절도원인 이득반환청구소권 (condictio furtiva)에 관한 소고*, **

–『학설휘찬』 제13권 제1장을 중심으로–

Inst.4.6.14
… plane odio furum … effectum est …
rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur
(절도범에 대한 혐오로 원물반환을 위하여
절도범들은 이 소권으로도 책임을 지게 되었다.)

이상훈***

목 차

Ⅰ. 서
Ⅱ. 절도원인 이득반환청구소권
1. 의의
2. 당사자 적격
3. 반환대상 및 범위
4. 반환목적물이 멸실된 경우
5. 반환의무자의 상계/공제 항변
Ⅲ. 다른 소권들과의 비교 및 소권경합문제
1. 서
2. 일반 이득반환청구소권과의 비교
3. 절도소권과의 비교
4. 소유물반환청구소권과의 비교
5. 기타
6. 소결
Ⅳ. 결어: 민법에의 시사점 정리

---

* 이 논문은 2018년 2월 5일(월) 한국법사학회 로마법연구회와 서울시립대학교 법학연구소의 공동학술세미나 〈최근 로마법 연구의 현황〉에서의 발표문을 수정한 것이다. 당일 소중한 토론을 해 주신 중앙대학교 법학전문대학원 한승수 교수님과 최종본 수정에 있어 도움을 주신 서울대학교 법학대학원 김형석 교수님께 감사드린다.

** 이 글을 2018년 2월에 정년을 맞이하신 필자의 은사이신 최병조 교수님께 바친다.

*** 서울시립대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사. ichshy05@snu.ac.kr

[일러두기] 이 글에서 h.t. (hoc titulo)는 로마법대전의 학설휘찬(Digesta)에서 該當 章을 표시하는 약호이다. 따라서 D.h.t. = D.13.1을 C.h.t. = C.4.8을 의미한다.

[국문 요약]

본고에서는 로마법상 절도원인 이득반환청구소권(condictio furtiva)에 관하여 『학설휘찬』 제13권 제1장의 개소들을 중심으로 살펴보았다. 로마법상 민사불법행위로서 절도(furtum)의 경우 그 구제수단으로-세부적인 내용에서는 차이를 보이지만-민법에서와 마찬가지로, 대물소권인 소유물반환청구소권과 불법행위 소권으로 절도소권이 부여된다. 그 외에 절도원인 이득반환청구소권이 부여된다. 이와 같이 별도의 소권이 마련된 이유에 대하여 가이우스는 "절도범에 대한 혐오"(odium furum)에서 비롯한 것이라고 설명하나, 소권법 체계하에서 이 소권의 필요성과 나름의 장점이 있다. 우선 소유물반환청구와는 달리 절도범만 찾아내면 그가 점유하지 않더라도 책임을 물을 수 있었고 物추급소권이라는 점에서 절도소권과는 달리 그 상속인에게도 책임을 물을 수 있다. 무엇보다 쟁점결정 전에 절도범의 귀책사유 없이 물건이 멸실되었더라도 반환책임(가액반환)을 물을 수 있었다는 점에서 소유물반환청구과 비교할 때 유리한 점이 있었다. 반환범위는 원칙적으로는 "원고의 이익상당액" 즉, 원물 또는 가액에 과실 등이 포함된다. 나아가 절도범이 지출한 비용공제 항변이 인정되지 않는다는 점, 심판인절차 수용시점에서의 시가 상승분에 대한 책임을 절도범이 부담한다는 점이 특징이다. 그리고 주목할 점은 원물멸실과 관련하여 절도범이 강화된 책임을 부담하는 근거로 "절도범은 항상 이행지체로 간주된다"(Ulp. D.h.t.8.1: semper enim moram fur facere videtur)는 것이 원용되고 있다는 것이다. 그러므로 절도범의 이행제공이 있기 전에 물건이 멸실되면 절도범은 가액반환의 책임을 부담한다. 다만, 원물이 현존하는 경우 소유물반환청구가 우선시되었으나 양자 중 어느 것을 행사할 것인지는 소유자의 선택에 달려 있었다. 결론에서 현행 민법에의 시사점 몇 가지를 언급하였다.

[주제어] 절도(furtum), 절도원인 이득반환청구소권(condictio furtiva), 이득반환청구소권(condictio), 절도소권(actio furti), 소유물반환청구, 절도범은 항상 이행지체중(fur semper in mora), 부당이득반환

Ⅰ. 서

절도 피해자에 대한 민법상 구제수단으로는 우선 물건의 소재와 절도범을 찾아낸 뒤 소유물반환청구(민법[1] 제213조)를 하는 방법이 있다. 이때 물건을 점유 중인 절도범은 물건으로부터의 果實이나 사용이익도 반환해야 한다(제201조 제2항). 그리고 이때 점유자가 물건을 "책임있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손한 때에는…그 손해의 전부를 배상하여"야 한다(제202조). 한편 소유물반환청구 외에도 절도범은 악의의 점유자로서 타인의 물건을 권한 없

1) 이하 법명의 표기 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.

이 사용・수익하였으므로 이로 인해 얻은 이득(점유 기간 동안의 차임 상당액)을 물건의 소유자에게 반환해야 한다(제741조 이하). 유형설에 의하면 이 경우를 부당이득의 유형 중 '침해부당이득'이라고 부르며,[2] 권리의 할당내용의 객관적 침해에 대한 이득반환을 그 내용으로 한다. 절도범이 점유 중에 물건을 사실상・법률상 처분함으로써 이득을 얻은 경우라면 '물권의 귀속침해'에 해당하여 그 받은 이익을 반환해야 한다. 마지막으로 절도범이 도품의 점유 중에 비용을 지출한 경우라면 소유물반환청구에 있어서 비용상환이 문제된다. 절도범이 도품으로부터 사용이익을 취하고 있다고 보면 통상의 필요비는 상환청구가 제한되지만(제203조 제1항 단서 참조), 물건가액의 객관적 증가를 초래하는 유익비를 지출한 경우 민법은 점유자의 선의・악의를 불문하고 비용상환청구를 인정하고 있다(제203조). 나아가 절도범이 도품을 가공(加工)한 경우 가공물의 소유권 귀속이 문제되고(제259조), 그로 인한 이익조정은 부당이득법에 따라 이루어지게 된다(제261조). 이와 같이 절도 사안에서 물건의 회복과 관련하여 민사법적으로 다양한 법적 쟁점들이 제기된다.

로마법에서도 절도 사안에서 소유물반환청구소권(rei vindicatio)과 절도소권(actio furti)이 부여된다. 그 외에 'condictio furtiva'라는 소권도 전해지는데, 이는 확정금 또는 확정물의 반환청구를 내용으로 하는 condictio 소권이다. 주지하듯이 근대 부당이득법의 원류는 로마법상 condictio 소권으로 거슬러 올라간다. 그리고 여기에는 사비니가 정초한 "우리의 재산으로부터 상대방의 원인 없는 이득"이라는 공통분모가 그 토대를 이루고 있다.[3] 로마법상 condictio 소권과 관련한 개소들은 『학설휘찬』 제12권에 편제되어 있다.[4]

---

2) 『민법주해』(박영사, 2005), 제741조, 243면 이하(양창수 집필부분); 김형배, 『사무관리・부당이득』(박영사, 2003), 158면 이하.

3) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 5 (1841), 526. 이에 대하여는 양창수, 「부당이득에 관한 일반규정의 사적형성」, 『서울대학교 법학』 제30권 제1・2호(서울대학교 법학연구소, 1989. 5), 162면 이하 참조. 사비니의 부당이득론에 대한 설명으로 박세민, 『삼각관계부당이득－지시사례를 중심으로－』(서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2007), 122면 이하 참조.

4) 각 장의 제목은 아래와 같다. 근대부당이득법의 관점에서 보았을 때, 이 중에서 D.12.1~3은 민법상 부당이득반환청구권과는 직접적인 연관이 없다.
D.12.1 De rebus creditis si certum petetur et de condictione
D.12.2 De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali

그리고 바로 이어서 제13권 제1장 내지 제3장에 걸쳐 3종의 condictio 소권 유형을 별도로 수록하고 있는데,[5] 그중에서 제13권 제1장이 이른바 'condictio furtiva'에 관한 것이고, 절도와 관련한 부당이득반환의 법적 문제를 다양한 사안들과 함께 다루고 있다. 이하에서는 D.13.1에 수록된 개소를 중심으로 로마법상의 condictio furtiva에 대하여 살펴본다.

Ⅱ. 절도원인 이득반환청구소권

1. 의의

condictio furtiva (원래는 condictio ex causa furtiva,[6] 이하 역어로 '절도원인 이득반환청구소권')는 그 요건은 '절도'[7]라는 불법행위에 걸려있지만

D.12.3 De in litem iurando
D.12.4 De condictione causa data causa non secuta
D.12.5 De condictione ob turpem vel iniustam causam
D.12.6 De condictione indebiti
D.12.7 De condictione sine causa

로마법상 condictio 소권의 소송제도 변천에 따른 역사적 발전, 특히 울피아누스에 의한 일반화 과정에 관한 연구로는 Liebs, "The History of the Roman Condictio up to Justinian", in: Neil MacCormick & Peter Birks (eds.), *The Legal mind Essays for Tony Honoré* (1986), 169ff. 및 국내문헌으로 정병호, 「로마법상 부당이득에 관한 소고」, 『재산법연구』 제29권 제2호(한국재산법학회, 2012. 8), 1면 이하 참조(이 문헌은 시기별로 로마법학상의 학파대립의 관점에서 부당이득법의 발전사를 개관하고 있다). 한편 Liebs (1986), 167면 이하에서는 이러한 학설휘찬의 편제순서가 울피아누스의 고시주해(제26권과 제27권)의 순서를 따르고 있다고 지적한다.

근대 부당이득법적 관점에서 볼 때 일반부당이득으로 나아감에 있어 단초를 제공했던 가장 중요한 소권은 비채 이득반환청구소권(condictio indebiti)이고 또 그것이 사료상 가장 많이 전승된다(D.12.6). 그러나 고전기 로마법률가들에게는 목적급부(datio ob rem)로 인한 이득반환청구소권이 그보다 더 비중있게 다루어졌다. 한편 부당이득법의 관점에서 역사적 발전과정을 살펴보면 절도사안에 대한 이득반환청구소권의 적용이 가장 '원초적'인 형태로 추측된다. Kaser *DRP* (1971), 593 참조.

5) 각 장의 제목은 아래와 같다.
D.13.1 De condictione furtiva
D.13.2 De condictione ex lege
D.13.3 De condictione triticiaria

6) 그 역사적 배경 및 명칭에 대하여는 Wolfram Pika, *Ex causa furtiva condicere im Klassichen römischen Recht* (1988), 21ff. 참조.

(ex causa furtiva), 효과는 배액의 징벌금배상이 아닌, 원칙적으로 도난당한 물건 자체 또는 1배액 반환을 내용으로 한다는 점(condictio)이 특징이다.[8] 로마법상 절도 사안에서는 물건 회수를 위해서 소유물반환청구소권(rei vindicatio)이 인정되고, 또 징벌소권으로 절도소권(actio furti)이 인정되는데, 이와는 별도로 절도원인 이득반환청구소권을 인정하고 있는 이유에 대하여 가이우스 『법학원론』에서는 "절도범에 대한 혐오와 그렇기 때문에 더욱 많은 소권들로 책임지도록 하기 위하여"라고 기술하고 있다.[9]

G.4.4 ≒ Inst.4.6.14[10] (밑줄 친 부분은 양자가 표현에 있어 상이한 부분이다)
… plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.

---

7) 로마법상 절도 개념은 오늘날의 절도개념(가령 형법 제329조)보다는 훨씬 넓고, 유체물의 절취뿐만 아니라 사용절도와 횡령까지도 포함한다. 우선 Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1992), 922ff. 및 다음의 개소 참조.
D.47.2.1.3 Paulus 39 ad ed.
Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.

8) 그 법적성질에 관하여 불법행위소권으로 보는 견해도 있지만(대표적으로 빈트샤이트: "부당이득반환청구권의 옷을 입은 불법행위에 기한 청구권"), 불법행위로부터 발생하지만 부당이득반환청구권으로 보아야 한다(대표자로는 사비니: "eben so wie jede andere condictio sine causa"). 이에 대하여는 Pika (1988), 26.

9) 이와 같은 가이우스의 서술에 대하여 Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen: im klassischen römischen Recht, Erster* Band (1918), 282 N. 3은 이는 역사적 설명에 대한 포기라고 본다. 즉 Levy (1918), 280f.는 절도원인 이득반환청구소권의 기원 및 발전과정에 대하여 古法시대 절도소권의 민사법적 배상기능(Ersatzfunktion) 부재 → 이로 인한 소유자의 물건회복에 대한 필요성 → 자력구제를 대체하는 법적 구제수단의 부여로 법률소송 시대의 condictio 소권의 활용 → 그 이후 자연스럽게 구제수단으로 자리매김함으로 설명한다. 이에 대하여 Ulrich von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (1951), 114는 절도소권의 배상기능 부재로 설명하는 것은 取信하기 어렵고("nicht stichhaltig"), 오히려 점유상실이나 물건 멸실로 인한 소유물반환청구소권의 소멸이 이득반환청구소권의 부여에 결정적인 동인이 되었던 것으로 본다.

10) Inst.4.6.14
… plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur 'si paret eos dare oportere', quamvis sit adversus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

(물론 절도범에 대한 혐오와 그렇기 때문에 더욱 많은 소권들로 책임지도록 하기 위하여, 2배액이나 4배액의 징벌금 외에 물건 회수의 명목으로 절도범들이 '그들이 공여의무 있음이 판명되는 경우'라는 소권[=절도원인 이득반환청구소권]으로도 책임을 지는 것이 승인되었다. 이는 절도범을 상대로 물건이 우리 것이라고 청구할 수 있는 그러한 [대물]소권[= 소유물반환청구소권]이 있더라도 그러하다.)

2. 당사자 적격

1) 원고: 도품의 소유자 및 상속인

절도원인 이득반환청구소권은 자신의 물건을 절취당한 자(즉 도품의 소유자) 및 그 상속인에게 인정된다(Paul. D.h.t.11).

(1) 도품의 소유자

절도원인 이득반환청구소권은 우선 "오직 소유자에게만" 인정된다(Ulp. D.h.t.1). 이 점에서 절도소권이 물건이 온전할 것(rem salvam esse)에 대해 이익을 가지는 자에게 인정되는 것과 차이가 있다. 아래의 개소에서는 절도소권과 절도원인 이득반환청구소권의 원고가 다르다는 점이 잘 설명되고 있다.

D.47.2.14.16 Ulpianus 29 ad Sab.

Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.

(그러므로 사용차주에게 부여되는 절도소권은 어떤 성질인지가 문제된다. 私見으로는 자신의 위험으로 가령 사용대차 또 임대차나 입질(入質)로 타인의 물건을 수령한 모든 자들에게, 그 물건이 절취되면, 절도소권이 성립한다고 본다. 그런데 이득반환청구소권은 소유권을 가진 자에게만 성립한다.)

미분리 천연과실을 무단으로 분리한 사안에서도 절도소권과 절도원인 이득반환청구소권의 귀속이 달라질 수 있다. 율리아누스는, 절도소권의 경우 수익권자(용익역권자)가 과실이 분리되지 않는 것에 대하여 이해관계가 있으므로 수익권자에게 속하지만, 절도원인 이득반환청구소권의 경우 천연과실은 수익권자에 의하여 분리되어야만 수익권자에게 속하므로 수목(樹木)이 부합하고 있는 기저(基底)의 토지소유자에게 속한다고 본다. 이에 대하여 마르켈루스는 절도원인 이득반환청구소권은 토지 소유자에게 속하지만, 나중에라도 분리된 과실을 수익권자가 얻게 되면 수익권자가 소유자가 되므로, 이 경우 그 귀속이 부동적(浮動的)이라고 본다.

D.7.1.12.5 Ulp. 17 ad Sab.

Iulianus libro trigensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius: nam si fiunt, qua ratione hoc evenit? nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub condicione legatae, quae interim heredis est, existente autem condicione ad legatarium transit. verum est enim condictionem competere proprietario: cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Iulianus ait in fetu qui summittitur et in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto), dicendum est condictionem pendere magisque in pendenti esse dominium.

(율리아누스는 학설집 제35권에서 다음을 논한다. 절도범이 수목(樹木)에 달려있는 다 익은 果實을 따거나 분리시킨 경우, 누구에게 이득반환청구소권으로 책임지는가, 즉 토지의 소유자인지 아니면 수익자인가? 율리아누스의 견해는, 果實은 수

익권자에 의하여 수취되지 않으면 비록 타인에 의하여 토지로부터 분리되더라도 수익권자의 것이 되지 않으므로, 소유자에게 이득반환청구소권이 성립한다는 것이 더 타당하고, 그렇지만 수익권자에게는 절도소권이 성립하는데, 과실이 제거되지 않는 데 이해관계가 있었기 때문이다. 그런데 마르켈루스는, 나중에라도 수익권자가 과실 자체를 얻게 되면 어쩌면 그의 것이 된다는 쪽으로 감응된다. 그렇게 되면, 그동안에는 소유자의 것이 되었다가 곧 수익권자에게 취득되는 것 외에 어떠한 방식으로 이것이 이루어지겠는가? 이는 그동안에 상속인의 것이었다가 조건이 성취되면 수유자의 것으로 이전되는 조건부 유증된 물건의 예를 따른 것이다. 즉 이득반환청구소권은 소유자에게 성립한다는 것이 타당하다. 그런데 소유권이 부동적(浮動的)인 동안에는, (율리아누스 자신이 사육되는 새끼가축에 대하여 또 수익권자인 노예가 아직 대금이 지급되지는 않았으나 그에 의하여 담보제공된 상태로 인도를 통하여 수령하는 것에 대하여 말한 바와 같이) 이득반환청구소권이 부동적이고 또 소유권은 더욱더 부동적이라고 말해야 한다.)

한편 소유자가 물건을 양도하면 절도원인 이득반환청구소권은 더 이상 행사할 수 없다(Ulp. D.h.t.10.2). 켈수스는, 소유자가 도난당한 물건을 부관 없이 절도범에게 물권적 유증한 경우, 상속인은 절도범을 상대로 이득반환청구소권으로 청구할 수 없다고 하는데,[11] 울피아누스는 "직접 절도범에게가 아니고 제3자에게 [물권적으로] 유증한 경우에도 마찬가지로 보아야 한다"는 입장이다. "소유자의 행위로 소유권이 상실"되었기 때문이다(Ulp. D.h.t.10.3). 물건의 소유권 상실이 소유자의 의사에 기한 것이었는지가 중요한 기준이라는 점을 알 수 있다.

절도원인 이득반환청구소권의 귀속이 문제된 사안에서, 마르켈루스는, 우선 점유매개관계가 있는 경우 소유자인 간접점유자만이 소권을 가지는데 이 경우 간접점유상황에서 처분행위 없이 소유권을 상실하더라도 원 소유자가 소권을 가진다고 한다(Marc.-Ulp. D.h.t.12.pr.). 한편 공유물인 경우 마르켈

11) 이 경우 상속인은 수유자인 절도범을 상대로 절도소권을 행사할 수 있다.

루스는 공유물분할소송을 제기한 경우와 제소당한 경우를 구별하면서, 전자라면 소권을 상실하고 후자라면 계속 보유한다고 서술한다(Marc.-Ulp. D.h.t.12.1). 공유물분할소송을 공유자 중 누가 제기하든 결과만 놓고 본다면 매한가지라고 볼 수 있겠으나, 전자는 적극적으로 소유권을 처분하는 것이라면 후자는 다른 공유자에 의해 처분하게 되는 상황이라는 점에서 양자를 구별하였는데, 이는 울피아누스의 평가처럼, "예리"하다고 볼 수 있다.

(2) 도품 소유자의 상속인

절도원인 이득반환청구소권은 상속의 대상이 되고, 도품의 소유자가 사망하면 상속인이 이를 행사할 수 있다(Paul. D.h.t.11). 도품 소유자가 물권적 유증한 경우에는 의사에 기한 처분행위가 있었으므로, 상속인은 절도원인 이득반환청구소권을 행사할 수 없다. 아울러 물권적 수유자도 절도원인 이득반환청구소권의 행사가 불가능한데, "상속인"이 아니기 때문이다. 다만 물권적 수유자는 절도범을 상대로 소유자로서 소유물반환청구를 할 수 있다(Paul. D.h.t.11).

율리아누스는, 도난당한 노예가 조건부로 물권적 유증된 경우, 조건성취 전에는 도품 소유자의 상속인이 소권을 가지고, 상속인이 소제기하여 쟁점결정 후에 조건이 성취된 경우에는 면소되어야 한다고 하는데(Iul. D.h.t.14.pr.), 타당하게 보인다. 이때는 소유자의 의사에 따라 권리가 상실된 것이기 때문이다.[12] 그리고 조건부해방노예가 절취되고 소제기하여 쟁점결정 후에 조건성취된 경우에도 마찬가지라고 한다. "왜냐하면 청구인에게는 이제 노예를 돌려받을 이익이 없고 이 물건은 절도범의 악의 없이 그[=상속인]의 것이기를 그치기 때문이다." 조건성취가 미정인 동안 판결이 나는 경우 가액산정이 문제되는데 이에 대하여는 후술한다.

(3) 기타

파울루스는 절도원인 이득반환청구소권은 도품의 소유자 및 그 상속인에게 인

12) 앞의 Ulp. D.h.t.10.3도 참조.

정된다(Paul. D.h.t.11)고 하였지만, 그 밖에 원고 적격이 인정된 예가 전해진다.

우선 후견인(tutor)과 정신착란자의 보좌인(curator furiosi)은 소유자의 지위에 있는 것으로 간주되므로(quia tutor domini loco habetur) 절도원인 이득반환청구소권을 행사할 수 있다.[13)]

다음으로 담보물(점유질)이 절취된 경우 담보권자(질권자)에게 이득반환청구소권이 인정되어야 한다는 것이 네라티우스(† 110/115)의 견해였다고 아리스토(주활동시기: 80~120)가 전한 바를 울피아누스(주활동시기: 190~223)가 다시 전하고 있다. 이 경우 소권의 내용은 "불확정물 이득반환청구소권(condictio incerti)"인데,[14)] 이 점에서 확정물의 반환청구(condictio certae)를 내용으로 하는 소유자가 가지는 소권과는 차이가 있다.

D.h.t.12.2 Ulp. 38 ad ed.

Neratius libris membranarum Aristonem existimasse, refert eum, cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit.

(네라티우스는 양피첩에서, 담보물을 공여받은 자[담보권자]는 그것이 절취된 경우 불확정물 이득반환청구소권으로 소구해야 한다는 것이 아리스토의 견해였다고 전한다.)

아래의 개소에 의하면 이 경우 담보권자가 절도범을 상대로 절도소권으로

---

13) D.47.2.57.4 Iul. 22 dig.
Qui tutelam gerit, transigere cum fure potest et, si in potestatem suam redegerit rem furtivam, desinit furtiva esse, quia tutor domini loco habetur. sed et circa curatorem furiosi eadem dicenda sunt, qui adeo personam domini sustinet, ut etiam tradendo rem furiosi alienare existimetur. condicere autem rem furtivam tutor et curator furiosi eorum nomine possunt.

14) Pika (1988), 71f.에서는 울피아누스가 condictio furtiva라고 하지 않은 이유는 독자적 소권유형으로서의 condictio furtiva는 고전법에는 낯설었기 때문이라고 한다. 이미 古法시기부터 질권자는 기능적으로 분할된 소유권의 담지자로서 여겨졌으므로 소유물반환청구를 통해서도 보호받았다는 점(이러한 보호는 고전기에는 법정관법상의 actio Serviana로 대체되었음)을 언급한다. 따라서 古法은 물론이고 고전기 법에서도 질권자는 물권적 권리를 가지는 자였다고 한다. 다만 그 내용은 condictio possessionis로 본다. Kaser, *DRP* (1971), 595는 이득반환청구소권(condictio) 요건으로 부당이득반환 당사자 간에 일정한 출연(Zuwending, 율리아누스(D.12.6.33)의 표현에 의하면 "negotium contractum")이 없는 사안의 경우에는 절도원인 이득반환청구소권의 확장으로 설명되는데, 점유 이득반환청구소권(condictio possessionis)이 일례라고 한다.

제소하여 받아낸 것은 채무금에 산입된다는 것이 파피니아누스의 견해이고, 이득반환청구소권으로 제소하여 받아낸 것도 더더욱 그러하다는 것이 울피아누스의 견해이다. 다만 채무자가 채권자에게서 담보물을 무단 회수해 온 경우, 담보권자인 채권자가 채무자를 상대로 절도소권이나 이득반환청구소권으로 제소하여 받아낸 것은 채무금에 산입되지 않는다는 것이 파피니아누스를 비롯한 "일치하는 통설"이라고 한다. 소유자라 하더라도 담보설정된 물건을 무단 회수해 온 경우에는 제3자가 범한 절도에 비하여 강력한 제재를 가하고 있음을 알 수 있다.

D.13.7.22.pr. Ulp. 30 ad ed.

Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum, et ita Papinianus libro nono quaestionum ait.

(질물을 절취한 절도범에게 채권자가 [절도소권으로] 제소하는 경우, 그가 [소제기를 통해] 받은 것은 전부 채무금에 산입되는 것을 파피니아누스는 인정한다. 이것은 타당한데, 채권자의 과실로 절도가 행해졌더라도 그러하다. 이것이 이득반환청구소권에 기하여 얻은 것에 대하여는 더더욱 말해져야 할 것이다. 그런데 채무자 자신이 절도 소권이나 이득반환청구소권으로 채권자에게 급부한 것[즉, 채무자가 불법적으로 질물을 회수해 온 경우]이 채무금에 산입되어야 하는지를 살펴보자. 실로 채무자 자신이 절도소권에 기하여 급부한 것이 그에게 반환되어서는 안 된다는 것이 일치하는 통설이며, 파피니아누스도 질의록 제9권에서 같은 견해이다.[15])

15) D.47.2.80 Papinianus 9 quaest.
Si debitor pignus subripuit, quod actione furti solvit nullo modo recipit.

(4) 원고의 담보제공의무: 없음(Iul. D.h.t.14.1).

2) 피고: 절도범 및 그 상속인

절도원인 이득반환청구소권의 피고는 절도범 및 그 상속인이다(Paul. D.h.t.5). 이 점에서 징벌소권인 절도소권이 상속되지 않는 것과 뚜렷하게 대비된다.

(1) 절도범

절도범은 현행절도와 비현행절도를 불문한다(Ulp. D.h.t.10.pr.). 강도도 이에 해당한다(Ulp. D.h.t.10.1).

노예가 절도를 범한 경우, 그가 나중에 자유인이 되면 절도소권으로 책임을 지는 것은 별론으로 하더라도, 절도원인 이득반환청구소권으로는 책임을 지지 않는다(Cel. D.h.t.15). 이 경우 주인은, 절도범인 노예를 양도하거나 해방시키지 않는 한, 절도원인 이득반환청구소권으로 책임을 진다.[16] 반면 家子가 절도범이면 家子 본인을 상대로 청구할 수 있다.[17] 다만, 노예든 家子든, 절도로 인하여 얻은 이익 중 率家權者에게 귀속한 것(quod ad eum pervenit)이 있으면 率家權者를 상대로도 청구 가능하고, 나머지에 대하여 率

---

16) D.44.7.56 Pomp. 20 ad Q. Muc.
Quaecumque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere vel ex duodecim tabulis vel ex lege Aquilia vel iniuriarum vel furti, eaedem durant, etiamsi servus postea vel manumissus vel alienatus vel mortuus fuerit. sed et condictio ex furtiva causa competit, nisi si nactus possessionem servi aut alienavero aut manumissero eum.

17) D.15.1.3.12 Ulpianus 29 ad ed.
Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat. an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur: et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam: idem Labeo probat, quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune. nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio.
(절도원인에 기하여 실로 家子를 상대로 이득반환청구가 가능하다는 것이 정설이다. 그런데 家父 또는 [노예의] 소유자를 상대로 특유재산원인으로 소권이 부여되는지 여부가 문제된다. 보다 타당한 견해는, 절도 행위에 기하여 소유자가 이득을 얻은 한도에서 특유재산소권이 부여되어야 한다는 것이다. 라베오가 같은 취지로 승인하였는데, 왜냐하면 노예의 절도에 기해 소유자가 아무런 책임을 지지 않고 이득을 얻는 것은 지극히 형평에 반하기 때문이라는 것이다. 그리고 부부재산반출소권에 관하여 家女 명목으로 家父에게 귀속한 것을 한도로 특유재산소권이 성립한다.)

家權者는 절도를 저지른 노예를 加害者委付할 수 있다(D.h.t.4).[18]

한편 특유재산을 제외하고 노예를 매매하였는데 노예가 훔친 물건이 노예의 특유재산에 포함된 경우 절취된 물건의 소유자는 그 물건이 매수인에게 가게 되는 경우 절도원인 이득반환청구소권으로 반환청구할 수 있다.[19] 노예가 특유재산과 함께 매도된 경우에도 노예가 前 주인에게서 절취한 물건이 특유재산에 포함되어 있으면, 노예의 인도 시기를 불문하고 매도인인 前 주인은 그 한도에서 매매대금 감액권을 가지고 또한 특유재산에 대한 이득반환청구소권을 가진다고 율리아누스는 말한다. 결론적으로 노예의 절도사실을 모르는 새로운 주인인 매수인이 특유재산을 환수하고 그것을 소비한 경우에는 매도인은 매수인을 상대로 이득반환청구소권을 가지게 된다.

D.19.1.30.pr. Afr. 8 quaest.

Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. quamvis ea res quam subripuit interierit, nihilo minus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva

---

18) 家子를 가해자위부한 경우, 영구적으로 소유권이 넘어가는 노예와는 달리, 일종의 채무노예와 유사한 지위로 되고 그의 노무제공으로 손해배상액을 완제한 후에는 家父에게 반환된다(Gai.4.140; Coll.3.3 참조). 한편 유스티니아누스 법에서는 노예만이 가해자위부의 객체가 되도록 하였다(Inst.4.8.7).

19) D.18.1.29 Ulp. 43 ad Sab.
Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur: et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta, condici potest videlicet quasi furtiva: hoc ita, si res ad emptorem pervenit.
(노예가 매도될 때, [노예가 가진] 특유재산도 함께 매각되는 것이 아니다. 따라서 특유재산이 함께 매각되지 않는다고 불명시하든 명시하든 특유재산도 함께 매각되는 것으로 인정되지 않는다. 그리하여 특유재산에 속하는 물건 중에 노예에 의하여 절취된 것이 있으면, 이득반환청구될 수 있는데, 즉 절도원인으로 그러하다. 이것은 그 물건이 매수인에게 가게 되는 경우에 그러하다.)
이 개소에 대하여 Pika (1988), 93f.는 위의 밑줄 친 videlicet quasi furtiva를 근거로 노예가 특유재산과 함께 매도되지 않는 경우에는 절도원인 이득반환청구소권이 부여되지 않는데, 그 이유는 매수인이 절도에 대하여 선의인 한, 매수인 자신이 절도를 범한 것이 아니라고 한다.

auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum et, si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. secundum quae dicendum: si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, tu ignorans furtivos esse quasi peculiares ademeris et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competet, quasi res mea ad te sine causa pervenerit. (나로부터 특유재산과 함께 네가 매수한 노예가, 너에게 인도되기 전에, 나에게서 절도를 범하였다. [율리아누스] 曰: 절취한 그 물건이 멸실되더라도, 그럼에도 불구하고 나는 그 명목으로 특유재산으로부터 공제권을 가질 것이다. 법률상 당연히 그 행위로 인해 특유재산이 감축되는데, 그 이유는 그는 이득반환청구소권의 원인에 기하여 나에게 채무자로 되기 때문이다. 이미 인도된 노예가 나에게서 절도를 범했다 하더라도, 특유재산에 대한 이득반환청구소권을 내가 그 명목으로 전적으로 가지지 못하든 도품에 기하여 특유재산이 증가했던 그 한도에서만 내가 이득반환청구소권을 가지게 되든, 제시된 사안에서 나는 공제권을 가질 것이고 또 특유재산이 전부 너에게 있는 경우 채무를 초과하여 내가 변제하게 되는 것이므로 나는 이득반환청구할 수 있다. 이에 따라 다음과 같이 말해야 한다. 그 노예가 나에게서 절취한 주화를 네가 도품인 줄 모르고 특유재산으로부터 박탈하고 네가 소비한 경우, 이득반환청구소권이 그 명목으로 나에게 너를 상대로 성립하는데, 나의 물건이 너에게 원인 없이 간 것이기 때문이다.)

이른바 사용절도의 경우,[20] 즉 임치물을 무단으로 사용하거나, 사용대차

20) Inst.4.1.6.
Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat quam cuius gratia ei data est, furtum committit. veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.
(탈취목적으로 타인의 물건을 취거하는 경우만이 아니라, 일반적으로 타인의 물건을 소유자의 의사에 반하여 저촉(抵觸)하는 경우에도 절도가 성립한다. 따라서 질권 채권자나 수치인이 그 물건을 사용하거나, 물건을 사용하기 위하여 수령한 자가 자신을 위하여 공여받은 그 [물건]을 타인이 사용하도록 이전한 경우, 절도를 범하는 것이다. 가령 친구들을 만찬에 초대하는 데 사용하기 위해

물을 계약에서 정한 범위나 용도를 벗어나 사용한 자도 '절도범'에 해당하여 절도원인 이득반환청구소권으로 책임진다(Pomp. D.h.t.16).[21] 이 경우 계약소권 대신 절도원인 이득반환청구소권을 행사하는 실익은, 물건이 멸실된 경우 계약소권의 경우 책임범위가 제한되는 반면(즉 사용대차의 경우에는 고의·과실만, 임치소권의 경우에는 고의만) 절도원인 이득반환청구소권은 그러한 제한이 없기 때문이다.[22]

공범의 경우(ope consilio. 대체로 교사범이 이에 해당한다) 징벌소권인 절도소권으로는 책임지지만, 物추급소권으로서의 절도원인 이득반환청구소권으로는 책임지지 않는다(Ulp. D.h.t.6). 아마도 절도로 인한 영득물은 정범에게 남아 있을 것이고 物추급의 관점에서 정범만을 상대로 하면 충분하다는 점에서 차이를 둔 것으로 보이는데, 이 점 역시 절도소권과는 차이를 보인다.

(2) 절도범의 상속인

절도범의 상속인 기타 승계인도 절도원인 이득반환청구소권으로 책임을 지는데,[23] 이는 불법행위소권인 절도소권으로 인한 책임이 상속되지 않는 것과 대비된다. 그 이유로 절도소권의 책임은 절도범에만 한정되는 징벌소권인 반면, 절도원인 이득반환청구소권은 物追及소권이기 때문이다(Ulp. D.h.t.7.2).

은기를 수령하고는 그것을 타지에 가지고 간 경우, 또는 승마 목적으로 사용대차한 말을 상당히 멀리 끌고 간 경우가 그러하다. 옛 법률가들이 [타인의] 말을 전장에 몰고 갔던 자에 관하여 서술했던 것도 마찬가지다.)

21) 다음의 개소도 참조.
D.13.6.14 Ulpianus 48 ad Sab.
Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari commodaverit, et commodati et furti nascitur actio et praeterea condictio ex causa furtiva.

22) D.47.2.77.pr. Pomponius 38 ad Q. Muc
Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur, in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum.

23) D.47.1.1.pr. Ulp. 41 ad Sab.
Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. item condictio adversus eos competit.

따라서 정신착란자, 유아의 경우에도 필연상속인인 경우에는 책임을 진다(Pomp. D.h.t.2).

노예가 도품인 경우 절도범의 상속인 수중에서 그 노예가 사망하든 생존하고 있든 상속인을 피고로 하는 절도원인 이득반환청구소권은 존속한다(Ulp. D.h.t.7.2).

상속인은 반환범위와 관련하여 도품 전부에 대하여 책임을 지고, 따라서 피상속인이 도품을 소비 또는 훼손한 후 실제로는 일부만 얻게 되더라도 상속인은 도품의 전부에 대하여 책임을 부담한다. 공동상속인이라면 전부에 대해 책임지되 상속분에 따라 책임이 정해진다(Ulp. D.h.t.9).[24]

D.h.t.9 Ulp. 30 ad ed.

In condictione ex causa furtiva non pro parte quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus, pro parte autem heres pro ea parte, pro qua heres est, tenetur.

(절도원인 이득반환청구소권의 경우에는, 단독 상속인일 때에는, 실제로 받은 도품의 일부에 대해서만이 아니고 전부에 대하여 책임진다. 가령 피상속인이 도품을 소비 또는 훼손한 후 일부만 상속하더라도 상속인은 도품의 전부에 대하여 이득반환청구소권을 책임을 진다. 그런데 공동상속인의 경우 [개별 상속인은] 각자가 상속한 지분에 따라 책임진다.)

3. 반환대상 및 범위

절도원인 이득반환청구소권은 物추급소권이고, 그 반환범위는 "원고의 이익상당액(quod intersit agentis)"이다. 반환책임은 물건이 현존하면 원물반환, 멸실되면 가액반환으로 된다. 한편 원고의 이익상당액이므로 과실이나 기타 원고가 얻었을 이익도 반환범위에 포함된다.

24) 일반적으로 망인의 사기에 기하여는 상속인은 자신에게 귀속한 것(ea parte quae ad nos pervenit)에 대해서만 책임지지만, 임치소권의 경우에도 사망한 수치인의 사기에 기하여 상속인은 전부 책임을 지는데, 단독상속인이라면 전부, 공동상속인이라면 각자의 상속분에 따라 책임을 진다(D.16.3.7.1 Ulp. 30 ad ed. 참조).

1) 원물 또는 가액

절도원인 이득반환청구소권은 물건 자체의 반환을 내용으로 한다(Ulp. D.h.t.8.pr.). 물건이 멸실 등으로 원물반환이 불능으로 된 경우, 절도범이 이행제공한 경우가 아니라면 책임은 그 가액에 존속한다(Ulp. D.h.t.8.pr.). 가액평가시점과 관련하여 로마법률가들의 통설은 절도 후 물건이 최고가액이었던 시점("id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit")으로 보는데, 그 이유는 "악화된 물건을 공여함으로써 절도범이 책임에서 벗어나지 못하는 것이 마땅하기 때문"이라고 하고, 그 논거로 "절도범은 항상 지체하고 있는 것으로 간주된다"(Ulp. D.h.t.8.1: semper enim moram fur facere videtur)는 것을 언급한다. 따라서 절도범은 이행제공을 하기 전이라면, 그 이후의 심판인절차 수용시점에서의 시가 상승분에 대한 책임을 져야 한다는 점에서 그 한도에서 일종의 강화된 책임을 부담하는 셈이다.[25)]

권리의 취득여부가 조건에 걸린 경우(가령 조건부 물권적 유증에서의 유증목적물, 조건부 해방노예) 조건의 성취가 미정인 동안 판결이 난 경우, 심판인은 "願買者가 나설 수 있는 가액을 산정해야 한다"고 한다. 이는 결국 조건부 권리의 평가를 통해 가액산정이 이루어져야 함을 의미한다(Iul. D.h.t.14.pr.)

한편 절도범인 피고에게 응소하려는 용의가 있었는데, 정작 원고측의 사정으로 청구하지 못하고 있다가 그 사이에 물건이 멸실된 경우 옛 법률가들은 소권이 존속되는 것으로 보았다. 그 이유로 "일단 소유자의 의사에 반하여 물건을 영득한 자는, 취거하지 말았어야 했던 그 물건의 반환에 있어 항상

---

25) 한편 절도 이후에 노예를 살해한 경우에는 절도원인 이득반환청구소권과 아퀼리우스법상의 책임 간의 경합이 문제된다. 폼포니우스는 양 소권의 가액산정시점이 다르고 산정방식도 다르다는 이유로 양자는 중첩적으로 인정된다는 견해이다.
D.47.1.2.3 Ulpianus 43 ad Sab.
Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus lege Aquilia agi possit. et scripsit Pomponius agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus. sed si servus sit, qui haec admisit, ex quacumque actione noxae fuerit deditus, perempta est altera actio.
아퀼리우스법상의 책임범위에 관하여는 최병조, 「로마불법행위법연구: Lex Aquilia」, 『로마법연구』 I (서울대학교 출판부, 1995), 387면 이하.

지체하는 것으로 간주되기 때문"이라고 한다(Tryph. D.h.t.20).[26] 후술하듯이 이러한 지체를 종료시키려면 실제의 이행제공이 있어야 하는데, 이 사안에서는 그것이 없으므로 여전히 "지체중"으로 평가되므로 절도원인 이득반환청구소권의 책임을 부담하는 것이다.[27]

2) 원물이 가공 · 해체된 경우

원물이 가공된 경우[28] 원물반환불능으로 보아 가액반환이 이루어져야 하는지 아니면 가공된 물건이 반환되어야 하는지가 문제된다.[29] 銀을 절취한 후 가공하여 잔이 만들어진 경우, 재료인 銀에 대한 가액반환이 아닌, 가공된 잔이 반환청구될 수 있다(Ful.-Paul. D.h.t.13). 이때 절도범이 가공에 지출한 비용(浮彫에 들인 세공비)도 포함하여 가액산정이 이루어진다는 것이 풀키니우스(주활동시기: 원수정초기)의 견해이다. 따라서 절도범은 세공에 들어간 비용을 공제할 수 없게 된다. 이와 유사한 예로 유아 노예가 절취되고 장성한 경우 그 사이 절도범이 양육에 비용을 지출한 경우를 들고 있다. 그 경우에도 절취 당시의 유아노예가 아닌 반환청구 당시의 장성한 노예에 대하여 가액평가가 이루어지는 것이고 양육비용이 공제되는 것은 아니기 때문이다. 세공비가 유익비라면, 양육비는 필요비에 해당할 것인데, 절도범은 이러한 비용공제항변을 할 수 없고 강화된 책임을 부담하는 것으로 볼 수 있다. 특히 가공 사안에서 원물반환불능으로 보아 가액반환으로 처리하지 않고, 物추급을 위해 가공물에 대하여 반환청구를 인정하는 것은 절도 피해자인 도품소유자의 입장에서는 신속한 物추급을 가능하게 하는 장점이 있다.

---

26) Liebs (1986), 169는 이때 절도원인 이득반환청구소권의 인정을 a fortiori 논증에 기반한 것이라고 이해한다("차주가 부담하는 것을 절도범은 당연히 부담해야만 한다.").

27) Pika (1988), 34.

28) 로마법상 加工에 대하여는 최병조, 「로마법상의 학설대립-가공의 경우(상)-」, 『로마법연구』 I(서울대학교 출판부, 1995), 240면 이하 참조.

29) 한편 가공으로 인한 소유권 귀속과 관련하여 사비누스학파는 재료주의였고 프로쿨루스학파는 가공주의였는데, 후자의 입장에서 재료소유권을 상실한 자는 재료를 절취한 자를 상대로 절도소권과 이득반환청구소권이 인정된다고 한다.
G.2.79: … nec minus aduersus eundem condictionem ei competere, quia extinctae res, licet uindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

한편, 소 한 마리가 절취되어 도축되고 해체된 사안이 다루어진다(Iul. D.h.t.14.2). 소 자체, 가죽, 고기[牛肉], 뿔도 영득된 경우라면, 이것들에 대한 이득반환청구소권이 소유자에게 인정된다. 다만, 소유자가 이미 이득반환청구소권으로 소의 가액을 얻었고 그 후에 전술된 것들 중 하나를 이득반환청구소권으로 청구할 경우에는 항변으로 배척되는데, 이는 기판력의 항변을 의미한다. 반대로 가죽을 이득반환청구소권으로 소구하였고 그 가액을 얻은 후에 소의 가액을 다시 소구할 경우, 절도범이 가죽의 가액을 공제한 소의 가액을 제공한다면, 소의 가액 전부를 청구하는 소유자는 악의의 항변으로 배척될 것이라고 한다. 이어지는 서술은 포도송이가 절취되고 압축된 경우에 동일한 법리가 적용된다는 것이다(Iul. D.h.t.14.3). 이 경우 포도즙과 찌꺼기도 정당하게 절도원인 이득반환청구소권으로 소구된다. 이와 같이 원물의 변형물에 대한 物추급을 허용함으로써 종전 소유자에게 물건 자체를 확보할 수 있는 가능성을 인정해 준다는 데에 절도원인 이득반환청구소권의 실익이 있다. 다만 이미 이득반환청구소권으로 원물에 대한 가액반환을 얻은 경우라면 해체된 부분에 대한 청구는 기판력에 반하게 될 것이다. 그렇지만 해체된 부분에 대한 청구를 먼저 하고 나중에 원물의 가액반환을 한 경우라면 전소에서 청구한 가액만을 공제하고 나머지 가액에 대한 반환청구는 인정될 것이다.

3) 기타 원고가 얻었을 이익

원물 또는 가액반환 외에 기타 원고가 얻었을 이익도 반환해야 한다. 따라서 원물로부터의 果實도 반환범위에 포함된다(Ulp. D.h.t.8.2). 그 밖에 노예가 반환대상인 경우, 노예가 상속인지정되면 노예가 얻었을 상속재산까지 반환해야 한다(Paul. D.h.t.3. 율리아누스도 同旨).

4. 반환목적물이 멸실된 경우

절도원인 이득반환청구소권은 반환의무자인 절도범 또는 그 상속인이 반환의무를 이행하면 소멸한다. 특히 절도범의 경우 “항상 이행지체중”으로 평

가되므로(Ulp. D.h.t.8; Tryph. D.h.t.20), 반환의무자가 이행제공 전이라면 반환목적물이 그의 귀책사유 없이 멸실되더라도 계속 반환의무를 부담하고,[30] 이 경우 가액반환의무를 부담하게 된다(Ulp. D.h.t.8).[31] 다만 반환의무자가 이행제공을 한 후에 목적물이 멸실되면 급부위험은 채권자에게 이전되어 더 이상 반환의무를 부담하지 않게 된다(Ulp. D.h.t.8). 물론 반환의무자의 귀책사유로 반환목적물이 멸실・훼손되는 경우라면 불법재물손괴에 관한 아퀼리우스법상의 책임을 부담하게 된다.

절도범은 항상 이행지체중이므로 지체를 종료시키기 위해서는 현실적인 이행제공을 하는 것이 중요하다. 그리하여 절도범과 도품 소유자 간에 경개의 문답계약을 하는 경우 문답계약 당시에 도난당한 노예가 이미 사망하였다고 하더라도 여전히 반환책임은 존속한다. 아래의 개소에서 보듯이 "왜냐하면 절도에 의하여 발생한 지체는 어떤 것이든 제공이 있어야 종료하기 때문이다."

D.h.t.17 Papinianus 10 quaest.

Parvi refert ad tollendam condictionem, offeratur servus furtivus an in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur: nec me movet, praesens homo fuerit nec ne, cum mora, quae eveniebat ex furto, veluti quadam [delegatione] 〈oblatione〉 finiatur.

(이득반환청구소권을 제거하기 위하여 도난당한 노예가 제공되는지 아니면 [경개를 통해] 다른 채권・채무관계로 변환되는지는 거의 차이가 없다. 또 私見으로는 [경개의 문답계약 당시] 노예가 현존했는지 여부는 문제되지 않는데, 왜냐하면 절도에 의하여 발생한 지체는 어떤 이행제공으로써[32] 종료하기 때문이다.)

---

30) Levy (1918), 282 N. 4는 이것이 물권적 소권보호에 비해 현저한 장점이라고 언급한다.

31) C.h.t.2. Diocl./Maxim. AA et CC Aristaeneto (a. 294).
Ante oblationem interemptae rei furtivae damnum ad furem pertinere certissimum est.
(이행제공 전에 파괴된 도품에 대한 손해가 절도에게 속한다는 것은 명명백백하다.)

32) 위 개소 중 veluti quadam delegatione에 대한 번역은 번역본마다 상이하다. Otto (1830)는 "durch eine Art von Ueberweisung (*delegatio*)", Pika (1988)는 "durch eine Delegation"으로 원문 그대로 번역한다. Monro (1909)는 "by a sort of shifting of the claim", Scott (1932)는 "by a kind of assignment of the claim"로 권리자 변경의 의미로 번역하는데, Watson (1998)의 "this variety of substitution"도 그런 의미로 보인다. 반면 Behrends *et al.* (1999)는 delegatione를 oblatione로 수정

절도범의 이행지체를 종료시키기 위한 이행제공이 있는지와 관련하여 다음의 개소도 살펴볼 필요가 있다.

D.46.3.72.2-3 Marcellus 20 dig.

2. Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine eius servum offerente stipulator accipere noluisset.

3. Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: nam et fur condictione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. si tamen, cum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio (et finge prius quam facultatem eius nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum), non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse: non enim optulisse eum propter absentiam intellegi potest.

(2. 그러면 채무자가 모르는 가운데 다른 자로부터 채권자가 스티쿠스를 문답요약하는 경우라면 어떠한가? 이 경우에도 채무자는 위험에서 벗어난다고 판단해야 하는데, 이는 어떤 자가 채무자 명의로 그 노예를 이행제공하였으나 문답요약자가 수령을 거절한 경우와 유사하다.

3. 노예를 절도당한 자가 절도범이 공여하거나 해야 하는 바[=절도원인 이득반환청구소권에 기한 반환의무]를 조건부로 문답요약한 경우에도 동일하게 해답된다. 노예 주인이 자신에게 이행제공된 것을 수령거절하면, 절도범도 절도원인 이득반환청구소권으로부터 벗어난다. 그렇지만 가령 노예가 지방에 있는 동안에 문답계약이 개입되면 (그리고 절도범이나 낙약자가 노예를 급부할 능력을 얻기 전에 노예가 사망했다고 하자) 전술한 논거는 적용될 수 없다. 왜냐하면 노예의 부재로 인해 노예를 이행제공하였다고 이해될 수 없기 때문이다.)

하여 "durch ein Quasi-Angebot"로 번역한다. 이곳에서는 아래의 D.46.3.72.2-3 개소와의 관련성을 고려하여 Behrends *et al.* (1999)와 같이 oblatione로 수정하여 번역하였다.

위 개소의 제3항에서 다루는 사안은 도품(노예) 소유자와 (아마도 절도범과 일정한 관련이 있는) 어떤 자가 절도범이 절도원인 이득반환청구소권에 기하여 부담하는 채무(반환의무)에 대하여 조건부 문답계약을 한 사안에 관한 것이다.[33] 앞뒤 문맥을 살펴보면 조건 성취 전에 노예가 사망한 경우 원래 채무자인 절도범이 계속 반환의무를 부담하는지가 문제되었는데, 마르켈루스는 전항(제2항)의 경우와 동일하게 해답해야 한다고, 즉 채무자인 절도범은 물건멸실의 위험에서 벗어난다고 해답하고 있다. 그리고 "노예 주인이 자신에게 이행제공된 것을 수령거절하면, 절도범도 절도원인 이득반환청구소권으로부터 벗어난다."고 하는데, 이 역시 전항(제2항)의 quemadmodum 이하의 문장과 대비해보면 앞의 조건부 문답계약만으로 제3자의 이행제공이 있는 것과 같이 절도범의 이행지체가 종료된 것으로 보고 있다. 다만 채무내용이 객관적으로 이행될 수 없는 상황에서 문답계약이 개입한 경우라면 사정은 달라진다. 이 경우는 문답계약만으로는 이행제공이 있었다고 보기 어려우므로 채무자는 계속 지체중이고, 따라서 반환대상인 노예가 사망하더라도 채무자인 절도범은 여전히 책임을 지게 된다.

5. 반환의무자의 상계/공제 항변

로마법상 불법한 점유침탈에 대한 회복을 구하는 자에게 상계는 인정되지 않았지만, 금전배상을 소구하는 경우에는 불법행위로 인한 채무의 경우에도 상계가 인정되었다. 절도원인 이득반환청구의 경우에도 가액반환의 경우라면 반환의무자인 절도범은 자신의 반대채권으로 상계 또는 공제할 수 있었다.[34] 이 점은 고의의 불법행위로 인한 손해배상채권을 수동채권으로 상계하는 것을 금지하고 있는 우리 민법과 다른 점이다(제496조).[35]

---

33) D.46.3.72의 제1항이 이행지체에 빠진 채무자와 조건부 문답계약을 한 사안이고, 제2항이 제3자가 채무자가 모르는 가운데 채권자와 문답계약을 한 사안이고, 제3항이 제3자가 채권자가 조건부 문답계약을 한 사안이다. 기본적으로 3가지 경우 모두 문답계약을 이행제공으로 보아 지체 책임으로부터 해방시키고 있다.

34) Pika (1988), 106.

D.16.2.10.2 Ulp. 63 ad ed.

Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva cetero- rumque maleficiorum, si de ea 〈re〉 pecuniarie agitur, [compensatio] 〈deductio Lenel〉 locum habet: idem est et si condicatur ex causa furtiva. sed et qui noxali iudicio convenitur, [compensationem]〈deductionem Lenel〉 opponere potest.

(불법행위로부터, 가령 절도 또는 기타 불법행위의 원인으로 소권이 발생하는 경우에는 언제든지, 그에 관하여 금전배상이 소구되는 한, [상계]〈공제〉가 적용된다. 절도원인 이득반환청구의 경우에도 마찬가지이다. 그리고 가해자위부소송으로 제소되는 자도 또한 [상계]〈공제〉를 항변할 수 있다.)[36]

Ⅲ. 다른 소권들과의 비교 및 소권경합문제

1. 서

로마법상 절도 사안에서 절도원인 이득반환청구소권 외에 소유물반환청구소권, 절도소권이 발생하는데, 이들은 소권의 성질상의 차이로 인해 원・피고 적격 및 책임범위에서 차이를 보인다. 그리고 이 세 가지 소권 간의 경합관계가 문제된다. 그에 앞서 절도원인 이득반환청구소권도 이득반환청구소권이라는 점에서 다른 이득반환청구소권과의 차이점을 살펴본다.

35) 유스티니아누스 황제법은 불법행위 일반이 아니라 불법한 점유침탈을 당하는 자가 그 회복을 구하는 경우에만 상계를 제한하였다. 우리 민법은 이러한 유스티니아누스 황제법을 보다 일반화한 입법례에 속한다. 이에 대하여는 최병조, 「로마법상의 상계－학설휘찬 제16권 제2장(상계에 관하여) 역주 포함－」, 『로마의 법과 생활』(경인문화사, 2007), 122면 참조.

36) 번역은 최병조, 앞의 논문, 146면에 따랐다. 다만 용어의 통일성을 위해 “절도원인의 부당이득반환청구”만 “절도원인 이득반환청구”로만 바꾸었다.

2. 일반 이득반환청구소권과의 비교

이득반환청구소권은 기원전 3세기 말의 두 개의 평민회의결에서 비롯하는데, 방식서 소송시기에 이르면 확정금(certa pecunia) 또는 확정물(certa res)에 대한 청구를 내용으로 하는 엄정법상의 대인소권(actio stricti iuris)으로[37] 그 청구취지(intentio)가 구체적인 채무원인에 대한 언급이 없이 추상적으로 구성되었다는 점에서 소비대차, 문기계약, 문답계약 등에 있어서까지 활용범위가 매우 넓었다.[38] 그리고 매우 이른 시기부터 절도 사안에 이득반환청구소권이 적용되었던 것으로 보인다.[39]

절도원인 이득반환청구소권도 이득반환청구소권(condictio)이지만,[40] 고전기법에 이르러 소유권이전(datio)과 원인 없음(sine causa)을 요건으로 하는 일반적인 이득반환청구소권과 비교할 때 두 가지 점에서 차이가 있다.[41] 첫째로, 절도원인 이득반환청구소권의 경우 소유권이전(datio)이 없다.[42] 절도를 통해서는 소유권이 이전되지 않기 때문이다.[43] 그래서 둘째로, 소유물

---

37) 그것과 대비되는 것은 誠信소권(actio bonae fidei)이다. 양자의 차이에 대하여는 최병조, 『로마법강의』(박영사, 2004), 527면 참조.

38) Liebs (1986), 170ff.; Kaser, *DRP* (1971), 593.

39) Kaser, *DRP* (1971), 593, 618도 condictio 소권의 기원이 아마도 절도와 같이 불법행위에 기해 취거한 금전의 보유에서 기인하였을 것으로 추측하고 있고, Liebs (1986), 169f.도 condictio의 역사적 설명을 하면서 절도원인 이득반환청구소권을 가장 먼저 언급하고 그로부터 condictio ex iniusta causa가 파생된 것으로 보고 있다. 정병호(2012. 8), 11면 + 주 26에서는 condictio 소권에 있어 datio와 sine causa를 요건으로 하는 고전전법학으로 인해 이득자에게 소유권이 이전되지 않는 침해부당이득에 해당하는 경우에는 고전전법학에서 인정된 condictio ex iniusta causa가 배제되었다고 한다. 그러다가 나중에 원수정 시기에 일부가 condictio furtiva로 부활하게 되었다고 한다.

40) D.12.1.9.1 Ulp. 26 ad ed.
Competit haec actio [= certi condictio] etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. sed et si ex senatus consulto agetur, competit haec actio, veluti si is cui fiduciaria hereditas restituta est agere volet.

41) Kunkel/Honsell, *Römisches Recht* (1987), 355. 한편 다수설은 절도원인 이득반환청구소권의 특이성에 주목하여 이는 다른 이득반환청구소권과는 독자적인 소권으로 보고 있는데, Pika (1988)는 절도원인 이득반환청구소권도 단순히 이득반환청구소권의 한 적용예이고 일반적인 이득반환청구소권의 규율과 전적으로 합치한다는 입장이다.

42) Ulrich von Lübtow (1951), 114f.는 이득반환청구소권의 청구취지상의 dare oportere에서 'dare'는 법률소송시기에서는 단지 '주다'("dem Zugriff freigeben) 정도를 의미하였고 나중에서야 '소유권이전'으로 제한되게 되었다고 한다. 그렇게 되자 절도사안에 부여하던 condictio가 변종으로 되고 이를 다른 유형의 condictio와 구별하기 위해 condictio ex furtiva causa라고 부르게 되었다고 한다.

반환청구소권(rei vindicatio)과 선택적으로 경합한다.[44] 따라서 일반적인 이득반환청구소권은 자신 물건에 대하여는 청구할 수 없지만 절도원인 이득반환청구소권은 그것이 가능하였다.[45]

한편 토지로부터 축출당한 자에게 축출자를 상대로 이득반환청구소권을 부여할 것인가에 대하여 라베오는 부정설이지만, 켈수스는 긍정설이다. 라베오가 부정설을 취한 것은 토지 축출 사안의 경우 재산권이전(datio)이 있는 것도 아니어서 일반적인 이득반환청구소권이 성립할 수 없고, 또 부동산은 절도의 객체가 될 수 없으므로[46] 절도원인 이득반환청구소권도 부여할 수 없기 때문으로 보인다. 이에 대하여 켈수스는 동산 절도 사안에 유추하여 이득반환청구소권을 부여하고 있다는 점에서 주목할 만하다.

D.47.2.25.1 Ulp. 41 ad Sab.

Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta.

(그리하여 질문: 어떤 자가 토지로부터 폭력으로 축출되면, 축출한 자를 상대로 이

---

43) 그러므로 이 경우 청구취지상의 dare oportere는 소유권의 이전이 아닌 원물 회수로서의 점유의 이전을 의미한다.

44) 한편 사비니는 절도원인 이득반환청구소권이 condictio sine causa의 일종이었는데, 다만 피고가 더 이상 물건을 점유하고 있지 않더라도, 바로 그 경우에 이 소권이 효용이 있다고 본다. 또한 금전 절도의 경우 절도가 훔친 금전을 자신의 금전과 혼화시킨 경우(혼화여부는 절도의 임의에 달린 것임) 소유물반환청구는 기각되는데, "이러한 당혹감과 위험으로부터 벗어나기 위하여" 물건이 현존하여 소유물반환청구가 가능하더라도, 도둑을 상대로 예외적으로 condictio 소권을 부여하는 것이 "공정하다"고 본다. Savigny (1841), 553ff.

45) D.13.3.1.1. Ulpianus 27 ad ed.
Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili abrepta.
(그런데 누구도 자신의 물건을 이 소권으로 청구할 수 없는데, 다만 이것이 가능한 사유들, 가령 절도원인에 의하거나 폭력으로 강탈된 동산의 경우에는 그렇지 않다.)

46) 로마법상 절도의 개념에 대한 두 학파 간 대립에 관하여는 최병조, 『로마법강의』(경인문화사, 2004), 260면 이하 참조. 사비누스 학파는 평가법학적 전통에서 타인의 보유하는 재화가치에 대한 침해, 즉 타인의 물건 또는 그 용익 또는 그 점유의 비난가능한 저촉(抵觸)으로 보아서 "부동산 절도"도 인정하였으나, 프로쿨루스학파에서 절도는 타인물건의 은밀한 취거(절취. rem alienam clam amovere) 행위로서 구성요건적으로 엄격히 규정하여서 부동산은 절도의 객체에서 제외되게 된다.

득반환청구될 수 있는가. 라베오는 부정설이다. 그러나 켈수스는 점유가 이득반환청구될 수 있다는 견해였는데, 흡사 可動物이 절취된 경우처럼 그러하다고 한다.)

다음의 개소를 보면 동일한 사안에 대한 사비누스와 켈수스의 견해가 보다 상세하게 전해진다. 사비누스는 축출자를 상대로 토지를 이득반환청구할 수 있다고 보는데, 이에 대하여 켈수스는 소유자만이 "토지" 자체를 이득반환청구할 수 있고, 소유자가 아닌 경우에는 "점유"를 이득반환청구할 수 있다고 본다.

D.13.3.2 Ulp. 18 ad Sab.
Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.
(폭력으로 누군가를 토지로부터 축출한 자를 상대로도 토지가 이득반환청구소권으로 청구될 수 있다고 사비누스가 기술하고, 켈수스도 그러한데, 다만 축출당하여 이득반환청구소권으로 청구하는 자가 소유자인 경우에만 그러하다고 한다. 반면에 그가 그렇지 않은 경우라면 그는 점유를 이득반환청구소권으로 청구할 수 있다고 켈수스는 말한다.)

이른바 점유 이득반환청구소권(condictio possessionis)으로 알려진 이러한 켈수스의 견해는 절도원인 이득반환청구소권의 확장 적용으로 평가될 수 있는데,[47] 이는 로마법상 이득반환청구소권(condictio)이 가지는 추상성으로 인해 가능하였다고 볼 수 있다.[48] 로마법의 경우 사용차주나 임차인과 같은

47) Kunkel/Honsell (1987), 352f. 이에 대하여 정병호(2012. 8), 24면에서는 사비누스의 견해는 고전전법학의 condictio ex iniusta causa의 전통에 따른 것이고, 켈수스는 고전법학의 관점에서 소유와 점유를 준별하여 하는 것에서 출발하여 고전전법학의 열린 부당이득법을 수용한 것으로 평가한다.
48) Pika (1988), 73은 이득반환청구소권의 방식서상의 청구취지가 추상적으로 작성되었으므로 절도원인 이득반환청구소권이라 하더라도 "절도"에 대한 언급이 있을 필요가 없고, 따라서 법률가들은 절도소권의 경우보다 자유로웠다는 점을 지적한다.

타주점유자는 점유보호를 받지 못하였고, 민법에서와 같이 이들이 소유자의 물권적 청구권을 대위행사하는 것도 인정되지 않았으므로 그 한도에서 구제수단의 공백이 있었던 것인데, 각 소권별 요건상의 엄밀성에 따라 이를 부정한 라베오와는 달리, 켈수스는 이를 동산 절취 사안을 유추하여 "부정당한 원인에 기한 보유"로 보아 점유에 대한 이득반환청구소권을 인정하고 있다는 점에서 의미가 있다.

한편 절도원인 이득반환청구소권과 일반 이득반환청구소권은 동종의 소권이므로 두 개가 서로 다른 주체에게 성립하더라도 그중 하나를 행사하면 다른 하나는 소멸한다. 가령 재산관리인이 사무를 위탁한 본인의 채무변제를 위해 자신의 주화를 공여하였으나 그것이 비채였고 수령자가 이를 악의로 수령한 경우 재산관리인과 본인 중 누구에게 절도원인 이득반환청구소권이 귀속되는지가 문제되는 사안에서 폼포니우스는, 변제에 사용된 주화의 소유자였던 재산관리인을 도품의 소유자로 보아 절도원인 이득반환청구소권은 그에게 속한다고 보면서, 비채변제를 본인이 추인하는 경우에는 그 효과로서 본인이 비채 이득반환청구소권(condictio indebiti)을 갖게 되고,[49] 다만 양자 중 하나가 행사되면 다른 소권은 배제된다고 답하였다. 만약 본인이 수령자를 상대로 비채 이득반환청구소권을 행사한다면 재산관리인은 내부관계에 기하여 변제를 위해 지출한 비용과 관련하여 본인과의 정산이 이루어질 것이다.

D.h.t.18 Scaevola 4 quaest.

Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum

49) Pika (1988), 54는 스카이볼라와 폼포니우스가 켈수스의 이른바 통과취득이론에 따라 정상적이라면 재산관리인의 금전의 소유권이 본인을 거쳐 변제수령자에게 이전되어야 하는데, 악의의 비채변제수령이므로 금전의 소유권은 본인에게 머물게 되고 그에 따라 본인이 이득반환청구소권(이를 절도원인 이득반환청구소권으로 보고 있음)을 취득한다고 보고, 다만 재산관리인이 본인의 추인 전에 금전지급으로 이미 취득한 절도원인 이득반환청구소권은 여전히 그에게 남는다고 본다. 그러나 추인의 효과는 비채변제로 인한 효과를 본인에게 귀속시키는 것이므로 이때 condictio는 "비채" 이득반환청구소권으로 보는 것이 타당해 보인다.

habeam quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur.
(비채인 주화를 알면서 수령한 경우 절도가 되므로, 재산관리인이 자신의 주화로 변제하는 경우, 그 자신이 절도를 당한 것인지를 살펴보아야 한다. 그리고 폼포니우스는 서간집 제8권에서 曰: 그 자신[= 관리인] 절도원인 이득반환청구소권으로 청구한다. 그러나 비채로 공여된 것을 내가 추인하는 경우에는 나도 [비채] 이득반환청구소권으로 청구한다. 그러나 둘 중 하나의 이득반환청구소권으로 다른 이득반환청구소권은 배제된다.)

3. 절도소권과의 비교

양자는 기본적으로 '절도'를 요건으로 발생하지만, 법적 성질과 소송당사자의 적격에 있어 차이를 보인다. 법적 성질과 관련하여 절도소권이 징벌소권(actio poenalis)이라면, 절도원인 이득반환청구소권은 物追及소권(actio reipersecutoria)이다(Inst.4.1.19).[50] 양자의 비교는 D.h.t.7.1.에 잘 서술되고 있다.

D.h.t.7 Ulpianus 42 ad Sab.
Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. ea res facit, ut neque furti actio per condictionem neque condictio per furti actionem consumatur. is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem.
(절도소권은 법정의 징벌금을 청구하지만, [절도원인] 이득반환청구소권은 물건 자체를 청구한다. 이 점이 절도소권이 이득반환청구소권을 통하여 또 이득반환청구소권이 절도소권에 의하여 소진되지 않게 한다. 따라서 절도를 당한 자는 절도소권과 이득반환청구소권과 소유물반환청구소권을 가지고, 또 제시소권도 가진다.)

---

50) 고전후기법에 이르면 징벌소권으로서의 절도소권과 物추급소권으로의 절도원인 이득반환청구소권의 병존이 깨지고 하나의 단일한 배액소권으로 통합되게 되지만, 유스티니아누스 황제는 고전법에 좇아 양자를 다시 분리시켰다. Kaser, *DPR* (1975), 433f.

이러한 법적 성질의 차이로 인해, 당사자 적격에 있어서 차이를 보인다. 먼저 원고적격과 관련하여 절도소권은 물건이 온전할 것(rem salvam esse)에 이익을 가지는 자에게 인정되지만,[51] 절도원인 이득반환청구소권은 소유자에게만 인정된다(Ulp. D.h.t.1). 그리고 피고적격과 관련하여 절도소권의 경우 절도범의 상속인을 상대로는 행사할 수 없지만,[52] 절도원인 이득반환청구소권의 경우 절도범의 상속인을 상대로도 행사 가능하다.

절도소권과 절도원인 이득반환청구소권은 그 법적 성질이 상이하므로 양자는 중첩적으로 행사 가능하고 서로에 대하여 영향이 없다.[53] 그러므로 절도에 대하여 배상액이 타결된 경우에도 절도원인 이득반환청구소권에는 영향이 없다(Ulp. D.h.t.7.pr.).

이러한 법적 성질의 차이로 인해 피고가 여럿인 경우 어느 소권이냐에 따라 상이하게 처리된다. 절도소권의 경우 징벌소권이라는 점에서 각자가 전부(in solidum) 책임을 지지만, 절도원인 이득반환청구소권의 경우에는 그 중 1인이 반환의무를 이행하면 전부 책임을 면하게 된다.[54]

C.h.t.1 Diocl./Maxim. AA. et CC. Hermogeni. (a.294)

Praeses provinciae sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferre sententiam curabit.

---

51) Inst.4.1.13
Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit quam si eius intersit rem non perire.
(그런데 절도소권이 인정되는 자는, 소유자가 아니더라도 물건이 보존되는 것에 이익을 가지는 자이다. 따라서 소유자라 하더라도 물건을 잃지 않는 것에 이익을 가지는 경우에만 절도소권이 인정된다.)

52) 소제기 전이라면, 징벌소권의 이른바 '속죄'는 가해자만이 부담하였다. G.4.112 = Inst.4.12.1.

53) Pika (1988), 108; Zimmermann (1992), 942f. 따라서 결과적으로 비현행도의 경우에는 3배액(2배액 + 1배액)을, 현행도의 경우에는 5배액(4배액 + 1배액)을 얻을 가능성이 있었다고 한다.

54) 이 칙법에 대하여는 Levy (1918), 284 참조. 절도소권의 경우 상호 중첩적(kumulativ nebeneinander)이지만 절도원인 이득반환청구소권은 상호 소진관계("Konsumptionsverhältnis")에 있다고 한다. 이는 민법상 이른바 '부진정연대채무'에 해당한다(제760조 참조).

(지방道伯들은, 실로 절도소권으로 각자가 전부 책임진다는 것을 알거니와, 반면에 절도로 취거된 주화들에 대한 이득반환청구소권의 경우 [피고를] 선택하고 그중 1인에 의해 만족된 경우에만 나머지들이 채무해방된다는 견해를 법에 따라 공표하도록 조치할지어다.)

4. 소유물반환청구소권과의 비교

절도원인 이득반환청구소권과 소유물반환청구소권은 物추급소권(actio rei-persecutoria)이라는 점에서는 동일하지만, 전자는 대인소권(actio in personam)이고 후자는 대물소권(actio in rem)이라는 점에서 차이가 있다. 또한 소권행사의 요건과 상대방에 있어서 차이를 보인다. 우선 소유물반환청구소권은 점유자를 상대로 하는데,[55] 이때 점유자는 절도범이든 제3자든 불문한다. 반면 절도원인 이득반환청구소권은 절도범 및 절도범의 상속인을 상대로 하는데, 이때 절도범은 점유자가 아니어도 된다.

한편 소유물반환청구소권은 물건이 소 제기 전에 멸실되는 경우(특히 절도범의 과실 없이 멸실된 경우)에는 행사할 수 없다.[56] 하지만 절도원인 이득반환청구소권은 물건이 멸실된 경우에도 존속하는데,[57] 절도범은 "항상 지체중"인 것으로 간주되기 때문이다(Ulp. D.h.t.8.1).[58]

소유물반환청구소권으로 물건의 점유를 회복한 경우 物추급의 효과를 달성하였으므로, 절도원인 이득반환청구소권은 행사할 수 없다(Ulp. D.h.t.10.pr.).

---

55) 소유물반환청구의 당사자와 절차에 관하여는 최병조, 『로마법강의』(박영사, 2004), 420면 이하 참조.

56) 물건이 쟁점결정 전에 멸실·훼손되면, 예전의 법에 의하면 아퀼리우스법상의 책임만이 문제되었고, 이후의 법에서야 악의의 점유자는 악의(dolus)와 과실(culpa)에 대하여 책임을 부담하였다. 쟁점결정 이후 발생한 멸실·훼손의 경우 선악 불문 피고는 고의와 과실에 대하여 책임을 부담하였지만, 피고가 후발적 점유상실을 원용하는 경우에는 무과실을 입증하여 면책될 수 있었다. 우연책임에 대하여는 학파 간 견해가 대립하였다(프로쿨루스 학파는 긍정설, 사비누스 학파는 부정설). Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Auflage (2017), Rz.27.19.

57) 이는 절도소권의 경우도 마찬가지이다.
D.47.2.46 Ulp. 42 ad Sab.
… hoc idem in condictione quoque placet: nam condici furi potest, etiamsi res sit aliqua ratione extincta. …

58) Kaser/Knütel/Lohsse (2017), Rz. 51.7.

반면 절도원인 이득반환청구소권을 먼저 제기한 경우 소유물반환청구를 배제되는지가 문제되는데, 아래의 개소에 의하면, 원물이 현존하는 한, 절도원인 이득반환청구소권에 기한 판결에 기하여 원고가 가액산정액을 받았더라도, 다시금 소유물반환청구하는 것이 배제되지 않음을 알 수 있다.

D.47.2.9.1 Pomponius 6 ad Sab.

Sed si eam a fure vindicassem, condictio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret: quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.

(그러나 그것[도품]을 도둑으로부터 내가 소유물반환청구한 경우, [절도원인] 이득반환청구소권이 나에게 남을 것이다. 그러나 소유권에 관하여 심리하는 심판인의 직권에는, 원고가 이 이득반환청구소권을 포기하는 경우에만 반환될 것을 명하는 것이 포함된다고 말할 수 있다. 그러나 이득반환청구소권에 기하여 앞서 유책판결받은 피고가 소송물 산정액을 변제한 경우에는 피고를 전적으로 면소판결하든가, 아니면 (이쪽이 더 나은 견해인데) 원고가 그 산정액을 반환할 준비가 되어 있는데 그에게 노예가 반환되지 않으면 그가 소송물 가액 선서를 한 상당액으로 점유자는 그에게 유책판결될 것이다.)[59]

위 개소에 의하면 소유물반환청구와 절도원인 이득반환청구소권의 관계를 알 수 있다. 양자는 원칙적으로 서로 경합하고 그리하여 전자를 행사하더라도 후자는 영향이 없다. 하지만 이 경우 후자를 포기하도록 하는 것이 심판인의 직권에 포함된다. 나아가 절도원인 이득반환청구소권으로 이미 승소판

59) 번역은 최병조, 「로마법상의 소송물 가액 선서」, 『서울대학교 법학』 제56권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2015. 6), 45면에 의하였다. 다만 본고에서의 용어의 통일성을 위해 “절도원인의 부당이득반환청구소권”만 “절도원인 이득반환청구소권”으로 변경하였다.

결까지 받고 가액산정액을 변제받은 경우에도－이를 통해 보건대 아마도 원물반환불능으로 보아 가액반환을 받았는데 나중에 원물(여기서는 노예)이 현존하고 있음을 알게 된 사안으로 추측된다－원고가 피고로부터 받은 가액을 돌려주고 소유물반환청구로 원물반환을 구하는 것이 허용되었다. 이 점에서 원물이 현존하는 한, 원물반환을 내용으로 하는 소유물반환청구가 절도원인 이득반환청구소권보다는 우선시되고 있음을 알 수 있다.[60] 그렇다면 절도원인 이득반환청구소권은 절도한 목적물이 멸실・훼손 내지 변형된 경우에 효용이 있게 된다.[61]

5. 기타

후견인이 후견사무를 처리하면서 피후견인의 재산으로부터 물건을 취거한 경우 관리계산・재산분리소권(actio de rationibus distrahendis)이 부여된다(2배액 소권). 이때 후견인이 절도의 고의가 있었던 경우 절도소권으로도 책임지고 절도원인 이득반환청구소권도 성립한다. 절도원인 이득반환청구소권으로 피후견인이 절취된 물건을 반환받으면 목적을 달성하였으므로 이 소송은 종료된다.[62]

한편 이혼이 임박한 상태에서의 부부간 재산 반출의 경우에는 절도소권이 인정되지 않았고,[63] 그 대신 부부간 재산반출소권(actio rerum amotarum)이 인정되었다. 이 소권은 불법행위소권이면서 동시에 物추급소권이었는데, 그 성질은 절도원인 이득반환청구소권이었지만,[64] 그것의 특별소권이었다.

---

60) 최병조(2015. 6), 44면. 한편 원물반환의 간접강제를 위해 원고의 소송물가액선서(iusiurandum in litem)가 활용되었다.

61) 그러나 Kaser, *DRP* (1971), 618 N. 52에서는 절도원인 이득반환청구소권은 물건이 소비나 특정될 수 없어서 소유물반환청구가 적용될 수 없었던 사안에 제한시켜서는 안 된다는 입장이다.

62) D.27.3.2.1 Paul. 8 ad Sab.
Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. utraque autem actione obligatur et altera alteram non tollet. sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo.

63) D.25.2.1 Paulus 7 ad Sab. 참조. 이에 대하여는 Kaser, *DRP* (1971), 618. 고전법학에서 법정관법에 의한 부부재산반출소권이 만들어지게 된 배경에 대하여는 정병호(2012. 8), 11면 주 26 참조.

따라서 이 경우 부부 간에는 절도원인 이득반환청구소권을 배제하였다.[65] 다만 부부간 재산반출소권이 배제되는 경우, 혼인 관계 전이거나 일방의 사망으로 혼인관계가 해소된 경우 등이라면 절도원인 이득반환청구소권이 인정되었다.[66]

6. 소결

로마법상 절도 사안에서는 크게 세 가지 소권이 문제된다.[67] 우선 징벌소

---

64) D.25.2.26 Gaius 4 ad ed. provinc.
Rerum amotarum actio condictio est.
D.25.2.6.4 Paul. 7 ad Sab.
Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva.
D.25.2.21.5 Paul. 37 ad ed.
Haec actio licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva: praeterea et heredibus competit.
D.25.2.29 Tryph. 11 disp.
Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet: nam veritate furtum fit, et si lenius coercetur mulier. quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur: sed si pluris factae non restituuntur quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in condictione furtivae rei.

65) 후대에 이르면 (아마도 유스티니아누스 황제에 의하여) 양자가 선택가능하게 되었다는 견해로 Zimmermann (1992), 943, 주 163.

66) D.25.2.3.2 Paulus 7 ad Sab.
Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei cui heredes simus furtum fecit, vel nobis antequam nuberet: tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem dicimus.
D.25.2.6.5 Paulus 7 ad Sab.
Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent.
혼인관계 중에 처가 남편의 재산을 절취한 경우에는 부부간 재산반출소권은 배제되지만 이득반환청구소권은 인정된다. 마르켈루스는 "정당한 원인에 기하여 점유하지 않는 자들로부터 만민법상 이득반환청구할 수 있다"고 한다.
D.25.2.25 Marcianus 3 reg.
Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit. sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.
한편 남편의 물건을 반출한 이혼한 딸로 인하여는 家父를 피고로 하는 이득반환청구소권은 특유재산에 대하여 부여된다(Iul.-Paul. D.h.t.19). 뒤의 Ulp. D.15.1.3.12 말미 참조.

67) 절도범과 절도피해자인 도품 소유자 사이에 계약관계(가령 사용대차, 임치 등)가 있었다면 계약소권도 문제될 것이다.

권인 절도소권과 物추급소권으로서의 소유물반환청구소권 및 절도원인 이득반환청구소권이 그것이다. 절도소권과 절도원인 이득반환청구소권은 법적 성질이 다르므로 중첩행사가 가능하다. 절도소권이 2배액 또는 4배액을 내용으로 하는 징벌금소권이고 절도원인 이득반환청구소권은 1배액 소권이지만, 절도소권보다 유리한 점은 절도범의 상속인을 상대로도 행사할 수 있다는 점에 있다. 소유물반환청구소권과 절도원인 이득반환청구소권을 같은 物추급소권이라는 점에서 양자는 원칙적으로 선택적이다. 반환범위에 있어서 소유물반환청구는 완전한 원상회복을 내용으로 한다는 점에서 더 유리하지만,[68] 소유물반환청구소권보다 유리한 점은 쟁점결정 전에 절도범의 과책없이 물건이 멸실된 경우에도 행사할 수 있다는 점이다. 그러나 전승되는 개소에 의하면 원물 현존시에는 절도원인 이득반환청구소권으로 승소판결 받았더라도 소유물반환청구소송을 제기하는 것이 저지되지는 않았다. 그렇다면 절도원인 이득반환청구소권은 아마도 쟁점 결정 전에 목적물이 (절도범의 귀책사유 없이) 멸실되었거나 또는 절도범이 사망하고 상속인만 존재하는 경우에 유용하였을 것으로 보인다.

위의 세 가지 소권의 차이에 대하여 유스티니아누스 법학제요에서 아래와 같이 일목요연하게 정리하고 있다.

---

68) 소유물반환청구의 원상회복(restituere) 범위와 내용에 대하여는 Kaser/Knütel/Lohsse (2017), Rz.27-18f. 및 아래의 개소 참조.
D.50.16.35. Paulus 17 ad ed.
"restituere" autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam et fructuum.
("원상회복"이란, 심판인절차 수용 즉시 물건이 원고에게 반환되었더라면 원고가 가졌을 제반 이익, 즉 점용취득의 이익 및 과실(果實)의 이익도 함께 원고에게 반환하는 것을 말한다.)
한편 과실반환과 관련하여 쟁점결정 전이면 피고에 의해 수취되고 현존한 과실은 원물과 함께 또는 독립적으로 소유물반환청구할 수 있었고, 후대법에서는 악의의 점유자는 그 밖에 그가 수취하였거나 그의 과실(culpa)로 수취하지 않았던 모든 果實에 대하여 책임이 있었다. 쟁점결정 후에는 피고는 이미 고전기법상 그가 수취한 과실 및 원고가 쟁점결정 이래로 수취할 수 있었을 과실에 대하여 책임이 있었는데, 이것은 원상회복원칙의 영향이라고 한다. Kaser/Knütel/Lohsse (2017), Rz.27.20 참조.

Inst.4.1.19

Furti actio sive dupli sive quadrupli tantum ad poenae persecutionem pertinet: nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet sive alius quilibet: condictio autem adversus ipsum furem heredemve eius, licet non possideat, competit.

(절도소권은 2배액이든 4배액이든 징벌금추급을 위한 것이다. 왜냐하면 물건 자체의 추급권은 외부의 소유자가 가지기 때문인데, 즉 [소유자는] 소유물반환청구소권이나 [절도원인] 이득반환청구소권을 통하여 物추급이 가능하다. 그런데 소유물반환청구소권은 실로 점유자를 상대로 하는데, 점유자가 절도범 자신인지 제3자인지는 무방하다. 그리고 [절도원인] 이득반환청구소권은, 점유자가 아니더라도, 절도범 자신이나 그의 상속인을 상대로 인정된다.)

Ⅳ. 결어: 민법에의 시사점 정리

지금까지『학설휘찬』제13권 제1장의 개소들을 중심으로 로마법상 절도원인 이득반환청구소권에 대하여 살펴보았다. 절도원인 이득반환청구소권은 요건은 절도(furtum)라는 불법행위에 걸려있지만 효과는 이득반환(condictio)이라는 점에서 그 특징이 있고, 후대 법전편찬시기에서도 그 법적 성질에 관한 논의가 계속되다가 결국 불법행위법(usus modernus legis Aquiliae)과 일반부당이득법에 흡수되어 독자의 부당이득 유형으로 남지는 못하였다.[69] 그러나 로마 소권법체계하에서 이 소권은 독특한 지위를 가지고 있었고, 그 점에서 절도와 관련한 로마법의 대응을 이해함에 있어 중요하다.

로마법상 민사불법행위로서 절도(furtum)의 경우 – 세부적인 내용에 있어서는 차이를 보이지만 – 민법에서와 마찬가지로, 소유물반환청구소권과

69) Zimmermann (1992), 948.

불법행위 소권으로 절도소권이 구제수단으로 부여된다. 가이우스에 의하면, 그 외에 절도원인 이득반환청구소권이 또 부여되는 것은 “절도범에 대한 혐오”에서 비롯되었다고는 하나, 소권법 체계하에서 이 소권의 필요성과 나름의 장점이 있다. 우선 소유물반환청구소권과는 달리 절도범만 찾아내면 그가 점유하지 않더라도 책임을 물을 수 있었고, 징벌소권이 아닌 物추급소권이라는 점에서 절도소권과는 달리 그 상속인에게도 책임을 물을 수 있다. 무엇보다 쟁점결정 전에 절도범의 귀책사유 없이 물건이 멸실되었더라도 반환책임(가액반환)을 물을 수 있었다는 점에서 소유물반환청구소권보다 유리한 점이 있었다. 반환범위는 원칙적으로는 “원고의 이익상당액” 즉, 원물 또는 가액에 과실 등이 포함된다. 나아가 절도범이 지출한 비용공제 항변이 인정되지 않는다는 점, 심판인절차 수용시점에서의 시가 상승분에 대한 책임도 절도범이 부담한다는 점이 특징이다. 그리고 주목할 점은 그 근거로 “절도범은 항상 이행지체로 간주된다”(Ulp. D.h.t.8.1: semper enim moram fur facere videtur)는 것이 원용된다는 것이다. 그러므로 절도범의 이행제공이 있기 전에 물건이 멸실되면 절도범은 가액반환의 책임을 부담한다. 다만, 원물이 현존하는 경우 소유물반환청구가 우선시되는 것으로 보이나, 양자 중 어느 것을 행사할 것인지는 어디까지나 소유자의 선택에 달려 있었다.

마지막으로 민법과의 비교를 통한 시사점을 간단히 정리하고 글을 마무리 짓기로 한다. 민법상 절도범에 대한 소유물반환청구의 경우 물건이 “점유자의 책임있는 사유로 인하여 멸실 또는 훼손”된 때에는 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상하여야 한다(제202조). 이는 불법행위 책임(제750조)과 같은 것이라고 설명되고 있는데, 만약 점유자의 책임 없는 사유로 인한 멸실의 경우에는 어떠한지가 문제된다. 절도범의 경우 그 반환의무에 있어서 로마법에서와 같이 “항상 지체중”으로 보게 되면, 제392조가 적용되어 자신에게 과실이 없더라도 이행지체 중에 생긴 손해를 배상하게 되는데 그것이 타당해 보인다. 우리 판례가 피해의 신속한 배상을 위해 불법행위로 인한 손해배상채권은 손해 발생과 동시에 이행기에 이르게 되는 것으로 보고 있다는 점에서[70] 결론에서는 로마법과 같이 한다고 볼 수 있다.

한편 부당이득법적 반환이 문제되는 경우에는, 절도범이 물건을 사실상 처분하여 멸실시킴으로 인해 물건이 반환불능이 되었다면 '물권의 귀속침해'에 해당하여 그로 인해 절도범이 실제 아무런 '이득'을 얻지 않았더라도(가령 절도범이 물건을 절취한 후 곧바로 버리거나 파손시킨 경우라 하더라도) '이득'을 얻은 것으로 보아야 할 것이다. 물건에 대한 사실상 처분은 법률상으로는 소유자에게 귀속된 처분권능의 행사이기 때문이다(제211조). 이는 로마법상 절도범의 귀책사유 불문하고 원물 반환불능의 경우에는 1배액의 가액산정이 이루어지는 것과 상응된다.

마지막으로 절도범이 도품의 점유 중에 지출한 비용의 상환청구, 나아가 가공의 경우를 살펴본다. 민법은 객관주의 입장에서 기본적으로 그것이 필요비라면 전부, 유익비라면 회복자의 선택에 좇아 지출금액 또는 증가액의 상환을 인정하고 있다(제203조). 다만 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못하는데(제203조 제1항 단서), 절도범이 도품을 점유하고 있는 것이 사용이익을 취하고 있다고 보면 통상의 필요비는 청구하지 못할 것이다.[71] 한편 유익비의 경우 그것이 물건의 가액의 증가를 초래한 것이라면 상환청구가 인정된다.[72] 로마법과 비교해 보자면, 우선 필요비의 경우 앞서 살펴보았듯이(Ful.-Paul. D.h.t.13) 유아 노예를 절취한 절도범이 자신의 비용으로 양육하여 노예가 장성하게 된 경우 지출한 양육비용은 필요

70) 대법원 1966. 10. 21. 선고 64다1102 판결; 1999. 12. 28. 선고 99다50071 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다30263 판결 등.

71) 판례도 물건의 사용이익과 과실수취를 동일하게 취급한다. 대법원 1964. 7. 14. 선고 63다1119 판결은 "민법 제203조 제1항 후단에 의하여 물건의 점유자가 과실을 취득한 경우에는 회복자에게 통상의 필요비는 청구하지 못하는바 점유자가 그 물건을 이용한 경우에도 위 조문의 정신에 비추어 이를 구별할 것이 아니라 같이 취급되어야 한다고 할 것"으로 보고 피고는 원고에 대하여 선박에 대한 수리비를 청구할 수 없다고 판시하였다. 반대설: 송덕수, 『물권법』 제2판(박영사, 2014), 250면.

72) 우리 민법은 프랑스민법의 태도를 좇아, 독일민법과는 달리, 점유자의 선의・악의를 불문하고 비용상환을 인정하고 있다. 『민법주해』(박영사, 1992), 제203조, 409면(양창수 집필부분); 『주석민법』(한국사법행정학회, 2011), § 203, 382면 참조(김형석 집필부분). 따라서 절도범의 경우에도 도품에 지출한 비용이 객관적인 가액증가를 초래한 유익비라면 상환청구가 인정될 것이다. 다만 절도범은 불법점유자이므로 유치권은 인정되지 않는데(제320조 제2항), 유익비상환청구에 있어서도 회복자의 청구에 의해 법원이 상당한 상환기간을 허여하게 되면 점유자의 비용상환청구권은 변제기 미도달로 인해 유치권이 성립하지 않게 된다(제203조 제3항).

비이지만 절도범은 비용상환을 청구할 수 없다. 민법에 의하더라도, 절도범이 노예의 양육과정에서 그 노예의 노무제공을 통해 사용이익을 얻었다면 통상의 필요비를 청구할 수 없다는 점에서는 동일한 결론으로 될 것이다. 그러나 절도범에 관한 한 단호한 입장을 취하고 있는 로마법에 비추어 볼 때, 유익비상환청구와 관련하여서는 다른 결론이 도출될 것이다. 이는 절도범이 도품을 가공한 사안에서 확인할 수 있다. 민법상 가공 법리에 따르면 기본적으로는 원재료 소유자에게 소유권이 속하지만, 가공으로 인해 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액으로 된 때에는 가공자의 소유권 취득을 인정한다. 따라서 그 경우 재료의 소유권을 상실한 소유자는 부당이득에 관한 규정으로 보상을 청구할 수 있을 뿐이다(제261조).[73] 로마법상으로는, 銀을 절취한 후 가공하여 잔을 만든 경우에도 가공물인 잔이 반환청구될 수 있도록 하며 이때에도 역시 절도범은 자신이 지출한 가공비용에 대한 보상을 청구할 수 없게 한다(Ful.-Paul. D.h.t.13). 이러한 로마법의 배후에는 "절도범에 대한 혐오"와 아울러 物추급을 통한 신속한 피해구제에 대한 고려가 깔려 있다고 볼 수 있다.

▌참고문헌

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.

Digest-Monro = *The Digest of Justinian*, translated by Charles Henry Monro, Vol. 2, Cambridge University Press, 1909: Digitized by the Internet Archive in 2007 with funding from Microsoft Corporation (서울대학교 중앙도서관 홈페이지 제공)

---

73) 타당하게도 판례는 이를 법률요건준용으로 본다. 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다15602 판결. 한편 성중모, 「첨부 관련 손해보상청구권의 非역사성-법전편찬 전 독일에서의 학설상황과 입법과정을 중심으로-」, 『중앙대학교 법학논문집』 제34집 제2호(중앙대학교 법학연구소, 2010. 8), 39면 이하는 첨부 관련 보상문제는 비용상환의 일례로 종래 물권법적 해결을 해오다가 판덱텐 법학에 이르러 부당이득법을 통한 채권적 방식으로 해결하는 것으로 그 패러다임이 바뀌게 되었다고 분석한다.

Digesten-Otto = *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*, 1932.

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

곽윤직 편집대표, 『민법주해』 [IV] 물권(1), 박영사, 1992.

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

김용담 편집대표, 주석민법[물권(1)], §185~§261, 한국사법행정학회, 2011.

김형배, 『사무관리・부당이득』, 박영사, 2003.

박세민, 『삼각관계상의 부당이득』, 서울대학교 법학박사학위논문, 2007. 2.

성중모, 「첨부 관련 손해보상청구권의 非역사성－법전편찬 전 독일에서의 학설상황과 입법과정을 중심으로－」, 『중앙대학교 법학논문집』 제34집 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2010. 8, 39~74면.

양창수, 「부당이득에 관한 일반규정의 사적형성」, 『서울대학교 법학』 제30권 제1・2호, 서울대학교 법학연구소, 1989. 5, 138~180면.

정병호, 「로마법상 부당이득에 관한 소고」, 『재산법연구』 제29권 제2호, 한국재산법학회, 2012. 8, 1~33면.

최병조, 『로마법강의』, 박영사, 2004.

_____, 「로마법상의 상계－학설휘찬 제16권 제2장(상계에 관하여) 역주 포함－」, 『로마의 법과 생활』, 경인문화사, 2007, 95-165면(원 게재처: 『서울대학교 법학』 제43권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2002. 3, 216~271면).

_____, 「로마법상의 소송물 가액 선서－D.12.3에 대한 주해를 겸하여－」, 『서울대학교 법학』 제56권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2015. 6, 1~83면.

_____, 「로마법상의 학설대립－가공의 경우(상)－」, 『로마법연구』 I, 서울대학교 출판부, 1995, 240~285면(원 게재처: 『서울대학교 법학』 제27권 제2・3호, 서울대학교 법학연구소, 1986. 9, 99~125면).

_____, 「로마불법행위법연구: Lex Aquilia」, 『로마법연구』 I, 서울대학교 출판부, 1995, 387면 이하(원 게재처: 『서울대학교 법학』 제29권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1988. 4, 117~135면).

Kunkel/Honsell, *Römisches Recht*, in Vierter Auflage, 1987.

Levy, Ernst, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen: im klassischen römischen Recht*, Erster Band, 1918.

Liebs, Detlef, "The History of the Roman Condictio up to Justinian", in: Neil MacCormick & Peter Birks (eds.), *The Legal mind Essays for Tony Honoré*, 1986, 169ff.

Lübtow, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, 1951

Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, erster Abschnitt, Zweite neubearbeitete Auflage, 1971;

zweiter Abschnitt, Zweite, neubearbeitete Auflage, 1975.
Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, Juristische Kurz-Lehrbücher, 21. Auflage, 2017.
Pika, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im Klassichen römischen Recht*, 1988.
Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Fünfter Band, 1841.
Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1992.

〈Abstract〉

Condictio furtiva (D.13.1) in Roman Law

Lee, Sanghoon*

This article is intended to examine the *condictio ex causa furtiva* (abbreviated *condictio furtiva*) in Roman law focusing on the D.13.1 *De condictione furtiva.* When a delict of theft (*furtum*) had been committed, remedies were given to the injured, mostly to the owner of the stolen goods, in Roman law: *rei vindicatio* for the return of the goods itself and *actio furti* for the twofold or fourfold compensation. In addition, *condictio furtiva* was granted for the return of the goods itself or its value because of "detestation towards the thief" (*odium furum*) according to Gaius (G.4.4). *Condictio furtiva* had its own usefulness and advantages under the Roman *actio system*. First of all, unlike *rei vindicatio*, the owner (or his heir) could hold the thief responsible even if he ceased to possess the stolen goods. Also the owner could trace the stolen goods or its value to the heir of the thief because it was not an *actio poenalis* but an *actio reipersecutoria*. Above all, it had an advantage in that it was possible to exercise even if the stolen goods had been lost or destructed without any fault of the thief before a *litis contestatio* took place. The scope of the obligation to return included "*quod intersit agentis", i.e.* extended to the fruits of the stolen goods or its value. Furthermore, it was characterized by the expanded range of damages, in that

* Lecturer (Ph.D. in Law), University of Seoul Law School

the thief had to compensate for the rise in market price at the time of *iudicium acceptum*. A notable point is that one of the reasons for this wider range of liability was because “the thief is always regarded as delaying his or her performance” (Ulp. D.h.t.8.1: *semper enim moram fur facere videtur*). Therefore, even if the stolen goods had been lost or destroyed before delivery, the thief was responsible for returning its value. In case the goods still existed, *rei vindicatio* was given priority, but it ultimately depended on the owner’s choice as to which one should be exercised. In the conclusion, some implications for the Korean civil law is added.

[Key Words] *furtum, condictio furtiva, condictio, actio furti, rei vindicatio, fur semper in mora,* unjustified enrichment, reversal of enrichment

접수일 : 2018. 2. 19. ‖ 심사개시일 : 2018. 3. 23. ‖ 게재확정일 : 2018. 4. 11