위임 **mandatum**

개관

- 부탁을 받고 타인의 사무를 처리해 주기로 승낙하는 것으로 성립:
  - Obligatio mandati consensu contrahentium consistit. Dig.17.1.1pr.
- 無償계약; 우정, 신뢰관계에 기초한 부탁:
  - 무상이 아닌 위임관계란 있을 수 없다. 위임은 의무감이나 친분관계에 기하여 맺어지는 것에서 연원하는 것인바, 대가를 받는 다는 것은 의무감과는 상충된다. 금전이 개입되면 그 관계는 오히려 임계약에 해당하는 것이다. Dig.17.1.1.4

'無償性'

- 약정 보수의 지급확보를 위하여 cognitio extraordinaria 가능
  - 타인의 사무를 처리함에 있어서 자신의 비용으로 또는 남으로부터 빌려서 지불한 돈의 원금과 이자는 그 타인을 상대로 수임인 소송(actio mandati)을 제기하여 받을 수 있다. 그 타인이 약속한 보수(salarium)는 지방 행정관에 제기하는 특별소송(cognitio)을 통하여 소구할 수 있다. C.4.35.1
  - 대행인(재산관리인; procurator)에 대한 보수약정을 근거로 특별소송이 제기되면, 본인이 그 사무처리의 대가를 지불하기를 원하였는지, 그래서 그 의사에 따라 보수지급을 강제할지, 아니면 선량한 풍속에 반하는 고액의 보수를 받고자 소송의 승패에 따른 위험을 대행인이 부담하기로 하였는지를 검토하여야 한다. Dig.17.1.7
  - 교양 교사(praeceptores studiorum liberalium; rhetores, grammatici, geometrae), 의사(medicus), 조산원(obstetrix) 등의 사례금 청구도 지방 행정관이 심리하는 특별소송으로 Dig.50.13.1pr – 3
  - 변호인 보수도 마찬가지: 변호인(advocatus)의 보수에 관하여 심판인은 소송의 종류, 변론의 설득력, 재판소의 관행, 변호인이 수행한 사건의 판결등에 따라 그 액수를 정하여야 하고 합법적인 수임료 상한을 넘지 않아야 한다. Dig.50.13.1.10
- 그러나 법률 교수, 철학교수는 특별소송으로도 보수지급을 강제할 수 없음 Dig.50.13.1.4; Dig.50.13.1.5
- 보수가 지급되더라도 여전히 위임계약으로 봄
  - 보수를 지급하고자 사례가 있은 경우에도 위임계약상의 소송이 가능할 것이다. Dig.17.1.6pr.
  - [토지측량사가] 비록 임료(merces)받은 경우에도 과실에 대하여 모두 책임을 지는 것은

아니다. Dig.11.6.1.1

부탁/권유

- 위임은 위임인 자신이나 남에게 유익한 어떤 일을 부탁함으로 이루어진다. 그래서 나의 사무나 타인의 사무처리를 너에게 부탁할 때 위임계약 상의 채무가 맺어져서 우리 상호 간에 나는 너에게, 너는 나에게 신의칙의 요청에 따른 의무가 생겨난다. Gai.3.155
- 반면에 네가 너를 위하여 무슨 일을 하도록 내가 부탁한 경우에는 위임의 효력이 없다. 네가 너를 위하여 무슨 일을 하는 경우에는 너의 판단으로 하는 것이지 나의 부탁에 따라 해야 하는 것은 아니다(quod enim tu tua gratia facturus sis, id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes). 그래서 너에게 여유자금이 있으니 돈놀이를 하라는 나의 부탁/권유에 따라 네가 돈을 빌려주었다가 떼인 경우에도 너는 나를 상대로 위임에 근거한 소송을 제기할 수는 없다. 마찬가지로 너에게 어떤 물건을 사라고 내가 요청하여 네가 이를 샀으나 배달 받지 못한 경우에도 나는 너에게 위임에 근거한 채무를 부담하지는 아니한다. 그렇지만 티티우스에게 돈을 빌려주라는 부탁을 받고 네가 돈을 빌려 준 경우에 그 부탁을 한 자가 위임에 기한 채무를 지는지가 문제 된다. 세르비우스는 채무가 발생하지 아니한다고 한다. 어떤자에게 일반적으로 돈놀이를 권유한 것과 마찬가지라는 이유에서 이다. 그러나 우리는 사비누스의 반대 견해를 따른다. 왜냐하면 부탁을 받지 않았더라면 티티우스에게 돈을 빌려주지 아니하였을 것이기 때문이다. Gai.3.156
- 나의 이익과 상관없는 어떤 일을 너에게 부탁한 경우, 예컨데 세이우스를 위하여 어떤 일을 하라든가, 티티우스에게 돈을 빌려주라는 부탁을 한 경우에도 … 너는 위임에 기한 소송에서 책임을 진다. 그리고 나도 너에게 위임에 기한 채무를 부담한다. Dig.17.1.6.4; Dig.17.1.2.2 (제3자에게 이익되는 위임도 유효)
- 내가 너자신의 사무에 해당하는 어떤 일을 너에게 부탁(권유)한 경우에는 위임에 기한 소송을 제기할 수 없음은 분명하다. 다만, 그일이 나의 이해관계와도 관련이 있다면 그렇지 아니하다. 한편, 내가 부탁하지 않았다면 네가 그 일을 하지 않았을 경우라면, 그 일이 나의 이익과 무관하더라도 위임에 기한 소송이 가능하다. Dig.17.1.6.5
- 위임에 기한 소송은 부탁하는자의 이해가 관련되는 때에만 가능하다. 이와 달리, 부탁하는 자의 이해와 무관한 경우라면 위임소송은 불가하다. 즉, 이해가 걸려있는 한에서 위임에 기한 소송제기가 가능하다. … 나의 사무를 처리해 달라고 부탁하였다 해도 아무도 그 일을 돌보지 않아도 손해가 생긴바 없다면 아무런 소권도 생기지 아니한다. Dig.17.1.8.6

위임과 보증

- 보증인이 수임인으로 되는 경우 (채무자가 보증인에게 보증을 서달라고 부탁한 경우)
- 보증인이 위임인으로 되는 경우 (보증인이 채권자에게 돈을 융자해주라고 부탁한 경우)

부탁 내용의 적법

- 부도덕한 일을 내용으로 하는 위임은 불가능하고 그로부터는 어떠한 소송도 할 수 없다. Dig.17.1.6.3
- 신전을 파괴하고, 노예를 살상하라는 부탁을 실행한 자는 위임소송을 제기할 수 없다. 위임 내용이 부도덕하기 때문이다 Dig.17.1.22.6.

수임인의 의무

- 업무처리 결과 취득한 것을 위임인에게 양도:
  - 위임으로 말미암아 수임인이 취득한 것은 수임인이 보유하여 이득할 수 없다. 마찬가지로 수임인이 빌려준 대부금을 회수하지 못한 경우 수임인이 손해를 보아서도 아니된다. Dig.17.1.20pr.
- 주의의무: dolus or culpa?
  - 개략적인 설명(울피아누스): 어떤 계약관계에서는 악의에 한하여 책임을 지고, 어떤 계약관계에서는 악의와 과실 모두에 대하여 책임을 지게 된다. 악의에 한하여 책임을 지는 계약관계로는 무상임치(depositum), 기한을 정함이 없는 사용허락(precarium)관계를 들 수 있다. 반면에 위임(mandatum), 사용대차(commodatum), 매매(venditum), 입질계약(pignori acceptum), 임계약(locatum), 혼수계약(dotis datio), 후견(tutelae), 사무관리(negotia gesta) 등의 관계에서는 악의와 과실 모두에 대하여 책임을 진다. 이 경우 주의의무 위반에 대하여도 책임을 져야한다. 조합(societas)과 공유물 분할(rerum communio) 관계에서도 [별도의 약정이 없는 한] 악의와 과실 모두에 대하여 책임을 진다. Dig.50.17.23
  - 노예를 사 달라는 부탁을 받고 네가 노예를 구입한 경우 너는 그 노예를 나에게 인도하여야 한다. 그러나 악의로 노예를 구입하지 않은 경우(예컨데 타인으로부터 사례를 받고 노예를 구입하지 아니한 경우)라거나 중대한 과실이 있다면(예컨데 타인에게 호의를 베풀고자 그 타인이 구입하도록 기회를 준 경우) 너는 나에게 배상책임이 있다. 네가 구입한 노예가 도망친 경우 그것이 너의 악의로 인하였다면 배상책임을 진다. 그러나 너에게 악의나 잘못이 없는 경우라면 그 노예를 회수할 수 있을 때 회수하겠다는 서약을 하는 외에는 책임이 없다. 그 노예를 회수한 경우에는 나에게 인도하여야 한다. Dig.17.1.8.10
  - 재산관리인이 토지를 구입한 경우에도 마찬가지이다. 재산관리인은 그가 부탁받은 일에 관하여 선의의 요청에 따라 처리하면되고 더 이상의 책임은 없다. Dig.17.1.10pr.
  - 과오납 한 보증인이 구상권을 행사하는 경우: 너를 위하여 보증을 선 자가 과다한 액수의 지급을 명하는 판결을 받은 경우, 그 판결의 부당함을 잘 알고도 그 재판에 불복하지 아니하였다면 그가 너를 상대로 위임에 기한 소송(비용상환청구소송)을 제기하는 경우 너는 재판관에게 형평에 입각하여 너를 보호하도록 요구할 수 있다. 그러나 판결의 부당함을 몰랐다면 그러한 무지는 용서된다. 안 경우라면 그는 반드시 불복하여야 하므로 불복하지 아니하는 것은 악의로

행하는 것이다. 하지만 돈이 없어 불복하지 못하는 경우에는 어떨까? 궁핍은 용서받아야 한다. 만일 증인이 있는 상황에서 주채무자에게 그가 직접 불복하라고 알린 경우라면 합리적으로 행한 것으로 본다. Dig.17.1.8.8., 항변권을 행사하지 아니한 경우 Dig.17.1.10.12

- 보증인이 자신에게 채무가 없음을 모르고 지급한 경우 주채무자에게 위임에 기한 소송을 제기할 수 있는지 논의하는 것도 나쁘지 않다. 사실관계를 모른 경우라면 용서되어야 하지만, 법률을 모른 경우라면 달리 논하여야 한다(si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, aliud dici debet). Dig.17.1.29.1
- 주채무자가 변제하고 이를 보증인에게 알리지 아니한 동안 보증인이 중복 변제한 경우 — 구상권 행사 가능 Dig.17.1.29.2 채권자는 부당이득반환의무/형사처벌(사기; stellionatus)
- 보증인이 변제하고 주채무자에게 알리지 아니한 동안 주채무자가 중복 변제한 경우 — 알릴 수 있었는데 알리지 않았다면 구상권 행사 불가(악의에 근접한 것으로 봄). 그러나 주채무자는 자신이 가지는 부당이득 반환 소권을 보증인에게 양도하여야 함 Dig.17.1.29.3

- 부탁 받은 사무범위를 준수:
  - 나의 농장을 100에 팔도록 너에게 부탁하였는데 네가 이를 90에 처분한 경우, 나는 그 농장의 반환을 구하는 소송을 제기할 수 있고, 네가 나에게 위임의 본지에 따른 차액을 전보하고 나에게 손해가 없도록 하는데 필요한 조치를 취하지 아니하는 한 매수인은 나에게 대항하지 못한다. Dig.17.1.5.3
  - 정해진 가격에 물건을 팔도록 노예에게 지시하였는데 노예가 그보다 낮은 가격에 그 물건을 처분한 경우에도 마찬가지로 주인은 그 물건의 반환을 구하는 소송을 제기할 수 있고 주인의 손해가 전보되지 아니하는 한 매수인은 주인에게 대항하지 못한다. Dig.17.1.5.4
- 임의해지와 손해배상(민법 제689조 제2항 참조)
  - 수임인이 부탁받은 일을 처리할 수 있음에도 그 일을 안하는 것은 허용되지 아니한다. 만일 그랬다면 위임인의 손해를 배상하여야 한다. 부탁받은 일을 자신이 처리하는 것이 불가능함을 알게된 수임인은 가능한 한 신속히 위임인에게 이를 알려서 위임인이 원한다면 다른 사람으로 하여금 그 일을 하도록 하는 것이 가능하게 해야한다. 알릴 수 있음에도 알리지 아니하였다면 수임인은 위임인의 손해를 배상하여야 한다. Dig.17.1.27.2

위임인의 권리/의무

- 업무처리 결과를 받을 권리/받아들일 의무
- 수임인의 손해를 전보할 의무
  - 특정 노예를 구입해 달라는 부탁을 받고 노예를 구입하였는데 그 노예가 수임인의 물건을 절취한 경우 — 위임인이 수임인에게 생긴 일체의 손해를 배상할 책임이 있는지 의문이 있으나(dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni

modo damnum praestari debere), 자신의 이익을 위함이 아니라 타인을 위하여 일을 처리해 주겠다고 한 자에게 손해가 돌아가서는 안된다는 것이 정의에 부합하므로(multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse) 위임인이 배상하여야 함. Dig.47.2.62.5, Dig.17.1.26.7.(위임인이 그 노예의 도벽을 알았는지 여부에 따라 결론이 달라짐: 알았다면 위임인이 모든 배상책임을 지고, 몰랐다면 노예를 해악물로 양도함에 그침)

- "사고"로 인하여 생긴 손해: 수임인은 그가 부탁받은 사무를 처리하지 않았더라면 입지 아니하였을 모든 손해를 위임인에게 돌릴 수 있는 것은 아니다. 도둑이 침범하여 입은 손해라던가, 배가 침몰하여 입은 손해, 수임인 자신 또는 그의 일행에 질병이 발생하여 지출한 비용 등은 위임으로 인하여 발생한 것이라기 보다는 사고로 인하여 생긴 손해이기 때문이다. Dig.17.1.26.6
- ex causa mandati / ex occasione mandati

위임관계의 종료

- 철회 / 수임인에 해가 되는 경우:
  - 애초에 수임을 거절할 수 있긴 하나, 일단 부탁을 수락하였다면 위임인에게 해지를 통지하지 않은 한 그 일을 처리하여야 한다.(해지의 통지는 위임인 스스로 또는 다른 이에게 부탁하여 불편없이 그 일을 처리하게 할 수 있도록 이루어져야 한다.) 또한 수임인에게 손해가 생긴다면 부탁받은 일을 처리하지 않아도 된다. Dig.17.1.22.11
- 위임인의 사망:
  - 위임인이 사망하면 수임인은 부탁받은 일을 처리하지 않아도 된다. 사망으로 위임관계는 종료하기 때문이다(nam mandatum solvitur morte). 그러나 사망을 모르고 사무처리에 비용을 들였다면 재량소송의 대상이 된다고 하겠다. Dig.17.1.26pr.
- 수임인의 사망:
  - 수임인이 부탁받은 일을 시작하기 이전에 사망하면 위임관계는 종료된다. 따라서 그 상속인은 비록 부탁받은 일을 하였더라도 위임계약에 기한 소송을 제기할 수 없다. Dig.17.1.27.3

거래 상대방

- 수임인과 거래한 상대방이 위임인에 대하여 제소 가능? No.
  - 그러나 actio institoria가능
  - institor: 장사를 위하여 임명된 자라면 누구라도 institor 로 불러 마땅하다. Dig.14.3.5pr.
  - 타 인의 노예, 자유인이 institor로 임명된 경우에도 가능. Dig.14.3.1

- 위임인이 거래 상대방을 피고로 제소 가능할까? No. 그러나 …
    - 마르셀루스는 지배인을 임명한 자에게도 그(위임인)의 이익을 달리 보호할 방법이 없는 경우에는 지배인과 거래한 상대방에 대한 소송을 허용하여야 한다고 한다. Dig.14.3.1-2