 것이지만, 그 커다란 특색은 대부분의 민사사건에 관하여¹³⁸⁾ 각주가 조직하든가 인정하는 화해소(Gütestelle)에 있어서의 화

135) 이에 대해서는, 三上威彦, 전제논문, 67-68頁 참조.

136) 石川 明·三上威彦 編著, 比較裁判外紛爭解決制度, 慶應義塾大學出版會, 1997, 44-50頁 참조.

137) 이 법률에 관해서는, Peter Hartmann, Das neue Gesetz Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, NJW 1999, S. 3745 ff.

138) 간이법원에서는 1,500마르크를 넘지 않는 금전 또는 금전적 가치를 가지는 청구, 상린관계사건, 보도매체에 의한 것을 제외한 명예훼손사건 등이다. 이것에 대해 변경

해를 강제적으로 민사소송에 전치하는 것이다. 이것에 의해 독일에 있어서의 ADR의 이용건수는 비약적으로 증가할 것으로 예상된다. 다만, 상세한 규정이나 구체적인 절차형성이 모두 각주에 맡겨져 있는 점에서 실시에 있어서의 의구심도 있는 것 같다.¹³⁹⁾

3. 독일에 있어서 ADR의 불활발과 그 원인

독일에서도 ADR의 수와 종류의 다양성에 있어서는 거의 손색이 없을 정도이다. 그러나 각각의 제도가 충분히 이용되고 있는가 라는 물음에 직면하면, 그것은 부정적인 평가를 하지 않을 수 없다. 아마도 가장 잘 이용되고 있다고 생각되는 중개인제도나 함부르크 공공법률정보 및 화해소의 ADR을 포함시키더라도 조정절차가 행해지는 것은 연간 6,000건 정도이고, 또한 건축분쟁의 ADR에 있어서는 1982년부터 1988년까지 7년간에 프랑크푸르트 건축조정소에 계속된 사건은 겨우 67건이라는 보고도 있다.¹⁴⁰⁾ ADR에 관해서는 독일에서는 그 부정적인 근거로서 다음과 같은 의문이 나타나고 있다.¹⁴¹⁾

(1) 권리행사의 장애가 발생할 가능성

우선 ADR에 의한 분쟁해결의 노력을 하고 있는 동안에 시효기간이나 제척기간 내지 제소기간이 도과하여 버리는 것에 의해 후의 실체법상의 권리행사가 방해될 가능성이 있는 것이 지적되고 있다.¹⁴²⁾ 이 점은 ADR의 절차개시에 대하여 시효중단효를 부여하고 있지 않은 것에서 상대방의 불성실한 태도에 의해 권리자의 권리행사가 용이하게 방해되어 버릴 가능성이 있는 것이다. 특히 단기소멸시효가 규정되어 있는 권리 등에

의 소, 반소, 가사사건, 재심사건 등에는 화해전치주의는 적용되지 않는다.

139) 三上威彦, 전계논문, 69頁.

140) Konstanze Plett, Die Bauschlichtungsstelle in Frankfurt als Verfahrensalternative für Baustreitigkeiten -Forschungsbereich-, 1989, Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen(ZERP), S. 35.

141) 이에 관해서는, 三上威彦, 比較法的視點からみたわが國ADRの特質 -ドイツ法から, 69-71頁 참조.

142) Hans Prütting, Schlichten statt Richten, JZ 1985, S. 269 f.

관하여 ADR이 행해지는 경우, 이 리스크는 당사자의 입장에서 보면 중대한 문제가 될 것이다. 따라서 긴급한 과제로서 이 점에 관하여 어떤 조치가 필요할 것이다. 이 점 독일에서는 실체법에서 ADR의 몇몇에 관해서는 시효중단원인으로서 규정하고 있기 때문에¹⁴³⁾ 그 영향은 비교적 작다. 그러나 제척기간이나 제소기간에 관해서는 이와 같은 규정의 적용은 없다. 요컨대, 약세의 간이화에 의한 권리실현의 실효성을 확보한다는 요청과 같은 정도로 권리실효에 대한 예방책에 관해서도 배려하는 것이 필요할 것이며, 그 경우에는 말할 필요도 없이 실체법과의 정합성을 도모하는 것이 불가결하다.

(2) 소송비용부조의 문제

독일에서는 1981년에 소송비용부조법의 개정에 의해 권리의 행사에 수반하는 비용의 장해를 광범위하게 제거하였다.¹⁴⁴⁾ 그러나 ADR은 그 대상으로는 되지 아니한다. 그 의미에서, 권리의 신속한 행사를 가능하게 하기 위해서는 이와 같은 공적인 비용부조의 스킴을 조속히 만들 필요가 있을 것이다.¹⁴⁵⁾

(3) 절차보장의 문제

독일에서 ADR이 용성을 보지 못한 가장 큰 원인은 아마도 민사소송 절차에 비하여 절차보장이 충분하지 않다는 점에 있을 것이다. 즉, 조정자의 중립성이나 독립성의 확보에 대한 의문이 있는 외에, 절차의 비공개성도 문제시되고 있다. 예를들면 독일에 있어서 중개인에 의한 ADR의 경우, 중립적인 중개인을 선임하는 것은 현실적으로 곤란하며, 또한 ADR위원회의 장에 법조자격보유자가 된다 하더라도 그것이 실은 업계

143) §§208, 200 Abs. 1, 209 Abs. 2 Nr. 1a, 852 Abs. 2 BGB.

144) 이 점에 관해서는, Vgl. Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. (1993), §90; Prütting, a.a.O., JZ 1985, S. 270.

145) 우리나라에서는 ADR이 비교적 저렴한 비용으로 이용할 수 있는 것이나 소액의 분쟁에 있어서 이용되었기 때문에 아직까지는 이 문제가 중요한 쟁점이 되지는 아니하였다. 그러나 현재의 ADR을 더욱 발전시켜 분쟁해결시스템 속에 확고히 위치시키는 것이 바람직하다고 한다면, 이 비용의 문제도 정확히 생각해 둘 필요가 있을 것이다.

의 관계자라고 하는 의구심은 불식할 수 없는 것이다. 또한 특히 예를 들면 중재판단과 같이 ADR의 결과에 법원을 구속하는 효력을 부여하는 경우에는 그것을 위한 절차보장을 어디까지 요구하여야 하는가 라는 것을 항상 생각해 둘 필요가 있을 것이다.¹⁴⁶⁾

이와 같은 의문의 배경에는 독일의 국민 사이에는 국가의 법원에 의한 권리보호제도는 잘 구축되어 있으며 또한 유효하게 기능하고 있다는 신뢰가 있다. 게다가 그것을 전제로 하여, 분쟁을 자기의 권리의 추구의 장으로 생각하여 최후의 심급까지 다룬다는 독일국민의 멘털리티(mentality)도 과소평가해서는 안된다. 이와 같은 사정하에서는 ADR은 권리보호를 취득할 가능성에 덧붙여진 그다지 의미가 없는 보충물로밖에 간주되지 않는 경향이 있다. 그러나 그렇다고 한다면 법원의 부담초과가 시민의 권리보호의 중대한 저하를 초래할 때까지는 ADR은 독일에서 실로 확대되는 일은 없을 것이다.

(4) 소 결

독일에서 ADR에 대한 소극적인 이유로서 언급되고 있는 바는 독일에 있어서의 고유·특수문제가 아니라 어떤 의미에서는 ADR에 내재하는 보편적인 문제이다. 앞으로 ADR을 발전시켜 가는 경우에도 그러한 점의 검토가 불가결한 것이 될 것이다. 첫째, 형식에 구애됨이 없이 신속한 절차라는 ADR의 장점을 남기면서 절차보장이 충분히 행해지도록 하는 것이다. 둘째로는, ADR의 계속에 의해 실제법상의 권리의 실효가 발생하는 것의 내용에 제도를 생각할 필요가 있을 것이다. 셋째로는, 분쟁해결의 시점전체에서 보면, 법원의 부담경감을 위한 안이한 수단으로서 ADR을 파악할 것이 아니라, 오히려 소송에의 악세스장해가 있으면 그것을 제거하도록 노력하여야 할 것이다. 그리고 넷째로는, 소송과 ADR을 통합한, 합리적인 절차비용부조란 무엇인가 라는 것에 관하여 생각하는 것이 될 것이다.¹⁴⁷⁾

146) 三上威彦, 전계논문, 71頁.

147) 三上威彦, 전계논문, 71頁.

4. 행정분쟁해결을 위한 대안으로서의 조정

(1) 서

행정청이나 정책위원회의 결정을 법원의 심사 없이 받아들이고자 하는 경향은 줄어들고 있다. 특히 공항, 고속도로, 철도, 쓰레기처리장과 같은 대규모사업계획의 수립에 있어서 전래적인 참가절차(Beteiligungsverfahren)는 그것에 기대되는 기능, 즉 제3자의 참가와 그 제3자의 (정당한) 관심사에 대한 배려를 통해서 사업계획의 수용을 촉진시키는 기능을 거의 실현하지 못하고 있다. 최악의 경우에는 적법성을 의심할 이유가 전혀 없는 사업계획의 실행조차도 현저히 지연될 수 있으며, 통상적으로 이러한 경우 사업시행자와 마찬가지로 인허가행정청이 떠안아야 할 비용과 부담이 막대하게 된다.

이에 독일에서는 특히 환경법과 계획법을 둘러싼 분쟁해결과 관련하여 대체적 분쟁해결절차(alternative Konfliktlösungsverfahren) -특히 조정(Mediation)- 가 절정을 이루고 있다.

(2) 조정과 행정법의 외견상의 부조화

조정을 통한 갈등해결(Konfliktlösung)은 일견 행정법의 구조와 기본원리들에 대치되는 것으로 보이는 바,¹⁴⁸⁾ 즉 민법상의 논의(따라서 민법상의 조정절차)에 있어서 참가자들은 처분주의(Dispositionsmaxime)의 원칙에 따라 원칙적으로 소송물(Streitgegenstand)을 마음대로 할 수 있는 반면, 행정법에서는 현행법상의 직권탐지주의(Untersuchungsgrundsatz)로 인하여 민법의 경우와는 상황이 다르다. 행정과 마찬가지로 법원 또한 그 결정의 기초가 되는 사실관계를 스스로 조사할 의무가 있다. 따라서 행정법상의 논의에 있어서 결정의 여지(Entscheidungsspielraum)은 처음부터 민법에서의 그것보다 훨씬 적다고 할 수 있다.¹⁴⁹⁾

148) 이에 대해서는, Preussner, in: Henssler/Koch/Schwackenberg (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 1999, §12 Rn. 7 ff.

149) Volkmar Wagner/Matthias Engelhardt, Mediation im Umwelt- und Planungsrecht als Alternative zur behördlichen oder gerichtlichen Streit-

그러나 이것은 행정법에 있어서 조정이 원칙적으로 배제되어 있다는 것을 의미하는 것은 아니다.¹⁵⁰⁾ 오히려 행정의 행위형식에는 “수적 제한”(numerus clausus)이 없으므로 행정청에는 가장 간단하고 합목적적이면서도 신속한 행위형식을 선택할 수 있는 재량이 있다.¹⁵¹⁾ 바로 점차 더욱 복잡해져 가는 사실관계를 대상으로 하는 환경법과 계획법에 있어서 조정은 종종 신속한 분쟁해결(Konfliktbewältigung)을 위한 적절한 수단이 되고 있다.

그렇지만 기본법 제20조 제3항에 의해 행정은 법과 법률에 구속되기 때문에, 조정이 법률규정을 회피하는 수단이 되어서는 안 될 것이다. 따라서 협상(Absprachen)은 법이 상응하는 여지를 부여하고 있는 경우에만 허용된다. 또한 행정은 관련된 공공의 이익과 제3자의 이익이 적절히 고려될 수 있도록 보장하여야 한다.

조정 결과는 일반적으로 행정과 해당 행정기관에 대해 단지 권고의 형태가 될 것이다. 물론 조정이 면밀하게 실행되는 경우, 조정과 결부된 사실상·정치상의 구속력도 현저할 것이며 또한 조정의 결과를 거부한다는 것은 적어도 매우 어렵거나 거의 불가능하게 될 것이다.¹⁵²⁾

(3) 환경법과 계획법에 있어서 조정의 적용영역

조정은 매우 복잡한 것에 대한 결정 또는 분쟁가능성이 아주 큰 결정을 하기 위한 모든 논의에 대단히 적절하다. 물론 그러한 논의가 절충을 통해서 해결될 수 있는 여지는 있어야 할 것이다. 이러한 여지는 분쟁이 이념적 양상을 띠지 않을 때, 예를들면 방사성물질 최종처분장 등을 둘러싼 분쟁 등의 경우에는 결여되기 일쑤다. 요컨대, 조정은 이해관계의 충돌을 해결하기에 적절한 것이지 가치충돌에 대한 판단에는 적절하지 않다.¹⁵³⁾

entscheidung, NVwZ 2001, S. 371.

150) 그 허용성에 대해서는, Erichsen, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. (1998), §32; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. (2000), §15 Rn. 14 ff.

151) Vgl. z. B. §10 VwVfG.

152) Volkmar Wagner/Matthias Engelhardt, a.a.O., S. 371.

153) Volkmar Wagner/Matthias Engelhardt, a.a.O., S. 371.

입법자가 이미 오래 전부터 대체적인 분쟁해결 모델(alternative Streit-lösungsmodelle)에 대해 인식하고 있었다는 사실은 다음의 규정들에 의해 밝혀진다.¹⁵⁴⁾

첫째, 건설법전(BauGB) 제4조에 의해 게마인데는 특히 건축지도계획절차(Bauleitplanverfahren)의 촉진을 위해 시민과 공행정주체의 참가의 준비 및 실행을 제3자에게 위임할 수 있다. 아울러 또한 게마인데는 예컨대 건설법전 제2조 제2항에 따라 인접한 코문(Kommunen)과의 건축지도계획의 조정 시에 조정자를 둘 수 있으며, 이것은 예를들면 멀티플렉스 시네마 등과 같이 특히 조정할 의무가 있는 대형 프로젝트에 상당히 적합하다.

둘째, 환경영향평가법(UVPG) 제5조 2문에 따라 외부의 제3자는 정식의 행정절차가 시작되기 전에 환경영향평가(Umweltverträglichkeitsprüfung)의 대상, 범위, 그리고 방법에 대해 검토해 볼 수 있다. 그것을 넘어 조정자에게는 환경영향평가의 완전한 실행이 위임될 수 있다. 즉, 당사자간에 합의에 따라 이러한 방식으로 어떤 한 계획이 환경과 인간에 미치는 영향을 어떻게 하면 최소화시킬 수 있는가에 대한 가능성을 찾을 수도 있을 것이다.

셋째, 또한 연방토양보호법(BBodSchG) 제13조 제3항과 제4항은 개선계획(Sanierungsplan)과 개선계약의 준비와 조정에 있어서 당사자들의 상이한 이해관계를 조율하기 위한 조정자를 둘 수 있는 가능성을 열어 두고 있다.

끝으로, 독립전문가위원회의 환경법전초안(UGB-KomE) 제89조는 구속적 계획인가(gebundene Vorhabengenehmigung)의 준비를 위한 절차에서, 관련이해들간의 조절을 통해 타협적인 해결책을 도출하도록 노력해야 하며, 이 때 인가행정청은 각 개별절차의 실행, 특히 심사일정의 실행을 “절차조정자(Verfahrensmittler)나 다른 행정청 또는 다른 부서에 위임”할 수 있음을 명확히 규정하고 있다. 절차조정자는 직무에 임하여 독립적이어야 하며 또한 어떤 지시에 구속되어서는 안 된다.

154) 이에 대해서는, Volkmar Wagner/Matthias Engelhardt, a.a.O., S. 372.

요컨대, 조정제도는 행정부와 사법부의 업무영역 중에서 특히 복잡한 이해관계의 조절이 필요한 모든 곳에서 분쟁해결의 수단으로서 유용하다고 할 수 있다. 그러나 조정제도는 만병통치약이 아닌 것은 물론 기적의 영약인 것은 더더욱 아니다.

(4) 환경법과 계획법에 있어서 조정의 장점

조정절차의 실행은 환경법·계획법상의 논의에 있어서 특히 다음과 같은 장점을 가진다.¹⁵⁵⁾

첫째, 조정은 참가자들에게 스스로 이해관계를 조절할 수 있도록 해준다.

둘째, 조정은 참가자들에게 (그들의 법적 지위에서의 이익이 아니라) 그들의 실제적 이익에 기초한 합당한 해결책을 찾을 수 있도록 도와준다.

셋째, 조정은 의견상 주어진 논의의 도식적인 틀을 벗어나서 여태껏 고려해 보지 않았던 관점 하에서의 해결책을 찾을 수 있도록 해준다. 그것을 통해서 이른바 “윈-윈의 해결”이 가능하며, 그것은 참가자 각자에게 통상의 절차로서는 가질 수 없었을 이점들을 갖게 해준다.

넷째, 공동으로 도출한 조정결과를 수용하는 것은 행정청 또는 법원에서 내려진 분쟁에 대한 판단에 대해 형식적으로 만족하는 수준을 훨씬 넘어서는 그 무엇이다. 법정에서의 분쟁적 논의와는 달리 조정에 의할 경우 대부분은 인간적 또는 업무상의 관계가 파괴되지 않는다. 그것으로 인해 조정은 특히 지속적 관계(다년간에 걸친 계약관계, 지역적 구속, 예견가능한 장래의 증축필요성) 내에서의 분쟁해결에 적절하다.

다섯째, 통상 조정은 비용절감이라는 측면에서 법원에서의 결정보다도 효과가 (부분적으로는 상당히) 있다.¹⁵⁶⁾ 즉, 사업의 계획단계에서 이미 조정절차가 시작된다면, 특히 사업계획의 변경에 필요한 비용과 새로운 사업계획을 수립하는 데 드는 비용을 절감할 수 있다.

여섯째, 특별히 조정을 환경법과 계획법분야에서 자주 적용할 경우 행정법원의 부담을 상당히 경감시키는 데 이바지할 수 있을 것이다.

155) Volkmar Wagner/Matthias Engelhardt, a.a.O., S. 374.

156) 행정법상의 조정에서 비용부담에 대해서는, Loosen, ZKN 2000, S. 148 ff.

조정의 장점으로서는 이것들에 더하여 탈규범화(Deregulierung)와 탈국가화(Entstaatlichung)라는 작금의 경향 및 지난 몇 년간 지속적으로 증대해 온, 분쟁해결의 영역에 있어서 봉사자가 되고자 하는 행정의 용의가 제시된다.¹⁵⁷⁾

이와 같은 조정의 장점들로 인하여 대체적 분쟁해결방식은 공법분야 특히 환경법과 계획법분야에서 중요한 의의를 가질 것이 기대되고 있다.

제 3 절 일 본

1. 서

일본의 행정분쟁해결제도는 우리나라의 경우와 많은 점에서 유사한 면이 있으며, 전술한 미국의 경우와 같이 행정분쟁해결법이나 ADR법은 아직 제정되어 있지 아니하다.

그러나 일본에서도 공해등조정위원회, 건설공사분쟁심사회, 소비생활센터 등과 같이 다수의 행정형ADR은 물론 법원의 민사조정, 가사조정과 같은 사법형ADR과 제조물책임센터, 변호사회 중재센터 등의 민간형ADR이 운용되고 있는 실정이다. 그러나 ADR이 재판에 못지 않은 유용한 분쟁해결수단이라는 점이 재인식되면서 ADR이 국민의 입장에서 보아 재판에 필적하는 매력적인 선택지가 되도록 그 확충·활성화를 도모해 가기 위해 사법제도개혁추진본부사무국(2001년 12월에는 ADR검토회를 설치)에서는 이른바 ADR기본법의 제정을 향하여 검토가 진행되고 있다.

2. 일본에 있어서 ADR의 발전

일본에 있어서 ADR의 발전과 관련하여서는 3기로 나누어 검토할 수 있을 것이다.

우선 그 제1기는 전후부터 1970년대까지의, 가사심판법·민사조정법이 성립하고 독립행정위원회 등 행정형ADR(노동위원회 및 건설공사분쟁심사회 등)이 설치·개시된 시기이다. 이 시기의 조정제도의 특징으로

157) Vgl. VerwArch. 1999, S. 701 (S. 702 ff.).

서는 ①신헌법·사법제도에 있어서의 권리의무와 그 실현태양의 변혁을 ADR을 완충재로 하여 국민에게 침투시키려고 하는 계몽적 사법정책과, ②실제의 조정에 있어서의 전통적 윤리관·법의식에 기초하는 융화적 조정(그저 그런 정도의 조정)이 2층구조를 이루고 있었던 점을 들 수 있다. 그리고 법적 계몽이든 전통적 가치관에 기초하는 설득이든 조정자가 분쟁당사자를 지도하는 역할을 수행하고 있었던 것을 받아들여 이것을 교화형조정(ADR)이라고 부를 수 있을 것이다.¹⁵⁸⁾ 다만 일반시민은 간이·신속한 『재판』을 조정에서 구하고 있었으며, 이것이 1974년의 법개정을 재촉하게 된다.

제2기는 1974년의 민사조정법개정 전후부터 1980년대말까지의, ADR의 법화·전문가화와 정형화의 시대이다. 우선 민사조정에 관하여 조정에 있어서도 전문가에 의한 법적 재판이 요구되고 있다는 인식에 기초하여 조정위원은 변호사, 기타 분쟁의 해결에 유용한 전문적 지식·경험을 가지는 자에 제한되게 되었다(민사조정위원 및 가사조정위원규칙 제1조). 말하자면 판단형조정(ADR) 지향의 결과이다.

동 시기에 급증하는 자동차사고피해자의 신속·염가·평등한 구제를 위해 법원주도로 배상액의 기준화가 진행되었지만, 이 기준은 ADR(소송상의 화해나 조정, 보험회사의 출자로 변호사회가 실질적으로 운영하는 교통사고처리센터 등)을 통해 널리 적용되고 있었다. 또한 공해문제·소비자문제 등의 새로운 사회적 분쟁의 발생에 대하여 관할행정청이 전문가를 응입한 ADR을 통해 사법이용전의 행정적 구제를 넓게 제공하기 시작하였던 것도 이 시기이다(공해등조정위원회나 지방자치단체의 소비자창구 등). 이것들에 의해 정책적 구제설에 기초하는 ADR의 유효성이 인지되어 행정에 있어서도 정책추진의 유효한 수단으로서, 또한 소관영역의 정보관리와 소프트한 감독행정의 수단으로서 정착하여 현재의 행정형ADR의 융성을 이윽기었다고 할 수 있을 것이다.

제3기는 1990년의 변호사회중재센터 설립부터 현재에 이르는, ADR의 독자적 기능·역할이 모색되기 시작한 시기이다. 제1기·제2기를 통

158) 棚瀬孝雄, 法化社會の調停モデル, 法學論叢 第126卷 第4・5・6號(1990).

하여 일본에서도 ADR의 의의로서 사법효율화설·정책적 구제설이 묵시적으로 전제가 되고 분쟁처리결과와 재판규범으로부터의 괴리의 정도가 ADR의 평가기준으로 되어 있었다. 그 배후에는 일본인의 (권리의식의 낮음 때문에) 소송기피를 우려하여 ADR을 법원의 보조적 역할에 한정함으로써 사적 분쟁처리에 의한 『비법화』를 가급적 억제하여야 한다는 가치판단이 있었다고 본다. 그러나 일본사회의 법화의 진전에 수반하여 교화형·구제형ADR에 대한 비판도 나오게 되었다. 즉, ①공유하는 규범이 존재하지 않는 (재판규범에 의거하는 경우에도 그 예측에 관하여 당사자가 납득하고 있지 않는) 데도 절차주재자가 재단적·평가적 조정을 행하여 합의를 사실상 강제하는 것, ②①과 마찬가지로 공유규범의 부존재를 전제로 하지만, 그래서 역으로 절차주재자가 위촉되어 소극적 조정밖에 행하지 않아 절차가 비효율로 되는 것, ③교호면접방식에 수반하는, 절차주재자의 중립성에의 의문이나 절차의 불투명성을 이유로 하는 제도불신, ④③과 마찬가지로 교호면접방식에 수반하는 당사자간의 직접대화의 적음, ⑤분쟁처리의 획일화·정형화 등에의 비판이다.¹⁵⁹⁾

이들 비판의 특징은 결과=분쟁처리합의만을 중시하는 종래의 시점과 달리 ADR에 있어서의 절차·과정의 본태, 규범의 적용의 방식에도 착안하여 특히 당사자간교섭이나 절차주재자를 포함하는 3자간의 수평관계에 가치를 두는 점에 있다. 이와 같은, 절차주재자의 설득이나 온정주의적인(paternalistic) 구제보다도 당사자간의 교섭과 자율성을 중시하는 모델을 대화형조정(ADR)이라고 부른다. 일본에서는 처음의, 유저(변호사)의 이니셔티브에 의한 ADR의 설립·운영(중재센터)이나 법원에 있어서의 조정·화해절차개혁(특히 당사자동석방식의 실시) 등 제3기에는 대화형조정(ADR)의 가능성을 모색하는 동향이 인정된다고 할 수 있을 것이다.

다른 한편에서, ADR의 독자적 기능으로서 법이외의 전문적 지식의 활용이 강조되게 되었던 것도 이 시기의 특징이다.¹⁶⁰⁾ 의료사고소송에 있어서의 전문가조정위원의 이용을 위한 付調停決定, 제조물책임분쟁ADR,

159) 和田仁孝·太田勝造·阿部昌樹編, 交渉と紛争處理, 日本評論社, 2002, 76-78頁.

160) 高橋 裕, 司法改革におけるADRの位置, 法と政治 第51卷 第1號(2000).

지정주택분쟁처리기관 등이 좋은 예일 것이다. 전문적 식견에 기초하는 판단은 그 일종의 권위성에 의해 정당화를 획득할 수 있기 때문에 전술한 ①의 『공유규범의 부존재』라는 문제를 제거할 수 있는 점에 특징이 있지만, 거기에는 전문성의 배일에 덮인 위험도 잠재하는 것을 지적하지 않을 수 없다.¹⁶¹⁾

한편, 2001년 6월에 제출된 사법제도개혁심의회 의견서는 ADR의 의의를 자주적 해결, 프라이버시·영업비밀의 유지, 간이·신속성, 전문성, 해결내용의 유연성과 다방향을 인정한 다음 그 확충을 제안하고 있다. 이러한 가치들간의 우열관계가 제4기의 ADR상을 규정하게 될 것이지만, 적어도 (재판절차를 포함한) 이러한 다층적 분쟁해결절차가 총체적으로 사법기능과 링크하는 것으로서 위치지워지고(후술하는 ADR기본법의 제정목적은 이 점에 있을 것이다), ADR의 법률상·사실상의 제도화가 진행됨과 동시에 각 기관의 네트워크화에 의해 분쟁의 다면적, 이중 혼합적 해결이 가능하게 되는 것은 아닐까 생각된다.¹⁶²⁾

일본의 주요 ADR(재판외분쟁처리) 기관

구 분	내 용
사 법 형	· 민사조정 · 가사조정
행 정 형	· 공해등조정위원회 · 중앙노동위원회 · 선원노동위원회 · 중앙건설공사분쟁심사회 · 공정거래위원회 · 인사원 · 특허청 · 해난심판청

161) 和田仁孝·太田勝造·阿部昌樹編, 전계서, 78-79頁.

162) 和田仁孝·太田勝造·阿部昌樹編, 전계서, 79頁.

제 3 장 행정상의 갈등해소법제에 대한 비교법적 분석

구 분	내 용
행정형	<ul style="list-style-type: none"> · 전파감리심의회 · 국세불복심판소 · 증권거래등감시위원회 · 총무성관구행정감찰국 (예 : 관동관구 행정감찰국) · 법무국인권옹호부 (예 : 동경법무국 인권옹호부) · 국민생활센터 (소비자고충처리전문위원회) · 공해심사회 (예 : 동경도공해심사회) · 지방노동위원회 (예: 동경도지방노동위원회) · 인사위원회 (예 : 동경도인사위원회) · 건설공사분쟁심사회 (예 : 동경도건설공사분쟁심사회) · 동경도도시계획국건설지도부 건축분쟁조정위원회 및 건축분쟁조정실 · 수용위원회 (예 : 동경도수용위원회) · 개발심사회 (예 : 동경도개발심사회) · 소비자생활센터등 (예 : 동경도소비생활종합센터) · 소비자피해구제위원회 (예 : 동경도소비자피해구제위원회) · 고충처리위원회등 (예 : 도도부현, 정령시의 고정처리위원회등)
민간형	<ul style="list-style-type: none"> · (사) 국제상사중재협회 · (사) 일본해운집회소 · (재) 교통사고분쟁처리센터 · (재) 일본크레딧카운셀링협회 · (재) 부동산적정거래추진기구 · 의약품PL센터 · 화학제품PL상담센터 · 가스석유기기PL센터 · 가전제품PL센터 · (재) 자동차제조물책임상담센터

구 분	내 용
민 간 형	<ul style="list-style-type: none"> · 주택부품PL센터 · 소비생활용품PL센터 · 생활용품PL센터 · 청량음료상담센터 · 일본화장품공업연합회PL상담실 · 방재제품PL센터 · (사) 일본방문판매협회 · (사) 동경도대금업협회 · (사) 동경은행협회동경어음교환소부도어음전문위원회 · 동경곡물상품거래소분의회조정위원회 · (사) 일본증권업협회 · 클리닝배상문제협의회 · 동경도치과의사회의사처리부위원회 · (사) 동경도택지건물거래업협회부동산상담소 · (재) 부동산적정거래추진기구 · (사) 일본광고심사기구 · 제2동경변호사회중재센터 · 오사카변호사회종합법률상담센터 · 동경변호사회알선·중재센터 · 제1동경변호사회중재센터 · 나고야변호사회알선·중재센터 · (재) 일변연교통사고상담센터 · 일본지적재산중재센터 · 분의회조정위원회 (예 : 동경변호사회분의회조정위원회)

3. ADR의 문제점과 그 극복

ADR은 자칫하면 만능약인 것처럼 받아들여질런지도 모른다. 그러나 그 본질에 내재하는 제약 내지 문제점이 존재하는 것을 분명히 인식해 두지 않으면 안된다. 이러한 문제점을 극복하기 위한 노력은 귀중한 것이지만, 일정한 특질, 예를들면 합의조달의 필요성이라는 것에 입각해서 말하면, 그것은 ADR에 있어서 커다란 제약요인으로서 작용하지만 실질적 합의라는 것은 ADR의 결과를 관철시키는 힘이 되는 것이며, 당사자, 나아가서는 일반사회의 ADR에 대한 신뢰감은 이것에 의해 크게 높아지는 것이다. ADR이 내포하는 각종의 문제점은 ADR의 장점과 단점 모두를 낳는 공통의 요인으로부터 발생하고 있는 것이 적지 않은 것이고, ADR의 개혁에 즈음하여서는 이 점을 주의 깊게 인식하여 타개책을 강구함에 있어서 우를 범하는 일이 없도록 숙려하여야 할 것으로 지적되고 있다.¹⁶³⁾

(1) 비강행성의 특질

ADR의 경우에는 사법권에 기초하는 강행적 분쟁해결방법인 재판과는 달리 어떤 점에 관하여, 또한 어떤 시점에서 당사자간의 합의가 확보되지 않으면 안된다. 중재에서는 제3자의 판단에 따르는 취지의 합의가 절차개시에 앞서 당사자간에 성립하고 있을 필요가 있으며, 또한 조정에서는 절차 중에 당사자간에 互讓에 의해 구체적인 해결내용에 관하여 합의가 성립하지 않으면 안된다. 특히 중재의 경우에 있어서 합의조달의 곤란은 크다. 그러나 합의조달의 곤란성을 극복하는 방도로서는 『편면적 중재』의 고안이 있으며, 또한 분쟁이 발생하기 전에 주된 계약의 거래조항의 하나로서 표준서식에 의한 중재합의의 조달 등이 있다. 조정에 있어서도 조정을 대신하는 결정(민사조정법 제17조)의 제도가 있으며, 사전의 명시적 합의 대신에 사후적으로 이의를 신청하지 않는다는 소극적

163) 이하에 대해서는, 小島武司, 司法制度改革とADR —ADRの理念と改革の方向, ジュリスト 第1207號(2001), 17-18頁 참조.

인 형태의 합의로써 족한 것이다.

다만, 합의 자체의 유무가 ADR에 의한 분쟁해결을 원활하고 실효적인 것으로 하는데 크게 기여하고 있는 사실은 주의하여야 한다.

(2) ADR기관의 확산과 집중

여러 가지의 ADR기관이 존재하여 서비스를 제공하고 있지만, 이것에는 서비스의 다양성이나 경쟁에 의한 切磋琢磨 등의 이점이 있다. 그러나 이용자가 충분한 정보를 가지지 않으면 적절한 ADR기관에 겨우 다 다르기까지 에너지를 소비하여, 말하자면 차례로 돌림이 되어 분쟁해결을 단념하게 될런지도 모른다. 이것을 피하기 위해서는 일원적인 액세스 포인트를 두고, 또한 서로 관련기관에의 부탁 등의 연휴조치를 강구하는 것 등이 필요하다.

(3) 투명도의 낮음과 그 극복

ADR은 재판에 비하여 절차가 탄력적이고 유연한 해결이 행해지지만, 바로 그 때문에 해결내용의 점에서 불투명을 피하기 어렵다. 이 난점을 극복하기 위해서는 해결기준의 명확화, 해결사례집의 공표 등이 필요하다. 비밀유지와 관계에서 조정의 필요가 있지만, 투명성의 확보가 불가능할 정도의 장애가 존재하는 것은 아니다.¹⁶⁴⁾

(4) 비용부담과 그 경감

소송의 경우에는 재판관의 봉급은 국가가 부담하는 것에 대하여, ADR에서는 중재인 등의 보수는 당사자가 지불하게 되어 그 비용부담은 상당히 무겁다. 절차의 신속성이나 전문성에 의해 절차비용이 억제될 수 있는 면은 있지만, ADR이 전체로서 염가라고는 말할 수 없다.¹⁶⁵⁾

164) 山本和彦, 裁判外紛争處理制度(ADR), ひろば 53卷 9號(2000), 21頁; 田島純藏, 裁判外紛争處理機關とその在り方, 自正 50卷 4號(1999), 120頁 참조.

165) 山本和彦, 裁判外紛争解決手段(ADR)の擴大・活性化に向けて, NBL 706號(2001), 8頁. 지정주택분쟁처리기관에서는 이 방식을 취한다. 高谷進, 指定住宅紛争處理機關の意義と課題, ジュリスト 第1159號(2000), 46頁; 調査研究部, 諸外國における交通事故

이 점에 관해서는 ADR비용을 관계업계의 부담으로 한다는 사고도 있지만, 공평성이나 독립성, 중립성과의 관계에서 문제를 발생시킬 우려가 있다. 이 난점을 극복하기 위해서는 거래당사자로부터 미리 분쟁처리에 요하는 비용의 상당액을 보험료로서 징수해 두는 것도 고려할 만하다.

한편, 절차코스트를 최소한으로 억제하는 방법으로서 온라인ADR (virtual ADR)의 도입이나 절차의 약식화가 있다.¹⁶⁶⁾

(5) ADR건수의 저조와 그 극복

일본에서는 ADR이 가장 성공리에 운영되고 있는 국가의 하나라는 지적이 있지만, 실제로는 그 중심은 법원이 행하는 사법조정(민사조정·가사조정)이어서 성과를 거두고 있는 행정형 ADR이 약간 존재하는데 그친다. 이것에 대하여 분류라고 해야 할 민간형 ADR은 저조하다. 그 원인으로서 여러 가지 원인이 지적되고 있지만, 이제 근본적인 대책을 강구해야 할 시기가 도래하고 있는 것이며, 이 점은 누구도 부정하기 어려울 것이다.

4. 새로운 지위에 걸맞는 ADR의 형성

ADR은 과거에 있었던 것으로서 이해하여서는 안되고 21세기에 창조되어야 할 이노베이션의 하나로서 파악되어야 한다. 사법제도개혁심의회가 ADR에 부여한 독자의 위치부여에서 도출되는 것은 이와 같은 인식일 것이다. 하지만 ADR이 21세기의 기대에 부응하는 것으로서 창조되어 가기 위해서는 몇가지의 요점을 파악해 둘 필요가 있을 것이다.

우선 ADR기본법이라고도 할만한 것에서 실효적인 ADR이라는 범주를 설정하여 이것에 강한 효력을 부여할 가능성을 열어 두는 것을 생각할 수 있을 것이다.¹⁶⁷⁾ 다른 한편에서, 이러한 구조와는 별도로 자유로

人身損害に係る裁判外紛争處理制度(ADR)の概要, 自動車保険研究 第3號(2000), 69頁 이하 참조.

166) ICANN의 통일분쟁처리절차는 중재의 방법에 의하는 것으로 하면서도 정규의 재판의 기회를 보장하여 절차를 약식형에 가까운 것으로 하고 있다. 町村泰貴, 『インターネット社會とADR(下)』, NBL 690號(2000), 47頁 참조.

167) 石川明, 『調停法學のすすめ』, 信山社, 1999, 114頁 이하; 同人, ADRの發展と法

이 생성·발전하는 ADR에 내재하는 힘을 손상하지 않도록 유의하여 약한 ADR의 존재의의에 관해서도 고려를 기울여야 할 것이다. ADR의 강점은 법이 설정하는 범주외에 자유자재로 확대되어 가는데 있다. ADR은 평지를 흐르는 천과 같이 일정한 방향으로 제어하는 것이 어렵고, 거기에 의외성 있는 전개와 매력이 있다고 할 수 있을 것이다.¹⁶⁸⁾

다음으로, ADR의 영역에서는 여러 가지 조직이 특색 있는 방법을 개발하여 다양한 분쟁해결방법이 서로 경쟁하는 형태로 전개되어 가는 것이 중요하다. 그러나 동시에 각종의 조직이 서로 연휴하고 협력하여 ADR의 좋은 절차를 키워 가는 것이 중요하다.

게다가 제3자적인 입장에서 ADR의 분쟁해결의 내실을 평가하여 그 이용자에게 선택의 기준을 제공해 가는 바의 신용 있는 옴부즈만 등이 중요한 의미를 가질 것이다.

또한 ADR담당자는 독립적이고 공정한 중립적인 활동을 행하는 것이며, 고도의 윤리규범에 따라야만 하는 것이다. 윤리규정의 명확화는 ADR의 건전한 발전에 있어서 불가결한 것이며, 공정도 물론이거니와 또 독립성이라는 것의 의미도 큰 것이다.¹⁶⁹⁾

5. ADR기본법의 제정논의

(1) 서

일본에서는 2001년 6월에 제출된 『사법제도개혁심의회이견』에서는 법원, 행정기관, 민간단체 등이 제공하는 중재, 조정, 알선 등의 재판외의 분쟁해결절차(이하 『ADR』이라 한다)에 관하여 『ADR이 국민의 입장에서 보아 재판에 필적하는 매력적인 選擇肢가 되도록 그 확충, 활성화를 도모해 가야 한다』고 하고, 그것을 위한 과제로서 『관계기관 등의 연대강화의 촉진』과 『종합적인 ADR의 제도기반 및 중재법제의 정비』 두가

의規制のあり方, 司法改革 7號(2000), 20頁 이하 참조.

168) 시효의 정지의 문제는 이 국면에서도 다른 근거로써 검토되어야 할 것이다.

169) 이상에 대해서는, 小島武司, 司法制度改革とADR -ADRの理念と改革の方向, ジュリスト 第1207號(2001), 18頁.

지를 들고 있다.

사법제도개혁추진본부사무국에서는 이 의견에 따른 검토작업을 진행하여 왔다.¹⁷⁰⁾ 『종합적인 ADR의 제도기반의 정비』에 관해서는 『ADR 검토회』(2001년 12월 설치)에서 종합적인 ADR의 제도기반을 정비하기 위해 필요한 방책에 관하여 관계자의 의견청취 등을 통하여 ADR의 현상을 파악함과 동시에 금후의 본태를 응시하면서 검토를 행하여 왔는바, 각론에 관해서는 다양한 의견이 있지만 ADR의 건전한 발전을 촉진하는 관점에서 총론으로서는 다음과 같은 사고가 많이 제시되고 있다.

첫째, ADR이 반드시 충분히 기능하고 있지 않은 것은 ADR에 관한 국가로서의 기본적 자세 및 ADR의 위치부여가 명확하지 않고, 국민 사이에 ADR이 분쟁해결수단으로서 충분히 이해, 인식되고 있지 않기 때문일 것이다. 따라서 ADR에 관한 기본이념 및 ADR의 건전한 발전을 위해 국가, 지방공공단체, ADR 기관 등의 각 주체가 담당해야 할 역할(국가의 책무 등)과 같은 ADR에 관한 시책의 기본을 명확히 하는 법제의 정비가 필요하다.

둘째, ADR이 활발하게 이용되기 위해서는 국민 사이에서 ADR의 제공체제 및 절차에 대한 신뢰가 확립되는 것도 중요할 것이다. 따라서 ADR의 자주성·다양성에 배려하면서 ADR의 공정성·신뢰성을 확보하기 위해, ADR 기관 및 ADR의 담당자가 준수해야 할 룰을 명확히 하는 법제의 정비가 필요하다.

셋째, 현행 제도에는 소송절차에 비하여 효과 등이 못하여 이용을 주저하게 하는 면이 있는 등의 문제가 없지 않다. 따라서 ADR에 관한 제도상의 문제점을 해소하여 ADR이 재판에 필적하는 분쟁해결의 장으로서 충분히 기능할 수 있도록 하기 위해 이용의 촉진 및 재판절차와의 연대강화에 이바지하는 실체법·절차법상의 특례를 두기 위한 법제의 정비가 필요하다.

170) 『관계기관 등의 연대강화의 촉진』에 관해서는 ADR의 확충·활성화 관계성청등 연락회의(2002년 6월 설치)에서 관계성청 등이 관계기관 등의 연대를 강화하기 위해 당면 횡단적·중점적으로 대응하여야 한다고 생각되는 시책을 『ADR의 확충·활성화를 위한 관계기관 등의 연대강화에 관한 액션 플랜(행동강령)』(2003년 4월)으로서 정리한 바 있다.

이하에서는 이상과 같은 지적에 기초하여 ADR 검토회에서 ADR에 관한 기본적인 법제를 정비하는 것을 전제로 논의된 것을 중심으로 정리하고자 한다.¹⁷¹⁾

(2) 기본적 사항

1) 기본이념

ADR은 ①사적자치의 원칙 아래에서 사람들의 자주적·주체적인 분쟁 해결을 지원하고 이것을 촉진하는 것, ②소송제도만으로는 충족될 수 없는 다양하고 광범위한 사람들의 분쟁해결수요에 대응하는 것, ③사회에 있어서 분쟁해결기능의 기초적인 역할을 담당하는 것과 같은 의의를 가지며, 사회전체의 분쟁해결기능의 확충과 자유롭고 공정한 사회의 형성에 기여한다는 중요한 역할을 수행하는 것이다.¹⁷²⁾

171) 이하의 서술은 주로, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について —ADR検討會におけるこれまでの検討状況等—에 의거하고 있다. 한편, ADR 검토회에서는 2002년 2월 5일(제1회) 이래 현재까지 제36회(2004년 9월 1일)에 걸쳐 검토회를 개최하고 있다.

172) 이것은 ADR의 의의를 상대교섭과의 관계, 소송제도와와의 관계, 사법제도전체 속에서의 위치부여라는 세가지 관점에서 정리하여 그 건전한 발전이 도모됨으로써 자유롭고 공정한 사회의 형성에 기여하게 된다는 것을 염두에 두고 ADR에 관한 기본이념을 정리해 간다는 사고를 시사한 것이다.

① 상대교섭과의 관계

분쟁의 해결을 당사자간의 자주적 해결에 맡기는 것으로 하는 사적자치의 원칙 하에서도 당사자의 해결자세나 당사자간의 정보격차 등에 따라서는 분쟁해결을 당사자끼리의 상대교섭에 맡겨버리는 것이 곤란한 경우도 있고, 그 점에서 분쟁의 해결을 촉진하기 위한 지원시스템이 필요로 된다. 또한 이와 같은 지원시스템의 필요성은 사전규제형사회로부터 사후체크형사회로의 이행 등에 수반하는 분쟁발생기회의 증대 및 사회의 고도화·복잡화의 진전 등에 수반하는 당사자간의 정보격차의 확대 등에 의해 향후 한층 높아져갈 것이다. ADR은 그와 같은 사람들의 자주적·주체적인 분쟁해결을 지원하고, 제3자의 관여 등을 통하여 적정한 해결결과가 얻어지는 것의 기대를 확보하면서 사적자치의 원칙에 적합한 당사자끼리의 합의를 기초에 둔 분쟁해결을 용이하게 하기 위한 절차라는 존재의의(기능)를 가지고 있다.

② 소송제도와와의 관계

근대사법은 사적자치의 원칙과 더불어 사인의 권리의 실현에는 사법절차를 거칠 것을 요구하는 자력구제의 금지를 원칙으로 하고 있고, 법률의 적용에 의해 분쟁해결을 도모하는 제도, 요컨대 소송제도를 정비함과 동시에 사람들이 그와 같은 절차를 선택

또한 ADR의 건전한 발전을 도모하기 위한 정책을 강구함에 있어서는 절차 등의 선택이나 절차의 진행과정에 있어서 당사자의 주체성의 존중, 절차·해결기준 등의 다양성의 증시, 신뢰성의 확보라는 3점이 취지가 되어야 하며, ADR에 대한 사람들의 이해의 촉진, ADR의 편리성·실효성·신뢰성의 향상, ADR을 제공하는 체제의 충실·강화라는 세가지의 어퍼로치가 축이 되어야 한다는 취지의 기본이념을 규정한다.¹⁷³⁾

할 권리를 보장하고 있다.

소송제도는 그 본래적 기능 때문에 대상으로 되는 분쟁, 절차, 해결기준의 면에서 한정이 있고, 또한 국가의 자원배분상으로도 일정한 제약이 있는 것이므로, 소송제도에 의해 사람들이 가지는 다양하고 광범위한 분쟁해결수요의 모두에 대응하는 것은 스스로 한계가 있다. 한편 사람들의 수요는 향후 더욱 확대될과 동시에 다양화해 갈 것으로 전망된다.

ADR은 그와 같은 소송제도만으로는 충족할 수 없는 다양하고 광범위한 분쟁해결수요에 대응하고 사람들에게 선택기회를 제공하기 위한 절차라는 존재의의(기능)를 가지고 있다.

③ 사법제도전체 속에서의 위치부여

ADR은 상대교섭이나 소송제도와와의 양자택일적인 관계에 그치는 것이 아니라, 사람들의 입장에서는 소송을 중핵으로 하는 사법제도전체 속에서 사회에 있어서 분쟁해결기능의 기반을 구성하는 절차라는 존재의의(기능)를 가지고 있다.

173) 이것은 각 주체가 ADR의 건전한 발전을 도모하기 위한 정책·행동을 취함에 있어서 어떠한 점에 유의하고, 어떠한 어퍼로치가 축이 되어야만 하는가에 관한 사고를 시사한 것이다.

① 정책을 강구함에 있어서 취지로 하여야 할 점

ADR은 당사자끼리의 합의를 기본으로 한 분쟁해결의 수단이다. 따라서 사적자치의 원칙 하에서의 민사분쟁해결의 기본이념인 해결을 위한 절차·수법이나 판단기준은 당사자의 선택에 맡기고, 절차의 진행과정을 통하여 당사자의 의사가 존중되어야만 한다는 의미에서 당사자의 주체성이 존중되지 않으면 안된다고 생각된다.

또한 ADR은 다양하고 광범위한 사람들의 분쟁해결수요를 흡수할 수 있는 가능성을 가진 것으로서 존재의의가 있으며, 그 때문에 국가로서 확충·활성화를 도모해 가는 것이다. 따라서 당사자의 선택기회를 조금이라도 많이 확보하도록 노력하여야 하며, 그 효과가 쓸데없이 선택기회를 좁히는 방향으로 작용하는 것은 피하여야 한다. 그와 같은 의미에서 절차나 해결기준 등의 다양성이 증시되어야 한다는 것이다.

게다가 ADR이 실로 사람들에게 다양한 선택기회를 제공하고 사회에 있어서 분쟁해결기능의 기초적인 역할을 담당하는 것으로서 기능해 가기 위해서는 사람들로부터 제도로서의 신뢰를 얻은 존재로 될 필요가 있다. 또한 그와 같은 신뢰를 얻어야 비로소 적정한 분쟁해결의 실현이라는 공통의 목적을 위한 『연대』와 보다 많은 이용자로부터 평가를 얻기 위한 『경쟁』이 가능하게 되며, 나아가서는 사회전체의 분쟁해결기능의 확충을 통하여 자유롭고 공정한 사회의 형성에 기여해 가는 것이 가능하게 된다.

2) 국가의 책무 등

국가는 기본이념에 따라 국가가 어떤 조치를 강구하지 않으면 소기의 효과를 기대할 수 없는 것에 관해서는 적극적으로 관여하는 한편, ADR 기관 등의 자주적인 활동을 통해서도 소기의 효과를 확보할 수 있는 것에 관해서는 보완적으로 관여하는 것 등을 기본으로 하여, ADR의 건전한 발전을 도모하기 위한 시책을 책정·실시할 책무를 진다.

한편, 그러한 시책으로서는 ①ADR에 관한 교육·학습의 진흥 및 홍보활동의 충실 기타 ADR에 관한 국민의 이해를 깊게 하기 위한 시책, ② ADR기관¹⁷⁴⁾이나 그 단체 등에 의한 자주적인 대응·연대에 의해 ADR을 제공하는 체제의 충실이 도모되도록 그 자발적인 활동을 촉진하기 위한 시책(ADR기관에 대한 정보제공 및 연대활동을 지원하기 위한 시책, ADR이용자에 대한 정보제공 기타 ADR에의 액세스기회 및 선택기회를 확충하기 위한 시책, 다양하고 질 높은 ADR의 담당자의 확보 기타 ADR을 제공하는 체제의 충실·강화를 지원하기 위한 시책), ③절차의 편리성·실효성·신뢰성의 향상 기타 ADR의 절차를 충실하게 하기 위한 시책, ④ADR 중 국가가 제공하는 것(이른바 사법형·행정형 ADR)에 관하여 사회적 요청에 입각한 적절한 운영을 확보하기 위한 시책, ⑤상당 절차에 관하여 ①~④에 준하는 시책이 검토되고 있다.¹⁷⁵⁾

② ADR의 건전한 발전에 향한 어퍼로치

다양한 ADR이 건전한 발전을 이루어가기 위해서는 우선 ADR에 제한됨이 없이 사적자치의 원칙 하에서의 민사분쟁해결의 본태에 관하여 사람들의 이해를 얻을 필요가 있다. 그 위에서, 소송제도를 포함한 분쟁해결수단 속에서의 ADR의 제도로서의 위치부여·의의 및 절차·해결수단 등, 게다가 다양한 ADR의 존재에 관하여 사람들로부터 폭넓은 이해를 얻어 가는 것이 필요하다.

또한 이용자의 기대에 응할 수 있도록 ADR에의 액세스의 편리성의 향상이 도모됨과 동시에, 제공되는 절차의 실효성·신뢰성이 높아지고 사람들이 용이하게 또한 안심하고 ADR을 이용할 수 있는 기회가 확대되는 것도 필요하다.

게다가 보다 질 높은 절차가 계속적으로 제공되도록 ADR을 제공하는 주체인 주재자, 기관이나 그 직원 등의 ADR을 지탱하는 인적·조직적인 체제의 충실·강화가 도모될 필요가 있다.

174) ADR에 관한 서비스를 제공하는 것을 업무로 하는 자(단체 또는 개인)를 말한다.

175) 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について —ADR檢

3) 지방공공단체의 책무

지방공공단체는 ADR의 건전한 발전을 도모해 가기 위해 기본이념에 따라 국가에 준하는 역할을 담당하는 외에 주민에게 보다 친근한 행정기관으로서의 역할을 담당하여야 한다. 한편, 이 경우의 지방공공단체에는 행정형 ADR(소비생활센터 등)의 제공주체라는 위치부여도 포함되어 있다.

4) ADR에 관련된 서비스의 제공자 등(ADR기관·담당자)의 역할

ADR의 건전한 발전을 도모함에 있어서는 ADR에 관련된 서비스의 제공자 등(ADR기관이나 담당자)이 각각의 입장에서 가능한 대응을 해 가는 것이 불가결하다. 이에 ADR에 관련된 서비스의 제공자 등에게는 다른 ADR기관, 담당자와 연대하면서 제공체제 및 절차의 충실을 도모해 가기 위한 대응을 통하여 ADR의 건전한 발전에 기여해 가는 역할을 수행할 것이 기대된다(공정한 절차운영의 확보, 이용자에의 정보제공, 수준 높은 ADR 담당자의 확보 등과 같은 일정한 노력의무를 진다는 취지의 규정을 둬).

5) 국민의 역할

ADR에 관한 기본적인 법제를 정비함에 있어서 국민에 대하여 민사에 관한 분쟁에 관해서는 당사자가 자주적·주체적으로 해결해 간다는 이른바 자주적 분쟁해결의 중요성을 인식할 것을 국민의 역할로서 명확화하여야 한다는 견해가 있다. 그러나 이와 같이 국민의 역할을 명시하는 것에 관해서는 국민의 재판권을 받을 권리와 관계에서 오해를 초래할 우려가 있는 것은 아닌가 하는 지적도 있다.

(3) 일반적 사항

ADR에 관련된 서비스(역무)의 제공 형태, 제공에 관계하는 자는 매우 다양하다.¹⁷⁶⁾ 이와 같은 다양성이 있는 ADR에 있어서 ADR기관이

討會におけるこれまでの検討状況等一, 2003. 7, 12頁.

176) ADR에 관련된 서비스의 제공형태에는 ①ADR에 관련된 서비스를 제공하는 것

나 담당자는 어떠한 룰에 따라서 이용자(분쟁당사자)에 대해 ADR에 관련된 서비스를 제공하여야 하는가, 또한 이용자는 어떠한 경우에 틀위반의 책임을 지게 되는가는 기본적으로는 ADR에 관련된 서비스제공자(ADR기관 또는 주재자)와 이용자간의 합의(계약)에 의하여야만 할 것이다. 이 경우, 실태로서는 절차마다 맺어지는 합의 외에 기관ADR이나 개인ADR에 있어서는 이용자가 원칙적으로 따르게 되는 ADR기관규칙이 큰 역할을 수행하고 있다.

다만, 지금까지의 검토에서는 합의를 기본으로 하면서도 국민은 ADR의 선택에 있어서의 편리성, ADR의 제공체제나 절차 그 자체의 공정성·신뢰성이 확보되어야 비로소 안심하고 ADR을 이용한 분쟁해결을 도모할 수 있는 것이므로, ADR의 건전한 발전을 도모해 가기 위해서는 ADR기관이나 담당자가 준수해야 할 최저한의 룰을 법령 혹은 가이드라인이라는 형태로 국가로서 명확히 할 필요가 있는 것으로 지적되고 있다.

이하에서는 이러한 지적 및 지금까지의 검토상황에 입각하여 필요하다고 생각되는 룰을 추출하여 그것들을 ADR기관 및 담당자의 의무(노력의무를 포함한다)로 하는 경우에 생각할 수 있는 의무내용 등에 관하여 검토한다. 다만, ADR의 다양성을 근거로 하면 그 모두를 법령상의 의무로 할 것이 아니라 ADR기관규칙이나 가이드라인과 적절한 역할분담을 도모하는 것이 필요할 것이다.

1) 공정한 절차운영의 확보의무(노력의무)

ADR의 공정성·신뢰성을 확보함에 있어서 가장 중요한 요소는 절차

을 업무로 하는 단체 하에서 실시되는 형태(이하 「기관 ADR」이라 한다), ②ADR에 관련된 서비스를 제공하는 것을 업무로 하는 개인 하에서 실시되는 형태(이하 「개인 ADR」이라 한다), ③ADR에 관련된 서비스제공을 업무로 하지 않는 단체나 개인이 이따금 ADR을 실시하는 형태(이하 「특별(ad hoc) ADR」이라 한다)가 있으며, 또한 제공에 관계하는 자에는 ①업무로서 ADR에 관련된 서비스를 제공하는 단체나 개인(이하 「ADR 기관」이라 한다), ②상기의 각 제공형태에 있어서의 주재자(업무로 하지 않는 자도 포함한다), ③ADR 기관(①에 있는 것처럼 개인 ADR에서는 주재자=ADR 기관이 된다)의 임직원이나 주재자의 보조자(이하에서는 ②, ③을 총칭하여 「담당자」라고 한다)가 있다. 이에 대해서는, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 15頁 참조.

가 당사자간에 공정하게 행해지는 것이며, 그것을 위해서는 절차를 진행시키는 주재자가 항상 공정한 절차운영이 확보되는 것을 취지로 하여 행동하는 것이 필요불가결하다. 따라서 그 중요성에 비추어 주재자가 항상 준수하여야 할 행위규범으로서 공정한 절차운영을 확보하도록 노력할 것을 법령상의 의무(노력의무: 훈시규정)로서 명확화한다.¹⁷⁷⁾

2) ADR 기관에 관한 일반정보의 제공의무(노력의무)

ADR기관은 ADR을 이용하려고 하는 자가 적절하고 원활하게 ADR을 선택할 수 있도록 그 ADR 기관에 관한 일정한 정보를 제공하도록 노력하여야만 하는 취지의 규정을 둔다. 이것은 ADR 기관에 대하여 자기에 관한 정보의 제공을 요구함으로써 ADR을 이용하여 분쟁해결을 도모하려고 하는 자가 다양한 절차 등 중에서 자신에게 적합한 절차 등을 제공하는 ADR 기관을 선택할 수 있도록 함과 동시에, 이용자의 선택을 통해 ADR의 제공체제 및 서비스내용의 공정성·신뢰성의 향상을 도모해 간다는 사고를 시사한 것이다.

제공되어야 할 정보의 예로서는 취급하는 분쟁의 종류, 이용가능한 절차의 종류, 표준적인 비용, 주재자후보자의 경력·전문분야, 조직의 운영주체·책임자, 과거의 이용상황 등을 들 수 있을 것이다.

3) 질 높은 ADR의 담당자의 확보에 관한 의무(노력의무)

ADR 기관은 필요에 따라 상호 연대하면서 ADR의 담당자의 능력의 확보에 노력하는 것으로 하고, 또한 주재자(ADR의 주재를 업으로서 행하는 자에 한한다)는 분쟁해결에 관련된 전문적 능력의 습득에 노력하여야만 하는 취지의 규정을 둔다.

요컨대, ADR의 공정성·신뢰성을 확보함에 있어서는 충분한 분쟁해결에 관련된 전문적 능력을 가진 주재자에 의해 질 높은 ADR이 제공되는 것, 또한 적합한 업무관리·처리능력을 가진 ADR 기관의 임직원 등에

177) 대상이 되는 주재자와 관련하여서는 서비스제공을 유상으로 하든 무상으로 하든, 업으로서 행하는지 여부, 주재하는 절차가 재단형이든 조정형이든 관계없이 모든 주재자를 대상으로 한 의무로 하는 것이 적당하다고 한다.

의해 주재자를 뒷받침하는 체제가 확립되어 있을 것이 매우 중요하다.

그래서, ADR 기관이나 주재자에게는 필요에 따라 상호 연대하면서 질 높은 ADR의 담당자를 확보하기 위한 노력이 사회적으로도 요청되고 있는 것을 명확히 함으로써 다양한 방법에 의한 ADR의 제공체제의 충실을 기대한다는 취지의 규정이다.

4) 서비스제공에 관한 중요사항의 설명의무

ADR은 비정형적이며 ADR 기관의 규칙에 따를 것에 이용자가 동의함으로써 정해지는 절차상의 룰도 많은 것 등을 근거로 하면, 이용희망자가 그 ADR 기관이 제공하는 서비스에 관하여 충분히 이해·납득한 다음 이용을 결정하는 것이 필요할 것이다.

따라서 ADR에 관련된 서비스제공자는 이용희망자로부터의 이용신청이 있을 때에는 그 자에 대해 일정한 ADR에 관련된 서비스의 이용조건에 관한 중요사항을 설명하여야만 하는 취지의 규정을 둔다.

이것은 ADR의 이용희망자의 이익을 보호하는 관점에서 계약법상의 일반원칙에 따라 ADR 기관이 지는 이용신청시의 설명의무의 내용을 명확화함으로써 이용자가 안심하고 ADR에 의한 분쟁해결을 도모할 수 있도록 한다는 사고를 시사한 것이다.¹⁷⁸⁾

5) 주재자가 가진 일정한 사실의 개시의무

ADR에 관련된 서비스제공자는 별도의 합의가 있는 경우를 제외하고 주재자에의 취입에 관하여 이용자로부터의 의뢰에 응하고자 할 때에는 그 이용자에 대해 주재자후보자의 공정성 또는 독립성에 의심을 낳게 할 우려가 있는 사실을 개시하여야만 하며, 또한 절차진행 중에 주재자의 공정성 또는 독립성에 의심을 낳게 할 우려가 있는 사실이 발생한 때에는 이용자에 대해 그것을 개시하여야만 하는 것으로 한다.

주재자가 일방당사자와 일정한 신분관계나 이해관계 등을 가지는 경우

178) 설명되어야 할 중요사항으로서 그 이용자에게 제공되는 ADR에 관련된 서비스에 관하여, 서비스제공의 책임체제, 주재자후보자의 경력 등의 서비스의 구체적 내용, 이용자의 지불이 요구되는 비용의 내용·범위, 계약의 해제 및 종료에 관한 사항, ADR 기관의 절차규칙 등을 들 수 있을 것이다.

에는 절차의 공정성이 손상되는 결과가 현실로 발생하는지 여부는 별도로 하고, 타방당사자에 대하여 그와 같은 관계 등을 가지는 자를 주재자로 하는 ADR에 관련된 서비스의 제공을 받을 것인지 여부를 판단할 기회를 주는 것이 필요하다. 그래서 이용자의 이익을 보호하는 관점에서 ①취임요청시에 계약체결에 있어서의 신의칙상 ADR에 관련된 서비스제공자가 지는 개시의무의 내용을 명확화함과 동시에, ②취임 후에 위임계약상 ADR에 관련된 서비스제공자가 지는 개시의무에 관하여 당사자의 의사를 보충하는 규정을 둬으로써 이용자가 안심하고 ADR에 의한 분쟁 해결을 도모할 수 있도록 한 것이다.

6) 비밀의 유지의무

ADR에 관련된 서비스제공자는 별도의 합의가 있는 경우(예컨대 연구 등의 자료로서 이용하는 경우에는 절차의 과정이나 해결결과 등을 제3자에게 개시하는 것도 허용된다는 ADR 기관규칙을 두고 있는 경우 등을 상정할 수 있다) 또는 정당한 이유가 있는 경우(예컨대 시효의 중단을 주장·입증하기 위해 필요하다고 하여 요구된 경우 등)를 제외하고, ADR에 관련된 업무에 관하여 알 수 있었던 비밀을 누설하여서는 안될 의무를 진다.

ADR의 절차를 원활·적정하게 진행시키기 위해서는 이용자가 주재자를 비롯한 ADR의 담당자에 대해 비록 비밀에 걸치는 사항이더라도 안심하고 실정을 기술하는 것이 필요하다. 따라서 ADR 기관의 규칙이나 이용자와의 사이에서의 명시적인 합의가 없더라도 ADR에 관련된 서비스제공자는 당연히 ADR에 관련된 업무에 관하여 알 수 있었던 비밀을 유지할 의무를 지는 것으로 인식되고 있다. 그러나 위임계약의 체결에 즈음하여 이와 같은 비밀유지의 취급이 당사자간에서 의식되지 않아 당사자의 의사가 불명확한 것도 있다.

그래서, 이용자의 이익을 보호하는 관점에서 위임계약상 ADR에 관련된 서비스제공자가 지는 비밀유지의 의무에 관하여 당사자간의 의사를 보충하는 규정을 둬으로써 이용자가 안심하고 ADR에 의한 분쟁 해결을 도모할 수 있도록 하고 있다.

(4) 조정절차법적 사항

개개의 ADR의 절차가 어떠한 룰에 따라서 개시되고 진행되며 또한 어떠한 기준에 따라서 해결책이 시사되어야만 하는가, 혹은 절차종료 후에도 어떤 룰에 따라야만 하는가 라는 점에 관해서는 당사자의 주체성을 존중한다는 ADR의 기본이념을 근거로 하면, 기본적으로는 분쟁당사자간의 합의(계약)에 의거하여야 한다고 생각된다. 더구나 일본에는 민간의 ADR 기관이 제공하는 調整型節次(조정, 알선) 전반에 적용되는 룰을 규정한 법령이 없고, 현상에서는 조정형절차의 룰 설정에 관해서는 전면적으로 분쟁당사자간의 합의형성에 의하는 것으로 되어 있다.

이와 같은 상황을 어떻게 생각하는가에 관하여 지금까지의 검토에서는 크게 다음과 같은 세가지의 사고방식이 시사되어 있다.

① 국민이 안심하고 다양한 조정 등을 이용할 수 있도록 조정 등의 절차의 개시에서 종료에 이르기까지의 절차물에 관하여 국제룰과의 정합성¹⁷⁹⁾도 근거로 하여 분쟁당사자간에서 합의가 얻어지지 않는 경우에 적용되는 원칙을 체계적으로 법령화하는 (『調停節次法』을 제정하는) 것을 검토하여야 한다는 견해.

② 조정 등은 원래 절차이탈의 자유가 있는 가운데 합의를 쌓아 올려가는 것이기 때문에 광범위한 원칙을 법령화할 필요는 적고, 게다가 체계화된 절차물을 제정함으로써 ADR의 다양성을 저해하여 버린다는 단점도 부정할 수 없다. 따라서 조정절차일반법의 제정에는 신중하여야 한다는 견해.

③ 화해에 의한 분쟁해결을 촉진하기 위해 ①에서 말하는 절차를 중적어도 분쟁해결의 장이 조정형절차로부터 재판·중재와 같은 재단형절차로 이행한 경우의 정보차단에 관한 룰에 관해서는 법령화하여야 한다는 견해.

179) 조정절차일반법의 제정에 관한 국제적인 동향으로서 2002년 6월에 국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL)가 국제상사조정모델법을 책정하고 있다. 모델법은 각국이 국내법으로서 국제상사조정의 절차에 관한 입법을 행하는 경우에 의거할 것이 장려된다는 위치부여를 가진다.

이하에서는 이러한 지적과 지금까지의 검토상황에 입각하여 ③에서 언급되어 있는 조정형절차로부터 재단형절차로 이행한 경우의 정보차단에 관한 룰을 중심으로 생각할 수 있는 절차룰의 내용 등에 관하여 주요한 논점을 검토하기로 한다.

1) 조정형절차로부터 재단형절차에의 이행에 관한 절차룰

국제적으로도 넓게 인식되고 있는 ADR을 둘러싼 사고방식의 하나로서 조정형절차와 재단형절차는 엄격히 구분되어야 한다는 것이 있다. 이것은 자신에게 불리한 사정을 속속들이 들어내어 솔직한 대화를 함으로써 해결을 도모하려고 하는 조정형절차와 자신에게 유리한 사정만을 주장·입증하면 족한 재단형절차를 동시에 진행시키는 것, 혹은 자신의 판단을 시사하여서는 안되는 조정형절차의 주재자와 자신의 판단을 시사하여야만 하는 재단형절차의 주재자의 역할을 동시에 수행하는 것은 곤란하다는 사고에 기인한다.

이와 같은 국제적 조류에 입각하여 ADR에 관한 기본적인 법제를 정비하는 것이면, 조정형절차로부터 재단형절차에의 이행에 관한 절차규정을 당사자간에 별도의 합의가 없는 경우에 적용되는 룰로서 포함시켜야만 한다는 사고가 있다.

이와 같이 조정형절차로부터 재단형절차에의 이행에 관한 절차룰을 둘러싼 의론은 기본적인 사고·인식에 상위가 있는 것 등에서 적극·소극의 양론이 있는 상황에 있다.

① 조정형절차의 과정에서 얻어진 정보의 이용제한

조정형절차의 과정에서 화해를 성립시키기 위해 개시한 정보가 자신의 의사에 반하여 재단형절차(소송절차를 포함한다)에서 상대방에게 이용되는 일이 없도록 조정형절차의 과정에서 개시된 일정한 정보 등(이하 『조정형절차정보』라고 한다)이 같은 분쟁을 대상으로 하는 재단형절차에서의 취급에 관하여 이용을 제한하는 룰을 두는 것에 대해서는 적극·소극의 양론이 있다.

② 조정형절차의 주재자를 중재인으로 선임하는 것의 제한

조정형절차에서 화해가 성립됨이 없이 재단형절차로 이행하더라도 조정형절차에서 화해를 조달하기 위해 개시한 자기에 불이익한 정보가 후속하는 재단형절차에 있어서의 주재자의 판단에서 불리하게 작용하는 일이 없도록 하기 위해, 조정형절차의 주재자를 같은 분쟁을 대상으로 하는 재단형절차의 주재자로 선임하는 것에 관해 선임을 제한하는 룰을 두어야 한다는 견해가 있다. 이에 대해서는 마찬가지로 적극·소극의 양론이 있다.

2) 조정형절차에 관한 일반절차를

진술한 바와 같이 조정형절차(특히 조정·알선)의 절차의 개시에서 종료에 이르기까지의 절차를 관하여 분쟁당사자간에 합의가 얻어지지 않는 경우에 적용되는 원칙을 체계적으로 법령화하는 것을 검토하여야 한다는 의견도 있다.

원칙으로 되는 룰을 법령화하는 것의 의의로서는 ①절차의 진행방법에 관한 합의가 이루어지지 않기 때문에 절차가 막혀버리는 것을 방지하고, ②조정형절차의 구체적 내용을 국민이 이미지할 수 있도록 하며, ③ADR 기관이 규칙을 제정하는 경우의 바람직한 기준을 시사하게 되는 것 등을 들 수 있지만, 다른 한편에서는 ADR의 다양성을 저해하여 버릴 우려가 있다는 단점도 지적되고 있다.

(5) 특례적 사항

1) 서

재판에 필적하는 분쟁해결수단으로서 ADR의 건전한 발전을 도모해 가기 위해서는 국민이 ADR의 이용을 희망하면서도 그 이용을 주저하지 않을 수 없는 제도적인 요인을 제거하기 위한 법제상의 조치를 검토하는 것도 필요하다. 게다가 그와 같은 조치에 의해 말하자면 소송과도 경쟁할 수 있는 것과 같은 ADR이 존재하게 되면, 이용자에 있어서 보다 다

양한 선택을 가능하게 함과 동시에 ADR 전체에 대한 신뢰성의 향상에도 연결되는 것이 기대된다.

이러한 점에서 사법제도개혁심의회 의견에서도 ADR에 관한 기본적인 제도의 정비를 검토함에 있어서는 ADR의 이용촉진 및 재판제도와 연대촉진을 도모하는 관점에서 ADR에 있어서의 법적 효과(시효중단의 효력, 집행력)의 부여, ADR과 소송절차(법원)의 연대, 민사법률부조의 대상화에 관하여 구체적인 검토를 행하는 것으로 되어 있다.

이와 같은 인식에 입각하여 주로 『민간형ADR 중 조정형절차』를 염두에 두고 행해졌던 지금까지의 검토에서는 ①ADR의 이용에 시효의 중단을 인정하는 것, ②ADR에 있어서의 화해교섭을 거친 경우의 조정전치주의의 부적용을 인정하는 것, ③ADR에 있어서의 화해교섭진행중의 소송절차의 중지를 인정하는 것에 대해서는 각기 제도정비에 향하여 적극적으로 검토를 진행하여야 한다는 공통의 인식이 있었다.

다만, ①ADR의 결과에 대하여 집행력을 부여하는 것, ②법원이 ADR의 이용을 권고할 수 있는 제도를 두는 것에 관해서는 각기 제도정비에 적극론이 있는 한편에서, 그 필요성 및 유효성에 의문을 나타내는 소극론도 적지 않은 상황에 있다.¹⁸⁰⁾

2) ADR을 이용한 분쟁해결에 있어서의 시효의 중단

현행 시효제도에서는 상대교섭을 통한 청구와 마찬가지로 ADR의 이용에는 시효의 중단이 인정되고 있지 않다. 분쟁해결을 시도함에 있어서 시효완성을 회피하기 위해 ADR의 절차기간의 제약을 받거나 제1차적인 분쟁해결수단으로서 ADR을 선택하는 것을 단념하지 않도록 시효의 중단에 관한 특례규정을 두는 것이 검토되고 있다.¹⁸¹⁾

이것은 시효의 중단에 관하여 민법의 특례를 됴으로써 시효완성을 염려함이 없이 ADR에 의한 분쟁해결을 시도해 볼 수 있는 것과 같은 환

180) 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 37-39頁 참조.

181) 중재절차에 있어서의 청구는 시효중단의 효력을 발생하는 것으로 되어 있기 때문에 중재이외의 ADR이 시효중단의 대상이 됴은 물론이다. 이에 대한 상세는, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 40-45頁 참조.

경을 갖추어 분쟁의 자주적 해결을 촉진한다는 기본이념의 실현에 이바지하도록 한다는 사고를 시사한 것이다.

3) ADR에 있어서의 화해에 대한 집행력의 부여

현행의 민사집행제도에서는 ADR에 의한 화해가 성립한 결과에는 집행력이 부여되어 있지 않다. 분쟁해결수단으로서 ADR을 선택한 자가 ADR에 의한 화해 후 합의내용이 임의로 이행되지 않는 경우에는 바로 ADR 화해문서에 기초하여 강제집행을 구할 수 있도록 일정한 ADR 화해문서에 관하여 민사집행제도의 특례를 두는 것이 검토되고 있다.

지금까지의 검토에서는 ADR의 이용을 촉진하는 관점에서의 적극의견이 있는 반면, 부적절하게 이용된 경우에는 매우 위험성이 큰 것 등에서 강한 소극의견도 제시되고 있다.¹⁸²⁾

4) ADR을 이용한 경우의 조정전치주의의 부적용

사회에서 발생하는 다양한 분쟁 중에는 그 전문성이나 특수성 등에 비추어 소송절차에 의해 일도양단적인 해결을 도모하기보다도 우선은 당사자간의 대화에 의한 해결을 시도하는 것이 바람직한 것도 있다. 이에 일본의 현행 소송절차제도에서는 일정한 사건에 관해서는 원칙적으로 소송제기 전에 법원의 조정을 거쳐야만 한다는 調停前置主義를 취하고 있다(민사조정법 제24조의2, 가사심판법 제18조).

이와 같은 조정전치사건의 해결을 ADR에 의해 시도한 자의 부담을 경감하기 위해 ADR에서 화해가 성립되지 않은 경우에는 법원의 조정을 거치지 않더라도 소송제기할 수 있도록 ADR을 이용한 경우에 조정전치주의를 적용하지 않는 것으로 하는 특례규정을 두는 것이 검토되고 있다.

그 경우, ①일정한 조정전치사건에 관련된 조정전치주의의 적용에 관해서는 일정한 적격성을 가지는 ADR의 신청은 법원의 조정의 신청을 대체하는 것으로 하고, ②일정한 ADR을 거친 경우를 일률적으로 조정

182) 이에 대한 상세는, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 46-50頁 참조.

전치주의의 예외로 할 것이 아니라 법원의 개별판단에 의해 조정전치주의의 적용을 제외할 수 있는 사유의 하나로서 일정한 적격성을 가지는 ADR을 거친 경우를 예외로 하는 것이 고려되고 있다.¹⁸³⁾

5) ADR의 절차개시에 의한 소송절차의 중지

현행 소송제도에서는 동일한 분쟁에 관하여 법원외의 ADR과 소송절차가 병행하는 경우에 법원이 소송절차를 중지할 수 있다는 제도상의 근거가 없다.

분쟁의 성격, 당사자의 사정 등에 따라서는 소송계속사건이더라도 소의 취하에 의한 불이익을 받거나 절차를 이중으로 진행시키는 부담을 받음이 없이 ADR에 의한 화해교섭에 전념할 수 있도록 소송계속사건에 관하여 ADR의 신청이 있을 때의 소송절차의 중지에 관하여 민사소송제도의 특례를 두는 것이 검토되고 있다.

요컨대, 소송계속사건에 관하여 법원의 판단에 의해 그 절차의 진행을 정지하는 것에 관해서는 헌법상 보장된 재판받을 권리와 관계, 적정·신속한 심리의 실현과의 관계 등에서 신중히 생각할 필요가 있다. 적극적인 입장에서는 소송절차를 중지하는 것 및 법원외의 ADR에서 분쟁해결을 시도하는 것에 관하여 당사자간에 합의가 있는 것을 전제로 법원의 재량에 의해 일정한 기간을 상한으로 하여 소송절차를 중지할 수 있는 것으로 하는 구조가 주장되고 있다.¹⁸⁴⁾

6) 법원에 의한 ADR을 이용한 화해교섭의 권장 등

소송절차(법원)와 ADR과의 절차적 연대를 촉진하기 위해, 예를들면 법원은 상당하다고 인정하는 경우에는 상당하다고 인정하는 ADR 기관·

183) 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 52頁. 한편, 특례적 사항의 적용에 있어서 ADR의 적격성의 확인방법으로서 당사자입증방식과 사전확인방식이 있는 바, 이에 대해서는, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 76-81頁 참조.

184) 이에 대해서는, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 55-58頁 참조.

절차의 이용을 권장할 수 있는 취지를 명확화하는 것이 문제된다.

지금까지의 검토에서는 실태론으로서 현시점에서는 무릇 법원이 이용을 권장할 대상으로 생각할 수 있는 것과 같은 적절한 ADR 기관이 존재하지 않는다는지 혹은 굳이 제도를 정비하지 않더라도 운용상 ADR의 이용을 권장하는 것으로 충분하지 않은가 라는 이유에서 반대·소극의견도 제시되고 있다.

그러나 다른 한편에서는, 법원과 ADR과의 절차적 연대에 의한 ADR의 이용촉진이라는 중장기적 관점에서 이와 같은 제도의 정비를 적극적으로 검토하여야 한다든지, 재판의 신속화가 강하게 요청되는 상황하에서는 법관으로서 법제상의 근거가 없으면 권장하는 것을 주저하기 때문에 운용에만 기대하는 것은 곤란하지 않는가 하는 의견이 있었다.¹⁸⁵⁾

7) 민사법률부조의 대상화 등

ADR에 있어서의 대리인비용(변호사보수 등)을 부조하는 것에 관해서는 적어도 국민의 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하는 의의를 가진다는 현행 민사법률부조제도의 틀을 전제로 하면, 현시점에서는 법제상의 조치를 취할 필요는 없다고 지적되고 있다.¹⁸⁶⁾

8) 전문가의 활용

ADR의 장점의 하나로서는 분쟁의 내용이나 절차의 성격에 따라 다양한 분야의 전문가의 식견을 활용한 세세한 해결을 도모할 수 있다는 점을 들 수 있다.

한편, 일본 변호사법 제72조에서는 변호사 이외의 자가 법률사건에 관하여 보수를 얻을 목적으로 법률사무를 취급하는 것 또는 그 주선을 하는 것을 업으로 하는 것이 금지되어 있다. 또한 법률상의 분쟁에 관련된 ADR의 절차를 주재하거나 당사자를 대리하는 것은 분쟁해결기준을 법으로 하는지 여부에 관계없이 법률사무에 해당하는 것으로 이해되고 있

185) 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 59頁.

186) 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 62頁.

다. 때문에 현행제도는 전문가의 관여의 확대와 ADR의 발전을 방해하는 원인의 하나로도 지적되고 있다.

따라서 전문가의 관여형태 중 ADR 주재업무(보수를 얻을 목적으로 ADR을 주재하는 것을 업으로 하는 것을 말한다)에 관해서는, 변호사가 아닌 전문가가 그가 가진 전문적 식견을 최대한으로 활용하면서 안심하고 ADR 주재업무를 행할 수 있도록 변호사법 제72조의 취지를 손상하지 않는 범위내에서 ADR 주재업무에 관한 규제를 완화함과 동시에, 동법 제72조에 위반하지 않고서 ADR 주재업무를 행할 수 있는 범위를 가능한 한 명확히 하기 위해 동법 제72조의 적용에 관하여 특례를 두는 것을 검토할 필요가 있다고 지적되고 있다.

또한 전문가의 관여형태 중 ADR 대리업무(보수를 얻을 목적으로 ADR에 있어서 당사자를 대리하는 것을 말한다)에 관해서는 일부의 전문가에 관하여 이미 특례가 두어져 있지만, ADR의 건전한 발전을 위해 전문가가 가진 식견을 활용할 방도를 확충하는 관점에서 특례를 확충하는 것을 검토할 필요가 있다고 한다.¹⁸⁷⁾

(6) 각 사항의 적용범위

ADR에 관한 기본적인 법제를 정비하는 것으로 한 경우에는 ADR에 관한 기본적인 법제의 틀에 관하여 기본적 사항, 일반적 사항, 조정절차 법적 사항, 특례적 사항의 각각에 관하여 어떠한 범위의 ADR을 적용대상으로 하는 것이 적당한가 하는 점을 검토할 필요가 있다.¹⁸⁸⁾

우선 기본적 사항은 국가로서 ADR을 사회에 있어서의 분쟁해결기능의 확충을 도모함에 있어서 중요한 역할을 수행하는 것으로 위치지우고, 그 건전한 발전을 위한 법적 기반을 제공하는 것이다. 즉, 기본적 사항은 무릇 ADR에 공통하는 기본이념 등이므로 원칙적으로 ADR 등의 제공

187) 이 점에 관련하여 상세는, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 64頁 이하 참조.

188) 이하에 대해서는, 司法制度改革推進本部事務局, 総合的なADRの制度基盤の整備について, 97-89頁 참조.

주체나 절차의 종류에 관계없이 적용되어야 하는 것으로 본다.

한편, 그 밖의 사항에 관해서는 다음과 같이 그 적용범위는 한정되어야 할 것이다.

첫째, 일반적 사항은 ADR에 관련된 서비스제공자와 이용자간의 합의(계약)를 보완하고 ADR의 제공체제 및 절차 그 자체의 공정성·신뢰성을 확보하고자 하는 목적에서 제도의 정비를 도모하려고 하는 것이다. 따라서 양자간의 관계가 법령에서 규율되고 있는 공적 부문이 제공하는 ADR 등에 적용할 필요는 없을 것이다. 또한 민간부문이 제공하는 ADR 등이더라도 개별법령에 별도의 규정이 있는 경우에는 마찬가지로 관점에서 적용의 필요는 없을 것이다. 따라서 일반적 사항은 원칙적으로 민간부문이 제공하는 ADR 중 개별법령에 별도의 규정이 없는 것을 그 적용 대상으로 한다.

둘째, 조정절차법적 사항은 양당사자간의 합의를 보완하고 조정·알선의 이용을 촉진하고자 하는 목적에서 제도의 정비를 도모하려고 하는 것이다. 따라서 일반적 사항과 마찬가지로 사고에 의해 원칙적으로 민간부문이 제공하는 조정·알선을 적용범위로 하는 것이 적당할 것이다.

셋째, 특례적 사항은 행정형ADR에 관해서는 각각의 절차나 주재자요건 등을 두고 있는 취지·목적 등에 따라서 고유의 정책판단으로서 검토해야 할 성격의 것이며, 마찬가지로 규정의 정비를 고려할 수 있는 때에는 이들 ADR을 규정하는 개별법령에 있어서의 제도목적에 비추어 ADR에 관한 기본적인 법제의 검토를 근거로 하면서도, 필요에 따라 개별법령의 수정도 검토되게 될 것이다. 한편, 민간부문이 제공하는 ADR 등이더라도 그 절차 등에 관하여 법령상 특별규정이 두어져 있는 것에 관해서는 상기의 행정형ADR과 마찬가지로 사고에 의거하는 것이 적당할 것이다. 따라서 특례적 사항은 원칙적으로 민간부문이 제공하는 조정·알선을 그 적용범위로 한다.

다만, 상술한 바와 같은 사고에 대해서는 일반적 사항, 조정절차법적 사항, 특례적 사항에 관해서도 원칙적으로 민간형 ADR과 행정형 ADR을 구분함이 없이 적용하는 것으로 하더라도 좋지 않은가 하는 의견도 있다.

제 4 절 요약 및 시사점

이상에서 행정상의 갈등해소법에 대한 비교법적 관점에서 미국, 독일, 그리고 일본의 법제를 검토하였는 바, 그것을 요약하면 다음과 같다.

우선 미국의 경우에는 효율적인 행정분쟁(갈등)의 해결을 위해 민간부문에서 광범위하게 활용되고 있는 제3자의 개입을 통한 행정갈등의 해결인 대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution: ADR) 방법이 다용되고 있는 것이 무엇보다도 특징적이다. 즉, 연방행정기관이 조정, 화해, 중재 기타 즉각적이고 비공식적인 분쟁해결기법을 이용하도록 권한을 부여하고 장려하기 위한 목적으로 1990년에 이른바 행정분쟁해결법(Administrative Dispute Resolution Act: ADRA)이 제정되고 1996년에 그 개정법이 성립되었다. 또한 1990년 협상에 의한 규칙제정법이 제정되어 협상에 의한 규칙제정(negotiated rulemaking)이 국민참여에 의한 공공결정제도로서 행정상의 갈등예방에 있어서 중요한 의미를 가진다.

독일에서는 실정법률과 정식소송제도가 발달되어 있음에도 불구하고 최근에는 대체적 분쟁해결제도에 대한 중요성이 재인식되면서 점차 그 도입을 확대해 가고 있다고 할 수 있다. 그러한 경향은 특히 건설법전, 환경영향평가법 등과 같이 환경법과 계획법의 영역에 있어서 현저하다. 또한 행정상의 갈등해소와 관련하여 독일의 경우 연방건설법전에 이른바 계획법상의 형량원칙을 규정하고 있는 것이나 대규모 공공사업에 관련하여 행정절차법상의 계획확정절차를 거치도록 함으로써 행정상의 갈등의 발생을 사전에 예방하고 있는 것은 주목할 만하다.

끝으로, 일본의 경우 여러 가지 점에서 우리의 현행 법제와 유사성을 가지고 있다. 그러나 행정분쟁의 해결과 관련하여 특히 주목되는 것은 이른바 ADR기본법의 제정 움직임이다. 즉, 일본에서는 2001년 6월에 제출된 사법제도개혁심의회회의견에서는 ADR이 국민의 입장에서 보아 재판에 필적하는 매력적인 選擇肢가 되도록 그 확충, 활성화를 도모해 가야 한다는 전제 위에서 기본적 사항, 일반적 사항, 조정절차법적 사항, 특례적

사항을 포함하는 ADR기본법의 제정을 향하여 ADR검토회에서 논의가 한창 진행 중이다.

요컨대, 행정상의 갈등해소를 위한 외국법제의 동향에 비추어 볼 때, 우리의 경우에도 개별법의 미비점을 보완·개선해 나가야 함은 물론, 우선 국민에게 중대한 영향을 미치는 공공정책을 결정하거나 사업 등을 시행함에 있어서는 이른바 참여민주주의에 기초하여 가능한 한 이해관계인이나 국민들의 실질적인 참여를 보장하는 것이 무엇보다도 중요하다고 본다. 또한 대체적 분쟁해결방법에 의하여 대화와 협상을 통하여 행정상의 갈등을 해결해 나가도록 할 필요가 있을 것이다. 끝으로, 오늘날의 세계화, 다원화, 지식정보화 등 우리 사회의 변화양상과 참여민주주의 사상의 확산, 그리고 시민사회의 역할 증대 등과 같은 변화된 상황은 행정상의 갈등해소법제에도 그것에 걸맞는 시스템의 구축을 요구하고 있으며, 따라서 참여와 토의 그리고 합의에 의한 정책결정과 갈등해결을 핵심으로 하는 새로운 패러다임의 국가적 행정갈등관리시스템을 구축하여 행정상의 갈등을 사전예방 내지 최소화하도록 하여야 할 것으로 본다.

제 4 장 행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안

- (가칭) 갈등관리기본법의 제정방향과 관련하여 -

제 1 절 갈등관리기본법의 제정필요성

우리의 현행 법제는 전술한 바와 같이 행정상의 갈등 내지 분쟁에 대응하기 위해 국토계획법제, 환경법제, 보상법제, 혐오·기피시설 관련법제 등 나름대로 정비된 법제를 갖추고 있다. 그러나 기본적으로 사후조정적 시스템으로 되어 있는 이와 같은 현행 행정상의 갈등해소법제로는 다양하고 복합적인 행정상의 갈등을 해결하는 데는 한계를 노정하고 있다고 하지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 오늘날의 세계화, 다원화, 지식정보화 등 우리 사회의 변화양상과 참여민주주의 사상의 확산, 그리고 시민사회의 역할 증대 등의 상황은 공공결정의 과정은 물론 행정갈등(분쟁)의 해결에 있어서도 근본적으로 변화된 패러다임을 요구하고 있다. 따라서 행정상의 갈등해소법제도 그러한 갈등을 사전예방 내지 최소화할 수 있는 사전예방적 시스템으로 전환되어야 할 것으로 본다. 이는 21세기의 국가경쟁력 확보는 물론 국민화합과 지속가능한 발전을 위해서도 필요불가결한 숙명적 과제라 할 수 있을 것이다

한편, 행정상의 갈등과 관련하여서는 특히 공공사업을 둘러싸고 빈발하고 있는 바, 우리사회에 있어서 그와 같은 갈등의 근본원인은 세계화, 민주화, 정보화, 사회의 분화와 다원화를 따라가지 못하는 행정의 권위적 행태, 신뢰성 부족, 행정의 투명성 미흡, 행정에 대한 참여제도의 미비 등에 있다고 하지 않을 수 없다. 이를 해결하기 위해서는 기존 행정의 명령적, 통제적 그리고 경제적 유인을 제공하는 행정에서 벗어나 이해관계자 및 전문가의 참여와 협력 하에 정책결정과 집행을 하여 책임과 의무를 공유하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

요컨대, 오늘날의 변화된 패러다임은 참여와 토의, 그리고 합의에 의한 정책결정과 갈등(분쟁)해결을 핵심으로 한다. 따라서 행정갈등관리시스템의 기본을 정하는 법으로서의 가칭 “갈등관리기본법”은 기본적으로 참

여에 의한 공공결정¹⁸⁹⁾으로서의 행정의 패러다임의 전환과 갈등(분쟁)해결방식으로서의 ADR의 도입을 등을 포함하는 행정상 갈등의 사전예방적 시스템을 구축하는 방향으로 제정되어야 할 것으로 본다.

제 2 절 갈등관리기본법의 체계와 주요내용

가칭 갈등관리기본법(안)은 “갈등의 예방과 해결을 위하여 국가 및 지방자치단체 그 밖의 공공단체의 역할과 책무를 명확히 하고, 사회적 합의에 관한 사항을 규정함으로써 국가 및 지방자치단체 그 밖의 공공단체의 갈등의 예방 및 조정 능력을 향상시키고, 갈등의 합리적 해결을 통하여 사회통합에 이바지함”을 목적으로 한다.¹⁹⁰⁾ 동법은 이러한 목적을 달성하기 위하여 “국가 및 지방자치단체 그 밖의 공공단체와 국민 상호간에 대화와 타협 그리고 신뢰회복을 통한 합의의 틀을 구축하고 국민의 참여와 협력을 바탕으로 갈등을 원만하게 예방·해결함으로써 지속가능한 민주사회의 형성에 기여함”을 그 기본이념으로 한다.

한편, 갈등관리기본법의 체계 내지 구성은 다음과 같이 한다. 우선 제1장 총칙에서는 동법의 목적, 기본이념, 용어의 정의, 국가 및 지방자치단체 등의 책무, 그리고 다른 법률과의 관계에 관하여 규정한다.¹⁹¹⁾ 제2장

189) 공공결정에 있어서의 국민참여는 사회변화와 그 사회변화가 야기한 민주주의 실현방식의 변화에 그 근거를 두고 있다. 즉, 세계화, 다원화된 사회, 지식정보화사회라는 21세기적 사회변화는 참여민주주의의 발흥과 NGO/NPO의 등장 등을 통하여 새로운 Governance의 시대를 열어가고 있다. 이런 상황하에서 공공부문의 정책결정은 고객인 국민의 참여하에 이루어져야 할 것이며 다원화된 사회에서는 다양한 가치와 이익을 대변하는 국민의 참여를 통한 의사결정이 필수적인 것으로 된다. 공공결정에서의 국민참여는 변화된 사회상황과 민주주의이념 및 그 구현방식을 반영하고 오늘날의 공공갈등에 대한 적절한 대처를 모색한다는 본질적인 의의를 가지고 있다. 그러나 공공결정에의 국민참여는 그 구체적 방법론과 더불어 오늘날의 공법질서에 첫째, 규제개혁 또는 행정혁신으로서의 의미 둘째, 행정의 비법화 현상과 국민참여 셋째, 공중의 직접참여에 의한 행정으로서의 의미 넷째, 세계화 현상과 범세계적 경쟁질서에 대한 대처 등과 같은 복합적인 의미와 영향을 주고 있다(김유환, 국민참여에 의한 행정분쟁해결제도, 저스티스 통권 제81호(2004. 10), 41-49면 참조).

190) 개념정의와 관련하여 이 법에서 “갈등”이라 함은 국가 및 지방자치단체 그 밖의 공공단체가 추진하는 법령의 제·개정, 정책 또는 사업계획의 수립과 집행과정에서 발생하는 공공갈등을 말한다.

191) 동법은 사회갈등을 다루는 기본법이므로 다른 법률과의 관계에 관해서는 일반성

에서는 갈등의 예방 및 자율 해결 등 갈등의 예방 및 해결의 원칙을, 제 3장 갈등의 예방에서는 갈등영향분석 및 갈등관리위원회 등에 관해서 각기 규정한다.¹⁹²⁾ 그리고 제4장에서는 갈등관리지원센터에 관하여, 제5장에서는 사회적 합의촉진을 위한 갈등조정회의에 관하여 각기 규정하며, 제6장 보칙에서는 갈등전문인력의 양성 및 재정지원에 관하여 규정하는 것으로 한다.

요컨대, 갈등관리기본법(안)은 크게 다음과 같은 내용을 포함하는 방향으로 제정되어야 할 것으로 본다.

첫째, 공공정책·사업 등을 둘러싼 우리 사회의 갈등을 사전에 예방하기 위한 갈등영향분석제도를 새로이 도입하고 정책결정과정에서 참여적 의사결정절차를 도입하는 등 행정의 투명성 확보와 이해관계자의 의견을 반영하도록 하여야 할 것이다.

둘째, 공공정책·사업 등으로 인하여 사회적 갈등이 발생한 경우에는 그러한 갈등을 해결하기 위해 필요하다고 판단될 때에는 사안별로 협상과 조정기능을 가지는 이른바 사회적 합의촉진을 위한 갈등조정회의를 구성하여 이해당사자들의 참여와 동의하에 갈등을 조정하도록 함으로써 정책의 추진주체와 이해관계자들이 대화와 타협을 통해 갈등을 해결할 수 있도록 하여야 할 것이다.

셋째, 사회적변화의 갈등에 대한 능력향상을 위해 연구·교육 기능의 수행과 갈등관련 전문가 등을 양성할 갈등관리지원센터의 설치근거를 마련하는 등 갈등관리체계를 정비하여 공공정책 등을 추진하는 과정에서 발생하는 사회적 갈등을 예방 또는 해결하는 근거들을 제시하여야 할 것이다.

이하에서는 갈등관리기본법(안)의 주요내용 내지 제정방향에 관하여 검토하기로 한다.

과 보충성을 갖도록 하고, 향후 갈등의 예방 및 해결에 관한 법령을 제정 또는 개정하는 경우에는 이 법의 목적·기본이념 및 원칙에 맞도록 하여야 한다.

192) 한편, 동법에서 “갈등관리”라 함은 국가 등이 갈등이 발생하지 않도록 예방하고 갈등이 발생한 경우에는 이를 해결하기 위하여 수행하는 모든 활동을 말한다.

제 3 절 갈등의 예방과 해결의 원칙

갈등의 예방과 해결의 원칙으로서는 다음과 같은 원칙을 규정하는 것으로 한다.

첫째, 갈등의 예방 및 자율 해결의 원칙이다.

국가 및 지방자치단체 그 밖의 공공단체(이하 “국가 등”이라 한다)로 하여금 갈등을 사전에 예방하기 위하여 노력하여야 하는 것으로 하고, 또한 갈등은 이를 당사자 사이에 자율적으로 해결하는 것을 원칙으로 함을 명시한다. 즉, 갈등의 사전예방을 위한 노력을 강조하여 법의 기본취지가 갈등의 사전예방에 있음을 천명함과 아울러 당사자간에 대화와 토론 및 타협을 통한 자율적 해결이 진정한 갈등해결의 방안임을 강조한다. 이는 동법의 의의는 무엇보다도 갈등의 사전예방적 시스템을 구축하는데 있는 점, 그리고 갈등은 당사자간에 자율적으로 해결될 때 그 수용성이 큰 점에 비추어 당연하다고 할 수 있을 것이다.

둘째, 비교형량의 원칙이다.

국가 등이 공공정책 등을 수립·추진할 때에는 달성하고자 하는 공익과 이와 상충되는 다른 공익 또는 사익을 비교·형량하여야만 하는 것으로 한다. 추진하는 정책·사업을 통해 얻는 공익과 사익의 비교형량뿐 아니라 공익과 다른 공익과의 비교형량을 하여 그로 인하여 얻는 공익이 클 경우에만 정책·사업을 시행하도록 한다. 이를 통하여 특히 개발과 보전을 둘러싼 정부부처 상호간의 갈등 또는 중앙정부 내지 지방자치단체와 주민간의 갈등의 발생을 최소화할 수 있을 것이다.

셋째, 참여와 절차적 정의의 원칙이다.

갈등발생의 상당부분은 정책결정전에 이해관계자의 실질적인 참여가 이루어지지 않고 형식적, 요식적인 의견수렴 절차를 정당한 것으로 주장하는 추진주체의 자세에 있다고도 할 수 있다. 따라서 국가 등은 공공정책 등을 수립·추진함에 있어서 이해관계자 등의 실질적인 참여와 절차적 정의가 보장되도록 노력하여야 하는 것으로 한다.

넷째, 정보공개 원칙이다.

국가 등이 공공정책 등을 수립·추진하고자 할 때에는 관련된 정보를 충분히 공개하고 가능한 한 이해관계자 등과 공유하도록 노력하여야 함을 규정한다. 이는 관련된 사안에 대한 정확한 정보가 없는 참여는 무의미할 뿐만 아니라 정보의 불균형은 정부와 이해관계자간에 정책결정에서 대등한 관계를 갖게 할 수 없는 점에 비추어 이해관계자가 관련된 사안에 관한 정보를 충분히 확보할 수 있도록 하기 위함이다.

다섯째, 지속가능발전의 고려의 원칙이다.

이는 국가 등으로 하여금 공공정책 등의 수립·집행으로 인한 편익과 비용을 분석할 때 미래세대에게 발생하는 편익과 비용을 포함하고 또한 경제적으로 계량화하기 어려운 가치도 함께 고려하도록 하는 것이다. 즉, 구체적인 정책·사업의 타당성을 분석에 있어서 경제적 계량화가 갖는 한계를 고려하도록 하고 대안이 미래세대와 계량불가능한 가치도 충분히 고려한 결정이 되도록 하기 위함이다. 가령 일정한 공공정책(국민연금 등) 등을 시행함으로써 인하여 미래세대에게 지나치게 과중한 부담을 주거나 환경과 같이 계량불가능한 가치를 충분히 고려하지 않고서는 무릇 지속가능한 발전을 기할 수 없기 때문이다.

여섯째, 적정보상의 원칙이다.

공공사업의 시행과 관련한 갈등들은 실질적으로는 그 보상의 적정을 둘러싸고 발생하는 경우가 많다. 이에 국가 등으로 하여금 공공정책 등으로 인한 피해의 보상이 적정하게 이루어질 수 있도록 노력하여야 함을 규정으로써 간접 영향을 받는 주변지역의 피해에 대해서도 지원수단을 강구하여 보상할 수 있도록 하는 등 갈등의 해소에 실질적으로 이바지할 것으로 본다.

제 4 절 갈등영향분석제도의 도입

갈등영향분석이라 함은 “국가 등이 추진 또는 승인하는 법령의 제·개정 및 정책·사업(이하 “공공정책 등”이라 한다)을 수립·시행함에 있어 사전에 그 공공정책 등이 사회에 미치는 영향으로 인하여 발생할 수 있는 갈등을 예측·분석하고 그에 대한 예방대책을 강구하는 것”을 말하며, 이

는 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip) 내지 예방의 원칙에 근거한 대표적인 사전예방적 수단으로서의 이른바 영향평가제도를 갈등의 예방 내지 최소화를 위하여 도입하고자 하는 것이다.¹⁹³⁾

생각컨대 근래 점증하는 사회갈등 발생의 주요 원인은 정책결정단계에서 이해관계자의 의견을 충분히 수렴하지 않아 발생하는 경우가 대부분이라고도 할 수 있다. 이를 방지하기 위해 갈등영향분석제도를 도입하여 행정기관에서 자체적으로 해당 정책·사업에 대한 갈등영향분석서를 작성케 하고 이를 외부전문가가 참여하는 위원회에서 심의토록 하여 갈등발생유무를 사전에 점검하고, 갈등발생이 우려되는 경우 이에 대한 대책을 강구하도록 함으로써 갈등의 발생을 최소화할 수 있도록 하기 위함이다.

따라서 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 및 교육자치단체의 장(이하 “행정기관의 장”이라 한다)은 국민생활에 중대하고 광범위한 영향을 주거나 많은 국민의 이해가 상충될 우려가 있다고 판단되는 법령의 제·개정, 정책·사업계획의 수립·시행, 변경하고자 하는 때에는 미리 그로 인한 갈등영향을 평가하여야 하며,¹⁹⁴⁾ 행정기관의 장은 갈등영향분석을

193) 영향평가제도는 현재 이른바 통합영향평가법으로서의 환경·교통·재해등에관한영향평가법에 의하여 환경영향평가, 교통영향평가, 재해영향평가, 인구영향평가가 각기 실시되고 있다.

한편, 갈등관리기본법을 제정함이 없이 환경영향평가제도의 정비를 통한 갈등해결의 가능성도 고려할 수 있을 것이다. 그러나 환경영향평가제도는 공공갈등예방의 작은 한 부분에 관련되어 있을 뿐이며 갈등예방의 핵심은 참여적 의사결정과정을 도입하여 합의형성적으로 공공정책 등을 결정하는데 있다고 할 수 있는 바, 갈등예방기제의 핵심인 참여적 의사결정방식의 원용에 대해 환경영향평가제도는 아무런 규율을 두고 있지 아니하다. 다만, 만약 환경영향평가제도를 통하여 갈등영향에 대한 분석 내지 평가가 잘 이루어진다면 그러한 경우에는 갈등영향분석을 대체할 수 있도록 할 수도 있을 것이다. 그러나 갈등영향분석은 갈등예방절차인 참여적 의사결정절차를 시작할 것인지 여부를 판단하는 과정에 불과한 것이지 그 자체로써 갈등을 예방할 수 있는 것은 아니다.

194) 갈등영향분석의 대상으로서 시행령에서 고려할 수 있는 경우는 다음과 같다. ① 중앙행정기관이 관장하는 법, 시행령, 시행규칙 및 지방자치단체의 장이 관장하는 자치법규의 제정, 개정 및 폐지 중 국민생활에 중대하고 광범위한 영향을 주거나 국민의 이해가 상충될 우려가 있는 경우, ②경제·금융·재정, 인적자원개발, 지방자치, 문화·예술·관광진흥, 농업·어업·임업·축산업발전, 공업발전·산업자원개발, 정보통신발전, 국민보건의료·복지향상, 식품안전, 환경보전, 국토개발·건설·교통진흥, 해양자원개발·해양환경보전 등과 관련된 종합계획 등으로서 국민생활에 중대하고 광범위한 영향을 주거나 국민의 이해가 상충될 우려가 있는 경우, ③도시의 개발, 산업단지의

위하여 갈등영향분석서를 작성하여 이를 당해 행정기관에 설치된 이른바 갈등관리위원회의 심의에 붙여야 한다. 또한 지방자치단체 이외의 공공단체 또는 민간사업자가 갈등영향분석 대상사업을 시행하는 경우에는 갈등영향분석서를 작성하여 당해 사업의 인허가 업무를 관장하는 기관(이하 “승인기관”이라 한다)에 이를 제출하여야 하며, 그 갈등영향분석서의 심의는 승인기관에 설치된 갈등관리위원회가 행하는 것으로 한다.¹⁹⁵⁾ 이와 같이 중앙행정기관·지방자치단체가 수립·추진하는 정책·사업의 경우는 추진기관이 갈등영향분석서를 작성하고 당해 기관에 설치된 갈등관리위원회에서 심의토록 하나, 지방자치단체 이외의 공공단체와 민간이 사업주체인 경우는 지휘감독기관 또는 당해 사업의 승인기관에 설치된 갈등관리위원회에서 심의토록 함으로써 공정성과 객관성을 확보할 수 있을 것이다.¹⁹⁶⁾

조성, 에너지개발, 항만·도로·철도·공항 등의 건설, 수자원개발, 폐기물처리시설의 설치 등 환경·교통·재해등에관한영향평가법시행령 제2조제3항 별표1의 1. 환경영향평가분야 대상사업의 범위에 해당하는 사업의 계획수립을 하는 경우, ④방사성폐기물 처리시설·쓰레기소각장·매립장·공동묘지·화장장·납골시설 등의 설치계획을 수립하는 경우, ⑤학사제도(입학전형제도 변경, 학교군 조정 등), 전용차로제 등 국민의 의견수렴이 필요한 경우, ⑥그 밖에 행정기관의 장이 갈등예방을 위해 필요하다고 판단하는 경우 등이다.

195) 국가 및 자치단체가 아닌 공공단체 또는 민간사업자가 대규모 SOC 사업 또는 개발사업(예컨대 골프장건설, 온천개발, 쓰레기소각장의 건설 등)을 시행하는 과정에서도 갈등이 빈발하고 있는 바, 이에 지방자치단체 이외의 공공단체 또는 민간사업자가 갈등영향분석 대상사업을 시행하는 경우에도 갈등영향분석제도의 적용대상으로 규정하여 갈등관리의 사각지대를 해소하기 위함이다.

한편, 민간사업자가 시행하는 사업 중 갈등영향분석을 실시하여야 하는 대상사업은 환경·교통·재해등에관한영향평가법시행령 제2조제3항 별표1의 1.환경영향평가분야 대상사업으로 한다. 다만, 민자유치를 통한 사회간접자본의 신설시, 갈등발생이 우려된다고 판단되는 경우 주무행정기관은 사업계획의 결정이전에 갈등영향분석서를 작성하여 갈등관리위원회에서 심의하도록 한다.

196) 갈등영향분석의 심의방안과 관련하여서는 기관별로 자체검토 및 심의하는 방안과 갈등영향분석서를 작성하여 주관기관의 심의를 거치는 방안을 생각할 수 있을 것이다. 우선 기관별로 “갈등영향분석”을 실시하고 갈등관리 주관기관에 제출하여 별도의 협의절차를 거쳐 협의의견을 받도록 하는 후자의 경우(예컨대 환경정책기본법에 의한 사전환경성 검토방식)에는 협의를 하여야 할 정책·계획을 사전에 확정한다는 것이 사실상 불가능하고, 갈등관리 주관기관에서 모든 부처의 정책·계획을 검토한다는 것도 현실적으로 어려우며 정책·계획의 지연 등으로 행정기관의 반발 초래가 우려된다. 따라서 전자의 경우(예컨대 행정규제기본법에 의한 중앙행정기관별 자체규제심사

한편, 행정기관의 장 등이 상술한 갈등영향분석서를 작성함에 있어서는 다음 각호의 사항, 즉 ①공공정책 등의 개요 및 기대효과, ②예상되는 갈등유형 및 갈등유발요인의 분석, ③이해관계자 및 그에 미치는 영향, ④이해관계자에 대한 의견수렴의 방법 및 절차, ⑤갈등을 해소할 수 있는 구체적인 계획 등을 포함하여야 한다.

공공정책 등에 관한 결정을 함에 있어서 행정기관의 장 등은 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 갈등영향분석의 심의결과를 성실히 반영하여야 하며,¹⁹⁷⁾ 또한 갈등영향분석에 대한 심의결과 중대한 사회적 갈등이 발생할 우려가 있다고 판단될 때에는 대통령령이 정하는 참여적 의사결정방법을 활용하고 그 결과를 고려하여 공공정책 등을 결정하는 등 갈등의 예방을 위하여 필요한 노력을 기울여야 한다. 이와 같이 갈등영향분석의 심의결과를 정책 등의 결정과정에 반영하도록 의무화함으로써 갈등영향분석제도가 형식화되는 것을 방지하여야 할 것으로 본다.

제 5 절 갈등관리위원회의 설치

중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장은 소관 사무와 관련된 갈등영향분석에 대한 심의와 갈등관리에 관한 사항에 대한 자문을 위하여 갈등관리위원회를 설치하도록 하고 공사 등 공공단체는 자체판단에 의해 설치하는 것으로 한다. 즉, 갈등영향분석의 심의와 갈등의 예방·해결을 위한 정책 및 활동을 수행하는 위원회를 행정기관의 자문위원회로 두어 갈등의 예방과 해결에 대해서 해당기관이 일차적인 책임을 지도록 한다.

따라서 소관 사무와 관련한 갈등관리를 위하여 대통령령으로 정하는 일정한 중앙행정기관에는 갈등관리위원회를 설치하여야 하며,¹⁹⁸⁾ 갈등관

방식)와 같이 정책·계획을 수립함에 있어서 반드시 갈등문제를 고려하고 적절한 대안을 강구하도록 행정기관별로 갈등영향분석을 의무화하되, 갈등영향분석의 전문성을 확보하고 민간전문가의 의견을 충분히 수렴, 반영하기 위하여 행정기관 자체 “갈등관리위원회”의 심의를 거치게 하는 것이 타당할 것이다.

197) 갈등영향분석의 심의결과를 반영하지 못할 정당한 이유로서는 ①심의결과가 법령에 위반되는 경우, ②국가이익 또는 공익에 현저히 위배되는 경우, ③사회통념상 받아들일 수 없거나 형평에 위배되는 경우, ④당해 사안의 내용을 시정 또는 보완하는 경우에 보다 더 큰 갈등을 유발할 것이 현저한 경우 등을 고려할 수 있을 것이다.

198) 갈등관리위원회를 설치하여야 하는 중앙행정기관은 우선 행정자치부, 산업자원부,

리위원회는 소속 중앙행정기관의 장의 요청에 따라 다음 각호의 사항에 관한 자문, 즉, ①갈등영향분석, ②갈등의 예방에 관한 정책 및 계획의 수립, ③소속 공무원의 갈등예방 및 해결능력 향상, ④갈등의 예방과 해결에 관한 민간활동의 지원, ⑤그 밖에 갈등의 예방과 해결에 관하여 필요한 사항 등에 대한 자문에 응하고 갈등영향분석의 결과를 심의하는 것으로 한다. 그리고 지방자치단체는 조례에 의하여 갈등관리위원회를 설치하며, 지방자치단체 이외의 공공단체는 소관사무와 관련한 갈등관리를 위하여 자체판단에 따라 갈등관리위원회를 둘 수 있는 것으로 한다.

한편, 갈등관리위원회의 구성과 관련하여 갈등관리위원회는 위원장 1인을 포함한 11인 이내의 위원으로 구성하고, 그 위원은 행정기관의 장이 갈등관리에 관한 지식과 경험이 풍부한 자 중에서 위촉한 자(이하 “위촉위원”이라 한다)와 소속 공무원 중에서 지명한 자로 한다. 다만, 갈등영향분석 등의 객관성·공정성을 확보할 수 있도록 위촉위원의 비율을 3분의2 이상이 되도록 함과 아울러 갈등관리위원회의 위원은 다른 행정기관 소속 갈등관리위원회의 위원을 겸할 수 없도록 하여야 할 것이다.¹⁹⁹⁾

제 6 절 참여적 의사결정방법의 도입

대부분의 갈등발생은 법규에 정해진 절차를 형식적으로 운용하여 사전에 이해당사자의 의견수렴과 실질적인 참여가 불충분한데 기인한다고 할 수 있다. 이에 공공정책을 입안할 때 해당 정책으로 인해 야기될 수 있는 갈등을 미리 예방하기 위해 관련 이해당사자와 일반시민들의 참여와 대화에 기초한 사회적 합의를 추구해 나가는 일련의 절차가 절실히 필요한 실정이다.

따라서 행정기관의 장은 갈등영향분석에 대한 심의결과 중대한 사회적 갈등이 발생할 우려가 있다고 판단될 때에는 합의회의,²⁰⁰⁾ 시민배심원

보건복지부, 환경부, 건설교통부, 해양수산부, 경찰청, 소방방재청, 산림청, 공정거래위원회 등 갈등빈발부서로 하는 것이 적합할 것으로 생각된다.

199) 갈등관리위원회는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하는 것으로 하고, 기타 갈등관리위원회의 구성 및 운영에 관하여 필요한 사항은, 중앙행정기관의 경우에는 대통령령으로 정하고 지방자치단체의 경우에는 조례로 정하도록 한다.

200) 합의회의(consensus conference)란 선별된 일단의 보통 시민들이 논쟁적이거

제,201) 시나리오 워크샵,202) 규제협상,203) 공론조사,204) 등 대통령령이

나 관심을 불러일으키는 과학기술적, 환경적, 혹은 사회적 주제에 대해 전문가들에게 질의하고 그에 대한 전문가들의 대답을 청취한 다음 이 주제에 대한 내부의 의견을 취합하여 최종적으로 기자회견을 통해 자신들의 견해를 발표하는 하나의 시민포럼이라 할 수 있다. 결국 합의회의는 시민들의 삶에 중요한 영향을 미치는 공공정책에 대해 시민들이 직접적으로 참여하여 발언하고 이를 정책에 반영시킴으로써 사회갈등을 예방하는 기능을 수행한다고 할 수 있으며, 합의회의가 대상으로 하는 토의 주제는 전자주민카드, 유전자조작식품, 도시 폐기물관리정책, 정부전력정책, 방사능폐기물 관리, 생명복제기술, 의료보험개혁 등과 같이 주로 전국적 관련성을 갖는 사안인 경우가 많다.

201) 시민배심원(citizen jury) 모델은 미국의 제퍼슨센터(Jefferson Center)가 고안한, 사회적 합의형성을 위한 시민참여의 구조화된 프로그램이다. 제퍼슨 센터는 1974년 국가의료보건계획에 관한 시민배심원제를 실시한 이래 농업문제에 있어 수질문제, 생명윤리의 문제, 조세와 예산안 개혁 등에 관한 시민배심원 프로그램을 개최한 바 있다. 이와 같이 시민배심원에서 다루는 주제의 다양성만큼이나 다양한 지역에서 진행되었으며, 특히 연방정부와 주정부 차원의 문제에서부터 지역의 문제에 이르기까지 공간적 스펙트럼도 매우 다양하게 진행되고 있다.

요컨대, 시민배심원 모델은 공공적으로 중요한 문제를 무작위로 선별된 시민들이 4~5일간 만나서 주의 깊게 숙의하는 절차로 구성되며, 일련의 과정을 거쳐 시민배심원의 숙의 결과 나온 최종결과는 정책권고안의 형태로 일반에게 공개되나 그 정책권고안이 법적 구속력을 가지는 것은 아니다.

202) 시나리오 워크샵(scenario workshop)이란 주로 지역적 수준에서의 발전계획 입안과 관련하여 일련의 관련 행위자들 사이의 토론을 통해 서로 의견을 수렴해 가는 조직화된 작업모임이다. 시나리오 워크샵에는 통상적으로 네 부류의 역할 집단들, 즉 정책결정자, 기술적 전문가, 기업·산업 관계자, 시민들이 참여하게 되며, 참가자들은 의제가 되고 있는 지역개발 관련 프로그램에 대해 각자 자신의 비전과 견해를 확고하게 발전시킨 다음, 다른 참가자들과 공유하는 내용이 무엇이고, 공유하지 못하는 내용이 무엇인가를 밝혀냄으로써 최대한 합의적인 실행계획을 구체적으로 발전시키게 된다. 결국 시나리오 워크샵에서 핵심적인 것은 각 집단 사이의 대화이며, 대화를 통하여 각자의 경험과 지식이 교환되고 새로운 아이디어와 제안이 발전되는 것이다. 이와 같이 시나리오 워크샵은 시민들로 하여금 지역개발과 관련된 정책입안과정에 직접적으로 참여할 수 있도록 한다는 점에서 사회적 합의형성에 기초하여 갈등을 예방하는 갈등조정제도의 하나라고 할 수 있다.

203) 전술한 바와 같이 규제협상 내지 협상에 의한 규칙제정(regulatory rule-making)은 행정기관의 규제에 의해 영향을 받는 이해관계자들이 참여하는 협상을 통해 규제 내용에 대해 합의를 도출하고 행정기관은 이것을 바탕으로 규칙을 제정하는 제도를 말한다. 따라서 행정기관이 주도하는 통상적인 하향식 규칙제정과는 달리 이 제도는 일종의 상향적 의사결정방식으로서, 규칙 내용의 결정과정에 사회집단의 참여가 직접 이루어진다는 점에서 참여적 갈등예방기법의 하나로 볼 수 있을 것이다.

204) 공론조사(deliberative poll)란 1988년 미국 제임스 피쉬킨(James Fishkin) 교수에 의해 개발된 '공론'의 조사방법으로서, 과학적 확률표집을 통해 대표성을 갖는 국민들을 선발한 다음 이들에게 해당 이슈에 대한 충분한 정보를 제공하고 이를 심도 있게 토론하게 한 후 참여자들의 의견을 조사함으로써 표피적인 의견이 아니라, 질

정하는 참여적 의사결정방법을 활용하고 그 결과를 고려하여 공공정책 등을 결정하는 등 갈등의 예방을 위하여 필요한 노력을 기울이도록 하여야 한다. 이와 같이 정책·사업의 결정전에 참여적 의사결정절차를 거치도록 하는 것은 실질적인 이해관계자의 참여하에 정책결정이 되도록 함으로써 갈등의 사전예방에 크게 기여할 것으로 생각되며 이것은 동법의 핵심적인 내용의 하나이기도 하다.²⁰⁵⁾

참여적 의사결정방법은 갈등관리위원회에서 갈등영향분석의 심의결과 참여적 의사결정방법을 활용할 것을 권고하여 행정기관의 장이 이를 채택하는 경우에 적용되는 것으로 한다. 다만, 갈등사안의 성격상 이해관계자들의 참여가 어려운 경우, 이해관계자가 동의하지 않는 경우, 참여자들이 적정한 대표성을 유지할 수 없는 경우, 합의가 사실상 불가능한 경우, 긴급한 결정이 필요한 사안인 경우, 보상 문제와 같은 순수 이익갈등인 경우 등에 있어서는 참여적 의사결정방법을 활용하지 아니할 수도 있을 것이다.

높은, 심사숙고한 의견을 수렴하여 공공적 의사결정에 활용하는 것을 말한다. 이와 같은 공론조사의 핵심적인 전제를 이루는 것은 사람의 의견이나 선호(preference)는 충분한 정보가 제공되고 토론이 이루어지게 되면 변화할 수 있으며, 그러한 심사숙고에 기반하여 변화된 의견과 선호가 보다 합리적인 선택이라는 것이다. 따라서 공론조사는 일반적으로 행해지는 일회적인 '여론조사' 혹은 '의견조사'와는 크게 다르다고 할 수 있다.

205) 갈등관리기본법(안)의 참여적 의사결정방식은 기본적으로 다음과 같은 점에서 행정절차법상의 의견청취절차와는 차이가 있다.

첫째, 행정절차법상의 의견청취절차(청문, 공청회, 의견제출)는 주로 이해관계인의 권익구제와 관련하여 이해관계인의 권리를 구성하나 갈등관리기본법(안)의 참여적 의사결정방식은 당사자나 이해관계인 등에게 절차적 권리를 부여하는 것이 아니라 행정기관의 의사결정과정의 일환으로 규정되고 있다. 따라서 양자는 행정적 의사결정과정에서 관련되어 있다는 점에서는 같지만 그 법적 성격은 현저히 다르다고 할 수 있다.

둘째, 행정절차법상의 의견청취절차는 기본적으로 당사자대립적인 구조로 되어 있어 당사자는 자신의 이익을 대변하기 위한 공격과 방어를 하지만, 갈등관리기본법(안)의 참여적 의사결정과정에서 참여자들은 합의를 도출하기 위해서 노력하게 된다.

셋째, 행정절차법은 일반법으로서 원칙적으로 모든 행정과정에 적용되는 법이나 갈등관리기본법(안)이 규정하는 참여적 의사결정방식은 우선 모든 행정결정에 적용되는 것이 아니라 갈등영향분석 등 공공사업이나 공공정책과 관련되는 갈등발생여부에 대한 분석결과 갈등을 예방할 필요가 있고 예방의 가능성이 있다고 판단될 때에만 적용되는 것이므로 결코 일반적인 절차라고는 할 수 없다.

제 7 절 갈등관리지원센터의 설치

우리의 경우 지금까지는 일정한 정책이나 사업을 시행하는 경우 갈등은 그것에 부수하여 의례 발생하는 것으로 보아 갈등 내지 갈등정책에 관련한 정부의 체계적인 연구는 이루어지지 않았다고도 할 수 있다. 또한 갈등을 예방하기 위해서는 정책결정을 입안하는 공무원들의 의식과 행태변화가 무엇보다 중요하므로 갈등에 관한 교육훈련의 실시, 교육프로그램의 개발, 법·제도 등의 연구 및 자료의 축적·관리, 전문가 양성 등의 기능을 수행토록 하여 사회의 갈등관리 능력을 향상시키기 위한 전문기구의 설치가 필요하다고 할 것이다.

갈등조정시스템이 발달한 미국에서는 1990년 후반부터 농림부, 법무부, 에너지부, 환경청 등에 “Conflict Prevention and Resolution Center” 또는 “Office of Dispute Resolution” 등의 부처별 갈등조정지원기구가 설치·운영되고 있으며, 범정부차원에서는 법무부의 “Office of Dispute Resolution” 주관하에 “Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group”이 있다. 뿐만 아니라 대부분의 주에서는 주차원의 갈등조정지원업무를 전담하는 기구가 설치되어 있고, 지역에는 지방정부의 지원을 받는 “Community Dispute Resolution Center”가 운영되고 있다.

이에 우리의 경우에도 이른바 갈등관리지원센터를 설치하여 갈등의 예방·해결, 그 밖의 갈등관리를 위한 조사·연구·교육훈련·전문가의 양성, 국가 등의 갈등관리 지원 등을 담당하도록 할 필요가 있을 것이며,²⁰⁶⁾ 동센터는 갈등예방 및 해결을 위한 전문인력으로 갈등조정인단을 구성·운영할 수 있도록 한다.

206) 갈등관리지원센터를 어디에 둘 것인가에 관해서는 대통령소속하에 두는 방안, 국무조정실에 두는 방안, 그리고 행정자치부에 두는 방안 등을 고려할 수 있을 것이나 국정외 조정업무를 담당하는 국무조정실에 두는 것이 현실적으로 가장 적합할 것으로 생각된다. 한편, 갈등관리지원센터가 담당하는 기능으로서는 ①갈등의 예방·해결을 위한 정책 및 법제도, 문화 등의 조사·연구·지원, ②공무원에 대한 갈등관리 교육훈련·프로그램의 개발·보급, ③갈등관련 전문가양성 및 이를 위한 프로그램의 개발·지원, ④갈등관리위원회의 활동지원, ⑤행정기관의 갈등영향분석서 검토요청에 대한 자문, ⑥중앙행정기관 및 지방자치단체의 갈등조정활동을 지원하기 위한 전문가의 파견·지원, ⑦민간단체의 갈등관련 활동의 지원 등을 고려할 수 있을 것이다.

제 8 절 갈등조정회의의 설치

국가 등은 소관업무와 관련된 갈등을 예방 또는 해결함에 있어 재판을 거치지 아니하고 당사자 사이의 분쟁을 해결할 수 있는 분쟁조정방법을 적극적으로 활용할 필요가 있다.

전술한 바와 같이 특히 미국에서는 1990년 이른바 행정분쟁해결법(Administrative dispute resolution Act: ADRA)이 제정되고 1996년 동법의 개정법이 성립하여 화해, 조정, 중재와 같은 대체적 분쟁해결기법(Alternative dispute resolution: ADR)을 통하여 행정갈등 내지 행정분쟁을 해결하고 있다.²⁰⁷⁾ 또한 실정법률과 정식소송제도가 발달한 독일에서도 대체적 분쟁해결수단의 채용을 점차 확대해 가는 경향에 있으며, 일본에서는 행정분쟁의 해결을 위해 수많은 대체적 분쟁해결수단이 활용되고 있음은 물론 전술한 바와 같이 이른바 ADR기본법의 제정을 둘러싸고 활발한 논의가 진행되고 있는 실정이다.

이와 같은 점에서 볼 때 갈등관리기본법의 제정에 있어서는 법령의 제·개정, 정책·사업으로 인하여 발생한 사회적 갈등을 해결하기 위하여 필요하다고 당해 행정기관의 장이 판단할 때에는 사안별로 협상과 조정기능을 가지는 사회적 합의촉진을 위한 갈등조정회의(이하 “갈등조정회의”라 한다)를 둘 수 있도록 하되, 갈등조정회의는 당사자의 신청과 합의에 의하여 구성하여 중립성과 신뢰를 확보하도록 하여야 할 것이다.²⁰⁸⁾

207) 또한 1998년에 제정된 대체적 분쟁해결법(Alternative Dispute Resolution Act)은 연방법원들이 대체적 분쟁해결수단프로그램을 실행하도록 요구하고 있다. 동법은 각 연방지방법원이 “그 자신의 대체적 분쟁해결수단 프로그램을 고안하고 시행하며,” “자신의 관할내에서 대체적 분쟁해결수단의 이용을 장려하고 촉진하며,” “모든 민사사건의 소송당사자들에게 소송의 적절한 단계에서 대체적 분쟁해결수단의 이용을 고려하도록 요구하고,” “모든 민사사건의 소송당사자들에게 적어도 한가지 대체적 분쟁해결수단 절차를 제공할 것”을 요구한다(U.S.Code Title 28, secs. 651-658). 법원들은 당사자들이 調停 및 早期中立人評價(early neutral evaluation)에 참여하도록 요구할 수 있다. 다만, 당사자들에게 중재의 이용을 명령할 수는 없고, 이는 당사자들의 동의에 의해서만 가능하다. 이에 대해서는, 李熙貞, 法の 支配와 行政法上 裁判外 紛爭解決手段 -美國의 경우를 中心으로-, 168면 참조.

208) 이와 같은 취지에서 갈등조정회의의 당사자로 참여하는 행정기관의 대표 또는 그 대리인은 당해 갈등조정회의의 의장 또는 진행자가 될 수 없음은 물론이다.

한편, 갈등조정회의의 구성과 운영은 당사자간의 합의에 의하여 정한 기본규칙에 따르는 것으로 하고, 합의의 효력 및 그 이행과 관련하여서는 갈등조정회의의 결정사항은 그것을 명확히 하기 위해 문서로 작성하여 당사자가 서명하여야 한다. 이와 같이 당사자가 서명한 합의서는 갈등의 종국적인 해결을 의미하고 합의사항이 이행되도록 합의서의 내용은 당사자를 구속하는 것으로 하고, 따라서 당사자는 갈등조정회의의 결정사항을 신의에 따라 성실하게 이행하여야 한다.

제5장 결론

최근 우리 사회에서 최대의 화두가 되고 있는 것은 사회갈등과 그 해결이라 할 수 있다. 그런데 갈등의 의미는 ‘인간은 갈등적 존재이다’(homo conflitus)라는 명제에서 잘 나타나는 바와 같이 갈등은 어느 사회에나 어느 때나 존재하는 것이며, 갈등의 존재 자체는 불가피한 긴장을 상징하며 변화와 발전을 촉진하는 요소이다.

그러나 21세기를 맞이하여 우리 사회는 미증유의 전환, 끊임없는 변용에 직면하고 있다. 현재 우리 사회는 정치갈등, 노사갈등, 세대간갈등, 이념갈등 등을 비롯하여 환경, 교육, 여성, 농촌 등 거의 전 영역에 걸쳐서 심각하고 제어하기 곤란할 정도로 사회갈등이 분출되고 있다. 특히 행정상의 갈등과 관련하여서는 부안 핵폐기물처리장건설, 한탄강댐건설, 그리고 새만금간척사업 등의 예에서 볼 수 있는 바와 같이 이른바 개발과 보전의 대립, 공공시설 특히 위험·험오시설 내지 비선호시설의 입지선정을 둘러싸고 갈등이 현저하게 표출되고 있다. 게다가 이와 같은 행정상의 갈등은 지방자치의 본격화에 수반하여 중앙정부와 지방자치단체, 지방자치단체 상호간, 그리고 지방자치단체와 지역주민간의 갈등과 같이 다양한 양상을 띠고 있다. 요컨대 세계화, 지방화, 민주화, 정보화 등에 수반하여 다종다양하고 복합적인 사회적 갈등이 분출됨에 따라 갈등의 해소 내지 예방은 국가의 최우선과제의 하나로 자리매김하고 있다. 따라서 21세기의 국가경쟁력은 바로 갈등의 해소 여하에 달려있다고 해도 지나치지 않을 것이다.

행정상의 갈등해소를 위하여 우리의 현행 법제는 국토계획법제, 환경법제, 보상법제, 혐오·기피시설 관련법제 등 나름대로 정비된 법체계를 갖추고 있기는 하지만, 이익형량원칙의 채용, 계획확정절차의 도입, 그리고 주민참여의 실질화 등 개선하여야 할 과제도 적지 않다. 뿐만 아니라 현행 행정상의 갈등해소법제는 기본적으로는 행정상의 갈등의 사후조정적인 시스템으로 되어 있어 다양한 분야에 걸쳐서 복합적인 형태로 분출되고 있는 행정상의 갈등을 해소 내지 예방하기에는 한계를 드러내고 있다.

생각건대, “예방은 구제보다 낫다”(Prevention is better than cure)라는 법격언은 행정상의 갈등해소에 있어서 가장 타당하다고 생각되며, 따라서 행정상의 갈등에 대한 인식의 근본적인 전환과 아울러 그러한 갈등을 사전예방할 수 있는 국가적인 행정갈등관리법시스템의 구축이 요청된다고 할 것이다.

한편, 비교법적 관점에서 미국에서는 효율적인 행정갈등의 해결을 위해 이미 1990년에 이른바 행정분쟁해결법(ADRA)과 협상에의한규칙제정법(NRA) 등이 제정되어 시행되고 있다. 또한 독일에서는 계획법상의 형량원칙을 채용하고 계획확정절차를 도입하고 있을 뿐만 아니라, 최근에는 대체적 분쟁해결제도에 대한 중요성이 재인식되면서 특히 환경법과 계획법의 영역에 있어서 그 도입을 점차 확대해 가고 있는 경향에 있다. 끝으로, 일본의 경우에는 이른바 ADR기본법의 제정을 향하여 본격적인 논의가 진행되고 있는 바 우리에게도 시사하는 바가 자못 크다고 본다.

요컨대, 행정상의 갈등해소를 위해서는 사전예방적인 시스템에 기초한 이른바 가칭 “갈등관리기본법”을 제정할 필요가 있다고 본다. 다만, 오늘날의 변화된 갈등관리 패러다임은 참여와 토의, 그리고 합의에 의한 정책결정과 갈등해결을 핵심으로 하는 바, 따라서 갈등관리기본법은 기본적으로 참여에 의한 공공결정으로서의 행정의 패러다임의 전환과 갈등해결방식으로서의 ADR의 도입 등을 포함하여야 할 것이다. 즉, 갈등관리기본법은 갈등영향분석제도의 도입, 갈등관리위원회의 설치, 참여적 의사결정방법의 도입, 갈등관리지원센터의 설치, 갈등조정회의의 설치 등의 내용을 포함할 필요가 있을 것이다.

무릇 21세기의 국가경쟁력은 물론 국민통합과 행정의 효율성은 행정상의 갈등을 얼마나 해소하고 예방하느냐의 여하에 달려 있다고 본다. 더 늦기 전에 행정상의 갈등을 사전예방할 수 있는 법시스템이 마련되어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 강영진, 갈등분쟁 해결 매뉴얼, 성공회대학교출판부, 2004.
- 김호진·임혁백 외 9인, 사회합의제도와 참여민주주의, 나남출판, 2000.
- 대통령자문 정책기획위원회, 갈등해결방안 연구, 2003. 12.
- 대통령자문 지속가능발전위원회, 갈등관리시스템 구축방안 연구보고서, 지속가능발전위원회 자료집(2003. 12. 31).
- 박호숙, 지방자치단체간 갈등관리 : 이론과 실제, 다산출판사, 1996.
- 李達坤, 協商論 —협상의 과정, 구조, 그리고 전략—, 法文社, 2003.
- 임일섭, 『넘비 갈등』의 유형과 정책대응, LG경제연구원, 2004.
- 최영기 외, 사회갈등조정 의 합리화 방안 연구, 노동연구원, 2002.
- 최홍석·주재복·홍성만·주경일 공저, 공유제와 갈등관리, 博英社, 2004.
- 환경부, 환경문제와 관련된 갈등해소방안에 관한 연구, 1996.
- , 환경분쟁조정제도의 개선방안, 1996.
- , 2004 환경백서, 2004.

(2) 논 문

- 김상구, 협상의 수행수준과 갈등해결간의 관계에 관한 연구, 한국행정논집 제15권 제1호(2003. 3).
- 김상헌, 넘비문제해결을 위한 보상체계, 한국행정학보 제31권 제4호(1997).

참 고 문 헌

- 김승건, 정부간 관계와 정부간 갈등에 대한 이론적 고찰, 서울도시연구 제4권 제2호(2003. 9).
- 金容燮, 行政法上 紛爭解決手段으로서의 調停, 저스티스 통권 제81호 (2004. 10).
- 金裕煥 譯, 美國의 行政紛爭解決法, 行政法研究(1999년 하반기).
- , 국민참여에 의한 행정분쟁해결제도, 저스티스 통권 제81호 (2004. 10).
- 김종후·전형원·강동희, 공공시설설치에 따른 지역/집단 이해갈등과 조정에 관한 연구, 지방자치연구 제6권 제1호(1994).
- 김준한, 행정부와 대체적 분쟁해결제도, 한국행정학보 제30권 제4호 (1996).
- 김형렬, 정책갈등요인과 해소방안에 관한 연구, 연세행정논총 제26집 (2001. 5).
- 金泓均, 새만금 소송의 의의와 과제, 저스티스 통권 제81호(2004. 10).
- 박종화, 지역이해상충의 조정에 있어서 전략적 중재의 이용, 한국행정 논집 제13권 제3호(2001. 9).
- 박호숙, 집단갈등이 정책에 미치는 영향, 지방행정연구 48(2000. 6).
- 사득환, 지방시대 환경갈등의 해결기제 : 제3자 조정을 중심으로, 한국 행정학보 제31권 제3호(1997).
- 송상현, 재판에 의하지 아니한 분쟁해결방법의 이념과 전망, 인권과 정의 (1994년 7월호).
- 이경훈, 혐오시설의 입지선정과 지역갈등의 효율적 관리, 지방행정 제 52권 제593호(2003. 3).
- 이송호, 미국과 프랑스의 정책조정시스템 비교, 행정논총 제39권 제2호 (2001. 10).

- 이승우, 葛藤解消와 社會統合에 있어서 憲法の 機能과 役割, 연세대학교 법학연구소 법학연구 제11권 제2호(2001. 6).
- 李熙貞, 法の 支配와 行政法上 裁判外紛爭解決制度 -美國의 경우를 中心으로-, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2004. 8).
- 정정화, 부처간 정책갈등과 관료정치 : 새만금 간척사업을 중심으로, 한국행정논집 제15권 제1호(2003. 3).
- 정준금, 개발·보전과 갈등조정 : 새만금간척사업을 중심으로, 한국행정연구 제9권 제4호(2000. 12).
- 최연홍, 핵폐기물처리시설 입지선정과정의 갈등과 해결 : 미국의 경우와 한국에의 시사점, 한국정책학보 제7권 제3호(1998).
- 하혜수, 지방정부간 분쟁조정과정에 관한 협상론적 분석, 한국행정학보 제37권 제1호(2003 봄).

2. 일본문헌

(1) 단행본

- 大橋洋一, 對話型行政法學の創造, 弘文堂, 1999.
- レビン小林久子, 調停ガイドブック アメリカのADR事情, 信山社, 1999.
- 棚瀬孝雄編著, 紛爭處理と合意, ミネルヴァ書房, 1996.
- , 紛爭と裁判の法社會學, 法律文化社, 1992.
- 石川 明, 調停法學のすすめ —ADR私論—, 信山社, 1999.
- 石川 明・三上威彦編著, 比較 裁判外紛爭解決制度, 慶應義塾大學出版會, 1997.
- 小島武司, 裁判外紛爭處理と法の支配, 有斐閣, 2000.

참고 문헌

- , ADR·仲裁法教室, 有斐閣, 2001.
- , 仲裁法, 青林書院, 2000.
- 小島武司·伊藤 眞編, 裁判外紛争處理法, 有斐閣, 1998.
- 守屋 明, 紛争處理の法理論 -交渉と裁判のダイナミズム-, 悠々社, 1995.
- 市原昌三郎先生古稀記念論集, 行政紛争處理の法理と課題, 法學書院, 1993.
- 井上治典·佐藤彰一編, 現代調停の技法, 判例タイムズ社, 1999.
- 合意形成研究會, カオスの時代の合意學, 創文社, 1994.
- 和田安弘, 法と紛争の社會學, 世界思想社, 1994.
- 和田仁孝·太田勝造·阿部昌樹編, 交渉と紛争處理, 日本評論社, 2002.
- 廣田尚久, 紛争解決學, 信山社, 1993.
- , 紛争解決の最先端, 信山社出版, 1999.

(2) 논문

- 高橋 裕, 司法改革におけるADRの位置, 法と政治 126卷 4·5·6號 (1990).
- 木川統一郎·石川 明編, 裁判外紛争處理機關の現状と展望, 判例タイムズ 728號(1990).
- 山本和彦, ADR基本法に關する一試論, ジュリスト 1207號(2001).
- 山田 文, 裁判外紛争解決制度における手續的配慮の研究(一)(二)(三), 法學 58卷 1·2·5號(1994).
- , ADRの可能性, 月刊司法改革 7號(2000).
- 守屋 明, 裁判外紛争解決手續, 田中成明他編 『岩波講座 現代の法 5 現代社會と司法システム』(岩波書店, 1997).

3. 구미문헌

- Alfred C. Aman, Jr./William T. Mayton, Administrative Law, Second Edition, ST. PAUL, MINN., 2001.
- Anke Engelbert, Konfliktmittlung und Demokratieprinzip, Diss. Berlin (FU) 1995.
- Arthur Benz, Verhandlungen, Verträge und Absprachen in der öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung 23 (1990).
- Bernd Holznagel, Konfliktlösung durch Verhandlungen, Baden-Baden 1990.
- Carrie Menkel-Meadow, Mediation, Ashgate Publishing Company, 2001.
- Günter Hager, Konflikt und Konsens - Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen Streitschlichtung, Tübingen 2001.
- Joachim Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993).
- Leonard L. Riskin/James E. Westbrook, Dispute Resolution and Lawyers, Second Edition, West Group, 1997.
- Marshall J. Breger/Gerald S. Schatz/Deborah Schick Laufer, Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook, American Bar Association, 2001.
- Steffen Kautz, Absprachen im Verwaltungsrecht -Zulässigkeit, Grenzen und Folgen-, Duncker & Humblot · Berlin, 2002.

참 고 문 헌

Tobias Köpp, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, Berlin 2001.

Volkmar Wagner/Matthias Engelhardt, Mediation im Umwelt- und Planungsrecht als Alternative zur behördlichen oder gerichtlichen Streitentscheidung, NVwZ 2001.

Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993).

Zilleßen/Barbian, Mediation in Umweltkonflikten, 1996.