

로마법상의 신분변동 頭格減等(*capitis deminutio*)에 관한 소고

—D.4.5 *De capite minutis* 역주를 곁하여—

崔秉祚*

목 차

- I. 머리말
- II. 로마법상의 두격감등
 - 1. 두격감등의 개념
 - 2. 두격감등의 종류
 - 3. 두격 최대감등
 - 4. 두격 중(간)감등
 - 5. 두격 최소감등
- III. 맺음말
- 【후기】

[국문 요약]

이 글은 로마법상의 신분변동인 頭格減等(*capitis deminutio*)에 관한 소고이다. 두격감등은 로마법상 가장 기본적인 제도에 속하는 것으로 그 개념 및 효과가 명료하게 정해진 까닭에 다른 경우와 달리 해석의 여지가 거의 없다. 하여 이 글에서는 우리나라에 아직 거의 알려지지 않은 관련 주요 사료를 번역 소개하는 데 중점을 두었다. 로마법상 신분을 규정하는 요소는 자유(*libertas*), 시민권(*civitas*), 가족신분(*familia*)의 세 가지였고, 이에 따라서 두격감등에는 자유를 상실함으로써 다른 모든 신분요소를 상실하는 최대감등(*capitis deminutio maxima*), 자유는 보유하면서 시민권을 상실하고 그에 따라 가족신분 역시 상실하는 중감등(*c. d. minor/media*), 다만 가족신분만이 변동하는 최소감등(*c. d. minima*)으

* 서울대학교 법학대학원/법과대학 교수. romanist@snu.ac.kr.

[일러두기] 말미 <참고문헌>에 표시된 문헌들은 편의상 필자명과 연도로만 인용한다. 본문에서 번역소개한 사료에 붙인 일련번호는 인용할 때와 사료색인에서 활용하였다. 약어: Bas.=Basilica; C.=Codex Iustinianus; D.=Digesta Iustiniani; Gai.=Gai Institutiones; Inst.=Institutiones Iustiniani; PS.=Pauli Sententiae; UE.=Ulpiani Epitome.

로 구분되었다(Paul. D.4.5.11). 로마법은 이들에 대하여 세부적인 규율을 발전시켰는데, 로마법에 특유한 시민법과 자연법, 또 시민법과 법정관법의 고유한 논리와 상호작용, 로마적 소권법의 특수성(가령 擬制, 소권의 회복), 공법과 私法의 구분에 관한 기본적인 관점 등이 반영되었다. 흥미로운 것은 인간의 법적 지위를 caput(머리)라는 人身의 일부에 의탁하여 지칭하면서, 그 개별적 요소로 좁은 의미의 시민법상의 가족적 지위에서 더 나아가 시민권은 물론, 자연법적으로 만인에게 전제된 것으로 관념된(D.1.1.4) 자유까지를 아우르는 총괄개념을 발전시킴으로써 고전법학의 persona 개념에 앞서 이미 확고한 人중심주의(personalism)의 법문화 풍토를 조성하였다는 사실이다. 그리고 이러한 기초 위에서 때로는 (가령 입양 사안 등에서) 매우 기술적인 세부적 고찰에까지 나아간 것을 볼 수 있었다. 이러한 모든 점들은 비교법적으로 볼 때, 가령 조선시대의 법문화가 학식법학(intellectualism)의 미약으로 인하여 소위 良賤制를 근간으로 한다면서도 capitis deminutio와 같은 고도의 개념 체계를 명시적으로 발전시키지 못한 것과 대비되는 점이다.

[주제어] 가족신분, 頭格, 頭格減等, 로마법, 水火不通刑, 시민권, 시민신분, 신분, 신분변동

I. 머리말

이 글은 이른바 頭格(caput)의 減等([deminutio), 즉 로마법상 신분변동에 관한 소고이다. 두격감등은 로마법상 가장 기본적인 제도에 속하는 것으로 그 개념 및 효과가 명료하게 정해진 까닭에 다른 경우와 달리 해석의 여지가 거의 없다. 하여 이 글에서도 관련된 주요 사료를 번역 소개하는 데 중점을 두고, 매우 제한적으로만 약간의 주해를 덧붙이고자 한다. 동일한 내용을 전하는 사료들은 각주에서 적절히 소개하되 동일한 취지를 전하는 것이므로 꼭 필요한 경우가 아니면 번역은 생략하였다. 이론적인 궁구가 필요한 대목은 오히려 人의 신분을 표현하는 데 동원된 caput(머리)라는 어휘 자체의 배경과 후대에 이를 대체한 persona와의 차이에 대한 것인데, 이 문제는 별도의 더 깊이 있는 논구를 요하므로 이 글에서는 단순히 전체적인 변모의 맥락을 시사하는 데 그쳤다. 관련 2차 문헌을 참조한 본격적인 고찰은 후일을 기약하기로 한다.

II. 로마법상의 두격감등

1. 두격감등의 개념

두격감등이란 신분의 하향적 변동을 의미하였다.

〈1〉 Gai. 1.159.

Est autem capitis deminutio prioris status¹⁾ permutatio:²⁾ ...

(두격감등은 이전 신분의 변동이다.)

Capitis deminutio에 쓰인 caput의 기본적 語義는 생명체의 머리[頭]이다.³⁾ 특히 人의 경우 머리는 인체의 최상부에 자리하고 있으면서 두뇌가 있는 곳으로서 인간 지성작용의 중추임⁴⁾과 동시에 얼굴을 통하여 人을 특정하여 동일성과 개성을 표현하는 인체의 부분으로,⁵⁾ 가히 이를 통하여 人 전체

1) Levy (1961), 170f.는 베로나(Verona) 사본을 좇아서 capitis로 읽고자 한다. 그는 실제로 Gai. 1.160-162와 UE. 11.13에서는, 세 가지 두격감등의 모두를 포괄하는 개념 정의인 Gai. 1.159와 달리, 두격 최소감등에 대해서만 status (hominis)와 ‘변동’(con-, per-, mutatio) 용어를 사용하고, 나머지에 대하여는 그냥 libertas나 civitas 용어를 쓰고 있다는 점을 강조한다. 그러나 familia의 경우에도 그냥 familia를 對格으로 쓴 사료도 전하므로 이것이 강력한 논거가 될 수는 없다고 생각된다: D.4.5.3.pr. (Paul. 11 ad ed.): ... cum familiam mutaverint. 고전기 후 宗族主義的 법제가 사라지면서 두격 최소감등마저도 의미를 상실하면서 두격감등과 관련한 용어 표현상의 일정한 난맥상이 나타났던 점에 대하여는 Levy (1961), 171f.

2) D.4.5.1 Gai. 4 ad edictum provinciale.

Capitis minutio est status permutatio.

Inst. 1.16.pr.: Est autem capitis deminutio prioris status commutatio, ...

그러므로 원로원신분의 상실은 두격감등이 아니다.

Inst. 1.16.5: Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur: et ideo senatu motos capite non minui constat.

3) caput = corporis animalis, et imprimis humani, membrum primum, quod collo sustentatur. Dirksen (1837), s.v. caput. § 1 (p.115).

4) Cf. Marcus Terentius Varro, *De Lingua Latina* inc.33.1: ... caput ... quod hinc capiant initium sensus ac nervi. ...

5) Cf. C.9.47.17 Imperator Constantinus (a.315).

Si quis in metallum fuerit pro criminum deprehensorum qualitate damnatus, minime in eius facie scribatur, cum et in manibus et in suris possit poena damnationis una scriptione comprehendi, quo facies, quae ad similitudinem pulchritudinis caelestis est figurata, minime maculetur.

를 대변할 수 있다(pars pro toto)고 생각되기에 족한⁶⁾ 인체의 부위이다. 동물이나 다른 사물이 아니라, 또 동물이나 다른 사물과 공통된 관점에서가 아니라 오로지 人에 관련해서만 고찰하는 경우, 방금 말한 상황이 caput가 쓰인 모든 용례들에 기본적 사실로 전제되고 있다. 이곳에서 상론할 수는 없지만, 두격감등의 의미를 기존의 인적 집단(시민단, 가족)으로부터 신분변동으로 그 구성원이 빠져나감으로써 머릿수가 감소한다는 의미로 보는 견해(베젤러[Beseler])에는 찬동하기 어렵다(카저[Kaser]도 의문시).⁷⁾ 동물에게도 적용되는 Noxa caput sequitur (가해책임은 頭[가해자]에 追隨한다)의 법리⁸⁾가 이미 caput가 단순한 머릿수를 표현하는 용어가 아님을 잘 보여준다. 전승되는 것 중 가장 오래된 전거인 키케로의 경우 capite deminuti란 표현(Cicero, *Topica* 6.26) 말고도 Cicero, *Topica* 4.18⁹⁾에서 se capite deminuere (‘스스로를 caput에 있어서 감등시키다’; ‘失位’)란 표현을 사용하고 있는 것을 보아도 caput는 人의 일정한 법적 위상을 지시하는 것임이 분명하다.

이제 이렇게 ① 두격감등(capitis deminutio)에서 두격(caput)=신분(status)이라는 점과 다시 ② 노예는 status=caput가 없다는 점, 그런데 다른 한편으로 ③ 노예(servus)=servile caput(노예적 人頭) (D.4.5.3.1),¹⁰⁾ 자유인(libere)

6) D.11.7.44 Paulus libro tertio quaestionum.

Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, inde cognoscimur. Cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse.

7) Kunkel/Honsell (1987), 75 n.1 m.w.N.; Kaser (1971), 271 n.10 m.w.N.

8) D.13.6.21.1 (Afr. 8 quaest.); D.9.4.43 (Pomp. 8 epist.); D.9.4.20 (Gai. 7 ad ed. provinc.); D.2.9.2.pr. (Paul. 6 ad ed.); D.9.1.1.12 (Ulp. 18 ad ed.); D.16.3.1.18 (Ulp. 30 ad ed.); D.47.1.1.2 (Ulp. 41 ad Sab.); D.47.2.41.2 (Ulp. 41 ad Sab.); D.47.10.17.7 (Ulp. 57 ad ed.); PS. 2.31.9.

9) Cicero, *Topica* 4.18: ab adiunctis: Si ea mulier testamentum fecit quae se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. Adiungitur enim, ut secundum servorum, secundum exsulum, secundum puerorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.

(유추에 의하여: 두격이 감등한 적이 결코 없는 부인이 유언을 한 경우에는 그녀의 유언에 좇은 유산점유가 법정관의 고시에 의해 부여되는 것으로 인정되지 않는다. 왜냐하면 노예들, 망명자들, 소년들의 유언에 좇은 유산점유의 부여가 고시에 의해 인정되는 것으로 유추되기 때문이다.)

10) 또한 caput servi: D.33.8.16.pr. (Afr. 5 quaest.); D.15.1.50.3 (Pap. 9 quaest.); D.24.1.28.1 (Paul. 7 ad Sab.) 특히 Gai. 1.123: ... persona servorum ...과 비교.

=liberum caput(자유인적 人頭)¹¹⁾이라는 표현에서 노예에게도 caput라는 어휘를 함께 사용한 점, ④ 古來의 법리칙이었던 noxa caput sequitur¹²⁾나 obligationes ex delictis cum capite ambulant (D.4.5.7.1 <27>)에서 caput는 노예와 자유인 모두에 해당한다는 점 등으로부터 추론해 보면, caput의 의미는 다음과 같은 과정을 거쳐서 확대되었을 것이다.

즉, caput는 원래 자연적 관점에서 생물체를 물체로서 지시하거나 헤아리는 차원에서 시작하여¹³⁾ → 다시 자유인과 노예를 구별하지 않고 인간을 표상하는 좀 더 축소된 어법이 발전하고,¹⁴⁾ → 頭 내지 人으로부터 다시 caput = vita의 의미로 연장되었는데(가령 Cicero, *Pro Sulla* 84: caput meum obtuli pro patria), 형사처벌상 死刑을 지시하는 데 사용되었다(가령 poena capitis). 그러나 극형은 死刑만을 의미하는 것은 아니었고 자유와 시민의 지위를 포괄하였다. 가령 D.37.14.10 (Clem. 9 ad leg. Iul. et Pap.: ... Labeo existimabat capitis accusationem eam esse, cuius poena mors aut exilium esset. ...). 이런 한에서 이 용법은 또한 두격 최대감등과 통하는 바가 있다. → 동시에 이러한 단순한 지시 기능을 벗어나 일정한 책임능력을 함의하는 용법으로 나아갔으며,¹⁵⁾ → 중국에는 또한 자유인과 차별되어 노예는 가지지 못하는 좁은 의미의 법적 status를 뜻하게 된 것으로 보인다(Gai. 1.159 <1>). 이 마지막 어법은 유스티니아누스의 법학제요가, 고전법이 quia servile caput *nullum ius* habet (D.4.5.3.1 <20>)라고 한 것을, Inst. 1.16.4 (주 43)에서 quia (sc. servus) *nullum caput* habuit라 한 것에서 분명히 드러난다. 즉, 어휘의 사용만 보면 재미있게도, 고전법상 ‘노예적 caput’라 표현된 노예에게 권리능력이 없다는 지적이 법학제요에서는 단도직입적으로 caput가 없

11) Gai. 1.166; 1.168; D.26.1.1.pr. (Paul. 38 ad ed.) ≍ Inst. 1.13.1; D.14.2.2.2 (Paul. 34 ad ed.); UE. 11.5.

12) 위 주 8)의 사료 및 D.47.2.18 (Paul. 9 ad Sab.); D.9.4.2.1 (Ulp. 18 ad ed.); Alex. C.3.41.1 (a.223); 심지어는 동물의 경우에도 caput가 사용되었다: D.9.1.1.12. (Ulp. 18 ad ed.).

13) caput = singulum corpus.

14) caput = homo, (비기술적 의미에서) persona ipsa. 특히 Gai. 1.121: ... quod personae serviles et liberae, item animalia ...와 비교.

15) 위 주 8) 및 주 12).

다고 표현되고 있는 것이다. 이 법학제요의 표현방식도 두격감등에서 *caput*는 단순히 머릿수를 지칭하는 것도 아니고 자유인과 노예 모두에게 해당하는, 단순히 *人*을 뜻하는 *人頭*도 아님을 분명히 證示한다.

2. 두격감등의 종류

두격감등에는 대·중·소의 세 종류가 있었다.

〈2〉 Gai. 1.159 (= Inst. 1.16.pr.)

... eaque tribus modis accidit: nam aut maxima est capitis deminutio aut minor, quam quidam mediam uocant, aut minima.¹⁶⁾

(두격감등은 세 가지 방식으로 발생한다. 즉 두격감등은 최대감등이거나, 아니면 혹자들은 중간감등이라고 부르는 중감등이거나, 아니면 최소감등이다.)

〈3〉 D.4.5.11 Paulus 2 ad Sabinum.

Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam.¹⁷⁾ Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem:¹⁸⁾ cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem:¹⁹⁾ cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem²⁰⁾ constat.²¹⁾

16) UE. 11.10: Capitis minutionis species sunt tres: maxima, media, minima.

17) Ausonius (ca. 310–395), *Griphus Ternarii Numeri*, v.65: triplex libertas capitisque minutio triplex.

18) Inst. 1.16.1: Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit.

...

19) Inst. 1.16.2: Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur. ...

20) Inst. 1.16.3: Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur. ..

21) Festus, *De significatione uerborum*, s.v. Deminutus capite.

Deminutus capite appellatur, qui civitate mutatus est; et ex alia familia in aliam adoptatus; et qui liber alteri mancipio datus est; et qui in hostium potestatem venit; et cui aqua ignique

(두격감등은 세 종류가 있으니, 최대감등·중감등·최소감등이다. 왜냐하면 우리가 가지고 있는 것이 자유·시민권·가족신분의 세 가지이기 때문이다. 따라서 우리가 이들 모두, 즉 자유와 시민권과 가족신분을 상실하면 두격감등은 최대감등이고, 우리가 시민권은 잃으면서 자유를 보유하면 두격감등은 중감등이고, 자유도 시민권도 보유하되 가족신분만 변동되면 두격감등은 최소감등이라는 것이 정설이다.)

자유는 시민권의 전제였고, 시민권은 자유의 보루였다.²²⁾ *Capitis deminutio magna*도 사용되었는데, 문맥에 따라서 단순히 *maxima*와 같은 뜻이거나 (C.3.33.17.pr.-2 [주 67]), 아니면 *maxima + media*를 묶어서 지칭하는 것으로(D.38.16.1.4 <8>; D.50.13.5.1/3 [주 33]) *minima*와 대비되었다. 그만큼 최대감등과 중감등은 최소감등에 비하여 많은 효과가 공통되었고, 그 효과도 심각한 것이었다. 용례는 바로 알아볼 수 있어서 혼란스럽지는 않다. 역어로는 ‘大감등’을 취하였다.

3. 두격 최대감등

1) 발생사유

두격 최대감등은 자유를 상실함으로써 시민권과 가족신분까지 모두 잃게 되는 경우이다. 법이 정하는 일정한 사유로 노예가 되는 경우들이 이에 속하였다.

<4> Gai. 1.160.

Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et ciuitatem et libertatem amittit;²³⁾ quae accidit incensis, qui ex forma censuali uenire iubentur: quod

interdictum est.

22) Levy (1961), 147.

23) Livius, *Ab urbe condita* 22.60.15:

liberi atque incolumes desiderate patriam; immo desiderate, dum patria est, dum cives eius estis: sero nunc desideratis, deminuti capite, abalienati iure civium, servi Carthaginiensium facti.

ius [. vv. 1 1/2]〈pridem desuetudine abolitum est. Eandem patiuntur dediticii ex lege Aelia Sentia Huschke〉, qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint; item feminae, quae ex senatus consulto Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, quibus inuitis et denuntiantibus cum seruis eorum coierint.²⁴⁾

(두격감등은 어떤 자가 동시에 시민권과 자유를 상실하는 경우 최대감등이다. 이것은 호구조사를 기피함으로써 호구조사 규정에 의하여 매각을 명받은 자에 대하여 발생한다. 이 법은 〈이미 오래 전에 불사용에 의하여 폐기되었다. 동일한 두격감등을 降伏外人들이 아일리우스 셉티우스법에 의하여 당했는바〉 이 법률에 위반하여 로마 시내에 주소를 가진 자들의 경우에 말이다. 또 타인의 노예와 그 주인의 의사에 반하여 또 그의 戒告에도 불구하고 同棲하여 클라우디우스 원로원의결에 의하여 그 주인의 여자노예가 되는 婦女의 경우에 발생한다.)

〈5〉 D.28.3.6.5 Ulpianus 10 ad Sabinum.

Irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitatem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum pretiumve participandum.

(유언은 유언자 자신에게 어떤 일이 발생한 경우 무효가 된다. 가령 그가 예컨대 적에 붙잡혀 포로가 되어 노예상태에 들어감으로써 시민권을 상실하거나, 또는 20세 초과자로서 스스로를 매각하는 행위를 용인하여 매도인의 거래를 성사시키거나 대금을 챙기기 위한 경우.²⁵⁾)

〈6〉 Inst. 1.16.1.

... quod accidit in his qui servi poenae efficiuntur atrocitate sententiae, vel liberti ut ingrati circa patronos condemnati, vel qui ad pretium participandum

D.4.5.11 〈3〉.

24) UE. 11.11: Maxima capitis diminutio est, per quam et civitas et libertas amittitur, veluti cum incensus aliquis venierit, aut quod mulier alieno servo se iunxerit denuntiante domino et ancilla facta fuerit ex senatus consulto Claudiano.

25) 이러한 自賣에 대한 로마법상 규율에 대하여는 최병조(2016.6.), 23면 이하.

se venundari passi sunt.

(두격 최대감등은 잔혹한 판결에 의하여 형벌노예로 되는 자들의 경우나, 斗護人에 대한 背恩者로 유책판결 받은 해방노예나, 매각대금을 챙기기 위하여 스스로가 (노예로) 팔리는 것을 용인한 자들의 경우에 발생한다.)

2) 효과

두격 최대감등은 혈족관계(*cognatio*)까지 소멸시켰다.

〈7〉 Inst. 1.16.6.

... nam si maxima capitis deminutio incurrat, ius quoque cognationis perit, ut puta servitute alicuius cognati, et ne quidem, si manumissus fuerit, recipit cognationem. ...

(두격 최대감등이 발생하면 혈족관계까지도 소멸하여, 가령 노예로 되면 어떤 자의 혈족친들이 사라지며, 그가 해방되더라도 혈족관계를 결코 회복하지 못한다.)

두격 최대감등의 결과 상속인 지위도 당연히 상실되었다.

〈8〉 D.38.16.1.4 Ulpianus 12 ad Sabinum.

Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit. Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exiit de potestate.²⁶⁾ ¶ Quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit

26) D.38.16.11 Pomponius 10 ad Quintum Mucium.

Capitis deminutione pereunt legitimae hereditates, quae ex lege duodecim tabularum veniunt, sive vivo aliquo sive antequam adeatur hereditas eius capitis minutio intercessit, quoniam desinit suus heres vel adgnatus recte dici: quae autem ex legibus novis aut ex senatus consultis, non utique.

(피상속인 생전이든 상속이 승인되기 전이든 상속인의 두격감등이 개입하면 12표법에 의한 법정상속권은 두격감등으로 소멸한다. 왜냐하면 가내상속인 또는 종족상속인이라고 정당하게 말할 수 없기 때문이다. 그러나 이것은 새로운 법률들 또는 원로원의결들에 의하면 항상 그렇지 않다.)

nepotes non succedunt. Proinde etsi fuerit redemptus, nondum succedunt ante luitionem: sed si interim decesserit, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstabit.

(家子が 家內相續人 이기를 그친 경우에는 그의 상속분은 그로부터 태어나 率家權에 복속하고 있는 모든 손자와 손녀들이 승계한다. 이것은 자연의 공평에 부합하는 것이다. 그런데 家子が 大 또는 中 두격감등으로 父의 술가권에서 벗어난 경우에는 가내상속인이기를 그친다. 9) 그렇지만 家子が 적에게 잡혀있는 경우에는 그가 살아있는 한 손주들이 상속하지 않는다. 마찬가지로 비록 그가 (제3자에 의해) 몸값을 내고 풀려나더라도 (그 제3자에게) 대금이 지급되기 전에는 아직 그들이 상속하지 않는다. 그런데 그가 그 사이에 사망한 경우에는 그가 신분이 회복되어 사망한 것으로 간주하므로 손주들에게 장애가 될 것이다.)

또 후견인의 두격 최대감등은 후견직의 상실로 이어졌다.

〈9〉 Inst. 1.22.4.

Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas eius amittitur, omnis tutela perit. ...

(후견인의 자유나 시민권이 상실되는 두격감등에 의해서도 모든 후견직이 종료한다.)

두격 최대감등은 당사자의 사망과 한가지로 용익역권의 소멸사유 중 하나였다: Inst. 2.4.3: Finitur autem usus fructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media.

두격 최대감등은 조합의 해산 사유였다: D.17.2.4.1 (Mod. 3 reg.): Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate.²⁷⁾

27) D.17.2.63.10 Ulp. 31 ad edictum.

Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius

뿐만 아니라 노예가 되어 두격이 최대감등한 자를 상대로 하여서는 두격 최소감등의 경우에 인정되었던 회복조치(5. 3)에서 후술)가 인정되지 않았다. 즉 그가 두격감등 전에 체결한 법률행위의 상대방에게 두격감등 후에는 그를 상대로 어떠한 소권도 인정되지 않았다. 시민법상 노예는 법률행위의 상대방이 될 수 없었기 때문이다.

<10> D.4.5.7.2 Paulus 11 ad edictum.

Si libertate adempta capitis deminutio subsequuta sit, nulli restitutioni adversus servum locus est, quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit: sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Iulianus scribit, et nisi in solidum defendatur, permittendum mihi est in bona quae habuit mitti.

(자유가 박탈되어 두격(최대)감등이 뒤따른 경우에 그 노예에 대하여는 아무런 회복의 여지가 없다. 왜냐하면 노예는 법정관의 재판관할에서도 그를 상대로 소권이 있게끔 그렇게 구속되지 않기 때문이다. 그러나 율리아누스가 기술하듯이 주인을 상대로 준소권이 부여되어야만 하며, 전액에 있어서 방어되지 않으면 그가 [자유인이었을 때] 가졌던 재산을 압류하는 것이 나에게 허용되어야만 한다.)

4. 두격 중감등

1) 발생사유

두격 중감등은 시민권만 상실하는 두격감등인데, 水火不通刑(aqua et igni interdictio)의 경우가 대표적이었다.

quae consecrata publicatave sit, voluntate distrahitur societas renuntiatione.

Epit. Gai. 2.9.17: ... Dissolvitur ergo societas aut morte unius socii, aut contraria voluntate, aut capitis diminutione, id est, si unus ex sociis, sicut frequenter supra diximus, capite fuerit diminutus.

〈11〉 Gai. 1.161.

Minor siue media est capitis deminutio, cum ciuitas amittitur, libertas retinetur;²⁸⁾ quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum²⁹⁾ fuerit.³⁰⁾
(두격 중감등 또는 중간감등은 시민권은 상실되나 자유는 보유하는 경우인데, 이것은 水火不通刑이 처해진 자에게 발생한다.)

〈12〉 D.4.5.5.1 Paulus 11 ad edictum.

Qui deficiunt, capite minuuntur (deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt et in hostium numerum se conferunt): sed et hi, quos senatus hostes iudicavit vel lege lata: utique usque eo, ut civitatem amittant.

(脫走하는 자들은 두격이 감등한다 (그런데 '탈주한다'고 하는 것은 그들의 軍司 令權者들로부터 이탈하여 敵陣으로 합류하는 자들을 말하는 것이다).³¹⁾ 그리고 또한 원로원이, 또는 법률로 敵으로 선언한 자들도 마찬가지인바, 어쨌든 이들이 시민권을 상실하는 데에까지 이른 한에 있어서 그러하다.)

후에 水火不通刑은 섬으로의 重流配(deportatio)로 대체되었는데,³²⁾ 후자

28) D.4.5.11 〈3〉.

29) D.50.7.18 Pomponius 37 ad Quintum Mucium.

... quia quem semel populus iussisset dedi, ex civitate expulsisse videretur, sicut faceret, cum aqua et igni interdiceret. ...

30) D.4.5.5.pr. Paulus 11 ad edictum.

Amissione civitatis fit capitis minutio, ut in aqua et igni interdictione.

31) 탈주병에게는 귀환시 복귀권이 인정되지 않았다.

D.4.6.14 Callistratus 2 edicti monitorii.

Item ei succurritur, qui in hostium potestate fuit, id est ab hostibus captus. Nam transfugis nullum credendum est beneficium tribui, quibus negatum est postliminium. Poterant tamen, qui in hostium potestate essent, illa parte edicti contineri, qua loquitur de his qui in servitute fuerint.

32) D.48.19.2.1 Ulpianus 48 ad edictum.

Constat, postquam deportatio in locum aquae et ignis interdictionis successit, non prius amittere quem civitatem, quam princeps deportatum in insulam statuerit: praesidem enim deportare non posse nulla dubitatio est. Sed praefectus urbi ius habet deportandi statimque post sententiam praefecti amisisse civitatem videtur.

D.32.1.2-3 Ulpianus 1 fideicommissorum.

2. Hi, quibus aqua et igni interdictum est, item deportati fideicommissum relinquere non

의 경우에도 中두격감등에 해당하였다.

〈13〉 Inst. 1.16.2.

... quod accidit ei cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.³³⁾

(두격 중감등은 水火不通刑에 처해진 자, 또는 섬으로 重流配된 자에게 발생한 다.)

두격 중감등처럼 자유는 보유하면서 시민권만 상실하는 문제에 대하여 종전에 자유는 신분이 아니라거나(Betti), 또는 자유는 시민권과 일체로 결합되어 있어서 시민권의 상실은 자유의 상실도 동시에 초래하였다는 견해

possunt, quia nec testamenti faciendi ius habent, cum sint ἀπόλιδες [= nullius civitatis cives].

3. Deportatos autem eos accipere debemus, quibus princeps insulas adnotavit vel de quibus deportandis scripsit: ceterum prius quam factum praesidis comprobet, nondum amisisse quis civitatem videtur. Proinde si ante decessisset, civis decessisse videtur et fideicommissum, quod ante reliquerat, quam sententiam pateretur, valebit: sed et si post sententiam, antequam imperator comprobet, valebit quod factum est, quia certum statum usque adhuc habuit.

D.48.19.17.1 Marcianus 1 institutionum.

Item quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate: ut sunt in opus publicum perpetuo dati et in insulam deportati, ut ea quidem, quae iuris civilis sunt, non habeant, quae vero iuris gentium sunt, habeant.

33) D.50.13.5.1/3 Callistratus 1 de cognitionibus.

1. Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

3. Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit, id est cum libertas adimitur: veluti cum aqua et igni interdicatur, quae in persona deportatorum evenit, vel cum plebeius in opus metalli vel in metallum datur: nihil enim refert, nec diversa poena est operis et metalli, nisi quod refugae operis non morte, sed poena metalli subiciuntur.

PS. 3.6.29: Capitis minutione amittitur (sc. ususfructus), si in insulam fructuarius deportetur, vel si ex causa metalli servus poenae efficiatur ...

참고로 광산형에 의한 노예는 자유인일 때 받은 유증에 관하여 일반노예와 달리 취급되었다. 그러나 이 때문에 이때의 두격감등을 maxima가 아니라 (말하자면 등급을 약간 낮춰서) magna로 규정했다고 보이지는 않는다.

D.49.14.12 Callistratus 6 de cognitionibus.

In metallum damnatis libertas adimitur, cum etiam verberibus servilibus coercentur. Sane per huiusmodi personam fisco nihil adquiri divus Pius rescripsit: et ideo quod legatum erat ei, qui postea in metallum damnatus erat, ad fiscum non pertinere rescripsit magisque ait poenae eos quam fisci servos esse.

(Lévy-Bruhl, Volterra)가 한때 주장되었으나, 이에 대하여는 레비가 다양한 법률 및 비법률사료적 전거를 들어서 공화정 및 제정기에 양자가 분리되어 취급되었음을 입증한 바가 있다.³⁴⁾

2) 효과

두격 중감등은 두격 최대감등과 한가지로 혈족관계마저 해소시켰다.

〈14〉 Inst. 1.16.6

... sed et si in insulam deportatus quis sit, cognatio solvitur.

(그러나 어떤 자가 섬으로 重流配된 경우에도 혈족관계가 해소된다.)

후견인의 두격 중감등도 두격 최대감등과 마찬가지로 모든 후견직을 종료시켰다(Inst. 1.22.4 〈9〉).

두격 중감등은 당사자의 사망과 한가지로 용익역권의 소멸사유 중 하나였다(Inst. 2.4.3 cit.).³⁵⁾

두격 중감등은 조합의 해산 사유였다(D.17.2.4.1 Mod. 3 reg. cit.).

또 두격감등으로 인한 채무의 면탈은 인적인 것이어서 보증인의 책임은 그대로 존속하였다.

〈15〉 D.45.2.19 Pomponius 37 ad Quintum Mucium.

Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur. Multum enim interest, utrum res ipsa solvatur an persona liberetur. Cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus: et ideo si aqua et igni interdictum est alicui fideiussor postea ab eo datus tenetur.

(2인이 동일한 금전채무를 부담하는 경우 1인이 두격감등으로 채무로부터 면탈되면 다른 1인은 채무면제 되지 않는다. 왜냐하면 급부 자체가 解免되는가 아니

34) Levy (1961), 142ff.; 특히 153(“적어도 공화정 후기 이래”); 168(결론).

35) PS. 3.6.29 (주 33).

면 사람이 채무면제 되는가는 큰 차이가 있기 때문이다. 채무는 존속하는 가운데 사람이 채무면제 되는 때에는 다른 1인은 채무구속된 채로 남는다. 그리하여 水火不通刑에 처해진 경우 그 후에 그 채무자에 의하여 제공된 그의 보증인은 책임진다.)

법정관이 두격 최소감등의 경우에 허용하였던 상대방 소권의 회복(5. 3)에서 후술)은 두격 중감등의 경우에도 두격 최대감등의 경우와 마찬가지로 인정되지 않았다.

〈16〉 D.4.5.7.3 Paulus 11 ad edictum.

Item cum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat.

(또 시민권이 상실된 [두격 중감등의] 경우에 재산을 상실하고 시민신분을 잃은 채 맨몸으로 망명생활을 하는 자를 상대로도 회복의 正義는 없다.)

5. 두격 최소감등

두격 최소감등은 로마시민의 가족신분이 변경되는 경우이다.

〈17〉 Gai. 1.162. (= Inst. 1.16.3)

Minima est capitis diminutio, cum et ciuitas et libertas retinetur, sed status hominis conmutatur:³⁶⁾ ...

(두격 최소감등은 시민권과 자유는 보유되지만 사람의 신분이 변동되는 경우이다.)

Status hominis 표현은 문맥에 따라서 이해해야 한다. 여기서는 이것이 가족신분이라는 데 의문의 여지가 없다. 반면에 D.36.1.55 (Pap. 20 quaest.):

36) UE. 11.13: Minima capitis diminutio est, per quam, et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur: ...

... ab eo, cui libertas a legatario ... relicta est, cum status hominis ex legato pendeat ... 에서는 자유를 의미한다.

1) 발생사유

두격 최소감등의 신분변동에 속하는 가장 전형적인 경우는 입양-自權者入養(adrogatio) 및 他權者入養(adoptio) - 이다.³⁷⁾ 그러나 그밖에도 다양한 사례들이 존재하였다.

〈18〉 Gai. 1.162.

... quod accidit in his, qui adoptantur,³⁸⁾ item in his, quae coemptionem faciunt,³⁹⁾ et in his, qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite diminuatur.

(두격 최소감등은 他權者入養⁴⁰⁾되는 자들, 또한 共買式 혼인을 하는 자들, 그리고 준노예로 주어지는 자들 및 준노예상태로부터 해방되는 자들의 경우에 발생한다. 마지막 경우 실로 준노예로 주어지거나 그로부터 해방되는 때면 두격이 감등하는 것이다.⁴¹⁾)

37) 自權者(sui iuris)란 家父의 率家權(家父權)에 복속하고 있지 않은 자이고, 他權者(alieni iuris)란 복속하고 있는 자인데, 자권자를 입양하는 것을 adrogatio/arrogatio, 타권자를 입양하는 것을 adoptio라고 불렀다(Gai. 1.99; D.1.7.1-2). 그러므로 甲을 자권자입양하였다는 말은 자권자인 甲을 입양하였다는 말과 같은 것이고, 乙을 타권자입양하였다는 말은 타권자인 乙을 입양하였다는 말이 된다.

38) Inst. 1.16.3: ... quod accidit in his qui, cum sui iuris fuerunt, coeperunt alieno iuri subiecti esse, vel contra.

39) UE. 11.13: ... quod fit adoptione et in manum conventionem.

40) 고전법상의 타권자입양 방식은 유스티니아누스법에서 폐지되었다.

C.8.47.11 Imperator Iustinianus (a.530).

Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filio aut per unam emancipationem in ceteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem iudicem manifestare, praesente et eo qui adoptatur et non contradicente, nec non eo qui eum adoptat.

41) 준노예란 filius familias in mancipio를 말하는 것으로 家父가 家子를 타인에게 사역하도록 약취행위로 넘긴 경우 그는 人法的으로는 자유인이고, 유효한 혼인체결이 인정되었으며, 혼생자는 적출자

〈19〉 D.4.5.3.pr. Paulus 11 ad edictum.

Liberos qui adrogatum parentem sequuntur placet minui caput, cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint.

(自權者入養된 父를 따라가는 자식들은 두격이 감등한다는 견해이다. 왜냐하면 그들은 타인의 率家權에 복속하고 있으면서, 가족신분을 변경했기 때문이다.)

〈20〉 D.4.5.3.1 Paulus 11 ad edictum.

Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam servilem causam deductus: aliter atque cum servus manumittitur, quia servile caput nullum ius habet⁴²⁾ ideoque nec minui potest:⁴³⁾

(父權免除된 家子와 기타 사람들에게 두격감등은 분명히 발생하는 것이니, 왜냐하면 아무도 假飾的⁴⁴⁾ 노예상태로 이끌어지지 않고서는⁴⁵⁾ 부권면제될 수가 없

였다. 그러나 취득자와의 관계에서는 노예유사의 종속관계가 발생하며, manumissio에 의해서만 벗어날 수 있었다(Gai. 1.116-118a; 1.138).

42) D.50.17.32 Ulpianus 43 ad Sabinum.

Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.

43) Inst. 1.16.4: Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

44) Inst. 1.12.6: Praeterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. sed ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via apud competentes iudices vel magistratus parentes intrent et filios suos vel filias vel nepotes vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent. et tunc ex edicto praetoris in huius filii vel filiae, nepotis vel neptis, bonis, qui vel quae a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem iura praestantur parenti quae tribuuntur patrono in bonis liberti: et praeterea si impubes sit filius vel filia vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam eius nanciscitur.

45) 이 부권면제 방식은 유스티니아누스법에서 폐지되었다.

C.8.48.6 Imperator Iustinianus (a.531).

Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas personas figuratas et circumductiones inextricabiles et iniuriosa rhapsimata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus, iubemus huiusmodi circuitu in posterum quiescente licentiam esse ei, qui emancipare vult, vel ex lege anastasiana hoc facere vel sine sacro rescripto intrare competentis iudicis tribunal vel eos adire magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel neptes vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimittere et legitima iura omnimodo habere, etsi non specialiter haec sibi servaverit, et peculium donare vel alias res liberalitatis titulo in eos

기 때문이다. 그렇지만 노예가 해방되는 경우와는 다른데, 왜냐하면 노예적 人頭 [=노예]는 아무런 권리도 가지지 않고, 그래서 감등될 수도 없기 때문이다.

〈21〉 D.4.5.4 Modestinus 1 pandectarum.

Hodie enim incipit statum habere.

[해방의] 오늘에야 비로소 그는 신분을 가지기 시작하는 것이기 때문이다.)

2) 실체법상의 효과

(1) 公的인 직책들: 두격감등과 무관

두격감등은 민사상의 지위와 관련된 것일 뿐이므로 두격감등자가 수행하는 공적인 직책에는 원칙적으로 영향을 미치지 않았다.

〈22〉 D.4.5.5.2 Paulus 11 ad edictum.

Nunc respiciendum, quae capitis deminutione pereant: et primo de ea capitis deminutione, quae salva civitate accidit, per quam publica iura non interverti constat: nam manere magistratum vel senatorem vel iudicem⁴⁶⁾ certum est. (이제 무엇이 두격감등으로 상실되는지 살펴보아야 한다. 우선 시민권은 유지한 채 발생하는 두격감등에 관하여 보면, 이를 통하여 공법상의 직책들이 박탈되지 않는다는 것이 정설이다. 왜냐하면 정무관이나 원로원의원이나 심판인으로 계속 남는다는 것은 확실하기 때문이다.)

〈23〉 D.4.5.6 Ulpianus 51 ad Sabinum.

Nam et cetera officia quae publica sunt, in eo non finiuntur: capitis enim minutio privata hominis et familiae eius iura, non civitatis amittit.

transferre, et eas res, quae acquiri indignantur, per usum fructum secundum nostrae constitutionis modum detinere et omnia facere, vana tantummodo secundum quod dictum est observatione sublata.

46) D.5.1.78 Paulus 16 ad Plautium.

Quippe iudicare munus publicum est.

또한 공적인 다른 직책들도 이 경우 종료하지 않는다. 왜냐하면 이 두격감등은 개인과 그 가족관계의 私적인 권리들을 상실하는 것이지, 시민신분상의 권리들⁴⁷⁾을 상실하는 것이 아니기 때문이다.)

(2) noxa 책임: 두격감등 불구 존속

전술했듯이 불법행위 가해책임(noxa)은 人頭에 수반한다.

〈24〉 D.4.5.7.1 Paulus 11 ad edictum.

Iniuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant.

(*侵辱 및 불법행위로 인한 소권들의 채무는 人頭에 수반한다.*)

그런데 이 noxa 책임은 두격감등으로써 벗어나지 못하였다.

〈25〉 D.4.5.2.3 Ulpianus 12 ad edictum.

Nemo delictis exiit, quamvis capite minutus sit.

(아무도 두격이 감등했음지라도 불법행위 책임을 벗어나지 못한다.)⁴⁸⁾

(3) 宗族관계 및 그에 기초한 상속권과 후견직: 상실

宗族관계는 두격 최소감등의 경우에도 소멸하였다. 그 결과 두격감등자는 법정상속인이 되지 못하고, 종족관계에 기한 후견직에서도 배제되었다.

47) Bas.46.2.5 (Heimbach IV, p.556)은 이 부분을 *tutela*로 바꿨다. 대표적으로 후견직이 *publica causa*(D.1.6.9), *officia publica*로 이해되었기 때문에 그런 것으로 보이지만, 후견직만이 이에 해당하는 것은 아닐 것이므로 원문같이 보다 포괄적으로 표현하는 것이 더 타당해 보인다. Cf. D.1.6.9 Pomponius 16 ad Quintum Mucium.

Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.

48) 그리하여 자유인일 때 불법행위를 저지르고 노예가 된 경우에도 *caput*를 추수하는 noxa 책임 때문에 가해자위부가 적용되었다(Inst. 1.8.5).

〈26〉 Gai. 1.163.

Nec solum maioribus capitis diminutionibus ius adgnationis corrumpitur, sed etiam minima;⁴⁹⁾ et ideo si ex duobus liberis alterum pater emancipauerit, post obitum eius neuter alteri agnationis iure tutor esse poterit.

(비단 두격 최대감등에 의하여 종족관계가 훼손될 뿐 아니라 또한 두격 최소감등으로써도 그러하다. 그래서 두 아들 중 한 명을 아버지가 父權免除시킨 경우 그의 死後 그들 중 어느 누구도 서로에게 宗族관계에 기하여 후견인이 될 수 없을 것이다.)

〈27〉 D.4.5.7.pr. Paulus 11 ad edictum.

... sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur⁵⁰⁾ eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae,⁵¹⁾ quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati.⁵²⁾ ¶ Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur: ut ecce deferunt

49) D.38.8.3 Iulianus 27 digestorum.

Capitis deminutione peremuntur cognationes, quae per adoptionem adquisitae sunt. igitur si post mortem verbi gratia fratris adoptivi intra centesimum diem adoptivus frater capite deminutus fuerit, bonorum possessionem accipere non poterit, quae proximitatis nomine fratris defertur: praetorem enim non solum mortis tempus, sed etiam id, quo bonorum possessio petitur, intueri palam est.

여기서 cognatio는 명백하게 adgnatio의 의미로 쓰인 것이다.

Gai. 3.83: etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierque in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est. (=Inst. 3.10.1)

50) UE. 11.9: Legitima tutela capitis diminutione amittitur.

Inst. 1.22.4: ... minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceterae non pereunt: ...

Inst. 3.5.1: ... nam adgnati capite deminuti quique ex his progeniti sunt ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur ...

51) Gai. 3.21: Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege (sc. duodecim tabularum) ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur.

UE. 27.5: Legitimae hereditatis ius, quod ex lege duodecim tabularum descendit, capitis deminutione amittitur.

52) C.5.30.2 Imperatores Diocletianus, Maximianus (a.293).

Ad agnatos pupilli iure legitimo sollicitudinem tutelae pertinere, nisi capitis deminutionem sustinuerunt, manifestissimum est.

hereditatem senatus consulta⁵³⁾ matri et filio.

(그러나 12표법에 의한 [종족원의] 법정의 후견직은 동법에 의한 법정의 상속권이 박탈되는 것과 같은 이유로 박탈된다. 왜냐하면 [그렇지 않다면] 가족신분 변동자로서 종족원이기를 그친 종족친에게 부여되기 때문이다. 9) 그러나 새로운 법률들에 의하면 상속재산과 후견직은 대개 다음과 같이 부여된다. 즉 해당자들이 자연적 관계에 따라 지명된다. 그리하여 예컨대 상속재산을 원로원의결들은 母와 子에게 부여한다.)

〈28〉 D.38.16.1.4 Ulpianus 12 ad Sabinum.

Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit. Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exiit de potestate.⁵⁴⁾ ...

(家子が 家內相續人이기를 그친 경우에는 그의 상속분은 그로부터 태어나 率家權에 복속하고 있는 모든 손자와 손녀들이 승계한다. 이것은 자연의 공평에 부합하는 것이다. 그런데 家子は 大 또는 中 두격감등으로 父의 슬가권에서 벗어난 때에는 가내상속인이기를 그친다. ...)

다만 시민법상의 상속법을 교정한 법정관법상의 유산점유법은 두격감등으로 가내상속인이기를 그친 자들을 위하여도 개입하였다. 혈족관계의 존속에 근거한 것이었다((5)에서 후술).

〈29〉 D.37.1.6.1 Paul. 41 ad edictum.

Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum

53) Cf. D.38.17 Ad senatus consultum Tertullianum et Orphitianum; Inst. 3.3 De senatus consulto Tertulliano; D.3.4 De senatus consulto Orphitiano.

Inst. 3.4.2: Sciendum autem est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orfitiano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferuntur.

54) D.38.16.11 (주 26).

possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem.⁵⁵⁾ quamvis enim iure civili deficient liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor.⁵⁶⁾ legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem.

(유산점유의 施惠는 다양하다. 즉 어떤 유산점유들은 망자들의 의사에 반하여, 어떤 것들은 의사에 좇아서 인정되며, 또 무유언시 법정상속권을 가지는 자들이나 두격감등으로 인하여 가지지 못하는 자들에게도 인정된다. 비록 두격감등으로 인하여 가내상속인이기를 그친 자녀들은 시민법상 권리가 없지만, 형평으로 인하여 법정관은 그들의 두격감등을 취소한다. 법규가 정한 것을 지키기 위해서도 그는 유산점유를 부여한다.)

후대법에서 부권면제된 자에게 두격감등에도 불구하고 상속상 우선권을 인정함과 동시에 법정후견직을 부과한 사례가 전해지는데, 두격감등을 사유로 후견직을 회피할 수 없다고 하였다.⁵⁷⁾

한편 법정후견직은 피후견인이 두격 최소감등을 겪은 경우에도 종료하였

55) 구체적인 예: C.6.59.2 Imperatores Diocletianus, Maximianus (a.293).

Si pater tuus propiori sobrino tuo agnato constituto et intestato defuncto iure civili adita hereditate, vel hoc ab initio non interveniente sive capitis deminutione preempto sollemniter bonorum possessione admissa successit ac tibi patris tui quaesita hereditas est, adire praesidem provinciae debes ac tutorem eius de tutela convenire.

56) 구체적인 예: D.38.6.5.1 Pomponius 4 ad Sabinum.

Sed et si filium et nepotem ex eo pater emancipaverit, filius solus veniet ad bonorum possessionem, quamvis capitis deminutio per edictum nulli obstet. quin etiam hi quoque, qui in potestate numquam fuerunt nec sui heredis locum optinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentum, nam si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei, qui in potestate relictus sit, patris emancipati bonorum possessio: et si post emancipationem procreaverit, ita nato dabitur avi bonorum possessio, scilicet non obstante ei patre suo.

57) C.5.30.4 Imperator Anastasius (a.498).

Frater emancipatus, qui in germani sui vel sororis successionem omnes inferiores seu prolixiores gradus non tantum cognatorum, sed etiam agnatorum antecedere a nobis pro nostra dispositione iussus est, etiam ad legitimam fratrum et sororum nec non liberorum fratrum tutelam, quasi minime patris potestate per ius emancipationis relaxatus, si non alia iuri cognita excusatione munitus sit, vocari nec sub praetextu capitis deminutionis alienum huiusmodi onere semet contendere sancimus.

다. 피후견인이 다른 家의 구성원으로 되면서 새로운 보호관계가 성립하기 때문이다.

〈30〉 D.26.4.2.pr. Ulpianus 37 ad Sabinum.

Legitimam tutelam capitis deminutione pupilli etiam ea, quae salva civitate contingit, amitti nulla dubitatio est.⁵⁸⁾

(법정후견직이 피후견인의 두격감등으로, 또한 시민권은 유지한 채 발생하는 두격감등으로도, 상실된다는 것은 의문의 여지가 없다.)

(4) 기타 후견직: 유지

12표법에 기하여 종족원에게 인정되었던 법정후견직(위 (2))이 아닌 경우에는 원칙적으로 두격 최소감등으로써 후견직을 박탈당하지 않았다.

〈31〉 D.4.5.7.pr. Paulus 11 ad edictum.

Tutelas etiam non amittit capitis minutio⁵⁹⁾ exceptis his, quae in iure alieno personis positae deferuntur. Igitur testamento⁶⁰⁾ dati vel ex lege vel ex senatus consulto erunt nihilo minus tutores: ...

(후견직도 두격감등으로써 상실되지 않는데, 타인의 率家權下에 놓인 자들에게 부여된 것들⁶¹⁾은 예외이다. 따라서 유언으로 또는 법률이나 원로원의결에 의하여 선임된 자들은 그럼에도 불구하고 후견인이다.)

(5) 혈족관계: 유지

두격 최소감등의 경우 법정의 친족관계인 宗族관계와 달리 자연혈연의 관계인 血族관계는 그대로 유지되었다.

58) Inst. 1.22.4: ... sed pupilli et pupillae capitis deminutio licet minima sit, omnes tutelas tollit.

59) Inst. 1.22.4: ... minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, ... ceterae (sc. tutelae) non pereunt: ...

60) UE. 11.17: Si capite diminutus fuerit tutor testamento datus, non amittit tutelam: ...

61) D.1.6.9 (주 47).

〈32〉 Gai. 1.158.

Sed adgnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur,⁶²⁾ quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.⁶³⁾

(실로 宗族관계는 두격감등으로 소멸하지만, 血族관계는 그 방식으로 바뀌지 않는데, 왜냐하면 시민법 논리는 실로 시민법상 관계는 훼손시킬 수 있지만 자연법적 관계는 그럴 수 없기 때문이다.⁶⁴⁾)

〈33〉 Inst. 1.16.6.

Quod autem dictum est manere cognationis ius et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio.

...

(그런데 혈족관계가 두격감등 후에도 존속한다고 이야기된 것은 두격 최소감등이 개입한 경우에 그렇다는 것이다. 즉 혈족관계는 유지된다.)⁶⁵⁾

(6) 사용역권(usus) 및 용익역권(ususfructus): 유지

원래는 소멸하였으나⁶⁶⁾ 유스티니아누스법에서는 반대로 규율되었다.⁶⁷⁾

62) Gai. 3.27: Adgnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat, id est non eo gradu vocat, quo per legem vocarentur, si capite minuti non essent, sed tertio proximitatis nomine. licet enim capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent. itaque si quis alius sit, qui integrum ius agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit.

63) Inst. 1.15.3: Sed adgnationis quidem ius omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam adgnatio iuris est nomen. cognationis vero ius non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non utique.

64) Cf. D.4.5.9 〈36〉.

65) 이는 유산점유 부여의 근거가 되었다.

UE. 28.9: Proximi cognati bonorum possessionem accipiunt non solum per feminini sexus personam cognati, sed etiam agnati capite diminuti: nam licet legitimum ius agnationis capitis minutione amiserint, natura tamen cognati manent.

66) D.7.1.35.1 (Iul. 1 ad Urs. Ferocem); D.19.1.24.pr. (Iul. 15 dig.); D.33.2.23 (Mauric. 2 ad leg. Iul. et Pap.); D.7.1.56 (Gai. 17 ad ed. provinc.); D.33.1.8 (Gai. 5 ad leg. Iul. et Pap.); D.33.2.29 (Gai. 1 fideicomm.); D.7.4.14 (Pomp. 5 ad Sab.); D.7.4.1.pr.-3 (Ulp. 17 ad Sab.); D.7.1.25.2 (Ulp. 18 ad Sab.); PS. 3.6.28-29; Vat. fr. 61-64; C.3.33.16.pr. Iust. (a.530)(veteribus placuit).

67) Inst. 3.10.1: ... usus etenim et usus fructus, licet his (sc. quae per capitis deminutionem pereunt) antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit

(7) 지역권: 유지

지역권은 승역지와 요역지 사이의 관계이지 지역권의 혜택을 보는 자들의 인적 지위가 아니기 때문에 이들의 두격감등에 영향을 받지 않는다.

〈34〉 D.8.6.3 Gaius 7 ad edictum provinciale.

Iura praediorum morte et capitis deminutione non perire volgo traditum est.

(지역권들은 사망과 두격감등으로 소멸하지 않는다고 두루 傳敎되었다.)

(8) 일정한 급부의무: 사실상 존속

일정한 급부의무의 경우에는 두격감등으로써 의무가 소멸하지 않는데,⁶⁸⁾ 사례에 전하는 것으로 혼인지참재산 반환의무 및 부양 목적의 유증 급부의무가 이에 해당하였다.

constitutio.

C.3.33.16.2-3 Imperator Iustinianus (a.530).

2. Sed nec per omnem capitis deminutionem huiusmodi detrimentum imminere nostris patimur subiectis. quare enim, si filius familias fuerit is qui usum fructum habet, forte ex castrensi peculio, ubi nec usus fructus acquiritur ei, possessum, per emancipationem eum amittat? sed secundum quod definitum est tunc eum tantummodo desinere, cum usufructuarius vel res pereat, et tantummodo eum cum anima vel rei substantia expirare, nisi praedictae exceptionis vigor reclamaverit.

3. Excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem vel civitatem Romanam possit adimere: et tunc enim usus fructus omnimodo ereptus ad suam revertatur proprietatem.

C.3.33.17.pr.-2 Imperator Iustinianus (a.531).

pr. Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usus fructus per servum acquisitus vel per filium familias capitis deminutione filii magna vel media vel morte vel emancipatione vel servi quacumque alienatione vel morte vel manumissione potest adhuc remanere.

1. Et ideo sancimus in huiusmodi casibus neque, si servus vel filius familias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino usum fructum qui per eos acquisitus est, sed manere intactum, neque, si pater capitis deminutionem magnam vel mediam passus fuerit vel morte ab hac luce fuerit exemptus, usum fructum perire, sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur.

2. Usus fructum enim per eum acquisitum apud eum remanere et post patris calamitatem oportet, cum plerumque verisimile est testatorem contemplatione filii quam patris usum fructum ei reliquisse.

68) 해방노예의 노역의무는 명백히 소멸: *Gai.* 3.83 (주 49). 그러나 노예 노역의 유증은 수유자의 두격감등으로 소멸하지 않았다: *D.*33.2.2.pr (Pap. 17 quaest.); *D.*7.7.2 (Ulp. 17 ad ed.).

〈35〉 D.4.5.8 Gaius 4 ad edictum provinciale.

Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest.⁶⁹⁾ Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est,⁷⁰⁾ nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem,

(자연법상의 급부를 내용으로 하는 것으로 여겨지는 그러한 채권들은 [채무자의] 두격감등으로써 소멸하지 않는다는 것이 분명하다. 왜냐하면 시민법 논리는 자연법상의 권리들을 훼손시킬 수가 없기 때문이다.⁷¹⁾ 그래서 혼인지참재산 반환소권은 옳과 형평[平良]에 기한 것이므로 [夫的] 두격감등 후에도 그럼에도 불구하고 지속되어,

〈36〉 D.4.5.9 Paulus 11 ad edictum.

Ut quandoque emancipata agat.⁷²⁾

[妻는] 장차 夫權에서 벗어나면⁷³⁾ 소구할 수 있다.)

〈37〉 D.4.5.10 Modestinus 8 differentiarum.

Legatum in annos singulos⁷⁴⁾ vel menses singulos relictum, vel si habitatio

69) Cf. D.7.5.2.1 Gaius 7 ad edictum provinciale.

Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.

70) Cf. Inst. 4.6.29: Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis: sed cum, pleniorum esse ex stipulatu actionem inveniunt, omne ius quod res uxoria ante habebat cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit ut bonae fidei sit. sed et tacitam ei dedimus hypothecam: praeferi autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus.

71) Cf. Gai. 1.158 〈32〉. Emancipatio는 父權에서 벗어나는 것(Berger [1953], s.h.v., p.451은 이것만 다루고 있다)뿐 아니라 夫의 手權(manus: 夫權)에서 벗어나는 것도 의미한다. Heumann/Seckel (1971), s.v. Emancipare, p.168.

72) Cf. D.2.14.21.3 Paulus 3 ad edictum.

Filia familias pacisci potest, ne de dote agat, cum sui iuris esse coeperit.

73) Gai. 1.137.

74) Cf. D.33.1.4 (Paul. 62 ad ed.); D.33.1.8 (Gai. 5 ad leg. Iul. et Pap.); D.33.1.12 (Paul. 13 resp.).

legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat:⁷⁵⁾ videlicet quia tale legatum in facto potius quam in iure consistit.⁷⁶⁾

(年給이나 月給으로 부양급부가 유증되거나 또는 거주권이 유증된 경우 受遺者의 사망으로 유증은 소멸하지만⁷⁷⁾ 두격감등이 개재된 때에는 유증은 지속한다. 즉 그런 유증은 법적 고려에 기한 것이라기보다는 사실적 고려에 기한 것이기 때문이다.)⁷⁸⁾

그밖에 두격 최소감등인 부권면제의 조합에 대한 효과를 다룬 것으로 다음 개소가 전해진다. 이 개소는 두격 최소감등자가 조합을 유지하는 데 아무런 문제가 없음을 전제로⁷⁹⁾ 부권면제 전·후의 효과를 논한 것이다.

〈38〉 D.17.2.58.2 Ulpianus 31 ad edictum.

Si filius familias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Iulianum quaeritur, an eadem societas duret an vero alia sit, si forte post emancipationem in societatem duratum est. Iulianus scripsit libro quarto decimo digestorum eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspiciendum: duabus autem actionibus agendum esse, una

75) D.7.8.10.pr. Ulpianus 17 ad Sabinum.

Si habitatio legetur, an perinde sit atque si usus, quaeritur. et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo quaestionum, denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usufructus: ad heredem tamen nec ipsa transit nec non utendo amittitur nec capitis deminutione.

76) D.50.17.24 Paulus 5 ad Sabinum.

Quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit.

77) C.3.33.11 Imperatores Diocletianus, Maximianus (a.294).

Habitatio morte finitur: nec proprietatem qui habitationem habuit legando domini vindicationem excludit.

78) 생계 및 생활안정을 위한 부양 목적의 급부를 유증한 경우에 대한 로마법의 태도는 수혜자의 권리를 최대한도로 고려하는 것이었다. 이 점과 관련하여 비단 법적으로뿐만 아니라 사회경제적 관점에서도 아주 흥미로운 개소로 D.2.15.8 (Ulpianus 5 de omnibus tribunalibus).

79) Gai. 3.153: Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

adversus patrem, altera adversus filium: cum patre de eo, cuius dies ante emancipationem cessit, nam eius temporis, quo post emancipationem societas duravit, nihil praestare patrem oportet: cum filio autem de utroque tempore, id est de tota societate, nam et si quid, inquit, socius filii post emancipationem filii dolo fecerit, eius non patri, sed filio actio danda est.

(家子が 조합을 결성하고 그 후 父에 의하여 父權免除된 사안에 대하여 율리아누스의 저술에서 그가 가령 부권면제 후 조합에 계속 남았으면 동일한 조합으로 존속하는지 아니면 다른 조합인 것인지가 문제되었다. 율리아누스는 학설집 제 14권에서 다음과 같이 기술하였다: 이들 계약에 있어서는 계약 開始 시점을 고려해야만 하기 때문에 동일한 조합으로 존속한다. 그런데 두 개의 소권으로 소구해야만 하는데, 하나는 父를 상대로, 다른 하나는 子를 상대로 한다. 父를 상대로 해서는 부권면제 전에 권리기일이 도래한 채권에 관해서인데, 왜냐하면 부권면제 후 조합이 존속한 기간에 대하여는 父는 어떤 책임질 의무도 없기 때문이다. 그러나 子를 상대로는 양 기간 모두에 대하여, 즉 전체 조합에 대해서인데, 왜냐하면 그는 가로대, 子의 동료조합원이 子의 부권면제 후에 악의로 어떤 것을 행한 경우 이에 대하여는 父가 아니라 子에게 소권을 부여해야만 하기 때문이다.)

(9) 기타

두격 최소감등과 관련하여 매우 다양한 사례들이 전해진다. 이곳에서는 그저 몇몇 사례만을 소개하기로 한다.

〈39〉 D.38.16.13.pr. Gaius 10 ad leg. Iul. et Pap.

Nulla femina aut habet suos heredes aut desinere habere potest propter capitis deminutionem.

(어떤 婦人도 家內상속인들을 가지거나, 두격감등으로 말미암아 家內상속인들을 가지기를 그칠 수 없다.)

원래 불가능한 것은 두격감등과 무관하게 불가능한 것이지 두격감등으로 비로소 불가능해지는 것이 아님을 보여주는 개소이다.

유스티니아누스법에서는 군영 유언으로 인정되는 유언을 한 군인이 自權者入養되거나 家子였던 자가 父權免除되는 두격감등이 발생해도 새로운 의사적 기초를 간주함으로써 마치 변화된 상황에서 다시 유언한 것처럼 취급하여 유언을 유지시켰다.

<40> Inst. 2.11.5.

Denique et si in adrogationem datus fuerit miles vel filius familias emancipatus est, testamentum eius quasi militis ex nova voluntate valet nec videtur capitis deminutione irritum fieri.⁸⁰⁾

(끝으로 군인이 自權者入養되거나 家子인데 父權免除된 경우 그의 유언은 새로운 의사에 기한 군인 유언으로서 유효하고, 두격감등으로써 喪效하지 않는다.)

두격감등은 조합의 해산 사유였다. 이 점에서 조합원의 사망과 같게 취급된 것이다. 그러나 사망의 경우와 달랐던 것은 타계한 것이 아니므로 두격감등자와 조합을 지속하기로 합의하면 새로운 조합 결성으로 보았다는 점이다.

<41> Gai. 3.153.

Dicitur etiam capitis deminutione solui societatem, quia ciuili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, noua uidetur incipere societas.

(또한 두격감등으로 조합이 해산된다고 이야기되는데, 왜냐하면 시민법 논리상

80) Cf. Gai. 2.146 = Inst. 2.17.5: Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quae rumpuntur irrita fiunt et quae statim ab initio non iure fiunt irrita sunt: et ea, quae iure facta sunt, postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilo minus rupta dicere. sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non iure facta dicuntur, quaedam iure facta rumpi vel irrita fieri.

Inst. 2.17.6 (5): Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae ab initio iure facta propter capitis deminutionem irrita facta sunt. nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit: nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

두격감등은 사망과 등치되기 때문이다.⁸¹⁾ 그러나 어쨌든 조합을 지속하기로 여
전히 합의하는 경우면 새로운 조합이 개시하는 것으로 여겨진다.)

3) 告示法의 대응

두격감등으로 인한 신분의 변동으로 인하여 두격감등자와 법률행위를 체
결한 자들에게 불이익이 발생하지 않도록 法政官(praetor)의 고시가 특별히
마련되었다.

(1) 법정관고시

관련 법정관 고시는 법률행위의 상대방에게 두격감등이 발생한 경우에 두격
감등 발생 전과 마찬가지로 그들을 상대로 하는 소송을 허용하는 내용이었다.

〈42〉 D.4.5.2.1 Ulpianus 12 ad edictum.

Ait praetor: “QUI QUAEVE, POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM
CONTRACTUMVE SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE ESSE
DICENTUR, IN EOS EASVE PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT,⁸²⁾
IUDICIUM DABO”.

(법정관 가로대: “그들과 법률행위가 수행되었거나 체결된 남자들이나 여자들이
두격이 감등했다고 주장되는 경우 그 남자들이나 여자들을 상대로 마치 그 일이
발생하지 않은 것처럼 소송을 허용할 것이다.”)

81) Bas.46.2.1.2 Schol. 3) (Heimbach IV, p.553): ὅτι τῷ πολιτικῷ τετελευτηκέναι δοκοῦμεν (iure civili videmur esse mortui).

82) Cf. Gai. 4.38: Praeterea aliquando fingimus aduersarium nostrum capite deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligataue sit et capite deminutus deminutaue fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamue oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio utilis rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutaue non esse.

이에 따라 그 의제소권의 방식서는 다음과 같이 재구성된다. Lenel (1974), 118.

“SI NUMERIUS NEGIDIUS CAPITE DEMINUTUS NON ESSET, TUM SI NUMERIUM
NEGIDIUM AULO AGERIO . . . DARE OPORTERET, IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM
AULO AGERIO . . . CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE.”

고시가 말하는 ‘수행’이나 ‘체결’은 유언하는 권리에는 해당이 없었다. 즉, 계약채무에만 해당되었다(*obligati*: D.4.5.2.2 <46>).⁸³⁾

<43> D.50.16.20 Ulpianus 12 ad edictum.

Verba “contraxerunt” “gesserunt” non pertinent ad testandi ius.

(“체결했다”, “수행했다”라는 용어는 유언법에는 해당하지 않는다.)

이 법정관 고시에 의한 소권은 원고 측이나 피고 측이나 그 상속인에게도 해당되는 소권이였다.

<44> D.4.5.2.5 Ulpianus 12 ad edictum.

Hoc iudicium perpetuum est et in heredes et heredibus datur.

(이 소송은 영구적이어서, 상속인들을 상대로, 또 상속인들에게도 허용된다.)

(2) 고시의 적용범위: 두격 최소감등

두격 최대감등이나 중감등의 경우에는 두격감등자가 로마시민법상 법률행위의 당사자가 될 수 없었으므로(D.4.5.7.2 <10>) 본 고시는 적용되지 않았지만, 그들의 법률관계를 승계한 자들을 상대로 하는 소권은 당연히 인정되었다.

<45> D.4.5.2.pr. Ulpianus 12 ad edictum.

Pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt. ¶ Ceterum sine amissione civitatis sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum neque possunt hi penitus conveniri: dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum.

(이 고시는 시민권을 유지한 채 발생하는 그러한 두격감등들에 관련된 것이다.

¶ 그와 달리 시민권 상실 또는 자유의 상실로써 두격감등이 발생하는 경우에는

83) Bas.46.2.6.2 Schol. 4) (Heimbach IV, p.557): ἐπὶ τῶν ἀπὸ συναλλαγμάτων ἐνοχῶν (de obligationibus ex contractibus).

고시는 적용되지 않을 것이고, 또 이들은 전적으로 제소될 수가 없다. 물론 그들의 재산이 이전된 자들을 상대로는 소권이 부여될 것이다.)

(3) 소권 회복의 근거: 자연법적 구속

법정관이 두격 최소감등 후에도 상대방의 원래의 소권을 의제를 통하여 계속 인정한 이유는 원칙적으로 두격감등자들이 자연법적으로 구속되는 상태가 계속된다고 본 까닭이다.

〈46〉 D.4.5.2.2 Ulpianus 12 ad edictum.

Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter: ceterum si postea, imputare quis sibi debebit cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet. ...

(두격이 감등되는 자들은 두격감등에 선행한 사실들로 인하여는 자연법적으로 구속된 채로 남는다.⁸⁴⁾ 반면에 그 후라면 각자는 왜 (법률행위를 그들과) 체결했는지 자신에게 책임을 돌려야만 할 것인바, 이 고시의 문언에 관한 한 그러하다.)

특수한 사례로 自權者入養 및 他權者入養의 사안이 전해진다.

〈47〉 D.4.5.2.2 Ulpianus 12 ad edictum.

... Sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio: et quidem si adrogatus sit, nullus labor: nam perinde obligabitur ut filius familias.⁸⁵⁾

(그러나 때로는 이들과 두격감등 후에 체결되는 경우에도 소권을 부여해야만 한다. 하여 정녕 自權者入養된 경우에는 애쓸 필요가 없다. 왜냐하면 그는 家子인 한도에서 구속될 것이기 때문이다.)

84) Cf. D.15.1.42 Ulpianus 12 ad edictum.

In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant.

85) Bas.46.2.1.2 (Heimbach IV, p.553f.). Cf. Inst. 3.10.1 (주 67).

〈48〉 Inst. 3.10.3.

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.⁸⁶⁾

(반대로 자신을 他權者入養에 맡긴 자가 부담했던 채무에 대하여는 실로 법률상 당연히 養父는 책임을 지지 않지만 養子 명의로 제소될 것이고, 그[子]를 방어하기를 원하지 않으면 朕의 관할 담당관들에 의하여 그[子]가 자신을 타인의 率家權에 복속시키지 않았더라면 용의역권과 더불어 그의 것이 되었을 재산을 (私押留)점유하고 적법한 방식으로 그 재산을 처분하는 것이 채권자들에게 허용된다)

自權者入養의 한 특수한 경우로 채무자를 입양한 사안을 전하는 다음 개소도 참조할 것이다. 여기서는 입양에 따른 父子관계로 인하여 일단 소멸한 채권채무관계는 부자관계가 종식한 후에도 회복되지 않는다는 법리를 밝히고 있다. 일반적 사이라면 존속하는 것으로 관념되었을 자연법적 채권채무관계가 시민법의 엄격법리가 적용되었던 家父長의 지배영역에 대하여는 적용될 수 없었기 때문이다.

〈49〉 D.4.5.2.4 Ulpianus 12 ad edictum.

Ei, qui debitorem suum adrogavit,⁸⁷⁾ non restituitur actio in eum, postquam

86) Gai. 3.84: Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit quaeque in manum convenit, non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes alienum fuerit: tunc enim, quia ipse pater adoptivus aut coemptionator heres fit, directo tenetur iure; is vero, qui se adoptandum dedit, quaeque in manum convenit, desinit esse heres; de eo vero, quod proprio nomine eae personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur neque coemptionator nec ipse quidem, qui se in adoptionem dedit, quaeque in manum convenit, maneat obligatus obligataque, quia scilicet per capitis deminutionem liberetur, tamen in eum eamve utilis actio datur rescissa capitis deminutione; et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus praetor permittit.

87) Cf. D.5.1.11 Ulpianus 12 ad edictum.

Si a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus vel cum quo ego: solvi iudicium

sui iuris fiat.

(자신의 채무자를 自權者入養한 자에게는⁸⁸⁾ (그 養子가 다시) 自權者가 된 후에도 그를 상대로 소권이 회복되지 않는다.)

그러나 타권자입양(C.8.47.11 [주 40]) 및 부권면제(C.8.48.6 [주 45])의 경우 유스티니아누스법에 의하여 최소두격감등이 터 잡았던 가식적 노예화의 방식이 폐지되면서 채무가 소멸하지 않게 되어 법정관 고시에 따른 회복 조치가 불필요하게 되었다.

Ⅲ. 맺음말

이상으로 D.4.5를 중심으로 하여 로마법상 古來로 인정되어 온 시민법상의 신분변동인 두격감등을 살펴보았다. 작업의 중점은 주요 관련 사료의 번역 소개에 두었다. 그 과정에서 소수의 사례를 통해서이기는 하지만 로마법에 특유한 시민법과 자연법, 또 시민법과 법정관법의 고유한 논리와 상호작용을 살필 수 있었고, 로마적 소권법의 특수성(가령 擬制, 소권의 회복)은 물론 공법과 私法の 구분에 관한 기본적인 관점 등도 간취할 수가 있었다. 더욱이 흥미로운 것은 인간의 법적 지위를 *caput*라는 人身의 일부에 의탁하여 지칭하면서, 그 개별적 요소로 좁은 의미의 시민법상의 가족적 지위에서 더 나아가 시민권은 물론, 자연법적으로 만인에게 전제된 것으로 관념된 자유⁸⁹⁾까지를 아우르는 총괄개념을 발전시킴으로써 고전법학의 *persona* 개념

Marcellus libro tertio digestorum scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere. (나와 쟁점결정했던 또는 내가 그와 그렇게 했던 자가 나에게 의하여 他權者入養된 경우 소송은 해소된다고 마르켈루스는 학설집 제3권에서 기술하고 있는데, 왜냐하면 또한 처음부터 우리 사이에는 소송이 성립할 수 없었기 때문이다.)

88) 입양으로 係屬 중이던 소송이 소멸하므로 추후적인 부활은 가능하지 않았기 때문이다. D.5.1.11.pr. Ulpianus 12 ad edictum.

Si a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus vel cum quo ego: solvi iudicium Marcellus libro tertio digestorum scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.

89) D.1.1.4 (Ulp. 1 inst.); D.12.6.64 (Tryph. 7 disp.); Inst. 1.2.2; Inst. 1.5.pr.

에 앞서 이미 확고한 人중심주의(personalism)의 법문화 풍토를 조성하였다는 사실이다. 그리고 이러한 기초 위에서 때로는 (가령 입양 사안 등에서) 매우 기술적인 세부적 고찰에까지 나아간 것을 볼 수 있었다. 이러한 모든 점들은 비교법적으로 볼 때, 가령 조선시대의 법문화가 학식법학(intellectualism)의 미약으로 인하여 소위 良賤制를 근간으로 한다면서도 *capitis minutio*와 같은 고도의 개념 체계를 명시적으로 발전시키지 못한 것과 대비되는 점이다.

【후기】

논문 심사자 분 중 한 분의 몇 가지 가볍지 않은 지적에 대하여는 필자 나름의 해명이 필요할 것 같아 후기 형식으로 덧붙인다. 인용된 「」 부분이 심사평에서 지적된 내용이다.

(1) 「번역용어에 관하여 *caput*를 머리, 頭 또는 人頭로 번역함으로써 ‘두격감소’라는 이해가 어려운 용어를 사용하여야 하는지 의문이며, 대상논문도 2면에서 失位라는 개념을 쓰기도 함. 가능하면 현행민법에서 쓰이는 개념(예컨대 人格 또는 신분)으로 번역하는 방법을 고려할 수 있음. 이렇게 번역할 때에는 *se capite deminuere*, *poena capitis* 등의 이해가 오히려 편리하게 될 것임.」

→ 초고에서 ‘두격감소’라고 했던 것을 ‘頭格減等’으로 역어를 바꿨다. 왜냐하면 大·中·小의 등급 구조를 지니고 있기 때문에 이를 표현하는 쪽이 더 낫다고 생각하였기 때문이다. 종래 시바타 미츠조(柴田光藏)⁹⁰⁾의 ‘頭格の減少, 頭格喪失, 頭格消滅’를 참조했던 것을 다시 추한평(丘漢平)⁹¹⁾이나 황평(黃風)⁹²⁾ 등이 사용하는 ‘人格減等’ 용어를 참조하여 재조합한 것이다. 아울러 등급을 표현하는 원어를 그대로 살려서 단순히 大·中·小로 하는 대신에 최대(maxima)·중(간)(minor; media)·최소(minima)로 표시하였다.

90) 柴田光藏 (1985), s.v. *cap(itis) deminutio*, p.48.

91) 丘漢平 (2004), 150ff.

92) 黃風 譯 (2005), 32.

중(minor)감등의 경우 원어를 그대로 따르면 ‘소감등이 되어야 하지만, 기존의 용어례들과의 혼란을 피하기 위하여 중감등으로 유지하였다. 그리고 magna의 경우 그 용례를 보면 경우에 따라서는 maxima+media를, 경우에 따라서는 maxima만을 의미하는데, 이것은 문맥을 보면 용이하게 알 수 있다. 두 상황 모두에 공통된 역어로서는 역시 어휘의 본 의미대로 ‘大’감등으로 옮겼다. ‘두격 최대감등’ 또는 ‘최대 두격감등’은 혼용하였다.

심사의견에 대하여 답하자면, 오늘날 익숙한 ‘인격’이나 ‘신분’ 용어를 사용하면 가령 입양의 사례가 ‘인격’감소 또는 ‘신분’감소의 사례가 되어 적절하지 않다. ‘감소’ 대신에 ‘변동’을 역어로 선택해도 입양이나 시민권 상실이 ‘인격’변동으로 표현되는 것이 부적절하기는 마찬가지이다. 참고로 주난(周栢)은 ‘人格變更’ 용어를 쓰고 있고,⁹³⁾ 후나다 교지(船田亨二)는 ‘人格(大·中·小)消滅’이라 번역하였다.⁹⁴⁾ ‘신분변동’이란 역어도 내용을 설명하기는 하지만 너무 일반적이어서, 역사상 어떤 특정한 사태에 대하여 특화되어 원어와 항상 일대일 대응이 가능한 역어로 삼기에는 부적당하다. 이런 점에서도 필자의 가급적 원어를 그대로 살리자는 주의⁹⁵⁾는 나름 이유가 있는 것이고 caput를 그에 따라 옮긴 것이다. 더욱이 persona를 ‘(법)인격’으로 번역하므로 - 물론 persona도 단순히 人을 의미하는 어법으로 사용되기도 하였다: servus = servilis persona (가령 Gai. 1.120; Ulp. D.50.17.22.pr.); persona servi (가령 Paul. D.50.16.215; Macer D.48.19.10.pr.) - 이와 구별할 필요도 있을 뿐 아니라, 인격의 경우에는 ‘감소’든 ‘변동’이든 ‘변경’이든 어차피 어울리지 않는다. 로마인들도 persona의 경우에는 deminutio를 논하지 않았다. 이런 이유들로 해서 “어려운” 용어가 아니라 낯설지만 로마인들이 사용했던 용어를 그대로 살린 柴田에 동조한 것이다. 失位도 ‘失位’로 표시하여 이해의 편의를 위하여 참고하도록 덧붙인 것일 뿐 역어로 선택한 것은 아니다. 왜냐하면 오늘날 한자어로 失位는 한자의 의미 포괄성 때문에 달리 이해될 소지가 많아

93) 周栢 (2004), 118ff.

94) 船田亨二 (1973), 86.

95) 崔병조 (2014.3.), 255ff.

서 로마법의 해당 개념에 그대로 대응시키기 어렵기 때문이다.

(2) 「1면 *autem kapitis diminutio*를 *autem capitis deminutio*로, Levy, SZ 78 (1961) 170에서 *kapitis*는 *capitis*의 잘못된 인쇄로 보임(David/Nelson, *Gai Institutiones*, 1964, 27 [Gai.I.1.159] 등 참조). 또한 Levy를 제외하면 *diminutio* 대신 *deminutio*가 압도적으로 선호되는 표기임. 대상논문이 Levy를 주로 인용하는 근거를 밝혀야 함.」

→이 소견은 초고에서 사용되었던 철자에 대한 것이다. 우선 레비(Levy)가 *kapitis*로 철자한 것은 절대로 오식이 아니다. 심사자가 인용한 대로 David/Nelson의 판본은 오늘날의 철자법을 반영하였지만, 刊本 중에는 (가령 퀴블러[Kuebler]) *kapitis*로 필사본을 해독한 것이 있고, 레비는 이에 의거한 것이기 때문이다. 더욱이 라틴어에서 k는 오히려 c에 선행했던 것으로 나중에 거의 전적으로 c로 대체되었지만 몇몇 경우는 여전히 남았고, 특히 *Kaeso*, *kalendae*, *calumnia*, *caput*, *carus* 등의 약어에 사용되었다.⁹⁶⁾

*diminutio*와 *deminutio*의 경우도 로마시대 이미 두 철자가 다 두루 사용되었고, 간본에서 전자나 후자로 해독되었거나 사용된 것일 뿐이다.⁹⁷⁾ 동일한 간본에서 *kapitis diminutio*와 *kapitis deminutio*가 혼용된 것만 보아도 이 사실 알 수 있다. 압도적으로 선호된다는 것이 사실이더라도, 의미상 아무런 차이가 없고 오류도 아닌데, 그것이 다른 쪽을 배제해야 하는 사유는 아닌 것이다. 필자는 레비를 따른 것이 아니라 전 세계의 로마법연구자들이 애용하는 〈The Roman Law Library〉의 데이터베이스를 이용한 것이다. 다만 필자로서도 굳이 *kapitis diminutio* 표기를 고집할 이유도 없고 공연히 다른 표기로 예상하지 못했던 혼란을 야기할 생각도 없으므로 *kapitis*는 모두 David/Nelson의 간본처럼 익숙한 *capitis*로 교체하였다.

96) *Oxford Latin Dictionary*(1982), s.v. K, k., p.989. 특히 *caput*에 주목할 것. 또한 cf. κεφαλή; κάρηνον. 원사료 증거로는 Marcus Terentius Varro, *Menippeae* 475.2; Quintus Terentius Scaurus, *De Orthographia* 14.14; Velius Longus, *De Orthographia* 53.7; Terentianus Maurus, *De Litt., De Syll., De Metr.* 798; Maurus Servius Honoratus, *Commentarius in Artem Donati* 422.37 등.

97) *Oxford Latin Dictionary*(1982), s.v. *deminutio* (In codd. written dem- or dim-); s.v. *diminutio*: see DEMINUTIO).

(3) 「그리고 agnatische Familie를 의미하는 것으로 짐작되는 ‘종족주의적’에서 “종족”은 자칫 민족의 의미로 오해될 위험이 있으므로 “종친주의적” 등으로 번역하여야 할 것임.」

→오늘날 종친은 주로 개별적인 구성원을 지칭하는 것으로 이해된다. agnatio에 대한 베르거(Berger)의 설명⁹⁸)에서 바로 agnati가 그에 해당하는 것이다. 그렇다면 ‘종친주의’란 표현은 어색할 뿐 아니라 개념적으로도 적확하지 않다. 이곳에서 말하고자 하는 agnatio는 따라서 宗族主義가 더 합당하다. 種族主義와의 혼동을 걱정하는 것은 한자어의 경우에 흔하게 나타나는 동음이의어에 대한 대처라는 점에서 따져볼 일이다. 우리 전통문화가 배어 있는 국어생활을 하고자 하여 한자를 활용한다면 이런 걱정은 필요 없다. 철저하게 한자를 배격하더라도 종족주의에는 여러 의미가 있음을 국어사전을 통하여 확인할 수 있다. 동음이의어의 오해 소지를 없애기 위하여 개념을 흘뜨리는 것은 바람직하지 못하다. 오늘날 심지어는 지식인 사회에서도 심심치 않게 보게 되는 현상, 즉 동음이의어를 구별한다고 하면서 한자 사용을 금기시함으로써 ‘정의(justice)’, ‘정의(definition)’로 쓰는 것은 괜찮고 ‘正義’, ‘定義’라 표기하면 안 된다는 발상은 도저히 이해할 수 없다. 그리고 “agnatische Familie를 의미하는 것으로 짐작”된다고 하였는데, ‘종족주의’가 宗族主義인지 種族主義인지 애매하여 “짐작”된다는 것으로 보이는데, 로마법의 capitis deminutio를 논하는 맥락에서 이러한 지적은 전문가의 지적이라고 보기에는 지나친 감이 있다. 또한 필자는 agnatio를 염두에 두고 글을 작성하였지, 독일어 agnatische Familie는 떠올리기조차 하지 않았다. 우리 말로 된 글을 작성하면서 레비나 카저와 같은 독일인 학자의 글을 참조하였다고 하여 독일어 용어를 떠올려야만 하는 것인가?

(4) 「6면 水火不通刑(aqua et igni interdictio)을 ‘수화금지형’으로, ‘탈주’를 “탈영”으로.」

98) Berger (1953), s.v. Agnatio: “The relationship among persons (agnati) who are under the paternal power (patria potestas) of the same head of a family (pater familias) or who would have been if he were still alive. The agnatic tie is created by descendance in the male line from a common ancestor.”

→水火不通의 역어를 선택한 것은 동아시아 전통사회의 용어를 살린 것인데(cf. 水火無交), 어휘의 조합뿐만이 아니라 그 의미까지도 정확하게 부합하기 때문이다. 심사자처럼 ‘금지’라는 용어를 행위가 아니라 객체에 직접 결부시키는 어법은 어색하다. 우리는 보통 ‘흡연금지’라고 하지 ‘담배금지’라고 하지 않는다. 뿐만 아니라 “水火금지”로는 그 본래의 취지가 잘 드러나지 않는다(시바다도 같은 용어 사용). 그러나 이것은 사실은 사회적인 斷交, 즉 사회로부터의 축출을 의미하는 것이고, 로마의 경우 자발적인 망명자에 해당하는 것이었다⁹⁹⁾(그래서 황평은 譯書 112면에서 아예 ‘流放令’으로 옮긴다).

그리고 Paul. D.4.5.5.1 <12>의 번역에서 脫走를 선택하고 脫營을 택하지 않은 이유는 바로 다음에 나오는 설명 때문이다. 즉 ‘탈주한다’고 하는 것이 군영 이탈(탈영)로 그치는 것이 아니라 敵陣으로의 합류라는 행선지가 있는 행위[脫營歸敵]이기 때문에(‘도중에 자기편을 배반하고 적에게 붙다’ 뜻의 일본어 ‘わがえ(寢返)る’ 참조), 이탈의 대상 겸 출발점에 초점을 둔 탈영보다는 궁여지책으로 적어도 행동의 방향성을 시사하고 그 방향이 문맥상 당연히 “적군에게로”임이 함축된 탈주를 택한 것이다. Bas.46.2.4.1(Heimbach IV, p.555)은 그래서 이런 행위자를 한 마디로 *oi autómoloi*, 즉 *trans-fugae* (= *qui ad hostes transfugerunt*)로 표현하고 있다.

(5) 「Paul. D.4.5.5.1이 인격중감소의 사안에 해당하는지 검토하여야 하고 (현승중/조규창, 로마법, 1996, 329), 이는 7면 주30 PS 3.6.29에서도 마찬가지로 지임.」

→심사자가 인용한 현승중/조규창의 해당 설명을 보면, “인격중상실이란 자유인이 로마시민권과 가족법상의 권리는 보유하나 自由만을 상실하는 경우를 말한다. 자유신분의 상실은 追放刑과 流配刑 등 형사판결의 효과로써 발생했다.²⁸⁾”고 되어 있고, 각주 28)에서는 “Gaius, 1, 161; Inst. 1,162,2; D.

99) Berger (1953), s.v. Interdicere aqua et igni (*interdictio aquiae et ignis*): “The exclusion of a culprit from the common life with his fellow countrymen (=interdiction of fire and water). Interdicere was pronounced by the senate or a high magistrate when the accused left the country before the condemnatory sentence was passed and went into voluntary exile. Practically interdicere meant nbanishment connected with loss of citizenship and property.”

48, 22; C. 10, 61”이 전거로 인용되어 있다.¹⁰⁰⁾ 용어번역과 관련하여 보면, 인격의 경우에 ‘상실’이라는 표현은 ‘감소’나 ‘변동’과 마찬가지로(위 (1) 참조) 부적절하다.

무엇보다도 이 설명을 기초로 문제를 제기하는 것은 크게 잘못이다. 왜냐하면 중감소에 대한 개념 규정 자체가 잘못되어 있기 때문이다. 근본적으로 이 책의 설명이 틀린 것임은 바로 후속하는 인격소상실 설명부분의 맨 앞: “인격대상실 및 중상실이 시민권과 자유의 상실을 의미한 반면”이나 같은 책 다른 곳¹⁰¹⁾의 “債務者가 自由 또는 市民權을 상실하여 人格中 또는 大喪失者가 된 경우”에서도 드러난다. 여기서도 대상실을 시민권 상실, 중상실을 자유 상실로 보고 있기 때문이다. 한편으로는 자유를 상실하면 모든 것을 잃는 것임에도 불구하고 마치 시민권을 보유할 수 있는 것으로 오인한 잘못이 역력하다. 자유와 시민권의 대소 내지 등급관계를 잘못 알고 있는 것이다. 다른 한편으로는 중감소야말로 시민권상실이 따른 것임을 또한 오인하였다. 위 책의 각주 28)에 다수의 이탈리아 문헌이 인용된 바 있으므로 이곳에서도 이탈리아 책을 하나 인용하겠는데, 이에 따르면 핵심은 ‘시민권의 상실’(la perdita della cittadinanza)이다.¹⁰²⁾

위 책의 설명은 각주 28)에서 직접 인용하고 있는 Gai. 1.161 <11>의 설명과도 정면으로 배치된다. 전거로 인용한 원사료와 다르게 설명된 이유는 과연 무엇인가? 더욱이 “Inst. 1,162,2”는 Inst. 1.16.2의 오식이다. 따라서 심사자의 비판은 D.4.5.5.1 <12>에서 시민권상실을 말하므로 ‘대감등’으로 생각하고 비판하는 것이므로 잘못이다. PS. 3.6.29 (주 33)는 위 책의 설명에 따르더라도 유배형에 처해진 자에 관한 것이므로 중감등인데, 왜 비판하는 것인지 모르겠다.¹⁰³⁾

100) 현승중/조규창 (1996), 329 + 각주 28).

101) 현승중/조규창 (1996), 910면 각주 68).

102) Santalucia (1994), 177f.: “interdizione dell’acqua e del fuoco’ (*aqua et igni interdictio*), che importava la perdita della cittadinanza, la confisca dei beni e il divieto di rientrare, sotto pena di morte, nel territorio urbano.”

103) 위 책은 그러나 다시 다른 곳(971면)에서는 “그러나 시민권상실의 법률효과를 발생하는 人格中喪失(*capitis deminutio media*)이 동시에 自由身分의 상실을 가져와 당사자가 奴隸가 됨을 의미하지

(6) 「*ususfructus*를 인역권으로 번역할 수 있음.」

→ *Usus fructus*가 人役權의 일종인 것은 맞지만, 모든 인역권이 *usus fructus*인 것은 아니므로¹⁰⁴⁾ 양자를 등치시켜서 호환적으로 사용하는 것은 잘못이다. 더욱이 모든 권리는 그 권능의 면에서 포착되어 명명되는 것이 원칙적인 어법이므로 用益役權이 한결 정확한 표현이다. 위 책은 이를 ‘用益權’이라고만 번역하는데, 많은 다른 권리들에 있어서도 사용·수익의 권능은 포함되므로 인역권으로서의 이 권리를 표현하는 데에는 그다지 적절한 역어가 아니다.

(7) 「심사대상논문은 인격감소를 법제사의 시각에서 개관하고 그에 대한 개별 전거를 제시하는 법제사적 연구임. 교과서적 설명과 약간의 논리적인 비약과 미흡한 체계적 연결(예컨대 *Levy*를 인용한 까닭; 19면 ‘그 과정에서 로마법에 특유한 ... 조성하였다는 사실이다.’)에도 불구하고 국내문헌의 인용을 비롯하여 약간의 개선이 있으면 독자의 로마법이해에 많은 도움이 될 수 있는 학술적 연구로 평가됨. 다만 서술방법과 보다 나은 번역개념에 대한 진지한 접근이 요망됨.」

→ 결론적인 이 평가에 대하여는 그 기초가 되었던 세부사항에 관한 지금까지의 답변을 통하여 전반적으로 이미 나름으로 답변이 되었다고 생각한다. “교과서적인 설명”이 무엇을 의미하는지 잘 모르겠으나, 일응 부정적인 평가 쪽으로 보이는데, 그렇다고 해도 원사료의 소개가 주목적인 글에서 크게 흠 잡을 일은 아니라고 생각된다. 기본에 대한 차분한 소개와 서술이, 튀는 주관적 소견보다 중요하다고 생각되기 때문이다. “약간의 논리적인 비약”은 어떤 대목을 가리키는지 알 수 없어서 답변이 어렵다. 그러나 학술적인 글에 있어서는 이런 지적이야말로 구체적인 설시가 필요한 것 아닐까 생각된다.

“미흡한 체계적인 연결”을 지적하는 이유로 크게 두 가지가 지적되었다. 레비를 인용한 까닭이 그 하나인데, 이미 답변되었다고 본다. 사실 이 글은 학회지에 투고논문이 태부족하다는 편집진의 호소를 듣고서 무엇인가 도움

는 않는다”라고 올바르게 설명하고 있다.

104) 현승중/조규창 (1996), 616ff. 참조.

이 되고자 서둘러 급조한 것이어서 2차문헌을 두루 살필 여유가 없었다. 「2면 주4의 본문 부분은 Beseler와 Kaser의 문헌을 직접 인용하여야 함.」이란 지적은 그런 점에서 타당하다. 그래서 초고 수정시 약간의 2차 문헌을 고려하였다. 그러나 다른 한편으로 이 문제는 두격감등과 같은 기본적인 제도에 해당하는 경우에는 그다지 심각한 것은 아니라고 생각된다. 로마법률가들 사이에서 무슨 심각한 논쟁이 있었던 것도 아니고, 기본적인 제도의 틀과 내용을 파악하는 것으로 일단은 족할 수 있기 때문이다. 오히려 원사료를 충실히 살펴보는 것만으로도 예컨대 위 책의 오류를 교정할 기회가 생겼다면 나름으로 역할을 한 것이 아니겠는가. 하여 초고 수정시 원사료를 보완하는 방향으로 작업을 하였고, 번역도 군데군데 손질을 하였다.

다음으로 필자 나름으로 두격감등 제도에 투영된 로마법의 특징을 간략히 서술한 것이 ‘약간이지만’(그나마 다행인가?) 논리적인 비약으로 느껴진 것 같다. 무엇보다도 로마법에서 *caput*와 *persona* 개념의 배경에 관한 이해를 전제로 한 서술이고, 또 다른 한편으로는 조선시대의 전통법제와의 비교라는 관점에서, 그것도 위치나 지면관계상 극도로 간략하게, 서술된 것이므로 불가피하였다. 이 점에 대해서는 양해를 구한다.

<사료색인>

※ 〈 〉 일련번호=본문의 사료번호. n.=각주 번호.

| | | | |
|---------------------------|------------|-------------|------|
| <u>Digesta Iustiniani</u> | | D.4.5.2.5 | 〈44〉 |
| D.4.5.1 | n.2 | D.4.5.3.pr. | 〈19〉 |
| D.4.5.2.pr. | 〈45〉 | D.4.5.3.1 | 〈20〉 |
| D.4.5.2.1 | 〈42〉 | D.4.5.4 | 〈21〉 |
| D.4.5.2.2 | 〈46〉, 〈47〉 | D.4.5.5.pr. | n.30 |
| D.4.5.2.3 | 〈25〉 | D.4.5.5.1 | 〈12〉 |
| D.4.5.2.4 | 〈49〉 | D.4.5.5.2 | 〈22〉 |

| | | | |
|----------------|------------|---------------------------------|------------|
| D.4.5.6 | 〈23〉 | Gai. 1.158 | 〈32〉 |
| D.4.5.7.pr. | 〈27〉, 〈31〉 | Gai. 1.159 | 〈1〉, 〈2〉 |
| D.4.5.7.1 | 〈24〉 | Gai. 1.160 | 〈4〉 |
| D.4.5.7.2 | 〈10〉 | Gai. 1.161 | 〈11〉 |
| D.4.5.7.3 | 〈16〉 | Gai. 1.162. | 〈17〉, 〈18〉 |
| D.4.5.8 | 〈35〉 | Gai. 1.163 | 〈26〉 |
| D.4.5.9 | 〈36〉 | Gai. 3.153 | 〈41〉 |
| D.4.5.10 | 〈37〉 | | |
| D.4.5.11 | 〈3〉 | <u>Institutiones Iustiniani</u> | |
| D.8.6.3 | 〈34〉 | Inst. 1.16.1 | 〈6〉 |
| D.17.2.58.2 | 〈38〉 | Inst. 1.16.2 | 〈13〉 |
| D.26.4.2.pr. | 〈30〉 | Inst. 1.16.3 | n.20, n.38 |
| D.28.3.6.5 | 〈5〉 | Inst. 1.16.4 | n.43 |
| D.37.1.6.1 | 〈29〉 | Inst. 1.16.5 | n.2 |
| D.38.16.1.4 | 〈8〉, 〈28〉 | Inst. 1.16.6 | 〈7〉, 〈14〉, |
| D.38.16.13.pr. | 〈39〉 | | 〈33〉 |
| D.45.2.19 | 〈15〉 | Inst. 1.22.4 | 〈9〉 |
| D.50.16.20 | 〈42〉 | Inst. 2.11.5 | 〈40〉 |
| | | Inst. 3.10.3 | 〈48〉 |

Gai Institutiones

■ 참고문헌

- 최병조, 「법학방법론과 법문화 - 자유인 매각 계약의 예증을 통한 법문화비교의 관점에서 -」, 『서울대학교 法學』 제57권 제2호, 2016.6., 1ff.
- _____, 「『유스티니아누스 법학제요 한글 初譯』에 대한 善後策 - 동시에 로마 법률용어의 역어에 대한 몇 가지 제안 -」, 『서울대학교 法學』 제55권 제1호, 2014.3., 253ff.
- 현승중/조규창, 『로마법』, 박영사, 1996.

- 船田亨二(후나다 교지), 『ローマ法』第二卷, 東京: 岩波書店, 昭和四十八年[1973] 改版第二刷.
- 柴田光藏(시바타 미즈조), 『法律ラテン語辭典』, 東京: 日本評論社, 1985.
- 著者 丘漢平(추한평), 『勘校 朱俊』羅馬法, 北京: 中國方正出版社, 2004.
- [意] 彼德羅·彭梵得 著, 黃風(황평) 譯, 『羅馬法教科書』(2005年修訂版), 北京: 中國政法大學出版社, 2005 = [원저] Pietro Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*.
- 周相(주난), 『羅馬法原論』上冊, 北京: 商務印書館, 2004.
- Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953.
- Eduardus Dirksen, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum*, Berolini: Impensis Dunckeri et Humblotii, 1837.
- H. Heumann/E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auflage, Graz - Austria: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1971.
- Max Kaser, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Zweite, neubearbeitete Auflage, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971.
- Wolfgang Kunkel/Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, Berlin · Heidelberg · New York · London · Paris · Tokyo: Springer-Verlag, 1987.
- Otto Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2. Neudruck der 3. Auflage Leipzig 1927, Aalen: Scientia Verlag, 1974.
- Ernst Levy, "Libertas und civitas", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung* 78, 1961, 142ff.
- Oxford Latin Dictionary*, edited by P. G. W. Glare, Oxford: At the Clarendon Press, 1982.
- Bernardo Santalucia, *Studi di diritto penale romano*, Roma: L'«ERMA» di BRETSCHNEIDER, 1994.

<Abstract>

A Study on the Change of Status in Roman Law

– D.4.5 *De capite minutis*, Translation and Commentary –

Byoung Jo Choe*

This paper deals with the *capitis deminutio* in Roman law which means a change of legal status of a person, ranging from a loss of freedom (*libertas*) through that of citizenship (*civitas*) to a change of familial status (*familia*). The first one incurred for a man becoming a slave was called *capitis deminutio maxima* (the most serious), the second one *minor* (the less serious) or *media* (the intermediate), and the last one *minima* (the least serious) (Paul. D.4.5.11). Sometimes *magna* stood for *maxima*, or for both *maxima* and *media* according to the context. This legal institution was age-old and referred to a legal concept of *caput*, of which the original meaning is head of a man representing as such the man himself. Its meaning was then extended to comprise various legal aspects of a person (life, certain legal quality, and legal status). The concept and structure of *capitis deminutio* was so clear that there is no room for any doubt and discussion. This paper intends, thus, to translate main legal sources into Korean and to arrange all of the relevant sources systematically to enable a further understanding of Roman law of persons.

Roman law developed a set of detailed rules concerning *capitis deminutio*,

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

thereby considering an interplay between *ius civile* and *ius naturale*, or *ius civile* and *ius honorarium*, and applying sometimes highly developed techniques of a legal fiction or an *in integrum restitutio*. It seems to be a very interesting and rewarding task to discern legal concept of *caput* and that of *persona*. *Caput* too is apparently and meaningfully based upon the most significant basic idea of man who is thought to be free *iure naturali* (D.1.1.4), implying a remote root of a personalism which characterizes the Western legal tradition and culture. Compared with Rome, where legal professionals (*iuris periti*) did their job with an exceptional expertise, the traditional law of the Joseon Korea having no class of legal experts in that sense did not develop such a conceptual system of legal status, notwithstanding its hierarchical social status system in a certain respect comparable to that of Rome.

[Key Words] *aqua et igni interdictio*, *caput*, *capitis deminutio*, change of status, citizenship, *civitas*, *familia*, *libertas*, loss of freedom, Roman law, *status*