

연구논문

行政事件에 대한 ADR의 適用에 관한 法理論的 考察

이 용 우*

〈목 차〉

- I. 研究의 目的
- II. ADR의 內容
- III. 行政事件에서의 ADR 適 여부
- IV. 行政事件에의 ADR 導入方案
- V. 맺음말

* 법학박사. 전주대 강사

I. 研究의 目的

재판제도는 분쟁해결절차 가운데 최후의 선택적 절차에 해당하나, 그 자체로서 많은 결함을 안고 있는 것이 사실이다.¹⁾ 특히 행정소송의 경우에는 단기의 채소기간, 엄격한 원고적격, 집행부정지의 원칙과 가구제 제도의 불비 등과 같은 민사소송에는 없는 특유의 제약도 존재하고 있다. 이와 같이 행정소송제도의 미흡함을 보완하기 위하여 마련한 제도가 행정심판제도이다. 행정심판제도는 행정심판법에 근거하여 1984년 행정소송법과 함께 제정되어 운영되어 오다가 1994년 행정소송법의 개정을 통하여 행정소송을 하기 전에 반드시 행정심판을 거치도록 하는 이른 바, 행정심판전치주의가 폐지됨으로써 행정구제제도에 일대 변혁을 도모하였다. 행정심판전치의 임의화로의 전환은 행정소송에 대한 대안적 분쟁해결절차의 종류만을 놓고 본다면 오히려 줄어든 경우라 할 수 있다. 반면에 국제적 교역의 증가와 이에 관련된 분쟁이 빈번해짐에 따라 국제적으로는 오히려 분쟁을 법원에 의해서 해결하는 경우보다 재판외분쟁해결제도에 의하는 방향으로 전환하고 있고,²⁾ 우리나라에서도 재판외분쟁해결제도에 대한 일반적인 관심이 높아져 가고 있다. 이는 비단 우리나라뿐만 아니라 세계적인 추세이다.³⁾

우리나라에서의 재판외분쟁해결제도는 주로 민사 및 상사분쟁 등에서 활용되어 오고 있다. 현행 민사조정법은 제1조에서 “이 법은 민사에 관한 분쟁을 간이한 절차에 따라 당사자 사이의 상호 양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결함을 원칙으로 한다”라고 규정하고 있으며, 중재

1) 예컨대 과도한 시간과 비용의 소요, 절차의 고도한 정교화에 따른 비전문가의 소송수행 곤란, 실체와 절차의 분리로 인한 판결의 당사자 설득력 저하 등의 문제가 결함으로 나타나고 있다.

2) 정찬모, 지적재산권분쟁의 중재가능성, 중재(통권 제307호), 대한상사중재원, 2003, 봄호, 55면.

3) 司法制度改革審議會意見書, 裁判外紛爭解決手段(ADR)의擴充・活性化, JURIST, No. 1208, 日本 司法制度改革審議會, 2001, 9. 15, 201면 이하 참조.

법 제1조에서는 “이 법은 중재에 의하여 사법상의 분쟁을 적정하고 공평하며 신속하게 해결함을 목적으로 한다” 라고 규정하고 있다. 이에 비해 행정사건의 경우에는 당사자의 상호 양해로 분쟁을 해결하는 조정제도나 중재기관에 의해 합의를 이끌어내는 중재제도가 법적으로 마련되어 있지 않다. 그런데 지난 달, 국무총리행정심판위원회에서 ‘과징금부과처분취소청구사건’에서 당사자의 상호 양해를 통한 사실상의 조정이 이루어졌다. 이 사건은 경미한 폐기물관리법 위반으로 과징금 2,000만원이 부과되자 그 부과처분의 취소를 청구한 사건에서 청구를 인용하거나 기각하는 재결을 하지 아니하고 당사자의 상호 양해하에 과징금의 액수를 1,000만원으로 변경 처분키로 하고, 청구인은 심판청구를 취하하기로 한 사건이다.⁴⁾ 뿐만 아니라 서울행정법원의 경우 소위 사실상의 조정에 의한 사건 해결이 전체 사건의 10%를 상회하는 수준에 이르는 등 행정사건에 대해서도 이미 법원에서 재판외분쟁해결제도에 의한 구제가 이루어지고 있다.⁵⁾

행정사건은 그 대상이 행정처분이며, 행정처분은 행정청의 행정행위로서 이는 공권력의 행사이므로 그것이 상대방인 개인의 권리의무의 득실변경에 미치는 영향은 지대하다. 이에 관한 구제절차로는 행정심판, 행정소송 등이 제도적 마련되어 있긴 하나 그 절차가 복잡하고 상당한 시일이 요구되는 것이어서 손쉽게 신속한 구제가 이루어지기는 사실상 어려운 것이 현실이다. 따라서 분쟁을 간소한 절차에 의해서 당사자의 상호양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결하는 조정이나 중재기관의 중재를 통하여 합의를 이끌어내는 중재 등에 의한 행정구제가 이루어져야 할 필요성은 민사사건이나 상사사건 못지않게 행정구제절차에 있어서도 절실히 요구된다 하겠다.

따라서 본 고에서는 행정사건에 대하여도 행정심판 과정에서나 행정소송단계에서 민사조정이나 상사중재의 경우와 같이 행정청이나 법원에 의한 재판외분쟁해결제도를 도입할 필요성과, 도입에 따른 문제점 및 그 허용성에 관한 법리를 고찰함으로써 현행 행정구제제도에 있어서의 그 확대 방안을 제시해 보고자 한다.

4) 법률신문, 2003년 12월 22일자 1면 참조.

5) 법률신문, 2001년 1월 10일자 1면.

II. ADR의 內容

1. ADR의 種類

일반적으로 재판외 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution)(이하 'ADR'이라 한다)라 함은 소송절차에 의한 판결에 의하지 아니하고 법적 분쟁을 해결하는 제도를 의미한다.⁶⁾ ADR에는 조정(Mediation), 중재(Arbitration) 등이 있으며, 원칙적으로 당사자 쌍방의 일치된 자율적 의사에 기한 자주적 분쟁해결방식이기 때문에 상대방의 의사나 태도와 관계없는 국가권력에 의한 강제적 분쟁해결방식인 소송과는 차이가 있다.

조정은 조정기관의 주재 하에 당사자를 설득하여 당사자간의 협상을 통하여 합의를 도출하는 분쟁해결방법이다. 따라서 조정은 조정기관이 주재한다는 점과 당사자가 협상을 통하여 자주적인 합의를 한다는 점을 그 요소로 하고 있다. 우리 법원의 민사조정제도는 조정기관의 형태에 따라 수소법원에 의한 조정과, 조정담당판사에 의한 조정, 조정위원회에 의한 조정 등 3가지로 나누어진다.⁷⁾ 조정은 조정기일에서 쌍방 당사자간에 임의로 조정이 이루어지면 소송상화해와 동일한 효력이 발생하며,⁸⁾ 만일 임의 조정이 성립되지 아니한 경우에는 조정기관이 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있으며,⁹⁾ 그 결정에 불복하는 자는 조서등본을 송달받은 날로부터 2주 이내에 이의를 신청하면 결정의 효력은 상실되고, 그 사건은 민사소송절차로 넘어가게 된다.¹⁰⁾

중재는 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말하며,¹¹⁾ 특히 상사분쟁을

6) 허만, 미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결, 민사판례연구XIV, 1992, 442면.

7) 민사조정법 제7조.

8) 민사조정법 제29조.

9) 민사조정법 제30조.

10) 민사조정법 제34조 내지 제36조.

해결하는 방법의 하나이다. 중재제도는 당사자간에 합의가 있는 때에 한하여 이를 이용하게 되어 있으며, 분쟁의 해결을 담당하는 중재인의 신분이 민간인이라는 점이다. 여기서 민간인이라 함은 그 신분이 공무원, 법관이 되어서는 안된다는 말이다. 또한 중재는 단심의 형태를 띠고 있다. 특히 오늘날 중재인들은 비록 법관은 아니지만 법관과 같은 자격을 가진 자와 각 분야의 전문가로 되어 있어 그 신뢰성과 전문성에 있어 법관에 뒤지지 않는다.¹²⁾ 또한 조정은 구술심리나 서면심리 어느 쪽을 채택하여도 무방하며, 중재절차 진행 중에도 당사자가 화해에 이른 때에는 중재절차는 종료된다.¹³⁾ 중재판정의 효력은 당사자간에 있어서 법원의 확정판결과 같은 효력을 가지며,¹⁴⁾ 仲裁判定에 대한 不服은 法院에 제기하는 仲裁判定取消의 訴에 의하여만 할 수 있다.¹⁵⁾

2. 美國 ADR과의 比較

미국에서는 1960년대 후반부터 ADR에 따른 민사분쟁해결을 활성화하고자 하는 이른바 ADR Movement가 등장하였고, 이에 관한 연구도 활발하게 진행되었다. 1982년 당시 미 연방대법원장 Warren E. Burger에 의해 민사소송사건의 증가와 사건처리지체에 대한 대책 가운데 하나로서, 일정한 유형의 사건은 당사자주의에 터잡은 민사소송절차가 아니라 행정적절차 또는 조정이나 중재와 같은 절차를 통하여 해결하는 방안을 모색하는 것이 바람직하고, 법원에서도 ADR을 민사소송절차에 대한 보완적 절차가 아닌 대체적 절차로 인식해야 한다고 하는 주장이 제기되면서 더욱 주목 받는 계기가 되었다.¹⁶⁾

미국의 ADR의 특징을 살펴보면 첫째, 소송대기시간의 지연에 따른 대

11) 중재법 제3조 제1호.

12) 중재법 제25조 제1항.

13) 중재법 제31조 제1항.

14) 중재법 제35조.

15) 중재법 제36조 제1항.

16) Warren E. Burger, Isn't There a Better Way, 68 A.B.A.J., 1982, 274면.

안으로 활성화되었다고 볼 수 있다. 미국에서 민사소송이 지연된다는 것은 소 제기 이후 재판까지 당사자들이 오랫동안 기다려야 하며, 이러한 소송 대기시간의 장기화가 ADR의 연구를 촉진시킨 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁾ 이에 비해 우리나라의 경우에는 재판기간의 지연 즉, 심리의 장기화에 따른 대안으로 등장하였다고 엄격히 정의할 수 있다. 둘째, 미국에서는 배심제도를 두고 있어 배심원의 기회비용 등으로 인하여 민사소송의 경제·사회적 비용이 상대적으로 크기 때문에 재판을 억제함으로써 신속하고 저렴한 비용으로 분쟁을 해결한다는 것이 사회적으로 문제가 되어 왔고, 이러한 해소책으로 등장한 것이 ADR이라 할 수 있다. 이에 비해 민사배심제도가 없는 우리나라에서는 민사소송의 경제적·사회적 부담이 상대적으로 작다고 할 수 있다. 이것은 만일 당사자들이 ADR을 통한 결과에 만족하지 못하는 경우 당사자가 이에 불복하고 정식재판을 청구할 가능성이 상대적으로 높다는 것을 의미한다. 셋째, 당사자주의의 채택으로 인하여 비합리적인 당사자의 요구가 남용되는 등의 폐단이 존재한다.¹⁸⁾ 심지어는 이러한 당사자주의의 남용을 방지하기 위하여 민사소송절차와는 다른 별도의 규칙을 제정하여 운용하고 있는 실정이다. 이에 비해 우리나라는 현재까지의 법원조정은 상대적으로 직권주의적 성격이 강하게 나타난다고 볼 수 있다.

넷째, 행정청에 의한 ADR에 관한 관여에 있어서의 중립성의 철저한 유지이다. 미국에서는 정부기관에서 법률에 따라 사실조사를 한 다음 작성한 사실보고서도 그 신뢰성이 인정할만한 정황이 부족한 경우에는 그 증거능력조차 부정하고 있다. 따라서 당해 분쟁의 당사자가 될 가능성이 있는 행정기관이 그 분쟁에 관한 조정기관 또는 중재기관으로 활동하는 것은 거의 불가능한 실정이다. 결국 미국에서는 정부기관이 최소한 당해 분쟁에 대하여 중립적 지위에 있다는 것을 당연한 전제로 하고 있다. 이에 비해 우리나라의 경우에는 행정기관의 자료를 신뢰할 뿐만 아니라 직·간접적

17) Charles B. Renfrew, Social Factors, State Court Journal Volume 9 Number 4, 1985, 13면.

18) 상세내용은 김시철, 우리나라와 미국의 민사소송제도에 대한 비교법적 분석-사실발견절차 및 이에 관한 민사소송법 개정안을 중심으로-, 재판자료 제89집, 법원도서관, 1999, 453~455면 참조.

으로 관여하는 사례가 없지 않다.¹⁹⁾ 이로 인하여 당사자의 의사를 존중하고, 쌍방 당사자의 합리적 협상을 통하여 구체적으로 타당한 분쟁해결을 지향하는 바람직한 ADR에 의한 분쟁해결이 될 수 없다. 또한 우리나라에는 행정부 산하의 각종 행정위원회에 의한 조정제도가 다수 도입되어 있다.²⁰⁾ 그러나 현실적으로 일반인들의 신뢰를 받기는 어려운 실정이다. 그 이유는 역시 행정조정위원회의 중립성과 직무상 독립성에 문제가 있기 때문이다.

Ⅲ. 行政事件에서의 ADR 適用 여부

1. 行政訴訟의 경우

현행 행정소송법 제3조는 행정소송을 항고소송, 당사자소송, 민중소송 및 기관소송으로 구분하고 있다. 이 가운데 민중소송과 기관소송은 법정주의를 취하고 있으므로²¹⁾ 현행 행정소송의 구조는 항고소송과 당사자소송의 이원적 구조를 취하고 있다고 볼 수 있다.

통상 항고소송은 행정청의 처분 및 재결을 대상으로 하는 것인 반면, 당사자소송은 공법상 법률관계를 대상으로 하는 것이어서, 전자는 처분의 위법성을 공격하기 위한 것이고, 후자는 행정주체와 사인간의 권리의무를 확

19) 예컨대 삼풍사고 사건 등 다수의 피해자가 발생한 대형사고 사건에서 그 법적 분쟁에 직·간접적으로 관련된 행정기관이 피해자들에 대한 보상절차를 주관한 사례가 적지 않았다.

20) 정보통신부 산하 프로그램심의조정위원회, 문화관광부 산하 저작권심의조정위원회, 환경부 산하 환경분쟁조정위원회 등이 있으며, 특허청 내부에 산업재산권분쟁조정위원회 등이 설치되어 있다.

21) 행정소송법 제5장(민중소송 및 기관소송) 제45조에서는 “민중소송 및 기관소송은 법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한하여 제기할 수 있다”라고 규정하고 있다.

정하기 위한 것으로 이해할 수 있다.

본 고의 검토와 관련하여 지적할 수 있는 점은 현행 우리나라 행정소송에 있어서는 소송상 화해를 명문으로 규정하고 있지 않다는 점이다. 독일의 경우 모든 유형의 행정소송에 있어 실제법적인 공법상계약으로서의 효력을 갖는 재판상화해가 행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung) 제106조에서 명문으로 규정하고 있다. 행정소송이 권리구제를 위한 것이기 때문에 원고는 자신의 권리를 양보하여 재판상화해를 성립시킴으로써 소송을 종결시킬 수 있다는 것이다.²²⁾ 이 밖에도 행정소송에 관해 불기소합의 내지 사전적인 소송포기를 허용하고 그에 반해 소송을 제기하면 권리보호필요성의 결여를 이유로 이를 각하하고 있다.²³⁾ 그러나 우리나라의 경우 독일과는 달리 소송상 화해의 규정이 없는 관계로 항고소송에서는 당사자가 소송물인 처분의 위법성 여부에 대해 처분권이 없다는 이유로 민사소송법의 준용에 의한 소송상화해를 부정하는 것이 통설이다. 또한 우리 판례 역시 행정소송에 관한 불기소합의를 무효로 보고 있다.

그러나 구체적으로는 소송상의 화해·청구의 포기·인락에 관한 민사소송법의 규정(제220조 등)이 행정소송에 준용되는가에 대하여는 견해가 나뉜다. 지금까지의 통설은 앞서 언급한 바와 같이 행정소송에서는 처분권주의가 그대로 적용되지 못한다는 점과 직권심리주의(행정소송법 제26조)가 적용된다는 점 등의 이유로 부정하는 입장이었다. 그러나 최근에는 행정소송법상 화해에 관하여 현행 행정소송법의 해석에 의하여도 일정한 범위내에서 허용된다는 유력한 견해가 주장되고 있다.²⁴⁾

이와 관련하여 검토컨대, 행정소송 가운데 당사자소송에 대하여는 현행 행정소송법 제3조 제2호에서 “행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관

22) 상세 내용은 박정훈, 행정소송에 있어서 소송상 화해, 인권과 정의, 1999. 11월호 참조.

23) BVerwGE 44, 298(300), BVerwG, NVwZ 1988, 532.

24) 백윤기, 행정소송제도의 개선, 행정법원의 좌표와 진로, 서울 행정법원, 1999, 179면; 박정훈 앞의 글, 8면; 유지태, 행정소송법에서의 화해, 청구포기 및 청구인락, 고시계, 2002. 2월호, 68면.

제의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송"이라고 정의하고 있다. 당사자소송의 전형적인 대상은 행정상의 손해배상, 공법상 부당이득의 반환, 공법상 사무관리비용의 반환, 행정계약의 이행에 의거한 금전급부관계가 될 것이며, 현재 이들은 모두 민사소송으로 다루어지고 있다. 이러한 점을 감안한다면 당사자소송에 대하여 소송상 화해제도 등의 적용을 기피할 이유가 없다고 본다. 일반적으로 민사소송이나 행정소송이나를 구별하는 기준이 공법상의 권리관계냐 사법상의 권리관계냐로 판단하고 있으나, 국가나 공공단체의 행위에 관한 분쟁 가운데는 공법·사법의 구별 자체가 구체적으로 명확하지 않은 경우가 있어 행정소송과 민사소송의 한계로 대두되고 있기도 하다. 이 점과 관련하여 판례는 행정주체로서의 관청이 "공권력의 주체로서 ……공공적 성질을 帶有하여 공공복지와 밀접한 관련을 갖고 있는 때"에는 ……행정사건으로, 행정주체가 "경제생활의 주체로서 ……공공복지와 밀접한 관련이 없는 때"에는 민사사건이라고 판시²⁵⁾하고 있다. 예컨대, 특허권과 관련한 특허청의 행정처분에 대해서도 그 처분을 바로잡는 소송(사정계사건)에 대하여는 행정상 취소소송인 반면, 특허권은 사법상의 권리가기 때문에 특허권자와 제3자간에 다투어지는 소송(당사자계사건)은 민사소송으로 다루어져야 한다는 견해가 있다.²⁶⁾ 이러한 점들에 비추어 민사소송에 의하지 않는 행정상의 소송이라 할지라도 '처분'이라는 원인행위에 머물지 않고, 그 실질적인 권리관계의 성질을 개별적으로 판단하여 필요에 따라 소송상 화해의 인용 등의 분쟁해결방법에 의거하여 처리하는 것이 소송을 통해 나타날 수 있는 문제점을 보완할 수 있을 것으로 생각된다.

또한 행정소송에서 직권심리주의를 채택하고 있다는 이유로 소송상의 화해 등이 행정소송에 적용될 수 없다고 이해하는 데에는 다소 무리가 있는 듯 하다. 행정소송상의 직권심리주의는 분쟁해결절차에서의 사실관계 조사에 관한 책임을 전적으로 분쟁해결주체만이 부담하는 원칙을 말한다. 따라서 분쟁해결 주체인 법원은 당사자의 제출자료에 구속받음이 없이 직

25) 대판 87누788선고, 1989. 10. 24.

26) 이상경, 지적재산권소송법, 육법사, 1988, 48면.

권으로 사실관계와 증거를 조사하며, 사실관계의 해명을 당사자에게 맡기지 않고 스스로 행하여야 한다.²⁷⁾ 이와 같이 직권심리주의가 행정소송상의 원칙임에도 불구하고 행정소송에서는 여전히 변론주의가 원칙적으로 적용되며, 오히려 직권심리주의는 변론주의 원칙을 보충하는 원칙으로 적용된다고 이해된다.²⁸⁾ 다만, 이와 관련하여서는 여러 학설이 주장되고 있긴 하나 표현상의 차이만 있을 뿐 변론주의의 기본을 유지하는 한도내에서만 법원의 직권심리주의가 인정된다는 사실에 대해서는 차이가 없는 것으로 해석하고 있다.

판례의 경우에도 행정소송법 제26조에 근거한 법원의 직권심리주의에 대하여는 행정소송의 특수성에서 연유하는 당사자주의, 변론주의에 대한 일부 예외규정일 뿐 법원이 아무런 제한없이 당사자가 주장하지도 않은 사실을 직권으로 판단할 수 있는 것은 아니라고 보고 있다.²⁹⁾ 이러한 근거 등을 놓고 볼 때 직권심리주의를 채택하고 있다고 하여 행정소송에서 재판외분쟁해결제도를 도입하지 못한다는 이유는 설득력이 약하다. 우리 법원 역시 다수 법관들이 행정소송에 대하여 재판상화해를 인정할 수 있다는 견해를 가지고 있으며, 실제 재판부가 조정권고문을 제시하여 소를 자진 취하하거나 혹은 행정청이 처분을 변경하는 형식을 통해 분쟁을 해결하는 사실상의 조정이 이어지고 있는 실정이며, 또한 큰 성과를 거두고 있는 것으로 평가되고 있다.³⁰⁾

2. 行政審判의 경우

지난해 12월 16일 국무총리행정심판위원회는 폐기물중간처리업체가 회사차량에 지정폐기물 수집·운반표지를 하지 않았다는 이유로 2천만원의

27) Kropshofer, Untersuchungsgrundsatz und Anwaltliche Vertretung im Verwaltungsprozeß, 1981, 28면.

28) 김남진, 행정법, 법문사, 2001, 812면.

29) 대판 1986. 6. 24, 85누321; 대판 1987. 11. 10, 86누491; 대판 1994. 4. 26, 92누17402; 대판 1995. 2. 14, 94누5069 등.

30) 법률신문, 2003. 12. 22, 1면.

과징금을 부과한 것은 부당하다는 이유로 낙동강유역환경청장을 상대로 낸 과징금부과처분취소청구사건에서 “피청구인은 과징금을 2천만원에서 1천만원으로 처분 변경하고, 청구인은 행정심판청구를 취하하라”는 사실상의 조정결정을 내린 바 있다. 이에 따라 피청구인은 과징금을 1천만원으로 감액한 새로운 처분을 내리기로 하는 한편 청구인은 행정심판을 취하하기로 합의해 사건을 종결시켰다. 이 결정은 행정심판위원회가 행정심판사건을 조정으로 처리한 최초의 사건에 해당된다.

행정심판사건에서 조정을 통한 원만한 합의를 도출해 낸다면 청구인들이 행정심판위원회의 결정에 불복하여 제기하던 행정소송이 크게 줄어들 것으로 예측된다. 하지만 이 같은 조정제도가 아직은 법적 근거가 없어 강제력이 없기 때문에 제도 정착을 위해서는 법 개정을 통한 법적 근거를 마련해야 하는 과제가 남아 있다.

행정심판은 법원이 갖추지 못한 행정에 관한 전문지식의 활용, 행정소송에 소요되는 시간과 비용 및 노력의 절감 등을 통하여 간이·신속한 구제제도로서의 역할을 하고 있다. 이러한 이유로 행정심판법 제정·시행 이후 행정심판 청구가 급증하고 있다.³¹⁾

현행 행정심판법은 행정심판을 취소심판과 무효등확인심판 및 의무이행심판으로 나누고 있으며, 취소심판과 무효등확인심판은 처분을 대상으로 하고 있고, 의무이행심판은 거부처분과 부작위를 대상으로 하고 있는데, 사실상 핵심은 처분에 있다 할 것이다.³²⁾ 또한 행정심판은 그 대상과 당사자, 심리의 범위와 판단의 효력 등이 기본적으로 행정소송과 거의 같다고

31) 연도별 사건처리현황을 보면 1995년 362건에서 2003년 12월 13일 현재 12,612건으로 증가하였다.

32) 행정심판법 제2조 제1항 제2호에서는 부작위를 “행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것으로” 정의하고 있는데, 이와 관련하여 부작위의 개념은 처분의 개념을 전제로 하며, 부작위란 한마디로 처분의 결여를 의미하므로 결국은 행정심판도 그 핵심적인 대상은 처분이라고 보는 견해가 있다. 최영규, 공법·처분·법률상 이익-행정심판을 통한 권리구제의 확대를 위한 시론-, 청담 최송화교수 화갑기념논문집, 현대공법학의 과제, 박영사, 2002, 462면.

볼 수 있다.³³⁾ 물론 행정소송 특질상의 원칙인 처분권주의와 직권심리주의 역시 행정심판에 그대로 적용된다. 다만, 행정심판의 경우에는 행정청을 일방 당사자로 하는 까닭에 행정청의 공권력의 행사 또는 불행사로 권리 이익이 침해된 경우에 그 공권력의 행사 또는 불행사를 대상으로 그 침해된 권익의 구제를 구하는 이른 바, 행정소송에서의 항고소송의 형태인 항고심판만을 행정심판법에서 규율하고 있으며, 당사자심판은 각 개별법에서 인정되고 있다. 소송의 실무면에서도 본래 행정소송 가운데 당사자소송으로 처리하여야 할, 예컨대 국가배상청구소송이나 손실보상청구소송, 공법상 부당이득반환청구소송 등 대부분의 분쟁은 민사소송으로 처리되고 있어서 이들의 영역에 관하여 조정 등의 재판외분쟁해결제도를 적용하는 것은 문제가 되지 않겠으나, 행정청을 상대로 하는 항고소송 혹은 항고심판의 경우에 재판외분쟁해결제도를 도입할 경우 당해 사건에 대한 법적 지식이나 정보 혹은 전문성 등에서 상대적으로 열세에 있는 국민의 입장에서 대등한 관계에서 재판외분쟁해결제도의 혜택을 받을 수 있겠는지가 의문이 든다. 하지만 행정사건에서 직권심리주의를 심리원칙으로 채택한 근본적인 이유가 상대적 열세에 놓이게 되는 원고인 국민을 보호하여 소송상의 무기대등의 원칙을 구현하고자 함에 있으므로³⁴⁾ 오히려 직권심리주의가 이에 관한 보완 역할을 할 수 있을 것으로 보며, 또한 재판외분쟁해결제도의 성질상 강제성이 주어질 수 없으므로 원하는 내용으로의 합의가 성립되지 않는 경우에는 정식 심판이나 소송을 통한 구제의 길은 항상 열려 있으므로 크게 염려하지 않아도 될 것이다.

33) 물론 판정기관(행정기관 대 법원), 쟁송사항(위법·부당한 처분 대 위법한 처분), 쟁송종류(의무이행심판을 인정하는데 비해 의무이행소송은 불인정), 쟁송절차(재결청 또는 행정청 대 법원), 심리절차(구술심리 또는 서면심리 대 구술변론)에 있어서는 상이점을 가진다.

34) Michael, Die Verteilung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß, Diss. Heidelberg, 1976, 39면.

IV. 行政事件에의 ADR 導入方案

1. 問題點 檢討

1) 行政事件에의 民事節次 適用 可能性

현행 ADR은 사법 분야의 전유물로 인식되고 있다. 민사소송법 중 화해에 관한 규정, 민사조정법상의 조정 그리고 중재법상의 중재 등을 ADR을 두고 있는데 비해, 공법분야에서는 환경분쟁조정법, 국가배상법 등 일부 특별법 영역에서만 이를 한정적으로 인정하고 있다. 주된 이유인 즉, 행정 사건은 사법사건과는 달리 중요한 공익적 요소를 포함하는 경우가 많고, 분쟁 당사자가 아닌 제3자의 권익에 관련되는 특질에 의한 것이라고 볼 수 있다. 행정사건에 대하여 재판외분쟁해결제도를 잘못 이용하게 되면 공익적·정책적 이슈나 법률의 해석과 관련된 문제를 사적 협상의 대상으로 전화시켜 버릴 가능성이 있다는 우려를 자아내고 있는 대목이다.³⁵⁾

일반적으로 사법작용은 당사자 사이에 구체적 법률분쟁이 있다는 것을 전제로 하여 당사자의 소 제기에 의하여 일정한 절차를 거쳐서 무엇이 법인가를 판단·선언함으로써 분쟁을 해결하는 작용으로 보고 있다.³⁶⁾ 따라서 사법작용은 구체적·법적 분쟁에 대하여 개별적인 사실발견절차를 거친 다음, 이에 대하여 적절한 법률적용을 하는 것을 기본적 요건으로 하고, 또한 분쟁해결을 고유목적으로 하는 국가작용으로서 당사자의 청구에 대응하여 소극적으로 법집행을 하는 것이 원칙이며, 개별재판부의 독립성 및 중립성의 보장은 공정한 사법작용의 필수적 요소가 된다.³⁷⁾ 이에 비해

35) Harter, Negotiating Regulations-A Cure For Malaise, 71 Georgia Law Journal 1, 1982, 101면; Fiss, Against Settlement, 93 Yale Law Journal 1073, 1984, 1085면.

36) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2001, 11면; 헌법재판소 1996. 1. 25, 95 헌가5 결정.

37) 김시철, 앞의 글, 390면.

행정작용은 법적 분쟁을 전제로 하지 않고, 구체적 사건이 아닌 전체사회에 대하여 당사자의 신청을 기다리지 않고, 또한 적극적이고 형성적인 법집행을 하는 것을 원칙으로 하고 있으며, 개별기관의 독립성을 인정하기 보다는 오히려 전체 행정부가 통일적이고 계속적인 국가작용을 하는 것으로 인식되고 있다. 이러한 차이로 인하여 현행 사법작용에만 적용되어지고 있는 ADR을 행정사건에도 그대로 적용할 수 있는지가 문제되는 것이다.

검토컨대, ADR에 의한 절차는 분쟁 당사자의 역학관계로부터 직접적인 영향을 받는다고 할 수 있으며, 이 경우 경제적·사회적 강자의 지위에 놓여 있는 행정청이 상대적 약자의 위치에 있게 되는 일반 국민으로부터 양보를 얻어내는 절차로 전락할 가능성을 배제할 수 없다. 미국의 경우에도 현실적으로 거대기업에 의하여 환경피해를 입은 농어민과 같은 경우, 당사자들의 경제적인 힘이 아니라 법원칙에 의하여 결론이 나오는 분쟁해결방식을 선호하고, 협상이나 조정은 부적절하다는 것이 지배적인 견해로 되어 있다.³⁸⁾

사법작용에 주로 적용되어지고 있는 ADR을 공법작용에 그대로 적용할 수 있겠는지에 관하여는 공·사법을 구별하는 이론과도 관련이 된다. 영미법계 국가와는 달리 대륙법계 국가는 전통적으로 공·사법을 구별해 왔고, 우리나라의 경우에도 예외 없이 공·사법 구별론의 입장에서 서 있다.³⁹⁾

우리나라의 경우 일반적으로 공법상의 권리관계나, 아니면 사법상의 권리관계나로 행정소송과 민사소송을 구별하고 있긴 하나, 국가나 공공단체의 행위에 관한 분쟁 가운데는 공법·사법의 구별 자체가 구체적으로 명확하지 않은 경우가 행정소송과 민사소송의 한계로 대두되고 있으며, 오늘날 입법의 현실은 종래의 공법·사법의 구별에 집착하지 않음을 알 수 있다. 예컨대 지난 해 시행된 '공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률'은 종래 사법으로 보아 오던 '공공용지의취득및손실에관한특별법'과 공법으로 보아 오던 '토지수용법'을 통합한 법률에 해당된다.⁴⁰⁾ 또한 공·사법

38) 허만, 앞의 글, 450면.

39) 김남진, 앞의 책, 80면; 김철용, 행정법 I, 박영사, 12면; 대법 1961. 10. 5. 선고 4292행상6 판결, 동 1966. 4. 26, 선고 66누27 판결 등.

40) '공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률'과 관련하여, 동 법은 공법

의 구별을 인정한다 하더라도 반드시 공법적 분쟁을 해결하는 절차와 사법적 분쟁을 해결하는 절차가 별도로 존재해야 한다는 결론은 모순이다. 현재 당사자소송으로 처리되어야 할 공법관계에 관한 분쟁의 대부분은 민사소송으로 처리하고 있음은 이를 증명한다.

따라서 행정사건에 대하여 ADR제도를 도입하는데 있어서의 공법적 성질 여부는 그리 문제되지 않는다. 다만 앞서 살핀 바와 같이 행정사건 가운데 항고소송이나 항고심판의 경우 일방 당사자는 행정청이 됨으로 상대적으로 전문지식이 많고, 강자의 위치를 점하고 있는 관계로 말미암아 대등한 관계에서의 협상이 이루어지지 않고, 강제협상을 유도해 낼 우려는 없지 않다. 하지만 이 같은 문제는 ADR제도의 특성상 합의에 이르지 못한 경우 언제든지 행정심판이나 행정소송 등을 통한 구제의 길이 열려 있으므로 행정쟁송의 전단계적 분쟁해결방법으로서의 도입의 필요성은 충분하다고 본다.

2) 根據法의 不在

공법분야에서 ADR을 채택하고 있는 법규 가운데 대표적인 것으로 환경분쟁조정법을 들 수 있다.

환경분쟁조정법의 특징을 살펴보면, 첫째, 직권심리주의 방식을 취하고 있다는 점이다. 공익상 필요에 따라서는 당사자의 신청이 없더라도 직권으로 조정절차를 개시할 수 있으며,⁴¹⁾ 위원회에 조사권도 부여되어 있다.⁴²⁾ 둘째, 공익과 사익을 동시에 위한다는 목적을 가지고 있다는 점이다. 동법 제1조에서는 환경분쟁을 공정·신속하게 해결함으로써 환경을 보전하고, 국민의 건강과 재산상의 피해를 구제함을 목적으로 하고 있는 바, 환경보전과 국민의 건강은 공익에 해당되며, 개인의 재산상의 피해 구제는

적인 성격을 갖는 토지취득절차와 사법적인 성격을 갖는 토지취득절차가 혼합되어 있는 혼합법으로 이해하는 견해가 제시되고 있다. 유지태, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률의 내용 및 평가, 고시연구, 2002. 2월호, 47면.

41) 환경분쟁조정법 제30조.

42) 환경분쟁조정법 제32조.

사익이 된다. 셋째, 조정과 관련하여 민사법의 준용규정을 두고 있지 않다는 점이다. 소송상 화해에 관한 민사소송법 규정이 행정소송에서의 소송상 화해에도 준용⁴³⁾될 수 있는 것처럼, 민사소송법의 준용이 행정소송에 일반적으로 있음에 비하여 예컨대, 조정 및 중재에 대해서는 민사조정법과 중재법에서 각각 민사에 관한 분쟁에 한정하여 적용하도록 명확히 규정하고 있으므로⁴⁴⁾ 민사조정법이나 중재법을 행정사건에 그대로 적용하는 것은 입법취지에 맞지 않는다는 것이다. 법원실무에 있어서도 행정사건에 대한 사실상의 조정에 있어 민사조정법을 준용하지 않고 있다. 따라서 행정사건에서 ADR의 도입을 위해서는 민사조정법이나 중재법등과 같이 별도의 근거 법규의 제정이 요구된다.

3) 第三者 保護의 問題

공익적 요소가 강한 행정사건의 경우 그 결과에 따라 국민 전체의 이익은 제3자의 권익과도 직결된다. 예컨대 공익사업을 위한 토지수용에 있어서 당해 사업구역안의 토지소유자가 사업시행자 혹은 행정청을 상대로 처분의 변경을 요구하는 사안이 만일 조정이나 화해에 의해 당해 계획내용이 변경된다면, 국가의 국토계획에 의한 국토의 균형 있는 발전이라는 공익적 요소에 훼손을 가져올 수도 있을 뿐만 아니라 당해 계획사업을 신뢰한 타 토지소유자 및 인근 토지소유자의 권익에도 큰 손상을 가져올 수 있다. 이러한 문제가 행정사건에의 ADR 도입의 반대 논거가 될 수는 있다. 그러나 ADR에 의해 당사자의 합의가 도출된다 할지라도 그 결과에 대해서는 양 당사자간에 효력을 발생하는 것이지, 대세적인 효력을 가진다

43) 소송상 화해란 소송계속 중 당사자 쌍방이 소송물인 권리관계의 주장을 양보하여 소송을 종료시키기로 하는 기일에 있어서의 합의를 말한다. 우리나라의 경우 행정소송에서의 소송상화해는 허용되지 않는 것으로 보고 있으나, 독일의 경우 행정법원법 제106조는 “소송의 대상에 대한 처분권이 있는 한 당사자는 소송상 청구를 전부 또는 일부 종료시키기 위하여 법원 또는 수명법관이나 수탁판사의 조서에 기재함으로써 화해를 할 수 있다는 명문의 규정을 들 수 있다.

44) 민사조정법 제1조 및 중재법 제1조.

볼 수는 없다. 만일 당사자간에 합의된 내용에 의해 특정 제3자가 권의 침해를 가져온다면 이에 대해서는 제3자가 직접 행정쟁송을 통하여 구할 수 있는 길이 열려 있으므로 크게 문제되지는 않을 것이다.

4) 職權審理主義原則과의 衝突 問題

직권심리주의는 사실의 심리에 관한 것인데 비해, ADR에 의한 분쟁해은 소송물에 대한 처분권주의의 표현이기 때문에 양자의 충돌은 발생하 않는 것으로 이해하여야 할 것이다.⁴⁵⁾ 다만, 행정사건에서의 ADR에 의 합의결과는 당사자 사이에서만 확정판결과 같은 효력을 미치는 것으로고, 제3자에게는 그 효력이 미치지 않는 것으로 하여야 하는 제도적 장를 마련하고, 또한 처분의 적법성 여부에 대한 판단에 대해서도 기판력 발생하지 않는 것으로 한다면 크게 문제가 없을 것으로 생각된다.⁴⁶⁾

2. 具體的인 導入方案

1) 導入의 範圍 및 限界

ADR 가운데 조정의 경우에는 환경분쟁, 노동분쟁 등 행정분쟁에 대하여도 개별 근거법규를 가지고 활발히 이루어지고 있으나, 중재의 경우에는 재법의 규정에 의해 사실상 사법상의 분쟁에 한정하여 이루어지고 있⁴⁷⁾ 그럼에도 불구하고, 그 경계가 유동적이다 보니 지적재산권법, 독점 제법, 증권법 관련 법률관계에 중재 가능성을 인정하고 있는 것이 오늘 국제적인 추세이다. 따라서 이하에서는 미국 ADR을 본보기로 하여 우리나라가 ADR 도입시 그 범위 및 그 한계에 관하여 살펴 본다.

미국의 경우, 조정이 처음으로 도입된 분야는 노사분야로서,⁴⁸⁾ 1913년

백윤기, 행정소송제도의 개선, 행정법원의 좌표와 진로, 행정법원, 1999, 185면.

박정훈, 행정소송에 있어 소송상 화해, 인권과 정의 제279호, 1999. 11월호, 13면.

중재법 제1조.

노동부가 생기면서 노사분쟁을 해결하기 위하여 조정위원들로 구성된 협의회가 처음 구성되었다. 이러한 연방차원의 조정제도 도입은 이후 많은 주에 영향을 주었고 이로써 각 주간의 노동분쟁을 해결하기 위한 여러가지 법규가 제정되고 조정자의 양성이 이루어졌다. 그 후 미국 의회가 The Civil rights Act of 1964를 제정하고 법무부에 The Community Relations Service(CRS)를 창설하면서 노사관계 뿐 아니라 많은 분야에서 연방정부의 공무원에 의한 조정제도가 확대되었다. 이들의 역할은 민족, 인종, 국적에 따른 차별로 인한 마찰이나 분쟁을 해결하기 위하여 지역사회 또는 그 당사자들을 도와주는 것이었다. 1960년대 중반 이래 조정제도는 분쟁해결의 수단으로서 확고히 자리잡아가기 시작하였고, 공공분야에서도 연방정부는 분쟁의 효율적, 경제적 비공식적 해결을 위하여 무료 또는 저렴한 비용으로 조정 용역을 제공하는 Neighborhood Justice Centers (NJs)에 대하여 재정지원을 하게 되었다.⁴⁹⁾

미국의 경우 중재법은 1925년에 제정되었으나 주 대상은 상사, 특히 해상거래에 있었고 나머지 분야는 제외되는 것으로 해석되었다.⁵⁰⁾ 그러다가 소송의 장기, 고비용, 결과에 대한 불만족 등과 같은 단점이 누적되자 자율적 해결을 위한 효과적 제도가 필요하다는 생각을 갖게 되었으며, 앞서 언급한 바와 같이 1980년대 이후 일정한 유형의 사건은 행정적 절차 또는 조정이나 중재와 같은 절차를 통하여 해결하는 방안이 바람직한 것으로 인식하게 된 것이다. 대표적인 예로 지적재산권분쟁에 관한 중재를 들 수 있다. 특허분쟁의 중재적격에 대해 마지막까지 반대했던 법무부와 상무부가 중재찬성으로 돌아서면서 지적재산권소송의 부작용이 기업의 연구개발과 환경변화에의 효율적 대처에 방해가 되고 있다는 기술진흥정책에 관한 경제개발위원회의 보고서⁵¹⁾가 나온데 이어 1982년에는 특허법 제294조에

48) 상세내용은 Simkin, W. *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining*, Washington D.C.: Bureau of National Affairs, 1971. 참조.

49) 상세내용은 Christopher W. Moore, *THE MEDIATION PROCESS: Practical Strategy for resolving Conflict*, 1986. 참조.

50) *Zip Mfg. Co. v. Pep Mfg. Co.*, 44 F.2d 184(1930).

51) Position Paper by the Committee for Economic Development,

임의중재를 명문으로 규정하게 된 것이다

미국에서 ADR이 발전하게 된 근본적인 계기를 보면, 미국 사회에서의 대부분의 분쟁은 사법적 쟁송절차에 의하여 해결되고 있음을 부인할 수는 없으나, 때로는 현대적인 복잡한 분쟁에 있어서 사법적 해결만이 최선의 방법이 아니라는 인식에서 출발한다. 사건수의 폭발적 증가 역시 당사자에 대하여 비용의 증가를 초래할 뿐만 아니라 법원에 대하여도 업무 과중이라는 부담을 주고 있다는 면에서 더욱 그러하였다.⁵²⁾ 미국에서의 ADR운동(ADR Movement)은 과중한 업무 부담 등 사법제도가 직면한 문제점들에 관한 토의가 있었던 Pound Conference⁵³⁾에서 비롯되었다고 할 수 있다. 이 회의에서 Burger대법원장은 판사 등 사법부 구성원, 법학자들 및 변호사들에게 점증하는 사법부의 어려움을 타개하기 위한 해결책의 모색을 촉구하였고, 이후 새로운 ADR절차들이 실험적으로 시행되면서 다양한 절차들이 정착되게 된 것이다.⁵⁴⁾

이러한 일련의 과정 이후, 법원은 분쟁해결에 적절한 방안을 제시하는 등 당사자들 및 변호인들이 사법적 판단 이전에 화해에 이를 수 있도록 기회를 제공하고, 변호사들 또한 당사자들에게 ADR절차를 포함하여 분쟁의 신속, 경제적 해결에 적합한 비쟁송적 절차를 권유하기 시작하였으며, 이를 위하여 각 대학에서도 이에 관한 교육에 주안점을 두게 되었다. 콜로라도주에서는 변호사로 하여금 당사자에게 ADR절차에 관하여 조언하도

Subcommittee on Technology Policy, March 1979.

52) Joseph T. McLaughlin, "Alternative Dispute Resolution," Feb 25, 1993, The American Law Institute.

53) 정식 명칭은 "The Pound Conference on Popular Dissatisfaction with the Administration of justice" 인바, ABA(American Bar Association), the Judicial conference of the U.S., the Conference of State Chief justices 등에 의하여 후원된 회의로서, 1976. 4. 미네소타주 세인트폴(St. Paul)에서 개최되었다. (A. Leo Levin and Russel Wheeler, "THE POUND CONFERENCE: Perspective on Justice in the Future," 1979).

54) 미국에서의 ADR 발전에 관한 자세한 설명은, 손수일, "미국법원에서의 ADR 의 발전과 캘리포니아 북부 연방지방법원의 Early Neutral Evaluation", 裁判資料 제73집, 법원도서관 참조.

록 윤리적 의무를 부과하기도 하였다.⁵⁵⁾ 미국에서의 ADR은 당사자들의 이익을 위하여 분쟁을 법원 밖에서 해결하고, 사법적 쟁송절차에 수반되는 고비용, 절차 지연의 폐해를 경감하며, (3) 법정 분쟁으로 발전하는 것을 막기 위한, 일련의 절차라고 정의할 수 있다.⁵⁶⁾ 이러한 개념에 기초한 미국 ADR의 특색을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 미국의 ADR절차는 창조적 해결방안을 이끌어내고자 한다. 이러한 창조적 해결방안은 당사자들 스스로 창안해 내는 경우가 많다. 둘째, 미국의 ADR절차는 융통성이 많고 탄력적으로 운용됨으로써 사법적 쟁송절차보다 더 신속, 저렴, 편리한 해결을 도모한다. 즉, Discovery⁵⁷⁾등의 복잡하고 비용이 많이 드는 절차를 생략하거나 간략하게 하는 한편 변호사 선임비용의 부담도 경감할 수 있는 것이다. 셋째, 미국의 ADR절차는 비공개가 원칙이다. 이는 당사자들의 합의 결과가 개인의 명예나 회사의 재정상태 등에 좋지 않은 영향을 줄 수 있음을 고려할 때 매우 중요한 요소라고 할 수 있다. 넷째, 미국의 ADR절차는 당사자들로 하여금 그 진행에 직접 주도적으로 참여하고 합의안을 도출함에 영향력을 행사할 수 있도록 한다. 따라서 그 절차에 참여한 당사자들은 그 결과의 집행에 매우 적극적인 수 밖에 없다.

미국의 경우만 보더라도 ADR의 확대 필요성은 충분히 존재한다. 미국 외에도 대륙법계 국가인 독일의 경우, 경제적 이익과 관련한 모든 분쟁은 중재합의의 대상이 될 수 있도록 하고 있는 점⁵⁸⁾에 비추어 우리나라의 경우에도 ADR의 확대 도입은 필수적이라고 본다. 다만 그 범위와 관련하여 별도의 검토가 요구되나, 근본적으로는 조정제도의 경우 노동, 환경, 건설, 문화, 정보 등 다양한 분야에서 행정청 내부 또는 산하의 조직을 통하여

55) "Colorado Adopts Ethics Rule", *Alternatives to the High Cost of Litigation (CPR)*, Vol 10, No. 5 (May 1992), 70면.

56) Lieberman & Henry, "Lessons from the ADR Movement," 53 U. Clev. L. Rev. at 425-426 (Spring, 1986).

57) Discovery 절차에는, 證言기록절차인 Deposition, 서면에 의한 질문절차인 Interrogatories, 문서제출, 출입요청 등의 절차가 있다.

58) 정찬모, 지적재산권분쟁의 중재 가능성, 중재 통권 제307호, 2003, 63면.

조정위원회를 구성·운영하고 있는 바, 그 확대 여부만이 과제로 남으며, 상사사건 중심으로 운영되어 오고 있는 중재제도를 행정사건에 도입하는데 관하여는 신중한 검토가 요구된다. 이 점과 관련하여서는 앞서 지적재산권분쟁에 있어서 중재제도의 도입 가능성을 언급한 바와 같이 크게 무리는 따르지 않을 것으로 생각된다. 다만, 다음과 같은 한계영역은 분명히 존재한다. 행정사건에 도입하게 될 재판외분쟁해결제도는 원칙적으로 임의적 절차가 되어야 할 것이며, 그 효력과 관련하여 제3자의 권익보호를 위하여 ADR의 결과는 통상의 확정판결과 동일한 효력을 부여하여서는 곤란할 것이다.⁵⁹⁾ 이에 관하여는 행정사건 조정에 관한 별도의 절차법 제정시에 충분한 검토를 통하여 해결하여야 할 대목이다.

한편, 행정심판의 경우 행정소송의 전단계로 이해할 경우에는 그 자체로 재판외분쟁해결제도가 된다 하겠으나, 현재의 행정심판제도를 보면 적어도 부당한 처분에 대하여는 행정심판을 통한 구제가 중국적이고, 행정심판전치주의가 폐지⁶⁰⁾된 현 시점에서 행정심판을 거쳤던 안 거쳤던 행정소송을 통한 구제가 막혀 있다는 점에서 행정심판이 행정소송의 전심절차라고 볼 수 없다.⁶¹⁾ 그러나 가장 완비된 행정소송제도가 있음에도 불구하고 행정심판제도를 둔 이유는 간이신속한 구제, 구제대상의 확대, 행정청의 전문지식의 활용, 법원의 부담경감, 자율적 행정통제 등이 그 이유가 되겠는데, 이러한 이유만 놓고 보면 ADR을 도입하는 이유와 흡사하다 하겠다. 여하튼 현행 행정심판은 행정소송과 더불어 행정구제의 영역에서 운영되어지고 있다. 이러한 차에 행정심판위원회가 동 위원회에 심판청구된 사안에 대하여 조정을 유도해 낸 이번 사건을 보더라도 행정심판과는 별도로 ADR을 도입하는 방안이 필요하다. 즉, ADR의 도입과는 별개로 행정심판제도는 존치하여야 한다는 의미이다.

59) 김유환, 법원에서의 행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도, 최송화교수 화갑기념논문집, 현대공법학의 과제, 박영사, 2002, 752-753면.

60) 1994년 행정소송법 개정으로 행정심판전치주의가 폐지되었다.

61) 행정심판과 행정소송을 묶어 행정쟁송이라 하며, 양자는 다만 행정통제의 강도를 비롯하여 판정기관, 쟁송종류, 쟁송절차, 심리절차 등에서 차이를 보일 뿐이다. 김철용, 앞의 책, 462면.

2) 導入의 活性化 方案

우리나라에서 공법의 영역에서 재판외분쟁해결제도가 활성화되지 못하고 있는 가장 큰 이유는 공법사건에서는 협상과 합의를 통한 분쟁해결이 불가능하다고 생각하는 법이론 때문이라 할 수 있다.⁶²⁾ 그러나 이를 극복하기 위해서는 구체적인 재판외분쟁해결제도의 한계영역과 그 효력범위를 명확히 규정하는 법 제정으로 치유해 나갈 수 있다고 본다.⁶³⁾ 뿐만 아니라 우리나라는 민사조정법 이전의 각 個別法規들이 조정절차를 규정하고 있었으나 그 적용이 거의 없었던 관계로, 1990년 민사조정법이 제정되면서 비로소 조정이 ADR의 한 형태로 자리 잡게 되었다고 할 수 있다. 물론 조정의 법제화만으로 ADR의 활성화가 이루어졌다고는 할 수 없으므로, 결국 더 많은 형태의 ADR절차가 법조 직역, 특히 법원에 의하여 고안되고 채택, 사용되어야 할 것이다. 우리나라의 경우와는 달리 미국 법원은 간이심리(Mini-Trial), 간이배심 심리(Summary Jury Trial), 중립적 조기 평가절차(Early Neutral Evaluation) 등 다양한 형태의 ADR절차를 운용하면서 여러 ADR 절차들을 동시에 채택하고 있는바,⁶⁴⁾ 이러한 절차의 다양성이 분쟁의 평화적 해결에 큰 기여를 하고 있는 것 역시 사실이므로, 우리 법원도 더욱 다양한 형태의 ADR절차를 개발하여 채택함에 많은 노력을 기울여야 할 것이다. 이러한 측면에서, ADR절차의 활성화를 위하여서는 조정을 담당하는 판사 뿐 아니라 변호사들, 법학교수들 및 법률을 배우는 학생들에게 ADR에 대한 교육이 이루어져야 할 것이고, 가능한 한 빠른 시일 내에 법조 직역 내에서 ADR관련 교육 프로그램이 시행되어야 할 것이다.

62) 김유환, 앞의 책, 755면.

63) 우리나라의 경우와는 달리 Neighborhood Justice Center (NJC)와 같은 미국의 ADR 절차는 민사분쟁 뿐 아니라 형사분쟁의 해결에도 노력을 기울이고 있다. 물론 NJC가 처리하는 형사분쟁은 매우 가벼운 형사사건에 해당하는 것이기는 하나, 이러한 사건이 懲罰的 制裁 없이 해결될 수 있다면 그 비용 절감 및 시간의 절약이라는 사회적 이익은 매우 크다고 할 수 있다. 따라서, 민사사건 뿐 아니라 형사사건에도 적용할 수 있는 ADR의 考案은 우리에게도 필요하지 않을까 생각한다.

64) 이러한 법원의 기능을 강조한 것이 Multidoor Courthouse의 개념이다.

아울러 현행 중재법의 경우 1999년 법 개정을 통하여 중재의 대상이 되는 사법상의 법률관계가 계약상의 분쟁에 한정하지 않음을 명시함으로써 나뉘므로 중재의 대상을 확대하려는 입법의지를 보인데 대하여는 다행스럽게 생각한다. 그러나 여전히 중재법이 '사법상의 분쟁'으로 그 범위를 고정하다 보니 특히 공·사법의 구별이 명확하지 않은 예컨대, 지적재산권법, 독점규제법과 같은 영역에 대하여는 그 포함 여부가 불명확하다고 할 수 있다. 따라서 중재대상과 관련한 중재법의 개정 검토가 함께 이루어져야 할 것이다.

V. 맺음말

우리나라에서도 재판외분쟁해결제도에 대한 일반적 관심이 높아가고 있으며, ADR의 확산은 세계적인 추세에 있다.⁶⁵⁾ 때를 같이 하여 지난해에는 국무총리행정심판위원회에서 조정결정을 내리는 등 ADR에 의한 분쟁 해결은 더 이상 민사사건의 전유물이 아닌 것으로 확인되고 있다. ADR이 활성화되면 그 동안의 행정사건에서 청구기간이나 처분취소 등 일도양단식의 결정방식에서 벗어나 당사자간의 원만한 합의를 이끌어 낼 수 있게 될 것이며, 따라서 청구인들이 행정심판에 불복해 제기해 오던 행정소송도 크게 줄어들 것으로 예상된다.

그러나 행정사건에 있어서 만큼은 ADR에 대한 법적 근거가 없어 강제력이 없기 때문에 제도 정착을 위해서는 법 개정을 통한 법적 근거를 마련해야 하는 일이 시급하다 할 것이다.

65) ADR에 관한 연구에 관하여는 송상현 외, 재판에 의하지 아니한 분쟁해결 방법, 인권과 정의, 1994, 7면이하; 이기택, 분쟁해결방식의 다양화-헌 제도의 보완을 통한 법원의 역할 확대를 중심으로-, 법조, 1995. 7, 5면 이하 등 참조; 최근 일본에서도 ADR의 활용을 21세기 일본 사법개혁의 주요과제로 채택해 놓고 있다. 日本 司法制度改革委員會意見書, 裁判外紛爭解決手段(ADR)의 擴充・活性化, JURIST, No. 1208, 2001. 9. 15, 201면.

그 동안 행정사건에서 ADR의 도입을 주저해 왔던 근본적인 이유는 공법의 영역에서 당사자간의 합의를 도출해냄으로써 분쟁을 종결할 경우 그 결과로 인하여 가져 올 공익과 제3자의 보호이익이 문제되어 왔다. 행정행위 가운데 사법적 성격을 갖는 예컨대 공법상 계약 등의 경우에는 현행법상 민사조정법, 중재법 등을 적용을 받아 ADR의 영역 내에서 분쟁을 해결해 오고 있기 때문에 공법적 성격을 갖는 행정청의 행정행위에는 그 적용을 망설여 왔던 것이다.

그러나 앞서 검토한 바와 같이 공·사법의 구별 영역이 모호한 법규가 존재하고 있는 한편, 구별실익이 크지 않다는 점을 감안하고, 또한 제3자의 권익 보호를 위한 제도적 장치, 예컨대 ADR의 결과에 대하여는 당사자간에 효력이 미치는 것으로 하는 등 효력에 관한 규정을 법 제정시에 반영함으로써 이러한 흠결을 보완 또는 치유할 수 있다고 생각된다. 행정사건에서 재판외분쟁해결제도가 잘 정비된다면 행정법상 협력에 의한 행정의 이념에도 부합된다고 할 수 있다.⁶⁶⁾

이제는 행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도를 전면적으로 허용할 것인가 말것인가에 대한 논의가 아니라 어떠한 범위 안에서 인정할 것인가, 그리고 그 결과에 대해 어떠한 효력을 부여할 것인가에 관한 논의로 다가가야 한다. 현행 민사조정법이나 중재법의 경우에는 민사사건에 한하여 조정 혹은 중재할 수 있도록 규정하고 있으나, 이미 지적재산권법 분야에서는 그 분쟁의 중재 가능성이 열려 있다고 본다. 예컨대 영업비밀이나 저작권의 경우에는 그 권리의 성립에 국가의 행위를 요하지 않는다. 그럼에도 불구하고 지적재산권법에 근거한 분쟁을 행정사건이라고 보아 조정이나 중재의 대상에서 제외함은 옳지 못하다.

그렇다고 하여 무조건적으로 행정사건에 ADR을 도입하자는 취지는 더 더욱 아니다. 아직도 대다수의 국민은 행정소송제도가 행정구제 가운데 으뜸이라는 인식을 가지고 있고, 특히 행정사건의 경우에는 행정소송 외에

66) 미국의 경우에도 행정청에 의한 조정, 중재와 협상에 의한 규칙 제정은 실제로 이런 기능을 수행하고 있다고 한다. Alfred C. Aman Jr. & William T. Mayton, *Administrative Law*, 1993, 298면.

행정심판법에 의한 행정심판이 별도로 존재하고 있으므로 최우선과제는 국민의 인식전환이 필요할 것이며, 다음으로는 행정심판제도를 개선하여 권리구제를 확대하는 방안을 모색해야 할 것이다. 그리고 난 후에 ADR의 정식 도입 및 활성화방안이 도출되어야 할 것이다. 이 과정에서는 이미 자리 잡고 있는 화해, 조정, 알선, 중재 이외의 분쟁해결방법인 예컨대, 미국에서 채택하고 있는 분쟁해결회의(Settlement Conference), 사건평가(Case Evaluation), 간이심리(Mini-Trial), 간이배심 심리(Summary Jury Trial), 중립적 조기 평가절차(Early Neutral Evaluation) 등 다양한 형태의 ADR절차들에 대하여 그 도입 여부를 검토하는 등의 노력을 기울여야 할 것이다.

ABSTRACT

An Legal-doctrine Investigation into the Application of ADR to Administrative Cases

Yong woo Lee

General interest in the out-of-court dispute resolution system are mounting in Korea, and the spread of ADR(alternative dispute resolution) is the worldwide trend. In addition, it was confirmed that the resolution of disputes by ADR such as the decision based on arbitration made by the Prime Ministerial Administrative Decision Committee is no longer in exclusive possession of the civil case.

The activation of ADR could lead to the smooth agreement between parties by getting away from the once-for-all mode of decision such as the dismissal of the application or the cancellation of disposal and the like in relation to administrative cases for the years. In consequence, it is anticipated that the administrative litigation that applicants have filed by not responding to the administrative decision would greatly reduce in the future.

But, it would be urgent to provide for the legal ground of the ADR system through the revision of related laws to take root in our society because ADR has no legal binding power relating to the administrative case due to the absence of its legal grounds.

The fundamental reason for having hesitated to introduce ADR in relation to the administrative case for the years is the protective interest of the third party as well as the public interest that would follow in case the agreement on the dispute resolution between parties brings the

dispute to a termination in the domain of the public law. The disputes related to the contract based on the public law and the like that take on a judicial character as the administrative act have been settled within the province of ADR by applying the current laws such as the Civil Arbitration Law, Mediation Law, but their application to the administrative act of the administrative agency that takes on a character of the public law has been hesitated.

But as discussed earlier, there are laws and regulations that has the obscure distinction between public and private laws. But there is no significant advantage in relation to the distinction between public and private laws. To supplement and cure these defects it is necessary to include the institutional arrangement for protection of the rights and benefits of the third party, for example the provision of the imposition of the binding power on the result of ADR between parties, in enacting its related law. It can be said that the right reorganization of the out-of-court dispute resolution system in relation to the administrative case corresponds with the ideology of public administration for cooperation in the Administrative Law.

It is high time to discuss within what realm the out-of-court dispute resolution system, alternative dispute resolution system, can be accepted and what binding power is imposed on its result, not whether it is entirely introduced into the administrative case. It is thought that the current Civil Mediation Law or Arbitration Law provides the possibility of applying arbitration or mediation only to the civil case, thereby opening the possibility of arbitration in the field of the intellectual property right law. For instance, the act of the state is not required in establishing the rights related to the secret of business or copyrights. Nevertheless, the disputes arising from or in connection with the intellectual property rights law is seen as the administrative case, and

they are excluded from the object of arbitration or mediation, which is thought to be improper.

This is not an argument for unconditionally importing ADR into the resolution of administrative cases. Most of the Korean people are aware that the administrative litigation system is of paramount importance as the legal relief for administrative cases. Seeing that there is an independent administrative decision system based on the Administrative Decision Law other than administrative litigation in relation to administrative cases, the first and foremost task is the necessity for the shift in thinking of people, followed by consideration of the plan for relief of the rights through the improvement of the administrative decision system. Then, it is necessary to formulate the plan for the formal introduction and activation of ADR. In this process, energetic efforts should be devoted to introducing diverse forms of ADR procedures such as settlement conference, case evaluation, mini-trial, summary jury trial, early neutral evaluation adopted in the US as the method of dispute resolution other than compromise, conciliation, arbitration and mediation.

Key word: ADR, administrative cases, conciliation, arbitration, mediation.

참 고 문 헌

- 김남진, 행정법, 법문사, 2001.
- 김시철, 우리나라와 미국의 민사소송제도에 대한 비교법적 분석-사실발견절차 및 이에 관한 민사소송법 개정안을 중심으로-, 재판자료 제89집, 법원도서관, 1999.
- 김유환, 법원에서의 행정사건에 대한 재판외분쟁해결제도, 최송화교수 화갑기념논문집, 현대공법학의 과제, 박영사, 2002.
- 김철용, 행정법 I, 박영사, 2003.
- 박운촌, 최신행정법강의(상), 박영사, 2001.
- 박정훈, 행정소송에 있어서 소송상 화해, 인권과 정의, 1999. 11월호.
- 백윤기, 행정소송제도의 개선, 행정법원의 좌표와 진로, 서울 행정법원, 1999.
- 손수일, 미국법원에서의 ADR의 발전과 캘리포니아 북부 연방지방법원의 "Early Neutral Evaluation", 법원도서관, 裁判資料 제73집.
- 송상현 외, 재판에 의하지 아니한 분쟁해결방법, 인권과 정의, 1994.
- 유지태, -행정소송법에서의 화해, 청구포기 및 청구인락, 고시계, 2002. 2월호.
-공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률의 내용 및 평가, 고시연구, 2002. 2월호.
- 이기택, 분쟁해결방식의 다양화-현 제도의 보완을 통한 법원의 역할 확대를 중심으로-, 법조, 1995.
- 이상경, 지적재산권소송법, 육법사, 1988.
- 정찬모, 지적재산권분쟁의 중재가능성, 중재(통권 제307호), 대한상사중재원, 2003.
- 최영규, 공법·처분·법률상 이익-행정심판을 통한 권리구제의 확대를 위한 시론-, 청담 최송화교수 화갑기념논문집, 현대공법학의 과제, 박영사, 2002.
- 허만, 미국에서의 사법재판에 의하지 아니한 분쟁해결, 민사판례연구XIV, 1992.

법률신문, 2001년 1월 10일자.

법률신문, 2003년 12월 22일자.

日本 司法制度改革審議會意見書, 裁判外紛争解決手段(ADR)の擴充・活性化
ジュリスト, No. 1208, 日本 司法制度改革審議會, 2001.

A. Leo Levin and Russel Wheeler, THE POUND CONFERENCE:
Perspective on Justice in the Future, 1979.

Alfred C. Aman Jr. & William T. Mayton, Administrative Law, 1993.

Charles B. Renfrew, Social Factors, State Court Journal Volume 9 Number
4, 1985.

Christopher W. Moore, THE MEDIATION PROCESS: Practical Strategy for
resolving Conflict, 1986.

Harter, Negotiating Regulations-A Cure For Malaise, 71 Georgia Law
Journal 1, 1982.

Fiss, Against Settlement, 93 Yale Law Journal 1073, 1984.

Joseph T. McLaughlin, Alternative Dispute Resolution, The American Law
Institute, Feb 25, 1993.

Kropshofer, Untersuchungsgrundsatz und Anwaltliche Vertretung im
Verwaltungsprozeß, 1981.

Lieberman & Henry, "Lessons from the ADR Movement," 53 U. Clev. L.
Rev, Spring, 1986.

Michael, Die Verteilung der objektiven Beweislast im Verwaltungsprozeß,
Diss. Heidelberg, 1976.

Simkin, W. Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining,
Washington D.C.: Bureau of National Affairs, 1971.

Warren E. Burger, Isn't There a Better Way, 68 A.B.A.J, 1982.