

5.2 외국법

원문

영국제약법

「영국계약법」

김 기 창
(고려대학교 교수)

선생님을 직접 뵙고 이야기를 나눌 기회가 필자에게 찾아온 것은 필자가 영국 캠브리지 대학교에서 박사학위 과정 학생으로 있었던 90년대 초반이었다. 그때 선생님은 영국 워릭 대학교(Warwick University)에 교환교수로 체재 중이셨는데, 캠브리지 대학교에서 영국 중세시대 법률 문서를 들여다보며 박사학위를 준비하는 한국 학생이 있다는 이야기를 들으시고 캠브리지를 몸소 방문하셨다. 필자는 대학시절 선생님의 수업을 수강할 기회를 갖지는 못했었다. 베레모를 쓰고 파이프 담배를 피우던 모습, 카메라 가방을 어깨에 메고 교정을 걸어가던 모습을 멀리서 본 적은 있었다. 캠브리지에서 처음으로 직접 뵙고 이야기를 나누고 보니, 영국 역사 및 법사학 전반에 대한 선생님의 엄청난 열정과 지식에 크게 감명을 받았다.

그 후, 선생님은 또 한 번의 연구학기를 영국으로 오실 수 있게 되었고, 그때는 필자도 박사학위를 받은 후, 캠브리지 대학교 퀸즈 칼리지(Queens' College)에서 전임 연구교원으로 근무하던 시절이라서 선생님을 캠브리지로 모실 수 있었다. 15세기에 설립된 퀸즈 칼리지에는 꽤 훌륭한 고서적 도서관(Old Library)이 있는데, 거기에는 서양에서 금속활자로 책을 출판하기 시작한 15세기 후반에 발간된 희귀도서(incunables)들도 있고, 16세기 초반 프랑스 리용에서 본격적으로 출판되기 시작한 로마법 관련 서적들도 상당히 풍부하게 소장되어 있다. 로마법 연구 전통에 각별히 관심이 크셨던 선생님께서 퀸즈 칼리지 고서적 도서관을 보시고 싶어 하셔서 필자가 안내한 적이 있다. 수백 년 된 책들이 가득히 꽂힌 서가에서 행복해 하시던 모습, 그 중에도 특히 바르톨루스의 저서를 꺼내 보시던 모습이 지금도 기억에 생생하다.

2003년에 출간된 영국계약법은 지금까지도 우리나라에서 이 분야의 유일한 연구 성과로 남아있다. 이 책을 접하는 독자가 우선 깨닫게 되는 점은 영국의 사법제도나 법률 개념을 표현한 용어를 한국어로 정확하게 번역하는 일이 의외로 어려운 일이라는 점이며, 그것을 위해 선생님이 기울인 깊은 고민을 접할 수 있게 된다. 예를 들어, High Court를 흔히 “고등 법원”이라고 잘못 번역하는 경우도 있지만, 선생님은 ‘고급 법원’이라고 정확하게 번역한다(76면). High Court는

District Court로부터의 상소 사건을 주로 담당하는 상소심 법원이 아니라(Circuit Court가 바로 이런 상소심 법원이다), 주요 사건의 제1심을 다루는 법원이므로 High Court를 ‘고등 법원’이라고 번역할 경우, 한국 독자에게는 오해를 불러일으키게 된다. ‘Liquidated’라는 단어에 대해서도 선생님이 고심한 흔적이 역력하다. “Liquidated damage”는 흔히 손해배상 예정(액)이라고 번역하며, 이런 번역은 물론 무난하지만, 이 경우에도 ‘liquidated’라는 말의 의미는 “액수가 확정된”이라는 뜻이다. 손해가 아직 발생하지 않은 시점에서는 손해액수를 실제로 확정하는 것은 현실적으로 불가능하겠지만, 당사자들이 합의를 통하여 그 손해액수를 ‘미리’ 결정해 두는 것은 가능하고 그것이 바로 손해배상 예정액이다. 선생님은 이런 점을 감안하여 “liquidated claims”를 “채무금액이 확정되어 있는 청구권”이라고 번역한다(73면). 즉, “액수가 확정된 청구권”이라는 점을 정확하게 표현한 것이다. 영국법에서 action of debt은 특별한 의미를 지니는데, 이 점 역시 선생님은 정확하게 파악하여 ‘定額金錢債務’라고 번역한다(371면).

번역에 대한 고민은 무엇보다도 영국법을 지칭하는 Common Law라는 용어에서 진하게 나타난다. 흔히 ‘보통법’이라고 잘못 번역되는 이 용어에 대해서 선생님은 번역의 어려움을 토로하면서 결국에는 “코먼·로”라고 적고 있다(제9면 이하 책 전체). 어쩔 수 없는 선택이라고 생각한다. 영국법 역사에서 Common Law라는 말은 각 지역의 지역법(Local law)이 제각각 달랐던 시절에 국왕 판사들이 영국 전역을 주기적으로 순회하면서 ‘공통적으로’ 적용한 법, 즉 영국 왕국 전역에 공통된 법이라는 뜻이었다. ‘Common Law’에서 common이라는 말은 뛰어나지도 않고 못하지도 않으며 흔히 볼 수 있는 정도라는 뜻으로 사용되는 ‘보통’이라는 뜻과는 관련이 없다. 오히려 각 지역마다 제각각이던 지역법이야말로 예로부터 전해오던 ‘보통’의 법이었고, 노르망디에서 넘어온 새로운 지배계층이 데리고 온 판사들이 영국을 순회하면서 열었던 국왕 법정에서만 적용되는 Common Law는 특별한 법이었고, 지역법과는 달리 왕국 “전역에 두루 통용되는” 법이었다. 이런 역사적 배경을 감안한다면 차라리 ‘공통법’이라는 번역어도 생각해 볼 수는 있겠지만, 매우 생경하고 과도하게 고색창연한 번역이 될 것이다. Common Law는 교회법(Canon Law)과 대비되는 개념이기도 했으므로, ‘영국 세속법’이라는 표현도 정확하기는 하겠지만, 이 또한 낯설기는 마찬가지일 것이다. 물론, Common Law는 국왕 법정에서 적용되는 법으로서, 국왕 비서실(Chancery)이 민원 처리 차원에서 운영해 왔던 이른바 형평법원을 통하여 형성된 법리들(Equity)과는 대조적 의미로 사용되기도 했다.

선생님은 영국 계약법을 “지형을 정확하게 묘사하는 측량사진사의 자세로” 집필하고자 하였다는 점을 밝히고 있다. 따라서 한국 계약법과의 차이점에 대한 비교법적 설명이나 논평은 이 책에 담겨 있지 않다. 하지만 여러 분야에서 매우 중요한 차이들이 실제로 존재함은 물론이다. 예를 들어, 한국 민법 제527조는 “청약은 이를 철회하지 못한다”는 자못 야심찬 언명을 담고 있다. 하지만, 영국 계약법 하에서 청약은 상대방의 승낙이 있기 전에는 언제고 철회할 수 있다(32

면). 심지어 일정 기간 동안은 철회하지 않겠다고 확약한 경우에도, 승낙이 있기 전에는 언제나 청약이 철회될 수 있는 것이 원칙이다. 청약의 상대방은 계약을 체결할지 말지를 자유롭게 선택할 수 있으니, 이 점과의 균형을 생각한다면, 청약자 역시 (상대방이 아직 승낙하기 전에는) 계약을 체결할지 말지를 자유롭게 선택할 수 있어야 하는 것이 양 당사자의 균등 대우 원칙에 부합할 것이다. 청약의 철회를 인정하지 않을 경우, 승낙이 있기 전에 청약자가 변경된 청약을 하는 경우를 제대로 설명하기도 어려워지는 난점도 있다.

물론 우리 민법 제527조는 사실상은 사문화된 조항이다. 고용계약 합의 해지의 청약에 대해서는 법원이 공공연하게 제527조와는 양립할 수 없는 입장을 취함으로써 제정법을 이 분야에서는 사실상 변경하였고,¹ 그 외의 분야에서도 청약은 실제로는 자유롭게 철회될 수 있고, 이미 철회된 청약을 상대방이 뒤늦게 ‘승낙’한다면 민법 제527조를 원용해 본들 계약이 성립되었다고 판단 받을 여지는 매우 희박하다고 필자는 생각한다. 승낙이 있기도 전에 철회된 청약이라면, 법원이 이를 ‘청약의 유인’에 불과했었다고 판단할 가능성이 높기 때문이다.²

청약에 대한 승낙은 온갖 방법으로 가능하겠지만, 그 중 특히, 우편으로 승낙이 발송된 경우에 한하여 적용되는 영국법상 중요한 특칙이 있다. 선생님은 이 점을 정확하게 서술한다. 이 분야 역시 한국법상 승낙의 효력 발생 요건이나 효력 발생 시기와는 상당히 다른 내용이지만, 선생님은 자신이 표방한 저술 원칙에 충실하게 영국법의 서술에만 집중할 뿐, 한국법과의 차이를 설명하거나 비교법적 분석을 제시하지는 않는다(22면-27면). 예를 들어, 우편으로 발송된 승낙 의사표시가 배달 사고를 당한 경우, 즉, 승낙 의사표시를 담아 발송된 우편이 결국에는 청약자에게 도달하지 않은 경우에도 계약은 유효하게 성립하는가? 한국법 하에서는 ‘우편’으로 승낙이 발송된 경우에 대한 특칙이 존재하지 않는다. 민법 제531조는 그저 ‘격지자 간’ 승낙의 효력 발생 시기만을 규정할 뿐, 격지자 간에 ‘우편’으로 승낙이 발송된 경우를 규정한 것이 아니다. 따라서 한국 민법학자들은 민법 531조에 대해서, 승낙의 통지가 아예 도달하지 않으면 효력이 생길 수 없겠지만, 도달한 경우에(즉, 승낙의사표시가 도달했을 것을 전제할 경우에), 그 효력의 발생 시기가 ‘발송 시점’으로 소급하는 것이라고 설명하는 것이 일반적이다. 그러나 한국법 하의 이러한 논의는 승낙 통지가 ‘우편으로’ 발송된 경우에 한해서만 적용되는 이른바 mailbox rule의 원조라 할 영국법을 이해했다라면 매우 다르게 전개되었을 것이다. 승낙을 우편으로 발송한 경우에 적용되는 영국법 원칙을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 승낙 우편이 정확한 주소로, 필요한 우편요금을 납부하고 ‘발송’되었음이 입증된다면, 승낙 시점에 계약은 이미 성립하고, 그 시점 이후에는 승낙의사표시를 철회할 수 없고(철회가 승낙의사표시보다 먼저 도달하더라도, 예를 들어 우편으로 승낙의사표시를 발송한 후 전화로 그 승낙을 철회

¹ 대법원 1994.8.9. 선고 94다14629 판결; 대법원 2000.9.5. 선고 99두8657 판결

² 김기창, “청약의 구속력과 계약 자유” 비교사법, 제12권 (2005) 87면-110면.

하려는 시도, 즉 발송된 승낙에 대한 철회 시도는 허용되지 않는다), 심지어 우편으로 발송한 승낙의사표시가 도달하지 않더라도 (우편 '발송' 사실이 입증되면) 계약은 성립하고 당사자 쌍방은 계약에 구속된다.

둘째, 이 법리는 편지와 전보에 한하여 적용되며, 승낙의사표시를 편지나 전보로 발송하는 것이 합리적이라고 평가될 수 있을 경우에만 적용된다. 예를 들어 팩스로 청약을 했는데, 보통 우편으로 승낙의사표시를 발송했다면 승낙의사표시를 전달하는 합리적 방법이라고 보기 어려울 것이고, 이런 경우에는 mailbox rule(우편 발송 법리)이 적용되지 않는다. 우편 발송 법리는 청약자 스스로가 우편으로 청약하거나, 승낙 여부를 우편으로 알려달라고 요청하는 등의 사정이 있어서 승낙의사표시를 우편으로 발송하는 것이 합리적이라고 평가할 수 있는 상황에서 청약자와 승낙자 간의 이해를 조정하려는 법리다.

승낙을 우편으로 발송하는 것이 합리적인 상황에서 그렇게 했다면, 승낙의사표시가 '발송'된 시점부터는 청약의 철회가 허용되지 않을 뿐 아니라, 승낙의 철회도 허용되어서는 안 된다는 법리가 양 당사자에게 공평한 결과를 가져올 수 있을 것이다. 만일 일방(청약자)은 승낙의 발송 시점부터는 더 이상 입장을 수정할 없게 구속되는데, 상대방(승낙 발송자)은 자신의 승낙이 청약자에게 도착할 때까지 자기 입장을 자유롭게 바꿀 수 있도록 허용된다면 후자는 시장 상황의 미세한 또는 큰 폭의 변화를 실시간으로 모니터링하면서 자신의 입장을 마지막 순간까지 수정할 기회를 누릴 수 있게 되므로 공평하지 못하다.

우편으로 발송된 승낙이 불행하게도 배달되지 않으면(배달 사고) 그 위험을 누가 감수해야 할 것인지에 대해서도 결국에는 우편으로 승낙의사표시를 보내는 것이 합리적이라고 평가될 상황을 애초에 초래한 자는 승낙자가 아니라 청약자이므로(청약 자체를 우편으로 했거나, 청약자의 우편 주소 외에는 마땅한 연락처를 제대로 제공하지 않았거나, 우편으로 승낙하지 말도록 명시적으로 안내한 바도 없다는 등의 사정이 있는 경우이므로) 청약자가 우편배달 사고의 위험을 감수함이 옳을 것이다.

한편, 우편 사용이 합리적이지 않은 나머지 모든 경우에는 영국법에서도 승낙의사표시가 '도달'해야만 계약이 성립한다는 대원칙이 적용되고, 이 점은 대면 관계건 격지자 간의 관계건 차이가 없다. 예를 들어, 격지자 간에 팩스나 텔렉스로 청약, 승낙 교신이 오간 경우, 승낙의 발신 시점이 아니라, 승낙의사표시가 담긴 팩스나 텔렉스가 수신되어 출력된 때, 또는 업무 시간 외에 그런 교신이 도달하여 출력된 경우라면 다음 업무일의 시작 시점에 계약이 성립한 것으로 본다. 또한 격지자 간이라도 인편(使者)을 이용하여 승낙의사표시를 보낸 경우라면, 우편 발송 법리가 애초에 적용될 여지가 없다. 격지자 간에도, 우편을 사용하지 않을 경우에는, 도달주의가 지배하는 것이다.

'격지자 간'의 계약 성립 시기를 정해둔 민법 제531조는 우리 입법자가 영국법 하의 이른바

mailbox rule의 적용범위가 ‘우편’으로 송낙 통지를 보내는 것이 합리적인 상황에만 국한된 것이라는 점을 제대로 이해하지 못한 결과라고 생각한다. 우리 입법자뿐 아니라, 이 법리가 ‘격지자 간’이기만 하면 무조건 적용되는 것이라고 오해하여 격지자 간 계약의 송낙에 대해서 광범한 발신 주의를 법전에 규정한 일본, 스위스의 입법자도 마찬가지다.³ 민법 제531조는 ‘우편’ 발송이 합리적이라고 평가될 수 있는 경우에 한해서만 적용되도록 축소 해석하여 운용할 필요가 있다고 생각한다.

합의가 있었다는 이유만으로는 계약을 강행할 수 없고, 합의에 이르게 된 원인이라고도 볼 수 있는 모종의 ‘대가’(consideration)가 그 액수 여하를 불문하고 있었어야만 합의를 강행할 수 있게 된다는 약인(約因) 개념은 합의만을 바탕으로 삼아 형성된 대륙법계 국가의 계약법에서는 낯선 것이다. 선생님은 약인에 대해서 각별히 상세하게 서술하는데(43면-81면), 이 부분은 지금도 후학들이 참조하고 의존하는 내용이다. 예를 들어, 2018년에 나온 이병도의 박사학위 논문(“계약의 성립 및 해석에 관한 영미 계약법리의 형식적 요소에 대한 고찰”)도 약인에 대한 부분은 선생님의 연구를 인용하고 참조한다.⁴

영국 계약법의 전개 과정에서 약인 개념이 언제, 왜 등장했는지를 이 글에서 논할 여유는 없지만, 합의만 있으면 합의대로 강행되어야 한다는 입장은 (비록, 추상적이고 이론적인 도그마로서는 간명할지 모르겠으나) 법 정책적으로 바람직스럽지 않을 수 있다. 로마 시대 계약법의 근본적인 전제이며 출발점을 이뤘던 원칙도 “단순한 합의만으로는 채권채무 관계가 생기는 것이 아니라, 항변권이 생길 뿐(nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem)”이라는 것이며 이 원칙은 오랫동안 유럽 전역에 큰 영향을 미쳐왔다.⁵ 합의(만)에 근거하여 계약의 성립 여부와 효력을 관념하는 것으로 여겨지는 우리 법 하에서도 막상 아무런 대가 없는 합의를 강행하는 것은 현실적으로는 물론, 법적으로도 어려울 수 있다. 예를 들어 구두의 증여 계약은 증여가 있기 전에는 당사자가 언제나 해제할 수 있으므로 사실상 강행 불가능하며(제555조), 이자 없는 소비대차의 약정 또한 일방이 대가 없이 상대방에게 혜택을 주겠다는 합의인 셈인데 이 역시 (실제로 돈이나 약정한 소비물이 건네지기 전에는) 언제나 해제할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 강행하기 어려울 것이다(제601조). 물론 이러한 이유로 다른 나라의 법제도에서는 소비대차계약을 아예 ‘요물 계약’으로 파악하여, 실제로 대여금이나 소비대차 목적물이 건네져야만 비로소 계약의 효력(구속력)이 생기는 것으로 보기도 한다(물론, 이것이 로마법의 입장이기도 했다).⁶

³ 김옥곤, “송낙의 효력발생과 계약의 성립시기”, 민사법학 제19권(2001), 328면 참조.

⁴ 이병도, “계약의 성립 및 해석에 관한 영미 계약법리의 형식적 요소에 대한 고찰”, 한양대학교 법학박사 학위논문, 2018, 36면, 46면, 54면, 62면, 68면, 69면.

⁵ 김기창, “약속, 합의 그리고 계약”, 법사학연구, 제29호(2004), 324면.

⁶ 요물계약 개념에 대해서는 정병호, “요물계약 개념의 유래와 현행법상 요물계약설에 관한 비판적 고찰”, 법사학 연구, 제53호(2016), 233-262면; 최신섭, “호의행위의 법적 성질”, 비교사법 제8권(2001) 325-352면.

영국계약법과 우리 민법 간에 아마도 가장 큰 차이가 나는 것처럼 보이는 분야는 계약 위반 책임에 관한 것이다. 한국법에서는 계약위반을 이유로 손해배상을 구할 경우, 상대방은 자신에게 귀책사유(고의, 과실)가 없음을 항변으로 제기할 수 있으므로(제390조) 계약 책임은 과책주의 원칙에 터잡고 있다고 설명된다. 그러나 영국법에서 계약 위반에 대한 책임은 귀책사유와 무관하게 성립하는 것이 원칙이다. 선생님은 이 점을 다음과 같이 정확하게 설명한다:

계약 책임(contractual liability)은 대부분의 경우에 엄격한 책임(嚴格責任, strict liability)이다. 즉, 過責(fault, 故意·過失을 포함하는 개념)의 유무와 관계없이 성립한다.⁷

우리 법률가들은 흔히 과책주의가 중세의 (우매한) ‘결과 책임’ 사상(과책 유무를 불문하고 손해 발생이라는 결과에 대해서 무조건 책임을 져야 한다는 생각)에서 한걸음 진전된 근대법의 원칙이라고 생각하며, 과책주의를 선언한 민법 제390조가 일응 합리적이라고 여기는 경우가 없지 않다. 그러나 이런 입장은 적어도 계약 책임의 경우에는 설득력이 없다.⁸ 불법행위 상황과는 달리, 계약 책임의 경우에는 당사자 간에 구속력 있는 계약관계가 이미 존재한다. 유효한 계약을 어기고 계약상 의무를 이행 안하거나 못한 당사자가 오로지 고의, 과실이 없었다는 이유로 면책된다면, 아무런 잘못도 없는 상대방에게 오히려 가혹하다. 고의, 과실이 없기는 계약상 의무를 충실히 이행하고 아무런 계약위반을 저지르지도 않은 상대방 역시 마찬가지 아닌가? 양 당사자 모두 고의, 과실이 없기는 마찬가지인데, 어째서 계약을 어기고 상대방에게 손해를 가한 당사자는 면책되고 오히려 계약을 제대로 준수한 당사자가 상대방의 계약위반으로 인해 입은 손해를 감수해야 한다는 것인지, 그런 결론이 어떻게 ‘합리적’일 수 있다는 것인지 필자로서는 납득하기 어렵다.

물론 실제로는 우리 법원도 계약위반이 있으면 거의 대부분의 경우 불이행한 당사자에게 과실을 인정함으로써 사실상 무과실 책임을 지우는 것과 유사한 결론을 도출하고는 있다. 예를 들어, IMF사태로 인하여 생겨난 심각한 자재 수급의 어려움 때문에 납기일 내에 공사를 완공하지 못하여 계약위반을 저지른 수급인에 대하여 도급인이 손해배상(지체상금)을 구한 사건에서 자신에게 과실이 없었다는 수급인의 항변에 대하여 우리 대법원은 다음과 같이 판시한 바 있다:

천재지변이나 이에 준하는 경제사정의 급격한 변동 등 불가항력으로 인하여 목적물의 준공이 지연된 경우에는 수급인은 지체상금을 지급할 의무가 없다고 할 것이지만, ... 이른바, IMF 사태 및 그로 인한 자재 수급의 차질 등은 그와 같은 불가항력적인 사정이라고 볼 수 없다.⁹

요컨대, 불가항력으로 인한 계약 위반인 경우에는 면책을 인정하겠지만, 그 외의 경우에는 계약 위반자에게 면책을 ‘사실상’ 인정하지 않겠다는 것이 우리 법원의 (타당한) 입장이고, 이러

⁷ 영국계약법, 433면

⁸ 물론, 불법 행위 책임은 과책주의에 입각해 있는 것이 타당하고 당연하다. 영국법 역시 불법행위 책임은 과책주의에 입각해 있다.

⁹ 대법원 2002.9.4. 선고 2001다1386 판결.

한 판례를 통하여 민법 제390조 단서에 표현된 **귀책주의**는 계약 책임에 있어서는 사문화된 것이나 진배없다고 봐야 한다. 계약 책임은 일방의 계약위반으로 이미 발생한 손해를 궁극적으로 누가 떠안는 것이 공평한지의 문제이다. 양 당사자에게 모두 고의, 과실이 없는 상황이라면 계약을 위반한 당사자가 그 손해를 감당하는 것이 옳고, 계약을 준수한 당사자가 상대방의 계약위반으로 인한 손해를 떠안아야 한다는 결론은 합리적이지도 않고, 공평하지도 않다.



물론, 계약 ‘내용’ 자체에 이미 과실이 있는 경우에 한해서만 계약 책임을 부담하도록 당사자들이 약정하거나, 그렇게 해석하는 것이 거래 통념상 당연한 경우가 있고, 그런 경우에는 배상 책임의 소재는 당사자의 과실 여부에 달려있게 된다. 예를 들어, “치료행위를 맡기로 한 의사는 일반적으로 치료의 성공을 보장하고 있지는 않[으며] 오로지 합리적인 주의와 기술을 다하여 치료행위를 하기만 하면 된다”고 봐야 한다는 선생님의 설명은 영국법에서나 한국법에서나 차이가 없는 것이다.¹⁰ 의사나 변호사가 제공하는 서비스는 상거래의 주종을 이루는 다른 여러 재화나 용역거래와는 달리 어떤 결과를 보장하거나 담보할 수 없다는 점이 거래 통념상 당연히 인정되고 있다. 그렇기 때문에 이들의 계약 책임은 과실(주의 의무 위반 여부)에 달려있게 되는 것이다. 그렇지 않은 일반적인 상거래에서는 당사자들이 의도한 목적에 적합한 물품이나 서비스가 약정한 시점에 약정된 방법으로 제공되지 않으면 계약위반으로 평가되어야 하고, 그로 인한 손해는 계약을 ‘위반’한 당사자가 계약 ‘책임’을 지는 것이 당연하며, 이 점 또한 한국법에서나 영국법에서나 실제로는 별 차이가 없다.

영국계약법이라는 방대한 주제를 한국의 연구자들에게 정확하게 소개하는 선생님의 저술에는 아쉽게도 옥의 티라 할 만한 점이 전혀 없지는 않다. 예를 들어, ‘후발적’ 불능이라는 개념은 영국계약법에도 존재한다. 계약 체결 시점에는 이행이 가능했던 채무가 ‘사후’ 또는 ‘나중에’ 발생한 어떤 사태로 인하여 이행이 불가능하게 되었을 경우, 그러한 후발적 사태의 발생이 당사자 어느 누구의 책임도 아니라면 계약관계는 해소되고 양 당사자는 모두 계약의 구속에서 벗어난다는 법리이다.¹¹ 이렇게 ‘후발적’으로 생겨난 사태를 “supervening event”라고 하는데, 선생님은 필자가 이해할 수 없는 어떤 이유에서 이것을 “병존적 사건” 또는 “竝發的 사건”이라고 서술한다.¹² “병존적”이라는 표현은 어떤 것과 시간적 공간적으로 동시에 또는 함께 존재한다는 뜻을 내포하므로, 어떤 것이 있은 후에 나중에 추가적으로 발생한 사태라는 뜻을 가진 “supervening” event라는 말의 뜻을 제대로 전달하지 못한다. 한글 텍스트에만 의존하여 선생님의 책을 보는 독자로서는 “병존적 사건”, “竝存的 원인”, “竝發的 사건”이라는 표현 때문에 어려움을 겪을 수 있다고 생각한다. 이 점은 적절한 기회에 교정되었으면 한다.

¹⁰ 영국계약법, 435면; 대법원 2011.11.10. 선고 2009다45146 판결 등 참조.

¹¹ 영국계약법, 486면.

¹² 영국계약법, 434, 437, 482, 484, 486, 491, 494면 등.

우리 법에서나 영국법에서나, 강행 법규에 위반되거나 선량한 풍속과 공서에 반하는 계약은 애초에 무효(void)이다. 살인 청구 계약, 매춘 계약, 매관 매직 계약, 위증을 하는 대가로 보수를 약정하는 계약, 노예로 살겠다는 계약 등이 여기에 해당함은 물론이다. 영국법에서는 이러한 법리를 통칭하여 ‘illegality’라고 부른다. 바로 이 용어를 우리말로 번역하는 작업은 의외로 까다롭다. 강행 법규에 위반되거나 사회질서에 반하는 계약은 무효라는 이러한 법리를 우리 법률가들에게 정확하게, 오해될 가능성을 피하면서 전달하는 데 사용될 수 있는 “한 단어”로 된 말은 없다. 그러나 선생님은 결국 ‘illegality’를 ‘違法性’이라고 번역하는데,¹³ 이는 그리 만족스럽지 않은 선택이라고 생각한다. 왜 그런지는 약간의 설명이 필요하다.

‘違法性’이라는 단어는 우리법에서는 바로 위에서 말한 여러 유형의 행위들이 범하는 규범 위반의 정도에 비교할 때 다소 덜한 수준의 행위까지를 포함하는 더 넓은 개념이다. 예를 들어, 불법행위가 성립하려면 행위의 ‘위법성’이 요구되므로(제750조) 모든 불법행위는 고의로 저지른 것이건 과실로 저질러진 것이건 ‘위법성’이 인정되는 행위임이 분명하다. 과실로 행해지는 불법행위와 살인 청구 계약을 비교한다면 후자가 훨씬 강한 수준의 규범 위반, 법질서 위반 행위임이 분명하다.

계약위반, 즉 채무불이행도 우리법에서는 ‘위법성’이 인정되는 행위이다. 대법원은 이 점을 다음과 같이 설명한다(밑줄은 필자가 추가):

채무불이행으로 인한 손해배상청구에 있어서 확정된 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하였다면 그 자체가 바로 위법한 것으로 평가되는 것이고, 다만 채무불이행에 채무자의 고의나 과실이 없는 때에는 채무자는 손해배상책임을 부담하지 않는다(민법 제390조 참조).¹⁴

채무불이행 행위에 벌써 인정되는 ‘위법성’에 비교하자면, 매춘, 장기(臟器) 매매 등을 내용으로 하는 계약이 행위가 표상하는 규범 위반의 정도나 반사회질서성이 훨씬 더 심각한 수준이라는 점은 의문의 여지가 없다.

또한, 민법 제110조는 사기나 강박으로 인한 의사표시는 취소할 수 있다고 규정하는데, 이때 기망이나 강박 행위에는 ‘위법성’이 요구된다고 흔히 설명한다. 예를 들어, 민법 제110조에서 말하는 기망행위와 관련하여 대법원은 다음과 같이 판시한다:

상품의 선전, 광고에 있어 다소의 과장이나 허위가 수반되는 것은 그것이 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한 기망성이 결여된다고 하겠으나, 거래에 있어서 중요한 사항에 관하여 구체적 사실을 신의성실의 의무에 비추어 비난 받을 정도의 방법으로 허위로 고지한 경우에는 기망행위에 해당한다.¹⁵

¹³ 영국계약법, 제11장 違法性. 예를 들어, “본장에서는 違法性(illegality)이 계약의 효력에 미치는 영향을 고찰하기로 한다.” 259면.

¹⁴ 대법원 2013.12.26. 선고 2011다85352 판결.

비록 고의로 거짓이나 과장된 진술을 했더라도 “일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 시인될 수 있는 한” 위법성이 인정되지 않으며, “신의성실의 의무에 비추어 비난 받을 정도의 방법으로” 거짓말을 한 경우에는 위법성이 인정된다는 뜻이다. 이처럼 상거래 관행이나 신의칙에 비추어 용납되기 어려운 수준의 규범 위배 행위라고 평가되는 행위는 ‘위법성’이 있고, 이런 위법한 기망행위로 체결된 계약은 취소 가능한 것이지만 당장에 무효는 아니므로, 여기서 말하는 ‘위법성’이란 개념은 애초부터 무효로 되어 취소할 필요조차 없는 반사회질서 행위가 가지는 규범 위반의 정도에 비하면 상대적으로 덜한 수준의 법질서 저촉 행위를 지칭하는 것이 분명하다.

우리 법원이 이해하는 ‘위법성’ 개념은 퇴직 후 연금 외의 소득이 있을 경우 퇴직 급여 절반의 지급을 정지하도록 규정된 공무원연금법 규정 때문에 퇴직급여 전액을 받지 못했던 퇴직자들이 해당 규정이 헌법재판소에 의하여 소급적으로 위헌 결정된 후, 공무원 연금공단을 상대로 채무불이행에 기한 손해배상을 구한 사건에서 자세하게 설명되고 있다. 대법원은 해당 법조항이 소급적으로 효력을 잃었으므로 공무원 연금공단이 퇴직급여 절반을 지급 거절한 것이 계약상의 의무를 ‘불이행’한 것이긴 하지만, 공무원연금법의 해당 조항의 위헌성이 당시에 이미 명백했었다고 보기는 어려웠고, 해당 규정이 위헌 판정을 받기 전에는 공무원 연금공단은 전액 지급을 하지 않아야 할 법률상 의무를 그 법규정에 따라 부담하고 있었을 뿐 아니라, 연금공단이 입법에 관여하거나 영향력을 행사하여 해당 법규정의 위헌 상태를 시정할 수 있는 처지에 있지도 않았다는 사정 등을 종합적으로 감안하여, 연금공단의 퇴직급여 일부 지급 거절은 “법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 정당행위로서 그 위법성이 조각된다”고 판시하였다. 즉, ‘위법성’은 “법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 없는” 행위가 가지는 속성을 지칭하는 것이다. 이처럼 윤리와 법이 만나는 영역에서 관찰되는 ‘용인 불가성’을 표현하는 우리의 법률 용어 ‘위법성’은 영어로는 ‘wrongfulness’에 해당하는 것이지만, ‘illegality’가 아니다. 영국법상 계약을 당장에 무효로 만드는 높은 수준의 규범 저촉 행위를 지칭하는 ‘illegality’는 결국 공서양속 위반 행위를 뜻하는 것인데, 이것을 그저 ‘위법성’이라고 잘못 번역할 경우 계약법 전반의 법적, 윤리적 기초에 대한 수미일관된 이해에 약간의 부담으로 작용할 수 있다.

하지만 선생님의 영국계약법은 이러한 한두 가지 ‘옥의 티’에도 불구하고 지금까지 국내 어느 연구자도 이룩하지 못한 업적으로 남아있으며, 후학들이 영국계약법을 제대로 이해하는 데 큰 도움이 되는 저서임에는 의문이 없다.¹⁵ 학문에 대한 한결 같은 열정과 후학에 대한 깊은 사랑을 보여주신 선생님은 많은 연구자들의 귀감으로 오래 기억될 것이다.

¹⁵ 대법원 1993.8.13. 선고 92다52665 판결.

¹⁶ 예를 들어, 계약 위반의 ‘중대성(materiality)’에 대한 이재우, “해제권의 요건으로서 계약위반의 중대성에 관한 비교법적 연구”, 고려법학 제77호(2015), 165-195면 역시 선생님의 설명을 출발점으로 삼고 있다.