

제 3 장: 부분지급준비금 은행의 법적 정당화 시도

이 장에서는 부분지급준비금 은행을 법적으로 정당화하려 했던 여러 이론들을 비판적으로 살펴보려 한다. 이를 위해, 은행이 사적 이익을 위해 고객의 요구불예금을 이용하는 것을 합법이라고 주장하는 이론들을 살펴보겠다. 또한 이 이론들을 이미 제1장에서 고찰한 바 있는 법 원리와, 앞으로 뒤에서 다루게 될 경제 분석적 입장이라는 두 가지 관점에서 다뤄보겠다.

1. 서문

부분지급준비금 은행을 정당화하는 법 원리는 *사후에* 만들어진 것이다. 이것은 기존의 법 원칙을 따르지 않는다. 그와는 정 반대로, 앞 장에서 설명한 바와 같이 은행활동은 오랫동안 기본적이고 보편적인 원칙들을 침해해왔으며, 인간의 탐욕, 부적절한 규제들, 정부의 재정적 요구, 당국의 조직적 간섭, 그리고 교회법에 따른 이자 금지령의 산물인 *depositum confessatum*이 불러 일으킨 혼란 등과 같이 여러 특수한 상황들이 서로 결탁되어 이러한 위반 행위가 이루어졌다. 당연한 얘기지만, 이런 보편화된 관행은 그 법적 근거가 취약했기 때문에 은행가와 이론가들은 그동안 법적으로 정당화할 구실을 찾으려고 노력해왔다. 대개의 경우 결국은 정부나 공공단체가 사기성 은행활동의 주요 수혜자가 되곤 했기 때문에, 타당한 법적 근거를 찾으려는 욕구는 날이 갈수록 강해졌다. 정치 당국과 지식층 간의 전통적인 공생관계를 고려해 볼 때, 당연한 수순으로 후자는 전자가 부여한 관행들을 지지할 법적 근거를 찾아 내도록 채근 받았다.¹

부분지급준비금 제도 덕분에 생겨난 기득권층은 자신들의 생존을 위해 적절한 법적 근거를 찾아야만 했다. 이런 관행이 단순한 현실적 상황 이상의 뭔가 더 그럴듯한 것에 기초해야 한다는 사실은 지식층이라면 누구나 명확히 알고 있었다. 셰퍼드 B. 클러프 (Shepard B. Clough) 등은 아래의 사실을 언급하긴 했지만 이것만으로는 충분치 않았다.

사실, [금세공업자들은] 보관을 위해 맡겨진 돈을, 이론과 경험으로 볼 때 기탁자의 예상되는 예금 상환 요구를 만족시키기 위해선 반드시 수중에 갖고 있어야 할 몫까지도 대출로 빌려주었다. 이런 관행이 적어도 17세기

¹ Bertrand de Jouvenel, "The European Intellectuals and Capitalism," in Friedrich A. Hayek, ed., *Capitalism and the Historians* (Chicago: University of Chicago Press, 1954).

에는 “약속 어음(promises to pay)”의 발행, 즉, “금세공업자들의 어음권(notes) 발행”으로 이어졌는데, 이것은 현대의 은행권처럼 시중에 유통되었다. 고객의 예금을 유용해 지불하던 이 “약속 어음”은 실제 예금 총액을 초과하기에 이르렀다. 이렇게 해서 종이를 발행해서 신용을 창조하게 된 것이다. - 이는 매우 중요한 발견이다.²

하지만, 고객의 예금을 횡령한다거나 실제 예금액을 초과하는 금액의 예금 증서 발행이 가능하다는 이 “발견”이 아무리 “중요하다” 생각되더라도, 확실히 이런 행동들은 형법 전문가들의 원리적 분석의 주제였던 다양한 형태의 횡령과 똑같은 특징을 공유한다. 이 두 가지 행위의 유사성이 너무나 뚜렷했기 때문에, 이론가들은 이런 법률적 반칙을 계속 못 본 척 할 수 없었다.

이런 이유로, 절대로 정당화될 수 없는 것으로 보이는 사실을 정당화하기 위해 당연히 엄청난 노력이 쏟아졌다. 보관을 위해 맡겨진 예금을 횡령하고 실제 예금액 이상의 예금 증서를 발행하는 것이, 보편적 법 원칙의 입장에서 봤을 때 합법적이라고 주장한 것이다. 그러나 이해관계자들(대부분 은행가와 정부 당국)에게는 단순히 부패한 범법행위를 합법적이라고 선언하는 쉬운 해결책을 넘어서 그 이상의 적절한 정당화 이론을 찾아내는 것이 절실하게 느껴졌다. 그래서 많은 법학자들이 지금도 여전히 흔히 행해지는 이런 관행에 법적 품위를 부여하려고 애를 쓰는 것이다.

불규칙기탁에서 부분지급준비금의 사용을 정당화하려는 원리적 시도는 두 가지로 분류해 볼 수 있다. 첫 번째는 불규칙기탁 계약을 대부 계약과 동일시함으로써 문제를 해결하는 것이다. 이와 관련된 이론들을 자세히 분석해 보고 법리적 관점에서 이 두 가지 거래를 동일시하는 것이 불가능함을 증명해 보겠다. 두 번째의, 그리고 보다 최근의 원리를 주장하는 학자들은, 우선은 대부 계약과 불규칙기탁 계약 사이에 근본적인 차이가 있다는 것은 인정한다. 이 이론가들은 “이용가능성”이라는 새로운 법적 개념을 확립하는 데 주력하면서 이 개념을 “느슨하게” 받아들여야 한다고 주장하는데, 이는 은행가들이 “신중하게” 투자하고 필요한 규정들과 은행 법제를 항상 준수하기만 하면 된다는 의미다. 이 두 번째 이론을 좀 더 자세히 살펴보면 결국 그들도 궁극적으로는 첫 번째 이론가들의 실패한 시도와 같은 얘기를 하고 있음을 알 수 있다. 즉, 예금 계약(deposit contract)과 대부 계약(loan contract)을 동일시함으로써 불규칙기탁의 부분지급준비금 사용을 정당화하자는 것이다. 따라서, 두 번째 이론가 집단도 첫 번째 집단과 똑 같은 실수와 법리적 모순에 빠지게 되었다. 다음 장에서는 어째서 (대수의 법칙에 근거한) 이용가능성에 대한 이러한 새로운 해석이 경제론적 입장에서는 인정될 수 없는가에 대해 설명하겠다.

² Shepard B. Clough, *The Economic Development of Western Civilization* (New York: McGraw-Hill, 1959), 109쪽; 이탤릭체 추가됨.

결국, 요구불예금에서 부분지급준비금만 유지하는 은행업을 법리적으로 정당화하려던 과거의 시도는 실패했다고 결론지어도 무방하다. 이것으로 다음의 상황들이 설명된다. 이 은행활동 이론에 상존하던 모호성, 개방성과 투명성을 피하려는 은행의 필사적인 노력, 일반화된 책임감의 결여, 그리고 궁극적으로 이들이, (부분지급준비금 은행은 혼자서는 경제적으로 살아남을 수 없기에) 금융 시스템 전체가 붕괴되지 않도록 언제나 필요한 유동성을 제공해주고 각종 규제들을 도입하는 중앙은행의 지원을 받아 왔다는 사실들이 설명되는 것이다. 제8장에서는 중앙은행, 화폐의 국유화 및 중앙은행의 은행 시스템 규제, 그리고, 은행을 통제하려던 법적 규제가, 경기 순환을 모면하고 은행 위기를 막을 수 있는 안정적 금융 시스템을 유지하는 데 실패했던 사실 등을 이론적으로 분석하겠다. 우리의 결론은, 부분지급준비 제도는 중앙 은행의 지원과 보호를 받았음에도 결국은 실패했다는 것이다.

본 장의 끝 부분에서는 몇 가지 새로운 유형의 금융 계약을 살펴볼 예정인데, 그 중 일부는 은행 예금과 관련해 은행가가 사용했던 것과 매우 비슷하다. 특히, “환매 약정 (repurchase agreement)”이 그렇다. 우리가 내린 결론에 따르면, 이런 금융업무에는 법 위반이 따를 수 밖에 없다. 계약서가 시행될 당시 유통되던 시장 가격에 상관없이 예전에 설정된 가격으로 지불이 보장되기만 하면, 감추고는 있지만 예금 계약이나 마찬가지로 된다. 마지막으로, 은행업과 관련된 금융업무와 생명 보험과 관련된 금융업무 사이의 본질적 차이에 대해서도 살펴 보겠다. 후자는 완벽한 형태의 진정한 저축을 대표하는데, 여기서 현재 재화는 미래 재화로 교환된다. 이 매력적인 교환에는, 요구불예금의 유용, 신용 창조, 실제 저축이 없는 예금증서 발행 등은 없다. 두 가지 유형의 금융제도(생명 보험과 은행업) 사이에 존재했던 전통적인 법적 · 기술적 경계를 정부 법령 등에 의해 흐리고 모호하게 하는 경향이 어떻게 보험업계를 부패시키는 지도 살펴보겠다.

2. 대부 · 소비대차 계약과 불규칙기탁 계약을 동일시하기 어려운 이유

혼동의 원인

금전의 불규칙기탁 계약과 대부 · 소비대차 계약을 법적으로 동일시하려는 시도는 금융 관행으로 가장 많은 이익을 보는 사람들(은행가와 정부당국)에게 특히 매력적이었다. 실제로, 제1장에 나온 이 두 제도의 법적 성격에 대한 설명에서, 대부는 빌려주는 물건의 소유권뿐 아니라 전면적인 이용가능성의 양도도 의미하기 때문에 채무자는 그것을 완전히 사용, 투자, 소비할 수 있다고 했다. 은행가가 요구불예금의 돈을 유용할 때 하는 일이 바로 이러한 행위임을 고려해보면, 그에게 있어 가장 이상적인 법적 해결책은 두말할 것도 없이 바로 불규칙기탁 계약과 대부 계약을 동일시하는 것이다. 이 두 가지 계약

을 동일시하는 주장을 공고히 할 의도로 진부한 법적 변명이 줄곧 인용되어 왔는데, 그 느슨하면서도 피상적인 주장의 논지는 이렇다. 즉, “불규칙기탁 계약은 대체 가능한 상품의 기탁으로, 이 계약의 본질은 기탁된 물품들을 서로 구별할 수 없으므로 개별 상품에 대한 소유권이 어쩔 수 없이 양도되기 때문에, 예금과 대부는 *당연히 하나이며 동일하다*. 이는 이 두 제도가 모두 소유권의 양도를 수반하기 때문이다.”

제1장에서 우리는 이미 이런 논리가 잘못된 것으로, 피상적이고 난해한 것임을 확인했다. 비록 두 경우 모두에서 소유권이 양도되기는 하나, 사실 이 두 계약은 물품의 이용가능성(계약의 본질적 특징)에 관한 한 여전히 *근본적으로* 다르다. 대부 계약에서는 물품의 완전한 이용가능성이 소유권과 함께 양도되는 반면, 불규칙기탁 계약의 핵심은 *기탁물의 보호 또는 보관이 우선시될 것을 요구한다*. 따라서, 이론상으로는 소유권이 양도되는 것으로 간주하더라도, 사실상 그런 양도는 무시해도 된다. 대체가능물의 보호나 보관의 경우 *tantundem*의 이용가능성은 언제나 기탁자가 가지고 있어야 하기 때문이다. 그러므로, 소유권이 같은 의미로 두 경우 모두에서 양도되더라도 본질적인 법적 차이 즉, 이용가능성의 차이는 여전히 존재한다.

기탁 계약과 소비대차 또는 대부 계약을 동일시하기로 선택한 법학자들이 그런 분명한 차이를 간과했다는 것이 그저 놀라울 따름이다. 두 계약간의 유대성이 지나치게 강조되는 반면, 이를 뒷받침할 논리는 또 너무 약했기 때문에 이론가들은 바로 이 취약점을 방어하려 했다. 여기서 역사적인 논리적 설명이 추가된다. 즉, 교회법의 이자 금지령을 피하려는 한 방편으로 중세 시대에 생겨난 법리적 책략이었던 *depositum confessatum*이 그것이다. 이미 살펴본 바와 같이 교회법의 이자 금지령과 부분지급준비금 은행의 발전 사이에 직접적인 관련성은 거의 없었지만 *depositum confessatum*은 그 둘 사이에서 강력하고 간접적인 연결고리 역할을 했다. 로마법 시대 이래로 수탁자가 보관의무에 기초한 기탁 계약의 본질을 위반하고 예금을 유용하여 기탁자가 그것을 요구할 때 즉시 반환할 수 없게 될 경우, 수탁자는 이자를 지불할 의무가 있었다. 당시, 예상 가능한 모든 민사 혹은 형사 소송(임치소권(*actio depositi*), 배상소송(*actio furti*))이 제기되었고, 수탁자가 돈을 돌려줄 시점까지의 지연지불과 기탁자의 이용가능성 상실에 대한 이자를 받기 위해 추가 소송도 제기되곤 했다.³ 따라서, 중세 시대에 대부 계약을 기탁 계약으로 위장해 이자 지불을 합법적이고 정당하며 사회적으로 용인되도록 만드는 것이 얼마나 편리한 일이었던가는 쉽게 상상해볼 수 있다. 이런 이유로, 은행가들은 조직적으로 이 행위에 뛰어들었고, 계약 당사자들은 자신들이 하는 것은 대부 계약이 아닌 기탁

³ 예금 계약은 기탁 계약이기 때문에, 로마법에 설립된 *actio depositi directa*를 행사할 수 있다. 이 권리는 수탁자가 언제든지 기탁 물품의 반환을 지시할 수 있다는 것이다. 그리고 이 이용가능성은 더욱 중시되고, (기탁된 *tantundem*에 대한 완전한 즉각적 이용권이 있었기 때문에)기탁된 예금의 소유권과 동등한 것으로 간주되었다.

계약이라고 공공연하게 선언했다. 그러나 라틴 속담에 이런 말이 있다: *excusatio non petita, accusatio manifesta*(청하지 않은 변명을 하는 것은 스스로 자신을 비난하는 것과 같다). 실제로, 진짜 기탁 계약이라면 그런 선언 표명을 할 필요도 없었다. 그런 말을 한다는 것은 대부·소비대차 계약을 숨기려는 의도를 드러낸 것 밖에 안 된다. 대부 계약을 기탁 계약으로 위장하는 목적은, 이자를 지불하는 대출에 대한 엄격한 교회법의 금지령을 피하고 사회경제적으로 절실했던 신용 거래를 가능하게 하기 위해서였다.

*Depositum confessatum*은 불규칙기탁 계약과 대부·소비대차 계약 간의 법적 경계선을 모호하게 만들었다. 교회법의 이자 금지령에 대한 학자의 입장이 어떤 것이었던, *depositum confessatum*은 거의 기탁 계약과 소비대차 계약을 “자연스럽게” 동일시하는 결과로 이끌었다. 모든 교회법 위반 사례와 이자 은폐 사례들을 찾아내 밝혀내고 싶어했던 이론가에게 있어서 “deposit”과 비슷하게 들리는 것이라면 무엇이든 처음부터 확실히 수상쩍어 보였을 것이며, 이런 관점에서 가장 분명하고 효율적인 해결책이란 예금과 대출을 자동적으로 같은 것으로 간주하고 그 은행 업무의 법적 모습이 어떤 것인가에 상관 없이 모든 이자 지불 행위를 규탄하는 것이었다. 역설적으로, “자유주의” 도덕론자일수록 예금의 법적 존재와 지불지연으로 인한 이자의 합법성을 씬없이 옹호했다. 그들은 그런 예금이 궁극적으로는 대출이기 때문에 은행가는 그 돈을 사용하거나 투자할 수 있다고 말한다. 이 이론가들은 이자 지불을 정당화할 방법을 찾으려 했을 뿐만 아니라, 전통적으로 대부 계약에서나 가능했던 현재 재화와 미래 재화의 교환과 투자 행위를 예금 계약에서 합법화하려 했다. 그리고는 이런 합법화가 산업과 무역 현장에 있어 매우 필요하다고 강변했다. 중세 시대 전반에 걸쳐 법전 집필에 참여했던 대부분의 법학자들은 이와 같은 입장을 견지했다. 마지막 장에서 보게 되겠지만, 이는 살라망카 학파의 일부 학자들의 의견이기도 했다. 루이스 데 몰리나와 같은 학자는 예금 계약이 예금의 완전한 이용가능성이 이전될(앞서 언급했듯이, 기탁의 본질에 반하고 있어서 용납할 수 없음)뿐 아니라, 소유권까지 은행가에게 양도(앞에 언급했듯이, 이것은 예금일 경우 용납할 수 있음)되는 “불안정한 대출 (*Precairous loan*)”이라고 믿었다.⁴

이미 살펴본 바 있는 아일랜드 은행가이자 경제학자인 리샤르 칸티용은, 존 로 체제로 인해 프랑스에 투기의 파도가 한창 휩쓸고 있을 무렵, 불규칙기탁 계약을 통해 고객들이 대체가능물의 형태로 그에게 맡긴 증권을 횡령한 혐의로 민사 및 형사 소송에 휘말렸는데, 그 당시로서는 유일했던 법적 논리를 이용해 자신의 입장을 옹호했다. 즉, 그

⁴ Luis de Molina, *Tratado sobre los cambios*, Francisco Gómez Camacho에 의해 발행 및 해설, *Disputation* 408, 1022 d., 138쪽. 몰리나와 같은 생각을 가진 학자에 후안 데 루고가 있으며, 정도가 훨씬 덜 하긴 하지만 도밍고 데 소토도 이와 비슷한 견해를 갖고 있다. 살라망카 학파의 다른 학자들, 특히 로마법 전통을 신봉하던 법학자 사라비아 데 라 칼레 박사는 주위의 압력에 굴하지 않고 단호하게 부분지급준비 제도의 실시를 반대했다.

가 맺은 계약들은 “불규칙”기탁(증권은 대체가능물로 간주됨)이었기 때문에 소유권과 이용가능성의 완전한 양도가 발생했다는 것이다. 따라서, 그는 합법적으로 그것을 유용하고, 팔고, 사용해서 시장에 투기할 수 있었고, 이는 죄도 아니고 기탁자를 해치는 일도 아니었다는 얘기다.⁵

리샤르 칸티용이 자기변론에 사용한 것과 똑 같은 법리적 논거를, (증권의 불규칙 기탁이 아닌) 금전의 불규칙기탁과 관련해 학자들이 발전시켜 왔다. 결과적으로, 통화 기탁 계약과 소비대차 계약을 동일시하는 것이 법적으로 적절하고 정당하다고 할 수 있다면, *필요한 부분만 약간 수정하여*, 다른 대체가능 상품 기탁에도 똑같이 적용해 볼 수 있다. 특히, 서로 섞여 다른 것들로부터 따로 구분해내는 것이 불가능한 대체불가능 상품으로서의 증권 기탁에 적용할 수 있다. 따라서, 증권 불규칙기탁에서 소유권과 이용가능성의 완전한 양도가 합법적이지 않다고 본다면, 결국 금전의 불규칙기탁의 부분지급준비금 사용 역시 합법적이지 않다는 뜻이 된다. 위대한 스페인 중상주의자 호아킨 가리게스(Joaquin Garriges)는 이 사실을 인정하며 다음과 같이 말한다:

고객이 자신의 돈을 은행에 맡길 때 그는 예금 거래를 한다고 생각한다. 그러나 이런 가정을 하면 곧 이와 유사한 금융 목적을 가지고 맺는 또 다른 계약이 떠오르는데, 이 계약 또한 대체가능물(돈)을 은행에 맡기고는 은행이 제공하는 출납 서비스를 받는다. 당좌예금을 옹호하는 사람들은 당좌예금이 예금이나 대출이라고 부를 수 없는 또 다른 독특한 계약이라고 하면서, 이것은 증권의 당좌계정과 똑같은 법적 효과를 가진다고 주장한다. 바로 소유권이 은행으로 양도되고 은행은 tantundem을 반환하면 된다는 것이다.⁶

가리게스는 이 두 가지 기탁 계약이 서로 다른 것이라고 우기지만, 사실상 두 가지 대체가능물(통화와 증권)의 불규칙기탁 계약들은 모두 본질적으로 같은 것이기 때문에, 어느 한 가지 계약(통화 기탁)에서 상품의 완전한 이용가능성 양도를 수용한다면 다

⁵ F.A. Hayek, “Richard Cantillon (1680–1734),” in *The Collected Works of F.A. Hayek*, vol. 3: *The Trend of Economic Thinking: Essays on Political Economists and Economic History*, 159쪽.

Henry Higgs, “Richard Cantillon,” in *The Economic Journal* 1 (June 1891): 276–84쪽.

A.E. Murphy, *Richard Cantillon: Entrepreneur and Economist*, 칸티용의 변호사 Henri Cochin의 보고서, *Memoire pour Richard Cantillon*.

⁶ 이 주제에 대해서는, *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, 159–209쪽에 포함된 “Dictamen de Joaquín Garriges,”^{194ff}를 참조하라. 이 놀라운 책에는, 대체가능물로서의 증권 불규칙기탁의 경우, 그 이용권이 완전히 양도된다는 논지에 반대하는 주장들이 많이 나오는데, 이런 주장들은 대체가능물로서의 화폐 불규칙기탁에 관한 동일한 이론을 비평할 때도 그대로 적용할 수 있다. 적절할 때마다 우리 연구에 이러한 논쟁들을 포함시켜 볼 예정이다.

른 계약에서도 마찬가지로 수용해야 한다. 결국, 통화 기탁의 합법성을 부인하지 않고서는 증권 기탁의 합법적 성격을 부정할 방법이 없다.⁷ 결론적으로, 칸티용이 자기 변론에 사용한 법적 논리는 금전의 불규칙기탁 계약에 관련된 이론에서 추출한 것으로, 그것들을 유효하다고 간주할 경우, 이는 곧 칸티용이 고객에게 저지른 명백한 사기 행위와 나중에 다른 나라들, 특히 스페인에서 증권 불규칙기탁과 관련해 행해진 부당한 사기 행위들을 정당화시켜주는 결과가 된다. 카탈로니아 은행가들은 20세기까지 그런 사기 행각을 많이 저질렀고 스페인 학자들은 그들의 행동에 부정직한 범죄 속성들이 있음을 바로 만장일치로 인정했다.⁸

관습법의 잘못된 법리

금전의 불규칙기탁 계약을 대부·소비대출 계약과 동일시하는 원리는 판례를 묶어 법을 제정하는 앵글로색슨의 관습법에서도 만연하게 된다. 18세기 말엽과 19세기 상반기에 걸쳐 제기된 수 많은 소송들에서 기탁자들은 자신의 예금을 되돌려 받을 수 없다는 것을 알게 되자마자 은행가들을 보호 및 보관 의무 이행 중 저지른 횡령과 사기죄로 고소했다. 그러나 불행히도 영국 판례법 심사는 은행가들과 은행업계의 관행, 심지어 정부가 행사한 압력에 굴복해 금전의 불규칙기탁 계약이 대부 계약과 다를 바 없으며, 은행가들이 기탁자의 돈을 개인 이익을 위해 사용한 것은 횡령죄를 저지른 게 아니라고 판결했다.⁹ 이런 판결들 중에서도 1848년에 있었던 Folley·Hill 재판에서 코튼햄 판사가 내

⁷ 그렇지 않으면, 용납할 수 없는 논리적 모순에 빠지게 된다. 그러나 Florencio Oscáriz Marco는 바로 그런 실수를 범한다. 그의 주장에 따르면, 대량 물품의 기탁은 불규칙기탁이 아니다. 왜냐하면, 은행은 “그것들을 사용할 능력이 없고, 맡을 능력도 없으며, 단순히 쉬을 능력밖에 없기 때문이다.” 그러나 다른 대체가능물(화폐) 기탁의 경우, 그는 이상하게도 이 경우에는 기탁물을 “대출”로 전환, 사용권과 이용가능성이 양도된다고 생각한다. 이 개념상의 실수 외에도, Oscáriz는 용어 면에서도 실수를 저지른다. 그는 스페인 대법원이 일부 올리브 거래상들의 기름 기탁에 관련해 내린 판결(1948년 7월 2일자 스페인 대법원 판결)을 대량 물품 기탁의 “특이한 사례” 분석에서 인용한다. 실제로 대량 물품 기탁은 대체가능물 기탁이나 불규칙기탁의 가장 훌륭한 모범적 사례이다. Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, 110-12쪽을 참고하라.

⁸ *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalane y el mercado libre de valores de Barcelona*.

⁹ 이런 판결은 1860년대 시카고 시장에 투기 목적으로 곡물을 횡령했다고 미국의 곡물 보관자들에게 그 위법성을 인정한 사법 판단과 비교하면 완전히 대조적이다. 이 당황스러운 사건에 대해 로스바드는 다음과 같이 기술하고 있다.

어째서 곡물 창고법이 - 대체가능물 기탁 관련 조항이 - 정확히 동일함에도 불구하고 - 정반대의 방향으로 발전했던 것일까? ... 당시의 은행가들이 곡물

린 판결은 눈여겨볼 가치가 있다. 여기서 판사는 다음과 같이 잘못된 판결을 내린다.

은행가의 관리 아래에 맡겨진 돈은 모든 경우에 있어서 은행가의 것이기 때문에, 그 자유로운 사용이 인정된다. 따라서 그것을 사용했다고 해도 관리 의무 불이행 죄를 추궁 당하지 않는다. 또한 예금을 위험하게 하고, 무계획적인 투기에 연루된다 하더라도 그는 원주인에게 그것을 보고할 의무도 없으며, 예금을 원주인의 재산처럼 보존하거나 취급해야 할 의무도 없다. 그러나 계약을 맺고 그 돈을 받았기 때문에 반환 요구가 있을 시에는 정확히 맡은 금액과 동일한 액수에 대해 원주인에게 해명해야 한다.¹⁰

이런 판결이 내려지는 걸로 볼 때, 리샤르 칸티용이 프랑스에서 영국으로 도망친 것도 당연하다. 영국에서는 금융 활동에 대한 규제는 훨씬 더 느슨했고 법원 판결도 그가 자기 변호에 사용한 것과 똑 같은 노선에서 내려졌다. 그러나 유럽 대륙에서는 아직도 로마법 전통의 영향력이 광범위하게 발휘되고 있었다. 로마 법학자들은 금전의 불규칙기탁의 속성을 흠잡을 데 없이 완벽하게 공식화했고 은행의 보관 의무 준수와 기탁된 예금의 유용을 불법으로 간주하는 것을 기본으로 삼았다. 그래서 리샤르 칸티용이 얼마나 두려워했을 지 알만하다. 그는 암스테르담 은행이 여전히 최고의 명성으로 100% 지급준비율로 운영되고 있던 시기에 유럽 대륙을 도망쳐 나왔다.¹¹ 또, 불규칙기탁의 개념도 원래의 고전적 법적 근간으로 회귀하기 시작했는데, 여기서는 부분지급준비금 은행을 불법으로 취급했었다. 부분지급준비금에 기초한 은행 체제가 모두 실패로 끝났다는 것은 이미 확실했고(중세 말기 유럽 은행들의 조직적 파산, 16세기와 17세기 세비야와 이탈리아 은행들의 파산, 18세기 프랑스에서 있었던 존 로 체제의 실패), 판사들 역시 일률적으로 은행가의 예금 유용에 대해 불리한 판정을 내렸다(그리고, 잘 알려진 바와 같이 그런

기탁자들보다 더 효과적인 로비를 펼쳤다는 말인가?

Murray N. Rothbard, *The Case Against the Fed* (Auburn, Ala.: Ludwig von Mises Institute, 1994), 43쪽을 참고하라. 스페인에서도 올리브 기름 제분소의 대량 기탁에 대해 이와 유사한 올바른 사법 판결이 내려졌다. (1948년 7월 2일자 스페인 대법원 판결을 참조하라.)

¹⁰ E.T. Powell, *Evolution of Money Markets* (London: Cass, 1966) 73쪽 각주와 Mark Skousen이 자신의 저서, *The Economics of a Pure Gold Standard* (Auburn, Ala.: Ludwig von Mises Institute, 1977), 22-24쪽에서 이 판결에 대해 쓴 논평을 참조하라. Cottenham 경의 판결에 영향을 미친 두 가지 선례로는 William Grant 경의 1811년 *Carr v. Carr* 재판과, 그로부터 5년 뒤에 내려진 *Devaynes v. Noble* 재판이 있다. J. Milnes Holden, *The Law and Practice of Banking*, vol. 1: *Banker and Customer* (London: Pitman Publishing, 1970), 31-32쪽과 52-55쪽을 참고하라.

¹¹ 믿기 힘들지만, 칸티용은 자신의 *Essai*에 당시 잘 알려져 있던 이 사실을 언급하지 않았으며 이런 변명을 할 뿐이다: “모든 예금을 지불할 수 있게 은행 금고에 보관되어 있던 *현금* 에 대해서는 정확히 알지 못했다”(407쪽). *Essai* 는 칸티용이 소송에서 채권자들을 대상으로 주로 자기 변호를 할 의도로 쓰여진 듯 하다.

판결들은 20세기 프랑스와 스페인으로 전수되었다).

적어도 우리의 관심사인 불규칙기탁에 대해서 만큼은, 앵글로색슨의 관습법 체제가 유럽 대륙의 법 체제보다는 재산권과 사회적 상호작용의 올바른 규정들을 방어하는데 효율적이지 못했다. 최근의 대륙법 체제, 즉 켈센학파(Kelsenian)와 실증주의학파의 법 체제가 관습법 체제보다 우월하다고 말하는 것이 아니라, 후자가 로마법보다 종종 못하다는 뜻이다. 여기서 "로마법"은, 고대 로마 법학자들의 논리적, 해석적, 원리적 분석에 기초한 진보적이고 관습적인 체제를 두고 하는 말이다. 달리 말하면, 앵글로색슨 관습법 체제의 경우, 판사들은 과거의 판례에 너무 구속된 나머지, 본질적 법 원칙에 근거해 이루어져야 할 냉정하고 논리적, 해석적인 분석보다는 심리하는 사건의 개별적 상황이나 표면적인 상업 활동에 더 영향을 받는 경우가 많았다. 요컨대, 앵글로색슨 법 체제가 극단적으로 판례에 지나치게 의존한 반면, 대륙의 법은 로마법을 바탕으로 판례와 건전한 원리, 법률 이론에 의존하고 있다.

스페인 민법과 상법의 법학

일부 스페인 이론가들 역시 불규칙기탁 계약과 대부 계약을 동일시하려 했다. 그들은 스페인 민법 및 상법에서 몇 가지 조항들을 인용하며 불규칙기탁이 스페인 법에서는 별개의 개념이 아니며 단순한 대부·소비대차 계약에 지나지 않는다고 주장한다. 그러나 스페인 실정법조차 불규칙기탁 계약이 대부 계약에 불과하다고 확인하지 않는다. 오히려, 이런 동일시는 매우 수상쩍고 불확실한 것으로, 실제, 대다수 현대 스페인 이론가들은 고전법의 이론에 동의하며, 현재의 스페인 실정법의 관점으로 봤을 때도 대부 계약과 불규칙기탁 계약의 차이를 명확하게 구분하는 자세를 유지하고 있다.

두 유형의 계약을 동일시하는 것을 정당화하기 위해 자주 사용된 조문에 스페인 민법 제1768조가 있다. 여기에는 다음과 같이 적혀있다:

기탁물을 사용할 수 있다는 허가를 수탁자가 받으면, 그 계약은 기탁 개념을 잃고 대부 또는 사용대차 계약이 된다. 이때 그 허가는 추정이 아니라 그 유무가 입증되어야 한다

이 내용에 따르면, "사용"이란 단어를 가장 일반적이고 느슨한 의미에서 이해할 경우, 모든 불규칙기탁 계약은 기탁된 개별 물품의 소유권이 양도될 뿐 아니라 대체가능물의 "사용"권한도 양도된다고 해석할 수 있고, *그 사실 때문에* 불규칙기탁 계약은 언제나 대부·소비대차 계약이 된다. 나중에 "이용가능성 양도"가 발생한다고 생각할 수 있는 여러 사례들을 다루겠지만, 지금은 제1장에서 보았듯이 일반적인 소유권 양도와 사용은 하나의 개념이라도, 기탁자가 언제든지 사용할 수 있게 tantundem이 유지되느냐 아니냐는

완전히 다른 문제라는 것만 기억해 두자. 제1768조는 기탁자가 tantundem을 언제든 이용할 수 있는지 여부를 구별할 의도로 마련된 것이기 때문에, 스페인 실정법에서는 불규칙기탁 계약이 대부 계약과 명백히 다른 것으로 식별이 가능하다. 사실 민법 제1770조는 이런 해석을 시사하는 것처럼 보인다. 이 조문의 내용은 다음과 같이 기록되어 있다.

기탁물은 그것의 재산가치증가분과 더불어 반환되어야 한다. 기탁물이 통화일 경우, 수탁자는 제1724조에 대리인에 관해 명시된 조항과 동일한 규정을 준수한다.

다른 말로 하자면, 민법이 금전적 기탁을 대부와는 구별되는 것으로 보고 있는 것이다. 이에 대해 호세 루이스 알바카르(José Luis Albácar)와 제이미 산토스 브리츠(Jaime Santos Briz)는 다음과 같이 비판한다.

고전과 현대 민법 간의 서로 상충되는 규정들에 내포된, 거의 이율배반적이라고까지 할 불일치성으로 볼 때, 소비대차와 불규칙기탁을 서로 다른 성격의 것으로 보는 의견이 오늘날 대세를 이루고 있음을 인정해야 한다. 적어도 일부가 우리가 다루는 것이 기탁의 한 유형이며, 이례적이고 복잡한 개념인 불규칙기탁이라고 믿는 한은 그러하다.¹²

스페인 상법에서는 금전의 불규칙기탁을 모순되게 취급하는데, 두 가지 해석이 모두 가능해 보인다. 실제로 제309조에는 이렇게 기록되어 있다.

기탁자의 동의 하에 수탁자가 사적 이익을 얻기 위해서나 개인 사업 활동을 위해, 또는 기탁자가 지시한 업무를 위해 기탁된 물품을 사용할 경우, 기탁자의 권리와 수탁자의 의무는 소멸되며, 기탁이 아닌 상업 대부가 체결된 것으로 간주, 상업 대부에 적용되는 규정이 적용된다.

스페인 상법 제309조와 민법 제1768조 간에는 어느 정도의 유사성이 존재하는 것처럼 보인다. 그러나, 현금 기탁을 규정하는 상법 제307조의 내용은 다음과 같다.

금전의 기탁에서 화폐를 특정하지 않고, 밀봉 또는 각인을 하지 않으면 보관자는 제306조 2항의 규정에 따라 그 보관 및 책임의 의무를 저야 한다.

¹² José Luis Albácar López and Jaime Santos Briz, *Código Civil: doctrina y jurisprudencia* (Madrid: Editorial Trivium, 1991), vol. 6, 1770쪽 참고. 나바라의 민법, 표제 12 마지막 부분의 법령 554에서도 불규칙기탁에 대한 언급이 나온다:

대체가능물 기탁에서 수탁자가 명시적 또는 암묵적으로 물품을 사용할 권리를 승인 받을 경우, 금전대부에 대해 법령 532, 534, 535에 설정된 규정이 적용된다.

스페인 민법 1768조의 내용이 여기서 거의 그대로 반복되고 있다.

제306조 2항의 내용은 다음과 같다.

기탁물 보관에 있어, 보관자는 물품 자체의 특성 또는 결함으로 인한 손상뿐만 아니라, 악의 또는 부주의로 인해 기탁물에 가해질 수 있는 모든 손상에 대해 책임을 져야 한다. 이를 피하기 위한 적절한 조치를 취하지 못하거나 손상부분을 수리하지 못할 경우, 손상 여부가 분명해지는 즉시 기탁자에게 이를 통지해야 한다. (이탈릭체 추가됨).

따라서, 제307조의 마지막 항목과 제306조의 두 번째 항목을 보면, 스페인 상법 자체는 불규칙기탁의 개념을 완전히 인정하고 기탁자에게 유리하게 수탁자에게 매우 명확한 보관의 의무를 부여하고 있다. 뿐만 아니라, 기탁된 대체가능 통화에 어떤 손상이라도 발생할 경우 수탁자로 하여금 즉시 기탁자에게 그 사실을 통지하도록 하고 있다. 그러나, 상법 제310조는 은행가에게 기탁받은 자금의 유용을 합법화하는 법적 권한을 부여한다. 이 조항의 내용은 다음과 같다.

앞의 조항에 명기된 규정들과는 별도로, 은행, 영업 창고, 신용조합, 또는 기타 금융기관에 맡겨진 기탁물은 우선 그 은행의 법규, 다음으로 본 상법의 규정, 마지막으로 모든 기탁 계약에 적용 가능한 관습법의 통제를 받는다.

은행과 기타 유사한 회사가 누리는 “혐오스러운” 특권의 성격은 분명하다. 스페인 실정법의 관점에서 볼 때조차 상법 제306조(위에 인용됨)에 따르면, 은행가 또는 금융 분야 전문가가 아닌 자가 불규칙기탁으로 맡겨진 돈을 사용하는 행위는 보관의 의무를 위반하는 것이며 횡령죄에 해당한다. 그러나 은행가들은 이런 횡령죄를 추궁 당할 가능성에서 제외될 수 있는데, 은행 법규에 개인 사업 활동을 위해 기탁자의 예금을 사용해도 좋다고 명시되어 있을 경우가 그렇다. 은행 법규와 계약에 대한 규정은 결코 이해하기 쉽지 않고, 오히려 모호함과 혼란만 부추긴다.¹³ 이에 의하면, 스페인 실정법에 의한 사법

¹³ 흥미롭게도 스페인 은행들은 여러 당좌예금거래에 대한 일반 규정들을 지정할 때 그런 거래의 법적 영향(특히 횡령죄로 기소되는 것)을 꺼려 “기탁(deposit)”이라는 단어를 사용하기를 기피했다. “대출(loan)”이나 “신용(credit)”이란 단어도 피했는데, 이는 비록 금전의 불규칙기탁을 “대출”이라고 부르면 법적으로는 은폐되겠지만, 고객들이 당좌예금계좌를 개설할 때 그들이 실제로는 예금이 아니라 은행에 돈을 빌려주는 거라는 사실이 공개적으로 알려지게 되어, 은행 사업 측면에서는 고객에게서 예금을 예치하기가 훨씬 어려워지기 때문이다. 결과적으로, 은행가들은 현재의 모호성과 혼란을 더 선호한다. 부분준비율을 사용하는 특권을 누리고 유동성 위기가 발생할 경우 중앙은행의 지원을 받은 기존의 계약상의 모호함이 그들에게 많은 이익을 가져다 주기 때문이다. 그러나, 은행가 본인이 여러 업무들을 법적으로 분류하다 보면 때로는 스스로 마각을 드러내기도 한다. 예를 들어, 어음할인에 대한 빌바오비스카야은행(Banco Bilbao-Vizcaya)의 여섯 번째 보통 보험 약관 내용은 다음과 같다:

위탁자(assignor)의 계좌 종류와 업무활동에 상관없이, 즉, 그계 현금이든, 증권이든, 담보든, 지불보증이든 혹은 이들을 대표하는 다른 유형의 문서이든

판단은 기탁자가 기탁금의 전체 금액(tantundem)을 언제든지 사용할 수 있도록 은행가에게 100% 지급준비율을 갖출 것을 요구한다. 이런 판결(스페인 대법원 1928년 6월 21일의 판결과 제1장에서 소개한 예)은 스페인 실정법의 판례 해석에 기초하며 20세기까지 유지되어 왔다.

마지막으로, 스페인은행의 정관 제7, 8조를 살펴보자. 제7조의 첫 번째와 두 번째 단락에는 다음과 같은 내용이 적혀 있다. “인가를 받은 사무소는 현지 나라 통화 또는 은행이 발행하는 은행권을 예금으로 받을 수 있다.” 제8조에 따르면 “수탁자인 은행은 현금으로 받은 예금을 동일한 금액의 현지 통화로 상환할 책임이 있다.” 당좌예금에 관한 제10조에도 거의 비슷한 내용이 나와 있다.

은행은 개인, 법인, 조합, 그리고 단체의 현금 또는 증권의 당좌예금계좌를 열고 관리한다. 그리고 기업과 조직이 신청을 하면 은행은 면밀히 검토해서 승인한 후 그 기업과 조직을 대표한다. 합법적인 은행권, 동전, 수표, 기타 당좌예금과 관련된 문서들은, 평범한 현금 계정에 기탁된다 ... 은행은 모든 당좌예금 예금주에게 수표 책(checkbooks)을 제공하며, 올바르게 승인된 수표를 받으면 이 수표 액수만큼 돈을 지불하고 해당 계좌 잔고의 차변에 이 수표를 기입한다. 현금 당좌예금에 대해 승인되는 수표는,

지 간에 상관없이, 그리고 그것들이 항목별로 분류되는 양식에 구매 받지 않고... 은행은 이것들을 기탁 계약을 비롯한 어떤 권리 계약으로 맺은 대출(론)로 상쇄시킬 권한을 갖는다... 이 조건은 위탁자가 그 현재거래에 앞서 은행에 대비해 주고 있는 대출과 업무활동에 대해서도 적용된다.

빌바오비스카야은행은 소위 “저금통장”으로 대표되는 요구불예금에 관하여 “예금주가 자신의 계좌 잔액의 전부 혹은 일부를 마음대로 인출 청구하고 얻을 수 있는 권리를 표현하는 정당화채권(justificatory claim)”으로 분류하는 반면, 히스파냐-아메리카 은행(Banco Hispano-Americano)의 문장은 여기서 한 걸음 더 나아가 저금통장이 “예금주의 소유권을 증명하는 지명채권(nominative document)과 비유통채권(non-negotiable document)로 구성되어 있다”고 규칙을 설정한다. 후자의 경우에서 보듯, 은행은 무의식적으로 소유 자격을 예금 거래 덕분에 돌리고 있으며, 우연히도 이런 분류는 기탁된 예금에 대한 단순한 대출 요구보다는, (기탁자가 지속적인 이용가능성을 가진다고 할 때) 기관의 진정한 법적 성격에 훨씬 더 가까워진다. 이 주제에 대해서는 Garrigues, *Contratos bancarios*, 368–79쪽, 각주 31과 36을 참고한다. 가리게스는 민간 은행들이 예금 거래를 원래 명칭으로 부르지 않는다는 것을 눈치챘다. 대신, 입출금내역서, 잔고 통지서, 예금 전표, 그리고 여러 계좌의 일반적인 용어 검토로 드러난 바와 같이 요구불예금을 당좌예금이라고 부른다. 이렇게 “예금”을 언급하기 꺼려하는 경향은 은행 대차대조표에서조차 뚜렷하게 나타나는데, 여기서는 그런 표제가 전혀 언급되지 않고 “채권자” 기입란 밑의 해당 부채항목에 대신 “당좌계좌”로 기입된다. 이렇듯, 법적, 그리고 계약적 입장에서 금융당국의 동의를 얻어 은행가들은 자신들의 업무가 가지는 진짜 법적 성격을 제3자와 고객에게 숨기려 애써왔다. 은행이 만들어낸 혼란의 결과에 대해서는 Jörg Guido Hülsmann, “Has Fractional-Reserve Banking Really Passed the Market Test?” *The Independent Review* 7, no. 3 (Winter, 2003): 399–422쪽을 참고하라.

지참인 지불 수표 (bearer checks), 지시식 수표 (order checks), 개인 수표 (personal checks), 횡선 수표 (crossed checks) 등이다.

스페인은행 (the Bank of Spain) 정관의 이런 조항들과 다른 은행들의 정관은 일반적으로 금전의 불규칙기탁 계약과 당좌예금 계약을 기탁자의 입장에서만 규정한다. 은행이 그 예금을 항상 안전하게 보관하고 언제든지 찾을 수 있도록 보장하는가, 혹은 그 돈을 은행가가 임의로 개인 사업 거래에 유용해도 좋다고 기탁자로부터 명시적 동의를 받았는가에 대해서는 언제나 모호하고 혼란스럽기만 하다. 이 문제에 대한 스페인 상법의 본의를 파악하려면 상법 제180조를 살펴봐야 한다. 실제로 제180조는 “은행은 기탁된 총 예금액의 전부 또는 적어도 4분의 1에 해당하는 금액을 현재 시장에 유통되는 현금이나 수표로 금고에 보관한다”고 명기하고 있다. 스페인 중앙은행이 통화 정책의 한 방편으로 전통적으로 이용해 오다가 현재 2퍼센트까지 떨어진 이 준비금 비율은 은행업이 누려온 법정 특권의 절정을 보여준다. 은행은 스페인 실정법에 의해 금전의 불규칙기탁 계약의 보관 의무를 위반해도 좋다는 권한을 명시적으로 부여 받은 유일한 금융기관으로, 그들은 이런 식으로 기탁자의 돈을 횡령할 허가를 받아 기탁금을 은행가 자신의 투자 목적과 개인 사업 용도로 유용했다. 이 법정 준비금 비율이 *스페인 실정법 하에서 은행가가 범죄자가 되는 걸 막아주는* 하지만, 이것이 현 상태의 은행 예금 거래가 결여하고 있는 법률적 정당성을 조금이라도 보상해주는 건 아니다. 또한 당연한 얘기지만, 금전의 불규칙기탁에 관련해 재산권의 전통적 원칙을 위반한 결과 사회에 미치게 되는 경제적 해악도 보상해주지 못한다. 다음 장부터 다루게 될 이러한 해악들로는, 생산 구조의 왜곡, 반복적으로 일어나는 경기 호황과 불황, 잘못된 투자의 증가, 대량실업의 등장과 완만한 경제 발전을 보장하지 못하는 특권화된 금융 체제의 정착 등이 있다.

불규칙기탁 계약과 대부 · 소비대차 계약을 동일시하려는 시도에 대한 비판

불규칙기탁이 대부 · 소비대차 계약과 원칙적으로 동일하다고 하는 것이 부분지급 준비금 은행을 정당화할 수 있는 완벽한 방법이기도 하나, 이런 시도는 너무도 어색해서 가장 명망 높은 상법 전문가들이 보기에는 용인하기 힘든 것이었다. 호아킨 가리게스는 그 시도를 옹호하고 싶어하는 것 같지만, 그 역시 궁극적으로는 이것이 정당화될 수 없다는 것을 깨달았다. 대부 · 소비대차 계약과 불규칙기탁 계약 간의 동일성을 정당화하는데 어쩌면 유용할 수도 있는 실정법(스페인 민법 제1768조, 스페인 상법 제309조)이 있음에도, 그는 다음과 같이 결론 내린다.

여전히 이것을 대부 계약이 아닌 예금 계약이라고 생각하게 만드는 몇 가지 요소들이 있다. 기탁자가 자유로운 이용 권한을 가진다는 점, 기탁자가

계약을 개시한다는 사실, 제한된 이자 등이 그렇다.¹⁴

흥미롭게도, 호아킨 가리게스는 그런 요소들에 대해 지나가는 투로 간단히 언급만 할 뿐, 자세히 설명하지는 않는다. 대신, 이용가능성이라는 개념을 재해석해서 즉시 이론을 체계화하기 시작하는데 그에 대해서는 다음 장에서 다루기로 하겠다. 흥미로운 점은, 가리게스가 그럼에도 불구하고, 두 계약을 동일시하는 데 반대하는 주장을 할 수 있었고 해야만 했다는 점이다. 이 문제를 이제부터 좀 더 깊이 있게 다뤄 보도록 하자.¹⁵

두 계약의 근거 또는 목적의 차이

불규칙기탁 계약과 대부·소비대차 계약간의 차이를 지지하는 가장 중요하면서도 결정적인 논리는 이 두 계약의 *근거* 또는 *목적*에 본질적으로 차이가 있다는 점이다. 이 근거와 목적이라는 것들은 (소위 계약의 *근거*¹⁶이라고 하는 것과 연관된) 근본적이고 합

¹⁴ Garrigues, *Contratos bancarios*, 363쪽; 이탤릭체 추가됨.

¹⁵ 대표적인 상법학자인 가리게스는 부분지급준비금 은행의 정당화 시도에 뛰어들어 이용가능성의 재정의라는 책략으로 불규칙기탁의 개념을 유지하면서도, 이상하게도, 불규칙기탁 계약과 대부 계약을 동일시하는 것을 불가능하게 만드는 요소들이 무엇인지 차분히 숙고해보지 않았다. 이는, 가리게스도 결국은 자신이 정립한 재정의가 적어도 은행가(수취인)의 입장에서는 암암리에 예금과 대부 계약을 동일시한다는 것을 알고 있었다는 얘기다. 따라서, 예금과 대부를 동일시하는 데 반대하는 주장을 그가 일일이 피력할 필요는 없었다. 그런 주장은 그가 나중에 옹호하는 원리에 역효과를 가져올 것이기 때문이다. 전국의 은행들과 은행가들을 주요 고객으로 갖고 있는 저명한 학자인 그가 많은 실무 경험을 갖추고 정부의 지원을 받는 부분지급준비금 은행과 같이 영향력 있는 금융기관의 합법성에 질문을 던져 자신의 위신과 학자적 입지를 위태롭게 할 리 없었다. 가리게스가 자신의 이론을 발전시키던 몇 년 동안 그가 활용할 수 있는 이론은 이미 쓸모 없게 된 케인즈학파의 이론이었는데, 이 이론은 “경제 활동”을 이롭게 한다는 잘못된 가설을 바탕으로 모든 신용확장 시스템을 정당화시키고 있었다(같은 책 각주 20번 참조). 경제학에서 독트린의 빈곤시대가 계속되던 그 몇 년 동안, 사회적 상호 작용을 은행활동으로부터 방어할 유일한 방법은 불규칙기탁의 기본 원칙들을 엄격히 준수하는 것이었지만, 이것은 불행히도 주류 이론가들에게 아주 미미한 지지밖에 얻지 못했고 곧바로 버려졌다. 이 모든 적대적 상황에도 불구하고, 가리게스와 다른 몇몇 이론가의 저서들은 확실한 인상을 남겼는데, 정당화할 수 없는 것을 정당화하기 위해 이들 이론가들은 가장 억지스런 법적 추론과 책략을 발휘해, 정부에게 받은 꼴사납고 불법적인 특권으로 저지르는 행위를 합법적인 것으로 위장했던 것이다.

¹⁶ 예를 들어, Jean Dabin이 *La teoría de la causa*에서 계약의 동기로 제시하는 법적 처치를 참고하라.

법적인 동기와 관련 있는데, 이것은 계약 당사자들이 특정 계약에 참여하기로 결심하게 되는 독특한 주관적 이유¹⁷와 밀접하게 연결된다. 그러므로 현대 경제 이론이 바탕을 두고 있는 주관론자 개념¹⁸과 계약 당사자들이 특정 계약에 참여하기로 결정할 때 그들의 주관적 목적을 주로 판단하는 법적 관점 사이에는 완전한 공생관계가 존재한다.

제1장에서 우리는 불규칙기탁 계약과 금전대부·소비대차 계약 간의 본질적이고 서로 양립할 수 없는 차이점을 살펴본 바 있다. 그 차이점들은 결국 각 계약의 명확한 근거나 목적으로 거슬러 올라가 찾아볼 수 있다. 대부 계약은 채권자가 그 이용가능성을 잃게 되는 현재 재화의 교환을 의미하는데, 채권자로부터 채무자에게로 현재 재화가 양도될 때 채권자가 어쩔 수 없이 현재 재화에 대한 이용가능성을 잃는 것에 대한 대가로, 채무자는 이자의 형태로 추가된 금액과 함께 미래 재화로 이것을 돌려 주어야 한다. 그러나, 금전의 불규칙기탁에서는 그 계약의 목적이나 근거가 이와 확연히 다르다. 이 경우에는 현재 재화와 미래 재화가 교환되지 않고, 기탁자가 기탁물에 대한 이용가능성을 잃게 될 가능성은 거의 없다. 불규칙기탁 계약의 본질적 요소는 대부 계약의 경우처럼 이용가능성의 양도가 아니라 동일한 양과 질의 물품(tantundem)의 보호와 보관이며, 이것이 바로 기탁자가 이 계약을 하게 만드는 법적 근거 또는 본질적인 목적이다. 그러므로 기탁 기한은 정해져 있지 않고, 맡긴 돈은 "요구 불", 즉, 언제라도 인출 할 수 있다는 얘기다. 만약 기탁자가 자기가 서명하려는 계약이 은행에게 대출을 허용하는 대부 계약이고, 그래서 자신은 그 돈에 대한 이용가능성을 상실하게 된다는 것을 알게 된다면, 그는

¹⁷ Antonio Gullón가 보기에,

불규칙기탁을 소비대차와 동등하게 취급하는 것은 여전히 거래 당사자들의 진짜 의도에 맞지 않는 하나의 술책이다. 예를 들어, 돈을 맡기는 사람은 수탁자에게 대부를 빌려줄 의도가 없다. 일반 기탁에서와 같이 그는 기탁물이 안전하게 보관되기를 바라며 언제나 그것을 사용할 수 있기를 원한다. 뜻밖에도 일반 기탁보다 불규칙기탁에서 더 쉽게 이런 목적을 달성할 수 있다. 일반 기탁의 경우, 피할 수 없는 사고가 일어나면 예금을 상실하는 위험에 노출되는데, 이때 상실의 결과는 수탁자가 아니라 그가 고스란히 떠안아야 되기 때문이다. 한편, 불규칙기탁에서는 수탁자가 기탁물의 채무자가 되며, 여기서는 절대 잃어버릴 염려가 없다. (이탤릭체 추가됨)

José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, 3rd ed. (Barcelona: José María Bosch, 1995), vol. 2, 270쪽 인용.

¹⁸ 칼 멩거가 설립한 오스트리아 학파에 따르면, 이 주관론자 개념은 모든 경제 이론이 만들어지게 된 행동 논리의 기초다. 이 주제에 대해서는 우리의 논문, "Génesis, esencia y evolución de la Escuela Austriaca de Economía," Huerta de Soto 출판, *Estudios de economía política*, 17-55쪽을 참고하라.

그 계약을 예금 계약인 듯 계속 유지하는 대신 그냥 돈을 찾아 수중에 보관하려 들 것이다. 이렇게 두 계약의 근거 또는 동기는 의심할 것도 없이 크게 다르며, 둘 사이에 본질적 차이가 존재하는 이상, 그 둘을 섞으려 드는 것은 기름과 물을 혼합하는 것처럼 불가능한 일이 된다.

불규칙기탁 계약과 대부 계약을 동일시하려는 이론가는, 계약 당사자들을 계약에 참여하게 만드는 진정한 근거 또는 동기를 무시하고 있다는 걸 의식하지 못한다. 두 계약이 동일하다는 공허한 주장을 얼마나 많이 내놓든, 그들은 불가피하게 똑 같은 법리적 벽, 즉, 각 계약이 가지는 법적 근거의 본질적 차이에 부딪치게 될 뿐이다. 그러므로, 그들이 할 수 있는 주장은 기껏해야 예금 계약에 참여하는 계약 당사자들 각자가 자신들이 “다른” 계약을 개시한다고 *생각한다*는 것뿐이다. 다른 말로 하자면, 기탁자는 예금하는 것으로 생각하고 돈을 건네고, 은행가는 그 돈을 대부인 것으로 생각하고 받는다. 하지만, 대체 어떤 계약이 본질적으로 상이한 두 개의 법적 근거를 동시에 포용할 수 있다는 말인가? 다시 말해, 동일한 계약에 참여하는 계약 당사자 양측이 어떻게 같은 돈에 대한 이용가능성을 동시에 소유할 수 있겠는가?¹⁹ 확실히, 기탁자는 맡기는 돈에 대해 완전한 이용가능성을 유지하고 싶어하는 반면(요구불예금)²⁰, 은행은 100% tantundem을 항상 보관하는 것 보다는, 받은 예금 대부분을 개인적 투자나 대출에 사용하는 것을 목적으로 한다. 이런 “이중의 이용가능성”을 가리게스가 놓칠 리 없었다. 그는 이것이 논리적으로 소동을 일으킬 여지가 많고 합법성 측면에서도 난감하다는 것을 깨달았다.²¹ 사실, 가리

¹⁹ 프란치스코 벨다(Francisco Belda)는 루이스 데 몰리나와 후안 데 루고를 본받아, “각 거래 당사자들은 자신에게 가장 유리한 시각으로 금융업무를 판단할 완벽한 권리를 갖는다”라는 주장으로 모순을 해결했다고 믿는다. 하지만, 안이하고 알팍한 주장일 뿐이다. 벨다가 깨닫지 못하는 것은, 거래 당사자들로 하여금 계약에 뛰어들게 만드는 동기들에는 본질적인 차이와 모순이 존재하며, 진짜 문제는 완전히 다른 데 있다는 것이다. 문제의 핵심은, 거래 양측이 계약을 자신에게 유리한대로만 보기 때문이 아니라, 한쪽의 계약 근거나 목적의 성취(은행가의 자금 투자)가 상대방의 계약 근거 또는 목적의 성취(예금의 보관과 보호, 지속적 이용가능성)를 가로막기 때문인 것이다. Belda, S.J., “Ética de la creación de créditos según la doctrina de Molina, Lesio y Lugo,” 64–87쪽 참고. Oscáriz Marco, *El contrato de depósito: estudio de la obligación de guarda*, 48쪽, 각주 83번 참고.

²⁰ 기탁자가 때로는 이자를 받는다는 사실이 기탁의 본질적 목적(예금의 보관)을 손상시키지는 않는다. 이자란 매력적인 것이기에, 아무 의심도 하지 않는 순진한 기탁자는 은행가를 믿는 한 그 제안을 덩석 받아들인다. 그러나 진정한 기탁이라면, 아무런 이자도 받지 않고 오히려 보관 수수료를 내야 하더라도 기탁자는 그 거래를 하려 들 것이다. 기탁자에 대한 부자연스런 이자 지급은 거래의 본질적 성격을 바꾸지 못하며, 단지 은행가가 자신에게 맡겨진 돈을 부당하게 사용하고 있다는 것을 의미할 따름이다.

²¹ 의미심장하게도, 가리게스가 자신의 저서, *Contratos bancarios*에서 유일하게 논리적으로 참조하고

게스가 보기에 (100% 지급준비금을 필요로 하지 않는) 현대 은행 예금의 가장 눈에 띄는 특징이 바로 이 이중의 이용가능성이다. 이에 의하면 기탁된 물품은 은행과 고객 모두가 동시에 사용할 수 있다. 그는 이렇게 덧붙인다.

이중의 이용가능성이 바로 그 계약의 법적 설명을 공식화하기 어려운 이유다. 기탁자 측의 이용가능성은 예금의 주요한 특징이지만, 은행 측의 이용가능성과는 제대로 조화를 이루기 어렵다.²²

계약의 법적 설명이 어려운 것이 아니라, 당사자 사이에 존재하는 계약의 법적 근거나 동기가 정반대로 다르기 때문에 그런 설명이 *법적으로 불가능하다고* 말하는 편이 더 정확할 것이다. 그러므로, 계약 당사자 한 쪽의 이용가능성이 다른 쪽의 이용가능성과 제대로 조화를 이루기 어렵다기보다는, 근본적으로 양쪽이 서로에게 배타적이라는 설명이 맞다.²³ 각주²⁴에서 제1장의 파리 법정 판결을 인용하면서 호아킨 가리게스의 반신반의는 점점 더 깊어간다. 이 법정 판결들은 은행 측의 엄격한 보관 의무와 100% 지급준비율을 지지하는데, 가리게스는 이를 두고 “놀라운 주장”이라고 부른다. 정말로 놀라운

있는 것은 바로 케인즈의 ‘화폐론: *Treatise on Money*’으로, 본문(357쪽과 358쪽)에서 적어도 두 번, 각주(352쪽과 357쪽의 각주 1번과 11번)에서 두 차례 언급한다. 이런 논리적 기초를 고려하면, 가리게스의 불규칙기탁에 관한 전체적인 설명에 드러난 혼란이 별로 이상할 것도 없다. 이견 마치 그의 비상한 법적 본능은 그를 옳은 방향으로 이끌어 주는데, 반면 그가 읽은 은행에 관한 경제 논문들은 그를 미로로 내모는 것과 같다.

²² Garrigues, *Contratos bancarios*, 367쪽, 이탤릭체 추가됨. 놀랍게도 가리게스는 경제 용어에서 이중의 이용가능성이 “물품을 허구로 공급하는 것을 가능하게 만드는 것. 즉, 사람들로 하여금 존재하지도 않는 공급이 존재한다고 믿게 만드는 것”을 의미한다는 것을 알아차리지 못했다. William Stanley Jevons, *Money and the Mechanism of Exchange* (New York: D. Appleton, 1875 and London: Kegan Paul, 1905), 210 쪽을 참고하라. 실제로는 존재하지 않는 대체 가능한 재화가 존재하고 있다고 믿는 것은 모든 불규칙기탁(대체 가능한 재화)의 전체적인 불법 행위의 증거이며, 부분지급준비율(100% 미만의 모든 비율)을 인정하는 셈이다.

²³ 가리게스는 절묘한 표현력을 발휘하여 이렇게 결론 내린다. 계약 거래에서 “은행가는 기탁금을 자신의 돈으로 간주하고, 고객은 더 이상 자신의 것이 아니게 되는데도 그 돈에 여전히 기대를 품는다.” 이 명백한 모순을 해결할 방법은 매우 간단하다. 비록 고객이 돈을 더 이상 소유하지 않게 되더라도, 그는 여전히 은행가에게 항상 그 *tantundem*을 보호하고 보관해 달라고 요구할 권리를 갖기 때문이다. 즉, 제1장에서 살펴본 바와 같이, 은행가에게 금전의 불규칙기탁 계약의 본질적, 존재론적 법적 성격과 일치하는 100% 지급준비율을 갖추라고 요구하면 된다. Garrigues, *Contratos bancarios*, 368쪽.

²⁴ 같은 책, 367-68쪽, 각주 31.

것은, 가리게스가 바로 자신의 분석 자체가, 두 계약이 실은 서로 다른 것이고 그렇기 때문에 어떤 경우에도 불규칙기탁 계약과 대부 계약을 동일시하는 것은 불가능하다는 결론을 도출하고 있음을 눈치채지 못했다는 점이다. 은행 예금 계약을 다른 그의 글을 읽어 보면 가리게스 본인도, 억지스러운 법적 분석으로 정당화할 수 없는 것을 정당화하려는 것에 일종의 “양심의 가책”으로 괴로워하고 있다는 인상을 받게 된다. 그 억지스러운 분석이란, 이른바 금전의 불규칙기탁 계약이라는 것은 법적으로, 그리고 법 원칙과 논리에 충실하게 은행가가 기탁된 물품을 자유롭게 사용할 수 있게 해준다는 논리, 즉, 부분 지급준비금 은행이 가능하다는 논리를 말한다.

암묵적 동의를 개념

받아들이기 힘든 또 다른 주장은 스페인 민법 제1768조로, 이 조항에 의하면 불규칙기탁 계약은 일종의 “암묵적 또는 무언의 동의”를 통해 기탁자가 은행가에게 기탁된 돈을 사용할 권한을 부여한다고 한다. 그러나, 이런 생각은 받아들일 수 없는데, 왜냐하면 제1768조에는 “기탁물의 사용허가”를 언급하고 있기 때문이다. 사용할 수 있는 권한 때문에 계약이 불규칙기탁 계약이 되는 게 아니다. 이 사용 권한의 양도는 모든 대체가능물 기탁에 내재되어 있는데, 왜냐하면 대체가능물의 속성상 그것을 서로 분리해 개별적으로 따로 다룰 수 없기 때문이다. 어떤 의미에서는 소유권 양도란, 수탁자가 기탁물을 사용할 수 있는 권한을 주는 것이 된다. 그러나 이 소유권의 양도와 이용권한의 양도는 *일반적 의미*로만 이해해야 한다. 기탁된 개별 물품들을 추적하기가 불가능하다면 기탁된 특정 물품에 대한 소유권과 사용 권한이 양도 되었다고 봐야 한다. 당연한 얘기지만, 이것은 100% 지급준비 요건, 즉, tantundem의 보호와 보관, 그리고 기탁자 측의 이용가능성과 완벽히 양립한다. 이것이 은행가의 기본 의무가 되고 기탁 계약의 본질적 목적의 토대를 이룬다. 다른 말로 하자면, 불규칙기탁 계약의 특징과 성격은 기탁물을 사용할 권리의 양도 때문에 생기는 게 아니라, 기탁물의 대체가능성이라는 특성과 계약의 목표 때문에 생긴다. 기탁물에 대한 사용권한의 양도는 불규칙기탁과는 상관없이 발생할 수 있으며, 예를 들어, 소비대차나 대부 계약 같은 경우 실제로 이런 일이 일어난다. 알다시피, 이 계약에서는 법적 근거나 목적이 근본적으로 다르다(기탁물에 대한 소유권과 그것을 사용할 권한의 양도뿐만 아니라, 이용가능성의 양도도 동시에 발생해 채권자는 그 권한을 상실하게 된다). 따라서, 코파 취카리(Coppa Zuccari)가 주장하듯이, 기탁자가 (명시적 또는 암묵적으로) 부여하는 사용허가 때문에 불규칙기탁 계약이 대부·소비대차 계약으

로 전환된다는 주장은 불필요하고 부정확하다. 여기서 불필요하다는 건, 모든 불규칙기탁 계약 바로 그 자체에 소유권과 사용할 권리의 양도가 포함되어 있기 때문이다(당연한 얘기지만, 이것은 tantundem의 100% 보관이라는 근본적 의무와 양립할 수 있다). 또, 부정확하다는 의미는, 기탁물을 사용할 권리가 양도되더라도, 이 변화가 tantundem의 보호와 보관이 전부인 이 계약의 본래 목적을 결코 바꿀 수 없다는 뜻이다.²⁵ 사실, 기탁물 사용에 대한 이른바 (명시적 또는 암묵적인) 허가에 대해서는 세 가지 논리적 가능성이 존재한다. 이제부터 그것들을 하나씩 살펴보기로 하자.

첫 번째 논리적 가능성은, 대다수 기탁자들이 은행에 돈을 예금할 때 은행가들이 그 돈을 가지고 개인 사업 거래에 투자해 수익을 거둘 수 있도록 허가를 내준다는 사실을 모르고 있다는 것이다. 압도적인 수의 기탁자들은 요구불예금을 할 때, 자신들이 실제 그 예금 거래를 한다는 정직한 인상을 받는다. 즉, 바로 그 본래 목적이 예금의 보호와 보관인 불규칙기탁 계약에 참여한다고 믿는 것이다. 그러나, 대개의 경우에 있어서 은행가는 그 돈을 마치 대부분 소비대차인양 받는다. 다시 말해, 은행가는 기탁물의 완전한 이용가능성이 자신에게 양도되었고, 그래서 자신의 사업 거래에 그 돈을 사용할 허가를 받은 걸로 여긴다. 양측의 계약 참여 목적이나 근거가 상대방의 목적과 일치하지 않음은 분명하다. 한쪽은 이 계약이 기탁 계약이라고 믿고 그 추측에 근거해 돈을 건네고, 다른 쪽은 그것을 대부분 소비대차인양 받아, 그 믿음에 근거해 돈을 투자한다. 이것은 계약의 속성에 관련된 하나의 실수로, 계약 자체를 완전 무효로 만들어 버릴 수도 있다.²⁶ 많은 사람들에게 이것은 극단적이거나 균형이 안 맞는 것처럼 보일 수도 있으나, 우리가 연구하는 계약들에 내재된 법적 논쟁과 원칙들에 근거해 분석을 계속해 나가다 보면 이 밖의 다른 결론에 이른다는 것도 어렵다.²⁷

두 번째로, 이제 요구불예금 계약에 뛰어드는 한 무리의 은행 고객들이, 그들이 예금하는 돈의 많은 부분을 은행이 개인 용도로 투자할 수도 있다는 사실을 인식하고 있으

²⁵ Coppa-Zuccari, *Il deposito irregolare*, 132쪽.

²⁶ Hernández-Tejero Jorge, *Lecciones de derecho romano*, 107-08쪽. Hernández-Tejero가 제공하는 다음의 사례는 우리가 다루는 주제에 완전히 적용해 볼 수 있다. “고객이 보관인에게 기탁 형태로 물품을 맡기는데 물품을 받는 쪽에서는 그 거래를 소비대차 또는 대부로 믿는다면, 결과적으로 그 계약은 기탁도 소비대차도 아니게 되는 것이다.”

²⁷ 뿐만 아니라, 물품을 사용할 허가나 권한은 추정이 아니라 반드시 각 케이스 별로 입증되어야 한다. 개인이 하는 대부분의 요구불예금 거래에서 그런 증거를 내세우기는 힘들어 보인다.

며, 또 그 사실을 완전히 받아들인다고 가정해 보자. 허나, 설사 그렇다손 치더라도, 이러한 인식과 가상적 허가가 고객을 위한 계약의 본질적 근거나 목적을 훼손할 수는 없다. 그들의 목적은 여전히 은행가에게 돈을 안전하게 보관해 달라고 맡기는 데 있다. 즉, 금전의 불규칙기탁 계약을 이행하라는 것이다. 이 경우, 고객이 체결했다고 믿는 계약은 기술적이고 법적인 관점에서 볼 때 성립될 수 없다. 은행가에게 기탁금을 사용하도록 허용한다면 기탁자는 더 이상 그 돈을 사용할 수 없게 되는데, 이것은 바로 이 거래의 본질적 근거 또는 목적을 상실하게 되는 것이기 때문이다. 제5장에서는 경제 이론의 시각에서 볼 때 부분지급준비금 은행 시스템에서는 대량의 계약과 “대수의 법칙 (the law of large numbers)”만으로는 모든 기탁자들의 예금 상환 요구를 보장할 수 없다는 걸 보여 주겠다. 이 논지에 대해서는 좀 더 나중에 자세히 다루겠지만, 다만, 이 논지에 따르면, 현재의 은행 시스템은 실제 저축의 뒷받침 없이 대출을 만들어내고 있다고 한다. 이런 대출은 다시 자금을 어리석게 투자하도록 부추기고, 그 결과, 현명하지 못하게 투자된 비즈니스 자산이 생겨나는데, 이런 자산은 아무 가치가 없거나 극히 제한된 가치밖에 없어서 은행의 대차대조표에 상응하는 예금 계좌의 잔금을 지불할 능력이 안 된다. 결과적으로, 은행의 지불불능 상태는 되풀이되기 마련으로, (중앙 은행의 외부적 지원 없이는) 은행가가 그 의무를 다하지 못하는 상황이 반복되게 된다.

또한, 대수의 법칙을 은행업무에 적용할 수 있다는 주장을 받아들인다면, 부분지급준비금을 사용하는 기탁 계약은 확실히 *사행 계약 (aleatory contract)*²⁸이 된다. 그런 계약에서는 은행이 제공하는 모든 서비스는 각 계약의 특정 상황에 따라 달라지는 불확실한 내용이 되어 버린다. 이런 계약의 불확실성은 지급준비율 이상의 예금을 하는 기탁자가 자신의 예금을 인출하려 하지만, 결국 그러지 못하게 된다는 현실 때문에 생겨난다. 맨 처음 은행에 도착하는 사람은 돈을 인출할 수 있겠지만, 일정 시간이 흐른 뒤에 오는 사람은 자기 돈을 환불 받지 못한다. 사행 계약에 참여하려는 이 두 번째 가설의 기탁자조차 우리가 방금 설명한 위험에 노출될지 아닐지 미지수다. 그러므로, 두 번째 사례에서 가장 논리적인 결론은 두 가지로, 첫째는, 그 목적이 불가능한 것이기 때문에 계약 자체가 존재하지 않는다는 것이다(100% 지급준비율이 확보되지 않는다면 은행가가 언제나

²⁸ 사행 계약에 대해서는 Albaladejo, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 1: *La obligación y el contrato en general*, 350–52쪽을 참조하라. 대수의 법칙이 실현되는(사실은 불가능함) 부분지급준비금을 활용하는 금전의 불규칙기탁 계약에 사행적 속성이 있다는 것은, 그런 거래에 대해 우리가 제기하는 다른 문제점들에 비하면 그리 중요한 것은 아니다.

그 의무를 다할 거라고 보장하기 어렵다). 둘째는, 기탁자가 부여하는 이른바 허가라는 것에는 법적 타당성이 부족하다는 것인데, 이는 본질적 목적이 여전히 물품의 보관에 있고 100% tantundem의 보관을 필수불가결한 의무로 요구하기 때문이다.²⁹

기탁물의 보호와 보관을 목적으로 삼는 합법적인 불규칙기탁 계약과 수탁자가 맡은 돈을 자기 이익을 위해 사용할 수 있는 권한은 태생적으로 양립할 수 없다. 수탁자(은행가)는 당좌 예금 예금주가 요청하면 언제든지 바로 돌려주기로 동의하고 돈을 맡지만, 일단 돈을 받고 나면 그걸로 투자하고 대출하고 자금이 묶이는 사업 거래에 뛰어 들어 대개의 경우에 있어 실제로는 고객에게 바로 돈을 돌려주기가 어렵게 된다. 은행가가 기탁금을 사용해도 좋다고 권한을 준 것은, 그것이 암묵적이든 명시적이든, 보관을 위한 예금이라는 계약의 본질적 목적이 손상되지 않는 한 상관없을 지 모른다. 이 경우, 계약 목적과 양립할 수 없기 때문에 권한 부여라는 건 부적절하며, 때문에 한 쪽이 다른 한쪽을 속이거나 자신에게 해가 되는 자기기만적 내용을 서면으로 받아들이게 만드는 모든 계약 거래에서와 마찬가지로 법적으로 효력을 잃는다. 민법 분야의 저명한 스페인 전문가인 펠리페 클레멘트 데 디에고(Felipe Clemente de Diego)는 수탁자가 부분준비율을 유지해도 되고, 그래서 자기 이익을 위해 기탁금의 일부를 사용해도 좋다고 용인되는 불규칙기탁 계약은 근본적인 차원에서 보편적 법 원칙을 위배하므로 하나의 법적 일탈이 된다고 매우 적절하게 지적한다. 펠리페 클레멘트 데 디에고가 보기에 이 계약은

로마인들이 법적 지위를 인정하지 않았던 치명적 기형을 타고난 인간(monstrua prodigia)처럼 태생적으로 법적 생존력이 결핍된 괴물과도 같다. 스페인 민법 제30조에 보면 이 개념이 보다 온건하게 표현되어 있다: “*인간의 모습을 한 태아만이 태어난 것으로 간주될 것이다...*” 모든 존재는 나름의 본성을 지니고 있다. 존재 자체에서 그 본성을 못 찾고 대신 그와 비슷한 다른 존재에서 끌어 낸다면, 존재의 참된 본성은 달아나 사라져 더 이상 존재 안에 담기지 않게 되며 비유(非有)의 경계선상에 있는 괴물 잡종으로 변해버리게 된다.³⁰

²⁹ 2001년의 금융위기에 임하는 아르헨티나 국민들의 반응과 그들의 모든 요구불예금(*corralito* 으로 알려진) 인출 요청에 대한 차후 봉쇄는 은행 예금 거래의 진정한 보관 목적과 (최종대출자가 없는) 부분지급준비금 은행업의 한계를 완벽하게 경험적으로 예증한 하나의 사례였다.

³⁰ “Dictamen del señor de Diego (Felipe Clemente)” in *La cuenta corriente de efectos o valores de un sector de la banca catalana y el mercado libre de valores de Barcelona*, 370–71쪽. 펠리페 클레멘트 데

금전의 불규칙기탁 계약과 금전대부 계약 간에 근본적으로 양립할 수 없는 성질과 해결불가인 논리적 모순을 이보다 더 정확하고 간결하게 표현할 순 없을 것이다. 펠리페 클레멘트 데 디에고는 다음과 같이 비난하며 말을 끝맺는다.

(불규칙기탁 계약과 금전대부 계약 간의) 이 근본적으로 서로 상반되는 두 가지 개념을 새 계약 거래에서 이쪽이나 저쪽의 어느 한쪽에 속하지 않는 동시에 둘 다일 수 있는 개념으로 전환시키려는 시도는 터무니없다. 계약 조건들이 상호 배타적이기 때문에 그런 일은 불가능하다.

그런 계약은 그저 존재론적으로 불가능하다.

이 두 번째 가능성에 관한 논의를 끝맺기 전에 반드시 덧붙여야 할 말은, 이 모순이 너무도 분명하기 때문에 은행가들은 계약서를 작성할 때 계약 내용, 보편적인 거래 조건, 형식에 있어서 언제나 명확하게 규정하기를 꺼려하고, 그들이 안게 될 보관의 의무와 기탁자로부터 맡은 물품을 개인 이익을 위해 투자할 권한을 부여 받는지 여부를 명시하기를 주저한다는 것이다. 모든 내용이 모호하고 혼동을 일으키기 쉽게 표현되어 있으며, 여기에는 기탁자의 완벽하고 완전한 동의가 결여되어 있다고 결론지어도 전혀 성급한 일이 아니다. 왜냐하면 계약서의 복잡하고 애매모호한 조항들은 자신이 진짜 예금 계약을 개시한다는 선의의 믿음을 가진 고객들을 교묘하게 속이기 때문이다. 물품 전달이 가치 있고 유효한 것이 되기 위해선, 그 전달절차와 기록은 합당해야 하고, 절차, 계약, 명칭 등은 잘 정의되고, 조건사항들도 제대로 규정되어 있어야 하며, 그 조건이 계약 당사자들에게 초래할 법적 결과를 당사자들이 제대로 인식해야만 한다. 이런 세부사항을 명확하게 완전히 규정하지 못한다는 건 은행가 측에 뭔가 아주 대단히 말 못할 속셈이 있다는 뜻으로, 만약 추후에 불리한 법적 결과가 발생한다면 그 무게는, 이 계약의 본질적 목적이나 근거가 기탁금의 단순한 보관과 보호라는 선량한 믿음으로 계약에 참여했던 고객이 아닌 바로 은행가 자신의 두 어깨로 떨어져야 한다.

디에고가 이 말을 한 것은, 부분준비율이 있는 증권의 불규칙기탁 계약의 타당성을 옹호하는 은행가들에게 답을 주기 위해서였다. 은행가들은 금전의 불규칙기탁 계약에서처럼, 이 계약에서도 수탁자가 기탁물을 자유롭게 사용할 수 있다고 주장했다. 그러나, 우리가 이미 설명한 바와 같이, 이 두 가지 금융제도에 대한 찬성이나 반대 주장은 결국 모두 동일한 것이다. 왜냐하면 둘 다 모두 법적 성격, 동기, 목적, 제반 상황이 같은 대체가능물의 불규칙기탁 계약들이기 때문이다. Pasquale Coppazuccari 또한 예금도 아니고 대부도 아닌 은행 예금 거래의 모순성을 강조한다. “La natura giuridica del deposito bancario,” *Archivio giuridico “Filippo Serafini,”* Modena n.s. 9 (1902): 441–72쪽.

세 번째이자 마지막으로, 만약 이것이 기탁자가 진짜로 원하는 것이라면, 아예 돈을 불규칙기탁으로 맡기려던 원래 계획을 수정해, 기탁물의 이용가능성을 정해진 일정 기간 동안 은행가에게 양도하여 상실하는 대가로 이자를 받는 것에 동의한다는 소비대차나 금전대부 계약을 하는 편이 낫다. 이것은 바로 계약 갱신으로, 불규칙기탁에서 대부 계약으로 바꾸는 것이다. 이 경우, 계약 갱신은 계약 수정과 관련된 일반적 법규정에 따라 이루어진다. 이것은 법적으로는 완전히 가능한 일이지만 실제로는 거의 실시되지 않는다. 오히려, 역설적이게도, 일상의 은행 계약에서 개정을 하는 것은 정반대의 경우가 많다. 예를 들어, 정해진 기간이나 시간 동안 은행가에게 물품이 실제로 양도되기 때문에 “정기” 예금이라고 불리기는 해도 처음에는 분명히 소비대차 또는 대부 계약으로 시작했던 계약이, 대개의 경우 갱신을 거쳐 불규칙기탁 계약이 된다. 은행가들이 현재의 재원을 유지하거나 더 많은 자금을 유치할 의도로, 보통 “정기” 예금 구좌 고객들에게 공개적으로나 사적으로, 혹은, 구두로나 서면으로 그들이 거의 아무런 금융적 위약금 없이 언제든지 돈을 인출할 수 있다고 설득할 때 바로 이런 일들이 일어난다. 계좌 예금주들이 안전한 보관을 위해 돈을 맡긴다는 주관적이고 일차적인 목적 의식을 가지고 이런 “정기” 예금 계약(실제로는 대부 계약)을 하는 한, 겉으로 보이는 모습에 상관없이 금전의 불규칙기탁 계약이 분명히 발생한다. 만약 계약의 본질적인 근거·동기가 현재 재화와 미래 재화의 교환을 통해 이자를 얻기 위한 것이라면 진정한 정기 “예금” 행위가 발생한다. 그 일정 기간 동안 예금은 법적 관점에서는 의심할 여지없이 소비대차 또는 금전대부 계약이다. 그리고 계약 체결 후 양자의 명확한 합의에 따라 불규칙기탁으로 개정 또는 변경할 수 있다는 얘기다.³¹

한마디로 말해서, 이걸 어떤 식으로 보든, 불규칙기탁 계약을 소비대차나 대부 계약과 동일시해서는 안된다. 이 둘은 본질적으로 서로 양립할 수 없으며, 부분지급준비금 은행의 요구불예금은, 이것이 “괴물”이든 “법적 일탈”이든, 처음에는 참을만했다가 나중에는 정치적 권력을 행사하는 이들에 의해 계획적으로 합법화되었다.³² 그럼에도

³¹ 법적 관점에서 볼 때, 정기 “예금”이 대부나 소비대차 계약이 아니라는 주장은 지지할 수 없다. 왜냐하면 두 가지 모두 그 경제적, 법적 성격이 제1장에서 우리가 대부나 소비대차에 대해 거론했던 근본적 요건들을 모두 반영하기 때문이다. 정기 “예금”이 대부가 아니라는 이론을 정당화하려던 학자들 가운데 José Luis García-Pita y Lastres가 그의 논문, “Los depósitos bancarios de dinero y su documentación,” 특히 991ff에 제시한 주장이 눈에 띈다. 그러나 García-Pita y Lastres가 여기서 이 주제에 대해 내놓는 주장은 설득력이 떨어진다.

³² 즉, 부분지급준비금 은행은 전통적 법 원칙과 충돌하며, 정부의 법으로 정한 특권이나 특혜에 의한

불구하고, 그런 “괴물 같은” 합법적 금융기관이 인간의 상호작용 과정에서 하나의 역할을 한다는 사실은 사회 경제적으로 불가피한 악영향을 끼친다. 다음 장들에서는 어째서 부분지급준비금 은행이 반복적으로 경제의 발목을 잡는 경제위기와 경기후퇴에 책임이 있는가를 설명하고, 은행 예금 계약의 합법성을 추가적으로 논의해 보겠다. 계약 당사자들이 완전히 동의하는 경우에도 결과는 마찬가지다. 이 밖에도, 중앙은행이라 불리는 총괄적인 상부구조의 정부기관 없이는 이런 기탁금의 항시 반환이 왜 불가능한가를 설명하겠다. 중앙은행은 지폐 발행에 관한 독점권을 갖게 되고 이 지폐를 법정 통화로 명명하고 나자, 민간 은행들의 사업 운용에 필요한 유동성 자금을 즉시 충족할 수 있는 유동성 창조의 기능을 할 수 있게 되었다. 이러한 중앙 집권적 통화 정책이 태어나게 된 경위는 제8장에서 자세히 다뤄보겠다. 강압적 조치로 사회를 재편하려던 다른 모든 시도들(사회주의와 간섭주의)처럼 이것도 결과적으로는 실패로 끝났다. 실제로 중앙 은행과 정부의 통화 정책은 만성적 인플레이션의 가장 큰 주범이며, 사회에 큰 타격을 주어 인위적 호황과 불황의 연쇄 반응 등 크고 작은 규모로 서양 사회 경제 전체에 피해를 미쳐왔다. 이 점에 대해서는 일단 여기까지 하고, 법적 분석에 대한 이야기를 다시 계속 하겠다.

3. 부적절한 해결방법: 이용가능성 개념의 재정립

과거, 유능한 학자들은 금전적 불규칙기탁과 금전대부 계약처럼 서로 양립할 수 없는 두 가지 계약들을 조화시키는 것이 불가능하다고 믿어왔다. 그리고, 오늘날 은행업을 지탱하는 대다수 계약 거래들은 요구불예금(금전의 불규칙기탁 계약)이다. 이 두 가지 사실 때문에, 현재 학자들은 대안적 법률 체계를 구성해서 불규칙기탁 계약과 부분지급준비금 은행업을 동일화시키는 일에 도전하고 있다. 일부는 이용가능성 개념을 “재정립” 함으로써 이 모순을 풀어보고자 했다. 사실, 이 노선에 가담한 학자들이 보기에 이용가능성이란 개념은 그렇게 엄격한 의미(100% 지급준비율 또는 기탁자가 항상 이용할 수 있게 tantundem 유지하기)로 이해할 필요는 없었다. 그저 “느슨한” 개념으로 보면 충분했다. 예를 들어, 그 의무를 충족시키는 은행의 “일반적인” 상환 능력, “신중한” 투자, 위험성 높

강압적인 간섭에 의존해서만 살아남는다. 그런 특권이나 특혜의 경우, 다른 경제 대리인들은 이를 이용할 길이 없는데도 은행가가 부분준비율을 활용하는 것은 합법이라고까지 주장한다. (스페인 상법 180조)

은 투기와 그에 상응하는 손실 피하기, 적절한 유동성과 투자율 유지, 그리고 엄격한 은행법의 전반적 준수 등은, 예금 계좌 개설과 요구불예금 인출에서 “대수의 법칙”이 가상적으로 운영되는 것과 더불어 기탁자가 요청할 때마다 은행의 예금 상환 능력을 궁극적으로 보장해 줄 수 있다고 생각했다.

이와 같이, 가리게스가 보기에 본래 기탁자가 사용할 수 있게 기탁금을 보관해야 했던 의무는 “성실하게 일하고 기탁금은 신중하고 현명하게 사용해서, 언제든지 고객의 요청 시 은행이 그것을 상환할 수 있어야 한다는 의무로 변했다.”³³ 라루미아(Lalumia)의 이론에 추가해, 가리게스는 수탁자는 “tantundem을 유지할 의무가 없으며, 대신 그것을 현명하게 투자하고 유동성을 유지하여 필요할 때는 언제든지 돌려줄 수 있는 위치에 있어야 한다”고 덧붙인다.³⁴ 은행은 고객의 “있을지도 모를” 상환 요구를 만족시킬 정도의 돈만 금고에 보관하고 있으면 된다. 가리게스는 따라서 이렇게 결론 짓는다.

은행 예금에 있어서 보관이라는 요소는 예금 인출 확률을 계산한다는 기술적 요소로 대체되었다. 이 추정 확률은 은행에 예금된 모든 계약의 총량에 의해 결정된다.³⁵

³³ Garrigues, *Contratos bancarios*, 375쪽.

³⁴ 같은 책, 365쪽.

³⁵ 같은 책, 367쪽. García-Pita y Lastres는 자신의 논문 “Los depósitos bancarios de dinero y su documentación,”에서 이와 똑 같은 이론을 옹호하며 이렇게 결론짓는다.

현장에서는 “이용가능성”을 즉각적인 예금 반환을 요구하는 단순한 권리로 간주하기 보다는, 예금 반환을 가능하게 만드는 데 목적을 둔 행동들과 경제 금융 활동의 조합으로 간주해야 한다.(990쪽)

그는 또 다른 논문 “Depósitos bancarios y protección del depositante,” 119–226쪽에서도 같은 맥락의 주장을 계속한다. 또한 이 같은 견해를 지지하며 Eduardo María Valpuesta Gastaminza는 이렇게 주장한다.

은행은 기탁물을 유지할 의무가 없으며, 오히려 이러한 보관 의무는 고객과 은행의 자금을 신중하게 관리하고 이것을 언제나 사용할 수 있게 유지하는 책임으로 바뀌며, 이는 (지급준비금 요건, 위험부담 제한 등을 설정하는) 합법적인 정부 규정에 의해 보장되어야 한다. (122–23쪽)

“Depósitos bancarios de dinero: libretas de ahorro” in *Contratos bancarios*, Enrique de la Torre Saavedra, Rafael García Villaverde, & Rafael Bonardell Lenzano, 편집 (Madrid: Editorial Civitas, 1992)을 참고하라. 이탈리아에서는 Angela Principe가 자신의 저서 *La responsabilità della banca nei contratti di custodia* (Milan: Editorial Giuffrè, 1983)에서 이와 동일한 주장을 했다.

중요한 건, 가리게스 본인도 다음과 같이 인정하고 있다는 점이다: “보관이란 전통적 개념이 *임시변통(ad hoc)*의 개념인 확률이라는 심히 의심스러운 그럴듯함을 뜻하는 개념으로 불가피하게 대체되었다.”³⁶ 이론가들의 이용가능성 개념에 대한 재해석이 “억지스럽다”는 그의 생각은 맞다. (비록 그 역시 결과적으로는 그것을 받아들여긴 했지만 말이다.) 불규칙기탁 계약에서 보관 의무가 단지 자금을 “신중하게” 사용하여 나중에 은행이 부채를 갚기에 충분할 정도의 지불능력만 갖고 있으면 된다는 이론은 실제로 받아들일 수 없다. 자금을 신중하게 사용하라는 것은 모든 인간 행동에 대해 해줄 수 있는 일반적인 충고다. 예를 들어, 정해진 계약 조건에 따라 특정 자금을 사용한 다음 반환해야 한다고 규정하는 (예금이 아닌) *모든 대부 계약이* 그렇다. 즉, 이 의무를 지킬 의지(지불능력의 본 뜻)가 있을 경우 이런 충고가 가능하다는 의미다.³⁷ 그러나, 알다시피, 불규칙기탁 계약의 목적은 대부 계약의 그것과는 다르며 뭔가 확연히 다른 것, 즉, 기탁물의 항상 보호와 보관을 필요로 한다. 때문에, 만약 기탁자가 자신의 예금을 인출하려는데 은행이 그 요구에 응하지 못한다면, 전체적으로는 은행이 지불 능력이 있고 투자액을 전부 현금으로 전환하기만 하면 지불할 수 있다는 사실과는 별도로 예금 거래의 본질적 의무는 이미 명백히 위반된 것이다. 이는 계약 거래를 개시할 때 이 거래의 기본 목적이 기탁금 보호와 보관에 있으며 언제나 사용할 수 있어야 한다고 믿었던 거래 당사자들 중 한 쪽(기탁자)이, 이제는 무언가 완전히 다른 존재, 즉, 억지로 채권자가 되게 강요되었기 때문이다. 그들은 자신의 기탁물에 대한 즉각적인 사용 권한을 상실하고 은행이 질질 끄는 질서정연한 업무 처리 과정을 거쳐 자산을 현금으로 전환해 지불할 수 있게 될 때까지 상당 기간 기다릴 수 밖에 없게 되었다.

지불 능력과 자금의 신중한 운용 개념이 불규칙기탁 계약의 이용가능성이라는 본질을 바꾸는 데 충분하지 못하다면, 최소한 가리게스가 주장하는 “대수의 법칙”과 예상 확률 계산으로 이 문제를 해결할 수 있지 않을까 생각해 볼 수는 있다. 그러나 위에서 논했듯이, 이 분야에서 그런 확률을 통계적으로 계산하는 게 가능하다 하더라도(다음 장

³⁶ Garrigues, *Contratos bancarios*, 365쪽.

³⁷ 표준 기준에서 말하는 “신중”은 여기에서는 통용되지 않는다. 신중하지 않은 은행이 투기사업에서 성공을 거둬 지불 능력을 유지할 수도 있기 때문이다. 반대로, 정작 매우 “신중한” 은행가는 부분지급준비 제도가 일으킬 인위적 경기 호황에 반드시 나타나는 구조적 신용 위기에 심각한 피해를 받을 수도 있다. 따라서, 은행이 항상 약속을 지킬 것임을 보장해주는 유일한 조건(100% 지급준비율)을 위반할 때 신중함이란 건 아무 소용이 없다.

들에서 얘기하겠지만, 실제로는 불가능하다), 계약은 어쨌든 더 이상 기탁 계약이 아닌 사행 계약이 되는데, 사행 계약에선 예금을 즉시 환불 받을 가능성은 그 은행에 한 번에 일정한 인원의 예금자가 예금을 인출하려 몰려올 확률이 얼마나 되는지 여부에 좌우된다.

제5장에서는 확률의 객관적 계산을 일반적인 인간 행동에, 특히 불규칙기탁과 관련된 행동에는 적용할 수 없음을 설명하겠다. 이는 보관 의무가 없는 불규칙기탁이라는 제도가 법적으로는 모순덩어리 계약으로, 은행이 기탁받은 예금을 유용하거나 예금을 아예 직접 만들어내어 어리석은 대출과 투자에 대규모로 투입하는 경제 과정으로 유도하기 때문이다. 이런 대부와 투자는 궁극적으로 신용확장을 통해 자금을 지원받는데, 이때 실제 예금은 전혀 증가하지 않는다. 그 결과, 피할 수 없는 수순으로 경제 위기가 일어나고 은행의 지불 능력과 예금자의 은행에 대한 신뢰도 덩달아 저하되며, 이것이 다시 대대적인 예금 인출 사태를 촉발한다. 도덕적 해이의 이유로, 그 보험 자체의 존재로부터 완전히 독립하지 않은 사건의 결과에 대해서는 기술적으로 보험은 들지 않는게 상식화 되어 있다. 다음 장에서는 부분지급준비금 은행 시스템(tantundem의 완전한 보관이 이루어지지 않고 그래서 기탁자가 이용가능성을 100% 보장받지 못하는 금전적 불규칙기탁)이 *내생적으로 (endogenously)*, 필연적으로, 그리고 반복적으로 경기 후퇴를 만들어내고, 투자 프로젝트 청산, 대출금 상환, 대규모 예금 인출 쇄도로 이어지는 과정을 설명하겠다. 클레멘트 데 디에고가 "일탈", "법적 괴물" 등으로 표현한 부분 준비금만 갖고 유지하는 불규칙 예금을 기반으로 하는 은행 시스템은 비록 상당히 높은 준비금 비율을 유지 하더라도 은행을 지급 불능 상태로 몰아 청구된 예금 지급에 대한 의무를 다하지 못하게 만들었다. 바로 이것이 보관 의무를 준수하지 못했던 다수의 은행들이 결과적으로 파산하게 된 이유다. 이런 상황은 은행가들로 하여금 중앙은행의 창설을 요구하게 만들었고³⁸ 그 요구가 이뤄질 때까지 계속 반복됐다. 중앙은행은 최종대출자 역할을 했고 부분지급준비 시스템 자체의 불안정성 때문에 되풀이되는 매 위기 단계마다 은행들이 필요로 하던 모든 유동성을 보장했다.

³⁸ Rothbard, *The Case Against the Fed*, 90-106쪽. 로스바드는 연방준비제도이사회 설립에 민간 은행가들, 특히 J.P.모건(J.P. Morgan)이 주도적인 역할을 한 경위를 설명한다. 중앙은행에 대한 J.P. 모건의 애정은 그의 부친 Junius가 일반 사원으로 일하던 은행—the London firm of George Peabody and Company— 이 1857년 대공황 때 영국은행의 긴급 용자 지원(emergency credit)으로 파산을 모면했던 일로 한층 강화된다. 그의 부친 모건은 Peabody가 은퇴하자 은행을 인수해 J.S. Morgan and Company로 개명했다. (93쪽, 각주 22)

이런 이유로, 이용가능성 개념의 재정립은 일종의 공론에 뛰어들다는 의미와 같이 부질없는 짓인 것이다. 우선, 은행은 예금을 마치 대부나 되는 것처럼 받아 들이고 그것을 개인 사업 거래에 투자하는데, 기탁자는 여전히 안전한 보호와 보관을 위해 돈을 맡기는 동시에 그에 대한 이용가능성은 여전히 보유하겠다는 목적 의식을 가지고 예금 행위를 한다. 다른 말로 하자면, 이용가능성 개념을 재정립하려는 억지스런 시도는 법적 논리의 모순을 해결하지 못했다. 둘째로, 엄격한 사법적 관점에서 경제 이론을 충실히 따르며 봤을 때, 자금의 "신중한" 사용에 관한 일반적 가이드라인을 지키고 "확률 계산"을 적용해도 부분지급준비율을 사용할 경우에는 은행이 모든 예금상환 요구에 매번 응할 수 없을 뿐만 아니라, 적어도 몇 년 주기로 대중이 은행에 대한 신뢰를 잃고 전례 없던 대규모 예금 인출 사태가 반복적으로 벌어지는 일이 영락없이 일어날 수 밖에 없다. *이런 이론에 대한 결정적 증거가 바로 부분지급준비금 은행(즉, 엄격한 보관 의무를 지지 않는 은행)은 정부의 중앙은행 없이는 생존할 수 없다는 사실이다. 중앙은행은 법정통화 규정을 도입하고 지폐 수용을 강제함으로써 비상시에 필요한 유동성을 무(無)에서 만들어 낼 수 있었다. 정부의 특혜부여와 정부지원이 없다면, 일반적 법 원칙을 지키는 금융기관만이 시장에서 살아 남을 수 있으며, 보편적이고 추상적인 민법 테두리 안에서 은행 서비스를 이용하는 시민들의 자발적 참여만이 이를 가능하게 할 것이다.*

이용가능성은 또한 최종대출자인 중앙은행의 지원을 받는 대가로 민간 은행이 정부 은행의 규정을 따르는 것으로 정의되어 왔다. 그러나 이 요건은 인위적이기도 해서, 법적으로는 정의하기 불가능한 부분지급준비금 은행의 예금 거래 문제를 사법(私法) 영역에서 공법(公法) 영역으로 이동시킨다. 즉, 사법영역에서는 예금거래와 부분준비금제도가 양립할 수 없지만, 공법영역에서는 그것이 아무리 법적인 관점에서 괴물처럼 보일지라도 행정법과 순수 주의설(Pure voluntarism, 主意說)을 통해 정부당국은 어떤 금융기관이라도 합법화할 수 있다. 전체적인 금융 시스템이 (역사적으로 은행이 금전의 기탁 계약에서 보관 의무를 지키지 않았을 때 줄곧 이익을 얻어온 첫 수혜자였던) 정부의 관리감독에 의존하도록 만들어졌다는 것은 기묘한 역설이다. F.A. 하이에크는 현명하게도 다음과 같이 지적한다.

정부의 통화 관리 역사는... 끊임없는 사기와 기만의 역사였다. 이런 측면에서 정부는 경쟁적으로 여러 종류의 통화를 공급해 왔던 그 어떤 민간

은행들보다도 훨씬 비도덕적이었던 것으로 드러났다.³⁹

하이에크의 말에 따르면, 오늘날의 은행업 구조는 그 법률적 모순에도 불구하고 오랫동안 지속 가능해 보인다. 이는 정부로부터 현재 받고 있는 지원과 (아리송하기 그지 없는 임시 명령과 메모들로 구성된 복잡한 거미줄 같은 행정법을 준수하는 대가로) 곤경에 처한 은행들을 긴급 구제해 주는 데 필요한 유동성을 만들어 내는 중앙은행 덕분이다. 그래도 역시, 재산권에 관련된 기존의 법 원칙의 위반은 어쩔 수 없이 부정적인 사회적 결과를 초래한다. 예를 들어, 기탁금 상환은 (부분지급준비율을 사용하더라도 중앙은행의 지원을 받는다면) 적어도 이론상으로는 “보장”될 수 있다. 그러나, 원래 기탁금에 대하여 *화폐 단위의 구매력이 크게 달라지지 않을 거라는 건 보장할 수 없다*. 사실, 현대 화폐 제도가 생겨난 이래로, 매년 정도 차이는 있어도 사회는 줄곧 기탁자에게 상환된 화폐 단위의 구매력을 크게 감소시키는 심각한 만성적 인플레이션에 시달려 왔다. 또한 고려해 보아야 할 것은, 민간 은행의 부분지급준비금 제도와 중앙 은행의 통화 정책을 기반으로 해서 세워진 오늘날의 금융 체제가, 다수의 경제 시장에서 동시에, 또는 시간차를 두고 지속적으로 사회적 혼란을 야기한다는 점이다. 이 혼란에는 인위적인 경제 호황과 침체가 되풀이해 연속적으로 일어나게 만들고 실업률을 높이는 것 등이 있는데, 이는 결과적으로 사회의 조화로운 발전과 안정에 막대한 피해를 끼친다.

이상의 사실들로, 은행업과 통화 분야에서 우리는 다시 하이에크의 생각이 논리적으로 타당하다는 것을 알 수 있다. 즉, 직접적인 정부의 강제나, 특정인 또는 조직에 대한 정부의 특권 부여, 혹은 (부분지급준비율을 사용하는 금전적 불규칙기탁의 경우에서와 같이) 이 두 가지의 조합을 통해서 전통적 행동 법칙이 깨질 때마다, 늦든 빠르든, 파괴적이며 아무도 원치 않는 결과가 뒤따라서 자발적인 협력 과정을 크게 손상시키게 된다는 것이다. 우리가 앞선 세 개의 장에서 살펴본 바와 같이 은행업에서 위반된 전통적 행동 법칙이란, 금전의 불규칙기탁 계약에서 *보호와 보관*(모든 기탁 계약의 본질적 요소 또는 목적)이 지속적인 100% 지급준비 요건의 형태를 취해야 한다는 보편적 법 원칙을 말한다. 결과적으로, 기탁금의 사용은, 특히 대출 행위는 부득불 이 원칙을 위반하게 만들고 횡령을 저지르게끔 한다. 역사적으로, 제2장의 사례들에서 보듯 은행가들은 언제나 발 빠르게 이 원칙을 어기고 사적 이익을 위해 고객의 돈을 유용해왔다. 초기에는 이런 행동들을 하면서도 자신의 행위가 잘못됐다는 것을 의식했기 때문에 죄의식을 느끼고 은밀

³⁹ Hayek, *The Fatal Conceit*, 103-04쪽.

하게 움직였다. 하지만 나중에 기탁자의 돈을 개인 용도로 사용해도 좋다는 정부의 특권을 얻고 나자, 그들은 공개적으로, 그리고 법적으로 그 원칙을 어겨도 좋다는 허락을 받게 된 것이다. 그러나, 특권의 조직화는 어설프고 보통 간단한 행정 규제의 형식으로 은행가들이 줄어든 지급준비율만 갖춰도 좋다는 권한만 부여할 뿐이었다.

이것이 정부와 은행 사이의 이제는 전통이라 할 수 있는 공모와 공생 관계의 시작이다. 이 관계는 오늘날에도 여전히 존재하며 모든 서구 사회에서 약간의 변화는 있지만 거의 언제나 존재해왔던 두 조직 사이의 친숙한 "이해"와 긴밀한 "협조"를 설명해준다. 은행가와 정부당국은 기탁 계약에 있어 전통적 법원칙을 희생하기만 하면 어마어마하게 수익성이 좋은 금융활동에 참여할 수 있다는 사실을 곧 깨달았다. 비록 어려운 시기에는 최종대출자인 중앙은행이 필요한 유동성을 제공해야 했고, 조만간 그런 어려운 시기가 언제나 곧 돌아온다는 것을 경험으로 알고 있었지만 말이다. 그러나 은행가들에게만 허용된 이 특권의 파괴적인 사회적 결과들은 통화 이론과 자본 이론이 경제학에서 충분히 무르익어 되풀이되는 경기 순환의 출현을 설명하기 전까지는 완전히 이해되지 않았다. 특히 오스트리아 학파에 따르면, (기술 · 경제적 관점에서뿐만 아니라 법적 · 계약적 관점에서) 기본적으로 서로 양립할 수 없는 요소들로 구성된 계약, 즉 대출의 장점(특히 "예금"에 대한 이자 수익의 가능성)과 기존의 불규칙기탁 계약의 장점(그 정의에 따르자면 언제든지 예금자가 자신의 자금을 인출하는 것을 허용해야 함)을 하나로 합치려는 계약은, 조만간 피할 수 없는 자연스러운 조정에 들어가게 된다. 처음에는 이런 조정들이 (자발적인 예금의 실제 증가와 부합하지 않는 대출 생성을 통한) 확장된 통화 공급, 인플레이션, 미시 경제학적 차원에서 사회의 생산 자원을 잘못 할당하는 결과로 나타났다가, 결국 나중에, 금융 위기, 경기 침체, 그리고 신용확장과 광범위한 실업으로 의해 생산성 구조에서 발생한 오류를 수정하는 형태로 나타났다. 다음 장에서는 주로 경제 이론의 관점에서 이 문제들을 다뤄 볼 예정이다. 그러나 우선 은행 예금과 관련된 다른 기타 사법 기관을 분석하는 것으로 우리의 법적 연구를 마무리 짓기로 하자.

이 섹션을 마무리하기 위해 제시된 다음 표에는 은행 예금 거래를 그 내재된 논리로 판단할 때 7가지로 분류하는 법적 방법이 나와 있다. (그리고 당연한 얘기지만, 우리가 익히 알고 있듯이, 이 분류의 어떤 항목도 실정법상 법적 강제성은 띠지 않는다.)

표 1

부분 준비금 제도를 바탕으로 한 은행 예금 계약에 대한 7가지 법적 판단

1. 속임수 또는 사기행위 있음: 횡령죄가 성립되고 계약은 무효가 된다. (부분지급준비금 은행업은 역사적 부패에서 시작).
 2. 속임수는 없지만 거래에 실수(*error in negotio*)가 있음: 계약 무효가 된다.
 3. 거래 실수는 없지만 당사자는 서로 다른 각각의 계약 근거를 추구함: 기본적으로 양립할 수 없는 쌍방 근거로 인해 계약 무효가 된다.
 4. 양립 불가능한 근거 검용성이 비록 인정되더라도 (중앙은행 없이는) 그 이행이 불가능하기 때문에 계약은 무효다.
 5. 보충: "대수의 법칙"이 타당하다고 해도(그런 경우는 없지만), 계약은 여전히 사행 계약이다(기탁 계약도 대부 계약도 아님).
 6. 계약은 행정부의 지령(특권) 및 국내 통화의 발행과 유통을 하는 중앙은행의 지원에 의해 실시된다.
 7. 어쨌든, 제삼자에게 큰 손해를 주기 때문에(중앙 은행이 심화시키는 경제 위기), 계약은 무효다. 그 피해는 통화 위조에 의한 규모를 훨씬 뛰어 넘는다.
-

4. 금전의 불규칙기탁, 환매 약정 계약 및 생명 보험 계약

우리는 앞에서 불규칙기탁 계약의 법적 성격을 분석했다. 이러한 분석은 (빠르게 변하는 현실 세계의 다양한 법률 계약들 속에서) 진정한 대출 계약, 보관 의무가 충족되는 불규칙기탁 계약, 그리고 모순적이거나 심지어 사기성까지 있는 계약을 식별해 내는데 신뢰할 만한 가이드 역할을 할 수 있다. 자신의 이익을 위해서라면 기존의 법 원칙을 교묘하게 회피하고 타인을 해치는 행위를 하는데 있어 인간의 창의력은 그 끝을 모르기

때문에, 이는 중요한 하나의 지침이 될 수 있다.

또한, 정부당국이 법 원칙을 적절하게 정의하지 않거나 방어해 주지 않는다면, 특히 금융과 같이 일반 대중으로선 이해가 어려운 추상적인 분야의 경우에는 그릇된 판단을 할 위험이 더욱 커진다.

환매 약정 계약

통화 예금에서와 같이 고객의 자금을 유지할 목적으로 기탁금의 즉각적인 이용가능성을 보장하겠다고 고객에게 제의한 다음⁴⁰ 그렇게 받은 돈을 은행이 투자나 개인 거래 등에 사용하는 것을 보게 된다면, 그 거래의 법적 형태에 관계 없이 우리는 경계를 늦추지 말아야 한다. 예를 들어, 환매 약정 계약을 한다고 할 때, 계약 당사자 중 어느 한 쪽이 상대방의 요청을 받으면 언제든지, 최소한 당초 투입된 초기 물품 대금과 동일한 가격으로 증권, 권리, 또는 금융 자산을 재구매할 것을 약속한다. 이런 계약은 진짜 금전의 불규칙기탁 계약을 숨기려는 불법 수단이라고 할 수 있다. 왜냐하면 계약 당사자 중 한쪽은 물품의 즉각 이용가능성 보장이라는 기본 목표를 추구하지만, 다른 한쪽의 근거·동기는 자금을 모아 여러 가지 사업 거래에 투자하는 데 있다는 모순된 성격을 띠기 때문이다. 요컨대, 이것들은 종종 사기성 계약이 되기도 하는 것이다. 여기서 전문적인 예금 “수집상”은 “고객”을 설득해 돈을 맡기도록 하는데, 그들은 언제든지 사용할 수 있도록 보관하다가 원할 때는 바로 상환해 주겠다고 (“환매 약정”을 통해) 약속하는 식으로 자산을 쉽게 넘겨 받아 사용해 버린다.

이와 비슷한 사례로는, 실제로는 보다 종종 일어나는 일인데, 어떤 금융 기관(예를 들어, 은행)이 일련의 금융조치를 통해 체계적으로 자신의 주식 시장 가격을 유지하거나 “방어”하여, 그 주식의 판매가 정가(定價)로 “보장” 되었음을 시장에 표명하는 거래가 있다. 만약 이것이 사실이고, 또 일반 대중이 사실로 믿는 한, 신뢰할만한 금융기관이 채권, 증권, 혹은 주식의 시장 유동성을 항상 보증하고 이에 대한 투자를 한다면, 불규칙기탁

⁴⁰ 많은 “불규칙” 거래들이 지속적인 이용 가능성을 “보장”하는 것은 고객에게 그것을 포기하거나 대출에 따르는 희생을 할 필요가 없다고 설득하기 위해서다. 이로써 자금을 한결 쉽게 모을 수 있는데, 특히 고객이 순진해서 어떤 희생이나 위험 없이 고수익을 얻을 수 있다는 유혹에 빠질 때 (가짜 또는 사취 하는 경우) 더 그러하다.

계약이 성립된다.⁴¹ 따라서, 대다수 은행 위기가 광범위한 예금 인출보다는 은행 주식의 대규모 매각 때문에 일어난다는 사실은 전혀 놀라울 게 없다. 주식은 안전한 자금의 도피처인 동시에 즉각적인 이용가능성을 보장한다. 은행의 지불능력에 의구심이 생기면 해당 은행이 보유한 증권부터 대대적으로 매각되고, 은행은 주식의 시장 가격을 유지하겠다는 암묵적 공약을 더 이상 지킬 수 없게 된다. 적어도 과거에는, 이런 대규모 매각은 중앙은행이 민간 은행에 제공하는 무차별적인 지원으로도 주식의 현재 시장 가격을 보존 해주지 못할 경우에만 발생했었다. 그러나 이제 스페인과 다른 나라들에서 벌어진 가장 최근의 금융 위기로 결국 손해를 보게 되는 유일한 “기탁자”는 주주들 자신이라는 사실이 입증 되었다.

“경계선상”에 있는 다른 사례들도 많다. 예를 들어, 일부 금융 회사와 지주 회사들은 주식 모집을 장려할 목적으로 주주가 요청할 때마다 원가로 그것을 환매하는 데 “주력”한다. 환매가가 고정되어 있고 그 가격이 *유통시장에서 물품의 실제 시세와 다른 경우, 그런 환매 약정 계약은 모두 의심해 봐야 한다.*⁴² 따라서, 앞선 1, 2, 3장에서 살펴 본

⁴¹ 이런 논리를 극단적으로 비약하자면, 국가가 주요 주가지수 수익률(stock market indexes)을 유지 관리하는 데 필요한 유동성을 보장하기만 한다면, 주식 시장 전체가 진정한 예금 수단이라고 생각될 수도 있다. 공공 이미지를 이유로 들어, 정부와 중앙은행은 수많은 주식 시장 위기 때마다 적어도 가끔씩이나마 이런 목표와 정책을 계속 추구해왔다.

⁴² 위장한 예금의 또 다른 예로, 요청 시 언제나 되살 것을 약속한 임시 양도가 있다. 이 양도는 고객이 은행에 대출해 주는 형식을 취한다. 채권 등 증권이 담보로 제공되는데, 수탁자가 불이행하는 경우에 대비해 보통은 국채증권으로 제시되고 대출에는 지정된 날짜까지 당사자간 합의된 금리로 정해진 이자가 붙는다. 또한 이 계약은 대출 기한 전에 청구해도 환불이 가능하며, 약정 기간 전에 해지할 경우 결과적으로 그가 환불 받게 될 금액은 해약일까지 합의된 금리로 원금에 이자를 복식으로 계산한 액수가 된다. 이 거래는 고객의 입장에서 보면 아메리칸 옵션을 제공한 증권 담보 대출과 동일하다. 옵션이란 어떤 특정한 날짜에 혹은, 특정한 날짜까지 일정한 양의 자산을 사거나 팔 수 있는 권리를 수여하는 하나의 계약이다. 구매 옵션은 콜 옵션(call option)이며, 판매 옵션은 풋 옵션(put option)이다. 만약 허용된 권리가 지정된 날짜까지 유지된다면 그 옵션은 “아메리칸” 옵션이라 하고, 특정 날짜에 행사된다면 “유럽” 옵션이라고 한다. 권리 인수자는 계약이 종결되는 시점에서 권리 양도인에게 프리미엄을 대가로 지불한다. 권리를 취득하는 고객은 예금의 만기일 이전 금리가 당초 약정한 금리를 넘는 경우에만 옵션을 행사하는 것이다. 만기 전에 금리가 떨어지면 자금이 필요하더라도 그는 이 옵션을 행사하지 않을 것이다. 왜냐하면, 남은 기간 동안 일반적으로 더 낮은 금리로 그 대출증서를 담보로 제공해 자금을 차입할 수 있기 때문이다. 일부 금융기관들은 이러한 계약을 전형적인 예금 서비스와 함께 제공하고 있다. 따라서 고객은 자신의 계좌에서 수표를 끊고 자동 이체로 청구서를 지불하기도 한다. 또한 은행이 이 계약을 체결하는 이유는 이 증권들로 투기를 할 수 있기 때문이다. 이 투기의 자금은 시민들이 대고, 그 이유는 은행의 것이 된다. 이런 유형의

법 원칙과 이제부터 논의할 경제적 영향에 비추어 이 경제·금융 거래 연구에 분석적 판단을 적용해 그것의 정확한 거래 유형, 진정한 성격, 그리고 그 결과를 판별하는 것은 법률문제 전문가와 경제학자들의 몫으로 남겨진다.⁴³ 앞으로 미래의 어느 날, 중앙은행의 독점체제에 바탕을 둔 현재의 금융 시스템이 완전히 민영화되고 보편적 법 원칙을 준수하는 자유 은행 시스템이 수립된다면 이런 분석은 큰 주목을 받게 될 것이다. 그때는 현재의 거미줄 같이 얽히고 설킨 복잡한 은행 규제책들이 민법, 상법, 형법에 포함된 몇 개 안 되지만 명료하고 단순한 규칙들로 대체될 것이다. 이런 규칙들의 주요 목적은 엄격한 보관 원칙(100% 지급준비금 요건)의 준수를 보장하는 데 있다. 이는 통화 요구불예금 계약뿐만 아니라 계약 참여자의 주요 목적이 기탁물의 보호와 보관에 있는 다른 모든 경제 금융 거래와 연관된 원칙이다. 이런 의미에서, 우리가 지금 제안하려는 분석은 판사들과 법학자들이 경제·금융 분야에 끊임없이 새로 등장하는 수많은 복잡다단한 계약 거래들을 이해하는 데 있어 큰 도움이 되며, 이런 거래들을 보편적인 민법 및 형법 조항들에 따라 무효 또는 범법행위로 분류하는 것을 가능하게 해 준다.⁴⁴

어쨌든 금융 분야에 만연되어 있는 이기적이고 패배주의적인 태도는 피해야 한다. 이런 태도는, 인간이란 너무도 독창적이어서 보편적 법 원칙을 피할 수 있는 보다 정교한 사기 수단을 얼마든지 찾아낼 수 있으며, 그래서 그런 법 원칙은 절대 지켜질 수도, 방어될 수도 없다는 믿음에 기반을 둔다. 이런 패배주의적 태도를 피해야 하는데, 왜냐하면 기존의 법 원칙들을 위반하기 위한 독창적인 여러 방법들이 확산된 이유가 바로 정부 당국이 그 동안 이 원칙들을 계속 혼란스럽고 모순되게 정의하고 방어해 온 결과, 그것을 존중해야 한다는 일반적 인식이 사라진 데 있기 때문이다. 사실은 바로 그 정반대가 진실인데도 말이다. 우세한 가치와 생각들은 시간을 거둬 오며 변질되어 사람들은 이

은행업무에 대해 자세한 내용을 제공해 준데 대해 이 자리를 빌어 Ruben Manso 교수에게 감사 드린다.

⁴³ 또 다른 흥미로운 질문은 매우 짧은 기간의 정기 “예금”(대출)이 어떻게 진짜 예금으로 바뀌는지 판단하는 문제다. 일반적인 규칙은 분명 있지만(쌍방의 목적이 우선시되어야 하고 만기 시 모든 대출은 인출 때까지 100% 지급준비금을 요구하는 예금이 됨), 실제적으로는, 은행에 제공되는 대출 기한 (한달?, 일주일?, 하루? 등)이 고려되어야 한다. 소위 “2차 교환수단”이라고 불리는 것은, 현금은 아니지만 현금으로 쉽게 바꿀 수 있으며, 추가적인 프리미엄을 지불하고 살 가치가 있는 것을 말한다. 이 2차 교환 수단이라는 것에 대해서는 미세스의 *Human Action*, 464-67쪽을 참고하라.

⁴⁴ 마지막 장에서 더 자세히 다루겠지만, 우리가 제안하는 모델에서 중앙은행과 그 관료들이 금융 분야에서 행사하는 통제권은 판사가 대신하게 된다. 이렇게 해서 판사는 금융 분야에서도 일반적 법률 원칙의 적용에 있어 자신의 권한과 중심적인 역할을 회복하게 될 것이다.

제 부분지급준비금을 활용하는 불규칙기탁 계약을 합법적인 걸로 간주한다. 보편적 법 원칙들이 다시 이해되고 존중된다면 (특히 정부 당국이 재산권을 진정으로 보호하고 지키게 된다면) 수많은 부정직한 행동들이 상당부분 줄어들 것이다. 사람들이 법을 어기고 타인을 속일 새로운 방법을 끊임없이 탐색하더라도, 대중을 인도하고 정부 당국을 이끌어 재산권을 정의하고 방어하도록 하는 일단의 명료한 원칙들이 갖는 근본적인 중요성을 손상시키지는 못한다.

생명 보험 계약 사례

생명 보험은 예로부터 내려온 전형적인 법제도로써, 그 법적 본질과 내용은 잘 정립되어 있고 보험 통계, 경제 및 금융 관례로 잘 뒷받침되어 왔다. 그런데 최근 보험 계약은 부분지급준비 제도의 불규칙기탁과 매우 흡사한 계약을 만드는 일에 이용되기 시작했는데, 이런 시도들은 생명 보험의 발전과 기존의 지불 능력, 그리고 보험 계약자, 즉 예금자에게 막대한 손해를 끼치게 되었다.

먼저, 생명 보험 계약이 금전의 불규칙기탁 계약과 아무 연관이 없다는 걸 이해하는 게 중요하다. 생명 보험은 사행 계약으로, 계약 당사자 또는 보험 계약자는 *보험료* 또는 운영비를 지불하고, 보험 회사는 보험 계약자가 사망하거나 계약에 약정된 기간이 만료된 후에도 살아있을 경우 일정한 보험금을 지불하기로 합의한다. 따라서, *보험계약자가 지불하는 보험료는 그가 완전히 사용할 수 없는 것이며, 그 이용가능성은 보험업자에게 고스란히 양도된다.*⁴⁵ 이런 이유로, 모든 생명 보험 계약은 (그 지불이 보험 계약자의 죽음이나 생존과 같이 불확실한 사건에 달려있기 때문에) 현재의 확실한 재화를 미래의 불확실한 재화와 교환하는 것이다. 따라서 생명 보험은 저축 거래(savings transaction)에 해당한다. (저축 거래에서 현재 재화의 소유권과 이용가능성은 미래 재화의 소유권 및 이용가능성과 맞바꾸어 포기된다.) 뿐만 아니라, 이것은 *완벽한 저축 거래*이기도 하다. 왜냐하면, 예상되는 불확실한 사건(보험 계약자의 사망)이 일어나기만 한다면 계약이 효력을 발

⁴⁵ 생명 보험은 다년간에 걸쳐 예금해야 하기 때문에 고객의 돈이 언제든지 사용가능 상태로 유지된다는 보장과 함께 판매되는 다른 금융 상품(예금)에 비해 훨씬 판매하기가 어렵다. 이러한 이유로 일반 예금은 손님이 자발적으로 은행에 예금을 맡기러 가는 반면, 생명 보험은 비용이 많이 드는 대리인의 판매망을 통해 판매되고 있다. 생명 보험 회사들은 자발적인 장기 저축을 장려 육성하지만, 은행은 무에서 대출과 예금을 만들어내기 때문에 누구에게도 먼저 저축하는 희생을 하라고 요구하지 않는다.

회하는 바로 그 순간부터 상당한 금액을 수령하는 것이 가능해지기 때문이다. 다른 전통적인 예금 수단들(소비대차 또는 대출)은 사망 시 보험 회사가 지급하는 액수만큼의 금액을 축적하려면 상당히 오랜 저축 기간이 필요하다. 다시 말해, 생명 보험 계약, 사망과 생존 표에 근거한 확률 계산, 보험을 유지하는 모든 보험 계약자들간의 상리공생(相利共生) 원칙이나 손실 나눔은, 다른 금융 수단을 통한다면 많은 시간이 흐른 뒤에도 축적할 수 있는 상당한 액수의 돈을 예상된 사건이 일어나는 즉시 곧바로 수령하는 것을 가능하게 만들었다.

생명 보험은 복잡한 금융 및 보험 통계 요소가 포함된 장기 계약으로, 자금의 신중한 투자가 요구된다. 자금의 이용가능성은 상호 회사(mutual company)나 생명 보험 회사로 양도되는데, 이들은 미래에 있을 지불에 대비해 수학적으로 계산된 지급준비금을 모아 투자해야 한다. 이 금액을 “수학적”이라고 부르는 이유는 이것이 대부분의 서양 인구에 대해 안정적 상수인 사망률표에 따른 사망·생존 확률 계산으로 얻어진 것이기 때문이다. 보장된 모든 보험금을 지불하는 데 필요한 금액을 거의 틀리지 않고 계산하는 일은 가능하다. 나중에 우리는 경제·금융 관점에서 생명 보험과 부분지급준비금을 활용하는 불규칙기탁 계약 간의 근본적인 차이를 살펴볼 것이다. 생명 보험과는 반대로, 불규칙기탁 계약은 확률 계산을 허용하지 않는데, 왜냐하면, 부분지급준비은행이라는 제도가 되풀이되는 대규모 예금 인출 사태에 완전히 책임이 없다고 할 수 없기 때문이다.

일부 생명 보험에는 중도 해약(surrender) 권리가 있기 때문에 상황이 한층 더 복잡해진다. 이 얘기는 보험 계약자가 계약을 취소하고 보험의 정확한 청산가치를 현금으로 받는다는 의미다. 일부 이론가들은 이 “중도 해약 환급금(surrender value)”이 있는 보험이 부분지급준비금을 활용하는 금전의 불규칙기탁 계약과 매우 유사하다고 주장한다.⁴⁶ 이런 의견에 이의를 제기하려면, 계약 이행 시, 그 진짜 모티브, 목적 또는 주관적 동기에 근본적으로 의존하는 은밀한 불규칙기탁이 존재하는지 살펴 보아야 한다. 전통적인 생명 보험 증권의 경우에서 종종 볼 수 있는 것처럼, 만약 고객이 계약 만료가 될 때까지 그 계약을 유지하려 들고, 언제든지 자신이 그때까지 납부한 자금을 되돌려 받을 수도 있다는 것을 모른다면, 이때 그 거래는 분명히 불규칙기탁이 아니라 전통적인 생명 보험

⁴⁶ Murray N. Rothbard, “Austrian Definitions of the Supply of Money,” in *New Directions in Austrian Economics*, Louis M. Spadaro, 편집. (Kansas City: Sheed Andrews and McMeel, 1978), 143–56쪽, 특히 150–51쪽을 참조한다. 예금 계약과 유사하게 하기 위해 만들어진 새로운 “생명 보험” 업무에 관한 로스바드의 주장은 완전히 정당하다.

계약이 된다. 이런 유형의 보험은 중도 해약이 “마지막 수단”이라는 생각으로 판매되는데, 이것은 가족이 보험 증권에 돈을 계속 지불할 수 없는 절박한 상황에서 선택할 수 있는 해결책으로, 가족 구성원 모두의 마음의 평화를 위해 매우 필요한 선택이다.⁴⁷

그러나, 최근 은행과 다른 금융 기관들은 생명 보험과 은행 예금 계약간의 경계선을 흐리고 근본적이고 전통적인 구분을 없애기 위해 부단한 압력을 행사해 왔다.⁴⁸

진짜 통화-기탁 계약이 생명 보험 증권으로 위장해 시장에 나타나기 시작했는데, 이 상품을 판매할 때 고객들에게 제시하는 주된 이점들로는, 이 계약에는 규칙적으로 납입해야 하는 장기 저축을 하지 않아도 좋으며, 보험 회사에 넘겨진 자금은 언제든지 위약금이나 그 어떤 수수료도 없이 바로 상환 받을 수 있고, 원금에 이자가 붙을 수도 있다는 것 등이다. 이러한 계약이 생명 보험을 가장하게 된 하나의 이유는 세금우대를 받기 위함이다. 보험 제도가 발달하고 있는 거의 모든 나라에서는 보험에 세금우대를 해주는데, 이유는 보험이 대다수 시민의 자발적인 저축을 촉진하고 인플레이션을 억제하여 국가의 경제 발전을 지원하는 효과가 있기 때문이다. 그 결과, 세금우대를 얻기 위한 사이비 “생명 보험” 계약들이 대규모로 성사되었고 그저 단순히 위장된 것일 뿐인 예금 거래 (deposits)가 아무 노력도 들이지 않고 이루어졌는데, 사람들은 언제든지 필요하면 위약금

⁴⁷ 뿐만 아니라, 보험 증권을 중도 해약할 경우 계약자는 전통적으로 엄청난 위약금을 물어야 한다. 이 위약금은 계약의 첫 1 년 동안 보험 회사가 상환해야 하는 높은 인수 비용 때문에 발생한다. 이런 위약금을 줄이려는 경향이 의미하는 건, 보험업자가 더 이상 전통적인 생명 보험이 아니고 위장한 은행 예금이 된다는 것이다.

⁴⁸ 본서 제7장 마지막 부분에서 보게 되겠지만, 1921년부터 1938년 사이, 영국의 유력한 보험 회사였던 상호생명보험사(National Mutual Life Assurance Society)의 의장 존 메이너드 케인즈는 생명 보험에 관한 전통적 원칙을 손상시키는 데 있어 중심적 역할을 했다. 의장으로 있는 동안 그는 (채권에 투자하는 기존 전통을 포기하고) 가변-수익률 증권(variable-yield securities)에 투자하는 “적극적” 투자 정책을 추진하였다. 뿐만 아니라 그는 자산 평가(시장 가치)에 대해 정통적이지 않은 기준을 옹호했고, 아직 실현되지 않은 주식 시장 “수익”으로 보험계약자들에게 이익 배분을 실시하기도 했다. 케인즈가 한 보험업의 기존 원칙에 반하는 이러한 모든 행위는 1929년의 주식 시장 폭락, 그리고 대공황이 닥쳤을 때 회사를 절망적인 궁핍 상태로 몰아넣었다. 결과적으로, 케인즈의 이사회 동료들은 그의 경영 방침과 판단에 의문을 제시하기 시작했다. 그들 사이에 갈등이 일어났고 1939년 케인즈는 사임했는데, 이유는 그의 표현을 빌자면, “내게는 경영 관리의 결함을 극복할 능력이 없고 그 책임을 질 의사도 없기 때문”이었다. 존 메이너드 케인즈, *The Collected Writings* (London: Macmillan, 1983), 12권, 47, 114-54쪽을 참고하라. 또한 Nicholas Davenport, “Keynes in the City,” in *Essays on John Maynard Keynes*, Milo Keynes, 편집 (Cambridge: Cambridge University Press, 1975), 224-25쪽을 참조한다. 제7장의 각주 108번도 참고하라.

없이 돈을 되찾아 다른 금융 기관으로 옮길 수 있다고 생각했다. 이것은 후에 많은 혼란을 양성했다. 예를 들어, 생명보험의 공식 통계에 그것과는 무관한 다른 금융제도의 거래 수치(은행 예금)가 포함되었고, 혼란한 시장에서 유서 깊은 생명 보험 계약은 크게 왜곡되어 그 명성을 잃게 되었다.⁴⁹

다행히도 현재는 정상 상태가 회복되는 과정에 있고, 민간 보험업자와 정부 당국은 보험과 은행 예금 사이의 구분을 흐리면 생명 보험업에 큰 해를 끼치게 된다는 사실을 깨닫기 시작했다. 실제로 이 혼란은 모든 이에게 해를 끼쳤다. 기존의 생명 보험 회사들은 세금 혜택의 대부분을 잃고 중앙은행과 통화 행정기관의 심한 간섭과 통제를 받게 되었다. 은행 예금을 하는 걸로 여기며 생명 보험 서비스를 받았던 고객들은 그 상반된 결과를 떠 안았고, 대부분의 경우 (생명 보험으로 위장된) 진짜 예금에서 자금을 끌어 들여 그걸로 장기 투자를 했던 은행들은 지불능력이 저하됐다. 생명 보험 기관이 보험과 예금의 구분을 흐리게 하면서 이들을 관리감독하던 정부 당국은 점차적으로 이 기관들에 대한 통제권을 상실하다 다른 기관(중앙은행)에 권한을 거의 넘겨주게 되었다. 은행은 보험회사와는 완전히 다른 별개의 금융기관으로, 앞으로 살펴보겠지만, 그 재정 및 법적 기초에는 아쉬운 점이 많다.

⁴⁹ 요컨대, 생명 보험 판매 붐은 하나의 환상이었다. 그 어마어마하게 증가한 보험 판매 숫자는 사실 걸음으로만 그렇게 보일 뿐이었다. 전통적인 생명보험 (절제와 장기적인 저축에 대한 헌신, 그리고 선견지명 요건 때문에 훨씬 겸손한)의 판매실적을 그 국가의 총 은행 예금과 비교해 보면, 그 판매실적은 완전히 그 빛을 잃는다. 진정한 생명 보험 판매량만 통계에 포함될 때 비로소 균형 잡힌 시각에서 다시 문제를 볼 수 있을 것이며, 모든 사람(특히 정부)이 애써 보고자 하는 신기루가 마침내 사라지게 될 것이다.