

<로마법사례>

법 앞에 ‘얼짱’은 유리한가? 루틸리아나의 원상회복 청구 사건

최병조*

목 차

- I. 머리말
- II. 事案과 釋義
 - 1. 대상 개소
 - 2. 해석
- III. 맺음말—다시 루틸리아나의 美貌

[국문 요약]

이 글은 <학설취찬> D.4.4.38.pr에 전하는 Rutiliana의 원상회복 청구 사건을 다룬 것이다. 이것은 황제의 고문회의에서 논의된 후 황제에 의해 재결이 나온 실제 사건이었는데, 중세 이탈리아의 법률가들이 관련 당사자 루틸리아나의 美貌를 언급하면서 그 배경에 관심이 쏠리게 되었는데, 현대 독일의 두 로마법 연구자가 서로 상반된 해석을 전개하여 다시금 관심을 불러 일으켰던 적이 있다. 매매대금 지급 불이행시 매도인에게 계약 해제권을 유보시킨 조항 (lex commissoria)의 효력을 둘러싸고 매수인의 미성년 상속인이 제기한 원상회복 신청이

* 서울대학교 법과대학/법대학원 교수

[일러두기] 말미의 참고문헌 목록에 소개한 문헌은 원칙적으로 필자명만으로 인용한다. 인터넷 사이트는 그곳의 약호(예: <http>③)에 따라 인용한다. 세 분의 투고심사의견 중 전달받은 두 분(이하 ‘심사자 갑, 을’)의 의견을 반영하여 약간의 손질을 하였고, 그밖에도 투고 당시보다 좀 더 보완을 하였다. 심사자분들께 감사드린다.

제1심과 제2심 그리고 황제 고문회의 위원이었던 Paulus의 법률논리대로 처결되지 않고 황제의 특별한 배려로 결정이 된 사안이라는 점에서 당시 법운영의 일단을 잘 보여주는 반면, 정작 ‘美貌’의 정체는 13세기 Odofredus의 근거 없는 참안임이 밝혀졌다.

[주제어] 매매계약, 不正被疑後見人, 원상회복, 裁決, 피후견인, 해제조항, 황제고문회의

I. 머리말

로마법 사료 중 법률가들의 견해를 가장 잘 수록하고 있는 <학설회찬>(Digesta)의 경우 “예쁜 여자”나 “美女”에 대한 언급은 어디에서도 발견되지 않는다. 이에 해당하는 가장 전형적인 형용사 pulcher는 딱 한 번 키케로의 법정 연설을 극찬하는 데 사용되었을 뿐이고,¹⁾ 그나마 여성의 아름다움과 관련된 맥락에서 venustas가 쓰인 것도 오직 한 경우만이지만, 이때에도 여성을 아름답게 꾸미는 장신구의 목적을 규정하는 데 쓰였고, 직접 여성을 형용하는 데 사용되지는 않았다.²⁾ 그럼에도 불구하고 오늘날까지도 유럽에서 로마법을 배우는 학생들은 “잠자는 美女”의 예화를 모두 들어 알고 있다. 그런데 이마저도, 아마도 “잠자는 숲 속의 공주” 이야기에서 힌트를 얻었을 텐데(물론 잠을 깨우는 키스는 없다), 기왕이면 다홍치마라고 딱딱한 법학강의에 약간의 風味를 가미한 것에 불과할 뿐이다. 원문에 현재분사를 써서 남녀를 모두 포함하여 그저 “잠자

1) D.1.2.2.46 Pomponius libro singulari enchiridii.

Post hos quoque Tubero fuit, qui Ofilio operam dedit: fuit autem patricius et transit a causis agendis ad ius civile, maxime postquam Quintum Ligarium accusavit nec optinuit apud Gaium Caesarem. is est Quintus Ligarius, qui cum Africae oram teneret, infirmum Tuberonem applicare non permisit nec aquam haurire, quo nomine eum accusavit et Cicero defendit: exstat eius oratio satis pulcherrima, quae inscribitur pro Quinto Ligario. ...

2) D.34.2.26 Paulus libro undecimo ad Sabinum.

Quamvis quaedam ex veste magis ornatus gratia, quam quo corpus tegant, comparentur, tamen quod eo nomine sint reperta, potius habenda esse vestis numero quam ornamentorum. similiter ornamentorum esse constat, quibus uti mulieres venustatis et ornatus causa coeperunt, neque referre, si quaedam eorum alium quoque usum praebeant, sicuti mitrae et anademata: quamvis enim corpus tegant, tamen ornamentorum, non vestis esse.

는 자(dormienti)”라고 된 것을 “잠자는 美女”로 善解(?)한 것이다.³⁾ 잠자는 미녀의 손에 물건을 쥐어줘 봐야 이른바 占有의 意思가 결여되어 있기에 그녀는 점유를 취득하지 못한다는 법리를 가르칠 때의 이야기이다.⁴⁾ ‘美學的’으로 극히 빈약한 이런 실태는 모든 현상을 핵심으로만 환원시켜 고찰하는 법률가들의 오랜 버릇에서 비롯했을 것이다.⁵⁾ 로마의 법률가들도 처음부터 그런 종류의 인간들이었던 것이다. 그럼에도 불구하고 오랜 법학의 전통 속에는 후대의 법률가들이 그들의 心像 속에 각인시킨 미녀의 이야기가 가끔은 등장을 한다. 1970년대 후반에 한 여자의 美貌 여부를 놓고 독일의 두 저명한 로마법학자 사이에서 논쟁이 벌어진 적이 있었는데,⁶⁾ 그 발단도 실은 중세 주석학파의 법률가들이 언급한 “美貌” 때문이었다. 과연 진실은 무엇이었을까? 이 글은 이 사안을 둘러싼 논전을 정리해 보고자 한다. 작업을 하려고 대상 개소의 번역을

3) 명사에 문법적인 性이 있는 언어들의 경우 법률문장에서 남성인 어휘와 여성인 어휘를 사용하는 문제에 관해 특히 로마법을 중심으로 재미있게 다루고 있는 Peter, 853ff.는 현재분사의 용법에 대해서는 다루고 있지 않다.

4) D.41.2.1.3 Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum.

Furius, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.

여기서 ‘점유 의사’로 표시된 affectio tenendi와 보통 ‘점유 의사’로 통용되는 animus possidendi의 차이에 관해서는 일응 최병조(a), 3ff., 특히 n.12 및 n.16.

5) Radbruch, n.599 (p.123): “Der juristische Stil ist richtiges Weglassen des Unwesentlichen”. 환언하면 Radbruch, n.584 (p.120f.): “Die Jurisprudenz sieht die individuellen Menschen in ihren konkreten Schicksalen nur durch die Brille des gesetzlichen Allgemeinbegriffs, nur wie durch einen dicken Schleier, der lediglich die größten Umrisse zu sehen gestattet – durch die Binde der Themis”. 그리고 Radbruch, n.586 (p.121): “Das rechtliche Denken verlagnt, daß man sich mit dem konkretesten Leben und doch wiederum nur mit seinen abstraktesten Umrisen beschäftige”. 하여 그 귀결은 Radbruch, n.553 (p.116): “Es mag dem Juristen widerfahren, daß er sich eines Tages bewußt wird, das reiche Farbenspiel der Welt für die dürrtige Siebenzahl der Grundfarben dahingegeben zu haben”.

6) Detlef Liebs, “Der Sieg der schönen Rutiliana. Lex commissoria displicebat”, *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (1976), 373~389 및 이에 대한 반론 Berthold Kupisch, “Rutiliana pupilla – schön oder energisch? (Paul. D.4,4,38 pr.)”, *Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 94 (1977), 247~266.

마치고 나서야 2002년에 번역한 적이 있다는 것이 생각났다. 번역이라는 게 얼마나 달라질 수 있는지 스스로도 놀랐다. 참고로 두 번역을 나란히 배치하였다.

II. 事案과 釋義

1. 대상 개소⁷⁾

D.4.4.38.pr Paulus libro primo decretorum.

【사실관계】 【계약의 내용】 ① Aemilius Larianus ab Ovinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniae, ita ut si intra duos menses ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. 【계약 후의 경과】 ② intra priores duos menses Lariano defuncto Rutiliana pupillaris aetatis successerat, cuius tutores in solutione cessaverunt. ③ venditor denuntiationibus tutoribus saepe datis post annum eandem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. 【소송의 경과】 ④ pupilla in integrum restitui desiderabat: victa tam apud praetorem quam apud praefectum urbi provocaverat. 【법적 판단】 ⑤ putabam bene iudicatum, quod pater eius, non ipsa contraxerat: ⑥ imperator autem motus est, quod dies committendi in tempus pupillae incidisset eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis. ⑦ dicebam posse magis ea ratione restitui eam, quod venditor denuntiando post diem, quo placuerat esse commissum, et pretium petendo recessisse a lege sua videretur: ⑧ non me moveri quod dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita. ⑨ quia tamen lex commissoria displicebat ei, pronuntiavit in integrum restituendam. ⑩ movit etiam illud imperatorem, quod priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiati erant.

7) 이 개소는 파울루스의 <裁判錄> 3권의 제1권에 수록된 것으로 25세 미만자에 관한 고시에 관련된 것이다. Lenel, Paulus fr.58 (p.960); Schulz, 340 Note X. 지시의 편의상 10개의 부분으로 나누고 일련번호를 붙였다.

【사실관계】 【계약의 내용】 ① 아이밀리우스 라리아누스(Aemilius Larianus)가 오비니우스(Ovinus)에게서 루틸리아눔 토지를 解除條項⁸⁾附로 대금의 일부만 주고 매수하였으며, 매수로부터 2개월 내에 잔금의 절반을 지급하지 않으면 매수되지 않는 것으로 정하였다. 그리고 후속 2개월 내에 나머지 대금을 지급하지 않아도 마찬가지로 매수되지 않는 것으로 정하였다. 【계약 후의 경과】 ② 앞의 2개월 내에 라리아누스가 사망하고 被後見人 연령의 루틸리아나(Rutiliana)가 그를 상속했는데, 그녀의 후견인들이 대금 지급을 懈怠하였다. ③ 매도인은 후견인들에게 여러 차례 催告한 끝에, 1년이 지난 다음 같은 부동산을 클라우디우스 텔레마쿠스(Claudius Telemachus)

【사실관계】 【계약의 내용】 ① 아이밀리우스 라리아누스(Aemilius Larianus)가 오비니우스(Ovinus)로부터 루틸리아눔 토지를 대금의 일부를 지급하고는 실효약관부로 매수하여 매수한 때로부터 2개월 내에 잔금의 절반을 지급하지 않으면 불매수로 되는 것으로, 또 다음 2개월 내에 나머지 금액을 지급하지 않으면 마찬가지로 불매수로 되는 것으로 하였다. 【계약 후의 경과】 ② 앞의 2개월 내에 라리아누스가 사망하여 후견받을 나이의 루틸리아나(Rutiliana)가 상속을 했는데, 그녀의 공동후견인들은 대금지급을 하지 않았다. ③ 매도인은 공동후견인들에게 수차 통지를 한 후, 1년 뒤에 같은 재산을 클라우디우스 텔레마쿠스(Claudius Telemachus)에게 매도하였다.

- 8) 원래 “約款”이란 어휘는 글자 그대로만 보면 ‘특약 조항’의 의미이고, 종래 로마법학에서는 이런 의미로 이 용어를 慣用해 오고 있었다. 그런데 십사자 갑이 오늘날 약관이란 ‘일방당 사자가 장래 불특정다수와의 계약을 위해 일방적 일반적으로 미리 만들어 둔 계약조항’이라는 식으로 설명되므로 그 사용을 제고할 필요는 없는지 의문을 제기하였다. 오늘날이라도 약관규제법의 약관 개념으로 어의를 축소시켜 이해해야만 하는 것은 아니겠지만, 쓸데 없는 오해를 미연에 방지한다는 취지에서 그 지적을 고려하여 ‘條項’으로 모두 바꾸었다.
- 9) Liebs, 373, 376: ‘Septimius Severus’ (193-211). Kupisch, 249 n.8은 그 가능성만 인정한다. Caracalla (211-217)라는 설에 관해서는 Kupisch, *ibid.*; Behrends et al., II, 402; Guäcius, ad h.l., p.1030 B.
- 10) 이 부분은 Behrends et al., II, 402의 독일어 번역에서 따온 것이다. 그러나 이러한 보충을 안 하더라도 *lex commissoria*가 매도인의 이익을 위한 것이라는 점에는 추호의 변화도 없고, 또 로마인들도 이 사실을 잘 알고 있었다.
- D.18.3.2 Pomponius libro trigensimo quinto ad Sabinum.
Cum venditor fundi in lege ita caverit: “si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.
- D.18.3.3 Ulpianus libro trigensimo ad edictum.
Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.
- 11) 최병조(d), 173.

에게 매도하였다. 【소송의 경과】④ 그 被後見女가 원상회복되기를 원하였다. 法務官 앞에서, 또 都市長官 앞에서도 敗訴한 다음 (황제에게) 上訴하였다.

【법적 판단】⑤ 나[=파울루스]는 제대로 재판되었다고 생각했는데, 왜냐하면 그녀의 아버지가 계약을 한 것이지 그녀가 한 것이 아니었기 때문이다. ⑥ 그러나 황제⁹⁾께서는 해제기일이 피후견녀였던 시기에 해당하였고 피후견녀여서 매도조항이 준수되지 않게 되는 결과가 되었다는 사정에 마음이 움직이셨다. ⑦ 나는 (이유를 들자면) 오히려 매도인이 해제조항이 발효한다고 정했던 기일 이후에 최고하고, 또 대금을 청구함으로써 자신의 (이익으로 정한¹⁰⁾ 해제)조항을 포기했던 것으로 보인다는 바로 그 이유 때문에 그녀는 원상회복될 수 있다고 (거듭) 주장하였다. ⑧ (또) (지급)기일이 추후[즉 매수인의 死後]에 도래했다는 것으로는, 마치 채권자가 담보물을 매각한 것이 채무자 사망 후에 변제기일이 완료되었기 때문인 경우에 그렇듯이, 내 생각은 바뀌지 않는다고 주장하였다. ⑨ 그렇지만 그 해제조항이 마음에 들지 않았으므로 황제께서는 그녀를 원상회복시켜야 한다고 裁決하셨다. ⑩ 원상회복을 신청하지 않았었던 이전의 후견인들이 不正被疑後見人¹¹⁾으로 판결되었다는 사실도 황제를 움직였다. (2010.10)

【소송의 경과】④ 피후견녀가 [미성년을 원인으로 한] 원상회복을 신청하였으나, 법무관 심급에서도, 또 도시장관 심급에서도 패소하고 상고하였다.

【법적 판단】⑤ 私見으로는 잘 재판한 것인바, 그녀 자신이 아니라 그녀의 아버지가 계약을 체결했던 것이기 때문이다. ⑥ 그러나 (셉티미우스 세베루스) 황제는 실효약관의 발효일이 피후견녀인 기간에 발생했고 그녀가 매도약관이 준수되지 않도록 하였던 점에 마음이 움직였다. ⑦ 나는 거듭 다음과 같이 주장하였다: 그녀를 회복시킬 수 있는 것은 오히려 매도인이 실효약관의 발효를 원한 일자 후에 통지하여 대금을 청구함으로써 자신의 약관을 포기한 것으로 보인다는 이유에서이다. ⑧ 내 마음은 그 기일이 후에 도과했다는 사실로써 움직이지 않는데, 채권자가 채무자가 사망한 후, 그것도 변제기일이 종료한 다음에 담보물을 매각한 경우에 그렇듯이 말이다. ⑨ 그렇지만 실효약관이 황제의 마음에 들지 않았으므로 그녀를 원상회복시켜야 한다고 선고하였는데, ⑩ 원상회복을 신청하지 않았던 이전의 공동후견인들이 부정협의자로 선고되었다는 사정 또한 황제를 움직였다.¹¹⁾ (2002. 1.)

2. 해석

1) 루틸리아나의 美貌?

이 실제의 사건에 등장하는 루틸리아나가 아름답다는 언급은 13세기 전반에 볼로냐에서 살았던 법률가 오도프레두스(Odofredus, 1265년 歿)에게서 유래한다고 한다.¹²⁾ 이 이야기는 다시 그의 제자로 13세기 후반에 같은 곳에 살았던 비비아누스 투스쿠스(Vivianus Tuscus)가 이 개소에 붙인 주석에도 반영되었다.¹³⁾ 과연 이 소녀는 아름다웠을까?

2) 사실관계

이 사안에 대한 Liebs와 Kupisch의 해석이 극명하게 갈리는 것은 라리아누스(L)의 상속인¹⁴⁾ 루틸리아나(R)가 원상회복을 통하여 얻고자 했던 효과가 과연 무엇인가 하는 대목에서이다. 이 문제에 관해서는 종래 세 가지 가능성이 검토되었다.¹⁵⁾

- 원상회복의 상대방이 매도인 오비니우스(O)로서

a) 매매계약으로부터 벗어나고자 한다는 설,

b) 반대로 매매계약을 이행할 수 있도록 대금지급 해태 상태를 제거하고자 한다는 설,

- 이와 달리 c) 원상회복 청구의 상대방이 매도인 O가 아니라 텔레마쿠스(T)

12) Kupisch, 264f.; 후술 III.

13) Kupisch, 263ff.; Liebs, 373.; 후술 III.

14) Hulot, ad h.l. (p.303) 欄外 제목은 「Si adversus solutionem ex contractu defuncti omisam, an filiusfamilias minor post emancipationem restituarur」로 되어 있다. 이곳의 emancipatio(父權免除)가 잘 못된 표현임은 분명하다.

15) Peters, 79. 그밖에 Liebs, 377f.는 R이 O를 상대로 불이행으로 인한 손해배상 청구를 시도한 것인지 여부를 검토하고 부정하는데, 이는 너무 명백해서 고려의 대상도 아니라고 할 것이다.

로서 그로부터 전에 매도인으로부터 양도받았던 소유권의 회복을 원한다는 설.

이 중 c)는 R의 후견인들이 자발적으로 소유권을 다시 (O를 거쳐서든 아니면 직접) T에게 이전했다는 가정이 필요한데, 대금을 완불하지 않으면 해제하기로 정하여 오늘날의 소유권유보부매매에 해당하는 특약¹⁶⁾을 확보한 O가 그 전에 소유권을 넘겨주었다는 것도 믿기 어렵지만, 여러 번 독촉을 받고도 대금 완납을 미룬 후견인들이 O가 T에게 팔자 다시 그 소유권을 스스로 새 매수인 T에게 넘겼고, 이제 이것을 다시 R이 반환을 요구한다는 것은 도저히 믿을 수 없는 가설이다.¹⁷⁾ 이는 소유권의 향배에 관한 아무런 설시도 없는 상태에서는 절

16) Kunkel/Honsell, 320f.; 이미 Stryk, 293f. 예전의 학설 중에는 이 *lex commissoria*를 *in diem addictio*(高價請約留保附賣買)와 실질적으로 구별하지 않는 잘못된 견해도 있었다. 그래서 매수인에게 점유가 인도된 경우 그가 늘 소유권을 취득한다고 새겼다. 가령 Leyser, 503. 참고로 로마의 경우 부동산등기가 없었으므로 부동산의 법리나 동산의 법리나 한 가지였고, 그래서 오늘날과 비교할 때에는 소유권유보부매매가 부인되는 부동산(대법원 2010. 2.25. 선고 2009도5064 판결 (공2010상, 694)]에 관한 법리가 아니라, 동산에 관한 법리(가령 §§ 449, 929 BGB)와 비교해야만 한다.

17) 물론 모든 것은 사실관계에 달려 있다. 문제는 정확한 구체적 사실을 파악할 수 있는 방법이 전승된 텍스트 외에는 없다는 점에 있는 것이다. 점유가 O로부터 L에게, 다시 L의 상속인 R로부터 O나 T에게 옮겨진 상황을 보다 용이하게 구성하려면 예컨대 O가 L에게 허용점유(*precarium*)를 부여했던 경우(아래 ㉠) 또는 임대했던 경우(아래 ㉡)라고 상정하면 가능할 수도 있을 것이다. Cf. Kunkel/Honsell, 320 n.11. 그러나 파울루스가 이런 중요한 특별사정을 전혀 언급하지 않고 사실관계를 설시했다고 믿을 수는 없는 것이다.

㉠ D.43.26.20 Ulpianus libro secundo responsorum.

Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium universum persolveretur: si per emptorem stetit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi.

C.4.54.3 Imperator Alexander Severus.

Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex venditio.

㉡ D.19.2.20.2 Paulus libro trigesimo quarto ad edictum.

Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat.

D.19.2.21 Iavolenus libro undecimo epistularum.

Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

D.19.2.22.pr Paulus libro trigesimo quarto ad edictum.

Item si pretio non solum inempta res facta sit, tunc ex locato erit actio.

대로 무리이다.¹⁸⁾ 이 견해는 (다른 설시가 없으므로 그 선의를 가정할 수밖에 없는) T가 설령 부동산을 점유하고 있다 하더라도 善意인 한 원상회복의 상대방이 될 수 없다는 법리¹⁹⁾에도 반한다.²⁰⁾

원상회복 청구의 상대방이 O라고 보는 견해를 보면, 이것은 파울루스(⑦)나 황제(⑥, ⑨)가 다른 무엇도 아닌 해제조항을 문체 삼고 있는 것으로 볼 때 다른 가능성은 없는 것이지만,²¹⁾ 이런 기본입장을 취하면서도 Liebs는 R이 매수인의 지위를 회복하기를 원한 것이라고 해석하는 반면에(b설), Kupisch는 역으로 그녀가 매매계약에서 벗어나기를 원한 것이라고 새긴다(a설). 후자가 이렇게 새기는 가장 큰 이유는 곧 보듯이(후술 a) 해제 조항으로 인해서 이미 지급한 대금의 일부를 매도인에게 沒取당한다고 보기 때문이다. 그러나 결론을 먼저 밝히자면 Liebs의 해석은 통설적인 것이고 전승된 텍스트의 흐름이나 사실관계의 경험적인 맥락을 고려할 때 자연스러운 해석이라는 것이고,²²⁾ 반면에 Kupisch의 해석은 텍스트의 자연스런 독해로부터는 얻기 어려울 뿐 아니라(원상회복의

18) Peters, 79f.에 의하면 Burdese, Festschrift Schulz I 82 Anm.1(필자 未見)이 이 견해라고 한다.

19) D.4.4.13.1 Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Interdum autem restituito et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. ut puta rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restituui, ne rem suam perdat vel re sua careat, et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicensimo octavo scribit Labeonem existimasse, si minor viginti quinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit, si quidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam: sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est.

D.4.4.14 Paulus libro undecimo ad edictum.

Plane quamdiu is qui a minore rem accepit aut heres eius idoneus sit, nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona fide emerit, idque et Pomponius scribit.

20) Liebs, 378은 아무런 이유 제시 없이 T가 악의라고 전제한다. 그러면서도 T를 상대로 하는 R의 청구가 불가능하다고 한다. Liebs, 377. 그는 같은 곳 n.13에서 미성년자의 거래상대방이 아닌 제3자를 상대로 하는 예외에 해당하는 사료라고 하면서 여러 개소를 인용하고 있으나, 우리 사안이 그러한 예외에 해당할지의 여부는 검토하지 않고 있다.

21) 同旨 Liebs, 377 n.14.; Peters, 79f.

22) 同旨 이미 Cuiacius, ad h.l., p.1029 D: 'ut liceat sibi post diem oblato pretio solvere potestatem legis commissoriae'; Peters, 80. Peters에 의하면 Beseler, Sanfilippo, Cervenca, Wieacker (모두 필자 未見)가 같은 견해라고 한다.

상대방이라는 O도 R과의 매매계약으로부터 벗어나고자 하였으므로 3심을 거치면서까지 이를 소구할 이유가 없었을 것이다) 경험적인 상식에도 잘 맞지 않는 일정한 전제에 입각하여 매우 기교적인 설명을 가하고 있다는 것이다.²³⁾

a) 계약의 내용

O가 R의 아버지 L²⁴⁾에게 첫 소유자가 Rutilius였을 토지(fundum Rutilianum)²⁵⁾를 매도하였다. 대금은 3회 분할금으로 정해졌다. 계약 시에 일정액, 그 나머지는 다시 반분하여 2개월 뒤(말하자면 중도금)와 4개월 뒤(최종 잔금)에 지급하기로 하였다.²⁶⁾ 그리고 이와 관련하여 특약사항으로 중도금이나 최종 잔금의 어느 하나라도 제때에 지급되지 않으면 ‘매매는 없는 것으로 하기(inemptus esset)’로 약정하였다. 이 해제조항이 해제조건으로 의도된 것이 아님²⁷⁾은 대금 불이행 이후의 관련자들의 행태를 보면 알 수 있다. 즉 조건이 아니라 매도인이 원하면 계약을 무를 수 있도록 해제권을 유보한 것이다(lex commissoria)(①). 또 관련자들의 이후의 행태(특히 1년 뒤 아무런 어려움 없이 제3자에게 매도한 점)는 매매목적물의 점유와 소유권이 여전히 매도인에게 남아 있었던 것으로 보는 것이—특히 이에 관한 별도의 언급이 없는 이상—자연스러운 독법임을

23) 1977년 Kupisch가 주장하기까지는 a설은 지지된 바가 없었다. Peters, 79(‘in der Literatur nicht vertreten’).

24) R이 L을 상속했다는 사실만으로는 둘 사이의 친족관계를 확정할 수 없다. 왜냐하면 로마의 경우 家外相續인도 존재하였기 때문이다. 상속인의 종류에 대해서는 최병조(c), 11ff. 그러나 곧이어 파울루스의 결정(⑤)으로부터 우리는 둘 사이가 父女관계를 분명히 알 수 있다.

25) Kupisch, 253 n.26은 토지와 딸의 이름이 같다는 데서 이른바 感情利益의 가능성을 언급하지만, 의문이다. Liebs, 374+n.5에 의하면 Bari에서 남쪽으로 22.8km 떨어져 이탈리아 반도의 아킬레스크엔 위치에 소재한 오늘날의 Rutigliano (지도: http⑥)의 호시에 해당하는 지역으로 추정된다고 한다. 인구가 18,000이 안 되는 이 마을에 대해서는 http③.

26) 이러한 3회 분할지급 방식이 부동산 거래의 경우 통례적이었다는 점에 관해서는 최병조(d) 참고.

27) 해제조항을 로마의 압도적 통설은 조건(condicio)이라기보다는 해제권을 유보한 특약(conventio)으로 이해하였다는 점에 관해서는 최병조(d) 참고. 이 점에서 본 개소의 번역에 있어서 한편으로는 “解除約款”을, 다른 한편으로는 “解除條件附” 매매를 운운하는 春木一郎 譯, 476f.는 잘못이다.

보여준다[전술(2)].²⁸⁾ 그렇다면 이 해제 특약은 글자 그대로 '매매, 즉 채권적 관계가 없던 것으로' 하는 것이다, 따라서 이미 점유를 넘겼을 때에 발생하는 문제들(가령 과실 수취로 인한 이득의 귀속,²⁹⁾ 또는 부속물의 문제³⁰⁾ 등은 고려 대상이 아니다.

그러면 매매가 해제되면 1차분 대금이 沒取되는가? 물론 이것도 당사자들이 약정하기 나름이다. 만일에 그것이 계약금으로 지급된 것이라면 적어도 이 부분은 계약의 해제로 매수인이 상실하는 것 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다.³¹⁾ 그러나 이와 관련한 특별한 언급(가령 'arrha 운운)이 없는 것으로 볼 때³²⁾ 이것을 - 별도의 약정으로 배제하지 않는 한 인정되는 自然素(naturalia)가

28) Wieacker는 '약취행위 유보'라고 새긴다고 한다. *Flume*, 157+n.124. *Flume*, 157은 동산의 경우에도 *lex commissoria* 附로 매매된 경우에는 점유가 이전되었더라도 그 자체로 소유권이 넘어간 것은 아니라고 새긴다.

29) Cf. D.18.3.5 Neratius libro quinto membranarum.

Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

30) D.18.3.6.pr-1 Scaevola libro secundo responsorum.

De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod ... alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. (1) Idem respondit, si ex lege inempti sint fundi, nec id, quod accessurum dictum est, emptori deberi.

31) D.18.3.6.pr Scaevola libro secundo responsorum.

De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae ... nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

32) 계약금이 문제될 때에는 당연히 명시적으로 언급이 따른다.

가령 D.18.3.8 Scaevola libro septimo digestorum.

Mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arram perderet et inemptae villae essent. die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris. respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem.

아니라 특약이 있어야 인정할 수 있는 偶然素(accidentalia)의 하나인 -계약금의 성격으로 보기는 어렵다고 생각된다. 대체로 1/3씩 지급하도록 한 것으로 추정되는 사실관계로 보아도 이렇게 보기는 어려울 듯하다. 만약 그랬다면 매도인 O로서는 4개월이 지난 뒤로도 8개월이나 더 기다리면서 이행을 촉구하기보다는 훨씬 더 쉽게 계약의 해제를 선택했을 것이다. 어쨌든 침묵으로부터(ex silentio) 어떤 적극적인 사실을 이끌어내는 것은 매우 신중을 기할 일이다. 그렇다면 우리 사안에서의 계약 내용은 이미 지급한 대금의 일부는 돌려받는 것이고, 流質 특약³³⁾처럼 이것을 채권자가 챙기는 것은 아니었다고 새길 일이다.³⁴⁾ Kupisch는³⁵⁾ 이를 오인하였다.³⁶⁾ 그의 lex commissoria 관련 주장은 기본 전제가 잘못되었기에 우리의 경우를 해석하는 데 도움이 되지 않는다. 그리고 이러한 오인이 R이 원하는 원상회복의 내용에 대한 오해로 연결되었다는 점은 이미 지적한 바 있거니와(전술 (2)) 그밖에도 후술하듯이 공동후견인의 책임 내용에 대한 색다른 이해로도 귀결된다[후술 (3).b].

b) 계약 후의 경과

그런데 중도금 기일이 도달하기 전에 I이 사망하고 R이 그의 단독 상속인이 되었다. 상속채무에 속하는 대금지급의무의 이행을 O는 R의 (아버지의 사망으로 自權者가 된 R을 위하여 새로 선임된) 공동후견인들³⁷⁾에게 누차 최고하였으나³⁸⁾ 더 이상의 변제는 없었다(㉔).³⁹⁾ 그러자 O는 1년이 지난 후 제3자인 텔

33) 이것도 lex commissoria라고 불렀기에 혼동의 위험이 없지 않다. 고전법에서는 허용되었던 (Kaser, I, 470+nn.6-7) 변제기한 前에 약정한 流質 조항은 콘스탄티누스 이래로 금지되었다 (C.8.34.3=CTh.3.2.1 [a.326]; Kaser, II, 320+nn.11-12).

34) 同旨 Liebs, 386+n.47.

35) Kupisch, 253f.; 260ff.; 263f.

36) 同旨 Liebs(a), 492 n.53.

37) Liebs, 375는 공동상속인이 두 명이라고 못 박는데, 의문이다. 어디에도 그 숫자는 나오지 않는다. 同旨 Kupisch, 248 n.5. 어쨌든 이로부터 R은 상속 후에도 여전히 피후견인 지위에 있었음을 알 수가 있다. 그리고 이 사정은 황제의 고려에서 일정한 몫을 차지하였던 것으로 보인다(㉔).

38) 피후견인 홀로는 유효한 최고를 받을 수 없다. 왜냐하면 최고를 받을 자는 변제를 이행할

레마쿠스[T]에게 그 토지를 매도함으로써 앞의 계약을 해제하였다(③).⁴⁰⁾ 대금지급의무를 해태했던 R의 공동후견인들은 이에 대해서도 아무런 조치를 취하지 않았다.

c) 소송의 경과

이제 R은-訴 제기 당시(④)나 황제의 재결 당시(⑩)나 아직 피후견 상태이다⁴¹⁾-관할 정무관 앞에서 계약 해제를 다투면서 원상회복(in integrum restitutio)을 신청하였다.⁴²⁾ 제1심의 법무관(praetor urbanus)⁴³⁾도, 제2심의 도시장관(praefectus urbi)⁴⁴⁾도 이 신청을 기각하였다.⁴⁵⁾ 이유는 밝혀져 있지 않지만 아마도 파울루스가 처음에 언급했듯이(⑤) 매매계약이 체결된 것은 O와 L 사이였으므로 비록 L 측에 상속이 일어나서 그 상속채무를 피후견인 R이 이행해야 하는

수 있는 능력을 갖추어야만 하기 때문이다. Solazzi, 543+n.123. 따라서 후견인에게 한 이곳의 최고는 합당한 것이었다.

- 39) 기일에 변제 제공을 하지 않는 것으로 이미 해제조항이 적용되므로 대금지급을 최고한 경우에는 물론 당연히 그렇다.

D.18.3.4.4 Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum.

Marcellus libro vicensimo dubitar, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non optulerit. et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere: quod si non habet cui offerat, posse esse securum.

- 40) Cuiacius, ad h.l., p.1029 D: 'quasi lege commissa'. 이 경우 매도인은 뒤의 매매대금이 앞의 매매대금보다 부족한 만큼을 앞의 매수인을 상대로 소구할 수 있었다.

D.18.3.4.3 Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum.

In commissoriam etiam hoc solet convenire, ut, si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris venderit, id a priore emptore exigat: erit itaque adversus eum ex vendito actio.

우리 사안에서 이러한 사정이 R에 대한 보호의 이유 중 하나로 작용했는지는 드러나지 않는다. 이러한 침묵은 그러한 사실관계가 없었음을 의미하는 것으로 이해하지 않으면 안 된다.

- 41) ⑩의 '이전의(priores, 前과 後 중 앞의) 공동후견인'이란 표현으로 볼 때 R은 황제가 사건을 재결할 당시 여전히 후견을 받고 있었음을 알 수 있다. 그런데 그녀가 성년이 되었으나 미혼이어서 부녀후견을 받는 상태라고 볼 아무런 단서도 없으므로 R은 당시 여전히 12세 미만의 어린 나이라고 할 것이다.

- 42) 신청이 허용된다는 점에 관해서 결론 同旨 Liebs, 378f.

- 43) Kaser/Hackl, 465 n.44; 505 n.25.

- 44) Kaser/Hackl, 465 n.42.

- 45) 심급에 관해서는 Coriat, 286f.; 305+n.58.

상황이 되었더라도 매매계약과 관련한 권리와 의무의 판단은 원래의 두 당사자 O와 L을 기준으로 하여 판단하면 되고, 계약당사자가 아니었던 R의 사정은 고려의 대상이 아니라는 생각에서였을 것이다(후술 (3)). 원상회복을 통해서 매수인으로서의 지위를 회복하고자 했던 R은 이에 굴하지 않고 다시 황제에게 상소하였다(④). 말미의 보고에 의하면 공동후견인들이 중대한 의무위반행위로 피소되어 지위가 박탈되었다(⑩)고 하는데, 그 이유가 후견사무와 관련하여 대금지급을 해태한 일 때문인지, 아니면 그것을 포함하여 소송에서 패소한 책임까지 문제된 것인지, 아니면 다른 어떤 사유로 인한 것인지는 문면만으로는 확실하게 드러나지 않는다. 그러나 황제가 이 사정을 함께 감안했다는 보고로 볼 때 두 번째일 가능성이 제일 높다. 不正被疑後見人(tutor suspectus)이란 여러 가지 이유로(일차적으로는 도덕적, 재정적 이유로) 일정한 후견인직을 수행하기에 부적합한 자를 말하는데, 후견사무를 시작하기 전후를 막론하였다. 특히 후견사무를 이미 수행한 경우에는 그의 고의, 과실로 피후견인에게 상당한 손해가 발생하거나, 무단 부채로 인해 후견사무 수행에 무관심하다는 것을 드러낸 경우가 해당하였다. 그밖에 피후견인이나 그의 가족과의 사이에 원한관계가 있는 경우도 해당하였다. 피후견인을 제외한 모든 시민에게 개방된 국민소송(actio popularis) 형태로 운영되었던 이에 대한 형사고소(accusatio suspecti tutoris)는 이미 12표법에도 알려져 있었는데, 이를 통해 그의 후견직을 박탈하였고 고의의 경우에는 破廉恥(infamia)의 불명에 효과도 따랐다.⁴⁶⁾

3) 황제 앞의 논의

이제 사건은 황제가 주재하는 顧問會議(consilium)⁴⁷⁾에서 다루어졌다.⁴⁸⁾ 그

46) Inst. Iust. 1.26; Kaser, I, 363f.; Berger, s.v. Tutor suspectus (p.749); Kunkel/Honsell, 422f.

47) Cf. Wieacker, 65f.; Mousourakis, 247f.; Schulz, 118; Kaser/Hackl, 449 n.33 - n.34; Litewski, 91+nn.298 - 299. 특히 하드리아누스 시기에 관해서는 Kunkel, 296ff.

48) Coriat, 330f; 434+nn.482/487.

일원이었던 파울루스⁴⁹⁾는 황제의 裁決(decreta)을 다룬 그의 저술⁵⁰⁾에서 다른 사안에 대한 報告⁵¹⁾와는 달리 다른 법률가들의 견해는 전달하지 않은 채 황제와 자신의 견해만을 언급한다.⁵²⁾ 그는 당시 司訟局長(a cognitionibus)이었다.⁵³⁾

a) 파울루스의 당초 견해

먼저 그는 하급심들의 판단이 옳았다고 단언한다(⑤). 매매계약에 관한 한, R은 L의 권리와 의무를 상속했을 뿐, 문제의 법률행위 자체를 당사자로서 행한 바가 전혀 없기 때문에(non ipsa contraxerat) 미성년자에게 원상회복을 인정하는 法務官告示의 법률요건이 不備되었다는 논리에 입각했을 것이다. Otto Lenel이 재구성한 永久告示錄의 동 규정의 내용은 다음과 같았기 때문이다.⁵⁴⁾

49) Kunkel, 244 n.503; Maschi, 675; Coriat, 213.

50) Maschi, 677f.; Liebs (b), § 423 W.79 (p.172) m.w.Lit.

51) 가령 D.29.2.97 Paulus libro tertio decretorum.

Clodius Clodianus factus prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter factus instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile reperit. Papinianus putabat repudiare eum ex prioris hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere. pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse.

D.49.14.50 Paulus libro tertio decretorum.

Valerius Patruinus procurator imperatoris Flavio Stalticio praedia certo pretio addixerat. deinde facta licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione optinuerat et in vacuum possessionem inductus erat. de fructibus medio tempore perceptis quaerebatur: Patruinus fisci esse volebat. plane si medio tempore inter primam licitationem et sequentem adiectionem percepti fuissent, ad venditorem pertinerent (sicut solet dici, cum in diem addictio facta est, deinde melior condicio allata est) nec moveri deberemus, quod idem fuisset, cui et primo addicta fuerant praedia. sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu itaque placebat fructus emptoris esse. Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere, emptorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset: atque si hoc ipsum in emendo convenisset. pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quod quidem domino colerentur, universos fructus habere: si vero sub colono, pensionem accipere. Tryphonino suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante percepti in praediis fuissent, respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt, eos quoque emptorem accepturum.

52) 황제 자신이 그의 결정에서 자문을 구했던 법률가들을 명시적으로 또는 함쳐서 거론하는 경우도 보인다. 대표적인 예: Ulp. D.37.14.17.pr (Proculus, Volusius Maecianus, alii amici nostri iuris periti, plures iuris auctores, Salvius Iulianus).

53) Honoré, 19+n.129.

Ed. X. De in integrum restitutionibus

§ 41. De minoribus viginti quinque annis. Quod cum minore quam viginti quinque annis natum gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.

(Ed. X. 원상회복들에 관하여)

§ 41. 25세 미만자[미성년자]에 관하여. 25세 미만자와의 사이에 (법률행위) 체결되었다고 주장되는 경우 본관은 각 사안이 상당할 바를 배려할 것이다.⁵⁵⁾

고전법상 원상회복의 취지는 두 가지로, 하나는 승인되어서는 안 될 법률행위를 제거하거나, 잘못된 법률효과를 해소하는 것이었고, 다른 하나는 사실상의 ‘以前 상태’를 회복시키는 것이었다.⁵⁶⁾ 그 전제는 미성년자와의 ‘gestum esse’이다. 이것은 기본적으로 법률행위의 당사자가 된 미성년자가 ‘기만당했을 때 (captus)’ 돕는다는 취지였다.⁵⁷⁾ 재판외의 행위뿐만 아니라 재판상 행위도 원상회복의 대상이었고,⁵⁸⁾ 그래서 既判事項도 그 대상이었다.⁵⁹⁾ 후견인이나 보좌

54) Riccobono (ed.), 345.

55) 고전법에서 원상회복은 성년이 된 후 실용기간 1년(annus utilis) 내에 신청할 수 있었다. D.4.4.19 Ulpianus libro tertio decimo ad edictum.

Interdum tamen successoris plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subveniat: nam post annum vicensimum quintum habebit legitimum tempus. hoc enim ipso deceptus videtur, quod, cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit. plane si defunctus ad in integrum restitutionem modicum tempus ex anno utili habuit, huic heredi minoris post annum vicensimum quintum completum non totum statutum tempus dabimus ad in integrum restitutionem, sed id dumtaxat tempus, quod habuit is cui heres exiit.

그 후의 변화에 관해서는 Kaser, II, 118 n.24; Kaser/Hackl, 581 n.47.

56) Kaser/Hackl, 421f.

57) D.4.4.7.pr-1 Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Ait praetor: “gestum esse dicetur” gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit. (1) Proinde si emit aliquid, si vendidit, si societatem coit, si mutuum pecuniam accepit, et captus est, ei succurretur.

해당하는 예: 매매(C.2.27; D.4.4.7.1), 조합(D.4.4.7.1), 소비대차(D.4.4.7.1), 질물 매각(C.2.28), 증여(C.2.29), 회해(C.2.31), 변제(C.2.32), 嫁資 설정(C.2.33; D.4.4.9.1; D.4.4.48.2), 사용취득(C.2.35; D.4.4. 45.pr), 상속 승인 및 거절(C.2.38; C.2.39; D.4.4.7.5).

58) D.4.4.7.4 Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Set et in iudiciis subvenitur, sive dum agit sive dum convenitur captus sit.

해당하는 예: 상소(D.4.4.7.11), 불출석(D.4.4.7.12), 出廷拒否(D.4.4.8), 담보물 매각(D.4.4.9), 소권

인이 개입한 경우에도,⁶⁰⁾ 또 정무관이 간여한 경우에도⁶¹⁾ 가능하였다. 원상회복은 미성년자의 재산이 감소한 경우는 물론 그밖에 訟事나 費用에 의한 번거로움이 있는 경우에도 인정되었다.⁶²⁾ 요컨대 원상회복이 인정되기 위해서는 a) 행위 시에 미성년이었음을 입증해야 하고, b) 적극적 또는 소극적으로 손해가 발생했음을 입증하고, c) 명백히 기만당했음(*manifesta circumscriptio*)⁶³⁾을 입증해야만 하였다. 즉 손해가 '어린 연령의 위험(*aetatis lubricum*)', 곧 '사려 없는 경솔함(*inconsulta facilitas*)'에 기인하는 것이어야지,⁶⁴⁾ '운명(*fatum*)'이나 '事件(*casus*)'으로 인한 것인 때에는 부여되지 않았다.⁶⁵⁾ 상속은 후자에 속하는 것이었다.⁶⁶⁾

(D.4.4.16.pr), 不援用(D.4.4.36), 판결(D.4.4.29.1) 등.

59) C.2.26.

60) C.2.24; C.2.25.5.

61) C.5.71.11.

62) D.4.4.6 Ulpianus libro decimo ad edictum. Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.

63) D.4.4.24.1 Paulus libro primo sententiarum.

Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, ... itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.

64) D.4.4.1.pr Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit. nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.

또한 D.4.4.24.1 Paulus libro primo sententiarum.

Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, ... itaque nisi ... aut tam neglegenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.

65) D.4.4.11.4-5 Ulpianus libro undecimo ad edictum.

(4) Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. et ita Pomponius libro vicensimo octavo scripsit. unde Marcellus apud Iulianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem.

(5) Si locupleti heres exitit et subito hereditas lapsa sit(puta praedia fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt): Iulianus quidem libro quadragensimo sexto sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Iulianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuius patri familias quamvis diligentissimo possit contingere. sed haec res adferre potest restitutionem

따라서 요건 不備리는 논리가 가장 설득력이 있는 것이었으므로 제1심과 제2심의 결론도 그와 같았던 것이다(전술 (2).c). 그리고 실제로 이 견해는 통설이었다. 이것은 당대의 저명한 제국법률가였던 Q. Cervidius Scaevola(주 활동시기 165~200)가 이미 파울루스(주 활동시기 175~230)보다 앞서서 동일한 법리를 적용하고 있는 것으로부터 알 수가 있다.⁶⁷⁾

D.18.5.10.pr Scaevola libro septimo digestorum.

Seius a Lucio Titio emit fundum lege dicta, ut, si ad diem pecuniam non solvisset, res inempta fieret. Seius parte pretii praesenti die soluta, defuncto venditore, filiis eius pupillaris aetatis et ipse tutor cum aliis datus, neque contutoribus pretium secundum legem numeravit nec rationibus tutelae rettulit: quaesitum est, an irrita emptio facta esset. respondit secundum ea quae proponerentur inemptam⁶⁸⁾ videri.

(세이우스(S)가 루키우스 티티우스(T)로부터 기일에 대금을 지급하지 않으면 물건이 매수되지 않은 것으로 된다는 [매도인이 정한] 조항 하에 토지를 매수하였다. S는, 대금의 일부를 당일 지급한 후 매도인[T]이 사망하자, 그[T]의 피후견인 나이의 아들들에게 다른 이들과 더불어 그 자신도 후견인으로 선임되었는데, 공동후견인들에게 조항에 따른 대금을 지급하지도 않았고, 또 後見會計簿에 (채무로서) 기입하지도 않았다. 매수가 무효로 되었는지 질의되었다. 그(스카이볼라)는 대답하였다: ‘제시된 바에 따르면 매수되지 않은

minori, si adit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave, quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

66) 同旨 Glück, 551+n.5; Voet, ad hl. n.30 (p.209): “Sed ratio sufficiens nulla est, cur aliud hoc, quam praecedenti in casu definiendum foret: nisi in eo se laesum minor docuerit, quod inconsulta aetatis facilitate pacta talia conventioni suae apponi passus sit, quae majorennis alius, firmatioris per aetatem iudicio usus, non fuisset eo modo admissurus”.

67) 지금까지 아무도 이 중요한 개소에 대해서, 더욱이 아주 구석진 곳에 치박혀있는 것도 아닌데, 지적한 바가 없다는 것은 그야말로 놀라운 일이다.

68) Behrends et al., III, 500 n.1은 Mommsen을 좇아서 inemptam을 inemptum으로 바꾸었다. 아마도 中性인 fundum을 생각해서 그랬을 것이다. 그러나 본문에서 이미 女性인 res가 주어로 나오므로 굳이 이러한 교정은 필요하지 않다.

것으로 인정 된다.')

매수인이 매도인의 상속인들의 후견인이 되었다는 사실 자체가 이익충돌의 상황이지만 다른 사람들과 함께 후견을 보도록 한 공동후견을 통해서 이를 충분히 회피할 수 있다고 여겼던 것 같다. 어쨌든 상황은 우리의 사례와 크게 다르지 않다. 피후견인들은 이 경우 R과 달리 대금 채무자가 아니라 채권자임에도 불구하고 공동후견인 S의 행위-S의 채무자로서의 불이행은 후견인으로서 는 지급 청구의 의사가 전혀 없다는 것을 의미하므로, 결국 후견인으로서 는 해제를 택한 것으로 볼 수 있다-로 인한 불이익을 고스란히 받게 된 것이기 때문이다. 이것은 그들이 이 지위를 상속을 통해서 획득한 것이지 스스로 법률행위를 해서 얻은 것이 아니다. 물론 나머지 공동후견인들에게 책임을 묻거나, 아니면 현실적 이익상반을 주장하여 S를 후견사무에서 배제하고 채무자로서 이행을 청구하거나, 이것이 어렵다면 우리 사안처럼 해제 전의 상태로의 원상회복 청구가 문제될 수도 있을 것이지만, 스카이볼라의 해답으로 볼 때 이 마지막 가능성은 적어도 당시에는 고려되지 않은 것이 거의 확실하다.⁶⁹⁾ 다시 말하면 하급심의 판결들과 파울루스의 견해는 그때까지의 통설을 반영했던 것이다.

b) 황제의 견해

그러나 황제의 논리는 전혀 다르다.⁷⁰⁾ 그는 실정법규의 요건이나 상속의 범위 등과 같은 순수한 법률논리보다는⁷¹⁾ 기본적으로 대금지급의 불이행을 조건으로 하는 해제 조항 자체가 문제라고 보았다(㉑). 더욱이 피후견인이어서 보호의 필요성이 있는 R이 상속을 통하여 매수인의 의무를 부담하게 되었을 때에 비로소 일이 그녀의 불이익으로 돌아갔다는 사정을 고려하지 않으면 안 된다

69) Cf. Bas.19.5.10.pr (Heimbach II, p.279)의 아주 단정적인 결론: ἀναγόραστον γίνεται τὸ πράγμα.

70) 파울루스와 황제의 견해가 다른 사례들은 이밖에도 여럿이 전한다(괄호 안은 Lenel의 단편번호). 가령 D.14.5.8 (fr.62); D.29.2.97 (fr.76); D.32.27.1 (fr.68); D.36.1.76.1 (fr.70) 등. Coriat, 562f.

71) 이런 이유로 quia tamen~이하(㉑와 ㉒)를 삭제하려는 잘못된 해석에 대한 정당한 비판은 Peters, 79+n.25.

고 보았던 것이다(⑥).⁷²⁾ 이 모든 일은 결국 대금의 지급을 해태하고(②), 또 O에 의한 해제 상당의 제3자로의 매도마저 내버려둔(③) 공동후견인들의 책임이다. 이들이 제대로 후견사무를 처리하지 못한 혐의로 피소되어 유책판결을 받았다면(⑩) 이 점은 더 말할 필요도 없이 명백한 것이다. 결국 황제는 애초부터 R의 원상회복 신청을 들어줄 용의로부터 출발했다. 이것은 사안의 전체를 보고 관련 당사자들의 모든 관계를 종합적으로 고려한 것이 아닌, R과 그를 보호할 책무가 있는 후견인들⁷³⁾에만 초점을 맞춘 고찰이고, 이 점에서 분명 비전문가의 솜씨라고 할 것이다.

이상의 해석과 전적으로 다른 해석을 Kupisch는 제시한다.⁷⁴⁾ 그에 의하면 ⑥의 *eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis*는 ‘R이 자신의 후견인들로 하여금 계약조항을 지키지 못하게 만들었다’는 의미이고, R이 원상회복으로 원한 것은 아버지 L이 체결한 계약을 벗어나는 것이었다는 것이다. R은 잔대금의 지급을 저지함으로써 그녀에게 가능했던 한, 말하자면 자신의 힘으로(*auf eigene Faust*) 원상회복을 실현시키고자 했다는 것이다. 그리고는 아직 12살도 안 된 소녀의 이러한 斷行力이 황제에게 인상을 주지 않았을 리 없다고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 매우 황당한 것이다. *ea*를 종래의 해석자들이 명시적으로 드러내서 번역하거나 지적하지 않은 채 전체 문장의 취지만을 에둘러 표현해 온 것에 비하면 Kupisch가 *ea*=R임을 밝힌 것은 진실보한 것이고 맞는 말이다. 그러나 무엇보다도 어린 소녀가 자력으로 일종의 원상회복 조치를 시도했다는 식의 설명은 황제 고문회의의 공식적인 논의의 의미를 완전히 퇴색시키는 황당한 주장이 아닐 수 없다. 도대체 L이 체결한 매매계약으로부터 벗어나고 싶으면

72) Brunneemann, ad.h.l. n.2 (p.221): “quia dies committendi incidit in tempora minorennis”.

73) D.26.1.1.pr-1 Paulus libro trigesimo octavo ad edictum=Inst. Inst. 1.13.1-2.

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. (1) Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.

74) Kupisch, 258f.

대금 지급을 안 하는 것만으로 이미 충분한데, 왜 굳이 원상회복을 3심에 걸쳐서 訴求하겠는가. 그가 과연 자신의 공동후견인들을 압박하여 대금 지급을 못하게 했다면 왜 나중에 그들은 원상회복을 신청하지 않은 부정처사를 이유로 유책판결을 받았겠는가. 모든 정황으로 볼 때, 특히 부동산이 제3자인 T에게 넘어가는 상황으로 볼 때, 현재 대금 지급이 해태되었지만 매수인이 다시 그에 대한 취득에 관심을 가지고 특히 자신이 피후견인 지위에 있음을 기화로 원상회복을 청구하고 있다고 보는 것이 자연스러운 사태 파악임이 분명하다. 그렇다면 *eaque effecisset, ne pareretur legi venditionis* 문장은 계약 조항이 준수되지 않게 된 사정이 *ea*로 말미암은 것이라는 의미일 터이다. 필자의 새 번역에서 ‘피후견녀여서 매도조항이 준수되지 않게 되는 결과가 되었다’고 옮긴 것은 바로 이런 까닭이다.⁷⁵⁾ 그녀 스스로 결정한다기보다 후견인들의 개입이 필수적인 상황에서 이들이 대금 지급을 하지 않았기 때문이다. 그리고 주지하듯이 이들은 이 때문에 나중에 처벌받았다. 그런데 Kupisch는 이 맨 마지막 ⑩의 해석도 너무 기교적으로 시도한다.⁷⁶⁾ 공동 후견인들이 의무에 위반하여 행위했다는 것은 그들이 R을 위하여 원상회복 소송을 수행했거나, 아니면 피후견인의 제소를 승인했기 때문이라는 것이다. 이러한 것이 후견인의 임무 수행에 반한다는 것은 이해하기 힘들다. 곧이어 그는 후견인들이 책임을 지게된 것은 이들이 두 차례의 소송에서 패소한 데 있다고 한다. 그렇다면 Kupisch의 주장은 앞뒤가 더더욱 안 맞는 것이다. 왜냐하면 R의 使曠로 소송에서 패소한 것이므로, 피후견인을 기망하여 피후견사무를 잘못 수행한 것(*pupillum fraudare*)이 아니기 때문이다.⁷⁷⁾ 더욱이 이 패소 사실을 고려하여 R에게 원상회복을 부여했다는 황제의 결정은 그럼 또 어떻게 되는 것인가. 이에 대한 Kupisch의 소견은 원상회복이 후견인들

75) 同旨 Peters, 78. 그는 사안을 설명하면서 “nur deshalb”라고 풀이하였다.

76) Kupisch, 261f.

77) Cicero, Pro Q. Roscio Gallo Comoedo oratio 6.16: Si qua sunt privata iudicia summae existimationis, et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est, fidem frangere, quae continet vitam: et *pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit*: et socium fallere, qui se in negotio coniunxit.

의 복권을 포함한다고 새긴다.⁷⁸⁾ 그리고 이 점이야말로 황제가 그러한 복권을 포함하지 않는 파울루스의 견해를 배척한 이유이기도 하다고 본다.⁷⁹⁾ 그러나 이 또한 아무런 근거 없는 주장에 불과하다. 오히려 파울루스가 그러한 복권과 관련해서 전혀 아무런 고려를 하지 않았다는 사실이야말로 Kupisch와 같은 해석이 과연 가능할지 의문이 제기되는 것이다.

c) 파울루스의 반응

흥미로운 것은 황제의 강력한 입장을 접한 파울루스의 다음 반응이다. 그는 이제 자신의 부정적 소견을 굽혀서 황제의 결론을 정당화시키는 논리를 보충적으로 피력한다.⁸⁰⁾ 다만 그 이유만큼은 다르다. R에게 원상회복을 허용하려면 황제와 같은 이유로는 안 된다.⁸¹⁾ 오히려 그 이유를 굳이 찾자면(ea ratione ... quod~) O가 해제가 가능하게 된 기일을 넘기고서도 계속 催告와 대금 청구를 했다는 사실로부터 추론할 수 있을 것이다. 이 행태는 바로 해제권의 포기에 해당하는 것으로 해석되기 때문이다(⑦).⁸²⁾ 조항 자체를 문제 삼고 있는 황제를 향한 법률전문가로서의 이 주장은 분명히 조항 자체의 유효성을 전제한 논변인 것이고, 그래서 황제에 의해 채택되지 않았다. 파울루스는 보고문에서 dicebam이란 미완료과거 형태의 시제를 사용함으로써 어쩌면 자신의 주장을 거듭 피력했었음을 은연중 내비치고 있는지도 모르겠다.⁸³⁾ 아무런 문제도 없는 사적 자치의 결과가 이렇게 ‘무참히’ 부인되는 이 상황을 후대인들이었다면 *Machtspruch*(權能判告)라고 불렀을지도 모르겠다.⁸⁴⁾ 그러나 이런 종류의 결정이 아무런 타당성이 없는 專斷이라는 뜻은 물론 아니다. 법률가들의 자문을 받은

78) 이미 반대 Brunnemann, ad.h.l. n.2(p.221): “fraus tutorum, qui remoti sunt”.

79) Kupisch, 264.

80) Cannata, 147+n.9.

81) Archi, 1853도 이 경우 황제의 결정이 “기존의 논리를 위반 했다”고 본다.

82) Brunnemann, ad.h.l. n.2(p.221): “Recessum a commissoria lege videtur, per petitionem pretii”.

83) Cf. Rubenbauer et al., 243f.(§ 212).

84) 이 용어는 라틴어 *sententia ex plenitudine potestatis*(充滿權能判告)의 번역어로 추정한다. Elerl/Kaufmann (Hg.), s.h.v., 126ff.(K. -S. Kramer); Olechowski/Gamauf(Hg.), s.h.v., 295(Werner Ogris).

후에 내려진⁸⁵⁾ 대개의 경우-자문을 구했다는 것 자체가 이미恣意的인 판단의 가능성을 배제했다-衡平(aequitas, humanitas)의 관념이 그러한 결정을 뒷받침했기 때문이다.⁸⁶⁾ 9세기의 <바실리카 법전>이 이 개소를 요약 정리하면서 오로지 파울루스의 입장만을 반영한 것은 그것 나름으로 파울루스의 주장에 반영된 법리만을 설득력 있다고 판단했기 때문일 것이다.⁸⁷⁾

Bas.10.4.38.pr (Heimbach I, p.512f.):

Emto fundo lege commissoria, intra diem committendi decessi, pupillo herede relicto : et cum is reliquum pretium non solveret, venditor post diem finitam tutori eius testato denunciaverat, ut solveret, et cum neque is solveret, alii rem vendidit. Pupillus iure restituitur. Quoniam enim venditor post diem finitam denunciavit, legi commissoriae renuntiavit : nam si hoc non fecisset, recte ea lege uteretur : sicut creditor recte pignus distrahit, die solutionis post mortem debitoris finito.

이 맥락에서 Kupisch는 파울루스와 황제의 논리가 양립할 수 없음을 들어서 *posse magis ea ratione restitui eam* 문장의 번역이 “오히려(magis) 이런 방식으로(ea ratione) 그녀는 회복될 수 있다”고 새겨야 하며, 이로써 파울루스가 자신의 원

85) 세베루스 알렉산더 황제(222~235)의 경우는 심지어 늘 20명 이상의 법률가와 기타 자문인 50인을 불렀다고 할 정도였다. 그러나 최종결정은 고문회의의 의견에 구속받지 않고 황제가 단독으로 하였다. 다만 마르쿠스 아우렐리우스 황제(161~180)는 다수인 고문회의가 1인인 자기의 의견을 좇는 것보다는 그 반대가 더 공정하다(aequius)고 여겼다는 기록이 보이는데 그의 성향을 드러내기는 하지만 그대로 실천되었다고 믿을 수는 없을 것이다. Krüger, 116f.

86) 가령 Pap. D.36.1.56 : non tantum aequitatis ratione, verum exemplo quoque motus; Paul. D.36.1.76.1 : motus et aequitate rei et verbis testamenti "si ad annum vicensimum aetatis; Marcell. D.28.4.3.pr : benigniorem interpretationem sequi. Cf. Bretonne, 149ff.

87) 이 점에서 Brunemann, ad.h.l. n.3ff. (p.221)가 내내 황제의 결정 취지를 隨從하고 있는 것과 대비된다. 다른 한편으로 바실리카 법전과 같은 법리가 담보물(τὰ ἐνέχυρα)의 처분(Ⓢ)과 관련해서 하르메노폴로스의 <6卷法書>에서 채택된 것으로 볼 때 비잔틴법은 일관되게 황제의 高權의 결정을 배척하고 고전법률가들의 학설법을 따랐던 것을 알 수 있다.

Hexabiblos 1.12.40(Heimbach, p.148/149):

Minores XXV annis in pignoribus eorum a creditoribus venditis restituuntur, nisi forte pater, non ipsi pignora creditoribus dederit.

상회복 거부 의사를 계속 유지하는 것이라고 주장한다. 동시에 이때 *restituere*는 원상회복이라는 技術的인 의미로 보아서는 안 된다고 주장한다.⁸⁸⁾ 그러나 이러한 해석은 매우 무리가 따르는 것이다. 더 나아가서, Kupisch는 파울루스의 두 번째 주장처럼 원상회복이 미성년으로 인한 기일해태에 대한 보호를 구하는 것이라면 필연적으로 첫 번째 주장은 내버려야 하므로 R이 해태된 기일에 대한 회복을 원한다는 해석은 불가하다고 주장한다. 그리고 파울루스는 *postea*에 방점을 찍었고, 그래서 결국 R이 스스로 계약을 체결하지 않았기 때문에 원상회복시킬 수 없다는 종전의 주장을 고수한 것이라고 말한다.⁸⁹⁾ 이러한 Kupisch의 주장은 매우 착종되고 요령부득인 것이다. 왜냐하면 파울루스는 첫 번째 주장을 내버린 적이 전혀 없기 때문이다. 그래서 미성년으로 인한 기일해태에 대한 보호를 원상회복으로 부여해야 한다는 주장도 편 바가 전혀 없다. 또 *postea* 문장은 첫 번째 주장과 관련된 것이 아니라 두 번째 주장과 관련된 것이다. Kupisch도 그러나 바로 이어서는 파울루스를 포함하여 법률가들에 의하면 미성년자가 상속한 위험한 법률상태(*riskante Rechtslagen*)는 그 자체로서는 미성년을 이유로 하는 원상회복의 사유가 아니었다고 시인하고, 파울루스와 황제 사이의 논쟁점은 바로 이것이었다고 토로한다. 그런데 상속한 내용이 ‘위험한 법률상태’라고 규정될 수 있는지는 의문이다. 피후견인이 개입되었다는 사실로부터 당연히 이러한 선입견이 정당화되는 것은 아니다.

그런데 推斷的 행위⁹⁰⁾에 의한 해제의 포기를 인정한다 해도 파울루스의 주장은 몇 가지 문제를 제기한다. 우선 포기가 종국적이지 않으면 다시 그에 반하는 행태(이 경우 제3자인 T로의 매도)를 통해서 번복(*variare*)될 수 있을 것이고, 그렇다면 파울루스의 논변은 힘을 잃게 될 것이다. 또 만약에 종국적이라면 해제 포기와 동시에 매수인의 지위는 공고히 되는 것이므로 순전히 논리적으로만 생각한다면 굳이 또 다시 원상회복이 필요하지 않을 것이므로,⁹¹⁾ 해제 포

88) Kupisch, 251f.

89) Kupisch, 256f.

90) 同旨 Peters, 78(‘konkudent’); 이미 Fehi, ad h.l. casus(Vivianus), p.534: ‘tacite’.

기가 있었으므로 원상회복이 허용되어야 한다는 논리는 그 자체 문제가 있는 것으로 보인다. 그런데 파울루스를 전후한 晩期 고전기의 통설은 해제조항이 발효할 상황이면 해제권을 행사할 것인지 아닌지를 바로 결정하여야 하며,⁹²⁾ 해제 대신에 대금의 청구를 선택하든, 아니면 해제를 선택하든 그 의사가 종국적인 것이라⁹³⁾고 보았고, 그래서 더 이상의 번복은 불가하였다. 특히 대금의 일부를 수령했거나⁹⁴⁾ 대금청구를 선택한 경우에는 해제 의사를 포기한 것으로 간주되었다.⁹⁵⁾ 다만 *Fragmenta Vaticana* 3에 의하면⁹⁶⁾ 대금 청구의 방법으로 訴求(iudicio)가 언급되고 있어서 재판외의 청구로는 부족한지가 문제되지만, 그것이 이 요건으로서 의도된 언급인지도 불확실하고, 또 4세기 후반에 요약·발췌를 통해 편집된 것으로 추정되는 이 전거는 고전법에 관한 한 완전히 신빙할 만한 사료는 아니므로⁹⁷⁾ 지나치게 심각하게 받아들일 것은 아니다. 매도인 측의 의사표시가 매수인에게 일으킨 신뢰에 대한 보호가 번복 불가의 이유라면 꼭 訴제기의 방식이어야만 하는 것은 아니기 때문이다. 우리 사안처럼 한 번도 아니

91) Kupisch, 250.

92) D.18.3.4.2 Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum.

Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit, statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissariam velit exercere an potius pretium petere. ...

93) D.18.3.4.2 Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum.

Eleganter Papinianus libro tertio responsorum scribit, ... nec posse, si commissariam elegit, postea variare. Fr.Vat.4: Qui die transacto legem commissariam exercere voluit, postea variare non potest.

94) D.18.3.6.2 Scaevola libro secundo responsorum.

Post diem lege commissoria comprehensum venditor partem reliquae pecuniae accepit. respondit, si post statutum diem reliquae pecuniae venditor legem dictam non exercuisset et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria.

95) D.18.3.7 Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum.

Post diem commissoriae legi praestitutum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest.

C.4.54.4 Imperator Alexander Severus.

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

96) Fr.Vat.3: Venditor, qui legem commissariam exercere noluit, ob residuum pretium iudicio venditi recte agit, quo secuto legi renuntiatum videtur.

97) Wenger, 543ff.

고 수차례에 걸쳐서 대금 지급의 催告를 했다면 해제권 포기의 의사를 인정해도 무방할 것이다. 그렇다면 여기까지는 파울루스가 어디까지나 정착된 법리에 따라서 立論하였던 것이라 할 것이다. 반면에 16세기의 인문주의 법학자 Cuiacius는 소 제기 방식이 필수적이라 전제하면서 파울루스가 소구가 없는 상황인데도 포기를 인정한 것은 그래서 적합한(idonea) 이유가 될 수 없고, 그저 다른 것들보다 그럴듯한 사유일 뿐이라고 새긴다.⁹⁸⁾ 그러나 이것은 파울루스의 취지를 오해한 것이다. 그가 진지하게 황제와 결론을 같이하고자 했다면 이러한 부적절한 논리를 동원했을 리 만무하기 때문이다.

따라서 문제는 포기를 인정할 경우 이 부분을 어떻게 이해할 것인가로 귀착된다. 실제로 Peters는 해제권 포기는 계약의 존속이라는 논리에 입각해서 원상회복을 부인하는 것이 맞기 때문에 원문에서 (아마도 필사 오류로) 부정사 non이 누락되었을 것으로 새긴다.⁹⁹⁾ 파울루스의 견해는 황제와 정반대로 원상회복이 불필요하다고 보았다는 것이다. 그러나 이 해석은 그도 제대로 파악하고 있는 그 다음의 파울루스의 논변과 잘 조화되지 않는다. Peters는 다른 한편으로는 해제권 포기로 보기에는 도파한 시간이 상당히 길어서 매도인에게 부담이 부담하므로 이 경우에는 포기로 보는 것을 적용하지 않아야 하는 것으로 볼 수도 있지 않을까 고려한다.¹⁰⁰⁾ 앞의 고려와는 정반대로 non 없이 원문을 이해하겠다는 시도인데, 원하는 방향으로 원문에 마음대로 손질을 가하는 것은, 원문 수정 제안의 타당성 여부를 떠나서, 이미 방법론상으로 잘못이다. 그는 또 파울루스가 보고하는 순서대로, 즉 논의가 진행된 순서대로 사안을 고찰하지 않고 먼저 황제의 의견에 대한 파울루스의 반응을 검토한 다음, 그의 원래 견해를 그에 대한 대안적 이유 제시로¹⁰¹⁾ 고찰하는 우를 범하였다. 일의 진행에 따른 논리의 흐름을 역전시킨 결과 방법론상의 또 다른 오류를 범한 것이다. 이것은

98) Cuiacius, ad h.l., p.1030 E: 'nam si petiit extra iudicium, ei licuit variare'.

99) Peters, 80f.

100) Peters, 81 n.30. 이것은 방금 살펴본 로마법의 입장과도 相馳한다.

101) Peters, 81: 'eine Alternativität der Begründung'.

공간적인 텍스트를 다루는 文士(Gelehrter)가 언어적 연술 상황의 시간성을, 즉 시간 속에서 진행되는 과정으로서의 구술 사태를, 기록문화에 젖어서 (무의식적으로 또는 습성적으로) 몰각함으로써 범하게 되는 가장 원초적인 오류이다.¹⁰²⁾ 그는 황제가 사안의 특수성을 고려해서 R에게 원상회복을 부여한 것이 이해할 수 있다(verständlich)고 결론짓는데,¹⁰³⁾ 어떠한 특수성인지 설득력 있는 설명 하나 없이 내린 이 결론은 타당하지 않다.

그렇다면 이제 해제권의 포기로 구성하면서도 그럼에도 불구하고 원상회복을 인정하지는 파울루스의 의도가 무엇인가를 밝히는 문제만이 남는다. Liebs에 의하면 아직 法廷단계(in iure)인 원상회복 절차는 당사자가 적극적으로 원할 訴權이나 抗辯權을 행평에 기하여 부여하는 방식으로도 가능했다고 본다.¹⁰⁴⁾ 그렇다면 파울루스는 자기가 무슨 말을 하고 있는지를 분명히 인식했던 것이다. 그의 주장은 비록 황제의 결론을 따라 바뀌기는 했지만 R을 보호하더라도 그녀가 미성년이라는 이유로는 안 된다고 시종일관했다는 점에서는 법률전문가로서의 논리가 살아 있는 셈이다.

이와 관련해서도 Kupisch는, 파울루스의 입장을 옳게 파악했음에도 불구하고, 파울루스의 주장대로라면 R에게 actio empti가 인정될 터인데 이것은 '매매를 벗어나서 기지급금을 회수하려는' R로서는 난감한 방편이라고 하면서도, 다른 한편으로는 어쨌든 이 매수인소권은 기지급금의 정산을 위한 것이라고 새긴다.¹⁰⁵⁾ Kupisch의 R에 대한 전제가 그릇된 것임은 이미 전술하였다. 그의 이 부분에 대한 설명도 취할 바가 못 된다.

102) 이런 의미에서 법의 해석에 있어서 시간적인 역사적 해석과 공간적인 체계적 해석의 문제는 단순한 편의적인 선택의 문제가 아니라 지금까지보다 훨씬 더 심층적인 논의가 필요할 지도 모른다.

103) Peters, 82.

104) Liebs, 389f.; 현재의 통설이다(Kaser/Hackl, 423+nn.10-11)

105) Kupisch, 259f.

d) 황제의 지위

한편 황제는 법률가들의 전문적인 법리에는 관심이 전혀 없었다.¹⁰⁶⁾ 법률가들이 전형적인 논법에 따라서 ‘법률요건’으로부터 input하여 법률논리에 따르는 ‘법률효과’의 output를 추론해 내었다면, 황제는 (그리고 그에 동조할 수밖에 없었던 나중의 파울루스 역시) 비전문가의 발상에서 흔히 보이듯이 원하는 ‘법률효과’, 즉 output로부터 출발하여 역으로 그에 상응하는 ‘법률요건’을 구성하는 방식으로 input를 조작했다고 말할 수 있을 것이다. 로마 황제의 법적인 지위는 한 마디로 ‘모든 법의 제정자이고 해석자’이면서 ‘법의 구속에서 벗어나 있는’ 존재였다.¹⁰⁷⁾ 이를 가장 잘 보여주면서 동시에 황제의 경우에도 전통으로부터의 이탈은 결코 쉬운 일이 아니었다는 것을 증명하는 사례가 클라우디우스 황제의 조카딸 아그리피나와의 혼인이다(49년).¹⁰⁸⁾ 전통 가족법상 禁婚 범위에 속했던 이러한 叔姪간의 혼사¹⁰⁹⁾가 황제의 거취로 말미암아 어쩔 수 없이 원로원의 결을 통해서 합법화되면서 하루아침에 법을 변모시켰다. 당대에 율피아누스와 더불어 법학계의 雙璧이었던 파울루스조차도 처음에는 명명백백한 법리로 자신했던 그의 주장을 황제 앞에서는 그만 굽히지 않을 수 없었던 것이다. 진리가 아니라 권위가 법을 만드는 것이던가(Auctoritas, non veritas facit legem).¹¹⁰⁾

106) 물론 사안에 따라서, 또 황제에 따라서 다른 모습을 띠 수밖에 없었음은 물론이다. 이 문제 일반에 관해서는 Cannata, 145ff. 황제가 법률가에게 자신의 조치가 법리에 부합하는지를 물은 전형적인 사례는 아우구스투스가 루키우스 렌툴루스의 유언보충서(codicilli)를 승인할 때의 일이었다.

Inst. Iust. 2.25.pr : Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. ... dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec abscondens a iuris ratione codicillorum usus esset : ...

107) 최병조(e), 230f.; Pabst, 특히 98f.

108) 그제 객관적인 법률가의 서술(Gai. 1.62 : Fratris filiam uxorem ducere licet : Idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset : Sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur; Kunkel/Honsell, 389+n.18)보다는 역시 일반 문필가의 필치가 훨씬 더 생생하다(Suetonius, Claudius 26.3; 특히 Tacitus, Annales 12.5f.가 읽을 만하다). 위 주 5) 참조.

109) Gai. 1.61 : Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum.

그럼에도 불구하고 로마의 법률가들은 황제의 결정이 일반적인 법리에는 부합하지 않는다는 점만큼은 분명히 밝히고 있다는 점에서 그들의 전문가로서의 자부심의 일단을 엿볼 수 있다.¹¹¹⁾ 파울루스는 자신의 해제 포기 구성에 대한 반론을 재반박하면서 자신의 주장을 더욱 공고히 한다. 반론의 요지는 이렇다: “이 사안에서는 지급기일이 매수인의 死後, 곧 상속이 일어난 다음에 도래했다. 즉 그래서 매수인이 죽기 전에 이미 지급기일이 도래하였으나 지급이 일어나지 않아서 해제가 발효된 경우와 달리, 즉 이미 해제가 발효된 상태로 상속을 한 경우와 달리, 피상속인에게 최고하고 대금을 청구해야만 하였던 것이다. 그러므로 O가 최고하고 대금 청구하였다는 사실을 가지고 해제 포기로 ‘의제’하는 것은 잘못이다.” 이런 주장으로는 자기 생각을 바꿀 수 없다는 파울루스의 재반론은 보다 이해하기 쉬운 유사사례를 인용하여 자신의 논리를 강화시키는[“wenn schon …; dann erst recht …” 또는 a fortiori 논법] 로마 법률가들의 전형적인 수법에 속한다. 그가 든 유사사례는 채권자가 담보물을 매각한 것이 채무자 사망 후에 (그 결과 피후견인이 상속을 하였는데, 그가 이행을 하지 않은 채로) 변제기일이 완료되었기 때문인 경우이다.¹¹²⁾ 결국 두 사례의 공통점

110) 이 成句의 출처라는 토마스 홉스라면 이 사례를 자신의 주장을 뒷받침하는 선례의 하나로 인용했을지 모른다. 어쨌든 이 취지를 담고 있는 대목은 분명히 <리바이어던> 제26장에서 발견된다.

Hobbes, *Leviathan*, cap.XXVI, p.199:

Non ergo iudicium subordinatorum, sed civitatis, id est, ejus qui habet in civitate summam potestatem, prudentia prudentiam facit legis; et judex subordinatus non suam, sed ejus qui habet summam potestatem pro tribunali sententiam dicere intelligendus est.

이 간명했던 서술은 1651년의 영어본(Hobbes(a), 207f.)에서는 다소 장황해졌다.

“And therefore it is not that Juris prudentia, or wisdom of subordinate Judge; but the Reason of this our Artificiall Man the Common-wealth, and his Command, that maketh Law: … In all Courts of Justice, the Sovereign(which is the Reason of the Common-wealth) is he that Judgeth: The subordinate Judge, ought to have regard to the reason, which moved his Sovereign to make such Law, that his Sentence may be according thereunto; which then is his Sovereigns Sentence; otherwise it is his own, and an unjust one.”

111) 법운용이 관료화하면서 로마법학의 구조를 근본적으로 변화시켰던 디오클레티아누스 이후의 경향과 비교할 때 세베루스 시대의 법운용은 아직 법률가들이 황제를 “거의 대등한 관계에서(in un rapporto quasi paritetico)” 보좌했다는 점에 관해서는 Bretonne(a), 42+n.103.

112) 同旨 C.2.28.2.pr Imperatores Diocletianus, Maximianus(a.294).

은 피후견인이 상속채무를 불이행한 채로 변제기일이 도과하자 채권자가 피상속인과의 사이에 맺었던 계약에 따라 취한 조치로 불이익한 결과가 발생하였다는 점이다. 파울루스는 이를 통해서 피후견인에 대한 원상회복의 보호조치는 그 자신의 계약체결로부터 직접 유래하는 ‘기만당함(captio)’에 관련한 것이지,¹¹³⁾ 피후견인의 지위와는 무관한 어떤 事由론가 부담하는 채무의 이행을 해태한 경우를 염두에 둔 것이 아니라 법리를 분명히 밝히고 있는 것이다. 그리고 이러한 법리는 그저 그의 독단이 아니라 전술한 미성년자 보호 고시의 *uti quaeque res erit* 요건으로 규정된 것이다. 원래 법정책적 綱領으로 출발했던 이 법무관고시는 이후 법률가들의 해석과 운용을 통하여 실무의 필요에 맞게 세밀화 되면서 규범으로 성숙했는데,¹¹⁴⁾ 이 구절을 로마의 법률가들은 무조건적인 보호가 미성년자를 거래로부터 제외시키지 않도록 平良(*bonum et aequum*)에 비추어 고려하는 것으로 받아들였고,¹¹⁵⁾ 미성년자가 기만당한 경우 사정을 심리하여(*animadvertam; causa cognita*) 판단한다는 의미로 새겼다.¹¹⁶⁾ R과 전혀 상

Rem, quam a patre vestro quondam creditor eius obligatam sibi distraxit, per aetatem vestram postulantium revocari desiderium non habet rationem.

113) Wacke, 212.

114) Selb, 261ff.

115) D.4.4.24.1 Paulus libro primo sententiarum.

Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt. ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. ...

平良이라는 역어에 관해서는 최병조(b), 294f.; 또한 287f.도 참조; 그리고 최병조, 『演述論 쟁점구성론의 효용 - 安在源의 소견에 대한 총평』, 『西洋古典學研究』 제41집(2010.10.), 209ff., 234ff.(근간) 참조.

116) D.4.4.11.3 Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Sciendum est autem non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponantur.

D.4.4.44 Ulpianus libro quinto opinionum.

Non omnia, quae minores annis viginti quinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita eiusmodi deprehensa sunt, vel ab aliis circumventi vel sua facilitate decepti aut quod habuerunt amiserunt, aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit obligaverunt. C.2.21.3 Imperatores Diocletianus, Maximianus (a.293).

Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in

대한 적이 없는 O가 이러한 요건을 충족시키지 않는다는 것은 거의 명약관화하다. 또 채무자 측에 상속이 일어났다는 사실이 O의 권리에 어떤 불이익을 주게 되는 것도 마땅한 일이 아니다. 오히려 이런 사태가 채권의 만족에 미칠지도 모르는 영향을 고려하여 대금 지급의 해태를 조건으로 해제조항을 특약한 것이라고 보는 것이 순리일 것이다.

황제는 바로 이¹¹⁷⁾ 해제조항이야말로 피후견인의 불이익이 되어서는 안 된다고 생각한 것이다.¹¹⁸⁾ 정식의 판결[decretum]으로써 내려진¹¹⁹⁾ 이러한 결정은 피후견인에 대한 강력한 보호라는 정책적 입장이지만 당시의 현행법에 따른 결정은 아니다.¹²⁰⁾ Cuiacius의 결론은 이 이상 명쾌할 수 없다: 'A Principe posse'.¹²¹⁾ 이와 관련하여 Liebs는 셉티미우스 세베루스야말로 즉위 시부터 이러한 보호정책을 펼쳤던 황제였음을 지적한다.¹²²⁾ 사실 동 황제가 195년에 원로원에서의 宣示

integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.

117) 황제가 해제조항 일반을 배척한 것인지, 아니면 L과 O 사이의 구체적인 해제조항을 문제 삼은 것인지에 관해서 해석자 간에 의견이 갈린다. Peters, 79+n.23은 후자의 의견을 취했다는 Sanfilippo, Pauli decretorum libri tres(1938), 28(필자 未見)의 견해에 반대하면서 전자를 옹호한다. 그러나 이는 지나친 견해로 보인다. 이미 同旨 Cuiacius, ad h.l., p.1030 C(단 파울루스가 황제가 해제 조항 일반[in unversum]을 거부한 것으로 보았다고 재긴다). 왜냐하면 이런 종류의 해제 조항을 (미성년자가 상속한 경우가 아닌 일반적인 경우) 분명히 승인하고 있기 때문이다.

D.18.3.4.pr Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum.

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.

118) Brunnemann, ad.h.l. n.2 (p.221): "durities legis commissoriae in proposito".

119) Kaser/Hackl, 449 n.35.

120) Cuiacius, ad h.l., p.1030 C: 'contra rationem iuris'; p.1030 E: 'nec enim id iuris ratio patitur'.

121) Cuiacius, ad h.l., p.1030 E.

122) Liebs, 385. 그 전거는 D.27.9.1.pr-2 Ulpianus libro trigensimo quinto ad edictum.

Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. (1) Quae oratio in senatu recitata est Tertullo et Clemente consulibus idibus Iuniis (195년 7월 13일) et sunt verba eius huiusmodi: (2) "Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distraherent, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus aedeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione,

(*oratio in senatu*)를 통하여 시행했던 규제는 피후견인 소유의 ‘지방과 교외의 부동산을 처분(*distrahere*)’하는 것을 후견인과 보좌인에게 금지시킨 것이다. R의 사안에서는 처분이 아니라 취득이 문제된 것이지만, 황제는 양 경우를 모두 ‘특히 위험한 계약(*besonders riskante Verträge*)’으로 보고 동일한 보호의 정신에서 처결한 것일 수도 있다. 그러나 적어도 취득의 경우 이 매수인의 지위가 R처럼 상속으로 얻은 것이라면 무조건적으로 ‘위험하다’고만 보는 것은 과도한 恤政의 혐의가 짙다.

한편 Kupisch는 자신의 논리에 충실하게 이때 원상회복의 내용은 매매계약의 해제라고 새기면서, 그러나 엄밀한 의미에서 이때의 구제는 원상회복이 아니라고 한다.¹²³⁾ 매매 관련해서는 이미 비판하였다. 그런데 로마의 법률가들과 황제가 ‘원상회복’이 아닌 것을 ‘원상회복’이라고 부르면서 논변과 절차를 진행시켰을까. Kupisch의 주장은 따를 수 없다.

III. 맺음말

— 다시 루틸리아나의 美貌

지금껏 살펴보았듯이 로마인들은 R의 사건을 다루면서 그녀의 아름다움에 대해서는 一言半句도 한 적이 없다. 오히려 이들보다 천 년 뒤의 중세 이탈리아인들이 이런 이야기를 시작하였다. 그들의 우리 사안에 대한 이해는 Liebs와 필자의 해석과 마찬가지로 전통적인 노선에 선 것이었고, Kupisch의 편벽된 해석과는 달랐다.¹²⁴⁾ 그렇다면 똑같은 사안에 대하여 동일한 시각으로 해석하면서 갑자기 ‘美貌’ 운운하게 된 연유는 무엇일까? 아마도 확립된 법리에 반하는 황제의 결정이라면 무엇인가 특별한 까닭이 반드시 있을 터인데, 달리 두드러

si postea poterit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo”.

123) Kupisch, 260.

124) Kupisch, 264도 이를 확인한다.

지는 것이 없다면 남자의 마음을 움직였다는 소식으로 볼 때 필시 여자의 매력, 아름다움일 것이라고 생각했지 않나 싶다. Kupisch가 전하는 내용을 재인용하여 소개하면 다음과 같다.¹²⁵⁾

Odofredus,¹²⁶⁾ Interpretatio in undecim primos pandectarum libros, Lugduni 1550, fol. 180 v.:
 sed si boninus (Ovinius를 말함) pretium non petiit : quaeritur quis melius dicebat utrum Paulus vel imperator. et hoc casu melius dixit Paulus ... sed imperator dicebat pupillam restituendam : quia pactum legis commissoriae est odiosum. Item quod placuit forte imperatori : quia erat puella facie decora.

(그런데 O가 대금을 청구하지 않은 경우라면 : 누가 더 잘 말하였는가, 파울루스인가 황제인가, 문제이다. 그리고 이 경우 파울루스가 더 잘 말하였다. ... 그런데 황제는 피후 견여가 원상회복되어야 한다고 말했다. 왜냐하면 해제조항 약정은 혐오스러운 것이기 때문이다. 또 그 소녀가 얼굴이 아름다웠다는 점도 황제의 마음에 들었다.)

필자가 직접 참고한 <학설회찬> 註疏本에 의하면 다음과 같다.¹²⁷⁾

Fehi, ad h.l. casus (Vivianus¹²⁸⁾), p.534:

Imperator vidit puellam formosam, ideo valde fuit motus, & partem suam¹²⁹⁾ fovebat, unde tres rationes assignat quare ista puella sit restituenda. Prima ratio talis est : quia tempus illud, in quo puella fuit laesa, cucurrit tempore minoris aetatis. Secunda ratio est : quia lex commissoria est odiosa : unde non debet huic puellae obstare. Tertia ratio est : quia isti tutores sunt suspecti, eo quod ita

125) Kupisch, 265.

126) Jacobus Balduini의 제자로 변호사로도 활동했지만 교수로 유명해지고 부유해졌던 Odofredus (* 1265.12.3)에 관해서는 Savigny, 356ff.; http©.

127) Kupisch, 247 n.1/n.58가 참조했다는 Lugduni 1552년본과도 일치한다.

128) 로마법대전에 관하여 casus를 작성한 작업(Savigny, 344ff.)이 대표적이었던 Vivianus Tuscus에 관해서는 Savigny, 339f., 그의 저작에 관해서는 http㉔.

129) Liebs, 373+n.1. 인용한 문장에서는 suus('suam')가 eius의 뜻으로 쓰였다. 중세 라틴어임이 드러난다. Habel/Gröbel, s.v. suus, p.394.

se male circa factum istud habuerunt : unde praesumitur hoc facto eorum eos fraudem commisisse. unde istis rationibus motus est imperator, ut eam restituat. plus tamen dicit Paulus : quia potissimam rationem imperator tradidit oblivioni. Nam ex quo venditor post tempus lapsum pretium petiit, videtur legi commissoriae renuntiasse. & sic quatuor rationes sunt, quae faciebant pro illa; & quaedam quae non est in litera : forte quia pulchra erat. & hoc dicit(sc. Odofredus¹³⁰).

[황제가 피후견녀가 아름다운 것을 보고는 마음이 크게 움직여서 그녀의 편을 들었다. 그리하여 그는 왜 그 소녀가 원상회복되어야 하는지 3가지 이유를 든다. 첫째 이유는 이것이다: 그 소녀가 피해를 입었던 그 시점이 미성년 연령의 시기에 해당했다. 둘째 이유는: 해제조항은 험오스러운 것이고, 그래서 이 소녀에게 손해가 되어서는 안 된다. 셋째 이유는: 그 후견인들이 그 행위에 관하여 아주 나쁘게 처신함으로써 피해의자이기 때문이다. 그래서 그들의 이 행위에 관한 한 그들은 사해행위를 저지른 것으로 추정된다. 그리하여 이들 이유들로 인해 황제가 그녀를 원상회복시키게 (마음이) 움직여졌다. 그러나 파울루스는 더 많은 것을 말한다. 가장 강력한 이유를 황제는 망각에 내맡겼던 것이다. 매도인이 기일이 지난 후 대금을 청구한 사실로부터 해제조항을 포기한 것으로 인정된다는 것이다. 이렇게 그녀를 위한 이유들이 네 가지이다. 그리고 문자로 표현되지 않은 어떤 이유가 있다. 아마도 그녀가 아름다웠다는 것이다. (스승 오도프레두스가) 이것을 말했다.]

결국 오도프레두스가 ‘아름다운 루틸리아나’를 창안한 것이다. Kupisch에 의하면 그렇게 함으로써 지루해 할 수강생들의 상상력과 주의를 자극하고 특히 눈에 속 들어오는 설명보조수단을 제공했다고 한다. 이때 아름다움이 다른 아름다움이 아니라 ‘얼짱(facie decora)’인 것도 흥미롭다. 그녀가 아름다웠는지는 사실 아무도 모른다. 그러나 한 가지 분명한 것은, 비록 Kupisch가 상상하는 것처럼 자신의 후견인들을 쥐락펴락 하지는 않았더라도, 자신의 사건을 최고심까지 끌고 갈 정도로 힘과 배짱이 있었던 것은 틀림이 없고, 그런 의미에서 年少한 그녀지만 Kupisch 말마따나 ‘力強하다(energisch)’라고 표현해도 잘못된 아닐 것이

130) Kupisch, 266가 두 사람의 스승 제자 관계로부터 추정한 것인데 틀림없을 것이다.

다. 아름다운 루틸리아나의 이야기는 결국 허망하게 끝난 셈이다. 이러한 사실은 사비니가 오도프레두스에 관해서 한 혹평이 전혀 근거 없는 것이 아님을 보여준다. 그의 묘비명에는 다음과 같이 근사한 문구가 새겨져 있었다고 한다.¹³¹⁾

Clauditur hic mundi sensus jurisque profundi/Lux, foedus pacis, Doctorum flos Odofredus, ...

(물히다 이곳에 世上知¹³²⁾와 심오한 法의/빛, 평화의 맹약, 법률가중의 꽃 오도프레두스, ...)

하지만 사비니는 그 ‘언어가 粗惡하고’, 장황한 설명은 학생들의 지적 발달에도 전혀 도움이 안 되었을 뿐 아니라, 내용적으로도 거의 가치가 없었고, 그래서 학문적인 계승도 별 볼 일 없었다고 판단한다.¹³³⁾ ‘어여쁜 루틸리아나’와 같이 강의에 자주 삽입한 이야기들도 그의 강의방식이 자신과 수강생들에게 가져온 지루함을 달래기 위한 것이었지만, 작업 자체와는 완전히 무관한 이야기들이었다는 것이다. 하지만 역설적이게도 이 점이야말로 유일하게 그의 저술이 유용하고 심지어는 필수적이게까지 하는 사정이라고도 한다.¹³⁴⁾ 그렇다면 Kupisch의 긍정적인 평가를 달리 재고해 보아야 할 충분한 이유가 있는 것이 아

131) Savigny, 356.

132) mundi sensus의 의미는 sensus를 主格으로 보느냐 屬格으로 보느냐에 달려 있다. 전자로 보면 mundus(세상)에 대한 sensus가 될 것이고, 후자로 보면 lux를 꾸미는 mundus(깨끗한) sensus가 될 것인데, 여기서는 오도프레두스를 기리는 4가지 수식어가 나열된 것으로 보아서 전자로 새겼다.

133) Savigny, 364, 355, 354, 360.

134) Savigny, 366. 그러나 우리는 이런 류의 이야기들이 어느 정도는 분명히 지루한 강의를 재미 있게 만든다는 점과 그렇지 않았다면 놓쳤을 교육적 효과가 있다는 점은 인정해야만 할 것이다. 예컨대 그 자신 뛰어난 이야기꾼이었던 인류학자 James George Frazer(1854 - 1941)도 이 수법을 동원했었다. 그는 비록 “황당무계한 주장들을 진지하게 논의한다는 것 자체가 이미 그것들에게 너무 많은 영광을 안겨 주는 결과가 될 것”이므로, “이러한 환상적인 해석들을 그것들에게 알맞은 구치소에 집어넣어” 버려야 한다고 주장하였지만, 그럼에도 불구하고 그런 해석들을 “딱딱하고도 오래 계속된 논의의 지루함을 덜어서 권태를 풀려고 미리부터 무슨 즐거운 이야기를 계산해 두었다가 오직 그런 유쾌한 즐거움을 얻기 위해서” 언급하였던 것이다. 프레이저, 309f.

닐까 싶다.

그러면서도 우리는 근거 없이 상상력을 동원했거나 이에 대해 무비판적으로 추종하기만 했던 중세의 법률가들이 아니라, 원래의 주역이었던 로마의 법률가들을 생각할 때면 안도한다. 엄연한 公的 책임영역인 법의 세계에서 그 집행자들이 여인의 미모에 현혹되는 일 없이 냉정하고 엄정하게 법논리를 가지고 공개적으로 다툰했다(disputatio fori)는 사실이 위안이 되기 때문이다. 여인의 미모에 영향 받지 않고 법대로 처결하는 것이 제대로 된 치세의 법운용임은 일찍이 管子도 설파했던 바가 있거니와,¹³⁵⁾ 그들이 “너희는 재판에 외모를 보지 말라”[申命記 1 : 17, cf. 16 : 19 (개역성서)]¹³⁶⁾는 당위를 규범으로서만 선언하거나 승인 한 것이 아니라 실제로도 실천했기에 말이다.

οὐκ ἐπιγνώσῃ πρόσωπον ἐν κρίσει.¹³⁷⁾

審鞠之時 勿以貌取人.¹³⁸⁾

Vous n'avez point égard à l'apparence des personnes dans vos jugements.¹³⁹⁾

Non guardate in faccia alle persone nel giudicare.¹⁴⁰⁾

Kennt vor Gericht kein Ansehen der Person!¹⁴¹⁾

135) 『管子』 「任法」 第45篇 : 美者以巧言令色請其主, 主因離法而聽之, 此所謂美而淫之也. 治世則不然, 不知親疏遠近貴賤美惡, 以度量斷之[(今譯) 若是美色之女以巧言令色請其主, 其主因此違法而聽信之, 這就叫做美而淫之呀! 治君則不然, 不知親疏遠近貴賤美惡之別, 一切皆以法制來決定之]. 李勉 註譯, 739[(今譯) 749].

136) 허성갑 번역, 『히브리어직역 구약성경』 (2006), 288에 의하면 “너희들은 그 재판에서 얼굴을 봐주지 말아야” 한대로 표현된다. 내용과 관련해서는 라이트, 374; Rushdoony, 625.

137) Septuaginta. Id est Vetus Testamentum graece iuxta LXX interpretes, edidit Alfred Rahlfs, Duo volumina in uno(Deutsche Bibelgesellschaft, 1935, 1979), 285. 이처럼 70인역 그리스어 성서(LXX)는 ‘얼굴’을 πρόσωπον(독어 Angesicht)으로 옮겼다. ‘얼굴을 봐주다(λαμβάνειν/θαυμάζειν/γινώσκειν πρόσωπον; Vulgata 라틴어 성경 : accipere personam)’와 그 히브리적 배경에 관해서는 Kittel (ed.), vol. III, 30; vol. VI, 779.

138) 『救主耶穌降世一千九百十二年 舊新約聖經 文理串珠』(上海大美國聖經會, 1912), 155.

139) Louis Segond(trad.), La Sainte Bible (édition revue avec références, Alliance Biblique Universelle, Seoul 1986), 190.

140) La Sacra Bibbia, traduzione dai testi originali(Edizioni Paoline, Pia Società San Paolo, Roma 1968), 203.

141) Die Bibel. Altes und Neues Testament, Einheitsübersetzung(Katholische Bibelanstalt GmbH, Stuttgart

Ihr dürft beim Rechtsprechen die Person nicht ansehen.¹⁴²⁾

審判的時候 不可看人的外貌.¹⁴³⁾

이러한 公論의 場은 비록 그 결론이 부당한 점이 있다 하더라도 천하의 모든 사람들이 그 잘못이 누구에게서 비롯된 것인지를 밝게 알 수 있게 한다(命命 … 雖有不當 天下亦皆曉然知其謬之出於某人)고 朱子가 지적한 바 있는데,¹⁴⁴⁾ 이 말은 물론 우리의 사례에도 해당된다.

1980), 168.

142) Hermann Menge(Übers.), Die heilige Schrift des Alten und Neuen Testaments (Deutsche Bibelgesellschaft, Stuttgart 1949/84), 232.

143) 『聖經·Holy Bible, King James Version·新標點和合本』(香港聖經公會, 香港 1992/Fourth Printing 1994), 275.

144) 『朱子大全』卷14 頁26 <經筵留身面陳四事箚子>의 글 중 일부이다. Cf. 유교의 公論論에 관해서는 李相益, 335ff., 특히 356ff.(주자 인용문은 370 n.69에서 재인용).

■ 참고문헌

- 크리스토퍼 라이트 지음·김재영 옮김, 『현대를 위한 구약윤리』 (2006/원저 2004)
- 李相益, 『儒教傳統과 自由民主主義』, 2004.
- 최병조(a), 「로마법상 사용취득(usucapio)의 권원 개념(II)—Pro suo와 Pro possessore를 중심으로—」, 『서울대학교 법학』 50/3, 2009. 9, 1ff.
- _____ (b) 「법과 문학 사이에서—키케로 <수사학> 국역본에 대한 총평: 法廷演說 부분을 예증삼아—」, 『서울대학교 법학』 49/4, 2008.12, 282ff.
- _____ (c), 「로마법상의 ‘和議’ 約定」, 『羅岩徐敏教授停年紀念論文集: 民法學的 現代的 樣相』, 2006, 1ff.
- _____ (d), 「D.18.1.6.1 (Pomp. 9 ad ed.)의 解釋—로마법상 賣買失效約款(D.18.3)의 법리—」, 『逸軒崔炳煜教授停年紀念 現代民事法研究』, 2002, 613ff.=『로마의 법과 생활』, 2007, 167ff.,
- (e), 『로마법강의』, 1999.
- J. G. 프레이저 지음/이양구 옮김, 『구약 시대의 인류 민속학』, 1996.
- 李勉 註譯, 『管子今註今譯 下冊』(臺灣商務印書館, 中華民國79年9月2版).
- 春木一郎 譯, 『ユースティニアヌス帝 學說彙纂 ΠΡΟΤΑ』(有斐閣, 昭和13年).
- Archi, Gian Gualberto, “Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano”, in: *Scritti di Diritto romano in onore di C. Ferrini (1943)*=idem, *Sritti di Diritto romano*, III, 1981, 1779ff.
- Behrends, Okko/Knützel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann (Übers./Hg.), *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, II. *Digesten 1~10*, 1995; III. *Digesten 11~20*, 1999.
- Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953.
- Bretone, Mario, *Geschichte des römischen Rechts*, 1992.
- _____ (a), *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani*, seconda edizione, 1982.
- Brunnemann, Johannes (1608~1672), *Commentarius in Pandectas*, editio quinta, Wittebergae & Berolini 1701.
- Cannata, C. A., *Histoire de la jurisprudence européenne, I. La jurisprudence romaine*, 1989.
- Coriat, Jean-Pierre, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création*

du droit impérial à la fin du Principat, 1997.

Cuiacius, *Opera omnia*, editio nova emendatior et auctior, Lutetiae Parisiorum, 1658.

Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard (Hg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, III. Band, 1984.

Fehi, Ioannes (studio et opera), *Corpus Iuris Civilis Iustinianei*, tomus primus, Lugduni 1627/reprint Otto Zeller, Osnabrück 1965.

Flume, Werner, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, 1990.

Glück, Christian Friedrich, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar*, Fünften Theils erste Abtheilung, Erlangen 1798.

Habel, E./Gröbel, F., *Mittelateinisches Glossar*(2. Auflage o. J., 1959).

Harmenopulos, Konstantin, *Manuale legum sive Hexabiblos*, ed. Gustav Ernst Heimbach, Leipzig 1851/neudruck 1969.

Heimbach, Gustav Ernest/Heimbach, Karl Wilhelm Ernest, *Basilicorum Libri LX*, tom. I, Lipsiae 1833; tom. II, Lipsiae 1840.

Hobbes, Thomas, *Leviathan sive De materia, forma, et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, in: *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, in usum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth, vol.III. Londini 1841.

_____(a), Hobbes's Leviathan, Reprinted from the edition of 1651 with an essay by the late W. G. Pogson Smith, 1909/reprinted 1958.

Honoré, Tony, Ulpian, 1982.

Hulot, Henri (tr.), *Corps de Droit civil Romain en Latin et en Français, Tome 1. Les Cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, Tome 1*, 1803/réimpression 1979.

Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, I (2. Auflage 1971); II, 2. Auflage 1975.

Kaser, Max/Hackl, Karl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Auflage 1996.

Kittel, Gerhard (ed.), *Theological Dictionary of the New Testament*, translated and edited by Geoffrey W. Bromiley, vol. III, 1965/reprint 1982; vol. VI, 1968/reprint 1982.

Krüger, Paul, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, 2. Auflage 1912.

Kunkel, Wolfgang, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, unveränderter Nachdruck der

2. Auflage von 1967 mit einem Vorwort von Detlef Liebs, 2001.
- Kunkel/Honsell, *Römisches Recht*, 4. Auflage 1987.
- Kupisch, Berthold, "Rutiliana pupilla—schön oder energisch?(Paul. D.4,4,38 pr.)", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 94, 1977, 247ff.
- Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, 1889.
- Leysler, Augustin, *Meditationes ad Pandectas*, vol. III et IV (editio nova, Franckenthalii 1778)
- Liebs, Detlef, "Der Sieg der schönen Rutiliana. Lex commissoria displicebat", *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, 1976, 373ff.
- _____ (a), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 100, 1983, 485ff.
- _____ (b), "III. Jurisprudenz", in: Sallmann, Klaus(Hrsg.), *Die Literatur des Umbruchs. Von der römischen zur christlichen Literatur*, 117 bis 284 n. Chr., 1997, §§ 410~431, p.83ff.
- Litewski, Wiesław, "Die römische Appellation in Zivilsachen(Ein Abriß) I. Prinzipat", in: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II 14, herausgegeben von Hildegard Temporini und Wolfgang Haase, 1982, 58ff.
- Maschi, C. A., "La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus", in: Temporini, Hildegard/Haase, Wolfgang (Hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II 14, 1976, 667ff.
- Mousourakis, George, *The Historical and Institutional Context of Roman Law* (2003)
- Olechowski, Thomas/Gamauf, Richard (Hg.), *Studienwörterbuch Rechtsgeschichte und Römisches Recht*, 2006.
- Pabst, Angela, *Comitia imperii. Ideelle Grundlagen des römischen Kaisertums*, 1997.
- Peter, Hansjörg, "Männlich und weiblich in römischen Rechtstexten", in: *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Sölner zum 70. Geburtstag*, 2000, 853ff.
- Peters, Frank, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, 1973.
- Radbruch, Gustav, Aphorismen zur Rechtsweisheit, gesammelt, eingeleitet und herausgegeben von Arthur Kaufmann, 1963.
- Rubenbauer, Hans/Hofmann, J. B./Heine, R., *Lateinische Grammatik*, 10. Auflage 1977.

- Riccobono, Salvator (ed.), *Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars prima: Leges*, Florentiae 1968.
- Rushdoony, Rousas John, *The Institutes of Biblical Law*, 1973.
- Savigny, Carl Friedrich von, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, IV. Band, Zweite Ausgabe, Heidelberg 1850.
- Schulz, Fritz, *History of Roman Legal Science*(with new addenda), 1953.
- Selb, Walter, “Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm”, in: *Iuris Professio. Festschrift für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, 1986, 259ff.
- Solazzi, Siro, “Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore”, 1910~1913, in: idem, *Scritti di diritto romano*, I, 1955, 371ff.
- Stryk, Samuel, *Praelectiones Viadrinae de Cautelis Contractuum necessariis*, editio octava revisa et aucta, Wittebergae, 1710.
- Voet, Johannes, *Commentarius ad Pandectas*, I, editio ultima accuratior, Hagae—Comitum 1735.
- Wacke, Andreas, “Zum Rechtsschutz Minderjähriger gegen geschäftliche Übervorteilungen”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 48 (1980), 203ff.
- Watson, Alan (ed.), *The Digest of Justinian*, Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger/English translation edited by Alan Watson, vol. I, 1985.
- Wenger, Leopold, *Die Quellen des römischen Rechts*, 1953.
- Wieacker, Franz, *Römische Rechtsgeschichte*, Zweiter Abschnitt, 2006.

■ 인터넷자료

- httpⒶ: <http://puglia.indettaglio.it/eng/comuni/ba/rutigliano/rutigliano.html>(최종검색 2010. 8. 1)
- httpⒷ: <http://maps.google.com/maps?q=Rutigliano&um=1&ie=UTF-8&sa=N&hl=en&tab=wl>
(최종검색 2010.10. 8)
- httpⒸ: http://encyclopedia.jrank.org/NUM_ORC/ODOFREDUS.html(최종검색 2010. 7.30)
- httpⒹ: <http://www.worldcat.org/identities/lccn-n88-607370>(최종검색 2010. 7.30)

■ 기타

각국어 『성경』(위 주 136~143)

<Abstract>

Is the Emperor touched and moved by her beauty?

—An Exegesis : Paul. D.4.4.38.pr—

Choe, Byoung Jo*

This paper analyzes the real case of Rutiliana before the Emperor which Paulus D.4.4.38.pr reports. Aemilius Larianus bought from Ovinus the Rutilian land under a *lex commissoria* and paid part of the price, the conditions being that if he did not pay half of the rest of the price within two months of the sale, the contract should be at an end, and likewise that if he had not paid the balance of the price within further two months, the contract similarly would be at an end. Within the first period of two months, Larianus died and was succeeded by Rutiliana, a pupilla whose tutors failed to make the payments due. The seller, having given frequent warnings to the tutors, after a year sold the same land to Claudius Telemachus. The pupilla sought *restitutio in integrum*. Having lost in the proceedings both before the praetor and the urban prefect, she appealed.¹⁴⁵⁾

From the beginning of the debate in the *consilium principis* the emperor did not share the opinion of Paulus. The jurist thought that the judgments of the lower instances were correct because the contract had been made by her father and not by the pupilla herself. However, the emperor was swayed by the fact that the day on which the sale might be rescinded fell in the time of the pupilla, and on that ground, as he seemingly thought, the conditions of the sale were not observed. Paulus, now becoming

* Professor of Law, School of Law, Seoul National University

145) The description of the case after *The Digest of Justinian*, Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger/English translation edited by Alan Watson, vol. I (1985), 136.

concessive to the emperor, demanded though strongly that a better reason for granting *restitutio* would be that the seller, by giving warning after the day on which it had been agreed that the sale might be rescinded and by seeking the price, is held to have departed from his own condition. He also maintained firmly that it did not matter that the time had run out after the death of the father, any more than if a creditor had sold a pledge when the day for the payment had passed after the death of the debtor. Nevertheless, because the *lex commissoria* displeased him, the emperor awarded *restitutio in integrum*. He was also influenced by the fact that the former tutors who had not sought *restitutio* had been declared suspect.

In this case the Roman jurists as usual are concerned only with the legal issues it brings about. It is, however, imbued in a very unique way with old comments which threw for the first time the beauty of the girl into the scale. In the thirteenth century Italian jurists (Odofredus and Vivianus) proposed this new reason for the emperor's sentence which obviously deviated from the standard legal practice of the time. In late seventies of the last century Detlef Liebs and Berthod Kupisch, both Roman law professors of Germany, discussed on the issue and produced two completely divergent interpretations. I am on the whole, agreeing to Liebs, being very sceptical about the exegesis of Kupisch. It is, as a matter of fact, not to be proved whether or not the girl was beautiful. The debate in the *consilium* demonstrates that the Roman jurists came to the decision on the basis of rational argumentation supported by established principles and rules of law, ohne Ansehung der Person (Deuteronomium 1:17, 16:19): "Vous n'aurez point égard à l'apparence des personnes dans vos jugements."

[Key Words] *consilium principis*, *decretum*, *in integrum restitutio*, *lex commissoria*, *pupilla*, sale, tutor suspectus