



시대와 사회를 초월한 名判決

박 흰 일*

편집자 주 | 경희대학교 법학전문대학원(로스쿨)이 정식 출범함에 따라 이번 호부터는 로스쿨 재학생들이 편집위원회를 구성하고 제작에도 주도적으로 참여하고 있다. 로스쿨에서는 학부에서의 전공과 상관없이 일정 수준의 소양을 갖추었다고 판단되는 학생들이 입학하여 점차 훌륭한 법조인이 될 수 있도록 교육 훈련을 받게 된다. 중요한 과제 중의 하나가 Case Study, 즉 시대와 사회의 요청에 따라 주요 법리가 어떻게 발전해 왔는지 리딩 케이스를 공부하는 일이다. 더욱이 경희대 법학전문대학원의 특성화 분야는 글로벌 기업법무이다. 비록 우리와 법제는 달라도 영국과 미국, 독일, 일본 등 외국의 법적 지성이 고심하여 내린 판결을 조사 검토함으로써 국경이 없는 보편적인 진리를 발견할 수 있다고 생각된다. 본고는 당초 로스쿨 강의교재로 만들었던 것(외국 판결의 원문이 소개되어 있음)을 본지의 취지에 맞게 수정한 것이다.

I. 명판결이란

케이스 중심으로 법 공부를 하다보면 종종 우리를 감동시키는 명판결을 대하게 된다. 특히 케이스 로를 중시하는 영미법을 공부할 때에는 명판결을 내린 법관의 이름까지도 기억하게 되는데 법학도라면 자기도 언젠가 이렇게 이름을 남기고 싶다는 ‘로망’을 품게 마련이다. 사실 미국의 로스쿨에서는 100개 이상의 주요 판례(case brief)를 외워야 한다는 말을 듣게 된다.

이러한 명판결은 당시에는 비록 소수의견에 머물렀을 지라도 만인의 지성과 심금을 울려 판례를 바꾸고 사회의 통념을 변혁시키는 계기를 만들기도 한다. 무엇보다도 명판결의 반열에 오르려면 기존 학설과 판례를 뒤엎는 새로운 법리를 전개함으로써 후대의 법률이론과 판례에 막대한 영향력을 줄 수 있어야 한다. 명판결 중에는 시대와 사회의 변화를 내다본 선각자적인 것도 많고, 만고불변의 진리를 체화한 것도 적지 않다. 그 중의 하나가 “이웃과 조화롭게 살고, 고아와 과부를 구제하라”는 어느 사회에서나 요구되는 윤리규범이다.

다음 소개하는 두 개의 케이스는 필자가 미국 로스쿨을 다닐 때 공부했던 미국과 영국의 판례이다. 사안이 집안의 불화와 다툼에서 비롯된 것이어서 법률이나 법관이 함부로 간섭할 수 없는 영역임에도 이것을 ‘정의와 양심’(justice and conscience)의 이름으로 해결을 도모한 것

* 경희대학교 법학전문대학원 부교수, 국제법무대학원 부원장, 법학박사.

이 매우 인상적이었다. 시대를 관통하는 사회규범을 수호하면서 새로운 학설을 창도한 위대한 작업(Great Works)이라고 부를 수 있을 것이다.

II. 미국 케이스: Kirksey v. Kirksey 8 Ala. 131 (1845)

Facts

The plaintiff was the wife of defendant's brother, but had for some time been a widow, and had several children. In 1840, the plaintiff resided on public land, under a contract of lease, she had held over, and was comfortably settled, and would have attempted to secure the land she lived on. The defendant resided in Talladega county, some sixty, or seventy miles off. On the 10th October, 1840, he wrote to her the following letter:

“Dear sister Antillico -- Much to my mortification, I heard, that brother Henry was dead, and one of his children. I know that your situation is one of grief, and difficulty. You had a bad chance before, but a great deal worse now. I should like to come and see you, but cannot with convenience at present. * * * I don't know whether you have a preference on the place you live on, or not. If you had, I would advise you to obtain your preference, and sell the land and quit the country, as I understand it is very unhealthy, and I know society is very bad. If you will come down and see me, I will let you have a place to raise your family, and I have more open land than I can tend; and on the account of your situation, and that of your family, I feel like I want you and the children to do well.”

Within a month or two after the receipt of this letter, the plaintiff abandoned her possession, without disposing of it, and removed with her family, to the residence of the defendant, who put her in comfortable houses, and gave her land to cultivate for two years, at the end of which time he notified her to remove, and put her in a house, not comfortable, in the woods, which he afterwards required her to leave.

A verdict being found for the plaintiff, for two hundred dollars, the above facts were agreed, and if they will sustain the action, the judgment is to be affirmed, otherwise it is to be reversed.

1845년 미국 앨라바마주 대법원이 판결한 이 사건의 개요는 다음과 같다. 남편과 사별하고 자식들을 어렵게 키우고 있는 형수를 측은히 여기고 시동생이 편지를 보냈다.¹⁾ “형님을 여의

1) 원고와 피고의 이름이 같은 것은 같은姓을 가진 한 집안 사람이라는 의미이다. 형수인지 제수인지 분명치 않으나 일단 형편이 넉넉한 시동생이 의지에 나가 홀로 된 형수를 위로한 것이라고 추측하였다.

고 사정이 매우 딱한 것을 아는데 토지와 가재를 정리하고 오시면 조카들과 살집과 농사지를 땅을 드리겠노라”는 내용이였다. 과부는 시숙의 말만 믿고 버리다시피 가재도구를 정리한 후 60마일이나 떨어진 곳으로 이사를 왔다.

시동생은 처음 2년간은 좋은 집과 농토를 제공하였으나 그 후 마음이 바뀌어 형수와 조카를 허름한 집으로 옮기게 하였다가 중국에는 그의 땅에서 몰아냈다. 그러자 과부가 시동생을 약속을 위반한 것이라고 제소하였다. 배심원 평결은 과부 편을 들었지만 고지식한 법관들은 기존 법원칙에 충실하여 그 과부로 하여금 피눈물을 흘리게 만들었다.

오르몬드 대법관의 판결

Ormond, J. The inclination of my mind, is, that the loss and inconvenience, which the plaintiff sustained in breaking up, and moving to the defendant's, a distance of sixty miles, is a sufficient consideration to support the promise, to furnish her with a house, and land to cultivate, until she could raise her family. My brothers, however think, that the promise on the part of the defendant, was a mere gratuity, and that an action will not lie for its breach. The judgment of the Court below must therefore be reversed, pursuant to the agreement of the parties.

내 마음은, 원고가 가산을 정리하고 피고의 집으로 이사가기 위해 60마일이나 되는 거리를 이동하면서 겪어야 했던 상실감과 불편함이 약인(約因)이 되기에 충분하다는 것에 기울었다. 원고가 자녀를 키울 수 있을 때까지 그녀에게 집을 주고 경작을 할 토지를 주기로 한 약속은 지켜야 한다는 말이다. 그러나 동료 대법관들은 피고의 약속이 단지 무상의 증여일 뿐 이를 지키지 않았다 하여 소송을 할 수는 없다고 한다. 그러므로 원심판결은 당사자들의 합의에 따라 파기하지 않을 수 없다.

Issue

이 사건의 쟁점은 피고가 집과 땅을 주겠다고 한 약속이 일방적인 혜택을 베푸는 것임에도 서로 주고받는 교섭(bargain for exchange), 즉 약인(consideration)이 있었다고 볼 수 있느냐 하는 것이었다. 왜냐하면 고전적인 계약법 이론(Classic Contract Theory)에 의하면, 승낙자가 주고받고 교섭한 것, 즉 약인이 없으면 계약이 성립하지 않고 소송을 통해 청약자로 하여금 약속을 이행하도록 강제할 수 없다(unenforceable)고 보았기 때문이다.

Comment

이러한 결론은 기독교 정신에 입각하여 나라를 세운 미국인의 양심상 받아들이기 괴로운 일이었다. 성경은 여러 곳에서 ‘네 이웃을 사랑하라’라든가 ‘과부와 고아를 동정하라’는 하나님

의 말씀을 전하고 있다.²⁾

위의 오르몬드 판사가 소수의견으로 “모든 것을 버리고 불편함을 참아가며 96km라는 거리를 아이들을 이끌고 이사를 간 과부에게 객관적으로 ‘약인’이라고 할 만한 것은 없더라도 그녀가 자식을 키울 수 있을 때까지 집을 갖고 발을 갈 수 있도록 시동생이 약속을 지키게 하고 싶다”고 판결문 말미에 슬회한 것은 장차 판례와 이론을 뒤엎는 도화선이 되었다.

그리하여 많은 법학자들이 반성을 하고 궁리에 궁리를 거듭한 끝에 ‘비록 일방적인 약속일 지언정 상대방이 이것을 믿고(reliance) 신분상·재산상의 변동을 초래하였으면 약속을 한 사람(offeree)은 약인이 없다는 주장을 할 수 없다’는 근대화된 계약법 이론(Modern Contract Theory)을 탄생시켰다.³⁾

실제로 1898년 네브라스카주 대법원은 ‘리케츠’ 케이스(Ricketts v. Scothorn)⁴⁾에서 근대화된 계약법 이론을 따랐다. 할아버지가 손녀딸에게 직장을 그만 두면 생활비를 대주겠다고 약속하였는데, 할아버지 말을 믿고 사직을 한 원고가 아무런 반대급부(對價)를 제공하지 못했다 할지라도 피고의 말을 전적으로 신뢰하고 수입을 포기한 이상 피고는 약인의 부재, 즉 계약 불성립이라는 주장을 하지 못한다고 했다. 커크시 사건이 조금만 늦게 미국 법정에서 다루어졌더라면 법원은 당연히 불쌍한 과부 편을 들었을 것이다.

그 결과 계약법 제2차 리스테이트먼트(Restatement)⁵⁾에서는 약속이 아닌 행동, 일정한 행동의 억제(forbearance), 법률관계의 형성·변경·폐지도 약인이 될 수 있다고 본다. 기존 의무를 이행하는 것은 약인으로 볼 수 없으나, 약인이 청약자의 이익 또는 상대방의 손실(detriment)이 되거나 상호의존적(mutuality)일 필요는 없다(제71조). 그러나 상대방의 약속을 믿고(reliance) 자신의 지위를 변동시킨 경우(제90조) 또는 약속을 한 사람이 그 약속으로부터 이익을 받은 경우(제86조)에는 정의(justice)의 관념에 입각하여 그 약속을 강제할 수 있다고 한다.

예를 들자면 대출계약서(loan agreement)에 전형적인 약인에 해당하는 보증금(deposit) 같은 것을 내놓지 않았을지라도 차주가 여러 가지 작위·부작위의 약속을 하는 것만으로도 약인이 된다고 보아(in consideration of the premises and the mutual covenants contained herein) 계약의 성립 내지 강제이행의 근거로서 인정하고 있는 것이다.

2) 성경에서는 거의 전편에 걸쳐 소외계층인 고아와 과부를 구제하고 그들이 억울한 일을 당하지 않도록 돌볼 것을 명하고(신명기 10:18, 야고보 1:27), 그들을 핍박하는 자는 벌을 받게 됨을 경고하고 있다(출애굽기 22:22-24, 마가 12:40, 누가 20:47).

3) 필자가 미국 델러스 소재 SMU 로스쿨에서 수학할 당시 평소 빈틈없는 케이스 스터디 강의로 명성이 자자했던 예일대 출신의 크레스피 교수는 교양강좌를 방불케 할 정도로 커크시 케이스의 후폭풍에 대하여 설명하고 자신의 견해를 밝혔다.

4) 57 Neb. 51, 77 N.W. 365 (1898)

5) 미국법조협회(American Legal Institute: ALI)가 기존 판례의 골자를 일목요연하게 조문 형식으로 再錄 정리한 것을 말한다. 이것은 엄밀히 말해서 판례와 같은 법원은 아니지만 그에 가까운 권위를 인정받고 있다. 계약법뿐만 아니라 불법행위법(Torts), 소송법, 법의 저촉(Conflict of Laws) 등 거의 모든 법률 분야에 걸쳐 리스테이트먼트가 1판, 2판 하는 식으로 계속 수정·보완되고 있다.

III. 영국 케이스: Hussey v. Palmer

[1972] 1. W.L.R. 1286

Facts

The plaintiff, an elderly widow, was invited to live with her daughter and son-in-law, the defendant, in the house where they lived with their family. A bedroom was built on as an extension for the plaintiff. The plaintiff paid £607 for the cost of the extension herself. After living there for 15 months differences arose and the plaintiff left. She claimed in the county court against the defendant, who was the owner of the house, for the £607 as money lent. The case was heard by consent by the registrar who intimated that it was not a loan but a family arrangement. The plaintiff elected to be nonsuited and issued a fresh plaint claiming the £607 on a resulting trust.

In the second action the plaintiff gave evidence that she had “lent the money” to the defendant and said in cross-examination: “They would give me a home for life, if I wanted it.” The judge held that there was no case for a resulting trust and gave judgment for the defendant.

On appeal by the plaintiff: - -

홀로 살던 허시 노부인은 사위인 팔머 씨가 함께 살자고 제안하여 딸네 집으로 옮겨 살게 되었다. 할머니가 거처할 방을 새로 들여야 했기에 할머니가 그 건축 비용을 부담했다. 그러나 15개월 후 뜻이 안 맞아 할머니는 그 집을 나왔다. 그리고 사위에게 증축비 607 파운드는 빌려준 돈이니 갚으라고 말했으나 사위는 증여받은 돈이므로 갚을 필요가 없다며 버렸다. 급기야 빌려준 돈(loan)이나 가족 간에 거저 준 돈(family arrangement)이냐를 놓고 소송이 벌어져, 할머니는 법정에서 딸 내외가 여생을 보낼 집을 준다고 해서 빌려줬으나 집을 나왔으니 607 파운드를 돌려받아야 한다고 주장했다. 법원은 [처음부터 신탁설정의 의사가 없었으니] 복귀신탁(resulting trust)으로 볼 수 없다며 원고 패소 판결을 내렸고, 허시 부인은 이에 불복 항소했다.

Ruling

Held, allowing the appeal (Cairns L.J. dissenting), that since the payment by the plaintiff for the extension to the house was not intended as a gift and there were no arrangements for its repayment it was against conscience for the defendant to retain the benefit of it without repayment and he held the property on a resulting or (*per* Lord Denning M.R.) constructive trust for the plaintiff proportionate to her payment (post, pp. 1289H-1290A, D, G, H, 1291D, E, G).

Per Cairns L.J. The plaintiff paid the £607 as a loan and that was quite inconsistent with a resulting trust (post, p. 1292E).

데닝 경(Lord Denning M.R.)⁶⁾이 내린 항소심 판결은 원고 승소였다. 그 이유는 원고가 피고에게 증여를 한 것이 아니었고, 상환조건에 관한 합의는 없었지만 피고가 그 돈을 반환하지 않고 그 이익을 계속 누리는 것은 ‘정의와 선한 양심’에 반하는 것이며, 피고가 원고가 비용을 부담한 만큼의 의제신탁(constructive trust)이 포함된 재산을 갖기 때문이라는 것이었다.

그러나 케언스 판사는 문제의 607 파운드에 빌려준 돈일 뿐 복귀신탁으로 볼 여지가 없다는 소수의견을 냈다.

Issue 1

1심과 항소심에서 문제가 된 것은 과연 원고가 준 돈으로 집을 증축하였으니 원고가 증축된 집의 일부에 대하여 신탁수익자로서의 권리(beneficial interest)를 갖느냐 하는 것이었다.⁷⁾

얼핏 보아도 신탁에 관한 기존 법리로는 복귀신탁이라고 인정하기 어려운데, 왜 데닝 경은 ‘의제신탁’이라는 말까지 만들어가면서까지 할머니를 동정하는 판결을 내려야 했는지 그의 판결문을 자세히 읽어보기로 하자.

Lord Denning M.R.

This case is of very considerable interest. Mrs. Emily Hussey, the plaintiff, is getting on in years. She is well over 70 and an old age pensioner. In 1967 she had a little house which was in a very dilapidated condition. It was condemned. She sold it for the sum of £ 1,100. She had a daughter who was married to a Mr. Palmer, the defendant. Mr. and Mrs. Palmer had two children and lived at no. 9 Stanley Road, Wokingham. It belonged to Mr. Palmer. When the mother sold her little house, the young couple invited her to go and live with them. That often happens, But there was not much room for them all. So they built on a bedroom as an extension for the old lady. She paid for it. She paid £ 607 for it in June and September 1967. She paid it direct to the builder, Mr. May. Nobody said anything about repayment. No doubt they all thought that the old lady would go and live there, using the bedroom, for the rest of her days. For a few months all went well. The old lady used to make payments to the daughter if she

6) 본명은 Alfred Thompson Denning(1899-1999). 1921년 옥스퍼드 대학을 졸업하고 1923년 소송변호사(Barrister) 자격을 취득하였으며, 1938년에는 칙선(勅選)변호사(King's Counsel), 1944년 고등법원(High Court) 판사, 1948년 항소법원 판사(Lord Justice of Appeal)를 거쳐, 1957년 상임 상소귀족(Lord of Appeal in Ordinary)이 되었다. 1962년부터 기록장관(Master of the Rolls: MR)이 되어 1982년 퇴임할 때까지 재직하였다. 저서로는 *Freedom Under the Law*(1949), *The Discipline of Law*(1979), *The Due Process of Law*(1980), *What Next in the Law*(1982), *The Closing Chapter*(1983), *Leaves from My Library*(1986) 등이 있다. 田中英夫(다나카 히데오)編, 「英米法辭典」(이하 “英美法辭典”), 東京大學出版會(1998), 932면; 영국에서 수학한 채이식 교수에 의하면 데닝 경은 “법관들은 소송을 벌이는 사람들이 실제로 어떻게 살고 있는지 3류 소설도 읽어보아야 한다”고 즐겨 말했다고 한다.

7) 원고의 항소이유 중의 하나는 1심 법원에서 당사자간에 돈을 빌려주는 묵시적인 합의가 있었다고 인정한다면 청구취지의 변경을 허락해야 하는데 1심 법원이 이를 거부했다는 것이었다.

was short of money. But then differences arose. I am afraid that mothers and daughters do not always get on when they are living in the same house.

After about 15 months they could not live in harmony any more in the house. So in March 1968, Mrs. Hussey went and lived elsewhere, leaving the Palmers there in their house. After a year or so, Mrs. Hussey wrote to her son-in-law and said she was very hard up. She asked if he could manage £1 or £1 10s a week to help her out. He did not do it. He did not even reply. So she asked for the money back, the £607 which she had paid for the extension. They did not pay. She got legal aid.

데닝 경은 원고가 70세가 넘는 할머니로서 연금을 받아 생활하는 처지이고, 그전에 살던 집은 아주 누추하여 그 집을 1100 파운드 받고 팔았는데 두 자녀를 둔 딸 내외가 할머니를 모시겠다고 했을 때 방이 부족하여 증축이 불가피했으며, 할머니가 건축업자에게 607 파운드를 직접 지급했다는 기초가 된 사실관계를 친절하게 설명했다. 당시 그 돈의 상환조건에 대하여는 아무런 언급이 없었고, 딸의 생활비가 모자랄 때면 종종 할머니가 돈을 보내주기도 하였음을 밝혔다.

그러나 1년여만에 그들 사이가 벌어졌고 할머니는 딸네 집에서 나왔으며, 형편이 어려워니 사위에게 1주일에 1 파운드씩이라도 보태달라고 편지를 보냈으나 사위가 용돈을 드리기는커녕 답장조차 하지 않자 할머니는 정식으로 607 파운드를 돌려달라고 요구하고 법적인 도움을 받기에 이르렀다고 말했다.

In April 1970, she took out a default summons in the county court against Mr. Palmer. She claimed £607 for money lent. Mr. Palmer wrote a defence in his own hand. He said:

“The payments, made to a builder, were not a loan, but were paid by the plaintiff for her own benefit and at the time the question of repayment was not raised. I assumed that the payments were in effect a gift.”

Later on, Mr. Palmer got legal aid too, and, with the help of legal advisers, he put in an amended defence in which he denied liability. He said that “the moneys were only to be repaid in the event of the defendants’ house, 9 Stanley Road, Wokingham, being sold within a short period of building works having been completed by the said Mr. May. The said building works were mainly in respect of an extension to the said house, which extension was for occupation by the plaintiff.” He also said that “the said agreement was merely a family arrangement and was not intended to have legal consequences.”

데닝 경이 주목한 것은 피고인 사위의 태도였다. 피고는 할머니가 자신의 이익을 위하여 직접 건축업자에게 직접 지급한 것이고 피고에게 갚으라는 말이 없었으니 증여라고 주장했다. 피고는 나중에 변호사의 도움을 받아 할머니의 돈은 그 집을 증축한 직후에 팔아서 갚을 수밖에 없었는데, 증축한 방은 할머니가 쓰고 있었으니 애당초 불가능했다고 답변서를 수정하였

다. 즉 법적인 효과가 없는 가족간의 일(family arrangement)에 불과하다는 것이었다.

On February 10, 1971, the case came before the county court. The judge was fully occupied with another case. So it went before the registrar by consent. The registrar heard the evidence of Mrs. Hussey and also Mr Palmer. He intimated a strong view that this was not a loan at all: but that it was a family arrangement. Mrs. Hussey's advisers were so impressed that they submitted to a non-suit and started a fresh action. This time they issued a plaint claiming £607 on a resulting trust. They said that, as she had contributed this £607 towards the extension of the building, at all events Mr. Palmer held the house on trust to repay it at some time or other to her: and that she would have an interest in the house to that extent in proportion to the amount she had contributed.

In July 1971, the fresh action came on for hearing before the county court judge himself. Mrs. Hussey went into the witness box and gave her story again. She said of Mr. Palmer: '... he said he would build a bedroom on for me. He asked me if I would lend him the money. I agreed to lend it to him.' In cross-examination she said: "They would give me a home for life, if I wanted it."

The defendant, Mr. Palmer, elected to call no evidence. The judge felt that, on Mrs. Hussey's own evidence, there was a loan, and not a resulting trust. After some discussion, Mrs. Hussey's counsel sought leave to amend the claim by adding an alternative claim for money lent, The defendant opposed the amendment. So the judge did not grant it. He made a note, saying: "The plaintiff's advisers decided to drop the claim for loan before the registrar and have in this action elected not to claim on a loan." So the claim remained on a resulting trust only.

On April 4, 1971, the judge decided in favour of the defendant. He said in his note for this court:

"I thought that the plaintiff was an honest witness, and at the end of her evidence I was satisfied that I ought to find that the money had been lent by the plaintiff and that there was no case for a resulting trust... I... reserved judgment to see if I could find for the plaintiff on the case pleaded. I could not."

So Mrs. Hussey went away a second time taking nothing. Now she appeals to this court.

데닝 경이 소개한 소송의 경위도 아주 흥미롭다. 원고가 카운티 법원에 소장을 제출했을 때 판사가 너무 바빠 법원서기(registrar)가 양측의 동의를 얻어 증거서류를 검토를 한 후 돈을 빌려준 것이라 할 수 없다고 말했다는 점, 이에 따라 원고측 변호사가 원고의 607 파운드는 복귀 신탁으로 맡긴 돈이니 신탁이 설정된 주택을 소유하게 된 피고가 언젠가 원고에게 그 돈을 갚아야 하며, 원고는 그 돈에 비례한 신탁적 이익을 갖는다고 소장을 변경한 점, 정식 재판이 열렸을 때 할머니가 돈을 준 경위를 진술한 것 외에는 다른 증거가 법정에서 제출되지 않은 점, 소송 진행을 지켜보던 원고측 변호사가 빌려준 돈을 상환하라는 예비적 청구를 추가하려 했으나 피고측이 반대하여 복귀신탁의 유무에 대해서만 심리가 이루어졌다는 점 등을 소상하게 밝혔다.

그리고 1심 법관이 다음과 같은 노트를 남겼다고 말했다. “원고의 증언에 비추어 돈을 빌려준 것이라고 보아야 하나, 판결을 미루면서까지 할머니에게 유리한 근거를 찾아보려고 했지만 복귀신탁만 가지고는 그리 할 수 없었다.”

Mr. Owen, on her behalf, rests her case on a resulting trust. He says that, despite Mrs. Hussey's own evidence, there was no loan. I agree that Mrs. Hussey did not lend the £607 to Mr. Palmer. Test it this way: suppose that, a week or two later, Mrs. Hussey had demanded from Mr. Palmer repayment of the £607, and he had refused. Could she recover it as money lent? and have the house sold up to regain it? Clearly not. The courts would undoubtedly have said - as the registrar said here - that it was a family arrangement. There was no intention that it should be repaid on demand. Again, if she had stayed on in the house, making use of the bedroom, could she have sued Mr. Palmer for money lent? Clearly not. There was no intention that it should be repaid whilst she had the benefit of the bedroom. Suppose that she had stayed there until she died, could her executors have sued Mr. Palmer for money lent? Clearly not. There was no intention that it should be repaid after her death.

원고 측인 오웬 변호사가 사위에게 돈을 빌려준 것인지를 놓고 갈팡질팡한 것에 대해 데닝 경도 원고가 피고에게 돈을 빌려주려는 의도가 아니었음을 분명히 했다. 원고가 돈을 빌려준 것이라면 자기가 살고 있는 집을 팔아서라도 갚으라고 했겠느냐, 원고가 죽은 후에도 피고더러 갚으라고 할 수 있겠느냐, 그렇지 않다고 말했다.

If there was no loan, was there a resulting trust? and, if so, what were the terms of the trust?

Although the plaintiff alleged that there was a resulting trust, I should have thought that the trust in this case, if there was one, was more in the nature of a constructive trust: but this is more a matter of words than anything else. The two run together. By whatever name it is described, it is a trust imposed by law whenever justice and good conscience require it. It is a liberal process, founded upon large principles of equity, to be applied in cases where the legal owner cannot conscientiously keep the property for himself alone, but ought to allow another to have the property or the benefit of it or a share in it. The trust may arise at the outset when the property is acquired, or later on, as the circumstances may require. It is an equitable remedy by which the court can enable an aggrieved party to obtain restitution. It is comparable to the legal remedy of money had and received which, as Lord Mansfield said, is “very beneficial and therefore, much encouraged” [Moses v. MacFarlan (1760) 2 Burr. 1005, 1012]. Thus we have repeatedly held that, when one person contributes towards the purchase price of a house, the owner holds it on a constructive trust for him, proportionate to his contribution, even though there is no agreement between them, and no declaration of trust to be found, and no evidence of any intention to create a trust. Instances are numerous where a wife has contributed money to

the initial purchase of a house or property; or later on to the payment of mortgage instalments; or has helped in a business: see *Falconer v. Falconer* [1970] 1 W.L.R. 1333; *Heseltine v. Heseltine* [1971] 1 W.L.R. 342 and *In re Cummins, decd.* [1972] Ch. 62. Similarly, when a mistress has contributed money, or money's worth, to the building of a house: *Cooke v. Head* [1972] 1 W.L.R. 518. Very recently we held that a purchaser, who bought a cottage subject to the rights of an occupier, held it on trust for her benefit: *Binions v. Evans* [1972] Ch. 359. In all those cases it would have been quite inequitable for the legal owner to take the property for himself and exclude the other from it. So the law imputed or imposed a trust for his or her benefit.

원·피고간의 거래의 법적 성격을 복귀신탁이라고 한다면 그 조건은 무엇인가?

테닝 경은 이러한 경우에는 신탁의 존재를 의제할 수 있다고 하면서 '정의와 선한 양심'이 요구할 때에는 법에 의하여 부과되는 신탁이 있다고 말했다. 형평법(equity)의 원칙상 법적 소유자가 양심상 혼자서만 재산을 가질 수 없고 다른 사람도 재산상의 이익을 얻거나 공유하게 하는 경우를 예로 들었다. 이러한 경우에는 처음 재산을 취득하였을 때 또는 상황에 따라서는 나중에 신탁이 성립한다고 말했다. 피해당사자가 보상을 받을 수 있게 법원이 취할 수 있는 형평법상의 구제수단(equitable remedy)이라는 것이다. 이를테면 집을 사는 데 누가 돈을 보탤다면 신탁에 관한 합의는 없었더라도 소유자는 그를 위하여 그의 기여금에 상응하는 신탁을 받은 것으로 보아야 한다(의제신탁)고 했다. 모기지 할부금이나 사업자금의 경우에도 이와 비슷한 선례가 많이 있는데, 모두 법적 소유자 혼자서만 재산을 취득하는 것이 형평에 맞지 않을 때 법이 다른 기여자를 위하여 부과하는 신탁이라고 설명했다.

The present case is well within the principles of those cases. Just as a person, who pays part of the purchase price, acquires an equitable interest in the house, so also he does when he pays for an extension to be added to it. Mr. Owen has done a lot of research and has found a case in 1858 to that very effect. It is *Unity Joint Stock Mutual Banking Association v. King* (1858) 25 Beav. 72. A father had land on which he built a granary. His two sons built two other granaries on it at a cost of £1,200. Sir John Romilly M.R. held that the two sons had a lien or charge on the property as against the father, and any person claiming through him. The father had never promised to pay the sons £1,200. He was not indebted to them in that sum. He had never engaged or promised to make over the land to them or to give them a charge on it. Yet they had a lien or charge on the land. That case was approved by the Privy Council in *Chalmers v. Pardoe* [1963] 1 W.L.R. 677, 681-682, where it was said to be based on the "general equitable principle that... it would be against conscience" for the owner to take the land without repaying the sums expended on the buildings. To this I would add *Inwards v. Baker* [1965] 2 Q.B. 29, when a son built a bungalow on his father's land in the expectation that he would be allowed to stay there as his home, though there was no promise to that effect. After the father's death, his trustees sought to turn the son out. It was held that he had an equitable interest which was good against the

trustees. In those cases it was emphasised that the court must look at the circumstances of each case to decide in what way the equity can be satisfied. In some by an equitable lien. In others by a constructive trust. But in either case it is because justice and good conscience so require.

데닝 경은 본 건 사안이 위에 소개한 사례와 부합한다고 말하고, 어느 사람이 집을 사거나 주택을 증축할 때 돈을 냈다면 그 집에 형평법상의 이익을 갖는다고 강조했다. 원고측 변호사가 본 건에 부합하는 1백여년 전의 선례를 인용한 것 외에도, 건물에 상당한 비용을 지출한 사람을 배제한 채 소유자만이 부동산을 소유한다고 하는 것은 양심에 반하는 것이며 이는 일반 형평법상의 원칙에 속한다고 한 몇 가지 판례를 인용했다. 아버지의 땅에 방갈로를 지은 아들은 설령 아버지가 방갈로를 써도 좋다는 말을 한 적이 없어도 형평법상의 유치권(equitable lien) 내지 의제신탁에 의하여 당연히 방갈로를 사용할 수 있으며, 아버지의 사후에도 그 아들을 몰아낼 수 없다고 한 판결을 인용했다.

In the present case Mrs. Hussey paid £607 to a builder for the erection of this extension. It may well be, as the defendant says, that there was no contract to repay it at all. It was not a loan to the son-in-law. She could not sue him for repayment. He could not have turned her out. If she had stayed there until she died, the extension would undoubtedly have belonged beneficially to the son-in-law. If, during her lifetime, he had sold the house, together with the extension, she would be entitled to be repaid the £607 out of the proceeds. He admits this himself. But he has not sold the house. She has left, and the son-in-law has the extension for his own benefit and could sell the whole if he so desired. It seems to me to be entirely against conscience that he should retain the whole house and not allow Mrs. Hussey any interest in it, or any charge upon it. The court should, and will, impose or impute a trust by which Mr. Palmer is to hold the property on terms under which, in the circumstances that have happened, she has an interest in the property proportionate to the £607 which she put into it. She is quite content if he repays her the £607. If he does not repay the £607, she can apply for an order for sale, so that the sum can be paid to her. But the simplest way for him would be to raise the £607 on mortgage and pay it to her. But, on the legal point raised, I have no doubt there was a resulting trust, or, more accurately, a constructive trust, for her, and I would so declare. I would allow the appeal, accordingly.

본 건에서 원고는 건축업자에게 607 파운드를 직접 지급했고, 피고가 주장한 것처럼 어떻게 상환할 것인지에 대한 언급은 없었다. 즉 사위에게 돈을 빌려준 것은 아니므로 사위에게 돈을 갚으라고 소송을 벌일 수도 없다. 만일 원고가 죽을 때까지 그 집에 살았으면 증축한 방은 사위의 소유가 되었을 것이다. 그러나 원고의 생전에 그 집을 팔았다면 원고는 매각대금에서 607 파운드를 돌려받을 수 있을 것이다. 원고는 제 발로 그 집을 나갔고 피고는 그 집을 팔지 않았다. 그렇다고 피고가 그 집을 독차지하고 원고는 한 푼도 건질 수 없다는 것은 법관으로서의 양

심에 반한다.

본 법원은 상황에 따라 원고가 지급한 금액에 상응하는 이익을 갖는 조건으로 피고가 그 집에 대하여 신탁을 받은 것으로 본다. 피고가 607 파운드를 반환하면 원고는 만족하겠지만, 피고가 이 돈을 갚지 않으면 원고는 그 집의 매각을 청구하여 돈을 받아낼 수 있다. 가장 간단한 방법은 피고가 그 집을 담보로 대출을 받아 원고에게 갚는 일이다.

데닝 경은 원·피고간에 복귀신탁, 좀더 엄밀히 말해서 의제신탁이 있었다는 데 의심이 없으므로 원고의 항소를 받아들인다고 원고 승소 판결을 내렸다.

Issue 2

이 사건은 복귀신탁의 요건을 충족하였는지가 문제가 되고 있으므로 영국법의 복귀신탁(resulting trust)과 의제신탁에 대하여 좀더 자세히 알아볼 필요가 있다.

신탁이란 일정한 목적을 위하여 재산을 관리·처분하도록 하고 타인(수탁자)에게 재산을 이전하는 것을 말한다. 13세기 경 영국의 교회를 위한 유스(use) 제도에서 유래하였으며 시대의 흐름과 함께 형평법(equity)으로 발전하였다. 이러한 연혁에 비추어 신탁의 이익을 받기로 한 사람이 형평법상 도저히 신탁의 이익을 향수할 만한 입장이 못된다면 신탁재산(trust property)이 위탁자에게 복귀하는 것으로 보자는 것인데 이를 復歸신탁 또는 結果的 신탁이라고 한다.

사전적인 의미에서 복귀신탁이란⁸⁾ A가 B에게 또는 A의 지시로 C로부터 B에게 재산의 권원(legal title)이 이전되지만 당사자의 행위, 당사자간의 관계 또는 주변정황으로부터 A에게 그 재산으로부터 발생하는 이익을 B에게 누리게 할 의사가 없는 것으로 추정되는 경우에는 A, A의 상속인 또는 A의 상속재산을 수익자로 하여 성립이 추정되는 신탁을 말한다. 재산의 실질적 이익이 A에게 다시 돌아가기 때문에 그러한 이름이 붙었다. 명시신탁(express trust)이 전부 또는 일부무효가 된 경우, 신탁종료 시에 신탁재산의 나머지가 있는 경우, 일정 자산의 구입대금을 지불한 자의 지시로 매도인이 당해 자산을 다른 사람에게 이전하는 경우에 그 성립이 인정된다. 어디까지나 당사자의 추정 의사에 기하여 신탁의 성립이 인정되는 점에서 의제신탁과 구별된다.

그렇다면 데닝 경이 지적한, 당사자의 의사를 추정할 수 없으니 복귀신탁이라고 하기에는 불충분하지만 ‘정의와 선한 양심’에 의하여 수탁자에게 신탁이 설정되었다고 보아야 하는 의제신탁(constructive trust)이란 무엇인가. 데닝 경은 원심에서처럼 복귀신탁에 관한 기존 판례 이론에 얽매어 못된 사위가 불쌍한 할머니의 재산을 가로채는 결과를 묵과한다는 것은 그의 양심에 반한다고 말했다. 그리고 신탁설정의 의사표시가 존재하지 않음에도 불구하고 일정한 법의 목적을 실현하기 위해서는 신탁이 설정되었다고 볼 수 있는[擬制] 경우가 있음을 선례를 들어가며 설명했다. 예컨대 방갈로 사례도 그렇지만, 토지의 매매로 권리의 이전은 이루어졌지만 대금이 완제되지 않았다면 매수인을 수탁자, 매도인을 수익자, 당해 토지를 신탁재산으

8) 「英美法辭典」, 730면.

로 하는 신탁이 성립되었다고 의제함으로써 각종 법률문제의 타당한 해결을 도모할 수 있다는 것이다.⁹⁾

의제신탁은 당초 당사자간에 신탁설정의 의사가 없었으나 일정한 법의 목적을 달성하기 위해 신탁관계가 성립되었다고 보는 것이다. 복귀신탁에서 당사자의 행위, 관계 또는 주변정황으로부터 신탁의 이익을 위탁자에게 돌린 것처럼 처음부터 당사자의 행위, 관계 또는 주변정황에 비추어 신탁설정의 의사가 있었다고 볼 수 있는 경우도 있지 않는 것이다.

이것은 영미법에서 묵시신탁(implied trust)이라고 부른다. 묵시신탁은 당사자가 적극적 또는 직접적으로 신탁설정의 의사를 표시하지는 않았지만 당사자의 행위, 관계 또는 주변정황으로부터 신탁설정의 의사가 추정되어 그 추정의사에 기하여 설정이 인정되는 신탁을 가리키는 경우가 많다. 이 경우는 어느 법의 목적을 실현하기 위하여 신탁설정의 의사에 관계없이 신탁설정이 의제되는 의제신탁과 구별된다. 미국에서는 법의 작용(implication of law)에 의하여 성립이 인정되는 신탁의 의미로 많이 이용되고 있다. 이 경우에는 의제신탁뿐만 아니라 당사자의 의사를 법이 추정한다고 하는 점에 역점을 두어 복귀신탁을 포함한 용어로 사용된다.¹⁰⁾

Comment

최근 우리나라에서도 펀드를 이용한 간접투자가 성행하면서 신탁제도에 대한 관심이 고조되고 있다.¹¹⁾ 우리에게 친숙하지 않은 영미 법제도이기는 하지만 신탁제도가 본래 영국법에서도 형평법에서 발달하였다는 점을 유의할 필요가 있다. 신탁제도는 내용상의 유연성(flexibility in design)이 특색이자 강점으로, 미국에서는 통일신탁법(Uniform Trust Code)이 제정되어 있음에도 당사자의 의사와 신탁운용실무가 보다 중요시되고 법조문은 예비적으로 적용되는 임의규정(default rule)인 경우가 많다.¹²⁾

이러한 견지에서 우리나라에도 이미 의제신탁에 관한 대법원판례가 나와 있음은 주목을 요한다.¹³⁾ 그 사안은 우리가 흔히 볼 수 있는 무기명식 이권부 보증사채를 둘러싸고 보증보험회

9) 미국에서는 타인을 기망하여 얻은 금전을 운용하여 큰 이익을 얻은 경우 편취자를 수탁자, 편취 당한 자를 수익자, 편취한 금전 또는 그의 가치변형물을 신탁재산으로 하여 불법한 수단으로 얻은 이익에 원천을 둔 이익 전부를 토해내게 하는 수단으로 이 법리를 적극 활용한다. 상게서, 190면; 심지어는 회사 경영진이 회사의 기회를 이용하여 사익을 추구하였을 때 그의 사업 자체를 회사에 귀속할 것을 명하는 근거로서 원용되기도 한다. 임재연, 「미국 회사법」, 수정판(2001.8); 신탁재산이 부동산인 경우에는 사기방지법(Statute of Frauds)에 따라 법적 강제력(enforceability)을 인정받으려면 계약을 서면으로 작성해야 하는데 서면에 의하지 않은 부동산신탁설정의 경우 수익자를 위한 의제신탁을 인정할 판례도 있다. 大塚正民/樋口範雄 편저, 명순구/오영걸 역, 「현대미국신탁법」, 민들레출판사 제2권, 세창출판사, 119면 주) 19에서 재인용.

10) 「英美法辭典」, 428면.

11) 간접투자의 경우 투자자, 판매회사, 자산운용회사 및 수탁회사가 관여하게 되는데, 투자자는 자산운용회사에 투자금을 신탁하고, 자산운용회사는 수탁회사에 고객의 투자금을 신탁한다는 '이중신탁'의 관계로 보고 있다. 한편 법무부에서는 1961년에 제정된 신탁법을 전면 개편하기로 하고 2009년 1월 학계, 법조계, 실무계 전문가들로 특별분과위원회(위원장 김상용 연세대 교수)를 구성하여 신탁의 유연성을 최대한 높이고 외국의 입법동향을 우리 현실에 맞게 수용한 신탁법 개정안을 마련하였다.

12) 명순구/오영걸 역, 전게서, 16면.

13) 대법원 2002.7.26. 선고 2000다17070 판결. 이를 평석한 논문으로는 임채용, "묵시신탁과 의제신탁의 연구",

사(원고)와 사채원리금 지급기금을 별단예금으로 보관하고 있던 시중은행(피고) 간에 벌어진 소송이다. 원고는 발행회사의 부도로 보증채무를 이행한 후 사채원리금 지급기금과 대출원리금 채권액을 상계한 피고에 대하여 동 상계를 부인하면서 사채원리금의 지급을 청구하였다.

대법원은 “보증사채의 모집 또는 매출에 관한 공시제도의 취지와 사채원리금 지급대행사무를 금융기관의 업무로 하는 취지 및 사채원리금 지급대행계약의 내용 등을 종합하여 보면, 사채원리금 지급대행계약은 발행회사가 발행한 사채의 사채권자에게 그 원리금을 지급하기 위하여 발행회사가 사채원리금 지급 자금을 은행에게 인도하고 은행은 이를 인도받아 보관, 관리하면서 사채권자에게 그 사채원리금을 지급하는 것을 목적으로 하는 것으로서 신탁계약으로서의 성질을 가지고, 그렇다면 발행회사가 은행에게 인도하는 사채원리금 지급자금은 신탁 재산에 해당하고 수익자인 사채권자의 이익 향수(享受)의 의사는 추정되는 것이므로, 은행은 발행회사로부터 인도받은 사채원리금 지급자금을 그 신탁의 본지에 따라 관리할 의무가 있고, 은행이 사채권자의 이익과 관계없이 발행회사의 청구만에 의하여 위 사채원리금을 반환하거나 그 지급자금의 반환채권을 수동채권으로 하여 자신의 발행회사에 대한 채권과 상계하는 것은 신탁의 법리상 허용되지 아니한다”고 판시하였다.¹⁴⁾

이 사건의 쟁점은 “당사자가 신탁관계임을 명시적으로 밝히지 않았음에도 신탁으로 인정할 수 있는가?”였다. 대법원판결을 평석한 서울중앙지방법원의 임채웅 부장판사는 다수의 일본 판례를 소개한 후 일본 법원은 구체적 타당성을 기할 수 있다면 비교적 자유롭게 법률관계의 성질을 인정하고 있다는 인상을 받게 된다고 말했다.¹⁵⁾ 임 부장판사는 우리나라에서 특수한 경우에 묵시신탁과 같은 신탁의 성립 여부가 문제된 경우는 거의 없었다면서 구체적인 계약해석의 문제로 묵시신탁을 인정하는 일¹⁶⁾은 언제든지 일어날 수 있으므로 굳이 신탁의 법리로 이해하여야 할 일은 아니라고 덧붙였다.

임채웅 부장판사가 지적한 것처럼¹⁷⁾ 우리나라 대법원은 구체적 타당성 등에서 필요하다는 판단만 서면,¹⁸⁾ [신탁설정의 의사가] 명시되지 않은 경우에도 신탁을 인정하는 것을 피하려 하

「저스티스」 통권 제105호, 한국법학원, 277~301면이 있다.

14) 대법원 2002.7.26. 선고 2000다17070 판결【사채원리금】[법원공보 2002.9.15.(162),2025].

15) 일본에서는 신탁법 개정 전인 2002년에 의제적인 신탁관계를 인정한 최고재판소 판결이 나왔다. 판결요지는 공공공사의 건설회사인 청구인이 파산한 경우에 발주자와 청구인 사이에는 발주자를 위탁자, 청구인을 수탁자, 건축 전불금을 신탁재산으로 하여 이를 당해 공사의 필요경비의 지급에 충당함을 목적으로 하는 신탁계약이 성립하였다고 해석하는 것이 상당하다는 내용이었다. 임채웅, 전제논문, 283, 295면.

16) 묵시적 신탁계약이라 할 수 있으려면 ① 신탁설정의사는 분명히 있어야 하고, ② 보통은 신탁이라는 용어를 사용하지 않아야 하고, ③ 그러함에도 신탁 특유의 징표-분별관리의무, 수탁자로서의 지위에 관한 사항, 수익자 지정 등-가 있어야 한다. 그러나 계약목적물이 등기나 등록을 요하는 재산권일 경우 실재에 있어서는 묵시신탁을 인정할 여지가 거의 없을 것이다. 주로 금융분야에서 어느 정도 틀이 잡혀 업계에서 정형적으로 이루어지고 있는 법률관계에는 적용이 있을 것으로 예상된다. 상계논문, 290면 각주 29).

17) 상계논문, 287면.

18) 임채웅 판사는 본 건 대법원판례를 평석하면서 대상판결이 폐고 있는 묵시적인 신탁관계를 인정하는 논리구조나 피고는 은행 뿐만 아니라 사채발행회사의 일반채권자들도 불이익을 입게 되는 결론 모두에 찬성하지 않는다고 말했다. 피고는 은행으로서는 의도하지 않은 사정으로 수탁자가 되어 이자도 불지 않는 별단예금으로 보관하고 있을 뿐인데 [이 사건 이후에 별도의 수수료를 징구하는 것을 떠나서] 당초 계약 당시의 피고의 의사와는

지 않을 것 같은 인상을 준다. 본고에서 보증사채의 사채권자와, 별도의 담보를 챙기지 않은 일반채권자 중에서 누구의 보호를 우선해야 하는지 논할 필요는 없다. 그러나 기존 법리에 얽매어 스스로 탄식하는 판결문을 쓰느니 적극적으로 사회정의를 실현하고 선한 양심을 지키는 것이야말로 법관의 책무라고 아니할 수 없다.

데닝 경은 이 사건을 심리함에 있어서 허시 부인이 사위에게 건축자금을 빌려준 것도 아니고, 방을 증축하도록 돈을 맡길 때 신탁의사가 있었던 것도 아니므로 기존 법리에 따라 복귀신탁으로 의율하기도 어렵다고 생각했을 것이다. 그렇다고 불효한 사위가 홀로 사는 장모의 재산을 가로채고 이익을 얻는 것은 도저히 묵과할 수 없었다. 그렇기에 당사자의 신탁의사를 확인할 수 없음에도 정의와 선한 양심에 입각하여 신탁관계가 있었다고 보고 그 돈을 반환하라고 한 것이다. 그리고 친절하게도 사위에게는 집을 매각할 것 없이 그 집에 모기지를 설정하고 대출을 받아서 갚으라고 일렀다.

데닝 경이 기존 법리를 뛰어넘어 ‘새로운 모델(new model)의 의제신탁’이라는 물꼬를 틔으로써¹⁹⁾ 이 판결을 선례 삼아 그 동안 한쪽 당사자에게는 억울하게 처리될 수밖에 없었던 법률 문제들이 타당한 해결방법을 찾을 수 있게 된 것이다.

IV. 우리나라의 명판결을 기다리며

데닝 경은 앞서 소개한 커크시 케이스에서처럼 법과 재판의 한계를 고백하거나 한탄하지 않았다. 그 대신 적극적으로 법의 목적을 구현하는 데 노력하여 만인의 감동을 자아내는 명판결을 내린 점에서 더욱 위대해 보인다. 데닝 경은 법정에서 기존 판례나 법리에 얽매이지 않고 구체적 타당성이 있는 판결을 내렸기에²⁰⁾ ‘법정의 엔터테이너²¹⁾’라는 별칭을 얻기도 했다.

분명히 어긋나는 결과라는 것이다. 상계논문, 301면, 295면.

19) 데닝 경의 의제신탁 판결은 신탁의 ‘새로운 모델’이라고 일컬어졌으나, 학계에서는 신탁관계에 대한 너무 유연하고 자의적인 절차(flexible discretionary procedure)에 매우 비판적이었다. 영미법 국가 중에서는 캐나다와 미국의 법원들이 의제신탁의 진보적이고 구체적인(liberal remedial) 특성을 높이 평가하였다. Michael Byrne, “Constructive Trusts: Too Much Discretion or Not Enough,” *Galway Student Law Review*, Vol. 3, 2007, Washington & Lee Law School (Ireland), Vol. 3(2007), p. 195.

20) 이와 같이 건전한 상식과 정의의 관념에 입각한 유연한 법리적용의 사례는 국제거래법 상의 명판결로 알려진 유제니아호 사건, 페마른호 사건에서도 엿볼 수 있다. 박현일, 「국제거래법 - 케이스와 서식」, 한국경영법무연구소(1996), 17~19면, 25~26면. 전자의 경우 1956년 러시아 국영무역회사가 용선한 유제니아호가 수에즈 전쟁의 발발로 운하 속에 갇혔을 때 용선자는 전쟁이라는 불가항력(force majeure)적 사유를 주장했다. 데닝 경은 이는 용선자가 스스로 초래한 위험이었고, 당시의 여러 가지 상황에 비추어 수에즈 운하가 아니라 아프리카 희망봉으로 우회하는 코스를 택하는 것이 합리적이었다는 점에서 용선자가 용선료를 지불해야 한다는 판결을 내렸다(Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht, [1964] 1 All E.R. 161). 후자의 사건에서는 페마른호에 실은 화물이 오염되어 화주가 선주에게 손해배상을 청구하였을 때 선하증권 상으로는 재판관할이 소련 법원으로 되어 있었다. 데닝 경은 다툼의 해결이 영국에 보다 밀접하게 관련되어 있으므로(closely connected) 소송이 제기된 영국 법원은 관할법원의 합의에 구속받지 않는다고 판결했다(The Fehmarn, [1958] A All E.R. 333).

21) 이 말은 필자가 미국 SMU 로스쿨에서 수학할 때 국제거래법(International Business Transactions) 시간에 데닝 경의 유제니아 호 사건을 설명하던 피터 윈십 교수로부터 직접 전해 들었다.

우리 법제에서는 약인을 인정하지 아니하므로 커크시 케이스는 애당초 문제되지 않는다. 그러나 허시 부인의 사건은 시사하는 바가 적지 않다. 만일 이 사건이 우리나라의 법정에서 다루어졌다면 어떻게 되었을까.

우리나라의 법관들도 불효한 사위를 응징하고 연금으로 생활하는 할머니를 동정한 나머지 원고 승소 판결을 내릴 것임에 틀림없다. 우선 법적으로는 일반원칙인 신의칙(민법 제2조 1항) 또는 부당이득반환(민법 제741조)의 법리에 의거하여 구체적으로 타당한 결론을 모색할 것으로 생각된다. 사회정책적으로도 자녀들에게 재산을 빼앗기다시피 넘겨주고 아무런 생계대책 없이 방치되는 노인들의 문제가 심각해지고 있기에 정부 차원에서도 특단의 대책을 고려해야 할 것이다. 최근 들어 해외 거주하는 자녀가 부모를 해외로 모신다는 것을 기화로 재산을 전부 물려받은 후 노부모를 내팽개치는 사례도 늘고 있다.²²⁾ 싱가포르에서는 부모를 부양하지 않는 자식을 형사처벌하는 법률을 시행 중이라고 하는데,²³⁾ 우리나라에서도 입법이나 법원의 판결을 통하여 의제신탁과 같은 법리를 보다 정교하게 다듬어 재산만 물려받고 부양을 외면하는 자식을 둔 부모들의 노후안전을 보장할 필요가 있다고 생각된다.

신탁의 불모지와 다름없는 우리나라에서도, 복잡미묘한 가정사라든가 상호 신뢰를 주고 받는 동반자 관계에 있어서 정의와 양심에 반하는 결과를 피하기 위해서는,²⁴⁾ 데닝 경과 같은 탁월한 법조인과 의제신탁과 같은 법리를 적극적으로 수용하고 선도하는 학계의 협조가 필요함은 두 말할 나위도 없을 것이다.

22) 2008년 4월 캐나다 위니펙에서 70대의 한국인 노부부가 한인교회에 기거하며 연명하고 있는 사실이 TV방송에 나온 적이 있었다. 사연인즉 먼저 캐나다로 이민 간 딸 내외가 잘 모시겠다는 말에 노부부가 전 재산을 정리하여 딸에게 8천불을 송금하고 캐나다로 갔는데 딸네 식구가 종적을 감추고 말았다는 것이다. 같은 지역에 사는 둘째딸도 언니에게만 재산을 물려준 노부부를 원망하며 문전박대하였다고 한다. SBS 그것이 알고 싶다 “동방예의지국의 해외고려장”, 2008.4.12.

23) Strait Times of Singapore, “India passes law to punish unfilial children,” December 8, 2007.

24) 영국 법원이 의제신탁이 있는 것으로 보는 사례는 다음과 같다. 재산법상 소유자가 아닌 가족이 불리한 처우를 받는 경우(cohabitation of the family home), 상호 유언을 작성한 부부 중의 생존자가 어느 범위까지 이익을 누릴 수 있는지 문제가 된 경우(creation of mutual wills), 영국 유언법(Wills Act 1837)상의 형식적 요건을 갖추지 못한 경우(secret trusts), 사람을 살해한 자가 피해자의 재산으로부터 이익을 얻는 경우 등이다. Sarah Wilson, “Introduction to resulting and constructive trusts,” Chap.7 of Todd and Wilson’s Textbook on Trusts (8th edit.), Oxford Univ. Press, p.162.