

〈논문〉

로마형법상의 詐欺 범죄 — D.47.20 Stellionatus 역주 —

崔秉祚*

*Scias, si quis forte te . . . fallat, paratam ultionem;
qua tamen ne sit opus, etiam atque etiam attende!
neque enim tam iucundum est vindicari,
quam decipi miserum.*

(Plinius minor, ep. 6.22.7f.)

(누군가 그대를 속이면 보복을 늦추지 말게나.
하지만 조심하고 또 조심하게나, 그런 일이 필요 없도록!
속는 것이 비참한 만큼
보복이 그렇게 즐거운 건 아니니까.
(少 플리니우스, 서한 6.22.7f.)

I. 머리말

형사법의 역사에서 가장 중요한 발전은 근대 이후 罪刑法定主義가 헌법적 차원에서 근본법원리로 정착했다는 사실이다. 권력자의 恣意와 擅斷의 가능성을 원

* 서울대학교 법과대학 교수.

[일러두기]

앞으로 h.t.는 로마법대전의 학설휘찬(Digesta)과 칙법휘찬(Codex)에서 stellionatus를 다룬 該當 章을 표시하는 약호이다. 따라서 D.h.t. = D.47.20; C.h.t. = C.9.34을 의미한다. 이해에 도움이 되도록 특히 stellionatus 용어가 나오는 사료들은 본문(III)에서 역주한 D.h.t.를 제외하고도 번역문을 붙였고, 찾아보기 쉽도록 말미에 이것들의 색인을 붙였다. 또 말미의 참고문헌은 앞으로 저자명 약호만으로 인용한다. 이 주체에 관하여 가장 최근의 연구단행본에 속하는 L. Garofalo, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano* (1992)와 전문잡지에 실린 U. Zilletti, “Annotazioni sul crimen stellionatus”, *AG* 161 (1961), 72ff.; R. Mentxaka, “Stellionatus”, *BIDR* 91 (1988), 277ff.는 참조하지 못하였다.

천적으로 배제하고 범수범자의 활동의 자유를 확보하고 인권을 보장하며 삶의 안정을 도모하기 위해서 인류가 값비싼 대가를 치르고 얻어낸 성과가 다름 아닌 죄형법정주의임은 주지의 사실이다. 역으로 근대 이전의 모든 법제는 죄형법정주의의 원리에 의한 규제와 지배가 정도의 차이는 있으나 느슨한 채로 유지되어 왔다. 근대 이전의 법질서에서 형법이론의 발전은 민법 분야의 정치한 발전과 달리 엄격한 논리적 체계성을 갖추지 못하였는데, 그 주된 이유는 죄형법정주의가 부과하는 엄밀한 규제조건이 확정이라는 작업이 요구되지 않았던 데 크게 기인하였다. 범죄구성요건들 사이의 경계가 섬세하고 명확하지도 않았고, 법률효과도 엄밀하게 예정되어 있지 못한 상태인 경우가 많았던 것은 동서를 막론하였다. 법윤리적 또는 법정정책적 관점에서 사법당국이 마땅히 처벌받을 만하다고 평가한 행위는 이런 저런 방식으로 그 當罰性에 부합하는 조치가 내려질 수 있었다.¹⁾ 심지어는 처벌의 정도가 적정하다는 이유에서 전혀 엉뚱한 구성요건에 위법행위를 포섭시키는 일도 적지 않았다. 이에 구체적 역사 상황의 요소들이 더해지면 사정은 더욱 복잡해져서, 과거의 형사법들은 이해하기가 정말 어렵고, 때로는 합리적인 설명이 거의 불가능할 지경에 이르기도 한다.

고대 로마의 경우에도 이러한 사정은 다른 사회와 마찬가지로였다. 비록 법치국가로서의 면모를 전반적으로 잃지 않았던 로마였지만,²⁾ 그 형사법은 오늘날의 형사법과는 모습이 많이 달랐다. 이 글에서는 죄형법정주의라는 관점에서 볼 때 로마의 형사법 속에서도 어쩌면 가장 독특한 모양새를 가졌던 것으로 평가될 수 있을 詐欺(stellionatus)에 관하여 개관하고자 한다.³⁾ 詐欺는 로마의 경우 형사적으로는 오랫동안 두루 公信(publica fides)의 보호를 위하여 일반적 추상적인 falsum 개념에 기초했던 僞罪의 일부로서 다루어졌으며, 그밖에는 기원전 66년 새로 도입된 惡意訴權(actio de dolo)을 통한 민사 불법행위로 제재되다가 고전기

1) 당벌성 개념에 관해서는 일응 Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht: Allgemeiner Teil* (1970), 17ff.

2) 줄고, “서양 고대 로마의 법치: 이념과 현실”, in: 김도균·최병조·최종고, **법치주의의 기초, 역사와 이념**, 서울대학교출판부 (2006), 127ff.

3) 로마법의 영향은 근대에까지 지속하였다. 이에 관해서는 Sbriccoli, 238ff.; Friedrich Schaffstein, “Das Delikt des Stellionatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin. Eine Studie zur Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestandes”, in: *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag* (1978), 281ff. = *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte* (1986), 171ff.; Rezension von Fritz Raber, *SZ* 102 (1985), 690ff., 712f.; Glöckner, 1953ff.; Volterra, 56f.

말에 비로소 악의소권을 모델로 해서 非常審理訴訟에서 독자적인 명칭을 가진 형사범으로 처벌하기에 이른 것으로 보이는데,⁴⁾ 일러도 안토니누스 피우스 황제(138년-161년) 때부터였으며,⁵⁾ 실제로 전해지는 법률사료는 모두가 200년-244년간의 것들이다.⁶⁾ 詐欺(D.47.20 *Stellionatus*; C.9.34 *De crimine stellionatus*)와 僞罪(D.48.10 *De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano*; C.9.22 *Ad legem Corneliam de falsis*)가 구성요건적으로 분명한 형태로 구분된 것도 19세기나 와서의 일이었는데, 관련 로마법사료와 이를 바탕으로 한 보통법학과의 학문적인 대결을 거쳐서 이룩한 성과였다.⁷⁾

이 글의 서술은 먼저 *stellionatus*에 관하여 체계적인 방식으로 살펴보고(II), 이어서 로마법대전 중에서 사기죄를 본격적으로 다루고 있는 학설회찬의 사료(D.47.20)에 대한 譯註 작업으로 마무리하기로 한다(III). 역주에 있어서는 여기저기 흩어져 있는 관련사료를 빠짐없이 소개한다는 취지를 또한 살리려고 노력하였다. 이러한 작업은 그 내용의 성질상 현행법에 대한 이해의 심화라는 실천적 기여보다는 다른 사회⁸⁾(특히 우리 전통사회)⁹⁾의 법과의 비교자료로서 다음을 통한 인식의 지평 확대에 더 의미가 있을 것이다.

4) 조규창, 499; Volterra, 26f.

5) Völkl, 356. 이러한 추측은 전해지는 사료 중 가장 이른 것인 Paul. 29 ed. D.13.7.16.1 (보통 180/190년대로 比定: *Handvuch der lateinischen Literatur der Antike*, Bd.4. *Die Literatur des Umbruchs: von der römischen zur christlichen Literatur*; 117 bis 284 n. Chr., hrsg. von Klaus Sallmann [1997], 156 [D. Liebs])가 인용하고 있는 마르켈루스의 **학설집**이 150/160년대로 비정되는 것에 근거할 수 있지만(*ibid.*, 109 [D. Liebs]), Stein I, 81 및 Stein II, 199 (Garofalo에 반대)가 주장하듯이 마르켈루스의 언명이 민사 소권의 범위를 넘어선 내용에까지 미치는 것이었는지는 의심스럽다.

6) 매우 특이하게도 *Codex Theodosianus*와 유스티니아누스 以前の 기타 법사료에는 관련 내용이 하나도 전해지지 않는다. 칙법회찬에 전하는 批答들(C.h.t.1-4)도 231~244년의 기간에 걸친 것들뿐이다. Stein I, 88.

7) Hupe, 1060-1062; Glöckner, 1951f.

8) Stein I, 79 (특히 남아공의 Roman-Dutch law 및 스코트랜드법).

9) Cf. 조지만, **조선시대의 형사법 - 대명률과 국전 -**, 경인문화사 (2007).

II. Stellionatus

1. 詐欺의 구성요건

로마형법상 詐欺(stellionatus)는 울피아누스의 설명에 의하면 “고의로 무엇인가를 저지른 자에게, 다른 범죄가 비난될 수 없는 경우에,” 책임지울 수 있는 범죄였고, 무엇보다도 악의소권(actio de dolo)¹⁰⁾에 대응하는 것이었다(D.h.t.3.1). Stellionatus란 명칭은 원래 일종의 도마뱀/도롱뇽(또는 전갈?)인데 불한당·사기꾼을 의미하는 것으로 轉義되었던 stellio에서 기인하는 법률용어였다.¹¹⁾ 악의소권과의 대응성은 크게 세 가지 점에서 두드러졌다. 하나는 詐欺性的의 이해에 관련된 것이고,¹²⁾ 다른 하나는 다른 소권들과의 관계에서 인정된 보충성(Ulp. 11 ed. D.4.3.1.4)의 특징이었고,¹³⁾ 마지막 하나는 과립치효였다.¹⁴⁾

(1) 詐欺의 故意

사기는 “고의로 무엇인가를 저지른 자”(qui dolo quid fecerunt)에 한하여 인정되었다(Ulp. 8 off. procons. D.h.t.3.1). 그러므로 過失犯은 성립하지 않는다.¹⁵⁾ 물론 이 때 고의는 欺瞞, 欺罔의 의식과 의욕이다(sciencens prudensque: Ulp. 11 ed. D.13.7.36.1). 이를 의문의 여지없이 보여주는 표현이 로마 법률가들이 종종 사용했던 calliditas (奸巧, 狡猾, 僞計)였다(Ulp. 8 off. procons. D.h.t.3.1; 7 disp. D.17.1.29.5).¹⁶⁾ 기망이란 물론 상대방을 속이는 것이고, 속이는 것이란 ‘참이 아닌 것을 참으로 내세우는 것’을 말하므로, 로마 법률가들이 僞罪(falsum)의 개념

¹⁰⁾ 줄고 I, 126ff.; 줄저, 로마법강의, 박영사 (1999), 375ff.

¹¹⁾ Matthaeus, 180 n.1; Voet, II, ad D.47.20 n.1 (p.842); Boehmer, ad D.h.t. n.1 (p.551); Scarlata-Fazio, 517; Sbriccoli, 237 n.2; Mommsen, 680 n.4; Volterra, 25f. Stellio 어휘에 대한 상세는 Facciolati/Forcellini, *Totius Latinitatis Lexicon*, tom. IV (editio in Germania prima, Lipsiae/Londini, 1835), s.v. stellio (p.177).

¹²⁾ 줄고 I, 128ff.; 157f.

¹³⁾ 줄고 I, 155ff.; Antonio Guarino, “La sussidiarietà dell’ «actio de dolo»”, *Labeo* 8 (1962), 270ff. = *Pagine di diritto romano*, VI (1995), 281ff.

¹⁴⁾ 줄고 I, 164.

¹⁵⁾ 조규창, 500 n.74; Boehmer, ad D.h.t. n.4 (p.552).

¹⁶⁾ 악의소권에 대해서는 Ulp. 30 ed. D.50.17.47.pr: ... ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit; Ulp. 11 ed. D.4.3.7.10: ... nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari. Cf. 줄고 I, 134.

을 규정하면서 동원했던 내용¹⁷⁾과 다를 바가 없지만, 그렇다고 하여 이를 “이 점에서 넓은 의미의 詐欺란 偽造(falsum)의 하위개념이다”¹⁸⁾라고 하거나 “넓은 의미의 偽造(falsum)란 고의로 진실을 은폐함을 말하며, 따라서 詐欺(stellionatus)를 내포한 개념이다”¹⁹⁾라고 설명하는 것은 적절치 못한 것으로 생각된다. 왜냐하면 실체적 내용은 어떨지 몰라도, 일단 偽罪는 결과만을 고려하는 데 반하여 사기는 그러한 결과를 얻기 위한 수단인 기망행위에 초점이 놓이고,²⁰⁾ 무엇보다도 적어도 형사처벌의 機制에 있어서는 후술하는 stellionatus의 보충성으로 인하여 falsum에 해당하면 stellionatus는 더 이상 문제될 수 없었고, falsum으로 문외될 수 없을 때 비로소 stellionatus의 가능성을 고려해야만 했다²¹⁾는 점에서 어떤 의미에서는 상호배타적인 측면이 분명히 있었기 때문이다. 물론 기망의 수단과 방법에는 제한이 없었고,²²⁾ 작위와 부작위²³⁾를 망라하였다.²⁴⁾ 피해자가 사정을 알고 있었을 때에는 속은 것이 아니므로 사기가 성립하지 않는다.²⁵⁾

(2) 손해의 발생

사기는 또한 소추 시점에 현존하는 재산상의 손해 발생을 요건으로 하였으므로(Ulp. 11 ed. D.13.7.36.1; 8 off. procons. D.h.t.3.1; C.h.t.1²⁶⁾),²⁷⁾ 未遂犯은 인정

17) PS 5.25.3 = Coll. 8.6.1:

Falsum est, quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur.

18) 조규창, 498 n.66.

19) 조규창, 253 n.63.

20) Scarlata-Fazio, 518.

21) Robinson, 39 n.214.

22) 同旨 조규창, 498.

23) 진실을 은폐하고 알리지 않는 경우, 가령 Ulp. 28 ad Sab. D.40.7.9.1 (아래 주 102); Ulp. 7 disp. D.17.1.29.5 (아래 주 99); Stein I, 85f.

24) Stein I, 86; Stein II, 200.

25) Matthaëus, 183 n.2

26) C.h.t.1 (a.231) Imperator Alexander Severus.

Improbum quidem et criminis fateris easdem res pluribus pignorasce, dissimulato in posteriore obligatione, quod eadem aliis pignori tenentur. Verum securitati tue consules, si oblato omnibus debito criminis instituendi causam peremeris

(그대는 동일한 물건들을 數人에게 入質하고, 후순위 담보 시에 그것들이 타인들에게 담보 잡혔다는 사실을 은닉한 것이 부도덕하고 범죄적임을 고백하고 있다. 참으로 모든 채무를 제공하여 범죄 기소의 사유를 제거하면 그대의 안전을 위하여 조처를 강구하는 것이다.)

Matthaëus, 183f. n.3은 이 개소와 관련하여 절도나 강도행위 후에 改悛의 정을 표시하

되지 않는다.²⁸⁾ 그러나 *stellionatus*는 민사 영역의 쌍둥이랄 수 있는 악의소권 (*actio de dolo* 또는 더 단순히 *actio doli*)²⁹⁾과 한가지로 범죄행위의 요체가 악의적인 가해에 있었고, 우리 형법의 사기죄(형법 제347조)처럼 재물을 교부 받거나 재산상의 이득을 취득할 것이 —비록 통상은 이것이 현실로 발생하겠지만— 요건은 아니었다. 따라서 “詐欺(*dolus, fraus*)란 위법하게 이익을 취득할 목적으로 상대방을 欺罔함”을 말한다는 견해³⁰⁾는 정확한 것이 아니다.

그러나 (1)과 (2)의 요건(*animus fraudandi & effectus fraudationis*)³¹⁾을 갖추었다고 해서 바로 모두 사기범으로 문의되는 것은 아니었다. 그 이유는 다름 아닌 보충성 때문이었다(후술 (3)). 그러므로 구체적으로 詐欺가 문의될 수 있는 경우를 모두 열거하는 것은 원천적으로 불가능하고 로마 법률가들의 입장에서는 그

여 원상을 회복시킨 경우에도 여전히 처벌하는 *Ulpianus 1 ed. aed. cur. D.47.2.66 (65) (Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucrifaceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit)*나 *Gaius 21 ed. prov. D.47.8.5 (Non prodest ei qui vi rapuit ad evitandam poenam, si ante iudicium restituat rem quam rapuit)*와 비교하면서 그 효과가 다른 점을 어떤 정합적 법률논리가 아니라 입법자의 慈悲(*clementia juris conditorum*)에서 찾고 있다. 그러나 이 경우는 담보가 후순위라는 것만으로 바로 손해가 발생한 것은 아니므로, 선순위채권을 만족시켜서 손해발생의 가능성을 제거하면 손해발생이라는 구성요건을 충족시키지 못하여 사기가 성립하지 않는 까닭인 것이지, 개전의 정이 있어서 사기죄를 면하는 것이 아님을 오인한 잘못이 있다. 또 그가 동시에 인용하고 있는 *Ulpianus 1 ed. aed. cur. D.21.1.17.1 (Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat, tametsi mutato consilio ad eum revertatur: nemo enim tali peccato, inquit, paenitentia sua nocens esse desinit)*은 노예가 도주한 경우에는 개전의 정이 있다 해도 일단 도주경력이 사라지는 것이 아니므로 도주벽 있는 노예로 남는다는 점을 밝히고 있을 뿐으로 도주에 대한 처벌이 개전의 정에도 불구하고 이루어졌다는 내용이 아니므로, 이 개소 역시 *C.h.t.1*을 이해하는 데 아무 도움이 되지 않는다. 그렇다면 오히려 그가 마지막으로 인용하고 있고 未遂犯에 대한 것으로 이해하고 있는 *Paulus 5 sent. D.48.10.19.pr (Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio iustae paenitentiae absolvuntur)*의 논리가 더 적합하다고 할 것이다.

27) *Brunnemann I, ad C.h.t.1 n.3 (p.1132): quia respectum habet ad eventum; Boehmer, ad D.h.t. n.4 (p.552); Matthaeus, 183 n.2.*

28) 조규창, 500 n.74 (다만 조규창이 이곳에서도 인용하고 있는 *D.13.7.3.1*은 존재하지 않는 개소이다). *Stein II, 200*에 의하면 *Garofalo*는 실제의 손해가 아니라 손해의 위험 (*risk of loss*)만으로 충분하다는 견해라고 하는데, *Stein I, 84*도 지적하듯이 오류이다.

29) *Mommsen, 678ff.*는 그래서 형법책임에도 불구하고 *stellionatus (680f.)*에 앞서서 민사소권인 악의소권을 다루고 있다.

30) 조규창, 498; *Sbriccoli, 237 (“animus lucrandi”); Scarlata-Fazio, 518 (“a proprio profitto”).*

31) *Brunnemann II, ad D.47.20.3 n.2 (p.1309).*

럴 필요도 없었다(Ulp. 8 off. procons. D.h.t.3.1).³²⁾ 그러나 사료상 전해지고 있는 다음의 사례들은 로마의 법률가들이 어떤 행위들을 전형적으로 사기로 파악했었는지를 잘 보여준다고 할 것이다.³³⁾ 무엇보다도 담보권의 설정이나 유지와 관련하여 속임수를 써서 채권자를 해치는 사례가 대중을 이루고 있는 점이 주목된다.³⁴⁾ 이러한 경우들은 민사상으로도 반드시 언제나 불법행위가 성립하는 것도 아닌 사례들이기 때문에,³⁵⁾ 僞計에 대한 제재를 *stellionatus*라는 최후의 수단에서 찾은 것으로 생각된다.³⁶⁾

— 후담보권자를 속이는 이중담보³⁷⁾(D.13.7.16.1; D.13.7.36.1³⁸⁾; C.h.t.1; C.h.t.

32) Robinson, 39.

33) Volterra, 47 (“reprimere le frodi in commercio”); Stein I, 83; 88 (“interests of commerce”).

34) 복합채산인 경우에는 상거래를 저해하므로 담보물이 개별물인 경우에 한한다는 臆見에 대한 정당한 비판은 Matthaues, 180 n.3. —이 대목에서 특히 흥미로운 것은 도마뱀 꼬리를 잡았다가 잘린 빈 껍질만 갖게 된 도마뱀 습격자나 이처럼 상대방에게 속아서 제대로 된 담보를 확보하지 못한 채 속된 외양만 확보한 담보권자나 그 처지가 유사하다는 것이 *stellionatus*의 어원적 암시일지도 모른다는 Stein I, 82f.; Stein II, 200의 지적이다.

35) 이중담보로 인한 채무자의 위험을 회피하기 위한 조치들에 관해서는 Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht* (18. Auflage 2005), § 31 Rz 26 (S.153f.).

Cf. D.20.1.15.2 Gaius libro singulari de formula hypothecaria.

Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit? de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.

36) Robinson, 32 n.115는 파울루스가 어떤 자로 하여금 재산을 제3자에게 넘기도록 회유하는 수단으로서 *stellionatus*를 서술하고 있다고 설명하고 있다. 그 근거 개소는 PS 1.8.2 (Qui dolum aut metum adhibuit, ut res ad alium transiret, uterque de vi et dolo actione tenebitur)인데, 이 개소의 언명은 우선 재산이 어떤 방식으로든 넘어가도록 기망한다는 점에서 더 포괄적이고, 또 엄밀히 말하면 악의소권에 관한 개소는 Roberson의 해석은 문제가 없는 것이 아니다.

37) 조규창, 499 n.70은 이에 해당하는 개소로 D.13.7.1.2와 C.h.t.2도 인용하고 있다. 그러나 이는 잘못이다. 전자는 후술하듯이 金이라고 하면서 실은 銅을 담보 잡힌 사례이고, 후자는 타인의 물건을 자기의 물건인 것처럼 담보 잡힌 경우이기 때문이다.

38) 조규창, 498 n.66은 사기죄의 구성요건에 관하여 D.13.7.36.1 외에 D.13.7.3.1을 보라고 하고 있으나, 이 개소는 존재하지 않는다.

4.pr)

- 담보 잡힌 물건의 처분(매도, 교환, 대물변제 제공 등)(D.h.t.3.1)
- 물품/담보물 바꿔치기·빼돌리기(D.h.t.3.1; D.h.t.3.3; D.13.7.1.2; D.13.7.36.pr)
- 담보물의 훼손(D.h.t.3.1)
- 거짓 선순위 담보권자 세우기(C.h.t.4.1)
- 타인 물건의 담보제공(D.13.7.16.1; D.13.7.36.1; C.h.t.2)
- 담보물 소유권에 관하여 증서로 위증하기(D.h.t.4)
- 위계에 의한 미지급대여금 수령 또는 대여금 이증수령(D.17.1.29.5)
- 노예의 해방조건을 은닉한 채 매도하기(D.40.7.9.1)
- 보다 일반적으로는: 타인의 불이익으로 기망을 행하거나 담합한 경우(D.h.t. 3.1). 거짓 선순위 담보권자를 세운 자(C.h.t.4.1)와 거짓 담보권자는 담합의 詐欺를 한 예일 것이다.³⁹⁾

(3) 보충성

로마형법상 詐欺는 울피아누스의 설명에 의하면 고의로 무엇인가를 저지른 자에게, “다른 범죄가 비난될 수 없는 경우에”,⁴⁰⁾ 다시 말하면 다른 “특정 범죄의 명의를 결하는 경우에” 책임지울 수 있는 보충적(subsidiaria)⁴¹⁾ 포괄적 구성요건(commune receptaculum;⁴²⁾ Auffangtatbestand⁴³⁾)이다(Ulp. 8 off. procons. D.h.t. 3.1).⁴⁴⁾ 로마학의 대가 테오도르 몸젠은 그래서 보충소권(Ergänzungsklagen)이란

39) 그러나 후순위 담보채권자가 채무자와 짜고 채권증서를 위조하여 선순위 채권인 것처럼 꾸민 다음 담보물을 매각한 경우에는 매수인의 권리를 해하지 못하며, 그 담보채권자는 僞罪(falsum)로 문의되었다.

C.9.22.15 (a.294) Imperatores Diocletianus, Maximianus.

Si creditor colludens cum debitore suo tibi praedium venumdedit, falsum commisit et tibi nihil officit, sed se magis criminis accusationi fecit obnoxium.

40) B.60.30.2 (Heimbach V, p.664): “*adversus eum, qui dolo fecit, deficiente alio crimine.*”

41) Robinson, 39 및 Stein I, 79; 88 (‘a residuary crime’).

42) Boehmer, ad D.h.t. n.2 (p.552).

43) Glöckner, 1951; Hinrich Rüping, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte* (2., völlig überarbeitete Auflage, 1991), 31.

44) Robinson, 32 (‘a catch-all for the dishonest’); Stein I, 79 (‘a catch-all category’); Bernardo Santalucia, *Diritto e processo penale nell’antico Roma* (1989), 124 n.129. — Volterra, 23ff.; 54는 D.h.t.3.1의 “*ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obicemus*”를 유스티니아누스 황제에 의한 수정으로 보고(同旨 Zilletti [위 일러두기]),

용어를 사용하였다.⁴⁵⁾ 이처럼 다른 구성요건에 해당되지 않는 경우에 일반적⁴⁶⁾ 최후의 수단(ultima ratio)으로서 동원된다는 점에서 *stellionatus*는 말하자면 형사법상의 악의소권(D.4.3)에 해당하는 것이다.⁴⁷⁾ 기왕의 범죄구성요건에 해당하지 않아서 고유한 명칭이 없는 일체의 속임수와 기만행위⁴⁸⁾를 로마의 법률가들이 當罰性(*Strafwürdigkeit*)의 요청에 부응하여⁴⁹⁾ 원리적인 차원에서 제재를 가할 수 있도록 구상해 낸 구성요건인바,⁵⁰⁾ 법률이 예정하고 있는 可罰性(*Strafbarkeit*)을 기준으로 판단하는 오늘날의 죄형법정주의의 관점에서 보자면 분명 문제가 될 수밖에 없는 매우 특이한 유형의 범죄였다고 할 수 있다.⁵¹⁾ 이러한 사정은 형벌에 관해서도 마찬가지였다(후술 3).

조규창, 498ff.는 어디에서도 사기죄의 가장 큰 특성인 이 補充性에 대하여 언급이 없다. 오히려 499f.에서 민사적인 *actio de dolo*와 형사적인 *stellionatus*의 관계에 대해서만 고찰할 뿐이다. 그 결과 “계약시의 기만행위는 일반적으로 민사상의 惡意의 訴訟으로 제재되었다.”⁷⁵⁾”고 하면서, 각주 75)에서는 “로마法에서 法律行爲의 詐欺는 契約法상의 訴權 또는 惡意의 抗辯이나 惡意의 訴訟으로 구제를 청구할 수 있을 뿐이지 詐欺罪의 刑事告訴는 허용하지 않았다”고 하면서 그 전거로 D.19.5.5.3과 D.4.3.7.8을 인용한다. 또 “그런데 로마法상 강제효과를 달리하는 절도와 單純詐欺(*dolus, fraus*), 重詐欺(*stellionatus*), 偽造(*falsum*)의 한계가 분명하지 않으며, 구체적 사안에서 정무관의 可罰性判斷에 따라 강제효과가 개별적

88ff. [Stein I, 87 n.21에서 재인용]), 이 원칙에 따라서 다른 부분들도 개찬되었다고 주장한다. 그러나 의심스러운 가정 하에 어느 부분을 수정되었다고 주장한 뒤, 다시 그에 근거하여 다른 부분이 수정된 것으로 처리하는 식의 해석방법론은 한 때 학계를 풍미하였지만 이미 낡은 것으로서 받아들일 수 없다.

45) Mommsen, 678; 680 (*Aushilfe und Ergänzung*).

46) Volterra, 39 (“di significato generalissimo”); Sbriccoli, 237 (“denominazione generica di *stellionato*”).

47) 물론 고전기에 이러한 보충성이 어느 범위에서 실현되었는지는 의문의 여지가 있다. 특히 *falsum*과의 경합은 경우에 따라서 배제할 수 없었을지도 모른다. Völkl, 357.

48) B. Philip. Vicat, *Vocabularium Juris Utriusque*, tom. III (1759), s.v. *Stellionatus* (p.419): “Ita Jurisconsulti adpellant omnem fraudem atque imposturam, quae propriam significationem non habet, & in proprium delicti nomen non cadit.”

49) Cf. Io. Gottl. Heineccius, *Elementa Iuris Civilis secundum Ordinem Pandectarum* (Amstelodami, 1728), ad D.47.20, § CXLVII (Pars VII p.48)이 *dolo malo* 외에 “& contra bonos mores ... factum”을 추가한 것은 이런 취지일 것이다.

50) Sbriccoli, 237 (“un principio operativo”).

51) Robinson, 32 (“a vague crime”).

으로 귀속되었다.⁷⁶⁾”고 서술한 후, 각주 76)에서 “D.19.5.5.3; D.4.3.7.8 (契約違反); D.17.1.12.6 (詐欺를 助言 또는 宗용 — consilii fraudulentum)한 때에도 詐欺罪가 성립한 것이 아니라 民事上의 惡意의 訴權(actio doli)만이 인정되었다(D.4.3.8; D.50.17.47.pr). 특히 賣買契約에 있어서 물건의 品質이나 價額을 과장하거나 相對方을 어느 정도 현혹, 기망하는 행위는 사기죄를 구성하지 않았다. Cf. D.47.2.43.3; D.4.4.16.4; D.18.1.43.pr; D.19.2.22; D.47.2.53.15.”라고 부연하고 있다.

이상의 所論에 대해서는 다음과 같이 여러 면에서 비판이 가능하다.

① 우선, 인용하고 있는 D.4.3.7.8은 존재하지 않는다. 또 Ulp. 31 ed. D.17.1.12.6 (Si filio familias mandavero, ut pro me solveret, et emancipatus solvat, verum est in factum actionem filio dandam, patrem autem post emancipationem solventem negotiorum gestorum actionem habere)는 악의소권 내지 사기와는 아무런 관련이 없는 개소이다. 오히려 consilii fraudulentum은 그 문장의 끝에 인용된 Ulp. 30 ed. D.50.17.47.pr (Consilii non fraudulentum nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit)에 나오는 표현이다. 이 점에서 보아도 그 문장은 매우 부정확하다.

② 또한 Paul. 5 qu. D.19.5.5.3 (Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur)에서는 *facio ut des* 유형의 무방식 약정에서 일방의 *facere* 의무이행에도 불구하고 타방이 *dare* 의무를 이행하지 않는 경우에 시민법상의 특정한 급부이행 소권이 마련되어 있지 않으므로 악의소권이 인정될 것이라는 점을 파울루스가 밝히고 있는데, 법률가의 관심이 오로지 민사적인 문체에 국한되어 있기 때문이기도 하지만,⁵²⁾ 로마채권법

52) 이러한 사정은 인용된 다음의 개소에서도 마찬가지이다. 현재 로마 법률가의 관심은 말로써 속이는 행위가 절도에 해당하지 않는다는 것에 있다. 이것이 민사상의 악의소권으로 제재될 것인가는 역시 다른 소권의 존재 여부에 달려 있다.

D.47.2.43.3 Ulpianus libro quadragesimo primo ad Sabinum.

Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis quam furtum facit: ut puta si dixit se locupletem, si in mercem se collocaturum quod accepit, si fideiussores idoneos daturum vel pecuniam confestim se soluturum: nam ex his omnibus magis decipit quam furtum fecit, et ideo furti non tenetur. sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio, de dolo dabitur.

D.47.2.53.15로 잘못 표기된 다음의 개소도 돈을 꺾주도록 자신의 신분을 속인 것이 절도가 아니라는 확인에 그치고 있는 점에서 형사처벌은 관심 밖이다.

D.47.2.52.15 Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum.

상의 기술적인 요소들을 배제한 채 오늘날의 관점에서 보더라도 이 경우 문제된 것이 무엇보다도 급부부위의 단순한 채무불이행일 뿐이므로 형사적인 관점이 개재할 여지가 별로 없는 사안이라는 점을 고려해야만 할 것이다. 이러한 사정은 특히 매도인이 파는 물건의 관측을 위하여 다소간에 과장된 처신을 하는 경우 (Florentinus 8 inst. D.18.1.43.pr: Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam: at si dixerit hominem litteratum vel artificem, praestare debet: nam hoc ipso pluris vendit)에는 두 말할 필요가 없을 것이다.⁵³⁾ 그러므로 이 경우에 사기죄를 문제시하지 않았다면, 그것은 이해할만한 이유가 있어서 그런 것이다. 그렇다고 해서 所論처럼 “계약시의 기망행위는 일반적으로”라든가 “법률행위의 사기”라든가 하는 식으로 이를 일반화하는 것은 타당하지 않다고 생각된다. 왜냐하면 이미 살펴보았듯이 로마인들이 사기죄의 전형적인 사례로 들고 있는 담보물 관련한 기망행위도 “계약시의 기망행위”이고 “법률행위”상의 사기임에 틀림이 없기 때문이다. 문제는 오히려 고의와 손해발생이라는 구성요건의 측면에서 얼마나 구체적으로 “벌 받아 마땅한 행위인가”(當罰性)에 대한 관할관의 판단 여부인 것이다. 같은 이유에서 무자력한 자를 사기의 의도로 추천한 자를 상대로 민사적인 악의소권을 인정하고 있는 Gai. 4 ed. prov. D.4.3.8 (Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est)⁵⁴⁾도 ‘사기죄가 성립한 것이 아니라 민사상의 악의의 소권만이 인정되었다’는 식으로 해석해서는 곤란하다.⁵⁵⁾ 이러한 주장은 조규창의 후속하는 서술과도 모순된다. 즉 그에 의하면 “피해자가 詐欺의 訴訟으로 손해배상을 받은 후에는 피고의 처벌을 위한 형사고소권의 행사[는] <가> 허용되

Servus, qui se liberum adfirmavit, ut sibi pecunia crederetur, furtum non facit: namque hic nihil amplius quam idoneum se debitorem adfirmat. idem est et in eo, qui se patrem familias finxit, cum esset filius familias, ut sibi promptius pecunia crederetur.

53) 뿐만 아니라 조규창이 인용하고 있는 개소 중에서 특히 Ulp. 11 ed. D.4.4.16.4 및 Paul. 34 ed. D.19.2.22 (더 정확하게는 D.19.2.22.3)는 詐欺와는 아무런 관계가 없고, 오히려 거래가격 결정상의 협상의 자유 원칙을 천명한 유명한 개소들이다. 상세는 졸저, **로마법강의**, 박영사, 268ff.

54) 졸고 II, 228; 졸고 I, 132.

55) Matthaeus, 183 n.6가 stellionatus의 예로 들고 있는 이와 유사한 사례들 참조.

었다.”(500면). 환언하면, 악의소권의 존재는 아직 형사상 사기죄의 成否를 가늠할 수 있는 결정적 징표가 아니라는 사실을 조규창 스스로 시인하고 있는 것이다. 실제로 사기의 형사책임은 악의소권을 포함하여 다른 物追及的 民事訴權(이른바 *actiones rei persecutoriae*)⁵⁶⁾과 병존할 수 있었다(Ulp. 40 ad Sab. D.13.7.1.2; 11 ed. D.13.7.36.pr).⁵⁷⁾

③ 결국, 구성요건 자체가 이처럼 사실상 행위유형을 특정하는 기능이 없는 관례로 사기죄의 처벌에서는 소론이 지적하는 “可罰性 판단”이란 처음부터 가능하지 않다. D.h.t.3.2에서 울피아누스는 이 범죄가 엄밀한 의미의 법정 구성요건도, 또 법정의 형벌도 없는 것임을 명시적으로 밝히고 있다. 요컨대 *stellionatus*는 *sine lege*임에도 불구하고 *crimen*과 *poena*가 인정되는, 그런 의미에서 현대의 죄형법정주의(*nullum crimen, nulla poena sine lege*)와는 전적으로 이념적 궤를 달리하는 범죄 대응방식의 소산인 것이다.⁵⁸⁾

(4) 다른 罪目과의 관계

이미 지적된 바 있거니와 로마의 법률가들은 일응 사기와 僞罪, 사기와 절도(*furtum*)를 구별하였다.⁵⁹⁾ 그러나 조규창의 지적대로 로마法상 절도와 사기, 僞罪

56) 악의소권의 物追及性에 관해서는 Letizia Vacca, “Delitti privati e azioni penali nel principato”, in: *ANRW* II 14 (1982), 682ff., 702 + n.67 (Lit).

57) Matthaues, 183 n.1; Zoes, ad D.47.20 n.1 (p.859). 한 가지 예를 들면 아들에게 증여한 재산을 나중에 무단으로 담보 잡힌 경우에 담보채권자에게 한 편으로는 질권반대소권(C.8.15(16).6 [a.293])이, 다른 한편으로는 사기의 소추(C.h.t.2 [a.239], 아래 주 101)가 인정되었다. Volterra, 38 + nn.1-2가 이때에 사기소추가 아들에 의하여 아버지를 상대로 한 것으로 이해해서 악의소권의 경우에는 아들이 아버지를 상대로 제소하는 것이 불가한 것(Ulp. 11 ed. D.4.3.11.1; 졸고 I, 158)과 다른 점이라고 설명하는 것은 잘못이다.

C.8.15.6 (a.293) Imperatores Diocletianus, Maximianus.

Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis contrario pigneraticio obligavit iudicio, quam quicquam dominis nocet, cum Serviana etiam actio declarat evidenter iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium alienam rem invito domino pignori obligari non posse certissimum est.

58) 그밖에도 조규창, 499 n.69가 사기죄와 관련하여 이곳에서만 유일하게 언급하고 있는 4개의 이차문헌들(Pfaff, Volterra, Zilletti, Mentxaka) 중 Volterra의 글만 면수 표시 없이 Studi Sassaesi, 9, 1929로 소개되고 있는데, Studi Sassaesi, 7, 1929, 107ff.가 정확한 것이다.

59) 위 주 52; 또한 아래 주 104.

의 한계가 언제나 분명한 것은 아니었다.⁶⁰⁾ 이처럼 유사죄목 간에 구성요건적 차별성이 뚜렷하지 않았던 것은 특히 시간이 흐르면서 지속적으로 적용범위가 확대되어 간 僞罪에 대한 이해의 변천과 그로 인한 실무의 복합적인 성격⁶¹⁾ —이것 역시 로마 형사사법의 특징을 잘 보여주는 사례 중의 하나이다— 탓이기도 하다.

2. 詐欺의 징벌절차

사기 소추는 고소(accusatio)소송의 형태로 취급되었으며,⁶²⁾ 로마의 경우 首都治安監(praefectus urbi),⁶³⁾ 로마 100마일 밖 이탈리아의 경우에는 근위장관(praefectus praetorio),⁶⁴⁾ 지방의 경우 지방수령인 속주지사(praesides provinciae)의 비상심리절차(cognitio extra ordinem)에 의하였다(Ulp. 8 off. procons. D.h.t.3.pr).⁶⁵⁾ 非常審理犯罪(crimina extraordinaria: D.47.11)로서 常設查問會(quaestio perpetua) 법정에서 실시되는 정규의 형사소송⁶⁶⁾(iudicium publicum; B.60.30.1: ‘*poenale iudicium*’)에

60) 종래 대표적으로 논의된 사례가 Paul. lib. singul. ad SC Turpillianum D.48.10.21이었다(아래 주 100). 또한 채무자가 담보채무의 날짜를 소급시킴으로써 속임수를 쓰는 것도 falsum으로 논하였다.

D.48.10.28 Modestinus libro quattoresponsorum.

Si, a debitore praelato die, pignoris obligatio mentiatur, falsi crimini locus est.

채무자가 제시한 기일에 질권계약이 채권자에 의하여 부실표시되었다는 Watson편 영역 학설회찬의 이 개소 번역(*The Digest of Justinian*, vol. IV [1985], p.829)은 완전한 오역이다. 또 다른 예는 채권자가 채무자와 짜고서 제3자에게 부동산을 팔아먹은 사건에 대한 294년의 한 批答이다(C.9.22.15; 위 주 39).

절도와와의 경계가 불분명한 사례로는 가령 Ulp. 7 disp. D.17.1.29.5 (아래 주 99); Stein I, 86.

61) 이 점에 관해서는 Gian Gualberto Archi, “Problemi in tema di falso nel diritto romano” (1941), in: *Scritti in diritto romano*, vol. III (1981), 1487ff.; Olivia F. Robinson, “An aspect of Falsum”, TR 29 (1992), 29ff.; Robinson, 36ff.; Scarlata-Fazio, 504ff.; Volterra, 31ff.; Pugliese, 756ff.; Stein I, 80.

62) Mommsen, 680 n.5. 아래 주 97.

63) Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953), s.v. stellionatus (p.715); 조규창, 500; Robinson, 32.

64) Stein II, 200.

65) B.60.30.2 (Heimbach V, p.664): “*extraordinariam tamen persrcutionem habet. Et intenditur apud Praesidem ...*”; Mommsen, 680 n.6. — 비상심리절차 일반에 관해서는 Ignazio Buti, “La ‘cognitio extra ordinem’: da Augusto a Diocleziano”, in: *ANRW* II 14 (1982), 29ff.

66) 이에 관해서는 Andrew M. Riggsby, *Crime & Community in Ciceronian Rome* (1999). 이미 3세기 초에는 그렇지 않아도 거의 의미를 상실했던 상설사문회가 사라지고 실제

도 속하지 않고,⁶⁷⁾ 또 그렇다고 하여 민사소송(*privatum iudicium*; B.60.30.1: ‘*pecuniarium iudicium*’)인 것도 아니었다(Pap. 1 resp. D.h.t.1).⁶⁸⁾ 따라서 일반인이 아닌 피해자에게만 소추가 허용되었고,⁶⁹⁾ 이 점에서 상속재산탈취죄(*crimen expilatae hereditatis*: D.47.19, C.9.32)와 성질을 같이하였으며(Ulp. 3 de adulter. D.47.11.3), 그 결과 소송수행의 중도 포기(*tergiversatio*)⁷⁰⁾를 규제했던 투르필리우스 원로원의결(*Senatus consultum Turpillianum*, 기원 후 61년: D.48.16, C.9.45)의 적용대상이 아니었지만,⁷¹⁾ 관할관의 직권에 의한 징계가 가능하였다(Ulp. 8 disp. D.48.16.7.1).⁷²⁾ 피해자도 이제는 불법행위 소권(*actio*: Pap. 1 resp. D.h.t.1)과 비상심리절차상의 형사소추(*accusatio*: Ulp. 8 de off. procons. D.h.t. 3.pr) 사이에서 선택할 수가 있었으나,⁷³⁾ 어차피 *cognitio* 절차는 특정한, 定義된 범죄의 주장에 의존하지 않고, 어떤 범죄적 행위의 주장만으로도 그 발동의 충분한 이유가 되었

로 비상심리절차가 정규소송화하였다. 그리고 법정의 형벌은 아직 처벌의 기준으로 유효했지만, 흔히 이를 벗어나는 형사사범의 운용이 있었다. Pugliese, 722ff.; Bernardo Santalucia, “Processo penale a) Diritto Romano”, in: *Enciclopedia del diritto*, 36 (1987), 318ff., 348ff.; Stein I, 80 .

D.48.1.8 Paulus libro singulari de iudiciis publicis.

Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.

67) 정규의 형사소송은 公的인 刑事法律에 의하지 않으면 안 되었다.

D.48.1.1 Macer libro primo de publicis iudiciis.

Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona.

68) B.14.1.29 Scholion 16 (Heimbach II, p.116).

69) Stein II, 200.

70) 출처, 로마법강의, 박영사 (1999), 566f.

71) Stein I, 87 n.20.

72) B.14.1.29 Scholion 16 (Heimbach II, p.116); Robinson, 32 nn.113-114; 102 n.171; Volterra, 48f.

73) Pugliese, 782; Stein I, 83; 아래 주 91; 주 97. 절도에 관해서도 마찬가지였다.

Cf. D.47.2.93 Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum.

Memnisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.

으므로,⁷⁴⁾ 관할관도 재량으로 경우에 따라서는 형사적으로, 경우에 따라서는 민사적으로, 또 경우에 따라서는 민형사적으로 처리할 수가 있었다.⁷⁵⁾ 이리하여 민사 문제의 해결에 형사적 구제수단이 큰 역할을 했을 것임은 C.h.t.1은 물론이고, 현대인들의 행태를 통해서도 쉽게 推知할 수 있는 바이다.

3. 詐欺의 법률효과

(1) 재량형벌

사기는 법정의 정식 형사범이 아니었던 관계로 그에 대한 구체적인 형벌도 법률로 정해진 바가 없었고,⁷⁶⁾ 관할관이 비상심리절차상 허용된 징계권(coercitio)의 범위 내에서 법학과 법원의 관행에 좇아서⁷⁷⁾ 재량으로 처벌의 내용을 결정할 수가 있었다(Ulp. 8 ad Sab. D.h.t.2; 1 appell. D.48.19.13⁷⁸⁾),⁷⁹⁾ 다만 일정한 법정의 한도는 정해져 있었는바, 계층별로 하층민의 경우 광산노역형(opus metalli),⁸⁰⁾ 상류층의 경우 有期輕流配刑과 신분박탈형이 최고형이었다(Ulp. 8 ad Sab. D.h.t.2).

⁷⁴⁾ J. A. Crook, *Law and Life of Rome* (1967), 271.

⁷⁵⁾ B.14.1.29 Scholion 16 *Stephanus* (Heimbach II, p.117); B.60.30.1 Scholion 1 et 2 (Heimbach V, p.664).

⁷⁶⁾ 그래서 H. E. Dirksen, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum* (Berolini, 1837), s.v. *Stellionatus* (p.909): “Genus criminis indefinitum”; Mommsen, 681: “keine feste”.

⁷⁷⁾ Mommsen, 680.

⁷⁸⁾ D.48.19.13 Ulpianus libro primo de appellationibus.

Hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviolem vel leviolem, ita tamen ut in utroque moderationem non excedat.

⁷⁹⁾ B.14.1.29 Scholion 16 *Stephanus* (Heimbach II, p.117); Brunnemann II, ad D.47.20.3.2 n.5 (p.1310) (sic poena est arbitraria); Boehmer, ad D.h.t. n.3 (p.552) (ex gravitate doli).

⁸⁰⁾ 이것은 훨씬 더 힘들었던 광산형(metallum)과 구분되는 처벌이었다. 광산형은 광부로서 금속을 캐는 노역이었고(fodere terram), 광산노역형은 캐낸 금속을 정련하는 작업(coquere metallum)이었다. B.60.30.2 Scholion 7 (Heimbach V, p.665). 율피아누스 시기에 두 형벌 사이에는 그 경중에 따라 족쇄의 경중에 차이가 있었다.

D.48.19.8.6 Ulpianus libro nono de officio proconsulis.

Inter eos autem, qui in metallum et eos, qui in opus metalli damnantur, differentia in vinculis tantum est, quod qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli, levioribus, quodque refugae ex opere metalli in metallum dantur, ex metallo gravius coercentur.

(2) 破廉恥效

사기의 유죄판결을 받은 자에게 파렴치효가 부수되었는가의 여부는 일단 상반되는 사료로 인하여 로마법연구자들 사이에 아주 오래 전부터 해석상 문제가 되었다.⁸¹⁾ Ulp. 6 ed. D.3.2.13.8: Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium (詐欺 범죄는 유죄판결을 받은 자에게 파렴치벌을 부과한다. 비록 형사소송은 아니지만.)에 의하면 이것이 긍정된다. 그러나 같은 율피아누스가 Ulp. 8 ad Sab. D.h.t.2 (Stellionatus iudicium famosum quidem non est, sed coercionem extraordinariam habet)에서는 이를 부인하고 있다. 일찍이 바실리카의 주석자는 관할관이 경우에 따라서는 파렴치효를 부여할 수도 있고, 경우에 따라서는, 즉 경미한 경우에는⁸²⁾ 이를 부여하지 않을 수도 있었던 것으로 이해한다.⁸³⁾ Cujacius, Duarenus 이래로 보통법학상의 통설은 이른바 마케르의 준칙(regula Macri)⁸⁴⁾에 좇아서 stellionatus가 그 자체 파렴치효가 있는 민사소권과 경합하는가의 여부에 의하였다는 것이었다.⁸⁵⁾ 이러한 모순을 치유할 수

81) 다만 Robinson, 32 + n.111은 파렴치효를 부인하는 내용을 본문에서 취한 다음, 각주에서는 그와 상반된 사료를 단순히 소개만 할 뿐 모순을 해결하려는 어떤 시도도 보이지 않고 있다.

82) 경미한 경우: B.60.30.2 Scholion 1 (Heimbach V, p.665): “ob levem causam”.

83) 주석학파의 경우에는 Gustav Haenel, *Dissensiones Dominorum sive Controversiae Veterum Iuris Romani Interpretum qui Glossatores vocantur* (Lipsiae, 1834), p. 128 §. 7에 의하면 stellionatus는 항상 파렴치효가 있다는 견해(Bulgarus, Martinus)와, 파렴치효가 있는 민사 소권에 기하여 판결이 난 경우에는 항상 법률상 당연히, 그밖에는 판결에서 선언하는 외에는 결코 파렴치효가 따르지 않았다는 견해(Albericus, Ioannes Bassianus, Iacobus)로 나뉘었는데, 주석학파는 터무니없게도 유죄판결의 유무에 따라서 모순을 해결하려고 시도하였다는 Zoes, ad D.47.20 n.4 (p.860)의 비판은 이 후자를 겨냥한 것이다.

84) D.48.1.7 Macer libro secundo iudiciorum publicorum.

Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod iudicii publici causam habuit. itaque ex eo crimine, quod iudicii publici non fuit, damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato iudicio infamiam condemnato importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum.

Donellus, De iure civili lib.18, cap.8, n.24 (p.145).

85) Donellus, De iure civili lib.18, cap.8, n.25 (pp.145-149); Brunnemann II, ad D.47.20.1 (p.1309); Zoes, ad D.47.20 n.4 (p.860); Io. Henr. Berger, *Oeconomia Iuris* (editio quarta, Lipsiae, 1734), p.809 Nota 2; Voet, I, ad D.3.2 n.1 i.f. (p.157); Boehmer, ad D.h.t. n.3 (p.552); C. F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, V. Theil 1. Abtheilung (1798), 192ff. (w. Lit. n.47); Volterra, 50f.; Io. Ort. Westenberg, *Principia Iuris secundum Ordinem Digestorum seu Pandectarum* (nova editio, Berolini,

없는 것으로 치부하고 고전기에는 사기죄 자체 및 그 소송상 취급과 마찬가지로 그에 대한 제제도 다양하고 동요하는 것이었다는 견해도 주장된 바 있고,⁸⁶⁾ 원래는 과렴치효가 없었는데 유스티니아누스 황제가 악의소권에 상응하도록 만들기 위해서 D.3.2.13.8에 규정했다는 견해 같은 것도 있다.⁸⁷⁾ 반면에 일찍이 Faber가 취했던 견해대로⁸⁸⁾ 몸젠은 D.h.t.2의 non을 삭제할 것을 주장하였다.⁸⁹⁾ 과렴치효가 민사소권인 악의소권에 필수적으로 따랐던 점을 고려하면 이러한 교정은 타당하다고 생각된다. 요컨대 詐欺의 유죄판결에는 과렴치의 효과가 수반되었다.⁹⁰⁾

III. D.47.20 Stellionatus 역주

D.47.20.1 Pap. 1 resp.:

Actio stellionatus neque publicis iudiciis neque privatis actionibus continetur.

(詐欺 訴權⁹¹⁾은 형사소송에도⁹²⁾ 민사소송에도 속하지 않는다.)

1823), ad D.3.2 § 45 (p.115); ad D.h.t. § 3 (p.861). — 기타의 주장 중에서도 가장 설득력이 없던 것은 D.h.t.2의 “iudicium famosum”을 “iudicium publicum”으로 새기는 Marezoll (1823) 류의 견해였다. Volterra, 52 n.1.

86) Emilio Costa, *Crimini e Pene da Romolo a Giustiniano* (1921), 176 + n.4.

87) Volterra, 53.

88) Faber의 논거는 ① 율피아누스가 두 곳 모두에서(가령 두아레누스가 이해하듯이 구체적인 사안과 관련하여 언급한 것이 아니라) 무차별적으로 언명한 점, ② 보통법의 통설의 전제와는 달리 아무런 민사 소권과도 경합하지 않는 사례(가령 D.h.t.3.1)도 있는 점, ③ 과렴치효 있는 민사 소권과 경합하지 않더라도 항상 기망과 연계된 점, ④ 민사의 경우 악의소권과 같은 것인데, 악의소권은 항상 과렴치효가 따른다는 점, ⑤ 따라서 이른바 마케르의 준칙이 적용되지 않는다는 점 등이었다. Donellus, *De iure civili* lib.18, cap.8, p.148 n.13.

89) Volterra, 52; 아래 주 93.

90) Konstantin Harmenopulos, *Manuale legum sive Hexabiblos* (ed. Gustav Ernst Heimbach, Leipzig, 1851/ND Aalen, 1969), VI.15.3 (p.776f.) (“*qui de stellionatu condemnatus est, ... infamia notantur*”)는 비잔틴법이 과렴치효를 인정하는 것이었음을 보여준다. 이것은 로마법의 경우도 같은 것이었을 개연성을 더해 준다고 하겠다. 조규창, 500+n.80은 D.3.2.13.8만을 근거로 이 “유죄판결의 효과로써 범인이 불명예자가 되었음은 다른 과렴치법의 경우와 같다”고 기술한다. Garofalo도 D.h.t.2에 불구하고 과렴치효를 인정하는 견해라고 한다(Stein II, 200).

91) 위 주 73. Cf. D.h.t.3.pr (accusatio). 반면에 Stein I, 86은 “The procedure is called *actio* rather than *crimen*”이라고 설명하고 있는데, 이는 *actio*와 *accusatio*를 구별해서 이해해야 하고 —또 어찌면 시간적 차원에서 볼 때 파피니아누스 시기에는 아직 *accusatio*에

D.47.20.2 Ulp. 8 ad Sab.

Stellionatus iudicium famosum quidem [non]⁹³⁾ est, sed coercionem extraordinariam habet.

(詐欺 소송은 破廉恥效가 [없지만] 있으며,⁹⁴⁾ 非常審理節次에 의한⁹⁵⁾ 징계⁹⁶⁾를 받는다.)

는 이르지 않았을 수도 있다. 다른 문헌에서는 지적되고 있지 않지만, 원래 주체가 stellionatus인 율피아누스 D.h.t.3 (Lenel, *Pal.* II, fr.2224, p.983f.)나 poenae capitales인 모데스티누스 D.h.t.4 (Lenel, *Pal.* I, fr.166, p.730)와 달리 이 파피니아누스 개소 D.h.t.1 (Lenel, *Pal.* I, fr.407, p.885)의 주체는 형사법이 아니라 소권부여신청(ED. VI. De postulando; Cf. Lenel, *Das Edictum Perpetuum* [3. A. 1927/ND 1974], 75ff.)이었다. 이러한 사실은 앞의 주장을 매우 개연성 있는 것으로 추정케 한다—, 또 로마의 법률가들이 분명히 crimen을 언급하고 있는 점(D.h.t.3.1-3; D.h.t.4)에서 잘못이다.

92) D.47.11.3 Ulpianus libro tertio de adulteris.

Stellionatus vel expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent, sed non sunt publica.

(詐欺 또는 상속재산탈취 소송은 訴追가 있지만, 형사소송은 아니다.)

D.3.2.13.8 Ulpianus libro sexto ad edictum.

Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est iudicium.

(詐欺 범죄는 유죄판결을 받은 자에게 破廉恥罰을 부과한다. 비록 형사소송은 아니지만.)

C.h.t.3 (a.242) Imperator Gordianus.

Stellionatus accusatio inter crimina publica non habetur.

(詐欺 소추는 형사소송 중에 속하지 않는다.)

93) 몸젠은 이 부분의 텍스트비판에 있어서 *Editio maior* (1868)에서는 아직 조심스러웠으나(ad h. l. n.2: “non del. (cf. D.3,2,13,8)?”), *Römisches Strafrecht* (1899/ND 1955), 681 n.4에서는 확정적이 되었고(“Dig. 3,2,13,8, wonach Dig.47,20,2 zu ändern ist”), 이러한 주장은 Krueger에 의해 받아들여져서 *Editio minor* (1908)에 반영되었다(ad h. l. n.17). 同旨 A. H. J. Greenidge, *Infamia. Its Place in Roman Public and Private Law* (1894. reprint 1977), 143. 위 주 89 참조. — 결론을 같이하는 다른 해석시도로는 non <solum>으로 새기거나, 이 부분을 “(사실과 달리) 실사 파렴치효가 없다고 (가정)하더라도”의 의미로 이해하는 것 등이 있었다. C. F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, V. Theil 1. Abtheilung (1798), 193 + nn.45-46.

94) Cf. D.3.2.13.8; 위 II.3.(2).

95) D.h.t.3.pr; D.h.t.3.2; 위 II.2.

96) D.48.16.7.1 Ulpianus libro octavo disputationum.

Si stellionatum quis obiecerit vel expilatae hereditatis crimen et destitit, poenam senatus consulti Turpilliani non subibit, nec si furti vel iniuriarum: sed officio iudicis culpa eius coercebitur.

(詐欺 또는 상속재산탈취 소송을 제기했다가 포기한 경우 투르필리우스 원로원의결의 처벌을 받지 않을 것이고, 또 절도 또는 인격침해 소송의 경우에도 그러하다. 그러나 재판관의 직권에 의하여 그의 過失이 징계 받을 것이다.)

D.47.20.3 Ulp. 8 de off. procons.

Stellionatus accusatio ad praesidis cognitionem spectat.

(詐欺 訴追⁹⁷⁾는 속주지사의 비상심리절차⁹⁸⁾에 속한다.)

(1) Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruerit, aequè stellionatus reus erit. item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.

((1) 그런데 詐欺는 故意로 무엇인가를 저지른 자에게, 다른 범죄가 비난될 수 없는 경우에, 비난될 수 있음을 알아야만 한다. 왜냐하면 민사소송에서 惡意訴權에 해당하는 것이 형사소송에서는 사기의 기소이기 때문이다. 그래서 특정 범죄의 명의를 결하는 경우에는 언제나 사기를 비난할 수 있다. 그런데 특히 다음 경우들에 적용된다. 가령 어떤 자가 타인에게 담보 잡힌 물건을 僞計로⁹⁹⁾ 채권이 없는 것처럼 꾸며서 다른 사람에게 매각하거나¹⁰⁰⁾ 교환하거나 대물변제로 공여

97) 위 주 62; 주 73; 주 91. Cf. D.h.t.1 (actio).

98) 위 주 95.

99) Cf. D.17.1.29.5 Ulpianus libro septimo disputationum.

In omnibus autem visionibus, quae praepositae sunt, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accipit vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei iudicatae repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.

(채권자가 未支給 대여금을 수령하거나 또는 既支給 대여금을 이중으로 수령한 前記한 모든 경우들에 있어서 그를 상대로 한 반환청구가 인정된다. 그러나 유책판결로 인하여 그에게 금원이 변제된 경우에는 그러하지 아니 하다. 왜냐하면 이때에는 기판력으로 말미암아 반환청구가 더 이상 인정되지 않지만, 그러나 그 자신은 스스로의 僞計로 말미암아 詐欺 범죄로 처벌될 것이다.)

100) 그러나 다른 한편으로 동일한 물건을 각각 다른 사람에게 판 이중매매는 僞罪에 해당하였던 것처럼 보인다. Cf. Pugliese, 758 + n.82; Mattaheus, 181f. n.4; Augustin

한 경우.¹⁰¹⁾ 이들 모든 경우들은 사기에 해당한다.¹⁰²⁾ 또 어떤 자가 물품¹⁰³⁾을

Leysner, *Meditationes ad Pandectas*, vol. VIII (editio nova, Franckenthalii, 1779), 416ff.

D.48.10.21 Paulus libro singulari ad senatus consultum Turpillianum.

Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur, et hoc et divus Hadrianus constituit. is adiungitur et is qui iudicem corrumpit. sed remissius puniri solent, ut ad tempus relegentur nec bona illis auferantur.

(두 사람에게 동일한 것[*res*]을 전체로 상이한 계약에서 판 자는 僞罪의 형벌로 징계된다. 이것은 또한 神皇 하드리아누스가 勅定한 바이다. 이러한 자들에 또한 재판관을 부패시키는 자도 추가된다. 그런데 이런 자들은 통상 보다 경하게 처벌되어, 限時 輕流配에 처해지고 재산을 몰수하지는 않는다.)

그러나 이 개소는 일반적으로 자기 물건의 이중매매가 형사처벌 받지 않았던 점(Paul. 16 qu. D.18.4.21; Alex. C.4.39.6 [a.230]; Diocl./Max. C.3.32.15.pr [a.293]), 또 타인의 물건 매도는 민형사상 절도로 취급되었던 점(Gai. 2.50; Inst. Iust. 2.6.3; Diocl./Max. C.7.26.7 [a.294]; Ulp. 38 ed. D.47.2.93 [위 주 73])과 모순되어 해석상 문제거리였다. Ernst Levy, “Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht. Erster Teil. Die Strafzumessung”, *BIDR* 45 (1938), 57ff. = *Gesammelte Schriften*, II (1963), 438ff., 439f. n.32은 따라서 시점을 전혀 달리하여 파울루스의 책의 주제를 고려하여(Lenel, Pal. I, Paulus fr.1912, p.1296) 이 개소의 *res*를 소송으로 이해하고(Cf. Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* [11. Aufl. 1971], s.v. *res* 1) e), p.511) 소추자가 투르필리우스 원로원의결에 의한 제재를 피한 채 소추를 포기하기 위하여 새로운 소추자를 구하여(*accusatores subicere*) 그에게 “소송을 파는” 사안인데, 여기서는 이중플레이를 하여 사기성이 농후한 사안이므로 단순한 소송 매도의 경우(Macer 2 publ. D.48.16.15.pr: In senatus consultum Turpillianum incidunt, qui subiecissent accusatores ...)에 예정된 과립처벌만으로는 부족하다고 여겨져서 하드리아누스 황제가 칙법으로 *falsum*의 강한 제재를 규정한 것이라고 새긴다(同旨 Stein I, 84f.). 이어지는 재판관 부패 사안과도 소송영역이라는 맥락을 같이한다는 점에서도 일단 설득력이 있는 해석으로 보인다.

101) D.13.7.16.1 Paulus libro vicensimo nono ad edictum.

Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit. (質權反對訴權이 채권자에게 인정되는 것은 확실하다(Cf. Ulp. 28 ed. D.13.7.9.pr: Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium). 그러므로 타인의 물건이나 다른 사람에게 入質되었거나 國庫(Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Aufl. 1971, s.v. *Publicum* (Subst.), 1), p.477; 異見 Okko Behrends et al., *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, III [1999], h.l., p.184: 公共體)에 구속된 물건을 담보 잡힌 경우 책임질 것인바, 비록 또한 詐欺 범죄를 저지르는 것이지만 말이다.

그러면 그가 아는 경우에 한하는가, 아니면 몰랐더라도 그러한가? 범죄에 관한 한, 不知는 면책시킨다. 반대소송에 관한 한, 不知는 면책시키지 않는바, 마르켈루스가 **확설집** 제6권에서 기술하고 있는 바와 같다. 그러나 채권자가 알면서 타인의 것이나 담보 잡힌 것이나 병든 것을 수령하는 경우에는 반대소권이 그에게 인정되지 않는다.) Volterra, 47도 다른 많은 개소들과 달리 이 개소만큼은 진정성을 인정한다.

D.13.7.36.1 Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

(그런데 어떤 자가 타인의 물건을 잘 알면서 나에게 入質하거나, 또는 어떤 자가 타인에게 담보 잡힌 것을 나에게 담보 잡히면서 나에게 그 사실을 알리지 않은 경우에도 동일한 범죄로 처벌될 것이다. 그러나 그 물건이 (담보가치) 충분하고 소액 채무에 입질된 경우에는 비단 詐欺 범죄뿐 아니라 또한 질권소권 및 악의소권도, 제2순위로 입질 받은 자가 어떤 불이익으로도 속은 바가 없으므로, 더 이상 인정되지 않는다고 말해야만 할 것이다.)

C.h.t.1 (위 주 26).

C.h.t.2 (a.239) Imperator Gordianus.

Si pater tuus in te donationem contulit et, cum emancipatus esses, traditionibus dominium corporum in te transtulit posteaque creditorem sortitus quasdam earum rerum sine tua voluntate velut proprias suas obstrinxit, ius tuum non laesit. Nec tamen iniuria stellionatus crimine petetur, cum sciens alienam rem te non consentiente velut propriam suo nexuit creditori.

(그대의 아버지가 그대에게 증여를 하고, 그대가 父權免除되는 때에 引渡(Cf. C.2.3.20 [a.293])로써 그 물건들의 소유권을 그대에게 이전하고, 후에 채권자가 생기자 그 물건들 중 일부를 그대의 의사 없이 자신의 소유물로서 담보 잡힌 경우 그는 그대의 권리를 해치지 못하였다. 그리고 또 부당하지 않게 詐欺 범죄로 인하여 訴求될 수도 있는바, 알면서 타인의 물건을 그대가 동의하지 않는 가운데 자신의 것으로서 자신의 채권자에게 담보 잡혔기 때문에 그러하다.)

C.h.t.4.pr-1 (a.244) Imperator Philippus.

Ignorantia creditoris, cui res pridem apud alios obligatae pignoris seu hypothecae iure obligantur, non sine periculo capi consuevit. Etenim eiusmodi fraudes ad extraordinariam criminis executionem spectare ac stellionatus commissum severissime esse vindicandum saepe rescriptum est.

(1) Proinde sive ignorantiam tuam debitor circumvenire temptaverit, seu obligatione rite perfecta participato fraudis consilio per subiectam quasi anteriorem personam dispendium tuum ad occultum compendium suum pertemptat, adire suum iudicem potes congruentem iuri ac debitae religioni sententiam relaturum.

(타인들에게 먼저 담보 잡힌 물건들을 質權 또는 저당권의 법에 따라서 담보 잡은 채권자의 不知를 이용하는 것은 위험이 없지 않은 법이다. 왜냐하면 이러한 종류의 속

바꿔치기 하거나¹⁰⁴⁾ 담보물들을 빼돌리거나 훼손한 경우에도 마찬가지로 사기의

임수들도 비상심리절차 범죄의 처벌에 관여하고 또 詐欺 범죄는 극히 가혹하게 처벌해야만 한다고 자주 批答되었기 때문이다.

[1] 그래서 그대의 不知를 채무자가 이용하려고 시도하거나, 또는 채권이 정당하게 완성된 후 선순위자로 내세운 자를 통한 속임수의 도움을 받아서 그대의 불이익을 자신의 숨은 이익으로 꺾하는 경우 그대는 자신의 재판관에 제소할 수 있는바, 그는 법과 응분의 도덕의식(B.60.30.8 Scholion 1 [Heimbach V, p.666]: *δικαιοκροσία*)에 부합하는 판결을 선고할 것이다.)

102) 다른 사례: D.h.t.4.

D.40.7.9.1 Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum.

Si statuliberum non eadem condicione heres vendat, causa eius immutabilis est et luere se ab eo (eo) emptore *Mommsen*) potest simili modo ut ab herede. si tamen suppresserit condicionem statuliberi <quid fiet *ins. Mommsen*>? et ex empto quidem tenetur: graviores autem etiam stellionatus crimen important ei, qui sciens dissimulata condicione statuta libertatis simpliciter eum vendiderit.

(條件附被解放奴隸를 동일한 조건부가 아니게 상속인이 매도하는 경우 그의 조건은 不可變이고, 그래서 그는 자신을 매수인으로부터도 상속인으로부터도 마찬가지로 贖良할 수 있다. 하지만 그가 조건부피해방노예의 조건을 숨긴 경우에는 <어찌 되는가>? 그는 매수인소권으로 책임을 진다. 그러나 더 중대한 행위들은, 알면서 정해진 자유의 조건을 없는 것으로 속여서 그를 단순하게 매도한 자에게 또한 詐欺 범죄의 소송을 야기한다.)

Volterra, 46f. (다만 D.40.7.3.1로 誤記)도 다른 많은 개소들과 달리 이 개소만큼은 진정성을 인정한다.

103) 아래 주 106.

104) D.h.t.3.3.

D.13.7.1.2 Ulpianus libro quadragensimo ad Sabinum.

Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensus est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit.

(그렇지만 어떤 자가 銅을 입질하면서 이것이 銀이라고 확인하고 그렇게 입질한 경우 그가 銅을 담보로 구속시켰는지, 또 대상물에 있어서 합의가 있으므로 그것이 입질된 것으로 인정되어야만 하는 것인지 살펴보아야만 할 것이다. 그렇다고 생각된다. 그렇지만 담보제공한 자는 질권반대소권으로 책임져야 할 것인바, 그가 범한 詐欺로 인한 것 외에 말이다.)

D.13.7.36.pr Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri: quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita Pomponius scribit. sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum.

죄책이 있다. 또 어떤 자가 타인의 불이익으로 기망을 행하거나 담합한 경우에도 사기가 負責될 수 있을 것이다. 그래서 일반적으로 말하자면 특정 범죄의 명의를 결하는 경우 이 범죄가 적용되고, 그래서 사례들을 열거하는 것은 불필요하다.)

(어떤 자가 入質하면서 채권자에게 金 대신 銅으로 바꿔치기 한 경우 어떻게 책임 지는지가 문제되었다. 이 사안에 관하여 사비누스는 정당하게도 이렇게 기술한다: 참으로 金을 준 다음에 銅으로 바꿔치기한 경우에는 절도로 책임을 지지만, 담보물을 제공하는 때에 銅으로 바꾼 경우에는 부도덕하게 행한 것이고 도둑이 아니다. 私見으로는 그러나 이 경우에도 질권반대소권이 인정된다고 생각하며, 같은 취지로 폼포니우스도 기술하고 있다. 그리고 또한 비상심리절차에서 詐欺 명목으로 처벌될 것인데, 아주 자주 批答된 바와 같다.)

이상의 율피아누스의 소론과 달리 이런 경우에 僞罪를 인정하고 있는 PS 5.25.5 (quive aes inauraverit argentaverit, quive, cum argentum aurum <sub>poneret, aes stannumve subiecerit, falsi poena coercetur)는 후대의 처벌을 반영한 것으로 이해된다. Bernardo Santalucia, *Studi di diritto penale Romano* (1994), 105.

조규창, 498f.은 “공화정기에 詐欺罪는 독자적인 불법행위로 구성되지 않아, 사기범을 제재하기 위한 訴權은 확립되지 않았다. 당시에는 사기를 竊盜訴訟으로 제재하거나⁶⁷⁾ 또는 미풍양속 위반자에 대한 징계권 있는 戶口總監이 사기죄에 개입하기도 했다”고 하면서, 각주 67 (499면)에서는 D.47.2.20.pr을 인용하면서 “심지어 원수정기에도 詐欺罪를 竊盜罪로 제재하였음을 볼 수 있다”고 서술한다. 그러나 이러한 기술은 잘못이다. 파울루스의 사비누스 주해서에서 발췌된 D.47.2.20.pr에서 절도죄로 논하고 있는 제2의 사안은 D.13.7.36.pr에서 사비누스가 언급한 첫 번째 사안과 같은 것이기 때문이다.

D.47.2.20.pr Paulus libro nono ad Sabinum.

Cum aes pignori datur, etiamsi aurum esse dicitur, turpiter fit, furtum non fit. sed si datum est aurum, deinde, cum dixisset se ponderare aut obsignare velle, aes subiecit, furtum fecit: rem enim pignori datam intervertit.

다음 사안들도 로마법이 절도와 사기를 구별했음을 보여준다. Cf. Robinson, 25 n.19; 줄고 II, 227.

D.47.2.52.21 Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum.

Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subiecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti: furti tenearis, quasi ope tua consilioque furtum factum sit: sed et Titius furti tenebitur.

D.47.2.67.4 Paulus libro septimo ad Plautium.

Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, non facies furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit.

(2) Poena autem stellionatus nulla legitima est, cum nec legitimum crimen sit. solent autem ex hoc extra ordinem plecti, dummodo non debeat opus metalli haec poena in plebeis egredi. in his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio vel ab ordine motio remittenda est.

(2) 그런데 사기의 형벌은 법률로 정해지지 않았는바, 法定의 범죄가 또한 아니기 때문이다. 그러나 통상 사기로 인해서는 비상심리절차로 처벌되는데,¹⁰⁵⁾ 다만 이 형벌은 서민들의 경우 鑛山勞役刑을 초과해서는 안 된다. 반면에 일정한 지위에 있는 자들의 경우에는 限時 輕流配刑 또는 身分 剝奪이 최고형이어야만 한다.)

(3) Qui merces suppressit, specialiter hoc crimine postulari potest.

((3) 물품¹⁰⁶⁾을 빼돌린 자¹⁰⁷⁾는 특히 이 범죄로 負責될 수 있다.)

¹⁰⁵⁾ D.48.16.7.1 (위 주 96) 및 C.h.t.4.pr-1 (위 주 101).

¹⁰⁶⁾ Robinson 32 + n.118은 친절하게도 이 부분을 ‘conceals wares’로 번역한 *The Digest of Justinian*, English Translation edited by Alan Watson, vol IV (1985), 791이 오역이므로 ‘withholds wages’로 고쳐야 한다고 지적한다. 그러나 merces가 對格인 이상 또한 복수이고, 따라서 상품을 뜻하는 merx의 曲用形일 수밖에 없는 것처럼 報酬를 뜻하는 merces의 곡용형일 수 없으므로 (왜냐하면 이것의 복수 대격은 mercedes이다) 그의 소견은 분명한 오류이다. 또 그가 참고로 인용하고 있는 D.21.1.4.2와 D.50.13.1.3도 impostor에 관련된 개소로서 그곳에서 언급된 impostor에 대한 그의 이해가 올바른 것인가와는 별개로 merces의 이해에는 아무런 도움도 되지 않는다. Watson의 번역본은 D.h.t.3.1 (위 주 103)에서는 같은 단어를 wares의 동의어인 goods로 옮겨서 ‘substitute goods which he has sold’로 譯出하였다. 이것이 타당함은 담보물과 병치한 전후 문맥에서도 분명하다.

¹⁰⁷⁾ 이것은 특히 기름, 곡물, 포도주, 직물 등의 생필품공급(annona)과 관련된 것으로 이해되었다(B.60.30.3 Scholion 1 [Heimbach V, p.665]). 그러나 이처럼 lex Iulia de annona (기원전 18?; D.48.12) 관련사건이 stellionatus로 문의된 것을 보면 공급 조작을 통한 시장 교란이 아니라, 특정인을 해치려는 개별행위가 저질러진 것으로 새겨야 할 것이다(同旨 Stein I, 89). 물론 생필품을 빼돌리는 것은 법질서가 규제한 전형적인 관련 불법행위였다.

D.47.11.6 Ulpianuslibro octavo de officio proconsulis.

Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent: quorum avaritiae obviam itum est tam mandatis quam constitutionibus. mandatis denique ita cavetur: “Praeterea debebis custodire, ne dardanarii ullius mercis sint, ne aut ab his, qui coemptas merces supprimunt, aut a locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent, dum minus uberes proventus exspectant, annona oneretur”. poena autem in hos varie statuitur: nam plerumque, si negotiantes sunt, negotiatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent, humiliores ad opus publicum dari.

D.47.20.4 Mod. 3 de poen.

De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus exulat.

(어떤 자가 담보물들이 자기 것이라고 증서로 선서한 경우에는 僞證에 관하여 사기 범죄가 성립하고, 그래서 限時 追放에 처해진다.)¹⁰⁸⁾

주제어: 로마법, 로마형법, 비상심리절차, 詐欺, 악의소권, 위조, 僞罪, 죄형법정주의, 과렴치효

¹⁰⁸⁾ 로마에서는 僞證은 풍기단속의 대상이었을지는 몰라도 그것 자체로서는 처벌받지 않았다(Cicero, de leg. 2.9.22: periurii poena divina exitium, humana dedecus). 이곳의 사안은 그러나 그것이 재산범죄로서 위증이 없이도(Cuiacius, *Opera omnia* [Lutetiae Parisiorum, 1658], 278 ad D.h.t.; Matthaeus, 182 n.5; Brunnemann II, ad D.47.20.4 [p.1310]) stellionatus에 해당하는 경우이다. Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl. 1996), 266 n.1. 그리고 stellionatus에 해당되어 위증이 처벌 받으면, 악의소권은 배제되었다: Paul. 11 ed. D.4.3.22 [De periurio non datur doli actio]: nam sufficit periurii poena (Lenel, Pal. I, Paul. fr.211, p.984). Mommsen, 681 n.2; 졸고 I, 135.

【참고문헌】

- 조규창, 『로마刑法』, 고려대학교출판부, 1998.
- Byoung Jo Choe, “Actio de dolo im römischen Recht”, 『서울대학교 법학』 제26권 4호, 1985. 12, 126ff. = 줄고 I.
- Byoung Jo Choe, “Die Gläubigerbenachteiligung im römischen Recht”, 『서울대학교 법학』 제26권 2·3호, 1985. 10, 221ff. = 줄고 II.
- I. H. Boehmer, *Introductio in Ius Digestorum*, duodecima editio emendatior, Halae Magdeburgicae, 1773.
- Johannes Brunnemann, *Commentarius in Codicem*, editio novissima, Lipsiae, 1708 = Brunnemann I.
- Johannes Brunnemann, *Commentarius in Pandectas*, editio quinta, Wittebergae & Berolini, 1701 = Brunnemann II.
- Hugo Donellus, *Opera omnia cum notis Osualdi Hilligeri*, tom. V, Florentiae, 1846.
- H. P. Glöckner, “Stellionatus”, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 32. Lieferung, 1990, 1951ff.
- E. Hupe, “Fälschungsdelikte”, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I. Bd. 1971, 1060ff.
- Antonius Matthaeus, *De Criminibus ad Lib. XLVII. et XLVIII. Dig. Commentarius*, editio quinta et ultima, Antwerpiae, 1761; *On Crimes. A Commentary on Books XLVII and XLVIII of the Digest*, fifth and final edition, Antwerp, 1761, edited and translated into English by M. L. Hewett and B. C. Stoop, vol. II, University of South Africa, Pretoria, 1993.
- Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899; ND 1955.
- Giovanni Pugliese, “Linee generali dell’evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato”, in: *ANRW* II 14, 1982, 722ff.
- O. F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome*, 1996, 36ff.
- Mario Sbriccoli, “Truffa” a) Storia, in: *Enciclopedia del diritto*, 45, 1992, 236ff.
- Mariano Scarlata-Fazio, “Falistà e falso (storia)”, in: *Enciclopedia del diritto*, 16, 1967, 504ff.

- P. Stein, “The Origins of Stellionatus”, *IVRA* 41, 1990, 79ff. = Stein I.
- P. Stein, “Garofalo L., La persecuzione dello stellionato nel diritto romano (Padova, CLEUP, 1992) p.IX + 170”, *IVRA* 43, 1992, 199f. = Stein II.
- Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, tom. I et II, editio ultima accuratior, Hagae-Comitum, 1735.
- Artus Völkl, “Stellionatus”, in: *Der Kleine Pauly*, Bd.5, 1979, 356f.
- Edoardo Volterra, “Stellionatus”, in: *Scritti giuridici*, VII, 1999, 21ff. (수정비판의 방법론에 의하여 사료원문에 침삭을 가하고 있는 한에서 활용에 주의가 필요하다.)
- Hendrik Zoes, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Libros L*, Lovanii, 1645.

[번역된 사료 색인]

C.h.t.1	주 26	D.3.2.13.8	주 92	D.17.1.29.5	주 99
C.h.t.2	주 101	D.13.7.1.2	주 104	D.40.7.9.1	주 102
C.h.t.3	주 92	D.13.7.16.1	주 101	D.47.11.3	주 92
C.h.t.4.pr-1	주 101	D.13.7.36.pr	주 104	D.48.10.21	주 100
		D.13.7.36.1	주 101	D.48.16.7.1	주 96

<Abstract>

Swindling in Roman Criminal Law

— A Commentary on D.47.20 *Stellionatus* —

Byoung Jo Choe*

Stellionatus, swindling, was in ancient Rome an offence for which there is no secure evidence before the end of the second century with no more traces in post-classical sources including *Codex Theodosianus*. It seems to be an imperial innovation. From the very beginning it was sanctioned by *cognitio extra ordinem*, thus enabling the imperial judge to exercise his discretionary power. It was construed by the Roman jurists of the classical period *quasi* as a middle thing between public criminal proceedings and private civil proceedings, sharing with *actio de dolo* such characteristics as constituting fraud (*dolus*), subsidiarity to other *actiones* or crimes, and infamy in effect. It was the criminal equivalent of the *actio de dolo*.

This paper is the first special study on *stellionatus* in Korea. I, therefore, try to give a full-fledged overview of it by translating and commenting on the relevant legal sources including the *sedes materiae* D.47.20 and C.9.34. Although a detailed debate on each problem cannot be intended, I have not hesitated, if needed, to argue critically with other opinions in question which deserve more attention. I think it is helpful for understanding modes of thought in traditional societies to view Roman lawyers' operation with *stellionatus* in a comparative perspective. It is also interesting to evaluate this *crimen extraordinarium* in the light of the modern principle “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

Key words: *actio de dolo*, *actio doli*, *crimen extraordinarium*, *falsum*, *infamia*, *nullum crimen nulla poena sine lege*, Roman law, Roman criminal law, *stellionatus*

* Professor, College of Law, Seoul National University