

소비자 중재합의의 부합계약성에 관한 검토*

- 미국법을 중심으로 -

Review on the Adhesiveness of Consumer Arbitration
Agreements: U.S. Laws

하 충 룡**

Choong-Lyong Ha

〈 목 차 〉

I. 서론	IV. 결론
II. 미국의 부합계약법리	참고문헌
III. 소비자중재조항의 부합계약성	Abstract

주제어 : 부합계약, 소비자중재, 소비자보호, 중재합의

* 이 논문은 2012년 교육과학기술부의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2012-2012017954); 본 논문은 2012년 한국국제상학회 춘계학술대회 논문의 코멘트를 근거로 하여 수정한 것임

** 부산대학교 무역학부 교수, 미국 뉴욕주 변호사, choongha@pusan.ac.kr, 051-510-2583

I. 서론

사적분쟁의 해결을 위해 마련된 중재제도는 법원의 개입 없이 당사자자치의 원리에 따라서 분쟁을 해결하는 비소송적 해결수단으로서 점점 그 중요성을 더해 가고 있다. 하지만 이러한 중재제도의 중요성의 증대에도 불구하고 일부에서는 여전히 시간과 비용 면에서 소송과 별 차이가 없다는 불만이 있고¹⁾ 특히 경제적 약자인 소비자를 보호하는데 있어 중재가 과연 효율적인가에 대한 의문이 미국의 소비자중재합의에 관련한 판례에서 꾸준히 제기되어 오고 있다.²⁾

소비를 보호함에 있어서는 중재가 소송보다 더욱 효율적일 수 있거나 아니면 최소한 양자 간에 시각을 달리하여 볼 이유가 없다는 주장이 있지만³⁾ 미국에서 중재합의의 유효성과 관련한 판례는 대부분 경제적인 약자에 의하여 제기되고 있으며, 주로 소비자가 중재합의의 과정에서 불리하였음을 주장하여 중재합의의 무효를 주장하고 있다.⁴⁾ 중재합의 무효소송의 제기 당사자 즉 원고가 소비자라고 하는 것은 미국에서 소비자가 당사자가 되는 중재는 기업은 중재를 그대로 유지하려는 입장이고 경제적인 약자인 소비자는 대체로 중재를 회피하여 보통법원의 조력을 받으려는 경향을 나타낸다고 할 수 있다.

판례의 경향을 볼 때 보통법원의 조력을 받는 것이 중재에 의하여 판정을 받는 것 보다 소비자에게 반드시 유리하다고 할 수 있는가의 문제를 생각해 볼 때는 상당히 의문시 되는 부분이 있다. 즉 중재판정부가 구조적으로 기업에게 유리한 판정을 내릴 것이라 입증된 바는 없다. 하지만 일반적으로 엄격중립의 중재판정부보다 보통법상의 경제적 약자의 보호를 위한 법리를 적극적으로 적용할 수 있는 분위기

1) Charles J. Moxley, Jr, "Message from the Chair", New York Dispute Resolution Lawyer, NYSBA, n1, v.5, 2012, p.1.

2) 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, however, 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.

3) Sara Rudolph Cole and Theodore H. Frank, The Current State of Consumer Arbitration, Dispute Resolution Magazine, n,1 v.,15. 2008, p.31; Alan S. Kaplinsky and Mark J. Levin, "Consumer Arbitration: If The FAA "Ain't Broke," Don't Fix It", 63 Bus. Law. 907, 2008.

4) Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996); Sydnor v. Conesco Fin. Servicing Corp., 252 F.3d 302, (2001), p.307; Dabney v. Option One Mortgage Corp., 2001 U.S. Dist. LEXIS 4949 (E.D. Pa. April 19, 2001).

가 보통법원에서 형성되어온 것은 부인하기 어려울 것 같다.⁵⁾

미국 보통 법원이 소비자중재합의에서 소비자를 보호하기 위하여 적용할 수 있는 법리에는 비양심성(Unconscionability)의 법리, 자발적, 의식적 및 인지능력 법리(voluntary, knowing and intelligent doctrine) 그리고 부합계약의 법리 등이 있는데 이들 소비보호와 관련된 보통법리는 소비자의 계약체결의 의사와 연관성이 있다는 점에서 일정부분 서로 연관성을 가지고 있다고 할 수 있다. 즉 소비자가 본계약에 포함된 중재조항을 완전히 인식하고 자신의 책임으로 중재합의를 체결하여 소비자의 흠결없는 의사가 중재합의에 반영되었다면 보통법상의 소비자보호법리는 적용의 가능성이 상당히 약화된다고 할 것이다.

한국에서의 소비자중재에 관한 연구는 소비자중재의 도입방안에 관한 연구와⁶⁾ 소비자중재에서의 소비자보호법리를⁷⁾ 중심으로 이루어져 오고 있다. 본고에서는 소비자보호법리와 관련한 법리로서 중재조항의 부합계약성에 관하여 미국판례와 여타 문헌을 통하여 살펴보고 중재조항의 부합계약성으로 인한 중재합의의 무효가능성에 대한 미국법원의 태도를 살펴보고자 한다.

소송의 대체수단으로서 소비자중재를 한국에 정착시키기 위해서는 사후적 중재합의보다 사전적 중재합의에 의하여 중재합의가 계약조항으로 포함되는 것이 필수적이다. 이 경우 기업과 소비자 간에는 중재합의의 부합계약성에 의한 공정성 시비가 제기될 가능성이 현저하여 동 법리에 대한 미국법원의 태도를 미리 살펴보는 것은 의미가 있을 것이다.

5) 보통법 상에서 인정되는 소비자 보호법리는 비양심성(Unconscionability)의 법리, 자발적, 의식적 및 인지능력 법리 (voluntary, knowing and intelligent doctrine), 부합계약의 법리 (contract of adhesion) 등이 있다.

6) 김석철, “소비자피해구제 실태분석을 통한 소비자중재제도 도입방안 연구”, 『중재연구』, 제12권, 제1호, 2002, pp. 207-239; 박성용, “소비자분쟁해결제도에 중재제도 도입가능성에 관한 연구”, 『중재연구』, 제19권, 제2호, 2009, pp. 73-94.

7) 이병준, “소비자법 내에서의 소비자기본법상 집단분쟁조정제도의 역할과 과제”, 『중재연구』, 제18권, 제3호, 2008, pp. 139-163.; 정선주, “소비자중재에서 소비자보호의 문제”, 『서울대학교 법학』, 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008, pp.231-248; 하충룡, “소비자중재합의의 미국계약법상 항변”, 『중재연구』, 제20권, 제2호, 2010, pp. 151-171; 하충룡, “소비자중재합의에서의 VKI법리에 관한 고찰”, 『중재연구』, 제21권, 제3호, 2011, pp. 165-187.

Ⅱ. 미국의 부합계약법리

1. 부합계약법리의 특성

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. 따라서 부합계약성을 띠게 되는 계약조항은 양당사자의 의사가 항상 완전히 일치하여 계약이 체결되지 않는 경우가 있어, 이를 계약성립의 항변사유로 채택하려는 판례가 꾸준히 이어져 오고 있다.

부합계약 법리와 관련한 비교적 초기 판례로서 *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 사건을 들 수 있는데⁸⁾, 동 사건에서 뉴저지법원은 강력한 협상력을 가진 기업의 꾸준한 출현으로 인하여 약자에 지위에 있는 계약당사자가 기업 측에서 제시한 계약조건 이외에 더욱 좋은 계약조건을 선택할 수 없는 것은 공공의 이익에 적합하지 않다고 하며 부합계약조항으로 포함시킨 '묵시적 상품성 보증조항의 포기조항'의 효력을 부정하였다.

부합계약의 무효에 적극적이던 뉴저지법원의 *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 사건 이후 부합계약이 당사자의 협상력의 편차에 의하여 맺어진다는 관점에서 약자보호의 법리로 자리 잡게 된다. *Bondanza v. Peninsula Hospital & Medical Center* 사건에서 캘리포니아주 대법원은 환자가 입원비를 지불하지 못하는 경우에 입원비의 징수를 위하여 지출되는 제비용을 부담하여야 한다는 입원조건을 계약사항으로 포함한 경우에 이는 부합계약에 해당한다고 하여 무효라고 하였다.⁹⁾

8) *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 32 N.J. 358, 389 (1960) (delivering a decision that "manufacturer's attempted disclaimer of an implied warranty of merchantability and of the obligations arising therefrom was so inimical to public good as to compel an adjudication of its invalidity").

9) *Bondanza v. Peninsula Hospital & Medical Center*, 23 Cal.3d 260, 267 (Cal., 1979) (stating "The underlying unfairness of the practice is also clear, as the admission agreement including the promise to pay collection costs is an adhesion contract which a patient must sign as a condition of admission to the hospital in all except limited emergency situations. Medical bills often add up to many thousands of dollars; one-third of the balance due could amount to a substantial sum. Furthermore, as in the present case, a patient who cannot personally pay the charges but who relies on his medical insurance to do so may

또한 National Mut. Ins. Co. v. Edward 사건에서도 인디애나 항소법원은 자동차 보험이 적용되는 운전자가 자신이 허락한 운전자에 의하여 상해를 입었을 경우에도 보험의 적용이 가능하다고 판단하면서 보험계약자는 보험약관의 작성에 있어 거의 관여할 수 없고 보험사에서 제시되는 조건에 따라야만 하는 입장에 있으므로 보험계약약관은 부합계약의 관점에서 판단되어야 한다며 계약약자에게 유리한 결정을 하였다.¹⁰⁾

당사자 간의 계약에서 경쟁금지조항(covenant not to compete)의 유효성을 판단함에 있어서 고용계약과 영업승계계약을 구분하여 심사의 엄격성을 부여하여야 한다는 Herndon v. Waller 사건에서는 고용계약의 경우에는 영업승계계약의 경우와는 다르게 경쟁금지조항에 대해 부합계약성을 띤다고 하였다.¹¹⁾ 경쟁금지조항에 대해서 고용계약과 영업승계계약을 구분하여 부합계약성을 인정한 것은 고용계약의 경우에는 당사자 간의 협상력의 지위가 대칭적이지 못하여 엄격성이 필요한 반면 (strict scrutiny), 영업승계계약은 당사자 간의 협상력의 지위가 상대적으로 균형(equal footing)을 갖추고 있을 가능성이 많기 때문에 덜 엄격한 (less strict scrutiny) 심사를 하여야 한다고 하였다.¹²⁾

2000년 이후 부합계약에 대한 판례들은 동 법리를 중재까지 확대하면서 그 영역을 더욱 넓히게 되고 중재합의조항의 부합계약성으로 인한 중재합의 무효여부에 대한 판결이 나타나게 된다. English v. Cornwell Quality Tools Co., Inc. 사건에서는 중재비용과 절차상의 비양심을 이유로 중재조항을 부합계약이라고 주장하는 원고에 대하여 법원은 중재조항의 부합계약성을 불인정하는 원심을 확정하였다. 그러나 Rude v. NUCO Edn. Corp. 사건에서는¹³⁾ 간호학교 학생들이 학교를 상대로 계약

be penalized for the delays or errors of his insurer circumstances usually well beyond his control.").

10) National Mut. Ins. Co. v. Edward, 517 N.E.2d 95, 100, (Ind.App. 4 Dist.,1987) (stating "Insurance contracts are usually contracts of adhesion, that is, the insured has little or no control over the terms and must adhere to those of the drafter,").

11) Herndon v. Waller, 241 Ga.App. 494, 495, (Ga.App.,1999) (citing "The rationale behind the distinction in analyzing covenants not to compete is that a contract of employment inherently involves parties of unequal bargaining power to the extent that the result is often a contract of adhesion. On the other hand, a contract for the sale of a business interest is far more likely to be one entered into by parties on equal footing" Habif, Arogeti & Wynne v. Baggett, 231 Ga.App. 289(1), (1998).

12) Id. (citing "covenants ancillary to an employment contract, which receive strict scrutiny and are not blue-penciled, and covenants ancillary to a sale of business, which receive much less scrutiny and may be blue-penciled." Habif, Arogeti & Wynne v. Baggett, 231 Ga.App. 289(1), (1998).

13) Rude v. NUCO Edn. Corp., Slip Copy, 2011 WL 6931516, (Ohio App. 9 Dist.,2011) (citing

위반 및 부당이익을 이유로 제기한 항고심에서 원고는 중재합의의 무효성을 주장하기 위하여 중재중지명령청구를 하였고 이에 법원은 중재합의의 비양심성과 중재합의의 부합계약성을 인정하여 원고 승소를 확정하였다.

2. 항변사유로서의 부합계약

계약상대방으로부터 주어지는 계약조건의 변경이 불가능한 속성을 지닌 부합계약을 맺었을 경우에 계약상 약자의 지위에 있는 당사자는 부합계약이라는 사실만으로는 계약성립의 항변사유를 완성할 수가 없다. 계약약자가 부합계약을 이유로 계약의 무효를 주장하려는 경우에는 일정한 요건을 갖추어야 하는데, 미국 판례법상 제시되어온 요건은 두 가지로 정리된다. 첫째, 양당사자간의 상호합의가 부합계약의 형식을 갖추어야 하며, 둘째, 부합계약조항이 계약약자의 합리적 기대를 벗어나거나 또는 비양심적인 조항이어야 한다.¹⁴⁾

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 받아들이면서 “본 계약에 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.¹⁵⁾

위에서 설명한 두 가지 요건은 다른 판례에서 구체적으로 설명되고 있다. 첫 번째 부합계약의 존재와 관련하여 Zigrang v. U.S. Bancorp Piper Jaffray, Inc. 사건에서는 피고가 중재이행명령청구가 하급심에서 기각되자 몬타나 대법원에 이 사건

“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).

14) Bixler v. Next Financial Group, Inc., 2012 WL 877109, (D.Mont.,2012) (stating “Under Montana law, a contract of adhesion becomes unenforceable against the weaker party if it is: (1) not within their reasonable expectations, or (2) within their reasonable expectations, but, when considered in its context, proves unduly oppressive, unconscionable, or against public policy.”).

15) Bixler v. Next Financial Group, Inc., 2012 WL 877109, (D.Mont.,2012).

을 상고하였는데, 여기서 몬타나 대법원은 “부합계약은 일방의 당사자가 우월적인 지위를 이용하여 타방의 당사자로 하여금 해당 표준화된 조항에 동의하던지 아니면 계약체결을 포기하던지 둘 중의 하나를 선택하게 했을 때 발생 한다.”고 하여 부합계약의 존부에 대한 판단기준을 구체적으로 적시하였다.¹⁶⁾ 동 사건에서 중재조항을 무효로 판결하면서 재판부는 원고가 해당 거래의 경험이 없는 고령의 여성 투자자임을 고려하여 부합중재조항을 무효로 판결하였는데¹⁷⁾ 이는 *Bixler v. Next Financial Group, Inc.* 사건에서와 마찬가지로 계약 약자의 과거 업무경험 및 거래경험을 부합계약의 합리성 여부를 판단하는 구체적인 요소로 고려하였다는 점에서 주목할 만하다.

한편 부합계약이라는 사실 만으로서는 계약을 무효로 할 수 없어 위에서 언급한 두 번째 요건 즉 부합계약조항의 비합리성(unreasonableness) 또는 비양심성(unconscionability) 요건이 충족되어야 한다. *Iwen v. U.S. West Direct* 사건에서 몬타나주 법원은 “단지 계약조항이 부합계약이라는 것 만으로서는 계약을 무효로 하기 어렵다”고¹⁸⁾ 하면서 계약을 무효로 하기 위해서는 “계약조항이 합리적 기대를 벗어나는 것 이어야 하며, 합리적 기대를 벗어나는 것이 아니라면 최소한 부당하게 강압적이거나 비양심적 또는 공공정책에 반하는 것”이어야¹⁹⁾ 한다고 판시하였다.

부합계약의 무효를 주장하기 위하여 충족되어야 하는 부합계약성 요건과 합리적 기대 요건 및 비양심성 요건을 비교하건데, 첫 번째 요건인 부합계약성 요건은 계약의 형식으로부터 쉽게 파악될 수 있고 계약당사자간의 객관적인 협상력을 비교할 때 비교적 용이하게 판단할 수 있는 부분이라 할 수 있으나, 두 번째 요건인 합리적 기대 요건과 비양심성의 요건은 사안별로 법원의 태도가 많은 차이가 보일 수 있는 주관적인 영역이라 할 수 있다. *Brown ex rel. Brown v. Genesis Healthcare Corp.* 사건에서는 두 번째 요건의 구체화를 위하여 웨스트버지니아 법원은 “중재조항의

16) *Zigrang v. U.S. Bancorp Piper Jaffray, Inc.*, 329 Mont. 239 (2005) (stating that “Investment brokerage firm's contract with investor to open a simplified employee pension individual retirement account (SEP-IRA) was a “contract of adhesion,” for purposes of determining whether arbitration clause in the contract was enforceable, where investor signed a standardized form agreement prepared by firm on a “take it or leave it” basis, investor was an elderly woman with no experience with investment services, investor would have been excluded from the securities market if she did not accept the arbitration provision, and firm's branch manager had never heard of firm's alleged policy of allowing investors to opt-out of investment contract provisions”).

17) *Zigrang v. U.S. Bancorp Piper Jaffray, Inc.*, 329 Mont. 239 (2005).

18) *Iwen v. U.S. West Direct, a Div. of U.S. West Marketing Resources Group, Inc.*, 293 Mont. 512, 520 (1999).

19) *Id.* at 243.

포함이 본 계약 체결을 위한 사전요건이라면 이는 ‘비양심적(unconscionable)’이고 또한 중재합의에 의하여 민사소송의 접근이 차단되는 것은 ‘합리적 기대를 벗어나는’ 법률효과일 수 있다.”²⁰⁾ 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 캘리포니아주 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.²¹⁾

최근에는 중재조항이 단순히 부합계약인 사실만으로도 ‘비양심적인’ 합의로 보려고 하였던 과거 법원의 시각이 점점 사라지고 비양심 요건을 점점 더 분명히 하고 있는 추세에 있다.²²⁾ 예를 들어 *Fouts v. Milgard Mfg., Inc* 사건에서는 중재조항의 비양심성을 평가하면서 중재조항이 단순히 부합계약인 경우에 약자의 당사자로 하여금 계약조항의 변경이나 조정을 요구할 기회가 사라지지만 단지 이러한 사실만으로는 중재합의가 비양심적이라고는 할 수 없고 동 조항이 여타의 계약조항에 묻혀 발견하기 어려운 상태에 있거나 또는 상대방의 합리적 기대를 벗어난 형태를 취하는 경우에 비양심적이라고 하면서 비양심성의 성립조건을 구체화하기 시작하였다.²³⁾

또한 *Parada v. Superior Court* 사건에서 캘리포니아 항소법원은 중재조항이 부합계약의 형태로 포함되어 있을 때 양당사자 중 계약약자가 중재비용의 부담능력이 현저히 떨어지는 경우 중재합의가 비양심적이라고 하였다.²⁴⁾ 동 사건에서는 중재합

20) *Brown ex rel. Brown v. Genesis Healthcare Corp.*, 2011 WL 2611327 (W.Va.,2011).

21) *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740, (2011).

22) *Fouts v. Milgard Mfg., Inc.*, N.D.Cal., (2012) (stating “Plaintiff does not contend that he was unable to read the Agreement before signing it, or that he could not understand its terms. Although the plaintiff did have to sign the contract as a condition of employment, this does not render the contract unconscionable. Accordingly, there is no evidence of procedural unconscionability in the execution of the Agreement.”); *Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto*, 517 U.S. 681, 687 (1996) (stating “a court may not rely on the uniqueness of an agreement to arbitrate as a basis for a state-law holding that enforcement would be unconscionable, for this would enable the court to effect what ... the state legislature cannot.”).

23) *Fouts v. Milgard Mfg., Inc.*, WL 1438817, (2012).

의 비양심성의 판단시점에 대하여 중재합의가 맺어지는 시점이라고 하여 이후에 중재비용의 절감을 위한 중재절차의 제안은 비양심의 판단과정에 제외시킴으로서 부합계약의 비양심성의 성립 시점에 관한 판단 기준을 더욱 세분화하였다.²⁵⁾

3. 부합계약의 법적효과

일반적으로 부합계약이라는 사실만으로는 계약의 효력에 영향을 미칠 수 없다. 다만 부합계약이라는 사실과 위에서 언급하였던 추가적인 두 가지의 요건 즉 비양심성의 요건을 충족하거나 합리적 기대범위를 벗어나는 경우에 유효한 항변사유가 되어 계약의 효력이 거부될 수 있다.²⁶⁾ 따라서 부합계약의 법적효과는 단지 부합계약조항의 법적인 강제성(legal enforceability)을 분석하기 위하여 일차적인 전제가 된다는 점 외에는 달리 계약을 무효로 할 수 있는 결정적인 힘은 없다고 할 수 있다.²⁷⁾

비양심성의 요건을 충족시키지 못하여 부합계약이 유효하다고 한 판례로서 *Stelluti v. Casapenn Enterprises, LLC.* 사건을 들 수 있다.²⁸⁾ 동 사건에서는 원고가 피트니스 센터에서 연습을 하는 도중에 상처를 입어 불법행위에 기한 손해배상을 청구하였으나 클럽 측에서는 면책조항 (exculpatory clause)을 근거로 소의 각하 명령 청구 (summary judgement for dismissal)를 하였고 동 청구가 뉴저지 대법원에 의하여 받아들여졌다. 뉴저지 대법원은 면책조항이 부합계약이기는 하지만 강압적이거나(oppressive) 비양심적이지 (unconscionable) 않았다고 판시하여 부합계약 자체 만으로서는 계약조항이 무효가 될 수 없음을 공고히 하였다.

한편 *Jones v. Wells Fargo Bank* 사건에서 캘리포니아 법원은 부합계약의 유효성 판단과 관련하여 합리적 기대요건을 벗어남으로서 무효가 되는 경우를 실체적 비양심 (substantively unconscionable)에 해당한다고 하며 계약당사자간의 위험부담을 특정의 당사자에게 기대에 어긋나게 불균형하게 부담시키는 것은 합리적 기대요건

24) *Parada v. Superior Court*, 176 Cal.App.4th 1554 (2009).

25) 상계각주.

26) See, e.g., *Scissor-Tail*, 623 P.2d at 172-73 (“To describe a contract as adhesive in character is not to indicate its legal effect contract of adhesion is fully enforceable according to its terms unless certain other factors are present...”).

27) *Graham v. Scissor-Tail, Inc.*, 623 P.2d at 172-73 (1981) (stating “To describe a contract as adhesive in character is not to indicate its legal effect. It is, rather, “the beginning and not the end of the analysis insofar as enforceability of its terms is concerned.”).

28) *Stelluti v. Casapenn Enterprises, LLC.*, 203 N.J. 286, (2010).

을 벗어나는 것 이라고 하였다.²⁹⁾ 그러나 *Mayers v. Volt Management Corp.* 사건에서는 캘리포니아 법원은 부합계약조항으로서 중재합의조항은 당사자의 합리적인 기대를 벗어나는 것이 아니라고 중재합의조항이 유효하고 주장하는 피고에게 유리한 판정을 내렸다.³⁰⁾

이상에서 부합계약조항의 유무효를 가리는 비양심성 요건과 합리적 기대요건 외에 해석원리로서 계약서 작성자에게 불리하게 해석되어야 한다는 부합계약 관련 판례가 있다. *North Pacific Ins. Co. v. Gardner* 사건에서 아이다호 법원은 보험계약은 부합계약이며 양당사자간에 협상에 근거하고 있지 않음으로 이러한 보험계약을 해석하는 경우에 모호함이 발생한다면 보험자(insurer)에게 최대한 불리한 쪽으로 해석되어야 한다³¹⁾ 판시하면서 부합계약조항은 계약서의 작성자에게 불리하게 해석되어야 한다는 원칙을 수립하였다.

부합계약의 해석과 관련하여 이러한 약자보호의 입장은 미국 제2차 계약법 리스 테이트먼트 (Second Restatement of Contracts) 에서도 발견된다. 동 법에서는 “표준화된 계약조항의 효력에 대하여 특정 계약조항이 포함되었다는 것을 인지하고 서명을 한 경우에는 계약자간에 해당조항을 합의한 것으로 본다”고 하고 있다.³²⁾ 하지만 이러한 계약조항들의 해석에 있어서 계약서 작성자가 계약상대방이 해당조항의 존재를 인식하였을 경우에는 계약서에 합의하지 않을 만한 충분한 사유가 됨을 인지하고 동 조항을 계약서에 포함시킨 경우에는 해당 조항은 계약의 일부로 해석되지 않는다고 하였다.³³⁾

이상에서는 부합계약성을 띠는 경우에 작성자 엄격해석의 원칙이 인정됨과 더불어 계약의 성립자체를 부인하기 위해서는 앞에서 본 바와 같이 비양심성의 원리와 합리적 기대의 위반 요건이 추가로 성립되어야 한다. 엄격해석의 원칙의 경우에는

29) *Jones v. Wells Fargo Bank*, 112 Cal.App.4th 1527, (2003); *Mayers v. Volt Management Corp.* 137 Cal.Rptr.3d 657, 664, (2012).

30) *Mayers v. Volt Management Corp.*, 137 Cal.Rptr.3d 657, 665 (2012) (citing “Arbitration itself is a fairly common means of dispute resolution and would not be beyond the reasonable expectation of the weaker party.”); *Parada v. Superior Court*, 176 Cal.App.4th at p. 1571).

31) *North Pacific Ins. Co. v. Gardner*, Slip Copy, 2012 WL 3219853, D.Idaho, (2012).

32) REST 2d CONTR § 211, (1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing.

33) REST 2d CONTR § 211, (3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

계약성립 자체를 부인하지는 않지만 계약해석상에서 모호한 부분이 발생하면 계약 작성자에게 엄격하게 해석하겠다는 것이고 비양심성 내지 합리적 기대요건은 위반의 경우에 계약조항을 아예 무효로 한다는 점에서 강도의 차이가 있다. 즉 해석원리로서의 부합계약의 효과보다는 계약유효성 요건으로서 부합계약의 법적효력이 당사자에게 더욱 근본적인 영향을 미치게 된다고 할 수 있다.

Ⅲ. 소비자중재조항의 부합계약성

1. 소비자중재조항의 법적특성

비용과 시간 면에서 효율적이라는 중재제도는 중재합의가 있어야만 진행될 수 있는 분쟁해결도구이다. 이러한 중재합의에는 사전중재합의와 사후중재합의가 있는데³⁴⁾ 분쟁이 발생하고 난 후에 당해 분쟁을 해결하기 위하여 체결되는 중재합의는 사후중재합의에 의하여 이루어진다고 할 수 있고, 계약조항의 일부로서의 포함되는 중재합의조항은 사전중재합의로 이루어지는 것이 일반적이다. 대체로 기업과 소비자 간의 분쟁에 있어서는 사전중재합의가 있어야 중재가 진행되는 것이 일반적이지만, 이는 분쟁이 시작되고 난 후에는 계약 약자인 소비자는 소송에 의해 분쟁을 해결하려는 것이 일반적이기 때문이다.³⁵⁾

소비자중재합의는 기업과 소비자 사이에 이루어지는 중재합의로서 기업과 불특정 다수의 소비자를 대상으로 하는 중재합의의 특성을 가진다. 이런 경우 기업은 지속적으로 동일한 중재조항에 노출되지만 소비자의 경우는 일회성의 중재조항에 의하여 중재에 합의하게 되어 중재조항의 법적인 효력이나 심지어 중재조항의 포함여부까지도 간과하는 경우가 발생하게 된다. 이러한 소비자의 불리한 법적지위를 보호하기 위하여 미국에서는 의식적 인지능력 법리(Voluntary, knowing, intelligent, VKI Doctrine)가 나타나기는 하였지만, 소비자보호 법리로서 동 법리에 대한 법원의 입장은 조심스런 모습을 보이고 있다.³⁶⁾

34) 9 U.S.C.A. § 2, 한국 중재법 제8조(중재합의의 방식) ① 중재합의는 독립된 합의 또는 계약에 중재조항을 포함하는 형식으로 할 수 있다.; 사전중재합의는 분쟁이 있기 전에 당사자 간에 중재합의를 체결하는 것이며 사후중재합의는 분쟁이 발생하고 난 후에 당사자 간에 분쟁해결을 위한 중재합의를 체결하는 것이다.

35) Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996); Sydnor v. Consecro Fin. Servicing Corp., 252 F.3d 302, (2001), p.307; Dabney v. Option One Mortgage Corp., 2001 U.S. Dist. LEXIS 4949 (E.D. Pa. April 19, 2001).

36) Caley v. Gulfstream Aerospace Corp., 428 F.3d 1359, 1371, C.A.11 (Ga., 2005); American

소비자중재합의는 기업간 중재합의에서와 동일한 법률효과를 가진다. 즉 중재합의에 의한 방소항변의 효력과 이에 따른 중재판정의 확정판결효력은 소비자중재합의에서도 동일하게 인정된다. 소비자가 처할 수 있는 법적위험은 방소항변의 효력에서 주로 발견되는데 중재합의로 인한 방소항변권의 인정은 미국 연방수정헌법 6조에서 보장된 당사자의 배심재판의 청구권을 박탈하게 된다. 이러한 법률적 위험 때문에 미국에서는 소비자의 권리를 보호하는 차원에서 소비자중재에 대한 일정한 법적제한을 가하여야 한다는 주장이 제기되고 왔고 제한적으로 의회입법이 이루어졌다.³⁷⁾

소비자중재조항의 법적위험은 대부분 소비자중재조항의 부합계약성에서 비롯된다고 할 있다. 부합계약성의 법적요건은 부합계약의 정의에서도³⁸⁾ 나타나듯이 약자의 당사자가 계약조항에 대한 협상의 여지없이 선택을 강요받는 표준계약이다. 중재합의가 이와 같이 중재조항으로서 표준화된 계약서에 포함된다면 이는 부합계약임에는 여지가 없다. 그러나 이러한 부합계약성을 가지는 소비자중재조항이 법적효력을 유지하느냐에 대해서는 앞에서 언급한 추가적인 요건을 충족시켜야만 한다.³⁹⁾

소비자중재조항의 부합계약성으로 인하여 소비자에게 발생할 수 있는 법적인 위

Heritage Life Ins. Co. v. Orr (holding that parties' arbitration agreement, which stated that the right to a trial and to a jury were waived, validly waived those trial rights, and rejecting arguments that a heightened "clear and unmistakable" or "voluntary, knowing, and intelligent" standard applied to the waiver); Williams v. Jo-Carroll Energy, Inc., 382 Ill.App.3d 781 (Ill.App. 2 Dist. 2008) (stating "The right to a jury trial applies only after it is established that the litigation should proceed before a court; if the claims are properly before an arbitrator pursuant to a valid arbitration agreement, the jury trial right vanishes.").

37) Arbitration Fairness Act of 2007, S. 1782 & H.R. 3010, 110th Cong. 2007; 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) ; 하충룡, "소비자중재합의에서의 VKI법리에 관한 고찰", 중재연구, 제21권, 제3호, 2011, pp. 165-187.

38) Henry Campbell Black., Black's Law Dictionary, West, 1990, "Standardized contract form offered to consumers of goods and services on essentially "take it or leave it" basis without affording consumer realistic opportunity to bargain and under such conditions that consumer cannot obtain desired product or services except by acquiescing in form contract."

39) Bixler v. Next Financial Group, Inc., 2012 WL 877109, (D.Mont.,2012), (stating "Under Montana law, a contract of adhesion becomes unenforceable against the weaker party if it is: (1) not within their reasonable expectations, or (2) within their reasonable expectations, but, when considered in its context, proves unduly oppressive, unconscionable, or against public policy.").

험은 몇 가지로 요약될 수 있다. 첫째, 소비자는 주된 계약을 체결하기 위하여 자신이 원하지 않는 중재합의를 해야만 하는데 이는 계약자유의 원칙에 벗어날 수 있는 위험성이 있다. 전체 계약을 체결할 것인지 말 것인지는 당사자의 자유라고 할지라도 원하지 않는 특정 조항과 전체계약을 연계시키는 것은 계약약자의 의사를 압박하는 것이라 할 수 있다.

둘째, 계약조항이 복잡하고 다양한 경우에는 소비자가 소비자중재조항이 있는 지도 모르는 상황에서 중재합의를 체결할 수 있다. 이런 경우에 설령 소비자가 사후적으로 중재에 응하고 이에 불만이 없다고 하더라도 해당 중재합의의 의사표시에 하자(瑕疵)가 있어 계약의 성립을 저지할 수 있다.⁴⁰⁾ 기본적으로 일방의 당사자의 의사가 결여된 경우에는 상호합의가 성립될 수 없으며 이는 미국 계약법상 당사자의 의사가 반영되지 않은 합의로서 무효가능(voidable) 하다고 할 것이다.

마지막으로 소비자에게 발생할 수 있는 위험은 중재제도 자체의 특성에서 연유한다. 소비자가 계약 약자이긴 하지만 소비자중재합의를 체결하게 되면 소비자의 소송청구권이 배제된다.⁴¹⁾ 이러한 중재합의의 법적효력은 중재제도에 대한 지식이 없는 소비자들에게 예상치 못한 것일 수 있다. 이에 따라서 중재조항의 설명의무 등 여러 가지의 추가의무를 계약체결시에 부과하고 있긴 하지만 이러한 의무를 충족시키는 기준은 각 주별로 일치하고 있지 않고 이에 대한 법원의 판례는 다양하다.⁴²⁾

40) 계약의 성립을 위해서는 양 당사자의 의사의 합치(meetign of minds)가 요구된다.

41) 9 USCA § 3, Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration: If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration. Korea Arbitration Act Article 9 Arbitration Agreement and Substantive Claim before Court: (1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, when the respondent raises a plea for the existence of an arbitration agreement, reject the action: Provided, that this shall not apply in case where it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being preformed.

42) Caley v. Gulfstream Aerospace Corp., 428 F.3d 1359, 1371, C.A.11 (Ga., 2005); American Heritage Life Ins. Co. v. Orr (holding that parties' arbitration agreement, which stated that the right to a trial and to a jury were waived, validly waived those trial rights, and rejecting arguments that a heightened "clear and unmistakable" or "voluntary, knowing, and intelligent" standard applied to the waiver); Williams v. Jo-Carroll Energy, Inc., 382 Ill.App.3d 781 (Ill.App. 2 Dist, 2008) (stating "The right to a jury trial applies only after it is established that the litigation should proceed before a court; if the claims are properly before an arbitrator pursuant to a valid arbitration agreement, the jury trial right

2. 소비자중재조항의 부합계약성에 대한 최근 판례동향

소비자중재합의조항의 유효성에 관한 가장 최근의 판례는 *Harding v. Midsouth Bank* 사건에서 발견된다.⁴³⁾ 동 사건에서 원고는 현금결제카드를 초과 사용하였고 이에 대해 은행은 과도한 수수료를 부과하였다고 주장하면서 소송을 제기하였다. 이에 대해 피고는 중재조항이 거래계약서에 포함되어 있으므로 동 사건은 중재로 해결되어야 한다며 중재이행명령청구(Motion to Compel Arbitration and Stay Proceedings)를 하였고 법원은 동 청구를 받아들였다. 원고는 중재조항이 비양심적이고 복잡한 계약조항의 일부로 제시되어있으므로 무효라고 주장하였으나 법원은 이를 중재합의무효의 정당한 사유가 되지 않음을 판시하고 중재이행을 명령하였다.⁴⁴⁾

또한 소비자중재합의조항의 부합계약성으로 인해 중재합의가 무효라고 주장한 *Mance v. Mercedes-Benz USA* 사건에서⁴⁵⁾ 법원은 부합계약성 자체가 중재합의를 항상 무효로 만들지는 않으며 중재합의가 무효가 되기 위해서는 중재합의과정이 절차적 비양심에 해당해야 하는데 이러한 절차적 비양심은 “양당사자의 협상력이 심각하게 불균형 (grossly unequal)” 일 때 발생한다고 하며 원고 패소판정을 내렸다.⁴⁶⁾ 이러한 법원의 판결은 중재합의가 사전중재조항의 형태로 포함되는 경우 그 자체로 무효로 하기는 점점 어려워지고 계약과정에서 계약의 형평성을 위협하는 특별한 구성요소가 필요하게 되었음을 의미한다.⁴⁷⁾

vanishes.”).

43) 2012 WL 4753414, W.D.La., (2012).

44) 2012 WL 4753414, p.3, W.D.La., (2012). (stating “This Court disagrees. The clause at issue is easy to find within the Agreement document, below a bolded heading. It includes lines which are capitalized for emphasis, and its language appears clear enough to be reasonably understood by a reader.”).

45) *Mance v. Mercedes-Benz USA*, Slip Copy, 2012 WL 4497369, N.D.Cal., (2012).

46) *Mance v. Mercedes-Benz USA*, Slip Copy, 2012 WL 4497369, p.9, N.D.Cal., (2012). (citing “Here, the arbitration agreement is not procedurally unconscionable. Although Plaintiffs assert the arbitration agreement was a contract of adhesion, presented a mandatory condition of employment, “[t]he adhesive nature of [a] contract will not always make it procedurally unconscionable. When bargaining power is not grossly unequal and reasonable alternatives exist, oppression typically inherent in adhesion contracts is minimal.”, *Ruhe v. Masimo Corp.*, No. SACV 11-00734-CJC (JCGx), 2011 WL 4442790, at 3 (C.D.Cal. Sep. 16, 2011).

47) *Mance v. Mercedes-Benz USA*, Slip Copy, 2012 WL 4497369, p.9, N.D.Cal., September 28, 2012. (stating “The clear import of *Concepcion*, though, pushes against finding that an adhesive contract, without more, is per se procedurally unconscionable.”)

원고가 피고에 대하여 미지급임금을 청구하는 Porter v. MC Equities, LLC 사건에서 오하이오주 법원은 연방중재법에 따라 중재이행명령을 청구한 피고의 주장을 받아들이면서 “중재조항이 소비자계약서에 포함된다면 이는 일반적인 중재합의의 경우보다 더 큰 유보사항을 고려하여야 하지만 그렇다고 하여 부합계약성으로 인하여 소비자중재조항이 무효가 될 정도로 비양심적인 것은 아니다”라고 하였다.⁴⁸⁾ 동 사건에서 원고는 중재합의조항을 검토할 시간이 없었고 피고 또한 추가적인 설명을 하지 않아 동 중재조항이 절차적인 비양심에 빠져 있다고 주장하였으나 법원은 이 또한 근거가 없다고 하며 비양심성의 주장을 기각하였다.⁴⁹⁾

원고가 주장하는 중재합의조항의 무효를 거부하며 중재합의조항의 부합계약성까지도 거부한 법원 태도가 Crouse v. LaGrange Junction Ltd. 사건에서 발견된다.⁵⁰⁾ 동 사건에서 원고인 주택소유자는 피고인 건설회사가 하자있는 주택의 인도로 인하여 받게 된 법적인 손실을 보상받고자 한데 대하여 피고는 중재합의조항에 따라 중재에 의하여 분쟁이 해결되어야 한다고 주장하였으며 원고는 이에 대해 동 중재조항은 부합계약이며 또한 절차적 비양심조항에 해당되어 중재합의조항은 무효라고 주장하였다. 이러한 양당사자의 주장에 대하여 법원은 원고가 설명의 불충분, 계약서기간의 불참, 중재조항의미의 미인지 등을 들어 절차적 비양심을 주장하고 있으나 이로서는 불충분하고, 더욱이 해당 중재조항은 글자의 크기가 다른 조항과의 평균치는 되며 양당사자 모두 협상력에 있어 불균형이 발생하지 않아 부합계약이라고 볼 수 없을 뿐 아니라 동 중재합의조항의 절차적 비양심을 입증하는 충분한 근거를 제시하지 못하였다고 하면서 중재의 진행을 명령하였다.⁵¹⁾

그러나 *Lucesia Cisneros v. American General Financial Services, Inc. et al.* 사건에서는 피고의 판매대리인이 원고에게 컴퓨터를 판매하는 과정에서 절차적비양심과 실제적비양심이 있었다고 하여 소비자중재조항의 유효성을 거부한 경우가 있다.⁵²⁾ 동 사건에서 법원은 원고는 이주한 멕시코 근로자로서 영어교육을 제대로 받지 못하여 읽지도 쓰지도 못하는 상황이었으며 더욱이 판매대리인과 원고가 구두로 이루어진 판매과정에서는 의사소통을 모두 스페인어로 하였으나 실제로 문서를 작성하는 과정에서는 영어로 되어있었던 점도 절차적 비양심을 구성하기에 충분하다고 하였다.⁵³⁾

48) Porter v. MC Equities, LLC, Slip Copy, 2012 WL 3778973, p.11, N.D.Ohio, (2012).

49) 상계서 p. 12.

50) Crouse v. LaGrange Junction Ltd., 973 N.E.2d 822, Ohio App., (2012).

51) Crouse v. LaGrange Junction Ltd., 973 N.E.2d 822, Ohio App., (2012).

52) Cisneros v. American General Financial Services, Inc., Slip Copy, 2012 WL 3025913, N.D.Cal., (2012).

또한 동 법원은 실제적인 비양심도 추가로 심사하여 이를 인정하였는데, 실제적인 비양심과 관련하여 중재합의조항에서 약자인 원고는 오직 중재에만 의하여 분쟁을 해결하게 하고 강자인 피고는 소송과 중재의 선택권을 갖게 되는 협상력의 불균형은 실제적인 비양심을 초래하는 요소로 볼 수 있다고 하였다.⁵⁴⁾ 하지만 이러한 판례이유는 약자인 소비자가 중재합의조항을 취소하기 위한 소송에서 실제적 비양심의 사유로 광범위하게 남용될 수 있어 중재제도의 확산을 추구하는 판례와는 상반되는 것으로 여겨진다.

비양심적 소비자중재조항으로 인하여 중재합의의 효력을 부인한 또 다른 판례로서 Seasons Homeowners Ass'n, Inc. v. Richmond American Homes of Nevada 사건을 들 수 있는데, 동 사건에서 피고인 건설사는 원고 입주자들과의 중재합의조항에 근거하여 중재이행명령을 청구하였고 법원은 동 중재합의조항이 절차적 실제적 비양심요건을 충족한다고 보고 피고의 중재이행명령청구를 거부하였다.⁵⁵⁾ 동 법원은 중재조항이 읽기 힘들게 작성되어 있고 서명하는 페이지와 중재조항이 포함된 페이지가 계약서상에 다르게 나타나 있으며 또한 중재조항이 굵은 글자체로 되어있지 않은 점을 들어 절차적으로 비양심적이라고 하였으며, 중재에 응하지 않음으로서 청구할 수 있는 손해배상금액을 10,000 달러로 미리 책정한 것은 계약약자에게 실제적인 비양심 요건을 충족시키는 것이라 하였다.⁵⁶⁾

중재합의조항의 부합계약성 관련한 미국판례는 대체로 중재를 지지하는 쪽으로 기울어지고 있는 양상을 보이고 있지만,⁵⁷⁾ 위에서 본 바와 같이 아직은 소비자의

53) 상계서 p. 5.

54) 상계서 p. 7 (citing "an agreement requiring arbitration only for the claims of the weaker party but a choice of forums for the claims of the stronger party." *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, Inc.*, 24 Cal.4th 83, 119, cal.,2000; see also *Martinez v. Master Protection Corp.*, 118 Cal.App.4th 107, 115, 12 Cal.Rptr.3d 663 (2004) (holding that an arbitration agreement requiring employees to arbitrate all claims, but reserving employer's right to obtain injunctive relief in a judicial forum for certain causes of action, lacks mutuality)).

55) *Seasons Homeowners Ass'n, Inc. v. Richmond American Homes of Nevada*, Slip Copy, 2012 WL 2979013, D.Nev. (2012).

56) 상계서 p. 10.

57) *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S.Ct. 1740, 1750, U.S.,2011 (stating "[T]he times in which consumer contracts were anything other than adhesive are long past."); *Mance v. Mercedes-Benz USA*, Slip Copy, 2012 WL 4497369, p9, N.D.Cal.,2012 (stating "The clear import of *Concepcion*, though, pushes against finding that an adhesive contract, without more, is per se procedurally unconscionable."); *Lucas v. Hertz Corp.*, 2012 WL 2367617, p.11, N.D.Cal.,2012, (stating "Based on the foregoing, the court finds that the arbitration agreement at issue is procedurally unconscionable, but not substantively unconscionable. Hertz's motion to compel arbitration, then, is GRANTED."); *Cruz v. Cingular Wireless, LLC*,

보호라는 법익으로 절차적 실체적 비양심을 충족하는 경우에는 중재합의조항의 무효를 선고하고 있다.⁵⁸⁾ 하지만 중재합의의 부합계약성 관련한 판례경향에서 일반적으로는 소비자의 계약무효주장이 점점 설득력을 잃어가고 있는 추세를 보이고 있다. 또한 미국법원에서는 부합계약으로 인한 중재조항의 무효화를 위해서 절차적 비양심과 실체적 비양심을 추가로 요구하고 있는데,⁵⁹⁾ 이는 선택적 충족이 아니라 두 요건 모두 충족시킬 것을 요구함으로써 중재조항의 무효화를 더욱 어렵게 하고 있다는 점도 간과할 수 없다.

3. 기타 관련 법리

소비자중재합의 조항의 부합계약성과 관련한 법리는 필연적으로 중재합의가 계약의 일부조항으로 포함됨으로써 발생할 수 있는 여러 가지 법률적 문제와 연관 지어 논의될 수 있다. 부합계약성 관련 중재합의법리는 중재합의조항 분리원칙(Doctrine of Separability)과 자발적, 의식적, 인지능력 (Voluntary, Knowing, and Intelligent Doctrine: VKI)법리 등을 들 수 있다.⁶⁰⁾

중재합의조항의 분리원칙은 중재조항이 포함된 본 계약의 유효성이 중재조항의 효력에는 영향을 미치지 않는다는 원칙이다. 이는 일반적으로 여러 계약조항이 포함된 약관계약에서 계약의 주된 내용이 무효일 경우에 해당 약관도 무효가 되는 것에 대한 예외를 인정한 것이라 할 수 있으며, 또한 중재조항 자체가 분쟁을 해결하기 위한 방식에 대한 합의라는 특성을 반영한 것이기도 하다. 이러한 중재합의조항의 분리원칙은 Prima Paint 사건이후로부터 최근의 Buckey 사건에 이르기까지 미국 연방대법원에 의하여 일관되게 지지되어오고 있다.⁶¹⁾

중재합의조항의 부합계약성에 관한 법리는 중재조항을 여타의 조항과 연계시켜

648 F.3d 1205, C.A.11 (Fla.),2011 (stating "...the Plaintiffs here do not allege any defects in the formation of the contract, aside from its generally adhesive nature, which alone is insufficient to invalidate a consumer contract.").

58) Cisneros v. American General Financial Services, Inc., Slip Copy, 2012 WL 3025913, N.D.Cal., July 24, 2012; Seasons Homeowners Ass'n, Inc. v. Richmond American Homes of Nevada, Slip Copy, 2012 WL 2979013, D.Nev., (2012).

59) Mance v. Mercedes-Benz USA, Slip Copy, 2012 WL 4497369, p.6, (N.D.Cal.,2012) (stating "Unconscionability has both a procedural and a substantive component.").

60) 하충룡, "미국법상 중재합의조항 분리원칙에 관한 고찰", 「국제상학」, 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2005; 하충룡, "소비자중재합의에서의 VKI법리에 관한 고찰", 「중재연구」, 제21권, 제3호, 2011, pp. 165-187.

61) Prima Paint Corp. v Flood & Conklin Manufacturing Co. 388 U.S. 395 (1967); Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna, 126 S.Ct. 1204, 1204 (2006).

(take-it or-leave-it basis) 계약을 체결하려는 계약강자의 비양심성을 따져 계약을 무효로 하는 반면 중재합의조항 분리원칙은 다른 계약조항의 효력과는 분리하여 중재조항의 유효성을 따지려는 측면에서 서로 상반되는 면이 있다. 중재합의의 부합계약성을 기초로 무효를 주장하기 위해 비양심성을 따지는 경우보다 중재합의조항의 분리원칙이 우선 적용되고 중재합의 자체의 비양심성을 따지는 경우는 서로 다른 법적 효과를 초래할 것으로 보여 진다. 즉 중재합의조항의 분리원칙이 우선 적용되면 본 계약에서의 계약당사자의 협상력의 차이와 선택권의 부재 등의 문제로 인한 비양심성의 요건을 충족시키는 것이 어려워 중재조항은 훨씬 더 안정성을 가지게 될 것이지만, 중재조항을 분리시키지 않고 비양심성을 평가하면 본 계약의 비양심적인 부분까지 고려하게 됨으로 중재합의는 무효의 가능성이 높아질 것으로 보인다.

VKI 법리는 계약당사자의 의사가 자발적이고, 의식적이며, 인지능력(Voluntary, Knowing, and Intelligent: VKI)을 갖추어야 중재합의가 유효하다는 법리로서 미국 법원은 동요건의 적용요건을 점점 엄격히 하고 있는 추세이다.⁶²⁾ VKI 법리는 중재합의로 인하여 당사자가 연방수정헌법 제6조에서 보장되고 있는 배심재판권(right to jury trial)을 포기하여야 함으로 중재합의 의사표시의 진정성에 대하여 조금 더 엄격한 해석을 하여야 한다는 취지의 법리이다. 당사자의 계약의사표시의 확실성을 피한다는 면에서 동 법리는 부합계약법리와 상당한 부분이 일치한다고 볼 수 있다.

부합계약법리에서는 당사자의 협상력 불균형에 의하여 강압적인 협상이 이루어지거나 계약서의 작성자가 중재조항을 다른 조항과 불명확히 구별함으로써 당사자로 하여금 혼란을 초래하거나 중재조항에 대한 합의의사의 생성을 방해하는 경우 이를 비양심적이라고 보고 이러한 경우에는 부합중재계약을 무효로 한다. 소비자중재조항의 무효를 위한 부합계약이라는 형식 요건에 추가되는 절차적 실체적 비양심 요건(procedural and substantive unconscionability)은 VKI 법리와 더불어 당사자 의사표시의 진정성을 확보함으로써 계약성립의 하자를 없애기 위한 장치로서 계약법상의 항변사유로 볼 수 있다. 하지만 VKI 법리는 성립의 바탕이 중재계약의 특수성

62) American Heritage Life Ins. Co. v. Orr (holding that parties' arbitration agreement, which stated that the right to a trial and to a jury were waived, validly waived those trial rights, and rejecting arguments that a heightened "clear and unmistakable" or "voluntary, knowing, and intelligent" standard applied to the waiver); Williams v. Jo-Carroll Energy, Inc., 382 Ill.App.3d 781 (Ill.App. 2 Dist. 2008) (stating "The right to a jury trial applies only after it is established that the litigation should proceed before a court; if the claims are properly before an arbitrator pursuant to a valid arbitration agreement, the jury trial right vanishes.").

즉 재판청구권의 배제라고 하는 점을 고려하고 있으며,⁶³⁾ 이에 대한 부작용을 최소화하기 위하여 도입된 법리라는 점에서 완전히 계약법적인 항변사유로 보기에 한계가 있다.

IV. 결론

미국에서 부합계약의 법리는 일반적으로 계약약자를 보호하기 위한 법리로 출발하였는데 소비자중재에서도 계약약자의 보호차원이라는 관점에서 적용되어 왔다. 소비자중재와 관련한 약자보호의 법리는 대체로 비양심성(Unconscionability)의 법리, 자발적, 의식적 및 인지능력 법리 (voluntary, knowing and intelligent doctrine) 그리고 부합계약의 법리 등으로 요약될 수 있고 본고에서는 부합계약의 법리를 중심으로 살펴보았다.

소비자중재합의에 대한 부합계약 법리의 적용 초기에는 부합계약이라는 사실만으로 중재조항을 무효로 할 수 있었으나 최근에는 소비자중재조항의 부합계약성에 더하여 합리적 기대위반과 비양심성의 요건들이 추가되었다. 이는 의사표시의 진정성을 중시하는 계약법적인 요소가 소비자중재조항의 유효성 판단에 더해짐으로서 부합계약성에 근거한 소비자중재조항의 효력을 판단하는 과정이 점점 엄격해지고 있음을 나타낸다.

또한 비양심성의 요건과 관련하여서는 절차적 비양심과 실체적 비양심이 모두 충족되어야 소비자중재조항을 무효로 할 수 있다고 하여 일반적으로 무효요건으로서 계약법에서 요구하고 있는 양자택일 충족요건이 소비자중재조항의 부합계약성 심사에서는 양자가 모두 충족되어야 하는 양자필수 요건이 되어 중재합의의 부합계약성에 기한 무효요건이 점점 엄격해지고 있다.

부합계약에 따른 법률효과는 작성자 엄격해석의 원칙과, 비양심성 내지는 합리적 기대요건의 위반 등으로 인한 무효효과를 살펴보았는데, 작성자 엄격해석의 원칙은 계약조항의 해석에 있어서 애매한 상황이 발생할 때 계약서의 작성자에게 불리하게

63) 미국 연방중재법, 9 USCA §3 (s 3. Stay of proceedings where issue therein referable to arbitration. If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action until such arbitration has been had in accordance with the terms of the agreement, providing the applicant for the stay is not in default in proceeding with such arbitration.),

해석함으로서 후자의 법률효과 즉 계약무효 효과보다는 계약약자를 보호하는 힘이 약하다고 할 수 있다.

소비자중재합의조항의 부합계약성 문제는 소비자로 하여금 원하지 않는 중재조항에 합의하게 만드는 위험성, 자신도 인지 못하는 사이에 다른 조항에 묻혀있는 중재조항에 동의하게 되는 위험성, 그리고 소비자들 스스로도 인지하지 못한 재판청구권의 배제의 위험성 등으로 요약될 수 있다. 이들 위험성을 해소하는 법원판결 중에 첫 번째와 두 번째는 계약법의 본질적인 법리인 비양심성의 법리에 의하여 소비자들이 구제되었고 세 번째의 위험성은 VKI 법리에 의하여 소비자들이 구제되었다.

이들 세 가지의 소비자관련 법률적 위험성 중에서 VKI 법리와 관련한 위험성은 중재의 특성상 발생하는 문제점을 해결하기 위한 법리라는 점에서 연방대법원이 중재합의를 무효로 하기 위해서는 항상 각 주의 계약법을 적용하여야 하고 중재를 특별히 겨냥하여 계약약자를 보호하기 위한 법을 적용해서는 안 된다는 계약법우선주의를 벗어나는 면이 있다.⁶⁴⁾ 따라서 이런 약점으로 인해 VKI 법리가 앞으로도 소비자보호법리로서 여전히 적용될 수 있을 것인지의 문제는 연방대법원의 결정에 달려 있다고 보아야 한다.

한편 부합계약성을 띠는 소비자중재합의의 경우에는 계약 약자인 소비자를 제도적으로 보호하기 위하여 각국의 중재원차원에서 소비자에게 중재제도에 대한 홍보가 필요한 시점이고 기업측에게는 중재합의조항의 포함에 따른 소비자들의 주의를 촉구하는 설명의무를 성실히 이행할 것을 적극적으로 촉구하고 홍보할 필요가 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

김석철, “소비자피해구제 실태분석을 통한 소비자중재제도 도입방안 연구”, 「중재연구」, 제12권, 제1호, 한국중재학회, 2002.

박성용, “소비자분쟁해결제도에 중재제도 도입가능성에 관한 연구”, 「중재연

64) Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996), p.687; National Consumer Law Center, Consumer Arbitration Agreement, The Consumer Credit and Sales Legal Practice Series (2004), p.36.

- 구」, 제19권, 제2호, 한국중재학회, 2009.
- 이병준, “소비자법 내에서의 소비자기본법상 집단분쟁조정제도의 역할과 과제”, 「중재연구」, 제18권, 제3호, 한국중재학회, 2008.
- 정선주, “소비자중재에서 소비자보호의 문제”, 「서울대학교 법학」, 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2009.
- 하충룡, “미국법상 중재합의조항 분리원칙에 관한 고찰”, 「국제상학」, 제21권 제3호, 한국국제상학회, 2005.
- 하충룡, “소비자중재합의의 미국계약법상 항변”, 「중재연구」, 제20권, 제2호, 한국중재학회, 2010.
- 하충룡, “소비자중재합의에서의 VKI법리에 관한 고찰”, 「중재연구」, 제21권, 제3호, 한국중재학회, 2011.

2. 판례

- AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 131 S.Ct. 1740 (2011).
- Bixler v. Next Financial Group, Inc., 2012 WL 877109, (D.Mont., 2012)
- Bondanza v. Peninsula Hospital & Medical Center, 23 Cal.3d 260, 267, (Ca., 1979).
- Brown ex rel. Brown v. Genesis Healthcare Corp., 2011 WL 2611327, (W.Va., 2011).
- Caley v. Gulfstream Aerospace Corp. 428 F.3d 1359, 1371, C.A.11, (Ga., 2005)
- Charles J. Moxley, Jr, “Message from the Chair,” New York Dispute Resolution Lawyer, NYSBA, Vol.5, No.1, 2012.
- Crouse v. LaGrange Junction Ltd., 973 N.E.2d 822, Ohio App, (2012).
- Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 517 U.S. 681 (1996).
- Fouts v. Milgard Mfg., Inc., WL 1438817, (2012).
- Graham v. Scissor-Tail, Inc., 623 P.2d at 172-73 (1981)
- Herndon v. Waller, 241 Ga.App. 494, 495, (Ga.App., 1999).
- Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc. 32 N.J. 358, 389 (1960)
- Iwen v. U.S. West Direct, a Div. of U.S. West Marketing Resources Group, Inc., 293 Mont. 512, 520 (1999).

Jones v. Wells Fargo Bank, 112 Cal.App.4th 1527, (2003)

Mance v. Mercedes-Benz USA, Slip Copy, 2012 WL 4497369, N.D.Cal., (2012)

National Mut. Ins. Co. v. Eward, 517 N.E.2d 95, 100, (Ind.App. 4 Dist.,1987)

North Pacific Ins. Co. v. Gardner, Slip Copy, 2012 WL 3219853, D.Idaho, (2012).

Parada v. Superior Court, 176 Cal.App.4th 1554 (2009).

Prima Paint Corp. v Flood & Conklin Manufacturing Co. 388 U.S. 395 (1967)

Rude v. NUCO Edn. Corp., Slip Copy, 2011 WL 6931516, (Ohio App. 9 Dist.,2011).

Stelluti v. Casapenn Enterprises, LLC., 203 N.J. 286, (2010).

Zigrang v. U.S. Bancorp Piper Jaffray, Inc., 329 Mont. 239 (2005).

Abstract

Review on the Adhesiveness of Consumer Arbitration Agreements: U.S. Laws

Choong-Lyong Ha

This paper investigates the U.S. courts' attitudes toward the legal doctrine of adhesion contracts, which have been employed as contract defenses by individual consumers who have entered into consumer arbitration agreements with businesses. Some requirements have been added to the sole adhesiveness of the arbitration clause that can invalidate the arbitration clause, including unconscionability and unreasonable harshness. It seems that the U.S. courts have moved toward a more tightened stance in evaluating the validity of consumer arbitration clauses, favoring consumer arbitration.

Key Words : Contract of Adhesion, Consumer Arbitration, Protection of Consumers, Arbitration Agreements