

〈논 문〉

## Cessante Labore Cessat et Praemium?<sup>\* \*\*</sup>

— 無勞動 無賃金? 로마법상의 고용계약에 관한 소고 —

崔秉祚<sup>\*\*\*</sup>

### I. 로마법상의 고용계약과 임금지급의무

고전기 로마법상 고용계약은 賃約(locatio conductio: D.19.2; C.4.65; Inst. 3.24)의 한 유형으로서 被傭者(locator)가 雇用主(conductor)<sup>1)</sup>에게 자신 또는 예외적으로 타인<sup>2)</sup>의 노무(operae)를 제공하기로 약정하고, 고용주가 그에 대하여 보수(merces)를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 낙성의 쌍무계약의 하나였으며<sup>3)</sup>,

---

\* 이 글은 노동법에 헌신해 오신 김유성 교수님의 서울대학교 법과대학 정년을 기념하기 위하여 작성된 것이다. 선생님께서 흥미 있어 하실 주제를 잡는다고 잡았으나 어느 모로 보나 부족한 글이 되고 말았다. 가납해 주신다면 큰 기쁨이겠다.

\*\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 연구지원비의 보조를 받았음.

\*\*\* 서울大學校 法科大學 教授.

- 1) 우리 민법은 “노무자” 및 “사용자”라는 표현을 사용하지만(민법 제657조, 제658조, 제662조, 제663조), 로마법상 賃約(locatio conductio)이 활용된 노무제공계약, 즉 雇傭관계의 종속노동성을 더 잘 표현하기 위하여 ‘피용자’ 및 ‘고용주’라는 용어를 채택하였다.
- 2) 자유인인 타인의 노무를 제3자에게 고용계약에 의해 제공할 수 있는 경우는 로마신분법의 특유한 논리에 의한 다음 두 경우였다. ①은 피해방노예의 약정노무를 청구할 수 있는 舊주인이 그 노무를 제3자에 제공하는 외에 달리 사용할 수 없는 특별한 경우였고, ②는 권력에 복종하는 아들의 노무를 제3자에게 家父가 제공하는 경우였다.

① D.38.1.25.pr-1. Julianus 65 digestorum : Patronus, qui operas liberti sui locat, non statim intellegendus est mercedem ab eo capere: sed hoc ex genere operarum, ex persona patroni atque liberti colligi debet. (1) nam si quis pantomimum vel archimum libertum habeat et eius mediocris patrimonii sit, ut non aliter operis eius uti possit quam locaverit eas, exigere magis operas quam mercedem capere existimandus est.

② Edictum Theodorici 95 : Nec pro pignore filii a parentibus alicui dari possunt: et si sciens creditor ingenuos pro pignore a parentibus susceperit, in exilium dirigetur. Operas enim tantum parentes filiorum, quos in potestate habuerint, locare possunt.

임약으로 포괄된 locatio conductio의 계약유형에 속하는 賃貸借(locatio conductio rei: 물건의 임약) 및 都給(locatio conductio operis: 일의 임약)과 구별하기 위하여 종래 locatio conductio operarum, 즉 勞務의 賃約이라고 지칭되었다.

로마법상 자유인들 사이의 고용계약<sup>4)</sup>의 가장 두드러진 특징은 첫째로 계약의 대상이 저급의 노동급부(이른바 operae illiberales)를 내용으로 했다는 점이다. 두 번째 특징은 로마법상 고용계약은 有償이어서 미리 정해진 보수의 지급이 필수적이었다는 점이다. 보수의 약정이 없으면 법률의 도움으로 그것을 보충할 수 없었다.<sup>5)</sup> 그리고 보수를 받는다는 점이야말로 ‘몸을 파는 것’으로 인식하여 그러한 육체적 종속노동을 생업으로 삼는 것에 대하여 저급의 가치평가(“더러운 직업”, negotium sordidum)를 내렸던 로마 상류계층의 자의식<sup>6)</sup>이 법에 반영된 결과, 동일한 노무라 하더라도 무상일 때에는 委任계약(mandatum)이나 그밖의 다른 계약이 되었고, 그에 상응하는 다른 논리의 지배를 받았다.<sup>7)</sup> 그리하여 고용계약의 피용자가 되는 것은 지위의 악화로 이어지는 것으로 보았다.

3) 우리 민법 제655조는 바로 이러한 로마법의 후예이다.

4) 상세는 Cosima Möller, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht. Das Fortwirken des römischen Rechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts* (1990), 3ff.

5) Andreas Wacke, “Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht,” in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 108 (1991), 123ff.

6) 가장 유명한 것이 Cicero, de officiis 1.150f.이다. 번역문을 포함한 상세는 졸저, **로마 법연구(II)** (1995), 434ff.; Möller (주 4), 14ff. 그리고 토지와 富를 기준으로 삼았던 로마 상류층의 노동관에 대한 비판적 조망과 이와 대비되는 중산층의 노동예찬에 대해서는 폴 벤느 편집/주명철·전수연 옮김, **사생활의 역사 I: 로마 제국부터 천 년까지** (2002/2003), 195ff. - 그리스 로마를 포함한 이후의 노동 개념의 변천사에 관해서는 특히 Otto Brunner (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 1 (1979), s.v. Arbeit (Werner Conze), 154ff.

7) D.17.1.1.4 Paulus 32 ad edictum : Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

D.19.5.22 Gaius 10 ad edictum provinciale : Si tibi polienda sarcindave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. . . .

Inst. 3.26.13 : In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur. Et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcinda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

PS.2.18.1:

Homo liber, qui statum suum in potestate habet, et peiorem eum et meliorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat.

(자신의 신분 상태를 장악하고 있는 자유인은 이를 악화시킬 수도 개선시킬 수도 있다. 자신의 노무를 고용계약에 의해 밤낮으로 제공하는 자가 그 예이다.)

가령 배우<sup>8)</sup>나 鬪猛士<sup>9)</sup>와 같은 賤職과 달리 사회적으로 승인된 전문적인 고급의 노동급부인 이른바 *artes liberales*, 가령 교사, 의사, 조산원, 변호사, 중개인, 토지 측량사 등의 노무는 고용계약의 대상이 되지 않았고, 법형식상으로는 이른바 무방식의 약정(*nudum pactum*)에 의하였으며, 따라서 이들이 받는 도의적인 차원에서 이루어지는 반대급부도 이른바 ‘사례’(*honorarium, salarium*)로서 비상심리절차를 통해서만 소구가능하였다(D.50.13).<sup>10)</sup> 로마 사회에서 자유인 사이에 체결되는 고용계약이 차지하는 비중을 법사료의 도움으로 가늠하는 일은 거의 불가능하다. 왜냐하면 저급 노무의 경우 다양하고도 흥미로운 법률문제가 많이 발생했고 이를 법률가들에게 문의할 수 있었던 사회환경은 노예<sup>11)</sup>나 피해방노예의 노동력<sup>12)</sup>을 두루 활용했던 상류층의 생활주변이었고, 실제로 법사료도 이들 영역에 집중되어 있기 때문이다. 노무를 논함에 있어서 관련자가 노예이든 피해방노예이든 자유인이든 이들 사이를 구별하지 않고서 모두 *operae*로 지칭하고 있는 학설휘찬부터도 *operae*를 다루고 있는 수많은 개소들에도 불구하고 자유인 임노동에 관해서는 거의 얻을 것이 없다. 로마에서 피용자가 되는 자들은 대체로 자영농민으로서 수확기와 같이 일손이 많이 필요할 때 일시적으로 타인에게 고용되는 자들이나, 생계를 아예 임노동에 의존하는 자들(*mercennarii*)이었다.<sup>13)</sup> 이들은 광산의 노

8) D.3.2.3 Gaius 1 ad edictum provinciale : Qui autem operas suas locavit, ut prodiret artis ludicrae causa neque prodit, non notatur: quia non est ea res adeo turpis, ut etiam consilium puniri debeat.

9) 맹수와 싸우기 위한 고용의 경우에는 불명예의 낙인이 부가되고 다양한 법적 불이익이 따랐다(Ulp. D.3.1.1.6; D.38.17.1.6; Paul. Coll.4.3.2; D.38.1.37.pr).

10) Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht* (17. Auflage 2003), 279f.

11) 노예 노동력이 이용되는 사회적인 다양한 모습에 대한 일응의 개관은 Alfons Bürge, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung* (1999), 144ff.

12) D.38.1; Kaser/Knütel (주 10), 114; 280.

13) 임노동자에 대해서는 Alfons Bürge, “Der *mercennarius* und die Lohnarbeit,” in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 107 (1990), 80ff.의 *mercennarius*란 임금을 받고 일하는 타인 소유의 노예를 말한다는 독특한 소수의견에

동자로, 건축 노무자로,<sup>14)</sup> 숙박업소의 종업원으로, 또 선원으로 작업하였다.<sup>15)</sup> 이들은 고용된 가내에서 노예와 한가지였다.<sup>16)</sup> 그러나 “나를 役畜이나 석재운반선 짚으로 생각하느냐? 馬力을 제공하려고 고용계약을 한 것이 아니라 인간의 노무를 제공하려고 한 것이다. 아버지가 나를 가난하게 남겼지만, 나도 너희들처럼 자유인이다”라고 투덜대는 페트로니우스(66년 자살)의 풍자적 풍속소설 속의 인물 임노동자 코락스처럼 자유인으로서의 자의식 또한 생생한 것이었다.<sup>17)</sup> 타인 소유의 노예의 노동력을 이용하는 경우에는 노예 자체를 물건으로서 대여하는 형식을 취하였으므로 로마법상으로는 어차피 모두 임약에 속하였지만 오늘날의 관점에서 보자면 고용계약이 아니라 임대차가 성립하였다.

타인의 노무를 활용하는 법적 형식으로서 이처럼 고용계약과 무방식의 약정 이외에도 로마의 법률가들은 일정한 경우에는 통상의 소송절차를 통하여 소구할 수 있도록 이른바 前加文訴權(actio praescriptis verbis)을 인정하였는데, 가령 보수에 대한 약정이 사전에 없이 추후에 급부된 것을 고려하여 보수를 정하기로 한 경우<sup>18)</sup>가 이에 해당하였다.

대하여 Cosima Möller, “Die mercennarii in der römischen Arbeitswelt,” in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 110 (1993), 296ff.의 자유인 임노동자를 말한다는 근거 있는 타당한 반론을 참조.

- 14) J. M. Rainer, “Bauen und Arbeit im klassischen Römischen Recht,” in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 107 (1990), 376ff.
- 15) 물론 사정은 시대와 장소에 따라, 그리고 국가의 정책적 대응에 따라 변하였다. Cf. Hans-Peter Benöhr, “Arbeitssuche und Arbeitsscheu in den Provinzen und Hauptstädten im 1. bis 6. Jahrhundert n. Chr.,” in: Georg Klingenberg - Joh. Michael Rainer - Herwig Stiegler (Hg.), *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag* (1992), 59ff. - 로마의 일상에서의 노동의 생생한 모습에 대해서는 일웅 제롬 카르코피노 지음·류재화 옮김, **고대 로마의 일상생활** (2003 [원서 1939]), 325ff.
- 16) D.7.8.4.pr Ulpianus 17 ad Sabinum : . . . sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint vel servi alieni.  
D.43.16.1.18 Ulpianus libro 69 ad edictum : Familiae appellatione et eos, quos loco servorum habemus, contineri oportere dicendum est.
- 17) Petronius, *Satyricon* 117.11-12 : . . . et mercennarius Corax, detractor ministerii, posita frequentius sarcina male dicebat properantibus affirmabatque se aut proiecturum sarcinas aut cum onere fugiturum. (12) 'quid vos' inquit 'iumentum me putatis esse aut lapidariam navem? hominis operas locavi, non caballi. nec minus liber sum quam vos, etiam si pauperem pater me reliquit'. nec contentus maledictis tollebat subinde altius pedem et strepitu obsceno simul atque odore viam implebat.

고용계약이 성립하면 양 당사자는 유상계약의 일반적인 원리에 상응하여 고의와 과실에 대하여 책임을 졌다. 자신의 지식과 능력을 벗어나는 급부를 인수한 경우에도 이미 과실로 치부되었다. 피용자는 인수한 노무를 원칙적으로 스스로 이행해야 했으며, 따라서 고용주는 그를 대신하는 사람의 노무를, 이를 거부하더라도 노무의 성질상 bona fides의 원칙에 위반하지 않을 경우에는, 받아들여야 할 의무가 없었다. 반면에 이행보조자의 사용은 원칙적으로 허용되었다. 보수의 청구와 관련해서는 원칙적으로 피용자는 제공된 노무에 해당하는 보수만을 청구할 수 있었다.<sup>19)</sup> 노무의 제공이 사변으로 인하여 불가능하게 된 경우에 보수를 더 이상 받을 수 없는가 하는 문제는 이하에서 더 상세히 살펴볼 것이다.

## II. 無勞動 無賃金?

그러면 이러한 종속노동의 경우에 노동력의 제공이 고용주나 근로자 측의 사정, 또는 양측 모두에 책임이 없는 사변에 의해 불가능하게 된 경우에 과연 임금의 운명은 어떠했을까? 우선 지적해 두어야 할 것은 이 문제에 관한 사료가 단지 몇 개만이 전해지고 있어서, 그 전모를 파악하는 데 원천적인 한계가 있을 뿐만 아니라, 전승된 사료 자체의 해석에 관해서도 연구자들 사이에 세부적인 면에서 의견의 차이가 보이므로 성급히 어떤 일반화된 결론을 내리는 것은 신중을 기해야 한다는 점이다. 이하에서는 알려진 사료를 하나하나 검토해 보기로 한다.

### 1. 事變

피용자의 노무가 당사자의 사망이 아닌 사변으로 인하여 제공되지 못하는 경우를 대비한 고용계약 규정이 로마시대 다키아(Dacia)였던 트랜실바니아 지방(현 루마니아 북부)에서 1786년과 1855년 사이에 발견된 밀랍판에서 발견되었다.<sup>20)</sup>

18) Cf. D.19.5.22 Gaius 10 ad edictum provinciale : Si tibi polienda sarcie dave vestimenta dederim, . . . quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.

19) Imre Molnár, "Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats," in: Hildegard Temporini und Wolfgang Haase (Hg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II 14 (1982), 583ff., 611ff.

이 밀랍판은 외형상으로는 이른바 三葉板(triptychon)<sup>21)</sup>의 형태이다. 특히 이곳에서 검토할 3개의 고용계약은 그 지역 경제생활의 중점을 이루었던 金鑛山의 운영자와 피용자 사이에 체결된 것이었다. 광산노무자들은 대부분 자유인이었고, 노예는 비교적 적었는데, 전쟁포로는 주로 이탈리아로 끌려가고, 광산노역형이 일반화된 것은 3세기 이후의 일이었기 때문이었다. 두 번째 계약서 작성의 시점은 알려져 있지 않지만, 특히 등장하는 인물들로 미루어 볼 때 첫 번째 것이나 세 번째 것과 비슷한 시기의 것으로 추정해 볼 수 있을 것이다. 당시에도 일정한 계약서 양식이 통용되었던 것을 알 수 있다.<sup>22)</sup>

① FIRA III, No.150 a (a. 164):<sup>23)</sup>

(→) Macrino et Celso cos. XIII kal. Iunias

(⇐) Flavius Secundinus scripsi rogatus a Memmio Asclepi, quia se litteras scire negavit,

(⇌) it quod dixit se locasse et locavit operas suas opere aurario Aurelio Adiutori ex hac die in idus Novembres proximas denariis septaginta cibarisque.<sup>24)</sup>

(Ⓞ) Mercedem per tempora accipere debebit.

(Ⓟ) Suas operas sanas valentes edere debebit conductori supra scripto.

(Ⓠ) Quod si invito conductore recedere aut cessare voluerit, dare debebit in

20) Elemér Pólay, “Verträge auf Wachstafeln aus dem römischen Dakien,” in: Hildegard Temporini und Wolfgang Haase (Hg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II 14 (1982), 509ff.; Möller (주 4), 12ff.

21) Cf. PS.5.25.6 : Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriori scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.

22) 기본적으로 Carsten Hanns Müller, *Gefahrtragung bei der locatio conductio* (2002), 109-111에 의하였으나 Bruns, *Fontes Iuris Romani Antiqui* (7. ed., 1909), Nr.165 (pp.370-371)을 참조하였다. 단 가독성을 제고하기 위하여 편집자들에 의한 보충 부분의 괄호 [ ] 기타 표시는 무시하였다. 그리고 논의의 편의를 위하여 필자가 조항별로 임의로 괄호 환자 일련번호를 붙여 구분하였다. 또 시각적으로 잘 드러나도록 해당조항이 해독 불가능인 부분에도 이 방법을 그대로 유지하였다.

23) Müller (주 22), 109; Bruns (주 22), Nr.165, 1 (p.370).

24) liberisque] CIL III, 948; Bruns (주 22), Nr.165, 1. 텍스트 복원의 상세는 Möller (주 4), 41 n.232.

dies singulos HS V nummos aere octussis<sup>25)</sup> conductori.

(ㄷ) Quod si fluor inpedierit, pro rata computare debebit.

(ㄸ) Conductor si tempore peracto<sup>26)</sup> mercedem solvendi moram fecerit, eadem poena tenebitur exceptis cessatis tribus.

(ㄹ) Actum Immenoso Maiori. Titus Beusantis, qui et Bradua. Socratio Socrationis. Memmius Asclepi.

(→) 마크리누스와 켈수스 집정관의 해, 5월 20일<sup>27)</sup>

(㉠) 나, 플라비우스 세쿤디누스는 아스클레피우스의 아들 멤미우스에 의해, 그가 자신이 글을 안다는 것을 부인하였으므로, 요청을 받고 기록하였다.

(㉡) 그는 자신의 노무를 金鑛을 위해 아우렐리우스 아드유토르에게 금일부터 최근의 11월 13일<sup>28)</sup>까지 70 테나리우스와 식량을 대가로 하여 제공하는 고용계약을, 자신이 체결하였음을 선언했고, (실제로) 체결하였다.

(㉢) 보수는 분기별로 수령해야만 한다.

(㉣) 자신의 노무는 건강하고 튼실한 노무를 상기한 고용주에게 제공한다.

(㉤) 고용주의 의사에 반하여 (작업장을) 떠나거나 (작업장에) 나타나지 않고자 하는 경우에는 일당 주화 5세스테르티우스와 동전 8아스<sup>29)</sup>를 고용주에게 지불한다.

(㉥) (갱도)침수가 작업을 방해할 시에는 비율에 따라 계산한다.

(㉦) 고용주가 분기가 경과했으나 보수 지급을 지체할 경우에는 3일의 말미를 둔 후 동일한 배상의 책임을 진다.

(㉧) 작성된 임펜노수스 마요르 입회하. 티투스 배우산티스, 異名 브라두아. 소크라티오 소크라티오니스. 아스클레피우스의 아들 멤미우스.

② FIRA III, No.150 c:<sup>30)</sup>

(→) . . .

(㉠) . . .cus scripsi rogatus per . . .m Restitutum agnomine Senioris, quia

25) V numeratos] CIL III, 948; Bruns (주 22), Nr.165, 1. 텍스트 복원의 상세는 Möller (주 4), 41 n.233.

26) per acto] Müller (주 22), 109.

27) 착오: Möller (주 4) 42 (“5월 19일”).

28) 착오: Okko Behrends, *Institut und Prinzip, Ausgewählte Aufsätze*, II (2004), 713 n.273 (“11월 5일”).

29) 銀貨 1 테나리우스 = 黃銅貨 4 세스테르티우스 = 靑銅貨 16 아스. Karl-Wilhelm Weeber, *Alltag im Alten Rom: Ein Lexikon* (3. Auflage 1997), s.v. Geld, 136ff., 137.

30) Bruns (주 22), Nr.165, 3 (p.370f.); Müller (주 22), 110.

se litteras scire negavit:

(≡) fatetur se locasse et locavit operas suas aurario ius . . . quidquit opus fuerit ex hac die in idus Novemb. proximas venturas Tito Beusantis qui et Bradua denariis centum quinque.

(㉔) Ex qua mercede adhuc in cesso accepit denariis viginti quinque. Reliquam mercedem per tempora accipere debebit.

(㉕) Quas operas sanas valentes edere debebit conductori supra scripto.

(㉖) Quod si invito conductore a re cessabit, in dies . . .

(㉗) . . .

(㉘) . . .

(㉙) . . .

(→) . . .

(㉚) 나, . . .쿠스는 . . . 레스티투투스, 별명 세니오르에 의해, 그가 자신이 글을 안다는 것을 부인하였으므로, 요청을 받고 기록하였다.

(≡) 그는 자신의 노무를 金鑛을 위해 . . . 필요할 바를 금일부터 다가올 최근의 11월 13일까지 티투스 베우산티스, 異名 브라두아에게 105테나리우스를 대가로 하여 제공하는 고용계약을, 자신이 체결하였음을 고백했고, (실제로) 체결하였다.

(㉔) 이 보수 중 지금까지 선불로 25 테나리우스를 수령하였다. 나머지 보수는 분기별로 수령한다.

(㉕) 노무는 건강하고 튼실한 노무를 상기한 고용주에게 제공해야 한다.

(㉖) 고용주의 의사에 반하여 작업에 나타나지 않을 시에는 일당 . . .

(㉗) . . .

(㉘) . . .

(㉙) . . .

③ FIRA III, No.150 b (a.163):<sup>31)</sup>

(→) Laelianus et Pastore cos. X kal. Nobembr.

(≡) Adiutor Macari scripsi rogatus coram ipso praesenti L. Ulpio Valerio, quia se litteras scire negavit,

(≡) id quod dixit se locasse et locavit Socrati Socratis operas suas ex hac die in idus sequentes<sup>32)</sup> anno uno denariis septaginta.

31) Bruns (주 22), Nr.165, 2 [a.164](p.370); Müller (주 22), 110f.



- (四) Mercedes suis temporibus solventur.
- (五) Quas operas sanas valentes edere debebit . . . conductor. . .
- (七) . . . inpedierit . . . debebit.
- (六) . . . discedere vel cessare . . .
- (八) . . . cessatis . . .
- (九) Act. Alb. Maiori.?

- (-) 라일리아누스와 파스토르 집정관의 해, 10월 23일
- (-) 나, 아드유토르 마카리는 L. 율피우스 발레리우스 자신이 임석한 면전에서, 그가 자신이 글을 안다는 것을 부인하였으므로, 요청을 받고 기록하였다.
- (-) 그는 소크라티오 소크라티스에게 자신의 노무를 다음의 월 중간일부터 1년간 70 테나리우스를 대가로 하여 제공하는 고용계약을, 자신이 체결하였음을 선언했고, (실제로) 체결하였다.
- (四) 보수는 분기별로 지급된다.
- (五) 노무는 건강하고 튼실한 노무를 . . . 고용주(에). . . 제공해야 한다.
- (七) . . . 방해할 . . . 해야 한다.
- (六) . . . 떠나거나 나타나지 . . .
- (八) . . . 말미를 . . .
- (九) 작성된 알브. 마요르 입회하.?

(-)은 계약서 작성의 연월일을 표시하는 부분이다.

(九)는 계약서의 말미로서 관련자들(증인과 보증인들과 채무자)의 기명이 되어 있다. 212년 카라칼라 황제의 시민권 칙령(constitutio Antoniniana)에 의한 제국 전체 자유인에 대한 로마시민 자격 부여 이전이므로 확실한 것은 아니지만 이쯤으로 볼 때 관련자들은 로마시민이 아닌 外人들이었던 것 같다.<sup>33)</sup> 고용주는 사유

32) [ex hac die in idus sequentes]는 <ex idibus sequentibus>의 오류로 보인다. 거의 정형적인 서식문구(ex hac die in ~)를 사용하다가 세부적인 내용을 잘 챙기지 못하여 발생한 오류로 추정된다.

33) 특히 ‘Asclepius의 맴미우스’로 표기된 피용자는 자유인이라면 아스클레피우스의 아들이 될 것이고(同旨 J. A. Crook, *Law and Life of Rome* (1967/1984), 197f.), 그렇지 않다면 Asclepius의 노예가 될 터이다. Alfons Bürge, “Cibaria. Indiz für die soziale Stellung des römischen Arbeitnehmers?,” in: Martin Josef Schermaier und Zoltán Végh (Hg.), *Ars Boni et Aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag* (1993), 63ff., 76은 후자의 가능성을 시사한다. Möller (주 4), 42나 Müller (주 22), 109는 그저 Memmius Asclepi라고 그대로 읊기고 있을 뿐이다. 그러나 어느 쪽으로

금광산의 소유주이거나 임차인인 운영자였거나, 아니면 국유 금광산의 임차인이었을 것이나 이 역시 확실한 것은 알 수 없다.

(ㄷ)는 계약서 대필자의 대필에 이르게 된 경위를 밝히고 있다. 바로 이 부분이 야말로 이들 세 계약서에 공통된 점이기도 하고, 당시의 저급 노동력의 문자해독의 정도를 미루어 짐작케 하는 내용이기도 하다.

이상의 세 부분이 계약서의 형식적 구성부분이라고 한다면, 나머지부분들은 계약의 본격적인 실질을 이루는 내용적 조항들이다. 그 시작부인 (ㄷ)은 고용계약 체결의 사실과 그 본질적인 내용-계약의 당사자 쌍방, 노무 공급의 장소, 고용계약의 기간, 보수-을 일목요연하게 정리하여 기술하고 있다.

여기서 기존의 해석자들이 고심한 것 중의 하나가 바로 *se locasse et locavit operas suas*라는 표현의 정확한 의미가 무엇인가 하는 것이었는바, 종래 *se*를 *locare* 동사의 객어로 파악하여 이 표현은 단순한 노동력(*operas suas*)의 제공을 넘어서는 全人的인 복속(*se* = ‘자기 자신’)까지를 표현하는 것이라고 새기는 견해가 주장되었는가 하면, 이를 반박하면서 오히려 계약서식에서 흔히 발견되는 단순한 정식적인 중복어로 새기는 것이 합당할 것인바, 왜냐하면 계약 위반에 대하여 (ㄷ)과 (ㄷ)에서 어떠한 인신적 강제조치 없이 단지 상호적인 배상책임만을 규정한 것으로 볼 때, 일방의 타방에 대한 전인적인 복속을 의도한 것으로는 볼 수 없기 때문이라는 견해도 주장되었다.<sup>34)</sup> 이러한 논란의 단초가 된 것은 이들 표현이 각각 학설취찬(*se locare* - Call. D.22.5.3.5; *operas suas locare* - Ulp. D.3.1.1.5 cit.)이나 기타 법사료(*operas suas locare* - Coll. 4.3.2 cit.; *se locare* - Coll. 9.2.2)에서 사용되고 있기 때문이다. 그러나 이들 해석은 모두 라틴어의 해당구문을 분절적으로 오해한 잘못을 범하고 있다. 우선, *se locasse*는 *locavit operas suas*와 단순히 병렬되어 중첩된 표현이 아니라, 앞의 말하기 동사 *dix(s)it* 또는 *fatetur*의 목적문이고, 문법적으로는 이른바 *accusativus cum infinitivo* (a.c.i), 즉 이 목적문의 의미상 주어를 표시하는 대격 + 동사 不定形의 구문이다. 여기서 두 가지 해석이 가능하다. 하나는 종래의 학설들처럼 *dix(s)it*와 *locasse*의 주어가 동일인이므로 a.c.i 문장에서 주어가 생략될 수 있으므로 *se locasse*에서 주어는 생략되고 *se*는 *locare* 동사의 객어라고 보는 것이다. 이렇게 보게 되면 그러나 앞의 *dix(s)it*-문장과 뒤의 *locavit*-문장은 분절되어 뒷 문장의 다양한 내용은

모든 고용계약 자체의 본질적 이해에는 차이가 없다.

34) 후자의 견해 Müller (주 22), 111f. m.w.N.

앞 문장과는 아무런 연관이 없는 것으로 새길 수밖에 없다. 그러나 전체적으로 보면 “이러 이러한 내용으로 나는 고용계약을 체결하였습니다”라는 언명을 한 것을 확인한 후, 실제로 ‘그는 이러 이러한 내용으로 고용계약을 체결하였다’는 구조를 취하고 있는 것으로 보는 것이, 앞 문장은 세부적인 내용적 특징 없이 그저 강한 복속의 고용계약을, 뒷 문장은 단순한 노무제공의 고용계약을 세부적인 내용과 더불어 표현한 것으로 보는 것보다 더 자연스럽다. 이처럼 서면을 작성하면서 당사자의 구술에 의한 동일한 내용의 의사표시가 선행하였음을 병기하는 방식은 특히 문답계약과 관련하여 문기에 문답계약 조항을 삽입하는 관행에서도 발견된다.<sup>35)</sup> 그렇다면 *se locasse*는 뒤의 *locavit operas suas* 이하의 내용과 같은 내용을 가질 수밖에 없으므로, 설령 *se*를 *locasse*의 객어로 파악하여 *locare* 동사의 객어가 *se*와 *operas suas*의 두 가지라고 이해하더라도, 그러한 중첩은 어휘만 다를 뿐 내용상 어떠한 변화를 가져오지 않는다.<sup>36)</sup> 학설휘찬 등의 두 가지 표현을 살펴보다라도 그 의미상 차이가 있지는 않다. 그러나 종래의 해석은 무엇보다도 *se locasse*의 *se*를 *locasse*의 객어가 아니라 의미상 주어로 보아야 한다는 점을 간과하였다. *se locasse*는 *dix(s)it* 또는 *fatetur*의 목적문으로 이른바 a.c.i, 즉 이 목적문의 의미상 주어인 對格語 + 동사 不定形의 구문이며, 객어는 이어지는 *locavit*와 공통으로 지배하는 *operas suas*이기 때문이다. 이 점을 강화해 주는 증거가 TC XII (CIL III, 949)의 “*dixit se accepisse et accepit*” 부분이다. 금전의 수령 사실을 선언하고 그 사실대로 수령했음을 기록하고 있는 이 문장에서 *se*는 대격 주어일 수밖에 없다.<sup>37)</sup> 계약서식의 정형적인 구문이 이러한 형식이었던 것이다. 다시 말해서 원래 *dix(s)it se locasse operas suas ~ , et locavit operas suas ~* 라고 적을 것을 객어 *operas suas*와 그에 따르는 계약의 내용이 앞 뒤

35) 이러한 관행은 이미 일찍이 발생하였다. 가령 60년의

Tab. Herc. IV: *ea omnia q(uae) s(upra) s(cripta) s(unt) fieri praestari stipulatus est A. Tettius Severus, sponendi Q. Iunius Theophilus.*

Dieter Simon, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel* (1964), 26f.

36) 이에 반하여 Behrends (주 28), 761 n.80는 *se locasse*에서 *se*를 객어로 보는 점에서는 공통되지만, *se locasse*에는 고전기 前의 법관념이, *locavit operas suas*에는 고전법이 각각 반영되어 있다고 보는 점에서 여타의 해석자들과는 다르다. 그러나 곧 후술하듯이 고전기 前의 법과 고전기의 법 사이의 의미 있는 중대한 차이점에도 불구하고, 한 계약서 내의 문구 해석에 관한 한, 더욱이 구문적으로 잘못 파악하고 있는 한, 그의 이 부분에 대한 해석도 취할 수 없다.

37) Möller (주 4), 43 m. n.240.

문장에 공통되므로 일반적인 문장기법에 따라 그리고 기록자의 노력을 줄이기 위해 이를 생략하여 *dix(s)it se locasse, et locavit operas suas* ~로 적은 것이다.<sup>38)</sup> 또 이 점은 ③-계약의 문언에서 더욱 보장된다. 이 또한 종래의 해석에서 간과되었던 것인데, “*se locasse et locavit Socracioni Socratis operas suas*”는 삽입된 *Socracioni Socratis*를 통하여 앞의 *se*와 뒤의 *operas suas*가 동 수준의 대격일 수 없음을 보여주기 때문이다. 그리고 이렇게 보아야만 *locare* 행위의 동일한 내용이, 한 번은 간접화법의 방식을 통해서이기는 하지만 실질적으로는 계약체결에 즈음한 의사표시의 존재를 확인하는 1인칭의 서술방식으로 생생하게 재현되고, 한 번은 3인칭의 객관적 서술방식으로 확인되어 계약문기 작성의 현실적 과정과도 부합한다.<sup>39)</sup> 이 점은 로마 계약문기의 두 종류, 즉 증인 입회하에 3인칭으로 작성되었던 *testatio* (증인입회작성문서)와, 원칙적으로 증인 서명 없이 채무자가 1인칭 문장을 사용하여 자필로 작성하고, 이러한 주관적 의사표시가 대개 이미 의무의 인수를 의미했던 *chirographum* (自筆手記文書)을 혼합한 형태라고도 할 수 있다.<sup>40)</sup> 아무런 의사표시상의 하자 없이 스스로 자신의 노무를 고용계약에 의해 일정한 구속상태에 두었다는 사실을 드러내고 있는 이 앞부분은 계약이 체결된 2세기 중반 고전로마법상 이미 賃約은 더 이상 신분법적인 구속이 따르지 않는 순수한 낙성의 쌍무적 거래행위로 정착되었음을 뒷받침해 준다.

다른 한 가지 쟁점은 ①-문서의 (≡) 부분 해독과 관련하여 *liberisque*인지 *cibarisque*인지를 둘러싼 것이다. 서판의 전송 상태로 볼 때 물리적으로는 두 가지 해독이 모두 가능한 상태라고 한다. 자식까지도 고용계약의 대상으로 삼은 것으로 보게 하는 전자의 해석보다는 임금의 액수로 볼 때(②-문서의 임금 액수와 비교해 보라) 생계의 유지에 부족하여 이에 더하여 현물급여로서 식량의 지원이 있었을 것이라고 보는 후자의 해석이 타당한 것으로 보이며, 근자의 학설도 모두 이 견해를 취하고 있다.<sup>41)</sup> 그렇다면 임노동자의 생계에 대한 일정한 고려가 반영

38) 이 점에서 同旨. Crook (주 33), 197.

39) 반면에 Möller (주 4), 44는 *se locasse*의 *se*를 이곳에서와 같이 대격 주어로 이해하면 서도 *locasse* 다음에 계약의 세부적인 내용이 생략된 것이 아니라 다음 문장에서 비로소 구체화되고 있는 것으로 이해한다. 그 결과 *locasse et locavit* 사이의 *et*를 “그리고 그것도”(und zwar, und damit)로 번역하고자 한다. 그러나 방금 인용한 TC XII (CIL III, 949)에서도 드러나듯이 - *accipere* 동사는 두 번 다 객어인 금전을 보충하지 않고서는 생각될 수 없다 - 앞의 동사와 뒤의 동사 모두 같은 객어, 다시 말해 같은 계약 내용을 가질 수밖에 없는 것이므로 이곳의 해석이 더 타당하다고 생각된다.

40) Cf. Pólay (주 20), 512.

되어 있는 것이 이채롭다고 할 것이다.

노무공급의 장소, 즉 작업장소는 광산임이 명시되었으며, 그로부터의 무단이탈은 (ㄱ)에서 간접적인 방식을 통하여 이를 억지하려고 하였다.

고용기간은 대체로 1년 중의 일정한 채굴시즌(5월~11월)에 한정되었고, 그 해를 넘어 확장되지 않았다.

(ㄴ)에서는 보수의 지급방식을 규정한다. 당시 그 지역 광산노동의 경우 분기별 지급방식(시간급)이 통례적인 것이었음을 알 수 있다. 광산노동의 특성상 채굴량에 따른 성과급 방식(*pro opere*)도 고려될 수 있었을 것이지만, 그랬다면 계약관계는 전형계약인 고용계약이 아니라 비전형계약으로서 법적으로 달리 취급되었을 것이다. 그러나 그 분기가 가령 구체적으로 月 단위인지(월급), 週 단위인지(주급) 하는 것은 계약서상으로는 드러나지 않는다. 그러나 (ㄱ)의 조항이 노무 불이행에 대한 손해배상을 1일 단위로 규정한 것이나, (ㄷ)의 침수에 대한 조항에서 비율적 계산을 규정하고 있는 것으로 보아 적어도 관념적 계산상의 기간의 단위는 하루였던 것 같다. 1일을 단위로 하는 일용노동의 경우에는 노무는 온전한 하루의 노무가 모두 제공되지 않는 한, 시간에 따른 계산은 허용되지 않았다.<sup>42)</sup> 그리고 청구자도 하루가 지난 후가 아니면 그에 대한 배상 청구가 허용되지 않았다.<sup>43)</sup> 분기마다 보수 지급의 의무를 정했으므로 분기 경과 후에 미지급된 경우에는 고용주 측의 이행지체인데, ①-(ㄷ)에 의하면 고용주에게 3일간의 유예기간을 허용하였다. 자금 마련을 위한 통상의 준비기간으로 상정된 듯하다. ②-(ㄴ)에 의하면 피용자에게 작업 개시 이전에도 일정한 선급이 행해지는 수도 있었음을 알 수 있다. 보수의 액수는 처음 두 계약의 경우에는 대략 반년에 70 데나리우스와 식량 및 105 데나리우스이고, 셋째 계약에서는 1년에 70 데나리우스인데, 이것들은 매우 저렴한 것이었다고 한다.<sup>44)</sup>

41) Möller (주 4), 44f. m.w.N.

42) D.38.1.3.1 Pomponius 6 ad Sabinum : Nec pars operae per horas solvi potest, quia id est officii diurni. itaque nec ei liberto, qui sex horis dumtaxat antemeridianis praesto fuisset, liberatio eius diei contingit.

참고로 신약성서 마태복음 20:1-16에 전하는 포도원 일꾼과 품삯의 비유는 이러한 일 반적인 헬레니즘-로마 사회의 배경 하에서 그 의미를 음미해 볼 필요가 있다.

43) D.38.1.3 Pomponius 6 ad Sabinum : Operas stipulatus ante peractum diem operam eius diei petere non potest.

44) Pólay (주 20), 521 (비교: 당시 새끼 돼지 한 마리 값이 5데나리우스였다[CIL III, 953]).

노무 제공의 의무와 관련하여 (㉔)는 노무의 품질에 대한 규정이고, (㉕)은 근무시간 중의 작업의무를 규정한 것이다. (㉔)는 피용자의 노무 제공의무에 대한 전형적인 계약조항이었던 것으로 보인다. 노무는 건강하고 튼실한 노동력으로써 이행하여야 한다. 그 결과 피용자가 달리 자신의 노동력을 활용하여 추가로 수입을 얻을 수 있었을 가능성은 처음부터 배제되었다.

(㉖)은 무단결근과 무단퇴거에 대한 피용자의 손해배상의무와 그 배상액을 1일 단위로 미리 정한 것이다(계약별, 위약금 내지는 손해배상액의 예정). 이 배상기준은 (㉗)에 따르면 고용주의 임금지급 지체 시에도 그대로 적용되는 것으로 정하였다.

(㉘)은 보수 지급과 관련하여 특수한 상황에 대비한 조항이다. 광산사고의 전형적인 경우인 지하유출수로 인한 갱도의 침수는 대체로 불가항력적인 사변에 속하는 것으로, 당사자 쌍방의 과실 없이 노무의 제공이 불가능한 사안이다. 이때에 위험부담의 배분을 어떻게 할 것인가? 법적으로 고용계약의 경우에 채권자-고용주위험부담주의(periculum est conductoris)를 취하였는지, 아니면 채무자-피용자 위험부담주의(periculum est locatoris)를 취하였는지, 아니면 이처럼 일률적인 해결책보다는 상황에 따라 융통성 있게 규율하였는지는 적어도 이 계약서 자료로써는 파악할 수 없다고 보는 것이 합당하다. 당사자 사이에 특약으로써 규율하고 있기 때문이다. 따라서 위험부담의 어느 한 원칙을 전제하고 이 부분을 새기는 것은 잘못이라고 생각된다. 한 가지 분명한 것은 이로써도 알 수 있듯이 위험부담의 규율은 실령 법정의 원칙이 있었다고 하더라도, 이는 어디까지나 임의법규로 당사자들의 특약이 그보다 우선했다는 사실이다. 특약의 구체적인 내용은 다른 계약서에도 해당 조항이 들어있었던 것으로 보이나 해당 부분이 멸실되었으므로 ①-계약서만을 참조할 수밖에 없는데, 보수를 비율에 따라 계산한다고 되어 있다. 즉, 제공된 노무에 상당하는 보수만을 지급하고 침수로 인해 제공하지 못한 부분에 대해서는 보수의 지급을 하지 않는다는 약정이다. 결과적으로 보면 채무자-피용자위험부담주의를 채택한 셈이다. 이러한 특약의 존재가 법정의 위험부담원칙이 그 반대였음을 입증한다고 볼 수 있는지는 확실하지 않다. 왜냐하면 사안의 해결을 보다 분명히 하기 위하여 법정의 원칙과 같은 방식으로든 얼마든지 위험부담의 규율을 특약할 수 있기 때문이다. 그러나 다른 한편으로 고전법의 노무에 대한 관념이 노무란 제공되는 순간에 비로소 이 세상에 존재하게 되는 것이고,<sup>45)</sup> 고용관계에 놓였다는 것만으로는 아직 존재하는 것이 아니라<sup>46)</sup>고 보는

물적-대상적 고찰방식으로부터 연유하므로, 피용자에게 가능성이 아니라 현실적으로 노무를 제공할 것(*operas edere* — (五))을 요구하고, 따라서 현실적으로 제공되지 못한 노무에 대한 보수의 위험은 피용자가 부담한다고 보는 법리가 고전법의 양상이었음을 전제한다면, 계약 실무도 그에 부합하였던 셈이 된다.<sup>47)</sup> 반면에 장래의 노무도 현존하는 것으로 파악하는 ‘古법률가들’(veteres)의 관점<sup>48)</sup>은 이미 고용관계에 편입되었다는 사실만으로 피용자의 급부를 고용주가 포착한 양상으로 이해하는 것이었고, 이것은 결국은 피용자에 대한 신분법적 구속의 일정한 관계를 고용주가 지배하는 것으로 보게 되므로<sup>49)</sup> 비록 노무 자체가 현실적으로 쌍방의 아무런 귀책 없이 제공될 수 없게 되더라도 보수의 지급을 해야 한다고 보게 되며, 이것은 다른 아닌 채권자-고용주위험부담주의로 귀착하였다.<sup>50)</sup> 그러나 고전기에 자유로운 고용계약이 정착했음에도 불구하고, 저급노동의 사회적 평가와 실태로 인하여 종속 임노동자들은 여전히 일정한 정도로 고용주의 권력 하에 편입되었다. 피용자가 절도를 범하면 사소한 경우 公節次에 따른 추급이 아니라 고용주의 家裁判의 범위 내에서 처리될 수 있었음을 밝히고 있는 다음의 — 명백히 고전기 前의 법관념을 전승하고 있는<sup>51)</sup> — 개소가 그 증거이다.

45) D.7.7.1 Paulus 2 ad edictum : Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur “quod ex Arethusa natum erit.”

46) D.38.1.9.pr Ulpianus 34 ad Sabinum: Operae in rerum natura non sunt.

47) 同旨 Behrends (주 28), 761 mit n.80.

48) D.38.2.1.1 Ulpianus 42 ad edictum : Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus. 이 개소는 피해방자의 노무에 대한 舊주인의 권리를 이들 사이에 의사와는 무관한, 따라서 고전법상으로는 법논리상 불가능한 要物組合(societas re contracta)을 성립시킴으로써 보호하고자 한 스토아 사상이 투철했던 P. Rutilius Rufus (법무관 기원전 118년)의 告示에 관한 것인데, 여기 반영된 노무관은 바로 고전법의 물적-대상적 노무관과 달리 인적-신분법적 노무관이다. 상세는 졸저 (주 6), 443ff.

49) 이러한 고전기 前의 법사고를 반영하는 것이 위에서 이미 인용했던 PS.2.18.1이다. 피용자는 노예처럼 “밤낮으로” 노무 제공의 의무를 부담하는 지위로 격하되었다. Möller (주 4), 22ff.; 27ff.; Behrends (주 28), 740f.

50) 졸저 (주 6), 437f.

51) Behrends (주 28), 714 n.282; 739 n.30; 794 n.50.

D.47.2.90 Paulus libro singulari de poenis paganorum.

Si libertus patrono vel cliens, vel mercennarius ei qui eum conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur.

(피해방노예가 舊주인에게 또는 被護人이 보호자에게, 또는 임노동자가 그를 고용한 자에게 절도를 범한 경우에는 절도소권이 발생하지 않는다.)

D.48.19.11.1 Marcianus 2 de publicis iudiciis.

Furta domestica si viliora sunt, publice vindicanda non sunt, nec admittenda est huiusmodi accusatio, cum servus a domino vel libertus a patrono, in cuius domo moratur, vel mercennarius ab eo, cui operas suas locaverat, offeratur quaestioni: nam domestica furta vocantur, quae servi dominis vel liberti patronis vel mercennarii apud quos degunt subripiunt.

(家內 절도는 사소한 경우 公的으로 처벌되어서는 안 되며, 또 노예가 주인에 의해 또는 피해방노예가 그가 그의 집에 머물고 있는 舊주인에 의해, 또는 賃勞動者가 자신의 노무를 고용계약으로 제공했던 고용주에 의해 査問에 처해진 경우 이러한 것의 소추도 받아들여져서는 안 된다. 왜냐하면 가내 절도라고 하는 것은 노예들이 주인들로부터 또는 피해방노예들이 舊주인들로부터 또는 임노동자들이 그들이 지내고 있는 고용주들에게서 절취하는 것이기 때문이다.)

①-계약서에서 식량의 지급을 아울러 약속하고 있는 것도 이러한 일정한 복속과 그에 따르는 배려의 측면에서 그 의미를 살펴볼 수 있을 것이다. 한편 연구자들 사이에는 이 식량의 지급을 놓고 해석이 갈린다. 이를 임금과는 별개로 *pactum*을 통하여 약정된 부가적인 급여로 보는 견해가 있는데, 특별히 이를 인정할 근거는 발견되지 않는다.<sup>52)</sup> 식량의 비중이 금전 보수에 대하여 어떠한 비례 관계에 있었는지는 단지 추측만이 가능할 뿐인데, ①과 ②의 계약서를 비교해 보면 대체로 35 데나리우스 정도였지 않을까 생각된다.

## 2. 피용자의 병환

피용자가 아파서 노무 제공을 하지 못한 경우에는 보수청구권은 어찌되었을까? 피해방노예의 노역과 관련해서 건강 악화로 노역을 제공하지 못한 경우에 노역제공자의 탓으로 돌릴 사유가 아니라는 것이 울피아누스의 견해였다.<sup>53)</sup>

52) 同旨 Müller (주 22), 114



D.38.1.15.pr Ulpianus 38 ad edictum.

Libertus, qui post indictionem operarum valetudine impeditur, quo minus praestet operas, non tenetur: nec enim potest videri per eum stare, quo minus operas praestet.

(노역의 요구통지 후 건강 때문에 그 노역의 이행이 방해된 피해방노에는 책임이 없다. 왜냐하면 그가 노역의 이행을 하지 못하는 것이 그의 탓인 것으로 볼 수 없기 때문이다.)

그러나 트랜실바니아의 계약문서들에서는 이 문제에 관한 명시적인 언급은 발견되지 않는다. 다만 세 문기 모두에 등장하는 (丑)조항으로 미루어 볼 때, 질병은 피용자 측의 탓으로 보겠다는 의사가 반영된 것으로 보이고, 따라서 병환으로 노무를 제공하지 못한 피용자는 결국에 해당하는 만큼 보수의 청구를 포기해야 했던 것으로 이해된다.<sup>54)</sup> 이 한도에서 질병이 위험부담의 의미에서의 위험사유였는지, 또 그랬다면 위험부담의 배분은 어떻게 규율되었는지 — 율피아누스의 논리를 따르자면 ‘위험’은 고용주가 부담할 것이었다<sup>55)</sup> — 하는 등의 문제는 엄밀한 의미에서 고용계약에 관한 한 확인하기 어려운 상황임을 알 수 있다.

### 3. 고용주의 사망

다음으로, 율피아누스가 『법무관고시주해』 제31권에서 다루고 있는 고용주의 사망 사안을 검토해 보기로 한다.

D.19.2.19.8-10 Ulpianus 32 ad edictum.

(8) Ex conducto actionem etiam ad heredem transire palam est.

(9) Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: “Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.”

53) 물론 이 개소에서 문제가 된 것은 보수 청구가 아니라 노역의무자의 손해배상 여부였다. Möller (주 4), 60ff.

54) 同旨 Möller (주 4), 46 n.256-257.

55) Molnár (주 19), 646f.는 정반대로 이해하고 있는데, 잘못이다.

(10) Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.

(8) 雇用主訴權이 또한 상속인에게 이전함은 분명하다.

(9) 어떤 速筆士가 자신의 노무를 [賃約을 통해] 제공하였고, 그 후 그 노무를 제공받은 자가 사망한 경우에 안토니누스 황제는 神皇 세베루스와 더불어 속필사의 伸願書에 대하여 이러한 말로 批答하였다: “그대가 賃約된 노무를 안토니우스 아퀼라에게 이행하지 못한 것이 그대의 탓이 아니었음을 주장하는 고로, 그대가 같은 해에 賃金を 다른 자로부터 받지 않았다면 계약의 信義가 완수되는 것이 공정하다.”

(10) 파피니아누스 또한 『해답집』 제4권에서 황제의 代官이 他界하면 그 隨行官들에게 잔여임기의 급여를 지급해야만 하는바, 후에 같은 기간에 다른 자들의 수행관이 아니었던 한에 있어서 그러하다고 기록하였다.

§ 9는 속필사(exceptor)<sup>56)</sup>가 노무의 賃約(locatio conductio operarum), 즉 雇傭계약에 의한 被傭者(locator)로서 雇用主(conductor)에게 속필 기술력을 제공하여 오던 중 고용주가 사망한 경우에 대하여 임금의 지급과 관련한 칙답에 의한 결정을 소개하고 있다. 속필사의 사회적 평판은 유사직종인 書記(scriba)의 예로써 - 비록 몇 백 년의 간격이 있지만 - 미루어 짐작할 수 있을 것이다. 소송방식서를 폭로한 것으로 유명한 그나이우스 플라비우스는 기원전 304년에 고등안찰관으로 선출되었으나 그의 직업이 서기라는 이유로 승인이 거절되자 다시는 그 직업활동을 하지 않겠다고 맹서하고서야 가까스로 취임할 수 있었던 것이다.<sup>57)</sup> 키케로의 친구였던 코르넬리우스 네포스의 글에서도 그리스의 경우와 달리 로마에서는 직업적 書記가 傭노동자로서 사회적으로 낮게 평가되었음을 알 수 있다.<sup>58)</sup> 속필사의 노무가 고용계약의 대상일 수 있었다는 점에는 아무런 의문도 없

56) 속기 부호를 이용하는 速記士를 포함하기 위하여 보다 넓은 의미의 속필사로 번역하였다.

57) Liuius, Ab urbe condita 9.46.1-2 : (1) Eodem anno Cn. Flavius scriba, patre libertino humili fortuna ortus, ceterum callidus vir et facundus, aedilis curulis fuit. (2) invenio in quibusdam annalibus, cum apparet aedilibus fierique se pro tribu aedilem videret neque accipi nomen, quia scriptum faceret, tabulam posuisse et iurasse se scriptum non facturum.

58) Cornelius Nepos, De uiris illustribus : Eumenes, 1, 5 : namque apud nos, re uera

다. 우선 여기서 전제되고 있는 것은 § 8이 천명하고 있는 법리, 즉 고용주의 사망으로 고용관계가 종료하는 것이 아니라, 그 상속인에게 승계된다는 것인데, 이 법리는 그 자체로서 피용자 보호를 위한 획기적인 조치라고 할 것인데, 유스티니아누스의 법학제요에서도 일반규정의 형태로 재확인된다.<sup>59)</sup>

Inst. 3.24.6:

Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres eius eodem iure in conductionem succedit.

(고용주가 사망하면 고용계약 기간 동안 그의 상속인이 동일한 권리를 가지고 고용계약을 승계한다.)<sup>60)</sup>

이제 속필사가 고용주의 상속인을 상대로 고용계약 존속기간 중의 보수를 청구하였고, 황제는 노무 제공이 이루어지지 못한 것은 자신의 탓이 아니라는 그의 주장을 중립적인 입장에서 다만 주장으로서 받아들이는 듯한 외견을 보이고 있다. 문제는 거명된 안토니우스 아퀼라가 과연 어떤 지위의 사람인가 하는 것이다. ‘고용주의 사망’ - ‘잘못없이 안토니우스 아퀼라에게 노무를 제공하지 못했음’으로 이어지는 문맥의 자연스러운 흐름과 § 10의 후속사안에 비추어 보면 안토니우스 아퀼라는 피상속인인 것으로 생각되지만, 노무를 아무 잘못 없이 제공하지 못했다는 것이 보다 현실적인 의미를 획득하려면 노무 불제공의 당연한 사

---

sicut sunt, mercennarii scribae existimantur; at apud illos (sc. Graecos) e contrario nemo ad id officium admittitur nisi honesto loco, et fide et industria cognita, quod necesse est omnium consiliorum eum esse participem.

59) 같은 법리는 물건의 賃約, 즉 임대차의 경우에도 인정되었다.

C.4.65.10 Gordianus A. Pomponio Sabino (a. 239) : Viam veritatis ignoras in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans, cum, sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmittatur, sive temporalis, intra tempora locationis heredi quoque onus contractus incumbat.

(그대는 임차에 있어서 임차인의 상속인들이 승계를 하지 않는다고 생각함으로써 진실의 길을 不知하고 있는바, 왜냐하면 영구적 임차라도 또한 상속인들에게 이전되고, 한시적 임차라도 임대 기간 동안 상속인에게도 계약의 부담이 지워지기 때문이다.)

60) 이 규정은 임약 일반에 관한 것이지만 여기서는 고용계약에 관한 것으로만 번역하였다. 이 개소와 관련하여 D. Chr. Aug. Günther, *Principia iuris Romani privati novissimi in usum academicum*, II (Ienae, 1809), 700은 특별히 근면한 자질의 노무자 (personae industria)가 선택된 경우에는 계약의 승계가 이루어지지 않는다고 하는데, 이는 보통법에 대한 설명이고, 고대 로마법에 대한 설명으로서는 타당하지 않다.

유인 고용주-피상속인의 사망과 연결되기보다는 법에 의해 승계가 강제된 상속인과의 관계에서 아무 잘못 없이 노무가 제공될 수 없었음을 주장하는 것으로 보아야 하지 않는가 하는 점에서는 안토니우스 아퀼라를 상속인으로 보는 후자의 해석이 더 설득력이 있다고 할 것이다.<sup>61)</sup> 황제의 비답은 실상 고용주의 사망이 피용자의 책임에 돌릴 사유가 아닌 한 이는 불가항력적인 사변에 해당하는 것이므로<sup>62)</sup> 이를 아무런 문제없이 수용한 바탕 위에서, 세 가지 결정적인 요점을 밝혀서 회답을 하였다. 하나는 요건에 관한 것으로 그 피용자가 같은 해에 달리 임금을 받지 않았어야 한다는 점이고, 다른 하나는 효과에 관한 것으로 요건이 갖추어진 경우에는 “계약의 신의”가 준수되어야 한다는 점이다. 세 번째 요점은 이러한 결정은 *aequitas*의 가치에 부합한다는 점이다.

첫째로, 요건과 관련하여 주목되는 것은 “같은 해”라는 기간의 표시이다. 이것은 위 고용계약이 1년을 단위로 체결되었다는 사실을 전제한 것이다. 고대 세계에 널리 알려져 있던 일용고용의 경우에는 실제로 당사자 사이에 특별히 임금지급을 둘러싼 위험부담의 문제가 발생할 소지가 거의 없었을 것이다. 이 점에서 본 계약의 기간이 1년 단위인 것은 중요한 의미가 있다고 할 것이다. 속필사가 자신의 노무를 제공하던 중에 고용주가 사망한 경우에 법에 의하여 고용계약을 승계한 그 상속인으로서 취할 수 있었던 방도는 다음과 같았을 것이다.

① 그의 노동력을 그대로 활용하여 현실적으로도 계약을 그대로 유지하는 방안. 이때에는 일단 아무런 문제도 발생하지 않았을 것이다.

② 그의 노동력을 피상속인과 달리 더 이상 활용할 필요가 없으므로 피용자와 합의하여 (일정한 급부를 하든가 하지 않고서) 고용관계를 해소시키는 방안. 이때에도 아무런 문제가 발생하지 않았을 것이다.

③ 그러므로 결국 문제가 되는 상황은 속필사의 노무를 더 이상 활용할 필요가 없어졌든 아니든 간에 실제로 그의 노무를 활용하지 않은 채로 계약관계도 해소시키지 않고 그대로 유지 내지 방치한 경우이다. 이때에는 일단 법에 의한 고용계약의 승계 법리에 의해 고용관계가 존속하므로 노무의 실제적 활용 여부는 관계 해소의 기준이 될 수 없었다. 그러면 이 경우 피용자는 노무의 제공 없이 임금을 청구할 수 있는가? 여기서 신원서에 사용된 표현에서 출발한다면, 그리고 무엇보다도 피용자의 노무는 — 달리 노무를 제공하고 임금을 받는 것을

61) Müller (주 22), 94 m.w.N.

62) Cf. Severus-Ulp. D.50.13.1.13 (후술 4.).

상정하고 있는 데에서 확연히 드러나듯이 — 여전히 객관적으로 이행가능한 형편이므로 당사자들의 관점이나 황제 批答의 관점이나 일차적으로 속필사에게 이행 지체의 탓을 돌릴 수 있는가(*si per exceptorem steterit, quominus solverit*)<sup>63)</sup> 하는 논점에 모아져 있다고 볼 수밖에 없다. 우리는 그의 주장대로 노무 불제공의 탓을 그에게 돌릴 수 없다고 사실관계를 확인한 비답의 결정을 받아들여야만 한다. 그리고 이 결정이 의미 있는 것이 되려면 노무를 제공받지 않은 안토니우스 아퀼라가 원 고용주인 피상속인이 아니라 그의 상속인인 것으로 보아야만 한다는 점은 이미 지적하였다. 이제 의무자의 이행 지체 여부가 문제되는 상황이므로, 그 배면으로서 역시 같은 어구로써 표현되었던 상대방의 수령 지체 여부(*si per creditorem steterit, quominus acciperet*)<sup>64)</sup>가 또한 고찰되지 않으면 안 된다. 그런데 상대방이 노무 급부의 수령지체에 빠지기 위해서는 노무의 제공이 상시 가능한 상태로 유지되지 않으면 안 된다. 그러므로 달리 노동력을 활용하여 소득을 얻는 행위가 있었다면 그것은 상대방의 수령지체가 야기될 수 없는 상태를 피용자 스스로 작출한 것이고, 더 나아가서는 정황에 따라서는 기존의 고용관계를 스스로 파기한 것이라고도 볼 수 있으므로, 황제의 비답이 이를 지적한 것은 — 구체적인 사정을 알 수 없으므로 수령지체의 洗淨(*purgatio morae creditoris*)<sup>65)</sup> 또는 계약 파기의 정도 등에 관해서 확실한 이야기를 하기는 어렵지만 — 일단 합당하다고 할 것이다. 그리고 이러한 논리에 입각하는 한 달리 임금소득이 있으면 앞의 계약에 기한 보수 청구가 전면적으로 부인되는 것이고, 만일 뒤의 계약에서 적게 받은 경우 그 차액을 앞의 계약관계에 기하여 청구할 수 있는 것이 아니다.<sup>66)</sup> 반면에 이 대목을 독일민법 제616조 제2문과 같은 취지의 것으로 이해할 수 있다는 견해가 있다.<sup>67)</sup> 그러나 이는 잘못이다. 독일민법 동 조문의 제1문은 피용자가 일신상의 사유로 인하여 자신의 잘못 없이 노무 제공을 일시적으로 할 수 없을 경우(예컨대 병환, 친척의 장례, 자식의 혼례 등<sup>68)</sup>)에 보수 청구권을 잃지 않는다는 내용이고, 제2문은 그러한 사유로 인하여 의료 또는 사고 보험

63) Wenger/Honsell, *Römisches Recht* (4. Aufl. 1987), 245 n.12 (Afr. D.17.1.37; Paul. D.45.1.91.3; Pomp. D.12.1.5).

64) Wenger/Honsell (주 63), 248 n.33 (Afr. D.17.1.37; Cels. D.19.1.38.1; Ulp. D.46.3.8.1).

65) Wenger/Honsell (주 63), 248 n.36 (Pomp. D.18.6.18).

66) 同旨 Molnár (주 19), 644.

67) Kaser/Knütel (주 10), 281.

68) Hk-BGB/Eckert, § 616 Rn 4.

금의 수령을 했을 때에는 이를 공제해야 한다는 내용이다. 이 조문이 로마법에 적용될 수 없는 이유는 첫째로 이러한 주관적 사유로 인한 노무의 불이행 시에 보수 지급을 명하는 법규가 있었는지 불분명하고(앞서 보았듯이 다키아 문서에서는 약정상 배제된다), 둘째로 일정한 사유의 발생으로 수령하게 되는 보험금과 다른 곳에서 일해서 번 보수는 전혀 다른 것이기 때문이다. 공법관계상의 급여와 관련한 사안이라는 하지만<sup>69)</sup> § 10에서도 달리 근무한 경우에는 잔여기간의 급여 청구를 부인한 것도 같은 취지에 다름 아니다. 이곳에서 인용된 파피니아누스의 견해를 직접 전해주고 있는 D.1.22.4에 의하면 물론 代官이 후임자에게 업무인계를 해 준 경우에는 이제부터 신입자를 보좌해야 하는 수행관들에게 전임자가 정한 근무기간은 의미를 잃었고, 이는 당연하다.<sup>70)</sup>

#### D.1.22.4 Papinianus 4 responsorum.

*Diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis, quod a legatis praestitutum est, debetur, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.*

(황제의 代官이 他界하면 그 隨行官들에게 대관들에 의하여 예정되었던 잔여임기의 급여가 지급되어야만 하는바, 후에 같은 기간에 다른 자들의 수행관이 아니었던 한에 있어서 그러하다. 임기 전에 후임자를 받아들인 자[대관]의 경우에는 달리 취급된다.)

이와 관련하여 황제 행정의 실무가 私部門의 규율을 지침으로 삼았을 것으로 추정하는 견해가 있다.<sup>71)</sup> 그러나 적어도 현존하는 사료들만 가지고 추정해 본다면 오히려 역으로 셉티미우스 세베루스 황제 및 카라칼라 황제 행정 부문의 후생복지적 관점이 앞서고(§ 10 = Pap. D.1.22.4 cit.에서 드러나듯이 그 장본인은 당대의 최고법률가였고 212년 카라칼라에 의해 처형되었던 파피니아누스였다),

69) Bürge (주 11), 144 n.129는 §§ 8-9까지도 국고가 관련된 행정조직상의 문제로 비상 심리절차가 관계되는 사안이라고 보는데, 이것은 잘못이다. 그밖에 速筆士를 황제의 공공기관에 근무하는 자로 보는 해석도 있으나(Möller (주 4), 52 n.292), 분명히 본 개소의 문맥은私人들 사이의 계약적 고용관계이다.

70) Molnár (주 19), 644는 후임자가 수행관들을 인수하였는지 불분명한 것으로 보지만 (“기껏해야 추정할 수 있다”), 이 사실은 당연히 전제된 것이다.

71) Bürge (주 11), 145 n.129.

이를 참조하여 이들 황제의 비답이 私人간의 관계에까지도 확대적용되면서 율피아누스 시대를 거쳐 (§§ 9, 8) 유스티니아누스 황제법에까지 반영되기에 이른 것일 수도 있다(Inst. 3.24.6 cit.).

둘째로, 황제 비답의 결론은 ‘계약의 신의’를 완수하라(fidem contractus impleri)는 것이다. 이 표현은 파피니아누스도 사용한 바 있는데,<sup>72)</sup> 그 의미는 계약상의 약속을 지킨다는 것이다. 17세기의 Vinnius는 이를 C.4.65.10 cit.의 표현을 좇아서 ‘계약의 부담을 진다’(onus contractus incumbere)라고 표현하였다.<sup>73)</sup> 속필사는 계약기간 전반에 대한 보수의 지급이 인정되었다. 그런데 이 경우의 신의(fides)를 良信(bona fides)과 동일시하는 견해가 있다. 이러한 견해의 귀결은 판결의 기초가 된 객관적 법원리인 bona fides가 당사자 관계에 대한 융통성 있는 취급을 허용한다고 보고 가령 피용자가 병환으로 아픈 경우에도 임금을 지급받는 것을 근거지울 수 있다고 새긴다.<sup>74)</sup> 그러나 본 개소의 fides, 즉 엄밀한 당사자 합의의 신의는 bona fides와 같은 것이 아니며, 따라서 bona fides를 별도의 법원리로 적용하여 그러한 결과를 도출할 수는 있을지언정 — 그러나 이 점도 매우 의심스럽다. 바로 살펴보듯이 로마인들 자신은 그러한 법원리로서 bona fides가 아니라 aequitas를 원용하였다 —, 적어도 본 개소의 fides를 bona fides와 동일시하면서 그를 기초로 해서 그러한 결과를 도출해 낼 수는 없다.<sup>75)</sup>

셋째로, 황제 비답은 이러한 결론을 aequum한 것으로 평가한다. 계약관계의 존속이 전제된 상황에서 이행 제공의 용의가 있는 의무자에게 수령지체에 빠진 채권자를 상대로 반대급부를 청구할 수 있도록 한 것은 쌍무계약에 있어서 일반

72) D.19.5.9 Papinianus 11 responsorum : Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. itaque iudicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa praestabitur aut condemnatio sequetur.

73) Arnold Vinnius, *In quatuor libros Institutionum imperialium Commentarius* (editio postrema, Norimbergae: 1726), tom. II, ad Inst. 2.25.6 (p.203).

74) Müller (주 22), 95f.; 아무런 설명 없이 ‘Treu und Glauben’, 즉 bona fides와 ‘Billigkeit’, 즉 aequum을 병치하는 설명은 Molnár (주 19), 645.

75) 임약과 관련하여 다음의 개소에서도 언급된 bona fides는 전후 문맥(conventionem servari)에서 분명하듯이 fides에 다름 아니고 이때 bona는 단순한 부가적 형용사에 불과하므로, 이 개소를 fides = bona fides로 보는 증거로 삼을 수 없다.

C.4.65.22 Diocl./ Maxim. (a.293) : Si hi, contra quos supplicas, facta locatione temporis certi suas tibi locaverint operas, quatenus bona fides patitur, causa cognita competens iudex conventionem servari iubebit.

적인 채권자지체의 법률효과<sup>76)</sup>를 벗어나지 않는 결정이다. 그럼에도 불구하고 고용주 측에서 실제로 노무를 제공받지 않았으므로 보수를 지급할 수는 없다고 버틴 결과 당사자 사이에 분쟁이 생기고, 이에 적용된 법리가 외견상 급부 없이 반대급부를 청구할 수 있도록 허용한 것처럼 보이지만, 이것은 ‘무노동 무임금’이라는 쌍무계약의 기본법리가 수정된 것이 아니며, 그에 적용된 법리는 타당하다는 점을 강조하기 위하여 특별히 *aequitas*를 원용한 것으로 보인다. 이곳에서는 한 가지만 지적해 두기로 한다. 그것은 이러한 결론을 위험부담의 법리가 적용된 것으로 보는 로마법 연구자들이 있다는 점이다.<sup>77)</sup> 그러나 이러한 견해는 잘못이다. 왜냐하면 엄밀한 의미에서 우리 민법 제537조도 규정하는 위험부담의 법리는 쌍무계약에 있어서 당사자 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에 한하여 적용되는 것으로서, 우리 개소의 경우 안토니우스 아퀼라를 피상속인으로 새기든 아니면 私見과 같이 상속인으로 새기든 계약관계는 상속인과의 사이에 여전히 존속하고, 이 관계에 있어서 피용자의 노무는 여전히 객관적으로 이행가능할 뿐만 아니라, 이행이 이루어지지 못하는 원인도 채권자의 수령 불능 내지 거부에 있는 것이기 때문이다.

여기서 본 개소의 결론을 보다 일반적인 형태로 뒷받침하는 것으로 보이는 파울루스의 다음 개소를 살펴볼 필요가 있다.

D.19.2.38.pr Paulus libro singulari regularum.

Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.

(자신의 노무 제공을 賃約에 의해 약속한 자는 쉰 기간의 보수를 수령해야만 한다. 그가 노무를 제공하지 않은 것이 그의 탓이 아닌 한.)

이 개소에서 비교적 분명히 추출해 낼 수 있는 것은 반대의 경우, 즉 노무가 피용자의 탓으로 제공되지 못한 경우에는 보수의 청구를 할 수 없다는 점이다. 더 나아가서 어떤 구체적 사실관계를 파울루스가 염두에 두었었는지는 *si per eum non stetit, quo minus operas praestet*라는 표현만으로는 확실히 알아내기 어렵다. 이 표현은 다의적이기 때문이다.<sup>78)</sup> 그러나 이미 살펴보았듯이 가장 개연성

76) Wenger/Honsell (주 63), 247f.

77) Müller (주 22), 95f. m.w.N.



있는 해석은 노무의 제공이 고용주 측의 탓으로, 특히 수령지체로 인하여 좌절되었음을 시사한다고 보는 것이다. 같은 법리는 동시대에 변호사가 사례금을 이미 받았던 경우의 반환청구에도 반영된 것으로 보인다.<sup>79)</sup>

D.19.2.38.1 Paulus libro singulari regularum.

Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent.

(변호사 또한 소송을 수행하지 못하는 것이 그의 탓이 아닐 때에는 사례금을 반환할 필요가 없다.)

#### 4. 피용자의 사망

물론 피용자의 탓으로 돌릴 수 없는 경우 중에는 그의 사망이 속한다. 그렇다면 사망한 피용자의 상속인이 고용계약을 승계하고 상속인은 바로 앞에서 인용한 Paul. D.19.2.38.pr에 따라서 잔여기간의 보수 청구가 가능하였을까? 앞에서 살펴보았듯이, 피용자의 병환으로 노무 이행이 안 된 경우에도 보수의 청구가 인정되지 않는다고 한다면, 피용자가 사망한 경우에는 더 이상 논할 것도 없을 것이다. 그러나 다른 한편으로 보수 청구를 뒷받침하는 논리를 찾아본다면 일용 변호사의 사례금과 관련한 다음의 개소에서 찾을 수 있을지도 모른다.

D.50.13.1.13 Ulpianus 8 de omnibus tribunalibus.

Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret.

(神皇 세베루스는 변호사의 상속인들로부터 그가 사망한 후 보수가 반환청구되는 것을 금지하였는바, 그 이유는 그가 소송을 수행하지 못한 것이 그 자신의 탓이 아니었기 때문이었다.)

그러나 변호사의 경우에도 그에게 탓할 수 없는 사유(Paul. D.19.2.38.1 cit.)의 하나가 그의 사망이었고, 이것은 또한 당연히 그의 상속인들에게 탓할 사유도 아니었으므로, 변호사 사망의 경우 상속인들로부터도 이미 받았던 사례금의 반환청

78) Müller (주 22), 97f.; Möller (주 4), 47ff. (52).

79) 로마법상 변호사 보수에 관해서는 줄고, “로마법상 법률가의 윤리”, in: 서울대학교 법과대학 편, 法律家の 倫理와 責任 (제2판, 2003), 82ff., 90ff.

구를 금지하였다는 이 개소는 논거가 될 수 없다. 우선, 엄밀한 의미의 고용계약에 관한 것이 아니라 고급노무의 사례라는 점에서 그 유추가능성에 대한 의문을 완전히 배제하기 어렵고,<sup>80)</sup> 다음으로 보다 더 결정적인 것은 Paul. D.19.2.38.1나 이 개소나 모두 적극적으로 보수를 청구할 수 있다는 결정이 아니라, 소극적으로 이미 수령한 보수의 반환을 할 필요가 없다는 취지라는 점이다.<sup>81)</sup> D.19.2.38.1의 경우에는 당사자 자신이 아직 생존 중이므로, 그 반대해석으로 아직 보수를 받지 못한 때에는 전 기간의 보수 청구가 가능하다는 취지임을 이끌어 낼 수 있고, 이 점은 이미 지적한 바이지만, 더 나아가 변호사 자신이 사망한 경우에 그 소송변호의 위임관계가 상속인에게 승계된다는 것은 그 노무의 전문성 등을 고려하면 인정할 수 없는 것이고,<sup>82)</sup> 따라서 기껏해야 이미 받은 사례금의 계속적인 보유만이 허용될 수 있을 뿐이기 때문이다. 물론 전문 고급노무가 아닌 단순 노동력의 경우에는 피용자의 사망으로 그 상속인이 그 고용관계를 승계한다고 인정하는 것이 상대적으로는 더 용이할 수도 있을 것이지만, 노무란 역시 그 제공자의 인적인 특성과 직결되는 것으로서 피상속인의 노무와 상속인의 노무가 등가적인 경우란 사실상 불가능하고, 그럼에도 불구하고 그 승계를 인정한다면 고용주의 이익을 해치는 결과가 되므로, 단순노동력의 경우에도 승계란 인정될 수 없는 것이 순리이고,<sup>83)</sup> 실제로 우리가 살펴본 Ulp. D.19.2.19.8에서 피용자 측이 아니라 고용주 측의 승계만을 언명하고 있는 것도 바로 이런 이유에서일 것이다. 그렇다면 피용자의 사망으로 고용관계는 종료하고, 그로써 피용자의 사망은 위험부담의 사유가 되는 사변에 해당되지 않는다. 고용주에게 더 이상의 보수 급부의무는 존재하지 않는다. 물론 피상속인이 생존 중에 받지 못한 보수의 청구권은 상속인에게 상속되어 그가 실현할 수 있지만, 이것은 별개의 문제이다.

결산을 해 보자면, 지금까지의 고찰만으로는 로마법에서 임금과 관련한 위험부담의 원리가 어떤 것이었는지를 판단하기는 어렵다고 보인다.

80) 율피아누스는 이곳에서 변호사와 관련해서도 *merces*라는 용어를 사용하였다. 이 점에서 여전히 *honorarium*과 구별하는 파울루스(D.19.2.38.1 cit.)와는 대조를 이룬다. 어쩌면 *veteres*의 전통에 더 충실한 파울루스와 달리 고전법의 자유주의적이고 실용적 관점을 취했던 율피아누스로서는 어차피 노무의 반대급부로 받는 대가였다는 점에서, 그리고 사회적 관념도 이미 일정한 정도 이러한 방향으로 변화했다는 인식에서, 굳이 구별할 필요를 느끼지 못하였는지도 모르겠다.

81) 이 점을 사소한 것으로 치부하는 Möller (주 4), 66f.는 잘못이다.

82) 참조: 우리 민법 제658조 제2항.

83) 同旨 우리 민법 제657조 제2항.

## III. 맺음말

이상으로 로마 사회의 임노동관계에 있어서 피용자의 노무가 각각 피용자 측의 사유, 고용주 측의 사유, 그리고 사변으로 인하여 제공될 수 없게 되었을 경우에 과연 어떠한 법적인 규율이 이루어졌는가를 살펴보았다. 로마 사회의 노동관계 전반이 갖는 역사적 특수성으로 말미암아 고용계약의 틀 안에서 검토할 수 있는 사료의 수가 극히 한정적이었기 때문에 어떤 일반화된 결론을 추출해 낼 수는 없었다. 분명하게 드러난 사실은 당사자들이 일반적인 법질서가 허용하는 범위 내에서 구체적인 계약의 형성을 통하여 자신들의 사회적 협상력과 생활관계의 특성에 부합하는 방향으로 자신들의 관계를 규율하였다는 점이다.

로마 사회가 아직 노동법의 독자영역이 발전하지 않은 사회였음은 물론이지만, 법학자들은 고전법으로의 발전과정에서 *locatio conductio*를 통한 자유계약에 기한 임노동관계의 규율가능성을 열어놓았고(세르비우스 이후), 또 다른 한편으로는 피용자에 대한 고용주의 일정한 신분법적 지배가능성을 수긍함으로써 노동관계에 특유한 배려 및 보호의 필요성에 대한 인식도 놓치지 않음으로써(*veteres* 법학) 근로관계의 다양한 측면에 대한 이해의 심화를 가져올 수 있는 역사적 선례를 남겼다는 점에서 높이 평가할 수 있을 것이다. 이미 일찍이 공화정기에 노동자(이 경우 피해방노예)의 인간적인 삶을 충분히 반영한 다음과 같은 法鑑定이 이루어지고 있다는 사실이야말로 그 부인할 수 없는 뚜렷한 증거이다.<sup>84)</sup>

D.38.1.26 Alf. 7 dig.

Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id ius est nec ne? respondit ius esse, dummodo liberas operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret. (1) Item rogavi, si has operas liberti dare nollent, quanti oporteret aestimari. respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset.

(피해방자인 醫師가 자기의 피해방노예들이 의사 영업을 하지 않으면 자기가

84) 졸저 (주 6), 446f.

훨씬 더 많은 고객을 가질 것이라고 생각해서 그들에게 자신을 따르고 영업을 하지 않도록 요구하였다. 이것은 적법한가 아닌가? 그[=세르비우스]는 그가 그들에게서 자유인으로서의 노역을 요구하는 한, 즉 정오 시간에 그들이 휴식하고, 자신들의 건강과 인간다운 삶을 고려하는 것을 허용하는 한, 적법하다고 대답하였다. (1) 또 피해방노예들이 노역을 제공하기를 不願하는 경우에 그 가액은 얼마로 산정해야 하는가를 내가 물었다. 그[=세르비우스]는 의사 영업을 하는 것을 금지했을 때 그들에게 주어졌을 불이익[=일실소득, 다시 말해서 노역을 제공하지 않고서 번 소득]이 아니라, 그들의 노역의 果實[=노역을 제공했다라면 증가했을 수입액] 만큼의 이익을 舊주인은 취득할 것이라고 대답하였다.)

이러한 정신은 고전기에 舊주인에게 노역을 제공하는 피해방노예는 물론,<sup>85)</sup> 다른 노무제공자들에게도 확장되었다.<sup>86)</sup>

D.38.1.50.1 Neratius 1 responsorum.

Non solum autem libertum, sed etiam alium quemlibet operas edentem alendum aut satis temporis ad quaestum alimentorum relinquendum et in omnibus tempora ad curam corporis necessariam relinquenda.

(비단 피해방노예뿐 아니라,<sup>87)</sup> 다른 임의의 노무제공자들도 역시 부양해야 하고,<sup>88)</sup> 생계 소득을 위한 충분한 시간을 남겨주어야 하며,<sup>89)</sup> 모든 자들의 경우 몸을 건사하기에 필요한 시간을 남겨주어야 한다.<sup>90)</sup>

물론 아직 노무자들에게 허용하려고 했던 이러한 여유의 여지는 여전히 인간 생활의 필요적 생계 차원의 최소한을 초월하는 것 — 오늘날의 발전된 사회에서도 이것이 얼마나 어려운 일인지 우리는 알고 있다. — 은 아니었다. 그럼에도 불구하고 어쩌면 이러한 법적인 대응의 저변에는 로마인들의 일에 관한 근원적인 관념이 깔려있는지도 모를 일이다. 그들에게 노동=일(negotium)<sup>91)</sup>은 nec +

85) Kaser/Knütel (주 10), 280.

86) 출저, **로마법강의**, 박영사 (1999), 271f.

87) 同旨 Iav. D.38.1.33.

88) 이 부분에 대한 논의는 Bürge (주 33), 73 m.w.N.

89) 同旨 Gai. D.38.1.19; Paul. D.38.1.20.pr.

90) 同旨 Gai. D.38.1.22.2; Paul. D.38.1.16.1.

91) 라틴어에서 labor, opera, negotium은 두루 통용되었다. Johann Philipp Krebs, *Antibarbarus der lateinischen Sprache*. II (9., unveränderte Auflage 1984), s.v. Negotium, 139f.

otium, 즉 非-休息, 非-閑暇였고,<sup>92)</sup> 따라서 파생어 negotium보다는 그 모태인 otium이 더 근원적인 인간 현상, 또는 그에 관한 그들의 관념을 반영하는 것이었기 때문이다. 물론 로마의 지성인들에게 otium은 단순히 無爲, 긴장 완화, 게으름, 나태를 뜻했던 것이 아니라, 보다 고차의 재창조활동, negotium(!), occupatio, labor로서 공공을 위한 더 생산적인 인간 삶의 창달적 요소였다.<sup>93)</sup>

그러면 노동의 가치를 높이 평가하고 노동에 대하여 인간학적이고 신학적인 차원에서 보다 심도 있는 성찰을 보여주는 성서와 그리스도교<sup>94)</sup>의 유입은 로마의 사회와 법에 어떠한 변화를 가져왔을까? 더 살펴보아야 하겠지만, 일단은 별다른 변화가 없었다는 것이 연구자들의 결론인 것 같다.<sup>95)</sup>

주제어: 계약의 신의, 고용계약, 고용주의 사망, 노동, 다키아 서판, 로마법, 무노동 무임금, 보수 청구, 사변, 위험부담, 賃約, 피용자의 병환, 피용자의 사망

92) otium의 어원은 불명하지만, 처음으로 쓰인 엔니우스(기원전 239-169년)의 예에서도 드러나듯이 negotium과의 밀접한 관련성은 애초부터 존재했다.

Ennius, Tragoediarum fragmenta v.234 : Otio qui nescit uti / Plus negoti habet quam cum est negotium in negotio. / Nam cui quod agat institutumst non ullo negotio / Id agit, id studet, ibi mentem atque animum delectat suum. (*Bibliotheca Teubneriana Latina-3* (2004)에 의함)

93) Fritz Schalk, *Exempla Romanischer Wortgeschichte* (1966), 123ff. 오늘날 학교(school, Schule)의 어원인 그리스어 σχολή (lat. schola)가 원래 다름 아닌 otium의 뜻인 것은 시사하는 바가 적지 않다.

94) Charles F. Pfeiffer, Howard F. Vos, John Rea (ed.), *Wycliffe Bible Dictionary* (1975/2001), s.v. Labor, 1001; s.v. Laborer, 1001f.; Leon Dufour 책임 편집·임춘갑 번역, *성서신학사전* (1993), “노동”, 145ff.; Kurt Galling (Hg.), *Die Religion in Geschichte und Gegenwart: Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft*, Bd. 1 (3., völlig neu bearb. Aufl. 1986), s.v. Arbeit III, 539ff. (W. Bienen).

95) Theo Mayer-Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (1956), 224ff.

&lt;Résumé&gt;

## No Payment without Labor?

– What Roman law says as to *locatio conductio operarum* as labor contract –

Byoung Jo Choe\*

This article deals with the question in Roman law of whether or not the employer was obligated to pay the remuneration (wage), when the employee was hindered from offering his labor by an event not attributable to both of them. It is hard to answer this question of risk distribution between the parties in the Roman law of labor contract, because there is only a very limited number of legal sources available.

A critical survey of these sources, esp. D.19.2.19.8-10 (Ulp. 32 ed.) and FIRA III, No.150 a-c (CIL III, 948-949 Tab. IX-XI), reveals no certain legal guideline in theory and practice. The latter shows but a spectrum of practical solutions by way of conventional agreements between the parties, and the former sanctions according to the general principles of contract law, because the case it deals with concerns a situation not of risk distribution, but of a fault to be blamed to one of the parties. The picture we have shows a settled contract of labor freely stipulated by the parties.

However, we also find a series of legal decisions securing laborers working conditions tolerable and humane as are necessary for their health and aliment (Alf. D.38.1.26; Ner. D.38.1.50.1; Iav. D.38.1.33; Gai. D.38.1.19; Paul. D.38.1.20.pr; Gai. D.38.1.22.2; Paul. D.38.1.16.1). It is, therefore, worthy to emphasize on the two competing ideas of labor contract among the Roman jurists. The *veteres*, the Republican jurists succeeded by the Sabinians in the classical period, deemed it as a status contract to the effect that it might

---

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

---

encompass protective measures for the working persons (that means practically “Payment in spite of no labor”), whereas the proponents of the New Jurisprudence, of which the originator was Servius Sulpicius Rufus and which was followed by the Proculians in the classical period, took for granted its being a free transaction between the parties (they tended to recognize “No payment without labor”). The sources we have analysed reflect the typical law of the classical period in which the Proculian idea prevailed.

Key Words : labor contract, locatio conductio operarum, no payment without labor? Roman law, wage