

〈논 문〉

## 로마법상 組合持分の 결정과 善良人の 裁定 — D.17.2.75~80의 譯註 —

최 병 조\*

### I. 머리말

민법상 조합을 결성함에 있어서는 손익분배의 비율(민법 제711조 참조)을 포함하여 당사자들이 결정해야 할 많은 문제들이 있지만,<sup>1)</sup> 그 중에서도 중요한 것 중의 하나가 각 조합원의 조합 지분(민법 제714조, 제719조 참조) 비율이다.

참고로 조합원간의 손익분배비율을 정하고 있는 로마법상의 실무계약례를 하나 소개한다. 이 조합계약은 167년 3월 28일자로 두 은행가 사이에 체결된 것인데, 166년 12월 23일부터 다음 해 4월 12일까지의 단기간 換錢商 업무를 하기 위한 것이었다. 계약에서는 손익분배비율 이외에도 출자의 내용, 상대방을 詐害하는 경우에 대비한 계약별, 사업 종료 후 사업채무를 공제한 출자분의 반환과 이익의 균등분배 등을 정하였다.

*CIL* 3, 950:<sup>2)</sup>

Inter Cassium Frontinum et Iulium Alexandrum societas danistariae ex X kal. Ianuarias, quae proximae fuerunt Pudente et Polione cos., in pridie idus Apriles proximas venturas ita convenit, ut quidquid in ea societati ab re natum fuerit lucrum damnumve acciderit, aequis portionibus suscipere debebunt. In qua societate intulit Alexander numeratos sive in fructo X quingentos, et Secundus Cassi Palumbi servus actor intulit X ducentos sexaginta septem pr .... tin / sum Alburno .... debeat. In qua societate si quis dolo malo fraudem fecisse deprehensus fuerit, in asse uno X unum .... denarium unum X XX .... alio

\* 서울대학교 法科大學 教授

1) Cf. 郭潤直/金載亨, *民法注解[XVII]: 債權*(9) (1997), 46; 金曾漢/吳相杰, *註釋債權各則*(II) (1987), 602.

2) Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui* (7. ed. 1909), n.171 [p.376].

inferre debebit, et tempore peracto deducto aere alieno sive summam supra scriptam sibi recipere sive, si quod superfuerit, dividere debebunt(?). Id dari fieri praestarique stipulatus est Cassius Frontinus, spopondit Iulius Alexander. De qua re dua paria tabularum signatae sunt. Item debentur Lossae X L, quos a socis supra scriptis accipere debebit. Actum Deusare V kal. April. Vero III et Quadrato cos.

지분은 원칙적으로 조합계약의 당사자들이 합의하여 정하는 것이지만, 경우에 따라서는 그 결정을 당사자 중 어느 누구에게 맡기거나, 아니면 제3자에게 위임할 수가 있다. 일단 지분비율을 결정할 권한을 수탁받은 자가 정한 지분비율이 당사자들의 의도에 부합하여 모두 동의하는 상태에 이른다면 좋겠지만, 그렇지 못하여 지분비율을 둘러싼 분쟁이 발생할 수도 있다. 이런 경우에 공정한 지분비율을 결정하는 기준으로서 로마인들이 제시한 것은 지분비율 자체에 관한 공정성의 객관적 기준이 아니라, 지분비율을 지정하는 행위자에 초점을 두어서 그가 지향해야 할 표준인으로서의 善良人(vir bonus)<sup>3)</sup>이었다. 이때 Vir bonus가 하나의 규범적 理想人임은 가령 나폴리의 법률가였던 알렉산더의 다음의 서술에서 분명히 드러난다.<sup>4)</sup> 도대체 현실세계의 어디에서 이런 완전무결한 인간을 발견할 수 있겠는가?

Viro enim bono hoc datur, ut ubique sanctus, ubique castus, honesti cultor, pius & integer sit, cujus ne erratum quidem minimum fuerit, ne dicam vitium: qui nullo malo perterritus, nulla calamitate victus fortunae cedat, nihil expetat, nihil dicat, nihil faciat in vita, nisi summa cum laude & dignitate, in nulla re delinquat, nullius rei poeniteat, servetque foedera humani generis ita inviolata in magnis minimisque rebus, ut ne minima quidem conscientiae labe detineatur.

(왜냐하면 선량인에게는 이런 것이 인정되고 있기 때문이다. 즉 늘 거룩하고, 늘 순결하고, 도덕의 수행자이고, 충실하고 온전하여, 그는 추호도 失錯이 없으니 허물은 말할 것도 없다. 그는 어떤 뉘에 의해서도 전혀 두려움이 없고, 어떤 재앙에 의해서도 제압당하여 운명에 굴복하지 않고, 생에 있어서 어떤 것을 추구하고 어떤 것을 말하고 어떤 것을 행하던 언제나 최고의 예찬과 존엄으로써 하며, 결코 불법한 것을 행하지도 않고, 어떤 일도 후회할 거리가 없으며, 大小事に 있어서 인간사회의 맹약을 준수하여 침해하는 바가 없으므로 추호도 양심상의 치욕으로 얽매이지도 않는다.)

3) 줄저, 로마법강의 (1999), 239.

4) Alexander ab Alexandro, *Genialium dierum libri sex*, II (Lugduni Batavorum, 1673), 395.

세네카는 이것을 한마디로 이렇게 요약하였다: “선량인이란 시간의 차원에서만 神과 구별된다”(Bonus tempore tantum a deo differt).<sup>5)</sup> 이런 의미에서 로마적 덕목(virtus)의 의미맥락과 어감을 충분히 감안한다면<sup>6)</sup> 그 역어로서 “君子”를 사용해도 무방할 것이다. 그렇지 않아도 논어의 유명한 한 영역본에서는 군자를 “a man of complete virtue,” 즉 完德人으로 번역하고 있으며,<sup>7)</sup> 중국고전에 보이는 군자에 관한 서술<sup>8)</sup>도 위의 알렉산더의 vir bonus 서술과 그 일치하는 바가 두드러지기 때문이다. 논어에서 임의로 골라낸 다음 구절들과 로마의 哲人 세네카의 <도덕서신>의 한 대목을 비교해 보아도 두 개념이 상응한다는 사실을 발견할 수 있다. 이상형의 군자에게서 발견된다는 仁·知·勇·義·禮·孫(=겸손)·信 등의 모든 덕목들은 후대의 이른바 五常(인의예지신)<sup>9)</sup>을 포함하거나와 결국은 서양인들이 말하는 pulcher(美)·sanctus(聖)·castus(淨)·honestus(正)·pius(忠)·integer(全)·nullo malo perterritus(勇善), dignitas(尊)·fides(信)를 위시하여 플라톤 이래로 正經화된 유명한 四樞德<sup>10)</sup> iustitia(δικαιοσύνη 義)·fortitudo(ἀνδρεία 勇)·temperantia(σωφροσύνη 節)·prudentia(φρόνησις·σοφία 智)로 집약된 vir bonus의 그것과 혼연히 일치하는 것이다.

論語, 憲問篇 (XIV.28):

「君子道者三, 我無能焉。仁者不憂, 知者不惑, 勇者不懼」

(군자의 道는 세 차원에서 고찰해 볼 수 있는데, 나[=공자]로서는 하나도 능한 것이 없다. 군자는 어진 자로서는 근심하지 않고, 지혜로운 자로서는 의혹에 빠지지 않으며, 용감한 자로서는 두려워하지 않는다. - 줄역)

- 
- 5) Seneca, *De providentia* [dialogi I] 1.5: ... inter bonos viros ac deos amicitia est conciliante virtute. amicitiam dico? immo etiam necessitudo et similitudo, quoniam quidem bonus tempore tantum a deo differt, discipulus eius aemulatorque et vera progenies, quam parens ille magnificus, virtutum non lenis exactor, sicut severi patres durius educat.
- 6) Cf. Karl Meister, “Die Tugenden der Römer”(1930), in: Hans Oppermann (Hg.), *Römische Wertbegriffe* (1983), 1ff.
- 7) James Legge, *The Chinese Classics* I (1960), 137.
- 8) Cf. 韋政通 編著, *中國哲學辭典* (臺北: 水牛出版社, 中華民國 80년), 357ff.의 ”君子“ 항목.
- 9) Cf. 韋政通 編著, *中國哲學辭典* (中華民國 80년), 207f.의 “五常” 항목.
- 10) Cf. Plato, *Respublica* 4, 433 (박종현 역주, *플라톤의 국가·政體* [1997], 285ff.); Helen F. North, “Temperance (Sōphrosynē) and the canon of the cardinal virtues”, *Dictionary of the History of Ideas*, IV (1978), 365ff.; 상세는 Michael Wittmann, *Die Ethik des hl. Thomas von Aquin in ihrem systematischen Aufbau dargestellt und in ihren geschichtlichen, besonders in den antiken Quellen erforscht* (München: Max Hueber, 1933), 217ff.

論語, 衛靈公篇 (XV.18):

「君子義以爲質, 禮以行之, 孫以出之, 信以成之, 君子哉」

(군자는 올바름으로써 바탕을 삼아서 禮로써 이를 행하고, 겸손으로써 이를 드러내며, 信實함으로써 이를 이루는 것이니, 이러면 군자라 할 것이다. - 줄역)

Seneca [Philosophus], *Epistulae morales ad Lucilium* 115.3:

Si nobis animum boni viri liceret inspicere, o quam pulchram faciem, quam sanctam, quam ex magnifico placidoque fulgentem videremus, hinc iustitia, illinc fortitudine, hinc temperantia prudentiaque lucentibus.

(우리가 선량인의 정신을 들여다보는 것이 허용된다면, 오! 얼마나 아름다운 용모며, 얼마나 거룩하고, 얼마나 고결함과 평온함으로 빛나는 정신을 보게 되겠는가. 이 쪽에서 정의가, 저쪽에서 용기가, 다시 이쪽에서 절제와 지혜가 빛나리라.)<sup>11)</sup>

이러한 기준인은 물론 조합에서만 문제되는 것이 아니었고, 따라서 법적으로 중요한 사항을 결정하거나 판단하는 모든 경우에 일관되게 적용된 바 있다.<sup>12)</sup> 그리하여 예컨대 법무관 자신과 심판인의 판단기준도 선량인이 모범이었고,

D.28.8.7.pr. Ulp. 60 ad ed.

Ait praetor: “Si pupilli pupillae nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eum hereditatem retinere, et hoc datum sit: si iusta causa esse videbitur, bona interea deminui nisi si causa cognita boni viri arbitrato vetabo.”

11) 참고로 이어지는 대목도 소개하면 다음과 같다.

Praeter has frugalitas et continentia et tolerantia et liberalitas comitasque et —quis credat?— in homine rarum humanitas bonum, splendorum illi suum adfunderent. Tunc prudentia cum elegantia et ex istis magnanimitas eminentissima quantum, di boni, decoris illi, quantum ponderis gravitatisque adderent! quanta esset cum gratia auctoritas! Nemo illam amabilem qui non simul venerabilem diceret.

12) Cf. Cato, *De agri cultura* 144.3; 148.1; 149.2; Frontinus, *De aquaeductu urbis Romae* 125.1; D.3.3.33.3; D.3.3.45pr.; D.3.3.77; D.3.3.78pr.; D.5.2.25pr.; D.7.1.13.6; D.7.1.13.8; D.7.1.27.5; D.7.5.6.pr.; D.7.9.1.pr.; D.7.9.1.3; D.7.9.1.6; D.7.9.1.11; D.7.9.1.2; D.10.2.44.8; D.12.2.30.5; D.17.1.35; D.18.1.7.pr.; D.19.2.24.pr.; D.24.3.25.3; D.24.3.50; D.26.7.47.1; D.27.10.8; D.28.8.7.pr.; D.30.58; D.31.1.1; D.32.41.9; D.32.43; D.33.1.3.2; D.33.1.3.3; D.33.1.13.1; D.34.1.10.2; D.35.3.3.6; D.35.3.3.7; D.36.1.56; D.37.6.2.2; D.37.7.5.1; D.39.1.5.17; D.39.1.21.4; D.39.2.15.34; D.39.2.18.2; D.39.5.31.1; D.40.5.46.3; D.40.5.47.2; D.40.12.30; D.42.4.7.1; D.43.12.1.12; D.43.15.1.pr.; D.43.15.1.3; D.46.1.3.3; D.46.7.5.3; D.46.7.12; D.46.7.18; D.47.10.17.5; D.50.16.73; C.2.50.4; C.3.33.4; C.3.44.3; C.4.38.15.2; C.5.11.3; C.5.50.2.1; C.6.43.3.1a; C.6.54.7; C.Th.2.19.4; C.Th.8.18.2; Max Kaser, *Das römische Privatrecht* I (2. Aufl. 1971), 490.

D.47.10.17.5 Ulp. 57 ad ed.

Ait praetor “arbitratu iudicis”: utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat.

심지어는 도망노예를 포획하기 위한 적절한 수단의 강구도 그 기준은 선량인이었다.

D.24.3.25.3 Paul. 36 ad ed.

Si qui dotalium servorum in fuga erunt, cavere debebit maritus se eos viri boni arbitratu persecuturum et restitutum.

그러나 다음의 로마인들 자신의 표현에서도 드러나듯이 재정 주체로서의 기준인을 제시한다는 것은 재정 행위 자체의 기준(“recte”)을 제시하는 것과 다른 것이 아니었음은 물론이거니와, 다만 전자의 방식이 구체적 행위상황과의 연관성을捨象함으로써 보다 더 추상적이고 항구적인 기준을 보다 더 有形的인 형태로 제시할 수 있고 또 실제로 제시하고 있다는 점에서 어쨌든 이론적으로는 더 나은 방법이라고 생각된다.

D.50.16.73 Ulp. 80 ad ed.

Haec verba in stipulatione posita “eam rem recte restitui” fructus continent: “recte” enim verbum pro viri boni arbitrio est.

(문답계약에 포함된 “그 물건이 정당하게 반환됨”이란 이 문구는 果實을 포함한다. 왜냐하면 “정당하게”란 표현은 선량인의 裁定 대신이기 때문이다.)

그러나 물론 실제적용의 측면에서는 이 기준은 구체적 상황의 모든 제반사정을 공정하게 고려한다는 것에 다름 아니었다. 다음은 임의로 골라낸 두 개의 예이다.

D.32.43 Celsus 15 dig.

Si filiae pater dotem arbitratu tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitratu legatum sit. Labeo quaerit, quemadmodum apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitratu constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.

D.33.1.3.3 Ulp. 24 ad Sab.

Sed et si fuerit adiectum “viri boni arbitrato”, hoc sequemur, ut pro positione patrimonii sine vexatione et incommodo heredis fiat.

다른 한편으로 다음의 켈수스의 개소가 보여주듯이 선량인이라는 기준을 언급하지 않았다고 해서 공정성(bonum et aequum)의 기준이 사라지는 것이 아니었음은 물론이다. 오히려 이러한 사례들이야말로 선량인의 기준이 가지는 의미에 대하여 보다 더 심층적인 고찰과 분석이 필요함을 잘 보여준다고 할 것이다.

D.38.1.30.pr Celsus 12 dig.

Si libertus ita iuraverit dare se, quot operas patronus arbitratus sit, non aliter ratum fore arbitrium patroni, quam si aequum arbitratus sit. et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut, quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant, non quia vel immodice obligari velint.

이 글에서는 조합에 국한하여 관련사료를 소개하고 필요한 최소한의 설명을 붙이는 방식으로 이 문제, 즉 善良人의 裁定(boni viri arbitratus, boni viri arbitrium)에 관한 앞으로의 논의를 위한 화두를 제공하는 데 그치기로 한다.<sup>13)</sup>

## II. 관련사료 및 역주

조합지분의 결정을 제3자에게 맡기는 경우의 법률문제에 관하여는 조합을 다루고 있는 <학설취찬> 제17권 제2장 중반부의 D.17.2.75-80 및 그에 상응하는 B.12.1.73-78 (Heimbach I, p.784f.)이 기본사료이다. 그 중에서도 근간은 프로쿨루스의 <서한집> 제5권에서 발췌한 D.17.2.76-78-80인데,<sup>14)</sup> 로마법대전의 편찬자들은 그 사이에 파울루스의 <질의록>에서 취한 단편을 두 개 삽입하여 엮어 놓았다. 맨 앞의 켈수스의 단편은 시간적으로는 프로쿨루스의 것보다 나중 것이지만 재정조항의 조건이 불성취한 경우를 다루고 있으므로 그 조건이 성취된 경우를 본격적으로 다루고 있는 프로쿨루스의 개소와 체계적으로 대비시켜서 배치한 것

13) 이러한 논의의 출발점은 이를 일반화시키고 있는 율피아누스의 다음 개소가 될 것이다. Cf. Max Kaser, *Das römische Privatrecht* II (2. Aufl. 1975), 338f. n.24. D.50.17.22.1 Ulpianus 28 ad Sab.

Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudicii confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.

14) Vincenzo Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (Napoli: Jovene, 1965/ristampa 1982), 111: “una succinta trattazione monografica dell’intera materia”.

으로 보인다.

D.17.2.75 Celsus libro quinto decimo digestorum.

Si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitraretur decesserit, nihil agitur: nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit.

(조합이 티티우스가 裁定하는 지분대로<sup>15)</sup> 결성된 경우 티티우스가 재정하기 전에 사망하는 때에는 無爲인 것이다.<sup>16)</sup> 왜냐하면 티티우스가 재정해야만<sup>17)</sup> 조합이 성립하는 것으로 합의된 것<sup>18)</sup>이기 때문이다.<sup>19)</sup>)

15) 예컨대 다음 개소가 보여주듯이 상속인의 지정과 같은 어떤 법적인 결정은 그것을 제3자에게 맡길 수 없으나, 조합지분의 결정은 원칙적으로 그러한 위탁이 가능하였다.

D.28.5.32.pr Gaius libro primo de testamentis ad edictum praetoris urbani.

Illa institutio “quos Titius voluerit” ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

16) 즉 무효이다. Julio Hernando Lera, *El contrato de sociedad: La casuística jurisprudencial clásica* (Madrid: Dykinson, 1992), 164f.

17) 이 개소의 재정을 맡은 티티우스를 D.17.2.76에서 말하는 제1종류의 재정인, 즉 중재인(arbiter ex compromisso)으로 이해하는 견해(Velasco, *La posición del obligado en la sociedad consensual: una aproximación a la actio pro socio* [1986], 189; Lera, *El contrato de sociedad* [1992], 283f.에서 재인용)가 있으나 그렇게 보아야 할 아무런 이유가 없다. 조합계약이 무효가 되는 이유를 그가 중재인이기 때문이 아니라 그가 재정을 하지 않았다는 사실로 설명하고 있기 때문이다.

18) Cf. 졸저, **로마법강의** (1999), 352.

19) 이것은 계약해석의 문제이다. 켈수스는 엄두에 두고 있는 사안의 경우 당사자들이 티티우스의 재정을 조건(同旨 Proc. D.17.2.76: ea condicione)으로 조합을 결성한 것으로 이해한 것이다. 그러니까 티티우스가 사망하게 되면 조건의 불성취로 조합이 성립하지 않게 되는 것이다. 이미 同旨 B.12.1.73: quia conditio defecit. 이런 경우에 조합의 무효가 아니라 티티우스가 할 수 없게 된 재정을 선량인의 재정으로 보충함으로써 조합의 성립을 도모할 수 없겠는가 하는 논의가 있었는지는 알 수 없다. 다른 한편으로 지분 결정을 위탁받은 제3자가 어떤 내용이든 결정을 하는 경우에는 조건은 일단 성취되는 셈이다(Cf. D.17.2.76). 즉 티티우스에게 조합지분의 결정을 맡기는 조건 자체는 별문제 없이 유효하였다.

이것은 외견상 유사한 다른 경우, 가령 대금의 결정을 제3자에게 맡긴 매매계약의 경우에 로마의 법률가들 사이에 보이는 것(Gai.3.140: Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est)과 같은 심각한 학설의 대립(Iust. C.4.38.15.pr [a.530]: Super rebus venummandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus)이 조합지분의 결정과 관련하여는 없었다는 것을 의미한다. 매매에 있어서 확정대금은 本質素라는 사정(Gai.3.139)이 중요한 역할을 한 반면에 조합지분의 경우에는 그렇지 않기

### D.17.2.76 Proculus libro quinto epistularum.

Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constitueret, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat

(네가 나와 더불어 공동의 벗인 네르바<sup>20</sup>)가 조합의 지분들을 정한다는 조건으로<sup>21</sup>) 조합을 결성하였다. 네르바는 내가  $\frac{1}{3}$ , 내가  $\frac{2}{3}$  지분권의 조합원이도록 정하였다. 너는 그 결정이 조합의 법리상 승인되는 것인지 아니면 그럼에도 불구하고 우리는 균등한 지분으로 조합원인지를 문의한다. 그런데 私見으로는 내가 그가 정한 지분으로 우

때문이다. 다시 말하여, 라베오가 이 조합을 조건이 아니라 부수약정으로 이해하고, 이 부수약정은 본질소인 확정대금이 빠진 매매계약에 부수하는 한 무효일 수밖에 없다고 보았다면, 프로쿨루스는 이를 조건으로 이해하고 그렇게 함으로써 매매계약의 성패를 그 조건의 성취 여부에 따라 결정할 것인데, 유스티니아누스법의 최종선택은 다음의 개소에서 보듯이 후자의 손을 들어주었던 것이다. 그러나 조합은 최소한도 일정한 목적과 이를 당사자 전원의 공동사업으로서 경영한다는 두 가지 점에 대한 합의가 성립하기만 하면 조합계약이 유효하게 성립하므로(金曾漢/吳相杰, 註釋債權各則(II) [1987], 602) .조합지분의 경우에 이런 논의의 여지가 없었던 것은 물론이다.

C.4.38.15.1-3 Iust. (a.530)

(1) Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat “quanti ille aestimaverit”, sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit.

(2) Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus.

(3) Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus.

20) 이곳의 네르바가 티베리우스 황제의 고문법률가였고 프로쿨루스 학파의 首長으로서 프로쿨루스와도 친구가 있었던 유명한 법률가 네르바(M. Cocceius Nerva [父]. Cf. Jan Kodrebski, “Der Rechtsunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Prinzipats”, *ANRW* II 15 [1976], 177ff., 194; Detlef Liebs, “Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat”, *ANRW* II 15 [1976], 197ff., 209f.)인지는 불확실하다.

21) Cf. D.17.2.75 주해.



리가 조합원인 것인지 아니면 善良인이 정해야 했을 지분으로 그런 것인지를 물을 것이었더라면 더 좋은 질문이었을 것이라고 생각한다. 왜냐하면 재정인에는 두 종류가 있는바,<sup>22)</sup> 하나는 공정한 불공정한 우리가 복종해야만 하는 류이고 (이것은 중재 계약에 기하여 仲裁人에게 간 경우 준수되는 바이다<sup>23)</sup>), 다른 하나는 비록 그의 재정에 따라서 결정될 재정인이 명시적으로 지정되었더라도 善良인의 재정에 따라야만 하는 류의 것이기 때문이다.<sup>24)</sup>

#### D.17.2.77 Paulus libro quarto quaestionum.

(veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat):

(예컨대 도급<sup>25)</sup>약관에서 공사가 도급인의 재정에 따라서 이루어져야 한다고 규정

22) 이 유명한 부분은 중세 이후 중재인 개념을 발전시키는데 중요한 일익을 담당하였다. 이에 관한 상세는 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1. ed. repr. 1992), 528ff.

23) 同旨 D.4.8.27.2 Ulpianus libro tertio decimo ad edictum.

Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui compromisit. nam et divi Pii rescripto adicitur: “vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet”.

(그런데 중재인이 내리는 판정은 공정한 불공정한 준수되어야만 한다. 그것은 중재를 맡긴 자 스스로의 탓일 수밖에 없는 것인바, 또한 神皇 피우스의 批答에도 다음 문구가 추가되어 있다: “덜 타당한 판정도 침착한 마음으로 감내해야만 한다.”)

그 결과 중재인의 판정(Cf. 졸저, 로마법강의 [1999], 519f.)은 그가 주관적으로 옳다고 생각하는 어떤 판정을 내리는 법무관이 간여할 일이 아니었다.

D.4.8.19 Paulus libro tertio decimo ad edictum.

Qualem autem sententiam dicat arbiter, ad praetorem non pertinere Labeo ait, dummodo dicat quod ipsi videtur. et ideo si sic fuit in arbitrium compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere Iulianus scribit libro quarto digestorum.

로마법연구자들은 이처럼 vir bonus의 규범적 통제를 받지 않는 자유로운 재정을 사료상의 용어는 아니지만 전통적으로 arbitrium merum(純粹裁定)이라고 부른다. 사료에서는 이에 해당하는 경우 liberum arbitrium (D.34.5.7.1), plenum arbitrium voluntatis (D.32.11.7), mera voluntas (D.30.75.pr) 등으로 표현하였다. Cf. Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 26. Theil/1. Abtheilung (1824), 172f.; Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1965/ristampa 1982), 113 n.1.

D.32.11.7 Ulpianus 2 fideicommissorum.

Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur “si volueris”, tamen si ita adscriptum fuerit: “si fueris arbitratus” “si putaveris” “si aestimaveris” “si utile tibi fuerit visum” vel “videbitur”, debetur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.

24) Cf. D.17.2.79.

25) 여기서 locatio는 다음 절에서 opus가 언급되고 있으므로(Cf. Iav. D.19.2.51.1; Kaser, *Das römische Privatrecht* I [2. Aufl. 1971], 570 n.77) 賃約의 세 형태—임대차, 고용,

된 경우<sup>26)</sup>)<sup>27)</sup>

D.17.2.78 Proculus libro quinto epistularum.

in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.

(그러나 본 問議사안<sup>28)</sup>에서는 私見으로는 선량인의 재정을 따라야만 한다고 생각 하는바,<sup>29)</sup> 조합소송은 誠意訴訟인 만큼<sup>30)</sup> 더욱 더 그러하다.<sup>31)</sup>)

도급—중 都給(locatio conductio operis)이다.

- 26) 이러한 구체적인 실무례로서는 기원전 105년의 푸테올리 城壁建築一般約款(Lex parieti faciendo Puteolana)을 들 수 있다. 이 보통거래약관에서는 市長(duoviri) 및 市議會(duovirales)의 裁定에 따르도록 되어 있다.

*CIL* 10, 1781 = Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui* (7. ed. 1909), n.170 [p.374]:

[Col. I, lin. 4ss.] Operum lex II. Lex parieti faciendo in area, quae est in ante aedem Serapi trans viam: qui redemerit, praedes dato praediaque subsignato duumvirum arbitrato. .... [Col. III, lin.7ss.] Hoc opus omne facito arbitrato duovirum et duovirialium.

- 27) 도급공사의 檢受와 관련해서도 동일한 법리가 적용되었다.

D.19.2.24.pr Paulus 34 ad ed.

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.

(도급약관에서 都給主의 재정으로 공사가 검수될 것이 규정된 경우에는 선량인의 재정이 규정되었던 것처럼 간주된다. 임의의 제3자의 재정이 규정된 경우에도 같은 법리가 준수된다. 왜냐하면 신의성실은 선량인에 부합하는 그러한 재정이 행해질 것을 요구하기 때문이다. 그리고 그 재정은 공사의 질에 관계된 것이고, 약관에서 규정되지 않았다면 약관에서 정해진 기간의 연장에 관계된 것이 아니며, 그에 따라서 수급인의 악의로 행해진 검수는 무효이고 그래서 도급인 소권으로써 소구할 수 있다.)

한편 다음 개소를 살펴보면 라베오의 시대에 이미 그러한 법리가 적용되었는지 문면상으로는 확실하지 않다. 그러나 적어도 이미 카토가 선량인의 재정을 알고 있는 것으로 미루어 볼 때(Cf. 위 각주 11) 라베오의 경우에도 그것은 긍정해야만 할 것이다. 다만 이 개소에서는 관심사가 검수권을 가진 도급인의 의사에 따른 공사변경과 그로 인한 수급인의 면책이었기에 검수 시의 일반적인 사항에 대하여는 언급이 없는 것 뿐이라고 보아야 할 것이다.

D.19.2.60.3 Labeo posteriorum lib. 5 a Iavoleno epitomatorum.

Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset: redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat. respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.

- 28) D.17.2.76.

**D.17.2.79 Paulus libro quarto quaestionum.**

Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.

(그러므로 네르바<sup>32)</sup>의 재정이 그 불공정함이 명백할 정도로 不正한<sup>33)</sup> 경우에는 이 정의소송<sup>34)</sup>으로써 교정될 수 있다.<sup>35)</sup>)

**D.17.2.80 Proculus libro quinto epistularum.**

Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex [duo]

29) 왜냐하면 조합계약의 당사자들이 정식의 중재계약(Cf. 줄저, 로마법강의 [1999], 515ff.)을 통하여 네르바에게 조합지분의 판정을 맡긴 것이 아니기 때문이다.

30) Cicero, *De officiis* 3.17.70:

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Gai.4.62: Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.

D.17.2.38,pr Paulus 6 ad Sab.

Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi)

Cf. 줄저, 로마법강의 (1999), 526f.; 531.

31) Cf. D.19.2.24,pr Paulus 34 ad ed. (위 각주 26).

32) D.17.2.76 사안의 재정인.

33) <학설취찬>에서 pravus가 쓰인 유일한 개소이다(*Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*. Tom. IV/Fasc. 3·4 [1985], s.h.v. [p.1115]). 이 어휘는 비법률사료의 경우에는 장르를 불문하고 두루 사용되었으나(Cf. *Oxford Latin Dictionary* [ed. Glare, 1982/repr. 1985]. s.h.v. [p.1450f.]), 법률사료의 경우에는 거의 전부가 칙법에서만 사용되었다(Cf. Dirksen, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum* [1837], s.h.v. [p.755]; Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* [11. Aufl. 1971], s.h.v. [p.456]). 이로 미루어 보면 황제의 위엄과 권위를 표창하기 위하여 법문의 장식적 효과까지를 노렸던 칙령의 문체와 달리 법리를 담는 그릇으로서 꾸밈이 없이 단순하고 담박한 양식의 문장을 구사하였던 법학자들의 일상적 어휘목록에는 속하지 않았던 단어였다.

34) 즉 조합소송.

35) 바로 이 점에 善良人 裁定이 가지는 규범적 기준으로서의 법적 의미와 기능이 있는 것임은 물론이다. Cf. 위 I의 서술.

<undemille> millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.

(네르바<sup>36</sup>)가 한 사람은 1/1000, 다른 사람은 999/1000 지분권으로 조합원이도록 정했었다면 어떨까? 우리가 항상 균등한 지분으로 조합원인 것<sup>37</sup>)은 아니라는 점은 선량인의 재정에 부합하는 것일 수 있는바,<sup>38</sup>) 가령 그 중 한 사람이 더 많은 勞務<sup>39</sup>)나 근면<sup>40</sup>)이나 聲價<sup>41</sup>)나 금전을 조합에 출자할 것이었던 경우가 그러하다.<sup>42</sup>)<sup>43</sup>)

36) D.17.2.76 사안의 재정인.

37) 로마법에서는 조합원의 손익분배의 비율은 달리 정함(Cf. 위 각주 2)이 없는 한 균등한 것—이것을 比例按分으로 이해하는 견해에 대한 정당한 비판은 Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II [9. Aufl. 1906], 782 n.13—으로 처리하였다 (Inst.3.25.1; Gai.3.150). D.17.2.76 및 80에서 보듯이 조합원 지분의 재정을 다루는 경우에도 그에 대한 선택지로서 균등분이 거론되는 것은 바로 이러한 배경이 있기 때문이다.

Gai.3.150: Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt.

(그리고 이익과 손실의 몫에 관하여 아무 것도 당사자 사이에 정하지 아니하였을지라도 이익과 손실이 그들 사이에 균등한 몫으로 분배된다는 것은 확실하다. 그러나 둘 중 어느 하나에 있어서 몫이 명시된 경우, 가령 이익에 있어서는 표시되었지만 다른 하나에 있어서는 언급이 없는 경우에는 언급이 없는 것에 대하여도 마찬가지로의 몫이 인정될 것이다.)

손익분배의 비율에 관한 한, 우리 민법 제711조 제2항은 가이우스 개소의 후반부(= Inst.3.25.3: Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in eo quoque quod praetermissum est eandem partem servari)와 정확히 일치하지만, 동조 제1항은 가이우스 개소의 전반부와 다르게 출자가액에 비례하도록 정하였다. 이러한 태도는 로마법에서는 지분의 결정에 있어서 반영되고 있다.

D.17.2.29.pr Ulpianus 30 ad Sab.

Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.

38) 지분 비율의 결정을 단순히 외견상 드러난 —경우에 따라서는 매우 현저한— 불균형만으로 바로 불공정한 것으로 판단해서는 안된다는 점을 지적하는 이 부분은 선량인의 재정이 후속부분에서 지적하듯이 특히 출자 비율을 포함한 제반사정을 고려한 가운데 이루어져야 하는 것임을 잘 보여준다. Cf. 민법 제711조 제1항.

39) Cf. Gai.3.149: ... nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet. = Inst.3.25.2

40) Cf. D.17.2.29.1 Ulpianus 30 ad Sab.

Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero

commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.

D.17.2.25 Paulus 6 ad Sab.

Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod neglegentia eius perisset, quod in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset: et hoc ex appellatione imperator pronuntiavit.

- 41) *Oxford Latin Dictionary* (1985), s.h.v. no.5 (p.773): “Favour enjoyed by a person or thing, popularity, esteem, credit”; Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (1971), s.h.v. 1) a) (p.231): “Ansehen, guter Ruf, Kredit”. 異見 Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1965/ristampa 1982), 114 n.1: “il favore di cui taluno goda presso i potenti”. 그러나 왜 굳이 이 말을 세력자의 은혜적 호의로 받아들여야 하는 것인지 의문이다. 그에 대하여 아무런 근거도 제시하지 않고 있는 Arangio-Ruiz 자신이 곧 이어서 修正 문제를 제기하는 것(“Interpolato?”) 자체가 또한 그의 견해가 타당성이 없음을 드러낸다.

- 42) Cf. D.17.2.5.1 Ulp. 31 ad ed.

Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur.

(그런데 조합은 재력이 균등하지 않은 자들 사이에도 결성될 수 있고 유효한바, 왜냐하면 종종 재력이 약한 쪽이 노무로써 재산 비교에서 그에게 부족한 부분을 보충하기 때문이다. 증여 목적의 조합은 정당하게 체결될 수 없다.)

- 43) 계약당사자 중의 한 사람이 지분을 결정하기로 한 경우에도 동일한 법리가 적용되었다.

D.17.2.6 Pomponius 9 ad Sab.

Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.

이 경우에 선량인의 재정 기준이 적용되어야 하는 것은 제3자가 결정하는 경우보다도 당사자들간의 이해가 더욱 첨예하게 충돌할 수 있으므로 너무나도 당연한 것이다(勿論解釋). Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1965/ristampa 1982), 114f.

〈Résumé〉

*Arbitrium boni viri* bei der Festsetzung der Anteile der  
Gesellschafter im klassischen römischen Recht

—D.17.2.75~80: Text und Kommentar—

Prof. Dr. Byoung Jo CHOE\*

Im römischen Recht findet man verschiedene Fälle, in denen die römischen Juristen dem *arbitrium boni viri* Geltung verschaffen, wenn ein Dritter oder eine Partei ein vernünftiges Ermessensurteil über irgendeine rechtlich relevante Angelegenheit zu fallen beauftragt ist. Das Kriterium des *vir bonus*, das spätestens bereits Cato bekannt war, ist zwar anschaulicher als das abstrakte Kriterium der *aequitas*, auf die man ohnehin in recht breiterem Umfang zurückgreift, aber was den Sinngehalt angeht, so decken sich beide Kriterien anscheinend zum guten Teil. Es scheint also lohnend, die Charakterzüge des *vir bonus* als kategorialer Idealfigur schärfer und erschöpfend herauszuarbeiten, was hier freilich nicht beabsichtigt ist. In diesem kleinen Beitrag, der Herrn Prof. Dr. Hun Sup Shim anlässlich seiner Emeritierung sozusagen Ehrenbezeugung erweisen sollte, habe ich statt dessen nur angedeutet, daß der römische *vir bonus*, der seinerseits stoischer Herkunft ist, im großen ganzen mit dem *Gunja* (君子. chinesisch *Junzi*; japanisch *Kunshi*), dem traditionsreichen Idealkonzept des Mustermenschen in dem Fernen Osten, kongenial ist. Das zeigt sich nicht zuletzt darin, daß die altehrwürdigen vier Kardinaltugenden (*iustitia, fortitudo, temperantia, prudentia*), die man auch dem *vir bonus* zuschreibt, weitgehend mit den fernöstlichen fünf Haupttugenden, *Osang* (五常. chinesisch *Wuchang*; japanisch *Gojō*: 仁·義·禮·智·信), übereinstimmen. Ich hoffe bloß, daß diese Hinweise trotz ihrer Kürze der wissenschaftlichen Interessenrichtung des verehrten Rechtsphilosophen entspricht. Bei dem eigentlichen Hauptteil

---

\* College of Law, Seoul National University

des Aufsatzes aber handelt es sich um eine erste koreanische Übersetzung der Digestenfragmente D.17.2.75~80, die in einem eng begrenzten Rahmen speziell das *arbitrium boni viri* bei der Festsetzung der Anteile der Gesellschafter zum Gegenstand haben, und zwar versehen mit einem Fußnotenwerk, das möglichst kurzgefasst worden ist, um nur das, was zum praktischen Verständnis der Digestentexte notwendig ist, zu bieten.