

〈논 문〉

로마法上의 相計

— 學說彙纂 제16권 제2장(相計에 관하여) 譯註 포함 —

崔秉祚*

I. 머리말

현행민법상 相計(민법 제492조~제499조)는 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 그 쌍방의 채무의 이행기가 도래한 때에 각 채무를 대등액에 관하여 소멸시키는 의사표시이다. 이것은 민법의 많은 다른 규정들과 같이 그 기원을 로마법에 두고 있는 제도로서, 우리 민법의 상계에 대한 이해에는 로마법적 기원과 배경에 대한 지식이 대단히 유용하다. 이하에서는 相計의 법리를 <로마법대전>에 나타난 모습을 중심으로 살펴본다.¹⁾ 즉 <학설취찬> 제16권 제2장의 관련 사료를 번역, 소개하되(III), 이의 이해에 필요한 한도에서 로마법상의 상계를 유스티니아누스법을 중심으로 개관하기로 한다(II). 현행법과 로마법의 기본적인 차이점은 현행법이 相計를 실체법적인 관점에서 채권소멸원인으로 고찰하는 데 비하여 로마법은 이를 소송법적인 관점에서 고찰하고 있으며 고전법의 다양한 현상형태를 비로소 통일시킨 유스티니아누스법도 이러한 성격을 불식하지 못하고 있다는 점이다.²⁾

[일러두기] D.h.t. = D.16.2를, C.h.t. = C.4.31을 가리킨다. 또 Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I-II(1889)는 Lenel, *Pal.*로, 그리고 Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*(3. Auflage 1927)은 Lenel, EP로 인용한다.

* 서울대학교 法科大學 教授

1) 논문의 말미에 수록한 기본참고문헌은 필자명만으로 인용한다.

2) 가이우스도, 유스티니아누스도 相計를 채권소멸 원인의 章(I.3.29; Gai.3.168-180.)이 아니라, 소권법을 다루는 곳(I.4.6; Gai.4.61-68)에서 논하고 있다. 실체법적 법률관계가 아니라 訴權에 着目하는 이러한 로마적 관점에 관해서는 Cf. Werner Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*(1990), 9.

II. 로마법상의 相計 일반론

1. 相計의 용어와 개념

로마법상 상계는 *compensatio* 또는 *pensatio*라고 부르는데(D.h.t.7.1),³⁾ 이것은 “함께 稱量하다”는 뜻에서 온 것으로 古時에 돈으로 쓰인 粗銅의 무게를 재는 儀式으로부터 유래한 것이다.⁴⁾ 후기 고전기의 법학자 모테스티누스의 간명한 개념 정의에 의하면 相計란 채무와 채권의 相互控除이다(D.h.t.1). 이것은 채무를 변제한 후에 다시 채권으로서 그 반환을 청구하는 대신에 처음부터 해당하는 몫만큼 아예 변제하지 않는 것이 채권을 가진 채무자의 이익에 부합하기 때문에(D.h.t.3), 衡平(D.h.t.18.pr; D.26.7.36; D.34.9.15; I.4.6.39)의 차원에서 법이 정하는⁵⁾ 特典이다.⁶⁾ 즉 상계는 개개의 채권채무를 독립적으로 포착하는

3) 바실리카법전의 용어는 ἀντέλλοις이다.

4) Cf. Festus s.v. pendere; Pendere poenas ‘solvere’ significat, ab eo, quod aere gravi cum uterentur Romani, penso eo, non numerato, debitum solvebant: unde etiam pensiones dictae; Ulp. D.23.3.34: Mater cum filiae aurum dedisset utendum, pater puellae id aurum in dotem viro adpendit:

5) 이와 무관하게, 법이 허용하는 상계의 요건이 갖추어지지 않은 경우에도 당사자들의 합의에 의한 相計契約(Cf. 이탈리아민법 제1252조)이 가능하였음은 물론이다(Cf. D.h.t.18.1 주해). 이것은 독자적인 계약이 아닌 다른 계약에 따른 부수약정으로도 가능하다. 그래서 不提訴의 特約(pactum de non petendo)이나 債務의 免除 방식으로도 가능하지만(Cf. D.2.14.51.1; C.h.t.13), 흔히 기존의 채권과의 상계를 가능하게 하기 위하여 반대채권을 발생시키는 방식으로 이루어졌다(예컨대 [담보]채권자에게 물건을 매도하면서 매매대금채권과 기존채권을 상계하기로 약정하는 경우. Constantinus Roncaglia, *Universa Moralis Theologia*, I [Lucae 1773], 489는 이런 경우를 부진정한 상계 [compensatio improprie dicta]라고 부른다). 가령

D.18.1.81 Scaevola 7 digestorum.

Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si id non fecerit die supra scripta et solverit debitum fideiussor creditori, iussit praedia empta esse, quae creditoribus obligaverat. quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditori, empta haberet supra scripta praedia. respondit, si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub condicione emptio facta est et contractam esse obligationem.

D.20.1.16.9 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.

경우에 발생할 수 있는 채권채무의 만족과 관련한 위험배분의 불균형을 관련 당사자의 법률관계를 총체적으로 포착하여 합리적인 이해조정을 도모한 결과 인정되는 제도이다.

따라서 부인이 남편에 대한 채무를 相殺할 목적으로 남편을 자신의 상속인으로 삼은 경우(C.6.24.6 [a.246])나 신탁유증 의무자인 父가 신탁유증 권리자인 아들을 자신의 상속인으로 지정하는 것(D.35.2.15.4; D.31.77.7)은 진정한 의미의 상계가 아니다.⁷⁾ 또 자신이 획득한 것을 자신의 청구를 소멸시키는 데 귀속시켜야만 하는 “自己相計”(secum [com]pensare)의 사례들도 진정한 상계가 아니다.⁸⁾ 예컨대 미성년자가 매도했던 토지를 원상회복하는 경우에 매수인이 수취한 果實이 매매대금의 利子에 상당하는 것으로 서로 相殺된다(PS. et IP.1.9.7; D.4.4.40.1; D.25.1.3.1)고 하는 경우나 토지를 번갈아 임차하고 果實로써 賃貸料에 상당하는 것으로 삼기로 한 경우(D.19.2.35.1)의 compensatio는 진정한 의미의 상계가 아니다.⁹⁾ 또 노예에게 기능을 교육하여 그로 인하여 수익을 얻은 경우 비용과 수익이 노예가 25세에 달하면 상쇄된 것으로 본다는 경우도 상계가 아니다(D.6.1.32). Compensare 용어는 그밖에 算入하다(imputare)는 의미로 많이 사용되었으며,¹⁰⁾ 경우에 따라서는 조정하다(D.9.4.17.pr), 報償하다는 뜻으로 사용되었으며(가령 C.8.50.7 [a.291]), 드물지만 代物辦濟에도 사용되었다.¹¹⁾ 이러

D.20.4.4 Pomponius 35 ad Sabinum.

Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset et, antequam utrique creditori solveret debitum, rem aliam priori creditori vendiderat creditumque pensaverit cum pretio rei venditae, dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset: nec enim interesse, solverit an pensaverit: et ideo posterioris creditoris causa est potior.

6) 그러므로 쌍방의 청구에 대하여 동일한 심판인이 병합심리를 한 경우에 먼저 승소한 당사자라 하여도 타방의 채권에 대한 판결이 있기까지는 판결채무의 이행을 청구할 수 없었다.

D.49.8.1.4 Macer 2 de appellationibus.

Si apud eundem iudicem invicem petamus, si et mea et tua petitio sine usuris fuit et iudex me priorem tibi condemnavit, quo magis tu prior me condemnatum habeas: non est mihi necesse pro hac causa appellare, quando secundum sacras constitutiones iudicatum a me petere non possis, priusquam de mea quoque petitione iudicetur. sed magis est, ut appellatio interponatur.

7) 또한 Cf. D.24.3.33 Afr. 7 qu.

8) Cf. D.13.7.18.pr; D.15.1.9.8; D.20.1.13.2; D.23.3.38; D.24.3.33; D.35.2.82.

9) 또한 D.6.1.65.pr Pap. 2 resp.

10) 가령 D.33.2.17 Scaevola 3 resp.

한 용례들은 후술하듯이 專主政期에는 더욱 빈번해진다(아래 Ⅱ 2 가 ⑤).

그밖에 이른바 損益相計(compensatio lucri cum damno)의 사례들도 물론 상계가 아니다.¹²⁾

상계가 허용되는 영역은 訴權 및 그와 동일시되는 問答契約들이었다(D.h.t.10.3).

2. 역사적 변천과정

가. 고전법

古時에는 法律訴訟(legis actiones)의 엄격한 要式主義가 지배하여 상계가 인정될 여지가 없었으며, 방식서소송이 채용된 이후 비로소 상계가 고려되었는데, 고전로마법에서 상계는 아직 통일된 모습을 보이기보다는 로마법 특유의 소권법 체계 속에서 다양한 모습을 띠었다.¹³⁾ 즉 원수정 초기에도 상호간 소권을 갖는 당사자는 자신의 소권을 각기 독립적으로 행사할 것이었다.¹⁴⁾ 그러나 이 원칙을 관철하면 일방이 지급불능이 되는 경우에 불공평한 결과가 발생하므로 이미 공화정 말기에는 당사자의 의사에 의하지 않고 상계가 행해지는 경우가 예외적으로 인정되었는데, 다음에 살펴보는 ①, ③ 및 ④의 경우가 그것이다.¹⁵⁾

① 誠意訴訟

誠意訴權의 경우에는 相計適狀에 있으면 심판인이 직권으로 고려하였다

11) C.8.42.20 Diocl./ Maxim.(a.294)

Si operas certi servi pecunia sumpta creditorem sibi in debitum compensare placuit, his secundum conventionis fidem praestitis de mancipio restituendo pacti tenor servari debet.

그밖에 그냥 ‘값을 쳐서’ 변제하다’는 뜻으로 pretium debitori satis compensare가 쓰이기도 하였다(C.8.30.3 Diocl./Maxim. [a.293]).

12) Cf. D.3.5.10; D.17.2.23.1; D.19.1.42; D.22.1.11.1; D.26.7.39.14; D.39.3.1.23; D.40.4.41.1.

13) Girard/Senn, 749f.

14) Seneca [philosophus], *De beneficiis* 6.5.5:

Separantur actiones, nec de eo, quod agimus, et de eo, quod nobis cum agitur, confunditur formula: si quis apud me pecuniam deposuerit, idem postea furtum mihi fecerit, et ego cum illo furti agam et ille me cum depositi.

15) 船田亨二, 597f.

(Gai.4.61-63).¹⁶⁾

Gai.4.61-63:

(61) — || continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare. (62) Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae. (63) Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur; sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.

(§ 61 ... 원고가 역으로 동일한 원인에 기하여¹⁷⁾ 급부해야만 할 것을 고려해서 잔액에 대하여 피고를 유책판결하는 것이 포함된다. § 62 그런데 誠意訴訟에는 이런 것들이 속한다: 賣買訴訟, 賃約訴訟, 事務管理訴訟, 委任訴訟, 任置訴訟, 信託訴訟, 組合訴訟, 後見訴訟, 妻財産訴訟. § 63 그러나 심판인은 상호간에 상계를 전혀 고려하지 않는 자유가 있다. 왜냐하면 방식서의 문언으로 명시적으로 지시되고 있지 않기 때문이다. 그러나 그것이 誠意訴訟에 부합하는 것으로 인정되므로¹⁸⁾ 그래서 그의 職務에 포함되는 것으로 믿어진다.¹⁹⁾)

I.4.6.30:

In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex

16) 예컨대 D.24.3.24.2 Ulp. 33 ed.:

Quotiens mulieri satisfandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisfacere non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio residui repraesentatur: sed si, cum maritus satisfacere posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait non habita ratione commodi temporis. iudicis igitur officio convenit, ut aut satisfactione interposita absolvat maritum aut habita ratione compensationis eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur: nec ferenda est mulier, si dicat magis se velle dilationem pati quam in repraesentatione deductionem.

17) 심판인은 訴訟에 係屬된 법률관계(res in iudicium deducta)만을 심리할 수 있었으므로 전혀 다른 원인에 기한 채권의 주장은 고려의 대상이 될 수 없었기 때문이다.

18) Wojciech Dajczak, "Erklärungen römischer Juristen zur Funktion der Wendung ex fide bona in Klageformeln," *RIDA* 46 (1999), 219-242 (231f. zu Gai.4.63).

19) 그러므로 이것은 엄밀한 의미에서 당사자에 의한 상계(Aufrechnung)가 아니라 심판인에 의한 控除(Abrechnung)였다. Kaser I, 645 n.7; Thielmann, 170.

bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat....

(그런데 誠意訴訟에서는 원고에게 회복되어야만 하는 액수를 善과 衡平에 기하여 算定하는 자유로운 권능이 심판인에게 허용되는 것으로 인정되는데, 여기에는 또한 다음이 포함된다. 즉 원고가 역으로 급부해야만 할 것이 있는 경우 그것을 상계한 후 잔액에 대하여 피고가 유책판결을 받아야만 한다.)

상계의 의사표시가 반대채권의 부존재로 인하여 재판에서 받아들여지지 않은 경우에는 더 이상 상계는 불가능하다(D.h.t.7.1; D.27.4.1.4; D.3.5.7.2). 그러나 상계가 반대채권이 아직 相計適狀에 이르지 못하여 거부된 경우에는 차후 相計適狀에 이르는 때에 상계가 가능하다. 그러나 相計適狀에 있더라도 심판인이 이를 — 의도적이든 아니든 — 고려하지 않았다면 既判事項의 抗辯(exceptio rei iudicatae)을 대항 받음이 없이 別訴로써 청구할 수 있었다(D.h.t.7.1; D.13.6.18.4; D.27.4.1.4).²⁰⁾ 양 당사자의 청구가 병합되어 심리가 이루어진 경우(가령 D.17.1.38.pr)에도 심판인은 반드시 상계판결을 내려야 하는 것은 아니었다.²¹⁾

誠意訴訟에 속하는 사례들²²⁾을 소개하면 다음과 같다. 任置(depositum)의 경우에는 상계가 허용되지 않았다(아래 II 가 ② b) ㉠).

a) 신탁(fiducia)

D.13.7.24.pr Ulpianus 30 ad edictum.²³⁾

Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut [pignus]<fiduciam> possideret [idque evictum]<eaque evicta> esset, an habeat contrariam [pigneraticiam]<fiduciae>. et videtur finita esse [pignoris]<fiduciae> obligatio et a contractu recessum. immo utilis ex empto accommodata est,

20) Astuti, 3. Cf. D.h.t.7.1 주해.

21) Girard/Senn, 752 n.2.

22) I.4.6.28; Gai.4.62; D.17.2.38.pr.; Cicero, *Topica* 17.66; *De officiis* 3.17.70; *De natura deorum* 3.30.74; *Ad Atticum* 6.1.15. 상세는 Provera, 130-132.

23) Lenel, *Pal.* II, Ulpianus fr.903 (p.618)에 의하면 이 개소는 Fiduciae vel contra (EP. § 107)에 관한 것이다.

quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte [pigneraticia]<fiduciae> vel ex alia causa cum eo agetur.

채무자로부터 양도담보로 물건을 이전받은 채권자가 황제로부터 그 물건의 점유를 허락 받았는데, 이것이 추탈된 경우 신탁관계는 해소되지만, 채권자는 準賣買訴權이 인정되고, 또 채무자의 청구에 대하여 相計도 가능하다.

b) 사용대차(commodatum)

D.13.6.18.4 Gaius 9 ad edictum provinciale²⁴⁾

Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem.

반대소송으로써 얻어낼 수 있는 것은 직접소송에서 상계에 의해서도 얻어낼 수가 있다. 그러나 반대소송의 청구액이 직접소송의 청구액보다 크거나, 심판인이 상계를 고려하지 않았거나(同旨 D.27.4.1.4 [후술 f]), 물건이 事變으로 멸실했거나 심판인의 조력 없이 반환된 경우에는 반대소송이 필수적이다.

c) 組合(societas): D.h.t.9.pr; D.h.t.10.pr; D.h.t.6 [自然債務].

d) 사무관리(negotiorum gestio): D.3.5.3.4; D.3.5.7.2²⁵⁾

e) 妻財産返還請求訴權(actio rei uxoriae)

妻財産, 즉 嫁資(dos)의 반환과 관련하여 상계가 거론된 일련의 사례가 전해 지는데,²⁶⁾ 특별한 법리가 적용되었다. 우선, 嫁資와 夫가 嫁資物에 지출한 必

24) Lenel, *Pal.* I, Gaius fr.208 (p.210)에 의하면 이 개소는 Commodati vel contra (EP. § 98)에 관한 것이다.

25) 상세는 拙著, 로마法上の 事務管理: 學說彙纂 제3권 제5장 譯註 (2001), 29-30; 71-73.

26) 다음 개소들은 원래 상계가 아니라 留置(retentio)가 문제되었던 것으로 보이며

要費는 법률상 당연히 상계되었으므로²⁷⁾ 妻가 필요비를 상환하면 嫁資는 다시 증가하였고(D.25.1.5.1), 심지어는 필요비의 상환을 청구하지 않기로 하는 특약 조차도 효과가 없었다(D.23.4.5.2). 또, 부인이 남편의 물건을 사용대차로 빌려 주었는데 그 물건이 멸실한 경우 그러한 행위를 남편이 금지시켰다면 남편이 반환해야 할 嫁資로부터 그 물건의 가액이 즉시 상계되었다. 금지하지 않은 경우에는 심판인의 裁定에 따라서 담보부로 상당한 기간이 부인에게 許與되었다(D.24.3.24.6). 그러나 부인이 嫁資에 속하는 물건의 사용허가를 받은 경우 — 이런 경우에도 소유권은 남편의 것이 된 것이지만(D.23.3.69.8) — 그 물건이 사용에 의하여 악화되더라도 남편측은 이로 인한 손해액을 嫁資額과 상계할 수 없었다(D.24.1.53.1). 자연적 소모에 따른 위험을 남편이 감수할 뜻을 밝힌 것으로 보기 때문이다. 또 아버지가 딸이 혼인 중에 사망하자 既支給된 嫁資의 利子を 문답계약에 기하여 청구하고 사위가 자신이 要約했던 嫁資 未支給分の 利子を 가지고 상계로써 대항하는 경우 이러한 상계가 정당한 것으로 인정되기 위해서는 妻가 夫의 비용으로 부양된 경우에 한하고, 이와 달리 그녀가 父의 비용으로 부양된 경우에는 사위가 要約한 利子の 문답계약은 무효이므로 상계가 인정되지 않았다(D.24.3.42.2).

로 제외하는 것이 맞을 것이다. Andreas Wacke, *Actio rerum amotarum* (1963), 9ff.; 23 n.1; 18 n.17.

D.24.3.7.5 Ulpianus 31 ad Sabinum

Ob donationes, item ob res amotas ex his fructibus, qui post divortium percepti sunt, [compensationes]<retentiones *Lenel*> fieri possunt.

D.24.3.15.1 Paulus 7 ad Sabinum

Heredi mariti, licet in solidum condemnetur, [compensationes]<retentiones *Lenel*> tamen, quae ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus, veluti ob res donatas et amotas et impensas: morum vero coercionem non habet.

27) Girard/Senn, 751f.; Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 3 (9. Auflage 1968), 69-70. 그러나 상계하지 않고 전액 반환한 경우의 처리에 관해서는 학술상 이견이 있었던 것 같다. 다수설은 부당이득반환청구를 부인하였다. Cf. D.h.t.10.1.

D.25.1.5.2 Ulpianus 36 ad Sabinum.

Si dos tota soluta sit non habita ratione impensarum, videndum est, an condici possit id, quod pro impensis necessariis compensari solet. et Marcellus admittit conditioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est.

f) 後見(tutela)

D.27.4.1.4 Ulpianus 36 ad edictum.

Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.

후견소송으로 제소되는 후견인은 피후견인의 이익으로 지출한 비용으로써 상계할 수 있는데, 상계할 것인지 아니면 비용의 상환을 청구할 것인지는 그 자신의 재량에 속한다. 상계했으나 심판인이 이를 고려하지 않은 경우에는 반대소송으로써 청구할 수 있다. 그렇지만 상계가 배척되고 상계를 주장한 소송 당사자가 이를 받아들인 경우에는 반대소송의 심판인은 반대소송에서 이를 填補해서는 안 된다.

g) 상속재산분할

D.10.2.52.2 Iulianus 2 ad Urseium Ferocem.

Arbiter familiae erciscundae inter me et te sumptus quaedam mihi, quaedam tibi adiudicare volebat, pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intellegebat: quaesitum est, an possit pensatione ultro citroque condemnationis facta eum solum, cuius summa excederet, eius dumtaxat summae, quae ita excederet, damnare. et placuit posse id arbitrum facere.

상속재산분할소송의 裁定人은 분할당사자들이 상호간에(Cf. D.5.1.13 = D.10.3.2.1; D.10.1.10) 일정한 급부의무가 있다고 판결해야 할 경우에(Cf. D.10.2.27) 상계하여 잔액에 관하여만 유책판결하는 것이 가능하다.²⁸⁾

h) 상속재산회복청구(hereditatis petitio)²⁹⁾D.5.4.1.4 Ulpianus [5]<15> ad edictum.³⁰⁾

28) Kaser/Hackl, 345-346.

29) 誠意訴訟性에 관해서는 C.3.31.121.3 Iust. (a.531):

Illo, ne in posterum dubitetur, observando, ut et ipsa hereditatis petitio omnimodo bonae fidei iudiciis connumeretur.

30) Lenel, *Pal.* II, Ulpianus fr.538 n.2 (p.506). 이 개소는 Si pars hereditatis petatur

Item si, cum me ex parte dimidia heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem, deinde residuum sextantem velim persequi, qualiter agam videamus. et Labeo scribit utique partem dimidiam me petere debere a singulis: sic fieri ut a singulis sextantem consequar, et habebō bessem: quod verum puto: sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex triente quem possidebam. et ideo officio iudicis invicem compensatio erit admittenda eius quod possideo, si forte coheredes sint a quibus hereditatem peto.

상속지분이 1/2인 상속인 甲이 현재 1/3만을 점유하고 있어서 나머지 1/6을 다른 두 명의 공동상속인으로부터 청구하는 경우 그들 각각으로부터 1/6을 청구할 수 있고, 그래서 2/6을 받게 되면 그 중에서 1/6을 다시 반환해야만 하는데, 이 경우 심판인은 甲과 공동상속인들간에 상계를 인정해야 한다.

② 嚴正訴訟

후술하는 ③ 및 ④를 제외한 일반 嚴格訴權의 경우에는 반대채권이 법정에서 판단하기에 충분히 확실한 경우에는 법무관이 방식서 승인시 이를 참작하고, 사실심리를 통한 증명이 필요한 경우에는 惡意의 抗辯의 삽입을 승인하는 방식으로 고려되었다. 마르쿠스 아우렐리우스 황제에 의한 칙령(I.4.6.30)은 온전한 형태로 전해지지 않는데, 종전의 실무를 명시적으로 승인하면서 악의의 항변이 관철된 경우에 엄밀한 논리에 따른 全部 免訴判決이 아니라 특별히 相計判決을 法認한 것으로 추정된다.³¹⁾

I.4.6.30:

.... sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur...³²⁾

(EP. § 66)에 관한 것이다.

31) 악의의 항변을 둘러싼 문제점에 대한 상세는 Astuti, 8f.; Kaser I, 646f.; 玄勝鍾 /曹圭昌, 915; 船田亨二, 603f.; Thielmann, 181.

32) Theophilus, *Institutionum Graeca Paraphrasis* 4.6.30 (Ferrini II, p.433):

In strictis autem iudiciis, quoniam ibi ipsa iuris subtilitas versatur, si quis a me X aureos forte petat, cum ipse mihi V invicem debeat, nihilominus in X aureos sum condemnandus. haec quidem quod ad meram subtilitatem. constitutio autem prodiit divi Marci, qua cavetur, ut si stricto iudicio X aureos a me quis petat, cum ipse invicem V debeat, doli mali exceptionem ei opponere possim. tali vero exceptione opposita,

(그러나 또한 嚴格訴訟의 경우에도 神皇 마르쿠스 아우렐리우스(161-180)의 批答에 의하여 惡意의 抗辯³³⁾의 제기에 의하여 相計가 도입되었다.)

본질상 片務的인 채무관계를 특징으로 하는 嚴正訴訟에 속하는 사례로는 判決채무이행청구소권(actio iudicati)을 다루고 있는 D.h.t.16.1을 들 수 있다.

③ 銀行業者

그러나 고전법에서 가장 전형적인 경우는 엄격소권에 속했던 銀行業者(금융업자)³⁴⁾의 상계였다(Gai.4.64).

Gai.4.64-68:

(64) Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio verbis formulae exprimitur, adeo quidem, ut / itaque (?) / ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere. Ecce enim si sestertium x milia debeat Titio, atque ei XX debeantur, sic intendit: si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet. (66) Inter compensationem autem, quae argentario opponitur, et deductionem, quae obicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est: veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino, adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit. ... (67) ... compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur. (68) Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur; quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat...

potestas datur iudici compensationem recipiendi et me in V tantummodo aureos condemmandi. id vero ex antiquioribus constitutionibus.

33) Cf. D.h.t.8; D.h.t.18.1; Kaser I, 646 n.20.

34) Argentarius에 관한 상제는 Alfons Bürge, "Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens," *SZ* 104 (1987), 465ff., 476-555. 그는 로마의 경우 근대적인 의미의 은행의 존재를 부인하고, 해당업자가 흔히 법적이 아닌 사회적 차원에서 종속적 人間網을 통해 原子化된 구조 속에서 처리되었다고 본다.

(§ 64 은행업자가 제소하는 소권의 경우에는 사정이 다르다. 왜냐하면 그는 相計附로 訴求하도록 강제되고,³⁵⁾ 이 상계는 방식서의 문언으로 표현되고 있기 때문이다. 그리하여 처음부터 상계가 이루어져서 자신에게 그만큼 적게 공여되어야 함을 청구취지로 해야 한다.³⁶⁾ 가령 티티우스에게 1만금의 빚을 지고 있고 그에게 2만금의 빚을 지고 있다면 청구취지는 이렇게 되는 것이다: *티티우스가 자신에게 공여해야만 하는 것이 자신이 티티우스에게 채무부담하는 것보다 1만금이 더 많다고 판명되면.*³⁷⁾ § 66 그런데 은행업자에게 대항되는 相計와 파산재단매득자에게 대항되는 控除 사이에는 이런 차이가 있다. 즉 相計에는 동일한 종류와 동일한 성질의 것만이 용인된다. 예컨대 금전이 금전과 상계되고, 곡물이 곡물과, 포도주가 포도주와 상계되는데, 일부 법률가들의 견해에 따르면 전적으로 포도주가 포도주와, 또는 곡물이 곡물과 상계되어야만 하는 것이 아니라, 동일한 성질과 속성의 것이면 된다. … § 67 … 그러나 相計되는 것은 현재 채무부담하는 것뿐이다. § 68 그밖에 相計의 취지는 (방식서의) 請求趣旨(intentio) 부분에 놓인다. 그래서 상계가 이루어

35) *Agere cum compensatione*의 실체법적 근거가 은행업자의 *expensilatio*(支出記帳)이었다는 점에 관해서는 Thielmann, 159-163. 異見 Bürgе (위 주 34), 509-519 (소송상 일반적 書證의 자료로서의 범위를 넘는 회계기록의 존재와 기능에 대해 회의적). 그러나 엄밀한 기술적 측면은 그렇다 치더라도 일반적으로 영업적·지속적 활동을 영위하는 자로서 자신의 채권채무에 관하여 知悉하고 있을 것을 요구할 수 있는 기대가능성은 다른 경우들(가령 고객이나, 대체로 일회성으로 그치는 파산재단매득자)보다는 분명히 높다고 할 것이다. Cf. Jhering (위 주 27), 81.

36) Cf. D.h.t.21. 하나의 예: D.2.14.47.1 Scaevola 1 digestorum.

Lucius Titius Gaium Seium mensularium, cum quo rationem implicitam habebat propter accepta et data, debitorem sibi constituit et ab eo epistulam accepit in haec verba: “Ex ratione mensae, quam mecum habuisti, in hunc diem ex contractibus plurimis remanserunt apud me ad mensam meam trecenta octaginta sex et usurae quae competierint. summam aureorum, quam apud me tacitam habes, refundam tibi. si quod instrumentum a te emissum, id est scriptum, cuiuscumque summae ex quacumque causa apud me remansit, vanum et pro cancellato habebitur.” quaesitum est, cum Lucius Titius ante hoc chirographum Seio nummulario mandaverat, uti patrono eius trecenta redderet, an propter illa verba epistulae, quibus omnes cautiones ex quocumque contractu vanae et pro cancellato ut haberentur cautum est, neque ipse neque filii eius eo nomine conveniri possunt. respondi, si tantum ratio accepti atque expensi esset computata, ceteras obligationes manere in sua causa.

37) 법무관고시는 은행업자의 경우만을 규정했는데, 그 소송방식서는 다음과 같았을 것으로 추정된다(Lenel, EP Tit. XVII § 100, p.256).

Si paret Nm. Nm. (피고 = 고객) *Ao. Ao.* (원고 = 은행업자) *sestertium decem milia dare oportere amplius quam As. As. No. No. debet, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium decem milia condemnato: si non paret, absolvito.*

진 후 1錢이라도 많이³⁸⁾ 은행업자가 청구취지로 한다면 敗訴하고 그 때문에 모든 청구를 잃는다.³⁹⁾ ...)

PS.2.5.3:⁴⁰⁾

Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes:

(채무의 상계는 동일한 종류와 상이한 원인에 기하여 인정된다. 가령 내가 너에게 금전채무가 있고 너도 나에게 금전채무가 있거나, 또는 곡물이나 기타 그런 類의 채무가 있는 경우에는 비록 상이한 계약에 기해서일지라도 너는 상계하거나 또는 공제해야만 한다.)

은행고객이 청구하는 경우에도 相計附로 訴求해야만 하는지에 관해서는 현대의 로마법 연구자들 사이에 의견이 갈린다. 一說은 이를 인정하지만, Lenel을 위시한 다수설(Appleton, Kipp, Arangio-Ruiz, Rezzonico, Siber, Lübtow의 후기학설, Kaser)은 과다청구의 위험을 고객에게까지 부담시키지는 않았을 것 이란 취지에서 오히려 전액 청구시에 은행업자에게 ‘相計된 金額의 抗辯’(exceptio pecuniae pensatae)을 인정했을 것으로 본다.⁴¹⁾ 또 다른 일설은

38) Plus petitio re (Gai.4.53a):

Plus autem petitur re, velut si quis pro X milibus, quae ei debentur, XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res esset, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit.

39) 이러한 엄격한 조치의 이유는 물론 은행업자에게 고객과의 채권채무관계에 대한 회계기록을 정확히 유지할 것을 기대했고, 또 그러한 기대가능성이 존재했기 때문이다. 私人인 고객에게까지 그러한 기대를 할 수는 없었으므로 고객이 청구하는 경우에는 과다청구의 제재가 따르지 않았음은 전술하였다(위 ㉓).

은행업자가 確定貸與金請求訴權(actio certae creditae pecuniae)으로써 자기 채권의 전액을 청구하면 반대채권 있는 고객은 ‘상계된 금액의 항변’(exceptio pecuniae pensatae. 아래 주 137; 아래 주 41)으로써 방어할 수 있었다. Kaser I, 645 n.12; Aldo Petrucci, *Mensam exercere: Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)* (1991), 373-374.

40) 이 개소도 내용상 원래는 은행업자의 상계에 관한 것이었을 것으로 추정된다. 同旨 Astuti, 5; Petrucci (위 주 39), 377-378; 船田亨二, 605 n.1. Cf. IP.2.5.3: quare illum in solidum pro totis decem solidis convenit, causam perdit, qui noluit debitum compensare....

Gai.4.64-68의 내용과 상계된 금액의 항변은 이미 상계가 이루어진 다음에 가능했을 것이라는 이유(Astuti, Siber), 또는 고객의 주관적 행태를 고려할 수 있다는 점(Rezzonico) 등을 들어서 청구자에게 계산 잘못으로 인한 불이익이 따르지 않는 단순한 惡意의 抗辯(exceptio doli)이 인정되었을 것으로 본다.⁴²⁾ 이에 반하여 Thielmann은 은행업자의 회계장부의 신빙성을 바탕으로 고객도 자신의 채권채무관계를 분명히 할 수 있다는 전제하에⁴³⁾ ‘상계된 금액의 항변’이 삽입되고 승인된 경우에는 고객의 전부 패소로 결말이 나고, 이러한 결과도 부당한 것이 아니라고 한다.⁴⁴⁾

은행업자가 관련된 사례로는 다음의 개소들을 들 수 있다.

- a) D.h.t.15; D.h.t.3; D.h.t.8; D.h.t.22; D.h.t.18.pr
- b) D.12.6.30(아래 D.h.t.10.1 주해)
- c) PS.2.5.3 cit.

④ 破産財團買得者

또 破産財團買得者⁴⁵⁾와 같은 특수한 경우에는 그에 따르는 특별규율이 알려

41) Lenel, EP Tit. XLIV § 272c; D.22.3.19.3 Ulpianus 7 disputationum.

(§2 Sed et si procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet obicientem exceptionem.) Idem erit dicendum et si ea pecunia petatur, quae pensata dicitur.

船田亨二, 601 n.2는 ‘清算金額의 抗辯’이라고 번역한다. Cf. 아래 주 137; 위 주 39. 상세는 Thielmann, 147-148. 이 항변을 상계약정의 항변(exceptio pacti de compensando)으로 이해하는 받아들이기 어려운 학설(Eisele, Biondi)에 관해서는 Thielmann, 150. Cf. D.h.t.2. 또 이 항변을 前訴訟의 法廷節次(in iure)에서 상계가 이루어진 경우에 이를 부당하다고 여기는 당사자에 의하여 다시 소송이 제기된 경우에 그 상대방이 제기하는 항변으로 이해하는 학설(Eisele, Appleton, Siber, Lübtow)에 관해서는 Thielmann, 157-158. Thielmann 자신도 이의 연장선상에서 이 항변을 既判事項의 抗辯(exceptio rei iudicatae)을 보충하는 기능을 갖는 것으로 이해한다(163-168).

42) 상세는 Astuti, 6; Thielmann, 149.

43) Cf. D.2.13.6.3 Ulpianus 4 ad edictum.

Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi, obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. nec si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.

44) Thielmann, 150-151; 156.

45) 로마에서는 강제집행은 통상 파산절차여서 채무자의 전체재산이 압류되고 매각

저 있었다(Gai.4.65-68).

Gai.4.65-68:

(65) Item / de (?) / bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet. (66) Inter compensationem autem, quae argentario opponitur, et deductionem, quae obicitur bonorum emptori, illa differentia est, In deductionem autem vocatur et quod non est eiusdem generis; itaque si / vero / pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit, in reliquum experitur. (67) Item vocatur in deductionem et id, quod in diem debetur; (68) Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

(§ 65 또 破産財團買得者は 控除附로 訴求하도록 命해지는데,⁴⁶⁾ 다시 말해서 그의 상대방은 파산재단매득자가 역으로 그에게 詐害者⁴⁷⁾ 명목으로 채무 부담하는 것[=파산채권]을 공제하고 남는 금액에 한하여 有責判決을 받는다. § 66 그런데 은행업자에게 대항되는 相計와 파산재단매득자에게 대항되는 控除 사이에는 이런 차이가 있다. ... 그러나 控除에는 동일한 종류가 아닌 것도 용인된다. 그래서 파산재단매득자가 금전을 청구하고 그가 역으로 곡물이

되었는데, 이 재산을 채권자들이 법무관의 위임을 받아 그들 중에서 선임한 破産管理人(magister bonorum)으로부터 경매에서 낙찰받은 자가 파산재단매득자(bonorum emptor)였다. 그는 법무관법상의 포괄승계인으로서 신고한 채권자들의 채권비율에 따른 청구에 응해야만 하였다. 이때 파산채무자의 포괄승계인인 파산재단매득자와 채권자들 사이에 일정한 특징을 지니는 상계(Gai.4.65-68)가 허용되었다. 상세는 玄勝鍾/曹圭昌, 299-301; Kaser/Hackl, 383-401. 단 현승중·조규창(300면; 914면)은 bonorum emptor를 “財産買受人”으로 번역하고 있으나, 너무 일반적인 표현이어서 사태의 본질을 지시하는 기능이 약하므로 역어로서는 破産財團買得者가 더 낫다고 여겨진다.

46) 이때의 소권은 Actio Rutiliana(방식서의 청구취지에서는 권리자가 파산채무자로, 판결권한 부여 부분에서는 파산재단매득자가 권리자로 표시됨. Lenel, EP Tit. XL § 218) 및 actio Serviana(파산재단매득자가 파산채무자의 상속인으로 의제됨. Lenel, EP Tit. XL § 222)이다. Gai.4.35. — 은행업자의 agere cum compensatione와 파산재단매득자의 agere cum deductione의 차이는 각각 쓰인 cogitur와 iubetur의 동사가 무엇보다도 잘 드러내 준다. Cf. Jhering(위 주 27), 80.

47) = 파산채무자.

나 포도주를 빚지고 있는 경우 이것 상당의 금액을 공제한 후 잔액에 대하여 소구한다. § 67 또 控除에는 기한부채무도 용인된다.⁴⁸⁾ ... § 68 ... 그러나 控除는 (방식서의) 判決權限附與(condemnatio) 부분에 配置되는데,⁴⁹⁾ 이곳에서는 過多請求者에게 위험이 개재되지 않는다. 파산재단매득자가 訴求할 때에는 언제나 비록 그가 確定金額에 관하여 소구하더라도 不確定物의 判決權限附與文을 작성하기 때문이다.)

파산재단매득자가 관련된 사례로는 D.h.t.14; D.h.t.10.3; D.h.t.12; D.h.t.13을 들 수 있다.

⑤ 非常審理節次

非常審理節次(cognitio)⁵⁰⁾에서는 이상의 방식서소송과 관련한 섬세한 기술적인 사항들이 문제되지 않았고, 더욱이 가이우스가 서술하고 있는 법상태가 3세기에는 이미 더 이상 현실이 아니었으므로 비상심리절차에서⁵¹⁾ 相計가 일반적인 법제도로 발전하였다.⁵²⁾ 이 시기의 법상태를 드러내는 사료는 문체상으로

48) D.h.t.7.pr. 물론 기한 도래시까지의 기한의 이익이 산정된다. Cf. D.35.2.45.pr. In lege Falicidia non habetur pro puro, quod in diem relictum est: medii enim temporis commodum computatur.

49) 따라서 반대채권이 청구취지 부분에서 전혀 언급되지 않으므로 그것이 訴訟에 係屬되었는지가 문제된다. Thielmann, 168-169.

50) 로마소송법의 발전에 관한 종래의 통설을 비판하는 최근의 새로운 견해는 Cf. William Turpin, "Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem," RIDA 46 (1999), 499-574.

51) 이 절차에서는 청구의 병합심리도 아무 문제없이 인정되었다.

D.50.13.1.15 Ulpianus 8 de omnibus tribunalibus

Haec omnia si apud praesides petantur, videamus an de mutuis petitionibus possunt praesides cognoscere. et putem debere admitti.

C.7.45.14 Iust.:

Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.

52) 이에 속하는 사료: D.h.t.17; D.h.t.19; D.h.t.20; D.h.t.24; C.h.t.1; C.h.t.3 (a.223); C.h.t.5 (a.229); C.h.t.6 (a.229). Kaser I, 647 n.29; Astuti, 8f. Cf. 아래 II 3 가 ㉔ a).

보다 더 매끄럽고 기술적인 표현들로부터 자유로운 IP.2.5.3이다.⁵³⁾

IP.2.5.3:

Si quis debeat alicui solidos decem et illi, qui debet, de quacumque ratione debeantur a creditore suo solidi quinque et veniat creditor et totos decem solidos a debitore petat, si probaverit ille debitor sibi ab eo quinque solidos deberi, quare illum in solidum pro totis decem solidis convenit, causam perdit, qui noluit debitum compensare. similis ratio est et de frumento et de aliis speciebus.

(어떤 자가 다른 자에게 10 솔리두스의 채무가 있고, 채무가 있는 그에게 어떤 이유에선가 그의 채권자에 의하여 5 솔리두스의 채무가 부담되는데 채권자가 채무자로부터 10 솔리두스 전체를 청구하는 경우 그 채무자가 자신에게 그에 의하여 5 솔리두스가 채무부담되고 있음을 입증하면 그는 채무자를 전체 10 솔리두스를 위하여 전액 제소할 것이므로 채무를 상계하기를 不願한 그는 패소한다. 마찬가지로 법리가 또한 곡물과 다른 종류물에 대해서도 적용된다.)

專主政期에 들어서면 상계의 기술적인 내용은 더욱 더 희석되고 특별한 어려움 없이 취급되게 되었으며 학문적으로도 별로 다루어지지 않았다.⁵⁴⁾ Compensatio 용어도 이미 일찍이 때때로 사용되던 相殺나 算入調整의 의미가 주된 용법이 되고, 나아가 報償이나 代償을 의미하기 시작하였다.⁵⁵⁾

비상심리절차에서 다루어졌던 전형적인 사례는 신탁유증(fideicommissum)을 둘러싼 상계의 사례들이었다(D.31.67.3; D.31.67.4; D.32.11.19; D.36.1.60.3; C.h.t.5 [a/229]⁵⁶⁾).

53) Levy, 146f.

54) C.h.t.에는 디오클레티아누스(284-305)에서 유스티니아누스(527-565) 사이의 시기에 반포된 칙령은 수록되어 있지 않다.

55) Levy, 147 m. Qu. (Codex Theodosianus 1.32.2; 3.8.2; .7.6.2; .7.13.6.2; .8.5.58; 13.11.4; 14.4.4.1; Constitutiones Sirmondianae 15 lin.14 et 26; Novellae Valentiniani 31.2; 34.1; 35.10; Edictum Theoderici .98; Lex Visigothorum 4.4.3; 10.1.9; Gai Epitome 2.5.2; Interpretatio ad CTh. 3.8.2; .4.8.5; 5.18.1; 9.1.14; Consultatio 2.2; 2.5).

56) C.4.31.5 Alex. (a.229)

Etiam si fideicommissum tibi ex eius bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, aequitas compensationis usurarum excludit computationem, petitio autem eius, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquatur.

이상의 논의를 알아보기 편하게 도표화하면 다음과 같다.

<로마법상의 相計>

	誠意訴訟	嚴格訴訟	銀行業者	破産財團買得者
상계의 방식 및 요건	심판인 職權	법무관 고려	agere cum comp (intentio에서)	agere cum deduct. (condemn.에서)
	동일 causa 同種(-)		동일 causa(-) 同種	同種(-)
			변제기도래	반대채권 변제기 도래 (-)
효 과	차액 판결	차액 청구	차액 청구 (ipso iure)	
	불고려시 別訴	exceptio doli (전액 패소)		
과다청구 적용여부			pluris petitio Gai.4.56	pluris petitio (-) Gai.4.57
典 據	Gai.4.61-63	Inst.4.6.30	Gai.4.64	Gai.4.65-68
중요관점	<i>omnis condemnatio pecuniaria</i>			

나. 유스티니아누스법

상계에 대하여 비교적 엄밀한 의미를 회복시킴으로써 專主政期 이후의 발전에 개혁적으로 개입한 것은 유스티니아누스황제의 고전주의적인 입법에 의해서였다. 유스티니아누스 황제는 D.16.2와 C.4.31에서 訴權의 종류를 불문하고 相計適狀에 이르면 법률상 당연히(ipso iure, ἰδίῳ δίκαιῳ) 상계가 이루어지는 것으로 통일적으로 규율하였다(I.4.6.30; C.h.t.14.pr; D.h.t.4; D.h.t.10.pr; D.h.t.21; C.h.t.4).

I.4.6.30:

... sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque...

(그러나 朕의 한 칙령(C.h.t.14.pr)은 명백한 권리에 의존하는 상계들을 더 넓게 도입하였는바, 訴權들은, 對物訴權이든 對人訴權이든 아니면 다른 임의

의 어떤 소권이든, 법률상 당연히 감축된다.)

C.h.t.4 Alex. (a.229)

Si constat pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

(상호간에 금전채무가 있음이 확정되는 경우 금액이 경합하는 한 언제나 양당사자가 채무를 부담하는 그 시점으로부터 법률상 당연히 상계를 변제로 간주해야만 하며, 어느 일방에 더 많은 금액만의 이자가, 그 청구가 이유있는 한, 채무부담될 뿐이다.)

C.h.t.14.pr. Iust. (a.531)

Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

(朕은 相計가 對物訴權이나 對人訴權들 사이에 차이를 고려하지 않고서 모든 訴權으로부터 법률상 당연히 행해짐을 규정한다.)

그리고 대립하는 채무가 同一의 原因(eadem causa)에 기할 필요가 없다고 보았다(D.h.t.10.2). 그러나 다른 한편으로 모든 판결은 금전배상판결이라는 원칙(omnis condemnatio pecuniaria)⁵⁷⁾을 포기한 결과 채무의 同種性을 요구하게 되었다(I.4.6.39).⁵⁸⁾

이러한 개혁조치는 물론 고전법의 소송절차가 사라지고, 訴權의 절차법적 특성과 차이점들이 의미를 상실했으며, 무엇보다도 과잉청구와 결부되었던 완전패소의 엄격한 법률효과가 지양되고(C.3.10.2 Iust. = B.7.6.22.4)⁵⁹⁾ 차액판결

57) Cf. 상계에 관한 한, 파산법 제17조에 의한 非金錢債權의 평가액 확정은 모든 판결채무를 금액으로 확정하는 로마법의 태도와 비견할 만하다.

58) I.4.6.39:

Compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur: namque ex bono et aequo, habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnaret, sicut iam dictum est.

59) Kaser/Hackl, § 89 III. 2 (p.586); 상세는 Provera, 225-237.

이 인정되면서 법생활 전반이 크게 변모한 배경하에서 취해진 것이었다. 결과적으로는 誠意訴訟을 지배하던 원칙에 크게 근접한 모습을 띠게 되었다. 그러나 이러한 통일화 경향은 既述했듯이 이미 고전기에(Papinianus D.h.t.16-20; D.22.3.26), 그러나 무엇보다도 고전시대 후 비상심리절차에서(C.h.t.1ff.) 드러나기 시작했었다.⁶⁰⁾

이하에서는 유스티니아누스법을 중심으로 상계를 살펴보기로 한다.⁶¹⁾

3. 相計의 요건: 相計適狀

상계의 요건은 다음과 같았다.

가. 상호간에 대립하는 채권이 있을 것(D.h.t.1; D.h.t.2; C.h.t.9).

① 당사자

상계는 채무자 상호간에 이루어진다(D.h.t.1; D.h.t.2; C.h.t.4 [a.229]). 따라서 서로간에 채무자가 아닌 자들 사이에서는 원칙적으로 상계가 인정되지 않는다⁶²⁾(D.h.t.16; D.h.t.18.1; C.h.t.9⁶³⁾). 예컨대 피후견인의 채무자는 피후견인을 대리한 후견인에 대한 채권으로 상계할 수 없다(D.h.t.23). 다만 실질적으로 본인에 해당하는 自益代訟人(procurator in rem suam)의 경우에는 상계를 할 수도, 상계를 당할 수도 있다. 물론 채권양도 이전에 이미(D.h.t.21) 상계가 가능해야만 한다(D.h.t.18.pr).⁶⁴⁾ 법적으로 人的 同一性이 인정되는 상속의 경우에도

60) Kaser/Hackl, § 89 III. 3 (p.586); Zimmermann, 766; Kaser II, 447-448; Astuti, 9.

61) 유스티니아누스의 개혁법은 고전기 법률가들의 저작을 수정하도록 유도했으므로 現傳하는 사료의 해석에 텍스트비판과 모순되는 개소들의 조화라는 어려운 문제를 제기한다. Cf. Astuti, 9. 그러나 이 글에서는 지면도 부족하고 해서 지금까지 많은 시도에도 불구하고 확실한 전말을 밝히기가 쉽지 않은 이 문제에 주안점을 두지 않았고, 대체로 전승된 텍스트가 그대로 유스티니아누스법을 반영한다는 입장을 취하였다.

62) 法諺 Ex persona tertii compensatio fieri nequit (제3자의 사유로 인해서는 상계는 이루어질 수 없다).

63) C.h.t.9 Gord.:

Eius, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.

이 개소의 사실관계에 관해서는 B.24.10.33 (Heimbach III, p.49):

Agebat quis adversus quendam. Ille autem compensationem ei obiicere volebat. Eam vero abiiciebat non ex causa debiti proprii, sed actori dicebat: tu et Petro debes, Petrus autem mihi. Hoc igitur constitutio denegat his verbis.

64) 他益代訟人(procurator)은 본인의 채권을 행사한다는 의미에서는 상계의 의사표

피상속인의 채권자 또는 채무자와 상속인 사이에 상계가 가능하였다(D.10.2.25.9; C.5.58.3 [a.294]).⁶⁵⁾ 그러나 상속의 경우에도 별개로 취급되는 軍營財産이 개재된 경우에는 사정이 다를 수 있었다(D.h.t.16.pr). 그밖에 特有財産訴權이 문제되는 경우에 노예와 소유주 사이에서 일반법리에 따라 상호간에 상계가 가능했음은 물론이다(D.33.8.6.4). 나아가 특유재산을 가진 家子는 訴求당한 경우 계약당사자가 아닌 父의 채권을 自動債權으로 하여 상계하는 것이 허용되었지만 父의 追認에 대한 담보를 제공해야만 하였다(D.h.t.9.1). 그리고 특유재산을 가진 公奴隸를 상대로 한 채권은 그 공노예가 소속한 공공단체의 청구에 대하여 특유재산액을 한도로 상계할 수 있었다(D.h.t.19).

그러나 제3자라 할지라도 법률관계의 특성상 채권자와 긴밀히 연계된 일정한 자들에게는 채권자의 채권으로써 하는 상계가 인정되거나 상계의 효과가 미칠 수 있다. 따라서 보증인은 主債務者의 채권으로써(D.h.t.4-5), 또 연대채무자 중의 1인은 다른 연대채무자의 채권으로써(D.45.2.10)⁶⁶⁾ 상계할 수 있다.

채무자의 性, 연령, 법적 지위 등에 따른 차별은 인정되지 않는다(D.h.t.2; C.5.58.3 [a.294]; magistratus C.h.t.11⁶⁷⁾). 부부 사이에서도 당연히 인정된다(Cf.

시가 가능했지만, 그것만으로는 상계의 효과가 발생하지 않았고 본인의 추인에 대한 담보제공이 필요했다는 점(Cf. D.h.t.21)에서는 家子의 경우(D.h.t.9.1)와 흡사하였다.

65) 다음의 사례는 상속채권자인 프로쿨라가 상속인들을 상대로 상계를 하고자 했으나 상속채무자로서 피상속인이었던 그녀의 남자형제의 신탁유증 이행채무를 묵시적으로 면제해 준 것으로 코모두스 황제(180-192)에 의하여 판단된 결과 상계가 받아들여지지 않은 사례이다.

D.22.3.26 Pap. 20 quaest.

Procula magnae quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur numquam id a fratre quamdiu vixit desideratum, cum variis ex causis saepe rationi fratris pecunias ratio Proculae solvisset: divus Commodus cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

66) D.45.2.10 Pap. 37 quaestionum.

Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

Pothier, 449 n.(a): Ergo si socii sint, poterit compensare quod socio suo debetur; quia societas facit ut quodammodo videantur una persona.

67) C.h.t.11 Diocl./ Maxim.

Si tutores pupillis officio magistratus urgente nominastis ac pro his propter onus primipili pecuniam solvistis, superstitiosam geritis sollicitudinem, ne ab ipsis conventi hanc eis imputare minime possitis vel a vobis quicquam amplius exigatur, si tantum,

D.23.3.38). 또한 國庫(D.49.14.46.5; D.h.t.12)⁶⁸⁾나 都市(C.h.t.3 [a.223])를 상대로 해서도 상계로 대항할 수 있었다. 물론 이에는 이들 공공단체가 가진 채권의 내용에 따라서 일정한 제한이 있었다(후술 ② b) (㉠).

② 채권

a) 상계가 허용되는 채권

이들 채권은 진정한 것이어야 하며, 항변으로써 배제될 수 없는 항구적인 것이어야 한다(D.h.t.14). 단순한 自然債務(D.h.t.6) 또는 信託遺贈債務(C.h.t.5 [a.229])라도 무방하지만, 물론 유효한 것이어야 한다(D.12.6.40.pr i.f. et D.12.6.41). 그러므로 錯誤나 欺罔에 의한 채무인 경우에도 이를 야기한 惡意의 상대방은 상계를 주장할 수 없다(C.4.49.2.pr-1 [a.259]).⁶⁹⁾

또 계약채무이든 불법행위채무이든 불문한다. 불법행위채무인 경우에도 금전배상을 訴求하는 한, 상계가 적용된다(D.h.t.10.2).

quantum eis tutores debuerunt, vel vos nomine ipsorum maiorem quantitatem dedisse probetur.

이 개소의 사실관계에 관해서는 Cf. B.24.10.35 (Heimbach III, p.50):

Magistratus quidam tutores pupillis dederant. Cum autem tutores solvendo non essent, eorumque fideiussores, conveniebantur magistratus, obiiciebantque pupillis compensationem, quod dicerent, se ex causa primipili (Cf. C.12.62.4 Diocl./Maxim.) pro eis tantum solvisse, quantum a tutoribus suis tutelae iudicio agentes consequi deberent, vel etiam amplius, et pupillos adversus magistratus subsidiaria actione agentes eius compensationem pati debere. Recte haec contendunt magistratus compensationem opposcentes.

68) 다만 상계는 동일한 國庫의 部署(statio)를 상대로 해서만 인정되었다(B.24.10.25 [Heimbach III, p.47; Pothier, 448 n.(d)].

C.h.t.1 Ant.

Et senatus censuit et saepe rescriptum est compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat quae petit. hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. si quid autem tibi ex ea statione cuius mentionem fecisti deberi constiterit, quam primum recipies.

69) C.4.49.2.pr-1 Valer./ Gallien. (a.259)

Venditi actionem ad recipiendum residuum pretium intendere adversario tuo poteris.

(1) Nec quod in compensationem venerit, quasi et tu invicem deberes, id obesse tibi poterit, si in bonae fidei contractu, in quo maiores etiam viginti quinque annis officio iudicis in iis quae dolo commissa sunt adiuvantur, iusto errore te ductum vel fraude adversarii captum, quasi debitum id esset, quod re vera non debebatur, pepigisse monstraveris.

로마법의 영향을 받은 현대 각국의 상계규정 중 相計禁止에 관하여 살펴보면, (a) 우리 민법 제496조(불법행위채권을 受動債權으로 하는 相計의 금지)와 같이 유스티니아누스 황제법의 규정을 보다 더 일반화하여 故意的의 不法行爲一般에 대하여 相計禁止를 규정한 포괄주의 입법(독일민법 제393조, 네덜란드 新民法 제135조 b호)과 (b) 유스티니아누스 황제법(C.h.t.14.2 [a.531]; D.h.t.10.2)을 충실히 답습하여 불법행위 일반이 아니라 오직 不法한 占有侵奪로 인한 경우에만 相計禁止를 규정한 한정주의 입법(오스트리아민법 제1440조 제2문, 프랑스민법 제1293조 1호, 스위스채무법 제125조 1호, 이탈리아민법 제1246조 1호)으로 양분됨을 알 수 있다. 후자의 입법은 또 유스티니아누스 황제법(C.h.t.14.1 [a.531]; C.4.34.11 [a.529])에 충실하게 任置物返還債權을 受動債權으로 하는 相計의 금지를 明定한다(Cf. 아래 b) (㉠), (㉡)).⁷⁰⁾

訴權이 어떠한 성질의 것인지, 對物訴權인지 對人訴權인지, 하는 사정은 유스티니아누스법에서는 의미가 없었지만(C.h.t.14.pr [a.531]; I.4.6.30), 그 전에는 對人訴權에 대해서만 인정되었었다. 채무의 발생원인은 다양할 수 있었다. 그리하여 아무런 부담이 없는 부동산으로 매수한 부동산에 담보가 설정되어 있자 담보를 해제하기 위하여 매수인이 담보채권자에게 자발적으로 이행한 경우가 금액은 비록 非債를 변제한 것이지만 매도인의 매매대금 청구시에 상계의 자동채권으로 삼을 수 있었다(C.h.t.10).⁷¹⁾ 상호적인 私的 불법행위로 인한 경우도 원칙적으로 상계가 가능하였다(D.24.3.39). 따라서 상호적인 권리의 행사가 배제되었다. 예컨대 서로 詐欺(dolus)를 행한 경우(D.4.3.36).

상호적 公的 犯罪行爲로 인한 경우는 엄밀한 의미의 상계가 문제되는 것은 아니었지만, 이를 이유로 면책을 주장하는 것이 허용되지 않았다. 그리하여 자신의 간통을 남편의 음행매개행위의 탓으로 돌려서 면책하려는 부인의 주장은 받아들여지지 않았다(D.48.5.2.4-5; D.48.5.14.5). 물론 남편의 음행매개행위가 그

70) 상세는 Klaus Pielemeier, *Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB* (1988) [독일 민법의 태도에 반대]; *民法注解* [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 410-411 (尹容燮)..

71) C.h.t.10 Diocl./ Maxim.

Quoniam liberum fundum distractum proponis, post vero, veluti praecedente emptionem obligatione, certum quid solvisse, si debitum a te apud praesidem provinciae petatur, compensationem eius quod indebite solvisti potes opponere.

B.24.10.34(Heimbach III, p.49)는 토지매수인이 매도인에게 일정금액을 非債辨濟한 것으로 잘못 이해하고 있다.

원인인 때에는 남편은 부인의 음행을 원용하여 그녀의 권리행사를 저지할 수 없었다(D.24.3.47).

別訴로써 청구 중인 채권도 상계의 자동채권으로 삼을 수 있었다(D.h.t.8). 물론 상대방의 채권이 선택채권인 경우 선택이 있기까지는 상계할 채무가 특정되지 못하므로 상계가 가능하지 않다(D.h.t.22). 상속이 취소되어 원상회복이 되면 상계권도 되살아난다(D.5.2.21.2).

b) 상계가 허용되지 않는 채권

그러나 다음의 경우에는 상계가 배제된다.⁷²⁾

(ㄱ) 任置의 경우(C.4.34.11 [a.529]⁷³⁾; C.h.t.14.1 [a.531] i.f.; D.16.3.1.45)⁷⁴⁾

任置의 경우에는 물건 자체가 반환되어야만 한다(PS.2.12.12).⁷⁵⁾ 受置人에게

72) 기타 개별적으로 특수한 이유에 의하여 상계가 배제되는 경우가 있었다. 예컨대 D.26.7.39.14 Papinianus 5 *sponsorum*.

Neglegentiae tutorum periculo nominum, quae pater usuris maioribus fecit, adscripto pupilla quidem actionem calendarii praestare cogitur, exactas autem usuras tutelae tempore citra ullam compensationem retinet.

(아버지가 高利로 빌려준 貸與金債權의 위험이 공동후견인들의 過責에 기인하는 경우에 被後見女는 債權帳簿의 訴를 제기하도록 강제된다. 하지만 후견을 받는 중에 추심한 利子들은 어떤 상계도 없이 보유한다.)

73) C.4.34.11.pr-2 *Iust.* (a.529)

Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur.

(1) Sed et si ex utraque parte aliquid fuerit depositum, nec in hoc casu compensationis praepeditio oriatur, sed depositae quidem res vel pecuniae ab utraque parte quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur, ei videlicet primum, qui primus hoc voluerit, et postea legitimae actiones integrae ei reserventur.

(2) Quod obtinere sicut iam dictum est oportet et si ex una parte depositio celebrata est, ex altera autem compensatio fuerit opposita, ut integra omni legitima ratione servata depositae res vel pecuniae prima fronte restituantur.

74) 고전법(Gai.4.62)에 비추어 볼 때, 任置의 경우 상계를 제한한 것은 고전기 후의 일일 것이다. 同旨 Astuti, 3. 상세는 Pascal Pichonnaz, “L’interdiction de compenser dans le contrat de dépôt,” *RIDA* 46 (1999), 393-425. 상계금지와 관련하여 특히 문제가 되는 것은 不規則任置이다. Pothier, 447 n.(g).

任置한 물건의 반환과 관련하여 특별한 信義를 요구한 때문이다.⁷⁶⁾

(ㄴ) 使用貸借의 경우

現傳하는 유일한 批答(C.4.23.4 [a.294])⁷⁷⁾에 의하면 사용대주가 빌려준 물건을 반환 청구하는 경우 반대채권을 주장하여 반환을 거절할 수 없었다. 이것은 任置의 경우와 동일한 이유에서 사용대주를 보호하기 위한 조치였을 것이다. 그러나 이러한 조치가 일반적 법리로 발전하지는 못했던 것 같다.⁷⁸⁾

(ㄷ) 提示訴權의 경우

提示訴權을 상대로 하는 상계는 용인되지 않는다(C.9.32.1 [a.205]).⁷⁹⁾ 이를 인정하면 제시소권의 특수한 목적 자체가 무위로 돌아가기 때문이다.

(ㄹ) 불법적으로 취득한 점유의 경우(C.h.t.14.2 [a.531])⁸⁰⁾

타인의 점유를 위법하게 취득한 자는 그 회복을 구하는 자를 상대로 자신의 반대채권으로써 상계할 수 없다.⁸¹⁾ 오히려 불법한 점유침탈자는 자신의 권리를 상실하거나 물건의 가액을 배상해야 하였다(C.8.4.7 Valent./Theod. [a.389]; D.48.7.7 = D.4.2.13). 점유를 특별히 보호하기 위한 비상한 조치이다.

75) PS.2.12.12:

In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.

Levy, 148은 이 개소가 원래 은행업자와 관련하여 相計附로 訴求할 필요가 있는 것은 은행업자에 한하고 고객은 그렇지 않다는 취지를 밝히려 했을 것으로 추정한다. 그러나 그도 시인하듯이 비상심리절차에나 적합할 이 개소의 문언만으로는 정확한 이야기는 할 수 없다.

76) I.4.6.30: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

同旨 교회법 Remigius Maschat, *Institutiones Juris Civilis et Canonici* (Augustae Vindelicorum: 4a ed 1761), 366.

77) C.4.23.4 Diocl./ Maxim. (a.294)

Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.

78) Astuti, 3f. n.2; Levy, 149. 同旨 교회법 Maschat (위 주 76), 364 n.9; 이탈리아 민법 제1246조 2호.

79) C.9.32.1 Sev./ Ant. (a.205)

Expilatae quidem hereditatis crimen intentare non potes, quando communis arcae rebus inspectis claves traditas coheredi profiteris. sed cum de his exhibendis apud iudicem quaereretur, rationem compensationis induci non oportuit. exhibitis enim quae desiderantur suis iudicibus directa quaestio derelinquenda est.

80) C.h.t.14.2 Iust. (a.531)

Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

81) Cf. 法諺 Spoliatus ante omnia est restituendus.

(㉔) 公的 고려에 기한 상계 제한⁸²⁾

공공단체와 私人 또는 담당공무원과의 사이에도 원칙적으로 상계가 허용되었지만 재정확보를 위한 公的 고려에서 일정한 경우 상계가 제한되었다(D.49.14.46.5).

— 국고로부터 매입하여 대금채무자가 된 경우(D.49.14.46.5; Ch.t.7⁸³⁾). 같은 취지에서 곡물담당관이 곡물매입자금을 반납할 때에도 (선의의 轉用時를 포함하여) 담당관은 자신이 都市에 대해 가지는 채권으로 상계할 수 없었다(D.50.8.2.4). 軍糧資金의 반납도 마찬가지였다(D.h.t.20).

— 收稅, 公租公課, 公的 扶養, 公的 給養이나 給油 등의 이유로 國庫나 都市의 채무자가 된 경우(D.49.14.46.5; C.h.t.1; C.h.t.3 [a.223]⁸⁴⁾).⁸⁵⁾ 그러므로 예컨대 公租義務가 있는 甲이 자신의 채무자이자 公租擔當官인 乙에게 자신의 채권과 公租債務를 상계하면 그에 상당하는 채권액을 청구하지 않겠다고 밝혔고 乙도 이에 동의하였으나, 후에 상계되었던 액수의 금원을 甲 자신이 (아마도 乙의 후임자로부터 요구받고) 납부한 경우에는 일반적인 경우라면 이미 상계한 것을 다시 급부했으므로 非債辦濟의 부당이득 반환청구가 가능하겠지만, 公租債務는 상계 자체가 가능하지 않을 뿐더러 이것과 상계될 채권도 國庫가 아닌 乙에 대한 것이므로 결국은 乙에 의한 公租債務의 代納이 약속된 것에 지나지 않는데 이 약속이 지켜지지 않은 상태일 뿐, 제대로 된 相計가 이루어진 것이 아니므로, 乙에 대한 甲의 청구는 당연히 非債辦濟에 대한 부당이득 반환청구가 아니라, 甲이 전부터 가지고 있던 원래의 채무의 청구일 뿐이다(C.h.t.13).⁸⁶⁾ 그러나 按察官 재임시에 식량을 아주 뽀뽀하게 공급한 것 때문에

82) Glück, § 932 pp.84-90.

83) C.h.t.7 Alex.

Si ex venditione pretium venditori debetur, compensationis ratio opponitur. adversus fiscum enim solum emptores petitioni pretii compensationem obicere prohibentur.

84) C.h.t.3 Alex. (a.223)

In ea, quae rei publicae te debere fateris, compensari ea, quae ab eadem tibi debentur, is cuius de ea re notio est iubebit, si neque ex kalendario neque ex vectigalibus neque ex frumenti vel olei publici pecunia neque tributorum neque alimentorum neque eius, quae statutis sumptibus servit, neque fideicommissi civitatis debitor sis.

85) 法諺 In tributis non admittitur compensatio (公租公課에 있어서는 相計가 허용되지 않는다).

86) C.h.t.13 Diocl./ Maxim.

Si velut in id debitum, quod sollemnium publicarum pensitationum debueras

유책판결을 받은 자는 식량자금의 채무자로 간주되지 않았고, 그래서 相計가 인정되었다(D.h.t.17).

나. 쌍방의 채권이 同種의 代替物을 내용으로 할 것(C.h.t.4 [a.229]).

동종의 대체물⁸⁷⁾이어야 하므로 특정물이 특정물이나 종류물과(Cf. D.13.7.18; D.20.1.13.2; D.25.1.5.pr), 또 상이한 종류물끼리도 상계될 수 없다(D.16.3.1.9). 그러나 동종의 대체물인 한 채무의 원인이 같을 필요는 없다(PS.2.5.3). 그러므로 가령 유증의 이행채무와 수취한 果實로 인한 이익의 반환채무가 상계되는 경우(C.h.t.4)⁸⁸⁾에도 이를 전제해야 한다. 가장 빈번했던 사안은 그러나 금전채

nomine, compensaturo tibi nihil petiturum postea Muciano scripsisti, redditis quae venerant in compensationem non indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio.

이 개소의 사실관계에 관해서는 B.24.10.37 (Heimbach III, p.50):

Creditor quidam exactoris, idemque debitor publicarum pensationum, earundem nomine conventus, compensationem debiti obiecerat, pacto interposito, ne ab eo peteretur. Postea vero a successore exactoris conventus solvit publica, quae iam compensaverat. Ait igitur constitutio: Licet omnis, qui solvit, quae iam compensaverat, conditionem habeat indebiti soluti, tamen hic talem actionem non habet: neque enim recte facta est compensatio cum publicis debitis: sed quasi facta non esset compensatio, principalem actionem adversus exactorem ad petendum movere debet.

87) D.12.1.2.1 Paulus 28 ad edictum.

Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

최근의 연구성과에 의하면 로마인들이 res, quae pondere numero mensura constant 라고 불렀던 대체물에 대하여 res fungibiles라는 용어를 작명한 것은 Zasius였다. Cf. Tlilan Reppen, *TR* 69/3 · 4 (2001), 407-409 (Th. Rübner, *Vertretbare Sachen? Die Geschichte der res, quae pondere numero mensura constant*, Duncker & Humblot, Berlin 2000, 172 S.에 대한 서평).

88) C.h.t.8 Gord.

Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est, cum id, quod a matre tua legatum est, a te petere coeperit, mutuo debitaе quantitatis apud eum qui super ea re iudicaturus est compensationem non immerito obicies.

이 개소의 사실관계에 관해서는 B.24.10.32 (Heimbach III, p.49):

Mulier quaedam filium habens ex priore marito, et secundo marito nupta, mortuaque filio herede relicto, legatum marito reliquerat. Maritus autem fructus fundi hereditarii perceperat, et agere volebat. Et constitutio ait, agenti ei legati nomine

무가 문제된 경우들이었다.⁸⁹⁾ 그밖에 채권의 액수, 이행기, 이행지(D.h.t.15) 등도 동일할 필요가 없다.

다. 쌍방의 채권이 無期限·無條件附일 것.

기한부이거나⁹⁰⁾ 조건부일 때에는 기한이 도래하거나 조건이 성취되지 않는 한 상계할 수 없다(D.h.t.7; D.h.t.16.1; D.17.2.28).

라. 쌍방의 채권이 확실(liquida)할 것.

즉 認諾되었거나 용이하게 즉시 입증 가능한 채권일 것(C.h.t.14.1 [a.531]; I.4.6.30). 특히 유스티니아누스 황제는 이 점에서 심판인으로 하여금 相計의 허용 여부를 엄밀히 판단할 것을 요구하였다(Ch.t.14.1 [a.531]).⁹¹⁾ 불확실한 채

compensationem fructuum obiici posse.

89) 예: C.h.t.11 Diocl./ Maxim. (위 주 67);

D.13.7.18 Paulus 29 ad edictum.

Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.

90) Cf. D.50.17.14 Pomponius 5 ad Sabinum.

In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.

91) C.h.t.14.1 Iust. (a.531)

Ita tamen compensationes obiici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant:

(그러나 朕은 상계의 원인이 확실하고 많은 不明함으로 얽혀 있는 것이 아니라, 재판관에게 자신의 용이한 결말을 가능하게 하는 경우에 상계가 대항되기를 명한다. 왜냐하면 數多하고 다양한 爭論 후에 사안이 이미 판정났을 때 이미 거의 패소한 일방 당사자에 의하여 이미 확실하고 의심의 여지가 없는 채무에 대하여 상계가 대항되고 지연시키는 不明한 주장으로써 유책판결의 전망이 배제되는 것은 충분히 통탄할 일이기 때문이다. 그러므로 재판관들은 이것을 준수하여야 하는바, 상계를 인정함에 있어서 쉽게 해서도 안 되고 관대하게 그것들을 認容해서도 안 되며, 엄격한 법을 지켜서 그것들이 더욱 충실하고 치밀한 담구를 요구하는 것을 발견하는 때에는 그것들을 다른 재판

무는 확실한 채무와 상계되지 않는다⁹²)(C.h.t.14.1 [a.531]). 물론 현실적으로 상대방의 채권이 불확실할 때에는 방어(D.22.3.19)의 필요성 자체가 없을 것이다(C.8.35.9 [a.294]).

國庫에 대하여 상계의 항변을 하는 자는 2개월 내에 자기의 채권을 입증해야 하였다(D.49.14.46.4; D.h.t.24).

4. 相計의 방법: 相計의 意思表示, 특히 相計의 抗辯

상계는 소권을 법률상 당연히 감소시킨다(I.4.6.30). 이것은 자동적으로 상계가 이루어진다는 의미가 아니라, 상계가 審判人의 意思가 아닌 法의 意思에 따른다는 의미이다.⁹³ 따라서 상대방의 청구를 저지하고자 하는(D.13.7.24.p r)⁹⁴ 자에 의하여 소송에서 원용되어야 한다.⁹⁵ 쟁점결정(litis contestatio)의 前은 물론 後에도(D.h.t.8; D.h.t.18.pr)⁹⁶ 판결채무(iudicatum)가 확정되기까지는⁹⁷ 상계를 원용할 수 있었지만(C.7.50.2.pr [a.294]), 일단 판결채무가 확정되면 반대채권을 이유로 상계할 수 없었고,⁹⁸ 이를 이행한 경우 반환청구할 수도 없

에 유보할 것이다. 그렇지만 이미 거의 심리된 현재의 訴는 終局判決으로써 打決할 것이다.)

92) 法諺 Liquidum cum illiquido nulla est compensatio (확실한 채권과 불확실한 채권 사이에는 상계가 성립하지 않는다). 상세는 Arnold Vinnius, *Selectae iuris quaestiones*, I (Ultrajecti, editio quinta 1697), cap. L (pp.132-134).

93) Astuti, 10. 반대 船田亨二, 606.

94) D.13.7.24.pr. Ulp. 30 ed.: et compensationem habere potest creditor, si forte pigneraticia vel ex alia causa cum eo agetur.

95) C.h.t.2 compensationem implorare; C.h.t.6 compensationis aequitatem postulare; C.h.t.8, C.h.t.7, C.h.t.14.1, D.h.t.13 compensationem obicere, compensationis ratio opponi; I.4.6.39 compensationes oppositae; D.24.3.42.2, C.h.t.10 compensationem opponere; D.25.2.7 compensare cum actione. Cf. 아래 Ⅱ 5 나. 현행법상의 재판상 상계에 관하여는 民法注解 [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 388-393 (尹容燮).

96) 쟁점결정으로 인한 원채무의 소멸효에도 불구하고 여전히 유효한 변제 및 상계가 가능했던 점 및 고전법률가들이 이에 대하여 자연채무의 관념을 원용했을 개연성에 관해서는 Kaser/Hackl, 300.

97) 上訴에서도 가능하였다. Kaser/Hackl, 585 n.24.

98) 同旨 Hexabiblos 1.4.29 cum Schol. [Heimbach, p.80]:

Si quis iudicatum retractare velit praetextu novae computationis, non potest.

[Schol.]

.... Aut sic dicit: Reus, a quo actor centum aureos petit, et cui ipse actor aequalem quantitatem debet, quum condemnaretur, non dixit: "Et tu mihi centum aureos

있다(C.h.t.2).⁹⁹⁾ 그러나 나아가 쌍방의 채무가 모두 판결채무로 확정된 경우에는 판결채무의 이행기간 내에도 상계가 가능하였다(D.h.t.16.1). 따라서 상계 주장이 있는 경우 반대채권에 대한 심리확정이 있기 전에 채무의 변제를 명하는 것은 正義에 어긋난다(C.h.t.6 [a.229]).¹⁰⁰⁾

채무자가 상계할 수 있음을 모르고 변제한 경우에는 이행한 것을 非債辨濟로서 반환청구할 수 있다(D.h.t.3; D.h.t.10.1). 相計適狀임을 알면서 상계의 의사표시를 하지 않더라도 이 의사표시 자체가 그의 자유에 맡겨져 있는 것이므로(D.h.t.2) 그것만으로는 반대채권을 포기하거나 면제한 것으로 이해되지 않는다.¹⁰¹⁾ 채권자는 상계를 할 수도, 別訴를 제기할 수도 있다(C.5.44.2.1 [a.224]). 그러나 일단 어떤 청구에 대하여 상계의 의사표시를 한 경우에는 원칙적으로 다시 다른 청구에 대하여 상계로써 대항할 수 없다(D.h.t.13).

debes, eos imputa, et ego liberabor actione,” sed adquevit et condemnatus fuit. Sed post illa reputans, se debuisse compensationem inducere, sententiam voluit (sc. iudex) retractare, ut compensationem inducat. Ait igitur constitutio, id fieri non posse, ut ne iudicia inde maneat indissolubilia. Sed centum quidem det, in quae condemnatus est: ipse autem post illa agat de centum, quae sibi debentur, et ius suum consequetur.

99) C.h.t.2 Ant.

Ex causa quidem iudicati solum repeti non potest, eapropter nec compensatio eius admitti potest. eum vero, qui iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debita implorare posse nemini dubium est.

이러한 것은 판결채무의 이행으로 급부한 것은 기판력 때문에 판결이 유효한 경우는 물론(D.12.6.35) 판결이 무효인 경우에도 반환청구가 배제되었던(D.5.1.74.2; D.17.1.29.5; D.10.2.36; C.4.5.1.pr) 판결채무의 특성 때문이었다. Kaser/Hackl, 378 n.24.

100) C.h.t.6 Alex. (a.229)

Neque scriptura, qua cautum est accepta quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit et [C.5.21.1.pr=] compensationis aequitatem iure postulas. non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit, eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris.

이 개소의 사안에 관해서는 B.24.10.30 (Heimbach III, p.49):

Quidam, a quo uxor dotem suam repetebat, primum quidem dicebat, se eam non recepisse: deinde, licet recepisset, quaedam uxorem amovisse contendebat, et opponebat compensationem. De utroque constitutio ita rescripsit.

Cf. Wacke (위 주 26), 24-28.

101) 가령 상대방이 상계의 의사표시가 없으면 채권을 포기한 것으로 본다고 통지하였으나 이에 대해 묵비한 경우라든가, 아니면 당사자 사이에 특별한 관계가 있어서 의사표시의 부작위가 면제의 의사표시로 해석될 수 있는 경우(예컨대 C.2.18.11; C.6.37.10; D.22.3.26)와 같은 특단의 사정이 없는 한.

5. 상계의 효과

가. 채무의 소멸효

상계는 변제의 효과가 있고¹⁰²⁾(C.h.t.4 [a.229]¹⁰³⁾; *compensare = solvere* C.4.44.11.2, D.20.4.4; *compensatio = exactio* D.18.4.23.1; *compensare = dare* D.40.7.20.2, D.40.12.19, D.50.16.76; cf. *compensatione uti = petere* D.27.4.1.4, D.46.8.12.3, D.46.8.15), 그래서 채무는 물론(I.4.6.30; C.h.t.14.pr [a.531]) 利子(C.8.42.7 [a.244]; D.h.t.11; D.h.t.12) 및 채무의 附從物도 함께 소멸한다(보증 채무 D.h.t.4, D.46.3.43; 저당권 D.20.4.4, D.46.3.43). 따라서 상계 후 남은 잔존채무를 변제하거나 공탁하면 담보의 해제를 訴求할 수 있다(質權 C.h.t.12 [a.294]).¹⁰⁴⁾ 相計로 쌍방의 채무는 對等額에 관하여(*quoad summam concurrentem*) 소멸하므로(D.h.t.9.pr), 피고는 殘額에 있어서만 유책판결을 받는다(C.5.58.3.1 [a.294]; I.4.6.39; D.h.t.4-5). 그리하여 예컨대 상대방이 진 빚과 상계하기 위하여 그로부터 물건을 매수하는 경우, 만일에 그 매매목적물이 진정한 소유자에 의하여 추탈 당하면, 매수인은 지급한 것이 없지만 매매소권을 행사해서 그 대가 상당을 반환청구할 수 있다.¹⁰⁵⁾

상계는 형평을 고려하여 인정된 제도이기 때문에 무효인 법률관계에 있어서도 인정되었다. 그리하여 원래 부부간의 증여는 무효이지만 부부가 상호간에 동일한 금액을 증여한 경우에도 증여물의 현존 여부와 상관없이 상계가 인정

102) B.24.10.36 Schol.1 (Heimbach III, p.50): ὅτι ἀντὶ καταβολῆς ἢ κομπεσσατίων ἐστὶ (compensationem vice solutionis esse).

103) B.24.10.28 (Heimbach III, p.48): ἡ τοῦ ἀντελλόνου δύναμις μίμησιν ἔχει κατὰ βολῆς (compensationis vis imaginem habet solutionis).

104) C.h.t.12 Diocl./ Maxim. (a.284)

Invicem debiti compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens vel accipere creditore nolente offerens et consignatum deponens de pignoribus agere potes.

105) 주인에게 속하는 상속재산을 그 노예가 판 전형적으로 로마적인 경우에 관한 D.15.3.7.4 Ulp. 29 ed. (제2건: nam et si ~pervenit):

Idem (sc. Labeo) ait et si hereditatem a servo tuo emero quae ad te pertinebat et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum: nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit. ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret.

되었다(D.24.1.7.2).

나. 상계의 소급효 여부

우리 민법 제493조 제2항은 “相計의 意思表示는 各 債務가 相計할 수 있는 때에 對等額에 관하여 消滅한 것으로 본다”고 규정하여 독일민법 제389조와 마찬가지로 상계의 의사표시를 전제하면서(우리 민법 제493조 제1항; 독일민법 제388조; 스위스채무법 제124조) 상계의 효력이 발생하는 시기를 相計適狀의 시점으로 정하여 이른바 상계의 소급효를 인정하고 있다. 이것은 D.h.t.10.1 및 D.h.t.11을 근거로 하여 소급효를 인정했던 독일의 판택텐법학자 Puchta, Dernburg, Windscheid의 학설을 추종한 것이다. 학설사적으로 보자면¹⁰⁶⁾ 우선 유스티니아누스법(C.h.t.14.pr-1 [a.531]; I.4.6.30 i.f.)을 자동적 상계로 誤認하여 상계의 의사표시가 不要하다(sine facto hominis)¹⁰⁷⁾고 보았던 오랜 일련의 학설전통과 이에 기초한 舊普通法實務를 추종한 早期 법전들(Theophilus, Martinus Gosia, Cuiacius, Tyndarus [Alfanus], Sebastianus Medices, Sabelli, Richeri, Domat, Pothier, ALR I 16 § 301, Code civil Art. 1290, ABGB § 1438, Van Leeuwen, Savigny, 또한 Codice civile Ital. 1865 Art.1241, 1242)이 존재했다.¹⁰⁸⁾ 이를 비판하면서 상계를 위하여는 의사표시가 필요하다고 본 학설에는 크게 두 부류가 있었는데, 하나는 상계의 의사표시가 불법행위사안을 제외한 모든 경우에 필요하지만 단순히 宣言的인 것일 뿐이라는 견해로서 Johannes Bassianus, Azo를 비롯한 주석학파의 다수설이었고, 이후 Cynus, Bartolus, Jo. Mynsinger 등을 거쳐 Grotius에 의하여 새롭게 다져졌고 Donellus와 Voet도 취했던 견해였다.¹⁰⁹⁾ 다른 하나가 바로 판택텐법학자들이 택했던

106) Astuti, 13-16, 특히 14f.; Zimmermann, 760-761; 또한 Werner Ogris, “Aufrechnung [Kompensation],” *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I (1971), 254-256.

107) 이들은 ipso iure = ipsa legis potestate et auctoritate, absque magistratus auxilio et sine exceptionis ope (Brissonius)로 이해하였던 것이다. Zimmermann, 761 n.92에서 재인용. Cf. D.h.t.21: quia nihil compensat.

108) 그러나 법전편찬 이후의 실무는 항변에 의한 주장을 요구하였다. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, II (1989), 460 n.11.

109) 가령 Vinnius, ad I.4.6.30 n.2 (p.358)는 이러한 학설을 다음과 같이 요약하여 제시하고 있다:

nam cum iudex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, a reo utique

학설로, 아들은 상계의 의사표시를 創設的인 것으로 보았고,¹¹⁰⁾ von Wyss와 달리 재판상 표시를 요구하였다.¹¹¹⁾ 남아프리카공화국의 법은 아직도 자동적 상계와 상계의 의사표시 요구 사이에서 갈등하고 있다.¹¹²⁾ 이러한 학설과 입법의 양상은 方式書訴訟의 기술적인 배경하에서 다양한 전개를 보였던 고전로마법을 통일시키려 했던 유스티니아누스의 시도(Cf. 위 II 2)가 온전한 방식으로 성과를 거두지 못했던 데 그 원인이 있다. 하지만 필자 생각에는 로마법의 모습에 가장 충실한 해석은 상계의 의사표시를 선언적인 것으로 보는 것이다(D.h.t.10.1).¹¹³⁾

III. D.16.2 *De compensationibus* 譯註

D.16.2.1 Modestinus libro sexto pandectarum.

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

相計¹¹⁴⁾란 채무와 채권의 상호공제¹¹⁵⁾이다.¹¹⁶⁾

hoc allegandum est, petendumque ut compensatio admittatur: quae tamen allegatio proprie exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandae compensationi quaevis tempora idonea sunt ante executionem iudicati. Sed ita, opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi coepit.

110) 同旨 民法注解 [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 398 (尹容燮).

111) Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II (9. A. 1906), § 349, pp.463-472; L. Arndts R. v. Arnesberg, *Lehrbuch der Pandekten* (14. Auflage 1889), § 265, pp.535-536.

112) Zimmermann, 761 nn.95-97.

113) 同旨 Astuti, 10.

114) 단순히 Pensatio라고도 하였다. D.h.t.7.1; D.h.t.15; D.24.3.39; D.31.67.3; D.13.6.18; D.10.2.52.2; D.13.7.18.pr.

115) Donellus II, p.310: Contribuere debitum et creditum est ita permiscere utrumque, ut confundantur.

116) 同旨 Theophilus, *Paraphrasis* 4.6.30:

Compensatiōn ἐστὶν ὁ ἀντέλλογος τοῦτέστι τὸ ἀντέλλογίσασθαι τὰ ἐπορευιόμενα (Compensatio est mutua computatio, id est, debita inter se conferre et computare).

Noodt, 283은 이 과정을 간이인도에 비견되는 상호변제로 설명한다:

Sit igitur ompensatio mutua solutio, juris interpretatione quasi per brevem manum facta.

D.16.2.2 Iulianus libro nonagensimo digestorum.

Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

각자는 자신의 채권자이면서 동시에 채무자인 자가 청구하는 경우 相計할 용의가 있으면¹¹⁷⁾ 그를 방어할 수 있다.¹¹⁸⁾

D.16.2.3 Pomponius libro vicensimo quinto ad Sabinum.

Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.

相計는 변제한 것¹¹⁹⁾을 반환청구하기¹²⁰⁾보다는 오히려 변제하지 않는 것이 우리의 이익¹²¹⁾이기 때문에 필요하다.¹²²⁾

D.16.2.4 Paulus libro tertio ad Sabinum.

Verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso iure eo minus

117) 同旨 D.27.4.1.4: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus.

118) 율리아누스 시대에는 아직 상계가 일반화되어 있지 않았고, 따라서 전승된 문면 그대로 진정한 것으로 보기에는 어려움이 따르므로 이 개소의 원문맥을 복원하려는 다양한 시도가 있었다. 그 중 개연성이 있어 보이는 것은 [unusquisque]<argentarius>로 보아서 은행업자가 피고로서 ‘상계된 금액의 항변’을 제기한 사안으로 보는 견해이지만, 이것도 율리아누스의 원문 문맥상 설득력이 별로 없다. 그러므로 남은 가능성은 당사자 사이에 상계의 특약이 있는 경우라고 새기는 것이다(Lübtow, Thielmann). 상세는 Thielmann, 152-155.

Potentem summovere는 항변에 의한 방어를 표현한다(Cf. D.12.4.40; D.46.3.50).

119) 변제의 청구 내지 수령은 猜害行爲(Schikane: D.44.4.8.pr = D.50.17.173.3 Dolo facit, qui petit quod redditurus est “곧바로 반환해야 할 것을 청구하는 것은 악의행위이다”)에 해당한다.

120) Cf. D.h.t.10.1.

121) 상대방이 資力이 있는 경우에는 상호결제의 간편함이고, 상대방이 無資力인 경우에는 그로 인하여 채권의 만족이 좌절될 위험을 피할 수 있는 이익. Noodt, 283. 원인 없이 문답계약으로 諾約하고 보증인을 세운 자가 그 보증인이 그 채무를 이행하고 자기에게 委任訴權을 행사할 것을 원했다라도 그 보증인은 要約者를 상대로 抗辯을 행사할 수 있는데, 이것은 “변제한 것을 반환청구하기보다는 처음부터 변제하지 않고 보유하는 것이 그의 이익에 부합하기 때문”이라는 율리아누스의 결정(D.46.1.15.pr)에서도 보이듯이 로마인들은 당사자들의 이해관계에 대한 상식에 맞는 견해를 가지고 있었다.

122) Cf. C.h.t.6 (a.229).

fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest.

네라티우스의 所論이었고 또 폼포니우스가 말하고 있는 바, 즉 信命保證人은 모든 계약에 있어서 법률상 당연히 채무자가 相計로 인하여 보유했 수 있는 만큼 적게 채무를 부담한다는 것은 옳다.¹²³⁾ 왜냐하면 내가 채무자로부터 전액을 청구하면 그릇 청구하는 것이듯,¹²⁴⁾ 또한 信命保證人도 법률상 당연히 채무자가 有責判決 받을 수 있는 금액보다 많은 금액의 책임을 지지 않기¹²⁵⁾ 때문이다.¹²⁶⁾

D.16.2.5 Gaius libro nono ad edictum provinciale.

Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

信命保證人¹²⁷⁾으로부터 채무가 청구될 경우 신명보증인이 자신의 또는 主債務者의 채권 중 어느 것과 相計할 것인지를 선택하는 것이 극히 공평하다.¹²⁸⁾ 그러나 그가 양자와 相計하고자 하는 경우에도 聽許될 것이다.¹²⁹⁾

123) C.5.58.3.1 [a.294]; I.4.6.39; D.46.3.43.

124) PS.2.5.3: si totum petas, plus petendo cuasa cadis.

처음부터 차액청구를 인정하는 이 개소의 법률가들과는 달리 다음 개소(D.h.t.5)에 의하면 가이우스는 전액청구가 가능하고 그에 대하여 상계의 항변을 하는 것으로 보고 있다. 아마도 이 개소가 차액청구를 해야만 했던 은행업자(Gai.4.68)의 경우와 같은 사례를 염두에 두었다면 D.h.t.5는 일반의 상계사안(Gai.4.63)을 다룬 데서 이러한 차이가 나온 것으로 보인다. 단순한 異見으로 보는 견해로는 Kaser I, 645 n.11.

125) I.3.20.5.

126) C.h.t.14 [a.531]; Inst.4.6.30.

127) 이를 信命保證한 은행업자로 보는 견해(Lenel, *Pal.* I, Gaius fr.213 n.2 [p.211])도 있으나, 자연스러운 이해는 은행업자가 채무자의 보증인을 상대로 청구하는 것으로 보는 것이다. Petrucci (위 주 39), 374-375.

128) 주채무자가 원하지 않는 경우에도 가능하다.

D.46.1.32 Ulpianus 76 ad edictum.

Ex persona rei et quidem invito reo exceptio (et cetera rei commoda) fideiussori ceterisque accessionibus competere potest.

129) 同旨 우리 민법 제434조(保證人과 主債務者相計權); 이탈리아민법 제1247조. 이 개소는 또한 변제의 充當 규정을 상계에 준용하는 민법 제499조(同旨 이탈리아민법

D.16.2.6 Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum.

Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

自然債務¹³⁰⁾도 또한 相計의 대상이 된다.¹³¹⁾

D.16.2.7.pr Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum.

Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.

기한부채무¹³²⁾는, 비록 급부의무는 존재하지만,¹³³⁾ 기한이 도래하기¹³⁴⁾ 전에

제1249조의 역사적 배후이기도 하다.

130) D.46.1.16.4 Iulianus 53 digestorum

Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest (=D.44.7.10 Ulp. 47 ad Sab.): nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

natura debere에 관해서는 Cf. D.5.3.31.1; D.12.6.26.12; D.12.6.41; D.35.2.1.17; D.46.3.101.7; D.50.16.10; D.50.17.81.

131) 誠意訴訟인 조합에 관련된 개소이다(Lenel, *Pal.* II, Ulpianus fr.2738 [p.1128]; Astuti, 2 n.1). Cf. D.h.t.9.pr. 그밖에 청구할 수는 없으나 상계는 가능한 특별한 사례에 관해서는 Cf. D.24.1.28.7: peti quidem non possunt, compensari autem possunt. 상계는 Vinnius (위 주 92), cap. XLIX (pp.128-132). — 현행법은 반대 大判 63.11.21, 63다 429(集 11-2, 民 252); 民法注解 [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 369; 405 (尹容燮).

In compensationem venire 표현에 관해서는 Cf. D.h.t.14; C.4.49.2.1 (a.259).

132) D.45.1.41.1 Ulpianus 50 ad Sabinum.

Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore.

133) D.12.6.10 Paulus 7 ad Sabinum.

In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

D.45.1.137.2 Venuleius 1 stipulationum

.... nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest....

Cf. D.46.3.70 Celsus 26 digestorum.

Quod certa die promissum est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intellegitur.

134) Cf. D.50.16.213 Ulpianus 1 regularum.

“Cedere diem” significat incipere deberi pecuniam: “venire diem” significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit

는 相計되지 않을 것이다.¹³⁵⁾

D.16.2.7.1

Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.

심판인이 相計를 고려하지 않은 경우 訴求權은 보존된다.¹³⁶⁾ 왜냐하면 既判事項의 抗辯이 대항될 수 없기 때문이다. 그가 채무가 부존재하므로 相計를 배척한 경우에는 나는 달리 말할 것이다. 왜냐하면 그때에는 기관사항의 항변이 내게 불이익할 것이기 때문이다.¹³⁷⁾

D.16.2.8 Gaius libro nono ad edictum provinciale.

In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata

neque venit dies pendente adhuc condicione.

135) Gai.4.67.

Cf. D.46.4.12 Pomponius 26 ad Sabinum.

Quod in diem vel sub condicione debetur, acceptilatione tolli potest: sed ita id factum apparebit, si condicio stipulationis extiterit vel dies venerit.

그러나 채권으로서의 실체가 존재하므로 기한도래 전에도 매매의 대상이 된다.

D.18.4.17 Ulpianus 43 ad edictum.

Nomina eorum, qui sub condicione vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest.

136) Andreas Wacke, "Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit," *TR* 37 (1969), 369-414, 374 n.16.

137) Cf. Ulp. D.3.5.7.2; Ulp. D.27.4.1.4; 상세는 拙著 (위 주 25), 71ff. 한편 Thielmann, 170-182는 상계의 실체법적 효력을 부인하고 소송법적 효과만을 인정하면서 원고의 청구만이 소송물이 되는 고로 前訴에서의 상계의 주장 및 그에 대한 심판인의 판단에도 불구하고 後訴에서 다시 청구하는 것을 방해하지 않으며, 다만 前訴에서 상계가 인정된 경우에는 항변의 대항을 받지만, 이 경우 前訴의 원고였던 後訴의 피고가 제기할 수 있는 항변은 前訴의 상계가 前訴의 訴訟係屬이나 既判事項의 대상이 아니었으므로 '相計된 金額의 抗辯'(exceptio pecuniae pensatae)만이 가능하다고 본다. Cf. 위 주 39; 위 주 41. 이 견해는 결국 본 개소와 D.3.5.7.2, D.27.4.1.4는 모두가 수정된 것이라고 한다. 그러나 사료상 보이는 확설대립의 가능성(拙著 [위 주 25], 72 n.139)을 고려해 보면 적어도 율피아누스는 기관사항의 항변을 옹호했던 것으로 보인다. 同旨 Rolf Knütel, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe* (1976), 307 n.19. Cf. 민사소송법 제202조 제2항("相計를 主張한 請求의 成立 또는 不成立의 判斷은 相計로 對抗한 數額에 한하여 既判力이 있다.")

est, ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

(前訴에서 後訴의) 원고를 상대로 쟁점결정이 이루어진 채권¹³⁸⁾도 (後訴에서) 相計에 포함되는데,¹³⁹⁾ (권리행사에) 더 부지런한 자[= 前訴의 원고이자 後訴의 피고]가 그에게 相計가 거부됨으로써 더 나쁜 처지에 빠지지 않도록 하기 위한 것이다.¹⁴⁰⁾

D.16.2.9.pr Paulus libro trigensimo secundo ad edictum.

Si cum filio familias aut servo contracta sit societas et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur.

家子 또는 노예와 (우리 사이에) 조합이 체결되었고 주인이나 家父가 (우리를) 訴求하는 경우 우리는, 비록 우리가 (주인이나 家父를) 訴求한다면 (그들의 경우) 단지 特有財産額까지만 책임부담될지라도,¹⁴¹⁾ (그들에 대한) 相計에 의하여는 全額을 保全한다.

138) 즉 현재의 소송에 앞서서 別訴로 청구된 채권. *litem contestari cum reo*라는 표현은 원고에 대하여 사용되었다. Cf. Kaser/Hackl, 290 n.28. — 이 개소의 원문맥에 관한 논의는 Thielmann, 155-156. 한편 Hansjörg Peter, *Texte zum römischen Obligationenrecht mit Verweisen auf das schweizerische Recht/Textes de droit romain des obligations avec références au droit suisse* (1997), 87 n.103은 이곳의 원고를 ‘Der jetzt Verrechnungswillige, Beklagter im ersten, noch hängigen Prozess’로 이해하는데, 현재 상계를 원하는 자는 後訴의 피고이지 前訴의 피고가 아니고, 또 Peter 자신이 같은 곳 n.104에서는 *diligentior*를 ‘Kläger im ersten Prozess’로 제대로 이해하고 있는 점에 비추어 볼 때, n.103의 ‘ersten’은 ‘zweiten’의 誤植으로 보인다.

139) In compensationem deduci 표현에 관해서는 Cf. D.h.t.15; C.5.74.1 (a.290).

140) Cf. D.50.17.86 Paulus 7 quaestionum.

Non solet deterior condicio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non essent, sed plerumque melior:

D.50.17.87 Paulus 13 quaestionum.

Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit. denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur et heres tenetur ex omnibus causis.

D.46.2.29 Paulus 24 quaestionum.

.... neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt.

141) Cf. D.3.5.5.3; C.4.25.2 (a.222); C.4.26.5 (223).

D.16.2.9.1

Sed si cum filio familias agatur, an quae patri debeantur filius compensare possit, quaeritur: et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum condicione, ut caveat patrem suum ratum habiturum, id est non exacturum quod is compensaverit.

그러나 家子를 상대로 訴求하는 경우에 家父의 (우리에게 대한) 채권으로¹⁴²⁾ 家子가 相計할 수 있는지 문제이다. 이것은 인정해야만 할 것인데, 왜냐하면 하나의 법률관계이기 때문이다.¹⁴³⁾ 그러나 그가 자기 아버지가 追認할 것임을,¹⁴⁴⁾ 즉 그가 相計한 것을 그가 推尋하지 않을 것임을,¹⁴⁵⁾ 담보한다는 조건 하에서이다.¹⁴⁶⁾

D.16.2.10.pr Ulpianus libro sexagesimo tertio ad edictum.¹⁴⁷⁾

Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta. simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam

142) Pothier, 449 n.(b): Ex eadem societatis causa. Cf. Gai.4.61.

143) 父가 권력복종자인 子의 채무에 대하여 책임지는 것은 특유채산을 매개로 하여 법이 인정하는 “하나의 법률관계”에 입각한 특수사정에 기한 것이다.

Cf. D.45.3.40 Pomponius 33 ad Quintum Mucium.

Quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id acquisitum erit, quia potestas eius tunc, cum id contraheret, nostra fuit. idque est, si filius familias contrahat: namque etiam quod in emancipationis suae tempus contulerit, nobis debebitur, si tamen dolo malo id fecerit.

144) D.3.3.39.1 Ulp 9 ad ed.:

Qui alieno nomine agit quamcumque actionem, id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit cavere debet....

145) “즉 그가 ~ 하지 않을 것임을”: 添注 또는 트리보니아누스의 修正. Lenel, *Pal. I*, Paulus fr.499 n.2 (p.1033).

146) D.h.t.9에 관하여는 Julio Hernando Lera, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica* (1992), 274-276. Procurator의 경우에도 유사하였다(위주 64).

147) 이 개소는 파산재단매득자의 Rutiliana actio (EP. § 218)에 관한 것이다. Lenel, *Pal. I*, Ulpianus fr.1426 (p.792). 따라서 원래 deducere/deductio가 compensare/compensatio로 수정되었음이 분명하다.

neglegentiam exhibuerit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem.

우리 양 조합원¹⁴⁸⁾이 동일한 過責을 조합에 대하여 저지른 경우 우리는, 법률상 당연히 過責相計가 이루어졌으므로, 상호 구속되기를 그친다고 말해야만 한다. 유사한 방식으로 다음이 승인된다: 둘 중 한 사람이 공유물로부터 (조합의 불이익으로) 무엇인가를 얻고, 다른 사람은 동일한 금액으로 算定되는 정도의 過責을 범(하여 조합에 불이익을 가)한 경우 相計가, 그래서 법률상 당연히 상호적 免責이 이루어진 것으로 인정된다.¹⁴⁹⁾

D.16.2.10.1

Si quis igitur [compensare]<deducere *Lenel*> potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.

그러므로 [相計]<控除>를 할 수 있는데 변제한 경우 非債를 변제한 것처럼 부당이득반환청구할 수 있을 것이다.¹⁵⁰⁾

148) 그러므로 한 조합원의 過責으로 조합이 손해를 보고, 그의 공로로 조합이 이득을 본 경우에 이 이득과 손실의 相殺 여부에 관한 D.17.2.25-26은 이 개소와는 사실 관계가 전혀 다르다. Cf. *Lera* (위 주 146), 276-278.

149) 이 개소는 일견 엄밀한 의미의 상계에 관한 것이 아닌 것처럼 보인다(이 견해 *Astuti*, 12). 그러나 파산재단매득자의 *actio Rutiliana*(*Gai.4.35*)를 다루고 있는 이 개소의 원래 문맥(*Lenel, Pal. II, Ulp. fr.1426 [p.792]*)과 다음 § 1과의 연관을 고려할 때 상이한 손해에 관한 통상적인 채권상계가 문제되고 있음을 알 수 있다. *Christian Wollschläger, "Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht," SZ 93 (1976), 115ff., 118 n.19.*

Ipsa iure 상계에 관해서는 Cf. 위 **II 2 나; II 4; II 5 나.**

150) 본 개소는 相計適狀이면 법률상 당연히 채무소멸의 효과가 있고, 따라서 자신의 채무를 이행하는 자는 논리필연적으로 非債를 변제한 셈이 된다는 점을 밝히고 있다. 이 개소는 로마법에서 상계의 의사표시가 창설적이지 않고 선언적인 것으로 이해되었음을 보여준다. Cf. 위 **II 5 나.** 참고로 교회법에서는 상계의 의사표시를 창설적인 것으로 보았고, 그래서 이런 경우는 채무의 정상적인 변제이므로 변제자는 남아 있는 자신의 채권을 행사할 수 있다고 보았다. *Maschat* (위 주 76), 392 n.20. 嫁資와 관련한 特則(D.25.1.5.2)은 위 주 27.

물론 상계가 가능하지 않은 경우에는 양측의 채권채무는 별개로 존립하므로 어느 일방이 자신의 채무를 이행하면 非債辨濟가 아니며, 따라서 그의 채무는 소멸하고 이후 그가 청구하는 것은 존속 중인 자신의 채권을 행사하는 것이 된다.

D.12.6.30 *Ulp. 10 disp.*

Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet conditionem veluti indebiti soluti (Cf.

D.16.2.10.2

Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva ceterorumque 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 訴權이 발생하는 경우에는 언제든지, 그에 관하여 금전배상이 訴求되는 한, [相計]<控除>가 적용된다. 竊盜原因의 不當利得返還請求의 경우에도 마찬가지이다.¹⁵¹⁾ 그리고 加害者委付訴訟으로 제소되는 자도 또한 [相計]<控除>를 항변할 수 있다.¹⁵²⁾

D.16.2.10.3

In stipulationibus quoque quae instar actionum habent, id est praetoriis, [compensatio]<deductio *Lenel*> locum habet, et secundum Iulianum tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit obici [compensatio]<deductio *Lenel*>.

소권들과 동일시되는¹⁵³⁾ 문답계약들, 즉 범무관법상의 문답계약들¹⁵⁴⁾의 경우

D.h.t.10.1), sed sui crediti petitionem.

玄勝鍾/曹圭昌, 916 n.90에서는 D.12.6.30을 “相計債權이 있음에도 全額을 변제한 경우 超過支給分은 非債辦濟로서 이를 반환청구할 수 있었다”는 주장의 근거로 제시하는데, 이는 명백히 잘못이다.

151) Wolfram Pika, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (1988), 105f. Cf. 위 II 3 가 ② a).

152) 이것은 加害者委付 대신에 손해배상을 선택한 가해노예의 주인이 그 노예의 특유재산으로부터 求償債權額을 공제할 수 있는 것(D.15.1.11.pr; D.33.8.16.pr)과는 구별해야 한다.

153) 이유: quia ab invitis extorquentur. Pothier, 447 n.(e).

154) D.44.7.37.pr Ulp. 4 ed.

Actionis verbo continentur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. interdicta quoque actionis verbo continentur.

D.46.5.1 Ulpianus 70 ad edictum.

Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales cautionales communes. (1) Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione. (2) Cautionales sunt autem, quae

에도 [相計]<控除>가 적용되며,¹⁵⁵⁾ 율리아누스에 의하면 문답계약 자체에서는 물론, 문답계약에 기한 소권의 경우에도¹⁵⁶⁾ [相計]<控除>가 항변될 수 있을 것이다.

D.16.2.11 [Ulpianus]<Paulus *Lenel*>¹⁵⁷⁾ libro trigensimo secundo ad edictum.

Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

甲은 乙에게 無利子로, 乙은 (甲에게) 利子附로 금전채무가 있는 경우에 대하여 神皇 (셉티미우스¹⁵⁸⁾) 세베루스에 의하여 양자에 합치하는 금액¹⁵⁹⁾의 이자는 지급되어서는 아니 된다고 규정되었다.¹⁶⁰⁾

D.16.2.12 Ulpianus libro sexagensimo quarto ad edictum.

Idem iuris est non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum.

instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. (3) Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa.

법무관법상의 문답계약은 법무관에 의하여 특정한 경우에 체결이 강제되는 문답계약으로 즉시 이행이 가능하지 않은 경우 장래를 위한 담보제공의 목적을 가진 것들이다. 상세는 Kaser/Hackl, 429-432.

155) 하나의 예: D.46.8.15 Paul. 14 ad Plautium.

Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si iudicio petitum esset. si autem in ius eum vocaverit et satis iudicio sistendi causa acceperit, iudicium tamen coeptum non fuerit, ego puto non committi stipulationem amplius non peti: hic enim non petit, sed petere vult. si vero soluta esset pecunia, licet sine iudicio, committitur stipulatio: nam et si quis adversus petentem compensatione deductioneve usus sit, recte dictum est petisse eum videri et stipulationem committi amplius non peti. nam et heres, qui damnatus non petere, si horum quicquam fecisset, ex testamento tenetur.

156) Cf. Pothier, 447 n.(f): Quod si *in ipsa stipulatione* interponenda hanc compensationem omiserim; adhuc potero compensatione uti, quum *Ex stipulatu* adversus me ages.

157) Lenel, *Pal.* II, Ulpianus * post fr. 953 (p.642); Lenel, *Pal.* I, Paulus fr. 500 n.3 (p.1033). 이 개소는 조합에 관한 서술부분에 속한다.

158) Glück, § 930 n.83; Pothier, 447 n.(a).

159) Cf. 우리 민법 제483조 제2항.

160) C.h.t.4 [a.229]; C.h.t.5 [a.229]; C.8.42.7 [a.244]. Cf. D.h.t.12 i.f. 이에 반하여 고전법에서는 이자가 판결시까지 공존하였다. Cf. D.46.3.48; D.49.8.1.4; Astuti, 10.

sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, [compensatio]<deductio Lenel> nihilo minus locum habet eius quod invicem debetur.

같은 내용¹⁶¹⁾의 법이 비단 私的 법률관계에 대해서뿐만 아니라, 또한 國庫 사안에 대해서도 규정되었다.¹⁶²⁾ 그런데 상호간에 利子附 金錢債務지만 利子が 상이한 경우에도 [相計]<控除>¹⁶³⁾가 그럼에도 불구하고 상호간의 채무에 대하여 적용된다.¹⁶⁴⁾

D.16.2.13 Ulpianus libro sexagesimo sexto ad edictum.¹⁶⁵⁾

Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non obiciatur.

라베오가 말하고 있는 것, 곧 相計가 어떤 청구에 대하여 특정된 경우에는 다른 청구들에 대하여 대항될 수 없다¹⁶⁶⁾는 것은 일리가 있다.¹⁶⁷⁾

D.16.2.14 Iavolenus libro quinto decimo ex Cassio.¹⁶⁸⁾

Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in [compensationem]<deductionem?

161) D.h.t.11.

162) 이 개소는 파산재단매득자의 Serviana actio (EP. § 222)를 다루고 있는 부분에 속하며, 따라서 사망한 파산채무자의 재산과 國庫에 귀속한 재산을 비교하는 것으로 생각된다. Lenel, *Pal.* II, Ulpianus fr.1441 n.3 (p.794). Cf. C.h.t.1; C.h.t.3 (a.223).

163) Lenel, *Pal.* II, Ulpianus fr.1441 n.4 (p.794). Cf. 위 주 162.

164) Cf. D.h.t.11.

165) 이 개소는 既判事項(res iudicata [EP. Tit.XLII § 226])을 논하는 부분에 속한다. Lenel, *Pal.* II, Ulpianus fr.1458 (p.800).

166) 이와 관련하여 Lenel, *Pal.* II, Ulpianus fr.1458 n.2 (p.800)는 다음과 같은 의문을 제기한다: Nec in iudicati actione, quae ex illa petitione oritur? Cf. D.h.t.16.1; 위 II 4.

— 현행법상 상계의 의사표시의 철회에 관하여는 Cf. 民法注解 [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 388 (尹容燮). 그리고 상계로 소멸한 채권에 관하여 다시 상계할 수 있는가에 관하여는 Cf. 民法注解 [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 398-399 (尹容燮).

167) (Quae sententia) non est sine ratione라는 표현은 특히 율피아누스에게서 집중적으로 발견되는 語句이다(Ulp. D.4.2.9.6; D.7.1.9.4; D.13.7.11.4; D.14.4.9.2; D.14.5.3; D.22.3.6; D.28.5.9.4; D.37.4.17; D.48.15.15. — 반면에 Afr. D.16.1.19.5; Pap. D.FV.81; Pomp. D.45.3.39; Paul. D.19.1.45.2; Mod. D.26.6.2.5).

168) 이 개소는 강제집행의 방법인 총재산매각(bonorum venditio)을 서술하는 부분에 속한다. 따라서 Lenel이 지적하듯이 파산재단매득자의 控除(deductio)가 거론되고 있을 가능성이 있다. Lenel, *Pal.* I, Iavolenus fr.68 n.5 (p.285).

Lenel> non veniunt.

항변에 의하여 제거될 수 있는 것¹⁶⁹⁾은 무엇이든¹⁷⁰⁾ [相計]<控除?>의 대상¹⁷¹⁾이 되지 않는다.¹⁷²⁾

D.16.2.15 Iavolenus libro secundo epistularum.

Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me quam ei debeo pecuniam: quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari. respondit: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari.

나는 금전이 특정 장소에서 티티우스¹⁷³⁾에 의하여 (나에게) 지급될 것을 要約하였다. 그는 나에게서 내가 그에게 부담하는 금전채무를 청구한다. 나는 묻는다: 특정 장소에서 지급되는 데 대하여 내가 가졌던 이익¹⁷⁴⁾ 또한 相計되어

169) 永久的 抗辯(Cf. I.4.13.1-5)이 대항될 수 있는 채권을 말한다. 단순한 延期的 抗辯의 경우에는 Gai.4.67에서 드러나듯이 控除의 대상이 된다.

170) Ulrich Manthe, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus* (1982), 170은 自然債務는 영구적 항변이 대항될 수 있더라도 상계가 가능하다고 보면서 그 근거로 D.h.t.6을 들고, 또 이 개소에서 야블레누스가 *quaecumque*라는 표현을 사용한 것은 自然債務를 控除에서 배제하려는 의도였을지도 모른다고 하는데, 이해할 수 없는 해석이다.

171) 유사한 다른 경우, 가령 前債辨濟約束의 경우에도 동일한 법리가 적용된다.

D.13.5.3.1 Ulpianus 27 ad edictum.

Si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est.

172) D.50.17.66 Iulianus 60 digestorum.

Marcellus. desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem iustam nec ab aequitate naturali abhorrentem.

D.50.17.112 Paulus 8 ed.

Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.

Cf. Gai.4.63 et 66 deductio.

同旨 大判 69.10.28, 69다1084(要集 民 I-2, 823). 항변권의 존재 증명책임에 관해서는 民法注解 [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 377 (尹容燮).

173) 아마도 Ego의 은행업자. Bernd Eckardt, *Iavoleni Epistulae* (1978), 35 n.73.

174) D.13.4.2.pr-2 Ulp. 27 ed.

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fiat. (1) Haec autem actio ex illa stipulatione venit, ubi stipulatus sum a te

야 하는가. 그는 대답하였다: 티티우스가 청구하는 경우 그가 특정 장소에서 지급하기로 약속한 금액도 相計에 포함되어야만 하지만, 그러나 특수성이 있다.¹⁷⁵⁾ 즉 약정한 장소에서 금전이 지급되는 데 대하여 티티우스가 가진 이익이 고려되어야 한다.¹⁷⁶⁾

D.16.2.16.pr Papinianus libro tertio quaestionum.

Cum militi castrensiu bonorum alius, ceterorum alius heres exstitit et debitor alteri heredum obligatus vult compensare quod ab alio debetur, non audietur.

한 군인에게 軍營財産에 대하여는 甲이, 여타의 재산에 대하여는 乙이 상속인이 되고¹⁷⁷⁾ 채무자가 상속인들 중의 한 사람에게 다른 상속인의 채무로 相

Ephesi decem dari. (2) Si quis Ephesi decem aut Capuae hominem dari stipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri, ne auferat loci utilitatem reo. . . .

(8) Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim si traiectionem pecuniam dederat Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.

175) 누구의 이익을 구체적인 경우에 고려할 것인가 하는 문제는 특정장소에서 이행되지 않게 되면 불이익을 받게 되는 당사자가 누구인가에 따라서 결정하였다는 점에 관해서는 Eckardt (위 주 173), 36-37. 결국 특정장소에서 이행하기로 한 채무로써 먼저 상계를 하는 당사자가 상대방의 불이익을 전보해야만 한다.

176) 이것은 plus petitio loco (Gai.4.53c: Loco, veluti si, quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, velut si is, qui ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES? deinde Romae pure intendat DARI SIBI OPORTERE(?)...에 해당할 것이지만, 상계의 경우 특별히 이러한 과다청구의 위험을 배제하고 대신에 당사자들의 이해관계를 합리적인 선에서 조정한 것이다. 同旨 우리 민법 제494조(履行地를 달리하는 債務의 相計); 이탈리아민법 제1245조. Cf. 民法注解 [XI]: 債權 (4) (박영사, 1995), 400-403 (尹容燮).

177) 군영재산과 민간재산은 — 피상속인이 동일인이라는 사실로 인하여 어느 일방의 상속승인이 없는 경우 상속을 승인한 쪽의 상속인이 양쪽 재산 모두를 방어하거나 양쪽의 상속채권을 만족시키도록 강제되는 등(D.29.1.17.1) 일정한 견련성이 인정되지 않은 것은 아니지만 — 기본적으로 별개로 취급되었다.

計하고자 하는 때에는 聽許되지 않을 것이다.¹⁷⁸⁾

D.16.2.16.1

Cum intra diem ad iudicati exsecutionem datum iudicatus Titio¹⁷⁹⁾ agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.

판결채무의 이행을 위하여 주어진 기한¹⁸⁰⁾ 내에, 티티우스에게 패소한 甲이 얼마 전 甲에게 패소했던 바로 같은 티티우스를 상대로 소구하는 경우¹⁸¹⁾ 相計가 허용될 것이다. 왜냐하면 채무의 기한이 도래하지 않은 것¹⁸²⁾과 (이곳에서처럼) 人道性¹⁸³⁾의 施惠 차원에서 변제의 기간이 許與되는 것은 별개의 것이기 때문이다.¹⁸⁴⁾

D.10.2.25.1 Paul. 23 ad ed.:

Si miles alium castrensium, alium ceterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae iudicio: divisum est enim per constitutiones (Cf. C.6.21.11 [a.212]; C.6.21.2 [a.213]) inter eos patrimonium, quemadmodum cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

그밖에 균영재산과 민간재산에 대하여 상속인을 달리 정한 사례에 관해서는 Cf. D.29.1.36.1; D.38.2.41.1.

178) 다른 사람간의 상계 금지(C.h.t.9)의 다른 예: D.h.t.18.1.

179) Pothier, 448 n.(g): condemnatus erga Titium.

180) 30일(XII.Tab.3.1; Gell. N.A. 15.3). 유스티니아누스법에서는 4개월이었다(C.7.54.3 [a.531]). Pothier, 448 n.(f).

181) 즉 actio iudicati(判決債務履行請求訴訟)를 제기하는 경우. Okko Behrends, *Der Zwölf Tafelprozess. Zur geschichte des römischen Obligationenrechts* (1974), 196 n.436.

182) 이 경우에는 plus petitio tempore (Gai.4.53b: Tempore, veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit)에 해당할 것이다. Cf. D.h.t.7.pr.

183) Cf. Giuliano Crifo, "A proposito di *humanitas*," *Ars Boni et Aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag* (1993), 79-91. 79 n.7; 88 n.90.

184) Cf. D.42.1.7.Gaius libro ad edictum praetoris urbani titulo de re iudicata.

Intra dies constitutos, quamvis iudicati agi non possit, multis tamen modis iudicatum liberari posse hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est.

이 개소는 이탈리아민법 제1244조("La dilazione concessa gratuitamente dal creditore non è di ostacolo alla compensazione")의 선구가 되었다.

D.16.2.17 Papinianus libro primo responsorum.¹⁸⁵⁾

Ideo condemnatus, quod artiozem annonam¹⁸⁶⁾ aedilitatis tempore praebuit, frumentariae pecuniae debitor non videbitur, et ideo compensationem habebit.

按察官 재임시에 식량을 아주 빠듯하게 공급한 것¹⁸⁷⁾ 때문에 유책판결을 받은 자는 식량자금의 채무자¹⁸⁸⁾로 간주되지 않을 것이고, 그래서 相計權을 가질 것이다.¹⁸⁹⁾

D.16.2.18.pr Papinianus libro tertio responsorum.¹⁹⁰⁾

In rem suam procurator datus post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur.

自益代訟人으로 선임된 자¹⁹¹⁾는 쟁점결정 후 반대로 자신이 제소되는 경우

185) 이 개소는 Ad municipalem (EP. I)을 다루고 있는 부분에 속한다. Lenel, *Pal. I*, Papinianus fr.398 (p.884).

186) Cf. Livius 26.20.8: sed adsidendo diutius artiozem annonam sociis quam hosti faciebat.

187) 시민에게 공급하는 빵의 중량을 속인 것(B.24.10.17 Schol.1 [Heimbach III, p.46]; Pothier, 448 n.(b): quod aliquid subduxit ex quantitate annonae quae viritim populo praebenda erat). Cf. *CIL* IV, 429: panem bonum fert; 시민들에게 최상급의 빵과 밀가루를 풍부하게 공급하려 했던 파로스(Paros)의 시장감독관(Agoranomos)에 보내는 청송인 *C. I. Gr.* 2374e: ὄπως ὁ δῆμος [ἐν] εὐετηρία καὶ δαψιλείᾳ ὑπάρχη [χρ]ῶμενος ἄρτοις καὶ ἀλφίτοις ὡς ἀξι[ωτ]άτοις καὶ βελτίστοις (Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, II 1 [2. Nachdruck der 3. Auflage 1969], 503 n.2에서 재인용). 糧政 전반에 관해서는 Cf. Boudewijn Sirks, *Food for Rome. The Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople* (1991).

188) 도시로부터 식량구입자금을 위탁받은 자. Pothier, 448 n.(c): Hunc dumtaxat frumentariae pecuniae debitorem dicimus, qui pecuniam civitatis ad frumentum coëmendum sibi commissam retinet.

189) Cf. 위 II 3 가 ㉔ b) ㉔).

190) 이 개소는 정통으로 상계를 다루고 있는 서술부분(De compensationibus [EP. § 100])의 일부이다. Lenel, *Pal. I*, Papinianus fr.454 (p.892).

191) 채권양도나 채무인수로(D.3.3.46.pr; D.3.3.27.pr) 형식적인 소송본인(dominus litis)을 대신하여 代訟人이 된 실질적인 소송당사자(D.2.14.13.1 Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur; D.3.3.55 Procuratore in rem suam dato praefereendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit). 상세는 Elena Quintana Orive/José Maria Blanch Nougues, “Nuevas consideraciones en torno al

相計의 衡平手段¹⁹²⁾을 이용할 수 있다.¹⁹³⁾

D.16.2.18.1

Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.

채권자(甲)는 그가 자신의 채무자(乙) 아닌 타인(丙)에게 부담하는 채무와 상계하도록 강제되지 않는다. 비록 그의 채권자(丙)가 자기 자신의 채무로 인하여 제소되는 그자(乙)를 위하여 상계하고자 원할지라도.¹⁹⁴⁾

D.16.2.19 Papinianus libro undecimo responsorum.¹⁹⁵⁾

Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod servus publicus habebit.

채무자가 公金을 公奴隸에게, 채무가 정당하게 변제될 수 있는 자들의 의사 없이,¹⁹⁶⁾ 변제하였다. 以前の 채무가 존속할 것이지만,¹⁹⁷⁾ 그러나 [재차의 청구

cognitor y al procurator in rem suam,” *RIDA* 45 (1998), 321-353.

Lenel, *Pal. I*, Papinianus fr.454 n.1 (p.892)은 procurator의 경우 他益代訟人도 상계할 수 있다는 이유로 이를 cognitor(代訟人)가 수정된 것으로 본다. 그러나 이 개소의 논의의 초점을 그렇게 보아야 할 필연적인 이유가 없다.

192) D.26.7.36 Pap. 3 quaest.: aequitas, quae merum ius compensationis inducit.

I.4.6.39: namque ex bono et aequo.

193) Pothier, 448 n.(i): Compensabit ei pecuniae quae ab ipso petitur, illam quam procuratorio nomine petit. Nec dicas esse alteri debitam, scilicet ei cujus procurator est. Imo enim, cum sit in rem suam procurator, vere ipsi debita videri debet; maxime post litem contestatam. Sed & ante litem contestatam, ipsi debita videtur; cum eo nomine actionem utilem habeat: l. [51]<55>. ff. *de Procurat.* (= D.3.3.55).

194) 이러한 경우에 가능한 방법은 상계특약이었다. 예: D.2.14.51.1 pactus; C.4.44.11.2 cautum. Cf. Astuti, 12; Kaser I, 646 n.16; 위 주 5. 다른 사람간의 상계 금지(C.h.t.9)의 다른 예: D.h.t.16.pr.

195) 이 개소는 변제와 채무면제(De solutionibus et liberationibus)를 다루고 있는 부분에 속한다. Lenel, *Pal. I*, Papinianus fr.672 (p.934).

196) contra voluntatem(의사에 반하여)과 비교해 볼 때 이 표현은 전혀 권한이 없는 無權상태가 아니라, 권한 범위를 넘은 越權상태였음을 지시한다. Josef Menner, “Saturninus servus publicus, Ein wenig beachtetes Reskript der divi fratres,” *Collatio IVRIS ROMANI. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I

에 대하여] 그에게 公奴隸가 가질 특유재산액¹⁹⁸⁾ 한도까지 相計가 부여될¹⁹⁹⁾ 것이다.²⁰⁰⁾

(1995), 317-330, 323.

197) 권한 없는 자에 대한 변제로서 무효이므로 채무가 계속 존속한다.

C.8.42.12 Diocl./ Maxim. (a.293)

Invito vel ignorante creditore qui solvit alii, non se liberat obligatione. quod si hoc vel mandante vel ratum habente eo fecerit, non minus liberationem consequitur, quam si eidem creditori solvisset.

198) D.50.16.17 Ulpianus 10 ad edictum.

Inter “publica” habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona. sed peculia servorum civitatum procul dubio publica habentur.

199) 채무자는 公奴隸에게 부당하게 변제한 것을 특유재산의 법리 일반에 따라서 공공단체로부터 반환청구할 수 있고, 따라서 이 채권과 자신이 여전히 부담하는 채무를 상계할 수가 있는 것이다. Pothier, 449 n.(c): Nam intra hunc peculii finem tenetur mihi Respublica Conductione indebiti. 이것은 현실적으로는 공공단체가 公奴隸로부터 특유재산을 沒收하고 그 한도에서 채무자가 면책되는 것을 의미한다(Cf. 아래 주 193).

200) 同旨 R. Heberdey, *Forschungen in Ephesos*, II [Österr. Akademie d. Wissenschaften], Wien 1912, (in der Folge FiE II), 119ff., Nr.23 = *Inschriften griechischer Städte aus Kleinasien* (in der Folge IK), Band II 1: Teil I a (1979), Nr. 25. 이하는 Menner (위 주 196), 318에서 재인용하되 편의상 그곳에 인용된 D. Knibbe, *Kunsthist. Museum Wien, Katalog der Antikensammlung*, II, 1978: Funde aus Ephesos und Samothrake, 118ff.에 의한 독일어 번역으로 제시한다. 마르쿠스 아우렐리우스와 루키우스 베루스 황제가私信의 형식으로 내린 이 批答(162년 또는 163년)은 원로원속주 아시아의 수도였던 에페소스 自治市の 프로콘술 휘하 市評議會(Synedrion, Gerusie)의 회계관(Λογιστής)인 Eurykles가 자신의 보조자인 公奴隸(δημόσιος) Saturninus가 市の 公的 債務金を 부당하게 추심·수령한 사안에 관하여 황제에게 법적 처리를 문의한 데 대하여 — 우리의 관심사인 상계에 관한 한 批答의 후반부에서 — 그가 수령한 금액을 횡령한 경우에는 그의 특유재산을 몰수하여 충당하되, 특유재산액이 모자라면 프로콘술의 결정으로 채무자들에게 재차 청구하되 市評議會에 이득이 있으면 상계를 허용하라는 諭示의 勅答이다. 이 銘文의 해석에 관한 상세는 Menner의 글 참조:

Heberdey, Nr.23 c (Z. 28-40):

Was den Staatssklaven Saturninus angeht ..., der, wie du [= Eurykles] sagst, von den Schuldnern des Synedrions viel eingetrieben hat, obwohl er dazu nicht befugt war, so is dazu folgendes zu sagen:

Wenn er etwas von dem abgeliefert hat, was er eingetrieben hat, und die einzige Besonderheit darin liegt, wovor zum Beispiel auch unser Verwalter bei den (eigenen) Abrechnungen unseres Hauses gewarnt hat, daß die Einzahler ihre Zahlungen nicht an den dafür Zuständigen geleistet haben, ohne daß jemand durch den Wechsel in der Person des Empfängers geschädigt wurde, dann hat dies keine Strafe zur Folge. Wenn aber sowohl jene die Zahlungen an einen nicht dafür Zuständigen geleistet haben, als auch der Empfänger die eingezahlten Summen unterschlagen hat, dann selbst du, sofern

D.16.2.20 Papinianus libro tertio decimo responsorum.²⁰¹⁾

Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum pecuniam iure compensationis retinere non placuit, quoniam ea non compensantur.

出征時 軍糧²⁰²⁾의 사무로 인하여 위임받은 관리인²⁰³⁾이 유책판결을 받은 때에 그 軍資를 相計法에 따라 보유할 수 없다는 것이 통설인바, 왜냐하면 그 금전은 相計되지 않기 때문이다.²⁰⁴⁾

D.16.2.21 Paulus libro primo quaestionum.

Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

모든 사람들 사이에서²⁰⁵⁾ 상호간 채무가 법률상 당연히 相計된다는 것이 통

sich herausstellt, daß jener Saturninus Vermögen besitzt oder hinterlassen hat, das heißt, das sogenannte *peculium*, dieses ganz einziehen. Wenn aber auch dann über seine Zahlungsfähigkeit hinaus der Gerusie noch etwas von dem Geld fehlt, das er eingefordert und zurückbehalten hat, soll der hochmächtige Prokonsul aufgrund deiner Informationen entscheiden, an welche von denen, die schon an jenen Saturninus geleistet haben, du dich erneut wenden sollst, wobei er die inzwischen verstrichene Zeit berücksichtigen soll und die Art

Cf. 이보다 앞선 트라야누스 황제(재위 98년-117년)의 한 告示:

Fragmenta de iure fisci § 6 [FIRA II, S.628]:

Edicto divi Traiani cavetur, ne qui provincialium cum servis fiscalibus contrahant nisi absignante procuratore: quod factum dupli damno vel reliquorum exsolutione pensatur....

201) 이 개소는 財政法(De iure fisci)에 관한 부분의 일부이다. Lenel, *Pal.* I, Papinianus fr.705 (p.939). Cf. D.49.14.46.5; 위 II 3 가 ㉔ b) (㉔).

202) = annona militaris, commeatus

203) = curator annonae, frumentarius, σιτώνης (D.50.4.18.5); σιτωνικός χρεώστης (B.24.10.20 Schol.1 [Heimbach III, p.47]).

204) Cf. D.50.8.2.4 Ulp. 3 opiniom

Ad frumenti comparationem pecuniam datam restitui civitati, non compensari in erogata debet. sin autem frumentaria pecunia in alios usus, quam quibus destinata est, conversa fuerit, veluti in opus balneorum publicorum, licet ex bona fide datum probatur, compensari quidem frumentariae pecuniae non oportet, solvi autem a curatore rei publicae iubetur.

205) 嫁資 반환과 관련하여 夫婦 사이에 관해서는 Cf. 위 II 2 가 ㉑ e).

설인 후로,²⁰⁶ 不在者의 재산관리인이 제소되는 경우 그는 (사무본인인 부재자에 의한) 追認²⁰⁷에 관하여 담보제공할 의무가 없을 것이다.²⁰⁸ 왜냐하면 그는 아무 것도 相計하지 않고, 처음부터 그에게서 적게 청구되기 때문이다.²⁰⁹

D.16.2.22 Scaevola libro secundo quaestionum.²¹⁰

Si debeas decem aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio huius debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.

네가 상대방이 원하는 바대로 선택적으로 10금 또는 노예를 급부할 채무를 부담하는 경우에는 상대방이 둘 중 어떤 것을 원했는지를 분명히 밝힌 때에야²¹¹ 이 채무와의 相計가 허용된다.²¹²

206) Cf. II 3 가. 이 부분은 — 진정한 것으로 보는 Kretschmar를 제외하고 — 모든 학자가 유스티니아누스법을 반영하기 위하여 수정된 것임을 인정한다(단 異說로는 [inter omnes]<in bonae fidei iudiciis>로 생각하는 Leonhard가 있다). Lenel, *Pal.* I, Paulus fr.1273 n.6 (p.1181); Thielmann, 165 n.184 m.Lit.

207) 相計行爲에 관한 추인(Gai.4.98).

208) 수정됨. Cf. Kunkel/Selb, 533. Donellus II, 344 n.10은 이 부분이 D.12.6.6과 同旨인 것으로 세기면서 家子(D.h.t.9.1)와 다른 것은 家子는 家父의 procurator가 아니므로 追認이 요구된다는 점이라고 설명하고 있다. 그러나 D.12.6.6은 변제를 한 대리인(위탁사무관리인)에 관한 것으로서 委任이 있었던 것으로 이해되어서 追認이 문제가 되지 않는다고 해석된 사례이므로 不在者의 재산관리인과는 사정이 다르다.

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, ut ratum habeat.

209) Gai.4.64. 이로 미루어 볼 때 이 개소에서 문제가 된 提訴者는 은행업자이다. 同旨 Lenel, *Pal.* I, Paulus fr.1273 n.6 (p.1181). 이 점에서 아예 [absentis]<ab argentario>를 인정하는 견해들도 있으나 확실한 것은 아니다. Thielmann, 164 n.179.

210) 이 개소는 정통으로 상계(De compensationibus [EP. § 100])를 다룬 서술부의 일부이다. Lenel, *Pal.* II, Scaevola fr.140 (p.273).

211) Cf. D.45.1.75.8 Ulp. 22 ad ed.:

Qui illud aut illud stipulatur, veluti “decem vel hominem Stichum,” utrum certum an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur: nam et res certae designantur et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis “utrum ego velim,” potest videri certum stipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum vel decem tantum intendere sibi dari oportere: qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.

D.45.1.112 Pomponius 15 ad Quintum Mucium.

D.16.2.23 Paulus libro nono responsorum.

Id quod pupillorum nomine debetur si tutor petat, non posse compensationem obici eius pecuniae, quam ipse tutor suo nomine adversario debet.

피후견인들의 채권을 후견인이 청구하는 경우에는 후견인 자신이 상대방에게 부담하는 금전채무와의 相計가 대항될 수 없다.²¹³⁾

D.16.2.24 Paulus libro tertio decretorum.

Iussit imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi, [quod]<a quo> ipse convenitur.

황제는 國庫에 의하여 제소 당하는 자²¹⁴⁾가 그 국고가 자신에게 채무가 있음을 입증하는 경우 聽許된다²¹⁵⁾고 命하였다.²¹⁶⁾

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione. an autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit, “quem voluero” an “quem volam”: nam si talis fuerit “quem voluero,” cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo illius et sit talis “quem volam,” donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit.

212) 물론 10금을 선택한 경우에 한하여 상계된다. Pothier, 448 n.(h): Si eligat hominem, non poteris compensare; cum sit dispar species.

213) Cf. 위 II 3 가 ①.

214) 이 개소의 원래 위치는 확실하지 않다. Lenel은 國庫에 擔保잡힌 土地의 競落人(praediator)일 가능성을 우선적으로 제기한다. Lenel, *Pal.* I, Paulus fr.77 n.1 (p.965).

215) D.49.14.46.4 Hermogenianus 6 iuris epitomarum.

Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet.

216) 황제의 결정 자체의 선언을 지시하는 동사 표현인 iubere와 기타 동사(dicere, statuere, pronuntiare, placere)의 용례에 관해서는 Jean-Pierre Coriat, *Le Prince Législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat* (1997), 95-96.

참고문헌

- 玄勝鍾 著·曹圭昌 增補, 로마法(1996), 911-916.
- 船田亨二, 口一マ法 第三卷 (改版 第一刷 昭和 四十五年), 597-608.
- Guido Astuti, “Compensazione - a) Premessa storica,” *Enciclopedia del Diritto* 8 (1961), 1-17.
- Paul Frédéric Girard/Felix Senn, *Manuel élémentaire de droit romain* (8e 'ed. 1929), 748-755.
- Herbert Hausmaninger/Walter Selb, *Römisches Privatrecht* (5. Auflage 1989), 387-389.
- Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I (2. Auflage 1971), 644-645 (= Kaser I).
- Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, II (2. Auflage 1975), 447-448 (= Kaser II).
- Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Auflage 1996).
- Wolfgang Kunkel/Heinrich Honsell, *Römisches Recht* (4. Auflage 1987), 272-276.
- Ernst Levy, *Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht* (1956), 145-149.
- Detlef Liebs, *Römisches Recht* (1975), 256-258.
- Giuseppe Provera, *Lezioni sul Processo civile Giustiniano*, I-II (1989), esp. 127-150.
- Fritz Raber, “Compensatio,” *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, I(1979), 1264-1265.
- Günter Schnebelt, *Reskripte der Soldatenkaiser. Ein Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte des dritten nachchristlichen Jahrhunderts* (1974), 159-163.
- Georg Thielmann, *Die römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht* (1961), bes. 146-186.
- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations* (1992), 761-765.
- [19세기 이전 문헌]
- Hugo Donellus, *Opera omnia, IV: Commentarii De Jure Civili* (Florentiae 1842),

lib.XVI cap.XV, pp.871-906 (= Donellus I).

Hugo Donellus, *Opera omnia*, VIII: *Commentarii in Codicem Justiniani*, II (Florentiae, 1846), ad C.4.31, pp.309-358 (= Donellus II).

Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Commentar*, Fünfzehnten Theils erste Abtheilung (1813), ad D.16.2, pp.59-114.

Gerard Noodt, *Opera omnia*, II: *Commentarius ad Digesta seu Pandectas* (Coloniae Agrippinae 1732), ad D.16.2, pp.282-288.

Robert Joseph Pothier, *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae: cum legibus Codicis, et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, I (nova editio, Lugduni, 1782), ad D.16.2, pp.446-449.

Arnold Vinnius, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus et Forensis* (Norimbergae, editio postrema, 1726), ad I.4.6.30, pp.357-359; ad I.4.6.39, p.372.

Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, I (Coloniae Allobrogum 1757), ad D.16.2, pp.581-589.

Hendrik Zoes, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis Libros L* (Lovanii 1645), ad D.16.2, pp.299-304.

<Résumé>

Set-off in Roman Law

— with the Translation of and Commentaries on
the D.16.2 *De compensationibus* —

Byoung-Jo Choe*

Compensatio, the Roman term for set-off, is nowadays widely recognized, because it is considered fair for the parties concerned to offset their mutual debts if certain requirements are satisfied. The Korean Civil Code also has its provisions pertaining to set-off (§§ 492-499), which no doubt date back to Roman law. The purpose of this article is to trace the footsteps of, and to shed new light on the Roman law doctrine of *compensatio* to contribute to the proper understanding of the present Korean legal regime of set-off.

To this end, Part I deals with the historical development of the Roman set-off as described especially by Gaius, the author of the famous *Institutes*. This is followed by an introduction of its general doctrinal structure as has been transmitted to the succeeding generations of lawyers by Roman Emperor Justinian through his great codifications (*Corpus iuris civilis*). Part II presents the Korean translation of, and short commentaries on the second title of the sixteenth book of the Digest (*D.16.2*), *i.e.* that part of the *Corpus iuris civilis* containing the main sources of the Roman set-off. Thus, the relevant sources from the *Codex* are, as a rule, referred to in the footnotes only.

This article is the first attempt in Korea to study the Roman set-off. For this reason, I have tried mainly to present it properly, introducing as many sources as possible. One point that should be stressed here is that notwithstanding its wording *ipso jure* (C.4.31.14.pr), Justinian's *compensatio* was not a regime operating 'automatically' without a declaration of the will of a party. In fact, the party intending to demand a counter-claim was required

* Professor of law, College of Law, Seoul National University

by law to declare his intention to the other party. And even this declaration of set-off becoming operative normally by way of a defence (*ope exceptionis*) was not constitutive as the German Pandectists of the 19th century argued. Set-off in Roman law was only declarative in its legal effect as the old doctrinal tradition of the *ius commune* had correctly recognized.