

약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성*

Arbitration Agreement through Standardized Terms and its Validity

이 병 준**

Byung-Jun Lee

〈목 차〉

- I. 들어가며
- II. 판단의 대상: 약관을 통한 사전중재합의의 내용과 그 모습
- III. 소비자중재합의의 유효성에 관한 우리나라에서의 논의
- IV. 독일에서의 논의
- V. 결 론
- 참고문헌
- Abstract

주제어 : 내용통제, 분쟁해결, 소비자보호, 소비자중재, 약관, 약관규제법, 온라인 분쟁해결, 중재합의, 분쟁조정, 온라인 분쟁조정

* 이 논문은 2011년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 기초연구사업 지원을 받아 수행된 것임(NRF-2011-327-B00796).

** 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

I. 들어가며

1. 소비자중재의 도입필요성과 소비자보호 방안에 관한 입법론적 논의

최근에 소비자중재의 필요성에 관한 논의가 어느 정도 진행되고 있다.¹⁾ 특히 대한상사중재원을 통한 상사중재로 한정되었던 중재영역이 언론중재(언론중재위원회), 의료중재(한국의료분쟁조정중재원) 등으로 확대되면서 더 이상 대한상사중재원만의 전담영역이 아닌 것이 되면서 그 확대 논의는 더 활발해 지고 있는 실정이라고 할 수 있다.²⁾ 또한 소비자 분쟁해결과 관련하여 대체적 분쟁해결수단으로 자리 잡은 분쟁조정은, 해당 제도가 오랜 기간 동안 자리 잡아 왔고 그 경험도 축적되면서 보다 구속력이 있는 중재제도의 필요성이 해당 분쟁해결기관에서 주창되고 있다.³⁾

입법적으로 살펴보았을 때 우리 중재법은 유엔상거래법위원회(UNCITRAL) 1985년 모델중재법을 많이 참조하였는데, 유엔상거래법위원회 모델중재법은 국제상사에 관한 것이므로 소비자보호 관념을 담을 필요가 없다. 하지만 우리 중재법은 상사중재에 한하지 않고 소비자중재를 형식적으로 포괄하고 있으므로 소비자중재가 현재에도 가능하지만, 처음부터 소비자중재를 고려하여 제도를 설계한 것으로 볼 수 없다. 따라서 소비자중재가 실무에서 도입된다면 소비자보호를 위하여 안전장치의 마련이 필요한지, 필요하다면 어떠한 방식을 따라야 하는지에 관한 논의가 필요하고 실제로도 이에 관한 논의가 진행되고 있지만,⁴⁾ 위에서 언급한 개별분야를 포함하여 모든 소비자분야를 포괄하는 입법이 이루어진

- 1) 김석철, “소비자피해구제 실태분석을 통한 소비자중재제도 도입방안 연구”, 중재연구 제12권 제1호 (2002), 207면 이하: 본 논문에서는 소비자분쟁조정위원회 및 대한상사중재원의 기능을 확대하여 소비자중재를 담당 하도록 하고 비용마련을 위하여 기금을 조성하는 한편 비용절감을 위하여 상근 중재인을 두고 신속절차를 활용할 것을 제한하고 있다; 박성용, “소비자분쟁해결제도에 중재제도 도입가능성에 관한 연구”, 중재연구 제19권 제2호 (2009), 73면 이하: 본 논문에서는 중재제도가 소비자보호를 위한 효율성 측면에서 긍정적인 면이 있으나, 국민의 재판권을 받을 권리를 침해할 수 있다는 측면에서 부정적 요소도 있다고 한다. 그러나 두 논문 모두 구체적인 소비자중재 도입방안에 관하여는 언급하고 있지 않다.
- 2) 그 밖에 다른 영역에서도 중재제도의 도입이 논의되고 있다. 예컨대 저작권 중재제도 도입에 관하여 자세한 것은 손승우, 저작권 중재제도에 관한 연구 보고서, 문화체육관광부 (2012); 홍승기, “저작권 중재의 수용”, 계간 저작권 제90호 (2010. 6.), 82면 이하 참조. 또한 스포츠 중재의 경우 대한체육회의 정관으로 제8장에 조정중재에 관한 규정을 두고 있으나, 실제로는 분쟁조정에 관한 규정만을 두고 있으며 중재에 관한 규정을 두고 있지 않은 실정이다(이에 관하여 자세한 것은 임건민, “스포츠 중재합의와 내용통제 - 독일에서의 논의를 고려하여 -”, 스포츠와 법 제9권 (2006), 247면 이하 참조).
- 3) 이러한 입장으로 한국소비자원, 전자거래분쟁조정위원회 등에서는 구속력이 없는 조정을 사업자가 거부한 경우 법원으로 갈 수 밖에 없다는 현실을 이야기 하면서 사건을 중국적으로 해결할 수 있는 구속력 있는 중재의 도입필요성을 주장하고 있다. 이에 대하여 조심스러운 입장으로 김선정, “연구논문 : 온라인 상사분쟁해결방법의 법적 과제”, 경영법률 제17권 제1-1호 (2006), 572면.
- 4) 이에 관하여 정선주, “소비자중재에서 소비자보호의 문제”, 서울대학교 법학 제49권 제1호 (2008. 3.), 231면 이하.

것은 아니다. 이러한 차원에서 충분한 논의를 거친 후에 필요하다면 소비자보호를 위한 안전장치를 마련한 후에 소비자중재를 도입해야 할 것이다. 이러한 논의는 입법론적 차원에서의 논의이다.⁵⁾

2. 유엔상거래법위원회 실무작업반 III에서의 논의와 입장정리의 필요성

한편 현재 소비자중재에 관한 명확한 입장이 법률상 없는 상태에서 소비자중재를 도입한다면 현행법의 해석론상 어느 한도까지 소비자중재가 가능한 지에 관한 논의도 매우 흥미롭다. 이와 관련하여 유엔상거래법위원회에서의 논의가 더욱 이 주제에 대한 해답을 추구하고 있다. 유엔상거래법위원회 실무작업반 III에서는 현재 국제전자상거래분쟁 해결을 위한 온라인 분쟁해결절차를 마련하고 있으며 여기서 기본적으로 중재를 통한 분쟁해결을 예정하고 있다.⁶⁾ 여기서 과연 소비자에 의한 사전중재합의가 가능한지에 관하여 논의가 있다. 이에 관하여 유럽연합의 상당수 국가들은 사전에 이루어진 소비자중재합의를 무효로 보고 있는 반면에, 미국 등 영미법 국가들에서는 이를 유효로 보고 있다. 이러한 논의과정에서 입법례가 분석되고 있으며 한국은 어떠한 입법을 취하고 있는지에 대하여 논의가 있다. 현재 한국은 소비자중재의 경우에 사전중재합의를 무효로 보는 입법은 존재하지 않지만 대부분의 사전중재합의가 온라인으로 이루어지는 경우, 이는 약관규정을 통하여 이루어질 것이므로 약관규제법에 의한 내용통제가 이루어질 수 있을 것이다. 이에 대하여 유효하다는 입장, 소비자중재만 무효라는 입장, 더 나아가서 약관을 통한 중재합의는 모두 무효라는 입장이 한국 대표단 사이에 있어 이 논의에 관한 정리가 필요하다.

3. 연구범위와 방법

본 논문에서는 약관을 통하여 이루어지는 소비자중재합의가 약관규제법상 내용통제에 의하여 무효가 될 수 있는지에 관하여 고찰하려고 한다. 이를 위해서 우선 판단의 대상이 되는 전자상거래시 중재합의가 소비자와 전형적으로 어떻게 이루어지는지를 살펴보고, 이때 중재합의가 계약법적으로 어떠한 의미를 갖는지를 논해보려고 한다(II). 그 후 우리나라

5) 이에 관한 논의는 있으나, 아직 개정내용까지 진전된 것은 아니다. 이에 관하여 자세한 것은 정선주, “중재법 개정의 방향과 주요 내용”, 고려법학 제60호 (2013), 220면; 이호원, “한국의 최근의 중재법 개정논의 - 국제중재의 활성화를 위하여 -, 『국제거래법연구』 제22집 제2호 (2013), 6면 참조.

6) 이에 관하여 자세한 것은 이병준, “국제전자상거래 분쟁해결을 위한 절차 규칙에 관한 UNCITRAL의 논의와 그 평가 - 제26차 실무작업반의 논의를 중심으로 -”, 중재연구 제23권 제1호 (2013), 133면 이하 및 각주 4에 인용된 그밖에 문헌; 이병준, “국제전자상거래로 인한 분쟁과 ODR를 통한 분쟁해결”, 중재연구 제22권 제2호 (2012), 79면 이하 참조. 그밖에 소비자 피해구제수단으로서의 ODR에 관한 일반적 논의로 김선광, “소비자 구제수단으로서의 ODR의 잠재력에 관한 소고”, 전자무역연구 제8권 제2호 (2010), 73면 이하 참조.

라와 독일에서의 논의를 고찰하여 중재합의가 체결될 때 소비자 보호필요성을 어떻게 판단하는지를 살펴보고(Ⅲ와 Ⅳ) 결론을 도출해 보고자 한다. 미국과 일본 등에서도 소비자 분쟁해결을 위하여 중재제도를 도입하고 있으나, 이미 소개가 되어 있을 뿐만 아니라,⁷⁾ 해당 국가들에는 우리나라와 같은 약관규제법이 존재하지 않아서 직접적인 비교가 가능하지 않으므로 본 논문의 논의대상에서 배제하기로 한다.

Ⅱ. 판단의 대상: 약관을 통한 사전중재합의의 내용과 그 모습

1. 중재합의

중재합의는 현재 중재절차를 개시할 수 있는 핵심적인 개념으로 사용되고 있다. 이에 따르면 중재합의는 계약상의 분쟁인지 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 앞으로 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의를 말한다(중재법 제3조 제2호)⁸⁾. 따라서 중재의 합의라 함은 현재 발생하고 있거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하기로 하는 당사자 사이의 약정으로서, 공평·적정·신속의 관점에서 전통적인 법원의 소송절차에 따른 분쟁해결을 포기 내지 배제하는 합의이다. 따라서 유효한 중재합의가 있는 경우에는 반드시 계약당사자가 분쟁해결을 중재에 회부하고 중재판정에 구속되도록 하는 한편, 다른 한편으로는 국가의 재판관할권을 배제하도록 하는 효력을 가지게 된다(중재법 제9조 제1항). 이처럼 중재합의는 두 가지의 의미를 갖게 된다.⁹⁾

이러한 중재합의는 기본적으로 중재약정(Schiedsabrede; Arbitration agreement)과 중재조항(Schiedsklausel; Arbitration clause)의 방식으로 체결할 수 있다.¹⁰⁾ 중재약정은 기본적으로 계약을 체결함에 있어서 또는 계약과 상관없이 개별적으로 체결되는 약정을 의미한다. 중재약정은 독립적인 계약으로서의 효력을 갖고 있고 개별적으로 체결되므로, 당사자들이 해당 약정의 의미 내용을 정확히 파악하고 체결할 가능성이 크기 때문에 소비자보호의 문제가 크게 발생하지 않는다. 그에 반하여 중재조항을 통한 중재합의는 계약내용의 일부

7) 미국의 소비자중재에 관하여는 하충룡, “소비자중재합의의 미국계약법상 항변”, 중재연구 제20권 제2호(2010), 153면 이하 참조. 일본의 소비자중재제도에 관한 소개로 고희석, “일본 소비자분쟁과 소송외적 분쟁해결제도에 대한 연구”, 소비자문제연구 제35호(2009), 32면 이하 참조.

8) 이는 유엔상거래법위원회 1985년 모델중재법 제7조 제1항을 그대로 수용한 것이다.

9) 그 밖에 소비자중재의 경우 중재합의를 통하여 집단소송을 금지하는 내용까지 담으려고 하는 미국의 실무와 그에 따른 판례입장에 관하여 자세한 것은 강용찬·박원형, “소비자중재합의의 효력에 관한 미국 법원의 태도와 합의”, 중재연구 제21권 제1호(2011), 79면 이하 참조.

10) 중재법 제8조 제1항은 “중재합의는 독립된 합의 또는 계약 중 중재조항의 형식으로 할 수 있다”라고 규정하는데, 전자가 중재약정이고 후자가 중재조항에 해당한다.

또는 약관 내용의 일부로서 다양한 계약조항 내지 약관조항 중의 하나로 중재합의에 관한 규정을 두는 경우를 말한다. 이는 장래 발생 가능한 분쟁들을 모두 포함할 수 있도록 포괄적으로 규정되는 것이 일반적이다.¹¹⁾ 비록 중재법 제17조 제1항은 중재합의가 계약 내지 약관에 포함된 중재조항의 형식으로 이루어진 경우에 이는 계약 내지 약관의 다른 조항이 가지는 효력과 상호 독립적인 것으로 취급한다고 규정하지만, 본 계약 내지 약관과 개별적인 중재약정보다 소비자가 계약 내지 약관 내에 포함되어 있는 해당 중재조항의 의미내용을 명확히 인식하지 못하거나 그 의미내용을 파악하지 못하고 중재합의를 할 수 있는 여지가 더 많다고 할 수 있다.

2. 사전중재합의

중재합의는 그 체결되는 시점을 기준으로 사전중재합의와 사후중재합의로 나눌 수 있다.¹²⁾ 사전중재합의는 분쟁이 발생하기 전에 미리 해당 분쟁이 발생하는 경우에 중재를 통하여 분쟁을 해결할 것을 하는 합의를 말하며, 사후중재합의는 분쟁이 발생한 이후에 해당 분쟁을 중재를 통하여 해결할 것을 하는 합의를 말한다. 사후중재합의의 경우 이미 분쟁이 발생하고 있으므로 당사자는 해당 분쟁의 중요성과 내용을 인정한 상태에서 중재합의를 하고, 통상의 경우 중재약정을 통하여 개별적으로 합의가 이루어지기 때문에 보호 필요성이 크지 않다. 그에 반하여 사전중재합의의 경우에는 아직 분쟁이 발생하지 않아서 해당 분쟁의 심각성을 당사자가 느끼지 못하고 보통 앞으로 발생할 모든 분쟁 내지 계약과 관련한 모든 분쟁에 대하여 중재합의를 하기 때문에 중재합의가 어느 정도 포괄성을 갖고 있다. 또한 사전중재합의의 경우에는 통상 계약을 체결하면서 함께 이루어지기 때문에 중재조항 내지 약관규정을 통하여 중재합의가 이루어진다. 따라서 소비자가 그 의미와 내용을 명확히 인식하지 못한 상태에서 중재합의에 대한 동의를 하는 경우가 많다. 이러한 측면에서는 사후중재합의에서보다는 사전중재합의에서 소비자보호의 필요성이 더 크다고 할 수 있다.¹³⁾

3. 약관을 통한 중재합의

사전중재합의의 경우 일반적으로 중재조항을 통하여 중재합의가 이루어진다. 그런데 중재조항이 계약서 내지 약관에 담겨져 있는 경우에는 그 내용을 소비자가 인지하지 못하는

11) 김갑유 외, 『중재실무강의』, 34면 (초판, 2012).

12) 이태희, 『국제계약법』, 148 (2004).

13) 사전중재합의가 더 소비자를 보호하지 못하는 문제에 대한 미국의 사례를 위해서는 정선주, “소비자중재에서 소비자보호의 문제”, 239면 참조.

경우가 많다. 왜냐하면 해당 분쟁이 발생하지 않은 상황에서 구체적으로 소비자가 중재의 의미와 모습을 판단하기 어렵고, 나아가 법원을 통한 권리구제를 포기하는 것이 유리한지 불리한지를 판단하기가 어렵기 때문이다. 또한 중재조항이 계약조항 내지 약관조항으로 되어 있는 경우에는 해당 조항이 다른 조항과 함께 제시되기 때문에 그 조항의 중요성 및 내용을 파악하지 못할 가능성이 많다.¹⁴⁾ 그러한 이유로 약관규제법 내지 중재법에서 약관조항의 형태로 중재조항을 두는 것을 소비자계약에서 금지하는 경우가 있게 된다.

그러한 이유로 중재합의를 조항의 형태로 하지 못하고 개별적으로 합의를 하도록 유도하는 경우가 있다. 그런데 중재합의를 개별적으로 하더라도 다수의 계약을 체결하기 위하여 사업자가 해당 내용을 사전에 마련한 것이라면 이 또한 약관에 해당한다(약관규제법 제2조 제1호 참조). 사업자는 자신의 사업을 하면서 동일한 내용의 중재합의를 체결하도록 유도하려고 할 것이고 이렇게 되면 소비자가 일방적으로 중재합의 내용을 제시받는 것은 결국 중재조항인 경우와 동일하다. 따라서 이러한 경우에도 중재합의가 별도로 이루어지더라도 중재합의가 약관인 이상 약관규제법에 의한 통제를 받게 된다.¹⁵⁾

Ⅲ. 소비자중재합의의 유효성에 관한 우리나라에서의 논의

1. 관련 법 규정

소비자중재합의가 문제가 되는 것은 앞에서 살펴본 바와 같이 사전중재합의, 특히 중재조항 내지 약관으로서 제시받는 중재합의인 경우이다. 이러한 중재합의는 기본적으로 강행규정에 반하지 않은 것이어야 한다. 현재 소비자중재합의를 직접적으로 규율하고 있는 법은 중재법인데, 중재법에서 소비자중재합의에 관한 특칙이 존재하지 않는다.¹⁶⁾

다만 약관규제법 제14조에서는 고객에게 부당하게 불리한 소제기 금지조항은 무효로 보고 있다. 그런데 중재절차에 의한 분쟁해결을 도모하는 중재합의도 법원에 소제기를 포기하는 내용을 담고 있기 때문에 대표적인 부제소합의의 형태에 해당한다. 따라서 “고객에게 부당하게 불리한” 중재합의는 약관규제법 제14조에 의하여 무효가 될 여지가 있다.

14) 이종구, “미국에서의 소비자거래약관의 중재조항과 집단소송(집단중재)금지에 관한 연구”, 『기업법연구』 26권 제4호 (2012), 291-296면 참조.

15) 이러한 현상은 전자상거래를 목적으로 하는 온라인 쇼핑몰 등 인터넷 사이트에서 더욱 두드러지게 나타난다. 왜냐하면 인터넷 사이트의 경우에는 모든 내용을 사전에 마련하여 소비자 계약을 체결하는 경우가 대부분일 것이고 그렇게 되면 이러한 내용은 약관에 해당할 것이기 때문이다. 따라서 사전에 마련한 이와 같은 중재합의 내용도 약관에 해당하기 때문에 약관으로서 약관규제법에 의한 통제의 대상이 된다.

16) 이 부분에 대한 문제점 지적으로 석광현, “중재법의 개정방향 -국제상사중재의 측면을 중심으로-”, 서울대학교 법학 제53권 제3호(2012), 573면 이하 참조.

문제가 되는 것은 어떠한 중재합의를 고객에게 부당하게 불리한 합의로 볼 것인가이다. 이와 관련하여 본격적으로 논의가 많이 진전된 것은 아니지만, 학설은 상당히 대립하고 있는 것으로 보인다.

2. 학설의 입장

1) 입법론적 유효설

(1) 학설의 내용

이 견해는 이 문제를 주로 정보비대칭의 문제로 파악한다. 즉, 중재합의는 주로 약관의 형태를 통하여 일어나는데, 소비자가 이러한 약관의 규정을 꼼꼼하게 검토하지 않고 소비자가 중재합의의 법률적 의미와 그 중요성을 알지 못한다고 한다.¹⁷⁾ 이러한 측면에서 서면의 방식요건과 정보제공의무를 부과하면 사업자와 소비자 사이의 소비자계약에도 중재합의를 충분히 유효하게 할 수 있다고 본다. 즉 중재합의 체결 전에 중재합의의 법적 의미 등에 대하여 소비자가 충분히 이해할 수 있도록 정보를 제공하면 소비자는 충분히 보호를 받을 수 있다고 한다.¹⁸⁾

결국 서면의 방식요건과 정보제공의무를 부과하면 소비자는 충분히 보호를 받을 수 있으므로 소비자중재합의는 유효하며, 중재합의가 약관을 통하여 이루어지든 사전중재합의가 이루어지든 모두 유효하다고 한다. 특히 이러한 입장은 소비자중재의 활성화를 위하여 바람직하다고 한다. 즉, “소비자중재는 일반적으로 기업, 은행이나 증권회사와 소비자 사이에서 거래관계를 형성하면서 체결되는 경우가 많은데, 대부분 약관의 형태를 띠거나 본 계약체결 시 중재조항의 형태를 띤다. 그런데 소비자중재합의의 체결시기를 분쟁 발생 후로 제한한다면, 이러한 전형적인 형태의 소비자중재합의는 인정되기 어려워 실제로 소비자중재가 가능한 경우는 매우 드물게 될 것”이라고 한다.¹⁹⁾

(2) 학설의 평가

이 견해는 현재 입법상태에 대한 정확한 분석이라기보다는 소비자중재의 활성화를 위한 입법론에 가까운 견해라고 보인다. 즉 현재 우리 중재법이 소비자중재를 포괄하고 있으나, 소비자중재와 관련된 소비자보호가 없는 상태에서 소비자보호를 위한 입법이 어떠한 방향으로 이루어져야 하는지에 관한 입장에서 살펴본 논문이라고 볼 수 있다. 따라서 이 견해에서 현행법상 약관규제법에 기한 내용통제 시 중재합의가 약관을 통하여 이루어졌을 때

17) 이러한 타당한 지적으로 정선주, 앞의 논문, 237면.

18) 정선주, 앞의 논문, 243면.

19) 정선주, 앞의 논문, 240면.

무효가 되는지의 여부에 관하여 명확한 입장을 밝힌 것으로는 보기 힘들다. 하지만 이 견해는 서면방식과 정보제공의무를 부과하는 입법이 이루어지면 약관을 통한 중재합의도 유효하게 본다는 측면에서 입법론적 유효설이라고 명칭을 부여할 수 있을 것으로 생각된다.

이 견해는 중재합의가 약관으로 이루어졌을 때 이에 대한 명확한 분석을 하지 않고 있다. 특히 약관규제법 제14조에 관한 논의는 전혀 하지 않고, 다만 정보제공의무를 다하면 소비자보호가 전부 이루어질 수 있는 것으로 보고 있다. 하지만 이러한 분석은 너무 단편적인 것이라고 하지 않을 수 없다. 왜냐하면 소비자와 사업자의 계약에서 소비자보호를 위한 장치 및 보호수준은 여러 단계를 거쳐서 이루어질 수 있기 때문이다.

기본적으로 소비자보호제도는 사적자치의 원칙에 대한 중대한 침해를 의미하기 때문에 비례성의 원칙에 따라 가능하면 가장 약한 단계부터의 보호부터 시작해야 한다. 이러한 차원에서 보았을 때 1) 정보제공의무, 2) 철회권, 3) 내용통제의 순으로 보호단계를 구분할 수 있다. 하지만 이 견해는 1단계의 문제만을 언급하고 있을 뿐 3단계인 내용통제부분을 전혀 언급하고 있지 않다는 측면에서 문제가 있다. 즉 약관의 내용통제부분을 전혀 고려하지 않은 채 단순히 소비자중재 활성화 및 소비자중재합의를 사업자가 쉽게 할 수 있도록 해야 한다는 차원의 논거로서는 너무 부족하다고 보인다.

2) 무효설

분쟁해결을 중재절차에 의하도록 하는 중재조항은 약관규제법 제14조에 의하여 무효로 추정하는 것이 타당하다는 견해가 있다.²⁰⁾ 특히 중재조항이 위 조항에 따라 고객에게 부당하게 불리해야 한다는 점을 감안한다면, 중재조항이 무효가 되는 것은 사업자와 사업자 사이에 사용되는 중재조항이 아니라, 사업자와 소비자 사이에서 사용된 중재조항일 것이어야 한다고 보고 있다.

무효설의 경우에는 소비자계약인 경우는 중재조항을 무조건 부당하게 불리한 조항으로 해석하고 있다. 이러한 측면은 재판을 받을 권리를 배제하는 중재의 특성을 소비자가 제대로 인식하지 못하고 동의하는 경우가 많고 또한 중재를 통한 권리구제가 재판을 통한 권리구제보다 불리할 수 있다는 시각이 깔려있다고 볼 수 있다.

3) 제한적 무효설

이 견해는 기본적으로 전자상거래와 관련한 ODR 중재조항에 초점을 맞추어서 논의를 진행하고 있으나, 이를 일반화할 수 있을 것이다. 이에 따르면 중재조항은 거래상대방인 고객, 특히 소비자가 예상할 수 없는 부당하게 불리한 조항이 아니라는 입장에서 있다.²¹⁾ 더 나아가 무효설에서는 중재조항은 소비자가 상품의 종류와 수량, 매매대금처럼

20) 이은영, 『약관규제법』, 357면 (초판, 1997); 손경한, “소비자금융 분쟁의 중재”, 중재 291호 (1999), 78-79면.

당연히 확인할 수 있는 것이 아니라는 입장을 취하나, 제한적 무효설에 따르면 중재조항은 소비자가 예상할 수 없는 조항이 아닐 뿐만 아니라 이러한 시각은 약관의 객관적 해석에도 반한다고 보고 있다. 다만 소비자의 재판청구권을 본질적으로 또는 현저하게 훼손하는 경우, 혹은 중재조항이 난해하여 소비자가 그 의미를 이해하기 힘든 경우 등과 같은 사유가 있으면 무효로 보아야 한다고 주장한다. 그리고 무효라는 사실의 입증도 원칙적으로 소비자가 부담하여야 한다고 본다.

더 나아가 이 견해는 입법론적인 시각에서는 사전중재합의를 무효로 보는 유럽의 입법에도 비판적이다. 여기서도 ODR과 관련하여 논의를 진행하고 있다. 즉 “온라인상 click wrap 계약의 유효성을 인정하면서 유독 ODR을 포함하여 ADR조항의 효력만 부인할 수 있는지는 의문이다. 일반적으로 ADR조항의 효력을 부인한다면 계약상 ADR조항이 의미를 가지는 것은 소비자가 분쟁발생 후에 ADR에 동의하는 경우에 한정된 것으로 B2C 계약에서 ADR조항을 두는 것이 사실상 무의미한 것이 될 것이다”라고 한다. 이 견해는 결국 사전중재합의를 무효로 보는 것은 정책적으로 의미가 없고 사전중재합의를 유효한 것으로 보아야만 중재가 가능할 것이라는 입장에서 서 있다

3. 관례와 심결례

약관 내 중재조항이나, 약관 형태의 중재약정을 통한 중재합의가 약관규제법 제14조 위반으로 무효인지에 대한 대법원 판결이나 알려진 하급심 판결은 아직 보이지 않는다.²²⁾ 한편 공정거래위원회는 “약관의 조항이 ‘부당’한지의 여부는 당해 약관을 설정한 의도 및 목적, 당해 업종에서의 통상적인 거래관행, 관계법령, 거래대상 상품 또는 용역의 특성, 사업자의 영업상의 필요 및 고객이 입을 불이익의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다”²³⁾고 하면서도, 한 국내업체가 물품공급/판매계약 약관에 “당사자간에 화해가 성립되지 아니하는 경우 이 계약으로 발생하는 모든 분쟁은 대한상사중재원의 중재 규칙에 따라 중재로 최종해결한다”는 중재조항을 두었던 사건에서, “중재는 소송과는 달리 당사자의 합의에 의하여 법관 이외의 사인인 제3자의 판단에 맡겨서 분쟁을 자주적, 최종적으로 해결하려는 것이므로 분쟁을 중재로 해결하려는 당사자의 합의가 무엇보다 중요하다. 통상 고객은 중재제도를 잘 알지 못하여 중재제도의 의미를 파악하고 중재조항을 수락했다고 보기 어려운 경우가 많으므로 중재약정은 당사자간 개별약정에 의한 경우에만 유효성이 인정된다할 것이다. 즉, 중재합의가 있으면 법원의 재판에 의한 법규의 해석과 그 적용을 박탈하는 결과를 가져오며 공정치 못한 중재결과가 나왔을 경우 항소심절차에 의

21) 김선정, 앞의 논문, 580면 이하.

22) 이러한 분석으로 김갑유 외, 앞의 책, 62면.

23) 공정거래위원회 약관심사지침 고시(2012. 8. 20. 개정).

해 구제될 수 없음을 고려할 때 사업자가 일방적으로 마련한 약관에 중재합의 조항을 정하는 것은 부당하다 할 것이다. 따라서 해당 약관조항은 고객에 대하여 부당하게 불리한 소제기의 금지조항으로 약관법 제14조에 해당된다”는 이유로 해당 중재조항을 수정 또는 삭제할 것을 권고하는 시정권고를 내린 바 있다.²⁴⁾

IV. 독일에서의 논의

아직 소비자중재의 실무가 없는 우리나라에서는 소비자중재합의의 유효성을 논하는 것이 공허할 수도 있다. 하지만 독일의 경우 이러한 논의가 판례까지 이어지고 있어 그 시각을 참조할 필요가 있다. 이러한 측면에서 약관규제법이 존재하는 독일 판례와 학설의 입장을 살펴보고자 한다.

1. 독일 민사소송법상 소비자중재합의 시의 형식요건

약관 내에 소비자중재합의가 있는 경우 약관규제에 관한 독일민법 규정이 적용되어 중재합의의 효력을 제한할 수 있는지 여부를 검토하기에 앞서 소비자중재합의의 형식요건이 충족되었는지를 살펴볼 필요가 있다. 그 이유로 첫째, 독일 민사소송법은 소비자중재합의에 대해 엄격한 형식요건, 즉 자필서명 및 문서의 독립성을 요구하고 있는데 이들은 중재합의의 효력요건²⁵⁾이기 때문에 소비자중재합의가 사전에 마련된 서식에 의해 이루어지는 경우에도 자필서명 및 문서의 독립성이라는 형식이 갖추어지지 않으면 약관규제에 관한 규정 적용과 상관없이 곧바로 무효가 된다.²⁶⁾ 둘째, 독일 판례에 의하면 소비자중재합의가 자필서명 및 문서의 독립성이라는 형식요건을 모두 충족하는 경우 자동적으로 약관의 편입요건도 충족되고, 의외조항에 관한 논의도 무의미해진다. 셋째, 만약 자필서명을 요구하는 소비자중재합의의 형식요건이 궁극적으로 중재에 대한 의사표시의 개별적 합의까지 요구하는 것이라면 처음부터 서식에 의한 소비자중재합의가 불가능해진다. 이하에서는 우선 독일 민사소송법이 요구하는 소비자중재합의의 요식성에 대해 간략히 살펴보도록 한다.

1) 개관

독일은 중재절차와 관련된 사항을 독일 민사소송법 제10장에서 규율하고 있고(동법 제

24) 공정거래위원회 2010. 02. 25. 의결 2010약관0478 (재판관할합의 약관조항).

25) Münchener Kommentar zur ZPO/Münch, § 1031 Rn. 10.

26) 이로 인해 독일에서는 약관에 의한 소비자중재합의가 인정되기 힘들 것이라는 평가로 정선주, 앞의 논문, 241면.

1025조 이하), 특히 약관 내 중재조항의 효력을 검토함에 있어서 유의해야 될 중재합의(Schiedsvereinbarung)²⁷⁾의 형식요건을 제1031조에서 상세히 규율하고 있다. 그런데 독일의 경우 소비자가 중재합의에 참여했는지 여부에 따라 적용되는 중재합의 요식성에 관한 규정이 달라지고,²⁸⁾ 소비자중재합의 시에는 더욱 엄격한 형식요건이 요구된다는 점에 그 특색이 있다(독일 민사소송법 제1031조 제5항).²⁹⁾ 한국의 중재법도 중재합의는 서면으로 하여야 하고(한국 중재법 제8조 제2항), 당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함되었거나, 편지·전보·전신·팩스 등의 통신수단에 의하여 교환된 문서에 중재합의가 포함되면 서면에 의한 중재합의로 보는 등(한국 중재법 제8조 제3항) 독일 민사소송법과 동일한 내용의 중재합의 형식요건을 규정하고 있으나, 소비자가 중재합의에 참여한 경우와 참여하지 않은 경우를 구분하여 규율하고 있지는 않다. 따라서 한국의 경우 소비자가 중재합의의 당사자라 할지라도 일반적 형식요건만 충족하면 그 중재합의는 유효하다.

그러나 독일 민사소송법 제1031조가 요구하는 형식요건은 중재합의 그 자체에 대해 적용되는 것이지, 중재합의와 관련된 그 밖의 부수적 약정에 대해서는 적용되지 않는다는 점을 유의해야 한다. 따라서 중재절차에 관한 세부적 합의 또는 중재에 있어 적용되어야 하는 법에 대한 합의 등에 대해서는 독일 민사소송법상 요구되는 중재합의의 형식요건이 충족될 필요가 없다.³⁰⁾

2) 독일 민사소송법 제1031조 제5항에서의 소비자 개념

독일 민사소송법 제1031조 제5항이 적용되는 중재합의에는 적어도 한 명의 소비자가 참가해야 한다. 이 경우 소비자의 개념정의를 독일민법 제13조에서 말하는 소비자를 말한다.³¹⁾ 따라서 원칙적으로 자연인만이 소비자라 다루어지고, 분쟁의 대상이 되는 거래가 “영업상 또는 독립적 직업 활동”과 관련이 없어야 한다.

사적 재산관리가 영업활동에 해당하는지가 문제될 수 있는데 독일 판례의 입장에 의하면 해당 재산의 규모와 상관없이 영업활동에 해당하지 않는다고 한다. 영업활동에 해당되지 않아 소비자라 취급될 수 있는 유형으로는 ① 주식 내지 유한회사 지분의 취득,³²⁾ ②

27) 독일 민사소송법 제1029조 제2항에 따르면 한국의 중재법 제8조 제1항과 동일하게 중재합의(Schiedsvereinbarung)의 유형으로 두 가지 경우를 예정하고 있다. 이들 중 독립된 합의의 형태로 중재합의를 하는 경우를 중재약정(Schiedsabrede)이라 하고, 계약 내에 중재합의에 대한 조항을 포함하는 형식으로도 가능한데, 이 경우를 독일에서는 중재조항(Schiedsklausel)의 형태라 한다.

28) 소비자가 참여하지 않은 중재합의에 대해서는 독일 민사소송법 제1031조 제1항 내지 제4항이 적용되고, 소비자가 참여한 경우는 동조 제5항이 적용된다. 전자의 경우 원칙적으로 서명이 필요한 서면형식이 요구되나, 서명을 하지 않고 단순히 문서를 교환하는 것으로 대체될 수 있기 때문에 요구되는 형식요건이 상당히 완화된다.

29) 유엔상거래법위원회 모델중재법에는 없는 규정으로, 독일이 1997년 민사소송법 개정 시 소비자보호를 위해 도입한 독자적 규정이다.

30) Saenger, Zivilprozessordnung, § 1031 Rn. 2.

31) Münchener Kommentar zum BGB/Wurmnest, § 307 Rn. 251.

32) BGH NJW 2000, 3946, 3497.

펀드 가입,³³⁾ ③ 부동산의 취득 등이 있다. 특히 자본 투자자가 소비자적 특성을 가지는 지 여부에 대해 논란이 있을 수 있지만 독일 판례는 수익을 얻으려는 의도가 존재한다는 사실만으로 독일 민법 제13조에서 말하는 영업활동이 존재한다고 할 수 없다고 한다. 또한 투자되는 자본의 규모가 크다는 이유로 투자자를 소비자보호의 영역 밖에 두는 것은 적절하지 않다고 한다.³⁴⁾

이러한 소비자 개념과 관련하여 독일 민사소송법 제1031조 제5항의 적용 범위가 지나치게 넓다는 비판이 있을 수 있으나 아직 문헌상 활발히 논의되고 있지는 않다. 다만 동조항의 개정 과정을 연혁적으로 고찰해 보았을 때 소비자 개념을 사용하고 있는 현재의 규율 태도에는 어느 정도 합리적인 이유가 있는 것으로 보인다. 독일 민사소송법 제1031조 제5항이 처음부터 소비자 개념을 사용하여 인적 적용범위를 정하였던 것은 아니다. 오히려 1998년 1월 1일 개정 독일 민사소송법이 시행되기 이전에는 독일 상법상 “상행위 (Handelsgeschäft)” 개념표지를 이용하여 적용대상을 한정하고 있었다. 당시 규정의 체계를 살펴보면 현재 입법태도와 달리 중재합의를 하는 경우 서면 형식과 문서의 독자성이라는 형식요건을 충족해야 함이 원칙이었고, 다만 해당 중재합의가 양 당사자에 있어 상행위에 해당하는 경우에 서면 형식을 갖출 필요가 없었다. 그런데 전통적으로 사용되어 오던 이 상법상의 개념으로부터 탈피할 필요성이 제기되었는데, 상행위라는 개념의 범위가 결코 명확하지 않았고 이로 인해 서면형식이 필요 없는 중재합의가 어떠한 경우를 말하는 것인지 명백하지 않았기 때문이다.³⁵⁾ 그 밖에 독일 상법상 상행위의 개념이 국제적으로도 그다지 잘 알려진 개념이 아니라는 점을 근거로 하여 1997년 12월 22일 독일 민사소송법 개정을 통해 소비자 개념표지가 상행위를 대체하게 된 것이다.

3) 소비자중재합의에 있어서 형식요건

독일 민사소송법 제1031조 제5항은 소비자가 중재합의에 참가할 시 좀 더 엄격한 요식성을 요구함으로써 소비자보호 차원의 경고기능을 수행한다고 볼 수 있다. 즉, 소비자가 다수의 계약조항에 대해 포괄적으로 서명함으로써 중재합의에 대해 명확하게 인식하지 못한 채 계약을 체결하는 상황으로부터 소비자를 보호하고자 도입된 조항이다.³⁶⁾ 이를 위한 구체적 보호방안으로서 제1031조 제5항은 ① 중재합의를 포함하고 있는 문서에 대해 당사자들 모두가 반드시 자필로 서명함으로써 독일 민법에서 말하는 서면형식(Schriftform)을 갖출 것(동항 제1문),³⁷⁾ 그리고 ② 자필로 서명된 문서는 기본적으로 중재절차에만 관

33) BGH ZIP 2005, 254, 255.

34) 소비자로서의 자본 투자자 보호에 대한 상세한 내용으로 Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Auflage, 2007, § 3 Rn. 1 ff.

35) BT-Drucks. 13/5274, 37.

36) Saenger, Zivilprozessordnung, § 1031 Rn. 9.

37) 그러나 항상 직접 개인적으로 서명해야 될 필요는 없기 때문에 대리가 허용되고(Musielak/Voit, Zivilprozessordnung,

련될 것, 다시 말해 문서의 독립성(Eigenständigkeit)을 요구하고 있다(동항 제3문). 특히 문서의 독립성을 요구하는 것은 조그맣게 인쇄된 문자들 사이에 중재합의가 숨겨져 있는 경우를 미연에 방지하기 위한 것으로서, 공증의 경우가 아니라면 당해 문서에는 중재합의와 다른 내용의 약정들이 존재해서는 안 된다. 다시 말해 소비자가 약관 내에 중재합의에 관한 조항이 있다는 것을 분명히 인식하도록 하기 위해 중재합의가 문서 내 공간상으로 명확히 구분되어 서명되기를 요구하는 것이다. 그러나 중재합의에 관한 사항이 반드시 별도의 종이에 기록될 필요는 없다. 동일한 종이에 중재합의 이외의 계약내용이 기록되어 있다 할지라도 중재합의에 관한 부분이 공간적으로 명확히 구분되어 있고, 별도로 서명이 되었다면 독립성의 요건은 충족된다.³⁸⁾

2. 약관에 의한 소비자중재합의의 효력판단

1) 내용통제의 법적 근거

자필서명과 문서의 독립성이 인정되었기 때문에 형식요건이 충족되지 않았다는 이유로 소비자중재합의의 효력을 부인할 수 없는 경우, 약관규제에 관한 독일민법 규정이 적용되어 무효로 할 수 있는지가 문제된다. 이를 검토함에 있어서는 중재합의 자체에 대한 효력과 중재절차와 관련된 부수사항에 대한 효력을 다시 구분하여야 한다. 형식요건을 충족시킨 소비자중재합의에 대해 약관에 관한 독일민법 규정이 어떻게 적용될 수 있는지에 대해 독일 판례와 학설상 견해대립이 존재하고 있다. 다만 약관에 의한 소비자중재합의의 내용통제와 관련하여 독일과 한국 사이에 법적 근거가 차이를 유의할 필요가 있다.

한국의 경우 소송 제기의 금지, 재판관할, 입증책임의 부담에 대한 약관 조항이 불공정할 경우 약관 규제법 제14조가 우선적으로 적용되고, 약관에 의한 소비자중재합의의 효력과 관련하여 동조의 적용여부가 문제되고 있다. 그러나 독일의 경우 약관규제법³⁹⁾이 처음 제정될 당시부터 민법전에 편입이 된 현재까지 소송 제기금지 및 재판관할에 대한 약관 조항의 개별적 내용통제를 규율하는 규정이 존재하지 않는다. 단지 증명책임에 대한 약관 조항이 부당할 경우 약관조항의 무효를 선언하고 있을 뿐이다(독일민법 제309조 제12호). 따라서 소송 제기금지 및 재판관할에 대한 약관 조항의 효력문제는 일반적 내용통제를 규율하고 있는 독일 민법 제307조 적용문제로 귀결되고, 마찬가지로 약관에 의한 중재합의의 효력문제도 동조의 적용과 관련하여 다루어지고 있다. 특히 소송 제기금지에 대한 약관의 내용통제는 재판관할 및 중재합의와 달리 최근까지도 주목을 끌지 못하였는데, 2007

§ 1031 Rn.10), 독일 민법 제126조에 의한 전자적 서면형식을 통해서 대체될 수도 있다(독일 민사소송법 제1031조 제5항 제2문).

38) BGHZ 38, 155; Münchener Kommentar zur ZPO/Münch., § 1031 Rn. 59.

39) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. I 1976, 3317.

년 근로자 해고 시 합의한 해고보호소송 제기금지 약관 조항과 관련하여 논의가 진행되기 시작하였고, 마찬가지로 독일 민법 제307조 적용문제로 다루어졌다.⁴⁰⁾

2) 독일 판례의 태도

독일 판례는 일관적으로 소비자가 참여한 중재합의가 독일 민사소송법 제1031조 제5항의 형식요건을 충족하는 한 사전에 미리 마련된 서식에 따른 중재계약이 가능하다는 입장이다.⁴¹⁾ 그 이유로서 판례는 중재합의에 대한 조항이 약관 내에 존재한다는 사실 자체만으로 불공정성이 인정될 수 없기 때문이라고 한다.⁴²⁾ 다만 독일 민사소송법 제1031조 제5항과 독일 민법 제305조 이하의 약관규제에 관한 규정간의 기본적인 관계는 독일 판례에 의해서도 명확하게 규명되지 않고 있고, 이 점에 있어서는 계속해서 다양한 논의가 가능한 상태라고 할 수 있다.⁴³⁾

(1) 기초판결(BGH, Urteil vom 13. 1. 2005 - III ZR 265/03)⁴⁴⁾

[사실관계]

원고 Z는 피고 D 주식회사와 사전에 마련된 서식을 이용하여 증권투자를 위한 계좌개설계약(Verwaltetes Konto; Managed Account)을 체결하였다(1998년 5월 18일). 이 서식 내에는 계좌개설과 관련된 내용 이외에 중재합의에 관한 조항도 기록되어 있었다. 이 중재합의조항의 구체적 시행을 위해 같은 날 원고와 피고는 별도의 중재계약도 체결하였는데, 마찬가지로 사전에 마련된 중재계약서에 서명하였다. 중재계약서 내의 조항에 의하면 분쟁의 원인 및 종류가 무엇인지 상관없이 원고와 피고 사이에 체결된 계약과 관련된 법적 분쟁은 모두 중재에 의하여야 하고, 중재계약의 해석과 효력에 대한 분쟁에 대해서도 중재판정부가 판단하도록 되어 있었다. 체결된 중재계약은 소비자중재합의 시에 독일 민사소송법 제1031조 제5항이 요구하는 형식요건을 충족하였다. 중재합의가 중재계약서라고 하는 별도의 독립된 문서에 포함되어 있었고, 이에 원고 Z와 피고 D 주식회사의 대리인이 자필로서 서명을 하였기 때문이다. 또한 중재계약서 내에 중재와 관련이 없는 내용은 포함되어 있지 않았다.

[판단]

본 사안에서는 소위 Kompetenz-Kompetenz Klausel⁴⁵⁾의 유효성이 먼저 문제되었다. 원

40) BAG, Urteil vom 6.9.2007 - 2 AZR 722/06.

41) BGH NJW 2005, 1125, 1127.

42) BGH SchiedsVZ 2007, 163.

43) 이에 대한 최근 판례로서 BGH SchiedsVZ 2007, 163.

44) JZ 2005, 958 ff.

고와 피고 사이에 합의된 중재계약의 해석과 효력에 대한 분쟁에 대해서도 중재판정부가 판단하도록 되어 있었기 때문이다. 기존의 독일 판례는 중재계약 자체의 유효성도 중재판정부가 판단할 수 있도록 긍정하는 입장이었으나, 본 판결은 1997년 12월 22일 독일의 개정 중재법을 근거로 Kompetenz-Kompetenz Klausel이 강행규정 위반임을 이유로 무효라 판시함으로써 기존 입장을 변경하였다. 다만 Kompetenz-Kompetenz Klausel이 무효라고 해서 중재합의 자체가 무효가 되는 것은 아니라고 판단하였고, 이에 법원이 중재합의 자체의 효력에 대해 판단할 수 있는 근거가 마련되었다.

Kompetenz-Kompetenz Klausel이 무효가 됨으로써 법원이 중재합의 효력을 판단할 수 있게 되었는데 본 사안에서 문제가 된 쟁점은 사전에 미리 마련된 서식에 의한 소비자중재합의가 유효한 가였다. 서식에 의한 중재합의와 관련해서는 다시 두 가지 쟁점이 문제되었는데, ① 우선 독일 민사소송법 제1031조 제5항이 중재합의에 대한 개별적 약정을 요구하고 있기 때문에 서식에 의한 중재합의가 동항이 요구하는 형식요건을 충족시키지 못하는 것인지가 다루어졌고, ② 형식요건을 충족한다 할지라도 독일 민법상 약관규제에 관한 규정이 적용될 수 있는지가 다루어졌다. 전자에 대하여 독일 연방대법원은 중재계약서가 피고에 의해 사전에 마련된 서식이라는 사실이 독일 민사소송법 제1031조 제5항에 위배되는 것은 아니라고 판시하였다. 즉, 미리 마련된 중재계약서 자체는 중재합의의 효력유무와 관련하여 아무런 관련이 없다고 판시하였고, 그 근거로서 독일 민사소송법 제1031조 제5항이 소비자 보호를 위해 자필서명과 문서의 독립성을 요구하지만 개별적 합의(Individualvereinbarung)를 예정하고 있지는 않다는 것을 들었다. 따라서 본 판결에 의하면 소비자중재합의 시 법률상 요구되는 형식요건만 충족된다면 사전에 마련된 서식(예컨대 중재계약서)을 통해 중재합의가 얼마든지 가능하게 된다.

이처럼 독일 민사소송법 제1031조 제5항에서의 형식요건이 문제되지 않는다고 하더라도, 약관규제에 관한 독일민법 규정이 적용되어 중재합의의 무효를 주장할 수 있는지 여부가 다시 문제된다. 법원은 우선 독일 민사소송법 제1031조 제5항에서의 형식요건이 충족된다면 약관법상 의외조항이라는 이유로 편입 자체가 부정되지는 않는다고 하였다. 이미 입법자가 제1031조 제5항을 통해 기습적 조항에 의한 중재합의로부터 소비자를 보호하고자 하였고, 이에 의하면 비록 사전에 미리 만들어 놓은 서식이라 할지라도 자필서명을 하였고, 서명한 서류가 중재절차와 관련된 사항만 포함하고 있다면 의외조항으로서 받아들여질 수 없다고 하였다. 그 밖에 약관 내 중재합의에 관한 조항이 신의성실에 반하는 불공정 조항이라면 무효가 될 것인데, 법원은 약관 내에 기록되어 있는 중재합의 자체가 상대방을 불리하게 하는 불공정 조항이라 할 수 없다고 판시하였다. 특히 법원은 약관 사용자에게 있어서 중재의 필요성, 즉 서식에 의한 중재합의에 대한 특별한 사용이익이 없다

45) 이에 대한 자세한 설명은 안병희, “중재인의 권한확정권한(Kompetenz-Kompetenz)에 관한 연구”, 중재연구 제11권 (2001) 참조.

고 할지라도 신의성실에 반하는 불공정 조항이 아니라고 하였다. 만약 서식에 의한 중재 합의의 효력을 위해 특별한 사용이익을 요구하게 되면 대개 당사자들에게 상당한 법적 불안정성이 발생할 것이라고 지적하였다. 즉, 분쟁 발생과 함께 바로 중재절차를 진행하지 못하고 항상 약관 사용자에게 중재절차에 대한 이해가 존재하는지 여부를 법원이 판단해야 하기 때문이다.

다만 법원은 중재절차와 관련된 세부적 합의사항들이 어느 정도 약관법 통제 하에 놓이는지에 대한 문제는 열어 두었다. 본 사안의 경우 중재절차의 개시, 임명권, 중재판정부에 의한 중재절차 진행 등에 있어서 특별히 신의성실을 위반하여 상대방을 불이익하게 하는 불공정조항이 존재하지 않기 때문에 어떤 조항이 구체적으로 약관법에 의해 무효가 되는지는 본 판결에서 다를 필요가 없다고 하였다.

(2) 후속판결(BGH, Urteil vom 1. 3. 2007 - III ZR 164/06)⁴⁶⁾

[사실관계]

2000년 2월 29일 피고는 매매 및 건축시공계약을 통해 원고(소비자)에게 토지를 양도하고, 이 토지 위에 주거용 주택을 건립하였다. 계약서 내에는 “중재계약”이라는 절 이하에 중재합의에 관한 조항이 있었다. 동절 제2조에서는 중재인의 선임과 관련된 내용을 규율하고 있었는데, 이에 따르면 R이 중재인이 되고, R이 사실적 내지 법적 이유로 중재인이 될 수 없는 경우 Hamm 지역 고등법원장이 당사자 1인의 신청으로 중재인을 선임하도록 되어 있었다.

이후 원고는 피고에게 건축물의 하자를 제거하는데 필요한 비용에 대해 선 지급을 요구하였고, 피고는 중재합의의 항변을 행사하였으며, 이에 원심은 유효한 중재합의가 있었다는 이유로 피고의 중재항변을 인정하였다.

[판단]

우선 연방대법원은 해당 소비자중재합의가 공증인에 의해 공증이 되었기 때문에 독일민사소송법 제1031조 제5항이 요구하는 형식요건을 모두 충족했다고 판시하였고, 기초판결과 같이 약관 내에 기록된 중재합의는 상대방을 불리하게 하는 불공정 조항이 아니며, 마찬가지로 약관 사용자에게 있어 중재의 필요성이 반드시 있어야 하는 것도 아니라고 판시하였다.

본 사안에서는 사전에 마련된 서식에 의해 소비자중재합의가 이루어짐에 있어서 R이라고 하는 특정인을 미리 중재인으로 정해놓은 조항이 약관규제에 관한 독일민법 규정에 따

46) JZ 2008, 358 ff.

라 무효인지도 문제되었다. 이에 법원은 해당 조항으로 인해 상대방이 중재인 선임에 있어 모든 영향력을 상실하기 때문에 불공정조항으로 볼 여지가 있으나, 독일 민사소송법 제1034조 제2항 제1문에서 이에 대한 구제수단을 별도로 규정하고 있으므로 약관법에 따른 내용통제 대상은 아니라고 판시하였다. 즉, 제1034조 제2항 제1문에 따르면 중재합의가 중재판정부를 구성함에 있어 당사자들 간의 상당한 불균형을 초래하도록 하는 경우 불리한 당사자가 약정 내용과 달리 법원이 중재인을 선임할 수 있도록 신청할 수 있다. 따라서 법원은 어느 한 당사자의 중재인 임명권이 서식에 의해 불공정하게 제한되었다 할지라도 약관법상 무효가 아니라고 판시하였다.

3) 독일학설의 상황

약관의 편입통제와 관련하여 학설은 독일 민사소송법 제1031조 제5항의 형식요건을 충족시키는 소비자중재합의의 경우 항상 독일 민법 제305조 제2항에서의 계약 편입요건도 충족한다고 한다. 독일 민사소송법 제1031조 제5항이 소비자의 자필서명을 요구하고 있기 때문에 약관의 편입요건은 문제가 되지 않는다는 것이다.⁴⁷⁾ 또한 판례의 견해와 마찬가지로 의외조항의 가능성이 없기 때문에 중재합의는 계약 내용으로 편입된다고 한다.⁴⁸⁾ 독일 민사소송법 제1031조 제5항에 의해 이미 중재합의가 담겨져 있는 서면의 독자성이 요구되기 때문이다.

독일민법 제307조를 통한 약관의 내용통제와 관련해서는 판례와 다른 견해가 지지되기도 한다. 이 견해⁴⁹⁾에 따르면 약관에 의한 소비자중재합의는 원칙적으로 독일민법 제307조에 의해 허용되지 않고, 예외적으로 약관의 사용자에게 특별한 이익 내지 중재의 필요성이 존재하는 경우에 한해서 서식에 의한 소비자중재합의가 가능하다고 한다. 다만 약관에 의한 중재합의를 유효하게 하는 약관사용자 측의 특별한 이익이 소비자중재합의의 경우에는 원칙적으로 인정되지 않고,⁵⁰⁾ 극히 예외적인 경우에만 인정될 수 있을 것이라고 한다.⁵¹⁾ 이처럼 중재합의의 효력을 부정하는 근거는 아래와 같다. 우선 약관에 의한 소비자중재합의를 원칙적으로 허용하게 되면 해당 중재조항에 의해 소비자가 법원에 자유롭게 접근하지 못하게 되고, 그 결과 국가에 의해 제공되는 권리구제 수단이 축소될 수 있다고 한다.⁵²⁾ 또한 법원에 의한 권리구제와 비교해 보았을 때 중재절차는 비용의 위험이 더 크

47) Münchener Kommentar zum BGB/Wurmnest, § 307 Rn. 251.

48) Münchener Kommentar zum BGB/Wurmnest, § 307 Rn. 251; Berger, ZBB 2003, 77, 87.

49) Stoffels, AGB-Recht, 2009, Rn. 1074; Ulmer/H.Schmidt, AGB-Recht, Anh. § 310 Rn. 708.

50) Stoffels, AGB-Recht, 2009, Rn. 1074. 이와 달리 상사거래는 그 특성상 신속하고 간편한 분쟁해결에 대한 약관 사용자의 이익이 존재하기 때문에 약관에 의한 중재합의가 유효한 것이 원칙이라고 한다. 특히 국제거래의 경우 중재의 이익이 두드러지고, 국내거래라 할지라도 산업 분야에 대한 전문성 등의 요소가 존재하기 때문에 상사 중재합의는 약관으로 가능한 것이 원칙이라고 한다(Erman/Roloff, § 307 Rn. 155).

51) Ulmer/H.Schmidt, AGB-Recht, Anh. § 310 Rn. 708.

52) Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau, Schiedsgerichtsklauseln Rn. S 5.

고, 절차비용을 구제 받을 수 있는 가능성이 거의 없으며, 항소의 가능성이 배제되는 경우 중재결과를 수정할 수 있는 메커니즘도 거의 존재하지 않게 된다는 점을 지적한다. 또한 소비자가 중재절차를 통해 누릴 수 있는 이점이 사업자의 그것과 비교했을 때 너무 적다는 점도 고려해야 한다고 한다. 마지막으로 소비자보호를 위한 형식요건을 규정하고 있는 독일 민사소송법 제1031조 제5항만으로는 약관의 내용통제 필요성을 완전히 배제하지 못한다고 한다.⁵³⁾ 위에서 살펴본 바와 같이 독일 판례가 중재합의 자체는 불공정한 것으로 보지 않고, 약관 사용자의 중재에 대한 필요성이 약관사용자 측에 존재할 필요도 없다고 판시한 것은 최종적으로 위와 같은 학설상의 견해를 수용하지 않은 것으로 평가된다.⁵⁴⁾

그 밖에 중재절차의 세부적 사항 예컨대 중재지, 중재인 선임, 기타 중재절차의 특수성과 관련된 사항이 독일 민법 제307조 제2항이 적용되어 무효일 수 있다. 그러나 현재 학설상 어떤 요건 하에서 무효가 되는지는 아직 명확하다고 할 수 없다.⁵⁵⁾ 다만 중재에 관한 독일 민사소송법 제1025조 이하 규정의 본질적 기본사상을 일탈하는 약관 조항은 무효라고 볼 수 있다. 예를 들어 중재지에 대한 조항이 상대방의 권리행사를 정당한 사유 없이 어렵게 하는 경우, 특히 중재지가 외국의 어느 한 지역으로 정해졌을 경우 해당 약관 조항이 무효라는 견해가 있다.⁵⁶⁾

그 밖에 중재인을 선임할 수 있는 권한을 약관 사용자에게 유보하거나, 약관 사용자가 중재인 선임에 영향력을 행사할 수 있어 공정한 절차가 기대 될 수 없는 경우 해당 약관 조항은 무효라는 견해가 있다.⁵⁷⁾ 이 견해는 앞서 살펴 본 바와 같이 독일 민사소송법 제1034조 제2항 제1문에서 구체수단을 별도로 규정하고 있기 때문에 약관법에 따른 내용통제 대상은 아니라고 한 독일 판례⁵⁸⁾와 정면으로 배치되는 주장이다. 그러나 이를 비판하는 견해는 독일 민사소송법 제1034조 제2항에 의해 불이익을 당한 당사자가 독립적인 중재인을 법원이 선임해 줄 것을 중재판정부 형성을 안 날로부터 2주 이내에 청구할 수 있지만, 동조 제2항 3문에 의하면 불이익을 당한 당사자의 신청이 있었다 할지라도 중재절차를 계속해서 진행할 수 있기 때문에, 후에 중재판정이 취소 될 수 있는 위험이 존재함을 고려한다. 따라서 이러한 위험을 사전에 예방하는 차원에서라도 중재인 선임에 있어서 공정한 절차를 방해할 여지가 있는 약관 조항은 무효라고 한다.

53) Stoffels, AGB-Recht, 2009, Rn. 1074.

54) Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 934.

55) 이에 대한 논의로 Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 934 ff.; Mäsch, FS Schlosser, 2005, 529; Thode, DNotZ 2007, 404.

56) Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau, Schiedsgerichtsklauseln Rn. S 11; Wagner/Quinke, JZ 2005, 932, 937.

57) Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Hau, Schiedsgerichtsklauseln Rn. S 11.

58) BGH, Urteil vom 1. 3. 2007 - III ZR 164/06.

V. 결 론

소비자중재가 아직 우리 현실에 실무적으로 존재하지 않지만, 그 필요성은 다각적으로 제기되고 있으며 앞으로 광범위한 영역에서 소비자중재를 하게 될 날이 얼마 남지 않은 것으로 판단된다. 이러한 차원에서 소비자중재와 관련된 법적 쟁점을 정리하고 소비자중재에서 소비자보호 필요성이 있다면 이에 관한 안전장치를 법률로 마련하는 것이 필요하다고 볼 수 있다. 하지만 본 논문은 이러한 입법론에 관한 것이 아니고, 현재의 입법상태에서 약관을 통하여 중재합의가 이루어진 경우에 그 유효성에 관한 것이다.

현재 소비자중재에 관한 포괄적인 입법이 존재하지 않고 소비자중재에 관한 안전장치가 마련되지 않은 상황에서 소비자중재합의가 약관규제법상 유효한지의 논의는 그리 쉬운 문제가 아니다. 기본적으로 학설에서 바라보고 있는 시각은 두 가지로 대립하고 있다. 첫째로 소비자중재를 가능하게 하기 위하여 정보제공만 충분히 한다면, 즉 소비자중재를 통하여 재판을 받을 권리가 상실된다는 점을 충분히 고지할 수 있는 방안만 마련된다면 소비자중재합의는 유효하다는 입장과, 둘째로 정보제공만으로는 불충분하고 그 내용통제까지 할 수 있어야 하며 소비자중재는 재판을 받을 권리를 박탈하기 때문에 사업자가 일방적으로 마련한 소비자중재합의는 무효라는 입장이 존재한다. 기본적으로 이 두 가지 시각은 소비자보호방법에서 정보제공만을 통한 충분한 보호가 일어날 수 있다는 입장과, 정보제공만으로는 안되고 그 내용통제까지 이루어져야 한다는 입장으로 나뉜다. 또한 두 입장에서는 소비자중재가 재판과 동일한 소비자보호를 할 수 있다는 시각과, 소비자중재가 재판을 대체할 수 없다는 시각이 대립하고 있는 것으로 보인다. 그런데 약관규제법 제14조가 존재하는 한, 정보제공만을 통한 보호가 입법적으로 일어나는 것이 아니라 약관의 내용통제가 일어나고 있으므로 후자의 입장이 더 타당해 보인다. 그러나 후자의 입장을 취하더라도 소비자중재합의가 반드시 소비자에게 “부당하게 불리한 조항”인지의 여부는 다시 판단해야 한다.

독일의 입법례와 그 논의과정을 살펴보면 많은 시사점을 찾을 수 있다. 독일은 소비자중재에 관하여 입법적으로 안전장치를 마련하고 있다. 이러한 측면에서 독일의 학설상으로는 소비자중재가 재판을 받을 권리를 침해하므로 약관규제법상 소비자중재가 무효라는 견해가 있기는 하지만, 독일 판례에서는 소비자중재합의가 유효한 것으로 보고 있다. 하지만 더 자세히 살펴보면 판례에서 문제되었던 사안들은 금융투자 내지 부동산거래와 관련된 사안이었다. 즉 개념적으로는 소비자거래에 이러한 사안들이 포함되기 때문에 소비자중재로 볼 수는 있지만, 실질적으로 금융투자와 부동산거래 영역에서는 정보의 비대칭으

로 인한 소비자보호 필요성이 그리 크지 않을 수 있다는 시각도 존재한다. 즉 전통적으로 소비자보호가 필요하지 않은 것이다. 이러한 측면에서 소비자중재합의를 무조건적으로 무효가 아니라, 부당하게 불리한 경우에만 무효로 보는 입장에서는 이와 같은 거래영역에서 소비자중재합의는 무효가 아닌 것으로 볼 수 있는 것이다.

현재 우리나라의 입법상황으로 보았을 때 소비자중재에 관한 보호장치를 마련하지 않은 상황이고, 실제로 소비자중재가 법원을 통한 재판을 대체할만한 것인지 실무적으로 밝혀지지 않은 상황에서는 보수적으로 판단하여 약관규제법에 의하여 소비자중재합의는 무효로 보는 것이 타당하다고 할 수 있다. 왜냐하면 약관규제법이 현재 존재하고 있는 소비자보호를 위한 유일한 안전장치이기 때문이다. 하지만 소비자보호를 위한 입법적 불비가 중재법 내지 소비자기본법을 통하여 해결되고 실제 소비자중재가 법원을 통한 재판을 대체할 수 있는 정도로 실무적으로 완비된다면 이러한 입장은 물론 바뀔 수 있을 것이다. 약관규제법 제14조에 위반하는 약관조항은 당연히 무효가 아니라, 소비자에게 “부당하게 불리한 경우”에만 무효이기 때문이다.

참고문헌

- 강용찬·박원형, “소비자중재합의의 효력에 관한 미국 법원의 태도와 함의”, 『중재연구』 제21권 제1호, 한국중재학회, 2011.
- 고형석, “일본 소비자분쟁과 소송외적 분쟁해결제도에 대한 연구”, 『소비자문제연구』 제35호, 한국소비자보호원, 2009.
- 김갑유 외, 『중재실무강의』 (초판), 박영사, 2012.
- 김석철, “소비자피해구제 실태분석을 통한 소비자중재제도 도입방안 연구”, 『중재연구』 제12권 제1호, 한국중재학회, 2002.
- 김선광, “소비자 구제수단으로서의 ODR의 잠재력에 관한 소고”, 『전자무역연구』 제8권 제2호, 중앙대학교 한국전자무역연구소, 2010.
- 김선정, “연구논문 : 온라인 상사분쟁해결방법의 법적 과제”, 『경영법률』 제17권 제1-1호, 한국경영법률학회, 2006.
- 박성용, “소비자분쟁해결제도에 중재제도 도입가능성에 관한 연구”, 『중재연구』 제19권 제2호, 한국중재학회, 2009.
- 석광현, “중재법의 개정방향 -국제상사중재의 측면을 중심으로-”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012.
- 손경환, “소비자금융 분쟁의 중재”, 『중재』 291호, 대한상사중재원, 1999.

- 손승우, 『저작권 중재제도에 관한 연구 보고서』, 문화체육관광부, 2012.
- 안병희, “중재인의 권한확정권한(Kompetenz-Kompetenz)에 관한 연구”, 『중재연구』 제11권, 한국중재학회, 2001.
- 이병준, “국제전자상거래 분쟁해결을 위한 절차 규칙에 관한 UNCITRAL의 논의와 그 평가 - 제26차 실무작업반의 논의를 중심으로 -”, 『중재연구』 제23권 제1호, 한국중재학회, 2013.
- _____, “국제전자상거래로 인한 분쟁과 ODR를 통한 분쟁해결”, 『중재연구』 제22권 제2호, 한국중재학회, 2012.
- 이은영, 『약관규제법』 (초판), 박영사, 1997.
- 이종구, “미국에서의 소비자거래약관의 중재조항과 집단소송(집단중재)금지에 관한 연구”, 『기업법연구』 제26권 제4호, 한국기업법학회, 2012.
- 이태희, 『국제계약법』, 법문사, 2004.
- 이호원, “한국의 최근의 중재법 개정논의 - 국제중재의 활성화를 위하여 -, 『국제거래법연구』 제22집 제2호, 국제거래법학회, 2013.
- 임건면, “스포츠 중재합의와 내용통제 - 독일에서의 논의를 고려하여 -, 『스포츠와 법』 제9권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2006.
- 정선주, “소비자중재에서 소비자보호의 문제”, 『서울대학교 법학』 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- _____, “중재법 개정의 방향과 주요내용”, 『고려법학』 제60호, 고려대학교 법학연구소, 2013.
- 하충룡, “소비자중재합의의 미국계약법상 항변”, 『중재연구』 제20권 제2호, 한국중재학회, 2010.
- 홍승기, “저작권 중재의 수용”, 『계간 저작권』 제90호, 저작권심의조정위원회, 2010.
- Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3, Auflage 2007.
- Mäsch, “Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern”, FS für Schlosser, 2005.
- Stoffels, AGB-Recht, 2009.
- Thode, Schiedsvereinbarungen in Verbraucher-Bauträgerverträgen, DNotaZ 2007.
- Ulmer/Brandner/Hesen, AGB-Recht Kommentar, 11. Aufl., 2011.
- Wagner/Quinke, “Ein Rechtsrahmen für die Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit”, JZ 2005.
- Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar, 5. Aufl., 2009.

ABSTRACT

Arbitration Agreement through Standardized Terms and its Validity

Byung-Jun Lee

Recently, there have been discussions about the necessity of consumer arbitration such as ADR. The debate has progressed, because this area of arbitration has expanded into the press and medical fields. However, there is not an act for regulating consumer arbitration in South Korea. Thus, this issue has been deliberated at UNCITRAL Working Group III. The core issue of this deliberation is the validity of consumer arbitration. Especially if a pre-dispute arbitration agreement is contracted online, it progresses by using standardized terms; therefore it is possible that the Standardized Terms Regulating Act judges the relevant terms.

This thesis consists of the following: First, concepts and categories of arbitration agreements. These include arbitration agreement, pre-dispute arbitration agreement, and arbitration agreement through standardized terms. Second, the validity of the above agreements will be discussed. There are three positions concerning their validity: affirmative as de lege ferenda, negative, and restrictively negative.

Similar discussions concerning German law and cases would be helpful to specify and compare the issue. When a consumer arbitration agreement is contracted through standardized terms, it is necessary that the required formality of the agreement has been satisfied, before the effect of the agreement may be regulated by the German Civil Code.

Key Words : Content Control, Dispute Resolution, Consumer Protection, Consumer Arbitration, Standardized Terms, Standardized Terms Regulation Act, Online Dispute Resolution, Arbitration Agreement, Dispute Mediation, Online Dispute Mediation