

로마법상 변제와 변제수령*

- Paulus D.12.6.6을 중심으로 -

이상훈**

목 차

- I. 고찰대상 개소
- II. 사안유형의 분류
- III. 진정한 재산관리인이 개입한 사안
 - 1. 재산관리인이 변제한 경우
 - 2. 재산관리인이 변제를 수령한 경우
 - 3. 본인과 재산관리인 사이의 내부관계 정산
 - 4. 정리 및 소결
- IV. 권한 없는 관리인이 개입한 사안
 - 1. 재산관리인이 아닌 자가 변제한 경우
 - 2. 권한 없는 관리인이 변제수령한 경우
 - 3. 권한 없는 관리인의 절도 책임이 문제되는 경우
- V. 結語

[국문 요약]

이 글에서는 로마법상 변제 및 변제수령과 관련하여 재산관리인 또는 권한 없는 관리인이 개입한 사안을 중심으로 살펴본다. 직접대리가 인정되지 않았던 로마에서는 재산관리인(procurator)이 중요한 역할을 담당하였는데, 주로 斗護관계(patronatus)에서 해방노예가 재산관리인으로서 내부적 위임계약의 체결 없이 자신의 전 주인의 재산관리를 맡아왔고, 따라서 간접대리 구조하에서 사무관리법을 통하여 내부정산이 이루어졌다. 그 후 해방노예의 지위 향상과 함께 출생자유인도 재산관리인으로 선임되는데 이때에는 사무를 위탁한 본인과 위임계약이 맺어지고 이에 따라 내부관계 정산에서 위임법이 적용된다.

금전변제의 경우 자금의 출생자가 아닌 변제명의자에게 그 효과를 귀속시켰는데, 이는 재산관리인이 개입된 사안에서도 마찬가지였다. 유효한 변제가 이루어지면 주화의 소유권이 이전된다. 다만 비채변제 또는 권한없는 관리인이 개입한 경우와 같이 변제가 효력이 없는 경

* 이 논문은 2018년 4월 21일(토) 한국법사학회 제124회 정례학술발표회에서의 발표문을 수정한 것이다. 유익한 심사평을 해주신 세 분의 심사위원회 감사드린다.

** 한국법학원 연구위원(법학박사), ichshy05@snu.ac.kr

우에, 주화 소유자의 소유물반환청구 또는 그 代用으로서의 이득반환청구소권의 행사와는 별도로, 본인은 추인을 통해 그 법률효과의 귀속 여부를 결정할 수 있었고, 그에 따라 부당 이득반환관계의 당사자가 정해졌다는 점도 특징적이다. 특히 채권자 측의 권한 없는 관리인이 변제수령함에 있어서 영득의사가 있어서 절도가 성립하는 경우 3자간의 법률관계를 소권 양도를 통해 간명하고 적절하게 처리하고 있는 점이 눈에 띄는데(Pap. D.47.2.81.5; D.47.2.81.7), 이것은 민법상 변제자대위 제도에 해당하는 것이다(제482조 제1항 참조).

[주제어] 변제, 변제수령, 재산관리인, 권한 없는 재산관리인, 금전채무, 비채 이득반환 청구소권, 변제자대위

I. 고찰대상 개소

이 글에서는 로마법상 변제와 변제수령 사안을 Paul. D.12.6.6 개소를 중심으로 살펴본다. 학설회찬 중 비채변제에 관한 장(D.12.6 R. De conditione indebiti)에 위치한, 파울루스 『사비누스 주해』가 출처인 아래의 개소는 재산관리인(procurator)¹⁾이 개입하여 이루어진 변제 및 변제수령 사

1) 우선 로마법상 procurator는 매우 폭넓은 의미로 사용되고 있는데, 이 글에서는 민사법상 맥락에서 “재산관리인”(독일어로는 Geschäftsführer, Vermögensverwalter)을 쓰기로 한다. 민법상 재산관리인은, 가령 부채자 재산관리인(민법 제22조 이하), 상속재산관리인(제1023조, 제1040조, 제1047조, 제1053조) 외에도 무상으로 자에게 재산을 수여한 자가 지정한 재산관리인(제918조 제2항)이 있다. 이들은 본인이 정하거나 법원이 선임한다.

로마법상 재산관리인(procurator)은 비교적 古時에는 해방노예가 이를 맡았는데, 공화정 초기 이래로 부자나 고위직 관료 특히 황제가 자신의 재산 전부 또는 일부의 관리를 위해(proc. omnium bonorum) 1인 또는 수인의 재산관리인을 두었다. 이들은 간접대리인이었는데, 해방노예의 법적 지위가 독립성을 가지게 되면서 출생자유인도 재산관리인으로 선임되었고 이 경우에는 사무원리가 아닌 위임법의 규율을 받았다. 이에 대하여는 Kaser, *RP I* (1971), 265f.; Zimmermann, *LO* (1992), 53f., 417f. 특히 후대의 발전과 변화과정에 대하여는 Kaser, *RP II* (1975), 101. D.3.3.1 Ulpianus 9 ad ed.

pr. Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscipit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit. 2. Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri.

고전기 로마법상 재산관리인에 대한 포괄적이고 심도 있는 연구로는 Okko Behrends, “Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts”, *SZ* 88 (1971), 215ff. 참조.

안을 사안유형별로 다루고 있다. 위 개소에서는 공화정 말기 법률가인 라베오(주요활동시기: BC 25~AD 10/11), 고전기 성기의 켈수스(주요활동시기: 100~130)와 율리아누스(주요활동시기: 125~170), 그리고 이를 정리하여 소개하고 있는 고전기 후기의 파울루스(주요활동시기: 175~230)까지 각 시대를 대표하는 로마법률가들의 논변들이 마치 변주곡을 연주하듯이 소개되고 있는데, 이들 각 법률가들의 입장을 어떻게 해석해야 하는지는 흥미를 불러일으킨다. 대상 개소의 원문과 번역문은 다음과 같다(이하 원사료에 대한 행 편집 및 강조는 이해의 편의를 위해 인용자가 한 것이다).

D.12.6.6 Paulus 3 ad Sabinum.

Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti **Labeo** libris posteriorum scripsit:

quod si debitum fuisset, non posse repeti **Celsus**: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea exspectandum [sit]〈est *Mo.*〉, ut ratum habeat.

1. Idem **Labeo** ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti.

2. **Celsus** ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

3. **Iulianus** ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.

(너의 재산관리인이 비채를 변제하였고 네가 추인하지 않는 경우, 반환청구될 수 있다고 **라베오**는 遺稿集에서 기술하였다.

그러나 채무가 있었던 경우라면 반환청구될 수 없다고 **켈수스**는 기술하였다. 어떤 자가 자기 재산의 관리인을 선임한 경우에는 채권자에게 변제하는 것도 위임하는 것으로 인정되고 또 그의 추인을 事後에 기다릴 필요가 없기 때문이다.

1. **라베오** 가로되, 재산관리인에게 비채가 변제되었는데 본인이 추인하지 않는 경우 반환청구될 수 있다.
2. **켈수스** 가로되, 재산관리인에게 채무를 변제한 자는 즉시 채무로부터 벗어나고 추인 여부는 고려되지 않는다. 그러나 그가 비채를 수령한 경우에는 추인이 요구되는데, 왜냐하면 비채를 추심하는 것에 관하여 위임한 적이 없다고 여겨지기 때문이고, 따라서 추인되지 않는 경우, 관리인으로부터 반환청구되어야 한다.
3. **율리아누스** 가로되, 후견인도 재산관리인도 변제함으로써 반환청구할 수 없는데 그들이 자신의 금전으로 변제하든지 아니면 피후견인 또는 본인의 금전으로 변제하든지 차이가 없다.)

위 개소에 나온 논변들을 사안유형별로 구조화하면, 우선 서항(序項)에서 **라베오**가 재산관리인의 변제가 비채변제인 사안을 다룬다. 여기에서 본인의 추인이 없다면 “반환청구될 수 있다”(posse repeti)고만 되어 있어서 누가 반환청구권자인지가 문제된다. 이어서 **켈수스**가 재산관리인이 진채(眞債)를 변제한 사안을 보충하여 다루는데, 켈수스는 재산관리인의 선임은 본인의 채무 변제권한까지 위임한 것이라고 한다. 이어지는 제1항에서 다시 **라베오**가 재산관리인의 비채변제 수령 사안을 다루는데 역시 본인의 추인이 없다면 “반환청구될 수 있다”(posse repeti)고만 되어 있다. 제2항에서 **켈수스**는 먼저 재산관리인이 진채변제 수령을 다룬 후에 비채변제 수령을 다룬다. 켈수스는 재산관리인의 진채변제 사안을 다룬 서항에서와 마찬가지로 변제수령이 관리위임 범위 내인지의 관점에서 접근하는데, 여기서는 반환의무자가 “재산관리인”이라고 명시하고 있다. 마지막으로 이러한 논의 뒤에 제3항에서 **율리아누스**는 재산관리인의 변제 사안을 다루는데, 전제되는 사안이 진채변제인지 비채변제인지는 명확하게 나타나고 있지 않다. 이것을 만약 진채변제 사안으로 본다면 앞선 켈수스와 같이 재산관리인이 반환청구할 수 없다는 것이 되어 당연한 언명이 된다. 그러나 이를 비채변제 사안으로 본다면 앞선 라베오의 견해와는 정반대로 되는 것이고 그렇다면 유의미한 학설대립이 있다고 볼 수 있다.²⁾ 한편 이러한 선배 법률가들의 견해를 순서대로 인용하고 있는 파

올루스 본인의 견해는 정작 위 개소에서 드러나지 않는데, 개소에서 명시되지 않은 파울루스의 견해는 과연 무엇인지도 궁금증을 자아낸다.

한편 위 개소의 원 출처인 파올루스 『사비누스 주해』 제3권에 대하여 레넬은 그 문맥을 유증의 비채변제 사안으로 잡고 있다.³⁾ 로마법상 유증의 비채변제의 경우에는 착오에 의한 경우에도 반환청구가 제한되는 법리가 적용되고 있는데,⁴⁾ 이 개소를 이해함에 있어 유증채무의 변제상황을 전제하여야

- 2) 이에 대하여는 많은 현대 로마법학자들에 의하여 이미 다루어진 바 있다. 가령 Peter Apathy, "Procurator und solutio", *SZ* 96 (1979), 65ff.; Iole Fargnoli, "Paulus - Fragmente mit vermeintlichem Bezug auf die Erfüllung nichtsgeschuldeter Vermächtnisse", *Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies* 7 (2002), 6ff. 및 그곳 9면 주 7에 인용된 문헌 참조.
- 3) Lenel, *Pal.* Vol. I, Paul. fr. 1643 (col. 1256). 다만 3항의 율리아누스 개소는 율리아누스 학설집 제10권 "Si certum petetur"로 보고 있다. Lenel, *Pal.* Vol. I, Iul. fr. 138 (col. 342).
- 4) 유증의 비채변제와 관련한 주요 개소는 아래와 같다.

Gai.2.283: Item <quod> quisque ex fideicommisso plus debito per errorem soluerit, repetere potest; at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo [legato], quod non debitum uel ex hac uel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

이는 유스티니아누스법에 의하여 다음과 같이 변경된다.

Inst.3.27.7: Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. namque definitur veteres: ex quibus causis infitiano lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato, quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata: nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita solvantur non repetuntur.

(그렇지만 일정한 사안에서는 착오에 의하여 비채변제된 것이 반환청구될 수 없다. 즉 옛 법률가들은 다음과 같이 정하였다. [피고가] 채무부인함으로써 판결채무액이 배증하는 사안들에서는 그러한 이유에서 비채변제된 것이 반환청구될 수 없는데, 가령 아퀼리우스법에 기하여, 또 유증에 기하여 변제한 경우가 그러하다. 이것을 옛 법률가들은 실로 [채무내용이] 확정되어 채권적으로 유증된 그러한 유증에서만 적용되기를 원하였다. 그런데 짐의 칙법이 모든 유증 및 신탁유증에 단일한 성질만을 허락하였을 때, 이러한 [채무액의] 증가가 모든 유증 및 신탁유증에 확대되기를 짐은 원하였다. 그러나 이를 모든 受遺者에게 인정했던 것은 아니고, 至聖의 교회 및 기타 경외와 信心을 고려하여 명예롭게 되어 승양받는 곳에 남겨진 것에만 인정되었다. 그러한 것은 비채변제되면 반환청구되지 않는다.)

번역은 성증모, 『유스티니아누스 법학제요』 한글 初譯 - 제3권 번역과 注釋 -, 『법사학연구』, 제46호(한국법사학회, 2012. 10), 647면 이하를 기초로 일부 표현을 수정하였다.

아울러 다음의 개소도 참조.

D.41.10.4.2. Pomponius 32 ad Sabinum.

Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet.

하는지 아니면 보다 일반화하여 이해할 수 있는 것인지의 문제도 남는다.⁵⁾

II. 사안유형의 분류

채권·채무의 소멸사유로서 채무의 이행인 변제는 일반적으로 채무자가 채권자에게 한다. 그러나 변제는 반드시 채무자가 직접 해야 하는 것은 아니고 채무자로부터 변제권한을 부여받은 자가 할 수도 있는데, 대리인(민법 제 114조)의 경우가 대표적이다. 한편 변제수령권자도 일반적으로는 채권자이지만 채권자가 변제수령권한을 타인에게 부여하는 경우가 있다. 변제는 변제수령이든 권한 있는 대리인이 개입하여 이루어진 경우라면 그 효과로서 채권·채무는 소멸하게 된다. 그러나 그것이 비채인 경우라면 자신에게 변제권한을 부여한 채무자 또는 변제수령권한을 부여한 채권자와의 관계에서 복잡한 법률문제가 발생한다. 그리고 여기서 개입한 자가 무권대리인이라면 법률 문제는 더욱 복잡해진다. 우선 그러한 변제가 본인에게 효력이 미치는지 여부, 나아가 변제자와의 관계에서 권리외관 책임 등(가령 채권준점유자에 대한 변제 등)이 문제될 것이다. 그리고 그것이 유효한 변제가 아닌 경우에는 비채변제에 해당하여 ‘채권·채무 소멸’이라는 변제의 효력을 발생시키지 않고, 변제자와 수령자 간에는 부당이득반환의 문제로 된다. 이 경우 본인이

(유증되지 않은 것이 상속인에 의해 그럼에도 불구하고 잘못 인도된 것은 수유자에 의해 점유취득 된다는 소견이다. 왜냐하면 자기 것으로서 점유하기 때문이다.)

위 개소의 번역 및 설명은 최병조, 『로마법상 사용취득(usucapio)의 권원 개념(II) - Pro suo와 Pro possessore를 중심으로 -』, 『서울대학교 법학』 제50권 제3호(서울대학교 법학연구소, 2009. 9), 51면 이하 참조(채권적 유증이 pro soluto 권원으로 인도되었고, 表見권원의 법리가 적용된 개소).

그 밖에 Pap. D.12.6.3 및 Paul. D.12.6.4가 있는데, 이는 유증이 이행된 후에 의외의 사유로(가령 예기치 않은 유복자의 탄생, 귀국복귀권으로 이들이 귀환한 경우, 새로운 유언이 제출된 경우) 유언 상속이 무위로 되는 경우 유증채무를 이행한 상속인을 보호하는 취지로 보인다. 이 경우 상속회복 청구권을 행사하는 자에게 수유자를 상대로 준소권이 부여되고, 선의의 수유자는 현존 이득 한도로 책임을 지게 된다.

- 5) Behrends (1971), 282ff.에서는 그러한 맥락을 살려 번역하고 이해하고 있는 반면, Fargnoli (2002), 12ff.는 위 개소는 유증의 비채변제와는 관련이 없다고 본다. 한편 Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* (1990), 92f.는 파울루스는 비채인 유증채무 이행에 관하여 다루었으나 후대 편찬자들이 그러한 원문맥으로부터 분리시켰다고 본다.

그러한 비채변제 또는 비채변제 수령을 추인한 경우에는 법률관계는 다르게 전개될 것이다.

로마법상 변제와 관련하여 다양한 개소들이 전해진다.⁶⁾ 이 글에서는 재산관리인(procurator)이 개입한 사안들을 중심으로 살펴보고자 한다. 우선 채무자로부터 권한을 부여받은 재산관리인이 진채를 변제하거나 변제를 수령한 사안이 가장 기본적인 사안이 될 것이다.⁷⁾ 이 경우에도 만약 재산관리인이 비채를 변제하거나 변제수령한 경우에는 그것이 재산관리인의 권한범위 내에 속하는 것인지, 이때 반환청구자는 누구인지가 문제된다. 특히 재산관리인의 비채변제 사안에 있어 자금의 출처가 중시되는지 아니면 변제 명의의 중요성도 문제된다. 나아가 재산관리인이 아닌 자가 진채를 변제 또는 변제수령하거나 나아가 비채를 변제 또는 변제수령한 경우의 법률문제도 따져 볼 필요가 있다.

이하 이 글에서는 진정한 재산관리인이 개입한 사안(III.)과 권한 없는 재산관리인이 개입한 사안(IV.)으로 나누어 살펴본다. 그리고 각각의 사안유형은 다시 재산관리인이 변제한 경우와 변제수령한 경우로 다시 나누어서 검토한다. 변제 또는 변제수령의 법률효과 여하에 따라서 내부관계에 따른 정산 또는 권한 없는 재산관리인의 경우 절도(furtum) 책임 성부가 문제될 것이다.

III. 진정한 재산관리인이 개입한 사안

1. 재산관리인이 변제한 경우

1) 재산관리인이 **진채**를 변제한 경우 변제효가 있다. 따라서 채권·채무는 소멸하고, 본인이든 재산관리인이든 반환청구할 수 없다. 이에 대하여 켈수

6) D.46.3 R. De solutionibus et liberationibus 참조.

7) 재산관리인 외에 변제수령권한이 인정된 자로 문답계약에 삽입된 자, 지시수령인이 있다. Ulp. D.46.3.12 참조.

스는 “어떤 자가 자기 재산의 관리인을 선임한 경우에는 채권자에게 변제하는 것도 위임하는 것으로 인정되고 또 그의 추인을 事後에 기다릴 필요가 없다.”라고 그 이유를 제시한다. 이는 일반적으로 로마법상 재산관리인은 재산 전반에 대한 관리권이 있다는 점(proc. omnium rerum)에서 그러한 것으로 보인다.⁸⁾

D.12.6.6.pr. Paulus 3 ad Sab.

[...] quod si debitum fuisset, non posse repeti **Celsus**: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare⁹⁾ videtur, ut solvat creditori, neque postea exspectandum [sit] <est *Mo.*>, ut ratum habeat.

(그러나 채무가 있었던 경우라면 반환청구될 수 없다고 **켈수스**는 기술하였다. 어떤 자가 자기 재산의 관리인을 선임한 경우에는 채권자에게 변제하는 것도 위임하는 것으로 인정되고 또 그의 추인을 事後에 기다릴 필요가 없기 때문이다.)

D.46.3.87 Celsus libro 20 digestorum.

Quodlibet debitum solutum a procuratore meo non repeto, quoniam, cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat neque post ea exspectandum est, ut ratum habeat.

(어떠한 채무든 나의 재산관리인에 의해 변제되면 나는 반환청구하지 못한다. 왜냐하면 어떤 자가 자신의 전재산에 대한 관리인을 선임하면, 자신의 채권자들에게 변제하는 것도 위임한 것으로 인정되고 사후에 추인하는 것을 기다릴 필요가 없기 때문이다.)

8) 이에 대하여 Flume (1990), 92는 이때 수권은 인적인 것이 아니고 물적인 것이라고 한다. 한편 소재산관리인이라 하더라도 권한은 무제한적이지 않았고 기본적으로 관리권한만을 보유하고(채권추심, 채무변제, 수취한 과실의 매도, 자조매각), 그 이외의 경우에는 특별수권이 필요하였다(민법 제118조 참조). 물론 공화정기 초기 이래로 代訟人을 포함하여(G.4.84 참조) 한 가지 특정 사무만을 맡은 재산관리인도 있었다(이른바 proc. unius rei).

9) mandare 동사는 위임계약을 통한 것일 수도 있고 일방적 수권(iubere)일 수도 있고, 단순히 타인의 의사를 행위한다는 것을 의미할 수도 있다. Kaser, *RPI* (1971), 265, n. 41.

2) 재산관리인이 **비채**를 변제한 경우라면 변제의 효과는 당연히 발생하지 않고, 비채변제의 효과로서 반환청구의 문제만이 발생한다.

D.12.6.6.pr. Paulus 3 ad Sab.

Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti **Labeo** libris posteriorum scripsit: [···]

(너의 재산관리인이 비채를 변제하였고 네가 추인하지 않는 경우, 반환청구될 수 있다고 **라베오**는 遺稿集에서 기술하였다.)

라베오는 본인의 추인이 없는 경우 “반환청구될 수 있다”(posse repeti)라고만 하고 있어서, 이때 반환청구자가 누구인지에 대하여 현대 로마법학자들 간에 견해대립이 있다.¹⁰⁾ 물론 변제에 사용된 주화가 현존하는 경우에는 소유자가 누구인지에 따라 소유물반환청구가 인정될 것이고, 그것이 소비 또는 혼화된 경우라면 이득반환청구가 문제될 것이라는 점에서,¹¹⁾ 1차적으로는 변제에 사용된 자금이 누구의 것이었는지가 고려되어야 할 것이다.¹²⁾ 이와

10) 이에 대하여는 Apathy (1979), 72ff. 참조. 재산관리인이라는 견해로는 Claus, Kaser 등이고, Behrends는 기본적으로는 누구의 자금원인지에 따라 결정된다는 입장이다. 다만 유증의 경우 비채 변제 반환청구 제한 문제와 관련하여 Behrends는 재산관리인이 변제권한이 없었던 경우에는 “전혀 유증채무의 이행이 아니고 오히려 단순히 비채변제 이행으로 보아야 한다”라고 하는데, 이에 대하여 Apathy (1979), 70f.는 “reichlich formal”하다고 비판한다.

11) D.12.6.29 Ulpianus 2 disp.

[···] et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero conditio locum habebit. (실로 주화가 현존하는 경우에는 소유물반환청구될 것이지만, 소비된 경우에는 이득반환청구소권이 적용될 것이다.)

D.46.3.14.8 Ulpianus libro 30 ad Sabinum.

Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est: sed si dederit nummos, non fiet accipientis vindicarique poterunt. Plane si fuerint consumpti, liberabitur.

(피후견인이 후견인의 조성 없이 또한 변제할 수 없다는 것은 명백하다. 그래서 주화들을 공여하는 경우에는 그것들은 수령자의 것이 되지 않고 소유물반환청구될 수 있을 것이다. 물론 그것들이 소비되는 경우에는 그는 채무해방될 것이다.)

12) 이는 유증의 비채변제에서도 마찬가지이다.

D.12.6.46 Iavolenus 4 ex Plaut.

Qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis solvit, ipse quidem repetere non potest: sed si ignorante herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos recte vindicabit. eadem causa rerum corporalium est.

(상속인 명의로 의무 없는 유증을 상속인의 주화로 변제한 자는, 변제행위자 자신은 실로 반환청구

같은 관점에서 본다면, 재산관리인은 대개 관리를 위탁하거나 사실상 맡긴 본인의 재산에 속한 자금으로 변제하는 것이 통상적이므로, 그 경우 반환청구자는 본인이 될 것이다.¹³⁾ 그러나 이렇게 보게 되면 라베오가 말한 ‘본인의 추인’에 대한 법적 의미가 문제된다. 본인 입장에서는 추인하지 않더라도 어차피 자신에게 반환청구권이 인정이 되는 것이라면, 이때 추인(ratihabitio)은 법적으로 무의미하게 되는 것이기 때문이고, 그렇다면 굳이 “추인하지 않는 경우”라는 문구는 불필요하게 되는 것이다. 이러한 추인의 법적 의미는 채권법적으로 재산관리인의 비채변제의 효과로서 반환청구권이 본인에게 귀속하는 것으로 보는 것이 타당해 보인다.¹⁴⁾ 그렇다면 본인의 추인이 없다면 비채변제를 한 재산관리인에게 채권법상 반환청구권이 귀속하게 되는 것이다. 한편 본인의 추인은 비채변제 사실을 알게 된 즉시, 상당기간 내에 이루어져야 한다.¹⁵⁾

할 수 없다. 그러나 상속인이 모르는 채로 상속인의 주화를 인도한 경우, 가로되, 상속인은 소유자로서 그것을 정당하게 소유물반환청구할 것이다. 유체물의 경우에도 마찬가지다.)

13) Apathy (1979), 71f.

14) 후술하듯이 권한 없는 관리인에 의한 변제 및 변제수령에서도 본인은 이를 추인함으로써 자신에게 그 효과를 귀속시킬 수 있게 된다.

15) D.46.3.13. Iulianus libro 54 digestorum.

Ratum autem habere dominus debet, cum primum certior factus est. Sed hoc *ἐν πλάτει* [id est: laxe] et cum quodam spatio temporis accipi debet, sicut in legato, cum de repellendo quaereretur, spatium quoddam temporis adsumitur nec minimum nec maximum et quod magis intellectu percipi quam ex locutione exprimi possit.

(그런데 본인은 알게 된 즉시 추인해야 한다. 그러나 이것은 여지를 두고 [즉 여유를 가지고] 일정한 기간을 두어야 하는 것으로 새겨야 한다. 즉, 유증에서 [수증] 거절이 문제되는 때와 마찬가지로, 너무 짧지도 너무 길지도 않은 일정한 기간이 요구되는데, 이는 언어적 표현보다는 이성적인 해석을 통해 인식될 수 있다.)

한편 추인권자에 관하여는 다음의 개소 참조.

D.46.3.58.1 Ulpianus libro 80 ad edictum.

Si creditor, cuius ignorantis procuratori solutum est, adrogandum se dederit, sive ratum habuit pater, rata solutio est, sive non habuit, repetere debitor potest.

(채권자가 모르는 가운데 재산관리인에게 변제된 후 채권자가 自權者입양된 경우, [養]父가 추인하면 변제는 승인되는 것이고, 추인하지 않으면 채무자는 반환청구할 수 있다.)

自權者입양(adrogatio)은 家父長權(patria potestas)에 복속하고 있지 않는 자권자(sui iuris)가 입양하는 것으로 로마법상 신분변동 중에서도 두격최소감등 사유(capitis deminutio minima)에 해당하는다. 그 효과에 관하여는 최병조, 『로마법상의 신분변동 頭格減等(capitis deminutio)에 관한 소고 - D.4.5 De capite minutis 역주를 겸하여 -』, 『법사학연구』 제53호(한국법사학회, 2016. 4), 265면 이하 참조.

3) 율리아누스 개소

한편 율리아누스는 3항에서 재산관리인이 변제하는 경우 반환청구할 수 없다고 단언하고 있다.

D.12.6.6.3 Paulus 3 ad Sab.

Iulianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.

(율리아누스 가로되, 후견인도 재산관리인도 [비채를] 변제함으로써 반환청구할 수 없는데 그들이 자신의 금전으로 변제하든 아니면 피후견인 또는 본인의 금전으로 변제하든 차이가 없다.)

율리아누스가 진채변제 상황을 전제하는지 아니면 비채변제 상황을 전제하는지는 개소상 명확하게 표현되어 있지 않다.¹⁶⁾ 그러나 진채변제라면 반환 청구는 애당초 문제되지 않으므로¹⁷⁾ 결국 비채변제 사안으로 보는 것이 더 개연성 있어 보인다. 그렇다면 이때 반환청구가 인정되지 않는 이유는 아래의 개소들과 연결하여 살펴보면 후견인 또는 재산관리인이 피후견인 또는 본인의 명의로 변제하였기 때문으로 보는 것이 타당하다.¹⁸⁾ 이때 변제에 사용된 금전이 누구의 것이었는지는 변제효를 결정함에 있어 고려되지 않는다.

D.12.6.57.pr. Papinianus 3 resp.

Cum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis conditio est.

(비채를 미성숙자의 명의로 후견인이 지급한 경우, 미성숙자에게 이득반환청구소권이 인정된다.)

16) 학설휘찬의 여러 번역본 가운데 Otto (1831), Monro (1909), Scott (1932) Watson (1998) 모두 원문 그대로 보충 없이 번역하고 있으나 Behrends *et al.* (1999)와 Fargnoli (주 2)는 '비채'를 변제하는 것으로 문맥을 보충하여 번역하고 있다. Apathy (1979), 76와 Flume (1990), 93도 비채변제 상황으로 본다.

17) 물론 진채변제 상황으로 보는 경우에도 이때 자금의 출처는 중요하지 않다는 논거가 보충되었다는 점에서 의미가 있다고 볼 수는 있다.

18) Apathy (1979), 77f.는 이를 수령자 관점설로 설명한다.

그리고 비채변제 반환청구권이 실제 지급행위를 한 자가 아닌 명의자에게 귀속되고 있음은 아래의 켈수스의 개소 및 3세기 후반의 칙법에서 확인된다. 이 점에서 실제 지급행위를 한 자가 아니라 변제명의자에게 변제효과가 귀속된다는 것을 알 수 있다.¹⁹⁾

D.12.6.47 Celsus 6 dig.

Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: ¶ sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovert.

(너는 비채인 금전을 착오로 문답낙약하였다. 너의 보증인이 그것을 변제하였다. 私見으로는 너의 명의로 보증인이 변제하였다면, 너는 보증인에게, 문답채권자는 너에게 [반환]채무가 있을 것이다. 또 네가 추인하는 것을 기다릴 필요가 없는데, 왜냐하면 너의 명의로 변제되도록 너 자신이 위임했던 것으로 인정될 수 있기 때문이다. ¶ 그러나 보증인이 자신의 명의로 비채인 것을 변제한 경우, 그 자신이 문답채권자에게 반환청구할 수 있는데, 왜냐하면 만민법상 비채인 금전을 그가 변제했기 때문이다. 그런데 변제수령자에게 얻을 수 없었던 것을 그는 너에게 위임소송으로 얻을 수 있는데, 그 [= 보증인]가 不知로 인해 청구인을 항변으로 배척하지 못했던 경우에 한하여 그러하다.)

19) 최병조, 『로마법강의』 (2004), 377에서는 로마에서 명의를 중시한 것은, 당시 고대 여러 민족들(이집트, 바빌로니아, 그리스 등)의 경우 이른바 “필연적 유상성의 원칙”이 적용되어 어떤 자가 타인의 의사에 따라서 그를 위하여 수권받은 행위를 한 경우에도 그 효과는 본인이 아니라 자금의 출원자에게 귀속되었던 것과 크게 대비되는 점이라고 지적한다.

C.4.5.6 Imperatores Diocletianus, Maximianus (a. 293).

Si per ignorantiam facti non debitam solutam quantitatem pro alio solvisti et hoc addito rectore provinciae fuerit probatum, hanc ei cuius nomine soluta est restitui eo agente providebit.

(네가 사실의 不知로 비채인 금액을 타인을 위하여 변제하였고 이것이 지방장관의 판결로 입증된다면, 이것을 그가 소구하면 변제 명의자에게 반환되도록 조치할지 어다.)

2. 재산관리인이 변제를 수령한 경우

1) 재산관리인이 **진채변제를 수령**한 경우 변제효가 인정되는데,²⁰⁾ 켈수스는 본인의 추인 여부는 문제되지 않는다고 한다.

D.12.6.6.2 Paulus 3 ad Sab.

Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: [...]

(켈수스 가로되, 재산관리인에게 채무를 변제한 자는 즉시 채무로부터 벗어나고 추인 여부는 고려되지 않는다. [...])

한편 아래의 개소에서는 재산관리인에게 이미 변제된 줄 모르고 채권자가 채무자 측에게 요식채무면제(acceptilatio)를 한 경우 재산관리인의 변제수령

20) D.46.3.49 Marcianus libro singulari ad hypothecariam formulam.

Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. Ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. Tutori quoque si soluta sit pecunia vel curatori vel procuratori vel cuilibet successori vel servo actori, proficiet ei solutio. [...]
(금전이 변제된 것으로 가장 자연스럽게 이해되는 경우는 금전이 채권자 본인에게 지급된 경우이다. 그리고 채권자의 지시로 타인에게, 가령 채권자의 채권자나 장래 채무자 또는 채권자가 증여하고자 하는 자에게 변제되어도 [채무자는] 해방되어야만 한다. 채권자가 변제를 추인하는 경우에도 동일할 것이다. 또한 후견인, 보좌인, 재산관리인, 여하한 승계인 또는 회계담당노예에게 변제되어도 그에게 변제효가 있을 것이다.)

에 대한 채권자의 추인 여하에 따라 요식채무면제, 즉 채무소멸의 효과가 결정된다고 하고 있다. 본인의 추인이 문제된다는 점에서 이때 재산관리인은 변제수령권한까지 위임받은 전재산관리인은 아니고, 개별사무에 관한 재산관리인인 것으로 보인다.

D.46.3.71.2 Celsus libro 27 digestorum.

Item si ignorans creditor procuratori suo solutum servo debitoris filiove acceptum fecerit, postea autem rescierit et ratum habuerit, confirmatur solutio et quod acceptum latum sit, nullius momenti est: et contra, si ratum non habuerit, quod acceptum fecerit, confirmatur.

(또 채권자가 자신의 재산관리인에게 변제된 것을 모르고 채무자의 노예 또는 아들에게 요식채무면제하고, 나중에 변제사실을 알게 되어 이를 추인하면, 변제[효]는 확정되고, 요식채무면제한 것은 무효이다. 반대로 추인하지 않으면 요식채무면제한 것이 확정된다.)

그러나 다음의 율피아누스의 개소에서는 진정한 재산관리인이라면 수입 권한의 범위의는 무관하게 변제효가 인정된다고 한다. 구체적인 맥락을 따져보아야 하겠으나, 재산관리인의 변제수령권한과 관련하여 고전성기의 켈수스는 이를 전재산관리인에게만 인정한 것에 비해 고전후기에 이르면 개별사무의 수입인에게도 변제수령권한이 일반적으로 인정된 것으로 이해할 수 있다.

D.46.3.12.pr. Ulpianus libro 30 ad Sabinum

Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.

(진정한 재산관리인에게는 유효하게 변제된다. 진정한 재산관리인에는 개별사무의 수입인이든, 전체 사무에 관한 관리권의 수입인이든 모두 포함해서 이해해야 한다.)

2) 재산관리인이 **비채변제를 수령**한 경우 원칙적으로는 재산관리인이 반환책임을 부담한다. 이때에도 라베오는, 재산관리인이 비채변제한 사안을 다른 서항에서와 마찬가지로, 본인의 추인 여하에 따라 반환의무자가 누구인지가 정해진다고 한다.

D.12.6.6.1 Paulus 3 ad Sabinum.

Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti.

(**라베오** 가로되, 재산관리인에게 비채가 변제되었는데 본인이 추인하지 않는 경우 반환청구될 수 있다.)

이에 대하여 켈수스는 이어지는 제2항에서 재산관리인이 비채변제를 수령한 경우에는 추인이 요구된다고 하여 라베오와 같은 견해이다. 추인이 요구되는 이유로, 비채의 변제수령은 애초의 위임범위에서 벗어나기 때문인 것이고, 그렇다면 본인의 추인이 있어야 그에 대한 효과를 본인이 받게 되는 것이다.

D.12.6.6.2 Paulus 3 ad Sab.

Celsus ait ... quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

(**켈수스** 가로되, [...] 그러나 그[= 재산관리인]가 비채를 수령한 경우에는 추인이 요구되는데, 왜냐하면 비채를 추심하는 것에 관하여 위임한 적이 없다고 여겨지기 때문이고, 따라서 추인되지 않는 경우, 재산관리인으로부터 반환청구되어야 한다.)

한편 초과변제수령의 경우 채무한도 내에서만 변제효과 발생하고, 초과분에 대하여는 재산관리인이 반환책임을 지게 된다. 다만 변제수령에 있어 본인의 사전지시가 있는 경우에는 본인이 반환책임을 부담하게 된다.

D.12.6.57.1 Papinianus 3 resp.

Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit: maiore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur: quod si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo qui delegavit erit actio, quae non videtur preempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.

(채권자가 자신의 재산관리인에게 채무를 받도록 위임하였다. 금전이 초과변제된 경우 재산관리인은 비채를 원인으로 제소될 것이다. 그러나 채권자가 명시적으로 금전이 초과변제되도록 지시한 경우, 비채변제반환소권은 지시인을 상대로 인정될 것이다. 이 소권은 재산관리인을 상대로 소송이 제기되어 무위로 끝난 경우라도 소멸된 것으로 인정되지 않는다.)

3. 본인과 재산관리인 사이의 내부관계 정산

임의의 직접대리(민법 제114조)가 인정되지 않았던 로마법상 본인과 재산관리인은 기본적으로 간접대리관계에 해당한다.²¹⁾ 재산관리인이 자신의 주

21) 주지하다시피 로마는 민법에서와 같이 임의의 직접대리제도(민법 제114조)를 알지 못하였다 (Kunkel/Honsell, *RP* (1987), 111ff. 참조). 다만 타인의 이익을 대변하고 도모하기 위한 다양한 제도를 알고 있었는데(대표적으로 노예 및 家子, 각종 영업적 대리인 등), 그 중 하나가 바로 재산관리인이었다. 이에 관하여는 Zimmermann, *LO* (1992), 42ff.

한편 아래의 파피니아누스 개소에서는 재산관리인과 거래한 상대방에게 본인을 상대로 하는 “지배인소권의 본을 좇은 소권”(actio ad exemplum institoriae actionis)의 부여가 인정되어서 직접대리와 같은 효과가 인정되었다.

D.14.3.19.pr. Papinianus 3 resp.

In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aequae faciendum erit et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

D.19.1.13.25 Ulpianus 32 ad ed.

Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.

D.17.1.10.5 Ulpianus 31 ad ed.

Idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur.

D.3.5.30.pr. Papinianus 2 resp.

화로 변제하였거나 또는 채무자로부터 변제수령한 것은 본인과의 내부관계에 따라 정산을 하여야 한다. 이때 내부관계가 위임 관계라면 그에 따라서, 그렇지 않다면 사무관리법이 고려될 것이다.²²⁾ 따라서 재산관리인이 사무를 처리하면서 지출한 비용의 상환을 본인에게 청구하고 또 사무처리과정에서 얻은 것은 본인에게 이전해야 할 것이다(민법 제688조, 제684조, 제739조 제1항, 제738조 참조).²³⁾

4. 정리 및 소결

지금까지 Paul. D.12.6.6 개소를 중심으로 재산관리인의 변제 또는 변제수령 사안을 각각 진채와 비채변제의 경우로 나누어 살펴보았다. 재산관리인이 진채를 변제 또는 변제수령하는 사안은 재산관리권한의 범위 문제인데, 기본적으로 변제 또는 변제수령은 재산관리인의 권한 범위인 것이고, 이로써 ‘채권·채무의 소멸’이라는 변제효과 본인에게 발생하게 된다. 문제는 재산관리인이 비채를 변제하거나 변제수령하는 사안인데, 라베오는 본인의 추인 여하

Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis. (어떤 자가 해방노예 또는 그의 친구에게 소비대차금을 借金할 것을 위임하였다. 그의 편지내용에 좇아서 채권자가 계약을 체결하고 보증인이 개입하였다. 비록 그 금전이 그의 이익으로 전용되지 않았을지라도 그를 상대로 사무관리소권이 채권자 또는 보증인에게 지배인소권의 본을 좇아서 부여될 것이다.)

번역은 최병조 역주, 『로마법상의 사무관리』(서울대학교 출판부, 1995), 136면 이하를 기본으로 하되, 일부 수정하였다.

22) 두호(斗護)관계라는 사회적 의무에 기하여 해방노예가 재산관리인이 되거나 재산관리를 맡게 된 경우에는 사무관리가 주로 적용되었던 것으로 보이고, 시간이 지나면서 해방노예의 법적 지위가 향상되고 출생자유인도 재산관리인으로 선임하게 되면서 고전기에 이르게 되면 당사자 간에 위임계약이 체결되었던 것으로 보인다. Kaser, *RP* II (1975), 100. 나아가 고용이나 후견관계 등도 고려될 수 있다고 한다. Kunkel/Honsell, *RP* (1987), 113.

23) 가령 본인에게는 수령자를 상대로 사무관리소권이 인정된다.

D.3.5.5.4 Ulpianus 10 ad ed.

Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit: quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.

(어떤 자가 나에게 전달되어야 할 금전이나 다른 어떤 물건을 수령한 경우에는, 그가 나의 사무를 관리한 것이므로 나에게 그를 상대로 사무관리소권이 인정된다.)

번역은 최병조 역주, 『로마법상의 사무관리소권』(서울대학교 출판부, 1995), 50면 이하를 따랐다.

를 따지고 그에 따라 그로 인한 법률효과의 향방이 결정되어 반환청구자가 결정된다는 입장으로 보인다. 한편 율리아누스의 견해가 소개된 개소(D.12.6.6.3)를 진채변제 상황으로 볼 것인지 아니면 비채변제 상황으로 볼 것인지가 문제인데, 반환청구가 문제되는 상황을 감안할 때 후자로 보는 것이 더 개연적이다. 그 경우 비채변제이지만 재산관리인의 반환청구가 제한되는 이유는 본인 명의로 변제되었기 때문일 것이다. 그렇다면 앞선 라베오와의 견해대립이 문제된다.²⁴⁾ 즉 재산관리인이 비채변제를 한 경우 라베오는 본인의 추인 여하에 따라 법률효과의 귀속이 정해진다는 입장인데, 율리아누스는 그것이 본인 명의로 이루어진 것이라면 그 법률효과는 당연히 본인에게 귀속한다는 입장이기 때문이다. 생각건대 재산관리인의 변제가 본인의 명의로 이루어지는 상황을 전제로 하는 것이라면(이 점에서 자신의 명의로 변제하는 제3자의 변제(후술)와는 구별된다)²⁵⁾ 그 효과는 명의자 본인에게 귀속하는 것으로 보는 것이 타당하다. 그럼에도 불구하고 라베오가 본인의 추인 여하에 따라 본인이 비채변제의 법률효과를 받을 것인지 말 것인지를 논하는 것은 명의자 본인 보호 쪽에 치우친 해석이라는 비판이 가능하다. 결국 이 문제는 반환의무자인 변제수령자의 무자력의 위험을 누가 부담할 것인가로 귀결될 것인데, 이는 재산관리인을 선임·사용한 본인이 부담하는 것이 타당하고 본인은 재산관리인을 상대로 내부관계에 기하여 그 책임을 추궁하는 것이 보다 타당한 해결책으로 보인다.

IV. 권한 없는 관리인이 개입한 사안

지금까지는 권한 있는 진정한 재산관리인(verus proc.)이 변제 또는 변제

24) 이에 대한 현대 로마법학자들 간의 견해대립에 관하여 Apathy (1979), 74ff. 물론 라베오는 공화정 말기~원수정 초기 법률가이고, 율리아누스는 2세기 고전성기 법률가이다.

25) 변제수령자도 실제 지급자가 채무자의 재산관리인이라는 사정을 인식하고 있다면 재산관리인이 변제를 하면서 본인의 명의를 밝히지 않는다고 하더라도 본인의 채무를 변제하는 것이라고 인식할 것이다.

수령에 개입한 사안을 다루었는데, 이하에서는 권한 없는 관리인(*falsus proc.*)이 변제 또는 변제수령에 개입한 사안을 다룬다.²⁶⁾

1. 재산관리인이 아닌 자가 변제한 경우

타인의 채무를 변제함에 있어서, 그것이 진채 또는 비채인지를 불문하고, 우선 그 법률효과가 누구에게 귀속되는지가 문제된다. 이 경우는 대체로 변제행위를 하는 자가 자기 소유의 금전을 타인 명의로 변제에 투입하는 상황일 터인데, 전술하였듯이 이때 누구의 명의로 이루어졌는지가 중요하게 고려된다. 그에 따라 명의자가 그것을 원하든, 부채중이어서 알지 못하든, 금전지급과 관련한 채권채무관계는 지급자가 아닌 명의자와 성립되고, 그에 따른 소권들(소비대차소권, 이득반환청구소권)도 실제 지급자가 아닌 명의자에게 귀속된다. 아래의 개소에 의하면 이것이 아리스토와 율리아누스의 견해였고, 이때 명의자에게 채권채무관계가 귀속한다는 것은 “의심의 여지가 없다.”(*nec dubitari*)라고 전한다.

D.12.1.9.8 Ulpianus 26 ad ed.

Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conditionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuum ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

(나의 주화를 너의 명의로 너의 것으로서 내가 부채중이어서 알지 못하는 때 내가 공여한다면, **아리스토**는 [명의자인] 너에게 이득반환청구소권이 취득된다고 기술한다. **율리아누스**도 이에 관하여 질의를 받아 [학설집] 제10권에서 아리스토의 견

26) 이들은 수권 받지 않았음을 알면서도 수권을 받은 것으로 행세하는 자들인 경우가 통상적이다.

해가 타당하다고 하였고, 내가 나의 금전을 너의 명의로 내가 원해서 공여할 경우, 너에게 채권채무관계가 취득된다는 것은 의심의 여지가 없다고 하였는데, 왜냐하면 일상적으로 우리가 금전대여하려고 할 때 어떤 사람에게 대금을 요청하여 그 채권자가 우리의 명의로 우리의 장래 채무자에게 지급하도록 하기 때문이다.)

그리고 앞서 살펴본 개소(Pap. D.12.6.57.pr.) 및 칙법(C.4.5.6)에서와 같이, 착오변제의 경우에도 지급행위를 한 자가 아닌 명의자에게 반환청구소권이 인정된다. 이 경우 변제효가 발생하면 지급행위를 한 자는 채무자를 상대로 사무관리소권이 인정된다.

Labeo 6 post. epit. a Iav.

Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.

(내가 너에게 아무런 위임을 하지 않은 자의 명의로 금전채무를 변제하는 경우에는 너에게 사무관리소권이 인정된다. 왜냐하면 그 변제로 채무자는 채권자로부터 채무해방되었기 때문이다. 그러나 그 금전채무가 변제되지 않는 데에 대해 채무자에게 이익이 있었던 경우에는 그러하지 아니하다.)²⁷⁾

[보론] 제3자의 변제

이와 구별해야 하는 것으로 제3자의 변제가 있다. 제3자의 변제는 **제3자가 자기의 명의로** 타인(채무자)의 채무를 변제하는 것을 말한다. 로마법상 제3자 변제는, 채무의 성질상 그것이 허용되지 않는 경우(가령 도급계약)²⁸⁾

27) 번역은 최병조 역주, 『로마법상의 사무관리소권』(서울대학교 출판부, 1995), 180면 이하를 따랐다 (수정: 명목 → 명의; 채무면제 → 채무해방).

28) 가령 다음의 개소 참조.

D.46.3.31 Ulpianus libro 7 disputationum.

Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non

가 아니라면, 채무자가 모르거나 원하지 않더라도 인정되었다.²⁹⁾ 관련 개소들을 소개한다.

D.46.3.53 Gaius libro quinto ad edictum provinciale.

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.

(누구든지 不知하고 不願하는 자를 위하여 변제하는 것이 허용된다. 왜냐하면 부지하고 불원하는 자라도 그의 여건을 개선시켜도 된다는 것이 시민법상 확립되었기 때문이다.)

D.3.5.38(39) Gai. 3 de verb. oblig.

Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse.

(누구든 타인을 위하여 변제함으로써 비록 그가 不願하거나 不知한 상태이더라도 그를 채무해방시킨다. 그러나 타인이 가진 채권은 다른 사람은 그의 意思가 없이는 적법하게 추심할 수 없다. 왜냐하면 타인의 법적 지위는 不知하거나 不願하는 자의 경우에도 우리가 이를 良好하게 만들 수는 있지만 惡化되게 할 수는 없다는 것은

consentiente stipulatore non liberabit reum. [...]

(工人들 간에는 재능, 소질, 지식과 배움의 정도에 있어서 큰 차이가 있다. 따라서 어떤 자가 손수 선박을 건조하기로 또는 임대아파트를 건축하거나 수로를 파기로 약속하고 그것을 자신의 노무를 제공하여 완성한다고 특약하고도 보증인 자신이 문답요약자의 동의 없이 건축하거나 수로를 판다면 채무자를 채무해방시키지 못할 것이다.)

29) 민법 제469조 제2항은 “이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다.”고 규정하고 있는데, 이에 대하여는 학설에서 입법론적 의문을 제기하고 있으며(양창수·김제형, 『계약법』(박영사, 2015), 318면 이하; 송덕수, 『채권법총론』(박영사, 2018), 410면 등), 판례도 “채무자의 의사는 제3자가 변제할 당시의 객관적인 제반사정에 비추어 명확하게 인식될 수 있는 것이어야 하며 함부로 채무자의 반대사를 추정함으로써 제3자의 변제효과를 무효화시키는 일은 피하여야 한다.”는 입장이다(대법원 1988. 10. 24. 선고 87다카1644). 민법 제469조 제2항의 전신인 의용민법 제473조의 제2항의 제정과정에 대하여는 박세민, 『메이지민법상의 변제자와 변제수령자』, 『민사법학』 제64호(한국민사법학회, 2013. 9), 460면 이하 참조.

자연적 이치와 시민법의 이치가 함께 납득시키는 바이기 때문이다.)³⁰⁾

D.46.3.23. Pomponius libro 24 ad Sabinum.

Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus.

([제3자가] 변제함으로써 또는 우리를 위해 심판인절차를 수용함으로써[응소] 우리는 의사에 반하고 모르는 상태로도 채무해방될 수 있다.)

따라서 제3자의 변제의 경우에도 변제로 인한 효과는 채무자에게 발생되었다.

D.46.3.40. Marcianus libro tertio institutionum.

Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, acquiritur mihi actio pigneraticia. Item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.

(제3자가 나를 위하여 나의 채권자에게 변제하면, 비록 내가 [그 사실을] 모르더라도, 나에게 [질물반환을 위한] 질물소권이 취득된다. 또 제3자가 유증을 이행하면, 수유자들은 [상속재산에 대한] 점유를 포기해야만 한다. 그렇지 않으면 그들을 축출할 수 있도록 상속인에게 특시명령이 인정된다.)

한편 아래의 개소에서는 채무자로부터 변제를 위하여 받은 금원을 제3자가 같은 채권자에게 자신의 명의로 변제하는 경우에는 돈을 맡긴 채무자에게 변제효과 발생하지 않는다고 보고 있다. 다만 채권자가 선의로 소비하면 명의자에게 변제효과 발생한다.³¹⁾

30) 번역은 최병조 역주, 『로마법상의 사무관리소권』(서울대학교 출판부, 1995), 176면 이하를 따랐다 (수정: 채무면제→채무해방).

31) 이는 민법상 변제로서의 타인물건 인도(제463조)와 채권자의 선의 소비로 인한 변제효 인정(제465조)과 동일하다.

D.46.3.17 Pomponius libro 19 ad Sabinum.

Cassius ait, si cui pecuniam dedi, ut eam creditori meo solveret, si suo nomine dederit, neutrum liberari, me, quia non meo nomine data sit, illum, quia alienam dederit: ceterum mandati eum teneri. Sed si creditor eos nummos sine dolo malo consumpsisset, is, qui suo nomine eos solvisset, liberatur, ne, si aliter observaretur, creditor in lucro versaretur.

(카씨우스 가로되, 나의 채권자에게 지급하도록 내가 어떤 자에게 금전을 공여한 경우, 그가 자신의 명의로 공여한다면, 아무도 채무해방되지 않는다. 나는 나의 명의로 공여되지 않았기 때문이고, 그는 타인의 금전을 공여하였기 때문이다. 반면 그는 위임소권으로 책임진다. 그러나 채권자가 그 주화를 악의 없이 소비하였다면, 자신의 명의로 지급한 자는 채무해방되는데, 이는 그렇지 않다면 채권자가 이득을 얻게 되기 때문이다.)

2. 권한 없는 관리인이 변제수령한 경우

1) 권한 없는 관리인이 진채를 변제수령한 경우 채무자의 변제는 원칙적으로 효력이 없다. 아래 개소에서 “타인의 사무를恣意로 떠맡는 자” 또는 “타인의 사무를 나서서 떠맡은 자”가 바로 권한 없는 관리인에 해당한다.³²⁾

D.46.3.34.4 Iulianus libro 54 digestorum.

Si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur. Et ideo procuratori, qui se ultro alienis negotiis offert, solvendo nemo liberabitur:

([변제수령자에 대한 채권자의] 아무런 위임의 개입 없이 채무자가 [채권자인] 나의 의사에 기해서 금전을 지급한다고 誤想하면, 채무해방되지 못할 것이다. 따라서

32) 민법상 채권준점유자(제470조)가 이에 해당할 것이다. 여기서 ‘채권의 준점유’란, 채권을 ‘사실상 행사하는 것(제210조 참조)이 아니라 채권 또는 그에 기한 변제수령권을 가지는 것 같은 객관적인 외관을 말하는 것으로 이해되고 있다. 양창수·김재형, 『계약법』(박영사, 2015), 320면.

타인의 사무를恣意로 떠맡는 재산관리인에게 변제함으로써 아무도 채무해방되지 못할 것이다.)

다만 이 경우에도 본인은 추인함으로써 변제로 인한 효과를 받을 수 있다. 본인이 추인을 하면 변제수령권한을 위임한 것과 같게 되고(“추인은 위임에 비견되기 때문이다”), 변제효과가 발생하여 채권·채무는 소멸하게 된다.

D.46.3.12.4 Ulpianus libro 30 ad Sabinum

Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur.

(그러나 진정한 재산관리인이 아닌 자에게 변제하더라도 본인이 변제되는 것을 추인하면, 채무해방이 발생하는데, 추인은 위임에 비견되기 때문이다.)

한편 본인의 추인이 없는 경우라면 그로 인한 법률효과는 변제수령자에게 발생한다. 즉 변제수령권이 없는 자에 대한 변제이므로, 권한 없이 변제수령한 관리인은 변제자에게 반환할 책임을 부담하게 된다. 이때 로마법률가들은 반환청구의 근거를 변제를 한 채무자의 의사에 따라 다르게 구분한다. 채무자가 변제를 통해 즉시 채무해방을 원한 경우라면(아마도 권한 없는 관리인이라는 사실에 대하여 선의인 경우) 변제수령자를 상대로 곧바로 이득반환 청구소권으로 소구 가능하다. 그러나 권한 없는 관리인임을 알았으나 채권자인 본인으로부터 추인을 받을 것을 목적으로 그에게 공여한 경우라면(datio ob rem),³³⁾ 본인이 추인을 거절한 때 비로소 그를 상대로 목적불달성으로 인한 이득반환청구소권을 행사할 수 있다.

33) 다음의 개소에서는 본인의 추인을 얻을 것을 목적으로 한다는 점이 당사자 간에 명확하게 나타나 있다.

D.46.3.14.pr. Ulpianus libro 30 ad Sabinum.

Quod si forte quis ita solvat, ut, nisi ratum habeatur, condicat: si dominus solutionem ratam non habuerit, condictio ei qui solvit competit.

(그러나 어떤 자가 만약 추인을 얻지 못하면 이득반환청구소권을 행사하기로 하고 변제하는 경우, 본인이 변제를 추인하지 않는다면 변제자에게 이득반환청구소권이 인정된다.)

D.46.3.58.pr. Ulpianus libro 80 ad edictum.

Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? Et ait Iulianus, cum dominus ratum habuerit, tunc liberari. Idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? Et ait interesse, quamente solutio facta esset, utrum ut statim debitor liberetur an vero cum dominus ratum habuisset: priore casu confestim posse condici procuratori et tunc demum extinguí conditionem, cum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci conditionem, cum dominus ratum non habuisset.

(어떤 자가 타인의 사무를 나서서 떠맡은 자에게 선의로 변제하면, 언제 채무해방되는가? **율리아누스** 가로되, 본인이 추인하는 때에 채무해방된다. 가로되, 본인이 추인하기 전에 이 원인에 기하여 이득반환청구소권으로 소구될 수 있는가? 가로되, 어떠한 의사로 변제가 행해졌는지에 따라 차이가 있는데, 채무자가 즉시 채무해방되도록 하기 위해서인지 아니면 실로 본인[= 채권자]이 추인한 때 비로소 채무해방되도록 하기 위해서인지에 따라 차이가 있다. 전자의 경우에 [권한 없는] 재산관리인을 상대로 즉시 이득반환청구소권으로 소구될 수 있고, 이득반환청구소권은 본인이 추인한 때에 한하여 소멸된다. 후자의 경우에는 본인이 추인을 거절한 때에 한하여 이득반환청구소권이 발생한다.)

D.12.4.14 Paulus 3 ad Sab.

Si procuratori falso indebitum solutum sit, [...] quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitione non intercedente: [...]

(권한 없는 관리인에게 비채가 변제된 경우, [...] 그러나 본인이 추인하지 않은 경우, 비록 채무인 금전이 변제되었더라도, 권한 없는 관리인 자신으로부터 반환청구될 것이다. 왜냐하면 비채로서 공여된 것이 반환되는 것이 아니라, 목적 공여된 것이 반환되는 것이고, 추인되지 않으면 목적이 달성되지 않은 것이기 때문이다. [...])

물론 선의의 변제자에 대한 보호로서 변제효가 인정되는 경우가 있다. 재산관리인을 선임한 후에 재산관리를 금지시켰으나 채무자가 그 사실을 모르고 재산관리인에게 변제한 경우가 그러하다.

D.46.3.34.3 Iulianus libro 54 digestorum.

Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

(내가 티티우스에게 나의 사무 전체를 맡기고 그 후에 티티우스에게 나의 사무를 관리하는 것을 채무자들은 모르는 가운데 금지하면, 채무자들은 그에게 변제함으로써 채무로부터 벗어날 것이다. 왜냐하면 자신의 사무 전체를 누군가에게 맡기는 자는 재산관리인에게 변제하라고 채무자들에게 지시하는 것으로 이해되기 때문이다.)

아래의 개소도 기본적으로 동일한 사안이다. 변제수령이 금지된 재산관리인이 자신이 재산관리인 행세를 하는 경우 역시 선의의 채무자는 보호받고, 변제수령권한있음을 가장하여 변제를 수령한 자는 불법행위 소권의 일종인 절도소권(actio furti)으로 책임을 지게 된다(후술).

D.46.3.18 Ulpianus libro 41 ad Sabinum.

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

(또 내가 티티우스에게 금전을 변제하라고 나의 채무자에게 지시하고, 나중에 티티우스가 수령하는 것을 금지하는데, 채무자가 그것을 모르고 스스로 재산관리인인 척하는 티티우스에게 변제한다면, 채무자는 채무해방될 것이고, 티티우스는 절도소권으로 책임질 것이다.)

2) 권한 없는 관리인이 비채변제를 수령한 경우에도 본인은 추인을 함으로써 비채변제 수령으로 인한 책임을 본인이 부담할 수 있다.

D.12.4.14 Paulus 3 ad Sab.

Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit.

[...]

(권한 없는 관리인에게 비채가 변제된 경우, 본인이 추인한 경우에만 권한 없는 관리인에게 반환청구될 수 없다. 그 경우[본인이 추인한 경우]에는 **율리아누스**가 기술하듯이, 본인 스스로 책임진다. [...])

본인의 추인이 없는 경우라면, 앞서 살펴본 바와 같이 변제수령자인 권한 없는 관리인이 반환의무를 부담하는데, 이때 소권은 목적불달성을 원인으로 하는 이득반환청구소권('condictio causa data causa non secuta')이다(앞의 Ulp. D.12.4.14 참조).

3. 권한 없는 관리인의 절도 책임이 문제되는 경우

변제수령권한 없는 관리인에게 변제하였는데 변제수령자에게 절도의 고의(영득의사)가 있다면 주화의 소유권이 이전되지 않으므로 변제는 효력이 없다. 이때 변제수령자는 주화의 소유자인 변제자를 상대로 절도책임을 부담하는데,³⁴⁾ 이는 민사불법행위로서 절도책임(actio furti)뿐만 아니라 절도원인

34) D.47.2.43 Ulpianus 41 ad Sab.

Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient. 1. Falsus procurator furtum quidem facere videtur. sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo.

이득반환청구소권(*condictio furtiva*)³⁵⁾의 책임까지 부담하고, 양자는 병존한다.³⁶⁾

D.12.4.14 Paulus 3 ad Sab.

[...] vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator, cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse.

(특히 권한 없는 관리인이 금전에 대한 절도를 범한 경우에는, 그를 상대로 절도소권뿐만 아니라 [절도원인] 이득반환청구소권도 행사할 수 있다.)

아래의 개소에서는 변제수령권한이 있었던 노예가 해방되어서 더 이상 변제수령권한이 없게 되었는데 채무자가 그 사실을 모르고 그에게 변제한 사안이다. 이때 반환채무가 주인과의 계약에 기한 것이라면 선의의 변제자는 보호를 받는다.³⁷⁾ 한편 반환채무가 노예의 특유재산에 기한 경우에는 노예해방 시에 특유재산이 박탈당한 사실을 변제자가 몰랐다면 역시 보호된다. 변제효가 인정되어 채권이 소멸된 경우 해방노예에게 편취의사가 있었다면 그는 주인을 상대로 절도책임을 부담한다.

35) 이에 관하여는 이상훈, 『절도원인 이득반환소권(*condictio furtiva*)에 관한 소고 - 『학설회찬』 제13권 제1장을 중심으로 -, 『법사학연구』 제57호(한국법사학회, 2018. 4), 251면 이하 참조.

36) 한편 지시 사안에서 지시인이 지시수령인에게 지시를 철회(변제수령금지)하였으나 선의의 채무자가 지시수령인에게 변제하는 사안에서, 율리아누스는, 지시수령인이 이득의 의사로 주화를 수령하였다면 이는 절도에 해당하여 변제효로서 채무소멸이 발생하지 않는다고 한다. 이때 기본관계에서의 채권자가 채무자를 상대로 지급을 청구하면 채무자는 지시수령인을 상대로 가지는 절도원인 이득반환청구소권을 양도함으로써 항변할 수 있다는 입장이고, 그것이 형평에 맞다(*aequum esse*)고 보았다. D.46.3.38.1 참조. 이 개소에 대하여는 이상훈, 『부당이득법상 *suum recipit* 논거 검토 - 고전기 로마법상 지시 사안을 중심으로 -, 『법사학연구』 제55호(한국법사학회, 2017. 4), 68면 이하 참조.

37) 아래 가이우스 법학원론에서는 회계관리노예(*dispensator*)의 해방을 수입인의 사망에 유추하여 설명하고 있다.

G.3.160: Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interueniat, id est uel eius, qui mandarit, uel eius, qui mandatum susceperit, soluitur mandatum: sed utilitatis causa receptum est, ut si mortuo eo, qui mihi mandauerit, ignorans eum decessisse exsecutus fuero mandatum, posse me agere mandati actione: alioquin iusta et probabilis ignorantia damnus mihi [non] adferret, et huic simile est, quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam soluerit, liberari eum, cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii soluisset, quam cui soluere deberet.

D.46.3.18. Ulpianus libro 41 ad Sabinum.

Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. Utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: [...]

(어떤 자가 금전추심을 위해 선임된 노예에게 노예해방이 있는 후 변제하였는데, 실로 주인과의 계약에 기한 것이라면, 그가 노예해방을 몰랐던 것으로 충분할 것이다. 그러나 특유재산의 원인에 기한 경우, 그가 노예해방을 알았다더라도, 해방노예에게서 특유재산이 박탈된 것을 몰랐다면 채무해방될 것이다. 그런데 두 경우 모두 해방노예가 편취하기 위하여 변제수령했다면, 그는 주인에게 절도를 범한 것이다.)

한편 권한 없는 관리인에 의한 비채변제 수령을 본인이 추인하는 경우 변제자는 본인을 상대로 비채 이득반환청구소권(conductio indebiti)을 가지게 된다. 이때 아래의 개소에서 파피니아누스는, 변제자에게 변제수령권한 없는 관리인을 상대로 하는 절도원인 이득반환청구소권이 존속한다고 본다. 이는 앞서 살펴 본 율리아누스-파울루스 개소(D.12.4.14)에서 “본인이 추인한 경우에는 권한 없는 관리인에게 반환청구될 수 없다”는 것과 모순되어 보인다. 그러나 파피니아누스는 이때 본인의 추인의 효과는 비채변제 수령으로 인한 법률효과의 귀속에만 미치고, 일단 성립한 절도원인 이득반환청구소권에는 영향이 없다고 보는 것 같다. 다만 이 경우에 파피니아누스는 변제자가 비채 변제 수령을 추인한 본인을 상대로 비채변제 반환청구를 하면 본인에게 악의의 항변을 부여함으로써 변제자로부터 절도원인 이득반환청구소권을 양도받게 하여 이 문제를 해결하고 있고(일종의 변제자대위),³⁸⁾ 결론적으로 율리아

38) 이러한 소권양도의 특권(beneficium cedendarum actionum)을 민법상 변제자대위제도의 기원으로 보고 있다. 변제자대위제도의 연혁적 고찰에 대하여는 김형석, 『변제자대위 제도의 연혁에 관한 소고』, 『사법연구』 제8집(청헌법률문화재단, 2003), 7면 이하 참조.

한편 민법은 변제자대위의 효과에 관하여 “채권자를 대위한 자는 자기의 권리에 의하여 구상할 수 있는 범위에서 채권 및 그 담보에 관한 권리를 행사할 수 있다.”고 규정하고 있는데(제482조

누스-파울루스와 같게 된다.³⁹⁾

D.47.2.81.5 Pap. 12 quaest.

Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur.

(권한 없는 관리인이 티티우스의 명의로 금전을 그릇되게 수령하고 티티우스가 이를 추인한다면, 티티우스 자신은 실로 사무관리소권으로 제소할 것이고, 반면에 비채인 금전을 공여한 자에게는 티티우스를 상대로 비채 이득반환청구소권이 있을 것이고, 권한 없는 관리인을 상대로는 절도원인 이득반환청구소권이 존속할 것이다. 티티우스가 피고로 선택되면 악의의 항변을 통하여 그에게 절도원인 이득반환청구소권을 양도하도록 지극히 공정하게 요구될 것이다. 그러나 만약 眞價였다면, 이를 추인한 티티우스를 피고로 하는 절도소권은 탈락하는데, 채무자가 채무로부터 벗어나기 때문이다.)

다음으로 채무자 본인이 자신의 사무처리자가 권한 없는 관리인에게 변제한 것을 추인하는 경우가 문제된다. 아래의 개소에서는 절도소권이 언급되는 것으로 보아 이때 변제수령권한 없는 관리인에게는 절도의 고의가 있었던 사안인데, 이 경우 절도소권은 주화의 소유자이자 공여자인 채무자의 사무처리자에게 속하지만, 채무자 본인이 비채변제를 추인하면 채무자에게 변제수령자를 상대로 하는 비채 이득반환청구소권이 귀속한다.⁴⁰⁾ 이때 변제한 사무

제1항), 이는 권리 자체가 대위자에게 '이전' 되는 것으로 해석되고 있다. 양창수·김제형(2015), 324면; 송덕수, 『채권법총론』(2018), 444면 참조.

39) Pika, *Ex causa furtiva condicere im Klassischen römischen Recht* (1988), S. 61은 이를 당시 견해 대립이 있었던 것으로 보는 입장이다.

40) 악의의 비채변제 수령사안에서 채무자 측 재산관리인이 자신의 주화로 변제한 경우 절도원인 이득

처리자가 채무자를 상대로 (사무관리를 근거로) 구상을 청구하면 심판인은 절도소권을 채무자에게 양도하도록 한다(변제자대위). 이로써 권한 없는 관리인의 악의의 비채변제수령과 관련한 3자관계 법률문제가 간명하게 해결된다.

D.47.2.81.7 Papinianus 12 quaest.

Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. sed condictionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur.

(티티우스의 사무를 처리한 자가, 티티우스의 명의로 채권자의 권한 없는 관리인에게 변제하였고 티티우스가 추인하였다. 절도소권은 티티우스에게 발생하지 않는데, 그것은 금전이 변제되는 즉시 그것을 공여한 자에게 발생하는 것이고, 주화의 소유권도 점유도 티티우스에게 속하지 않기 때문이다. 그런데 티티우스는 실로 비채 이득반환청구소권을 가질 것이고, 반면 금전공여자는 절도소권을 가질 것이다. 후자는, 사무관리소권으로 티티우스가 제소되기 시작하면, 심판인의 재량으로 그에게 양도될 것이다.)

V. 結語

지금까지 로마법상 변제 및 변제수령과 관련하여 재산관리인 또는 권한 없는 관리인이 개입한 사안을 중심으로 살펴보았다. 직접대리가 인정되지 않았던 로마에서는 재산관리인이 중요한 역할을 담당하였는데, 주로 두호관계

반환소권은 주화의 소유자인 재산관리인에게 인정되고, 채무자 본인이 비채공여를 추인하면 채무자에게는 비채 이득반환청구소권이 인정되는데, 양자는 동종의 소권이므로 둘 중 하나의 이득반환청구소권을 행사하면 다른 이득반환청구소권은 배제된다. 이에 대하여는 Scaev. D.13.1.18 및 이상훈(2018. 4), 283면 참조.

(patronatus)에서 해방노예가 재산관리인으로서 내부적 위임계약의 체결 없이 자신의 전 주인의 재산관리를 맡아왔고, 따라서 간접대리 구조하에서 사무관리법을 통한 내부정산이 이루어졌다. 그 후 해방노예의 지위 향상과 함께 자유인도 재산관리인으로 선임되기도 하면서 사무를 위탁한 본인과 위임계약이 맺어지게 되고, 이 경우에는 내부관계 정산에서 위임법이 적용되었다.

금전변제의 경우 자금의 출연자가 아닌 명의자에게 그 효과를 귀속시켰는데, 이는 재산관리인 사안에서도 마찬가지였다. 유효한 변제가 이루어지면 주화의 소유권이 이전된다. 다만 비채변제 또는 권한없는 관리인이 개입한 경우와 같이 변제가 효력이 없는 경우에, 주화 소유자의 소유물반환청구 또는 그 代用으로서의 이득반환청구소권의 행사와는 별도로, 본인은 추인을 통해 그 법률효과의 귀속 여부를 결정할 수 있었고, 그에 따라 부당이득반환관계가 정해졌다는 점도 특징적이다. 특히 채권자 측의 권한 없는 관리인이 변제수령함에 있어서 영득의사가 있어서 절도가 성립하는 경우 파피니아누스가 3자간의 법률관계를 소권양도를 통해 간명하고 적절하게 처리하고 있는 점이 눈에 띄는데, 이것은 민법상 변제자대위 제도에 해당하는 것이다(제482조 제1항 참조).

마지막으로 이 글에서 다룬 개소들을 사안 유형별로 정리하면 아래와 같다.

	진정한 재산관리인		진정한 재산관리인이 아닌 경우	
	진채	비채	진채	비채
변제	Cel.-Paul. D.12.6.6.pr. Cel. D.46.3.87	Lab.-Paul. D.12.6.6.pr. * Iul.-Paul. D.12.6.6.3	- 명의자에게 효과 귀속 Aristo-Iul.-Ulp. D.12.1.9.8 Diocl./Maxim. C.4.5.6 (a.293)	
변제 수령	Cel.-Paul. D.12.6.6.2 Ulp. D.46.3.12.pr.	- 본인의 (사전)지시 Pap. D.12.6.57.1 - 본인의 추인 Lab.-Paul. D.12.6.6.1 Cel.-Paul. D.12.6.6.2	Iul. D.46.3.34.4; Ulp. D.46.3.58.pr. - 추인 有: Ulp. D.46.3.12.4 Iul.-Paul. D.12.4.14 - 추인 無: Paul. D.12.4.14	

■ 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)
- Digesten*-Otto = *Das Corpus Iuris 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.
- Palingenesia* I = Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, Volumen 1, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1889, vermehrt um ein supplement von Lorenz E. Sierl (Graz 1960), Scientia Verlag Aalen (2000).
- 김형석, 「변제자대위 제도의 연혁에 관한 소고」, 『사법연구』 제8집, 청헌법률문화재단, 2003.
- 박세민, 「메이지민법상의 변제자와 변제수령자」, 『민사법학』 제64호, 한국민사법학회, 2013. 9.
- 성중모, 「『유스티니아누스 법학제요』 한글 初譯 - 제3권 번역과 注釋 -」, 『법사학연구』 제46호, 한국법사학회, 2012. 10.
- 송덕수, 『채권법총론』(제4판), 박영사, 2018.
- 양창수·김재형, 『계약법』(제2판), 박영사, 2015.
- 이상훈, 「부당이득법상 suum recipit 논거 검토 - 고전기 로마법상 지시 사안을 중심으로 -」, 『법사학연구』 제55호, 한국법사학회, 2017. 4.
- 이상훈, 「절도원인 이득변환소권(condictio furtiva)에 관한 소고 - 『학설취찬』 제13권 제1장을 중심으로 -」, 『법사학연구』 제57호, 한국법사학회, 2018. 4.
- 최병조, 『로마법강의』, 박영사, 2004.
- 최병조, 「로마법상 사용취득(usufructus)의 권원 개념(II) - Pro suo와 Pro possessore를 중심으로 -」, 『서울대학교 법학』 제50권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2009. 9.
- 최병조, 「로마법상의 신분변동 頭格減等(capitis deminutio)에 관한 소고 - D.4.5 De capite minutis 역주를 곁하여 -」, 『법사학연구』 제53호, 한국법사학회, 2016. 4.
- 최병조 역주, 『로마법상의 사무관리소권』, 서울대학교 출판부, 1995.
- Apathy, Peter, "Procurator und solutio", *SZ* 96, 1979, 65ff.
- Behrends, Okko, "Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts", *SZ* 88, 1971, 215ff.
- Fargnoli, Iole, "Paulus - Fragmente mit vermeintlichem Bezug auf die Erfüllung nichtsgeschuldeter Vermächtnisse", *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies* 7, 2002, 6ff.

Flume, Werner, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, 1990.

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.

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

Pika, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im Klassischen römischen Recht*, 1988.

Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*,
1992.

〈Abstract〉

Performance or Acceptance of Monetary Obligation by a *Procurator* in Roman Law

Lee, Sang Hoon*

This article deals with performance or acceptance of monetary obligation by a *procurator*, authorized or unauthorized, in Roman law. In ancient Rome, where direct representation was not recognized in principle, a freedman as a *procurator* took in charge of the administration of property of his former owner (i.e. *patronus*) without concluding a mandate contract. In that case, *negotiorum gestio* was applied for the internal relationship between them. Afterwards, as the social position of freedmen improved, and a free man also began to be appointed as a *procurator*, the internal relationship was settled by the mandate contract.

In the case of payment of monetary obligation, the legal effect is attributed to the principal on whose name it is payed, not to the person who pays money actually even though the latter is the owner of money. It is the same when a *procurator* intervenes. When a valid payment is made, the ownership of money is transferred. In the case where a performance is ineffective, because it is *indebitum solutum* or an unauthorized *procurator* intervenes, apart from *rei vindicatio* of the owner of money, it is possible for the principal to make its legal effect on himself by ratification. It is notable that the parties to the

* Senior Researcher/Ph.D. in Law, Korean Society of Law

reversal of the unjustified enrichment (i.e. *condictio indebiti*) are determined according to his choice. In particular, when an unauthorized *procurator* committed *furtum* by receiving money with intent to appropriate, the legal relationships among these three parties are solved by an assignment of *actio*, it corresponds to the subrogation (Korean Civil Code Art. 482(1)).

[Key Words] *procurator*, debt performance, monetary obligation, acceptance of payment, *condictio indebiti*, subrogation