

불규칙기탁 (irregular deposit) 거래의 법적 본성

1 용어 해설: 대부계약 (소비대차와 사용대차)과 기탁계약

“축약 옥스포드 영어사전”에 따르면, 론(loan, 대차)이란 대여된 물건, 특히 일정 기간 동안 대여되고, 일반적으로 이자가 붙어 반환되는 화폐를 말한다.¹ 전통적으로 두 가지 종류의 론이 있는데, 사용을 위한 대차와 소비를 위한 대차가 그것이다. 사용을 위한 대차는, 대여물의 사용권만 양도되기 때문에, 빌린 사람은 사용 후에 반환해야 한다. 소비를 위한 대차의 경우는, 물건의 재산권이 양도되고, 빌린 사람은 양도된 물건을 소비한 후 같은 질과 양의 것을 돌려 주어야 한다.²

사용대차(使用貸借, COMMODATUM) 거래

라틴어로 Comodatium이라 불리는 사용대차란, 빌려주는 사람이 빌리는 사람 (혹은 commodatary)에게 일정 기간 무료로 사용하도록 맡기고 그 기간이 끝나면 주인이 그 물건을 돌려받는, 선의로 맺어진 실제 거래를 말한다. 즉, 빌려준 물건이 다시 반환되어야 한다.³ 이 거래를 “실제 거래”라고 하는 이유는 그 물건이 양도되어야 하기 때문이다. 한가지 예가, 자동차를 친구에게 빌려주어 자동차 여행을 하도록 해주는 경우다. 이 경우 빌려주는 사람은 빌려준 자동차를 계속 소유하고, 빌린 사람은 적절히 사용한 후 계약된 기간이 끝나면, 즉, 여행이 끝날 때, 돌려주어야 한다. 빌린 친구의 의무는 점유와 관련되는 데, 교통법규를 잘 지키고, 자기 것처럼 그 자동차를 잘 돌보는 등 그 자동차를 적절히 사용해야 하고, 여행이 끝나 사용대차(commodatum)가 종료되면 돌려주어야 한다.

소비대차 (消費貸借, MUTUUM) 거래

사용대차도 실질적으로 중요하지만, 경제적으로 더 중요한 게, 기름, 밀, 특히 돈 같이 대체 가능한⁴ 소비재의 대부이다. 라틴어로 mutuum이라 불리는 이 계약에서는, 빌려주는

¹ *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1973), vol. 1, 1227쪽.

² Manuel Albaladejo著, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2: *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales* (Barcelona: Librería Bosch, 1975), 304쪽.

³ 주앙 이글레시아스 (Juan Iglesias)著, *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6번째 개정·증보판, Ediciones Ariel, Barcelona 1972, 408-409쪽.

⁴ 대체가능물이란 같은 종류 것으로 대체 가능한 것을 말한다. 즉, 개별적으로 다른 것으로 취급되기 보다는, 물건의 양, 무게, 혹은 측량에 따라 취급된다. 고대 로마인들은, 대체가능물을 “*quae in genere suo functionem in solutione recipient*” 혹은 “*quae pondere numero mensurave constant*”라고

사람이 빌리는 사람 (라틴어로 mutuary)에게 일정 양의 대체가능한 물품을 맡기고, 빌린 사람은 계약된 기간이 끝나면 “같은 종류와 질의 물품을 동일한 양만큼 (라틴어로 tantundem)” 반환한다. 전형적 예가 금전 대부계약인데, 화폐는 전형적인 대체가능물이다. 이 계약으로 인해, 특정 양의 금전이 오늘 다른 사람에게 건네지고, 동시에 그 돈의 소유권과 이용가능성이 빌려주는 사람으로부터 빌리는 사람에게로 양도된다. 빌린 사람은 그 돈을 자기 것으로 사용할 수 있는 권한을 갖고, 만기가 되면 같은 양의 돈을 반환할 것을 약속하게 된다. 소비대차 계약은 대체가능물을 대부하는 것이기 때문에 현재의 물품을 미래의 물품으로 교환하는 결과가 생긴다. 그래서, 사용대차 계약과는 다르게, 소비대차 계약에서 이자를 설정하는 게 일반적인데, 왜냐면, 동일한 상황에서는 미래의 물품보다는 현재 물품을 선호한다는 시간 선호 (time preference) 때문에, 인간은 미래에 더 많은 양의 대체가능물을 만기에 받을 수 있을 때만 일정 양의 대체가능물을 포기하려 하기 때문이다. 그래서, 처음에 양도된 양과 만기 때 채무자로부터 받는 양의 차이가 바로 이자다. 요약하면, 소비대차 계약에서는, 빌려주는 사람은 정해진 양을 빌리는 사람 (mutary)에게 건네야 하고, 대여 받은 사람(mutuary)은 “같은 종류와 질의 물품을 동일한 양만큼 (tantundem)” 만기 때 반환해야 한다. 그리고 합의에 따라 이자도 지불해야 하는 게 일반적이다. 소비대차 계약 혹은 대체가능물의 대여에서, 그 물품의 가격이 변하더라도, 만기 때 같은 종류와 질의 물품의 동일량을 반환하는 게 본질적인 의무이다. 정해진 기간이 지난 후에야 반환할 의무가 있기 때문에, 빌린 사람은 그 기간 동안 그 물건의 소유권을 얻고 그 물건을 완전히 이용할 수 있다. 이 고정된 기간은 대부 혹은 소비대차 계약에서 본질적인데, 왜냐면, 그 물품의 이용가능성과 소유권이 빌린 사람에게 속하게 되는 기간과, 이를 반환해야 할 시기를 정하기 때문이다. 명확하게든 혹은 암묵적으로든 고정된 기간을 정하지 않으면, 소비대차 계약과 대부는 성립될 수 없다.

기탁 계약 (deposit contract)

대부 계약(사용대차와 소비대차)에서는 물건의 이용가능성이 일정 기간 동안 빌려주는 사람으로부터 빌린 사람에게로 양도되는 데 반해, 기탁 계약에서는 물건의 이용가능성이 양도되지 않는다. 기탁 (라틴어로 depositum) 계약에서는 어떤 사람 (기탁자 寄託者)이 자신의 동산(動産)을 보호하려고 수탁자에게 맡기고, 언제라도 기탁자가 요구하면 수탁자 (受託者)가 그 물건을 돌려주어야 한다. 결과적으로, 기탁물은 항상 기탁자의 이해에 따라 움직인다. 기탁의 본질적 목적은 그 물건의 보호와 보관이기 때문에, 계약기간 동안에는 그 물건의 이용가능성이 완전히 기탁자에게 남아 있다. 기탁자는 언제라도 반환을 요청할 수 있는 것이다. 그리고 기탁자에게는 기탁 비용을 보상해주어야 할 의무가 있다

정의한다. 소비재는 흔히 대체가능하다.

(단, 이런 보상이 합의되었을 때이고, 만약 합의되지 않았다면 그 기탁은 무료다). 반면 수탁자는 그 물건을 보호하기 위해 마치 좋은 부모가 자녀를 위하듯 부단한 노력을 다해야 하고 기탁자가 요구하면 곧바로 그 물건을 돌려주어야 한다. 대부 계약에 있는 이용가능성의 양도가, 기탁 계약에는 존재하지 않는 것이다. 기탁물은 항상 기탁자가 이용 가능해야 하고, 기탁자가 수탁자에게 기탁물 반환을 요구할 때 기탁 계약은 종료된다.

대체가능물 기탁 혹은 불규칙(irregular) 기탁계약

일상 생활에서 우리는 특정 물품 (그림, 보석류, 혹은 동전이 든 금고 등)이 아니라, 대체가능물 (일정한 용량의 기름, 가스, 밀, 혹은 몇 백만원의 지폐)를 기탁하고 싶은 때가 많다. 대체가능물의 기탁도 또한 기탁 거래인데, 왜냐면 기탁한 물품의 이용가능성이 완전히 기탁자에게 남아 있고, 수탁자에게는 그 물품을 세심하게 보호해야 할 의무가 있기 때문이다. 대체가능물의 기탁과 특정 물품의 기탁 (regular deposit)의 유일한 차이는 전자의 경우 기탁된 물품이 다른 사람이 기탁한 같은 종류와 질의 물품과 섞일 수 있다는 점이다. 예를 들어, 곡식, 밀, 기름 저장고, 기름 정제소, 은행업자의 금고 등이다. 같은 종류와 질의 물품이 구별할 수 없게 섞였기 때문에, 기탁한 물품의 소유권이 양도되었다고 생각할 수 있다. 기탁자가 자신의 물품을 찾을 때는 처음 맡겼던 것과 동일한 양과 질의 물품을 돌려받아야 한다. 하지만, 기탁자는 자신이 처음 맡긴 것 그것을 돌려받을 수 없는데, 왜냐면 맡긴 물품이 기탁자가 보관하고 있는 다른 사람의 대체가능물과 구별할 수 없게 섞였기 때문이다. 대체가능물의 기탁은 일반 기탁과는 본질적으로 동일하지만, 이런 점에서만 다르기 때문에, 불규칙기탁(irregular deposit)이라고 불린다.⁵ (일반 기탁 혹은 특정 물품의 기탁에서는 소유권이 이전되지 않고, 기탁자가 그 물품을 계속 소유하지만, 대체가능물의 기탁에서는 소유권이 수탁자에게 이전된다고 볼 수 있다.) 그럼에도 불구하고, 강조될 점은, 불규칙기탁에 기탁거래의 본질이 바뀌지 않고 남아 있다는 것이다. 즉, 보관의 의무라는 기탁의 본질적 속성들을 같이 공유하고 있어서, 실제로 불규칙기탁의 경우에도 기탁자에게 “즉시 이용가능성”이 있게 된다. 그래서, 기탁자가 곡식 창고, 기름 저장고, 혹은 은행금고에 언제라도 찾아가서 원래 맡겼던 것과 동등한 물품을

⁵ 본인의 학생 Cesar Martinez Meseguer는 이 다른 점에 대해 설득력 있는 해결책으로, 불규칙기탁에는 기탁한 물품의 수량에 (즉 tantumdem에) 추상적으로만 소유권이 적용되어, 실제 소유권이 양도되지 않고 기탁자에 여전히 남는다고 주장한다. 이런 해결책은, 혼합물의 기탁 대해 “각각의 소유주는 비례적으로 소유권을 획득한다”라고 규정한 스페인 시민법 제 381항에서도 제시되었다. 비록 불규칙기탁에서 실질적인 소유권 양도가 발생한다고 전통적으로 생각해 왔지만, 소유권을 추상적으로 정의하는 스페인 시민법 381조항이 좀 더 올바른 것 같다. 불규칙기탁에는 소유권의 양도가 발생하지 않는 것이다. Luis Díez-Picazo와 Antonio Gullon도 그들의 책 “민법의 체계”에서 이와 동일한 견해를 펼친다 (민법의 체계, 제2권, Tecnos출판사, Madrid 1989 제 6 판, 469-470쪽).

찾을 수 있다. 찾은 물품은 양과 질 면에서 원래 맡겼던 것과 정확히 동등한 해야 하는데, 고대 로마사람들의 표현을 빌려 말하면, *the tantundem iusdem generis, qualitatis et bonetatis*이다.

2. 불규칙기탁의 경제 사회적 기능

불규칙기탁이라 불리는 (화폐 같은) 대체가능물의 기탁은 일반 특정물의 기탁이 할 수 없는 중요한 사회적 기능을 수행한다. 기름을 번호가 매겨진 용기들에 각각 따로 보관하거나 (이 경우 소유권은 양도되지 않는다), 혹은 돈을 번호가 매겨진 봉투에 각각 나누어 봉해 넣는 건, 의미 없고 매우 비용이 드는 일일 것이다. 이런 극단적 보관 방식은 소유권이 양도되지 않는 일반 기탁 (*regular deposit*)이 되는데, 기탁된 물품들을 서로⁶ 구별하지 않고 한데 섞어 보관할 때 얻을 수 있는 큰 효율성과 비용 절감을 포기하는 꼴이다. 섞더라도 기탁자에게는 어떤 손해도 없이 기탁한 물품을 언제나 이용할 수 있기 때문이다. 비록 기탁한 바로 그 물품은 아니지만 동일한 질과 양의 물품을 돌려 받는 것에 만족할 수는 것이다. 불규칙기탁에는 다른 이점도 있다. 일반기탁에서는 불가피한 사고 혹은 불가항력적인 일이 생겨 물품을 잃을 경우 수탁자에게는 책임이 없지만, 불규칙기탁에서는 이런 경우에도 수탁자는 책임을 져야 한다. 그래서, 불규칙기탁에는 즉시이용가능성과 보관이라는 전통적인 이점 외에도 불가피한 사건으로 생길 수 있는 손실에 대한 보험의 기능도 있는 것이다.⁷

금전의 불규칙기탁*의 근본 요소

기탁된 물품을 보관하고 보호할 의무는 기탁의 본질적인 요소인데, 불규칙기탁에서는 기탁자를 위해서 *tantundem*의 완전한 이용가능성을 항상 유지해야 해야 한다. 즉, 일반기탁에서는 맡겨진 특정 물품 각각 따로 (*in individuo*) 세심히 보관해야 하지만, 대체가능물의 기탁에서는 *the tantundem* 즉, 맡겨진 것과 양과 질이 같은 동등물을 세심히 보관

⁶ 예금거래 경우에는 예금자가 은행으로부터 자주 현금서비스를 받을 수 있다는 추가적인 장점이 있다.

⁷ Pasquale Coppa-Zuccari는 이를 다음과 같이 현명하게 잘 지적했다.

a differenza del deposito regolare, l'irregolare gli garantisce la restituzione del tantundem nella stessa specie e qualita, sem pre ed in ogni caso. . . . Il deponente irregolare e garantito contro il caso fortuito, contro il quale il depositario regolare non lo garantisce; trovasi anzi in una condizione economica mente ben piu fortunata che se fosse assicurato. (See Pasquale Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare* [Modena: Biblioteca dell' Archivio Giuridico Filippo Serafini, 1901], vol. 6, 109-10쪽)

하고 기탁자가 언제든지 이용할 수 있게 해야 하는 것이다. 대체가능물의 기탁에서는, 비록 물건들이 계속 바뀔에도 불구하고, 동등물이 이용가능하고, 반면 비대체가능물의 경우는 각기 따로 (in individuo) 보관된 물건이 이용가능하다. 달리 말해, 곡식보관창고나 기름 저장소의 주인은 기탁받은 그 특정 곡식이나 기름을 개인 용도로 사용하거나 다른 기탁자에게 돌려 줄 수 있지만, 원래 맡은 것과 같은 양과 질의 곡식이나 기름을 기탁자가 이용할 수 있도록 해야 한다. 이런 규칙은 화폐의 기탁(즉, 예금)에도 적용된다. 만약 친구가 당신에게 5만원 지폐를 기탁했다면, 그는 당신에게 그 지폐의 소유권을 양도했다고 간주할 수 있고, 당신은 그것을 개인 용도로 쓸 수 있는데, 하지만, 당신은 동등한 양의 지폐 (다른 형태의 지폐 혹은 만원짜리 5장)를 계속 가지고 있어야 한다. 그래야 친구가 돌려 달라고 했을 때 어떤 문제 없이 혹은 변명할 필요없이 즉각 돌려줄 수 있다.⁸

요약하면, 불규칙기탁 제도의 본질적 논리는 보편적 법적 원칙들에 기초하고 있으며, 그

* 역자주: “금전적 불규칙기탁”보다 우리에게 좀 더 익숙한 표현은 “요구불예금”이다.

⁸ Coppa-Zuccari는 이런 불규칙기탁의 본질적 원칙을 아래 문단에서 그 누구보다도 더 잘 표현했다.

“[수탁자는] risponde della diligenza di un buon padre di famiglia indipendentemente da quella che esplica nel giro ordinario della sua vita economica e giuridica. Il depositario invece, nella custodia delle cose ricevute in deposito, deve spiegare la diligenza, *quam suis rebus adhibere solet*. E questa diligenza diretta alla conservazione delle cose proprie, il depositario esplica: in rapporto alle cose infungibili, con l’impedire che esse si perdano o si deteriorino; il rapporto alle fungibili, col curare di averne sempre a disposizione la medesima quantità e qualità. Questo *tenere a disposizione* una eguale quantità è qualità di cose determinate, si rinnovellino pur di continuo e si sostituiscano, equivale per le fungibili a ciò che per le infungibili è l’esistenza della cosa *in individuo*. (Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, 95쪽).

Joaquin Garrigues도 그의 책 *Contratos bancarios* (Madrid, 1975)의 365쪽에서 같은 의견을 피력했다. Juan Roca Juan도 같은 의견을 그의 논문 “예금에 대해 (on the deposit of money)” (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, under the direction of Manuel Albaladejo, tome 22, vol. 1, Editorial Revista del Derecho Privado EDESA [Madrid, 1982], pp. 246.55*)에서 피력했는데, 다음과 같이 결론을 내렸다.

“[불규칙기탁에서 보관의 의무란 수탁자가] 기탁받은 양을 유지해서 기탁자가 언제라도 이용할 수 있게 하고, 그래서 언제라도 요구가 있을 때 돌려줄 수 있도록 기탁받은 물품의 수량을 계속 유지해야 한다” (251쪽).

달리 말해, 화폐의 불규칙기탁의 경우, 보관의 의무란, 100 퍼센트 지불준비금을 계속 유지하는 걸 의미한다.

논리에 따르면 보호와 보관이라는 기탁의 본질적 요소를 충족하기 위해서는 원래 맡겼던 것과 동일한 a tantumdem을 기탁자가 지속적으로 이용가능하게 해야 한다. 화폐라는 전형적인 대체가능물의 경우 이 논리가 의미하는 것은, 보관 의무를 다하기 위해서 100 퍼센트 지불준비금을 유지해서 기탁자가 물품을 언제나 이용할 수 있도록 해야 한다는 것이다.

불규칙기탁의 본질적 의무를 이행하지 못했때의 초래되는 것

기탁계약에서 보관이라는 의무를 수행하지 못할 때는 기탁자에게 변상을 해야 한다. 그리고 만약 수탁자에게 사기성이 있었고 기탁물을 개인 용도로 사용했다면 그는 횡령죄를 저지른 것이다. 그래서 일반 기탁에서, 예를 들어 어떤 사람이 그림을 기탁받아 돈을 벌기 위해 팔았다면, 그는 횡령죄를 저지른 것이다. 마찬가지로 불규칙기탁의 경우에도, 수탁자가 동등한 tantumdem을 유지하지 않고 기탁된 물건을 개인 용도로 사용했다면 같은 죄를 범한 것이다. 이런 사례를 들자면, 기탁받은 양만큼 보관하지 않은 기금 수탁자나, 100 퍼센트 현금 지불준비금을 유지하지 않고 기탁받은 돈을 개인의 이익을 위해 쓰거나 빌려주는 수탁자가 될 것이다.⁹ 형법 전문가 Antonio Ferrer Sama의 설명에 따르면, 기탁물이 화폐이고, 동일한 양을 반환할 의무가 있는데도 수탁자가 그 돈을 취해 자기 이익을 위해 사용했다면, 우리가

그의 형법 책임을 정하기 위해서는, 그가 돈을 취해 사용했을 때, 그에게 충분한 금전적인 안정성이 있어서 기탁받은 금액을 언제라도 되돌려 줄 수 있었는 지, 반대로 *당시 현금이 충분치 않아서 기탁받은 돈을 언제라도 되돌려 줄 의무를 이행할 수 없었는 지* 살펴보아야 한다. 전자의 경우라면 그는 횡령을 저지른 게 아니다. 하지만, 그가 돈을 취해 사용했을 때 만약 그에게 충분한 현금이 없어서 기탁자에 대한 의무를 이행할 수 없었다면 그에게는 횡령죄가 있다.

⁹ 그외 관련된 범죄는 수탁자가 기탁 전표나 영수증의 수를 속이는 경우다. 예를 들면, 기금 보관업자가 거짓 기탁 영수증을 발행해서 제 삼자간에 거래가 되는 경우나, 대체가능물 (화폐를 포함)을 수탁한 사람이 수탁한 양보다 많은 전표나 영수증을 발행한 경우다. 명확히 이런 경우는 *문서 위조* (거짓 영수증 발행)과 *사기 詐欺* (이 영수증 발행할 때 제 삼자를 속여 특정 이익을 얻으려는 의도가 있었다면)에 해당한다. 나중에 보겠지만, 은행업의 발전은 은행화폐 발행 "사업"과 관련하여 이러한 범죄를 저질렀기 때문에 가능했다.

이 횡령죄는 그가 그 돈을 사적 이익을 위해 취하고 원래 기탁된 만큼의 tantundem을 유지하지 못한 순간부터 성립된다.¹⁰

금전의 기탁계약의 근본적 법원칙을 인정한 판례 (100% 지급 준비금 요건)

늦게나나마 20세기에 이르러 유럽의 판례는 100 퍼센트 준비금 요건을 지지해왔다. 이 요건은 금전전 불규칙기탁의 본질적 요소인 보관의무를 구현하기 위한 것이다. 1927년

¹⁰ Antonio Ferrer Sama著, *El delito de apropiación indebida* (Murcia: Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, Editorial Sucesores de Nogués, 1945), 26–27 쪽. 본문에서 지적했고, Eugenio Cuello Calón가 또한 설명했듯이 (*Derecho penal*, Barcelona: Editorial Bosch, 1972, tome 2, special section, 13th ed, vol. 2, pp. 952–53), 유용 혹은 횡령을 입증할 때야 그 범죄가 성립하며, 실제로 그 횡령죄는 유용을 하겠다고 의도에서 비롯한다. 이 의도가 개인적인 것이기 때문에, 그 의도가 인지되려면, (그 물품을 판매, 소비 혹은 대부하는 등의) 외적 행동으로 나타나야 한다. 보통 이런 행동들은 일어나고 한참 후 기탁자가 기탁물을 찾으려고 할 때야 발견된다. 기탁자는 원래 맡겼던 tantumdem을 수탁자로 부터 곧바로 돌려줄 수 없다는 것을 알고 놀란다. Miguel Bajo Fernández, Mercedes Pérez Manzano, and Carlos Suárez González (*Manual de derecho penal*, special section, “Delitos patrimoniales y económicos” [Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993])도 결론짓기를, 그 범죄는 위에 말한 외적 행동이 일어나는 그 순간 발생하기 때문에, 이후에 어떤 결과가 초래되든 여전히 범죄행위이다. 즉, 비록 기탁물이 복구되거나 혹은 횡령으로 이득을 못취하더라도, 기탁자가 요구할 때 수탁자가 tantumdem을 반환할 수 있고 없고와 관계없이, 여전히 범죄행위인 것이다. (421쪽). 이 저자들의 주장에 따르면, 다른 나라 법체계과 비해 불합리하게 빠져나갈 구멍이 스페인 형법에 있다고 한다. 반면 다른 나라 법체계는

기업 범죄와 배임에 관한 특별 조항이 있어서, 당좌예금의 불규칙기탁에 관해 은행이 저지른 불법행위가 그 조항에 포함될 수 있다 (429쪽).

스페인 형법에서 횡령를 다루는 조항은, (Antonio Ferrer Sama가 언급했듯이) 신형법 1996의 252항 (이전에는 528조)인데, 이 조항에 다음과 같다.

금전, 물품, 유가증권, 다른 동산 혹은 상속 자산을 위탁 혹은 신탁받거나 혹은 이런 것들을 돌려주거나 전해줄 의무가 있는 사람이 유용 혹은 횡령해서 타인에게 손해를 주었다면, 혹은 이런 자산들을 받은 걸 부정하는 사람이 있다면, 유용한 돈이 300유로가 넘을 경우, 249 혹은 250조항에 명시된 형벌이 적용될 것이다. 필요기탁의 경우에는 이 형벌이 50퍼센트 증가된다.

마지막으로, Ferrer Sama, Bajo Fernández, 그리고 다른 교수들의 입장을 광범위하게 포괄해서, 가장 철저히 금전 횡령의 범죄적 측면을 분석한 책이, Norberto J. de la Mata Barranco著, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida* (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias [PPU, Inc.], 1994)이다. 특히 이책의 407–08쪽과 512쪽을 보라.

6월 12일에 파리 법원은, 고객이 기탁한 돈을 사용한 은행가에게 횡령죄를 구형한다. 이런 은행가의 행위는 당시 은행업에서 흔한 일이었다. 이 법원은 1934년 1월 4일에도 같은 입장을 견지한다.¹¹ 또한 스페인의 바르셀로나 은행이 파산했을 때, 당좌 예금 소지자들이 자신들을 예금자로 인정해 줄 것을 요구하는 시위를 벌였는데, 당시 바르셀로나 북부 제1번 법원은 요구대로 그들을 예금자로 판결하고, 그들의 우선적 지위를 인정하여 채권자로 규정함으로써 그들이 파산자의 재산에 대한 소유권을 행사할 수 있도록 하였다. 이런 판례는, 당좌예금 계좌에 기탁된 현금을 기탁자가 계속적으로 이용가능할 수 있도록 해야 할 의무가 은행에게 있으므로 은행이 그 계좌에 예치된 현금을 사용할 권리가 제한되어야 한다는 원칙에 바탕한 것이었다. 결과적으로 이런 법적 제한은, 은행이 스스로를 당좌예금계좌에 기탁된 돈의 배타적 소유주라고 생각할 수 없게 했다.¹² 당시 스페인의 최고 법정이 바르셀로나 은행의 파산에 관해 명한 것은 없었지만 1928년 6월 21일 다음과 같이 비슷한 결론에 다다른다.

법적으로 인정된 상관례 따르면, 금전기탁계약에서, 비록 수탁자가 기탁받은 그 현금 혹은 자산을 돌려주기로 계약하지 않았다 할지라도, 기탁된 금액만큼을 항상 소지하고 있어서 기탁자가 요구할 때 일부 혹은 전부를 돌려줄 수 있어야 한다. 수탁자에게는 기탁된 돈을 개인 용도로 사용할 권리가 없는데 왜냐하면 기탁자가 원할때 언제든지 기탁금을 돌려주어야 할 의무가 있어서 충분한 현금을 항상 준비하고 있어야 하기 때문이다.¹³

3. 불규칙기탁 계약과 금전대부계약의 근본적 차이점

¹¹ 이런 법원의 판결문들은 Jean Escarra의 *Principes de droit commercial*의 256에 나온다. Garrigues도 이 판결문을 *Contratos bancarios*의 367-68쪽에서 언급하고 있다.

¹² Dictamen de Antonio Goicoechea, " in *La Cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona* (Madrid: Imprenta Delgado Sáez, 1936), 233-89쪽, 특히 263-64쪽. Garrigues도 이 판결문을 *Contratos bancarios*의 368쪽에서 언급하고 있다.

¹³ 이 판결을 José Luis García-Pita y Lastres가 그의 글인 "Los depósitos bancarios de dinero y su documentación"에서 인용하고 있다. 그의 글은 *La revista de derecho bancario y bursátil* (Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, October-December 1993), 919-1008쪽에 실렸다 (특히 991쪽을 보라). Garrigues도 이 판결문을 *Contratos bancarios*의 387쪽에서 언급하고 있다.

금전의 불규칙기탁 계약과 금전대부 계약의 근본적 차이점을 재고찰해보고 강조해보는 게 좋겠다. 이후에 또 살펴보겠지만, 많은 오해와 법적 경제적 실수가 이런 근본적 차이점을 이해하지 못해서 일어나고 있다.

이들 계약에서 자산권이 양도되는 정도

먼저 이 두 계약을 분명히 구분하지 못하는 이유는 화폐나 대체가능가능물의 불규칙기탁 계약에서나 대부 혹은 소비대차 계약 모두에서 기탁물에 대한 소유권이 수탁자에게 양도된다는 사실에 지나치게 중요성을 두기 때문이다. 이 것이 이 두 계약의 유일한 유사성인데도 불구하고 많은 학자들을 혼동시키고 있다. 앞에서 보아 왔듯이 불규칙기탁 계약에서 소유권의 양도는 기탁된 물품이 개별적으로 다루어질 필요 없는 대체가능물이라는 사실에서 기인한 부차적인 요건이다. 대체가능물을 같이 섞어서 보관할 때의 이점을 앞에서 살펴보았다. 기탁한 그 특정 물품을 돌려달라고 하지 않을 것이고, 섞어 보관했기 때문에 물리적으로도 그 특정 물품을 다시 찾아서 돌려주기가 불가능하기 때문에, 소유권의 양도는 그 특정 물품에 관해서만 발생한다고 봐야한다. 그래서 tantundem을 항상 보유해야 한다는 전제하에서만, 수탁자가 그 물품의 소유자가 된다. 이것이 불규칙기탁에서 소유권이 양도되는 정도이며, 계약기간동안 이용가능성이 완전히 양도되는 대부계약과 다른 점이다. 그래서 금전대차와 불규칙기탁에는 소유권의 양도라는 그럴 듯한 유사성이 있지만, 이 양도의 경제적이고 법적 의미는 서로 매우 다르다는 것을 이해해야 한다. 아마도, 각주 5에서 설명했듯이, 불규칙기탁에서는 소유권의 양도가 발생하지 않고 기탁자가 tantundem에 대한 소유권을 추상적으로 유지한다고 보는 게 가장 현명할 듯 하다.

이 두 계약의 근본적인 경제적 차이점

이런 법적 차이점은 이 두 계약이 바탕하고 있는 경제적 근간이 다르기 때문에 생긴다. 루드비그 폰 미세즈가 명쾌하게 지적하길,

만약 경제적 의미에서 [대부가], 현재의 재화 혹은 서비스를 미래의 재화 혹은 서비스와 교환하는 걸 의미한다면, [불규칙기탁] 거래를 신용이라는 개념에 포함시킬 수 없다. 화폐 기탁자는 기탁한 화폐가 줄 수 있는 혜택과 똑같은 양의 화폐를 언제든지 찾을 수 있기 때문에, 이 사람은 현재의 재화를 미래에 얻을 재화로 교환한 게 아니다. 그가 얻은 권리는 현재의 재화에 대한 것이다. 화폐를 기탁했다고 해서, 그 화폐를 현재 사용해서 얻을 효용성을 포기하는 건 전혀 아니다.

또한 그는 결론짓기를, 화폐의 기탁 (요구불 예금)은 “신용거래가 아니다 왜냐면 현재의 재화를 미래의 재화로 교환한다는 신용의 본질적 요소가 없기 때문이다.”¹⁴

그래서, 금전의 불규칙기탁에서는 미래의 더 큰 재화를 위해 현재의 재화를 포기하는 일이 없다. 현재 재화를 소유하는 방식만 단순히 변한 것뿐이다. 이런 변화가 일어나는 이유는, 기탁자의 입장에서 보면 불규칙기탁을 통해 자기의 재화가 타인의 재화들과 섞여서 구분없이 보관되는 게 유익할거라고 판단하기 때문이다. 다른 유익한 점을 들면, 앞에 말했듯이, 불가피한 사고로 인한 손실의 위험에 대해 보험의 효과를 기대할 수 있다는 점과, 은행이 당좌예금 소유자에게 제공하는 현금 서비스를 이용할 수 있다는 점이다. 반면, 대부의 본질은 이와 근원적으로 매우 다르다. 대부의 목적은 재화의 현재 이용가능성을 빌리는 사람에게 양도하여 만기 때 보통 더 많은 재화를 얻고자 하는 것이다. 여기서 우리는 “보통 더 많은”이라는 표현을 썼는데, 이유는, 다른 조건이 동일하다면 미래의 재화보다 현재의 재화를 선호하는 인간 행동의 논리적 시간선호성으로 인해, 현재 재화의 이용가능성을 포기할 사람을 찾으려면, 미래 재화에 이자 형태로 추가적인 양을 더해야 할 필요가 있기 때문이다. 그래서 이렇게 경제적 관점에서 보면, 이 두 계약의 차이점이 분명한 것이다. 불규칙기탁 계약에서는 현재의 재화를 미래에 얻을 재화와 교환하는 일은 일어나지 않는 반면, 대부 계약에서는 이런 교환이 일어나는 것이다. 결론적으로, 불규칙기탁에서는 재화의 이용가능성이 양도되는 일이 없고 (법적 관점에서는 소유권이 양도되었다고 하더라도), 기탁자는 계속해서 재화를 이용할 수 있다. 반면, 대부 계약에서는 이용가능성이 빌려준 사람으로부터 빌린 사람으로 양도된다. 그리고, 대부 계약에서는 일반적으로 이자에 대해 합의를 하는 반면, 화폐의 불규칙기탁 계약에서는 이런 이자 합의가 부자연스럽고 (*contra naturam*) 비합리적이다. Coppa-Zuccari는 언제나 처럼 그렇듯 그의 훌륭한 직관을 발휘해서 설명하길, 이자 합의가 불규칙기탁 계약에 절대 포함될 수 없는 이유는, 법률적으로 말해서 기탁자가 *언제든지* 기탁물을 찾을 수 있기 때문이고, 그에 상응해서 수탁자가 *tantundem*을 항상 유지해서 기탁자가 이용할 수 있도록 해야 하기 때문이다.¹⁵ 루드비그

¹⁴ Ludwig von Mises, *The Theory of Money and Credit* (Indianapolis, Ind.: Liberty Classics, 1980), 300–01쪽. 이 영문본은 1924년에 Duncker과 Humblot에 의해 Munich와 Leipzig에서 발간된 독일어 제2판 *Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel* 을 H. E. Batson이 번역한 것으로 가장 훌륭한 영문번역이다. 독일어 제1판은 1912년에 발간되었었다.

¹⁵ Consequenza immediata del diritto concesso al deponente di ritirare in ogni tempo il deposito e del correlativo obbligo del depositario di renderlo alla prima richiesta e di tenere sempre a disposizione del deponente il suo *tantundem* nel deposito irregolare, è l'impossibilità assoluta per il depositario di corrispondere interessi al deponente. (Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, p. 292) Coppa-Zuccari가

폰 미제스도 이와 비슷한 주장을 펼쳤는데, 그에 따르면, 기탁자가 어떤 종류의 이자도 요구하지 않고 기탁을 할 수 있는데 왜냐하면 기탁하고 받은 청구권은 (기탁자가 그걸 곧바로 찾든 혹은 나중에 찾든 혹은 아예 찾지 않든 상관없이) 기탁한 것과 똑같은 가치를 갖고 있기 때문이다; 그래서, 기탁할 때와 찾을 때의 시간적 차이에서 생기는 가치 차이에 대해 보상을 요구하지 않아도, 그런 청구권에는 경제적인 손실이 생기지 않는다.¹⁶

표 1-1
근원적으로 다른 두 거래의 본질적인 차이

예금 (금전의 불규칙 기탁)	금전 대부
경제적 차이	
1. 현재의 재화가 미래의 재화와 교환되지 않는다. 2. 완전하고 지속적인 이용가능성이 기탁자에게 있다. 3. 이자가 없다. 왜냐하면 현재의 재화가 미래의 재화와 교환되지 않기 때문이다.	1. 현재의 재화가 미래의 재화와 교환된다. 2. 완전한 이용가능성이 채권자로부터 채무자로 양도된다. 3. 이자가 있다. 왜냐하면 현재의 재화가 미래의 재화와 교환되기 때문이다.
법적 차이	
1. 본질적 요소 (그리고 기탁자의 주요한 동기)는 tantundem의 보관 혹은 보호이다. 2. 언제 돈이 반환되어야 한다는 기간이 약정되지 않는다. 대신 "요구 시 (on demand)"라고 약정된다. 3. 수탁자의 의무는 tantundem을 유지해서 기탁자가 언제든지 이용할 수 있도록 하는데 있다 (100 퍼센트 현금 지불 준비금)	1. 본질적 요소는 현재 이용가능성이 채무자에게 양도된다는 것이다. 2. 돈이 반환될 기간과, 지불된 이자의 계산이 약정된다. 3. 채무자는 만기 시 tantundem과 함께 합의된 이자를 지불해야 할 의무가 있다.

또한 지적하길, 이자 합의와 불규칙기탁이 서로 양립하지 않는다는 것은, 수탁자가 지불요구 시 지불하지 못해서 파산하게 될 때 대신 이자를 지불하는 경우와는 논리적으로 전혀 다르다. 그래서, 나중에 살펴 보겠지만, *depositum confessatum*이라는 개념이, 중세 시기에 전반에 걸쳐 대부 이자를 금하는 교회법을 피하기 위한 법적 책략으로 체계적으로 사용되었다.

¹⁶ Mises, *The Theory of Money and Credit*, p. 301.

이런 특질들, 즉 현재 재화의 미래 재화로 교환이 발생하지 않고 기탁자가 언제든지 계속적으로 이용할 수 있으며, 이자 합의와 양립할 수 없는 특질들은, 불규칙 기탁 계약의 본질에서부터 생기는 것으로 대부계약의 법적 본성과는 확연히 대조된다.¹⁷

이 두 거래의 본질적인 법적 차이

불규칙 기탁거래의 법적인 본질은 기탁된 돈을 보호, 보관하는 데 있다. 이것이 불규칙기탁의 당사자들간에 가장 중요한 목적이고,¹⁸ 대부 계약의 본질적인 목적과는 매우 다르다. 반면 대부 계약의 목적은 대부된 재화의 이용가능성을 빌리는 사람에게 양도하여 일정기간 이용할 수 있도록 하는 데 있다.

이런 차이 때문에 생기는 또 다른 두 가지 중요한 법적 차이가 있는데, 첫째가, 불규칙기탁 계약에서는 대부계약의 본질적인 요소인 *약정기간*이 없다는 점이다. 약정된 기한이 없는 대부계약을 상상하는 건 불가능하다. 그 기간 동안 소유권과 이용가능성이 채권자에게 양도되고, 만기가 되면 빌린 돈의 *tantundem*과 함께 이자가 반환되어야 한다. 반면, 불규칙기탁 거래에서는 약정기간이란 게 있을 수 없고, 기탁자에게 지속적인 이용가능성이 있어서 언제든지 그 *tantundem*을 찾을 수 있다.¹⁹ 두 번째 차이점은 이 두

¹⁷ 이자 합의와 양립할 수 없는 특질이 금전 불규칙기탁 거래가 무료이어야 한다는 걸 의미하지는 않는다. 본질상 일반적으로 이 거래에서는, 기탁자가 수탁자에게 기탁물을 보호하거나 기탁 계좌를 유지하는 비용을 보상하기 위해 일정 금액을 지불하기로 약정한다. 이자 지불은, 이 거래 계약이 거의 지켜지지 않고 수탁자가 기탁자의 돈을 자기 이익을 위해 사용하여, 기탁자가 언제나 이용할 수 있도록 보관해야 할 *tantundem*을 횡령했다는 걸 의미하는 합리적인 표시이다.

¹⁸ J. Dabin, *La teoría de la causa: estudio histórico y jurisprudencial*, Francisco de Pelsmaeker 번역, Francisco Bonet Ramón 개정, 제2판. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955), 24쪽 등을 보라. 불규칙기탁의 목적이 보호와 보관이며 대부계약의 목적과는 다르다는 사실이 널리 인식되고 있는데, 이 보관 목적의 필수불가결한 논리적 귀결이 은행요구불예금의 100퍼센트 준비금제도라는 걸 인정하지 않은 저자들도, 예를 들어, García-Pita 혹은 Ozcáriz-Marco도 그 사실을 인정하고 있다. José Luis García-Pita y Lastres, "Depósitos bancarios y protección del depositante," *Contratos bancarios* (Madrid: Colegios Notariales de España, 1996), 119-266쪽, 특히 167-91쪽; 그리고 Florencio Ozcáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997), 37과 47쪽을 보라.

¹⁹ 시민법의 전문가들은, 불규칙기탁계약에는 없는 약정기간이 대부계약의 본질이라는 것에 만장일치로 동의한다. Manuel Albaladejo가 강조하길, 소비대차 거래가 만료되면 만기 시 돈이 반환되어야 한다 (그 예로, 스페인 시민법 1125항을 보라). 또 그가 지적하길, 만약 약정기간이 분명하게 명시되지 않았다면, 약정기간 설정이 의도되었다고 가정해야 하고 그 이유는 그 약정기간이 대부계약의 본질적 요소이기 때문이다. 이 경우 제삼자(법원)가 상응하는 약정기간을 규정하도록 허용된다. 이런 해결책이 스페인 시민법 1128항에 채택되어있다. Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2, 317쪽을 보라.

거래의 당사자들의 의무와 관련된다. 불규칙 기탁계약에서는 수탁자의 법적 책무는 좋은 부모처럼 양심적으로 기탁물의 tantundem을 잘 보호, 보관해서, 기탁자가 그것을 언제든지 이용할 수 있도록 하는 데 있다.²⁰ 반면 대부 계약에서는 이런 책무가 없고, 빌린 사람은 빌린 돈을 완전히 자유롭게 사용할 수 있다. 그래서, 우리가 이 두 거래에서 “소유권이 법적으로 양도된다”고 할 때는, 사실 전혀 다른 두 개념을 암시한다. 불규칙 거래계약에서의 소유권 “양도”는 기탁된 재화가 대체가능한 본성을 지녔기 때문에 생기는 하지만, 기탁물의 tantundem의 이용가능성까지 양도하는 걸 의미하지는 않는다. 반면, 대부계약에서는 대부된 재화의 tantundem의 소유권과 이용가능성이 채권자로부터 채무자로 완전히 양도된다.²¹ The 표 1-1은 여기서 논한 이런 차이점들을 정리한 것이다.

²⁰ 분명히 말해, 기탁자가 항상 이용가능한 것은 tantundem이지 기탁한 그 특정 재화는 아니다. 달리 말하면, 그 특정 재화의 소유권이 양도되고 사용되더라도, 수탁자가 실제로 이용가능성을 얻는 건 아니다. 왜냐면, 그가 그 특정 재화로부터 얻은 것은, 그의 영향력에 있던 다른 동등한 재화에 대한 이용가능성을 그만큼 잃게 되기 때문이다. 이런 결과가 생기는 건, tantundem을 항상 유지해야 한다는 의무가 수탁자에게 있기 때문이다. 금전의 기탁계약에서, 이런 기탁자의 지속적인 이용가능성이 “요구시 (on demand)”라는 문구로 표현된다. 이 “요구시” 문구는 당좌예금 혹은 요구불 예금의 본질적 목표이다. 그 목표란 tantundem의 유지해서 기탁자가 그 이용가능성을 계속적으로 가질 수 있도록 해야 한다는 것이다.

²¹ 이 시점에서, 정기예금에 대해 살펴보는 게 중요하다. 정기예금에는 기탁계약의 경제적 법적 특질이 없고 대부계약의 경제적 법적 특질이 있다. 예금이라는 용어가 대부계약이라는 사실을 숨기고 있는 것이다. 대부계약의 특질은 현재 재화가 미래 재화를 위해 교환되고, 돈의 이용가능성이 특정 기간 동안 양도되고 그 고객은 그에 상응하는 이자를 받을 수 있는 권리를 얻는다. 이런 용어의 혼동은 사람들이 진짜 (요구불) 기탁과 (기간을 포함하는) 대부계약을 구별하기 어렵게 한다. 이런 혼동이 주는 이득을 취하기 위해 중개인들이 이기적으로 이런 용어를 계속적으로 사용해 온 것이다. 이 보다 더 심한 경우는 은행들이 실지로는 요구불예금이 되는 정기예금을 고객이 개설할 수 있도록 하는 것이다. 이 경우는 자주 일어나는 데, 이 때 은행은 고객이 어떤 벌칙금 없이 돈을 찾을 수 있도록 한다.

4. 로마법 전문가들이 발견한 금전의 불규칙기탁 거래의 일반적 법적 원칙들

멩거, 하이에크 그리고 레오니가 밝힌 전통적 법적 원칙들의 등장

앞에서 밝힌 불규칙기탁 거래에 대해 전통적이고 보편적인 법적 원칙들은 아무 근거 없이 등장한 것도 아니고, 선행적 지식의 결과도 아니다. 사람들이 지속적이고 영구적이고 관습적으로 자신의 행위를 맞추려 해왔던, 그 일련의 규칙과 제도들로서의 법 개념은, 되풀이되고 진화되는 과정을 통해 발전하고 정제된 것이다. 칼 멩거의 가장 중요한 공헌이라면 아마도, 사회 제도에 관한 경제 이론을 완벽하게 발전시킨 것일 것이다. 그의 이론에 따르면, 사회 제도는 진화적 과정의 산물인데, 이 과정 속에서 수많은 사람들이 각자의 주관적인 지식, 실천적 경험, 욕구, 관심, 목표, 의구심, 감정 등의 개인적인 작은 유산을 가지고 서로 상호작용한다. 이런 자발적인 진화 과정을 통해, 어떤 일련의 행동 패턴 혹은 제도들이 경제, 언어 그리고 법적 영역에서 생겨나는 게 되고 이런 행동들이 사회내의 삶을 가능하게 하는 것이다. 멩거가 발견하길, 제도는 다수의 인간 행동들로 구성된 사회 과정을 통해 나타나는데, 이런 사회 과정은 항상 상대적으로 소수의 집단에 의해 인도되고, 이 집단이 자신의 목표를 좀더 효율적으로 달성할 수 있는 어떤 행동 패턴을 최초로 발견한다. 이런 발견은 수 세대에 걸친 분산적인 시도와 실수를 일으키고, 이 과정에서 가장 효과적인 행동 패턴이 점진적으로 더 퍼져서 사회 부적응들을 밀어내는 데 성공한다. 그래서 모방에 의한 학습이라는 무의식적인 사회과정에 때문에, 가장 성공적이고 창조적인 개인들의 선구적인 행동들이 사회전반으로 확대되는 것이다. 또한 이런 진화 과정 덕분에 성공적인 원칙과 제도를 처음 도입한 사회들이, 다른 사회 집단에게 전파되고 압도한다. 멩거가 발전시킨 이론은 화폐의 기원과 진화에 관한 것이지만, 본질적으로 동일한 이론적 구조가 *언어나 법적 제도*의 기원과 발전에도 쉽게 적용된다고 멩거는 본다. 여기서 역설은 인간 사회에 가장 중요하고 본질적인 요소인 도덕적, 법적, 경제적, 그리고 언어적 제도들이 인간의 창조물이 아니라는 사실이다. 왜냐하면 이들 제도들이 만들어내는 거대한 무작위의 정보들을 자기 것으로 흡수할 지적인 능력이 인간에게는 모자라기 때문이다. 반면, 이들 제도들은 인간 상호작용의 사회적 과정으로부터 필연적이고 자발적으로 나온다. 이를 연구하는 게 경제학의 주요 연구 과제가 되어야 한다고 멩거는 믿었다.²²

²² Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere* (Leipzig: Duncker and Humblot, 1883), 특히 182쪽을 보라. (*Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics* [New York: New York University Press, 1985]). 멩거는 자신이 제안한 과학적인 경제학 연구 계획이 답하려고 하는 이러한 새로운 물음을 다음과 같이 잘 묘사하고 있다. "공공선 (common good)에 가장 잘 봉사하는 제도들이, 어떻게 공공선이 의도적으로 간섭해서 그 제도들을 만들려 하지 않고도 생겨날 수 있는가? (pp. 163-65)

멩거의 사상은 하이에크(F.A. Hayek)와 특히 이탈리아의 정치학 교수인 부르노 레오니에 의해서 더 발전한다. 하이에크는 법과 법제도에 관한 다양한 저작들을 썼으며,²³ 레오니는 멩거와 오스트리아 학파에 의해 발전된 사회 과정들의 경제 이론, 가장 오래된 로마법 전통, 앵글로색슨 법 전통을 최초로 법철학의 개관에 도입한다. 부르노의 가장 큰 공헌은, 사회 제도들의 기원과 진화에 대한 오스트리아 학파의 이론이 보통법 (common law)의 현상에 완벽하게 예증되었을 뿐 아니라 로마 고전 법학파에게 이미 알려져 체계화되었음을 보여 주었다는 것이다.²⁴ 레오니는 키케로 (Cicero)가 카토 (Cato)의 말을 사용한 했던 걸 사례로 들면서, 로마 법학자들은 로마법이 한 사람의 개인적인 발명품이 아니라 수 세대와 수세기에 걸쳐 많은 사람들에 의해 만들어 졌음을 알고 있었다고 지적한다. 왜냐면

너무 똑똑해서 모든 걸 예견할 수 있는 사람은 세상에 존재하지 않고, 모든 사람의 뇌를 한 사람의 머리에 모을 수 있을 지라도 그 한 사람이 모든 것을 한번에 제공할 수 없는데 왜냐면 이 사람에게는 긴 역사 동안 실천을 통해 얻을 수 있는 경험이 없기 때문이다.²⁵

멩거의 화폐의 진화론적 기원에 대한 이론을 가장 훌륭한 개관한 글이 아마도 그의 글 "화폐의 기원 (On the Origin of Money, *Economic Journal* (June 1892): 239–55쪽)"일 것이다. 이 글을 Israel M. Kirzner이 *Classics in Austrian Economics: A Sampling in the History of a Tradition* (London: William Pickering, 1994), vol. 1, 91–106쪽에서 다시 실었다.

²³ F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (London: Routledge, 1st edition [1960] 1990); *Law, Legislation and Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1978); and *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism* (Chicago: University of Chicago Press, 1989).

²⁴ Jesús Huerta de Soto, *Estudios de economía política* (Madrid: Unión Editorial, 1994), 제10장, pp. 121–28쪽을 보라. 그리고 법학자들과 경제학들에 관한 필수적인 글을 보고 싶으면, Bruno Leoni의 책 *Freedom and the Law* (Princeton, N.J.: D. Van Nostrand Company, 1961)을 보면 된다.

²⁵ *Nostra autem res publica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquod constitutum saeculis et aetatibus, nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat, ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset, neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere, ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate.* (Marcus Tullius Cicero, *De re publica*, 2, 1–2 [Cambridge, Mass.: The Loeb Classical Library, 1961], pp. 111–12. See Leoni, *Freedom and the Law*, p. 89)

레오니(Leoni)의 책은 모든 부분에서 아주 뛰어나다. 그는 시장과 보통법의 일치성, 그리고 사회주의와 입법행위의 일치성을 밝혔을 뿐 아니라, 루드비그 폰 미세즈가 주장한 사회주의 경제 계산의 불가능성을 최초로 인식한 법학자이다. 미세즈에 따르면 이 불가능성 이론은 보다 일반적인 현상의 특수한 경우이다. 그 일반적 현상이란,

결론적으로, 레오니에 의하면, 법은 지속적인 시도와 실수 과정의 산물로 생긴 것이고, 이 과정에서 각 개인은 자신의 상황과 타인의 행동을 고려하고, 법은 선택적인 진화 과정을 통해 완벽해진다.²⁶

로마법

고전 로마법학의 위대함은 법전문가들이 이런 진실을 인식하고 끊임없이 연구하여, 법관습의 해석, 논리적 분석, 빈틈 보강, 결점 수정 등을 해왔다는 점이다. 이 모든 노력이 충분히 세심하고 차분히 행해졌고,²⁷ 고전 법전문가들의 작업은 진정한 예술이었다. 이들의 변함없는 목적은 사회 진화적 과정을 통해 발전해온 법제도들의 본질을 찾고 정의하는 것이었다. 더욱이, 이들은 “독창적” 혹은 “영리한” 척하는 걸 즐기지 않았고, “사비니(Savigny)가 지적하듯, 오히려 근본적 원칙들의 봉사자였다는 점에서 그들의 위대함이 있다.”²⁸ 인간관계의 논리에 변하지 않고 존재하는 법의 보편적 원칙들을 발견하는 데 그들의 근본적인 목적이 있었던 것이다. 하지만, 사회 진화는 이 불변의 보편적 원칙들을 새로운 상황과 문제들에 적용할 것을 자꾸 요구한다. 로마의

모든 사람의 실제 행동은 타인과 끝없는 관계를 맺고 있어서 이런 행동을 통치하는 법률을 어떤 입법자도 혼자 제정할 수 없다는 것이다. 관계된 모든 사람 지속적인 합작없이는 말이다 (18-19쪽).

Bruno Leoni는 저명한 학술지인 *Journal of Political Economy* 를 1950년에 창간을 했는데, 그의 저작에 대해 알고자 한다면 Pasquale Scaramozzino가 편집 출판한 *Omaggio a Bruno Leoni* (Milan: Ed. A. Giuffrè, 1969)와 Peter H. Aranson가 쓴 글 “Bruno Leoni in Retrospect” (*Harvard Journal of Law and Public Policy*, Summer, 1988)을 보라. Leoni는 다재다능하여 대학교육, 법, 비즈니스, 건축, 음악, 언어학 등의 분야에 대단히 적극적이었다. 비극적으로 1967년 11월 21일 밤에 임대료를 걷던 중 한 임차인에 의해 살해당한다. 이 때 그의 나이는 마흔넷이었다.

²⁶ Bruno Leoni에 따르면, 법률이 제정되는 건 “una continua serie de tentativi, che gli individui compiono quando pretendono un comportamento altrui, e si affidano al proprio potere di determinare quel comportamento, qualora esso non si determini in modo spontaneo. (Bruno Leoni, “Diritto e politica,” in his book *Scritti di scienza politica e teoria del diritto* [Milan: A. Giuffrè, 1980], p. 240)

²⁷ 사실, 법(*ius*) 해석가는 전문가(*prudens*), 즉, 법률전문가(*iuris prudens*)였다. 그의 직업은 법률을 밝히는(reveal) 데 있었다. 법학자들은 개인들에게 조언과 도움을 주고, 사업 관행이나 계약 방법에 대해 지도를 해주었고, 개인들이 질문에 대답해주고, 판사나 행정관들에게 정보를 제공해주었다. 주앙 이글레시아스 (Juan Iglesias), *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, 6th rev. ed. (Barcelona: Ediciones Ariel, 1972), 54-55쪽을 보라.

²⁸ 이글레시아스 (Iglesias), *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, p. 56. And esp. Rudolf von Ihering, *El espíritu del derecho romano, Clásicos del Pensamiento Jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 1997), esp. pp. 196-202 and 251-53.

법전문가들은 관리가 아니었고 독립적으로 일했다.²⁹ 법률전문 관리들이 여러 번 자유로운 법학 관행을 없애려고 했지만 그럴 수 없었고, 그래서 자유로운 법학 연구는 높은 명성과 독립성을 잃지 않아서, 법학 혹은 법과학은 B.C. 3세기에는 독립된 직업으로 되었다. 우리 시대 이전 가장 중요한 법학자들로는 마커스 포시우스 카토(Marcus Porcius Cato), 그의 아들 카토 리시아누스(Cato Licinianus), 집정관 무키우스 스카이볼라(Mucius Scaevola), 법학자인 퀸투스 무키우스 스카이볼라 (Quintus Mucius Scaevola), 세르비우스 수르피키우스 루푸스(Servius Sulpicius Rufus), 알페누스 바루스 (Alfenus Varus)가 있었다. 이후 서기 2세기에는 고전시기가 시작되었는데, 이 시기 가장 중요한 법학자들로는, 가이우스(Gaius), 폼포니우스(Pomponius), 아프리카누스(Africanus), 마르켈루스(Marcellus)가 있었고, 제 3세기에는 파피니안 (Papinian), 파울(Paul), 율피안(Ulpian), 그리고, 모데스티누스(Modestinus)가 가장 중요한 법학자들이었다. 이 때부터 이들 독립 법학자들이 제안한 해결책들이 큰 신망을 얻어 법률의 효력이 부여되었다. 이들 법학자들의 법률 저작들에 있는 입장차이 때문에 생겨 날 수 있는 곤란을 막기 위해, 파피니안, 파울, 율피안, 가이우스, 그리고 모데스티누스의 저작과 이들에 의해 언급되는 법학자들의 견해에 법률적 효력이 있었다. 단, 이들 언급이 원본과 비교해서 같은 것으로 확인되어야 했다. 만약 이들 저자들의 의견이 상이하면, 판사는 다수에 의해 변호되는 견해를 따라야 했다. 만약 동률인 경우는 파피니안의 견해가 우선시 되었다. 만약 파피니안이 어떤 문제에 대해 견해를 밝히지 않았다면, 판사는 자유재량으로 판결하였다.³⁰

로마 고전 법학자들의 공로는, 사회 생활을 가능하게 한 가장 중요한 법제도들을 최초로 발견하고 해석하고 완벽하게 했다는 데 있다. 뒤에서 보겠지만, 또한 그 글들은 불규칙기탁계약을 이미 인지했고 그 본질적 원칙을 이해하고 그 내용과 본질을 앞에서 설명한 바와 동일하게 기술했다. 불규칙기탁계약은 지적 혹은 추상적 창조물이 아니다. 이는 수많은 사회 상호작용과 협동에 표현되는 인간 본성의 논리적 결과물이다. 그래서 어떤 일련의 원칙들로 나타나게 되는 데, 그 원칙들이 침해되면 인간 관계망에 중대한 결과를 반드시 초래하게 된다. 법전문가들의 과학이, 법의 논리적 결점을 제거해 왔는데, 진화적 관점에서 법의 가장 중요한 점은 법이 사람들의 일상생활에 지침을 제공한다는

²⁹ 해석(*interpretatio*)이라는 직업은 개인들이나 행정관들, 혹은 판사들에게 조언을 하는 역할과 밀접히 관계되어 있었고, 전통있는 원칙들을 새로운 요구에 적용하는 일을 했다. 새로운 제도들이 공식적으로 만들어지지 않은 상태에서도, 시민법(市民法 *ius civile*) 확장하는 역할을 했던 것이다. (Francisco Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano* [Madrid: Ediciones Darro, 1972], 30쪽)

³⁰ 이 법의 구속력은 426년 헌법에서 처음 발효되었는데, 그 헌법은 테오도시우스 2세(Theodosius II)와 발렌티니아누스 3세(Valentinianus III)의 칙법으로 으로 알려져 있다. Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*의 3쪽을 보라.

것이다. 비록 대부분의 경우 이 법의 추상적 성질 때문에, 사람들이 각 법제도의 독특한 기능을 전부 이해하거나 파악하지 못한다. 사상의 역사적 진화를 통해 근래에 이르러서야, 사회 과정들의 법칙을 이해할 수 있게 되었고 다양한 법제도들의 사회적 역할을 조금이나마 파악할 수 있게 되었다. 이러한 인식에 가장 크게 공헌한 것이 경제학이다. 우리의 가장 중요한 목적중 하나는 금전적 불규칙기탁계약의 보편적인 법원칙을 어겼을 때 어떤 결과가 나타나는 지를 경제학적으로 분석하는 일이다. 제4장에서 이런 이론적 경제 분석을 할 것이다.

로마 법학자들이 발견한 보편적 법원칙에 대해 현재 우리가 알고 있는 지식은 유스티니아누스 1세 (Justinian) 황제의 저작 덕분이다. 서기 528년부터 533년에 걸쳐 그는 고전 로마 법학자들의 주요 공헌을 모아 세 개의 책, 법학제요(法學提要, the Institutiones), 법률요람 (the Digest), 그리고 칙법회찬(勅法彙贊, Codex Constitutionum)에 담으려고 애썼다 (이후 네 번째 책인 신칙법(新勅法, Novellae)을 끝으로 완성됨), 이 책들은 Dionysius Gottfried가 편집본으로 발행한 이후로,³¹ 로마법대전 (*Corpus Juris Civilis*, 코르푸스 유리스 시빌리스)라는 이름으로 알려져 왔다. *법학제요*는 이 중에 핵심적인 저작인데, 가이우스(Gaius)의 *법학제요*를 바탕으로 해서, 학생용으로 쓰여졌다. *법률요람* 혹은 판덱타(*Pandecta*)은 고전 법 저작들을 모은 것인데, 이 책에는 여러 저명한 법학자들의 저작들에서 발췌한 것만 9천개가 넘는다. 그리고 율피안(Ulpian)의 저작에서 발췌한 것이 *법률요람*의 삼분의 일을 차지하고, 파울, 파피니안, 그리고 율리아누스(Julianus)에서 발췌한 걸 합치면, 다른 많은 법학자들에서 발췌한 것을 다 합친 것보다 많다. 모두 합쳐서, 39명의 로마 고전 법전문가들로의 저작이 실려 있다. *칙법회찬*은 제국법률과 헌법(지금의 입법 개념과 동일함)을 시대순에 따라 모은 것이고, *칙법회찬*에 다음으로 *신칙법*이 있는데 로마법대전의 마지막 책으로 마지막 제국 헌법을 담고 있다.³²

이제 간단한 소개를 마치고 로마 고전 법학자들이 어떻게 금전의 불규칙기탁을 다루었는지 살펴보자. 이들 학자들은 이를 잘 이해해서, 기탁계약의 본질적 특성을 지닌

³¹ 로마법대전(*Corpus Juris Civilis*) (Geneva: Dionysius Gottfried, 1583).

³² 유스티니아누스 (Justinian)는 편찬된 책들이 계속 개정되도록 했는데, 법이 역사적 상황에 맞게 되고 완벽하게 되게 하기 위해서였다. 이런 변경, 교정, 생략 등을 개정 (改正, interpolations)라고 불렀는데, 편찬을 담당했던 트리보니아누스 (Tribonian) 이후에는 “트리보니아누스의 수정 (*emblemata Tribonian*)”라고도 불렀다. 유스티니아누스 시대 이후에 상당한 개정이 있었다는 사실이 밝혀지면서, 이런 개정들을 연구하는 학문이 생겼는데, 비교를 통해 내용을 분명히 하거나, 논리적 분석을 하거나, 아니면 시대에 뒤진 언어를 연구하기도 한다. Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, pp. 50-51를 보라.

기탁의 독특한 형식으로 보고, 소비대차(mutuum) 계약이나 용자 계약 등과는 본질적으로 다른 것으로 취급하였다.

로마법에서의 불규칙 기탁 계약

일반 기탁 계약에 대해 유스티니아누스 법률 요람 (Justinian's Digest)은 기탁과 인출 (*Depositum vel contra*)"이라는 제목으로 16권의 제3절에서 다루고 있다. 율피안(Ulpian)은 우선 다음과 같이 기탁을 정의한다.

기탁물이란 보관을 위해 다른 사람에 건네진 것이다. 기탁(depositum)이라고 불리는 이유는, 물건이 *놓여지기* (*positum* [or placed]) 때문이다. deposit에서 de라는 전치사는 posit의 의미를 강조하는데, 그 의미란 물건의 보호에 관련되어 수탁자가 지는 모든 의무를 상징한다.³³

기탁물은 특수한 재화의 경우에는 규칙적 기탁이고 대체가능물이 경우는 불규칙 기탁이 된다.³⁴ 법률요람(the *Digest*) 제 19권 제목2의 31번에서, 파울(Paul)은 대부계약 혹은 소비대차 (mutuum)와 대체가능재화의 기탁 계약의 차이점을 설명하면서 다음과 같은 결론을 내린다.

³³ 티루스(페니키아) 태생인 율피안은 파울과 함께 파피니안이라는 훌륭한 법학자의 조연자였다. 율피안은 알렉산데르 세베루스 황제 시대에 있었던 황제고문회(皇帝顧問會 ; concilium principis) 와 친위대장(親衛隊長 ; praefectus praetorio)의 자문위원이기도 했다. 그는 228년 근위병들에 의해 살해되었다. 그는 매우 다작하는 작가였는데, 그의 창작 작품보다 그의 법률 문헌들이 더 알려졌다. 그는 글을 읽기 쉽게 썼고 편집도 잘 했는데, 유스티니아누스 법률 요람 (Justinian's Digest)의 주요 부분을 차지했던 그의 글들은 특별한 사랑을 받았다. 이에 대해서는 이글레시아스(Iglesias)의 *Derecho romano: Instituciones de derecho privado*의 58쪽을 보라. 이 책에 라틴어로 된 다음과 같은 구절이 인용되어 있다: *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur, praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet.* (Ildefonso L. García del Corral, ed., *Cuerpo de derecho civil romano*, 6 vols. [Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988], vol. 1, p. 831을 보라)

³⁴ 하지만, Pasquale Coppa-Zuccari가 통찰력있게 지적했듯이, 불규칙 기탁이라는 표현은 (*depositum irregolare*)는 15세기 주석가인 Jason de Maino가 처음 사용하기 시작했는데, 그의 저작들은 1513년 베니스에서 출판되었다. Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, 41쪽을 보길 바란다. 이 책의 첫 장 (pp. 2-32)은 불규칙기탁이 로마법에서 어떻게 다루어졌는 지를 살피고 있다. 로마법의 불규칙기탁에 대해 훌륭하게 다룬 스페인어 저작들은, Mercedes López-Amor y García의 논문 "Observaciones sobre el depósito irregular romano"(*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 74 (1988-1989): 341-59)과 Alicia Valmaña Ochaíta의 *El depósito irregular en la jurisprudencia romana* (Madrid: Edisofer, 1996)이다.

만약 어떤 사람이 돈을 따로 봉하지 않고 기탁한다면, 기탁받은 사람은 동일한 액수를 돌려주기만 하면 그 의무를 다한 것이다.³⁵

다시 말해, 화폐의 불규칙 기탁에서 수탁자의 유일한 의무는 “tantundem,” 원래 맡긴 것과 동일한 양과 질의 것을, 돌려주는 것이라고 파울은 분명히 명시하고 있는 것이다. 더구나, 불규칙 기탁을 할 때마다 기탁자는 증명서 혹은 기탁 전표를 받았다. 이걸 알 수 있는 이유는, 파피니안이 법률요람 제16권 제목3의 24번 단락에서, 화폐의 불규칙기탁에 관해 다음과 같이 언급하고 있기 때문이다.

이 편지를 직접 내 손으로 수기하는 이유는, 백 개의 동전을 당신이 오늘 나에게, 노예이면서 관리자인 Sticho를 통해, 기탁해서 내 수중에 있음을 당신에게 알리기 위함입니다. 당신이 언제든지 어디서든지 원하면 즉시 당신에게 이걸 돌려줄 것입니다.

이 구절에서, 기탁된 돈의 현재 이용가능성이 맡긴 사람에게 남아 있다는 사실과, 기탁자가 소유권을 입증하는 기탁전표나 영수증을 받았고 찾을 때 제시해야 하는 관습이 있었다는 걸 알 수 있다.³⁶

³⁵ 이게 알페누스 바루스의 법률요람을 파울이 요약한 것이다. 알페누스 바루스는 서기 39년에 집정관이었고, 법률요람 40권의 저자이기도 하다. 파울은 스카이볼라의 제자이면서 파피니안의 조연자였는데, 이때 당시 파피니안은 세베루스와 카라칼라(Caracalla) 황제 치하에 있던 제국 평의회 의원이었다. 그는 매우 독창적이고 학식도 많아서 수없이 많은 저작을 집필했다. 저작 중에서 라틴어로 쓰인 문장을 인용하면:

Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi *tantundem* pecuniae solvere. (See Ildfonso L. García del Corral, ed., *Cuerpo de derecho civil romano*, 6 vols. [Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988], vol. 1, p. 963)

³⁶ 시리라 태생인 파피니안은 서기 203년부터 친위대장(*Praefectus Praetorio*)였고 황제 카라칼라로부터 사형선고를 받았는데, 이유는, 황제가 아우인 황제 게타(Geta)를 살인했는데, 파피니안이 이 살인을 정당화하길 거절했기 때문이었다. 파피니안은 율리아누스와 함께 가장 훌륭한 로마법학자로 평판을 받았으며, Juan 이글레시아스에 따르면 “그의 저작들은 통찰력과 실용성, 그리고 침착한 양식이 뛰어났다”고 한다 (*Derecho romano: Instituciones de derecho privado*, p. 58). 라틴어로 쓰여진 이 저작의 한 문단을 인용하면:

centum numos, quos hac die commendasti mihi annumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio; quae quando volis, et ubi

수탁자에게 있는 본질적 의무는 the tantundem을 기탁자가 언제든지 이용가능하도록 하는 데 있었다. 만약 어떤 이유에서든 수탁자가 파산하면, 기탁자에게는 다른 권리청구인들보다 우위의 절대적인 특권이 있었다. 이런 사실을 율피안이 법률요람 제16권의 제3의 7번항의 단락2에서 다음과 같이 잘 설명하고 있다.

은행업자가 파산하면, 우선 기탁자의 이해관계가 고려되는 게 일반적이다. 즉, 이 은행업자에게 돈을 빌려주어서 이자를 벌던 사람들보다도, 돈을 기탁한 사람들이 우선된다. 물품이 일단 팔리면, 기탁자들에게 이 물품에 대한 우선권이 있고, 이자를 받던 사람들은 고려되지 않는다. 이자를 받던 이들은 기탁물을 포기한 거나 마찬가지다.³⁷

이자만 화폐의 불규칙 기탁과 양립할 수 없다고, 율피안은 지적하면서 말하길, 은행업자가 이자를 지불하면 기탁계약과는 전혀 다른 계약이 된다고 한다. 현재 “정기” 예금이라고 불리는 소비대차 혹은 대부 계약이 되는 것이다.

법률요람 제47권 제2의 78항에는 수탁자의 의무에 대한 명확한 기록이 있다. 수탁자가 기탁물을 다른 목적으로 사용하면 도둑질을 저지른 거라는 것이다. 켈수스(Celsus)도 제2의 67항에서, 수탁자가 속일 목적으로 수탁했다면 그건 도둑질이라고 지적한다. 파울도 도둑질이란 “물품 그 자체로부터 혹은 그것을 사용 혹은 소유함으로써 생기는 이득을 위해 물품을 부정하게 취하는 것으로, 이런 행위는 자연법 (natural law)에 의해 금지된다”고 말한다.³⁸ 이처럼 현대에 횡령죄로 불리는 게 로마법의 절도 행위에 포함되어 있다. 율피안은 율리아누스를 언급하면서 다음과 같이 결론짓는다:

voles, confestim tibi numerabo. (García del Corral, ed., *Cuerpo de derecho civil romano*, vol. 1, p. 840)

³⁷ Quoties foro cedunt numularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud numularios, vel cum numulariis, vel per ipsos exercebant; et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. (García del Corral, ed., *Cuerpo de derecho civil romano*, vol. 1, p. 837)

³⁸ Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere. (Ibid., vol. 3, p. 645)

어떤 사람과 내가 동일한 채권자에게 똑같은 금액의 빚을 졌었는데, 그 사람이 나한테 돈을 받아서 본인 명의로 그 채권자에게 돈을 갚았다면, 그 사람도 도둑질을 한 셈이다. (법률요람 47권, 제목2의 52항, 16단락)³⁹

로마법대전(*Corpus Juris Civilis*)의 칙법휘찬(*Codex Constitutionum*)은 고르디아누스(*Gordianus*)와 아비올라(*Aviola*)의 집정 시 확립된 헌법을 포함하고 있다. 이 책 제4권의 제목34은 “기탁행위에 대해”에 다루고 있는데, 그 3항에서, *tantundem*이 언제든지 이용가능해야 한다는 의무를 명시하면서, 그렇지 못하면 절도 행위임을 더욱 분명하게 기술하고 있다. 이 책에 담긴 헌법에서, 황제 고르디아누스는 아우스데루스(*Austerus*)에게 다음과 같이 명시했는데,

만약 당신이 기탁을 했는데, 기탁자가 자기 이득을 위해서 원주인의 의지에 반해 수탁물을 의도적으로 사용했고, 당신이 절도죄로 몰지 않는 것에 감사하고 있고, 그 대가로 당신이 이자를 지불할 것을 요구했더라도, 수탁자는 절도죄를 저지른 것이다.⁴⁰

이 책의 제 8절에서, 수탁자가 예금을 자기 이득을 위해 대부분 경우를 분명하게 다루고 있다. 고르디아누스의 헌법에서 방금 본 것과 같이, 이 책에서는, 이런 행위가 보관의 원칙을 위반한 것으로, 수탁자는 이자를 지불해야 하고 절도죄로 벌을 받아야 한다고 강조하고 있다. 이 8절에 다음과 같이 쓰여있다.

어떤 사람이 당신의 돈을 수탁해서 본인 혹은 다른 사람 이름으로 그 돈을 대부분했다면, 그 사람 혹은 그 다른 사람은 주어진 임무를 이행하도록 강제되어야 하고 그들에게 위임된 신뢰를 완수해야 한다.⁴¹

간단히 말해, 예금을 수탁 받은 사람들은, 그것을 자기 이득을 위해 사용하고픈 유혹에 자주 빠진다는 사실을 인지하고 있는 것이다. 이 사실은 로마법대전 (신칙법, *Constitution LXXXVIII*, 제 1장의 마지막에서)에서 분명히 인지되고 있는데, 이런 행위들에 대한 적절히 처벌의 중요성과 더불어, 수탁자에게 절도죄를 부과하고, 이자를 지불하도록

³⁹ Ibid., p. 663.

⁴⁰ Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, quum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium, siquidem qui rem depositam invite domino sciens prudensque in usus suus converterit, etiam furti delicto succedit. (앞의 책, 4권, 490쪽)

⁴¹ Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cuiuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide, quan eius successores teneri tibi, certissimum. est. (같은 책, 491쪽)

해서, “이런 처벌이 두려워서 사람들이 이런 악하고 어리석고 뼈뺏어진 행위를 멈추”도록 했다.⁴² 로마 법학자들은, 수탁자가 tantundem를 청구 시 즉시 돌려줄 수 없을 때는 수탁자는 절도죄를 저지른 것뿐 아니라, 이자를 지불해야 함을 분명히 했다. 그래서, 파피니안 다음과 같이 말했는데,

밀봉되지 않은 돈을 수탁해서 같은 금액을 돌려주기로 약속한 사람이 그 돈을 자기 이익을 위해 사용했다면, 그 예금을 돌려주지 못하고 지체한 댓가로 이자를 지불해야 한다.⁴³

이렇게 더 할 나위 없이 정의로운 원칙이 이른바 *depositum confessatum*의 이면에 숨겨져 있다. 다음 장에서 자세히 살펴보겠지만, *depositum confessatum*은 교회법의 이자 금지령을 회피하는 수단으로 사용되었는데, 실제 대부나 소비대차 (*mutuum*) 계약을 불규칙 기탁으로 위장하고서는 의도적으로 원금 상환을 연기해서 이자 지불이 정당하도록 했다. 만약 이들 거래가 처음부터 대부나 소비대차 계약으로 간주되었다면, 교회법상으로 허용되지 않았을 것이다.

결과적으로, 다음 발췌문에서 우리는 로마 법학자들이 대부 혹은 소비대차 계약과 금전의 불규칙 기탁 계약 사이의 근본적 차이를 이해했다는 것을 증거를 얻을 수 있다. 그 발췌문은, 제 16권, 제목 3의 26항 (파울의 문구); *법률요람*의 제 12권, 제목1의 항목 9의 9 조항 (울피안의 문구에서 발췌); 같은 책 같은 제목의 10항이다. 그러나, 가장 분명하고 명확한 문구는 울피안의 것인데, the *법률요람*의 42권, 제목 5의 24항목의 2절이다. 여기서 울피안은 “대부와 기탁은 전혀 다른 것이다”라고 결론지으면서, 다음의 원칙을 확립한다.

일단 은행업자의 자산을 매각하면, 공신력을 고려하여, 우선권은 그 은행에 예금한 (문서로 예금한 사실이 입증된) 사람들에게 주어져야 한다. 그럼에도 불구하고, 그 은행업자들에게 예금한 돈에 대해 이자를 받고 있던 사람들은 다른 채권자들과 별도로 다루어져서는 안 된다. 왜냐면, 대부와 기탁은 전혀 다른 것이기 때문이다.⁴⁴

⁴² “Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi cursum in depositionibus homines cessent.” As is clear and we will later expand upon, it had already been demonstrated that depositaries made perverse use of money entrusted to them by their depositors. 같은 책, 6권, 310–11쪽을 보라.

⁴³ Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus propios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est. (같은 책, 1권, 841쪽)

⁴⁴ In bonis mensularii vendundis post privilegia potioem eorum causam esse placuit, qui pecunias

울피아나의 이 글에서 분명한 사실은 당시 은행업자들은 두 가지 다른 업무를 했었다는 것이다. 먼저, 수탁업을 했고 수탁업에는 이자 지불이 필요 없지만, 기탁자를 위해 *tantundem*을 항상 완전히 유지해야 했다. 기탁자는 수탁자가 파산했을 때는 절대적인 특권을 가졌다. 그리고 다른 한편, 은행업자들은 대부 (소비대차 계약)를 받았다. 이자를 채권자들에게 지불해야 했고, 이 채권들은 은행업자들의 파산 시 예금자들이 가지는 특권이 없었다. 이렇게 울피아나는 이 두 계약의 차이를 가장 분명하게 보여주었고, 가장 공평한 해결책을 제시했다.

로마 전통 법학자들은 불규칙 기탁계약의 보편적인 법적 원칙들을 발견하고 분석했고, 이 분석은, 은행업자들이 중요한 역할을 한 상거래의 발전과 자연스럽게 부합되었다. 로마 제국의 붕괴와 중세의 도래와 더불어 상거래가 심각하게 위축되었지만, 위에 언급된 원칙들은 이후 스페인을 포함한 여러 유럽 나라의 중세 법률에 나타났다. *Las Partidas* (제 2법률의 제목 3의 제5항목)에서는, 어떤 사람이 다른 사람의 재화를 지니고 있기로 동의했다면 불규칙 기탁 계약에 참여한 것이고 그 재화에 대한 지배권이 그 사람에게 양도된 것이라 보았다. 그럼에도 불구하고, 문서에 동의한 바에 따라, 그 사람은 그 재화 혹은 그에 상당한 가치를 돌려 돌려주어야 한다. 만약 원주인이 그 재화를 팔라고 해서, 혹은 다른 예기치 않은 사유로, 타인에게 그 재화가 옮겨졌다고 하더라도 말이다.⁴⁵ 더욱이 1255년 *Fuero Real* (법률 5, 제목 15, 제3권)에서는 다음 두

apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. Set enim qui depositis numis usuras a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non seperantur; et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. (같은 책, 3권, 386쪽)

파피니아는 다음과 같이 쓰고 있다. 수탁자가 자신의 의무를 이행하지 못하면, 기탁물을 돌려주기 위해서, 그 은행가의 자산 뿐 아니라 속인 사람의 자산에서 취해질 수 있다. 기탁의 특권은

그 은행가의 자산뿐 아니라 속인 사람의 자산으로까지 미칠 수 있는 것이다. 이것은, 은행업이 필요한 이상, 공공선을 위한 것이다. 하지만, 필요 경비는 먼저 고려되어야 한다 왜냐면 보통 그 경비를 제하고 나서야 자산이 계산되기 때문이다. (이런 원칙은 법률요람의 16권 제목3의 8항목에 나타나는 은행가의 무한책임을 반영하고 있다.

⁴⁵ *Las Partidas* (c. 1312)에는 기탁물이 *condesijos* [숨겨진 기탁물]라고 불렀고, 이 책의 제2법률에는 다음과 같이 쓰여 있다.

물품을 안전하게 보관해달라고 타인에게 맡겼다고 하더라도, 그 물품에 대한 지배권이, 그 물품을 받은 사람에게 옮겨지는 건 아니다. 단, 예외가 있는데, 그 기탁물을 셈했거나, 무게를 잰거나 했을 때는, 그 지배권이 옮겨진다. 하지만, 수탁자는 그 물품을 혹은 같은 수량의 동등물품을 돌려주어야 한다.

가지가 서로 다른 걸로 구별되었다. 먼저, “셈해서 기탁한 돈이나 무게를 재서 맡겨진 은 혹은 금 등의 기탁물인데,” “수탁자가 이것들을 사용하더라도, 똑같은 양과 질을 물품으로 돌려주어야 한다.” 두번째는 것은, “셈하거나 무게를 달지 않은 채로, 따로 봉해져서 맡겨진 기탁물인데,” “수탁자는 이것을 사용하면 안되고, 만약 사용했다면 두 배로 쳐서 돌려주어야 한다.”⁴⁶ 이런 중세 법전들은 특정 물품의 규칙기탁과 화폐의 불규칙 기탁을 분명히 구분하고 했고, 후자의 경우 소유권이 양도된다고 보았다. 하지만, 이들 법전들은 로마법대전 만큼은 명쾌한 설명을 못하고 있다. 로마법대전에서는 소유권이 양도되더라도, 안전하게 보관할 의무와, 맡겨진 물품과 동등한 수량과 품질의 (tantundem) 것을 언제든지 기탁자가 이용할 수 있도록 해야 하는 의무가 계속 남아 있다는 사실을 분명히 하고 있는 것이다. 이런 설명이 빠져 있는 이유는 아마도 *epositum confessatum*이 유행했기 때문일 것이다.

결론적으로 말해, 로마법 전통은 금전적 불규칙기탁의 제도와 원칙, 그리고 다른 제도나 계약 (예를들어 대부나 소비대차(mutuum))등과의 본질적인 차이를 올바르게 정의하고 있다. 다음 제2장에서는 이 금전적 불규칙기탁에 있는 인간관계의 근본적 원칙들이 (좀더 구체적으로 말하면, 소유권과 이용권이) 어떻게 은행가들과 정치가들에 의해 점차적으로 몇 세기에 걸쳐 의해 타락해가는 지 살펴볼 것이다. 우리는 이런 사건들이 일어나는 배경들과 이유들을 살필 것이다. 제3장에서는 전통적인 법원칙에 대항해서 법률가들이 이런 타락을 정당하려는 시도를 다양하게 하는 데, 어떻게 이 시도들이 점차적으로 받아들여 지는 지 살필 것이다. 그리고 나서 제4장에서는 이런 사건들이 경제적으로 어떤 결과를 초래하는 지 살필 것이다.

이 주제는 *Las Partidas*에서 가장 분명하고 설득력있게 다루어져 있다. *Las Siete Partidas*을 보라. , 이 책은 대학 졸업생 Gregorio López 가 주석을 달았다. 그리고 관보인 *Boletín Oficial del Estado*에서 발행된 복사본 (Madrid, 1985)중에서, 제 3권의 제 5 Partida의 제목 3의 법률 2의 7-8쪽을 보라.

⁴⁶ Juan Roca Juan가 “El depósito de dinero”에 관해 쓴 *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. 1, tome 22, p. 249.을 보라. 여기서 그는 *Fuero Real* 에 대해 언급하고 있다.