

삼각관계상의 부당이득 반환청구  
—로마법상의 支給指示 사례연구: D.46.3.66에 대한 釋義—

崔 秉 祚\*

I. 머리말

이 글은 로마법의 사례를 하나 골라서 그것을 이해하는 과정에서 문제되는 로마법의 법리들을 원사료를 중심으로 정리하려는 목적으로 쓰여진 것이다. 선택된 주제는 피후견인의 지급지시이다. 인용된 법률사료를 가급적 모두 번역하여 소개할 뿐만 아니라 관련 법률사료를 거의 망라적으로 다루고자 하는 욕심으로 인해서 지면이 워낙 많이 필요해졌으므로 어느 때 같으면 독자의 편의를 위하여 전재했을 원문과 각 개소의 이해에 도움이 될 이차문헌을 과감히 생략하였다. 또 각 개소에 대한 나름으로의 해석도 거의 붙이지 못하였다. 앞으로 기회를 봐서 이 곳에서 소개된 사료들에 대한 좀더 깊이 있는 논의를 펼칠 생각이다. 번역은 평소의 소신에 따라서 원문을 직역에 가깝게 재현하려고 하였다. 때로는 이로 인하여 번역문이 생경하고 번잡하여 이해하기 어려운 점이 있을 것이다. 독자 제현의 양해를 구한다.

II. 釋義對象事例

D.46.3.66 Pomponius libro sexto ex Plautio.

Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus: sed exceptione se tueri potest. si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius iussu contraxit: sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.

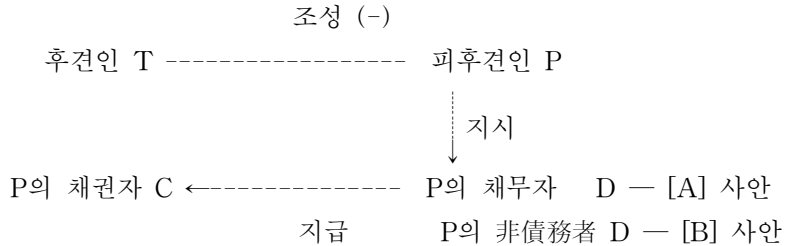
([A] 피후견인의 채무자가 [Aa] 후견인의 助成 없이 [Ab] 指示하는 그를 좇아서

---

\* 서울대학교 法科大學 教授

[B] 그의 채권자에게 금원을 지급한 경우에는 [Ba] 그는 피후견인을 채권자로부터 채무면제시키지만, 그 자신은 구속된 상태로 남는다. [Bb] 그러나 그는 항변으로써 자신을 보호할 수 있다. [C] 그런데 그가 피후견인의 채무자가 아니었던 경우에 [Ca] 그는 피후견인으로부터 부당이득반환청구할 수 없는데, 피후견인은 후견인의 조성이 없이는 구속되지 않기 때문이며, [Cb] 또한 채권자로부터도 그럴 수 없는데, 그와는 타인의 지시로 관계를 맺었기 때문이다. [Cc] 그러나 피후견인은 그가 이득하고 있는 상당액을, 채무가 면제된 것인 만큼, 準訴權으로써 책임질 것이다.)

[사실관계 도해]



### III. 釋義

이제 대상 개소의 해석을 시도함에 있어서 번역문을 제시하면서 편의상 구분했던 단락별로 차례로 관련 내용을 살펴보기로 한다.

#### 1. [Aa] 피후견인의 법적 지위

대상 개소를 이해하기 위해서는 우선 피후견인의 법적 지위와 후견인의 조성이 어떤 것이었는지 살펴볼 필요가 있다.

##### (1) 後見 제도 일반

후견(tutela: Inst. Iust. 1.13-22, 24-25; D.26.1; D.27.3-4; D.26.5; C.5.28; C.5.33; C.5.42)은 피후견인의 복지가 원래 목적이 아니었고, 宗族(agnati)의 피후견인 재산에 대한 이익 보호를 위한 것이었다. 그러나 공화정 中期 이래로 어린아이의 복지를 위한 후견이 등장하였다.<sup>1)</sup> 로마인들의 후견에 대한 관심은 지대하였다. 필자의

1) D.26.1.1 Paul. 38 ad ed.: (후견이란, 세르비우스가 정의하듯이, 나이 때문에 스스로 자신을 방어할 수 없는 자를 보호하기 위하여 시민법에 의하여 부여되고 허용된 자유인에 대한 권능과 권한이다.)

어림으로는 現傳하는 중요한 법사료의 4~6%가 후견문제에 관련된 것이다. 친권자가 없는 自權者(sui iuris)가 피후견인이 되었다. 다음의 두 종류가 있었다.

① 未成熟者 후견(tutela impuberum): 그 중에서 남자는 성숙기를 지나면 후견을 벗어났다. 스스로 아들을 얻을 수 있으므로, 재산상속에 있어서 친척들을(agnati) 배제할 수 있었기 때문이었다.

② 婦人 후견(tutela mulierum): 여자의 경우에는 終身이 원칙이었으나, 공화정 中期 이후 사라지게 되었다. 후견을 받아야 하는 대상행위는 握取物(res Mancipi)의 양도, 유언, 채무부담계약 등과 같이 일반적으로 중대한 이해관계가 걸린 행위들이었다. 아우구스투스 황제는 3 자녀 이상을 둔 自由人 婦人과 4 자녀 이상을 둔 被解放女에게 多子の 특권(ius liberorum)을 부여하여 후견에서 면제시켰다.

후견인의 역할은 대단히 미묘한 것이다. 잘 하는 것은 드러나지 않지만 조금만 잘못해도 피후견인의 불만이 토로되기 십상이기 때문이다. 로마의 경우에도 사정은 마찬가지였다. 특히 未成熟者(pupillus) 후견은 과중한 책임으로 인하여 상당한 부담으로 생각되었다. 로마의 후기에는 후견인 직무를 명하는 것이 처벌에 해당할 정도였다. 그러므로 후견인(tutor)들은 不提訴特約(pactum de non petendo)을 얻으면 안도의 한숨을 쉬었다. 후견인 임무를 거절할 수 있는 면제사유가 확장되어 갔다.

후견인은 선임의 기초에 따라서 다음과 같이 분류되었다.

- 유언선임(私選) 후견인(tutor testamentaria)
- 法定의 후견인(tutor legitimus): 유언선임 후견인이 없는 경우에 차순위의 법정 상속인이 후견인이 되었다.
- 官選 후견인(tutor dativus): 法定의 후견인도 없을 경우에는 법무관이 선임하였다. 마르쿠스 아우렐리우스 이래로는 후견전담법무관(praetor tutelaris)이 설치되었다.

선임되면 원칙적으로 全財産에 대해 선임된 것으로 간주되었다. 선임된 자는 適格이 보장된 유언선임후견인, 관선후견인 및 보좌인을 제외하고 담보를 제공해야 하였다. 다수일 때는 담보제공자는 사무집행에 있어서 우선적으로 고려되었다. 담보 제공은 압류를 통해 강제하였다. 그릇된 후견·보좌의 면제사유를 주장하여 면제를 얻은 경우에는 면제는 무효였다. 후견인과 피후견인의 이익상반행위 시에는 특별대리인(praetorius tutor; 유스티니아누스법에서는 curator)을 선임하였다.

D.26.7.9.1 Ulp. 36 ad ed.: (家父가 그가 信命保證을 선 자[=주채무자]를 자기 아들의 후견인으로 지정한 경우에는 금전채무이행기일이 경과하는 경우 채권자에게 채무를 변제하는 것은 후견인의 직무에 부합한다. 그러므로 후견이 그치고 피후견인이 자력관리능력자가 된 후 보증의 원인으로 변제하는 경우에는 그는 비단 위임의 소권으로써만이 아니라 또한 후견의 소로써도 소구할 수 있을 것이다. 왜냐하면 왜 그가 자신을 위하여 변제하지 않았는가는 그에게 귀책되기 때문이다....)

## (2) 후견인의 助成과 피후견인의 법적 지위

## (가) 원칙

후견인은 피후견인의 재산에 관하여 마치 소유자와 같은 지위에 있었다.<sup>2)</sup> 그러나 후견에도 불구하고 피후견인은 여전히 自權者였고, 自權者로서 스스로 재산의 주체가 될 수 있었다. 古時에는 후견인이 자신의 권력에 기하여 간접대리의 방식으로 스스로 재산을 관리하였지만, 이미 초기에도 피후견인이 스스로 법률행위를 할 수 있는 때에는 이를 허용했던 것으로 보이며, 이 경우 후견인은 그 법률행위를 助成(auctoritas)하는 데 그쳤다. 후견인의 助成은 법률행위가 피후견인에게 오로지 재산상의 증가를 가져오는 것이 아닌 경우에는 항상 요구되었다. 후에는 무방식의 승인으로 퇴색하였지만,<sup>3)</sup> 원래는 방식행위였다. 거래상대방의 요청이 있으면 후견인은 해당 법률행위를 “助成”한다(auctor fio)는 선언을 하였다. 이 의사표시는 법률행위의 직접적이고 불가결한 구성요소였고, 법률행위 자체를 하는 때에 臨在하여 즉시 의사표시가 행해지지 않으면 안되었다. 원칙적으로 추후의, 또는 서면에 의한 조성은 무효였다.

D.26.8.9.5 Gai. 12 ad ed. prov.: (후견인은 즉시 법률행위 자체에 임하여 助成人이 되지 않으면 안 된다. 시간이 지난 후 또는 書信으로써 개제된 그의 助成은 무효이다.)

단 서신에 의한 노예해방의 경우에 대하여는 법률가들 사이에 학설대립이 있었다(Fragmentum Dositheanum. § 15). 사비누스 학파의 원리주의적 법학을 대변한 Julianus는 노예해방의 시점, 즉 피해방자에 의한 해방의사 인식의 시점에 조성을 요한다고 본 반면에, 프로쿨루스 학파의 특징인 개념적 명료성을 추구한 Neratius는 가시적인 징표인 편지 작성시의 조성으로 족하다고 새겼다. 척범은 후자를 지지하였다.<sup>4)</sup>

2) D.26.7.27 Paul. 7 ad Plautium: (후견직을 수행하는 후견인은 피후견인의 보호에 관한 소유자에 갈음하는 것으로 간주되어야만 한다.)

3) D.26.8.3 Paul. 8 ad Sabinum: (비록 요구받지 않고서 후견인이 助成人이 되더라도 그의 助成은 유효하다. 그가 행해지는 바를 승인한다고 말하는 것이기 때문이다. 왜냐하면 이것이 助成人이 된다는 것의 의미이기 때문이다.)

4) Fr. Dosithe. §15: Mulier sine tutoris auctoritate inter amicos manumittere non potest, nisi ius liberorum habeat: tunc enim et vindicta sine tutore potest manumittere. Unde si mulier absens liberum esse iusserit, quae ius liberorum non habeat, quaesitum est, an competat libertas tutore eius auctoritatem accommodante eo tempore, quo epistula scribitur servo a domina. Iulianus negat: existimat enim eo tempore debere auctoritatem praestari, quo peragitur manumissio, tunc autem peragi intellegi, cum servus cognoverit dominae voluntatem. Sed Neratius Priscus probat libertatem servo competere: sufficere enim, quando epistula scribitur, adhiberi auctoritatem tutoris: cuius sententia et constitutione principali confirmata est.

그리하여 후견인의 조성 없이 피후견인으로부터 매수한 자는 선의로 매수한 것으로 인정되지 않았다.

**D.18.1.27 Paul. 8 ad Sab.:** (어떤 자로부터 그의 것이라고 생각한 물건을 매수하는 자는 선의로 매수하는 것이다. 그러나 후견인의 조성 없이 또는 후견인이 아님을 그가 알고 있는 無權後見人의 조성 하에 피후견인으로부터 매수하는 자는, 또한 사비누스가 기술하였듯이, 선의로 매수하는 것으로 생각되지 않는다.)

그 결과 고전법에서 사용취득(usucapio)이 배제되었다면, 후기법에서는 長期時效가 인정되지 않았다.<sup>5)</sup>

물론 매도인이 成熟者인 것으로 믿은 경우에는 사정이 달랐다. 반면에 미성숙자인 줄 알았으나 그가 후견인의 조성 없이 재산관리가 허용된 것으로 생각한 경우에는 법률의 착오에 해당하여 사용취득이 배제되었다.<sup>6)</sup>

그러나 피후견인이 추후에 후견인의 조성을 받아서 별도의 법률행위를 한 경우에는 조성 없이 한 행위를 다시 반복하거나 강화하는 내용이더라도 별개의 법률행위이므로 유효하였다.

**D.39.5.19.4 Ulp. 76 ad ed.:** (어떤 자가 노예에게 貸金하고, 그런 다음 그 노예가 자유인이 된 후 그것을 채무인수하는 경우에는 증여가 아니라 채무변제일 것이다. 후견인의 조성 없이 채무부담하는 피후견인의 경우에도 그가 후에 후견인의 조성 하에 諾約하는 때에는 같은 이야기를 해야만 한다.)

피후견인의 거래상 보호<sup>7)</sup>라는 제도의 취지에 좇아서 助成의 대상이 되는 행위와 관련해서는 다음과 같은 법리가 적용되었다.

- ① 피후견인에게 이익이 되는 행위에는 조성이 不要하였다. 가령  
- 증여의 수령

**I.2.8.2:** (… 그러나 반대로 모든 물건이 피후견남과 피후견녀에게 후견인의 조성 없이 유효하게 공여될 수 있다…)

5) C.7.26.9 Diocl./ Maxim. [a.294]: Eum, qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis spatium [C. 5. 59. 3: longi temporis spatium non] defendit....

6) D.41.4.2.15 Paul. 54 ad ed.: Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

7) I.1.21.pr : (… 왜냐하면 그들에게는 자신들의 처지를 개선하는 것은 후견인의 조성 없이도 허용되지만, 악화시키는 것은 후견인의 조성 하에서가 아니면 허용되지 않는다는 것이 통설이기 때문이다…)

## - 채무면제의 수령

D.46.4.2 Ulp. 24 ad Sab.: (피후견인은 변제수령문답계약으로써 후견인의 조성 없이도 채무면제될 수 있다는 것이 정설이다.)

## - 권리의 취득 등

D.26.8.9.pr. Gai. 12 ad ed. prov.: (… 그러나 [피후견인은] 문답계약의 要約을 함으로써, 또 引渡를 통하여 수령함으로써 후견인의 조성 없이도 취득할 수 있다.…)

## ② 재산의 감소나 부담을 초래하는 행위의 경우에는 후견인의 助成이 필요하였다.

D.44.7.43 Paul. 72 ad ed.: (… 피후견인은 후견인의 조성 없이는 시민법상 구속되지 않는다.…)

D.26.8.9.pr. Gai. 12 ad ed. provinc.: (피후견인은 후견인의 조성 없이는 모든 계약에 의하여 구속될 수 없다.…)

G.1.179: (참으로 舊主人의 아들은 비록 미성숙자일지라도 피해방여자노예의 후견인으로 삼을 수 있으나, 어떤 경우에도 助成人이 될 수는 없다. 왜냐하면 그 자신에게 후견인의 조성 없이는 어떤 행위도 하는 것이 허용되지 않기 때문이다.)

사료에 나타나는 주요한 사례들을 들어보면 다음과 같다.

## - 물건의 양도

D.26.8.9.pr-1. Gai. 12 ad ed. prov.: (… 왜냐하면 [피후견인은] 후견인의 조성 없이는 아무 것도 양도할 수 없기 때문이다. [1] 그런데 피후견인은 아무 것도 후견인의 조성 없이는 양도할 수 없다는 점으로부터…)

D.46.3.15 Paul. 6 ad Sab.: (… [피후견인은 후견인의 조성 없이는] 변제지시를 할 수도 없는데, 왜냐하면 그는 어떤 물건도 양도할 수 없기 때문이다.…)

I.2.8.2: (이제 우리는 피후견소년도 피후견소녀도 물건을 후견인의 조성 없이는 양도할 수 없다는 것을 상기하지 않으면 안 된다.)

## - 노예해방

D.26.8.9.1 Gai. 12 ad ed. prov.: (피후견인은 아무 것도 후견인의 조성 없이는 양도할 수 없다는 사실로부터 그는 후견인의 조성 없이는 노예해방도 할 수 없다는 것이 명백하다. 더 나아가, 비록 그가 후견인의 조성을 받아서 노예해방을 하더라도 아일리우스 센티우스 법[4 AD]에 의하여 家顧問會에서 그 사유를 입증해야만 한다.)

D.40.5.11 Mod. 1 diff.: (피후견인은 신탁유증의 원인으로 노예에게 자유를 부여하는 것을 후견인의 조성이 없이는 할 수 없다.)

PS.4.13.3: ([어떤 자가] 사망하면서 자신의 노예들에게 이렇게 자유를 부여하였다: “某某와 某某가 자유이기를 나는 원하며, 그들을 나의 아들들에게 후견인으로 부여한다.” 신탁유증된 자유는 저지되는데, 왜냐하면 피후견인들은 후견인의 조성 없이는 노

예해방을 할 수 없고 후견인들을 가진 자들에게는 후견인이 부여될 수 없기 때문이다. 그러나 때때로 피후견인들은 부재자들에 갈음하는 것으로 간주될 것이고, 그래서 최고명망계층[=원로원]의 下命에 기하여 먼저 자유가, 그리고 그런 다음 후견이 인정될 수 있다.)

- 貸金

D.26.8.9.pr. Gai. 12 ad ed. prov.: (… 그러나 [피후견인] 貸金함으로써 자신에게 구속시킬 수 없다. 왜냐하면 후견인의 조성 없이는 아무 것도 양도할 수 없기 때문이다.)

D.12.1.19.1 Iul. 10 dig.: (피후견인이 후견인의 조성 없이 貸金하는 경우에는 … 그 금전이 소비된 때에는 부당이득반환청구권을 가진다.… 다른 이유가 아니라 그의 행위로 인하여 수령한 자에게 귀속한 것으로 생각되기 때문이다.…)

I.2.8.2: (그래서 어떤 자에게 후견인의 조성 없이 금전을 공여하는 경우 채권관계를 설정하지 않는데, 왜냐하면 그 금전을 수령자의 것으로 만들지 않기 때문이다. 그래서 그 鑄貨들을 그것들이 존재하는 곳에서 소유물반환청구할 수 있다. 그러나 貸金으로 공여한 주화들이 수령한 자에 의하여 선의로 소비된 경우에는 부당이득반환청구될 수 있고, 악의로 소비된 경우에는 이들에 관하여 제시소권이 행사될 수 있다.)

- 문답계약의 諾約(채무부담행위)

D.12.1.9.5 Ulp. 26 ad ed.: (내가 후견인이 조성인이 된 상태에서 貸金を 한 피후견인으로부터 후견인의 조성 없이 문답계약의 要約을 받은 경우에도 마찬가지로 일 것이다[즉 부당이득반환청구할 수 있다]. 왜냐하면 그때에도 나에게서는 금전공여로 인하여 부당이득반환청구가 남아있을 것이기 때문이다.)

D.45.2.12.1 Ven. 2 stipul.: (내가 티티우스로부터 그리고 피후견인으로부터 후견인의 조성 없이 동일한 10금을 문답계약으로 要約 받고 … 말하자면 2인의 諾約者를 설정한 경우에 오직 티티우스만 구속한다고 율리아누스는 쓰고 있다.…)

I.3.29.3: (… 가령 내가 티티우스에게 부담했던 채무를 티티우스가 피후견인으로부터 후견인의 조성 없이 문답계약으로 要約 받았다면, 이 경우 낭패이다[즉 채권이 상실된다]. 왜냐하면 先채무자는 [更改로] 채무면제되고 後채권은 무효이기 때문이다.…)

D.45.1.127 Scaev. 5 quaest.: (피후견인이 후견인의 조성 없이 노예 스티쿠스를 약속하고 信命保證人을 제공하였고, 노예가 피후견인이 이행지체한 후에 사망하면 信命保證人도 피후견인의 이행지체로 인하여 구속되지 않을 것이다. 왜냐하면 청구가 인정되지 않는 곳에서는 아무런 이행지체도 일어나지 않는 것으로 생각되기 때문이다.…)

D.12.6.41 Ner. 6 membr.: (피후견인이 후견인의 조성 없이 문답계약의 要約者에게 약속하고 변제하면 반환청구가 인정된다. 왜냐하면 자연채무도 없기 때문이다.)

- 不提訴특약, 지급유예특약

D.2.14.28.pr. Gai. 1 ad ed. prov.: (시민법상의 법리에 반하는 약정·합의는 추인

되지 않는다. 가령 피후견인이 후견인의 조성 없이 자신의 채무자로부터 청구하지 않는다는 것을, 또는 일정한 기간, 가령 5년 내에 청구하지 않을 것을 약정한 경우. 왜냐하면 그에게는 후견인의 조성 없이는 변제될 수도 없기 때문이다. 그러나 반대로 피후견인이 채무가 자신에게서 청구되지 않을 것을 약정한 경우에는 이 약정·합의는 추인된다. 왜냐하면 자신의 상태를 더 좋게 하는 것은 그에게 후견인의 조성 없이도 許與되었기 때문이다.)

- 葬禮委任

D.11.7.14.15 Ulp. 25 ad ed.: (타인의 위임으로 葬禮를 거행한 자는 [상속인을 상대로 하는] 葬禮訴權을 가지지 않는다. 그러니까 장례할 것을 위임한 자가 그가 위임한 자에게 변제했던 변제의무를 지든 [상속인을 상대로] 장례소권을 가진다. 그런데 피후견인이 후견인의 조성 없이 위임한 경우에는 出費한 자에게 상속인을 상대로 準葬禮訴權을 부여해야만 한다. 왜냐하면 상속인이 이득을 취하는 것은 불공정하기 때문이다. 그러나 피후견인이 자신의 의무에 속하는 장례를 후견인의 조성 없이 위임한 경우에는, 그가 장례를 거행한 자의 상속인이 되고 또 상속재산이 資力이 있으면, 그 [=피후견인]를 상대로 [장례를 거행한 자가 제3자에게 부담하는 관련채무에 관하여 그 제3자에게] 소권을 부여해야만 한다고 나는 판단한다. 반대로 어떤 자가 상속인의 위임으로 장례를 거행한 경우에는 그는 장례소권으로 소구할 수 없다고 라베오는 쓰고 있다. 왜냐하면 위임소권을 가지기 때문이다.)

- 채무의 변제 및 변제지시<sup>8)</sup>

D.12.6.41 Ner. 6 membr. cit.:

D.12.1.19.1 Iul. 10 dig.: (피후견인이 후견인의 조성 없이 ... 변제의 명목으로 공여한 경우에는 금전이 소비되면 ... 채무면제되는데 다른 이유가 아니라 그의 행위에 의하여 수령한 자에게 금전이 도달한 것으로 생각되기 때문이다....)

D.26.8.9.2 Gai. 12 ad ed. prov.: (피후견인은 모든 원인에 기하여 후견인의 조성 없이 변제함으로써 아무런 법적 효과도 초래하지 않는다. 왜냐하면 그는 아무런 소유권도 이전할 수 없기 때문이다. 그렇지만 채권자가 선의로 피후견인의 금전을 소비하는 경우에는 피후견인은 채무면제될 것이다.)

D.46.3.14.8 Ulp. 30 ad Sab.: (피후견인이 후견인의 조성 없이 또한 변제할 수 없다는 것은 명백하다. 그래서 주화들을 공여하는 경우에는 그것들은 수령하는 자의 것이 되지 않고 소유물반환청구될 수 있을 것이다. 물론 그것들이 소비되는 경우에는 그는 채무면제될 것이다.)

I.2.8.2: (그러나 반대로 피후견소년 또는 피후견소녀는 후견인의 조성 없이는 변제할 수 없다. 왜냐하면 그들이 변제하는 것은 수령하는 자의 것이 되지 않기 때문인데, 이유인즉슨 어떤 물건의 양도도 그들에게 후견인의 조성 없이 許與되어 있지 않기 때문이다.)

8) D.46.3.15 Paul. 6 ad Sab. cit.



## - 사용대차

**D.13.6.1.2 Ulp. 28 ad ed.:**(미성숙자들은 사용대차소권으로 책임지지 않는다. 왜냐하면 피후견인의 경우 후견인의 조성 없이는 사용대차도 성립하지 않기 때문이며, 그래서 심지어는 비록 성숙자가 되어서 악의 또는 過失을 인정하더라도 이 소권으로써 책임지지 않는데, 왜냐하면 처음부터 [사용대차기] 성립하지 않기 때문이다.)

## - 조합

**D.17.2.33 Ulp. 31 ad ed.:** (… 그래서 후견인의 조성 없이 조합이 체결된 경우 피후견인은 책임지지 않는다. 그렇지만 공동으로 관리된 것에 관하여는 책임진다.)

## - 저당(담보제공)

**D.20.3.1.pr. Marcian. l. s. ad form. hypoth.:** (피후견인은 후견인의 조성 없이는 저당 잡힐 수 없다.)

## - 更改

**D.46.2.20.1 Paul. 72 ad ed.:** (피후견인은 후견인의 조성 없이는 更改할 수 없다. 후견인은 이것이 피후견인에게 편익이 되는 경우에는 할 수 있다. 全財産의 管財人도 마찬가지이다.)

## - 변제의 수령

**D.46.3.15 Paul. 6 ad Sab.:** (피후견인에게는 후견인의 조성이 없이는 변제될 수 없다.…)

**I.2.8.2:** (그래서 채무자가 피후견인에게 변제하는 경우 후견인의 조성이 필요하다. 그렇지 않은 경우에는 그는 채무면제되지 않을 것이다. 그러나 또한 다음의 것이 극히 명백한 이유로 칙령에서 규정되었는바, 이 칙령은 朕이 카이사레아의 변호사들에게 극히 傑出한 宮內尙書長官 트리보니아누스의 조언을 받아서 반포한 것이다 [=C.5.37.25 a.531]: 그에 의하면 피후견인의 채무자는 먼저 일체의 비용부담 없이 내려지는 사법판결이 이를 허용하는 경우에 한하여 후견인이나 보좌인에게 변제하는 것이 허용된다고 규정되었다. 그러한 일이 발생한 경우, 즉 재판관이 선고하고 채무자가 변제하는 경우에는 이러한 변제에 완전한 안정성이 따른다. 그러나 朕이 규정한 바와 달리 변제가 이루어졌고 피후견인이 금원을 보전하고 있거나 또는 그로부터 이득한 상태에 있으면서 다시 같은 금액을 청구하는 경우에는 악의의 항변으로써 배척될 수 있을 것이다. 그러나 그가 악의로 소비하거나 절도로 인하여 상실하는 경우에는 채무자에게 악의의 항변이 전혀 도움이 되지 않을 것이다. 오히려 그는 그럼에도 불구하고 유책판결을 받을 것인바, 왜냐하면 함부로 후견인의 조성 없이, 또 朕의 칙령에 따르지 않고 변제하는 것이기 때문이다.)

## - 소권의 포기

**C.5.59.2 Diocl./ Maxim. [a.294]:** (또한 그대는 소권들도 피후견인의 나이에 후견인의 조성 없이 포기함으로써 상실할 수 없을 것이다.)

## - 소송상 행위

**D.44.5.1.1 Ulp. 76 ad ed.:** (피후견인이 후견인의 조성 없이 선서를 [상대방인 피고에게] 요구하는 경우에는 우리는 저 항변[=피고에게 인정되는 선서의 항변]이 방해가 되지 않는다고 이야기해야 할 것이다. 그러나 후견인 조성 하에 소송에서 선서 요구가 행해진 경우에는 그러하지 아니하다.)

## - 점유의 취득과 관련해서는 학설상 이견이 있었다.

**D.41.2.1.3 Paul. 54 ad ed.:** (정신착란자와 피후견인은 후견인의 조성 없이는 점유를 개시할 수 없다. 왜냐하면 비록 특히 자신의 신체로써 물건을 접촉하더라도 마치 누군가가 잠자는 자에게 어떤 것을 손에 쥐어주는 경우처럼 執持의 의사를 가지지 않기 때문이다. 그러나 피후견인은 후견인의 조성 하에는 점유를 개시할 수 있을 것이다. 그러나 옠피리우스와 네르바(子)는 피후견인이 후견인의 조성 없이도 점유를 개시할 수 있다. 왜냐하면 점유는 사실의 문제이고 법률의 문제가 아니기 때문이다 라고 말한다. 이 견해는 그들이 智能을 가지는 나이일 때에는 받아들일 수 있다.)

**D.41.2.32.2 Paul. 15 ad Sab.:** (幼兒는 후견인의 조성 하에서 시작하면 올바르게 점유할 수 있다. 왜냐하면 유아의 판단이 후견인의 조성으로써 보충되기 때문이다. 이것은 편익을 위하여 인정된 것인바, 왜냐하면 그렇지 않은 경우에는 유아의 점유 수령의 의식은 없는 것이기 때문이다. 그렇지만 피후견인은 후견인의 조성 없이도 점유를 취득할 수 있다. 마찬가지로 유아는 특유재산의 명목으로 노예를 통하여 점유할 수 있다.)

점유의 상실과 관련해서는 體素만에 의한 상실은 사실의 문제로서 가능하지만, 心素에 의한 상실은 후견인의 조성이 없으면 가능하지 않았다.<sup>9)</sup>

일단 성립한 점유의 보유는 體素의 유지로써 가능했으므로 후견인의 조성이 필요 없었다.<sup>10)</sup>

언제라도 반환에 응할 의무를 부담하는 허용점유(*precarius*)의 경우는 로마법상 여러 면에서 독특한 취급을 받았고, 후견인의 조성과 관련해서도 마찬가지였다. 즉 후견인의 조성 없이 취득할 수 있었다.<sup>11)</sup>

9) D.41.2.29 Ulp. 30 ad Sab.: *Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.*

10) D.41.2.32.pr. Paul. 15 ad Sab.: *Quamvis pupillus sine tutoris auctoritate non obligetur, possessionem tamen per eum retinemus.*

11) D.43.26.22.1 Ven. 3 interd.: *Si pupillus sine tutoris auctoritate precario rogaverit,*

③ 쌍방에 의무가 발생하는 행위의 경우에는 상대방은 구속되었지만, 피후견인은 후견인의 助成이 없으면 구속받지 않았다(이른바 跛行的 行爲[negotium claudicans]).

I.1.21.pr: (… 그러므로 상호적인 채무가 발생하는 법률관계들, [가령] 매매, 質約, 委任, 任置에 있어서는 후견인의 조성이 개재하지 않는 경우 이들과 계약을 체결하는 자들 자신은 구속되지만, 반대로 피후견인들은 구속되지 않는다.)

G.3.107 = I.3.19.9: (… [피후견인은] 타인을 후견인의 조성 없이도 자신에게 구속시킬 수 있다.)

G.3.119: (… 비록 諾約하는 자 자신이, 가령 피후견인이 후견인의 조성 없이 하는 경우처럼, … 구속되지 않을지라도…)

사료에 나타나는 주요한 사례들을 들어보면 다음과 같다.

- 매도

D.19.1.13.29 Ulp. 32 ad ed.: (어떤 자가 피후견인으로부터 후견인의 조성 없이 매수하는 경우 片面的으로 계약이 성립한다. 즉 매수하는 자는 피후견인에게 구속되지만, 피후견인을 자신에게 구속시키지는 않는다.)

- 매수

D.18.5.7.1 Paul. 5 quaest.: (먼저는 후견인의 조성 없이, 그 다음에는 후견인이 조성인이 되어 매수한 피후견인이 개재된 경우에는 비록 매도인이 [앞의 매매에 의하여] 이미 그에게 구속되었을지라도 피후견인은 책임지지 않았으므로 更新된 매도는 서로 구속되는 효과를 가져온다. 그러나 먼저 후견인의 조성이 개재하고 그 다음에 후견인의 조성 없이 매수한 경우에는 나중의 매수로써 아무런 효과가 초래되지 않은 것이다.…)

- 약정

D.18.5.7.1 Paul. 5 quaest.: (… [피후견인이] 후견인의 조성 없이 매수를 해제하는 약정을 한 경우에도, 처음부터 후견인의 조성 없이 매수해서 그 자신 책임이 없지만 그가 訴求하면 [상대방인 매도인에게] 유치권이 인정되는 경우와 같은 것인가 하는 동일한 문제가 제기될 수 있다. 그리고 처음에 매수가 올바르게 체결되었기 때문에, 상대방에게, 그것도 특히 정당한 착오로 인하여 속은 경우라면, 손해를 초래하는 그 약정을 준수하는 것이 거의 신의성실에 부합하지 않는다고 주장되는 것은 일리가 있다.)

D.18.5.1 Pomp. 15 ad Sab.: (나에게 家子가 특유재산에 속하는 물건을 매도한 경

---

Labeo ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto [sc. de precario] teneri. Nam quo magis naturaliter possideretur, nullum locum esse tutoris auctoritati: recteque dici “quod precario habes”, quia quod possideat ex ea causa possideat, ex qua rogaverit: nihilque novi per praetorem constituendum, quoniam, sive habeat rem, officio iudicis teneretur, sive non habeat, non teneatur.

우, 그 매도가 해제된다고 합의되더라도, 父와 子와 나 사이에, 내가 父와만 약정하여 子가 채무면제될 수 없지 않도록 합의하지 않으면 안 된다고 子 퀴스스는 생각하였다. 그리고 그 약정에 기하여 아무 것도 訴求될 수 없는지, 아니면 피후견인이 후견인의 조성 없이 약정하는 경우에 그 자신은 채무면제되지만 그와 함께 약정한 자는 안 그런 경우처럼 나는 참으로 채무면제되지만 子는 구속된 채로 남는 것은 아닌지가 문제이다. 그런데 아리스토가 한 사람만 구속된 채로 남는 식으로 약정될 수 있다고 말한 것은 진실이 아니다. 왜냐하면 계약체결자의 일방에 대해서만 약정에 의하여 매수를 해제할 수는 없기 때문이다. 그러므로 일방에 의하여 계약이 更新된 경우 그러한 약정은 유효하지 않다고 말해진다. 그러나 父가 약정하고 상대방이 채무면제되면 子도 동시에 채무면제된다고 이야기해야만 한다.)

④ 상속승인, 유산점유(bonorum possessio) 신청, 신탁유증(fideicommissum)에 기한 상속재산 취득은 전 재산이 걸린 중대한 문제였고 권리뿐만 아니라 의무도 발생했으므로 이것들은 이익행위인 경우에도 조성을 받아야 하였다.

#### - 상속승인

**D.26.8.9.3 Gai. 12 ad ed. prov.:** (상속 승인을 피후견인은 후견인의 조성 없이 할 수 없는바, 비록 그 행위가 이익을 가져오고 아무런 손해가 없더라도 그러하다.)

그러나 조건부로 상속인으로 지정되었거나 유증이 주어진 경우 그 조건의 성취는 후견인의 조성 없이 할 수 있었다.

**D.28.7.26 Pomp. 2 ad Q. Muc.:** (피후견인이 조건부로 상속인으로 지정된 경우에는 조건을 후견인의 조성이 없이도 만족시킬 수 있다. 또 유증이 그에게 조건부로 남겨진 경우에도 마찬가지인데, 왜냐하면 조건이 성취되면 마치 무조건으로 그에게 상속재산 또는 유증이 남겨진 것으로 인정되기 때문이다.)

**D.35.1.5.pr. Paul. 2 ad Sab.:** (조건들을 피후견인은 후견인의 조성이 없이도 만족시킬 수 있다. 그리고 조건이 성취되면 때로 필연상속인일 수 있다는 점을 제기해서는 안 된다. 왜냐하면 이것은 성취된 조건의 법에 의해서가 아니라 [유언]권능의 법에 의해서 일어나는 것이기 때문이다.)

**D.46.3.44 Marcian. 2 reg.:** (대금지급에 있어서는 때로 하나의 지급으로 두 개의 채무가 일순간에 제거되는 수가 있다. … 또 후견인의 조성 없이 貸金을 수령한 피후견인에게 채권자에 의하여 그가 그 금원을 지급하는 조건부로 유증이 된 경우에도 그는 두 원인으로 지급한 것으로 인정되는바, 자신의 채무에 대하여 지급한 것으로서, 그 결과 상속인에게 팔키디우스법상의 의무분 상당이 귀속할 것이고, 또 조건을 위하여 지급한 것으로서, 그 결과 그는 유증을 취득한다. …)

#### - 유산점유 신청

**C.6.9.7.1 Constantius/ Maxim. [a.305]:** (그러나 피후견인 자신은 유산점유를 후견인의 조성 없이 받을 수 없다. 그러나 후견인의 조성 없이 이를 요청하는 미성숙자

에게 이를 알면서 관할사법관이 유산점유를 부여한 경우는 그러하지 아니하다. 왜냐 하면 그때에는 상속의 이익이 범무관법에 의하여 획득된 것으로 인정되기 때문이다.)

(나) 후견인의 조성 하에 행한 행위의 효과

피후견인이 후견인의 조성을 받아서 한 법률행위는 완전히 유효하였다. 그밖에 후견인의 상속인이 피후견인의 채무를 변제하는 경우 이것은 후견인이 조성한 것과 다른 상황이지만 피후견인을 상대로 후견의 반대소권을 행사할 수 있었다.

**D.27.4.5 Ulp. 1 resp.:** (후견인의 상속인은, 피후견인들이 부담한 채무금액을 변제하는 경우에는, 그들을 상대로 [후견의] 반대소권을 가질 수 있다고 나는 대답하였다.)

(다) 후견인의 조성이 없는 경우의 효과

(a) 급부한 것의 반환청구

피후견인이 후견인의 조성 없이 행위한 경우에는 그 행위로 인하여 피후견인이 구속되지 않았으므로 그가 급부한 것이 있는 경우에는 원칙적으로 반환청구가 가능하였다. 후견인의 조성 없이는 소유권의 이전이 유효하지 않았으므로 지급한 鑄貨의 正體性이 확인되는 한 반환청구의 방식은 소유물반환청구(rei vindicatio)가 가능하였고, 금전이 소비되었거나 다른 금전과 혼합되어 지급한 鑄貨를 특정할 수 없는 경우에는 수령자가 가액 상당의 부당이득을 한 것이므로 부당이득반환청구소권(condictio)을 행사할 수 있었다.

**D.12.6.29 Ulp. 2 disp.:** (때로는 人의 지위로 인하여 반환청구가 인정되는데, 가령 예컨대 피후견인 또는 정신착란자 또는 금치산자가 후견인의 조성 없이 변제하는 경우가 그러하다. 이러한 사람들의 경우에는 일반적으로 반환청구가 인정된다는 것에 의문이 없는 것이다. 그리고 鑄貨가 존재하는 경우에는 소유물반환청구될 것이지만, 소비된 경우에는 부당이득반환청구가 적용될 것이다.)

**D.12.6.41 Ner. 6 membr.:** (피후견인이 후견인의 조성 없이 문답계약의 要約者에게 諾約한 것을 지급하는 경우에는 반환청구가 인정되는데, 왜냐하면 자연채무도 없는 것이기 때문이다.)

**D.36.1.66 Maec. 4 fideic.:** (후견인의 조성 없이 그에게 貸金이 이루어진 피후견인의 상속재산이 이 원로원의결[=SC. Trebellianum]에 의하여 나에게 회복된 경우에 내가 채권자에게 변제하면 나는 반환청구할 수 없다. 그러나 상속인이 회복 후 변제하면 반환청구할 수 있을 것이다. 다른 이유가 아니라 바로 그로부터 나에게로 자연채무가 이전된 것으로 생각되기 때문이다. 그리고 피후견인에게 후견인의 조성 없이 대금한 자의 상속재산이 나에게 회복된 경우에 피후견인이 나에게 변제하는 때에는 그는 반환청구할 수 없을 것이다. 그러나 그가 상속인에게 변제하는 때에는 반환청구할 수 있을 것이지만, 회복 전에 변제했었던 경우에는 반환청구할 수 없을 것이다.)

包括信託遺贈(fideicommissaria hereditas)의 사례를 다룬 바로 앞의 마지막 개소에서 로마의 법학자 마이키아누스는 피후견인이 후견인의 조성 없이 부담한 消費貸借 채무를 자연채무(naturalis obligatio)라고 표현하였다. 이것은 피후견인이 구속받지 않는 이유가 채무의 객관적 성질에 있는 것이 아니라 그의 人的인 地位와 결부되어 있음을 잘 보여준다. 그러므로 상속인으로부터 상속재산을 승계 받으면<sup>12)</sup> 상속인의 지위(heredis loco)에 상당하는 것으로 인정되었던<sup>13)</sup> 포괄신탁수유자가 그 채무를 변제하는 경우 반환청구가 부인되었던 것이다.

**D.36.1.66 Maec. 4 fideic.:** (후견인의 조성 없이 그에게 貸金이 이루어진 피후견인의 상속재산이 이 원로원의결[=SC. Trebellianum, AD 56]에 기하여 [상속인에 의하여 包括信託受遺者인] 나에게 회복된 경우에 내가 채권자에게 변제하면 나는 반환청구할 수 없다. 그러나 상속인이 회복 후 변제하면 반환청구할 수 있을 것이다. 다른 이유가 아니라 바로 그로부터 나에게로 자연채무가 이전된 것으로 생각되기 때문이다.···)

그러나 이 개소의 후반부는 마이키아누스의 견해에 일관성이 결여된 것은 아닌가 의심을 품게 한다. 왜냐하면 이곳에서는 피후견인이 후견인의 조성 없이 부담한 채무를 변제하는 경우 반환청구의 허용 여부가 피후견인의 人的 지위에 달려 있는 것이 아니라, 상속재산의 회복을 前後하여 변제를 수령하는 자(상속인 또는 포괄신탁수유자)의 상속재산에 대한 법적인 권리의 존부에 따라서 반환청구의 許否를 결정하고 있기 때문이다.

**D.36.1.66 Maec. 4 fideic.:** (··· 그리고 피후견인에게 후견인의 조성 없이 貸金한 자의 상속재산이 [包括信託受遺者인] 나에게 회복된 경우에 피후견인이 나에게 변제하는 때에는 그는 반환청구할 수 없을 것이다. 그러나 그가 상속인에게 변제하는 때에는 반환청구할 수 있을 것이지만, 회복 전에 변제했었던 경우에는 반환청구할 수 없을 것이다.)

12) D.36.1.38 Ulp. 16 ad ed.: (상속재산은 사실 자체로써, 가령 [신탁유증의무를 부담하는, 즉 신탁수유자에게 상속재산을 회복시킬 의무가 있는] 상속인이 상속재산에 속하는 물건이 전부 또는 그 중 일부가, 네[=신탁수유자]가 다른 사유로 인하여 점유하는 것으로 그가 생각한 경우가 아니라 그가 회복하고 네가[restituere et te Mommsen] 받기를 원하는 의사로 점유되는 것을 受忍한 경우에는, 회복된 것으로 인정된다. 그러나 그가 후에 追認한 경우에도 같은 말을 해야만 한다. 그리고 그가 口頭로 자신이 회복한다고 말했거나, 또는 편지나 使者를 통하여 회복하는 경우에도 聽許될 것이다. 그리고 그가 너의 의사에 좇아서 다른 사람에게 회복하는 경우에도 소권들은 너에게 이전할 것이다. 또 다른 사람이 나[=상속인]의 지시에 따라 회복하였거나 내가 회복을 추인한 경우에도 소권들이 이전한 것으로 인정된다.)

13) G.2.251: (상속재산이 회복된 경우 회복하는 자는 그럼에도 불구하고 여전히 상속인으로 남지만, 상속재산을 받는 자는 때로는 상속인의 지위에 상당하고, 때로는 受遺者의 지위에 상당한다.)

## (b) 수령한 것의 반환: 현존이득의 반환

피후견인이 급부한 것이 아니라, 급부를 수령한 경우에는 어떠하였는가? 피우스 황제(138~161)의 한 批答은 피후견인이 후견인의 助成 없이 행한 법률행위로부터 얻은 이득이 현존하는 때(*locupletior factus*)에는 그것을 반환해야 한다고 규정하였다. 이것이 우리 민법 제141조 단서에서 무능력자는 취소한 법률행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다고 규정하는 것의 효시이다.

**D.26.8.5.pr-1 Ulpianus 40 ad Sab.:** (피후견인은 후견인의 조성 하에 후견인에게 구속될 수 없다. 그런데 후견인이 복수인 경우에는 그 중 1인의 助成으로 족한바, 피후견인이 그에게 貸金하든, 그로부터 문답계약의 要約을 하든, 다른 후견인의 조성 하에 피후견인은 그에게 구속될 수 있다고 말해야만 한다. 그러나 단독후견인인 경우 그가 피후견인에게 貸金하거나 또는 그로부터 문답계약의 要約을 하는 경우에는 그[=피후견인]는 후견인에게 구속되지 않을 것이다. 그렇지만 그가 이득하고 있는 상당액만큼 자연적으로 구속될 것이다. 왜냐하면 피후견인을 상대로 후견인뿐만 아니라 누구에게든 소권을 그가 이득하고 있는 상당액만큼 부여해야 한다고 神皇 피우스가 批答하였기 때문이다. [1] 피후견인은 후견인의 조성 없이 매도함으로써 구속되지 않을 것이지만, 또한 매수함으로써도 마찬가지이다. 그러나 그가 이득하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.)

**D.13.6.1.2/3.pr Ulp. 28 ad ed.:** (미성숙자들은 사용대차소권으로써 책임지지 않는다. 왜냐하면 피후견인의 경우 후견인의 조성 없이는 사용대차를 성립시키지 않기 때문인데, 어느 정도인가 하면, 비록 상속자가 되어서 고의 또는 過失을 시인하여도 이 소권으로써 책임지지 않는데, 왜냐하면 처음부터 성립시키지 않기 때문이다. [3.pr] 그러나 나에게서는 피후견인이 이득하고 있는 경우에는 神皇 피우스의 批答에 따라서 準使用貸借訴權이 부여되어야 하는 것으로 생각된다.)

**D.26.8.1.pr. Ulp. 1 ad Sab.:** (비록 자기의 일에 관해서는 후견인은 助成人이 될 수 없다는 것이 시민법상의 法理則이지만, 그럼에도 불구하고 후견인은 자기 자신의 채무자의 상속에 임하는 피후견인에게 助成을 부여할 수 있는바, 이로써 그의 채무자가 됨에도 불구하고 그러하다. 왜냐하면 助成의 일차적 목적은 그가 상속인이 되는 것이고, 그가 채무를 부담하는 것은 그 결과로 인한 것이기 때문이다. 그렇지만 자신이 助成人이 되어 그로부터 문답계약의 要約者가 될 수는 없다. 그리고 어떤 자가 자신의 피후견녀에게 문답계약의 要約을 하는 자신의 노예에게 諾約하도록 助成을 부여한 경우 神皇 피우스 안토니누스는 법적으로 피후견녀는 책임지지 않지만, 그러나 그녀가 이득하고 있는 경우에는 소권을 부여해야 한다고 批答하였다. 그러나 자신의 아들에게 어떤 것이 引渡되도록 助成人이 되는 경우에는 助成은 무효일 것이다. 왜냐하면 명백히 그는 자신의 助成에 의하여 물건을 취득하는 것이기 때문이다.)

**D.16.3.1.15 Ulp. 30 ad ed.:** (그에게 후견인의 조성 없이 임치가 이루어진 피후견인을 상대로 임치소권이 부여되는가? 이미 악의의 능력이 있는 자에게 임치하는 경우에는 그가 악의를 범한 경우 소구될 수 있다. 그리고 그가 이득한 상태인 한 그를 상

대로 악의가 개재되지 않은 경우에도 소권이 부여된다.)

**D.46.3.47.pr. Marcian. 4 reg.:** (그에게 후견인의 조성 없이 변제된 피후견인에 관하여 어떤 시점에 그가 이득한 상태에 있는 것인가가 문제되는 경우에는 訴求의 시점이 고려된다. 그리고 제기된 악의의 항변이 그에게 불이익하기 위해서도 訴求의 시점이 고려된다.)

**D.3.5.5.2 Ulp. 10 ad ed.:** (율리아누스는 <학설집> 제3권에서 다음과 같이 쓰고 있다: 내가 그대의 피후견인의 사무를 그대의 위임 없이 그러나 그대가 후견의 소송으로 책임을 지지 않도록 관리하는 경우에는 나는 그대를 사무관리소권으로써 구속할 것이다. 그러나 또한 피후견인도 그가 이득한 상태이기만 하면 구속할 것이다.)

**D.44.4.4.4 Ulp. 76 ad ed.:** (어떤 자가 피후견인에게 후견인의 조성 없이 자신이 부담한 채무를 변제하고 그 변제로부터 피후견인이 이득하고 있는 경우에는 항변이 청구자들에게害가 된다고 극히 정당하게 이야기된다. 그런데 그[=피후견인]가 借金を 받았거나 또는 다른 계약으로부터 이득한 경우에도 항변을 부여해야만 한다. 그리고 정당하게 변제되지 않는 다른 경우들에 있어서도 같은 이야기를 해야만 할 것이다. 왜냐하면 그들이 이득한 경우에는 항변이 적용될 것이기 때문이다.)

이득이 현존하지 않으면 물론 반환의무가 없다.<sup>14)</sup>

**D.36.2.25.1 Pap. 18 quaest.:** (“나의 상속인은 티티우스에게 세이우스가 나에게 부담하는 채무금을 주어라.” 세이우스가 피후견인으로서 후견인의 조성 없이 금원을 수령하였으나 이득하지 않았고, 채권자가 현재의[=만기 도래한] 채무에 대하여 언급한 경우에는 세이우스는 아무런 채무도 부담하지 않으므로 유증은 무효일 것이다....)

**D.16.1.8.15 Ulp. 29 ad ed.:** (婦女가 그 자신과 계약했었다라면 구속되지 않았을 자를 위하여 개입한 경우에 그 계약소권에 의하여 그 자가 책임져야만 하는지의 여부를 살펴보아야 한다. 가령 후견인의 조성이 없으면 구속되지 않는 피후견인을 위하여 [婦女가] 債務加入한 경우. 私見으로는 피후견인은 그 계약으로 인하여 이득한 상태가 아니라면 구속되지 않는다고 생각한다. 또 婦女가 채무가입한 자가 미성년자인 경우에는 그는 원상회복을 신청할 수 있을 것이다. 또는 家子가 이 원로원의결[=SC. Velleianum, 46 AD]에 반하여 계약을 체결할 경우[에도 마찬가지이다.]

### (c) 후견인의 악의로 인한 이득의 경우

피후견인이 현존이득을 반환해야 하는 것은 후견인의 조성이 없이 이득한 상태가 부당이득에 해당하기 때문이므로, 그 이득에 이르게 된 구체적인 경과는 중요하지 않다. 그러나 피후견인이 이득하게 되는 원인 중에는 그밖에도 후견인이 악의적으

14) Cf. D.4.4.16.pr. Ulp. 11 ad ed.: In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.



로 적극 개입함으로써 일어나는 경우도 존재한다. 이때에는 후견인의 악의로 인한 결과를 정상상태로 교정하여 피해자를 구제하는 것이 관건이고, 피후견인의 보호를 도모하는 것이 주안점이 아니므로, 일단 후견인의 악의로 인하여 재산상의 이익을 본 것으로 간주되는 피후견인은 이득의 현존 여부와 관계없이 이득에 해당하는 바를 반환하지 않으면 안 된다.

**D.26.9.3 Pap. 20 quaest.:** (후견인들의 악의는 피후견소년에게 불이익도 이익도 되어서는 안 된다. 그런데 일반적으로 후견인의 악의는 피후견인에게 불이익이 되지 않는다고 하는 것은 그의 詐欺로 인하여 피후견인이 이득한 상태에 있지 않은 경우에 진실이다. 그러므로 정당하게도 사비누스는 피후견인은 후견인의 악의로 말미암아 분배소권으로써 피소되어야만 한다고 판단하는데, 즉 불공정하게 분배함으로써 피후견인의 회계상 우대를 하는 경우에 말이다. 같은 말은 또한 임치소권의 경우에도, 또 상속재산회복청구의 경우에도 해야 하는데, 후견인의 악의로 빠진 것이 피후견인의 회계상 산입되었음이 입증되기만 하면 그러하다.)

**D.44.4.4.23 Ulp. 76 ad ed.:** (또한 후견인의 악의에 관한 항변이 訴求하는 피후견인에게 불이익이 되어야 하는지의 문제가 많은 법률가들의 경우 제기되었다. 私見으로는 비록 그 사람들을 통하여 피후견인들에게 우대조치가 취해지더라도 그럼에도 불구하고, 어떤 자가 후견인으로부터 피후견인의 물건을 샀든 아니면 그와 피후견인의 물건에 대하여 계약이 체결되었든, 아니면 후견인이 악의로 행위하고 그로 인하여 피후견인이 이득한 상태가 되었든, 피후견인에게 불이익해야만 하며, 또 후견인이 사무를 관장하기만 하면 그[=피후견인]에게 담보가 제공되었든 아니든, 후견인이 資力이 있든 아니든, 구별해서는 안 된다고 생각한다. 후견인과 계약을 체결하는 자가 어디서 그런 사정들을 알아챌 수가 있겠는가? 물론 그대가 나에게 어떤 자가 후견인과 담합했음을 제시하는 경우라면 그 자신의 행위가 그에게 불이익이 될 것이다.)

#### (d) 피후견인을 상대로 한 惡意의 항변

피후견인이 후견인의 조성 없이 이루어진 법률행위로 인하여 利得한 상태에서 후견인의 조성이 없었다는 이유로 법이 인정하는 형식적 법적 불구속 상태를 악용하여 이미 이득하고 있음에도 불구하고 다시 자신의 권리를 주장하는 경우에는 분명히 신의성실에 반하는 행태이므로 상대방에게 惡意의 抗辯(exceptio doli)이 인정되어 피후견인의 재차의 청구가 배척되었다.

**D.46.3.15 Paul. 6 ad Sab.:** (피후견인에게는 후견인의 조성이 없이는 변제될 수 없다. 또 그는 변제지시를 할 수도 없는데, 왜냐하면 그는 어떤 물건도 양도할 수 없기 때문이다. 그런데 채무자가 그에게 변제하고 鑄貨가 보전된 경우에는 지급청구하는 피후견인에게 악의의 항변으로써 채무자는 대항할 수 있을 것이다.)

**D.44.4.4.4 Ulp. 76 ad ed.:** (어떤 자가 피후견인에게 후견인의 조성 없이 자신이 부담한 채무를 변제하고 그 변제로부터 피후견인이 이득하고 있는 경우에는 항변이 청구자들에게 害가 된다고 극히 정당하게 이야기된다. 그런데 그가 借金を 받았거나

또는 다른 계약으로부터 이득한 경우에도 항변을 부여해야만 한다. 그리고 정당하게 변제되지 않는 다른 경우들에 있어서도 같은 이야기를 해야만 할 것이다. 왜냐하면 그들이 이득한 경우에는 항변이 적용될 것이기 때문이다.)

**C.7.26.9 Diocl./ Maxim. [a.294]:** (후견인의 조성 없이 매각하는 피후견인으로부터 매수한 자는 어떤 시간의 기간도 그를 방어하지 못한다. 그러나 [피후견인이] 매수인의 금전으로써 이득을 한 상태에서 성숙한 후에 법의 [보호의] 계기를 부당한 이익으로 이용하는 경우에는 악의의 항변으로써 배척될 것이다.)

악의의 항변으로써 배척되는지의 결정이 달려있는 피후견인의 이득 여부가 문제되는 경우 그 판단의 기준시점은 피후견인이 재차 訴求하는 시점이다.

**D.44.1.4 Paul. 20 ad ed.:** (그에게 채무금이 후견인의 조성 없이 변제된 피후견인에 관하여 그가 악의의 항변으로써 배척되어야만 하는가가 문제되는 경우에는, 그가 금액 전부든 아니면 그 중 일부를 가지든, 그가 청구하는 시점이 고려된다.)

**D.46.3.47.pr. Marcian. 4 reg.:** (그에게 후견인의 조성 없이 변제된 피후견인에 관하여 어떤 시점에 그가 이득한 상태에 있는 것인가가 문제되는 경우에는 訴求의 시점이 고려된다. 그리고 제기된 악의의 항변이 그에게 불이익하기 위해서도 訴求의 시점이 고려된다.)

비록 피후견인이 직접적으로 이득한 상황이 아니더라도 이득한 측에서 재차의 청구나 기타 권리의 행사를 하고, 이를 인정하면 이득한 것이 부당한 이득으로 귀결되는 경우에도 이득한 것의 상환을 강제하는 방법으로서 악의의 항변이 이용되었다. 다음의 개소가 대표적인 사례이다.

**D.27.9.13.1 Paul. 1. s. ad or. Severi:** (그런데 후견인은 피후견인의 부동산을 매각할 수도 담보제공할 수도 없는데도 파피니아누스는 <해답록> 제5권에서 후견인은 피후견인의 물건을 법무관의 下命 없이는 적법하게 매각할 수 없다고 말한다. 그렇지만, 그는 가로되, 그가 착오에 빠져서 매도하고 수령한 대금을 피후견소년의 父의 채권자들에게 변제하는 때에는 소유자가 대금과 채권자들에게 부담된 중간시기의 이자를 제공하지 않으면서 부동산을 果實과 함께 소유물반환청구하는 때에는 그의 다른 재산들로부터 부채가 변제될 수 없는 경우[=즉 무자력에 해당하는 경우] 그에게 악의의 항변으로 유용하게 대항할 수 있다. 그러나 나는 이와 같이 評注했다: 비록 변제될 수 있었더라도[=즉 자력이 있더라도], 그럼에도 불구하고 그 매각대금으로써 부채가 만족될 수 있었던 그 물건들이 保守되었다면, 피후견인이 타인의 손실로 이득을 취하는 경우이므로 여전히 악의의 항변이 저지한다고 이야기해야만 한다.)

### (e) 기타

피후견인이 후견인의 조성 없이 보증인을 세운 경우에도 보증인 자신은 채권자에게 구속되었다. 주채무가 자연채무에 해당하여도 보증이 가능했기 때문이다. 물론

다른 구체적인 사정에 따라서는 보증채무가 부인될 수 있었다.

D.45.1.127 Scaev. 5 quaest.: (피후견인이 후견인의 조성 없이 노예 스티쿠스를 약속하고 信命保證人을 세웠는데, 그 노예가 피후견인에 의한 이행지체 후에 사망하는 경우 또한 信命保證人도 피후견인의 이행지체로 인하여 구속되지 않을 것이다. 왜냐하면 청구가 인정되지 않는 경우에는 이행지체도 일어나지 않는 것으로 생각되기 때문이다. 그러나 信命保證人은 그 노예가 생존한 상태에서 제소되거나 또는 후에 자신의 이행지체로 인하여 제소되는 것에 대하여는 구속된다.)

그러나 그가 보증을 선 피후견인을 상대로 위임소권을 행사할 수는 없었다.

D.46.1.25 Ulp. 11 ad ed.: (마르켈루스는, 어떤 자가 후견인의 조성 없이 구속된 피후견인이나 낭비자 또는 정신착란자를 위하여 信命保證하는 경우에는 오히려 그를 원조하지 않아야 하는데, 왜냐하면 이들에게는 위임소권이 인정되지 않기 때문이다라고 쓰고 있다.)

또 후견인의 조성 없이 피후견인이 중재계약을 체결한 경우에는 피후견인은 違約罰의 책임을 지지 않았으므로,<sup>15)</sup> 중재인에게 중재판정이 강제되지 않았다.

15) 로마법상 중재계약은 당사자간의 (하나 또는 다수 또는 전부의) 분쟁에 관하여 법원의 판결에 의하지 아니하고 중재인의 판정에 의하여 해결하도록(ut arbitrato eius res terminetur) 합의하는 계약이었다(Compromittere in aliquem de aliqua re [una vel pluribus vel omnibus]).全本쟁에 관한 경우는 이를 “plenum compromissum”(D.4.8.21.6)이라고 하였다. 당사자들은 常時 무방식의 중재계약이 가능하였다(Compromissum. D.4.8; C.2.55). 중재계약은 당사자 사이의 중재계약(compromissum), 중재판정에 불복종하는 경우를 위한 위약벌 약정(poenae stipulatio), 그리고 중재인에 의한 중재의 인수(receptum arbitrii)라는 기본구조를 취하였다. 중재계약은 자신의 법률관정에 대하여 자유로운 처분권(rerum suarum libera administratio)을 갖는 자—따라서 노예도 자신의 特有財産(peculium)에 관하여 중재계약을 체결할 수 있었다—이런 체결할 수가 있었다. 그러므로 피후견인은 후견인의 조성이 없이는 불가능하였다. 중재계약에서 당사자는 통상 違約罰附 문답계약으로 중재판정의 이행을 약속하였다. 중재판정에 위반하는 경우에는 그 효과로서 위약벌의 청구(poenae petitio)가 가능하였다(D.4.8.2). 이것은 상대방이 판정준수에 대하여 이해관계(interesse)를 가지는 여부를 불문하였다(D.4.8.38). 또 일방의 타방에 대한 청구를 금지하는 판정이 내려진 경우에 상속인이 청구해도 마찬가지였다(poenam committet: D.4.8.37). 그러나 위약벌이 발효하는 것은 금전채무(solutio pecuniae)와 노무제공채무(opera praebenda)가 문제되는 경우에 한하였다(D.4.8.39). 뿐만 아니라 금전지급을 명하는 판정의 이행을 지체하는 경우에는 위약벌을 물어야 하는 의무가 발생하지만, 후에 판정대로 지급하면 위약벌은 면제되었다(poena debet, sed postea solvendo poena liberatur. D.4.8.52). 위약벌은 중재물 가액보다 적거나 많아도 무방하였다(D.4.8.32.pr). 한편 위약벌의 문답계약에는 惡意 조항(clausula doli)을 부가할 수 있었고, 이것이 부가된 경우에 가령 중재인이나 상대방의 매수 기타(D.4.8.31) 악의적인 행위가 있으면 문답계약소권(actio ex stipulatu)이 발생하였다. 不附加 시에는 악의소권이나 악의의 항변(actio / exceptio doli)에 의한 보호가 가능하였다. 기타 중요한 부가조항으로는 기일연기 조항(clausula de die proferenda), 상속인포함 조항(heredis mentio) 등이 있었다. 위약벌 약정이 없을 시에

**D.4.8.35 Gai. 5 ad ed. prov.:** (피후견인이 후견인의 조성 없이 중재계약을 체결하는 경우에는 중재인은 판정이 강제되어서는 안 되는데, 왜냐하면 그에게 불리한 판정이 내리지(고 그가 이에 복종하지 않)더라도 그는 위약벌로써 책임지지 않기 때문이다. 그러나 그가 위약벌을 청구할 수 있는 信命保證人을 세우는 경우에는 그러하지 아니하다. 이것은 또한 율리아누스의 견해이다.)

소송행위의 경우에는 패소하더라도 효력이 없었다.

**C.3.6.1 Gord. [a.239]:** (그대가 피후견의 나이인 때 후견인의 조성 없이 상대방과 법정예 출두한 경우 속주지사가 그대에게 불리하게 선고하였다면, 판결된 것은 기판력의 효력에 의하여 扶持되지 않는다.)

**D.42.1.54 Paulus 1 sent.:** (방어되지 않은 피후견인 및 公務로 인하여 부재하는 자 또는 25세 미만의 미성년자에 불리하게 결정된 闕席節次通告 法廷召喚은 무효이다.)

그밖에 예외적으로는 후견인이 나타나지 않는 경우 일종의 權道로서 직접 피후견인에게 책임을 묻는 것이 허용되기도 하였다.

**D.21.2.56.7 Paul. 2 ad ed. aedil. curul:** ([물건을 매도한] 피후견인에게 후견인의 조성 없이도, 후견인이 나타나지 않는 경우, 2배액의 [추탈담보] 문답계약에 기하여 [매수인을 추탈자에 대하여 소송상 방어할 것을] 告知하는 것이 가능한 것은 보다 형평에 맞는 해석에 의하여 수용된 것이라고 트레바티우스는 말한다.)

후견인의 조성 없이 借金한 피후견인을 금전채권자가 상속한 경우에는 법적으로 변제가 이루어진 것과 같이 다루어진다.

**D.46.3.95.2 Pap. 28 quaest.:** (상속의 승인은 때로 적법하게 채권을 혼동시킨다. 가령 채권자가 채무자의, 또는 반대로 채무자가 채권자의 상속재산의 상속을 승인하는 경우. 때로는 변제에 갈음하는 효과가 생긴다. 가령 피후견인에게 후견인의 조성 없이 금전을 貸金한 채권자가 그[=피후견인]의 상속인이 되는 경우. 왜냐하면 피후견인의 현존 이득액이 청구되는 것이 아니라, 자신의 채권 전액을 상속재산으로부터 보유하는 것이기 때문이다. 때로는 무효인 채권이 상속의 승인으로써 유효로 확인되기도 한다. 트레벨리아눔 원로원의결[56 AD]에 기하여 상속재산을 회복한 상속인이 신탁수유자의 상속인이 되거나, 또는 티티우스를 위하여 채무가입한 婦女가 그의 상속인이 되는 경우에는 적법하게 책임을 졌던 자의 상속재산으로 인하여 시민법상의 채권이 항변의 원조를 상실하기 시작하기 때문이다. 또한 자신의 명목으로 위함을 인수하는 婦女의 女性됨으로 인한 원조도 근거가 없는 것이기 때문이다.)

---

는 不確定物訴權(actio incerti)이 발생하였다(D.4.8.27.7).

## (f) 후견을 벗어난 후의 처신과 그 효과

그러나 피후견인이 성숙기에 이르러 후견을 벗어난 후에 후견 중에 借金하였던 돈을 갚은 경우에는 그 변제는 유효하므로 다시 반환청구하는 것이 인정되지 않았다.

D.12.6.13.1 Paul. 10 ad Sab.: (또 피후견인이 후견인의 조성 없이 借金하였고 이 득한 상태인 경우에 성숙자가 되어서 변제하면 반환청구하지 못한다.)

또한 성숙기에 이른 후에 更改를 한 경우에도 유사한 법리가 적용되었다.

D.46.2.9.pr. Ulp. 47 ad Sab.: (피후견인이 후견인의 조성 없이 被後見人財産保全 (rem pupilli salvam fore)의 문답계약[D.46.6]을 要約하고 성숙자가 되어서 이 문답 계약을 更改의 방식으로 追認하는 경우에는 후견소권은 제거된다. 추인하지 않는 경우에는 비록 후견소권으로 訴求했다라도 여전히 문답계약소권을 가진다. 그러나 심판인은 문답계약상 채무면제가 일어나는 경우에 한하여 후견소권으로 유책판결을 내려야만 한다.)

## 2. [Ab] 支給指示

## (1) 指示의 개념과 종류. 법적 성질

## (가) 指示의 개념

指示(delegatio)는 삼각관계를 전제하며, 일반적으로 관계된 사람들을 指示人(delegans; [is] qui delegavit), 被指示人(delegatus; [is] qui delegatus est), 指示受領人(delegatarius; [is] cui aliquis delegatus est)이라고 부른다.<sup>16)</sup> 지시는 지시인이 피지시인에게 지시수령인에게 급부 또는 급부약속할 권한을 부여하는 무방식의<sup>17)</sup> 授權(delegatio, mandatum,<sup>18)</sup> iussum<sup>19)</sup>)으로 행해진다.<sup>20)</sup> 지시인과 지시수령

16) Cf. D.46.2.19 Paul. 69 ad ed. (후술)

17) D.46.2.17 Ulp. 8 ad ed.: (채권자는 자신의 채무자에게 서면으로 또는 말할 수 없는 경우에는 끄덕임으로써 지시할 수 있다.)

18) D.12.6.57.1 Pap. 3 resp.: Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit: maiore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur: quod si nominatim, ut maior pecunia solveretur, delegavit, indebiti cum eo qui delegavit erit actio, quae non videtur perempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.

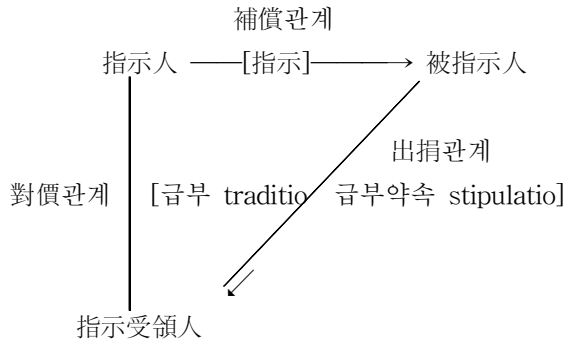
19) D.46.2.11.pr. Ulp. 27 ad ed.: Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit.

D.12.1.15 Ulp. 31 ad ed: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

D.12.1.32 Celsus 5 dig.: Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii

인 사이의 관계는 지시인에 의한 이행이 이루어지는 관계여서 對價關係 (Valutaverhältnis; rapporto di valuta)라고 부르고, 지시인과 피지시인 사이의 관계는 피지시인이 행한 出捐에 대하여 지시인이 보상하는 관계여서 補償關係 (Deckungsverhältnis; rapporto di provvista)라고 부른다.

[指示의 법률관계]



(나) 指示의 종류

지시의 내용은 권리의 이전을 명하는 것(negotium translativum)이거나 아니면 장래 그러한 급부를 할 것을 약속하도록 명하는 것(negotium promissorium)이다. 전통적으로 전자를 供與의 지시(delegatio dandi), 후자를 약속 또는 채무부담의 지시(delegatio promittendi, delegatio obligandi)라고 부르지만, 로마법원상의 명칭은 아니다.

供與의 지시의 대표적인 것이 채무변제의 지시(delegatio solvendi)이다. 채무의 대상은 대개 금전이지만, 예외적으로 勞役<sup>21)</sup>이거나 用益役權<sup>22)</sup>인 경우도 전해진다. 지급지시는 채무의 변제 외에도 증여, 嫁資 설정, 貸金 등의 용도로도 자주 사용되

debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

20) D.46.2.11.pr. Ulp. 27 ad ed. cit.(주 19).

21) D.12.6.26.12 (후술).

22) D.46.2.4 Ulp. 5 ad Sab.: Si usus fructus debitorem meum delegavero tibi, non novatur obligatio mea: quamvis exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus me is qui delegatus fuerit, et non solum donec manet ei usus fructus cui delegavi, sed etiam post interitum eius: [videbimus] <videlicet Mommsen> quia etiam hoc incommodum sentit, si post mortem meam maneat ei usus fructus. et haec eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personae cohaerenti.

었다.

채무부담의 지시는 피지시인이 지시수령인을 요약자로 하여 새로운 채무를 문답계약으로 낙약할 것을 지시하는 경우이다. 이것 역시 채무변제 외에도 증여, 嫁資 설정 등에 이용되었다. 이 약속의 지시는 문답계약의 내용적 유형에 따라서 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는 문답계약으로써 기존의 채무를 소멸시키고 새로운 채무를 발생시키는 更改에 해당하는 것으로 채권자 또는 채무자의 변경이 수반한다. 다른 하나는 기존의 채무와 관계없이 無因的으로 문답계약이 이루어지는 경우이다. 물론 이 경우 대가관계의 목적에 따라서 문답계약에 목적 규정이 부가될 수 있다(증여를 위하여[donationis causa], 嫁資의 원인으로[dotis causa] 등).

#### (다) 指示의 법적 성질

지시의 법률적 성질은 委任(mandatum)이다. 따라서 지시인은 피지시인을 상대로 위임소권을 행사할 수 있다.

D.46.1.18 Iul. 90 dig.: (… 그래서 信命保證人이 자신의 채무자에게 指示하는 경우에는, 비록 資力이 없었던 자에게 指示했는지라도, 그는 즉시 委任의 訴로써 소구할 수 있다.)

D.46.2.12 Paul. 31 ad ed.: (어떤 자가 약의의 항변으로써 자신을 보호할 수 있음을 알았던 채무자에게 指示하는 경우에 … 그가 착오로 채권자에게 약속하는 경우 … 그 자신[=지시인]이 금원을 급부하면 委任소송으로써 소구할 것이다.)

그리고 피지시인도 지시인을 상대로 위임소권을 행사할 수 있다.

D.17.1.22.2 Paul. 32 ad ed.: (때로는 나의 사무를 내가 처리하고 그럼에도 불구하고 내가 유용한 委任訴權을 가지는 일이 일어난다. 가령 나의 채무자가 자신의 위험으로 자신의 채무자에게 지시하여 나에게 변제하도록 하거나, 또는 信命保證人の 요청으로 내가 主債務者를 상대로 제소하는 경우에 그러하다. 왜냐하면 비록 내가 나의 채권을 추심하더라도 그럼에도 불구하고 나는 또한 指示人의 사무를 처리하는 것이기 때문이다. 그러므로 나는 不足分을 委任訴權으로 求得할 수 있는 것이다.)

### (2) 指示가 있는 경우의 법률효과

#### (가) 정상적인 경우

지시에 따라 피지시인이 지시 받은 대로 행위하고 보상관계에 아무런 하자가 없는 경우에는 기본적으로 지시에 따른 피지시인의 행위는 지시인의 행위로 평가된다.

#### ① 공여의 지시

D.46.3.56 Paul. 62 ad ed.: (변제를 지시하는 자는 자신이 변제하는 것으로 인정된다.)

D.46.3.64 Paul. 14 ad Plautium: (나의 지시로 네가 나에게 부담하는 채무를 나

의 채권자에게 변제하면 너도 나로부터, 나도 나의 채권자로부터 채무면제된다.)

**D.50.16.187 Ulp. 32 ad ed.:** (“추심된 금원“이라는 표현은 비단 변제뿐만 아니라, 또한 지시에도 해당시켜야만 한다.)

## ② 약속의 지시

**D.16.1.8.3 Ulp. 29 ad ed.:**(… 왜냐하면 문답채무자에게 지시하는 자 역시 변제하는 것이기 때문이다.)

**D.44.5.1.9:** (그런데 舊主人 자신에게 약속되었든, 또는 타인에게 舊主人의 의사에 따라서 약속되었든, 그것은 자유에 부담을 가하기 위하여 행해진 것으로 생각되고, 그래서 이 항변[=exceptio onerandae libertatis causa 자유부담부과의 항변]이 적용될 것이다.)

따라서 예컨대 Gaius가 Maevius에게, Maevius는 다시 Seius에게 증여하고자 하는 경우에 Maevius가 Gaius에게 지시하여 Seius에게 증여의 약속을 하게 하면 Gaius의 그 약속은 Maevius가 Seius에게 직접 약속한 것과 다를 바 없고 모든 당사자들 사이의 증여가 완성된다.

**D.39.5.2.2 Iul. 60 dig.:** (그런데 내가 티티우스에게 금원을 증여하려고 하면서 나에게 같은 금액을 증여하기를 원한 너에게 지시하여 티티우스에게 약속하도록 하는 경우에는 모든 당사자들 사이에 증여가 완성된다.)

**D.39.5.33.3 Hermog. 6 iuris epit.:** (甲이 너에게 증여하기를 원하고 네가 乙에게 증여하는 의사를 가진 경우에 甲이 너의 의사에 기하여 문답계약의 要約을 하는 乙에게 약속하는 경우에는 증여가 완성되며, 또 甲은 취소하는 乙에게 아무 것도 증여한 것이 아니므로, 그리고 참으로 그가 할 수 있는 資力範圍內가 아니라 전액에 있어서, 패소판결을 받는다. 이것은 또한 증여를 받았을 자가 指示하여 그의 채권자에게 증여자가 약속하는 경우에도 준수된다. 왜냐하면 이 경우에도 채권자는 자기의 사무를 처리하는 것이기 때문이다.)

다만 Hermogenianus에 의하면 乙이 甲을 상대로 취소하는 경우 甲은 일반적으로 증여자에게 인정되는 資力限度의 이익(beneficium competentiae)이 인정되지 않는다고 하는데, 그 이유는 甲과 乙 사이에는 증여관계가 성립하는 것이 아니기 때문이라는 것이다. 이 논리는 甲의 급부는 乙에 대한 것이 아니라 “너”(Tu)에 대한 것이라는 점에 반하는 것으로 보인다. 그러나 이것은 실은 甲이 乙에게 약속한 —게다가 증여의 경우 현실증여가 아닌 한 필수적인— 문답계약(stipulatio)의 無因性으로 말미암아 甲과 “너”의 보상관계상의 사유가 甲과 乙의 관계에 있어서 고려될 수 없기 때문에 나오는 결론이다. 따라서 資力限度의 이익이 인정되려면 甲과 乙 사이에 증여관계가 존재하지 않으면 안 되는데, 이것이 부정되므로 資力限度의 이익도 부인된다는 지적인 것이다. “너”가 乙에게 증여하는 것이 아니라 채무를 변제하려는 경우에도 사정은 마찬가지이다. 채권자가 자기의 사무를 처리하는 것이므로, 즉 채권의 만족을 위한 변



제를 수령하는 것이므로, 다시 말해서 증여를 받는 것이 아니므로 資力限度의 이익이 인정될 수 없다는 것이다.

또 소비대차의 경우 貸主가 자기의 채무자에게 지시하여 借主에게 금원을 제공하여도 직접 제공한 것과 같이 취급된다.

D.12.1.32 Celsus 5 dig. (켈수스 학설집 제5권. 네가 나와 티티우스에게 貸金을 요청하고 내가 나의 채무자에게 지시하여 너에게 약속하도록 하고 너는 그가 티티우스의 채무자라고 생각하면서 문답계약의 要約을 한 경우에 너는 나에게 구속되는가? 私見으로는 내가 참으로 나와 아무런 법률행위를 체결하지 않았기에 의문으로 생각한다. 그러나 내가 구속된다고 내가 판단하는 것이 보다 비근하다. 너에게 내가 貸金했기 때문이 아니라(왜냐하면 이것은 합의자들 사이가 아니면 행해질 수 없기 때문이다), 나의 금원이 너에게 이르렀으므로 그것이 나에게 너에 의하여 반환되는 것이 衡平에 부합하기 때문이다.)

D.12.1.15 Ulpianus 31 ad ed. (貸金채무에 관하여는 일정한 특별법리가 수용되었다. 왜냐하면 내가 나의 채무자에게 지시하여 너에게 금원을 供與하도록 하는 경우 너는 나의 鑄貨들을 수령하는 것이 아님에도 불구하고 나에게 구속되기 때문이다. 그리하여 2인에 있어서 수용된 바가 또한 동일인에 있어서도 수용되어야 한다. 그래서 내가 나에게 委任의 원인으로 금전채무를 부담하고, 내가 貸金의 명목으로 그것을 보유하는 경우 나에게 금원이 供與되고 나에게서 너에게로 이른 것으로 인정된다.)

이러한 상황들이 문제로 인식된 것은 소비대차에 대한 엄격한 개념적 접근 때문이었다.<sup>23)</sup>

채무변제의 경우에도 마찬가지이다.

D.46.1.18 Iul. 90 dig.: (자신의 채무자에게 변제 指示하는 자는 자신이 가진 채권 액만큼 금원을 供與하는 것으로 생각된다....)

D.24.1.3.12 Ulpianus 32 ad Sab.: (… 그리고 네가 타인을 통하여 수령하는 것은 내가 수령하는 것임은 새롭거나 이상한 것이 아니다. 왜냐하면 자신이 너의 채권자의 대리인이라고 허위표시하는 자가 너의 채무자로부터 네가 지시하여 금원을 수령하는 경우에도 네가 절도소권을 가지며 또한 그 금원 자체가 너의 것이라는 것이 확립되어 있기 때문이다.)

또 그 채무가 자연채무인 경우에도 같은 법리가 적용된다.

D.12.6.26.12 Ulp. 26 ad ed.: (피해방자가 자신이 舊主人에게 노역을 채무부담하고 있다고 생각하여 이행하였다. 그는 비록 자신이 구속되어 있다고 생각하면서 이행했다라도 부당이득반환청구할 수 없다고 율리아누스는 학설집 제10권에서 기술하였

23) 拙稿, “民法 제605조(準消費貸借)의 規定適合性에 관한 管見—歷史의 慣性과 體系整合性 사이에서—,” 서울대학교 法學 제35권 1호 (1994. 5), 218ff., 231ff.

다. 왜냐하면 피해방자는 舊主人에게 노역을 자연채무로 부담하기 때문이다. 그러나 노역이 舊主人에게 이행된 것이 아니라 의무[적 노무]가 그에게서 요구되므로 舊主人과 금전으로 타결하여 변제한 경우에도 반환청구할 수 없다. … 그러나 被指示人이 의무적 노역을 이행하는 경우 그는 부당이득반환청구할 수 없는데, 그가 이행한 채권자로부터도 그럴 수 없고, 왜냐하면 그에게는 타인을 염두에 두고서 이행되었지만 그는 자신의 몫을 받는 것이기 때문이며, 또 舊主人으로부터도 그럴 수 없는데, 왜냐하면 그에게 자연채무가 부담되는 것이기 때문이다.)

따라서 非債를 수령한 자는 그것으로써 자신의 채무를 변제할 것을 지시하는 경우 변제시에 臨在한 여부에 따라서 非債를 중국적으로 자신의 것으로 취하려는 의사가 판명되므로 절도소권으로써 책임을 지는가는 변제시의 臨在 여부에 의한다는 해석이 가능하다.

**D.47.2.43.2 Ulp. 41 ad Sab.:** (非債를 수령한 자가 변제하도록 指示하는 경우에는 그가 不在하는 중에 변제되었다면 절도소권이 인정되지 않을 것이다. 반대로 臨在하는 중이었다면 사정이 다르며 그는 절도를 범한 것이다.)

또 借金하는 자가 貸金하는 자에게 지시하여 제3자에게 금원을 약속하게 하는 때에도 그 약속은 지시하는 借金者의 지시수령인에 대한 급부이면서 동시에 貸主의 借主에 대한 貸金에 해당하는 것이므로, 지배인 노예가 그와 같이 약속한 경우에 노예주인에게 그 부분에 대해서도 貸金訴權이 인정된다.

**D.14.3.19.3 Pap. 3 resp.:** (금전 利殖만을 위하여 선임된 노예는 개입[채무가담]을 통하여 負債를 인수하는 경우 지배인으로서 주인을 전액에 있어서 범무관범에 의해 구속하지 않는다. 그러나 그가 금원을 이자부로 대여받은 자를 위하여 [그의] 指示에 의하여 타인에게 약속한 것은 指示한 자를 상대로 貸金訴權을 취득한 주인에 의해서 정당하게 청구될 것이다.)<sup>24)</sup>

나아가서 피지시인이 婦人인 경우에도 지시에 따라 급부하는 부인에게는 일반적으로 채무가담의 경우에 인정되는 항변이 문제되지 않는다.

**D.16.1.8.2 Ulp. 29 ad ed.:** (婦人이 甲에게 乙을 위하여 개입[채무가담]하고, 곧 甲을 위하여 그의 채권자에게 개입하는 경우 두 개의 개입이 이루어졌다고, 하나는 乙을 위하여 甲에게, 다른 하나는 甲을 위하여 그의 채권자에게, 그리고 그래서 甲에게도 또 그를 상대로도 채권이 회복되는 것이라고 율리아누스는 학설집 제12권에서 기술한다. 그러나 마르켈루스는 처음부터 부인이 타인의 자리를 갈음하고 그로부터 채무가 이전되기를 채권자가 바란 채무자의 부담을 인수하는 것[채무가담]이 함의되는지, 아니면 채무자로서 지시받는 것인지, 즉 그 결과 채무자로서 지시받은 때에는 개

24) 拙稿, “로마法上의 支配人訴權(下),” 서울대학교 法學 제35권 3·4호 (1994. 12), 107ff., 126f.

입은 하나이므로, 차이가 있는 것이라고 評注한다. 그리하여 이러한 자신의 구별에 따르면 그녀가 채무자로서 지시받은 제 1의 경우에 그녀에게 원로원의결의 항변을 마르켈루스는 부여하지 않을 것이다. 그러나 그녀는 패소판결 받거나 또는 패소판결 전에 항상 그에게 지시한 자에게서 그녀에게 일실되는 것이나 또는 아직 일실되지 않은 경우에는 채무면제를 부당이득반환청구할 수 있을 것이다.)

그러므로 다음의 개소는 부인에게 지시한 것이 아니라 부인이 채무가담한 사안에 관한 것이다.

**D.16.1.8.8 Ulpianus 29 ad ed.:** (채무자와 더불어 그[채무자]가 債務引受者를 제공하기로 합의하여 그에게 변제수령요식행위가 이루어지고, 그런 다음 그가 원로원의결의 원조로 무장된 婦人을 제공한 경우에는 그로부터 마치 그가 [채무인수자들] 제공하지 않았던 것처럼 부당이득반환청구될 수 있다. 왜냐하면 그가 [채무인수자들] 제공하지 않는 것과 그런 자를 제공하는 것에 무슨 차이가 있는가? 그러므로 準訴權이 필요하지 않을 것이다. 왜냐하면 부당이득반환청구소권이 인정되기 때문이다.)

수동적으로 지시를 받는 것은 능동적으로 채무가담(*intercessio*)하는 것과는 경우가 다르기 때문이다.

**D.46.2.19 Paul. 69 ad ed.:** (指示人에게 대항될 수 있었던 약의의 항변은 指示受領人인 채권자에 대하여는 적용되지 않는다... 원로원의결에 위반하여 약속한 婦人의 경우는 다르다. 왜냐하면 제 2의 약속에도 개입[채무가담]이 존재하기 때문이다...)

미성년자의 경우에도 그가 미성년인 한 사정은 마찬가지로이다.

**D.46.2.19 Paul. 69 ad ed.:** (指示人에게 대항될 수 있었던 약의의 항변은 指示受領人인 채권자에 대하여는 적용되지 않는다... 또 기망 당하여 지시를 받는 미성년자의 경우에도 마찬가지로인데[=다른데], 왜냐하면 그가 지금까지도 미성년이면 다시 기망 당하기 때문이다. 이미 25세의 나이를 넘은 경우에는, 비록 아직 먼저의 채권자를 상대로 원상회복될 수 있을지라도, [사정이] 다르다 ...)

지시인의 지시수령인에 대한 이행의 범위는 피지시인이 실제로 급부한 상당액 또는 그의 資力 만큼 이루어진 것으로 평가된다.

**D.39.6.31.3 Gaius 8 ad ed. prov.:** (내가 死因으로 너의 채무자에게 지시하여 나에게 또는 나의 채권자에게 10금을 기존채무변제[채무인수]약속하도록 하는 경우에 그 채무자가 資力이 없으면 법적으로 어떠한가 문제이다. 율리아누스는 내가 문답계약의 要約을 하는 경우에는 나는 채무자가 資力이 있었던 상당액만큼 금원을 취득한 것으로 생각된다고 말한다. 왜냐하면, 그는 가로되, 증여자가 [건강을] 회복했더라도 채무자에 대한 채권만을 회복해야 할 것이기 때문이다. 그러나 나의 채권자가 문답계약의 要約을 하는 경우에는 나는 나의 채권자로부터 채무면제되는 상당액만큼만 금원을 수령했던 것으로 생각된다.)

**D.39.6.18.1 Iul. 60 dig.:** (내가 나에게 死因贈與하려고 하여 너의 채무자에게 지시

하여 나의 채권자에게 변제하도록 하는 경우에는 나는 모든 경우 나의 채권자로부터 내가 채무면제되는 상당액만큼 취득하는 것으로 생각될 것이다. 그러나 같은 자[=나의 채무자]로부터 내가 문답계약의 要約을 하는 경우에는 나는 [나의] 채무자가 資力이 있는 한도로 취득한다고 판단되어야 할 것이다. 왜냐하면 채권자면서 동시에 증여자인 자[=너]가 [건강을] 회복했었다라도 그는 부당이득반환청구소권 또는 사실소권으로써 채무자에 대한 채권만을 회복할 것이기 때문이다.)

그러므로 지시수령인의 입장에서는 특단의 사정이 없는 한 피지시인의 존재를 받아들이는 것 자체가 일반적으로 자신의 채권을 강화하는 효과가 있게 된다.

**D.17.1.26.2 Paul. 32 ad ed.:** (채무자가, 資力이 없음에도 불구하고, 信命保證人에 의하여 채권자에게 변제하도록 指示받은 경우에도 信命保證人에게 금원이 일실하는 것으로 생각된다. 왜냐하면 指示받은 채무자를 받아들이는 채권자는 채권을 [지급능력 있는] 좋은 것으로 삼는 것이기 때문이다.)

그러나 약속의 지시에 있어서 지시로써 更改가 이루어진 경우에는 사정이 다르다. 우선 更改가 채권자의 변경을 내용으로 하는 경우(“그대는 그대가 티티우스에게 부담하는 채무금을 나에게 공여할 것을 약속하는가?”[quod Titio debes, mihi dari spondesne])에는 보상관계상의 채권을 전제로 한다. 반면에 채무자의 변경을 내용으로 하는 경우(“그대는 세이우스가 나에게 부담하는 채무금을 나에게 공여할 것을 약속하는가?”[quod Seius mihi debet, mihi dari spondesne])에는 대가관계상의 채권을 전제로 한다. 어쨌든 更改가 일어난 경우 更改로 소멸한 소권의 행사가 인정되지 않음은 물론이다.

**C.8.41.2 Gord. [a.238]:** (어떤 자에게 제대로 이루어진 指示에 따라 更改의 범리에 좇아서 舊계약이 효력을 상실한 경우에는 貸金계약에 기한 訴權은 무효로 규정된다.)

또 채무자가 변경된 경우에 새로운 계약의 실현 여부는 舊계약의 소멸로써 채무가 면제된 원채무자에게 아무런 효과도 미치지 않는다.

**C.8.41.3.1 Gord. [a.239]:** (指示가 이루어져 更改의 범리에 좇아서 그대가 채무면제된 경우에는 그대는 말하자면 그가 자신의 고객으로부터 추심을 하지 않음으로써 그대에게 위협이 미치지 않을까 헛되이 두려워할 것이다. 왜냐하면 그대는 更改의 의사가 개재된 경우에는 언어계약을 통하여 채무가 면제되기 때문이다.)

특히 更改로 인한 새로운 채무자의 資力에 대한 위협은 채무자의 변경에 동의한 지시수령인이 부담한다. 물론 이러한 위협을 지시인이 특별히 인수하는 경우에는 그렇지 않다.

**D.17.1.22.2 cit.**

D.17.1.45.7: (내가 나에게 부담한 채무금을 내가 너의 채무자로부터 너의 위협으로 문답계약으로 要約하였다. 나는 너를 상대로, 비록 그 위협이 너의 사무에 관한 것이라고 할지라도, 위협의 소로써 내가 그로부터 보전할 수 없을 상당액에 대하여 소구할 수 있다고 네르바와 아틸리키누스는 말하며, 이는 정당하다. 왜냐하면 그때에는 채무자에게 지시하는 자는, 그가 채무자의 위협으로 그로부터 문답계약의 要約을 하는 때가 아니라 그의 채무를 채권자가 추심하면, 채무면제되기 때문이다.)

I.3.26.2: (너와 위임인의 [이익을 위한 위임은] … 가령 그[=지시인]가 너에게 부담한 자신의 채무에 대하여 너[=지시수령인]를 위하여 지시하는 자[=피지시인]로부터 네가 그[=지시인] 자신의 위협으로 문답계약의 要約을 하는 경우.)

(나) 補償關係상 하자가 있는 경우

(a) 일반적인 경우

지시수령인의 피지시인에 대한 관계는 기본적으로 지시수령인의 지시인에 대한 관계(대가관계)에 의하여 규정되며 피지시인의 지시인에 대한 관계(보상관계)에 의하여 영향을 받아서는 안 된다. 지시수령인이 피지시인의 급부를 수령하는 것은 그가 지시인으로부터 받는 것으로 평가되기 때문이다. 이러한 사정은 보상관계상 하자가 있어서 피지시인이 지시인에게 대항할 수 있는 경우에 특히 의미가 있다. 원칙적으로 이 경우 지시수령인과 지시인 사이의 대가관계에 아무런 하자가 없는 한, 지시수령인의 급부 수령은 법률상 유효하게 이루어진 것이므로, 피지시인은 지시수령인이 아니라 지시인을 상대로 보상관계상의 하자로 인한 구제(conductio)를 청구할 수 있다.

D.46.2.13 Ulp. 38 ad ed.: (내가 채무자 아닌 자에게 채무자인 것처럼 지시하여 나의 채권자에게 변제하도록 하는 경우에는 [지시수령인을 상대로] 항변이 적용되지 않을 것이지만, 그러나 부당이득반환청구소권이 指示한 자를 상대로 인정된다.)

D.46.2.12 Paul. 31 ad ed.: (어떤 자가 악의의 항변으로써 자신을 보호할 수 있음을 알았던 채무자에게 指示하는 경우에 [그 被指示人인 채무자는] 증여하는 자에 유사한 것으로 생각될 것이다. 왜냐하면 항변을 포기하는 것으로 생각되기 때문이다. 그러나 그가 착오로 채권자에게 약속하는 경우에는 착오로 채권자를 상대로 항변을 사용할 수 없을 것이다. 왜냐하면 그[=채권자]는 자기 몫을 수령한 것이기 때문이다. 그러나 指示한 자는 금원이 지급되지 않은 때에는 불확정물의, 또는 지급된 때에는 확정물의 부당이득반환청구소권으로써 책임진다. 그리고 그 자신이 금원을 급부하는 경우에는 委任소송으로써 소구할 것이다.)

C.4.5.2 Sev./ Ant. [a.213]: (그대가 어떤 거래행위도 없이 非債를 타인의 채권자에게 약속하도록 指示받은 경우에는 그대에게 指示한 여자를 상대로 그대는 부당이득반환청구소권을 가질 수 있다.)

D.44.4.5.5 Paul. 71 ad ed.: (내가 나에게 법정한도를 초과하여 증여하고자 원한 자에게 지시하여 나의 채권자에게 변제하도록 하는 경우에 그는 청구자를 상대로 항

변을 사용할 수 없을 것이다. 왜냐하면 채권자는 자신의 몫을 청구하는 것이기 때문이다. … 그러므로 指示한 채무자는 부당이득반환청구소권으로써 … 채무자를 채무면제시키든가 아니면 이미 변제한 때에는 금원이 그에게 반환되도록 책임을 진다.)

**D.44.4.4.20 Ulp. 76 ad ed.:** (또 나의 채무자가 너를 기망하였고 너를 나에게 채무자로 제공하고 내가 너한테서 문답계약의 要約을 하고, 그런 다음 내가 청구하는 경우에 악의의 항변이 방해하는지 문제이다. 오히려 너에게 나의 채무자의 악의에 관하여 나를 상대로 항변하는 것이 허용되지 않는다고 할 것인데, 왜냐하면 내가 너를 기망한 것이 아니기 때문이다. 그러나 나의 채무자 자신을 상대로 너는 제소할 수 있을 것이다.)

**D.44.5.1.10 Ulp. 76 ad ed.:** (舊主人이 자신의 피해방노예에게 지시하여 채권자에게 변제하도록 하는 경우에 被指示人이 약속한 채권자를 상대로 이 자유부담부과의 항변을 사용할 수 있는지 살펴보자. 카씨우스는 우르세이우스가 채권자가 참으로 항변으로써 결코 배척되어서는 안된다. 왜냐하면 그는 자기 몫을 수령한 것이기 때문이다. 그렇지만 피해방자는, 분쟁을 화해할 목적이 아닌 목적으로 그렇게 한 것이라면, 舊主人에게서 부당이득반환청구할 수 있다고 판단했다고 報告한다.)

**D.46.2.19 Paul. 69 ad ed.:** (指示人에게 대항될 수 있었던 악의의 항변은 指示受領人인 채권자에 대하여는 적용되지 않는다. 또 여타의 유사한 항변들의 경우에도 마찬가지이며, 특히 원로원의결에 기하여 家子에게 부여되는 항변의 경우에도 그러하다. 그러니까 원로원의결에 위반하여 소비대차금을 공여한 자가 지시한 경우의 指示受領人인 채권자를 상대로 항변을 사용할 수가 없는데, 왜냐하면 이 약속에서는 아무 것도 원로원의결에 위반하여 이루어지고 있지 않기 때문이다. 이 자는 또한 변제한 것을 반환청구할 수 없는 만큼 더욱더 그러하다. … 그래서 항변들은 제 2의 채권자를 상대로 부인되는데, 왜냐하면 私人들간의 계약과 약정들의 경우 청구자는 지시받은 자와 채무자 사이에 무엇이 체결되었는지 쉽게 알 수 없거나, 또는 알더라도 호기심 많은 것으로 보이지 않기 위해서 그렇지 않은 척해야만 하기 때문이다. 그래서 그를 상대로는 채무자에 기인하는 항변을 부인해야만 한다.)

**D.16.1.8.3 Ulp. 29 ad ed.:** (때로는 개입[채무가담]하는 婦人에게 또한 부당이득반환청구소권이 인정된다. 예컨대 그녀가 이 원로원의결[=SC. Velleianum]에 위반하여 구속된 상태에서 자신의 채무자에게 指示한 경우, 그러니까 이 경우 그녀 자신에게 부당이득반환청구소권이 인정되는데, 마치 그녀가 금원을 변제했다라면 부당이득반환청구했을 경우와 같기 때문이다. 왜냐하면 문답채무자에게 지시하는 자 역시 변제하는 것이기 때문이다.)

채무자 아닌 자 또는 항변으로 자신을 보호할 수 있는 자가 부인의 지시에 따라서 嫁資를 공여하거나 약속한 경우에도 같은 법리가 적용된다.

**D.12.4.9.1 Paul. 17 ad Plaut. :** (어떤 자가 非債金を 착오로 婦人의 指示에 따라서 그녀의 약혼남에게 약속하였고 결혼이 이루어졌던 경우 그는 악의의 항변을 사용할 수 없다. 왜냐하면 夫는 자신의 사무를 처리하고 아무 짓도 악의로 하지 않고 또

欺罔 당해서는 안되기 때문인데, 그가 嫁資 없는 妻를 가지도록 강제된다면 그런 일이 생기는 것이다. 그러므로 부인을 상대로 부당이득반환청구소권이 그에게 인정되고, 그래서 그는 그녀로부터 그가 夫에게 供與한 것을 반환청구하거나, 아니면 그가 아직 변제하지 않은 때에는 자신이 채무면제될 것을 청구할 수 있다. 그러나 혼인이 해소되었는데도 夫가 청구하는 때에는 부인이 반환받았을 금액에 한하여 항변이 방해해야만 한다.)

**D.23.3.78.5 Tryph. 11 disp.:** (嫁資의 명목으로 문답계약의 要約을 하는 夫에게 항변에 의하여 변제하지 않아도 안전한 자가 착오로 諾約한 경우에는 그는 그[=夫]에게 변제하도록 강제되고, 부인 또는 그녀의 父 양자 중 1인이 指示한 때에는 부인 또는 그녀의 父를 상대로 그가 非債를 夫에게 약속했거나 변제한 것으로 인하여 부당이득 반환청구소권을 가질 것이다.)

이러한 규율은 嫁資의 경우 부인을 위한다는 그 취지로 인하여 발전했던 다음과 같은 독특한 법리의 배경하에서 더욱 잘 이해될 수 있다.

① 부인의 악의를 원인으로 하는 항변의 차단

**D.44.4.4.21:** (그러나 부인이 악의를 범한 후 자신의 채무자에게 지시하여 夫에게 嫁資를 공여하도록 하는 경우에도 [채무자가] 부인의 악의에 관하여 [夫에게] 항변하는 것은, 그녀가 嫁資 없는 부인이 되지 않도록, 허용되어서는 안 된다는 같은 법리가 승인되어야만 할 것이다.)

② 피지시인의 無資力 위험의 차단

지시를 받은 채무자가 嫁資를 문답계약으로써 약속하는 경우 그의 無資力의 위험은 夫가 부담하였다. 다시 말하면 부인은 指示로써 嫁資供與의 책임을 벗어났다. 이것은 문답계약의 無因性을 고려하면서 부인을 위하여 지시를 ‘변제를 위한 것’(erfüllungshalber)이 아니라 ‘변제에 갈음하는 것’(erfüllungsstatt)으로 파악한 것이라고 볼 수 있다.

**D.23.3.41.3 Paulus 35 ad ed.:** (부인의 채무자에 의하여 조건부로 嫁資가 약속되고 후에, 그러나 夫가 청구할 수 있기 전에, 채무자가 資力이 없어지는 경우에는 위험은 오히려 부인에게 속한다는 것이 통설이다. 왜냐하면 夫가 그가 청구할 수 없는 시점에 금전채권을 취득한 것으로 생각되지는 않기 때문이다. 그러나 채무자가 조건부로 약속한 그때에 이미 채무자가 資力이 없는 경우에는 위험은 남편의 것이다. 왜냐하면 그는 알면서 채권관계의 初에 그러했던 바와 같은 그러한 금전채권을 취득한 것으로 생각될 것이기 때문이다.)

**D.23.3.53 Neratius 3 membr.:** (남편이 처에게 증여하기를 원했고 부인의 資力이 없었던 채무자가 嫁資를 그[=남편]에게 약속한 경우에는 그[=채무자]가 資力이 있었던 한도만큼만 위험은 남편의 것이다. 그리고 채무자의 변제능력에 부가되는 것이 있을 때에는 위험은 부가되는 금액만큼 증가하며, 그[=채무자]가 다시 이득을 상실한 상태가 되는 경우에도 그대로 남을 것이다. 왜냐하면 嫁資가 약속된 때, 채무자로부터 보전될 수 없었던 금원의 증여가 아니라면, 증여가 행해진 것도 아니고, 또 그[=채무자]가 資力이 있기 시작하는 때 증여의 원인이 지속하는 것도 아니기 때문이다. 왜냐하면 嫁資가 약속된 시점에도 그[=채무자]가 이득한 상태였었다면 있었을 상황과 같은

상황에 있기 때문이다.)

물론 대가관계가 증여인 경우, 또는 피지시인이 지시수령인에게 문답계약으로써 낙약한 경우에는 이들 법률관계에 따르는 특성으로 인하여 대가관계가 有償契約인 경우, 또는 피지시인의 급부가 현실이행인 경우와는 달리 취급되어서 피지시인에게 약의 항변과 부당이득반환청구소권이 인정된다.

**D.44.4.7.pr Ulpianus 76 ad ed.:** (율리아누스는 말한다: 내가 너에게 부담하고 있다고 생각한 채무금을 너의 指示에 따라서 네가 증여하고자 원한 자에게 諾約하는 경우에는 나는 약의 항변으로써 나를 보호할 수 있을 것이고, 그밖에도 부당이득반환청구소권이 나에게 문답계약채권자를 상대로 그가 나를 채무면제시키도록 인정된다.)

≍**D.39.5.2.3:** (내가 너에게 부담하고 있다고 생각한 채무금을 너의 指示에 따라서 내가 증여하고자 원한 자에게 諾約하는 경우에는 법리가 다를 것이다. 왜냐하면 나는 약의 항변으로써 나를 보호할 수 있을 것이고, 그밖에도 나는 불확정물의 부당이득 반환청구소권으로써 그가 나에게 문답계약의 변제수령요식행위를 하도록 강제할 수 있을 것이기 때문이다.)

#### (b) 대상사례의 경우: 후견인의 조성 없는 피후견인의 지시

대상사례의 경우에는 지시인과 피지시인 사이의 보상관계에 일반적인 경우와는 다른 문제점이 존재한다. 지시인이 피후견인이므로 후견인의 조성을 받아야 함에도 불구하고 그 조성 없이 지시를 했기 때문이다[A]. 폼포니우스는 이러한 문제상황에서 보상관계의 실질에 다른 이상이 없는 경우, 즉 피지시인이 지시인의 실제 채무자인 경우[B]와 그가 지시인의 채무자가 아니어서 보상관계상 실질적인 하자가 있는 경우[C]로 나누어서 검토하고 있다.

##### ① [B] 피지시인이 피후견인의 채무자인 경우

이 경우에 피지시인은 일단 후견인의 조성이 없이 피후견인에게 지급한 경우와 같은 처지에 있다고 볼 수 있다. 다만 그의 출연의 수령자가 피후견인이 아니라 그의 채권자라고 하는 점이 다를 뿐이다. 따라서 피지시인은 그의 출연에도 불구하고 구속된 상태로 남는다[Ba의 후단]. 또 피후견인의 채권자는 자신의 채권의 만족을 피지시인의 출연을 통하여 얻고, 그럼으로써 피후견인의 채무 또한 면제된다[Ba의 전단]. 따라서 피후견인은 자신의 채무가 면제된 한, 이득한 상태에 있는 것이고, 이득하고 있음에도 불구하고 형식적인 이유로 다시 자신의 채무자인 피지시인에게 이행을 청구하는 경우에는 피지시인은 당연히 항변으로써 자신을 보호할 수 있다[Bb]. 결국 지시가 개입되었다는 사정만으로는 후견인의 조성 없는 피후견인의 행위의 효과에 변화가 오지 않는 것임이 확인된다. 지시는 전술했듯이 이행의 한 방



편이기 때문이다.

② [C] 피지시인이 피후견인의 채무자가 아닌 경우

그러나 피지시인이 지시인인 피후견인의 채무자가 아닌 경우에는 사정이 다르다. 이때에는 후견인의 조성이라는 문제점 외에 채권채무관계의 존재라고 하는 보상관계상의 실질이 결여되어 있기 때문이다. 만일에 지시인이 피후견인이 아니었다면 지시인은 非債를 변제한 것이고, 그 변제를 수령한 제3채권자/지시수령인은 자기 채무자의 지시에 의하여[cf. Cb] 자신의 채권을 만족받은 것(suum receptit)이므로 피지시인에 대한 관계에서 부당이득의 사유가 존재하지 아니하고, 따라서 피지시인은 허위의 채권자인 지시인을 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있을 것이다. 그러나 대상사례의 경우에는 지시인이 피후견인이어서 후견인의 조성이 없이는 구속되지 않으므로 채무면제라는 부당이득[cf. Cc]을 이유로 하는 반환청구도 그를 상대로 인정되지 않는 것이 법리이다[Ca]. 그러나 이러한 결론은 非債를 변제한 피지시인으로서 매우 불합리한 것이 아닐 수 없다. 이를 구제하기 위하여 폼포니우스는 피후견인이 이득하고 있는 상당액, 다시 말해서 그의 채무가 변제된 상당액에 대하여 피지시인에게 준소권을 인정한다. 이것은 명백히 형평(aequitas)에 기한 해결책이다.

(다) 對價關係상 하자가 있는 경우

피지시인의 出捐은 지시인이 지시수령인에게 한 이행으로 평가되므로, 피지시인을 통하여 급부한다고 해서 대가관계상의 하자가 사라지는 것은 아니다. 예컨대 대가관계가 —시민법상 무효인— 부부간의 증여인 경우를 들 수 있다.

**D.24.1.5.3 Ulpianus 32 ad Sab.:** (남편의 채무자가 금원을 夫의 指示에 따라서 妻에게 약속하는 경우에는 무효이다.)

**D.24.1.39 Iulianus 5 ex Minicio:** (남편이 妻에게 금원을 증여하기를 원하여 그녀에게 자신의 채무자로부터 문답계약의 要約을 받는 것을 허용하였다. 그녀가 그것을 행한 후 금원을 가져가기 전에 이혼을 하였다. 나는 묻노니, 남편이 그 금원을 청구해야 하는가, 아니면 그 약속에 관한 한 증여의 원인으로 인하여 소권이 인정되지 않는가? 나는 대답하노니, 그 문답계약은 무효였다....)

그러나 대가관계의 하자로 인하여 지시인의 이행이 부인되더라도 피지시인은 경우에 따라서는 보상관계상 자신이 지시인에게 부담하는 채무를 벗어날 수가 있다. 그러나 그 논거는 법률가에 따라서 다소간에 차이가 있었던 것으로 보인다.

**D.24.1.26.pr Paulus 7 ad Sab.:** (나에게 매도하는 자에게 내가 지시하여 그 물건을 나의 처에게 증여의 원인으로 供與하도록 하고 그가 점유를 나의 指示에 따라서 인도하는 경우에는 그는 채무면제될 것이다. 왜냐하면 비록 그녀가 시민법상 점유하

는 것으로 인정되지 않을지라도 분명히 매도인은 그가 인도하는 것을 더 이상 가지지 않기 때문이다.)

**D.24.1.3.12 Ulpianus 32 ad Sab.:** ([夫가] 자신의 채무자에게 지시하여 그[=妻]에게 변제하도록 하는 경우 鑄貨들이 妻의 것이 되고 채무자는 채무면제되는지가 문제이다. 퀸스스는 학설집 제15권에서 이렇게 기술한다: 채무자도 채무면제되고 또 鑄貨들도 妻의 것이 아니라 夫의 것이 되었다고 말할 수 없는지 살펴보아야 한다 왜냐하면 증여가 시민법상 저지되지 않는다고 한다면 처리된 일의 순서는 금원이 너의 채무자로부터 너에게로, 그런 다음 너로부터 부인에게 이른 것으로 될 것이기 때문이다. 왜냐하면 행위들을 상호 결합하는 신속함으로써 하나의 행위가 감춰지고, 그밖의 점에서는 채무자가 채권자에게 공여하고, 채권자가 妻에게 供與하는 것이기 때문이다. 그리고 내가 타인을 통하여 수령하는 것은 내가 수령하는 것임은 새롭거나 이상한 것이 아니다. 왜냐하면 자신이 너의 채권자의 대리인이라고 허위표시하는 자가 너의 채무자로부터 내가 指示하여 금원을 수령하는 경우에도 내가 절도소권을 가지며 또한 그 금원 자체가 너의 것이라는 것이 확립되어 있기 때문이다.)

**D.24.1.3.13:** (나에게 증여하려는 자에게 내가 지시하여 나의 妻에게 供與하도록 하는 경우에 관하여 율리아누스가 학설집 제17권에서 기술했던 것은 이 견해에 부합한다. 왜냐하면 율리아누스는 무효이다. 왜냐하면 마치 내가 수령하여 나의 것이 된 것을 나의 처에게 주었던 것처럼 간주되어야 하기 때문이다라고 말하기 때문이다. 이 견해는 옳다.)

**또** 대가관계상 하자가 있는 경우에 급부된 것을 반환청구할 수 있는 것은 이행을 한 것으로 평가되는 지시인이지, 현실로 出捐을 한 피지시인이 아니다.

**D.12.4.9.pr Paulus 17 ad Plautium:** (婦인에게 증여하려는 자가 그녀의 指示에 따라 [그녀의] 약혼남에게 지급하였는데 결혼이 이루어지지 않은 경우에는 그 부인이 부당이득반환청구할 것이다. 그러나 내가 약혼남과 계약하고 금원을 결혼이 이루어지면 [그것이] 부인에게 嫁資로 취득되고, 만일에 [결혼이] 이루어지지 않으면 나에게 반환되도록 供與한 경우에는 금원은 말하자면 목적급부로서 供與된 것이고 목적이不到達하면 내가 약혼남으로부터 부당이득반환청구할 수 있을 것이다.)

**D.16.1.8.3 Ulp. 29 ad ed.:** (때로는 개입[채무가담]하는 婦인에게 또한 부당이득반환청구소권이 인정된다. 예컨대 그녀가 이 원로원의결[=SC. Velleianum]에 위반하여 구속된 상태에서 자신의 채무자에게 指示한 경우. 그러니까 이 경우 그녀 자신에게 부당이득반환청구소권이 인정되는데, 마치 그녀가 금원을 변제했다라면 부당이득반환청구했을 경우와 같기 때문이다. 왜냐하면 문답채무자에게 指示하는 자 역시 변제하는 것이기 때문이다.)

**D.47.2.44.pr Pomponius 19 ad Sab.:** (채무자의 指示에 따라서 타인으로부터 채권자의 無權代理人이 수령한 경우에 그는 채무자에게 절도소권으로써 책임지며 鑄貨들은 채무자의 것이 될 것이다.)

**D.44.5.1.11 Ulp. 76 ad ed.:** (또 피해방자가 자신의 채무자에게 지시하여 [자신의]

舊主人에게 변제하도록 하는 경우에는 舊主人은 어떤 항변에 의해서도 배척되어서는 안되지만, 그러나 피해방자는 舊主人으로부터 부당이득반환청구소권을 통하여 이것을 반환청구할 것이다.)

**D.39.5.21.1 Celsus 28 dig.:** (그러나 내가 나의 채무자에게 지시하여 너에게 과도한 증여의 원인으로 약속하도록 한 경우에 내가 증여의 항변으로써 배척되는지 아닌지 논의될 것이다. 나의 채무자는 참으로 訴求하는 너를 항변으로써 배척할 수 없다. 왜냐하면 내가 마치 나의 채무자로부터 추심된 금액을 너에게 증여하고 내가 그것을 그에게 貸金하는 것과 같은 양상이기 때문이다. 그러나 나는 참으로 금원이 나의 채무자로부터 아직 변제되지 않은 때에는 나의 채무자를 상대로 그가 법률의 한도를 초과하여 약속한 상당액만큼 取消訴權을 가지며, 그 결과 그는 여타에 있어서만 너에게 구속된 채로 남는다. 그러나 내가 금원을 나의 채무자로부터 추심한 경우에는 법률의 한도를 초과한 상당액만큼 나는 너를 상대로 부당이득반환청구소권을 가진다.)

그러나 이러한 해결책에 대해서는 이견이 있었던 것으로 보인다.

**D.46.3.38.1 Africanus 7 quaest.:** (내가 나의 채무자에게 지시하여 티티우스에게 변제하도록 하고, 그런 다음 티티우스가 수령하는 것을 금지하였는데 채무자가 [그 사실을] 모르고서 변제하는 경우에 그[=율리아누스]는 판단하였다: 티티우스가 鑄貨들을 이득할 의사가 아닌 의사로 鑄貨들을 수령하는 경우에만 그가 채무면제된다. 그렇지 않은 경우에는 [수령자가] 그것들의 절도를 범할 것이므로 그것들은 채무자의 것으로 남을 것이고 그래서 참으로 채무자에게 채무면제가 법률상 당연히 일어날 수는 없으나, 그렇지만 그가 티티우스를 상대로 가지는 절도의 부당이득반환청구소권을 나에게 양도할 용의가 있으면 항변이 그를 원조하는 것이 형평에 맞는다. 夫가 妻에게 증여하려 하면서 자신의 채무자에게 변제를 지시하는 경우에 준수되는 법리처럼. 왜냐하면 이 경우에도 鑄貨들이 부인의 것이 되지 않으므로 채무자가 채무면제되지 않고, 그가 부인을 상대로 가지는 부당이득반환청구소권을 양도하면 항변으로써 그가 夫를 상대로 보호되어야만 하기 때문이다. 그렇지만 본 사안의 경우 이혼 후에는 절도소권이 나에게 인정될 것이다. 그때에는 鑄貨들이 횡령되지 않음에 내가 이익을 가지기 때문이다.)

(라) 對價關係 및 補償關係 양자에 하자가 있는 경우

그러나 대가관계와 보상관계의 양 관계에 모두 하자가 있는 경우에는 피지시인도 지시수령인을 상대로 항변할 수 있다. 말하자면 피지시인의 지시인에 대한 항변, 지시인의 지시수령인에 대한 항변이 일거에 피지시인에 의하여 지시수령인을 상대로 행사되는 양상이라고 할 수 있다.

**D.44.4.7.1:** (같은 율리아누스는, 네가 너의 채권자라고 생각한 자에게, 내가 너의 指示에 따라서, 내가 너에게 부담한다고 판단한 채무금을 약속하는 경우에는 나는 청구자를 악의의 항변으로써 배척할 것이고, 더 나아가 문답계약채권자를 상대로 訴求함으로써 그가 나에게 문답계약의 변제수령요식행위를 하도록 할 수 있다고 말한다 [=D.39.5.2.4]. 율리아누스의 이 견해는 인간적인 해결책인바, 이에 따르면 또한 내

가 구속된 이 자를 상대로 나는 항변 및 부당이득반환청구소권을 사용할 수 있다.)

D.16.1.8.4 Ulp. 29 ad ed.: (그러나 婦人에 의하여 指示를 받은 자가 그녀의 채무자가 아니었던 경우에는 그는 원로원의결의 항변을 부인의 信命保證人처럼 사용할 수 있을 것이다.)

D.16.1.8.6 Ulp. 29 ad ed.: (그녀가 그녀의 채무자가 아니었던 자에게 指示하는 경우에는 원로원의결[=SC. Velleianum]에 탈법행위가 행해진 것으로 인정될 것이고, 그래서 항변이 부여된다.)

#### IV. 맺음말

이상으로 피후견인이 지급지시한 D.46.3.66 사례를 화두로 해서 로마법상의 후견제도와 指示 일반에 관하여 살펴보았다. 그 결과 로마의 후견법은 현행법의 미성년자 보호제도의 기원을 이루는 것이었음이 구체적인 내용을 통하여 확인되었고, 또 지시의 경우도 삼각관계에 대한 정확한 인식과 확고한 법리를 바탕으로 오늘날 이른바 급부부당이득(Leistungskondiktion)의 사례에 해당하는 문제상황을 잘 처리하고 있음을 확인할 수 있었다. 특히 당시의 사회사정을 배경으로 하는 풍부한 사례들에 반영된 각종 法教義들이 교착하는 사안들은 하나 하나가 모두 개별적으로 좀더 깊이 있게 분석해 볼 가치가 있다고 생각된다. 이 글은 이러한 과제는 전혀 수행하지 못하고, 관련 사료의 번역 소개에 그칠 수밖에 없었다. 앞으로의 연구를 위한 기초작업의 의미는 있을 것이다.

## &lt;참고문헌&gt;

- Jakobs, Horst Heinrich, “Delegation und Durchgangserwerb”, *SZ* 91 (1974), 205ff.
- Jakobs, Horst Heinrich, “Fiducia und Delegation — Paulus D.46, 2, 12 more historico”, *SZ* 110 (1993), 370ff.
- Jung, Byoung-Ho, *Darlehensvalutierung im römischen Recht* (Diss. Göttingen, 1998)
- Kupisch, Berthold, “Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus”, *SZ* 93 (1976), 60ff.
- Rabel, Ernst, “In tema di delegazione”, *Scritti in onore di C. Ferrini*, vol. 4 (1949), 218f. = *Gesammelte Aufsätze*, Band IV (1971), 642f.
- Sturm, Fritz, “Zum Schutz des delegans furiosus”, *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (1976), 149ff.
- Talamanca, Mario, “Delegazione a) diritto romano”, *Enciclopedia del diritto* XI (1962), 918ff.
- Thielmann, Georg, “Unwirksame Vollzugsverhältnisse bei der Delegation”, *SZ* 100 (1983), 229ff.
- Waldstein, Wolfgang, “Zur Frage der *condictio* bei irrtümlicher Leistung nichtgeschuldeter *operae*”, *Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (1986), 319ff.
- Weyand, Stefan, *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde* (1989)

〈Résumé〉

Die *delegatio solvendi* des Mündels und ihre Rechtsfolgen  
im klassischen römischen Recht  
— zugleich eine Exegese von D.46.3.66 —

Byoung Jo Choe\*

Dieser Aufsatz beabsichtigt, der Anweisung (*delegatio*) und deren Rechtsfolgen, insbesondere der *condictio* als Herausgabeanspruch im römischen Recht anhand eines in D.46.3.66 überlieferten Anweisungsfalls nachzugehen. Dabei handelt es sich in der Hauptsache um eine systematische Ordnung der relevanten juristischen Quellenstellen vorwiegend aus dem *Corpus iuris civilis*. Fast alle einschlägigen Stellen sind herangezogen, und beinahe alle zitierten Stellen sind ins Koreanisch übersetzt worden. Um dessentwillen kann eine eingehende Diskussion mit der Literatur im Rahmen dieser Arbeit nicht stattfinden. Allerdings wird diese Studie als Grundlage für künftige Untersuchungen dienen.

D.46.3.66 betrifft einen Fall, in dem ein Mündel (*pupillus*) ohne Vollwort (*auctoritas*) seines Vormunds (*tutor*) seinen Schuldner angewiesen hat, seinem Gläubiger zu zahlen (sog. *delegatio solvendi*). Der Autor, Pomponius, behandelt den Sachverhalt in zwei Varianten: Im Eingangsfall ist der Zahlende ein richtiger Schuldner, in der zweiten Fallkonstellation aber nicht (*non debitor*). Dieser Fall kennzeichnet sich dadurch, daß der Anweisende (*delegans*) als unreifer Minderjähriger unter der Vormundschaft (*tutela*) steht. Aber auch hier gelten, von den spezifisch für den Schutz des Mündels geltenden Sonderregelungen abgesehen, die Regelungen über die *delegatio* ohne weiteres. In der ersten Fallvariante wird also der Mündel von seinem Schuld befreit, während die fehlende *auctoritas tutoris* eine Befreiung des angewiesenen Schuldners (*debitor delegatus*) verhindert. Gegen eine erneute Inanspruchnahme kann er sich freilich mit einer *exceptio* wehren. In der zweiten Fallvariante wird der Mündel ebenfalls frei, wenn auch zwischen ihm und Delegat kein Schuldverhältnis besteht. Da der Delegat weder von dem Gläubiger (*creditor*) noch von dem Mündel kondizieren kann, gewährt ihm der Prätor eine *actio utilis*, soweit er bereichert ist (*in quantum pupillus locupletior factus est*). Es

---

\* Professor of Law, Seoul National University

ist insofern bemerkenswert, daß die römische Juristen ihre Dogmatik, auf die auch die betreffenden Vorschriften des koreanischen BGB (§§ 5ff.) zurückgehen, konsequent zur Geltung bringen. Daß es ab und zu Kontroversen gab, läßt daran nichts ändern.

Es ist nicht sehr sinnvoll, auf die vorgestellten Rechtsmaterien im einzelnen einzugehen. Stattdessen sei hier nur die Inhaltsübersicht wiedergegeben:

#### I. Vorwort

#### II. Gegenstand der Exegese: D.46.3.66

#### III. Exegese

##### 1. Rechtsstellung des Mündels

###### (1) Römische Vormundschaft

###### (2) Mitwirkung des Vormunds und Rechtsstellung des Mündels

###### 1) Grundsatz

###### 2) Rechtsfolgen des mit Vollwort des Vormunds (*tutore auctore*) vorgenommenen Rechtsgeschäfts

###### 3) Rechtsfolgen des ohne Vollwort des Vormunds (*sine tutoris auctoritate*) vorgenommenen Rechtsgeschäfts

###### a) Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten

###### b) Herausgabe des Erlangten : "*locupletior factus*"

###### c) Umfang der Herausgabe beim *dolus* des Vormunds

###### d) Einrede der Arglist (*exceptio doli*) gegenüber dem Mündel

###### e) Sonstiges

###### f) Verhalten des reif Gewordenen (*pubes factus*) und Rechtsfolgen

##### 2. Anweisung

###### (1) Begriff, Arten und Rechtsnatur der Anweisung

###### (2) Rechtsfolgen

###### 1) Allgemeines

###### 2) Rechtsfolgen beim fehlerhaften Deckungsverhältnis

###### 3) Rechtsfolgen beim fehlerhaften Valutaverhältnis

###### 4) Rechtsfolgen, wenn sowohl das Deckungs- als auch das Valutaverhältnis fehlerhaft sind.

#### IV. Schlußwort