

약속, 합의 그리고 계약*

김기창**

목 차

- I. 합의와 계약
- II. 약속과 합의
 - 1. Covenant
 - 2. Debt과 Detinue
 - 3. Trespass
 - 4. Assumpsit 소송의 발전
- III. 맺는말

[국문요약]

로마법 문헌들은 합의(conventio)를 계약과 구별하여 설명하고 있다. 이점은 합의와 계약을 거의 동일시하는 현대의 법률가들에게는 일면 낯설게 여겨지는 부분이다. 일정한 유형의 거래관계에 포함되어 있는 합의는 그러한 거래의 빈도나 중요성 등을 고려하여 소권(訴權) 부여의 근거가 되었지만(소위 전형계약을 예로 들 수 있다), 그렇지 않은 경우에는 합의가 있었다고 해서 그 합의를 강제하기 위한 수단으로 언제나 소권이 부여되었던 것은 아니었다. 이러한 태도는 로마법의 영향을 별로 받지 아니하고 전개되었던 중세 영국법의 발달과정에서도 관찰된다. Covenant 소송은 피상적으로는 합의를 강제하기 위한 소송양식인 것처럼 보이지만 그 실제 운용에 있어서 봉인 증서를 증거로 요구하였기 때문에 봉인 증서 없이 이루어진 합의를 강제하는 수단으로 기능할 수 없었다. Debt 소송과 Detinue 소송은 거래의 일방에 발생

* 이 논문은 고려대학교 연구정착비의 지원을 받아 작성되었음.

** 고려대학교 법과대학 부교수.

한 손해를 전보하기 위한 소송양식이었지 합의에 의하여 발생한 채권채무관계의 만족을 얻기 위한 소송은 아니었다. 반면에, 부당침해행위에 대한 구제수단으로 출발하였던 Trespass 소송이 합의의 불이행에 대한 구제수단으로 전용되는 과정(Assumpsit 소송의 발달 과정)에서 합의를 강제하기 위한 구제수단이 등장하는 것을 엿볼 수 있는데, 그러한 법 발달은 경제상황의 변화와 밀접한 관련이 있다고 생각된다. 안정적 물가수준이 계속되는 상황에서는 합의의 불이행이 거래의 일방에게 언제나 경제적 손해를 가져온다고 단정하기 어렵다. 원래의 합의 내용과 동일한 수준의 새로운 합의 또는 원래의 합의보다 오히려 더 유리한 합의를 다른 당사자와 맺을 가능성이 많은 상황 하에서는 합의의 불이행은 도덕적으로 비난받아 마땅할지라도 합의를 강제하기 위한 법적 구제수단을 반드시 부여하여야 할 뚜렷한 이유는 없다고 할 수 있다. 그러나 16세기 후반부터 유럽의 경제는 지속적인 가격상승 추이를 보이게 되는데, 이러한 상황 하에서는 합의의 불이행은 곧바로 일방의 경제적 손실로 직결될 수밖에 없다. 따라서 이 시기부터는 합의를 강제하기 위한 소송수단이 필요하다는 점에 대한 암묵적 합의가 이루어지고, Assumpsit 소송은 바로 그러한 구제수단으로 기능하기 시작한 것이다(Slade's case). 현대의 계약법은 이러한 연혁적 이유로 말미암아 합의와 계약을 거의 동일시하는 입장을 취하게 되는데 필자는 이 논문에서 이러한 입장이 어떤 보편적인 당위성을 띠고 있는 것이 아니라 특정한 역사적 경험에 기초하여 형성된 이데올로기에 가까운 것으로 볼 수 있지 않을까 하는 견해를 피력하였다.

[주제어] 계약법의 역사, 합의의 법적효력, 로마법, 영국 법사, Covenant 소송, Assumpsit 소송, Pactum, 비교법사, 경제사, 법규범의 경제적 기초

I. 합의와 계약

학설 취한 2.14.7.7 에 나오는 다음 구절은 많은 학자들의 관심을 끌었다.

법무관이 이르기를: 惡意없이, 그리고 제정법, 원로원결의, 황제의 칙령이나 고시에 위반되지 아니하고, 그러한 규정들의 취지에 어긋나지 않게 맺어진 和議나 合意는 이를 지키도록 하겠다.¹⁾

1) Ait praetor : 'pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo.' Dig.2.14.7.7 이 구절의 의미에 대한 여러 연구들은 R Zimmermann, *The law of obligations: Roman foundations of the Civilian tradition*, Oxford, 1990, p.509에 소개되어 있다. 그곳에 인용된 문헌에 더하여 몇 가지

얼핏 보아 너무도 당연하게 읽힐 수도 있는 이 언명에 대하여 어째서 많은 학자들이 논란을 벌여 왔을까? 이 점을 이해하기 위하여서는 여기서 말하는 합의의 뜻에 대하여 생각하여볼 필요가 있다.²⁾ 우선, 합의(*conventio*)라는 용어는 넓은 뜻으로 이해될 수도 있다. 사람과 사람이 만나 일을 도모하고 사무를 처리하고 거래를 함에 있어서 합의가 없을 수는 없는 노릇이다. 이런 의미에서의 합의는 일체의 거래나 교섭관계에 당연히 포함되어 있다고 할 수 있다. 페디우스(*Sextus Pedius*, 亡 120)가 말했듯이, 계약이건, 채권채무관계건 합의 없이는 있을 수 없다.³⁾ 하지만 그러한 합의가 물건을 건네주면서(예를 들어, 소비대차 *mutuum*) 또는 정형화된 구두약속(*stipulatio*)을 하면서 이루어진 경우에는 당사자들의 거래관계를 요율계약 또는 問答계약으로 이해하고, 그로 인하여 생긴 분쟁의 해결을 위하여 일정한 구제수단(訴權, *actio*)을 부여하였다. 그 외의 경우에도 당사자간의 거래가 매매, 貸貸借, 조합, 위임 등의 유형에 해당하는 경우에는 그러한 거래에 내포되어 있는 합의는 이를 막연히 합의(*conventio*)라 부르지 아니하고, 각각 그 유형에 따라 매매(*emptio venditio*), 임대차(*locatio conductio*) 등의 용어를 사용하여 지칭하였고,⁴⁾ 이 경우에도 그러한 거래로 인하여 생긴 분

를 추가로 소개하면, R Knütel, 'Stipulatio und pacta', *Festschrift für Max Kaser*, München, 1976, p.201 sq.; M Talamanca, 'La tipicità dei contratti romani fra "conventio" et "stipulatio" fino a Labeone', *Contractus et pactum: Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, 1990, p.35 sq.; G Melillo, 'Forme e teorie contrattuali nella età del Principato', *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, 2. *Principat*, Bd. 14 *Recht*, ed H Temporini, Berlin, 1982, pp.450~508, 특히 pp.464~470 참조

2) 이 문제에 대한 국내 학자의 연구로는 조규창, 「합의에 관한 고찰」, 『채권법에 있어서 자유와 책임』(박영사, 1994)을 들 수 있다. 이 논문을 통하여 발표된 연구 성과는 그 후 약간 수정되고 보충된 형태로 조규창·현승중, 『로마법』(법문사, 1996) 797~817쪽에 수록되어 있다. 원문에서 말하는 화의(*pacta*)와 합의(*conventa*)가 어떤 차이가 있는가 하는 점에 대한 상세한 논의도 있다. 에전대, A Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, p.20. 그러나 이 글에서는 이를 상세히 다룰 필요는 없다. 대체로 같은 뜻으로 보고 논의를 전개한다. 조규창, 같은 논문, 3쪽도 같음. 그리고 *Pactum*과 *conventio*는 로마법 원전에서도 언제나 구별되어 사용된 것은 아니다. 단적인 예로, *Pactum est duorum consensus atque conventio* (화의는 두 당사자의 意思一致 및 合意이다), *Dig.50.12.3pr*

3) *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* (*Dig.2.14.1.3*).

쟁을 해결하기 위한 구제수단이 부여되었다.

그러나, 매매, 賃貸借, 조합 등의 유형에 해당하지 아니하고, 요물계약이나 문답계약으로 분류될 수도 없는 합의에 대하여는 어떠한 구제수단이 주어졌는지를 일률적으로 이야기하기는 어렵다. 다시 말하면, 합의라고 해서 모두 그 법적 효과가 같지는 않았다. 합의 없이는 계약도 訴權도 생겨날 수 없었지만, 합의가 있었다고 해서 언제나 당사자간에 계약이 맺어졌다(contractus)고 이해하거나 당사자에게 訴權이 부여되었던 것은 아니었다. 바로 이 점이 오늘날의 법률가의 사고방식과 로마시대의 법률가의 사고방식 사이에 큰 차이가 나는 부분이다. 합의가 곧 계약이고, 계약이 곧 합의라는 입장에 익숙한 오늘날의 법률가로서는 합의(conventum)를 계약(contractum)과 분리하여 자세히 논의하는 로마법 문헌들이 약간은 낯설게 느껴 질 것이다.⁵⁾

그렇다면, 요물계약이나 문답계약의 형태로 이루어진 합의가 아니고, 매매, 임대차 등의 유형에도 해당하지 아니하는 합의는 이를 강제할 수단이 로마법에는 없었다는 말인가? 앞서 인용한 법무관(Praetor)의 告示는 바로 이 문제에 대한 고전 로마법 시대의 입장을 드러내 보이는 것으로 이해된다. 위 告示가 정확히 언제, 어느 법무관에 의하여 선포되었던 것이었는지에 관한 자료는 별로 없다. 그러나 대부분의 학자들은 이 告示에서 和議나 合意를 ‘준수하도록 하겠다(servabo)’는 것은 합의에 근거한 소송(actio)을 허용하겠다는 취지가 아니라, 합의에 근거한 항변(exceptio)을 인정하겠다는 것에 불과한 것이었다고 설명하고 있다. 물론 이러한 지배적인 견해에 대하여는 유력한 반론이 제기된 바 있으나 여기서 자세히 논할 바는 아니다.⁶⁾ 다만 분명한 점은, 학설회찬에는 단

4) Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt : veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem. Dig.2.14.1.4

5) 계약과 구별되는 합의에 대한 자세하고 다양한 설명들은 학설회찬 제2책의 14장 이하에 수록되어 있다.

순한 합의에 근거하여 소송을 제기하는 것이 언제나 가능한 것은 아니었음을 보여주는 구절 들이 많이 있다는 것이다. 그 중 하나만 예를 들자면,

만일 너에게 10을 주고, 네가 20을 나에게 빚진 것으로 합의하였다 해도 채권채무관계는 10 이상 생기지 아니한다. 요물계약 상의 채권채무관계는 실제로 준 것 이상 맺어질 수 없다.⁷⁾

반면에 합의가 항변의 근거로 될 수 있음은 다음 구절에서 명백하다.

내가 나에게 어느 노예이건 1명을 주어야 하되, 스티쿠스라는 노예를 (내가) 訴求하지는 않기로 합의가 되었음에도 내가 스티쿠스를 訴求하는 경우 너는 합의가 있었음을 항변으로 제기할 수 있다. 하지만 나는 다른 노예에 대하여는 적법하게 소송을 할 수 있다.⁸⁾

합의가 있었다고 해서, 그리고 그 합의가 지켜지지 않았다고 해서 언제나 소송이라는 구체수단이 당사자에게 부여되지는 않았다는 점은 유독 로마법에만 고유한 현상이 아니라 그 당시의 여러 문화에 보편적으로 관찰되어지는 현상이라고 볼 여지가 있다. 울피아누스(Dometius Ulpianus, 亡 228)의 다음 구절은 이를 간접적으로 암시하고 있다.

萬民法상의 합의는 소송의 근거가 되는 것도 있고, 항변의 근거가 되는 것도 있다.⁹⁾

6) 지배적인 견해에 대하여는 Zimmermann (앞의 각주 2), 509쪽 참조. 반론에 대하여는 뒤의 각주 9 참조.

7) Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem : re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. Dig.2.14.17pr.

8) Sed si generaliter mihi hominem debeas et paciscar, ne stichum petam : stichum quidem petendo pacti exceptio mihi opponetur, alium autem hominem si petam, recte agam. Dig.2.14.27.7

9) Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Dig.2.14.7pr. 이 구절에 대하여는 그것이 후대의 비잔틴 법률가들에 의하여 편집과정에서 改作되었다는 주장이 제기되기도 하였다. 하지만 이 구절이 등장하는 맥락은 다음과 같다. 울피아누스는 합의를 크

다시 말하면, 訴權을 낳지 못하는 合意가 있을 수 있다는 점은 로마시민법(ius civile)에 특유한 현상 이라기보다는 그 당시 여러 민족이나 문화에 공통으로 관찰되는 현상, 즉 만민법적인 현상인 것으로 당시의 법률가들이 이해하고 있었다는 가설도 가능하다고 생각한다.¹⁰⁾

사용대차나 소비대차(목적물이 실제로 건네진 경우), 문답계약, 그리고 매매, 임대차 등의 거래에 당연히 내포되어 있는 합의의 경우, 당사자는 訴權의 행사를 통하여 그 합의내용의 준수를 강제할 수단이 있었음은 이미 언급하였다. 그러나 그러한 유형에 포섭될 수 없는 합의라고 해서 언제나 訴權이 부인되었던 것은 아니다. 일정한 경우에는 그러한 합의가 항변권이 아니라 訴權의 기초로 될 수 있었음을 유의하여야 한다. 율피아누스가 들고 있는 예는 다음과 같다.

내가 팜필루스를 해방하도록 나는 스티쿠스를 너에게 주었고, 그래서 네가 팜필루스를 해방하였는데 스티쿠스의 진정한 주인이 나타나 그를 데려가 버린 경우(너는 어떠한 구제수단을 가질 수 있을까?)¹¹⁾

계 공법상의 합의(예컨대, 강화조약)와 사법상의 합의로 나누고, 사법상의 합의는 다시 시민법상의 합의(*conventio legitima*; 제정법 또는 원로원 결의에 의하여 구제수단이 부여된 합의)와 만민법상의 합의(*conventio iuris gentium*)로 나눈다. 만민법 상의 합의는 이를 다시 매매, 임대차, 위임등의 고유한 유형(典型)의 거래(訴權발생의 근거가 되는 합의)와, 그러한 유형에 포섭될 수 없는 합의(항변권 행사의 근거가 되는 합의)로 나누어 설명하고 있다. 율피아누스의 이러한 설명은 매매 등의 전형계약도 크게 보아 만민법 상의 합의의 일종이라는 인식을 전제로 하고 있는 듯 보인다. 이점을 특히 강조하고, 이글의 첫머리에 인용한 법무관 告示에 나오는 ‘합의를... 지키도록 하겠다(*pacta... servabo*)’는 표현의 의미가 역사적인 변천을 겪었다는 주장을 피력함으로써 A Magdelain은 위 告示에서 말하는 합의(*pacta conventa*)는 매매 등의 전형계약까지도 포함하는 일체의 합의를 뜻했었다는 주장을 상세히 피력한 바 있다. A Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958.

10) 고대 그리스 법에 있어서의 합의의 법적효력과 로마법에서의 합의의 법적효력과의 유사점에 대하여는 J Vélissaropoulos-Karakostas, ‘Pacta conventa servabo et Aristote’, 74 *Revue historique de droit français et étranger*, 1996, pp.185~197; H Wolff, ‘Debt and assumpsit in the light of comparative legal history’, 1 *Irish Jurist*, N. S. (1966) pp.316~327, 특히 p.324 이하 참조.

11) *dedi tibi stichum, ut pamphilum manumittas : manumisisti : evictus est stichus*. Dig.2.14.7.2

이 사례가 문제가 되는 이유를 간단히 살펴보자. 우선, 당사자간의 합의가 매매, 임대차 등의 전형계약의 유형에 포섭될 수 없고, 소비대차나 사용대차(commodatium) 등의 要物계약이라고 볼 여지가 없음은 분명하다. 그렇다고 당사자간의 합의를 물물교환(permutatio)으로 파악할 수도 없다. 스티쿠스와 팜필루스를 맞바꾸기로 한 경우와는 다르기 때문이다.

물론, 율피아누스가 들고 있는 사례는 쌍무적인 내용의 합의에 기하여 일방이 이행하였으나 타방의 이행이 이루어지지 않은 경우라고 볼 수 있다. 그러나 이 사례는 이행을 한 당사자에게 이행된 물건을 반환해 줌으로써 간단히 해결될 수 있는 성질의 사안이 아니다. 예를 들어 당사자 일방이 스티쿠스를 해방하기로 하고 타방이 그 대가로 돈을 지불하기로 하는 합의가 있는 경우라면, 돈을 받고도 스티쿠스를 해방하지 않는 당사자에 대하여는 돈을 되돌려 주도록 하면 대부분의 경우 분쟁은 만족스럽게 해결될 수 있을 것이다. 로마법에는 분명히 그러한 구제수단이 있었지만 (condictio causa data causa non secuta)¹²⁾ 법률가들은 그 구제수단을 합의나 계약과 결부지어 이해하지는 않았다. 오히려 당사자들은 그러한 성질의 합의에는 구속되지 아니하였다고 이해함이 옳을 것이다. 왜냐하면 돈을 준 당사자는 (상대방이 스티쿠스의 해방을 위하여 필요한 조치를 개시하기까지는) 원래의 합의에 구속되지 아니하고 일방적으로 마음을 바꾸어 스티쿠스를 해방하지 않아도 좋으니 돈을 돌려달라고 요구할 수 있고, 이 경우 돈을 돌려받을 구제수단도 있었다. 다시 말하면, 스티쿠스를 해방하는 대가로 돈을 주겠다는 쌍무적인 합의가 있고, 그에 기하여 돈을 주기까지 하였다고 하더라도 당사자가 그러한 합의에 구속된다기보다는, 돈을 받은 당사자가 이행하지 아니하면 그 돈을 돌려주도록 하고, 돈을 준 당사자가 그 거래를 더 이상 원하지 않는 경우에도 (돈을 받은 사람이 아직 이행에 착수하기 이전이라면) 돈을 돌려받을 수 있도록 하면 충분하다는 입장이다. 그 정도의 구제수단이

12) 이 소송에 대한 자세한 설명은 학설취찬 제12책·제4장 이하에 수록되어 있다.

면 당사자 간의 이해관계를 조정하기에 족한 것이지, 합의가 있었으므로 그 합의를 강제하여야 한다는 선형적인 도그마로부터 출발하여 사태를 해결하려는 흔적은 전혀 없다.

그러나 율피아누스가 들고 있는 위 사례는 이와는 다른 해결수단을 필요로 한다. 팜필루스는 이미 해방되어 그를 다시 노예로 만들 수는 없고, 스티쿠스는 타인의 소유임이 밝혀져 그를 확보해 올 방법이 없다. 하지만 팜필루스를 해방해 주고서 받은 스티쿠스마저 빼앗긴 당사자에게는 현실적인 손해가 생겼고, 그러한 손해에 대한 구제수단을 부여할 뚜렷한 ‘이유나 근거(causa)’가 있다고 파악한 듯 하다. 그래서 이 경우에는 소권이 인정되고, 그 소권은 부당이득반환소권(*condictio causa data causa non secuta*)의 경우와는 달리, 합의의 이행을 강제하기 위한 訴權으로 파악하고 있는 것이다. (부당이득 반환소권은 합의나 계약과는 무관한 것으로 이해되었음을 상기하라.) 율피아누스의 설명에 따르면,

거래가 어느 일정한 (典型)계약관계에 해당하지 아니하더라도, 근거(*causa*)가 있다면… 채권채무관계가 성립한다. 그러나 근거가 없는 경우에는 합의가 있었다고 해서 채권채무관계가 성립할 수 있는 것이 아니라는 것이 정설이다. 즉, 단순한 합의만으로는 채권채무관계가 생기는 것이 아니라 항변권이 생긴다.¹³⁾

‘단순한 합의만으로는 채권채무관계가 생기는 것이 아니다(*nuda pactio obligationem non parit*)’라는 율피아누스의 설명은 후일 중세 유럽의 계약법 발달과정에서 끊임없이 등장하는 중요한 구절이다.

13) Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem. … Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem : igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Dig.2.14.7.2 ; 2.14.7.4

II. 약속과 합의

지금까지의 논의를 배경으로 하여 중세 영국의 계약법의 대강을 살펴보기로 한다. 중세의 영국법은 로마법의 영향에서 비교적 자유로이 독자적인 발달과정을 거쳐왔다. 따라서 이하의 논의는 로마법의 문헌들이 서양 중세의 법체계들의 발달과정에 어떠한 영향력을 행사하였느냐 하는 시각에서 전개하는 것이 아니다. 오히려 로마법의 영향에서 비교적 자유로이 진행된 영국의 계약법 발달과정에 있어서도 합의의 법적 효력, 즉 합의의 준수를 확보하기 위한 구체수단을 어느 정도, 어느 경우에 부여할 것인가에 관하여는 고전 로마법의 입장과 중세 영국법의 입장 간에 상당한 공통점이 있음을 강조하고자 한다. 이러한 사정은 합의를 곧 계약과 동일시하는 현대의 계약법의 입장이 어찌면 서양법 발달과정에 있어서 하나의 독특한 단계를 이루는 것이 아닌가 하는 문제의식을 불러일으키기 충분할 것이다. 이러한 문제의식에 기초하여서야 비로소 계약과 합의를 거의 동등하게 취급하는 현대법의 ‘역사성’ 또는 ‘특수성’에 대한 탐구가 가능하게 될 것이다.

노르만 정복 이후 영국의 국왕 사법제도 또는 중앙 사법제도(각 지역에 전통적으로 존재하였던 지역 사법제도와 대응하는 의미에서의)의 가장 큰 특징은 勅書訴狀제도(writ system)이다. 분쟁이 있다고 해서 그 종류와 유형을 불문하고 모두 국왕법정에 제소할 수 있는 것이 아니라, 국왕비서실에 해당하는 추밀원(Chancery)에 신청하여 칙서소장(국왕이 서명하여 소송절차의 개시를 명하는 서면)을 발부 받아야 비로소 국왕법정에서의 소송이 가능하였다.¹⁴⁾ 문제는 추밀원이 소송의 종류를 무제한 인정하지 않았다는 데에 있다. 오늘날 우리가 계약법의 문제로 이해하는 분야에는 다음과 같은 소송양식들(forms of action)이 있었다.

14) 칙서소장 제도의 발달과정에 대한 개관은 R C van Caenegem, *The birth of the English common law*, 2nd edn., Cambridge, 1988 참조

1. Covenant

약정내용을 강제하거나 약정위반을 이유로 손해배상을 청구하는데 사용되던 소송양식이다. 칙서소장의 문언만을 본다면 이 소송양식은 당사자 간에 맺어진 온갖 내용의 합의(conventio)를 강제하는 데 사용할 수 있었던 것 같이 보이지만,¹⁵⁾ 13세기 말 이후로는 약정이 봉인문서(sealed deed)로 이루어진 경우에만 이 소송이 성공할 수 있었다.¹⁶⁾ 원고가 당사자 간의 합의내용을 담은 봉인문서를 제시하지 못하면 사건은 배심원재판으로 진행하지도 못하고 원고패소로 종료되었다. 1321년 런던 순회재판정에서 제기된 한 사건을 예로 들어 보자. 이 사건의 당사자가 합의한 내용은 원고가 런던 교외의 Waltham이라는 곳에 있는 피고에게 건초를 갖다 주면 피고가 이를 런던까지 운반해 주고 6실링을 받기로 하는 것이었다.¹⁷⁾ 원고는 건초를 피고에게 갖다 주고 선금으로 3실

15) 칙서소장은 국왕이 분쟁지 관할 행정관(sheriff)에게 보내는書信의 형태로 되어 있다. covenant 소송의 경우 그 핵심내용의 한 예를 들자면: ‘[피고] A로 하여금 N에 소재하는 창고를 새로 지어주기로 [원고] B와 맺은 약정을 제대로 그리고 지체 없이 이행하게 하라. 만일 A가 이를 거절하고 B가 소송수행에 필요한 보증금을 제공하면 A를 [지정된 날짜에] 국왕판사 면전에 소환하여 그 이유를 밝히도록 하라 (Praeceptum B. quod juste et sine dilatione teneat A. conventionem inter eos factam de quodam granario sumptibus ipsius B. apud N. de novo construendo. Et nisi fecerit et praedictus B. fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc summo per bonos summonitores praedictum A. quod sit coram iudicibus nostris apud Westmonasterium [tali die] ostensurus quare non fecerit.)’ J H Baker, *An introduction to English legal history*, 4th edn., London, 2002, p.542 · 540 참조 또한 13세기 말의 한 제정법에서도 covenant 소송이 다루는 합의의 내용은 무한히 다양할 수 있음을 언급하고 있다. Statute of Wales (1284) c. 10 이 문헌의 영문번역은 J H Baker & S F C Milsom, *Sources of English legal history: private law to 1750*, London, 1986, pp.281 ~ 282에 수록되어 있다.

16) D J Ibbetson, *A historical introduction to the law of obligations*, Oxford, 1999, p.25 참조 1292년에 제기된 한 사례를 예로 들어 covenant 소송에서 봉인문서가 요구되기 시작하였음을 설명하고 있다.

17) 당시의 화폐단위로 1실링은 12펜스, 1파운드는 20실링이었다. 양모로 만든 좋은 옷 한벌 값이 3실링 정도 했던 것으로 추정되고 있는 만큼 큰 액수의 거래는 아니었다. 중세의 물가에 대하여는 <http://www.fordham.edu/halsall/source/medievalprices.html> 참조.

링을 지급하였는데 피고가 건초를 운반하지 아니하자 원고가 covenant 소송을 제기한 것이다. 국왕판사 앞에서 진행되는 변론 과정에서 피고대리인은 먼저, 관할에 대한 항변을 제기하였으나 그것이 별 성과를 거두지 못하자 본안으로 들어가서 다음과 같이 변론하였다.¹⁸⁾

Gregory(피고대리인): 약정을 입증할 자료는 있는가?

Falstolf(원고대리인): 배심재판으로 갈 준비가 되어있다. (그 문제는 배심원이 판단할 사항이다.)

피고대리인: covenant 소송에는 반드시 봉인문서가 있어야 하는데 원고는 아무런 문서도 제시하지 못하므로 사건은 여기서 (원고패소로) 종결되어야 한다.

원고대리인: 달구지 한 차 분량의 건초에 대해서까지 반드시 봉인문서가 있어야 하는 것은 아니다.

원고대리인의 주장은 covenant 소송을 유연하게 운영하여 당사자간의 합의로부터 발생하는 분쟁에 대한 일반적인 구제수단으로 활용할 필요가 있다는 취지이다. 하지만 국왕판사의 입장은 이와는 달랐던 것 같다. 당사자 대리인들의 공방을 지켜보던 국왕판사가 이때 다음과 같이 개입한다.

그렇지만 한 달구지의 건초 때문에 우리가 법을 바꿀 수는 없다. Covenant 소송은 당사자의 합의가 봉인문서로 이루어진 경우에 제기할 수 있을 뿐이다.

결국 covenant 소송은 토지매매 등 거래의 중요성을 감안하여 당사자들이 약정을 문서화 한 경우에만 사용될 수 있는 소송양식으로 정착하였고, 계약법 전반의 발달에 있어서 그 역할이나 영향력은 미미하게 된다.

18) Baker & Milsom, op. cit., pp.285 ~ 286.

2. Debt과 Detinue

금전, 곡물 등 일정량의 대체물의 청구를 위하여 사용 가능한 소송양식이 Debt 소송이고, 가축 기타 특정물의 반환을 구하기 위하여 사용 가능한 소송양식이 Detinue 소송이라고 일응 설명할 수 있다. 그러나 초기에는 이 양자의 구분이 불분명하였다. 그 이유는 두 경우 모두 피고가 원고에게 주어야 할 것을 주지 아니하고 ‘부당하게 가지고 있다(iniuste detinet)’는 주장이 소장의 핵심을 이루고 있기 때문이다. 빌린 돈을 주지 않고 있는 것이나, 보관하고 있던 소한 마리를 돌려주지 않고 있는 것이나 ‘부당하게 가지고 있기’는 매 한 가지라는 인식이 바탕에 깔려 있었다고 할 수 있다. 금전 등 대체물의 지급을 구하는 청구는 채권채무관계이고, 특정물의 반환을 구하는 청구는 물건적 청구권이라는 구분방법은 비교적 나중에 나타난다. 그러나 13세기 말 경부터는 debt 소송과 detinue 소송의 구분이 논의의 대상으로 되기도 하고,¹⁹⁾ 칙서소장의 문구에 있어서도 양자 간의 구별이 유지되기 시작하지만 그 구분은 아래에서 설명하는 바와 같이, 소송 진행에 있어서 입증방법의 차이를 기준으로 유지된 것이지 채권관계와 물건관계라는 구분이 중요하였던 것은 아니었다.

특정물의 반환을 구하는 소송(detinue)이 제기된 경우 피고는 원고의 청구를 전면 부인하는 취지로, 계쟁물을 ‘가지고 있지 않다(non detinet)’고 답변하고 배심원의 평결을 요구하는 경로를 택할 수 있을 뿐이고, 배심원 재판을 거부하고 그 대신에 자신이 확보하여 출석시킨 11인의 서약보조인(oath-helpers)의 조력을 받아誓約함으로써 원고의 청구를 배척하는 절차(wager of law)를 선택할 수는 없었다. 반면에 금전 등 대체물의 지급을 구하는 소송(debt)이 제기된 경우 피고는 서약의 형태로 원고의 청구를 배척하는 절차를 취할 가능성이 열려 있었다.

19) *ibid.*, p.264. 그러나 훨씬 뒤까지도 debt 소송과 detinue 소송 간의 분명한 구분은 이루어지지 아니하고 있었다고 이해된다. S F C Milsorn, *Historical foundations of the common law*, 2nd edn, London, 1981, pp.262~265.

이 점을 조금 더 설명하면 다음과 같다.

Debt 소송이 가장 많이 사용되었던 분야는 피고가 일정액의 금전이나 일정량의 곡식(대체물)을 주겠다는 약속을 하고, 이를 증거하기 위하여 봉인된 서면을 작성하여 원고에게 교부해 놓고도 그 약속을 지키지 못하는 경우였다. 당사자간에 그러한 채무문서를 작성하게 된 이유는 무한히 다양할 수 있다. 돈을 빌려 주면서 그 돈을 확실히 돌려받기 위하여 그러한 문서를 받아 두거나, 물건을 팔거나, 서비스를 제공한 다음 그 대가로 받을 돈을 확실히 지급받기 위하여 그러한 문서를 작성할 수도 있겠다. 또한 당사자 간에 증여의 약속이 있어 그 내용을 기재한 봉인문서가 작성되었을 수도 있음은 물론이다. 그 배경이야 어찌 되었건, 일정액의 금전이나 대체물의 지급을 약속하는 내용이 담긴 봉인문서에 근거하여 debt 소송이 제기된 이상,²⁰⁾ 피고는 서약의 형태로 원고의 청구를 배척할 수는 없었다. 피고가 취할 수 있는 방어방법은 원고가 제출한 문서가 위조, 변조되었음을 주장하고 문서의 진정성립에 대한 배심원의 평결을 요구하거나, 원고가 제출한 문서로 입증된 채무가 변제 또는 면제되었음을 입증할 수 있는 또 다른 봉인문서가 있다면 이를 제시하는 길 밖에 없었다.

그러나 debt 소송은 금전 또는 대체물을 지급하겠다는 피고의 약속을 담은 봉인문서가 없는 경우에도 제기될 수 있었다. 그 중요성이나 액수가 비교적 작은 거래의 대부분이 봉인문서 없이 이루어진다고 보아야 할 것이다. 서면이 없는 경우에도 debt 소송을 제기할 수는 있었지만 다음과 같은 제약이 있었다.

1) 첫째로, 대가성이 없는 무상의 약속에 근거한 debt 소송은 원고의 주장의 진실성을 담보할 수 있는 원고보조인단(suit)이 법정에서 출석하는 경우에만 허용된다. 이러한 소송이 가능하였다는 점은 13세기 말 정도까지의 기록들에서

20) 이 경우 봉인문서에 근거하여 covenant 소송이 제기될 수도 있다. 원고는 covenant와 debt 중에서 하나를 선택할 수 있었다고 보여진다. Baker, *An introduction*, p.322. 각주 29 참조.

알 수 있으나,²¹⁾ 비슷한 시기에 covenant 소송에 대하여 봉인문서를 요구하는 관행이 자리잡게 됨과 동시에 거의 사라지게 된다. 결국, 적어도 14세기 이후에는 편무적 급부에 대한 약속에 근거한 debt 소송은 원고보조인단의 출석으로는 안되고, 봉인문서가 있는 경우에만 가능하게 되었다.²²⁾

2) 쌍무적인 내용의 합의에 근거하여 제기된 debt 소송에서는 원고가 자기측의 급부가 이행되었음을 주장할 수 있는 경우에만 변론이 진행될 수 있었다. 예를 들어 집을 지어주고 100파운드를 받기로 합의한 경우, 보리 50가마를 4파운드에 팔기로 합의한 경우, 대리인으로 일해 주고 매년 얼마씩 받기로 합의한 경우 등에 있어서 집을 지어주었다든가, 보리 50가마를 인도하였다든가, 대리인으로 일하였다는 점을 원고가 주장할 수 있어야 debt 소송이 진행될 수 있었다. 칙서소장의 문구는 정형화 되어있었으므로 소장기재 자체에서는 이점이 드러나지 아니하지만,²³⁾ 변론과정에서 원고는 상대방 채무와 대가관계에 있는 자신의 급부(quid pro quo)가 이행되었음을 주장하여야 하고, 그 같은 원고의 급부 이행이 피고의 채무를 생겨나게 하는 원인(causa debendi)이라고 이해되었던 것으로 보인다. 즉, 당사자 간의 합의를 원인으로 하여 피고의 채무가 발생하였고 이해한 것이 아니라, 대가관계에 있는 급부를 수령하고서도 피고가 자신의 급부를 이행하지 아니하였기 때문에 원고에게 손해가 생겼고 바로 이 손해를 구제하기 위한 수단으로 인정되는 것이 debt 소송이라고 이해되었다.²⁴⁾ 다시

21) Baker & Milsom, op. cit., p.210.

22) A W B Simpson, *A history of the common law of contract*, Oxford, 1975, pp.148~160. Ibbetson, *A historical introduction*, p.81.

23) debt소장의 주요 기재사항은 다음과 같다: ‘[피고] A로 하여금 제대로, 지체없이 그가 [원고] B에게 빚지고 있으며 부당하게 보유하고 있다고 주장되는 100파운드를 B에게 주도록 하라. 만일 A가 그렇게 하지 않으면 [그를 소환하여 재판을 진행하라.]’ 소장자체에는 피고가 계쟁물을 왜 원고에게 주어야 하는지에 대한 아무런 설명도 기재되지 아니한다. Baker, op. cit., p.540 (Praecipе A. quod juste et sine dilatione reddat B. centum solidos quos ei debet et injuste detinet ut dicit. Et nisi fecerit etc.)

24) 1338년에 제기된 한 사건의 예를 들면 다음과 같다. 원고는 피고를 상대로 debt 소송을 제기

말하면, debt 소송은 손해를 구제하기 위한 수단이었던 것이지, 약정을 강제하기 위한 수단이었던 것은 아니었다.

3) 세제, 봉인문서 없이 제기된 debt소송의 경우 피고는 서약을 함으로써 원고의 청구를 배척할 수 있었다. Wager of law라고 알려져 있는 이 절차는 피고가 원고의 청구를 전면 부인한 다음, 자신이 확보하여 출석시킨 11명의 서약보조인들이 한 사람씩 정해진 문구에 따라 피고의 진실함을 담보하는 宣誓를 무사히, 실수 없이 마치는 경우 피고의 주장이 진실한 것으로 보고 원고패소로 사건을 종결하는 것을 말한다. 왜 이러한 방어 방법을 debt 소송의 피고에게 인정하였을까? 봉인문서 없이 제기되는 debt 소송은 결국에는 피고가 돈을 안 주고 있다는 원고의 주장과 원고에게 돈을 주지 않아도 된다는 피고의 주장 간의 대립으로 귀결될 수밖에 없다. 이 경우 원고는 원고보조인단(suit)의 서약에만 근거하여서도 피고를 법정으로 끌고 올 수 있으니, 피고도 서약보조인(oath-helpers)의 서약에 힘입어 원고의 청구를 배척하고 송사에서 해방되는 길을 허용하는 것이 공평하다는 인식이 있었던 것으로 보인다.

그렇다면 detinue 소송에서는 왜 피고에게 서약을 통하여 원고의 청구를 배척할 수 있는 길을 인정하지 않았을까? Detinue 소송은 특정물의 점유가 피고에게 이전하였다는 주장이 전제되어 있다. 맡긴 물건을 돌려받으려 하는데 피고가 돌려주지 않고 가지고 있다는 취지의 주장이므로, 문제의 물건이 어느 시점

하여 원고가 피고의 대리인(attorney)으로 10년간 업무를 처리하기로 하고 매년 20실링을 받기로 하였는데 피고가 그 보수를 지급하지 아니하고 있다고 주장하였다. 이에 대하여 피고는 원고의 주장사실은 합의(covenant)한 대로 피고가 이행하지 않고 있다는 주장임에도, 합의를 입증할 아무런 자료도 제출하지 못하고 있다고 항변하였다. 이러한 항변에 대하여 Shreshull 판사는 다음과 같은 견해를 밝혔다: ‘단순히 증거가 있었다는 주장에 근거하여 금전 등의 지급을 구하는 소송을 하는 경우에는 봉인문서가 필요하다. 그러나 본건에서는 피고가 원고로부터 서비스를 받았다는 것이고 이점은 배심원이 판단할 수 있다. 즉, 피고가 대가(quid pro quo)를 받았다는 것이다.’ Baker & Milsom, op. cit., pp.228~229. Ibbetson, op. cit., p.18 (It would be an anachronistic mistake to try to categorize the action of debt as a ‘contractual’ action.)

에서는 피고이외의 자의 지배에 있다가 지금은 피고의 지배에 있다는 주장이 필수적으로 전제되어 있고, 과연 이러한 사정이 있었는지는 배심원의 판단에 부칠 수 있기 때문이다. 이점은 어떠한 물건도 이전 된 바 없고, 달리 제3자가 인식할 수 있는 아무런 사태의 변화가 없더라도, 피고가 이리저리한 이유로 원고에게 돈 얼마를 주어야 한다고 주장하는 원고와, 그에 동조하는 원고보조인 단(suit)만 확보되면 제기될 수 있는 debt 소송과는 분명히 차이가 나는 부분이다. 아마도 이러한 이유로 detinue 소송에서는 피고가 원고의 주장을 부인하고 서약보조인과 함께 서약함으로써 원고의 청구를 배척하는 것이 허용되지 않은 반면, debt 소송에서는 피고가 선택하는 경우 서약에 의하여 원고의 청구를 배척하는 것이 허용되었다고 볼 수 있다.

선서의 의례적 엄숙성과 거짓 선서를 한 당사자나 서약보조인이 받을 초월적 권위에 의한 심판에 대하여 일반인들의 두려움이 강했던 시절에는 이 제도(wager of law)가 진실을 담보하는 효과적인 방법이었을 수도 있겠다. 그러나 돈을 주고 서약보조인을 고용하는 관행이 시작되기도 하였으므로 서약을 통하여 원고의 청구를 배척할 길이 열려있다는 것은 debt 소송의 치명적인 약점으로 인식되기에 이르고, 분쟁 당사자들이 debt 소송을 피하고 다른 소송양식을 사용하여 계약관계에서 일어나는 분쟁을 해결하기 위하여 노력하게 되는 이유 중의 하나로 된다.

Wager of law 에 대한 법원의 인식을 단적으로 보여주는 사건기록을 하나 소개한다. 1310년경에 제기된 이 사건에서 원고는 피고에게 시가 총액 30실링에 해당하는 양 10마리와 소 1마리를 맡기고, 약정한 날짜까지 피고가 이 가축들을 사육한 다음 원고가 요구하는 날짜에 돌려주기로 하였으나 피고가 이 가축들을 반환하지 아니하고 부당하게 보유하고 있다고 주장하며 detinue 소송을 제기하였다. 당사자의 변론은 다음과 같이 진행되었다.

Herle(피고 대리인): 우리 측의 부당한 처사는 없었다. 원고가 주장하는 바와 같은 입치가 이루어진 바가 없다. 원고의 주장에 대하여 서약을 통하여 이를 배척할 준비가 되어있다.

Ingham(원고 대리인): 서약을 통한 부인은 허용되어서는 안 된다. 배심원이 판단할 수 있는 약정이나 합의에 대하여는 서약을 통한 부인을 할 것이 아니라 배심원의 평결에 따라 재판하여야 한다.

피고 대리인: 원고보조인(suit)을 대동하고 제기된 소송에 대하여 피고는 서약을 통한 부인을 하는 외에 다른 방법으로 대응하도록 강제되지 아니한다. 피고가 자진하여 다른 대응을 하는 것은 별론으로 하더라도 원고는 이 사건 약정을 증거할 아무런 서면도 제시하지 못하고 오로지 원고보조인만을 대동하여 제소하였다. 피고가 서약을 통한 부인을 할 수 없는지 여부에 대하여 법원의 판단을 구한다.

이에 대하여 Bereford판사는 다음과 같이 대답하였다.

배심원이 판단할 수 있는 사안에 대하여 서약을 통하여 부인하는 것을 허용하는 일은 절대로 있을 수 없다. 만일 그렇게 한다면 10명 남짓 되는 부랑배를 동원하여 피고가 원고의 재물을 박탈하는 결과로 될 것이다. 그리고 우리가 이 사건에서 피고에게 서약을 통한 부인을 허용한다면 사람들이 이 사건을 선례로 삼아 원고보조인을 대동하고 제기된 소송에 대하여는 언제나 서약을 통한 부인이 가능하다는 주장을 제기할 위험이 있다. (서약을 통한 부인을 하겠다는 말 이외에) 다른 할 말이 있는가?

피고 대리인이 원고의 주장을 달리 부인하지 못하자 (원고의 주장을 부인하고 배심원 재판을 요구하는 수순을 밟지 못하자) 국왕판사는 원고 승소의 판결을 내리고 피고에게는 벌금을 부과하였다.²⁵⁾ 14세기 초반에 이미 법원은 서약보조인의 도덕수준에 대하여 회의적이었음을 보여주는 사례라 하겠다. 봉인문서 없이 debt 소송을 제기하는 당사자는 피고가 ‘10명 남짓 되는 부랑배를 동원

25) Baker & Milsom, *ibid.*, p.265.

하여' 자신의 결백을 서약하겠다고 나올 가능성에 대하여 신중히 고려하여야 했다. 이 점은 왜 당시 사람들이 debt 소송이외의 다른 소송양식을 轉用 또는 流用하여 금전 등 대체물의 지급을 청구할 방법을 적극 모색하였는지에 대한 하나의 대답이 될 수 있다.

이상의 논의를 정리하면 다음과 같다. 중세 영국의 국왕법정에 제기 가능하였던 여러 소송양식 중 covenant 소송은 당사간의 합의(conventio)를 강제하는 기능을 담당하고 있긴 하였으나 허용된 증거방법이 봉인된 서면(sealed deed)에 한정됨으로써 그 유용성이 대단히 제한되어 있었다. Debt 소송과 detinue 소송은 처음에는 그 구분이 뚜렷하지 않았으나, 14세기 중반쯤에 와서는 detinue 소송에서 원고가 성공하려면 계쟁물에 대한 소유권이 원고에게 있어야 한다거나, 적어도 원고가 그 계쟁물을 점유한 바가 있었어야 한다는 요건이 요구되기에 이르러 detinue 소송은 물권적 청구권을 실현하는 소송양식으로 기능하였다.²⁶⁾ 반면에 debt 소송은 채무증서를 증거로 제출할 수 있는 경우에 매우 유용한 소송양식이었다. 그러나 봉인된 채무증서가 없는 경우에는 당사자간에 어느 일방이 채무를 부담한다는 합의에만 근거하여서는 debt 소송을 성공적으로 진행할 수 없었다. 채무증서 없이 debt 소송이 제기 된 경우에는 원고가 피고의 채무와 대가관계에 있는 자신의 급부(quid pro quo)를 실지로 이행하였음을 주장할 수 있는 경우에만 변론이 진행되었다. 바로 이 점에서 로마의 법률가들이 설명한 '단순한 합의만으로는 소권이 생기지 아니 한다'는 입장은 중세 영국법에서도 엄연히 유지되었다고 볼 수 있다. 물론, 영국법정에서의 여러 사건의 변론과정에서도 로마법 문헌에 나오는 *ex nudo pacto non oritur actio* 라는 귀절이 실제로 언급되기도 하였다.²⁷⁾

26) Ibbetson, op. cit., p.82.

27) Ibid., p.82, 각주 78에서는 15세기에 등장하는 여러 사건 기록들을 예로 들고 있다. 그러나 변론과정에서 관찰되는 이러한 관행을 두고 당시 법률가들이 물권적 청구권과 채권적 청구권의 명확한 구분에 입각하여 소송양식을 선택하였다는 결론을 도출할 수는 없다. S F C

그러나 영국의 계약법 발달 과정을 설명하기 위해서는 covenant, debt, detinue 소송 외에도 trespass 소송에 대한 논의가 반드시 필요하다. 그리고 trespass 소송이 계약상의 분쟁 해결을 위하여 어떻게 그 적용범위가 확장되었는지를 대강 이나마 이해하여야 비로소 우리는 장구한 기간 동안 지속되었던, ‘단순한 승意 만으로는 소권이 생기지 아니 한다’ 는 입장이 어떻게 하여 ‘당사자의 승意로 契約이 이루어진다’(그리고 계약은 강행되어야 한다)는 입장으로 바뀌게 되는지를 설명할 단서를 발견할 수 있게 될 것이다.

3. Trespass

Trespass 소송은 12세기 후반에서 13세기 초반 사이에 그 양식이 정착되는데, 칙서소장의 기재내용과 초기에 등장하는 사건기록들에 비추어 보면²⁸⁾ 원래는 치안교란을 야기하는 정도의 무력을 수반한 침해행위에 대한 구제수단으로 사용된 소송양식이었다고 할 수 있다. 그리고 13세기 말 경에 정착된 관행에 의하면, 비교적 큰 피해가 생긴 사안에 한하여(청구액이 40실링 이상 되는 경우에만)²⁹⁾ 국왕법정에 trespass 소송을 제기할 수 있었다. 그러나 14세기 전반부터 등장하는 소송기록들을 보면 피고가 무력과 무기를 사용하여(vi et armis) 치안을 교란하는(contra pacem regis)행위를 하였을 것이라고는 도저히 볼 수 없는 사실 관계에서도 trespass 소송을 제기하려는 시도가 줄기차게 이루어지고 있음을 알 수 있다. 예를 들면, 원고가 피고에게 토지문서를 감정해달라고 건네주었는데

Milsom, op. cit.,(1981), p.265 참조.

28) Trespass 소송의 초기 발달과정에 대하여는 S F C Milsom, ‘Trespass from Henry III to Edward III’, 74 *Law Quarterly Review*, 1958, p.195 ~ 224, 407 ~ 436, 561 ~ 590 참조.

29) J S Beckerman, ‘The forty-shilling jurisdictional limit in medieval English personal action’ in *Legal history studies* 1972, ed. D Jenkins, Cardiff, 1975, pp.110 ~ 117 참조. 당시 소 한마리가 대략 10실링에 거래되었다.

Medieval Sourcebook : Medieval prices, <http://www.fordham.edu/halsall/source/medievalprices.html>

피고가 ‘무력과 무기를 사용하여’ 그 문서를 폐기함으로써 ‘치안을 교란’ 하였다는 소장(1312, 1318), 원고가 피고로부터 양모 세 부대를 구입하였는데 피고가 약속을 어기고(*contra conventionem*) 무계를 불리고자 양모 대신 소금을 부대에 채움으로써 ‘치안을 교란’ 하였다는 소장(1313), 원고가 피고로부터 포도주 한 통을 구입하였는데 피고가 이를 배달하기 전에 ‘무력과 칼, 화살, 활 등 무기를 사용하여’ 포도주 상당량을 빼내고 소금물을 채워 포도주를 못 쓰게 만들었으므로 ‘치안을 교란’ 하였다는 소장(1317) 등이 사용된 재판기록 등이 발견된다. 상식에 비추어 보더라도 상대방으로부터 문서를 강탈하기 위하여서라면 모르되, 상대방이 자진해서 맡긴 문서를 돌려주지 아니하는데 그친 경우인 듯한데 과연 ‘무력과 무기를 사용’할 필요가 있는지 의문이다. 매도한 포도주를 배달하기 전에 ‘소금물 타기’를 하였다는 주장의 경우에는 그야말로 칼, 화살, 활 등의 무기가 동원되었다고 상상하기란 거의 불가능에 가깝다. 오히려 이 사안은 포도주를 운반하던 배가 해난사고를 당하여 포도주가 바닷물과 섞이게 되었고, 그러한 포도주를 매매 목적물로서 인도한 경우라고 보여진다. 말하자면 ‘불완전 이행’의 사안이라고 볼 수 있겠는데, 원고는 이를 무력을 사용한 치안 교란이라고 사실관계를 구성하고, 그렇게 재구성된 사실관계에 적합한 *trespass* 소송양식을 사용하고 있는 것이다. 같은 시기에 등장하는 *trespass* 소송의 상당수는 피고가 ‘무력과 무기를 사용하여’ 원고의 말(馬)을 상해하여 죽게 만들었으므로 ‘치안을 교란’ 하였다는 내용인데, 피고로 지목되는 당사자가 말발굽을 신기는 직업을 뜻하는 *farrier*로 되어 있는 경우가 많다. 따라서 이 경우에도 사실은 피고가 가만히 있는 원고의 말(馬)에게 무기를 들고 달려들어 상해를 가하였다기보다는 당사자 사이의 약정에 기하여 말발굽을 신기다가 과실로 인하여 말이 다치게 된 경우라고 보는 것이 더 합리적일 것이다. 간혹 변론과정에서 피고가 원고 소유의 말의 발굽 부분에 못을 박았다는 진술이 나오는 경우도 있으므로 이러한 추론은 설득력이 있다.³⁰⁾

30) 자세한 논의와 원전 자료들의 출처는 S F C Milsom, *op. cit.*, (1981), pp.285 ~ 295 ; Ibbetson, *op. cit.*, pp.43 ~ 45 참조.

원고의 이러한 시도는 피고의 저항에 직면하였음은 물론이다. 원고대리인은 물론이고, 피고대리인 역시도 의뢰인의 이익을 극대화하기 위하여 기존의 법체계에 있어서 사용가능한 모든 공격, 방어 방법을 동원하는 것이지, 원고대리인이 그와 같은 기발한 시도를 하고 있는데도 그것을 조용히 눈감아 주라고 피고가 비싼 돈을 주고 고용한 것은 아닐 것이다. 소송대리인은 소송에서 이기는 임무에 충실한 것이지, 장래의 계약법 발달에 기여하고자 하는 거창한 사명을 띠고 소송에 임하는 것은 아니다. 피고대리인은 원고가 주장하는 사실관계는 covenant 소송에 적합한 것이므로 원고가 trespass 소송을 선택한 것은 잘못이라는 주장을 번번히 제기하였고, 법원은 그러한 주장을 받아들여 원고패소로 사건이 종결되곤 하였다. 그럼에도 불구하고 trespass 소장을 계약위반의 사실관계에 썩먹으려는 시도는 계속된 나머지 14세기 후반에 이르러서는 법원과 (직서소장의 발급을 담당하는) 추밀원의 태도가 변화하기에 이른다. 즉, trespass 소장에 전통적으로 등장하던 ‘무력과 무기를 사용하여’라는 구절과 ‘치안을 교란’하였다는 귀절이 빠지는 대신, 당사자 사이의 거래의 내막을 비교적 자세히 기재하여 피해가 발생한 상황을 적시하는 새로운 방식의 trespass 소장이 정착되기에 이르렀다. 이러한 소장은 각각의 구체적 사안의 특수성을 고려하여 인정하는 trespass 소장이라는 의미에서 ‘사안별 trespass 소장(trespass on the case)’이라고 지칭되었다. Trespass의 원래 의미가 피고가 ‘잘못’을 저질렀다는 것에 불과하였고, 기존의 debt, detinue 그리고 covenant 소송으로는 피해자의 구제가 미진한 분야가 있다는 점에 대한 인식이 뒷받침이 되어 일어난 변화라고 할 수도 있겠지만, ‘사안별 trespass 소장’이 등장하게 되는 정확한 이유에 대하여는 아직도 학자들 간에 논란이 있다.³¹⁾

31) 14세기 중반에 전 유럽을 강타한 흑사병의 여파로 노동인력이 급감함에 따라 계약이행을 철저히 확보하고자 하는 ‘정책적 결단’이 있었다는 주장이 제기된 바 있다. R C Palmer, *English law in the age of the Black Death 1348~1381*, Chapel Hill, NC, 1993. 그러나 흑사병이 영국에 등장하기 이전에 이미 새로운 형식의 trespass 소장이 사용된 소송기록이 발견된다는 주장도 있다. J H Baker, op. cit., pp.329~330.

이러한 새로운 소장의 원형(prototype)이라 할만한 문건이 사용된 사건을 하나 소개한다. 피고는 Humber강에서 사람과 화물을 실어 강을 건너주는 도선업자이고 원고는 피고에게 말(馬)을 운반하여 줄 것을 부탁한 貨主이다. 그러나 운반도중의 사고로 인하여 원고의 말이 사망한 사건이다. 이 사건에서 원고는 약식소장(bill)을 사용하여 trespass 소송을 제기하였다. 변론기록을 인용하면 다음과 같다.

(원고)John은 약식소장을 사용하여, (피고)Nicholas가 (소장에 기재된 일시와 장소에서) 원고의 말을 배에 실어 Humber강을 안전하게 건너주겠다고 수령하였음에도 그의 배에 다른 말들을 너무 많이 실은 나머지, 過積으로 인하여 원고의 말을 사망에 이르게 하여 원고에게 손해를 끼쳤다고 주장하였다.

Richemund(피고대리인): 원고가 선택한 소장은 부당하다. 소장기재 사실에 의하면 피고에게 부당 침해의 잘못을 인정할 수 없고, 이 사안에서 원고는 trespass 소송이 아니라 covenant 소송을 제기하였어야 한다.

BAKEWELL(국왕판사): 피고가 배에 짐을 과하게 실어 말을 죽게 만듦으로써 원고에게 잘못(trespass)을 저지른 것으로 보인다. 그러나 (소장의 적부에 대한 이의를 제기하지 말고) 원고의 청구에 대한 認否를 밝히라.

Richemund: 부인합니다.³²⁾

당사자 간의 변론은 佛語로 진행되었지만, 라틴어로 작성된 이 사건의 공식 기록에 따르면, 약식소장에 사용된 표현은 피고가 원고의 말을 건너주겠다고 ‘수령하였다(recepit)’는 것이다. 변론 과정에서 소송대리인이 사용한 佛語용어는 피고가 말을 건너주는 일을 ‘인수하였다(empris)’는 것이다. 소장이나 변론에 사용된 용어에 주목하여야 하는 이유는 당사자들 사이에 말(馬)의 운반에 대한 ‘합의’가 있었다는 언급을 어떻게 해석라도 피하고자 하는 원고의 의도가 소장

32) Baker & Milsom, op. cit., pp.358~359.

과 변론에 사용된 용어선택에서 드러나기 때문이다. 위에 인용한 변론기록에서도 드러나듯이, 피고로서는 사실관계가 당사자의 합의에 기초한 관계이고 따라서 covenant 소송이 제기되었어야 한다는 강력한 방어방법을 사용하고자 할 것이므로 원고는 이를 피해나가기 위하여 가능한 모든 修辭的 수단을 동원하여 소송과 변론을 진행하고 있는 것이다. (정작 covenant 소송을 제기하여야 한다면 봉인문서가 없을 것이므로 원고패소가 확실하다.)

위에 인용한 사건에서 원고의 시도는 성공을 거두어 사건은 trespass 소송의 형태로 배심원재판으로 진행하였는데, 이와 유사한 시도는 14세기 내내 계속되었고 소장에 사용된 용어는 여러가지 다양한 시도를 거쳐 결국 피고가 ‘……을 하기로 인수하였다(assumpsit)’ 또는 ‘……하기로 인수하고 信實하게 약속하였다(assumpsit et fideliter promissit)’는 표현이 정착되기에 이른다. 이 표현의 의미에 대하여는 후술한다.

계약관계가 잘못되어 피해를 본 당사자가 trespass 소송을 선호하는 이유는 여러가지로 설명할 수 있다. 위에 인용한 사건의 경우, 금전이나 대체물의 지급을 구하는 debt 소송이 무의미하였음은 길게 설명할 필요가 없고,³³⁾ detinue 소송 역시 원고의 피해를 구제하기에는 무용지물이다.³⁴⁾ Covenant 소송은 봉인문서를 요하기 때문에 그 유용성이 극히 제한적이었음은 이미 설명하였다. 그리고 사실관계가 이와는 달라서 debt 소송이 유용한 구제수단으로 사용될 수 있

33) 만일 도선료를 미리 지급하였다면 이를 돌려받을 수 있겠지만 말이 죽은 마당에 도선료를 돌려받는다고 해결될 사안이 아니다.

34) 피고가 죽은 말에 대한 점유를 고집하지 않는 이상 원고는 detinue 소송을 제기할 실익이 없다. Detinue 소송은 임치된 물건이 손상된 경우 그 손해를 보상 받을 길을 허용하지 아니하였다. 예를 들어, 옷을 보관하도록 맡겼는데 보관을 잘못하여 옷이 상한 경우 detinue 소송을 제기하면 피고는 재쟁물을 ‘현 상태대로’ 반환하면 된다. 옷의 손상에 대한 보상을 받기 위하여서는 trespass 소송을 제기할 수밖에 없다. Baker & Milsom, op. cit., p.402. Detinue 소송에서의 피고(수치인)의 책임이 점차로 엄중해 지는 과정은 S F C Milsom, op. cit.(1981), pp.268~275 참조

는 경우에도 원고는 trespass 소송을 선호할 충분한 이유가 있었다. 왜냐하면 debt 소송이 제기된 경우에는 피고가 서약에 의한 부인을 할 수 있었음에 반하여 (앞에서 설명하였다), trespass 소송이 제기된 경우에는 배심원에 의한 재판만이 가능하였기 때문에 피고가 서약보조인을 고용하여 거짓서약을 하여 원고의 청구를 배척하는 길이 원천적으로 봉쇄되어 있었기 때문이다.³⁵⁾

4. Assumpsit 소송의 발전

피고가 ……을 하기로 ‘인수(assumpsit)’하고, 그렇게 하겠다고 信實하게 ‘약속(promissit)’하여 놓고도 이리저리한 행위를 하여 원고에게 손해를 끼쳤으니 피고는 배상책임이 있다는 내용이 기재된 소장(assumpsit, 訴狀)이 자리를 잡고, 뒤에서 살펴보듯이 이러한 assumpsit 소장의 적용범위가 점차로 확대되었다는 것은 바로 당사자 간의 合意에 근거한 책임을 법원이 인정하고 合意를 강제하는 법체제로 옮겨갔다는 말이 아닐까?

그렇지 않다. 약속(promise)과 합의(agreement)는 미묘한 차이가 있기 때문이다. 이 점은 오늘날 우리의 일상적인 언어 사용에서도 어느 정도까지는 남아 있다고 할 수 있다. 예를 들어, 초등학교에 다니는 아들이 장난을 심하게 쳤다는 이유로 꾸중을 호되게 한 어머니가 내심 미안한 심정에서 ‘내일 학교 갔다 오면 영화관에 데리고 가겠다’고 했다고 하자. 그 다음날 아들이 학교에 다녀와서 어머니에게 영화관에 데려 가달라고 했는데 어머니가 바쁘다고 거절한다면 그 어머니는 ‘약속’을 지키지 않은 것이지, 아들과의 ‘합의’를 지키지 않은 것이라고 말할 수는 없다. 사실 이 경우 어머니와 아들 사이에는 합의라 할 만한 것이 존재하지 아니한다. 무엇을 해달라고 아들이 요청한 바도 없고, 아들과 어머니

35) Trespass 소송에서는 피고가 誓約에 의한 否認(wager of law)을 할 수 없었음을 보여주는 사건으로는 Baker & Milson, op. cit., pp.360~362 참조. *Stratton v. Swanland* (1374)

사이에 영화관에 갈 것이냐 음식점에 갈 것이냐를 두고 협상이 벌어진 적도 없고, 그냥 어머니가 ‘일방적으로’ 무엇을 해주겠노라고 ‘약속’한 것뿐이다. 아들과 어머니를 바꾸어 상황을 설정하더라도 마찬가지이다. 예컨대 아들이 장난을 심하게 친 점을 만회하는 심정에서 ‘내일은 아침 7시에 일어나겠다’고 했다고 하자. 과연 7시에 일어난다면 ‘약속’을 지킨 것이고, 8시를 넘어서까지 늦잠을 자면 ‘약속’을 어긴 것이지, ‘합의’를 어겼다고 말할 수는 없다. 두 경우 모두 합의는 없었지만 약속은 있는 경우라고 하겠다. 요컨대, ‘약속’이 있었다고 해서 언제나 ‘합의’가 있었다고 할 수는 없는 것이다.

하지만, ‘합의’가 있는 경우에는 ‘약속’도 당연히 이루어진다고 볼 여지는 많이 있다. 예를 들어, 아들이 영화관에 데려가 달라고 조르자 어머니가 ‘내일 아침 7시에 일어나면 영화관에 데려 가겠다’고 하였고, 아들이 ‘그렇다면 내일 아침 7시에 일어나겠다’고 하였다고 하자. 어머니와 아들 사이에 아침 7시에 일어나면 영화관에 데리고 가겠다는 합의가 이루어진 경우이다. 이 경우 합의와 함께 각자가 상대방에게 약속도 하였다고 보아야 한다. 오늘날 우리들이 ‘약속’과 ‘합의’ 사이에 존재하는 이와 같이 미묘하지만 엄연한 차이에 대하여 무신경하다고 해서 과거의 법률가들도 그러했을 것이라고 속단하여서는 안 될 것이다. 예를 들어, 로마의 법률가들은 일방적인 약속(*pollicitatio*)과 쌍방간의 합의(*conventio*)를 다음과 같이 분명히 구분하고 있다.

*pactum*은 두 당사자의 의사일치 및 합의이고, *pollicitatio*는 한 당사자가 하는 약속이다.³⁶⁾

피고가 ……을 하기로 ‘인수(*assumpsit*)하였다’는 표현이 사안별 *trespass* 소장에서 의식적으로 선택된 이유도 피고가 어떤 행위를 하겠다고 ‘일방적으로’, 스스로 ‘自任’, ‘自處’하고 나섰다(*assumpsit super se, took upon himself*)는 어감을 극

36) *Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum.*
Dig.50.12.3pr

대화하기 위함 이었다. 다시 말하면, 당시의 법률가들은 *assumpsit* 소송이 당사자 간의 합의(*conventio, covenant*)에 기초한 것이 결코 아니라는 점을 어휘선택을 통하여 강조하고자 하였던 것이다. 부연하여 설명하자면, *assumpsit* 소송은 *합의*에 기초한 소송이 아니라, *約束*에 기초한 소송이었다. 이하에서는 어떠한 경로를 거쳐 *assumpsit* 소송의 중심이 점차로 *約束*에서 *합의*로 이동하여 갔는지에 대하여 간단히 살펴본다.

15세기에 와서도 영국법원은 *assumpsit* 소송은 가해자의 부당침해로 인하여 생긴 손해를 구제하기 위한 *trespass* 소송이라는 입장을 바꾸지 않았기 때문에 피고가 단순히 소극적으로 아무 이행을 하지 않은데 그친 경우에는 이 소송을 인정하지 않으려는 태도를 보였다. 피고가 원고와의 약정에 따라 어떤 행위를 하긴 하였으나 제대로 하지 못하여 원고에게 손해를 끼친 경우에는 피고의 잘못된 행위에 대한 응분의 조치가 있어야 한다는 취지로 *assumpsit* 소송이 가능하였음은 이미 소개한 Humber 강의 도선사에 관한 사건에서도 엿볼 수 있고, 실제로 사람이나 말(馬)에 대한 진료나 치료행위가 잘못되어 입은 피해를 보상받기 위한 수단으로 자주 사용되었다.

그러나 피고가 무엇을 ‘제대로 하지 못한 경우’(misfeasance)가 아니라 아예 아무것도 ‘안한 경우’(nonfeasance)에는 *assumpsit* 소송이 허용되기 어려웠다. 1425년에 제기된 한 사례를 예로 들어 이를 설명한다. 이 사건에서 원고는 피고가 약속한 날짜까지 방앗간을 지어주기로 약속, 인수(*assumpsit*)하여 놓고도 그 기간 내에 방앗간을 지어주지 않아 10마크³⁷⁾에 상당하는 손해를 원고에게 끼쳤다고 주장하며 목수인 피고를 상대로 *trespass* 소송을 제기하였다. 원고의 이러한 시도에 대하여 Martin 판사는 다음과 같은 견해를 피력하였다.

37) 1마크(mark)는 약 13실링이므로 10마크는 약 6~7파운드에 해당한다(1파운드는 20실링). 그 당시 가격으로 무사의 갑옷 1습이 약 5~6파운드였었다. 이 사건에서 어떤 이유로 원고가 10마크의 손해배상액을 제시하였는지는 분명하지 아니하다.

사실관계가 원고가 주장하는 바와 같다면 원고가 제기한 소송이 법적으로 허용될 수는 없다고 본다. 원고가 소장을 통하여 주장한 바에 따르면 피고가 어떤 잘못을 저질렀다는 것이 아니라 피고가 어떤 일을 하겠다고 약속하였으나 그 일을 하지 않았다는 것인데 그런 경우에는 원고가 봉인문서를 제시할 수 있다면 covenant 소송이 인정될 수 있을 뿐이다. 만일 피고가 방앗간을 짓긴 하였으며 잘못지은 나머지 목재가 상하였다면 trespass 소송이 가능하겠다. 예를 들어 말발굽에 징을 박는 일을 하는 자가 나의 말의 발굽에 징을 대 주기로 나와 합의하고 방만하게 못을 잘못 박았다면 사안별 소장이 가능할 것이다. 왜냐하면 사실관계는 합의(covenant)에 해당한다 하더라도 합의한 업무를 잘못된 결과 합의 관계가 불법침해관계로 변하였다고 보이므로 trespass 소송이 가능한 것이다. 그러나 이 사건은 그런 경우가 아니다. 소장 자체에서 피고가 무엇을 잘못 했다는 주장이 제기된 바 없고, 단지 무엇을 안했다는 주장만이 있는데, 그 경우는 covenant 소송이 가능할 뿐이다. …… 만일 이 같은 사실관계에 대하여서까지도 원고가 제기한 소송이 허용된다면 무슨 합의든 간에 그것이 지켜지지 않거나 하면 trespass 소송을 제기할 수 있다는 결론이 되고 말 것이다.³⁸⁾

그러나 Martin판사가 도저히 있을 수 없다는 취지로 말한 마지막 부분이 결국은 현실로 되었다는 점은 그 후의 역사가 입증하는 바이다. 그 자세한 과정을 모두 설명할 수는 없으나 큰 윤곽의 대강을 짚어 보면 다음과 같다. 1442년에 제기된 한 사건에서 원고는 토지를 매도하기로 합의하고 돈까지 받은 피고가 그 토지를 제3자에게 팔자 피고를 상대로 trespass 소송을 제기하였다. 원고는 소장에서 피고가 원고를 기망할 의도로 목적물을 제3자에게 양도하였다는 점을 강조하여 기재하였고, 변론 과정에서도 피고의 기망행위를 부각시킴으로써, 피고가 단순히 아무것도 하지 않은 것이 아니라 적극적으로 사기행각(deceit)을 하였다는 주장을 폈고, 담당 판사들 간에 논란이 있었으나 결국 피고가 목적물을 제3자에게 양도하여 줌으로써 합의를 이행하는 것을 불가능하도록 만

38) Watkin's Case (1425) Baker & Milsom, op. cit., p.380.

드는 어떤 일을 ‘적극적으로 하였다’는 점을 고려하여 trespass 소송을 허용하였다.³⁹⁾ 요컨대, 피고가 저지른 행위는 단순한 부작위와는 다르다는 것이다.

그러나 목적물이 곡물 등 대체물인 경우에는 이러한 주장이 쉽지 않았다. 돈을 받고도 곡물을 인도하지 아니한 피고에 대하여 피고의 적극적인 기망행위로 인하여 이행이 ‘불가능’하게 되었다(그래서 원고에게 손해가 생겼다)는 주장을 펼 수가 없음을 당연하다. 왜냐하면, 매도인은 합의한 분량과 품질의 곡물을 언제든지 조달하여 이행하면 되기 때문에 ‘아직 합의를 이행하지 아니하고 있을 뿐’(즉 covenant 가 지켜지지 않고 있을 뿐)이기 때문이지, 그 합의의 이행을 불가능하게 만든 것은 아니기 때문이다. 따라서 봉인문서가 있다면 covenant 소송으로 구제를 받거나, 봉인문서가 없다 하더라도 일정량의 대체물의 지급을 구하는 debt 소송을 제기하여 합의한 분량과 품질의 곡물을 양도할 것을 청구하면 된다는 주장이 설득력이 있었던 것이다.

하지만 원고가 피고의 불이행으로 생긴 부족을 메꾸기 위하여 다른 공급자로부터 원래의 합의가 이루어 졌던 가격보다 현저히 비싼 가격으로 곡물을 구입하였다면 어떻게 될까? 다시 말하면 합의가 이루어진 시점의 가격보다 불이행이 있을 때의 가격이 현저히 높은 경우에는 어떤 구제수단이 부여되어야 할까? 1535년에 제기된 한 사건은 바로 이 문제를 제기하고 있다. 訴狀에 의하면, 피고는 1531년 10월에 몰트(엿기름) 40쿼터⁴⁰⁾를 양조장을 경영하는 원고에게 공급하기로 하고, 원고는 그 즉시 5파운드 13실링을 우선 지급하고, 잔금 5파운드 13실링은 그 이듬해 2월 피고가 몰트를 배달함과 동시에 지불하기로 합의하였고, 이에 따라 그 자리에서 피고가 몰트를 제때에 배달하겠다고 約束하고 引受하여 원고는 이를 믿고 몰트를 달리 확보해 두지 않았는데, 피고가 약속한 때에

39) Shepton v. Dogge (1442) Baker & Milsom, op. cit., pp.390~395.

40) 1 quarter는 8 bushels에 해당하고, 1 bushel은 대략 36리터 정도의 분량이므로 40쿼터는 11,520리터에 해당한다. 약 57섬(石) 정도.

몰트를 공급하지 않아 원고가 다른 곳에서 비싼 값으로 몰트를 구입하여야 했다는 것이다. 원고는 trespass 소송을 제기하고 손해배상으로 20파운드를 구하였다. 이 사건은 진취적 성향의 판사들이 포진해 있던 King's Bench에 제기되었는데, 변론 과정에서 Spelman 판사는 약속을 어긴 것 자체가 바로 '잘못'(佛語로 tort, 영어로 wrong)이므로 trespass가 허용되어야 한다는 견해를 피력하였다.

피고가 약속하고 인수한 바를 지키지 않았으므로 그는 원고에게 잘못을 저지른 것이다. 피고가 몰트를 공급하지 않아 원고가 손해를 입었으므로 원고에게 소송이 허용되어야 한다. …(중략)… ‘안 하는 것’ 과 ‘제대로 못하는 것’을 나누고 전자의 경우는 covenant 소송이, 후자의 경우는 사안별 trespass 소송이 가능하다는 견해가 있기는 하지만 그것은 사리에 맞지 않는다. 만일 목수가 100파운드를 받고 나에게 집을 지어주기로 합의하고는 약속한 날까지 집을 지어주지 않아 내가 살 곳이 없게 되었다면 이러한 ‘안 함(不作爲, nonfeasance)’에 대하여는 목수가 집을 잘못 지어 준 경우와 마찬가지로 사안별 trespass 소송이 허용되어야 한다. 이 사건에서 원고는 물론 debt 소송을 제기할 수 있지만 그것은 중요하지 않다. 왜냐하면 debt 소송은 피고가 빚진 것을 주지 않고 있다는 근거로 제기되는 것임에 반하여 이 사건 소송(trespass)은 피고가 약속을 어기는 잘못을 저질렀다는 별개의 근거로 제기되는 것이기 때문이다.⁴¹⁾

이러한 견해에 대하여 Port판사는 피고가 어긴 ‘약속’이라는 것은 원고와 피고간의 합의 또는 계약(contract, covenant)에 포함되어 그와 일체를 이루는바, 피고는 소극적으로 그 합의의 이행을 하지 않았을 뿐 아무런 적극적인 행위를 한 것이 없으므로 이와 같은 경우 원고는 debt 소송을 제기할 수 있을 뿐이라는 반

41) Baker & Milsom, op. cit., pp.411~412. 여기서 ‘잘못’이라고 번역한 용어는 佛語로 기록된 원전 자료에서는 tort라고 표현되는 것이다. 佛語의 tort는 droit(옳음, 옳은 것) 과 대응되는 개념으로서, 일반적으로 옳지 않은 것을 지칭하는 것이지, 技術的 의미의 불법행위(英語로 말할 때의 tort)와는 다르다. 따라서 Spelman 판사가 여기서 말하는 tort는 영어로는 wrong이라고 표현되는 정도의 개념이라고 이해하면 된다.

론을 제기하였으나 결국 원고의 trespass 소송은 허용되었고 배심원은 손해액을 9파운드로 인정하였다.

이러한 사건들을 통하여 trespass 소송에 그 뿌리를 두고 있는 assumpsit 소송의 적용범위가 계약위반으로 생기는 분쟁 전반으로 확대되어 가긴 하였지만, 영국 법원은 양 당사자 간의 ‘합의’와 그 합의에 따라 피고가 원고에게 행한 ‘약속’은 별개의 문제라는 법리적 입장을 견지하려고 노력하였다. Assumpsit 소송은 ‘약속’에 근거한 것이므로 이를 인정한다 하더라도 ‘합의’에 근거한 covenant 소송이나 합의와 quid pro quo를 요하는 debt 소송의 존립 근거를 흔드는 일은 없다는 뜻이다. 그러나 이러한 법리적 정당화 노력과는 별개로, Queen’s Bench소속 판사들은 실제 재판 운영에 있어서는 합의가 있으면 당연히 그에 따른 피고의 ‘약속’이 있었다는 태도를 취하고, 그 ‘약속’에 근거하여 assumpsit 소송을 너그럽게 허용하였다. 그러나 보수적인 성향의 Common Pleas소속 판사들은 전통적인 소송양식의 분립체제⁴²⁾가 이와 같이 assumpsit 소송에 의하여 와해되어 가는 것에 대하여 부정적인 태도를 견지하였으므로 assumpsit 소송을 인정하는 전제로서 ‘합의’와 구별되는 ‘약속’이 실제로 있었는지에 대한 입증을 요구하였다.

이 두 진영 판사들 간의 입장 차이는 결국 1597년에 제기된 Slade사건에서 다수결로 해소되기에 이른다. 사법부 내의 심각한 견해 차이를 해소할 목적으로 인위적으로 제기된 이 사건에서 원고가 사용한 assumpsit 소장의 기재내용은 원고 Slade가 1595년 5월 피고 Morley에게 자신이 재배하는 보리 등의 곡식을 팔기로 하고 이러한 흥정에 따라 피고 Morley는 16파운드를 같은 해 6월 24일에 원고에게 지급하기로 ‘引受하고 信實하게 약속’하였음에도 지금까지 이를 지급하지 않아 원고에게 손해가 발생하였다는 것이다. 하지만 사실관계는 법원의 지시에 따라 이루어진 배심원의 중간 평결을 통하여 다음과 같이 확정되었다.

42) 예컨대, debt 소송이 가능한 사안에서는 assumpsit 소송은 허용되어서는 안 된다는 입장.

- 소장 기재와 같이 원고와 피고 간에 이 사건 목적물의 매매가 있었다.
- 그러나 그 매매 흥정(bargain)과 별도로 당사자 간에 행하여진 인수나 약속은 없었다.

사실관계가 이러함에도 원고가 사용한 *assumpsit* 소장이 적법한가 하는 점이 논쟁의 초점이었다. 왜냐하면 원고가 사용한 *assumpsit* 소장에는 피고가 흥정에 이어 매매대금을 지급하겠다고 그 자리에서 ‘약속’하였다는 주장이 포함되어 있는데, 배심원이 확정한 사실관계에 의하면 매매흥정과 구분되는 어떠한 인수나 약속도 없었기 때문이다. 즉, 흥정의 결과 이루어지는 ‘합의’만 있으면 별도의 ‘약속’이 없어도 *assumpsit* 소장을 사용할 수 있는지가 바로 문제의 핵심이었다. 이 사건의 법률적 쟁점에 대한 변론에는 당대의 최고의 법률가들이 참여하였다. 논의의 초점은 *assumpsit* 소장을 인정하는 근거로서 전통적, 연혁적 이유로 언급되었던 ‘약속’에 비중을 둘 것이냐 아니면 거래 당사자의 ‘합의’가 있으면 그에 따른 ‘약속’은 당연히 있는 것으로 보고 그러한 묵시적 약속에 근거하여서도 *assumpsit* 소송을 허용할 것이냐 였다. *Assumpsit* 소송은 ‘합의’에 묵시적, 잠재적으로 포함되어 있다고 할 정도의 ‘약속’에 근거하여서는 허용될 수 없다(그러한 경우에는 *debt* 소송만이 가능할 뿐이다)는 보수적인 법률가들의 반대를 무릅쓰고 영국 사법부는 이 사건에 대한 변론을 여러 차례 연기하고 재개한 끝에⁴³⁾ 다음과 같은 결론을 내린 것으로 보인다.

- *Debt* 소송이 가능한 경우에도 *assumpsit* 소송이 허용될 수 있고, 그 중 어느 소송양식을 택할 지는 원고의 선택에 따른다.
- 장래 어느 시점에 이행할 것을 내용으로 하는 당사자 간의 승낙은 모두 그 자체로

43) Baker 교수의 연구에 따르면 이 사건은 5년을 끌었고(1597~1602), 그 이유 중 하나는 당시의 Queen’s Bench의 재판장이었던 Popham 판사가 보수적인 Common Pleas 판사 중의 일부가 퇴임 또는 사망하기를 기다려 다수결로 사건을 매듭짓고자 하기 위함이었다. Slade’s case에 대하여는 Baker, ‘New light on Slade’s case’, *Cambridge Law Journal*, pp.51~67, 213~236. D J Ibbetson, ‘16th century contract law: Slade’s case in context’, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, pp.295~317.

約束을 포함한다. 그러한 승意在은 이상, 피고가 별도로 무엇을 約束하거나 引受하지 않았더라도 *assumpsit* 소송이 가능하다.

여기서 잠시 1535년에 제기된 사건에서의 Port판사의 주장을 상기할 필요가 있다. 그 사건에서 Port판사는 당사자 일방의 ‘약속’이란 것은 당사자 간의 합의에 당연히 포함되어 그와 일체를 이루는 것이라고 주장하였고, 바로 그 주장에 근거하여 단순히 합의가 이행되지 않은 것에 불과한 경우에는 *assumpsit* 소송이 인정되어서는 아니 된다는 견해를 피력하였다. 약 70년 뒤의 법률가들은 승意에는 約束이 포함되어 있다는 동일한 주장을 근거로 하여 합의가 이행되지 아니한 모든 경우에 *assumpsit* 소송을 허용하여야 한다는 정반대의 결론을 도출하고 있다는 점은 흥미롭다.

이와 같은 경로를 거쳐 *assumpsit* 소송은 계약위반에 대한 일반적인 구제수단으로 자리잡게 되는데, 그 과정에서 승意와 約束의 구분이 사실상 무의미하게 되고, 원래는 約束에 근거하여 인정되었던 *assumpsit* 소송의 초점이 승意에 맞춰지게 되었다. 오늘날 우리에게 익숙한 ‘계약법’이 당사자의 청약과 승낙에 의한 ‘승意’를 중심으로 구성되게 되는 데에는 위에서 대강 살펴본 바와 같은 역사적, 연혁적 이유가 있다고 하겠다.

III. 맺는말

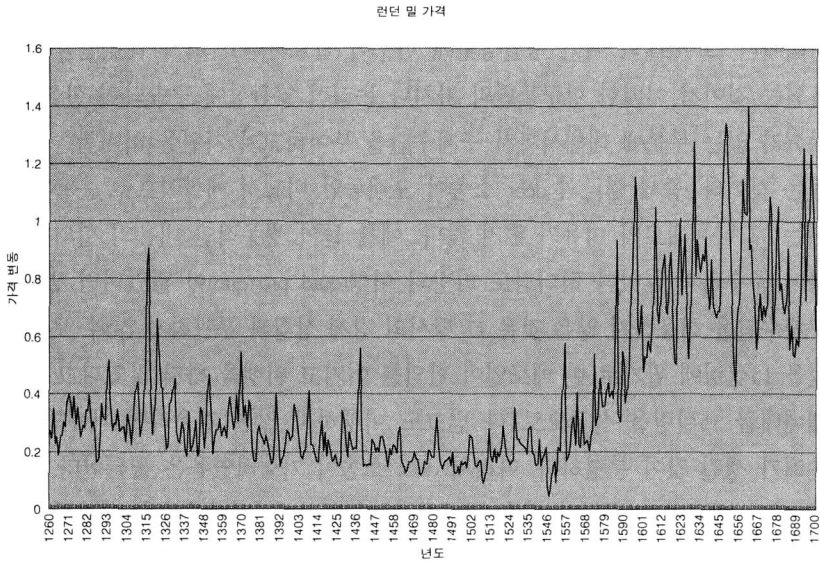
어느 시절, 어느 사회를 막론하고 합의가 준수되어야 한다는 명제를 포기한 적은 없다. 이점은 로마의 법률가들도 분명히 이야기하고 있다.

(합의의 준수에 관한) 이 告示는 당연하고 합당한 것이다. 당사자들 스스로 원해서 합의한 것을 지키는 것보다 더 사람들 간의 信義에 합치하는 것이 어디 있겠는가?²⁴⁾

그러나 합의가 준수되지 않은 경우 어떠한 법적 구제 수단을, 어느 정도까지 인정할 것인가는 법정책적인 고려가 필요한 부분이다. 법제도는 선형적, 초월적인 가치를 선언하고 확인하는 것을 지상목표로 하여 존재하는 것이 아니라 당사자 간의 분쟁을 효과적으로, 그리고 가능한 한 적은 비용을 들여 원만히 해결하는데 그 존재이유가 있다고 할 수 있다. 그리고 법적구제 수단은 어느 시대에나 그 시대의 여러 생활상황에 비추어 필요하다고 여겨지는 만큼만 허용되는 것이지 어떠한 항구불변의 가치나 논리적 일관성에 구속되어 현실적인 필요가 없는 부분에 대해서까지 구제수단을 부여하고자 자원을 허비할 이유는 없는 것이다. 중세 영국의 debt 소송이 오랫동안 비교적 제한적으로 운용된 데에는 그 나름대로의 이유가 없지 않다. 예를 들어 쌍무적인 내용의 합의를 일방이 준수하지 않았다 하더라도 타방의 이행(*quid pro quo*)이 없었다면 별다른 구제수단을 허용하지 않은 것은 그 당시의 경제 상황과 무관하지 않다. 보리 10 섬을 15실링에 팔기로 한 매도인이 합의를 어기고 이행을 하지 않았다고 하자. 매매대금 15실링을 선금으로 다 받고도 이행하지 않은 경우라면 매수인에게 손해가 생긴 것이 분명하다. 따라서 debt 소송이 가능하였음은 물론이다. 하지만 아직 대금이 지급되지 않은 경우를 생각해 보자. 매매계약을 체결한 때와 이행기 사이에 목적물 가격에 아무런 변동이 없다면, 매도인이 이행하지 않았다고 해서 과연 매수인에게 손해가 생겼다고 할 수 있을까? 오히려 그 동안 보리 가격이 내렸다면? 물론 보리 가격이 내리는 해도 있고 오르는 해도 있었지만 그렇다고 해서 사법제도가 해마다 바뀔 수는 없지 않은가? 문제는 수십 년, 수백 년간 계속 유지되어온 경제상황의 전반적인 흐름이다. 바로 이러한 누적된 기억과 정보에 기초하여 사람들의 현실인식이 규정되고, 옳음과 그름에 대한 판단 기준이 마련되며, 그에 따라 사법제도의 틀이 이루어진다고 보아야 할 것이다.

44) *Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?* Dig.2.14.1pr.

경제사 연구자들의 연구 성과는 이 점을 밝히는데 유용하게 사용될 수 있다. 아래 도표는 1260부터 1700년까지의 런던 곡물가격 변동의 추이를 보여주고 있다.⁴⁵⁾

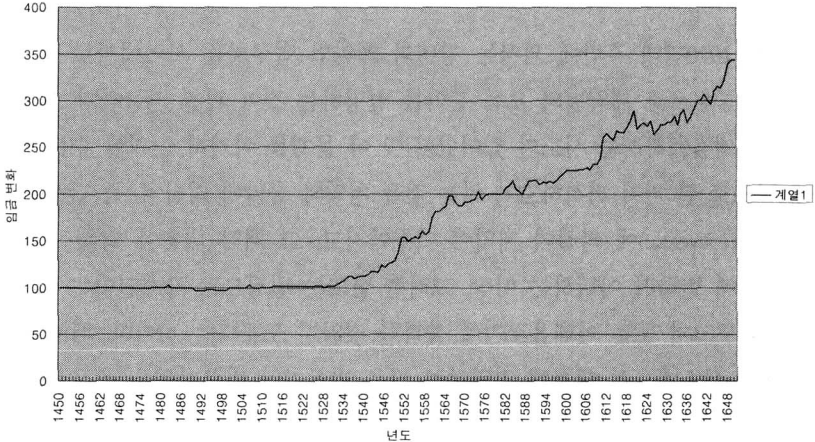


그리고 1450년부터 1650 사이의 영국 남부 지역의 임금 수준 변화의 추이는 다음 도표에서 보는 바와 같다.⁴⁶⁾

45) Allen-Unger Database : European commodity prices 1260-1914에 수록된 자료를 토대로 본 필자가 작성한 도표임. 해당 database 파일을 내려받을 수 있는 주소는 <http://www.history.ubc.ca/unger/WHEAT/LondonW.xls>이며, 보리, 호밀 등 다른 곡물가격에 대한 정보들도 http://www.history.ubc.ca/ unger/htm_files/new_grain.htm에서 내려받을 수 있다.

46) Jan Luiten van Zanden, Wages and the cost of living in Southern England (London) 1450-1700에 수록된 자료를 토대로 본 필자가 작성한 도표임. 도표작성의 근거가 되는 database 파일은 <http://www.iisg.nl/hpw/dover.xls>에서 내려 받을 수 있다. 런던, 켄터베리, 도버, 옥스퍼드와 캠브리지의 임금수준의 변화를 종합하여 작성한指數이고, 1450~1474 사이의 임금 수준을 100으로 잡고 계산한 결과이다. 사회 경제사 연구에 관련된 많은 자료파일은 International

영국 남부의 임금 변화



경제사 학자들의 이와 같은 연구 성과에서 드러나듯이 16세기 중반까지의 영국 경제는 오랫동안 안정적인 동향을 보여 왔다. 이러한 경제지표의 추이는 왜 단순한 불이행 그 자체에 대하여는 별다른 구제수단을 부여하지 아니하는 것을 당연하게 여겨왔는지를 어느 정도 이해할 수 있게 한다. 그리고 16세기 후반부터는 지속적인 물가 상승 패턴이 확고히 자리 잡게 되는 점을 미루어 보면 왜 보수적인 Common Pleas 판사들조차도 *assumpsit* 소송의 광범한 適用 또는 流用을 결국에 가서는 저지하지 못하였는가에 대한 설명도 가능하다. 그리고 왜 오늘날 우리들은 당사자 간의 합의 그 자체를 강제하는 법제도를 너무나 당연하고 정의 관념에 부합하는 것으로 여기는지에 대한 설명도 가능하다. 지속적인 인플레이션에 대한 누적된 기억과 정보를 가지고 있는 우리는 합의가 준수되지 아니하면 그것이 곧 경제적인 손해로 직결된다는 주장을 당연한 것으로 받아들일게 된다. 불이행의 결과 다른 당사자와 재협상을 하여야 하는 경우, 그 시점의 가격은 원래의 합의가 있었던 때의 가격보다 높은 수준에서 형성되

어 있기 때문이다.

물론 1970년대 후반에 와서는 영미의 계약법 연구자들 사이에서도 오로지 합의를 중심으로 계약법의 모든 분야를 설명하는 것이 과연 가능한가, 바람직한가를 재검토하려는 시도가 있어왔다.⁴⁷⁾ 이 문제를 여기서 논의할 수는 없지만, 끝으로 한 가지 지적하고자 하는 점은 청약과 승낙에 의하여, 즉 당사자 간의 합의(*conventio*)에 의하여 계약이 이루어지고, 그 계약 내용이 법률, 선량한 풍속 등에 반하지 아니하는 이상, 그러한 합의는 법적으로 강제된다는 설명은 하나의 도그마 또는 이데올로기에 불과한 것일지 모른다는 점이다. 때때로 그에 배치되는 제도적 현실에 직면하는 경우 법률가나 법학자들은 조금 특이한 설명방법을 사용하면서까지, 또는 그러한 현실이 존재하지 아니하는 양 침묵을 유지함으로써 ‘합의에 입각한 계약법’ 도그마의 논리적 일관성 또는 정합성을 유지하고자 노력한다. 현실이 이론에 부합하지 않는 경우, 이론을 재검토하기 보다는 어떻게 해서든 현실을 이론에 끼워 맞추어 설명하려고 노력하거나, 설명이 불가능하다는 점에 대하여 침묵하는 것이다. 한 가지 예를 들어 보자. A가 B에게 금 100만원의 채무를 부담하고 변제기를 넘어서도 갚지 못하고 있던 중, 돈을 주는 대신 A 소유의 시계를 B에게 주기로 하는 ‘합의’가 있었다고 하자. 원래의 채무에 갈음하여 대물을 급여하겠다는 내용의 합의가 있었음을 부인할 도리가 없고, 지금의 계약법 이론에 따르면 당사자 간에 의사의 합치가 있었으니 이는 곧 계약이라고 하여야 할 것 같지만, 이러한 합의는 계약이라고 설명하기는 곤란하다. 왜냐하면 당사자들이 대물변제의 합의에 언제나 구속된다고 할 수 없기 때문이다. 그와 같은 합의가 있는 후에도 A는 언제든지 마음을 바꾸어 어디서 돈을 구해와 원래의 채무인 금100만원을 B에게 지급하여 채무를 면할 수 있고, B도 만일 A에 대하여 부담하는 다른 채무가 생기고 양 채무가 상계적상에 있다면 대등액에서 상계할 수도 있기 때문이다. 즉 합의이긴 하

47) G Gilmore, *The death of contract*, Columbus, OH, 1974, P Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979; F H Buckley (ed.) *The fall and rise of freedom of contract*, Durham, NC, 1999 등 참조.

지만 당사자를 온전히 구속하지는 못하는 합의라고 하여야 할 것이다.⁴⁸⁾ 반면에 A가 B에게 그 합의에 기하여 시계를 인도하면 B는 그 시계를 적법하게 보유할 수 있고, 소유권도 취득하므로 아무리 A가 마음을 바꾸어 돈100만원, 아니 그 이상을 주겠으니 시계를 돌려달라고 하더라도 돌려 줄 의무는 없게 된다. 이점에서 보면 대물변제의 합의도 합의로서의 법적 효력을 일부 가지고 있다고 볼 수 있다. 물론 로마의 법률가들은 이런 성격의 합의에 대하여 계약이나, *conventio*와는 구분되는 별도의 거래로 파악하고 그것을 어떤 경우에, 어느 범위까지 강제하여야 하는지에 대하여 자세히 설명하고 있다.⁴⁹⁾

반면에 현대의 법률가들에게는 대물변제의 합의는 하나의 딜레마를 제시하고 있다. 그것을 계약이라고 설명하자니 왜 대물변제가 실제로 있기 전에는 어느 당사자라도 원래의 채무를 이행하거나 원래의 채무의 만족을 얻음으로써 그러한 ‘계약’에서 벗어날 수 있는지를 설명하기가 쉽지 않다. 그것이 계약이 아니라고 설명하자니 왜 대물변제에 관하여도 엄연히 일방 당사자의 요청과 타방 당사자의 승낙으로 양 당사자 간에 意思의 合致가 있음에도 이를 계약이 아니라고 하는지에 대하여는 어색한 침묵을 지킬 수밖에 없다. 계약과 합의를 거의 동일시함으로써 탄생한 ‘합의에 입각한 계약법’ 도그마는 이 어색한 침묵 위에 여전히 그 전성시대를 구가하고 있다.

48) 대판1997. 4. 25. 96다32133 참조. 이 사건에서 대법원은 대물변제 합의의 구속력에 대한 논의를 피해나가는 대신, 당사자간의 관계를 장차 양도담보권을 설정하여 주겠다는 내용을 가진 채권적 계약으로 파악하고 있다.

49) *Constitutum debiti*, 학설취찬 제13책, 제5장 참조. 조규창·현승중, 앞의 책, 808~810쪽.

Promise, Agreement and Contract

Kim, Keechang*

Roman legal sources show that agreement (*conventio*) was treated as distinct from contract. Modern contract law is considerably different in that it is based on an agreement which is explained as formed by an offer and acceptance. Modern lawyers would therefore find it somewhat puzzling why only the agreement contained in certain types of transactions such as sale, hire, *stipulatio*, etc. gave rise to a remedy (*actio*). It is a characteristic feature of Roman contract law that unless there is a good reason, agreement alone would not necessarily give rise to a legal remedy to enforce it.

Medieval English law, which was more or less free from the Roman legal influence, took a similar position. The action of covenant might have a superficial appearance of a remedy to enforce any type of agreement. But as the king's court required a sealed deed to support an action of covenant, it could not function as a means to enforce informal agreement. The actions of debt and detinue were available only when the plaintiff could plausibly claim to have sustained a loss. They functioned essentially as restitutional remedies and they are probably better described as "real" actions rather than contractual actions to enforce executory agreement or a unilateral promise. The development of the action of *assumpsit* which branched out from the action of trespass, however, shows the emergence of a remedy to enforce unfulfilled promises. It is significant that in the course

* Professor, Korea University.

of the development of *assumpsit*, the distinction between a unilateral promise and a bilateral agreement was also blurred. It is argued that this development is closely related to overall changes of economic conditions of the time. In an economy where prices had remained stable for centuries, failure to carry out the terms of an agreement does not necessarily result in a loss to a party. When the party can subsequently negotiate another agreement with similar or even better terms than those of the original agreement, the party who failed to perform the original agreement cannot be said to have caused a loss to the other party. Beginning from the late 16th century, however, European economy showed a continuous trend of rising prices. Under these circumstances, a party's failure to carry out an agreement usually causes a loss of bargain to the other party as new negotiations will have to be conducted under higher prices. The need to provide a remedy to enforce an agreement presented itself as entirely justified not only on ethical grounds but on economic grounds in such circumstances. The action of *assumpsit* was moving in the direction of meeting precisely this need (Slade's case).

This historical background helps us to understand why modern contract law purports to enforce informal agreement. It is a characteristic feature of the modern contract law that agreement alone is normally sufficient to give rise to a remedy to enforce it. This is not due to some universally recognised precepts or ancient rules. It is a relatively modern development closely tied to economic changes which occurred since the late 16th century.

[**Key Words**] history of contract law, informal agreement, Roman law, English legal history, covenant, *assumpsit*, *pactum*, comparative legal history, economic history, offer and acceptance