

## 미국 계약법에 있어서 약인의 문제

영미법상 계약은 約因이 있어야 그 이행을 강제할 수 있다(enforceable). 예컨대 A가 B에게 어떤 선물을 준다고 약속했을 때 B가 약인이 될 만한 무엇인가를 제공하지 않았다면 A가 선물을 주지 않았다 하여 이를 법원에 제소할 수 없다는 것이다. 그렇다면 約因이란 무엇인가? 약인은 당사자간의 교섭(bargained-for exchange)을 전제로 한 법적 가치(legal value)가 있는 것이라야 한다.

약인으로서 전형적인 것은 계약금과 같은 금전의 지급이지만 약속이 아닌 행동, 일정한 행동의 抑制(forbearance), 법률관계의 형성·변경·폐지도 약인이 될 수 있다(Restatement 2nd §71). 그러나 기존 의무를 이행하는 것은 약인으로 볼 수 없으나, 약인이 청약자의 이익 또는 상대방의 손실(detriment)이 되거나 상호의존적(mutuality)일 필요는 없다.

그러나 상대방의 약속을 믿고(reliance) 자신의 지위를 변동시킨 경우(Restatement 2nd §90) 또는 약속을 한 사람이 그 약속으로부터 이익을 받은 경우(§86)에는 正義(justice)의 관념에 입각하여 그 약속을 강제할 수 있다. 미국에서 실제로 논란이 되었던 커크시 케이스가 한 例가 될 수 있다. 아무런 대가없이 주택을 제공하겠다는 媿叔의 약속(gratuitous promise)을 믿고 가재도구를 정리하고 이주를 한 과부에 대하여 미국의 法院은 유효한 약인이 없었으니 시숙이 거짓말을 한 것은 아니고 그 집을 내어놓도록 강제할 수 있다고 하였다. 學說은 이를 통렬히 비판하고 자신의 약속을 믿고 상대방이 어떤 행위를 하거나 행동을 억제한 경우에는 不正과 不公平(injustice)을 피하기 위해, 다시 말해서 약속을 한 사람이 約因이 없음을 주장하고 약속의 이행을 거부할 수 없게 함으로써 그 약속을 강제할 수 있다고 하였다.

커크시 케이스 *Kirksey v. Kirksey*

8 Ala. 131 (1845)

...

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 donor 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.

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.

Rule: A purely gratuitous promise shall not be enforced.

그렇다면 커크시 케이스에 대한 다음의 분석은 무엇을 의미하는가?

*The majority finds that this promise was just a gift promise. The opinion itself disagrees, however, and presages a change in the law that would develop fully in the twentieth century: reliance on a promise could constitute either consideration or an independent ground for enforcement.*

국제거래에 있어서 준거법을 英美法으로 할 경우에는 約因의 존재에 유념해야 할 것이다. 다만, 국제금융거래시 차입자가 각종 진술 및 보장, 서약을 하는 것은 위에서 설명한 일정한 행동의 약속 또는 그 억제에 해당하므로 약인의 요건을 충족한 것으로 본다. 대부분의 계약서는 'in consideration of the mutual covenants contained herein ...' 하는 식으로 약인에 대하여 언급함으로써 이 문제를 해결하고 있다.

### Quiz

할아버지가 졸업선물로 손자에게 디지털카메라를 사주겠다고 약속하였으나 이를 이행하지 않았을 때 한국과 미국에서 이 사건이 벌어졌다면 각각 소송으로 해결할 수 있겠는가?