부당 이득

Reading: Zimmermann, 834-857; Borkowski, 321-323; 조규창, *792-797*

1. legis actio per condictionem / condictio

- 양자의 공통점은 청구발생 원인이 적시되지 않는다는 점 / 양자의 연결점?
- 출석통고소송[확정 금원/ 확정물 청구를 위한]은 다음과 같이 제기된다: '너는 나에게 10000 세스터시스를 지급하여야 한다. 인정하는가 부인하는가?' 상대방이 부인하면 원고는 '네가 부인하므로 30일 뒤 심판인을 맞이 할 것을 통고한다'라고 하고 당사자는 30일 뒤 심판인 면전에 출석하여야 한다. condicere는 옛날 말로서 통고한다는 뜻이다. Per condictionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORVM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTVLO, AIAS AVT NEGES. aduersarius dicebat non oportere. actor dicebat: QVANDO TV NEGAS, IN DIEM TRICENSIMVM TIBI IVDICIS CAPIENDI CAVSA CONDICO. deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant. condicere autem denuntiare est prisca lingua. Gai.4.17b
- 이 소송이 통고소송이라 불린 것은 적절하다. 왜냐하면 30일 뒤에 심판인 앞에 나오라는 통고를 원고가 피고에게 하기 때문이다. 그러나 지금은 특정인으로부터 받을 것이 있다는 내용의 소송을 condictio라고 잘못 부르고 있다. 지금은 통고가 행해지지 않는다. Itaque haec quidem actio proprie condictio uocabatur. nam actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX. adesset; nunc uero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus dari nobis oportere. nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. Gai.4.18
- 다양한 원인으로 발생하는 청구권을 포섭하는 소송으로 진전
- 받을 빚이 없는 자가 착오로 지급하는 자로부터 받은 것이 있으면 그로 인하여 채무가 생긴다 그자를 상대로 '피고가 …을 지급하여야 하면'이라고 기재된 condictio소송이 가능하고 이때 피고는 차용금을 수령한 자와 비슷하다. … 그러나 이러한 채무는 계약에 기하여 발생하는 것이라고 볼 수 없다. 변제할 의사로 지급하는 자는 계약의 구속에서 해방되려는 것이지 계약에 구속되고자 하는 것은 아니기 때문이다. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per

errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. … sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere. Gai.3.91

- obligationes … ex variis causarum figuris (D.44.7.5.3; Dig.44.7.1pr.)
- obligationes quasi ex contractu (Ins. 3.27.6)

2. condictio ex causa furtiva

- 도품의 소유자가 절도범을 상대로 vindicatio에 갈음하여 제기가능.
- 토지로부터 부당하게 축출 당한 토지 소유자 및 점유자도 제기 가능
- 도품에 대하여는 그 소유자만이 condictio를 제기할 수 있다. In furtiva re soli domino condictio competit. D.13.1.1
- 물건이 멸실된 경우에도 절도범은 면책되지 아니함: 지체책임을 지기때문 (quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere. Dig.13.1.20)
- condictio는 금전, 그리고 동산과 부동산을 막론하고 물건의 소유권이전을 구하는 용도로 사용.
- 하지만 자기 자신의 물건을 이 소송을 통하여 소구할 수는 없다. 다만 도품의 경우나 동산을 강탈 당한 경우는 예외이다. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili abrepta. Dig.13.3.1.1
- 그러나 토지로부터 타인을 폭력적으로 축출한 자를 상대로 토지의 반환을 구하는 condictio를 제기할 수 있다고 사비누스는 적고 있다. 켈수스도 같은 견해이나 축출된 자가 소유자인 경우에만 condictio를 제기할 수 있고, 그 외의 경우에는 점유의 반환을 구하는 condictio를 제기할 수 있을 뿐이라고 한다. Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici sabinus scribit, et ita et celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere celsus ait. D.13.3.2
- condictio는 채권적 청구(actio in personam): 피고가 원고에게 무엇을 '양도하거나, 행하거나, 기타 급부를 이행하여야 하는(DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE)' 경우에 사용 Gai.4.2
- condictio ex causa furtiva는 원고 소유의 물건에 대한 '채권적 청구'가 허용되는

예외적인 경우임 (plane odio furum … Gai.4.4)

3. condictio indebiti

- 변제를 위하여 (solvendi causa) 지급, 양도하였으나, 착오가 있은 경우
  - D.12.6.1.1 채무 없음을 모르고 지급한 자는 condictio 소송으로 그 반환을 구할 수 있다. 그러나 채무 없음을 알고 지급한 자는 반환을 구할 수 없다. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.
- 지급, 양도한 물건의 소유권이 양수인에게 이전한 경우
- D.12.6.19.3 스티쿠스나 팜필루스 중 하나를 양도해야 한다고 생각하여 팜필루스를 양도했으나 사실은 스티쿠스만을 양도했어야 하는 경우, 팜필루스의 재양도(반환)을 구할 수 있음. Si putem me stichum aut pamphilum debere, cum stichum debeam, et pamphilum solvam, repetam quasi indebitum solutum: nec enim pro eo quod debeo videor id solvisse.
- D.12.6.32pr 스티쿠스나 팜필루스 중 하나를 빚지고 있는 자가 둘을 모두 양도한 후, 둘 모두 또는 하나가 사망해도 반환을 구하지 못한다. 남아있는 것으로 변제된 것으로 본다. Cum is qui pamphilum aut stichum debet simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet: id enim remanebit in soluto quod superest.
- D.12.6.32.1 보증인에 대하여 소구하지 않기로 합의가 되었으나 이를 모르고 보증인이 변제한 경우 condictio 가능. 주채무자는 면책되지 아니함 Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, et per imprudentiam solverit, condicere stipulatori poterit et ideo reus quidem manet obligatus…
- D.12.6.26.3 채무 없음을 모르고 변제한다는 말은 아무 빚이 없는 경우 뿐 아니라 영구적 항변으로 소구 불가능한 경우도 포함한다. 이 경우 그러한 항변이 있다는 것을 알고 변제한 경우가 아니라면 반환을 구할 수 있다. Indebitum autem solutum accipiemus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.
- 비채변제 D.12.6.50 채무 없음을 알고 나중에 돌려받을 생각으로 지급하는 자는 그것의 반환을 청구할 수 없다. Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest.
- D.12.6.28 심판인이 부당하게 면책판결을 내리고, 그렇게 면책된 자가 자발적으로 변제하면 반환을

구할 수 없다. Iudex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

- 도의관념에 적합한 변제 D.12.6.26.12 해방노예가 주인이었던 자에게 日役을 부담한다고 착각하고 노무를 제공한 경우 그 대가의 반환을 condictio로 구할 수 없다. 채무가 있다고 착각하고 행하긴 하였으나 줄리아누스는 그의 다이제스트 제10책에서 해방노예는 주인이었던 자에게 법을 떠나서 日役을 부담한다고 적고있다. Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet.
- 채무 없음을 모르고 …
    - D.22.3.25pr 채무가 없음에도 지급하였다고 주장하는 자는 수령자의 악의라든가, 기타 채무없음을 모르게된 정당한 이유가 있었음을 입증하여야 한다. 그 입증이 없으면 반환을 구하지 못한다. et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.
    - D.22.6.9pr 법률의 무지는 당사자에게 해가 되지만 사실의 무지는 당사자를 해하지 아니한다는 것이 원칙이다. Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. …
    - D.22.6.9.5 가르길리아누스의 상속인들이 유언에 따라 시르타의 수로 건설 비용을 지급하였는바, 팔키디아 법에 따른 유류분을 반환받기 위하여 흔히 하는 약정서를 작성하지도 않았을 뿐 아니라, 그 자금을 다른 용도로 전용할 수 없다는 내용의 구두서약을 체결하였으므로 상속인들은 그 자금이 수로 건설에 사용되는 것을 알면서 용인하였다. 이 경우 시르타 시로부터 초과 초과수령분의 반환을 구할 수는 없다. 수로 건설을 위하여 지급된 비용을 반환하고 시 정부로하여금 스스로의 재원으로 그 비용을 충당하도록 하는 것은 그 수로가 이미 상속인의 너그러움을 명예롭게 선전하였음을 고려하면 부당한 것이기도 하고, 경험미숙으로 팔키디아 법을 원용하지 않아 초과 납부한 부분을 반환받고자 하는 것이라면, 사실의 착오를 원용할 수 있으되 법률의 착오를 원용할 수는 없고, 이 법리는 착오를 일으킨 자를 구제하는 것이지 바보를 구제하는 것이 아니라는 점을 알아야 한다. quamobrem gargiliani heredes, qui, cum ex testamento eius pecuniam ad opus aquae ductus rei publicae cirtensium relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, ut quod amplius cepissent municipes quam per legem falcidiam licuisset redderent, verum etiam stipulati sunt, ne ea summa

in alios usus converteretur et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquae ductus impendi, frustra postulant reddi sibi a re publica cirtensium, quasi plus debito dederint, cum sit utrumque iniquum pecuniam, quae ad opus aquae ductus data est, repeti et rem publicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus, quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet. quod si ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultis solere succurri, sed errantibus.

- D.22.6.9.3 (Paulus) 법률의 착오를 원용하지 못한다는 것의 의미에 대하여 라베오는 법률가의 조언을 받거나 스스로 공부한 자, 즉, 법을 쉽게 알 수 있는 자가 법률을 모르면 불이익으로 된다는 견해를 취한다. 이 견해는 거의 지지를 얻지 못하고 있다. Sed iuris ignorantiam non prodesse labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est.
- D.50.17.53 모르고 지급한 자는 반환을 구할 수 있고, 알고도 지급한 자는 증여한 것으로 본다. Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est.

4. condictio causa data causa non secuta

- D.12.4.1pr 비윤리적이지 않은 어떤 일을 하는데 대한 대가로 금전은 지급한 경우, 예컨데 가남을 해방하 거나, 노예을 해방하거나 소송을 취하하는 대가로 돈이 지급된 경우, 그 일이 행하여 지면 금전의 반환을 구하지 못한다. Si ob rem non inhonestam data sit pecunia, ut filius emanciparetur vel servus manumitteretur vel a lite discedatur, causa secuta repetitio cessat.
- D.12.4.3.2 네가 스티쿠스를 해방하는 대가로 내가 너에게 돈을 준 경우, 네가 그를 해방하지 않으면 나는 condictio로 금원의 반환을 구할 수 있다. [네가 그를 해방하기 전에] 내가 마음을 바꾸는 경우에도 그러하다. Sed si tibi dedero, ut stichum manumittas: si non facis, possum condicere, aut si me

paeniteat, condicere possum.

- D.12.4.4 채무자가 보증인을 세우기로 약속하여 채무자를 채무를 면제한 경우, 채무자가 보증인을 세우지 아니하면 채권자는 면제된 채무자를 상대로 condictio를 제기할 수 있다. Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici condici posse ei, qui accepto sit liberatus.
- D.12.4.16 너에게 돈을 주고, 너는 나에게 스티쿠스를 양도하기로 한 경우 이 거래는 매매의 일부인가 아니면 이행의 대가가 실현되지 아니하는 경우에 발생하는 의무외에는 발생하는 것이 없는가? 나는 후자의 견해에 더욱 이끌린다. 그래서 스티쿠스가 죽으면 나는 너에게 준 것의 반환을 구할 수 있다. Dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi stichum dares….
- D.12.4.5.2 티티우스에게 10을 주고 노예를 사서 해방시키라고 한 후 마음을 바꾼 경우, 아직 노예를 구입하지 아니한 경우라면 마음을 바꾼 자는 condictio를 제기하여 돈을 돌려 받을 수 있으나 티티우스에게 분명히 알려 그가 나중에 노예를 매입함으로써 손해를 입지아니하게 조치한 경우에만 이것이 허용된다. 만일 이미 노예를 매입하였다면 금전지급자가 마음을 바꾸었다 해도 노예매입자에게 손해를 입힐 수 없으며, 그자는 10을 돌려주는 대신 구입한 노예를 양도하면 된다. 양도 전에 노예가 사망하였다면 매수인이 그 사망을 야기한 것이 아닌한 매수인은 아무 책임도 없다. Item si quis dederit titio decem, ut servum emat et manumittat, deinde paeniteat, si quidem nondum emptus est, paenitentia dabit condictionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne si postea emat, damno adficietur: si vero iam sit emptus, paenitentia non facit iniuriam ei qui redemit, sed pro decem quae accepit ipsum servum quem emit restituet aut, si ante decessisse proponatur, nihil praestabit, si modo per eum factum non est. ….
- D.12.6.52 우리는 어떤 원인에 기하여(ob causam) 급부하기도 하고, 어떤 목적을 달성하고자(ob rem) 급부하기도 한다. 원인은 과거에 이미 발생한 사정을 뜻한다. 예컨대, 네가 이미 주거나 행하였으므로 내가 주는 것인데 이때는 비록 그 원인이 부존재하는 경우에도 준것을 [condictio로] 반환 받을 수 없다. 어떤 목적을 달성하고자 주는 경우에는 그 목적이 나중에 이루어 지며, 만일 이루어지지 않으면 준 것을 돌려 받을 수 있다. Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit,

repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.

- '합의'의 불구속력? D.12.4.5pr (cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est)

5. condictio ob turpem causam

- D.12.5.1pr 급부는 어떤 목적달성을 위하여 또는 어떤 원인에 기하여 이루어진다. 목적은 반윤리적인 것도 있고, 윤리적인 것도 있다. 반윤리적 목적의 경우 급부자가 비윤리적이고 수령자는 그렇지 않은 경우, 수령자 만이 비윤리적이고 급부자는 그렇지 않은 경우, 또는 양자가 모두 비윤리적인 경우가 있다. Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque.
- D.12.5.1.1; 12.5.1.2 윤리적 목적을 달성하고자 지급하였으나 그 목적이 이루어지지 않으면 지급물의 반환을 구할 수 있다. 그러나 비윤리적 이유로 지급받은 것은 그 목적이 달성되어도 지급물의 반환을 구할 수 있다. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest:
- 신성모독, 절도, 살인을 하지 말라고 돈을 준 경우(D.12.5.2pr), 자신의 절도 행각을 공개하지 말도록 돈을 준 경우 (D.12.5.5), 맡겨둔 물건을 돌려 받으려고 돈을 준 경우(D.12.5.2.1; depositum), 사용대차해 준 물건을 돌려받고자 돈을 준 경우(D.12.5.9pr commodatum), 유언이나 구두 서약에 기하여 받을 권리가 있는 물건을 받고자 돈을 준 경우(D.12.5.9.1) — 목적달성을 위하여 지급되었고, 그 목적이 달성되었다 하더라도 비 윤리적으로 지급된 것이다. quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est. D.12.5.9pr
- 급여자의 불법 D.12.5.3 급여자와 수령자 모두가 비윤리적인 경우 반환청구할 수 없다. 예를 들어 부당하게 재판하라고 돈을 주는 경우가 그렇다. Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur. 이길수 있는 사건을 익게해 달라고 심판인에게 돈을준 경우에는? crimen contrahit (iudicem enim corrumpere videtur) D.12.5.2.2
- D.12.5.8 더욱이, 급여자와 수령자 모두에게 불법원인이 있으면 점유자가 우선하므로 반환청구소권은 소멸한다. porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo

repetitionem cessare

- D.12.5.4.3 [illegible]. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

6. [illegible]

- D.12.6.14 [illegible]. Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.
- D.50.17.206 Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.
- D.12.6.66 Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

7. condictio sine causa

- D.12.7.2 [illegible] condictio [illegible]. [illegible] condictio [illegible]. [illegible] condictio [illegible]. Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? et ait cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse:

etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

- D.12.7.1.2 채무 부담 행위가 원시적으로 원인이 없었는지, 원인이 사후적으로 소멸하였는지, 목적이 달성되지 못하였는지를 가리지 아니하고 condictio는 가능하다. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est condictioni locum fore. D.12.7.4 (Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.)도 참조.