

『유스티니아누스 법학제요』 한글 初譯

— 제3권 번역과 注釋 —

성중모*

목 차

- I. 서언
- II. 해제
 - 1. 3권 전체의 구조
 - 2. 無遺言 상속
 - 3. 채권의 종류
- III. 번역과 주석

I. 서언

필자에게는 『법사학연구』 제44호(2011.10)와 제45호(2012.04)에 『유스티니아누스 법학제요』 제1권과 제2권을 연속하여 실을 수 있는 행운이 있었다. 이제 그 동안 진행된 작업을 바탕으로 제3권 全文에 대해서도 마찬가지로 한글 번역과 함께 이해가 쉽게 되지 않는다고 판단된 부분에 대하여는 주석 내지 주해를 부가하였다. 그 외에 제1권이나 제2권의 경우와 마찬가지로 제3권 전체의 이해를 돕기 위하여 본격적인 번역문 앞에 해제를 간략히 붙였다.

II . 해제

1. 3권 전체의 구조

『법학제요』는 오늘날 우리가 흔히 예상하고 상정할 수 있는 수준의 논리적 열개를 갖추지 못하고 있다. 즉 제3권만으로 독립적인 의미 단일체를 이루지 않기 때문에, 제3권의 의미도 저작 전체의 틀 안에서 파악하여야 한다. 人法, 物法, 訴權法으로 이루어진 『법학제요』 전반의 기술 순서 중, 제1권에서는 인법이 다루어졌고, 두 번째 영역인 개별물 내지 재산에 관한 물법이 제2권에서 제4권의 제5장까지 기술되고, 제4권 제6장부터는 訴權法이 설명된다는 점은 전에도 언급한 적이 있지만,¹⁾ 그리하여 제3권 전체는 물법에 바쳐지고 있다. 구체적으로 제3권 초반에서는 우선 제2권에서 다룬 유언 상속에 이어 무유언 상속이 두 원로원의결과 함께 설명되고, 이어서 상속법 발전의 한 양태라 할 수 있는 어머니와 자녀 간 상속의 확대가 다루어진다. 그 다음에는 상속순위와 관련하여 血族의 상속 순위와 그와 관련하여 혈족 親等の 문제가 다루어지는데, 물론 동시에 로마에 특수한 해방노예의 승계가 다루어진다. 이어서 시민법적 상속에 보충적 제도라 할 수 있는 유산점유제도가 설명된다.

이렇게 상속법에 대한 논술이 끝나고서 다음에 物法 중 채권법에 대한 기술이 후속한다.

계약에 의한 채무가 무엇인지 그리고 채권의 종류가 무엇이 있는지 밝혀진 후에 각 종류가 차례로 설명된다. 즉 要物계약에 의한 채권, 구술계약에 의한 채권 중 문답계약에 의한 채권, 문기계약에 의한 채권이 다루어진다. 그 다음에는 계약 중에 가장 대표적인 당사자의 합의로 성립하는 낙성 계약이 소개되고

1) 성중모, 『유스티니아누스 법학제요 한글 初譯 - 제3권 번역과 注釋 -』, 『법사학연구』 제45호(한국법사학회, 2012), 128면.

대표적인 낙성계약으로 매매, 賃約, 조합, 위임 등이 소개된다. 準계약에 의한 채권이 후속하며, 타인을 통한 채권의 취득을 다루고 마지막으로 채무의 소멸이 다루어진다.

아래에서는 주로 제3권의 내용 중 로마법상 대표적인 두 法形相이었던 무유언상속과 채권의 종류와 그 내용에 관한 일반적인 내용을 살펴보겠다.

2. 無遺言 상속

1) 고전기법

(1) 상속순위

a. 家內 상속인의 시민법상 상속순위

가내 상속인 *sui heredes*이란 피상속인의 사망으로 自權者가 되는 자로서, 망인의 적법 자녀와 아들 또는 손자의 자녀(반면 딸이나 손녀의 자녀들은 망인과 종족적으로 연결되지 않으므로 자권자가 되지 못한다) 등이 해당된다. 물론 망인 手權 하의 처도 자권자가 된다.

b. 家外 상속인의 시민법상 상속순위

피상속인이 가내상속인을 남기지 않는 경우, 12표법은 상속순위에 있어 최근의 종친이 가내상속인 다음에 선다고 명시적으로 규정한다. 그 다음 후순위는 씨족원이다.

5표의4 : SI INTESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO 無遺言으로 死亡하는 자에게 家內相續人이 없을 경우에는 最近의 宗親이 家産을 상속한다./ 5표의 5 : SI ADGNATUS NEC ESCIT, GENTILES

FAMILIAM HABENTO (그러한) 宗親이 없을 경우에는 氏族員들이 家産을 상속한다.²⁾

그 외에 로마의 특수 사정에 기한 법률문제로서 피상속인이 해방노예인 경우가 다루어진다. 12표법은 해방노예에게 가내상속인이 없는 경우, 상속재산은 해방노예의 방계친족보다는 그의 보호인patronus에게 속하는 것으로 규정한다.³⁾ 보호인이 먼저 사망하였거나 상속을 거절하는 경우에는 보호인의 종족 비속들이 상속한다.⁴⁾

(2) 무유언 유산점유

법규범의 창조적 형성자로서의 법무관은 이 영역에서도 새로운 시대를 예비하였다. 법무관법상의 상속 규율의 가장 큰 특징은 로마 전래의 宗族 우위의 관행을 극복하고 血族과 配偶者를 더 고려하여 시민법의 약점을 보완하였다는 점에 있다.

(3) 두 원로원의결

시민법적으로는 아버지의 手權 하에 있던 어머니와 자녀는 상호 최근의 종친으로 인정되었다. 반면 어머니가 비권력적 혼인을 한 경우에는 어머니와 자녀에 대해서는 법무관이 최근 친등의 혈족으로서 유산점유를 인정하였다.

2세기의 두 원로원의결 즉 테르툴리우스 원로원의결senatusconsultum Tertullianum(제3장)과 오르피투스 원로원의결senatusconsultum Orfitianum(제4장)은 모두 어머니와 자녀 간의 상속을 원활히 하려는 취지를 갖는다. 테르툴리우스 원로원의결은 有子權ius liberorum을 가지는 어머니에게 상속권을 부여하

2) 최병조, 12표법(대역)<자료>, 서울대학교 법학 제32권 1·2호, (1991), 164면.

3) 5표의8 : 로마 市民인 被解放人의 相續財産을 12表法은, 被解放人이 無遺言으로 家內相續人 없이 사망한 경우에는, 保護者[舊主人]에게 준다. 최병조, 위의 글, 164면. Gai. 3,40 그리고 아래 번역문 제7장의 序項.

4) Gai. 3,45.

였고, 오르피투스 원로원의결은 어머니 사망의 경우에 자녀에게 상속권을 부여하였다.

2) 이후의 새로운 법발전

상속법 발전은 세 가지 방향에서 근대적 성격을 띠게 되었다. 즉 혈족이 상속에서 중심적인 지위를 차지하게 된 것이 그 하나이고, 규율에서 남녀 간의 차이가 줄었다는 것이 둘이요, 시민법상의 상속과 범무관법상의 유산점유의 대립이 해소의 방향으로 나아갔다는 것이 세 번째 특성이다.

3. 채권의 종류

법학제요의 분류에 따르면 계약contractus은 네 가지 방식으로 체결되었다. 要物re, 口述verbis, 文記litteris, 諾成consensu이 그것이다.

1) 要物계약에 의한 채권

소비대차에서 이루어지듯 물건의 供與Sachhingabe에 의한 소유권 이전을 요물계약obligatio re의 요건으로 보았다가,⁵⁾ 후에는 물건의 인도Sachübergabe만으로 요물계약이 이루어진다고 보게 되었다.

5) Gai. 3,90 : Re contrahitur obligatio uelut mutui datione : [mutui autem datio] proprie in his [fere] rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata uinum oleum, frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem sed aliae eiusdem naturae reddantur : unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est ex meo tuum fit.

2) 구술계약에 의한 채권, 즉 문답계약에 의한 채권

구술계약obligatio verbis의 대표인 문답계약은 定形의 질문과 답변으로 구성된 요식 행위이다. 불확정물과 확정물 모두 문답계약의 목적물이 될 수 있다. 문답계약은 체결의 법률상 원인causa을 밝히지 않고, 즉 추상적[無因的]으로 체결될 수도 있었고(원인이 무효이거나, 상실되거나, 목적이 不到達되는 모든 경우에 계약은 여전히 유효하다는 의미), 有因的으로 체결될 수도 있었다. 문답계약은 광범한 적용범위를 가지는데, 특히 違約罰 약정에 쓰인 것으로 잘 알려져 있다('stipulatio poenae').

3) 문기계약에 의한 채권

문기계약에 의한 채권obligatio litteris은⁶⁾ 채권자가 貸金하지 않고도 대금했다고 자신의 회계장부(codices[tabulae] expensi et accepti)에 기입하는 것이 한 형태이다(transcriptio a re in personam).⁷⁾ 반면 원래의 채무자 을의 채무를 병이 이전받는 경우 채권자 갑이 자신의 회계장부에서 채무자를 을에서 병으로 바꾸는 경우도 있다(transcriptio a persona in personam).

4) 낙성계약에 의한 채권

낙성계약에 의한 채권obligatio consensu에는 매매emptio et venditio, 賃約locatio conductio, 조합societas, 위임mandatum에 의한 채권이 있다. 낙성계약이 체결되기 위해서는 합의했을 것만이 요건이어서,⁸⁾ 예컨대 구술계약에서는 불가능했던

6) Gai. 3,128 : Litteris obligatio fit ueluti in nominibus transcripticiis. fit autem nomen transcripticium duplici modo, uel a re in personam uel a persona in personam.

7) Cicero, pro Roscio Comoedo 4,5.

8) Gai. 3,136 : Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque uerborum neque

격지자 간의 계약도 서간이나 使者를 통하여 체결이 가능하게 된다.

Ⅲ. 번역과 주석

| 본문(Paul Krüger 편집본) | 번역문 |
|--|--|
| <p>LIBER 3</p> <p>TIT. 1</p> <p>DE HEREDITATIBUS QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR.</p> <p>Intestatus decedit qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.</p> <p>1. Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent. 2. Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in potestate morientis</p> | <p>제3권</p> <p>제1장</p> <p>무유언자로부터 나오는 상속재산에 관하여</p> <p>유언을 전혀 작성하지 않았거나, 적법하게 작성하지 않았거나, 작성한 것이 파기 또는 실효되었거나, 그로부터 상속인이 나오지 않는 자는 무유언으로 사망하는 것이다.</p> <p>1. 무유언자의 상속재산은 12표법¹¹⁾에 의하여 처음에는 가내 상속인들에게 속하였다. 2. 예컨대 가자 또는 가녀, 가자로부터 난 손자 또는 손녀, 가자로부터 난 손자로부터</p> |

scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin uerborum obligatio inter absentes fieri non possit.

fuerunt : veluti filius filia, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. nec interest, utrum naturales sunt liberi an adoptivi. 2a. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum quae super his positae sunt tenorem, suorum iura nanciscuntur : nec non eos quos nostrae amplexae sunt constitutiones, per quas iussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere coniugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit : non solum eos liberos qui post dotem editi sunt iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt : quod optinere censuimus, etiamsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint. 2b. Ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis

난 증손자 또는 증손녀 등 사망자의 권력 하에 있던 자들이, 짐이 기술했 바와 같이¹²⁾, 가내 상속인들로 인정된다. 그들이 친자인지 양자인지는 중요하지 않다.

2a. 이들(가내상속인)에 적법한 혼인에서 출생하지 않았지만 지방시참사회에 봉헌된¹³⁾, 그들을 위하여 제정된 신성한 칙법에 따라 권리를 취득하는 자들도 포함시켜야 한다. 그리고 짐의 칙법에 의하여 포착되는 자들도 마찬가지이다. 그 칙법을 통하여 짐은 다음을 명하였다. 어떤 이가 통혼을 할 수 있었음에도 불구하고 처음에는 혼인의 의사 없이 여자와 同棲관계로 결합하고 그녀로부터 난 자녀들을 가지게 되었는데, 후에 혼인 의사가 생겨서 그녀와 혼인 증서를 작성하고 아들딸들을 가지게 되는 경우, 지참재산설정 이후에 얻은 자녀들뿐만 아니라 그들보다 앞서 난 자녀들도 적법(婚生)하고 가부의 권력 하에 있는 것이다. 먼저 난 자녀들은 후에 난 자녀들의 적법성이 존재하도록 해준 자들이다. 이 [법]은 지참재산 문서 작성 이후에 출생한 자가 없는 경우뿐만 아니라 태어났으나 세상의 빛을 앓긴 경우에도 유효하다고 짐이 정하였다.

2b. 선순위자가 사망이나 예컨대 부권면제와 같은 기타 사유로 부의 권력 하에 더 이

esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione : nam si per id tempus quo quis moreretur filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegimus. postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent in potestate futuri forent, sui heredes sunt. 3. Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes et, licet furiosi sint, heredes possunt existere : quia quibus ex causis ignorantibus adquiritur nobis, ex his causis et furiosis adquiri potest. et statim morte parentis quasi continuatur dominium : et ideo nec tutoris auctoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus adquiritur suis heredibus hereditas : nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso iure. 4. Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuit, tamen suus heres parenti efficitur, veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui : ius enim postliminii hoc facit. 5. Per contrarium evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat, veluti si post mortem suam pater iudicatus fuerit reus perduellionis, ac per hoc memoria eius damnata fuerit : suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei

상 있지 않게 되는 경우에만, 손자나 손녀와 증손자나 증손녀가 가내 상속인의 수효에 든다. 즉 어떤 이가 사망하는 시점에 권력 하에 아들이 있는 경우, 그로부터 난 손자는 가내 상속인이 될 수 없다. 우리는 기타 자녀의 경우에도 그러하다고 이해한다. 부가 살아 있을 때에 태어났더라면 권력 하에 있을 유복자도 가내 상속인이다.

3. 가내상속인은 모르면서도 될 수 있고, 정신이상자라 할지라도 될 수 있다. 왜냐하면 우리가 모르면서 취득하는 그 이치로 정신이상자도 취득할 수 있기 때문이다. 그리고 부의 사망으로 즉시 말하자면 소유권이 계속되는 것이다. 그리하여 가내상속인이면 부지의 상태라도 상속재산을 취득하기 때문에, 피후견인도 후견인의 조성이 필요하지 않다. 정신이상자도 보좌인의 동의로써 취득하는 것이 아니라, 법상 당연히 취득한다.

4. 종종 사망 시점에는 권력 하에 있는 가내 상속인이 아니었을지라도, 예컨대 어떤 이가 아버지의 사망 후에 적들로부터 귀환하는 경우 등에서 아버지의 가내 상속인이 있을 수 있다. 이것은 越境權¹⁴⁾에 의한 결과이다. 5. 반대로 어떤 이가 비록 사망 시점에 망인의 가내에 있었다라든가 - 예컨대 아버지가 사후에 大逆罪¹⁵⁾의 피고로 유죄판결 받아 그

succedit. sed potest dici, ipso iure esse suum heredem, sed desinere. 6. Cum filius filiae et ex altero filio nepos neptisve extant, pariter ad hereditatem vocantur, nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit : aequum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. pari ratione et si nepos neptisque sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisque, simul vocantur. et quia placuit, nepotes neptesque, item pronepotes proneptesque in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. item si ex duobus filiis nepotes extant et ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel ad quattuor altera dimidia.

7. Cum autem quaeritur, an quis suus heres existere potest : eo tempore quaerendum est quod certum est aliquem sine testamento decessisse : quod accidit et destituito testamento. hac ratione si filius exheredatus fuerit et extraneus heres institutus est, filio mortuo postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres aut quia non

에 관한 기억이 말소되는 경우처럼¹⁶⁾ -가내 상속인이 되지 못하는 일이 발생한다. 즉 帝庫가 아버지를 상속하므로 그가 가내 상속인을 가질 수 없다. 그러나 ‘[아들이] 법상 당연히 가내 상속인인데 [그 지위로부터] 그만 두었다’고 말할 수 있다.

6. 아들이나 딸 그리고 사망한 아들로부터 난 손자와 손녀가 있는 경우, 동일한 방식으로 상속할 수 있고 近親이 遠親을 배제하지 않는다. 손자와 손녀가 그들의 아버지의 지위를 승계한다고 하는 것이 형평에 부합하는 것으로 보이기 때문이다. 같은 이치로 사망한 아들로부터 난 손자 또는 손녀는 사망한 손자로부터 난 증손자 또는 증손녀와 함께 상속한다. 손자와 손녀, 또 증손자와 증손녀가 자신들의 아버지의 지위를 승계한다는 점이 정설이기 때문에, 상속재산을 頭分이 아니라 株分에 따라 분할하는 것이 일관된 것으로 인정되었고 그리하여 한 아들이 상속재산의 절반을 가지고 다른 아들로부터 난 2인 이상의 손주들이 나머지 절반을 가지게 된다. 또 두 아들로부터 손주들이 있고 한 아들로부터는 하나 또는 두 명, 또 다른 아들로부터는 3인 또는 4인의 손주가 있는 경우, 하나 또는 두명에 절반, 세 명 또는 네 명에 나머지 절반이 속한다. 7. 어떤 이가

potuit, nepos avo suus heres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. et hoc certum est. 8. Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre eius posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existit, quia nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit. sic nec ille est inter liberos avo quem filius emancipatus adoptaverat. hi autem cum non sunt quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati. haec de suis heredibus.

9. Emancipati autem liberi iure civili nihil iuris habent : neque enim sui heredes sunt, quia in potestate esse desierunt parentis, neque alio ullo iure per legem duodecim tabularum vocantur. sed praetor naturali aequitate motus dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, sive soli sint sive cum suis heredibus concurrant. itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit solus iure civili

가내 상속인이 될 수 있는지 문제되는 경우, 어느 시점에 유언 없이 사망한 것이 분명하게 되는지 물어야 한다. 이것은 放棄된 유언¹⁷⁾의 경우에도 마찬가지이다. 이러한 이유로 아들이 상속폐제되고 가외 상속인이 지정된 경우, 아들이 사망하고 후에 유언에서 지정된 상속인이 상속인이 되기를 의욕하지 않았거나 될 수 없었기에 상속인이 되지 않음이 분명하게 되는 경우, 손자가 할아버지의 가내 상속인이 된다. 왜냐하면 家父가 무유언으로 사망했다는 사실이 분명하게 되는 시점에는 손자만 있기 때문이다. 이 점 [옮음] 분명하다.

8. 그리고 [손자가] 할아버지의 사후에 태어났을지라도, 할아버지 생존시에 포태되어 아버지가 사망하고 그 후에 할아버지의 유언이 방지되는 경우, 가내 상속인이 된다. 물론 그가 할아버지의 사후에 포태되고 태어났고 아버지가 사망하고 그 후에 할아버지의 유언이 방지되는 경우, 할아버지의 가내 상속인이 되지 않는다. 왜냐하면 자신의 아버지의 아버지를 혈족 관계상 전혀 접하지 못했기 때문이다.¹⁸⁾ 마찬가지로 [할아버지에 의하여] 부권면제된 아들이 입양한 者도 할아버지의 자녀에 속하지 않는다. 이 者들이 상속과 관련하여 자녀들이 아니라서,

heres est, id est solus suus heres est : sed cum emancipatus beneficio praetoris in partem admittitur, evenit ut suus heres pro parte heres fiat. 10. At hi, qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modo cum is moreretur in adoptiva familia sint. nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent nec umquam in adoptiva familia fuissent : et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo et quantum ad hunc aequae extraneorum loco fiunt, et quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur : quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos eius an ad adgnatos. 11. Minus ergo iuris habent adoptivi filii quam naturales. namque naturales emancipati beneficio praetoris gradum liberorum retinent, licet iure civili perdunt : adoptivi vero emancipati et iure civili perdunt gradum liberorum et a praetore non adjuvantur. et recte : naturalia

최근친 혈족으로서 遺産占有¹⁹⁾를 청구할 수도 없다. 여기까지 가내 상속인에 관한 내용이다.

9. 부권면제된 자녀들은 시민법에 의하여 권리를 가지지 못한다. 즉 부의 권력 하에 더 이상 있지 않기 때문에 가내 상속인도 아니고, 12표법을 통한 어떠한 다른 권리에 의해서도 [가내 상속인으로] 불리지 않는다. 그러나 법무관은 자연적 형평에 기하여 그들(부권면제된 자녀들)에게 - 단독으로 또는 가내 상속인들과 공동으로 - 유산점유를 사망시점에 부의 권력 하에 있었던 것처럼 부여한다. 그리하여 두 자녀가 있는 경우, 한 명은 부권면제되고 한 명은 [아버지의] 사망 시점에 권력하에 있다면, 명백히 권력 하에 있는 자만 시민법에 따른 상속인, 즉 유일한 가내 상속인이다. 부권면제된 자가 법무관의 恩典에 의하여 상속분 취득이 인정되기 때문에, 가내 상속인이 부분 상속인이 되는 일이 발생한다.

10. 그러나 아버지에 의하여 부권면제되어 [他家에] 入後하는 자는 그(父)가 사망하던 때 양가에 있는 경우에는 자녀로서의 생부 재산의 취득이 인정되지 않는다. 그(父)가 살아 있는데 양부에 의하여 부권면제된 자는, 전혀 양가에 있지 않았던 것처럼 생부의

enim iura civilis ratio peremere non potest, nec quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiaeve aut nepotes neptesve esse : adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia ius nomenque filii filiaeve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt. 12. Eadem haec observantur et in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis praeteritis, id est neque heredibus institutis, neque ut oportet exheredatis, praetor pollicetur. nam eos quidem qui in potestate parentis mortis tempore fuerunt et emancipatos vocat praetor ad eam bonorum possessionem : eos vero qui in adoptiva familia fuerunt per hoc tempus quo naturalis parens moreretur, repellit. item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato ita longe minus contra tabulas testamenti, ad bona eius admittit, quia desinunt in liberorum numero esse. 13. Admonendi tamen sumus eos, qui in adoptiva familia sunt quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti qua liberi ad bonorum possessionem vocantur non admittantur, alia tamen parte vocari, id est qua

재산을 취득한다. 그리고 양부에 속하는 것은 가외인의 지위에 있게 된다는 것이 논리 일관된다. 그런데 생부의 사후에 양부에 의하여 부권 면제된 자는 양부와 관련해서는 동일하게 가외인의 지위에 있게 되고, 아버지의 재산과 관련해서는 그럼에도 불구하고 자녀의 지위를 획득하지 못한다. 이것이 그리하여 이렇게 정설이다. 왜냐하면 자녀인지 혈족인지 누구에게 생부의 재산이 귀속할 것인지가 양부의 권력 하에 있는 것이 부당하였기 때문이다.

11. 그런데 양자는 생자보다 더 적은 권리를 가진다. 왜냐하면 생자는 부권면제 되어도 법무관의 은전으로 자녀의 지위를-시민법상으로는 상실하지만-보유하기 때문이다. 그러나 양자가 부권 면제되면 시민법상 자녀의 지위를 상실하며 법무관의 조력을 받지도 못한다. 이것이 옳다. 즉 자연법은 시민법적 이치가 소멸시킬 수 없고, 가내 상속 인임을 그치기 때문에 아들이나 딸 또는 손자나 손녀가 되기를 그칠 수 있는 것이 아니기 때문이다. 그런데 양자가 부권 면제되면 가외인의 지위에 있게 된다. 왜냐하면 [그들이] 입양으로 이루어진 아들과 딸의 권리와 이름을 다른 시민법적 이치로 즉 부권면제로 상실하기 때문이다.

cognati defuncti vocantur. ex qua parte ita admittuntur si neque sui heredes liberi neque emancipati obstent neque adgnatus quidem ullus interveniat : ante enim praetor liberos vocat tam suos heredes quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos. 14. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt : aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus quae a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant et, adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia iura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset nec penitus adoptio fuerit subsecuta : nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. testamento autem ab eo facto neque iure civili neque praetorio aliquid ex hereditate eius persequi potest neque contra tabulas bonorum possessione agnita neque

12. 이러한 동일한 것이 아버지의 유언장에 반하여 묵과된 자녀들에게, 즉 지정된 상속인도 아니고 요청된 바에 따라 상속 폐제되지도 않은 자녀들에게 법무관이 약속한 유산점유에서도 준수된다. 즉 사망 시점에 아버지의 권력 하에 있던 자들과 부권 면제된 자들을 법무관은 유산의 점유로 부른다. 생부가 사망하는 시점에 養家에 있던 자들을 그는 내친다. 또한 양부에 의하여 부권 면제된 양자녀들을 무유언처럼 그렇게 오래 유언장에 반하여 그의 재산을 취득하도록 허용한다. 왜냐하면 더 이상 자녀들의 부류에 있지 않기 때문이다.

13. 그러나 우리는 양가에 있는 자들 또는 생부의 사후에 양부에 의하여 부권 면제되는 자들을 상대로, 생부가 무유언으로 사망한 경우, 자녀들이 유산점유하도록 호출받는 그 지분으로 허용되지 않을지라도, 다른 지분으로는 호출된다고, 즉 망인의 혈족들이 호출되는 그 부분으로 호출된다고 상기시켜야 한다. 그 부분에 의하여 가내 상속인 자녀들도 부권면제된 자들도 장애가 되지 않고 어떠한 宗親도 개입하지 않도록 허용된다. 우선 법무관이 가내 상속인이든 부권 면제되었던 자녀들을 호출하고 다음에 적법한 상속인이, 그 다음에는 최근친의 혈족을

inofficiosi querela instituta, cum nec necessitas patri adoptivo imponitur vel heredem eum instituere vel exheredatum facere, utpote nullo naturali vinculo copulatum : neque si ex Sabiniano senatus consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus, nam et in huiusmodi casu neque quarta ei servatur nec ulla actio ad eius persecutionem ei competit. nostra autem constitutione exceptus est is quem parens naturalis adoptandum susceperit : utroque enim iure tam naturali quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina iura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum. quae specialiter et singillatim ex praefatae constitutionis tenore possunt colligi.

15. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens solos nepotes vel neptes, qui ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, et iuri adgnatorum eos anteponebat : nepotes autem qui ex filiabus nati sunt et pronepotes ex neptibus cognatorum loco numerans, post adgnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni quam in aviae vel proaviae sive paternae sive maternae successionem. divi autem principes non passi sunt

호출한다.

14. 그러나 그 모든 것들이 고시기부터 지배 설이었다. 다만 자신의 생부에 의하여 타인에게 입양보내진 사람들에 관하여 짐이 제정한 짐의 처벌에 의한 일정한 수정을 받았다. 그리고 짐은 아들들이 입양에 의하여 생부의 승계를 상실하던, 그리고 입양이 부권 면제에 의하여 쉽게 해소되어 양자 그 누구의 승계로도 호출되지 않던 몇몇 사안들을 발견하였다. 짐은 이러한 통상적 관행으로 矯正하면서 처벌을 편찬하였다. 그 법률로써 짐은 생부가 입양 보낼 자신의 아들을 타인에게 주는 때에 이 모든 법이 전적으로 생부의 권력 하에 있었고 전혀 입양이 이루어지지 않았던 것처럼 준수될 것을 규정하였다. 무유언으로 양부를 승계할 수 있는 사안에서만은 예외이다. 그런데 유언이 그에 의하여 작성된 경우, 유언장에 반한 유산점유에 의해서도 의무위반 유언 소송의 제기 의 의해서도, 시민법이나 법무관법으로 그의 상속재산으로부터 무엇인가를 추급할 수 없다. 자연적인 사슬로 결합되지 않기에, 양부에게는 그를 상속인으로 지정하거나 폐제하도록 강제가 부과되지 않기 때문이다. 아피니우스 원로원의결²⁰)에 의하여 3명의 아들 중에 입양된 경우에도 아무 것도 받지 못

talem contra naturam iniuriam sine competenti emendatione relinquere : sed cum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque qui tam ex masculis quam ex feminis descendunt, ideo eundem gradum et ordinem successionis eis donaverunt : sed ut aliquid amplius sit eis qui non solum naturae sed etiam veteris iuris suffragio muniuntur, portionem nepotum et neptium vel deinceps, de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt, ut minus tertiam partem acciperent quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando femina mortua sit cuius de hereditate agitur, hisque, licet soli sint, adeuntibus adgnatos minime vocabant. et quemadmodum lex duodecim tabularum filio mortuo nepotes vel neptes vel pronepotes et proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat : ita et principalis dispositio in locum matris suae vel aviae eos cum iam designata partis tertiae deminutione vocat. 16. Sed nos, cum adhuc dubitatio manebat inter adgnatos et memoratos nepotes, partem quartam defuncti substantiae adgnatis sibi vindicantibus ex cuiusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro codice

한다. 즉 이 경우에도 1/4분도 받지 못하고 그것을 추급할 어떠한 소권도 가지지 못하기 때문이다. 짐의 칙법에 의하여 생부가 입양한 자는 예외가 된다. 두 법이 이 사람에 대하여 병존하여 가부가 자권자입양된 경우와 다르지 않게 그러한 입양에 첫 번째 법을 짐이 유지하였다. 특별하고 상세한 것들은 상술한 칙법의 문언으로부터 알 수 있다.

15. 또 남계의 자손을 선호하여 남성을 통한 卑屬인 손자와 손녀만을 가내 상속인의 승계로 호출하여 종족의 권리에 우선시켰다. 그런데 딸로부터 난 손자들과 손녀로부터 난 증손자는 혈족의 지위에 있다고 치는데, 외조부나 외증조부, 親·外조모나 親·外증조모의 승계에 있어 宗族 다음에 호출하였다. 그런데 神的인 元首들은 그러한反자연적인 부당한 상태를 적절히 교정하지 않고 놓아두는 것을 受忍하지 않았다. 그러나 손자와 증손자라는 이름은 남성, 여성을 불문하고 그들로부터 난 비속인 자들 모두에게 공통되기 때문에, 그들(원수들)은 그들에게 동일한 승계 순위를 부여하였다. 그러나 자연의 힘뿐만 아니라 옛 법의 힘으로 확고한 자들에게 어떤 더 많은 것이 있도록, 짐이 위에서 既述한 손자들과 손녀들 기타 그 이하의 비속들의 지분을 약간 감축하여야

segregavimus neque inseri eam ex Theodosiano codice in eo concessimus. nostra autem constitutione promulgata toti iuri eius derogatum est et sanximus, talibus nepotibus ex filia vel pronepotibus ex nepte et deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare, ne hi qui ex transversa linea veniunt potiores his habeantur qui recto iure descendunt : quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus. ita tamen quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri iubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas, ut utraque progenies matris suae vel patris, aviae vel avi portionem sine ulla deminutione consequantur, et, si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quattuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quattuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

한다고 [元首들은] 생각하여, 그들의 어머니나 조모, 그들의 아버지나 친·외조부가 받았을 분보다 1/3 더 적게 받도록 하였다. 상속재산이 다투어지는 여자가 사망한 경우 상속을 하게 되는 자들 중으로 종족은—그들만 있는 경우라 하더라도—호출하지 않았다. 그리고 12표법²¹⁾이 이들이 사망하는 경우 손자들이나 손녀들 또는 증손자나 증손녀들을 할아버지를 승계하는 그들 아버지의 지위로 호출하듯이, 元首의 규정은 그들(딸의 자녀들)을 그들의 어머니 또는 조모의 지위로 이미 지정된 1/3의 감축을 하여 호출한다.

16. 그러나 종족과 언급된 손자들 사이에 아직 의심이 남아 있었기 때문에, 짐은 어떤 칙법의 권위로써 망인 재산의 1/4분을 반환 청구하는 종족에 대하여 그 칙법을 짐의 법전으로부터 격리시켰고 그 [칙법이] 테오도시우스 법전에서 짐의 법전으로 전제되는 것을 허락하지 않았다. 짐의 칙법²²⁾이 공포되자 그 칙법의 법 전체는 失效하였고, 짐은 딸로부터 난 그러한 손자들 또는 손녀로부터 난 증손자들 기타 비속들에 대하여—적법하게 비속의 지위를 가지는 자들보다 방계의 자들이 더 강하게 되지 않도록—종친들은 망인의 유산의 어떠한 부분도 청구

| | |
|---|--|
| <p>TIT. 2</p> <p>DE LEGITIMA ADGNATORUM SUCCESSIONE.</p> <p>Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes praetor vel constitutiones vocant, extat aut successionem quoquo modo amplectatur :</p> | <p>할 수 없다고 규정하였다. 짐은 짐의 그 칙법이 실효성과 適時性에 의하여 효력을 가진다고 지금도 [다시금] 정한다. 유산이 아들과 아들로부터 난 손자들 사이에 頭分이 아니라 株分에 따라 분할된다고 옛 사람들이 정한 것처럼, 짐은 dkef들과 딸로부터 난 손자들 사이에 또는 모든 손자들과 손녀들 사이 그리고 기타 비속 사이에 마찬가지로 분배가 되도록 명한다. 그러므로 어머니나 아버지, 할머니나 할아버지의 비속들은 어떠한 감축도 없이 지분을 취득하게 되고, 한편에서 하나 또는 둘 다른 편에서 셋 또는 넷이 나오는 경우, 한 명이나 두 명은 유산의 절반을, 다른 세 명이나 네 명은 나머지 절반을 가진다.</p> <p>제2장</p> <p>종족의 법정 상속에 관하여</p> <p>가내 상속인도 가내 상속인들 사이에서 범 무관 또는 칙법이 호출하고 유산을 일정한 방식으로 가지려는 자들도 아무도 없는 경우, 12표법에 의하여 유산은 최근 종친에게</p> |
|---|--|

tunc ex lege duodecim tabularum ad adgnatum proximum hereditas pertinet. 1. Sunt autem adgnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati. itaque eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam eandem matrem habuerint. item patruus fratris filio et invicem is illi adgnatus est. eodem numero sunt fratres patruales, id est qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. hi quoque, qui post mortem patris nascuntur, nanciscuntur consanguinitatis iura. non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hereditatem, sed his qui tunc proximo gradu sunt cum certum esse coeperit aliquem intestatum decessisse. 2. Per adoptionem quoque adgnationis ius consistit, veluti inter filios naturales et eos quos pater eorum adoptavit (nec dubium est, quin proprie consanguinei appellentur) : item si quis ex ceteris adgnatis tuis, veluti frater aut patruus aut denique is qui longiore gradu est, aliquem adoptaverit, adgnatio inter vos esse non dubitatur. 3. Ceterum inter masculos quidem adgnationis iure hereditas etiam

귀속한다.²³⁾

1. 제1권에서 기술하였듯이, 아버지를 통한 혈족처럼 남자를 통하여 혈족관계에 의하여 결합된 혈족이 종족이다. 그리하여 동일한 아버지로부터 난 형제들은 상호에 대하여 종족이다. 이들은 ‘同父혈족’이라고도 불리는데, 어머니도 동일한지는 문제되지 않는다. 또한 삼촌은 형제의 아들에게 그리고 반대로 후자는 전자에게 종족관계에 있다. 사촌들, 즉 두 형제들로부터 난 자들(“약간 떨어진 형제들”)도 같은 부류이다. 그 이치로써 또한 종족의 그 이상의 친등으로 나아갈 수도 있을 것이다. 아버지의 사후에 태어난 첩들도 同父權을 획득한다. 그러나 법률이 모든 종족에게 동시에 유산을 부여해 주는 것은 아니고, 어떤 이가 무유언으로 사망하였다는 사실이 확실하게 된 시점에 최근친인 첩들에게만 부여해 준다.

2. 예컨대 친자들과 그들의 아버지가 입양한 자들([이들도] 진정한 동부형제라고 불린다는 점은 의심이 없다) 사이에서처럼, 입양에 의해서도 종족의 권리가 발생한다. 또한 어떤 이가 너의 일정한 종족(예컨대 아버지 또는 삼촌 또는 기타 遠親)으로부터 누군가를 입양하는 경우, 너희들 사이에 종족관계가 존재한다는 점에 의심의 여지는 없

longissimo gradu ultro citroque capitur. quod ad feminas vero ita placebat ut ipsae consanguinitatis iure tantum capiant hereditatem si sorores sint, ulterius non capiant : masculi vero ad earum hereditates, etiam si longissimo gradu sint, admittantur. qua de causa fratris tui aut patris tui filiae vel amitae tuae hereditas ad te pertinebat, tua vero ad illas non pertinebat. quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita iura constitui ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repellere, praetor eas ad bonorum possessionem admittebat ea parte qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur : ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus nec proximior cognatus interveniat. 3a. Et haec quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes adgnatos sive masculos sive feminas cuiuscumque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat : media autem iurisprudentia quae erat lege quidem duodecim tabularum iunior imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, praefatam

다.

3. 그 외에도 남자들 사이에서는 宗族權에 의하여 유산이 최원친 상호간에서도 취득된다. 그런데 여자들과 관련해서는-그들이 자매인 한에서만(그를 넘어서는 不可)-同父性 자체의 권리에 의해서 유산을 취득한 경우만 肯認된다는 것이 정설이었다. 그런데 남자들에게는-最遠親이라 할지라도-그들(여자)의 유산을 취득하는 것이 허용된다. 그 사유로 너의 형제나 너의 삼촌의 딸의 또는 네 숙모의 유산이 너에게 속했는데, 너의 것(유산)은 그들에게 속하지 않았다. 이것이 그렇게 규정된 것은 대체로 유산이 남자에게 흘러 들어가도록 법이 제정되는 것이 더 편의로운 것으로 인정되었기 때문이다. 그러나 그들(여자)을 싸잡아 가외인으로 거부하는 것은 명백히 부당했기 때문에 법무관은 그들(여자)에게 근접성의 명목으로 유산 점유를 약속하는 그 부분에 의하여 유산 점유를 허용하였다. 즉 종족도 가까운 혈족도 개입하지 않는 경우, 그 부분에 따라 [여자들에게] 그렇게 허용된다.

3a. 12표법이 이것을 도입한 것은 전혀 아니고, -법률과 친한 단순함을 끌어들이어- [12표법은] 남자이든 여자이든 각 親等의 모든 종족들을 가내상속인에 대한 유사성에 기하

differentiam inducebat et penitus eas a successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita, donec praetores, paulatim asperitatem iuris civilis corrigentes, sive quod deest adimplentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderant et, cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adiuabant et pollicebantur his bonorum possessionem quae unde cognati appellatur. 3b. Nos vero legem duodecim tabularum sequentes et eius vestigia in hac parte conservantes laudamus quidem praetores suae humanitatis, non tamen eos in plenum causae mederi invenimus : quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente et adgnationis titulis tam in masculis quam in feminis aequa lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum, ex adgnatis autem mulieribus nullis penitus nisi soli sorori ad adgnatorum successionem patebat aditus? ideo in plenum omnia reducentes et ad ius duodecim tabularum eandem dispositionem exaequant, nostra constitutione sanximus omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sunt, simili modo

여 상호간에 상속으로 호출하였었다. 그런데 12표법보다는 더 젊지만 칙법보다는 오래된 중간시기 법학²⁴⁾이 일종의 지나치게 세세함을 생각해 내어 앞서 말한 차이를 도입한 것이고, 법무관이 조금씩 시민법의 가혹함을 교정하고 흠결된 것을 보충하여 다른 순위를 자신의 고시 안에 부가하고 유산 점유를 통하여 여자에게 조력하고 ‘그것으로부터²⁵⁾ 혈족’이라는 [명칭의] 유산점유를 약속하기까지, 여자는 - 다른 상속은 알려져 있지 않기에 - 종족 상속으로부터 완전히 배제되었었다.

3b. 그런데 짐은 12표법을 좇아서 그 자취들이 영역에서 보존하면서 법무관 그들의 어짐을 賞讚하기는 하지만, 그들이 사안을 완전히 구제한 것으로는 생각지 않는다. 즉 동일한 자연 親等を 가지고 혈족의 權原이 남자와 여자에게 균등하게 정해져 있다면, 왜 남자에게는 모든 종중에 대하여 상속받는 것이 허용되는데 반하여, 여자는 - 자매가 아닌 한 - 종족 상속으로부터 완전히 배제되는가? 그리하여 짐은 모든 것을 전체적으로 축약하고 이 법규정을 12표법과 상응하게 만들면서 칙법²⁶⁾으로써 법에서 규정된 모든 이들, 즉 남자건 여자건 남계 비속이 친등에서의 우위에 의하여 무유언시 법정상속권으

ad iura successionis legitimae ab intestato vocari secundum gradus sui praerogativam, nec ideo excludendas quia consanguinitatis iura sicuti germanae non habent. 4. Hoc etiam addendum nostrae constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a iure cognationis in legitimam successionem, ut non solum fratris filius et filia secundum quod iam definivimus ad successionem patris sui vocentur, sed etiam germanae consanguineae vel sororis uterinae filius et filia soli et non deinceps personae una cum his ad iura avunculi sui perveniant et mortuo eo, qui patruus quidem est fratris sui filius, avunculus autem sororis suae suboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo iure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt (his etenim personis praecedentibus et successionem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti) : videlicet hereditate non ad stirpes, sed in capita dividenda.

5. Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim tabularum proximum vocat : itaque si verbi gratia sit frater defuncti et alterius fratris filius aut patruus, frater potior habetur. et quamvis singulari numero usa lex proximum

로 호출되고 同父자매처럼 同父權을 가지지 못한다는 이유로 배제해서는 안 된다고 규정하였다.

4. 짐의 칙법에서 1 친등만큼은 혈족법에서 법정 상속법으로 이전되어야 한다는 내용을 부가하여야 한다고 짐은 생각하였다. 짐이 규정한 바에 따르면 형제의 아들과 딸만이 그들 친숙부를 상속할뿐만 아니라, 동부 또는 동모 자매의 아들이나 딸도-단 더 먼 비속은 되지 않고 이들만-외숙부를 상속할 수 있다. 그리고 자신 형제의 자녀들에게 상속 부어지는 하지만 자매의 자녀들에게는 외숙부인 자가 사망하면, 양측에서 그를 상속하는데, 마치 그들 모두가 남계를 통한 비속인 것처럼 법정 상속하는데, 물론 [망인에게] 형제나 자매가 없다는 전제하에 그러하다 (이러한 선순위자들이 상속하는 경우, 나머지 순위[자]는 완전히 배제되기 때문이다). 당연히 상속재산은 주분이 아니라 두분에 의하여 분배하여야 한다.

5. 종족의 친등이 여럿인 경우, 12표법은²⁷⁾ 명시적으로 최근친을 상속으로 호출하였다. 그리하여 예컨대 망인의 형제와 다른 형제의 아들 또는 숙부가 존재하는 경우, 형제가 우선하는 것으로 다루어진다. 그리고 법률

vocet, tamen dubium non est quin et, si plures sint eiusdem gradus, omnes admittantur : nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intellegitur et tamen dubium non est quin, licet unus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hereditas. 6. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisque decesserit, per hoc tempus requiritur quo mortuus est is cuius de hereditate quaeritur. quodsi facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem extaturum : tum enim proprie quisque intellegitur intestatus decessisse. quod quidem aliquando longo tempore declaratur : in quo spatio temporis saepe accidit, ut proximior mortuo, proximus esse incipiat qui moriente testatore non erat proximus. 7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est ut, quamvis proximus, qui secundum ea quae diximus vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo iure sequentes admittuntur. quod iterum praetores imperfecto iure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote

이 單數를 써서 상속이라 불렀지만, 동일 친등인 자가 여럿일 때에 모두 상속한다는 점에 대하여는 의심의 여지가 없다. 즉 엄밀하게 최근친이란 복수의 친등이 있을 경우로 이해되는 것인데, 종족의 친등이 하나인 경우에는 모두에게 상속재산이 속한다는 점은 의심이 없다.

6. 최근친자는 어떤 이가 유언 작성 없이 사망한 경우, 상속재산이 속하던 자가 사망한 시점에 조사한다. 어떤 이가 유언을 작성하고 사망하는 경우에는, 유언에서 상속인이 나오지 않는다는 점이 확실하게 되는 때를 기준으로 조사한다. 즉 엄밀하게는 그 때가 무유언 사망한 것으로 이해되기 때문이다. 이것은 때로 상당한 시간 후에 밝혀진다. 이러한 [상당한 장기의] 기간 중에, 유언자의 사망시점에는 최근친이 아니었는데 [자신보다] 더 가까운 친족이 사망하여 최근친이 되는 경우가 종종 발생한다.

7. 그러나 이러한 종류의 유산 취득에 있어서 상속이 되지 않는 경우, 즉 짐이 기술한 바에 따라 상속하게 되는 최근친이 상속을 거절하거나 상속 전에 사망하는 경우일지라도, 후순위자에게 법정 상속이 허용된다는 것이 정설이었다. 다시금 법무관이 불완전하게 교정했는데, 완전히 버팀목 없이 버려

adgnationis iure eis recluso. sed nos nihil deesse perfectissimo iuri cupientes, nostra constitutione sanximus quam de iure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam, cum satis absurdum erat quod cognatis a praetore apertum est hoc adgnatis esse reclusum, maxime cum in onere quidem tutelarum et primo gradu deficiente, sequens succedit, et quod in onere obtinebat non erat in lucro permissum.

8. Ad legitimam successionem nihilo minus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps, emancipat. quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

두지는 않았고 - 종족의 법은 그들에게 폐쇄되었기에 - 혈족의 순위로 그들을 [상속으로] 호출하였다. 짐은 완벽한 법에 아무것도 흠결되지 않을 것을 원하여, 인도주의의 취지에서 [보호인과 해방노예 간의] 보호관계 법에 관하여 제정한 짐의 칙법에서²⁸⁾ 종족의 재산에 대한 상속을 그들에게 거절해서는 안 된다고 규정하였다. 왜냐하면 법무관에 의하여 혈족에게는 열려있는 것이 종족에 대해서는 닫혀있다면 매우 불합리하기 때문이었는데, 특히 친등에서 선순위자가 없어 후순위자가 후견직의 부담을 지는, 그리하여 부담에서는 인정될 바가 이익과 관련해서는 인정되지 않을 것이기 때문이었다.

8. 신탁계약을 체결하면서 아들이나 딸, 손자나 손녀 기타 비속을 부권 면제한 아버지도 법정 상속을 한다. 여하튼 이와 관련하여 - 옛 사람들에 있어서는 아버지가 특히 신탁계약을 체결하고 부권 면제한 것이 아니라면 [그러한] 효력이 없었음에 반하여 - 짐의 칙법에는 자녀의 부권 면제가 언제나 신탁계약이 체결되고 실행되는 것으로 한다는 규정이 도입되었다.

TIT. 3

DE SENATUS CONSULTO TERTULLIANO.

Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur et praeponerat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione unde cognati accommodata vocabant.

1. Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem. 2. Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est : ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat, cuius iuri subiecta est. 3. Praeferuntur autem matri

제3장

테르툴리우스 원로원의결에 관하여

12표법은 엄격한 법을 적용하여 남자의 후손을 선호하였다. 그리고 여성의 친족관계를 통하여 결합된 자들을 거부하였는데, 어머니와 아들 또는 딸 사이에 상호 유산 취득권을 부여하지 않을 정도였다. 법무관만은 혈족의 친연성에 기하여 그 사람들을 ‘그것으로부터 혈족’ 유산점유를 허락하여 [상속으로] 호출하였었다.

1. 그러나 이러한 법의 狹窄이 후에 수정되었다. 처음으로 신황 클라우디우스가, [자녀를 잃은] 어머니에게 잃은 자녀들에 대한 위안으로 그들(자녀)에 대한 법정 상속을 부여하였다. 2. 그런데 그 후 신황 하드리아누스의 치세에 제정된 테르툴리우스 원로원의결으로써 비애로운 상속²⁹⁾과 관련하여 어머니에게만 (할머니는 제외) 인정하여야 한다고 포괄적으로 규정하였다. 그리하여 세 자녀의 권리³⁰⁾를 가지는 生來자유인인 어머니와 피해방 어머니는 [그녀가 아직 자신의] 아버지의 권력 하에 있을지라도 - 즉 타권 하에 있기 때문에 권력을 가진 자(아버

liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primigradus sive ulterioris. sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem : soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur : sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori.

4. Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in eius admitti detrimentum : si enim ingenua ter vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum; quid enim peccavit, si non plures sed paucos pepererit? et dedimus ius legitimum plenum matribus sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quaeve

지)의 명(授權)에 의하여 -무유언으로 사망하는 아들과 딸의 재산에 대하여 상속할 수 있다. 3. 그런데 [사망 자녀의] 가내 상속인이거나 1촌 또는 그보다 먼 친등이라도 그(가내상속인)의 지위에 들어가는 자는 사망 자녀의 어머니보다 우선된다. 그런데 사망한 딸의 아들이나 딸도 칙법에 의하여 사망녀의 어머니, 즉 그들의 할머니보다 우선한다. 조부나 증조부는 안 되지만 두 사람(사망 자녀)의 아버지는, 물론 그들 사이에 서만³¹⁾ 유산을 두고 다투어지는 경우에, 어머니보다 우선한다. 아들이나 딸의 同父 형제는 어머니를 배제한다. 동부 자매는 어머니와 함께 [상속이] 허용된다. 그러나 동부의 형제와 자매와 자녀로써 명예롭게 된³²⁾ 어머니가 존재하는 경우, 형제는 어머니를 배제하지만 유산은 균등한 부분으로 형제와 자매의 공유이다.

4. 그러나 짐은 母性, 産褥, 위험과 종종 이러한 사례에서 일어나는 사망 등을 고려함으로써, 짐의 이름으로 제목 붙인 법전³³⁾에 편입한 칙법으로써³⁴⁾ 어머니에 조력하여야 한다고 생각하였다. 그리하여 짐은 그녀가 우연한 사정으로 손해를 당하도록 결정된다면 不敬하다고 생각하였다. 즉 자유인은 세 명, 피해방자라면 네 명을 출산하지 않는 경

morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem. 5. Sed cum antea constitutiones iura legitima perscrutantes partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem ei abstrahentes certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrariam faciebant : nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus legitimis personis anteponi et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint sive sola cognationis iura habentes, ut quemadmodum eam toto alio ordini legitimo praeposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen ut, si quidem solae sorores cognatae vel adgnatae et mater defuncti vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant, si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis vel etiam cum sororibus sive legitima sive sola cognationis iura habentibus intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas. 6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita

우, 자신의 자녀들의 상속에서 부당하게 詐害적으로 배제되었기 때문이다. 즉 많지 않고 적은 수[의 자녀]만을 출산한 경우, 그녀가 무슨 잘못을 하였던 말인가? 그리하여 짐은 세 명이나 네 명의 자녀를 출산하지 않고, 사망한 자녀가 유일한 자녀인 경우일 지라도, 자유인이든 피해방자이든 어머니에게 완전한 法定 [상속] 권리를 부여하여 자신의 자녀들에 대하여 법정 상속을 받도록 하였다.

5. 그러나 예전에 칙법들이 법정의 권리를 개정하여 한편으로는 어머니에 조력하면서도 다른 한편으로는 그녀에게 부담을 가중하였다. 즉 그녀가 전체를 상속하도록 하지 않고, 일정 사안에서는 1/3분을 그녀로부터 공제하여 다른 법정상속인들에게 부여하였고 다른 사안에서는 반대로 하였다. 짐은 同父이든 [일반적] 혈족관계만을 가지는 형제와 자매는 예외로 하면서, 옳고 단순한 방도로써 어머니가 모든 법정 상속인보다 우선하고 어떠한 감축 없이 자신의 자녀를 상속한다고 규정하였다. 그리고 그녀(어머니)를 모든 다른 법정 순위보다 우위에 두었듯이, 법정 상속인이든 아니든 모든 형제와 자매들이 동시에 상속으로 호출되도록 하였다. 다만 사망한 아들딸의 혈족이거나 종족인

eas oportet suae suboli consulere : scituris eis quod, si tutores liberis non petierint vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur. 7. Licet autem vulgo quaesitus sit filius filiave, potest ad bona eius mater ex Tertulliano senatus consulto admitti.

TIT. 4

DE SENATUS CONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus

자매들과 어머니가 있는 경우, 어머니가 절반, 모든 자매가 나머지 절반을 가지도록 하였다. 그런데 아들이나 딸이 무유언으로 사망하는데 어머니가 한 명의 형제 또는 형제 들하고만 또는 -법정 상속권을 가지거나 또는 [일반적] 혈족권만을 가지는 - 자매들과 함께 생존하는 경우, 그[녀](피상속인)의 유산은 頭分으로 분배한다.

6. 그러나 짐이 어머니를 배려하였듯이 어머니들도 자신의 자녀들을 보살피야 한다. 자녀들을 위하여 후견인을 신청하지 않거나 해임되거나 면제된 후견인의 후임자를 1년 내에 신청하기를 해태한 경우에는, [어머니가] 사망한 미성숙 자녀들의 상속으로부터 배제되는 것도 마땅하다는 점을 알아야 한다.

7. 아들이나 딸이 私生으로 얻어졌을지라도, 어머니에게는 테르툴리우스 원로원의결에 의하여 그의 재산[상속]이 허용될 수 있다.

제4장

오르피투스 원로원의결에 관하여

반대로 자녀가 무유언의 어머니 재산을 상속하는 것이 허용되도록 오르피투스 원로원

consulto Orphitiano effectum est, quod latum est Orphito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt : et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris. 1. Sed cum ex hoc senatus consulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiarumque et nepotes et neptes vocentur. 2. Sciendum autem est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferantur. 3. Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus consulto admitti.

4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint ad crescit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.

의결에 규정되었는데, 오르피투스 와 루푸스 가 집정관시이자 신황 마르쿠스 아우렐리우스의 치세에 제정되었다. 타권에 복한다 하더라도, 아들과 딸에게 법정 상속권이 부여되었다. 그리고 그들은 사망한 어머니의 同父 내지 기타 종족들에 대하여 우위에 있었다. 1. 그러나 이 원로원의결에서는 손자가 법적으로 할머니의 재산에 대하여 상속하지 못했기에, 후에 이것이 원수의 칙법들에³⁵⁾ 의하여 아들이나 딸과의 유사성에 기하여 손자와 손녀도 상속한다고 개정되었다.

2. 테르툴리우스 내지 오르피투스 원로원의결에 의하여 부여되는 이러한 상속이 - 두격 감소로써 새로운 법정 상속은 소멸하지 않고 12표법에 의하여 부여된 법정 상속만이 소멸한다는 그 法理則에 따라 - 두격 감소로 인하여 소멸하지 않는다는 점을 알아야 한다.

3. 마지막으로 私生 자녀들도 이 원로원의결에 의하여 어머니를 상속하는 것이 허용된다는 점도 알아야 한다.

4. 여럿의 법정 상속인 중에서 어떤 이들이 상속하지 않거나 또는 사망이나 기타 사유로 상속하지 못하게 되는 경우, 그들의 상속분은 나머지 상속한 사람들에게 添加되고, 상속한 자가 [첨가] 전에 사망한 경우에는 그의 상속인에게 귀속한다.

TIT. 5

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

Post suos heredes, eosque quos inter suos heredes praetor et constitutiones vocant, et post legitimos (quo numero sunt adgnati et hi quos in locum adgnatorum tam supra dicta senatus consulta quam nostra erexit constitutio) proximos cognatos praetor vocat. 1. Qua parte naturalis cognatio spectatur. nam adgnati capite deminuti quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed a praetore tertio ordine vocantur, exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum quos lex Anastasiana cum fratribus integri iuris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non aequis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere, aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponeit et procul dubio cognatis. 2 (1). Hos etiam, qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione

제5장

혈족의 상속에 관하여

가내 상속인과 법무관과 칙법이 가내상속인으로서 상속으로 호출한 자들, 그리고 법정 상속인(이에는 종족과 既述한 원로원의결들이나 짐의 칙법에 의하여 종족의 지위에 들어오는 자들이 속한다) 다음에 최근친 혈족을 법무관이 상속으로 부른다.

1. 이 단락에서는 자연적 혈족이 문제된다. 즉 두격감소된 종족과 그들로부터 난 者들은 12표법에 의하여 법정 상속인으로 취급되지 않고, 법무관에 의하여 제3순위로 호출된다. 단 아나스타시우스 칙법이 신분변경 되지 않은 형제들과 함께 [사망한] 형제나 자매의 상속으로 불렀던 부권면제된 형제자매들은 예외로 한다. 다만 [이들도] 균등 상속분으로는 아니고 그 칙법 문언에서 쉽게 알 수 있는 감축이 있었다. [그 법은] 두격감소를 당하지는 않았지만 낮은 순위의 다른 종족들보다는 이들을 더 우위에 두었고, 혈족보다 우위에 두었다는 것은 의심의 여지가 없다.
2. 여성을 통하여 방계 혈족관계에 있는 자들도 親緣性을 이유로 제3순위로 법무관이

iunguntur, tertio gradu proximitatis nomine praetor ad successionem vocat. 3 (2). Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur. 4 (3). Vulgo quaesitos nullum habere adgnatum manifestum est, cum adgnatio a patre, cognatio sit a matre, hi autem nullum patrem habere intelleguntur. eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis ius species est adgnationis : tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio qua proximitatis nomine cognati vocantur. 5 (4). Hoc loco et illud necessario admonendi sumus adgnationis quidem iure admitti aliquem ad hereditatem et si decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quaeramus, sive de edicto quo praetor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. proximitatis vero nomine his solis praetor promittit bonorum possessionem qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinaque nato nataeve.

상속을 허용하였다.

3. 養家에 있는 자녀들도 동일한 순위로 생부를 상속할 수 있다.

4. 아버지를 통해서는 종족관계가 있고 어머니를 통해서는 혈족관계가 있기 때문에, 사생자가 종족을 가지지 않는다는 점은 명백하다. 그들은 아버지가 없다고 이해된다. 같은 이치로 동부권은 종족[권]의 한 종류이기 때문이기 때문에, 그들(사생자) 상호간에는 동부관계가 있다고 인정될 수 없다. 그들은 [상호간], 어머니의 혈족에 대하여 혈족이듯이, 혈족일 뿐이다. 그리하여 친연성의 이유로 혈족이 호출되는 규정에 의하여 그들 모두(사생자)에게 유산 점유가 인정된다. 5. 이곳에서 짐은 반드시 다음 사항을 주의주어야 한다. 제10순위인 경우라도, 어떤 이가 종족권에 기하여 상속은 한다. [그 근거는] 12표법이나 법무관이 법정 상속인들에게 유산 점유의 부여를 약속하는 고시에서 찾아야 할 것이다. 그러나 혈족의 경우에는 친연성의 명목으로 6촌까지만-7촌이라면 再從형제의 자녀들까지-법무관이 유산 점유를 약속한다.

TIT. 6

DE GRADIBUS COGNATIONIS.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. qua in re imprimis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quae etiam latere dicitur. superior cognatio est parentium, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororumve eorumque, qui ex his progenerantur, et convenienter patruis amitae avunculi materterae. et superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit : at ea, quae ex transverso numeratur, a secundo. 1. Primo gradu est supra pater mater, infra filius filia. 2. Secundo supra avus avia, infra nepos neptis, ex transverso frater soror. 3. Tertio supra proavus proavia, infra pronepos proneptis, ex transverso fratris sororisque filius filia et convenienter patruus amita avunculus matertera. patruus est patris frater, qui Graece πατῆρος vocatur : avunculus est matris frater, qui apud Graecos proprie υἱοτρῴος appellatur : et promiscue θεῖος dicitur. amita est patris soror, matertera vero matris

제6장

혈족의 친등에 관하여

이곳에서 어떻게 혈족의 친등이 계산되는지 기술하는 것이 필요하다. 이것을 위하여 우선 짐은 어떤 혈족은 존속, 다른 혈족은 비속 또 다른 혈족은 側系(곁쪽)라고도 불리는 방계로 계산된다는 것을 주의 주어야 한다. 존속 혈족은 부모, 비속 혈족은 자녀, 방계 혈족은 형제자매 또는 그들로부터 난 者들 그리고 이에 상응하여 숙부, 숙모, 외숙부, 외숙모이다. 그런데 존속과 비속 혈족은 제1친등에서 시작한다. 방계로 계산되는 혈족은 제2친등에서 시작한다.

1. 제1촌으로 존속혈족은 아버지, 어머니이다. 비속혈족은³⁶⁾ 아들과 딸이다. 2. 2촌으로 존속은 조부, 조모이고, 비속은 손자, 손녀이고, 방계는 형제, 자매이다. 3. 3촌으로 존속은 증조부, 증조모이고, 비속은 증손자, 증손녀, 방계는 형제자매의 아들딸이고 이에 상응하여 숙부, 숙모, 외숙부, 외숙모이다. 숙부는 희랍어로 ‘파트로스’라 부르는 아버지의 형제이다. 외숙부는 희랍인들 사이에서 엄밀히는 ‘메트로스’라고 불리는데 혼돈하여 ‘테이오스’라고도 불리는 어머니

soror : utraque θεῖα vel apud quosdam τηθίς appellatur. 4. Quarto gradu supra abavus abavia, infra abnepos abneptis, ex transverso fratris sororisque nepos neptis et convenienter patruus magnus amita magna (id est avi frater et soror), item avunculus magnus matertera magna (id est aviae frater et soror), consobrinus consobrina (id est qui quaeve ex fratribus aut sororibus progengerantur). sed quidam recte consobrinus eos proprie putant dici, qui ex duabus sororibus progengerantur, quasi consororinos : eos vero, qui ex duobus fratribus progengerantur, proprie fratres patruales vocari (si autem ex duobus fratribus filiae nascantur, sorores patruales appellantur) : at eos, qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici (amitae tuae filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos). 5. Quinto supra atavus atavia, infra adnepos adneptis, ex transverso fratris sororisque pronepos proneptis et convenienter propatruus proamita (id est proavi frater et soror), proavunculus promatertera (id est proaviae frater et soror), item fratris patruelis sororis patruelis, consobrini et consobrinae, amitini amitinae filius filia, propriosobrinus sobrina (hi sunt patrum magni amitae magnae avunculi

의 형제이다. 숙모는 아버지의 자매이고, 외숙모는 어머니의 자매이다. 둘 다 ‘테이아’라 불리는데, 어떤 이들은 ‘테티스’라고도 부른다.

4. 4촌으로 존속은 고조부, 고조모, 비속은 현손자, 현손녀, 방계는 형제자매의 손자(從孫子), 손녀(從孫女)와 이에 상응하여 從祖父, 大姑母(즉 할아버지의 형제자매), 또 陳外從祖父, 이모할머니(즉 조모의 형제자매), 從兄弟(즉 [부모의] 형제자매의 자녀들)이다. 그러나 어떤 [학자]들은 엄밀하게 종형제consobrini란 말하자면 ‘姨從형제자매 consororini’로서 두 자매로부터 나는 자들만을 말하고, 두 형제들로부터 난 아들들은 엄밀히 ‘아버지를 통한 準형제(從형제)’라고 불리고(두 형제들로부터 딸들이 출생한 경우, ‘아버지를 통한 準자매(從자매)’라 불린다), [부모의] 형제와 자매로부터 나는 자들은 엄밀히 ‘姑從사촌형제amitini’라 불린다는 견해를 가진다(너의 고모(백숙모)의 아들들이 너를 종형제(사촌)라 부르고, 너는 그들을 ‘고모를 통한 準형제(고종사촌형제)’라 부른다)고 보았는데 그것이 옳다.

5. 5촌으로 존속은 현조부, 현조모, 비속은 來孫子, 來孫女, 방계는 형제자매의 현손자, 현손녀와 이에 상응하여 從曾祖父³⁷⁾, 曾大

magni materterae magnae filias filia). 6. Sexto gradu sunt supra tritavus tritavia, infra trinepos trineptis, ex transverso fratris sororisque abnepos abneptis et convenienter abpatruus abamita (id est abavi frater et soror) abavunculus abmatertera (id est abaviae frater et soror), item sobrini sobrinaeque (id est qui quaeve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur). 7. Hactenus ostendisse sufficiet, quemadmodum gradus cognationis numerentur. namque ex his palam est intellegere quemadmodum ulterius quoque gradus numerare debemus : quippe semper generata quaeque persona gradum adiciat, ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare. 8. Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur. 9. Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum infigitur, ideo necessarium duximus post narrationem graduum etiam eos praesenti libro inscribi, quatenus possint et auribus et inspectione adulescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci. 10. Illud certum est ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio

姑母(즉 증조부의 형제자매), 증의숙부, 증외숙모(즉 증조모의 형제자매), 또 종형제와 종자매, 이종형제자매의 아들과 딸, 고종사촌형제와 고종사촌자매의 아들과 딸, 從(堂)伯叔父, 從(堂)고모(이들은 친외 증조모와 대고모의 아들과 딸이다)이다.

6. 6촌으로 존속은 6대조부, 6대조모, 비속은 昆孫子, 昆孫女, 방계는 형제자매의 현손자, 현손녀와 이에 상응하여 從高祖父, 高大姑母(즉 고조부의 형제자매), 外종고조부, 外고대고모, 또 再從형제자매(즉 아버지를 통한 준형제자매(종형제자매) 또는 이종형제자매 내지 고종사촌형제자매의 자녀들이다)이다.

7. 이로써 어떻게 혈족의 촌수가 계산되는지의 해설이 충분할 것이다. 즉 위[의 설명]로부터 우리가 어떻게 더 이상의 촌수도 계산하여야 하는지 이해한다는 것이 명백하기 때문이다. 즉 각자가 태어나면 언제나 1촌씩을 더하므로, 어떤 이가 몇 촌인지의 물음에 그를 혈족의 고유한 명칭으로 표시하는 것보다 대답하기가 훨씬 쉽다.

8. 종족의 촌수도 동일한 방식으로 계산된다. 9. 그러나 진실이란 눈에 보이게 하는 것이 귀를 통하는 것보다 인간의 마음에 더 잘 각인되기 때문에, 듣기뿐만 아니라 살펴봄

promittitur, non pertinere : nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. sed nostra constitutione, quam pro iure patronatus fecimus (quod ius usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat) et hoc, humanitate suggerente, concessimus, ut si quis in servili consortio constitutus liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive servilis condicionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cuiuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et hi qui ex servili ventre nati sunt libertatem meruerunt, vel, dum mulieres liberae erant, ipsi in servitute eos habuerunt et postea ad libertatem pervenerunt, ut hi omnes ad successionem vel patris vel matris veniant, patronatus iure in hac parte sopito : hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur qui in servitute nati et postea manumissi sunt, sive una cum aliis qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eadem matre vel eodem patre sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum qui ex iustis nuptiis procreati sunt.

에 의해서도 청년들이 촌수에 대한 최고로 완벽한 지식을 획득할 수 있도록, 짐은 촌수의 열거 다음에 이 책 안에 촌수가 [圖解로 써] 기록되는 것이 필요하다고 보았다. 10. [법무관어] 親緣性的의 명목으로 유산 점유를 약속하는 고시의 그 부분이 노예의 혈족 관계는 다루지 않는 것은 명확하다. 왜냐하면 어떠한 옛 법률로도 그러한 혈족관계가 고려되지 않았기 때문이다. 그러나 짐이 보호관계법에 관하여 제정한(이 법은 우리 시대까지 아주 불명확하고 구름으로 가득 차 있었고 모든 부분에서 혼란되어 있었다) 짐의 칙법에 의하여, 仁으로 推動되어, 어떤 이가 노예로서의 형제자매공동체에 있는데 자유인 여자나 노예 신분의 여자로부터 자녀들을 얻는 경우, 반대로 노예인 여자가 자유인이나 노예인 남자에 의하여 아들 또는 딸을 얻은 경우, 자유[신분]를 획득하는 자들에게 [혈족으로서의 상속권을] 讓與하였다. 그리고 노예의 모태에서 태어난 者가 자유를 획득하는 경우, 또는 여자(어머니)들이 자유인이었던 동안 자신들이 노예상태에 빠졌다가 후에 자유를 획득하는 경우 그들 모두가 아버지 또는 어머니를 승계하도록 이 단락의 보호관계법에 의하여 짐은 慰撫한다. 짐은 그들 자녀들이 부모의 승계뿐만

11. Repetitis itaque omnibus quae iam tradidimus apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis optinent, pariter vocari eoque amplius nec eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiozem esse. cum enim prima causa sit suorum heredum quosque inter suos heredes iam enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiozem esse quam fratrum aut patrem matremque defuncti, cum alioquin pater quidem et mater, ut supra quoque tradidimus, primum gradum cognationis optineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognatus et abnepos quarto : nec interest in potestate morientis fuerit an non fuerit, quod vel emancipatus vel ex emancipato aut ex feminino sexu propagatus est. 12. Amotis quoque suis heredibus quosque inter suos heredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum ius adgnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur quam proximior cognatus : nam patruī nepos vel pronepos avunculo vel materterae praefertur. totiens igitur dicimus aut potiozem haberi eum qui proximiozem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos qui cognati sint, quotiens neque suorum heredum iure quique inter suos

아니라 상호 승계를 하도록 하였다. 그 칙법에 의하여 특히 노예상태로 태어나 후에 해방된 자들만 있거나 또는 그들과 함께 부모의 자유획득 후에 -동일한 어머니 또는 동일한 아버지든 또 다른 혼인으로부터이든 -포태된 다른 이들이 있는 경우, -적법 혼인으로부터 출생한 이들과의 유사성에 기하여 -상속을 허용하였다.

11. 이제 짐이 이미 기술한 모든 것을 다시 생각해보면, 동일한 혈족 친등을 가지는 자들이 언제나 균등하게 상속할 수 있는 것은 아니고 또한 더 가까운 혈족인 자가 언제나 우위인 것이 아니라는 점이 명백하다. 즉 제 1순위가 가내 상속인과 짐이 가내 상속인으로 이미 열거한 자들에게 있기 때문에, -위에서 기술한 바와 같이 -부모는 혈족 1친등, 형제는 2친등, 증손자는 3친등, 현손은 4친등이지만 망인의 증손자 또는 현손이 망인의 형제나 부모보다 더 우위라는 것이 명백하다. 부권면제자 또는 부권면제자의 후손 또는 여성의 후손이라면, 망인의 권력 하에 있는지 아닌지는 중요하지 않다.

12. 가내 상속인과 가내 상속인들로 인정된 자들이 상속하지 않는 경우, 완전한 종족권을 가지는 종친은 매우 먼 친등이라 하더라도 대체로 더 가까운 혈족보다 우위이다. 즉

heredes sunt, neque adgnationis iure aliquis praeferrī debeat secundum ea quae tradidimus, exceptis fratre et sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur, qui et si capite deminuti sunt, tamen praeferruntur ceteris ulterioris gradus adgnatis.

TIT. 7

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Nunc de libertorum bonis videamus. olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire : nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, nullo suo herede relicto. itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem

아버지를 경유하는(숙부의) 손자 또는 증손자는 외숙부나 이모에 비하여 우위에 선다. 그리하여 짐은 가내 상속인의 법, 가내상속인으로 인정되는 자의 법, 종족법에 의해서도-짐이 기술했 바에 따라-어떤 이가 우위에 서야 하는 것이 아닌 때에는, 더 가까운 혈족 친등을 가지는 자가 우선한다고 또는 혈족관계에 있는 여러 사람이 균등히 상속할 수 있다고 정한다. 남자 형제나 여자 형제를 상속하는 부권 면제된 남자 형제나 여자 형제와 두격감소가 되었다 하더라도 기타 더 먼 친등의 종족들보다 우위에 서는 자들은 예외로 한다.

제7장

피해방자의 승계에 관하여

이제 피해방자의 유산에 관하여 보자. 한 때 피해방자가 자신의 보호인을 처벌받지 않고 유언에서 묵과할 수 있었다. 즉 12표법은 피해방자가 무유언으로 사망하여 가내상속인이 없는 한에서, 보호인이 피해방자를 상속하도록 하였다. 그리하여 가내상속인을 남겼다면 피해방자가 무유언으로 사망하였다

reliquisset, nihil in bonis eius patrono ius erat. et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela : si vero adoptivus filius esset, aperte iniquum erat nihil iuris patrono superesse. 1. Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est. sive enim faciebat testamentum libertus, iubebatur ita testari ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret : et si aut nihil aut minus partis dimidia relinquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio. si vero intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo, dabatur aequae patrono contra hunc suum heredem partis dimidia bonorum possessio. prodesse autem libertis solebant ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte heredes scripti erant aut praeteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant : nam exheredati nullo modo repellentur patronum. 2. Postea lege Papia adacta sunt iura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. cautum est enim ut ex bonis eius qui sestertiorum centum milium

라도 그의 보호인에게 아무런 권리가 없었다. 親子로부터 가내 상속인을 남겼다면 異論은 없다. 그러나 [가내상속인으로] 養子가 있었다면 보호인에게 아무런 권리가 없다는 것은 형평에 부합하지 않는 것이 명백하다.

1. 이 이유로 후에 법무관의 고시로 이러한 법의 불형평이 수정되었다. 즉 피해방자가 유언을 작성하는 경우, 자신 유산의 절반을 보호인에게 남기면서 유언하도록 명되었다. 아무것도 남기지 않거나 절반 미만으로 남기는 경우, 보호인에게 유언장에 반하여 유산 절반의 유산 점유가 부여되었다. 무유언으로 사망한 경우에도, 양자가 가내 상속인으로 남겨졌다면, 마찬가지로 보호인에게 그 가내 상속인에 반하여 절반의 유산 점유가 부여되었다. 그런데 친자는 일정 상속분으로 상속인들이 지정되거나 또는 간과되었다면 고시에 의한 유언장에 반한 유산 점유를 구한 경우, 사망 시점에 그가 권력 하에 두었던 자들뿐만 아니라, 부권면제되거나 입양된 자라도 보호인을 배제하였다. 상속 폐제된 자들은 결코 보호인을 배제하지 못하였다.

2. 후에 파피우스 법에 의하여 매우 부유한 피해방자를 가지는 보호인의 권리가 확대되

patrimonium reliquerit et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestato mortuus erat, virilis pars patrono deberetur. itaque cum unum filium filiamve heredem reliquerit libertus, perinde pars dimidia patrono debebatur ac si is sine ullo filio filiave decessisset : cum duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono : si tres reliquerat, repellebatur patronus. 3. Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione Graeca lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita huiusmodi causas definivit, ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiae summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur), nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint. sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus ius, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. cum vero maiores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant sive unum sive plures cuiuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, omnibus patronis una cum sua progenie semotis. sin

었다. 즉 [피해방자가] 10만 세스테르티우스의 재산을 남기고 3인 이하의 자녀를 가지는 경우, 유언을 작성하였든 무유언으로 사망하였든 [자녀들과] 균분이 보호인에게 귀속하도록 규정되었기 때문이다. 그리하여 피해방자가 한 명의 아들 내지 딸을 남긴 경우, 아들이나 딸이 없이 사망한 것처럼 절반이 보호인에게 귀속하였다. 두 명의 상속인을 남긴 경우에는 1/3이 보호인에게 귀속한다. 세 명을 남긴 경우에는, 보호인이 배제되었다.

3. 그런데 짐의 칙법은 남녀 피해방자가 100 단위 미만일 경우, 즉 100금 미만의 재산을 가지는 경우(짐은 1000 세스테리우스 당 1금으로 계산하는 것으로 파피우스 법의 최고를 해석하였다), [피해방자가] 유언을 작성했다면 보호인이 상속받을 기회를 가지지 못한다고 규정하였다. 반면에 무유언으로 사망하는 경우, 자녀를 남기지 않으면, 12표법에서 유래하는 보호관계법을 변함없이 유지하였다. 그러나 100 단위 이상이고, 상속인 또는 유산점유자로서-1인이든 성 또는 친등을 불문하고 복수이든-자녀를 가지는 경우, 모든 보호인과 그 후손은 배제되고, 이들이 아버지를 상속할 수 있도록 하였다. 그런데 만일 자녀 없이 사망하는 경우, 무유

autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus : si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos praeterierit, ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam, ut ante, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerint, ita sine onere ut nec liberis liberti libertaevae ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur, sed ad coheredes hoc onus redundaret; multis aliis casibus a nobis in praefata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad huiusmodi iuris dispositionem perspeximus ut tam patroni patronaeque quam liberi eorum nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum ad successionem libertorum vocentur, sicut ex ea constitutione intellegendum est : ut si eiusdem patroni vel patronae vel duorum duarum pluriumve sint liberi, qui proximior est ad liberti

언이라면 상속재산 전체를 남녀 보호인이 상속하게 하였다. 그러나 유언을 작성은 하였으나 자녀가 없거나 있더라도 상속폐제한 경우, 남녀 보호인들을 간과하였는데 어머니나 외할아버지로서 그들(보호인)을 간과한 경우, 그들의 유언이 의무위반이라고 주장할 수는 없는데 그 때 짐은 칙법으로 유산점유를 통하여 유언장에 반하여 예전처럼 절반이 아니라 피해방자 유산의 1/3을 획득한다고 정하였다. 유산의 1/3이 안 되는 부분으로 남녀 피해방자가 그들에게 남긴 경우, 그들에게 결한 것이 짐의 칙법으로 채워졌다. 남녀 피해방자의 자녀들에게 유증되거나 신탁유증된 지분에 기하여 보호인은 이행할 부담이 없었고, 공동상속인들에게 이 부담이 돌아갔다. 상술한 칙법에서 짐에 의하여 취합된 많은 다른 사안들에서 - 그 칙법에서 알 수 있듯이 - 남녀 보호인들과 그들의 자녀들, 그리고 방계로 5친등까지 피해방자를 상속하는 것이 필요하다고 그 법에서 정하였다. 1인이거나 2인 이상의 보호인에게 자녀가 있는 경우, 상속재산은, 방계도 동일한데, 주분이 아닌 두분으로 분배된다. 짐은 생래자유인 내지 피해방자유인의 권리를 상속에서도 거의 통일하였다.

4. 자유인으로서 삶을 살았을지라도 최후의

seu libertae vocetur successionem, et in capita non in stirpes dividatur successio, eodem modo et in his qui ex transverso latere veniunt servando. paene enim consonantia iura ingenuitatis et libertinitatis in successione fecimus. 4. Sed haec de his libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sunt alii liberti simul et dediticiis et Latinis sublatis, cum Latinorum legitimae successiones nullae penitus erant, qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum ita bona eorum iure quodammodo peculii ex lege Iunia manumissores detinebant. postea vero senatus consulto Largiano cautum fuerat ut liberi manumissoris, non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum praeponerentur. quibus supervenit etiam divi Traiani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem venire ex beneficio principis festinavit, faciebat vivum quidem civem Romanum, Latinum autem morientem. sed nostra constitutione propter huiusmodi condicionum vices et alias difficultates cum ipsis Latinis etiam legem Iuniam et senatus

숨으로써 생명뿐만 아니라 자유도 상실하였기 때문에 라틴인에게는 법정 상속이 전혀 존재하지 않았고, 항복자나 라틴인[지위]은 폐지되고, 로마 시민권을 취득한 피해방자들에게 관해서만 오늘날 위의 것들이 적용된다. 그들의 재산이 특유재산법으로 노예의 재산처럼 유니우스 법에 의하여 해방자들이 취득하였다. 후에 라르기우스 원로원의결이 해방자의 자녀들이 거명하여 상속폐제되지 않았다면 그들의 가외 상속인보다 라틴인의 재산에 대하여 우위라고 규정하였다. 보호인의 의사에 반하여 또는 보호인이 알지 못하는데 원수의 은전에 의하여 시민권을 취득하도록 속히 강요되었다면, 동일한 사람을 살아서는 로마시민으로 죽어서는 라틴인으로 만들었던 신황 트라야누스의 고시도 있다. 그러나 짐의 칙법으로 이러한 신분의 혼란과 다른 어려움 때문에, 모든 피해방자가 로마 시민권을 향유하도록, 라틴인이라는 신분 자체와 유니우스 법, 라르기우스 원로원의결, 신황 트라야누스의 고시를 영원히 폐지할 것을 정하였다. 이로써 짐은 놀라운 방식으로 어떤 부가[규정]으로써 라틴인 지위로 이끄는 방식 자체를 로마 시민권 취득 방식으로 전환하였다.

consultum Largianum et edictum divi Traiani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate Romana fruantur, et mirabili modo quibusdam adiectionibus ipsas vias quae in Latinitatem ducebant ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

TIT. 8

DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

In summa quod ad bona libertorum admonendi sumus, senatum censuisse, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui eiusdem gradus sint, aequaliter bona libertorum pertineant, tamen liceret parenti uni ex liberis adsignare libertum, ut post mortem eius solus is patronus habeatur, qui adsignatus est, et ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla adsignatione interveniente pariter admitterentur, nihil iuris in his bonis habeant. sed ita demum pristinum ius recipiunt, si is cui adsignatus est decesserit nullis liberis relictis. 1. Nec tantum libertum, sed etiam libertam, et non tantum filio nepotive, sed etiam filiae neptive adsignare permittitur.

제8장

피해방자의 指定에 관하여

마지막으로 피해방자의 유산과 관련하여 원로원은 본래 동친등의 보호인의 모든 자녀들에게 균등하게 피해방자의 유산이 귀속함에도 불구하고, 한 아버지에게 자녀들 중에서 그(피해방자)의 사후에 지정된 자만이 보호인으로 인정되고 동일한 유산에 지정 행위가 없었다면 동등하게 허용되었을 나머지 자녀들은 그 유산에 어떠한 권리도 갖지 않도록, 피해방자를 지정하는 것이 허용된다고 규정하였다는 점을 짐은 諭示하여야 한다. 그런데 [나머지 자녀들은] 지정된 자가 자녀 없이 사망하는 한에서 이전의 권리를 회복한다.

1. 남자 피해방자만이 아니라 여자 피해방

2. Datur autem haec adsignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, adsignare ei libertum libertamve liceat. unde quaerebatur, si eum cui adsignaverit, postea emancipaverit num evanescat adsignatio? sed placuit, evanescere, quod et Iuliano et aliis plerisque visum est. 3. Nec interest, testamento quis adsignet an sine testamento : sed etiam quibuscumque verbis hoc patronis permittitur facere, ex ipso senatus consulto quod Claudianis temporibus factum est Suillo Rufo et Ostorio Scapula consulibus.

TIT. 9

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia. nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in

자도 아들이나 손자뿐만 아니라 딸이나 손녀에게까지 지정할 수 있다.

2. 이러한 지정능력은 둘 이상의 자녀들을 권력에 가지는 자에게 부여된다. 그리하여 현재 권력 하에 두고 있는 자녀들에게만 남녀 피해방자를 지정할 수 있다. [지정자가] 지정받은 자를 후에 부권면제하여 지정이 소멸하는지의 물음이 생겼다. 소멸한다는 것이 정설인데 율리우스와 다른 학자들도 그렇게 인정하였다.

3. 그리고 어떤 이가 유언으로 지정하는지 아니면 유언 없이 지정하는지는 중요하지 않다. 클라우디우스 치세에 그리고 루푸스와 스카폴라가 집정관시에 제정된 원로원 의결로써 어떠한 문언으로도 보호인은 이것을 할 수 있다.

제9장

유산점유에 관하여³⁸⁾

유산 점유법은 법무관에 의하여 구법 개정의 목적으로 도입되었다. 무유언자의 상속뿐만 아니라 유언이 작성되고 사망한 자의 상속도 짐이 상술한 방식으로 구법을 법무

eorum quoque qui testamento facto decesserint. nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adiuvabatur : sed hic e nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus. 1. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. nam illis quoque qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem : item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat : sed et remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet iure civili. 2. Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest : per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutiones principales : sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus

관이 개정하였다. 왜냐하면 가외 유복자가 상속인으로 지정되는 경우, 시민법에 의해서는 [상속인] 지정이 효력이 없기 때문에 상속할 수 없을지라도 명예관법으로 유산 점유자가-법무관에 의한 조력을 얻어-생겼다. 그러나 [가외 유복자도] 오늘날 여기 집의 칙법으로-마치 시민법에 알려져 있지 않은 것이 아닌 것처럼-유효하게 상속인으로 지정된다.

1. 그러나 때로 구법을 개정이나 폐기하려는 것이 아니라 오히려 확고하게 하려는 목적으로 유산 점유가 약속된다. 즉 유언 작성이 유효하게 되어 상속인으로 지정된 자들에게도 유언장에 따라 유산점유를 부여한다. 또 무유언인 경우 가내 상속인들과 종족들도 유산점유를 할 수 있도록 한다. 단, 유산점유가 아니더라도 그들은 [이미] 시민법에 따라 상속할 수 있다.

2. 그런데 법무관은 그들이 상속하도록 해주지만, [그들이] 시민법상 상속인이 되지는 못한다(왜냐하면 법무관은 누구를 상속인으로 만들 수는 없기 때문이다. 법률만으로 또는 원로원의결이나 칙법과 같은 유사한 법규범으로써만 상속인이 있게 된다). 그러나 그들에게 법무관이 유산 점유를 부여하는 경우, [그들은] 상속인의 지위에 들게

dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur : nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit. 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae. prima quae praeteritis liberis datur vocaturque contra tabulas. secunda quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. et primo loco suis heredibus, et his qui ex edicto praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem quae vocatur unde liberi. secundo legitimis heredibus : tertio decem personis quas extraneo manumissori praeferebat (sunt autem decem personae hae : pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni, item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater, soror, sive consanguinei sive uterini) : quarto cognatis proximis : quinto tanquam ex familia : sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus : septimo viro et uxori : octavo cognatis manumissoris. 4. Sed eas quidem praetoria induxit iurisdictio. nobis tamen nihil incuriosum praetermissum est, sed nostris constitutionibus

되고 유산점유자라고 불린다. 더 나아가 법무관이 유산 점유를 부여함에 있어 누구도 승계인 없이 사망하지 않도록 추구하여 복수의 친등을 법무관이 만들었다. 즉 12표법에 의하여 매우 좁은 한계 내로 제한된 상속재산 취득법을 법무관이 선과 형평에 따라 확장하였다.

3. 그런데 유언 존재시의 유산 점유란 다음의 것이다. 첫째로, 그것이 간과된 자녀들에게 부여되고 ‘유언장에 反한다’고 불린다. 둘째로, 적법하게 지정된 모든 상속인들에게 법무관이 약속하는 것으로서 그리하여 ‘유언장에 따른다’고 불린다. 그리고 [법무관] 우선 유언에 관하여 언급한 다음에, 무유언자들로 넘어갔다. 제1순위로 가내 상속인들과 법무관 고시에 의하여 가내 상속인으로 인정되는 자들에게 유산 점유를 부여하고, 그리하여 [유산 점유가] ‘그것으로부터 자녀들이’라고 불린다. 제2순위로 법정 상속인들에게 [부여한다]. 제3순위로 가외 부권면제자보다 우위에 서는 10인(10인은 다음과 같다. 아버지, 어머니, 親外 조부와 조모, 또 아들, 딸, 이들에게서 낳았든 딸에서 낳았든 손자와 손녀, 同父 내지 同母인 남자 형제, 여자 형제)에게, 제4순위로 최근 혈족에게, 제5순위로 가족에게, 제6순위로 남

omnia corrigentes, contra tabulas quidem et secundum tabulas bonorum possessiones admisimus utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato unde liberi et unde legitimi bonorum possessiones. 5. Quae autem in praetoris edicto quinto loco posita fuerat, id est unde decem personae, eam pio proposito et compendioso sermone supervacua ostendimus : cum enim praefata bonorum possessio decem personas praeponere extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium et supervacua fiat praedicta bonorum possessio. sublata igitur praefata quinta bonorum possessione, in gradum eius sextam antea bonorum possessionem reduximus et quintam fecimus, quam praetor proximis cognatis pollicetur. 6 (5). Cumque antea septimo loco fuerat bonorum possessio, tanquam ex familia et octavo unde liberi patroni patronaeque et parentes eorum, utramque per constitutionem nostram, quam de iure patronatus fecimus, penitus vacuavimus : cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones

녀 보호인과 그들의 자녀와 부모에게, 제7 순위로는 부부에게, 제8순위로는 부권면제자의 혈족에게 [부여한다].

4. 유산 점유가 법무관의 사법권으로 도입된 것이기는 하다. 그러나 짐에 의하여 아무 것도 방치되어 간과되지 않았고 짐의 칙법들로 짐은 모든 것을 교정하면서 유언장에 반하여 또는 유언장에 따른 유산 점유가 필요하다고 보아 허용하였고, 무유언의 경우에도 ‘그로부터 자녀들이’와 ‘그로부터 법정 상속인들이’ 유산 점유를 허용하였다.

5. 그런데 법무관 고시에서 5순위였던 유산 점유, 즉 ‘그로부터 10인이’ 유산점유를 짐은 敬義로운 계획과 간략한 언명으로써 불필요하다고 밝혔다. 왜냐하면 위 유산 점유가 10인을 가외 부권면제자보다 우위에 둔 반면, 자녀들 부권면제에 관하여 짐이 제정한 짐의 칙법은 모든 아버지에게 그리고 [그이와] 동급의 부권면제자에게 부여하되 신탁계약을 체결하여 부권면제하는 것으로 정하였다. [그 결과] 부권면제 자체가 이미 특권을 가지고, 상기의 유산 점유는 헛된 것이 된다. 그리하여 상속의 제5순위 유산 점유의 폐지 후에 이전의 제6순위를 제5순위로 올려서, 법무관이 최근 혈족에게 약속한 바를 제5순위로 만들었다.

posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coartavimus, ut sit aliqua inter ingenuos et libertos differentia, sufficiunt eis tam contra tabulas bonorum possessio quam unde legitimi et unde cognati, ex quibus possint sua iura vindicare, omni scrupulositate et inextricabili errore duarum istarum bonorum possessionum resoluta. 7 (6). Aliam vero bonorum possessionem, quae unde vir et uxor appellatur et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco, id est sexto, eam posuimus, decima veteri bonorum possessione, quae erat unde cognati manumissoris, propter causas enarratas merito sublata : ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes. 8 (7). Septima eas secuta, quam optima ratione praetores introduxerunt. novissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio quibus ut detur lege vel senatus consulto vel constitutione comprehensum est, quam neque bonorum possessionibus quae ab intestato veniunt, neque eis quae ex testamento sunt, praetor stabili iure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigat, accommodavit scilicet his qui ex legibus, senatus

6. 그리고 이전에 특히 ‘가족으로부터’ 유산 점유가 제7순위에 있었고 제8순위로는 남녀 보호인의 자녀와 부모였는데, 두 순위를 보호관계법에 관한 짐의 칙법으로써 완전히 공허한 것으로 만들었다. 또 생래자유인의 승계와의 유사성에 기하여 피해방자에 대한 승계를 정하였는데, 생래자유인과 피해방자유인의 일정한 차이에 기하여 그것(피해방자에 대한 승계)을 5순위까지로 제한하였기에, 그들에게는 권리를 자기의 것이라고 주장하기 위하여 ‘유언장에 반하는’ 유산 점유와, ‘그로부터 법정’ 유산 점유와 ‘그로부터 혈족이’ 유산 점유로써 충분하다. 그러한 두 종류 유산 점유의 모든 변태와 불가해한 오류들은 이로써 해소되었다.

7. 그러나 ‘그것으로부터 부부가’라고 불리고 옛사람들 사이에서 9순위의 유산 점유로 정해져 있던 또 하나의 유산 점유를 그 효력에 있어 짐은 보존하였고 더 높은 순위, 즉 제6순위에 놓았다. 해방자의 혈족에게 부여된 예전 10순위 유산 점유가 상술한 사유에 기하여 정당하게 폐지되었다. 그리하여 6개의 통상적 유산 점유만이 그 효력에 있어서 완전하게 남아있다.

8. 최상의 근거로써 법무관이 도입한 제7순위가 후속한다. 마지막으로 고시으로써 법률

consultis, constitutionibus principum ex novo iure vel ex testamento vel ab intestato veniunt.

9 (8). Cum igitur plures species successio-
 num praetor introduxisset easque per
 ordinem disposuisset et in unaquaque specie
 successio-
 nis saepe plures extent dispari gradu
 personae : ne actiones creditorum differrentur, sed
 haberent quos convenirent, et ne facile in
 possessionem bonorum defuncti mitterentur et eo
 modo sibi consulere-
 nt, ideo petendae bonorum
 possessioni certum tempus praefinivit. (9). liberis
 itaque et parentibus tam naturalibus quam
 adoptivis in petenda bonorum possessione anni
 spatium, ceteris centum dierum dedit. 10 (5). Et
 si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem
 non petierit, eiusdem gradus personis ad-
 crescit :
 vel si nemo ex eo sit, deinceps ceteris proinde
 bonorum possessionem ex successorio edicto
 pollicetur ac si is qui praecedebat ex eo numero
 non esset. si quis itaque delatam sibi bonorum
 possessionem repudiaverit, non quousque tempus
 bonorum possessioni praefinitum excesserit,
 expectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto
 admittuntur. 11 (6). In petenda autem bonorum
 possessione dies utiles singuli considerantur. 12
 (7). Sed bene anteriores principes et huic causae

또는 원로원의결 또는 칙법에 의하여 규정
 되어 부여될 자들에게도 유산점유가 약속된
 다. 그 유산점유를 무유언으로 이루어지는
 유산 점유에도 유언에 기한 유산점유에도
 법무관은 확고한 법에 따라 산입하지 않았
 으나, 최후의 非常의 수단으로서 필요한 경
 우, -유언에 기한 것이든 무유언에 기한 것
 이든-새 법을 내용으로 하는 법률, 원로원
 의결, 원수 칙법에 의한 유산점유에 포함시
 켜다.

9. 그리하여 여러 종류의 승계를 법무관이
 도입하고 그것들에 순위를 정하였고, 종종
 복수의 같지 않은 친등이 한 사람에게 존재
 하기 때문에, 채권자의 소권이 연기되지 않
 고 소 제기할 자를 가지도록, 그리고 쉽게
 망인의 유산에 대한 매각이 되지 않도록 그
 리고 이렇게 自助하지 않도록 유산점유 신
 청에 일정 기한이 정해졌다. 그리하여 生·
 養 자녀들과 아버지들에게는 유산점유 청구
 시에 1년의 기한을 나머지 사람들에게는
 100일을 주었다.

10. 어떤 이가 이 기한 내에 유산점유를 신
 청하지 않는 경우, 동일 친등의 사람들에게
 첨가된다. 또는 아무도 그러한 이가 없을 경
 우, 그 다음에는 나머지 사람들에게 유산점
 유를, 선순위자가 그 부류에 있지 않았던 것

providerunt, ne quis pro petendo bonorum possessiones curet, sed, quocumque modo si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

TIT. 10

DE ADQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Est et alterius generis per universitatem successio, quae neque lege duodecim tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure quod consensu receptum est, introducta est. 1. Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res eius corporales et incorporales quaeque ei debitae

처럼, [법무관은] 승계관련 고시에 의하여 약속하였다. 그리하여 어떤 이가 자신에게 온 유산 점유를 거절하는 경우, 유산점유에 예정된 기한을 초과할 때까지 기다리지 않고, 즉시 그 고시에 의하여 나머지 사람들에게 [유산점유가] 허용된다.

11. 유산 점유 신청에 있어 실용기간만이 고려된다.

12. 그러나 이전 元首들이, 어떤 이가 유산 점유 신청을 할 필요가 없도록 그러나 정해진 기한 내에 임의의 방식으로 청구하였다는 표지를 보이는 경우, 그것(유산점유)의 완전한 은전을 입도록 이 사안에서도 잘 예측하여 규정하였다.

제10장

자권자입양에 의한 취득에 관하여

12표법이나 법무관 고시에 의해서가 아니라, 승인에 의하여 받아들여진 법에 의하여 도입된 또 다른 종류의 포괄승계가 있다.

1. 즉 가부가 자권자입양으로 들어간 경우, 그의 有·無體의 모든 재산과 그의 채권이 전에는-[피해방자에 대한] 노무 채권과 종

sunt adrogatori ante quidem pleno iure acquirebantur. exceptis his quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et ius adgnationis. usus etenim et usus fructus, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio. 2. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quae per adrogationem fiebat, coartavimus ad similitudinem naturalium parentum : nihil etenim aliud nisi tantummodo usus fructus tam naturalibus patribus quam adoptivis per filiosfamilias acquiritur in his rebus quae extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato : mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia etiam dominium eius adrogatorem transit, nisi supersint aliae personae quae ex nostra constitutione patrem in his quae adquiri non possunt antecedunt. 3. Sed ex diverso pro eo, quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem iure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona, quae eius cum usu fructu futura fuissent, si se alieno iuri non subiecisset, possidere et legitimo modo ea disponere.

족상속권같이 두격감소로 소멸하는 것은 예외지만-입양자에게 완전히 귀속하였다. 그리고 용익권도 그것들에게 속하였는데 小두격감소로 소멸하는 것을 짐은 칙법으로 금하였다.

2. 이제 짐이 자권자입양으로 이루어지던 취득을 생부와의 유사성에 기하여 제한하였다. 즉 외부인으로부터 아들이 취득한 재산에 있어 그들(양자)에게 완전한 소유권은 유보된 채 생부나 양부는 가자를 통하여 용익권밖에 취득할 수 없다. 양가에 자권자입양된 아들이 사망하는 경우, 짐의 칙법으로 취득할 수 없는 재산에서 아버지보다 우선순위의 다른 사람이 남아있지 않은 한, 그의 재산도 입양자에게 이전한다.

3. 그러나 반대로 자권자입양으로 들어간 자가 부담한 채무를 입양자가 법상 당연히 책임지는 것은 아니지만, 아들의 명목으로 소구되고 그가 방어하기를 원치 않는 경우, 아들이 타권에 복하지 않았다면 가졌을-용익권을 포함하는-재산을 압류하고 적법하게 처분할 수 있는 것이 채권자에게 허용된다.

TIT. 11

DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA
ADDICUNTUR.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. nam si hi qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur. et ita rescripto divi Marci ad Popilium Rufum continetur. 1. Verba rescripti ita se habent : ‘Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona esse coeperunt ut veniri debeant : is cuius de ea re notio est aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum quae directo, quam earum quae per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido quod cuique debetur solvendo. et hi quidem quibus directa libertas data est perinde liberi erunt ac si hereditas adita esset : hi autem quos heres rogatus est manumittere a te libertatem consequantur : nisi si non alia condicione velis bona tibi addici quam ut etiam

제11장

자유 의 원인으로 재산이 부여판결되는 자에
관하여

신황 마르쿠스 아우렐리우스의 칙법으로 새로운 승계 사안이 부가되었다. 즉 주인으로부터 상속승인이 되지 않은 유언으로 자유를 얻은 자가 유산이 자유보존의 목적으로 자신에게 부여되기를 원하는 경우, 청허되어야 한다. 이렇게 신황 마르쿠스의 포필리우스 루푸스에 대한 비답에 규정되었다. 1. 비답의 문언은 다음과 같다. ‘자신의 유언으로 어떤 이(노예)들에게 자유를 부여한 비르기니우스 발렌스에게 어떠한 무유언(法定) 승계인도 존재하지 않는데 그러한 상황에서 재산이 경매되어야 한다. 네가 적절하게 채권자들에 대하여 완전히 [변제할 것을] 담보하는 경우, 직접의 자유뿐만 아니라 신탁 유증에 의해서 남겨진 자유도 보호하기 위하여 [유산이] 너에게 부여결정되어야 한다는 너의 신청을 심리를 담당하는 자는 고려하여야 한다. 직접적으로 자유가 부여된 자들은 상속이 승인된 것처럼 자유인이 될 것이다. 그러나 상속인에게 해방이 청구된 자들은 너에 의하여 자유를 획득한다. 또한 네

qui directo libertatem acceperunt tui liberti fiant; nam huic etiam voluntati tuae, si ii de quorum statu agitur consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. et ne huius rescriptionis nostrae emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, et hi qui rebus nostris attendunt scient, commodo pecuniario praefendam libertatis causam, et ita bona cogenda ut libertas his salva sit qui eam adipisci potuerunt si hereditas ex testamento adita esset.’

2. Hoc rescripto subventum est et libertatibus et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. certe si fuerint ex hac causa bona addicta, cessat bonorum venditio; extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet. 3. Inprimis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datae sunt. quid ergo, si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit neque adita sit ab intestato hereditas? favor constitutionis debet locum habere. certe si testatus decedat et codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est. 4. Tunc constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. ergo quamdiu incertum sit, utrum existat an non, cessabit constitutio : si

가 직접적으로 자유를 획득하는 자들이 너의 피해방자가 된다는 조건하에서만 유산이 너에게 부여되기를 원하는 경우, 신분이 다 투어지는 그 자들이 동의하는 경우, 너의 의사에 짐의 권위를 부여한다. 그리고 그러한 짐의 비답의 이익이 다른 이유로 실효하지 않도록, 황고가 유산을 가지려 하는 경우, 금전적 이익보다 자유의 사유를 선호할 것을 짐의 재산을 관리하는 자들이 알 것이다. 그리고 유언에 기한 상속이 승인되었다면, 보유했을 자들에게 자유가 있도록 유산이 징수되어야 한다.’

2. 이 비답으로 자유도-그들의 유산이 채권자에 의하여 압류되고 매각되지 않도록-망인도 원조되었다. 확실히 이 사유로 유산이 부여되는 경우, 유산 매각은 소멸한다. 즉 채권자에 대하여 전부를 담보하는 망인의 방어인, 그것도 적절한 방어인이 있기 때문이다.

3. 무엇보다도 이 비답은 유언으로 자유가 부여되는 경우마다 효력이 있다. 그런데 어떤 이가 무유언으로 사망하고 유산처분문기로 자유를 부여하고 무유언 상속이 승인되지 않은 경우, 어떠한가? 처벌의 우대가 적용되어야 한다. 명백히 유언자가 사망하는데 유산처분문기로 자유를 부여한 경우, 자

certum esse coeperit neminem extare, tunc erit constitutioni locus. 5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuit se ab hereditate, an, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio? et debet addictio bonorum fieri. quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? utique non erit dicendum revocari libertates quae semel competierunt. 6. Haec constitutio libertatum tuendarum causa introducta est : ergo si libertates nullae sint datae, cessat constitutio. quid ergo, si vivus dedit libertates vel mortis causa et, ne de hoc quaeratur, utrum in fraudem creditorum an non factum sit, idcirco velint addici sibi bona, an audiendi sunt? et magis est, ut audiri debeant, etsi deficient verba constitutionis. 7. Sed cum multas divisiones eiusmodi constitutioni desse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in quam multae species collatae sunt, quibus ius huiusmodi successionis plenissimum est effectum : quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere.

유가 귀속한다는 점에 의심의 여지는 없다.

4. 무유언 승계인이 아무도 존재하지 않는 때에, 이 칙법이 적용된다고 문언이 보여준다. 그래서 [상속인이] 존재하는지 아닌지 불확실한 동안, 칙법은 효력이 없다. 아무 [상속인]도 존재하지 않는다는 것이 명백해지는 경우, 칙법이 적용될 것이다.

5. 원상회복될 수 있는 자가 자신이 상속으로부터 자체한(상속을 거절한) 경우, 원상회복될 수 있다 하더라도 이 칙법이 허용되고 재산의 부여가 이루어져야 하는가? 그런데 자유유지 목적으로 이루어진 유산 부여 후에 원상회복되면, 어떻게 할 것인가? 여하튼 한 번 귀속하였던 자유가 철회된다고 말해서는 안 된다.

6. 이 칙법은 자유 보호의 목적으로 도입된 것이다. 그리하여 자유가 부여되지 않은 경우에는 칙법도 실효한다. 生者가 자유를 부여하든 死因으로 자유를 부여하든, 채권자 詐害인지 아닌지에 관하여 訊問되지 않도록 자신에게 [유산이] 부여되기를 원하는 경우 聽訟되어야 하는가, 어찌할 것인가? 그런데 칙법에 明文이 없어도 청송되는 것이 더 옳다.

7. 그러나 그러한 많은 구분들이 칙법에 없다는 점을 짐이 알았기에, 짐은 완전한 승계

TIT. 12

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE
FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM
ET EX SENATUS CONSULTO
CLAUDIANO.

Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. qualis fuerat bonorum emptio quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat quando iudicia ordinaria in usu fuerunt : sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et, prout eis utile visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit. 1. Erat et ex senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem

법이 이루어질 수 있도록 많은 사안 종류가 집적된 완전한 칙법을 제정하였다. 그러한 사안들은 칙법을 읽어보는 것만으로도 누구라도 알 수 있을 것이다.

제12장

폐지된 유산 매각과 클라우디우스 원로원의 결로써 이루어졌던 승계에 관하여

상술한 승계 전에 한 때 또 다른 포괄 승계들이 있었다. 채무자의 재산 매각을 위하여 많은 곡절을 통하여 도입된, 통상 소송이 사용되고 있던 때에 적용되던 유산 점유가 그러한 것이었다. 그러나 후대가 비상심리절차를 사용하였을 때, 그래서 그 통상 소송절차와 함께 유산 매각도 소멸한 때에, 다만 채권자들에게 심판인의 직권으로 유산 점유와 -그들에게 유용한 것으로 인정되었듯이 - 유산의 처분이 부여되는데 이것은 학설회찬의 여러 권에서 더 완벽히 밝혀질 것이다. 1. 자유인인 여성이 노예와 狂歡(狂歡)으로 사랑하여 그 원로원의결에 의하여 자유를 상

adquisitio, cum libera mulier servili amore
bacchata ipsam libertatem per senatus consultum
amittebat et cum libertate substantiam : quod
indignum nostris temporibus esse existimantes, et
a nostra civitate deleri et non inseri nostris
digestis concessimus.

TIT. 13

DE OBLIGATIONIBUS.

Nunc transeamus ad obligationes. obligatio
est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur
alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis
iura. 1. Omnium autem obligationum summa
divisio in duo genera deducitur : namque aut
civiles sunt aut praetoriae. civiles sunt, quae aut
legibus constitutae aut certe iure civili
comprobatae sunt. praetoriae sunt, quas praetor
ex sua iurisdictione constituit, quae etiam
honorariae vocantur. 2. Sequens divisio in
quattuor species deducitur : aut enim ex
contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex
maleficio aut quasi ex maleficio. prius est, ut de
his quae ex contractu sunt dispiciamus. harum

실하고 자유와 함께 재산도 상실하는, 클라
우디우스 원로원의결에 기한 가련한 포괄취
득이 있었다. 짐은 이것이 우리 시대에는 걸
맞지 않다고 판단하여, 짐의 제국에서 폐지
하고 짐의 학설회찬에 편입되는 것을 允許
하지 않았다.

제13장

채무에 관하여

이제 채무로 넘어가자. 채무란 법의 사슬이
다. 그 사슬의 강제성으로 우리나라의 법에
따라 우리가 누군가에게 목적(물)의 급부로
구속된다.

1. 모든 채무의 기초적 구분은 두 종류로 된
다. 즉 시민법적, 법무관법적 채무이다. 시
민법적 [채무란] 법률에 의하여 제정되거나
시민법에 의하여 명백히 승인된 것이다. 법
무관법적 채무란 법무관이 자신의 사법권에
의하여 정한 것이다.

2. 그 다음의 구분은 4종으로 된다. 즉 계약
또는 準계약 또는 불법행위 또는 準불법행
위으로써 [채무가] 발생한다. 계약으로부터
발생하는 것에 관하여 설명하는 것이 첫 번

aeque quattuor species sunt : aut enim re
contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu.
de quibus singulis dispiciamus.

TIT. 14

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR
OBLIGATIO.

Re contrahitur obligatio veluti mutui
datione. mutui autem obligatio in his rebus
consistit quae pondere, numero mensurave
constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia
numerata, aere, argento, auro, quas res aut
numerando aut metiendo aut adpendendo in hoc
damus ut accipientium fiant, et quandoque nobis
non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et
qualitatis reddantur. unde etiam mutuum
appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex
meo tuum fiat. ex eo contractu nascitur actio
quae vocatur condictio. 1. Is quoque, qui non
debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re
obligatur : daturque agenti contra eum propter
repetitionem condicticia actio; nam proinde ei

째이다. 이것은 마찬가지로 4종으로 나뉜다.
즉 물건(要物계약), 문서(문서계약), 언어(언
어계약), 합의(諾成계약)에 의한 것이다. 그
각각에 관하여 살펴보자.

제14장

어떠한 방식으로 물건에 의한 채무가 체결되
는가.

소비대차에서처럼 물건에 의하여 계약이 체
결된다(要物계약). 즉 소비대차에 의한 채무
는 예컨대 포도주, 올리브유, 곡물, 금전, 청
동, 은, 금 등, 量, 수, 내지 치수에 의하여
이루어지는 물건들에 기하는데, 이 물건들
은 계산하고 측정하고 측량하여 수령자의
것이 되도록 그에게 준다. 우리에게 동일한
물건이 아니고 동일한 성질과 품질의 다른
것이 반환되는 때에 그러하다. 이로써 또한
소비대차mutuum라 불린다. 왜냐하면 나의
것meum으로부터 너의 것tuum이 되도록 나
에 의하여 너에게 주어지기 때문이다. 이 계
약으로써 부당이득반환청구소권이라는 소
권이 발생한다.

1. 착오로 변제하는 자에 의한 非債를 수령

condici potest ‘si paret eum dare oportere’ ac si mutuum accepisset. unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenetur indebiti conditione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat magis distrahere voluit negotium quam contrahere. 2. Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat : namque non ita res datur ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire : sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit : alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris, et vel incursu hostium praedonumve vel

하는 자도 물건으로써 채무를 진다. 그리고 원고에게 그를 상대로 반환을 위하여 부당이득반환청구소권이 주어진다. 즉 ‘그가 주어야 하는 것이 명백한 경우’ 그가 소비대차금을 수령한 것처럼 그에게 부당이득반환청구될 수 있다. 그리하여 그에게 후견인의 助成 없이 비채가 착오로 주어지는 경우, 피후견인은 소비대차와 마찬가지로 비채 부당이득반환소권으로 책임지지 않는다. 그러나 이러한 채무의 종류는 변제의 의사로 주는 자가 거래의 締結보다 解消을 더 원하기에, 계약에 의한 것으로 인정되지 않는다.

2. 또 어떤 물건이 사용을 위하여 주어지는, 즉 사용대차가 이루어지는 자도 물건으로 채무를 지고 사용대차 소권으로 책임 진다. 그러나 그는 소비대차금을 수령한 자와는 크게 다르다. 왜냐하면 그의 것이 되도록 물건이 주어지지 않고 그것(사용대차)을 위하여 동일한 물건을 반환하도록 책임지기 때문이다. 소비대차금을 수령한 자가 예컨대 화재, 건물붕괴, 난파, 강도나 적군의 침탈 등 일정한 우연적 사변으로 수령한 것을 상실한 경우, 그럼에도 불구하고 여전히 채무를 부담한다. 그런데 사용의 목적으로 수령한 자는 확실히 엄격한 물건 보관의 주의의무를 지도록 명되는데, 다른 이가 그 물건을

naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur : gratuitum enim debet esse commodatum. 3. Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque neglegentiae, non tenetur : itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui neglegenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet. 4. Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet : quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

더 큰 주의의무를 가지고 보관할 수 있는 한, 그에게 통상 자기 물건에 부가되는 정도의 주의의무를 부가한 것은 충분하지 않다. 그러나 사변을 당한 자의 과실이 없는 한, 불가항력이나 불가항적 사변에 의하여 책임 지지 않는다. 반면에 너에게 사용대차로서 주어진 것을 네가 외국에 가져가기를 더 원하여 적이나 강도의 침탈이나 난파로 상실하는 경우, 네가 그 물건의 반환 책임을 진다는 점은 의심의 여지가 없다. 사용대차물이란 엄밀하게 대가의 수령 내지 정함 없이 물건이 너에게 사용을 위하여 주어지는 것으로 이해된다. 달리 대가가 개입하면 너에게 물건의 사용이 임대되는 것으로 인정된다. 즉 사용대차는 無償이어야 한다.

3. 그 외에도 어떤 물건이 임치되는 자도 물건으로 채무를 부담하고, 수령한 물건을 반환하도록 임치 소권으로 책임진다. 그런데 그는 어떤 것을 악의로 범한 경우에만 책임을 지고, 過失의 명목으로 즉 해태와 부주의로써는 책임지지 않는다. 그리하여 주의의무를 다하여 물건을 보관하는데 물건을 절도로 상실한 자는 면책된다. 왜냐하면 부주의한 친구에게 보관을 위하여 물건을 인도한 자는 자신의 편익을 위하여 책임을 져야 하기 때문이다.

4. 질물을 수령한 채권자도 물건으로 채무 부담한다. 그 자는 수령한 동일한 물건에 관하여 질권 소권으로써 반환 책임을 진다. 질권은 금전차용이 더 잘 되는 채무자와 채권이 안전하게 있다는 채권자 양자의 이익으로 부여되기 때문에, 그 물건 보관을 위하여 최고로 엄격한 주의의무가 부과된다는 것이 충분하다는 것이 정설이다. 주의를 다하고 일정한 우연적 사변에 의하여 물건을 상실하는 경우, 면책되고 채무를 청구하는 것이 저지되지 않는다.

TIT. 15

DE VERBORUM OBLIGATIONE.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, cum quid dari fieri nobis stipulamur. ex qua duae proficiscuntur actiones, tam conductio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

1. In hac re olim talia verba tradita fuerunt : spondes? spondeo, promittis? promitto,

제15장

언어채무에 관하여

언어 채무는 어떤 것이 우리에게 주어지거나 되도록 약속되는 때에, 질문과 답변으로 체결된다. 그 채무에 의하여 문답계약이 확정인 경우 부당이득반환소권, 불확정인 경우 문답계약에 기한 소권 두 소권이 발생한다. 이 소권은 옛사람들 사이에서 ‘stipulum’ 이-아마도 ‘stipes’(나무줄기)에서 유래하여-확고하다는 의미로 불렸기 때문에 그 이름을 사용한다.

fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, dabis? dabo, facies? faciam. utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat : nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere : quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt. sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt : postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

2. Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. pure veluti ‘quinque aureos dare spondes?’ idque confestim peti potest. in diem, cum adiecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit : veluti ‘decem aureos primis kalendis Martiis dare spondes?’ id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest : ac ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est peti potest, quia totus ille dies arbitrio solventis tribui debet. neque enim certum est eo

1. 이 사안에서 예전에 다음의 어구가 사용되었다. 서약하느냐? 서약한다. 약속하느냐? 약속한다. 信約하는가? 신약한다. 信命하는가? 신명한다. 줄 것인가? 줄 것이다. 할 것인가? 할 것이다. 문답계약은 라틴어나 희랍어 또는 기타 언어로 이루어질 수 있고, 문답계약의 두 당사자가 그 언어를 이해한다면 문제되지 않는다. 두 당사자가 동일한 언어를 사용하는 것도 필요하지 않고, 질문에 합치하도록 대답하는 것으로 충분하다. 아니 심지어 두 희랍인이 라틴어로 채무를 체결할 수도 있다. 예전에는 요식적 어구가 사용되었으나, 후에는 어구의 요식성을 폐지하고 -어떠한 언어로 표현되든- 두 당사자의 의사 그리고 일치하는 理解만을 요건으로 하는 레오 황제의 칙법이 제정되었다.

2. 모든 문답계약은 단순하게(부관 없이) 또는 기한부 또는 조건부로 이루어진다. 단순하게란 예컨대 ‘5鎊을 줄 것을 서약하는가?’이고, 즉시 청구될 수 있다. 기한부는 금전이 변제될 기일을 부가하여 문답계약이 이루어진다. 예컨대 ‘10鎊을 다음의 3월 초하루에 줄 것을 서약하는가?’인데, 기한부로 우리가 문답계약 체결하는 것은 즉시 채무가 되지만, 기일 도래 전에 청구할 수는 없다. 그리고 문답계약이 정한 그 날에도 결코

die in quem promissum est datum non esse, priusquam is praetereat. 3. At si ita stipuleris ‘decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?’, et pure facta obligatio intellegitur et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest. sed heres petendo pacti exceptione submovebitur. 4. Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti ‘si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?’ si quis ita stipuletur ‘si in Capitolium non ascendero, dare spondes?’ perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi. ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit. 5. Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti ‘Carthagine dare spondes?’ quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus iniectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. et ideo si quis ita Romae stipuletur ‘hodie Carthagine dare spondes?’ inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit re promissio. 6. Condiciones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infirmant

청구될 수 없다. 왜냐하면 그 날 전체[중언 제 변제할 것인지]가 변제자의 임의에 맡겨져 있기 때문이다. 즉 약속된 그 날에 供與되지 않았다는 것이 그 날이 徒過되기 전까지는 확실하지 않은 것이다.

3. 그러나 네가 ‘내가 살아 있는 동안 매년 10금을 줄 것인가’로 문답요약하는 경우, 채무가 단순하게 이루어진 것으로 이해되고, 終期로 채무가 있을 수는 없기 때문에 영속화된다. 그러나 상속인이 [10금을] 청구하면, 簡約(합의)의 항변으로 기각될 것이다.

4. 예컨대 ‘만일 티티우스가 집정관이 된다면 5금을 줄 것을 서약하는가’처럼 어떤 일이 발생하거나 발생하지 않는 데에 문답계약이 맡겨지도록, 일정 사건까지 채무가 연기되는 경우, 조건부로 문답계약이 된다. 어떤 이가 ‘만일 내가 카피톨리움에 오르지 않는다면 줄 것을 서약하는가?’로 문답요약하는 경우, 그가 죽는 경우 자신에게 공여되도록 문답요약한 것과 같이 된다. 조건부 문답계약에서는 단지 채무가 발생한다는 희망만 있다. 그리고 조건이 성취되기 전에 우리가 죽는 경우에는 바로 그 희망을 [상속인에게] 이전한다.

5. 예컨대 ‘카르타고에서 줄 것을 서약하는가?’와 같은 어구가 문답계약에 통상 삽입

obligationem aut omnino non differunt : veluti ‘si Titius consul fuit’ vel ‘si Maevius vivit, dare spondes?’ nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio : sin autem ita se habent, statim valent. quae enim per rerum naturam certa sunt non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

7. Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta : ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit. itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poena debet : ‘si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes?’ sed si quaedam fieri, quaedam non fieri una eademque conceptione stipuletur, clausula erit huiusmodi adicienda : ‘si adversus ea factum erit sive quid ita factum non erit, tunc poenae nomine decem aureos dare spondes?’

된다. 이 문답계약은 단순하게 이루어진 것으로 인정되지만, [사물의] 본성상 낙약자가 카르타고에서 금전을 공여하기 위하여 들어야 하는 부가 시간을 포함한다. 그래서 어떤 이가 로마에서 ‘오늘 카르타고에서 줄 것을 서약하는가?’라고 문답요약한 경우, 낙약이 불능이기 때문에 문답계약은 무효가 된다. 6. 예컨대 ‘티티우스가 집정관이었던’ 또는 ‘마이비우스가 살아 있다면, 줄 것을 서약하는가?’처럼 과거 또는 현재에 관련된 조건으로써 즉시 채무가 무효가 되거나 또는 전혀 연기되지 않는다. 왜냐하면 조건이 그렇지 않으면, 문답계약은 효력이 없고, 반면 그러하다면, 즉시 효력이 있기 때문이다. 즉 사물의 본성상 확실한 것은 비록 우리 사이에서는 불확실하더라도 채무를 [조건으로] 연기할 수 없다.

7. 물건뿐만 아니라, 우리가 어떤 것이 되도록 또는 되지 않도록 문답요약하는 경우처럼 행위도 문답계약의 목적이 될 수 있다. 그러한 문답계약에서 문답계약의 가액이 불확실하게 있지 않도록 그리고 이해액을 원고가 증명할 필요가 없도록, 벌금 의무를 부과하는 것이 최상일 것이다. 그리하여 어떤 이가 어떤 것이 되도록 문답요약하는 경우, ‘그렇게 되지 않을 경우, 벌금의 명목으로

| | |
|---|--|
| <p>TIT. 16</p> <p>DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.</p> <p>Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita si post omnium interrogationem promissor respondeat ‘spondeo.’ ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat ‘utrique vestrum dare spondeo’ : nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. duo pluresve rei promittendi ita fiunt : ‘Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?’ respondeant</p> | <p>10금을 줄 것을 서약하는가?’로 벌금이 부가되어야 한다. 그런데 어떤 것은 되고 다른 어떤 것은 되지 않는다고 동일한 문답계약 방식에서 문답요약하는 경우, 다음과 같은 조항을 부가하여야 할 것이다. ‘어떤 것이 그와 달리 발생하거나 또는 그렇게 발생하지 않는 경우, 벌금의 명목으로 10금을 줄 것을 서약하는가?’</p> <p>제16장</p> <p>2인의 문답요약자와 문답낙약자에 관하여</p> <p>문답요약자와 문답낙약자는 [각각] 2인 이상이 있을 수 있다. 모든 이들의 질문 후에 낙약자가 ‘서약한다’라고 대답하는 경우, 요약자가 그러하다(복수이다). 예컨대 2인의 요약자에게 별개로 낙약자가 ‘당신들 각자에게 줄 것을 서약한다’라고 답변하는 경우에 그러하다. 왜냐하면 먼저 티티우스에게 서약하고 다음에 다른 질문자에게 서약하는 경우, 채무는 별개의 것이고 요약자가 2인이라고 믿어지지 않기 때문이다. 2인 이상의 낙약자는 다음과 같이 발생한다. ‘마이</p> |
|---|--|

singuli separatim 'spondeo'. 1. Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque tamen obligatione una res vertitur : et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat. 2. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub condicione obligari potest : nec impedimento erit dies aut condicio, quo minus ab eo qui pure obligatus est petatur.

TIT. 17

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Servus ex persona domini ius stipulandi habet. sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet : ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea

비우스여, 5금을 줄 것을 서약하는가? 세이우스여, 동일한 5금을 줄 것을 서약하는가?' [그 다음에] 각자가 별개로 '서약한다'고 대답한다.

1. 이러한 채무로부터 요약자 각자에게 전체로서의 채권이 발생하고, 낙약자도 각자가 전체의 책임을 진다. 그러나 두 채무에서 한 목적만이 존재한다. 그리하여 1인이 채무를 수령하거나 1인이 변제를 하면 모든 이의 채권을 소멸시키고 모든 이를 해방한다.
2. 2인의 낙약자 중 1인은 단순하게, 1인은 기한부 또는 조건부로 채무부담할 수 있다. 기한 또는 조건이 단순하게 채무를 부담하는 자로부터 청구되지 못하도록 하는 장애가 되지 않을 것이다.

제17장

노예의 문답계약에 관하여

노예는 주인의 인격에 기하여 문답요약의 권리를 가진다. 그런데 많은 경우에 상속재산이 망인의 인격을 대신한다. 그리하여 상속재산에 속하는 노예가 상속이 승인되기 전에 문답요약한 바는 그가 취득하여 상속

facto acquiritur. 1. Sive autem domino sive sibi sive conseruo suo sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. idem iuris est et in liberis qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt. 2. Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat : ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus eius.

3. Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione domini acquirit, nisi si unius eorum iussu aut nominatim cui eorum stipulatus est : tunc enim soli ei acquiritur. quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur, veluti si res quam dari stipulatus est unius domini sit.

재산에 속하게 되고, 그로써 또한 후에 상속인이 된 자에게도 속하게 된다.

1. 어떤 노예가 주인 또는 자기 자신 또는 자신의 동료노예 또는 누구인지를 정하지 않고 문답요약하면, 취득[채권]은 주인에게 속한다. 그러한 사안들에서 취득할 수 있는, 아버지 권력 하에 있는 자녀들에게도 동일한 법리가 적용된다. 2. 그러나 행위가 문답계약에 포함될 경우, 여하튼 [문답계약은] 요약자의 인격을 포괄한다. 예컨대 노예가 자신이 통행하고 가축을 몰 수 있음을 문답요약하는 경우, 그 자만 금지되지 않아서는 안 되고, 그의 주인도 금지되지 말아야 한다. 3. 공유 노예가 문답요약하는 경우, 그의 취득[채권]은 주인 1인에게 소유권의 비율에 따라 속한다. 다만 그들 중 1인의 명으로 또는 그들 중 거명되어 1인에 대하여 문답계약이 된 경우에는 그러하지 아니다. 그 때에는 취득[채권]이 그에게 단독으로 속한다. 공유 노예가 문답요약하는 것을 주인 중 1인이 취득할 수 없는 경우, 다른 주인이 전체[채권]를 취득한다. 예컨대 [노예가 자신에게] 주어도도록 문답요약한 물건이 [이미] 1인의 소유자에게 속하는 경우에 그러하다.

TIT. 18

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. 1. Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur : veluti de dolo cautio vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio. 2. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum. praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet ut in his contineantur etiam aediliciae : nam et hae ab iurisdictione veniunt. 3. Conventionales sunt, quae ex conventionione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventionione contrahentium. quarum totidem genera sunt, quot (paene dixerim) rerum contrahendarum. 4. Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli : nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest : vel de rato stipulatio.

제18장

문답계약의 분류에 관하여

문답계약의 일부는 심판인형, 일부는 범무관형, 일부는 약정형, 일부는 범무관형이자 동시에 심판인형인(혼성) 문답계약이다.

1. 심판인형 문답계약은 심판인의 순수한 직권으로 이루어지는 것이다. 예컨대 약의에 관한 담보문답계약, 또는 도망 중 노예의 추적에 관한 담보문답계약, 또는 가액 지급의 담보문답계약이 그러하다.
2. 범무관형은 순수한 범무관 직권으로 이루어지는 것으로서 예컨대 미발생손해담보문답계약이나 유증 문답계약이 그것이다. 그런데 범무관형 문답계약은 안찰관형 [문답계약]도 포함하는 것으로 이해하여야 한다. 왜냐하면 이것도 [정무관의] 사법권에 기초하기 때문이다.
3. 약정형은 양 당사자의 약정에 의하여, 즉 심판인이나 범무관의 명에 의하지 않고 체결자들의 약정에 의하여 작성되는 것이다. 이것(약정형)의 종류는 - 짐은 이렇게 말하고 싶은데 - 체결되는 대상만큼 다양하다.
4. 혼성 문답계약은 예컨대 피후견인의 재산이 보유된다는 문답계약이다. 왜냐하면

TIT. 19

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

Omnis res, quae dominio nostro subicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis sive soli sit. 1. At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. 2. Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel rem cuius commercium non habuit, vel rem suam, dari quis stipuletur. nec inpendenti erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci et ex libero servus fieri potest et

법무관도 재산이 보유될 것을 피후견인에게 담보되도록 명하고 때로-이 사안이 달리는 처리되지 않는 경우-심판인도 명하기 때문이다. 또 追認에 관한 문답계약도 [이에 속한다].

제19장

무효인 문답계약에 관하여

우리의 소유권에 복하는 모든 물건은 동산이든 부동산이든 문답계약의 대상이 될 수 있다. 1. 그러나 어떤 이가 예컨대 사망한 스티쿠스를 살아 있다고 믿고, 또는 있을 수 없는 半人馬처럼 자연계에 없거나 있을 수 없는 물건을 공여하기를 문답요약한 경우, 문답계약은 무효가 된다.

2. 人法物로 믿고서 神聖物 또는 宗教物을, 또는 광장이나 극장처럼 국민의 사용에 영구히 바쳐진 公物 또는 노예라고 믿고 자유인을 또는 [자신에게] 通商物이 아닌 물건을 또는 자신[소유]의 물건을 어떤 이가 문답요약하는 경우에도 [위와] 같은 법리가 적용된다. 그리고 문답계약이, 公物이 私物이 될 수 있고 자유인이 노예가 될 수 있고

commercium adipisci stipulator potest et res stipulatoris esse desinere potest : sed protinus inutilis est. item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa de quibus supra dictum est sine facto promissoris devenierit, extinguitur stipulatio. ac ne statim ab initio talis stipulatio valebit ‘Lucium Titium cum servus erit dare spondes?’ et similia : quia natura sui dominio nostro exempta in obligationem deduci nullo modo possunt. 3. Si quis alium daturum facturumve quid sponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. quodsi effecturum se ut Titius daret sponderit, obligatur. 4. Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit, stipuletur, nihil agit. plane solutio etiam in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur ‘mihi aut Seio dare spondes?’), ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit, ut liberatio ipso iure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. quodsi quis sibi et alii, cuius iuri subiectus non sit, decem dari aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio : sed utrum totum debetur quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum

요약자가 통상물을 획득할 수 있고 재산이 요약자의 것이 아니게 될 수 있다고, 流動的 상태에 있을 수 없다. 오히려 즉시 무효이다. 또 반대로 처음에는 물건이 무효로 문답계약의 목적이 되었지만 후에 낙약자의 행위 없이 既述한 사정 중 하나에 이르는 경우에도, 문답계약은 실효한다. 그리고 ‘루키우스 티티우스가 노예가 되면 줄 것을 서약하는가?’나 기타 유사한 문답계약도 처음부터 즉시 효력이 없을 것이다. 왜냐하면 그 성질로 인하여 우리 소유권으로부터 이탈하는 것은 채무의 목적이 결코 될 수 없기 때문이다.

3. 예컨대 티티우스가 5금을 줄 것을 서약하는 것처럼 어떤 이가 다른 이가 어떤 것을 주거나 할 것이라고 서약하는 경우, 채무는 성립하지 않을 것이다. 그리고 자신이 티티우스가 주도록 하겠다고 서약하는 경우는 채무가 성립한다. 4. 어떤 이가 자신이 권력 하에 있는 이가 아닌 다른 이를 위하여 문답요약하는 경우, 무효다. 명백히 변제가 제3자에게 이전될 수도 있어서(예컨대 어떤 이가 ‘나에게 또는 세이우스에게 줄 것을 서약하는가?’로 문답요약하는 경우), 채권은 요약자가 취득하지만, 세이우스가 그의 의사에 반해서까지 적법하게 변제받을 수 있

est : sed placet, non plus quam partem dimidiam ei adquiri. ei, qui tuo iuri subiectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt.

5. Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus erit non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra : aut si ille pure stipuletur, tu sub condicione promittas, vel contra, si modo scilicet id exprimas, id est si cui sub condicione vel in diem stipulanti tu respondeas : ‘praesenti die spondeo’. nam si hoc solum respondeas : ‘promitto’, breviter videris in eandem diem aut condicionem spondidisse : nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti quae stipulator expresserit.

6. Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris, qui iuri tuo subiectus est, vel si is a te stipuletur. sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli : filii vero familias aliis obligari possunt.

7. Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. quod et in surdo receptum est : quia et is qui stipulatur verba promittentis, et is qui promittit verba stipulantis audire debet. unde

고, 그로써 해방이 즉시 이루어진다. 그러나 그(요약자)는 세이우스를 상대로 위임 소권을 가진다. 그런데 어떤 이가 자신과 자신이 권력 하에 복하는 다른 이를 위하여 10금을 줄 것을 문답요약한 경우, 문답계약은 효력이 있을 것이다. 그러나 문답계약의 목적이 된 것 전체가 채무가 되는지 아니면 절반만이 채무가 되는지 의문이다. 그런데 그가 절반만을 취득한다는 것이 정설이다. 너의 권력 하에 있는 자를 위하여 네가 문답요약한 경우, 네가 취득한다. 왜냐하면 네가 취득할 수 있는 물건들과 관련하여 아들의 목소리가 너의 목소리처럼 이해되듯이 너의 목소리는 마치 아들의 목소리이기 때문이다. 5. 그 밖에도 예컨대 [어떤 이가] 네가 10금을 주도록 문답요약하는데 너는 5금을 낙약하거나 그 반대의 경우처럼, 어떤 이가 질문된 바를 답변하지 않는 경우 문답계약은 무효이다. 또는 그가 단순히 문답요약하는데 너는 조건부로 낙약하는 경우나 그 반대의 경우, 물론 네가 표시한 경우에 한하여, 즉 조건부 또는 기한부로 문답요약하는 어떤 이에게 네가 ‘현재일(오늘)부로 서약한다’로 답변하는 경우이다. 왜냐하면 네가 ‘약속한다’로만 답변하는 경우에는, 너는 동일한 기일 또는 조건부인데 간략하게 서약한 것으

apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non exaudit. 8. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit.

9. Pupillus omne negotium recte gerit : ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur : nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. 10. Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est, qui iam aliquem intellectum habent : nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent : sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi. sed qui in parentis potestate est impubes nec auctore quidem patre obligatur. 11. Si impossibilis condicio obligationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. impossibilis autem condicio habetur, cui natura impedimento est quo minus existat, veluti si quis ita dixerit : ‘si digito caelum attigero, dare spondes?’ at si ita stipuletur, ‘si digito caelum non attigero, dare spondes?’ pure facta obligatio intellegitur ideoque statim petere potest. 12. Item verborum obligatio inter

로 인정된다. 즉 답변하는데 있어 문답요약자가 표시한 모든 것이 동일하게 반복될 필요가 있는 것은 아니기 때문이다. 6. 또 너의 권력 하에 복하는 자로부터 네가 문답요약하는 경우 또는 그가 너로부터 요약하는 경우 문답계약은 무효이다. 그런데 노예는 자신의 주인에게 채무를 부담하지 못할 뿐 아니라, 어떤 누구에게도 부담할 수 없다. 그러나 가자라면 타인들에게는 채무를 부담할 수 있다. 7. 언어장애자는 문답요약도 낙약도 할 수 없다는 점이 명백하다. 이 점 청각장애자에게도 인정된다. 왜냐하면 문답 낙약자의 말을 요약할 자도, 요약자의 말을 낙약할 자도 들어야 하기 때문이다. 그로부터 우리가 말하는 것은 듣는데 곤란한 자가 아니라 아예 듣지 못하는 자라는 것임이 명백하다. 8. 정신이상자는 어떠한 법률행위도 할 수 없다. 왜냐하면 무엇을 하는지 이해하지 못하기 때문이다. 9. 피후견인은 모든 행위를 유효하게 한다. 다만 예컨대 자신이 채무를 부담하는 등 후견인의 조성이 필요한 곳에서 후견인을 붙인다. 반면 후견인의 조성 없이도 자신에게 다른 이가 채무부담하도록 할 수 있다. 10. 짐이 피후견인에 관하여 기술한 바가 적어도 이미 일정 智力을 갖춘 자들에 관해서는 옳다. 즉 유어나

absentes concepta inutilis est. sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus : ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus, tales scripturas quae praesto esse partes indicant omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse. 13. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post eius mortem a quo stipulabatur. ac ne is qui in alicuius potestate est post mortem eius stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. sed et si quis ita stipuletur, ‘pridie quam moriar’ vel ‘pridie quam morieris dari?’ inutilis erat stipulatio. sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc iuris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem sive pridie quam morietur

유아에 가까운 자는 정신이상자에 가까운 것이다. 왜냐하면 이 연령의 피후견인은 어떠한 지력도 없기 때문이다. 그러나 유아에 가까운 자들에 있어 그들의 이익 때문에 법 해석이 더 관대하게 되었다. 즉 그들은 성숙에 가까운 자와 같은 권리를 가진다. 그런데 부의 권력 하에 있는 미성숙자는 부의 조성으로도 채무를 부담할 수 없다. 11. 채무에 불능 조건이 부가되는 경우, 문답계약은 무효이다. 어떤 이가 ‘내가 손가락으로 하늘을 만지면 줄 것을 서약하는가’라고 말하는 경우처럼 자연법칙상 발생할 수 없는 장애가 있는 경우 불능 조건으로 인정된다. 그러나 ‘내가 손가락으로 하늘을 만지지 않으면, 줄 것을 서약하는가’라고 문답요약하는 경우, 채무는 단순하게 성립한 것으로 인정되고 그리하여 즉시 청구할 수 있다.

12. 또 격지자 간에 체결된 언어 채무는 무효이다. 그런데 이것이 분쟁애호가들에게 분쟁의 소재를 제시했기 때문에, 즉 그들이 일정 기간 후에 그러한 주장들로 항변하고 자신 또는 상대방이 현재하지 않았다고 다투기 때문에, 분쟁을 처리함에 있어 신속함을 위하여 짐이 카이사리아의 변호사들에게 발한 짐의 처벌이 제정되었다. 그 처벌으로 짐은 당사자들이 현재하였다는 것을 보여주

stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio. 14. Item si quis ita stipulatus erat : ‘si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?’ inutilis erat stipulatio, quia praepostere concepta est. sed cum Leo inclytae recordationis in dotibus eandem stipulationem, quae praepostera nuncupatur non esse reiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat huiusmodi conceptio stipulationis. 15. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat ‘cum moriar, dare spondes?’ vel ‘cum morieris’, et apud veteres utilis erat et nunc valet.

16. Item post mortem alterius recte stipulamur.

17. Si scriptum fuerit in instrumento promissis aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit. 18. Quotiens plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat ‘dare spondeo’, propter omnes tenetur : si vero unam ex his vel quasdam daturum se sponderit, obligatio in his pro quibus sponderit contrahitur. ex pluribus enim stipulationibus una vel quaedam videntur esse perfectae : singulas enim res stipulari et ad singulas respondere debemus. 19. Alteri stipulari,

는 그러한 문서들을 여하튼 믿어야 한다고 정하였다. 다만 그러한 부도덕한 주장을 하는 자가 문서이든 적합한 증인이든 명백한 증거로써 문서가 작성된 날 하루 종일 자신 또는 상대방이 다른 장소에 있었다는 것을 증명하는 경우에는 예외이다.

13. 아무도 낙약자의 사후뿐만 아니라 자신의 사후에 자신에게 [무엇인가가] 주어지도록 문답요약할 수 없었다. 그리고 어떤 이의 권력 하에 있는 자도 그의 사후로 문답요약할 수 없었다. 왜냐하면 [그가] 부 또는 주인의 목소리로 말하는 것으로 인정되기 때문이다. 어떤 이가 ‘내가 죽기 전날에’ 또는 ‘내가 죽기 전날에 줄 것인가?’로 문답요약하는 경우에도 문답계약은 무효였다. 그런데 기술한 바처럼 [문답계약] 체결자들의 합의에 의하여 문답계약이 유효인데,³⁹⁾ 이 법분야에 대해서도 필요한 개정을 도입하는 것이 짐의 마음에 들었다. 그리하여 요약자 또는 낙약자가 사후 또는 사망하기 전날로 문답계약이 작성된 경우, 문답계약은 유효이다.

14. 또 어떤 이가 ‘배가 아시아에서 올 경우, 오늘 줄 것을 서약하는가?’로 문답요약하는 경우, 문답계약은 무효였다. 왜냐하면 前後 倒錯의으로 작성되었기 때문이다. 그러나

ut supra dictum est, nemo potest : inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest : poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena ‘nisi dederis, tot aureos dare spondes?’ tunc committitur stipulatio.

20. Sed si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere. nam si is qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est, rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo si male res gesserit, tenet obligatio. ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. et si creditori suo, quod sua interest, ne forte vel poena committatur, vel praedia distrahantur quae pignori data erant, valet

유명한 기억력의 레오 황제가 지참재산에서 전후도착적으로 언명된 [위와] 같은 문답계약의 거부를 안 된다고 생각하였기에, 이것에도 완전한 효력을 부여하는 것이 짐의 마음에 들었다. 그리하여 지참재산에서뿐만 아니라 모든 사안에서 이러한 문답계약의 구성이 유효이다.

15. 예컨대 티티우스가 말하기를 ‘내가 사망할 경우’ 또는 ‘내가 사망하면 줄 것을 서약하는가?’로 정식화된 문답계약은 옛사람 사이에서도 유효였고 지금도 유효하다. 16. 또 타인의 사후로 우리는 유효하게 문답요약한다. 17. 어떤 이가 낙약한 것이 문서에 기록된 경우, 선행하는 질문에 답변한 것처럼 취급된다.

18. 복수의 물건이 하나의 문답요약으로 포괄되는 경우, 낙약자가 단순히 ‘줄 것을 서약한다’고 답변한다면, 모든 것에 관하여 책임진다. 만일 그것들 중 하나의 물건 또는 일부 물건들을 줄 것을 서약하는 경우, 채무는 서약한 그것들에 관해서 체결된다. 즉 복수의 문답계약 중에서 하나 또는 일부의 문답계약이 완성(체결)되는 것으로 인정된다. 즉 우리는 개별물을 문답요약해야 하고 개별물로 답변하여야 한다.

19. 상술한 바와 같이,⁴⁰⁾ 아무도 타인을 위

stipulatio.

21. Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit. 22. Item nemo rem suam futuram in eum casum quo sua fit utiliter stipulatur. 23. Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris. 24. Quod turpi ex causa promissum est veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

25. Cum quis sub aliqua condicione fuerit stipulatus, licet ante condicionem decesserit, postea existente condicione heres eius agere potest. idem est et a promissoris parte. 26. Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus praeteritis anni vel mensis non recte petet. 27. Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatii praeterierit, quo traditio fieri possit.

하여 문답요약할 수 없다. 즉 이 채무는 각자가 자신에게 이익되는 것을 스스로 취득하도록 발명된 것이기 때문이다. 더 나아가 타인에게 주어지는 경우, 요약자에게는 아무런 이익이 없다. 물론 어떤 이가 이것을 하려고 하는 경우, 벌금을 문답요약하는 것이 적절할 것이다. 그리하여 체결된 것처럼 되지 않는 경우, 벌금의 문답계약이 아무런 이익이 없는 그에게도 효력을 가진다. 즉 어떤 이가 벌금을 문답요약하는 경우, 무엇이 그에게 이익인지가 따져지지 않고, 문답계약의 조건에서 가액이 따져진다. 그리하여 어떤 이가 티티우스에게 주어질 것을 문답요약하는 경우, 무효이지만, 벌금과 관련하여 ‘네가 주지 않으면, ... 만큼의 금화를 줄 것을 서약하는가’를 부가하면 그 때에는 문답계약이 성립한다.

20. 그러나 어떤 이가-자신에게 이익이 되어-타인을 위하여 문답요약하는 경우, 문답계약이 유효임은 정설이다. 즉 피후견인의 후견업무를 관리하게 된 자가 그 관리를 공동후견인에게 양도하고 피후견인의 재산이 유지되도록 문답요약을 한 경우, 문답요약된 것이 그대로 되는 것이 요약자의 이익이 되기 때문에 채무가 성립한다. 왜냐하면 사무가 잘못 관리되는 경우 피후견인에게

책임을 질 것이기 때문이다. 그리하여 어떤 이가 자신의 管財人에게 주도록 문답요약한 경우에도, 문답계약이 효력을 가질 것이다. 그에게 이익이 되는 바 벌금이 과해지지 않도록 또는 질물로 주어진 토지가 매각되지 않도록 자신의 채권자에게 [무엇인가가 주어지도록 문답요약하는] 경우에도, 문답계약은 유효이다.

21. 반면에 타인이 [무엇인가를] 할 것을 낙약한 자는 자신이 벌금을 약속하지 않는 한 책임지지 않는 상태에 있는 것으로 인정된다. 22. 또 자신의 것이 될 물건이 자신의 것이 되도록 하는 문답요약은 무효이다.

23. 문답요약자는 이것을 생각하고, 문답낙약자는 저것을 생각하는 경우, 질문에 대하여 답변이 되지 않는 것처럼 어떠한 채무도 체결되지 않는다. 예컨대 노예 스티쿠스를 어떤 이가 너로부터 문답요약하는데 스티쿠스라고 불린다고 네가 믿는 팜필루스를 생각하는 경우이다.

24. 예컨대 어떤 이가 자신이 살인이나 성물 절도를 할 것을 낙약하는 경우처럼 수치스러운 사유로 낙약되는 것은 무효이다.

25. 어떤 이가 일정 조건부로 문답요약을 하고 조건 [성취] 전에 사망한 경우, 후에 조건이 성취된 후 그의 상속인이 소제기할 수

TIT. 20

DE FIDEIUSSORIBUS.

Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fideiussores appellantur, quos homines accipere solent dum curant ut diligentius sibi cautum sit. 1. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adiciatur fideiussor, adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fideiussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur. 2. Fideiussor non tantum ipse obligatur, sed etiam

있다. 낙약자 측과 관련해서도 동일하다.

26. 이 해에 또는 이 달에 줄 것을 문답요약한 자는, 이 해나 달의 모든 부분이 다 경과하지 아니했다면 적법하게 청구하지 못한다. 27. 네가 토지 또는 노예를 줄 것을 문답요약하는 경우, 인도가 되기에 필요한 만큼의 시간이 경과하지 않는 한 네가 즉시 소제기할 수 없다.

제20장

信命보증인에 관하여

낙약자를 위하여 통상 신명보증인이라 불리는 타인이 채무를 부담한다. 통상 더 잘 담보되도록 신경 쓸 때에 그 사람들을 쓴다. 1. 그들은 물건, 언어, 문서, 낙성 계약을 가리지 않고 모든 채무에서 있을 수 있다. 그리고 신명보증인이 부가되는 채무가 시민(법)적인지 자연적인지는 실로 중요하지 않다. 심지어 노예를 위해서도 채무를 부담할 정도인데, 자연 채권을 담보하기 위하여 노예로부터 신명보증인을 취하는 자는 외부인일 수도 있고, 주인 자신일 수도 있다. 2. 신명보증인은 자신이 채무를 부담할 뿐

heredem obligatum relinquit. 3. Fideiussor et praecedere obligationem et sequi potest. 4. Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere. sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis qui modo solvendo sint litis contestatae tempore partes petere. ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. sed et si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is pro quo fideiussit solvendo non sit : et sibi imputare debet, cum potuerit adiuvare ex epistula divi Hadriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio. 5. Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur : nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recta obligatur : contra vero non potest obligari. item si ille pure promiserit, fideiussor sub conditione promittere potest : contra vero non potest. non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore

만 아니라, 상속인에게도 채무를 남긴다.
 3. 신명보증인은 채무보다 선행할 수도, 후발적일 수도 있다.
 4. 신명보증인이 복수인 경우, 그 人數가 얼마가 되었든 각자가 전체로써 책임을 진다. 그리하여 채권자에게 누구를 상대로 전체를 청구할 것인지는 자유이다. 그러나 신황 하드리아누스의 서한에 의하여 채권자는 쟁점 결정시점에 자력 있는 각자로부터 부분[만]을 청구하도록 강제된다. 그리하여 신명보증인 중 어떤 이가 그 시점에 자력이 없던 경우, 그것은 다른 이(신명보증인)들에게 부담이 된다. 그러나 1인의 신명보증인으로부터 채권자가 전부 만족을 얻은 경우, 채무자가 무자력인 경우 이 자 홀로 손해를 입을 것이다. 그리고 그는 신황 하드리아누스의 서한에 의하여 조력을 받아 자신을 상대로 일부만이 소구되도록 요구할 수 있었으므로 자신을 탓해야 한다.
 5. 신명보증인은 채무자가 부담하는 것 이상을 채무 부담할 수 없다. 왜냐하면 그들의 채무는 主채무의 부가물이고 主物보다 從物에 더 있을 수 없기 때문이다. 그러나 반면에 더 작은 것은 채무 부담할 수 있다. 그리하여 피고(채무자)가 10금을 약속한 경우, 신명보증인은 5금에 대하여 적법하게 채무부담할 수

minus et plus intellegitur. plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare. 6. Si quid autem fideiussor pro reo solverit, eius recipiendi causa habet cum eo mandati iudicium. 7. Graece fideiussor plerumque ita accipitur : τῆ ἐμῆ πίστει κελέω, λέγω, θέλω sive βούλομαι : sed et si Φημί dixerit, pro eo erit, ac si dixerit λέγω

8. In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum : ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.

있고, 반대로는 채무부담이 안 된다. 또 그가 단순하게(부관 없이) 약속하는 경우, 신명보증인은 조건부로 약속할 수 있다. 그러나 반대는 안 된다. 즉 양뿐만 아니라, 시간에 있어서도 ‘더’와 ‘덜’이 이해되기 때문이다. 즉 ‘더’란 즉시 무엇인가를 주는 것이고, ‘덜’이란 일정 시간 후에 주는 것이다.

6. 신명보증인이 피고(채무자)를 위하여 어떤 것을 변제하는 경우, 그것을 상환받기 위한 목적으로 그를 상대로 위임 소권을 가진다. 7. 신명보증인이 희랍어로는 대체로 다음의 어구로 지명된다. “나의 신의로써 命하고, 말하고, 원한다 또는 의욕한다.” 그런데 [‘말하다’의 의미로] ‘Φημί’를 말하여도, ‘λέγω’를 말한 것과 마찬가지로이다. 8. 신명보증인[지명]의 문답계약에서, 발생한 것으로 기록된 것은 무엇이든 또한 발생한 것으로 인정된다는 점이 일반적으로 승인된다는 것을 알아야 한다. 그리하여 어떤 이가 자신이 신명보증하였다고 기록한 경우 모든 것이 適式으로 행해졌다고 인정된다는 것이 정설이다.

TIT. 21

DE LITTERARUM OBLIGATIONE.

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest : hoc enim saepissime constitutum est. sic fit ut et hodie, dum queri non potest. scriptura obligetur : et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat : sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.

제21장

문서계약에 관하여

예전에 이름[의 기입]으로 이루어진다고 얘
기된, 문서에 의한 채무가 되었다. 그 채권
이 오늘날에는 사용되지 않는다. 물론 어떤
이가 자신에게 지급되지 않은 것을 채무부
담한다고 기재하는 경우, 상당 기간 후에는
금전 채무부담을 하지 않았다는 항변을 제
출할 수 없다. 이것은 매우 빈번히 칙법으로
정해져 있었다. 항변할 수 없는 경우, 오늘
날에도 기입으로 채무부담하도록 된다. 그
리고 언어채무가 소멸하고서, 그것(기입)로
부터 이득반환청구권이 발생한다. 그런데
이 항변에서 상당 기간이란 예전에 원수 칙
법에 의하여 5년에까지 달했었다. 그러나
채권자들이 오랜 동안 자신의 금전과 관련
하여 詐害되지 않도록, 짐의 칙법으로 기간
이 단축되어 그러한 항변이 2년의 한계를
넘어서 연장되지 않도록 되었다.

| | |
|--|---|
| <p>TIT. 22</p> <p>DE CONSENSU OBLIGATIONE.</p> <p>Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. 1. Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. 2. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam aut per nuntium. 3. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.</p> | <p>제22장</p> <p>낙성계약에 관하여</p> <p>매매, 賃約, 조합, 위임에서 합의로 채무가 이루어진다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 그런데 채무가 성립하기 위하여 記入도 現在도 전혀 필요하지 않고 무엇인가가 공여되어야 하는 것도 아니며, 법률행위를 하는 자가 합의하기만 하면 되기 때문에, 그러한 [계약]방식들에서 합의로 채무가 체결된다고 한다. 2. 그리하여 격지자 간에도 예컨대 서한이나 使者에 의한 그러한 법률행위가 체결된다. 3. 또 그 계약들에서는 - 그와는 달리 언어 계약에서는 한 당사자는 要約하고 다른 당사자는 諾約하는 반면 - 한 당사자가 다른 당사자에게 선과 형평에 기하여 급부하여야 할 것을 전자가 후자에게 채무부담한다. |
| <p>TIT. 23</p> <p>DE EMPTIONE ET VENDITIONE.</p> <p>Emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium</p> | <p>제23장</p> <p>매매에 관하여</p> <p>매매는 아직 대금이 지급되지 않고 계약금도 주어지지 않은 경우라도, 대금에 관하여</p> |

numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae. sed haec quidem de emptionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt obtinere oportet : nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae scriptura efficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum : hoc etenim subsequuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est. 1. Pretium autem constitui oportet : nam nulla emptio sine pretio esse potest. (1). sed et certum pretium esse debet.

합의하는 즉시 체결된다. 즉 계약금의 명목으로 주어지는 것은 체결된 매매의 증거일 뿐이다. 그런데 이것들은 문서 없이 성립하는 매매에 관하여 효력이 있어야 한다. 즉 짐에 의하여 그러한 매매에는 아무것도 개정이 이루어지지 않았기 때문이다. 그러나 문서로 이루어지는 매매에 있어서는 짐-체결자들의 自手로 작성되거나 또는 제3자에 의하여 작성되고 당사자에 의하여 서명된-매매 문서로써만 그리고 공증인에 의하여 [작성]된 경우 완성된 것이 인정되고 부분들이 [모두] 완벽해야만 매매가 완성된다고 정하였다.⁴¹⁾ 왜냐하면 어떤 것이 있지 않은 동안은 후회의 여지가 있고 매수인 또는 매도인이 [어떠한] 징벌 없이 매매로부터 이탈할 수 있기 때문이다. 짐은 이미 계약금의 명목으로 무엇인가가 주어진 경우가 아니라면 그들에게 그렇게 처벌 없이 이탈하는 것을 허여하였다. 실로 이것이 이루어지고, 문서로써진 문서 없이건 매매가 체결되는 경우, 계약금에 관하여 아무것도 명시되지 않았더라도, 계약의 이행을 거부하는 자는 매수인이라면 준 것을 잃을 것이고 매도인이라면 2배액을 반환할 것이 강제된다. 1. 대금은 정해져야 한다. 대금 없이는 매매가 있을 수 없기 때문이다. 대금은 또한 확

alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta : inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio ‘quanti ille aestimaverit’, sub hac conditione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere. 2. Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quaerebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia reputant posse pretium consistere : unde illud est quod vulgo dicebatur, per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam

정되어야 한다. 그와는 달리 티티우스가 물건을 평가한 만큼 매수된 것으로 어떤 이들 간에 합의된 경우, 옛 법학자 간에는 매매가 성립하는지 하지 않는지 지나치게 다투어졌다. 그러나 짐의 결정은 매매가 ‘그가 평가하는 만큼’의 문구로 작성된 경우 그러한 조건부로 계약이 체결되는 것으로, 지명된 자신이 대금을 정하는 경우 여하튼 그의 평가에 따라 대금도 완제되고 물건도 인도되는 것으로, 매매가 효력이 발생하면 매수인은 매수물 소권으로 매도인은 매도물 소권으로 소구할 수 있는 것으로 정하였다. 반면에 지명된 자가 대금의 확정을 원하지 않거나 할 수가 없는 경우, 매매는-대금이 정해지지 않은 것으로서-무효가 된다. 매매에서 이러한 법리가 짐의 마음에 들었는데, [그 법리를] 임약에도 확장하는 것이 부조리하지는 않을 것이다.

2. 또 대금은 금전으로 이루어져야 한다. 즉 노예나 토지 또는 토가 등 다른 물건들도 다른 물건의 대금이 될 수 있는지 여부가 매우 논의가 되었다. 사비누스와 캣시우스는 다른 물건도 대금이 될 수 있다고 생각하였다. 그리하여 다음이 통상 얘기되는 것이다. 물건의 교환으로 매매가 체결되고, 그 종류의 매매(즉 교환)가 가장 오래된 것이다. 그런데

esse : argumentoque utebantur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte exercitum Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis :

ἐνθεν ἄρ' οἰνίζοντο κάρηκομώντες Ἄχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ' αἶθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῆσι βόεσσιν,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι·

Diversae scholae auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem. alioquin non posse rem expediri, permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse : nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse, rationem non pati. sed Proculi sententia, dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit, cum et ipse aliis Homericis versibus adiuvatur et validioribus rationibus argumentatur. quod et anteriores divi principes admiserunt et in nostris digestis latius significatur. 3. Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de

이 증거로서 희랍 시인 호메로스를 원용하였다. 그는 어떤 개소에서 아르카이아인 군대가 어떤 물건들을 교환하여 포도주를 다음과 같은 어구로써 샀다고 말하였다.

그래서 장발의 아카이아 인들이 그곳에서 포도주를 사 왔으니,
혹자는 청동을 대신 주었고 혹자는 번쩍이는 무쇠를 주었으며
혹자는 쇠가죽을 주는가 하면 혹자는 살아 있는 소를 주었고
혹자는 포로(捕虜)⁴²⁾를 주었다.⁴³⁾

또 다른 학파⁴⁴⁾의 주장들은 상이한 견해를 가졌다. 물건의 교환과 매매를 다른 것으로 보았다. 그렇지 않으면 물건이 교환된 경우 어떤 물건이 매각되었고 어떤 물건이 대금의 명목으로 제공되었는지 하는 문제가 해결되지 않는다고 하였다. 즉 두 물건을 매각되기도 하고 대금의 명목으로 제공된 것으로도 보는 것은 이치가 허용하지 않기 때문이라고 하였다. 그런데 교환이 매매와는 분리되는 고유한 계약 종류라는 프로쿨루스의 견해가 지배적이 되었는데 그것이 마땅하다. 그[의 견해]는 호메로스의 또 다른 시구들에⁴⁵⁾ 의하여 조력받고, 더 강한 이유들

pretio convenit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnus est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet : nam et commodum eius esse debet cuius periculum est. 3a. Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet : si non susceperit, securus erit. idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori, quia sane, qui rem nondum

로써 보강되기 때문이다. 그것을 이전의 상황 원수들도 인정하였고 짐의 학설취찬에서도 상세히 해명될 것이다.

3. 그런데 매매가 체결되는(문서에 의하여 일이 처리되지 않았더라도 대금에 관하여 합의가 되면, 즉시 그것(매매 체결)이 되었다고 짐이 기술하였다) 경우, 매도된 물건의 위험이—그 물건이 매수인에게 아직 인도되지 않았더라도—즉시 매수인에게 속한다. 그리하여 노예가 사망하거나 또는 일정 신체 부위에 상해를 당한 경우, 또는 전체 건물 또는 일정 부분이 화재로 소실된 경우, 또는 토지가 하천의 水勢로 전부 또는 일부가 이동된 경우, 또는 물의 범람 또는 旋風으로 뽑힌 나무들에 의하여 심히 작게 되거나 악화된 경우, 손해는 매수인의 것이고 [그리하여] 물건은 획득하지 못하더라도 대금은 지급하여야 한다. 즉 매도인의 악의와 과실 없이 발생하는 것은 무엇에든 매도인은 안전하다(면책된다). 그런데 매매 후에 토지에 무엇인가가 沖積으로 부합되는 경우, 매수인의 이익이 된다. 즉 위험을 부담하는 자에게 이익도 속하여야 하기 때문이다.

3a. 그런데 매각된 노예가 도망하거나 절취되었는데 매도인의 악의나 과실이 없는 경우, 매도인이 그의 감시를 인도까지 인수하

emptori tradidit adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione.

4. Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti ‘si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot’. 5. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.

는지 살펴보아야 한다. 왜냐하면 물론 그가 인수하는 경우, 그 사건이 그의 위험이 되기 때문이다. 그가 인수하지 않았다면, 안전할 (면책될) 것이다. 짐은 기타 동물과 기타 물건에 대해서도 동일하게 이해한다. 여하튼 소유물반환청구소권과 부당이득반환소권을 매수인에게 양도하여야 할 것이다. 왜냐하면 물론 물건을 아직 매수인에게 인도하지 않은 자(매도인)가 여전히 소유자이기 때문이다. 절도와 불법행위 소권에 관해서도 동일하다.

4. 매매는 조건부나 단순하게 체결될 수 있다. 조건부란 예컨대 ‘스티쿠스가 확정 기한 내에 너에게 마음에 들면, ... 만큼의 금화로써 너에게 매수될 것이다’이다.

5. 神所 또는 宗教所, 또한 광장이나 의회당과 같은 공공장소는 어떤 이가 알면서 사는 경우 무효이지만, 매도인에게 기망되어 그것들을 私物 또는 俗物로 [믿고] 매수한 경우, [그것을] 가지는 것이 그에게 허용되지 않기 때문에 -기망되지 않을 그의 이익이 회복될 수 있도록 -매수물 소권을 가질 것이다. 자유인을 노예로 [믿고] 매수한 경우에도 동일한 법리가 적용된다.

TIT. 24

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque iuris regulis consistit. nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita contrahi intellegitur si merces constituta sit. et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti. 1. Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur. 2. Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur : ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam

제24장

賃約에 관하여

임약은 매매에 매우 가까우며, 동일한 법리에 따라 성립한다. 즉 대금에 관하여 합의가 되면 매매가 체결되듯이, 보수가 정해지면 임약도 체결되는 것으로 이해된다. 대주에게는 대주 소권이, 차주에게는 차주 소권이 속한다.

1. 대금이 타인의 재량에 맡겨진 경우, 짐이 상술한 바와 동일한 것이 - 보수가 타인의 재량에 맡겨져 있는 경우 - 임약과 관련해서도 맡겨져야 한다고 이해하자. 그러한 이유로 어떤 이가 의복을 세탁업자에게 세탁 또는 관리의 목적으로 또는 재봉업자에게 수선의 목적으로 맡기는데 즉시 보수의 정함이 없고 다만 후에 그들 사이에서 합의한 만큼만을 주기로 한 경우, 엄밀하게 임약이 체결되었다고는 할 수 없고, 그 명목으로 前書의 소권이 부여된다.

2. 그 외에도 물건이 교환된 경우, 매매가 체결되었나에 관하여 통상 논의되었던 것과 같이, 어떤 이가 어떤 물건을 너에게 사용 또는 수익하라고 주고 그 대신 너로부터 사용 내지 수익을 위하여 다른 것을 수령하는

acceperit. et placuit, non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periret : neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est. 3. Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur : lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis

경우 임약에 관해서도 논의되곤 하였다. 그런데 임약이 아니고 고유한 종류의 계약이라는 것이 정설이다. 예컨대 어떤 이가 1두의 황소를 가지고 그의 이웃도 1두를 가지는데, 그들 간에 황소를 상호 10일 동안 노역시키기 위하여 사용대여 한다고 합의하였는데 한 사람에게서 황소가 죽은 경우, 임약 소권도 부여되지 않고 무상으로 대여된 것도 아니어서 사용대차 소권도 부여되지 않고 다만 前書 소권이 사용되어야 한다.

3. 그래서 매매와 임약은 양자간에 일정한 친근성이 있다고 인정되어, 어떤 사안들에서는 매매가 체결되었는지 임약이 체결되었는지 자주 논의가 된다. 영속적으로 누구에게인가 수익을 위하여 인도되는 건물에 관하여, 즉 그것에 대하여 정기차임이나 수익이 소유자에게 지급되는 동안, 차주 자신에게서도 그의 상속인에게서도 차주나 그의 상속인이 그 건물을 매도하거나 증여하거나 지참재산의 명목으로 공여하거나 기타 일정 방식으로 양도한 자에게서도 [그 건물을] 탈취할 수 없다. 그러나 그러한 계약이 옛 법학자들 사이에 논의가 많았고 어떤 이들은 임약이 다른 어떤 이들은 매매로 평가하였기 때문에 제논[황제]의 법률이 제정되었다.⁴⁶⁾ 이 법은 永借 계약에 고유한 성질을

pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur.

4. Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? et Cassius ait, materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit, tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit.

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet.

임약이든 매매이든 기우는 것으로 정하지 않고, 자신들의 합의에 의하여 보강하였다. 그리고 어떤 것이 합의되었다면 계약의 성질이 그러한 것으로 효력을 갖는데, 반면 물건의 위험에 관하여 아무것도 합의되지 않고 물건 전체의 멸실이 발생하는 경우, 이에 관하여 위험은 소유자에게 돌아간다고, 반면 [멸실] 부분적인 경우, 영차권자에게 그러한 손해가 돌아간다고 정하였다. 우리는 이 법의 적용을 받는다.

4. 또 티티우스가 금세공업자와 그가 일정 중량과 일정 형태의 자신(금세공업자)의 금으로부터 반지들을 그에게 만들어주고 예컨대 10금을 받는 것으로 합의하는 경우, 매매가 체결되는 것인지, 임약이 체결되는 것인지 문제된다. 그런데 캣시우스는 재료와 관련해서는 매매가, 노무와 관련해서는 임약이 체결되었다고 하였다. 그러나 매매만 체결된다고 보는 것이 정설이다. 그런데 만일 티티우스가 자신의 금을 공여한 경우 노무에 대한 보수가 정하여졌다면, 임약이 존재한다는 것에 의심의 여지가 없다.

5. 차주는 임약 법률에 따른 모든 것을 하여야 하고 어떤 것이 법률에 간과되었다면, 그것을 선과 형평에 기하여 급부하여야 한다. 의복 또는 금전 또는 役畜의 사용을 위하여

quam si praestiterit et aliquo casu rem amiseric, de restituenda ea non tenebitur. 6. Mortuo conductore intra tempora conductionis heres eius eodem iure in conductionem succedit.

TIT. 25

DE SOCIETATE.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique. 1. Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent : nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duae

대가를 공여하거나 약속한 경우, 그에 대하여 주의능력이 최고인 가부가 자신의 물건에 들이는 정도의 보관의무가 기대된다. 그러한 보관의무를 다했다면 일정 사안에서 물건을 상실한 경우, 그것에 대한 반환의 책임지지 않을 것이다.

6. 차주가 사망하면 임약기간 동안 그의 상속인이 동일한 권리로 임약[에서의 지위]를 승계한다.

제25장

조합에 관하여

통상 우리는 희랍인들이 특정하여 ‘공동관 리κοινοπραξία’라고 부르는, 전재산의 조합 또는 예컨대 노예매매 또는 기름, 포도주, 곡물의 매매 등 일정 단일 거래의 조합을 체결한다.

1. 그리고 실로 이익과 손실 부분에 관하여 아무 것도 지명하여 합의하지 않았다면, 이익과 손실에서 균분이 인정된다. 그런데 지분이 표시된 경우, 이것을 준수하여야 한다. 즉 전혀 의심이 없었다. 왜냐하면 두 사람 간에 이익도 손해도 한 사람에게에는 2/3이,

partes et damni et lucri pertineant, ad aliam tertia. 2. De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti : nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit : quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intellegatur lucri esse. 3. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero ommissa : in eo quoque quod praetermissum

다른 이에게는 1/3이 속한다고 합의한 경우 합의가 효력있다는 점에 의심이 없었기 때문이다.

2. 그러한 명백한 합의에 관하여, 만일 티티우스와 세이우스가 서로간에 티티우스에게는 2/3의 이익과 1/3의 손해, 세이우스에게는 2/3의 손해와 1/3의 이익이라는 합의를 한 경우, 합의는 인정되어야 하는지 문제된다. 퀸투스 무키우스는 그러한 합의는 조합의 성질에 반한다고 보았고 그리하여 인정될 수 없다고 하였다. 자신의 견해가 지배적이 된 세르비우스 술피키우스는 반대의 견해였는데 왜냐하면 종종 조합에서 어떤 이들의 노무가 더 값지고 그리하여 그들을 조합에서 더 좋은 지위로 받아들이는 것이 정당하기 때문이라는 것이다. 즉 어떤이의 노무는 금전 대신이 되기 때문에 1인은 금전을 제공하지만 다른 1인은 금전을 제공하지 않고도 이익이 그들 사이에서 균분이 되도록 조합을 세울 수도 있다는 것에 의심이 없다. 그래서 퀸투스 무키우스의 견해에 반한 [세르비우스의] 견해가 지배적이 되어서, 어떤 이가 이익의 부분은 가져가고 손해는 부담하지 않는다고 합의할 수 있음이 명백하다. 바로 이것을 세르비우스가 자신[의 견해]에[게] 부합한다고 생각하였다. 그런

est eandem partem servari 4. Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint : at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare : si quid vero aliud lucrifaceret quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet : ei vero cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiretur, soli conceditur. 5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi elegit. sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit. 6. Item si alicuius rei contracta societas sit et finis negotio impositus est, finitur societas. 7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur : nam cum in eius locum alius succedit, pro mortuo habetur. 8. Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter privata debita substantia eius veneat,

데 어떤 거래에서는 이익이 다른 거래에서는 손해가 발생하는 경우 상계가 되고 남는 것만이 이익이라고 보아야 한다고 이해하여야 한다.

3. 한 사안에서 예컨대 순전히 이익만이라고 또는 순전히 손해만이라고 지분이 명시되고, 다른 사안에서는 간과된 경우, 간과된 것에서도 동일한 지분이 준수되어야 한다고 해결되었다.

4. 그런데 조합은 동일한 합의에 견지되는 한, 존속한다. 그러나 어떤 이가 조합을 탈퇴하는 경우, 조합은 해산된다. 그러나 물론 어떤 이가 교활하게 생기게 된 어떤 이익을 홀로 갖기 위하여 조합을 탈퇴하는 경우, 예컨대 전 재산의 조합원이 다른이로부터 상속인으로 지정되어 상속재산을 홀로 취득하기 위하여 조합을 탈퇴하는 경우, 그 이익은 공동으로 할 것이 강제된다. 그러나 그가-탈취적 목적이 없이-다른 일정한 이익을 얻은 경우, 그에게만 속한다. 그러나 탈퇴의 통고를 받은 자는 [다른 조합원의] 조합 탈퇴 후 취득하는 것은 모두 부여된다.

5. 조합은 조합원의 사망에 의해서도 마찬가지로 해산된다. 왜냐하면 조합을 체결하는 자는 특정인을 선택한 것이기 때문이다. 그러나 복수인의 합의로 조합이 체결된 경

solvitur societas. sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas. 9. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est : praevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est suae id imprudentiae imputare, debet.

우에도 복수인이 남았다 하더라도 조합 체결시 다른 합의가 없는 한 조합원 1인의 사망으로 해산된다. 6. 또 어떤 목적을 위하여 조합이 체결되었는데, 그 업무가 완료되면, 조합이 종료한다.

7. 조합이 屬公에 의해서도, 즉 조합원의 재산 전체가 속공되는 경우, 종료한다는 것은 명백하다. 즉 그의 지위에 다른 이가 승계하면, 그는 사망한 것으로 취급된다.

8. 또 조합원 중 어떤 이가 채무로 중한 부담을 받아 자신의 재산을 [채권자들에게] 양도하고 그래서 공적 채무 또는 사적 채무에 기하여 그의 재산이 매각되는 경우, 조합은 해산된다. 그러나 이 사안에서 [조합원들이] 조합에 대한 합의를 견지한다면, 새로운 조합이 개시하는 것으로 인정된다.

9. 한 조합원이 임치를 자신에게 하도록 한 자처럼 어떤 것을 악의로 범한 경우에만 다른 조합원에게 그 명목에 기하여 조합원 소권으로서 책임을 지는지, 아니면 과실, 즉 해태와 부주의의 명목으로 책임을 지는지 문제되었다. 그런데 그가 과실의 명목으로도 책임진다는 것이 지배적인 견해가 되었다. 과실이 최고도의 주의의무에 맞추어야 하는 것은 아니다. 즉 조합원이 공유물에 자신의 물건에 부가할 정도의 주의의무를 이

TIT. 26

DE MANDATO.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur. 1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia eius gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes. 2. Tua et mandantis, veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur, aut si volente te agere cum eo ex fideiussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.

행하는 것으로 충분하다. 즉 적은 주의능력을 지닌 조합원을 선택한 자는 자신을 탓하여야, 즉 자신의 경솔에 귀책시켜야 하기 때문이다.

제26장

위임에 관하여

위임은 다섯 방식으로 체결된다. 즉 어떤 자가 자신만을 위하여 너에게 위임하는 경우, 또는 그 자와 너 양자를 위하여, 또는 제3자만을 위하여, 또는 그 자와 제3자 양자를 위하여, 또는 너와 제3자를 위하여 등이다. 그러나 너만을 위하여 너에게 위임되는 경우, 위임은 무의미한 것이고, 그리하여 그로부터 우리들 사이에 어떠한 채무도 위임소권도 발생하지 않는다. 1. 예컨대 어떤 자가 자신을 위하여 토지를 매수하거나 자신을 위하여 서약하는 등 자신의 사무를 처리하도록 너에게 위임하는 경우, 위임인만을 위한 위임이 성립한다. 2. 예컨대 그가 너에게 자신(위임인)의 재산을 위하여 금전을 차용하는 자에게 금전을 이자부로 대여할 것을 위임하는 경우, 또는 네가 신명보증을 이

3. Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes.

4. Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emereres, vel ut pro eo et Titio sponderes.

5. Tua et aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes. quodsi ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

6. Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques, quam feneres, vel ex diverso ut feneres potius, quam in emptiones praediorum colloques. cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium. itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emereres vel eam crederes, quamvis non expedierit tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. et adeo haec ita

유로 소 제기하려는 자가 위임인(자신)의 위협으로 [主]채무자를 상대로 소 제기할 것을 너에게 위임한 경우, 또는 너에 대한 채무[의 변제]로 위임인이 지시하는 자에게 내가 그(위임인)의 위협으로 [지급을] 문답 요약하도록 위임하는 경우, 너와 위임인을 위한 위임이 성립한다. 3. 예컨대 내가 티티우스의 사무를 관리하도록 또는 티티우스를 위하여 토지를 매수하도록 또는 티티우스를 위하여 서약보증하도록 그(위임인)가 너에게 위임하는 경우 제3자를 위한 위임이 성립한다. 4. 예컨대 그 자신과 티티우스를 위하여 내가 토지를 매수하도록 또는 그 자신과 티티우스를 위하여 내가 서약하도록 위임인 자신과 티티우스의 공동 사무 처리와 관련하여 너에게 위임하는 경우, 위임인과 제3자를 위한 위임이 성립한다. 5. 예컨대 너에게 그(위임인)가 티티우스에게 이자부로 금전을 대여할 것을 위임하는 경우, 너와 제3자를 위한 위임이 성립한다. 만일 네가 무이자로 대여하도록 위임되었다면 제3자만을 위한 위임이 성립한다. 6. 너를 위한 위임은 예컨대 그(위임인)가 너에게 너의 금전을 이자부로 대여하기보다는 토지의 매수를 하도록, 또는 반대로 토지의 매수보다는 이자부로 대여하도록 위임하는 경우 성

sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares : sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset.

7. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat. licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

8. Is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati. ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes neque in ampliorem pecuniam fideiubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem : adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum. diversae scholae auctores recte te usque ad centum aureos acturum existimant : quae sententia sane benignior est. quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur, ut minoris, si

립한다. 이 종류의 위임은 위임이라기보다 권유이고 그렇기 때문에 구속적인 것은 아니다. 왜냐하면 권유가 이익이 되는지 여부를 스스로 따져보는 것은 각자에게 자유이기 때문에 [권유가] 주어질 그에게 [권유를 따르지 않는 것이] 이익이 되지 않을지라도, 아무도 위임으로의 권유에 의하여 채무를 부담하지는 않기 때문이다. 그리하여 네가 집에 한가한 금전을 가지고 있는데 어떤 이가 너에게 어떤 것을 매수할 것 또는 [금전을] 대여할 것을 권유한 경우, 물건을 매수하거나 또는 금전을 대여한 것이 너에게 이익이 되지 않더라도 너에게 [위임인이] 위임에 기한 책임을 지는 것은 아니다. 티티우스에게 금전을 이자부 대여하도록 너에게 위임한 자가 위임의 책임을 지는지까지 물어야 한다. 그러나 이 경우에 위임이 구속적이라는 사비누스의 견해가 지배적이 되었다. 왜냐하면 너에게 위임되지 않았더라면 네가 티티우스에게 대여하지 않았을 것이기 때문이다. 7. 예컨대 티티우스가 절도를 하도록 또는 손해를 가하도록 또는 인격권침해를 하도록 너에게 위임하는 경우처럼 상당한 풍속에 반하는 위임도 구속적이지 않다. 그 행위의 명목으로 네가 벌금을 지급할지라도 티티우스를 상대로 소권은 가지지

possit, emeretur.

9. Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit. 10. Item si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat, id est vel eius qui mandaverit, vel eius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo qui tibi mandaverit, tu ignorans eum decessisse exsecutus fueras mandatum, posse te agere mandati actione : alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum tibi afferat. et huic simile est quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii per ignorantiam liberto solverint, liberari eos : cum alioquin stricta iuris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint. 11. Mandatum non suscipere liberum est : susceptum autem consummandum aut quam primum renuntiandum est, ut aut per semet ipsum aut per alium eandem rem mandator exsequatur. nam nisi ita renuntiatur ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilo minus mandati actio locum habet, nisi si iusta causa intercessit aut non renuntiandi aut intempestive renuntiandi.

12. Mandatum et in diem differri et sub

못한다.

8. 위임[사무]을 처리하는 자는 위임의 목적을 逾越하여서는 안 된다. 예컨대 어떤 자가 토지를 매수하도록 또는 티티우스를 위하여 서약하도록 100금까지 너에게 위임한 경우, 너는 더 많이 매수해서는 안 되고 더 큰 액수로 신명보증해서도 안 된다. 그렇지 않으면 너는 그를 상대로 위임 소권을 가질 수 없을 것이다. 이것은 실로 사비누스와 캣시우스의 견해였듯이 네가 그를 상대로 100금까지 소를 제기하기를 원하는 경우에도, 너의 소제기는 무용할 것이다. 다른 학파의 주장들은 네가 정당하게 100금까지 소 제기할 수 있다고 본다. 이 견해가 확실히 더 관대하다. 반면 네가 덜한 가액으로 매수하는 경우에는, 물론 너는 그를 상대로 소권을 가질 것이다. 왜냐하면 자신을 위하여 100금의 토지를 매수하도록 위임하는 자는 여하튼 가능하면 덜한 가액으로 매수할 것을 위임한 것으로 이해된다.

9. 아직 아무 일도 일어나지 않은 동안 철회되면 유효하게 체결된 위임도 소멸한다.

10. 또 아직 위임에 아무런 일도 일어나지 않은 동안 두 당사자 중 1인, 즉 위임인 또는 수임자의 사망이 발생하는 경우, 위임은 해소된다. 그러나 너에게 위임한 자가 사망

condicione fieri potest. 13. In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere : nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. et ut generaliter dixerimus : quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intellegitur. et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

한 후 너는 그가 사망했음을 모른 채 위임 사무를 처리한 경우, 너는 위임의 소를 제기할 수 있다는 것이 이익성의 이유로 인정된다. 그렇지 않으면 너는 정당하고 개연적인 (있을 수 있는) 무지에 의해서 손해를 입을 것이다. 채무자들이 티티우스의 추심노예가 해방된 후에 모르고 그 피해방자에게 변제한 경우에도 [채무로부터] 해방된다는 정설도 이와 유사하다. 그렇지 않으면 변제해야 할 자가 아닌 제3자에게 변제하였으므로 법의 엄격한 이치에 의하라면 [채무로부터] 해방되지 않을 것이기 때문이다. 11. 위임을 인수하지 않는 것은 자유이다. 그러나 인수하였다면 처리를 하든지 가능한 한 빨리 해제하여 위임인이 자신 또는 제3자를 통하여 그 사무를 처리하도록 해야 한다. 그 사무를 처리할 수 있도록 이전과 같은 상태가 위임인에게 남겨지도록 해제되지 않으면, - 해제하지 않은데 대한 또는 부적절한 시기에 해제한데 대한 정당한 사유가 있지 않는 한 - 그럼에도 불구하고 위임의 소권이 적용될 것이기 때문이다.

12. 위임은 기한부 내지 조건부로 이루어질 수 있다. 13. 마지막으로 위임이 무상이 아니면 법률행위의 다른 형식으로 전락한다는 것을 알아야 한다. 즉 報酬가 정해지면, 임

| | |
|---|---|
| <p>TIT. 27</p> <p>DE OBLIGATIONIBUS QUASI EX CONTRACTU.</p> <p>Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. 1. Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum : sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestor</p> | <p>약(임대차)이 된다. 일반적으로 말하자면, 전자의 사안들에서 보수 없이 [사무 처리의] 의무가 인수되면 위임 또는 임치 거래가 체결되고, 후자의 사안들에서는 보수가 개입하여 임약이 체결되는 것으로 이해된다. 그래서 네가 의복을 세탁업자에게 세탁 또는 관리의 목적으로 또는 재봉업자에게 수선의 목적으로 맡기는 경우, 보수의 정함이나 약속이 없다면 위임 소권이 부여된다.</p> <p>제27장</p> <p>계약에 의하는 것 같은 채무에 관하여</p> <p>계약의 종류가 열거된 다음에, 엄밀히는 계약으로부터 발생하는 것으로 이해되지는 않지만 불법행위로부터도 실질을 가져오지 않기 때문에 마치 계약으로부터 발생하는 것으로 인정되는 채무에 관해서도 살펴보자.</p> <p>1. 그리하여 어떤 이가 부채자의 사무를 관리한 경우, 그들 상호간에 사무관리 소권이 라는 소권이 발생한다. 관리된 사무의 본인에게는 사무 관리인을 상대로 하는 직접 소권이 있는 반면, 사무 관리인에게는 반대 소</p> |
|---|---|

contraria. quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est : quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit : ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, deserentur negotia : quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem. sicut autem is qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem : nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia. 2. Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur) : sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones : non tantum enim pupillus cum tutore

권이 있다. 그러한 소권들이 계약이 없는 상태에서 발생하는 것임은 명백하다. 왜냐하면 그 소권들이 어떤 이가 위임 없이 타인의 사무를 관리하는데 나아가는 경우에 발생하기 때문이다. 그러한 사유로 관리된 사무의 본인은 모르는 경우에도 채무를 부담한다. 이것은 즉시 출발을 하여야 해서 부채자가 자기 사무의 관리를 누구에게도 청하지 못하고서 타향으로 간 경우 사무가 방기되지 않도록, 유익성에 기하여 인정된다. 즉 어떤 이가 出費한 것에 관하여 소권을 가지지 않는 경우, 사무를 아무도 관리하지 않을 것임은 명백하다. 이렇게 유효하게 사무를 관리하는 자에게 사무의 본인이 채무를 부담하듯이, 반대로 관리자도 관리의 계산을 제출할 책임을 진다. 이 사안에서 최고도의 주의의무를 다했다는 계산을 제출할 것이 강제된다. 그리고 더 높은 주의능력을 갖춘 다른 이가 사무를 더 잘 관리할 수 있는 한, 통상 자기 물건에 대하여 하는 정도의 주의의무를 이행하는 것으로 충분하지 않다.

2. 후견 소송으로 책임지는 후견인도 엄밀히는 계약에 의하여 채무를 부담하는 것은 아닌 것으로 이해된다(후견인과 피후견인 사이에 어떠한 법률행위도 체결되지 않기 때문이다). 그러나 불법행위에 기하여 책임

habet tutelae actionem, sed et ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli vel pro eo fuerit obligatus aut rem suam creditori eius obligaverit. 3. Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit : non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt : sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. 4. Idem iuris est de eo, qui coheredi suo familiae erciscundae iudicio ex his causis obligatus est.

5. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur (neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) : et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur. 6. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. adeo enim non intellegitur proprie ex contractu obligatus ut, si certio rem rationem sequamur, magis, ut supra

지는 것이 아닌 것도 명백하기 때문에, 준계약에 기하여 책임지는 것으로 인정된다. 이 사안에서도 상호적인 소권이 있다. 피후견인이 후견인을 상대로 후견소권을 가질뿐 아니라, 반대로 후견인은 피후견인을 상대로 - 피후견인의 재산에 무엇인가 출비하거나 또는 그를 위하여 채무부담하거나 또는 그의 채권자에게 자신의 물건을 담보제공하는 경우 - 후견 반대소권을 가진다. 3. 또 어떤 이들 사이에 예컨대 어떤 것이 그들에게 균등하게 유증 또는 증여된 때처럼 물건이 조합[관계] 없이 공유인데, 그 물건으로부터 산출된 과실을 홀로 수취하거나 그의 동료가 그 물건에 대하여 필요비를 지출하여 그 중 1인이 다른 1인에게 공유물분할소송으로 책임지는 경우, 엄밀히는 계약에 기하여 채무 부담하는 것이 아닌 것으로 이해된다. 왜냐하면 그들 사이에 아무것도 체결되지 않았기 때문이다. 그러나 불법행위에 기하여 책임지지 않기 때문에, 준계약에 기하여 책임지는 것으로 인정된다. 4. 자신의 공동상속인에게 이러한 사유로 가산분할소송에 의하여 채무를 부담하는 자에 관해서도 동일한 법리가 적용된다. 5. 상속인도 유증의 명목으로 엄밀히 계약에 기하여 채무 부담하는 것이 아닌 것으로 이해된다 (왜

diximus, ex distractu quam ex contractu possit dici obligatus esse : nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat. sed tamen proinde is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur. 7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata : nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit : sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis quae sacrosanctis ecclesiis, ceterisque venerabilibus locis quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita solvantur non repetuntur.

냐하면 엄밀히 상속인 또는 망인과 어떠한 법률행위도 체결되지 않았기 때문이다. 그러나 상속인이 불법행위에 기하여 책임지지 않기 때문에, 준계약에 기하여 채무부담하는 것으로 인정된다. 6. 또 어떤 이가 착오로 비채를 변제한 것을 수령한 자도 준계약에 기하여 채무부담하는 것으로 인정된다. 즉 더 확실한 이치를 좇자면 - 상술한 바와 같이 - 맺기보다는 풀기를 위하여 채무를 부담한다고 할 수 있기에, 엄밀히 계약에 기하여 채무 부담하는 것이 아닌 것으로 이해된다. 변제의 의사로 금전을 공여한 자는 거래행위를 맺기보다는 풀기 위해서 공여한 것으로 인정되기 때문이다. 그러나 수령한 자는 소비대차금이 공여된 것처럼 채무부담한다. 그리하여 부당이득반환청구소권⁴⁷⁾으로 책임진다.

7. 그러나 일정한 사안에서는 착오에 의하여 비채로서 변제된 것이 반환청구될 수 없다. 즉 옛 법학자들이 예컨대 아퀼리우스법이나 유증처럼 [피고가] 부인하면 소송물이 [2배액으로] 증가하는 사안들에서 변제된 비채가 반환청구될 수 없다고 정하였다.⁴⁸⁾ 이[규정]을 옛 법학자들은 [가액이] 확정되고 누군가에게 채권유증으로서 남겨진 유증에만 적용되기를 의욕하였다. 그러나 짐

| | |
|--|---|
| <p>TIT. 28</p> <p>PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.</p> <p>Expositis generibus obligationum, quae ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus acquiri vobis non solum per vosmet ipsos, sed etiam per eas quoque personas, quae in vestra potestate sunt, veluti per servos vestros et filios : ut tamen, quod per servos quidem vobis acquiritur, totum vestrum fiat, quod autem per liberos quos in potestate habetis ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et usus fructus, quam nostra discrevit constitutio : ut,</p> | <p>의 칙법이 모든 유증과 신탁유증에 단일한 성격을 부여하였을 때에, 이러한 증가가 모든 유증과 신탁유증에 확대되기를 원하였다. 그러나 모든 受遺者에게 인정된 것은 아니고, 至聖의 교회와 기타 종교와 경건으로써 명예롭게 되는 경외 받는 장소⁴⁹⁾에 남겨진 것만이 인정되었다. 그러한 것은 비채로서 변제되면 반환되지 않는다.</p> <p>제28장</p> <p>어떤 사람들을 통하여 우리가 채권을 취득하는가.</p> <p>계약, 準계약에 기하여 발생하는 채무의 종류를 설명하고 나서, 짐은 너희가 너희 자신을 통해서뿐만 아니라, 예컨대 노예나 가자처럼 너희의 권력 하에 있는 자들을 통해서도 취득한다는 점을 주의를 환기시켜야 한다. 노예를 통하여 너희가 취득하는 것은 모두 너희의 것이 되지만, 너희가 권력 하에 두고 있는 아들을 통하여 채권에 기하여 취득한 것은 짐의 칙법이 구분한 물건의 소유권과 용익권이라는 형태에 따라 구별된다. 그리하여 소를 통하여 이익을 얻게 되는 것</p> |
|--|---|

quod ab actione commodum perveniat, huius usum fructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellae nostrae constitutionis divisionem. 1. Item per liberos homines et alienos servos, quos bona fide possidetis, adquiritur vobis, sed tantum ex duabus causis, id est si quid ex operis suis vel ex re vestra adquirant. 2. Per eum quoque servum, in quo usum fructum vel usum habetis, similiter ex duabus istis causis vobis adquiritur. 3. Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod uni nominatim stipulando aut per traditionem accipiendo illi soli acquirit, veluti cum ita stipuletur : ‘Titio domino meo dare spondes?’ sed si unius domini iussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat, qui hoc ei facere iussit, ut supra dictum est.

의 용익권은 아버지가 가지는데, 소유권은 아들에게 유보된다. 물론 짐의 새로운 칙법의 구분에 따라 아버지가 소를 제기한다.

1. 또 너희가 선의로 점유하는 자유인과 타인의 노예를 통하여 취득은 하지만, 두 사유에 의해서만, 즉 [그들이] 어떤 것을 그들의 노무에 의하여 또는 너희의 물건으로부터 취득하는 경우에만 [너희가] 취득할 수 있다. 2. 너희가 용익역권 또는 사용역권을 가지는 그 노예를 통해서도 위의 두 사유와 마찬가지로 너희가 취득한다.

3. 공유 노예가 소유권의 지분에 따라 주인을 위하여 취득하는 것은 확실하다. 단, 예컨대 ‘나의 주인인 티티우스에게 줄 것을 서약하는가?’라고 문답계약하는 것처럼 [주인 중] 1인을 지명하여 문답계약하거나 또는 인도에 의하여 수령하면서 그만을 위하여 취득하는 경우는 예외이다. 주인 1인의 명으로 노예가 문답요약한 경우에 전에는 논의가 있었지만 짐의 결정 후에는 - 상술한 바와 같이⁵⁰⁾ - [노예가] 이것을 그에게 하도록 명한 자만을 위하여 취득하는 것으로 사안이 처리되었다.

TIT. 29

QUIBUS MODIS OBLIGATIO TOLLITUR.

Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo : liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit : non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus.

1. Item per acceptilationem tollitur obligatio. est autem acceptilatio imaginaria solutio. quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiat haec verba debitorem dicere : ‘quod ego tibi promisi habesne acceptum?’ et Titius respondeat ‘habeo’ : sed et Graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet : ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβὼν.⁹⁾ quo genere ut diximus tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae : consentaneum enim visum est, verbis

제29장

어떤 방식으로 채무가 소멸하는가.

모든 채무는 채무의 변제 또는 어떤 이가 채권자의 동의를 얻어 代物으로써 변제하는 경우, 소멸한다. 그런데 어떤 이가 변제를 하는데 채무를 부담하는 자 자신이 하는지 또는 그를 위하여 제3자가 하는지는 중요하지 않다. 즉 제3자가 변제를 하면, 채무자가 알거나 또는 모르거나 또는 그의 의사에 반하여 변제가 되더라도 [채무자는] 해방된다. 또 피고(채무자)가 변제하는 경우, 그를 위하여 개입(보증)한 자들도 해방된다. 반대로 신명보증인이 변제하는 경우에도, 동일한 것이 일어난다. 즉 그만이 해방되는 것이 아니라, 채무자도 해방된다. 1. 또 변제수령 문답계약을 통하여 채무가 소멸한다. 그런데 변제수령문답계약은 가상의 변제이다. 언어채무에 기하여 티티우스가 채권을 가지는 것은, 티티우스가 면제하기를 원하는 경우, 채무자가 ‘내가 너에게 약속한 것을 수령하였는가?’라고 하는 것을 티티우스가 용인하고 ‘[수령]하였다’라고 답변함으로써 [면제]될 수 있다. 그러나 라틴어로 통상적인 것처럼 이루어지는 한 희랍어로도 수령

factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. sed id quod ex alia causa debetur potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. sicut autem quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest. 2. Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur et ea per acceptilationem tollatur. stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est : ‘quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve¹⁰⁾ quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit quodque tu meum habes tenes possides possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas : quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius.’ item e diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium : ‘quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spondi, id omne habesne acceptum?’ respondit Aulus Agerius : ‘habeo acceptumque tuli.’

될 수 있다. ‘... 만큼의 데나리온을 수령하였는가?’ ‘수령하였다.’ 이러한 방식으로 - 짐이 기술했듯이 - 언어에 의하여 성립하는 채무만이 변제되고, 다른 것들은 변제되지 않는다. 언어로 체결된 채무는 다른 언어로 해소되는 것이 논리일관된 것으로 보인다. 그러나 다른 사유로 채무 부담되는 것은 문답계약으로 이전되고 변제수령문답계약으로 해소될 수 있다. 채무부담된 것이 일부만이 정당하게 변제되듯이, 채무부담된 것의 일부에 대해서만 변제수령문답계약될 수 있다.

2. 모든 사안의 채무가 문답계약으로 이전되고 그것이 변제수령문답계약에 의하여 소멸하도록 하는, 통상 아퀼리우스 문답계약이라 불리는 문답계약이 체결된다. 즉 아퀼리우스 문답계약은 [말하자면] 모든 채무를 갹개하고 갈루스 아퀼리우스⁵¹⁾에 의하여 다음과 같이 정식화되었다.⁵²⁾ ‘네가 나에게 임의의 사유로 주거나 하여야 할 것과 하여야 할 - [이미] 변제되거나 기한부거나 불문하고 - 모든 것, 어떤 사안에 의한 것이더라도 나에게 너를 상대로 하는 임의의 [대인적] 소권과 너로부터 [청구하는] [대물적] 소권 또는 너에 대하여 가지는 [정무관 면전의] 非常절차, [그리고] 네가 나의 것을 가지고

3. Praeterea novatione tollitur obligatio. veluti si id quod tu Seio debeas, a Titio dari stipulatus sit. nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur : veluti si id quod Titio tu debebas a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, quo casu res amittitur : nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. non idem iuris est, si a servo quis stipulatus fuerit : nam tunc prior proinde obligatus manet ac si postea nullus stipulatus fuisset. sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio aut dies aut fideiussor adiciatur aut detrahatur. quod autem diximus, si condicio adiciatur novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem si condicio extiterit : alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat : per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant

억류하고 점유하거나 점유할 또는 점유하지 않는 것을 악의로 작출해 낸 모든 것을 그 사안들 중 어떤 사안이 [가액이] 얼마나 될 지라도 그 만큼의 금전을 줄 것을 아울루스 아게리우스⁵³⁾는 문답요약하였고 누메리우스 네기디우스⁵⁴⁾는 답변하였다.’ 또 반대로 누메리우스 네기디우스는 아울루스 아게리우스에게 ‘내가 너에게 오늘 아퀼리우스 문답계약에 의하여 서약한 것을 모두 네가 수령하였는가?’라고 질문하였고, 아울루스 아게리우스는 ‘수령하였고 면제하였다’라고 답변하였다. 3. 그 외에 예컨대 네가 세이우스에게 채무부담하는 것이 티티우스에 의하여 주어질 것이 문답계약되는 경우처럼 갱개에 의해서 채무가 소멸하였다. 왜냐하면 새로운 사람의 개입으로 새로운 채무가 발생하고, 전채무는 후채무로 이전되어 소멸하는데, 후 문답계약이 무효라 할지라도 첫 문답계약은 갱개법으로 소멸하게 된다. 예컨대 티티우스에게 네가 채무부담했던 것을 그가 피후견인이 후견인의 조성 없이 문답낙약하도록 한 경우, 이 사안에서 채무는 상실된다. 왜냐하면 전 채무자는 해방되고 후 채무는 무효이기 때문이다. 어떤 이가 노예가 문답낙약하도록 하는 경우에는 같은 법리가 적용되지 않는다. 왜냐하면 그 때에

: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitiones, quas licet ex ipsius lectione apertius cognoscere. 4. Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. nam si Titius et Seius inter se consenserunt ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.

는 전 채무자는 후에 아무도 문답낙약하지 않은 것처럼 채무부담인 채로 남기 때문이다. 그러나 후에 네가 문답요약하는 자가 동일한 사람인 경우, 갹개만이 되는데, 후 문답계약에서 어떤 새로운 것이 있는 경우, 즉 조건 또는 기한 또는 신명보증인이 부가되거나 분리되는 경우에 그러하다. 짐이 조건이 부가되는 경우 갹개가 된다고 기술한 것은 조건이 성취되는 경우[에 한하여] 갹개가 성립한다고 짐이 의미했다고 이해하여야 한다. 그렇지 않고 [조건이] 불발인 경우, 전 채무가 존속한다. 그러나 갹개의 의사를 가지고 제2의 채무로 향하여 나아간 경우에만 갹개가 성립한다는 것이 옛 사람들 사이에 정설이었는데 반하여, 언제 갹개의 의사로써 이것이 이루어졌는지에 대하여 의문이 있었다. 그리고 이에 관하여 각자가 각 사안들에서 일정한 추정들을 도입하였다. 그래서 짐의 한 칙법이 제정되었고, 그 칙법은 전 채무의 갹개를 합의하였다는 것이 체결자들 사이에서 명시된 경우에만 갹개가 성립한다고 명확하게 정의하였다. 다른 경우에는 전 채무는 남고 후 채무는 그에게 부가되어 짐의 칙법의 규정에 따라 두 사유에 의하여 채무가 존속하게 된다고 정하였다. 그 규정들은 그것(칙법)을 읽어 봄으로써 더

| | |
|--|--|
| | <p>상세히 알 수 있다.</p> <p>4. 더 나아가 합의로 체결되는 채무들은 반대되는 의사에 의하여 해소된다. 왜냐하면 티티우스와 세이우스가 투스쿨룸의 토지를 세이우스가 100금으로 매수할 것과 그 다음에 아직 이행이 되지 않는 동안, 즉 대금이 지급되지도 않고 토지가 인도되지도 않는 경우 매매로부터 이탈하는 것을 상호 가납하기로 상호 합의하는 경우, 상호 해방된다. 임약과-방금 기술한 바와 같이-합의에 기 반하는 모든 계약에서도 동일하다.</p> |
|--|--|

- 9) 파울 크뤼거 편집본의 라틴어 번역 : “Habesne acceptos tot denarios? Habeo.”
- 10) 이 외에도 ‘aut sub condicione’가 부가되는 텍스트도 많이 있다.
- 11) 5표의 4조. 家內相續人이 없는 자가 無遺言으로 死亡하는 경우에는 最近의 宗親이 家産을 상속한다(최병조 역).
- 12) I.2.19.2 : 가내필연상속인이란 예컨대 망인의 권력 하에 있었던 아들, 딸, 아들에게서 난 손자, 손녀 및 그 아래의 비속들이다. 그런데 손자, 손녀가 가내 상속인이 되기 위하여 그들이 할 아버지의 사망 시에 권력 하에 있었다는 사실만으로는 부족하고 그들의 아버지가 자신의 아버지(손자·손녀의 할아버지)가 생존해 있는 동안 죽음에 의해서건 기타 사유로 권력으로 부터 해방되어서 가내 상속인임을 그치는 것이 필요하다. 그 때에 손주는 자신의 아버지의 지위를 승계하는 것이다. 가내 상속인은 家의 상속인이고 아버지가 살아 있는 경우에도 일정 정도 주인으로 여겨지기 때문에 그렇게 불린다. 그리하여 어떤 이가 무유언으로 사망한 경우에도, 자녀들의 승계가 우선하는 것이다. 또 필연 상속인이라 불리는 것은 원하든지 원치 않든지 여하튼 무유언 또는 유언에 의하여 상속인이 되기 때문에 그렇게 불리는 것이다. 그러나 법무관은, 그들의 재산이 아닌 아버지의 재산이 채권자에 의하여 점유(압류)될 수 있도록, 원한다면 상속 거절하는 것을 그들에게 허용하였다.
- 13) Legitimatio per oblationem curiae. 지방자치시 참사회로의 봉헌에 의한 준정. 아버지가 혼외자에게 자치시 참사회의 의원(decurio) 되기에 충분한 재산을 주는 경우, 혼인중의 아들로 인정되었다. 마찬가지로 아버지가 혼외자인 딸에게 참사회 의원과 혼인하기에 충분한 지참재산을 주는 경우, 혼인중의 딸로 인정되었다. 제국 후기에 도입된 이러한 규정의 취지는 상당한 공적 부담을 인수하여야 했던 지방자치시 참사회 의원을 구하기 위함이었다.
- 14) Postliminium. 귀국권. 전쟁 포로로서 적에 의해 생포되었던 로마시민은 적국의 노예가 되었지만, 로마의 영토로 생환한다면 자유와 “일경권으로써 이전의 모든 권리”를 회복하였다. 그

러나 해소되었던 그의 혼인은 부활하지 않았고, 사실상의 지위인 점유(res facti, ≡ Possessio)의 경우도 부활하지 않았다. 따라서 그는 물건을 재차 점유하여야 했다. D.49.15; C.8.50.

- 15) Perduellio. 반역죄. “국가와 황제에 대해 적대적인 생각을 품는”(D.48.4.11)사람은 이 죄를 범하는 자이다. 12표법은 사형으로 처벌하였다. Perduellio는 적군과 결탁하는 것, 로마에 대항하도록 적을 선동하는 것, 로마 시민을 적에게 인도하는 것, 전장에서 탈영하는 것, 기타 이와 유사한 다양한 범죄행위들을 포함한다. 시간이 지나면서 perduellio는 점차 ‘대역죄(crimen maiestatis)’에 흡수되었다.

Crimen maiestatis. (imminutae, laesae, violatae.) 대역죄. Lex iulia maiestatis에 의하면 “로마 시민들과 국가의 안전에 대항하는” 범죄(D.48.4.1.1). 로마 시민이 아니더라도 또 로마의 영토 밖에서도 범할 수 있었다. 반역, 소요, 정무관 폭행, 탈영 등이 있다. 원수정 하에서는 황제 또는 그의 가족의 안전과 관계된 범죄로 확대되었다. 후에 maiestas는 perduellio의 영역을 포괄하였기 때문에 이 두 범죄간의 구별은 쉽지 않다. 기독교인이라는 고백도 crimen maiestatis로 다루어졌다. D.48.4; C.9.8.

- 16) Damnatio memoriae. 기억 抹消刑. 사형에 부가되는 불명예형, 또는 형사소추가 끝나기 전에 죽은 사람에 대한 부가적 불명예형. 반역죄(maiestas, perduellio)와 같은 반국가 범죄들은 이러한 ignominia post mortem(사후의 불명예)를 초래하였고, 해당 개인의 기억이 소멸되었다. 예컨대 그의 이름은 문서상에서 지워졌고 기념비등에서 사라졌다. 그의 유언과 사인증서는 효력을 상실했다. damnatio memoriae는 부당한 행위를 한 황제들에게도 그 생존시 또는 사후시에 부과되었다. 판결은 원로원에 의해 이루어졌다.
- 17) Testamentum destitutum. 放棄된 유언. 유언자보다 먼저 또는 상속재산을 수령하기 전에 모든 상속인들이 사망한 경우의 유언, 상속이 거절된 유언. 同. testamentum desertum. 이 경우 무유언상속이 되었다.
- 18) ‘상속법상 共存[동시존재]원칙erbrechtlicher Koexistenzgrundsatz’.
- 19) Bonorum possessio. 유산점유. 시민법에서의 비형평(iniquitates)을 시정하기 위하여 법무관이 시민법상 상속체계와 병존적으로 도입한 유사상속. 일정한 경우에 시민법 하에서 상속권이 있는지 여부를 불문하고 법무관이 어떤 이에게 부여한 재산의 점유이다. 실질적으로 시민법에 의하여 전재산을 상속하는 자를 뜻하는 ‘heres’라고는 불리지 못하는 일반적 상속인과 비슷한 법적 지위이다 : praetor heredes facere non potest. 법무관은 상속인을 만들 수 없다 (Gai.3.32; I.3.9.2).
- 20) C.8.47.10.3(530).
- 21) 5표의 3조.
- 22) C.6.55.12(528).
- 23) 12표법 5표의 4조. 家內相續人이 없는 자가 無遺言으로 死亡하는 경우에는 最近의 宗親이 家産을 상속한다. (최병조 역)
- 24) 유제는 실로 자신을 역대 황제들을 능가하는 그리하여 12표법의 전설적 입법자에 대비되는 위대한 입법자로 보았다. 유제는 지나치게 세세함과 無用하며 끝없는 논쟁을 일삼는 당시의 법학에 대하여 비판적인 입장이었다. 그에게 칙법은 언제나 진보된 법이고, 12표법과 칙법이라는 위대한 두 시기 사이에 끼인 ‘중간시기 법학(media iurisprudentia)’은 많은 경우 배척하여야 할 것으로 보았다. 이곳 우리 주제와 관련하여 중간시기 법학의 견해란 유언상속에서

- 여자의 상속 제한을 무유언 상속에까지 확장한 보코니우스법 적용을 가리킨다.
- 25) “법무관 고시로부터”라는 의미.
- 26) C.6.58.14(531).
- 27) 5표의 4조. 家內相續人이 없는 자가 無遺言으로 死亡하는 경우에는 最近의 宗親이 家産을 상속한다. (최병조 역)
- 28) C.6.4.4.20(531).
- 29) 자녀가 사망하는 경우의 상속.
- 30) 세 자녀의 권리*ius trium liberorum* 또는 (더 일반적 명칭으로) 有子의 권리*ius liberorum*를 가지는 어머니는 이러한 상속법상의 특권 외에도, 여성이라면 받아야 했던 후견을 받지 않아도 되는 특권이 있었다.
- 31) 사망한 자녀의 자녀는 없다는 의미.
- 32) 유자의 권리를 가지는.
- 33) 유제의 직법회찬.
- 34) C.8.58.2(528).
- 35) 예컨대 C.6.55.9(389).
- 36) [직계비속]
 - 子(2世=1대).
 - 孫(3世=2대) : 낮춤말은 孫兒, 米孫, 높임말은 阿孫, 令孫, 令仍, 賢仍. 손주는 平稱. 특히 손녀까지 함께 가리키면 孫子女.
 - 曾孫(4世=3대) : 증손자. 증손녀. 合稱은 증손자녀.
 - 玄孫(=高孫)5世=4대) : ‘현손녀’는 관용되나, ‘현손자’의 사용은 드물다. 현손의 아내는 玄孫婦, 현손녀의 지아비는 玄孫壻. 속칭은 고손, 고손자이지만 비속에게 ‘높을 고’자를 쓰기를 꺼림.
 - 來孫6世, 昆孫7世, 仍孫(=耳孫)8世, 雲孫9世 : 5대손부터는 친함이 다한다 하여 親盡(=代盡)이 된다(5대조부터 친진이 되는 것과 대응됨). 운손 이하는 代數로만 칭한다.
- 37) 族曾祖父라고도 하며 우리나라에서 고조부 이하가 堂內친족이라서 상복을 입는 유복친이다. 아내는 종증조모(족증조모)이다. 내가 종증조이면 종증손자(배우자는 종증손부)와 종증손녀(배우자는 종증손서)가 나에게 있을 수 있다.
- 38) 유산점유*bonorum possessio* : 시민법을 조력, 보완, 수정하기 위하여(*adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*) 법무관이 도입한 제도. 시민법상의 상속체계가 병행 발전하였다. 법무관은, 시민법상 소유자를 만들 수 없듯이, 상속인도 만들 수 없었다(“*praetor heredes facere non potest*” : *Gai.3.32; 1.3.9.2*). 그러나 법무관은 소유자가 아닌 자를 마치 소유자인 것처럼, 특별한 경우에는 소유자를 상대로도 보호하였듯이, 특정인을 상속인과 동등하게 취급하였고 때로는 상속인을 상대로 보호하였다. 이처럼 법무관에 의해 승인된 상속권을 유산점유라고 한다.
- 유산점유가 부여되는 경우는 세 가지이다.
1. 법무관은 그가 시민법상 상속인이라고 생각하는 자에게 유산점유를 허여할 수 있는데, 상속회복소송에서 유산점유자가 사실은 상속인이 아님이 증명된 경우 유산점유자는 상속인에게 유산을 반환해야 한다.

2. 시민법상 상속인이 없는 경우, 법무관은 유산점유를 부여할 수 있고, 이는 종국적인 효과를 가진다.

3. 법무관은 시민법상의 상속이 부당하다고 생각하는 경우, 상속인 이외의 자에게 유산점유를 허여할 수 있고, 시민법상 상속인의 상속회복청구가 있는 경우 유산점유자에게 악의의 항변(*exceptio doli*)을 부여함으로써 그를 보호하였다. *Gai.* 2.120; 3.34. 후대에 이르러 후 2자를 실질적 유산점유(*bonorum possessio cum re*), 전자를 형식적 유산점유(*bonorum possessio sine re*)라고 부르게 되었다.

법무관에 의해 유산점유를 허여받은 자, 즉 유산점유자(*bonorum possessor*)는 그 유산에 속하는 물건을 소지하는 모든 자에 대해 유산점유인도특시명령(*interdictum quorum bonorum*)을 부여받아 대항할 수 있는 유리한 위치에 있었다. 상속회복청구소권과 비교할 때, 이 구체수단은 특히 입증의 측면에서 유리하였기 때문에 시민법상 상속인들조차도 법무관의 보호를 받기 위해 유산점유를 신청하였다. 유산점유자는 시민법상 상속인과 마찬가지로 소권을 가지지만 “만약 상속인이라면”이라는 의제를 사용하는 準소권만을 가졌다. 하나의 목적물을 회복하기 위해서는 소유물반환소권(*rei vindicatio*) 대신에 푸블리키우스 소권(*actio Publiciana*)을 가졌는데, 이것은 원고의 소송수행을 훨씬 더 용이하게 해 주었다.

하지만 고전후시대 방식서소송 절차가 사라지자, 시민법상 상속과 법무관법상 상속의 차이가 점차 소멸되었다. 서로마지역에서 유산점유가 폐지되었으나, 동로마에서는 유제가(고전시대의 법사료에 기초하여) 우선 상속재산과 유산점유 양자를 존속시켰으나, 원칙적으로 동일인에게 양자를 모두 부여하였다. 신칙법에서는 유산점유는 사라진다.

유산점유는 신청이 있는 경우에 한하여 법무관이 부여한다(*dare bonorum possessionem*). 법상 당연히(*ipso iure*) 인정되는 유산점유는 없었다. 누구도 자신의 의사에 반하여 유산점유를 취득할 수 없었다.

- 39) I.3.15.1 : “두 당사자의 의사 그리고 일치하는 理解만을 요건으로 하는.”
- 40) I.3.19.4 : “어떤 이가 자신이 권력 하에 있는 이가 아닌 다른 이를 위하여 문답요약하는 경우, 무효다.”
- 41) C.4.21.17(528).
- 42) Wilhelm Pape, *Handwörterbuch der griechischen Sprache*. Braunschweig, 1914, Band 1, S. 216~217에 따르면 노예라는 의미의 ‘ἀνδρά-ποδον(τό)’의 형태와 의미는 주인이 자신의 지배권을 보이기 위하여 노예에게 대던 발에서 유래하였다고 한다. 단 매도한다는 의미의 ἀποδόσθαι로부터 파생하였다는 견해도 있다. 노예 중에서도 주로 전쟁 포로도 나포된 노예를 가리킨다(αἰχμιάλωτα Xenophon, *Anabasis*, 4, 1, 12; δοῦλα Hellenica, 1, 6, 15; Thoukydídēs, 8, 28 καὶ δοῦλα καὶ ἐλεύθερα). 이 단어는 후에 ἀνὴρ와 대비되는, 경멸의 의미를 가지게 된다(Platon, *Gorgias*, 483 b; Theagenes, 150 b 참조; Xenophon, *Memorabilia*, 4, 2, 39 참조). 호메로스는 이 단어를 유일하게 위 개소에서 사용하였다.
- 43) 한글번역은 호메로스 지음/ 천병희 옮김, 『일리아스』(단국대학교출판부, 2001), 제7권 472행, 155면의 것이다. 유제 법학제요의 편집자 Paul Krüger의 라틴어역은 다음과 같다 : “inde vinum comparabant comantes Achivi, alii aere, alii splendido ferro, alii pellibus, alii, ipsis bobus, alii mancipiis.”
- 44) 프롤쿠루스 학과.
- 45) 제6권 234~236행 : “그래서 그는 황소 백 마리의 값어치가 있는 자신의 황금 무구들을 황소

아홉 마리의 값어치밖에 안 되는 튀데우스의 아들 디오메데스의 청동무구들과 맞바꾸고 말았다.”

46) C.4.66.1(476-484).

47) 소위 ‘비채 부당이득condictio indebiti’. 우리민법 제742조에도 규정되어 있다: “債務없음을 알고 이를 辨濟한 때에는 그 返還을 請求하지 못한다.”

48) 이러한 정함의 이유는 완벽히 밝혀지지 않았다. 아마도 부인을 하면 두 배로 늘어나므로, 부인을 하지 않고 즉 認諾을 하고 한배만을 변제하는 일이 있었을 것인데, 그 때 후에 밝혀진 사정에 기하여 그 변제가 이유 없는 것이 밝혀졌다 하더라도 반환을 청구하지 못하고 원고가 취하는 것으로 정한 것으로 추정된다. W. Buckland, *The Main Institutions of Roman Private Law* (Cambridge University Press, 1931), p.293.

49) 수도원, 구빈원, 교아원 등.

50) I.3.17.3.

51) 전 65년 키케로의 집정관 동료이자 친구였던 아퀼리우스 갈루스 위대한 법률가로 인정되었고(D.1.2.2.42), 키케로의 저작에서도 대표적 법률가로 언급되고 있다. 무키우스에게 배웠고 술피키우스의 스승이다.

52) D.46.4.18.1 참조.

53) 원고의 白紙名.

54) 피고의 백지명.