

〈촌 평〉

로마법 사료의 이해에 대한 쓴소리*

崔秉祚**

이 글은 최근 발표된 두 논문의 내용 중에서 로마법 사료에 관련된 대목만을 비판적으로 검토해 본 寸考이다. 아직도 로마법의 사료들은 법학전공자나 역사전공자들에게 생소한 자료로 남아있는 것 같아 안타까운 마음을 금할 수 없다. 전공자로서 좀더 그 지식의 확산과 이해에 도움이 되는 보다 대중적인 활동을 못했다는 것이 스스로 부끄럽지만, 적어도 학술논문을 쓰는 입장에서는 모르면 모르는 만큼 더욱 더 최선의 노력은 기울여야 하는 것이 아닌가 하는 노파심에서 이 글을 쓰게 되었다. 江湖諸賢의 이해를 구한다.

I

이 글은 글자 그대로 하나의 작은 사항에 대한 바로잡기를 시도한 촌평이다.

첫 번째 촌평은 최근 한국서양사학회에서 펴낸 『서양사론』 제82호(2004. 9)에 실린 김기봉, “국가란 무엇인가: 개념사적인 고찰”(5-37면)이란 논문에 대한 것이다. 이 논문 12면 이하의 “Ⅲ. 근대 국가(state) 개념의 탄생”이라는 장을 보면 13면에 다음과 같이 서술되어 있는 것을 발견할 수가 있다.

“먼저 status의 첫 번째 의미인 지배자로서의 위치나 지위라는 용례의 출처로 중요하게 거론되는 것이 유스티니누스 황제 법전(Justinian’s *Digest*) 맨 앞에 나오는 *De statu hominum* 항목이다. 여기서는 헤르모게니아누스(Hermogenianus) 황제의 권위를 인용해서 “모든 법률은 인간을 위해서 제정되기 때문에 다른 것을 생각하기에 앞서 무엇보다도 먼저 인간의 status를 고려할 필요가 있다”는 표현이 나온다.¹⁶⁾”

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2004학년도 연구지원비의 지원을 받았음.

** 서울대학교 法科大學 教授

여기서 인용되고 있는 *Digesta*의 개소는 정확하게 다음과 같다.

D.1.5.2 Hermogenianus libro primo iuris epitomarum.

Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.

(『학설휘찬』 제1권 제5장 제2 法文 헤르모게니아누스, <法抄錄> 제1권: 그리하여 인간을 위하여 모든 법은 定立된 것이므로, 첫째로 人의 법적 지위에 관하여, 그리고 그 다음으로 다른 사항들에 관하여, 永久告示錄의 순서를 따라서 그리고 이것들에 인접하고 연결된 章들을 사안의 성질이 허용하는 대로 그 다음에 다룸으로써, 논하기로 한다.)

김기봉의 서술과 원 사료를 비교해 보면 전자가 중대한 오류에 빠져있음을 발견할 수 있다.

첫째, 헤르모게니아누스는 로마의 황제가 아니라, 디오클레티아누스 황제 치세에 활약했던 고전기 후의 로마 법률가였다.¹⁾ 유스티니아누스(영어 삼입구와 달리 국문에서의 ‘유스티니누스’는 물론 오식이다) 황제가 “헤르모게니아누스 황제의 권위를 인용한 것”이 아니라, 헤르모게니아누스라는 옛 법률가의 책에서 필요한 부분을 발췌하여 인용하고 있는 것이다.

둘째, 이러한 첫 번째 오류는 “황제 법전”으로 번역한 *Digesta*, 즉 學說彙纂 내지는 學說類集에 대한 이해가 없는 데서 기인하는 것이다. 사실 “황제 법전”이란 역어도 로마法大典(Corpus Iuris Civilis) 전체 또는 그 중 勅法彙纂(Codex Iustinianus)에 대해서 사용한다면 그런 대로 어느 정도 수긍할 수도 있겠지만, 로마의 고전기 법률가들의 저작으로부터 발췌하여 엮은 학설휘찬에 대한 역어로는 아무래도 부적절하다. 그렇지는 않았겠지만, “황제 법전”이므로 등장하는 인물이 로마의 황제일 것이라고 여겼다면, 이러한 억측은 해도 너무나 것이다. 로마 황제의 목록만 일별해 보아도 헤르모게니아누스란 황제는 없다는 것이 금방 밝혀질 것이기 때문이다.²⁾

1) 가령 *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, Band 2 (1979), s.v. Hermogenianus (S.1083f.).

2) 가령 로마황제사전인 크리스 스카레 지음, 윤미경 옮김, **로마 황제**(갑인공방, 2004); *Die römischen Kaiser. 55 historische Portraits von Caesar bis Iustinian*, herausgegeben von Manfred Clauss (München: Beck, 1997)의 인명 색인을 보면 헤르모게니아누스란 인명은 아예 나오지를 않는다.

셋째, *De statu hominum* 항목은 *Digesta*의 맨 앞에 나오는 항목이 아니라, 이 논법을 따르더라도 다섯 번째 항목이다(D.1.5). “맨 앞”이 아니라 “앞부분”에 나오는 항목일 뿐이다. 맨 앞에 나오는 항목(D.1.1)은 유명한 *De iustitia et iure*, 즉 “정의와 법에 관하여” 항목이다. 테오도르 몸젠의 학설회찬 표준간본을 인용하고 있는 각주 16(T. Mommsen (ed.), *Digesta*, 21st edn(Zurich: Weidmannes, 1970, I.5.2), p.35)에서 그 개소가 I.5.2임을 정확히 밝히고 있음에도 불구하고 이와 같이 서술된 것은 더욱 이해하기 어렵다. 사소한 것이긴 하지만, 각주의 인용에서 제시된 서지사항도 부정확하다. “Zurich: Weidmannes”가 아니라 “Dublin/Zürich: Weidmann”이어야 옳다.

넷째, 헤르모게니아누스의 언명에서 “omne ius”는 “모든 법률”이 아니라 “모든 법”이다. 이와 직결되는 것이 “constitutum sit”인데, 이 또한 제정법에 국한된 표현이 아니므로³⁾ “제정되기”로 번역해서는 안 되고 “정립된”으로 번역하는 것이 옳다.⁴⁾ 라틴어에서 *ius*는 법률을 뜻하는 *lex*(복수는 *leges*)와는 차별화되어 사용되었다. 물론 제정법의 목표도 “인간의 삶을 위한 것”이어야만 하고, 실제로 유스티니아누스 황제 자신 스스로의 입법작업에 대하여 명시적으로 그와 같이 표방하기도 하였다. 즉 그는 학설회찬의 頒布勅令인 *Constitutio Tanta*(533년 12월 16일) § 12에서 法學提要(*Institutiones Iustiniani*)와 학설회찬과 칙법회찬을 *opera ad hominum sustentationem*, 즉 “인간의 삶을 위한 작업”이라고 선언하고 있는 것이다.⁵⁾ 그러나 로마법대전에 반영된 다양한 실질적 法源의 모습들은 이러한 표방

3) 이를 보여주는 가장 전형적인 문장의 예를 두 개만 들어보면: D.1.1.9 Gaius libro primo institutionum. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. nam quod quisque populus ipse sibi ius *constituit*, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines *constituit*, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. 이렇듯이 각 민족이 스스로를 위하여 정립한 법이 시민법이고, 自然的 理致가 모든 민족들 사이에 정립한 것이 萬民法이라면, *constituere*는 법률의 제정이라는 좁은 의미가 아니라 여하한 法源에 의한 것이든 법의 정립을 표현하는 데 쓰인 것임을 금방 알 수 있다.

4) 참고로 이 명제는 여기에서 제시한 번역문 형태로 서울대학교 법과대학 로마법 교실 홈페이지의 표어로 채택되어 있다. <http://jus.snu.ac.kr/~romanist/news/index.html> 참조. 또한 필자가 서울대학교 법과대학의 正義의 鐘에 새겨진 “하늘이 무너져도 정의는 세워라”를 설명하는 과정에서도 그 결론으로 제시한 법이념이기도 하다. 서울대학교 법과대학 뉴스레터(<http://jus.snu.ac.kr/~lawnews/>) 법률에세이 No.69 참조.

5) *Omni igitur Romani iuris dispositione composita et in tribus voluminibus, id est*

이 유스티니아누스 스스로도 단순한 형식적 법률제정의 차원으로 환원시켜 이해한 것이 아니라 “法”(ius) 전반에 걸친 목표관념으로 설정했고 이를 달성했다고 자부했던 것임을 간취할 수가 있다. 어쨌든 제정법을 강조하고자 했던 것으로 이해될 수 있는 황제와는 달리 법학자이고 법률가였던 헤르모게니아누스의 입장에서, 더욱이 人法을 다른 범영역보다 먼저 다루려고 하는 계제에 그렇게 하는 이유로서 人의 중요성과 중심적 위치를 강조하고자 한다면 그것은 필연적으로 법 전체를 염두에 두고 할 일이지 제정법률에 국한하여 할 일은 아닐 것이다. 끝으로, 혹시라도 일반인의 용어법대로 “법률”을 “법”과 구별 없이 무차별적으로 사용했다고 善解하려고 해도 그 다음에 나오는 “제정”이라는 용어는 이러한 이해도 봉쇄하고 만다.

다섯째, 김기봉의 번역문은 人의 법적인 지위를 가령 物權法이나 債權法 또는 소송법 같은 것들보다 앞서서 최우선적으로 다루겠다는 논객 헤르모게니아누스의 의도를 “다른 것을 생각하기에 앞서 무엇보다도 먼저 인간의 status를 고려할 필요”로 옮김으로써 오해의 소지가 있다.

여섯째, 원사료를 제대로 이해하면, 그리고 김기봉 자신의 번역문에 따르더라도 이 개소에서 사용된 status가 “지배자로서의 위치나 지위”를 의미하는 것이 아님을 알 수 있고, 따라서 이 개소는 김기봉의 주장처럼 그러한 용례의 출처로 중요하게 거론될 수 없다. 그러한 주장이 있다면 검증이 가능하도록 그 전거와 이유를 밝혀 주었더라면 좋았을 것이다.

이상으로 한 긴 논문의 짧은 한 대목에 대하여 그야말로 촌평을 하여 보았다. 대수롭지 않은 단순한 지식의 미비로 치부해 버릴지도 모르겠으나, 이 논문이 썩

institutionum et digestorum seu pandectarum nec non constitutionum, perfecta et in tribus annis consummata, quae ut primum separari coepit, neque in totum decennium compleri sperabatur: omnipotenti deo et hanc operam ad hominum sustentationem piis optulimus animis uberesque gratias maximae deitati reddimus, quae nobis praestitit et bella feliciter agere et honesta pace perpotiri et non tantum nostro, sed etiam omni aevo tam instanti quam posteriori leges optimas ponere.

(그리하여 로마법의 전체 질서를 취합하여 3권으로, 즉 법학제요와 학설취찬 또는 會典과 칙법집의 3권으로 완성하고, 그것도 처음 편찬 작업이 시작되었을 때 이 과업이 10년이 꼭 차도 완수될 것으로 기대되지 않았는데도, 단지 3년만에 완료한 후에, 우리는 전능하신 하느님께 또한 인간들의 삶을 위한 이 작품을 경건한 심정으로 헌정하였고, 풍성한 감사를 至高의 神께 드렸는바, 神께서는 우리가 전쟁을 운 좋게 수행하고 명예로운 평화를 얻도록 하셨으며, 또한 우리 자신의 시대뿐 아니라 현재와 미래의 모든 시대를 위해서도 最善의 법을 정립하도록 하셨다.)

想史 전문가에 의한 것이고, 더욱이 국가의 概念史라는 중요한 문제에 관한 시도라는 점에서 로마법대전과 같은 중요한 사료를 철저하게 오해하고 있다는 사실은 같은 학계에 있는 사람으로서 감히 지적하지 않을 수 없었다. 인간의 능력상 모든 것을 알 수는 없는 것이지만, 적어도 잘 모르면 모르는 만큼 그만큼 더 신경을 쓰고 알고자 노력했다면 충분히 정확한 정보를 접할 수 있었다는 점에서 이 글에서 살펴본 것과 같은 오류는 변명의 여지가 없는 것으로 여겨진다.

더욱이 이해할 수 없는 것은 『서양사론』과 같은 우수한 학술잡지에 실리는 글의 이와 같은 명백한 오류가 심사과정에서 전혀 걸러지지 않았다는 사실이다. 그렇지 않아도 최근에 한 학회가 동일한 내용의 학술지를 호수 표시만을 달리하여 중복 발간하고, 이를 바탕으로 한국학술진흥재단의 지원을 이중으로 받아낸 사실이 밝혀져서⁶⁾ 교수사회의 일원으로서 얼굴을 들고 다니기가 민망한 지경이다. 경우는 물론 크게 다르지만, 교수사회의 신뢰도를 높이기 위해서는 학술논문의 질에 대한 엄정한 심사가 필수적이라고 생각된다. 앞으로도 이런 식의 엉뚱한 오류가 교정되지 않은 채 斯界의 대표적인 학술지에 그대로 게재된다면 그 결과가 어찌될지 상상하기조차 두렵다.

II

두 번째 촌평은 한국법사학회에서 발간하는 『法史學研究』 최근호인 제29호(2004.4)에 실린 김기창의 “약속, 합의 그리고 계약”(317-355면)이라는 제목의 논문에 대한 것이다. 이 논문은 그 “I. 합의와 계약”에서 로마법의 이른바 pactum에 대하여 일정한 정도로 그 특징을 살펴본 후, “II. 약속과 합의”에서는 영국의 계약법 발달 과정에서의 합의의 법적 효력 문제를 살핌으로써, 상호 독립적으로 발달했던 두 법체계의 공통된 모습을 드러내면서 현대 계약법의 “합의 곧 계약”식의 도그마적 시각에 대하여 성찰의 계기로 삼을 것을 촉구하고 있다. 이 글은 필자의 전공인 로마법을 다룬 앞부분에 국한된 짧은 비판적 소묘이다. 영국법을 다룬 뒷부분에 관해서는 필자의 전공영역을 벗어나는 대목이므로 고찰을 생략하였다. 김기창의 글에 대해서는 다음과 같은 지적이 가능하다고 여겨진다.

첫째로, 김기창(318면, 319면 각주 2)은 Ulp. 4 ed. D.2.14.7.7의 번역문에서

6) 교수신문 제334호 2004년 11월 8일[월요일], 1면 및 3면 “한국체육교육학회, 동일학술지 중복 발간 파문” 기사.

pacta conventa를 “和議나 合意”라고 옮기고 있다. 그러나 이 용어들은 역어로서 적절하지 않다고 생각된다. 우선, 和議에 관한 한, 현재 우리는 “和議”라고 하면 和議法이 정하는 특정한 법적 제도와 연관시켜 생각할 수밖에 없고, 그것은 로마의 법률가가 의도한 것과는 전혀 무관하기 때문이다. 또한, 合意에 관한 한, 우리는 현재 합의라고 하면 쌍방 내지 다방 당사자들의 의사의 합치 그 자체를 표현하고자 할 때 사용하기 때문이다. 그러한 의사의 합치, 곧 합의를 통하여 구성 내지 구축된 법률관계 내지 그 구조물은 단순히 합의라고 하지 않고 계약과 같은 다른 용어를 써서 표현한다. 로마의 법률가들도 의사의 합치는 이를 consensus라 칭하고, 이를 통하여 구축된 법률관계는 pactum이나 contractus 등의 다른 용어를 써서 표시하였다. 그런 의미에서 pactum의 역어로서는 종전의 예를 따라 “(無方式의) 約定”이 더 나올 것이다. 김기창은 ‘pactum conventum’을 두 개의 명사가 連詞 et 없이 병렬된 형식으로 이해하고 있고 이 점은 정당하다. conventum은 합의하다는 의미의 동사 convenire의 과거분사가 명사화한 형태이기 때문이다. 그러나 이 두 용어는 의미상으로는 전혀 차이가 없는 것을 pactum만을 사용할 때보다 어의를 더 분명하게 전달하려는 의도에서 짝을 이루게 한 것으로 보인다. 수사학에서 말하는 이른바 雙語單義法 또는 二語一意法(Hendiadyoin, Hendiadys)⁸⁾의 한 사례이고, 따라서 그냥 “無方式의 約定”이라고 번역하면 족할 것이다.⁹⁾

둘째로, 김기창(319면 각주 2)은 pactum과 conventio가 로마법 원전에서도 언제나 구별되어 사용된 것은 아니라는 전거로서 Ulp. D.50.12.3.pr (Pactum est duorum consensus atque conventio)을 들고 있다. 그러나 이것은 이러한 주장을 뒷받침하기에는 적절한 예가 아니다. 왜냐하면 A = B라는 형식의 이 문장은 단순한 동일성을 언명하는 것이 아니라, “두 당사자의 의사 일치 및 합의”로 규정된 pactum과 대비하여 片約(pollicitatio)의 본질이 일방만의 약속임¹⁰⁾을 드러내려는

7) 졸저, 로마法·民法論考(박영사, 1999), 340ff. 참조.

8) 이에 관해서는 가령 *The Princeton Handbook of Poetic Terms*, edited by Alex Preminger (Princeton University Press: 1974/1986), s.v. Hendiadys, p.87; Otto F. Best, *Handbuch literarischer Fachbegriffe. Definitionen und Beispiele* (Fischer Taschenbuch Verlag: Überarbeitete und erweiterte Ausgabe, 1972/1982), s.v. Hendiadyoin, S.202.

9) 독일의 학설휘찬 새 번역은 이처럼 하나로 번역하고 있다. Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler (Hrsg.), *Corpus Iuris Civilis - Text und Übersetzung II* (1995), h.l., p.229 (“Formlose Vereinbarungen”). 필자는 전에 이 부분을 문면대로 “약정과 합의”로 번역했었다. 졸저, 로마法·民法論考(박영사, 1999), 339.

10) D.50.12.3.pr: ..., pollicitatio vero offerentis solius promissum.

문맥에서 이루어진 것이고, 이처럼 개념을 규정하려는 설시에 있어서는 그런 의미에서 被定義項(A)은 이보다 넓은 개념의 핵과 폭을 갖는 定義項(B)에 의하여 말하자면 $A \leq B$ 라는 논리구조를 갖기 때문이다. 이런 현상은 멀리 갈 필요도 없이 바로 무방식의 약정에 관한 章의 冒頭에서도 발견된다.¹¹⁾

셋째로, Ulp. D.2.14.7.7의 번역문에서 plebis scita(평민회 의결)의 번역이 빠져 있다. 그리고 leges는 ‘제정법’보다는 ‘법률’이, decreta도 ‘칙령’보다는 ‘裁決’이 더 적합하다고 생각된다.¹²⁾

넷째로, 김기창(320-321면)은 “학설취찬에는 단순한 합의에 근거하여 소송을 제기하는 것이 언제나 가능한 것은 아니었음을 보여주는 구절들이 많이 있다”고 하면서 그 하나의 예로 Paul. 3 ed. D.2.14.17.pr을 들고 있다. 그러나 이 개소는 “단순한 합의”, 즉 무방식의 약정이기 때문에 소송이 가능하지 않은 사례가 아니라, 김기창의 번역문에서도 그대로 드러나듯이 요물계약에 있어서 급부된 것 이상의 반환급부는 아무리 당사자들이 합의하더라도 요물계약의 성질상 효력이 없다¹³⁾는 내용으로, 이때의 ‘합의’(paciscar)는 순수한 ‘합의’만이 문제되는 상황의 ‘합의’가 아니고, 따라서 무방식의 약정의 법리를 이 개소에서 추출하는 것은 부적절하다.

다섯째, 김기창(321-322면)은 ‘합의’에 언제나 訴權이 인정되었던 것은 아니었다는 사실을 지적하면서, 이것은 “유독 로마법에만 고유한 현상이 아니라 그 당시의 여러 문화에 보편적으로 관찰되어지는 현상이라고 볼 여지가 있”으며, “그 당시 여러 민족이나 문화에 공통으로 관찰되는 현상, 즉 만민법적인 현상인 것으로 당시의 법률가들이 이해하고 있었다는 가설도 가능하다고 생각한다”고 피력하고 있다. 이러한 주장을 뒷받침하는 전거로서 한편으로는 Ulp. 4 ed. D.2.14.7.pr을 들고 있고, 다른 한편으로는 고대 그리스법과 로마법의 유사점을 지적한 문헌들을 인용하고 있다(322면 각주 10). 그리스의 법이 과연 어떠했는지, 그리고 그 모습이 로마법과 얼마나 유사했는지는 일단 접어둔다 하더라도, 방법론적으로 볼 때 당시 어느 법체계의 현실태가 어떠했는가를 따져서 그러한 실증적 자료에 기

11) Ulp. 4 ed. D.2.14.1.1-2: Pactum autem a pactione dicitur (...). et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. (Pactum은 pactio에서 유래하여 그렇게 부르는 것이다. 그런데 pactio란 2인 또는 다수인의 동일물예의 합치이고 합의이다.)

12) 졸저, 로마法·民法論考(박영사, 1999), 339.

13) D.2.14.17.pr: Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.

초한 판단을 한다면 이는 타당한 일이다. 그러나 적어도 로마의 萬民法에 관한 한, 김기창의 소견은 만민법에 대한 오해에 기인하는 것으로 보인다. 율피아누스가 D.2.14.7.pr에서 “만민법상의 *conventiones*”를 운운할 때 그가 염두에 둔 것은 당시 문명화된 세계의 법체계에 대한 실증적·비교법적 자료가 아니라, 철두철미하게 로마법의 입장에서 보편적인 요소로 상정된 만민법이기 때문이다. 율피아누스는 *conventio*라는 인간학적 보편적 요소¹⁴⁾는 보편성을 가진 만큼 만민법적 현상이라는 전제 위에서 로마법의 소권법 체계에 따르는 기술적인 문제들을 나름으로 체계성 있게 설명하려고 시도하고 있는 것뿐이다.

여섯째, 김기창(322-324면)은 ‘합의’에서도 소권이 발생하는 사례가 있음을 Ulp. D.2.14.7.2의 두 번째 사례를 인용하여 실시하고 있다. 그러나 김기창의 글을 읽고서 독자가 가질 수 있는 인상은 원사료가 전달하는 인상과는 많이 다르다. 로마법률가들 사이의 논의를 생략한 채 결론적인 모습만을 전달하고 있기 때문이다. 그러나 이 유명한 개소는 사실 적어도 원문대로 소개될 만한 자격이 충분하다고 생각된다.

D.2.14.7.2:

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauricio reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumissisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo *συνάλλαγμα* dicit, unde haec nascitur actio.

(그러나 거래행위가 다른 계약유형에 해당하지 않는 경우에도 목적급부가 있으면 채권채무관계가 성립한다고 아리스토는 켈수스에게 예리하게 대답하였다. 가령 내가 너에게 물건을, 네가 나에게 다른 것을 주도록 주었거나, 네가 어떤 것을 행하도록 준 경우처럼. 이것은 신알라그마(=계약)이고 이로부터 시민법상의 채권채무관계가 발생한다고 하였다. 그래서 私見으로는 율리아누스가 마우리카아누스에 의하여 다음 사안에 관하여 정당하게 비난받았다고 생각한

14) 졸저, *로마法·民法論考*(박영사, 1999), 340ff. 김기창, 319면도 이러한 사실을 지적하고 있는 것으로 보인다.

다. 내가 너에게 노예 스티쿠스를, 네가 노예 팜필루스를 해방시키도록 주었다. 너는 노예를 해방시켰다. 스티쿠스가 추탈되었다. 율리아누스는 법무관에 의하여 事實訴權을 부여할 것이라고 쓰고 있다. 마우리카이누스는 不確定物의 市民法上 訴權을, 즉 前加文訴權을 부여하기에 충분하니, 왜냐하면 아리스토가 신알라그마(=계약)라고 부른 것이 체결된 것이고, . 이로부터 이 소권이 발생하기 때 문이라고 한다.)

이 개소의 두 번째 사례에서 추탈당한 팜필루스 해방자는 결과적으로 보면 오히려 그가 선급부를 하고 상대방의 급부를 구해야 하는 상황에 처한 것처럼 보이기도 하지만, 엄밀히 보면 선급부를 받고 난 후 자기의 반대급부를 이행해서 관계가 정상적으로 마무리되는 상황이 추탈로 인하여 교란된 것이다. 따라서 추탈당한 자에게 소권의 보호를 부여해야 할 필요성은 김기창도 지적하듯이 분명하다. 이것은 그에게 어떠한 소권을 인정할 것인가를 둘러싼 로마법률가들의 쟁론에서 기술적인 차원에서 소권의 종류만이 문제될 뿐, 소권 자체를 부여한다는 점에 대해서는 의견의 일치가 보인다는 점에서도 그대로 드러난다. 그러나 이 때 부여되는 소권은 특정한 사안에서 문제를 해결하기 위하여 말하자면 2차적인 방편(secondary remedy)으로서 부여되는 것일 뿐, 엄밀히 보면 원래의 無名要物契約關係에 기하여 부여되는 것(primary remedy)이 아니라는 데 주의해야 한다. 결론적으로 이 개소는 김기창의 주장처럼 ‘합의’에서 소권이 발생하는 데 대한 예시로서 적절하지 않다.

오히려 김기창의 논지를 뒷받침할 수 있을지도 모르는 것은 첫 번째 사례이다. 그런데 먼저 주목해야 할 것은 여기서 문제되는 법률행위는 두 번째 사례와 마찬가지로 단순한 ‘합의’가 아니라 전형적 요물계약과 마찬가지로 일방의 先給付(re)로 성립하는 踐成關係(do ut des, do ut facias)라는 것이다(독일어로 無名要物契約[Innomatrealvertrag]이라고 부르는 것). 상대방의 급부를 얻어내기 위한 목적적 급부가 상대방의 반대급부의무를 작출한 사례이므로 이를 결과적으로 일반적인 쌍무계약관계와 달리 취급하지 않더라도 무리가 따르지 않는다고 볼 여지가 있었던 상황이었지만, 위 개소는 이러한 견해가 카씨우스의 제자로서 사비누스학과 계열이었던 아리스토¹⁵⁾의 평가적 의견일 뿐이고, 당대 최고의 법률가 켈

15) Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (2. Aufl. 1967), 141ff; 318ff.

수스로 대변된 프로쿨루스학파의 개념논리를 중시한 반대설 또한 존재했음을 추지케 한다. 그런 점에서는 이 사례도 역시 “裸約定으로부터 소권은 발생하지 않는다”(Ex nudo pacto non oritur actio)는 원칙에 대한 예외라고 보기는 어렵다.

그러나 실제로 김기창(324면+각주 13)도 인용하고 있는 D.2.14.7.4는 이러한 고전기의 학설현황이 고전 晩期の 율피아누스 시기에 이르면 일정한 정도로 정리되었음을 보여준다. 즉

D.2.14.7.4:

Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

(그러나 아무런 목적급부가 없는 경우에는 단순약정으로 인하여는 채권채무 관계가 성립될 수 없다는 것이 확립되어 있다. 그러므로 裸約定은 채권채무관계[즉 소권]를 발생시키지 않고, 항변만을 성립시킨다.)

일곱째, 김기창(324면)은 D.2.14.7.2나 D.2.14.7.4에 보이는 *causa*를 “이유나 근거”로 번역하고 그렇게 이해하고 있으나,¹⁶⁾ 이때의 *causa*는 분명히 목적급부를 의미하는 것이므로,¹⁷⁾ 부적절한 번역이다. 형식감각이 탁월했던 로마의 법률가들이 막연히 “이유나 근거”가 있다는 이유로 소권을 부여했다는 설정 자체가 取信하기 어렵다. D.2.14 *De Pactis*는 도대체가 학설휘찬의 대목 중에서도 가장 어려운 것들 중의 하나로 꼽히는 부분이다. 사료에 대한 보다 신중한 접근이 필수적이라고 하겠다.

끝으로, 김기창의 사료 인용문에는 노예 이름인 Stichus, Pamphilus, 법률가 이름인 Aristo, Celsus 등 인명의 첫 글자를 소문자로 표기한 오식이 7번이나 발견된다(321면 각주 8; 322면 각주 11; 324면 각주 13). 사소한 것일지라도 정확을 기하는 것이 필요할 것이다.

16) 아마도 학설휘찬의 영역본에 영향을 받았는지 모르겠다. Scott판도 Watson판도 모두 *causa*를 어휘 그대로 *ground*로 옮기고 있다. 그러나 이때 *ground*를 실질적으로 어떻게 새길 것인가는 여전히 독자의 몫인 것이다.

17) 최근의 독일어 번역(위 주 9)은 이를 타당하게도 일관되게 *eine zweckbestimmte Leistung*이라고 옮기고 있다. 이는 내용적으로 *do ut des, do ut facias*에 그대로 대응한다는 점에서 분명히 옳은 번역이다.