

## 가맹계약분쟁과 중재에 관한 법적 문제\*

### Legal Issues on the Franchise Disputes and their Settlement by Arbitration

최 영 홍\*\*

Young-Hong Choi

#### 〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 가맹계약의 특성과 분쟁의 중재적합성
- III. 가맹계약상 중재조항과 관련된 주요 논점
- IV. 중재판정시 고려해야 할 주의의무의 정도
- V. 결 론

주제어 : 가맹계약, 중재, 중재적합성, 중재인의 선정, 중재조항, 부합계약

\* 이 논문은 한국중재학회 「2007년 2월 22일 춘계중재학술세미나」에서 발표한 것임.  
\*\* 서강대학교 교수, 가맹사업거래분쟁조정협의회 위원장, 변호사, 법학박사

## I. 서 론

가맹계약(franchise agreement)이란 당사자의 일방(가맹본부 : franchisor)이 상대방(가맹점사업자 : franchisee)<sup>1)</sup>에게 자기의 상호, 상표 등의 영업표지를 사용하도록 허락함과 동시에 상대방의 영업과 관련하여 일정한 통제 및 지원을 하기로 하고, 상대방은 이에 대하여 대가(가맹료)를 지급하기로 약정함으로써 성립하는 계약이다.<sup>2)</sup> 가맹계약을 통하여 가맹본부는 상호, 상표, 영업비밀 등 자신의 무체재산권을 가맹점사업자에게 사용하게 하고 대가를 취득하며, 가맹점사업자는 가맹본부의 인지도 높은 영업표지를 사용하고 영업에 관한 지도, 조언, 교육, 통제를 받음으로써 손쉽게 시장에 진입하여 안정적으로 사업을 영위할 수 있다. 이처럼, 가맹계약에 의한 사업방식은 가맹본부와 가맹점사업자 모두에게 경제적으로 커다란 이점이 있으며,<sup>3)</sup> 바로 이러한 이유로 인하여 가맹사업(franchising)은 전세계적으로 그 이용이 급격히 증대되고 있다.<sup>4)</sup>

한편, 중재는 최종적이고 구속력 있는 판정을 받기 위하여 당사자가 제3자를 선정하여 분쟁의 해결을 맡기는 제도로서, 이미 오래전부터 확립된 절차이다. 중재는 소송에 비하여 상대적으로 비용이 저렴하고, 결정속도가 빠르며, 프라이버시가 유지되고, 기술적인 사안에 관한 분쟁해결에 전문가를 이용할 수 있는 등 여러 장점이 있다. 반면에, 중재는 다음과 같은 비판을 받고 있기도 하다. 즉, ①중재인이 사실확인 절차를 강제하거나 제3자를 소환할 권한을 가지고 있지 않고 ②중재인의 의견이 문서로 작성될 것이 통상 요구되지 않으며 ③중재판정에 대한 법원의 심사가 엄격히 제한되고 ④중재인들이 사건을 많이 가져 올 당사자에게 호의적으로 기우는 경향이 있다는 것이다. 이러한 비판은 특히 미국에

1) franchisee의 우리말 용례로는, 상법전상 대리상(代理商)이라는 용어가 해당 거래주체로서의 상인성을 나타내고 있다는 점을 감안할 때, 가맹상(加盟商)이라고 칭하는 것이 상법학의 입장에서는 적절할 것이다. 최영홍, 「가맹상계약의 법률문제에 관한 연구」, 고려대학교 박사학위논문 (1991), 12 - 13쪽 참조. 그러나 여기서는 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」의 규정에 따라 franchisee를 가맹점사업자로 칭하기로 한다(동법 제2조 제3호 참조).

2) 우리 상법은 제46조 20호에서 기본적 상행위의 하나로 “상호 · 상표 등의 사용허락에 의한 영업에 관한 행위”를 규정하고 있는 바, 이것이 바로 가맹계약을 의미한다. 최영홍, 「가맹계약론」, 프랜차이즈시스템연구소 (2003), 45쪽 참조.

3) Martin Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, 4th. ed. 21-23 (Pergamon Press, 1985); Phil David Fine, Esquire, *The Franchising System - Reducing the Entrepreneur's Risk*, 12 Boston Bar Journal 19, 19-29 (June 1968).

4) Daniel Zendel, *Franchising : A Global Phenomenon*, 76 Trade Mark Rept. 137, 137 - 138 (1986) 가맹계약에 의하여 형성되는 가맹사업은 20세기 중반부터 미국에서 본격적으로 발전하기 시작하여 전 세계로 확산되었다; William L. Killion, *Existence of Fiduciary Duty between Franchisor and Franchisee*, 52 A.L.R. 5th 613 1. § 2. (2006), 미국의 경우 1996년에 전미국 소매매출액의 40%를 차지하였고 2000년에는 50%에 이를 것으로 추산되고 있다; 산업자원부, 한국유통물류진흥원 등 “2005년 중소기업 발전을 위한 연구 - 프랜차이즈편-”, (2005) 21 -23 쪽, 우리나라의 경우 88올림픽을 계기로 가맹사업이 도입되기 시작하여 2005년 7월 말 현재 가맹본부가 2,211개, 가맹점이 284,182개, 가맹사업 종사자가 약 104만명, 2005년 추정 매출액이 약 61조원에 이를 정도로 급격한 성장을 거듭하고 있다.

서 가맹점사업자들에 의해 중재를 피하기 위한 논거로 이용되고 있다.<sup>5)</sup>

이처럼 유통업계에서 가맹사업이 날로 활성화되고 있는 반면 그에 관한 분쟁을 중재로 해결하는 것에 대하여 일부 비판이 제기되는 상황에서 특별히 가맹사업거래로부터 발생하는 분쟁을 소송이 아닌 중재로 해결해야 할 필요성이 있는지 그리고 그러한 필요성이 있다면 중재로 해결할 경우에 어떠한 쟁점이 법리적으로 논의되고 있는지를 살펴보는 것은 그 의의가 매우 크다 할 것이다. 이에, 이하에서는 가맹계약의 특성과 그로부터 야기되는 분쟁의 중재적합성 및 가맹계약상의 중재조항과 관련되는 주요 절차법적 문제를 중심으로 살펴보면, 가맹본부의 주의의무의 정도에 관한 기준이 중재판정에 지대한 영향을 미친다는 점을 고려하여 영미에서 주로 논의되고 있는 소위 가맹본부의 신인의무에 관한 문제에 관하여도 살펴보기로 한다.

## II. 가맹계약의 특성과 분쟁의 중재적합성

### 1. 가맹계약의 특성

#### (1) 가맹계약의 법적 성질

가맹계약의 법적 성질에 관하여는, 독일에서 일찍이, 일정한 생산자의 상품을 일정한 지역에서 배타적으로 자기의 명의로 계산으로 판매하는 특약점 관계(Vertragshändlerbeziehung)와 유사하다는 설과<sup>6)</sup> 상품배급에 관한 가맹계약은 상품의 매매(Vertrieb)이고 영업형 가맹계약은 서비스매매(Dienstleistung)로서 일종의 권리용역임대차(Rechtspraecht)라는 설 등이 주장된 바 있다.<sup>7)</sup> 그러나 이러한 학설은 기존의 계약 개념으로, 그것도 가맹계약의 부분적 특성과 관련하여서만, 가맹계약의 성격을 규정하고 있을 뿐, 그 전체적 성질을 종합적으로 포섭하지 못하고 있다.<sup>8)</sup>

생각건대, 가맹계약은 여러 면에서 기존의 계약형태와는 다른 특성이 있다. 즉, 가맹계약은 특정인에게 일종의 특권처럼 배타적 권리를 부여한 데서 비롯되었고, 전국적·세계적으로 유명한 상호, 상표 등의 사용권을 타인에게 부여하면서 본격적으로 발전하였으며, 가맹본부가 가맹점사업자에 대하여 적절히 지도·조언·교육·통제함으로써 별다른 사업적 재능이 없는 자라도 독자적으로 사업을 영위할 수 있게 하는 경제적 기능을 가지고 있다. 이러한 점들을 종합할 때, 가맹계약은 기존의 계약과는 달리 상호, 상표 등의 라이

5) Gladys Glickman, *Franchising*, (Matthew Bender, 2006) § .03[12].

6) Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 1980, S. 570.

7) Dieter Medicus, *Juristische Kurz - Lehrbücher Schuldrecht II* 2. Aufl. 1985, S. 256.

8) 이에 관한 상세한 논의는, 최영홍, *가맹계약론*, 프랜차이즈시스템연구소, 2003, 63-64쪽 참조.

선스계약으로서의 성질과 더불어 영업상 통제와 조력을 내용으로 하는 유상·쌍무·복합 계약의 성질을 가지는 계속적 상사계약이라고 보아야 할 것이다.<sup>9)</sup>

## (2) 가맹계약에 관련되는 법분야의 다양성

위와 같은 성질로 인하여 가맹계약에는 통상의 계약법이나 불법행위법 외에도 여러 특수한 법분야가 다양하게 관련된다. 즉, 상사계약의 속성상 민법의 총칙이나 계약법 외에 상법총칙이 적용되고, 라이선스계약이 필수적으로 포함된다는 점에서 상표법이나 특허법, 저작권법, 영업비밀의 보호에 관한 법률 등이 관련된다. 그밖에도 공정거래법적 측면에서 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」이나 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 적용될 수 있고, 또한 계약체결의 실무관행상 가맹희망자는 가맹본부가 일방적으로 작성하는 계약서 초안에 서명여부만을 결정할 수 있을 뿐, 협상의 여지가 봉쇄된다는 점에서(take it or leave it basis) 「약관의 규제에 관한 법률」이나 통일계약(uniform contract) 내지 부합계약(contract of adhesion)에 관한 법리가 적용된다. 그리고 이들 법분야는 각자 독자적 법역을 구축할 수 있을 정도로 그 법리가 고유하고 내용 또한 방대하다. 따라서 이러한 여러 법역에 걸쳐 두루 종합적인 이해력을 갖추지 않으면 가맹계약과 관련된 분쟁을 적절히 해결하기 어려울 것이다.

## 2. 가맹계약 분쟁의 중재적합성

가맹계약과 관련된 분쟁은, 앞서 본 일부 비판에도 불구하고, 다음과 같은 점에서 소송으로 해결하는 것보다는 중재로 해결하는 것이 보다 더 바람직하다.

### (1) 전문가에 의한 분쟁해결 필요성

앞서 본 바와 같이, 가맹계약관계에는 특수한 여러 법분야가 중첩적으로 관련되기 때문에, 통상의 사법절차를 통해서도 가맹사업관련 분쟁이 적정하고 신속하게 해결되기 어렵다. 우리나라의 경우 가맹계약상의 분쟁은 비교적 소액사건이 많은데, 소액사건을 담당하는 법원은 대체로 경력이 일천하다. 또한 소액사건을 담당하지 않는 법관이라 하더라도 위와 같은 여러 법분야에까지 두루 조예가 깊은 경우는 드물다. 그러기 때문에 가맹계약 관련 사건을 배당받게 되는 법원은 적정한 판결을 하기 위하여 우선 관련 법분야에 대한 전문지식을 새롭게 습득하거나 보충하여야 하는데, 그러기 위해서는 상당한 시간이 소요되며 이는 결국 소송의 지연으로 귀결된다. 바로 이러한 점에서 가맹계약과 관련된 분쟁은 전문가에 의한 분쟁의 해결이라는 중재의 특징이 발휘될 여지가 여타 사건에 비해 더 크다.

9) Id.

**(2) 비공개 심리의 필요성**

법원에 의한 재판은 공개를 원칙으로 하기 때문에, 재판을 통하여 분쟁을 해결하는 경우에는 해당 사건의 비밀이 유지되기 어렵다. 따라서 영업비밀이나 노하우와 같이, 속성상 누설 내지 공개됨으로써 회복할 수 없는 피해가 야기되는, 무채재산권과 관련된 가맹계약 사건은 아무래도 통상의 재판절차에는 적합하지 않다. 이 점에서도 비공개로 심리를 진행하는 중재의 특징이 발휘될 수 있다.

**(3) 신속한 분쟁해결 필요성**

앞서 본 '법관의 전문성 부족'이라는 문제와는 별도로, 가맹계약상의 분쟁은 또 다른 차원에서 신속한 해결이 요구된다. 가맹계약 관련 사건은 계약당사자 중 일방이 상대방에 대한 계약의무를 이행하지 아니하는 데에서 비롯되는 것이 보통인데, 이러한 상황은 대체로 의무불이행자의 영업부진에서 비롯되는 경우가 많다. 따라서 상대방 당사자가 지루한 재판을 통하여 최종적으로 승소판결을 얻어낸다 하더라도, 그 과정에서 영업부진을 견디지 못한 피고가 재정적 능력을 이미 상실해 버리는 경우가 많다. 그렇게 되면 결국, 원고는 많은 비용과 시간을 들여 어렵게 승소하여도 그 판결을 실효적으로 집행할 수 없게 될 수 있다. 이러한 문제점을 생각할 때, 가맹계약과 관련된 분쟁을 해결하는 데에는 단심제로 신속하게 사건을 해결하는 중재의 특징이 더 잘 발휘될 수 있다.

**Ⅲ. 가맹계약상 중재조항과 관련된 주요 논점**

미국에서는 이미 1950년대부터 가맹사업이 활성화되기 시작하여, 가맹계약상의 분쟁과 중재에 관하여 수많은 판례가 축적되고 있다. 그러나 우리나라에서는 가맹사업이 이제 막 성장단계에 들어가고 있기 때문에 가맹계약상의 중재조항과 관련된 쟁점이 법원에서 문제된 사례가 아직 없다. 이에 본장에서는 주로 미국의 판례와 이론을 중심으로 향후 우리 중재실무에서도 문제가 될 가능성이 높은 쟁점들을 검토해 가기로 한다. 이는 또한 연방 국가의 법을 준거법으로 정한 중재사건을 우리나라에서 처리하는 데에도 적지 않게 참고가 될 수 있을 것이다.

**1. 중재를 제한하는 법률조항의 효력**

이는 주로 연방체계를 이루고 있는 미국과 같은 나라에서 논의되는 문제이다. 연방 및 정부는 각자 입법권을 가지기 때문에, 연방차원에서 사회적·경제적 약자를 보호하기

위하여 또는 주정부 차원에서 해당 주민의 권익을 보호하기 위하여 각기 특정한 사안에 관하여 중재합의의 방식이나 내용을 법률로 제한하는 경우가 있다. 이러한 경우에 중재를 제한하는 이들 법률조항과 연방 중재법과의 관계는 어떻게 될까?

우선 연방법의 효력을 보자. 미국의 연방중재법(Federal Arbitration Act; FAA)<sup>10)</sup>은 주간 거래(inter-state transaction)나 외국과의 상거래에 관한 계약서에 중재조항이 있으면 동법이 반드시 적용되며, 중재합의가 모든 계약에 공통되는 무효사유를 내포하고 있지 않는 한, 그 구속력을 인정하도록 하고 있다.<sup>11)</sup> 연방대법원은 1989년에 종래 연방중재법의 적용에 대한 예외를 인정한 *Wilko*판결<sup>12)</sup> 및 그 연장선상에 있는 판결들을 파기하였다.<sup>13)</sup> 이로써 지금은 연방법상 중재선호의 원칙이 확립된 상태이다. 이러한 맥락에서, 과거에 무효라고 생각되던 다른 연방법상의 청구에 관한 중재합의도 유효하게 되었다. 즉, 근로자 퇴직소득 보장법(Employee Retirement Income Security Act; ERISA),<sup>14)</sup> 고용상 연령차별 금지법(Age Discrimination in Employment Act),<sup>15)</sup> 공갈 및 부패조직 규제법(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act; RICO),<sup>16)</sup> 전국근로관계법(National Labor Relations Act)<sup>17)</sup>상의 청구들이 이에 해당한다. 독점금지법상의 청구도 중재합의에 따라야 한다. 국제상거래에서 발생하는 독점금지법상의 청구에 관하여는 대법원판결이 있으며,<sup>18)</sup> 국내적 독점금지법상 청구에 관하여도 마찬가지로 취급하여야 한다는 하급심 판결도 있다.<sup>19)</sup> 또한 상표법상의 분쟁도 중재합의에 따라야 한다.<sup>20)</sup> 요컨대, 연방법과 관련된 민사적 청구는 동법에 명시적 반대조항이 없는 한 중재합의조항에 따라야 한다.

주법은 연방법에 위반될 경우에 원칙적으로 효력이 부인된다. 따라서 일부 주에서 프랜차이즈법에 중재에 비우호적인 규정을 두고 있지만,<sup>21)</sup> 이러한 법 규정은 연방중재법에 저

10) 9 U.S.C § 1 *et seq.*

11) *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984); *Allied-Bruce Terminex Cos., Inc. v. Dobson*, 115 S. Ct. 834 (1995); *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 121 S. Ct. 1302, 2001 U.S. LEXIS 2459; *Doctor's Assocs., Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 10,915 (1996).

12) *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 804, 74 S. Ct. 21 (Mem) U.S. (1953), 이는 증권거래법상의 청구에 관하여 의회가 사법적 구제를 포기하지 못하도록 의도하였다는 이유로 관련 중재조항의 효력을 부인한 판례이다.

13) *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 109 S. Ct. 1917 (1989); 가맹점사업자의 교섭력이 가맹본부에 비해 현저히 떨어지기 때문에 분쟁을 중재로 해결하려는 사전합의로부터 그들을 보호할 필요가 있다는 새로운 논거가 지금은 강력히 주장되고 있다. *See, Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987).

14) *Bird v. Shearson Lehman/American Express, Inc.*, 926 F.2d 116 (2d Cir.), *cert. denied*, 111 S. Ct. 2891 (1991).

15) *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 111 S. Ct. 1647 (1991).

16) *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, *supra* n. 13.

17) *Acquaire v. Canada Dry Bottling*, 906 F. Supp. 819 (E.D.N.Y. 1995).

18) *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

19) *Gemco Latinoamerica, Inc. v. Seiko Time Corp.*, 671 F. Supp. 972 (S.D.N.Y. 1987); *Kotam Elecs., Inc. v. JBL Consumer Prods., Inc.*, 1995-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,528 93 F.3d 724 (11th Cir. 1996), *cert. denied*, 519 U.S. 1110 (1997).

20) *Acquaire v. Canada Dry Bottling*, *supra* n. 17.

21) *See, e.g., Indiana Deceptive Franchise Practices Law, Ind. Code § 23-2-2.7-1(10)*. *South Dakota Motor Vehicle Dealers Act; California Admin. Code § 310.114.1*에서는, 프랜차이즈계약에서 중재를 강제하는 조항

축되어 무효이다.<sup>22)</sup> 예컨대, 중재지를 그 주의 영토 밖으로 정하지 못하도록 하는 규정은 그 부분에 한하여 무효이고,<sup>23)</sup> 생산자가 딜러계약 체결의 전제조건으로 딜러에게 중재합의를 요구하지 못하도록 금지하는 법규정도 연방중재법의 기본정책(public policy)에 위반되어 무효이다.<sup>24)</sup> 연방중재법 제2조는 중재에 관한 한 모든 주법에 우선하며 상거래 계약서에 포함된 모든 중재조항에 적용되기 때문이다.<sup>25)</sup>

## 2. 일반적 항변사유와 중재합의의 효력

사기(fraud)나 강박(duress) 또는 부당성(unconscionability)과 같이 모든 계약에 일반적으로 적용될 수 있는 항변사유는 중재합의에도 무효원인이 될 수 있다. 따라서 법률에 이러한 취지를 규정하더라도 해당 법률은 연방중재법 제2조에 위반되지 않는다.<sup>26)</sup> 특히 부합계약에서 중재사건의 병합을 금지하거나 손해배상액을 제한하는 것은 부당하다는 이유로 무효가 될 수 있다.<sup>27)</sup> 또한 가맹본부 자신은 소송을 제기할 수 있도록 하면서 가맹점사업자에게는 특정한 주에서 중재만을 신청하도록 하는 것도 부당하여 무효이다.<sup>28)</sup> 이 경우 계약의 부당성 여부는 당사자간 교섭력의 차이와 해당 계약의 조건이 공개된 정도 그리고 해당 계약조건의 가혹성과 억압성의 정도를 기준으로 하여 판단하여야 할 것이다.<sup>29)</sup> 그러나 이러한 항변사유에 해당하는 부분을 제외한 나머지 중재조항은 그 효력이 유지된다.<sup>30)</sup>

---

을 두고 있다면, 그러한 조항의 구속력이 California주법상 인정되지 않을 수 있다는 점을 정보공개서에 명확히 밝히도록 규정하고 있다.

22) Southland Corp. v. Keating, supra n. 11; Allied-Bruce Terminex Cos., Inc. v. Dobson, supra n. 11.

23) Bradley v. Harris Research, Inc., 2001 App. LEXIS 27,284 (9th Cir. 2001) 동법원은 주법으로 중재에 가하는 제한은 모든 계약에 다 적용되는 제한이 아닌 한 연방중재법에 의해 무효가 됨을 지적하면서, California Franchise Relationship Law Section 20040.5는 프랜차이즈계약에만 적용될 뿐“일반적으로 적용되는(generally applicable)”법조항이 아니므로, 연방중재법에 의해 무효라고 판시하였다. 참고로, 이 사건에서 가맹점사업자는 부당성 대신, 가맹본부와 가맹점사업자 사이의 협상력의 차이가 크다는 점을 주장하였으나 법원은 그러한 차이를 계약의 무효 사유로 인정하지 않았다.

24) Equip. Mfrs. Inst. et al. v. Governor of South Dakota, 136 F. Supp. 2d 991, 2001 U.S. Dist. LEXIS 4586 (D.S.D. 2001),

25) Doctor's Assocs., Inc. v. Casarotto, supra n.11.

26) Doctor's Assocs., Inc. v. Casarotto, 517 U.S. supra n. 11.

27) Bolter v. The Superior Court of Orange County, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12,305, 2001 Cal. App. LEXIS 188 (2001); Ticknor v. Choice Hotels International, Inc., ¶ 12,156 (9th Cir. 2001).

28) Ticknor v. Choice Hotels International, Inc., supra n. 27, 이 사건 판결은 해당 가맹계약이 부합계약임을 전제로 한 것인데, 소수의견은 ‘부합계약이란 개념이 소비자계약과는 다른 개념인 당사계약에는 적용되어서는 아니된다’는 입장을 견지하면서 원고(가맹점사업자)가 호텔을 운영해 본 경험이 있는 자라는 점을 들었다.

29) Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 2002 U.S. App. LEXIS 1686 (9th Cir. 2002).

30) Bolter v. The Superior Court of Orange County, supra n. 27.

### 3. 중재조항의 구체적 내용과 관련된 논점

중재는 계약에 의한 권리구제방법이다. 따라서 당사자는 계약에 의해 그들의 계약관계로부터 발생하는 장래의 모든 분쟁을 중재로 해결할 것을 정할 수 있다. 계약상의 중재조항은 통상 장래의 분쟁에 관한 것이지 그 계약이 체결되기 전에 발생한 분쟁에 관한 것은 아니다. 따라서 예컨대 해당 계약상에 완결조항(integration clause; merger clause)이 있다면, 이는 과거의 계약을 재협상하지 않고 장래의 사항을 확정하려는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>31)</sup> 그러나 계약서에 중재조항이 없이 분쟁이 발생한 경우에, 분쟁당사자가 그 분쟁을 중재로 해결하기로 사후적으로 약정할 수 있음은 물론이다.

중재당사자는 통상 계약에 서명한 자로 국한된다. 그러나 서명하지 않은 자에 대한 청구가 서명자에 대한 청구와 결합되어 있는 경우에는, 중재계약에 서명하지 않은 자도 당사자가 되어 중재절차에 따라야 할 경우가 있다.<sup>32)</sup>

장래의 분쟁을 중재로 해결하기로 할 경우에, 당사자는 자신들의 필요에 맞게 향후 전개될 중재절차에 관하여 미리 정해야 한다. 그러기 위해서는 (1) 중재의 대상이 되는 분쟁 (2) 중재인의 자격과 그 선정방법 (3) 중재지와 증거규칙 (4) 중재비용의 부담 등에 관한 사항의 전부 또는 일부를 구체적으로 특정할 필요가 있다. 그리고 가맹계약은 가맹본부에 의해 모든 가맹점사업자에게 동일적으로 적용되도록 작성된다는 점에서 소위 통일계약(uniform contract)으로서 부합계약 내지 약관의 성질을 가지기 쉽다. 따라서 이하에서는 통일계약과 관련된 논점을 먼저 살펴보고 나머지를 순차적으로 살펴보기로 한다.

#### (1) 통일계약상의 중재조항

실무관행상 가맹점사업자는 가맹본부에 의해 일방적으로 작성되는 계약서 초안(draft)에 서명 여부만을 결정할 수 있을 뿐, 사실상 협상의 여지가 봉쇄되어 있다. 즉, '서명하고 계약을 체결하든지 아니면 계약을 포기하라'는 식으로 계약서 초안이 제시되기 때문에 가맹계약은 대부분 부합계약에 해당한다.

그러나 부합계약이라고 하여 반드시 그 계약 자체나 그 계약에 포함된 중재조항이 무효가 되는 것은 아니다.<sup>33)</sup> 일반적으로 중재합의는, 사기나 강박 또는 부당한 영향에 의해 이루어진 것이 아닌 한, 구속력이 있다. 따라서 예컨대, 30페이지짜리 가맹계약서 중 25페이지

31) *Security Watch, Inc. v. Sentinel Sys.*, 176 F.3d 369, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 16,631 (6th Cir. 1999), cert. denied, 145 L. Ed. 2d 1120 (2000).

32) *Zak et al. v. TES Franchising, et al.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12,875 (Conn. 2004).

33) See, e.g., *Keating v. Superior Court of Alameda County*, 645 P.2d 1192 (Cal. 1982), rev'd as to a different issue sub nom. *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984); *Ilan v. Shearson/American Express, Inc.*, 632 F. Supp. 886 (S.D.N.Y. 1985); *Brown v. KareMor Int'l, Inc.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 11,620, 1999 U.S. Dist. LEXIS 249 (Tenn. Ct. App. 1999).



이지에 중재조항이 들어있고 그러한 조항의 존재나 중재비용에 대하여 사전에 가맹희망자에게 알리지 않았다 하더라도 그 계약이 절차적으로나 실제적으로 부당하다고 할 수 없다.<sup>34)</sup> 또한, 중재조항이 한 장짜리 배급계약서의 뒷면에 있는 32개 문단 중 하나로 규정되어 있고 너무 작은 글자로 인쇄되어 있더라도 계약의 체결 및 갱신 때에 운영교범이 교부되고 그 속에 중재조항이 포함되어 있었다면, 상대방은 그 조항을 충분히 숙지할 시간이 있었을 것이며, 따라서 이를 부당하다고 할 수 없을 것이다.<sup>35)</sup> 그러나 중재조항이 행간의 여백 없이 인쇄된 50페이지짜리 계약서의 49페이지에 위치해 있고 정보공개서(UFOC)에도 그것이 “위험요소”나 “중요한” 분쟁해결조항으로 따로 표시되어 있지 않다면 가맹점사업자가 그러한 중재조항의 구속력을 알고서 계약을 체결하였다고 볼 수 없다거나,<sup>36)</sup> 가맹계약을 부합계약으로 인정하고 그 속에 규정된 중재조항과 알선조항을 모두 부당하다고 한 판결도 있어,<sup>37)</sup> 주의를 요한다. 참고로 우리나라 공정거래위원회는 약관(부합계약)에 중재조항을 두는 것 자체를 위법으로 보지는 아니한다.<sup>38)</sup> 그러나 프랜차이즈업계에서 많이 참고하고 있는 프랜차이즈표준약관에서 중재조항을 두고 있지 않아 중재가 활성화되는 데 장애가 되고 있다.<sup>39)</sup>

부합계약과 같이 계약 자체의 효력이 문제되는 경우에, 그 계약의 유효성 여부는 누가 결정하는가? 미국의 경우 법원이 아닌 중재인이 결정한다.<sup>40)</sup> 나아가, 중재합의가 사기나 강박 또는 부당한 영향에 의한 것인지의 여부도, 해당 중재조항 자체만을 문제 삼는 경우가 아닌 한, 일반적으로 중재인이 결정한다.<sup>41)</sup>

이에 반해 우리나라 중재법은 해당 중재조항 자체만을 문제 삼는 경우에도, 그에 대한 결정권을 중재인에게 인정하며, 그 결정에 대한 이의심사 신청을 법원에 하도록 하고 있다(중재법 제17조 제1항, 6항 참조).

따라서, 미국의 경우 청구의 중재적격성(arbitrability)이 없거나 동일사건에서 승소판정을 받고 다시 제기한 중재신청이므로 허가되지 말았어야 한다는 등의 주장은 법원에 할 수 없고 중재인에게 하여야 한다.<sup>42)</sup>

34) *Nagrampa v. Mailcoups, Inc.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 13,034 (9th Cir. 2005).

35) *Market America, Inc. v. Tong*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12, 906 (Mid N. C. 2004).

36) *G&R Moojestic Treats, Inc. v. Maggiemoo's International, LLC*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 13,066 (Md. 2005).

37) *Vlahos, et al v. International Banking Co., Inc.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶13,113 (Cal. App. 1st Dist. 2005).

38) 공정거래위원회 2000약제0772호, 시정권고제2000-17호(동아전람의 전시회참가 약정상 불공정약관조항에 대한 건) 참조. 이 사건에서는, 중재조항 자체가 약관에 편입될 수 있음을 전제로, “중재판정에 대하여 법원에 제소할 수 없다”는 부분이 부당하게 소제기를 금지하여 약관법 제14조에 위반된다고 지적하였다.

39) [www.ftc.go.kr](http://www.ftc.go.kr) 정보공개 → 표준약관 → [제10024호] 프랜차이즈(외식업)표준약관 참조.

40) *Nagrampa v. Mailcoups, Inc.*, supra n. 34. 이는 부합계약과 같은 계약의 유효성 여부에 대하여, 법원이 아닌, 중재인이 결정해야 한다고 한 첫 판례이다.

41) *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg.*, 388 U.S. 395 (1967); *Coleman v. Prudential-Bache Secs., Inc.*, 802 F.2d 1350 (11th Cir. 1986); *Acquaire v Canada Dry Bottling*, supra n. 17.

가맹본부 자신은 소송을 제기할 수 있도록 하면서 가맹점사업자에게는 중재를 신청하도록 하는 것과 같이 너무나 편향적인 중재조항은 부당하여 무효이다.<sup>43)</sup> 그리고 제IV장에서 보는 바와 같이, 가맹본부가 가맹점사업자에 대하여 신인의무(fiduciary duty)를 부담하는가에 관하여는 약간의 이론이 있지만, 아무튼 그러한 의무를 인정한다 하더라도 가맹본부가 중재조항에 대하여 설명하지 않았다는 이유만으로 그 조항이 무효가 되지는 아니한다.<sup>44)</sup>

통일계약은 계약의 해석에 통일을 기할 필요성이 크다. 따라서 절차적 문제를 해결할 수만 있다면, 굳이 동일 또는 유사한 사건을 여러 사건으로 처리하는 것보다는 집단적 중재를 통하여 해결하는 것이 보다 경제적이다. 이러한 맥락에서 California주 지방법원(Supreme Court)은 중재가 일종의 집단소송(class action)의 형태로 진행될 수 있다고 판시하였다.<sup>45)</sup> 이 판결 후 California주 의회는 ‘동일한 거래관계에서 발생된 분쟁으로서 쟁점이 공통되고, 중재판정부를 달리할 경우 판정이 서로 달라질 수 있는 사건에 대하여는 당사자간의 약정으로 집단적 중재를 금지하는 경우에도 주법원은 사건의 병합이나 집단적 중재를 명령할 수 있다’는 내용의 법률을 제정하였고,<sup>46)</sup> 이에 따라 실제 집단적 중재가 이루어지고 있다.<sup>47)</sup> 참고로, 위 법률은 병합된 사건들의 중재조항이 서로 일치하지 않는 경우에 관하여, 아예 병합을 허용하지 않을 것인가 아니면 일치되는 부분만 병합을 허용하고 나머지 부분은 별도의 절차에서 처리되도록 할 것인가에 관하여 법원에 재량권을 부여하고 있다. 참고로, 대표적 중재기관인 American Arbitration Association (AAA)과 Judicial Arbitration & Mediation Services (JAMS)는 집단적 중재절차에 관한 규칙을 마련해 놓고 있다.<sup>48)</sup>

이러한 가운데에서도 가맹본부들은 사건의 병합이나 집단소송을 금지하려는 시도를 계속하고 있다.<sup>49)</sup> 패할 경우 일거에 밀어닥칠 결과의 파급력으로 가맹본부의 존립 자체가 위태로울 수도 있기 때문일 것이다. 그러나 가맹계약의 해석에 통일을 기하고 동종의 다수 분쟁을 일회적으로 해결할 수 있다는 점을 고려할 때, 우리나라에서도 집단적 중재제도의 도입여부에 관한 논의를 활성화할 필요가 있다.

42) Garber v. Sir Speedy, Inc., 930 F. Supp. 267 (N.D. Tex. 1995), *aff'd*, 91 F.3d 137 (5th Cir. 1996),

43) Frank J. Cavico, *The Covenant of Good Faith and Fair Dealing in the Franchise Business Relationship*, 6 Barry L. Rev. 61, 97-98 (2006); Ticknor v. Choice Hotels International, Inc., *supra* n. 27.

44) 33 C.J.S. Exchanges § 31 (2006); Gouger v. Bear, Stearns & Co., Inc., 823 F. Supp. 282, Fed. Sec. L. Rep. (CCH) ¶ 97,639 (E.D. Pa. 1993).

45) Keating v. Superior Court of Alameda County, 645 P.2d 1192 (Cal. 1982), *rev'd as to a different issue sub nom.* Southland Corp. v. Keating, 465 U.S. 1 (1984).

46) Cal. Civil Code Sec. 1281.3.

47) Independent Assn. of Mail Box Center Owners, Inc. v. Superior Court of San Diego County Bus. Franchise Guide (CCH), Cal. Ct. App., 4th Dist. 2005), 동법원은 위 법의 기본 목적이 통상 부합계약인 소비자관련 계약에 적용되도록 하는 데 있다고 하면서, 가맹계약도 이러한 범주에 속한다고 보았다.

48) JAMS Class Action Arbitration Rule은 그 웹사이트인 [WWW.Jamsadr.com](http://WWW.Jamsadr.com)에서 그리고 AAA Rules는 <http://www.adr.org>에서 볼 수 있다.

49) Glickman, *op. cit.* § 9.03[13] [a].

## (2) 중재의 대상이 되는 분쟁

포괄적 중재조항(broad form arbitration provision)이 계약서에 규정되어 있는 경우에는<sup>50)</sup>, 계약위반이나 사기를 원인으로 하는 청구를 포함하여, 그 계약과 관련되는 모든 분쟁은 중재로 해결되어야 한다.<sup>51)</sup> 예컨대, 가맹계약상의 우선매수권(right of first refusal)에 관한 분쟁에서, 가맹점사업자가 ‘제3자에게 가맹점을 양도하려는데 가맹본부가 불법적으로 간섭하였다’고 주장한다면, 이는 가맹계약과 관련된 것이므로 포괄적 중재조항에 따라 중재로 해결되어야 한다.<sup>52)</sup>

그러나 해당 계약 전체가 아니라 중재조항만을 문제 삼는 사건인 경우에는 법원이 그 사건을 담당한다.<sup>53)</sup> 따라서 계약 자체가 사기에 의해 체결되어 중재인이 담당해야 하는 경우와 중재조항이 사기에 의해 삽입되어 법원이 담당해야 하는 경우를 구분할 필요가 있다.<sup>54)</sup> 그런 점에서 볼 때, 중재조항이 사기적으로 유도되었다는 주장은 법원에 의해 먼저 해결되어야 한다.<sup>55)</sup> 그리고 문제된 중재조항이 중재대상을 “그 계약으로부터 발생하는 분쟁만”으로 한정하는 좁은 형태(narrow form)의 것이고 ‘그 중재조항이 상대방을 계약체결로 유인하기 위한 사기수단으로 이용되었다’는 주장이 있는 사건이라면, 그 사건은 법원이 담당하여야 할 것이다.<sup>56)</sup>

계약당사자는 합의에 의해 중재인의 권한을 제한하거나 확장할 수 있다. 예컨대, 특정한 형태의 분쟁을 중재에서 배제할 수 있고, 분쟁의 제기 기한을 한정할 수 있으며, 배상액이나 위약금에 관한 중재인의 권한을 제한하거나 확장할 수도 있다. 그리고 이 경우, 만일 다른 계약조항으로 일정한 분쟁을 중재에서 배제시킨다 하더라도 포괄적 중재조항에 규정된 대상 분쟁을 한정하는 것으로 보아서는 아니 된다.<sup>57)</sup> 그러나 뒤에 보는 바와 같이, 이러한 합의가 신청인의 법률상 권리(statutory rights)까지를 제한할 수는 없다.

구체적 분쟁의 중재적격성은, 계약에서 달리 정하지 않은 한, 법원이 결정한다.<sup>58)</sup> 연방 법원들은 중재적격성에 우호적인 연방정책에 따라, 포괄적 중재조항이 있으면 이를 당사

50) 미국중재협회가 추천하는 표준적인 포괄적 중재조항(the standard broad form arbitration provision)은 다음과 같다: “이 계약으로부터나 이 계약과 관련하여 또는 이 계약의 위반으로 인하여, 발생하는 모든 분쟁이나 청구는 AAA의 상사중재규칙(Commercial Arbitration Rule)에 따라 중재로 해결되어야 하며, 중재인의 판정에 대한 판결은 관할권 있는 법원에 등록될 수 있다.”

51) See e.g., *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg.*, supra n. 41.

52) *Shariju Limited Partnership v. Choice Hotels International, Inc.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 1074 (N. Tex. 2002).

53) *Doctor's Assocs., Inc. v. Distajo*, 107 F.3d 126 (2d Cir. 1997 cert. denied, 522 U.S. 948 (1997)).

54) *Campaniello Imports, Ltd. v. Saporiti Italia, S.P.A.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 11,193 117 F.3d 655 (2d Cir. 1997); *Goulart v. Snap-On-Tools Corp.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12,003, U.S. Dist. LEXIS 18,929 (M.D. Ala. 2000).

55) *Doctor's Assocs., Inc. v. Hamilton*, Bus Franchise Guide (CCH) ¶ 11,178 (D. Conn. 1997).

56) *Rivera v. Parade of Toys, Inc.*, 950 F. Supp. 449 (P.R. Dec. 1996).

57) *Acquire v. Canada Dry Bottling*, supra n. 17.

58) *First Team, Inc. v. Moto Photo, Inc.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 11,588, 1999 U.S. Dist. LEXIS 1086 (N.D. Ill. Feb. 2, 1999).

자 관계에서 발생하는 모든 분쟁을 중재로 해결해야 하는 것으로 해석하는 경향이 있다. 나아가 중재조항이 모호할 경우에도 연방중재법상 중재적격성이 인정되는 쪽으로 해석한다.<sup>59)</sup> 법원은 한동안 독점금지법과 관련된 청구에 대하여 중재적격성을 부정한 적이 있으나,<sup>60)</sup> 앞서 본 바와 같이 지금은 이러한 태도는 사라졌다.<sup>61)</sup> 따라서, **Robinson-Patman Act** 상의 가격차별을 원인으로 하는 청구도 포괄적 중재조항에 의해 중재적격성이 인정된다.<sup>62)</sup>

프랜차이즈 관련 실정법과 관련하여 가맹본부를 상대로 제기되는 청구도 가맹계약으로부터 발생한 것이므로 중재적격성이 있다.<sup>63)</sup> 그러나 당사자간의 합의에 의한 중재조항이 가맹점사업자의 연방법상의 권리와 충돌할 경우에는 무효가 될 수 있다. 예컨대, **Petroleum Marketing Practices Act(PMPA)**에서는 소제기 기간을 1년으로 규정하고 있고 위약벌적 손해배상(exemplary damages)과 소송(중재) 비용을 부담하도록 규정하고 있다. 따라서 중재조항이 위 규정과 달리 중재신청 대상을 6월 이내의 청구로 한정하고 위약벌적 손해배상과 중재인 비용에 대한 판정을 금지한다면, 그 중재조항은 효력이 인정될 수 없다.<sup>64)</sup> 그리고 주법상 권리로 인정된 구제책을 중재절차에서 제한하지 못하게 하는 주법의 효력에 대하여는 법원이 아닌 중재인이 결정하여야 한다는 것이 다수 순회법원의 입장이다. 따라서 다수법원의 견해에 의하면, 문제의 주법이 해당 분쟁에 적용되는가의 여부 및 실질적 손해액, 추가적 상실 손해액, 변호사 비용, 소송비용 그리고 사기사건의 경우에 3배 손해배상제도와 같은 구제책들이 허용되는가 하는 등의 쟁점은 중재인에 의해 결정되어야 할 것이다.<sup>65)</sup>

### (3) 중재인의 자격과 그 선정방법

중재합의에 의해, 당사자들은 특정한 패널로부터 직접 중재인을 선정하거나,<sup>66)</sup> 그 선정권을 특정한 직위에 있는 자에게 위임할 수 있으며, 또한 특정한 개인을 중재인으로 지명할 수도 있다. 아울러, 당사자들은 중재합의로 단독 중재인을 정할 수도 있고, 여러 사람

59) *The Birmingham News Co. v. Lynch*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12,033, 2001 Ala. LEXIS 42 (Ala. 2001); *Zaks et al. v. TES Franchising et al.*, supra n. 32.

60) *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F. 2d 821 (2d Cir. 1968).

61) *Seacoast Motors of Sailsbury, Inc. v. Daimler-Chrysler Motors Corp.*, 2001 U.S. App. LEXIS 24063 (1st Cir. 2001). 담당법원은 Massachusetts주 자동차 딜러보호법과 관련된 이 사건에서, 동법의 목적은 경쟁을 보호하려는 것이 아니라 경쟁으로부터 딜러들을 보호하려는 것이라고 판시하였다.

62) *Via Fone, Inc. v. Western Wireless Corp.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 11,934 (Kan. 2000).

63) *Universal Destruction Services, Inc. v. Paul W. Davis Systems, Inc.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 6779 (Ill. 2002).

64) *Graham Oil Co. v. ARCO Prods. Co.*, 43 F.3d 1244 (9th Cir. 1994), cert. denied, 516 U.S. 907 (1995), 그러나, PMPA가 중재에 의한 분쟁해결 자체를 금지하는 것은 아님이 분명하다.

65) *Arkcom Digital Corp. v. Xerox Corp.*, 2002 App. LEXIS 9023 (8th Cir. 2002); *Independent Assn. Of Mail Box Center Owners, Inc., et al v. The Superior Court of San Diego Cnty.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 13,158 (Cal. App., 4th Dist. 2005).

66) 미국중재협회의 상사중재 패널이 가장 널리 알려져 있다. AAA는 그밖에도 섬유나 건설과 같은 특정 산업에 종사하는 패널을 가지고 있다. 미국 및 기타 나라에서는 무역협회나 상업회소도 중재인 패널을 유지하고 있다.

으로 중재인단을 구성하도록 할 수도 있다. 중재인단을 구성하도록 하는 경우에는 각 당사자가 1인의 중재인을 지명하고 그렇게 선정된 중재인들이 제3자 중에서 나머지 중재인을 선정하도록 하는 것이 일반적 관행이다. 또한 중재합의로써 예컨대, 변호사나 회계사 등 전문분야의 자격을 갖춘 자로 중재인의 자격을 제한할 수도 있다.

당사자들은 중재인이 중립적 인물로 선정되도록 중재합의로 정할 수 있다. 그러나 중재인의 중립성을 명시적으로 요구하는 법률은 없다.<sup>67)</sup> 따라서 미국에서는 당사자 간에 중재인의 중립성에 관한 합의가 없다면, 연방중재법상 법원은 중재판정이 내려질 때까지 중재인의 편파성을 심사할 수 없기 때문에, 상대방이 선정한 중재인에 대하여 중재절차 개시 전이나 진행 중에 기피신청(challenge; recusal)을 할 수 없다.<sup>68)</sup>

그밖에도, 가맹계약상의 중재조항은 신의칙 및 공정거래의 묵시적 특약(implied covenant of good faith and fair dealing)의 문제를 야기할 수도 있다.<sup>70)</sup> 예컨대, 중재인 선정과 관련하여 가맹본부가 자신이 작성한 명부에 있는 사람 중에서만 중재인을 선정하도록 하는 조항을 가맹계약서에 두고 있다면, 이는 신의칙 및 공정거래의 특약에 위반된다 할 것이다.<sup>71)</sup>

#### (4) 중재지와 증거규칙

중재합의에서는 중재가 열릴 장소 즉 중재지를 특정하여야 한다. 중재지를 가맹본부의 본점 소재지로 한정한다거나 특히 가맹점사업자가 소재한 주 밖에 중재지를 두도록 하는 중재조항은 구속력이 부인될 수 있다.<sup>72)</sup> 가맹계약서에 그러한 중재조항이 포함되어 있는 경우에는 주당국은 프랜차이즈공개법상 규정된 청약서의 등록을 거부할 수도 있다.<sup>73)</sup>

67) Glickman, op. cit., § 9.03[13][c].

68) *Crim v. Pepperidge Farm, Inc.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 11,596, 32 F. Supp. 2d 326 (D. Md. 1999).

69) 우리 중재법은 중재판정부에 기피신청을 할 수 있고 그 기피신청이 받아들여지지 아니하는 경우에 그 결과를 통지받은 날부터 30일 이내에 법원에 중재인에 대한 중재신청을 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 미국의 제도와 큰 차이가 있다(중재법 제14조 2항, 3항 참조).

70) Cavico, op. cit., pp. 97-98.

71) *Hooters of Am. v. Phillips*, 173 F.3d 933, 938 (4th Cir. 1999).

72) *See Bolter v. The Superior Court of Orange County*, supra n. 27, Federal Arbitration Act와 California 법 모두에 의하면, 부합계약에서 California 가맹점사업자로 하여금 Utah주에서 중재를 하도록 요구하는 것은 부당하다.

*But see, Nagraampa v. Mailcoups, Inc.*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12,559 (N.Cal. 2003), California주 가맹점사업자와 Boston에서 중재를 하기로 하는 가맹계약상 중재조항이 부당하지는 않으나 당사자와 중재지 간의 거리에 관한 문제가 발생할 수 있다. 이러한 거리의 문제는 부합계약에서는 흔히 발생하는데, 일반 소송에서 합의관할이 자유롭게 인정되는 점을 고려할 때, 그 계약에서 정한 곳이 중재지가 되어야 한다; *Chong v. Friedman, et al*, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 13,151 (Cal. App., 1st Dist. 2005, 비발행 의견), 가맹점사업자의 청구에 California Act상의 공개의무위반에 관한 것이 포함되어 있다면, Nevada주에는 California주의 Franchise Investment Act에 해당하는 가맹점사업자 보호법이 없으므로 Nevada주법에 의한 중재를 규정한 조항은 California주의 public policy에 반한다.

73) *See, e. g., Washington Franchise Act Policy Statement FPS-1; But see, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 723 F.2d 155 (1st. Cir. 1983), Puerto Rico 영역 밖에서 체결되거나 외국법에 따라야 할 딜러계약에 관한 분쟁에 대하여 중재에 따른 의무를 인정하지 않고 있는 P.R. Laws Ann. tit. 10, §

1996. 1. 1. 채택된 Uniform Franchise Offering Circular Guidelines(UFOC)는 중재지를 해당 주의 영토 밖으로 정하는 중재조항을 위험요소(risk factor)의 하나로 표시하도록 하고 있다.<sup>74)</sup> 그러나 항소법원은 주 영토밖에 중재지를 두지 못하게 하는 주법의 규정은 연방 중재법에 위반될 가능성이 크다는 점을 강력히 지적하고 있다.<sup>75)</sup>

중재합의에서는 중재규칙에 관하여 단순히 해당 중재원이 정하는 규칙에 의한다고만 정할 수도 있고,<sup>76)</sup> 송달절차나 증거법칙, 적용될 준거법, 변호사의 대리권, 속기록 작성 유무, 중재판정이 내려져야 할 시한 등을 정할 수도 있다.

### (5) 중재비용

중재에는 비용이 소요된다. AAA는 중재신청에 대하여 관리요금을 부과하고 있다. 관리요금은 분쟁의 크기에 따라 정해진다. 지연비용과 1회 심리 후 매 심리마다 추가비용이 부과된다.<sup>77)</sup> 속기록이 필요한 경우에는 이에 대한 비용이 추가된다.<sup>78)</sup> 그밖에도 중재인 수당에 해당하는 비용이 부과될 수 있다. 이러한 것들이 중재비용이다. 중재합의에 의하여 양당사자가 이들 비용을 똑같이 부담하도록 하거나, 패소자가 전액을 부담하도록 하거나<sup>79)</sup> 또는 가맹본부만 부담하도록 정할 수도 있다. 만일 중재합의에 이에 관한 규정이 없고 연방법이나 주법에도 달리 정한 바 없다면, 중재인이 변호사비용에 대해서는 배상판정을 하지 않고 당사자들이 해결하도록 했다 하더라도 잘못이 아니다. 또한 중재비용에 관한 계약이나 관련법에 법률비용의 부담에 관한 규정이 없었다면, 중재인이 승리한 당사자

278b-2가 Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 2에 저촉된다.

74) Glickman, op. cit. Vol 5. UFOC - 9.

75) Management Recruiters Int'l, Inc. v. Bloor, 129 F.3d 851 (6th Cir. 1997), 만일 동법률이 당사자들이 다른 주에서 중재하기로 합의하였음에도 불구하고 오로지 주영토내에서만 중재를 하도록 하는 것이라면 이는 연방중재법 제2조의 연방법 우선원칙에 의하여 그 효력이 심히 의심스럽게 될 것이다.

See also, Stravski Distributing Co., Inc. v. Zywiec Brewers, PLC, Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12,685 (7th Cir. 2003), cert. den., U.S. Sup. Ct., Apr. 26, 2004, Illinois Beer Industry Fair Dealing Act상의 제한은 연방중재법과 연방조약에 저촉되어 무효이다. 폴란드 배급상과 일리노이주 양조업자간의 계약에 규정된 주 영토 밖 중재지에 대한 제한은 무효이지만, 주 영토 밖의 선택사법(choice of law)에 대한 제한은 유효하다.

76) See, e.g., Commercial Arbitration Rules of American Arbitration Association.

AAA Rule 11은 당사자는 상호간의 합의로써 중재지를 정할 수 있다고 규정하고 있다. 만일 일방 당사자가 특정한 장소를 중재지로 요구하고, 상대방이 요구받은 때로부터 15일 내에 이의를 제기하지 않으면 요구받은 장소가 중재지가 된다. 그리고 만일 상대방이 위 기한 내에 이의를 제기하면 AAA가 중재지를 정하며, 그렇게 정해진 중재지에 대하여 양당사자는 이의를 제기할 수 없다.

South Dakota Division of Securities는 2000. 5. 10 발표한 Policy Statement에서 만일 가맹계약에서 중재지를 정하지 않은 경우에는 그 계약서의 추록에서 다음과 같이 규정해야 한다 :

“당사자 중 1인이 중재를 신청할 경우에는 중재지는 Arbitration Rules for Commercial Financial Transactions Section 11에 의하여 AAA가 정한 조건에 따라 정해진다.”

77) See, Administrative Fee Schedule, Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association.

78) See, Rule 23 of the Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association.

79) Bob Schultz Motors, Inc. v. Kawasaki Motors U.S.A. Bus. Franchise Guide (CCH) ¶ 12,591 (8th Cir. 2003), cert. denied, U.S. Sup. Ct. (April 4, 2004), 그러나 이 사건에서는 “패배자 전액부담”조항(“loser pay all” provision), 특히 패배자가 가맹점사업자일 경우에는, 중재인이나 법원에 의해 부당하다고 판시될 수 있다고 하고 있다.

에게 중재비용에 관한 판정을 해 주지 않았다 하더라도 위법이 아니다.<sup>80)</sup>

본래 중재는 소송보다 더 경제적이도록 만들어졌다. 그러나 지금은 오히려 소송보다 비용이 더 많이 들기도 한다. 따라서 당사자 중 일방이 과도한 중재비용으로 인하여 중재절차를 이용할 수 없을 정도가 되는 경우에는 그러한 중재합의의 효력은 부인될 수 있다.<sup>81)</sup> 그러나 계약 체결 당시에 중재비용이 부당하지 않았다면, 가맹점사업자의 파산과 같은 후발적 사유로 인하여 그 중재조항이 부당하게 되는 것은 아니다.<sup>82)</sup> 참고로, 중재비용이 과중하여 자신이 감당할 수 없다는 점에 대한 입증책임은 중재를 피하려는 당사자가 부담하여야 할 것이다.<sup>83)</sup>

그밖에, 변호사비용과 전문가 증인(expert witness)에 소요되는 비용은 각자 부담하는 것이 보통이다.<sup>84)</sup>

#### IV. 중재판정시 고려해야 할 주의의무의 정도

중재인이 중재판정을 할 때, 가맹점사업자에 대한 가맹본부의 주의의무를 어떠한 기준에서 판단하여야 할까? 그 기준에 따라 중재판정의 결과에 지대한 영향을 미칠 수 있다는 점에서, 가맹본부에 대하여 소위 신인의무(fiduciary duty)를 인정할 것인가에 관하여 살펴보기로 한다.<sup>85)</sup>

일반적으로 신인의무를 부담하는 자는 신뢰를 부여한 자에 대하여 매우 높은 주의의무를 부담한다. 그리고 이러한 의무는 당사자간의 계약과 무관하게 인정된다.<sup>86)</sup> 따라서 가맹계약관계에 가맹본부에게 신인의무를 인정할 경우, 가맹본부는 자신의 행동이 가맹점사업자의 최선의 이익을 위하여 행동하였음을 입증하여야만 면책될 수 있다. 만일 그러지 못하면 가맹본부는 자신이 취득한 이익을 반환하여야 함은 물론이고 가맹점사업자가 입은 모든 손해까지도 배상하여야 한다.<sup>87)</sup>

80) See, *George Watts & Sons, Inc. v. Tiffany & Co.*, 248 F.3d 577, 2001 U.S. App. Lexis 6442 (7th Cir. 2001),

81) *Green Tree Financial Corp. v. Randolph*, 531 U.S. 79, 90-91 (2000).

82) *Subway Equip. Leasing Corp. v. Bonnie Forte, Bus. Franchise Guide (CCH)* ¶ 12,020 (E.D. La. 2001),

83) *The Quizno's Master, et al. v. Kadriu, Bus. Franchise Guide (CCH)* ¶13,051 (N. Ill. 2005),

84) *Glickman, op. cit.* § 9.03[13][e].

\* 필자 주 - 물론 이는 실제법적 문제로서 중재에만 국한된 논점은 아니다. 그러나 '가맹계약과 관련한 신인의무의 인정 여부' 문제는 아직 국내에서는 논의가 활성화되지 않은 상태여서 통상의 실제법적인 일반법리와는 달리 우리 학계에 비교적 생소한 논점이다. 이러한 관점에서 중재판정에 참고가 되고자 이 문제를 일별하고자 한다.

86) *Restatement (Second) of Torts* § 874 cmt. b (1974)에서는 “신인의무 위반의 책임은 단지 신인의무자와 수익자 사이의 약정이나 계약관계 자체만이 아니라 그러한 관계에서 도출되는 결과에 의해서도 발생될 수 있다”는 점을 인정하고 있다.

87) *Deborah A. DeMott, Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 1988 *Duke L.J.* 879, 880-85;

미국에서는 일찍이 Harold Brown이 가맹계약관계를 신인관계(fiduciary relationship)로 보아야 한다고 주장한 이래,<sup>88)</sup> 극히 일부의 판례와 학설이 신인의무를 인정하는 경향이 있다.<sup>89)</sup> 그리고 국내 학자 중에도 이러한 극소수의 학설을 추종하여, 가맹계약의 내용을 유형화하여 일정한 사안에 대하여는 신인의무를 인정하는 것이 분쟁결과에 대한 예측가능성을 높일 수 있다는 취지로 주장하고 있다.<sup>90)</sup> 그러나 미국의 주류적 학설과 대부분의 판례는 프랜차이즈관계라는 이유만으로 가맹본부에게 신인의무를 인정할 수는 없다고 한다.<sup>91)</sup> 신인의무는 기본적으로 상거래관계(commercial transaction)에는 적용되지 아니하는데,<sup>92)</sup> 프랜차이즈관계는 바로 이러한 상거래관계에 해당하기 때문이라는 것이다.<sup>93)</sup> 즉, 가맹본부와 가맹점사업자 사이의 관계는 정보공개서(UFOC)와 가맹계약에서 정한 조건에 의해 규율되는 대등한 상거래의 하나(arms-length commercial one)라는 것이다.<sup>94)</sup> 따라서, 굳이 가맹본부에게 신인의무를 부과하지 않더라도 “신의칙 및 공정거래의 원칙(principle of good faith and fair dealing)”에 의하여 해결하면 족하다고 한다.<sup>95)</sup>

생각건대, 상호 독립적 거래주체간의 상사계약(commercial contract)인 가맹계약에 있어서,<sup>96)</sup> 가맹본부에게만 신인의무를 부과하여 이처럼 무한대에 가까운 입증책임을 부담시키는 것은 부당하다 할 것이다. 가맹사업은 통일적 시스템을 바탕으로 전세계적으로 확대되는 보편적 속성을 가지고 있는 바, 우리나라에서만 예외적으로 가맹본부의 의무를 과중하게 해석하는 것은 가맹사업의 세계화 추세에도 부합되지 않는다. 더구나 굳이 신인의무를

L.S. Sealy, *Some Principles of Fiduciary Obligation*, CAMBRIDGE L.J. 119, 123-26 (1963).

88) Harold Brown, *Franchising - A Fiduciary Relationship*, 49 Texas L. Rev. 650 (1971).

89) *Arnott v. American Oil Co.*, 609 F.2d 873 (8th Cir. 1979), *cert. denied*, 446 U.S. 918 (1980); *Bus. Franchise Guide (CCH)* ¶ 8888, 825 F.2d 167 (8th Cir. 1987); *Saey v. Xerox Corp.*, 31 F. Supp. 2d 692 (E.D. Mo. 1998).; Robert W. Emerson, *Franchise Contract Clauses and the Franchisor's Duty of Care towards Its Franchisees*, 72 N.C. L. Rev. 905 (1994).

90) 임재호, 프랜차이즈제공자의 프랜차이즈이용자에 대한 주의의무, 상사법연구 제17권 제1호 (1998).

91) 62B Am. Jur. 2d Private Franchise Contracts § 20 (2005); William L. Killion, *Existence of Fiduciary Duty Between Franchisor and Franchisee*, 52 A.L.R.5th 613 (2005); Michael J. Lockerby, et al., *Franchising (& Distribution) Currents*, 24 Franchise L.J. 261, 271 (2005); Lee A. Rau, *Implied obligations in Franchising : Beyond Terminations*, 47 Bus. Law. 1053, 1064-1080 (1992).

92) *Rosenberg v. Pillsbury Co.*, 718 F. Supp. 1146 (S.D. N.Y. 1989)

93) *Broussard v. Meineke Discount Muffler Shops, Inc.*, 155 F.3d 331, 41 Fed. R. Serv. 3d 1151 (4th Cir. 1998) (rejected by, *Waste Management Holdings, Inc. v. Mowbray*, 208 F.3d 288, 46 Fed. R. Serv. 3d 1019 (1st Cir. 2000)) (under North Carolina law); *Amoco Oil Co. v. Gomez*, 125 F. Supp. 2d 492 (S.D. Fla. 2000) *Collins v. International Dairy Queen*, 54 F. Supp. 2d 1351 (M.D. Ga. 1999); *Saey v. Xerox Corp.*, 31 F. Supp. 2d 692 (E.D. Mo. 1998); *Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns, Inc.*, 732 F.2d 480 (5th Cir. 1984).

94) *Rosenberg v. Pillsbury Co.*, *supra* n. 92.

95) Cavico, *op. cit.*, pp. 75-76.

96) BGHZ, *Beschluss vom 24. Februar 2005.*, 독일연방대법원은 소비자약관에 중재조항이 있을 경우 해당 소비자가 그 약관에 서명하도록 하는 범규정의 효력범위와 관련하여, “가맹계약을 체결하는 자는 비록 그 계약 체결이 처음이라 하더라도 사업자로서 가맹사업계약관계에 들어가는 것으로 볼 수 있으므로 특별한 보호를 필요로 하는 소비자(Verbraucher)로 볼 수 없고, 사업자(Unternehmer)로 보아야 한다”고 결정하였다. 이는 상대방의 행동에 거의 전적으로 의존관계에 있는 자를 보호하려는 신인의무이론의 본질과 관련하여 볼 때, 독일에서도 가맹계약의 신인관계성이 부인될 수 있음을 엿볼 수 있는 결정이다.



도입하지 않더라도, 우리 민법상 일반조항으로서의 신의성실의 원칙은 앞서 본 미국의 ‘신의칙 및 공정거래의 원칙’과 사실상 내포를 같이 함으로써 실제로 가맹점사업자의 보호문제를 해결함에 있어 별다른 어려움이 없다.<sup>97)</sup> 게다가 가맹점사업자를 보호하고 가맹사업거래의 공정화를 기하기 위하여 제정된 우리의 <가맹사업거래의 공정화에 관한 법률> 제4조(신의성실의 원칙)에서도 “가맹사업당사자는 가맹사업을 영위함에 있어서 각자의 업무를 신의에 따라 성실하게 수행하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐, 그보다 강한 신인의무까지를 규정하고 있지도 않다. 더불어 가맹계약이 실제로 매우 다양한 내용으로 체결된다는 점을 무시한 채 무리하게 유형화의 틀로 묶으려는 소수설과 같은 시도는 분쟁결과에 대한 예측가능성을 높이려는 명분에도 불구하고 오히려 가맹사업의 발전에 해가 될 가능성이 있다. 이러한 점들을 종합할 때, 신인의무이론을 우리나라에 도입할 필요는 없을 것이다. 실제 우리나라에서도, 비록 신청인척이 명시적으로 신인의무라고 지칭하며 주장한 것은 아니지만, 가맹본부에게 (신인의무에 비견될) 고도의 주의의무를 인정하여야 한다는 취지의 주장이 있었다. 그러나 중재판정부는 이를 수용하지 않았다.<sup>98)</sup> 어떠한 내부 논의 과정을 거쳐 나온 판정인지는 알 수 없으나 아무튼 다행스런 선례가 되었다. 가맹사업거래상 경제적 약자를 도와야 한다는 미명하에 가맹사업 자체를 해하는 우를 피했기 때문이다. 요컨대, 가맹계약과 관련된 중재사건을 취급함에 있어서 중재인은 신인의무이론을 고려해서는 아니 될 것이다.

## V. 결 론

가맹사업은 20세기 중반부터 유통업계에 새롭게 등장하여 현재 전세계적으로 급속한 성장을 거듭하고 있다. 가맹사업의 근간이 되는 가맹계약은 기존의 여타 계약과는 여러 면에서 다른 특성을 가지고 있고, 바로 그러한 특성으로 인하여 가맹계약은 다른 계약보다도 더욱 더 그 분쟁을 소송이 아닌 중재로 해결할 필요성이 크다. 그럼에도 불구하고 아직 우리나라에서는 이에 관한 학계의 논의가 활발하지 못한 실정이다.<sup>99)</sup> 이는 무엇보다도 그에 관한 분쟁사례가 판례나 중재판정에서 많이 등장하지 않았기 때문일 것이다. 그러나 어떤 분야의 거래가 활성화되면 그에 따른 분쟁 또한 늘어가기 마련이다. 날로 가맹사업이 활성화되는 우리 유통업계의 추세에 비추어 볼 때, 우리에서도 가맹계약과 관련된 분쟁은 앞으로 급격히 늘어갈 것이다. 이에, 본 논문에서는 향후 우리나라 중재실무상 문

97) 대판, 1989. 5. 9. 선고 87다카 2407호 판결; 1992. 5. 22. 선고 91다36642호 판결 참조.

98) 대한상사중재원, 2006. 10. 9. 판정, 중재 제06111-0032호 및 반대중재 제06111-0047호,

99) 윤선희, 프랜차이즈 계약에서의 중재조항, 중재연구 제13권 제2호 (2004) 321-349쪽. 이 논문이 프랜차이즈와 중재와의 관련성을 다룬 국내 논문으로서 유일하다.

제될 주요 논점에 관하여 관련 판례 및 학설의 축적이 많은 미국의 예를 중심으로 살펴 보았다. 그 중에서도 특히 관심을 가져야 할 점으로는 가맹계약이 약관 내지 부합계약에 해당한다는 이유만으로 그에 포함된 중재조항이 무효가 되지는 아니한다는 점, 별도로 제기된 중재사건의 병합이나 집단중재절차를 검토할 필요가 있다는 점, 가맹계약관계는 신인관계가 아니라는 점 등을 들 수 있을 것이다. 아울러, 가맹계약관련 분쟁에 대한 중재의 현실적 활성화를 위해서는 공정거래위원회에서 제공하고 있는 프랜차이즈(외식업)표준 약관에 중재조항이 삽입되도록 노력할 필요가 있다는 점을 지적하고 싶다.

## 참 고 문 헌

- American Jurisprudence 2d. *Private Franchise Contracts* § 20. (2005).
- Austin, Anne L., Comment, *When Does a Franchisor Become a Fiduciary?*, *Crim truck & Tractor Co. v. Navistar International Transportation Corporation*, 43 CASE W. RES. L. Rev. (1993).
- Brown, Harold, *Franchising - A Fiduciary Relationship*, 49 Texas L. Rev. 650 (1971).
- Cavico, Frank J., *The Covenant of Good Faith and Fair Dealing in the Franchise Business Relationship*, 6 Barry L. Rev. 61 (2006).
- DeMott, Deborah A., *Beyond Metaphor : An Analysis of Fiduciary Obligation*, Duke L.J. 879 (1988).
- Emerson, Robert W., *Franchise Contract Clauses and the Franchisor's Duty of Care towards It's Franchisees*, 72 N.C. L. Rev. 905 (1994).
- Glickman, Gladys, *Franchising*, Matthew Bender (2006).
- Killion, William L., *Existence of Fiduciary Duty between Franchisor and Franchisee*, 52 A.L.R. 5th 613 1. § 2. (2006).
- Lockerby, Michael J. et al., *Franchising (& Distribution) Currents*, 24 Franchise L.J. 261 (2005).
- Mendelsohn Martin, *The Guide to Franchising*, 4th. ed. (Pergamon Press, 1985).
- Rau, A. Lee, *Implied Obligations in Franchising : Beyond Terminations*, 47 Bus. Law. 1053 (1992).
- Sealy, L. S., *Some Principles of Fiduciary Obligation*, CAMBRIDGE L.J. 119 (1963).
- Zeidman, Philip F., *Franchising and Other Methods of Distribution : Regulatory Pattern and Judicial Trends*, 1526 PLI/Corp 461 (2006). Zitter, Jay M., *Claim of fraud in inducement of contract as subject to compulsory arbitration clause contained in contract*, 11 A.L.R 4th 774(2006).

## ABSTRACT

### Legal Issues on the Franchise Disputes and their Settlement by Arbitration

Young-Hong Choi

Ever since franchising emerged in the industry of distribution, it has been growing explosively in the U.S.A. and all other countries as well. It is a method of expanding a business by licensing independent businessman to sell the franchisor's products and/or services or to follow a format and trade style created by the franchisor using the franchisor's trade marks and trade names. Franchising is a form of business that touches upon many different areas of law including, but not limited to, general contract law, general principles of commercial law, law of intellectual property, competition law, fair trade practices law and other industry specific laws *e.g.*, the Fair Practices in Franchising Act in Korea.

Arbitration is a long established, legally recognized procedure for submitting disputes to an outside person(s), mutually selected by the parties, for a final and binding decision. Despite its merits as an alternative dispute resolution, it has been criticized, on the other hand, particularly by franchisees' attorneys on the ground that even though it is required to protect the franchisees against the enforcement of pre-dispute arbitration agreements because of the franchisees' paucity of bargaining power vis-a-vis the franchisor, arbitration cannot afford it.

Until recently, however, little has been written about the legal issues pertaining to franchise agreement and arbitration clause contained therein in Korea. This treatise reviews the cases and arguments in relation to the subject especially of the U.S.A., which have been accumulated for decades. The issues addressed herein are the pre-emption by the FAA, the disputes to be arbitrated, the selection and qualification of arbitrators, the place of arbitration hearings and the evidentiary rules applicable, the expenses of arbitration, theory of fiduciary duty and the like, all of which are relevant to franchise agreement.

**Key Words** : Franchise Agreement, Arbitration, Arbitrability, Selection of Arbitrator, Provision of Arbitration, Contract of Adhesion