

법학전문대학원 로마법 수업의 현황과 과제

- 서울대학교 법학대학원의 경험을 중심으로 -

최병조*

목 차

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> I. 수업 현황 II. 교육 목표 <ul style="list-style-type: none"> 1. 예정 목표 2. 추진 실적 III. 교재와 수업자료 <ul style="list-style-type: none"> 1. 예고 자료 2. 배포 자료 IV. 수업의 진행 <ul style="list-style-type: none"> 1. 예정 진도 2. 중점 사항 | <ul style="list-style-type: none"> V. 과제물 및 시험(중간시험, 기말시험) <ul style="list-style-type: none"> 1. 예정 평가 요소 2. 실제 평가 상황 VI. 회고와 반성 <ul style="list-style-type: none"> 1. 현행 제도의 틀 2. 수강생의 현실 상황 3. 교육 여건의 문제 VII. 향후의 과제 |
|--|--|

[국문 요약]

이 글은 2014년 12월 20일(토) 한국법사학회 제110회 정례학술발표회에서 미완성된 메모를 가지고 발표한 것에 약간의 살을 붙여서 작성한 것이다. 따라서 이 글은 본격적인 학술 논문이 아니며, 그간의 필자의 강의 경험을 보고하고, 또 어떤 의미에서는 교육담당자로서의 한계와 고충을 고백하는 성격의 글이다. 발표 때에 비하여 내용적으로 크게 덧붙여진 것은 없지만, 그때 **설문**만 제시하고 그에 대한 답안은 제시하지 않았던 것을 모범답안과 함께 실었다는 점에서는 보완된 것이다. 이렇게 한 이유는 이 글이 단순히 교육 현황에 대한 보고에 그치지 않고 법학전문대학원에서 로마법이 어떤 방식으로 다루어지고 있는가에 대한 예시적 사례를 제공하려는 바람에서이다. 로마법 공부가 현행법, 특히 현행 민법을 공부하는 데 어떤 도움이 될 수 있는가를 보여주기 위해서 모범답안에서 의식적으로 현행 민법에 대한 언급을 적절히 배합하였다. 로마법의 후예로서 많은 경우 그 법리와 대동소이한 모습을 보이므로 현행법을 지시하는 것이 결코 장식적이거나 단순한 비교법적 훑기거리에 그치는 것이 아님을 보여주고도 싶었다. 로마법의 교육적 가치에 대한 공유된 인식에도 불구하고 전 세계적으로 로마법 교육은 위기에 처해 있다. 특히 우리의 경우 법학전문대학원 출범 후 기초법학 분야

* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수

는 예상했던 대로 침체 일로에 들어선 인상이다. 이 글을 계기로 斯界의 同學들이 현 상황에 대한 문제의식과 해결의 실마리라도 함께 할 수 있기를 희망한다.

[주제어] 기초법, 로마법, 로마법 강의, 로마법 수업, 법사학, 법학교육, 법학전문대학원

이 글은 2014년 12월 20일(토) 한국법사학회 제110회 정례학술발표회에서 미완성된 메모를 가지고 발표한 것에 약간의 살을 붙여서 작성한 것이다. <후기>는 심사를 거쳐 게재가 결정된 뒤에 덧붙인 것이다. 따라서 내용적으로 크게 덧붙여진 것은 없지만, 그때 설문만 제시하고 그에 대한 답안은 제시하지 않았던 것(【별첨】 예시자료 1)을 모범답안과 함께 실었다는 점에서는 보완된 것이다. 이렇게 한 이유는 이 글이 단순히 교육 현황에 대한 보고에 그치지 않고 법학전문대학원에서 로마법이 어떤 방식으로 다루어지고 있는가에 대한 예시적 사례를 제공하려는 바람에서이다. 물론 이곳에 소개한 사례가 여러 면에서 가장 전형적인 사례라고 할 수는 없다. 이 사례는 다른 경우들보다 지문이 꽤 길고, 또 로마법 사례가 늘 그렇기는 하지만, 특히 실체법과 소송법이 서로 얽혀 있는 사안이기 때문이다. 사실 이 사안은 학생들에게 과제로 제시했지만, 답안에서 보여준 모든 로마법의 내용을 가르친 상태에서 그렇게 한 것이 아니어서, 처음부터 출제 의도가 학생들을 테스트한다기보다는 이 사안을 통하여 로마법을 좀 더 공부할 수 있기를 바란 것이었다(그래서 답안 외에 참고자료도 배포하였다). 내 경험에 의하면 로마법을 다양한 형식의 강좌를 통하여 공부할 수 있는 유럽의 대학교에서도 이 정도의 사안을 다루기는 결코 쉽지가 않다. 가장 활발하게 수업이 되는 곳에서도 이제는 <學說彙纂 釋義>(Digestenexegese)조차도 개설이 쉽지가 않고, 원문의 번역과 강독 방식의 석의 수업이 이루어지는 경우에도 대체로 체계적 법리를 중심으로 배우다 보면 하나의 개소에 대한 상세한 검토는 시간적 여유가 거의 없기 때문이다. 결국 다양한 釋義의 내용의 전문 논고들을 통하여 분석의 실례를 접하고 스스로 공부하는 것인데, 요즈음은 이런 글들도 드물다. 로마법 공부 가 현행법, 특히 현행 민법을 공부하는 데 어떤 도움이 될 수 있는가를 보여

주기 위해서 모범답안에서 의식적으로 현행 민법에 대한 언급을 적절히 배합하였다. 로마법의 후예로서 많은 경우 그 법리와 대동소이한 모습을 보이므로 현행법을 지시하는 것이 결코 장식적이거나 단순한 비교법적 흥밋거리에 그치는 것이 아님을 보여주고도 싶었다. 이 참고자료가 로마법의 교육적 가치에 대한 인식을 제고하고 로마법에 대한 관심을 촉구하여 예상했던 대로 법학전문대학원 출범 후 침체 일로에 들어선 기초법 분야, 특히 法史學이 다 소라도 활력을 얻을 수 있다면 그야말로 望外의 기쁨일 것이다.

I. 수업 현황

필자는 1985년 이래로 서울대학교 법과대학과 일반대학원, 그리고 법학전문대학원 출범 이후에는 그곳에서도 로마법을 가르쳐왔다. 개인적으로 그간의 수강자료를 정리하여 보관하고 있지 못하여 보다 정확한 현황을 파악하기 위하여 학교 행정당국에 문의한 결과 전산자료로 보관된 1991년 1학기부터 대체적인 수강인원은 파악할 수가 있었다(표 참조). 법학대학원의 경우만을 보자면, 지금까지 2012년 1학기과 2014년 2학기 두 차례 개설되었다. 시간이 가면서 초창기보다 수강생이 줄어든 것은 법학대학원이 제공하는 다양한 선택과목 모두에 공통된 경향으로 보인다.

◎서울대 학부, 일반대학원, 법학대학원 로마법 관련 수업 ※ += (不詳); (-) = 不開設

학년도-학기	학부 로마법 수강 인원	일반대학원 로마법 관련 수업 (수강 인원)	법학대학원 수업 (수강 인원)
1991-1	+	로마법특수연구	
1992-1·2	【연구년】	【연구년】	
1993-1	101		
1994-1	28		
1995-1	35	로마사법특수연구	
1996-1	67	로마공법연구	
1996-2	(-)	로마사법특수연구	
1997-1	+		
1998-1	+	로마사법연구	
1999-1	+		
2000-1	83	로마공법특수연구 (6)	
2000-2	(-)	로마사법특수연구 (7)	
2001-1	127	로마사법연구 (4)	
2002-1·2	【연구년】	【연구년】	
2003-1	112		
2004-1	130		
2004-2	(-)	로마사법특수연구 (5)	
2005-1	114	로마공법연구 (5)	
2006-1	89		
2007-1	73	로마공법특수연구 (3)	
2007-2	(-)	로마사법연구 (4)	
2008-1	41		
2008-2	(-)	로마사법연구 (2)	
2009-1	54		서양법문화사 (12)
2010-1·2	【연구년】	【연구년】	【연구년】
2011-1	28	로마사법연구 (4)	
2011-2	(-)		법학교전강독 (3)
2012-1	(-)		로마법 (40)
2012-2	(-)		서양법문화사 (5)
2013-1	16	로마사법연구 (2)	
2013-2	(-)		법학교전강독 (3)
2014-1	【연구학기】	【연구학기】	【연구학기】
2014-2	3	로마사법연구 (1)	로마법 (9)

II. 교육 목표

1. 예정 목표

학부 수업이나 일반대학원 수업이나 법학전문대학원 수업이나 기본적으로 로마법을 가르치는 입장에서 교육 목표는 지금까지 대체로 일치하였다. 강의 계획서에서 제시했던 것은

- (1) 현대법의 원류인 고대 로마의 법과 법학을 공부하여
- (2) 계수한 서양법의 기본적 특성과 사상적 맥락을 이해함으로써
- (3) 현행법(특히 현행 민법)의 이해에 기여할 것을 도모하고,
- (4) 특히 로마사법에 대한 전반적인 공부를 통하여 법적 사고의 기본적인 소양을 함양하는 데 주력한다는 것이었다.

2. 추진 실적

예정했던 교육 목표를 수업을 통하여 과연 달성했을까. 또 어느 정도로 달성했을까? 솔직히 이 문제에 관한 한, 오랜 시간 로마법 강의에 전념해 왔지만 전혀 자신이 없다. 이는 만큼 잘 가르칠 수 있는 것이라면, 결국은 각각의 수업 당시에 얼마만큼 알았는가에 달려있을 것이다. 방대한 로마법을 조금이라도 더 알기 위하여 게으름을 피웠다고는 생각하지 않지만, 개인적 역량의 부족과 도서 등 참고자료의 부족 등 연구여건이 열악한 것은 극복하기 어려운 한계였던 것 같다. 시간이 가면서 로마법의 법학교리(Dogmatik)적인 측면에 대한 순수한 법률학적인 관심은 그대로 유지되었지만, 상대적으로 좀 더 큰 틀에서 로마법문화를 조망하고, 그 특성을 동양 전통사회의 법문화와 비교함으로써 로마법을 모태로 하는 서양법을 계수했다는 것이 우리에게 갖는 의미가 무엇인가를 살피는 데로 관심이 다소간에 이동하였다. 수업시간에도 그에 따라서 가급적 동서 비교적인 시각을 학생들에게 전달하고자 하였다. 요약하면 적어도 법학대학원 출범 이후에는 로마법 강의에서

도 좀 더 법문화 일반론적인 언급을 강화하였다. 그 주제로 다음 것을 들 수가 있다.

- (1) 로마의 법문화 및 법학의 공부
- (2) 서양법에 대한 로마의 영향: 전통 조선시대법과의 비교를 통한 특성 고찰
- (3) 현행법과의 異同 비교 고찰
- (4) 법적 논증 및 논변의 훈련
 - 가. 사실관계의 파악 훈련: 경험세계에 대한 개방된 시야 강조
 - 나. 법적 결론을 뒷받침하는 논리의 개발 훈련: 로마 법률가들과의 법적 담론
 - 다. 다양한 법적 논점 파악 훈련: 현행법 경험의 확장 실험

Ⅲ. 교재와 수업자료

1. 예고 자료

강의계획서에서 다음의 자료를 제시하였다. 이것은 기존의 학부 및 일반대학원 강의에서 주로 표준적 형태의 국내외 교과서를 기본교재로 소개하고, 기타 논문들을 참고자료로 제시하고, 필자의 기존 논고들이나 강의를 위해 준비한 자료들(주로 원자료 및 그 번역문 등)을 배포하여 이용했던 것과는 조금 다른 형태였다고 할 수 있다. 필자의 교과서라고 할 『로마법강의』가 대단히 부족한 미완의 책이어서 벌써 전면 보완된 개정판이 나왔어야 했는데 그렇지 못했기 때문에 전문대학원용으로는 부적절하다고 느꼈고, 다른 한편으로는 이미 상당한 필자의 논고가 축적되어 그것들을 잘 활용하면 나름 어느 정도 로마법의 세계를 알아가는 데 길잡이가 될 수 있으리라 생각했기 때문이었다.

- [교재 I] 최병조, 『로마법강의』, 박영사, 1999.
- [교재 II] 최병조, 『로마법연구(I)』, 서울대학교출판부, 1995.
- [교재 III] 최병조, 『로마법·민법 논고』, 박영사, 1999.
- [교재 IV] 최병조, 『로마법상의 사무관리』, 서울대학교출판부, 2001.
- [교재 V] 최병조, 『로마의 법과 생활』, 경인문화사, 2007; 재판 2008.
- [교재 VI] 최병조 외, 『제2판 법률가의 윤리와 책임』, 박영사, 2003.
- [교재 VII] 최병조 외, 『법치주의의 기초: 역사와 이념』, 서울대학교출판부, 2006.
- 최병조a, 「盜品인 여자노예가 낳은 아이는 사용취득할 수 있는가? - 로마법상의 한 사례 연구 -」, 『법사학연구』 39, 2009.4., 171ff.
- 최병조b, 「로마법상 사용취득(usucapio)의 권원 개념(I) - 表見權原과 謬想權原 -」, 『서울대학교 법학』 50/2, 2009.6., 451ff.
- 최병조c, 「로마법상 사용취득(usucapio)의 권원 개념(II) - Pro suo와 Pro possessore를 중심으로 -」, 『서울대학교 법학』 50/3, 2009.9., 1ff.
- 최병조 대표편역, 『한국 민법의 로마법적 배경과 기초: 민법 제373조~제407조』, 법무부, 2013 【자료선집】

2. 배포 자료

(1) 출간된 줄고 선별 묶음(총 444면)

예고한 논고 중 필자가 학생들이 우선적으로 읽어주었으면 하는 것들(주로 일반론 내지 총론적인 성격의 글들)을 추려서 묶어 복사하여 수업용 책자를 만들었는데, 그러저럭 책 한 권의 분량은 되었다.

(2) 강의용 자료 수시 배포: 원사료의 번역 소개에 중점

로마법의 참맛은 그 원사료의 사안을 직접 읽고 관련된 법률문제를 풀어나간 로마 법학자들의 사고과정을 그들이 전개한 법학 이론을 배경으로 함께 사고해 가는 과정 자체에 있다고 할 수 있다. 로마 법학자들의 사고를 만나는 경험이야말로 법학적 사고, legal reasoning을 터득하는 첩경이었던 것이다.

그리하여 수업에서 가능한 한 수강생들이 원사료를 많이 접하게 하려고 애썼다. 사안 중심으로 이야기하다 보면 토론 역시 자연스럽게 진행이 된다는 점에서 역시 없이 case method가 로마법학의 정치한 이론법학(Dogmatik)과 만날 수 있는 것이기 때문이다.

IV. 수업의 진행

1. 예정 진도

강의계획서에서 내세운 진도는 다음 표와 같았다.

주	강의 내용
1	導論: 로마법의 의의와 역사적 의미 [교재 I] 3ff., [교재 III] 3ff.
2	로마의 법제 [교재 I] 19ff.; [교재 VII] 127ff.; [교재 VI] 82ff.; [교재 II] 64ff.; [교재 V] 1ff.; 29ff.
3	로마민사소송법 [교재 I] 515ff.; [교재 II] 2ff.; [교재 V] 395ff.
4	로마법학사(1) [교재 I] 227ff.; [교재 II] 38ff.; 112ff.; 138ff.; 164ff.; 185ff.
5	로마법학사(2)
6	로마人法 [교재 I] 277ff.; [교재 III] 249ff.; [교재 II] 464ff.
7	중간시험
8	로마물권법(1) [교재 I] 406ff.; [교재 III] 70ff.; [교재 II] 240ff.; 최병조a; 최병조b; 최병조c
9	로마물권법(2) [교재 I] 406ff.; [교재 II] 286ff.
10	로마채권법(1): 계약법(1) 과제 [교재 I] 436ff.; 321ff.; [교재 III] 16ff.; 327ff.; [교재 II] 544ff.; 608ff.; [교재 V] 95ff.; 167ff.; 203ff.;
11	로마채권법(2): 계약법(2) [교재 I] 436ff.; 321ff.; [교재 V] 247ff.; 289ff.
12	로마채권법(3): 사무관리, 부당이득법 [교재 IV] 1ff.; [교재 II] 308ff.; [교재 V] 309ff.
13	로마채권법(4): 불법행위법 [교재 II] 371ff.; 401ff.; 433ff.; [교재 V] 367ff.
14	로마상속법 [교재 III] 185ff.
15	기말시험

당연히 진도란 지키기 위하여 있는 것이지만, 현행법학과 다른 교육목표 설정, 수업의 여건(학생들의 준비상태, 쉽게 접근 가능한 참고자료, 15주라는 수업기간 등) 등으로 인하여 진도 자체에 현행법학을 하는 경우보다 큰 비중을 두지는 않았다. 그간의 경험은 아무리 서둘러도 상속법까지 진도를 마치기에는 시간적으로 부족하였다. 필자 자신이 점점 중요하게 느끼고 있는 민사소송법을 다루기에도 한계가 분명하였다. 오늘날 민사소송법을 따로 해도 15주가 부족하듯이, 로마의 민사소송법 역시 그것만 공부하는 데도 한 학기로는 부족하기 때문이다. 그러나 다른 한편으로 모든 법률문제란 서로 얽혀 있는 까닭에 상속법이든 민사소송법이든 다른 법률문제를 다루면서 자연스럽게 기본적인 것을 언급하지 않으면 안 되기에 그 부분에 대하여 집중적인 체계적 수업은 불가능하였더라도 사실상으로는 거의 모든 민사법분야를 다룬 셈이었다. 때로는 좀 더 이해하기 편한 불법행위를 먼저 다루기도 했는데, 이 분야 역시 호락호락한 것은 아니어서 하다 보면 더 중요한 계약법을 走馬看山 격으로 다룰 수밖에 없기도 하였다.

2. 중점 사항

앞서도 언급했지만, 각론적인 고찰에 앞서서 총론적인 부분에서 로마법의 저변에 있는 문화적 특성을 고찰하는 데 전보다는 더 중점을 두었다. 다루었던 주요점을 열거하면 다음과 같다.

- | |
|--|
| <p>A. 총론 : 로마 法文化의 특징</p> <p>I. 머리말: 로마의 歷史的 召命 = “제국 - 교회 - 法學”</p> <p>II. 로마法文化의 특징</p> <p>1. 로마文化의 특징</p> <p>가. 口述文化</p> <p>나. 言動人文化性</p> |
|--|

다. 세속성

라. 전통주의

2. 로마法文化의 결정요인

가. 강력한 規範意識:

나. 權利을 위한 투쟁

다. 지도계층의 영도력: *cursus honorum*

라. 公民意識

마. 先進文物의 소화

바. 다민족과 문화의 포용

사. 帝國 통치의 필요

3. 로마의 法學: 專門法學

가. 사회학적 특성

(1) 法知識의 개방

(2) 法律家=名望家(Honoratiorenjurisprudenz)

(3) 법률가=學識家(Jurist)

(4) 법률가=文武兼備한 知性人: 文과 理의 兼存

(5) 로마 중심 법학

나. 법학적 특성

(1) 實務法學

(2) 民事法學(*ius privatum*)

(3) 理論法學(jurist-made law)

(4) 原理法學과 規則法學의 조화: principle - rule

(5) 합리적 談論의 실천: *disputatio fori*

(6) 主知主義와 主意主義의 통합: *ratio - auctoritas*

(7) 전통과 改新의 공존: *ius civile - ius honorarium*

다. 로마법학사

(1) 로마법학의 學問化: 헬레니즘기의 그리스사상과 로마법학

a) 스토아사상과 古法學者들(*veteres*)의 原理法學: *bona fides*

b) 회의주의 아카데미사상과 세르비우스(*Servius*)의 新法學

(2) 古典法學의 발전

a) 고전기의 兩大學派: 사비누스(*Sabinus*)학과 프로쿨루스(*Proculus*)학과

b) 학파대립의 극복과 융합: 율리아누스(Iulianus)와 켈수스(Celsus)

(3) 後期古典期の 集大成: 파울루스(Paulus)와 울피아누스(Ulpianus)

(4) 후대의 발전

4. 로마의 法

가. 市民團體의 固有法: 市民法(ius civile)

나. 文明社會의 規約法: 萬民法(ius gentium)

다. 自然世界의 普遍法: 自然法(ius naturale)

III. 몇 가지 화두

1. 12表法(lex XII tabularum)과 로마法大全(Corpus Iuris Civilis)

2. 법학과 演述論(수사학)

3. 正義 女神의 不在

4. 西洋史의 3 R:

가. Reformation: 유태종교로의 회귀

나. Renaissance: 그리스문예의 부흥

다. Reception of Roman Law: 로마법의 繼受

(1) 註釋學派 - 註解學派 - 판덱텐의 當代的 慣用(Usus modernus Pandectarum) - 人文主義法學 - 自然法學派 - 歷史法學派 - 판덱텐法學 - 民法典編纂 - 로마법의 歷史學問化

(2) 유럽통합과 로마법: 새로운 가능성의 모색

IV. 餘論

1. 세계 로마법학계의 동향

2. 한국법학과 로마법

3. 서울대학교 로마법 및 서양법사학 교실

B. 한국전통법과의 비교(참조: 【별첨】 예시자료 3)

V. 과제물 및 시험(중간시험, 기말시험)

1. 예정 평가 요소

출석(%)	과제물(%)	중간(%)	기말(%)	평소학습(%)	기타(%)	합계(%)
10	30	30	30			100
과제는 1회 수행함.						

2. 실제 평가 상황

예정 평가 요소별 비중을 고려하여 평가하고자 하였으나 학습 내용에 따라 과제물의 모습이 바뀔 수 있어서 요소별 비중도 바뀌었다. 평가할 때 사용되었던 문제들을 소개하면 다음과 같다.

- (1) 과제물 수차 부과: → 【별첨】 예시 자료 1
- (2) 중간시험: → 【별첨】 예시 자료 2
- (3) 기말시험: → 【별첨】 예시 자료 3

VI. 회고와 반성

1. 현행 제도의 틀

현재 서울대학교 법학대학원에서 로마법은 (1) 전 교육과정 3년 중 1개 과목 3학점으로 되어 있어서 다른 선택과목들과 대체로 동일한데, 다만 (2) 선택적 필수(기초법 과목 중)로 지정되어 있어서 그나마 소수이더라도 수강생이 있는 점은 다행이다. 이것은 서울대학교가 학부에서 취하던 방침을 전문대학원에서도 그대로 수용한 덕분이다. 이에 힘입어 현재 전국의 로스쿨 중

서울대가 그나마 로마법의 명맥을 유지하는 유일한 학교로 남아있다. 그러나 이른 나이에 로마법에 대한 순수한 학문적 흥미를 얻을 수 있는 학부 때와 달리 전문직업인으로서의 바로 앞 미래를 철저히 계획하고 진입한 로스쿨생들에게는 로마법은 적절한 시기에 필요한 학점을 따기 위한 하나의 방편일 뿐 그 이상도 그 이하도 아닌 것으로 보이고, 오히려 낯설고 어려운 것이라는 인상이 있는지, 지금까지의 경험으로 보면 같은 필자가 담당하고 있는 서양법문화사(학부의 서양법제사를 개명한 것)보다 수강 인원이 현저하게 떨어진다.

2. 수강생의 현실 상황

(1) 수강생에 대한 기대와 현실

학부 로마법 수업과 달리 법학전문대학교의 학생들은 열의가 대단하고, 학부 중 라틴어를 공부한 학생도 더러 있으며, 현행법에 대한 이해도 더 높은 것으로 기대해도 좋다는 징후는 일반적으로 많이 있다. 무엇보다도 수업 중 교수의 질문에 답하거나 토론에 참여하는 적극성의 면에서 보면 분명 학부생들과의 경험을 넘어선다. 그럼에도 불구하고, 사실상 라틴어 지식이 로마법과 연결되어 활용되기에는 수업에서의 라틴어가 가지는 비중은 라틴어를 모르는 대부분의 수강생을 전제하므로 실제로는 기회가 미미하고, 학생에 따라서 차이는 있으나 현행법(특히 민법)에 대한 이해도 기대치에 못 미치는 경우가 많고(법개념이나 법리에 대한 정확한 이해가 미흡), 학부생들보다 나이가 많고 전공영역이나 사회경험도 상대적으로 다양함에도 불구하고 사안에서 주어진 인간의 삶을 파악하는 안목이 더 계발되어야 함을 느낄 때가 적지 않았다. 정답만을 추구하고 자기의 생각을 자신의 논리로 개진하는 훈련이 부족한 우리 교육 전반의 어떤 결과일지는 모르겠으나, 어떤 때는 실로 깜짝 놀랄 때도 있었다. 앞서도 지적했지만, 법학전문대학원 수강생들에게서 로마법에 대한 지속적인 관심을 기대하기란 실로 여러 여건상 어렵다는 점이 가장 문제라면 문제이다.

참고로 서울대학교 법과대학에 1990년대 일반 라틴어 수업(교양과목) 대체과목으로 라틴어(법학)이 개설되어 수업이 이루어진 적이 있는데, 구체적으로 파악이 안 된 경우에도 수강 인원이 제법 되었었다. 그 현황은 다음 표와 같다. 필자가 담당하던 이 과목은 2000년대 들어서면서 일반 라틴어 수업으로 도로 환원되고, 이후 인문학을 전공하신 분들의 일반 라틴어 강의가 서울대학교에서 들 수 있는 라틴어 강의가 되었다. 같은 라틴어이긴 해도 법학에 초점을 둔 법학라틴어와 일반 라틴어는 아무래도 차이가 없을 수 없으므로 법학도들의 입장에서는 아쉬운 대목이긴 하다. 법학라틴어 교재를 개발하다가 준비에 그치고 결국 성과를 내지 못하여 법학라틴어의 위상을 제고시키지 못한 필자의 탓도 적지 않을 것 같아 마음이 편하지 않다.

◎ 학부 라틴어(법학) 수강 현황 ※ + = (不詳)

라틴어 (법학)	학년도-학기 (수강 인원)						
	1991-2 (+)	1993-1 (+)	1995-2 (+)	1997-2 (+)	1999-2 (+)	2000-2 (115)	2001-2 (95)

(2) 수강생의 기대와 현실

사실 교수로서 교육 목표를 설정하고 중요하다고 생각하는 것들을 가르친다고는 하지만, 수강생들 입장에서 필자의 수업에 대해 가지는 기대가 무엇이고 어떤 것이었으며, 그 기대가 과연 얼마나 충족되었는가에 대해서는 잘 알지 못한다. 요새는 정례화된 강의 평가만으로 판단하는 것도 매우 조심스럽다. 법학전문대학원에서 필자는 로마법이 다른 현행법 수업으로 힘든 학생들에게 가능하면 부담이 없도록 배려하고자 했으나(가령 예습이 필요 없게 하고, 과제는 간단한 퀴즈 형식으로 정답보다는 자신의 생각을 개진하는 논리를 보는 등[가령 **【별첨】** 예시자료 2]), 이 또한 소기의 목적을 달성했는지는 잘 알지 못한다. 미루어 짐작하건대 로마법 수업을 통하여 민법에 대한 이해를 심화시킬 수 있지 않을까 하는 기대는 적지 않았던 것으로 생각되지만, 오히려 로마법 자체의 단순하지 않은 내용으로 인하여 혼란만 가중시키

지는 않았을지 우려되기도 한다. 어차피 수강생들의 현실은 로마법에 별 비중을 두지 않을 터이므로 크게 염려할 일은 아니라고 위안은 되지만, 법학대학원에서의 로마법을 포함한 모든 기초법이 수강생들의 기대와 현실을 감안하여 어떠한 전략과 전술로 강의를 이끌어 갈지를 계속 심각하게 고민해야 할 것으로 생각된다.

3. 교육 여건의 문제

오늘날 교육 여건은 필자가 로마법을 공부하기 시작하던 때는 말할 것도 없고, 교수가 되어 강의를 개설하던 시기와 비교해도 현저하게 개선되었다. 다른 곳에 대해서는 잘 모르겠으나, 적어도 서울대학교의 경우 도서관 서비스도 아주 많이 개선되어 로마법과 같이 열악한 분야도 이제는 도서관에서 비교적 쉽게 정보를 얻을 수 있게 되었다. 인터넷 자료의 활용 역시 전세계적인 발전의 덕택으로 연구와 공부에 크게 기여할 수 있는 환경을 조성하였다. 그러나 이러한 일반적인 발전에도 불구하고 전문영역으로서의 로마법에 초점을 맞추고 보면, 아직 많은 것이 부족하다. 연구를 위해서는 말할 것도 없고, 학습을 위해서도 여전히 그러한데, 우리나라 학생을 대상으로 하는 경우 가장 큰 문제는 쉽게 접근 가능한 관련 자료가 별로 없다는 점이 제일 중하다. 다시 말하면, 우리나라 로마법학의 성과물 자체가 빈약하여 우리말로 된 자료에 한계가 명백하고, 오늘날 우리나라 학생들이 읽을 수 있는 외국어가 거의 영어로 편중되면서 전통적으로 유럽의 각국어로 성과물이 발간 되어 오히려 영어로 쓰인 논고가 소수에 불과한 로마법과 같은 분야에서 학생들이 정보를 얻기가 매우 힘들게 변해가고 있다. 역으로 영어 외의 외국어 자료가 대종을 이루다보니 우리나라 현실에서 도서관의 자료로 입수되는 것 자체가 매우 제한적이고, 인터넷 등을 통해 접할 수 있는 자료도 영어 외의 외국어로 된 것 들이다보니 자료 자체를 물리적으로 구한다는 것이 바로 해독과 이용을 의미하는 것이 아니라는 점에서 그 활용에 제약이 불가피하다. 필자도 수업 중 이런 저런 자료가 좋은 것이 도서관에 있다고 말은 하지만,

정작 학생 중 누군가가 그것을 직접 참조하리라고 기대하지는 않는다. 관심의 강도가 이미 그에 못 미치는 것도 있지만, 외국어 자료 해독의 어려움과 그 속에서 만나는 로마법 원사료의 독해가 일반 법학도에게 기대불가능하기 때문이다. 이러한 사태가 어떤 방식으론가 타파될 수 있을 것인지에 대해서는 필자로서는 안타깝게도 갈수록 비관적이다. 결국 문제는 향후의 과제로 귀결된다.

VII. 향후의 과제

로마법의 교육은 로마법학의 발전과 동전의 양면을 구성한다. 발전된 로마법학이 존재하면 그 교육은 일단은 반은 성공한 것이다. 하여 로마법의 연구와 교육을 지금까지 언급한 다양한 문제점과 고려 요소들의 면에서 어떻게 진작시킬 수 있는가가 향후의 시급한 과제이다. 로마법을 법학전문대학원에서 강의하는 것이 계속 유의미한 교육정책이라는 전제가 모든 이에 의하여 공유되는지조차도 의문시되는 지점에 도달한 것은 아닌가요 우려스러운 게 현실 상황이다. 여기서는 일단 이런 전제를 깔고, 그래서 로마법학의 발전을 위하여 학문후속세대를 양성하는 것이 당위적인 요청이고 우리 학계에 부과된 과제라는 점을 다만 상기시키면서, 교육과 관련하여 고려할 다음의 몇 가지 사항을 그저 간단히 열거하는 것으로 그치고자 한다. 이 문제는 모든 강의에 공통된 것으로 유독 로마법에 국한된 것은 아니지만, 로마법과 같이 이제는 스스로의 존재당위성을 입증해야만 할 상황에 몰린 기초법 과목의 경우에는 하나하나가 모두 현실적으로 매우 절실한 인자들이다. 그럼에도 불구하고, 아니 그렇기 때문에, 이러한 문제에 대한 해답은 아무리 필자가 로마법을 전공하여 오래 그 강좌를 담당해 왔다고 하지만 독자적으로 결정할 수 있는 문제가 결코 아니다. 斯界의 모든 同學들은 물론, 대학교와 교육 당국 등, 모두가 고민해야 할 문제이기 때문이다. 대한민국에서 로마법은 우리에게 무엇인가?

1. 교육 목표
 - (1) 교육 목표 설정의 적절성
 - (2) 실천의 평가
2. 교재 및 수업 자료
 - (1) 교재와 수업 자료의 적절성
 - (2) 교재 개발의 긴요성
3. 수업의 내용, 범위, 난이도
 - (1) 수업 내용 및 범위의 적절성
 - (2) 표준적 진도 확정의 필요성
4. 학습 평가
 - (1) 학습 평가 방법 및 분량의 적절성
 - (2) 학습 강도에 대한 표준 확립의 필요성
5. 수강 인원
 - (1) 적정 수강 인원 확보의 필요성
 - (2) 수강인원에 따른 수업 형태 다양화 모색의 필요성

〈후기〉

전 세계적으로 로마법의 교육은 위기에 처한 지 이미 오래되었다. 보통법을 대체한 민법전의 편찬 등으로 로마법학이 역사학문화하면서 그 추세가 현재까지 이어지고 있다고 할 수 있다. 세계적 석학이었던 Franz Wieacker(1908-1994)조차도 1981년 발표된 글(The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought, *4 B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 257 (1981), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol4/iss2/2> [최종검색 2015.5.2.])에서 그가 10년 전 독일 및 유럽 다른 나라의 청중들 앞에서 필요하다고 생각했던 로마법을 위한 변호가 이제는 시대착오적인 것으로 들릴 것이라고 토로하였다. 물론 그 이유로서 일상의 일방적인 기술적 전문화에 대한 증가하는 비판이 역사에 대한 관심을 전보다 더 강하게 만들었다는 점을 들고는 있지만, 이러한 사정이 현금의 우리에게도 타당한지는 별론으로 하고, 그가 지적한 역사의식이

처한 현재의 위기가 로마법의 공부에 부정적 효과를 미쳤다는 인식에 한 치도 달라지는 것은 없다. 현시대가 겪고 있는 자연에 대한 통제와 미래를 향한 사회적 기획의 거대화, 더욱이 초등교육으로부터 전문교육에 이르기까지 수백 만의 젊은이들에게 교육기회를 제공해야 하는 필요성으로 인한 교육수요의 폭발과 이로 인한 고전 교육에 대한 심각한 의문제기, 그 결과 유럽에서조차도 확인되는 고전어에 대한 인문주의적 공부, 고전적 철학체계, 이상주의적 역사서술 등에 대한 새로운 평가는 결국 이러한 고전의 전통에 속하는 로마법으로 하여금 설 자리를 앗아가고 있기 때문이다. 로마법의 원 고장인 유럽의 상황이 이러할진대, 우리가苦戰하고 있는 것을 고민할 수 있다는 점만으로도 혹종의 여유가 있는 것인지도 모른다. 서양 사람들이 로마법을 계수하여, 그것을 당대법으로 慣用하다가(Usus modernus) 새로운 현대로마법의 체계로 발전시키고(Savigny), 그것을 더精緻化한 끝에(Pandektenwissenschaft) 궁극에는 민법전의 편찬으로 마무리함으로써 Jhering 말마따나 “로마법을 통하여 로마법을 넘어섰고”, 이제 남은 것은 과거의 화려한 영광 뒤에 남겨진 잔잔한 餘光(Geist)만인지도 모르겠다. 그럼에도 불구하고 미련이 자꾸 남는 것은 로마법의 典範이 그저 “정신”에만 머무는 것이 아니라, 인류의 위대한 知的 모험을 늘 실익 있는 방식으로 우리에게 매개한다고 믿기 때문이다. 이런 의미에서 Wieacker의 “I believe”를 마무리로 삼고자 한다.

“Above all, their (= the classical jurists’) achievements offer an ideal paradigm for the theory of decision-making and of legal reasoning which is debated so heatedly even in this country (= the USA.). I believe that it is this paradigm which could prevent the present debate in legal theory from degenerating into one-sided or sterile dogmatism. The talent of the classic Roman jurists for providing answers can still be put to use in our society today — not only for the contemplative researcher but especially for the practical jurist who is confronted with new tasks daily. *Fabula et de te narratur*: this old story also applies to us today.” (p.281)

[별첨] 예시자료 1 (과제물) ※ 사례풀이 제공

※ 다음 개소를 논평하시오.

<p>D.44.2.30.1 Paulus 14 quaestionum. Latinus Largus: ① cum de hereditate inter Maevium (M), ad quem pertinebat, et Titium (T), qui controversiam moverat, transigaretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo (A=C1) eiusdem Maevii heredis obligaverat quemque alii (C2) postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. his gestis posterior Titii creditor (C2) ius suum persecutus est et optinuit. post hoc iudicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. cum ergo constet prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, ② quaero, an ius avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit. ③ respondi: si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus petenti ei, qui in priore iudicio victus</p>	<p>D.44.2.30.1 파울루스, <질의록> 제14권 라티누스 라르구스(파울루스의 제자): ① 상속재산에 관하여 그것이 속했던 [즉 진정한] 마이비우스(M)와 분쟁을 제기했던 티티우스(T) 사이에 和解가 성립하였을 때 상속재산에 속하는 물건들의引渡가 상속인 마이비우스에게 티티우스(T)에 의하여 이루어졌는데, 이 인도에 포함하여 그(T)는 수년 전에 그가 같은 상속인 마이비우스의 할아버지(A=C1)에게 담보잡혔고 그 후 다른 사람(C2)에게 담보로 제공했던 자기 자신의 소유인 土地도 無方式的의 約定을 근거로 인도하였다. 이 일들이 행해진 후 티티우스의 후순위 채권자(C2)가 자신의 권리를 추구해서 勝訴하였다. 이 소송 후에 상속인 마이비우스(M)는 할아버지의 遺品들 속에서 수년 전 작성된 같은 티티우스(T)의 手記證書를 발견했는데, 이로써 和解의 物目에 포함된 그 토지가 그 자신의 할아버지에게도 같은 티티우스(T)에 의하여 담보잡혔음이 밝혀졌다. 그러므로 상속인 마이비우스의 할아버지(A)에게, 마이비우스(M)가 그에 관해 패소한 같은 토지가 먼저 담보로 제공되었음이 확실하므로 ② 나는 물론이니, 그(M)는 같은 토지에 관하여 訴求되었을 때 그가 몰랐던 자신의 할아버지(A=C1)의 권리를 아무런 항변의 대항을 받지 않고 追及할 수 있는가. ③ 나는 해답한다. 토지의 所有權에 관하여 쟁송되고 원고에게 승소로 판결된 경우</p>
--	---

est, obstaturam rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. ④ quod si possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non optinuit, peteret, non obsesset ei exceptio: nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur. ⑤ cum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri, et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. ⑥ in proposita autem quaestione magis illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. actio tamen pignoratitia competit: verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem.

에는 앞의 소송에서 패소한 자가 청구하는 경우 既判事項의 抗辯이 저지할 것이라고 우리는 말해야만 할 것인데, 왜냐하면 원고가 청구를 (입증하여) 충족시키는데에는 그의 권리에 관해서도 심리된 것으로 여겨지기 때문이다. ④ 그러나 占有者가 免訴된 후 점유를 상실하고 같은 토지를 앞서 승소하지 못한 자에게서 청구하는 때에는 그에게 항변이 저지하지 않는데, 왜냐하면 그 자신의 소송에서는 그 토지의 권리에 관하여 아무 것도 결정된 바 없는 것으로 여겨지기 때문이다. ⑤ 그렇지만 제1채권자를 상대로 質權訴權으로 소구된 경우 점유자의 권리에 관해서는 심리되지 않은 것일 수 있는데, 왜냐하면 담보제공에 있어서는, 소유권의 심리에서 내 소유이면 상대방의 소유가 아니듯이, 이 자가 자신에게 담보 잡혔다고 입증할 물건이 타인에게 담보 잡힌 것이 아니라는 게 항상 귀결되는 것은 아니기 때문이다. 그래서 항변이 저지하지 않는다고 보다 합당하게 이야기되는데, 왜냐하면 점유자의 권리에 관하여 심리된 것이 아니라 오로지 擔保에 관해서만 심리된 것이기 때문이다. ⑥ 그렇지만 제기된 문제의 경우 나를 더 움직이는 것은 質權이, 소유권이 취득되어, 소멸한 것은 아닌 가 하는 점이다. 왜냐하면 質權은 채권자가 소유자가 된 경우 존속할 수가 없기 때문이다. 그렇다고 하더라도 質權訴權이 인정된다. 왜냐하면 質이 제공되고 만족되지 않았음이 참이기 때문이다. 고로 私見으로는 기관사항의 항변이 저지하지 않는다고 생각한다.

〈D.44.2.30.1 사례풀이〉

A. 사실관계

M과 T 사이에 상속 분쟁이 있었고, 和解가 성립하여 진정한 상속인 M에게 T가 상속재산에 속하는 물건들과 함께 T 자신의 토지도 화해에 기하여 인도하였다. 화해는 무방식의 약정(pactum)에 의하여 성립하였다. 이 화해의 약정은 항변(exceptio)만을 가능하게 하는 단순한 裸約定(nudum pactum)에 불과한 것이 아니라, 계약에 해당하는 合約(conventio)으로서 前加文訴權(actio praescriptis verbis)을 발생시켰다. 상속재산을 둘러싼 분쟁이다 보니, 쌍방 사이에 복잡한 법률관계가 얽혀서 상호간에 다양한 권리와 의무를 화해의 취지에 맞게끔 일거에 해결하고자 할 때에 통상 체결하던 아퀼리우스 문답계약은 체결되지 않았다. 또 화해계약 위반의 경우를 대비하여 체결되곤 하던 違約罰의 문답계약도 체결되지 않았다.¹⁾ 추측이지만, 상속분쟁이 가능한 가까운 사이였던 까닭에 情理上 배제되었을 수 있다.

인도된 T의 토지는 T가 수년 전 먼저 M의 조부 A에게 먼저 담보잡히고(제1담보채권자=C1), 다시 제2담보채권자 C2에게 담보잡힌 토지였다.²⁾ 2인의 채권자에게 담보잡히고, 다시 M에게 인도된 것으로 볼 때, 이 담보권은 非占有 담보권이다. 파울루스의 제자 Latinus Largus의 사례로서, 이미 무조건적 후순위 담보권의 설정이 가능한 것으로 확립된 이후의 사안이고, 순위 결정 원칙으로 prior tempore, potior iure (Ant. C.8.17.3 [a.213])가 적용되는 사안이다.

토지의 인도가 있는 후에 C2가 자신의 담보권을 근거로 M으로부터 그 토지를 반환청구하고 그 소송에서 승소하였다.

그 후 M은 A의 유품에서 제1담보권을 증명하는 手記證書를 발견하고, 자신에게 제1담보권이 있음을 이유로 C2를 상대로 訴求하고자 한다(이상 ①).

1) 화해의 체결 방식에 관한 상세는 → [별지] 화해.

2) 여기서 오늘날 용어와의 혼선을 피하기 위하여 질(권)이란 용어 대신에 두루 담보(권)이라는 용어를 사용하기로 한다.

B. 쟁점

이 사안에 대하여 이것은 C2-M의 소송에서 M이 패소한 기관사항에 저촉되는 것이어서 기관사항의 항변의 대항을 받는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되었다(②).

C. 해답

I. M의 담보권 유무

(1) M이 C2를 상대로 자신이 상속한 담보권을 주장할 수 있으려면, 그가 A=C1의 적법한 상속인이어야만 한다. 그런데 이 사안에서 (i) M이 “적법한 상속인”이라고 표시된 점, (ii) M이 뒤진 A의 유품, (iii) M이 A=C1의 권리를 항변의 대항 없이 취급할 수 있는가 하는 물음 등으로 볼 때, M은 다른 아닌 A=C1의 적법한 상속인임이 전제되었다. 그러므로 그는 일단 A=C1의 적법한 상속인으로서 그 담보권을 행사할 수가 있을 것이다.

(2) 그렇다면 원칙적으로 M은 C2를 상대로 담보권상 우선순위를 주장할 수 있고, C2가 점유하는 담보목적물인 토지의 반환을 청구할 수가 있을 것이다. 非占有 담보이므로 채무변제기 전에는 담보설정자에게, 변제기 후에는 자신에게 반환할 것을 청구하는 방식이 될 것이다.

(3) 그런데 이 토지는 T가 M에게 화해 원인으로 소유권을 이전하였다. 사안에서 토지가 握取物(res mancipi)인 이탈리아의 토지인지, 아니면 非握取物(res nec mancipi)인 그 밖의 토지인지에 관하여 아무런 설시가 없다. 원칙적으로 전자라면 소유권 이전에 악취행위(mancipatio)가 필요하고, 후자라면 단순한 引渡(traditio)로도 족하다. 그러나 이 사안은 이미 악취행위가 사라진 고전 晩期 파울루스의 제자 Latinus Largus의 사례로서, 더 이상 이 문제를 다룰 실익이 없고, 실제로 전승된 개소 자체도 단순한 인도으로써 문제 토지의 소유권이 법적으로 유효하게 이전하였음을 전제로 하고 있다. 따라서 M은 인도의 정당한 원인(iusta causa)인 화해의 사유로 그 토지를 인도 받음으로써 같은 토지의 소유자가 되었다.

(4) M은 C2와의 소송에서 그가 소유자임에도 불구하고 담보권소권(actio

Serviana, actio pignoratitia (⑤), actio hypothecaria)을 행사하는 C2에게 패소하였다. 고전 盛期 모든 담보권자에게 점유의 취득과 회복(vindicatio pignoris)을 위하여 인정되었던 이 소권은 (i) 설정자의 소유물일 것(Gai. D.20.2.15.1), (ii) 유효한 설정, (iii) 담보채권의 未소멸 또는 다른 담보의 불제공, (iv) 담보채권자의 수령지체 없음(Ulp. D.20.6.6)을 요건으로 인정되었는바, 이 사안에서 이러한 요건을 모두 갖춘 것으로 전제되었다. 이 소송 단계에서는 M은 C2의 세르비우스 소권(actio Serviana)에 대항할 다른 권리를 알지 못하였으므로 소유권자인 사실만으로는 부족하여 패소하였다.

II. 기관사항의 항변과의 관계

既判事項의 抗辯(exceptio rei iudicatae: D.44.2)과 관련해서는 前소송과 後소송의 소송물이 어떤 것이었는가에 따라서 판단이 달라진다. 이 항변은 영구적 항변(exceptio peremptoria: D.44.1.3)이며, 前訴의 당사자였던 동일한 자들 사이에(inter easdem personas) 같은 소송물(eadem res, eadem quaestio)에 대하여,³⁾ 동일한 사유(eadem causa)에 기하여 재차 제소되는 경우에 그 後訴를 배제하기 위하여 인정되었다(cf. 민사소송법 제216조).⁴⁾ 제3자에 대한 관계에서는 원칙적으로 인정되지 않았다.⁵⁾ 前訴 피고의 승계인과 보증인,⁶⁾ 원고의 소송대리인, 승계인⁷⁾은 이에 해당하지 않았다(cf. 민사소송법 제218조). 따라서

(1) 前訴가 소유권을 서로 다투는 경우라면 그 판결은 소유권의 종국적인 확인을 내용으로 하므로, 같은 당사자 사이의 後訴에서 같은 사유로 다투는 것은 당연히 기관사항에 위배하여 허용될 수가 없다(③, ⑤; D.44.2.14.2).

(2) 설혹 소유권을 다투는 경우라 하더라도 점유자가 免訴되어 소유권을

3) 일부 청구와 전부 청구도 동일물이다(D.44.2.7.pr; D.44.2.21.1).

4) D.44.2.3; D.44.2.5; D.44.2.12; D.44.2.13; D.44.2.14.pr; cf. D.44.2.5; D.44.2.7.1; D.44.2.11.4; D.44.2.27.

5) D.44.2.1; D.44.2.3; D.44.2.27; D.42.1.63; C.7.60 inter alios acta vel iudicata aliis non nocere.

6) D.44.2.9.2; D.44.2.21.4.

7) D.44.2.11.7; D.44.2.11.3; D.44.2.28.

주장하는 자가 승소하지 못한 경우라면,⁸⁾ 점유자가 나중에 점유를 상실하자 현재 점유자인 前訴의 원고에게 소유권에 기한 반환청구를 하더라도 동일한 당사자 간이라는 이유만으로 기관사항의 항변이 인정되지는 않는다. 소유관계에 대한 확정적인 판정이 내려진 적이 없기 때문이다(④).

(3) 또 이 사안처럼 담보권이 문제되는 때에는, 前訴에서 설혹 점유자(즉, M)가 담보권자에게 패소하더라도, 이것이 前訴에서 패소한 점유자가 後訴에서 바로 그 담보권자를 상대로 자신의 다른 담보권을 이유로 하여 訴를 제기하는 것이 배제된다는 것을 의미하지는 않는다. 담보권은 소유권과 달리 다중으로 설정이 가능하기 때문이다(⑤).

III. M의 담보권의 존속 여부

그러므로 기본적으로 M은 C2를 상대로 자신의 제1순위 담보권을 이유로 訴求가 가능할 것이다. 그러나 이를 위해서는 그가 상속한 담보권이 담보물인 토지의 소유권을 취득함으로써 混同에 의하여 소멸하지 않았어야만 한다. 원칙적으로 담보물의 소유권을 담보권자가 취득하면 담보권은 소유권에 흡수되어 소멸하기 때문이다(consolidatio, 鞏化)(⑥).⁹⁾ 그렇다면 이 사안에서 鞏化가 일어났는가?

(1) 일반적인 경우라면 담보권자가 담보물의 소유권을 취득하면 주관적 의사와는 무관하게 담보권은 소멸할 것이다. 현행법상으로는 민법 제191조 제1항 단서가 명시하지는 않으나¹⁰⁾ 후순위담보권이 있는 경우 선순위담보권은 소유권과의 혼동으로 소멸하지 않는다는 것이 통설이다. 원래의 단서 조항처럼 제3권리자의 불이익을 막기 위한 것은 아니나, 후순위자가 부당하게 유리한 지위를 차지하는 것 역시 막는 것이 합리적이기 때문이라는 것이

8) 물론 免訴의 이유가 過失 없이 점유를 상실한 것 때문인 경우에는 다시 점유를 취득하면 이 자를 상대로 다시 청구해도 기관사항의 항변은 부정된다(상속재산 청구: D.44.2.9.pr; 소유물 청구: D.44.2.17).

9) D.50.17.45.pr: Neque pignus ... rei suae consistere potest; D.13.7.29; D.41.3.33.5: quia non intellegitur quis suae rei pignus contrahere. Cf. 민법 제191조 제1항 본문.

10) 단서가 문언상 명시적으로 염두에 둔 전형적인 상황은 민법 제371조 제2항과 같은 상황이다.

다.¹¹⁾ 이 해석은 결국 선순위담보권자의 담보이익을 확보하겠다는 취지인데, 로마법도 후순위담보권자가 소유자가 된 선순위자로부터 담보물을 반환청구할 때 선순위담보채권을 변제하지 않으면 청구를 인용하지 않음으로써 선순위자의 지위를 유지시켰다.¹²⁾

그런데 혼동이 부인되는 경우는 제191조 제1항 단서의 경우 외에도 처음부터 혼동을 생기게 하는 원인이 부존재하거나 또는 원인행위가 무효, 취소, 해제 등으로 효력을 가지지 않는 경우가 있다.¹³⁾ 사안에서 화해가 성립한 것이 이와 관련이 있는지 살펴보아야 한다.

(2) 화해 성립 시에 T는 자신의 토지가 A=C1과 C2에게 이중으로 담보잡혔다는 사실을 M에게 黙秘하고 토지의 소유권을 이전하였다. 그 결과 M은 자기에게 담보권이 있는 토지를 단순한 토지로 誤認하고, 그에 따라 그 소유권의 이전을 화해 약정의 이행인 것으로만 생각했으며, 뿐만 아니라 더 나아가서는 선순위 담보권자임에도 불구하고 자신을 상대로 actio Serviana 訴權을 행사한 후순위 담보권자인 C2에게 패소하기까지 하였다(그 결과 토지의 점유 상실).

(3) 그런데 화해의 효력은 당사자들이 인식하여 고려한 사항에 한하여 미치고, 고려하지 않은 사항에는 미치지 않는다. 더욱이 이 사안에서 T는 악의로 담보잡힌 사실을 묵비하여 M을 속였다(fraus: D.2.15.35; calumnia: D.12.6.65.1). 이럴 경우, 비록 일반적으로 화해의 후회나 취소가 허용되지 않는 것임에도 불구하고, 전혀 고려되지 않은 담보권 사항에는 화해의 효력이 미치지 않는다.¹⁴⁾ 즉 M의 담보권은 화해에도 불구하고 여전히 존속한다. 즉, 鞏化는 일어나지 않았다.

11) 民法注解[IV] 物權(1), 241f. (李仁宰).

12) C.8.19.1.1 Alexander Severus (a.230).

Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi (sc. posteriori creditori) persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset: sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

13) 民法注解[IV] 物權(1), 241f. (李仁宰).

14) 화해의 효과에 관한 상세는 → [별지] 화해.

다시 말하면 M이 자신이 제1순위 담보권자임을 화해 당시에 알았다라면 그는 담보물의 소유권을 취득하면서 담보채권과 관련한 일정한 조치를 취함으로써 자신의 담보이익 확보에 나섰을 것이고, 그와 같은 경우 (i) 자신의 담보채권의 변제를 받아서, 또는 그에 해당하는 내용까지 포함시켜서 화해를 한 것이면 그의 담보권은 혼동에 의한 것이라기보다 채무 이행에 의하여 소멸한 것이고, 이 경우 C2의 담보권자로서의 지위가 부당하게 유리하게 되는 것도 아니므로 M의 담보권이 소멸한다고 하더라도 아무런 문제가 없다. (ii) 또는 자기 채권의 변제 수령 없이 그러나 그것을 면제할 의사가 전혀 없는 상태에서 담보물의 소유권을 취득한 것이라면 이때에는 C.8.19.1.1 cit.의 법리에 따라서 C2의 담보물 청구에 대하여 선순위담보의 항변(*exceptio rei ante pignorate*)으로써 자신의 담보채권 변제와 상황으로만 점유 이전의 의무를 부담할 것이다(즉, 패소하지 않았을 것이다). 따라서 이 경우에도 아무런 문제가 없다. 그리고 (iii) 물론 두 경우 모두 C2의 담보채권까지 고려해서 화해를 할 수도 있고, 그 경우에는 더욱이나 C2에 대한 관계에서 M을 선순위담보권자로서 보호할 실익이 전혀 없게 될 것이다.

요컨대 T가 M에게 그가 제1순위 담보권자임을 밝혔더라면 T-M의 특수관계 속에서 일이 해결되었을 것이고, 이것은 이 사안은 M의 주관적 인식이 결정적인 특수한 사안이라는 의미이다. 다시 말하면 그의 인식과 무관하게 객관적으로 혼동이 일어날 수 있는 사안에서 예외적으로 후순위담보권자가 있는 까닭에 혼동이 배제된 것이 아니라, 혼동이 일어날 수 있을 담보권의 귀속 자체가 당사자들 사이에서 처음부터 그들의 법률관계 속으로 편입되지 않았다는 것을 의미한다. 말하자면 민법 제191조 제1항 본문의 적용이 배제되는 상황이고, 이것은 말하자면 혼동의 원인관계가 부존재한 사례에 해당하는 것이다. 그러므로 M의 선순위담보권은 C2의 존재와 무관하게 유지되는 것이다.

(4) 그러나 이와는 별개로 이 사안은 객관적으로만 보면, 선순위담보권자와 후순위담보권자가 존재하고 담보물의 소유권을 선순위자가 취득한 사실 관계에 해당하여 로마법이 이미 인정하고 있고, 우리 법이 민법 제191조 제1

항 단서의 해석론으로서 승인하는 법리가 그대로 적용될 수가 있다. 즉, 우선적 고려 대상인 T와 M 사이의 화해라는 특수관계를 고려하지 않더라도, 후순위담보권의 존재로 인하여 선순위담보권이 혼동으로 소멸하는 일은 결과적으로 발생할 수가 없다.

따라서 M은 여전히 제1순위 담보권자이다.

IV. 결론

따라서 M은

(1) C2를 상대로 자신의 선순위 담보권에 기한 訴求(담보토지의 반환청구)가 기관사항의 항변의 대항을 받음이 없이 가능하고(⑥),

(2) 아직 담보채권을 변제하지 않은(⑥) T를 상대로 담보계약에 기한 담보소권(actio pignoratitia)으로 訴求가 가능하다.

(3) 또 C2가 담보물인 M 소유의 토지로 만족을 얻는 범위만큼 화해로 취득한 그 토지의 가치가 감소하는 것이므로 T를 화해 위반으로 제소할 수 있다.¹⁵⁾ 이 경우 만약 T가 화해 약정의 항변(exceptio pacti)을 행사하면 이에 대하여 M은 惡意의 재항변(replicatio doli mali)으로 대항할 수가 있다(D.2.15.35; C.2.4.19 [a.239]).

15) 화해 위반시 소권에 관한 상세는 → [별지] 화해.

[별첨] 예시자료 2 (중간시험) ※ 수업시간 중 해설 겸 토론

C. 다음 제시문을 읽고 Gai.2.244의 학설대립에 관하여 논평하시오. (60%)

<p><u>Gai Institutiones 2.244.</u> [A] An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. [B] ① Servius recte legari putat, sed evanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit; ② ideoque ¹sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, ²sive sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum. [C] ① Sabinus et Cassius ¹sub condicione recte legari, ²pure non recte putant; ② licet enim vivo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. [D] sed diversae scholae auctores nec sub condicione recte legari, quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.</p>	<p>가이우스(주활동기간 150-180), <법학통론> 제2권 제244절. [A] 우리가 상속인으로 지정하는 자의 率家權에 服屬된 자에게 우리가 유효하게 遺贈할 수 있는지가 문제된다. [B] ① 세르비우스(주활동기간 70-43 BC)는 유효하게 유증되지만, 그러나 유증들의 권리 발생일의 시점에 그가 아직 술가권에 복속하고 있으면 유증은 무효로 된다는 견해이다. ② 그래서 ¹條件이 불지 않고 유증되고 그가 유언자 생전에 상속인의 술가권에 복속하기를 그치는 경우이든, ²條件附인테 조건 성취 전에 그런 일이 발생하는 경우이든, 유증이 이행되어야 한다는 견해이다. [C] ① 사비누스(주활동기간 20-60)와 카씨우스(주활동기간 20-70)는 ¹조건부로는 유효하게 유증되고, ²조건이 불지 않고는 유효하게 유증되지 않으니, ② 왜냐하면 그가 유언자 생전에 상속인의 술가권에 복속하기를 그칠 수 있다 하더라도, 다음의 이유로 유증은 무효라고 인정되어야만 하는바, 즉 유언 작성 후 바로 유언자가 사망했다라면 효력을 가지지 않았을 것이 그가 더 오래 살았다는 이유로 유효한 것은 背理이기 때문이라는 견해이다. [D] 그러나 다른 학파의 법률가들은 조건부로도 유효하게 유증되지 않는다고 하는데, 왜냐하면 우리가 술가권에 복속하는 자로 거느리는 자들에게는 조건부로도 조건을 붙이지 않고도 우리가 이행의무를 부담할 수 없기 때문이라는 것이다.</p>
<p><u>Institutiones Iustiniani 2.20.32 (533년 11월).</u> [E] An servo heredis recte legamus,</p>	<p>유스티니아누스 법학제요, 제2권 제20장 제32절. [E] 우리가 상속인의 奴隸에게 유효하게 유증할 수 있는지가 문제된다. [G] ① 조건을 붙이지 않</p>

<p>quaeritur. G ① et constat, pure inutiliter legari, nec quidquam proficere si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. ② sub condicione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.</p>	<p>고는 유증은 무효이고, 그가 유언자 생전에 상속인의 출가권으로부터 벗어나더라도 아무런 소용이 없다는 것이 定說인데, 왜냐하면 유언 작성 후 바로 유언자가 사망했었다면 무효가 될 유증은 유언자가 더 오래 살았다는 이유로 유효가 되어서는 안 되기 때문이다. ② 그러나 조건부로는 유효하게 유증되는데, 단 유증 권리 발생일의 시점에 그가 상속인의 출가권에 복속하지 않는지 여부를 살펴야만 한다.</p>
---	--

【참고사항】 로마법상 遺贈(legatum)은 크게 두 가지 방식으로 이루어졌다. 하나는 “물권적 유증”(legatum per vindicationem)으로 유증이 발효하면 受遺者가 소유권자로서 유증 재산의 점유자(보통은 상속인)를 상대로 소유물반환청구가 이루어지는 것이고, 다른 하나는 “채권적 유증”(legatum per damnationem)으로 유증이 발효하면 受遺者가 유증 이행 의무자인 상속인을 상대로 그 이행을 청구하는 방식이다. 전자는 유언자 소유의 재산에 대하여만 가능한 반면에, 후자는 제3자 소유의 재산이라도 가능하였다. 이때에는 유증의무자인 상속인이 그것을 취득하여 受遺者에게 이행해야만 하였다.

【별첨】 예시자료 3 (기말시험)

V. 8. 다음 朝鮮王朝實錄의 기사를 읽고 로마법과 비교하여 보시오. (25%)

◎ 燕山 47卷, 8年(1502 壬戌 / 명 홍치(弘治) 15年) 12月 11日(己酉) 1번째 기사
지평 방유령이 단송 도감을 설립하기를 청하다
 ○己酉/御經筵。
 持平方有寧曰：“國家詞訟繁多，積滯不決放，民多怨之。成宗朝特設斷訟都監，今無識之民，或兄弟，或親戚相訟，至累歲不決，甚未便。請依成宗故事，立斷訟都監。”
 王曰：“斷訟固有法，何必別設局也？”
 正言吳益念曰：“孟子曰：‘遵先王之法，而過者未之有也。’今宰相、大臣爭持所見，變易先王之法，甚不可也。《大典》：‘外陵參奉，監司自望。’今宰相啓請，令銓曹擬望，是《大典》之法毀矣。《大典》：‘私債告官徵給。’今漢城府憚其訟煩，請不許官徵，奸詐之徒負債不還，物主終不能徵。故雖積貨幣者，不借貸于人，有無無相資之意，甚未便。請依《大典》，徵給私債。”
 王曰：“紛更祖宗之法，甚不可也。法久弊生，則不得已而更之矣。”

[번역]

◎연산 47권, 8년(1502 임술 / 명 홍치(弘治) 15년) 12월 11일(기유) 1번째 기사

지평 방유령이 단송 도감을 설립하기를 청하다

경연에 납시었다.

지평(持平) 방유령(方有寧)이 아뢰기를,

“국가에 사송(詞訟)이 번다한데, 적체시키고 결방(決放)을 아니하면 백성들이 원망을 많이 하므로 成宗 때에도 특별히 단송 도감(斷訟都監)을 설치했었습니다. 지금 무식한 백성들이 혹은 형제간에, 혹은 친척 간에 서로 송사를 하여, 여러 해 동안 판결이 나지 않으니 매우 온당하지 못합니다. 성종의 옛 일에 따라 단송 도감을 설립하기를 청합니다.” 하니,

왕이 이르기를,

“소송을 처결하는 데는 본디 법이 있는데, 어찌 반드시 별도로 관청을 설치하겠는가?” 하였다.

정언 오익념(吳益念)은 아뢰기를,

“맹자(孟子)는 이르기를 ‘선왕(先王)의 법을 따르고도 허물을 저지른 자는 아직 있지 않았다.’고 하였는데, 지금 재상(宰相)과 대신(大臣)들이 자기 所見을 다투어 주장하여 선왕의 법을 변경하는 것은 매우 불가합니다. 《경국대전(經國大典)》에 ‘지방의 능참봉(陵參奉)은 감사(監司)가 추천한다.’고 되어 있는데, 지금은 재상들이 계청(啓請)하여 이조(吏曹)로 하여금 의망(擬望)*하게 하니, 이것은 《경국대전》의 법이 무너진 것입니다. 또 《경국대전》에 ‘사채(私債)도 관청에 알리면 징수해 준다.’고 되어 있는데, 지금 한성부(漢城府)에서는 소송의 번거로움을 꺼려서, 관청에서 징수해 주는 것을 허락하지 말기를 청하니, 간사한 무리들이 부채(負債)를 갚지 아니해도 물주(物主: 채권자)는 마침내 받을 수가 없습니다. 그런 까닭으로 비록 화폐를 쌓아 둔 사람이라도 남에게 빌려 주지 않으므로, 있고 없는 것을 서로 융통하는 뜻이 없어지니, 매우 온당하지 못합니다. 《경국대전》에 의거하여 사채를 징수해 주기를 청합니다.” 하니,

왕이 이르기를,

“조종(祖宗)의 법을 어수선하게 고치는 것은 매우 不可하지만, 법이 오래 되어 폐단이 생기면 부득이해서 고치는 것이다.” 하였다.

* = 1인의 관원을 채용할 때 3인의 후보자를 임금에게 추천하는 것을 三望이라고 하고, 그 중 1인에게 임금이 落點하여 결정하는데, 三望의 후보자를 추천하는 것을 擬望이라 함.

〈Abstract〉

Experiences in Roman Law Lectures at the School of Law, Seoul National University

Choe, Byoung Jo*

This paper is an amplified version of my presentation on December 20th, 2014 before the colleagues of the Korean Society of Legal History. The presentation style is preserved in accordance with its character as a report of personal teaching experiences in Roman law at my law school. The curriculum of my school takes into account the basic fields of law like Roman law, legal history, philosophy of law, etc. as a group out of which a student must hear one of his free choice. In that I am essentially in a good position in comparison with the colleagues of other schools. However, the situation seems in reality not so different as may appear at first sight. As most of the scholars predicted, the balance-sheet shows that since the introduction of the law school system Roman law plays even meager role than ever before evidently on account of an one-sided orientation to the national bar examination of the law students as a whole. Besides, there exist as before continuing difficulties in procuring learning and teaching materials. The most urgent task is to provide with reading materials in Korean. Not to mention the original legal texts of the Romans which are written either in Latin or in Greek, available materials are mostly written in European languages not accessible for the most of Korean

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

jurists. For all that, I present selected examples from my lectures to help enable the Korean public to get an impression Roman law conveys even today. The prospect for the future of Roman law is indeed not bright, but an ideal paradigm for the theory of decision-making and of legal reasoning the classical jurists' achievements offer can, as Franz Wieacker once ascertained, still be put to use in our society today. It is hoped that this paper evokes intensified interest and dedication to the issue on the side of the legal scholars and practical jurists alike and helps overcome the difficulties confronting us in the near future.

[Key Words] Law school, Legal education, Legal history, Roman law,
Roman law lecture