부당이득법상 suum recepit 논거 검토*

-고전기 로마법상 지시 사안을 중심으로-

이상훈**

목 차

Ⅰ. 들어가며
1. 문제의 제기
2. 로마법상 지시 제도
Ⅱ. 로마법상 지시 사안에서의 suum recepit 용례 검토
Ⅲ. Suum recepit의 적용범위 검토
1. 대가관계가 유효한 경우
2. 보상관계상 하자에 대하여 악의의 채권자도 보호되는가?
3. 대가관계상 하자가 있는 경우
4. 지시수령인이 대가관계상 하자에 관하여 악의인 경우
5. 이중하자의 경우
6. 지시가 무효인데 대가관계는 유효한 경우
7. 지시인이 지시수령인의 변제수령을 금지시킨 사안
8. 피지시인의 보호가 필요한 경우
9. 소결
Ⅳ. 우리 민법과의 비교
1. 보상관계 하자 사안
2. 대가관계 하자 사안
3. 이중하자 사안
4. 지시의 무효·취소 사안: 대가관계가 유효한 경우
5. 지시 철회 사안
6. 소결
Ⅴ. 나가며

---

* 이 논문은 한국법사학회와 아주대학교 법학연구소가 2016. 10. 15. 아주대학교 법학전문대학원에서 공동개최한 한국법사학회 제118회 정례학술발표회에서의 발표문을 수정·보완한 것이다. 발표 당일 소중한 토론을 해주신 경북대학교 법학전문대학원 박세민 교수님과 익명의 심사위원분들께 감사드린다.

이하 인용되는 개소의 원문과 번역문에는 이해의 편의를 위하여 단락표시 ⁋를 추가하였고, 밑줄에 의한 강조나 [ ] 괄호에 의한 생략 및 보충도 인용자가 가하였다.

** 서울대학교 법학연구소 조교, 법학박사; ichshy05@snu.ac.kr

[국문 요약]

이 글은 로마법상 3각관계 부당이득 사안, 그중에서도 지시 사안에서 피지시인의 수령자에 대한 직접 반환청구를 제한하는 논거로 'suum recepit'이 동원된 개소들을 살펴보고, 그 타당성 및 적용 범위를 검토하는 것을 목적으로 한다. 검토 결과 지시 사안에서 로마법률가들은 대가관계의 존재에 초점을 맞추면서 동시에 3자간의 세밀한 이익형량을 통해 선의 수령자를 보호하면서도 피지시인에 대한 보호도 소홀히 하지 않았다. 특히 대가관계의 무상성 여부, 직접청구가 부정되는 경우 피지시인을 위한 구제수단 부여, 후견인의 조성(助成) 없는 미성년자의 지시 사안에서 보상관계와 대가관계의 분리 처리 등은 로마법률가들의 탁월함을 잘 보여준다.

최근 민법상 학설과 판례에서 수용되고 있는 급부개념에 기초한 해결은 간명한 사안해결책의 제시라는 점에서 장점이 있지만, 구체적인 사안에서 3자 간의 세밀한 이익형량에는 미흡한 점이 있다. 대가관계의 변제효 인정여부를 고려함으로써 선의 수령자의 보호를 도모하는 suum recepit 논거는 3자관계 해결에 있어 새로운 관점을 제시해주며, 지시 사안과 유사한 구조의 다른 3각관계 사안에도 적용될 수 있을 것이다. 나아가 그 밖의 3자관계 사안, 가령 편취금전 변제 사안의 해결에 있어서도 중요한 시사점을 줄 수 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 그 경우 채권자가 편취자와의 유효한 채권관계를 자신의 이득의 법률상 원인으로 주장할 수 있는지의 문제도 결국 선의 수령자 보호의 관점에서 접근해 볼 수 있기 때문이다. 이 문제를 더 큰 시야에서 보면 부당이득법상 선의의 유상취득자에 대한 보호문제, 민법의 관점에서는 악의 무상전득자에 대하여만 예외적으로 직접청구권을 인정한 민법 제747조 제2항상의 가치평가에 관한 주제와 연결되는데, 이는 향후 연구과제로 남긴다.

[주제어] suum recepit, 지시 사안, 선의수령자 보호, 선의유상취득자 보호, 3각관계 부당이득, 로마법

Ⅰ. 들어가며

1. 문제의 제기

채권자로서 '자신의 것을 수령하였다'(suum recepit)는 것이 부당이득법상 손실자로부터의 반환청구를 배제하는 논거로 원용될 수 있는가? 그것이 인정된다면 어떠한 경우에 인정될 것인가? 로마법률가들은 아래의 개소에서 보듯이 이 논거를 일정한 유형의 3각관계 부당이득 사안을 해결함에 있어 원용하고 있다.[1] 일반적으로 채무자는 채권자에게 채무의 이행을 함으로써

1) 관련 개소는 Fritz Sturm, "Suum recipere", *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*

채무로부터 벗어나지만(변제), 제3자에게 적법한 이행이 이루어지는 경우가 있다. 대표적인 경우가 채무자가 채권자의 지시에 좇아 제3자에게 이행을 하는 경우인데, 이 경우 채권자인 지시인과 채무자인 피지시인, 그리고 채무자로부터 채무이행을 받는 지시수령인 간에는 3각관계가 형성된다. 이때 지시인과 피지시인 사이의 관계인 보상관계에서 피지시인에게 항변이 인정되는 경우 이것을 피지시인이 지시수령인을 상대로 원용할 수 있는지가 문제되는데, 지시인과 지시수령인 사이의 관계인 대가관계가 유효하면 피지시인은 "자신의 것을 수령하였기 때문에"(suum recepit) 그것을 지시수령인을 상대로 원용할 수 없다는 것이 아래의 개소들에서 제시된다.

D.46.2.12 Paulus 31 ad ed.

[…] sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille *suum recepit*: […]

([…] 그러나 채무자가 [악의의 항변으로써 자신을 보호할 수 있음을] 모르고 [지시인의 지시에 따라] 채권자에게 약속한 경우, 실로 어떤 항변도 [제3]채권자를 상대로 원용할 수 없는데, 왜냐하면 그는 자신의 것을 수령하였기 때문이다. […])

D.39.5.21.pr. Celsus 28 dig.

Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim *suum recepit*.

(나에게 증여할 목적으로, 네가 나의 채권자에게 나의 지시로 약속하였다. 행해진 바는 유효한데, 왜냐하면 그는 자신의 것을 수령했기 때문이다.)

그리고 아래의 개소에서는 이를 매우 일반화하여 표현하고 있다.

(2009), 1207ff. 참조. 그는 근대 독일법학이 3각관계의 지시 사안해결에 있어서 목적적 급부개념에만 집착함으로써 지시수령인의 수령에 대한 신뢰 및 지시를 이행한 피지시인은 더 이상 지시수령인을 상대하지 않는다는 신뢰보호의 관점을 놓치고 있다고 평가한다(1224).

D.12.6.44 Paulus 14 ad Plaut.

Repetitio nulla est ab eo qui *suum recepit*, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.

(자기 것을 수령한 자로부터는, 비록 진정한 채무자가 아닌 자로부터 이행되었더라도, 반환청구권이 없다.)[2]

이 글은 로마법상 3각관계 부당이득 사안, 그중에서도 지시 사안에서 지시를 이행한 피지시인이 수령자를 상대로 직접 반환청구하는 것을 제한하는 논거로 'suum recepit'이 동원된 개소들을 살펴보고,[3] 그 타당성 및 적용 범위를 검토하는 것을 목적으로 한다. 그리고 로마법 개소에서 다루어지고 있는 사안유형들을 민법상의 해결법과 비교해 봄으로써 그 시사점을 모색해 보고자 한다.[4] 이를 위해서는 논의의 편의상 먼저 로마법상의 지시 제도에 대한

---

2) 독일 민법전 제정과정에서 부당이득편의 예비초안을 작성한 폰 퀴벨은 당시 보통법학설을 받아들여 보상관계가 부존재하나 대가관계가 유효한 경우 수령자에 대한 직접청구를 원칙적으로 부정하는 조문을 둘 것을 제안하면서, 그 근거로 위 개소를 언급하였는데, 제1위원회에서는 그 경우 직접청구 배제는 당연하며 다만 그 예외는 학설과 판례에 맡기는 취지에서 그의 제안을 따르지 않았다고 한다. Detlef König, *Ungerechtfertigte Bereicherung: Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht* (1985), 182f.

3) 한편 로마법상 suum recepit의 또 다른 주요 용례 중 하나가 정당한 변제는 채권자를 사해할 목적의 양도(alienatio in fraudem creditorum)에 해당하지 않는다는 것이다. 우리 민법상으로도 채무자가 채무초과상태에서 특정채권자에게 채무의 본지에 따른 변제한 경우 원칙적으로 사해행위에 해당하지 않는다(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다66034 판결).

D.50.17.129 Paulus 21 ad ed.

Nihil dolo creditor facit, qui *suum recipit*.

D.42.8.6.6 Ulpianus 66 ad ed.

Apud Labeonem scriptum est eum, qui *suum recipiat*, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat: eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse: totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque. 7. Sciendum Iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum *suum recepit*, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.

오히려 그 경우 채권자는 "깨어있는 자"로서 변제의 정당성을 시민법이 적극 인정하고 있다.

D.42.8.24 Scaevola l.S. quaest. publ. tract.

… sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi.

개관이 도움이 된다.

2. 로마법상 지시 제도

로마법은 지시(delegatio) 제도를 알고 있었고, 사료상 다양한 사안들이 전해진다.[5] 지시는 지시인(delegans), 피지시인(delegatus), 지시수령인(delegatarius)의 3각관계를 전제로 한다 이때 일반적으로 지시인과 피지시인 간의 관계는 '보상관계', 지시인과 지시수령인 간의 관계는 '대가관계'라 칭한다. 이때 지시는 지시인이 피지시인에게 무방식의 일방적 수권(iussum, 그 법적성질은 mandatum)을 통해 이루어진다.

로마법상 지시에는 급부의 현실이행을 내용으로 하는 지급지시(delegatio solvendi)뿐만 아니라 장래 그러한 급부를 할 것을 약속(문답계약)하는 약속지시 또는 채무부담지시(delegatio promittendi, delegatio obligandi)도 있다. 약속지시 또는 채무부담 지시는 피지시인이 지시수령인을 요약자로 하여 새로운 채무를 문답계약을 통해 부담할 것을 지시하는 것으로, 문답계약의 유형에 따라 구채무를 소멸시키고 신채무를 발생시키는 경개(novatio)에 해당하는 경우와, 구채무 존재여부와는 무관하게 무인적으로 신채무를 발생시키

---

4) 민법상 suum recepit 논거를 정면으로 다룬 글은 아직 발견하지 못하였다. 다만 부분적으로 그것의 적용가능성을 언급한 문헌들이 있는데 가령 김형석, 「지급지시 · 급부관계 · 부당이득」, 『서울대학교 법학』 제47권 제3호(2006. 9), 289면 주 6에서는 민법상 이 논거가 그 자체로 결정적인 논거는 될 수 없지만, "적법하게 수령한 급부의 보유에 관한 채권자의 신뢰가 보호되어야 한다는 평가를 포함하고 있다는 점에서 다른 여러 이익형량 요소들과 함께 고려되어야 할 중요한 평가요소임은 부정할 수 없다"고 언급한다. 아울러 박세민, 『삼각관계상의 부당이득』(서울대학교 박사학위논문, 2007. 2), 136면에서는 suum recepit 논거가 "채권관계의 상대성원칙에 정면으로 도전"하는 소지를 지적하면서도, 179면에서는 "부당이득법적 해결에 있어 가치의 흐름을 강조할 때에 그것의 보조적 도구개념으로 등장하는 것"으로 이를 수용함에 있어서는 우리 부당이득법의 개념과 체계에 적응시키는 작업이 선행되어야 함을 지적한다.

5) D.46.2.11 Ulpianus libro 27 ad edictum.
Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit.
(지시한다는 것은 채권자 또는 [채권자가] 지시하는 자에게 자기 대신 다른 채무자를 주는 것이다.)
『학설휘찬』 편찬시 지시의 경우 채권자 또는 채무자 변경이 수반된다는 점에서 경개와 지시를 동일한 장에 규정하였으나(D.46.2 *De novationibus et delegationibus*), 지시가 반드시 경개를 통해서만 이루어지는 것은 아니다. 양자의 차이에 관하여는 Kaser, "Zu Novation und Delegation", in Ankum/Spruit/Wubbe (eds.) *Satura Feenstra* (1985), 147f. 참조.

는 경우로 나뉜다.

지시는 일반적으로 지시인이 대가관계상의 채무변제를 위해 활용되지만(이른바 변제지시), 그 밖에도 증여나 혼인지참재산설정, 소비대차 등을 위해서도 널리 활용되었다.[6] 유효한 지시에 따라 피지시인이 지시수령인에게 지시를 이행하면, 피지시인의 행위는 지시인의 행위로 평가되고,[7] 이로써 보상관계뿐만 아니라 대가관계에서도 변제효가 발생한다.[8]

Ⅱ. 로마법상 지시 사안에서의 suum recepit 용례 검토

로마법상 지시 사안에서 suum recepit이 쓰인 용례들을 살펴보면 유효한 대가관계를 전제로 보상관계가 부존재 또는 하자 있는 경우들이 대부분이다. 여기서 suum recepit은 선의의 수령자는 대가관계상 자신의 것을 수령하였으므로 반환하지 않아도 된다는 데에 있어 중요한 논거로 사용된다. 그러므로 보상관계상의 하자는 지시인과 피지시인 사이에서 condictio 소권[9]을 통

---

6) 이상의 설명에 대하여는 Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl. (2017), § 55, Rn. 10; Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl. (1987), S. 270ff.; 최병조, 「삼각관계상의 부당이득 반환청구-로마법상의 지급지시 사례연구: D.46.3.66에 대한 석의-」, 『서울대학교 법학』 제40권 제2호(1999. 8). 106면 이하(= 동, 『로마의 법과 생활』(경인문화사, 2007), 309면 이하에도 수록. 이하 전자의 면수로 인용).

7) D.46.3.45 Paulus libro 62 ad edictum.
Qui mandat solvi, ipse videtur solvere. (변제를 지시하는 자는 자신이 변제하는 것으로 인정된다.)
D.16.1.8.3 Ulpianus libro 29 ad edictum.
… solvit enim et qui reum delegat. (문답채무자에게 지시하는 자 역시 변제하는 것이다.)

8) D.46.3.64 Paulus libro 14 ad Plautium.
Cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.
(나의 지시로 네가 나에게 채무부담하는 것을 나의 채권자에게 변제하면 너도 나로부터, 나도 나의 채권자로부터 채무해방된다.)

9) condictio 소권은 종래 '부당이득반환청구소권' 또는 '이득반환청구소권' 등으로 번역되어 왔으나, 로마법상으로는 민법상 부당이득반환청구뿐만 아니라 확정금(certa pecunia) 또는 확정물(certa res)의 반환청구를 위한 소권을 condictio라고 부른다는 점에서(대표적으로 mutuum + stipulatio 의한 대여금반환청구)-연혁적으로는 오히려 이로부터 비롯되었다-단순히 '이득반환청구'라고 번역하기에는 어려운 점이 있다. 일단 이 글에서는 'condictio 소권'으로 표기하고 적절한 번역어는 차후 강구하기로 한다. condictio 소권의 역사적 발전에 대하여는 Detlef Liebs, "The History of the Roman Condictio up to Justinian", Neil MacCormick & Peter Birks (eds.), *The Legal mind*

해 해결되어야 한다.

이하에서는 suum recepit 또는 그와 동일한 취지의 논거[10]가 사용된 개소들을 살펴본다. 로마법에서는 보상관계가 증여인 사안이 많이 다루어지는데, 그 경우에도 지시는 유효하였다(Cel. D.39.5.21.pr.: "suum recepit"). 다만 단순한 채권적 증여약속은 무상성으로 인해 로마법상 특수하게 다루어졌는데, 우선 증여약속자에게는 자력한도(beneficium competentiae)의 항변이 인정되었다.[11] 그 경우에 피지시인이 보상관계상의 항변을 지시수령인을 상대로 원용할 수 있을지가 문제되는데, 피지시인과 지시수령인 간에 지시인의 지시에 따라 문답계약이 체결되면 지시수령인은 문답계약에 기하여 청구할 수 있고, 이때 피지시인은 보상관계상 자력한도의 항변을 원용할 수 없다. 그리고 그 이유로 채권자는 채무로 된 것을 추구한다는 것이 제시된다.

D.46.2.33 Tryphoninus libro septimo disputationum.

Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti spopondit, non habebit adversus eum illam exceptionem, ut quatenus facere potest condemnetur: nam adversus me tali defensione merito utebatur, quia donatum ab eo petebam, creditor autem debitum persequitur.

(나에게 증여하기 원하는 티티우스가 나의 지시로 나의 채권자를 문답요약자로 하여 서약하였다면, 그는 문답요약자인 채권자를 상대로 자력한도로 유책판결 받는다는 항변을 가지지 못할 것이다. 그는 나를 상대로 그러한 항변을 응당 원용할 수 있었는데, 이는 내가 그에게 증여를 청구하였기 때문이고, 채권자는 채무로 된 것을 추구하는 것이다.)[12]

Essays for Tony Honoré (1986), 163ff. 로마법상 condictio를 다룬 국내 문헌으로는 정병호, 「로마법상 부당이득에 관한 소고」, 『재산법연구』 제29권 제2호(2012. 8), 1면 이하 참조.

10) suum recepit은 suum negotium gerere (D.12.4.9.1), suum petere (D.44.4.5.5), adeo debitum esse (D.12.6.8)로도 사용된다. 한편 rem suam recipere라는 표현이 사용되기도 하나(D.4.4.2; D.13.7.13.pr.; D.35.2.81.1) 그 의미는 다르다.

11) Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987), 346. 따라서 채권적 의무부담만을 발생시키는 증여약속은 이행청구를 위해서는 문답계약을 필요로 하였고, 무방식의 증여약속이 유효하게 된 것은 유스티니아누스 황제법에 이르러서라고 한다.

12) 한편 Herm. D.39.5.33.3도 참조. 이 개소에서는 자력한도의 이익이 인정되지 않는 이유로 문답계

이러한 논거는 보상관계가 법정한도를 초과하여 증여약속이 이루어진 사안에서도 동일하게 나타난다.

D.44.4.5.5 Paulus 71 ad ed.

Si eum, qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor *suum petit*. ... Itaque condictione tenetur debitor qui delegavit ..., ut vel liberet debitorem vel, si solvit, ut pecunia ei reddatur.

(나에게 법정한도를 초과하여 증여하고자 했던 자를 내가 나의 채권자에게 [지급하도록] 지시하는 경우, 청구자[= 지시수령인, 나의 채권자]를 상대로 항변을 원용할 수 없는데, 왜냐하면 채권자는 자신의 것을 청구하기 때문이다. … 따라서 지시한 채무자[= 지시인]는 condictio 소권으로써 … [자신의] 채무자를 채무해방시키거나, 그가 지급한 경우라면 그에게 금전이 반환되도록 책임질 것이다.)

로마법상 근친이나 일정한 자에게가 아니면 증여 한도에 제한이 있었는데, 이를 규정한 것이 「증여 및 부담에 관한 킨키우스법」(lex Cincia de donis et muneribus, BC 204)이다. 동법에 따르면 법정한도를 초과하여 이루어진 증여약속에 관하여 그 자체는 무효가 아니나, 이행청구를 받으면 증여자에게 항변(exceptio legis Cinciae)을 부여하고 있다.[13] 사안에서 동법의 위반은 보상관계상의 하자이므로 지시수령인인 채권자에게는 이러한 항변을 원용할 수 없는데, 그 논거로 'suum petit', 채권자는 '자신의 것을 청구한다'는 것이 명시적으로 언급된다.

다음의 개소도 피지시인이 보상관계상의 항변을 지시수령인을 상대로 원

약의 당사자인 피지시인과 지시수령인 간에는 증여관계가 성립하지 않음을 들고 있지만, 최병조(주 6), 109면에서는 이는 피지시인과 지시수령인 간에 체결한 문답계약의 무인성에서 비롯한 결론으로 평가한다.

13) 기원전 204년 평민회의결. 증여의 한도를 제한(액수는 불상). 근친이나 일정한 특권을 가진 사람(personae exceptae)이 수증자인 경우 예외가 인정된다. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953), s.v. Lex Cincia.

용할 수 없음을 보여준다. 로마법상 노예해방시 주인이 해방노예에게 과도한 의무를 부담시키는 내용으로(libertatis onerandae causa imposita) 계약을 체결하는 경우 법정관(法政官)이 해방노예에게 항변을 부여하였다.[14] 아래의 개소에서는 옛 주인인 두호인(斗護人)이 해방노예에게 자신의 채권자에게 변제하도록 지시하였는데 이것이 자유부담부과를 원인으로 약속된 것에 기한 사안을 다루고 있다. 역시 전술한 법리가 그대로 적용되고 여기서도 채권자는 '자신의 것을 수령했다'는 것이 논거로 제시된다.[15]

D.44.5.1.10 Ulpianus libro 76 ad edictum

Quod si patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem, cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus. Et Cassius existimasse Urseium refert creditorem quidem minime esse submovendum exceptione, quia *suum recepit*: verumtamen libertum patrono posse condicere, si non transigendae controversiae gratia id fecit.

(그러나 두호인이 자신의 해방노예를 채권자에게 지시하면, 지시받은 해방노예가 자유부담부과의 원인으로 약속한 채권자를 상대로 그러한 항변을 원용할 수 있는지 살펴보자. 카씨우스가 전한다: 채권자는 결코 [자유부담부과의] 항변으로 배척되지 않는다는 것이 **우르세이우스**의 견해였는데, 그 이유는 채권자는 자신의 것을

14) Ulp. D.44.5.1.5-7 참조. 이에 대하여는 Waldstein (1986), 157ff.

15) 한편 아래의 개소는 조건부로 자유를 부여받은 노예가 유언이 무효인 줄 모르고 금전채무를 이행한 경우의 반환문제를 다룬다. 일종의 보상관계가 무효인 사안으로 볼 수도 있을 텐데, 금전의 출처가 주인의 허락을 받지 않은 특유재산에서 온 것인지 아니면 제3자로부터 온 것인지에 따라 차이를 두고 있다. 한편 후자의 경우에 제3자가 주인의 명의로 공여되면 주인이 condictio 소권을 가지지만, 이때 제3자가 직접 반환청구할 수 있도록 하는 것이 "더 유익할 뿐만 아니라 더 너그럽다"고 평가한다. 참고로 여기에서 쓰인 suum recipere는 '자신의 것을 회복한다'는 의미이다.
D.12.6.53 Proculus 7 epist.
Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det: servo ignorante id testamentum non valere data sunt mihi decem: quaeritur, quis repetere potest. Proculus respondit: si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino id permissum non esset, manent nummi domini eosque non per condictionem, sed in rem actione petere debet. si autem alius rogatu servi suos nummos dedit, facti sunt mei eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest: sed tam benignius quam utilius est recta via ipsum qui nummos dedit *suum recipere*.

수령했기 때문이다. 그렇지만 해방노예는 두호인을 상대로 condictio 소권으로 소구할 수 있는데, 그가 [자신의 해방과 관련한] 분쟁을 화해하기 위하여 그것을 한 경우가 아니라면 그러하다.)

대가관계가 유효하면 보상관계가 부존재함에도 피지시인이 오상으로 지시를 이행한 경우에도 수령자는 반환청구를 당하지 않는다. 아래 첫 번째 개소에서는 그 이유가 명시되어 있지 않지만[16] 두 번째 개소에서는 suum recepit에 상응하는 'suum negotium gerit'이 그 이유로 제시된다.

D.46.2.13 Ulpianus libro 38 ad edictum.
Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed condictio adversus eum qui delegavit competit.
(내가 채무자가 아닌 자에게 채무자로서 나의 채권자에게 [변제하도록] 지시하는 경우, [지시수령인을 상대로] 항변이 적용되지 않을 것이지만, 그러나 condictio 소권이 지시인을 상대로 인정된다.)

D.12.4.9.1 Paulus libro 17 ad Plautium.
Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere. Itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit. Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo dumtaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset.

16) 그 이유로 Kaser (1985), 153은 이 사안에서 문답계약이 보상관계를 언급하지 않은 채 "무인적"으로 (가령 "centum mihi dari spondes?") 행해졌기 때문이라고 본다. 이러한 무인적인 문답계약이 지시 사안에 활용된 것은 문답계약이 엄격한 해석에서 완화되어 당사자가 합의한 바(quod actum est, 여기서는 양 채무의 변제)에 따라 판단된 이래부터인데, 실무에서 이러한 변제목적은 별도의 문서(아마도 testatio)를 통해 입증되었다고 한다.

(어떤 사람이 비채인 금전을 착오로 婦人의 지시에 따라 그녀의 약혼남에게 문답낙약하였고 결혼이 성사된 경우, 그는 악의의 항변을 원용할 수 없을 것이다.[17] 왜냐하면 夫는 자신의 사무를 처리하는 것이고 아무 짓도 악의로 행하지 않고 따라서 [자신의 신뢰를] 기망 당해서는 안 되기 때문이다. 그런 일은 그[= 夫, 지시수령인]가 혼인지참재산이 없는 妻를 가지도록 강제된다면 생기는 것이다. 그러므로 婦人을 피고로 하는 condictio 소권이 그[= 피지시인]에게 인정되고, 그는 그가 夫에게 공여한 것을 그녀로부터 반환청구하거나, 아직 변제하지 않은 경우라면 자기를 면책하게 할 것을 청구할 수 있다. 그러나 혼인이 해소되었는데도 夫가 [문답계약에 기하여] 청구한 경우 항변이 인정되어야만 하는데, 婦人이 수령하였을 금액을 한도로 한다.)

위의 개소는 아마도 婦人의 지시에 따라 피지시인이 채무가 없음에도 혼인을 앞둔 약혼남에게 혼인지참재산의 명목으로 문답낙약을 한 사안에 관한 것이다. 이때 결혼이 성사되면 피지시인은 약혼남을 상대로 보상관계상의 항변을 원용할 수 없는데, 그 이유로 이제 남편이 된 자는 "자신의 사무를 처리하는 것이고 아무 짓도 악의로 행하지 않고 따라서 [자신의 신뢰를] 기망 당해서는 안 되기 때문"이라는 상세한 이유가 제시되고 있다. 즉 유효한 대가관계에 기하여 이행받는 것에 대한 남편의 선의 및 신뢰보호가 언급되고 있다. 그러나 혼인이 해소된 경우 전 남편이 지시에 따른 문답계약에 기하여 청구한 경우 이제는 피지시인은 수령자인 남편을 상대로도 부인이 수령하였을 한도에서의 항변이 가능한데,[18] 그 한도에서 전 남편은 더 이상 자신의 것을 청구하는 것이 아니기 때문이다.

---

17) 그러나 결혼이 성사되지 않은 경우라면 남편을 상대로 악의의 항변도 가능하고 이미 변제했다면 condictio도 가능하다. Iul. D.12.4.7 참조(네르바와 아틸리키우스의 해답).

18) 즉 이혼시 남편은 반환의무 있는 혼인지참재산 중에서 일정한도에서는 남편 몫의 보유가 인정된다. 가령 retentio propter liberos (부인이 유책배우자인 경우 전체 1/2 한도 子 1인당 1/6까지), propter mores (부인이 간통시 1/6, 기타 경미한 비행의 경우 1/8), propter res donatas가 있고 혼인지참재산이 현물인 경우에는 propter impensas, propter res amotas도 있다(후3자의 경우 남편의 상속인도 유치권을 가진다). 이는 어쨌든 혼인관계가 맺어졌다가 해소된 경우라는 점에서 결혼이 성사조차 되지 않은 사안과는 달리 처리된다.

아래의 개소는 대가관계는 유효한데 보상관계에 하자 있는 사안에서 지금까지 제시된 법리들을 일목요연하게 보여준다. (i) 보상관계상의 하자는 지시수령인에게 원용할 수 없다. 그 이유는 'suum recepit'이기 때문이다. (ii) 보상관계상의 하자로 인한 청산은 지시인을 상대로 이루어져야 한다. 그 구제수단으로는 condictio 소권[19]이나 내부관계에 기한 위임소송이 주어진다.

D.46.2.12. Paulus 31 ad ed.

Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille *suum recepit*: sed is qui delegavit tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio.

(어떤 자가, 악의의 항변으로 자신을 보호할 수 있다는 것을 알았던 채무자에게 지시하는 경우, 그[= 채무자]는 증여자와 흡사하게 여겨질 것인데, 왜냐하면 채무자는 항변을 포기한 것으로 여겨지기 때문이다. 그러나 만약 채무자가 모르고 채권자에게 약속한 경우, 실로 어떤 항변도 채권자를 상대로 원용할 수 없는데, 왜냐하면 그는 자신의 것을 수령하였기 때문이다. 그러나 지시인은 금전이 지급되지 않은 때에는 불확정물의 condictio 소권으로,[20] 금전이 지급된 때에는 확정물의

19) 아래의 개소에서는 어떤 자가 여성에게 증여하고자 하였는데 그녀의 지시로 그녀의 약혼남에게 지급하였으나 결혼이 성사되지 않은 사안에서 반환청구의 상대방은 약혼남이 아니라 지시인인 여성이다. 다만 약혼남과의 사이에 별도의 목적급부에 관한 약정이 있으면 직접 반환청구가 인정된다.
D.12.4.9.pr. Paulus libro 17 ad Plautium.
Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet. Sed si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos adquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam.
(여성에게 증여하고자 그녀의 지시로 그녀의 약혼자에게 지급하였으나 결혼이 성사되지 않은 경우, 여성이 condictio 소권으로 청구할 것이다. 그러나 내가 그녀의 약혼자와 계약을 체결하였고, 결혼이 성사되면 여성에게 혼인지참재산이 취득되고 성사되지 않으면 나에게 반환청구된다는 내용으로 금원을 공여한 경우, 목적으로 인하여 공여된 것이고 목적이 달성되지 않은 것으로 보아 나는 그녀의 약혼자에게 condictio 소권으로 청구할 것이다.)

20) 그 내용은 원인 없이 부담하는 채무의 면제(요식채무면제)를 구하는 것이다(condictio liberationis).

condictio 소권으로 책임진다. 그리고 채무자 자신이 금전을 급부하는 때에는 위임 소송을 제기할 것이다.)

[보론] 해방노예가 옛 주인인 두호인에게 부담하는 노역의무를 오상이행한 사안에서도 suum recepit이 등장한다. 다소 길지만 전체를 인용하기로 한다.[21]

D.12.6.26.12 Ulpianus 26 ad ed.

[A] Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia et solvit, repetere non potest. ⁋ [B] sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eaedem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes: vel meis sumptibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus. ⁋ [C] sed si delegatus sit a patrono officiales operas,

---

D.12.7.3 참조.

21) 이 개소와 관련하여서는 반환청구의 범위가 현존이익 한도로 제한되었는지와 노역의 자연채무성이 다투어졌는데, 전자는 Schulz에 의하여 부정되었고, 후자는 Waldstein이 시봉노역의 경우에만 한정된다는 견해를 취함으로써 해결되었다고 한다. 이에 대하여는 Susanne Hähnchen, *Die Causa condictionis: Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (2003), 56.

apud Marcellum libro vicensimo digestorum quaeritur. et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint (hae enim iubente patrono et alii edendae sunt): sed si solverit officiales delegatus, non potest condicere neque ei cui solvit creditori, cui alterius contemplatione solutum est quique *suum recipit*, neque patrono, quia natura ei debentur.

([A] 해방노예가 자신이 斗護人[= 옛 주인]에게 노역의무가 있다고 생각하고 이행하였다. 그는 condictio 소권을 행사할 수 없는데, 비록 자신이 채무부담한다고 생각하면서 이행하더라도 그러하다고 **율리아누스**는 학설집 제10권에서 기술하였다. 왜냐하면 斗護人에게 해방노예는 노역을 자연채무로 부담하기 때문이다. 그리고 두호인에게 노역이 이행된 것이 아니고, 노역을 요구받아 두호인과 금전으로 타결하여 이행한 경우에도 반환청구할 수 없다. ⁋ [B] 그러나 노역이 두호인에게 侍奉노역이 아니라 畵工 기타 기능노역이 자신이 채무가 있다고 생각하면서 제시된 경우, condictio 소권이 행사될 수 있는지 살펴보아야만 한다. **켈수스**도 학설집 제6권에서 생각하기를, 노역의 요체는 그 자체가 동일하지도 않고 그것을 제공하는 사람도 동일하지 않으며 제공받는 사람도 동일하지 않다고 한다. 왜냐하면 무릇 사람의 기량, [노역제공] 당시의 나이, 주어지는 기회가 노역의 요체에 영향을 미치는 것이고, 따라서 누군가 원하더라도 되돌려줄 수 없다. 그러나 **켈수스** 曰, 이러한 노역은 가액산정의 대상이 된다. 또 曰, 때로는 우리는 급부한 것과 다른 것을 condictio 소권으로 소구할 수 있다. 가령 나는 비채인 토지를 공여했고 果實도 이득반환청구한다. 또는 비채인 노예를 공여했고, 네가 추호의 사해행위 없이 그 노예를 저가로 매각한 경우, 당연하게도 그 대금 중에서 현존액만을 너는 반환할 채무가 있다. 또는 나의 비용으로 노예의 가치를 상승시킨 경우, 이것도 가액평가되어야 하지 않는가? 켈수스 曰, 제시된 사례에서도 내가 노무사용임차[22] 했을 금액만큼 이득반환청구될 수 있다. ⁋ [C] 그리고 두호인으로부터 侍奉노역이 [타인에게 급부되도록] 지시받은 경우가 **마르켈루스** 학설집 제20권에서 문제된다. 그리고 마르켈루스 曰, 그는 이행할 책임이 없는데, 다만 그것이 手工에 속하는 경우에는

22) 타인의 노무를 빌려쓰는 것으로 민법상 고용(제655조 이하)에 해당한다.

그렇지 않다(왜냐하면 그러한 것들은 두호인의 명으로 제3자에게도 제공될 수 있기 때문이다). 그러나 지시받은 자가 侍奉노역을 [제3자에게] 이행한 경우 그는 [제3자를 상대로] condictio 소권으로 소구할 수 없는데, 제3자는 피지시인이 타인 [지시인]을 위해서 한 [급부한] 것을 변제받았고 또 자신의 것을 수령하기 때문이고, 또 두호인을 상대로도 할 수 없는데, 그에게 자연채무를 부담하기 때문이다.[23]

주인이 노예를 해방시키면, 해방노예는 옛 주인을 상대로 일정 기간 동안 노역의무를 부담하였는데, 이는 해방 전의 선서(+ 해방 후의 재차 선서 또는 문답계약)를 통해 이루어졌다. 그런데 이 사안에서의 해방노예는 노역의무가 없는데, 이는 아우구스투스가 제정한 혼인계층에 관한 율리우스법(lex Iulia de maritandis ordinibus, 기원전 18년)상 일정한 해방노예(배우나 맹수를 상대로 시합하는 검투사와 같은 천한 직업군에 속하지 않으며 2명 이상의 자식을 가장권 하에 둔 해방노예)는 해방을 이유로(libertatis causa) 부담하는 모든 의무들로부터도 해방시킨 것과 관련이 있거나,[24] 아니면 해방 후에 시민법적으로 유효한 문답계약을 하지 않아서 그런 것으로 추측된다. 한편 해방노예가 이행해야 하는 노역은 그 성질에 따라 두호인과의 관계에서 일신전속적인 특성이 있는 시봉노역(operae officiales. 예: 동행, 여행 시 수행, 주인의 사무관리 등)과 그러한 일신전속적인 특성 없이 시장에서 거래되는 특별한 기술이 요구되는 기능노역(operae fabriles. 예: 畵工, 手工 등)으로 나뉜다.

우선 해방노예가 노역의무가 없음에도 두호인에게 노역을 이행한 경우, 율

---

23) 이 개소에 대한 설명으로 Waldstein (1986), 363ff.

24) D.38.1.37.pr. Paulus 2 ad l. Iul. et Pap.
'Qui libertinus duos pluresve a se genitos natasve in sua potestate habebit praeter eum, qui artem ludicram fecerit quive operas suas ut cum bestiis pugnaret locaverit: ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam libertatis causa patrono patronae liberisve eorum, de quibus iuraverit vel promiserit obligatusve erit, dare facere praestare debeto'.
두호인이 자신의 채권자에게 이행하도록 해방노예에게 지시한 사안에 관하여 아래의 개소 참조.
D.38.1.37.4 Paulus 2 ad l. Iul. et Pap.
Sed si creditori suo libertum patronus delegaverit, non potest idem dici: solutionis enim vicem continet haec delegatio. potest tamen dici, si in id, quod patrono promisit, alii postea delegatus sit, posse eum liberari ex hac lege: nam verum est patrono eum expromisisse, quamvis patrono nunc non debeat: quod si ab initio delegante patrono libertus promiserit, non liberari eum.

리아누스는 해방노예와 두호인 간에 자연채무가 있음을 이유로 condictio 소권을 인정하지 않는다. 이는 노역의 가치가 금전으로 타결되어 지급된 경우에도 마찬가지이다. 그런데 여기서 켈수스는 노역의 종류에 따라 차등취급을 하고 있다. 시봉노역(operae officiales)의 경우 앞서 언급한 자연채무성을 근거로 반환청구가 부정되지만 기능노역(operae fabriles)의 경우에는 그것이 시장가치를 가지므로 비채변제된 경우라면 가액반환을 인정한다.

한편 노역의 이행이 두호인에게가 아니라, 두호인의 요청에 의해 제3자에게 이루어지는 경우에도 노역의 종류에 따라 달리 취급된다. 시봉노역이라면 그 일신전속적 성질에 의하여 두호인이 아닌 타인에게는 이행의무가 없으나 기능노역이라면 주인이 지시한 자에게 이행할 의무가 있다. 다만 노역의무가 없는데도 해방노예가 오상으로 이행한 경우라면, 시봉노역의 경우 반환청구할 수 없지만, 기능노역의 경우에는 가액반환이 인정되는 차이가 있다. 시봉노역의 경우 일단 이행이 이루어지면 비채라 하더라도 반환청구가 불가능한데, 왜냐하면 두호인 측에서 보면 자연채무를 이행한 것이고, 지시수령인 측에서 보면 지시인과의 대가관계에서 "자신의 것을 수령했다"는 것이 논거로 제시된다. 요컨대 시봉노역의 경우 제3자에게 이행되도록 하는 지시는 무효이지만, 보상관계는 자연채무에 해당하고, 따라서 유효한 대가관계가 전제되는 한, 일단 이행되면 지시수령인은 "자신의 것을 수령한 것이다."[25]

Ⅲ. Suum recepit의 적용범위 검토

1. 대가관계가 유효한 경우

지금까지 살펴본 로마법 개소상에서의 suum recepit의 용례에 비추어 보면, 로마법상 지시 사안의 경우 피지시인은 보상관계상의 항변을 지시수령인

25) Sturm(주 1), 1215f.

을 상대로 원용할 수 없다. 그 이유에 대하여 우선 경개(novatio)의 방식으로 이루어지는 지시약속 또는 지시이행(solutio)은 지시인을 법률상 당연히(ipso iure) 해방시키기 때문이라는 점이 지적된다.[26] 따라서 보상관계의 하자를 피지시인이 지시수령인에게 주장하게 되면 지시수령인은 불측의 손해를 입게 되므로 대가관계가 유효하면 보상관계상의 하자는 지시수령인에게 주장할 수 없게 하는 것이다.

2. 보상관계상 하자에 대하여 악의의 채권자도 보호되는가?

그렇다면 보상관계의 하자에 관하여 악의인 채권자도 suum recepit을 원용할 수 있는지가 문제된다. 다음의 개소는 보상관계가 마케도 원로원의결(SC Macedonianum)을[27] 위반하여 家子에게 소비대차가 이루어지고 대주의 지시에 따라 차주인 家子가 대주의 채권자에게 변제하거나 변제하도록 약속한 사안을 다루고 있다.

D.46.2.19 Paulus 69 ad ed.

Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. […][28] ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia <u>in privatis</u>

26) Sturm(주 1), 1212은 무인적으로 약속되었든 유인적으로 약속되었든 무관하다고 한다.
27) 베스파시아누스 황제 치세때(69-79) 의결되었고, 家子에 대한 소비대차를 금지를 내용으로 한다. 동 원로원의결의 원문은 D.14.6.1.pr.에서 전해진다(동 개소의 번역은 대표편역 최병조, 『한국민법의 로마법적 배경과 기초: 민법 제373조~제407조』(법무부, 2013), 53면 참조).
28) 생략된 부분에는 벨레이아누스 원로원 의결에 위반하여 채무가담한 婦人의 경우와 기망당하여 지시받은 미성년자의 경우에는 전술한 경우와 다르다는 점이 기술되고 있다(후술).

contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.

(지시인을 상대로 대항가능한 악의의 항변은 지시수령인인 채권자에게는 적용되지 않는다. 여타의 유사한 항변들의 경우에도 마찬가지인데, 특히 [마케도] 원로원의결에 기하여 家子에게 부여되는 항변의 경우에도 그러하다. 즉 원로원의결에 위반하여 소비대차금을 공여한 자[= 지시인]로부터 지시를 수령한 채권자[= 지시수령인]를 상대로 [피지시인인 家子는 同 원로원의결에 기한] 항변을 원용할 수 없는데, 왜냐하면 그 약속[= 지시약속]상 어떠한 원로원의결 위반이 이루어지지 않기 때문이다. 나아가 그[= 피지시인인 家子]는 변제된 것을 반환청구할 수도 없다. […][28] 그래서 두 번째 채권자[= 지시수령인]를 상대로 항변이 거절되는데, 왜냐하면 私人들간의 계약과 약정에 있어서 피지시인과 채무자[= 지시인] 사이에 합의된 바를 청구자[= 지시수령인]가 쉽게 알 수 없고, 설령 안다 하더라도 염탐꾼으로 보이지 않기 위해서 모른 척해야하기 때문이다. 따라서 채무자를 상대로 하는 항변은 그[= 지시수령인]를 상대로 마땅히 부정되어야 한다.)

위 개소에서는 지시 사안에서 보상관계상의 항변을 피지시인이 지시수령인을 상대로 원용할 수 없다는 법리를 설명한 후, 마케도 원로원의결에 기한 항변의 경우에도 위 법리가 적용된다고 한다. 즉 마케도 원로원 의결에 위반하여 家子에게 이루어진 소비대차의 경우 그 자체는 무효가 아니지만 차주인 家子는 대주의 반환청구에 대하여 항변(exceptio SCti. Macedoniani)을 제기할 수 있다. 그러나 대주가 차주인 家子에게 자신의 채권자에게 변제할 것을 지시하고 이에 따라 변제가 이루어진 경우, 피지시인인 家子는 이러한 보상관계상의 하자를 지시수령인을 상대로 원용할 수 없다. 그 이유로 파울루스는 두 가지를 제시하는데, (i) 우선 피지시인과 지시수령인 간의 지시약속에는 하자가 없으며, (ii) 제3자인 지시수령인으로서는 보상관계의 하자를 알 수 없고, 설령 알았다한들 거래안전을 위해(ne curiosus videatur: "염탐꾼으

로 보이지 않기 위해") 모른 척 해야 하기 때문이라고 한다.[29] 이로써 수령자의 선악을 불문하고 보상관계상의 하자는 대가관계에 기한 급부수령에는 영향을 미치지 않는다는 것을 알 수 있다.

3. 대가관계상 하자가 있는 경우

지금까지 살펴 본 suum recepit의 용례들은 모두 대가관계가 유효한 것을 전제로 한다. 그렇다면 채권자가 suum recepit을 원용하는 데 있어 그 근거가 되는 대가관계에 하자가 있는 경우에는 어떠한가? 다음의 개소가 이러한 사안을 다루고 있는데, 이번에는 대가관계가 법정한도를 초과한 증여인 경우이다.

D.39.5.21.pr.-1 Celsus 28 dig.

Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti: factum valet, ille enim *suum recepit*. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoveris donationis exceptione necne, tractabitur. et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sint, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit ita, ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus: sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem.

(나[= 지시인]에게 증여할 목적으로, 네[= 피지시인]가 나의 채권자[= 지시수령인]에게 나의 지시로 약속하였다. 행해진 바는 유효한데, 왜냐하면 그[=채권자, 지시수령인]는 자신의 것을 수령했기 때문이다. 1. 그러나 내[= 지시인]가 나의 채무자[=

29) Sturm(주 1), 1215는 악의의 지시수령인의 경우에도 보호받는 이유에 대하여 자익과 타익 간의 충돌시 로마법은 이타주의를 요구하지 않기 때문이라고 설명한다.

피지시인]가 너[= 지시수령인]에게 과도한 증여를 원인으로 약속하도록 지시한 경우, [대가관계상의] 증여의 항변으로 네가 배척되는 것은 아닌지가 문제될 것이다. 나의 채무자는 결코 소구하는 너를 항변으로 물리칠 수 없는데, 왜냐하면 내가 마치, 나의 채무자에게 채무액을 추심해서 너에게 증여하고 네가 그것을 그에게 신용 제공하는 것과 같은 지위에 있기 때문이다. 그러나 나는 실로 금전이 나의 채무자로부터 미지급되고 있다면, 나는 나의 채무자를 상대로 법정한도를 초과하여 너에게 약속한 것에 대하여 취소소권을 가질 것이고, 채무자는 잔액에 한하여 너에게 채무부담한 것으로 남게 된다. 그런데 네가 나의 채무자로부터 금전을 추심한 경우, 법정한도를 초과한 액수에 대하여 나는 너를 상대로 condictio 소권을 갖는다.)

위 개소의 서항(pr.)에서는 유효한 대가관계의 경우 지시수령인과 약속하고 지시를 이행하면 앞서 언급한 'suum recepit'이 적용된다는 것을 설명한다. 이어서 제1항에서 보상관계는 유효하나 대가관계가 킨키우스법 위반의 하자가 있는 경우를 다룬다. 켈수스는 지시수령인이 지시인을 상대로 청구하는 경우 피지시인은 지시수령인을 상대로 대가관계상의 하자를 원용할 수 없다고 하는데, 그 이유로 지시에 따른 법률관계가 지시인이 채무자로부터 금원을 추심한 후 지시수령인에게 증여하고, 지시수령인이 증여받은 금전을 다시 피지시인에게 대여함으로써 지시수령인은 피지시인과의 관계에서 채권자의 지위로 된 것과 마찬가지라는 점이 언급된다. 물론 대가관계상 킨키우스법 위반의 하자는 대가관계의 당사자인 지시인과 피지시인 사이에 해결되어야 할 것이다. 즉 이 경우에도 지시수령인은 피지시인과의 관계에서는 'suum petit' 하는 것으로 볼 수 있다.

다음으로 대가관계가 부부간 증여인 사안이 문제된다. 부부간 증여는 시민법상 무효인데,[30] 울피아누스는 이 점을 명확하게 언급하고 나서, 그러므로

30) 그 이유로는 아래의 개소들 참조.
D.24.1.1 Ulpianus libro 32 ad Sabinum.
Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate:

부부간 증여의 일환으로 이루어지는 인도도 무효이고 처에게 지급하도록 문답계약이 이루어지거나 요식채무면제가 이루어지더라도 무효라고 언급한다(D.24.1.3.10). 그리고 이어서 남편이 자신의 채무자에게 처에게 지급하도록 지시한 경우에 대하여 켈수스의 견해를 인용하는데,[31] 여기서 켈수스는 다시 한 번 단축급부이론을 제시한다("celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari").

D.24.1.3.12 Ulpianus 32 ad Sab.

Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse.

D.24.1.2 Paulus libro 7 ad Sabinum.

Ne cesset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia.

D.24.1.3.pr. Ulpianus libro 32 ad Sabinum.

Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: "Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret".

종래 민법 제828조에서는 로마법의 전통을 이어받아 부부간의 계약은 혼인중 언제든지 부부의 일방이 이를 취소할 수 있도록 규정하였는데, 이에 대하여 불합리하다는 비판이 있었고, 판례도 실질적으로 파탄에 이른 혼인관계에서는 부부 간 계약을 취소할 수 없는 것으로 그 적용범위를 좁게 인정하였고(대법원 1979. 10. 30. 선고 79다1344 판결 등), 결국 2012. 2. 10.자 개정을 통해 동 조항은 삭제되었다.

31) Lenel의 *Pal.* Vol. 1 (1889)에 의하면 여기서 울피아누스가 인용하고 있는 켈수스의 학설집 제15권은 유언과 관련되어 있다(*De testamentis* (E. XXVI) I.).

([夫가] 자신의 채무자에게 지시하여 그녀[= 妻]에게 변제하도록 하는 경우 주화들이 처의 것이 되고 채무자는 채무해방되는지가 문제된다. 켈수스는 학설집 제15권에서 이렇게 기술한다: 채무자도 채무해방되고 또 주화들도 妻의 것이 아니라 夫의 것이 되었다고 말할 수 없는지 살펴보아야 한다. 왜냐하면 증여가 시민법상 저지되지 않는다고 한다면 행해진 일의 순서는 금원이 너의 채무자[= 피지시인]로부터 너[= 夫, 지시인]에게로, 그런 다음 너로부터 婦人[= 지시수령인]에게 이른 것으로 될 것이기 때문이다. 왜냐하면 [두 가지] 행위들을 상호 결합하는 신속함으로써 [그중] 하나의 행위가 감춰지고, 그 밖의 점에서는 채무자가 채권자에게 공여하고 채권자가 妻에게 공여하는 것이기 때문이다. 그리고 네[= 지시인]가 타인[= 지시수령인]을 통하여 수령하는 것은 네[= 지시인]가 수령하는 것임은 새롭거나 이상한 것이 아니다. 왜냐하면 너의 채권자의 대리인인 척하는 자가 너의 채무자로부터 네가 지시하여 금원을 수령하는 경우에도 네가 절도소권을 가지며 또한 그 금원 자체가 너의 것이라는 것이 정설이기 때문이다.)[32]

흥미로운 것은 켈수스는 변제지시 사안에서 대가관계상 하자가 있더라도 보상관계상 채무는 이행되는 것으로 보는데, 그 근거로 이른바 소유권의 '통과취득'을 들고 있다.[33] 그리고 유효한 지시 사안에서 채무자가 가장(假裝) 대리인에게 지시를 이행하는 경우에도 지시인에게 절도소권이 부여되는 것이 확립된 법리라는 점을 언급하며 이러한 통과취득이론을 뒷받침한다.

한편 율리아누스는 동일한 사안을 켈수스와 달리 취급한다. 즉 켈수스가 통과취득이론을 전제로 보상관계상의 소유권이전과 그로 인한 변제효를 인

32) 번역은 최병조(주 6), 119면의 것을 기본으로 삼았고, 가독성을 위해 [ ] 괄호에 의한 보충 및 일부 용어만 수정하였다([崔] 채무면제 → [李] 채무해방; [崔] 처리된 → [李] 행해진; [崔] 대리인이라고 허위표시 → [李] 대리인인 척). 이 개소에 대한 번역과 석의로 정병호, 「Celsus의 통과취득이론」, 『법사학연구』 제22호(2000. 10), 85면 이하 참조.

33) 정병호(주 32), 101면 이하에서는 변제지시 사안에서 지시인의 소유권의 통과취득을 긍정한 켈수스의 견해를 점유법적인 관점에서 소유권양도에 필요한 이중의 인도를 점유보조자를 통한 점유취득(constitutum possessorim)과 간이인도(traditio brevi manu)의 구성적 결합을 통해 설명하고 있다. 반면 고전기 로마법률가들에게 통과취득이론은 낯설었으며 다만 주어진 사안에서는 지시인의 보호방법만이 문제되었다는 견해로 Jakobs, "Delegation und Durchgangserwerb", *SZ* 91 (1974), 244ff. 참조.

정하는 반면, 울피아누스는 원칙적으로 이를 모두 부정한다. 이에 따르면 피지시인은 지시수령인을 상대로 condictio 소권을 가지게 되는데,[34] 다만 지시인의 이행청구에 대하여는 이 condictio 소권을 양도함으로써 항변을 부여한다.

D.46.3.38.1 Africanus 7 quaest.

[…] sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, praestet. furti tamen actionem in proposito mihi post divortium competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse.

([…] 妻[= 지시수령인]에게 증여하려는 夫[= 지시인]가 자신의 채무자[= 피지시인]에게 변제하도록 지시한 경우에도 마찬가지가 적용된다. 왜냐하면 이 경우에도, 주화가 妻의 것으로 되지 않으므로 채무자는 채무해방되지 않지만, 만약 妻를 상대로 가지는 condictio 소권을 양도한다면, 그는 夫를 상대로 항변으로 보호되어야 한다. 그러나 제시된 사안에서 이혼 후라면 절도소권이 나[= 남편]에게 인정될 것인데, 주화들이 횡령되지 않음에 내가 이익을 가지기 때문이다.)

결국 켈수스와 율리아누스의 견해대립은 부부간 증여에 해당하여 무효라는 대가관계상의 하자가 보상관계상의 변제효에 영향을 미치는지에 달려 있다고 볼 수 있다.[35] 켈수스는 통과취득 이론을 동원하여 주화의 소유권 이전을 긍정하고 이를 통해 보상관계의 변제효를 인정하는 반면, 율리아누스는 이를 부정한다. 양 견해의 차이는 피지시인의 수령자를 상대로 하는 직접청구권의 인정여부와 연결된다. 즉 켈수스의 견해에 의하면 혼인관계 존속중이더라도 주화에 대한 반환청구권은 남편에게 있지만, 율리아누스에 따르면 원칙적으로 혼인관계 존속중이라면 피지시인에게 수령자를 상대로 하는 반환

34) 후술하듯이 여기서의 condictio는 condictio furtiva를 의미한다.
35) 이러한 견해 차이를 로마법상 학파대립의 관점에서 분석하는 견해로 정병호(주 32), 111면 이하.

청구권이 있고, 남편은 이혼한 후에라야 주화에 대한 이해관계가 있음을 이유로 소권(절도소권)이 부여될 뿐이다.

이러한 견해대립에도 불구하고 흥미로운 점은 울피아누스는 앞의 켈수스의 견해를 소개하고 이어서 보상관계와 대가관계가 모두 증여가 문제되는 사안에서의 율리아누스의 견해가 "이 견해", 즉 켈수스의 견해에 "부합한다"고 언급하고 있다는 점이다.

D.24.1.3.13 Ulpianus 32 ad Sab.

Huic sententiae consequens est, quod Iulianus libro septimo decimo digestorum scripsit, si donaturum mihi iussero uxori meae dare: ait enim Iulianus nullius esse momenti, perinde enim habendum, atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem: quae sententia vera est.

(**율리아누스**가 학설집 제17권에서 나에게 증여하려는 자에게 내가 지시하여 나의 妻에게 공여하도록 하는 사안에 관하여 기술한 바는 이 견해에 부합한다. 즉 율리아누스 曰: 이는 무효인데, 왜냐하면 마치 내가 수령하여 나의 것이 된 것을 나의 妻에게 공여했던 것으로 간주되어야 하기 때문이다. [**울피아누스**:] 이 견해가 옳다.)[36]

전술하였듯이 대가관계 하자 사안에서 켈수스와 율리아누스는 보상관계의 변제효와 관련하여 견해가 대립하고 있음이 확인된다. 그렇다면 울피아누스는 과연 어떤 점에서 양자의 견해가 "부합"하는 것으로 보았는지가 문제된다.[37] 이어지는 율리아누스의 이유제시로부터 미루어 짐작하건대, 이는 기본적으로 지시 사안을 단축급부 사안으로 본다는 한도에서 양 견해의 공통점이

36) 번역은 최병조(주 6), 119면의 것을 기본으로 삼았으나, 다만 첫 번째 문장의 어순을 약간 변경하였고, 율리아누스 견해 부분에 ait의 역어로 '曰'을 추가하였다.

37) 이와 관련하여 켈수스와 율리아누스가 다루고 있는 사안의 상이성에 대한 지적으로 Jakobs (1974), 247ff. 즉 켈수스는 보상관계가 일반적인 채무가 존재하는 사안인 반면, 율리아누스는 보상관계 또한 무상인 사안을 다루고 있고, 따라서 켈수스가 다룬 사안에서는 보상관계상의 변제효를 인정함으로써 지시인의 청구로부터 피지시인을 보호할 필요성이 있으나 율리아누스가 다룬 사안에서는 그럴 필요가 없다고 한다.

발견되고, 이러한 제한된 한도에서만 울피아누스는 켈수스의 견해를 원용하고 있는 것으로 보인다.

정리하면 대가관계가 부부간 무효여서 무효인 사안에서 로마법률가들 간에 견해대립이 있는 것이 확인된다. 켈수스는 대가관계상의 하자에도 불구하고 피지시인이 지시이행을 통해 보상관계의 채무를 이행한 것으로 보지만, 율리아누스는 이 경우 보상관계상의 채무이행도 부정하고 있다. 따라서 켈수스에 의하면 이 경우 대가관계의 하자는 철저히 대가관계 내에서 해결되지만,[38] 율리아누스에 의하면 피지시인은 수령자를 상대로 원칙적으로 직접 반환청구(condictio: 이는 후술하듯이 cond. furtiva)가 가능하다. 결과적으로 율리아누스에 의하면 수령자는 피지시인을 상대로는 suum recepit을 원용할 수 없게 된다.[39] 지시를 이행한 피지시인의 보호방법에 있어 켈수스는 보상관계상의 채무를 면하게 하는 방법을 취하고 있고, 율리아누스는 수령자를 상대로 직접청구를 인정하는 방법을 취한다는 점에서 차이를 보인다.

4. 지시수령인이 대가관계상 하자에 관하여 악의인 경우

지시수령인이 보상관계상의 하자에 대하여 악의인 경우에도 피지시인은

---

38) 관련하여 Cel. D.12.1.32은 대가관계가 부존재하는 사안(소비대차 불성립)에서 수령자를 상대로 하는 지시인의 반환청구권을 실질적인 재산가치의 귀속을 고려하여 "선과 형평"을 근거로 인정하고 있는데, 이 역시 대가관계의 하자를 대가관계 내에서 해결하려는 태도로 볼 수 있다. Conradi (1773) 이래 켈수스의 이름(Publius Iuventius Celsus)을 따서 condictio Iuventiana로 불리는 이 개소에 대한 국내의 석의로는 정병호, 「로마법 텍스트 석의: 고전전시대의 임치소권, 켈수스의 선과 형평에 근거한 부당이득반환소권(소위 condictio Iuventiana)」, 『강원법학』 제12권(2000), 301면 이하가 있고 아울러 Hallebeek, "Some remarks concerning the so-called condictio Iuventiana (D. 12,1,32)", *RIDA* 32 (1985)도 참조.

39) Sturm(주 1), 1218f.는 대가관계 하자시에는 무자력의 위험이 3자 간에 분배되어야 한다는 원칙하에 지시인과 피지시인의 관계에서는 피지시인을 더 보호해야 하고 피지시인과 지시수령인 간에는 지시수령인을 더 보호해야 한다고 본다. 특히 후자의 경우 두 가지 논거를 제시하는데, 첫째, 이를 인정하면 지시수령인은 제3자의 권리에 기한 항변들(exceptiones de iure terti)의 대항을 받게 된다는 점과 둘째, 어차피 피지시인은 지시수령인 간의 관계에서 채무없음에도 이행한다는 점에서 악의의 비채변제에 해당하므로 반환청구가 제한된다는 점을 제시한다. 그러면서 후자의 경우에 지시수령인이 자신이 이득할 법적 원인이 없다는 점을 알았던 경우라면 예외가 적용된다고 한다. 그 경우 지시수령인은 지시수령인에게 절도 소권(actio furti), 절도 condictio (condictio furtiva), 소유물반환청구(rei vindicatio)로 책임진다고 한다(D.46.3.38.1).

지시수령인에게 이를 원용할 수 없음은 전술한 바와 같다. 그렇다면 지시수령인이 대가관계상 하자에 관하여 악의인 경우에는 어떠한가?

앞서 살펴보았듯이 로마법률가들은 지시 사안을 단축급부로 구성하고 있는데, 그에 따르면 피지시인의 지시이행은 보상관계와 대가관계에서 각각 변제효를 발생시킨다(이중변제효). 그렇다면 대가관계상 하자에 대하여 지시수령인이 알고도 수령한 경우라면 악의의 비채변제 수령에 해당하는데, 이는 로마법상 '절도'에 해당한다.[40] 울피아누스가 인용하는 켈수스의 견해에 의하면 지시이행으로 주화의 소유권은 지시인에게 이전되므로 지시인이 절도의 피해자로써 절도소권을 가지게 된다. 아래의 개소에서는 이 점을 명확히 밝히고 있다.

D.24.1.3.12 Ulpianus 32 ad Sab.

Et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit […] Nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse.

(켈수스는 학설집 제15권에서 기술하기를 […] 그리고 네[= 지시인]가 타인[= 지시수령인]을 통하여 수령하는 것은 네[= 지시인]가 수령하는 것임은 새롭거나 이상한 것이 아니다. 왜냐하면 너의 채권자의 대리인인 척하는 자가 너의 채무자로부터 네가 지시하여 금원을 수령하는 경우에도 네가 절도소권을 가지며 또한 그 금원 자체가 너의 것이라는 것이 정설이기 때문이다.)

---

40) D.13.1.18 Scaevola 4 quaest.
Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, … .
(비채인 주화를 알면서 수령한 경우 절도가 되므로 ….)
고전법학에서는 절도를 유체물을 몰래 취거하는 것으로 정의하였는데, 악의의 비채수령도 절도로 보는 이러한 절도개념은 절도를 이득을 취하기 위해 타인의 재산에 대한 부당한 저촉(contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia)으로 보는 고전전법학의 영향을 받은 것(Paul. D.47.2.1.3 참조)이라고 한다. 정병호(주 9), 16면 주 39 참조.

5. 이중하자의 경우

다음으로 보상관계와 대가관계에 모두 하자가 있는, 이른바 이중하자(Doppelmangel) 사안이 문제된다. 다음의 개소는 보상관계와 대가관계가 모두 부존재한 경우이다.

D.39.5.2.4 Iulianus 60 dig.

Item si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

(또 네가 채권자라고 오상한 자에게 내가 너의 지시로 너에게 채무있다고 오상한 금전을 문답낙약한 경우, 나는 청구자를 악의의 항변으로 배척할 것이고, 나아가 문답요약자[= 수령자]를 상대로 불확정물의 [condictio] 소권으로 제소함으로써 나를 요식채무면제하도록 할 것이다.)

율리아누스는 보상관계와 대가관계가 모두 부존재 함에도 지시가 이행된 경우 피지시인은 수령자를 상대로 악의의 항변도 원용할 수 있고 나아가 직접 condictio 소권도 행사할 수 있다고 한다. 이러한 율리아누스의 해결책에 대하여 울피아누스는 "humanitas가 있다"[41]고 평가한다.

D.44.4.7.1 Ulpianus 76 ad ed.

Idem Iulianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoveri debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi

41) 이를 Watson (1998)은 그대로 "humanity"로 번역하지만, Scott (1932)은 "equitable"로, Otto/Sintenis/Schilling (1832)은 "Billigkeit für sich"로 번역한다. 최병조(주 6), 120면에서는 "인간적인 해결책"으로 번역한다.

acceptam faciat stipulationem. et habet haec sententia Iuliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus.
(동일한 율리아누스 曰, 너의 채권자라고 네가 오상한 자에게 내가 너의 지시로 너에게 채무있다고 오상한 금전을 문답낙약하는 경우, 청구자는 악의의 항변으로 배척되어야만 하고, 더욱이 문답요약자를 상대로 제소함으로써 나를 요식채무면제하게 할 수 있다. 이러한 율리아누스의 견해는 humanitas가 있고, 그리하여 나는 나에게 채무부담시킨 자[= 수령자]를 상대로 항변도 원용하고 condictio 소권도 행사할 수 있다.)

흥미로운 것은 율리아누스가 보상관계가 부존재하면서 동시에 대가관계가 무상인 경우 이중하자에서와 동일한 법리를 적용하고 있다는 것이다.[42] 율리아누스는 보상관계와 대가관계가 모두 증여인 경우 피지시인과 지시수령인 간에 증여약속이 이루어지면 동시에 두 개의 증여약속이 이루어진 것으로 본다. 그러나 보상관계가 부존재하는 경우라면 그와는 다른 법리가 적용된다고 본다. 대가관계가 무상인 경우 지시수령인보다는 지시를 이행한 피지시인을 더 보호하는 입장으로 볼 수 있다.

D.39.5.2.2-3 Iulianus 60 dig.
Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, iussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est. 3. Aliud iuris erit, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas: exceptione enim doli mali tueri me potero et praeterea incerti condictione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem.
(실로 티티우스에게 금전을 증여하려는 내가, 나에게 동일액을 증여하려던 너에게

42) Sturm(주 1), 1221은 이 경우 무상취득과 법률상 원인없는 취득을 같게 취급해서는 안 되고(이는 전형적인 근대법적 고찰방식이라고 한다), 오히려 누가 더 보호필요성이 있는지를 살펴보아야 한다는 입장이다.

티티우스에게 약속하도록 지시하면, 모든 당사자들 간에 증여가 완성된다. 3. 내가 너에게 채무부담한다고 오상했던 금전을 너의 지시로, 네가 증여하고자 했던 자에게 내가 문답낙약하는 경우에는 다른 법리가 적용된다. 즉 나는 악의의 항변으로 나를 보호할 수 있을 것이고 나아가 불확정물의 condictio 소권으로 문답요약자로 하여금 나를 요식채무면제하도록 강제할 수 있다.)[43]

정리하면 대가관계에 하자가 있는 경우 지시수령인은 지시를 이행한 피지시인을 상대로 'suum recepit'을 원용할 수 없다. 나아가 율리아누스는 대가관계가 무상인 경우까지도 피지시인과 무상의 취득자인 지시수령인 중에 전자의 보호필요성을 고려하여 직접청구를 인정한다는 점도 주목할 만하다.[44]

6. 지시가 무효인데 대가관계는 유효한 경우

1) 보상관계가 존재하는 경우

보상관계가 존재하는데 지시인의 지시가 무능력을 이유로 무효이고, 마침 유효한 대가관계가 존재하는 경우 수령자에게 suum recepit 항변을 인정할 수 있을지가 문제된다. 사료상으로는 정신착란자가 지시한 경우와 피후견인이 후견인의 조성(助成)없이 지시한 사안이 전해진다.

D.44.4.16 Hermogenianus 6 iuris epit.

Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, quem compotem mentis esse

---

43) 동일한 취지가 다음의 개소에서도 확인된다.
≒ D.44.4.7.pr. Ulpianus 76 ad ed.
Iulianus ait: si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas, exceptione doli mali potero me tueri et praeterea condictio mihi adversus stipulatorem competit, ut me liberet.
(율리아누스 曰: 내가 너에게 채무있다고 생각했던 금전을 너의 지시로 네가 증여하기 원했던 자에게 문답낙약한 경우, 악의의 항변으로 나를 보호할 수 있을 것이고, 나아가 condictio가 문답요약자를 상대로 나를 채무해방시키도록 하는 것이 나에게 인정된다.)

44) Sturm(주 1), S. 1221에서는 여기서 증여목적 지시는 변제목적 지시와 구별되어야 한다는 점을 지적하면서, 그 경우 지시수령인은 보호의 필요성이 없으며, 피지시인에게 지시인의 무자력의 위험을 부담하는 것이 기대될 수 없다는 것을 그 이유로 제시한다.

existimabat, et ita cum eo agatur: exceptione doli in id, quod in rem furiosi processit, defenditur.
(정신이 온전하다고 생각하였으나 [실제로는] 정신착란자로부터 지시받은 채무자가 그[= 지시인]의 채권자에게 지급하였고 그가 [자신의 채권자인 정신착란자로부터] 제소당하면, 정신착란자에게 이익으로 된 것에 대하여 악의의 항변으로 보호된다.)

D.46.3.66 Pomponius 6 ex Plaut.
Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. […]
(피후견인의 채무자가 후견인의 조성없이 지시하는 그를 좇아서 그의 채권자에게 금원을 지급한 경우, 그는 피후견인을 채권자로부터 해방시키지만, 그 자신은 구속된 상태로 남는다. 그러나 그는 항변으로써 자신을 보호할 수 있다. […]).

위의 두 사안은 모두 유효한 보상관계의 존재를 전제로 지시가 무효임에도[45] 피지시인이 지시를 이행하였는데, 채권자인 지시인이 채무자인 피지시인을 상대로 청구하는 사안을 다룬다. 이러한 청구는 보상관계상 채무이행이 이루어지지 않음을 전제로 하는 것인데,[46] 정신착란자에 대한 변제는 보좌인에게 이루어져야 하고,[47] 피후견인에 대한 변제에는 후견인의 조성이 요구되기 때문이다.[48] 흥미로운 것은 이 경우 지시가 무효이더라도 대가관계상 채무는 이행된 것으로 본다는 점이다. 그렇다면 지시가 무효이더라도 대가관계가 유효하면 원칙적으로 지시수령인인 채권자는 유효한 변제를 받

45) 정신착란자의 경우 의사무능력이며(D.50.17.40), 피후견인은 양도능력이 없으므로 후견인의 조성없이는 변제지시도 할 수 없기 때문이다(D.46.3.15).
46) D.46.3.68에서는 그 이유로 이들의 경우 그들의 박약함으로 인해 공여받은 것이 소멸될 우려가 있기 때문임을 언급한다("ne datio ex illorum inbecillitate pereat").
47) Ulp. D.46.3.14.7; 정신착란자가 변제수령자로 부가된 사안도 마찬가지인데, 파피니아누스는 정신착란자에게 이익이 전용될 것을 요구한다(Pap. D.46.3.95.7).
48) Paul. D.46.3.15(주 49 참조).

은 것(suum recepit)이고, 따라서 피지시인은 지시수령인을 상대로 반환청구를 할 수 없게 된다. 결국 지시인과 피지시인 사이에 청산이 이루어져야 하는데, 이때 지시인이 지시를 이행한 피지시인을 상대로 청구하면 피지시인은 악의의 항변으로 보호를 받게 된다.[49] 다만 이를 위해서는 이득의 현존이 요구된다.[50]

2) 보상관계도 부존재한 경우

피후견인이 후견인의 조성 없이 지시한 사안에서 보상관계도 부존재한 경우가 문제된다. 아래의 개소에서의 두 번째 단락에서 이 문제를 다루고 있다.

D.46.3.66. Pomponius 6 ex Plaut.

Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. ¶ si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum

---

49) 여기서 항변이란 앞선 개소(D.44.4.16)와 다음의 개소에서 보듯이 악의의 항변을 의미한다.
D.46.3.15 Paulus 6 ad Sab.
Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest: sed nec delegare potest, quia nec alienare ullam rem potest. si tamen solverit ei debitor et nummi salvi sint, petentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit.
(피후견인에게는 후견인의 조성 없이 변제될 수 없다. 또 그는 변제지시를 할 수도 없는데, 왜냐하면 그는 어떤 물건도 양도할 수 없기 때문이다. 그런데 채무자가 그에게 변제하고 주화가 보전된 경우에는 청구하는 피후견인에게 악의의 항변으로 채무자는 대항할 수 있을 것이다.)
여기서 악의란 이중청구한 것 자체가 아니라 자신에게 이득이 되었음에도 재차 청구하는 것에 있다. Sturm(주 1), 1213도 참조.

50) D.44.4.4.4 Ulpianus libro 76 ad edictum.
Si quis pupillo solverit sine tutoris auctoritate id quod debuit exque ea solutione locupletior factus sit pupillus, rectissime dicitur exceptionem petentibus nocere: nam et si mutuam acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse exceptionem. Idemque et in ceteris erit dicendum, quibus non recte solvitur: nam si facti sint locupletiores, exceptio locum habebit.
(어떤 자가 피후견인에게 후견인의 조성 없이 채무를 변제하고 그 변제로 인해 피후견인이 이득하면, 항변이 청구자에게 해가 된다고 말하는 것은 매우 타당하다. 즉 [피후견인이] 소비대차금을 수령하거나 다른 어떤 계약에 기하여 이득하는 경우에도 항변이 부여되어야만 한다. 동일한 법리를 유효하게 변제되지 않은 사안에도 말해야 할 것이다. 즉 이득이 현존하면, 항변이 적용될 것이다.)
이득이 현존하지 않는 경우 피후견인의 재청구시 변제자는 유책판결을 받게 된다(Inst.2.8.2).

quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.
(피후견인의 채무자가 후견인의 조성없이 지시하는 그를 좇아서 그의 채권자에게 금원을 지급한 경우, 그는 피후견인을 채권자로부터 해방시키지만, 그 자신은 구속된 상태로 남는다. 그러나 그는 항변으로써 자신을 보호할 수 있다. ⁋ 그런데 그가 피후견인의 채무자가 아니었던 경우에 그는 피후견인을 상대로 condictio 소권을 행사할 수 없는데, 피후견인은 후견인의 조성 없이는 채무를 부담하지 않기 때문이며, 또한 채권자를 상대로도 그럴 수 없는데, 그와는 타인의 지시로 관계를 맺었기 때문이다. 그러나 피후견인은 그가 이득하고 있는 상당액을, 채무로부터 벗어난 것인 만큼, 준소권으로써 책임질 것이다.)[51]

지시가 무효인데 보상관계가 부존재하는 경우 지시인인 피후견인을 상대로도, 지시수령인인 채권자를 상대로도 condictio 소권 행사가 불가능하다. 지시인인 피후견인을 상대로 불가능한 이유는 "피후견인은 후견인의 조성이 없이는 채무를 부담하지 않는다"는 점에서 그러하고 지시수령인을 상대로 불가능한 이유는 "타인의 지시로 관계를 맺었기 때문"이라고 한다. 여기서 "타인의 지시로 관계를 맺었다"는 것의 의미가 문제된다. 앞서 살펴본 바와 같이 유효한 대가관계가 존재하는 한 지시수령인은 피후견인의 채권자이고 비록 후견인의 조성 없는 피후견인의 지시는 효력이 없지만 그에 기하여 수령한 것에 대한 신뢰를 보호할 필요가 있다는 것으로 이해될 수 있다. 따라서 지시법리가 적용되어 지시수령인은 직접청구로부터 보호되는 것이다. 피후견인으로부터 지시를 받는 자의 경우 먼저 후견인의 조성 유무를 살펴야 하는 것이고 이를 살피지 않은 잘못은 그의 탓으로 돌릴 수 있다. 그러나 대가관계상 변제효가 인정되는 한 피후견인은 어쨌든 채무소멸이라는 이득을 얻은 것이고, 따라서 그 이득이 현존하는 한에서 반환책임을 져야 한다. 이를 위해 비록 법적으로는 효력이 없는 지시라 하더라도 지시를 이행한 피지시인

51) 이 개소에 대한 국내의 석의로는 최병조(주 6), 86면 이하 참조. 번역은 최병조(주 6), 86면 이하의 것을 앞선 개소번역과의 일관성 유지를 위한 수정만을 가하였다(가령 "채무면제"는 "채무해방"으로).

에게는 준소권이 부여되는 것이다.[52] 결론적으로 위의 개소에 의하면 지시가 무효인 경우에도 대가관계가 유효하면 지시수령인인 채권자에게는 suum recepit이 적용되는 것이 확인된다.

7. 지시인이 지시수령인의 변제수령을 금지시킨 사안

다음으로 처음에는 유효한 지시가 있었으나 나중에 지시인이 지시수령인에게 변제수령을 금지시킨 경우가 문제된다.[53] 아래의 개소에 의하면 이때 보상관계상의 변제효는 변제자의 선악에 달려있다.

D.46.3.12.2 Ulpianus libro 30 ad Sabinum

Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere: si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor, sed si sciero, non liberabor.

(그리고 채권자가 티티우스에게 변제하라고 [나에게] 위임[=지시]하였다가 그가 수령하는 것을 금지한 경우에도 그러하다[= 유효하게 변제된다]. 만약 그가 수령하는 것이 금지된 줄 모르고 내가 변제하면, 나는 채무해방되지만, 내가 안다면 채무해방되지 못한다.)

D.46.3.18 Ulpianus libro 41 ad Sabinum.

[…] nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur.

(또 내가 티티우스에게 금전을 변제하라고 나의 채무자에게 지시하고, 나중에 티티우스가 수령하는 것을 금지하는데, 채무자가 그것을 모르고 스스로 재산관리인인

52) 최병조(주 6), 118면은 이것은 명백히 형평(aequitas)에 기한 해결책으로 평가한다. Hähnchen(주 18), 60f.는 폼포니우스가 condictio 소권을 인정하지 않은 것은 시민법적으로 후견인의 조성이 없는 지시의 경우 피후견인을 상대로 청구권이 성립하지 않는다는 것으로 설명되고, 결국 시민법상 구속력은 없으나 사실상의 이득에 기반 한 소권 인정을 법정관법상의 쇄신으로 본다.

53) 이와 대비되는 사안으로 문답계약상 제3자에게 변제수령권한을 부여하는 경우 채권자가 나중에 변제수령을 금지하더라도 변제수령권자에 대한 변제효에는 영향이 없다(D.46.3.106 참조).

척하는 티티우스에게 변제한다면, 채무자는 채무해방될 것이고, 티티우스는 절도 소권으로 책임질 것이다.)

D.46.3.34.3 Iulianus libro 54 digestorum.
Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.
(내가 티티우스에게 나의 사무 전체를 맡기고 그 후에 채무자들이 모른 채로 티티우스가 나의 사무를 관리하는 것을 금지하면, 채무자들은 그에게 변제함으로써 채무해방될 것이다. 왜냐하면 자신의 사무 전체를 누군가에게 맡기는 자는 재산관리인에게 변제하라고 채무자들에게 지시하는 것으로 이해되기 때문이다.)

한편 아래의 개소의 첫 번째 단락에서 율리아누스는 변제자의 선의를 전제로, 이번에는 지시수령인의 이득의사 여부에 따라 보상관계상의 변제효 여부를 정하고 있다. 지시수령인에게 이득의사가 없다면 지시를 이행한 채무자는 지시이행으로써 채무해방되어 더 이상 지시인으로부터 청구를 당하지 않게 된다. 반면 지시수령인에게 이득의사가 있는 경우라면 보상관계상의 변제효는 발생하지 않고 여전히 보상관계상의 채무가 존속한다. 이 경우 주화의 소유권은 이전하지 않으므로 주화는 여전히 피지시인의 것이고, 따라서 지시수령인은 피지시인을 상대로 '절도'가 성립한다. 지시인의 청구에 대하여 피지시인은 바로 이러한 절도 condictio 소권을 양도함으로써 항변을 얻게 된다.[54]

54) 로마법상 절도에 대한 구제수단으로 절도소권(actio furti)과 절도 condictio가 있다. 절도소권이 징벌적 성격의 소권(actio poenalis)이라면, 절도 condcitio 소권은 물적 추급소권이라는(멸실시에는 가액 청구) 점에서 차이가 있다. 소유자인 피해자에게만 인정된다는 점과 절도범의 상속인을 상대로도 인정된다는 점에서 절도소권(actio furti)과는 차이가 있고, 물건의 현존이 요구되지 않는다는 점에서 소유물반환청구(rei vindicatio)와도 차이가 있다. 물건의 멸실시에는 절도 후 물건의 최고가액으로 평가된 가액 청구가 가능하다(D.13.1.8.1). Kaser/Knütel/Lohsse (2017), § 51, Rn. 7.

D.46.3.38.1 Africanus 7 quaest.

Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: ⁋ sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, praestet. furti tamen actionem in proposito mihi post divortium competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse.

(내[= 지시인]가 나의 채무자[= 피지시인]에게 티티우스[= 지시수령인]에게 변제하도록 지시하고, 그 후에 티티우스에게 수령하는 것을 금하였는데, 채무자가 이를 모르고 변제하는 경우, 그것을 이득하려는 의사 없이 티티우스가 주화를 수령한다면 그를 채무해방시킨다는 것이 그[= 율리아누스]의 견해였다. 그렇지 않은 경우라면, 주화에 대한 절도를 범할 것이기에, 주화[의 소유권]는 채무자에게 머물 것이고 따라서 채무해방이 법률상 당연히 채무자에게 일어날 수 없을 것이데, 그러나 만약 그가 티티우스를 상대로 가지는 절도 condictio 소권을 나에게 양도할 용의가 있는 경우라면 항변이 그를 돕는 것이 공평하다. ⁋ 妻[= 지시수령인]에게 증여하려는 夫[= 지시인]가 자신의 채무자[= 피지시인]에게 변제하도록 지시한 경우에도 마찬가지가 적용된다. 왜냐하면 이 경우에도, 주화가 妻의 것으로 되지 않으므로 채무자는 채무해방되지 않지만, 만약 妻를 상대로 가지는 [절도] condictio 소권을 양도한다면, 그는 夫를 상대로 항변으로 보호되어야 한다. 그러나 제시된 사안에서 이혼후라면 절도소권이 나에게 인정될 것인데, 주화가 횡령되지 않음에 나에게 이해관계가 있기 때문이다.)

그리고 주목할 점은 위 개소의 두 번째 단락에서 율리아누스는 동일한 법

리를 앞서 살펴본 대가관계가 부부간 증여에 해당하여 무효인 사안에도 적용하고 있다는 점이다. 이는 법질서가 귀속금지를 명한 경우와 당사자에 의사에 기한 귀속금지를 동등하게 본 것이다. 따라서 혼인관계 존속중이라면 주화의 소유권은 여전히 피지시인의 것이므로 피지시인은 소유물반환청구(rei vindicatio)가 가능하고, 만약 지시수령인에게 이득의사가 있다면, 불법행위에 기한 절도소권과 부당이득에 기한 절도 condictio 소권이 모두 인정될 것이다. 다만 이혼 후라면 주화가 횡령되지 않음에 대하여 남편에게 이해관계가 존재하므로 남편에게도 절도소권을 인정한다.

8. 피지시인의 보호가 필요한 경우

지금까지 살펴본 지시법리 또는 suum recepit에도 불구하고 피지시인의 보호가 필요한 경우 대가관계상 채권자인 지시수령인을 상대로도 항변을 원용할 수 있다. 아래의 개소에서는 婦人과 미성년자가 피지시인인 사안이 다루어진다.

D.46.2.19 Paulus 69 ad ed.

Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, … ⁋ diversum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda promissione intercessio est. ⁋ idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiamnunc minor est, rursum circumvenitur: diversum, si iam excessit aetatem viginti quinque annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem. […]

(지시인을 상대로 대항가능한 악의의 항변은 지시수령인인 채권자에게는 그친다. 여타의 유사한 항변들의 경우에도 마찬가지인데, […][55] ⁋ [벨레이아누스] 원로원

55) 생략된 부분은 보상관계가 마케도 원로원 의결 위반인 경우 직접청구가 부정된다는 것으로 전술하였다. 왜냐하면 이 경우 家子에게 차금한 자는 지시인이지 지시수령인이 아니기 때문이다.

의결에 위반하여 약속한 婦人의 경우에는 다른데, 왜냐하면 두 번째 문답낙약에서도 채무가담이 있기 때문이다. ⁋ 기망당하여 지시받은 미성년자의 경우에도 마찬가지인데, 왜냐하면 그가 여전히 미성년자라면 다시금 기망당하는 것이기 때문이다. 이제 [지시받은 당시에] 25세가 넘으면 다른데, 비록 그가 여전히 첫 번째 채권자[= 지시인]를 상대로 원상회복할 수 있더라도 그러하다. […])

우선 벨레이아누스 원로원의결(SC. Velleianum 또는 Vellaeanum, 기원후 46년)은 무경험자 보호의 취지에서 婦人이 타인을 위해 채무가담(intercessio)하는 것을 금지하였다.[56] 여기서 채무가담이란 보증, 담보제공, 경개 등 그 방식을 불문하고 타인의 채무를 인수하는 것을 말한다. 이를 위반한 경우 해당 거래행위 자체는 무효가 아니었지만, 婦人이 채권자에게 제소당하였을 때 항변(exceptio SCtii Vellaeani)으로 대항가능하였다.[57]

위의 개소에서 婦人은 어떤 채무자를 위해 지시인과 첫 번째 문답낙약(채무가담)을 하였고, 나중에 지시인의 지시로 지시인의 채권자인 지시수령인과 두 번째 문답낙약을 하였다. 이 경우 지시수령인과의 두 번째 문답낙약 자체가 동 원로원의결이 금지하는 '채무가담'에 해당하므로 婦人은 지시수령인을 상대로도 항변을 원용할 수 있게 된다. 이 경우 지시수령인에게는 다른 구제수단이 주어진다. 벨레이아누스 원로원의결 위반의 경우 지시수령인에게는 법정관이 원상회복소권(actio restitutoria)을 부여하여 대가관계상의 구 채권이 부활되고 따라서 자신의 원채무자(婦人의 입장에서는 지시인)를 상대로 소구할 수 있게 된다.[58]

한편 婦人이 벨레이아누스 원로원의결을 위반하여 대가관계에서 채무가담하고 자신의 채무자를 지시한 사안이 문제된다. 여기서는 전술한 지시법리에 따라 지시에 따른 피지시인의 행위는 지시인의 행위로 평가되고, 이때 원로원의결 위반은 대가관계에만 존재하므로 이미 피지시인에 의한 출연이 이루

56) 이에 대하여는 Honsell/Mayer-Maly/Selb (1987), S. 292f.

57) 다만 婦人이 채권자를 속이거나 채권자가 과실없이 婦人의 채무가담을 모른 경우, 또는 婦人이 유상으로 채무가담한 경우에는 예외였다. 최병조, 『로마법강의』(박영사, 2004), 452면.

58) Kaser, *Das Römische Privatrecht*, erster Abschnitt, Zweite neubearbeitete Auflage (1971), S. 667.

어진 경우 婦人은 채무가담을 통하여 채권자로 된 지시수령인을 상대로 condictio 소권을 행사할 수 있다. 지시는 변제의 한 방법이기 때문이다.

D.16.1.8.3 Ulpianus 29 ad ed.

Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, ut puta si contra senatus consultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret: solvit enim et qui reum delegat.

(때로는 채무가담한 婦人에게 condictio 소권도 인정되었는데, 가령 [벨레이아누스] 원로원의결에 반하여 의무부담한 婦人이 자신의 채무자를 지시한 경우가 그러하다. 왜냐하면 이 경우에 婦人에게 condictio 소권이 인정되는데, 흡사 그녀가 금전을 변제하였다면 condictio 소권을 행사할 수 있었을 것과 마찬가지이다. 즉 채무자를 지시한 자도 변제한 것이기 때문이다.)

다음의 개소는 婦人이 지시인이지만 보상관계가 부존재하고, 대가관계가 동 원로원의결 위반이 되어 이중하자로 되는 사안에 관한 것이다. 이 경우 오상채무자는 婦人의 보증인과 같은 지위로 취급되어 주채무자의 항변인 동 원로원의결상의 항변 원용이 가능하다. 그 이유로 만약 그렇지 않으면 오상채무자가 婦人을 상대로 구상권을 행사하게 될 것이고 결과적으로 婦人이 채무가담한 것과 같게 되어 동 원로원 의결의 취지가 잠탈될 것이라는 점이 언급되고 있다.[59] 관련 당사자들의 법률관계에 대한 로마법률가들의 정밀한 분석이 돋보인다.

D.16.1.8.4-6 Ulpianus 29 ad ed.

Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor eius non fuit, exceptione senatus consulti poterit uti, quemadmodum mulieris fideiussor. 5. [...] 6. Sed si eum

59) Sturm(주 1), S. 1217.

delegaverit qui debitor eius non fuit, fraus senatus consulto facta videbitur et ideo exceptio datur.
(그러나 婦人으로부터 지시받은 자가 그녀의 채무자가 아니었던 경우 원로원의결의 항변을 원용할 수 있을 것인데, 마치 婦人의 보증인의 경우와 흡사하게 말이다. 5. […] 6. 婦人이 그녀의 채무자가 아닌 자를 지시한 경우, 원로원 의결이 잠탈되는 것으로 보일 것이고, 그리하여 항변이 부여된다.)

두 번째 예외는 미성년자 보호와 관련된 것이다. Lex Plaetoria de minoribus (기원 전 192/1, 나중에는 lex Laetoria로 불림)은 거래에서 기망당한 25세 미만의 자권자인 미성년자를 보호하기 위한 법률인데, 이를 위반한 행위는 민사상으로는 유효하였으나 미성년자가 청구를 받으면 항변(exceptio legis Plaetoriae)이 부여되었고, 이미 이행된 경우 법정관이 원상회복(restitutio in integrum)을 부여하였다.[60]

위의 사안에서 미성년자가 보상관계상 채무부담한 것은 첫 번째 기망에 해당하고, 지시를 받고 지시수령인과 문답낙약한 것은 두 번째 기망에 해당한다("rursum circumvenitur"). 이러한 기망에 대하여 미성년자는 항변을 원용할 수 있는데, 이는 악의자를 상대로만 효력만을 가지는(대인적 효력) 일반적인 악의의 항변(exceptio doli)[61]과 달리 대물적 효력을 가지므로

60) 이에 대하여는 Andreas Wacke, "Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen Geschäftliche Übervorteilungen－besonders durch die exceptio legis Plaetoriae－", 48 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 203 (1980), 204f.

61) 아래의 개소에 의하면 미성년자가 자신의 특유재산에 속하는 노예의 기망적 조언으로 제3자에게 노예를 매도하고 제3자가 해방시킨 사안에서, 기망에 가담하지 않은 매수인을 상대로는 악의소권이 성립하지 않는다. 매매 자체가 무효라고 하더라도 노예를 해방시킨 제3자를 상대로는 원상회복을 청구할 수도 없다고 한다.
D.4.3.7.pr. Ulpianus libro 11 ad edictum.
Et eleganter Pomponius haec verba "si alia actio non sit" sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

(exceptio in rem),[62] 지시수령인을 상대로도 원용이 가능하다. 물론 신 채권자로 된 지시수령인에게는 원상회복이 인정되어 보상관계상의 구 채권이 부활하게 된다.

정리하면 피지시인이 婦人이나 미성년자와 같이 법질서가 특별히 보호하는 대상인 경우에는 독자의 항변 원용이 가능하다. 婦人의 경우에는 지시인의 지시에 좇은 지시수령인과의 문답낙약 자체가 '채무가담'에 해당하기 때문이고, 미성년자의 경우에는 지시에 의한 약속이 '기망'에 해당하기 때문이다. 이러한 경우 지시수령인은 대가관계가 유효하더라도 suum recepit을 원용할 수 없게 된다. 이로써 이들에 대한 보호가 변제를 수령한 지시수령인의 보호에 앞서게 된다. 결국 지시수령인은 다시 대가관계에 기하여 자신의 원래 채무자인 지시인과 상대해야 한다.

9. 소결

지금까지 살펴본 사안유형을 표로 정리하면 다음과 같다.

아울러 다음의 개소에서는 나의 채무자(B)가 너(A)를 기망하여 채권자인 나(C)의 채무자로 만들어서 문답계약을 하게 하고 이에 기하여 내(C)가 청구하는 경우 너(A)에게 악의의 항변이 인정되는지에 대하여 율리아누스는 너(A)는 나(C)를 상대로 나의 채무자(B)의 악의를 원용하는 것이 허용되지 않는다는 견해를 취한다.

D.44.4.4.20 Ulpianus libro 76 ad edictum.

Item quaeritur, si debitor meus te circumveniebat teque mihi reum dederit egoque abs te stipulatus fuero, deinde petam, an doli mali exceptio obstet. Et magis est, ut non tibi permittatur de dolo debitoris mei adversus me excipere, cum non ego te circumvenerim: adversus ipsum autem debitorem meum poteris experiri.

62) Hans Ankum, "Gab es im klassischen Recht eine exceptio un eine replicatio legis Laetoriae?", in *Festschrift Wesener* (1992), 21-33에 따르면 여기서의 항변은 exceptio in rem으로 제3자를 상대로도 원용가능하다고 한다(Sturm (주 1), 1215, 주 30에서 재인용). Andreas Wacke (주 59), 220f.도 참조.

<표 1> 로마법상 지시 사안에서 suum recepit 적용범위 표

사안유형	개소	사실관계	결 론	논거
정상적인 지시 사안	Cels. D.39.5.21.pr.	보상관계: 증여 대가관계: 유효	지시이행은 유효	suum recepit
보상관계 하자	Tryph. D.46.2.33	증여 (자력한도 항변)	지시수령인 상대 항변원용 불가	creditor debitum persequitur
	Paul. D.44.4.5.5	증여 (법정한도 초과)	지시수령인 상대 항변원용 불가	creditor suum petit
	Urs.-Ulp. D.44.5.1.10	해방노예의 자유부담부과원인 약속	지시수령인 상대 항변원용 불가	suum recepit
	Paul. D.46.2.12.	항변 존재	지시수령인 상대 어떤 항변도 원용불가	suum recepit
보상관계 부존재	Ulp. D.46.2.13	보상관계 비채	지시수령인 상대 원용 불가	
	Paul. D.12.4.9.1	보상관계 비채 (악의의 항변) 약혼남에게 문답낙약	지시수령인 상대 항변원용 불가/ 단, 혼인해소시 항변 인정	suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est
보상관계가 자연채무	Ulp. D.12.6.26.12	해방노예의 오상 노역 이행	시봉노역의 경우 반환청구 불가	suum recipit
보상관계 하자 + 채권자 악의	Paul. D.46.2.19	마케도 원로원 의결 위반의 차금	지시수령인 상대 항변원용 불가	non facile scire petitor potest, ne curiosus videatur
대가관계 하자	Cel. D.39.5.21.1	법정한도 초과 증여	지시수령인 상대 원용불가	실질은 단축급부 + tu illam ei credideris
	Cel.-Ulp. D.24.1.3.12	부부간 증여 (무효)	보상관계 변제효 인정	단축급부, 통과취득
	Iul.-Afr. D.46.3.38.1	부부간 증여 (무효)	보상관계 변제효 부정(무효) → 지시수령인 상대 cond. furtiva 인정	
			단, 지시인에게 소권양도하면 항변으로 보호됨	
+ 채권자 악의	Cel.-Ulp. D.24.1.3.12	지시수령인 이득의사 있으면 절도 성립	절도 피해자: 지시인	단축급부, 통과취득
이중하자	Iul. D.39.5.2.4 Iul.-Ulp. D.44.4.7.1	보상관계와 대가관계 모두 부존재 + 지시이행	지시수령인 상대 악의의 항변 원용 가능 + condictio 인정	humanitatem habet
	Iul. D.39.5.2.3	보상관계: 부존재 대가관계: 증여 + 지시이행	지시수령인 상대 악의의 항변 원용 가능 + condictio 인정	

사안유형	개소	사실관계		결 론	논거
지시 무효 + 대가관계 유효	Herm. D.44.4.16	정신착란자가 지시인인 경우		지시인 재청구시 악의의 항변 원용 가능	
	Pomp. D.46.3.66.	피후견인이 단독으로 지시한 경우		대가관계 변제효 인정, 보상관계는 유지/ 피후견인 재청구시 악의의 항변원용	
지시 무효 + 보상관계 부존재 + 대가관계 유효	Pomp. D.46.3.66.	피후견인이 단독으로 지시 + 피지시인의 오상이행		지시수령인 상대 반환청구 불가	cum quo alterius iussu contraxit
				단, 피후견인 상대로 준소권 인정(이득현존 한도)	
지시인→ 지시수령인 변제수령 금지	Iul.-Afr. D.46.3.38.1	변제자 선의	지시 수령인 이득의사 無	지시수령인 절도 불성립 → 보상관계 변제효 인정	
			지시 수령인 이득의사 有	지시수령인 절도 성립 (피해자: 피지시인) → 보상관계 변제효 불인정, 단 피지시인은 지시수령인 상대 cond. furtiva 인정/ 단, 소권양도 용의 있으면 지시인 상대로 항변 인정	aequum esse
피지시인의 보호가 필요한 사안	Paul. D.46.2.19	婦人이 지시약속의 방식으로 채무가담		지시수령인 상대 항변 원용 가능 (exc. SCtii Vellaeani)	et in secunda promissione intercessio est
		미성년자가 지시받은 경우		지시수령인 상대 항변 원용 가능 (exc. legis Plaetoriae)	rursum circumvenitur

* 음영표시는 suum recepit이 인정되지 않는 경우임.
** 사선 표시는 직접청구를 당하지 않는 견해를 의미함.

이로부터 도출되는 결론은 아래와 같다.

(1) 로마법상 suum recepit은 지시 사안에서 수령자의 유효한 대가관계에 기한 변제수령에 대한 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 따라서 보상관계상 하자가 있어도 수령자의 suum recepit은 인정된다. 사료상으로는 정상적인 지시 사안과 보상관계 하자 사안의 경우에만 suum recepit 또는 그에 상응하는 표현들이 나타난다. 그리고 보상관계상 하자에 대하여 수령자는 선악불문 보호된다.

⑵ 대가관계상 하자가 있는 경우 suum recepit은 인정되지 않는다. 로마법률가들 간에 단축급부로 보는 점은 일치하여 인정되고 있지만, 누구를 상대로 청산이 이루어져야 하는지에 관하여는 견해대립이 존재한다. 관건은 지시이행을 통한 보상관계상 변제효 인정 여부인데, 이에 따라 직접청구 인정여부가 결정된다. 결론적으로 피지시인의 보호방법에 있어서 차이가 있게 된다.

⑶ 수령자는 대가관계상 하자에 대하여는 선의여야 한다. 대가관계상 하자에 대하여 수령자가 악의인 경우 악의의 비채수령에 해당하여 절도가 성립한다.

⑷ 이중하자의 경우 전해지는 율리아누스의 개소에 의하면 suum recepit은 인정되지 않는다. 따라서 수령자는 피지시인을 직접 상대해야 한다.

⑸ 지시가 무효라도 대가관계가 유효하면 suum recepit가 인정된다. 이는 보상관계가 부존재하더라도 무방하다. 따라서 보상관계의 부존재는 지시인과 피지시인 사이에 해결해야 한다.

⑹ 지시인이 지시수령인에게 변제수령을 금지시킨 사안에서 suum recepit은 인정되지 않는다. 이 경우 변제자의 선의를 전제로, 지시수령인의 이득의사에 따라 절도(즉 악의의 비채수령)여부가 성립하는데, 이득의사가 없는 경우라면 수령자는 내부관계에 따라 수령한 것을 지시인에게 인도할 것이다. 그러나 이득의사가 존재하여 '절도'가 성립하는 경우 절도 피해자인 피지시인의 직접청구(condictio furtiva)를 당하게 된다.

⑺ 피지시인이 법질서가 보호하는 대상에 속하는 경우에는(婦人, 미성년자) 법이 정한 독자의 항변원용이 가능하고 이에 따라 대가관계가 유효라도 suum recepit은 인정되지 않는다.

Ⅳ. 우리 민법과의 비교

지금까지 로마법상 지시 사안에서의 suum recepit의 용례 및 그 적용범위에 대하여 살펴보았다. 이하에서는 로마법과 민법의 해결법을 비교해 보고자

한다. 주지하듯이 민법의 경우 부당이득법 제도를 바라보는 시각에 있어서 공평설과 유형설의 대립이 존재하는데,[63] 판례는 공평설을 기반으로 하면서도[64] 근래 들어 급부개념을 활용한 유형설에 기반한 판결들을 내놓고 있어서 주목된다.[65] 이하에서는 이제는 지시 사안의 해결에 있어서 판례상 수용되었다고 할 수 있는 '유형설적 해결법'에 따라 비교해 보기로 한다.[66]

1. 보상관계 하자 사안

민법은 명문으로 지시 제도를 규정하고 있지는 않지만, 지시인이 자신의 채무자에게 제3자(즉, 자신의 채권자)에 급부할 권한을 부여하고(타인급부에 대한 수권) 그에 기한 출연에 변제목적을 지정하여 변제효를 발생시키게 하는 것이 허용된다.[67] 그리고 우리 판례도 로마법과 마찬가지로 지급지시 사안을 단축급부로 구성하고,[68] 그 결과 각 원인관계상의 하자는 해당 원인관

---

63) 종래 우리나라에서의 부당이득법에 관한 민법상 학설의 개관과 공평설에 대한 비판에 대하여는 민법주해/양창수(2005), 제741조, 154면 이하, 161면 이하 참조.

64) 대법원 1979. 11. 13. 선고 79다483 전원합의체 판결("공평의 이념에 입각하고 있는 부당이득제도의 근본취지") 이래로 주로 이른바 편취금전 변제사안에서 이러한 설시가 반복되고 있다: 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결(자기채무변제형); 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006다53733, 53740 판결(이중편취형).

65) 대표적으로 분양대금 지급지시 사안에 관한 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001다46730 판결.

66) 다만 급부개념을 활용한 해결법은 지시 사안 이외의 3각관계 사안(제3자를 위한 계약 사안, 채권양도 사안)에서는 그 한계가 드러나는데, 이에 대하여는 민법주해/양창수(2005), 제741조, 209면 이하 참조. 주지하듯이 독일에서도 목적적 급부개념을 기반으로 하는 유형설은 큰 비판을 받았는데, 대표적으로 Canaris, "Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis", *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag* (1973), S. 799ff.(=*Gesammelte Schriften* Band 3: Privatrecht (2012), S. 717ff. 이하 후자의 면수로 인용)을 들 수 있다(이른바 "급부개념과의 결별"(S. 768)). 카나리스는 이론적 성숙도 결여, 개념맹신 등을 이유로 급부개념에 입각한 통설을 비판하고 위험귀속(Risikozurechnung)이나 무인주의(Abstraktionsprinzip)와 같은 일반 법원칙에 의한 해결법을 주장한다. 이러한 그의 견해는 3각관계 사안해결에 있어서 유용한 지침을 제공해 준다.

67) 김형석(주 4), 292면에서는 지시를 "지시인[이] 타인에 대한 출연으로 자신에 대한 채무가 변제된다는 내용으로 출연자에게 수권"한 것으로 보면서, 같은 면 주 10에서는 민법 제472조가 변제수령권한 없는 자에 대한 변제도 채권자에게 이익이 귀속하는 한 유효한 변제로 되는 취지상, 채권자가 채무자에게 제3자에 대한 변제를 명시적으로 지시하고 그 이익이 자신에게 귀속되도록 한 경우라면 당연히 변제효가 인정되어야 한다고 한다. 이 경우 피지시인은 지시인의 이행보조자(제391조)로서 대가관계상의 채무가 변제된다고 본다.

68) 위의 분양대금 지급지시 사안(2001다46730)에서 본격적으로 단축급부개념을 받아들였고 이는 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다46278 판결에서도 확인된다.

계의 당사자 간에 해결하도록 하고 있다. 그에 따르면 대가관계가 유효하고 보상관계에만 하자가 있는 경우 로마법에서와 마찬가지로 보상관계 당사자 간에 해결해야 하고 보상관계상의 하자를 지시수령인에게 원용할 수 없다(이른바 exceptio de iure tertii의 불인정).[69] 그 한도에서 피지시인을 통해 대가관계상 변제를 받은 채권자가 보호받게 되는데, 이는 급부개념에 따른 것으로 볼 수도 있겠으나 다른 한편 suum recepit을 고려한 것으로 볼 수도 있다. 분양대금 지급 지시 사안(2001다46730)에서 판례가 "피고가 원고들로부터 분양대금을 수령한 것은 가인유통과의 계약관계에 의한 것으로서 **정당하게 수령한 것**"(강조는 인용자)이라고 판시한 부분은 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

2. 대가관계 하자 사안

급부개념에 기반한 유형설에 의하면 이 경우에도 대가관계의 당사자들인 지시인과 지시수령인 사이에서 문제가 해결되어야 하고, 따라서 피지시인은 대가관계의 하자를 원용하여 지시수령인에게 직접 청구할 수 없다고 본다. 만약 피지시인으로부터 대가관계상의 하자를 이유로 지시수령인이 직접청구를 받게 된다면 지시수령인은 대가관계상 지시인을 상대로 하는 항변(대표적으로 동시이행의 항변권, 상계권 등)을 상실하게 되기 때문이다.[70]

앞서 살펴본 바와 같이 로마법에서는 이 경우 견해대립이 존재한다. 대가관계가 시민법상 무효인 부부간 증여인 경우 통과취득이론에 기반한 켈수스의 견해는 보상관계상의 변제효를 인정하는 해결책을 제시하고 있는데, 이는 급부개념에 기반한 유형설적 해결법과 상통한다.[71] 그러나 율리아누스는 이

69) Canaris(주 66), S. 720에서는 지시수령인이 자신과는 무관한 보상관계상의 하자의 대항을 받게 되면 위험배분원칙에 반하게 된다고 본다(실질적 기준 제2원칙: "당사자들은 그들의 계약상대방이 제3자와의 법률관계로부터 대항받는 사유로부터 보호받아야 한다.")

70) Canaris(주 66), 719f.의 실질적 기준 제1원칙: "하자있는 원인관계의 당사자들은 상대방에 대한 그들의 대항사유가 유지되어야 한다."

71) 민법상 보상관계상의 변제효 인정 및 유인주의하에서의 소유권이전 문제와 관련된 논의로 제철웅, 「보상관계 또는 대가관계에서의 흠결이 이미 경료된 중간생략등기에 미치는 영향: 대판 1997.

경우 보상관계상의 변제효를 부정하고 피지시인에게 지시수령인을 상대로 하는 직접 청구권(condictio furtiva. 이는 물론 급부부당이득 반환청구권이 아님을 유의)을 인정한다는 점에서 다른 해결법을 취한다. 물론 율리아누스도 피지시인이 이러한 소권을 지시인에게 양도하는 경우 지시인을 상대로 항변을 인정함으로써 피지시인 보호를 도모하고 있다. 결과적으로 율리아누스의 견해에 따르면 피지시인에게는 자신이 직접 수령자를 상대로 반환청구를 하고 다시 지시인에게 이행을 하든지,[72] 아니면 지시인이 청구하는 것을 기다렸다가 수령자에 대한 소권을 양도함으로써 항변을 하든지 두 가지 구제수단이 존재한다. 이때 물론 수령자의 자력이 중요한 기준이 될 것이고 후자의 방법을 통해 지시수령인의 무자력의 위험을 지시인에게 넘길 수 있다는 점에서 결과적으로는 유형설적 해결법과 같게 될 것이다.[73]

3. 이중하자 사안

앞서 설명한 율리아누스의 해결법은 이중하자 사안에서도 적용된다. 율리아누스는 보상관계와 대가관계가 모두 부존재하지만 지시인의 지시가 있었고 피지시인이 그에 좇아 이행한 경우 피지시인은 수령자를 상대로 보상관계상의 항변을 원용할 수 있고 나아가 불확정물의 condictio 소권으로 적극적으로 채무면제도 청구할 수 있게 된다. 이는 민법상 유형설적 입장에 따를 때 이중하자의 경우에도 피지시인의 지시수령인을 상대로 하는 직접청구(Durchgriffskondiktion)가 부정되는 것과는 대비된다.[74]

12.26, 96다44860(판례공보 1998년 390); 대판 1996. 11. 15, 94다35343(판례공보 1997, 1)의 평석」, 『저스티스』 제33권 제1호(2000. 3), 151면 이하 참조. 다만 부동산의 경우 이미 이루어진 등기를 존중하여 소유권이 최종양수인에게 잔존하고 대가관계상 청산이 이루어져야 한다고 한다(154면).

72) 제철웅(주 71), 153면은 이러한 방법은 피지시인에게 적지 않은 부담이 될 수 있고 위험부담의 문제까지 감안해보면 이러한 부담은 더욱 가중된다고 비판한다.

73) 대가관계 하자 사안에서 율리아누스가 인정하고 있는 직접청구권과 관련하여, 전승되는 사안의 제한성, 즉 대가관계가 부부간 증여라는 시민법상 무효인 사안이라는 점을 고려해 볼 때, 이를 대가관계 하자 전체 사안유형에 일반화할 수 있을지는 고민이 필요하다.

74) 이에 대하여는 민법주해/양창수(2005), 제741조, 207면; 김형배, 『사무관리 · 부당이득』(2003), 295면 이하 참조. 한편 민법 제741조의 일반조항성, 민법상 물권행위 유인성 등에 주목하여 이중하

그렇다면 이중하자 사안에서 보상관계상 악의의 항변에서 나아가 수령자를 상대로 직접청구를 인정하는 율리아누스의 개소는 어떻게 이해할 수 있을 것인가? suum recepit 논거가 유효한 대가관계를 전제한다는 점에서 대가관계가 부존재하다는 것은 지시수령인이 수령할 '자신의 것'이 없음을 의미한다. 따라서 피지시인의 입장에서는 이중하자에 기해 형성된 지시약속의 구속으로부터 벗어날 것에 대한 이익이 있고, 이를 위해 지시수령인을 상대로 채무면제를 구하는 불확정물의 condictio 소권은 의미가 있다. 그리고 이러한 해결책에 대하여 울피아누스는 "인간적인 해결책"이라고 동조하고 있음은 전술한 바와 같다. 사료상 명시적으로 지적되고 있지는 않지만 율리아누스에 의할 때 이중하자 사안에서도 중요한 판단요소는 유효한 대가관계의 존부이며, 이에 따라 수령자의 보호여부가 결정되는 것으로 볼 수 있다(suum recepit의 역적용).

4. 지시의 무효·취소 사안: 대가관계가 유효한 경우

민법상 유효한 지시가 없는 경우 학설 중에 출연자의 수령자에 대한 직접청구를 허용해야 한다는 견해가 있다. 그 논거로는 수령인에 대한 출연이 지시인에 대한 대가관계상의 급부로 귀속될 수 없으며 처음부터 보상관계 및 대가관계에 영향을 주지 않는다는 점,[75] 변제법리의 관점에서 볼 때 타인급부에 대한 수권 및 변제지정이 없으므로 보상관계 및 대가관계에서의 변제효가 발생할 수 없으며 만약 직접청구를 인정하게 된다면 지시인은 스스로 재산이동과 관련된 아무런 행위를 하지 않았음에도 수령자와의 대가관계를 둘러싼 분쟁에 끌어들여지게 된다는 점이 제시되고 있다.[76] 이 경우 수령자가

자의 경우 직접청구권에 대한 가능성을 인정하는 견해로 박세민(주 4), 229면 이하, 279면 이하 참조.

75) 김형배(주 74), 298면 이하.

76) 김형석(주 4), 310면 이하는 특히 과다이체나 착오이체의 경우 대개 외견상 수령자는 악의라는 점에서 직접청구를 인정하는 것이 제747조 제2항의 취지에도 부합한다고 본다. 제철웅(주 71), 146면은 중간자의 무권대리인의 개입으로 소유권이전등기가 중간생략하여 경료된 사안을 다룬 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다38875 판결을 지시부존재 사안으로 보고 소유권이전이 이루어지지 않았다

변제의 유효성을 신뢰하고 대가관계상 반대급부를 이행하는 등의 재산을 감소시킨 경우에는 이득소멸 항변으로만 보호될 수 있다고 한다.[77] 판례도 지시가 위조되어 무효인 사안에 대하여 수령자를 상대로 하여 직접 부당이득반환청구를 인정하고 있다.[78]

그렇다면 지시가 무효임에도 대가관계가 유효한 경우 수령자에게 suum recepit 항변이 인정되는지가 문제된다. 앞서 살펴본 정신착란자의 지시 사안(Herm. D.44.4.16)을 다룬 로마법 개소에서는 지시 자체가 무효이므로 보상관계상의 변제효를 부정한다. 반면 대가관계에 관하여는 명시적으로 언급되어 있지는 않지만 유효한 대가관계가 존재하고 따라서 suum recepit을 적용하여 대가관계에서의 변제효가 인정되는 것으로 보인다. 따라서 피지시인은 수령자를 상대로 직접 청구할 수 없고, 다만 지시인의 재청구시 악의의 항변을 원용할 수 있을 뿐이다. 이와 관련하여 플루메는 바로 이 로마법 개소(D.44.4.16)를 인용하면서 이때 출연자의 출연은 외견상 지시인에게 대가관계상의 급부로 귀속될 수는 없으나 수령자의 입장에서는 제3자 변제에 기해 대가관계에서의 수령자에 대한 변제효를 인정함으로써 선의의 수령자를 보호하고자 한다("suum recepit").[79] 그러나 이에 대하여 독일 민법학계의 다수설은 그 경우 제3자변제로서의 변제목적 지정을 인정하기 어렵고 이를 인정하게 되면 외견상 지시인의 법상태가 불리해진다는 것(가령 상계적상, 시효완성)을 들어 반대한다.[80] 국내에서도 독일의 다수설에서 들고 있는 논거

고 본 결론을 지지한다.

77) 김형석(주 4), 316면. 그 경우 출연자는 그로 인하여 종국적으로 채무를 면제받은 자(통상은 지시인)에 대하여 구상을 함으로써 자신의 손실을 전보해야 한다고 한다.

78) 위조수표 발행사안: 대법원 1997. 11. 28. 선고 96다21751 판결; 약속어음 변조사안: 대법원 1992. 4. 28. 선고 92다4802 판결. 이에 대하여는 김형석(주 4), 312면, 313면 이하 각 참조. 한편 대법원 2006. 5. 26. 선고 2003다65643 판결에서는 소지인이 당좌수표 또는 어음을 지급은행에 제시하자 발행인의 계좌의 잔고 부족으로 지급할 의무가 없음에도 지급은행이 사무착오로 지급한 경우 소지인을 상대로 하는 지급은행의 직접청구를 인정하였는데, 제철웅, 「독일법에서의 부당이득의 개념 – 우리 대법원 판결례와의 비교를 통한 이해」, 『재산법연구』 제29권 제2호(2012. 8), 49면은 이 사안을 지시부존재 사안으로 보고, 이 경우 독일의 학설과 판례는 지급인의 제3자에 대한 직접청구를 인정하고 있다고 한다.

79) Flume, "Der Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhälnissen", *AcP* 199 (1999), 11f. (= Wolfgang Ernst (Hrsg.), *Werner Flume. Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (2003), 165, 174f.).

에 추가하여, 강요된 이득의 법리를 원용하더라도 출연자와의 구상분쟁에서 외견상 지시인에게 사실상 불이익이 발생한다는 점, 직접청구를 인정하는 경우 수령자의 신뢰보호는 그가 이를 자신의 채권에 대한 유효한 변제로 믿고 대가관계상 반대급부의 이행을 하는 등의 이득소멸이 발생하는 경우 현존이익 없음의 항변을 인정하는 것(제748조 제1항)으로 충분하다는 점을 들어 수령자의 suum recepit 항변을 부정하는 견해가 있다.[81]

한편 피후견인이 후견인의 조성 없이, 즉 법정대리인의 동의 없이 지시한 사안의 해결법을 비교해보면 유의미한 차이점이 발견된다. 논의의 편의상 제한능력자를 미성년자의 경우로 한정해보면, 우선 민법상 미성년자가 법률행위를 함에는 법정대리인의 동의를 얻어야 하고(제5조 제1항) 그렇지 않은 경우 미성년자와 법정대리인에게 취소권이 부여된다(제5조 제2항, 제140조). 변제목적 지시란 전술한 바와 같이 타인급부에 대한 수권 및 변제목적 지정을 내용으로 하는데, 변제의 법적 성질이 법률행위인지 여부를 별론으로 하더라도, 변제목적 지시는 법률행위이므로 법정대리인의 동의가 없다면 미성년자나 법정대리인은 이를 취소할 수 있고 그렇다면 처음부터 유효한 지시가 없는 것처럼 된다(제140조, 제141조).[82] 이로써 지시 부존재와 같은 상황이 되고, 민법상 미성년자 보호라는 상위가치로 인해 미성년자의 귀책사유를 불문하고(물론 속임수를 쓴 경우는 제외) 외견상 피지시인의 수령자에 대한 직접청구가 인정될 것이다.[83] 물론 이로써 대가관계상의 변제효가 발생하지 않으므로 수령자는 suum recepit을 원용할 수 없고, 미성년자를 상대로 새로

---

80) *Staudinger*/Lorenz (2007), § 812, Rn. 51; Canaris (주 66), 739f.

81) 아울러 김형석(주 4), 315면은 약속어음의 액면금액이 변조된 사안에 관한 대법원 1992. 4. 28. 선고 92다4802 판결을 들어 대법원은 suum recepit 항변을 부정한 것으로 평가한다. 다만 이 경우 출연자가 사후적으로 변제목적 지정을 변경함으로써 지시인에게 구상권을 인정할 것인지는 별개의 문제이다.

82) 지시 취소에 있어서 민법상 다른 취소사유의 경우 실제로는 그 요건을 충족하기가 매우 어렵고(가령 착오취소의 경우 대개 동기착오 또는 중과실 있는 착오가 될 것이고, 사기·강박도 지급 지시 자체에 하자가 있는 경우란 매우 드물다), 설령 인정되더라도 선의의 제3자에게는 대항할 수 없다는 점에서(제109조 제2항, 제110조 제3항), 실제로는 제한능력으로 인한 취소만이 의미 있게 고려될 수 있다. 이에 대하여는 김형석(주 4), 317면 이하.

83) 김형배(주 74), 300면.

이 이행청구를 해야 한다.[84]

민법과 로마법의 해결책을 비교해보면, 양 해결법은 장단점이 있다. 우선 민법은 지시인인 미성년자는 분쟁에 관여되지 않는다는 점에서 미성년자 보호에 보다 충실하다는 장점이 있다. 반면 로마법에 의하면 피후견인은 결국 후견인의 조성이 없는 지시를 통해서 대가관계상 변제효를 발생시킨 결과로 되는 문제가 있다.[85] 다른 한편으로 로마법은 유효한 대가관계상 수령자의 경우에는 반환청구 자체가 배제된다는 점에서 수령자의 변제수령에 대한 신뢰보호에 더 유리하다. 민법도 이득소멸항변(제748조 제1항)을 통해 선의 수령자를 보호하고는 있지만 반환청구 자체를 배제하는 로마법과 비교하면 보호의 정도가 미흡하다.[86]

생각건대 미성년자의 지시 사안에서 직접청구권의 인정문제는 결국 대가관계에서의 변제효를 인정할 것인지와 관련이 있다. 우선 로마법상 후견인의 조성 없는 피후견인의 변제는 무효인데, 그 이유로 소유권의 양도능력 없음이 지적되고 있다.[87] 이는 민법상 법정대리인의 동의 없이 이루어진 미성년자의 변제와 관련해서도 다르지 않다.[88] 그러나 여기에는 예외가 인정되는

---

84) 김형석(주 4), 320면은 이것은 행위무능력자와의 거래에 내재한 위험이라고 한다.

85) 이는 김형석(주 4), 320면에서 지적하는 점이다. 외견상 피지시인의 수령자에 대한 직접청구를 인정하지 않고 각각의 원인관계에서 부당이득반환이 행해지도록 한다면 행위무능력자는 법정대리인의 동의 없이도 실질적으로 유효한 변제를 하는 결과가 발생한다고 하는데, 이는 민법 제5조 제1항의 취지에 부합하지 않는다고 한다.

86) 카나리스의 표현을 빌리자면, 로마법은 “추상적” 직접청구금지의 방법을, 민법은 “구체적” 신뢰보호의 방법을 택한 것으로 볼 수 있다. Canaris(주 66), S. 740. 물론 민법과 같이 일반적인 이득소멸의 항변(제748조 제2항)을 알지 못하는 로마법의 경우 반환청구 배제 외에 지시수령인의 신뢰보호는 고려되기 어려울 것이다.

87) D.26.8.9.2 Gaius libro 12 ad edictum provinciale.
Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest: si tamen creditor bona fide pecuniam pupilli consumpserit, liberabitur pupillus.
(피후견인은 모든 원인에 기하여 후견인의 조성 없이 변제함으로써 아무런 법적 효과도 초래하지 않는다. 왜냐하면 그는 아무런 소유권도 이전할 수 없기 때문이다. 그렇지만 채권자가 선의로 피후견인의 금전을 소비하는 경우에는 피후견인은 채무해방될 것이다.)
D.46.3.14.8 Ulpianus libro 30 ad Sabinum.
Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est: sed si dederit nummos, non fient accipientis vindicarique poterunt. Plane si fuerint consumpti, liberabitur.
(피후견인이 후견인의 조성 없이 또한 변제할 수 없다는 것은 명백하다. 그래서 주화들을 공여하는 경우에는 그것들은 수령자의 것이 되지 않고 소유물반환청구될 수 있을 것이다. 물론 그것들이 소비되는 경우에는 그는 채무해방될 것이다.)

데, 로마법상 피후견인으로부터 주화를 수령한 채권자가 주화를 선의로 소비하는 경우 변제효가 인정된다.[89] 그 이유로 율리아누스는 "그의 행위에 의하여 수령자에게 [금전이] 귀속한 것으로 여겨지기 때문"이라는 점을 들고 있다.[90] 한편 로마법상 피후견인이 후견인의 조성 없이 변제수령한 경우 아무런 효력이 없지만,[91] 이때에도 이득이 현존하는 한도에서 변제자는 항변으로 대항할 수 있게 된다.[92] 결국 변제 또는 변제수령으로 인해 피후견인에게 실질적인 이득 여부가 변제자와 피후견인과의 관계에서 로마법에서 중요한 요소로 판단되고 있는 점이 확인된다.[93] 이러한 제한능력자에 의한 변제에

---

88) 민법주해/양삼승(1992), 제5조, 279면; 주석민법/민유숙(2010), § 5, 312면. 그 이유로 변제행위로 인하여 법률적 불이익(물건에 대한 소유권 상실)을 입기 때문이라고 한다.

89) 앞의 주 87에 인용된 개소 참조.

90) 다소 길지만 전체를 인용하기로 한다.

D.12.1.19.1 Iulianus 10 dig.

Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia condictionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.

(피후견인이 후견인의 조성 없이 대여하거나 또는 변제목적으로 공여한 경우, 그 금전이 소비되면 그는 condictio 소권을 가지거나 채무로부터 벗어나는데, 다른 이유가 아니라 그의 행위에 의하여 수령자에게 [금전이] 귀속한 것으로 여겨지기 때문이다. 그런 이유로 [피후견인으로부터 후견인의 조성 없이] 대여금 또는 변제금으로 수령한 자가 동일한 금전을 제3자에게 대여금 또는 변제금으로 또 다시 공여한 경우, [그 제3자에 의하여] 금전이 소비되면 그 자신은 피후견인에게 채무부담하거나 또는 피후견인을 자신에 대한 채무로부터 벗어나게 할 것이고, 또한 [동시에] 그가 금전을 공여한 자를 채무자로 가지게 되거나 또는 그 수령자에 대한 채무로부터 자신을 벗어나게 할 것이다. 왜냐하면 무릇 타인의 금전을 대여 원인으로 공여하는 자는 그것이 소비되면 수령자를 채무자로 가지기 때문이다. 또 변제로 공여한 자는 수령자에 대한 채무로부터 벗어날 것이기 때문이다.)

91) 민법상 통설은 변제수령을 통해 미성년자가 채권상실이라는 불이익을 입게 되므로 단독으로는 할 수 없다는 입장이다(곽윤직・김재형, 민법총칙(2013), 115면; 김증한・김학동, 민법총칙(2013), 131면; 송덕수, 민법총칙(2011), 200면은 민법 제5조 유추적용을 주장한다). 다만 권리만을 얻거나 채무만을 면하는 계약에 의하여 취득한 채권의 이행으로 변제받는 경우나 미성년자가 처분을 허락받은 재산의 처분에 의하여 취득한 채권에 관하여 급부를 받는 경우에는 미성년자에게 하등의 불이익이 발생할 여지가 없으므로 단독으로 할 수 있다는 점이 지적되고 있다. 민법주해/양삼승(1992), 제5조, 278면; 주석민법/민유숙(2010), § 5, 312면 참조.

92) Paul. D.46.3.15(주 49)및 Ulp. D.44.4.4.4(주 50).

93) 한편 피후견인이 후견인의 조성 없이 소비대차금을 수령하여 이득을 얻으면 이는 자연법상으로도 비채로 보지만(D.44.7.58), 피후견인이 성숙자가 되어서 변제하면 변제효를 인정한다.

D.12.6.13.1 Paulus 10 ad Sab.

Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes

있어서 실질적 이득 귀속여부에 따른 변제효의 인정은 민법에서도 인정된다. 민법 제464조가 바로 그러한 경우를 규정하고 있는데, 양도능력없는 소유자(대표적으로 미성년자)가 채무의 변제로 물건을 인도한 경우, 그 변제가 취소(!)되더라도 다시 유효한 변제를 하지 않으면 그 물건의 반환을 청구할 수 없다. 이 경우 채권자가 변제로 받은 물건을 선의로 소비하거나 양도하는 경우에는 그 변제는 완전히 유효하게 되는 것이다(제465조 제1항). 이 경우 로마법과 민법 모두 피후견인 또는 미성년자의 단독 변제의 경우 원칙적으로는 효력이 없지만(민법의 경우에는 취소 가능), 실질적 이득귀속 및 수령자의 신뢰보호를 고려하여 예외적으로 변제효를 인정하고 있음이 확인된다.

3각관계를 전제하는 변제지시 사안에서 제한능력자의 보호문제는 제3자인 수령자의 신뢰보호라는 또 다른 가치와 충돌한다. 단축급부이론을 전제로 한다면, 이 경우에는 보상관계상의 변제수령과 대가관계상의 변제가 동시에 이루어지게 된다. 이때 전술한 민법상의 학설에 의하면 법정대리인의 동의 없음을 이유로 지시를 취소하는 경우 보상관계상 변제수령 및 대가관계상 변제 모두 효력을 상실하게 된다. 따라서 피지시인은 수령자를 상대로 직접 반환청구해야 하고, 수령자는 다시 미성년자를 상대로 이행청구를 해야 한다. 앞서 살펴본 개소(Pomp. D.46.3.66)에 의하면 로마법은 그러한 해결법을 취하지 않는다. 보상관계상 피후견인의 변제수령에 의한 변제효 자체는 인정하지 않지만, 피지시인의 지시이행에 따른 대가관계상의 변제효는 인정한다. 여기서 중요한 것은 여기서 대가관계상 채무는 이미 유효하게 (후견인의 조성하에) 성립된 채무라는 점이고,[94] 이 점에서 수령자의 입장에서 변제수령

---

factus solvat, non repetit.
그 이유로 학설휘찬 편찬자들은 "아무도 상대방의 손실로 이득해서는 안 된다는 것은 자연적 정의이기 때문"이라는 그 유명한 폼포니우스의 언명을 들고 있다.
D.12.6.14 Pomponius 21 ad Sab.
Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

94) 이는 피후견인이 후견인의 조성 없이 문답계약을 통해 채무를 발생시키고 변제한 경우 자연채무도 존재하지 않으므로 반환청구를 인정하고 있는 것과 대비된다.
D.12.6.41 Neratius 6 membr.
Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet.

에 대한 신뢰를 보호할 필요가 있다. 무엇보다 이 문제는 후견인의 조성여부를 조사하지 않고 지시를 이행한 피지시인과 후견인의 조성 없이 단독으로 지시한 피후견인 사이에 해결되는 것이 더 간이하고, 수령자가 다시 물건을 반환하고 피후견인에게 다시 이행청구하는 것은 번잡한 해결법으로 보인다. 로마법은 이때 이득한도에서만 반환책임을 인정하는 것으로 피후견인에 대한 보호를 한다. 이것이야말로 피지시인의 입장에서 피후견인을 상대로 이루어지는 거래에 내재한 위험일 것이다.

5. 지시 철회 사안

로마법상 지시인이 지시수령인에게 변제수령을 금지시킨 사안에서 suum recepit은 인정되지 않는다. 이 경우 변제자인 피지시인의 선의를 전제로, 지시수령인의 이득의사에 따라 절도(즉 악의의 비채수령) 여부가 성립하고, 절도가 성립하는 경우 절도 피해자인 피지시인의 직접청구(condictio furtiva)를 당하게 된다. 민법상 지시철회 사안에서 이를 보상관계 하자와 같이 다룰 것인지 아니면 지시부존재로 다룰 것인지에 대하여 견해가 대립하나 유력설에 의하면 이 경우는 지시인의 행위가 관여되었다는 점에서 수령자 보호를 이유로 보상관계 하자와 같이 처리하자는 견해가 주장된다.[95] 이에 따르면 로마법에서와는 달리 suum recepit이 인정된다.

6. 소결

이상에서의 내용을 정리하면 다음과 같다.

(피후견인이 후견인의 조성 없이 문답요약자에게 문답낙약하고 변제한 경우, 반환청구가 인정된다. 왜냐하면 자연채무도 없기 때문이다.)

95) 김형석(주 4), 322면 이하. 김형배(주 74), 300면 이하에서는 독일의 카나리스의 견해를 소개하면서 이 경우 지시인은 유효하게 발생된 상황의 진행을 정지시키지 못한 데 대하여, 즉 지시인의 위험영역에 속하는 과오에 대하여 불이익을 부담해야 한다고 본다. 다만 출연자가 지시 철회를 알고 있는 경우에는 신뢰를 보호받지 못하고 피지시인의 직접청구를 당한다고 한다.

<표 2> 지시 사안에서 suum recepit 인정 여부 비교

사안유형	로마법	민법
보상관계 하자	인정	인정
대가관계 하자	불인정 직접청구 인정여부는 학설대립	불인정 직접청구도 불인정
대가관계 하자 악의시 변제수령	'절도' 성립	직접청구 불인정
이중하자	불인정(율리아누스) 직접청구 인정	불인정 직접청구 불인정
지시 무효·취소	인정	불인정/직접청구 인정
지시 철회	불인정	·지시부존재로 보는 견해: 불인정/직접청구 인정 ·보상관계 하자로 보는 견해: 인정/직접청구 불인정
피지시인에게 보호필요성이 있는 경우	불인정	불인정

(1) 로마법상 suum recepit은 지시 사안에서 수령자의 유효한 대가관계에 기한 변제수령에 대한 신뢰를 보호하기 위한 것이다. 따라서 보상관계상 하자가 있어도 수령자의 suum recepit은 인정된다. 보상관계상 하자에 대하여 수령자는 선악불문하고 보호된다. → 이는 민법에서도 동일하다.

(2) 대가관계상 하자가 있는 경우 suum recepit은 인정되지 않는다. 다만 이때 누구를 상대로 청산이 이루어져야 하는지에 관하여는 로마법률가들 간에 견해대립이 존재한다. → 민법에서는 대가관계상 하자가 있더라도 단축급부적 구성에 따라 보상관계상 변제효를 인정한다.

(3) 수령자는 대가관계상 하자에 대하여는 선의여야 한다. 대가관계상 하자에 대하여 수령자가 악의인 경우 악의의 비채수령에 해당하여 절도(불법행위)가 성립한다. → 로마법상 절도(furtum) 개념의 특이성을 제외하고 비교하면, 민법은 수령자가 대가관계상의 하자에 악의라 하더라도 보상관계상 변제효를 인정하고, 피지시인의 수령자에 대한 직접청구가 인정되지 않는다.

(4) 이중하자의 경우 전해지는 율리아누스의 개소에 의하면 suum recepit은 인정되지 않는다. 따라서 수령자는 피지시인을 직접 상대해야 한다. 다만

다루어지는 개소는 대가관계가 (부부간 증여로) 무상인 사안이다. → 민법상 이중하자의 경우에도 수령자를 상대로 하는 직접청구권은 인정되지 않는다. 다만 악의의 무상전득자의 경우 민법 제747조 제2항은 보충적인 직접청구권을 규정하고 있다.

(5) 지시가 무효라도 대가관계가 유효하면 suum recepit가 인정된다. 이는 보상관계가 부존재하더라도 무방하다. 따라서 보상관계의 부존재는 지시인과 피지시인 사이에 해결해야 한다. → 민법상 지시무효 또는 취소의 경우 지시부존재와 같이 처리되어 수령자를 상대로 하는 직접청구가 인정된다. 따라서 그 경우 suum recepit은 인정되지 않는다.

(6) 지시인이 지시수령인에게 변제수령을 금지시킨 사안에서 suum recepit은 인정되지 않는다. 이 경우 변제자의 선의를 전제로, 지시수령인의 이득의사에 따라 절도(즉 악의의 비채수령)여부가 성립하는데, 이득의사가 없는 경우라면 수령자는 내부관계에 따라 수령한 것을 지시인에게 인도할 것이다. 그러나 이득의사가 존재하여 '절도'가 성립하는 경우 절도 피해자인 피지시인의 직접청구(condictio furtiva)를 당하게 된다. → 민법상 지시철회 사안에서 이를 보상관계 하자와 같이 다룰 것인지 아니면 지시부존재로 다룰 것인지에 대하여 논의가 있으나 유력설에 의하면 이 경우는 지시인의 행위가 관여되었다는 점에서 선의의 수령자 보호를 이유로 보상관계 하자와 같이 처리하자는 견해가 주장된다. 그 경우 suum recepit은 인정된다.

(7) 피지시인이 법질서가 보호하는 대상에 속하는 경우(婦人, 미성년자)에는 법이 정한 독자의 항변원용이 가능하고 이에 따라 대가관계가 유효라도 suum recepit은 인정되지 않는다. → 민법에서도 제한능력자 보호 제도에 따라 지시이행이 법률행위라면 취소가 가능하고 이 경우 선의의 수령자라 하더라도 대항불가능하다.

V. 나가며

"각자에게 그의 것을(suum cuique) 돌리는 것"[96]이 사법질서가 지향하는 최종적인 재화귀속 상태를 의미하는 것이라면, 부당이득법상 채권자로서 자신의 것을 받았다고 하는 'suum recepit'이야 말로 근본적이면서 반박불가능한 논거일 것이다. 그러나 3각관계 부당이득 사안에서 과연 '자신의 것'을 수령했으므로 반환청구가 배제되는지에 대하여는 변제법리 및 부당이득법상의 검토가 필요하다. 지시 사안에서 suum recepit이 등장하는 개소들을 살펴보면, 로마법률가들은 대가관계의 존재에 초점을 맞추면서도 3자간의 세밀한 이익형량을 통해 선의의 수령자를 보호하면서도 피지시인 보호도 소홀히 하지 않았다. 특히 대가관계의 무상성 여부, 직접청구가 부정되는 경우 피지시인을 위한 구제수단 부여, 후견인의 조성 없는 미성년자의 지시 사안에서 보상관계와 대가관계의 분리 처리 등은 로마법률가들의 탁월함을 잘 보여준다.

민법상 급부개념에 기초한 유형설적 해결은 간명한 사안해결책의 제시라는 점에서 효용이 있지만, 구체적인 사안에서의 3자간의 세밀한 이익형량에는 미흡한 점이 있다.[97] 대가관계의 변제효 인정여부와 결부시키는 suum recepit 논거는 3각관계 해결에 있어 새로운 관점을 제시해주며, 지시 사안과 유사한 다른 3각관계 사안에서도 적용될 수 있을 것이다.[98] 나아가 그 밖의

---

96) 이는 주지하듯이 울피아누스가 제시한 正義에 대한 定義이자 법의 계명 중 제3계명에 해당하는 것이다.
D.1.1.10 Ulpianus libro primo regularum.
Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. 1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.
(正義란 각자에게 그의 권리를 배분하려는 한결같고 지속적인 의지이다. 1. 법의 계명은 이것이다: 품덕있게 사는 것, 타인을 해치지 않는 것, 각자에게 그의 몫을 배분하는 것.)

97) 급부개념 비판에 대하여는 Larenz/Canaris (1994), § 70 VI 2 참조. 급부개념은 거의 마음대로 조작 가능한 개념이고 오늘날 급부개념은 기껏해야 도그마틱적인 약호(Kürzel) 정도의 의미만 가지고 있다고 한다. Medicus/Petersen (2011), Rn. 686도 요약공식(Kurzformel) 정도로만 받아들이고 있다.

98) 한편 제3자를 위한 계약에서 기본관계를 이루는 계약이 해제된 경우 요약자 반환설을 취한 대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다7566 판결에서는 그 논거로서 "기본관계는 해제로 인하여 무효라 하더라도 대가관계에 아무런 하자가 없는 경우 **제3자의 급부수령은 요약자와의 관계에 기한 정당한 수령**으로서 부당이득반환의 대상이 되지 아니한다"(강조는 인용자)를 들고 있다. 박세민(주 4), 325면에서는 위 판결에 대한 지지논거로 "적어도 수익자의 보유이득은 유효한 대가관계상 채권에 기해 취득한,

3자관계 사안, 가령 편취금전 변제 사안의 해결에 있어서도 중요한 시사점을 줄 수 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 그 경우 채권자가 편취자와의 유효한 채권관계를 자신의 이득의 법률상 원인으로 주장할 수 있는지의 문제도 결국 선의 수령자에 대한 보호 관점에서 접근해 볼 수 있기 때문이다.[99] 이 문제를 더 넓은 시야에서 보면 부당이득법상 선의 유상취득자에 대한 보호 문제와 관련이 있는데, 이는 향후 연구과제로 남긴다.

▌참고문헌

〈학설휘찬 번역본〉

Digesten-Behrends et al. = Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung III Digesten 11-20, Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (1999).

Digesten-Otto et al. = Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter und herausgegeben von Carl Ed. Otto, Bruno Schilling und Carl Friedrich Ferdinand Sintenis (1830).

Digest-Scott = The Civil Law: The Digest or Pandects (Scott) (1932).

Digest-Watson = The Digest of Justinian, translation edited by Alan Watson, rev. English language ed., (1998).

곽윤직 편집대표, 『민법주해』[I] 총칙(1), 박영사, 1992.

_____, 『민법주해』[XVII] 채권(10), 박영사, 2005.

곽윤직・김재형, 『민법총칙』 제9판, 박영사, 2013.

김용담 편집대표, 『주석민법』[총칙(1)], 제4판, 한국사법행정학회, 2010.

법률상 원인 있는 이득이기 때문"이라는 것을 들고 있는데, 이는 다름 아닌 suum recepit 논거에 기반한 것이다.

99) 이에 대하여 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003다8862 판결에서는 채권자가 변제를 수령함에 있어서 악의・무중과실 여부를 기준으로 삼았다. 이에 관하여는 학설상 견해가 분분한데, 부당이득법에 관한 최신의 국제모델규정안인 DCFR은 이 문제를 이득소멸의 항변으로 풀어나가고 있는 점은 시사적이다. von Bar/Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. 4 Oxford University Press (2010), VII.-6:101, p. 4142, 사례 3 및 그 의미에 대하여는 이상훈, 『유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구』, 서울대학교 박사학위논문(2016. 8), 236면 참조.

김증한・김학동, 『민법총칙』 제10판, 박영사, 2013.
김형배, 『사무관리・부당이득』, 박영사, 2003.
김형석, 「지급지시・급부관계・부당이득」, 『서울대학교 법학』 제47권 제3호, 2006. 9, 284-328면.
박세민, 『삼각관계상의 부당이득』, 서울대학교 박사학위논문, 2007. 2.
이상훈, 『유럽민사법 공통참조기준안(DCFR) 부당이득편 연구』, 서울대학교 박사학위논문, 2016. 8.
정병호, 「로마법상 부당이득에 관한 소고」, 『재산법연구』제29권 제2호, 2012. 8, 1-33면.
_____, 「로마법 텍스트 석의: 고전전시대의 임치소권, 켈수스의 선과 형평에 근거한 부당이득반환소권(소위 condictio Iuventiana)」, 『강원법학』 제12권, 2000, 287-309면.
_____, 「Celsus의 통과취득이론」, 『법사학연구』 제22호, 2000. 10, 85-116면.
제철웅, 「독일법에서의 부당이득의 개념-우리 대법원 판결례와의 비교를 통한 이해」, 『재산법연구』 제29권 제2호, 2012. 8, 35-61면.
_____, 「보상관계 또는 대가관계에서의 흠결이 이미 경료된 중간생략등기에 미치는 영향: 대판 1997.12.26., 96다44860, 판례공보 1998년 390; 대판 1996. 11. 15, 94다35343(판례공보 1997, 1)의 평석」, 『저스티스』 제33권 제1호, 2000. 3, 137-164면.
최병조, 『로마법강의』, 박영사, 2004.
_____, 「삼각관계상의 부당이득 반환청구-로마법상의 지급지시 사례연구: D.46.3.66에 대한 석의-」, 『서울대학교 법학』 제40권 제2호, 1999. 8., 86-124면(= 동, 『로마의 법과 생활』, 경인문화사, 2007, 309-365면).
최병조 대표편역, 『한국민법의 로마법적 배경과 기초: 민법 제373조~제407조』, 법무부, 2013.
von Bar, Christian/Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. 4 Oxford University Press, 2010.
Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law: Transactions of the American Philosophical Society,* New Series-Volume 43, Part 2, 1953.
Canaris, Claus-Wilhelm, "Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis", *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, 1973, 799 (= *Gesammelte Schriften* Band 3: Privatrecht, 2012, 717).
Flume, Werner, "Der Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhälnissen", *AcP* 199, 1999, 1 (= Wolfgang Ernst (Hrsg.), *Werner Flume. Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 2003, 165).
Hähnchen, Susanne, *Die Causa condictionis: Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht*, 2003.
Hallebeek, Jan, "Some remarks concerning the so-called condictio Iuventiana (D. 12,1,32)", *RIDA*, 32, 1985.
Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl., 1987.
Jakobs, Horst Heinrich, "Delegation und Durchgangserwerb", *SZ* 91, 1974, 205.
Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, erster Abschnitt, Zweite neubearbeitete Auflage, 1971.
_____, "Zu Novation und Delegation", in Ankum/Spruit/Wubbe (eds.) *Satura Roberto*

Feenstra, 1985, 141.

Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Auflage, 2017.

König, Detlef, *Ungerechtfertigte Bereicherung: Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechts-vergleichender Sicht*, 1985.

Liebs, Detlef, "The History of the Roman Condictio up to Justinian", Neil MacCormick & Peter Birks (eds.), *The Legal mind Essays for Tony Honoré*, 1986.

Staudinger/Lorenz, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 812-822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Neubearbeitung, 2007.

Sturm, Fritz, "*Suum recipere*", *Festschrift für Rolf Knütel zum* 70. *Geburtstag*, 2009, 1207.

Wacke, Andreas, "Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen Geschäftliche Übervorteilungen – besonders durch die exceptio legis Plaetoriae –", 48 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 203, 1980.

Waldstein, Wolfgang, *Operae Libertorum: Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, 1986.

<Abstract>

Suum recepit in the Unjustified Enrichment Law

－Focusing on the Delegation Cases of Classical Roman Law－

Lee, Sang Hoon*

The purpose of this paper is to explore the *suum recepit* as a defence to the enrichment claim in the various delegation cases in classical Roman law. The results are as follows: firstly, Roman jurists focused on the legal relation between *delegans* and *delegatarius* as a legal basis for the received; then, while they were detailed balancing conflicting interests among three parties, they protected the *bona fide* recipient from the direct claim if he had received for value; at the same time, they did not neglect the protection of the *delegatus* if necessary.

According to the fragment analysis using *suum recepit* in the *Digesta* on the delegation cases, the legal relation between *delegans* and *delegatus* had no effect on the recipient even though he knew the vitiation therein. When the legal relation between *delegans* and *delegatarius* is defected, it was not allowed for *delegatus* to invoke the defection of it against *delegatarius*. It needed that the *delegatarius* was to be innocent in order to invoking *suum recepit* otherwise he committed *furtum*.

Compared to the split approach recently adopted in the Korean civil law

* Assistant, Seoul National University Law Research Institute.

under the influence of the German law, Roman law has similarities and differences in solving the three-party cases in the unjustified enrichment law. The distinct differences appear in the so-called “double fault” case and when the instruction is void or withdrawn.

In conclusion, it seems that the defence of *suum recepit* could provide many significant implications to solve not only delegation cases but also the other type of three-party cases in the unjustified enrichment law, especially in case of the payment using defrauded money from a perspective of the protection of the *bona fide* recipient. From a broader view, the argument of *suum recepit* may connected to the consideration of the protection of the *bona fide* purchaser for value in general.

[Key Words] *suum recepit*, delegation, *bona fide* recipient, defence of the *bona fide* purchaser for value, unjust enrichment in the three-party case, Roman law

접수일 : 2017. 3. 1. ‖ 심사개시일 : 2017. 4. 3. ‖ 게재확정일 : 2017. 4. 14.