채권채무관계 — ‘계약’

조규창, 로마법 703-784, 789-792 면을 참조하시기 바랍니다.

I. 채권/채무

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. 채권의 본질은 어떤 물건이나 役權을 우리것으로 하는 것에 있는 것이 아니라, 어떤 이로 하여금 무엇을 주거나, 하거나, 제공하도록 강제하는데 있다. *Dig.44.7.3pr*

II. 채권/채무 의 발생원인

‘계약’ / 불법행위 / 기타법률상원인

Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. 채권채무관계는 거래로 인하여 발생하거나, 불법침해로 인하여 발생하거나, 기타 사유를 이유로 법에 규정된 경우 발생한다. *Dig.44.7.1pr.*

III. ‘계약’의 종류

1. 언어계약(contractus verbis; 문답서약 stipulatio)
    - 문답의 현장성(…dari spondes? Spondeo.)
    - 증서(cautio)작성관행 — 증서의 증명력
    - 更改(novatio)
    - adstipulator (연대`채권자’):
        - 연대채권자도 소구가능,
        - 그러나 수령물은 `주채권자’에게 인도하여야 함(mandati iudicio nobis restituere cogetur. Gai. 3.111)
        - ut aliquid post mortem nostram detur (Gai. 3.117, 그리고 Gai. 3.100 참조)
    - sponsor/fidepromissor//fideiussor
        - fideiussor는 자연채무에 대하여도 책임

        - sponsor/fidepromissor는 사망으로 채무소멸, fideiussoris autem etiam heres tenetur. Gai. 3.120
        - lex Appuleia: 부담분 초과하여 변제한 보증인이 잔여 보증인에 대하여 구상권 행사 가능 (inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit Gai. 3.122)
        - lex Furia (c. 200BC): 이탈리아에 한하여 sponsor/fidepromissor의 책임 감경 – 2년 이후 소멸, 인원수에 따른 안분
        - fideiussor는 전액에 대하여 책임, 다른 보증인에 대하여 구상권 없음, 그러나 하드리안의 칙서로 인해 자력이 충분한 fideiussor가 수인인 경우에는 그들간에는 인원수에 따라 안분
        - 부종성, 주채무자에 대하여는 구상가능 (eius reciperandi causa habent cum eo mandati iudicium. Gai. 3.127)
    - condictio certae rei / actio ex stipulatu (Dig. 12.1.24)

2. 要物계약
    - 금전소비대차 mutuum
        - 동종, 동량물의 반환의무 Dig. 12.1.3 (… ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit. 받은 것과 같은 종류, 같은 품질의 것을 지급할 것…)
        - Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dedero, ut undecim debeas, putat proculus amplius quam decem condici non posse. 만일 너에게 10을 주면서 9를 빚진 것으로 하였다면, 프로쿨루스는 법률상 너는 9이상 빚지지 아니한다고 하였는데 이는 맞는 말이다. 그러나 10을 건네 주면서 11을 빚진 것으로 하였다 해도 프로쿨루스는 10이상 소구할 수 없다고 하였다. Dig. 12.1.11.1
        - S.C. Macedonianum: 가남에게 교부한 대여금은 반환청구 불가 (Dig.14.6.1pr), 매매등 다른 거래로 인하여 지급하여야 할 금원은 청구가능, peculium castrense 의 한도에서는 적용없음
    - 무상보관 depositum
        - 보관편의를 제공하는 자의 주의의무: dolus

          Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem

servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto. 목욕탕 종업원에게 맡긴 옷이 멸실된 경우, 옷을 맡은 종업원이 보관료를 받은 바 없다면 무상임치의 법리에 따라 책임을 져야하므로 惡意가 있는 한도에서 배상책임이 있다. 만일 보관료를 받았다면 賃契約에 따른 책임을 진다. *Dig. 16.3.1.8*

▪ 약정에 의하여 culpa 로 변경 가능:

Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt. 무상보관이지만 過失에 대한 책임을 지도록 합의한 경우, 그 합의는 유효하다: 합의한 대로 법적으로 구속된다. *Dig. 16.3.1.6*

▪ dolus 에 대한 면책약정은 무효:

Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. 惡意로 끼친 손해에 대하여도 면책된다는 약정을 하였다 해도 이를 승인해서는 아니 될 것이다. 왜냐하면 이러한 약정은 信義則과 善良한 풍속에 반하고 따라서 준수될 수 없기 때문이다. *Dig. 16.3.1.7*

▪ dolus의 뜻:

Quod nerva diceret latiorem culpam dolum esse, proculo displicebat, mihi [Celsus] verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit. 중대한 過失은 惡意라고 네르바가 말한데 대하여 프로쿨루스는 반대하였으나, 내[켈수스]가 보기에는 아주 옳다. 왜냐하면 일반인이 사실상 기울이는 정도의 주의를 기울일 것을 요구할 수는 없을지라도 무상보관을 함에 있어 자신이 스스로 기울이는 정도의 주

의도 기울이지 아니한다면 속임수가 없다고 할 수 없다. 자신의 재물에 대하여 기울이는 정도의 주의도 기울이지 아니하는 것은 신의를 지킨다고 할 수 없기 때문이다. *Dig. 16.3.32*

- infamia
- 위난임치의 경우 — 2배액 배상책임

- 사용대차 commodatum
  - 수익자의 주의의무:
    - (custodiam praestare) — Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. 세탁인이나 재봉사에 대하여 이야기한 내용은 물건을 무상 사용하도록 한 자에게도 적용된다. 왜냐하면 보수를 받은 자에게 보관책임을 요구하는 것과 마찬가지로 물건을 사용하는 편의를 취한자도 보관책임을 지도록 할 필요가 있다. Gai. 3.206
    - In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. 무상사용 중인 물건에 대하여는 매우 주의깊은 家父가 기울이는 정도의 주의를 기울일 것이 요구된다. 그렇지만 다음과 같이 항거 불능한 경우에는 책임이 없다. 즉, 惡意나 잘못없이 발생한 노예의 사망, 용병이나 적군의 침입, 매복한 해적의 습격, 난파, 화재, 출입이 자유로운 노예가 도주한 경우 등에는 책임이 없다. Dig. 13.6.18pr
    - 사용자가 이득을 보는 것이 보통이므로 잘못이 있거나 주의를 해태한 경우 책임을 져야한다(et culpam praestandam et

diligentiam). Dig. 13.6.5.3

- 약정내용과 다르게 사용한 결과 생긴 손해: 불가항력을 이유로도 면하지 못함. 일체의 위험(omne periculum)에 대하여 책임 있음.

3. 문서계약
    - 금전출납대장 기입
    - 인락증서(chorographs) / 채무증서(syngraphs): 외국인에 특유한 채무
4. 합의계약
    - 매매 emptio venditio
    - 임대차/도급/고용 locatio conductio
    - 위임 mandatum
    - 조합 societas

IV. 무명계약

V. 합의

VI. 사무관리