仲裁硏究, 第 29 卷 第 1 號
2019년 3월 2일 발행, pp. 3~29
http://dx.doi.org/10.16998/jas.2019.29.1.3

논문접수일 2019. 02. 10.
심사수정일 2019. 02. 25.
게재확정일 2019. 02. 27.

프랜차이즈 분쟁계약상 사전중재합의에 관한 법리적 검토

Judicial Review on Pre-arbitration Agreement in Terms to Resolve Franchise Dispute

성준호*
Joon-Ho Sung

〈목 차〉

Ⅰ. 서 설
Ⅱ. 프랜차이즈 분쟁에 있어 사전중재합의의 법적쟁점
Ⅲ. 프랜차이즈 분쟁에 있어 복합적분쟁해결 합의
Ⅳ. 프랜차이즈 분쟁해결에 관한 법률 규정 및 표준계약조항 검토
Ⅴ. 결 어
참고문헌
Abstract

주제어 : 프랜차이즈 분쟁, 대체적 분쟁해결방법, 중재약관, 선택형약관조항, 선택적분쟁해결조항

* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 가천대학교법과대학 강사, 법학박사

Ⅰ. 서 설

산업구조의 발달과 거래 및 유통구조의 다변화 그리고 소비자의 서비스욕구 증대를 힘입어 프랜차이즈 산업이 함께 발전하고 있다. 프랜차이즈 사업(가맹사업)이란 가맹본부가 가맹점 사업자로 하여금 자기의 상표, 서비스표, 상호, 간판 그밖의 영업을 사용하여 일정한 품질기준에 따라 상품 또는 용역을 판매하도록 함과 아울러 이에 따른 경영 및 영업활동 등에 대한 지원, 교육과 통제를 하며 가맹점사업자는 영업표지의 사용과 경영 및 영업활동 등에 대한 지원의 대가로 가맹금을 지급하는 계속적인 거래관계를 말한다. 이러한 형태의 사업은 장기간 동업종에 종사하여 서비스의 노하우나 기술이 충분치 못한 점주들로 하여금 비교적 손쉽게 새로운 사업으로 진출할 수 있는 계기를 마련해주기도 하지만, 프랜차이즈 산업의 구조적 특징으로 인한 가맹본무와 가맹점주간의 이해관계로 인해 다양한 형태의 분쟁요소가 상존하고 있다. 특히 프랜차이즈 형태의 창업 점포가 20만 개를 훌쩍 넘어서면서,[1] 프랜차이즈 사업과 관련된 분쟁은 사업의 증가에 따라 더불어 그 수도 증가하고 있다. 특히 이들 간에는 소위 갑·을 관계로 불리는 상대적 우열관계로 인해 함께하는 이익만큼이나 갈등도 증가하고 있다.

이러한 시점에서 분쟁의 효율적 해결의 필요성이 대두되고 있다. 일반적으로 프랜차이즈 분쟁을 해결하는 가장 일반적인 방법으로 민사소송이 있으나, 분쟁기간의 장기화의 문제 및 이로 인한 소송비용 등의 문제가 있다. 특히 프랜차이즈 분쟁의 경우는 생업이 달려있는 문제로, 분쟁의 장기화는 생존의 문제로 직결될 수 있기 때문에 신속하고 공정한 분쟁해결은 매우 중요한 과제이다. 이러한 방법으로 대체적 분쟁해결제도(Alternative Disputes Resolution : ADR)가 좋은 대안이 될 수 있다. 대체적 분쟁해결제도는 당사자의 자율적인 의사에 의하여 자주적이고, 신속하고, 저렴하며 공정한 절차에 의해 분쟁을 해결하는 방법이기 때문이다.[2] 나아가 거래의 전문화에 따라 당해분야의 전문가에 의한 분쟁해결의 요청이 부각되고 있기 때문이다.[3] 특히, 중재는 당사자의 합의에 의하여 선출된 중재인의 중재판정에 의하여 당사자간의 분쟁을 해결하는 절차로 양 당사자의 타협이나 조정에 의한 화해나 조정과는 달리, 옳고 그름에 대하여 해당분야 전문가 및 법률전문가에 의한 명확한 판단을 받을 수 있다.

---

1) 이러한 증가추이는 한국공정거래조정원에 접수된 분쟁조정현황에 비추어 2006년 212건에서 2016년 593건으로 무려 180%나 급증했으며, 지난 2017년도 역시 분야가 전년도(593건)대비 31% 증가한 779건으로 집계 되었다.(http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/05/20/0200000000AKR20170520020100030.HTML)

2) 소송과 대비된다는 측면에서 '재판외 분쟁처리제도'라고도 표현한다.(김홍규, 「민사소송법」, 삼영사, 2002, 10면; 박진근, "가맹거래의 분쟁해결방안에 관한 정책적 연구-가맹사업법에 의한 조정을 중심으로-", 법과 정책연구 제5권 제2호, 2005, 4면.

3) 손경한, "분쟁해결합의에 관한 일반적 고찰", 법조 제675호, 법조협회, 2012, 42면.

그렇기 때문에 프랜차이즈 분쟁에 있어서 중재제도의 활용은 분쟁당사자 모두에게 이익이 될 수 있는 요소를 가지고 있다. 그러나 중재제도에 대한 이해부족으로 프랜차이즈분쟁에 활용도가 낮은 편이다. 본 논문에서는 중재를 통한 프랜차이즈분쟁의 효율적 해결을 위해, 프랜차이즈거래약관에 분쟁해결방법으로 '중재'를 포함하는 사전중재약정에 관해 살펴본다. 특히 이러한 '사전중재합의'가 가지고 있는 법적 쟁점 및 현행법과의 관계 등에 있어서 쉽지 않은 현실의 문제를 법리적인 측면에서 타당성 여부를 검토한다.

Ⅱ. 프랜차이즈 분쟁에 있어 사전중재합의의 법적쟁점

프랜차이즈 분쟁을 법원이외 분쟁해결 방법인 '중재'에 의해 해결하기 위해서는 우선적으로 당사자간의 유효한 중재합의가 있어야 한다. 중재합의는 성립시를 기준으로 사전중재합의와 사후중재합의로 구분할 수 있다. 사전중재합의는 분쟁발생이전에 미리 관련분쟁에 관한 사항을 중재에 의해 해결할 것을 약정하는 합의이며, 사후중재합의는 분쟁이 발생한 후에 비로소 당해 분쟁의 해결을 중재에 의해 해결하기로 하는 합의이다.

일반적으로 사후중재합의의 경우에는 이미 발생한 분쟁에 대한 해결방법을 합의하는 것으로 당해 분쟁의 중요성과 내용에 대하여 이미 충분히 인지하고 있는 상태에서 중재합의를 하는 것이고,[4] 당해 분쟁사안에 대한 해결방법으로서 중재약정에 의해 개별적인 합의가 이루어지기 때문에 중재합의의 형식적 요건에 의한 흠결이 아닌 이상 별도의 문제는 발생하지 않는다. 그러나 사전중재합의[5]의 경우는 분쟁이 구체화 되지 않은 상황에서 당사자는 분쟁에 관한 심각성과 그에 대한 문제의식을 인식하지 못한 상태에서 장래에 발생할 분쟁에 관해 포괄적으로 합의하는 경우가 대부분이며, 나아가 이러한 형태의 중재합의는 계약의 체결과 더불어 이루어지게 되므로, 개별중재약정 보다는 본계약의 체결약관의 일부조항에 분쟁해결방법에 관한 조항을 삽입하는 방식으로 중재합의를 하게 된다. 그렇기 때문에 이러한 중재합의의 유효성에 관하여 법적인 측면에서 많은 논의가 이루어지고 있다.[6]

---

4) 이병준, "약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성", 중재연구 제24권 제1호, 한국중재학회, 2014, 115면.

5) 이 논문에서 다루고 있는 사전중재합의의 문제는 사업자간의 계약에서의 문제이므로, 종래 사전중재합의 특히 소비자에 의한 사전중재합의를 중심으로 논의와는 다소간의 차이가 있을 것이다. 논의과정에서 유럽연합의 상당수의 국가에서는 사전소비자중재합의를 무효로 보고 있지만, 미국을 중심으로 한 보통법계의 국가들에서는 이를 유효한 것으로 보고 있다. 우리나라의 경우 소비자중재에 관한 규정이 없으며, 그 자체로 유무효에 관한 문제가 발생하지는 않으나, 사전중재합의가 약관의 형식으로 이루어 지게 되는 경우 약관규제법에 의한 내용통제가 이루어지게 된다.(이병준, 전게 "약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성", 113면.)

6) 특히 이러한 중재약관의 유효성에 관한 논의는 소비자계약에 있어서 약관에 의한 중재합의의 문제로 부각되고 있다. 약관은 소비자보호법제의 분류범위에 포함되기는 하지만, 여타의 소비자보호법과는 달리 사업자와 소비자라고 하는 개념을 사용하지 아니하고, 사업자와 고객이라고 하는 개념을 사용하고 있다. 이러한 개념은 계약당사자를 소비자에 한정하지 않고 사업자인 계약상대방을 예정하고 있는 개념으로 사업자간의 거래

1. 중재합의의 형식적 요건과 중재약관의 유효성에 관한 법리적 문제점

가. 중재 및 중재합의의 본질

‘중재’는 당사자의 합의에 의하여 선정된 중재인의 중재판정에 의하여 당사자간의 분쟁을 해결하는 절차로 그 본질은 그것이 사적재판이라는데 있으며, 그 점에서 당사자의 양보에 의한 자주적 해결인 재판상 화해 및 조정과는 다르다.[7] 이때 중재인의 중재판정에 복종할 것을 약속하는 것으로 당사자는 중재인의 중재판정에 따른 권리와 의무 그리고 법률관계를 승인하고 이행해야할 의무가 발생한다. 이러한 의무의 발생근거는 중재합의이다.[8]

이때의 “‘중재합의’란 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 2호)[9] 이러한 중재합의는 현재 발생하고 있거나 장래에 발생할 가능성이 있는 분쟁의 전부나 일부를 중재에 의하여 해결하기로 하는 당사자간의 약정이며, 당사자가 약정으로 전통적인 법원에 의한 분쟁해결 방식을 배제하고 적정·공평·신속이라고 하는 실리적인 측면에서 분쟁을 적극적으로 해결하기 위한 합의인 것이다. 따라서 중재합의는 ‘법원에 의한 분쟁해결 절차를 이용할 권리를 포기하는 중대한 예외를 합의’하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 중재법에 의한 유효한 합의(「중재법」 제8조)가 있는 경우에는, (1) 계약당사자간의 분쟁해결을 중재절차에 의하고 이러한 중재판정에 구속된다는 것, (2) 국가의 재판관할을 배제하는 효력을 가지게 된다.[10](「중재법」 제9조 제1항)[11]

또한 이때의 중재합의는 중재약정과 중재조항의 방식으로 체결할 수 있으며, 통상적으로 중재약정은 거래계약과 별개로 체결되므로 당사자들은 당해 중재약정의 의미를 정확이 이해하고 중재에 의해 분쟁을 해결할 것을 합의하는 것으로 볼 수 있다.

에 사용되는 약관의 경우도 약관규제법의 규율범위에 포함된다고 할 수 있다. 다만 사업자간의 거래라고 하더라도 당해 계약서인 약관을 작성한 사업자와 이러한 약관을 제시받는 고객간의 비대등적인 정보력 등으로 인해 발생하는 계약내용의 부당성 및 불공정성을 통제하는 것이라고 할 수 있다.

7) 이시윤, 「신민사소송법」 [제12판], 박영사, 2018, 23면.

8) 손용근, “중재판정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 법조 제577호, 법조협회, 2014, 192면.

9) 「중재법」 [법률 제14176호, 2016. 5. 29.]

10) 이병준, 전게 “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 114면.

11) ‘국제상사중재에 관한 국제상거래법위원회 표준중재법’(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006)(이하 UNCITRAL 모델중재법)
제7조(중재합의의 정의와 방식) ①“중재합의”는 계약에 의하거나 또는 계약에 의하지 아니한 일정한 법률관계에 관하여 당사자간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 모든 분쟁 또는 특정한 분쟁을 중재에 부탁하는 당사자 사이의 합의이다. 중재합의는 계약상의 중재조항의 형식이나 별도의 합의형태로 할 수 있다.(대한상사중재원 자료 참조)

나. 약관에 의한 중재합의의 유효성

중재합의는 일반적으로 '중재약정'(Arbitration agreement)과 '중재조항'(Abitration clause)의 방식으로 체결하게 된다. 이때 중재약정은 거래계약을 체결에 관한 사항인지 여부를 불문하고 상관없이 체결되는 중재합의를 말한다. 이러한 중재약정은 당사자간에 있어서 당해 중재약정의 의미에 대하여 정확히 이해하고 이를 바탕으로 약정을 하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이러한 중재약정은 성립상의 흠결이 없는 유효한 것으로 다루어지게 된다.

이와 달리 중재조항에 의한 중재약정은 약관의 내용의 일부로서 계약조항 내지 약관조항의 일부로서 중재합의에 관한 규정을 두는 방식의 중재합의를 의미한다. 이와 달리 중재조항은 거래계약과 더불어 당해 분쟁해결을 중재에 의할 것으로 하는 조항을 포함하는 것으로 당해 중재조항의 유효성은 약관계약의 법적 효력에 기반 하여 일반적으로 인정되고 있다.[12)]

이때 중재의 합의는 일반적으로 장래에 발생 가능한 분쟁을 포괄할 수 있는 형태로 규정된다.[13)] 이와 관련하여 중재합의가 중재조항에 의해 이루어 졌다고 하더라도, 이러한 중재합의는 계약 또는 다른 약관조항이 가지는 효력에 영향을 미치지 않는다.(「중재법」 제17조) 그러나 실질적으로 중재조항에 의한 중재합의가 중재약정에 의한 개별적인 중재합의에 비하여 중재조항의 의미를 명확히 인식하지 못하거나 그 의미내용을 파악하지 못할 가능성에 대한 지적이 있다.[14)]

2. 약관의 개념과 요건

오늘날 중재합의는 거래방식의 변화와 더불어 약관조항의 형식을 갖추게 되는데, 이러한 중재약관의 유효성의 문제와 관련하여 법체계와의 관계에 있어 법리적 논의가 있다. 이러한 논의의 전제로서 약관의 개념과 법에 의한 약관의 내용통제근거 및 기준에 관하여 명확히 정리함으로써 이후 「약관규제법」상의 내용통제의 합리성 및 타당성 문제에 대한 선결적 문제들을 정리한다.

가. 약관의 개념

'약관'[15)]이란 그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러 명의

12) 양석완, "중재합의의 효력-주관적 범위-", 비교사법 제21권 제2호, 한국비교사법학회, 2014, 905면.
13) 김갑유 외, 「중재실무강의」, 2012, 34면.
14) 이병준, 전게 "약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성", 115면.
15) '약관의 개념'에 관한 자세한 내용은 이병준, "약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용", 가천법학 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014; 장경환, "보통거래약관의 개념 -약관의 규제에 관한 법률 제2조를 중심으로-", 법학연구 제3권, 충북대학교 법과대학 법학연구소, 1991; 이재현, "약관의 개념", 비교사법 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003; 성준호, "DCFR의 불공정조항 규정에 관한 고찰", 외법논집 제36권 제3호, 법학연구소, 2012; 성준호, "유럽공통매매법의 불공정한 계약조항", 민사법학 제66호,

상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용을 말한다.(「약관규제법」 제2조 1호)[16] 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 「약관규제법」)은 소비자법제[17]로 분류되고 있으나, 통상의 소비자법제(「소비자기본법」, 「할부거래에 관한 법률」, 「방문판매 등에 관한 법률」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 등)가 사업자와 소비자간의 거래를 전제로 규율하는 것과는 달리 사업자와 고객간의 거래를 규율하고 있다. 이때 '고객'은 반드시 소비자만을 전제로 하는 것이 아니며, 사업자와 소비자를 모두 포괄하고 있다. 약관의 통제규정의 적용범위와 관련하여 일본의 경우에는 해석에 의해 사업자간의 거래 약관을 약관규제의 범위에서 제외시키고 있으며,[18] 독일의 경우에는 사업자간의 거래 약관과 사업자와 소비자간의 거래 약관을 구분하고 이들 간의 통제를 달리 하고 있으며[19], 우리나라의 경우에는 사업자와 소비자간의 거래 약관과 사업자간의 거래 약관을 구별하지 않고 동일하게 취급하고 있다.[20]

나. 약관의 요건

「약관규제법」에서 정의하고 있는 약관의 개념에 비추어, 약관으로 되기 위해서는 '약관'은 ① 당사자가 목적으로 하는 계약내용을 포함하고 있으며, ② 여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여, ③ 일정한 형식으로 미리 마련하였어야 한다.

한국민사법학, 2014 참조.

16) 「약관의 규제에 관한 법률」 [법률 제15697호, 2018. 6. 12.]

17) 사업자와 소비자간의 거래에 있어서 비대등적인 지위에서 발생하는 거래에 있어 불균형의 문제를 보완하는 역할을 하고 있다.

18) 일본민법(2020년4월1일 시행) 제548조의 2 제1항은 "정형거래(어느 특정한 자가 불특정다수의 자를 상대방으로 행하는 거래로, 그 내용의 전부 또는 일부가 획일적인 것이 당사자 쌍방에게 합리적인 거래를 뜻한다.(이하 동일)를 한 자는 다음의 경우에는 정형약관(정형거래에 있어서 계약내용으로 하는 것을 목적으로 그 특정한 자에 의해 준비된 조항의 총체를 뜻한다. 이하 동일)의 개별조항에 대해서도 합의한 것으로 간주한다."고 규정하면서 이때의 정형약관중 교섭에 의한 변경이 당사자에게 모두합리적인 거래라면 정형약관에서 제외된다는 의미를 내포하고 있으며, 이러한 논리에서 사업자간에 사용되는 표준계약서는 정형약관의 범위에서 배제하는 해석을 하고 있다.(서종희, "B2B거래에서의 약관규제법의 개정방향", 외법논집 제41권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017, 89면).

19) 독일민법 제310조 제1항은 "제305조 제2항, 제308조 제1호, 제2호 내지 제8호 및 제309호는 사업자, 공법상의 법인, 또는 공법상의 특별재산을 대상으로 하는 약관에 대하여는 적용되지 아니한다. 제1문에 해당하는 경우에도, 제307조 제1항 및 제2항은 그것이 제308조 제1호, 제2호 내지 제8호 및 제308호에서 정하여진 계약조항의 무효를 초래하는 한도에서 이를 적용한다. ; 상거래에서 통용되는 관습과 관행은 이를 적절하게 고려하여야 한다. 제1문의 경우에는 계약체결 당시 각 효력을 가지는 건설공사계약표준약관 B편이 내용상의 변경 없이 편입된 계약에는 제307조 제1항, 제2항 및 제308조 제1호 a, 제1호의 b는 그 개별 조항의 내용통제에 관하여 적용되지 아니한다."(양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2018 참조)고 규정함으로써 약관의 내용통제에 있어서 특히 사업자, 공법상의 법인 또는 공법상의 특별재산을 상대하는 약관에 대해서는 사업자와 소비자간의 거래약관에 적용되는 일부규정의 적용을 배제하고 있다. 이러한 규정방식에 비추어 보건데 독일민법에서의 약관규제는 단순한 소비자보호의 의미만을 가지는 것이라기보다는 약관작성자와 상대방간의 거래상의 지위에 기인하는 불합리를 보완하기 위한 것으로 이해할 수 있으며, 따라서 거래를 업으로 하는 사업자등을 단순한 소비자와 구별하여 취급하는 것이라고 할 수 있다.

20) 유럽연합에서의 사법적 체계에서 사업자간의 거래약관과 사업자와 소비자간의 거래약관을 구분하여 내용통제를 달리하고 있다. 자세한 내용은 성준호, "DCFR의 불공정조항 규정에 관한 고찰", 외법논집 제36권 제3호, 법학연구소, 2012; 성준호, "유럽공통매매법의 불공정한 계약조항", 민사법학 제66호, 한국민사법학, 2014. 참조.

첫째, 약관은 “계약내용”을 포함하고 있어야 한다. 계약내용은 급부, 급부의 내용 및 반대급부에 관한 사항 및 계약에 따른 부수적 의무에 관한 사항을 구별하지 않는다.[21] 해당 규정이 반드시 직접적으로 계약상의 권리와 의무를 대상으로 할 필요는 없지만, 당해규정을 통해 법률효과가 발생하여야 한다.[22] 나아가 「약관규제법」은 채권계약을 상정하고 있지만, 계약 성립과 전단계에 관한 규정인 물권계약 및 채권양도와 같은 처분적 성격을 가지는 계약뿐만 아니라 소송법적 합의와 집행법적인 내용에 관한 규정 등 소송행위에 관한 법률행위도 포섭한다.[23][24]

둘째, ‘약관’은 “여러 명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여” 마련되었어야 한다. 「약관규제법」은 ‘여러 명의 상대방’이라고 규정함으로써 각각 다른 사람들과의 계약만을 의미하며, 동일인과 수차례의 반복된 계약을 위해 사용하는 경우는 배제된다고 볼 수 없다. 따라서 본 규정은 “수개의 계약 또는 다수의 계약”으로 이해함이 타당할 것이다.[25] 이때 약관이 실제로 다수의 계약에 사용되었는지는 중요치 않으며, 최초 1회 만 사용되었다 하더라도 작성당시 다수의 계약을 목적으로 작성되었다면, 당해 조항은 약관으로 된다. 따라서 단지 특정인과의 계약체결을 목적으로 하는 계약내용은 약관이라고 할 수 없다.[26]

셋째, ‘약관’은 일정한 형식으로 “미리 마련” 하여야 한다. 이는 작성자인 사업자가 고객에게 제시하기 위해 준비하여 두는 것으로, 이때 ‘마련’은 시간적으로 계약체결 전에 법률관계형성의 기초가 될 수 있는 것으로 완성되어야 한다는 것이다.[27] 또한 일정한 형식으로 마련되어야 한다. 이때 일정한 형식이란 반드시 일정한 형태를 의미하는 것은 아니며, 계약내용을 일정한 규정이나 절차라는 형식으로 마련해야 한다는 것을 의미하며, 다수의 계약에서 사용하기 위한여 일정한 규정 내지 절차의 형식으로 마련해야 한다는 것을 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 한다.[28]

---

21) 이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994, 87면; Wolf/Horn/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Auflage, C. H. Beck, 2009, §310 BGB Rn. 19.

22) 이병준, 전게 “약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용”, 224면; 대법원 2013. 9. 26 선고 2011다53683; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013다23891 판결.

23) Wolf u. a., a.a.O., §310 BGB Rn. 9.

24) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146, 91다17153(반소) 판결 “영업양도계약서의 중재조항에 “본계약내용에 관하여 당사자 간에 해결할 수 없는 법적 분쟁”을 중재대상으로 규정하고 있는 경우, 본계약내용에 관한 법적 분쟁이라고 함은 단순히 계약내용의 의미해석에 관한 분쟁만이 아니라 계약내용의 성립과 그 이행 및 그 효력의 존부에 직접 관련되거나 밀접하게 관련된 분쟁까지도 포함하는 취지라고 보아야 한다.”

25) 동지: 이병준, 전게 “약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용”, 224면; 장경환, 전게 “보통거래약관의 개념”, 105면; 이재현, 전게논문, 342면.

26) 대법원 1999. 7. 9. 선고 98다13754, 13761 판결; “건설회사가 상가 및 그 부지를 특정인에게만 매도하기로 하는 내용의 상가매매계약서는 다수계약을 위해 미리 정형화된 계약 조건이 아니라 할 것이므로 약관의 규제에 관한 법률 제2조 제1항 소정의 ’약관’에 해당하지 않는다.”

27) 장경환, 전게 “보통거래약관의 개념”, 104면.

28) 이병준, 전게 “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 236면.

다. '선택형 약관조항'의 유효성

'선택약관' 내지 '선택형 약관조항' 이라고 하는 것은 사업자가 마련한 여러 선택가능성이 존재하는 약관규정을 말한다. 가령 보험회사가 특정 서비스에 관한 수개의 조건 중 고객으로 하여금 선택과정을 거쳐 계약을 체결하는 방법을 의미한다.[29] 이러한 '선택형 약관조항'은 이후에 소개할 '선택적중재조항'과는 개념적으로 명백히 다르다.

이러한 '선택약관' 내지 '선택형 약관조항'은 통상적으로 수개의 조건중 하나에 대하여 '체크표시'를 함으로서 고객의 선택을 확인하는 절차를 거치게 된다.[30] 즉, '선택형 약관조항'은 선택 가능한 옵션중 고객인 당사자가 하나를 선택함으로써 계약내용을 완성하는 약관의 형태를 의미한다. 이러한 '선택형 약관조항'의 경우 제한된 범위 내에서 고객이 유·불리의 판단하에 선택적으로 체결한 약관조항으로 단지 고객에게만 불이익을 주는 것이 아니기 때문에, 개별적인 이익의 비교형량의 측면에서 선택형 약관조항이 고객에게 부당하게 불리한 조항(「약관규제법」 제6조 제2항 제1호)에 해당한다고 단정할 수 없다.[31] 물론 이와 같이 조건에 대한 선택가능성이 약관상 존재하는 것 자체만으로, 고객이 전적으로 자신의 이익을 고려한 개별약정과 완전히 동일하게 취급할 수는 없다.[32] 제한적 선택형 약관조항의 경우, 고객은 단지 제한적으로 주어진 조건 중에서 선택권을 행사할 수 있기 때문이다. 따라서 '제한적 선택형 약관조항'은 고객에게 불공정한 약관으로 무효인지 여부를 검토하여야 한다.

그러나 고객이 약관조항을 대신하여 선택할 수 있는 법률규정의 내용을 알고 있고, 해당 법률규정을 선택함으로써 계약내용이 완전하게 정해질 수 있다면, 그러한 약관조항은 개별적인 흥정으로 인정될 수 있다.[33] 그렇기 때문에 선택형 약관조항에서의 선택범위를

---

29) 대법원 2014. 7. 24 선고 2013다214871 판결"선택형 부담조항의 구체적인 내용과 이 사건 표준약관 개정 전후의 사정, 이 사건 선택형 부담조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익과 그 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 불공정약관 및 표준약관 등에 관한 법 규정의 내용 및 입법 취지 등의 여러 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 선택형 부담조항을 폐지하고 이 사건 개정 표준약관에 대한 사용권장 처분이 확정되었다는 사정만으로, 이 사건 선택형 부담조항이 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주는 약관조항으로서 법 제6조 제1항에 의하여 무효가 되는 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항'에 해당한다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다."

30) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결 "선택형 부담조항의 구체적인 내용과 이 사건 표준약관 개정 전후의 사정, 이 사건 비용부담조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익과 그 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 불공정약관 및 표준약관 등에 관한 법 규정의 내용 및 입법 취지 등의 여러 사정들을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건 선택형 부담조항을 폐지하고 이 사건 개정 표준약관에 대한 사용권장 처분이 확정되었다는 사정만으로, 이 사건 선택형 부담조항이나 이와 동일한 이 사건 비용부담조항이 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주는 약관조항으로서 법 제6조 제1항에 의하여 무효가 되는 '신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 약관조항'에 해당한다고 보기에 부족하고..."

31) 임건면, "선택형 약관조항과 근저당권설정비용 부담주체", 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014, 350면.

32) 장경환, 전게 "보통거래약관의 개념", 123면; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결; Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, C.H.Beck, Auflage: 78., neubearbeitete, 2018, §305 Rn. 9; BGH NJW 2000, 1110.

33) 이병준, 전게 "약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용, 239면; 장경환, 전게 "보통거래약관의 개념", 123면.

폭넓게 정하고, 선택가능한 모든 옵션을 제시하고 상대방인 고객이 자유로이 선택할 수 있도록 한다면, 개별약정으로서의 성격을 가지는 계약으로 될 수 것이다.

3. 약관규제법과의 관계

오늘날의 상당수의 거래형태에 비추어 분쟁발생 이전에 분쟁의 해결을 중재에 의할 것으로 하는 합의는 약관이나 중재조항에 의해 이루어진다. 그러나 이러한 중재조항이 계약서나 약관에 포함된 사실을 인식하지 못하거나 인식하더라도 구체화되지 않은 장래 분쟁상황에 대하여 정확히 판단하여 자신의 유·불리를 고려하기 어렵기 때문이다. 따라서 중재조항이 약관의 형식으로 된 경우 여타의 계약조항과 더불어 제시되기 때문에 중재조항의 중요성 및 그 내용을 정확히 파악하지 못할 가능성이 많다.[34] 이러한 이유로 약관조항의 형태의 중재조항에 대한 효력에 관한 「약관규제법」상의 근거를 들어 유효성에 관해 다투고 있다. 이와 관련하여 중재약관의 유효성에 관한 문제를 「약관규제법」상의 법적 쟁점에 비추어 살펴본다.

가. 약관의 불공정성 통제의 근거와 방식

(1) 약관의 불공정성 통제 근거

약관을 작성·제시하는 사업자는 고객인 상대방에 비해 당해 계약내용이 가지고 있는 의미를 충분히 파악하고 계약서를 작성하였으며, 그에 관해 보다 많은 정보를 가지고 있음에 반해, 상대방인 고객은 사업자가 작성한 약관을 제시받고 이러한 내용의 계약을 체결할 것인지 여부만 결정할 수 있을 뿐이므로, 고객은 상대방인 사업자에 비해 계약내용을 면밀히 검토하고 자신의 이해관계를 충분히 고려하기에는 어려움이 있다.[35] 이러한 구조적인 문제로 인해 약관에 의한 계약절차에 대해 계약자유의 원칙을 앞세워 무조건 받아들일 것을 강요하는 것은 오히려 계약자유의 본질을 해치는 것이 된다.[36] 따라서 「약관규제법」은 사적자치원칙의 파생원칙인 계약자유의 원칙의 하나인 계약내용의 자유에 대한 보충으로서, 계약내용의 통제를 하고 있는 것이다. [37]

---

34) 이종구, "미국에서 소비자거래약관의 중재조항과 집단소송(집단중재)금지에 관한 연구", 기업법연구 제26권 제4호, 2012, 291-196면 참조.

35) "나아가 설사 그러한 계약내용을 알고 그것을 고려하였다 하더라도 당해약관을 수정할 수 없으며, 단지 계약체결 여부만을 결정할 수 있는 고객은 이러한 약관에 대한 '합리적 무시'에 이르게 된다." 김진우, "약관내용통제의 정당화사유", 법학연구 제53권 제1호, 부산대학교법학연구소 2012, 267면.

36) 성준호/장창민, "契約自由에 있어서 自由에 관한 管見", 비교사법 제15권 제2호, 한국비교사법학회2008, 151-152면.

37) 거래에 사용된 약관의 내용이 '불공정한 것'으로 되는 경우, 당해 약관은 무효로 다루어지게 되는 것이다. 즉 앞서 소개한 바와 같이 약관은 이를 작성하여 제시하는 '사업자'와 정형된 약관을 제시받아 그 내용에 동의함으로써 계약을 성립여부를 결정하는 '고객'간의 계약내용에 대한 불공정성 통제의 문제는 근대사법의

특히 약관의 불공정성통제의 근거에 관한 학설 논의에 있어서 주류가 약관에 대한 불공정성 통제는 약관작성자와 고객간의 불균형적 관계를 근거로 하고 있으며, 특히 약관작성자의 상대방이 가지는 계약내용에 대한 자기결정권의 결여가 가장 타당한 이유로 보고 있다.[38]

(2) 불공정성 통제의 방식

약관의 직접통제인 불공정성 통제의 방법으로 사전적·추상적 내용통제와 사후적·구체적 내용통제방식이 있다.[39] 약관의 불공정성을 판단에 있어서 특정의 구체적 계약관계에서의 당사자의 권리·의무의 확정과는 상관없이 오로지 약관조항의 유효·무효의 결정만 심사하는 것이 추상적 내용통제이며, 특정의 구체적 계약관계에서 당사자의 권리·의무를 확정하기 위해 선결과제로서 약관조항을 심사하는 것을 구체적 내용통제라고 한다.[40] 이때 내용통제에 있어서 불공정성 여부를 판단하기 위한 주요한 요건으로 거래관행 및 실질적 사정을 들고 있다.

이러한 통제방식의 요건과 관련하여 판례는 추상적 통제방식인지 구체적 내용통제방식을 막론하고 약관조항의 취지는 물론 거래관행을 참작하고 있다.[41] 나아가 내용통제에 있어서 형식적 기준만이 아닌 거래관계의 실질적 사정을 고려하여야 한다고 보고 있으며,[42] 고객의 평균적 전형적 이익을 기준으로 삼고 있다.[43]

나. 약관규제법상 부당한 제소금지조항과의 문제

중재조항에 의한 중재의 합의는 계약내용인 약관의 일부로 당해계약과 관련하여 장래에 발생하는 분쟁을 중재로 해결한다는 내용을 본 계약에 삽입한 것이다. 이러한 방식으로 체결된 중재약정의 법적 성격에 관해서, 계약의 일방당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약의 내용인 약관에 해당되는가에 대하여, '약관'이란 "그 명칭이나 형태 또는 범위에 상관없이 계약의 한쪽 당사자가 여러명의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식으로 미리 마련한 계약내용"(「약관규제법」 제

계약자유의 원칙의 보완의 요청에 대한 응답이라고 할 수 있다. 따라서 약관의 내용통제의 근거에 관한 학설은 ① 약관의 규범적 성질, ② 공익보호, ③ 소비자 보호, ④ 부당한 계약으로부터의 보호, ⑤ 역학적 불균형(경제력의 불균형, 정보력의 불균형, 상황적 불균형)으로부터의 약자 보호, ⑥ 정보비대칭으로 인한 시장실패의 교정, ⑦ 실질적 자기결정의 보호와 시장실패의 치유 등을 들고 있다. 약관의 내용통제 근거에 관한 학설의 상세한 소개는 김진우, 전게논문, 253-261면.

38) 성준호/장창민, 전게논문, 158면; 김진우, 전게논문, 266-268면; 서종희, 전게논문, 96면.

39) 약관의 통제방식에 관한 보다 세밀하고 자세한 소개는 김성욱, "약관의 내용통제 및 해석과 관련한 법적 문제", 외법논집 제39권 제4호, 법학연구소, 2015, 88면 이하.

40) 장경환, "약관의 내용통제의 방식과 체계", 경희법학 제30호, 경희법학연구소, 1995, 83면.

41) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003두3734 판결; 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다83196 판결

42) 대법원 2003. 1. 10 선고 2001두1604 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 판결.

43) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다106337 판결; 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다83196 판결.

2조)이라고 할 수 있으며, 당해 중재약정은 「약관규제법」의 규율을 받는 약관으로 보아야 할 것이다.[44] 이와 관련하여 「약관규제법」은 "고객에게 부당하게 불리한 소송 제기 금지 조항 또는 재판관할의 합의 조항"은 무효로 규정하고 있다. 이와 관련하여 앞서 소개한 바와 같이 '중재'는 당사자의 약정에 의해 분쟁을 중재인의 판정에 따르기로 하는 대체적 분쟁해결 방법으로 그 판정의 효력은 확정판결과 동일한 효력을 가지게 된다. 따라서 '중재'에 의해 분쟁을 해결하기로 선택하게 된다면, 당사자는 동일 소송물로 법원에 재판을 청구할 수 없게 된다.

(1) 학설

중재합의는 중재절차에 의해 분쟁해결을 도모하는 것으로 법원에 소제기를 포기하는 것으로 대표적인 부제소합의의 하나이다. 그렇기 때문에 이러한 약관에 의한 중재합의는 「약관규제법」 제14조에 따른 무효의 가능성에 대한 논의가 있다. 그러나 이러한 약관에 의한 중재합의와 관련하여 고객에게 부당하게 불리한 합의로 볼 것인가에 관해 논의가 있다.

(가) 무효설

약관에 의해 분쟁해결을 중재절차에 의하도록 하는 합의는 「약관규제법」 제14조 가 규정하는 "고객에게 부당하게 불리한 소송제기 금지 조항 또는 재판관할의 합의 조항"에 해당되어 원칙적으로 무효라고 보아야 한다는 견해이다.[45] 특히 이러한 중재조항은 상대방 당사자인 '고객'에게 부당하게 불리한 경우라고 한다. 이는 상대방 당사자가 재판받을 권리를 배제하는 중재의 특성을 제대로 인식하지 못하고 동의하는 경우가 많고 또한 중재를 통한 권리구제가 재판을 통한 권리구제보다 불리할 수 있다는 시각이 내재하고 있는 것이라고 할 수 있다.[46]

(나) 제한적 무효설

중재조항은 거래상대방인 고객이 예상할 수 없는 부당하게 불리한 조항이 아니라고 보는 견해 이다. 중재조항은 상대방 당사자가 예상할 수 없는 부당하게 불리한 재판관할 조항이 아니며, 나아가 이러한 관점은 '약관의 객관적 해석원칙'(「약관규제법」 제5조 제1항)에도 반한다고 본다.[47] 그러나 중재약관의 내용이 재판청구권을 본질적으로 또는 현저하

---

44) 김지홍, "중재합의의 제3자에 대한 효력", 중재연구 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007, 106면.

45) 이은영, 전게서, 357면; 손지열, "약관의 규제에 관한 법률", 민법주해[XII], 박영사, 1997, 398-399면; 손경한, "소비자금융 분쟁의 중재", 중재 제291호, 1999, 78-79면.

46) 이병준, 전게 "약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성", 118면; 중재약관이 문제가 되는 대다수의 전제가 사업자와 소비자간의 중재조항일 경우를 예정하고 있다. 그렇기 때문에 소비자계약인 경우의 중재조항은 일반적으로 불리한 조항으로 해석하고 있다.(양석완, 전게논문, 928면.)

47) 김선정, "온라인 상사분쟁해결방법의 법적 과제", 경영법률 제17권 제1-1호, 2008, 20면.

게 훼손하는 경우나 중재조항이 난해하여 상대방 당사자가 그 의미를 이해하기 힘든 등의 경우에 무효로 될 수 있다고 한다. 나아가 무효라는 사실에 대한 증명책임도 소비자가 부담토록 하여야 한다고 본다.[48]

(다) 유효설

중재약관이 법원의 재판받을 권리를 배제하는 약정이라는 이유만으로 약관에 의한 중재합의를 무효라고 보는 것은 무리가 있다고 보는 견해이다.[49] 그러면서, 무효설의 약관에 의한 중재합의의 효력을 부정하는 견해는 약관의 특성상 고객이 중재합의의 의미와 중요성을 이해하지 못하기 때문이라는 주장에 대하여, 약관에 의한 중재합의에 있어서 그 서면의 방식요건과 정보제공의무를 부과하면 사업자와 소비자 사이의 소비자계약에도 중재합의를 충분히 유효하게 할 수 있다고 한다. 즉, 중재합의 체결 전에 중재합의의 법적 의미 등에 대하여 소비자가 충분히 이해할 수 있도록 정보를 제공하면, 상대방당사자인 고객이 소비자일지라도 충분히 보호받을 수 있다고 한다.[50]

중재약관에 의한 중재합의가 있으면, 법원에 재판을 받을 수는 없지만 중재가 가능한 만큼 분쟁해결의 기회를 완전히 박탈하는 것이 아니며, 제한적이기는 하지만 중재판정 취소소송 등을 통해 법원이 중재판정의 절차 및 결과를 감독할 여지가 있기 때문이라고 한다.[51] 특히 이러한 입장은 소비자중재의 활성화를 위하여 바람직하다고 한다.[52]

(2) 판례 및 심결례

(가) 판례

대법원은 약관에 의한 중재합의의 효력과 관련하여, 약관에 의한 중재합의 자체를 일률적으로 「약관규제법」 제14조를 적용하여 무효로 보고 있지는 않다.

중재합의가 약관 내지 중재조항의 형식에 의해 이루어진 경우에도 당해 중재합의의 효력과 관련하여 "중재합의는 사법상의 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재에 의하여 해결하도록 서면에 의하여 합의를 함으로써 효력이 생기는 것이므로, 구체적인 중

48) 김선정, 전게논문, 21면.
49) 김지홍, 전게논문, 106면.
50) 정선주, "소비자중재에서 소비자보호의 문제", 서울대학교 法學, 제49권 제1호, 2008, 243면.
51) 김지홍, 전게논문, 106면, 조희대, "중재판정에 대한 집행판결을 못하는 이유": 대법원판례해설 제28호, 대법원 법원행정처, 1997, 241-243면.
52) "소비자중재는 일반적으로 기업, 은행이나 증권회사와 소비자사이에서 거래관계를 형성하면서 체결되는 경우가 많은데, 대부분 약관의 형태를 띠거나 본계약 체결시 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." 정선주, 전게논문, 240면.

재조항이 중재합의로서 효력이 있는 것으로 보기 위해서는 중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재합의의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다."[53]라고 하여 중재합의의 유효성에 관한 문제는 합의의 형식적 요건뿐만 아니라 당해 중재합의가 있게 된 구체적인 사항을 종합적으로 고려한다고 설시함으로써, 중재합의가 약관의 형식으로 체결되었는지 여부는 중재합의의 유효성에 영향을 미치지 않는 것으로 보고, 다만 당해 중재조항의 유효성에 관한 문제는 당해조항이 중재합의의 요건에 부합하는가의 문제를 두고 판단한다는 것이다.

나아가 "사업자와 고객 사이에서 사업자의 영업소를 관할하는 지방법원으로 전속적 관할합의를 하는 내용의 약관조항이 고객에 대하여 부당하게 불리하다는 이유로 무효라고 보기 위해서는 그 약관조항이 고객에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 사업자가 그 거래상의 지위를 남용하여 이러한 약관조항을 작성·사용함으로써 건전한 거래질서를 훼손하는 등 고객에게 부당하게 불이익을 주었다는 점이 인정되어야 한다. 그리고 전속적 관할합의 약관조항이 고객에게 부당한 불이익을 주는 행위인지 여부는, 그 약관조항에 의하여 고객에게 생길 수 있는 불이익의 내용과 불이익 발생의 개연성, 당사자들 사이의 거래과정에 미치는 영향, 관계 법령의 규정 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다."[54]고 하여 약관에 의한 관할합의 조항이 「약관규제법」 제14조 제1호에 규정하고 있는 "고객에게 부당하게 불리한 소송 제기 금지 조항 또는 재판관할의 합의 조항"에 해당되기 위해서는 그러한 약관조항이 '부당하게 불리한지'에 관해 "종합적으로 판단하여야 한다"고 함으로써 약관에 의한 관할합의가 있었다는 이유만으로 무효가 되지 않는다.[55]

뿐만 아니라 "중재계약은 당해 계약서 자체에 중재조항이 명기되어 있는 경우에 한하지 아니하고 중재조항을 포함하는 일반거래약관 등 다른 문서를 인용하는 경우에도 당사자가 이를 계약의 내용으로 삼은 이상 허용된다."[56]고 하여 중재조항에 의한 중재합의 뿐만 아니라 중재조항을 포함한 다른 문서의 인용방법에 의해서도 중재합의는 가능한 것으로 본다.

(나) 심결례

사업자간의 물품공급/판매계약 약관에 "본 계약과 관련하여 발생하는 분쟁은 상호 신뢰

53) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264,67271 판결; 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결; 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결.

54) 대법원 2008. 12. 16. 자 2007마1328 결정

55) 이와 반대로 관할합의를 조항을 고객에게 불리하다는 이유로 약관규제법 제14조에 해당하는 무효로 본 '대법원 1998. 6. 29. 자 98마863 결정'에 대해 당해 판결은 고객에게 불리하다는 점만을 판단하였을 뿐이며, 그러한 '불리'가 '부당한지'라는 요건을 소홀히 취급한 것이라고 비판한다.(석광현, "해외직접구매에서 발생하는 분쟁과 소비자의 보호: 국제사법, 중재법과 약관규제법을 중심으로", 서울대학교 法學 제57권 제3호, 2016, 111-112면 각주 97).

56) 대법원 2001. 10. 12. 선고 99다45543 판결; 대법원 2001. 4. 10. 선고 99다13577 판결; 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다24385 판결.

를 바탕으로 원만히 해결하되 당사자간에 화해가 성립되지 아니하는 경우 이 계약으로 발생하는 모든 분쟁은 대한상사중재원의 중재 규칙에 따라 중재로 최종해결한다.”라고 하는 중재조항에 대해서, “중재는 당사자간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차로서, 중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다.(「중재법」 제3조 제1호, 제35조) 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우 피고가 중재합의존재의 항변을 하면 소가 각하되므로, 중재합의가 있으면 당사자는 중재에 의하여 분쟁을 해결하여야 하고 법원의 재판을 받을 수 없게 된다.(「중재법」 제9조 제1항)”고 하여 중재합의의 의미와 효력에 대하여 확인하였다.

이후 “이와 같이 중재는 소송과는 달리 당사자의 합의에 의하여 법관이외의 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 의해 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 하였다.[57] 해당 심결례에서 언급한 내용을 보면 중재제도에 대한 고객의 인식부재와 불공정한 중재결과에 대한 구제방법의 부재를 들어 약관에 의한 중재합의를 부당하게 불리한 소제기금지조항에 해당한다고 보았다.

4. 검토

(1) ‘약관’에 의한 중재합의의 문제에 관한 상당수의 논의와 그에 대한 법리적 문제제기는 사업자와 소비자간의 계약인 소비자계약에서의 중재약관의 유효성에 관한 논의이다. 이와 같은 사업자와 소비자간의 약관에 의한 중재약정의 경우 소비자에 대한 특별한 보호의 필요성으로 인해 약관에 의한 중재합의에 대해서는 “고객에게 부당하게 불리한 소송제기 금지 조항 또는 재판관할의 합의 조항”을 규정하고 있는 「약관규제법」 제14조를 엄격하게 적용하고 있다.

그러나 프랜차이즈 계약의 경우 계약의 당사자는 사업자인 가맹본부 및 사업자인 가맹사업자 간의 약정이므로, 소비자보호의 문제는 발생하지 않는다고 할 것이다. 물론 실질적

57) 공정거래위원회 2010.02.25. 의결 2010약관0478(재판관할합의 약관조항)

으로 통상 갑·을 관계로 일컬어지는 비대등적 관계임을 간과할 수는 없다고 하더라도 사업자간의 약정에 있어서 소비자보호의 문제에 관한 논의가 동일하게 적용될 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 가맹본부와 가맹사업자간의 중재약정의 경우 소비자보호의 문제의 연장선에서 「약관규제법」 제14조의 규정을 적용하여, 중재합의가 약관의 형식으로 이루어졌다는 이유만으로 당해 중재합의의 효력을 일률적으로 배제할 것은 아니다.

그렇기 때문에 약관에 의한 중재합의가 '고객'인 가맹사업자의 재판받을 권리를 부당하게 침해하는가에 관해 개별적인 검토하고 그에 따라 당해 중재합의의 유효성에 대한 판단이 이루어 져야 할 것이다. 그렇다면 이 경우 사업자인 가맹사업자는 당해 약정에 의해 분쟁을 중재에 의해 해결한다는 설명이 있었는지 나아가 그러한 설명이 없더라도 이에 대하여 이해가 있다면, 약관의 형식에 의해 중재약정이 이루어 졌다고 하더라도 중재약정은 유효한 것으로 볼 것이다.

(2) 앞서본 대법원의 판결에 따르면 중재합의가 약관의 형식에 의하여 이루어 졌다는 이유만으로 당해 중재약정이 상대방에게 부당하게 불리하거나 계약에 따른 본질적 권리를 제한하는 것이라고 볼 수는 없다. 그렇기 때문에 「약관규제법」이 정하고 있는 불공정조항의 범주에 포함되지 않는다면, 당해 조항은 그대로 유효한 것으로 다루어 질 수 있으며, 나아가 이러한 중재약정 또한 유효한 것으로 된다.

이러한 불공정성 통제에 있어서 사업자와 소비자간의 거래약관에서의 통제방법과 사업자간의 거래약관에서의 통제방법을 구분하고, 모두에 대한 일률적으로 추상적 내용통제 방식에 의해 획일적으로 평가할 것이 아니라, 사업자간의 거래약관에 있어서는 구체적 내용통제를 통해 약관의 취지 및 거래관행을 고려하여 당해 조항의 불공정성 여부를 판단함이 타당하다고 할 것이다. 특히 사업자간의 약관은 거래관계의 특수성, 사업자간의 거래영역의 평균적 이익에 대한 평가 등을 기준으로 내용통제가 이루어짐이 타당하다.

그렇기 때문에 당해약관이 결과적으로 고객에게 불리하다는 이유만으로 당해 규정을 모두 배척할 수는 없으며, 그러한 불리함이 부당성에 기인한 것이어야 한다는 것이며, 따라서 정당한 이유를 갖춘 경우에는 그것이 당연히 무효로 되는 것은 아니라고 한다. 중재조항의 경우도 부당하게 불리한 경우에 한하여 소제기의 금지조항이 무효가 될 뿐이며, 중재조항이 약관에 포함되었다는 이유만으로 당연히 무효가 된다고 할 수 없다.[58] 중재가 항상 불리하다고 단정할 이유도 없을뿐더러, 나아가 그것이 '부당하게' 불리하다고 단언할 수는 없다.[59] 또한 이러한 약관에 의한 중재합의가 "고객에게 부당하게 불리한 조항", "고객이 계약의 거래형태 등 관련된 모든 사정에 비추어 예상하기 어려운 조항", "계약의 목적을 달성할 수 없을 정도로 계약에 따르는 본질적 권리를 제한하는 조항"(「약관규제법」

58) 동지 : 석광현, 전게논문, 109-110면; 이병준, 전게 "약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성", 129면.
59) 윤진수, "한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호", 민사법학 제62호, 한국민사법학회, 2013, 360면; BGH 10.10.1991, BGHZ 115, 324; BGH 13, 1. 2005, BGHZ 162, 9, 16.

제6조) 해당되어 무효가 될 가능성까지 배제하는 것은 아니다.

그렇기 때문에 당해 중재약관은 「약관규제법」이 규정하고 있는 효력배제 요건이나 제14조이외의 무효 요건에 해당되지 않는 한 유효한 것으로 된다. 즉 약관의 명시·설명 및 교부가 이루어졌거나, 당해 약정에 대하여 별도의 설명이 없더라도 이미 알고 있거나 충분히 알고 있다면,[60] 인용된 약관에 의한 중재합의도 계약의 일부가 된다.[61]

(3) 대외적으로 국민의 권리와 의무를 규율하는 것은 아니지만, 내부적으로 효력이 있는 공정거래위원회의 약관심사지침에 따르면, "당사자간의 개별적이고 명백한 합의에 의하여 법정 관할법원과 다른 법원을 관할법원으로 정할 수 있으나 약관으로 고객에게 불리한 관할합의조항을 정하는 것은 사업자에게만 유리하고 고객에게는 소제기 또는 응소에 큰 불편을 초래하여 소송을 포기하게 하는 결과를 초래할 수도 있으므로 무효이다."라고 하면서, "재판관할의 합의의 위법성 심사기준으로 약관의 조항이 '부당'한지의 여부는 당해 약관을 설정한 의도 및 목적, 당해 업종에서의 통상적인 거래관행, 관계법령, 거래대상 상품 또는 용역의 특성, 고객에게 불리한 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다."[62]고 규정하고 있다.

그 외에도 앞서 소개한 심결례에서의 설시내용의 모순점은 쉽게 발견할 수 있다. 또한 '중재제도에 대한 인식부재'를 들고 있다. 그러나 중재제도에 대한 인식부재는 약관에 의한 중재조항의 무효로 하는 사유로 적합하다고 할 수 없다.[63] 약관의 합의가 약관조항의 내용에 대한 이해와 인식을 그 전제로 하는 것이라면, 일반적으로 사용되는 약관조항의 내용의 유·무효의 여부는 고객의 인식수준에 따라 달라질 것이므로 타당한 근거라고 할 수 없다. 또한 불공정한 중재판정에 대한 구제의 부재를 들고 있는 것 역시, 중재절차의 공정성 내지 적법성은 중재판정취소라고 하는 절차에 의해 그 당부를 다시 심사할 수 있음을 간과한 지적이라고 할 수 있다.[64]

---

60) "상법 제638조의3 제1항 및 약관의 규제에 관한 법률 제3조의 규정에 의하여 보험자는 보험계약을 체결할 때에 보험계약자에게 보험약관에 기재되어 있는 보험상품의 내용, 보험료율의 체계, 보험청약서상 기재 사항의 변동 및 보험자의 면책사유 등 보험계약의 중요한 내용에 대하여 구체적이고 상세한 명시·설명의무를 지고 있다고 할 것이어서, 만일 보험자가 이러한 보험약관의 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 때에는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없고, 다만 보험약관의 중요한 내용에 해당하는 사항이라 하더라도 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험계약자가 별도의 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항이거나 보험계약자나 그 대리인이 그 내용을 충분히 잘 알고 있는 경우에는 그 약관이 바로 계약 내용이 되어 당사자에 대하여 구속력을 가지므로 보험자로서는 보험계약자 또는 그 대리인에게 약관의 내용을 따로 설명할 필요가 없다."[대법원 2005. 12. 9. 선고 2004다26164, 26171 판결]

61) 김지홍, 전게논문, 107면.

62) '약관심사지침' [공정거래위원회예규 제309호, 2018. 9. 22.]

63) 재판제도에 대한 국민들의 이해여부가 재판의 결과에 영향을 미치지 않는 것처럼, 중재재도의 인식의 정도는 중재판정의 결과에 영향을 미친다고 볼 수 없다. 따라서 이러한 '인식부재'는 약관규제법의 취지를 고려하더라도 합의효력을 배제할 수 있는 사유라고 할 수 없다. 적어도 약관규제법에 의해 효력이 부정되는 약관이기 위해서는 그 조항의 내용이 "부당하게 불리" 해야 하는데, 과연 중재조항이 부당다고 할 수는 없다.

64) 성준호, "중재판정의 효력 - 중재법 제35조의 의미와 역할에 관한 논의 중심으로 -", 선진상사법률연구 제85호, 법무부, 2019, 16면 이하 참조.

Ⅲ. 프랜차이즈 분쟁에 있어 복합적분쟁해결 합의

분쟁해결방법의 하나로 소개한 복합적분쟁해결 합의는 분쟁발생이전에 분쟁해결절차를 순차적·단계적으로 행하거나, 선택적으로 특정방법에 의하는 방식을 말한다. 가장 대표적인 방법의 의한 것으로 단계적분쟁해결합의와 선택적분쟁해결합의 내지 선택적중재조항으로 불리운다.[65]

단계적분쟁해결합의는 협상, 조정, 중재 또는 소송을 순차적, 단계적으로 행하여 분쟁을 해결하기로 하는 합의이다. 이러한 방식은 협상이 도출되지 않는 경우 조정을 시도하고 그에 따라서도 분쟁이 해결되지 않는 경우 중재 또는 소송에 의하도록 하고 있는 방법이다.[66] 또한 선택적분쟁해결합의 또는 선택적중재조항은 분쟁해결방법으로서 분쟁발생 이전에 중재와 소송의 둘 중 어느 하나를 선택하는 방법으로 분쟁해결합의를 하는 경우를 말하며, 분쟁이 발생하게 되면 당사자가 중재와 소송 중 하나를 선택할 수 있다.[67] 이하에서는 특히 선택적중재조항에 관한 학설과 판례의 내용을 소개하고 분석한다.

1. 학설

선택적중재합의가 일반적인 중재합의로서 유효성에 관해 견해를 달리하고 있다. 이러한 선택적중재조항의 유효성에 관한 학설의 태도를 소개한다.

가. 무효설

선택적중재합의를 무효로 보고 있는 견해가 있다. 이러한 견해는 (1) 중재합의는 당사자가 소송절차를 이용할 수 있는 권리를 완전히 배제하고 중재절차만을 이용하기로 하는 약정이어야 하는데 소송절차 이용가능성을 유보하고 있고, (2) 선택적 중재합의를 유효라고 할 경우에 선택권 행사의 시기와 방법, 소송과 중재의 중복등의 문제로 법적 안정성을 해칠 가능성이 크다는 점을 들고 있다.[68]

---

65) 선택적중재조항의 유효성에 관한 법원과의 관계에 대해 역사적인 입장 변화를 소개한 것으로 김순이, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 법적 연구”, 동아법학 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012, 326면 이하 참조.

66) 다만, 단계적분쟁해결 방식에 따르더라도 최종적으로, 중재와 소송은 성질상 양립할 수 없으므로 이들은 단계적으로 진행할 수 없으며 중재 또는 소송을 선택하여야 한다.

67) 정영환, “단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구”, 중재 제308호, 대한상사중재원, 2003, 40면; 김지석, “선택적 중재합의의 유효성”, 재산법연구 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011, 358면.

68) 김지석, “선택적 중재합의의 유효성”, 재산법연구 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011, 361면; 곽경직, “선택적 중재합의론 소고”, 법률신문 제3102호, 2002. 8. 29. 자; 서동희, “공사계약 일반조건상의 중재조항의 유효성 여부”, 법률신문 제3100호, 2002. 8. 22. 자: 선택적 중재합의의 무효를 주장하는 견해는 대법원은

나. 유효설

선택적중재조항은 그대로 유효하다고 주장하는 견해이다. (1) 분쟁해결방법에 관한 당사자의 선택권을 최대한 보장하는 것이 사적자치의 원칙에 비추어 타당한 점, (2) 해제조건부 중재합의의 효력을 부인할 이유가 없는바, 선택적 중재합의는 제소를 해제조건으로 하는 중재합의라 볼 수 있는 점, (3) 당사자일방이 중재와 소송 중 어느 하나를 선택함으로써 다른 분쟁해결방법에 의한 해결을 포기하게 되는 것이므로 소송과 중재의 중복은 발생할 수 없어 법적 안정성을 해할 염려가 없는 점, (4) 가급적 중재합의를 유효로 해석하여 대체적 분쟁해결을 촉진할 필요가 있는 점 등을 고려할 때 선택적 중재합의를 무효로 볼 이유는 없다고 한다.[69]

2. 판례

이른바 선택적중재조항의 유효성에 관하여 대법원은 이를 부정하지 않는다. 가령 "분쟁해결방법을 '관계 법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의하고, 조정에 불복하는 경우에는 법원의 판결에 의한다.'라고 정한 이른바 선택적 중재조항은 계약의 일방 당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재합의로서 효력이 있다고 할 것이고, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재합의로서의 효력이 있다고 볼 수 없다."[70]고 하여 선택적 중재조항의 경우 상대방이 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 반대하는 경우가 아니라면 중재합의의 효력이 부정되지 않는다고 한다.

다만 중재합의의 시기와 관련해서는 "중재신청인의 선택적 중재조항에 기한 중재신청에 대하여 피신청인이 「중재법」 제17조 제2항이 요구하는 바에 따라 본안에 관한 답변서를 제출할 때까지 중재합의가 부존재한다는 이의를 제기하지 않은 이상 중재절차의 나머지 단계에서는 그러한 이의를 제기할 수 없게 되고 반면 위 선택적 중재조항은 중재합의로서의 확정적인 효력이 있게 된다."[71]고 하여 중재절차의 진행에 이의를 제기할 수 없는 때에 비로소 그 중재합의의 확정적 효력을 인정하고 있다.

상대방이 중재절차에서 중재합의의 효력을 다투는 경우에는 효력이 없다고 한하는 판결의 문구를 그 근거로 제시하고 있다.

69) 손경한, 전게 "분쟁해결합의에 관한 일반적 고찰", 47면.

70) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결; 대법원2003.8.22. 선고2003다318판결; 대법원 2004.11.11. 선고 2004다42166판결; 대법원 2005.5.27.선고 2005다12452판결

71) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결

3. 검토

계약체결시 약관에 의해 계약에 관련된 분쟁사항을 선택적중재조항 내지 선택적분쟁해결합의는 약관이라고 하는 형식을 갖추고 있지만 분재해결방법을 조정, 중재, 재판의 어느 하나로 특정하지 않고 수개의 분쟁해결방안을 선택적으로 두는 방법이다.

이러한 방식의 분쟁해결계약은 사적자치의 원칙을 기반으로 하는 계약체계에서 형식의 아무런 문제가 없다. 그러나 이러한 선택적합의에 따른 분쟁해결방법은 '중재합의'의 성질에 비추어 불완전하고, 특히 법적 불안정성을 이유로 그 효력을 인정하지 않으려는 견해가 있는 것이다. 그러나 이러한 불안정성 역시 당사자의 합의에 의해 선택한 것이며, 이러한 선택적합의의 방식은 널리 인정되는 것으로 그 효력을 부정할 이유는 없다고 할 것이다. 다만, 선택적 중재조항은 계약 성립시 중재가 확정되지 아니한 문제로 인해 분쟁이 발생하여 중재절차의 개시에 있어서 관할의 분쟁, 즉 상대방당사자의 이의제기가 있게 되면, 당해 중재절차의 유효성에 관한 다툼의 여지를 품고 있다는 문제가 있다.

Ⅳ. 프랜차이즈 분쟁해결에 관한 법률 규정 및 표준계약조항 검토

1. 가맹사업법상의 분쟁해결 절차규정 검토

이 논문이 다루고 있는 프랜차이즈 분쟁과 관련하여 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 (이하 「가맹사업법」)[72]은 분쟁해결과 관련하여, 동법 제4장 이하에 규정을 두고 있다. 그러나 이때 규정은 여타의 '행정형조정기관'의 근거법에서의 그것과 유사하게 분쟁해결기관의 설립 및 운영에 관한 사항을 두고 있다.

가. 분쟁해결절차의 개시와 종료

「가맹사업법」은 분쟁해결절차로서 일방당사자가 '조정'을 신청할 수 있도록 규정하고 있으며, 조정을 신청하는 경우 조정원 협의회, 가맹사업자의 주된 사업장의 소재한 시·도, 가맹본부의 주된 사업장 소재한 시·도 협의회중 가맹사업자가 선택한 협의회에서 당해분쟁사건의 조정을 담당토록 하고 있다.(「가맹사업법」 제22조)[73]

---

72) 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 [법률 제15853호, 2018. 10. 16.](이하 「가맹사업법」)

73) 또한 시효중단의 효력에 관해 동조 제1항의 분쟁조정의 신청이 있는 경우에는 시효중단의 효력이 있으며, 신청이 취하되거나 각하되는 경우에는 그러하지 않다. 다만, 취소 또는 각하된 경우라도 6월내에 재판상의 청구, 파산절차참가, 압류 또는 가압류, 가처분을 한 때에는 최초의 분쟁조정시점을 기준으로 시효중단의 효력이 있다. 또한 중단된 시효는 분쟁조정의 성립으로 인한 조정조서의 작성시, 또는 분쟁조정이 이루어지지

조정신청이 있는 경우 협의회는 지체 없이 분쟁조정절차를 개시하여야 한다. 이때 협의회는 당사자가 스스로 조정하도록 권유하거나 조정안을 제시하는 방법으로 할 수 있다. 그에 따라 당사자가 조정안을 수락하거나 스스로 조정하는 방법으로 조정이 성립되는 경우 또는 조정신청 또는 의뢰받은 날로부터 60일(분쟁당사자 쌍방의 동의로 90일로 연장할 수 있다) 이 경과하여도 조정이 성립하지 아니하는 경우에는 조정절차를 종료하여야 한다.

다만, 분쟁당사자의 일방이 조정을 거부한 경우, 이미 법원에 소를 제기하였거나 조정의 신청이 있은 후 법원에 소를 제기한 경우 또는 조정의 신청이 있은 후 분쟁당사자가 「중재법」에 따른 중재합의를 한 경우, 신청의 내용이 관계법령 또는 객관적인 자료에 의하여 명백하게 인정되는 등 조정을 할 실익이 없는 것으로서 대통령령이 정하는 사항이 발생하는 경우는 조정절차의 개시를 거부하거나 진행중인 절차를 중단할 수 있다.(「가맹사업법」 제23조)

나. 조정, 중재 및 재판의 관계

「가맹사업법」은 분쟁해결 절차로서 우선적으로 조정에 관한 사항만을 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정은 조정절차에 관한 사항을 규정하고 있는 것이라고는 할 수 없다. 조정은 본질적으로 당사자의 자발적 조정이 성립되지 않는 한, 중재 또는 재판에 의해 종국적으로 분쟁이 해결 되어야 하기 때문이다. 이러한 측면에서 동법 제23조에서는 조정과 중재 및 재판의 관계를 선언적으로 규정하고 있었다.

2018년 12월 31일 개정되어 2019년 시행예정인 동법 제23조[74]에서 이규정은 부분적으로 개정되어 종래 조정절차의 중단사유로 규정되었던 "「중재법」에 따른 중재합의"가 삭제

지 않고 조정절차가 종료한 때에 새로이 진행토록 규정하고 있다.
그러나 이러한 조문의 내용은 민법 제168조 이하 에서 규정하고 있는 소멸시효의 중단에 관한 규정에 일반적으로 규정되고 있으므로, 동조에서의 내용이 특별히 의미를 가지는 것은 아니다.

74) 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 [법률 제15863호, 2018.12.11., 일부개정] (이하 (예)「가맹사업법」)
제23조(조정 등) ① 협의회는 제22조제1항에 따라 조정을 신청 받거나 같은 조 제2항에 따라 조정을 의뢰 받는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 지체 없이 분쟁조정 절차를 개시하여야 한다.
③ 협의회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 그 조정신청을 각하하여야 한다.
1. 조정신청의 내용과 직접적인 이해관계가 없는 자가 조정신청을 한 경우
2. 이 법의 적용 대상이 아닌 사안에 대하여 조정신청을 한 경우
3. 조정신청이 있기 전에 공정거래위원회가 제32조의3제2항에 따라 조사를 개시한 사건에 대하여 조정신청을 한 경우
④ 협의회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 조정절차를 종료하여야 한다.
1. 분쟁당사자가 협의회의 권고 또는 조정안을 수락하거나 스스로 조정하는 등 조정이 성립된 경우
2. 조정을 신청 또는 의뢰 받은 날부터 60일(분쟁당사자 쌍방이 기간연장에 동의한 경우에는 90일로 한다)이 경과하여도 조정이 성립하지 아니한 경우
3. 분쟁당사자의 일방이 조정을 거부하거나 해당 조정사항에 대하여 법원에 소를 제기하는 등 조정절차를 진행할 실익이 없는 경우

되었다. 물론 해석상 동조에 제4항 3호에 “법원에 소를 제기하는 등 조정절차를 진행할 실익이 없는 경우”의 범위에 ‘중재합의’를 포함시킬 수 있지만, 기왕의 명문의 규정을 삭제하는 것이 바람직한가에 대해서는 법정책적인 측면에서 회의적이다.

2. 프랜차이즈 관련 표준계약서에서의 분쟁해결 절차 조항

프랜차이즈 거래에 일반적으로 사용되는 표준계약서에서 분쟁해결에 관한 조항을 두고 있다. 이러한 조항에서 당해계약으로 인한 분쟁해결방법을 제시하고 있다. 이와 관련하여 협상, 조정 및 소송이 일반적으로 규정되고 있었으며, 지난 2010년 7월 공정거래위원회는 표준가맹계약서에 분쟁해결방법으로 중재조항을 삽입토록 하였다.

가령 ‘프랜차이즈(편의점업) 표준계약서’[75], ‘프랜차이즈(교육서비스업) 표준계약서’[76], ‘프랜차이즈(도소매업) 표준계약서’[77]에 따르면 가맹본부 및 가맹사업자의 분쟁해결에 있어서 당사자간의 협상에 의해 발생한 분쟁의 해결토록 유도하고 있으며, 가맹사업거래분쟁조정협의회의 조정 또는 중재기관에 의한 중재를 신청할 수 있도록 하고 있으며, 중재를 신청하지 않는 경우 당해 분쟁은 최종적으로 가맹사업자의 주소지나 점포 소재지의 관할법원에서의 재판에 의하도록 하고 있다.

---

75) ‘프랜차이즈(편의점업) 표준계약서’[2017.12. 공정거래위원회] 제46조 [분쟁해결]
① 이 계약의 당사자는 이 계약의 해석 또는 이 계약에 의하여 명시되지 아니한 사항에 관하여 다툼이 있을 경우 우선적으로 대화와 협상을 통하여 분쟁을 해결하도록 최선을 다한다.
② 제1항에 의한 해결이 되지 아니한 경우에는 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제22조에 따라 한국공정거래조정원의 가맹사업거래분쟁조정협의회에 조정을 신청하거나 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.
③ 가맹본부 및 가맹점사업자의 협의에 의하여 제2항에 의한 중재를 신청하지 아니하는 경우, 이 계약에 관한 분쟁의 관할 법원은 가맹점사업자의 주소지나 점포소재지를 관할하는 법원으로 한다. 다만, 가맹본부와 가맹점사업자가 합의하여 관할법원을 달리 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

76) ‘프랜차이즈(교육서비스업) 표준계약서’ [2017.12. 공정거래위원회] 제44조 (분쟁의 해결)
① 이 계약의 당사자는 이 계약의 해석 또는 이 계약에 의하여 명시되지 아니한 사항에 관하여 다툼이 있을 경우 우선적으로 대화와 협상을 통하여 분쟁을 해결하도록 최선을 다한다.
② 제1항에 의한 해결이 되지 아니한 경우에는 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제22조에 따라 한국공정거래조정원의 가맹사업거래분쟁조정협의회에 조정을 신청하거나 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.
③ 가맹본부 및 가맹점사업자의 협의에 의하여 제2항에 의한 중재를 신청하지 아니하는 경우, 이 계약에 관한 분쟁의 관할법원은 가맹점사업자의 주소지나 점포소재지를 관할하는 법원으로 한다. 다만, 가맹본부와 가맹점사업자가 합의하여 관할법원을 달리 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

77) ‘프랜차이즈(도소매업) 표준계약서’ [2017.12. 공정거래위원회] 제42조 (분쟁의 해결)
① 이 계약의 당사자는 이 계약의 해석 또는 이 계약에 의하여 명시되지 아니한 사항에 관하여 다툼이 있을 경우 우선적으로 대화와 협상을 통하여 분쟁을 해결하도록 최선을 다한다.
② 제1항에 의한 해결이 되지 아니한 경우에는 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제22조에 따라 한국공정거래조정원의 가맹사업거래분쟁조정협의회에 조정을 신청하거나 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.
③ 가맹본부 및 가맹점사업자의 협의에 의하여 제2항에 의한 중재를 신청하지 아니하는 경우, 이 계약에 관한 분쟁의 관할법원은 가맹점사업자의 주소지나 점포소재지를 관할하는 법원으로 한다. 다만, 가맹본부와 가맹점사업자가 합의하여 관할법원을 달리 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

이러한 프랜차이즈 표준계약서는 사업자가 수인의 상대방과 계속적인 거래를 위해 미리 마련해둔 것으로 「약관규제법」에 따른 '약관'에 해당된다. 또한 당해 프랜차이즈 표준 계약서에 명기하고 있는 '분쟁의 해결'조항은 앞서 논의한 분쟁해결약관에 해당된다. 다만 당해 약관의 내용이 '중재'를 특정하지 않고 있으므로 중재약관이라고 할 수는 없다. 다만 분쟁해결 방법을 특정하지 않고 선택적 내지 단계적으로 규정하고 있는 복합적분쟁해결방법 이라고 할 수 있다. 그에 따라 당사자간의 협상을 통한 자율적 분쟁해결의 노력에도 불구하고 합의에 도달하지 못한 경우, 일방의 신청에 의해 조정이나 중재를 신청할 수 있다. 그러나 당사자가 중재합의를 하지 않는 경우 당해 분쟁은 가맹점사업자의 주소지 또는 점포소재지 관할하는 법원을 관할법원으로 한다.

3. 검토

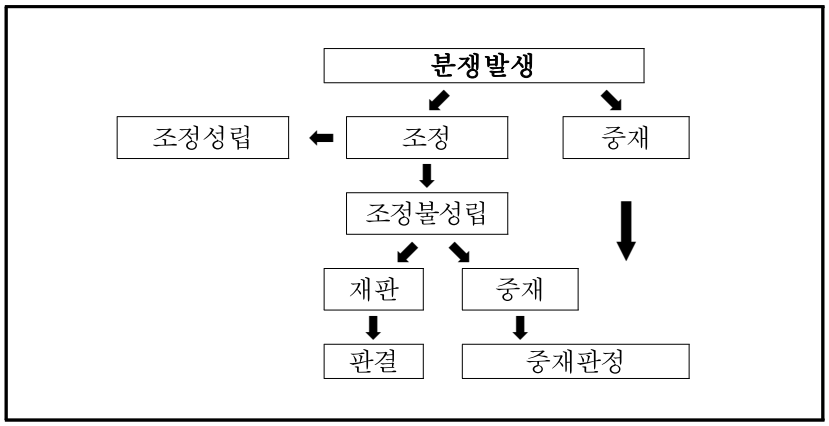
(1) 「가맹사업법」 제22조는 '분쟁해결'에 관한 규정방식을 보면, 분쟁발생시 우선적으로 조정신청에 관한 규정을 두고 있으며, 다만, 「가맹사업법」 제22조 조정신청절차의 적법한 진행이 불가능한 경우로 중재합의가 있는 경우, 재판이 계속중인 경우를 들고 있다. 「가맹사업법」에서 규정하고 있는 조정절차는 법이 정하는 재판의 전치요건이 아니므로, 분쟁당사자는 조정, 중재 또는 재판의 어느 방법에 의하더라도 문제가 없으며, 이법에서 규정하고 있는 조정에 관한 사항은 강제력 없는 임의규정으로 당해 규정은 앞서 언급한 바와 같이 선언적이다. 다만 프랜차이즈 분쟁을 법원외의 분쟁해결방법인 '조정'의 활성화를 위한 정책적 고려에 의한 규정으로 이해할 수 있다.

(2) 프랜차이즈 표준계약서에 규정하고 있는 '분쟁의 해결'조항은 체계적인 측면에서 다소 문제의 소지가 있다고 할 것이다. "조정을 신청하거나 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다"의 형식으로 규정하고 있는 당해 표준계약서에 따르면 당사자는 '조정 또는 중재'의 어느 하나를 선택하여 분쟁을 해결할 수 있다. 이러한 유형의 분쟁해결약관은 앞서 소개한 선택적분쟁해결조항의 한 유형으로 이해할 수 있다. 따라서 이 경우역시 분쟁발생이후 양당사자의 분쟁방법에 대한 선택이 조정 또는 중재의 어느 하나로 합치하지 않는 경우 발생하는 또다른 문제를 내포하고 있다.

또한 당사자가 '조정'을 선택하여 절차를 진행하고, 당해사건이 조정에 이르지 못한 경우, 이 계약에 관한 분쟁은 가맹점사업자의 주소지나 점포 소재지를 관할하는 법원에 소를 제기하도록 규정하고 있다. 이와 같은 규정을 문리해석하면 '당사자는 조정 및 중재의 어느 하나를 선택할 수 있으며, 중재를 선택하지 않고 조정에 의하는 경우에는 조정의 불성립시 재판에 의할 수밖에 없다'라고 오해할 여지가 있다. 그러나 이와 같은 표준계약서상의 규정방식은 분쟁해결 체계 및 제도의 특성을 정확히 이해하지 못한 것이라고 할 수

있다. 조정은 당사자가 조정합의에 이르거나 중립인의 조정안을 받아들이는 경우 재판상 화해와 동일한 효력을 가지게 되며, 합의에 이르지 못하거나 조정안을 받아들이지 않는 경우 당사자에 대한 아무런 구속력이 없다. 따라서 조정이 성립하지 못하는 경우 당사자는 법원에 의한 재판 또는 중재절차를 선택할 수 있다.

그렇기 때문에 당해조항은 "조정 또는 중재의 어느 하나를 선택할 수 있으며, 조정의 불성립시 당사자는 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재 또는 가맹점사업자의 주소지나 점포소재지를 관할하는 법원"으로 규정하는 방식이 적합하다.



〔그림 1〕 프랜차이즈 표준계약서상의 분쟁해결절차 정비(안)

V. 결 어

앞서 본 바와 같이 오늘날에 이르러 일반적인 계약방식으로 자리잡게 된 약관계약과 이를 통한 중재약정에 관한 문제는 여러 부분에서 법적 쟁점을 내포하고 있다. 그렇다 하더라도 약관에 의한 중재합의를 중재법측면에서 부정할 이유는 없다. 그럼에도 불구하고「약관규제법」제14조의 규정을 들어 약관에 의한 중재합의는 그 자체만으로 일률적으로 무효로 이해하는 것은 사적자치에 대한 과도한 제한으로 평가될 수 있다. 다만, 약관의 작성자와 그 상대방인 고객의 지위를 대등한 관계로 볼 수는 없으며, 또한 그 상대방이 중재절차라고 하는 제도에 대하여 항상 충분히 이해하고 있다고 단언할 수도 없는 것이 현실이다. 따라서 약관에 의한 중재합의는 여전히 논란을 내포할 수밖에 없다.

이러한 문제와 관련하여 선택적 중재약관에 의한 중재합의라고 하는 타협적 방식을 취하고 있다. 이러한 방식을 통해「약관규제법」제14조의 무효근거를 회피의 방법이라고 할 수 있다. 실재로 현재의 프랜차이즈 관련 표준계약서는 복합적분쟁해결방법에 관한 조항

을 두고 있으며, 그에 따라 분쟁당사자는 분쟁발생시 조정 또는 중재를 선택함으로써 분쟁해결합의를 완결할 수 있고, 그에 따라 분쟁해결 절차가 진행될 수 있다. 그러나 이러한 선택적 중재약관은 분쟁해결이전까지 미확정상태로 존재함으로써 중재합의로서의 불완전한 성격을 가지게 되고, 나아가 상대방당사자의 '이의'가 있게 되면 중재절차가 진행되지 못하는 문제점을 내포하고 있다.

이러한 문제를 해결하기 위한 방법의 하나로 선택약관에 의한 중재약정의 방식을 생각해 볼 필요도 있다. 앞서 'II. 2. 다. 선택형 약관조항의 유효성'에서 소개한 바와 같이 선택가능한 옵션중 고객인 당사자가 하나를 선택함으로써 계약내용을 완성하는 약관의 형태의 약관유형인 '선택형 약관조항'의 이론을 차용하여 중재약관의 현실적 한계를 극복할 수 있을 것으로 생각된다. 선택가능한 모든 옵션을 제시하고 상대방인 고객이 자유로이 선택할 수 있도록 한다면, 개별약정으로서의 성격을 가지는 계약으로 될 수 있다. 이와 같이 약관의 내용통제사유인 상대방당사자의 자기결정권의 보장을 하는 방법으로 중재약관이 가지고 있는 법해석적 한계의 범위를 벗어날 수 있을 것으로 보인다. 즉, 프랜차이즈 표준계약서의 분쟁의 해결에 관한 조항 역시 이와 유사하게, 수개의 분쟁해결 방식중 하나를 선택할 수 있는 선택형 분쟁해결에 관한 약관조항을 두고, 고객이 이중 하나를 선택함으로써 확정될 수 있도록 하는 것이다. 이를 통해 당해 중재약정을 개별약정에 준하는 합의로 판단할 수 있게 되고, 이에 따라 당사자가 중재절차를 선택할 수 있도록 함으로써 종래의 논란을 불식시키고 발생하는 분쟁의 합리적 해결을 도모할 수 있다고 할 것이다.

또한 프랜차이즈 표준계약서 상의 "분쟁의 해결"에 관한 규정은 조정, 중재 및 재판에 대한 체계적인 문제점을 보완할 필요가 있다. 즉, 조정과 중재의 선택적 관계뿐만 아니라 조정의 불성립의 경우 중재와 재판의 선택적 관계와 관련하여 앞의 'IV. 3. 검토 (2)'에서 지적한 바와 같이 체계적인 정비가 필요하다.

참고문헌

김갑유 외, 「중재실무강의」, 박영사, 2012.

김성욱, “약관의 내용통제 및 해석과 관련한 법적 문제”, 외법논집 제39권 제4호, 법학연구소, 2015.

김순이, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 법적 연구”, 동아법학 제56호, 동아대학교 법학연구소, 2012.

김지석, “선택적 중재합의의 유효성”, 재산법연구 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011.

김지석, “선택적 중재합의의 유효성”, 재산법연구 제28권 제2호, 한국재산법학회, 2011.

김진우, “약관 내용통제의 정당화사유”, 법학연구 제53권 제1호, 부산대학교법학연구소 2012.

박진근, “가맹거래의 분쟁해결방안에 관한 정책적 연구-가맹사업법에 의한 조정을 중심으로-”, 법과 정책연구 제5권 제2호, 2005.

서종희, “B2B거래에서의 약관규제법의 개정방향”, 외법논집 제41권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017.

석광현, “해외직접구매에서 발생하는 분쟁과 소비자의 보호: 국제사법, 중재법과 약관규제법을 중심으로”, 서울대학교 法學 제57권 제3호, 2016.

성준호, “DCFR의 불공정조항 규정에 관한 고찰”, 외법논집 제36권 제3호, 법학연구소, 2012.

성준호, “유럽공통매매법의 불공정한 계약조항”, 민사법학 제66호, 한국민사법학, 2014.

성준호, 중재판정의 효력 - 중재법 제35조의 의미와 역할에 관한 논의 중심으로 -, 선진상사법률연구 제85호, 법무부, 2019.

성준호/장창민, “契約自由에 있어서 自由에 관한 管見”, 비교사법 제15권 제2호, 한국비교사법학회, 2008.

손경한, “분쟁해결합의에 관한 일반적 고찰”, 법조 61권12호, 법조협회, 2012.

손경한, “소비자금융 분쟁의 중재”, 중재 제291호, 1999.

손용근, “중재판정의 효력에 관한 일반적 고찰”, 법조 제577호, 법조협회, 2014.

양석완, “중재합의의 효력 주관적 범위”, 비교사법 제21권 제2호, 한국비교사법학회, 2014.

윤진수, “한국법상 약관규제법에 의한 소비자보호”, 민사법학 제62호, 한국민사법학회, 2013.

이병준, “선택규정의 약관성 -근저당권설정비용 반환소송과 관련하여-”, 안암법학 제42호, 안암법학회, 2013.

이병준, “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 중재연구 제24권 제1호, 한국중재학회, 2014.

이병준, “약관의 개념에 관한 약관규제법 제2조의 규정취지와 의미내용”, 가천법학 제7권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2014.
이은영, 「약관규제법」, 박영사, 1994.
이재현, “약관의 개념”, 비교사법 제10권 제1호, 한국비교사법학회, 2003.
임건면, “선택형 약관조항과 근저당권설정비용 부담주체”, 성균관법학 제26권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2014.
장경환, “보통거래약관의 개념 -약관의 규제에 관한 법률 제2조를 중심으로-”, 법학연구 제3권, 충북대학교 법과대학 법학연구소, 1991.
장경환, “약관의 내용통제의 방식과 체계”, 경희법학 제30호, 경희법학연구소, 1995.
정선주, “소비자중재에서 소비자보호의 문제”, 서울대학교 法學, 제49권 제1호, 2008.
정영환, “단계적, 선택적 분쟁해결조항의 연구”, 중재 제308호, 대한상사중재원, 2003.

곽경직, “선택적 중재합의론 소고”, 법률신문 제3102호, 2002. 8. 29.
서동희, “공사계약 일반조건상의 중재조항의 유효성 여부”, 법률신문 제3100호, 2002. 8. 22.

Wolf/Horn/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Auflage, C. H. Beck, 2009.
Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, C.H.Beck, 77., neubearbeitete Auflage, 2018.

ABSTRACT

Judicial Review on Pre-arbitration Agreement in Terms to Resolve Franchise Dispute

Joon-Ho Sung

A franchise business is a business in which the owners, or "franchisors," sell the rights to their business logo, name, and model to third party retail outlets, owned by independent, third party operators, called "franchisees."

There are a number of features in franchising or terms in franchise agreements that may lead to disputes between franchisors and franchisees. These disputes may arise because of underlying risks in the franchise relationship, franchise agreement, or conduct of the parties. In this case, ADR is an effective way to resolve disputes in a quicker and often less costly way than having to go to court.

If an agreement cannot be reached through mediation, then arbitration becomes the next step to resolving the differences. Whereas mediation is non-binding and focused on facilitating the parties to find a resolution that is acceptable to both, arbitration is binding and may result in a decision that is not acceptable to one of the parties. These situations can be resolved through experienced arbitration as arbitration allows franchisees to settle matters promptly and outside of the public eye. In addition, franchise dispute arbitration is usually less costly than going to traditional court.

Considering all of these, reaching an agreement will also have typical clauses that address the issue of dispute resolution. It is again a more efficient process than going through the legal process and courts and is often less costly. By going through arbitration, the parties agree to give up their rights to pursue the dispute in the courts. However, there is a problem that the arbitration prior to the agreement and under the terms would be contrary to the restriction of jurisdiction under the "ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS" in Korea.

Key Words : franchise dispute, alternative dispute resolution, arbitration clause, optionable terms, selective dispute resolution clause