

## 미국 요양원 입소계약상의 강제적 중재 조항에 관한 미국 법원의 절차적, 실체적 비양심성 법리 고찰\*

Review of U.S. Courts' Procedural and Substantive Unconscionability  
Doctrine Regarding Mandatory Arbitration Agreement in the Nursing  
Home Contracts

신승남\*\*  
Seungnam Shin

### 〈 목 차 〉

- I. 서론
  - II. 미국 주들의 반중재 법률에 대한 미국 연방법의 선점원칙(Premption)
  - III. 미국 법원의 비양심성 법리의 분석
  - IV. 미국 요양원 입소계약에 포함된 강제적 중재조항에 관한 비양심성 법리의 분석
  - V. 미국 요양원 입소계약에 포함된 강제적 중재조항의 문제점 개선
  - VI. 결론
- 참고문헌  
Abstract

**주제어** : 알콜 중독, 절차적 실체적 비양심성, 중재약정, 부합계약, 미국연방중재법

\* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-과제번호)  
(NRF-2020S1A5B8100993)

\*\* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수, [hisam@ewha.ac.kr](mailto:hisam@ewha.ac.kr)

## I. 서론

80세가 넘는 노인 Pauline Willett이 알코올중독으로 인한 알코올성 치매질환에 덧붙여 서 고혈압, 당뇨 등 복수의 질환으로 치료를 받으러 입원하면서 그녀의 딸인 Sharon은 그 자신도 건강상 문제가 심각해지는 것을 자각하면서 Pauline이 병원에서 퇴소하면 자신이 병원치료를 받는 동안 잠시 요양원에 입소시키고자 계획하였다. 요양원을 찾아내어 70페이지가 넘는 요양원 입소계약을 자신의 어머니 대신에 서명하였는데, 그 입소계약서에는 두 페이지에 걸친 중재조항이 있었다. 이 조항은 요양원 입소자가 요양원의 고의나 과실로 인한 손해나 사망을 원인으로 요양원을 상대로 제기하는 법률분쟁은 법원으로 가지 않고 법적 구속력을 갖는 중재절차를 거치도록 하는 강제적 중재조항이었다.

입소후 5주 이내로 Pauline은 급격히 몸무게가 줄면서 심각한 감염중세가 생기고 급기야는 혼수상태에 빠졌다. 요양원에서 그녀를 급히 병원으로 입원시켰는데 의사는 그녀가 심하게 탈수증세를 보였고, 폐렴, 신장부전증 등 다수의 심각한 질환을 앓고 있다고 진단하였으며, 그런 후 3일 후에 사망하였다. Sharon은 자신의 어머니를 대신하여 요양원을 상대로 자신의 어머니가 요양원의 과실로 사망하였다고 주장하면서 소를 제기하였으며, 요양원은 Sharon이 어머니인 Pauline을 대리하여 입소계약에 서명하였으므로 본건 분쟁은 중재절차로 이송되어야 하고 따라서 해당 소송은 각하되어야 한다고 주장하였다. 이러한 분쟁은 미국 각 주 소재 요양원에서 빈번하게 발생해왔으며 이러한 강제적 중재조항이 법적구속력을 가지고 집행될 수 있는 가에 대한 이슈의 중심에 미국 판례법 상 비양심성의 법리(Doctrine of Unconscionability)가 자리를 잡고 있다.

## II. 미국 주들의 반중재 법률에 대한 미국 연방법의 선점원칙(Preemption)

### 1. 미국 연방 중재법

미국 연방의회는 중재조항 (상사거래 등 주된 계약에 포함되어 있는 중재조항으로 인하여 해당 계약상 분쟁이 발생할 경우 중재조항의 존재로 인하여 법원이 관할을 갖지 않고

중재판정부가 전속 관할을 갖게 되는 경우의 ‘중재조항’을 말한다)도 다른 계약과 동일한 입장에서 효력을 가질 수 있도록 1925년에 연방중재법<sup>1)</sup>을 제정하였다. 연방중재법 제2조에 따르면 중재절차에 의해 분쟁을 해결하려는 해상거래, 기타 상사거래와 관련된 서면 계약은 유효하며 법적 집행력이 있다고 규정하고 있다. 그 결과 연방중재법은 중재조항의 효력을 인정하지 않는 주 법률에 대한 선점효력을 가지며, 그 결과 충돌되는 해당 주 법률의 규정은 적용이 배제되게 되었다.

## 2. 요양원 입소계약에의 미국 연방중재법의 적용

미국 요양원의 영업활동이 미국 연방중재법의 구제범위에 속하게 되는 건거는 다음과 같다. 첫째, 미국 연방법은 요양원이 미국 노인의료보험제도 (Medicare) 및 저소득층의 의료보장제도 (Medicaid)에 관여하는 최소한의 기준을 수립하고 구체적인 표준지침을 개정하는 기능을 수행한다<sup>2)</sup>. 둘째, 미국 노인의료보험제도와 저소득층의 의료보장제도에 근거한 지출 비용은 요양원의 소득의 상당한 비중을 차지하며, 이러한 제도들에 근거하여 요양원들에게 지출되는 비용은 미국연방정부 예산의 상당한 지분을 차지한다<sup>3)</sup>. 또한, 미국 주 법원들도 미국 연방중재법이 요양원에 적용되며, 요양원과 입소자들사이의 강제적 중재조항을 금지하는 미국 주 법률들에 대하여 선점 효과를 갖는다는 것을 판시하고 있다<sup>4)</sup>.

## 3. 비양심성 법리에 근거한 강제적 중재조항의 법적 집행력 문제 고찰

요양원 입소계약에 포함된 강제적 중재조항을 무효화시키는 가장 보편적인 근거는 비양심성의 법리이다. 통상적으로 미국 주 법원들이 강제적 중재조항을 무효화시키는 것은 절대적 협상력을 가진 요양원에게 일방적으로 유리한 조건의 중재조항이어서 이러한 중재조항에 법적 집행력을 인정하는 것이 부당하다고 인정되는 경우이다. 비양심성이 존재하기 위해서는 일반적으로 해당 중재조항이 체결될 당시 절차적일 뿐만 아니라 실체적으로도 비양심적이라는 입증이 필요하다. 절차적인 비양심성의 판단을 위해서는 중재조항에 서명하는 과정에서 부당한 압력이나 기망적인 전략이 구사되었는가, 요양원 입소계약 내의 작은 글씨로 강제적 중재조항이 포함되어 있었는가, 강제적 중재조항 서명자의 학력 수준 및 중재조항의 의미를 이해하였는가, 그리고 서명 당사자들 사이에 협상력의 차이가 심각

1) Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. Section 2.

2) 42 U.S.C. Section 1395i-3, 42 U.S.C. Section 1396r; 42 C.F.R. Part 483, Subpart B.

3) *Citizens Bank v. Alafabco, Inc.* 539 US 52(2003).

4) *Owens v. Coosa Valley Health Care, Inc.*, 890 So.2d 983 (Ala.2004); *In re Nexion Health at Humble, Inc.*, 173 S.W.3d. 67 (Tex.2005); *Vicksburg Partners, L.P. v. Stephens*, 911 So.2d 507 (Miss.2005).

할 정도이었는가 등을 고려한다. 실제적인 비양심성의 판단을 위해서는 양심에 충격을 줄 정도로 중재조항의 내용이 불공정한가를 기준으로 삼으면서 계약의 쌍방성의 존재 여부, 계약의 조건이 일방당사자에게 불합리할 정도로 유리한가 등을 고려한다.

### Ⅲ. 미국 법원의 비양심성 법리의 분석

#### 1. 미국 법원의 비양심 법리의 개념 정의

중재조항에 따른 중재절차에 강제로 회부시키는 결정에 대항하기 위하여 계약의 무효 또는 취소사유로 인정되는 사유들 중에는 비양심성 법리(doctrine of unconscionability)가 항변사유로 활용되고 있다. 사기, 강박 또는 정신적 무능력의 경우 계약 내용을 이해하고 그 내용에 하자없는 동의를 한 과정에 대한 입증이 필요한 반면, 비양심성 법리는 계약의 대상 목적물과, 계약에 서명한 사람의 사회적 지위(social positions)를 검토하기 때문에 사기, 강박 또는 정신적 무능력의 경우보다 입증이 용이하다. 또한, 비양심성 법리는 계약 당사자 일방에게 계약 체결과정에서 의미있는 선택권이 결여된 경우를 포함하기 때문에 이 법리가 적용되는 경우에는 당사자 일방이 그 계약의 내용에 대한 동의가 결여되었다고 볼 수 있다.<sup>5)</sup>

미국 판례법에 의해 형성된 비양심성의 법리에 대해서 계약법 제2차 리스테이트먼트 제208조는 비양심적인 계약조건의 효과에 대해 기술하고 있다. 즉, 계약이나 그 계약의 조건이 계약 체결 당시에 비양심적이면, 법원은 계약 전체를 법적으로 집행하는 것을 거절하거나, 비양심적인 조항을 제외한 나머지 계약 조항들을 집행하거나, 아니면 비양심적인 결과를 방지하기 위하여 비양심적인 조항의 적용을 제한할 수 있다는 것이다.<sup>6)</sup> 리스테이트먼트 주석에서 리스테이트먼트 작성에 참여한 학자들은 어떠한 경우에 비양심적인 경우로 볼 수 있는가에 관하여 약인(consideration)의 현저한 부적절성, 협상 절차에서의 열악한 협상력, 계약조건의 불공평성 등을 열거하였다.<sup>7)</sup>

#### 2. 절차적 비양심성 법리

절차적 비양심성 법리는 계약 형성과정에서 발생한 남용을 정정하고자 하는 것이다. 이

5) 신승남, “정신적 무능력자가 체결한 중재약정에 관한 미국 연방법원의 분리가능성 법리의 분석”, 『중재연구』 제30권 제1호, 한국중재학회, 2020, pp.51-52.

6) Restatement (Second) of Contracts Section 208 (1981).

7) Restatement (Second) of Contracts Sections 205, 208, comments a-e; 하충룡, “소비자중재합의의 미국계약법상 항변”, 『중재연구』 제20권 제2호, 한국중재학회, 2010, p.158.

는 계약 형성과정에서의 절차적 하자를 말하며 계약 내용에 대한 기망 또는 특정 계약 내용에 대한 협상의 거부 등을 말하며 비양심적 행위로 피해를 입은 당사자가 계약을 체결할 것인지, 그리고 어떻게 계약을 체결할 것인지에 대한 의미있는 선택권이 있었는가의 관점에서 분석된다.<sup>8)</sup> 또한, 계약 내용이 너무 이해하기 어려워서 원고가 그 내용을 알고서 동의하였다고 보기 힘든 경우를 말하며, 계약 체결 당시에 계약 협상력이 충분히 존재하였는가의 여부도 고려사항이 된다.<sup>9)</sup>

비양심성의 법리, 특히 절차적인 비양심성의 법리는 원고인 소비자가 중재로 강제회부하는 조항의 유효성을 다투는 경우 선호되는 항변사유가 되었다. 소비자들은 상품을 주문할 때 상품에 대해 매달 지급해야 할 금액과 제품의 특성에 대해서만 질의를 하는 것이 통상적이며 계약의 내용이나 의무이행 사항 등에 대해서는 문의를 하지 않기 때문에 Williston 교수의 말에 따르면 그 소비자는 계약에 포함된 내용과 조항들에 대하여 의미있는 선택을 하지 않은 것이 되는 것이다.

### 3. 실체적 비양심성 법리

실체적 비양심성의 법리는 법원이 계약의 내용이나 조항들 중에서 비합리적으로 가혹한 내용이 있는가를 찾아 보도록 하는 것이다. 실체적 비양심적인 조항은 그 조항의 초안 작성자가 계약 상대방에게 불리한 조항의 채택을 강요함으로써 일방적으로 혜택을 누리는 경우의 조항을 말한다. 계약상의 혜택을 일방 당사자에게서 박탈하거나, 계약 불이행의 경우 사실상 법적 구제를 받을 수 없도록 하거나, 해당 분야의 계약상 합리적이지 않은 계약상의 위험이 포함되어 있는 조항들을 실체적 비양심적 조항이라고 할 수 있다. 법원은 어떤 혜택에 대하여 협상이 행해졌는가, 그리고 그 협상에 대하여 어떤 대가가 교환되었는가를 살펴본다. 만약 협상을 통해 얻게 된 혜택과, 그와 교환된 대가 사이에 상당한 차이가 존재하는 경우 법원은 그러한 계약을 실체적으로 비양심적인 계약이라고 판정할 가능성이 높다.<sup>10)</sup> 소비자 계약의 경우 부합계약처럼 일정한 수준의 절차적 비양심적 조항이 존재하는 것은 일반적이지만, 만약 추가적으로 그 계약에 실체적 비양심적 부분도 상당하게 존재한다면 미국 법원은 그 계약의 하자나 부당함을 이유로 계약의 수정, 취소 등에 관하여 관여할 수 있게 되는 것이다.<sup>11)</sup>

8) Richard A. Lord, *Williston on Contracts* § 18.10 (4<sup>th</sup> ed. 1998); Dustin Charters, Uphill Battle or Insurmountable Peak? The Pursuit to Uphold Provisions within Arbitration Agreements, 47 *Idaho Law Review* 679 (2011).

9) *Id.* at 684.

10) 신승남, 전계 논문, p.53.; Claude D. Rohwer & Anthony M. Skrocki, *Contract in a Nutshell* 319 (5<sup>th</sup> ed. 2000); 하충룡, 전계 논문, p.160.

11) *Id.*

## IV. 미국 요양원 입소계약에 포함된 강제적 중재조항에 관한 비양심성 법리의 분석

### 1. 강제적 중재조항에 관한 절차적 비양심성 법리 분석

#### (1) 강제적 중재조항에 관한 절차적 비양심성 법리의 핵심요소들

계약 형성과정에서의 하자를 근거로 미국 법원들이 요양원 입소계약이 절차적으로 비양심적이라고 판시한 판례에서 추출한 공통적인 요소들은 다음과 같다<sup>12)</sup>. 예컨대, 알츠하이머 질환으로 심각한 인지장애가 있는 노인이 강제적 중재조항이 포함되어 있는 요양원 입소계약에 서명할 경우이다. 행위능력이 완전히 결여되어 있다고 볼 수 없는 사례로는 강제적 중재조항의 법적 의미 및 결과를 이해할 수 있는 교육 수준이나 능력이 결여된 경우이다<sup>13)</sup>. 여기에 덧붙여서 검토되는 부가적인 요소들로는 요양원 입소계약의 전체 페이지 수, 강제적 중재조항의 글씨 크기, 강제적 중재조항이 입소 계약의 내용에 묻혀있는지 아니면 별도의 서식으로 작성되어있는지, 그리고 요양원을 대표하여 입소 계약을 체결하는 자가 강제적 중재조항의 내용 및 함의를 입소자 또는 그의 대리인에게 명확히 설명을 해주었는가 등이다.

또 다른 공통적인 요소는 요양원 입소자 또는 그의 대리인이 해당 요양원 입소과정에서 선택권을 제대로 행사하였는가이다<sup>14)</sup>. 만약에 요양원이 입소자에게 입소의 조건으로 강제적 중재조항에 서명할 것을 요구한 경우에는 미국 법원들은 그러한 강제적 중재조항이 집행가능하지 않다고 판결할 가능성이 높아진다. 입소자가 가족들과 거주하던 지역에서는 다른 요양원들이 존재하지 않는 경우에도 미국 법원들은 입소자에게 의미있는 선택권이 주어지지 않았다고 판결하는 경향이 있다. 또한, 요양원 입소시에 요양원의 긴급의료 및 서비스 제공 및 감독이 필요한 경우에도 입소자에게 의미있는 선택권이 주어지지 않았다고 판시할 가능성이 높아진다<sup>15)</sup>.

12) *Brown v. Genesis Healthcare Corp.*, 724 S.E.2d 250, 285 (W. Va. 2011).

13) *Covenant Health & Rehabilitation of Picayune v. Estate of Lambert*, 984 So. 2d 283, 285, 289 (Miss. Ct. App. 2006).

14) *Brown*, 724 S.E.2d at 284.

15) Benjamin Pomerance, "Arbitration Over Accountability? The State of Mandatory Arbitration Clauses in Nursing Home Admission Contracts," 16 *Florida Coastal Law Review* 153 (2015).

## (2) 강제적 중재조항에 관한 절차적 비양심성 법리의 핵심 사례들

*Marmet Health Care Center, Inc. v. Brown* 사건<sup>16)</sup>에서 웨스트버지니아 주 항소심 법원은 요양원이 입소자에게 입소 조건으로 강제적 중재조항에 서명할 것을 요구하였다는 사실관계를 확인하였다. 비록 입소자가 거주하던 지역 인근에 다른 요양원들이 있었지만 이들 요양원들에 해당 입소자가 입소될 수 있는 침상이 존재하였다는 증거도 존재하지 않았다. 해당 입소자의 중증질환으로 인하여 요양원의 즉각적이고 지속적인 숙련된 요양 보살핌이 불가피한 점을 고려해 볼 때, 해당 요양원에서의 입소계약 서명이 유일한 선택이었고, 따라서 강제적 중재조항에 동의할 수밖에 없었다고 법원을 보았다. 더구나 요양원 입소 담당자는 해당 입소자에게 강제적 중재조항의 의미를 설명해주지도 않았다. 해당 입소자는 변호사를 대동하지 않았으며 본인도 입소계약을 이해할 수 있을 정도의 지식은 갖고 있지 않았다. 요양원 입소 계약 당사자들의 상대적인 입장, 당사자들의 협상 능력의 적절성, 입소계약이 체결된 방식 등을 고려하여 웨스트버지니아 항소심 법원은 해당 강제적 중재조항이 절차적으로 비양심적이라고 판시하였다<sup>17)</sup>.

다른 사례로는 *Romano v. Manor Care, Inc.* 사건<sup>18)</sup>을 들 수 있다. *Romano* 부인이 집에서 낙상하여 병원에 실려 갔는데 의사는 그녀의 노환과 건강 때문에 수술을 할 수 없다고 판정하면서 요양병원에서 숙련된 재활 프로그램을 받을 것을 권유하였다. 그러한 권유에 따라 적합한 요양병원을 찾아다닌 결과 남편인 *Mr. Romano*가 6페이지의 강제적 중재조항을 포함하는 8개의 서류에 모두 서명한 후에야 *Romano* 부인이 입소 허락을 받았다. 입소한 이후 *Romano*부인의 건강 상태는 심각하게 악화되었으며, 이에 대해 *Mr. Romano*는 요양원을 상대로 법원에 소송을 제기하려 했으나 요양원을 소각하 및 중재절차로의 이송 명령을 법원에 요청하였다.

1심 법원이 중재절차로의 이송 명령을 내렸으며 이에 대한 *Mr. Romano*는 항소하였다. *Mr. Romano*는 입소 계약을 이해할 수 있을 정도의 법적 지식이 없었으며 고령이었고, 요양원도 *Mr. Romano*에게 8개의 서류에 모두 서명할 것을 요구하였을 뿐 각각의 서류들이 의미하는 바를 설명하지 않았다는 점을 법원은 주목하였다. 또한 *Mr. Romano*는 만약 자신이 강제적 중재조항을 포함하는 8개의 서류에 해당하는 입소계약에 서명하지 않으면 요양원은 *Romano* 부인을 입소해주지 않았을 것이라고 믿었다고 증언하였다. 이러한 점들을 고려하여 플로리다 주 대법원은 강제적 중재조항의 계약 체결과정에서 절차적인 비양심성이 존재하며 그 결과 강제적 중재조항은 법적으로 집행될 수 없다고 판시하였다.

이와 유사한 사례로서 *High v. Capital Senior Living Properties* 사건<sup>19)</sup>에서, 85세 노인

16) *Brown v. Genesis Healthcare Corp.*, 724 S.E.2d 250, 272 (W. Va. 2011).

17) *Id.* at 293.

18) *Romano v. Manor Care, Inc.*, 861 So. 2d 59, 61 (Fla. Dist. Ct. App. 2003).

19) *High v. Capital Senior Living Props.*, 594 F. Supp. 2d 789 (E.D. Mich. 2008).

이 11번째 페이지에 들어있는 강제적 중재조항을 포함한 13페이지의 요양원 입소계약을 서명할 당시에 일상적 생활에도 도움이 필요하며, 치매 초기 증상이 있었으며, 요양원 입소 계약 담당자도 이 노인에게 강제적 중재조항의 의미를 설명하지 않았다는 사실을 주목하고, 미시간 연방지방법원 동부지원은 강제적 중재조항이 법적인 집행력이 없으며, 85세 노인의 대리인이 제기한 소송에 대한 법원의 관할권을 확인하였다.

더 나아가, 강제적 중재조항이 부합계약의 일부로 포함된 요양원 입소 계약의 효력에 관한 오하이오와 텍사스 주의 법원의 판례는 다음과 같다. 2004년 *In re Ledet* 사건<sup>20)</sup>에서 *Retama Manor* 요양원에 입소해있는 *Anselma Garza*라는 노인은 알츠하이머를 앓고 있어서 법적인 문서를 읽거나, 이해하거나, 쓰거나 협상하거나 서명할 수도 없었다. 그 때문에 그녀의 문맹인 아들이 강제적 중재 회부조항이 포함되어 있는 표준화된 입소계약에 대신 서명하였다. 요양원에서 거주를 7개월 정도 하게 될 때쯤 그녀는 침대에서 떨어져서 그녀의 얼굴과 몸에 다발골절상을 입게 되었다. 그녀의 딸은 *Retama Manor* 요양원을 상대로 과실로 인한 신체손상에 근거한 소송을 제기하였다.<sup>21)</sup> 이에 대해 *Retama*와 *Ledet*은 중재회부명령을 내려줄 것을 법원에 신청하였다. 텍사스 주 1심법원은 *Ledet*의 신청을 기각하였고, *Ledet*는 항소하였다. 텍사스 주 항소심에서 *Ledet*는 *Retama*의 계약을 *Anselma*를 계약 당사자로서 표시하지 않았으며, *Anselma* 자신이 계약에 서명하지도 않았고, 그의 아들인 *Alejandro Garza*도 알츠하이머에 걸린 행위 무능력자인 자신의 어머니가 그 중재조항에 법적 구속을 받을 정도로 법적 권리도 갖고 있지 않았기 때문에 그 중재조항은 절차적으로 비양심적이어서 법적 집행력이 없다고 주장하였다. 그러나 텍사스 주 항소심 법원은 이러한 항변을 받아들이지 않았다. *Alejandro*는 자신이 *Retama*의 계약에 서명했을 때 영어를 이해하거나 발음하거나 읽지도 못했으며, 더구나 만약 자신이 서명하지 않으면 자신의 어머니가 요양원에 입소하는 것을 거부될 것 같은 두려움도 갖고 있었다고 주장하였지만 텍사스 주 항소심법원은 이러한 문맹 항변을 배척하였다. 계약당사자가 문맹이거나 영어를 이해할 수 없었다는 것은 계약의 효력에 대한 유효한 항변이 아니며, *Anselma*의 아들의 서명만으로 그녀의 어머니가 중재조항의 법적구속력을 받도록 하는데 충분하다고 항소심법원은 판시하였다. *Anselma*의 법적 대리인이었던 *Alejandro*는 소송과 중재의 법적 차이에 대해 지적인 질문을 하였어야 하며, 자신의 어머니가 법적 구속력이 있는 중재조항에 구속되는 결과는 어떠한 것인지를 요양원에게 질문을 하고, 알츠하이머에 걸린 자신의 어머니가 요양원 입소를 기다리는 동안 이러한 질문들에 대한 신속한 답변을 요구하였어야 할 법적인 의무가 있었으나 이러한 의무를 위반하였다고 항소심법원은 설시하였다. 그러나, 그러한 의무를 이행하는 것이 문맹이었던 *Alejandro*가 가능하였는가의 의문이

20) *In re Dan Ledet and Living Centers of Texas, Inc.*, No. 04-04-00411, 2004 WL 2945699 (Tex.Ct. App. 2004).

21) *Id.*



남는다.

오하이오 주의 사례로서, *Wascovich v. Personacare of Ohio*의 사건<sup>22)</sup>을 살펴보면, 기본적인 사실관계는 *Ledet*의 경우와 매우 유사하다. *Personacare of Ohio*는 *Lakemed* 요양 및 재활센터를 오하이오의 *Painesville*에서 운영하고 있었다. 2008년 4월 4일, 73세의 은퇴한 트럭운전사인 *Richard Wascovich, Sr.* (*Wascovich*)는 알츠하이머 판정을 받았다. 같은 날, 그의 아들인 *Richard Wascovich, Jr.* (*Richard*)는 지방에 있는 병원에서 자신의 아버지를 *Lakemed* 요양센터로 옮겨달라고 병원에 요청하였다. *Richard*와 *Jillian Personacare*의 대리인이 강제적 중재조항에 서명한 후에 *Wascovich*는 요양센터로의 입소 허가를 받았다. 입소한 후 20일이 지나서 *Wascovich*는 넘어졌으며, 다시 6일 지나서 넘어져서 엉덩이뼈 골절상을 입어서 수술을 받은 후에도 복합증세가 생겨서 결국 사망하게 되었다.

*Richard*는 *Personacare* 요양센터를 대상으로 불법행위로 인한 사망 등에 의한 손해배상 소송을 법원에 제기하였으며, *Personacare*는 소송 정지 및 중재회부 명령을 오하이오 주 1심법원에 신청하였다.<sup>23)</sup> 이에 대해 *Richard*는 강제적 중재조항을 서명했을 때 알츠하이머에 걸렸던 *Wascovich*는 법적으로 행위 무능력자이거나 기능적으로 문맹이었다고 항변하였다. 이러한 문맹으로 인하여 중재조항에 서명하는 것의 법적인 의미를 이해하지 못하였으며, 계약을 서명하기 전에 변호사와 상의하지 않았고, *Wascovich*는 중재와 소송의 차이점을 이해할 수 있을 정도의 지식이 없었기에 *Personacare*의 대리인들이 중재조항에 서명할 경우의 법적인 결과를 설명해주지 않았다는 이유로 해당 중재조항은 절차적으로 비양심적이라고 *Richard*는 주장하였다. 1심법원은 해당 중재조항은 절차적으로 비양심적이지 않다고 판시하였으며, 이에 대해 *Richard*는 항소하였다.

오하이오 주 항소심 법원<sup>24)</sup>은 심리과정에서 *Manley v. Personacare of Ohio* 판결<sup>25)</sup>을 검토하였다. *Manley* 사건도 요양원 거주계약에 포함된 강제적 중재조항의 법적 집행력 유무에 관한 분쟁이었는데, *Manleg*에서 절차적 비양심적 법리는 계약 당사자들의 나이, 교육정도, 지능, 사업적 통찰력과 경험과 같은 상대적인 협상력, 계약 초안 작성 당사자, 협상력이 약한 계약당사자에게 계약 조건을 설명하였는가의 여부, 표준계약조건의 변경이 가능하였는가의 여부 등과 관련이 있다고 오하이오 주 항소심 법원은 강조하였다. *Wascovich* 사건을 담당한 오하이오 주 항소심 법원도 *Manleg* 사건의 법리를 받아들이면서, *Wascovich*가 강제적 중재조항 서명 당시 그 중재조항의 내용을 이해하였고 그 조항에 자발적으로 서명하였다는 점을 입증할만한 증거를 제출하지 못하였고, 계약서에 *Wascovich*가 서명을 수 차례 시도한 흔적은 *Wascovich*의 육체적 인지능력의 손상 정도를

22) 943 N.E.2d 1030 (Ohio Ct. App. 2010).

23) *Id.* at 1037.

24) No. 2005-L-174, 2007 WL 210583 (Ohio Ct. App. 2007).

25) 2007 Ohio 343.

나타내며, Personacare는 Wascovich가 계약을 체결하는데 필요한 정신적 능력을 보유하고 있다는 증거를 제출하지 못하였기 때문에 그 강제적 중재조항은 절차적으로 비양심적이라고 판시하였다.

한편, 계약당사자가 고학력이거나 전문직에 종사하였지만 강제적 중재조항을 포함한 계약에 서명할 당시에는 기능적으로 문맹인 경우에도 해당 중재약정은 절차적으로 비양심적 인가에 질문에 대해 상반된 입장의 판결들이 존재한다.<sup>26)</sup> Miller v. Cotter 사건<sup>27)</sup>에서 Charles Mille, Jr.('Miller')는 자신의 아버지인 Charles Mille, Sr.를 대신하여 대리인으로서 계약에 서명하였다. 2003년 10월 10일 Miller는 자신의 91세 아버지를 Birchwood 요양센터로 입소시켰다. 약 70분 동안 Miller와 Birchwood의 환자 돌봄 매니저는 요양센터의 입소 허용 정책과 절차에 대해 논의하였다. 환자들은 Birchwood 요양센터에 강제적 중재조항에 서명하지 않고도 입소될 수 있었다. 그럼에도 불구하고 Miller는 Birchwood의 16페이지 분량의 강제적 중재조항이 포함된 입소 계약서를 검토하였다. 강제적 중재조항은 '입소 계약에 근거하거나 이와 관련된 모든 분쟁, 권리주장, 또는 Birchwood 요양센터가 제공하는 다양한 의료 서비스와 관련된 모든 분쟁이나 권리주장은 법원의 소송이 아니라 중재절차에 의해서 해결되어야 한다.'라고 명시되어 있었다.<sup>28)</sup>

Miller가 자신의 아버지를 대신하여 입소 계약에 서명한 이후에 그의 아버지는 Birchwood 요양센터에 입소되었다. 그로부터 24일이 지나서 그의 아버지는 요양센터에서 사망하였다. 2005년 1월 13일에 Miller는 Birchwood 요양센터, 센터직원들 그리고 자신의 아버지에게 돌봄 의료서비스를 제공했던 Dr. Eric Cotter를 상대로 중과실 또는 고의의 불법행위로 인한 사망으로 인한 손해배상, 그리고 불완전 동의에 근거한 불법행위에 대하여 매사추세츠 주 1심법원에 소송을 제기하였다. 2005년 4월 15일 피고들은 원고의 주장을 부인하면서 소송정지 및 중재회부 명령을 내려줄 것을 신청하였다. 법원은 이들의 신청을 기각하였고, 피고들은 항소하였다. 매사추세츠 주 항소심법원에서, 연방중재법(Federal Arbitration Act)과 주 법률에 따라 하급심법원이 강제적 중재조항의 법적 집행력을 인정해야 한다고 피고들은 주장하였다. Miller는 이에 대응하여 강제적 중재조항의 절차적 비양심성을 주장하였다. Miller는 강제적 중재조항의 내용을 한 단어씩 꼼꼼하게 읽지 않았으며, 중재조항의 모든 조건과 내용에 대해서 설명을 들은 것이 아니라 요약된 내용에 대해서만 설명을 들었다고 주장하였다. 더구나 강제적 중재조항을 서명한 경우의 법적 결과

26) 다음의 판결들을 비교: *Small v. HCF of Perrysburg, Inc.*, 823 N.E.2d 19, 24 (Ohio Ct. App. 2004) (양로원 입소 계약에서의 강제적 중재조항은 절차적으로 비양심적이며 69세 환자의 입소계약 서명은 무효이다); *Broughsville v. OHECC, LLC*, No. 05CA008672, 2005 WL 3483777, at \*6 (Ohio Ct. App. 2005) (입소할 당사자가 85세 환자이며, 그녀의 54세 딸이 대신 서명을 하였다하여도 입소계약 상의 강제적 중재조항은 절차적으로 비양심적이라고 볼 수 없다).

27) 863 N.E.2d 537 (Mass. 2007).

28) *Id.* at 541.

들을 모두 이해할 수 없을 정도로 기능적으로 문맹이었다고 Miller는 주장하였다.<sup>29)</sup> 매사추세츠 주 항소심법원은 지식능력이 낮은 개인들의 권리를 보호하는 데에 더욱 편향된 진보적인 법원 중의 하나이다. 하지만, Miller 사건에서 매사추세츠 주 항소심법원은 Miller의 문맹에 근거한 절차적 비양심성 항변을 배척하였다. 그 이유로서, 그는 미국 공군의 정보장교였으며, 27년간 보험회사에서 의료 및 장애보험 관련 조사관으로 근무하였으며 Tufts 대학교 영문학과를 졸업했고, 요양센터 입소 조건으로 강제적 중재조항 서명이 요구되지는 않았으며, 계약법 일반적인 법리에 따르면 사기행위가 없는 한 계약 당사자가 계약조항을 읽지 않거나 이해하지 못하였다 하여도 계약상 의무이행에서 면책되는 것이 아니므로, 강제적 중재조항을 한 단어씩 꼼꼼히 읽지 않은 것은 중재조항의 효력에 중요한 영향을 주는 것이 아니라는 점을 근거로 들었다.

## 2. 강제적 중재조항에 관한 실체적 비양심적 법리 분석

### (1) 강제적 중재조항에 관한 실체적 비양심적 법리의 핵심요소들

미국 법원이 실체적 비양심성이 존재한다고 판단하는 조건으로 두 가지 범주를 들 수 있다. 첫 번째 범주는 입소계약 당사자인 요양원에게 너무나 유리한 계약 조건들이 존재하는 경우이다. 중재절차에서 징벌적 배상판정을 금지하는 입소계약 조항, 배상액의 최대한도를 불합리하게 낮게 정한 조항, 해당 주법에서 인정하고 있는 손해배상 소송의 소멸시효 기간을 단축시킨 조항, 입소계약 분쟁 당사자 중 패소당사자가 모든 중재비용을 부담해야 한다는 조항 등이 이에 해당한다<sup>30)</sup>. 또한 요양원 입소계약이 입소자 또는 입소자의 대리인이 요양원의 과실로 인한 입소자의 상해 또는 사망에 대한 손해배상 분쟁은 중재절차로 가도록 하면서 요양원이 입소자를 상대로 하는 소송은 법원으로 가도록 하는 조항도 실체적 비양심성이 존재한다고 미국 법원이 판시할 가능성이 크다.

또 다른 범주는 과도한 비용분담이다. 만약 강제적 중재조항에서 입소자가 중재절차의 결과 부담할 중재비용이 입소자의 한달 수입의 3-4배가 될 경우 미국 법원은 이러한 조항은 실체적으로 비양심적이라고 판시할 가능성이 크다. 중재절차 신청비용이 법원에의 소제기 비용과 비교해볼 때, 그리고 중재인이 입소자와 요양원에게 청구할 중재비용이 입소자의 월수입과 비교할 때 과도하게 비쌀 경우, 미국 법원은 그러한 강제적 중재조항이 실체적으로 비양심적이라고 판시하는 경향이 있다. 특히, 다른 비양심적 요소들이 존재하는 경우 더욱 그러하다<sup>31)</sup>.

29) Id.

30) 예컨대, *Brown v. Genesis Healthcare Corp.*, 724 S.E.2d at 293-94.

31) Id.

## (2) 소비자 계약이나 고용계약에서의 과도한 중재비용 부담과 실체적 비양심성 법리의 고찰

중재가 소송보다 더 값싸고 신속하며<sup>32)</sup> 법원의 사건 부담을 줄여준다는<sup>33)</sup> 이유로 많은 법률가들이 선호하는 중재 선호 정책(Pro-arbitration policy)에 대해 의문을 제기하는 경우도 적지 않다. 캘리포니아 주 대법원 Associate Justice인 Marvin R. Baxter는 캘리포니아에서 고도의 실력과 경험을 겸비한 중재 변호사의 시간당 청구비용은 \$350에서 \$500 사이이며, 증거 개시절차를 위한 비용, 신속심리절차를 위한 추가 비용이 지출되게 된다. 또한 중재인과의 공판 전 회의 비용과 중재 판정문 초안 작성 비용 등이 있으며, 이러한 중재인 비용은 중재 당사자들이 나누어 내게 된다. 따라서 반드시 중재 비용이 소송비용보다 저렴한 것만은 아니라고 지적하였다.<sup>34)</sup>

그 이후 Green Tree Fin. Corp.-Ala. v. Randolph 사건에서 캘리포니아 주 대법원의 Baxter 대법관도 고학력이 아니며 경제적으로 열악한 위치에 있는 소비자들이나 피고용인들이 과도한 중재비용을 부담하도록 하는 문제점에 대해 언급하였다.<sup>35)</sup> 이 사건에서 다수의견 판결을 내린 Rehnquist 대법관은 만약 중재약정이 과도한 비용지출을 요구하게 되어서 그 결과, 분쟁당사자들이 자신들의 연방법상 권리를 중재절차에서 효과적으로 주장할 수 없게 된다면, 그러한 중재약정은 실체적으로 비양심적이며 법적 집행력이 없다고 실시하였다.<sup>36)</sup> 반면, 그러한 중재약정의 당사자인 소비자나 피고용인은 해당 중재약정의 법정 집행력을 회피하기 위해서는 해당 중재약정으로 인한 중재절차가 진행되면 심각하게 과도한 비용이 지출될 수 있는 가능성을 입증해야 한다고 Rehnquist 대법관은 강조하였다.<sup>37)</sup> 그러나, Randolph 사건에서 법원은 어떠한 경우가 중재인 보수와 중재비용이 심각할 정도로 과도한 것인가를 결정하기 위한 객관적인 기준을 제시하지 않았다.<sup>38)</sup>

그런데 강제적 중재조항들의 거의 대부분이 상품이나 서비스 판매회사를 상대로 중재절차에서 권리 주장하기 위해서는 소비자들이 자신들이 거주하는 주 밖에 있는 중재기관에 참석해야 하도록 되어있으며, 인디애나, 콜로라도, 오하이오나 일리노이 주에서는 최근에는 중재인들이 하루 \$1,308에서 \$1,800의 보수를 통상적으로 청구하며, 분쟁이 복잡한 경우에는 하루에 \$3,000의 보수를 청구하거나 사건별로 수만 달러의 보수를 청구하는 상황을 고려해보면 객관적 기준의 마련이 시급한 상황이다.<sup>39)</sup> 소액사건의 경우를 보면 텍사

32) *Hawkins v. Superior Court*, 152 Cal.Rptr. 491, 493 (1979). See also *Hooters of America, Inc. v. Phillips*, 173 F.3d 933, 936 (4<sup>th</sup> Cir.1999).

33) Id.

34) *Moore v. Conliffe*, 871 P.2d 204, 225 -226 (Cal. 1994) (Baxter, J., dissenting).

35) *Green Tree Fin. Corp.-Ala. v. Randolph*, 531 U.S. 79, 90 (2000).

36) Id. at 90.

37) Id. at 92.

38) Id.

39) See *Rosenberg v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 170 F.3d 1, 15-16 (1<sup>st</sup> Cir. 1999).

스 주, 캘리포니아 주, 일리노이 주, 미네소타 주 등은 \$10,000부터 \$15,000 사이의 금액에 대한 손해배상을 구하는 소액사건 소송을 제기할 수 있다. 텍사스 주에서는 \$10,000의 손해배상을 받기 위한 소액사건 소송을 제기하기 위해서는 \$61의 소 제기 비용을 법원에 지급해야하며<sup>40)</sup>, 오레곤 주의 경우 \$10,000의 소액소송을 제기하기 위해서는 \$158의 소 제기 비용을 지급해야 한다.<sup>41)</sup> 한편, 미국 중재협회(AAA)는 \$10,000 이하의 손해배상을 중재절차에서 받기 위해서는 \$200의 중재신청비용을 지급해야 한다.<sup>42)</sup> AAA에 따르면, 중재인이 대면심리 또는 전화로 심리절차를 진행하는 경우 중재인은 하루에 \$1,500을 보수로 받아야 하며, 서류심리로 심리절차를 진행하는 경우에는 사건 당 \$750의 보수를 받도록 되어있다.<sup>43)</sup> 또한, \$75,000 또는 \$400,000의 손해배상을 청구하기 위해 피고용인이 고용주를 상대로 1인 중재인 중재신청 또는 3인 중재인 중재신청을 요청할 경우에는 각각의 경우에 중재인 보수로 \$1,350 또는 \$1,800을 지급해야 한다.<sup>44)</sup> 그럼에도 불구하고 일부 미국 회사 중역, 금융 브로커, 사업체 사장, 연방 법관들은 중재가 소송보다 더욱 저렴하다고 주장한다.<sup>45)</sup>

그러나 *Randolph* 사건에서 캘리포니아 주 대법원의 반대의견을 개진한 *Baxter* 대법관에 따르면 소비자 계약의 약관으로 되어있는 강제적 중재조항이 없었다면 소비자인 피해자는 소액사건이나 시법원(municipal court)에서 홀로 소송을 하면서 권리주장을 할 수 있는 것을 불가피하게 저렴하지 않은 중재절차에서 분쟁을 해결할 수 밖에 없는 점에서 중재비용이 결코 저렴한 것이 아니라고 하였다.<sup>46)</sup> 더 나아가, 1) 법적 지식이 박약한 피고용인이나 소비자가 경험이 풍부하고 고비용을 청구하는 변호사를 고용하여 복잡한 고용 관련 또는 소비자 보호 관련 분쟁을 중재절차에서 해결하는 경우, 2) 원고의 변호사가 시간 당 \$150 내지 \$300를 청구하는 전문가를 고용하는 경우, 3) 중재약정에 중재비용 분담 조항이 있어서 소비자 또는 피고용인인, 중재 당사자가 중재판정 후 중재비용을 분담해야 할 경우, 또는 4) 패소자의 중재비용 전액을 지급해야 할 경우 등에는 중재비용이 소송비용을 추월할 수 있다.<sup>47)</sup> 따라서 *Randolph* 사건에서의 판결 요지에 따라 미국의 일부 법원들은 강제

40) <http://www.dallascounty.org/department/jpcourts/3-1/smallclaims.php>. Texas Small Claim Court.

41) See Oregon Judicial Department, Circuit Court Fee Schedule (2015), [http://courts.oregon.gov/OJD/docs/courts/circuit/Fee\\_Schedule\\_Public.pdf](http://courts.oregon.gov/OJD/docs/courts/circuit/Fee_Schedule_Public.pdf).

42) American Arbitration Association, Costs of Arbitration Including AAA Administrative Fees, <https://www.adr.org/aaa>.

43) *Id.*

44) *Id.* Employment Arbitration Rules and Mediation Procedures, American Arbitration Association <<https://www.adr.org/aaa>>; Costs of Arbitration Including AAA Administrative Fees, American Arbitration Association <<https://www.adr.org/aaa>>.

45) See, e.g., *Rosenberg v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 170 F.3d 1, 15-16 (1<sup>st</sup> Cir. 1999); Daisy Maxey, "Public" Arbitration? Brokers Balk--Given Druthers, Wall Street Says System Was Fine; Anything But the Courts, Wall St. J., Oct. 8, 2010, at C11 (증권 및 금융시장 협회 임원도 중재절차가 투자자들을 보다 보호하며 비용 효율적이라고 언급하였다).

46) *Moore v. Conliffe*, 871 P.2d 204, 225 -226 (Cal. 1994) (Baxter, J. dissenting).

적 중재조항은 만일 이 조항 때문에 피고용인이 중재비용을 내야 하도록 하는 경우에는 이 조항은 그 자체(per se)가 실체적으로 비양심적이라고 판시하고 있다.<sup>48)</sup> 또한, 대부분의 주 법원과 연방법원은 저임금 피고용인이나 소비자가 중재절차를 통해 분쟁을 해결하는 것이 심각할 정도로 비싼 경우에는 그러한 강제적 중재조항이 실체적으로 비양심적이라고 판시하고 있다.<sup>49)</sup>

일반적으로, 분쟁의 해결 과정에서 강제적으로 중재절차로 회부되는 것을 회피하고자 하는 개인은 다음의 세 가지 사항을 모두 입증하여야 한다. 첫째는, 가정적이거나 추상적이 아닌 구체적인 증거에 입각하여 계산한 중재 총 비용, 둘째는, 자신의 재정적 어려움, 저소득 등으로 인하여 중재비용을 지불할 능력이 없음, 셋째는 과도한 중재비용을 연기받거나 면제받을 수 있는 자격의 부존재를 입증해야 한다.<sup>50)</sup> Randolph 사건에서 캘리포니아 주 대법원은 위의 심각할 정도로 비싼 중재비용이라는 항변의 각각의 구성요소를 입증할 수 있는 정확한 증거 기준을 제공하지 못했다.<sup>51)</sup> 그 결과, 주 법원과 연방 법원은 특정 중재가 심각할 정도로 비싼 것인가를 결정하기 위해 과도하게 다양한 증거기준을 창안하여 적용해왔으며, 법적지식이 약한 많은 소비자들과 피고용인들은 변호사를 고용하지도 못한 채 이러한 혼동되는 증거기준을 이해하지도 못하고 위의 세 가지 요건을 입증하지도 못하는 상황이 만연하게 되었다.<sup>52)</sup>

한편, 일부 법원들은 비율 테스트(ratio test)를 활용하였다. 예컨대, 텍사스 주 항소심 법원은 중재당사자의 소득을 중재비용과 비교하는 비율 테스트를 고안하였다.<sup>53)</sup> 이러한 비율 테스트를 적용하여, 1) 총 중재비용 \$70,000은 주택 소유자의 통상적인 서비스 계약 비용인 \$22,650의 세 배를 초과하기 때문에 실체적으로 비양심적이며, 2) 총 중재비용이 일반소비자의 평균 연 총소득의 약 45%에 해당하므로 비양심적이며, 3) 총 중재비용이 주택소유자의 연간 총 수익의 28%에 해당하므로 비양심적이라고 판시하였다.<sup>54)</sup> 또한, 일

47) See *Morrison v. Circuit City Stores, Inc.*, 317 F.3d 646, 669 (6<sup>th</sup> Cir. 2003); *Gutierrez v. Autowest, Inc.*, 7 Cal.Rptr.3d 267, 272-273 (Cal. Ct. App. 2003); *Tillman*, 655 S.E.2d at 368; *Maldonado v. Mattress Firm, Inc.*, No. 8:13-cv-292-T-33AEP, 2013 U.S. Dist. LEXIS 58742, at \*18 (M.D. Fla. Apr. 24, 2013) (강제적 중재조항에서의 중재비용 부담 조항은 비록 피고용인이 공정노동기준법(Fair Labor Standards Act)에 의거하여 권리 주장을 하였다고 하여도 집행가능하다고 판시하였다).

48) See, e.g., *Cheroti v. Harvey & Madding, Inc.*, No. HG10500986, 2014 WL 1395564, at \*14 (Cal. Ct. App. April 10, 2014); *Holley v. Cochran Firm*, No. B201114, 2009 WL 606725, at \*9 (Cal. Ct. App. March 11, 2009); *Cole v. Burns Intern. Security Servs.*, 105 F.3d 1465, 1482 (D.C. Cir. 1997).

49) *Franco v. Arakelian Enterprises, Inc.*, 149 Cal.Rptr.3d 530, 554 (Cal. Ct. App. 2012); *Brady v. Williams Capital Group, L.P.*, 928 N.E.2d 383, 388 (N.Y. 2010).

50) See *Clark v. Renaissance West, LLC*, 307 P.3d 77, 80 (Ariz. Ct. App. 2013); *Jones v. Gen. Motors Corp.*, 640 F.Supp. 2d 1124, 1134 (D. Ariz. 2009).

51) *Randolph*, 531 U.S. at 92. See also *Harrington*, 119 P.3d at 1055 (해당 중재절차의 중재비용이 지나칠 정도로 비싼가의 여부는 각 사건의 특유한 상황을 분석해서 결정해야 할 사실적 문제라고 판시하였다).

52) See, e.g., *Bolter v. Superior Court*, 104 Cal.Rptr.2d 888, 894-895 (Cal. Ct. App. 2001); *Colmar, Ltd. v. Fremantlemedia North America, Inc.*, 801 N.E.2d 1017, 1029 (Ill. App. Ct. 2003).

53) See *Olshan Found. Repair Co. v. Ayala*, 180 S.W.3d 212, 214-16 & n.4 (Tex. Ct. App. 2005) petition denied, 2006 LEXIS 1089 (Tex., Oct. 27, 2006).

부 주법원과 연방법원들은 중재비용을 소송비용과 비교하는 비율 테스트를 창안하여 피고 용인이나 소비자의 중재비용이 소송비용보다 10배, 12배 등 더 많을 경우 중재회부 명령 신청을 기각하였다.<sup>55)</sup>

하지만, 피고용인이나 소비자가 중재비용이 심각할 정도로 비싸다는 항변의 구성요소들을 성공적으로 입증한 뒤에도, 많은 주 법원이나 연방법원들은 여전히 그러한 피고용인이나 소비자들이 보통법상 또는 성문법규 권리분쟁에 대해서는 중재절차에 의해 해결할 것을 강제하는 경향이 있다.<sup>56)</sup> 예컨대, *Livingston v. Associates Finance Inc.* 사건<sup>57)</sup>에서의 당사자 사이의 계약 내의 중재약정에는 다음과 같이 명시되어 있었다. “만약 당신이 중재 절차를 개시한다면, 당신은 미국 중재협회(American Arbitration Association)이 요구하는 중재 개시 신청 수수료 및 필요한 보증금을 지불할 것을 동의하는 것입니다. 만약 당신이 이러한 비용을 지급할 경제적인 능력이 없다고 생각한다면, 당신은 미국 중재협회에 이러한 비용 지급을 연기하거나 감액해달라고 요청할 수 있습니다. 만약 미국 중재협회가 비용 지급 연기, 면제, 감액을 해주지 않는다면 중재약정의 상대방인 우리가 당신이 서면으로 요청하면 비용을 먼저 지급한 후 중재절차가 종료된 이후에 당신과 우리 사이의 중재 비용 배분을 중재인이 수행하게 될 것입니다. 중재변호사 비용, 중재지로의 출장비용, 중재 심리비용 등의 비용을 누가 지급할 것인가는 미국 중재협회의 상사 중재규칙(Commercial Arbitration Rules)이 결정합니다.”<sup>58)</sup> 위와 같이 중재약정에 미국 중재협회의 상사 중재규칙, 중재비용 감액, 지급연기 및 면제의 조항들이 포함되어 있는 경우에는 비록 피고용인이나 소비자가 재정적 능력이 결여된 경우에도 일부의 주 법원이나 연방 법원은 중재회부 신청을 인용하고 있다.<sup>59)</sup> 반면, 다른 법원들은 미국 중재협회의 상사 중재규칙은 단지 중재인이 중재비용 감액, 면제, 또는 연기를 하도록 허용하는 것에 그칠 뿐이라는 이유로 이러한 규칙이 어떠한 영향을 미치는 것은 아니라고 판시해왔다.<sup>60)</sup>

### (3) 강제적 중재조항에 관한 실체적 비양심적 법리의 핵심사례들

앞서 언급한 *Brown* 사건에서 해당 입소계약은 입소자는 계약 서명으로 인하여 향후 자

54) *Id.* at 215.

55) See *ACORN v. Household Int'l, Inc.*, 211 F. Supp. 2d 1160, 1174 (N.D. Cal. 2002); *Phillips*, 179 F. Supp. 2d at 847 (N.D. Ill. 2001); *Mendez v. Palm Harbor Homes, Inc.*, 45 P.3d 594, 606 (Wash. Ct. App. 2002).

56) *Id.*

57) No. 01 C 1659, 2001 WL 709465 (N.D. Ill. 2001).

58) *Id.* at \*2 n.6.

59) See, e.g., *Jones v. Gen. Motors Corp.*, 640 F. Supp. 2d 1124, 1134 (D. Ariz. 2009) (중재약정에 편입되어 적용되는 중재규칙이 재정적 어려움에 근거한 중재비용 면제나 중재비용 지급연기를 규정하고 TSMS 점을 비추어 볼 때, 이러한 중재약정은 애리조나 주의 법률상 실체적으로 비양심적이지 않다고 판시하였다); *Universal Underwriters Life Ins. Co. v. Dutton*, 736 So.2d 564, 570 (Ala. 1999) (미국 중재협회인 AAA의 상사규칙이 중재인의 비용을 분할지급, 지급연기, 감액을 허용하고 있다).

60) See, e.g., *Phillips v. Assocs. Home Equity Servs, Inc.*, 179 F. Supp. 2d 840, 846 (N.D. Ill. 2001).

신의 상해 또는 사망에 근거한 손해배상 분쟁을 중재절차에서 해결할 것을 동의한 반면, 요양원은 입소자를 상대로 퇴소시키거나 연체된 요양원 사용료 지급을 위해 법원에 소송을 제기할 수 있도록 되어 있으므로 계약의 쌍방성(bilaterality)이 존재하지 않으며, 중재신청 비용이 법원에의 소송제기 비용보다 최소한 \$830 이상 비싸다는 점을 고려할 때 강제적 중재조항이 실제적으로 비양심적이라고 웨스트 버지니아 주 항소심 법원은 판시하였다<sup>61)</sup>.

*Ruppelt v. Laurel Health Care* 사건<sup>62)</sup>에서 해당 입소계약에 포함되어 있었던 강제적 중재조항에 따르면 입소자 또는 입소자 대리인이 입소자의 상해 또는 사망으로 인한 손해배상 분쟁은 중재절차로 가야 하지만, 요양원 입소자의 강제퇴거 또는 요양원 사용료 미지급 분쟁은 중재절차 또는 법원의 소송절차 중의 하나를 요양원이 선택할 수 있도록 규정되어 있어서 계약의 쌍방성이 존재하지 않으므로 실제적으로 비양심적이고 집행력이 없다고 뉴멕시코 주 항소심 법원은 판시하였다.

*Shotts v. OP Winter Haven* 사건<sup>63)</sup>에서는 강제적 중재조항이 입소자가 요양원을 상대로 어떠한 징벌적 손해배상도 청구할 수 없도록 규정하였으며, 이에 대해 플로리다 주 항소심 법원은 부당할 정도로 가혹한 징벌적 손해배상 금지규정은 전체 계약의 핵심 부분을 구성하므로 무효인 조항의 분리 조항의 존재에도 불구하고 강제적 중재조항 전부가 무효라고 판시하였다.

과도한 중재비용과 관련한 판례들을 살펴보면, *Small v. HCF of Perrysburg* 사건<sup>64)</sup>에서는 중재절차에서 패소한 당사자가 양쪽 당사자가 지출한 모든 중재 비용을 부담한다는 취지의 강제적 중재조항이 존재하였다. 자산이 풍부한 요양원은 이러한 조항으로 인하여 경제적 타격을 덜 받지만, 입소자의 경우 만일 의료비용으로 이미 막대한 비용을 지출하고 있는 경우에는 요양원의 과실로 인한 자신의 상해 등에 대한 분쟁을 중재절차로 가져가는 것은 패소할 경우 막대한 경제적 타격을 받게 될 우려가 있어서 중재절차로 자신의 분쟁을 가져가는 것을 포기할 가능성이 크므로 실제적인 비양심성이 존재한다고 오하이오 주 항소심 법원은 판시하였다.

애리조나 주의 경우를 살펴보면, *Clark v. Renaissance Village West* 사건<sup>65)</sup>에서 애리조나 주 항소심 법원은 입소자인 중재 당사자가 중재인 비용의 50%를 지급하도록 하는 강제적 중재조항을 검토하였으며, 중재인 비용은 약 \$22,800가 될 것이라는 전문가 진술서가 제출되었다. 88세인 입소자의 매달 수입은 사회보장연금 (social security benefit)과 퇴역군인 수당으로 이루어진 \$4,630이었다. 더구나 해당 강제적 중재조항에 따르면 경제적인 어려움이 있더라도 중재인 비용의 감액이 허용되지 않았다. 애리조나 주 항소심 법원

61) *Brown*, 724 S.E.2d at 294.

62) *Ruppelt v. Laurel Healthcare Providers, LLC*, 293 P.3d 902, 907-08 (N.M. Ct. App. 2012).

63) *Shotts v. OP Winter Haven, Inc.*, 86 So. 3d 456, 458 (Fla. 2011).

64) *Small v. HCF of Perrysburg, Inc.*, 823 N.E.2d 19 (Ohio Ct. App. 2004).

65) *Clark v. Renaissance West L.L.C.*, 307 P.3d 77, 81 (Ariz. Ct. App. 2013).



은 이러한 강제적 중재조항은 입소자가 자신의 피해에 대한 권리구제를 좌절시킨다고 보아 실체적 비양심성이 존재하며 법적인 집행력이 없다고 판시하였다.

### 3. 강제적 중재조항에 관하여 비양심성을 인정할 수 있는 공통적인 특징 고찰

위의 판례들과 핵심요소들을 분석해보면, 강제적 중재조항이 포함된 요양원 입소계약이 비양심적이라는 결정을 하기 위한 주된 특징들은 다음과 같다<sup>66)</sup>.

- 계약의 의미를 합리적으로 판단할 수 있는 역량을 입소자가 가지고 있었는가,
- 강제적 중재조항의 서명이 요양원 입소의 전제조건이었는가,
- 강제적 중재조항이 요양원 입소계약 내에 포함되어 있었는가, 아니면 별도로 제시되었는가,
- 요양원 입소계약 및 강제적 중재조항의 페이지 수 및 얼마나 복잡하고 난해하였는가,
- 요양원 입소 담당자가 입소하려는 자의 서명 이전에 강제적 중재조항의 의미를 이해하기 쉽도록 설명을 해주었는가,
- 입소자가 이전에 거주하던 지역 인근에 해당 요양원 이외의 합리적인 대안이 될 수 있는 다른 요양원들이 존재하였는가,
- 입소하려는 자에게 요양원 입소가 얼마나 긴급하였는가,
- 강제적 중재조항이 쌍방적이었는가, 아니면 일방적이었는가.
- 강제적 중재조항이 입소자에게 권리구제를 받을 수 있는 손해배상액의 한도에 대해 심각한 제한을 가하거나, 관련 법률상 존재하지 않는 심각한 조건을 부가하였는가,
- 강제적 중재조항이 과도한 중재비용 부담을 부과하여 입소자가 중재절차를 통해 권리구제를 받는 것을 실질적으로 금지하고 있는가 등을 들 수 있다.

## V. 미국 요양원 입소계약에 포함된 강제적 중재조항의 문제점 개선

앞서 본 바와 같이 이러한 강제적 중재조항은 원래의 취지인 신속하고 비밀보장에 근거한 분쟁의 해결이라는 취지가 무색할 정도로 많은 문제점을 노출해 왔으며 미국 판례법에서 형성된 실체적, 절차적 비양심성 법리의 적용대상이 되어왔다. 이러한 문제점을 개선

66) Pomerance at 162.

하기 위하여 미국의 많은 학자들은 강제적 중재조항의 표준화가 필요하다고 주장한다.<sup>67)</sup> 표준화된 강제적 중재조항은 서명자가 무엇을 중재에 의해서 해결하고자 하는가를 명백히 알 수 있도록 정보를 제공해주어야 하며 서명자가 자발적으로 서명할 수 있어야 한다. 또한 강제적 중재조항 서명후에 1개월 이내에는 서명자가 임의로 중재조항 서명의 효력을 취소할 수 있도록 해 주어서 서명자에게 의미있는 선택권을 제공해주어서 절차적 비양심성으로 인한 강제적 중재조항의 무효의 결과가 발생하지 않도록 해야 할 것이다<sup>68)</sup>. 비양심성 주장을 완화시킬수 있는 또 다른 방법으로는 중재절차를 가능한 한 쉽고 명백하게 설명을 해주고 강제적 중재조항도 본 계약인 입소계약과 분리되어 별도로 제공되어야 할 것이다<sup>69)</sup>.

## VI. 결론

우리나라의 경우에는 의료보험공단에서 장기요양보험등급평가원에서 등급판정을 받게 되면 요양원을 이용하고 싶은 경우에는 시설등급을 받아서 생활보호대상자의 경우를 제외하고는 입소자의 경우 입소자 부양의무자가 요양원 비용의 20%를 본인부담금으로 지급한다. 시설등급을 받아서 본인이 원하는 요양원에 연락을 하여 입소계약을 체결하면 입소하여 요양원에서 거주할 수 있게 된다. 입소계약에서는 미국처럼 입소자와 요양원의 권리와 의무를 상세하게 규정하는 경우는 거의 없으며 입소자가 국가의 80%지원을 받고 입소하게 되므로 국가 시혜적인 측면이 강하여 입소계약의 많은 조항들이 입소자의 의무 사항들로 이루어져 있다.

입소계약상에 입소자에게 불리한 조항들의 경우 부당한 약관 조항에 해당하면 공정거래위원회에서 무효로 판정하여 입소계약의 해당조항을 변경하도록 하는 시정조치를 내려서 부당한 입소계약조항의 감독역할을 수행하는 것이 그 특징이라고 할 수 있다. 예컨대 요양원의 귀책사유로 인하여 입소자가 상해 또는 사망에 이르게 된 경우 요양원에게 일체의 책임을 물을 수 없도록 한 조항은 약관법 제7조제1호의 “사업자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 법률상의 책임을 배제하는 조항”에 해당하여 무효라고 판시한 바가 있다<sup>70)</sup>. 또

67) Wesley Bulgarella, “A Better Forum For All: Addressing The Value of Arbitration Clauses In Nursing Home Contracts”, 86 *Mississippi Law Journal* 365 (2017).

68) 서명한 후 30일 이내에 취소할 수 있는 권한이 있는 경우 용양원 입소계약은 비양심적이지 않다고 판시한 사례가 있다. *Carraway v. Beverly Enters. Ala., Inc.*, 978 So. 2d 27, 33 (Ala. 2007); *Miller*, 863 N.E.2d at 545.

69) Bulgarella at 370.

70) 공정거래위원회 2003. 01. 02. 의결 2002약제3262 (입소계약서상의 불공정약관조항).

한, 국내기업이 작성한 물품공급 및 판매계약의 약관에 포함되었던 강제 중재회부조항의 효력에 대하여, “통상 고객은 ... 중재제도의 의미를 파악하고 중재조항을 수락했다고 보기 어려운 경우가 많으므로 중재약정은 당사자간 개별약정에 의한 경우에만 유효성이 인정된 다할 것이다. 즉, 중재합의가 있으면 법원의 재판에 의한 법규의 해석과 그 적용을 박탈 하는 결과를 가져오며 공정치 못한 중재결과가 나왔을 경우 항소심절차에 의해 구제될 수 없음을 고려할 때 사업자가 일방적으로 마련한 약관에 중재합의 조항을 정하는 것은 부당 하다 할 것이다. 따라서 해당 약관조항은 고객에 대하여 부당하게 불리한 소제기의 금지 조항으로 약관법 제14조에 해당된다”는 이유로 공정거래위원회에서 해당 중재조항을 수정 또는 삭제할 것을 권고하는 시정권고를 내린 바 있다.<sup>71)</sup>

이처럼 우리나라의 경우 요양원 입소계약상에 강제적 중재조항이 포함되어 그러한 중재 조항이 비양심성의 법리에 휘말린 사례는 없다 할 것이나 미국 판례법에서 앞에서 고찰한 비양심성의 법리는 약관인 요양원 입소계약의 부당한 조항에 대하여 실체적이거나 절차적 비양심성에 해당하는 다양한 요소들이 우리나라 요양원 입소계약에서의 부당한 조항들을 가려내는 데에 가이드라인 역할을 해줄 것으로 기대해본다. 우리나라 요양원의 입소계약 은 아직까지는 정부의 시혜적인 시각에서 요양원이 입소자를 바라보는 시각이 존재하는 것이 사실이다. 향후 요양원 입소자들의 권리 구제를 위한 도모하기 위하여 현행 요양원 입소계약의 부당한 조항들의 개선 내지는 권리구제에 필요한 신설 조항들의 삽입 등의 조 치가 요망된다고 할 것이다.

71) 공정거래위원회 2010. 02. 25. 의결 2010약관0478 (재판관할합의 약관조항).

## 참고문헌

- 공정거래위원회 2003. 01. 02. 의결 2002약제3262.
- 공정거래위원회 2010. 02. 25. 의결 2010약관0478.
- 신승남, “정신적 무능력자가 체결한 중재약정에 관한 미국 연방법원의 분리가능성 법리의 분석”, 「중재연구」 제30권 제1호, 한국중재학회, 2020.
- 하충룡, “소비자중재합의의 미국계약법상 항변”, 「중재연구」 제20권 제2호, 한국중재학회, 2010.
- Barnett, Megan, “There Is Still Hope For The Little Guy: Unconscionability Is Still A Defense Against Arbitration Clauses Despite AT&T Mobility v. Concepcion,” 33 Whittier L. Rev. Vol. 33, 2012.
- Broome, Stephen A., “An Unconscionable Application of the Unconscionability Doctrine: How The California Courts Are Circumventing The Federal Arbitration Act,” Hastings Business Law Journal, Vol.3, 2006.
- Bulgarella, Wesley, “A Better Forum For All: Addressing The Value of Arbitration Clauses In Nursing Home Contracts,” Mississippi Law Journal, Vol. 86, 2017.
- Charters, Dustin, “Uphill Battle or Insurmountable Peak? The Pursuit to Uphold Provisions within Arbitration Agreements,” Idaho Law Review, Vol. 47, 2011.
- Korn, David and Rosenberg, David, “Concepcion’s Pro-Defendant Biasing of The Arbitration Process: The Class Counsel Solution,” University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 46, 2013.
- Daisy Maxey, “Public” Arbitration? Brokers Balk--Given Druthers, Wall Street Says System Was Fine; Anything But the Courts,” Wall Street Journal, Oct. 8, 2010.
- Moses, Margaret L., “Privatized ‘Justice’,” Loy. U. Chicago Law Journal, Vol. 36, 2005.
- Pomerance, Benjamin, “Arbitration Over Accountability? The State of Mandatory Arbitration Clauses in Nursing Home Admission Contracts,” Florida Coastal Law Review, Vol. 16, 2015.
- Randall, Susan, “Judicial Attitudes Toward Arbitration and the Resurgence of Unconscionability,” Buff. Law Review, Vol. 52, 2004.
- Rice, Willy E., “Courts Gone ‘Irrationally Biased’ in Favor of the Federal Arbitration Act?

- Enforcing Arbitration Provisions in Standardized Application Forms and Marginalizing Consumer-Protection, Antidiscrimination, and States' Contract Laws: A 1925-2014 Legal and Empirical Analysis," *Wm. & Mary Bus. Law Review*, Vol.6, 2015.
- Smith, Bradley A., "Vanity of Vanities: National Popular Vote and the Electoral College," *Election Law Journal*, Vol. 6, 2010.
- Stark, Kirk J., "Rich States, Poor States: Assessing the Design and Effect of A U.S. Fiscal Equalization Regime," *Tax L. Review*, Vol. 62, 2010.
- Viswanathan, Madhubalan and Rosa, Anton & Ruth, Julie A., "Emerging Lessons For Multinational Companies, Understanding the Needs of Poorer Consumers Can Be Profitable and Socially Responsible," *Wall Street Journal*, Oct. 20, 2008.
- Zimmerman, James, "Restrictions On Forum-Selection Clauses In Franchise Agreements and The Federal Arbitration Act: Is State Law Preempted?," *Vand. Law Review*, Vol.51, 1998..
- ACORN v. Household Int'l, Inc., 211 F. Supp. 2d 1160, 1174 (N.D. Cal. 2002).
- Brown v. Genesis Healthcare Corp., 724 S.E.2d 250, 272 (W. Va. 2011).
- Clark v. Renaissance West L.L.C., 307 P.3d 77, 81 (Ariz. Ct. App. 2013).
- Colmar, Ltd. v. Fremantlemedia North America, Inc., 801 N.E.2d 1017, 1029 (Ill. App. Ct. 2003).
- Franco v. Arakelian Enterprises, Inc., 149 Cal.Rptr.3d 530, 554 (Cal. Ct. App. 2012).
- Hawkins v. Superior Court, 152 Cal.Rptr. 491, 493 (1979).
- High v. Capital Senior Living Props., 594 F. Supp. 2d 789 (E.D. Mich. 2008).
- Hooters of America, Inc. v. Phillips, 173 F.3d 933, 936 (4<sup>th</sup> Cir.1999).
- In re Dan Ledet and Living Centers of Texas, Inc., No. 04-04-00411, 2004 WL 2945699 (Tex. Ct. App. 2004).
- Jones v. Gen. Motors Corp., 640 F.Supp. 2d 1124, 1134 (D. Ariz. 2009).
- Mendez v. Palm Harbor Homes, Inc., 45 P.3d 594, 606 (Wash. Ct. App. 2002).
- Moore v. Conliffe, 871 P.2d 204, 225 -226 (Cal. 1994) (Baxter, J. dissenting).
- Owens v. Coosa Valley Health Care, Inc., 890 So.2d 983 (Ala.2004).
- Phillips, 179 F. Supp. 2d at 847 (N.D. Ill. 2001).
- Primerica Life Ins. Co. v. Brown, 304 F.3d 469, 472 (5<sup>th</sup> Cir. 2002).
- Romano v. Manor Care, Inc., 861 So. 2d 59, 61 (Fla. Dist. Ct. App. 2003).
- Rosenberg v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 170 F.3d 1, 15-16 (1<sup>st</sup> Cir. 1999).

- Ruppelt v. Laurel Healthcare Providers, LLC, 293 P.3d 902, 907-08 (N.M. Ct. App. 2012).  
Shotts v. OP Winter Haven, Inc., 86 So. 3d 456, 458 (Fla. 2011).  
Small v. HCF of Perrysburg, Inc., 823 N.E.2d 19, 24 (Ohio Ct. App. 2004).  
Sonic-Calabasas A, Inc. v. Moreno, 311 P.3d 184, 203, 205, 211 (Cal. 2013).  
Wisconsin Auto Title Loans, Inc. v. Jones, 714 N.W.2d 155, 174 (Wis. 2006).

## ABSTRACT

### Review of U.S. Courts' Procedural and Substantive Unconscionability Doctrine Regarding Mandatory Arbitration Agreement in the Nursing Home Contracts

Seungnam Shin\*

If aggrieving consumers or employees cannot prove both substantive and procedural unconscionability, many U.S. state courts will enforce arbitration agreements. Additionally, U.S. courts weigh a variety of factors to determine whether an arbitration agreement is substantively unconscionable. For example, U.S. courts have considered one or a combination of the following factors: (1) the fairness of contractual terms; (2) the severity of contractual terms' deviation from prevailing standards, customs, or practices within a particular industry; (3) the reasonableness of goods-and-services contract prices; (4) the commercial reasonableness of the contract terms; (5) the purpose and effect of the terms and (6) "the allocation of risks between the parties." Further, procedural unconscionability characterized by surprise or lack of knowledge focuses on terms that are deceptively hidden in a mass of contract language, the object of another concealment, or imposed in the circumstances involving haste or high-pressure tactics so that they are not likely to be read or understood.

This unconscionability doctrine can be applied to a situation where an alcoholic dementia-afflicted older adult is admitted to a nursing home. At that time, because she had alcoholic dementia, which precluded her reading, comprehending, writing, negotiating, or signing of any legal document, her son, who did not understand the adhesion contract, signed the standardized residential contract and the arbitration agreement.

**Key Words** : alcohol addiction, adhesion contract, procedural and substantive unconscionability, arbitration agreement, Federal Arbitration Act

---

\* Professor at Ewha Womans University Law School.