

# 로마시대 法學者들의 法發見 方法

롤프 크뤼텔(Rolf Knütel)\* · 신유철\*\* 역

## 목 차

- I. 緒說
  - 1. 序言
  - 2. 時代區分 및 法の 傳來
- II. 로마시대 法學者들의 法發見方法
  - 1. 로마時代의 法發見의 本質
  - 2. 法原則
  - 3. 原則과 限界事例
  - 4. 事例의 變形
  - 5. 特殊 事例—島嶼의 세계
- III. 結言

## [국문요약]

이 논문은 로마시대의 법학자들이 법적 문제를 해결함에 있어 구체적인 사례에 가장 적합한 법규범을 발견하기 위하여 (1) 고려의 대상이 되는 여러 법원칙들을 비교·교량함으로써 원칙에 입각한 사고를 하고 있을 뿐만 아니라, (2) 어떤 법원칙의 적용범위를 확정하기 위하여 한계사례에 이르기까지 얼마나 철저하게 사고하고, (3) 나아가 다양한 사례의 변형과 연상적 방법에 의하여 얼마나 심도있게 법적 문제의 파악과 그 판단의 근거를 논의하였는가를 원전의 예를 들어 설명하고 있다. 그리고 법학자들의 직관은 문제 발견의 차원에서는 일정한 역할을

\* 독일 Bonn대학교 법대 교수.

\*\* 충남대학교 법대 교수.

할 수 있겠지만, 판단 근거의 차원에서는 법원칙에 입각한 합리적 논증만이 유일한 기준임을 강조하고 있다.

[주제어] 로마법, 법원칙, 법원칙의 적용범위, 한계사례, 사례의 변형, 연상과 유추, 직관과 판단 근거, 법학방법론

## I. 緒說

### 1. 序言

우리가 오늘 고찰해 보고자 하는 대상은 로마법, 즉 고대 로마시대의 법이다. 이러한 고찰의 목표는 여러분에게 로마법의 본질과 그 시간적 초월성 및 오늘날 날까지 계속되는 로마법의 의미에 관한 몇 가지 인상과 소견을 소개하려는 것이다.

유명한 법학자 중의 한 사람인 Rudolph von Jhering(1818~1892)은 자신의 유명한 저술인 <로마법의 정신>을 다음과 같은 유명한 문장으로 시작하고 있다. “로마는 세계를 향하여 세 번 법칙을 명하였고, 여러 민족들을 세 번 통일로 이끌었다. 그 첫째는 로마민족이 아직 그 세력의 전성기에 있을 때에 행해진 「국가」의 통일이고, 그 둘째는 로마민족이 이미 기울어지기 시작한 후에 행해진 「교회」의 통일이며, 그 셋째는 로마법의 계수를 통하여 중세에 이루어진 「법」의 통일이다. 첫번째 통일은 무기의 힘을 통한 외부적 강제에 의하여 이루어졌지만, 나머지 두 개의 통일은 정신의 힘에 의하여 이루어졌다. 로마의 세계사적 의미와 사명을 한마디로 요약한다면 세계성의 사유를 통한 민족성의 극복이라고 말할 수 있다.”<sup>1)</sup> 여기에 그리스의 철학을 추가하면, 서양문화를 특징짓는 세 가지 요소가 다 갖추어 진다. 교회 즉 기독교, 철학 그리고 로마법이 바로 그것

---

1) R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung <로마법의 각 발전단계에 비추어 본 로마법의 정신>, Bd. 1, 1852, S. 1.

이다. 로마법이 이렇게 중대한 의미를 가짐에도 불구하고, 식자층에서도 그리고 특히 법조인들까지도 로마법은 과거에 어떠하였고 또 현재 어떠한 의미를 갖는가에 관하여 대단히 막연한 관념만을 갖고 있는 경우가 많다.

## 2. 時代區分 및 法の 傳來

로마법은 고대 로마국가의 법이다.<sup>2)</sup> 로마법은 기원전 451/449년부터 어느 정도 파악될 수 있는데, 바로 이 시기에 고대 로마에서 유일하게 포괄적으로 조성된 법전인 <십이표법>이 만들어졌기 때문이다. 그러나 유감스럽게도 우리는 이 법전의 단편들만을 갖고 있을 뿐이다. 그 후 로마에서는 상대적으로 적은 수의 개별 법률들만 만들어졌고, 또 이러한 법률들은 통상 한정된 문제에 국한된 것이었으므로, 이후의 법의 발전은 주로 십이표법의 해석을 통하여 이루어졌다. 이러한 해석은 처음에는 사제법관의 소임이었으나, 기원전 3세기경부터 점차 속인법관의 손으로 넘어갔으며, 이들에 의하여 소장형식, 계약양식 및 판결례 등을 모은 최초의 법학 문헌들이 작성되었다. 기원전 2세기경에 이르러 로마 법학은 그리스의 학술이론에서 변증론적 방법을 계수함으로써 비로소 진정한 법학의 성격을 갖추게 된다. 그리하여 로마 법학은 Augustus의 시대부터 Alexander Severus의 사망에 이르는 기간동안 즉 기원전 27년부터 기원 후 235년까지 그 전성기를 맞이하게 된다.<sup>3)</sup>

로마법은 그 성질상 실무법학자의 법이라 할 수 있다. 왜냐하면 판단의 척도가 되는 원문들은 주로 방금 상술한 시기에 실제로 활동하던 법학자들이 저술한

2) 로마국가의 기원과 각 발전단계에 관한 종합적 내용은 F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* <로마법사>, Bd. 1 (서설, 사료학, 고대전기 및 공화정기), München 1988 참조.

3) 이후의 시기에 관하여는 특히 D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n.Chr.)* <고대후기 이탈리아의 법학 (기원 후 260~640년)>, Berlin 1987 비교 참조.

주석서, 의견서총람, 판례집 및 교과서에서 인용된 것이기 때문이다. 이러한 저술들에서 발췌한 원문들은 <시민법대전>(Corpus iuris civilis)의 핵심 부분인 <학설유취>에 모아져 있다. 이 대전은 총4부로 구성되어 있는데, 제1부는 기원 후 533년에 작성된 초학도를 위한 교재인 <법학요론>(Institutiones)으로 그 내용은 대체로 기원 후 2세기 중엽에 나온 기존서에 바탕을 두고 있으며, 세계 십대 혹은 십이대 주요서적 중의 하나로 꼽히고 있다.<sup>4)</sup> 대전의 제2부는 <학설유취>(Digesta)로서 그 속에는 고전기시대 법학자들의 상술한 저작물들에서 발췌한 내용들이 사항자료별로 분류되어 모아져 있다. 그리고 533년에 법효력이 부여된 <학설유취>의 뒤를 이어 534년에는 <유스티니아누스 칙법전>(Codex Iustinianus)이 편찬되었는데, 이는 로마 황제들의 결정들을 집대성한 것이다. 마지막으로 대전의 제4부는 535년부터 반포된 새로운 법률들을 모는 <신칙법>(Novellae)으로 이루어져 있다. 이러한 모든 입법작품들은 동로마제국의 황제 Justinianus 에 의하여 착수되고 완성되었다. 이와 같이 로마법이란 십이표법에서 시민법대전에 이르기까지 약 1000년의 세월을 포괄하는 것으로서, 물론 그 사이에 다양한 변화를 겪게 된다. 그러나 시민법대전에 확정·명기된 법상대는 그 이후의 법발전에 결정적인 역할을 하게 되는데, <법학요론>과 <학설유취>에 기록된 내용은 대체로 로마 원수정시대(Prinzipat)의 법상대를 반영하고 있다.

## II. 로마時代 法學者들의 法發見 方法

### 1. 로마時代 法發見의 本質

이제 우리가 보다 구체적으로 고대 로마법에 대한 인상을 얻고자 시도해 볼

4) 이에 관해서는 B. Kupisch in: O. Behrends/R. Kntel/B. Kupisch/H.H. Seiler, Corpus Iuris Civilis - Text und Übersetzung <시민법대전- 원문 및 번역>, Bd. I: Institutionen <법학요론>, 2. Aufl. 1997, S. 289 및 인용문헌 참조.

경우, 여러 가지 착안점들이 제시될 수 있을 것이다. 예컨대 로마법이 보호 내지 실현하고자 한 가치들에 관한 문제를 제기해 볼 수도 있겠고,<sup>5)</sup> 로마법의 여러 제도들과 그 발전의 주요 사항들을 약술해 볼 수도 있을 것이다.<sup>6)</sup> 그러나 우리는 오늘 로마시대 법학자들의 법발견 방법에 관한 문제에 우리의 고찰을 한정하고, 또 그 중에서도 로마 법학자들의 법발견을 특징짓는 것이 과연 직관(Intuition)인가 아니면 합리성(Rationalität)인가 하는 매우 중요한 한가지 문제에 대하여 상세히 살펴보기로 하자.

직관적 법발견에 대하여 Max Kaser는 긍정적인 입장을 취했다. 그는 자신의 대표적 저술에서 고전기, 즉 기원전 150년경부터 기원의 전환기까지의 중요한 시기의 로마 법학자들에 관하여 다음과 같이 말하고 있다. 이 법학자들은 “어떠한 이론을 전개한 것이 아니라 개별 사례들에서 출발하고 있으며, 의견서를 통하여 각 당사자들과 사법기관에 대해 자문을 하고 있다. 이들의 창조적 업적은 이러한 사례의견서에 포함되어 있다. 이로써 로마의 私法은 오늘날의 영국법과 마찬가지로 「사례법」의 성격을 띠게 되며, 이러한 성격은 고대가 종료될 때까지 유지되었다.” 그리고 그는 고전기(즉 기원 후 0~250년의 시기)의 법학에 대하여 다음과 같이 말하고 있다. “이 시기의 법학은 생활 속의 사례들을 올바르게 판결해야 한다는 법발견의 실제적 사명에 충실하여, 개별사례론(Kasuistik)에 기여할 목적으로 이론적 개념구성에 관한 단순한 착안점들을 제시하는 것만으로 만족하고 있다. 특히 법창조적 실무에서 활동한 법학 고전기 시대의 대가들은 올바른 법인식에 이르는 길을 주로 천재적인 직관을 통하여 발견하고 있으며, 이러한 직관은 이들의 확고한 인생관에 기초하고 있는 것이라

5) 이에 관하여는 특히 F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts* <로마법의 체원칙>, 1934, 영인본 1954. 이에 관한 몇 가지 사항은 후술 참조.

6) 가장 최근의 상세한 기술은 M. Kaser, *Das römische Privatrecht* <로마 사법>, Bd. 1 (고로마시대, 고전기 및 고전기의 법), 2. Aufl., 1971; Bd. 2 (고전기 이후의 발전), 2. Aufl. 1975 참조. 요약 및 추가사항은 M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht (Studienbuch)* <로마 사법 (학습서)>, 17. Aufl. 2003 참조.

하겠다. 그리고 논리적 연역은 법개념에 의존하기보다는 주로 지금까지의 사례 실무적 경험에 바탕을 두고 있는바, 이러한 방법은 이들의 법발견에 있어서 단순한 보조수단에 불과하였다.”<sup>7)</sup>

오늘날 대부분의 로마법 학자들이 대체로 동조하고 있는<sup>8)</sup> 이러한 견해에 대해서는 우선 두 가지 주요 용어, 즉 「천재적 직관」 및 「사례법」이란 성격규정에 관하여 주목할 필요가 있다. Kaser는 환상적으로 아름다운, 그러나 줄건에 의하면 더 이상 설득력이 없는 그의 저술<sup>9)</sup>에서 직관이란 “합리적 논거를 요하지 않는 직접적 파악을 통하여 올바른 판단에 도달하는 것”이라고 생각하고 있으며, 또한 직관은 숙련된 사항파악의 감각과 철저한 경험에 근거하는 것으로서 “올바른 해결의 순간적 직시”라고 이해하고 있다.<sup>10)</sup>

그러나 이러한 의미부여는 우리를 처음부터 커다란 어려움에 봉착케 한다. 왜냐하면 우리 법학자들, 다시 말하면 旁註學派(Glossatoren) 이래 현금에 이르기까지의 모든 법학자들은 오래 전부터 의문의 여지없이 로마인들로부터 합리적 법발견의 방법을 계수하였다고 생각하거나, 어쩌면 보다 나은 표현으로 이를 「상속」하였다고 생각하고 있다.<sup>11)</sup> 그런데 만일 로마의 법학자들 자신이 합

7) Kaser (전계 주 6), RP, Bd. 1<sup>2</sup>, 1971, S. 2, 3.

8) 이에 관한 증명은 예컨대 W. Waldstein, Max Kasers Beitrag zur Erkenntnislehre <인식론에 대한 Max Kaser의 공헌>, SZ 115 (1998) 203 m.w.N.

9) M. Kaser, Zur Methode der römischen Rechtsfindung <로마시대의 법발견 방법에 관하여> (독일 니더작센주 학술원지, 철학-역사부), 1962, S. 47 ff. 이에 대한 제한적 수정은 그의 (전계 주 6), RP, Bd. 1<sup>2</sup>, 1971, S. 212 참조. 또한 R. Knütel, SZ 115 (1998) 64 f. 참조.

10) Kaser, Zur Methode (전계 주 9), S. 54 f.

11) F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit <근대사법사>, 2. Aufl. 1967, S. 69: “방주학자들은 유럽에서 최초로 위대한 로마시대의 법학자들로부터 인간생활 속의 생생한 갈등들을 더 이상 불합리한 생활습관의 속박이나 폭력을 통하여 해결하지 않고, 자율적인 법적 사항문제의 이지적 토론을 통하여 그리고 이러한 사항문제성으로부터 근거가 도출되는 일반적 원칙에 따라 갈등을 해결하는 기술을 습득하였다. 법학자들의 이러한 새로운 요구는 유럽의 공공생활을 끊임없이 법의 지배 하에 놓이게 하고 합리화해 갔다. 이를 통하여 유럽의 문화는 지구상의 모든 문화 중에서 유일하게 법치화된 문화가 되었다.” 또한 P. Koschaker,

리적인 결론의 도출이 아니라 직관적 파악을 통하여 그들의 판단에 도달하였다고 한다면, 어떻게 이러한 일이 가능할 수 있겠는가? 그리고 우리가 후에 살펴볼게 될 위대한 민법전들은 각각 민법의 「체계」를 구현하고 있는바, 이러한 법전들은 모두 그 주요 내용이 로마법의 소재들을 바탕으로 하여 편찬된 것이다. 그렇다면 어떻게 이러한 일이 가능할 수 있었을까? 또한 방법론에 관한 현대적 논의에서 직관은 법인식의 수단으로 전혀 고려되고 있지 아니하다.<sup>12)</sup> 이러한 점에 대해서도 한 번 심사숙고해 보아야 할 필요가 있다 하겠다.

두 번째 주요 용어는 「사례법」인데, “오늘날의 영국법과 같은 사례법”을 말하고 있으므로 case law를 동시에 의미하고 있다. case law에 관하여는 두꺼운 책들이 많이 쓰여졌지만, 과연 case law가 무엇인지 정확하게 정의된 바는 없는 것으로 보인다. 통상 case law상의 원칙들은 사례에서 사례로 귀납적으로 발전됨에 반하여, (유럽대륙의) 법률법에서는 사례가 법률에 규정된 원칙에 따라 연역적으로 판단된다고 말한다.<sup>13)</sup> 하지만 그 차이는 물론 크지 않다. 왜냐하면 case law에 있어서도 원칙(rule)은 애당초 첫번째 사례에서부터 확정되고, 그 이후의 사례들은 차별화가 요구되지 않는 한 이 원칙에 따라 판결된다(stare decisis). 그러나 팔목해야 할 차이는 다음과 같은 점에 있지 않을까 생각한다. 영국의 case law는 판결들, 즉 실제로 법관들이 판결한 사례들로 구성되어 있는 반면에 로마의 사례법은 거의 대부분 순이론적으로 작성된 사례들로 구성되어 있다.<sup>14)</sup> 물

Europa und das römische Recht <유럽과 로마법>, 4. Aufl. München 1966 참조.

12) 예컨대 K. Engisch, Einführung in das juristische Denken <법적 사고 입문>, 9. Aufl., 1997, S. 182: “이것은 [직관은] 종래의 법의 역사 속에서는 존재하였지만, 현재는 고찰의 대상이 아니다.” 비교 참조. Kaser도 이를 간과하지 않는다. 그의 Zur Methode (전계 주 9), S. 55 및 Waldstein (전계 주8), S. 203 비교 참조.

13) 예컨대 Philip S. James, Introduction to English Law, 10. ed. 1979, S. 17.

14) W.W. Buckland/A.D. McNair, Roman Law and Common Law, 2. ed. 1965, S. 9 f. 참조: “...the Roman common law was built up like ours by argument from case upon case, with the difference that ours are decided cases and theirs are discussed cases.” 또한 H. Sumner Maine, Ancient Law, London 1959판, S. 31 ff. 및 H.H. Jakobs, De similibus ad similia bei Bracton und Azo <Bracton과 Azo에

론 로마의 법학자들도 일상적인 실무에서 제기되는 구체적 사례들과 질문들에 관하여 의견서(*responsa*)를 작성하였다는 사실에 대해서는 의문의 여지가 없다. 그러나 이러한 활동은 그들의 활동의 일부분에 지나지 않는다. 공화정 후기 이후의 로마 법학자들의 저술들에서는 구체적 사례란 대부분 이론적 논술을 시작하기 위한 출발점에 불과하다.<sup>15)</sup> 그리고 사례논문(*quaestiones*)형태의 문헌에서도 대부분 처음부터 추상적인 법문제를 다루고 있으며, 심지어 법무고시(*Edikt*)나 *Sabinus*에 관한 대주석서에서도 이론적인 문제들을 상세히 다룬 후에 사례를 들어 이를 설명하고 있는바, 이러한 사례들은 대부분 인위적으로 구성된 것이며 종종 매우 특이한 사례들도 있다.

불가피하게 간략한 이상의 설명으로 비록 부족하기는 하지만 오늘 우리가 다룰 주제의 일반적 특성이 대강 지적되었기 바란다. 그리고 이론적·방법론적 견해의 대립보다 오히려 개별사례론적 분석이 보다 더 매력있다 할 것이므로, 이제 이에 관한 로마시대 법학자들의 원문을 직접 살펴보기로 하자. 이러한 의미에서 우선 로마의 법학자들이 법적 문제를 해결함에 있어서 법원칙을 추구하는 두 가지 예를 먼저 살펴보기로 하자(2). 그리고 그 다음으로 이들이 법원칙에 대하여 그리고 그 적용을 위하여 어떻게 작업하고 있으며, 소위 「한계사례」에 이르기까지 얼마나 철저하게 사고하고 있는가를 살펴본 후에(3), 이들이 다양한 사례의 변형을 통하여 어떻게 법적 문제의 깊이를 측량하고 있는가를 살펴보기로 하자(4). 마지막으로 이상의 고찰을 다시 한번 확인하는 의미에서 로마시대의 법학자들은 소위 「도서(島嶼)의 세계」를 법적으로 어떻게 파악하고 있는가 한 번 살펴보기로 하자. 이 문제는 물론 실제적 의미는 별로 없지만, 방법론적으로 대단히 흥미 있는 문제라 할 것이다(5).

있어서의 유추론>, 1996, S. 64 ff. 및 Fn. 183 참조.

15) 예컨대 *Scaevola*의 의견서총람과 같은 단순한 의견서집의 경우는 논외로 한다. 이러한 의견서들에는 통상 판단의 논거조차 제시되지 않고 있다.



## 2. 法原則

아주 간단한 예부터 시작해 보기로 하자.

### D. 24,3,54 (Paulus의 非常法에 관한 단행본에서)

Maritus facere posse creditur nullo deducto aere alieno, item socius, item patronus parensve : at is, qui ex donatione convenietur, omni aere alieno deducto facere posse intellegitur.

무릇 夫는 [그의 적극재산에서] 채무를 공제함이 없이 이행능력이 있는 것으로 간주되는바; 組合員, 解放者, 家父의 경우에도 역시 그러하다. 그러나 贈與의 약속으로 인하여 訴求된 자는 [그의 적극재산에서] 모든 채무가 공제된 후에 비로소 이행능력이 있는 것으로 본다.

夫가 이혼한 후 그의 妻에게 지참금을 반환해야 할 경우에 그의 이행책임은 로마법상 그가 사실상 이행할 수 있는 범위(*in id quod facere potest*)에 한정되었다.<sup>16)</sup> 이러한 책임의 제한을 실현하기 위해서는 妻가 夫에 대하여 제소할 당시의 夫의 재산에서 그가 다른 채권자들에게 부담하는 모든 채무를 공제하는 것이 마땅할 것이다. 그러나 상기한 Paulus의 원문이 말해주고 있는 것처럼 이러한 공제는 행해지지 않았다. 이는 적시에 자신의 채권을 회수하는 채권자는 채무자의 채무초과 여부를 불문하고 다른 채권자에 우선하여 자신의 채권 전부를 회수할 수 있다는 일반적인 사정에서 그 이유를 찾아 볼 수 있다. 그리고 이것은 *melior est causa possidentis* (점유자의 지위가 우선한다)라는 법격언이 적용되는 하나의 실례로서, Paulus 도 다수의 동등한 권리를 가진 채권자들 중에서 먼저 「점령」한 자, 즉 먼저 채권을 회수한 자의 지위가 우선한다는 것을 정당화하기 위하여 다른 곳에서 바로 이 격언을 인용하고 있다. *Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior condicio est nec deductur, quod eiusdem condicionis hominibus debetur* (동일한 원인<sup>17)</sup>에 기한 다수의 채권자들 중에서는 먼저 채권을 확보한 자의 지

16) 이러한 책임제한은 먼저 처의 지참금반환의 소(*actio rei uxoriae*)에서 인정되었으나, Antoninus Pius 이후에는 처가 부에 대하여 제기하는 모든 법률행위소송에서 인정되었다, Mod. D. 42,1,20. Kaser (전계 주 6), RP, Bd. 1<sup>2</sup>, S. 323 비교 참조.

위가 우선하고, 동일한 권리상태에 있는 다른 채권자들에게 부담하는 채무는 공제되지 않는다), D. 42,1,19 pr.

즉 우리가 방금 살펴본 원문은 한 원칙에 입각해 있지만, 물론 이러한 원칙을 직접 언급하고 있지는 않다. 그리고 이 원문은 증여의 약속을 한 채무자에 대하여 이러한 원칙에 대한 예외를 인정하고 있는데, 이는 또한 “무상 취득자는 다른 채권자의 부담으로 자신의 청구권을 관철시킬 수 없다”라는 일반적 사고에 입각하고 있는 것이다. 이러한 일반적 사고는 중세 시대에 *nemo liberalis nisi liberatus*, 즉 “채무로부터 자유롭지 않은 자는 아무것도 증여하지 못한다”라는 법격언으로 발전하였다.<sup>17)</sup>

매우 자주 문제가 되는 것은 고려의 대상이 되는 상이한 여러 법원칙들 중에서 가장 사정에 적합한 원칙을 결정하는 일이다. 물론 로마의 법학자들이 자신이 비교·교량한 법원칙들을 구체적으로 언급하는 일은 매우 드물다. 이러한 예외에 속하는 한 예가 바로 다음의 경우이다.

#### D. 6,2,9,4 (Ulpianus의 법무고시주석서 제16권에서)

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

만일 어떤 자가 한 물건을 상호 관련이 없는 두 명의 선의의 매수인에게 각각 매도한 경우, 그 물건을 먼저 인도받은 자와 그 물건을 먼저 매수한 한 자 중에서 누가 점유 회복의 소를 위하여 보다 강한 권리를 갖는가 문제가 된다. Julianus는 그의 학설유취주석서 제7권에서 다음과 같이 말하고 있다. 만일 두 사람이 동일한 무권리자로부터 매

17) 즉 채무자의 이행능력이 인정되는 범위 내에서만 해소할 수 있는 경우. 이에 관하여는 E. Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen* <청구권 및 당사자의 경합에 관한 보론>, 1962, S. 89 및 W. Litewski, *Das beneficium competentiae* <공제의 항변>, St. Volterra, Bd. 4, 1971, S. 486 및 Fn. 70 참조. 또한 A. Bürge, SZ 106 (1989) 273 f. 비교 참조.

18) J. Gildemeister, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht* <고전기 로마법에 있어서의 공제의 항변>, 1986, S. 43, 46 및 Bürge (전계 주 17), S. 274 비교 참조.

수한 경우에는 물건을 먼저 인도받은 자가 보다 강한 권리를 갖겠지만, 만일 그들이 서로 상이한 무권리자들로부터 매수한 경우에는 점유자의 권리가 매수인의 권리에 우선한다. 이 견해가 옳다.

여기서는 점유회복의 소(*actio Publiciana*)가 문제되는 데, 이 소는 일차적으로 시효취득 점유자(*Ersitzungsbesitzer*)가 보다 열등한 점유자로부터 해당 물건의 점유의 반환을 요구할 수 있도록 하기 위한 것이었다(물론 소유자도 이 소를 활용할 수 있다). 위의 사례의 경우 두 명의 시효취득점유자가 관련되어 있는데, 이 둘을 A와 B라고 부르기로 하자. 이 둘은 한 명의 매도인에게서 그가 소유하지 아니하는 동일한 물건을 매수하였다. 즉 매도인은 먼저 A에게 이 물건을 인도한 후에, 다시 비범죄적인 방법으로 이 물건의 점유를 취득한 다음, 이를 다시 B에게(매도하고) 인도하였다. A와 B 두 사람 중에서 누가 제삼자에 대하여 그리고 상호간에 보다 강한 지위를 갖는가 하는 문제에 대하여 Julianus 는 두 개의 원칙, 즉 선행우선의 원칙(*prior tempore potior iure*, 시간에서 선행하는 것이 권리에서 더 강하다)과 점유우선의 원칙(*melior est condicio [causa] possidentis*, 점유하고 있는 자의 지위가 더 유리하다)을 고려한다. 그는 원칙적으로 이 두 원칙은 다 적용될 수 있다고 본다. 그러나 두 명의 시효취득점유자가 동일한 매도인으로부터 매입한 경우에는 선행우선의 원칙이 적용되어야 할 것으로 판단하고 있다. 이러한 판단이 옳다는 것은 다음과 같은 사실을 고려해 볼 때 분명해 진다. 매도인이 A에게 물건을 처분한 후 다시 그 물건의 점유를 취득한 경우, A는 매도인에 대하여 점유회복의 소(*actio Publiciana*)를 제기하여 권리를 주장할 수 있다. 따라서 A는 매도인보다 강한 법적 지위에 있다. 그렇다면 B가, 로마법상 선의취득이란 인정되지 않으므로, 매도인으로부터 그 자신이 가진 지위보다 강한 법적 지위를 취득할 수는 없을 것이다. 그러므로 A는 매도인에 대해서와 마찬가지로 그의 권리승계인에 대하여도 자신의 권리를 주장할 수 있어야 할 것이다. 이상의 고찰에서 우리는 로마의 법학자들이 일정한 원칙들에 입각하여 사고한다는 사실을 잘 알 수 있다 하겠다.

### 3. 法原則과 限界事例

보다 더 흥미로운 사실은 로마의 법학자들은 어떤 원칙을 설명한 후에 그 적용범위를 측량하기 위하여 어쩌면 다른 원칙이 적용될 수도 있는 한계사례에 이르기까지 언급하는 것을 자주 발견하게 된다는 점이다.

우선 첫번째 예를 살펴보자.

#### D. 18,1,8 (Pomponius의 Sabinus주석서 제9권에서)

pr. Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.

1. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil incidit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

매매의 목적물이 존재하지 않는 경우에는 매수인이던 매도인이던 아무도 매매를 성립시킬 수 없다. 그럼에도 불구하고 장래의 과실이나 장래의 노비의 자식에 대한 매매는 유효하게 성립하는바, 이는 예컨대 (노비의) 자식이 출생하는 경우에 그 매매는 이미 계약 체결의 시점에 성립한 것으로 간주하는 방법에 의한다. 그러나 매도인이 과실이 열리지 않도록 하거나 또는 아무도 출생하지 못하도록 한 경우에도, 매매에 기하여 취소될 수 있다고 한다.

1. 종종 매매는 목적물이 없이도 성립하는데, 예컨대 마치 어떤 “주사위”가 [즉 승산의 전망이] 매매된 경우가 그러하다. 또한 물고기나 새들의 [장래의] 수확 또는 백성들에게 투하되는 하사품들 [중에서 매도인이 취득할 물건]이 매매된 경우도 그러하다. 그리고 일정한 행사에서 백성들에게 투하되는 하사품들 중에서 누군가가 획득한 물건이 [제삼자에 의하여 매수인으로부터] 추탈되는 경우에는, 계약에 기한 어떠한 채무도 성립하지 않는다. 왜냐하면 이렇게 약정한 것으로 보기 때문이다.

위의 본문은 매도되어야 할 물건(res quae veneat), 즉 매매의 목적물이 존재하지 않으면 매매는 불가능하다는 명제에서 출발한다. 여기서는 우선 매매의 체결

당시에 어떤 물건이 현존하는 경우를 생각할 수 있는바, 이는 로마시대 매매의 전형적 상황이라 할 수 있다. 그 다음으로 어떤 물건이 장차 현존하게 될 경우, 예컨대 장래에 수확할 과실이나 현재 수태한 암말이 출산할 망아지의 경우에는 매매가 충분히 성립할 수도 있지 않겠는가 하는 문제가 제기된다. 로마의 법학자들은 장래물의 매매(*emptio rei speratae*)에 관하여 이 경우 매매는 정지조건부로 성립한다는 훌륭한 <우회적 해결책>을 강구함으로써 이 문제를 긍정적으로 해결하고 있다. 여기서 <우회적 해결책>이라 함은 조건에 관한 법리로의 우회를 통하여 매매목적물의 존재라는 요건을 변경함이 없이 해결책을 마련하였다는 것을 의미한다. 즉 목적물이 발생하지 않는 경우에는 조건이 충족되지 않고, 따라서 매매는 성립되지 아니한다. 그리고 여기서 주목해야 할 것은 목적물의 발생에 의하여 조건이 충족되는 경우, 이 조건은 계약의 체결시까지 소급하여 그 효력을 미친다는 점이다.

그런데 만일 암말이 아직 수태도 하지 아니하고, 어쩌면 전혀 교미도 하지 아니한 때에, 매수인이 그럼에도 불구하고 그 암말이 언젠가 망아지를 출산할 경우 그것을 매수하기를 원하는 경우라면 어떠한가? 여기서 흥미로운 점은 독일의 민법 문헌에서 혹자는 이 사례를 장래물의 매매(*emptio rei speratae*)의 예로 들고 있지만, 혹자는 이 사례를 희망의 매매(*emptio spei*)의 예로 들고 있다는 사실이다. 이것은 장래물의 매매와 희망물의 매매 사이의 경계가 유동적이라는 점을 보여주는 것으로서, 로마시대에도 장래의 물건(*res sperata*)에 대한 매매가 인정된 이후에 희망(*spei*)의 매매가 인정되었을 것으로 거의 확실하게 추측할 수 있다. 더욱이 로마인들은 이미 상기한 원문 제8절 1문에 기술된 바와 같이 희망의 매매에 관한 아주 훌륭한 사례를 갖고 있었다. 즉 하사품(*missilia*)이란 황제의 탄신일, 승리의 행진 등과 같은 특별한 국가행사에서 백성들에게 던져주는 선물로서, 이 중에는 황금술잔, 값비싼 의복, 동물, 노예, 주택, 선박, 농지 등과 같은 매우 고가의 물건들도 있었다.<sup>19)</sup> 따라서 이러한 행사에는 많은 사람들이 몰려들었다. 그러나 품위가 있는 사람들은 목숨까지 위험한 이수라장 속에 스

스로 끼어 들지 아니하고, 힘이 세고 훈련이 잘 된 장정들 중에서 기꺼이 하사 품(*missilia*)을 위한 투쟁에 참가할 용의가 있는 자들을 사용하는 방법을 선택하였다. 그러나 이들은 마치 물고기를 포획하기 전의 어부들과 마찬가지로, 우선은 무엇인가 낚을 것이라는 희망 이외에는 사실상 아무것도 제공할 것이 없었다. 이와 같이 희망이 매매목적물로서 인정되는 경우는 더할 나위가 없는 한계 사례의 한 예인바, 사실 희망(*spes*)이란 물건(*res*)이 아님에도 불구하고 법적 해석을 통하여 매매목적물로 인정되는 것이기 때문이다.

다음의 경우도 역시 특기할 만하다.

#### D. 4,4,3,3 (Ulpianus의 법무고서주석서 제11권에서)

Minorem autem viginti quinque annis natu videndum, an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut si captus sit restitatur? et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. proinde et si bissexto natus est, sive priore sive posteriore die Celsus scripsit nihil referre: nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies <bissexti> kalendarum intercalatur.

어떤 자가 그의 25번째 생일에 이르렀으나 아직 그의 출생 시각에 도달하지 않은 경우에, 그를 아직 만 25세 미만으로 보아, 그가 불이익을 당한 때에는 원상회복을 청구할 수 있도록 해야 할 것인가? 이 경우에 그는 25번째 생일을 아직 종료한 것이 아니므로 실제로 그렇다고 보아야 할 것이며, 이 때에 [미성년의] 기간은 [출생의] 순간에서 [정년 도달의] 순간까지 계산된다. 뿐만 아니라 만일 어떤 자가 소위 '중복된 2월 24일' 중의 하루에 출생한 경우, 이미 Celsus가 서술한 바와 같이, 첫번째 날에 출생하였던지 두번째 날에 출생하였던지 아무런 차이가 없다. 왜냐하면 이 중복일은 하루로 간주되며, 중복된 2월 24일의 두번째 날이 삽입되었을 따름이기 때문이다.

주지하다시피 기원전 200년경의 Laetorius의 법(*lex Laetoria*)은 25세 미만자(*minores viginti quinque annis*)라는 새로운 연령단계를 도입하였다. 이에 따라 그 미만자는 자신에게 불이익을 끼친 자에 대한 형사소송을 통하여 보호되었다. 법

19) 이에 관하여 상세한 것은 Knitel, SZ 117 (2000) 445, 448 f. 참조

무관(Prātor)은 특히 불이익을 당한 25세 미만자에게 원상회복청구권(*in integrum restitutio*)을 부여함을 통하여 (그리고 미만자의 신청에 따라 후견인[*curator*]을 선임함으로써) 이러한 보호를 확대하였다.

위의 원문에서는 이러한 보호가 언제까지 계속되는가 하는 것이 문제되는데, 이는 정확하게 말하면 언제 25번째 생년이 종료되는가 하는 문제이다. 원칙적으로 로마인들은 기간을 24시간씩 일자에 따라 계산하는 소위 민사기간계산법(*Zivilkomputation*)을 따르고 있었다. 이것은 역시 연령계산을 위한 두 개의 원문에 의하여 알려지고 있다. 이에 따르면 예컨대 어느 1월 1일 15시에 출생한 자는 그의 14번째 생일부터, 즉 12월 31일에서 1월 1일로 넘어가는 자정부터 유언을 작성할 수 있으며, 이를 위하여 15시까지 기다릴 필요가 없다(Ulp. D. 28,1,5). 그리고 이는 그의 20번째 생년(Justinianus의 때에는 17번째 생년)이 종료되어 노비해방행위를 하는 경우에도 마찬가지이며, 이 경우 12월 31일의 마지막 자정이 경과되면 족하다(Ulp. D. 40,1,1 및 Inst. 1,6,7 비교 참조).<sup>20)</sup>

그리고 이러한 경우에 생일의 당일은 14년 또는 20년의 기간에 산입된다(*dies a quo computatur*)는 것을 부연해 둔다. (이는 독일민법 제187조 2항 2문의 경우에도 역시 그러하다.)

그러나 상기한 원문의 경우에는 사정이 다르다. 이 곳에서는 민사기간계산법을 기준으로 하지 않고, 소위 자연기간계산법(*Naturalkomputation*), 즉 한 순간부터 한 순간까지(*a momento ad momentum*, Ulp. D. 41,3,6)의 계산방법에 따라 출생의 시각을 기준으로 삼고 있다. 따라서 15시에 출생한 자는 불리한 거래행위에

20) 이에 관한 최근 문헌으로는 M. Schmitz, Die Fristberechnung nach römischem Recht <로마법상의 기간의 계산>, 2002, S. 154 ff., 164 ff. 참조. 그리고 이러한 경우에 12월 31일 오정의 경과를 기준으로 삼지 않았는가에 관한 문제에 관하여는 견해의 대립이 있지만, 이 곳에서는 다루지 아니한다.

대한 보호를 자신의 25번째 생일의 15시부터 비로소 상실하게 된다.

민사기간계산의 원칙과의 이러한 차이는 다음과 같이 설명될 수 있다. 민사기간계산의 원칙이 적용되는 경우는 능력(유언능력, 노비해방능력)의 취득, 즉 법적 이익이 문제됨에 반하여, 상기 원문의 경우에는 가능한 한 종전 상태로의 회복(*in integrum restitutio*)을 통한 보호의 상실이 문제되고 있다.<sup>21)</sup>

여기서 주목해야 할 것은 Ulpianus가 민사기간계산법에 대한 이러한 예외를 중복일(*bissexturn*)의 한계사례를 통하여 확대하고 있다는 점이다. 로마 사람들은 2월 29일을 알지 못하였다. 따라서 그들은 역법상의 문제를 해결하기 위하여 4년마다 3월 1일부터 역으로 6번째가 되는 날을 두 번 두었다(이런 의미에서 *bissexturn* 이라고 부름). 로마인들의 일자계산법에 따르면 이 날은 2월 24일이 되는데, 이러한 중복일은 하루로 간주되었다. Ulpianus는 Celsus를 인용하면서 둘째 날이 삼입되었다는 사실, 즉 평년의 2월 24일 15시에 출생한 자는 그의 25번째 생일날이 중복일이 될 경우 중복일의 둘째 날의 15시가 될 때까지 보호된다는 것을 강조하고 있다. 이와 같이 법적 보호는 최후로 주장할 수 있는 시점, 즉 한계사례에 이르기까지 확대되고 있다. 오늘날의 우리도 달리 판단하지는 않을 것이다.

로마의 법학자들이 한계사례에 이르기까지 얼마나 철저하게 궁구하였는가는 다음의 예에서도 잘 알 수 있다.

#### D. 1,6,8 (Ulpianus의 Sabinus주석서 제26권에서)

<p>Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt : idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere</p>	<p>어느父가 정신병에 걸린 경우, 그의子女들은 그럼에도 불구하고 여전히 그의 권한 하에 있다. 이는 자녀에 대하여 부권을 갖는 남계 혈통의 모든 조부들의 경우에도 마찬가지</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------

21) 이와 같은 설명은 이미 C. F. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts <현행 로마법의 체계>, Bd. 4, 1841, S. 406 f. 참조. Schmitz도 동지 (상계 주20, S. 89 f.)



quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt. sed et si in furore agente eo uxor concipiat, videndum an in potestate eius nascatur filius: nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: quod cum ita se habeat, in potestate filium habebit. proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur: sed et in furore eius conceptus ab eo qui non furebat sine dubio in potestate nascetur, quia retinetur matrimonium. sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus: nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque.

이다. 왜냐하면 부권에 관한 법은 관습법으로 인정된 것인바, [그 원칙에 따르면] 부권의 권한을 갖는 자는 관습법상 인정된 경우에만 자녀에 대한 권한을 상실하기 때문에, 상술한 경우에 자녀들이父의 권한 하에 있게 된다는 것은 의문의 여지가 없다. 따라서父의 정신병이 발병하기 전에 출생한 자녀에 대하여 뿐만 아니라, 발병 이전에 수태되고 발병 이후에 출생한 자녀에 대해서도父는 권한을 갖는다. 그리고父가 정신병에 걸린 동안 관계를 하여 그의 妻가 임신하게 된 경우에도, 그 자는 출생과 동시에父의 권한 하에 놓이게 된다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 정신병자는 비록 혼인을 할 수는 없지만 이미 성립한 혼인을 계속 유지할 수는 있으므로, 그 자에 대하여父는 당연히 권한을 갖는다 할 것이다. 이와 마찬가지로 만일 妻가 정신병에 걸린 경우에도, 그녀가 발병 이전에 임신한 아이는 출생과 동시에父의 권한 하에 놓이게 된다. 그리고 妻가 정신병에 걸린 동안 정신병에 걸리지 아니한 夫에 의하여 임신이 된 경우에도, 그러한 자는 의문의 여지없이 출생과 동시에父의 권한 하에 놓이게 된다. 왜냐하면 혼인은 여전히 계속되고 있기 때문이다. 그리고 만일 夫와 妻 모두 정신병에 걸린 상태에서 서로 관계를 하여 妻가 임신하게 된 경우에도, 정신병자들에게 일말의 자유의사가 남아있는 경우와 마찬가지로, 그 아이는 출생과 동시에父의 권한 하에 놓이게 된다 할 것이다. 왜냐하면 만일 부부의 일방이 정신병에 걸린 경우에도 혼인이 계속된다고 한다면, 부부의 쌍방이 정신병에 걸리는 경우에도 혼인은 계속된다고 보아야 할 것이기 때문이다.

이 원문은 그 첫 인상에서 나타나는 것처럼 그렇게 해석적인 내용은 아니다. 독일 연방대법원은 2001년 말에 내린 한 판결에서, 배우자의 일방이 정신질환으로 말미암아 혼인에 대한 모든 이해력을 상실했다 하더라도 혼인이 자동적

으로 종료되는 것은 아니며 당연히 이혼해야 하는 것도 아니라고 적시한 바 있다.<sup>22)</sup> 상기한 원문의 출발점은 유효한 혼인(*iustum matrimonium*) 중에 출생한 자녀는 家父(*paterfamilias*)의 권한 하에 놓이게 된다는 것이다. Ulpianus는 家父 및 그의 妻의 정신질환이 父權(*patria potestas*)에 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제를 논술하고 있다.<sup>23)</sup> 그는 우선 전혀 문제가 제기되지 않는 다음과 같은 경우에서 출발한다. 즉 이미 父의 권한 하에 있는 子女에 대해서는, 만일 그 父가 정신질환에 걸리게 되는 경우라 하더라도, 父權이 상실되지 아니한다. 왜냐하면 그러한 사유가 부권의 종료사유로 인정된 바 없기 때문이다. 다음으로 Ulpianus는 한 걸음 더 나아가, 만일 父가 자녀의 수태 시에는 건강하였으나 출생 시에는 반대로 정신질환에 걸린 경우 또는 이미 수태 시부터 정신질환의 상태에 있었던 경우에는 어떠한가 하는 문제를 제기한 후에, 父의 정신질환의 경우에도 혼인은 계속 유지되므로,<sup>24)</sup> 그의 자녀는 혼인 중에 출생한 것이 되고, 따라서 父의 권한 하에 놓이게 된다는 답변을 하고 있다. 그리고 이 법학자는 夫가 건강한 경우의 妻에 대하여 이와 상응하는 상황들, 즉 임신 시에는 건강하였으나 출생 시에는 질환에 걸린 경우 및 임신 시부터 질환에 걸린 경우 등을 검토한 후에 동일한 결론에 도달한다.

이러한 경우의 한계사례는 부부 모두 정신질환의 상태에서 수태하고 임신한 경우이다. 그러나 이러한 한계사례의 경우에도 결론은 달라지지 아니한다. 즉 혼인은 계속 유지되고, 따라서 자녀는 혼인 중에 출생한 것이므로, 그러한 자녀는 父의 권한 하에 출생한 것이 된다. 이에 대한 논거는 두 가지이다. 즉 夫가 정신질환에 걸리거나 妻가 정신질환에 걸리는 경우에도 혼인은 계속 유지되므로, 다시 말하면 부부 어느 누구의 질환도 혼인을 해하지 아니하므로, 부부 쌍방이 정

22) BGH, Urt. v. 7.11.2001, BGHZ 149, S. 140 ff.=NJW 2002, S. 671 f.

23) 해당 원문에 관해서는 또한 E. Volterra, Bull. 78 (1975) 245, 247, 255 ff.=ders., Scritti giuridici, Bd. 3, 1991, S. 355, 357, 365 ff. 참조

24) 또한 Paul. D. 23,2,16,2 비교 참조

신질환에 걸리는 경우에도 혼인은 계속 유지되어야 한다는 것이 첫째 논거이다. 이보다 어려운 것은 *quasi voluntatis reliquis in furiosis manentibus*, 즉 “정신병자들에게 일말의 의사가 남아있는 경우와 마찬가지로 (또는 남아있기 때문에)”라는 두 번째 논거이다. 이는 로마법상 혼인의 계속을 위한 필수적 요건인 혼인의 의사 (*affectio maritalis*)를 염두에 둔 것으로 추측되는바,<sup>25)</sup> 부부가 공동생활을 하고 또 서로 관계하는 경우에는 그러한 의사가 계속 유지되는 것으로 볼 수 있다.<sup>26)</sup>

요컨대 상기한 원문에서도 “정신질환의 경우에 혼인은 유지된다”라는 하나의 원칙이 한계사례에 이르기까지 총 6단계에 걸쳐 철저히 논의되고 있다.<sup>27)</sup> 이러한 태도를 직관적 해결 방법이라고는 결코 말할 수 없을 것이다.

그러면 이제 다음 사례유형을 살펴보기로 하자.

#### 4. 事例의 變形

1. 우선 다음과 같이 일목요연한 예부터 살펴보자.

##### D. 23,4,7 (Pomponius의 Sabinus주석서 제15권에서)

<p>Cum dos filiae nomine datur, optimum est pactum conventum cum utroque generum facere, quamquam initio dotis dandae legem quam velit etiam citra personam mulieris is qui dat dicere</p>	<p>만일 딸을 위하여 지참금이 설정되는 경우, 비록 지참금을 설정하는 자가 그 설정시에 딸과 상의함이 없이 임의로 어떤 조건을 부가할 수 있다고 하더라도, 사위는 두 사람</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------

25) 또한 Volterra (전계 주 23), S. 256 f.=366 f. 도 동지. 그는 점유의 경우와의 유사점을 지적하고 있다. Proc. D. 41,2,27.

26) *Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* (혼인을 성립시키는 것은 동침이 아니라 혼인의 의사이다, Ulp. D. 24,1,32,13) 라는 법격언은 이러한 결론과 반드시 상충되는 것은 아니다. 이 법격언의 원래의 의도(*Logos spermatikos*)를 생각해 보라.

27) Volterra (전계 주 23), S. 256=366.

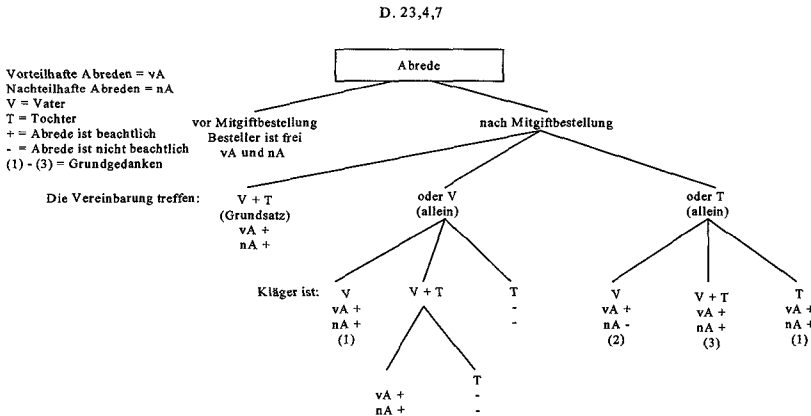
possit. si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est, quoniam iam acquisita mulieri dos tum esset. quo casu si solus pater pactus esset sine filia, sive solus agat sive adiuncta filiae persona, ei soli nocebit et proderit pactum conventum nec, si sola filia aget, neque proderit neque nocebit ei. si vero filia sola pacta fuerit, quo pacto melior condicio patris fiet, proderit et patri, quoniam per filiam patri acquiri potest, per patrem filiae non potest. si vero sic pacta sit filia, ut noceat, ipsi quandoque filiae agenti nocebit pactum, patri vero nullo modo nocebit, nisi adiecta quoque filiae persona experiatur. dicendum est paciscendo filiam patris condicionem deteriorem facere non posse eo casu, quo mortua ea in matrimonio dos ad patrem reversura est.

[즉 장인과 처]과 형식 없는 약정을 체결하는 것이 최상의 선택이다. 만일 그가 지참금의 설정 이후에 어떤 약정을 체결하려고 한다면, 그 처가 이미 지참금을 취득한 것이므로, 이러한 약정에는 반드시 두 사람 모두 참여하여야 한다. 이러한 경우에 딸의 참여 없이 장인 단독으로 약정을 체결한 때에는, 그는 단독으로 또는 딸의 참여 하에 소송을 제기할 수는 있으나, 형식 없는 그러한 약정은 그에게만 이익 또는 손해가 될 뿐이다. 만일 이러한 경우에 딸이 혼자 소송을 제기한 때에는, 그러한 약정은 그녀에게 이익도 줄 수 없고 손해도 될 수 없다. 그러나 만일 딸이 단독으로 어떤 약정을 체결하였고, 그 약정에 의하여 장인의 권리상태가 개선되는 경우에는, 그러한 약정은 장인에게 이익을 줄 수 있다. 왜냐하면 무릇父는 女息을 통하여 권리를 취득할 수 있지만, 女息이 父를 통하여 권리를 취득할 수는 없기 때문이다. 그러나 딸이 체결한 약정이 불리한 내용인 경우에는, 그러한 약정은 언젠가 그녀가 소송을 제기할 때에 그녀에게 손해가 될 뿐이며, 장인이 딸을 소송에 참가시키지 않는 한 어떠한 경우에도 장인에게 불이익을 줄 수 없다. 요컨대 딸이 혼인 중에 사망하여 지참금이 장인에게 반환되어져야 할 경우에, 딸의 약정에 의하여 장인의 권리상태가 악화되는 일은 없다.

위의 원문에서 Pomponius는 지참금에 관한 약정의 효력에 대하여 논술하고 있다. 우선 그는 부친이 딸을 위하여 지참금을 설정하는 경우(*dos profecticia*)에서 출발한다. 그리고 그는 부친이 필요한 경우에는 지참금반환의 소송에 딸을 참가시키는 것(*adiuncta filia*)을 상정하고 있으므로, 딸이 아직도 부의 권한(*patris potestas*) 하에 있으며 (UE 6,6), 이혼이 성립한 경우를 전제하고 있다. 왜냐하면 만일 딸이 부의 권한으로부터 해방된 경우라면 그녀 단독으로 지참금반환의 소(*actio rei uxoriae*, UE 6,6)를 제기할 것이며, 만일 그녀가 혼인 중에 사망한 경우라면 부친이 단독으로 지참금의 반환을 소구할 것이기 때문이다 (UE 6,5).

이상과 같은 전제 하에 Pomponius는 지참금에 관한 약정(*pacta dotalia*)의 효력을 검토하고 있다. 그는 지참금의 설정 전에는 설정자인 장인이 단독으로 어떠한 약정을 체결할 것인가를 결정할 수 있다는 점에서부터 검토를 시작하고 있다. 지참금반환의 소(*actio rei uxoriae*)의 신의칙적 성격에 비추어 이러한 모든 항변을 고려하는 것이 허용된다.<sup>28)</sup> 그러나 지참금이 설정되면 그 女息은 혼인이 해소되는 경우 지참금이 자신에게 반환될 것이라는 기대권을 취득하게 된다. 따라서 사후적으로 남편과 약정이 체결되는 경우 원칙적으로 그녀도 그 약정에 참여하여야 한다. 다시 말하면 그러한 약정은 장인과 딸이 공동으로 체결하여야 한다. 여기에서 우리는 Pomponius가 이러한 약정의 체결과 관련하여 생각할 수 있는 모든 가능성, 즉 장인과 딸이 각각 남편과 단독으로 지참금의 반환에 관한 약정을 체결한 후에 장인 단독으로 또는 딸을 참가시켜 혹은 딸이 단독으로 소송을 제기하는 6가지 경우를 모두 검토하고 있다는 사실에 주목할 필요가 있다. 이를 도해하면 다음의 <그림 1>과 같다.

<그림 1>



[유리한 약정=vA, 불리한 약정=nA, V=부친(장인), T=여식, += 약정이 고려됨, -= 약정이 고려되지 않음, (1)-(3)=기본적 사고. Abrede=약정, vor Mitgiftbestellung: Besteller ist frei = 지참금 설정 전 - 설정자의 자유, nach Mitgiftbestellung=지참금 설정 후, Die Vereinbarung treffen: =약정을 체결함, (Grundsatz)=(원칙), (allein)=(단독), Kläger ist: 제소자는 ...]

28) Kaser (전계 주 6), S. 341 참조.

여기에서는 다음과 같은 세 가지 기본적 사고가 두드러지게 나타난다.

1. 남편과 일방적으로 체결한 약정은 원칙적으로 그 약정을 체결한 자에 대해서만, 즉 장인 또는 처(여식)에 대해서만 이익이 되거나 손해가 된다.

2. 여식이 체결한 약정에 의하여 지참금(*dos*)에 관한 권리상태가 개선된 경우, 이는 장인의 이익이 된다. 왜냐하면 家父(*pater familias*)는 자신의 권한 하에 있는 여식을 통하여 권리를 취득할 수 있기 때문이다.

3. 먼저 언급해야 할 사항은 여식이 생존하는 동안에는 지참금반환의 소는 이혼의 경우에만 생각할 수 있다는 점이다. 따라서 여식이 家父의 권한(*patria potestas*) 하에 있는 경우에도 부친은 여식을 참가시켜야만(*adiuncta filia*) 소송을 제기할 수 있다. 이러한 경우 여식이 체결한 불리한 약정은 부친의 소송에 대해서도 효력이 있다.<sup>29)</sup> 그 이유는 이러한 경우 여식을 부친의 소권에 일정한 지분을 갖는 자로 보았기 때문일 것으로 추측된다.<sup>30)</sup>

따라서 Pomponius는 다음과 같이 글을 맺고 있다. 장인은 딸이 혼인 중에 사망한 경우에만 단독으로 소송을 제기할 수 있으며(UE 6,4 및 Pomp. D. 24,3,10 pr. 비교 참조), 이 경우 딸이 일방적으로 체결한 불리한 약정(*factum*)은 그에 대하여 효력이 없다.

이상과 같이 생각할 수 있는 모든 사례의 변형들을 철저하게 검토하는 것은 고전기 시대의 법학자들에게 결코 드문 일이 아니다. 오히려 올라미에 걸린 수 돼지의 경우에 대한 Proculus의 사례 분류(D. 41,1,55)와 같이 유명한 예가 많으며, 이러한 경우 결론은 역시 다음과 같이 도출된다: *summam tamen hanc pufo esse,*

29) 이에 관한 원문(*nisi adiecta quoque filiae persona experietur*)의 진정성에 대해서는 물론 의문이 제기되고 있다. 예컨대 A. Bechmann, *Das römische Dotalrecht* <로마시대의 지참금법>, Bd. 2, 1867, S. 387 Fn. 1; H. J. Wolff, SZ 53 (1933) 311 Fn. 3; A. Burdese, Bull. 62 (1959) 178 f.; ders., Labeo 5 (1959) 301 Fn. 70 (302) 참조.

30) Iul. D. 46,3,34,6: *particeps et quasi socia obligationis* (채무관계의 참가자 및 준조합원). 또한 A. Söllner, *Actio rei uxoriae* <지참금반환의 소>, 1969, S. 152 f. 비교 참조.

ut ... (모든 경우를 고려할 때 다음과 같이 판단된다...).<sup>31)</sup> 여기에서도 우리는 전적으로 합리적인 법발견의 방법에 직면하게 된다.

2. 이러한 사실은 로마시대 법학자들이 즐겨 사용한 연상적 방법, 즉 어떤 문제를 논술함에 있어 비교 가능한 다른 문제들을 함께 생각하고 유사한 사례들을 고찰함으로써 어떤 문제의 해결에 도달하는 방법을 살펴볼 경우에도 마찬가지로 확인할 수 있다. 연상적 방법이란 다른 아닌 유추판단의 일종으로, 유사한 사례들로부터 어떤 원칙, 즉 판단의 근거(*ratio decidendi*)가 도출되고, 이에 따라 의문이 제기된 문제를 해결하는 방법이다. 그러면 이에 관하여 예를 들어 살펴보자.

#### D. 30,70 (Gaius의 지방법무고시주석서 제18권에서)

Si servus Titii furtum mihi fecerit, deinde Titius herede me instituto servum tibi legaverit, non est iniquum talem servum tibi tradi, qualis apud Titium fuit, id est ut me indemnem praestes furti nomine, quod is fecerit apud Titium. 1. Nam et si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam. 2. Nec dissimile est ei qui mandato alicuius servum emit, vel ei qui servum redhibet, qui omnes non aliter restituere servum coguntur, quam ut ratio habeatur furti, quod ab eo servo factum fuerit vel antequam negotium contraheretur vel postea. 3. Quare et si post aditam hereditatem servus legatus heredi furtum fecerit, ita praestari debebit, ut ob hoc delictum quasi litis aestimatio a legatario sufferatur heredi.

Titius의 노비가 나의 물건을 절취한 후에, Titius가 나를 상속인으로 지정하고 그 노비를 너에게 [채권적 유증의 방식으로] 유증하였다면, 너에게 그 노비를 그가 Titius에게 있었던 상태로 인도함이 부당하다고 할 수 없다. 따라서 너는 그 노비가 Titius에게 있었을 때 [나에 대하여] 범한 절도로 말미암아 나에게 손해를 배상해야 한다. 1. 왜냐하면 만일 너에게 나의 토지를 위한 지역권이 설정된 토지가 유증된 경우에도, 나는 너에게 종래의 지역권을 다시 취득하는 조건으로 이행하면 충분하기 때문이다. 2. 이는 또한 타인의 위임에 따라 노비를 매입한 자나 혹은 하자에 기한 해제를 통하여 노비를 반환하여야 하는 자의 경우와 매우 유사하다. 즉 이 양자는 노비를 인도함에 있어 그 노비가 자신에게 범한 절도에 대하여 배상해 줄 것을 요구할 수밖에 없고, 이 경우 절도가 계약의 체결 전에 발생하였는지 아니

31) 예컨대 계약의 유형과 무형식계약(*pacta*)에 관한 Ulpianus의 논문(D. 2,14,1, eod. 5 u. 7)이나 쌍무계약에 있어서의 급부(*datio ob rem*)에 관한 Paulus의 논문(D. 19,5, pr.-5) 등에서 나타나는 체계화작업에 대해서도 생각해 보아야 할 것이다.

면 그 후에 발생하였는지는 문제되지 아니한다. 3. 결론적으로, 유증된 노비가 상속의 개시 후에 상속인에 대하여 절도를 범한 경우에도, 상속인은 수증자로부터 소송물의 평가액에 상당하는 배상을 받는 조건으로만 그 노비를 인도하면 된다.

여기서는 내가 Titius의 노비에 의해 절취 당한 사례에서 출발하고 있다. 이 경우 나는 Titius에 대하여 家人竊盜의 訴(*actio furti noxalis*)를 제기할 수 있다. 그 후 Titius가 사망하고, 나는 그의 상속인이 된다. Gaius가 따르고 있는 Sabinus학파의 이론에 의하면 이 경우 절도의 소(*actio furti*)는 혼동에 의하여 소멸한다.<sup>32)</sup>

그런데 피상속인이 절도를 범한 노비를 너에게 유증한바, 이 경우 채권적 유증(Damnationslegat)의 방법에 의한 것임이 분명하다. 왜냐하면 물권적 유증(Vindikationslegat)의 경우라면 그 범인은 家人責任(Noxalhaftung)과 함께 피상속인의 소유권에서 직접 너의 소유권으로 이전되기 때문이다(Ner. D. 47,2,65). 따라서 Gaius는 Titius의 상속인이 절도로 인한 손해를 너로부터 배상 받는 조건으로 유증된 노비를 너에게 인도하면 충분하다고 판단하고 있다. 그는 그 근거로서 상속인은 그 노비가 피상속인에게 있었던 상태대로 인도하는 것이 옳고,<sup>33)</sup> 따라서 가인책임에 의한 부담이 있는 상태대로 인도하는 것이 정당하다는 해석의 원칙을 제시한다. 그리고 Gaius는 제1항에서 다음과 같은 비교사례를 추가적인 근거로 들고 있다. 즉 피상속인이 상속인의 요역지를 위한 지역권의 부담

32) Gai. 4,78 (*quia in eum casum deducta sit [sc. actio], in quo consistere non potuerit* - 왜냐하면 이 경우 이 소가 결코 성립할 수 없었던 상태로 이전되기 때문이다). 이에 반하여 Proculus학파는 절도범이 피절취자의 권한 하에 있는 동안 이 소는 휴지할 뿐인 것으로 본다. 또한 Paul. D. 47,2,18 및 Tryph. D. 9,4,37 비교 참조. Justinianus는 Sabinus학파의 이론을 따르고 있다, Inst. 4,8,6. 이에 관하여 그리고 D. 30,70에 관하여 P. Kief, Die confusio im klassischen römischen Recht <고전기 로마법에 있어서의 혼동>, 1995, S.80 ff., 83 ~ 85 참조.

33) Flor. D. 30,116,4 (*talis dari debet, qualis relictus est* - [상속인은] 남겨진 상태대로 이행하면 된다) 비교 참조.



이 있는 토지를 너에게 유증한 경우에, 상속인의 지역권은 상속에 의하여 혼동 (*confusio*)에 이르게 되고 따라서 소멸한다. 그러나 이 경우에도 만일 수증자가 소멸된 지역권을 재설정하는 것에 반대하는 때에는, 상속인은 수증자의 유언의 소(*actio ex testamento*)에 대하여 악의의 항변(*exceptio doli*)으로 대항함으로써 보호받을 수 있게 된다.<sup>34)</sup> 따라서 매우 적합한 유사사례라 하겠다.

Gaius는 제2항에서 두 개의 사례를 통하여 비교의 토대를 확장하고 있다. 그 첫번째 사례는 제3자의 수임인으로 어느 노비를 매입한 자가 그 노비에 의하여 절취를 당한 경우이다. Gaius는 이 경우 그 노비가 계약의 체결, 즉 매매 전에 절도를 범하였는가 혹은 그 이후에 절도를 범하였는가를 불문하고 위임인은 이러한 손해에 대하여 배상책임이 있다는 점을 강조한다. 여기서 Gaius는 Sabinus 학파의 견해를 따르고 있다. 한편 Proculus학파는 위임인은 수임인에 대하여 수임의 소(*actio mandati contraria*)에 따른 책임을 지지만, 그 책임은 家人責任의 제한을 받는다고 본다. 그리고 오직 위임인에게 과실이 인정되는 경우에만, 예컨대 위임인이 수임인에게 그 노비의 도벽에 대하여 경고하지 아니한 때에는, 위임인의 책임은 이러한 제한이 없다고 한다.<sup>35)</sup>

후자의 학설에 대하여 Iulianus는 반대 입장을 취하였다. 즉 “우리가 한 노비에 의해 발생한 손해는 결코 그 노비 자체의 가치보다 더 클 수 없다고 보는 관점을 정당하다고 할 지라도, 자신의 이익이 아니라 계약 상대방의 이익을 위하여 맡게 된 사무로 말미암아 아무도 손해를 보아서서는 아니 된다고 하는 관점이 더욱 정당하다고 해야 할 것이기 때문이다.”(Iul.-Afr. D. 47,2,62, 5) 이러한 관점에서 본다면 절도의 시점은 문제되지 않는다. 만일 절도가 노비의 매수 이전에

34) Flor. D. 30,116,4; Paul. D. 8,1,18. 또한 Iul. D. 30,84,4 비교 참조. 그리고 Kieß (전계 주 32), S. 52 ff. 참조.

35) Neratius의 견해 (Paul. D. 17,1,26,7) 및 Proculus의 견해 (Ulp. D. 9,2,27,11 = Coll. 12,7,9) 비교 참조. 그리고 이에 관하여 R. Knüttel, SZ 100 (1983) 392 ff. 참조.

행하여진 경우에는, 절도에 대한 책임은 수임인이 노비에 대한 소유권을 취득할 때에 혼동에 의하여 소멸하였다고 할 것이다. 그러나 위임인은 상술한 바와 같은 정의의 고려에 따라 이러한 손해를 배상해야만 하였다.

한편 절도가 수임인이 노비에 대한 소유권을 취득한 이후에 행하여진 경우 — 이러한 경우는 출발사례와 대비하여 새로운 상황임 — 절도의 소는 애당초 성립할 수 없었다.<sup>36)</sup> (따라서 혼동에 의하여 소멸할 여지도 없다.) 그럼에도 불구하고 타인의 이익을 위한 활동으로 수임인에게 손해가 발생해서는 아니 된다는 정의의 논거가 이 경우에도 적용되어, 위임인은 이와 같은 <후발적> 절도에 의하여 발생한 손해도 배상하여야 하는 것이다.

두 번째 확장사례로 Gaius는 매수인이 하자에 기한 해제를 통하여 매입한 노비를 반환하는 경우, 그 노비가 매매 (정확하게는 인도) 전에 또는 후에 그에 대하여 절도를 범한 사례를 들고 있다. 매매 전의 절도의 경우 매도인이 절도의 소(*actio furti*)에 따라 家人에 대한 책임을 진다는 점에는 의문의 여지가 없다. 그러나 절도가 매매 이후에 행해진 경우에는 매수인을 위한 절도의 소가 성립할 수 없다. 그런데 매수인은 하자에 기한 해제(*redhibitio*)의 경우 그 물건에서 취한 모든 이익(과실, 부가물 등)을 매도인에게 반환하여야 하므로, Iulianus의 판단에 따르면,<sup>37)</sup> 매수인의 불이익도 전보되어야 마땅하고, 따라서 비록 절도의 소가 제기될 수 없지만, 매도인은 사실상 절도에 의해 손해를 본 매수인과 절도배상에 관한 화해계약을 체결하던가 아니면 그 노비를 家人犯引渡(*noxae deditio*)의 방식으로 매수인에게 인도해야 한다고 한다. (Iulianus는 이것으로 충분하다고 본다.) Gaius는 이 점에 있어서도 Iulianus의 견해를 따르고 있다.

36) Ulp. D. 47,2,17 pr. 및 Paul. eod. 16 비교 참조.

37) Iul.-Afr. D. 47,2,62,2; Iul.-Paul. D. 21,1,23,8.

제3항에서 Gaius는 최초의 사례로 되돌아 와서 제2항에서 논한 두 가지 비교 사례들로 부터 다음과 같은 결론을 도출한다. 즉 채권적 유증의 방식으로 너에게 유증된 노비가 상속의 개시 이후에 상속인에 대하여 절도를 범한 경우에도, 상속인은 네가 평가액을 배상하는 때에만 노비의 소유권을 이전해 주면 된다. 만일 네가 배상을 하지 않는 때에는 그 노비를 보유할 수 있으며, 이러한 경우에는 家人犯引渡(*noxae deditio*)의 경우와 동일한 효과가 발생한다.

위의 경우에서도 상속인은 노비의 소유자이므로 그에게 절도의 소(*actio furti*)가 인정될 수 없다. 그럼에도 불구하고 절도에 따른 불이익을 수증자가 부담하는 것이 정당하다는 결론을 Gaius는 제2항에서 논한 두 가지 유사사례에서 도출하고 있다. 즉 이 두 가지 사례에서 절도를 당한 자는 중간소유자일 뿐이며, 실제로는 단순한 중간정거장의 역할을 하고 있을 뿐이다. 그는 자신의 이익으로 소유권을 보유한 바가 없으며, (해제의 경우에는) 더 이상 보유하지 아니한다. 따라서 절도에 따른 손해를 그에게 부담시키는 것은 정당하지 아니하다. 그런데 이러한 사정은 상속의 개시 후에 유증된 노비에 의하여 절도를 당한 상속인의 경우에도 전적으로 마찬가지이므로, Gaius는 이 상속인의 사례를 유추판단(*Analogieschluß*)에 의하여 해결하고 있다.<sup>38)</sup> 이로써 그는 Sabinus학파의 방식으로 해결책을 강구하고 있는바, 이는 수증자에게 소유권이 이전될 때에 절도의 소를 부활시키는 Proculus학파의 견해와 결론에 있어서는 다르지 아니하다.<sup>39)</sup>

## 5. 特殊 事例—島嶼의 세계

마지막으로 우리는 로마시대의 법학자들이 종합적으로 고찰한 바가 없음이

38) 결론에 있어 *Kieß* (전계 주 32), S. 85, 도 동지.

39) 전계 주 32 참조.

분명한 사례영역에서 예를 들어 살펴보기로 하자. 여기서 우리는 로마시대의 법학자들이 각 사례들을 법적으로 판단함에 있어 그리고 각 사례들을 구별함에 있어 매우 의식적으로 원칙에 부합하는 사고를 하고 있음이 분명하다는 것을 알 수 있으며, 따라서 종합적인 고찰이 없었음에도 불구하고 결과적으로 상호 모순이 없는 쏠림이 나타남을 보게 될 것이다. 우리가 이제 살펴 볼 예들은 바로 島嶼의 세계를 법적으로 다루는 문제인바, 여기에서 우리는 놀라울 만큼 특수한 사례들과 만나게 된다.

D. 41,1,7,3 (Gaius의 일상사에 관하여 제2권에서) (=Inst. 2,1,22)

Insula quae in mari nascitur (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. in flumine nata (quod frequenter accidit), si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit: quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident.

바다 속에서 (드문 일이지는 하나) 한 섬이 생겨난 경우, 그 섬은 그 것을 [최초로] 선점한 자의 소유가 된다. 왜냐하면 그 섬은 이전에 누구의 소유도 아닌 것으로 생각되기 때문이다. 그러나 (종종 있는 일처럼) 강 속에서 섬이 생겨난 경우, 만일 그 섬이 강의 중간에 위치한 때에는, 그것은 강의 양면의 강변토지 소유자의 공동소유가 되며, 그 관계는 각 강변토지의 넓이에 비례한다. 그러나 그 섬이 다른 면보다 강의 한 면에 근접해 있는 경우에는, 그것은 이면의 강변토지 소유자의 단독소유가 된다.

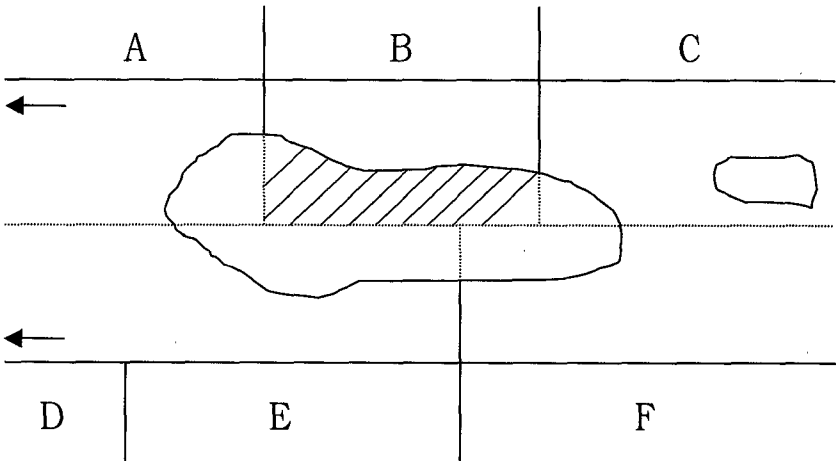
위의 글에서는 海島와 河島에 대하여 각기 상이한 해결책이 제시되어 있다. 이 중에서 우선 海島에 관한 것은 바로 이해가 된다. 이것은 선점의 원칙 (Okkupationsprinzip), 즉 무주물 및 완전히 새로 생성된 물건은 그것을 먼저 점령한 자가 소유권을 취득한다는 자연법적 원리에 입각하고 있다. 따라서 Gaius는 “어무에게도 속하지 않는 것은 자연법적 이성에 따라 그것을 선점한 자에게 부여된다”고 말하고 있다.<sup>40)</sup> 즉 선점(occupatio)은 가장 자연스럽고 또 가장 오래된

40) Gai. D. 41,1,3 pr. = Inst. 2,1,12.

것으로 추측되는 소유권취득의 구성요건인 것이다. 오늘날 대부분의 민법전은, 예컨대 독일 민법 제958조나 한국 민법 제252조 제1항에서와 같이, 이 원칙의 타당성을 인정하고 있다.<sup>41)</sup>

이에 반하여 河島에 관한 해결책은 바로 이해되지 않는다. 이에 따르면 강변 토지의 소유권이 강의 중간에 생성된 섬에까지 확장된다. 이해를 위하여 이를 도해하면 다음과 같다.

〈그림 2〉:



즉, 각 토지의 경계는 강의 중심을 따라 그어진 관념상의 선에 이르기까지 강의 중앙을 향하여 연장된다. 그리고 이에 따라 성립하게 되는 각 부분의 면적들은 분할지분(*partes pro diviso*)으로서, 다시 말하면 유일한 소유권의 유체적

41) 이에 반하여 프랑스 민법은 그러하지 않다 (Att. 539, 713 Cc 비교 참조). 그러나 프랑스에서도 무주의 동산에 대한 선점은 가능하다.

지분으로서, 그에 대응하는 각 강변토지의 소유자에게 귀속된다(예컨대 <그림 2>에서 강의 중앙에 위치한 섬의 상단에 사선이 그어진 부분은 B에게 속한다). 이에 반하여 강의 중앙선 상부에서 생성된 조그만 섬은 C에게 단독으로 귀속된다.

이러한 로마법적 규율은 대부분의 민법전에 그대로 수용되었다.<sup>42)</sup> 그림에도 불구하고 이렇게 독특한 소유권의 귀속에 관한 규율을 어떻게 설명할 것인가에 관하여 많은 추측이 난무하였다. Rudolf v. Jhering은 그의 <농담과 진담>에서 이 문제를 “판덤펜학자들을 위한 맛있는 요기 거리”라고 익살스럽게 부르고, 이는 “오늘날에도 접목할 수 있는 어떤 실제적 전망 때문은 아니며, 유감스럽게도 그러한 가능성은 전무하다”고 하면서, 다음과 같은 재미있는 설명을 제시하고 있다. “여담으로, 여러분들은 로마인들이..., 여기서는 다름 아닌 무주물이 문제되므로, 무주물의 범리를 관철시켜 자유로운 선점의 권리를 왜 인정하지 않았을까에 관하여 한번쯤 생각해 보았을 것이다. 그러나 이러한 권리의 행사가 초래할 상황을 한 번 그려 보라. 그러면 여러분들은 로마인들이 이러한 경우에 선점을 배제하기로 의견을 모았던 이유를 알게 될 것이다. 그것은 섬이 물 밖으로 완전히 나오기 전에, 다시 말하면 자연이 출산의 진통을 겪고 있는 중에, 물 속에서 벌어지는 싸움질, 즉 서서히 진행되는 자연적 분만을 겹차 분만으로 대처하려는 시도일 것이다!”<sup>43)</sup>

물론 진정한 이유는 다른 곳에 있다. 이러한 이유는 현재 망각 속에 잠겨있는 것으로 보이지만, 적어도 프랑스 민법전(*Code civil*)의 기초자들은 이를 명확히 인식하고 있었다. Jean-Etienne Portalis는 그의 <대의회 보고서>(*Présentation au*

42) 예컨대 Art. 561 Cc (농촌법전 제102조에 의해 유지됨), 407 ABGB; Artt. 561 CcBelgien; 373 CcSpanien; 1071 CcGriechenland; 656 CcChile; 1242 CcBrasilien (2002) 참조.

43) R. v. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz <법학에 관한 농담과 진담>, 4. Aufl. 1891, S. 132 f.

*Corps Législatif*)에서 소유권취득의 사유와 관련하여 총적토에 의한 자연증가, 즉 水邊의 토지가 시간의 경과에 따라 점차 증대되는 총적현상에 대하여 다음과 같은 사실을 강조하고 있다. “이러한 토지의 자연증가는 손해를 부담하는 자에게 이익도 귀속되어야 한다는 자연법적 원칙에 따라 당연히 水邊所有者에게 귀속되어야 한다. 즉 水邊所有權은 다른 여타의 것보다 많은 위협을 받고 있다. 자연은 그 진행 과정에 따라 이러한 토지를 순식간에 잠식하거나 증대시킬 수 있으므로, 말하자면 水邊土地 소유자와 자연 사이에 일종의 행운계약이 체결되어 있는 것과 같다.”<sup>44)</sup>

따라서 河島에 대해서는 일반적인 선점의 원칙 대신에 보다 좁은 원칙, 즉 위협을 부담하는 자가 이익도 향유하여야 한다(*commodum eius esse debet, cuius periculum est*; Inst. 3,23,3)<sup>45)</sup>는 원칙이 적용된다. 여기서 위협이라 함은 소유자가 부담하는 물적 위협, 즉 *casum sentit dominus*<sup>46)</sup>를 말한다. 사실상 하천 주변의 토지소유자들은 잠식현상이나 하류의 변경에 의하여 그 소유권을 부분적으로 또는 전부 상실할 수 있는 특수한 위협에 봉착해 있다. 이와 같은 위협에 대

44) P. Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil <민법 초급연습 전집>, Bd. 11, 1828, Neudr. 1968, S. 128.

45) 또한 D. 50,17,10 비교 참조. 이 원칙은 (여러 사항과 관련하여 영향을 미친) 유명한 법원칙이 되었다. 이에 관해서는 예컨대 Henri Roland/Laurent Boyer, Adages du droit français <프랑스 법격언집>, 3. Aufl. 1992, S. 994 ff.; Herbert Broom, A Selection of Legal Maxims <법격언 선집>, 10. Aufl. 1939 (ed. R.H. Kersley), S. 485 (*Qui sentit onus sentire debet commodum*—부담을 감수하는 자가 이익도 향유해야 한다). 한편 이 원칙에 관한 로마시대의 출전에 대해서는 Friedrich Mommsen, Erörterungen über die Regel: *Commodum eius esse debet, cuius periculum est* <…원칙에 관한 연구>, Erörterungen aus dem Obligationenrecht <채권법연구>, Heft 1, 1859 (그는 이 원칙을 너무 협소한 것으로 본다) 및 G. van den Bergh, Qui habet commoda ferre debet onera <이익을 향유하는 자는 부담도 감수해야 한다>, in: R. Feenstra und andere (Hrsg.), Flores legum <만법군화(萬法群花)>, Fschr. Hermann J. Scheltema, 1971, S. 25 ff. 참조.

46) Diocl. C. 4,24,9 (*res perit suo domino*—물건은 그 소유자를 향하여 소멸한다). Detlef Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter <라틴어 법원칙과 법격언>, 5. Aufl., 1991, R 32, 49 및 Roland/Boyer (전계 주 45), 819 ff. 비교 참조.

한 보상으로 강변토지 소유자들이 충적지에 대한 소유권을 취득하게 되는 것이다.

이를 河島와 관련하여 살펴보면, 강의 양변이 그러한 위험에 대하여 동일한 처지에 있는 것이므로, 모든 관련자들에게 공평한 분배방식이 요구된다 하겠다. 따라서 강의 중앙에 경계를 설정하고, 이 기준에 따라 이편 혹은 저편의 강변에 河島의 소유권을 귀속시키며, 강의 중앙에 도달하지 아니하는 新島(*insula nata*)의 경우에는 이 섬이 위치한 편 of 강변에 그 소유권을 귀속시키는 원칙들이 정립될 수밖에 없다 할 것이다. 그리고 강변에 직접 위치한 토지들은, 그들 모두 그리고 그들만이 하천의 무례를 감내해야 하는 것이므로, 그 중의 어느 토지가 그 섬에 보다 근접해 있는가 하는 점은 고려되지 않았던 것으로 보인다.<sup>47)</sup>

이상의 설명이 옳다는 것은 다음의 원문에 의해서도 확인된다.

D. 43,12,1,6 (Ulpianus의 법무고시주석서 제68권에서)

*Si insula in publico flumine fuerit nata inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri. illa enim insula aut occupantis est, si limitati agri fuerunt, aut eius cuius ripam contingit, aut, si in medio alveo nata est, eorum est qui prope utrasque ripas possident.*

공용하천 속에 섬이 하나 생겨나고 그 위에 어떤 것이 건립된 경우에, 이것[건축물]은 [법무고시가 금지하고 있는] 강 속의 건축물로 보지 아니한다. 왜냐하면 그러한 섬은, [토지 측량사에 의하여] 구획된 토지가 문제되는 때에는 그것을 [최초로] 선점한 자의 소유가 되거나, 또는 그 섬에 가장 근접한 강변의 [토지소유자의] 소유가 되거나, 또는 그 섬이 河床의 중앙에 생겨난 때에는 [그 섬에] 근접해 있는 양편의 강변소유자의 소유가 되기 때문이다.

47) Otto Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* <로마 법사>, Bd. 2, 1901, S. 431 (Magnus F. Ennodius, *Vita B. Epiphani* <Epiphanius주교의 생애>, hrsg. von G. Hartel, 1882, S. 336에 연결하여).



공용하천의 안에 또는 그 천변에 접하여 시설물을 조성하는 일은, 이것이 선박의 항행을 방해할 수 있으므로, 금지되어 있었다. 그런데 Ulpianus는 河島 위에 건축되는 것은 강 속에 건축되는 금지된 시설물에 포함되지 아니한다는 점을 강조하면서, 그 이유로 이러한 섬들에 대해서는 사적 소유권이 성립한다는 것을 지적하고 있다. 다시 말하면 하도 위에 건축을 한 자는 공용하천 안에 건축을 한 것이 아니라는 말이다.

이러한 섬들이 사적 소유가 되는 두 가지 경우 중의 첫번째로 Ulpianus는 선점의 원칙을 들고 있는바, 이는 강변토지가 제한토지(*agri limitati*)인 경우에 적용된다. 제한토지란 국유토지(*ager publicus*) 중에서 토지측량을 통하여 수학적으로 정확하게 구획되어 식민사업자에게 분양된 필지를 말한다. 공공행정상의 분배 계획의 형식(*forma*)을 통하여 확정된 이러한 필지들의 경계는 하류의 변경에 의하여 변동될 수 없었다. 따라서 잠식현상도 토지의 경계를 변경하지 않았다. 만일 잠식현상이 발생하면, 해당 토지의 경계 속에 새로 생성된 河床도 포함되었다. 그러므로 이러한 토지의 소유자는 순전히 법적으로만 고찰할 때 아무런 위험도 부담하지 아니하고, 따라서 이들에게 어떤 이익을 보장해야 할 이유도 또한 없었다. 만일 이러한 필지들 사이에 (토지분양에 포함되지 아니한) 강이 흐르고, 그 강 속에 섬이 하나 생겨난 경우에는, 이러한 토지의 확장, 즉 강변토지 소유자의 소유권 취득은 고려될 수 없었으므로, 일반적인 선점의 원칙이 적용될 수밖에 없었다.<sup>48)</sup> 따라서 이러한 경우에는, D. 43,12,1,6에서 확인할 수 있는 바와 같이, 강 속에서 생겨난 섬을 먼저 선점한 자가 그것을 소유하게 된다. 즉 河島의 경우 강변소유자의 소유권취득이 선점의 원칙에 대한 예외라고 한다면, 제한토지(*agri limitati*)의 경우는 예외의 예외라고 할 수 있으며, 따라서 본래의 원칙으로 되돌아가는 것이다.

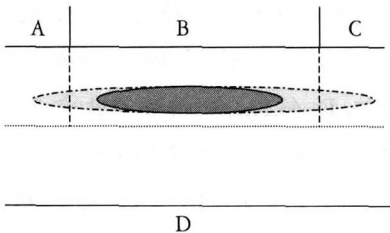
48) Carl Georg v. Wächter, Pandekten, Bd. 1, 1880, S. 281 비교 참조. 따라서 제한토지의 경우에는 총적현상에 의한 소유권의 취득도 인정되지 않았다, Flor. D. 41,1,16.

河島의 法理는 여기서 그치지 아니한다. 강변소유자가 하도에 대한 소유권을 취득하는 원칙에 대하여 이를 “水邊權에 기한 취득”이라 한다. 소위 “성장하는 섬”의 경우에도 예외가 인정된다.

D. 41,1,56 pr. (Proculus의 서한집 제8권에서)

Insula est enata in flumine contra frontem agri mei, ita ut nihil excederet longitudo regionem praedii mei: postea aucta est paulatim et processit contra frontes et superioris vicini et inferioris: quaero, quod adcrevit utrum meum sit, quoniam meo adiunctum est, an eius iuris sit, cuius esset, si initio ea nata eius longitudinis fuisset. Proculus respondit: flumen istud, in quo insulam contra frontem agri tui enatam esse scripsisti ita, ut non excederet longitudinem agri tui, si alluvionis ius habet et insula initio propior fundo tuo fuit quam eius, qui trans flumen habebat, tota tua facta est, et quod postea ei insulae alluvione accessit, id tuum est, etiamsi ita accessit, ut procederet insula contra frontes vicinorum superioris atque inferioris, vel etiam ut propior esset fundo eius, qui trans flumen habet.

<그림 3> :



나의 토지의 강변 쪽으로 강 속에서 섬이 하나 생겨났으며, 그 길이는 나의 토지의 넓이를 넘지 않았다. 그 후 그 섬은 충적현상에 의하여 점점 커져서 그 길이가 나의 토지의 위와 아래에 있는 이웃들의 토지에까지 미치게 되었다. 이러한 경우 증대된 부분은 나의 소유물에 부착된 것이므로 나에게 속하는가, 아니면 만일 이 섬이 애당초 이러한 크기로 발생한 경우에 적용될 법에 따라 결정되어야 할 일인가 의문이었다. 이에 대하여 Proculus는 다음과 같이 회답하였다. 만일 네가 기술하고 있는 바와 같이 강 속에서 섬이 너의 토지의 강변 쪽에 생겨났으며, 그 길이가 너의 토지의 넓이를 넘지 아니한 경우, 그 강에 대하여 충적현상에 의한 소유권 취득의 법리가 적용되고 또 그 섬이 처음부터 강의 다른 편에 있는 강변 소유자의 토지보다 너의 토지에 근접하여 발생한 때에는, 그 섬은 너의 소유물이 된 것이므로, 그 후 이 섬에 충적이 일어나 증대된 부분은 너의 소유이며, 이는 그 섬의 길이가 위와 아래에 있는 이웃들의 강변토지에 미치게 되거나, 혹은 그 섬이 다른 강변소유자의 토지에 [이제는] 보다 근접하게 된 경우에도 마찬가지이다.

위의 상황을 <그림 3>을 통하여 분명히 해보자. 우선 이 섬은 강의 상반부에서 오직 B의 토지와 마주하는 상태로 생성되었으므로, 이는 B에게 속한다. 그 후 이 섬이 성장하여, 역시 강의 상반부에서 A와 C의 토지와 마주할 정도로 뻗어나

갔다. Proculus는 이 경우 A와 C를 위한 “水邊權”은 적용되지 않는다고 판단하고, 오히려 성장하는 섬의 확장된 전부분에 대해서도 B의 소유권을 인정한다. 왜냐하면 이러한 경우 사태에 보다 근접한 원칙이 적용되는바, 그것은 종물은 주물에 속한다(*accessio cedit principali*)는 원칙이다. 여기서 종물(*accessio*)의 개념은 넓게 이해하여, 주물의 증식이나 확장은 물론 부속물과 같이 독립된 종물까지 포함하는 것으로 파악된다. 성장하는 섬의 경우 이 원칙이 사태에 보다 근접한 원칙이 되는 것은 역시 위험을 부담하는 자가 이익도 향유하여야 한다는 사고에 근거하는 것이다.<sup>49)</sup> 왜냐하면 섬에 대한 소유권과 관련하여 B는 물적 위험(*periculum rei*)을 부담하기 때문이다. 이상과 같은 사례들은 또한 오늘날에도 발생하고 있다. 1903년 오스트리아의 최고법원(OGH)과 1984년 독일의 연방대법원(BGH)은 이와 같은 사례를 판결한 바 있으며, 양 법원은 Proculus와 마찬가지로 판단하고 있다.<sup>50)</sup>

한편 “水邊權”이 확장되는 예를 다음의 특수한 사례에서 살펴볼 수 있는바, 이 경우 섬에 대해서도 “水邊權”이 인정되고 있다.

#### D. 41,1,65,3 (Labeo, Paulus가 선정한 설득력 있는 법문들 제6권에서)

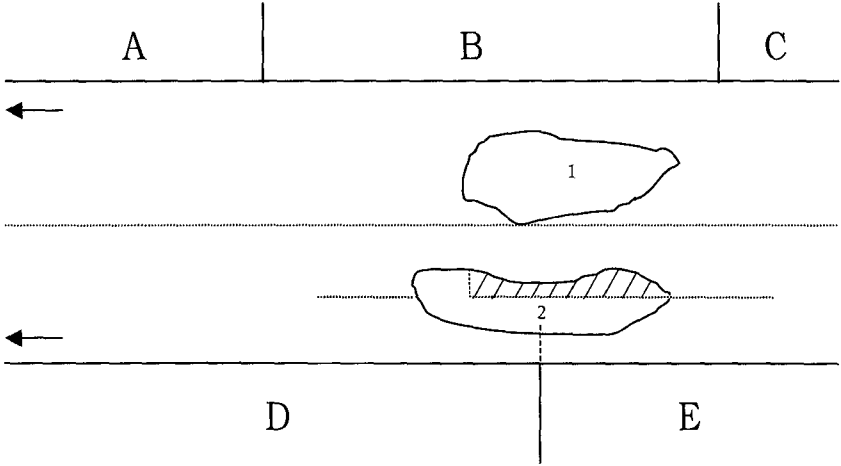
Si insula in flumine nata tua fuerit, deinde inter eam insulam et contrariam ripam alia insula nata fuerit, mensura eo nomine erit instruenda a tua insula, non ab agro tuo, propter quæm ea insula tua facta fuerit : nam quid interest, qualis ager sit, cuius propter propinquitatem posterior insula cuius sit quaeratur?

강 속에서 생긴 한 섬이 너에게 속할 때, 이 섬과 건너편 강변 사이에 또 하나의 섬이 생겨난 경우, 이와 관련하여 [소유권의 구분을 위한] 측량은 너의 섬을 기점으로 하여 실시되어야 하며, 그 [첫번째] 섬이 너의 소유로 되었던 근거가 되는 너의 강변 토지를 기점으로 삼지 아니한다. 왜냐하면 두번째의 섬이 누구에게 속하는가에 관해서는 [오로지] 그 섬에 인접한 토지의 위치가 문제될 뿐이므로, 그 토지의 성질이 어떠한가 하는 점이 문제의 해결에 무슨 의미를 갖겠는가?

49) 전계 주 45 참조.

50) OGH in : Glaser/Unger N.F. Nr. 2262 (Urt. v. 18.2.1903); BGHZ 92, 326, 332 ff. = NJW 1985, 1289 (Urt. v. 25.12.1984).

〈그림 4〉:



먼저 B의 토지 앞의 강의 상반부에 섬이 하나 생겼고, B는 “水邊權”에 기하여 이에 대한 단독소유권을 취득하였다. 그 후 건너편 D와 E의 토지 앞의 강의 하반부에 두 번째 섬이 생겨났다. 이 경우 원칙적으로는 D와 E만이 각각 그에 대한 부분소유권을 취득해야 할 것으로 보인다. 그러나 법학자 Paulus는 이러한 경우 “水邊權”이 달리 정해져야 함을 강조하고 있다. 즉 이 경우 관념상의 기준선을 강의 중앙에 설정하는 것이 아니라, 섬의 하단과 맞은편 강변의 중앙에 설정하여야 하며, 이에 따라 어떠한 부분면적이 누구의 소유에 속하는가를 정해야 한다고 한다. 이러한 상황을 위의 그림 4에서 살펴보면, B는 사선이 그려진 섬 상단의 부분면적의 소유권을 취득하게 되는바, 이는 그의 섬의 좌측 종단에서 상술한 관념상의 기준선의 중심으로 수직선을 그을 경우 나타나게 된다.

이 사례에서 특이한 점은 Paulus가 첫번째 섬을 마치 강변토지와 같이 취급하고 있으며, 또 이에 대하여 일종의 “水邊權”을 인정하고 있다는 것이다. 그런데 “水邊權”을 위하여 각 토지의 성질은 문제되지 않는다는 그의 논거는

실득력이 있다. 사실상 결정적인 것은 섬의 소유자도 강변토지의 소유자와 마찬가지로 물적 위험을 부담한다는 점이며, 이러한 위험은 오히려 섬의 소유자에게 실현될 가능성이 더 농후하다. 환언하면 이상의 사례에서도 어떤 법원칙의 타당범위, 즉 “水邊權”의 타당 범위를 확정하는 것이 문제의 핵심이 된다 하겠다.

3. 로마시대의 법학자들은 어떤 원칙의 타당범위를 소상히 밝히려는 의도로서 매우 희귀한 경우까지 다루고 있다는 것을 보여주는 한 예가 소위 떠다니는 섬에 관한 사례이다. 이러한 한계사례를 우리는 다음의 원문에서 찾아볼 수 있다.

D. 41,1,65,2 (Labeo, Paulus가 선정한 설득력 있는 법문들 제6권에서)

Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est. PAULUS: videamus ne hoc falsum sit de ea insula, quae non ipsi alveo fluminis cohaeret, sed virgultis aut alia qualibet levi materia ita sustinetur in flumine, ut solum eius non tangat, atque ipsa movetur: haec enim propemodum publica atque ipsius fluminis est insula.

만일 공용하천 속에 너의 토지에 가까이 한 섬이 생겨났다면, 그것은 너에게 속한다. PAULUS: 이 말이 다음의 경우에는 틀리지 않은가 생각해 보자. 만일 한 섬이 河床에 결합되지 아니하고, 나뭇가지들이나 기타 가벼운 물질들로 [형성되어] 강의 바닥에 닿지 아니하고 스스로 움직여 강속에서 떠다니는 경우에는 어떠한가. 이러한 섬은 강의 구성부분이며, 따라서 공용임이 확실하다.

떠다니는 섬, 즉 浮島는 고대에도 존재하였고 현재에도 존재한다. 고대에 있었던 부도의 유명한 예는 중부 이탈리아의 오늘날의 Rieti 근방에 있었던 호수(지금은 육지화 되었음) 위에 떠다니던 섬으로서,<sup>51)</sup> 그 위에 숲이 있었다. 몇몇 부도 위에서는 가축이 풀을 뜯을 수도 있었다고 한다.

51) 이 호수(Lacus Curtius, 쿠틸리아 호수)는 이탈리아의 지리적 중심으로 간주되었다. 이 호수와 그 위의 부도에 관해서는 자주 보고된 바 있다. 예컨대 노장 Plinius, Naturalis Historia <자연의 역사> 3,10 및 2,209; Seneca, Naturales Quaestiones <자연의 제문제> 3,25,7-10; Varro, De lingua Latina <라틴어에 관하여> 5,71; 소장 Plinius, Epistulae <서한집> 8,20,4 ff. 참조.

오늘날 부도는 열대지방의 하천, 예컨대 나일강 상류에서 가끔 형성되는 데, 우선 풀이나 식물의 걸림덩이가 생기고, 여기에 크고 작은 나무줄기가 부착된 후, 덩굴식물에 의하여 이것들이 단단히 결합되는 형태로 조성된다.

위의 원문은 부도에 관한 법적 판단에 있어서 선점의 원칙 및 강변소유자의 “水邊權”의 근거가 된 이익(*commodum*)과 위험(*periculum*)에 관한 좁은 원칙이 또 하나의 다른 원칙에 의하여 배제된다는 것을 말해주고 있다. 즉 섬이 떠날 경우 그것은 각 강변소유자에게 귀속될 수 없다. 그것은 河床에 확고부동하게 결합되지 아니한 것에 대하여 어느 특정 주변지의 소유자에게 그 소유권을 인정할 이유가 없기 때문이다. 한편 선점의 원칙이 배제되는 것은 부도는 말하자면 하천 등의 부산물 내지 그 일부라고 할 수 있기 때문이다. 그러므로 이 경우에는 “종물은 주물을 따른다”(accessio cedit principali)는 원칙이 적용되고, 이 때 종물은 그 법적 상태에 있어서도 주물과 마찬가지로 된다.<sup>52)</sup> 따라서 공용하천 상의 부도는 공물이라 할 것이다. 만일 사유수역에서 부도가 발생한다면, 그것은 그 수역의 소유자에게 귀속될 것이다.

4. 이상에서 우리가 島嶼의 문제영역을 모두 망라하여 다룬 것은 아니다. 예컨대 하천이 어느 한 지점에서 분류된 후에 다시 합류됨으로써 생겨난 섬의 사례도 다루어진 바 있다. 이러한 경우 자신의 토지의 전부 또는 일부가 河島가 되었다고 하여 종래의 토지소유자가 소유권을 상실하지 않는다는 것은 거의 자명하다 하겠다(*Gai. D. 41,1,7,4; Inst. 2,1,22* 끝부분). 아무튼 가장 흥미있는 사례들은 위에서 대강 살펴보았다.

이상의 고찰을 통하여 보다 분명해진 것은 로마시대의 법학자들이 법을 계속 발전시키고 또 법질서를 형성해 나가는 방법의 특징이 과연 무엇인가 하는

52) 상계 주 49 전의 본문 비교 참조

점이다. 그들은 결코, 적어도 그 출발점에 있어 서는, 그들의 천재적 직관을 따르고 있지 아니하며, 오히려 건전한, 실제적 고찰을 통해 얻어진, 사안의 본질에 상응하는 원칙들에 입각하여 사고하고 있다. 그리고 이러한 사고에 있어 그들은 일반적인 원칙을 보다 좁은 원칙으로 제한하고 있으며, 또 한계사례를 통하여 좁은 원칙을 포함한 제반 원칙들의 타당범위를 검토하고 있다.

### III. 結言

위의 결론에 덧붙여 우리가 지금까지 고찰한 바를 종합해 보자. 어떤 과제나 문제의 해결을 위한 특정한 원칙이나 선도적 계획이 아직 마련되어 있지 않은 경우, 각 사고의 차원에서 제시되는 대안들을 예를 통하여 검증하고, 이로써 적합한 원칙이 발견될 때까지 올바른 해결책을 찾기 위한 검토영역을 계속 좁혀 나가는 방법으로 복잡한 과제나 문제를 해결하는 전략은 특히 정신과학의 분야에서 자주 볼 수 있는 사실이다. 또 이러한 전략은 적용가능한 원칙이나 법규는 이미 알려져 있지만, 그 타당범위가 아직 알려져 있지 아니한 경우에도 마찬가지로 타당할 수 있다. 바로 이러한 방식으로 로마시대의 법학자들은 사고를 진행시키고 있는바, 우리가 이미 살펴본 것처럼 그리고 모든 원전에서 항상 다시 확인되듯이, 그들은 출발사례를 변형시키거나,<sup>53)</sup> 유사사례<sup>54)</sup>나 반대사례<sup>55)</sup>를 구성하고 있으며, 또한 예를 들어 일반적 언명들의 의미를 제한하거나 확대하고 있다.<sup>56)</sup> 그리고 그들은 이러한 사고 과정에서 대단히 기이한 사례들까지 고찰하고 있는바, 이는 떠다니는 섬의 사례에서 분명하다 하겠다. 이것은 물론 유일한 예가 아니며, 우리는 원전에서 커지는 대리석암괴,<sup>57)</sup> 걸어 다니는

53) Ulp. D. 1,6,8 및 Pomp. D. 23,4,7의 예를 참조

54) Gai. D. 30,70 참조. Aristo-Ulp. D. 8,5,8,5의 치즈약취 사례도 생생한 한 예이다.

55) Lab.-Paul. D. 41,1,65,2 참조

56) 이에 관하여는 예컨대 Pomp. D. 18,1,8 및 Ulp. D. 4,4,3,3 비교 참조

57) Lab.-Iav. D. 23,5,18 pr.; Ulp. D. 24,3,7,13. 또한 Plinius, *Naturalis Historia* <자연의 역사>

나무들,<sup>58)</sup> 혹은 이웃 건물을 위하여 일광의 투사를 강화하는 건물<sup>59)</sup> 등과 같이 매우 희귀한 사례들을 접할 수가 있다.

만일 이것을 “실제로는 중요하지 아니한, 사변적이며 공론적인 문제들”로 치부한다면,<sup>60)</sup> 이는 정당한 평가라고 할 수 없다. 왜냐하면 로마시대의 법학자들은 이렇게 드문 사례에 이르기까지 어떤 해답을 제시하려고 하였던 의도가 아니라, 어떤 원칙이나 사고의 타당범위가 얼마나 되며, 또 언제부터 다른 원칙이나 고려들이 판단의 기준이 될 것인가를 밝히기 위한 의도로 이렇게 기이한 현상 또는 상황에 비추어 이를 시험하였을 뿐이기 때문이다. 따라서 그 결과 로마시대의 법학자들은 추상적 관념 속에 스스로 매몰되지 아니하고, 그들의 사고에 있어서 항상 명확함을 유지할 수 있었던 것이다.

이러한 사고의 과정은 전적으로 합리적인 것이기는 하지만, 그렇다고 하여 그 과정에서 직관 이 배제되는 것은 물론 아니다. 문제의 인식, 상관관계의 발견, 가끔 아연실색케 하는 주제의 변형, 그리고 개별적인 법적 문제에 대한 수많은 답변들, 이 모두가 세련된 인상을 주는 만큼 종종 직관에 근거하고 있음도 또한 사실이다. 그러나 이러한 직관은 이성적으로 통제되었던바, 이것은 논리적이고 사실적인 근거를 요구하는 로마인들의 법발견을 고무할 수는 있었지만, 결코 이를 대체할 수는 없었다. 따라서 우리는 Franz Horak<sup>61)</sup>와 같이 직관이 중요한 역할을 할 수 있는 <발견의 차원>(Entdeckungszusammenhang)과 오직 합

36,24,125 참조. 그리고 이에 관하여는 R. Lambertini, *Lapis crescere potest* <대리석은 성장할 수 있다>, *Archivio Giuridico* 204 (1984) 97, 121 ff. 참조.

58) *Inst.* 2,1,31; *Gai.* D. 41,1,7,13. 이에 관하여는 R. Knüttel, *Von Wurzeln und Stämmen* <뿌리와 줄기에 관하여>, *Fschr. H.F. Gaul*, 1997, S. 317, 320 ff. 참조.

59) *Ulp. D.* 8,2,17,2.

60) 이와 같이 예컨대 F. W. Maitland, *Bracton and Azo* (Selden Society), 1895, XXI 및 XXVII 참조 (여기서 저자는 “개울의 한복판에 생겨난 섬들” 등을 예로 들), *Jakobs* (상게 주 14), S. 16 f. 에서 인용됨.

61) F. Horak, *Rationes decidendi* <판단의 근거>, 1969, S. 17 ff.



리적으로 논증된 언명과 결론만이 인정받을 수 있는 <논거의 차원> (Begründungszusammenhang)을 구별하는 것이 좋을 것이다. 이러한 구별은 로마에 있어서도 결코 다르지 않았다. 위에서 살펴본 우리의 예들은 얼마나 합리적으로 로마시대의 법학자들이 그들의 결론을 논증하고 있는가에 관하여 여러분들 스스로 각자 판단할 수 있도록 해 주었을 것으로 믿는다.<sup>62)</sup>

우리는 이제 Friedrich Carl von Savigny가 1814년 그의 유명한 저술 <소명>에서 로마시대 법학자들에게 부여한 유명한 특징을 더 잘 이해할 수 있을 것이다. 그는 “우리의 학문[즉 법학]에 있어 모든 성과는 지도원리들을 보유함에 근거한다”는 점을 강조한 후에, 다음과 같이 계속 말한다. “그리고 바로 이러한 보유에 로마시대 법학자들이 위대함의 근거가 있는 것이다. 그들은 그 학문의 개념과 명제들을 결코 자신의 자의를 통하여 만들어진 것으로 생각하지 않았으며, 그 개념과 명제들은 실재하는 존재로서, 그 현재의 상태와 출생의 계보를 그들은 오래되고 친숙한 접촉을 통하여 잘 알고 있었다.”<sup>63)</sup> 우리는 여기에 다음의 설명을 추가하고자 한다. 로마시대의 법학자들은 그들의 학문의 명제들을 이것을 우리는 원칙들이라 불렀다 지속적인 내용의 검토와 깊이의 측량을 통하여, 그리고 그 윤곽들을 직접 “더듬어 봄”으로써 인식하였고, 그들에 친숙하게 되었다. 그리고 “바로 이러한 이유 때문에 그들의 전과정은 수학 이외에는 어디에서도 찾아볼 수 없는 확실성을 갖추었으며, 조금도 과장함이 없이 그들은 그들의 개념들로 계산한다고 말할 수 있다”<sup>64)</sup>라고 Savigny가 말한바, 이는

62) 우리가 위에서 살펴본 원문의 상당 부분은 다음과 같은 까닭으로 지금까지의 논의에서 주목을 받지 못하였다. 즉 사람들은 이러한 원문들을 진정한 원본이 아니라 4세기 혹은 5세기의 법학자들 내지 Justinianus시대의 편찬자들의 저술로 간주하거나, Gaius, Pomponius 그리고 일정한 한도 내에서는 Paulus와 같이 어떤 학파의 지류를 대표하는 법학자들의 단순한 교육용 논문으로서 그 내용이 비전형적인 것으로 치부하였다. 그러나 첫째 견해는 오늘날 더 이상 유지될 수 없으며, 둘째 견해는 법학 고전기의 다른 법학자들의 이론적 관심을 부당히 낮게 평가하고 있다 하겠다.

63) F.C. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft <입법과 법학을 위한 시대적 소명에 관하여>, 1814, S. 28/29.

로마시대의 법학자들이 실천한 법발견의 방법이 얼마나 합리적이었나 하는 점을 대단히 생생하게 표현하고 있다 하겠다. “개념들로 계산함”이라는 어귀에 천착함이 없다면,<sup>65)</sup> 우리가 받은 인상들도 대체로 이와 같다. 그러므로 우리는 왜 로마법이 *ratio scripta*, 문자로 확정된 법이성으로 불리게 되었으며,<sup>66)</sup> 왜 이 지구상의 그렇게 수많은 민족들이 그리고 그렇게 서로 상이한 민족들이 로마법의 원칙들을 계수하게 되었는가 하는 점도 또한 이해할 수 있다 하겠다.

64) Savigny(전계 주 63), S. 29.

65) 예컨대 로마시대의 법학자들도 자유의 우대(*favor libertatis*), 피상속인 의사의 우대(*favor testamenti*), 지참금 의 우대(*favor dotis*) 등과 같이 특별한 가치평가 내지 지도원칙들이 문제될 경우에는 논리적 모순을 감수하고 있다. Ulp. D. 23,3,9,1는 (이 원문이 진정하다면) 이를 위한 극단적인 예가 될 것이다. 또한 F. Schulz (전계 주 5), S. 24, Fn. 71, 는 원칙적으로 Savigny에 동의하면서도, 이러한 어귀는 “고전기 법학자들의 직관적 방식에 적절하지 않다”고 말한다. 이러한 지적은 전계 주 61와 관련한 상기 본문의 의미에서 타당하다고 하겠다.

66) 이에 관하여는 P. Koschaker, Europa und das römische Recht <유럽과 로마법>, 4. Aufl. 1966, S. 108 f. 및 S. 222 f. 참조 또한 Schulz (전계 주 5), S. 25 비교 참조.

<약어>

ABGB	Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch 오스트리아 민법 (1811)
Afr.	Africanus, Sextus Caecilius 기원후 2세기경의 로마시대 법학자
Art., Artt.	Artikel 조 (단수 및 복수)
Aufl.	Auflage 판
Bd.	Band 권
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch 독일 민법 (1896)
BGH	Bundesgerichtshof 독일연방대법원
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen 독일연방대법원 민사판례집
Bull.	Bullettino dell' Istituto di diritto romano (Milano) 이탈리아 로마법연구소 잡지
C.	Codex Iustianus 시민법대전 중의 <칙법전>
Cc	Code civil 프랑스 민법 (1804)
CcBelgien	Code civil 벨기에 민법 (1830)
CcBrasilien	Código civil 브라질 민법 (2002)
CcChile	Código civil 칠레 민법 (1855)
CcGriechland	Code civil 그리스 민법 (1940)
CcSpanien	Código civil 스페인 민법 (1889)
Coll.	Collatio legum Mosaicarum et Romanarum 고대 및 로마시대 법령총람
D.	Digesta 시민법대전 중의 <학설유취>(학설취찬으로도 번역함)
ders.	derselbe 동일인
Diocl.	Diocletianus, C. Aurelius Valerius 기원후 284~305년의 로마 황제
ed.	edition 판, editor 편자
eod.	eodem 상계(서)
f.	folgende(r) (Paragraph, Seite) 이하 (일조, 일면)
ff.	folgende (Paragraphen, Seiten) 이하 (수조, 수면)
Flor.	Florentinus 연대미상의 로마시대 법학자
Fn.	Fußnote(n) 주
Fschr.	Festschrift (고회)기념논문집
Gai.	Gaius 기원후 2세기경의 로마시대 법학자

- Glaser/Unger Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k.k. obersten Gerichtshofes, hrsg. v. Glaser und Unger <오스트리아 제국최고법원 민사판례집>(1853~1915)
- Hrsg., hrsg. Herausgeber 편자, herausgegeben 편(펴냄)
- Iav. Iavolenus, Priscus 기원후 1세기경의 로마시대 법학자  
 Inst. Institutiones 시민법대전 중의 <법학입문>(법학제요로도 번역함)  
 Iul. Iulianus, Salvius I. 기원후 100~170년경의 로마법학자
- Lab. Labeo, M. Antistius 기원전 1세기에서 기원후 1세기경의 로마시대 법학자  
 Labeo Labeo, Rassegna di diritto romano (Napoli) 이탈리아 로마법잡지
- Mod. Modestinus, Herennius 기원후 3세기 전반기의 로마시대 법학자  
 m.w.N. mit weiteren Nachweisen 기타 논거 및 인용문헌 수록
- Nachdr. Nachdruck 영인본  
 Ner. Neratius, Lucius N. Priscus 기원후 55/60~133년경의 로마시대 법학자  
 Neudr. Neudruck 신판본  
 N.F. Neue Folge (호수, 권수 등의) 새로운 순서  
 NJW Neue Juristische Wochenschrift (München) 독일의 법학 주간지
- Paul. Paulus, Iulius 기원후 3세기경의 로마시대 법학자  
 Pomp. Pomponius, Sextus P. 기원후 2세기경의 로마시대 법학자  
 pr. principium (Digesta 각 절의) 첫 문장  
 Proc. Proculus 기원전 20/10년에서 기원후 50/70년경의 로마시대 법학자
- RP Das römische Privatrecht (von Max Kaser) <로마 私法>
- S. Seite(n) 면  
 sc. scilicet 즉  
 Scritti giuridici Scritti giuridici (di Edoardo Volterra) 법학논문집  
 St. Studi in onore (di Edoardo Volterra, 6 Bde.) 기념논문집  
 SZ Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (Köln/Wien) 독일 사비니재단 로마법사분야 잡지
- Tryph. Tryphoninus, Claudius 기원후 2~3세기경의 로마시대 법학자

UE	Ulpiani Epitome (= tituli ex corpore Ulpiani) Ulpianus발췌집
Ulp.	Ulpianus, Domitius 기원후 2~3세기경의 로마시대 법학자
Urt.	Urteil 판결
v.	von (vom) ~의

## Zur Methode der Rechtsfindung der römischen Juristen

Rolf Knütel\*

Es ist eine vor allem in den Geisteswissenschaften oft zu beobachtende Strategie, daß komplexe Aufgaben und Probleme, für deren Lösung ein bestimmendes Prinzip oder ein leitender Plan noch nicht bekannt ist, dadurch bewältigt werden, daß man die Alternativen, die sich auf den jeweiligen Gedankenebenen stellen, an Beispielen durchspielt und damit den Suchraum für die richtige Lösung kontinuierlich einschränkt, bis das einschlägige Prinzip ermittelt ist. Entsprechendes gilt, wenn zwar das möglicherweise einschlägige Prinzip oder Gesetz bekannt ist, nicht aber dessen Tragweite. Ganz in diesem Sinne verfahren die römischen Juristen, wenn sie - wie wir sahen und wie überhaupt in den Quellen immer wieder zu sehen ist - ihren Ausgangsfall variieren, wenn sie Parallelfälle bilden oder Gegenfälle oder wenn sie allgemeine Aussagen anhand von Beispielen einschränken oder ausdehnen. Daß sie hierbei sogar verwunderlichste Beispielfälle einbeziehen, wurde an der schwimmenden Insel deutlich. Diese ist freilich kein Einzelfall, stoßen wir in den Quellen doch auch auf Raritäten, wie wachsendes Marmorgestein, wandernde Bäume, oder etwa Gebäude, die den Lichteinfall für Nachbargebäude verbessern.

Man wird dem nicht gerecht, wenn man dies als “practicably unimportant, speculative and academic questions” abtut. Denn es geht den Juristen weniger darum, auch für

---

\* Professor der Rechte und Direktor des Instituts für römisches Recht und vergleichende Rechtsgeschichte der Universität Bonn.

diese seltenen Fälle eine Lösung vorzuschlagen, als vielmehr - wie schon hervorgehoben - darum, an den merkwürdigsten Erscheinungen oder Situationen zu testen, wie weit die Tragweite eines Prinzips oder Gedankens reicht und ab wann ein anderes Prinzip oder eine andere Erwägung maßgeblich wird. Dies hat zur Folge, daß die römischen Juristen sich nicht in Abstraktionen verlieren, sondern in ihren Überlegungen durchweg anschaulich bleiben.

Dieses Verfahren ist ein durchaus rationales, ohne daß in ihm freilich die Intuition ausgeschlossen wäre. Das Erkennen des Problems, die Aufdeckung von Zusammenhängen, die bisweilen verblüffenden Variationen des Themas und auch zahlreiche Antworten auf die einzelnen Rechtsfragen beruhen, so elegant, wie sie uns erscheinen, sicherlich oft auf Intuition. Dochwar diese Intuition rational kontrolliert; sie konnte die logische und eine sachliche Begründung verlangende Rechtsfindung der Römer beflügeln, nicht aber ersetzen. Wir sollten deshalb mit *Franz Horak* unterscheiden zwischen dem "Entdeckungszusammenhang", in dem die Intuition eine bedeutende Rolle spielt, und dem "Begründungszusammenhang", in dem nur rational begründete Aussagen und Ergebnisse Anerkennung finden können. Das war in Rom kaum anders; unsere Beispiele dürften eine Anschauung davon vermittelt haben, wie rational die römischen Juristen ihre Ergebnisse begründet haben.

Wir werden jetzt auch besser die berühmte Kennzeichnung verstehen, die *Friedrich Carl von Savigny* 1814 in seinem "Beruf" gegeben hat. Nach der Hervorhebung, "daß in unserer Wissenschaft [der Jurisprudenz also] aller Erfolg auf dem Besitz der leitenden Grundsätze beruhe", fährt er fort: "und gerade dieser Besitz ist es, der die Größe der Römischen Juristen begründet. Die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willkür hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Daseyn und deren Genealogie ihnen durch langen und vertrauten Umgang bekannt geworden ist" Wir möchten erläuternd hinzufügen: weil die römischen Juristen die Sätze ihrer Wissenschaft - wir haben sie die Prinzipien genannt - durch fortwährendes

Überprüfen, Ausloten und geradezu durch ein “Abtasten” in ihren Konturen erkannt und sich mit ihnen vertraut gemacht haben. Und wenn Savigny fortfährt: “Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Uebertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen”, so macht er damit sehr anschaulich, wie rational die von den römischen Juristen praktizierte Methode der Rechtsfindung war. Ohne daß wir uns auf die Formel vom “Rechnen mit den Begriffen” festlegen müßten, gehen unsere Eindrücke in dieselbe Richtung. Wir können deshalb auch verstehen, weshalb dieses Recht als *ratio scripta*, schriftlich fixierte Rechtsvernunft, bezeichnet worden ist und weshalb seine Rechtssätze von so vielen und so unterschiedlichen Völkern unseres Erdballs rezipiert worden sind.

[**Key Words**] Römisches Recht, Rechtsprinzipien, Tragweite eines Rechtsprinzips, Grenzfälle, Fallabwandlung, Assoziation und Analogie, Intuition und *ratio decidendi*, Juristische Methodenlehre