

소비자중재합의의 미국계약법상 항변*

The U.S. Contract Law Defenses in Consumer Arbitration Agreement

하 총 룡**

Choong-Lyong Ha

〈목 차〉

- I. 서 론
- II. 소비자중재합의
- III. 미국계약법상 항변
- IV. 결 론

주제어 : 소비자중재, 집단소송, 집단중재, 비양심적 중재조항, 중재합의 조항분리원칙, 부합계약

* 이 논문은 2010년도 부산대학교 인문사회연구기금의 지원을 받아 연구되었음.

** 부산대학교 무역국제학부 부교수, choogha@pusan.ac.kr, 051-510-2583, 주저자

I. 서 론

사적분쟁해결 수단으로서의 중재는 신속하고 저렴하며 효율적인 분쟁해결 수단으로서 알려져 왔다. 하지만 최근 미국에서는 기업과 소비자가 중재의 당사자가 되는 경우에는 이러한 일반적인 중재의 긍정적인 기능이 현저히 저하되어 이에 대한 대응책이 마련되어야 한다는 주장이 제기되었고,¹⁾ 실제로 미국 의회에서는 기업과 소비자 사이에는 사전중재합의를 금지하는 공정중재법(Arbitration Fairness Act of 2007)을 발의하였으며,²⁾ 매우 제한적으로 입법이 이루어졌다.³⁾

기업과 소비자가 매매계약을 체결하는 과정에서 대부분의 경우 소비자가 경제적 약자의 지위에 서게 된다. 소비자중재의 위험성은 중재합의 과정에서 소비자의 협상력 부재에 따라 불리한 중재합의 조항을 기업으로부터 강요받거나 미처 소비자가 중재합의조항의 구체적인 내용을 확인하지 못하고 사전중재합의를 체결할 가능성 때문에 발생한다. 최근 소비자중재에 대한 개혁을 바라는 미국 소비자단체에서는 “기업은 다수의 소비자들로부터 제기되는 많은 분쟁에 대처하면서 학습효과에 의하여 분쟁관리가 효율적인 반면 소비자들은 기업을 상대로 개별적으로 분쟁에 대처해야 하기 때문에 분쟁해결 절차에 대해 매우 미숙하다”고 지적하고 있다.⁴⁾

한편 이러한 협상력의 불균형을 해소하기 위한 차원에서 소비자중재를 개혁해야 한다는 주장에 더하여 중재는 소비자의 입장에서 본다면 비용부담이 크고 또한 중재판정이 보통 법원리인 선례구속의 원칙에 구속되지 않음으로서 법원에 의해 보호될 수 있는 소비자들의 기본권리가 침해될 수 있다는 주장이 제기되어 왔으며,⁵⁾ 중재조항에 집단중재소송을 금지하는 불공정한 중재조항을 포함시키는 경우에는 ‘비양심적인’(unconscionable) 조항이라고 하는 판결까지 나오게 되었다.⁶⁾

1) Richard M. Alderman, “Consumer Arbitration: The Destruction of The Common Law”, 2 J. Am. Arb. 1, 2003, p.2 (Stating that “the recent movement to impose mandatory predispute arbitration in an increasingly large number of consumer contract, jowever, threatens to eliminate this “fundamental” branch of government, substituting a system of private, often secret, justice, not bound by precedent and unable to create it.”; Meredith R. Miller, “Contracting out of Process, Contracting out of Corporate Accountability: An Argument Against Enforcement of Pre-Dispute Limits on Process”. 75 Tenn. L. Rev. 365, 2008, p.404.

2) Arbitration Fairness Act of 2007, S. 1782 & H.R. 3010, 110th Cong. 2007.

3) 10 U.S.C.A. § 987 (West Supp. 2007) (making arbitration clauses unlawful in consumer credit contracts with military); Motor Vehicle Franchise Contract Dispute Resolution Process, 15 U.S.C. § 1226 (Supp. II 2002) (limiting agreements to arbitrate motor vehicle franchise disputes to post-dispute, written contracts, and additionally, requiring written explanations for any arbitration awards).

4) Kevin R. Casey, Hot Issues Alerts-Law Firms Mandatory Consumer Arbitration, The Metropolitan Corporate Counsel, August 05, 2009.

5) Richard M. Alderman, *op. cit.*, pp.10-12.

6) Shroyer v. New Cingular Wireless Servs., Inc., 498 F.3d 976, (9th Cir. 2007), p.984; Ingle v. Circuit City Stores, Inc., 328 F.3d 1165, (9th Cir. 2003), p.1176.

하지만 이러한 우려에도 불구하고 소비자중재는 여전히 효율적인 분쟁해결수단이며 일부 소비자단체에서 제기하는 소비자중재의 문제점은 과장되었을 뿐만 아니라⁷⁾ 현재의 연방중재법(Federal Arbitration Act)은 소비자단체의 우려를 불식시키기에 충분하다는 주장도 제기되고 있다.⁸⁾

연방중재법에서는 중재조항도 여타의 계약조항과 마찬가지로 계약법 상의 유효한 법적 근거를 가질 때 강행조항이 된다고 하였으며,⁹⁾ 연방대법원 또한 중재조항은 중재에 특별히 적용되는 경우가 아니라면 각 주의 일반적인 계약법리에 따라 무효가 될 수 있다고 하였다.¹⁰⁾

본고에서는 계약법 상의 항변사유에 의하여 중재조항이 무효가 되는 경우를 살펴봄으로써 소비자중재계약체결 과정에서 약자의 지위에 서게 되는 소비자들을 보호하기 위한 법리들을 살펴보고자 한다.

II. 소비자중재합의

1. 소비자중재합의의 개념

일반적으로 기업과 소비자가 중재합의에 의하여 상호간의 분쟁을 중재에 의하여 해결하는 경우에 이를 소비자중재라 한다. 소비자중재가 이루어지기 위해서는 중재합의가 있어야 하는데 소비자중재에서의 중재합의는 대부분 사전중재합의이다. 즉 분쟁이 발생하고 난 후 중재에 의하여 분쟁을 해결하기로 하는 사후중재합의에 대하여는 소비자중재의 찬성론자와 반대론자 사이에 소비자보호문제에 대한 별다른 다툼이 없다. 따라서 소비자중재합의라 함은 사전중재합의를 전제로 하고 있으며 중재합의가 계약서상의 조항으로 포함되는 경우의 중재합의를 일컫는다.

모든 종류의 중재에서 그렇듯이 소비자중재에서도 소비자중재합의의 존부 문제는 중재판정부가 청구인의 신청에 의하여 중재를 진행하기 전에 반드시 검토되어야 하는 사항이다. 하지만 소비자중재합의의 경우에는 양당사자의 거래협상력이 상이하고 부합계약(adhesive contract)의 성격을 띠므로 인해 중재합의가 양당사자간에 실제로 존재하였는지

7) Sara Rudolph Cole and Theodore H. Frank, The Current State of Consumer Arbitration, *Dispute Resolution Magazine*, n1 v.15 (2008), p.31.

8) Alan S. Kaplinsky and Mark J. Levin, "Consumer Arbitration: If The FAA "Ain't Broke," Don't Fix It", 63 *Bus. Law.* 907 (2008).

9) 9 U.S.C. §2.

10) *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681 (1996).

를 결정함에 있어 일반적인 중재합의의 성립에서 적용되는 기준보다는 상당히 엄격한 기준이 적용되어야 한다는 것이 일반적인 시각이다. 예컨대 *Circuit City Stores, Inc. v. Ahmed* 사건에서 법원은 소비자중재합의의 경우에 소비자는 합리적인 기간 내에서 중재 의사표시를 철회(opt out)할 수 있는 기회를 부여하여야 한다고 하였다.¹¹⁾ 또한 대부분의 소비자들은 중재조항이 방소항변의 사유로 사용될 수 있다는 사실을 모르고 있다는 전제 하에 소비자중재합의 시에 소비자를 보호하기 위하여 중재합의의 의미를 설명하게 하는 ‘정보제공의무’를 부과해야 한다는 주장도 있다.¹²⁾

미국 연방대법원은 연방중재법이 모든 소비자거래에 적용된다고 하여 중재제도에 상당히 호의적인 입장을 표명해 왔으나,¹³⁾ 이러한 입장이 소비자중재합의의 존부의 결정에서는 적용되지 않는다는 것을 분명히 하였다. *Equal Employment Opportunity Commission v. Waffle House, Inc.* 사건¹⁴⁾에서 미국 연방대법원은 연방중재법이 중재에 호의적으로 작용하여 왔으나 그렇다고 하여 중재합의의 존부의 결정에 있어서까지 호의적일 수는 없고 중재합의의 존부의 문제는 전적으로 계약법에 기하여 판단하여야 하며 중재에 대한 입법정책적인 면은 배제되어야 한다고 하였다.

2. 법적 특성

소비자중재합의가 중재조항으로 계약서에 포함되는 경우에는 위에서 언급한 부합계약성 내지 생소함으로 말미암아 소비자가 중재합의조항의 법적 의미를 잘 모를 수 있다.¹⁵⁾ 다른 나라에서도 대동소이하겠지만 미국에서 일반적으로 중재합의를 맺음으로서 소비자에게 발생할 수 있는 법적효과란 연방헌법에서 보장하고 있는 배심재판을 받을 권리를 포기하는 것이라 할 수 있다.¹⁶⁾ 양당사자의 합의에 의하여 헌법상의 권리를 포기하는데 따른 부작용을 최소화하기 위해서는 미국의 판례에서는 중재합의를 지목하지는 않았지만 계약조항에 의하여 그러한 헌법상의 권리를 포기하는 경우에는 당사자의 포기행위가 자발적이어야 (voluntary)하고, 당사자는 포기행위의 법적효과를 알았어야 (knowing) 하고 또한 그러한 효과를 알 수 있을 만큼의 인지능력(intelligent)을 갖추고 있어야 한다고 하였다.¹⁷⁾

11) *Circuit City Stores, Inc. v. Ahmed*, 283 F.3d 1198 (2002), p.1199.

12) 경선주, “소비자중재에서 소비자보호의 문제”, 『서울대학교 법학』, 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008, p.242.

13) *Allied-Bruce Terminix Companies v. Dobson*, 513 U.S. 265 (1995).

14) *Equal Employment Opportunity Commission v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279 (2002).

15) 일반적으로 중재합의조항의 법적의미란 방소항변의 효력과 중재판정의 확정판결의 효력을 들 수 있다.

16) 연방수정헌법 제6조 참조.

17) *Finch v. Vaughn*, 67 F.3d 909, (11th Cir. 1995), p.914(“waivers of constitutional rights not only must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of relevant circumstances and likely consequences”); *First Union Nat’l Bank v. United States*, 164 F. Supp. 2d 660 (E.D. Pa.64 F.1), pp.663-665(“Courts do not uphold jury trial waivers lightly and the burden of proving that a waiver was done both knowingly and

중재제도의 형성초기에는 중재합의 당사자들간 협상력(bargaining power)의 문제는 다루어지지 않았으나 2000년 이후 미국을 중심으로 소비자와 기업간 중재합의 시에 당사자간 협상력의 균형문제가 주로 다루어지게 되었다. 소비자중재에서는 기업 간 중재에서보다 상대적으로 분쟁금액이 작은 반면 분쟁의 건수는 오히려 빈번한 특징을 가진다. 일반적으로 소송에 의하여 소비자분쟁을 해결할 경우 시간과 금전적인 면에서 더욱 많은 비용이 든다는 점을 감안할 때 소비자보호의 문제만 해결된다면 소비자중재의 경우 중재의 장점을 더욱 잘 살릴 수 있을 것이다.

소비자중재합의에서 경제적 약자인 소비자가 자신의 권리를 보호하기 위하여 중재를 거부하는 경우에는 중재합의의 존부 내지는 유효성을 중심으로 다루는 경우가 대부분이다. 중재합의의 존부와 관련하여 미국의 연방법원은 연방중재법이 중재합의를 강제이행하게 하는데 있어 우호적이라고 하여 중재합의의 존재를 인정하는데 있어서도 적극적이어서는 안되며 중재합의의 존재는 오직 계약법리의 엄격한 적용에 의하여 인정되어야 한다고 하였다.¹⁸⁾ 이러한 중재합의의 존부와 관련된 미국법원의 엄격한 태도는 소비자중재합의의 존부와 관련된 항변으로 주장되는 경우에는 더욱 엄격한 해석을 하고 있다.

Ⅲ. 미국계약법상 항변

1. 자발적, 의식적 및 인지능력 법리

(voluntary, knowing and intelligent doctrine)

연방중재법의 기본 취지와는 달리 각 주의 법이 중재조항에 대하여 특별한 지위를 부여하고 이에 대한 여타의 계약조항과는 차별적으로 엄격하게 적용하는 것이 금지되고 있다. 예를 들어 Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto 사건¹⁹⁾에서 연방대법원은 연방중재법(Federal Arbitration Act)이 중재조항은 여타의 계약조항과는 다르게 더욱 선명하고도 대문자로서 표기되어야 하며 계약문서의 첫 페이지에 표기되어야 한다는 몬타나주의 중재법에 우선(preempted) 한다고 판결하였다.

하지만 연방대법원의 이러한 연방중재법의 우선 원칙은 각주의 중재법이 계약의 일반조항과는 차별적으로 중재조항을 취급하는 경우에 적용되는 것이고 중재합의가 자발적(voluntary)이고 의식적(knowing)이야 하며 인지능력(intelligent)을 갖춘(이하 VKI²⁰⁾ 법리)

intelligently falls upon the party seeking enforcement of a waiver of a trial clause.”).

18) Fleetwood Enterprises, Inc. v. Gaskamp, 280 F.3d 1069 (5th Cir. 2002).

19) Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996).

20) VKI 은 voluntary, intelligent, knowing 의 첫 자를 조합하였음.

당사자에 의하여 이루어져야 한다는 것 까지 부인하는 것은 아니라는데 주목할 필요가 있다. Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto 사건²¹⁾에서 연방대법원은 연방중재법은 각 주의 계약법 일반 법리를 대체하는 것이 아니라 중재조항에 대하여 차별적인 적용을 목적으로 제정된 주법의 경우에만 우선하여 적용된다고 하여 연방중재법의 주법에 대한 우선적용의 원리에 대하여 분명한 한계 기준을 마련하였다.

연방대법원은 VKI 법리를 특별히 계약조항에 포함된 중재조항에만 적용되는 것이 아니라 계약조항에 의하여 헌법적인 권리를 포기하는 경우에는 당사자에게 VKI가 요구된다는 일반적인 법원리일 뿐이기 때문에 연방중재법에 의하여 VKI 법리가 무력화 (preempted)된다고 보기는 어렵다고 하였다.²²⁾ 그러나 VKI 법리와 관련한 판례는 대체로 이를 긍정하는 측과 부정하는 측으로 나뉜다. VKI를 긍정하게 되면 중재당사자가 자발적, 의식적, 인지능력을 갖추지 못한 상태에서 맺어진 중재합의는 계약법의 일반 논리에 의하여 무효가 된다. VKI를 부정하게 되면 설령 당사자가 중재조항에 대하여 어떠한 인지적 능력이나 자발성이 없더라도 중재합의는 유효하게 된다. 이는 중재합의의 방소항변의 효력을 폭넓게 인정하려는 연방중재법의 기본 취지와도 부합한다고 할 수 있지만 소비자보호 측면에서는 약점이 있다고 할 수 있다.

VKI 법리를 긍정하는 판례에서는 당사자가 중재합의를 함으로서 재판받을 권리를 포기해야 한다는 것을 의식하고 있는 상태에서만 해당 중재합의조항이 유효하다고 한다. 예를 들어 Kloss v. Edward D. Jones & Co. 사건에서 몬타나주 대법원은 원고에 대하여 배심재판을 받을 권리를 개인의 본질적 권리로 인정하였으며 그러한 권리를 포기하는 경우에는 그러한 결정의 의미를 원고가 인지하고 있어야 한다고 하였다.²³⁾ 또한 Broemmer v. Abortion Services of Phoenix 사건에서 아리조나 주대법원은 임신부가 정신적인 혼란 속에서 병원 측에서 제시한 의료계약서에 서명하는 경우 병원 측의 상세한 설명이 없었다면 원고가 재판받을 권리를 포기함에 있어서 자의 및 온전한 의사판단에 의하여 자신의 권리를 포기하였다고 볼 수 없다고 하였다.²⁴⁾

정확히 VKI 법리의 적용이라고는 할 수 없지만 환자로부터 '설명된 동의' (informed consent)가 없었다는 이유에서 중재합의의 강제를 거부한 판례가 있다. Obstetrics & Gynecologists Wixted, Flanagan & Robinson v. Pepper 사건에서 네바다주 대법원은 Broemmer v. Abortion Services of Phoenix 사건에서와 비슷한 결론을 내리는데 의료과실의 피해자가 중재조항의 설명에 대해 전혀 기억을 하지 못한 경우 피해자에게 중재조항에 대해 설명된 동의가 없는 것이며 따라서 의사의 합치가 존재하지 않았다고 하며 중재합의

21) Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996), p.687.

22) National Consumer Law Center, Consumer Arbitration Agreement, The Consumer Credit and Sales Legal Practice Series (2004), p.36.

23) 310 Mont. 123, 54 P.3d 1 (2002).

24) Broemmer v. Abortion Services of Phoenix, 173 Ariz. 148 (1992), p.149.

의 이행강제를 거부하였다.²⁵⁾ 의료사고와 관련되어 중재합의의 강제이행을 거부한 또 다른 판례로서 *Sanchez v. Sirmons* 사건²⁶⁾이 있다. 동 사건에서 법원은 “수술에 임한 환자는 동의서의 주된 내용이 단지 해당 수술에 관련된 것으로 만 알뿐 중재조항과 같은 분쟁해결절차와 관련한 조항에 대해서는 사실상 관심 밖일 수가 많으므로 병원측은 환자에게 중재조항과 관련하여서는 더욱 상세한 설명의무를 진다”고 하며 당해 중재합의의 강제이행을 거부하였다.²⁷⁾

Allstar Homes, Inc. v. Waters 사건에서 알라바마주 대법원은 연방중재법도 VKI 법리를 벗어나서 재판받을 권리를 포기하는 것을 인정하지는 않는다고 하면서 중재합의는 그 자체로서 당사자가 미국연방헌법에 기하여 배심재판을 받을 권리를 배제하는 것이므로 당사자는 신중한 결정을 할 수 있는 기회를 가져야 한다고 하였다.²⁸⁾ 하지만 이러한 알라바마 대법원의 VKI 법리에 대한 지지에도 불구하고 소비자가 중재합의를 그다지 용이하게 거부할 수 있지는 하지 않고 있다. 동 법원은 *Jim Walter Homes, Inc. v. Saxton* 사건에서 VKI의 적용기준에 대하여 행위능력이 있고 읽을 수 있는 상태에서 계약문서에 서명을 한다면 충분하다고 함으로서 소비자가 함부로 VKI 법리를 남용할 소지를 줄이는 노력도 병행하였다.²⁹⁾

이상에서는 VKI 법리의 적용을 엄격히 하여 중재합의에 있어 소송권의 박탈로 인한 소비자의 피해를 최소화해야 한다는 판례를 중심으로 살펴보았지만 이와는 반대로 중재조항에 동 법리의 적용이 배제되어야 한다는 판례도 다수 존재한다. 예를 들어 *Sydnor v. Consec Fin. Servicing Corp.* 사건에서는 당사자가 재판청구권을 포기하였다고 하여 재판부가 당사자의 중재합의에 대하여 엄격한 잣대를 댈 수는 없으며 법정에서 당사자가 자신의 소송권을 포기하는 것이 특별한 사항은 아니라고 하며 VKI 법리에 기하여 중재합의를 별도로 다루어야 한다는 주장을 배척하였다.³⁰⁾

한편 *Sydnor* 사건보다 더욱 직설적으로 VKI 법리의 적용을 거부하는 판례도 나오고 있는데 *Deluca v. Bear Stearns & Co.* 사건에서는 사기에 의하여 맺어진 중재합의가 아닌 한 당사자가 서명을 하였다면 실제로 중재합의조항을 읽었는 가 또는 이에 대한 이해가 있었는 가 등에는 상관없이 당해 중재합의는 강제이행 되어야 한다고 하였으며,³¹⁾ *Dabney v. Option One Mortgage Corp.* 사건에서는 당사자가 자발적으로 그리고 인지능력이 있는 상태에서 중재합의를 체결 했는가를 따지는 것은 연방중재법과 여타의 연방법의

25) *Obstetrics & Gynecologists Wixted, Flanagan & Robinson v. Pepper*, 101 Nev. 105, 693 P.2d 1259 (1985).

26) *Sanchez v. Sirmons*, 467 NYS 2d 757 (Sup. Ct. 1983).

27) *Sanchez v. Sirmons*, 467 NYS 2d 757 (Sup. Ct. 1983), p.760.

28) *Allstar Homes, Inc. v. Waters*, 711 So. 2d 924, (Ala. 1998), p.929.

29) 880 So. 2d 428, (Ala. 2003), 2003 WL 22418461, p.2.

30) *Sydnor v. Consec Fin. Servicing Corp.*, 252 F.3d 302, (2001), p.307.

31) *Deluca v. Bear Stearns & Co.*, 175 F. Supp. 2d 102, (2001).

취지에 맞지 않는다고까지 하였다.³²⁾ 또한 *Lloyd v. MBNA Am. Bank* 사건에서 원고는 중재합의조항 부분이 다른 광고 메일에 가려져 있어서 동 합의를 VKI 법리에 적합하게 체결하지 못했음으로 무효라고 주장하였으나 중재합의의 비현저성(*inconspicuousness*)이 중재합의를 무효로 할 수는 없다고 하였다.³³⁾

2. 비양심적 중재조항

중재합의가 당사자 일방의 비양심적인 행위에 의하여 체결되었다면 이는 무효이며 비양심 항변은 계약법 상 일반적으로 적용되는 항변사유이며 특별히 중재합의를 지목하여 항변사유로 삼고 있지 않음으로 연방중재법에 의하여 선점 (*preempted*)되지도 않는다는 것이 다수 미국법원의 태도이다.³⁴⁾ 일반적으로 연방관할의 분쟁의 경우에는 연방중재법에 따른 중재조항의 무효와 주의 계약법 법리에 의한 비양심적 중재조항을 공동으로 청구원인으로 하여 소송을 진행하게 된다. 하지만 분쟁사안이 연방관할이 아니고 주관할(*state jurisdiction*)인 경우에는 비양심적 중재조항 하나만을 청구원인으로 하여야 한다.³⁵⁾

미국법에서 비양심성(*Unconscionability*)을 계약이행의 거부사유로 하고 있는 경우는 통일상법전(*Uniform Commercial Code*) 및 여타의 소비자 신용관련법 등에서 발견되고 있는데 이들 법에서 발견되는 비양심적 조항들은 계약법 일반에 적용되지는 않음으로 인해 연방중재법에 의하여 선점될 가능성이 있다.³⁶⁾ 따라서 중재를 거부하려는 소비자는 이들 법에서 제한적으로 적용되는 비양심 법리를 적용하기보다는 보통법상에 나타나는 비양심에 의한 계약무효의 법리를 사용하는 것이 유리할 수 있다.³⁷⁾

보통법에 기한 비양심 법리는 중재합의의 무효를 주장하는데 효과적이며³⁸⁾ 이를 중재판정부에서 심사할 수 있는가의 문제에 대해서는 판례의 태도는 나뉜다. 즉 *Anderson v. Ashby* 사건에서는 비록 중재가능성(*arbitrability*)이 중재판정부에 의하여 결정된다고 중재합의에 명시적으로 표기하였을지라도 비양심성의 문제는 법원에 의하여 결정되어야 한다고 한 반면³⁹⁾, *Smith v. Gateway* 사건에서는 중재조항의 실제적인 부분에서 양심적 이었는가를 판단할 권리는 법원이 아니라 중재판정부에 있다고 하였다.⁴⁰⁾

32) *Dabney v. Option One Mortgage Corp.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 4949 (E.D. Pa. April 19, 2001).

33) *Lloyd v. MBNA Am. Bank*; 2002 WL 21932, (2002).

34) *Vimar Seguros Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528, (1995), p.555; *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 51 Cal. App. 4th 1519, (1997); *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*, 279 F.3d 889, (2002), p.895.

35) National Consumer Law Center, *Consumer Arbitration Agreement*, *op. cit.*, p.48.

36) *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 687 (1996) 참조.

37) National Consumer Law Center, *Consumer Arbitration Agreement*, *op. cit.*, p.49.

38) *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 51 Cal. App. 4th 1519, (1997) 참조.

39) 2003 WL 21125998 (Ala. May 16, 2003).

40) 2002 WL 1728615 (Tex. App., 2002).

중재조항을 무효로 하기 위한 비양심 법리(Doctrine of Unconscionability)의 적용은 절차적인 면과 실체적인 면으로 나뉘어 법원에 의하여 적용되는데, 중재합의와 관련하여 절차적인 양심을 따질 때는 당사자 간의 협상과정의 적정성을 살펴보아야 할 것이고 실체적인 양심을 따질 때는 당사자 권리의 본질에 있어서 비대칭성을 살펴보아야 할 것이다. 미국법원은 비양심 법리를 적용함에 있어서 절차적인 면과 실체적인 면을 모두 살펴보지만 서로를 상호보완적인 관점에서 평가한다.

Armendariz v. Found Health Psychcare Services, Inc., 사건에서 캘리포니아 주 대법원은 계약조건이 실체적인 부분에서 상당히 비양심적이라면 절차적인 부분에서의 비양심성이 적더라도 전체적인 관점에서 계약조건이 비양심성을 충족시킬 수 있으며 그 반대의 경우도 성립한다고 하였다.⁴¹⁾ 이렇듯 계약조항의 비양심성을 판단함에는 상호보완적인 면이 적용되기는 하지만 협상력의 비대칭성 (절차적 비양심)은 결국 계약조항의 내용에 있어서도 비대칭성(실체적 비양심)을 유발할 수 있다는 것은 쉽게 예측할 있다. 따라서 절차적인 면의 비양심성과 실체적인 부분에서의 비양심성은 상호연관성을 띠고 나타난다고 보아야 할 것이다.

(1) 절차적 비양심

절차적으로 비양심적인 중재합의라고 하여 강제이행을 거부한 판례로서 *Pitchford v. Oakwood Mobile Homes, Inc.* 사건에서는 고객 앞에 수많은 서류를 쌓아 둔 상태에서 고객이 스스로 무슨 서류에다 서명을 하는지 모르게 체결된 중재합의이라면 비양심적인 계약이라며 중재합의의 무효를 선언하였다.⁴²⁾ 또한 *Sosa v. Paulos* 사건에서는 환자가 수술 직전에 긴장한 상태에서 구두로 보충설명을 듣지 않고 자신 앞에 놓인 수술동의서에 서명한 경우에도 절차적으로 비양심적인 중재합의라 하여 강제이행을 거부하였다.⁴³⁾

또한 중재조항이 부합계약조항으로서 여러 장의 계약서에 뭉쳐져 있는 상태에서 소비자에게 추가적인 설명 없이 중재합의가 맺어진 경우에도 비양심적인 계약이라며 중재의 강제진행을 거부하였으며,⁴⁴⁾ 부합계약조항으로서 중재합의가 맺어진 경우에는 법원은 비양심 법리를 더욱더 엄격히 적용하여야 한다고 하였다.⁴⁵⁾

부합계약의 경우에도 양자 간의 협상력에 대하여 일률적으로 비대칭적이라고 추정하기는 어려울 것이고 소비자는 당해 조항에 대하여 협상이 불가능했음을 입증해야 비양심법리가 적용될 수 있다고 한 판례가 있다. *Gainesville Health Care Ctr., Inc. v. Weston* 사건에서는 사전에 인쇄된 요양원입원 계약서에 대하여 원고와 피고 사이에 계약조항에 대한

41) *Armendariz v. Found Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal. 4th 83, (2000), p.114.

42) *Pitchford v. Oakwood Mobile Homes, Inc.*, 124 F. Supp. 2d. 958, (2000).

43) *Sosa v. Paulos*, 924 P.2d 357 (Utah 1996).

44) *Banc One Acceptance Corp. v. Hill*, 367 F.3d 426, (2004), pp.431-432.

45) *Powertel, Inc. v. Bexley*, 743 So. 2d 570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).

협상의 가능성이 완전히 배제되지 않았음을 입증하지 못하였다고 하면서 당해 조항들에 대해 절차적 비양심법리를 적용하지 않았다.⁴⁶⁾

절차적 비양심의 또 다른 경우로서 소비자가 글을 읽지 못하는 경우에 맺어진 중재 합의도 무효라고 한 판례가 있다. *Prevot v. Phillips Petroleum Co.* 사건에서 원고는 영어를 해독할 수 없었고 피고가 추가적인 해석도 제공하지 않았으며 계약체결의 압박까지 받은 상황에서 맺어진 중재조항은 비양심적이며 강제이행 할 수가 없다고 하였다.⁴⁷⁾ 하지만 다른 주에서는 단순히 글을 읽지 못하는 것만으로는 비양심적인 중재조항이라고 할 수 없고 소비자의 문자해독능력에 대한 구체적인 입증과 추가적인 정황이 비양심성을 뒷받침하여야 한다고 하며 중재조항의 비양심성을 입증함에 있어 더욱 까다롭게 하는 등 문자해독과 관련하여 주 별로 약간의 다른 입장을 보이고 있다.⁴⁸⁾

(2) 실체적 비양심

비양심적인 중재조항을 근거로 중재합의의 존부를 따지는 경우에 소비자는 절차적인 비양심과 실체적 비양심 모두를 입증해야 한다. 일반적으로 절차적인 비양심은 의견상으로 나타나는 당사자의 행위를 보고 공정성을 판단하기 때문에 입증하기가 쉽다고 할 수 있지만 실체적인 비양심 내지는 불공정성은 입증하기가 어려울 수 있다. 절차적 비양심 뿐 아니라 실체적으로 비양심적일 경우에도 소비자중재합의는 무효가 된다.⁴⁹⁾

1) 일방적인 중재합의의 체결

기업과 소비자 사이에 맺어지는 중재조항은 본질적으로 양자간에 협상력의 차이에 기한 불평등성이 존재할 수 있는 있는 것이 현실이다. 다수 미국 법원은 중재합의조항이 일방적으로 기업측에 유리하게 작성되는 경우에는 비양심적이라 하여 중재합의의 이행을 거부한다. *Arnold v. United Companies Lending Corp.* 사건에서는 중재합의의 정당성에 대하여 심리가 이루어졌고 당사자 간의 중재합의에서 원고는 중재이외의 수단에 의하여 분쟁을 해결할 수 없으며 피고는 원고에 대한 채권의 회수와 관련하여서는 법원에 소를 제기할 수 있다고 하였다.⁵⁰⁾ 이에 대하여 웨스트버지니아 대법원은 피고는 원고와의 거래에서 자신이 원하면 사실상 자신의 모든 불만을 채권의 회수와 관련시켜 소송에 의하여 해결할 수 있게 하였으나 원고에 대하여는 오직 중재만을 통하여 분쟁을 해결할 수 있게 함으로써 동 중재조항은 피고만을 일방적으로 유리하게 하는 것이며 비양심적이라고 하였다.⁵¹⁾

46) *Gainesville Health Care Ctr., Inc. v. Weston*, 857 So 2d 570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).

47) *Prevot v. Phillips Petroleum Co.*, 133 F. Supp. 2d 937, S.D. Tex. (2001), p.940.

48) *Johnnie's Homes, Inc. v. Holt*, 790 So. 2d. 956, (Ala. 2001), p.961; *Michell Nissan, Inc. v. Foster*, 775 So. 2d 138 (Ala. 2000).

49) National Consumer Law Center, *Consumer Arbitration Agreement*, *op. cit.*, p.50.

50) *Arnold v. United Companies Lending Corp.*, 511 S.E.2d 854, (1998), p.858.

위의 Arnold 사건에서와 동일한 입장을 견지한 판례가 있는데 Taylor v. Douglas Butler Auto Sales 사건에서는 중고차 딜러와 매수인 사이에서 맺은 중재합의조항에서 딜러는 채권회수를 위하여 법원의 조력을 받을 수 있는 반면 매수인은 중재합의조항의 효력에 따라서 중재에 의해서만 분쟁을 해결할 수 있다고 한 것은 피고에게만 부당히 유리한 것이며 원고에게는 강압적인 조항이라며 효력을 부인하였다.⁵²⁾

또한 고용관계의 특성상 고용인은 피고용인을 법원에 제소할 필요가 그다지 없는 반면 피고용인은 빈번하게 법원의 조력이 필요한 것이 현실이다. 이에 따라 고용인과 피고용인 사이에 맺어진 중재합의는 피고용인에게만 소송권을 박탈하는 효과를 초래함으로써 고용중재합의의 경우에는 비양심성이 추정되어야 한다는 판례가 있다.⁵³⁾ Ingle v. Circuit City Stores, Inc. 사건에서는 고용인의 중재조항은 조항 자체에서 일방적인 사항을 포함하고 있지 않더라도 비상호적(non-mutual)이라고 보아야 하며 비양심성이 전제되어야 한다고 하였는데, 그 이유는 피고가 원고에 대하여 소송을 할 가능성은 희박(remote)하여 어차피 소송권행사의 필요성은 제한적인 반면 원고는 약자의 입장에서 소송에 의뢰할 경우가 많음에도 불구하고 중재합의의 방소항변권에 의해 소송권을 제한 받기 때문이라고 하였다.⁵⁴⁾

다수의 미국법원은 일방적인 중재조항의 효력을 부인하고 있는 반면 일부의 법원에서는 일방적인 중재조항이라고 할지라도 비양심적일 수 없다고 한 경우도 있다. Bess v. Check Express 사건에서는 각각 기업만 소송과 중재를 할 수 있고 소비자는 중재만을 하여야 한다는 사실 만으로서는 해당 중재조항이 비양심적이라고 할 수 없다고 하였으며,⁵⁵⁾ Harris v. Green Tree Fin. Corp. 사건에서는 협상력의 차이만으로는 당사자 간의 중재합의가 무효라고 할 수 없다고 하였다.⁵⁶⁾ 이렇듯 법원에서 나타나는 일방적 중재조항의 비양심성에 관한 부정적 판례들에도 불구하고 Am. Gen. Fin., Inc. v. Branch 사건에서는 중재합의에서 상호성의 결여는 중재합의의 비양심성을 판결하는데 최소한 중요한 요인이 되어야 함으로서 다수 법원의 판례경향을 지지하고 있다.⁵⁷⁾

2) 중재인의 편향

미국 연방중재법에서 중재는 편향 없이 진행되어야 하며 편향적 중재에 의하여 내려진 중재판정은 취소할 수 있다고 하였다.⁵⁸⁾ 또한 미국법원은 소비자중재합의에 대한 계약법상의 항변사유로서 중재인의 편견을 들고 있으며 선임된 중재인은 당사자와 이해관계가

51) Arnold v. United Companies Lending Corp., 511 S.E.2d 854, (1998), p.861.

52) Taylor v. Douglas Butler Auto Sales, 142 S.W.3d 277, (Tenn. 2004), p.286.

53) Ingle v. Circuit City Stores, Inc., 328 F.3d 1165 (9th Cir. 2003).

54) Ingle v. Circuit City Stores, Inc., 328 F.3d 1165 (9th Cir. 2003), p.1174..

55) Bess v. Check Express, 294 F.3d 1298 (11th Cir. 2002), p.1301.

56) Harris v. Green Tree Fin. Corp., 183 F.3d 173 (3d. Cir. 1999).

57) Am. Gen. Fin., Inc. v. Branch, 793 So. 2d 738 (Ala. 2000), p.749.

58) 9 U.S.C. § 10.

상충되는 부분이 있으면 이를 미리 밝혀야 한다고 하였다.⁵⁹⁾ *Mintz v. Am. Gen. Fin., Inc.* 사건에서는 중재인의 편향은 중재조항이 비양심적인가를 판단하는 데 적절한 요소가 된다고 하며 중재인의 선임 시에는 중재인의 전문성과 중립성이 신중히 고려되어야 한다고 하였다.⁶⁰⁾

중재인의 편향과 관련한 실제적 비양심성에 대하여 다수의 미국법원은 비교적 분명한 입장을 취하고 있다. *Graham v. Scissor-Tail, Inc.* 사건에서 캘리포니아 대법원은 음악가 협회는 소속 음악가가 관련된 분쟁에 대하여 중재인으로 참여할 경우에 이는 편향적일 수 있으며 비양심적이라고 하였다.⁶¹⁾ 나아가 동 법원은 계약의 당사자와 이해관계가 있는 자가 중재판정부를 구성하는 경우에는 비양심적이며 이 경우 중재판정부의 편견이나 편향성의 입증과는 상관없이 당해 분쟁과 관련하여 사법적 내지는 준사법적인 역할을 하는 경우에는 편향성이 추정되어야 한다고 하였다.⁶²⁾ 편향성의 추정에 있어 당사자와 중재인과의 사이는 반드시 직접적인 이해 관계임을 요하지 않고 여러 방향에서 영향을 미칠 수 있는 잠재적인 이유가 있는 한 편향성이 추정되어야 한다고 한 만큼,⁶³⁾ 중재인의 편향성에 대한 미국법원의 입장은 매우 엄격한 것으로 해석된다.

또한 *Murray v. United Food & Commercial Workers* 사건에서는 고용분쟁에 대하여 고용인이 중재인을 선임할 수 있게 한 것을 비양심적이라고 하여 중재조항의 유효성을 부인 하였으며⁶⁴⁾ *Geiger v. Ryan's Family Steak Houses, Inc.* 사건에서는 중재판정부의 선임에 있어 잠재적인 편향성이 농후할 경우에는 중재조항은 비양심적이며 무효라고 하였다.⁶⁵⁾ 후자의 판례와 관련하여 재판부는 피고인 고용주가 중재조항을 작성할 중재기관을 일방적으로 선택할 수 있으며 이러한 중재기관의 선택은 중재기관으로 하여금 중재수수료 수입을 창출하는 근거가 됨으로 인해 중재판정부의 구성에 있어서 피고의 영향력이 보이지 않게 행사될 소지가 있다고 하여 동 중재조항을 비양심적이며 강제이행이 불가능하다고 하였다.⁶⁶⁾

한편 중재판정부의 편향성으로 인한 중재조항의 비양심성 주장에 대한 피고의 반박이 법원에 의하여 채택된 경우도 있다. 예를 들어 *Aviall, Inc. v. Ryder Sys., Inc.* 사건에서는 중재판정을 내리기도 전에 중재판정부가 편향적일 것이라는 것을 예단하는 것은 부당하다고 하여 중재판정부의 편향성에 의한 비양심성 주장에 대하여 부정적인 입장을 취하였으

59) *Sanko S.S. Co., Ltd. v. Cook Indus., Inc.* 495 F.2d 1260 (2nd Cir. 1973), p.1264; *Barcon Associates, Inc. v. Tri-County Asphalt Corp.*, 86 N.J. 179, (1981), p.430.

60) *Mintz v. Am. Gen. Fin., Inc.*, 288 B.R. 95, (2003), p.101.

61) *Graham v. Scissor-Tail, Inc.*, 623 P.2d 165, (1981).

62) *Graham v. Scissor-Tail, Inc.*, 623 P.2d 165, (1981), pp.175-177.

63) *Graham v. Scissor-Tail, Inc.*, 623 P.2d 165, (1981), p.177.

64) *Murray v. United Food & Commercial Workers*, 289 F.3d 297, (2002), p.303.

65) *Geiger v. Ryan's Family Steak Houses, Inc.*, 134 F. Supp. 2d 985, (2001), p.995.

66) *Geiger v. Ryan's Family Steak Houses, Inc.*, 134 F. Supp. 2d 985, (2001), p.995.

며,⁶⁷⁾ 또한 중재인과 당사자간의 잠재적인 이해관계의 충돌만으로 중재조항의 비양심성을 주장하는 것은 부적절하며 당해 중재조항의 무효를 주장하기 위해서는 중재인과 당사자간에 있어 실제적이고도 현실적인 이해관계의 충돌이 있어야 한다는 입장을 보인 판례도 있다.⁶⁸⁾ 하지만 이러한 소수법원의 입장에도 불구하고 중재인의 편향이 확인되면 다수법원은 소비자들 내지는 경제적 약자의 지위에 있는 중재당사자를 적극적으로 보호하는 입장을 취하고 있음이 분명해 보인다.

3) 집단소송의 포기 (Waiver of Class Action)

집단소송은 여러 소비자들이 기업을 대상으로 제품이나 서비스에 불만이 생길 경우에 집단적으로 소송을 제기함으로써 소송에서의 규모의 경제를 이루고 경제력이나 정보력에서 앞서는 기업과의 분쟁에서 소비자들을 보호하기 위하여 미국 각주의 민사소송법에서 규정되고 있는 제도이다. 하지만 기업들은 소비자들로부터 이러한 집단소송의 권리를 중재합의시에 포기하게 하는 조항을 지속적으로 포함시켜 왔으며 이는 기업이 우월적인 협상지위를 이용하여 자신들의 책임을 회피하는 수단으로 사용될 소지로 인하여 상당한 우려가 제기되어 왔다.⁶⁹⁾ 이러한 집단소송의 권리를 중재합의시에 포기하게 할 수 있는 가에 대하여 대부분의 미국법원에서는 실체적 비양심성을 들어 중재합의의 효력을 부인하고 있다.

Ting v. AT&T 사건에서 캘리포니아주 연방항소법원은 중재합의에서 명시적으로 집단소송을 금지하는 합의는 실체적 비양심성을 나타내는 것이며 일방적으로 피고에게 유리한 조항임으로 인해 무효라고 판시하였다.⁷⁰⁾ 동 사건의 하급심에서는 비양심성의 분석에서 피고에게만 유리하다는 이유 이외에 집단소송의 포기는 피고에게 면책조항의 효과를 발휘한다고 하였으며 그 근거로서 이전의 AT&T에 대하여 제기된 소비자 불만이 많았지만 소비자들이 사실상 개인적으로 소송을 제기하기는 불가능하다는 점을 들었다.⁷¹⁾

Ting 사건 이외에도 여러 판례에서 집단소송의 금지합의에 대하여 비슷한 태도를 보이고 있다. 예를 들어 Szetela v. Discover Bank 사건에서는 집단소송을 금지하는 중재조항은 소비자들에게서만 소송권을 박탈하는 것임으로 일방적이라 할 수 있으며, 기업에 대하여서는 “실질적 면책효과(virtual immunity)”를 유발할 것이라고 하였다.⁷²⁾ 동 판례에서 법원은 피고 은행이 동 금지조항에 의하여 소비자들의 법적구제책이 실제로 차단될 것이라는 점을 활용하여 자신의 업무활동에 대한 제약요건을 없애려고 한 것은 간과 될 수

67) Aviall, Inc. v. Ryder Sys., Inc., 110 F.3d 892, (1997), p.895.

68) Lifecare Int'l, Inc. v. CD Med., Inc., 68 F.3d 429, (1995), p.433.

69) National Consumer Law Center, Consumer Arbitration Agreement, *op. cit.*, p.72.

70) Ting v. AT & T, 319 F.3d 1126, (9th Cir. 2003), p.1150.

71) Ting v. AT & T, 182 F. Supp. 2d 902, (2002), p.931.

72) Szetela v. Discover Bank, 97 Cal. App. 4th 1094 (2002).

없는 부분이며 공공정책적 관점에서 볼 때도 바람직하지 않다고 하였다.⁷³⁾ 또한 Leonard v. Terminix International Co. 사건에서 알라바마 대법원은 원고가 집단소송을 통한 실질적인 법적구제수단을 동원하는 것을 차단하고 비용측면에서 비대칭적일 수 있는 개별 중재만을 이행하게 하는 것은 비양심적이라 하여⁷⁴⁾ 중재합의의 효과로서 방소항변의 효력이 집단소송에까지 미치는 것을 차단하였다.

기업에 의한 소비자의 “구제책 제한 (remedy stripping)”⁷⁵⁾ 수단의 하나로서 집단중재를 포기하는 조항은 집단소송을 포기하는 것과 마찬가지로 소비자의 입장에서는 상당한 법적 불이익을 초래할 수 있다. 개별중재에 의해 구제책을 마련하려고 할 때 일반적으로 소비자의 경우에는 기업과 비교할 때 비대칭적인 중재수행능력을 갖추고 있으며 또한 개별 소비자의 청구금액은 일반적으로 소액이므로 중재비용이 구제금액보다 더 많을 경우가 빈번할 수 있다.

집단소송의 포기과 관련하여 미국법원이 대체로 비양심적이라 하여 무효를 선고하는 반면 집단중재의 포기에 대해서는 집단소송의 포기와는 달리 법원의 태도가 양분되어 있는 실정이다. Green Tree Financial Corp. v. Bazzle 사건에서 법원은 중재합의가 맺어졌을 때 집단중재의 포기과 관련하여서는 중재판정부가 결정할 사안이라 하였는데⁷⁶⁾ 이는 법원이 집단중재의 가능성을 전적으로 중재판정부에 위임하고 있는 것으로 보아 최소한 집단중재의 포기에 대하여는 보통법 상의 항변사유인 비양심성 법리를 적용하지는 않았고 따라서 집단중재의 포기에 대하여 간접적이거나 긍정적인 태도를 보였다고 할 수 있다.

Green Tree Financial Corp. 사건에서 한 걸음 더 나아가 연방정부의 중재에 대한 적극적인 태도와 연방중재법(Federal Arbitration Act)에서 중재합의 내용에 따라 중재는 이루어져야 한다는 이유로 집단중재합의조항 포기를 직접적으로 인정한 법원의 판례가 있다.⁷⁷⁾ Johnson v. W. Suburban Bank 사건에서는 법원은 집단중재가 포기되었다고 하더라도 동 조항이 공공의 이익에 반하는 것이 아니며, 중재에서 당사자에게 집단중재가 당연히 인정되는 것도 아니고 TILA (Truth in Lending Act) 와 EFTA (Electronic Fund Transfer Act) 에서도 원고에게 구체적으로 집단중재로 분쟁을 해결할 수 있는 권리를 부여한 것이 아니라고 함으로서⁷⁸⁾ 집단중재의 포기조항은 각 주의 민사소송법에서 보장하고 있는 집단소송의 권리를 포기하는 것과는 다른 차원에서 다루어지고 있음을 보여주고 있다.

73) Szetela v. Discover Bank, 97 Cal. App. 4th 1094, (2002), p.1101.

74) Leonard v. Terminix International Co., 2002 WL 31341084, (2002), p.8.

75) David S. Schwartz, Understanding Remedy-Stripping Arbitration Clauses: Validity, Arbitrability, and Preclusion Principles, 38 U.S.F. L. Rev. 49, (2003), pp.53-59.

76) Green Tree Fin. Corp. v. Bazzle, 539 U.S. 444, (2003), p.453.

77) Johnson v. W. Suburban Bank, 225 F.3d 366, (3d Cir. 2000), p.369.

78) Johnson v. W. Suburban Bank, 225 F.3d 366, (3d Cir. 2000), p.369.

한편 집단중재의 권리를 포기하는 것도 집단소송의 포기와 마찬가지로 비양심성의 법리가 적극 적용되어야 하며⁷⁹⁾ 따라서 이러한 중재합의는 무효라고 보는 판례도 빈번히 나타나고 있다. *Kristian v. Comcast Corp.* 사건에서 항소법원은 집단중재의 포기 합의에 의하여 중재당사자에게 과도한 중재비용이 요구되는 경우에는 효율적 분쟁해결 수단으로서의 중재의 긍정적인 목적이 퇴색할 수 있다고 전제하고, 소비자중재의 당사자가 집단중재의 포기 합의에 의하여 분쟁해결을 위한 집단중재의 권리를 빼앗길 수는 없다고 하며 이러한 합의를 무효라고 하였다.⁸⁰⁾

3. 본 계약의 무효사유

소비자중재합의조항은 본 계약의 계약조항으로서 부합계약성을 가지기 때문에 본 계약의 유효성 시비가 소비자중재합의조항의 유효성에도 필연적으로 영향을 미친다고 할 수 있다. 일반적으로 본 계약의 유무효에 따른 중재합의조항의 효력 문제는 중재합의조항분리의 원칙(Doctrine of Separability)의 지배를 받게 된다. 중재합의조항분리원칙의 주된 논의는 본 계약과 중재합의조항과의 관계를 서로 분리하여 상호 독립성을 가지는 계약으로 보아야 하는지 아니면 본 계약의 유무효에 따라서 영향을 받을 수 있는 종속계약으로 보아야 하는지를 중심으로 이루어져오고 있다.⁸¹⁾

본 계약과 소비자중재합의조항과의 연관성을 기초로 소비자가 기업에게 계약법상의 항변을 할 경우에도 본 계약이 원천적 무효(void ab initio) 사유인지 또는 무효가능한(voidable) 사유인지에 따라 중재합의조항의 분리원칙의 적용여부가 다르게 나타난다. 본 계약이 원천적인 무효사유에 해당하여 중재합의 자체의 존부에 영향을 미친다면 중재조항 분리원칙이 적용될 수 없어⁸²⁾ 계약조항으로서의 소비자중재조항 또한 무효가 되고 소비자는 이를 유효한 항변사유로 채택할 수 있을 것이다. 반대로 중재합의조항분리원칙이 적용이 허용될 수 있는 계약무효사유이라면 소비자는 이를 근거로 중재합의조항 무효의 항변을 할 수 없을 것이다.

중재합의조항 분리원칙과 관련하여 판례상 나타나는 원천무효사유로서 본 계약에서의 서명권의 부재, 의사합치의 부재, 계약내용의 불법성 등이 있다. 서명권의 부재와 관련한

79) Daniel R. Higginbotham, "BUYER BEWARE: WHY THE CLASS ARBITRATION WAIVER CLAUSE PRESENTS A GLOOMY FUTURE FOR CONSUMERS", 58 Duke L.J. 103 (2008), p.113.

80) *Kristian v. Comcast Corp.*, 446 F.3d 25, (1st Cir. 2006), pp.54-55.

81) Harper, Conrad K., "The Options in First Options: International Arbitration and Arbitral Competence," 579 PLI/Lit 127 (1998); Monestier, Tanya J. "Nothing Comes of Nothing ...", 12 Am. Rev. Int'l Arb. 223 (2001); Bergeron, Pierre H. "At the Crossroads of Federalism and Arbitration: The Application of Prima Paint to Purportedly Void Contracts," 93 Ky. L.J. 423, (2004).

82) 하충룡, "미국법상 중재합의조항 분리원칙에 관한 고찰", 『국제상학』, 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2005, p.168.

판례로서 정당한 대리권이 없이 본인을 위하여 한 계약은 원천무효이므로 중재조항 분리 원칙의 적용이 거부되고 계약서상에 포함된 중재합의조항도 무효가 된 경우가 있다.⁸³⁾ Three Valleys Mun. Water Dist. v. E.F. Hutton & Co. 사건에서는 계약체결한 당사자가 정당한 권한 없이 중재조항을 포함하는 본계약을 체결하였으므로 원천무효이고 따라서 원고는 중재조항 또한 무효가 된다고 주장하였는데 이에 대하여 연방항소법원은 Prima Paint 사건에서 인정된 중재조항분리의 원칙을 확대해석하기를 거부하고 무권대리에서와 같이 유효한 합의가 애초에 없었던 경우에는 본계약의 당연 무효와 더불어 중재합의조항도 무효가 된다고 하여 1심판결을 파기하였다.⁸⁴⁾

원천무효사유로서 의사합치의 부재와 관련한 판례로서 Mitsubishi Motors Corp. v. Solec Chrysler-Plymouth, Inc. 사건에서 연방대법원은 “양당사자간의 반독점분쟁이 중재범위에 포함되느냐의 여부를 판단하기 위해서는 우선 분쟁의 당사자들이 중재에 합의하였느냐를 살펴보아야 하며 합의가 없는 경우에는 중재합의조항분리원칙이 적용될 여지가 없다고”고 함으로서 중재에서 양당사자 합의의 존부에 대한 결정을 중요시 하였다.⁸⁵⁾ 또한 EEOC v. Waffle House, Inc. 사건에서도 동일한 취지의 판결이유를 발견할 수 있는데 연방대법원은 “FAA의 기본 목적이 사적인 약속을 강제하는데 있다는 입장에 동의하고 있고, 따라서 우선적으로 양당사자가 중재에 합의하였는지를 따져보아야 한다.”라고⁸⁶⁾ 하여 중재에서의 의사합치의 중요성을 강조하고 있다.

하지만 계약내용의 불법성으로 인한 경우에는 비록 본 계약은 원천적으로 무효이기는 하나 중재조항에는 영향을 미치지 못한다고 하여 중재합의조항분리원칙을 고수하는 입장에 있다. Snowden v. CheckPoint Check Cashing 사건에서 원고는 피고와 맺은 금전대차계약은 Maryland 법에 따르면 고리대금으로 인하여 무효이므로 (void ab initio) 본계약에 포함된 중재합의조항의 무효를 주장한데 대하여 피고는 연방항소법원에서 중재의 강행을 위한 명령청구(motion)를 하게 되는데, 여기서 항소법원은 “고리대금의 불법성으로 인한 본계약의 무효가 중재합의조항의 유효성에 영향을 미쳐서는 아니 되고 이는 Prima Paint 판례와 연방중재법 4조에서 나타난 바와 같이 중재합의 자체에 관한 당사자의 이의신청이 아니면 중재조항은 분리되어야 한다는 원칙이 적용된 결과”라고 하였다.⁸⁷⁾

한편 중재합의조항 분리원칙과 관련하여 미국계약법상 발견되는 본 계약의 무효가능(voidable) 사유로서는 문면성요건(Statute of Frauds), 사기(Frauds), 강박(Duress) 등을 들

83) Three Valleys Mun. Water Dist. v. E.F. Hutton & Co., 925 F.2d 1136 (9th Cir. 1991).

84) Three Valleys Mun. Water Dist. v. E.F. Hutton & Co., 925 F.2d 1136, (9th Cir. 1991), p.1140. 하충룡 전계 논문 p169에서 재인용.

85) 473 U.S. 614, (1985), p.626.

86) 534 U.S. 279, (2002), p.294.

87) Snowden v. CheckPoint Check Cashing, 290 F.3d 631, (4th Cir. 2002), pp.636-637. 하충룡 전계논문 p.172에서 재인용.

수 있는데 이들 본 계약의 무효가능사유들은 중재합의조항에 직접적으로 영향을 미친 경우가 아니면 대체로 소비자들의 중재 거부에 대한 항변사유로서 채택되기는 어려울 것으로 보인다.⁸⁸⁾ 무효가능사유들에 의해 본 계약이 무효가 되는 경우가 발생한다면 이는 사후적으로 당사자의 합의에 의하여 치유될 수 있는 가능성이 많으며 이럴 경우에 중재합의의 효력에는 영향을 미치기는 어렵다고 할 수 있다.

IV. 결 론

소비자중재에서 재기되어온 가장 중요한 쟁점으로서는 소비자를 효율적으로 보호하면서도 어떻게 중재의 장점을 살릴 수 있느냐에 달려있다고 할 수 있다. 본고에서는 중재합의시 기업과 소비자 간 협상력의 불균형을 보완하기 위하여 미국에서 일반적으로 인정되는 계약법 상의 항변사유로서 자발적·의식적·인지능력법리, 비양심성, 본 계약의 무효사유 등을 살펴보았다. 이러한 항변사유들은 소비자중재조항에 특별히 적용되기 보다는 계약일반에 적용될 수 있는 미국계약법상의 일반 법리로서 중재계약의 무효를 주장할 경우에 적용될 수 있다.

미국법원은 소비자가 중재합의의 유효성에 이의를 제기하는 경우에 기업간 중재합의에 있어 유효성을 심사하는 것보다 엄격한 심사기준을 적용하고 있으며 이를 위해 비양심성의 항변사유에 더하여 자발적·의식적·인지능력법리를 추가하여 소비자중재합의조항의 유효성을 심사함을 알 수 있었다. 또한 소비자는 본 계약의 무효를 주장함으로써 소비자중재합의조항의 무효를 주장할 수 있지만, 이는 본 계약의 무효사유의 종류에 따라 중재합의조항의 유무효가 영향을 받게 됨으로 중재합의조항분리원칙과 연계하여 살펴보아야 하는 사안이라 할 수 있다. 또한 미국법원은 연방중재법이 중재제도의 활성화를 위하여 중재합의의 강제이행에 호의적이라고 할지라도 중재합의의 존부문제는 전적으로 계약법의 지배를 받아야 한다며 보통법 상에서 소비자들을 보호하기 위한 장치를 마련하고 있다. 미국의 경우에는 중재합의가 본 계약의 약관으로 포함되는 경우에 특별히 약관규제법이라는 것을 따로 두고 있지 않아 VIK 법리나 계약에서의 비양심성 법리에 의하여 소비자를 보호하고 있다. 설령 어느 주에서 소비자를 보호하기 위한 법으로서 중재를 규제하는 경우에 이는 연방중재법의 우선적용원칙에 따라서 상당한 제약을 받게 된다. 따라서 연방중재법의 선점(Premption)을 피하기 위해서는 순수 계약법적 관점에서 중재에서의 소비자를 보호하는 수 밖에 없는 실정이다. 이에 반해 한국의 경우에는 단일법 체제로서 중재법과

88) Tanya J. Monestier, "Nothing Comes of Nothing ...", *American Review of International Arbitration*, Vol.12 (2001), p.243.

약관규제법이 서로 보완적으로 작용하여 소비자를 보호할 수 있어 약관규제법 상의 '설명 의무'는 소비자보호 장치로서 인용될 수 있을 것이다. 하지만 이러한 경우에도 중재합의 조항은 본 계약과는 분리되어 작동하여야 하는 속성으로 인하여 중재조항이 순수한 약관으로서 기능을 할 수 있는 가에는 의문이 있다.

참 고 문 헌

- 정선주, "소비자중재에서 소비자보호의 문제", 「서울대학교 법학」, 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008.
- 하충룡, "미국법상 중재합의조항 분리원칙에 관한 고찰", 「국제상학」, 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2005.
- Alan S. Kaplinsky and Mark J. Levin, "Consumer Arbitration: If The FAA "Ain't Broke," Don't Fix It", 63 Bus. Law. 907 (2008).
- Allied-Bruce Terminix Companies v. Dobson, 513 U.S 265 (1995).
- Allstar Homes, Inc. v. Waters, 711 So. 2d 924, (Ala. 1998).
- Am. Gen. Fin., Inc. v. Branch, 793 So. 2d 738, (Ala. 2000).
- Anderson v. Ashby, 2003 WL 21125998 (Ala. May 16, 2003).
- Arbitration Fairness Act of 2007, S. 1782 & H.R. 3010, 110th Cong. (2007).
- Armendariz v. Found Health Psychcare Services, Inc., 24 Cal. 4th 83 (2000).
- Arnold v. United Companies Lending Corp., 511 S.E.2d 854 (1998).
- Aviall, Inc. v. Ryder Sys., Inc., 110 F.3d 892 (1997).
- Banc One Acceptance Corp. v. Hill, 367 F.3d 426 (2004).
- Barcon Associates, Inc. v. Tri-County Asphalt Corp., 86 N.J. 179 (1981).
- Bergeron, Pierre H. "At the Crossroads of Federalism and Arbitration: The Application of Prima Paint to Purportedly Void Contracts," 93 Ky. L.J. 423 (2004).
- Bess v. Check Express, 294 F.3d 1298, (11th Cir. 2002).
- Broemmer v. Abortion Services of Phoenix, 173 Ariz. 148 (1992).
- Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 279 F.3d 889 (2002).
- Circuit City Stores, Inc. v. Ahmed, 283 F.3d 1198 (2002).
- Dabney v. Option One Mortgage Corp., 2001 U.S. Dist. LEXIS 4949 (E.D. Pa. April 19, 2001).
- Daniel R. Higginbotham, "BUYER BEWARE: WHY THE CLASS ARBITRATION

- WAIVER CLAUSE PRESENTS A GLOOMY FUTURE FOR CONSUMERS”, 58 Duke L.J. 103 (2008).
- Deluca v. Bear Stearns & Co., 175 F. Supp. 2d 102 (2001).
- Doctor’s Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996).
- EEOC v. Waffle House. Inc., 534 U.S. 279 (2002).
- Equal Employment Opportunity Commission v. Waffle House, Inc., 534 U.S. 279 (2002).
- Finch v. Vaughn, 67 F.3d 909, (11th Cir. 1995).
- First Union Nat’l Bank v. United States, 164 F. Supp. 2d 660 (E.D. Pa. 2001).
- Gainesville Health Care Ctr., Inc. v. Weston, 857 So 2d 570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).
- Geiger v. Ryan’s Family Steak Houses, Inc., 134 F. Supp. 2d 985, (2001).
- Graham v. Scissor-Tail, Inc., 623 P.2d 165 (1981).
- Green Tree Fin. Corp. v. Bazzle, 539 U.S. 444, (2003).
- Harper, Conrad K., “The Options in First Options: International Arbitration and Arbitral Competence,” 579 PLI/Lit 127 (1998).
- Harris v. Green Tree Fin. Corp., 183 F.3d 173 (3d Cir. 1999).
- Ingle v. Circuit City Stores, Inc., 328 F.3d 1165, (9th Cir. 2003).
- Jim Walter Homes, Inc. v. Saxton, 2003 WL 22418461, 880 So. 2d 428, (Ala. 2003).
- Johnnie’s Homes, Inc. v. Holt,, 790 So. 2d. 956, (Ala. 2001).
- Johnson v. W. Suburban Bank, 225 F.3d 366, (3d Cir. 2000).
- Kevin R. Casey, Hot Issues Alerts-Law Firms Mandatory Consumer Arbitration, The Metropolitan Corporate Counsel, August 05, 2009.
- Kloss v. Edward D. Jones & Co., 310 Mont. 123, 54 P.3d 1 (2002).
- Kristian v. Comcast Corp., 446 F.3d 25, (1st Cir. 2006).
- Leonard v. Terminix International Co., 2002 WL 31341084, (2002).
- Lifecare Int’l, Inc. v. CD Med., Inc., 68 F.3d 429, (1995).
- Lloyd v. MBNA Am. Bank, 2002 WL 21932 (2002).
- Meredith R. Miller, “Contracting out of Process, Contracting out of Corporate Accountability: An Argument Against Enforcement of Pre-Dispute Limits on Process”. 75 Tenn. L. Rev. 365 (2008).
- Michell Nissan, Inc. v. Foster, 775 So. 2d 138 (Ala. 2000).
- Mintz v. Am. Gen. Fin., Inc., 288 B.R. 95, (2003).
- Mitsubish Motors Corp. v. Solce Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, (1985).
- Monestier, Tanya J. “Nothing Comes of Nothing ...”, 12 Am. Rev. Int’l Arb. 223, (2001).

- Murray v. United Food & Commercial Workers, 289 F.3d 297, (2002).
- National Consumer Law Center, Consumer Arbitration Agreement, The Consumer Credit and Sales Legal Practice Series, 2004.
- Obstetrics & Gynecologists Wixted, Flanagan & Robinson v. Pepper, 101 Nev. 105, 693 P.2d 1259 (1985).
- Pitchford v. Oakwood Mobile Homes, Inc., 124 F. Supp. 2d. 958 (2000).
- Powertel, Inc. v. Bexley, 743 So. 2d 570 (Fla. Dist. Ct. App. 1999).
- Prevot v. Phillips Petroleum Co., 133 F. Supp. 2d 937 (S.D. Tex. 2001).
- Richard M. Alderman, "Consumer Arbitration: The Destruction of The Common Law", 2 J. Am. Arb. 1 (2003).
- Sanko S.S. Co., Ltd. v. Cook Indus., Inc. 495 F.2d 1260, (2nd Cir. 1973).
- Sara Rudolph Cole and Theodore H. Frank, The Current State of Consumer Arbitration, Dispute Resolution Magazine, n1 v.15 (2008).
- Shroyer v. New Cingular Wireless Servs., Inc., 498 F. 3d 976, (9th Cir. 2007).
- Smith v. Gateway, 2002 WL 1728615 (Tex. App., 2002).
- Snowden v. CheckPoint Check Cashing, 290 F.3d 631, (4th Cir. 2002).
- Sosa v. Paulos, 924 P.2d 357 (Utah 1996).
- Stirlen v. Supercuts, Inc., 51 Cal. App. 4th 1519 (1997).
- Sydnor v. Conseco Fin. Servicing Corp., 252 F.3d 302 (2001).
- Szetela v. Discover Bank, 97 Cal. App. 4th 1094 (2002).
- Taylor v. Douglas Butler Auto Sales, 142 S.W.3d 277 (Tenn. 2004).
- Three Valleys Mun. Water Dist. v. E.F. Hutton & Co., 925 F.2d 1136 (9th Cir. 1991).
- Ting v. AT & T, 319 F.3d 1126, (9th Cir. 2003).
- Vimar Segurosy Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer, 515 U.S. 528 (1995).

ABSTRACT

The U.S. Contract Law Defenses in Consumer Arbitration Agreement

Choong-Lyong Ha

This paper investigates the consumer arbitration practices in the U.S. The key issue in consumer arbitration is how to protect the individual consumers from the loss of their legal rights stemming from the arbitration agreement with the business. In the U.S., the major legal doctrines to protect individual consumer include the voluntary-knowing-intelligent doctrine, unconscionability doctrine, and void contract. Even though the US courts are favorable to the enforceability of arbitration agreement, they strictly apply the contract law theories in deciding the existence of arbitration agreement, providing a strong common law protection for the consumers in arbitration. However, the practices for protection of consumers in arbitration in Korea are not mature yet. If consumer arbitration is widely adopted into B to C contracts, a protective measure for individual consumer can be found in the Act of Clause Regulation providing that the business has duty to explain the relevant clause in the adhesive contracts.

Key words : Consumer Arbitration, Class Action, Class Arbitration, Unconscionability, Doctrine of Separability, Adhesive Contract.