

보험계약 관계에서 생긴 분쟁의 중재를 통한 해결과 몇 가지 쟁점의 검토*

맹 수 석** · 조 경 원***

<차례> _____

I. 서 설

III. 관련 사례에 있어서 법적 쟁점의 검토

II. 보험계약 관련 분쟁의 중재에 의한 해결
사례 IV. 맺음말

주제어 : 금융분쟁조정, 금융분쟁해결제도, 조정, 중재, 선택적 중재합의

<국문초록> 보험계약과 관련한 분쟁이 빈번하게 발생하고 있는데, 분쟁해결의 방법으로는 일반적으로 소송을 통해 해결하고 있는 실정이다. 소송은 상대적으로 높은 비용부담과 절차의 복잡성 그리고 결과가 나오기까지 소요되는 시간이 제약 요건으로 거론된다. 이에 대한 대안으로 미국 등 선진국에서 활용되고 있는 금융관련 분쟁에 있어서 소송 이외의 대안적·대체적 분쟁해결방법으로 ADR(Alternative Dispute Resolution) 제도의 활용을 고려해 볼 수 있다. 정보의 불균형 등의 측면에서 가계성보험과 같은 보험계약에 있어서 분쟁이 생긴 경우 법원에 의한 재판을 배제하는 약관상의 중재조항은 엄격하게 볼 필요가 있다. 그러나 상법의 이념 가운데 하나인 거래의 왕성과 신속이라는 측면에서 재보험과 같은 기업성보험 형태의 보험 계약 상 분쟁은 소송 일변도의 해결에서 벗어나, 적극적으로 중재를 통해 해결하는 방안을 고려할 때라고 본다. 보험에서 ADR 제도는 특히 대등한 관계에서 보험계약의 체결이 진행되는 기업성보험의 양 당사자 간 중재를 통해 분쟁 사건을 처리하는 것이 이상적인 대안이 될 것이다. ADR 제도 가운데 중재는 확정판결과 동일한 효력이 인정됨으로써 분쟁을 종국적으로도 신속하게 해결할 수 있는 등의 장점이 있다. 상거래 관계에서 당사자 간 대등한 지위에서 계약을 체결하는 경우 사적자치의 원칙 및 대체적 분쟁해결수단의 활성화라는 정책적 측면에 방점을 두어 해석할 필요가 있다. 최근 소송 사건의 폭증으로 인한 재판 지연으로 상거래 주체들이 받는 부담을 더이상 간과해서는 아니 될 것이다. 즉 상거래 당사자 간 분쟁해결에 드는 시간과 비용을 줄이기 위해 관련 거래약관 상 선택적 중재조항의 효력성 인정 등

* 이 논문은 2024. 10. 18. 한국보험법학회 주최 추계 학술대회에서 발표한 것을 수정·보완한 것이다.

** 충남대학교 법학전문대학원 명예교수(교신저자), 법학박사(Ph. D.).

*** 보험개발원 팀장(공동저자), 법학박사(S.J.D.).

- 논문접수일(2025.02.07), 심사개시일(2025.02.14), 게재확정일(2025.02.28)

사법정책적 차원에서도 인식 전환이 필요하다고 본다. 특히 중재의 전문성이 있는 중재기관을 통해 분야별 전문가의 심도 있는 사실관계 판단이 가능할 것으로 분쟁 발생 시 소송경제적 측면에서도 소송의 대안이 가능할 것으로 본다. 본 논문에서는 기업성보험을 중심으로 소송의 대안으로 ADR 제도의 이용 확대를 도모하는 방안을 제시하고 이에 대한 법적 쟁점에 대한 검토를 통해 ADR 제도의 활성화 및 안정적 제도 정착 방안을 마련하고자 한다.

I. 서 설

보험계약의 특성상 계약체결 단계에서부터 보험사고의 발생과 보험금의 지급 단계에 이르기까지 당사자 사이의 법률관계는 매우 복잡한 구조로 되어있다. 금융 분야 중에서도 특히 보험계약과 관련한 분쟁이 빈번하게 발생하고 있는데, 종래 이러한 법적 분쟁은 일반적으로 소송을 통해 해결해 왔다. 그러나 소송은 비용이 많이 들 뿐만 아니라, 절차가 복잡하며, 그 결과가 나오기까지 걸리는 시간이 꽤 길다. 이에 대한 대안으로 금융관련 분쟁에 있어서 소송 이외의 대안적·대체적 분쟁해결방법으로 ADR(Alternative Dispute Resolution) 제도가 활용되고 있다. ADR 제도로는 화해, 알선, 조정, 중재 등의 유형을 들 수 있는데, 금융분쟁이 생긴 경우 현행 실무상 조정제도가 많이 활용되고 있다.¹⁾ 그런데 조정은 조정인이 제시한 조정안에 대해 분쟁 당사자가 수락하지 않으면 다시 원점으로 되돌아간다.

1) **최근 3년간 금융분쟁조정 접수 현황** (금융감독원 홈페이지 <https://www.fss.or.kr/fss/> 참조)

(단위 : 건)

구 분	2021년	2022년	2023년
은행·중소서민	1,356	1,283	2,131
금융투자	2,566	2,808	2,163
보험	26,573	32,417	31,301
합 계	30,495	36,508	35,595

최근 3년간 금융분쟁조정 유형별 처리현황 (금융감독원 홈페이지 <https://www.fss.or.kr/fss/> 참조)

(단위 : 건)

구 분		2021년	2022년	2023년
보험	보험모집	402	414	336
	계약성립 실패	429	338	305
	고지의무위반	1,366	1,258	1,364
	면/부채 결정	4,173	5,550	6,236
	보험금 산정 및 지급	15,520	19,776	22,846
	장해등급	240	202	231
	기 타	2,983	2,579	2,657
계		25,113	30,117	33,975
합 계		29,279	34,686	38,848

즉, 분쟁당사자가 함께 조정안을 수락한 경우에만 해당 조정안은 재판상 화해와 동일한 효력을 갖게 되기 때문에(금융소비자보호법 제39조), 분쟁의 중국적 해결이라는 측면에서 매우 제한적일 수밖에 없다.

그런데 ADR 제도 가운데 중재는 조정과 달리 확정판결과 동일한 효력이 인정됨으로써 분쟁을 중국적이고도 신속하게 해결할 수 있는 등의 장점이 있다. 이로 인해 ADR 제도가 활발하게 이용되고 있는 나라에서는 금융거래 관련 분쟁 사건에서 소송 이외에 중국적인 분쟁해결 수단인 중재가 빈번하게 이용되고 있다. 특히 ADR 제도가 발달한 미국의 경우 보험 관련 분쟁 사건을 중재를 통해 적극적으로 활용하고 있다.²⁾ 우리나라도 금융소비자보호법 등 여러 법률에 근거하여 행정형 ADR 제도인 조정제도는 물론, 중재법에 기한 중재제도가 활용될 수 있도록 법적 기반이 조성되어 있지만, 전체 중재 건수는 물론 보험 관련 중재 건수도 미국 등에 비해 그 활용률이 매우 저조한 실정이다.³⁾

2) 미국의 대표적인 중재기관인 미국중재협회(American Arbitration Association: AAA)의 경우 2023년 약 50만 건에 달하는 사건이 접수되었는데, 이 가운데 No-Fault Insurance Program과 관련하여 2022년 기준 약 44만 건, 2023년 기준 약 47만 건(청구금액 약 10억 7천만 달러)이 청구될 정도로 많은 사건이 중재로 처리되고 있다(<https://american-arbitration-association.earlyreport/annual-report-2023-#/-Nv8NXUzE7MA7iYbnPqG>). 그리고 소송에 비해 처리기간 및 비용에 있어서도 중재의 장점이 부각되고 있는데, 평균적으로 미국 지방법원 사건의 경우 약 24.2개월이 걸렸지만, 중재의 경우에는 약 11.6개월로 중재가 소송 대비 12개월 이상 덜 걸렸고, 지방법원 및 순회법원 사건의 경우 항소를 거쳤을 때 33.6개월이 걸려 중재보다 최소 21개월 더 지연되는 것으로 나타났다. 경제적으로도 소송 당사자는 문제의 자금을 사용하는 데 제약을 받게 되는데, 문제가 되는 금액이 클수록 지연과 관련된 손실이 커지게 된다. 또한 AAA 중재와 비교하여 지방법원 사건에 필요한 추가 재판 시간과 관련된 직접 손실은 2011년에서 2015년 사이에 약 109억~136억 달러 또는 매월 1억 8천만 달러 이상으로 집계되고 있고, AAA 중재와 비교하여 지방 및 순회법원 사건에 필요한 항소를 통한 추가 시간과 관련된 직접적인 최소 손실은 같은 기간 동안 약 200억~229억 달러 또는 월 3억 3천만 달러 이상인 것으로 파악되고 있다(<https://www.adr.org/annual-reports> 참조).

3) 최근 3년간 대한상사중재원 중재사건 접수 현황

(단위: 건수)

구 분	2021년			2022년			2023년		
	국내	국제	계	국내	국제	계	국내	국제	계
건설	130	2	132	109	2	111	114	5	119
정보통신	76	3	79	64	1	65	63	0	63
일반(국내)상거래	51	0	51	51	0	51	59	1	60
무역	8	28	36	3	20	23	10	32	42
엔터테인먼트	16	3	19	22	0	22	24	5	29
기타	124	5	129	21	0	21	14	5	19
M&A합작투자	8	1	9	9	3	12	11	2	13
부동산	10	1	11	11	0	11	9	0	9
금융(보험)	2	2	4	5(1)	5	10(1)	5(2)	1	6(2)
해사	16	2	18	4	4	8	3	0	3

물론 중재와 같이 한정된 사법자원으로 공정하고 충실하면서도 신속한 재판을 구현하기 위해서는 변화된 사법 환경에 발맞추어 재판제도를 지속적으로 개선해 가는 것도 필요하지만,⁴⁾ 또 하나의 방안으로 소송 이외의 ADR 제도의 이용 확대도 적극 검토할 필요가 있다고 본다. 특히 신속한 해결을 필요로 하는 금융거래 관계에서 분쟁의 장기화로 인한 분쟁해결비용의 증가는 기업경쟁력의 측면에서도 장애가 된다. 아래에서는 국내 유일의 상설중재기관인 대한상사중재원에서 처리한 보험 관련 사건을 소개하고, 해당 사건의 중재법과 관련된 쟁점을 살펴본 후, 앞으로 보험 관련 분쟁사건의 중재 활용 가능성 및 유의점에 대해 검토하고자 한다.

II. 보험계약 관련 분쟁의 중재에 의한 해결 사례

1. 사례 1 - 중재 제10211-0022호 사건(골프연습장 확보공사 계약해지 및 보증사고)

(1) 사실 관계

신청인⁵⁾은 2010. 1. 15. 스포츠센터 골프연습장 확보 공사를 하기 위해 조달청을 통하여 공사입찰공고를 하였다. 조달청의 입찰공고⁶⁾에는 공고서와 함께 시방서가 첨부되어 있으며, X 주식회사(이하 'X'라 한다)는 위 입찰에 참가하여 낙찰을 받고, 2010. 1. 25. 신청인과 사이에 공사도급표준계약서를 작성하고 계약 금액(625,736,000원), 계약보증금(125,147,200원) 등에 관한 사항을 기재하여 공사 계약을 체결하였다. 그런데 2010. 3. 25. 신청인과 사이에 위 공사에 관한 공사

지식재산권	5	3	8	4	2	6	1	2	3
노동	4	0	4	1	1	2	1	1	2
계	450	50	500	304(1)	38	342(1)	314(2)	54	368(2)

4) 법원행정처, 「2022 사법연감」, 2023.09.20, 88쪽(<https://www.scourt.go.kr/> 참조).

5) 신청인은 시민의 여가선용, 지방재정확충, 체육진흥 등에 기여하기 위하여 체육시설 관리운영사업 등을 목적으로 설립된 공기업이다.

6) 입찰자의 유의사항으로 “입찰에 참가하고자 하는 자(업체)는 반드시 입찰공고조건, 공사입찰유의서, 공사계약일반조건 및 특수조건, 청렴계약제특수조건, 조달청 시설공사 전자입찰유의서 등 기타 입찰에 필요한 모든 사항을 입찰 전에 완전히 숙지하고 입찰에 응하여야 합니다.”고 기재되어 있다.

도급(변경)표준계약서를 작성하고 2010. 1. 25.자 위 공사계약의 일부 내용 중 계약금액(690,464,000원), 계약보증금(138,092,800원) 등을 변경하는 변경공사계약을 체결하였다.⁷⁾

그런데 신청인은 2010. 7. 12. X에게 이 사건 공사계약에 따른 ‘단면 스크린 7대 설치의무’를 이행하지 않는다는 이유로 2010. 7. 24. 계약해지를 통보하면서, 2010. 7. 25.자 내용증명우편으로 피신청인(보증보험자)에게 위와 같은 공사계약 해지에 따라 피신청인이 발행한 보증서에 기재⁸⁾된 바에 따른 보증채무(138,092,800원)의 이행을 청구하는 중재 신청을 하였다.⁹⁾

(2) 판정 요지

1) 보증사고 발생 여부

첫째, 신청인은 이 사건 공사계약에 따라 X가 설치하여야 할 스크린 골프 설비 중 단면 스크린 부분은 “A의 N모델 단면스크린 7대”인데, X가 “A의 N모델 스크린 골프시스템이 아닌 “B” 제품을 설치하는데 동의를 요청하고 신청인이 이를 거절하자 그 부분 공사를 이행하지 않고 있으니 이를 사유로 한 이 사건 공사계약 해지 통보는 적법하고, 이는 피신청인의 보증약관 상 “보증기간 내에 발생한 계약불이행으로 인한 도급계약의 해지”에 해당하는 보증사고에 해당하므로, 피신청인이 발행한 위 계약보증서 상의 보증금액인 138,092,800원을 청구할 권리가 발생하였다고 주장하였고, 피신청인은 이 사건 공사계약에는 “단면 스크린 7대”를 특정업체인 “A의 N모델”로 설치하여야 한다는 내용이 포함되어 있지 않

7) X는 2010. 1. 25. 신청인과 사이에 위 공사계약을 체결하면서 계약보증금의 납부를 위하여, 보증보험회사인 피신청인으로부터 보증금액 125,147,200원, 계약금액 625,736,000원으로 보험계약자 명의의 계약자 X, 보증채권자 신청인으로 하는 계약보증서를 발급받아 신청인에게 제출하였다. 그리고 X는 2010. 3. 25. 신청인과 사이에 위 변경공사계약을 체결하면서 그 계약보증금의 납부를 위하여, 피신청인으로부터 보증금액 12,945,600원, 계약금액 64,728,000원, 특기사항 2010. 1. 25. 발급한 보증분에 대한 보증금 증액으로 인한 추가보증금(총보증금액 138,092,800원)으로 하는 계약보증서를 발급받아 신청인에게 제출하였다.

8) 피신청인이 발행한 위 계약보증서의 보증약관 제9조는 “이 보증에 관한 분쟁은 합의에 의하여 해결함을 원칙으로 합니다.”(제1항), “이 보증에 관하여 당사자 사이에 해결되지 않는 분쟁은 건설산업기본법에 의한 건설분쟁조정위원회의 조정, 중재법에 의한 중재 또는 법원의 판결에 의하여 해결합니다.”(제2항)라고 규정하고 있다. 그리고 신청인의 이 사건 중재신청에 대하여, 피신청인은 이 사건 중재절차의 심리기일에 출석하여 대한상사중재원에 의한 중재에 이의가 없다는 의사를 명백히 하였다.

9) 이 사건은 신청에서 최종 판정까지 108일이 소요되었다.

다고 주장하였다.

이에 대해 중재판정부는 “이 사건 공사계약의 내용을 이루는 시방서 ‘제16장 스크린골프 공사, 1. 단면설치공사 부분에 ‘GOLF 시방서 -- N모델 설치도 기본 타석’이라고 명기되어 있으며, 그 아래에 스크린 사이즈와 설치위치 및 거리 등이 도면으로 명시되어 있는 사실, 위 시방서 제50면 ‘GOLF -- N모델 입선도’에도 각종 시설물 및 그 설치개략도가 평면도로 명시되어 있는 사실을 알 수 있다. 또한 이 사건 공사계약 체결 시 신청인이 X에게 교부하고, X가 이를 교부받았음을 확인하는 인장을 날인한 ‘건축기계설비공사 내역서’의 일부인데, 그 중 단가조사표에 기재된 ‘골프시스템설치공사 1면’에 대한 가격정보, 물가자료, 유통물가, 거래가격, 조사가격 및 적용단가로 “276,850,000원”이 기재되어 있는 사실, 위 금액은 Y 주식회사가 2009. 11. 20. 신청인에게 제출한 “스크린 골프기계 N모델(부스포함)”에 대한 전적가액 276,850,000원을 바탕으로 하여 기재된 것이고, 위 전적서 하단에는 참고사항으로 ‘1. A 부스 계약은 공식지정업체 ◇◇에서 계약 및 시공 요함’이라고 기재되어 있는 사실을 알 수 있다. 위와 같은 사실에다가, 이 사건 중재심리기일에 출석한 X 대표이사의 진술 등을 종합하면, 위 시방서에 표시된 단면 스크린 골프시스템은 특정업체인 “A”의 “N모델” 골프시스템과 일치하고, “B”의 골프시스템과는 상이한 사실을 인정할 수 있다. 그렇다면, 이 사건 공사계약의 일부를 이루는 “시방서”의 기재내용 및 도면 표시에 의하여, X가 특정업체인 “A”의 “N모델”인 단면 스크린 골프시스템을 설치하는 것은 이 사건 공사계약의 내용을 이루는 것이라고 할 것이다. 따라서 이에 반하는 피신청인의 위 주장은 이유 없다.”고 판단하였다.

둘째, 피신청인은 대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다16976 판결¹⁰⁾을 근거로 들면서, 신청인과 X 사이에 골프시스템 기기 선정과 관련하여 다툼이 있어서 공사기간이 지체된 것에 불과하다면 이는 법률시행령 제90조 제1항의 규정에 따라 지연된 공사기간은 공사지체로 볼 수가 없다고 할 것이므로 신청인의 이 사건 공사계약 해지는 정당한 이유가 없다고 주장하였다.

10) 이 사건 판결취지는, 보험사고란 주계약에서 정한 채무의 불이행 그 자체만으로 아직 보험사고가 발생한 것으로 볼 수 없고, 피보험자가 보험기간 안에 채무불이행을 이유로 보험계약자에 대하여 주계약을 해제하여 계약이행보증금 반환채권을 가지게 된 때에 비로소 보험사고가 발생한 것으로 봄이 상당하다고 본 것이다.

이에 대해 중재판정부는 “이 사건 공사계약의 내용에는 단면 스크린골프시스템을 “A의 N모델”로 설치할 것이 포함되어 있고, 피신청인이 다른 회사 제품을 설치할 것을 요청하였다고 거절되자 이를 설치하지 아니한 사실은 위에서 본 바와 같으며, 신청인이 이를 사유로 2010. 7. 12. X에 이 사건 공사계약 해지예정을 통보하고, 이어서 같은 달 24일 위 회사에 이 사건 공사계약 해지를 통보하였으며, 같은 달 25일 피신청인에게 위와 같은 공사계약 해지사실을 통보하면서 이 사건 보증금액의 지급을 청구하였으니, 이는 피신청인의 보증약관에서 정하는 보증사고가 발생한 것이므로, 이 부분 피신청인의 주장은 이유 없다.”고 판단하였다.

2) 보증금의 액수

신청인은, X가 이 사건 공사계약에 따른 채무를 불이행하여 이 사건 공사계약을 해지하였고, 그 경우 공사계약 일반조건으로 “계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 계약보증금은 지방자치단체에 세입조치한다”고 규정되어 있으므로, 이 사건 계약보증금은 위약벌에 해당하는 것이고 따라서 위 금원은 피신청인의 보증약관상 보증금 지급한도인 “보증금액의 범위 내에서 주계약 또는 관계법령으로 정한 금액”에 해당한다고 주장하였다. 이에 대하여 피신청인은 이 사건 공사계약에 계약보증금을 위약벌 내지 제재금이나 손해배상액의 예정으로 하는 특약이 없으며, 신청인이 X에 대하여 가지는 구체적인 손해액을 입증하여 그 범위 내에서만 피신청인에게 보증금을 청구할 수 있다고 주장하였다.

이에 대해 중재판정부는 “이 사건 공사계약 일반조건에는 ‘계약상대자가 정당한 이유 없이 계약상의 의무를 이행하지 아니한 때에는 계약보증금은 지방자치단체에 세입조치한다’고 규정되어 있는 바, 그 규정내용에 비추어 이는 위약금의 약정에 해당하고, 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 손해배상액의 예정으로 추정된다. 한편 위약금이 위약별로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·입증되어야 하는데 이 사건 공사계약의 내용 등에 비추어 보면 이 사건 위약금을 위약별로 볼 만한 특별한 사정은 발견되지 않으므로, 이는 손해배상액의 예정으로 볼 것이다.”고 보았다.

또한 이 사건 손해배상액 예정액의 감액 여부 등과 관련하여 “이 사건 계약보증금은 계약금액의 20%에 해당하는 점, 법률시행령 제51조는 당해 공사의 계약상의 시공의무를 보증하는 1인 이상의 연대보증인을 세우는 경우에는 계약금액의 10%를 계약보증금으로 납부하도록 규정하고 있는 점, X가 이 사건 공사계약에 따른 의무를 이행하지 아니한 내용과 경위, 통상적으로 사경제 주체 사이의 공사계약에서 있어서 손해배상예정액을 공사금액의 10% 정도로 하는 점, 심리의 전 취지를 통하여 알 수 있는 X의 자본금 규모·매출액·재정상태, 실제로 신청인이 이 사건 미시공 부분을 타업체에 도급한 공사금액 등을 종합하면, 이 사건 손해배상액 예정액인 계약보증금 138,092,800원을 계약금액의 10%인 69,046,400원으로 감액함이 상당하다.”고 판단하였다.

3) 상계

피신청인은 X가 신청인과 사이의 이 사건 공사계약에 따른 기성금 중 11,945,870원을 지급받지 못하였으므로, 이를 이 사건 보증금과 대등액 상당 상계를 주장하였다.

이에 대해 중재판정부는 “이행보증보험은 보험계약자인 채무자의 주계약상 채무불이행으로 인하여 피보험자인 채권자가 입게 되는 손해의 전보를 보험자가 인수하는 것을 내용으로 하는 손해보험으로서 실질적으로는 보증의 성격을 가지고 보증계약과 같은 효과를 목적으로 하는 점에서 보험자와 채무자 사이에는 민법상의 보증에 관한 규정이 준용되므로, 이행보증보험의 보험자는 민법 제434조를 준용하여 보험계약자의 채권에 의한 상계로 피보험자에게 대항할 수 있고 그 상계로 피보험자의 보험계약자에 대한 채권이 소멸되는 만큼 보험자의 피보험자에 대한 보험금 지급채무도 소멸되는 것이다.¹¹⁾ 한편, X가 이 사건 공사계약에 따른 기성금 중 11,945,870원을 신청인으로부터 지급받지 못한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다. 따라서 보험자인 피신청인의 위와 같은 내용의 상계주장은 이유 있고, 신청인의 피신청인에 대한 이 사건 보증금 채권 69,046,400원과 X의 신청인에 대한 기성금 채권 11,945,870원을 대등액 상당으로 상계한 나머지가 57,100,530원이 되는 것은 계산상 명백하다.”고 판단하였다.

11) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다16251 판결 등 참조.

2. 사례 2 - 중재 제21111-0281호 사건(하도급계약상 보증보험금 부존재 확인 청구)

(1) 사실 관계

신청인(주식회사 K개발)과 피신청인(주식회사 P건설)은 복선전철 노반신설 기 타공사(이하 ‘원도급공사’라 한다)와 관련하여,¹²⁾ 2016. 11. 1. 하도급계약(이하 ‘이 사건 하도급계약’이라고 하고, 2016. 11. 1. 이후의 제1차 내지 제5차 변경계약은 ‘이 사건 하도급변경계약’이라 한다)을 체결하였으나,¹³⁾ 이 사건 하도급계약 이후 5차에 걸쳐 물량추가설계변경·공기연장을 이유로 하도급변경계약을 체결하였다. 신청인은 이 사건 하도급공사와 관련하여 신청외 X보증보험주식회사(이하 ‘X보증보험’라 한다)와 이행(계약)보증보험계약을 체결하고, 이행(계약)보증보험계약증권을 피보험자인 피신청인에게 제공하였는바, 최종적으로 2020. 8. 14. 변경된 이행(계약)보증보험계약을 체결하였다.¹⁴⁾ 신청인이 이 사건 하도급공사를 진행하는 과정에서 현장에 투입된 노무비, 자재비, 장비비 등에 대한 체불금이 발생하고 2020. 10. 13. 이후 공사가 중단된 것과 관련하여, 피신청인은 2020. 10. 7. 부터 신청인에게 4차에 걸쳐 체불금 처리방안, 공사추진계획 및 부진공정 만회 촉구 등의 문서를 발송한 다음 2020. 10. 28.자 문서로서 계약해지(2020.10.31.부)를 통보하였다.

신청인은 답변문서를 통하여 체불금 유예기간 요청, 9월 기성금 지급요청, 공사재개 도움 요청 등을 하였고, 2020. 11. 3.자로 계약해지 통보에 대한 이의신청 문서를 피신청인에게 보냈다. 신청외 W건설과 하도급계약을 체결하여 나머지 공

12) 피신청인은 원도급공사에 대하여 발주자 국가철도공단과 사이에 장기계속계약의 형태로 공사도급계약을 체결하였는바, 2015. 11. 3.자 최초 공사도급계약(총공사부기금액 116,617,686,501원, 총공사소요일 1460일)의 체결 이후 2022. 4. 1.자로 제8차 공사도급계약(총공사부기금액 172,355,000,000원, 제8차 공사기간 2022. 4. 4.~2022. 12. 20.)을 체결하여 공사를 수행하고 있다.

13) 이 사건 하도급계약의 내용은 아래와 같다. 즉, 공사기간 : 착공 2016. 11. 1./준공 2019. 11. 2.(37개월), 계약금액 : 일금 19,800,000,000(부가가치세 포함), 대금의 지급(기성부분금) : 월 1회(원사업자의 대금지불조건에 의한다), 계약보증금(계약금액의 10%, 기간 : 2016. 11. 1.~2019. 11. 2., 이행(지급)보증 : 보증금액(171,500,000원)이다.

14) 즉, 보험가입금액 : 2,639,780,000원, 보험기간 : 2016. 11. 1.부터 2022. 12. 20.까지(2,241일간), 보증내용 : 건설공사계약에 따른 계약보증금, 계약변경사항 : 계약금액(26,397,800,000원으로 변경), 보험가입금액(2,639,780,000원으로 변경), 변경기준일자(2020. 7. 17.)이다.

사를 수행하면서, 그로 인해 증가 된 후속계약 증가분 금액인 금 1,942,600,000 원(부가가치세 포함)을 이 사건 하도급계약의 해지에 따른 손실금액으로 산정하여, 2020. 11. 13.경 신청의 X보증보험에게 이 사건 이행보증보험계약에 따른 보험금으로 위 손실금액을 청구하였다.¹⁵⁾ 그리고 신청인은 이 사건 중재신청과 별도로 2022. 7. 7. 피신청인을 상대로 이 사건 하도급계약 해지의 부당성을 주장하면서, 이 사건 하도급공사의 시공관리를 대행하면서 소요된 비용인 현장관리비(상용직 급여, 퇴직금, 기타 경비) 및 이행보증보험수수료 합계 금 1,969,470,000 원을 우선 청구하고, 설계변경에 따른 계약금액조정금액과 피신청인의 부당행위로 인한 손해배상은 추후 청구할 예정이라는 내용으로 중재신청서를 제출하였다.

이에 대해 피신청인은 선택적 중재조항에 대하여¹⁶⁾ 답변서를 비롯하여 일관되게 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 것이므로 신청인의 중재신청은 중재합의가 존재하지 않거나 중재합의의 효력이 없는 중재신청이어서 각하되어야 한다고 본안 전 항변을 하였고, 신청인은 피신청인에 대해 1,766,000,000원에 대한 채무가 존재하지 아니한다는 확인을 구했다.¹⁷⁾

(2) 판정 요지

1) 중재합의의 유효 여부

피신청인의 중재신청은 각하되어야 한다는 본안 전 항변에 대해, 중재판정부는 “이 사건 하도급계약 제31조는 분쟁의 해결방법에 대하여 건설분쟁조정위원회나 하도급분쟁조정협의회 등의 조정 신청 또는 중재기관에의 중재 신청으로 규정하고 있으므로 선택적 중재약정에 해당하지만, 이 사건 분쟁해결 조항은 당사자가

15) 신청인은 피신청인의 이 사건 하도급계약 및 해지와 관련하여 그 부당성을 주장하면서 2021. 2.경 공정거래위원회에 신고하였으나, 공정거래위원회는 2022. 7. 22. 하도급법 위반으로 인정되지 아니하거나 위반행위에 대한 증거가 없다는 이유로 무혐의 처리가 되었고 이에 대하여 신청인은 공정거래위원회에 재신고서를 제출하였다.

16) **건설공사 하도급계약서 제31조(이의 및 분쟁의 해결)**

①갑(피신청인)과 을(신청인)은 이 계약 및 개별계약에 명시되지 아니한 사항 또는 계약의 해석에 다툼이 있는 경우에는 기타 서면상의 자료에 따르며 자료가 없는 경우에는 상호 협의하여 해결한다.
②제1항의 합의가 성립하지 못할 때는 건설산업기본법 제69조의 규정에 의한 건설분쟁조정위원회나 하도급거래 공정화에 관한 법률 제24조의 규정에 의한 하도급분쟁조정협의회 등에 조정을 신청하거나 다른 법령에 의하여 설치된 중재기관에 중재를 신청할 수 있다.

17) 이 사건은 신청에서 최종 판정까지 323일이 소요되었다.

해결할 수 있는 분쟁해결방법으로서 조정 또는 중재 신청으로 규정되어 있을 뿐, 그와 별도로 내지 선택적으로 분쟁해결수단 내지 분쟁해결방법의 하나로서 소송 또는 법원의 판결절차를 규정하거나 예정하고 있지 아니한 바, 위와 같이 당사자가 분쟁의 해결방법으로서 조정 신청 또는 중재 신청으로만 선택적 중재약정을 한 취지는 중재법이나 강행규정에 위반되지 아니하는 한 계약당사자 일방에 의하여 중재 신청이 분쟁해결방법으로 선택된 경우에는 상대방으로서는 법원의 소송 및 판결이라는 분쟁해결방법은 선택할 수 없고 중재 합의약정에 따라야 할 의무를 부담한다고 해석함이 타당하고, 그와 같이 해석하는 것이 사적자치의 원칙 내지 계약자유의 원칙에도 부합한다고 볼 수 있다. 그리고 당사자가 계약서의 분쟁해결조항에서 중재 신청 외에 법원의 소송 및 판결 절차를 선택적 약정 내지 불복의 방법으로 규정하면서 소송 및 판결 절차를 계약당사자 일방에게 선택적으로 또는 사후적으로 유보하고 있는 경우와 달리, 이 사건 분쟁해결조항이 조정 신청 또는 중재 신청으로만 선택 가능한 분쟁해결방법을 명시적으로 약정하고 있는 것은 이러한 약정에도 불구하고 당사자 일방이 법원에 의한 소송절차로 진행하는데 대하여 상대방이 동의 내지 이의를 포기하였다는 등과 같은 특별한 사정이 없는 한 국가법원에 의한 소송제도의 이용가능성을 배제하거나 제외하고 조정 또는 중재절차에 의하여서만 분쟁을 해결하기로 하는 중재합의가 있는 것으로 볼 수 있다.”고 하면서, 이 사건 분쟁해결조항은 중재법상 서면에 의한 중재합의로서 효력이 인정되는 것으로 보아 피신청인의 본안 전 항변을 받아들이지 않았다.

2) 확인의 이익 부존재 항변

피신청인은 신청인이 이 사건에서 부존재확인을 구하고 있는 보증보험금 채무의 채무자는 피신청인이 아니라 신청외 X보증보험이어서, 신청인은 자신의 채무가 아닌 신청외 X보증보험의 피신청인에 대한 채무의 부존재확인을 구하는 것이므로 신청인에게는 그 확인의 이익이 없다고 본안 전 항변을 하였고, 신청인은 이 사건 하도급계약의 해지에 대하여 신청인에게 귀책사유가 없다는 점을 밝혀 채무가 존재하지 아니한다는 확인판정을 받아 확인판정을 신청외 X보증보험에 제출하는 것이 가장 유효적절한 수단이어서 확인의 이익이 있다고 주장하였다.¹⁸⁾

이에 대해 중재판정부는, “이 사건 중재신청의 경우 신청인은 피신청인에 대하여 이 사건 이행보증보험계약에 의한 이행보증보험금 청구금액 상당 금원의 채무가 존재하지 않는다는 확인을 구하고 있는 것으로서¹⁹⁾, 이에 따른 이 사건의 확인의 이익 여부에 대하여 살펴보면, 피신청인이 청구하는 보험금 청구는 신청인과 신청외 X보증보험 사이에 체결된 이 사건 이행보증보험계약의 피보험자의 지위에서 신청외 X보증보험에게 청구하는 것이지 신청인에게 청구하는 것이 아니라는 점, 이 사건 이행보증보험계약의 내용과 구조를 볼 때 신청인이 부존재를 주장하는 이행(계약)보증보험금 채무는 신청외 X보증보험의 피신청인에 대한 채무일 뿐 신청인의 피신청인에 대한 채무가 아니라는 점, 이 사건 이행보증보험계약에 따라 신청외 X보증보험이 이행보증보험금을 피신청인에게 지급하는 경우에도 신청인이 부담하는 채무는 피신청인에 대한 채무가 아니라 신청외 X보증보험에 대한 구상금채무라는 점, 신청외 X보증보험이 신청인의 이의 제기 등에 따라 이 사건 이행보증보험금을 피신청인에게 지급하지 아니하는 경우에는 피신청인이 신청외 X보증보험을 상대로 이 사건 이행보증보험금 청구소송을 제기할 수 있고, 그 경우 신청인으로서 그 소송에 보조참가를 하여 이 사건 이행보증보험금 지급의무 여부에 대하여 다툴 수 있다는 점, 이 사건 이행보증보험계약 보통약관에 의하면 보험회사는 피보험자로부터 보험금 청구를 받으면 지급할 보험금을 조사 및 결정하여 지급한 후 구상권을 행사하여야 하고, 계약자가 피보험자의 보험금 청구가 부당함을 다투는 경우 보험회사는 가지급보험금에 대한 가지급을 거절할 수 있는 것이라는 점, 이 사건 이행보증보험계약과 관련한 분쟁에 대하여는 중재 합의가 존재하지 아니하고 법원에 의한 소송으로 해결하도록 규정되어 있는 점,

- 18) 판정부는 먼저 확인의 소와 관련하여, 확인의 소는 반드시 당사자 간의 법률관계에 한하지 아니하고 당사자의 일방과 제3자 사이 또는 제3자 상호간의 법률관계도 그 대상이 될 수 있는 것이지만, 위와 같은 법률관계의 확인이 확인의 이익이 있기 위하여는 그 법률관계에 따라 신청인의 권리 또는 법적 지위에 현존하는 위험, 불안이 야기되어야 하고, 그 위험, 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계를 확인의 대상으로 한 확인 판결에 의하여 즉시로 확정할 필요가 있고 또한 그것이 가장 유효적절한 수단이 되어야 한다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다75635 판결 등)고 실시하였다.
- 19) 신청인은 “신청인과 피신청인 사이에 2016. 11. 1. 체결된 하도급계약서 일반약관 제7조 제6항에 의한 계약이행보증채무가 존재하지 않음을 확인한다”라는 내용으로 중재신청취지 정정 신청서를 제출하였다가, 2022. 8. 29.자 심리기일에서 이를 철회하고 당초의 신청취지를 유지하였는바, 정정 신청서 기재의 신청취지 내용 또한 이 사건 하도급계약 일반약관 제7조 제3항에 따라 제공한 이 사건 이행보증보험계약에 따른 계약이행보증보험금 상당의 채무가 존재하지 않는다는 확인을 구하고 있는 것이므로, 확인의 이익에 대한 판단에서는 당초의 신청취지와 동일하다.

신청인은 이 사건 중재신청과 별도로 이 사건 하도급계약 해지의 부당성을 주장 하면서 현장관리비 등 간접비 청구 외에 피신청인의 부당행위로 인한 손해배상 등도 청구할 예정이라는 내용으로 피신청인을 상대로 중재신청을 하고 있는바, 신청인이 주장하는 이 사건 하도급계약 해지의 적법성 및 부당성 여부는 신청인이 직접적으로 피신청인을 상대로 금전의 이행을 청구하고 있는 별도의 중재신청 사건에서 충분한 심리 및 판단을 하는 것이 더 효율적이고 적절하다는 점 등에 기해, 신청인으로서의 피신청인을 상대로 이 사건 하도급계약상의 채무이행 완료 여부 또는 수급사업자의 지위에 관한 확인을 구하거나 채무불이행 사유가 없음을 전제로 이 사건 하도급계약상의 이행청구 또는 손해배상 청구 등을 하는 것이 가장 유효적절한 수단이라고 할 것이므로 신청인의 이 사건 중재신청은 그 확인의 이익이 없어 부적법하다.”고 하면서, 신청인의 이 사건 중재신청을 각하 판정하였다.

3. 분쟁해결로서의 중재제도의 활용과 효과

(1) 중재제도의 활용

사적자치의 원칙에 따라 계약당사자 간에는 자유롭게 계약을 체결할 수 있으나, 정형화된 보험계약의 특성상 보험계약자에게 불이익한 내용으로 계약내용을 변경하지 못하게 하고 있다. 그러나 상법 633조²⁰⁾의 내용은 특약으로 당사자 간에 불이익으로 변경하지 못함을 원칙으로 하고, 단서로 재보험 및 해상보험 기타 이와 유사한 보험의 경우에는 변경이 가능하다는 단서 조항이 있다. 문리적으로 해석하면 보험의 종류에 따라 가계성보험은 당사자간 보험내용을 자유롭게 변경 하는 것이 인정되지 않으나, 보험자와 대등한 지위에 있는 기업성보험 당사자는 사적자치의 원칙에 따라 계약의 내용 중에 불이익변경을 할 수 있다. 가계성보험 인지 기업성보험인지의 구분은 과거에는 보험의 종류에 따른다는 견해도 있었으나, 현재는 보험계약자의 종류에서 찾는 입장으로 판례²¹⁾의 입장도 같은 견해를

20) 상법 663조(보험계약자 등의 불이익변경금지) 이 편의 규정은 당사자간의 특약으로 보험계약자 또는 피보험자나 보험수익자의 불이익으로 변경하지 못한다. 그러나 재보험 및 해상보험 기타 이와 유사한 보험의 경우에는 그러하지 아니하다.

21) 대법원 1996. 12. 20. 선고 96다23818 판결.

취하고 있다.

상법 663조에서 언급된 재보험은 계약당사자인 원보험사와 재보험사 모두 기업이기 때문에 기업의 성격 상 대등한 관계로 보는 것은 당연한 해석이지만, 해상보험이나 일반적인 기업이 가입하는 보험은 기업의 규모나 수준이 천차만별이라 대등한 관계를 형성할 수 있는지에 대해 의문이 있을 수 있다. 하지만 중재제도는 계약당사자 간에 반드시 적용해야 하는 강행규정이 아니기 때문에 현실적으로 일정 규모의 기업 정이나 내부 조직을 확립적으로 정할 수 없고 소송절차와 중재절차는 상호 배타적인 관계로 접근하는 것이 아니라 신속한 상거래의 완성과 소송절차 및 비용에 소요되는 부담을 해결할 수 있는 하나의 대안적 성격으로 접근이 필요하다. 계약당사자가 사적자치의 원칙 및 대체적 분쟁해결의 또 다른 방식임을 인식하고 선택하는 것이 바람직한 활용으로 생각된다.

(2) 중재제도의 효과²²⁾

중재제도의 장점을 살펴보면 첫째, 중재는 재판과 동일한 강력한 구속력을 갖는다. 중재판정은 법원의 확정판결과 동일한 효력을 가지고 있다. 둘째, 중재는 재판에 비해 신속하게 분쟁을 해결할 수 있다. 앞서 언급한 분쟁사례의 최종 판정까지 소요된 기간이 각각 108일, 323일이 소요된 것을 보면 시간적인 측면에서 소송 대비²³⁾ 효과적인 것이다. 셋째, 중재는 소송에 비해 비용이 덜 드는 장점이 있다. 소송대리인의 비용은 별개로 하더라도 신청금액별로 상이하지만 약 2~4배의 인지액이 발생²⁴⁾하여 비용적인 측면에서 장점이 있다. 소송과 중재의 상당히 많은 사건들이 1억 원이하의 소액 사건임을 감안하여 중재제도의 적극적인 활용이 필요하다. 넷째, 중재는 절차적인 유연성을 갖는다. 중재는 당사자가 직접 전문가를 중재인으로 선정하여 판단을 받을 수도 있고 그렇지 않은 경우에는 사무국이 제시하는 후보자 중에서 최적의 중재인을 선정할 수 있다. 다섯째,

22) 저자가 작성한 한국공정거래조정원 정기간행물 「공정한 동행」 제6호에 게시된 글에서 일부 재 인용하였다.

23) 법원행정처²⁰²³ 사법연감에 따르면 소송의 경우 민사본안사건 1심 절차가 대략 1년 정도 소요된다.

24) 신청금액이 1천만 원인 사건과 1억 원인 사건의 경우 중재비용은 각각 55,000원과 795,000원이지만, 소송의 경우 대법원 최종심까지 인지액만 각각 202,500원과 1,842,000원이 들고, 이 밖에도 송달료 등이 추가된다.

중재판정은 법원의 판결과 마찬가지로 승인과 집행이 보장된다. 우리나라에서 내려진 중재판정은 ‘뉴욕협약(제 세계 172개국 가입)’에 따라 집행지 국가의 법원판결과 동일한 효력을 인정받아 용이하게 집행할 수 있다. 여섯째, 중재절차는 비공개를 원칙으로 한다. 판결의 선고가 반드시 공개되는 것과 달리 비공개로 운영되는 중재제도는 기업의 영업비밀 보호는 물론 신용도 하락 방지의 측면에서도 긍정적인 기능을 기대할 수 있다. 중재제도는 소송의 대안적 해결 방법으로 계약의 분쟁이 발생한 경우 사전의 전문가로 구성된 중재인을 통해 전문적인 판정을 받을 수는 제도로 중재제도의 효과는 더욱 긍정적으로 평가할 수 있다.

III. 관련 사례에 있어서 법적 쟁점의 검토

1. 중재합의의 쟁점

앞의 중재 제10211-0022호 사건에서 이 사건 계약보증서의 보증약관 제9조 제2항은 분쟁을 조정, 중재 또는 법원의 판결에 의해 해결하는 것으로 규정하고 있었는데, 신청인의 이 사건 중재신청에 대하여 피신청인은 이 사건 중재절차의 심리기일에 출석하여 대한상사중재원에 의한 중재에 이의가 없다는 의사를 명백히 하는 등 중재합의의 효력에 대해 당사자가 직접적으로 다투지는 않았다. 따라서 중재판정부는 이를 선택적 중재조항으로 보면서, 신청인의 중재신청에 대하여 피신청인이 이의가 없다는 의사를 명백히 밝힌 것에 기해 양당사자 사이에 중국적인 중재합의가 성립되었다고 보았다.

또한 중재 제21111-0281호 사건에서 하도급계약서 제31조는 분쟁 해결 방법으로 조정 또는 중재만을 규정하고 있는 것에 기해 신청인이 중재를 신청한 것에 대해 피신청인은 본안 전 항변으로 중재합의가 없다고 주장하였는데, 중재판정부는 분쟁해결조항이 조정 신청 또는 중재 신청으로만 선택 가능한 분쟁해결 방법을 명시적으로 약정하고 있는 경우 원칙적으로 당사자가 법원에 의한 소송 제도의 이용가능성을 배제하거나 제외하고 조정 또는 중재절차에 의하여서만 분쟁을 해결하기로 하는 중재합의가 있는 것으로 볼 수 있다고 보았다. 그러면서 이러한 분쟁해결조항은 중재법상 서면에 의한 중재합의로서 효력이 인정되고 중

재법이나 강행규정에 위반되지 아니하는 한 사적자치의 원칙 내지 계약자유의 원칙상 계약당사자 일방이 중재를 신청한 이상 상대방으로서는 법원의 소송 및 판결이라는 분쟁해결방법은 선택할 수 없어, 당사자간에 중재합의가 없거나 중재 합의의 효력이 없다는 피신청인의 본안 전 항변을 받아들이지 않았다. 아래에서는 두 사례와 관련된 쟁점으로 중재합의 및 선택적 중재조항에 대해 살펴보기로 한다.

2. 중재합의의 의미와 방식

‘중재’란 당사자 간의 합의로 재산권상의 분쟁 및 당사자가 화해에 의하여 해결할 수 있는 비재산권상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인(仲裁人)의 판정에 의하여 해결하는 절차를 말하므로(중재법 제3조 제1호), 중재합의(arbitration agreement)가 반드시 필요하다. ‘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 제2호). 따라서 중재합의를 하게 되면 합의 당사자는 향후 분쟁²⁵⁾에 대해 법원에 의한 재판절차를 포기(소권의 포기)하고 중재로써 해결하여야 하는 것이다.²⁶⁾ 이와 같이 유효한 중재합의가 있는 경우에는 분쟁 당사자가 해당 분쟁 사건을 중재에 회부하고 중재판정에 구속되게 되는 데,²⁷⁾ 이는 결국 국가의 재판관할권을 배제하도록 하는 효력을 가지게 된다(중재

25) 장래의 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 중재합의가 있는 것으로 인정되는 경우, 중재합의의 대상인 분쟁의 범위를 명확하게 특정하여 한정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 당사자들 사이의 특정한 법률관계에서 비롯되는 모든 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 정한 것으로 봄이 상당하다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다74344 판결; 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다76573 판결; 서울고등법원 2019. 10. 23. 선고 2019나2023235 판결 등 참조).

26) 양석완, “중재합의의 효력”, 「비교사법」 제21권 제2호(2014), 908쪽. 그리고 법원은 중재법에서 정한 경우를 제외하고는 중재법에 관한 사항에 관여할 수 없다(중재법 제6조).

27) 이와 관련하여 중재합의가 약관의 형태로 이루어진 사례에서 종래 공정거래위원회 심결례는 약관상 분쟁해결에 관한 “본 계약과 관련하여 발생하는 분쟁은 상호 신뢰를 바탕으로 원만히 해결하되 당사자간에 화해가 성립되지 아니하는 경우 이 계약으로 발생하는 모든 분쟁은 대한상사중재원의 중재 규칙에 따라 중재로 최종 해결한다.”는 조항에 대해 약관법 위반을 인정하였다(공정거래위원회 의결 2010약관0478, 2010. 2. 25. [대한제당(주)의 물품공급/판매계약서상 불공정약관조항에 대한 건]). 즉, 중재는 소송과는 달리 당사자의 합의에 의하여 법관 이외의 사인인 제3자의 판단에 맡겨서 분쟁을 자주적, 최종적으로 해결하려는 것이므로 분쟁을 중재로 해결하려는 당사자의 합의가 무엇보다 중요하다고 보면서, 통상 고객은 중재제도를 잘 알지 못하여 중재제도의 의미를 파악하

고 중재조항을 수락했다고 보기 어려운 경우가 많으므로 중재약정은 당사자간 개별약정에 의한 경우에만 유효성이 인정된다 할 것이라고 하면서, 중재합의가 있으면 법원의 재판에 의한 법규의 해석과 그 적용을 박탈하는 결과를 가져오며 공정치 못한 중재결과가 나왔을 경우 항소심 절차에 의해 구제될 수 없음을 고려할 때 사업자가 일방적으로 마련한 약관에 중재합의 조항을 정하는 것은 부당하다 할 것이고, 해당 약관조항은 고객에 대하여 부당하게 불리한 소제기의 금지조항(약관법 제14조)에 해당된다고 본 것이다. 이는 약관규제법이 '고객에게 부당하게 불리한 소제기의 금지조항'을 무효라고 규정하고 있는 데에 근거한 것으로 보인다. 즉, 중재조항은 소제기의 금지조항에 포함되므로 고객에게 불리한 중재합의는 무효로 보는 것이다(석광현, "2016년 중재법의 주요 개정 내용과 문제점", 「법학연구」 제53집(2017), 252~254쪽 참조).

그런데 위 심결례는 중재약정은 당사자간 개별약정에 의한 경우에만 유효성이 인정되는 것으로 보고 있기 때문에, 약관이 아닌 대등한 거래 당사자간에 계약의 형태로 중재 조항을 포함시키는 경우는 물론, 약관의 형태로 중재조항을 삽입시켰다 하더라도 중재합의에 의해 소권이 제한됨을 충분히 설명하고 해당 약관을 교부한 경우 등에는 해당 중재조항의 효력을 부정할 이유는 없다 할 것이다. 또한 우리나라 대법원이 약관의 효력을 의사설에 입각해 판단하고 있다는 점에서도 해당 중재조항의 유효성을 일관되기 부정할 것은 아니라고 본다. 최근 대법원은 프랜차이즈 계약관계에서 외국계 가맹본부와 국내 가맹사업자 사이에 분쟁이 생긴 경우 '법적 행동을 하기에 앞서 중재절차를 밟도록 한 조항의 효력에 대해 "중재합의가 유효하게 성립하였고 이 사건 손해배상청구는 이 사건 가맹계약의 이행과 직접 또는 밀접하게 관련된 것으로서 이 사건 중재합의에서 정하는 중재대상에 포함된다."고 보아 중재합의를 위반하여 제기한 소는 부적법하다고 판단하였다(대법원 2020. 11. 5. 선고 2020다225442 판결). 이와 관련하여 공정위는, 피심인이 최근 대법원이 가맹사업법은 국제사법 상 강행규정에 해당하지 아니하므로 네덜란드 법을 준거법으로 하는 피심인과 가맹점사업자간 가맹계약에 적용될 수 없다고 판시한 점을 근거로 피심인의 이 사건 행위에 가맹사업법이 적용될 수 없고 이 사건은 심의절차 종료되어야 한다고 주장한 것에 대해, "피심인이 주장하는 대법원 판결은 피심인과 가맹점사업자간 사적계약 관계에서 중재합의가 유효하다는 취지의 판결로서 이 사건과 같이 가맹거래 질서를 위한 공적 법집행을 부인하는 취지가 아니라는 점, 가맹사업법상 "가맹본부의 범위에 외국사업자를 배제하지 않은 점, 피심인의 계약서상에도 대한민국 법을 적용하도록 규정하고 있는 점, 피심인의 주장에 따르는 경우 외국사업자가 국내 가맹점사업자들과 직접 계약을 체결하는 방식으로 가맹거래 질서를 규율하는 가맹사업법의 적용을 회피함으로써 입법취지를 몰각시킬 수 우려가 있는 점 등을 고려할 때 피심인의 주장은 이유 없다."고 하면서, 피심인에 대해 거래상대방을 구속하는 행위를 즉시 중지하고 부당하게 가맹점사업자와의 계약을 해지하는 행위를 다시 하여서는 아니 된다고 의결하였다(공정거래위원회 의결 제2021-182호, 2021. 6. 29. [씨브웨이인터내셔널비비의 가맹사업법 위반행위에 대한 건]).

미국의 경우 사업자와 소비자 간의 소비자계약 또는 고용주와 노동자 간의 고용계약에 중재조항이 포함되는 사례가 늘어났는데, 이는 개별 협상을 거치지 않고 사업자 또는 고용주가 작성한 약관상 표준조항의 하나로서 중재조항이 포함되고 소비자나 노동자는 이에 동의한 것으로 간주(take-it-or-leave-it)되기도 하는데, 휴대전화 서비스 이용자의 약 99%, 신용카드 이용자의 50%, 상위 100대 기업의 80%를 중심으로 3,000만명 이상의 근로자가 중재조항에 따른 적용을 받고 있다고 한다(Judith Resnik, "Diffusing Disputes : The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights," 124 YALE L.J. 2804, 2813~14(2015); Imbre Stephen Salazai, "The Prevalence of Consumer Arbitration Agreements by America's Top Companies," 52 U.C. DAVIS L. REV. ONLINE 233, 234(2019)). 이러한 현상과 관련하여 미국 연방법원은 소비자 계약이나 고용계약 등에 있어서 집단소송(class action)을 포기하고 중재에 의존하는 조항의 유효성을 인정하는 등 중재조항에 대한 사법적 통제를 완화한 바 있다(Buckeye Check Cashing Inc. v. Cardegna, 546 U.S. 440 (2006); AT & T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011); Am.

법 제9조 제1항 참조).²⁸⁾ 중재합의는 서면²⁹⁾으로 하여야 하고(중재법 제8조 제2항), 이는 독립된 합의 또는 계약에 중재조항을 포함하는 형식으로 하는 것도 가능하다(동조 제1항).

중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는지 여부의 판단 기준과 관련하여 우리 법원은 “중재계약은 사법상의 법률관계에 관하여 당사자 간에 발생하고 있거나 장래에 발생할 분쟁의 전부 또는 일부를 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재에 의하여 해결하도록 서면에 의하여 합의를 함으로써 효력이 생기는 것이므로, 구체적인 중재조항이 중재계약으로서 효력이 있는 것으로 보기 위하여는 위와 같은 중재법이 규정하는 중재의 개념, 중재계약의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등 구체적 사정을 종합하여 판단하여야 한다.”고 판시하고 있다.³⁰⁾ 결국 당사자 사이의 계약에 규정된 구체

Express Co. v. Italian Colors Rest., 570 U.S. 228 (2013); Epic Sys. Corp. v. Lewis, 138 S. Ct. 1612 (2018)). 그런데 최근 Uber Technologies, Inc. 등의 기업은 집단소송 포기조항에 따른 대량의 중재 신청으로 천문학적인 중재비용이 부담되자 이를 무효화시키기 위한 시도를 하기도 하였다. 즉 고객과의 이용약관에는 분쟁이 생긴 경우 미국중재협회(AAA)의 소비자중재규칙에 따른 AAA의 구속력 있는 중재를 의무화하는 조항이 포함돼 있었는데, 이용요금에서 차별을 주장하는 3만 1,000여 명의 고객이 AAA에 집단중재를 신청하자 AAA는 신청수수료, 관리요금 및 중재인 비용으로 우버에 대해 약 9천만 달러 이상의 중재 비용을 청구하였고 우버가 비용 지급을 거부하면서 뉴욕주 법원에 AAA의 청구를 금지하는 가처분을 신청했지만 1심 법원은 물론 항소법원에서 우버가 패소했다(Uber Techs., Inc. v. Am. Arb. Ass'n, Inc., No. 15732, 2022 WL 1110550 (N.Y. App. Div. April 14, 2022)). 그리고 개별교섭에 의하지 않거나 집단소송을 포기하는 조항에 대해 사법적 통제를 가할 필요가 있다는 주장도 제기되고 있고(Aaron-Andrew Bruhl, “The Unconscionability Game: Strategic Judging and the Evolution of Federal Arbitration Law,” 83 N.Y.U. L. REV. 1420, 1432(2008)), 리먼사태 이후 소비자금융보호국(Consumer Financial Protection Bureau(CFPB))은 소비자금융거래에서 중재조항의 방식에 대해 문제가 있다고 보고 2016년 중재조항의 전면적인 이용 금지는 아니지만 그에 대한 규제를 강화하는 행정규칙을 제정하기도 했다(Congressional Review Act, 5 U.S.C. §801). 법원도 생명보험약관상 강제중재조항을 포함시키는 것에 제동을 건 주 감독청의 거부처분을 유효한 것으로 보는 견해도 있다(United Ins. Co. of America v. Office of Ins. Regulation, 985 So.2d 665 (2008)).

- 28) 우리 중재법은 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하도록 하고 있다(중재법 제9조 제1항).
- 29) 중재합의가 ① 구두나 행위, 그 밖의 어떠한 수단에 의하여 이루어진 것인지 여부와 관계없이 중재합의의 내용이 기록된 경우, ② 전보(電報), 전신(電信), 팩스, 전자우편 또는 그 밖의 통신수단에 의하여 교환된 전자적 의사표시에 중재합의가 포함된 경우(다만, 그 중재합의의 내용을 확인할 수 없는 경우는 제외한다.), ③ 어느 한쪽 당사자가 당사자 간에 교환된 신청서 또는 답변서의 내용에 중재합의가 있는 것을 주장하고 상대방 당사자가 이에 대하여 다투지 아니하는 경우는 서면에 의한 중재합의로 본다(중재법 제8조 제3항 각호).

- 30) 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결.

적인 중재조항이 중재합의로서 효력이 있는지의 여부는 중재법상의 중재의 개념, 중재합의의 성질이나 방식 등을 기초로 당해 중재조항의 내용, 당사자가 중재조항을 두게 된 경위, 대체적 분쟁해결 수단의 도입취지 등 구체적 사정을 종합하여 판단되어야 할 것이다.³¹⁾

최근 대법원의 판결³²⁾도 당사자가 중재조항을 두게 된 경위 등을 종합적으로 판단하여 해석하여야 한다고 판시하고 있다, 중재조항에 중재기관, 준거법이나 중재지가 명시되어 있지 않더라도 인정할 수 있고, 중재조항의 일부 문언이 모호하고 상충되거나, 존재하지 않는 중재기관이나 중재인을 지정하는 등 중재조항에 다소간의 흠결이 있다고 하여 그러한 사정만으로 유효한 중재합의가 아니라고 단정할 수 없다고 판단하였다. 즉 형식적인 문구에 국한된 해석이 아니라 쌍방 당사자의 진정한 의사가 무엇인지를 파악하는 것이 주된 해석의 원칙으로 보고 있다.

중재합의는 보통 주된 계약에 중재조항으로 편입되어 사용되는데, 그렇다 하더라도 계약 중 다른 조항의 효력은 중재조항의 효력에 영향을 미치지 아니하는 등의 독립성을 가지고 있다(중재법 제17조 제1항). 즉, 중재조항이란 그 본질상 주된 계약이 무효취소 등 하자를 이유로 분쟁이 발생할 수 있음을 전제로 존재하는 것이므로 일방 당사자가 주된 계약에 무효·취소사유가 있다고 주장하더라도 중재합의 자체는 유효하고, 그에 기하여 중재절차가 진행될 수 있다. 그러나 어떠한 사유로 주된 계약 자체가 성립되지 않은 것으로 법률상 평가되고, 그 사유가 중재합의에 관하여도 공통되거나 적어도 불가분적으로 연결되어 있다면, 중재합의 또한 성립되지 않았다고 보는 것이 타당할 것이다.³³⁾³⁴⁾

31) 앞의 중재 제21111-0281호 사건 참조.

32) 대법원 2025. 1. 23. 선고 2024다243172 판결. 대법원은 위와 같은 법리를 실시하면서, ① 이 사건 공급계약서 문언 및 작성 경위에 비추어 특정 언어 기재 부분을 우선할 것이 아니라 양 언어로 기재된 부분을 대등한 지위에 놓고 당사자의 의사를 살펴야 한다는 원심 판결의 취지는 받아들일 수 있다고 하면서도, ② 이 사건 조항을 통해 이 사건 공급계약과 관련한 분쟁을 중재를 통하여 해결하고자 하는 전속적 중재합의가 성립하였다고 봄이 타당하고, 비록 이 사건 조항에 지정된 중재기관이 존재하지 않는 기관이기는 하나 장래 분쟁을 중재에 의하여 해결하겠다는 당사자들의 의사가 인정되는 이상 그러한 이유만으로 중재합의의 효력을 부인할 수는 없으므로, 중재법 제9조 제1항에 따라 법원은 이 사건 소를 각하하여야 한다고 보아, 이와 달리 판단한 원심을 파기·재판하여 원고의 항소를 기각하였다.

33) 서울고등법원 2023. 9. 14. 선고 2022나2004944 판결.

34) 최근 화물 운송 중 발생한 사고에 관하여 피보험자(수하인)에게 보험금을 지급하고 이 사건 선하증

3. 선택적 중재조항의 유효성 여부

(1) 분쟁해결 수단의 열거 유형

선택적 중재합의란 당사자가 분쟁해결방법의 하나로, 중재합의를 함에 있어서 소송, 조정 등과 함께 중재를 선택할 수 있도록 하는 중재조항을 약정한 경우를 말한다. 정부계약에서 이용되고 있는 계약서의 분쟁해결조항을 보면, 당사자 사이에 분쟁이 생긴 경우 그 해결 방법으로 조정, 중재, 소송을 선택적으로 쓸 수 있도록 약정한 이른바 ‘선택적 중재조항’³⁵⁾이 포함된 경우가 많고, 그 유효성에 대하여 다양한 논의가 있다.³⁶⁾ 이른바 선택적 중재조항의 유형으로 1) 조정-중재 방식(제1유형), 2) 중재-소송 방식(제2유형) 등 다양한 방식이 존재한다. 이에 대하여 조정이나 소송 대신 중재를 신청한 경우 그 유효성에 대한 논란이 있다.

1) 제1유형(조정-중재 방식)의 효력

일반적으로 통용되고 있는 제1유형 계약서를 보면,³⁷⁾ 분쟁이 생긴 경우 우선

권을 교부받은 신청인(수하인의 적하보험자)이 위 선하증권에 편입된 용선계약상의 중재조항을 근거로 피신청인(운송인)에게 중재절차의 개시를 요구하였으나 피신청인은 중재합의의 부존재를 주장하면서 중재인선정에 합의하지 않았고, 이에 신청인은 법원에 중재인선정을 신청하여 그 중재인선정 결정을 받았는데(중재법 제12조 제3항), 중재인선정 결정에 대해 불복이 허용되지 않자(중재법 제12조 제5항), 피신청인이 위 중재인선정 결정에 대해 특별항고를 하면서 그 사유로 중재합의의 부존재를 주장한 사건에서, 대법원은 중재법의 내용, 목적 및 그 취지 등에서 알 수 있는 자율성, 신속성 등 중재절차의 특수성을 고려하면, 중재법 제12조 제3항에 의한 중재인선정 신청이 있는 경우, 중재법 제8조가 정하는 중재합의의 방식을 따르지 않아 외관상 유효한 중재합의가 존재하지 않거나 중재법 제12조 제2항에 의한 중재인선정에 관한 합의절차가 사건에 진행되지 않은 경우 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 법원으로서서는 바로 중재인을 선정해야 하고 중재신청의 적법 여부까지 중재판정부에 앞서 심리하여 그 결과에 따라 중재합의의 부존재나 무효를 이유로 중재인선정 신청을 기각할 수는 없다(대법원 2009. 10. 14.자 2009마1395 결정; 대법원 2011. 6. 22.자 2011그82 결정 등 참조) 하면서, 이 사건 피신청인(특별항고인)의 주장은 특별항고 사유에 해당하지 않고 달리 이 사건에서 외관상 유효한 중재합의가 존재하지 않거나 당사자 간에 중재인선정에 관한 합의절차가 사건에 진행되지 않았다고 볼만한 자료도 없다고 보아, 특별항고를 기각하였다(대법원 2022. 12. 29. 선고 2020그633 판결).

35) 선택적 중재합의라는 용어는 정부발주공사계약에 편입되는 기획재정부 회계예규규정이 그대로 계약의 내용이 되고 당해 회계예규상에 포함된 분쟁해결조항인 중재조항이 인용되면서 그 사용이 일반화 되었다고 한다(김경배·신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「중재연구」 제15권 제1호(2005), 149쪽).

36) 김순이, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 법적 연구”, 「동아법학」 제56호(2012), 327~328쪽 참조.

37) 제〇〇조(분쟁의 해결) ① 계약의 수행 중 계약당사자간에 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.

② 분쟁이 발생한 날부터 30일 이내에 제1항의 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서

당사자간의 협의에 의하고, 협의가 불발될 때 조정 또는 중재에 의하되, 조정을 선택했다가 불성립되었을 때에는 법원의 판결에 의하는 것으로 규정되어 있다. 따라서 이와 같은 제1유형의 방식은 분쟁이 생긴 경우 우선 당사자간의 협의에 의하고, 협의에 의해 분쟁이 해결되지 않을 때에는 임의로 조정이나 중재 가운데 어느 하나를 선택하여 분쟁을 해결하면 되는 구조이다.

따라서 제1유형의 경우에는 분쟁해결방식으로 조정과 중재 가운데 어떤 방식을 선택하면 된다. 그런데 조정 방식을 선택한 경우에 있어서 일반적으로 조정은 제3자(조정인)가 제시한 조정안을 어느 한쪽이 받아들이지 않으면 조정이 불성립하기 때문에,³⁸⁾ 결국 조정이 불발되면 제1유형 계약서에 재판에 의해 해결하는 것으로 되어 있으므로, 조정 불성립이 있게 되면 궁극적으로 해당 분쟁의 해결은 법원의 판결에 의하여야 할 것이다.³⁹⁾ 물론 제1유형 계약서에서 조정 불성립의 경우 재판에 의하는 것으로 규정하고 있다 하더라도, 당사자가 중재에 의해 해결하는 것으로 합의(사후합의)하는 것도 가능하다.

문제는 분쟁 당사자의 한쪽이 조정 대신 중재를 신청한 경우 다른 한쪽이 이에 응하지 않고 소송을 제기할 수 있는가 하는 점이다. 즉, 조정이 아닌 중재를 선택한 경우 계약서 상의 문구를 중재합의로 볼 수 있는가의 문제이다. 원칙적으로 특별한 사유가 없는 한 중재합의의 유효성을 인정하여야 할 것이다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 조정 또는 중재 가운데 조정 방식을 선택하는 것에 대한 별도의 합의를 요하지 않듯이, 계약체결 당시에 이미 조정 또는 중재에 의해 분쟁을 해결하겠다는 합의가 존재하므로, 사적자치의 원칙상 중재 방식을 선택했다고 하여 그에 대한 별도의 합의가 필요하다고 볼 수는 없기 때문이다.⁴¹⁾ 결국 제1유형에 있어서 분쟁 당사자 어느 일방이 조정을 거치지 않고 곧장 중재를 신청하더라도 이는 중

정하는 바에 의하여 해결한다.

1. 관계법률의 규정에 의하여 설치된 조정위원회 등의 조정 또는 중재법에 의한 중재기관의 중재에 의한다.

2. 제1항의 조정에 불복하는 경우에는 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결에 의한다.

38) 최병규, “보험분쟁과 중재”, 「기업법연구」 제20권 제2호(2006), 132쪽.

39) 이는 전속적 관할합의에 의한 것으로, 발주기관의 소재지를 관할하는 법원에 소를 제기하여야 한다(정연환, “선택적 중재합의의 유효성에 대한 판례분석-대법원 판례를 중심으로-”, 「중재연구」 제19권 제3호(2009), 9쪽).

40) 목영준·최승재, 「상사중재법(개정판)」, 박영사(2018), 103쪽.

41) 정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점”, 「중재연구」 제13권 제2호(2004), 585-612쪽.

재합의에 기해 유효하다.

2) 제2유형(중재-소송 방식)의 효력

일반적으로 통용되고 있는 제2유형 계약서를 보면,⁴²⁾ 계약의 수행 중 계약당사자간에 분쟁이 생긴 경우 우선 협의에 의하되, 협의가 이루어지지 아니할 때에는 판결 또는 중재에 의하여 해결한다는 중재합의⁴³⁾가 있는 경우이다. 이에 대해서 외국의 판례 및 국내의 다수설은 유효설을 취하고 있지만, 우리나라 대법원은 선택적 중재조항은 일방 당사자가 상대방에 대하여 중재절차를 선택하여 분쟁 해결을 요구하고, 상대방이 이에 대하여 이의 없이 중재절차에 임하였을 때까지는 무효로 본다는 입장(유동적 무효설)을 취하고 있다.⁴⁴⁾

<대상판결(대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결)의 검토>

가) 사건개요

원고는 1995. 12. 28. 주식회사 H중공업으로부터 전동차 336량과 모의운전연습기를 대금 약 1,420억 원에 공급받기로 하는 내용의 물품공급계약을 체결하였다. 철도차량의 제조 및 판매 등을 하는 피고 주식회사는 1999. 8. 13. 주식회사 H중공업으로부터 H중공업이 원고에 대하여 가지는 물품공급계약상의 지위를 양수하였고, 원고는 1999. 11. 12. 이를 승인하였다. 피고는 이 사건 계약체결 이후 환율급등 등 물가변동이 있었음을 이유로 약 283억 원과 선금금 지급 지체에 따른 약 9억 원의 지연손해금을 지급하여야 한다고 주장하면서, 1999. 12. 30. 원고를 상대로 대한상사중재원에 중재신청을 하였다. 이에 대하여 원고는 답변서 등을 통해 중재합의가 없음을 이유로 중재신청의 각하를 주장하였고, 대한상사중재원 중재판정부는 원고와 피고 사이에 유효한 중재합의가 없다는 이유로 피고

42) 제○○조(분쟁의 해결) ① 계약의 수행 중 계약당사자간에 분쟁은 협의에 의하여 해결한다.

② 제1항의 규정에 의한 협의가 이루어지지 아니할 때에는 다음 각호에서 정하는 바에 의하여 해결한다.

1. 중재법에 의한 중재기관의 중재
2. 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 국가계약법이라 함) 제4조에 의한 국제입찰의 경우에는 국가계약법 제28조 내지 제31조에 규정한 절차,
3. 발주기관의 소재지를 관할하는 법원의 판결

43) 선택적 중재합의라 함은 당사자들이 분쟁해결방법으로서 중재합의와 함께 또는 선택적으로 법원에 의한 재판을 합의한 경우에 그 중재합의 내지 중재조항을 말한다(목영준 최승재, 앞의 책, 104쪽).

44) 정영환, 앞의 논문, 4쪽.

의 중재신청을 각하한다는 중재판정을 하였다.⁴⁵⁾ 원고는 피고가 위와 같이 중재신청을 한 이후인 2000. 7. 10. 피고를 상대로 원고의 피고에 대한 위 계약금액 증액채무 및 선급금지급지체에 따른 지연손해금지급채무가 존재하지 아니한다는 확인을 구하는 이 사건 소를 제기하였고, 이에 대하여 피고는 본안 전 항변으로 원고와 피고 사이에는 이 사건 계약과 관련된 분쟁이 발생할 경우에는 중재에 의하여 해결할 수 있다는 약정이 있었고 이에 따라 피고가 중재를 신청하였으므로 이 사건 소는 이러한 중재합의에 위반되어 부적법하다고 주장하였다.

나) 판결요지

'국적이 같은 구매자와 공급자 간의 분쟁은 구매자 국가의 법에 따라 판결 또는 중재에 의하여 해결되어야 한다(the dispute shall be referred to adjudication/arbitration in accordance with the laws of the purchaser's country).'와 같은 내용의 선택적 중재조항은 물품공급계약의 일방당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대

45) 2001. 5. 31. 중재 제99111-0099호 참조위 분쟁해결 방법에 관한 조항에 의하면, 당사자가 분쟁 해결 수단으로 법원의 판결과 중재라는 두 가지 방법을 선택적으로 허용하는 합의를 한 경우라고 보아야 하고, 이러한 합의가 유효한 중재합의가 되기 위하여는 적어도, 계약 당사자일방이 먼저 선택한 분쟁해결 수단에 대하여 다른 당사자가 반드시 이를 따라야 한다는 취지의 보충적 합의와 각 당사자가 동시에 다른 분쟁해결 수단을 선택한 경우 이를 해결하는 합의가 있어야만 할 것이다. 그러나, 본건 관련 조항은 일방 당사자가 먼저 중재에 회부하여도 그 상대방이 먼저 선택한 분쟁해결 방법에 따라야 한다는 규정을 두지 아니하고 있을 뿐만 아니라, 같은 분쟁에 관하여 법원에 제소하는 것을 금지하는 규정이 없고 나아가 각 당사자가 동시에 다른 선택을 할 경우 어느 것을 우선시켜야 한다는 규정을 두지 아니하고 있다. 그러하다면, 본건 계약상 분쟁해결에 관한 조항의 중재에 관련된 합의는 당사자를 중재에 따르도록 하는 효력 및 직소금지의 효력을 갖지 아니하여 무효이거나 부존재에 해당한다고 아니할 수 없다. 따라서 본건 중재신청은 유효한 중재합의에 기초하지 아니한 것이고, 달리 당사자간에 중재합의를 한 사실이 없으므로, 피신청인이 본건 중재신청에 따르기로 하지 않으면서 본건 중재신청의 각하를 구하는 피신청인의 항변은 이유 있다고 할 것이다. 신청인은 본건 분쟁해결 조항에 의하여 당사자의 일방(적극적 당사자)은 분쟁해결을 위하여 공식적인 절차로 규정된 판결 또는 중재를 선택할 권한이 있고, 상대방(소극적 당사자)은 이에 따르지 않으면 안 된다고 보아야 하며, 따라서 신청인이 본 건 분쟁해결을 위하여 대한상사중재원의 중재에 회부한 것은 정당한 선택으로 피신청인을 구속한다고 주장하고 있다. 그러나, 앞에서 본 바와 같이, 본 건 분쟁해결방법에 관한 조항, 즉 계약일반조건 288-7과 계약특수조건 10의 규정에 의하면 분쟁해결을 위하여 일방당사자가 재판 또는 중재를 선택하여 회부할 수 있도록 하고, 이 경우 다른 상대방은 당사자가 먼저 선택한 분쟁해결 방법, 즉 재판 또는 중재에 무조건 따라야 한다는 취지의 합의가 포함되어 있다고 보기 어렵고 달리 신청인이 주장하는 취지의 합의를 인정할 자료가 없으므로 신청인의 위 주장은 받아들일 수 없다. 그러하다면, 본건 중재신청은 어느모로 보나 유효한 중재합의를 기초로 하지 아니한 것으로서 더 나아가 본안에 관하여 살펴볼 필요가 없이 각하하지 아니할 수 없다.

방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 할 것이므로, 일방 당사자의 중재신청에 대하여 상대방이 중재신청에 대한 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대한 경우에는 중재계약으로서의 효력이 있다고 볼 수 없다.

다) 선택적 중재조항의 유효성 검토

1) 판례의 경향

해당 사건에 대해 1심은 선택적 중재조항의 효력을 부정하였지만,⁴⁶⁾ 원심은 매우 제한적인 범위에서 유효한 것으로 보았다.⁴⁷⁾ 대법원도 선택적 중재조항에 있어서 일방 당사자가 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하며 중재에 의한 해결에 반대하는 경우 중재계약으로서의 효력을 부정(무효)하고 있다. 즉, “판결 또는 중재에 의하여 해결되어야 한다.”와 같은 내용의 ‘선택적 중재조항’은 일방 당사자가 상대방에 대하여 판결이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때 비로소 중재계약으로서 효력이 있다고 판시하였다. 이러한 입장에 서게 되

46) 서울지방법원 2001. 10. 19. 선고 2000가합49553 판결(원고와 피고 사이의 분쟁해결에 관한 계약 조항의 취지는 이 사건 계약과 관련된 분쟁 해결의 수단으로 법원의 판결과 제3자에 의한 중재라는 두 가지 방법을 선택적으로 허용하는 것에 그칠 뿐 일방당사자가 먼저 중재를 신청하였다고 하여 상대방 당사자로 하여금 최종적인 분쟁해결수단인 법원의 제소를 포기하고 그 중재절차에 따르도록 하는 구속력을 부여하는 것은 아니므로 유효한 중재합의가 이루어진 것으로 볼 수 없다).

47) 서울고등법원 2002. 11. 28. 선고 2001나73093 판결(이 사건 물품공급계약의 일방당사자는 상대방에 대하여 분쟁을 판결이 아닌 중재에 의하여 해결할 것을 요구할 수 있다고 할 것이나, 계약문언상 단지 요구할 수 있다(may require)고만 규정하고 있을 뿐이어서 상대방이 그 요구에 구속된다고 까지 해석함은 그 문언적 의미를 넘어서는 것이어서 타당하지 않고, 상대방이 중재에 의한 분쟁해결에 반대하고 일반적인 소송절차를 통한 판결에 의하여 분쟁을 해결할 것을 요구한 경우에는 중재합의는 확정적으로 무효로 되어 일반적인 소송절차를 통하여 분쟁을 해결하여야 한다고 할 것이다. 다만, 일반적인 소송절차를 통한 판결에 의한 분쟁해결과 중재에 의한 분쟁해결이 성질상 서로 양립할 수 없는 것으로서 서로를 배척하는 것이고, 이 사건 물품공급계약에서 당사자가 분쟁해결 수단으로서 중재와 판결을 선택적으로 규정한 취지 등에 비추어 볼 때, 일방당사자가 분쟁해결 수단으로서 중재를 선택하여 상대방에게 중재에 의하여 분쟁을 해결할 것을 요구함에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때, 예컨대 중재신청에 대한 답변서에서 중재에 의한 해결에 적극적으로 이의를 제기하지 않은 경우 등에는 묵시적으로 중재에 의한 해결방법에 동의한 것으로 보아 그 즉시 확정적인 중재합의가 있는 것으로 봄이 상당하다고 할 것이다. 그런데, 이 사건의 경우에는 앞에서 인정한 바와 같이 피고의 중재신청에 대해 원고가 그 답변서에서 중재합의의 부존재를 적극적으로 주장하면서 중재에 의한 해결에 반대하였음을 알 수 있어 그로 인해 위 선택적 중재합의는 확정적으로 무효로 되었다고 봄이 상당하므로, 중재합의가 존재함을 전제로 한 피고의 위 본안전 항변은 이유 없다.

면 계약당사자가 분쟁의 해결을 선택적 중재조항의 형식으로 정하고 있는 경우 계약당사자 양방이 중재에 대해 '동의'하는 경우에만 그 분쟁 해결 조항이 유효하게 된다.⁴⁸⁾ 우리나라 하급심판결은 중재합의로서의 효력을 인정한 것⁴⁹⁾과 부정한 것⁵⁰⁾이 있다. 계약내용에 중재조항과 소송조항이 함께 있는 경우 가능한 한 중재에 의하는 방향으로 해석하는 미국의 판례⁵¹⁾를 비롯한 외국의 경향이다.⁵²⁾

48) 이 밖에도 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결; 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결 등도 같은 입장을 취하고 있다.

49) 하급심 판례로, 대고등법원 2001. 7. 26. 선고 2000나7654 판결; 서울고등법원 2002. 7. 2. 선고 2002나6878 판결; 서울지방법원 2002. 7. 25. 선고 2000가합96825 판결; 서울고등법원 2003. 4. 2. 선고 2002나16134 판결; 서울고등법원 2004. 2. 5. 선고 2003나33112 판결; 서울중앙지방법원 2004. 5. 3. 선고 2003가합49684 판결; 서울중앙지방법원 2018. 5. 18. 선고 2017가합580885 판결 등이 있다.

50) 하급심 판례로, 서울지방법원 2002. 2. 5. 선고 2001가합54637 판결; 서울지방법원 2003. 11. 4. 선고 2002가합44743 판결; 광주고등법원 2003. 11. 21. 선고 2003나5596560 판결; 서울중앙지방법원 2004. 8. 13. 선고 2004가합23740 판결 등이 있고, 대법원 판결로 대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결; 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결; 대법원 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결; 서울중앙지방법원 2018. 9. 7. 선고 2017가단527615 사건 등이 있다.

51) *Eastern Europe Inc. v. Transportmaschinen Export-Import Inc.*, 658 F. Supp. 612(1987); *Thiokol Corp. v. Certain Underwriters at Lloyd's of London*, No. 1:96-CV-028B(N. D. Utah 1997); *NRMA Insurance, Ltd. v. Vesta Fire Insurance Corp.*, No. CV-99-C-1721-S(N. D. Ala. 2001); *National Bankers Risk Insurance Co., Ltd. v. John Hancock Life Insurance Company*, No. 01CV238(N. D. Okla. 2001). 특히 연방대법원은 이른바 '모세스 콘 추정'(*Moses Cone Presumption*)을 견지하고 있는데, 중재조항과 소송조항 사이에 불일치가 있는 경우에는 중재를 우선하는 것으로 해석하여야 하고, 이러한 소송조항은 분쟁을 중재에 의하여 해결하기로 한 해당 중재조항을 배척하는 것이 아니라, 중재판정이 있는 후에 중재판정에서 지급을 명한 금액에 대한 불이행을 강제할 때 적용되는 규정으로 조화롭게 해석되어야 한다고 보았다(*Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1(1983)). 이와 같이 당사자가 중재합의의 범위에 대하여 명백히 범위를 축소하지 않는 한 연방법원은 당사자의 의도를 넓게 해석하여야 한다고 판단하고 있는데, 이 원칙은 이후 다수의 판결(*Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1(1984) 등)에 의해 반복 수용되어 중재합의의 범위에 관한 해석에 대하여 확립된 준칙이라 할 수 있다(서울고등법원 2018. 1. 16. 선고 2017나2028588판결 [심리불속행 확정]).

52) 일본의 경우 중재계약을 민사상의 분쟁을 민사소송절차에 의하지 않고 제3자로부터 판단을 받아 최종적인 것으로 하여 이에 따르기로 하는 분쟁 해결의 취지 또는 당사자간의 일정한 범위의 분쟁의 해결을 제3자(중재인)의 판단(중재판단)에 맡기고 그 판단에 구속된다는 취지의 합의로 정의하면서(出井直樹·高橋直樹, 「企業間紛争と仲裁・調停の基礎上」, 「JCAジャーナル」 68卷 2号(2021), p.11), 중재나 소송이나를 선택할 권리를 유보하는 합의도 중재계약이 될 수 있고 중재계약에 있어서 제소권이 완전히 배제될 필요 없이 당사자가 중재를 신청할 것인가 아니면 법원에 제소할 것인가를 선택할 수 있도록 할 수 있고 조정 등을 먼저 해본 후 실패한 단계에서 중재에 의한다는 뜻을 정하는 것도 가능하다고 한다. 또한 중재판단에 대한 사법심사의 확장에 관해 당사자의 의사를 최대한 존중하고, 민사소송법상 임의소송금지의 원칙에 저촉되지 않는 이상 선택적으로 분쟁해결방법을 정할 수 있다고 본다(小島武司·高桑昭 編, 「仲裁法 注釋と論点」, 青林書院(2007), pp.46~48; 曾澤恒, 「連邦仲裁法をめぐる合衆國最高裁の判例動向」, 「法と政治」 70卷

ii) 중재합의 유효설

이는 선택적 중재조항이 유효한 합의로서 일방당사자는 분쟁해결수단의 하나로 중재를 선택할 수 있다고 보는 견해로, 우리나라 다수설의 입장으로 보인다. 먼저 ① 사적자치의 원칙의 측면에서 당사자의 의사를 중시하여 해석해야 한다는 견해이다. 즉 법률행위해석의 표준 중의 하나인 당사자의 의도면에서 보아 선택적 중재조항이 유효하다는 것이다. 선택적 중재조항은 당사자가 분쟁해결수단 중 어느 하나를 당장 선택하기보다 구체적으로 분쟁이 발생하여 제소 또는 중재 신청을 하는 시점에서 어느 일방이 선택할 수 있도록 한 것으로, 나중에 선택할 수 있도록 정하였을 뿐 이 역시 중재를 분명히 분쟁해결수단의 하나로 삼으려는 당사자의 의도를 나타내고 있으므로, 그 의도를 살리는 방향으로 해석하여 유효한 중재합의로 보는 것이다. 따라서 당사자가 계약을 체결하면서 중재라는 용어를 삽입하여 중재로써 분쟁을 해결하겠다고 하였다면 당해 분쟁을 의심의 여지 없이 명백히 배제하지 않은 이상 중재대상에 포함된다고 하는 것이 논리적이라고 한다.⁵³⁾

② 선택적 중재조항은 계약자유 중 내용결정의 자유에 속하여 유효로 보아야 한다는 견해이다. 즉 사적자치의 원칙 또는 계약자유 원칙의 내용결정의 자유에 비추어 보면, 사회 속에서 용인된 분쟁해결방식을 선택하는 것은 어떠한 제한도 받지 아니하고 선택적 분쟁해결조항은 원칙적으로 계약자유 중 내용결정의 자유에 부합하는 것이고, 당사자는 강제적 분쟁해결절차인 판결절차에서도 분쟁의 대상에 대한 처분이 자유롭다는 점에 비추어 보면 분쟁해결방식의 배합의 문제는 분쟁의 대상에 대한 처분의 문제보다도 비중이 낮은 것으로서 사적자치의 원칙 또는 계약자유 원칙상 당연히 포함된다고 한다. 나아가 선택의 대상으로 정한 분쟁해결 방법이 강행법규 또는 선량한 풍속이나 기타 사회질서에 반하지

1호(2019), pp.160~168 참조). 또한 독일의 경우 학설은 대체적으로 소송과 중재 중 하나를 선택할 권리를 유보하는 선택적 중재조항을 유효한 중재합의로 보고 있고, 판례도 분쟁을 원고의 선택에 따라 소송 또는 중재로 해결하기로 하는 중재조항이 불명확하지도 않고 원고에게 중재 또는 소송을 선택할 수 있는 권리를 부여한 것이 피고에게 부당하게 불리하지도 않다고 하며 유효한 중재합의로 보았다(Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg; 1 Sch 2/99, 14 May1999). 이에 관한 외국 동향의 상세에 대해서는, 신현석, “재판청구권 보장을 위한 중재조항의 운용 방안”, 「저스티스」 제180호(2020), 118쪽, 여미숙, 앞의 글, 24쪽 이하, 정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점”, 「중재연구」 제13권 2호(2004), 594면 이하, 정연환, 앞의 글, 12쪽 이하 참조.

53) 김교창, “선택적 중재합의의 효력”, 「인권과 정의」 제319호(2003), 84쪽.

않으면 문제될 것이 없는 바, 이러한 ADR제도는 모두 법률로 인정하고 있어 선택적 중재조항은 무효의 여지가 전혀 없다고 본다.⁵⁴⁾

③ 중재합의의 유효성 여부 판단에 당사자의 의사를 탄력적으로 해석하여야 한다는 견해이다. 중재합의의 유효성 여부는 거래당사자가 장래 또는 현재의 분쟁을 중재를 통하여 해결할 의사가 있었는지를 판단하면 충분하고, 당사자가 법원에서 소송을 제기할 권리를 포기하였는지 여부까지 포함시켜 판단하는 것은 해당 법조문을 지나치게 엄격하게 해석하는 것이며, 법원은 당사자 간에 중재합의가 있었는지 또는 유효한 중재합의를 하였는지 여부를 중재법 제3조 제2호의 정의에 따라 “일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁을 중재에 의하여 해결하려는” 의도를 분석하는 것에 그쳐야 한다고 한다.⁵⁵⁾

④ 중재를 소송보완 내지는 대체적 절차로 보는 측면에서 보는 견해도 있다.⁵⁶⁾ 즉, 소송사법우위의 국가인 미국이 법원 이외에는 어떠한 기관도 사법적 역할을 할 수 없도록 보장된 국가임에도 불구하고 최소한 중재에 관하여는 종전의 태도를 버리고 중재 선호적 판례를 확립하였음을 들면서, 중재를 헌법상에 보장된 재판청구권 내지 소권포기와 같이 설명함으로써 소송에 대립되는 절차로서 파악하지 말고, 법원의 고유권한인 소송절차의 보충적절차로 파악하는 시각을 요구하기도 한다.⁵⁷⁾

⑤ 정책적 측면에서 ADR제도의 선택적 중재합의조항을 무효 취지로 보는 것

54) 특히 배합되는 개별적 분쟁해결방식이 법에서 용인된다면 이를 인정하여야 할 것이다(정영환, 앞의 글, 17쪽).

55) 장문철, “선택적 중재합의의 유효성”, 「중재」 제307호(2003), 50쪽, 안동섭, “중재합의의 유효성”, 「중재」 제310호(2003), 55쪽(중재합의의 유효성 판단은 사법상의 분쟁을 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자의 의사표시가 존재하는 것이라고 판단하면 충분할 것이고 당사자가 법원에서 소송을 제기할 권리(헌법 제27조)를 포기(국가법원에 의한 소송을 배제)하는 의사가 존재하는지 여부를 판단하여야 할 법적 근거는 없다고 한다). 장재형, “분쟁해결방법에 관한 국가계약법의 최근 개정과 관련하여”, 「법률신문」 2018.03.06(로앤비 전자판 참조)(중재합의의 유효성 여부 판단에 당사자가 장래나 현재의 분쟁을중재로 해결할 의사가 있었는지를 판단하면 충분하지 당사자가 소송 제기권 을 포기하였는지 여부를 포함시켜 판단하는 것은 중재법 제3조 제1호의 해당 법조문을 너무 엄격히 해석하는 것으로 판단된다. 즉, 법원은 당사자 간에 유효한 중재합의를 했는지 여부를 제3조 제2호의 정의에 따라 ‘일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 발생하였거나 장래 발생할 수 있는 분쟁을 중재에 의하여 해결하려는’의도를 분석하는 것에 그쳐야 한다).

56) 경제성 등 중재의 특성 등에 기한 긍정론도 있다(石田京子, “仲裁判斷に對する合意による司法審査の擴張”, 「比較法學」 41卷 2号(2019), pp.104~106).

57) 김연호, “정부건설공사계약 중재조항의 재해석”, 「중재」 제302호(2001), 26쪽.

은 법적 분쟁사건이 법원에 집중됨으로써 발생할 수 있는 비효율을 방지하기 위하여 ADR을 장려하여 한다는 정책적 당위의 관점에서 선택적 중재합의 조항의 유효성을 인정하기도 한다.⁵⁸⁾ 또한 중재절차는 소송절차가 가지고 있지 아니한 탄력성·우의성 등의 장점을 가지고 있을 뿐만 아니라, 국가 내에서 발생하는 많은 분쟁을 국가의 재판제도만으로 소화하기 어려운 포화상태에 이르렀으므로, 소송절차와 중재절차를 단순히 과거의 연혁적 이유에 매여 상호 배타적 관계로 보아서는 안 되고 소송절차와 중재절차는 현대적 의미에서 재조명할 필요가 있을을 이유로 중재절차는 넓은 의미로 법원이 관장하는 소송절차의 일부분으로 재인식되어야 하고, 오히려 국가 즉 법원은 자신이 처리하기 힘든 국제거래와 관련된 분쟁, 비밀의 보장이 필요한 지적재산권 관련 소송 등 특정한 분야에 대한 분쟁을 자율적인 형태로 절차가 진행되는 중재절차에 심리를 아웃소싱하고 전체적인 관리 감독을 법원(outsourcing)에서 하는 것으로 새롭게 관계를 정립하여야 한다고 하며 선택적 중재조항을 유효하다고 본다.⁵⁹⁾

⑥ 중재제도를 재판청구권과 동일 선상에서 파악하면서 선택적 중재조항의 유효성을 인정하는 견해이다. 즉, 선택적 중재조항을 무효로 보는 설의 근거에는 소송만이 기본권에 기초한 제도이고 중재는 그렇지 아니한 제도라는 의식이 밑바탕에 깔려 있고, 중재합의를 마치 국민이 그의 기본권을 포기하는 법률행위처럼 보는데 이는 중재제도의 헌법적 기초를 간과한 견해라고 비판하면서, 중재제도도 재판청구권과 어깨를 나란히 하는 헌법상의 인격권을 그 기초로 하고 있고, 오늘날 중재제도는 소송에 버금가는 분쟁해결수단으로 자리 잡고 있는 소송과 동격의 제도임을 근거로 선택적 중재조항을 유효한 중재조항으로 본다.⁶⁰⁾

⑦ 명확성 및 강제력의 측면에서 선택적 중재조항을 유효로 보아야 한다는 견해도 있다. 즉, 선택적 중재조항을 중재합의로서의 효력이 없다고 보는 설은 이 조항이 중재합의로서의 명확성 및 강제력을 결여하였다는 점을 그 근거로 드는데 이러한 주장에 대해 유효설은 선택적 중재조항도 명확하고 강제력이 있는 중재합의라고 주장한다. 즉 당사자가 조정 또는 중재 중 중재를 선택하는 경우에는

58) 이상원, “선택적 중재합의의 유효요건”, 「민사판례연구 28」, 박영사, 2006, 18쪽(로앤비 전자판 참조).

59) 장재형, “이른바 선택적 중재조항의 효력(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결)”, 「법률신문」, 2005.06.13(로앤비 전자판 참조).

60) 김교창, 앞의 글, 82쪽.

분쟁해결을 법원의 재판을 배제하고 중재법에 의한 중재에 의하여 해결코자 하는 명시적이고 확정적인 합의가 있었다고 보아야 하고, 선택적 중재조항의 경우 재판 또는 중재 중 중재를 신청한 경우에는 상대방도 중재절차에 따라야 하고 중재에 따르는 한 중재법에 의한 제반절차에 구속되므로 결국 위 선택적 중재조항 역시 확정적이고 강제력을 가지는 규정으로 해석하여야 한다고 한다.⁶¹⁾

iii) 중재합의 부정설

이는 선택적 중재조항의 경우 중재합의로서의 효력을 부정하는 견해로, 주로 재판을 받을 권리의 보장과 법적 안정성 확보 등을 그 논거로 들고 있다. ① 재판을 받을 권리의 측면에서, 분쟁 당사자가 소송을 제기하는 경우와 달리, 누구도 어느 누구에게든지 법원이 아닌 제3자의 판단에 의하여 민사적인 분쟁을 최종적으로 해결하자고 강요할 수 없으며, 이 원칙이 배제되는 것은 오로지 당사자 간에 유효한 중재합의가 있는 경우이므로 중재의 요체는 민사적 분쟁의 궁극적 해결에 국가법원의 재판에 의한 관여를 배제함에 있고, 이것은 오로지 당사자 간의 합의에 의하여서만 가능하다는 것을 전제로 신 중재법 제3조 제1호는 중재를 당사자 간의 합의로 사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하는 절차라고 정의하여 중재가 법원의 재판 배제를 그 핵심적 내용으로 하고 있음을 명시적으로 확인하고 있으므로 중재합의란 ‘사법상의 분쟁을 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하기로 하는 합의’라고 할 수 있다고 한다.⁶²⁾ 따라서 이 견해에 의하면 분쟁의 해결을 중재 또는 판결에 의한다는 선택적 중재조항은 재판을 배제하지 아니한 것으로서, 유효한 중재합의라고 할 수 없게 된다.⁶³⁾

② 명확성 및 강제력의 측면에서, 선택적 중재조항의 효력을 부정한다. 중재는 당사자들이 분쟁해결을 사적자치의 원칙의 차원에서 상호 합의한 것이기는 하지만, 반면 중재란 당사자가 갖는 재판받을 권리를 완전히 배제하는 것이므로 그러한 의사가 명확히 표시된 경우에 한하여 그 조항을 유효한 것으로 처리하여야 한다는 것도 또 다른 중요한 원칙이기 때문에, 중재조항이 불명료한 경우에는 본

61) 임채홍, “공사계약일반조건의 중재 관련 조항은 유효(2)”, 「법률신문」 제3114호(2002. 10. 15), 15쪽.

62) 광정직, “선택적 중재합의론 소고”, 「법률신문」 제3102호(2002. 8. 29), 15쪽.

63) 여미숙, “선택적 중재조항의 유효상”, 「민사판례연구 27」, 박영사, 2005, 15쪽(로앤비 전자판 참조).

래의 분쟁 외에 중재조항의 유효성 여부에 관한 또 다른 분쟁이 발생하게 되므로 중재조항은 최대한 명확하여야 하는데 그러한 점에서 선택적 중재조항은 재판을 배제하고 중재에 의한다는 명확한 의사표시로 보기 어렵다고 한다.⁶⁴⁾ 이 견해에 의하면 선택적 중재조항은 반드시 중재에 의하여야 한다는 규정이 아니므로 반드시 중재에 의하여야 하는 강제력도 없어 유효한 중재합의로 볼 수 없게 된다.⁶⁵⁾

③ 법적 안정성의 측면에서, 사적자치의 원칙 및 대체적 분쟁해결수단의 활성화라는 측면에서 비소송적 분쟁해결수단으로 분쟁을 해결하려는 당사자의 의사는 가능한 한 존중하여야 하지만, 그 의사가 불명확하여 법적 안정성을 해치지 않는 경우에만 그러한 당사자 간의 합의를 유효하다고 보면서, 중재법이 법원의 판결에 의하지 아니하고 분쟁을 해결하는 것이 중재임을 전제로 하고 있듯이, 중재합의는 법원의 재판에 의하지 아니하고 중재로써 분쟁을 해결하려는 합의이기는 하지만, 신 중재법상 중재의 정의에 ‘법원의 재판에 의하지 아니하고’라는 부분이 있다고 하여 중재는 국가법원에 의한 소송제도의 이용을 차단한 채 전속적인 분쟁해결수단으로서만 가능한 것으로 제한하여 해석할 필요는 없고, 중재를 병렬적으로 규정한 선택적 중재조항은 분쟁이 발생하면 중재 또는 판결로 해결한다는 것으로 그 문언상 당사자 사이에 중재합의가 존재한다고 보기도 어렵고, 일방당사자가 어느 하나를 선택한 경우에 상대방이 반드시 그에 따라야 한다고도 해석하기도 어려우며, 어느 일방이 중재를 신청하고 상대방이 이에 응하였다면 위 중재조항은 중재합의로서 유효할 것이나, 일방당사자에게 선택권이 주어져 있다고 해석할 만한 특별한 사정도 없이 먼저 소송이나 중재를 청구하는 당사자에게 선택권이 있고 상대방은 이에 따르기로 한 구속력 있는 중재합의라고 볼 수는 없다고 보는 견해도 있다.⁶⁶⁾

또한 ④ 선택적 중재조항을 유효한 중재합의라고 보면 법적 안정성이 확보되지 않기 때문에 그 효력을 부정하여야 한다고 한다. 즉, 선택적 중재조항을 유효한 중재합의로 보는 실은 당사자 중 누구든지 먼저 중재 또는 소송 가운데 어느

64) 서동희, “공사계약일반조건상의 중재조항 유효성 여부”, 「법률신문」 제3100호(2002. 8. 22), 14쪽.

65) 여미숙, 앞의 글, 28~29쪽.

66) 여미숙, 앞의 글, 27~29쪽다만 분쟁이 생긴 경우 조정과 중재에 의하여 해결한다는 합의가 있는 경우에는 일차적으로 조정 또는 중재라는 비소송적 분쟁해결수단에 의한다는 당사자의 자치적 의사 합의가 있다고 보아 유효한 중재합의로 해석해야 한다고 한다.

한 쪽을 선택하면 상대방은 이에 따를 의무가 있음을 전제로 하고 있는데, 만약 어느 일방이 소를 제기하고 그 후 중재까지 제기한 경우는 어떻게 되는지, 이 경우 후에 제기된 중재를 부적법하다고 본다고 한다면 처음 제기한 소를 취하하거나 아니면 중재합의 이외에 다른 소송요건의 흠결을 이유로 소가 각하된 경우는 어떻게 되는지, 어느 일방이 중재와 소를 동시에 제기하였을 경우는 어떻게 되는지, 이 경우 중재와 소에 대한 선택권을 언제까지 유지하게 되고 상대방은 이에 대하여 어떠한 대응을 하여야 할 것인지, 청구의 병합이 있는 경우 일부에 대하여만 소를 제기하고 나머지는 중재를 신청하면 어떻게 되는지, 만약 어느 일방이 중재 또는 소송을 제기하였을 경우 상대방이 그와 반대로 소송 또는 중재를 제기하였을 경우는 어떻게 되는 것인지, 특히 상대방이 먼저 제기된 중재 또는 소의 청구와 관련하여 있는 청구를 다른 절차로 구하는 경우는 어떻게 되는 것인지, 이러한 상황에서 재판부와 중재판정부는 절차의 진행 여부 및 최종 판단을 어떠한 기준에 의하여 정하여야 하는지 등의 의문에 관하여 유효설은 어떠한 대답도 내놓은 것이 없다고 하면서, 이러한 법적 불안정에 비추어 보아도 선택적 중재합의를 유효한 중재합의로 볼 수 없다고 한다.⁶⁷⁾

(2) 소결

선택적 중재조항의 활용⁶⁸⁾은 실무상 중재의 효율성과 신속성 및 경제성에 기인하는데,⁶⁹⁾ 선택적 중재조항을 유효한 중재합의로 볼 것인지에 대한 논란은 사

67) 광경직, 앞의 글, 15쪽(또한 당사자의 편의 문제에 있어서도 유효설은 당사자의 이익을 그 근거의 하나로 삼고 있으나, 선택적 중재합의가 있는 상태에서 분쟁이 발생하면 쌍방은 모두 중재를 신청하거나 또는 법원에 소를 제기하는 선택권을 갖게 되므로, 누군가가 먼저 그 선택권을 행사할 때까지 그 분쟁이 중재 또는 법원의 재판 가운데 어느 절차에 의하여 해결될지는 불확정한 상태에 놓이게 되며, 어느 일방이 중재를 염두에 두고 이를 준비하고 있는데 상대방이 먼저 소를 제기하면 결국 그에 응하여야 되고, 그 반대도 마찬가지이므로 굳이 어느 편에게 선택의 여지가 보장되어 있다고 할 수도 없어, 이 점에서 선택적 중재조항은 당사자에게 이익이 되고 편리한 분쟁해결조항이라고 할 수 없다고 한다.

68) 실무상 활용되고 있는 모델조항 내지 계약약관상의 ADR 전치합의의 효력과 관련하여, 예컨대 조정-중재 연결형 전치주의에 반하는 이 조항이 임의적 선택적인 경우에는 조정을 거치지 않고 중재 절차를 개시해도 ADR 전치합의의 저촉 문제는 발생하지 않지만, 전치 ADR이 필요적 의무적인 경우 조정을 거치지 않고 중재 절차를 개시하면 ADR 전치합의와 충돌이 발생하는데, 중재전 ADR 전치합의의 유효성을 인정할 것인가와 관련하여 이를 법적 의무로 보는 견해도 있다(川嶋隆憲, “ADR 前置合意の仲裁手続における効力”, 『慶應法學』 No. 50(2023), pp.105~107).

69) 장문철, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 『중재연구』 제12권 제2호(2003), 266쪽.

적자치의 원칙 및 대체적 분쟁해결수단의 활성화라는 측면과 재판을 받을 권리의 제한 내지는 법적 안정성이라는 측면을 고려하여 나타나는 문제라고 볼 수 있다.⁷⁰⁾ 그런데 소송 사건의 폭증으로 인한 법원의 재판 부담과 그로 인한 재판 지연으로 경제주체들이 받게 되는 고통과 피해를 더 이상 간과해서는 아니 될 것이다. ADR 제도에 친한 영미법계는 물론 대륙법계의 국가들이 적극적으로 ADR 기본법의 형태로 법제화 및 이용 확대를 위한 다각적인 노력을 하고 있는 점에서 알 수 있듯이, 분쟁해결에 드는 막대한 시간과 천문학적인 경제적 부담⁷¹⁾을 해소하기 위해 사법정책적 차원에서 적극적인 방안을 모색해야 할 시점이다. 이러한 점에서 소송과 함께 중재가 적극 이용될 수 있도록 하는 방향으로 법리를 과감히 정리할 필요가 있다.

사적자치의 원칙이 중시되는 거래관계에서 발생하는 분쟁의 해결 방식도 원칙적으로 행위 당사자가 선택할 수 있음은 당연하기 때문에,⁷²⁾ 선택적 중재조항의 방식으로 분쟁을 해결하기로 한 이상 분쟁이 생긴 이후 다시 어떤 방식에 의한 것인가를 문제 삼을 필요는 없다고 본다. 중재가 법률에 의해 인정되는 분쟁해결 방법이고, 그 판정에 대해 확정판결과 동일한 효력을 부여하고 있는 이상(중재법 제35조) 법적 안정성이나 재판을 받을 권리의 침해의 측면보다는 중재를 재판 대체제도로써 분쟁당사자들을 신속히 구제해주는 재판과 대등한 제도로 인식하여야 할 것이다.⁷³⁾

70) 여미숙, 앞의 글, 27쪽.

71) 최근 국무조정실은 상대로 정보공개 청구를 통해 입수한 '사회적 갈등으로 인한 경제적 비용분석' 연구용역 보고서에 따르면, 최근 10년간(2013~2022년) 발생한 갈등 비용은 약 2,326조원으로 연 평균 232조원이 넘는 것으로 산출됐다("사회갈등 '빼아픈 대가'...매년 300兆 헛돈", 「아시아투데이」 2024.04.29(<https://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20240429010016201>)).

72) 선택적 중재조항은 파생금융거래, 대량거래 내지 대량생산 분야의 계약은 물론 재정분야에서 그 사용이 증가하고 있다. 특히 정부계약의 분쟁해결조항에서 선택적 중재조항을 다수 사용하고 있다(최성수, "선택적 중재조항에 대한 소고", 「법학논총」 제38권 제3호(2014), 468, 478쪽). 대성판결 등을 보면 대부분 기업이 중재를 신청한 것에 대해 정부나 공공기업이 중재에 반대하여 소송을 끌고 간 양태를 보이고 있는데, 중재를 대체적 분쟁해결제도로 인식하고 합의한 정부기관 등이 중재에 대한 별도의 합의가 없었음을 주장하는 것은 새로운 분쟁해결방법으로 중재를 법률(국가계약법 및 지방계약법)에 포함시킨 취지에도 어긋나고, 정부가 중재를 활성화시키겠다고 제정한 중재산업진흥법의 입법 취지에도 부합하지 않는다는 비판을 면하기 어렵다 할 것이다(목영준·최승재, 앞의 책, 116쪽 참조).

73) 중재를 재판에 '대등 또는 상응하는 제도로 볼 경우에는 선택적 중재조항이 있는 분쟁 사건에서 한쪽 당사자가 소송을 제기한 것에 대해 다른 한쪽 당사자가 중재합의의 항변을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하는 것이 논리상 더 자연스러운 것이다(중재법 제9조 참조).

재판을 받을 권리도 중요하지만, 사적자치의 원칙에 기한 분쟁해결방법의 선택의 자유는 헌법상 인격권 내지 인간의 존엄과 가치를 규정한 기본권의 범위에 포함되고(헌법 제10조),⁷⁴⁾ 분쟁당사자들에게 다양하고 효율적인 분쟁해결수단 및 권리구제절차를 보장하여 당사자에게 보다 이익이 되고 편리한 면이 있다면 이를 존중하여야 할 것이다. 전면적·포괄적·일방적인 재판권 포기가 아니라 당사자 간의 합리적 의사결정의 결과에 기한 것이라면,⁷⁵⁾ 선택적 중재조항의 유효성을 부정할 이유는 없다. 나아가 최근에는 법원도 법원연계형 조정과 같이 소송 이외의 분쟁해결방식을 적극 지원하는 상황이며,⁷⁶⁾ 선택적 중재합의도 당사자의 선택에 의하여 전속적 중재합의로 확정되므로, 선택적 중재합의가 국가의 사법적 안정성을 해치는 것도 아니라는 점에서 대상 판결과 같이 선택적 중재조항의 효력을 제한적으로 해석할 필요는 없다.⁷⁷⁾

또한 중재법상 반드시 전속적 중재합의만이 유효한 중재합의라고 규정하고 있지 아니함에도 선택적 중재조항의 효력을 엄격히 제한적으로 해석하는 것은 법원의 과도한 관여가 될 수 있다.⁷⁸⁾ 소송절차와 중재절차를 반드시 배타적인 관계로 보아서는 아니 되고, 현행 중재절차는 소송절차와 상호보완적인 관계에 있다는 점 등에서 선택적 중재조항의 유효성을 인정할 수 있다고 본다.⁷⁹⁾ 그리고 분쟁 사안에 따라 법원의 중재절차 개입을 최대한 자제할 필요도 있다.⁸⁰⁾ 왜냐하면 법원에 의한 중재절차에 대한 개입 내지 간섭이 너무 과도할 경우 중재절차 전체를 훼손할 수 있을 뿐만 아니라 중재의 장점을 퇴색시키고 장기적으로는 중재

74) 정선주, 앞의 글, 599쪽.

75) 재판을 받을 권리를 일반적·추상적으로 포기하는 것은 불가능하지만, 구체적인 사건에 대해 중재계약에 의해 국가의 재판권을 배제하고 중재인의 판정에 따르기로 하는 약정이나, 특정 사건에 대해 당사자 간 결정으로 외국 법원이 재판권을 갖고 자국의 재판권을 배제하는 합의를 하는 것은 가능하다고 보아, 농업협동조합 공제약관 등의 중재조항의 유효성을 인정하고 있다(靑谷和夫, “保險約款における紛争處理條項・約款における‘仲裁條項’は違憲か-”, 『民商法雑誌』 83卷 4号(1981), p.548~550; 石田京子, “仲裁判斷に對する合意による司法審査の擴張”, 『比較法學』 41卷 2号(2019), p.104).

76) 장문철, 앞의 글, 272쪽.

77) 서정일, 앞의 글, 185쪽.

78) 법원은 중재법에서 정한 경우를 제외하고는 중재법에 관한 사항에 관여할 수 없다(중재법 제6조).

79) 최성수, 앞의 글, 477면.

80) 기술과 법 연구소, 「싱가포르 중재법원의 도입배경 및 싱가포르 중재의 경쟁력」, 법원행정처 연구용역보고서, 2015, 156 쪽 참조. 다만, 약관에 의한 중재합의가 이루어지는 소비자계약이나 노동계약 등의 경우에는 사업자에 의한 남용의 우려가 있기 때문에 이에 대한 법원의 개입은 필요하다고 할 것이다(석광현, 앞의 글, 252쪽; 山本和彦·山田文, 「ADR仲裁法」, 日本評論社, 2008, p.264).

기관의 활동 자체를 제약하는 요소가 될 수 있기 때문이다.⁸¹⁾

그리고 중재법 또는 그 규정 취지의 측면에서도 선택적 중재조항을 무효로 보는 것은 문제가 있다고 본다. 즉, 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의의 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하도록 하고 있는 점(중재법 제9조),⁸²⁾ 중재판정에 대해 법원의 확정판결과 동일한 효력을 부여하고 있는 점(중재법 제35조), 중재합의에 있어서 엄격한 서면성을 요하는 것(중재법 제8조)은 재판을 받을 권리의 포기를 수반하는 중재합의에 대해 신중한 의사형성을 구한다는 의미라고 보아야 하는 점,⁸³⁾ 중재가 적정하고 공정한 분쟁처리제도로 운영될 수 있도록 중재합의의 성립 또는 효력 등에 관한 규정을 강행규정화하고 있는 점,⁸⁴⁾ 중재판정의 흠결에 대해서도 취소의 사유(중재법 제36조) 등 엄격히 보고 있는 점 등에 비추어 볼 때 선택적 중재조항의 효력을 엄격히 볼 것은 아니라 할 것이다. 연혁적으로도 중재제도는 소송제도에 비해 독자성 내지는 특수성을 갖고 있다는 점에서 재판과 대등한 제도로 인식·이용되고 있기 때문에, 선택적 중재조항에 대해서도 탄력적으로 해석하는 것이 바람직하다. 또한 외국의 동향⁸⁵⁾에서 보았듯이 선택적 중재조항의 유효성은 물론 중재합의의 다양성을 인정할 필요가 있고, 각국의 중재기관들이 국제중재의 우위를 점하기 위해 경쟁하는 과정에서 선택적 중재조항에 대한 엄격한 해석으로 중재의 이용이 제한됨으로써 중재산업발전에 역행하는 우를 범하여서는 아니 될 것이다.

81) 사법정책연구원, 「중재 활성화를 위한 법원의 역할」 사법정책연구총서 2017-15호(2018), 232쪽.

82) 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 각하하지 아니 한다(중재법 제9조 단서).

83) 山本和彦·山田文, 앞의 책, p.290.

84) 小島武司·高桑昭 編, 앞의 책, p.45.

85) 앞에서 보았듯이, 미국의 경우 그동안 보험계약관계에서 생기는 분쟁을 중재에 의해 해결하기로 하는 약관조항의 유효성이 인정되어 왔고, 일본의 경우 국제결혼 등의 증가로 보험금수취인인 외국인의 상속과 관련되는 사안(준거법이 문제되는 사안)도 증가하고 있어 외국인 또는 그 상속인이 분쟁의 일방 당사자가 될 때에는 일본에서의 소송이나 금융ADR(조정)보다 중재제도가 상대적으로 용이하게 기능할 수 있다는 점 등을 이유로 약관상 정보제공의무의 충실히행 등을 전제로 생명보험 거래의 영역에서도 중재조항의 도입 필요성을 주장하는 견해가 있다(泉裕章, “B to C取引における仲裁制度の利活用に関する一考察-生命保険取引を素材として-”, 『國際商取引學會年報』 Vol. 22(2020), pp.41~43).

IV. 맺음말

이상에서 보험분쟁을 중재에 의해 해결한 사례를 살펴보면, 각 중재사례에서 문제로 되었던 중재합의 및 선택적 중재조항에 대한 쟁점을 검토해 보았다. 생각 건대 정보의 불균형 등의 측면에서 가계보험과 같은 보험계약에 있어서 분쟁이 생긴 경우 법원에 의한 재판을 배제하는 약관상의 중재조항은 엄격하게 볼 필요가 있다. 그러나 상법의 이념 가운데 하나인 거래의 왕성과 신속이라는 측면에서 재보험과 같은 기업보험 형태의 보험계약상 분쟁은 소송 일변도의 해결에서 벗어나, 적극적으로 중재를 통해 해결하는 방안을 고려할 때라고 본다.⁸⁶⁾ 즉, 해상보험⁸⁷⁾이나 재보험⁸⁸⁾과 같은 기업성보험의 경우에는 분쟁발생 시 소송경제의 측면에서라도 중재를 통해 해결하는 것이 보다 효율적일 것이다. 이때 약관의 형태는 물론 계약서에 분쟁이 생긴 경우 중재 또는 소송에 의하여 할 수 있도록 하는 선택적 중재조항의 활용은 실무상 중재의 효율성과 신속성 및 경제성 등의 측면에서 유효한 중재합의로 보아야 할 것이다. 재판을 받을 권리의 보장도 중요하지만, 상거래 관계에서 당사자간 대등한 지위에서 계약을 체결하는 경우 사적 자치의 원칙 및 대체적 분쟁해결수단의 활성화라는 정책적 측면에 방점을 두어 해석할 필요가 있다. 최근 소송 사건의 폭증으로 인한 재판 지연으로 상거래 주체들이 받는 부담을 더 이상 간과해서는 아니 될 것이다. 따라서 상거래 당사자간 분쟁해결에 드는 시간과 비용을 줄이기 위해 기업보험 등의 경우에는 관련 거래약관상 선택적 중재조항의 유효성 인정 등 사법정책적 차원에서도 인식 전환이 필요하다고 본다.

86) 최병규, 앞의 글, 132쪽.

87) 물론 해상보험약관 등에는 중재조항이 삽입되어 있지만, 현행 거래계에서 통용되고 있는 보험약관의 대부분은 조정 또는 소송만을 분쟁해결수단으로 규정하고 있는 실정이다.

88) 중재는 실무적·전문적 판단을 도출하기 용이할 뿐만 아니라 사실관계의 비밀성에 기해 재보험에서는 분쟁을 중재로써 해결하기로 합의하는 경우가 많으며, 이때 재보험계약원칙(Principles of Reinsurance Contract Law: PRICL)을 준거법으로 선택하게 되는데, PRICL은 최고선의의무가 계약의 모든 과정에 적용되도록 규정하고 있기 때문에(PRICL §2.1.2), 당사자간에 분쟁이 발생한 후에도 적용된다. 재보험계약은 보험 전문업자 간의 지속적 관계와 상호 협력 관계를 전제로 하는 거래이며, 분쟁이 발생한 경우 당사자가 기회주의 전술이나 지연전술 등의 형태로 3심 구조인 소송으로 끌고 간다면 그러한 행위는 거래를 비효율적으로 만들기 때문에, 재보험계약에 있어서 준거법 내지는 중재조항에 유의할 필요가 있다(中出哲·小塚莊一郎, “再保險契約のグローバルな準則—再保險契約原則(PRICL)の策定について—”, 『損害保険研究』 82卷 1号(2020), pp.278, 282).

소송절차와 중재절차는 배타적인 관계가 아니라 상호보완적인 관계로 보아 금융거래 관계에서 중재를 적극 활용하는 경우에 있어서도 몇 가지 유의할 점이 있다. 우선 보험계약관계에서 생긴 분쟁을 중재를 통해 해결하는 경우에 있어서도 정보의 비대칭성 등의 측면에서 가계보험약관에는 중재조항의 삽입을 제한할 필요가 있다. 그러나 앞의 중재 사례와 같이 공사이행보증보험약관이나 재보험약관과 같은 기업보험성이 있는 경우에는 적극적으로 약관상 분쟁해결조항에 중재를 포함시키고, 나아가 해외 플랜트 공사계약이나 프로젝트 파이낸싱계약에서 보험사가 신디케이트론에 참여하는 경우 등에 있어서 국제적 집행력이 보장된 중재를 분쟁해결조항에 삽입하는 것이 경쟁력 강화에 도움이 될 것이다. 그런데 중재조항을 포함시키더라도 적하보험 등 해상보험약관상 영국법을 준거법으로 하는 경우가 통례이다 보니 분쟁이 생긴 경우 준거법은 물론 ICC와 같은 외국중재시스템에 의존함으로써, 협상력에 있어서도 불리한 지위에 서게 될 뿐만 아니라 현지 법률비용과 관계자 체류비 등 막대한 비용을 수반하게 된다는 점에서, 중재조항의 삽입 시 준거법과 중재기관, 중재지, 중재언어 등에 대한 선택에 유의해야 한다. 보험계약 관계에서 생기는 다양한 분쟁을 그 특성에 따라 중재를 통해 신속히 해결함으로써 상거래의 왕성에 기여하고 비용을 최소화시켜 경쟁력 강화를 도모하여야 할 것이다. 특히 향후 기업보험 중심으로 약관 개정 시 분쟁해결방법으로 중재를 포함하기 위한 노력은 물론, 보험회사 등이 종래 보험약관상 소송으로 분쟁해결을 하기로 되어 있다 하더라도 당사자간 협의에 의해 사후합의의 방식으로 분쟁을 실효적으로 해결하는 방안도 검토될 필요가 있을 것이다.

참고문헌

- 곽경직, “선택적 중재합의론 소고”, 「법률신문」 제3102호, 2002.
- 기술과 법 연구소, 「싱가포르 중재법원의 도입배경 및 싱가포르 중재의 경쟁력」, 법원행정처 연구용역보고서, 2015.
- 김경배·신군재, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 연구”, 「중재연구」 제15권 제1호, 2005.
- 김교창, “선택적 중재합의의 효력”, 「인권과 정의」 제319호, 2003.
- 김순이, “선택적 중재합의의 유효성에 관한 법적 연구”, 「동아법학」 제56호, 2012.
- 김연호, “정부건설공사계약 중재조항의 재해석”, 「중재」 제302호, 2001.
- 목영준 최승재, 「상사중재법(개정판)」, 박영사, 2018.
- 사법정책연구원, 「중재 활성화를 위한 법원의 역할」 사법정책연구총서 2017-15호, 2018.
- 서동희, “공사계약일반조건상의 중재조항 유효성 여부”, 「법률신문」 제3100호, 2002.
- 석광현, “2016년 중재법의 주요 개정내용과 문제점”, 「법학연구」 제53집, 2017.
- 신현석, “재판청구권 보장을 위한 중재조항의 운용 방안”, 「저스티스」 제180호, 2020.
- 안동섭, “중재합의의 유효성”, 「중재」 제310호, 2003.
- 양석완, “중재합의의 효력”, 「비교사법」 제21권 제2호, 2014.
- 여미숙, “선택적 중재조항의 유효성”, 「민사판례연구」 27, 박영사, 2005.
- 이상원, “선택적 중재합의의 유효요건”, 「민사판례연구」 28, 박영사, 2006.
- 임채홍, “공사계약일반조건상의 중재 관련 조항은 유효(2)”, 「법률신문」 제3114호, 2002.
- 장문철, “선택적 중재합의의 유효성”, 「중재」 제307호, 2003.
- _____, “선택적 중재합의와 단계적 분쟁해결조항”, 「중재연구」 제12권 제2호, 2003.
- 장재형, “이른바 선택적 중재조항의 효력(대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결)”, 「법률신문」, 2005.
- 정선주, “선택적 중재합의조항의 유효성과 문제점”, 「중재연구」 제13권 제2호, 2004.
- 최병규, “보험분쟁과 중재”, 「기업법연구」 제20권 제2호, 2006.
- Aaron-Andrew Bruhl, “The Unconscionability Game : Strategic Judging and the Evolution of

- Federal Arbitration Law,” 83 N.Y.U. L. REV. 1420, 1432(2008).
- Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg; 1 Sch 2/99, 14(1999).
- Imbre Stephen Salazai, “The Prevalence of Consumer Arbitration Agreements by America’s Top Companies,” 52 U.C. DAVIS L. REV. ONLINE 233, 234(2019).
- Judith Resnik, “Diffusing Disputes : The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights,” 124 YALE L.J. 2804, 2813(2015).
- 山本和彦・山田文, 「ADR仲裁法」, 日本評論社, 2008.
- 小島武司・高桑昭 編, 「仲裁法 注釋と論点」, 青林書院, 2007.
- 石田京子, “仲裁判斷に對する合意による司法審査の擴張”, 「比較法學」 41卷 2号(2019).
- 會澤恒, “連邦仲裁法をめぐる合衆國最高裁の判例動向”, 「法と政治」 70卷 1号(2019).
- 中出哲・小塚莊一郎, “再保險契約のグローバルな準則—再保險契約原則(PRICL)の策定について—”, 「損害保險研究」 82卷 1号(2020).
- 川嶋隆憲, “ADR 前置合意の仲裁手續における効力”, 「慶應法學」 No. 50(2023).
- 泉裕章, “B to C取引における仲裁制度の利活用に關する一考察-生命保險取引を素材として-”, 「國際商取引學會年報」 Vol. 22(2020).
- 青谷和夫, “保險約款における紛爭處理條項-約款における‘仲裁條項’は違憲か-”, 「民商法雜誌」 83卷 4号(1981).
- 出井直樹・高橋直樹, “企業間紛爭と仲裁 調停の基礎(上)”, 「JCAジャーナル」 68卷 2号(2021).

〈Abstract〉

Resolution of insurance disputes through arbitration and key issues

Maeng, Soo Seok* · Cho, Kyung Won**

Insurance contract is frequently subject to disputes. Disputes are generally resolved through litigation. Lawsuits are relatively costly, involve complicated procedures, and take a long time to reach a result. As an alternative, we can consider utilizing the ADR (Alternative Dispute Resolution) system, which is an alternative dispute resolution method utilized in the United States and other countries. In terms of information imbalance, in insurance contracts such as household insurance, the arbitration clause in the terms and conditions that excludes court trials in the event of a dispute should be strictly viewed. However, in terms of the ideology of commercial law, which is to promote and speed up transactions, it is considered that it is time to consider actively resolving disputes in insurance contracts in the form of corporate insurance such as reinsurance through arbitration rather than through litigation. In insurance, the ADR system can be utilized mainly in corporate insurance. The ideal alternative would be to resolve disputes through arbitration between the two parties. Among ADR systems, arbitration has the same effect as a final judgment, allowing disputes to be resolved quickly and finally. In cases where contracts are concluded on equal footing between parties in a commercial relationship, it is necessary to interpret them by focusing on the policy aspects of the principle of private autonomy and the activation of alternative dispute resolution methods. The burden on commercial entities due to the delay in trials caused by the recent surge in litigation cases should no longer be overlooked. In other words, in order to reduce the time and cost

* Chungnam National University Law School, Emeritus Professor(Ph. D.).

** KIDI(Korea Insurance Development Institute), Doctor of Juridical Science(S.J.D)

required for dispute resolution between commercial parties, it is believed that a change in perception is also necessary at the judicial policy level, such as recognizing the validity of optional arbitration clauses in relevant transaction terms. In particular, it is possible to make in-depth factual judgments by experts in each field through an arbitration institution with arbitration expertise, and it is expected to be an alternative to litigation in terms of litigation economy when a dispute arises. In this paper, we report that it is necessary to actively consider expanding the use of the ADR system for corporate insurance as an alternative to litigation, and we aim to establish a plan to activate the ADR system and establish a stable system through review of legal issues.

Key Words : Financial Dispute Mediation, Financial Dispute Resolution System, Internal Dispute Resolution, Alternative Dispute Resolution