

## 중재합의의 당사자자치에 관한 미국계약법상 해석\*

### Party Autonomy in Arbitration Agreement: The U.S. Laws

하충룡\*

Choong-Lyong Ha

#### 〈목 차〉

- I. 서론
- II. 중재계약과 당사자자치
- III. 당사자자치와 중재계약 약자의 보호법리
- IV. 합의
  - 참고문헌
  - Abstract

**주제어** : 중재합의, 당사자자치, 중재조항분리원칙, 부합계약, 부실고지, 착오, 사기, 강박

\* 이 논문은 2018년도 부산대학교 인문사회연구기금의 지원을 받아 연구되었음.

\*\* 중재학회 춘계학술대회 발표논문, 2019.04.19.

\*\*\* 부산대학교 무역학부 교수, 미국 뉴욕주 변호사, choongha@pusan.ac.kr

## I. 서론

중재는 당사자간의 합의에 기초하여 중립적인 중재판정부에 의하여 확정판결의 효력을 갖는<sup>1)</sup> 중재판정을 구하는 분쟁 해결 방식으로서 소송의 대안으로 채택될 수 있는 대안적 분쟁해결방식이다.<sup>2)</sup> 중재는 분쟁해결의 과정을 다루고 있다는 점에서 절차법적인 성격을 가지고 있다고 볼 수 있으나, 다른 한편에서 중재는 당사자간의 합의에 의하여 시작된다는 점에서 계약법에 기한 실체법적 해석을 배제할 수 없다. 중재계약의 실체법적인 해석으로 발생하는 권리는 방소항변의 권리를 들 수 있을 것이다.

중재가 실체법적인 성격을 띠는지 아니면 절차법적인 성격을 띠는지에 대해서는 이전에도 많은 논의가 이어져 오고 있으며, 중재합의의 근간이 되는 당사자자치와 관련하여 새롭게 재조명할 필요가 제기되고 있다.<sup>3)</sup> 중재합의에서 당사자자치라고 함은 당사자들의 자발적 의사합치에 기하여 계약상의 권리·의무를 창설하는 것을 의미한다. 중재합의의 효력으로서 방소항변권의 발생은 중재계약의 전형적인 법적효과로서 권리를 창설한 것이라고 할 수 있다.

중재합의를 단순히 분쟁해결의 방식에 대한 합의로 보는 절차법적인 견해에 따르면 중재계약이 방소항변권과 같이 당사자들의 권리를 발생시키는 부분도 있지만, 중재자체는 대체로 분쟁해결의 절차와 방식에 관하여 중재법의 지배를 받는 절차임으로 중재합의도 절차법적인 관점에서 해석해야 한다. 한편, 당사자의 의사만 중재에 적용되고 절차적인 공정성이나 형평성을 보장하기 위한 절차법적인 장치가 마련되지 않는다면 소송을 보완하기 위한 대안으로서의 중재의 의미는 퇴색할 수 있다는 것은 부인할 수 없을 것 같다.

중재합의를 실체법적인 관점에 해석한다면 당사자의 권리·의무의 발생과 관련하여 계약 자유의 원리가 우선적으로 작동할 것이고, 절차법적인 관점에서 해석한다고 하면 당사자들의 형평성이나 공정성 및 계약약자의 보호의 입장에서 해석될 여지가 더 많아질 것으로 보인다.

- 1) 중재법 제35조(중재판정의 효력) 중재판정은 양쪽 당사자 간에 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가진다.
- 2) 일반적으로 분쟁의 해결 방식으로는 소송, 중재, 그리고 조정 등으로 분류되고 있는데 소송과 중재는 당사자의 변론을 요구하는 변론주의를 따르고 조정은 조정인의 조정안에 당사자가 합의함으로써 구속력이 부여된다는 점에서 서로 다르다고 할 수 있다. 전자는 사전적인 쟁송합의이고 후자는 사후적 조정안에 합의하는 것이다.
- 3) 김명엽, “중재계약의 법적성질과 효력에 관한연구”, 『중재학회지』 제11권, 한국중재학회, 2001, p.126.; 박종삼·김영락, “중재계약에 관한 판례분석”, 『중재논총』중재 02-01, 대한상사중재원, 2002, p.297.; 이순우, “중재계약에 관한 소고”, 『중재논총』중재03-01, 대한상사중재원, 2003, p.168.; 이영준, “한국법과 중재합의”, 『비교법연구』 제4권 1호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2003, p.24.; 오창석, “파산절차에 있어서 중재합의의 효력과 중재절차”, 『중재연구』 제15권 제1호, 한국중재학회, 2005, p.126.; 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 『중재연구』 제16권 2호, 한국중재학회, 2006, p.94.

어떤 경우이든지 간에 중재합의는 계약법의 기본 틀이라 할 수 있는 상호합의(mutual assent)가 그 주축이 될 것이다. 영미법적인 관점에서는 당사자합의가 유효한 계약의 효력을 나타내기 위해서는 약인(consideration)과 서면요건(statute of frauds), 당사자의 자발성(voluntariness), 당사자능력(capacity), 그리고 계약의 합법성(legality)이 갖추어져야 한다.

계약에서 당사자자치라고 함은 당사자들이 스스로의 법률행위(의사표시)를 함에 있어서 자신의 책임 하에 자율적으로 하는 것을 의미한다.<sup>4)</sup> 즉 당사자자치는 의사표시에 있어서 외부의 요인이 자신의 의사에 반하여 작용하지 않는 상태를 의미하는데, 위에서 언급한 계약의 유효요건 중에 상호합의에 포함되는 청약과 수락의 과정에서 개입하는 당사자의 자발성요건이 당사자자치를 따져볼 수 있는 요건이 된다.

따라서 본 고에서는 상호합의의 진정성을 보장하기 위해서 가장 필요한 당사자자치(party autonomy)의 의미를 중재합의에 적용해보고 중재합의의 특수성을 감안하여 당사자자치의 법리가 어떻게 조정될 수 있는지를 살펴보고자 한다.

## II . 중재계약과 당사자자치

중재계약도 근본적으로는 계약법의 지배를 받는 당사자 간의 사법적인 법률행위로 보아야 한다. 계약법의 지배를 받는다고 하는 의미는 당사자 간 계약의 의사가 중재계약의 근간을 이룬다는 뜻이다. 미국법상 계약에서의 의사의 합치(meeting of minds)는 청약과 수락에 의하여 이루어진다.<sup>5)</sup> 이러한 청약과 수락은 모두 자발적이고 진정성 있는 의사표시를 통하여 이루어져야 한다.<sup>6)</sup>

계약법에서 당사자자치라고 함은 당사자가 스스로 청약이나 수락의 행위를 함에 있어서 외부의 영향을 받지 않고 본인 고유의 판단에 기하여 의사표시를 하는 것을 말한다. 본 장에서는 계약에서 당사자자치에 영향을 미칠 수 있는 경우를 살펴보고 중재계약에 적용하여 당사자간에 법적형평성과 분쟁해결의 효율성을 살펴보고자 한다.

4) 당사자자치(party autonomy)는 계약이 당사자의 의사표시에 기초한다는 점에서 유효한 의사표시의 근본요건이 된다.

5) 청약이 유효하기 위해서는 청약의 의사(intent), 명확성(definiteness), 그리고 상대방에게의 통보(communication)가 있어야 한다. 수락의 경우에도 수락의 의사(intent), 청약에의 상응성(e.g. mirror image rule) 그리고 통보가 있어야 한다.

6) Maller et.al. Business Law, McGraw-Hill, 13th ed, 2007, pp,344-356. 미국계약법상 비자발적 내지는 진정성이 없는 의사표시는 부실고지(misrepresentation), 착오(mistake), 강박(duress), 부당한 영향(undue influence) 등으로 나누어 분석될 수 있다.

## 1. 법적특성

앞에서 언급한 바와 같이 당사자자치라고 함은 법률행위를 하는 경우에 계약당사자간에서로 부당한 간섭이나 영향 내지는 부실고지 등이 없이 본인의 고유한 판단과 결정으로 의사결정을 내리는 것이다. 미국의 계약법에서는 청약과 수락의 경우에 중요한 요소로서 의사(intent)의 존부를 따지게 되는데 이러한 계약의사의 존부는 대체로 주관적 의사이론(subjective theory of intent)과 객관적 의사이론(objective theory of intent)으로 나뉘게 된다.<sup>7)</sup>

주관적 의사이론의 경우에는 당사자가 스스로 진정한 계약의 의사가 있음을 입증하면 충분하지만 객관적 의사이론의 경우에는 합리적인(reasonable) 제3자가 계약의 의사가 있었을 것이라고 판단하는 경우에 계약의사가 있었다고 인정하는 이론이다. 주관적 의사이론은 19세기 이전에 주로 통용되는 이론으로서 본인 스스로가 주장하는 본인의사의 존부를 중요시하였다. 이에 따라서 계약의사의 존부와 관련하여 당사자 본인의 강력한 주장에 부딪히게 되는 경우에는 계약의 확실성과 안정성을 저해할 가능성이 높았고, 이는 거래의 불안정성으로 이어지게 되었다.<sup>8)</sup>

이러한 계약의 불안정성을 해소하기 위하여 20세기에는 객관적 의사이론이 주류를 이루게 되어 당사자의 어떠한 의사표시 행위도 합리적인 (reasonable) 제3자가 계약의사가 있었다고 할 만한 이유가 있는 경우에는 유효한 계약의 성립으로 보게 되었다. 이는 이전의 주관적 의사이론보다는 계약성립을 더욱 객관적으로 해석하는 효과를 낳게 하였고 따라서 계약당사자가 진정한 계약의사가 없는 경우 계약자 보호라는 측면에서는 문제의 소지를 갖게 되었다. 이는 계약의 객관성 확보와 당사자의 진정한 주관적 의사의 반영이라고 하는 점에서는 서로 양립할 수 없음을 의미한다.

계약성립을 위하여 당사자의 의사가 존재해야 한다는 요건은 계약에서 당사자자치를 보장하기 위함이다. 또한 당사자자치는 청약자와 피청약자 사이에 외부의 규제나 간섭을 배제한다는 의미이기도 하다. 근대 시민사회 이후에 형성된 계약의 사적자치의 원리는 경제적 약자와 강자 사이의 형평성을 고려하면서 서서히 제한되기 시작하여 현대에서는 이러한 당사자자치가 완전히 인정되기를 기대하는 것은 거의 불가능한 현실이 되었다. 즉 국가의 강행규정이 계약의 종류에 따라 정도의 차이는 있지만 일정 부분 관여를 하게 되었다. 예를 들어, 보험계약의 경우에는 보험자의 약관설명 의무가 추가되는 부분은 상대적으로 계약 약자인 피보험자를 보호하기 위한 국가의 개입의 결과이기도 하다.

중재계약에서 당사자자치 원리는 중재계약의 특수성으로 인하여 일반적인 계약과는 약간 다른 차원에서 사적자치의 원리를 해석할 필요가 있다. 즉 중재계약은 그 효력으로서

7) 상계서 pp.291-292.

8) 상계각주.

방소항변의 효과를 제공함으로써<sup>9)</sup> 당사자의 소송권리를 제한하게 된다.<sup>10)</sup> 따라서 중재계약은 당사자 간의 권리의무를 창출할 뿐 아니라 스스로 법원의 조력을 받을 권리를 포기하는 것임으로 상당한 신중성을 요한다고 할 것이다. 즉 당사자는 중재계약의 의미를 정확히 숙지할 필요가 있으므로 당사자자치를 해석함에 있어서 더욱 엄격해질 수 밖에 없는 면이 있다. 하지만 현실에서는 사전중재합의로서 중재조항이 포함되었을 때 상대방에게 중재합의조항에 대한 설명의무까지 부여되지는 않고 있다.

특히 기업과 소비자간 거래의 한 형태로서 B to C 거래에서는 소비자의 협상력이나 정보력은 기업에 비해 현저히 떨어짐으로 소비자측에서의 당사자자치는 상당히 제한적일 수 밖에 없는 상황에 처하게 된다. 따라서 소비자중재계약의 경우에는 당사자 간의 자발적이고도 진정한 중재계약의 유도를 위해서는 기업이 소비자에게 중재조항의 의미를 따로 설명할 필요가 생기게 된다.

한편 중재계약에서의 당사자자치라고 할 때 일반 계약에서의 당사자자치보다도 더욱 엄격하게 해석되어야 하는데 이는 중재합의의 내용은 준거법이라던지 중재지 등을 포함하여야 하고, 또한 중재계약의 효력이 단순히 실체적 중재청구권의 효력을 발생시킬 뿐 아니라 방소항변의 효력 등 절차상의 효력도 동시에 가지게 되어 당사자에게 미치는 법률효과가 매우 크기 때문이다. 거래약자의 경우에는 이러한 중재계약의 효력을 사전에 인지하지 못할 가능성이 크다는 점에서 중재계약에서 당사자자치의 인정 폭이 다른 계약에서보다 엄격하여야 한다는 점은 부인할 수 없을 것으로 보인다.

계약의 성립을 위하여 청약과 수락이 있어야 하는데 일반적으로 청약의 내용이 계약사항을 모두 반영하지 못하는 것이 일반적임으로 사후적으로 청약의 내용을 구체화하고 누락된 부분은 계약의 본질적인 목적을 살리기 위하여 통상적인 거래 관행을 적용하여 계약을 해석하는 경우가 있는데 이를 누락보완(gap filling)<sup>11)</sup>이라고 한다. 이러한 누락보완은 미국의 통일상법전(UCC2)<sup>12)</sup>에서는 명시적으로 인정하고 있으나 보통법을 적용하는 경우에는 반사경법칙(mirror image rule)<sup>13)</sup>에 의하여 배척되고 있다. 이러한 측면에서 보통법은 UCC보다 당사자의 의사를 해석함에 있어 더욱 엄격하다고 할 수 있고, 이는 당사자의 내면적 의사를 더욱 존중함으로써 당사자자치라는 법적효과를 더욱 강화시키는 효과를 나타낸다.

9) 중재법 제9조(중재합의와 법원에의 제소) ① 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하여야 한다. 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다. ② 피고는 제1항의 항변을 본안(本案)에 관한 최초의 변론을 할 때까지 하여야 한다. ③ 제1항의 소가 법원에 계속(繫屬) 중인 경우에도 중재판정부는 중재절차를 개시 또는 진행하거나 중재판정을 내릴 수 있다.[전문개정 2010. 3. 31].

10) 미국 연방수정헌법 제6조 참조. "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and ....".

11) Maller 전게서, p.312.

12) UCC 2-207.

13) 반사경법칙(mirror image rule)이란 수락의 내용은 청약의 내용을 그대로 수용하여야 하며 어떠한 왜곡이나 변형도 허용하지 않는 보통법상의 법리를 말한다.

이와 같이 중재계약에서 당사자자치를 강화하는 경우에 보통법이 적용될 가능성이 높아져 유효한 중재계약의 성립가능성이 낮아지고 계약약자의 입장에서는 중재절차에 귀속될 가능성이 줄어든다고 할 수 있다. 하지만 중재합의의 무효는 일반적으로 각국의 중재법에 서 그 무효사유를 따로 규정하고 있지는 않으며 다만 중재판정의 취소를 위하여 그 합의를 무효로 할 수 있는 경우를 지정하고 있을 뿐이다.<sup>14)</sup> 결국 중재합의를 취소할 수 있을 사유로서는 중재판정의 취소의 소를 시작할 수 없음을 명시하고 있다. 이는 결국 중재가 개시되기 전에 방소항변권을 봉쇄하기 위해서는 중재합의를 취소할 수 있을 정도의 사유로서는 부족하고 원천무효에 가까운 무효사유가 발견되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 일단 성립된 중재합의는 함부로 취소할 수 있는 것이 아니라는 뜻이기도 하다.

이와 같이 다양한 계약상 흠결이 중재계약의 효력에 어떻게 영향을 미치는지 관해서는 중재합의조항의 분리원칙과 관련하여 어느 정도 다루어진 바 있다.<sup>15)</sup> 즉 중재합의조항이 본계약에 계약조항으로 포함될 경우 본계약의 무효나 취소사유가 중재합의조항의 효력에 어떻게 영향을 미치는지에 대하여 일반적으로 본계약이 무효사유에 해당할 때에만 중재합의도 무효로 되는 것으로 보고 있다.<sup>16)</sup> 이러한 흠결은 결국 계약의 가장 중요한 요소인 의사표시의 형성과정을 왜곡시키고 자발적인 계약의사의 형성을 방해함으로써 당사자자치에 영향을 줄 수 있다.

## 2. 중재계약의 흠결과 당사자자치

미국계약법에서 계약의 유효성<sup>17)</sup>에 영향을 미치는 요소는 대체로 청약(offer)과 승낙(acceptance), 약인(consideration), 당사자능력(capacity), 계약의 불법성(illegality), 그리고 의사표시의 자발성(voluntariness) 등으로 구분되고 있다.<sup>18)</sup> 이러한 요소들 중에서 당사자 의사의 자율적 결정과 관련된 당사자자치는 ‘의사표시의 자발성’과 관련이 있다. 즉 당사자의 진의의 의사표시가 외부로부터 부당한 간섭을 받지 않고 이루어질 때 당사자자치는 보장된다고 할 수 있다. 미국계약법에서는 당사자의 의사표시가 자발적이지 못한 경우를 다

14) 한국 중재법 제36조(중재판정 취소의 소) 2항 1호 가목. 중재합의의 당사자가 해당 준거법(準據法)에 따라 중재합의 당시 무능력자였던 사실 또는 중재합의가 당사자들이 지정한 법에 따라 무효이거나 그러한 지정이 없는 경우에는 대한민국의 법에 따라 무효인 사실.

15) 하충룡, “최근 미연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항 분리원칙의 재평가”, 『국제상학』 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2006, pp.155-177.

16) 상계논문 p.168.

17) 계약의 유효성(validity of contract)을 엄격히 논할 경우에는 본문에서 언급된 6가지 뿐 아니라 계약의 서면요건(stature of frauds)도 검토하여야 하는데 이는 계약의 유효성을 따지기 위함이 아니라 계약의 이행강제성(enforceability)을 분석하기 위함이다. 계약이 이행강제성을 띠기 위해서는 반드시 유효하여야 하지만 그렇다고 모든 유효한 계약을 이행강제할 수 있는 것은 아니고 서면요건 즉 형식요건을 통과하여야만 이행을 강제할 수 있게 된다.

18) Maller 전계서, p.276.

음과 같이 다섯 가지로 열거하고 있다.

### (1) 부실고지(misrepresentation)

중재계약에서 부실고지의 문제는 주로 사전중재합의가 이루어지는 경우에 발생하게 될 것이다. 즉 중재조항이 당사자들의 진정한 의사에 정상적으로 계약서에 포함되었는가 그리고 중재합의사항이 상대방에게 정상적으로 전달되었으며 상대방은 정상적으로 인지하였는가가 쟁점이 된다. 부실고지의 일반 법리는 고의의 유무에 따라서 과실에 의한 부실고지(negligent misrepresentation)<sup>19)</sup> 사기적 부실고지(fraudulent misrepresentation)<sup>20)</sup>로 나뉜다. 그러나 일반적으로 부실고지라고 했을 때는 과실에 의한 부실고지를 이르고 고의에 의한 부실고지 즉 사기적 부실고지는 사기로 분류하게 된다.

청약과 수락의 과정에서 부실고지가 있을 경우 그 상대방은 그러한 계약사항에 거짓이 없었다면 계약체결의 의사표시 행위는 하지 않았을 것이라는 점에서 부실고지에 의한 합의는 자발적이라 할 수 없고 진정한 당사자자치를 왜곡하는 것이라 할 수 있다. 중재합의의 경우에는 일반 계약과는 달리 계약의 목적이 소유권의 이전이나 점유권의 발생 등과는 달리 분쟁해결 절차에 대하여 합의하고 이러한 분쟁해결 절차는 대체로 일정한 규정을 따라서 진행됨으로 사실상 부실고지의 여지는 현저히 줄어든다 하겠다.

과실에 기한 부실고지(negligent misrepresentation)는 고의성이 없다는 측면에서 사기와 달리 원고의 법적지위는 주로 계약의 무효를 인정하는데 한정된다고 볼 수 있다. 하지만 계약의 무효로 인하여 추가적으로 원고에게 손해가 발생한다면 인과적 손해(consequential damage)로서 피고에게 손해배상을 청구할 수 있음은 물론이다.<sup>21)</sup> 중재계약에서는 주로 중재계약의 무효에 부실고지의 법적효력이 집중될 것으로 보이며 인과적 손해는 거의 해당사항이 없을 것으로 보인다. 이는 중재계약에 근거한 계약당사자의 추가적인 법적 권리·의무의 창설은 사실상 상정하기 어렵기 때문이다.

중재계약에서 과실에 기한 부실고지가 발생할 수 있는 경우는 피고가 주로 중재조항의 존재를 숨기거나 적극적으로 알리지 않은 경우가 해당한다 할 것이다.<sup>22)</sup> 이는 중재조항의 유효성을 판단하면서 중재조항의 부합계약성으로 인하여 중재합의가 무효가 될 수 있는지에 대한 판례로 이어지고 있다. 부합계약을 항변사유로 하여 중재합의의 무효를 주장하기

19) Restatement of contract(2nd)에서는 과실적 부실고지의 요소를 다음의 네 가지로 정리하고 있다. 1. Untrue assertion of fact 2. Materiality of fact asserted 3. Actual reliance on the assertion 4. Reasonableness of the reliance on the assertion.

20) Restatement of contracts(2nd)에서는 사기적 부실고지의 요소를 다음의 다섯 가지로 정리하고 있다. 1. Untrue assertion of fact 2. Assertion made with knowledge of falsity and intent to deceive 3. Actual reliance on the assertion 4. Reasonableness of the reliance on the assertion. 5. Economic loss.

21) Maller 전게서, pp.345-348.

22) 상게서, “assertion of fact”에는 중요한 사실에 대하여 적극적인 은닉(concealment)이나 소극적인 비공개(non-disclosure)도 포함된다고 한다.

위하여서는 부합계약성과 피고의 비양심성을 입증하여야 하는데 전자의 경우에는 대체로 계약의 형식을 두고 판단하는 문제라 비교적 입증하기 쉬운 반면<sup>23)</sup> 후자의 경우에는 비양심성이라는 무형의 심리상태를 입증하여야 하는 바 입증하기가 용이하지 않을 수 있다.<sup>24)</sup>

중재합의조항에 대한 부실고지로 인하여 중재합의의 효력에 문제가 발생하는 경우에 이를 취소가능(voidable)하다고 보아야 할지 아니면 당연무효로(void) 보아야 할지에 대하여서는 부실고지의 법적효과를 계약의 취소가능성으로 규정하고 있는 일반 법리를 적용하는 것이 타당해 보인다.<sup>25)</sup> 즉 부실고지된 중재조항을 원고가 자신의 선택에 의해 사후적으로 추인하는 경우에는 해당 중재합의가 유효할 수 있을 것이다. 따라서 이러한 부실고지의 경우에 중재합의조항이 당사자의 온전한 계약의사의 부재와 그로 인한 당사자자치의 결격으로 무효로 하는 데는 상당한 제약요건들이 있다.

## (2) 사기(fraud)

사기의 경우에는 그 입증을 위하여 피고의 고지내용이 사기적이어야 하고 피고에게 고의(scienter)가 있어야 한다. 또한 이 경우에는 과실적 부실고지와는 달리 허위의 고지내용으로 인하여 손해(damage)가 있었음을 추가로 입증하여야 한다. 즉 피고의 고지내용이 사기이더라도 원고에게 손해나 피해가 발생하지 않았다면 사기를 주장할 수 없게 된다. 중재조항의 과실적 부실고지의 대부분이 설명의무와 관련한 부합계약의 유효성과 관련이 된다면 사기의 경우에는 그 자체로서 중재합의를 무효로 할 수 있어 그 효과는 훨씬 직접적이라 할 수 있다.

하지만 이러한 경우에도 대부분은 중재조항으로서 본계약에 포함되어 있는 상황이라 본계약의 무효와 연계하여 중재조항도 무효가 된다. *Jones v Adams Financial Services* 사건에서는 원고가 심신미약에서 체결한 중재합의를 사기적 부실고지로 보아 무효로 하였

23) 하충룡, “소비자중재합의의 부합계약성에 관한 연구”, 『중재연구』 제22권 제3호, 한국중재학회, 2012, pp.52-55. “*Bixler v. Next Financial Group, Inc.* 사건에서 원고는 피고와 계약한 연금상품 매입계약이 사기에 의해 체결되었으므로 무효라고 주장하는 데 대하여 피고는 중재이행명령 청구(motion to compel arbitration)를 하였고 법원은 동 명령청구를 받아들여 “본계약에 포함된 중재조항은 부합계약이기는 하지만 원고는 동종의 중재계약을 다른 계약에서 체결한 경험이 다수 있고, 또한 동 중재조항이 계약서 서명란 위에 큰 글씨체로 선명히 적시된 점을 감안하면 원고가 합리적으로 중재조항을 인식하였다고 할 수 있어 동 조항은 작성자에게 일방적으로 유리하다고 볼 수 없다.”라고 하였다.”

24) 하충룡, 상계논문, *Brown ex rel. Brown v. Genesis Healthcare Corp.* 사건에서는 두 번째 요건의 구체화를 위하여 웨스트버지니아 법원은 “중재조항의 포함이 본계약 체결을 위한 사전요건이라면 이는 ‘비양심적(unconscionable)’이고 또한 중재합의에 의하여 민사소송의 접근이 차단되는 것은 ‘합리적 기대를 벗어나는’ 법률효과일 수 있다”고 하여 각각의 경우를 조금 더 구체적으로 기술하고 있다. 하지만 *Brown ex rel. Brown v. Genesis Healthcare Corp.* 사건과는 반대로 계약체결의 사전적 요건으로 포함되는 중재조항에 비양심의 법률효과를 인정하지 않은 판례도 있다. *AT&T Mobility LLC v. Concepcion* 사건에서는 휴대전화가입자들의 집단중재(class action)를 금지하는 조항의 포함을 계약체결의 사전요건으로 한 경우에 캘리포니아 주 대법원은 이를 비양심적인 조항이라고 하여 동 중재합의를 무효로 판결하였으나 미국 연방대법원은 캘리포니아 주법원의 비양심성에 기한 중재합의조항의 무효판결을 연방중재법에 의하여 선점(preempted)되어야 한다고 하여 기각시켰다.”

25) *Maller*, p.389.



다.<sup>26)</sup> 이 사건에서 원고는 실명 상태였고 치매를 동시에 앓고 있는 상황에서 피고에 대하여 자신은 역모기지(reverse mortgage)에 관심이 없어서 중재조항이 포함된 계약서에 사인할 의사가 없다고 하였으나 피고는 당해 계약서가 단순히 금액산정을 위한 것이라고 말하여 계약을 체결하였다. 이에 법원은 본계약에 포함된 중재조항도 사기에 해당한다고 하여 중재합의를 무효(void)로 판결하였다.

### (3) 착오(mistake)

영미법상 착오는 “진실에 부합하지 않는 사실에 대한 믿음”이라고 정의되고 있다.<sup>27)</sup> 진실에 부합하지 않는 믿음은 사실에 관한 것(mistake of fact)과 법에 관한 것(mistake of law)으로 나누고 있는데 착오의 효력을 인정하기 위해서는 사실에 관한 잘못된 믿음이어야 한다. 이는 모든 계약당사자는 최소한 법률은 숙지하고 계약에 임할 것이라고 간주되기 때문에 법률에 대한 잘못된 믿음을 주장하여 계약을 무효로 할 수 없음을 의미한다.<sup>28)</sup> 이러한 측면에서 중재합의에서의 착오는 대체로 당사자의 중재조항에 대한 법률적 의미에 대한 착오로 이어질 가능성이 높아 법률적 착오로 인하여 중재조항의 무효와 당사자자치의 훼손을 주장하기는 어려운 것으로 여겨진다.

본계약이 착오로 무효가 되는 경우에 중재합의조항에는 어떠한 영향을 미치는가에 대하여 대체로 중재조항은 본계약의 사실적인 사항에 관여되는 바가 적어 중재합의조항 분리원칙에 따라서 중재조항은 유효하다고 보는 것이 타당하고 계약서에 포함된 사전중재합의에 대하여서는 당사자자치의 문제를 제기하기 어려운 것으로 보인다.<sup>29)</sup>

착오는 쌍방착오(mutual mistake)와 일방착오(unilateral mistake)로 나뉘어진다.<sup>30)</sup> 쌍방착오가 성립하기 위해서는 양당사자가 동일한 계약사항에 대하여 착오를 하여야 하며 일방착오의 경우에는 계약의 어느 한 당사자만 착오를 범하여야 한다. 쌍방착오의 요건으로서 첫째, 착오가 계약의 기본 전제에 관한 것이어야 하고, 둘째, 계약의 성립에 실질적 영향을 미쳐야 하고, 마지막으로 착오에 의하여 손해를 입은 당사자는 그러한 착오의 위험에 대하여 책임이 없어야 한다.<sup>31)</sup> 한편 일방착오의 경우에는 쌍방착오의 세 가지 요건을 우선적으로 충족시켜야 하고 추가적인 선택 요건으로서 피고(착오를 하지 않은 당사자)가 원고로 하여금 착오를 유발하게 하였거나 또는 그 착오를 인지하였거나, 아니면 착오의 계약을 강제하는 것이 비양심적(unconscionable)일 때 일방적 착오의 계약을 무효로 할 수

26) Jones v. Adams Financial Services(2001), Retrieved January 12, 2019, from <https://www.reevesjournal.com/articles/84148-what-happens-to-an-arbitration-clause-in-a-fraudulent-contract>

27) Maller, 전게서 “a mistake is a belief about a fact that is not in accord with the truth.” p.392.

28) 상계서 p.392.

29) REST 2d CONTR §7 Illustrations e.

30) Maller 전게서, pp.393-394.

31) 상계서 p.396, “Elements of Mutual Mistake: 1. Mistake about assumption on which contract was made, 2. Material effect on agreed exchange, Person adversely affected by mistake does not bear the risk of mistake.”

있다.<sup>32)</sup>

일반적으로 쌍방착오의 경우에는 계약의 의사에 근본적인 하자가 있음이 인정되어 양당사자는 계약을 무효로 하기가 상대적으로 쉽다. 하지만 일방착오에서는 최소한 피고는 착오를 하지 않음으로 하여 위에서 본 것과 같이 원고가 입증하여야 하는 요건이 추가된다. 이렇게 추가된 어느 요건도 원고의 입장에서 본다면 입증이 쉽지 않은 것이 사실이다. 이는 일방착오의 경우에는 현실적으로 계약을 무효로 하기가 쉽지 않음을 의미한다.

계약체결 과정에서 착오를 일으키는 경우에 그 당사자는 진정한 자의에 의한 계약체결이 불가능하게 되어 당사자자치를 훼손하게 된다. 이러한 경우는 스스로의 귀책사유로 자발적인 계약이 방해받았다고 하는 점에서 부실고지, 사기, 강박, 부당한 영향력 등과는 다르다고 할 수 있다. 중재합의는 주로 표준중재조항을 통하여 부합계약형식으로 이루어지기 때문에 중재합의의 존부에 대한 착오의 여지는 그다지 크지는 않을 것으로 여겨진다. 또한 소비자중재조항의 경우에 중재합의의 법적인 의미를 오해하는 경우에 법률적 착오(mistake of law)를 범했다고 할 수 있으며 이러한 경우는 무효사유로서의 착오를 주장할 수 없음은 앞에서 논의된 바 있다.

#### (4) 강박(Duress)

강박은 상대방으로 하여금 계약을 체결 및 수정하게 하기 위하여 강압적인 행동을 취하는 것이다.<sup>33)</sup> 이러한 강박은 중재합의의 당사자자치성을 가장 명백하게 훼손할 수 있는 계약의 무효사유에 해당한다 할 것이다. 따라서 강박에 의하여 중재조항이 포함된 경우를 포함하여 중재합의조항의 형태로 본계약에 포함되어 있을 때 중재합의조항분리의 원칙에도 불구하고 당연히 무효로 보는 것이 일반적이다.<sup>34)</sup>

#### (5) 부당한 영향력(undue influence)

부당한 영향력이란 당사자간에 형성된 일정한 신탁(trust) 이나 신뢰관계(confidential relationship) 등의 특수관계에 기초하여 불공정한 설득으로 계약에 이르게 하는 것을 말한다.<sup>35)</sup> 이는 강압(coercion)에 의하지 않고 설득(persuasion)을 통해서 상대방의 계약의사와 당사자자치에 영향을 미친다는 점에서 강박과 구별된다. 당사자가 중재합의에 이르게 하기 위하여 부당한 영향력이 행사되었다면 중재합의는 무효가 될 것이다. 또한 중재합의조

32) 상게서 p.396, "Elements of Unilateral Mistake: 1. Mistake about assumption on which contract was made, 2. Material effect on agreed exchange, 3. Person adversely affected by mistake does not bear the risk of mistake, and either 4 Nonmistaken party caused mistake or had reason to know of mistake or 5. Effect of mistake is to make it unconscionable to enforce contract."

33) Maller, p.396, "Duress is wrongful coercion that induces a person to enter or modify a contract".

34) 하충룡, "최근 미연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항 분리원칙의 재평가", 「국제상학」 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2006, pp.168-169.

35) Maller, p.398, "Undue influence is unfair persuasion."

항의 분리원칙에도 불구하고 본계약에 부당한 영향력이 행사된 경우에는 사전중재합의조항으로서 포함된 중재합의는 무효로 보는 것이 타당하리라 본다.

### Ⅲ. 당사자자치와 중재계약 약자의 보호법리

중재계약은 분쟁해결절차에 관한 합의라는 점에서 일반적으로 권리와 의무를 창설하는 사적인 계약과는 약간 다른 법적성격을 가진다는 것은 앞에서 언급한 바와 같다. 분쟁해결절차에 관한 합의라는 것은 당사자의 향후 분쟁해결의 공정성을 담보하는데 지대한 영향을 미치게 되고 당사자의 권리의무의 사법적 해석이 제한을 받을 수 있다는 점에서 당사자간의 법률적 경제적 협상력과 형평성을 고려하여 그 유효성을 판단할 필요가 있다. 따라서 이 장에서는 이러한 계약의 당사자자치 법리에도 불구하고 실제로 중재계약에서 당사자자치를 형평성과 공정성의 관점에서 제한하는 법리들을 살펴보고자 한다.

#### 1. 부합계약법리

사전중재합의로서 중재조항이 계약서의 일반 약관으로서 부합계약 형태로 본계약에 포함되는 경우에 계약의 상대방은 중재합의를 받아들이지 않는 한 주된 계약을 체결할 수 없게 된다.<sup>36)</sup> 이러한 현상은 주로 기업과 소비자 (B to C) 거래에서 일어나는 현상이다. 일반적으로 기업은 다수의 소비자를 반복적으로 거래하는 경우 표준화된 서식을 사용하게 되며 그러한 서식에는 거래의 조건을 규정짓는 약관이 포함된다. 이러한 경우에 소비자는 강제적으로 중재합의조항이 포함된 계약을 체결하여야 하거나, 아니면 아예 계약전체를 체결할 수 없는 상황이 발생한다. 중재조항을 거부하면 본계약조차도 체결할 수 없게 되는 것이다. 부합계약의 상황에서는 중재조항이 포함되지도 모르고 계약을 체결하는 경우도 발생하게 된다.

중재합의조항을 강제로 수락하였던지 아니면 모르고 체결하였던지 간에 당사자의사의 자치는 심각하게 훼손될 수 있다. 따라서 미국의 보통법원에서는 비록 판례가 나뉘어지기는 하지만 중재합의조항에 대한 부합계약성과 관련된 판결을 내고 있다. *Arlene BELL-SPARROW, vs SFG\*PROSCHOICEBEAUTY* 사건에서<sup>37)</sup> 원고는 계약에 포함된 중재합의가 비양심적

36) 하충룡, “소비자중재합의의 부합계약성에 관한 연구”, 『중재연구』 제22권 제3호, 한국중재학회, 2012, p.50, “부합계약이란 일반적으로 다수의 당사자가 사용할 수 있게 하기 위하여 만들어진 정형화된 계약서에 당사자가 해당 계약서의 세부조항을 인지하고 서명을 함으로서 합의가 이루어지는 계약을 일컫는다. 이러한 부합계약은 정형화되어 있다는 것 외에도 당사자 간의 협의에 의하여 수정이 허용되지 않고 또한 계약협상 이전에 일방의 당사자에 의하여 이미 조항들이 작성되어 있다는 특징이 있다.”

인 부합계약이고 교환적(bargained for exchange)이지 아니하므로 무효라고 주장하였으나 캘리포니아 연방법원은 부합계약 그 자체가 비양심적이라고 볼 수 없다며 피고의 중재강행청구를 받아들였다.

한편 *Rude v. NUCO Edn. Corp.* 사건에서는<sup>38)</sup> 간호학교 학생들이 피고를 상대로 중재조항의 비양심적인 부합계약성을 주장하여 중재진행중지를 청구하였고 이에 오하이오 연방법원은 기업간 계약에 포함된 중재조항보다 소비자계약에 포함된 계약에 포함된 중재조항에서 비양심적 부합계약성이 더욱 부각된다고 하며 중재진행중지 청구를 받아들였다.

중재계약에서의 당사자자치는 부합계약성에 의해서 훼손될 수 있으나 부합계약성 자체가 비양심적인 중재계약으로 바로 이어지는 것은 아니고 합리적인 기대를 벗어나거나 비양심적임을 따로 입증하여야 한다. 이는 중재계약이 부합계약성을 가지는 경우라고 할지라도 당사자자치의 제한으로 인한 중재계약의 무효를 제한적으로 인정하고 있음을 의미한다.

## 2. VKI 법리

VKI 법리는 자발적·의식적·인지(voluntary, knowing and intelligent) 법리에서 영문을 줄여서 표현한 것이다.<sup>39)</sup> 동 법리는 UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. David COCHRAN, Defendant-Appellant 사건에서<sup>40)</sup> 소송의 약자인 피고인이 재판과정에서 배심원 재판을 받을 권리(right to jury trial)를<sup>41)</sup> 포기하는 경우에는 피고인 스스로 그러한 포기가 어떠한 법적인 결과를 가져오는지를 인지하여야 하고, 자발적이며 또한 충분히 이해하는 상태이어야 한다고 판시하였다. 이는 대부분의 소송약자의 경우 소송절차상에서 미숙함으로 인하여 자신의 권리를 상실하는 것을 방지하기 위하여 확실한 본인의 의사를 확인하기 위한 추가적인 확인기준이라고 볼 수 있다.

중재계약의 경우에도 당사자는 방소항변권에 의하여 법원의 정식재판을 받을 수 있는 권리를 박탈당한다는 점에서 배심재판을 받을 권리를 포기하는 것과 일맥상통한다고 할

37) *Bell-Sparrow v. SFG\*Proschoicebeauty*, No. 18-CV-06707-YGR, 2019 WL 1201835.(N.D. Cal. Mar. 14, 2019).

38) *Rude v. NUCO Edn. Corp.*, Slip Copy, 2011 WL 6931516, (Ohio App. 9 Dist.,2011) (citing “To be sure, an arbitration clause in a consumer contract with some characteristics of an adhesion contract, ‘necessarily engenders more reservations than an arbitration clause in a different setting,’ such as a collective-bargaining agreement or a commercial contract between two businesses.”, *Taylor Bldg. Corp. of Am. v. Benfield*, 884 N.E.2d 12, 50, 2008).

39) 하충룡, “소비자중재합의에서의 ‘VKI 법리’에 대한 고찰”, 『중재연구』 제21권 제3호, 한국중재학회, 2011, p.165.

40) UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. David COCHRAN, Defendant-Appellant, 770 F.2d 850, (Cal. 9th circuit, 1985).

41) 미국 연방수정헌법 제6조, “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall ....”.

것이다. 따라서 배심재판의 포기시 소송약자의 보호법리인 VKI 법리를 중재계약의 효력으로서 방소항변권에 적용하여 중재계약 약자를 보호할 수 있다. *Broemmer v. Abortion Services* 사건에서<sup>42)</sup> 피고가 낙태수술의 동의서에 수술부작용이 발생하는 경우에는 중재에 의하여 분쟁을 해결한다는 조항을 포함시켰는데 이러한 중재조항의 의미를 명확히 설명하지 않아 원고가 중재합의의 효력에 대하여 VKI 원칙을 적용하여 중재조항을 무효화하였다.

VKI 법리는 중재계약의 당사자가 진정한 자치권을 행사하여 유효한 중재합의가 되기 위해서는 자신의 법률행위의 효과를 이해해야 한다는데 그 기반을 두고 있다. 이는 주로 중재계약에서 우월적지위에 있는 자가 계약약자에게 설명을 충실히 다함으로서 지켜지는 것으로 판례에서는 보고 있다.<sup>43)</sup> 동 법리는 계약약자가 실질적으로 중재계약의 의미를 파악하고 있을 것을 요구함으로써 계약약자를 보호하는데 치중하고 있다. 이는 중재계약의 우위에 있는 자에게 적극적으로 설명의무를 부여한다는 점에서 계약의 서식이나 양식의 모호함으로 발생하는 당사자자치의 훼손과는 궤를 다르게 하고 있다고 볼 수 있다.

### 3. 중재조항분리원칙의 제한

중재조항분리원칙은 본계약의 약정사항으로 포함되는 중재조항이 본계약의 유효성에 영향을 받지 않고 독립적으로 존재한다는 법리이다.<sup>44)</sup> 중재조항은 본계약상의 분쟁이 발생하는 경우 소송에 의지하지 않고 중재로 그 분쟁을 해결하고자 하는 합의로서 그 자체로서 본계약 분쟁의 발생원인과는 독립적으로 존재해야만 하는 특성을 가지게 된다.

사후중재합의나 개별적으로 체결한 중재합의의 경우에는 이러한 중재조항분리원칙의 문제가 발생할 여지가 없지만, 사전중재합의로서 중재조항이 계약서의 한 조항으로 포함되는 경우에는 본계약의 취소사유나 무효사유에 어떠한 형태로든지 중재조항의 유효성에 영향을 받게 된다. 대부분의 중재합의는 이러한 사전중재합의조항의 형태로 이루어지기 때문에 중재조항분리원칙은 1967년 *Prima Paint* 판례<sup>45)</sup> 이후에 지속적으로 미국의 법원판례

42) *Broemmer v. Abortion Services of Phoenix, Ltd.*, 173 Ariz. 148 (1992) ("Adhesion contract which had required patient receiving abortion services to arbitrate medical malpractice disputes was unenforceable as falling outside patient's reasonable expectations where there was no conspicuous or explicit waiver of fundamental right to jury trial or any evidence that such rights were knowingly, voluntarily, and intelligently waived, clinic failed to explain to patient that agreement required all potential disputes to be heard only by arbitrator who was a licensed obstetrician/gynecologist, and patient was under a great deal of emotional stress, had only high school education, and was not experienced in commercial matters."). 하충룡, "소비자중재합의에서의 'VKI 법리'에 대한 고찰", 『중재연구』 제21권 제3호, 한국중재학회, 2011, p.170. 재인용.

43) *Broemmer v. Abortion Services of Phoenix, Ltd.*, 173 Ariz. 148 (1992) 참조.

44) Monestier, Tanya J., "Nothing Comes of Nothing ...", 12 Am. Rev. Int'l Arb. 223, 227 (2001).

45) *Prima Paint Corp. v Flood & Conklin Manufacturing Co.* 388 U.S. 403-04 (1967): 동 판례에서는 중재합의 조항을 본계약에 포함시키는 과정에서 사기가 있었다면 그 중재합의조항은 중재조항분리원칙의 적용을 받을 수 없겠지만 중재조항이 본계약에 포함되는 과정에서 문제가 없었다면 설명 본계약 자체가 취소되더라도 본

에 등장하게 된다.<sup>46)</sup>

미국의 연방법원이 연방중재법을<sup>47)</sup> 기반으로 하여 중재제도의 보호와 육성을 유도하는 측면에서 중재조항분리의 원칙을 지지하고 있지만 이러한 태도는 보통법원에서는 그다지 환영받지 못하고 있다. 중재조항분리원칙이 본계약의 결격사유에도 불구하고 지지된다면 이는 결국 중재조항으로 포함된 본계약에서의 의사의 형성과정의 흠결에도 불구하고 중재계약에 대해서는 단순히 중재조항이라는 이유로 인하여 당사자자치가 반영되지 못하는 불합리한 면을 수반할 수 있다. 따라서 실제로 중재합의의 당사자자치의 문제와 중재합의조항분리원칙 사이에는 상호 모순적인 면이 있으며, 이에 대한 조화의 문제는 법원의 역할에 달려 있다고 할 수 있다.

중재약자의 보호라는 관점에서 중재조항분리원칙을 다루기 위하여서는 중재가 기본적으로 계약강자에게 친화적인 제도라고 보고 계약약자를 보호하려는 미국보통법상의 태도에 기초하여 논의되어야 한다. 계약약자의 입장에서는 당사자자치는 계약과정에서 진정한 의사의 반영을 전제로 하고 있기 때문에 연방법원이 중재조항분리원칙을 고수하는 것은 당사자자치를 훼손할 뿐 아니라 중재약자의 보호에도 바람직하지는 않을 것이다.

#### IV. 합의

중재계약의 유효성과 관련하여 일반적인 계약과 근본적으로 다를 수는 없지만 중재계약만의 특수성을 고려한 해석이 이루어져 오고 있다. 예를 들어 부합계약성, 중재조항분리원칙, 분쟁해결 절차에 관한 당사자간의 합의라고 하는 절차법 해석 등 여러 측면에서 특수성을 인정받으면서 분쟁해결에 기여해온 것이 사실이다. 하지만 이러한 중재계약과 관련된 기존의 특수성에 관한 여러 가지 논의에도 불구하고 계약의 기본적인 틀을 벗어나지는

계약에 포함된 중재조항은 영향을 받아서는 안된다는 취지를 밝혔다. 하충룡, “최근 미연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항 분리원칙의 재평가”, 『국제상학』 제21권 제3호, 2006, pp.157-158,

46) Hall v. Prudential-Bache Securities, 662 F. Supp. 468, 471 (C.D. Cal 1987); Rhoades v. Powell, 644 F. Supp. 645, 653 (E.D. Cal. 1986); Three Valleys Municipal Water District v. E.F. Hutton, 925 F.2d 1136, 1140 (9th Cir. 1991); Chastain v. Robinson-Humphrey Co, Inc., 957 F.2d 851, 855 (11th Cir. 1992); Shearman Lehman Brothers v. Crisp, 646 So.2d 613, 617 (S.C. Ala. 1994); Sandvik AB v. Advent Int'l Corp., 220 F.3d 99, 105 (3rd Cir. 2000); Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon National Insurance Company, 263 F.3d 26, 32 (2nd Cir. 2001); Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna, 126 S.Ct. 1204, 1204 (2006). 하충룡, “최근 미연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항 분리원칙(Doctrine of Separability)의 재평가”, 『국제상학』 제21권 제3호, 2006, pp.157-158.

47) 9 U.S.C.A. §4 ‘The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. \* \* \* If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof.’

못할 것이고 이러한 기조는 본문의 판례에서도 나타나고 있다. 따라서 계약의 기본핵심인 당사자 의사의 존중과 자치권의 보장은 중재계약의 유효성을 판단하는 핵심이 되어야 한다.

본고에서는 당사자자치가 중재합의과정에서 훼손될 수 있는 사유들을 계약일반법적인 관점에서 살펴보기 위하여 중재합의에서 당사자자치에 가장 영향을 줄 수 있는 다섯 가지의 계약의 흠결사유 부실고지, 사기, 착오, 강박, 부당한 영향 등에 대하여 중재계약의 유효성에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지를 중재의 특수성을 고려하여 살펴보고 중재관점에서 법적해석을 시도하였다.

중재계약에서 당사자자치의 확보는 중재합의과정에서 양당사자의 진정한 의사가 왜곡되지 않고 반영됨을 의미한다. 중재계약 약자의 보호관점에서 대두되어온 부합계약법리, VKI법리, 중재조항분리원칙 등 기존의 세 가지 법리를 중재계약의 당사자자치의 관점에서 연관성을 분석하고 법적의미를 제시하였다.

한편, 중재계약은 일반적으로 중재조항으로서 본계약에 포함되는 형식을 띠므로써 중재조항분리원칙에 의하여 계약의 기본원칙을 새로이 해석해야 하는 필요를 야기하였고, 이는 중재조항의 유효성의 분석을 더욱 복잡하게 하고 있다. 본계약과 중재조항사이의 관계가 설정되는 순간 중재계약의 순수한 계약법상의 법리가 일정부분 왜곡내지는 훼손될 수 있다. 미국에서는 이러한 계약법적인 정의의 훼손에 대한 태도가 연방법원과 보통법원 사이에서 이격이 있음을 알 수 있었다.

## 참고문헌

- 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 『중재연구』 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006.
- 김명엽, “중재계약의 법적성질과 효력에 관한연구”, 『중재학회지』 제11권, 한국중재학회, 2001.
- 박종삼·김영락, “중재계약에 관한 판례분석”, 『중재논총』 중재 02-01, 대한상사중재원, 2002.
- 오창석, “파산절차에 있어서 중재합의의 효력과 중재절차”, 『중재연구』 제15권 제1호, 한국중재학회, 2005.
- 이순우, “중재계약에 관한 소고”, 『중재논총』 중재 03-01, 대한상사중재원, 2003.
- 이영준, “한국법과 중재합의”, 『비교법연구』 제4권 1호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2003.
- 하충룡, “소비자중재합의의 부합계약성에 관한 연구”, 『중재연구』 제22권 제3호, 한국중재학회, 2012.
- \_\_\_\_\_, “소비자중재합의에서의 ‘VKI 법리’에 대한 고찰”, 『중재연구』 제21권 제3호, 한국중재학회, 2011.
- \_\_\_\_\_, “최근 미연방대법원의 판례를 통한 중재합의조항 분리원칙의 재평가”, 『국제상학』 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2006.
- Maller et.al, *Business Law*, McGraw-Hill, 13th ed, 2007.
- Bell-Sparrow v. SFG\*Proschoicebeauty, No. 18-CV-06707-YGR, 2019 WL 1201835.(N.D. Cal. Mar. 14, 2019).
- Rude v. NUCO Edn. Corp., Slip Copy, 2011 WL 6931516, (Ohio App. 9 Dist., 2011)
- UNITED STATES of America, Plaintiff-Appellee, v. David COCHRAN, Defendant-Appellant, 770 F.2d 850, (Cal. 9th circuit, 1985).
- Broemmer v. Abortion Services of Phoenix, Ltd., 173 Ariz. 148 (1992).
- Monestier, Tanya J., “Nothing Comes of Nothing ...”, 12 Am. Rev. Int’l Arb. 223, 227 (2001).



## Abstract

### Party Autonomy in Arbitration Agreement: The U.S. Laws

Choong-Lyong Ha

This paper reviews and analyzes the U.S. cases and statutes on the issue of party autonomy in arbitration agreement. Arbitration agreement has been interpreted somewhat differently from general contracts because its legal characteristics are not purely contractual by nature. For example, some legal scholars insist that an arbitration contract is more about an agreement on a process of dispute resolution than a creation of rights and obligations to avoid litigation.

Party autonomy was discussed in diverse legal perspectives including contract of adhesion, VKI principle, and separability of arbitration clause. These three legal perspectives are discussed to set the legal relationship between party autonomy and protection of consumers in consumer arbitration.

In addition, it was discussed how legal defects in the formation of an arbitration contract can influence the party autonomy. The legal defects that were discussed to analyze the relationship between arbitration agreement and party autonomy included misrepresentation, fraud, mistake, duress, and undue influence.

**Key Words** : arbitration agreement, party autonomy, contract of adhesion, Federal Arbitration Act, separability of arbitration clause, VKI doctrine.