Africanus D. 20.4.9. pr [二重入質事例]의 解釋

崔 桑 祐*

I. 원 문

Africanus libro octavo quaestionum D. 20.4.9. pr:

Qui balneum ex calendis (Iulius)(1) proximis conduserat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur: idem ante calendas Iulias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem (2) locatorem praetor tueri deberet, respondit (sc. Iulianus)(3) debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quiquam pro conductione deberetur, quoniam tamen iam tunc im ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatorem ius pignoris in eo solvi non posset, potiorem eius causam habendam. (4)

II. 변 역

아프리카누스, 『質疑錄』第 8 卷:

다음(7月)(1) 1日부터 독수령을 借借한 자가 借貸이 지급되기까지 노예 에로스를 貸貸人

1) 本格是 帛草花 1985년 12월에 간행된『厚生部院 御令修年紀念會 文法論叢』60-77 권에 소개된『『로마私法 声解方法論 小考ー發覆集 個別事例解説の形式と 指針ー』』에 따른 하나의 간략한 채용로서 同小考을 보완하기 위한 것이다. 토의의 수주는 학생들의 과제용 수준이다.

*) 서울대학교 法科大學 助教授


(2) Gebäuer/Spangeberg, Corpus Iuris Civilis (1776) h.l. 심포가 없더라도 멕스트의 이해는 변함이 없으나 자칫 petentem Erotem을 알고 hunc creditorem이 아니라 위의 locatorem에 입건치 않으니 임대인이 에로스를 정구하는 것으로 오해할 위험이 있다. 調學의으로 수이 불가능하 자는 없지만 言語慣行이 전권론에 반하는 이러한 해석을 하고 있는 彼로 藤田 輔二, ローマ法第 3卷(改版 1970) 691 권이 있다.


(4) Bas. 25.5.7. pr("내가 내게 7월 1일의 독수령을 임대하고 借貸를 購수로 수령한 경우에 내가 1일

— 120 —
에게 합잡단다는 약정을 체결하였다. 이에 이 7월 1일 전에 긴 에로스를 다른 자에게
에게 합잡단다는 약정을 체결하였다. 이에 이 7월 1일 전에 긴 에로스를 다른 자에게

아프리카누스의『질문록』은 그의 주로 두 동안 동안 전해져 있고 있다.
이것들은 주로 법학수업중의 학생들과 의논한 케이스들이다. Wacke의 연구에 의하면, 그는

아프리카누스의『질문록』은 그의 주로 두 동안 동안 전해져 있고 있다.
이것들은 주로 법학수업중의 학생들과의 논의한 케이스들이다. Wacke의 연구에 의하면, 그는

1. Sextus Caecilius Africanus(5)
本節의 제목 아프리카누스는 時期 古典法學 時代 古典法学派의 頭현였던 율리아누스
(아래 2)의 下의 同時代人이자 제자였다. 그가 어떠한 공직을 역임했다는 홍幅은 없는
점으로 미루어 볼 때, 아마도 율리아누스와 가이우스의 뒤를 이어 사비누스학과에서 法學
教授의 활동을 한 것 같으나, 前期古典法学派인 바울우스는 그의 강의를 듣었을 수도 있
다. 그밖에 그의 생애에 관해서는 별로 알려진 것이 없다. 후대의 범갈가들로 그를引用하
는 일이 비교적 드물다.
아프리카누스의『질문록』은 그의 主著로서 두동안 동안 121개의 탐견이 전해져 있고 있다.
이것들은 주로 법학수업중의 학생들과의 논의한 케이스들이다. Wacke의 연구에 의하면, 그는

아프리카누스의『질문록』은 그의 主著로서 두동안 동안 121개의 탐견이 전해져 있고 있다.
이것들은 주로 법학수업중의 학생들과의 논의한 케이스들이다. Wacke의 연구에 의하면, 그는

2. Salvius Julianus(6)
아프리카누스의 스승 율리아누스는 P. Iuventius Celsus와 더불어 모라 盛期古典法學의 가

(5) A. Wacke, “D. 19. 2. 33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt,”

(6) 나하면 나는 일대차 심장족 총출시켜서 안되었으면 안되었기 때문이야.”는 후기 護道法學의 学問
자 신석, 凡聖本質, 凡聖 등의 치사에 경제법학과 홍幅的보이기도. 이에 전해지는 Wic
장 중요한 법률가로 동한다. 100년경 북아프리카의 Hadrumetum에서 태어났으며, 안토니누스 피우스 치하에서 승관관(Consul)의 직을 역임하고, 이어서 여러 지역의 총독직을 담임하였다. 그는 Lavolenus의 제자로서 하드리아누스 황제 치세에 이레 삼부수스 하카의 칭성으로 활약하였다. 하드리아누스 황제가 그에게 법무경력의 최종적인 평가를 의뢰한 것은 유명하다(이후에도 묵음시대의 전설). 세베우스가 황제들의 시대에 이르러까지 화대의 법률가로서의 재능에 대한 빛나는 면에서 슐리아누스는 동시대의 다른 모든 법률가들을 능가하였다. 그는 후기 고대법학에 의해서 가장 자주引用된 법률가였다(예전에 슐리아누스는 그를 두루 544회나 이용하고 있다).

그의 저작품들에는 특히 90권의 Digesta(학설집)가 중요하다.

Ⅳ. 해석

1. 주제

이런 자가 목욕탕을 오는 7월 1일로부터 독립있음을 하여 담보를 담보하기 위하여 노예 예로스를 인도하였는데, 그 후 약정한 얼마간 기간이 경과하기 전에 제2의 제2권자에게 담보에 대한 담보로서 같은 노예에 다시 담보를 설정하였다. 제2의 담보자가 제1의 담보자(임대인)의 상대로 예로스의 반전사항을 할 사전에서 슐리아누스의 쌍화는 제1의 담보자에게 유리하게 되었다.

개별적으로 다음 사람들 고려할 것이다:

a) 주택관계에 관한 한, 2차에 걸친 인간에 있어서 용으로 임명할 사유가 고집될 것은 아니라고 생각된다. 제2의 담보자는 “참가자”(petens)로서 등장하고 있으므로, “물로 임대”(pignori dedit)했던 때의 표현도 분명하고 제2의 인간은 작금의 사적이도 수가 있다. 또 제1의 담보자가 원전 노예를 도착하고 있다는 사실로부터——인식적 말차자로——제1의 인간에

(6) 7월 1일은 로마시민들의 일반적인 스틱일이었다. Pernice, “Pereram.” SZ 19 (1898) 89ff., 92 n. 3.


}}
제28권 2호 (1987)  Africanus D. 20.4.9. pr (二重入質事例)의 解釋 — 123 —

賢은 처음부터 占有義이 있다고 추론할 수는 없다. 賢이면 그가 후에 어떠한 이유에 기해
서 占有を 취득했을 수도 있기 때문이. 그러나 특히 無占有義의 경우에 常用化한 定式的
 표현인 "pignori esset"에도 불구하고 第1의 入質이 占有義이었을 공산은 크다. (10)

b) 賢權設定이 法律行に 有言의 것임은 多言을 요하지 않는다.

c) 原则 第2 賢權者가 第1 賢權者로 제소했는가 하는 문제는 占有者간기 갭에서 우라
는 Wacke의 前以後는 달리 一義的으로 대답할 수 없다. 그 이유는 "licet enim eo tempore
homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione debetur"는 原則에서하
면 負行期가 도래하지는 않았다 허치라도 적어도 金額나 確定可能한 債權을 요구하는데,
"pro conductione"로 부설되는 賢權은 정확한 占有者간기에 따라서 결정된다. 및 그의
논리는 (11) 例外적이기 때문이다. 賢이면, 提訴의 時點은 原則의 内容과 占有者간기의
始作 사이일 수도 있기 때문이다. 又, 우리는 賢權의 負行期가 염치 도래하는지에 관해서도
정보가 전부 없으며, 貸借人이 다른 약정이 없는 한, 占有者간기의 경우 前과 뒤 어느 면에
지금을 둘어 보는가도 불분명하다. (12) 入質約款의 "donec mercedes[복수!] solverentur"
는 分割給(여제는 時間의 前後)쪽을 지칭하는 것 같으나, 前後의 秋給式(praenumerando)
을 배제하는 것은 아니다. "구체적으로 使用된 정도에 따라서"의 의도로 보는 Wacke의
"pro conductione" 해석은 그으므로 개업성이 있기는 하지만 유일하게 가능한 해석은 아
다.

2. 爭點의 内容

본 章節에서는 貸物인 性토를 둘러싸고 두 賠權者 사이에 발어진 引渡請求가 문제인데,
여기 第2 賠權者는 第1 賠權者的 賠權이 도래해 발생하지 않았다고 주장을 한다.  그 이유는
入質 당시에 担保債權이 존재하지 않았다는 것으로 압축된다("quo nondum quicquam pro
conductione debetur").

3. 同一物의 二重入質

다음은 同一物을 數次에 걸쳐서 入質할 수 있는 가능성을 이미 전개로 하고 있다. 이 문
제에 관해서는 Kaser로 대표되는 통설적 전개에 의하면 既入質物에 대한 賠權設定은 다음
과 같은 발전단계를 거친 것으로 이례된다. (13)

(10) Kaser, "Besitzpfand und besitzloses Pfand," SD 45 (1979) 1 ff., 6f. bei n. 20. 入質의 定式
에 관련한 Manigk의 (註 3) 29f., 92 창조.
ff., 388.
(13) Kaser, "Mehrfache Verpfändung im römischen Recht," Studi in onore di Giuseppe Grosso I
(1968) 30 ff. = Ausgewählte Schriften I, 178ff.; RP I (註 12) 467; Römisches Privatrecht
(Kurzlehrbuch) (8. Aufl. 1974) 125 f.: G. Schlichting, Die Verfugungsbeschränkung des
Verpänders im klassischen römischen Recht (1973) 40ff.
즉, 저권자로 소유권과 유사한 공여권(Zugriffsrcht)을 가졌던 고식의 법에 의하여 후속
인권(Nachverpfändung)은 전혀 알려져 있지 않았다. 구식법에서는 제1 저권의 소멸을 중
지에 따라 하여만 제2 저권자를 위한 후속인권이 속주되었다(Afr. D. 20. 4. 9. 3; Pomp.
D. 20. 4. 4; Paul. D. 20. 3. 3; D. 20. 4. 13). 제2 저권자에게는 제1 저권을 초과하는 잔여분
(superflum)만이 자로서 물리적 무반응을 부당한다는 견해는 중지에 영향을 두락한 사람(Gai.
D. 20. 1. 15. 2; Tryph. D. 20. 4. 20; Pap. D. 46. 3. 96. 3; Paul. D. 22. 2. 6). 후에
후속저권자는 인권과 더불어 즉시 자신에게 있는 무역의 저권을 취득하고 그리하여 포수의 저
권의 종류를 갖게 되었다(Marcell. D. 44. 2. 19; Marci. D. 20. 4. 12. 7; D. 20. 4. 12. pr.; Paul.
D. 44. 2. 30. 1). 이것은 종래의 발전을 의미하는 것이지만, 후대의 오래전에서는 아직 저
권의 종류가 행하여지고 있었다(Marci. D. 20. 4. 12. 8).

이러한 저권의 제1 저권을 중지에 영향을 두락한 것은 아니지만, 저권에 나타
나고 있는 일의 결과는 알려져 학설의 관점에서 설명해 볼 수도 있을 것이다. 반응
한 경우에 대한 2의 인권은 어떻게 이해해야 할 것인가? 하는 물음에 대한 대답을 우리
는 다음과 같이 정리해 볼 수가 있는 것이다:

○ 제1 저권자의 인권을 중지에 영향을 두락한 그에 보
는 설명: Sabinus (Pomp. 35 Sab. D. 20. 4. 4: "esett"
까지?)
4. 9. 3)
Gaius (superflum의 해설은 양자 양정 요)
(form. hyp. D. 20. 4. 11. 4과 D. 20. 1. 15. 2)

○ 제1 저권자의 인권을 중지에 영향을 두락한 그에 보
는 설명: Nerva pater, Proculus, Plautius 및 Paulus
(Paul. 5 Plaut. D. 20. 4. 13)
Pomponius?

Marcellus (19 dig. D. 44. 2. 19).
Aristo 및 Paulus(Paul. 3 quaeest. D. 20. 3. 3)
Ulpianus (11 ed. D. 13. 7. 36. 1 i.f.)
Papinianus 및 Marcianus (Marci. form. hyp.
D. 20. 4. 12. pr 및 § 5)

이러한 전반적인 고찰에 의하니 우리의 단편 fr. 9 pr은 로마 저권의 발전의 단계에
해당된다. 문제는 fr. 9 pr을 갖는 올리아누스의 결정인 fr. 9 § 3과 어떻게 모순없이 비판할
수 있을 것인가 하는 점이다. fr. 9 § 3(14)에서 올리아누스는 제2의 저권을 제1 저권의 소멸

(14) Africanus-Julianus D. 20. 4. 9. 3:
Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta
marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii
pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res
에 의해서 조건지워진 것으로(“priore dimisso sequentis confirmatur pignus”)보고 있는 반면에, fr. 9 pr에서는 제2채권자의 무조건적인 재권으로부터 출발하고 있는 것으로(“adversus hunc creditorem petentem Erotem”) 보이기 때문이다. fr. 9 pr이야말로 무조건적인 후속재권(Marcell. D. 44. 2. 19)으로의 이행을 허용하는 것이라는 Tondo의 대답은 만족스럽지 않다.  
(15) 제나하면 우리 단편의 사건에는 앞 당사자 중 어느 방의 채권자가 우선순위를 확인하는 것이 문제인 것은 아니기 때문이다. 제1채권자의 재권의 설정이 시간적으로 앞섰다는 것은 다류어저지고 있지 않지만 아니라, 또한 단순한 방의 우선순위는, 제2채권자가 본건에서처럼 제1채권자의 재권의 설정이 효과하지 않았다고 주장하는 경우에는, 그리고 그렇게 주장하는 경우, 아직 관련적으로 권리 또는의 우선순위를 의미하지는 않기 때문이다.  
(16) 그렇다면 율리아누스는 본건의 경우 fr. 9 §3에서 취한 입장을 전혀 변경할 필요가 없는 켈이다.

4. 소송행위의 측면

재권의 보호에는 루보고 후반에서 법률의 구.Show의 대책을 마련하되, 특히 actio Serviana가 재권을 위한 일반적 대소권위(rem in rem)로서 이용되었다.  
(17) 본건에서는 제2채권자가 이 소송행위를 행사하고 있다. 하드리아누스 칼첫의 영구신고서에 수록된 재권방식서는 다음과 같았다:

“S.p. inter A = A et L. Titium convenisse, ut ea res q.d.a. A = Aa pignori esset proprius pecuniam debitum, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titiī suisse, eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A = Aa stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantum pecuniam iudex N = N = A = Aa condemnato, s.n.p.a.”

(“기관과 우리우스 디니우스(채권설정자) 사이에 존재의 존재가 재권으로 인하여 원고에게 수액된다고 약정하였고, 동물이 약정 당사에 우리우스 디니우스의 재권에 속하였고, 동물이 변경되지도 그 명목으로 낙라도 계로부터도 착물하지 않았고, 변경되지 않는 것이 원가자의 책임이 아닌 것이 정체되는 경우에는, 동물이 가나인에서 발생되지는 않는 경우에는, 동물이 상당한 만권의 재권을 정체하는 데가가 원가자에게 지급하도록 재권이 결정을 내리라. 만일에 정체되지 않으므로 재권결정을 하라.”)

a) 제2채권자의 원고로서의 설득

제2채권자의 원고로서의 설득은, 방식서의 완이하에 의하여 효과있게 설정되어 소송훈시(위 21 c)

in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emortis loco est: atque ideo, quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cm Titio solventur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus invenire, quo pignus Maevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus acceptit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse.

(15) Tondo, Convalida del pegno e concorso di pegni successivi (1959) 203 f.; 또한 Wacke (위 之 11) 388 n. 84.

(16) Wacke (위 之 11) 397f.; 위 之 2 참조.

(17) Kaser, Röm. PR [Kurzlehrbuch] (위 之 13) 123; RP I (위 之 12) 472ff.; Wubbe(위 之 9) 179ff.

(18) Lenel, Das Edictum Perpetuum (3. Aufl. 1927) §267 (주석 494f.).
예 야적 존속중인 賃借을 간접으로 한다. 개별적으로 상대보자면：
(19)
- 賃借設定契約(conventio pignoris);
- 入賃한 物件에 대한 借赁契約의 法務官法士의 所有權(in bonis esse) 및
- 被擔保債權이 존재해야 하며,
- 건으로 債權은 소멸하지도, 달리 담보가 제공되지도 않았어야 하며, 또 債權者が 受領
識別에 빠져있지 않아야 한다.
본 fr. 9 pr에서 이 각 구성요건의 정표들은 모든 점에서 충족되고 있다(第1點과 第3點은
明示의으로, 나머지는 암묵적으로).

b) 第1債務者的 被告適格
모든 占有者는 負債된 피고인 바(20), 本件에서도 이 점에서는 아무런 의문이 없다(의第7 1 a).

c) Actio Serviana와 exceptio rei sibi ante pigneratorae

Actio Serviana의 方式書는 피고가 原告에 의하여 이미 動力併存において 우선인—-賃借
을 동일한 物件에 대하여 가질 수 있는 사정은 이를 고려하고 있지 않다. 소유등환환청
구의 債權(rei vindicatio)와 유사하게 actio Serviana는 先于 原告에게 그가 주창하는 權利가
취득하는가 아닌가의 여부만에 초점을 둔다. 그러나 피고는 자신의 競合하는 賃借을
주장하기 위해서는 抗辯(Exceptio)를 필요로 하게 된다. 抗辯 없이는 그의 競合적인 賃借
은 고려되지 않는다. (21) 이 抗辯은 Marcellus D. 44. 2. 19(22)에서는 “exceptio rei sibi ante
pigneratorae” (“자신에게 價倉물에 入賃된 物件의 抗辯”)으로, Ulpianus D. 20. 1. 10(23)에서는 “ex-
ceptio ‘si non convenit, ut cadem res mihi quoquc pignori esset’” (“‘동일물이 나에게도 또한 入
賃된다고 約定되지 않은 경우에는 설명 抗辯’)으로 불리우고 있다.
본 fr. 9 pr에서는 第1債務者が 第2債務者的 物件환환청구에 대하여 exceptio rei sibi

(19) Kaser, RP I (의 第 12) § 110 I 1 및 § 111 II 3 (463 f.; 473).
(20) Kaser, RP I (의 第 12) 473; Röm. PR [Kurzlehrbuch] (의 第 13) 128.
(21) Wacke (의 第 11) 370 f.; 373f. 그러나 敷訴한 第1債務者가 敷訴로서 다시 借赁契約를 하는
 것은 原告의 rei vindicatio의 경우와 달리 적용되는데, 왜냐하면 競合의 一債務이 敷訴의 대상
이었던 것이 아니므로 原告의 抗辯(exceptio rei iudicatae)이 인정되지 않기 때문이다(Paul.
D. 44. 2. 30. 1: Marcell. D. 44. 2. 19 [의 第 第 12]).
(22) Marcellus D. 44. 2. 19 (의 第 12).

Duobus diversis temporibus eandem rem pignori dedit: etiam posterius cum priore pigneratoria
eoptimaeuit: mox ille agere similis actione instituit: quaedam est, an exceptio rei iudicatae
obstaret. si opposuerant exceptionem rei sibi ante pigneratorae et nihil aliud novum et validum
adsererit, sine dubio obstetit: eandem enim quaestionem revocat in iudicium.
(23) Ulpianus D. 20. 1. 10 (의 第 12).

Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ut utrique in solidum obligatae essent,
singuli in solidum adversus extraneos Servianam utentur: inter ipsos autem si quaesto movetur,
possidentis meliorem esse conditionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: ‘si non convenit,
ut eadem res mihi quoque pignori esset.’ si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obli-
garentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam
partis possessionem adprehendant singuli.
ante pignoratae를 행사하였으면이 분명하다(“an... locatorem praeator tueri debebet”). (24) 그런데 exception의 경우에도 actio Serviana의 경우와 마찬가지의 생 인 로로 이것이 소리지고 있습니다. (25) 이제 이것은 제1차권자의 강판에 대하여 그의 자판을 附從性의 요건이 결여되었으므로 유효하게 설정된 것이 아니라고 재양판(рepliсatio)하였다(“eo tempore... debebetur” 참조; 위 § 2).

5. 實體法의側面

a) 제1債権者의地位

Exception rei sibi ante pignoratae를 행사하는ención생의債権에 의해서만 할 수가 있다. 附從要件중에서 損害가借質権만이 나%E2%80%93이지 않는다(위 § 4 a). 실체에 있어서 보는 기한이 도래하는 債務채권으로 債権의 表現에 즉각가? 솔리아노스와 아르티카누스의 共和政이 저涼하면서 확립되었던 債権의 附從性의 원칙 (26)을 비록 파괴하지는 않았다 하더라도 적도 외부에 외해서 남은 것은 아니가?

aa) 債権債権의生質決定

목하자는 7월 1일자로 임대되었다. 이 사정은 과연 어떻게 이해해야 할 것인가? 오늘날의 이론에 의하자면 이와같은 경우는 이론의 終期附屬法律行為에 해당된다. 그런데 끝내 始期라고 할 때 크게 두가지로 나누어서 설명하는 것이 보통이다. 하나는 법률행위의 效力의 發生의 時期를 장내의 確定적 사실의 發現에 의존한 『停止期限』(aufschiebend befristet)이고, 다른 하나는 債務의履行의 時期를 장내의 確定적 사실의 發現에 의존한 『履行期限』(betagiert)이다. (27) 日本民法제135조1항은 프랑스民法 제1185조이하 (terme), 이탈리아民法 제1183조이하 (termine)등과 함께 後者만을 明文中으로 규정하고 있으나, 前者에 의하여 前者도 인정한다. (28) 반면에 우리民法 제152조1항은 文言上 명백히 前者만을 규정하여 독일民法 제163조의 立法例를 따르고 있으나, 제387조・제468조・제743조 등에서 履行期限 역시 인정하고 있다. (29)

그리면 로마法에서는 어떠했을까? 특히 遺贈과 관련하여 dies cedens(權利發生日)와 dies
veniens(權利請求日)의 구분이 알려져 있었고(30), 또한 일반적으로 始期(ex die)와 終期(ad diem)도 법률행위의 附款으로서 널리 이용되었다. 다만 주의할 점은 確定期限(dies certus)附 撰權行爲의 경우에는 통상 相続 가능한 재향채무가 즉시 발생하고, 난시 行期만이 그 確定期限의 到来까지 연기됨으로써 그때가야 비로소 채권을 訴求할 수 있는 것으로 보아, 이 경우 始期를 原칙적으로 行期期限으로 이해한 사실이다. (31) 그리하여 Wacke가 借貸契約권은 合約에 약도 비로부터 반영하여 行期の 訴訟是 時機에 무어리, 論成契約로서의 locatio conductio(売買)는 그 계약체결과 마찬가지에 借貸에 관하여 약정을 하지 아니하고(de mercede convenerint) 현실화되며, 그러하의 本件의 경우 결국 단순한 行期의 재무가 아니라 行期期限附 境무라고 해석하는 것은 이상의 통솔적 관점에서 이해될 수 있다. 그는 다음과 같이 논지를 전개하고 있다:

“그런데도 불구하고 資物은 이미 債権者에게 거수되어 있으나, 제반한 그로부터는 그의 借貸契約권을 그의 의사에 반하여서는 더 이상 박탈할 수가 없기 때문이다(quoniam iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo solvi non posset). 論成契約로서 locatio conductio는 그 체결로서... 완성된다. 그리하여 借貸契約의 무의 말을 債借人은 더 이상 一方의으로 저지할 수가 없다. 債権은 상대방의 종합한 의무의무이 있는 경우에 있어서만 이를 가질 것이다. 그가 賃貸契約을 利用하지 않으면 그는 受領遞還가 바징이다. 그리고 契約의 解消는 賃貸人의 同意를 요할 것이다. 그리고로 이것은 行期期限附의 (betagt)…債務이다.”(32)

Wacke의 논의에 대해서는 두가지를 지적할 수가 있다. 하나는, 만일에 그가 借貸契約권을 “ius pignoris”와 동일시한다면 이는 완전히 정확하지는 않다는 점이다. 만일에 동일시하지 않는다고 한다면 그의 推論은 本末이 전도된 것이다. 즉 율리아누스의 理由文 “quoniam... posset”로부터 그의 근거인 “매니하인…대문이다”가 나오는 것이 아니라, 그 반대 이기 때문이다. 借貸契約권이 賃貸으로부터 근거되기는 것이 아니라 賃貸이 借貸契約권

(30) 資物는 Kaser, RP I (1929) 752; Girard, Manuel élementaire de droit romain (8° ed. 1979) 979ff.
(31) 通說: Kaser, RP I (1929) 258 및 67/68(Fr. Vat. 55=D. 45. 3. 26; D. 12. 6. 10; D. 36. 3. 9; D. 44. 7. 44. 1; D. 45. 1. 46. pr.); Girard (위 註 30) 500ff. (위의 것 외에 Inst. 3.15. 2; D. 50. 16. 213. pr.; Pasquale Voci, Piccolo manuale di diritto romano 1 [parte generale](1979) 317f. (위의 것 외에 D. 35. 1. 1. 1); 鍋田和二(위 註 2) 272; 이미 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III (1840) 210. 등 중요한 史料를 소개해 보관.

Inst. 3.15. 2: (Stipulatio) in diem (āt), cum adiecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti 'decem aureos primis kalendis Martis dare spondeas' id actum, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniāt non potest.
Paul. D. 45. 1. 46. pr (12 Sub.): 'Centesimis kalendis dari' utiliter stipulamur, quia praesens obligatio est, in diem autem dilata soluto.
Paul. D. 44. 7. 44. 1 (74 ed.): Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut conferetur in diem, ex die veluti "kalendis Martis dare spondeas" cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur.
Paul. D. 12. 6. 10 (7 Sub.) (아래 본문 註 33 다음 부분 참조).
(32) Wacke(위 註 11) 387; 390 n. 94.
로부터 근거지위자는 것이기 때문에다.(아래 bb). 나머 하나는, 이행기한 후 체결로 보는 암 "해명된" 받아들일 필요가 없다는 점이다. 당사자들이 교환받다는 사실은 특히 conventio pignoria(양신약의)의 시간("co tempore... iam tune")으로부터이며, 수령자체 여부와는 독립하여 근거지위하지 않고 또 근거지를 수 있기 때문이다.

또 Wacke는 본 단편에서는 제1債權자의 보호가 몇 개의 계약체결로서 이미 시작될 것인지 따라서 그의 借貸契約론의 이행기 및 계에 이미, 성지에는 확정된 借貸契약의 절차 이전에 보호가 시작될 것인지 하는 데 대해서는 침묵하고 있다고 보나(33), 이는 잘못이다. 왜냐하면 결정의 이유는 방금 보았듯이 바로 conventio pignoria의 시점에 소극적으로 관련 계약이고 있기 때문이다("iam tune"). 또, 履行期限附채권을 인정하는 자신의 입장에서도 모순된다. 이때에는 履行期限이라 하더라도 일단 辨識가 있게 되면 반환을 청구하지 못한다고 하는 점에서(Paul. D. 12.6.10 [7 Sab.]: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum retore non possit; 또한 Ulp. D. 12.6.17; 우리民法 제743조 1항) 제1債權자의 체권의 效力가 인정되고 있기 때문이다.

그러나 이러한 해석에 대해서는 계약적 체권관계로서의 일의채권관계의 특성을 고려할 때 의문이 제기된다. 예를 들어, 우선 12월 7일로 일의채권을 체결한 아래 계약은 일반적으로 履行期限附채권으로 보는 것이 타당한 것으로 생각되기 때문이다. (34) 사실 7월 1일 전에는 일의채권의 使用(使用)결의 없음에, 또 이와 관련하여 특별이 없는 일의채권의 借貸지급의무도는 실시되지 않은 것이 분명하기 때문이다. 借貸지급방식에 관하여 이미 살펴본 바와 같이(위 11 c) 于の式의 범다른 특약이 있었던 것은 아니라고 가정한다면, 더욱이 各分割懲金(pensio)에 관하여 履行期限이 인정되어야만 할 것이다. 일의채권 8월의 사용 수익을 7월에 부여할 수 없듯이, 만약에 각으로 7월에 借貸이 두 번에 지급되었다면, 그로 인해 일의채권의 수익을 보유할 수 없다고 보아야만 하며(35), 이것은 Paul. D. 12.6.10(또한 우리民法 제743조 1항; 독일民法 제813조 2항)가 적용되지 않는다는 것을 의미한다. 다시 말하면 이 경우 履行期限이 아니라, 履行期限이 문제스는 것일 수 있다. 그리고 始期가 원칙적으로 履行期限으로 이행되었다는 근거로서 通説이 들고 있는 史料들(위 31)은 이의의給付를 기업으로 하는 問題契約(stipulatio)에 국한되고 있어서 償納의債權關係이 일의채권으로서의 류의로서 다행한지도 의문이다. 오히려 Labo D. 19.2.60, pr (36)은

(36) Labo D. 19.2.60, pr (5 post. a tuiuvolens epit.)：“Cum in plures annos annos domus locata est, praestare locatur debeat, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatoris si velit suo tempore possit...
停止期限을 지시하는 것으로 이해된다.

본件의 경우에 Wacke와 같이 정의한 종류로도 재기고 되던 1권의 제도는 이미 발생한 것으로 보는 결과를 얻을 수 있는 것이 아니라서 단순히 그 자체의 재무란으로는 공식적 인무기관을 지시하는 것이 문제가 된다. 윤리아우스는 이 점에 관하여 적극적인 형태보다는 오히려 소극적이고 신중한 방식으로 제1권의 제도를 표현하고 있다:

"quoniam tamen iam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore ius pignoris in eo non solvi posset." 이것은 확정된 사례에 무리라는 사실을 명확하게 전달한 것이다. 이로서 역사적적으로 재무란의 문제를 인정하는 정의적 설화는 둔기한 경우에 이러한 기족은 오늘날의 이론에 의해서도 인정된다. (37)

그러면 이러한 기족은 복구권의 문제를 근거자율을 할 때 만큼 강화할 것인가?

(아래 bb),

"in ea causa esse"의 의미

答申理由인 "이미 그때에 엘로소스는 그에 선정된 재무란이 엘로소스의 의사에 따라 해소될 수 없다고 하는 상태에 있기 시작하였으므로"는 일견 아무것도 근거되지 않거나 동바로 되기 쉽지만 그에 해당하는 ius pignoris은 근본적으로 확보한 것이기 때문에라고 하는 내용이나 말이다. 여기서 윤리아우스의 임의과정은 주로 정치의 역할을 한 제도가의 배움은 다음과 같다: 목축순가 7월 1일자로 음력하였고 그리고 노예의 입법 당시에는 엘로소스의 제도로부터 어떠한 구체적인 청구목을 발생하지 않는 것이 사상하는 것은 하지만, 그러나 ius pignoris은 존재한다. 이 점을 함에 있어서 1권의 제도의 재무란은 이 "obligatio"는 이미 재무란의 확보한 기초이고, 재무란로서의 제1권의 재무란의 ius pignoris in eo는 이를 보로 재무란을 아무런 제약없이 가지는 자의 재무란의地位라고 하지는 못할지라도, 이 재무란의 위치는 이무상 공격가능하지 않을 만큼은 확보한 것이( "in ea causa esse, ut ius pignoris solvi non posset"), 특히 제2권들이 그 기 발주 재무란을 주장할 수 있는 (위 1절 f.)을 감안하여 그러하다. 그러므로 결국 제1권의 재무란의 지위는 정의적 설화를 취하면 절차적인 절차에는 차이가 없는 것이 되는 것이다.

"ut invito locatore... posset"가 제2권의 ius offerendi et succedendi(撤退에 의한先順位의 代位權)가 아니라, 무한한 관계가 없음을 임명해야. 왜냐하면 이미 언급했듯이 그들의 재무란은 제1권의 재무란의 시점을 소급적으로 지시하며 그 주체는 그러하면 재무란의 설정일 수 밖에 없기 때문에

(37) Larenz (위, 품, 34).
(38) 崔, [trans. contrarius(還元行爲)에 대하여는 Tondo (위, 품, 15) 176 n. 7 참조. }
문이다. 다른 의 또는 이유는 ius offerendi et succedendi는 "先順位 債権者의 의사에 反하여(invito priore creditore) 관철가능하기 때문이다. (39)

b) 各申理由의 다툼성

그리고 읔리아나스의 결정은 다툼가? 같은 법률가의 본 단쟁에 둘어진 fr. 9 §1과 §2 (40)을 함께 고려하여 보면 이 결정은 단련 상당하다. 즉,占有中인 条件附隨權者 頭順位의 債権자의 標物返還請求에 대하여 보호받아야 한다고 한다면 (fr. 9 §1: sub condicione...deberi coeperit), 占有中인 始期附隨權者는 미리 保全되어야만 하기 때문이다. (41)


6. 現行法과의 比較

현행법에 의하던 動産의 轉移은 直接占有의 移轉이 없으니는 불가능하므로(民法 제329조, 제 330조, 제332조) 단만에 결심 債権設定은 생활할 수 없나. 그러므로 抵當權과의 비교도 抵當權의 경우에는 不動産만이 대상이 되고(民法 제356조), 또 그 公示와 順位의 확정을 위하여 발달된 登記簿制度가 마련되어 있으므로(不動産登記法) 따라서 따르게 된다. 그러므로 결


(39) Kaser, RP 1 (위 註 12) 467 n. 49; Kaser, St. Grosso 1 (위 註 13) 45; Wacke(위 註 11) 397f.

(40) Africanus D. 20. 4. 9. 1/2:

(1) Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quiquam deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debito impleri non possit.

(2) Sed et si heres ob ea legata, quae sub condicione data erant, de pignore rei sui convenisset et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit ac post condicione legatorum extistit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.


(42) Ulpius D. 20. 1. 14. pr (73 ed.)

Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequor pignora permittendum sit et puto damnum pignoris persecutionem, quia interest mea: et ita Celsus scribit.

(43) 또한 Liber Sextus 5. 12. De regulis iuris, Reg. 71 (Bonifacius VIII):

Qui ad agendum admittitur, est ad excipiendum multo magis admissendus.

(44) Wacke(위 註 11) 388 ff.