

로마법상 채권자지체*

정병호**

목 차

- I. 서론
- II. 로마법상 채권자지체
 - 1. 요건
 - 2. 효과
- III. 결론

[국문 요약]

관련 개소들을 검토하여 다음과 같은 결론에 이르렀다. 순수 고전법은 채권자지체의 요건으로서 과책을 요하지 않았음을 알 수 있었다. 채권자 탓으로 이행되지 않거나 수령되지 않 있다는 표현(per creditorem stat, quo minus ~)은 과책을 전제하지 않는다. 채권자의 건강, 강압 또는 악천후는 수령지체를 정당화하는 사유가 아니라는 고전 盛期 폼포니우스의 개소가 이를 분명히 한다. 효과에 있어서는 채무자는 고의에 대해서만 책임을 지고, 채무목적물을 봉인하여 공탁할 수 있고, 증가된 보관 내지 변제비용을, 악의의 항변에 통해 채무목적물을 유치함으로써 상환받을 수 있었다. 고전 盛期の 켈수스가 수령지체로 인해 발생한 손해를 매도소권을 통해 행사할 수 있다는 고전前법률가들을 원용함으로써 순수 고전법의 한계를 넘어서고자 했다. 이자의 정지에 관해서는 공탁을 한 이후부터 이자가 정지되는가에 대해서는 학설의 대립이 있었다. 순수 고전법은 법적인 수령의무 관념을 인정한 것으로 보이지 않는다. 따라서 이를 전제로 한 손해배상은 당연히 허용되지 않은 것으로 보인다.

포도주 매매와 같은 전형적인 거래에서 매수인이 수령지체한 경우 매도인이 포도주를 쓸 아버릴 권리를 인정한 개소로부터古법률가들이 수령의무를 인정했다고 추론하기는 어렵다. 하지만 돌 매매에 있어 매도인이 돌의 취거를 소구할 수 있다는 폼포니우스의 견해는 분명 순수고전법과는 이질적인 것으로서 고전前법학의 전통에 영향을 받은 것이 아닌가 생각된

* 이 논문은 필자의 은사이신 최병조 교수님의 정년을 기념하기 위해 마련된, 한국법사학회 산하 로마법연구회 제1회 학술세미나에서 발표한 원고를 수정·보완한 것이다. 스승님의 크나큰 학문에 깊이 감사드린다. 아울러 여러모로 부족한 원고를 읽고 유용한 지적을 해 주신 심사위원들께도 감사의 뜻을 전한다.

** 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

다. 고전前법학에서는 매도인과 매수인은 서로 대립적으로 이기적인 이해를 관철시키기 위해 경쟁하는 관계가 아니라, 교환이라는 공통된 목표를 달성하기 위해 상호 협력해야 하고, 법공동체의 구성원으로서 자신의 이익만을 추구해서는 안 되고, 타인의 이익에 대해서도 유념해야 할 의무를 부담한다고 해석한 것으로 추정된다. 협력의무를 인정하는 경우 협력을 하지 않는 것은 일종의 채무불이행이 되는 것이 논리적이다. 따라서 채권자지체로 인해 손해가 발생한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 배상책임이 발생한다고 보아야 할 것이다. 폼포니우스의 돌 매매 사례에서 매도소권으로 취거를 소구하였으나 매수인이 임의로 취거하지 않는 경우, 결국 매도소권은 취거거절로 인한 손해배상판결로 귀결된다. 켈수스의 개소에서 인용된 고전前시대 법률가 섹스투스 엘리우스와 드루수스도 이행지체로 인해 발생한 손해배상을 매도소권으로 소구하는 것을 허용한 것으로 보면, 수령의무를 전제했을 가능성이 없지 않다고 본다. 이처럼 수령지체 문제와 관련하여 고전前법학이 구체적 사례에서의 당사자 이익상황에 맞는 해결을 찾은 것은, 신의성실(bona fides)을 私法질서의 최고원리로 삼아 구체적 사안을 결의론적으로 접근하는 고전前법학의 스타일에 부합한다.

결론적으로 전승된 로마법사료에서는 현행법의 법정책임설처럼 수령의무와 손해배상책임을 부인하는 견해(고전前법학)가 지배적이거나, 개별 사안에 따라서는 현행법의 채무불이행설과 유사하게 수령의무와 손해배상책임을 인정했다고도 볼 수 있는 (고전前법학의 영향으로 보이는) 견해도 없지 않았음을 알 수 있다.

[주제어] 로마법, 채권자지체, 비응상환, 손해배상, 과책, 수령의무

I. 서론

채무이행에 채권자의 수령 기타 협력을 필요로 하는 경우 채무자의 적법한 이행제공에도 불구하고 채권자가 협력하지 않아 채무이행이 되지 않는 것을 채권자지체(mora creditoris) 또는 수령지체(mora accipiendi)¹⁾라고 한다. 현행법상 채권자의 협력의무의 성질을 둘러싸고 논쟁이 있다. 이는 채권자지체의 요건과 효과에 대한 견해대립으로 이어진다. 현재 법정책임설이 다수이냐²⁾, 과거에는 반대로 채무불이행설이 다수였다.

채무불이행설은 채권자는 법적인 수령의무를 지며, 채권자지체는 이러한

1) 현행법 문헌에서 적지 않게 쓰이는 수령지체라는 표현은 수령 이외의 협력을 포괄하지 못한다는 이유로 적절치 않은 표현이라는 지적(양창수, 『채권자지체』, 『고시계』 45권 11호[국가고시학회, 2000]), 1면이 있으나, 여기서는 오해의 소지가 없는 한, 두 가지 표현을 모두 사용한다.

2) 이은영, 『채권총론』 개정판, (서울: 박영사, 1999), 404면; 양창수, 위의 글(각주 1), 5면 이하; 송덕수, 『채권법총론』, 제4판(서울: 박영사, 2018), 208면 이하; 지원립, 『민법원론』(서울: 홍문사, 2017), 403면 등.

법적의무의 위반으로서 채무불이행책임이라고 본다. 법적 의무로서의 수령 의무를 지는 근거를 다음과 같이 설명한다. “채권관계에 있어서 채권자와 채무자는 **공동의 목적**을 향하여 **서로 협력하여야 할** 일종의 **협동체**를 이루는 것이므로, 채권자에게도 신의칙이 요구하는 정도의 법률상의 협력의무를 인정하여야 한다.” 이 견해에 따르면, 채권의 행사가 의무는 아니지만, 채권관계의 “당사자는 냉연히 권리·의무에 의하여 대립하는 것이라고 할 것이 아니고, 오히려 채권관계에서 피하는 **공동목적의 달성에 협력할 유기적 관계**를 구성한다고 하여야 하며, 따라서 채권자는 채권과 아울러 수령의무도 진다”(강조는 필자)는 것이다.³⁾ 결국 이 견해는 채권자의 지체책임을 채무불이행책임으로 보게 된다. 따라서 그 발생에 채권자의 귀책사유를 요구하며, 그 효과로서 민법 제401조 내지 제403조 이외에 채권자의 손해배상의무와 채무자의 계약해제권을 인정한다.

반대로 법정책임설은 채권자는 급부실현과 관련하여 간접의무 또는 책무를 질뿐 법적인 의무는 지지 않는다고 한다. 이 견해는 채무불이행설을 다음과 같이 비판한다. 채무불이행설의 채권관계의 협동체이론은 채권관계에 당사자의 이익을 초월하는 공동이익을 인정하는 것인데, 이는 사상적으로 제2차대전 전 독일 나찌의 제국주의적 민족공동체 사상에 근거를 둔 것으로서 독일에서는 현재 이미 극복되었을 뿐만 아니라⁴⁾, 채권과 채무를 명확하게 대립적으로 파악하는 우리 민법의 사고방식과 조화되지 않는다고 한다.⁵⁾ 결국 이 견해에 따르면 민법 제401조 내지 제403조의 채권자지체책임은 법정 책임으로서 그 발생에 채권자의 귀책사유가 필요하지 않고, 그 효과로서 위 규정에서 정하는 것 이외에 채권자의 손해배상의무와 채무자의 계약해제권이 인정되지 않는다고 한다. 결국 양설의 대립은 채권관계를 보는 시각의 차이에서 비롯된 것임을 알 수 있다.⁶⁾

3) 박윤직, 『채권총론』, 신정수정판(서울: 박영사, 1999), 123면.

4) 박윤직 편집대표, 『민법주해』 IX, 채권 2(서울: 박영사, 1999), 713면 주 20, 21(이은영 집필).

5) 양창수, 앞의 글(각주 1), 10면.

6) 이외에도 원칙적으로 수취의무를 인정하지 않으나, 예외적으로 매매, 도급, 임치에 대해서는 부수적 의무 또는 신의칙상 수취의무를 인정하는 견해(김형배, 『채권총론』 제2판, [서울: 박영사,

보통법 이래 로마법학계에서도 법적 수령의무의 존재를 둘러싼 논쟁이 있다. 보통법시대 후기에 우리의 채무불이행설과 마찬가지로 채권자의 법적 수령의무를 인정하고, 채권자지체의 성립요건으로 과책을 요구하였다.⁷⁾ 반대로 Friedrich Mommsen은 채권자는 수령할 권리가 있는 것이지 의무는 없다고 하면서 채권자지체책임을 인정함에는 그의 “의식적이며 의사에 의해 제어되는 용태”만으로 족하다고 주장하였고,⁸⁾ 뒤에 Josef Kohler가 이 이론을 더욱 발전시켜, 채권자지체의 성립에 채권자의 주관적 요건을 모두 부정하였다.⁹⁾

현대 로마법학계의 통설도 로마법은 법적 수령의무를 인정하지 않았고 채권자지체의 성립요건으로 과책을 요구하지 않았으며, 손해배상과 같은 채무불이행책임을 인정하지 않았다고 본다.¹⁰⁾ 그러나 근래에는 통설에 비판적인 견해가 나오고 있다. Peter Apathy는 문답계약에 의한 계약벌이나 확정기한 부 변제약속의 경우에는 채권자의 과책을 요구하지 않았으나, 매매와 채권적 유증과 같은 사례에서는 예외적으로 채권자의 과책을 전제로 손해배상책임이 인정되었다고 한다.¹¹⁾ 반대로 Jan D. Harke는 이행지체와 채권자지체가 요건 면에서 거의 완전히 상응한다고 봄으로써 결과적으로 보통법시대의 과책이론을 따른다.¹²⁾ Martin Pennitz는 수령의무가 인정된 예외사례가 존재했다는 Apathy의 주장을 계승·발전시키고자 채권자지체의 효과에 관한 로

1998], 304면), 채권자에게는 수령할 책무가 있음을 전제한 뒤 책무위반에 유책사유가 있는 경우에는 채무자에게 손해배상청구권 및 계약해제권을 인정하는 견해(김상용, 『채권총론』, [서울: 화신미디어, 2010], 211면) 등이 있다.

7) 소위 과책이론(culpa-Theorie). 예컨대 Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, 4. Theil 2. Abtheilung(Erlangen: Johann Jacob Palm, 1797), S. 401ff.

8) *Beiträge zum Obligationenrecht, 3. und letzte Abtheilung: Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*(Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn, 1855), S. 3ff. 133ff. 284ff.

9) “Annahme und Annahmeverzug”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 17(1878), S. 411ff.; “Der Gläubigerverzug”, *Archiv des Bürgerlichen Rechts* 13(1897), S. 149ff.

10) Kaser, “Mora”, *RE* 16(1933), Sp. 272ff.; *RPR* I(München: C.H.Beck, 1971. 이하 “RPR I”으로 인용), S. 517f.

11) “Mora accipiendi und Schadensersatz”, *SZ* 101(1984), S. 192f., 204.

12) *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen Recht*(Berlin: Duncker & Humblot, 2005), S. 98f., 113.

마 법률가들의 논쟁이 전해지는 사료들을 분석함으로써, 다음과 같은 결론에 도달한다. 즉 공화정시대부터 고전시대 초창기까지는 채권자가 채무자의 적시급부를 수령할 수 있도록 준비하지 않았다는 점과 관련하여 비난가능성이 요구되었으나, 중간의 맹아기를 거쳐 古典盛期에는 채권자에 대한 비난가능성은 수령지체의 문제를 푸는 적절한 기준이 될 수 없다는 생각이 일반적으로 관철되었다. 다만 개별 영역에서는 고의적·반신의적인 수령거절에 대해서는 더 엄한 불이익이 과해졌다.¹³⁾ 최근 Pia Reetz는 로마법상 채권자지체와 관련하여 전승된 사료 대다수는 과책을 요구하지만, 일부는 그렇지 않다는 점을 지적하고, 종래 과책 필요설과 과책 불요설처럼 전승된 사료를 과책요부라는 관점에서만 바라보면 안 된다고 주장하였다.¹⁴⁾ 그에 따르면 로마법률가들은 개별사안의 타당한 해결(Einzelfallgerechtigkeit)이라는 목표를 위해 이익형량과 보호필요성이라는 관점에서 과책 요부를 판단했고, 또 과책여부에 따라 채권자지체의 법률효과의 경중도 결정했다고 한다.¹⁵⁾

이처럼 로마법학계에서는 채권자지체에 관해 활발한 논의가 진행 중이지만, 국내에서는 아직까지 이에 관한 연구가 없었다. 그리하여 본고에서는 전승된 사료와 기존 연구 성과를 검토함으로써 로마법상 채권자지체에 관한 대체적인 모습을 그려보고자 한다.

II. 로마법상 채권자지체

1. 요건

1) 채무의 내용에 좇은 이행제공

채권자지체가 성립하기 위해서는 채무자가 이행의 제공을 하여야 한다. 로

13) “Zu den Voraussetzungen der mora accipiendi”, *SZ* 123(2006), S. 152ff., 183f.

14) “Mora creditoris im römischen Recht”, *TR* 83(2015), S. 392ff.

15) 특히 a.a.O. S. 414f.

마법사료에서는 통상 이행제공을 ‘offere(이행제공하다)’¹⁶⁾ 또는 ‘paratum est solvere(변제할 준비가 되었다)’¹⁷⁾라고 한다.¹⁸⁾ 또 채무 내용에 좇은 이행제공이 있어야 한다. 사료에서는 이러한 이행제공이 있음에도 채권자가 수령하지 않은 경우를 가리켜 ‘sine iusta causa(정당한 이유 없이)’라고 한다.¹⁹⁾ 이행제공이 구체적으로 무엇을 의미하는지는 채무의 종류와 내용에 따라 다를 것이나, 일반적으로 말한다면, 정해진 또는 적절한 시기, 장소, 방법으로 제공하는 것을 뜻한다. 금전 기타 종류채무의 경우 이행의 준비행위로서 특징이 요구된다.

지참채무의 경우 채권자에게 가서 이행제공을 하여야 한다. 사료에 나오는 ‘per creditorem stat, quo minus accipiat’(채권자 탓으로 그가 수령하지 못하다), 또는 ‘nolle accipere’(수령하기를 원치 않음)라는 표현은 이런 경우에 쓰이는 것으로 생각된다. 추심채무의 경우 변제기가 확정된 때에는 구두제공도 요하지 않았던 것으로 보이나,²⁰⁾ 그렇지 않은 때에는 구두제공을 요했는

16) Paul. 37 ad ed. D. 24, 3, 26; Marcell. 20 dig. D. 46, 3, 72pr.~2.

17) Pomp. 9 ad Sab. D. 19, 1, 3, 4(각주 21 참조); Afr. 8 quaest. D. 46, 3, 39(아래 2. (2) 참조)

18) 이외에도 채무 목적물이 이행장소에 없는 경우 ‘이행제공(offere)이 불가능하다’(D. 46, 3, 72, 3), ‘취거할 것을 통고하다’(Ulp. 28 ad Sab. D. 18, 6, 1, 3: [sc. venditor] ‘denuntiet emptori, ut ... tollat vinum’; Ulp. 28 ad Sab. D. 18, 6, 4, 2: ‘denuntiare ei[sc. emptori], ut tollat vinum’).

19) 아래 2. 1) (1)의 Marcell. 20 dig. D. 46, 3, 72pr.과 Paul. 29 ad ed. D. 13, 5, 17: Sed et si alia die offerat nec actor accipere voluit *nec ulla causa iusta* fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat: ut illa verba "neque fecisset" hoc significant, ut neque in diem in quem constituit fecerit neque postea.(그러나 [약정 변제일]이 아닌 날 이행제공되었는데, 원고가 수령하기를 원치 않았으나 수령하지 않을 정당한 이유가 전혀 없었던 경우에도, 항변에 의해서나 원고의 행위가 판결시까지 그 자신에게 해가 된다는 정당한 해석에 의해서 피고를 돕는 것이 정당하다. 즉 “그가 행위하지 않았다”는 [고시의] 저 문언은 약정 변제일 뿐만 아니라 그 이후에도 행위를 하지 않는 것을 뜻한다)도 참조; 이 고시에 대해서는 아래 1. 3) 참조. 여기서 정당한 사유(iusta causa)는 채권자의 과책이 아니라, 채무자가 내용, 시간, 장소에 있어 채무의 취지에 맞지 않게 이행제공한 것과 관련이 있는 것, 즉 채권자의 수령거절을 정당화하는 사유라는 점에 대해서는 Kaser, *RPR* I, S. 516 Fn. 28, S. 517 Fn. 36 참조.

20) Paul. 5 ad Sab. D. 18, 6, 5: Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. Si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum <non. Mo.> est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat. (매수인 자신의 탓으로 변제기에 포도주를 취거하지 못한 경우, 만약 매도인의 악의가 개입되지 않았다면, 그 뒤로는 그[매도인]는 책임을 저서는 안 된다. 말 그대로 지하창고에 있는 포도주 가운데 100 동이가 매도된 경우, 만약 수량을 제지 않았다면 수량을 제기까지는 모든 위험은 매도인이 부담한다. 그러나 매수

지 분명하지 않다.²¹⁾

2) 채권자 탓으로 인한 이행불발

사료에 자주 나오는 ‘per creditorem stat, quo minus ~’라는 표현은 고전 법에서는 과책과 무관하게 채권자 탓²²⁾으로 이행이 불발된 것을 뜻한다.²³⁾ 뒤에서 볼 Cels. 8. dig. D. 19, 1, 38, 1 이외에 다음 개소를 본다.

Ulp. 24 ad Sab. D. 46, 3, 9, 1:

Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent: item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur. Qui autem hominem debet, partem Stichi dando nihilo minus hominem debere non desinit: denique homo adhuc ab eo peti potest. Sed si debitor reliquam partem Stichi solverit vel *per actorem steterit, quo minus accipiat*, liberatur.

(10금의 채무가 있는 자가, 일부(5금)를 변제하면 채무의 일부로부터 해방되고 남은 5금만이 채무로 남는다. 마찬가지로 [노예] 스티쿠스를 양도할 채무를 지는 자가 스티쿠스에 대한 소유권의 일부 지분을 양도할 경우, 잔여 지분을 양도할 의무가 있다. 하지만 어떤 노예를 양도할 채무를 지는 자는, 스티쿠스의 일부를 양도

인에 의해 위험이 발생한 경우에는 그러하지 아니하다). 아래에서 보는 Ulp. 28 ad Sab. D. 18, 6, 1, 3~4도 참조. 여기서도 추심채무가 문제됨은 Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 162 Fn. 46 참조. 21) Kaser, *RPR* I, S. 517 Fn. 33은 Pomp. 9 ad Sab. D. 19, 1, 3, 4와 Scaev. 28 dig. D. 45, 1, 122, 5를 예로 드나, 개소 자체만으로는 명확하지 않다. Pennitz, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 2/1(Tübingen: Mohr Siebeck, 2007), § §293-304. Verzug des Gläubigers, Rn. 5는 구두제공 자체도 필요 없는 예로 본다.

22) 우리 말 ‘탓’은 국립국어원 표준국어대사전에 따르면 “1. 주로 부정적인 현상이 생겨난 까닭이나 원인, 2. 구실이나 핑계를 삼아 원망하거나 나무라는 일”을 뜻한다(<http://stdweb2.korean.go.kr/search/View.jsp?idc=497521>: 2018.3.1.검색). 결국 ‘탓’이란 말은 책임소재와 관련하여 사용할 수 있으나, 반드시 과책을 전제로 하는 말은 아니다. 본문에서는 ‘탓’을 이런 취지로 사용하였다. 최병조 대표편역, 『한국민법의 로마법적 배경과 기초』, 민법 제373조~ 제407조(서울: 법무부 간행, 민속원 출간, 2013), 251면 이하도 같은 취지로 보인다.

23) 이행지체에 사용되는 비슷한 표현(‘si per ~ stat, quo minus det’)도 과책을 전제하지 않는다는 Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl.(München: C.H.Beck, 2017), S. 224; Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl.(Berlin · Heidelberg · New York · London · Paris · Tokyo: Springer, 1987), S. 245 Fn. 13 참조.

하더라도 어떤 노예를 양도할 채무를 지는 것을 그치지 않는다. 요컨대 노예 한명을 그로부터 여전히 청구할 수 있다. 그러나 만약 채무자가 스티쿠스의 남은 일부를 변제하거나 원고 탓으로 그가 수령하지 않았다면, 채무로부터 해방된다.)

일부 변제의 효과가 문제되고 있는데, 채권자의 동의가 전제되어 있는 것으로 보인다.²⁴⁾ 금전채무의 일부 변제의 경우에는 남은 일부에 대해서 채무가 존속한다. 특정물 공여 채무의 일부 변제의 경우에도 마찬가지다. 그러나 종류채권의 경우 특정물의 일부(= 공유지분)만을 공여한 때에는 그 종류채권이 전체로서 존속한다. 그렇게 보지 않으면 종류채권의 일부는 특정물의 일부 공유지분, 다른 일부는 다른 특정물의 일부 공유지분을 공여할 수 있게 되어, 본래 성립한 종류채무의 취지에 맞지 않기 때문인 것으로 보인다. 그러나 특정물에 대한 공유지분을 공여한 뒤 그 특정물의 남은 공유지분을 공여한 경우에는 본래 종류채무의 취지에 맞게 노예 한명을 완전하게 공여한 것이므로 그 종류채무가 소멸한다. 채권자가 남은 공유지분을 자신의 탓으로 수령하지 않은 경우에도 마찬가지로 그 종류채무가 소멸한다. 수령지체만으로 채무가 소멸하는 것은 이해하기 어렵기 때문에, 여기서는 수령지체로 인한 이행불능, 예컨대 노예 사망과 같은 사정이 전제되어 있는 것으로 보인다. 여기서 수령지체를 나타내는 표현이 과책과 무관하게 쓰이고 있음을 알 수 있다.

다음으로 고전 盛期 율리아누스의 제자인 아프리카누스의 개소를 본다.

Afr. 8 quaest. D. 17, 1, 37:

Hominem certum pro te dari fideiussi et solvi: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet, et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilo minus utilis ea actio est. Aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur quo agitur, nisi forte aut

24) 채권자는 원칙적으로 일부변제를 거절할 수 있었다. Iul. 48 dig. D. 12, 1, 21. 번역은 최병조 대표 편역, 앞의 책(각주 22), 173~4면 참조.

per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

(특정 노예가 공여될 것을 내가 너를 위해 보증했고 변제했다. 위임소권으로 소구되는 경우, 그 노예의 가액산정은 소구시가 아니라 변제시를 기준으로 해야 한다. 따라서 [변제 후 소구 전에] 그 노예가 죽었다고 하더라도 그 소권이 유용하지 않은 것은 아니다. 문답계약에 있어서는 다른 법리가 적용된다. 즉 그 때는 소제 기시가 기준이 된다. 그러나 낙약자[즉 채무자] 탓으로 변제기에 변제되지 않거나 채권자 탓으로 그가 수령하지 못한 경우에는 그러하지 아니하다. 왜냐하면 둘 중 누구도 자신의 지체에 의해 이익을 보아서는 안 되기 때문이다.)

채무불이행의 경우 목적물의 가액산정이 취급되고 있다. 먼저 주채무자 대신 특정 노예의 공여를 보증한 자가 주채무자가 대신 그 노예를 변제하여 위임소권(actio mandati)²⁵⁾으로 구상하는 경우, 출제한 것의 가액산정은 변제시를 기준으로 한다고 한다. 그리하여 변제 후 소구 전에 그 노예가 사망하더라도 그 가액산정이 가능하고,²⁶⁾ 따라서 상환청구도 가능하다는 것이다. 그러나 문답계약상 특정물 채무의 후발적 이행불능²⁷⁾의 경우에는 이행지체나 수령지체를 제외하고 소구시를 기준으로 가액산정을 한다고 한다. 문답계약과 같은 엄격법상 특정물 채무의 경우 원래 목적물이 멸실되면 채무는 소멸하여야 하나, 이행지체 후 멸실의 경우에는 채무의 영속화(perpetuatio obligationis) 원칙²⁸⁾이 적용되어 쟁점결정(litis contestatio)시까지 채무가 존속한 것으로 의제된다. 수령지체 후 멸실의 경우에도 마찬가지다. 그 이유를 개소의 저자는 이행불발이 지체한 자에게 이익이 되도록 하면 안 되기 때문

25) 로마법과 달리 우리 민법은 제441조에 수탁보증인의 구상권을 특별히 규정하고 있는데, 학설은 이 구상권이 채무자와 보증인간 위임 등 내부관계에 기초하여 발생한다고 설명한다. 박윤직 대표편집, 『민법주해』, X 채권 3(서울: 박영사, 1999), 315면 각주 2(박병대 집필) 참조.

26) Cels. 38 dig. D. 17, 1, 50, 1: ... fideiussor ... Stichum solvit isque decessit...id mandati mandati iudicio consequeretur.(보증인이 스티쿠스를 변제하고 그가 사망하더라도 그것을 위임소권으로 소구할 수 있을 것이다) 참조.

27) 문백상 예컨대 노예의 사망 같은 원인으로 인한 이행불능이 문제되고 있는 것으로 보인다.

28) Kaser, RPR I, S. 514.

이라고 한다. 이 개소에서 이행지체와 수령지체를 나타내는 표현이 과책과 무관하게 쓰였음을 알 수 있다.

3) 채권자의 과책 여부

고전법에서는 채권자의 과책이 없는 경우에도 수령지체를 이유로 채권자에게 일정한 불이익을 부과한다. 이를 잘 보여주는 개소가 있다.

Ulp. 27 ad ed. D. 13, 5, 18pr.:

Item illa verba praetoris "neque per actorem stetisse" eandem recipiunt dubitationem. Et POMPONIVS dubitat, si forte ad diem constituti *per actorem non steterit*, ante stetit vel postea. Et puto et haec ad diem constituti referenda. Proinde si *valetudine impeditus aut vi aut tempestate* petitor non venit, ipsi nocere POMPONIVS scribit.

(法政官 고시의 '원고 탓으로 불이행되지 않고'라는 문언도 같은 의문의 대상이다. 그리고 **폼포니우스**는 변제기에 원고 탓으로 불이행되었지만, 그 이전 또는 그 이후에는 그러지 않은 경우에는 어떠한지 의문을 가진다. 그리고 나는 이 말은 변제기에 관한 것으로 생각한다. **폼포니우스**는 만약 채권자가 건강, 폭력(강압), 불순한 일기로 인해 (수령하러) 가지 못한 경우, 그것은 그에게 해가 된다고 쓴다.)

기존 금전채무에 대한 특정기한 변제 약정(pecunia constituta)의 경우 법정관의 고시²⁹⁾에 의해 부여된 방식서의 문언³⁰⁾ 가운데 "neque per actorem

29) Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3. Aufl.(Leipzig: Tauchnitz, 1927), S. 248은 "QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT *se soluturum eove nomine se satisfaturum esse, in eum iudicium dabat*(금전채무에 대해 스스로 변제하거나 그 명목으로 담보제공하기로 확약한 자를 상대로 한 소송을 줄[허여할] 것이다)"로 재구성한다.

30) Lenel, a.a.O. S. 251는 방식서의 청구취지 표시(intentio)를 "*Si paret Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia constituisse se soluturum eove nomine se satisfaturum esse NEQUE FECISSE QUOD CONSTITUIT NEQUE PER AM AM STETISSE QUOD MINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST EAMQUE PECUNIAM CUM CONSTITUEBATUR DEBITAM FUISSE* (피고가 원고에게 1만 세스테레스를 스스로 변제하거나 그 명목으로 담보제공할 것을 확약했고, 확약한 바를 행하지 않았고 또 확약된 바가 이루어지지 않은 것이 원고의 탓이 아니었고, 그 금원

stetisse”에 대한 주석이다. 그 문언에 따르면, 채무자는 약정된 변제기일에 채권자가 수령지체에 빠진 경우에 책임을 면한다. 폼포니우스는 변제기일 이전이나 이후에 채권자 탓으로 불이행이 된 경우에 대해 의문을 가진다. 그러나 율피아누스는 그 문구는 변제기일의 수령지체만을 가리키는 것으로 해석한다. 여기까지의 문장과 다소 연결이 자연스럽지 못하지만³¹⁾, 개소 마지막 문장의 폼포니우스의 견해에 따르면 ‘건강, 폭력(강압), 불순한 일기’처럼 채권자의 과책과 무관한 수령지체의 경우에도 채권자에게 불이익이 주어졌음을 알 수 있다.

그러나 수령지체의 성립에 채권자의 과책이 요구되는지 논란이 되는 사료가 있다. 먼저 *古법률가들의 견해가 인용된 것을 본다.*

Ulp. 28 ad Sab. D. 18, 6, 1, 3~4:

(Aa) Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: (Ab) effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. (Ba) Si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: (Bb) ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, (Bb1) sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. (Bb2) Commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.

§ 4 (Ca) Si doliare vinum emeris nec de tradendo eo quicquam convenerit, id videri actum, ut ante evacuantur quam ad vindemiam opera eorum futura

이 확약된 때 채무였음이 분명하다면”로 재구성한다.

31) 상세는 Harke, a.a.O.(각주 12), S. 102f.

sit necessaria: (Cb) quod si non sint evacuata, faciendum, quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere: (Cc) veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si, quanta mensura esset, non appareat, videlicet ut appareret, quantum emptori perierit.

(Aa. 그러나 포도주³²⁾ 부피를 재서 수령할 날이 정해졌는데 그 날까지 부피를 재지 않은 경우 매도인한테는 포도주를 쏟아버리는 것조차 허용된다. Ab. 그러나 먼저 매수인이 포도주를 수령해 가지 않으면 포도주를 쏟아버릴 것이라고 매도인이 증인 입회하에 매수인에게 통지하기 전에 매도인이 곧바로 쏟아버릴 수 있는 것은 아니다. Ba. 그러나 매도인이 쏟아버릴 수 있음에도 쏟아버리지 않는다면, 매도인은 더 칭찬받아야 한다. Bb. [이 경우 포도주 보관] 항아리들의 임료를 청구할 수 있다. Bb1. 그러나 (예컨대 매도인이 항아리들을 임대할 예정이었던 경우처럼) 매도한 포도주가 들어 있던 항아리들이 비어 있는 것이 매도인에게 이익이 되거나 다른 항아리를 임차해야만 하는 경우에만 그러하다. Bb2. 하지만 항아리를 임차하고 매수인이 임차료를 상환하지 않으면 포도주를 반환하지 않거나 신의칙에 입각하여 포도주를 매도하는 것, 즉 자신에게 불리함이 없는 한, 그 물건이 매수인에게 최소한의 손해가 되도록 것이 더 적절하다.

§ 4 Ca. 만약 네가 항아리에 들어 있는 포도주를 매수하였으나 그 인도[시기나 방법]에 관해서는 아무 것도 약정하지 않은 경우, 다음 수확기에 항아리들이 필요하기 전에 항아리들을 비우기로 한 것으로 보인다. Cb. 그러나 [매수인이] 항아리들을 비우지 않은 경우 **古법률가들**이 생각했던 것을 행하여야 한다. 즉 매도인은 큰 항아리로 켜 뒤 쏟아버려야 한다. Cc. **古법률가들**은 얼마를 쟀는지 분명하지 않을 경우[에 대비하여] 양을 쟀 목적으로, 즉 얼마만큼 매수인의 불이익으로 멸실되었는지가 분명하도록 이것을 권했다.)

§ 3에서는 포도주 양을 재서 인도하는 날을 정한 경우, § 4에서는 그런 약정이 없는 경우를 다룬다. 冒頭(Aa)에서 인도기한 내에 포도주를 가져가지

32) 맥락상 포도주 또는 포도즙이 될 수 있으나, 이하에서는 편의상 포도주라고 한다.

않은 경우, 포도주를 쏟아버릴³³⁾ 권리가 있다고 한다. 그러나 텍스트에서는 곧 이 권리를 그 행사의 요건으로서 채권자인 매수인에 대한 수령 최고를 언급함으로써(Ab) 제한한다. 두 문장의 원작자가 누구인지 정확히 알기 어렵다. 첫 문장은 율피아누스 주석의 대상인 사비누스의 저서 시민법주해(libri tres iuris civilis)에 나오는 것으로 보는 것이 합리적이다. 그런데 §4의古법률가들(veteres)로 미루어볼 때, 이것이 이미古법률가들로부터 유래한 것으로 볼 수 있다.³⁴⁾ 고전前시대 카토(Cato)의 포도주 매매계약도 이를 뒷받침한다.

Cato, de re rustica, 148, 8:

Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur, si ante non deportaverit, dominus vino quod volet faciet.

(포도주를 위해서 10월 1일까지 장소가 제공될 것이다. 만약 [매수인이] 그 전에 취거하지 않는다면, 주인[=매도인]은 포도주를 그가 원하는 대로 처리할 것이다.)

여기서 매도인이 원하는 대로 포도주를 처리하는 것에 위 율피아누스 개소에 소개된 쏟아 부을 권리가 포함될 수 있을 것이다.³⁵⁾ 율피아누스 개소의 첫 번째 문장(Aa)은 사비누스의 것이고, 다음 문장(Ab)부터는 율피아누스의 것으로 보는 것이 일반적이다.³⁶⁾ 하지만 쏟아버릴 권리 자체가古법률가들한테서 유래한 것으로 본다면, 그 권리 행사를 일부 제한하는 다음 문장(Ab)은 아무래도 사비누스 것으로 보는 것이 자연스럽지 않은가 생각한다. 그렇

33) 말 그래도 바닥에 쏟아버림으로써 멸실시키는 것 뜻한다. 항아리에 들어 있는 포도주를 오스티아(Ostia)에서 발굴된 것과 같은, 벽으로 둘러싸인 저장소에 옮김으로써 가치를 저감시키는 것이라는 Gradenwitz, *Bull.* 37, 53ff.(Honsell/Mayer-Maly/Selb, a.a.O.[각주 23] S. 249, Fn. 47에서 재인용)의 견해는 별로 설득력이 없다.

34) 同旨 Harke, a.a.O.(각주 12), S. 94; Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 163.

35) 물론 율피아누스 개소에 인용된古법률가들의 법리는 카토의 계약조항과 달리 당사자간 특약이 없어도 적용될 수 있는 성질의 것이다. 그러나 카토의 계약조항이古법률가들의 법리를 전제로 하여 이를 확인하는 것일 가능성을 배제할 수 없다.

36) Schulz, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*(Halle: M. Niemeyer, 1906), S. 65; Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 199 Fn. 38; Harke, a.a.O.(각주 12), S. 94f.; Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 162는 첫 문장(Aa)은 사비누스, 둘째 문장(Ab)부터는 율피아누스의 주석으로 본다.

다면 사비누스는 인도기한이 정해진 경우에는 수령 촉구 없이도-계약조항 이긴 하지만 위 카토의 개소에서조차-포도주를 쏟아버릴 권리를 행사하는古법률가들의 법이 매수인에게 지나치게 엄격한 것으로 보아 이를 제한한 것이 된다. 매수인이 수령지체하는 경우 바로 포도주를 쏟아버리는 것은 지나치지만, 증인을 세워 수령을 촉구했음에도 수령하지 않은 경우에는 비난 가능성이 커서 매수인의 채권은 더 이상 보호가치가 없다고 생각한 것으로 보인다.³⁷⁾ 율피아누스가 첫 번째 문장(Aa)을 사비누스의 시민법 주해(libri tres iuris civilis)에서 따왔다고 하더라도, 카토의 개소와 다음 개소(§4)를 감안할 때, 그 문장에古법률가들의 법적 결정이 담겨 있다는 사실에는 변함이 없다.

반면 텍스트 Ba에서는 쏟아버리는 대신 다른 방법을 강구할 것을 권한다. 여기서부터 율피아누스의 견해로 보인다. 매도인이 다른 방법으로 자신의 이익을 지킬 수 있음에도 매수인에게 큰 피해가 될 수 있는 방법을 고집하는 것은 설령 일반적으로 그런 권리가 인정되더라도 상황에 따라서는 권리남용이 될 수도 있다. 아래에서 보는 Pomp. 6 epist. D. 33, 6, 8에서 포도주를 쏟아버리는 것이 위험하다고 하는 것을 보면, 이미 고전 盛期에는 쏟아버릴 권리를 부정하는 견해가 유력했음을 암시하는 것으로 보인다. 고전 후기의 율피아누스도 이를 고려한 것으로 보인다. 매수인의 행위가 꽤심하지만, 그를 조금 배려하는 여유를 갖는다면, 다음 포도 수확기를 위해 항아리를 임차하면 될 것이다. 매도인은 이 경우 차임 상당의 비용(또는 손해)을 청구할 수 있을 것이다(Bb1). 그러나 율피아누스는 곧바로 차임청구가 가능하기 위한 요건으로 매도인이 제3자에게 항아리를 임대할 계획이었거나 제3자에게 임차한 경우를 든다³⁸⁾(Bb2). 마지막으로 텍스트는 매도인이 자신에게 해가

37) 이 제한이 Pennitz, *Priculum rei venditae. Ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht*(Wien: Böhlau Verlag, 1998), S. 435; Harke, a.a.O.(각주 12), S. 94는 약의 유보 조항 때문인 것으로 보나, 근거 없는 추측에 불과하다.

38) 율피아누스가 허용한 차임청구가 손해배상청구인지 불명확하나, Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 201; Zimmermann, *Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*(München: C.H.Beck, 1996), S. 822 und Fn. 273; Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 165 mit Fn. 56은 그렇게 본다. 적어도 매도인이 매수인의 수령을 전제로 항아리를 제3자에게 임대할 계획인 경우에는 임료는 일실손해로서 수령지체로 인한 손해배상이 문제될 수 있을 것이다.

되지 않는다면, 향아리를 임차하고 차임 상환시까지 채권적 유치권을 행사하거나 제3자에게 포도주를 매도함으로써 매수인에게 피해가 최소화되는 방법을 택하길 권한다. 여기서의 유치권은 채권적 유증의 수유자의 수령지체로 인한 비용상환과 관련하여 아래 Pomp. 6 epist. D. 33, 6, 8에 전승된 악의의 항변(exceptio doli)에 의한 것으로 보인다.³⁹⁾ 포도주를 매각하라는 제안은 그렇게 하더라도 매수인에 대한 채무불이행(이행불능)책임을 지지 않음을 전제한다.

§ 4에서는 매수한 포도주의 인도[시기나 방법]에 관해서는 약정하지 않은 경우 의사해석에 관해 설명한다. 다음 수확기 전에 비우기로 한 것으로 본다는 것이다(Ca). 그 때까지 비우지 않은 경우 매도인이古법률가들이 허용한 것처럼 계량한 후 쏟아버릴 것을 지적한다(Cb). 향아리를 임차하거나 제3자에게 포도주를 매각할 시간적 여유가 없음을 고려한 때문이 아닌가 생각된다. 버린 양을 증거로 남기는 것은 버리지 않고 부당한 이득을 취했다는 매수인의 의심에 대비하기 위한 것으로 보인다. Cb까지 사비누스의 문장인 것으로 보인다.⁴⁰⁾ Cc에서 율피아누스는古법률가들이 계량할 것을 요구한 이유를 설명한다.

결국 율피아누스에 따르면 3가지 선택지가 있다. 첫째, 고전前시대처럼 포도주를 쏟아 버리는 것. 둘째, 차임 상당의 비용상환 또는 손해배상 청구, 차임 청구권을 담보 위한 유치권 인정, 매도인이 매수인의 포도주 수령을 전제로 제3자에게 임대하기로 한 경우 이로 인해 발생한 비용상환(또는 손해배상) 인정. 셋째 그리고 마지막으로 제3자에의 매각. 매도인에게 손해가 되지 않는 한, 이것이 매수인에게 가장 손해가 적은 방법이 될 수 있다.

古법률가들의 경우 포도주를 쏟아버리는 행위가 매수인에게 큰 피해가 될 수 있음에도 정당화되는 이유가 무엇인지 생각해 볼 필요가 있다.古법률가들은 포도주를 취거하지 않는 매수인의 행위를 일종의 악의적 행위(dolus)로 보았다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 이 견해에 더 잡아,古법률가들의 경우 채권자지체

39) 고전법에서는 수령지체로 인한 비용상환이 매도소권에 의해서가 아니라 악의의 항변에 의해서만 가능한 이유에 대해서는 아래 2. 4) 참조. Kaser, *RPR* I, S. 518 Fn. 44는 매매와 같은 정의소송(bonae fidei iudicium)에서는 악의의 항변이 소권에 내재적임을 지적한다.

40) 同旨 Schulz, a.a.O.(각주 36), S. 65.

41) Behrends, "Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit- die römische Jurisprudenz gegenüber

에는 과책이 전제되어 있다는 추론을 하는 견해도 있다.⁴²⁾ 또 과책은 의무를 전제하는 바, 포도주 매수인의 수령의무 및 수령을 거절하는 포도주 매수인의 과책의 존재를 상정하면, 매도인이 매수인의 취거 후 항아리를 제3자에게 임대할 계획이었으나 매수인의 지체로 그것이 불발된 경우에는 일실손해로서 임료 상당의 손해배상청구도 가능했다고 보는 견해도 있다.⁴³⁾ 이들 견해가古법률가들이 매수인의 포도주 불취거를 매도인에게 피해를 입히는 악의적인 행위(dolus)로 보는 이유는, 포도주 농사와 거래의 특성상 매수한 포도주의 취거를 하지 않는 것은 다음 해를 위해 항아리를 비워야만 하는 매도인에게 큰 피해가 됨을 통상 매수인이 잘 알 수 있으며, 매수인이 취거하지 않는 포도주를 쏟아버리는 것은 역으로 매수인에게 큰 피해가 된다는 점을 고려한 때문인 것으로 보인다. 하지만 악의에 대해 언급하지 않는 위 텍스트의 문언만으로는 포도주 매수인의 악의와 수령의무 및 과책의 존재를 인정하기에 충분하지 않다. 따라서 이 개소로부터 확실히 알 수 있는 것은古법률가들이 포도주 매수인의 수령지체의 경우, 그 악의 여부와 상관없이 매도인이 항아리를 사용하는 데 지장이 없도록 하기 위해 가장 효과적이고 손쉬운 방법으로서 취거되지 않은 포도주를 폐기하는 것을 허용했다는 점 정도라고 할 수 있다.⁴⁴⁾

der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.", *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition, Symposium Wieacker*, hrsg. von Luig/Liebs, (Edelsbach: Gremer, 1980), S. 45 Fn. 47. 同旨 Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 183(배신행위).

42) 문답계약과 같은 엄격법상 채무이행에 관한 전거이긴 하지만, 채무의 영속화(perpetuatio obligationis)에 과책(culpa)을 요구하는 고전前시대의 법리를 설명하면서 이행지체를 나타내는 표현이 사용되었다. Paul. 17 ad Plaut. D. 45, 1, 91, 3: Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem *si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio*...(다음으로古법률가들이 채무자의 과책이 개입된 때에는 언제나 채무가 영속화된다는 법리를 확립했는데, 이것을 어떻게 이해해야 하는지 본다. 그리고 [문답계약의] 낙약자가 스스로 변제할 수 없도록 만든 경우 이 법리의 취지는 분명하기는 하다). Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 194; Reetz, a.a.O.(각주 14), S. 398은 이 개소가古법률가들이 'per [...] stare, quo minus'라는 표현을 과책과 동일한 뜻으로 사용한 증거로 본다. 그러나 여기서의 'culpa'를 과책과 무관하게 '탓' 또는 '사정'의 의미로 보는 최병조 대표편역, 앞의 책(각주 21), 149면도 참조.

43) Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 201; Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 165 mit Fn. 56; Zimmermann, a.a.O.(각주 38), S. 822 u. Fn. 273.

44) 예초에 필자는古법률가들이 매도인에게 포도주를 쏟아버릴 권리를 인정한 것과 관련하여 매수인의 악의 및 그 수령의무를 추정하였으나, 심사위원 1로부터 전승된 텍스트 문언을 벗어난 해석이라는 비판을 받았다. 타당한 지적이라고 생각하며, 이에 대해 감사드린다.

다음으로 고전법을 대변하는 폼포니우스의 개소를 본다.

Pomp. 6 epist. D. 33, 6, 8:

Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et *per legatarium stetit, quo minus accipiat*, periculose heredem facturum, si id vinum effundet: sed legatarium petentem vinum ab herede doli mali exceptione placuit summoveri, si non praestet id, quod propter moram eius damnum passus sit heres.

(만약 항아리들 속의 포도주가 채권적으로 유증되어 상속인이 그것을 양도할 의무를 부담하고, 수유자가 자신 탓으로 그것을 수령하지 못한 경우, 만약 상속인이 그 포도주를 쏟아 붓는다면 그것은 상속인에게 위험한 처사가 될 것이다. 그러나 수유자가 상속인에게 포도주를 청구하는 경우, 수유자는 만약 그의 지체로 인하여 상속인이 입은 것[손해]을 제공하지 않는다면, 악의의 항변에 의해 배척된다는 것이 통설이다.)

눈에 띄는 것은 폼포니우스는, 앞에서 본 Ulp. D. 18, 6, 1, 3과 달리 매수인에 대한 최고 여부를 전혀 언급하지 않은 채 상속인이 그냥 포도주를 쏟아 버리는 것은 위험하다고 경고하는 점이다. 이는 아마도 반대 견해를 염두에 둔 것이 아닌가 추측된다.⁴⁵⁾ 그대로 수유자가 유언에 기해 청구하기를 기다렸다가 수령지체로 인한 손해를 전보할 때까지 악의의 항변으로 대항할 수 있다고 한다. 여기서의 악의의 항변은 앞에서 울피아누스가 말한 채권적 유치권과 같은 기능을 한다. 채권적 유증의 경우 수유자는 상속인을 상대로 - 문답계약에 기한 소권(actio ex stipulatu)과 마찬가지로 - 엄격법상 유언소권(actio ex testamento)을 가지나, 상속인의 수유자에 대한 소권 자체가 인

45) Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 166은 이 경우 위험하다는 것은 채권자의 과책과 관련된 것으로 추정한다. 채권자의 과책이 없는 텍스트 사안에서는 위험하지만, 과책이 있는 경우에는 그렇지 않다는 것이 암시되고 있다는 것이다. 그러나 그렇게 볼 근거는 희박하다고 생각한다. Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 202는 Ulp. D. 18, 6, 1, 3과 달리 위험하다고 경고하는 이유에 대해서, 후자의 경우에는 (위 카토의 개소처럼) 수령하지 않으면 포도주를 쏟아버려도 좋다는 합의가 있거나, 전자는 엄격법상 소권, 후자는 성의소권으로 서로 차이가 있거나 또는 후자의 경우 개소에서는 생략됐지만 채권자지체의 시점에 관한 문제가 있었기 때문인 것으로 추정하나, 별로 설득력이 없다.

정되지 않으므로, 아래에서 볼 Cels. 8. dig. D. 19, 1, 38, 1의 매도인과 달리 수령지체로 인한 비용상환을 소구할 수는 없다.⁴⁶⁾ 따라서 채무불이행으로 인한 손해배상과는 거리가 있다고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 그런데 여기서는 수익자가 청구하지 않은 경우에는 어떻게 되는지 언급이 없다.

다음으로 같은 폼포니우스의 텍스트를 본다.

Pomp. 20 ad Sab. D. 19, 1, 9:

Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

(만약 토지로부터 돌들을 매수한 자가 그 돌들을 취거하는 것을 원치 않은 경우, 그를 상대로 매도소권으로 그 돌들을 취거할 것을 소구할 수 있다.)

어떤 자의 토지에 있는⁴⁸⁾ 돌의 매도인이 그 취거를 소구할 수 있다는 결정을 보면, 매도인이 그 취거에 이해관계가 있는 사안으로 보인다.⁴⁹⁾ 취거를 소구할 수 있다는 것은 취거의무를 전제한다고 보는 것이 논리적이다.⁵⁰⁾ 다수의 문헌은 여기서의 취거의무를 계약상 의무⁵¹⁾ 또는 부수의무(Nebenpflicht)⁵²⁾로 이해하고자 한다. 채권자의 취거의무를 정면으로 인정하는 사료가 없고, 또 취거를 강제할 수도 없었다⁵³⁾는 점을 근거로 든다. 이 개소에서는 채권자

46) Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 166 Fn. 60. 아래 2. 5) 참조.

47) Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 166 und Fn. 62도 손해의 내용을 자세히 알 수 없으며, 여기서 손해배상이 문제되는지 알 수 없다고 한다.

48) 땅에 박혀 있는 돌일 가능성이 있으나, 개소의 문언만으로는 확실치 않다. 이것이 법률문제 해결에 영향을 미치는 것이 아니므로 본문처럼 표현했다.

49) Reetz, a.a.O.(각주 14), S. 410 mit Fn. 62.

50) 수령지체가 문제되고 있다고 보는 Reetz, a.a.O.(각주 14), S. 411f. 참조.

51) F. Mommsen, a.a.O.(각주 8), S. 134f. Fn. 3은 목적물 매도와 취거가 혼합된 계약이 체결된 것으로 이해한다.

52) Kaser, *RPR* I, S. 551, Fn. 59(부수적 급부의무로서 이행에의 협력의무); Medicus, *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*(Köln/Graz: Böhlau, 1962), S. 171; Honsell, *Quod interest im bonae fidei iudicium: Studien zum römischen Schadensersatzrecht*(München: C.H. Beck, 1969), S. 114.

53) Diocl./Max. C. 3, 7, 1(a. 284): Invitus agere vel accusare nemo cogitur(누구도 원치 않는데도

지체가 아니라 이행지체가 문제되는 것이 된다. 그러나 이 개소에서 명시적이든 묵시적이든 매수인이 취거의무를 인수했다고 볼 증거는 없다.⁵⁴⁾ 또 수령지체의 경우 이 개소 이외에 취거의무를 정면으로 인정하는 사료가 없는 이유는 보통은 매수인의 취거의무를 인정하지 않더라도 매도인의 부담 경감만으로도 그의 이익을 보호할 수 있기 때문인 것으로 이해할 수도 있다.⁵⁵⁾

물론 고전법의 관점에서는 채권자의 일반적인 수령의무를 인정하기는 어렵다. 매도인이 매도소권(actio ex vendito)으로 대금청구 이외에 매매목적물 취거를 소구할 수 있다는 것은 고전법의 구조와는 상당한 거리가 있기 때문이다.⁵⁶⁾ 하지만 자신의 땅에 있는 돌들을 제거하는 데 이익을 갖는 자로부터 이런 사정을 잘 알거나 알 수 있으면서 그 돌들을 매수한 자가 그것을 취거하기를 거부하는 경우, 매수인에 대한 취거청구를 허용하는 것 말고는 매도인의 이익을 효과적으로 관철시키는 방법을 생각하기 어렵다. 고전법처럼 매수인의 수령지체로 인해 발생한 비용상환을 위해 매도인에게 채권적 유치권(D. 18, 6, 1, 3의 Bb2; Pomp. 6 epist. D. 33, 6, 8)만을 인정하는 것은 성가신 돌에서 해방되고 싶어 하는 매도인에게는 별 도움이 되지 못한다.⁵⁷⁾ 물론 금전판결로 귀결되는 방식서소송의 특성상⁵⁸⁾ 취거를 소구한다고 해서 취거의 강제이행이 가능한 것은 아니다. 하지만 경우에 따라서는 막대한 금액이 될 수 있는 손해배상은 매수인으로 하여금 소송 도중 임의로 취거하도록 간접적으로 강제하는 효과는 분명히 있다.

소구하거나 고소하는 것이 강제되지 않는다); Diocl./Max. C. 5, 56, 4(a. 284): Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest... (미성년자가 너희들을 상대로 후견소권으로써 소구하는 것이 강제되지 않는다).

54) 그럴 개연성이 그리 높지 않다는 Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 181 Fn. 114 참조.

55) Harke, a.a.O.(각주 12), S. 99.

56) 대금청구 및 매수인의 이행지체로 인한 손해배상 이외에는 기껏해야 매수인의 수령지체로 인한 손해배상청구가 가능할 뿐이다. 그리하여 Honsell/Mayer-Maly/Selb, a.a.O.(각주 23), S. 309 mit Fn. 42는 위 개소에도 불구하고 수령의무 이행을 청구할 수 없고, 취거거부로 인한 손해배상을 청구할 수 있었을 뿐이라고 한다. 그러나 위 개소는 고전법적 사고와는 다른 사고가 존재한다는 증거이다. 매매에 대한 고전법의 제도적 사고(institutionelles Denken)와 고전법법의 원리적 사고의 대립에 대해서는 Behrends, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ 95(1978), S. 198ff. 참조.

57) 同旨 Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 182.

58) Gai. IV 48.

고전법학과는 거리가 있는 폼포니우스의 결정의 유래에 대해 생각해 볼 필요가 있다. 폼포니우스가 이 사안 이외에는 고전법을 잘 대변하고 있기 때문에 더욱 그러하다. 포도주 매매 사안에서古법률가들이 매도인의 이익을 지킬 수 있는 가장 효과적인 수단으로 포도주를 쏟아버리는 것을 허용한 것과 마찬가지로, 둘 매매 사안에서는 매도인에게 둘의 취거 청구를 허용했다고 볼 수 있다. 이런 점에서는 고전 盛期 사비누스 학파의 일원인 폼포니우스⁵⁹⁾의 결정은古법률가들의 사고와 궤를 같이하는 점이 있다. 폼포니우스처럼 매도인에게 취거청구를 허용하게 되면, 매수인의 취거거부가 채권자지 체인지 이행지체인지 구분하기 어려운 것도 사실이다.⁶⁰⁾ 교환계약에 관한 학설대립이 시사점을 준다. 매매를 목적물 인도와 대금지급이라는 상호 대립되는 의무 구조로 이해하는 고전법학의 전통을 계승한 프로쿨루스 학파는 교환에 대해서는 무엇이 목적물이고 무엇이 대금인지 구별할 수 없다는 이유로 매매소권이 적용될 수 없다고 본 반면⁶¹⁾, 매매나 교환이나 모두 생활공동체의 일원인 거래 상대방의 이익을 배려할 것을 요구하는 신의성실에 의해 지배된다고 보는 고전前법학을 계승한⁶²⁾ 사비누스학파는 교환계약에도 매매소권이 적용된다고 보았다.⁶³⁾ 고전법학의 전통에서는 엄격한 구분과 체계를 중시한 반면, 고전前법학의 전통에서는 상대방의 이익에 대한 배려를 요구하

59) 간결한 문장 형태로 볼 때 주석의 底本인 사비누스의 시민법주해의 한 구절이 아닌가 생각된다.

60) Zimmermann, op.cit.(각주 38), p.823.

61) Paul. 32 ad ed. D. 19, 4, 1pr.: ... in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. Sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, *nec ratio patitur*, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptioni(그러나 교환에 있어서는 두 목적물이 모두 대가라면 각 목적물이 상대방에게 양도되어야 하고*, 만약 교환의 두 목적물을 매매의 목적물로 본다면, 교환의 당사자 누구도 소유권을 이전할 의무가 없다. 그러나 [매매계약의 경우에는] 물건뿐만 아니라 대금도 정해져야 하는데, 두 목적물 가운데 무엇이 매매대상이고 대금인지 알 수 없기 때문에, 교환은 매매가 될 수 없다. 그리고 하나의 동일한 물건이 동시에 매매 대상이고 대금이라는 것은 법논리가 참치 못한다). *고전법에서는 매도인은 매매목적물 소유권이전의무는 없었으나, 매수인은 금전 소유권이전의무를 부담했다. 이 비판이 프로쿨루스 학파에서 나온 것임은 이 개소의 앞부분과 Paul. 33 ad ed. D. 18, 1, 1, 2 i.f.를 비교하면 알 수 있다.

62) Behrends, "Der ungleiche Tausch zwischen Glaukos und Diomedes und die Kauf-Tausch-Kontroverse der römischen Rechtsschulen", *Historische Anthropologie*, 10. Jahrgang, Heft 2(2002), S. 246ff.

63) Gai. III 141.

는 신의성실을 중시한 것이다.⁶⁴⁾ 매수한 돌을 취거하지 않음으로써 상대방의 이익을 존중하지 않은 매수인을 상대로 매도인이 돌의 취거를 소구할 수 있도록 하는 것은 구분과 체계를 중시한 고전법학의 전통에서는 어려움이 있었을지 모르나, 신의성실을 중시한 고전前법학의 전통에서 그렇지 않았을 것으로 생각된다. 폼포니우스가 같은 사비누스 주해에서 유사한 사안에 대해 내린 다른 결정도 비슷한 경향을 보여준다.⁶⁵⁾

4) 수령지체의 종료

이행지체는 채무자가 사후에 채무의 내용에 좇은 이행제공을 하면 종료한다(purgatio sive emendatio morae).⁶⁶⁾ 반대로 채권자가 한번 수령지체에 빠

64) 고전전시대 법학의 전통을 읽을 수 있는 폼포니우스 개소를 Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 203f.; Reetz, a.a.O.(각주 14), S. 412처럼 로마법이 전반적으로 체계에 무관심한 증거로 보는 것은 지나치다.

65) Pomp. 22 ad Sab. D. 19, 5, 16pr.: Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. Sed certum est civilem actionem incerti competere: *si autem vendidisti cretam, ex vendito ages.* Quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit.(내가 나에게 너의 토지로부터 백악(白堊)을 채굴하는 것을 허용하되, 내가 채굴한 곳을 매립하는 것으로 하였다. 내가 채굴하였으나 매립하지 않았다. 내가 어떤 소권을 가지는지 논란이 되었다. 그러나 시민법상 불확정 소권이 인정됨은 분명하다. 하지만 내가 백악을 매도했다면, 너는 매도소권으로 [매립을] 소구할 수 있을 것이다. 그러나 내가 백악을 채굴한 뒤 매립했는데, 내가 백악을 취거하는 것을 내가 용인하지 않는다면, 나는 물건재치소권으로 소구할 수 있을 것이다. 왜냐하면 그것(백악)이 너의 의사에 따라 채굴되었으므로 나의 소유가 되었기 때문이다. 매수인의 매립의무 이행을 매도인이 매도소권으로 소구할 수 있다는 것은 매매계약을 상품과 대금의 이해타산적 교환으로 이해하는 고전법과는 거리가 있다.

66) Paul. 17 ad Plaut. D. 45, 1, 91, 3:... (위 주 43에서 인용한 텍스트에 이어서) : si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et *CELSUS adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo:* in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et IULIANUS sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?(하지만 이행이 [불능된 것이 아니라] 지체가 있는 경우에는 나중에 지체가 있지 않을 때 이전의 지체가 소멸하는지 의문이 제기된다. 그리고 **이들 켈수스(Publius Iuventius Celsus)**는, 공여를 약속한 노예 스티쿠스를 변제함에 있어 지체에 빠진 자는 나중에 이행제공함으로써 그 지체를 수정[해소]할 수 있는데, 그 이유는 이 문제가 선과 형평에 관한 것이기 때문이라고 쓴다. 그는 이[선과 형평] 분야에서 가끔 법학의 권위 아래서 착각을 하는데, 위험하다고 말한다. 그리고 이 견해는 꽤 설득력이 있고, **율리anus**도 이 견해를 따른다. 즉 손해가 문제가 되고, 양자[=요약자와 낙약자]의 원인이 균등한[즉 채무자의 지체가 해소되었기 때문에 당사자 누구도 지체에 빠지 않았다는 의미] 동안에, [채무 목

졌더라도 채권자가 다시 수령할 태세를 갖추므로써, 채무자를 이행지체에 빠뜨릴 수 있다. 수령지체의 종료에 관한 폼포니우스의 개소를 보기 전에 그가 주석 대상으로 삼은 라베오의 견해를 전하는 다음 개소를 본다.

Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19, 1, 51pr.:

Si et per emptorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum [praeberetur] <probaretur>⁶⁷⁾ et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset: non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse ipso moram faciente emptore.

(매수인과 매도인 모두의 탓으로 포도주가 검수·계량되지 않고 또 인도되지 않은 경우, 그[라베오⁶⁸⁾]는 마치 매수인 탓만으로 이행이 이루어지지 않은 것으로 본다고 말한다. 왜냐하면 매수인 자신이 지체에 빠진 경우 지체가 매도인 탓으로 매수인에게 생긴 것으로 볼 수 없기 때문이다.)

여기서 라베오가 매수인의 지체뿐만 아니라 매도인의 지체가 성립한 사안, 즉 수령지체와 이행지체가 동시에 성립한 사안을 다루고 있는지 문제된다. 그러나 이행지체와 수령지체가 동시에 성립한다는 것은 논리적으로 모순이다.⁶⁹⁾ 그렇다고 뒤에 보듯이 라베오의 견해를 주석하는 폼포니우스가 순차 지체를 논하는 점을 감안하여, 매수인과 매도인의 순차 지체가 있었다고 보는 것⁷⁰⁾도 어려운 문제를 야기한다. 매도인의 지체가 있었으나 나중에 이행

적물일 지니고 있는 자의 지위가 소구하는 자의 지위보다 더 유리하지 않을 이유가 있는가?). Paul. 24 ad ed. D. 45, 1, 73, 2: Stichii promissor post moram offerendo purgat moram: certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. (스티쿠스를 문답계약으로 낙약한 자는 지체 후에 이행제공을 함으로써 지체를 제거한다. 왜냐하면 제공된 금원을 수령하기를 원치 않는 자에게는 확실히 악의의 항변이 해가 될 것이기 때문이다). 이 개소에 대해서는 Harke, a.a.O.(각주 12), S. 90 참조.

67) Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl.(Jena: Gustav Fischer, 1907), s.h.v. mit Fragezeichen 참조.

68) Lenel, *Palingenesia iuris civilis I*(Lipsae: Tauchnitz, 1889), col. 310, fr. 299.

69) F. Mommsen, a.a.O.(각주 8), S. 341은 이행지체는 그 원인이 오로지 채무자에게, 수령지체는 그 원인이 오로지 채권자에게 있기 때문에, 양 지체가 동시에 성립한다는 것은 '형용모순(contradictio adjecto)'이라고 한다.

제공함으로써 매수인이 지체에 빠진 경우에는 별 문제가 없으나,⁷¹⁾ 먼저 지체에 빠진 매수인이 뒤에 수령할 준비를 갖추었으나 매도인이 이행지체에 빠져 이행이 불발된 경우에는 매수인 탓으로 이행이 불발된 것으로 보는 이유를 찾기 마땅치 않기 때문이다.⁷²⁾

따라서 사안을 기술하는 개소 冒頭의 문언(‘si per emptorem et venditorem mora fuisset’)은 수령지체와 이행지체가 각각 성립하는 경우가 아니라, 단순히 이행불발이 매수인과 매도인 양쪽의 탓인 경우를 의미하는 것이 아닌가 생각된다.⁷³⁾ 예컨대 이행기일에 매수인도 취거하러 오지 않고 매도인도 이행이 가능하도록 상시 준비하지 않은 경우가 문제된 것으로 보인다.⁷⁴⁾ 라베오는 이 경우 “마치 매수인 탓만으로 이행이 이루어지지 않은 것으로 본다”면서, 채권자인 매수인의 지체가 결정적이라고 한다. 문언상 이아볼레누스(Iavolenus)의 것으로 보이는 마지막 문장에 따르면, 매수인이 수령하지 않고 있는 경우 매도인 탓으로 이행이 되지 않고 있다고 볼 수 없다고 한다. 매수인이 어차피 수령하지 않는 상황이므로 매도인이 이행 제공하지 않았다는 점을 탓할 이유가 없다는 취지로 보인다.

다음으로 폼포니우스 개소를 본다.

Pomp. 31 ad Q. Muc. D. 18, 6, 18:

Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam,

70) Harke, a.a.O.(각주 12), S. 82f. 여기서 지체(mora)는 “일회적인 의무위반(eine einmalige Pflichtverletzung)”이라는 의미라고 한다.

71) 앞에서 보았듯이 지체에 빠진 매도인은 이행제공을 함으로써 지체상태를 벗어나기 때문에(위 1. 4) 참조) 이행이 불발한 것을 매수인 탓으로 보는 데 별 지장이 없다.

72) 매수인의 지체는 일단 한번 발생하면, 그 효과가 나중의 매도인 지체에도 불구하고 지속된다는 의미인데, 뒤에 인용할 폼포니우스와 달리 이 경우 매수인의 이익을 전혀 고려하지 않는 이유를 알기 어렵다. Harke a.a.O.(각주 12), S. 83는 라베오가 단순히 채무자를 우대하는 고려(einfache schuldnernfreundliche Erwägung)을 한 것이라고 하나 설득력이 떨어진다.

73) 원래 필자는 라베오의 견해를 주석하면서 순차 지체를 논하는 폼포니우스 개소와의 관계를 감안하여 순차 지체로 이해했으나, 심사위원 1의 비판에 따라 본문과 같이 수정하였다. 적절한 지적에 대해 감사드린다.

74) Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 176ff. 참조. 다만 그 경우 매수인과 매도인의 ‘지체가 각각 성립한다고 말할 수는 없다. ‘동시 지체가 이런 경우를 의미한다는 오해를 불식하기 위해 아래서는 ‘양 당사자 탓으로 이행이 불발된 경우’로 칭하기로 한다.

sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, LABEO quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere.

(다음을 알아야 한다. 매수인이 [수령]지체를 시작한 경우, 매도인은 이미 과실이 아니라 악의에 대해서만 책임을 진다는 점을. 그러나 매도인과 매수인이 함께 지체한 경우, 라베오는 지체는 매도인보다 매수인에게 해가 된다고 쓴다. 그러나 나중의 지체가 그[매수인 또는 매도인]에게 해가 되는가를 보아야 할 것이다. 즉 내가 매도인에게 촉구하였는데 내가 매수한 것을 매도인이 공여하지 않았고, 그 뒤 그가 제공했는데 내가 수령하지 않았다면 어떠한가? 이 경우 참으로 나에게 해가 된다. 그러나 매수인이 지체하였고 그 뒤 모든 것이 정상인 때 매도인이 이행할 수 있음에도 지체한 경우, 나중의 지체가 매도인에게 해가 된다는 것은 정당하다.)

폼포니우스는 앞 개소에서 본 라베오의 견해를 인용한 뒤 이에 대해 주석한다. 라베오는 매도인과 매수인 양자 탓으로 이행이 불발된 경우를 염두에 둔 반면, 폼포니우스는 순차 지체에 관해 논한다.⁷⁵⁾ 이렇게 보면 폼포니우스가 라베오와 다른 사안에 대해 논한 것이 되나, 최소한 문언상으로는 그렇게 보인다. 폼포니우스는 선행하는 지체보다 후행하는 지체가 더 결정적이라고 한다. 우선 먼저 이행지체에 빠진 매도인이 나중에 이행제공했음에도 이제 매수인이 수령지체한 경우에는 이행불발이 매수인에게 해가 되나, 반대로 먼저 매수인이 지체하였으나 그 후 “모든 것이 정상인 때”⁷⁶⁾ 매도인이 이행할 수 있음에도 지체한 경우에는 매도인이 지체책임을 지는 것이 정당하다고 한

75) 同旨 Pennitz, a.a.O.(각주 13), S. 178.

76) 매수인이 수령할 준비가 되었음을 의미하는 것으로 보인다.

다. 결국 폼포니우스에 따르면 수령지체는 매수인이 수령준비를 갖추므로써 종료하게 된다.⁷⁷⁾

2. 효과

먼저 고전법상의 효과를 보면 다음과 같다.

1) 채무자의 책임 경감

앞에서 Pomp. 31 ad Q. Muc. D. 18, 6, 18와 Paul. 5 ad Sab. D. 18, 6, 5에서 보았듯이 매수인의 수령지체의 경우 매도인은 과실에 대해서는 면책되고, 고의에 대해서만 책임을 진다. 또 혼인지참재산 반환청구권자인 처가 수령지체한 경우에도 폼포니우스는 같은 법리를 적용한다.

Pomp. 10 ad Sab. D. 24, 3, 9:

Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, *ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur*: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur.

(婦人 탓으로 혼인지참재산의 수령지체가 있는 경우, 남편은 그 문제에 있어[즉 혼인지참재산 반환에 있어] 고의에 대해서만 책임을 지고 과실에 대해서는 책임을 지지 않는데, 이는 처의 행위로 인해 남편이 처의 농지를 영원히 경작하도록 강요 되지 않도록 하기 위함이다. 하지만 남편이 얻은 과실은 반환된다.)

남편이 부인으로부터 농지를 혼인지참재산으로 받았는데 이혼으로 인해 남편이 혼인지참재산을 반환해야 한다.⁷⁸⁾ 그런데 부인의 수령지체로 인해

77) 아래 2. 3)의 Pap. 2 resp. D. 22, 1, 7도 참조.

78) 금전 등 대체물의 경우에는 3년 동안 반환하면 되나(Ulp. ep. 6, 8), 토지와 같은 부대체물의 경우에는 혼인 해소시에 바로 반환해야 한다.

반환이 이루어지지 못했다. 첫 문장의 이유제시 부분에서 알 수 있듯이, 부인의 수령지체에도 불구하고 남편으로 하여금 혼인 중과 마찬가지로 목적물 관리의 주의의무를 부담시키는 것은 부당하다는 것이다.⁷⁹⁾

(1) 특정물 채무

특정물채무의 경우 채무자의 고의 없이 목적물이 멸실된 경우 채무자는 채무를 면한다.

Stipulatus sum Damam aut Erotem servum dari: cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui: mortuus est Dama: an putes me ex stipulatu actionem habere? Respondit: secundum MASSURII SABINI opinionem puto te ex stipulatu agere non posse: nam is recte existimabat, *si per debitorem mora non esset, quo minus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari.*

(내가 [너로부터] 노예 가운데 다마 혹은 에로스를 나에게 주도록 문답계약으로 낙약 받았다. 내가 다마를 주는데도, 내가 받지 않아 지체에 빠졌다. [그후] 다마가 죽었다. 내가 문답계약에 기한 소권을 갖는가? 그는 대답했다: 나는 **마쭈리우스 사비누스**의 견해에 따라 네가 문답계약에 기해 소구할 수 없다고 생각한다. 즉 타당하게도 그는 채무가 변제되지 않은 것이 채무자의 지체에 의한 것이 아닌 경우, 그[채무자]는 즉시 채무를 면한다고 생각했다.)

문답계약에 의한, 노예 둘 가운데 하나의 선택채무에서 채무자가 선택권을 갖는다.⁸⁰⁾ 채무자가 노예 한 명을 선택하여 이행제공했는데, 채권자가 수령을 지체한 뒤 그 노예가 사망했다. 사비누스는 채무자의 지체가 없는 경우에는 채무자는 즉시 책임을 면한다고 했고, 이아볼레누스도 그의 견해를 따른다.

79) Harke, a.a.O.(각주 12), S. 94는 수령지체는 일반적으로 채무자로 하여금 목적물 관리의 주의의무를 면하게 한다고 한다.

80) 민법 제380조처럼 특약이 없으면 채무자가 선택권을 갖는다. Ven. 4 stipulationum D. 45, 1, 138, 1.

Marcell. 20 dig. D. 46, 3, 72pr.:

Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, *doli mali exceptione* potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote eumque optulit maritus et is servus decessit, aut nummos optulit eosque non accipiente muliere perdiderit, *ipso iure* desinet teneri.

(10급의 채무를 진 자가 채권자에게 그 금액을 이행제공하였는데, 채권자가 정당한 이유 없이 그것을 수령하기를 거절하였고, 그 뒤 채무자가 자신의 고의⁸¹⁾ 없이 그것을 멸실한 경우, 채무자는 장래 언젠가 추구를 받고도 변제하지 않더라도, 악의의 항변으로 자신을 방어할 수 있다. 즉 상실된 금전에 대해 책임을 지는 것은 정당하지 않다. 왜냐하면 채권자가 수령하기를 원했다더라면 채무자는 책임을 지지 않을 것이기 때문이다. 그래서 채권자가 수령지제한 것[=채무의 목적]은 변제된 것으로 보아야 한다. 그리고 만약 노예가 혼인지참재산이었는데, 남편이 그 노예를 이행제공했으나 [수령지체로] 그 노예가 사망하거나, [혼인지참재산인] 금원을 이행제공했는데 처가 수령하지 않아 그것이 멸실한 경우, 법상 당연히 더 이상 책임지지 않는다.)

먼저 텍스트의 ‘culpa’는 일반적인 경우와 달리 과실이 아니라 고의를 뜻하는 것으로 이해하지 않을 수 없다.⁸²⁾ 비교사안인 혼인지참재산 반환 채무의 경우에도 채권자지체 후 채무자의 과실 없이 목적물이 멸실된 것이 전제되어 있다.⁸³⁾ 문답계약상 금전채무자가 이행제공한 금전이 멸실된 경우 채무

81) 아래 글(각주 83) 참조.

82) Harke, a.a.O.(각주 12), S. 88은 고의로 이해하면서도, “채무자가 목적물 멸실에 기여했음에도”, 즉 채무자의 과실로 목적물이 멸실되었음에도 소구하는 채권자를 상대로 채권자 지체가 있었다고 항변하는 것은 악의적인 행위로 평가될 수 있다고 하나, 텍스트의 ‘culpa’는 항변이 아니라 목적물 멸실과 관련된다. Noodt와 Mommsen에 따라 ‘sine sua culpa’를 ‘sine dolo malo sua culpa’로 읽는 Honsell/Mayer-Maly/Selb, a.a.O.(각주 23), S. 248 Fn. 38도 참조.

83) 채권자지체로 인한 이행불능, 예컨대 노예 사망을 전제하는 것으로 보이는 Ulp. 24 ad Sab. D. 46, 3, 9, 1의 말미(위 1. 2))도 참조.

자는 청구하는 채권자에 대해 악의의 항변권을 갖는다고 하면서, 혼인지참재산 반환과 관련해서는 채무자가 법상 당연히 책임을 면한다는 것이 눈에 띈다. 앞의 채무는 엄격법상 채무로서 수령지체 후 목적물 멸실의 경우 바로 채무가 소멸하는 것이 아니고, 뒤의 채무 이행은 혼인지참재산 반환소송이라는 성의소송에 의해 실현되는데, 이 소권에서는 악의의 항변이 내재적이므로 채무자의 면책이 법정관법상 항변에 의하든 법상 당연히 이루어지든 차이가 없다고 할 수 있다.⁸⁴⁾

(2) 종류채무 · 금전채무

종류채무나 금전채무의 경우 채무자가 이행제공한 물건이나 금전이 그의 고의 없이 멸실한 경우, 채무자는 악의의 항변에 의해 보호된다. 앞에서 본 Macell. D. 46, 3, 72pr. 이외에도 율리아누스의 다음 개소가 있다.

Iul. 33 dig. D. 30, 84, 3:

Si cui homo legatus fuisset et per legatarium stetisset, quo minus Stichum, cum heres tradere volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit.

(노예 한 명이 유증되었고, 상속인이 스티쿠스를 인도하기를 원했는데, 수유자가 자신 탓으로 스티쿠스를 수령하지 않았고, 그 뒤 스티쿠스가 죽은 경우, 상속인에게 는 악의의 항변이 도움이 된다.)⁸⁵⁾

84) Harke, a.a.O.(각주 12), S. 88f.

85) 다음의 개소 참조. Iul. 52 dig. D. 46, 3, 33, 1: Qui Stichum aut Pamphilum dari promisit, si Stichum vulneraverat, non magis eum dando liberatur, quam si solum Stichum promississet et a se vulneratum daret. Item qui hominem dari promisit et vulneratum a se offert, non liberatur. Iudicio quoque accepto si hominem is cum quo agetur vulneratum a se offert, condemnari debet. Sed et ab alio vulneratum si det, condemnandus erit, cum possit alium dare.(스티쿠스 또는 팜필루스를 줄 것을 문답계약으로 약속한 자는, 스티쿠스가 그 전에 부상을 당한 경우, 스티쿠스를 준다고 해도, 스티쿠스만을 약속했는데 자신이 부상을 입혀놓고 그 노예를 주는 경우와 마찬가지로 채무를 면하지 못한다. 피고가 자신이 부상을 입힌 노예를 이행제공한 경우 그는 패소판결을 받게 될 것이다. 그러나 그가 다른 노예를 줄 수 있음에도 타인에 의해 부상을 입은 노예를 주는 경우에도 패소판결을 받을 것이다.)

불특정 노예 한명이 채권적으로 유증되었는데, 상속인은 스티쿠스라는 노예를 골라 인도하고자 하였으나, 상속채권자인 수유자의 수령지체로 이행이 불발되었고, 그 뒤 스티쿠스가 사망했다. 종류에 속하는 물건이 소진되지 않는 한 이행불능의 법리(impossibilium nulla obligatio est⁸⁶)가 적용되지 않으므로, 상속인은 법상 채무를 면하지 않는다.⁸⁷) 그러나 상속인이 골라 놓은 노예가 자신 탓으로 사망했는데도 수유자가 상속인이 법상 채무를 면하지 못한다는 형식적인 법리를 기화로 노예를 청구하는 것은 도리에 어긋난다. 그리하여 고전 盛期の 율리아누스는 소구하는 수유자에 대해 상속인은 악의의 항변으로 대항할 수 있다고 말한다.

그러나 채권자가 법정에서 자신에게 제공된 금원의 수령을 거절한 경우, 그 금원의 멸실과 관계없이 법정관은 소를 각하한다.

Ulp. 51 ad ed. D. 46, 3, 30:

Si debitor offerret pecuniam, quae peteretur, creditor nollet accipere, praetor ei denegat actiones.

(채무자가 소구된 금원을 제공했는데, 채권자가 수령하길 원치 않은 경우, 법정관은 그의 소송들을 각하한다.)

2) 공탁

채무자는 금전을 봉인하여 공탁할 수 있다.⁸⁸) 공탁된 금전이 멸실된 경우 채무자는 고의가 없는 한 채무를 면한다.⁸⁹)

86) Cels. 8 dig. D. 50, 17, 185.

87) Kaser, *RPR* I, S. 496. 이 개소는 이행제공에도 불구하고 종류채무는 이행제공된 목적물로 특정되지 않는 것으로 봤다는 Zimmermann, *op.cit.*(각주 38), p.820도 참조.

88) 아래 Pap. 2 resp. D. 22, 1, 7이외에도 Diocl./Max. C. 4, 32, 19pr.: *Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico deponere, ut cursus usurarum legitimarum inhibeat*(대여받은 원금을 적법한 이자와 함께 채권자에게 제공하고, 만약 그가[채권자가] 수령하지 않으면, 적법한 이자가 붙는 것을 막기 위해서는 그 금전을 봉인하여 공탁소에 임치할 지어다) 참조.

89) 디오클레티아누스 법에서는 공탁은 채무소멸 효과를 가졌다. Diocl./Max. C. 8, 42, 9(a. 286):

3) 이자의 정지

후견인의 후견대상재산 반환과 관련하여 마르켈루스의 개소가 전한다.

Marcell. 8 dig. D. 26, 7, 28, 1:

Tutor, qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit, usuras praestare non debet ex quo optulit pecuniam: quin etiam iustius mihi videtur eum per quem non stetit, quo minus conventus restitueret tutelam, ad praestationem usurarum non compelli. ULPIANUS notat: non sufficit optulisse, nisi et deposuit obsignatam tuto in loco.

(피후견인의 성숙기 이후 후견사무 처리를 그만 둔 후견인은 이행제공한 금원의 이자를 지급할 필요가 없다. 후견인이 청구를 받고도 후견대상 재산을 반환하지 못한 것이 그의 탓이 아닌 경우, 그는 이자지급을 강요받지 않는 것이 나에게도 더 정당한 것으로 보인다. 율피아누스는 지적한다: 이행제공한 것으로 충분하지 않고, 봉인하여 안전한 장소에 공탁하여야 한다).

후견인은 후견사무종료시 피후견인에게 후견재산을 반환하여야 하고 그 이자를 지급하여야 한다.⁹⁰⁾ 마르켈루스는 후견인이 피후견인의 성숙기 도달 후 후견사무 처리를 마치고 반환할 금전을 이행제공하는 것만으로도 그 이자가 정지된다는 견해이다. 스키타볼라도 마르켈루스와 마찬가지로 수령지체만으로 이자정지를 인정한다.⁹¹⁾

Obsignatione totius debitaе pecuniae sollemniter facta liberationem contingere manifestum est. Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur solutio, fuerit celebrata (전 채무액이 정해진 절차에 따라 봉인된 [=봉인되어 공탁된] 경우 채무가 해방됨은 명백하다. 그러나 채무의 이행제공은 변제해야 할 장소에서 이루어진 경우에만 채무해방 효과가 생긴다) 참조.

90) Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 7, 15: Sciendum est tutorem et post officium finitum usuras debere in diem, quo tutelam restituit(후견인은 후견사무종료 후에도 후견재산 반환시까지 이자를 지급할 의무가 있음을 알아야 한다). Paul. 9 resp. D. 26, 7, 46, 3: Quaesitum est, an eius pecuniae, qua tutor usus est, post finitam quoque tutelam in diem iudicii accepti easdem usuras praestare debeat...(후견인이 사용한 그 금전에 대해서는 후견사무종료 후에도 응소시까지 그 이자를 지급하여야 한다....)도 참조.

91) Scaev. 28 dig. D. 45, 1, 122, 5: Seia heres unius tutoris, cum herede pupillae transactione pacto solo facta, maiorem partem solvit, residuam cavit: sed ilico negavit heres se transactionem servare et apud iudicem tutelae egit et victus provocavit ad competentem iudicem et ab eo quoque ad principem idem provocavit et iniusta haec quoque provocatio eius pronuntiata est.

반대로 울피아누스는 이자정지를 위해서 이행제공으로 충분치 않고, 공탁을 해야 한다고 한다. 이미 파피니아누스도 공탁시로부터 이자가 정지된다는 견해를 취했다.

Pap. 2 resp. D. 22, 1, 7:

Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: *ex eo die* ratio non habebitur usurarum. Quod si *postea conventus ut solveret* moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.

(이자부 금전채무자가 채권자에게 금원을 제공하였는데 채권자가 수령을 원하지 않았기 때문에 그 금원을 봉인하고 공탁했다. 이 날로부터 이자는 붙지 않을 것이다. 그러나 나중에 변제의 청구를 받고 이행지체를 한 경우에는 이 날부터 금전에 이자가 붙을 것이다.)

Pap. 2 quaest. D. 22, 1, 1, 3:

Circa tutelae restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive iudex accipiat, in diem sententiae, sive sine iudice tutela restituatur, in eum diem quo restituit usuras praestari. Plane si tutelae iudicio nolentem experiri tutor ultro convenerit et pecuniam optulerit eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non praestabit usuras.

(후견재산 반환과 관련하여 피후견인들을 우대하기 위해 상당히 후호적인 해석이 이루어졌다. 즉 심판인이 지정되어 [반환되는] 경우에는 판결시까지, 심판인 [지정]없이 반환이 이루어지는 경우에는 반환시까지 이자지급 의무를 부담한다는 것

Quaesitum est, cum per heredem pupillae mora intercesserit, quo minus pecunia in stipulationem deducta ab herede tutoris solveretur nec umquam petierit, an ei hodie debeantur usurae ab herede tutoris. Respondit, si Seia non cessasset ex stipulatione pecuniam offerre, *iure usuras* non deberi. (한 후견인의 상속인인 세이아가 미성숙녀의 상속인과 무방식의 약정만으로 화해를 한 뒤, 대부분을 변제하고, 나머지에 대해서는 [문답계약으로] 담보했다. 그[=미성숙녀의] 상속인은 곧바로 화해약정을 지키기를 거부하여 후견소권으로써 관할 심판인에게 소를 제기하였는데 패소하여 관할 심판인에게 항소하였고, 다시 패소하자 황제에게 상고하였는데 그 상고도 무당하다고 선고되었다. 미성숙녀의 상속인[=채권자]에 의해 지체가 이루어져, 후견인의 상속인이 문답계약으로 약속한 금원을 변제하지 못하고 또 미성숙녀의 상속인이 청구하지도 않은 경우, 후견인의 상속인이 현재 그에게 채무를 지는가가 질의되었다. 그는 답변하였다. 만약 세이아[=채무자]가 문답계약으로 약속한 금원의 제공을 거절하지 않았다면 법상 이자를 부담하지 않는다.)

을 오늘날 아무도 의심하지 않는다. 물론 후견소송을 제기하기를 원치 않는 자[=피후견인]에게 후견인이 스스로 [수령을] 촉구하여 금원을 제공하고 그것을 봉인하여 공탁하는 경우, 그 때부터 후견인은 이자를 지급하지 않을 것이다.)

이렇게도 전승된 사료만으로는 학설대립의 이유가 무엇인지 알기 어렵다.⁹²⁾⁹³⁾ 일부 공탁의 경우 이자정지에 관한 개소를 본다.

Mod. 3 resp. 22.1.41.1:

Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.

(루키우스 티티우스가 100금과 얼마간의 이자에 대한 채무를 부담하였는데, 채무보다 부족한 금액을 봉인[여 공탁하]였다. 나는 티티우스가 봉인한 금전의 이자를 지급할 필요가 없는지 질문한다. **모데스티누스**는 만약 일부변제로서 수령된 것도 변제효과가 있다는 특약 아래 금전이 대부되지 않았다면, 채권자가 전액을 수령할 준비가 되어 있음에도, 채무자가 전부 변제를 거부하고 일부만을 공탁한 때에는 채무 전액의 이자지급의무를 면하지 못한다고 대답했다.)

채무자가 원리금의 일부만을 봉인한 경우, 채무자가 봉인한 금액에 대해서 이자지급을 면하는지가 문제되었다. 모데스티누스는 일부변제 특약이 없는 경우,

92) 현행법상 공탁불요설은 만약 수령지체에도 불구하고 채무자가 원금에 대한 이자를 지급해야 한다면, 채권자가 변제기 이후의 이자를 노리고 고의로 수령을 거절할 수 있기 때문에 이를 방지해야 한다고 한다. 반면 공탁필요설은 금전은 고도의 유통성을 가지기 때문에 채무자가 제3자에게 대여하고 이자를 받을 수도 있다는 점을 고려한다. 이은영, 『민법주해』, 736~7면과 앞의 책(각주 4) 참조. 공탁필요설은 채택한 code civil의 약점에 대해서는 Zimmermann, op.cit.(각주 38), p.821 참조.

93) 고전후시대에는 이행제공시설을 취했다. Ant. C. 4, 32, 6(a. 212)

채권자가 전액을 수령할 준비가 되어 있음에도, 채무자가 일부만을 공탁한 때에는 채무 전액의 이자지급의무를 면하지 못한다고 답했다. 일부변제는 채권자의 동의가 없는 한 변제로서의 효력이 없다는 법리⁹⁴⁾가 적용된 결과로 보인다.

4) 증가된 비용의 상환

위 Pomp. 6 epist. D. 33, 6, 8 및 Ulp. 28 ad Sab. D. 18, 6, 1, 3의 (Bb2)에서 보았듯이 보관비용 등 증가된 비용을 채권적 유치수단(전자의 경우에는 약의의 항변)을 이용함으로써 상환 받을 수 있다. 그러나 동시에 매도소권에 의한 청구가 가능하다는 개소가 있다.

Ulp. 32 ad ed. D. 19, 1, 13, 22:

Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim LABEO et TREBATIUS esse ex vendito hoc nomine actionem. Idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius LABEO ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

(이외에도⁹⁵⁾ 매도된 물건에 지출된 비용, 예컨대 매도된 건물에 무언가 지출된 경우 그것이 매도소권으로써 소구될 것이다. 즉 **라베오**와 **트레바티우스**는 이런 명목으로 매도소권이 성립한다고 쓴다. 인도 전에 아픈 노예의 치료와 간호 또는 매수인도 지출하기를 원할 것이 틀림없는 훈련에 비용이 지출된 경우에도 같다. 이보다 더 나아가 **라베오**는 죽은 노예의 장례에 비용이 지출된 경우, 노예가 매도인의 과실에 의해 죽지 않은 한 매도소권으로 소구되어야 한다고 말한다.⁹⁶⁾

94) 각주 24 참조.

95) § 19부터 § 21까지 매도인의 소권에 대해 설명하면서, 특히 § 20에서 민법 제587조 제2문의 법리를 언급한다.

96) Diocl./Max. C. 4, 49, 16(a. 293).

매도 후 인도 전 매매목적물에 발생한 비용은 -고전前법에서 유래하여 고전 시대에도 관철된-위험이전에 관한 매매완성주의(perfecta emptio periculumemptoris est) 및 '위험을 부담하는 자에게 代償이 귀속된다(commodum eius essedebet, cuius periculum est)'에 따르면 매수인이 부담하게 될 것이다.⁹⁷⁾ 그러나 위험이전에 관해 인도주의를 취한 순수 고전법⁹⁸⁾에 따르면 매수인이 수령지체를 하지 않는 한 매도인이 부담해야 할 것이다. 위 개소에서는 매매완성주의에 기초하여 인도 전 매매목적물에 발생한 비용상황을 매도인의 소권(actio ex vendito)으로 소구할 수 있는지 논의되고 있다. 그것이 특별히 문제되는 이유는 -매매의 위험부담 이외의 분야에서 폭넓게 영향을 미친-순수 고전법에서는 매매소권의 대상 내지 역할을 엄격하게 목적물의 인도와 대금지급에 한정했기 때문에, -앞에서 폼포니우스 개소에서 보았듯이-비용상황은 약의의 항변에 의해 간접적으로만 강제할 수 있었던 것으로 보인다. 고전 盛期 프로쿨루스 학파의 주장인 켈수스가 비용상황을 매도인의 소권(actio ex vendito)으로 소구할 수 있다는 결론을 위해 공화정 말기의 라베오와 트레바티우스를 인용해야 하는 이유는 여기에 있다고 생각된다. 매매를 공동체 구성원 상호간의 이타적 협력이 필요한 신의성실에 입각한 거래로 보는 고전前법학의 전통에 따르면 매도소권으로 매수인이 부담해야 할 비용을 소구하는 것은 문제가 되지 않는다. 위 개소의 논의에서 수령지체의 성부가 언급되지 않은 이유는 위험부담의 매매완성주의 때문이다.⁹⁹⁾ 이런 관점에서는 수령지체로 인한 비용상환청구도 당연히 매도소권으로 가능했을 것이다.

5) 손해배상

포도주 매매 개소(Ulp. 28 ad Sab. D. 18, 6, 1, 3~4)와 돌 매매 개소(Pomp. 20 ad Sab. D. 19, 1, 9) 이외에도 손해배상과 관련하여 다음 개소를 본다.

97) Kaser, *RPR* I, S. 553 Fn. 75; Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 197.

98) 상제는 줄고, 『로마법상 위험부담-매매와 임약(locatio conductio)을 중심으로』, 『서울법학』 제25권 1호(서울시립대 법학연구소, 2017), 13면 이하 참조.

99) 매도소권에 의한 비용상환 청구를 매매의 완성으로 인한 위험이전의 효과로 보는 Kaser, *RPR* I, S. 553 Fn. 75; Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 197 참조.

Cels. 8. dig. D. 19, 1, 38, 1:

Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari SEXTUS AELIUS, DRUSUS dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.

(만약 매수인 탓으로 그에게 악취행위의 대상이 인도되지 못한 경우, 심판인의 裁定에 의해 먹는 것과 관련하여 손해가 없도록 되어야 한다고 **섹스투스 엘리우스, 드루수스**가 말했다. 그들의 견해는 나에게도 무척 타당하다고 보인다.)

악취행위의 대상, 예컨대 노예¹⁰⁰⁾ 매매가 있었는데, 매수인 탓으로 노예 인도가 불발되었다. 매도인은 노예의 의식주 가운데 식사와 관련하여 손해(indemnitat!)가 발생하였다. 먼저 개소의 ‘손해 없도록 함’(indemnitatem servari)이 손해배상¹⁰¹⁾인지 비용상환¹⁰²⁾인지 논란이 있다. ‘indemnitat’는 말 그대로 손해 없는 상태를 의미하나, 지출한 비용 상환과 관련해서 사용되기도 한다.¹⁰³⁾ 순수 고전법의 관점에서 보면 여기서의 수령지체에는 과실이 필요하지 않으며 ‘손해 없도록 함’도 비용 상환으로 이해할 수도 있을 것이다. 하지만 개소의 맥락으로 볼 때 손해배상일 가능성이 더 높다고 본다. 포도주 매매의 경우처럼 여기서도 노예나 역축의 매수인은 자신이 수령하지 않으면 매도인에게 식량이나 사료 같은 비용이 발생함을 쉽게 알 수 있다. 매도인의 이런 사정을 충분히 알 수 있음에도 매수인이 수령지체하는 것은 매수인이 정해진 또는 적절한 시기에 수령할 것으로 신뢰하는 매도인에 대한 배신행위가 될 수 있다.¹⁰⁴⁾ 그리고 여기서의 손해는 경우에 따라서는 단순한 보관비용을 넘을 수도 있다. 이렇게 본다면 이에 관한 전보책임도 손해배상 책임으로 볼 수 있다. 이 개소를 수령지체로 인한 손해배상 사례로 보면, 앞

100) ‘mancipium’은 토지, 노예, 역축 등을 뜻함. 주로 음식을 뜻하지만, 사료의 의미로도 쓰이는 ‘cibaria’를 보면 노예나 역축임을 알 수 있다. ‘mancipium’은 노예의 뜻으로 쓰인 경우도 있다. Heumann-Seckel, a.a.O.(각주 67), s.h.v. 1), 3). 노예로 번역한 최병조 대표번역, 앞의 책(각주 22), 271면.

101) Apathy, a.a.O.(각주 11), S. 198 (‘Ersatz seines Schadens’).

102) Harke, a.a.O.(각주 12), S. 96f.

103) D. 12, 4, 5pr.의 ‘indemnitat eius, quod expendisti’.

104) 매도인에 대한 배신행위로 이해하는 Zimmermann, op.cit.(각주 38), p.822 참조.

의 돌 매매 개소에서 매수인이 돌을 취거하지 않음으로써 손해가 발생하는 것을 막기 위해 매도인이 매수인을 상대로 돌의 취거를 매도인 소권(actio venditi)으로 소구할 수 있다고 한 것과 마찬가지로, 켈수스가 인용한 古법률가들도 매수인의 수령의무를 전제했을 가능성이 없지 않다고 본다.

설령 켈수스 개소의 ‘손해 없도록 함’을 비용상환으로 본다고 하더라도, 위 개소는 순수 고전법학의 계약법리와는 상당히 거리가 있다. 그에 따르면 - 채권적 유증과 관련하여 위 폼포니우스 개소에 전승된 - 약의의 항변을 이용하여 매매 목적물을 유치함으로써 채권자지체로 증가한 비용의 상환을 간접적으로 강제하는 반면, 이 개소에서는 그런 제한을 받지 않고, ‘심판인의 재정을 통해 손해가 없도록 한다’고 함으로써¹⁰⁵⁾ 직접 매도소권을 행사할 수 있다¹⁰⁶⁾ 뜻으로 보이기 때문이다. 고전 盛期の 켈수스가 굳이 고전前시대의 법률가인 섉스투스 엘리우스¹⁰⁷⁾와 드루수스¹⁰⁸⁾를 인용하는 이유도 고전법의 이런 한계 때문¹⁰⁹⁾인 것으로 추정된다.

6) 매도된 포도주의 수령지체의 경우 포도주를 쏟아버릴 권리 등

위에서 보았듯이, 고전前법률가들(그리고 아마도 초기 사비누스학과)은 매도인에게 포도주를 쏟아버릴 권리를 인정했다. 이는 경우에 따라서는 수령지체가 채무를 소멸시키는 효과를 가질 수 있음을 암시한다. 반면 율피아누스는 다음에 추수할 포도주를 담은 용기를 임차하거나 포도주를 타에 처분할 것을 권했다. 또 돌 매매의 사례에서는 매도인은 수령지체를 하는 매수인을 상대로 취거를 청구할 수 있음을 보았다.

105) Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl.(München: C.H.Beck, 1996), S. 192 Fn. 5.

106) 同旨 Apathy, a.a.O.(각주 11) S. 198.

107) 기원전 198년 집정관, Tripertita의 저자.

108) Gaius Livius Drusus, 기원전 147년 집정관.

109) Behrends, “Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie”, *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, 6. Symposion der Kommission: Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart, hrsg. von Behrends/Sellert, S. 149 Fn. 35 참조.

Ⅲ. 결론

지금까지 관련 개소들을 간략히 살펴보았다. 순수 고전법은 채권자지체의 요건으로서 과책을 요구하지 않았음을 알 수 있었다. 채권자 탓으로 이행되지 않거나 수령되지 않았다는 표현(per creditorem stat, quo minus ~)은 과책을 전제하지 않는다. 채권자의 건강, 강압 또는 악천후는 수령지체를 정당화하는 사유가 아니라는 고전 盛期 폼포니우스의 개소가 이를 분명히 한다. 효과에 있어서는 채무자가 고의에 대해서만 책임을 지고, 봉인하여 공탁할 수 있고, 증가된 변제비용을, 악의의 항변에 의해 채무목적물을 유치함으로써 상환받을 수 있었다. 고전 盛期の 켈수스는 수령지체로 인해 발생한 손해를 매도소권을 통해 행사할 수 있다는 고전前 법률가들을 원용함으로써 순수 고전법의 한계를 넘어서고자 했다. 이자의 정지에 관해서는 공탁을 한 연후부터 이자가 정지되는가에 대해서는 학설대립이 있었다. 순수 고전법은 법적인 수령의무 관념을 인정하지 않은 것으로 보인다. 따라서 이를 전제로 한 손해배상도 당연히 허용되지 않은 것으로 보인다.

古법률가들이 포도주 매매와 같은 전형적인 거래에서 매수인이 수령지체한 경우 매도인이 포도주를 쏟아버릴 권리를 인정한 개소로부터 그들이 수령의무를 인정했다고 추론하기는 어렵다. 하지만 돌 매매에 있어 매도인이 돌의 취거를 소구할 수 있다는 폼포니우스의 견해는 분명 순수 고전법과는 이질적인 것으로서 다름 아니라 고전前법학의 전통에 영향을 받은 것이 아닌가 생각된다. 고전前법학에서는 매도인과 매수인은 서로 대립적으로 이기적인 이해를 관철시키기 위해 경쟁하는 관계가 아니라, 교환이라는 공동된 목표를 달성하기 위해 상호협력해야 하고, 법공동체의 구성원으로서 자신의 이익만을 추구해서는 안 되고, 타인의 이익에 대해서도 유념해야 할 의무를 부담한다고 해석한 것으로 추정된다. 협력의무를 인정하는 경우 협력을 하지 않는 것은 일종의 채무불이행이 되는 것이 논리적이다. 따라서 채권자지체로 인해 손해가 발생한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 배상책임이 발생한다고 보아야 할 것이다. 폼포니우스의 돌 매매 사례에서 매도소권으로 취거를 소구하

였으나 매수인이 임의로 취거하지 않는 경우, 결국 매도소권은 취거거절로 인한 손해배상판결로 귀결된다. 켈수스의 개소에서 인용된 고전前시대 법률가 섉스투스 엘리우스와 드루수스도 이행지체로 인해 발생한 손해의 배상을 매도소권으로 소구하는 것을 허용한 것으로 보면, 수령의무를 전제했을 가능성이 없지 않다고 본다. 이처럼 수령지체 문제와 관련하여 고전前법학이 구체적 사례에서의 당사자 이익상황에 맞는 해결을 찾은 것은, 신의성실(bona fides)을 私法질서의 최고원리로 삼아 구체적 사안을 결의론적으로 접근하는 고전前법학의 스타일에도 부합한다.

결론적으로 전승된 로마법사료에서는 현행법의 법정책임설처럼 수령의무와 손해배상책임을 부인하는 견해(고전前법학)가 지배적이나, 개별 사안에 따라서는 현행법의 채무불이행설과 유사하게 수령의무와 손해배상책임을 인정했다고도 볼 수 있는 (고전前법학의 영향으로 보이는) 견해도 없지 않았음을 알 수 있다.

■ 참고문헌

- 곽윤직, 『채권총론』, 신정수정판, 서울: 박영사, 1999.
 _____, 편집대표, 『민법주해』 IX, 채권 2, 서울: 박영사 1999.
 _____, 대표편집, 『민법주해』 X 채권 3, 서울: 박영사, 1999.
 김상용, 『채권총론』, 서울: 화신미디어, 2010.
 김형배, 『채권총론』 제2판, 서울: 박영사, 1998.
 송덕수, 『채권법총론』 제4판, 서울: 박영사, 2018.
 이은영, 『채권총론』, 개정판, 서울: 박영사, 1999.
 지원림, 『민법원론』, 서울: 홍문사, 2017.
 양창수, 「채권자치체」, 『고시계』 제45권 11호, 국가고시학회, 2000, 5면 이하.
 정병호, 「로마법상 위험부담-매매와 임약(locatio conductio)을 중심으로」, 『서울법학』 제25권 1호, 서울시립대 법학연구소, 2017, 1면 이하.
 최병조 대표편역, 『한국민법의 로마법적 배경과 기초, 민법 제373조~ 제407조』, 서울: 법무부 간행, 민속원 출간, 2013.
 Apathy, Peter, “Mora accipiendi und Schadensersatz”, SZ 101, 1984, S. 190ff.

- Behrends, Okko, "Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht", *SZ* 95(1978), S. 187ff.= *Institut und Prinzip I*, Göttingen: Wallstein, 2004, S. 15ff.
- _____, "Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit- die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.", Luig/Liebs(Hrsg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition, Symposium Wieacker*, Edelsbach: Gremer, 1980, S. 245ff.= *Zur Römischen Verfassung. Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Avenarius/Möller, Göttingen: Wallstein, 2014, S. 17ff.
- _____, "Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie", *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Auswirkungen des griechischen Gesetzesdenkens. 6. Symposium der Kommission »Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart«*, hrsg. von Behrends/Sellert, Göttingen: Vadenhoeck & Rupprecht, 1995, S. 135ff.= *Institut und Prinzip I*, Göttingen: Wallstein, 2004, S. 91ff.
- _____, *Institut und Prinzip: Ausgewählte Aufsätze*, Bd. I u. II, Göttingen: Wallstein, 2004.
- Glück, Christian Friedrich, *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, 4. Theil 2. Abtheilung, Erlangen: Johann Jacob Palm, 1797.
- Harke, Jan Dirk, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena: Gustav Fischer, 1907.
- Honsell, Heinrich, *Quod interest im bonae fidei iudicium: Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München: C.H. Beck, 1969.
- Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin · Heidelberg · New York · London · Paris · Tokyo: Springer, 1987.
- Kaser, Max, "Mora", *RE* 16, 1933, Sp. 272ff.
- Kaser, Max, *Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2. Aufl., München: C.H.Beck, 1971. "RPR I"으로 인용.
- Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*, 2. Aufl., München: C.H.Beck, 1996.
- Knütel/Lohse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München: C.H.Beck, 2017.
- Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends(Hrsg.), *Corpus iuris civilis, Text und Übersetzung IV: Digesten 21-27*, Heidelberg: C.F. Müller, 2005.
- Kohler, Josef, "Annahme und Annahmeverzug", *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*(= JherJb.) 17, 1878, S. 261ff.
- _____, "Der Gläubigerverzug", *Archiv des Bürgerlichen Rechts*, 1897, S. 149ff.
- Lenel, Otto, *Palingenesia iuris civilis*, vol. I, Lipsae: Tauchnitz, 1889.
- _____, *Das Edictum Perpetuum*, 3. Aufl., Leipzig: Tauchnitz, 1927.
- Medicus, Dieter, *Id quod interest: Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln/Graz: Böhlau, 1962.

- Mommsen, Friedrich, *Beiträge zum Obligationenrecht, 3. und letzte Abtheilung: Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn, 1855.
- Pennitz, Martin, *Priculum rei venditae. Ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht*, Wien: Böhlau Verlag, 1998.
- _____, “Zu den Voraussetzungen der mora accipiendi”, *SZ* 123, 2006, S. 152ff.
- _____, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 2/1, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, § § 293–304. Verzug des Gläubigers, S. 1388ff.
- Reetz, Pia, “Mora creditoris im römischen Recht”, *TR* 83, 2015, S. 392ff.
- Schulz, Fritz, *Sabinus-Fragmente in Ulpian's Sabinus-Commentar*, Halle: M. Niemeyer, 1906.
- Zimmermann, Reinhard, *Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, München: C.H.Beck, 1996.

〈Abstract〉

Delay by obligee in Roman Law

Jung, Byoung-Ho*

The pure classical law did not require any faults as a requirement of the delay by obligee (*mora creditoris*). For example, the creditor's disease, coercion or severe weather did not justify the delay of obligee. Consequences of the *mora creditoris* were as follows. The debtor was liable only for *dolus*. He could deposit the sealed object of obligation. If he paid expenses on the object of debt, he could recover them by means of malice's plea. Celsus, Proculian leader of the high classical period wanted to overcome the limitations of the pure classical law by quoting preclassical lawyers who permitted the debtor to recompense the damages caused by *mora creditoris* by means of the vendor's claim (*actio venditi*). There was in case of deposit a dispute on whether the interests are suspended after depositing or offering. The pure classical law does not seem to have recognized the obligation to accept. Therefore, it seems that a claim for damages was not allowed.

In case of wine selling the preclassical jurists allowed the seller to pour the wine off which was not carried away by the buyer. It is not clear that they acknowledged in such case the creditor's duty to receive. But according to Pomponius' view the seller of stones on his estate can claim the buyer to take the stones off. It does not match with the classical jurisprudence in which

* Prof. of the Univ. of Seoul, Law School.

the seller and the buyer compete to pursue their own interests. It seems to be influenced by the preclassical law in which the seller and the purchaser cooperate as members of the legal community in order to achieve a common goal of exchange, so that each should pay attention to the interests of his counterpart. It is logical to think the failure to cooperate to be a kind of default. Therefore, if the debtor suffers a loss due to the creditor's delay, he should in principle recompense the damages. The preclassical lawyers Sextus Aelius and Drusus, quoted by Celsus, allowed the seller to claim damages caused by the delay of the buyer. Perhaps the buyer was obliged to receive the proper offer of the seller.

[Key Words] Roman law, Mora creditoris, Breach of Contract, Fault, Duty to Receive, Recovery of Expenses and Damages