

〈논 문〉

로마매매법상 노예매춘금지조항*

崔秉祚**

I. 서론: 노예매매 시의 부수조항

주지하듯이 로마는 노예제 사회였다.¹⁾ 로마의 노예주인들은 노예를 팔 때에도 그들의 의사를 일정한 특약조항을 통하여 관철시킬 수 있었고, 실제로도 그러한 특약조항들은 거래에서 어렵지 않게 발견할 수 있는데, 다음의 네 가지 유형이 전형적이었다.²⁾

(1) *ut exportetur* 추방조항(D.18.7, C.4.55): 이것은 노예를 파는 자가 매도되는 노예를 매수인이 일정한 지역 밖으로 추방할 것을 특약사항으로 정하여 매도하는 경우이다.

(2) *ut manumittatur* 해방조항(D.18.7, C.4.57): 이것은 노예를 파는 자가 매도되는 노예를 매수인이 해방시킬 것을 특약사항으로 정하여 매도하는 경우이다.

(3) *ne manumittatur* 해방금지조항(D.18.7, C.4.57): 이것은 (2)의 경우와는 반대로 노예를 파는 자가 매도되는 노예를 매수인이 해방시키지 않도록 구속하는 특약사항을 정한 경우이다.

(4) *ne serva prostituatur* 여자노예 매춘금지조항(C.4.56): 이것은 여자 노예를

* 이 논문은 서울대학교 법과대학 2003 학년도 교내연구비에 의한 것임.

** 서울대학교 법과대학 교수

1) Henri Wallon, *Histoire de l'esclavage dans l'Antiquité* (1988), 353ff.; Carl W. Weber, *Sklaverei im Altertum: Leben im Schatten der Säulen* (1981), 228ff.; *Handbuch der europäischen Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band I: Europäische Wirtschafts- und Sozialgeschichte in der römischen Kaiserzeit* (hrsg. v. Friedrich Vittinghoff, 1990), 173ff.; 183ff.; 189ff.

2) W. W. Buckland, *The Roman Law of Slavery* (1908/reprint 1969), 68ff.; 603f.; Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 17. Theil 1. Abteilung (1815), 199ff.; Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I (2. Auflage, 1971), 562.

과는 자가 매도되는 여자 노예를 매수인이 매춘에 내모는 것을 금지하는 특약사항을 정한 경우이다. 인류사의 보편적 현상 중 하나였던 매매춘³⁾은 로마의 경우에도 엄연한 사회현실이었다.⁴⁾ 매매춘에서 노예가 차지했던 비중을 정확히 밝히는 것은 거의 불가능한 일이지만, 최근의 한 연구자는 90%~80%를 차지했을 것으로 추정한다.⁵⁾ 남성 매매춘이 없던 것은 아니지만 대부분이 여성 매매춘이었음을 고려할 때, 주인의 절대적 권력에 복종할 수밖에 없었던 무력한 존재였던 여성 노예가 매춘에 내몰릴 가능성은 단순한 가능성 이상의 현실적 위협이었을 것이다.⁶⁾ 이 조항은 이러한 사회적 배경 하에서 비로소 이해될 수 있다.

본고에서는 이들 네 유형의 특약조항 중에서 네 번째의 여자 노예 매춘금지조항을 고찰하기로 한다. 흥미로운 사실은 매수인에게 위의 네 가지와는 다른 행위를 강제하려는 노예매매특약의 경우에 대해서는 정형화된 해당조항이 알려져 있지 않다는 것이다. 아마도 노예의 인신과 신분과 관련된 중대사항이 이것들이기

-
- 3) 번 벌로, 보니 벌로/서석연, 박종만 옮김, **매춘의 역사** (1992[원저 1987]); 喜多壯一郎/尾佐竹猛 著, 賈淫·掏摸·賭博 (昭和 4年[=1929]); *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, 5 (3. Auflage, 1961/1986), s.v. Prostitution, p.642ff.; *dtv Lexikon des Mittelalters* (1999/2002), s.v. Prostitution, p.267ff. 동양에 관해서는 R. H. 반 홀릭/장원철 옮김, **중국 성풍속사: 선사시대에서 명나라까지** (1993[원저 1961]).
- 4) 로마사회에 관한 한, 로물루스와 레무스 형제에게 젖을 먹인 암늑대(lupa) = 창녀(lupa)로 해석할 수 있고, 그럴 경우 로마의 古拙期로 매춘의 역사가 거슬러 올라갈 수 있다는 견해로는 Italo Mereu, "Prostituzione a) storia," in: *Enciclopedia del diritto* 37 (1988), 440ff., 441f.
- 5) Rebecca Flemming, "Quae corpore quaestum facit: The sexual economy of female prostitution in the Roman empire," *Journal of Roman Studies* 89 (1999), 38ff., 59.
- 6) 브래들리(K. R. Bradley) 지음/차전환 옮김, **로마제국의 노예와 주인: 사회적 통제에 관한 연구** (2001[원저 1984]), 189ff. 학설휘찬에 전하는 여자에 대한 불법침해도 주로 性的인 것이었으며, 또 여자노예들은 확실히 매질과 性的인 남용에 시달렸다. Amalia Sicari, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava: Un problema di politica legislativa nell'Impero Romano* (1991), 63 n.11; Richard P. Saller, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family* (1994/Ppb. 1997), 152; Jane F. Gardner, *Women in Roman Law and Society* (1986/1991, reprinted 1995), 221f. 가내출생노예 (verna)의 매춘에 관해서는 또한 Elisabeth Hermann-Otto, *Ex ancilla natus: Untersuchungen zu den "hausgeborenen" Skalven und Skalvinnen im Westen des römischen Kaiserreiches* (1994), 344f.
- 한편 Gérard Boulvert et Marcel Morabito, "Le droit de l'esclavage sous le Haut-Empire," in: *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, II 14 (1982), 98ff.의 광범위한 노예법 연구논문이나 차영길, **억눌린 자의 역사 — 로마 노예의 삶과 의미 —** (2001)에는 이 문제에 관한 고찰은 빠져있다.

때문에 특히 이것들에 주목했던 것이 아닌가 생각된다. 특히 본고에서 다룬 (4)의 경우의 법적인 효과가 당시 매춘녀와 마찬가지로 사회적 평가가 낮았던 다른 직업군의 인물들(광대, 배우, 검투사 등등)에게는 인정되지 않았던 사정도 매매춘에 대한 로마인들의 관념의 일단 보여준다는 점에서 흥미롭다. 이하에서는 먼저 이 조항 자체에 관하여 살펴보고(Ⅱ), 다음에 그 사회적, 법적 의미를 궁구해 보기로 한다(Ⅲ 및 Ⅳ).

Ⅱ. 여자노예 매춘금지조항

1. 형식

여자 노예 매춘금지조항은 노예매매에 따르는 부수약정으로, 그 내용의 핵심은 매도되는 여자 노예가 매춘에 내몰리지 않는다(*ne serva prostituatur*)는 점이었지만, 경우에 따라서는 그에 위반한 경우의 후속조치나 효과를 정하기도 하였다. 이에 따라 사료에 나타나는 이 특약조항은 다음과 같은 네 가지 유형으로 구분해 볼 수 있다.⁷⁾

- (1) “매춘 금지”만을 정한 경우
- (2) “매춘 금지” + “위반시 자유”임을 정한 경우
- (3) “매춘 금지” + “위반시 自力支配行使權 유보”를 정한 경우
- (4) “매춘 금지” + “위반시 違約罰”을 정한 경우. 이 경우는 다시
 - ① 위약벌의 약정이 문답계약(*stipulatio*)에 의한 경우와
 - ② 단순한 무방식의 약정(*pactum nudum*)에 의한 경우로 나누어볼 수 있다.

이 특약조항에 관한 전승되는 사료를 살펴보면 이것을 언급하고 있는 시기적으로 가장 오래된 법률가는 티베리우스 황제(14-37년) 및 그 후계 황제들 치세 하에서 활동했던 고전기 법률가였던 사비누스이다(Pap. D.18.7.6.pr). 그러나 이러한 특약조항의 관행은 이보다 훨씬 앞선 시기로 소급한다고 보는 것이 타당할 것이다. 이러한 특약조항은 일차적으로 계약법의 일반법리를 따르므로 반드시 서면에 의해야 하는 것도 아니고, 문답계약과 같은 요식행위에 의해야 하는 것은 아니며 당사자 사이에 합의가 있으면 성립한다.⁸⁾ 무방식의 약정(*pactum*) 형태의

7) Barnabas Brissonius, *De formulis et solemnibus populi Romani verbis libri VIII* (Francoforti et Lipsiae, 1754), 471f.; Armin Wagner, *Die soziale Entwicklung des Skalvenrechts in der römischen Kaiserzeit* (1968), 32ff.

특약은 매매계약에 부수하는 약정으로서 매매계약과의 일체성을 인식하기 어려울 정도로 本契約 체결 후 시간이 지난 다음에 특약을 삽입할 경우에는 무효였다(D.2.14.7.5).⁹⁾

이 조항은 여자 노예를 매춘행위를 시키지 못하도록 하기 위한 것이다. 매춘행위는 로마인들에 의하여 性的 서비스의 대가로서 금전적 반대급부를 취하는 영리활동(*quaestum facere*)으로 규정되었는데,¹⁰⁾ 옥타베누스처럼 대가를 받지 않고 亂交를 행하는 것도 이에 포함시키는 경우도 있었으나, 이러한 차이는 관련된 법률문제의 영역에 따른 고려에 기인하는 것 같다.¹¹⁾

매춘녀가 노예인 경우 그 경제적 이득은 이미 법적으로 그 주인에게 돌아갔으므로 — 물론 자유녀인 경우라고 해서 현실이 크게 달랐을 것이라고 본다면 인류의 경험칙에 반하는 추정이 될 것이다 — 주인에 의한 性的 착취라는 형태로 행해질 수밖에 없었고, 라틴어의 *prostituere* 동사가 타동사로서 “어떤 자를 매춘행위에 내몰다”라는 의미인 것은 이러한 사태를 정확히 짚은 것이라고 하겠다. 현대 구미어에서 매춘녀를 뜻하는 단어가 *prostituta*(이탈리아어), *prostituée*(불어), *Prostituierte*(독어) 등으로 여성-피동형인 것은 이의 반영인 것이다. 매춘녀를 고용하여 매춘업을 영위하는 포주들¹²⁾에 관해서는 법의 일정한 제재가 따랐다. 가

8) C.4.56.2 Alex. <a.223>(B.19.17.1 i.f.)

(… 그런데 이 조항은 매도증서에 삽입되지 않은 경우에도 서한에 의했든 文記 없이 행해졌든 그 사실이 證示되면 유효하다.)

9) D.2.14.7.5 Ulp. 4 ad ed.: si ex intervallo (sc. pacta subsecuta sunt), non inerunt (sc. bonae fidei iudiciis), nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur.

10) 娼女에 해당하는 라틴어 *meretrix*는 *mereo* (돈을 벌다) 동사에서 (Menge-Güthling, *Lateinisch-Deutsches Wörterbuch, Hand- und Schulausgabe* [5. Auflage, 1911], s.h.v., p.471) 그리스어 *πόρνη*는 *πέρννμι* ([인신매매] 팔다; 팔리다) 동사에서 기원한다 (M. A. Bailly/M. E. Egger, *Dictionnaire Grec-Français* [1935], s.h.v., p.1607).

11) D.23.2.43.pr. Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap. (B.28.4.13)

(공공연히 몸을 팔아 돈을 번다는 것은 매음굴에서 매춘하는 여자뿐 아니라, 또한 어떤 여자가 (통상 그렇듯이) 주막이나 여관 등지에서 자신의 성적 염치를 아끼지 않는 경우를 말한다.)

D.23.2.43.1 Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap.

(공공연하다는 것은 구별없이, 즉 가리지 않고라는 의미이다. 어떤 여자가 姦夫나 私通者에게 자신을 맡기는 경우가 아니라, 어떤 여자가 매춘녀의 役을 하는 경우를 의미한다.)

D.23.2.43.3 Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap.

(그러나 옥타베누스(Domitianus-Traianus: 81-117)는 극히 정당하게 말하기를 돈을 벌지 않으면서 공공연히 몸을 파는 여자도 이들에 포함시켜야만 했다고 말한다.)

장 전형적인 것이 음행매개죄(lenocinium)¹³⁾와 파렴치(infamia)의 불명예처단¹⁴⁾이었다. 물론 공개적으로 매춘에 내세우는 경우도 있지만, 외형보다는 실질이 중요하므로 다른 명목으로 매춘에 내모는 행위도 그에 포함시켰다.¹⁵⁾ 티켓다방의 영업이 실질적인 율락영업인 우리의 현실을 되돌아보게 하는 개소들이다. 매춘업소의 주인은 자유인에 한하지 않고 노예를 거느리는 노예도 있었다.¹⁶⁾

12) D.23.2.43.7 Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap.

(여자포주라 함은 몸을 팔아 돈을 버는 여자들을 매춘시키는 여자들을 말한다.)

13) D.3.2.4.2 Ulp. 6 ad ed.

Ait praetor: "qui lenocinium fecerit." lenocinium facit qui quaestuaria mancipia habuerit: sed et qui in liberis hunc quaestum exercet, in eadem causa est. sive autem principaliter hoc negotium gerat sive alterius negotiationis accessione utatur (...), lenocinii poena tenebitur.

(법무관曰: "음행매개를 행한 자", 몸으로 돈을 버는 여자노예들을 거느린 자는 음행매개를 행하는 것이다. 그런데 자유인들을 데리고 이러한 영업행위를 하는 자도 같은 지위에 있다. 그런데 이 사업을 주업으로 하든, 다른 사업의 부대영업으로 하든 (...), 음행매개죄의 형벌로 책임질 것이다.)

14) D.3.2.1 Iulianus 1 ad ed.

Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur ... qui lenocinium fecerit: ...'

소추권도 박탈되었다.

D.48.2.4 Ulpianus 2 de adulteriis

... sed et calumnia notatis ius accusandi ademptum est, item his, qui ..., quive artem ludicram vel lenocinium fecerint, ...

15) C.4.56.3 Alex. <a.225>(B.19.17.2)

(몸으로 영리활동을 하지 않는다는 조항으로 매도된 여자는, 언명된 조항이 潛脫되지 않도록, 또한 여관에서 시중의 구실 하에 매춘에 내몰려서는 안된다.)

D.23.2.43.9 Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap.

(어떤 여자가 주막을 경영하면서 그곳에 몸을 팔아 돈을 버는 자들을 두고 있는 경우 (통례적으로 많은 여자들 이 주막의 부대시설이라는 구실 하에 매춘녀들을 두고 있듯이), 이 여자 또한 포주라 부르는 자에 포함된다.)

D.3.2.4.2 Ulp. 6 ad ed.

(... 그런데 이 사업을 주업으로 하든, 다른 사업의 부대영업으로 하든(예컨대 여관업주든가 모텔업주로서 시중을 들면서 시중의 기회에 몸을 팔아 돈을 버는, 그런 여자노예들을 가진 경우; 또는 목욕탕업주로서, 어떤 지방들에서처럼, 목욕탕에서 의복을 지키기 위하여 대여받았으나 의복보관소에서 이같은 종류의 행위를 하는 여자노예들을 가진 경우), 음행매개죄의 형벌로 책임질 것이다.)

同旨 PS.2.26.11: Cum his, quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.

16) D.3.2.4.3 Ulp. 6 ad ed.

(폼포니우스는 노예일 때 특유재산에 속하는 여자노예들을 매춘녀로 거느렸던 자 또한 자유를 얻은 후에 파렴치의 낙인이 찍힌다고 말한다.)

2. 조항의 유형과 효과

이 특약 중 어떤 유형의 것이 시기적으로 앞서고, 어떤 유형의 것이 시기적으로 더 나중의 것인지는 확실한 것은 아니지만, 유형별로 그 내용과 실제로 전송되는 사료의 시기적인 면모를 고려해 보면 매춘금지에 위반하는 효과를 특정하는 방식이 선행했을 것이라고 생각되고, 또 이러한 위반효과에 대한 특약 중에서는 선뜻 자유를 부여한다는 내용보다는 먼저 위약에 대한 일반적인 대처방법, 즉 위약벌의 합의가 이루어졌을 것이고(Pap.-Sab. D.18.7.6.pr), 이보다 다소 뒤에는 이와는 별도로 매도인이 해당 노예를 다시 회수할 수 있다는 取去權의 유보가 행해졌을 것으로 추정된다(Alex.-Hadr. C.4.56.1). 한편 위약 시 노예가 자유의 몸이 된다는 특약은 처음부터 부가되었다기보다는 위반효과로서 법이 자유를 선언하면서 관행화하고(Pap.-Sab. D.18.7.6.pr), 나중에는 아무런 부가적인 특약이 없이도 당연히 자유가 인정되기에 이르렀을 것으로 추정되는데(Marcian. D.40.8.6),¹⁷⁾ 이러한 자유 조항은 취거권의 유보보다는 앞섰을 것이다. 그러므로 이러한 발진의 순서에 따라서 살펴보기로 한다.

(1) “매춘금지 + 위반시 위약벌” 조항:

가. 위약벌 특약이 문답계약에 의한 경우

이러한 유형의 특약조항은 늦어도 사비누스의 시기로 거슬러 올라가는 법률논쟁을 전하고 있는 다음의 파피니아누스 개소가 다루고 있는데, 일단 매춘금지조항에 위반한 상태에서 위약벌의 발효 여부가 문제된 사안이다.

D.18.7.6.pr. Pap. 27 quaest.(B.19.7.6.pr)

Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur neve prostituatur, et aliquo facto contra quam fuerat exceptum evincatur aut libera iudicetur, et ex stipulatu poena petatur, doli exceptionem quidam obstaturam putant, Sabinus non obstaturam. Sed ratio faciet, ut iure non teneat stipulatio, si ne manumitteretur exceptum est: nam incredibile est de actu manumittentis ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Ceterum si ne prostituatur exceptum est, nulla ratio occurrit, cur poena

17) 이는 어디까지나 추정에 불과할 뿐, 물론 처음부터 자유조항이 매춘금지조항과 함께 관용되었을 개연성도 배제할 수는 없다.

peti et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit et venditoris affectionem, forte simul et verecundiam laeserit: etenim alias remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem, si quid emptor contra quam lege venditionis cautum est fecisset aut non fecisset.

(매도인이 매수인으로부터 여자노예가 해방되지 않는다는 조항이나, 또는 매춘에 내몰리지 않는다는 조항을 要約하고,¹⁸⁾ 이 계약조항의 어느 것에 위반한 다음 추탈되거나 자유로 판결된 후, 문답계약에 기하여 위약벌이 청구되는 경우에, 어떤 법률가들은 악의의 항변이 대항될 것이라고 생각하고, 사비누스는 대항되지 않을 것이라고 한다. 그러나 법의 논리는 노예해방금지조항이 약정된 경우 문답계약이 법적으로 발효하지 않도록 할 것이다. 왜냐하면 해방자의 행위에 관해서는 고려되었으나 그 施惠行爲의 효과에 관해서는 고려되지 않았다는 것은 믿을 수 없기 때문이다. 그러나 매출금지가 약정된 경우에는 왜 위약벌이 訴求되고 추심되어서는¹⁹⁾ 안되는지 아무런 이유도 발견되지 않는 바, 왜냐하면 그는 여자노예에게 능욕을 가했을 뿐 아니라 매도인의 감정을, 어쩌면 동시에 염치심을 해쳤기 때문이다.²⁰⁾ 뿐만 아니라 문답계약을 논외로 하더라도 정설에 따르면 매수인이 매도조항에서 정한 바에 반하여 어떤 것을 행했거나 행하지 않았던 경우에는 달리 매도인소권이 인정된다.)

여기서 먼저 사실관계를 분명히 해 둘 필요가 있다. 우선, (1) ① 해방금지 조항을 특약한 경우에 그 노예가 자유라고 선언하는 판결이 있었다면 해방행위 + 해방효과가 온전히 성취된 것이어서 위약벌이 발효하는 데에 아무런 장애가 없는 것처럼 보인다. 그런데 기본적으로 해방금지 조항이 있는 경우에는 그 효력으로 인하여 자유 취득이 불가능한 것이므로,²¹⁾ 설령 법의 선언으로 자유가 부여되

18) Thomas A. McGinn, "Ne serva prostituatur. Restrictive covenants in the Sale of Slaves," *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 107 (1990), 315ff., 332f.은 두 조항을 공통취급하고 있는 것을 고전기 초 아직 조항유형 구별이 완전히 발전하지 않은 증거로 파악하지만, 이 개소 자체에서도 두 조항을 분리하여 고찰하고 있는 점으로 보아도 의문이다.

19) Cf. *Fontes Iuris Romani Anteiusiniani* I, #18(lex municipii Tarentini) v.6: *petitio exactioque*.

20) 법적인 논증에 있어서 다른 어느 법률가보다도 자주 윤리적 格率을 동원했던 파피니아누스의 법학적 모습이 드러나는 대목이다. Cf. Ulrich Manthe, "Votum parentium: Pap. D.29,4,26," in: *Quaestiones Iuris: Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag* (2000), 163ff., 178 n.65 (사료); Theo Mayer-Maly, "Contra bonos mores," in: *Iuris Professio: Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (1986), 151ff., 162.

었다²²⁾ 하더라도 해방행위와 해방효과 사이에는 인과관계가 없고, 따라서 위약이라고 평가할 수 있을지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 “법의 논리는 노예해방 금지조항이 약정된 경우 문답계약이 법적으로 발효하지 않도록 할 것이다. 왜냐하면 해방자의 행위에 관해서는 고려되었으나 그 施惠行爲의 효과에 관해서는 고려되지 않았다는 것은 믿을 수 없기 때문이다”라는 이유 설시로 미루어 볼 때 자유를 선언하는 판결이 내려진 사안이 아니라, 추탈이 이루어진 사안이었던 것으로 파악된다. 다음으로, ② 매춘금지 조항을 특약한 경우에는 그 노예가 자유라고 선언하는 판결이 있었다면 이것은 후대의 법의 양상으로 볼 때 그야말로 자연스러운 경과이고, 따라서 문제될 것이 없을 것이다. 그러나 아직 후대와 같은 발전이 이루어지지 않은 상태라고 본다면 위반의 효과로서 자유를 인정한 것은 당사자의 특약이 기초가 되었다기보다는 관할당국의 법정정책 결정에 기인한 것이라고 보겠다. 그러면 (2) 추탈의 경우는 어떠한가? 문제는 여기서 두 조항 모두에 대하여 추탈을 구체적으로 어떻게 이해할 것인가인데, 이를 매매 일반에서 문제되는 제3소유자에 의한 추탈로 보는 견해²³⁾와, 이 특약조항이 논의되는 상황에서 특히 문제되는 매도인에 의한 추탈, 즉 취거권 행사에 의한 탈환으로 보는 견해²⁴⁾가 대립한다. ① 해방금지조항의 경우로 말하자면, 앞의 견해에 의하면 제3소유자에 의하여 노예를 추탈당한 매수인은 소유권자가 아니었으므로 그의 해방행위는 무효이고, 따라서 해방효과가 없다는 점에서 위약이 없는 것이 될 뿐 아니라, 오히려 매도인에 대하여 추탈에 대한 책임을 물을 수 있게 되므로,

21) D.40.1.9 Paulus libro singulari regularum

Servus hac lege venditus, ne manumittatur, ... ad libertatem perduci non potest.

D.40.9.9.2 Marcianus 1 institutionum

Qui hac lege venierint, ne manumittantur, ..., licet manumittantur, tamen ad libertatem non perveniunt.

R. J. Pothier, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, tom. I (nova editio, Lugduni: 1782), 514 n.(f).

22) D.29.5.3.15 Ulpianus 50 ad edictum

Hi quoque, qui non potuerunt alias ad libertatem pervenire, ut puta si hac lege distractus erat quis, ne manumitteretur, poterunt propter hoc, quod in commune utile est, ad libertatem pervenire.

23) *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, III: Digesten 11-20*, gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (1999), ad h.l., p.511; McGinn (주 18), 332 n.61 (·vincere).

24) Rolf Knütel, *Stipulatio poenae* (1976), 359.

악의의 항변이 가능하다고 설명된다. 후자의 견해에 따르면 조항 위반 후 노예를 추탈=취거함으로써 해방의 효과를 제거한 것이므로 해방의 효과가 있어야 위약으로 된다는 점에서 위약벌이 발동할 기초가 사라진 것이 되고, 따라서 악의의 항변이 가능하다고 설명된다. 결국 두 경우 모두 “법의 논리는 노예해방금지조항이 약정된 경우 문답계약이 법적으로 발효하지 않도록 할 것이다. 왜냐하면 해방자의 행위에 관해서는 고려되었으나 그 施惠行爲의 효과에 관해서는 고려되지 않았다는 것은 믿을 수 없기 때문이다.” 즉, 해방의 법적 효과가 따르지 않았음에도 불구하고 조항에 위반한 해방의 행위가 있었다는 것만으로 위약이라 하여 책임을 지게 하는 것은 부당하다는 것이 “어떤 법률가들”과 파피니아누스의 견해라고 보는 것이다.²⁵⁾ 반면에 ② 매출금지 조항의 경우로 말하자면, 매출의 경우에는 사실의 영역에 속하는 사태로서 그 금지에 반하는 행위와 동시에 효과도 발생한 것이고,²⁶⁾ 따라서 어떤 의미의 추탈이건 추탈이 되었다거나 자유로 판결이 났다고 하는 법적인 사정은 매출금지 특약에 위반하였다는 사실에 아무런 영향을 미치지 못하고, 따라서 위약벌의 기초에 의문의 여지가 없다. “왜 위약벌이 訴求되고 추심되어서는 안되는지 아무런 이유도 발견되지 않는” 것이다. 다만 그 위반에 의해 침해된 법익이 무엇인가는 매출금지조항의 취지에 대한 로마인들의 관념에 달려 있다고 보이는데, 파피니아누스는 여자노예에 대한 침해와 매도인에 대한 정신적 침해를 모두 인정하고 있으면서도²⁷⁾ 궁극적인 근거는 후자에 두고 있는 것으로 생각된다.²⁸⁾ 위약벌 조항과 별개로 매도인소권의 범위 내에서 매도

25) 이에 반하여 사비누스의 견해는 위약의 행위 자체로써 위약벌의 요건이 충족된 것으로 본 것이다. 그만큼 의무론적인 시각이 강하다고 할 것이다. McGinn (주 18), 332 n.62은 사비누스가 위약벌의 문답계약을 매매계약 및 소유권이전의 효력과는 절연된 독립약정으로 보았다고 하는데, 문제의 핵심은 어디까지나 위약벌의 발동요건이 위약 행위만인지, 아니면 위약의 효과까지인지의 여부이므로 부정확한 표현이라고 하겠다.

26) Cf. Iust. C.9.13.1.pr <a.533>: maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest.

27) 인간은 동료인간에게 우호적인 조력을 하는 것 자체에 대하여 이익이 있는 것 (beneficio adfici hominem interest hominis)이라고 명언하면서(D.18.7.7) 주인도 노예도 모두 homo라고 같은 용어를 사용함으로써 공통된 인간성을 강조했던 법률가가 다름 아닌 파피니아누스였던 것을 기억할지하다. 줄저, 로마法·民法論考 (1999), 349f.; McGinn (주 18), 336 n.74.

28) 이 특약조항의 보호법익이 노예의 명예라는 설(Sicari)에 대하여 그것이 주인의 명예라는 설(McGinn)이 대립한다. Sicari (주 6), 117 n.27. 생각컨대 양자 모두를 보호하되 주인의 법익이 우선적인 고려대상이었다고 보는 것이 타당할 것이다. 同旨 Emilio Costa, Papiniano: Studio di storia interna del diritto Romano, II (1894), 82f.

인의 이익을 도모할 수 있다²⁹⁾는 파피니아누스의 견해는 誠意訴權의 경직되지 않은 성격을 적절히 동원하여 당사자들의 이해를 조정하려고 했던 로마법학, 특히 사비누스 학파의 특성을 잘 보여준다고 하겠다.

나. 위약벌 특약이 무방식의 약정에 의한 경우

이러한 유형의 특약조항에 대한 직접적인 사료는 전해지지 않는다. 그러나 다른 매매특약에 관하여 전해지는 바³⁰⁾가 매춘금지조항의 경우에만 배제되었으리라는 추정엔 전혀 근거가 없는 것으로 생각된다. 따라서 매춘금지조항의 경우에도 무방식의 약정(pactum)에 의한 위약벌의 특약이 때로는 행해졌을 것이고, 무방식의 약정에 적용되는 법리가 그대로 적용되었을 것이며, 따라서 적극적인 訴求는

29) 매도인소권의 내용에 관해서는 자유배상설(Heinrich Honsell, *Quod interest im Bonaefidei-iudicium* [1969], 116)과 대금차액전보설(Dieter Medicus, *Id quod interest* [1962], 175)의 대립이 있는데, 매춘금지 특약으로 인해 덜 받은 매매대금의 부족분을 청구할 수 있다는 후자의 주장이 매매에 관한 가격 결정의 기준을 통상의 시장가격으로 보는 데 비하여, 전자는 결국 이때의 배상은 매도인의 감정이익의 배상과 같은 것이므로 심판인의 자유재량에 의한 결정에 맡겨졌다고 보는 것이다. 어느 쪽이었는지 확정짓기 어렵지만, 두 가지 방식이 모두 실무에서 채용되었을 것으로 추정하는 것이 합당하리라고 본다.

30) D.18.7.7 Pap. 10 quaest.

Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est. quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet.

(노예가 이탈리아에 在留하지 않는다는 계약조항 하에 매도되었다. 이에 위반할 경우에는 매수인이 위약금을 지급할 것을 문답계약 없이 합의하였다. 매도인이 그 명목으로 보복을 위하여 소구할 수 있는 것은 아니겠지만, 계약조항이 지켜지지 않았기 때문에 그가 타인에게 약속했던 위약금에 대해 책임을 져야 하는 경우에는 그는 유효하게 소구할 수 있을 것이다. 그러므로 그는 그가 타인에게 지급하도록 강제되는 금액 만큼 소구할 수 있을 것이다. 왜냐하면 모든 초과분은 벌금이지 該物의 추금이 아니기 때문이다. 그런데 노예가 처벌의 목적으로 수출되지 않도록 합의한 때에는 [매수인이 이에 위반하는 경우 매도인은] 또한 감정이익을 이유로도 정당하게 소구할 수 있을 것이다. 그리고 이 두 결정들은 상호 모순되는 것으로 생각되지 않는데, 왜냐하면 우호적인 조력을 인간에게 베푸는 것은 인간의 이익이기 때문이다. 이에 반하여 부과되지 않은 벌금의 응징은 嚴酷함만을 포함할 뿐인 것이다).

가능하지 않았다 하더라도 D.18.7.7에 준하여 일정한 효력을 발휘했을 것이다.

(2) “매춘금지 + 위반시 자유” 조항:

매춘금지 특약을 어긴 경우에는 노예에게 자유가 부여된다는 조항이 매매계약에 추가된 경우에 대해서는 Mod. D.37.14.7.pr.; Pomp. D.21.2.34.pr.; Ulp. D.2.4.10.1; Alex. C.4.56.2 <a.223>가 다루고 있다. 이미 살펴보았듯이 늦어도 사비누스 시기(즉 티베리우스[14-37년] 및 그 후계자들 치세)에는 매춘금지 조항 위반에 대하여 위반 시 자유가 된다는 특약조항이 없었어도 법이 노예에게 자유를 부여한 바가 있었고(Pap.-Sab. D.18.7.6.pr cit.), 이후의 발전은 자유 부여 조항을 관행화하였을 것이다. 이처럼 관행화된 이후에도 자유를 얻기 위한 조치(관할당국의 확인)의 주도권은 원 매도인의 몫이었다. 이것은 그가 보호자가 된다는 사실로부터도 드러난다.³¹⁾

C.4.56.2 Alex. <a.223>(B.19.17.1 i.f.)

Mulierem, quam ita venisse adlegas, ne prostitueretur aut, si prostituta fuerit, libera esset, per officium militare exhiberi apud tribunale oportet, ut, si controversia referatur pacto (quod tamen si verum est, libertas mulieri existente condicione competit), agatur causa apud eum cuius de ea re notio est. ...

(그대가 주장하기를 매춘에 내몰리지 않는다거나, 매춘에 내몰린 경우 자유가 된다는 조항으로 매도되었다는 여자는 軍당국에 의하여 審判所에 회부되어, 그 약정에 대하여 분쟁이 제기되는 경우 (그런데 약정이 진실인 경우에는 자유가 여자에게 조건이 존재하면 인정된다) 그 사안에 관한 심판권자 면전에서 소송이 진행될 수 있어야 한다....)

특히 자유조항에는 여자노예가 전전유통된 경우에도, 더욱이 제2매매 이후로 그 조항 자체가 불지 않고서 전전유통된 경우까지도, 모든 매수인들을 상대로 그 효력이 인정되었는데,³²⁾ 일반적인 채권계약의 인적인 효력범위를 넘어서는 이러

31) McGinn (주 18), 318 n.10.

32) 그러므로 선의의 매수인까지 포함하였다. McGinn (주 18), 324. 이 제3매수인의 자신의 매도인에 대한 책임 추궁은 추탈의 경우에 준하여 매수인소권(D.19.1.43) 또는 사기소권에 의하였을 것이다.

한 강력한 효력은 늦어도 플라비우스朝 베스파시아누스 황제(69-79년)의 칙법에 의하여 인정되었던 것으로 보인다.³³⁾

D.37.14.7.pr. Mod. L.s. de manumiss. (B.49.1.7.pr)

Divus Vespasianus decrevit, ut, si qua hac lege venierit, ne prostitueretur et, si prostituta esset, ut esset libera, si postea ab emptore alii sine <ea ins. *Mommsen*> condicione veniit, ex lege venditionis liberam esse et libertam prioris venditoris.

(神皇 베스파시아누스는 裁決하였다: 어떤 여자노예가 매춘에 내몰리지 않으며 매춘에 내몰린 경우에는 자유가 된다는 조항 하에 매도된 경우에 나중에 매수인에 의하여 다른 사람에게 이 조건 없이 매도된 경우 그녀는 이 매도조항에 기하여 자유이고 제1매도인의 피해방노예가 된다).

전전유통된 경우에도 어느 매수인이 조항에 위반하여 그 여자 노예를 매춘시킴으로써 그에게 자유가 부여된 경우 피해방녀의 보호자(patronus)가 된 것은 조항을 삽입했던 제1매도인이었다(D.37.14.7.pr. cit.; D.2.4.10.1). 피해방녀가 자유가 된 후에 매춘을 계속하더라도 보호자는 자기를 위하여 그녀가 性的 서비스를 제공할 것을 요구할 수 없었다. 이러한 부도덕한 행위는 보호자가 피해방노예에게 요구할 수 있는 勞役(operae)에 속할 수 없었기 때문이다.³⁴⁾

33) 학설은 베스파시아누스가 처음으로 규정했다는 설(Buckland, Albanese, McGinn[주 18], 325[일정한 유보]), 이전에 이미 그러한 규범이 존재했다는 설(Wallon, Nicolau, Biondi, Wiedemann, Marrone(?)[D.2.4.10.1], Wagner, Palazzolo), 전에는 후속 매매계약에서 조항을 언급했어야만 가능했을 것으로 보는 설(Dumont) 등이 있다. Sicari(주 6), 76ff.(Vespasiano ... estendendo l'efficacia della clausola al terzo). 정확한 것은 알 수 없으나 일거에 베스파시아누스의 칙령에서 보이는 강력한 효과가 인정되었다기보다는 뒤몽이 추정하듯이 일정한 단계를 거쳐서 발전했을 가능성은 있다고 보인다. 어쨌든 이러한 결정은 일상의 법논리를 크게 벗어난다는 점에서 법률가들의 해석적 논변의 결과가 아니라 그때그때 일정한 법권력자의 정책적 결단이었음에 틀림없다. 이러한 결단의 주체가 “엄격한 風紀”로 유명했던(praecepius adstricti moris auctor: Tacitus, *Annales* 3.55.4) 베스파시아누스였음이 흥미롭다. 同旨 Sicari(주 6), 79f. n. 27 (Con il suo decretum, l'imperatore flavio introduce una innovazione nella disciplina privatistica e fissa un nuovo principio giuridico); Francesca Galgano, “Vendita della schiava e prostituzione coatta,” *Index* 24 (1996), 333ff., 334 (una decisione importante per l'epoca).

34) D.38.1.38.pr Callistratus 3 edicti monitorii.

Hae demum impositae operae intelleguntur, quae sine turpitudine praestari possunt et

D.2.4.10.1 Ulp. 5 ad ed. (B.7.8.10.1)

Prostituta contra legem venditionis venditorem habebit patronum, si hac lege venierat, ut si prostituta esset, fieret libera...

(매춘에 내몰린 경우 자유가 된다는 조항 하에 여자노예가 매도된 경우에 매도조항에 반하여 매춘에 내몰린 여자노예는 매도인을 보호자로 가질 것이다...)³⁵⁾

다른 한편으로 조항을 위반한 매수인에게는 매도인을 상대로 하는 구상권의 행사가 부인되었는데, 그 이유를 마치 그 스스로 자의에 의하여 해방시킨 것처럼 생각될 수 있기 때문이라는 데서 찾고 있는 것이 이채롭다.³⁶⁾ 이미 보았듯이 그는 그럼에도 불구하고 보호자가 될 수 없다는 것이 법의 결정이었기 때문이다.

D.21.2.34.pr. Pomp. 27 ad Sab. (B.19.11.33)

Si mancipium ita emeris, ne prostituatur et, cum prostitutum fuisset, ut liberum esset: si contra legem venditionis faciente te ad libertatem pervenerit, tu videris quasi manumisisse et ideo nullum adversus venditorem habebis regressum.

sine periculo vitae. nec enim si meretrix manumissa fuerit, eadem operas patrono praestare debet, quamvis adhuc corpore quaestum faciat: nec harenarius manumissus tales operas, quia istae sine periculo vitae praestari non possunt.

D.38.1.16; Jane F. Gardner, *Being a Roman Citizen* (1993), 31 + n.47; J. A. Crook, *Law and Life of Rome* (1967), 52f.; Susan Treggiari, *Roman Freedmen during the Late Republic* (1969), 142; McGinn (주 18), 338f.; Wolfgang Waldstein, "Soziale Schutzrechte im klassischen römischen Recht," in: *Festschrift für Hubert Niederländer zum 70. Geburtstag* (1991), 181ff., 187f.; Carla Masi Doria, *Civitas Operae Obsequium: Tre studi sulla condizione giuridica del liberti* (1993), 73f. 이러한 규율은 일반적으로 창녀인 노예의 해방을 유도하기보다는 오히려 저지하는 쪽으로 작용했을 개연성이 크지만, 매춘금지조항 위반의 경우에는 분명히 피해방노예의 보호에 기여했을 것이다.

35) Henr. Zoesius, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum Iuris Civilis libros L* (Lovanii, 1645), ad D.18.7 n.4, p.367: "interpretatio contra emptorem, odio prostitutionis."

36) 매수한 노예의 소유권을 상실하게 된 매수인은 매도인을 상대로 추탈에 대한 배상을 청구할 수 있는 것이지만, 소유권 상실이 자신의 의사에 의한 것인 때에는 추탈된 것이 아니므로 그 청구가 배제되었는데(Ulp. 29 ad Sab. D.21.2.25), 여기서 "자의에 의한 해방"이란 이러한 법리를 적용하여 배상청구를 배제하기 위한 논리적 설정[擬制]일 뿐이며, 따라서 매도인이 보호자가 된다는 것과 모순되지 않는다. 결과 同旨 McGinn (주 18), 327 n.44.

(그대가 노비를 그가 매춘에 내몰리지 않고 매춘에 내몰린 경우에는 자유가 되는 것으로 정하여 매수한 경우 이 매도조항에 반하여 그대가 행위하여 그 노예가 자유에 이른 경우에는³⁷⁾ 그대는 마치 해방시킨 것으로 인정되고, 그래서 매도인을 상대로 아무런 求償權도 가지지 않을 것이다.)

(3) “매춘금지 + 위반시 自力支配行使權 유보” 조항:

또 하나의 관행적인 조항의 형태는 매춘금지에 위반한 경우에 매도인이 그 노예를 다시 찾아올 수 있는 取去權能(ius abducendi)을 유보하는 것이었는데,³⁸⁾ 이 권능은 달리 自力支配行使權(manus iniectio)이라고도 표현하였다(Fr.Vat.6).³⁹⁾ 이 권능의 행사는 원 매도인의 재량이였다(Cf. Sev./Ant. C.4.55.2 [a.200]).⁴⁰⁾ 이 권능은 황제가 관할관에게 처결을 지시하는⁴¹⁾ 내용을 전하는 다음 사료에 의하면 늦어도 하드리아누스 황제(117-138년)의 칙법에 의하여 法認되었다.⁴²⁾

C.4.56.1 Alex. <a.223> (B.19.17.1)

Praefectus urbis amicus noster eam, quae ita venit, ut, si prostituta fuisset, abducendi potestas esset ei, cui secundum constitutionem divi

37) McGinn (주 18), 327 n.44은 이곳에서의 자유 취득은 ipso iure 해방인 반면에, C.4.56.1 등 다른 개소에서는 정무관에 의한 심사 요건을 정하고 있다고 본다. 그러나 이 견해는 논의상 절차적 문제를 단순히 언급하지 않은 문맥을 끝이곧대로 받아들인 감이 있다. 자유의 문제는 중차대한 문제로서 일정한 관할당국의 확인이 필수적이었던다고 보는 것이 합당하다. 그러나 그렇다고 해서 자유의 효과가 당국의 확인에 기한 것은 아니다. 이러한 확인은 다른 절차가 가동되지 않은 한 매매소송의 틀 안에서 특약의 존재와 내용에 대한 확인이라는 양태로 이루어졌다. 同旨 Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Auflage, 1996), 142.

38) D.18.7.9 Paul. 5 quaest. (B.19.7.9): manus autem iniectio in servum competit(그러나 自力支配行使는 노예를 상대로 해서만 인정된다).

39) Fr.Vat. 6: quae vendidit manum iniciet et ex iure concesso mancipium abducat; Iohannes Brunemann, *Commentarius in Codicem Justinianum* (editio novissima, Lipsiae: 1708), C.4.56.1 n.1, p.510.

40) Si, ut manus iniectio haberes, cavisti tibi, iure tuo uti potes.

41) Sicari (주 6), 124 n.1.

42) 하드리아누스 황제의 인도주의적 법정책(Cf. 라인하르트 라팔트 지음/김이섭 옮김, **위대한 황제** [1997(원저 1978)], 161ff.)은 노예를 매춘업자에게 파는 것을 금지하는 데 까지 나아갔으나 모든 경우에 금지한 것이 아니라 일정한 사유가 있는 경우에는 이를 인정하였다는 점에서 한계가 있는 것이었다. *Historia Augusta, Vita Hadriani*. 18.7-8: servos a dominis occidi vetuit eosque iussit damnari per iudices, si digni essent. Lenoni et lanistae servum vel ancillam vendi vetuit causa non praestita.

Hadriani id competit, abducendi faciet facultatem: ...

(朕의 친구 도시장관은, 매춘에 내몰린 경우 取去權이 神皇 하드리아누스의 칙령에 따라 인정되는 자에게, 取去權이 인정된다는 조건으로 매도된 여자노예를 取去하는 권능을 인정할 것이다...)43)

이 권능 또한 매출금지 조항 일반과 마찬가지로 일종의 연장효44)가 인정되었다(C.4.56.1; D.18.1.56).

C.4.56.1 Alex. <a.223> (B.19.17.1)

... Nec enim tenor legis, quam semel comprehendit, intermittitur, quod dominium per plures emptorum personas ad primum qui prostituit sine lege simili pervenit.

(... 왜냐하면 한번 작성한 조항의 내용은 소유권이 다수의 매수인들을 거쳐서 유사한 조항 없이 매춘을 시킨 첫 매수인에게 이르렀다는 사정으로 인하여 중지되는 것이 아니기 때문이다.)

D.18.1.56 Paul. 50 ad ed. (B.19.1.54)

Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam, ne prostituatur et, si contra factum esset, uti liceret ei abducere, etsi per plures emptores mancipium cucurrerit, ei qui primo vendit abducendi potestas fit.

(어떤 자가 여자노예를 그녀가 매춘에 내몰리지 않고, 이에 반하는 때에는 그에게 取去가 허용된다는 조항 하에 매도한 경우에는 비록 그 노비가 다수의 매수인들을 거쳐 전전유통되었다더라도 제1매도인에게 取去권능이 발생한다.)

그 결과 제2매도 이하에서 조건이 불지 않았거나, 조건에 대한 통보가 없더라도 그 행사가 가능하였다.45) 이 효과의 기원에 관하여는 원래 握取行爲 시의 부수적 儀式言明(leges mancipio dictae = nuncupatio: XII.T.6.1)에 기인한다는 것이 통설이다.46) 그러나 다른 한편으로 고전기 이후로 악취행위 자체가 실용에서 멀

43) 관할관에 대한 지시의 형식으로 내려진 批答이다. Kaser/Hackl (주 37), 450 n.44.

44) McGinn (주 18), 317 n.9 mwN("real effect"); Kaser (주 2), 562("dingliche Wirkung"); 이미 Brunemann (주 39), C.4.56.1 n.2(p.510): "quia hoc pactum est reale, & allicit rem ipsam alienatam." Nuncupatio에 관해서는 줄저, 로마法研究(I) (1995), 15f.

45) Buckland (주 2), 604, Sicari (주 6), 110.

46) Frank Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts* (1973), 188ff.; Knütel

어지는 추세 하에서 황제에 의한 권위적 결단이 그 발전의 새로운 원동력이었음은 틀림이 없는 사실이다.

取去의 효과는 원래의 지배권의 복원이었는데,⁴⁷⁾ 아마도 정무관의 확인을 받았을 것이다.⁴⁸⁾ 取去 후에 자신의 권력 하로 복귀한 노예를 조항에 위반하여 매춘을 시킨 경우(D.2.4.10.1; C.7.6.1.4)나 그에 앞서 아예 取去權의 행사를 부작위하는 대가를 받은 경우(D.40.8.7),⁴⁹⁾ 더 나아가 금전적 대가를 취하지 않더라도 取去하지 않고 매춘을 방치한 경우(C.4.56.1)⁵⁰⁾에도 일단 성립한 조항 자체의 효력

(주 24), 357ff. n.19; McGinn (주 18), 317 n.6 m.w.N.; Kaser (주 2), 562 n.85. 그러나 나중에 황제의 개입으로 성격이 흐려졌다. McGinn (주 18), 318.

47) Iohannes Brunnemann, *Commentarius in Pandectas* (editio quinta, Wittebergae & Berolini: 1701), D.2.4.10 n.1, p.68: “manet ancilla.”

48) McGinn (주 18), 317.

49) D.40.8.7 Paul. L.s. de libertat. dandis. (B.48.6.7)

Imperator noster cum patre suo constituit in eo, qui, cum possit abducere prostitutam ancillam, pecunia accepta manus iniunctionem vendidit, ut libera esset: nihil enim interesse, ipse abducas et prostitutas an patiaris prostitutam esse pretio accepto, cum possis eximere.

(우리의 황제[=카라칼라(198, 211-217)]는 先王[=셉티미우스 세베루스(193-211)]과 더불어 매춘에 내몰린 여자노예를 取去할 수 있는데도 불구하고 금전을 받고 自力支配 行使權을 팔아버린 자와 관련하여 그녀가 자유라고 勅定하였다. 왜냐하면 그때 스스로 取去해서 매춘에 내몰든, 해방시킬 수 있는데도 불구하고 금전을 받고서 매춘에 내몰린 것을 忍容하든 아무런 차이가 없기 때문이다.)

이 대가를 McGinn (주 18), 328은 조항으로 인해 낮아진 대금지락분을 상쇄하는 몫으로서, 매도인이 조항에 대해 가지는 실질적 이익이라고 이해한다. 경제적인 관점에서 그러한 이해가 타당하다 하더라도, 로마법이 이러한 상황을 규제하고 있는 것이야말로 소유주의 이익만을 고려하고 있는 것이 아님을 잘 보여준다고 하겠다. 비록 제한적일지언정 노예에 대한 배려가 그 저변의 큰 동기였음을 무시할 수 없는 것이다.

50) C.4.56.1 Alex. <a.223> (B.19.17.1)

Praefectus urbis amicus noster eam, quae ita venit, ut, si prostituta fuisset, abducendi potestas esset ei, cui secundum constitutionem divi Hadriani id competit, abducendi faciet facultatem: quod si eum patientiam accommodasse contra legem quam ipse dixerat, ut in turpi quaestu mulier haberetur, animadverterit, libertate competente secundum interpretationem eiusdem principis perducere eam ad praetorem, cuius de liberali causa iurisdictio est, ut lis ordinetur, iubebit. Nec enim tenor legis, quam semel comprehendit, intermittitur, quod dominium per plures emptorum personas ad primum qui prostituit sine lege simili pervenit.

(朕의 친구 도시장관은, … 그러나 그[=取去權者]가 자신이 언명한 조항에 반하여 부도덕한 영리활동에 여자가 놓이는 것을 忍容했음을 확인한 경우에는 같은 황제[=하드리아누스(117-138년)]의 해석에 따라 자유가 인정된 상태에서 그녀가 자유신분사건에 관하여 관할권이 있는 법무관에게 송치되어 소송이 수배되도록 명할 것이다. 왜냐하

은 여전히 유지되었으므로 그 노예는 자유의 몸이 되었다. 그리고 스스로의 선행 행위에 반하여 행동한 매도인은 보호자권을 제한당했다(D.2.4.10.1),⁵¹⁾ 유스티니아누스의 개혁조치에 이르러서는 아예 이를 상실하였다(C.7.6.1.4 [531년 11월 1일]).⁵²⁾ 유스티니아누스법에서 도덕훈시론적 논리가 고전법에 비하여 강화된 것

면 한번 작성한 조항의 내용은 소유권이 다수의 매수인들을 거쳐서 유사한 조항 없이 매출을 시킨 첫 매수인에게 이르렀다는 사정으로 인하여 중지되는 것이 아니기 때문이다.)

취거권능 유보 사안임에도 불구하고 원매도인에 반하는 결과로 결판이 난 것을 보고 McGinn (주 18), 326은 “striking,” but “logical enough”라고 보고 있는데, 취거권능이 인정되는 취지가 모든 것을 매매 이전의 상태로 복귀시키는 것이 아니라(매출금지 조항 위반 시 계약을 무효화하지 않았다: Peters [주 46], 190 + n.26; McGinn [주 18], 316 n.4) 매매조항에 위반하여 매출에 내몰린 여자노예를 매출에 내몬 주인의 손아귀를 벗어나서 보호의지를 천명했던 원매도인의 보호 하에 되돌리려는 것이라고 한다 면, 이러한 조치는 하등 “striking”한 것이 아니다.

51) D.2.4.10.1 Ulp. 5 ad ed. (B.7.8.10.1)

... At si venditor, qui manus iniectioem excepit, ipse prostituit, quoniam et haec pervenit ad libertatem, sub illo quidem, qui vendidit, libertatem consequitur, sed honorem haberi ei aequum non est, ut et Marcellus libro sexto digestorum existimat.

(... 그러나 自力支配行使權을 유보한 매도인이 스스로 매출을 시킨 경우에는 이런 여자노예도 자유에 이르는 것이므로 참으로 매도한 자 하에서 자유를 얻는 것이지만, 그러나 그 (매도인)에게 존경이 바쳐지는 것은, 마르켈루스도 학설집 제6권에서 판정하고 있듯이, 공정하지 않다.)

Buckland (주 2), 70 n.14, 604 n.5; McGinn (주 18), 327 n.43. 정상적인 보호자-피보호자 관계에서와 달리 보호자를 제소할 수 있었다.

52) C.7.6.1.4 Iust. <D. k. Nov. 531> (B.48.14.1)

Similique modo si quis ancillam suam sub hac condicione alienaverit, ne prostituatur, novus autem dominus impia mercatione eam prostituendam esse temptaverit, vel si pristinus dominus manus iniectioem in tali alienatione sibi servaverit et, cum ad eum fuerit reversa, ipse ancillam prostituert, ilico in libertatem Romanam eripiatur et, qui eam prostituert, ab omni patronatus iure repellatur. Qui enim ita degener et impius constitutus est, ut talem exerceat mercationem, quomodo dignus est vel ancillam vel libertam eam habere?

(그리고 유사한 방식으로 어떤 자가 자신의 여자노예를 매출시키지 않는다는 조건 하에 양도하였는데 새 주인이 부도덕한 장사활동으로써 그녀를 매출시켜야만 한다고 시도했거나, 前主人이 그런 양도의 경우 自力支配行使權을 자신에게 유보하고 그에게 그녀가 되돌아온 후에 자신이 그 여자노예를 매출시켰던 경우에는 즉시 그녀는 로마인의 자유상태에 놓이게 되며 그녀를 매출시킨 자는 보호자의 모든 권리로부터 배척된다. 그런 장사활동을 영위할만큼 그렇게 타락하고 부도덕한 것으로 확인된 자가 어떻게 그녀를 여자노예로든 피해방녀로서든 가질 가치가 있겠는가?)

Brunnemann (주 39), C.7.6 n.12(p.827): “Perfidus enim ille nebulo jure Patronatus est indignus.”(신의가 없는 몸쓸 놈인 이 자는 보호자권의 가치가 없기 때문이다.)

이 눈에 띈다. 유스티니아누스는 더 나아가서 先行行爲와는 무관하게 일반적으로 자기 노예를 매춘업에 종사시키는 자에게는 노예에게 자유를 인정함과 동시에 주인의 보호자권을 상실시켰다(Iust. C.6.4.4.2 [531년 12월 1일]).

C.6.4.4.2 Iust. <PP. k. Dec. 531>: [Gr.]⁵³⁾

Item si quis ancillam [θεράπεινα] suam ut corpore quaestum faciat prostituet, rursus et serva ipsa libera fit (ἐλευθεροῦται) et dominus omni patronatus iure privatur: quemadmodum is, qui servum aegrotantem neglexerit, ut neque ipse eum curaret neque in xenonem eum mitteret neque victum solitum ei praeberet, omni iure in eius substantia [περιουσία] privatur.

(또 어떤 자가 자신의 여자노예를 몸을 팔아 돈을 벌도록 매춘에 내모는 때에는 다시 그 여자노예 자신은 자유가 되고 주인은 모든 보호자권을 박탈당하는 바, 병든 노예를 방치하여 스스로 그를 치료하지도 않고, 그를 병원에 보내지도 않고, 통례적인 음식을 제공하지도 않는 자가 그 노예의 재산에 대한 모든 권리를 박탈당하는 것과 마찬가지로이다.)

여자 노예가 전전유통된 경우에도 제1매도인의 특약조항이 延長效를 가진다는 법의 결정으로 말미암아 다음의 파울루스의 개소에서 다루고 있는 것과 같이 제1매도인은 매춘 시에 자유를 명하고, 제2매도인 이후의 자는 自力支配行使權을 유보한 경우나 그 逆의 경우에 과연 어떻게 처리할 것인가가 문제되었는데, 모든 경우에 자유를 우선시하는 결론(favor libertatis)을 내렸다.

D.18.7.9 Paul. 5 quaest. (B.19.7.9)

... Quod si prior ita vendidit, ut prostituta libera esset, posterior, ut manus inicere liceret, potior est libertas quam manus iniectio. Plane si prior lex manus habeat iniectioem, posterior libertatem, favorabilius dicetur liberam fore, quoniam utraque condicio pro mancipio additur et sicut manus iniectio, ita libertas eximit eam [iniuriam]<iniuria Brenkmann>.

(... 그런데 제1매도인이 매춘에 내맡겨진 여자노예는 자유라는 조항 하에 매도하였고, 제2매도인은 自力支配行使가 허용된다는 조항 하에 매도했던 경우

53) 앞으로 원문이 그리스어인 경우 편의상 라틴어 역문으로 轉載한다.

에는 자유가 自力支配行使보다 우선한다. 그러나 제1매도의 조항이 自力支配行使를 규정하고, 제2매도의 조항은 자유를 규정하는 경우에는 보다 우호적으로 자유가 된다고 이야기될 것인 바, 왜냐하면 양 조건 모두 노비를 위하여 부가되는 것이고 自力支配行使와 마찬가지로 자유도 그녀를 불법집제로부터 면하게 하기 때문이다.)

(4) “매출금지” 조항:

단순히 “매도되는 여자 노예가 매춘에 내몰리지 않는다”는 핵심규정만을 매매시에 특약한 경우에 대해서는 Marcian. D.40.8.6; Alex. C.4.56.2 <a.223>; Iust. C.7.6.1.4 <a.531>가 다루고 있는데, 그 위반의 효과에 대하여 노예가 자유로 됨을 밝히고 있다. 특히 이 경우는 위반 시에는 자유로 된다는 특약을 덧붙이지 않았지만 이를 부가한 경우(전술 (2))와 다르게 취급되지 않았다(C.4.56.2). 이미 살펴보았듯이 매출금지 조항의 법리가 상당히 발전한 후에는 다른 부가적인 조항 없이 단순하게 매출금지만을 규정하는 것이 관행화하고, 법에 의하여 자유의 효과가 인정된 것으로 보인다. 이 자유는 원래 라틴인 신분의 자유였으나,⁵⁴⁾ 유스티니아누스에 의한 개혁조치로 로마인의 자유로 격상되었다(C.7.6.1.4).

C.4.56.2 Alex. <a.223> (B.19.17.1 i.f.)

Mulierem, quam ita venisse adlegas, ne prostitueretur ... per officium militare exhiberi apud tribunale oportet, ut, si controversia referatur pacto (quod tamen si verum est, libertas mulieri existente condicione competit), agatur causa apud eum cuius de ea re notio est. Haec autem lex et nisi in tabulas venditionis inserta sit, quamvis epistula vel sine scriptis facta ostenditur, valet.

(그대가 주장하기를 매춘에 내몰리지 않는다는 조항으로, ... 매도되었다는 여자는 軍당국에 의하여⁵⁵⁾ 審判所에 회부되어, 그 약정에 대하여 분쟁이 제기되는 경우 (그런데 약정이 진실인 경우에는 자유가 여자에게 조건이 존재하면 인정된다) 그 사안에 관한 심판권자 면전에서 소송이 진행될 수 있어야 한다.⁵⁶⁾ ...)

54) Suetonius, *Claud.* 25.2; Mod. D.40.8.2; Kaser (주 2), 293 n.4.

55) 군대에 의한 회포(McGinn [주 18], 328); “manu militari eripere” (Brunnemann [주 39], C.4.56.2 n.1, p.510).

56) 이 개소와 관련하여 문제는 담당관서가 누구인가 하는 것이다. 일설에 의하면 앞의

C.7.6.1.4 Iust. <a.531> (B.48.14.1)

Similique modo si quis ancillam suam sub hac condicione alienaverit, ne prostituatur, novus autem dominus impia mercatione eam prostituendam esse temptaverit, ... ilico in libertatem Romanam eripiatur ...

(그리고 유사한 방식으로 어떤 자가 자신의 여자노예를 매춘시키지 않는다는 조건 하에 양도하였는데 새 주인이 부도덕한 장사활동으로써 그녀를 매춘시켜야만 한다고 시도한 ... 경우에는 즉시 그녀는 로마인의 자유상태에 놓이게 된다...)

이 문제를 다룬 사료 중에서 다음의 개소는 특히 흥미롭다. 왜냐하면 시기적으로도 앞선 칙령을 전하고 있을 뿐만 아니라, 다루고 있는 사안도 담보권을 포함하는 다소 복잡한 사안이기 때문이다.

심판소와 뒤의 심판권자는 별개라고 보며, tribunal(e)는 의도적으로 포괄적인 용어를 쓴 것으로서 이에 는 praefectus urbi, praefectus praetorio, praeses가 모두 해당된다고 보고, is cuius de ea re notio est는 praetor de liberalibus causis, praeses provinciae, consul이 모두 해당된다고 본다. 이에 반하여 다른 일설은 두 기관을 단일한 것으로 파악하여 tribunale = is cuius de ea re notio est이고, 로마의 경우는 praetor de liberalibus causis, 지방의 경우는 praeses provinciae라고 새긴다. Sicari (주 6), 132f. 그러나 어느 경우는 확실한 것은 아니다. 참고로 셉티미우스 세베루스 이래 매춘으로부터 노예를 보호하는 임무는 도시장관의 관할이었다.

D.1.12.1.8 Ulp. L.s. de off. praef. urb.(B.6.4.2)

(그러나 주인에 관하여 訴冤하는 노예들을 도시장관이 청문해야 한다고 이야기되는 것은 다음과 같이 이해해야만 한다: 주인을 고소하는 것이 아니라(이것은 왜냐하면 승인된 사안들을 제외하면 결코 노예에게 허용되어서는 안되기 때문이다) 존경을 유지한 채로 訴請하는 것, 그들을 짓누르는 잔인함, 가혹함, 굶주림을, 그들에게 강요했거나 강요하고 있는 음란행위를 도시장관에게 사된다는 의미이다. 노비가 매춘에 내몰리지 않도록 보호하는 것도 도시장관에게 神皇 [셉티미우스] 세베루스(193-211)에 의하여 직무로 부과되었다.)

시민법예의 동참이 전면적으로 거부되었던(Ulp. D.28.1.20.7: cum iuris civilis communionem non habeat in totum) 노예에 대한 제한적인 보호조치임을 분명히 하고 있는 이 개소의 해석과 관련해서 도시장관(Ulp. D.1.12.1)의 직무가 미치는 범위에 관하여 매춘에 대한 일반적인 보호가 이루어졌다고 보는 설(Sicari [주 6], 150 n.36; 157f.)과 매춘금지 조항의 사안에 국한했다는 제한설(McGinn [주 18], 342f.)이 대립하는데, 후술하듯이 매춘에 대한 일반적인 보호조치는 4-5세기의 발전을 기다려야 했던 것으로 보인다. 참고로 로마의 후기에는 창녀의 통제와 같은 경찰업무는 遊興管理官들(tribuni voluptatum)의 소관이었다. A. H. M. Jones, *The Later Roman Empire 284-602*, I and II (1964/third printing 1992), 691+1283 n.8(사료).

D.40.8.6 Marcian. L.s. ad form. hypoth. (B.48.6.6)

Si quis [obligatum McGinn 328]⁵⁷⁾ servum hac lege emerit, ut manumittat, competit libertas ex constitutione divi Marci, licet bona omnia quis obligaverit, quae habet habiturusve esset. Tantundem dicendum est et si hac lege emerit, ne prostituatur, et prostituert.

(어떤 자가 노예를 해방한다는 조항 하에 매수한 경우 비록 (현재) 가지고 있거나 (장차) 가지게 될 모든 재산을⁵⁸⁾ 담보로 잡혔더라도⁵⁹⁾ 神使 마르쿠스 [아우렐리우스](161-180)의 칙법에 의하여 자유가 인정된다. 매춘에 내몰리지 않는다는 조항 하에 매수했으나 매춘에 내몬 경우에도 같은 말을 해야만 한다.)

이 마르키아누스의 개소에서 우리의 관심거리인 마지막 문장부분은 수정된 것이라는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 일견 앞부분과 문제 맥락이 닿아있지 않은 것은 분명 사실이지만, 그렇다고 이것이 수정되었다고 보아야만 하는 것은 아닐 것이다. McGinn 자신도 다른 곳에서는 *ne prostituatur* 부분도 담보 잡힌 상황을 전제한다고 봄으로써 의미 있는 해석의 가능성을 열어놓고 있다.⁶¹⁾ 따라서 사안을 나누어 살펴보면, (1) 우선 매출금지조항의 경우 담보와는 무관한 부연이라고 본다면 앞에서 살펴본 다른 개소들의 사안과 다르지 않다. (2) 다음으로 담보에 제공된 사안이라고 한다면, 누가 노예를 매춘시켰는지에 따라 다시 나누어 살펴보아야 한다. ① 담보권자 자신이 매춘을 시켰다면(이것은 占有質의 경우에 가능하다)⁶²⁾

57) “obligatum”(담보잡힌)은 수정되었다. 담보잡힌 노예의 매도는 채권자의 승낙이 없이는 불가능하기 때문이다. 아마도 *licet* 이하 문장에서 영향을 받은 듯하다.

58) 이것은 재산을 포괄적으로 담보 잡힌 경우이고, 노예를 특정하여 담보 잡힌 경우에는 담보권자의 이익을 고려하여 노예해방이 부인되었다.

C.7.8.3 Sev./ Ant. <a.209>

Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. Non idem iuris est in his servis, qui pignoris iure specialiter traditi vel obligati sunt.

59) 담보를 제공한 자가 누구인가에 관하여 매수인설과 매도인설이 있는데, 전자로 보는 것이 자연스럽다. 同旨 McGinn (주 18), 328(“easier”).

60) McGinn (주 18), 330 n.55(“non-classical”).

61) McGinn (주 18), 328f.

62) 원래 담보권자는 담보물을 사용·수익할 수 없고, 허락 없이 이에 위반하면 절도(furtum)의 책임을 져야만 했는데(Gai. D.47.2.55(54).pr.), 물건의 수익으로 이자 및/또는 원본의 변제에 충당할 수 있었다(Marcian. D.20.1.11.1). Kunkel/Mayer-Maly, *Römisches Recht* (4. Aufl. 1987), 202. 여기서의 담보권자에게 이러한 수익권이 인정되었고, 그 방법의 일환으로 담보권자가 노예를 매춘에 종사시킨 것으로 재구성할 수

어찌되었을까? 율피아누스의 한 개소에 의하면 이때에는 담보권이 해소된다(D.13.7.24.3).⁶³⁾ 노예는 자유로 되는가? 매매로 전전유통되어 소유권이 문제된 경우에 인정된 연장효라면 담보로 제공되어 담보권만이 문제될 뿐인 사안에서는 그만큼 더욱 당연히 적용될 수 있다는 해석이 가능할 것이고(*a fortiori*[自強至弱] 논법), 이 특약에 부여된 보호의 양태와 정신에 비추어 볼 때 자유가 인정되었을 것이다.⁶⁴⁾ ② 담보에 제공한 매수인이 그리하였다면(이것은 非占有擔保의 경우에 가능하다), 이 개소의 내용은 담보에 제공된 여부와 무관하게 매춘금지 조항의 위반으로 노예가 자유의 몸이 된다는 것이 된다. 이것은 — 매춘금지 조항에 대하여 선의는 물론 악의의 경우에도⁶⁵⁾ — 매춘과는 아무런 관련이 없는 담보권자의 입장에서는 자신의 담보이익을 침해받는 결과가 되고,⁶⁶⁾ 이것은 매춘금지 조항의 효력이 법에 의하여 그만큼이나 매우 강력하게 인정되었다는 증거가 될 것이다. 위 ①과 ②의 어느 경우든 아마도 의문의 여지없이 분명히 하기 위하여 다른 조항과 관련하여 내려진 황제의 칙령에 의한 권위적인 결정의 취지에 의탁했

있다. 담보권자가 매춘금지 조항에 대하여 알았든 몰랐든 그것이 그의 담보물 수익권의 제한인지의 여부는 다투어졌을 것이다.

63) D.13.7.24.3 Ulp. 30 ad ed. (B.25.1.24.3)

In pigneraticio iudicio venit et si res pignori datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. Plane si pro maleficiis suis coercuit vel vinxit vel optulit praefecturae vel praesidi, dicendum est pigneraticia creditorem non teneri. Quare si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit, ilico pignus ancillae solvitur.

(질권소송의 대상에는 또한 입질된 물건을 채권자가 나쁘게 취급하거나 노예들을 불구로 만든 경우도 속한다. 그러나 그 자신의 악행으로 인하여 징계하거나 구속하거나 담당관이나 지사에게 제공한 경우에는 채권자는 질권소송으로 책임지지 않는다고 말해야만 한다. 그러므로 여자노예를 매춘을 시키거나 다른 非道한 짓을 하도록 강제할 경우 즉시 그 여자노예에 대한 질권이 해소된다.)

McGinn (주 18), 330 n.55은 이 개소의 이 부분도 수정된 것으로 본다(“non-classical”).

64) 이 모든 추론은 결국 3세기 초반에 활약했던 마르키아누스 (Federico del Giudice e Sergio Beltrani, *Dizionario giuridico Romano* [II^a edizione, 1995], 347) 시대의 법이 과연 매춘금지 조항에 대하여 어느 정도의 효력을 인정했는가의 문제로 귀착하는데, 파울루스와 율피아누스의 동시대인이면서 年少했던 점에 비추어 이미 그 법리가 충분히 발전한 상태였으므로 지나친 주장은 아닐 것이다.

65) 조항의 준수 여부는 어디까지나 매수인의 양심과 도덕에 맡겨진 것이므로(Sicari [주 6], 87), 담보권자가 악의라는 사정만으로 그의 불이익으로 돌아가서는 아니 된다.

66) 담보설정자는 담보권자의 이익을 해치지 않는 한에서만 담보물의 사용·수익권이 있다(Cf. Ulp. D.20.1.21.2). P. Petrus Vidal, *Institutiones Iuris Civilis Romani* (1915), 275f.

던 것 같다. 이미 다른 곳에서도 확인한 바 있거니와, 매춘금지 조항의 범리가 발전하는 과정에서 차지했던 직법의 역할을 간취할 수 있는 개소이다.

III. 매춘금지조항의 사회적 기능

매춘금지조항의 사회적 의미를 이해하기 위해서는 널리 로마 사회의 性文化 일반에 대한 이해가 선행되어야 할 것이지만, 이에 대해서는 이미 수많은 연구성과가 나와 있으므로,⁶⁷⁾ 이곳에서는 주제와 관련된 범위 내에서만 극히 제한적으로 살펴보기로 한다. 이런 의미에서 관심의 초점은 특히 로마에서 매매춘이 어떠한 위상의 사태였는지,⁶⁸⁾ 이러한 성적인 남용에 대한 로마법의 보호장치에는 어떠한 것들이 있었는지를 고찰할 필요가 있을 것이다.⁶⁹⁾

먼저, 로마인들은 매매춘에 대하여 비교적 관용적이었으며, 로마 고전기에 매매춘은 불법이 아니었다.⁷⁰⁾ 2세기까지도 주인에 의한 매춘강제는 규제되지 않았다. 오히려 매춘업은 국가에 의하여 금지되지 않고, 칼리굴라(37-41년) 이래로 매춘녀에게, 그리고 알렉산더 세베루스(222-235년) 때에는 유곽의 소유자에게 세금이 부과되었으며, 콘스탄티누스 이래로는 매춘녀에게 새로운 金銀稅(collatio lustralis, χρυσόαργυρον)가 부과되었다.⁷¹⁾ 매춘업자들은 이를 어엿한 투자로 여겼다

67) Cf. 오토 키퍼(Otto Kiefer) 지음/정성호 옮김, **로마 성풍속사**, I 및 II (1995), 특히 매매춘과 매음굴에 관해서는 I 99ff.; 모토무라 료지 지음·서영 옮김, **로마인의 사랑과 성** (2001); 번 벌로, 보니 벌로 (주 3), 89ff.; Hugo Blümner, *Die römischen Privataltertümer* (1911), 367ff.; Pierre Grimal, *Liebe im Alten Rom* (1981[불어원저 1963]); 김경현, “제정 초기 로마 상류층의 혼인 및 혼외관계: 실제와 담론”, in: 한국서양사학회 편, **서양의 가족과 성** (2003), 17ff.; 모시스 핀리 지음 / 송문현 옮김, **고대 노예제도와 모던 이데올로기** (1998[원저 1980]), 148; Gardner (주 6), 117ff.

68) Cf. Hans Herter, “Die Soziologie der antiken Prostitution im Lichte des heidnischen und christlichen Schrifttums,” *Jahrbuch für Antike und Christentum* 3 (1960), 70ff.; Flemming (주 5), 38ff.

69) Cf. Flemming (주 5), 50ff.; McGinn (주 18), 315ff.

70) O. F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome* (1996), 67 n.202; Galgano (주 33), 334. 심지어는 오래된 축제였던 꽃의 여신 축제(Floralia)를 비롯하여 베누스 여신 축제(Veneralia), 포도주 축제(Vinalia) 등이 창녀들과 결부되기도 하였다. H. H. Scullard, *Festivals and Ceremonies of the Roman Republic* (1981), 96ff.; 106ff.; 110f.; J. N. Adams, *The Latin Sexual Vocabulary* (1982/Ppb. 1990), 5; Robert Turcan, *The Gods of Ancient Rome* (1998/2001), 69.

71) Gardner (주 6), 252f.; Jones (주 56), 431+1178 n.52(사료).

(D.5.3.27.1).⁷²⁾ 매춘업소의 주인은 포주(leno)로서 파렴치의 낙인이 찍혔지만 (infamis), 그러나 영업은 허용되었던 것이다.⁷³⁾ 노예가 주인이었던 경우에는 그가 해방되면 infamis가 되었다. 매춘녀 자신도 파렴치의 낙인이 따랐다.⁷⁴⁾ 그러나 그들은 물론 그들의 딸까지도 원로원 계층의 인사들은 말할 것도 없고 일반자유민과의 혼인이 거부되었음은 물론(C.5.5.7.2; UE 13.1-2),⁷⁵⁾ 그녀와의 관계는 간통

72) D.5.3.27.1 Ulpianus 15 ad ed.

Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.

줄저 (주 44), 326f. 정세조치가 적극적인 합법화(이 견해 McGinn)는 아니었다. 同旨 Flemming (주 5), 54f.

73) Tacitus, *Annales* 2.85.2: licentia stupri apud aediles.

74) D.23.2.43.6 Ulpianus 1 ad legem Iuliam et Papiam

Lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere.

수치스런 직업으로서의 매춘에 관해서는 Gardner (주 34), 135f.; 149f. 그런데 창녀가 몸으로 하는 불법교환을 할 수 없는 이유로 D.9.2.13의 “아무도 자기 몸의 주인이 아니다”(quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur)라는 논거를 드는 견해가 있다. Mereu (주 4), 448 n.59. 그러나 자유인의 신체상해에 대해서는 아퀼리우스법의 직접소권이 배제된다는 기술적인 법리의 논거를 매춘과 관련지우는 것은 설득력이 없다.

75) UE.13.1-2: (1) Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumque pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem. (2) Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et iudicio publico damnatam, et quae artem ludicram fecerit: adicit Mauricianus et a senatu damnatam.

C.5.5.7.2 Valent./ Marcian. <a.454>

Humiles vero abiectasque personas eas tantummodo mulieres esse censemus: ancillam, ancillae filiam, libertam, libertae filiam, scaenicam vel scaenicae filiam, tabernariam vel tabernarii vel lenonis aut harenarii filiam, aut eam quae mercimoniis publice praefuit: ideoque huiusmodi inhibuisse nuptias senatoribus harum feminarum, quas nunc enumeravimus.

일견 이와 다른 결정이 셉티미우스 세베루스 황제에 의하여 내려졌던 것으로 보인다.

D.3.2.24 Ulpianus libro sexto ad edictum

([셉티미우스] 세베루스 황제(193-211)는 노예상태였을 때 행했던 영리활동은 부인의 명성에 저해가 되지 않는다고 批答하였다).

이 개소에 대하여는 quaestus = 매춘수입을 의미한다고 보는 설(Brunnemann [주 47], D.3.2.24 n.2, p.141; 따라서 매춘업자의 경우는 해당되지 않는다: Brunnemann [주 47], D.3.2.24 n.1/2, p.141)과 수입의 종류를 불특정한 것이고 남녀구별조차 없는 것이라는 이견(Gardner [주 34], 223 n.80)이 있으나, 여자에만 국한해 보면 다른 사료를 아울러 고려해 볼 때 몸을 판 여자의 경우를 상정한 것으로는 보이지 않는다. 오히려 Brunnemann과는 정반대로 여기서 quaestus = 매춘업을 운영한 경우를 의미했던 것이 거의 틀림없을 것이다.

죄의 대상에서 제외될 만큼 사회의 인정된 권역 바깥에 위치한 국외자였다(C.9.9.22).⁷⁶⁾

C.9.9.22 Diocl./ Maxim. <a.290> (B.60.37.62)

Si ea quae tibi stupro cognita est passim venalem formam exhibuit ac prostituta meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen in ea cessat.

(너와 私通한 여자가 무차별적으로 몸을 팔고 창녀로서 아무 데서나 매춘에 몸을 내맡긴 경우에는 그녀와의 관계에서는 간통죄가 적용되지 않는다.)⁷⁷⁾

그러나 다른 한편으로 로마법도 제한된 범위에서였지만 여자노예를 성적인 강제와 남용으로부터 보호하였다. 성적 염치(순결)의 침해는 자유인의 경우나 노예의 경우나 모두 불법적인 인격침해로서 처벌되었다(D.47.10.9.4).⁷⁸⁾ 다만 범죄성의 정도가 자유인을 침해한 경우보다는 가벼운 것으로(minus peccare) 취급되었다.⁷⁹⁾ 그러나 타인의 여자노예를 강간한 경우 이를 소유자의 재산권 침해로 보고 있는 데(PS.2.26.16)⁸⁰⁾에서도 잘 드러나듯이 이러한 보호는 일차적으로 주인의 명

76) 同旨 PS.2.26.11: Cum his, quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.

Imre Molnár, “Das *adulterium* als ein das Ansehen der römischen Familie verletzendes Verbrechen,” in: *Status Familiae: Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag* (2001), 345ff., 354 n.32.

亂交자가 아닌 경우에는 일반 노예나 피해방자와의 혼외관계도 간통죄로 처벌받았음은 물론이다. Marcel Morabito, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste* (1981), 192f.

77) 그러나 간통을 저지르고 나서 처벌을 피하기 위하여 亂交에 몸을 맡긴 경우에는 간통으로 처벌되었다.

D.48.5.11.2 Papinianus 2 de adulteriis

Mulier, quae evitandae poenae adulterii gratia lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit, adulterii accusari damnarique ex senatus consulto potest.

78) D.47.10.9.4 Ulpianus 57 ad ed.

Si quis tam feminam quam masculum, sive ingenuos sive libertinos, impudicos facere adtemptavit, iniuriarum tenebitur. sed et si servi pudicitia adtemptata sit, iniuriarum locum habet.

그밖에 진정성이 다투어지기는 하지만(McGinn [주 18], 330 n.55: “non-classical”) D.13.7.24.3과 같은 개소도 전해진다(위 주 63).

79) Ulp. D.47.10.15.15 (meretricia veste feminae); Diocl./Max. C.9.9.24(25) <a.291>; Iust. C.9.13.1 <a.533>.

80) PS.2.26.16: Ancillarum sane stuprum, nisi deteriores fiant, aut per eas ad dominam

예가 걸린 문제로 인식되었다.⁸¹⁾ 유부남인 남자주인이 여자노예와 通情하더라도 간통이 성립하지 않았던 사실도 이러한 로마인들의 관념을 뒷받침한다.⁸²⁾ 그러나 그렇다 하더라도 이미 살펴보았듯이 음행매개행위는 — 로마인들의 가치관념상 여자를 치욕(*probrum*)⁸³⁾에 노출시키는 행위로서 — 금지되고 처벌되었다(D.3.2.4.2 cit.; C.4.56.3 [a.225]).⁸⁴⁾ 또 매춘녀라 하더라도 타인의 노예를 性的인 목적을 위하여 略取하는 경우에는 절도가 아니라 略取罪로 처벌되었다(D.47.2.39).⁸⁵⁾ 신빙성이 확실치 않은 사료인 《황제열전》(*Historia Augusta*)에 의하면 세베루스 알

adfectet, citra noxam habetur. Buckland (주 2), 76.

- 81) 이러한 사회적 태도 일반에 관해서는 T. E. J. Wiedemann, *Slavery*[Greece & Rome. New Surveys in the Classics No. 19] (1987), 23. 참고로 매춘녀의 살해사건을 다룬 4세기 말 이집트총독의 형사판결(P. BGU IV 1024 [피고인 Diodemos])도 피해자 자체에 대해서는 가난으로 인하여 몸을 팔 수밖에 없었던 불행한 여인이라는 점에서 연민의 대상이지만 그럼에도 불구하고 그 수치스러운 賤職으로 인하여 스스로 인간의 존엄을 손상시킨 것이므로 범인에게 살해죄를 묻기에 충분하다고는 판단하지 않았고, 오히려 범인이 市參事會의 長(*προπολιτευόμενος*)이라는 점에서 그의 범행이 市の 명예를 침해했다는 차원에서 중형을 받아야 한다고 판단했던 것도 고대의 가치관의 한 단면을 잘 보여준다고 하겠다. Leopold Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953), 833; 422.
- 82) 그러나 반대로 유부녀인 여자주인이 남자노예와 통정한 때에는 간통으로 처벌되었다(D.48.5.25.pr.).
- 83) D.23.2.41 Marcellus 26 dig.
Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent volgoque quaestum facerent, etiamsi non palam.
- 84) 물론 음행매개죄는 매춘업자에 한하지 않았다. 가령 자신의 부인이 간통한 사실을 알고서 姦夫에게서 무마조로 돈을 받거나, 혼인을 유지한 남편(실례: D.48.5.2.6)도 음행매개죄로 문의되었다(Ulp. D.48.5.2.2; D.48.5.30.pr; Sev./Ant. C.9.9.2 [a.199]; Coll.4.12.7 = PS.2.26.8). 간통을 범한 자가 매수의 방법으로 벗어날 수 있도록 한 자도 음행매개의 예로 처벌되었다(Scaev. D.48.5.15.pr.). 부인을 매춘시켜 수입을 잡는 자는 의문의 여지없이 음행매개자였다(Cf. Scaev. D.24.3.47; Ulp. D.48.2.5.4; D.48.5.30.3; Diocl./ Maxim. C.4.7.5 [a.284]). 그리고 간통으로 유죄판결을 받은 여자를 아내로 새로 또는 다시 맞이하는 행위도 음행매개였다(Alex. C.9.9.9 [a.224]).
- 85) D.47.2.39 Ulp. 41 ad Sabinum.
Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: causa autem faciendi libido fuit, non furtum. et ideo etiam eum, qui fores meretricis effregit libidinis causa, et fures non ab eo inducti, sed alias ingressi meretricis res egresserunt, furti non teneri. an tamen vel Fabia teneatur, qui subpressit scortum libidinis causa? et non puto teneri, et ita etiam ex facto, cum incidisset, dixi: hic enim turpius facit, quam qui subripit, sed secum facti ignominiam compensat, certe fur non est.

렉산더 황제(222-235년)가 언젠가 모든 매춘녀들을 노예로 만들고 모든 남창은 重流配에 처하도록 명하였고, 또 타키투스 황제(275-276년)는 수도 안의 모든 매춘업소를 금지시켰으나 오래 가지 않았다고 한다.⁸⁶⁾ 이러한 법리의 발전은⁸⁷⁾ 급기야 로마가 그리스도교화한 4-5세기에 이르러서는 새로운 통치이념과 매춘에 대한 변화된 사회의식[罪]⁸⁸⁾의 지원 하에 비로소 — 자유인이든 노예이든 — 매춘을 강요당하는 여자들 자체에 대한 보호조치가 일반화하는 모습을 보이게 되지만,⁸⁹⁾

86) Robinson (주 70), 69 n.236.

87) 3세기의 개별적인 예:

C.8.50.7 Diocl./ Maxim. <a.291>

Foedissimae mulieris nequitia permovemur. Cum igitur filiam tuam <ab hostibus ins. R> captam ac prostitutam ab ea quae eam redemerat ob retinendae pudicitiae cultum ac servandam natalium honestatem ad te confugisse proponas, praeses provinciae, si filiae tuae supra dictam iniuriam ab ea, quae sciebat ingenuam esse, inflictam cognoverit, cum huiusmodi persona indigna sit pretium recipere propter odium detestabilis quaestus, etiamsi pretium compensatum non est ex necessitate miserabili, custodita ingenuitate natae tuae adversus flagitiosae mulieris turpitudinem tutam eam defensamque praestabit.

(극히 추악한 여인의 악행에 의해 朕은 다음과 같은 조치를 취할 수밖에 없다. [敵에 의하여] 포로로 잡혔다가 그녀를 贖償한 여인에 의해 매춘에 내몰린 그대의 딸이 貞潔을 유지하고 태어날 때의 명예를 보존하기 위하여 그대에게 도주하였다고 그대가 주장하므로, 속주지사는, 그대의 딸에게 위에 말한 불법침해가 출생자유인임을 알았던 여인에 의하여 가해진 것임을 확인하는 경우, 이런 부류의 인간은 혐오스러운 영리행위의 가증스러움으로 인하여, 비록 贖償금이 비참한 곤궁으로 인하여 보상되지 않았을지라도, 贖償금을 상환받을 가치가 없으므로, 그대 자식의 출생자유신분이 보존된 가운데 파렴치한 여인의 부도덕함을 상대로 그녀를 보호하고 방어할 것이다.)

후대에 이러한 조치는 더욱 추상적인 형태로 법규범화하였다.

B.34.2.6 (Heimbach III, p.539):

Si quis captivam redemerit, eamque prostituerit, non solum pretium non recipit, sed etiam illa vindicatur a Praeside suisque restituitur.

88) 매춘 = “la morte spirituale” (Sicari [주 6], 94 n.8)

89) CTh.15.8.1 Imp. Constantius A. ad Severum praefectum urbi. <a 343>

(어떤 자가 至聖한 그리스도교 법률의 숭상에 헌신한 것으로 식별되는 여자들을 능멸하고자 원했고 遊廓에 팔린 여자들로 하여금 매춘의 비천한 서비스를 충족하도록 하는 경우, 어느 누구도 이들을 買集하는 권한을 가지지 않는다. 그러나 교회직책자로 알려진 자거나, 그리스도교인임이 顯示된 자들은 그러하지 아니하다. 물론 적절한 대가는 지급해야 한다.)

CTh.15.8.2 Theodosius et Valentinianus AA. Florentio praefecto praetorio (428 Apr. 21).

(자신의 자식들이나 여자노예들에게 죄를 짓도록 강요하는 포주인 아버지들과 주인들은 소유권을 향유하는 것도, 또 그런 엄청난 범죄행위의 자유를 향수하는 것도 朕들

여전히 제한적이고 비효율적이었음은 시대적 한계였다.⁹⁰⁾ 레오 I세(457-474년)의 칙령⁹¹⁾에 의해서도 매춘영업을 금지하고 그 수입에 대한 세금을 폐지하였지만 아직 개별적인 매춘녀들은 영향을 받지 않았다. 이미 살펴보았던 C.6.4.4.2는 이러한 변화의 도달점이었던 유스티니아누스의 개혁조치(Nov.Iust.14 [a.535])의 일환이었다.⁹²⁾

은 용인하지 않는다. 그러므로 그들이 권력의 권능을 유효하게 향유하거나 어떤 것이 그들에게 그런 방식으로 취득될 수 없도록 그들이 그러한 公憤에 의하여 (권리가) 박탈되는 것은 欣然한 일이다. 그러나 여자노예들과 딸들에게 또는 비천한 운명이 그런 형편으로 단죄한, 가난으로 인하여 고용된 자들에게는 그들이 원하는 경우 主教들, 審判官들 및 (庶民)保護官들의 도움을 요청하여 辛苦의 모든 강요로부터 석방되는 것이 허용될지이다. 그리하여 그들이 계속 포주일 수 있다고 믿거나 원하지 않는 자들에게 죄를 짓도록 강요하는 경우에는 그들이 가졌던 권력을 상실할 뿐만 아니라 추방당하여 광산노역의 억류형에 내맡겨져서 公鑛山에 배속될지이다. 이것은 포주의 명령에 의하여 누군가가 원하지 않는 交畧의 汚辱을 감당하도록 강제되는 경우보다 경한 처벌이다.)

Novellae Theodosii 18.pr.-1 <a.439 Dec. 9>:

(朕들은 ... 근위장관직의 수행이 혁혁한 輝官 플로렌티우스가 ... 나라의 명성을 ... 수치스러운 부도덕의 타락과 汚辱으로부터 해방시켰음을 인식하는 바이므로 ... 그는 은유한 朕들에게 염치와 정결에 대한 애정으로써 매춘업자들이 이 도시(=콘스탄티노폴리스)에서 영업이 허용되거나 그들의 더러운 수입으로 국고가 증대되는 것으로 보인다면 朕들의 治代의 害가 된다고 사죄였다 ... (1) 그러므로 그의 先見과 善心을 기꺼이 嘉納하여 영구히 남을 이 법률로써 朕들은 命하노라: 어떤 자가 향후 타인 및 자신의 노예들 또는 얼마에 임차했던 임차한 출생자유인 人身들을 매춘에 내몰기를 불경스러운 무엄함으로써 시도한 경우에는 먼저 극히 가련한 노예들이 자유로 회복되거나 출생자유인 人신들이 패륜한 임차로부터 자유로 되고, 그는 극심하게 매질하여 금지된 죄악을 영위해도 된다고 믿은 이 도시의 경계 밖으로 一罰百戒로 축출할 것이다...)

90) McGinn (주 18), 339 n.88(사료); Jones (주 56), 976+1398 n.83(사료). 그러나 콘스탄티누스(306-337년)의 경우 아직 그리스도인으로서 취한 조치라기보다는 제국의 평화와 쇄신을 염두에 두었던 지배자로서였으며, 테오도시우스 I세(379-395년)와 II세(408-450년)의 경우에도 그리스도교의 인도주의적 요구에 응한 것은 매우 신중하게 진행되었다. 요컨대 “그리스도교의 使信은 사회혁명의 유토피아가 아니었고 또 아니다.” Wolfgang Waldstein, “Schiavitù e Cristianesimo da Costantino a Teodosio II,” in: *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, VIII Convegno Internazionale* (1990), 123ff.; 인용은 144.

91) Leo C.1.4.14.pr. <a.457-467> [Graece] ≍ C.11.41.7

(노예든 자유의 몸이든 음탕행위를 위하여 몸을 팔게 하거나 매춘으로 내모는 시도를 하지 않아야 하며, 俳優거나 다른 廣大인 경우에도 마찬가지이다. 노비가 매춘에 내몰린 때에는 아무런 비용부담 없이 지역담당관들이나 가장 양심적인 주교들에게 나아감으로써 어느 누구에 의하든 자유로 추탈(追奪)될 수 있다.)

92) 유스티니아누스 시대에 매춘이 창궐한 모습에 관해서는 Jones (주 56), 976+1398

Nov.Iust. 14 <a.535>⁹³⁾

1. Haec constitutio iubet neminem lenonem esse neque in urbe imperiali, neque in provinciis, et hoc prohibere debent praetores et praesides; ultimo enim supplicio subiiciuntur, qui contra constitutionis normam lenones esse ausi sunt. Omnia autem instrumenta et fideiussiones apud lenones interpositas, vel a lenonibus contra bonos mores factas infirmas atque invalidas esse constitutio iubet.

(이 칙령은 아무도 제국의 수도에서도 또 지방에서도 매춘업자이지 않기를 명하고, 이는 國民警務官⁹⁴⁾들과 지방군수들이 금지시켜야만 한다. 왜냐하면 이 칙령의 규범에 위반하여 매춘업자이기를 감행한 자는 극형에 처해진다. 그리고 매춘업자에게 제공된 모든 담보증서들과 보증서들⁹⁵⁾은, 특히 매춘업자들에 의하여 선량한 풍속에 위반하여 행해진 것들은, 무력하고 무효임을 이 칙령은 명한다.)⁹⁶⁾

IV. 결론

결론적으로 매춘금지 조항과 그 부대조항들의 의미를 언급하자면, 우선 매춘금지 조항의 기저에는 — 그것이 원래 노예주인의 명예와 권리의식에 기초한 냉정한 것일 뿐이었을지라도⁹⁷⁾ — 주인의 노예에 대한 일정한 배려⁹⁸⁾가 깔려 있음을

n.84(사료).

93) 장문의 이 칙령 — 표준간본인 Schoell/Kroll, *Corpus Iuris Civilis, editio stereotypa tertia, volumen tertium: Novellae* [Berolini, 1904]에 의하면 그리스어로 142행[pp.105-109]에 이른다 — 은 원문을 전부 또는 발췌하여 전재하는 것이 부적당하므로 편의상 그 내용의 요약인 Gustavus Haenel, *Iuliani Epitome Latina Novellarum Iustiniani, Reimpressio phototypica editionis 1873* (1965), Constitutio XXXI, Cap. CIX, p.52를 인용하기로 한다.

94) praetor populi 또는 plebis (N. van der Wal, *Manuale Novellarum Justiniani: Aperçu systématique du contenu des Novelles de Justinien* [1964], #128. p.27). 유스티니아누스 황제에 의하여(Nov. 13 [a.535]) 설치된 형사관할관. 이전의 praefectus vigilum(夜警總監)과 유사한 권한을 가졌다.

95) van der Wal (주 94), #861, p.103; p.91 n.5.

96) 그밖에 중요한 내용은 소유자가 알면서 매춘업자에게 임대한 건물의 압수와 그 주인에 대한 10 리브라(1 libra=327.45g)의 손해에 해당하는 벌금이었다. Dieter Simon und Spyros Troianos (Hg.), *Das Novellensyntagma des Athanasios von Emesa* (1989), 12.1 (p.385).

97) 이 견해 McGinn (주 18), 320ff.

부인할 수 없을 것이다.⁹⁹⁾ 그러나 동시에 이것들이 노예들 각자를 개인적인 관계에서 도움을 주었을 뿐, 노예제도 자체를 악화시켰던 것은 결코 아니라는 점을 지적해야만 할 것이다.¹⁰⁰⁾ 이것은 노예의 처지에 대한 다른 다양한 일련의 개선 조치들¹⁰¹⁾이 모두 제도 자체의 존치를 전제로 오히려 노예제를 강화하려는 것이었다¹⁰²⁾는 부인할 수 없는 보다 큰 역사적 사실의 틀에 그대로 부합한다. 핀리와 같은 연구자는 이를 심지어는 제국의 우연적인 입법사례와 이른바 로마지식인들의 인도주의(humanitas)가 결합한 귀결로까지 본다.¹⁰³⁾ 이들 조항들은 개별주인의 입장에서 볼 때에는 매도인과 매수인의 이익이 상호 충돌하는 상황에서 일정한 권리의 제약에 동의한 매수인보다는 매도인의 노예소유권자로서의 지위를 강화함과 동시에 사회적으로는 일정한 통풍구를 마련함으로써 결국은 공공의 이익으로 이해된 노예소유계층 전체의 이익을 도모했다고 평가될 수 있을 것이다. 그렇다고 해서 분명 이들 조항의 범리가 가져온 인도적인 개선의 측면¹⁰⁴⁾을 과소평가하는 우를 범해서는 아니 될 것이다.

98) 노예에 대한 주인의 인간적인 관심과 배려 내지 애호(affectio)의 사례도 다수 전해진다. Sicari (주 6), 74 n.23(사료).

99) 간통과 혼외정사를 배격하고, 여자노예나 헤타이라이[妓女]와의 관계까지도 거부했던 후기스토아의 사상(대표적: 세네카[Sen. ep. 89.13]가 “인류의 스승”[*humani generis paedagogus*]이라고 불렀던 C. Musonius Rufus[대략 30-100년]: F. H. Sandbach, *The Stoics* [second edition, 1989/reprint 1994], 163)이 이에 있어 구체적으로 어떠한 영향을 미쳤을지는 가늠하기 어렵지만, 노예에 대한 인도적인 처우로의 일반적인 발전이 스토아 사상이 일정 정도 힘을 얻었던 시기(특히 5현제 때)에 있었다는 사실은 분명하다.

100) 同旨 McGinn (주 18), 338. 그러나 이곳에서 상론할 수는 없으나 그의 Honor-Shame이라는 심리적 구도에 의한 설명시도(McGinn [주 18], 345ff.)는 기껏해야 하나의 동기를 제공할 뿐이라고 하겠다(同旨 Sicari [주 6], 117 n.27; Galgano [주 33], 340 n.16).

101) 玄勝鍾 著 / 曹圭昌 增補, 로마法 (1996), 349ff.; Norbert Brockmeyer, *Antike Sklaverei* (1987), 182f. Cf. Coll.3.3.2 = D.1.6.2: Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, ..., ex rescripto divi Pii ... manifestabitur. cuius rescripti verba haec sunt: “Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: ...”

102) 핀리 (주 67), 202f.; 208.

103) 핀리 (주 67), 191f.

104) Galgano (주 33), 335 (insomma la tutela della dignità umana prevale); 337 (di rilievo non indifferente nella civiltà romana).

<Abstract>

Ne serva prostituatur. Prohibitive clause in the Sale of Slaves in Roman Law

Byoung Jo Choe*

The ancient Rome was a slave-owning society. The masters might stipulate a contractual terms for the sale of a slave, according to which the slave should be exported (*ut exportetur*), or manumitted (*ut manumittatur*), or not manumitted (*ne manumittatur*), or not prostituted (*ne prostituatur*). This article deals only with the last clause “*ne serva prostituatur*” in its usual typical forms. It shows that the Roman slaves were forcibly engaged in the prostitution organized and managed by a pimp (*leno* or *lena*).

The clause was used alone, or with other covenants sanctioning the effect of its contravention. Typical additional clauses were those prescribing liberty to the prostituted slave-girl, or securing a *manus iniectio* or *ius abducendi* for the vendor, or a conventional penalty (*poena*) either by a *stipulatio* (Pap. D.18.7.6.pr) or a nude pact (*pactum*) (Cf. Pap. D.18.7.7).

The first Roman jurist referring to these clauses is Massurius Sabinus who was active under Tiberius(14-37 C.E.) and the successive emperors (Pap. D.18.7.6.pr), but it is reasonable to assume that they had been used in the legal transactions much earlier.

According to the legal sources, the combination of a prohibitive clause and a conventional penalty was usual in its frequency and probably the oldest in its age (Pap.-Sab. D.18.7.6.pr). The *ius abducendi*, the right of the vendor to take the prostituted slave-girl back, was developing simultaneously or a little later (Alex.- Hadr. C.4.56.1 [a.223]). We may suppose that it was already in a full shape when Hadrianus(117-138 C.E.) endorsed and authorized it with a full legal

* Professor of Law, College of Law, Seoul National University

effect. The third clause vindicating liberty for the slave-girl forced to sell herself without preference (*sine dilectu*) seems to have developed from the legal practice of the imperial council declaring the afflicted person to be free (Pap.-Sab. D.18.7.6.pr). Then, it apparently became a convention to insert such a clause; some time or other, it was no more necessary to add this liberating clause to the prohibition of the prostitution, because the contravention of the prohibitive clause in itself brought on the liberty to her (Marcian. D.40.8.6; Alex. C.4.56.2 [a.223]; Iust. C.7.6.1.4 [a.531]). It seems that this liberty clause was older than the reservation of the *manus iniectio*.

It is not easy to describe the exact lines of the development of these covenants, but it is without doubt that they got a strong support from the imperial constitutions which, favoring the liberty of the slave concerned (Cf. Paul. D.18.7.9), did play their important part to give them an exceptional “real” effect by urging surprisingly the successive buyers to conform to the clause, even if they did not know its existence (Mod.-Vespasianus[69-79 C.E.] D.37.14.7.pr; Paul. D.18.1.56; Alex. C.4.56.1 [a.223]). The slave-girl once liberated, the buyer who prostituted her, further, lost his legal position as her patron, according to the constitution of Septimius Severus and Caracalla (198 or 211 C.E.) (Paul. D.40.8.7; Ulp. D.2.4.10.1; Alex. C.4.56.1 [a.223]; Iust. C.7.6.1.4 [D. k. Nov. 531; C.6.4.4.2 [PP. k. Dec. 531]).

The origin of the additional agreements to protect slave-girls from a forced prostitution by the new master goes admittedly back to the solemn oral declaration (*nuncupatio*) on the occasion of a *mancipatio*, a solemn form of conveyance of ownership of a *res Mancipi*. The “real,” or better: “extended” effect of the clauses is also explained by this solemnity, but in the classical period it must have been supported by the supreme legal authority represented by the emperor, to be sure because of its exceptional character with the falling into disuse of the *mancipatio* as the social background.

It is evident that the legal rules thus developed took only a small part of the steps which were intended to protect slaves in various situations of life, mostly taken under the more or less humanitarian government of the *Pax Romana*, but

never envisaged abolishing slavery. It is for all that undeniable that these clauses, while preserving the interest of the slave-owning master class, were appreciably mitigating and ameliorating the situations of the slave-girls in the Roman society. The protective measures for the prostitutes themselves, freeborn or unfree, were, however, not a primary object of the legal policy even in the event of abolishing brothels at the time of Justinian (Nov. 18 [a.535]).