

〈논문〉

## 로마법과 비교법\* \*\*

崔秉祚\*\*\*

*Etiam quae similia videntur, cum contuleris, diversa sunt.*

비슷하게 보이는 것들도 비교해 보면 서로 다르다.

(세네카, 도덕서신 113, 16)

### I. 머리말

‘로마법과 비교법’이라는 주제를 다루는 경우에 우선 해명해 두어야 할 점들이 몇 가지 있다. 먼저 **비교법**에 관해서는 별다른 오해의 소지가 있는 것 같지는 않다. 우리가 흔히 이해하듯이 상이한 법공동체 내지 법질서의 법들을 비교하는 학문 내지 방법론을 비교법 또는 비교법학<sup>1)</sup>이라고 이해하는 데 별다른 이견은 보이지 않기 때문이다.<sup>2)</sup> 이 비교법을 로마법과 연결시킬 때에도 비교법 자체에 관한 이해를 달리 해야 할 이유는 발견되지 않는다. 따라서 문제는 **로마법**인데, 로마법의 관점에서 비교법을 보느냐 아니면 비교법의 관점에서 로마법을 보느냐에 따라 비교법과의 연결점이 달라지기 때문이다. 또 로마법을 어떻게 규정하느냐의

\* 이 글은 2004년 9월 11일 서울대학교 BK21 법학연구단 법제도비교연구센터가 주최한 <비교법과 법학 연구> 학술회의에서 발표한 것을 토론에서 거론된 내용을 참조하여 좀 더 이해가 잘 되도록 약간 가필한 것이다. 당시 토론을 맡아주셨던 서울법대 최봉경 교수에게 감사한다.

\*\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

\*\*\* 서울대학교 법과대학 교수.

1) Andreas Heldrich, “Rechtsvergleichung”, in: *Staatslexikon: Recht · Wirtschaft · Gesellschaft*, hrsg. v. der Görres-Gesellschaft, Sonderausgabe der 7., völlig neu bearbeiteten Auflage, 4. Bd. (1995), p. 747ff., 747.

2) 물론 세부에 들어가서 비교법의 목표와 효용에 관하여는 비교법학의 적용자만큼이나 다양한 이해가 존재한다. Cf. Richard Hyland, “Comparative Law”, in: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, edited by Dennis Patterson (1996), 184ff.

문제도 이와 밀접히 연결되어 있다.

비교법학의 관점에서 로마법을 본다는 것은 여러 비교 대상이 되는 법 중의 하나로서 로마법을 택한다는 것이며, 비교법의 대상으로서의 이러한 의미에서의 로마법은 다시 좁은 의미의 로마법, 즉 고대의 로마법(römisches Recht)과 넓은 의미의 로마적 법, 즉 로마법 계수 이후의 보통법적 로마법(romanistisches Recht)<sup>3)</sup>을 포함하는 것으로 나누어 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 이 후자는 오늘날 유럽 통합의 차원에서 유럽연합 회원국들의 법을 비교법적으로 고찰할 때 그 역사적 공통분모의 역할을 한다는 점에서 특유한 위치를 차지하고 있다.<sup>5)</sup> 고대의 로마법은 물론 通時的인 차원에서도 현대 비교법의 대상일 수 있으나, 무엇보다도 共時的인 차원에서 고대 세계의 법을 비교하는 작업의 탁월한 대상이다.<sup>6)</sup> 어느 쪽이든 로마법은 비교법의 正典으로서 최선의 가치척도요, 최선의 상호이해 도구임과 동시에 특히 通時的 비교의 차원에서는 시간적 거리로 인한 관점의 예리화 효과를 수반한다는 점에서 중요한 비교의 대상이다.<sup>7)</sup>

3) Cf. Peter Stein, *Roman Law in European History* (1999); Alan Watson, *The Evolution of Law* (1985), 同, *The Making of the Civil Law* (1981).

4) 졸저, **로마법강의**(박영사, 1999), 3.

5) 法教義上的 구조 차이에도 불구하고 유럽의 법통일이 가능한 것은 기본적으로 여러 국민국가의 법질서들이 법의 가치차원에 있어서 합치하기 때문인데(Christian Starck, “Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das positive Recht”, in: Alexy/Dreier/Neumann (Hg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute* (1991), 376ff., 379; Andreas Wacke, “Sprichwörtliche Rechtsprinzipien und europäische Rechtsvergleichung”, in: *Orbis Iuris Romani* 5 [1999], 174ff.), 이러한 異同이 모두 광의의 로마법적 전통 속에서 성장해 온 역사적 사실을 간과해서는 아니 될 것이다. Cf. Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe*, translated by Tony Weir (1995); K. Luig, “The History of Roman Private Law and the Unification of European Law”, in: *ZEuP* 1997, 405ff.; R. Knütel, “Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union”, in: *JuS* 1996, 768ff.

6) 고대세계의 비교법은 그러나 아직도 성취되지 않은 요청으로 남아 있다. Gábor Hamza, *Comparative Law and Antiquity* (1991), 1ff. 이 자리를 빌려 2004년 여름방학 중 독일에서 귀중한 시간을 내어 이 자료를 사진 찍어 전송해 준 이화여대 서울오 교수에게 감사한다.

7) Alfons Bürge, “Europa, das römische Recht und Wir”, in: Roland Marti (Hrsg.), *Europa: Traditionen - Werte - Perspektiven* (2000), 49ff.; Eduard Picker, “Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte”, in: *AcP* 201 (2001), 763ff., 826ff.; Reinhard Zimmermann, “Europa und das römische Recht”, in: *AcP* 202 (2002), 243ff., 244ff.; 249ff.; 同, “Roman and Comparative Law: The European Perspective (Some remarks apropos a recent controversy)”, in: *Legal History*, Vol. 16, No. 1 (1995), 21ff.

반대로 로마법의 관점에서 비교법을 돌아볼 때에도 현대 로마법이나 아니면 고대 로마법이나에 따라서 그 양상은 달라진다. 현대 로마법학(Romanistik)은 스스로를 역사적 비교법학으로 이해하고 있거니와,<sup>8)</sup> 연구의 과정 중에 다양한 형태의 비교법적 자료들이 通時的-共時的으로 고려된다. 반면에 고대 로마법학(Jurisprudenz der römischen Juristen)의 입장에서 비교법을 살펴보면, 이것은 고대 로마의 법률가들의 법이론과 법실무에서 비교법이 과연 어떠한 위상을 차지하고 있었는가 하는 문제가 된다.

이처럼 ‘로마법과 비교법’이라는 주제는 매우 다양하고 광범위한 문제영역을 포괄한다. 이 글에서는 이 중에서 협의의 로마법과 비교법의 관계만을 다루고자 한다. 즉 법학의 대가들이었던 고대 로마의 법률가들은 과연 비교법학이라는 것을 하였는가? 하였다면 그 정도와 수준은 어떠했는가? 만일 비교법학이라고까지 부를 정도는 아니었지만 일정한 단초를 보여주었다면, 그 모습은 어떠하였는가? 만일 하지 않았다면, 그 이유는 또 무엇이었을까? 이러한 문제들만을 다루기로 한다(**로마법상의 비교법**). 광의의 로마법과 비교법의 문제는 비교법학의 관점에서든, 로마법학의 관점에서든, 광의의 로마법의 비교법적 의미와 역할, 구체적인 기여의 가능성 등을 확정하는 과제의 문제이다(**비교법상의 로마법**). 이것은 별도의 천착이 필요한 영역이다.

## II. 로마법상의 비교법

### 1. 비교법의 일반적 전제

비교법이란 둘 이상의 법질서를 전제한 가운데 거시적이거나 미시적인 차원에서 일정한 관점 하에 그 법질서들을 비교하는 법학의 방법론을 말한다. 따라서 어떤 법공동체의 현행 법 상태에 관한 정보들을 전달하는 단순한 외국법학(Auslandsrechtskunde)과는 구별되지만, 그 구별은 결코 확정적인 것이 아니며, 분명한

8) 이 역도 참이다. 즉 비교법은 다시 법사학의 한 형태이다. Heldrich, *op. cit.*, 749f.; Eugen Bucher, “Rechtsüberlieferung und heutiges Recht”, in: *ZEuP* 2000, 394ff., 482f.; Alan Watson, *Roman Law & Comparative Law* (1991), 97. 법사학과 비교법학의 상관관계에 대한 상세는 제32차 독일법사학자대회(레겐스부르크)의 발표문을 모아놓은 *ZEuP* 1999, 494ff. 참조.

것은 외국법학이 없이는 비교법학 자체가 불가능하다는 점에서 전자가 후자의 불가결한 요건이라는 점이다.<sup>9)</sup> 따라서 로마법상의 비교법을 논하기 위해서는 우선 **로마법상의 외국법**을 다루지 않으면 안 된다.

그런데 외국법에 대한 인식은 일반적으로 삶의 현장에서 자연스럽게 주어진 소여로서 경험될 수도 있고, 일정한 목표 관념 하에 의식적인 추구의 대상으로서 외국법이 인식될 수도 있다. 특히 의식적인 비교연구의 대상으로서 **외국법을 고찰하는 경우의 심리적 機制**는 그야말로 단순한 知的인 호기심일 수도 있지만,<sup>10)</sup> 대체로 自國의 법질서에 대한 일정한 비판의식의 발로이거나<sup>11)</sup>(이상 이론적 관심), 아니면 해석론적으로나 입법론적으로 구체적인 법적 대안을 모색하려는 동기에서 비롯하거나 또는 외국법을 적용해야만 하는 실무적 필요에 기인하는 경우가 일반적이다(이상 실천적 관심). 그리고 어떤 동기에서 법 비교가 이루어지든 간에 대체로 법 비교의 결과는 주로 共時的인 측면에서는 법질서들 사이의 서로 다름(varietà)에 대한 인식으로, 주로 通時的인 측면에서는 자국법질서를 포함하여 법질서의 가변성(mutevolezza)에 대한 인식으로 귀착하게 되며,<sup>12)</sup> 이러한 비교법적 고찰의 결과는 궁극적으로는 법의 존재양태와 본질에 관한 철학적 성찰을 자극한다. 역사적으로 볼 때, 지성의 이러한 사유과정을 무엇보다도 잘 보여주는 것이 다름 아닌 그리스의 고전문화라고 한다면, 로마의 경우 그 양상은 사뭇 다르다. 이제 하나씩 살펴보기로 한다.

9) Heldrich, *op. cit.*, 748.

10) 잘 알려진 호기심의 민중이었던 그리스인들(Cf. 사도행전 17:21 [공동번역]: “아테네 사람들(은) 새 것이라면 무엇이든 듣고 이야기하는 것으로 세월을 보내는 사람들이었다”)에 비하면 로마인들은 많이 다르다. 외래의 풍습과 법에 대한 관심과 흥미도 그리스인들과는 비교도 되지 않을 정도로 미약하다. 그리스인들의 好學性에 관해서는 朴琮炫, **希臘思想의 理解**(종로서적, 1982/5쇄 1988), 7ff.

11) 로마의 법률가들에게는 자국 법질서에 대한 비판의식보다는 자긍의식이 훨씬 더 강했다. Cf. Dieter Nörr, *Rechtsskritik in der römischen Antike* (1974). 따라서 자국 법질서에 대한 비판과 그 대안이라는 측면에서 그들의 비교법학을 조명하는 것은 별로 기대할 것이 없는 작업이다. 현행 법질서에 대한 비판적 대안을 추구하는 과정에서 비교법적 정보를 동원하여 이상국가를 구상했던 그리스의 사상가들과 같은 유형의 인물은 로마의 법률가 내지 법사상가 중에서는 찾아볼 수 없다. 이러한 차이의 주요한 원인 중 하나는 현실정치와 법에 대한 관계에서 내부자[在朝]와 외부자[在野]의 입장 차이 일 것이다.

12) *Enciclopedia Garzanti del Diritto* (1993), s.v. comparato, diritto, p. 295 (Antonio Gambaro).

### 가. 법질서의 다름에 대한 인식(異邦法에 대한 인식)

법질서의 서로 다름에 대한 인식은 늦어도 기원전 5세기 이래 그리스의 경우 새로운 현상으로서 나타났는데, 그리스 사회 자체가 최선의 헌정질서 및 법질서를 위한 정치적 투쟁이라는 실천의 장을 제공했고, 또 제민족과 여러 나라의 습속 및 법의 올바른 평가 기준에 대한 이론적 관심이 생겨났기 때문이었다. 헬레니즘기 지리학 지식의 발전에 수반한<sup>13)</sup> 이러한 문화현상을 반영하는 것이 다름 아닌 6~5세기 전환기에 발생한 그리스의 民族誌로서 헤로도투스(ca. 485-425 B.C.), 아리스토텔레스(384-322 B.C.) 및 그 학파, 포세이도니오스(ca. 135-50 B.C.)와 같은 인물들의 활동이 대표적이었다. 또한 호기심의 민족인 그리스인들에게 奇事異蹟錄(Paradoxographie)<sup>14)</sup>의 문헌장르가 발전한 것도 하등 이상한 일이 아니었다. 칼리마코스(ca. 300-240 B.C.), 히피아스(기원전 5세기), 아리스토텔레스, 다마스쿠스의 니콜라우스(ca. 64 B.C.-?) 등이 주된 인물들이었다.<sup>15)</sup> 이러한 배경 하에서 법률의 다름의 토포스라고 할 수 있는 것이 그리스와 로마에서 자리 잡았다.

### 나. 법질서의 가변성에 대한 인식

법질서의 가변성에 대한 인식도 고대 그리스와 로마의 지성계에는 잘 알려진 현상이었다.<sup>16)</sup> 가변적인 법질서에 대하여 어떠한 태도를 취하느냐는 -자연법에 대한 관념의 다양성과 더불어- 회의주의-보수주의, 공리주의, 교조주의-복고주의/개선주의, 실용주의 등 노선의 차이에 따라서 뚜렷한 분화를 보여주었다.<sup>17)</sup> 그리스와 로마의 철학자나 문필가들과 달리 로마의 법률가들은 이상론에 치우치지 않는 냉정한 실용적 태도를 견지하였다. 이를 잘 대변하는 것이 퀸틸리아누스의 다음과 같은 태도이다.

13) 월뱅크/김경현 옮김, **헬레니즘 세계**(아카넷, 2002), 241ff.

14) *Der Kleine Pauly*, IV (1979), 500f.

15) Dieter Nörr, *op. cit.*, 19f.

16) Cf. Reimar Müller, "Antike Konzeptionen von der Historizität des Rechts", in: 同, *Polis und Res publica. Studien zum antiken Gesellschafts- und Geschichtsdenken* (1987), 75ff.

17) Dieter Nörr, *op. cit.*, 20ff.

Quintilianus, Inst. orat. 3.6.84:

(… 왜냐하면 자연상 賞讚할 만하지 않지만 법에 의하여 허용된 것들이 많이 있기 때문이다. 예컨대 12표법에서는 채무자의 인신이 채권자들 사이에 분배되는 것이 허용되었는데, 이 법률을 공공의 관습은 거부하였다. 다른 한편으로 어떤 것은 합당하지만 법에 의하여 금지되는데, 예컨대 유언처분에 있어서의 자유가 그러하다.)<sup>18)</sup>

그들은 cum dignitate otium<sup>19)</sup>을 정치적인 이상으로 삼았던 키케로에게서 보이는 과거지향적 유토피아 사상<sup>20)</sup>과도, 또 그리스 사상에서 보이는 法觀知者(σοφός ἀνὴρ)의 관념<sup>21)</sup>과도 거리가 멀었다. 로마인들은 그들의 이러한 실용주의로 말미암아 법질서-自他 古수를 막론하고- 자체에 관한 그들의 이론적 고찰을 도대체가 실무의 필요에 부응하는 범위 내에서만 단편적으로 모색하는 차원을 벗어나지 못하였다.

## 2. 로마법상의 비교법

### 가. 다언어사회 로마

로마인들의 세계는 주지하다시피 다언어사회였다. 로마가 아직 소규모 도시국가의 틀을 기반으로 대외적인 발전을 거듭하던 시기는 물론, 대제국을 이룬 연후에도 다언어사회로서의 성격에는 큰 변화가 없었다. 통일제국의 성숙과 더불어 특히 서부의 경우에는 라틴어에 의한 통합이 다른 지역어들을 배제하였으나, 이 또한 완벽한 것이 못 되었고, 궁극에는 각 지방별로 라틴어 기반의 새로운 로멘스어가 발전하기 시작하였으며,<sup>22)</sup> 또 동부의 경우에는 강력한 문화어로서의 그리

18) Quintilianus, inst. orat. 3.6.84: … sunt enim quaedam non laudabilia natura, sed iure concessa, ut in duodecim tabulis debitoris corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit: et aliquid aequum, sed prohibitum iure, ut libertas testamentorum.

19) Pierre Boyancé, “Cum dignitate otium”, in: Richard Klein (Hg.), *Das Staatsdenken der Römer* (1980), 348ff.; Chaim Wirszubski, “Noch einmal: Ciceros Cum dignitate otium”, in: Richard Klein (Hg.), *Das Staatsdenken der Römer* (1980), 375ff.; Heinrich Roloff, “Maiores bei Cicero”, in: Hans Oppermann (Hg.), *Römische Wertbegriffe* (1983), 274ff., 275f.; Erich Burck, “Vom Sinn des Otium im alten Rom”, in: Hans Oppermann (Hg.), *Römische Wertbegriffe* (1983), 503ff., 509f.

20) Viktor Pöschl, *Römischer Staat und griechisches Staatsdenken bei Cicero* (1983).

21) Cf. Dieter Nörr, *op. cit.*, 29f.

스어의 존재는 말할 것도 없고, 시리아어, 아르메니아어, 이집트어를 비롯한 동방의 제언어가 생생하게 살아 있었다. 이처럼 다언어사회의 특성상 로마인들은 다른 문화에 대한 인식을 자연스러운 경로를 통하여 체험하고 있었으며, 실제로 법률가들의 경우에도 외국어와의 접촉은 낮은 광경이 전혀 아니었다. 문화어로서 그리스어를 습득했던 로마의 지식인으로서 로마의 법률가들은 법률문제를 해결하는 과정에서 심심치 않게 그리스의 고전작가들을 원용하고 있으며, 로마법대전의 언어로부터 알 수 있듯이 그리스어는 라틴어 다음의 유일한 법률가 언어였다. 또 법률가들은 일상생활의 언어상황을 고려한 법이론의 전개에도 인색하지 않았다.<sup>23)</sup> 이집트를 포함하여 그리스어를 쓰는 동방 지역의 경우 로마의 법령은 처음부터 그리스어로 반포되거나, 라틴어로부터 그리스어로 번역되어 반포되었고, 또 황제와 지방수령 간의 소통에서 때때로 문서가 동시에 두 언어로 작성되기도 하였다.<sup>24)</sup>

그러므로 이러한 다양한 언어체험은 로마의 법률가들로 하여금 그에 따르는 다양한 법문화를 역시 잘 인식하도록 하는 유인이었다고 보지 않으면 안 된다. 실제로도 로마인들이 외국법을 적극적으로 수용하였거나 그 영향을 받은 것으로 드러나는 대목들이 확인가능하다. 이제 이것들을 살펴보기로 한다. 다만 이 글에서는 일반 司法의 영역만을 고찰하고, 비교법적으로 흥미 있고 중요한 영역인 仲裁에 관해서는 다른 기회로 미루기로 한다. 仲裁에 관련된 사료의 대부분은 제도의 틀과 법적 효력에 관한 것이고 중재 판정의 내용에 관한 것이 아니어서 소기의 성과를 거둘 수 있을지는 미지수이다.<sup>25)</sup>

22) Cf. Giacomo Devoto, *Geschichte der Sprache Roms* (1968), 251ff.

23) Andreas Wacke, "Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?", in: *SZ* 110 (1993) 14ff.; Reuven Yaron, "The Competitive Coexistence of Latin and Greek in the Roman Empire", in: *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum*, II (1995), 657ff.; Alfons Bürge, "Sprachenvielfalt und Sprachgruppen im Rechtsleben der Stadt Rom - Gedanken zu D.14.3.11.3 und zum Umgang mit Fremdsprachen im heutigen Bürgerlichen Recht", in: *Mélanges Fritz Sturm* (1999), 53ff.

24) 상세는 Naphtali Lewis, "The Process of Promulgation in Rome's Eastern Provinces", in: Roger S. Bagnall and William V. Harris (ed.), *Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller* (1986), 127ff.

25) 필자가 알기로는 로마법상의 중재를 비교법의 차원에서 검토한 연구는 아직 없는 것 같다. 중재에 관해서는 일응 줄저, **로마법강의**(박영사, 1999), 515ff.; 상세는 K.-H. Ziegler, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht* (1971).

## 나. 외국법의 인식

### a) 입법과 외국법

로마인들의 입법에 미친 외국법의 사례로서 가장 대표적인 것은 로마인들 스스로 모든 공법과 私法の 원천이라고 평가했던 **12표법**의 입법과정을 들 수 있다.<sup>26)</sup> 주지하다시피 당시 그리스로 사절단을 보내서 솔론의 입법례를 참고했다고 하는 것이 그것이다. 선진문화를 참조하려는 비교법의 주요한 동기가 그대로 드러난 사례가 아닐 수 없다. 이러한 초창기의 개방적인 자세는 공화정 후기 그리스 문물에 대한 거부감과 비교되는 것이지만, 중국에는 그리스 학문의 습득 하에 헬레니즘 시기에 久遠의 법학을 개발함으로써 로마인들은 이후 서양에 있어서 법학의 새로운 도약은 법 외적인 학문이론의 영향 하에 이루어진다는 거듭된 역사적 경험을 선취하는 범형을 보여주었다고 할 것이다. 그러나 정작 12표법에서 그리스법의 모범을 취했다는 구체적인 규정의 수는 몇 되지 않는다는 점도 잊지 말아야 할 것이다.<sup>27)</sup>

제7표 제2조: 경계 획정의 訴(Gai. D.10.1.13)

제8표 제27조: 단체(Gai.47.22.4)

제10표 제1조 이하: 사치 장례 규제(Cic. de leg. 2.23.58-25.64)

법의 운영이 **제국** 차원으로 확대된 이후로도 드물지만 이런 사례를 확인할 수 있다. 가령 하드리아누스는 아테네를 위한 입법 시에 드라콘과 솔론의 법을 이용하였다.<sup>28)</sup>

또 고전기의 법과 유스티니아누스 법에서 보충적인 제국법<sup>29)</sup>으로서 승인되었던 이른바 **로도스 海法**(Νόμος Ῥοδίων Ναυτικός; lex Rhodia)은 지중해의 해상

26) Mario Amelotti, “Leggi greche in diritto romano”, in: *Symposion* 1997, 225ff., 226; 상서는 Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte, Erster Abschnitt* (1988), 299ff.

27) 줄지, **로마法研究(1)**(서울대학교출판부, 1995), 17ff.; 22, 25; 27ff.

28) Eusebius, *Chronikon* 198 H: Hadrianus Atheniensibus leges petentibus ex Draconis et Solonis reliquorum libris iura composuit (D. Nörr, *op. cit.*, 46에서 재인용). 아테네의 경제력을 강화하기 위한 이 입법에 관해서는 Michael Zahnt, “Hadrian”, in: Manfred Claus (Hg.), *Die römischen Kaiser* (1997), 124ff., 130f.

29) 제국법(Reichsrecht)은 제국의 公式法(le droit officiel)을 의미하며, 로마제국에 귀속하기 전부터 각 지방에 존재해 왔던 민중법(Volksrecht, le droit vulgaire ou populaire) 내지 지방법/지역법(Landrecht, Provinzialrechte, les droits provinciaux, local law) 또는 토착법(le droit indigène, native law)과 구분된다.



무역 관습법을 로마가 수용한 대표적인 예이다.<sup>30)</sup>

#### b) 법적용과 외국법

로마의 법적용을 비교법이라는 측면에서 고려할 경우 맨 먼저 떠오르는 것은 영토의 확장과 더불어 증가한 外人<sup>31)</sup> 관련사건(외인 상호간 및 외인과 로마시민간)을 관장하도록 기원전 242년에 새로 창설된 **외인담당 법무관**(*praetor peregrinus*)의 활동이다.<sup>32)</sup> 이들에 의한 사법작용은 당시 문명화된 세계의 거주민들에게 공통된 보편법으로서 만민법을 발전시켰다. 이 과정에서 로마 고유의 법을 벗어나는 실질적 공통법규의 개발이 외국의 법에 대한 비교법적 고려 없이 가능하지는 않았을 것이다. 그러나 한편으로 만민법 자체에 관한 法源論 차원에서의 이론적 정초 작업과 큰 어려움 없이 확인 가능한 당시 세계의 공통된 법제도들에 관한 일반적인 논구가 비교적 분명한 형태로 전해지고 있다고 한다면, 반면에 다른 한편으로 얼마나 구체적으로 비교법적 자료에 대한 검토가 이루어졌는지는 확인하기 어렵다. 이와 관련해서는 뒤에 더 자세히 살펴보기로 한다.

**로마의 법률가들의 비교법적 고찰은 그러면 어떠했을까?**

일찍이 카토는 제민족의 법(*leges et iura*)에 관하여 실용주의적인 관심을 가졌던 것으로 알려져 있지만,<sup>33)</sup> 법학의 차원에서 외국법에 관한 언급을 가장 많이 하고 있는 사람은 다름 아닌 법학교과서를 집필한 **가이우스**이다. 그의 관심이 다른 실무형 법률가들과 달리 법학교육에 집중되었던 사정이 그로 하여금 외국법에 대하여 상대적으로 많은 주의를 기울이게 했던 것으로 보인다. 대표적인 경우들을 들어 보면 다음과 같다.

<sup>30)</sup> D.14.2 de lege Rhodia de iactu; Amelotti, *op. cit.*, 226; 230; 상세는 Herbert Wagner, “Die Lex Rhodia de iactu”, in: *Revue internationale des droits de l’antiquité (RIDA)* 44 (1997), 357ff.; G. Wesener, “Von der lex Rhodia de iactu zum § 1043 ABGB”, in: *Festschrift Bärmann* (1975), 31ff.; H. Honsell, “Ut omnium contributione sarciantur quod pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der Lex Rhodia de iactu”, in: *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein* (1993), 141ff.

<sup>31)</sup> 고대세계에서 시민 및 外人의 구별의 저변에는 법 일반의 경우에 그랬던 것처럼 종교적 관념이 깔려 있었다(Cf. 퀴스텔 드 쿨랑주/김응중 옮김, **고대도시. 그리스·로마의 신앙, 법, 제도에 관한 연구**(아카넷, 2000), 272ff.; 263ff.). 이러한 사정이 법의 비교에 대하여 어떠한 영향을 미쳤을 것인가는 앞으로의 과제로 넘기기로 한다.

<sup>32)</sup> Fr. Wieacker, *op. cit.*, 438ff.

<sup>33)</sup> Mario Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (1971), 9 n.22 (사료).

Gai. 1.55: Galatia인들도 자식들이 부모의 권력에 복종한다.<sup>34)</sup>

Gai. 1.193: 소아시아의 Bithynia인들은 여자가 법률행위를 체결할 때 남편이나 성숙한 아들이 助成을 해야 한다.<sup>35)</sup>

Gai. 3.96: 선서는 外人들의 법공동체들에서는 법적으로 구속력이 있다.<sup>36)</sup>

Gai. 3.134: 일반적인 견해에 의하면 外人의 自筆債務證書와 契約文記는 로마의 문서계약과 동일한 구속력이 있다.<sup>37)</sup>

성문법과 불문법의 구별에 관한 이론적인 논구의 배경으로서 그리스의 두 도시국가였던 아테네와 스파르타를 언급하고 있는 **유스티니아누스의 법학제도**도 로마인들이 역사적 비교법적 자료에 대한 정보를 가지고 있었음을 증명한다.<sup>38)</sup>

그러나 로마 중심의 제국법과 다른 법들에 관한 법률가들의 지식은 속주의 법률문제를 다루면서 자연스럽게 인식되었으며, 이 점에서 가장 대표적인 인물이 175년 야경총감을 역임하고 마르쿠스 아우렐리우스 황제의 고문법률가였던 **케르비디우스 스카이볼라(Q. Cervidius Scaevola)**였다.<sup>39)</sup> 그에게는 제국의 전역으로부터 법률자문을 구하는 문의가 들어왔다.

<서부> 이탈리아 D.32.35.3; 갈리아 D.33.2.34; 히스파니아 D.32.41.6.

<동부> 아프리카 D.19.2.61.1, D.33.7.27.1; 아시아 미노르 D.32.35.1; 팔레스티나

34) Gai. 1.55: ... nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestatem parentum liberos esse.

35) Gai. 1.193: ... ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem.

36) Gai. 3.96: ... sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum: nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus.

37) Gai. 3.134: Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et sygraphis, id est si quis debere se aut datum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

38) Inst. 1.2.10:

Et non ineleganter in duas species ius civile distributum videtur. nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea quae pro legibus observarent memoriae mandarent, Athenienses vero ea quae in legibus scripta reprehendissent custodirent.

39) Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (2. Aufl., 1967), 217ff.; Detlef Liebs, "Nachrichten aus Banasa über Taruttienus Paternus und Cervidius Scaevola", in: *SZ* 93 (1976), 291ff.

D.33.1.21.3 cf. D.50.7.13, D.32.101, D.45.1.122.1.

그리스어로 작성된, 따라서 지방에서 올라온 것으로 추정되는, 생전행위나 사인행위의 의사표시의 해석을 둘러싸고 스카이볼라에게 문의된 것으로 전해지는 사료만 해도 14개소에 이른다.<sup>40)</sup> 당시 — 아직 카라칼라의 市民權 칙령(Constitutio Antoniniana, 212년)<sup>41)</sup>이 반포되기 전이다 — 제국법과 지방법의 접촉이 어떠한가를 간취할 수 있는 몇 가지 대표적인 사안만을 소개하기로 한다.

(1) D.24.1.66.pr Scaevola libro nono digestorum.

(세이아가 셴프로니우스와 정해진 날짜에 혼인할 것이었으므로 媿家 親迎禮 및 嫁資證書의 서명 전에 일정금을 증여하였다. 나는 묻노니, 이 증여는 승인되는가? 증여가 행해진 것이 媿家 親迎禮 전인지, 아니면 흔히 또한 혼인 체결 후에 행해지는 증서의 서명 전인지. 이 시간은 문제가 되지 않았다고 답변되었다. 그러므로 합의에 의하여 체결되는 것으로 여겨지는 혼인이 체결되기 전에 증여가 행해진 것이 아니라면, 유효하지 않다.)<sup>42)</sup>

당사자들의 합의만으로 혼인은 성립한다는 로마법의 법리를 실시하고 있는 이 개소의 배경에는 혼인 성립에는 일정한 結婚儀式이나 증서의 작성이 필요한 것으로 보는 지역의 법의식이 깔려 있다.<sup>43)</sup>

(2) D.32.101.pr Scaevola libro sexto decimo digestorum.

(출신 속주에 자기의 부동산과 채무로 인하여 자신에게 입질된 다른 부동산

40) D.17.1.60.4; D.20.1.34.1; D.26.7.47.pr; D.31.88.15; D.32.37.5-6; D.32.39.1; D.32.101.pr; D.33.4.14; D.33.8.23.2; D.34.1.16.1; D.34.4.30.1/3; D.40.4.60; D.40.5.41.4; D.44.7.61, pr. — 지방시의 법령 해석을 문의 받은 경우로는 D.50.9.6.

41) Joseph Méléze Modrzejewski, *Droit impérial et traditions locales dans l'Égypte romaine* (1990), X.

42) D.24.1.66.pr Scaevola libro nono digestorum.

Seia Sempronio cum certa die nuptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, an ea donatio rata sit. non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et post contractum matrimonium fierent, in quaerendo exprimi: itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere.

43) Rafael Taubenschlag, “Le droit dans les Digesta et Responsa de Cervidius Scaevola”, in: *Opera minora*, I (1959), 505ff., 507f.

을 가진 자가 유언보충서에 다음과 같이 기재하였다: “나의 친애하는 母市에 내가 시리아에 보유하고 있는(κέρκτημα) 모든 부동산이 그 안에 있는 모든 群畜, 노예, 果實, 창고, 설비들과 함께 그의 몫으로 공여되기를 원하여 그의 것으로 지정하노라.” 또한 유언자가 입질 받아 가지고 있던 부동산도 그의 母市에 유증된 것으로 볼 것인가가 문의되었다. 그는 대답하기를, 주장된 바에 따르면 그 자신의 家産에 속하게 (이는 보통 채무자가 이행을 懈怠하면 일어난다) 된 것이 아닌 한, 유증된 것으로 보이지 않는다.)<sup>44)</sup>

시리아의 토지에 설정된 담보권이 관련된 법률문제 질의에 관하여 케르비디우스 스카이볼라는 이것을 - 말미의 괄호 속의 부연설명에서 드러나듯이 - 失權約款(lex commissoria)附 流質 방식의 담보권 설정으로 이해하고, 그러한 법리에 따라서 현재 채권자가 소유하고 있는 부동산인가 아닌가에 따라 유증의 유효 여부를 가리고 있다. 이러한 법리적인 구성이 투영되어 사실관계의 서술에서도 “채무로 인하여 자신에게 入質된 부동산”이란 표현이 사용된 것으로 보인다. 그러나 유언보충서에서 사용된 “보유”라는 표현으로 볼 때 이 사안은 그리스법상의 매도담보(πράσις ἐπὶ λύσει: 글자 그대로는 ‘환매 특약부 매도’)<sup>45)</sup>가 행해진 경우일 것이다. 담보의 목적으로 일단 소유권을 넘기되, 이행기에 채무를 변제하면 다시 소유권을 찾아오는 방식의 구성을 로마의 담보물권 제도의 틀 안에서 이해하려는 시도가 역으로 아직 소유권은 이전되지 않고 담보의 구

44) D.32.101.pr Scaevola libro sexto decimo digestorum.

Qui habebat in provincia, ex qua oriundus erat, propria praedia et alia pignori sibi data ob debita, codicillis ita scripsit: “τῆ γλυκυτάτῃ μου πατρίδι βούλομαι εἰς τὰ μέρη αὐτῆς δοθῆναι <καὶ ins. Mommsen> ἀφορίζω αὐτῇ χωρία πάντα, ὅσα ἐν Συρία κέρκτημα, ὅν πᾶσιν τοῖς ἐούσιν βοοκήμασιν δούλοισι παρποῖς ἀποθῆτοισι κατασκευαῖς πάσαις” (*Patriae meae mihi carissimae volo pro eius parte dari eique destino quaecumque possideo in Syria cum omnibus quae in iis sunt gregibus servis fructibus apothecis instrumentis*). quaesitum est, an etiam praedia, quae pignori habuit testator, patriae suae reliquisse videatur. respondit secundum ea quae proponerentur non videri relicta, si modo in proprium patrimonium (quod fere cessante debitore fit) non sint redacta.

45) Arnaldo Biscardi, *Diritto greco antico* (1982), 220ff.; 231ff.; Fritz Pringsheim, *The Greek Law of Sale* (1950), 117ff.; S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law* (1993/Ppb. 1995), 253f.; Arnold Kränzlein, “Eine atypische ΠΡΑΣΙΣ ΕΠΙ ΛΥΣΕΙ”, in: *Festgabe für Arnold Herdlitzka* (1972), 161ff. 전형적인 문구의 예에 관해서는 S. D. Lambert, “Notes on Two Attic Horoi and Some Corrigenda to The Phraties of Attica”, in: *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 110 (1996), 77ff.; John Ellis Jones/Stephen D. Lambert, “Two Security Horoi from An Ore-Washery at Agrileza, Southern Attica”, in: *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 125 (1999), 131ff.

속만을 받되, 이행기에 채무가 변제되지 않으면 소유권이 넘어가는 방식의 流質 구성으로 재해석하게 만든 것이다. 지방법을 로마법적으로 구성하여 이해하려는 로마중심적 태도가 반영된 결과인 것이다.<sup>46)</sup>

(3) “某某와 함께 거주한다면”(si cum ○○ morabuntur)이라는 조건 하에 피해 방노예들에게 食糧 年給(cibaria annua) 등이 유증된 사례들.<sup>47)</sup> 이러한 조건은 그리스의 노예해방에서 발견되는 형식이다.<sup>48)</sup>

카라칼라의 **시민권령이 반포된 후**의 모습은 어떠했을까? 이제는 명실공히 제국의 모든 자유인인 거주민이 로마시민이 되었으므로 로마법의 통일적 적용이라는 원칙이 관철되는 상황에서 비교법은 퇴색할 수밖에 없었을 것으로 일단 기대되기 때문이다. 그러나 실제 상황은 반드시 그렇지도 않았다. 제국법의 확산<sup>49)</sup>에도 불구하고 여전히 지방법의 요소들이 온존하였다.<sup>50)</sup> 이에 대해서도 몇 가지 대표적인 사례만을 소개하기로 한다.

(1) C.4.14.2 Imperator Antoninus (a.215).

(그대에게 노예상태였을 때 貸金했었던 그대의 채권자들에게 그대를 상대로 아무런 소권도 인정되지 않는바, 특히 그대에게 아무런 특유재산도 유증되지 않았음을 그대가 제시하는 까닭으로써이다.)<sup>51)</sup>

46) Rafael Taubenschlag, “Le droit dans les Digesta et Responsa de Cervidius Scaevola”, in: *Opera minora*, I (1959), 505ff., 510.

47) D.34.1.18.1-2; D.34.1.13.1-2.

48) Rafael Taubenschlag, “Le droit dans les Digesta et Responsa de Cervidius Scaevola”, in: *Opera minora*, I (1959), 505ff., 506.

49) 지방민들의 로마법에 대한 不知를 보여주는 예들은 많다. 로마법을 잘 몰라서 다른 견해를 가진 자들의 문의에 대한 欸답들은 역으로 제국법의 확산 과정에 대한 증거이기도 하다. 예컨대 노예법에 있어서 유언으로 타인의 노예에게 자유를 부여하고자 한 사안에 대하여 이를 불가하다고 실시한 C.7.2.9 [a.283] (cf. C.7.10.4 [a.260]); 보호자인 전 주인을 상대로 파렴치 효과가 따르는 소송을 제기할 수 없음을 교시한 C.6.6.1 [a.223]; 해방자의 부인에 대한 존경의무로 인하여 필요한 경우에도 그녀를 법무관의 허가 없이는 법정 소환할 수 없다는 법리를 밝힌 C.2.2.1 [a.230]. Rafael Taubenschlag, “Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes”, in: *Opera minora*, I (1959), 519ff., 519 n.2.

50) Andrew Lintott, *Imperium Romanum. Politics and Administration* (1993), 154f. (“a period of evolution and compromise”).

51) C.4.14.2 Imperator Antoninus (a.215).

Creditoribus tuis, qui tibi in servitute pecuniam crediderunt, nulla adversus te actio

문의자가 출발점으로 삼았던 관점, 즉 피해방자가 노예시에 가지고 있던 특유재산을 여전히 보유하는지 아닌지와는 무관하게 해방 후에도 그가 노예시에 부담했던 채무를 책임져야 한다는 것은 그리스법의 입장이었다.<sup>52)</sup>

(2) C.3.37.1 Imperator Antoninus (a.213).

(그대의 형제가 그 자신에게 속하는 부동산 지분만을 처분한 경우에는 매도는 취소할 수 없고, 그대와 동 부동산의 공유가 개시된 자를 상대로 공유물분할 소송으로써 제소하라. 그 소송으로써 그대는 그대가 가격 제시에서 이기면 공유자에게 그 대금 몫을 지급한 후 전체 부동산을 얻거나, 아니면 상대방이 더 좋은 가격조건을 제시한 경우에는 그 대금 몫을 획득할 것이다.)<sup>53)</sup>

이 개소에서 드러나는 것은 가산공동체의 분해 이후에도 구성원이었던 가족원은 이전의 다른 구성원의 개인적인 지분에 대하여 자기 자신의 지분에 대한 것처럼 처분할 권리가 있다는 지방민들의 법의식인데, 로마법상의 개인주의적 지분적 공유 관념을 철저히 관철시킨 답변이 주어졌다.

(3) C.2.18(19).12 Imperator Alexander Severus (a.230).

(아들이 자기 아버지를 위하여 채무를 변제한 경우에 그는 그 변제로 인하여 아무런 소권도 가지지 않는바, 변제 시에 家長權에 복속했든, 自權者가 되어서 증여의 의사로 금전을 공여했든 마찬가지이다. 그러므로 그대의 아버지가 自權者가 되어서 자신의 아버지를 위하여 先行한 委任 없이 사무를 관리하여 그의 채무를 변제한 경우에는 그대는 사무관리소권으로써 그대의 삼촌 아저씨들을 상대로 소구할 수 있다.)<sup>54)</sup>

competit, maxime cum peculium tibi non esse legatum proponas.

Cf. 같은 문제를 다룬 C.4.14.5 Imperator Gordianus (a.243).

Si, ut adlegas, antequam a domina manumittereris, fundos eius coluisti posteaque adempto peculio libertate donatus es, ob reliqua, si qua pridem contracta sunt, res bonorum, quas postea propriis laboribus quaesisti, inquietari minime possunt.

52) Rafael Taubenschlag, “Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes”, in: *Opera minora*, I (1959), 519ff., 520.

53) C.3.37.1 Imperator Antoninus (a.213):

Frater tuus si solam portionem praedii ad se pertinentem distraxit, venditionem revocari non oportet, sed adversus eum, cum quo tibi idem praedium commune esse coepit, communi dividundo iudicio consiste: ea actione aut universum praedium, si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretii obtinebis aut pretii portionem, si alius meliorem condicionem attulerit, consequeris.

54) C.2.18.12 Imperator Alexander Severus a Theophilo (a.230):

테오필루스라는 사람이 가장권에 복종하는 家子가 (사무관리로) 아버지의 부채를 상환한 경우에 아버지를 상대로 求償을 위하여 소송을 제기할 수 있다는 지방의 법관념을 배경으로 하여<sup>55)</sup> 자신의 법률문제에 대한 황제의 소견을 구한 사안이다. 황제의 담당부서에서는 이 批答의 모두에서 먼저 로마의 법에 의하면 그러한 지방적 법관념은 잘못임을 밝힌다. 가장권에 복속하는 상태에서 家子가 가장인 아버지의 채무를 변제하더라도 아버지를 상대로 그 구상권을 행사할 수 없다는 것이다. 왜냐하면 법적으로 가장권에 복속하는 家子の 재산은 로마법에 의하면 모두가 아버지의 것이기 때문이다. 물론 家子 자신이 실질적으로 독립적인 경제주체로 인정되는 경우, 즉 家子가 특유재산이 있는 경우에는 사정이 다르지만,<sup>56)</sup> 이 개소의 사안은 그러한 특유재산 제도 자체가 알려져 있지 않았던 지방의 사건인데다가 설사 알려져 있었다고 해도 관련당사자가 특유재산을 가지지 않았으므로 도대체가 특유재산이 문제될 수 없었던 사건이다. 구상권의 행사가 인정되지 않는 다른 경우로는 家子가 가장권을 벗어나서 自權者가 되었지만, 증여의 의사로 변제한 경우인데, 이는 당사자의 의사 자체가 구상을 원하지 않는 것이기 때문이다.<sup>57)</sup> 이제 현안을 살펴보면, 테오필루스의 아버지가 自權者가 된 후에 자신의 아버지, 즉 테오필루스의 할아버지의 채무를 사무관리자로서 변제하였고, 이후 테오필루스가 자신의 아버지를 상속하고, 그 할아버지를 테오필루스의 아버지의 형제들, 즉 테오필루스의 삼촌들이 상속한 상태에서 테오필루스가 삼촌들을 상대로 사무관리로 인한 구상을 구하는 것인데, 이상의 법리에 비추어 보면(“그러므로”), 증여의 의사가 없는 自權者인 사무관리자(실제로는 그 상속인)가 사무본인(실제로는 그 상속인)에게 구상을 구하는 것이므로 그 청구에 아무런 장애가 있을 수 없고, 따라서 批答의 취지도 바로 이와 같이 내려진 것이다.

(4) 채권법의 영역에서 지방색은 무엇보다도 서면의 중시에서 드러났다.<sup>58)</sup>

Si filius pro patre suo debitum solvit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, cum solveret, fuit, sive sui iuris constitutus donandi animo pecuniam dedit. Si igitur pater tuus sui iuris constitutus pro patre suo negotium gerens non praecedente mandato debitum eius solvit, negotiorum gestorum agere cum patris tuis potes.

55) Rafael Taubenschlag, “Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes”, in: *Opera minora*, I (1959), 519ff., 522.

56) Ulp. 10 ad ed. D.3.5.13(14); 줄저, 로마法上의 事務管理(서울대학교출판부, 2001), 96f.

57) Cf. Ulp. 45 ad Sab. D.3.5.4; 줄저, 로마法上의 事務管理(서울대학교출판부, 2001), 44ff.

58) Rafael Taubenschlag, “Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes”, in: *Opera minora*, I (1959), 519ff., 526.

## C.4.22.1 Imperatores Valerianus, Gallienus (a.259).

(계약에 있어서는 서면보다는 실체적 진실에 주목해야만 한다.)<sup>59)</sup>

## C.3.36.12 Imperatores Gallus, Volusianus (a.252).

(그래서 그대와 그대 형제 사이의 분할은 그대가 주장하듯이 그에 서면이 따르지 않았기 때문에 무효가 된 것으로 간주해야만 하는 것이 아닌바, 왜냐하면 행해진 법률행위의 신빙성이 분할이 유효함을 충분히 확증하기 때문이다.)<sup>60)</sup>

그러나 비교법의 관점에서 가장 흥미로운 사료는 역시 <모세법 및 로마법 대조>(Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum)이다. 그리스도교인으로 추정되지만 누구인지는 알 수 없는 작자의 이 법률문헌(4세기 말에서 5세기 첫 3분기)은 주로 형법 영역에 있어서 모세 율법의 규정들과 이른바 인용술의 다섯 법률가들(가이우스, 파피니아누스, 파울루스, 울피아누스, 모데스티누스) 및 그레고리우스와 헤르모게니아누스의 칙법집록에서 뽑은 로마의 법규를 대비시키고 있다.<sup>61)</sup> 그 집필의 의도가 무엇이었는지도 추정될 뿐인 이 문헌은 그러나 전문적인 법률가의 작품이 아니라는 점에서 로마법학이 본격적으로 비교법적 방법론을 동원한 예로 삼기에는 부적절하다.

#### 다. 비교법의 미발달

로마가 지중해 유역의 한 도시국가로 출발한 이래로 다른 법공동체와의 접촉은 불가피한 삶의 실제였고, 그 과정에서 남과의 다름, 즉 로마법의 고유성에 대한 자의식이 성장하고 반추되기에 이르렀고, 그리스 학문이론과 조우하면서 법이론적으로도 정립되었다. 그 이후 통일제국을 이룬 이후에도 다양한 지역법의 전통은 쉽게 불식되지도 않았고, 로마 중앙정부의 법정책도 일거에 지방법을 로마법으로 대체하는 실천불가능한 시도가 아니라,<sup>62)</sup> 기존의 법전통의 공존을 허용한

<sup>59)</sup> C.4.22.1 Imperatores Valerianus, Gallienus (a.259).

In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici debet.

<sup>60)</sup> C.3.36.12 Imperatores Gallus, Volusianus (a.252).

Non ideo divisio inter te ac fratrem tuum, ut proponis, facta irrita habenda est, quod eam scriptura secuta non est, cum fides rei gestae ratam divisionem satis adfirmet.

<sup>61)</sup> *Fontes Iuris Romani Anteiusiniani*, II (1968), 543ff.; *Fragmenta Vaticana, Collatio, Consultatio, Scholia Sinaitica, Probus* (Het erfeel van de klassieke romeinse juristen 4), vertaald door J. E. Spruit en K. E. M. Bongenaar (1987), 130ff.



가운데<sup>63</sup>) 점진적으로 제국법을 확산시켜 나아가는 방도를 채택하였다.<sup>64</sup>) 그나마 제국법화의 성과는 서로마제국의 몰락 시까지도 결코 완벽한 것이 아니었고 동로마제국의 유스티니아누스 황제의 야심찬 입법사업에 이르러서야 비로소 분명한 형태로 천명되었고 대체로 실현될 수 있었을 뿐이었다.<sup>65</sup>) 이렇듯 일상의 환경이 외인법으로 둘러싸인 로마의 법률가들로서 외국법의 존재에 대한 확실한 인식에도 불구하고 그저 맹아에만 머물렀을 뿐<sup>66</sup>) 그 호칭에 걸맞은 비교법적 고찰에 이르지 않은 所以는 무엇일까?

가장 먼저 지적할 수 있는 것은 로마법에 대등할 수준의 법질서를 다른 법공동체가 발전시키지 못하였다는 사실이다.<sup>67</sup>) 점령자 로마인들을 사로잡았던 문화국가 그리스조차도, 로마인들이 유일하게 지식인의 요건으로 삼았던 그리스어<sup>68</sup>)

62) 상제는 Ernst Schönbauer, “Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte”, in: *SZ* 49 (1929), 345ff., 386ff.; 이 문제에 관한 학술사적 조망은 Edoardo Volterra, “I diritti locali nelle province romane con particolare riguardo alle condizioni giuridiche del suolo”, in: *Scritti giuridici*, V (1993), 399ff.; 또한 同., “Les rapports entre le Droit romain et les Droits de l’Orient”, in: *Scritti giuridici*, VII (1999), 521ff. (필자 자신은 이곳과 同旨). — 로마의 이러한 태도는 황제가 지방이나 지방시의 일정한 집단에게 보낸 서한의 형식에서도 간취될 수 있다. 통상 로마 정복 이전의 지방의 용어와 국제 서신의 형식을 그대로 유지했던 것이다. James H. Oliver, *Greek Constitutions of Early Roman Emperors from Inscriptions and Papyri* (1989), 4.

63) Edoardo Volterra, “Quelques problèmes concernant le conflit de lois dans l’antiquité”, in: *Scritti giuridici*, IV (1993), 485ff., 487에 의하면 이러한 현상은 고대세계 전역(바빌로니아, 아시리아에서 페르시아, 셀레우코스 왕조, 이집트, 그리스, 로마, 유대를 거쳐 게르만인들의 지배에 이르기까지)에 해당한다.

64) A. Lintott, *op. cit.*, 160: “The Romans were certainly ready to create uniformity or near-uniformity when it was opportune, but could tolerate diversity.”

65) Cf. 이 문제에 관한 학술사적 조망은 Edoardo Volterra, “Introduction à l’histoire du droit Romain dans ses rapports avec l’Orient”, in: *Scritti giuridici*, VII (1999), 373ff. (필자 자신은 이곳과 同旨).

66) Gábor Hamza, *Comparative Law and Antiquity* (1991), 4: “the germs of comparative outlook in antiquity.”

67) Cf. Gábor Hamza, “Racines du droit international privé dans l’Antiquité gréco-romaine”, in: *Orbis Iuris Romani* 1 (1995), 110ff., 118ff.; 同, “Some Reflections on the History of Private International Law”, in: *Acta Juridica Hungarica* 34/3-4 (1992), 195ff., 197; 同, “Eigentümlichkeiten der Rechtsvergleichung im Bereich der antiken Rechte”, in: *Index* 16 (1988), 69ff., 69 = “Zu den Eigentümlichkeiten der Rechtsvergleichung im Bereiche der antiken Rechte”, in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (Wien) 26 (1985), 241ff., 241.

68) Yaron, *op. cit.*, 657ff.; Horst Hammen, “Griechische Klassiker und römisches Recht”, in: *Festschrift für Alfred Söllner* (2000), 407ff., 408 n.7 m.w.Lit. 로마법률가들의 그리

의 본향이었던 그리스의 폴리스들마저도 서로 각기 다른 분열된 법의 모습과 발전하지 못한 법학의 수준으로 인하여 로마인들에게 법에 관한 거시이론의 자극은 주었을망정,<sup>69)</sup> 미시적 차원의 법비교학의 추동력을 제공할 수는 없었다. 타법질서에 대한 로마인의 의식을 대변하는 표현은 로마의 지성을 대변하는 키케로의 다음과 같은 발언에서 발견된다.

Cic. de or. 1.44.197:

(왜냐하면 이 우리들의 시민법을 제외하고는 모든 시민법이 얼마나 조잡하고 거의 웃기는 수준인지 믿기지 않기 때문이다. 나는 이 일에 관해서 많은 것들을 일상의 얘기들에서 하곤 하는데, 우리 법률가들의 법학을 다른 모든 자들, 또한 특히 그리스인들보다도 앞선 것으로 여기기 때문이다.)<sup>70)</sup>

고대세계의 비교법에 관하여 최근 가장 관심을 기울여온 헝가리의 로마법연구가 **함자**는 이러한 로마인들의 태도를 예링이 지적했던 로마인들의 “자립충동”(Selbständigkeitstrieb)<sup>71)</sup>의 발로로 보고, 자국문명이 문명 그 자체라는 이러한 의식을 저변에 깔고 있는 “지역적”(regional) 부류의 고찰방식에서 외국법의 계수에 대한 반감이 유래한다고 지적한다.<sup>72)</sup>

스어 사용에 관해서는 [附論]으로 첨부하였다.

69) 그리스의 스토아 사상과 회의주의 아카데미 사상이 로마법학에 미친 심대한 영향에 관해서는 졸저, **로마법강의**(박영사, 1999), 234ff.

70) Cic. de or. 1.44.197:

Incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum; de quo multa soleo in sermonibus cotidianis dicere, cum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus et maxime Graecis antepono.

물론 시민법에 대한 이러한 의식은 로마 국가 전체에 대한 의식과 궤를 같이하는 것이었다.

Cic. de rep. 1.47.70:

Sic enim decerno, sic sentio, sic adfirmo, nullam omnium rerum publicarum aut constitutione aut discriptione aut disciplina conferendam esse cum ea, quam patres nostri nobis acceptam iam inde a maioribus reliquerunt.

(왜냐하면 이렇게 나는 판단하고, 이렇게 나는 확신하고, 이렇게 나는 확인하노니, 모든 국가들 중에서 어느 하나도 憲制에 있어서나, 권력의 배분에 있어서나, 질서에 있어서 우리들의 父祖들이 조상님들로부터 처음부터 받아서 우리에게 물려주신 나라와 비교할 수 없다.)

71) Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II 1 (5. Aufl., 1894), 19ff.

72) Gábor Hamza, “Rechtsvergleichung und die griechisch-römische Antike”, in: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (Wien) 24 (1983), 235ff., 247f.

이러한 로마인들의 자긍심은 로마가 제국으로 발전하면서 로마가 세계의 중심이라는 정치적-문화적 이념에 의하여 더욱 조장되었다. 지리학 지식의 확대에 따른 비로마 지역에 대한 정보도 제국사상의 보편주의를 불식시키지는 못하였다.<sup>73)</sup> 법률사료(입법과 법학)에서도 orbis Romanus가 표방되었다.<sup>74)</sup>

그밖에 로마 소송제도의 특색으로 인하여 비교법적 고찰의 주체가 심판인(iudex)이 아니라, 소송의 진행 여부와 그 쟁점사항을 결정하는 데 주도적인 역할을 한 司法政務官인 법무관(praetor)이었다는 점<sup>75)</sup>도 한 원인이었을 것이다. 이들에게 다른 국가의 법질서를 고려하거나 적용할 법적인 의무가 있었다는 기록은 전혀 발견되지 않으며, 실제로도 그런 의무는 없었을 것이다. 따라서 순전히 합목적적 관점 하에 재량의 범위 내에서 비교법적 고려가 이루어졌을 것이고, 예나 지금이나 실무의 제한된 시간적인 여건 하에서는 실제법규가 이미 비교법적 정보를 가공한 경우가 아니라면 실천되기가 쉽지 않았을 것이다.

73) Orbis terrarum, noster orbis, orbis Romanus, οἰκουμένη καθολικῆ로 이어지는 로마 제국주의의 관념세계에 관한 상제는 Joseph Vogt, "Orbis Romanus. Ein Beitrag zum Sprachgebrauch und zur Vorstellungswelt des römischen Imperialismus", in: *Orbis. Ausgewählte Schriften zur Geschichte des Altertums* (1960), VII, p. 151ff. 로마제국의 통합적 역할에 관해서는 정기문, "후기 로마제국과 유럽통합", *西洋古典學研究* 20 (2003), 207ff.

74) D.1.5.17 Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum.

In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.

C.4.42.1 Imperator Constantinus.

Si quis post hanc sanctionem in orbe Romano eunuchos fecerit, capite puniatur: mancipio tali nec non etiam loco, ubi hoc commissum fuerit domino sciente et dissimulante, confiscando.

C.6.23.31.1 Imperator Justinianus.

Sancimus itaque in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt et litterarum viget scientia, omnia, quae etiam libris nostrorum digestorum seu institutionum et imperialibus sanctionibus nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari nullamque ex praesenti lege fieri innovationem.

C.6.51.1.pr Imperator Justinianus.

Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus Romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe Romano recludere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret.

75) Gerhard Wesenberg, "Zur Frage eines römischen Internationalen Privatrechts", in: *Labeo* 3 (1957), 227ff., 231.

그러나 관점을 달리하면, 이러한 로마 중심의 법사고는 오히려 현대 비교법학의 목표라고 할 수 있는 통일법에 버금가는 **만민법**(*ius gentium*)이라는 실질법규를 비교법의 부재에도 불구하고 정립함으로써 그들의 탁월한 법적 감각을 역사상 유례가 없는 방식으로 발출하였다.<sup>76)</sup> 다양한 Jurisdiction의 경합이 legal pluralism이라는 이름으로 긍정적인 평가를 받아온 서양의 경우<sup>77)</sup> 주해학과<sup>78)</sup>에 와서야 비로소 국제사법이라는 방편으로써 섭외사건의 해결을 도모할 수 있었던 사실<sup>79)</sup>을 상기하면, 근본적으로 법의 다원주의(*la pluralité des droits*)를 긍정한 가운데서도 중심세력의 Jurisdiction의 장점을 최대한 살렸던 로마의 방식은 그 배후의 보편적 합리성(*naturalis ratio*)<sup>80)</sup>만큼이나 비교법학의 관점에서 높이 평가하지 않을 수 없다. 말하자면 만민법은 요즈음 말로 글로벌 스탠다드법이었다.<sup>81)</sup>

#### 라. 지방법의 영향

그러나 또 다른 한편으로 로마법은 주변지역의 법들과 부단히 접촉하면서 자

76) 이러한 업적은 고대 문명대국 이집트와의 비교에서도 두드러진다. 빅터 에렌버그 지음, 김진경 옮김, **그리스 국가**(민음사, 1991), 319에 의하면 “프톨레마이오스 왕조의 이집트에서는 진정한 만민법 *ius gentium*을 창조하는 문제가 해결되지 않았다. 사실 그 문제는 거의 시작되지도 않았던 것이다.”

77) Cf. Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (1983).

78) 바르톨루스의 <國際私法論攷>에 관하여는 졸저, **로마法研究(1)**(서울대학교출판부, 1995), 498ff.

79) Cf. Ulrich Huber, *De Conflictu legum*: Notum est porro, leges et statuta singulorum populorum multis partibus discrepare, posteaquam dissipatis imperii Romano provinciis, divisus est orbis Christianus in populos ferme innumeros, sibi mutuo non subjectos ... In jure Romano non est mirum nihil hac de re extare ... Regulas tamen fundamentales, secundum quas huius rei iudicium regi debet, ex ipso jure Romano videntur esse petendae. (Max Gutzwiller, *Geschichte des Internationalprivatrechts* (1977), 3 n.8에서 재인용).

80) Gai. 1.1: Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

그러나 다른 한편으로 오늘날의 글로벌 스탠다드에 세계 최강대국 미국법의 영향이 강하듯이, 당시의 만민법 또한 로마의 시민법과 다르지 않게 로마적 법관념의 체현이었으며, 실제로 외국법과의 특정한 연계성은 그 속에 내재하지 않았다. Hans Julius Wolff, *Das Problem der Konkurrenz von Rechtsordnungen in der Antike* (1979), 67f.; 71.

81) 만민법에 속하는 구체적인 법제도들에 관해서는 Max Kaser, *Ius gentium* (1993), 75ff.

신을 관철시켜야 했으며,<sup>82)</sup> 무릇 모든 문화현상이 그러하듯이, 이 상호접촉과 교류의 과정에서 로마의 법문화도 의식적·무의식적으로 일정한 변화가 불가피하였다. 일반적으로 동부의 문화와 만나면서 일어난 이러한 변화는 많은 예들을 통하여 그 가능성들을 확인할 수 있다. 그러나 지방법이 의심의 여지없이 이탈리아의 로마법에 영향을 미친 사례는 극히 예외적인 경우에만 입증 가능할 뿐이다. 그리고 영향도 일반적으로 매우 미미하였다. 예상할 수 있듯이 재산법의 경우에 상대적으로 영향력이 컸다면, 가족법과 상속법의 분야에서는 상대적으로 더 약했다.<sup>83)</sup> 디오클레티아누스 황제에 의한 제국의 분할통치 이후로도 동방적인 법관념의 영향은 지속되었다. 디오클레티아누스 자신은 고전적 전통을 되살리려는 노력을 기울여서 제국법과 민중법의 이원적인 결합이 이루어진 혼합형태의 법문화를 초래했으며, 이후 상황은 황제에 따라 다른 법정책의 결과로 변동을 거듭하였다. 콘스탄티누스는 일련의 민중법적 요소를 제국법으로 승격시켰던 반면에, 테오도시우스 1세, 아르카디우스, 테오도시우스 2세는 이와 다른 정책을 폈다. 이러한 조치들과는 별개로 법실무는 로마법의 동방화를 촉진하였다.<sup>84)</sup> 유스티니아누스도 이러한 법실무에 연결하여 일정한 민중법적 제도들을 제국법으로 받아들였으나, 그의 고전주의와 더불어 여전히 제국법에 의하여 승인되지 않은 많은 지방법의 요소들이 존재하였다.<sup>85)</sup>

82) 예컨대 하드리아누스가 나일강에서 익사한 총애하던 안티누스를 기념하여 122년에 중부 이집트에 건설한 안티누폴리스(Antinoupolis)의 경우에도 그리스인들의 도시로 그리스법에 의한 전체적 질서에 로마적 법관념과 로마법규범이 (특히 이집트인과의 통혼권 [ἐπιγαμία] 및 시민의 친족에 대한 부담면제의 특권에 있어서) 삼투하여 혼합적인 법 질서를 구축할 수 있었을 뿐이었다. Horst Braunert, "Griechische und römische Komponenten im Stadtrecht von Antinoopolis", in: 同, *Politik, Recht und Gesellschaft in der griechisch-römischen Antike* (1980), 328ff.

83) Rafael Taubenschlag, "Der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Privatrecht", in: *Opera minora*, I (1959), 421ff., 431; 구체적인 예들은 422ff.

84) Franz Wieacker, "Zur Effektivität des Gesetzesrechts in der späten Antike", in: *Festschrift für Hermann Heimpel* (1971), 546ff., 557; 同, "Zur Effektivität des Gesetzesrechtes in der späten Antike", in: *Studi in memoria di Guido Donatuti*, III (1973), 1415ff., 특히 1421f. 가장 두드러진 예가 그리스의 법관행에 의해 영향을 받아서 서면계약으로 변한 문답계약(stipulatio)일 것이다. 신용위임(mandatum qualificatum)이 보증과 합치하게 된 것도 그리스 쪽의 영향이었다. Rafael Taubenschlag, "Der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Privatrecht", in: *Opera minora*, I (1959), 421ff., 457f.

85) Rafael Taubenschlag, "Der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Privatrecht", in: *Opera minora*, I (1959), 421ff., 447f.; 구체적인 예들은 449ff. — 여러 모로 특유

### 마. 법기술적 측면들

이미 살펴보았듯이, 로마의 법률가들이 섭외적인 사건을 해결해야 하는 실무적 필요성에 직면했다는 것은 의문의 여지가 없는 사실이다.<sup>86)</sup> 이런 경우에 그들은 어떻게 대응하였을까? 로마는 초창기부터 로마의 지배영역 바깥의 異邦 국가와 조약을 맺음으로써 그들의 관계를 규율하였으며,<sup>87)</sup> 수많은 국제조약<sup>88)</sup>에서 드러나듯이 로마인들은 이방 국가들도 그들 자신의 법을 가진다는 사실을 자연스러운 것으로 받아들였다. 그러나 그렇다고 해서 외국인들이 자신들의 고국법에 의하여 판단 받아야 한다고 승인했던 것은 아니었다. 기본적으로 외국인에 대한 처우는 국제조약이 정하는 바에 따랐다. 예컨대 기원전 348년의 로마와 카르타고 사이의 조약에 따르면 로마인들은 카르타고의 식민지 시킬리아와 카르타고에서 시민들에게 허용된 어떤 상행위도 할 수 있었고, 카르타고인들은 역으로 로마에서 같은 지위를 누렸다.<sup>89)</sup> 그러나 그밖에는 로마 정무관의 국가정책적 고려에 의

---

한 사정 하에 있었던 이집트에 관해서는 이곳에서는 고찰을 생략한다. Cf. Rafael Taubenschlag, “Der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Privatrecht”, in: *Opera minora*, I (1959), 421ff., 477ff.; Schönbauer, *SZ* 49 (1929), 345ff.

86) 古그리스와 프톨레마이오스 이집트(기원전 304-기원전 30)에 관해서는 Hans Julius Wolff, *op. cit.*, 15ff.; 47ff.

87) Edoardo Volterra, “Storia del diritto romano e storia dei diritti orientali”, in: *Scritti giuridici*, VII (1999), 417ff., 462ff. — 특히 흥미로운 현상은 동맹국에 의한 공식절차를 통한 의식적인 로마법률의 수용(“fundus fieri”: Cicero, *pro Balbo*, 19: *negat ex foederato populo quemquam potuisse, nisi is populus fundus factus esset, in hanc civitatem venire; eod. 38: huic generi legum fundos populos fieri non solere; eod. 52: multi in civitatem recepti ex liberis foederatisque populis [liberati sunt]: nemo umquam est de civitate accusatus, quod aut populus fundus factus non esset, aut quod foedere civitatis mutandae ius impediretur; Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, 16.13.6: nullis aliis necessitatibus neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus est)이다. 이에 관해서는 일응 Horst Braunert, “Verfassungsnorm und Verfassungswirklichkeit im spätrepublikanischen Rom. Eine Interpretation zu Ciceros Rede für Balbus”, in: 同, *Politik, Recht und Gesellschaft in der griechisch-römischen Antike* (1980), 191ff., 198ff. 그러나 이 문제는 로마의 입장에서 비교법적 차원의 문제는 아니므로 이 글에서는 고찰을 생략한다.*

88) Kommission für Alte Geschichte und Epigraphik des Deutschen Archäologischen Instituts, *Die Staatsverträge des Altertums, Zweiter Band: Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 700 bis 338 v. Chr.* (1975), passim; 同, *Dritter Band: Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 338 bis 200 v. Chr.* (1969), passim; 또한 Wilhelm G. Grewe (Ed.), *Fontes Hitoriae Iuris Gentium, Vol. 1: 1380 v. Chr./B.C.-1493* (1995), 146ff.

89) Polybius 3.24.12-13; Kommission für Alte Geschichte und Epigraphik des Deutschen

한 결정에 달려있었다.<sup>90)</sup> 外人들은 로마의 임페리움(imperium 高權)에 의하여 통치되었던 것이다.<sup>91)</sup> 만민법도 로마 법무관이 행사하는 高權이라는 헌법적 기초 위에서 로마의 법으로서 발전한 것이고, 필요한 경우 외국인에게는 봉쇄되었던 로마의 소송을 가능하게 하기 위하여 시민권을 의제했던 의제소권도 법무관의 高權에 기한 공권력의 결단이 없이는 생각할 수 없는 법기술적 장치였다.<sup>92)</sup> 그러나 이러한 절차법적 측면보다 더 중요한 것은 역시 실체법의 내용이었고, 로마인들은 로마법의 입장에서 필요에 따라 ① 속인주의 원칙에 충실한 법적용, ② 로마법을 외인에게 적용, ③ 로마법에 새로운 법규를 도입하는 방책들을 동원하여 접외적 사건의 해결을 도모하였다.<sup>93)</sup>

① 속인주의 원칙에 충실한 법적용

로마시민에게만 로마 시민법을 적용하고(Gai.1.1), 외인에게는 외인법을 적용하거나, 아니면 만민법을 적용하는 원칙적인 법운용의 모습이 이에 해당한다. 가장 전형적인 모습을 보이는 것은 가이우스의 다음 개소이다.

Gai. 3.120:

(그리고 誓約保證人(sponsor) 및 信約保證人(fidepromissor)의 경우에는 상속인

Archäologischen Instituts, *Die Staatsverträge des Altertums, Zweiter Band: Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 700 bis 338 v. Chr.* (1975), Nr.326, S.306ff. 상호 약탈을 방지하려는 이러한 조약의 취지에 관하여는 Gray L. Dorsey, *Jurisculture. Greece and Rome* (1989), 70f.

<sup>90)</sup> Hans Julius Wolff, *op. cit.*, 66. 그러나 다른 한편으로 주민들 자신이 로마식 방법과 법원칙들이 더 매력적이라는 사실을 발견한 경우가 적지 않았을 것이라는 점도 지적해 두어야 할 것이다. 同旨 A. Lintott, *op. cit.*, 160.

<sup>91)</sup> Schönbauer, *SZ* 49 (1929), 371; Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht* (17. Aufl., 2003), § 3.9-10, S.39. 속주의 고시(edictum provinciale)는 로마의 고시를 모범으로 삼아 成案되었다. Cf. Antonio Guarino, “Gaio e l’«edictum provinciale»”, in: *Pagine di diritto Romano*, IV (1994), 279ff.

<sup>92)</sup> Hans Julius Wolff, *op. cit.*, 68f. 시민권의 의제(si civis Romanus esset)의 예: Gai.4.37 (절도소권, 아퀼리우스법 소권); Gai.1.47 (아일리우스 센티우스법, 債權者詐欺 노예해방에 관하여). — 이러한 의제는 외인 담당 법무관의 관할에서는 불필요했을 것이므로 외인 담당 법무관이 창설되기 전에 시민 담당 법무관으로부터 유래할 것이라는 점에 대한 지적은 David Daube, “The Peregrine Praetor”, in: *Collected Studies in Roman Law*, I (1991), 384ff.

<sup>93)</sup> Fritz Sturm, “Gaius I 77 und das römische Kollisionsrecht”, in: *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht* (1979), 155ff., 162f.

은 책임을 지지 않는다. 단 우리가 外人 信約保證人에 관하여 문의하고 그의 나라가 다른 법을 사용하는 때에는 그러하지 아니하다. 그러나 信命保證人(fideiussor)의 경우에는 상속인도 책임을 진다.)<sup>94)</sup>

이에 따르면 로마시민에 고유하여 처음부터 外人에게는 가능하지 않았던 서약 보증(sponsio)의 경우와 달리 外人에게도 가능했던 신약보증의 경우(Gai. 3.93)<sup>95)</sup> 그 외인의 본국법이 우선 적용되었다.<sup>96)</sup>

또 가령 외인이 노예를 해방시킨 경우에 그 해방노예에게 우선적으로 적용되는 법은 해방시킨 외인의 법이며, 그에 달리 정함이 없는 때에 한하여 법무관이 일정한 보호를 하였다. 로마법이 정한 법정외의 효과—유니우스법(lex Iunia Norbana, 기원후 19년)에 따른 라틴인이 되는 것—은 기대할 수 없었다(Fr. Dosith. 12).<sup>97)</sup>

<sup>94)</sup> Gai. 3.120: Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur; fideiussoris autem etiam heres tenetur.

<sup>95)</sup> Gai. 3.93: Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive Romanos sive peregrinos valent. ...

<sup>96)</sup> Hans Julius Wolff, *op. cit.*, 70f.는 이 개소에서 civitas = 그리스의 폴리스이고, 外人의 신약보증 = 로마적 형식으로 체결된(cf. Gai. 3.93) ἔγγυον의 개연성을 지적하는 Triantaphyllopoulos, *Mélanges Seston* (1974), 473ff.[필자 未見]의 견해를 인용하면서 (Wolff, *ibid.*, 70 n.219) 외인의 본국법이 적용되는 것은 신약보증주이 로마인에게만 가능한 것이어서 로마법이 배제되는 결과로서이지, 그 법이 우선 적용되기 때문에 로마법이 배제되는 것이 아니라고 해석하고, 오해를 불러일으키는 가이우스 텍스트의 부적절한 표현은 텍스트의 축약과정에서 유래했을 것이라고 본다. 그러나 이것은 그도 인용하고 있는 Gai. 3.93에 명백히 반하는 것으로서 오류이다(이 글에 대한 토론에서 최봉경 교수는 Wolff의 견해가 오히려 맞는 것이 아닌가 하는 의문을 제기하였는데, 그에 대한 답은 이미 방금 지적한 바와 같다). Dieter Nörr, *SZ* 98 (1981), 406ff., 409f. n.10은 로마 채권자의 이익을 생각하면 외인법을 우선시하는 이러한 규율은 오히려 이해할 수 있다는 경제적 관점의 지적을 하지만, 이 점이야말로 Wolff의 말마따나 원인이라기보다는 결과라고 보는 것이 경제적인 것을 포함하여 일체의 法外的인 관점을 배제하는 로마법학의 특성상 타당할 것이다. 그리스법상의 保證인 앵귀에(ἔγγυον)는 상속이 되었다. Hein L. W. Nelson und Ulrich Manthe, *Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar* (1999), 164.

<sup>97)</sup> Fr.Dosith. 12: Peregrinus manumissor servum non potest ad Latinitatem perducere, quia lex Iunia, quae Latinarum genus introduxit, non pertinet ad peregrinos manumissores, sicut et Octavenus probat. At praetor non permittet manumissum servare, nisi aliter lege peregrina caveatur.

Edoardo Volterra, "Quelques problèmes concernant le conflit de lois dans l'antiquité", in: *Scritti giuridici*, IV (1993), 497; Hans Julius Wolff, *op. cit.*, 69f.



그리고 외인에게 노예를 양도하는 경우에는 시민법상의 제도인 握取行爲(mancipatio)에 의한 소유권이전이 가능하지 않았기 때문에 만민법상의 제도인 단순한 인도에 의하는 수밖에 없었으며, 그 결과 인도 시에 (악취행위 시에는 부수약정으로서 가능하였을) 용익역권의 유보도 불가능하였다(Fr.Vat. 47a).<sup>98)</sup>

또 로마시민인 여자와 타인의 남자노예 사이에 태어난 아이는 로마법(Senatus consultum Claudianum [52 A.D.])에 의하면 노예로 태어나지만, 이러한 규정이 없는 법공동체의 경우에는 만민법에 의하여 어머니의 신분을 따르는 결과로 자유인으로 태어난다(Gai. 1.86).<sup>99)</sup>

속주민에게 로마법이 아니라 토착법을 적용한 사례로는 124년 이집트의 상속분쟁사건을 들 수 있다.<sup>100)</sup> 로마군인[禁衛軍長]이었던 심판관 블라이시오스 마리아노스는 이집트인 아들이 아버지 생전에 아버지를 배제하고 다른 사람을 상속인으로 지정하는 유언을 할 수 있는가가 문제된 재판에서 로마법뿐만 아니라 이집트법에도 정통한 법률가(νομικός) 클라우디우스 아르테미도로스에게 문의한 후 이집트법에 합당한 방식으로 법률문제를 판정하였다.

속주 중에서도 예외적인 상황이었던 이집트를 제외하더라도 다양한 지역에서 로마의 사법당국이 그 지역의 법에 의하여 처결하도록 한 사례를 다수 찾아 볼 수 있는데,<sup>101)</sup> 이미 지적했듯이 로마법을 적용할 것인지, 아니면 지역법을 적용할 것인지의 결정 자체가 대체로 로마식 소송절차를 쫓아서 재판부의 구성을

<sup>98)</sup> Fr.Vat. 47a: ... In re nec mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.

Sturm, *op. cit.*, 160ff, 162는 속인주의적 사고방식을 보여주는 예의 하나로 Gnomon Idiologi § 35: Militantibus etiam qui intestati moriuntur liberi et cognati heredes fieri possunt, si quidem eiusdem generis sunt qui veniunt (병사들은 무유언으로 사망하는 자들에게도 자식들과 혈족들이 상속인이 될 수 있는바, 상속인이 되고자 하는 자들이 동일한 씨족에 속하는 한 그러하다)를 들고 있는데, 반드시 적절한 예인지는 의문이 있다.

<sup>99)</sup> Gai. 1.86: sed illa pars eiusdem legis salva est, ut ex libera et servo alieno, quem sciebat servum esse, servi nascantur. itaque apud quos talis lex non est, qui nascitur iure gentium matris condicionem sequitur et ob id liber est.

<sup>100)</sup> *Corpus Papyrorum Raineri*, Wien, I 18 = Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui* (7. ed., 1909), Nr.189, p.407ff.; Erwin Seidl, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz* (1973), 48f.; Rafael Taubenschlag, “Die römischen Behörden und das Volksrecht vor und nach der C. A.”, in: *Opera minora*, I (1959), 477ff., 486; Edoardo Volterra, “Quelques problèmes concernant le conflit de lois dans l’antiquité”, in: *Critti giuridici*, IV (1993), 485ff., 492; Hans Julius Wolff, *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemaer und des Prinzipsats*, I (2002), 76f.

<sup>101)</sup> 상세는 A. Lintott, *op. cit.*, 155ff.

주도했던— 로마 사법당국의 재량이었다.<sup>102)</sup>

그러나 다른 한편으로 로마시민의 특권적 지위를 유지시키는 데 관심이 있었던 로마의 지방당국이 이들을 가급적 다른 부류의 백성과 분리시키는 정책을 펼 경우, 이것은 로마법의 원리와 그로부터 파생된 격식들이 무의미했던 外邦의 배경을 갖는 로마시민권 취득자들에게 많은 경우에 로마법의 적용이 강제되었다는 것을 의미한다. 실제로 로마법이 適所가 아닌 곳에서 적용되는 사례나, 로마법의 적용이 공허한 형식주의에 그치는 경우도 생겨났다.<sup>103)</sup>

## ② 로마법을 외인에게 적용

공화정기의 사례로서 가령 키케로의 킬리키아 속주 고시<sup>104)</sup>나, 기원전 193년의 借金利率에 관한 셴프로니우스법을 들 수 있다. 이 법에 의하여 시민간의 금융거래에 대한 이자 규제를 잠탈하려는 외인과의 위장거래에도 같은 범규가 적용되었다.<sup>105)</sup> 달리 외인들에게는 적용되지 않았던 아이리우스 센티우스법이 었지만, 하드리아누스 황제 때의 원로원의결로써 채권자사해 목적의 노예해방은 자유를 부여하지 않는다는 법조만큼은 외인에 의한 노예해방에도 적용하였는데, 이것 또한 셴프로니우스법과 마찬가지로 사회질서 차원의 대응이었다 (Gai. 1.47).<sup>106)</sup> 다른 예로는 안토니누스 피우스의 그리스인을 위한 결정<sup>107)</sup>이 여기에 속한다. 이러한 예들은 “외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다”라고 규정하는 우리나라 국제사법 제10조의 취지와 이미 대동소이한 것이다.

<sup>102)</sup> A. Lintott, *op. cit.*, 160+n.29 (p.224); 57f.; 64f.

<sup>103)</sup> 상세는 Hans Julius Wolff, “Some Observations on Pre-Antoninian Roman Law in Egypt”, in: Roger S. Bagnall and William V. Harris (ed.), *op. cit.*, 163ff.

<sup>104)</sup> Cf. Cicero, ad Att. 6.1.15; Sturm, *op. cit.*, 160; 162.

<sup>105)</sup> Liv. 35.7.4-5: inde postquam professionibus detecta est magnitudo aeris alieni per hanc fraudem contracti, M. Sempronius tribunus plebis ex auctoritate patrum plebem rogavit, plebesque sciuit ut cum sociis ac nomine Latino creditae pecuniae ius idem quod cum ciuibus Romanis esset.

Giovanni Rotondi, *Leges publicae populi Romani* (1912/reprint 1962), 271.

<sup>106)</sup> Gai. 1.47: In summa sciendum est, quod lege Aelia Sentia cautum sit, ut creditorum fraudandorum causa manumissi liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere — senatus ita censuit ex auctoritate Hadriani —, cetera vero iura eius legis ad peregrinos non pertinere.

<sup>107)</sup> Pausanias, *Descriptio Graeciae* 8.43.5; Sturm, *op. cit.*, 160f., 162.

## ③ 로마법에 새로운 법규 도입:

이러한 예로서 하드리아누스 황제 때의 한 원로원의결을 들 수 있다.

Gai. 1.77:

(또 로마 시민인 여자가 통혼권이 있는 외국인 남자와 혼인한 경우에 외국인을 출생하며, 이 아이는 마치 그 남자가 외국인 여자에게서 얻은 것처럼 아버지의 적법한 아들이다. 그렇지만 오늘날은 聖帝 神皇 하드리아누스의 發議로 만들어진 한 원로원의결에 의하여 로마 시민인 여자와 외국인 남자 사이에 통혼권이 없었더라도 태어나는 아이는 아버지의 적법한 아들이다.)<sup>108)</sup>

그러나 중요한 것은 비교법적 지식과 그 활용이 아니라, 로마법의 입장에서 무엇이 합리적인가 하는 고려였고, 따라서 다음에 소개하는 사료(Gai. 1.92)에서 볼 수 있듯이 실제로 비교법적 고찰과 그 성과를 반영하는 결정을 내린 경우에도 그 사실을 명시적으로 밝히는 경우는 거의 없었다.

Gai. 1.92:

(外人女가 사생아를 임신하였다도 그 후에 로마시민이 된 다음 출산하면 로마시민을 출산한다. 그런데 外人男에게서 外人들의 법과 관습에 따라 임신한 때에는 神皇 하드리아누스의 발의로 이루어진 한 원로원의결에 의하여 그의 아버지에게도 로마시민권이 부여되는 경우에는 로마시민을 출산하는 것으로 간주된다.)<sup>109)</sup>

<sup>108)</sup> Gai. 1.77: Ita que si civis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinum sane procreat; et is iustus patris filius est, tamquam si ex peregrina eum procreasset. hoc tamen tempore ex senatus consulto, quod auctore divo Hadriano sacratissimo factum est, etiamsi non fuerit conubium inter civem Romanam et peregrinum, qui nascitur iustus patris filius est.

Fritz Sturm, "Gaius I 77 und das römische Kollisionsrecht", in: *Maior viginti quinque annis* (1979), 155ff.

<sup>109)</sup> Gai. 1.92: Peregrina quoque si vulgo conceperit, deinde civis Romana facta tunc pariat, civem Romanum parit; si vero ex peregrino secundum leges moresque peregrinorum conceperit, ita videtur ex senatus consulto, quod auctore divo Hadriano factum est, civem Romanum parere, si et patri eius civitas Romana donetur.

Hans Julius Wolff, *op. cit.*, 69.

### 바. 다른 차원의 사례들

언뜻 보기에 비교법적 사안들로 보이지만,<sup>110)</sup> 이상의 비교법적 고찰과 구별해야 할 사례들이 있다. 몇 가지 예만을 들어 둔다.

우선, 로마법의 적용이 법규의 개별적인 특성상 지역적 또는 인적으로 달리 취급되는 경우들이 있었다는 점이다. 가령 복수의 보증인들이 있는 경우에 분할의 이익을 규정한 푸리우스 법(*lex Furia de sponsu*)은 誓約保證(*sponsio*) 또는 信約保證(*fidepromissio*)이 이탈리아에서 행해진 경우에만 적용되고 다른 지역에 대해서는 적용되지 않았다.<sup>111)</sup> 따라서 두 지역이 비교되더라도 비교법적 차원의 논의가 아닌 것이다.<sup>112)</sup> 擄取行爲가 이탈리아의 토지에 대해서만 해당되었던 것(*Gai. 2.14a*)도 비교법과는 무관한 문제이다.

## Ⅲ. 맺음말

이상으로 로마법상에 나타난 비교법적 양상을 走馬看山 격으로 훑어보았다. 결과적으로 로마의 법률가들의 법학에 대한 현대의 통념적인 이해를 처음부터 벗어날 수 없는 한계를 지닌 작업이었지만, 다른 한편으로는 그들 역시 의식적으로 드러낸 것만으로 판단할 경우에 품을 수밖에 없는, 고립된 로마편중주의적 태도를 가졌던 것은 결코 아니라는 사실을 확인할 수 있었다. 좁은 의미의 비교법학이 맹아 내지 단초에 머물렀다 하더라도, 넓은 의미에서의 비교법적 고찰은 법률가들의 일상에 다양한 방식으로 뿌리 내리고 있었음을 알 수 있었다. 그들의 삶의 현장이 그러한 사고의 전개를 유발했기 때문이다. 말하자면 도전에 대하여 회피하지 않고 철저하게 법의 논리로써 대응한 그들의 이러한 궤적은 앞으로도 좋은 선례로서 남을 것이다.

현대의 로마법 연구자에게 제국법과 지방법의 수많은 사료를 모두 검토하여 그 비교법적 진상을 확인한다는 것은 하나하나의 자료를 매우 섬세한 감각으로 세밀한 분석을 하더라도 아주 至難한 일이다. 이미 보았듯이 로마 법률가들이 어

110) 이 견해: 가령 Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I (2. Aufl. 1971), 202 n.4.

111) Gai. 3.121a-122; Fritz Sturm, "Unerkannte Zeugnisse römischen Kollisionsrechts", in *Festschrift Fritz Schwind* (1978), 323ff.

112) 同旨 Hans Julius Wolff, *op. cit.*, 72f.

편 이유에서건 비교법적 사고과정을 거친 경우에도 이를 밝히 드러내는 경우가 거의 없기 때문이다. 고대 세계의 비교법을 근자에 가장 전문적으로 다룬 Hamza, *Comparative Law and Antiquity* (1991)가 거의 총론적인 방법론적 고찰에 머물고 있는 것이나, 이 책의 전후에 나온 그의 논문들이 원론적인 내용을 거의 동일하게 반복하고 있는 것도 모두 이런 사정에 기인하는 바가 크다. 그러나 어렵더라도 전승되는 사료들을 총체적으로 좀 더 분명한 방법론적 문제의식을 가지고 더욱 철저하게 분석하는 작업으로부터만 —비록 들어가는 엄청난 공에 비하여 나오는 성과는 미미할지도 모르지만— 어떤 실질적인 성과를 기대할 수 있을 것이다. 그 과정에서 의외의 의미 있는 부산물을 얻는다면 그것은 탐구하는 자에게 돌아가는 기쁨의 몫일 것이다.

끝으로 독자들의 참고를 위하여 로마의 법률가들이 그리스어를 사용하고 있는 사례를 부록으로 정리하였다.

#### [附論] 로마법률가들에 의한 그리스어의 사용례와 비교법

넓은 의미에서 비교법에 속하는 작업에는 외국의 실정법에 대한 정보를 가공하는 것은 아니지만, 일정한 법률정보를 활용하는 것을 포함시킬 수가 있는데, 로마 법률가들의 경우 그리스 고전작가들의 문헌을 인용하는 작업방식이 이에 해당한다. 이와 관련하여 유스티니아누스의 법학제요와 학설회찬에 전해지는 그리스어 사용 사례들<sup>113)</sup>은 다음의 네 범주로 나눌 수 있다.<sup>114)</sup>

##### ① 그리스 고전작품에서의 인용

- Chrysippus: Marcian. D.1.3.2
- Demosthenes, c. Aristogitonem. 1, pag. 774 (Reiske): Marcian. D.1.3.2  
c. Midiam. pag. 537 (Reiske): Cl. Saturn. D.48.19.16.6
- Homerus, Il. 6.234: Paul. D.18.1.1.1  
Il. 6. 344, 378: Mod. D.38.10.4.6

<sup>113)</sup> 2007년 8월 말에 출간된 최자영, *고대 그리스 법제사*(아카넷, 2007)는 곳곳에서 로마법에 반영된 그리스법을 언급하고 있고, 특히 부록 VIII (756-774면)에서는 본격적으로 학설회찬에 보이는 그리스법을 로마법 사료의 부분적인 인용과 함께 소개하고 있다. 그러나 최자영의 로마법에 대한 이해는 매우 부정확한 것이어서 필자는 이를 지적하고 교정하는 글을 *서양고전학연구* 제30호(2007. 12.)에 기고하였다. 참고하기 바란다.

<sup>114)</sup> Hammen, *op. cit.*, 409f.

- Il. 7.472-475: Inst. 3.23.2 = Paul. D.18.1.1.1  
 Il. 9.340: Ulp. D.48.5.14(13).1  
 Il. 23.85: Ulp. D.48.19.16.8  
 Odys. 1.430: Paul. D.18.1.1.1  
 Odys. 4.230: Gai. D.50.16.236.pr  
 Odys. 13.407-408: Inst. 4.3.1 = Marcian. D.32.65.4
- Plato, Respubl. 2.11-12: Callistr. D.50.11.2
  - Sententia cuiusdam: Pomp. D.40.5.20
  - Solon ex Plutarchi, Sol. vita c.23: Gai. D.10.1.13  
 Solonis lex quaedam de sodaliciis: Gai. D.47.22.4  
 Solon et Draco dicunt ἐν ἔργῳ: Ulp. D.48.4.24(23).pr
  - Theophrastus:<sup>115)</sup> Pomp. D.1.3.3; Paul. D.1.3.6 = D.5.4.3
  - Xenophon, Anab. 5.2.14: Inst. 4.18.5 = Gai. D.50.16.233.2

② 라틴어로 된 사안의 서술을 그리스어로 반복하거나, 독자적으로 관용구 형태의 그리스어 표현을 사용하는 경우

가장 전형적인 예가 쌍무계약(ultra citroque obligatio)을 그리스인들은 συνάλλαγμα라고 부른다는 Labeo-Ulp. D.50.16.19(cf. D.2.14.7.2)이다.

(ㄱ) 첫 번째 부류

**Arc. Char.** D.50.4.18.5 (σιτώνας et ἐλαιώνας = curatores emendi frumenti olei) - **Flor.** D.11.7.42 (κενοτάφιον = monumentum memoriae causa factum) - **Gai.** D. 19.2.25.6 (Θεοῦ βίαν = vis maior); D.47.22.4 (ἐταιρείαν = sodales); D.50.16.30.2 (νέασιν = novalis); D.50.16.233.2 (ἀπὸ τοῦ τηλοῦ = ab eo quod est procul; βέλος = telum; ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι [a iaciendo]); D.50.16.236.1 (ἀκρόδρυα = omnes arborum species) - **Marcian.** D.13.7.33, D.20.1. 11.1 (ἀντίχρησις [antichresis]); D.48.3.6.1 (ἀνάκρισιν [interrogationem]); D.48. 19.17.1 (ἀπόλιδες = sine civitate) - **Mod.** D.38.10.4.6 (ἐκυρός = viri pater; ἐκυρά = viri mater; πεντερὸς = uxoris pater; πεντερὰ = uxoris mater; δαῖρ = viri frater; γάλως = viri soror; εἰνάτερες = ianitrices [duorum fratrum uxores]) - **Pap.** D.33.7.2.1 (dotes praediorum = ἐνΘῆκαι) - **Paul.** D.21.1.5

<sup>115)</sup> Andrew Szegedy-Maszak, *The Nomoi of Theophrastus* (1981), fr.24-25, p.77f.

(κακοήθειαν [morbi malignam speciem]; πάθος [malum]; νόσον [morbum]; ἀρρωστίαν [aegrotationem]); D.26.7.46.1 (ἐπιμεληταὶ = curatores); D.38.10.10.1 (συγγενεῖς = cognatos); D.39.6.35.1 (δῶρον καὶ δωρεῖσθαι [donum et dono dari]); D.41.2.1.pr (κατοχήν = possessio); D.47.2.1.pr (φῶρας = fures; ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας); D.50.16.5.1 (ἀποτέλεσμα = ‘opere locato conducto’; ἔργον = ex opere facto corpus aliquod perfectum); D.50.16.144 (παλλακὴν = pellicem [pellex]); D.50.16.163.1 (παιδίον [puer aut puella]; D.50.16.205 (τροφίμους [cibarias]) — **Pomp.** D.41.3.30.pr (ἡνωμένον [continuum]; συνημμένον [coniunctum]); D.50.16.239.2 (πάροικον = incola); D.50.16.239.4 (ἄποικον = adneba) — **Ulp.** D.1.1.6.1 (τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι [legum aliae scriptae, aliae non scriptae]); D.1.3.30 (ῥητὸν ἀπὸ διανοίας [dictum a sententia]); D.1.16.5. (ἐπιδημίας [adventus]; κατάπλουν [appulsum]); D.2.14.7.2 (συνάλλαγμα); D.3.2.4.1 (βραβευτὰς = designatores); D.4.9.1.3 (ναυφύλακες [navium custodes]; χειρέμβολον [manus inijectionem]); D.21.1.10.4 (νυκτάλωπα = luscitio); D.27.9.3.4 (ἐμφυτευτικὸν, ἐμβατευτικὸν); D.29.1.1.1 (τάγμα = mille hominum multitudinem; χιλιάρχον = ipsum ducem); D.39.3.1.9 (ελικες [sulcos aquarios]; D.43.12.1.2 (ἀέναος = perrene; ὁ χειμάρρους = torrens); D.47.2.3.pr (ἐπ’ αὐτοφῶρῳ = manifestus [in ipso furto deprehensum]); D.47.8.4.2 (ἀπὸ τοῦ Θορυβεῖν - tumultus [a tumultuando]); D.47.9.3.6 (ἐξεβράσθη = eiecta); D.47.10.13.7 (σαχήνην = everriculum); D.47.11.9 (σκοπελισμὸν, σκοπελίζειν = lapides ponere indicio futuros, quod, si quis eum agrum coluisset, malo leto periturus esset insidiis eorum, qui scopulos possuissent); D.50.13.1.pr (ἐλευθέρια = liberalia studia); D.50.14.3 (ἐρμηνευτικὸν); D.50.16.19 (συνάλλαγμα); D.50.16.38 (φαντάσματα = ostentum); D.50. 16.45 (περίστρωμα = pallium).

(ㄴ) 두 번째 부류

**Afr.** D.35.2.88.pr (τῶν ἀπόρων [ex perplexis]; τοῦ ψευδομένου [fallendi]) — **Gai.** D.50.16.58.pr (καταχρηστικῶς [abusive]); D.50.16.233.2 (ἀπὸ τοῦ τηλοῦ [ab eo quod est procul]) — **Hermog.** D.50.4.1.2 (καμηλασία [camelorum agitatio exhibitioque]) — **Iul.** D.30.104.1 (ἀδύνατος [impossibilis]); D.38.7.1 (παρατατικῶς [extense]); D.38.16.8.pr (ἀναφορικῶς [relative]); D.46.3.13 (ἐν

πλάτει [laxe]) — **Lab.** D.28.7.20.pr (ἀδύνατος [impossibilis]) — **Pap.** D.48.5.6.1 (καταχρηστικώτερον [abusive magis]; φθορὰν = stuprum) — **Paul.** D.36.1.83(81) (μονομερῶς [agente uno tantum]); D.38.10.9 (Στέμματα) — **Ulp.** D.5.1.19.2 (παραπλεῖ [praeternavigat]); D.5.3.25.11 (ἀντίδωρα [donationes remunerandi causa]); D.8.2.17.2 (κατὰ ἀντανάκλασιν [per repercussionem]); D.10.2.20.7 (ἀχωνοθεσίαν [muneris editionem]); D.11.1.11.5 (πρὸς ἔπος [ad verbum]); D.12.2.13.2 (μονομερῆς [unius partis]); D.14.1.1.12 (ἐπιβατηγῶν [vectoriae]); D.21.1.1.7 (φθίσις [corruptio]; κατὰ τοῦ αὐτοῦ [idem significantes]); D.21.1.9 (ἀσαφῶς [non clare]; ἀσήμως [non intellegibiliter]); D.28.1.22.5 (χαρακτῆρα); D.30.53.5 (λείψανα [reliquias]); D.32.1.2 (ἀπόλιδες [nullius civitatis cives]; D.32.55.5 (ξύλον [lignum]; ξύληχὰς [quae ligna vehant]; ἀπὸ τῶν ἐλῶν [a paludibus]); D.32.70.pr (αὐτοφύες [naturale]); D.32.70.9 (ἐριόξυλον [lanam arboris]); D.36.1.17(16).pr (ὑποκοριστικῶς [deminutive]); D.42.4.2.4 (παρατατικῶς [extense]); D.42.5.15.pr (ἀναγραφὴν [breviarium]); D.43.17.3.7 (κρύπτας [aedium partem subterraneam]); D.43.21.1.2 (ἀπὸ τοῦ ῥεῖν [a fluendo]); D.44.5.1.6 (ἐπαιωρούμενον [imminens]); D.45.3.13 (τὸ ἰσάζον [aequabilitas]); D.46.8.12.2 (ἐν πλάτει [laxe]); D.47.2.43.9 (εὔρετρα [praemium quod pro rei amissae restitutione dari solet]); D.47.2.52.20 (τῆς γονῆς χάριν [feturae causa]); D.47.10.5.10 (ἐπιγράμματα); D.48.19.9.8 (δημοσίων ἀπέχεσθαι [a publicis ut abstineant]).

**Gai.** 1.64 (σποράδην [sparsim])도 여기에 속한다.

③ 그리스어로 된 문서의 내용을 轉載하고 라틴어로 해석하는 경우

이것은 다시 문서의 성격에 따라서 다음의 두 부류로 나눌 수 있다.

(1) 황제의 그리스어로 된 칙령 등 법령을 인용하는 경우

하드리아누스: Callistr. D.5.1.37; Paul. D.5.1.48 — 피우스: Callistr. D.8.3.16; Maecian. D.14.2.9; Mod. D.27.1.6 § 2, § 7, § 8; Ulp. D.49.1.1.1 — 마르쿠스 아우렐리우스와 루키우스 베루스: Callistr. D.50.6.6(5).6 — 페르티낙스 Callistr. D.50.6.6(5).2 — 셉티미우스 세베루스: Ulp. D.16.1.2.31 — 세베루스 알렉산더 Paul. D.49.1.25 — 기타: Scaev. D.50.9.6.



(ㄴ) 법률행위 문서의 내용을 인용하는 경우<sup>116)</sup>

앞에서 소개한 스카이볼라의 법률자문 사례들이 대표적이다.

**Mod.** D.31.34 § 1, § 7; D.34.1.4.pr; D.50.12.10 — **Paul.** D.8.3.37; D.16.3.26.1; D.28.1.29.1; D.36.1.76(74).pr. — **Ulp.** D.40.5.46.3.

#### ④ 고전법률가의 저작에서의 인용

가장 대표적인 것이 모데스티누스의 <Παραίτησις ἐπιτροπῆς>(후견면제사유론)이지만,<sup>117)</sup> 다른 법률가들의 경우도 알려져 있다.

**Paul.** D.5.1.48 (하드리아누스의 서신); D.40.5.39.1 (해답); D.49.1.25 (비튀니아 그리스 공동체에 대한 알렉산더의 칙령) — **Maecian.** D.14.2.9 (로도스 海法 관련 안토니누스의 批答) — **Pap.** D.43.10.1 (ῥάστυνομικὸς μονόβιβλος, 단편) — **Gai.** D.10.1.13 (솔론의 법); D.47.22.4 (솔론의 법) — **Ulp.** D.1.16.5 (아시아인들에 대한 안토니누스의 批答); D.48.5.24[23] (드라콘과 솔론의 법).

여기서도 드러나는 것은 이 부류의 대부분이 형식은 법률가의 저작 인용이지만 실질은 실정법의 일정한 내용을 재현하고 있다는 점에서 인용된 법률가에 의한 좁은 의미의 비교법적 고찰에 속한다는 사실이다.

주제어: 그리스 고전, 그리스법, 그리스어, 로마법, 萬民法, 비교법, 시민법, 외국법, 異邦法, 지방법

<sup>116)</sup> 그밖에 전형적인 법률행위 문언의 그리스어 표현을 논한 것으로는 **Ulp.** D.46.1.8.pr (보증); D.46.4.8.4 (변제수령문답계약).

<sup>117)</sup> Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I (1889), fr.54-69, pp. 707-718; Tommaso Masiello, *I libri excusationum di Erennio Modestino* (1983); Edoardo Volterra, “L’opera di Erennio Modestino De Excusationibus”, in: *Scritti giuridici*, V (1993), 305ff.

<Abstract>

## Comparative Law in Roman Law

Byoung Jo Choe\*

This article is dedicated to a survey of comparative law in Roman law. As a whole, the general attitude of the Roman jurists to foreign laws is to be characterized as Rome-centered. They encountered their Roman legal problems with their own Roman legal instruments. When they had to deal with problems arising from various foreign contacts, they normally reached at Romanized solutions by interpreting foreign legal institutions and concepts in the Roman way as the practice of imperial rescripts shows. Only extremely few cases are known where they allowed priority in application to foreign laws over the Roman law. Sometimes they proceeded against foreign laws in view of the Roman *boni mores* or in respect of good policy. They, however, never failed to respond to the challenges foreign laws engendered. Even though the unified Roman world always gave precedence to the Roman law of *urbs Roma*, the Roman government and jurists never levelled off entirely the local customs and traditional laws. Among the known Roman jurists, Gaius, the author of the Institutes, was probably *the* exception who made use of foreign legal materials in a comparative perspective to help law students understand their own law more precisely. But due to their great work of *ius gentium*, i.e. a body of law encompassing substantial legal norms common to all the civilized nations, their achievements in comparative law were destined to be negligible. They also had no need of developing a system of private international law. As an appendix I have made a classified list of Greek citations in the Digest and the Institutes of Justinian.

Key words: Comparative Law, Foreign Laws, Greek Classics, Greek Language, Greek Law, *Ius Civile*, *Ius Gentium*, Local Laws, Roman Law

---

\* Professor, College of Law, Seoul National University