

〈논 문〉

D.9.1 “四足動物의 加害가 주장되는 경우” — 對譯 및 註釋

崔 秉 祚*

[일러두기] 이 글은 학설회찬 제9권 제1장(D.9.1) “四足動物이 가해했다고 주장되는 경우”를 번역하고 거기에 관련 사료를 중심으로 이해에 도움이 될만한 간단한 주석을 붙인 것이다. 얼마 되지 않는 분량이지만 로마법의 法的 思考의 機制를 남김 없이 잘 보여주는 예들 중의 하나라고 생각된다.

로마의 경우 동물로 인한 민사책임에 관하여는 12표법, 개[犬]에 관하여 법정했다는 이른바 *lex Pesolania* (?), 그리고 高等按察官의 猛獸에 관한 告示(*edictum de feris*) 등 공화정기의 주된 실정법적 기초 위에서 四足動物 加害訴權(*actio de pauperie*), 放牧損害訴權(*actio de pastu*) 및 불법침해에 관한 아퀼리우스법소권(*lex Aquilia de damno iniuria dato*) 등에 대한 법률가들의 해석을 중심으로 발달하였다. 이들 모두에 관하여 많은 것들이 아직도 분명치 않은 상태에 있다. 짐작컨대 법적 규율의 대상이 된 동물들의 범위가 점차 확대되었던 것으로 보인다. 이들 소권들은 기본적으로 다음과 같은 내용으로 구성되었다.

인간의 過失이 개입한 경우에는 아퀼리우스법소권이 적용되었다(D.9.1.1.6 et D.eod.1.5). 특히 가해의 위험이 있는 동물을 제대로 보관하지 않거나 대중의 왕래가 일어나는 곳에 데리고 오는 자는 고등안찰관의 고시에 따른 제재를 받았다(D.21.1.42; cf. D.9.1.1.5). 인간의 過失이 없이 가해가 일어난 경우에는, 동물이 스스로 유순한 본성에 반하여 가해하였다면 주인을 상대로 四足動物加害 本來訴權(D.9.1.1.pr ff.)—또는 사족동물이 아닌 경우에는 準訴權(D.9.1.4)—이 인정되었다. 이 소권은 동물의 현 소유자를 상대로 하였다(D.9.1.1.12). 소권의 목적은 손해의 배상이었지만, 소유자는 가해동물을 살아 있는 상태로 위부함으로써(D.9.1.1.14) 이 배상책임을 면할 수 있었다(加害者委付訴權: D.9.1.1.pr; D.eod.1.11 ff.). 그러나 그가 가해동물이 자신의 소유임을 부인한 경우에는 가해자위부의 선택권을 상실하였다(D.9.1.1.15). 동물이 본성에 따라서 손해를 가한 때에는 목초나 곡식을 뜯어먹은 경우에 한하여 소유자를 상대로 放牧損害訴權(D.19.5.14.3)이 인정되었다. 경작지에 침입한 타인의 가축을 감금하는 것은 로마법상 불법이었다(D.9.2.39.1).

* 서울대학교 法科大學 教授

D.9.1 SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

學說彙纂 제9권 제1장 四足動物이 加害했다고 주장되는 경우

D.9.1.1 Ulpianus libro octavo decimo ad edictum.

Si quadrupes¹⁾ pauperiem fecisse²⁾ dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam³⁾ commisit, aut aestimationem noxae offerre.⁴⁾

- (1) Noxia autem est ipsum delictum.
- (2) Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet.
- (3) Ait praetor "pauperiem fecisse". pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.
- (4) Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam <plaustrum in aliquem everterint Mommsen>: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.
- (5) Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicui damnum dederit: si contineri firmiter ab alio poterit vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat.
- (6) Sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio.
- (7) Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus [dolore]<dolone Gothofredus> concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum

1) D.h.t.1.2.

2) D.h.t.1.3.

3) D.h.t.1.1.

4) D.h.t.1.11 i.f.

- dedit. at si, cum equum permulisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus.
- (8) Et si alia quadrupes aliam concitavit ut damnum daret, eius quae concitavit nomine agendum erit.
- (9) Sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive per aliam rem, quam tetigit quadrupes, haec actio locum habebit: ut puta si plauastro bos obtrivit aliquem vel alia re deiecta.
- (10) In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo et si eum occidi, meum corpus est.
- (11) Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio: 'quamobrem eum [sibi]⟨ei⟩ aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere'⁵⁾.
- (12) Et cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cuius fuerit quadrupes, cum noceret, sed cuius nunc est.
- (13) Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.
- (14) Noxae autem dedere est animal tradere vivum. demum si commune plurium sit animal, adversus singulos erit in solidum noxalis actio, sicuti in homine.
- (15) Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, sed etiam in solidum, ut puta si iure interrogatus, an sua quadrupes esset, responderit non esse suam: nam si constiterit esse eius in solidum condemnabitur.
- (16) Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino legis Aquiliae actio competit, ratio in iudicio habebitur legis Aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit: ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit

5) 후속하는 D.h.t.1.12 sqq.에서 해설되고 있는 이 'quamobrem ~ oportet' 부분은 다음의 주에서 살펴보는 바와 같이 이 소권 방식서의 일부분이다.

actionem mandare adversus eum qui occidit.

- (17) Hanc actionem nemo dubitaverit heredi dari ceterisque successoribus:
item adversus heredes ceterosque non iure successionis, sed eo
iure, quo domini sint, competit.

D.9.1.1 율피아누스, 〈고시주해〉 제18권

네발짐승[四足動物]이 加害를 했다고 주장되는 경우에는 소권이 12표법⁶⁾에서 유래⁷⁾하는데,⁸⁾ 이 법률은 加害者, 즉 손해행위를 범한 동물이 委付되든가,⁹⁾ 아니면 손해의 평가액이 제공될 것을 의욕하였다.¹⁰⁾

6) XII.Tab. 8.6 (拙著, 로마法研究(I), 1995, 23면):

SI QUADRUPES PAUPERIEM FAXIT, AUT NOXIAM SARCITO AUT IN NOXAM DATO (四足동물이 加害한 경우에는 손해를 배상하거나 가해동물을 委付하라).

동일한 내용이었을 법무관의 고시(SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR ……)에 기초한 소권의 방식서는 다음과 같았을 것으로 거의 확실하게 추정된다(EP Tit. XV. § 75 [Lenel p.195]):

Si paret quadrupedem pauperiem fecisse, qua de re agitur, quam ob rem Numerium Negidium Aulo Agerio aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

(四足動物이 가해를 했음이 판명되어 이 문제에 관한 한 그로 인하여 피고가 원고에게 손해를 배상하든가 가해자를 위부하는 것이 마땅하면 그에 상응하는 금액이나 가해자위부를 심판인은 피고가 원고에게 이행할 것을 유책판결하라. 판명되지 아니하는 경우에는 면소판결하라.)

- 7) 율피아누스가 12표법 자체에 규정되었음을 뜻하는 ‘quod etiam lege XII tabularum cavetur’와 같은 표현이 아니라 신중한 어감의 ‘ex lege XII tabularum descendit’를 사용한 것을 아울러 고려한 가운데 여기서 다루기에는 매우 복잡한 가설에 입각하여 12표법에는 pauperies가 규정되지 않았다는 소수설의 예로는 David Pugsley, “Noxia”, Law Quarterly Review 88 (1972), 543ff. 통설은 이 소권이 12표법에 규정되었었다고 인정한다. 이 경우에도 애초에는 유순한 네발짐승에 국한했고, 동 규정을 개(cf. D.h.t.1.5)에 대해서도 적용하게 된 것은 특별법(lex Pesolonia ? : Giovanni Rotondi, Leges publicae populi Romani [1922/ND 1962], 472. Cuiacius 이래로 이 법률을 솔론의 법률(lex Solonia)로 이해하는 견해는 Plutarch. Solon. c.24를 근거로 들지만, 로마와의 관련성에는 의문의 여지가 많다. Jo. Gottlieb Heineccius, Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam illustrantium Syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani digestum [1841], 703f.는 Hotomanus를 좇아서 오히려 Pesulanus라는 호민관에 의해 제안되어 통과된 평민회의결인 것으로 추정한다)을 통해서였던 것으로 보인다(PS.1.15.1). 고전기에는 가축에 한정했던 것 같지 않으나 확실치는 않다(cf. D.h.t.1.2). Kunkel/Honsell, Römisches Recht (4. Aufl. 1987), 383f.
- 8) Inst.4.9.pr.: Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est.
- 9) Inst.4.9.pr.: ……noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est (quae animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est).
- 10) 후기법에 관하여는

- (1) 그런데 손해행위란 다름 아닌 불법행위이다.¹¹⁾
- (2) 이 소권은 모든 네발짐승에 관련된다.¹²⁾
- (3) 법무관 가로대: “가해를 했다”. 加害란 행위자의 불법 없이 가해진 손해이다.¹³⁾ 왜냐하면 동물은 불법하게 행위했을 수 없는데, 智能이 결여되었기 때

Lex Romana Burgundionum 13.1: Si animal cuiuscumque damnum intulerit, aut estimationem damni dominus solvat, aut animal cedat: quod etiam de cane et bipede placuit, observari, secundum speciem Pauli sententiarum libro primo sub titulo: Si quadrupes pauperiem fecerit.

PS.1.15.1: Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat: quod etiam lege Pesolania de cane cavetur.

PS.Int.1.15.1: Si alienum animal cuiuscumque damnum intulerit aut alicuius fructus laeserit, dominus eius aut aestimationem damni reddat aut ipsum animal tradat. quod etiam de cane similiter est statutum.

상세는 Ernst Levy, Weströmisches Vulgarrecht: Das Obligationenrecht (1956), 348ff.

- 11) D.50.16.238.3 GAI. 6 ad l. XII Tab.: “Noxae” appellatione omne delictum continetur.

Cf. I.4.8.1: Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum damnum rapina iniuria.

- 12) Cf. D.h.t.1.4; D.h.t.1.10. 로마법상 동물들의 부류에 관하여는

한편으로는 Gai.2.16: At ferae bestiae nec mancipi sunt, velut ursi leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, velut elephantum et camelum. et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent: nam ne nomen quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse, quasdam nec mancipi.

UE.19.1: …mancipi res sunt……item……et quadrupedes, quae dorso collo domantur, velut boves, muli, equi, asini. ceterae res nec mancipi sunt. elephantum et camelum, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.

다른 한편으로는 D.9.2.2.2 Gaius 7 ad edictum provinciale: Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri. sed canis inter pecudes non est. longe magis bestiae in numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. elephantum autem et camelum quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.

D.32.65.4 Marcian. 7 inst.: Pecoribus legatis Cassius scripsit quadrupedes contineri, quae gregatim pascuntur. et sues autem pecorum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur.

기타의 동물, 가령 두발짐승(bipes)이 가해한 경우에는 준소권이 부여되었다(D.h.t.4; cf. Lex Romana Burgundionum 13.1).

- 13) Pauperies는 시인들의 경우 paupertas(빈한, 궁핍)의 대응으로 두루 쓰였으나 산문에서 사용된 것은 제정기어나 와서의 일이었으며(타키투스, 수에토니우스, 락탄티우스), 법률가들의 독특한 용법(cf. Flavius Caper, *De orthographia*, LLA 438, pag. 99, linea 13: Pauperies damnum est, paupertas condicio ipsa: Apuleius, *Metamorphoses*, lib.9, cap.35: at enim casulae parvulae conterminos magnos et beatos agros possidebat

문이다.¹⁴⁾

(4) 그러므로 세르비우스가 기술하듯이 이 소권은 네발짐승¹⁵⁾이 野性的 兇동이

vicinus potens et dives et iuvenis, <s>et prosapiae maiorum gloria male utens pollensque factionibus et cuncta facile faciens in civitate: <hic> hostili modo vicini tenuis incursabat pauperiem pecua trucidando, boves abigendo, fruges adhuc immaturas obterendo.)은 비법률가의 경우 아풀레이우스(*ca. 125)에서나 보인다.

Apuleius, *Apologia* (Pro se de magia liber), par.21: sed finge haec aliter esse ac me ideo pauperem, quia mihi fortuna divitias invidit easque, ut ferme evenit, aut tutor imminuit aut inimicus eripuit aut pater non reliquit: hocine homini opprobriari, pauperiem, quod nulli ex animalibus vitio datur, non aquilae, non tauro, non leoni?

이에 반하여 Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht* (1899/ND 1955), 834 n.4는 pauperies가 어원적으로 '풀을 뜯게 함'(Weidenlassen)과 관련된 것으로 보는데, 이것은 잘못이다. 오히려 언어학적으로만 보자면 그가 부인하고 있는 것과는 반대로 paucus (gr. παῦρος; got. fawai = ahd. fao = engl. few; paullus [<*pauelos], pauper)와 관련된 것이다: pauperies < pauper < *pau-paros [=pario]:[원래] "寡所得의". Menge-Güthling, *Lateinisches Wörterbuch*, Schulausgabe, Teil I: Lateinisch-deutsch (5. Aufl. 1911), s. v. paucus (p.546).

- 14) Inst.4.9.pr: . . . pauperies autem est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu caret. haec quod ad noxalem actionem pertinet.

그러므로 네발짐승의 행위는 지붕에서 기와가 떨어진 것과 같이 평가되었다.

D.9.2.5.2 Ulp. 18 ed.: . . . cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. . . .

이처럼 동물에게 법적 책임능력을 부인하는 냉철한 울피아누스의 관점은 일찍이 계몽된 단계에 접어들었던 로마인들의 관념(cf. Seneca, *de ira* 2.26: atqui ut his irasci dementis est, quae anima carent, sic mutis animalibus, quae nullam iniuriam nobis faciunt, quia velle non possunt: non est enim iniuria nisi a consilio profecta. nocere itaque nobis possunt ut ferrum aut lapis, iniuriam quidem facere non possunt)의 반영이었다. 同旨 Franz Haymann, SZ 42 (1921), 357ff.; Salomon Monossohn, *Actio de pauperie im System des römischen Noxalrechtes* (1911), 35ff. 이에 반하여 로마의 경우에도 적어도 초기에는 근동과 그리스에 널리 퍼졌던, 동물에게도 일정한 법적 책임을 물었던 일반의 관념이 전적으로 부재했던 것은 아니었던 것으로 보는 견해가 있으나(Rudolf Düll, "Archaische Sachprozesse und Losverfahren," SZ 61 (1941), 1ff.; R. Hirzel, *Themis, Dike und Verwandtes* (1907), 212ff.; E. Weiss, *Griechisches Privatrecht I: Allgemeine Lehren* (1923), 141ff.) 납득할 만한 사료적 근거를 제시하지는 못한다. 특히 Düll이 드는 D.h.t.1.13은 일견 동물을 인간과 같이 취급한 듯한 인상을 주지만, 그것은 어디까지나 가해자위부소권 일반에 적용되는 기술적인 고려에서 나온 것으로 이해되며, 오히려 동물의 경우에는 인간의 경우와 달리 死體의 위부가 부인된 데서(D.h.t.1.14) 가해행위에 대한 책임의 추궁이 궁극적으로 지능을 갖춘 인간에게만 인정되었음을 다시 한 번 확인할 수 있다. 또 D.h.t.1.8에서 동물의 경우에도 "加害責任 頭格追隨"의 법리가 적용됨을 논하고 있는 것도 현재의 소유자의 책임을 인정하려는 기술적인 표현일 뿐 인간과 동물 모두에게 공통된 가해책임능력이 있다는 의미가 넘은 분명하다. 同旨 Carlo Augusto Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano* (1996), 21ff. = IVRA: *Rivista internazionale di diritto romano e antico* 43 (1992), 1ff., 26f.; D.h.t.1.7. — 게르만법에 관해서도 최근의 이해는 동물의 책임능력을 긍정한 구학설에 대하여 비판적이다. Cf. E. Kaufmann, "Tierstrafe", *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 33. Lieferung (1991), 237ff.; D. Werkmüller, "Tierhalterhaftung", *ibid.*, 231ff., 233.

일어나서 가해한 경우에 적용된다¹⁶⁾. 예컨대 밭길질 잘하는 말이 밭굽으로 걷어찼거나, 또는 뿔로 받는다¹⁷⁾ 습성이 있는 황소가 받았거나,¹⁸⁾¹⁹⁾ 또는 암노새들이 엄청난 사나움 때문에 <수레를 뒤집어서 어떤 자를 상해한 경우에 적용된다>.²⁰⁾ 장소가 고르지 못한 때문에²¹⁾ 노새몰이군의 과실로, 또는 적

15) 야수의 경우에 관하여는 D.h.t.1.10.

16) Inst.4.9.pr: Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, . . .

Gai. Fr.Aug.81: Committitur si per lasciviam aut fervorem aut feritatem damnum factum est et tenetur dominus ut aut damnum sustineat aut in noxam tradat animal.

D.h.t.1.7.

17) Cf. D.9.2.52.3 Alfenus 2 dig.: Quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos: postea dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere.

18) Inst.4.9.pr: . . . puta si equus calcitrosus calce percusserit aut bos cornu petere solitus petierit.

19) 비교: 예순나律典 제53조-제55조 (*Ancient Near Eastern Texts relating to the Old Testament*, edited by James B. Pritchard, third edition with supplement, 1969, p.163의 英譯[Albrecht Goetze 번역]에서 옮김) : (53) 황소가 (다른) 황소를 받아서 (그의) 사망을 야기하는 경우에는 양 황소 임자들은 (그들 사이에) 살은 황소의 대금과 또한 죽은 황소의 소기를 나누어야 한다. (54) 황소가 습성적으로 뿔로 받는 것이 알려지고 당국이 그 사실을 주인에게 알렸는데도 그가 자기의 황소를 뿔이 제거되게 하지 않고 그 황소가 사람을 받아서 (그의) 사망을 야기하는 경우에는 그 황소의 주인은 은화 ⅔ 미나를 배상하여야 한다. (55) 그 황소가 노예를 받아서 (그의) 사망을 야기하는 경우에는 그는 은화 15 셰켈을 배상하여야 한다.

함부라비법전 제250조-제252조 (*Ancient Near Eastern Texts relating to the Old Testament*, edited by James B. Pritchard, third edition with supplement, 1969, p.176의 英譯[Theophile J. Meek 번역]에서 옮김) : (250) 황소가 길을 가다가 大人을 받아서 그의 사망을 야기한 경우에는 그 사안은 제소하지 못한다. (251) 大人의 황소가 뿔로 받는 습성이 있고 그의 도시평의회가 그에게 그 황소가 뿔로 받는 소임을 알렸으나 그가 그 황소의 뿔에 방석을 대거나 그의 황소를 묶어두지 않았고, 그 황소가 귀족의 一員을 받아서 사망케 한 경우에는 그는 은화 ⅓미나를 배상하여야 한다. (252) 피해자가 大人의 노예인 경우에는 그는 은화 ⅓미나를 배상하여야 한다.

출애굽기 21: 28-32 (공동번역): “황소가 남자든 여자든 사람을 뿔로 받아 죽였을 경우에는 그 황소를 돌로 쳐죽여야 한다. 그 고기는 먹지 못한다. 그러나 황소의 임자에게는 죄가 없다. 만일 그 황소가 본래 받는 버릇이 있어 그 임자에게 주의를 주었는데도 잘 지키지 않았기 때문에 남자든 여자든 사람을 받아 죽였을 경우에는 황소만 돌로 쳐죽일 것이 아니라 그 임자도 죽여야 한다. 만일 보상금을 요구해 오면 목숨값으로 요구하는 보상금을 다 물어야 한다. 황소가 남의 아들이나 딸을 받았을 경우에도 이와 꼭 같은 법이 적용된다. 황소가 남의 남종이나 여종을 받았으면 그 종의 주인에게 은 삼십 셰켈을 물어주고 황소는 돌로 쳐죽여야 한다.”

로마법에 대한 가능한 영향을 비롯한 상세한 논의는 Bernard S. Jackson, “Liability for animals in Roman Law: An Historical Sketch”, *Cambridge Law Journal* 37 (1), April 1978, 122ff., 138ff.

20) 이러한 습성들은 동물매매의 경우 물건의 하자로 평가받았지만(D.21.1.43 Paulus 1 ad

정량을 초과하여 적재하여 네발짐승이 어떤 사람에게 짐을 전복시키는 경우에는 이 소권은 적용되지 않을 것이고 不法侵害訴權으로 22) 訴求할 것이다.²³⁾

edictum aedilium curulium: Bovem qui cornu petit vitiosum esse plerique dicunt, item mulas quae cessum dant: ea quoque iumenta, quae sine causa turbantur et semet ipsa eripiunt, vitiosa esse dicuntur), 그렇다고 해서 이러한 개체적인 性癖으로 말미암아 이런 동물들이 길들인 가축의 범주에서 벗어나는 것은 아니었다. 오히려 가축의 범주에 속했으므로 이런 습성은 同種 部類의 지속적인 “본성에 반하는 것”(D.h.t.1.7)으로서 특정 개체 차원에서의 일시적인 野性的의 충동에 기인하는 것으로 평가 받았고 본 소권을 인정하는 계기가 된 것이다. D. I. C. Ashton-Cross, “Liability in Roman Law for damage caused by animals”, Cambridge Law Journal 11 (3), 1953, 395ff.; C. A. Maschi, La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romane (1937), 17ff.: “L’actio de pauperie ha luogo ogni qual volta l’animale abbia compiuto danno in seguito ad un’azione che non rientri in ciò che è normale nella vita del quadrupede secondo gli usi cui è destinato.”

- 21) Cf. D.9.2.52.2 (카피톨 언덕): In clivo Capitolino duo plostra onusta mularum ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mularum ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obtriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret, respondi in causa ius esse positum: nam si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mularum plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinisset, aequè si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum iniuria daret. sed si mularum, quia aliquid reformidassent et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse, quod si neque mularum neque homines in causa essent, sed mularum retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent.

22) 마부나 과적한 자를 상대로.

- 23) 過積으로 役畜 자체가 손상을 입은 경우에는 과적한 자가 그 役畜의 소유자에게 아퀼리우스법에 의한 책임을 졌다.

D.9.2.27.23: Et si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore.

D.19.2.30.2: Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione, respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.

이 소권의 구성요건에 해당되지 않아서 이 소권이 적용되지 않는 다른 예:

D.19.5.14.3: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in

- (5) 그리고 개²⁴⁾가 어떤 사람이 데리고 가던 중에 자신의 맹폭함으로 인하여 [손을] 벗어나서 어떤 자에게 손해를 입히는 경우에는,²⁵⁾ 만약 다른 사람에게 의해서 더 견고하게 붙잡혀 있을 수 있었거나²⁶⁾ 그 장소를 지나가게 데리고 와서는 안되었다면,²⁷⁾ 이 소권은 적용되지 않을 것이고 개를 데리고 있던 자가 책임질 것이다.²⁸⁾
- (6) 그리고 타인의 자극으로 사나와져서 손해를 가하는 경우²⁹⁾에도 이 소권은

factum itaque erit agendum.

- 24) 개는 로마법상 야성동물로 분류되었다.

Edictum aedilium curulium § 295 De feris [Lenel, EP. p.566]:

Ne quis canem, verrem, aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit . . .

Cf. D.48.9.9.pr Mod. 12 pandectarum. (= Inst. 4.18.6): Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur. hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur secundum divi Hadriani constitutionem.

- 25) PS.1.15.1a: [= Lex Romana Burgundionum 13.2]: De cane etiam sub eodem titulo comprehensum, ut,] si quis saevum canem habens in plateis vel in viis publicis in legamen diurnis horis non redegerit, quidquid damni fecerit, a domino solvantur.

- 26) Cf. D.9.2.8 Gaius 7 ed. provinc.: . . . mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, volgo dicitur culpa nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

Carlo Augusto Cannata, Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (1996), 59ff. = IVRA: Rivista internazionale di diritto romano e antico 43 (1992), 1ff., 45ff.

- 27) Cf. Edictum aedilium curulium de feris (Lenel, EP § 295): NE QUIS CANEM, VERREM, APRUM, LUPUM, URSUM, PANTHERAM, LEONEM, . . . QUA VOLGO ITER FIET, ITA HABUISSE VELIT, UT CUIQUAM NOCERE DAMNUMVE DARE POSSIT, si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli”.

이 고시에 대한 상세는 Luis Rodriguez-Ennes, “Delimitación conceptual del ilícito edilicio ‘de feris’”, *IVRA: Rivista internazionale di diritto romano e antico* 41 (1990), 53ff.

- 28) Actio de pauperie는 네발짐승 소유자의 過失이 요구되지 않았다. 개의 경우에는 야수에 준하므로 일반적으로 보자면 이 소권의 적용이 부인된다(D.h.t.1.10; 피해자가 개를 도발한 경우라면 더욱 그러하다: D.h.t.2). 그러나 개를 끌고 나온 자에게 過失이 인정되는 경우라면 아퀼리우스법소권이든(D.9.2.8 cit.: infirmitas = culpa) 아니면 高等按察官의 告示(EP § 295 cit.)에 준하여 책임을 진다. 猛犬을 풀어 놓은 過失이 있는 개주인에게도 같은 법리가 적용된다(D.h.t.2).

적용되지 않을 것이다.³⁰⁾³¹⁾

- (7) 일반적으로 이 소권은 본성³²⁾에 반하여³³⁾ 충동적으로 사나와져서 가해행위를 범한 경우에 적용된다.³⁴⁾ 그래서 말이 [고통으로]〈쇠꼬챙이로〉³⁵⁾ 자극

29) 이에 해당하는 사례에서는 그러므로 다른 소권들만이 논의되었다. Cf. D.h.t.1.7.

D.9.2.11.5 Ulpianus 18 ed.: Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.

D.9.2.9.3 Ulpianus 18 ed.: Si servum meum equitantum concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.

30) 異見: D.4.3.7.6 Uip. 11 ed.: Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem. et placuit mihi, quod Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis, si noxae deditio sit secuta, non puto dandam nec in id quod excedit.

(너의 네발짐승이 타인의 악의로 나에게 손해를 입히는 경우 나는 그를 상대로 악의소권을 갖는지 여부가 문제된다. 私見으로는 라베오가 기술하고 있는 바, 즉 네발짐승의 주인이 有資力이 아닌 때에는 악의소권이 부여되어야만 한다는 견해가 타당하다. 비록 가해자위부가 일어난 경우에는 (그 소권을) 부여해서는 안되는바, (동물의 가액을) 초과하는 (손해)금액에 대해서도 그러하다는 것이 私見임에도 불구하고 말이다.)

이 개소에 따르면 원칙적으로 타인의 악의로 인하여 四足動物이 가해한 경우에도 actio de pauperie와 가해자위부가 인정되었다.

31) 도발한 자 자신이 피해를 본 경우에도 이 소권은 부인되었다. Cf. D.h.t.2.1; D.9.2.53.2 cit..

PS.1.15.3: Ei, qui inritatu suo feram bestiam vel quamcumque aliam quadrupedem in se proritaverit eaque damnum dederit, neque in eius dominum neque in custodem actio datur.

PS.Int.1.15.3: Quicumque feram bestiam vel quamcumque quadrupedem provocando quocumque modo adversum se incitaverit, nec domino nec custodi eius poterit imputari, quia suo vitio incurrisse dinoscitur.

피해자의 과실에 관한 이와 같은 일반법리에 대하여는 D.50.17.203; D.9.2.9.4; D.9.2.11.pr.i.f.; D.9.2.28.1; D.9.2.52.pr-1; D.4.3.6.1.

32) 유순한 본성(mansueta natura: D.h.t.1.4). Cf. D. I. C. Ashton-Cross, "Liability for animals in Roman Law", Cambridge Law Journal 17, 1959, 189ff., 192: "tame animals are expected to behave themselves." 사나운 본성의 야수인 경우에는 이 소권은 적용되지 않는다(D.h.t.1.10).

33) 율피아누스가 동물 입자의 책임을 동물이 contra naturam 하게 행동했는가 여부에 달려 있도록 했다는 사실로부터 율피아누스가 D.1.1.1.3(ius naturale)에서와 마찬가지로 이곳에서도 동물들에게 이성적인 행동을 귀속시키고 있다고 보는 견해가 있다(Tony Honoré, Ulpian [1982], 31 [Paolo Frezza, "La cultura di Ulpiano", SDHI, 1968, 363ff.가 율피아누스를 오직 인간에게만 이성을 인정하는 스토아와 정반대로 동물의 이성을 긍정하는 신플라톤학과에 근접한 관점을 취한 것으로 설명하는 것에 연결하여]). 그러나 율피아누스가 당시의 시리아에서 유행하던 사상조류를 그대로 반영한다는 보장도 없을 뿐더러, 무엇보다도 그의 자연법에 대한 설명(자연법 = 생물학적 본능: 拙著, 로마法研究[I], 465, 430 n.61)이나 이곳의 contra naturam에 대한 설명이나 모두 이런 견해를 지지하지 않는다. Cf. D.h.t.1.3.

받아서 발굽으로 걷어차는 때에는 이 소권이 적용되지 않고, 그 말을 때렸거나 상해한 자가 아퀼리우스법에 의한다기보다는 事實訴權으로 책임지는데, 그 자신이 자신의 육신으로써 손해를 가한 것이 아니기 때문인 것이다. 그렇지만 어떤 자가 말을 쓰다듬거나 다독거렸는데 발굽으로 그를 걷어차는 경우에는 이 소권이 적용될 것이다.³⁶⁾

- (8) 그리고 네발짐승이 다른 네발짐승을 자극하여 손해를 가하게 한 경우에는 자극한 동물의 명목으로 訴求해야 할 것이다.³⁷⁾
- (9) 그런데 네발짐승이 자신의 육신으로 가해행위를 범했든, 아니면 네발짐승이 접촉한 다른 물건을 매개하여 그랬든,³⁸⁾ 이 소권이 적용될 것이다. 가령 마차로써 황소가 어떤 사람을 깔아뭉개거나 다른 물건을 내동댕이쳐서 그런 경우.
- (10) 그러나 야수들의 경우에는 자연적 야성으로 인하여 이 소권이 적용되지 않는다.³⁹⁾ 그러므로 곰이 도주하여 이와 같이 가해한 경우에는 이전의 소유자는 제소 당할 수 없다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 야수가 도주한 경우에는 주인이기를

34) Inst.4.9.pr: . . . haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet. D.h.t.1.4.

그러므로 가축이 타인의 토지에 들어가서 풀을 뜯어먹은 경우에는 “본성에 따라서”(secundum naturam) 행동한 것이므로 이 점에서 빌써 본 소권은 적용될 수 없고, 放牧損害訴權(actio de pastu pecoris)이 문제될 수 있을 뿐이다(cf. Ulp. 41 Sab. D.19.5.14.3).

35) 정정 없이 “고통으로”라고 읽는 경우에도 그 고통은 어떤 사람에게 의하여 야기된 고통을 의미하는 것으로 이해해야 함은 문맥상 명백하다. Cf. D.h.t.1.6.

36) 일반적으로 호의의 표시인 쓰다듬는 행위는 자극적 도발행위로 볼 수 없기 때문이다. 같은 이유에서 다른 동물이 냄새를 맡는 행위도 자극적 도발행위로 평가되지 않았다(D.h.t.5).

37) 중간에 개재된 “도구”가 이처럼 다른 동물이든 무생물(D.h.t.1.9)이든 같은 범리가 적용되었다. Cf. D.h.t.1.11.

38) Cf. D.h.t.1.8.

39) 길들인 야수는 야수가 아니다.

D.3.1.1.6 Ulpianus 6 ed.: “bestias autem accipere debemus ex feritate magis, quam ex animalis genere: nam quid si leo sit, sed mansuetus, vel alia dentata mansueta? . . .”

야수가 길들여졌는가의 여부에 관한 판단기준에 관하여는

D.41.1.5.5 Gaius 2 rer. cott. = Inst. 2.1.15: Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. in his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

40) 그러나 야수라 하더라도 여전히 주인 손에 있는 한은 이 소권이 적용되었다. 야수를 기르는 자는 公路上에 현출시켜서는 아니 되는 의무를 부담하였다.

그치기⁴¹⁾ 때문이다.⁴²⁾ 그래서 그 곪을 내가 살해하는 경우 그 시체는 나의 것이다.⁴³⁾

(11) 수염소들 또는 황소들이 싸워서⁴⁴⁾ 한 놈이 다른 놈을 죽인 경우 퀸투스 무

Inst.4.9.1: Ceterum sciendum est aedilicio edicto prohiberi nos canem verrem aprum ursum leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: et si adversus ea factum erit et nocitum homini libero esse dicitur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit: numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit.

41) Inst. 2.1.13: Quidquid autem eorum (sc. ferarum bestiarum et volucrum) ceperis, eo usque tuum esse intellegitur, donec tua custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam tuam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit.(=D.41.1.3.2) naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos tuos effugerit vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio.

42) Inst.4.9.pr: . . . ceterum si genitilis sit feritas, cessat. denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit.

43) 늑대가 탈취한 돼지들의 소유권 귀속에 관하여는

D.41.1.44 Ulpianus 19 ed.: Pomponius tractat: cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit aut canes extorserunt: et cum pastor meus peteret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant: nam genere quodam venandi id erant nacti, cogitabat tamen, quemadmodum terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem. quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex area aut ex agro nostro transtulit aut quod nobis eripuit? si igitur desinit, si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis vel aper vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. sed putat potius nostrum manere tamdiu, quamdiu recipari possit: licet in avibus et piscibus et feris verum sit quod scribit. idem ait, etsi naufragio quid amissum sit, non statim nostrum esse desinere: denique quadruplo teneri eum qui rapuit. et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem: licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, suppressere et intercipere videtur. quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse.

44) 염소의 경우 싸움이 본성이므로(Cf. Plinius maior, Naturalis historia 9.99: dimicant inter se ut arietes adversis cornibus incursantes) 본 개소는 공화정 晚期에 동물이 그 본성에 반하여 행동한 경우(Cf. D.h.t.1.7)로 책임이 제한되지 않았다는 증거라는 견해가 있다(Alan Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Republic (1965), 282). 그러나 이 견해는 본 소권의 법정요건으로서의 “길든 동물”로서의 염소의 본성과 일반적인 박물학적 관찰의 시각에서 본 염소의 싸움 잘하는 ‘본성’을 별다른 고찰 없이 동일시했다는 비판을 면하기 어렵다.

키우스는 [이렇게] 구별하였다: 공격을 한 놈이 죽은 경우에는 이 소권이 적용되지 않고, 도발하지 않은 놈이 죽은 경우에는 이 소권이 인정된다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ ‘그로 인하여 그(=피고)가 [자신에게]〈그(=원고)에게〉손해를 배상 하든가 가해자를 委付하는 것이 마땅함.’

- (12) 그리고 네발짐승들의 경우에도 加害者責任은 頭格을 追隨하므로⁴⁷⁾ 소유자를 상대로 이 소권이 부여되는데, 가해 당시의 네발짐승의 소유자가 아니라 현재의 소유자 말이다.⁴⁸⁾
- (13) 분명 쟁점결정 전에 (가해)동물이 죽는 경우에는 이 소권은 소멸할 것이다.⁴⁹⁾
- (14) 가해자를 委付한다 함은 (가해)동물을 살아 있는 상태로 인도하는 것이

45) 이것은 불법행위를 먼저 유발한 동물에게 책임을 귀속시킨 것이 아니라, 단순한 객관적 인과관계의 면에서 직접적으로 가해한 동물의 행위가 다른 동물에 의하여 도발된 경우 인과관계를 부인하여, 도발한 동물의 행위만을 손해의 원인으로 본 데서 기인한다. 인간의 경우에 적용되는 책임 사상(Alfenus 2 dig. D.9.2.52.1: *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri)*은 동물의 경우에는 그 책임능력의 결여(D.h.t.1.3-4)로 인하여 적용될 수 없다. 다시 말하면 도발당한 동물은 중간에 개재된 “도구”(D.h.t.1.8)로 본 것이다.

46) 비교: 출애굽기 21:35-36 (공동번역): “어떤 사람의 황소가 이웃집 황소를 받아서 죽였을 경우에는 산 황소를 팔아서 그 돈을 나누어 가지고, 죽은 황소도 나누어 가져야 한다. 만일 임자가 잘 지키지 않았을 경우에는 산 황소를 대신 주고 죽은 황소를 가져야 한다.”

47) 이 법리는 로마법상 확립된 법리였다. Cf. D.13.6.21.1 Afr. 8 qu.; D.9.4.43 Pomp. 8 ep.; D.47.2.41.2 Ulp. 41 Sab.; D.47.10.17.7 Ulp. 57 ed.; D.2.9.2.pr. Paul. 6 ed.; C.3.41.1 Alex. [a.223]; C.4.14.4 Gord. [a.238]; PS.2.31.8-9; PS.Int.2.32.12; NMaI.7.11. 이 법리의 효과에 관하여는

Inst.4.8.5: *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio: si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse, aut si manumissus fuerit, directo ipse tenetur et extinguitur noxae deditio. ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit: nam si liber homo noxiam commiserit et is servus tuus esse coeperit (quod casibus quibusdam effici primo libro tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio, quae ante directa fuisset.*

48) 소유자가 책임을 지는 근거는 그가 가해동물의 소유자라는 사실 그 자체였으며, 따라서 이 책임은 “순수한 결과책임”이었다. Elemér Pólay, “Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom”, SZ 101 (1984), 142ff., 180f.

49) 이것은 가해자위부소권의 일반법리에 따른 것이다. Cf. D.9.4.39.4 Iulianus 9 dig.: *Sed et mortuo servo antequam iudicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus.*

다.⁵⁰⁾ 동물이 數人의 공유인 경우에는 물론 각자를 상대로 전액에 대하여 加害者委付訴權이 인정될 것인바, 노예의 경우⁵¹⁾와 같다.

- (15) 그러나 때로는 소유자가 가해자를 委付하도록 제소되는 것이 아니라 또한 전액에 대하여 제소되는데, 가령 법정에서 네발짐승이 자신의 것인지를 신문 받고⁵²⁾ 자신의 것이 아니라고 대답하는 경우가 그러하다. 그의 것임이 확정되면⁵³⁾ 전액에 대하여 유책판결 받을 것이기 때문이다.⁵⁴⁾

50) 이것은 인간이 가해자인 경우의 가해자위부소권에서는 死體 또는 그 일부를 위부할 수 있었던 것과 다른 점이다. Cf. D.h.t.1.3 주석.

Gai. Fr.Aug.82-87: sed interest utrum servi filiive nomine noxalis actio proponatur, an animalium. nam si servi filiive nomine condemnatus fuerit dominus vel pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum: condemnatus dominus noxali actione potest servum etiam mortuum in noxam dare. (83) et non solum si totum corpus det liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. denique tractatur de capillis et unguibus an partes corporis sint. quidam enim dicunt <ea additamenta corporis esse: sunt enim> foris posita. animal mortuum vero dedi non potest. (84) quae ratio est ut servi mortui etiam dedantur? voluerunt...r... imponere servis vel filiis ut delinquentes semet t.... aut potestatem dominorum: namque ita volebant liberari a dominis... servus delinquebat non poterat dominus aut reddere dabat.... noxam p... (85) ergo cum praetor dedere dom.... parentem putes..... iure uti t.... domino vel parenti et occidere eum et mortuum dedere in noxam..... patria potestas potest.....n...cum patris potestas talis est ut habeat vitae et necis potestatem. (86) de filio hoc tractari crudele est, sed ... non est post ...r... occidere sine iusta causa, ut constituit lex xii tabularum. sed deferre iudici debet propter calumniam. (87) ergo ideo interest mortuum dedere ... ter. animalibus non est similis tractatio in poenis his quae ratione carent.

그러므로 쟁점결정 후에 가해동물이 죽는 경우에는(cf D.h.t.1.13) 가해자위부가 불가능하므로(D.h.t.1.14) 가액판결만이 가능할 뿐이다. 가액판결이 이루어지는 그밖의 경우에 대하여는 cf. D.h.t.1.15. 쟁점결정 후의 가해동물의 사망이 타인의 불법행위에 기인하는 경우에 관하여는 cf. D.h.t.1.16.

51) D.9.4.8 Ulpianus 37 ed.: Si servus communis furtum fecerit, quivis ex dominis in solidum noxali iudicio tenetur: eoque iure utimur. sed non alias poterit is qui conventus est evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum, nec ferendus est, si partem dedere fuerit paratus. plane si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus, communi dividundo vel familiae erciscundae iudicio adversus eos experietur. ante noxale sane iudicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere iudicium: quamquam quis possit dicere evenire, ut, dum pars eive data amittat actionem: dominus enim pro parte factus non potest cum socio noxali experiri. fortassis nec communi dividundo agere possit eius maleficii nomine, quod ante communionem admissum est: quod si non potest, evidenti iniuria adficietur. sed melius est dicere, competere ei communi dividundo iudicium.

52) Cf. D.11.1.4.1 Ulp. 22 ed.: Quod ait praetor: "qui in iure interrogatus responderit" sic accipiendum est apud magistratus populi romani vel praesides provinciarum vel alios iudices: ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat.

- (16) 쟁점결정 후에 타인에 의하여 동물이 살해된 경우에는 소유자에게 아퀼리우스법 소권이 인정되므로 재판에서 아퀼리우스법을 고려할 것이다 왜냐하면 소유자는 加害者委付의 능력을 상실하는 때문이다.⁵⁵⁾ 그러므로 그는 문제된 (동물가해) 재판에서 소송물의 평가액을 제공해야 할 것이다.⁵⁶⁾ 그러나 살해한 자를 상대로 한 소권을 委讓할 용의가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
- (17) 이 소권이 상속인 및 기타 포괄승계인들⁵⁷⁾에게 부여된다는 것은 아무도 의심하지 않을 것이다. 또 상속인들과 기타(승계)인들을 상대로 상속의 범리에 의해서가 아니라 그들이 소유자인 그 범리에 의하여 인정된다.

D.9.1.2 Paulus libro vicensimo secundo ad edictum.

Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati.

- (1) Si quis aliquem evitans, magistratum forte, in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine quidam putant: at si solutus fuisset, contra.

D.9.1.2 파울루스, <고시주해> 제22권

이 소권은 비단 소유자뿐 아니라 이해관계자에게도 인정된다. 가령 물건이 사용

53) Kaser/Hackl, Das römische Zivilprozessrecht (2. Aufl. 1996), 256은 원고가 피고의 소유권을 입증한 경우로 이해한다. 그러나 이것이 통상의 경우이겠지만 굳이 이런 경우로 한정할 필요는 없기 때문에 보다 포괄적인 표현을 했던 것으로 보인다.

54) D.11.1.7 Ulpianus 18 ed.: Si quis in iure interrogatus, an quadrupes quae pauperiem fecit eius sit, responderit, tenetur.

이것은 가해동물이 범정에 부재하는 경우에 한하였던 것으로 보인다. Hans-Dieter Spengler, Studien zur interrogatio in iure (1994), 98.

55) D.h.t.1.14.

56) 이러한 상황에서 가해동물을 살해한 제3자가 가해자위부를 할 수 없게 된 가해동물의 소유자에게 부담하는 책임의 범위에 관하여는

D.9.2.37.1: Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius (in quo de pauperie actio est) referri debet et tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis Aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditioe defungi quam litis aestimatione.

J. M. Rainer, SZ 111 (1994), 572ff., 573f.; Kaser/Hackl, aaO., 298 n.19.

57) Bas.60.2.1.17 [Heimbach V, p.261] Schol. 52) et 53)은 상속인은 유언상속인(ex testamento)으로, 포괄승계인은 무유언상속인(ab intestato)으로 이해하고 있으나 의문이다. 오히려 상속인은 시민법상의 상속인을, 포괄승계인은 법무관법상의 상속인, 즉 유산점유자(bonorum possessor)나 또는 포괄수유자(fideicommissarius universae hereditatis)를 지시하는 것으로 보아야 한다.

대차된 자[=사용차주], 또 세탁업자. 왜냐하면 이들은 책임을 진다는 사실로 인하여 손해를 입는 것으로 생각되기 때문이다.⁵⁸⁾

- (1) 어떤 자가 어떤 사람, 가령 정무관을 피해서 가까운 점포로 들어갔고 그곳에서 사나운 개에게 상해를 입은 경우에는 혹자들은 그 개의 명목으로 訴求할 수 없다고 생각한다.⁵⁹⁾ 그러나 그 개가 풀어져 있었다면 그 반대이다.⁶⁰⁾

D.9.1.3 Gaius libro septimo ad edictum provinciale.

Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus.

D.9.1.3 가이우스, 〈속주고시주해〉 제7권

이 법률에 기하여 또한 자유인들의 명목으로 訴求할 수 있음은 의문의 여지가 없다. 가령 家長 또는 家子를 네발짐승이 상해하는 경우. 물론 人身毀損은, 자유인의 人身은 가액산정을 받지 않으므로,⁶¹⁾ 고려되지 않고, 치료에 들어간 비용들과 [이

58) 세탁업자와 의류의 세탁 등에 관하여 맺는 계약은 유상인 경우에는 賃約(locatio conductio)이고, 무상인 경우에는 委任(mandatum)이었는데(Gai.3.162; Inst.3.26.13. 보수를 추후에 약정하기로 한 경우에 대하여는 Inst. 3.24.1 [praescriptis verbis actio]), 동일물을 반환할 것을 내용으로 하였다(D.19.2.31). 세탁업자는 세탁물 등이 손상되지 않고(D.19.2.13.6 [취가 쓴 경우]) 도난 당하지 않도록 할 의무(D.4.9.5.pr; D.19.2.25.8; D.19.2.60.2; D.47.2.12.pr; Gai.3.205; Inst.4.1.15(17))를 부담하였다. 세탁물을 훼손했거나 도난 당한 경우 직접 소권이 인정되었는데, 그 근거는 세탁물의 주인에 대하여 책임을 진다는 논리였다. 이 개소는 타인의 네발짐승이 세탁물을 훼손한 경우에 대하여 같은 법리를 천명하고 있는 것이다. 또 사용차주도 남의 물건을 돌려줄 의무를 부담하는 자로서 일반적으로 세탁업자와 동일한 취급을 받았다(Gai.3.206; Inst.4.1.16(18)).

59) 개는 야수로 치부되었을 뿐 아니라(D.h.t.1.5) 이 경우에는 그에 더하여 점포로 들이닥침으로써 개의 공격을 유발한 자기책임이 인정되기 때문이다. 피해자의 과실이 인정된 다른 사례들에 관해서는 cf. D.h.t.1.6.

60) 이때에는 피해자의 도발책임보다는 소유자의 맹견에 관한 안전조치 의무 위반, 즉 過失이 우선시된다고 보았기 때문이다. 이때 인정된 책임은 四足動物 加害訴權이 아니라 일반 불법행위소권(actio legis Aquiliae)이다. Cf. D.h.t.1.5.

비교: 예순나律典 제56조-제57조 (Ancient Near Eastern Texts relating to the Old Testament, edited by James B. Pritchard, third edition with supplement, 1969, p.163의 英譯[Albrecht Goetze 번역]에서 옮김): (56) 개가 하자가 있고 당국이 이 사실을 그 주인에게 알렸으나 (그럼에도 불구하고) 그가 그 개를 가두어 두지 않고 그 개가 사람을 물어서 (그의) 사망을 야기하는 경우에는 개의 입자는 은화 ½미나를 배상하여야 한다. (57) 그 개가 노예를 물어서 (그의) 사망을 야기하는 경우에는 그는 은화 15 쉼멜을 배상하여야 한다.

61) D.9.3.1.5 Ulpianus 23 ed.: Sed cum homo liber periiit, damni aestimatio non fit

미) 일실한 노동수입 및 무능해진 자로서 상실할 노동수입만이 고려된다.

D.9.1.4 Paulus libro vicensimo secundo ad edictum.

Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

D.9.1.4 파울루스, 〈고시주해〉 제22권

이 소권은 네발짐승이 아니라 다른 동물이 가해행위를 범한 경우에도 準訴權으로서 인정된다.⁶²⁾

in duplum, quia *in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest*, sed quinquaginta aureorum condemnatio fit.

D.9.3.5.5 Ulpianus 23 ed.: Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit, quod liber perisse dicitur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat. sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, *quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.*

D.9.3.7 Gaius 6 ad edictum provinciale: Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est, cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia *liberum corpus nullam recipit aestimationem.*

D.14.2.2.2: Cum in eadem nave varia mercium genera complures mercatores coegissent praetereaque multi vectores servi liberique in ea navigarent, tempestate gravi orta necessario iactura facta erat: quaesita deinde sunt haec: an omnes iacturam praestare oporteat et si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas margaritas? et quae portio praestanda est? et an etiam pro liberis capitibus dari oporteat? et qua actione ea res expediri possit? placuit omnes, quorum interfuisset iacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum observatae res deberent: itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse. iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet. *corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse.* ex conducto dominos rerum amissarum cum nauta, id est cum magistro acturos. itidem agitatum est, an etiam vestimentorum cuiusque et anulorum aestimationem fieri oporteat: et omnium visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent, quo in numero essent cibaria: eo magis quod, si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet in commune conferret.

62) Cf. D.h.t.1.2.

D.9.1.5 Alfenus libro secundo digestorum.

Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem reiecit et crus agasoni fregit: consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset. respondi posse.

D.9.1.5 알페누스, 〈학설집〉 제2권

말구종이 여관⁶³⁾으로 말을 들여 모는데 그 말이 암노새의 냄새를 맡았고, 암노새가 발굽으로 내질러서 말구종의 다리를 부러뜨렸다. 암노새의 주인을 상대로, 그 암노새가 가해행위를 범했으므로, 訴求할 수 있는지 여부가 문의되었다. 나는 대답하였다: 가능하다.⁶⁴⁾

63) D.50.16.183 Ulp. 28 ed.: "Tabernae" appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo quod tabulis cluditur.

64) 냄새 맡는 행위를 자극적 도발행위(concitare: D.h.t.1.6-8)로 평가하지 않은 결과이다. 同旨 Bas.60.2.5 [Heimbach V, p.262] Schol. 1).

〈Abstract〉

D.9.1 Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur: Text, Translation, and Commentary

Byoung Jo Choe*

In this paper I have presented a Korean translation with a short commentary of the second title of the ninth book of the Digest (D.9.1 *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*) on the harm committed by a four-footed animal (*pauperies*). The remedy provided for this sort of harm is the *actio de pauperie*. This *actio* is one of those remedies which Roman law provided for the harm committed by animals on the basis of the relevant provisions of the Twelve Tables, the so-called *lex Pesolania* concerning harm committed by dogs, the edict of the *aediles curules* on the wild beasts (*de feris*), and the *lex Aquilia* on the liability *ex delicto* etc. In spite of these diverse positive legal norms, however, the regulation of the problem is not entirely clear. But apparently the range of the animals for which the owner becomes liable is gradually widened. The outline of the regulation seems to be the following:

It seems that the Aquilian law is applied, if the harm can be ascribed to the fault of the animal-owner (D.9.1.1.6 et D.9.1.1.5). Especially when any dangerous animal causes damage in a place where there is frequent traffic, the curule aediles' edict sanctions the owner (D.21.1.42). But in case of no fault on the side of the owner the general rule is that the *actio de pauperie* lies whenever an animal commits *pauperies* when moved by some wildness contrary to the nature of its kind (D.9.1.1.7). This action lies against whoever owns the beast when action is brought, not against its owner at the time the damage was caused (D.9.1.1.12). It aims at the pecuniary damages for the amount of the harm done, but instead the

* Professeur of Law, Seoul National University

animal which caused harm may be handed over (*noxae deditio*: D.9.1.1.pr; D.9.1.11ff.). The noxal surrender may be denied if on being asked before the magistrate if the animal is his, the owner replies that it is not (D.9.1.1.15). If an animal causes harm according to the nature of its kind, the *actio de pastu* lies only when it grazes another's field (D.19.5.14.3). It is unlawful to impound someone else's cattle which one finds in his field (D.9.2.39.1).