

〈특 집: 법, 관습, 전통〉

로마법상의 慣習과 慣習法^{*} —고전 법률가들의 사례를 중심으로—

崔秉祚^{**}

Custom that is before all law, Nature that is above all art.

Samuel Daniel (1562-1619)

εἴτα ἐν χρόνῳ κρατυνθὲν τὸ ... ἔθος ὡς νόμος ἐφυλάχθη.
(그리고 시간이 흐르면서 굳어져서 그 ... 관습은 법으로 지켜졌다.)

LXX Sapientia 14:16

(지혜서 [70인역 구약성서] 14:16)

I. 머리말

莫生兮其死也苦 莫死兮其生也苦(“세상에 나지 말아라 죽기가 괴롭도다 죽지도 말아라 사는 것도 괴롭노라”) 하는 원효대사의 시구처럼¹⁾ 인간은 근원적인 모순에 던져진 존재이고, “관습적인 것에서 벗어난 사람은 비범한 것에 바쳐진 제물이다. 관습적인 것 안에 머무르는 사람은 관습적인 것의 노예이다. 어떤 경우든 사람들은 과멸하게 되어 있다” (Wer vom Herkömmlichen abweicht, ist das Opfer des Außergewöhnlichen; wer im Herkömmlichen bleibt, ist der Sklave desselben. Zugrunde gerichtet wird man auf jeden Fall)라는 독일의 철학자 프리드리히 니체(1844-1900)의 갈파처럼²⁾ 일상의 삶에서도 당착된 실존에 처한 것이

* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 서울대학교 법학연구소 2006년도 학술연구비의 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학 교수

1) 文獻編纂會 編, 韓國歷代名詩全書 (단기 4292년[서기 1959년]), 3.

2) 원문은 Friedrich Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches*, Kritische Studienausgabe, herausgegeben von Giorgio Colli und Mazzino Montinari (dtv, 1988, 2. durchgesehene Auflage), Fr.552, S.330. 번역문은 김미기 옮김, *니체전집 7 (KGW IV 2): 인간적인 너*

인간이다. 그럼에도 불구하고, 아니 그렇기 때문에 관습은 어느 법공동체이든 거의 필연적으로 경험할 수밖에 없는 사회적 소여에 속한다. 법률가들의 관심을 끄는 문제는 다양한 생활영역의 다기한 내용의 관습들 중 어떤 것들이 법규범의 차원으로 강화되어 관습법으로서의 위상을 획득하고, 적어도 다른 法源들에 버금가는 규범력을 발휘하는가 하는 것이다. 이 글은 고대 로마의 경우 관습법이 과연 존재하였는지, 또 법률가들은 관습법에 대하여 어떠한 관념을 가지고 있었는지를 살펴보려는 것이다. 이러한 고찰에 있어서 우선 시기적으로는 고전기로 한정하였다. 고전기 후의 경우 워낙 관련 사료의 양이 방대하여 적절한 분량의 단일 논문으로 다루기에는 실천적 한계가 너무나도 명백하기 때문이다. 사실 관습법 문제는 법학 일반의 경우와 마찬가지로 로마법학의 경우에도 가장 기본적인 문제 중의 하나로서 지금까지 허다한 문헌들이 산출되었고, 여전히 다양한 해석들이 제기되고 있어서 다루기가 매우 까다로운 문제영역의 하나이다. 아직도 우리나라의 도서관이 소장한 자료가 극히 미흡하고, 그나마 개인적으로 입수한 문헌들도 아주 제한적이어서 국제학계의 기왕의 연구 성과마저도 충실하게 재현하기가 어려운 상황에 처해 있다는 것이 필자의 고충이므로, 이 글에서는 이런 핑계로 우선 부족한대로 관련 사료를 설익은 채로 소개하는 데 중점을 둘 수밖에 없었다. 앞으로 보다 더 나은 연구여건 하에서 더 나은 연구가 진행될 수 있기를 기대하는 마음 간절하다.³⁾

무나 인간적인 I (책세상, 2001), 408.

- 3) 명시적으로 인용하지는 않았지만 이 글을 작성하면서 참조한 바 있는 문헌들을 일반적인 개론서는 제외하고 참고로 부기해 둔다.

Jean Gaudemet, "La loi et la coutume, manifestations d'autorité et sources d'enseignement à Rome", in: *Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, XXIII, VI^e Congrès de Droit Comparé* (Hambourg 1962), 35-57 = *Études de droit romain, I: Sources et théorie générale du droit* (1979), 3-27; Ernst-Joachim Lampe, "Zur Entwicklung des Rechtsbewußtseins in der altrömischen Gemeinde", in: derselbe (Hg.), *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein* (1997), 182-213; A. Arthur Schiller, "Custom in Classical Roman Law", in: *Virginia Law Review* 24 (1938), 268-282 = 同, *An American Experience in Roman Law* (1971), 41-55; Artur Steinwenter, "Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte", in: *Studi Bonfante*, II (1930), 421-440; Gudrun Stühff, *Vulgarrecht im Kaiserrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung Konstantins des Großen* (1966); Rafael Taubenschlag, "Customary Law and Custom in the Papyri", in: *Journal of Juristic Papyrology*, vol. I (1944), 41-54 = 同, *Opera minora*, II (1959), 91-106; 恒藤 恭, *羅馬法に於ける慣習法の歴史及理論* (大正13年 [1924]); Stephan Kirste, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und*

II. Mos와 Consuetudo

로마법에 대한 압축적인 체계적 개관서인 가이우스의 법학제요는 그 첫머리를 다음의 유명한 구절로 시작한다.

Gai. 1.1 = Inst. Iust. 1.2.1: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: . . .

(법률과 관습법에 의하여 지배되는 모든 민족은 한편으로는 자기 고유의, 다른 한편으로는 전 인류의 공통의, 법에 의하여 생활한다.)

관습법(mores)은 문명화 단계에 이른 인류학적 보편적 생활범주로서 로마인들의 경우에도 예외가 아니었음은 굳이 실증적 문헌증거를 예거할 필요도 없이 자명한 것으로 승인할 수 있을 것이다.⁴⁾ 통상 라틴어로서 관습으로 번역될 수 있는 용어는 mos (복수 mores), usus, consuetudo (복수 consuetudines), institutum (복수 instituta) 정도라고 할 수 있다.⁵⁾ 이 중에서 institutum은 특히 국가적·시민적 사안들에 있어서 일정한 목적을 위하여 정식으로 指命된 것 또는 묵시적인 합의를 통하여 일반적으로 통용되는 것으로 고찰된 것, “제도”를 의미하는데 Cicero를 위시한 문필가들의 경우에는 널리 사용되고 있으나⁶⁾ 법사료에서는 기

die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins: Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung (1998).

- 4) 이 점은 특히 문명화 이전의 상황에 대한 고대인들의 관념을 표현한 루크레티우스의 철학적 서사가 정확히 가이우스와 똑 같은 용어를 사용하여 정반대의 상황을 서술하고 있는 데에서도 잘 드러난다.

Lucretius, *De rerum natura* 5.958: nec commune bonum poterant spectare neque ullis / moribus inter se scibant nec legibus uti.

- 5) 일반적으로 이들 용어를 서로 구별하는 것이 로마인들 스스로에게도 쉽지 않았으리라는 사실은 다음의 예들에서 잘 알 수 있다.

Festus, *Epitoma operis de verborum significatu Verrii Flacci*, s.v. mos: Mos est institutum patrium, id est memoria veterum pertinet maxime ad religiones caerimoniasque antiquorum.

Servius grammaticus, *Commentarius in Vergilii Aeneidos libros II*, 7,601: Varro vult ‘morem’ esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit.

Isidorus, *Etymologiae* II.10.2-3 = V.3.3-4: (2) Mos autem longa consuetudo est, de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, . . .

(3) . . . Vocata autem consuetudo, quae in communi est usu.

것해야 “생활양식”의 의미로 사용되고 있을 뿐이다.⁷⁾ 반면에 *usus*는 어떤 사물에 대한 빈번히 반복된 사용, 이용, 행사 및 그로 인해 야기된 실천적 관행, 그에 대한 경험을 뜻하며 법의 영역에서도 그것 자체가 관습이나 관습법을 지칭하기 보다는 어떤 법규의 관례적인 행사나 적용, 관행을 의미한다.⁸⁾ 그 결과 특히 법 사료에서 관습을 지칭하는 표현은 *mos*(Bas. ἔθος)와 *consuetudo*(Bas. συνήθεια) 양자인데, 이 중에서 후자인 *consuetudo*는 동일한 관계 하에서의 행위에서 스스로 형성되고 그 근거를 개인이나 전체의 성향이나 편의함에 두는 관례인데, 이것은 윤리나 도덕 감정과 무관하게, 흔히 심지어는 행위자의 의식도 없이 형성된 관례를 개념의 특징으로 삼는다. 이에 반하여 전자인 *mos*는 기존의 “풍습”, “통례가 된 형식”으로서, 이 경우 사람들은 특히 이 풍습이 윤리 및 도덕 감정에 의하여 규정되는 한 의식적으로 행동한다.⁹⁾ *mos*의 복수형인 *mores*는 *mos*의 의미 내용과 밀접히 결부되어 있음에도 불구하고 단수와는 차별되는 독자적인 의미를 가지는 것으로 이해된다. 이것은 어느 한 특정한 관행이 아니라 常例와 윤리적 요구의 복합체로서 법률(*lex*)에 뒤지지 않는 규범적 효력이 있는 것으로 파악되며, 따라서 조상 전래의 가치 관념이 녹아 있는 “祖先의 관습[常規, 成規]”은 *mos maiorum*(Bas. τὸ ἔθος τῶν πατέρων)이고, 법의 가치 기준으로 작동하는 “선량한 풍속”은 *boni mores*이다. 또한 로마사회의 큰 특징이기도 했던 제도적 풍기 단속이 *regimen morum* (風習 監視)이었던 것도 *mos*의 생활영역이었기 때문임은 물론이다. 특히 로마적인 *mores* 관념은 통상 구속적이지 않은 초기 단계

6) *Oxford Latin Dictionary* (edited by Glare, 1982/reprinted 1985), s.h.v. 2a and 2b, p.930.

7) D.7.8.12.4 Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum.

Equitii quoque legato usu videndum, ne et domare possit et ad vehendum sub iugo uti. et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum circensibus his usurum, quia quasi locare eos videtur: sed si testator sciens eum *huius esse instituti et vitae reliquit*, videtur etiam de hoc usu sensisse.

Oxford Latin Dictionary (위 주 6), s.h.v. 2c, p.930.

8) 가장 대표적인 예: *ius, quod usus comprobavit* (Inst. 1.2.9); *in / ex usu esse* (Gai. 1.112; 1.132; D.21.1.48.3; D.35.2.73.2; D.46.3.89.2); *usu receptum est* (UE. 25.3); *in usu observari* (D.29.5.1.33); *ex usu cuiusque loci sumendum esse* (D.32.65.7). 더 이상은 Heumann/Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (11. Aufl. 1971), s.h.v. 1) c), p.606.

9) Hermann Menge, *Lateinische Synonymik* (Siebte, unveränderte Auflage von O. Schönberger, 1988), Nr. 293, S.164.

가 전제되는 관습법에 상응하는 것으로 이해될 수 있을 *consuetudo*와는 달리 로마인들에게 처음부터 항상 구속적인 관습으로, ‘좋은 옛 법’으로 나타났다는 점에서 그 규범적 차원이 두드러진다.¹⁰⁾ 그러나 그럼에도 불구하고 과연 이것이 관습법인가 하는 문제는 더욱 면밀한 고찰이 필요하다. 그리고 *mos*와 *consuetudo*를 우리말로 각각 어떻게 옮길 것인가 하는 문제가 남는데, 가능한 역어들(관습, 풍습, 풍속, 습속, 관례, 행습, 상례, 통례 등) 중의 어느 것 하나씩을 골라 각각 일대일로 대응시켜서 역어를 결정하기에는 굳어진 표현인 “관습법”과 관련하여 여러 모로 어려움이 따른다. 이곳에서는 이런 이유로 원칙적으로 두 용어를 구별하지 않고 모두 “관습(법)”으로 역출하고, 필요한 경우 원어를 병기하는 방식을 취하였다. 그러나 두 용어가 함께 등장하는 경우에는 그때그때 적당한 방식으로 번역하였다.

그러면 로마인들은 관습법은 어떤 용어를 사용하여 표현하였을까? 현대의 법학용어는 대체로 사실인 관습(*custom, coutume, Gewohnheit*)과 관습법(*customary law, droit coutumier, Gewohnheitsrecht*)을 적어도 용어상으로는 어려움 없이 명료하게 구별한다. 이에 반하여 로마인들은 관습법을 지칭하는 별개의 라틴어 어휘를 가지고 있지 않았다. 이 점으로 인하여 과연 로마법상 우리가 이해하는 바와 같은 관습법이 있었는지를 확인하는 작업은 초장부터 어려움에 봉착한다. 다양한 용례들에서 사용된 *mos* 또는 *consuetudo*가 과연 단순한 관습인지, 아니면 규범력 있는 관습법인지를 적어도 사료의 문면상으로는 쉽게 구분해 낼 수가 없기 때문이다. 따라서 이들 용어들이 사용된 법적 논변의 전후사정과 문맥을 면밀히 고려하여 그때그때 관습법의 존부를 확인하지 않으면 안 되는데, 이 작업 역시 일반적으로 매우 어렵기는 마찬가지이다. 왜냐하면 로마법 사료에 전승된 사례들은 이 문제들에 관한 한 그저 간단히 서술하고 있기 때문이다.

따라서 현재 로마법학계의 공통된 결론은 적어도 고전기의 법에 관한 한 아직 없다고 해도 과언이 아니다. 다만 고전기 전의 비교적 옛 시기에 대해서는 이미 플라톤이 그의 『법률론』(*Nomoi* III 680a5-6: ἔθει καὶ τοῖς ... πατρίοις νόμοις)에서 설파하고 있는 바와 같은 인류의 법문화 발달의 일반적 경향을 참고하여

10) Theo Mayer-Maly, "Mores", in: *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike*, III (1979), 1425-1427. 이러한 고대의 어법은 후대의 프랑스에서도 대체로 유지된 것으로 보인다. 가령 Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, I (Éditions Gallimard, 1995), Livre V, Chapitre VII: "Il y a beaucoup à gagner, en fait de moeurs, à garder les coutumes anciennes" (p.158).

관습법이 비교적 널리 통용되었을 것으로 추정하고, 고전기 후의 시기에 대해서도 적어도 제국의 각 지역에 다양한 형태의 관습법들이 존속했을 것이라는 점에 대해서만큼은 의견의 일치를 보고 있다고 할 수 있다. 로마 후대에 대해서는 법사료들에 의한 실증적인 증거들도 다수 확보되어 있는 실정이다. 따라서 결국 문제는 고전기의 관습법의 실태에 관한 것으로 환원되는데, 대체로 이를 부정하는 견해들의 주된 근거로는 ① 첫째로, 고전기의 법원 목록에서 관습법을 언급하고 있지 않다는 점, ② 둘째로, 고전기 로마 시민법의 핵심은 법률가들이나, 이는 관습법과 양립할 수 없는 법원이라는 점. 그리고 설령 관습법이 존재했다고 하더라도, 이미 고전기에는 법률가들에 의하여 이러한 관습법이 법률가법으로 수용됨으로써 변환이 일어났다는 점, ③ 셋째로, 그러므로 고전기의 사료에서 관습법을 언급한 부분들은 후대의 가필로 인한 개찬 내지 수정으로서, 그 진정성을 신빙할 수 없다는 점 등이 주장되어 왔다. 이하에서는 이러한 확실 상황을 염두에 두면서 관련 사료의 소개를 중심으로 살펴보기로 한다.

왕정을 몰아내고 공화정으로 진입한 로마 초기에 대해서 폼포니우스는 그의 로마法史 서술에서 다음과 같이 적고 있다. 이에 의하면 로마 인민은 제정법보다는 “불확정한 법(*incertum ius*)과 관습(*consuetudo*)”에 따라서 생활하였다는 것이다. 이 경우에도 과연 *consuetudo*가 관습법인지는 반드시 명확한 것은 아니지만, 이를 부인할 만한 이유도 발견되지 않는다.

D.1.2.2.3 Pomponius libro singulari enchiridii

Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est.

(그런 다음 왕들이 騎兵總監(*tribunus celerum*. cf. D.1.2.2.15 Iunius Brutus)이 제안한 법률로써 축출된 후 이 법률들은 모두 효력을 상실했고, 다시 로마인민들은 제정법률에 의해서라기보다 불확정한 법과 일정한 관습에 따라 생활하기 시작했으며, 이것을 거의 20년간 受忍하였다.)

Ⅲ. 로마법의 法源과 관습(법)

그러면 고전 법률가들의 관습(법)에 관한 일반적인, 즉 이론적인 언명들은 어떤 메시지를 우리에게 전해 주는가? 이 문제를 고찰하기에 앞서서 먼저 일반적

으로 관습법이 법원에서 차지하는 위상을 살펴볼 필요가 있을 것이다. 현재 전해지고 있는 로마의 法源 목록들은 우선 시기적으로 볼 때 비법률가들의 것이 앞서는데, 모두 成文法과 不文法의 구별로부터 출발하고 있으며, 관습(법)은 물론 不文法에 속하는 것으로 이해되었다.¹¹⁾

11) 명시적으로 成文法과 不文法의 대비를 적시하지 않고 있더라도 成文法인 법률, 원로원의결 등과 나란히 열거만 하고 있는 경우에도 不文法임을 전제하고 있는 것임은 새삼 지적할 필요도 없이 자명한 바이다. 이에 해당하는 다양한 사례들로는 다음의 것들이 대표적이다.

Auctor, rhetorica ad Herennium 2.12.18: Haec legibus et moribus, aequo et bono reperientur.

Auctor, rhetorica ad Herennium 2.13.19: . . . Constat igitur (sc. ius) ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. . . . Consuetudine ius est id quod sine lege aequae ac si legitimum sit usitatum est. . . .

Cicero, topica 7.31: Formae sunt [igitur] eae in quas genus sine ullius praetermissione dividitur; ut si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat.

Cicero, topica 23.90: Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci conligentur. Hi cernuntur bipertio, et natura et instituto. . . . Institutio autem aequitatis tripartita est; una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata.

Cicero, topica 5.28: Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. . . .

Cicero, de inventione 2.22.65; 67: (65) . . . ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem approbata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata. . . . (67) Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobabit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem.

Cicero, de inventione 1.11.14: negotialis, in qua, quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur.

Cicero, de oratore 1.188: sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.

Cicero, de oratore 1.159: perdiscendum ius civile, cognoscendae leges, percipienda omnis antiquitas, senatoria consuetudo, disciplina rei p(ublicae) iura sociorum, foedera, pactiones, causa imperii cognoscenda est.

Cicero, In Verrem orationes II.1.116: componit edictum iis verbis ut quis intellegere possit unius hominis causa conscriptum esse, tantum quod hominem non nominat; causam quidem totam perscribit, ius consuetudinem aequitatem edicta omnium negligit.

이들과 더 이상의 사례에 관해서는 Emilio Costa, *Cicerone giureconsulto*, I (nuova edizione riveduta e ampliata dall'autore e in parte postuma, 1927), 26-41; Mario Lauria, *Ius: Visioni Romane e Moderne* (II edizione 1962), 76-80.

Cicero, partitiones oratoriae 37.129-130:

(129) . . . iuris est omnis ratio nobis explicanda. Quod dividitur in duas primas partis, naturam atque legem. . . . (130) sed *propria legis ea, quae scripta sunt, et ea, quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur*. scriptorum autem privatum aliud est. publicum aliud: publicum lex, senatus consultum, foedus. . . . *quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur*.

([129] 우리는 법의 전 체계를 설명해야만 한다. 이것은 두 주요부분으로 구분된다. 즉 자연법과 실정법으로. . . . [130] 그러나 실정법의 고유한 것은 성문으로 된 법 및 不文으로 만민법이나 아니면 관습법에 의해 유지되는 법이다. 그런데 성문법은 일방 私法이고 타방 공법이다. 공법에는 법률, 원로원의결, 조약이 속한다. . . . 그런데 不文의 것은 관습이나 아니면 만인의 합의로써 말하자면 동의에 의하여 효력이 있는 것이다.)

Cicero, de inventione 2.53.160; 54.162:

(160) Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. . . .

(162) *consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi adprobatione perduxit; quod genus pactum est, par, iudicatum. . . . lege ius est, quod in eo scripto, quod populo expositum est, ut observet, continetur*.

([160] 正義는 공익을 보존한 채 각자에게 그의 존엄을 배분하는 정신의 습성이다. 그 시초는 자연으로부터 유래하였으나, 그 후 어떤 것들은 유익으로 인하여 관습으로 되기에 이르렀고, 후에 자연에서 유래한 것들과 관습에 의해 승인된 것들을 법률에 대한 두려움과 종교적 금기가 제재하였다. . . . [162]

그리고 이들 공화정기의 문헌사료에 나타난 법관념에 대한 심층적인 분석은 Okko Behrends, "Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht. Die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts mit einem vergleichenden Blick auf die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule und der Gegenwart", in: Dietmar Willoweit (Hg.), *Die Begründung des Rechts als historisches Problem* (2000), 19-135, 21ff.

관습에 의한 법은 자연에서 사소한 정도로만 도출된 것을 관행이 배양하고 증대시킨 것, 가령 종교적 금기와 같은 것이거나, 아니면 우리가 전술한 것들 중에서 자연에서 유래하고 관습에 의해 증대된 것으로 보는 경우이거나, 아니면 오랜 연륜이 인민의 승인으로써 관습에 이르게 한 것이다. 이러한 종류에 속하는 것은 협약, 평등원리, 판례이다. . . . 법률에 의한 법은 인민이 준수하도록 인민에게 제출된 텍스트에 포함된 것이다.)

Quintilianus, *Institutio oratoria* 12.3.6-7:

(6) namque omne ius, quod est certum, aut scripto aut moribus constat, dubium aequitatis regula examinandum est. (7) quae scripta sunt aut posita in more civitatis, nullam habent difficultatem. . . .

([6] 왜냐하면 확정적인 모든 법은 성문으로 아니면 관습에 의하여 존재하고, 의심스러운 법은 정의의 규칙에 의하여 검토되지 않으면 안 되기 때문이다. [7] 성문의 법이나 또는 一國의 관습에 근거한 법은 [인식하는 데] 아무런 어려움이 없다.).

이러한 이해의 배경에는 그리스의 법이론이 있다는 점에 대해서 모든 연구자들이 동의하고 있는 실정이다.

Aristoteles, *de arte rhetorica* 1.10.3, 1368b:¹²⁾

Lex autem est alia propria, alia communis. Voco autem propriam quidem, ex qua scripto comprehensa civitas administratur; communem vero, quaecumque non scripta probari omnium gentium consensu videntur.

(법은 그런데 어떤 것은 고유하고, 어떤 것은 공통적이다. 내가 고유한 것이라고 부르는 것은 성문으로 이루어져 그에 따라 국가가 운영되는 것이고, 반면에 공통적인 것이란 不文으로 만민의 동의로써 승인되는 것으로 여겨지는 것이다.)

Aristoteles, *de arte rhetorica* 1.13.2, 1373b:¹³⁾

Dico autem legem aliam quidem propriam, aliam vero communem.

12) Aristoteles, *Opera omnia, Graece et Latine cum indice nominum et rerum absolutissimo*, vol. I, cum praefatione A. F. Didotii et translatione Latina revisa per Fridericum Dübnerum (Parisiis 1848/2. Nachdruck 1998), 332f.

13) Aristoteles (위 주 12), 340.

Propriam quidem eam, quam sibi quique statuunt; eamque aut non scriptam, aut scripto comprehensam. Communem autem eam, quae naturalis est; est enim commune quoddam justum natura et injustum, quod omnes quodammodo vaticinantur, etiamsi nulla de eo inter illos communicatio aut pactio intercesserit.

(그런데 법에는 어떤 것은 고유한 것이고, 어떤 것은 공통적인 것이라고 나는 말한다. 고유한 것이란 각 민족이 자신을 위하여 설정하는 것이고, 이것은 不文이거나 성문으로 이루어진다. 공통적인 것이란 반면에 자연에 기초한 것인데, 비록 그에 관하여 그들 사이에 아무런 교통이나 약정이 없었을지라도 만인이 어떤 의미에서 예감할 수 있는, 자연에 따른 어떤 正과 不正의 관념이 공통적으로 존재하기 때문이다.)

成文法과 不文法의 구별은 고전기 법률가에 의해서도 채택되었는데,¹⁴⁾ 더 상세한 내용을 전하고 있는 유스티니아누스의 법학제요의 해당부분은 율피아누스의 법학통론으로부터 전수받은 것이었을 개연성이 크다. 스파르타는 관습법을, 아테네는 成文法을 기본으로 삼았다는 사실 확인을 넘어서 이 두 종류의 法源이 이들 나라의 제도로부터 유래한 것으로 보인다는 설명은 그 당부를 떠나서¹⁵⁾ 이러한 구별이 그리스의 영향 하에서 확연하게 인식되었던 것임을 분명히 시사한다.

D.1.1.6.1 Ulpianus, libro 1 institutionum:

Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἷ μὲν ἔγγραφοι, οἷ δὲ ἀγγραφοι (= legum aliae scriptae, aliae non scriptae).

(그러므로 우리의 법은 성문법과 不文法으로 구성되는데, 그리스인들의 경우에 법규가 일방 성문법, 타방 불문법으로 구별되는 것과 같다.)

Inst. Iust. 1.2.3; 9-10:

(3) Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud

14) Cf. Antonio Guarino, "La consuetudine e il catalogo delle fonti", in: 同, *Pagine di Diritto Romano*, IV (1994), 364-368.

15) 이 점이 역사적 오류라는 지적은 이미 Arnold Vinnius, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius academicus et forensis* (Norimbergae: editio postrema ... adeoque emendatissima 1726), ad I.2.10 Commentarius (p.28): "Error Tribonianus notatus".

Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. ...

(9) Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

(10) Et non ineleganter in duas species ius civile distributum videtur. nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea quae pro legibus observarent memoriae mandarent, Athenienses vero ea quae in legibus scripta [reprehendissent] <comprehendissent PE> custodirent.

IV. Consuetudo에 관한 일반적 언명

1. Consuetudo의 법이론

그러면 이제 不文法을 구성하는 관습(법)에 대하여 로마의 법률가들이 가졌던 인식 일반은 어떠한 것이었는가를 살펴보기로 한다. 이 부분은 기본적으로 D.1.3 De legibus senatusque consultis et longa consuetudine (법률과 원로원의결과 장기의 관습(법)에 관하여) 뒷부분에 전해지는 개소들을 소개하는 형식이 될 것이다.

① D.1.3.32.pr-1 Iulianus libro LXXXIV digestorum.

De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet.

(成文법률이 없는 사안들에 있어서는 관례와 관습에 의해서 확립된 규칙을 준수하여야 한다. 그리고 어떤 경우에 이것이 결하는 때에는 그것에 가장 가깝고 또 그것에 합치하는 규칙을 준수하여야 한다. 그리고 이것 또한 존재하지 않는 경우에는 로마시에서 행해지는 법을 지켜야 한다.)

(1) Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis

litoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

(고래의 관습은 상당한 근거를 가지고 법률로서 지켜지는 것인데, 이것이 관례에 의해서 확립된 법이라 불리는 것이다. 왜냐하면 법률들 자체도 다른 이유가 아니라 그것이 국민의 결정에 의해서 승인되었기에 우리를 구속하는 것이므로, 또한 어떠한 成文 규정 없이 국민이 승인한 것도 모두를 구속하는 것이 정당할 것이다. 왜냐하면 국민이 표결로써 자신의 의사를 선언하는 것과 행위와 행동 자체로써 하는 것 사이에 무슨 차이가 있는가? 그런 고로 법률들은 입법자의 표결에 의해서 뿐만이 아니라 또한 불사용을 통해서 만인의 묵시적 합의에 의해서도 폐지된다는 것이 정당하게도 또한 승인되고 있는 바이다.)

ⓑ D.1.3.33 Ulpianus libro primo de officio proconsulis.

Diuurna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.

(成文法の 영역에 속하지 않는 사안들에 있어서는 장기 지속의 관습이 법과 법률로서 준수되곤 한다.)

ⓒ D.1.3.34 Ulpianus libro IV de officio proconsulis.

Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit.

(도시나 속주의 관습에 대하여 어떤 자가 신뢰하는 것으로 보이는 경우에는 먼저 이 관습이 언젠가 또한 완결된 쟁송절차¹⁶⁾를 통하여 확인되었는지를 살피

16) *Contradictum iudicium*은 認諾이나 화해로 종료하는 것이 아니라 판결로써 완결되는 소송을 말한다. Heumann/Seckel (위 주 8), s.v. *Contradicere*, p.104. 따라서 이를 철자 오류로 보고 *contradictorium iudicium*으로 대체하려는 시도는 잘못이다. 이 후자의 예로는 Paul van Warmelo, "D.1.3 ('De legibus senatusque consultis et longa consuetudine)", in: *Studi Volterra*, I (1971), 409-424, 421. *Contradictorium*은 “반박하는, 반론적인”의 의미이다. Heumann/Seckel, *ibid.*, p.105 (예: *libelli contradictorii*). 반면에 Heineccius는 *contradictum*이 유래한 *contradicere*를 그 원 의미대로 “이의를 제기하다”로 이해해서 이의가 제기될 수 있는 것은 소송절차가 아니라 거기에서 제시된 관습이므로 본 개소는 “... *illud explorandum arbitror, an etiam contradicta aliquando, iudicio consuetudo firmata sit*”로 읽어야 한다고 보았다. B. Philip. Vicat, *Vocabularium Juris Utriusque ex variis ante editis, praesertim ex Alexand. Scoti, Jo. Kahl, Barn. Brissonii, et Jo. Gottl. Heineccii accessionibus*, tom. I (1759), s.v. *Contradicto*, p.352f. 이미 이와 同旨: Bas.2.1.43 (Heimbach, I, p.39): cum (sc. consuetudine in dubium revocata; Schol. Steph.) “contentione aliquando de hac consuetudine orta; contradictione aliquando orta”; Gerard Noodt, *Opera omnia*, II:

지 않으면 안 된다고 나는 생각한다.)

④ D.1.3.35 Hermogenianus libro I epitomarum.¹⁷⁾

Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur.

(장기의 관습으로 승인되고 다년간 준수된 것들도 시민들의 묵시의 협약으로서 成文의 법 못지않게 준수된다.)

⑤ D.1.3.36 Paulus libro VII ad Sabinum.

Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.

(이 법¹⁸⁾은 심지어 큰 권위를 지닌 것으로 간주되는데, 이를 成文化하는 것이 필요하지 않을 만큼 그렇게 대단한 정도로 승인되었기 때문이다.)

⑥ D.1.3.37 Paulus libro I quaestionum.

Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.

Commentarius in D. Justiniani ... Libros XXVII. Digestorum sive Pandectarum (Coloniae Agrippinae: Editio recens in Germania, 1732), ad Dig.1.3, p.13. 그러나 이러한 제안도 문언에 명백히 반하는 자의적인 것이다. 다른 한편으로 Samuel Oberländer (Hg.), *Lexicon Juridicum Romano-Teutonicum* (Unveränderter Nachdruck der 4. Auflage Nürnberg 1753, herausgegeben und eingeleitet von Rainer Polley, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 2000), s.v. *Contradictum iudicium*, p.186은 양 당사자 중 일방이 이의하므로 어떤 것이 결정되는 경우를 지칭한다고 이해함으로써 실질적·내용적으로는 Heineccius의 견해처럼 관습에 대한 이의를 배경으로 삼으면서, 형식적으로는 *iudicium*과 견련시키면서도 van Warmelo와는 달리 이를 *contradictorium*으로 대체해야 된다고 주장하지 않음으로써 절충적인 견해를 보인다. 그러나 이 견해도 판례로서의 의미를 획득하기 위해서는 판결로써 종결지어진 것이어야만 한다는 사실을 적시하기 위하여 동원된 *contradictum*의 의미를 놓치고 있기는 마찬가지이다.

17) 상세는 이 개소의 진정성을 긍정한 Elio Dove, "Ermogeniano e la nozione di 'consuetudo'", in: *SD* 62 (1996), 125-138.

18) “이 법”은 원래의 문맥상으로는 관습법을 지칭하는 것이 아니라 부부간 증여 금지의 구체적인 법규를 의미했던 것인데, 유티니아누스 입법이 이것을 관습법 일반에 관한 규정으로 재배치한 것이다. Karlheinz Misera, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten* (1974), 238-239.

(법률의 해석이 문제되는 경우 우선 공동체가 여태껏 그러한 경우들에 사용해 온 법이 어떤 것인지를 살펴보지 않으면 안 된다. 왜냐하면 법률의 최선의 해석자는 관습이기 때문이다.)

㉔ D.1.3.38 Callistratus libro I quaestionum.

Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.

(왜냐하면 우리의 (셉티미우스) 세베루스 황제께서 법률들로부터 발생하는 의문점들에 있어서는 관습 또는 지속적으로 유사하게 결정된 재판례들의 권위가 법률의 효력을 가져야만 한다고批答한 바가 있기 때문이다.)

㉕ D.1.3.39 Celsus libro XXIII digestorum.

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

(법적 이치로 도입된 것이 아니라 처음에는 착오로 도입되었다가 그 다음에 관습에 의하여 유지된 것¹⁹⁾은 다른 유사한 사례들에 효력이 없다.)²⁰⁾

㉖ D.1.3.40 Modestinus libro I regularum.

Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo.

(그러므로 모든 법은 혹은 (만인의) 동의가 만들었거나 혹은 필요²¹⁾가 정립하

19) Bas.2.1.47 Schol. μετὰ λογισμοῦ etc.(Heimbach, I, p.40)에 의하면 이치에 어긋나서 나중에 칙령에 의해 폐지된 관습의 예로 노예해방 시에 주인이 해방되는 노예의 뺨을 가볍게 때리는 것(alapa)을 들고 있다. 이 뺨때리기에 대해서는 그 자신이 아우구스투스의 피해방노예였던 파이드로스의 우화가 전해지는데, 티베리우스 황제가 자신을 해방시켜 주기를 바라면서 비위를 맞추는 노예에게 말하는 것으로 상정된 장면이다.

Phaedrus, Fabulae 2.5.23: Tum sic iocata est tanta maiestas ducis: / Non multum egisti et opera nequiquam perit; / Multo maioris alapae mecum veneunt (해방의 댓가는 내 경우 훨씬 큼세).

20) Cf. D.1.3.14 Paulus libro LIV ad edictum.

Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

21) 法源論의 입장에서 대단히 흥미로운 이 “필요”에 관해서는 이것을 불가피성(Unvermeidbarkeit)과 필요성(Erforderlichkeit)의 사이에서 법적 결정의 대안 가능성과 관련지어 설명하고 있는 Theo Mayer-Maly, "Necessitas constituit ius", in: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I (1968), 179-199 참조.

였거나 혹은 관습이 발생시킨 것이다.)

① Ulpiani Epitome praef.4:

Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus.

(관습이란 장기의 관습으로 굳어진, 인민의 묵시의 동의이다.)

② Inst. Iust. 1.2.9 cit.:

Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.²²⁾

(不文으로 법이 발생하는 것은 관행이 승인한 경우이다. 왜냐하면 사용자들의 동의로 승인된 장기 지속의 관습은 법률과 방불하기 때문이다.)

이상에서 소개한 개소들을 수정비판의 잣대로 함부로 재단하지 않고²³⁾ 전승의 진정성을 肯認하는 바탕 위에서 이해하고자 하게 되면, 다양한 문맥에서 추출해 냈지만 유스티니아누스법전 편찬자에 의하여 새로운 문맥으로 재조립된 이 부분에서 대체로 읽어낼 수 있는 핵심 메시지는 다음과 같은데, 이것은 전반적으로 원 문맥과 고립되어 본래의 의미맥락을 복원하기가 어려운 점을 고려할 때,²⁴⁾ 일단은 고전기에 대해서도 타당한 것으로 받아들일 수 있을 것이다.

(1) 첫째로, *consuetudo*란 정확하게 얼마의 기간이라고 특정할 수는 없으나 古來의(*inveterata*), 長期에 걸친(*longa*), 영속적인(*diuturna*) 관행이라는 객관적 요건이 충족되어야만 한다(㉠,㉡,㉢). 이는 우리나라 헌법재판소가 신행정수도의건설을 위한특별조치법(2004. 1. 16. 법률 제7062호) 위헌확인 결정(2004.10.21, 2004헌마 554: 헌공제98호)에서 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립 요건이라고 열거한 것—“첫째, 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고, 둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복.계속성), 셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서는 아니 되고(항상성), 넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야

22) Vinnius (위 주 15), ad I.2.9 n.5 (p.27): Legem imitantur] Id est, vim & effectum legis habent.

23) 이 점은 특히 ㉠에 관해서 타당하다. Cf. Antonio Guarino, "Giuliano e la consuetudine", in: 同, *Pagine di Diritto Romano*, IV (1994), 369-383.

24) Paul van Warmelo (위 주 16), 418ff.

한다(명료성)”—과 일치하는 바이다.

(2) 둘째로, 이러한 관행은 법공동체 구성원들의 동의(*consensus populi*; ㉔: *conventio*)—이 동의는 사실의 차원에서 명시적일 수 없으므로, 그 對當的 사태를 표현하는 묵시적인(*tacitus*) 동의로 파악될 수밖에 없게 되는데, 이때 이러한 동의의 의사 상태는 항상 의식되는 것도 아니다—라는 주관적 요건을 통하여 승인되지 않으면 안 된다(㉔, ㉕, ㉖, ㉗ cf. ㉘). 법률가들은 의사표시와 관련하여 일찍이 명시적인 것과 행동거지에 의한 묵시적인 것을 동일하게 취급하는 데 익숙하였다.²⁵⁾ 이러한 승인은 다년간 준수되었다(*per annos plurimos observata*)는 사실에 이미 반영되어 있지만(㉔), 그 자체로서 확고히 뿌리내린(*inveteratus*), 대단한 정도의 것(*in tantum probatum*)이어야 한다(㉖, ㉕). 그 이유는 이러한 승인이 있다고 하는 경우에 한하여 그 관습에 규범력을 인정할 정당성이 긍정되기 때문이다. 이것 또한 우리나라 헌법재판소가 관습법의 요건으로 열거하고 있는 제2의 요소—“다섯째, 이러한 관행이 관습으로서 국민들의 승인 내지 확신 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의)”—와 일치한다. 라틴어로부터 차용한 영어 *consensus*가 음사된 형태로 그대로 사용된 것이 눈에 띈다.

(3) 셋째로, 이상의 요건을 갖춘 관습은 원칙적으로 성문법과 같은 효력을 갖는다(㉘, ㉙, ㉚, ㉛, ㉜, cf. ㉝). 이 사실은 소아시아 한 도시의 로마에 충실했던 시민들에게 *civitas libera* 선언과 동맹우호조약을 통하여 포상하기 위한 기원전 68년의 테르메쉴스 마요르(*Termessus Maior*) 城邑民에 관한 안토니우스 법²⁶⁾이 *consuetudo*를 법률 및 법과 나란히 열거하고 있는 데서도 상당히 강력하게 추정된다.²⁷⁾

25) Cf. D.46.8.5 Scaevola libro quinto responsorum.

Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem.

26) 이 법률의 연도는 다투어진다. Leopold Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953), 374 mit n.33에 의하면 기원전 71년이라고 하나, M. H. Crawford (ed.), *Roman Statutes*, I (1996), 331-340의 새 연구에 의하면 69년이 가장 개연성이 있다고 한다(332면).

27) Dieter Nörr, *Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* (1972), 14 = 同, *Historiae Iuris Antiqui. Gesammelte Schriften*, II (2003), 705*-774*, 724*; Wolfgang Waldstein, "Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom", in: *Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*

Lex Antonia de Termessibus c. II lin. 18-22 (FIRA I, Num. 11, p.137):

Quae leges quodque ious quaeque consuetudo L. Marcio Sex. Iulio cos. inter ciueis Romanos et Termenses maiores Pisidas fuit, eaedem leges eidemque ious eademque consuetudo inter ciueis Romanos et Termenses maiores Pisidas esto.

(루키우스 마르키우스와 섉스투스 율리우스 집정관 시에(기원전 91년) 로마시민들과 피시디아의 테르메쑤스 城邑民들 사이에 법률들이고 법이고 관습법이었던 것과 동일한 것이 로마시민들과 피시디아의 테르메쑤스城邑民들 사이에 법률들이고 법이고 관습법일지이다.)

같은 효력의 이유는 성문법률이나 관습법이나 모두 그 정당화 근거를 한참 후대의 독일인이라면 ‘일반 정신’(der allgemeine Geist)라고 표현했을 인민의 동의에서 구하기 때문이다(②).²⁸⁾

(4) 그러나 관습법은 다른 한편으로 원칙적으로 성문법이 규율하지 않는 영역에 한해서 인정된다(praeter legem. ②, ③). 이 한도에서는 인민의 명시적 의사표시가 묵시적 의사표시보다 우선하는 것이다. 따라서 법률에 반하는(contra legem) 관습법은 인정되지 않는다. 이것은 다음 사료가 증명하듯이 이미 공화정기에도 통용되던 법리였으며, 고전기에 활동했던 테르툴리아누스(ca. 150-ca.230년)의 경우에도 확인된다.

Auctor, rhetorica ad Herennium 2.13.19:

Constat igitur (sc. ius) ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto. ... Consuetudine ius est id quod sine lege aequae ac si legitimum sit usitatum est. ...

(그러므로 법은 이러한 부분들로 구성되어 있다. 즉 자연법, 법률, 관습법, 판례, 善과 正義, 협약. ... 관습법은 법률이 없을 때 법률에 의한 것처럼 관행된 것이다.)

(1980), 105-126, 117 mit n.62.

- 28) 성문법과 관련한 정당화 근거로서의 계약사상 일반에 관한 심층적인 분석은 Okko Behrends, "Der Vertragsgedanke im römischen Gesetzesbegriff auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Der erfragte Wille der Wehrgemeinde, die Fortbildung der Rechtsordnung durch die Bürgervertretung und die Ideologie des Gesetzgebungsauftrags", in: Okko Behrends und Christian Starck (Hg.), *Gesetz und Vertrag I* (2004), 9-90.

Tertullianus, de corona 4.6:²⁹⁾

Consuetudo autem etiam in civilibus rebus pro lege suscipitur cum deficit lex; nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat.

(그런데 관습법은 또한 시민의 법문제에 있어서도 법률이 흠결된 경우 법률로 인정된다. 그리고 성문법에 의거하는가 이성에 의거하는가는 차이가 없는데, 이성은 또한 법률도 보살피기 때문이다.)

(5) 어떤 관습이 성문법에 대한 관계에 있어서 과연 어떠한 지위에 놓이는 것인가, 즉 성문법 외적인 관습법으로 인정될 수 있는 것인가 아니면 성문법규에 반하여 승인할 수 없고, 그 결과 단순한 사실인 관습에 불과한 것인가 하는 여부의 판단은 권위 있는 심급의 몫이다. 로마의 경우 법률가법의 필터를 통하여 이러한 확인작업이 이루어졌음에 틀림이 없다. 지방의 관습과 관련하여 사법절차를 통한 확인을 거쳐야만 한다는 ©의 언명도 관습법인지의 여부까지를 포함하는 취지일 것이다. 이런 의미에서 관습법의 확인이란 이론상으로는 기존상태의 조사·검증을 통하여 그 존부의 판단이 이루어지는 진정한 의미의 확인이지만, 실천적으로는 그러한 확인작업을 수행하는 권위 심급의 확인이 없는 한 사실상 관습법의 존재를 확정적으로 원용하는 것이 어렵다는 점에서는 말하자면 관습법의 ‘창출’에 해당한다고 할 것이다. 법학고전기 로마의 경우 법률가법으로 인하여 관습법의 존재를 부인하는 연구자들의 견해에는 —관습법에 대한 근본적인 정치적 태도와는 별개로— 아마도 이처럼 관습법 일반에 공통된 특수한 사정에 대한 고려가 암암리에 작용하지 않았을까 생각된다. 다른 한편으로 관습법에 대한 법률가들의 정치적 태도가 관습법의 존부에 대한 그들의 판단에 어떠한 결정적인 영향을 미칠 수 있는지를 극명하게 보여주는 역사적 선례는 주지하듯이 무엇보다도 서양 중세의 교회법이다.³⁰⁾ 사회 개혁의 가치를 내건 교회의 입장에서 기존 관습법의 존재는 많은 경우 걸림돌이었고, 그 결과 “훌륭한 옛 법”만이 관습법의 자격이 있다는 논리로써 많은 관습(법)을 배제하고 교회의 입장을 관철시키고자

29) Jean Gaudemet, "Coutume et raison en droit romain. À propos de C.J. 8.52.2", in: *RHD* 17 (1938), 141-171 = *Études de droit romain, I: Sources et théorie générale du droit* (1979), 31-63, 55f. n.5. (앞으로 Gaudemet의 경우 논문선집으로 인용한다)

30) Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), 145; H. Krause, "Gewohnheitsrecht", in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I (1971), 1675-1684, 1677; 1680.

했던 것이다. 관습법의 이해에 있어서 흔히 등장하는 “훌륭한, 좋은 옛 법”이라는 어구의 기능적 역할이 관습법에 친화적인 권위 부여가 아니라, 관습법의 권위에 대한 배격을 도모했던 것이라는 이러한 역사적 경험은 시사하는 바가 적지 않다. 중세 교회법과 달리 로마의 법률가들의 경우 *consuetudo*에 관한 그들의 서술에서는 어떠한 價値負荷의 관념(“훌륭한, 좋은”)도 발견되지 않는다. 장기의 관행과 만인의 동의라는 사실 차원의 확인, 그 이상도 그 이하도 아니다. 물론 “만인의 동의”라는 관념 속에는 어떤 관행에 대한 법공동체 성원들의 가치판단이 내포되어 있음에 틀림이 없지만, 어쨌든 관습법의 존부를 판단하고 있는 법률가들의 시각은 이 모든 것을 포함하여 철저하게 관습법의 존재양태가 요구하는 객관적인 이론적 태도를 견지하고 있는 것이다. 이런 점에서 로마인들의 경우 이론과 실천이 명실상부하게 부합하고 있음이 이채롭다고 할 것이다. 그리고 이를 통하여 비록 법률이 가장 분명하고 유력한 法源임을 전제하고 있으면서도 이것이 유일한 법원이 아님을 역시 마찬가지로 분명하게 천명하고 있는 것이다. 앞서 로마인들의 법원론을 살피면서 그들의 표현이 그리스의 이론에까지 소급할 수 있음을 지적하였지만, 법에 대한 근본적인 관념 자체를 그리스로부터 차용했다고 볼 수는 없을 것이다. 이미 가이우스가 설파했듯이 인류의 모든 법공동체에는 — 더욱이 시대를 거슬러 올라가면 갈수록 필연성의 정도를 더해가면서— 제정법률 외에 관습법을 포함하여 다양한 법원이 존재할 수밖에 없다는 사실을 로마의 법률가들만이 몰랐다는 것은 도저히 믿을 수 없는 주장이기 때문이다.

(6) 기대 가능한 내용이지만, 관습은 정착된 판례³¹⁾와 더불어 법률 해석의 기준이 된다(f, cf. g, h, a).

(7) 로마법 연구자들에 의하여 가장 많이 공격받은 것이 a) 말미의 이른바 관습적 불사용(*desuetudo*)을 언급한 부분이다. 그러나 대체로 관습법의 존재를 부인하는 바탕 위에서 그 배면인 *desuetudo* 역시 부인하는 이러한 견해에는 찬동하기 어렵다. 로마인들의 법률에 대한 태도로 미루어 볼 때 불사용에 의한 법률의 폐기는 자연스러운 현상이었기 때문이다.³²⁾

31) Cf. Max Kaser, "Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht", in: *Festschrift für Fritz Schwund zum 65. Geburtstag* (1978), 115-130 = 同, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen* (1986), 42-64. (앞으로 Kaser의 경우 논문선집 이전의 원래 논문으로 인용한다)

32) 졸저, *로마法研究(I)* (1995), 82ff.; Kunkel/Selb, *Römisches Recht* (4. Aufl. 1987), 3 n.3

끝으로 부언할 것은 오랜 관습이라고 해서 로마인들이 그에 대해 무조건적인 찬동의 태도를 취한 것은 물론 아니라는 점을 상기해야 한다는 것이다. 이것은 가령 2세기 후반의 劍鬪士 공연 비용 절감에 관한 한 원로원의결의 제안 의견에서 잘 드러난다.

Senatusconsultum de sumptibus ludorum gladiatorum minuendis, lin.25 (a.176/178)(FIRA I, n.49, p.94-300, 296):

quod, cum excusatum esset retinerent quae ali instituissent et quae longa consuetudo confirmasset, tamen olli peraeque nequaquam sectae suae congruere arbitrati sunt male instituta seruare et quae turpiter seruanda essent instituere.

(다른 사람들이 배풀었고 장기의 관습이 인정한 것을 유지하는 것은 면책되는 것임에도 불구하고 악한 제도를 보존하고 부도덕하게 보존해야만 하는 것을 배푸는 것은 저들이 꼭 한가지로 결코 자신들의 主義에 부합하지 않는다고 생각한 한)

2. [附論] Glück의 관습법론

이 대목에서 참고자료로 삼고자 사비니 이전의 로마법 연구의 종결판이라고 평가되는 글뤽(Glück, 1755-1831)의 관습법론의 골격을 소개하기로 한다.³³⁾ 주의할 것은 이 학설도 로마법이 순수한 학문적 연구의 대상에 불과한 것이 아니었던 모든 시대의 법학 교설의 속성상 고대 로마법의 진상을 드러낸다고보다는 시대적 제약 속에서 당대인의 관심방향과 시각으로³⁴⁾ 로마법에 의탁하여 발전시킨 당대의 이론이라는 점이다.

Glück이 제시하는 관습법의 요건은 다음과 같다.

- ① 數多한 행동이 필요하다.
- ② 臣民(sic!)의 행동은 同樣이어야 한다. 즉 모든 행동이 단일한 규칙에 따라 수행되었어야만 한다.

(Qu.).

33) Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar*, Erster Theil (Zweite durchgängig verbesserte und vermehrte Ausgabe, 1797), ad Lib. I, Tit. III, p.427-521, 454-475.

34) Glück (위 주 33), 427-430.

- ③ 이 행동들은 건전한 이성에도, 공익에도 위반해서는 안 되고, 이 행동들이 따르는 규칙이 명시적인 법률로 공포될 수 있을 수 있을 그런 성질이어야만 한다.
- ④ 이 행동들은 도덕적 필연성이라는 생각을 가지고(ex opinione obligationis) 수행되었어야만 한다.
- ⑤ 관습법의 확인을 위해서는 또 長期의 시간(diuturnitas temporis)이 덧붙여져야만 한다.
- ⑥ 법적 관습이 유발될 행동들은 공개적으로, 즉 그들 사이에서 구속력 있는 규범이 발생하게 될 臣民들 자신 및 입법자가 이것을 알 수 있는 방식으로 행해져야만 한다.

위에서 소개한 우리나라 헌법재판소의 견해가 이미 다 반영되어 있음을 알 수 있다.

V. Mos maiorum: 로마의 祖宗成規

1. 법사료

이미 지적했듯이 *consuetudo*는 한편으로는 단순히 사실인 관습을, 다른 한편으로는 그를 뒷받침하는 만인의 규범의식과 결합하여 승인된 관습법을 의미하였다. 반면에 *mos / mores*는 법률가들의 논변에서 어떤 당위적 사태에 대한 발생근거의 하나로 원용되고 있어서 그 常規性이 처음부터 전제되고 있는데, *consuetudo*의 경우 정당화 근거가 만인의 동의라고 한다면, 이 경우에는 祖先(*maiores*)에 의한 정립이다. 즉 祖宗成規이기 때문에 규범력이 있다는 것인데, 이때에도 현실적으로 어떤 것이 구체적으로 이에 해당하는지를 판단하는 것은 법률가들의 몫이다. 따라서 그 구성요건이 *consuetudo*와 다르기는 하지만, 정확히 오늘날 관습법 이론이 전제하는 두 요건, 즉 *longus usus* (장기의 관행) + *opinio necessitatis* (규범의식)을 충족시킨다는 점에서 관습법이다. 물론 이때에는 구속적 규범의식의 측면이 상대적으로 더 강하게 반영되므로 관행의 장기성은 실제로 문제가 되지 않았다. 로마 법률가들의 표현에서 *mos maiorum*에는 *consuetudo*와 달리 별도의 수식어가 붙지 않는다는 사실이 이를 증명한다. 그럼 이제 구체적 사례를 살펴보기로 하자.

- (1) 가장 먼저 눈에 띄는 것은 로마 공화정의 세 중심축 중 하나였던 정무관과

관련하여 그 사법권(iurisdictio)과 그 위임에 관한 규율을 祖宗成規에서 찾고 있다는 점이다. 이 점에서 祖宗成規는 不文의 헌법적 제도와 밀접히 관련된 규범체였음을 알 수 있다.³⁵⁾

D.1.1.11 Paulus libro quarto decimo ad Sabinum

... ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.

(법무관이 자신의 大權의 존엄을 유지하고 또 祖宗成規를 유지한 채로 법(ius)을 선언하기로 결정하는 곳은 어디든지 그 장소는 정당하게도 법정(ius)이라고 불린다.)

D.5.1.12.1 Paulus libro septimo decimo ad edictum

Iudicem dare possunt, quibus hoc lege vel constitutione vel senatus consulto conceditur. lege, sicut proconsuli. is quoque cui mandata est iurisdictio iudicem dare potest: ut sunt legati proconsulum. item hi quibus id more concessum est propter vim imperii, sicut praefectus urbi ceterique Romae magistratus.

(심판인을 부여할 수 있는 것은 이 권한이 법률 또는 칙령 또는 원로원의결에 의하여 인정된 자들이다. 법률에 의한 자는 프로콘술들이 해당된다. 사법권이 위임된 자도 심판인을 부여할 수 있다. 프로콘술들의 代官들이 그렇다.³⁶⁾ 또 成規에 따라 大權의 힘에 의하여 권한이 인정된 자들도 마찬가지이다. 도시장관 및 기타 로마의 정무관들이 해당된다.)

D.1.21.1.1 Papinianus libro primo quaestionum

Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandavit, iurisdictione utitur. verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire: quare nemo dicit animadversionem legatum proconsulis habere mandata iurisdictione. Paulus notat: et imperium, quod iurisdictioni

35) 상세는 Okko Behrends, "Ius und ius civile. Untersuchungen zur Herkunft des ius-Begriffs im römischen Zivilrecht", in: *Symptica Franz Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata* (1968), 11-58, 25ff.

36) 同旨 D.1.16.12 Paulus libro secundo ad edictum.

Legatus mandata sibi iurisdictione iudicis dandi ius habet.

cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

(위임된 사법권을 받은 자는 고유한 사법권을 가진 것이 아니라 위임한 자의 사법권을 행사하는 것이다. 즉 祖宗成規에 따르면 사법권은 참으로 이전될 수가 있지만, 법률에 의하여 부여되는 純粹大權은 이전될 수 없음이 더 옳기 때문이다. 그런 고로 아무도 死刑處斷權을 프로콘술의 代官이 위임된 사법권에 기하여 갖는다고 말하지 않는다.³⁷⁾ 파울루스의 주: 사법권에 결부된 명령권도 사법권이 위임되면 이전한다는 것이 더 옳다.)

D.2.1.5 Iulianus libro primo digestorum

More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet:

(祖宗成規에 의하여 사법권은 이를 자신의 권한으로써 가지고 타인의 施與로써 가지는 것이 아닌 자만이 위임할 수 있다고 규율되었다.³⁸⁾)

(2) 祖宗成規가 정하는 정무관직에 대한 또 다른 규율은 이들을 법정에 소환하는 것이 금지된다는 것이다. 이 점은 이들을 상대로 법정소환을 실시하지 못한 일반인에게 나중에 소환가능한 상태가 되었을 때로부터 1년 내에 소권의 원상회복(in integrum restitutio)을 허용하는 법무관의 고시를 통하여 확인된다.³⁹⁾

D.4.6.26.2 Ulpianus libro duodecimo ad edictum

Ait praetor: 'aut cum eum invitum in ius vocare non liceret neque defenderetur'. haec clausula ad eos pertinet, quos more maiorum sine fraude in ius vocare non licet, ut consulem praetorem ceterosque, qui

37) 同旨 D.1.16.6.pr Ulpianus libro primo de officio proconsulis.

Solent etiam custodiarum cognitionem mandare legatis, scilicet ut praeauditas custodias ad se remittant, ut innocentem ipse liberet. sed hoc genus mandati extraordinarium est: nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam vel cuius alterius coercionis ad alium transferre, nec liberandi igitur reos ius, cum accusari apud eum non possint.

D.50.17.70 Ulpianus libro primo de officio proconsulis.

Nemo potest gladii potestatem sibi datam vel cuius alterius coercionis ad alium transferre.

38) 同旨 D.1.21.5 Paulus libro octavo decimo ad Plautium.

Mandatam sibi iurisdictionem mandare alteri non posse manifestum est.

39) D.4.6.1.1 Ulpianus libro duodecimo ad edictum.

... earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit.

imperium potestatemve quam habent. sed nec ad eos pertinet hoc edictum, quos praetor prohibet sine permissu suo vocari, quoniam aditus potuit permittere: patronos puta et parentes.

(법무관 曰: ‘또는 그를 의사에 반하여 법정에 소환하는 것이 허용되지 않고 방어도 되지 않았으므로’. 이 조항은 祖宗成規에 의하여 불법 없이는 법정에 소환하는 것이 허용되지 않는 자들에 관한 것인데, 大權이나 기타 직권을 가진 집정관, 법무관 기타 인사들이 해당한다. 그러나 이 고시는 법무관이 자신의 허가 없이 소환되는 것을 금한 사람들에게는 관계되지 않는데, 왜냐하면 법무관은 신청을 받으면 허가할 수 있었기 때문이다. 가령 舊주인과 부모가 그 예이다.)

(3) 로마인들은 존속살인범 처벌의 경우에도 그 처벌 방법의 세부적 규율의 유래를 *mos maiorum*에서 찾았다. 형벌의 정당화에 *mos maiorum*이 원용되는 것은 후술하듯이 제정기 문필가들의 특징이기도 하지만, 적어도 다음의 모데스티누스가 보여주는 바와 같이 성문법에 규정이 없는 상태에서 고래로 유지된 독특한 처벌규율의 성격규정으로서는 祖宗成規를 원용하는 것 이상의 더 나은 방법도 찾아보기 어려웠을 것이다.

D.48.9.9.pr-1 Modestinus libro duodecimo pandectarum

Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur. hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur secundum divi Hadriani constitutionem.

(1) Qui alias personas occiderint praeter matrem et patrem et avum et aviam (quos more maiorum puniri supra diximus), capitis poena plectentur aut ultimo supplicio mactantur.

(존속살인의 형벌은 祖宗成規에 의하여 이렇게 정해졌다. 즉 존속살해범은 빗빛 杖으로 매질한 후 포대에 개, 수탉, 독사, 원숭이와 함께 넣어 꿰맨 다음 이 포대를 깊은 바다로 던진다. 이것은 바다가 가까운 경우 그런 것이다. 그렇지 않은 경우에는 神皇 하드리아누스의 칙령에 따라 맹수들에게 던져진다.

[1] 어머니, 아버지, 할아버지, 할머니 (이들을 살해한 자는 祖宗成規에 따라 처벌된다고 위에서 이야기하였다) 외의 다른 사람들을 살해한 자들은 사형으로 처벌되거나 극단적인 처벌로 처단된다.)

(4) 인륜적 풍습과 관련한 사례도 전해지는데, 다름 아닌 남편을 여윈 부인이 일정한 居喪期間을 준수해야 한다는 것이다. 전해지는 개소는 애도를 받을 가치가 없는 남편의 경우에도 이 기간이 지켜지도록 법무관이 간여했다는 내용인데, 물론 그 취지는 재혼으로 인한 혈통의 분란을 방지하기 위한 것이었다.⁴⁰⁾

D.3.2.11.1 Ulpianus libro sexto ad edictum

Etsi talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vir elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.

(비록 남편이 祖宗成規에 의하여 哀悼해서는 안 되는 그런 자라 할지라도 부인은 법정의 기간 내에 혼인할 수 없다. 왜냐하면 법무관은 남편이 애도되었을 그 기간에 의거하였기 때문인데, 남편이 애도되는 것은 피의 혼란 때문인 것이다.)

명시적으로 *mos maiorum*을 원용하여 실시하고 있는 개소로서 학설회찬에서 발견할 수 있는 것은 이상의 것들이 전부이다.

(5) *Mos*가 명시적으로 로마와 결부되어 원용된 경우로는 두 사례가 전해진다. 그 중 하나는 후견제도에 관련된 것이다. 로마법의 근간에 속하는 후견제도는 행위무능력자에 대한 보호를 위한 것으로, 오늘날에까지 전수된 기본법제 중의 하나이다. 그 중에서도 피후견인은 후견인의 助成(*auctoritas*)이 없이는 의무를 부담하지 않는다는 기본규율의 유래를 로마인들은 로마의 成規(*mos nostrae civitatis*)에서 찾았다. 이것 역시 어휘만 다를 뿐 *consuetudo*와는 구별되는 규범적 효력을 전제한 표현으로서 *mos maiorum*과 같은 것이다.

D.29.2.8.pr. Ulpianus libro septimo ad Sabinum

More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate

40) 반면에 국가적 차원의 경축행사(이 경우 國泰民安을 비는 百年祭)를 맞이하여 이 기간을 단축시키는 것도 선량한 풍속이고 습속이었다.

Edictum XVvirum sacris faciundis de luctu feminarum minuendo per ludos saeculares (a. 17 BC) lin.110 (FIRA, I, n.57, p.317-318): Cum bono more et proinde celebrato frequentibus exemplis, quandocumque iusta laetitiae publicae causa fuit, minui luctus matronarum placuerit.

obligari possunt: hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est. de ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae.

(우리나라의 成規에 의하여 피후견남도 피후견녀도 후견인의 조성이 없이는 구속될 수 없다. 그런데 상속재산이 비록 그것이 자력이 없을지라도 우리를 부채로 구속하지 못한다는 것은 명명백백한 사실이다. 그런데 우리가 언급하는 상속재산은 이러한 종류의 사람들이 필연상속인으로서 상속하는 것이 아닌 상속재산이다.)

(6) 다른 하나는 시민법상의 하루(*dies civilis*)를 규정하는 기술적인 방식에 관한 것인데, 이때 사용된 표현은 로마의 成規(*mos Romanus*)이다. 겔리우스 등이 전하는 하루를 규정하는 방식을 둘러싼 비교법적 논의—아테네인들은 日沒에서 다음 日沒까지, 바빌로니아인들은 日出에서 다음 日出까지, 움브리아인들은 正午에서 다음 正午까지를 하루로 보았다—와 생일이나 부재(公務不在, 三夜不在 [*trinocium*]) 여부 등을 둘러싼 바로(*Varro*)나 법률가 퀸투스 무키우스(*Qu. Mucius*)의 논의 등⁴¹⁾으로 미루어 보면 이것은 분명히 *mos maiorum*으로서 법률가들의 관할에 속하는 문제였다. 이 또한 로마인을 구속하는 통일적인 기술규정으로서는 법규범의 효력이 인정되지 않으면 안 되는 문제인 만큼 관습법에 배속시키는 수밖에 달리 방법이 없었을 것이다.

D.2.12.8 Paulus libro tertio decimo ad Sabinum

More Romano dies a media nocte incipit et sequentis noctis media parte finitur. itaque quidquid in his viginti quattuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

(로마의 관습에 의하면 하루는 子正에서 시작하여 다음 밤 子正에 끝난다. 그래서 이 24시간 내에, 즉 두 半夜와 중간의 晝間에 수행된 것은 무엇이든지 임의의 晝間 시간에 수행된 것처럼 취급된다.)

祖宗成規가 원용되는 그밖의 경우들에는 *maiorum*은 생략된 채 *mos / mores*가 단독으로 사용되고 있다(후술 VII 참조).

41) Gellius, *Noctes Atticae* 3.2; Censorinus, *De die natali liber* 23.1-5; Macrobius, *Saturnalia* 1.3 (Varro).

2. Mos maiorum의 기원

그러면 이러한 祖宗成規의 기원은 무엇이고 과연 어떠한 과정을 거쳐서 고전기 법률가들이 아무런 疑念 없이 관습법으로 승인하기에 이르렀을까? 최근의 Blösel의 연구성과⁴²⁾에 따르면 원래 mos maiorum은 그 표현이 사료상 처음으로 확인되는 플라우투스(ca. 250-184년)의 희곡들의 경우 이미 그러한 관념을 희화화할 정도로 로마인들 사이에서는 정착된 모습을 보이고 있는데, 원래 閥族의 자기 가문의 영예를 현양하려는 의도에서 의식적으로 함양되고 현시 내지 과시된 가문의 전통으로서, 이를 통하여 자신들의 로마 국가에서의 역할과 입지 및 권세를 정당화하려던 것이었다. 그리하여 각 가문의 mos maiorum이 모이면 복수인 mores maiorum으로 지칭될 수 있었다. 이것은 귀족 공통의 에토스를 반영하는 것이었다. 그 결과 귀족이 아닌 일반인은 mos maiorum을 원용할 수 없었는데, 그들은 로마적 이해에 따르면 상당하는 maiores (조상들)이 없었기 때문이었다. 이러한 상황에서 가문의 전통을 내세울 수 없는 新人(novus homo)들은 로마 국가에 대한 개개인의 능력에 의한 헌신의 가치를 새로운 정당화의 근거로 내세움으로써 기존의 문벌귀족과의 경쟁에서 핸디캡을 극복하고 우위를 점하려 했는데, 老카토(234-149년)가 그러한 시도를 감행한 최초의 전형적인 인물이었으나 성과는 없었다.⁴³⁾ 그 후 로마의 위기와 더불어 mos maiorum에 반영된 게임의 규칙도 동요되기에 이르렀으며, 웅변가들에 의하여 비교적 융통성 있고 확장가능한 개념으로 이용되기도 하였는바, 수 백 년 된 古로마의 관습이 아니라 겨우 몇 십 년밖에 안 된 관행에도 사용되었다. 개념의 변천에 결정적인 역할은 한 것은 역시 新人이었던 키케로(106-43년)였다.⁴⁴⁾ 그는 고도로 자기 가문의 조상들을 지향점으로 삼았던 귀족들의 행태를 한편으로는 적절히 이용하면서도, 종국적으로는 maiores를 전체 로마 인민(populus Romanus)의 조상으로 의미전환을 꾀함으로써

42) 이하는 Wolfgang Blösel, "Die Geschichte des Begriffes *Mos Maiorum* von den Anfängen bis zu Cicero", in: Bernhard Linke / Michael Stemmler (Hgg.), *Mos Maiorum. Untersuchungen zu den Formen der Identitätsstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik* (2000), 25-97에 의함.

43) Cf. Hans-Joachim Gehrke, "Römischer mos und griechische Ethik. Untersuchungen zum Zusammenhang von Akkulturation und politischer Ordnung im Hellenismus", in: *Historische Zeitschrift* 258 (1994), 593-622 (zu Cato, Scipio Aemilianus und Nomothese).

44) Cf. Heinrich Roloff, "Maiores bei Cicero", in: M. Oppermann (Hg.), *Römische Wertbegriffe* (1983), 274-322.

이제는 그 스스로 maiores로 대변되었던 로마 과거의 영광된 업적들을 거리낌 없이 원용할 수 있게 시도하였다. 이리하여 이제 단일화된 mos maiorum은 국헌의 영역에 있어서, 대외관계에 있어서, 사법제도와 소송절차에 있어서, 종교적 전통에 있어서, 사생활과 문화의 영역에 있어서 중요한 중심개념으로 변모하였다. 이제 mos maiorum은 키케로에게 있어서 가문전통이라는 관념의 엄격한 틀을 결코 벗어버린 것은 아니었지만, 분명히 로마국민의 공유의 관습으로 표상되기에 이르렀다. 그리고 이 개념은 필연적으로 국가에 대한 봉사에서 입증되는 virtus(德, 덕행, 功德)를 본질적 요소로 가지는 것이었다. 새로운 mos maiorum 관념의 확산은 로마적 모범(exempla)을 추구하도록 촉발했던 그리스 체제와의 대결이라는 시대상황에 의하여 더욱 촉진되었다. 그럼에도 불구하고 Blösel의 결론은 mos maiorum은 결코 로마의 일반국민을 위한 지침이 아니었고, 항상 자기 가문의 조상이든 키케로의 경우처럼 스스로 선택한 조상(“geistige maiores”)이든 조상을 지향점으로 삼는 엘리트계층의 에토스였다는 점이다.⁴⁵⁾ 그리고 세력가들이 그 전통 내의 모범을 추구하는 것이 아니라, 전혀 없던 행동들, 말하자면 ‘새로운 모범들’(nova exempla)을 만들기 시작하면서 이것은 mos maiorum의 몰락을 의미할 수밖에 없었다고 평가한다.

이 과정의 말하자면 주체였던⁴⁶⁾ 아우구스투스의 원수정 확립은 그 자신이 자신의 行狀錄(Res gestae)에서 밝히고 있듯이 “어떤 정무관직도 祖宗成規에 반하여 제공된 것은 수락하지 않았다”⁴⁷⁾는 변명으로써 도둑이 제 발 저린 격(Qui s'excuse, s'accuse!)임을 드러내었다. 공화주의자로 유명한 법률가 라베오가 아우

45) Cf. Dieter Nörr, "Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie", in: *Festschrift für W. Felgentraeger* (1969), 353-366, 357 = 同, *Historiae Iuris Antiqui. Gesammelte Schriften*, I (2003), 645*-658, 649*: “Für die römische Geisteshaltung ist es charakteristisch, daß zwar das geschichtliche Handeln im 1. Jh. v. Chr. sich faktisch weithin im Kampf gegen alte Traditionen und Wertssysteme vollzieht, daß aber ideologisch die Tradition weiterhin als verbindlicher Maßstab deklariert wird.”

46) Augustus, res gestae 8.5:

Legibus novis me auctore latis multa exempla maiorum exolescentia iam ex nostro saeculo reduxi et ipse multarum rerum exempla imitanda posteris tradidi.

47) Augustus, res gestae 6.1:

Consulibus M. Vinicio et Q. Lucretio (BC 19) et postea P. Lentulo et Cn. Lentulo (BC 18) et tertium Paullo Pabio Maximo et Q. Tuberone (BC 11) senatu populoque Romano consentientibus ut curator legum et morum summa potestate solus crearer, nullum maigstratum contra morem maiorum delatum recepi.

구스투스의 치하에서 호민관들에 의해 소환되자 祖宗成規에 따르면 그들은 체포권은 있을지언정 소환권은 없다고 항변하면서 소환을 위해 파견된 자를 감히 돌려보냈다는 일화⁴⁸⁾ 역시 *mos maiorum*의 정치적 기능을 잘 보여준다. 원수정이 지나면서 이미 티베리우스의 치세에 과거 귀족 가문들의 자기 현시의 전통적 수단이었던 거창한 장례식(*pompa funebris*)도 皇帝家에 전적으로 유보되기에 이르렀고, 이미 타키투스(ca. 55-116/20년)에게서도 이 어구는 극도로 드물게만 사용되었는데, 그마저도 오로지 死刑과 관련해서만이였다.⁴⁹⁾ 황제정과 더불어 *mos maiorum*의 본을 따라 발휘할 *virtus*를 위한 여지도 더 이상 존재하지 않게 되었다. 요컨대 로마 귀족의 에토스로서 *mos maiorum*은 기원전 1세기에 이르기까지 높은 정당화적·기술적 힘을 가지고 있었고,⁵⁰⁾ 위기에 빠진 후로 키케로에 의해

48) Gellius, *Noctes Atticae* 13.12.1-4:

(1) In quadam epistula Atei Capitonis scriptum legimus Labeonem Antistium legum atque morum populi Romani iurisque civilis doctum adprime fuisse. (2) ‘Sed agitabat’ inquit ‘hominem libertas quaedam nimia atque vecors usque eo, ut divo Augusto iam principe et rem publicam obtinente ratum tamen pensumque nihil haberet, nisi quod iussum sanctumque esse in Romanis antiquitatibus legisset.’ (3) ac deinde narrat, quid idem Labeo per viatorem a tribunis plebi vocatus responderit: (4) ‘Cum a muliere’ inquit ‘quadam tribuni plebis adversum eum aditi <in> Gallianum ad eum misissent, ut veniret et mulieri responderet, iussit eum, qui missus erat, redire et tribunis dicere ius eos non habere neque se neque alium quemquam vocandi, quoniam moribus maiorum tribuni plebis pansionem haberent, vocationem non haberent; posse igitur eos venire et prendi se iubere, sed vocandi absentem ius non habere.’

49) Tacitus, *Annales* 4.30.1; 14.48.2; 16.11.3; *Historiae* 4.42.6. 타키투스뿐 아니라 제정기의 문필가들에게는 일반적으로 *mos maiorum*은 무엇보다도 형벌의 정당화에 원용되었다. 가령 Gellius, *Noctes Atticae* 6.15.pr; 11.1.4; Suetonius, *Nero* 49.2; *Domitianus* 11.2; Apuleius, *Metamorphoses* 10.11; 또한 전술한 Mod. D.48.9.9.pr-1.

50) Blösel은 지적하고 있지 않지만, 기원전 92년의 그리스어 수사학 교습에 반대한 호구 총감 고시(Wenger [위 주 26], 240 mit n.56)는 이러한 양상에 대한 하나의 예가 될 수 있다.

Gellius, *Noctes Atticae* 15.11.2 ≍ Suetonius, *de rhet.* c. 1 (FIRA, I, n.52, p.305-306): Aliquot deinde annis post id senatusconsultum Cn. Domitius Ahenobarbus et L. Licinius Crassus censores de coercendis rhetoribus Latinis ita edixerunt: Renuntiatum est nobis esse homines, qui novum genus disciplinae instituerunt, ad quos iuventus in ludum conveniat; eos sibi nomen inposuisse Latinos rhetoras; ibi homines adulescentulos dies totos desiderare. Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent neque recta videntur. Quapropter et his, qui eos ludos habent, et his, qui eo venire consuerunt, visum est faciendum, ut ostenderemus nostram sententiam nobis non placere.

흥미 있는 것은 그리스인 철학자와 수사학자의 추방을 결정하여 유사한 조치에 속하는 기원전 161년의 원로원의결에서는 “*res publica*(國益)와 *fides sua*(公信)”가 원용되

이제 확대된 엘리트 지도층의 理想으로 현양되었지만, 옛 로마 귀족정치의 종언을 살아 넘지 못하였다. 이제 이렇게 해서 남은 것은 내용 없는 어구의 껍질이었다. 그러나 그럼에도 불구하고 이 어구는 일정한 습속을, 비록 이것들의 본래의 기원이 당시에는 더 이상 의식되지 않았을지라도, 설명하기에는 충분할 정도의 의미는 내포하였던 것으로 보인다. 이상이 Blösel의 연구결과인데, 매우 타당한 것으로 생각된다.

앞서 살펴본 법률가들에 의한 祖宗成規의 지시는 바로 그 가장 두드러진 증거임과 동시에 또한 법률가들에게서도 이미 현실적 의미를 상실한 극소수의 사례들만이 전승된다는 사실이야말로 이것이 더 이상 고전기 로마에서 실천적 힘을 갖는 인자가 아니었다는 점에 대한 강력한 증거이기도 하다.⁵¹⁾ 그런 의미에서는 *mos maiorum*을 관습법이라고 성질결정하더라도 실익은 없다고 할 것이다. 다음의 학설회찬의 개소는 이런 현실에서 로마의 법률가가 본 古來의 전통에 대한 비판적 시각과, 동시에 실용성에 기초한 보수적 태도⁵²⁾를 전해주는 것이리라.⁵³⁾ 모든 것을 바꾸어야만 한다는 강박증과 조급증이 국민 정서에서 여유를 앗아가고 있는 오늘날 로마인들처럼 조상님들이 정하신 것이라는 단지 그 이유만으로도 한번쯤 그냥 내버려두고 그때까지 파악 못한 그 제도나 법규의 존재이유를 차분히 더 궁구해 보는 자세는 정녕 무의미한 것일까? 몽테스키외의 『법의 정신』의

고 있다는 점이다. 이러한 사실은 일응 *mos maiorum*에 대한 어떤 시사점을 제공한다고 할 것이다.

Gellius, *Noctes Atticae* 15.11.1 = Suetonius, *de rhet.* c. 1(FIRA, I, n.32, p.247):

C. Fannio Strabone M. Valerio Messala *cos.* *senatusconsultum de philosophis et de rhetoribus factum est: M. Pomponius praetor senatum consuluit. Quod verba facta sunt de philosophis et de rhetoribus, de ea re ita censuerunt, ut M. Pomponius praetor animadverteret curaretque, uti ei e re publica fideque sua videretur, ut Romae ne essent.*

- 51) 특히 법무관은 자신의 대권을 근거로 시민법을 실질적으로 변경하는 결정을 할 수가 있었고, 이것은 확인된 *mos maiorum*에 정면으로 반하는 결정을 할 수도 있었음을 의미할 뿐 아니라, 실제로도 그러한 예들이 있었다. 그러나 본고에서는 이 측면은 논하지 않는다.
- 52) 이를 잘 보여주는 예가 정책입법들의 경우에도 활용되었던 불완전법률들(*leges imperfectae*)이다. 이 범주의 법률 및 그에 준하는 것들은 법률효과 면에서 아무런 규제를 가하지 않고 사법당국의 전래적인 운용방식에 맡겼던 것이다. Alfons Bürge, *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung. Eine Einführung* (1999), 39 (m. Lit.).
- 53) 두 개소의 *ratio* 이해와 그에 대한 상반된 경향 등 상제는 Theo Mayer-Maly, "Juristische Reflexionen über ius II", in: *SZ* 119 (2002), 1-28, 17ff.

한 章題(제19권 제6장: Qu'il ne faut pas tout corriger “모든 것을 교정해서는 안 된다는 것”)가 자꾸 머리에 떠오르는 시절이다.

D.1.3.20 Iulianus libro quinquagensimo quinto digestorum

Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.

(조상님들에 의하여 법으로 정해진 모든 것들에 대하여 이성적 근거를 제시할 수 있는 것이 아니다.)

D.1.3.21 Neratius libro VI membranarum.

Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.

(그래서 법으로 정립된 것들의 이성적 근거들이 조사되지 않는 것이 마땅하다. 그렇지 않으면 확실한 것들의 많은 것이 전복될 것이다.)

그러면서도 다른 한편으로 적어도 고전기 법률가들의 경우 키케로의 경우와는 달리 정치적·이데올로기적 차원은 아주 뒷전으로 물러나 있다. 그들이 *mos maiorum*에 기원하는 것으로 성격 규정한 일정한 구체적인 법제도나 범형상 또는 법규칙들은 아주 초기부터 존재했던 로마의 법체계에서 유래하였다. 법규범의 연원은 관심거리가 아니었다. 규칙과 제도가 항상 조상의 관습법 속에 확립되어 있었다는 것으로 충분하였다.⁵⁴⁾

이 지점에서 하나의 의문이 제기된다. 것처럼 심지어는 순전히 기술적이기까지 한 아주 구체적인 법규만이 문제되고 있으면서, 그것들이 父祖의 관습에 기원한다는 것은 도대체 어떻게 가능한 일인가? 여기서 한 가지 분명해지는 사실은 적어도 법률적인 차원에서만 보자면 이때 *maiores*는 철저하게 법률가일 수밖에 없다는 점이다. 그렇다면 옛 법률가들의 결정을 오늘날의 법률가들이 그 지속적인 효력에 있어서 긍정하는 셈이다. 이른바 祖宗成規에 있어서 처음부터 규범적 차원이 문제되는 것은 바로 이런 이유 때문이다. 그렇기에 법률가들이 아니라 일반

54) A. Arthur Schiller, *Roman Law: Mechanisms of Development* (1978), 257; Max Kaser, "Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre", in: *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I (1978), 101-123, 111 = 同, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen* (1986), 9-41; Gunther Dietrich Gade, *Donationes inter virum et uxorem* (2001), 69f.

인들이 주체로 상징되는 *consuetudo*적 의미의 관습법을 기준으로 삼을 때 이것이 과연 관습법인지 의문이 제기될 수 있는 것 또한 이런 이유 때문이었다. 그렇다면 수많은 법규들 중 하필이면 특정한 몇몇 경우들에 한하여 그렇게 해야만 했던 이유는 무엇이었을까? 법률가들이 어떤 내용을 그 결과가 같음에도 불구하고 굳이 언급하는 경우란 십중팔구 그 논증의 길이 다르기 때문이다. 최고법원이나 헌법재판소의 결정에서 별개의견이 존재하는 이유이다. 바로 이 맥락에서 오키 베렌츠(Okko Behrends)가 제시하는 최근의 새로운 학설이 주목된다.⁵⁵⁾ 그에 의하면 이러한 작업이 필요했던 것은 고전기 前의 자연법적 법학이 법으로 정립했던 바를 고전기의 문명법적 법학이 변화된 새로운 규범이론의 틀 속에서 새로운 논거로써 수용하는 과정에서 특별한 法源範疇로 동원되었다는 것이다. 그의 표현을 직접 들어 본다.

“Es war die eigentliche Aufgabe der spezifisch jurisprudentiellen Rechtsquellenkategorie des *mos maiorum*, den vorklassischen Regeln, deren naturrechtlich-spekulative Begründung nicht mehr trug, deren Anwendung aber auch unter den neuen Vorzeichen für wohltätig gehalten wurde, eine neue Grundlage zu geben Die Grundlage dieses (neuformulierten) Gewohnheitsrechts fand sich eben nicht, wie man unbefangener- oder naiverweise erwarten würde, im Rechtshandeln des Volkes selbst, sondern in den Normen einer älteren Rechtswissenschaft, die sich, als sie an der Herrschaft war, mit ihren naturrechtlichen Prämissen durchzusetzen gewußt hatte.”(S.87)

이 과정에서 그는 *mos maiorum*의 독일어 번역어로는 *Gewohnheitsrecht*(“관습법”)을, *consuetudo*의 번역어로는 *Gewohnheit des Rechts*(“법관습”)를 사용하고 있다. 이러한 번역어가, 가령 최근 들어 만민법(*ius gentium*)에 대한 신조어로서 종전의 *Völkerrecht*를 대체하는 어휘로서 성공적으로 채택된 *Völkergemeinrecht*처럼, 독일학계에서 정착될지는 더 두고 볼 일이다. 관건은 무엇보다도 로마법학의 발전양상에 관한 대단히 복합적인 논증과정에 기초한 그의 거시 이론⁵⁶⁾의 타당성 여부와 이를 특히 관습(법)과 관련지어서 입론하고 있는 그의 博覽強記한 설

55) Behrends (위 주 11), 21ff.; bes. 84ff.

56) 일응의 간단한 소개는 Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht* (17. Aufl. 2003), 5f.

시의 타당성 여부이다. 이를 검토하는 것은 본고의 범위에서는 불가능에 가깝기 때문에 기본 아이디어를 소개하는 것으로 만족할 수밖에 없다. 그 중 다른 하나는 지적한 두 법학 조류가 고전 성기에 대타협을 하면서 고전법학에 의하여 생산적 의사원리가 도입되고, 관습법과 관련해서도 법을 정립하는 생산적인 인민의 의사를 인정하기에 이르렀다는 것이다. 이것이 큰 변화인 것은 원래 개인적 인간 이성을 통하지 않고서 법을 창출할 수 있는 객관적 원리의 法源性을 알지 못했던 고전법학이 율리아누스의 손을 거치면서 고전법학의 제도적 범사고가 前古典法學의 원리적 범사고를 수용한 결과이기 때문이다.⁵⁷⁾ 일단 그가 들고 있는 예들(부부간 증여 금지, 부부간 절도 배제,⁵⁸⁾ 은행조합원의 연대책임, 무유언상속에서의 女系 배제)⁵⁹⁾은 그의 논리를 뒷받침하는 것으로 이해될 수 있으나, 그밖의 다양한 다른 모든 경우들(후술 VII 참조)이 과연 그렇게 해석될 수 있을 것인지는 더 살펴보아야 할 과제이다.

VI. 지방의 관습(법)

지금까지 살펴본 것은 로마의 관습(법)이었다. 지방의 경우에는 어떠하였을까? 이곳에서는 로마의 법률가들이 명시적으로 지방의 관습(법)(*consuetudo loci, mos regionis etc.*)을 언급하고 있는 개소들을 소개하는 것으로 그치기로 한다.⁶⁰⁾ *Mos civitatis* 등에서와 같이 *civitas*가 사용된 경우에는 이 용어가 국가나 도시를 모두

57) Behrends (위 주 11), 95ff. 비교: Dieter Nörr (위 주 45), 363/655*: “Alles dasjenige, was sich einer Regelbildung entzieht, vor allem der weite und wichtige Bereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze, der principles of law im Sinne der angelsächsischen Rechtstheorie, konnte in der Lehre vom Gewohnheitsrecht keinen Ort mehr finden. Seither irrt dieser Bereich bis in die moderne Rechtstheorie hinein ziellos und heimatlos in der Rechtsquellenlehre umher.”

58) D.25.2.1 Paulus libro septimo ad Sabinum.

Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est:

59) Behrends (위 주 11), 85ff. mit n.146.

60) 구체적인 지명이 등장하는 경우의 예로는 *Lex colonis fundi villae magnae data ad exemplum legis Mancianae* (a.116 vel 117)(FIRA, I, n.100, p.484-490 (*consuetudo Manciana*))

의미할 수 있어서 과연 이 용어로 한정된 관습(법)의 지역적 적용범위가 어디까지인지가,⁶¹⁾ 비록 문맥을 고려하면 대체로 밝힐 수 있다고는 하지만, 반드시 분명한 것이 아니므로, 이곳에서는 제외하였다. 또 이곳에 소개한 개소들에서 문제된 것이 단순한 관습을 넘어서는 관습법인지는 더욱 면밀한 고찰을 요할 터인데, 다음 기회로 미루기로 한다.

안토니누스 피우스와 마르쿠스 아우렐리우스 시대에 활동한 것으로 보이는 법률가 파피리우스 유스투스는 포도주 매매에 있어서는 어떠한 계량척을 사용하는가는 당사자들의 자유이고 이것이 마음에 들지 않으면 매도가 강제되지 않는다고 하면서 특히 이것이 지역의 관습에 반하지 않는 경우 그러하다고 지적한다(D.18.1.71).

파피니아누스는 誠意訴訟에서 다루어지는 경우 이자율은 심판인이 계약체결지의 관습에 따라 裁定하되 법률에 위반해서는 안 된다고 실시하고 있다(D.22.1.1.pr). 이자율의 결정에 있어서 지역의 관습을 고려한다는 결정은 율피아누스에게서도 발견된다(D.26.7.7.10; D.30.39.1). 율피아누스는 그밖에도 태아와 영·유아의 보호(D.25.4.1.15) 및 범죄행위 처벌(D.47.11.9), 그리고 계약의 해석(D.50.17.34)과 관련해서도 지역의 관습을 고려하고 있다.

율피아누스와 더불어 고전 후기의 쌍벽이었던 파울루스에 의하면 속주지사는 추수시기를 결정함에 있어서 그 지역의 관습을 따라야 한다(D.2.12.4). 그는 또 市參事會의 투표 규율이 영속적 관습에 반하지 말아야 한다는 것(D.3.4.6.pr)과 시참사회의 소송은 市の 변호인(syndicus)이 지역의 관습에 따라 수행하는 것이 당시의 일반적인 모습(D.3.4.6.1)이라고 밝히고 있다.

끝으로 *consuetudo*로 표현된 것 중에는 로마의 관습도 아니고, 지방의 관습도 아니면서, 장기의 관행에 해당하는 제3의 유형에 해당하는 사례들이 있다는 점을 지적해 두어야 할 것이다. 이것은 로마와 지방 사이의 관계에 있어서 발견되는, 로마가 용인함으로써 지속된 일정한 관행의 영역이다. 이것이 관습법이 아님은 로마가 이 관행에 의하여 구속될 의사가 없다는 사실에서 분명히 드러난다.⁶²⁾

61) 18세기의 용어로 말하자면 보편관습법(*consuetudo universalis*)인지 아니면 限地관습법(*consuetudo particularis*)인지의 여부이다. Vicat (위 주 16), s.v. *Consuetudo*, p.344-346, 344에 의하면 전자는 “*quae in civitate ita viget, ut ad societatem civitate minorum non restringatur*”이고, 후자는 “*quae in societate quae familia quidem major, at civitate minor est, nascitur*”이다.

62) 에켄대 면세특권에 관하여 Tyras 시민에게 보낸 황제의 서한인 *Epistula Severi et*

VII. 각론적 고찰

이제 관습(법)이 원용된 구체적 사례들을 살펴보아야 할 차례인데, 사료의 수가 비교적 많으므로⁶³⁾ 지면관계상 간략하게 어떤 사항이 문제된 경우였는가 하는 것만을 밝히는 방식으로 소개하는 데 그치기로 한다.⁶⁴⁾ 이러한 조치는 이들 사례들에 대한 각론적인 고찰이 관습법에 관한 로마 법률가들의 기본적인 관념을 인식하는 데 총론적 고찰 이상의 정보를 크게 더해 주는 바가 있는 것도 아니므로 본고의 목적상 크게 부당한 것도 아니라고 생각된다. 물론 앞으로 세부적으로 고찰할 기회가 주어지기를 기대해 본다. 이하에서는 굳이 로마와 지방의 구별 없이 사항을 중심으로 서술하기로 한다. 개개의 사안에서 구체적으로 문제된 것이 관행에 불과한 것인지, 비교적 공고한 관습인지, 아니면 더 나아가서 관습법인지는 매 개소마다 면밀히 검토해 보아도 최종적인 확실성을 얻지 못할 수도 있다.⁶⁵⁾ 그러나 어쨌든 이러한 다양성은 관행과 관습의 존재를 입증함은 물론이고, 더 나아가 관습법의 존재도 적어도 매우 개연성이 있었다는 사실을 시사하는 바이다.

관습(법)이 원용된 사안들의 관련사항들은 대체로 오늘날의 범주를 적용하면 거칠지만 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

(1) 공법 부문

<행정법>

- 여자에 공무원직(officia civilia) 금지: Paul. D.16.1.1.1 (mores)
- 공휴일: Ulp. D.1.16.7.pr (mores et consuetudo)
- 추수시기: Paul. D.2.12.4 cit. (consuetudo provinciarum)
- 속주 부임절차: Ulp. D.1.16.4.5 (moris est; consuetudo)

Caracallae ad Tyranos (a.201) lin.3-8 (FIRA, I, n.86, p.442-444, 443): origine immunitatis inspecta, quod usurpatum esse diu quaquaratione uidebatur, cum iusta moderatione seruauimus, ut neque ipsi consuetudine diuturna pellerentur, et in posterum decreta ciuium adsumendorum consiliis praesidis prouinciae clarissimi uiri perpenderentur.

63) Cf. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, tom. I (1903), s.v. consuetudo I, II, p.981-982; tom. III/2 (1983), s.v. mos, p.1994-1996; Max Kaser, (위 주 54), 111ff.

64) 물론 이하의 소개는 완벽한 것이 결코 아니다.

65) Cf. Glück (위 주 33), 440-449 (Herkommen, Gewohnheit, Observanz의 구별 및 분류 시도).

- 자치시 정무관직 수행: Ulp. D.50.1.25 (mores)
 - 公課(vectigal): Paul. D.39.4.4.2 (consuetudo); Papirius Iustus D.50.12.13.1 (vetus consuetudo)
 - 인적 부담(munera personalia): Arcadius Charisius D.50.4.18.27 (civitatis suae mos); Hermog. D.50.4.1.2 (cuiusque civitatis consuetudo longa)
 - 부담(munus): Marci. D.50.16.214 (mos)
 - 양곡 부담 등: Mod. D.26.7.32.6 (mos et consuetudo [civitatis])
 - 買穀담당관: Arcadius Charisius D.50.4.18.5 (moris est)
 - 市參事會 투표: Paul. D.3.4.6.pr cit. (perpetua consuetudo)
 - 市參事會員: Callistratus D.50.2.11 (longa consuetudo)
 - 시참사회 소송: Paul. D.3.4.6.1 cit. (locorum consuetudo)
 - 拂下광산 광맥 수익: Lex metallis dicta (a.117-138) lin.11-12 (mos)⁶⁶⁾
- <소송법>
- 압류식 법률소송: Gai. 4.26 (mores); 兵士 사안 Gai. 4.27 (introducenda moribus)
 - 여자 및 노예에 심판인 자격 금지: Paul. D.5.1.12.2 (mores)
 - 변호 금지(속주지사에게 의한): Ulp. D.48.19.9.pr (moris est)
 - 심판인 의무: Inst. Iust. 4.17.pr (moribus proditum)
 - 증인 소환: Callistratus D.22.5.3.6 (consuetudo in provincia)
 - 변호사 보수(법원 관행): Ulp. D.50.13.1.10 (fori consuetudo et iudicii)
 - 평판(existimatio): Callistratus D.50.13.5.1 (mores)
- <형법>
- 파렴치행위: Ulp. D.50.16.42 (mos civitatis)
 - 담합고소(praevicatio): Macer D.47.15.3.pr (moribus inductum)r
 - 범죄행위 처벌: Ulp. D.47.11.9 cit. (mos provinciarum)
 - 輕流配 출발일: Ulp. D.48.22.7.17 (moris est)
 - 벌금액: Ulp. D.48.3.4 (consuetudo, quae certam formam habet)
- (2) 私法 부문
- <人法>
- 귀환권(postliminium): Paul. D.49.15.19.pr (moribus constitutum)⁶⁷⁾

66) FIRA, I, n.104, p.498-502; Wenger (위 주 26), 406.

- 家長權: Ulp. D.1.6.8.pr (moribus receptum)⁶⁸⁾
- 행위무능력자인 태아와 영·유아의 보호: Ulp. D.25.4.1.15 cit. (mos regionis)
- 낭비자 금치산: Ulp. D.27.10.1.pr (moribus ab initio introductum)
- 후견인 조성 없을 시 피후견인의 의무 불구속: Ulp. D.29.2.8.pr (mos nostrae civitatis)
- 후견인: Ulpiani Epitome 11.2; 11.24; 選定후견인: Frag. Vat. 155 (mos)
- 자유 우대: Tryph. D.49.15.12.9 (institutum a maioribus)

<재산법>

- 지역권: Ulp. D.39.3.1.23 (longa consuetudo); Paul. D.39.3.17.1 (consuetudo); 採石 Ulp. D.8.4.13.1 (consuetudo)
- 이자율: Pap. D.22.1.1.pr. cit. (mos regionis); Ulp. D.30.39.1 cit. (mos regionis); Scaev. D.33.1.21.pr (consuetudo in provincia); Ulp. D.26.7.7.10 cit. (mos provinciae)

이자 지급 지연시 고을 관행: Paul. D.22.1.11.pr (consuetudo)

- 계약의 해석: Ulp. D.50.17.34 cit. (regionis mos)
- 공동은행가(은행조합원) 1인에 예탁 置簿한 금전의 타 공동은행가로부터의 인출: Auctor ad Herennium 2.13.19 (consuetudine ius)
- 불응통물: Paul. D.18.1.34.1 (mores civitatis)
- 매매시 담보문답계약: Ulp. D.21.1.31.20 (quae sunt moris et consuetudinis)
- 추탈담보: Gai. D.21.2.6 (consuetudo regionis)
- 포도주 매매의 계량: Pap. D.18.1.71 (consuetudo regionis)
- 인격침해(iniuria)소권: Paul. Sent. 5.4.6 (mos)

<가족법>

- 기한부 양자 금지: Paul. D.1.7.34 (mores nostri)
- 약혼: Ulp. D.23.1.2 (moris fuit)
- 母 및 姉妹와의 금혼: Pomp. D.23.2.8 (mores); Paul. D.23.2.39.1 (mores - incestum)

67) 정녕 고대의 제도인 이 귀환권에 관해서는 Fernand de Visscher, "Aperçus sur les Origines du Postliminium", in: *Festschrift Paul Koschaker*, I (1939), 367-385; Alberto Maffi, *Ricerche sul postliminium* (1992).

68) Cf. Collatio 4.8.1 (Pap.): Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem.

- 부부간 증여 금지: Ulp. D.24.1.1 (moribus receptum); D.24.1.3.1 (mores nostri); Proculus-Pomp. D.24.1.31.7 (maiores)⁶⁹⁾
- 居喪기간(재혼금지기간): Iul. D.3.2.1 (moris est); Frag. Vat. 320-321 (moris est)
- 유연: Ulp. D.28.1.21.1 (consuetudo regionis); D.32.75 (consuetudo ex regionis)
- 미성숙자보충지정(substitutio pupillaris) 유연: Ulp. D.28.6.2.pr (moribus introductum); Inst. Iust. 2.16.pr (moribus institutum)
- 유증: Ulp. D.30.50.3 (consuetudo regionis)
- 가재도구: Cels. D.33.10.7.1 (mores civitatis)
- 유산 신탁유증: Marci. D.48.22.16 (consuetudo)

VIII. 로마의 관습법에 관한 학설

이상으로 관습(법)과 관련하여 로마의 법률가들의 구체적인 논변을 두루 살펴 보았다. 이로써 일단 로마의 경우에도 일정한 관습법이 존재하였고, 또 일정한 경우 중요한 규범적 논거로서 작동하였다고 결론지을 수 있을 것처럼 보인다. 그러나 과연 법률과 동일한 차원의 규범층으로서 관습법이 존재했는지는 이로써 충분히 밝혀진 것은 아니다. 실제로 연구사적으로 보면⁷⁰⁾ 1966년 부르크하르트 슈미델(Burkhard Schmiedel)의 연구⁷¹⁾에 이르기까지에도 로마에는 관습법이 존재

69) 반면에 다음 개소는 부부간 증여 금지가 이미 시민법으로 편입되었음을 잘 보여준다.
D.41.2.1.4 Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum.

Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

70) 이하의 내용은 Wolfgang Waldstein (위 주 27), 105-126; 同, “Werner Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201). Westdeutscher Verlag, Opladen 1975. 41 S.”, in: *SZ* 93 (1976), 358-369; 同, “Jean Gaudemet, La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles (= Institut de droit romain de l'Université de Paris XV). 2. Aufl. Sirey, Paris 1979. 247 S.”, in: *SZ* 100 (1983), 699-705, 703ff.에 의하였다.

71) Burkhard Schmiedel, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (1966).

하지 않았다는 부정설이 지배적인 학설이었고,⁷²⁾ 이후 Schmiedel의 연구를 계기로 수정비판적 방법론에 대한 반성과 더불어 루치오 보베(Lucio Bove), 디이터 너르(Dieter Nörr), 테오 마이어-말리(Theo Mayer-Maly), 막스 카저(Max Kaser) 등의 새로운 연구들은 관습법의 존재를 긍정하는 방향으로 학설의 선회를 가져왔지만,⁷³⁾ 이에 대해서는 다시금 1975년에 베르너 플루메(Werner Flume)가 전면적으로 부정설의 입장을 대변하는 발표⁷⁴⁾를 함으로써 다시금 논쟁을 유발하였지만, 그 후의 학설은 볼프강 발트슈타인(Wolfgang Waldstein)을 필두로 한 Flume에 대한 정당한 비판을 근거로 하여 관습법 긍정설을 다지기에 이르렀다.⁷⁵⁾ 공화정기에 대해서는 관습법의 존재를 여전히 부정하고 있는 프란츠 비악커(Franz Wieacker)조차도 고전기에 대해서는 그 존재를 긍정한다.⁷⁶⁾ 이곳에서는 원칙적으로 속주를 제외하고 로마의 경우에 한정하여 살펴보기로 한다.

1. 관습법 존재 부정설

가장 근래에 이를 대변하는 Flume의 견해를 Waldstein이 정리한 것을 바탕으로 간략히 살펴보기로 한다.

그는 고전 법률가들이 관습법의 효력을 인정했는가 하는 문제는 역사적-방법론적 문제로서 고전기의 로마 법률가들이 그들의 법에 대하여 어떠한 태도를 취하였는가, 또 그들이 법률전문가로서 그들의 과제를 어떻게 이해했는가하는 문제로 파악하였다. 이 문제에 답하기 위하여 그는 Pomponius D.1.2.2.5⁷⁷⁾ 및 12⁷⁸⁾를

72) 대표적: Steinwenter, Solazzi, Schulz, 改說 전의 Kaser, Thomas, D'Ors, Gioffredi, Lombardi, von Lübtow, Scherillo, Schmiedel, Biscardi, Horak. 상세는 Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 1. Abschnitt (1988), 499 n.43.

73) 대표적: Lauria, Gaudemet, Mayer-Maly, Waldstein, 改說 후의 Kaser, Nörr, Wacke. 상세는 Wieacker (위 주 72), 499 n.43.

74) *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* (1975)[필자 未見].

75) 다양한 관점에서의 중간설(대표적: Hausmaninger, Gallo, Bove, Watson, Kunkel)에 대해서는 Wieacker (위 주 72), 499 n.43.

76) Wieacker (위 주 72), 500 n.49.

77) D.1.2.2.5 Pomponius libro singulari enchiridii

His legibus (sc. duodecim tabularum) latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputatione fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.

관건으로 보는데, 이 개소들은 관습법이 속할 不文法(ius non scriptum)의 영역에 법률가법만을 허용하고 있다는 것이다. 그런데 법률가법은 로마 법률가들의 견해에 의하면 법으로서의 승인을 위하여 관습에 의한 정당화가 필요하지 않았다는 것이다. 그리하여 Flume의 결론은 다음과 같다.

“법률가법이, 즉 제정법의 현상형태와 달리 폼포니우스 개소의 표현에 의하면 ‘sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit’(不文으로 오로지 법률가들의 해석으로 존재하는) 법이, 관습법으로의 귀속에 대하여 떨어져 나가면, 고전기의 법률가들이 관습법을 法源으로 긍정하였다는 견해에 대해서는 시민법과 관련하여 관습법이 실현될 수 있는 영역이 결여된다.”

그에 의하면 로마 시민법에 대하여 不文法の 영역을 완전히 채웠고 그 자체 정당화가 필요 없이 법률전문가들의 권위와 결부되었던 법률가법의 종언과 더불어 不文法은 정당화가 필요하였는데, 이제 이것은 관습법 이론에서 발견할 수 있었다고 한다. 고전기 후의 이러한 관습법이론은 Hermogenianus D.1.3.35에 분명히 표현되었다고 한다. 그리고 Julianus D.1.3.32.1도 고전기 후의 개찬을 통하여 이러한 이론에 짜맞춰졌다고 한다. 반면에 고전법률가들의 경우 법이 그 발생에 있어서 관습에 소급한다는 언급이 있는 경우(가령 D.27.10.1.pr: moribus ab initio introductum est) 이것은 그 현재의 효력이 法源으로서의 관습에 환원됨이 없이 행해진 것이고, 오히려 법은 그 현재의 실존에 있어서 효력근거가 필요 없는 것이라고 한다. 법률가들에게는 “이것이 현행법이다”(hoc iure utimur)라는 확인으로 족하다고 한다. Flume도 그러나 속주의 경우에 대해서는 관습법을 인정한다.

2. 관습법 존재 긍정설

이상의 Flume의 견해에 대해서는 Waldstein이 세밀하게 비판적으로 검토하여 반박하였다. 여기서는 그의 반대논거들을 역시 간략하게 소개하는 것으로 그치기

78) D.1.2.2.12 Pomponius libro singulari enchiridii

Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.

로 한다.

첫째로, Pomp. D.1.2.2.5 및 12는 12표법의 구술 해석으로서의 *disputatio fori*가 실제로 不文으로 행해지던 시기를 다룬 것이고, 따라서 이로부터 고전기의 법에 대한 어떠한 결론도 이끌어 내서는 안 된다는 점이다. 실제로 고전기 전과 고전기의 법률가들의 해답(*responsa*)을 다루고 있는 같은 Pomponius의 D.1.2.2.49⁷⁹⁾를 보면 이것을 不文法에 귀속시키고 있지 않다. 따라서 법률가법을 成文法에 귀속시켜야 한다는 Mayer-Maly의 견해에 대한 Flume의 반박은 이해할 수 없는 것이다.

둘째로, Pomp. D.1.2.2.12가 Gai. 1.280) 및 Pap. D.1.1.781)과 마찬가지로 法源을 언급하면서 관습법을 거명하고 있지 않는 이유가 해명되어야 하는데, 이는 Flume의 이해와 달리 이들 개소들이 Mayer-Maly가 지적했듯이 일차적으로 成文法만을 다루고 있고, 모든 법원을 완벽하게 열거하지 않았기 때문으로 보아야 한다는 점이다. *leges*도 언급이 없음은 물론, 不文法源에 속하는 *ius gentium*, *aequitas*, *ius naturale*들도 빠져있는 것이다. 따라서 완벽한 열거를 전제로 관습법의 존재를 부인하는 논리는 취할 수 없다는 점이다.

셋째로, 법원 목록에서 열거된 규범들의 효력은 법이 그 현재의 실존에 있어서 효력근거가 필요한가 아닌가 하는 문제와는 독립적이라는 점이다. 전통과 전승에 대한 경외심을 가진 로마인들인데 그런 로마의 법률가들이 명시적인 입법행위가 아니라 관습에 그 발생근거를 가지는 규범들을 고려하지도, 또 그러한 것으로서 승인하지도 않았을 것이라는 점은 처음부터 극히 개연성이 없는 것으로 보인다.

79) D.1.2.2.49 Pomponius libro singulari enchiridii

Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.

80) Gai. 1.2: Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.

81) D.1.1.7 Papinianus libro secundo definitionum.

Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.

Flume가 주장하는 다양한 전환을 거쳐서 처음에는 관습에 그 효력근거를 힘입었던 규범들이 *ius honorarium*이나 법률가법으로 전환되었다 하더라도, 이로써 독립적인 법원으로서의 관습법의 원래적 존재를 반박하는 증거일 수는 없다는 점이다. 더욱이 구체적인 개소들(가령 Ulp. D.24.1.1 et 3; D.21.1.31.20)에서 새로운 규범 발생의 근거로서 관습이 원용되고 있는 것으로 볼 때, 사료에서 法源으로서의 관습을 근거로 결정을 내린 예를 찾아볼 수 없다는 Flume의 주장도, 또 이러한 사료 자체를 고려하지 않은 Schmiedel의 결론도 취하기 어렵다는 점이다.

넷째로, 수사학의 관련 사료(특히 Cicero, Quintilianus, Tertullianus)들은 법률가들과 그들의 활동에 대하여 아무런 의미도 없었다는 Flume의 견해도 변론가들이 법정에서 원용한 법원이라면 그것들이 사실상 승인되었기 때문일 것임을 고려할 때 설득력이 없다는 점이다. 특히 Tertullianus의 *De corona* 4.6(전술)에 대한 Flume의 비판, 즉 *consuetudo*의 효력이 *ratio*에 의해 상대화되고 있다는 주장도 그와 부합하는 Cels. D.1.3.39를 보거나, 제정법에 대해서도 그러한 현상이 발견되는 사실(Iul. D.1.3.15;⁸²) Paul. D.1.3.14 = D.50.17.141.pr⁸³)로 미루어 보더라도 관습법의 존재를 승인하는 쪽이지 부인하는 근거일 수 없다는 점이다. 이상의 지적들은 모두 설득력이 있는 것으로 생각된다.

그러나 끝으로 반드시 짚고 넘어가야 할 것이 하나 있다. 그것은 기존의 학설들이 로마의 관습법을 논할 때 *mos* (*maiorum*)과 *consuetudo*를 뒤섞어서 고찰하고 있다는 점이다.⁸⁴ 이것은 매우 복잡한 양태를 보이는 로마법 사료 자체에 기인하는 측면이 분명히 있지만, 이 양자는 방법론상으로 구분해야 할 서로 다른 층위에 속한다는 사실을 몰각해서는 안 될 것이다. 그리고 이런 한도에서 기존의 학설 논쟁의 의미는 재고되어야 마땅하다. 아주 세밀한 검토가 필요한 만큼 지면 관계상 제대로 점검하지 못 했으나, Okko Behrends가 기존의 그의 거시 이론의 연장선상에서 2000년에 발표한 최근의 연구논문에서 제시하고 있는 진정한 의미의 새로운 해석은 연구사적으로 대단히 각별한 의미가 있는 작업이다. 이에 힘입어 매우 착종된 외관을 제시하고 있는 법사료의 역사적 층위를 제대로 해체하여

82) D.1.3.15 Iulianus libro XXVII digestorum.

In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.

83) D.1.3.14 = D.50.17.141.pr Paulus libro LIV ad edictum.

Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

84) 이러한 태도가 전형적으로 반영된 예가 Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953), s.v. *Consuetudo*, p.411; s.v. *Mores* (*mos*) *maiorum*, p.587이다.

재구성할 수 있다면 그것은 로마법 연구의 큰 발전을 의미할 것이다. 또한 그가 기존의 학설에 대하여 지적하고 있는 역사법학에까지 소급하는 그 방법론상의 오류가 교정되는 성과도 아울러 이를 수 있을 것이다.

IX. 맺음말

이상으로 로마 고전기의 관습과 관습법에 대한 법률가들의 관념이 어떠한 것이었는가를 走馬看山格으로 일별해 보았다. 이를 통해서 로마 고전법학도 관습법의 존재를 다양한 방식으로 시인하고 있다는 사실을 확인할 수 있었다. 그러나 私見으로는 오늘날의 관점에서 로마법이 우리에게 시사하는 점을 구하고자 한다면, 그것은 관습법의 존재 여부나 그 구체적인 내용이라기보다는, 관습법을 확인하는 절차와 관련될 것이다. 로마법에서 관습법이 나타나는 양상을 다시 한 번 정리해 본다면 다음과 같다.

로마인들에게 법적으로 유의미한 관습(법)은 서로 다른 두 층위로 구성되어 있었다. 하나의 층위는 *mos*로 표시되는 처음부터 다소간에 가치부하적 풍속질서를 전제한 영역이었다. 그러나 현전하는 구체적인 적용사례를 살펴볼 때, 물론 이것 자체로 다른 층위에 속하는 *consuetudo*와 반드시 別異한 개념의 폭과 적용영역을 가졌던 것이라고 단정하기는 어렵다. 다만 *maiores*와 결부되어 *mos maiorum*으로 나타날 때에는 그 규범적 기능이 너무나도 뚜렷하여 의심의 여지없이 관습법으로서의 속성을 보여준다. 이것은 이 결합어의 정치이데올로기적 배경과 밀접하게 결부된 것이지만, 어쨌든 적어도 고전법률가들의 경우에는 순수한 법률제도의 始原性を 설명하기 위하여 원용되었음에도 불구하고 현안성이나 현실성 있는 논변의 담지자로서 역할을 하지는 못하였고, 실제로도 이 개념이 동원된 구체적인 사례는 극소수에 불과하였다. 이것은 공화정이 제정으로 바뀐 로마의 현실을 반영하는 결과였다. 이것이 Okko Behrends가 지적하듯이 고전기 前 법학의 자연법적 규범을 고전기의 문명법적 법학의 입장에서 재수용하면서 활용한 순수한 법학 내부적인 범주였는지의 여부는 더 면밀한 검토가 필요할 것이다.

로마 관습(법)의 다른 하나의 층위는 *consuetudo*로 표시되는 순수한 사실영역에서 비롯한 관행의 세계이다. 여기서는 관습법은 長期의 관행과 만인의 동의로 표시된 법공동체의 규범의식이 결합함으로써 그 존재근거가 확립되는 것으로 관념되었다. 이 영역도 그러나 정작 로마 자체에 대해서는 적어도 고전기에는 큰

역할을 하지 못 하였다. 법률가들에 의한 수용과정을 거치면서 법률가법, 곧 *ius civile*로 轉化함으로써 단순히 현행의 법제도나 규칙에 대한 기원을 소개하는 데 그치는 경우가 그 소명의 전부였다고 해도 과언이 아니기 때문이다. 이러한 이유는 로마법 연구자들로 하여금 고전기의 로마법에서 관습법을 박탈하는 매우 과감한 주장까지도 허용하였지만, 이러한 주장은 근거가 없는 것으로 밝혀졌다.

지방의 관습(법)은 로마인들로 하여금 관습(법)에 대한 실천적·이론적 고찰을 강요하였다.⁸⁵⁾ 로마의 법률가들은 제국 차원에서 관습법을 포함하여 지방 고유의 법을 많은 경우 해석을 통하여 로마법적으로 善解하고자 시도하였으며, 특히 관습법에 대해서는 이를테면 합당성의 통제를 가하여 제국법과의 조화를 도모하였다.⁸⁶⁾

이로써 우리는 관습법의 승인 절차의 문제로 되돌아 왔다. 로마 고전기의 법률가들은 만인의 동의를 관습법의 정당성의 기초로 내세움으로써 사실 차원의 확인을 통하여 관습법의 존부를 판단하고 있다는 외관을 보인다. 그러나 드러내 놓고 하지는 않았고, 또 아직 로마의 법률가들 스스로가 이를 밝혀야 할 것으로 생각할 만큼 명백한 것이 아니었음도 분명하지만, 이의 확인은 사안의 성질상 그 합당성에 대한 (*communis opinio*를 통한) 모종의 통제를 포함하였을 것이다. 그런데 이러한 태도에도 시대에 따른 미묘한 차이가 보인다는 점이 흥미롭다. 이미 지적했듯이 고전 성기에는 법학자 율리아누스가 *ratio*의 입장에서 *mos maiorum*을 비판할 수 있음을 밝히면서도 그 자체의 효력을 문제 삼고 있지는 않고 (D.1.3.20 cit.), 또 그와 동시대에 자웅을 겨루었던 퀘수스도 *ratio*의 측면에서 문제가 있는 관습(법)도 그것 자체가 정착된 경우에는 이를 부인할 수 없음을 전제한 가운데 다만 이의 확대적용만을 부인할 뿐이다. 아직 만인의 동의가 *ratio*에 앞선다.

D.1.3.39 Celsus libro XXIII digestorum.

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine

85) 이와 관련하여 정복의 역할에 관해서는 Jean Gaudemet, "L'autorité de la loi et de la coutume dans l'Antiquité", in: *Rapports généraux au VI^e Congrès international de droit comparé (Hambourg, 30 juillet-4 août 1962)* (Bruxelles 1962), 9-36 = *Études de droit romain, I: Sources et théorie générale du droit* (1979), 81-110, 105.

86) Jean-Pierre Coriat, *Le Prince Législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat* (1997), 410-415.

optentum est, in aliis similibus non optinet.

(법적 이치로 도입된 것이 아니라 처음에는 착오로 도입되었다가 그 다음에 관습에 의하여 유지된 것은 다른 유사한 사례들에 효력이 없다.)

반면에 224년의 한 칙령은 비록 지방의 관습(법)에 관련된 것이기는 하지만 이미 ratio가 관습(법) 판단에 척도로 등장했음을 보여준다.

CJ.8.52.1: Imperator Alexander Severus (a.224):

Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae.

(속주지사는 그 城邑에서 동종의 분쟁들에서 빈번히 준수된 것들을 고려해서 사안을 심리한 후 결정할 것이다. 왜냐하면 관습(법)이 先在하면 그 관습(법)을 지지한 이치가 지켜지지 않으면 안 되는 고로, 장기의 관습(법)에 반하는 일이 없도록 속주지사는 면밀한 처사를 환기해야 할 것이다.)

그럼에도 불구하고 그러한 통제가 盛期の 로마법에 대해서는 명시적인 형태로 표현되고 있지 않은 것은 다른 한편으로는 동의의 주체인 인민[시민사회]에 대한 로마 법질서의 신뢰가 또한 자리 잡고 있었기 때문이기도 하다.⁸⁷⁾ 지방법과의 만남이 강화되고, 로마제국이 후견국가화하는 후기로 오면 올수록 국민생활 전반에 대한 국가의 규제가 강화되는데,⁸⁸⁾ 동시에 관습법에 대한 통제가 명시적인 형태로 천명되고 있는 것 또한 시사적이다.

CJ.8.52.2: Imperator Constantinus (a.319):

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque

87) 그러나 Glück (위 주 33), 428의 다음과 같은 평가는 너무 지나친 감이 있다. “sie (= Römer) nahmen überdies Gewohnheitsrechte weit lieber, als geschriebene Gesetze, an, weil erstere, als Früchte der Autonomie, der Freiheit des Volkes mehr schmeichelten, als die letztern, deren drohende Worte in aufgehängenen ehernen Tafeln gelesen wurde.”

88) 법률 분야에서의 가장 대표적인 예로 이른바 引用습(C.Th. 1.4.3 [a.426])을 들 수 있다. 출처, 로마법강의 (1999), 198.

adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

(장기의 관습과 관행의 권위는 친한 것이 아니지만, 그러나 이치나 법률을 이길 만큼 그 정도로까지 효력이 있는 것은 아니다.)

이제 관습법이 관습법이기 위해서는 장기의 관행을 정당화시켜주었던 인민의 동의만으로는 부족하고, ratio라는 명목으로 관습법을 확인하는 권한 있는 당국(담당자인 법률가)의 합당성 통제가 부가되어야만 했다.⁸⁹⁾ 이러한 방향의 발전⁹⁰⁾은 향후 교회에 의한 관습법 통제로까지 이어지는 관습법 퇴조의 역사의 서막이기도 하다. 법률가로부터 신학자로 전향했던 것으로 강력히 추정되는 테르툴리아누스의 이미 인용했던 대목은 관습법이 아예 ratio와 일치하는 모습으로까지 나타난다.⁹¹⁾

Tertullianus, de corona 4.6 cit.:

Consuetudo autem etiam in civilibus rebus pro lege suscipitur cum deficit

89) 여기서 ratio를 본성상 불가변의 자연법(*lex naturalis*)으로 보고, 관습법이 이를 이길 수 없음은 확실하다는 Pothier의 해석(*Pandectae Justinianee, in novum ordinem digestae: cum legibus Codicis, et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant*, tom, I [Lugduni, nova editio 1782], ad Lib. I, Tit. III, Sectio II n.(a), p.11)은 그 자신의 시대의 모종의 관념을 표현하는 것일 수는 있어도 로마법에 대한 해석으로서의 부당한 것이다. 상론할 수는 없으나 아울러 한 가지 더 지적해 두자면 로마인들은 자연법을 표시하기 위하여 *lex naturalis*를 결코 사용하지 않았다는 점이다. 참고로 우리가 “자연법”이라고 번역하는 용어의 용례를 소개한다.

결합어	naturae	naturalis
Ius	ius naturae: 고대의 문필가들	ius naturale: 로마법률가들
Lex	lex naturae: 고대의 문필가들	lex naturalis: 중세

90) D.1.3.35 cit.를 재현한 Bas.2.1.44의 Schol. (Heimbach, I, p.39)의 “quatenus ... nec contra rationem ab initio introducta sunt”도 이러한 경향을 반영하는 것으로 생각된다.

91) Cf. Jean Gaudemet, *La doctrine canonique médiévale* (1994), III (“La coutume en droit canonique”). 이후 Ratio는 알라릭 2세가 제정한 서고트 로마인법전(*Lex Romana Visigothorum*, 일명 알라릭抄典[Breviarium Alaricianum], a.506)에서는 utilitas publica와 동일한 것으로 나타난다. Filippo Gallo, “La consuetudine nel diritto Romano”, in: *Apollinaris* 51 (1978), 440-454, 450.

Brev. 5,12 (de longa consuetudine),1: Venientium est temporum disciplina instare veteribus institutis. Ideoque, cum nihil per causam publicam intervenit, quae diu servata sunt permanebunt.

Interpretatio: Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur.

lex; nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat.⁹²⁾

(그런데 관습법은 또한 시민의 법문제에 있어서도 법률이 흠결된 경우 법률로 인정된다. 그리고 성문법에 의거하는가 이성에 의거하는가는 차이가 없는데, 이성은 또한 법률도 보살피기 때문이다.)

이제까지의 고찰을 통하여 우리는 로마의 법률가들이 관습법의 문제를 매우 신중하게 다루면서도, 결국은 의식적인 법학적 노력을 통하여 이를 통어하고자 했음을 알 수 있다. 이러한 노력은 그들의 성과가 결코 하늘에서 떨어진 것도 아니고⁹³⁾ 타고난 천부적 자질에 힘입어 직관적으로 얻어낸 것도 아니라,⁹⁴⁾ 그야말로 이성적 노력의 소산이라는 점을 잘 보여준다. 동시에 그들의 성과 또한, 위대한 것이었던 미미한 것이었던, 그것 나름으로 시대의 산물이었음도 잘 보여준다.

끝으로 사족 하나. 로마 후기의 관념에 의하면 서울이 우리나라의 수도라는 관습헌법(2004.10.21, 2004헌마554: 헌공제98호)이 유효한 관습법인 이유는 그것이 이치에 맞는 합당한 것이기 때문일 것이다. 참고로 덧붙이자면, 고전기는 물

92) 이것을 수용한 것이 Isidorus, *Etymologiae*, II.10.2 = V.3.3 cit.이다.

(2) *Mos autem longa consuetudo est de moribus tracta tantundem. Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex; nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat.*

이 이시도루스(ca. 570-636년)의 개소에 대해서는 Behrends (위 주 11), 78ff. 참조 (단 이 개소와 테르툴리아누스의 관련성에 대해서는 아무런 언급이 없다. 이시도루스의 전거를 다루고 있는 같은 논문의 100f.도 마찬가지이다).

93) 당대 유럽의 만능 인재였던 Lodovico Antonio Muratori (1672-1750)가 인문주의적 시각에서 로마법대전에 대해 “un libro caduto dal cielo”(하늘에서 떨어진 책)이 아니라고 했다는 비판 참조. P. Caroni, "Kodifikation", in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II (1972), 907-922, 913에서 재인용. Muratori에 관해서는 A. Erler, "Muratori", in: *ibid.*, III (1984), 790-793.

94) 참고로 이러한 직관적 법인식 내지 법획득의 사상을 대변한다는 점에서 그 술한 업적에도 불구하고 Max Kaser의 로마법에 대한 이해에는 근본적인 문제점이 있었다는 사실에 유의할 필요가 있다. Cf. Wolfgang Waldstein, "Max Kasers Beitrag zur Erkenntnislehre", in: *SZ* 115 (1998), 203-213; Okko Behrends, "Nachruf Max Kaser 21. April 1906 - 13. Januar 1997", in *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen* 1997, 288-295, 292ff. 실제로 관습법과 관련해서도 그는 앞에서 인용한 Flume 기념논문(위 주 54)에서 이러한 자신의 생각을 그대로 토로하고 있다(113: “Aber den klassischen Juristen, die das Recht nicht konstruktiv, sondern intuitiv finden, diene hier, wie zumeist auch sonst, der Vergleich nicht als tragende Stütze, sondern als bloßes Mittel der *Veranschaulichung*.”).

론이고 유스티니아누스 시대의 법에 있어서도 수도는 궁지에 찬 요람으로서 관습법에 있어서도 수위권을 주장할 수 있었다.

Iustinianus, Constitutio "Deo auctore" 10 (a.530):

Sed et si quae leges in veteribus libris positae iam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus, cum haec tantummodo optinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit, secundum Salvii Iuliani scripturam, quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi, quae caput est orbis terrarum, non ipsam alias civitates. Romam autem intellegendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae deo propitio cum melioribus condita est auguriis.

(그러나 옛 책들에 들어있는 법들이 이미 관습법적으로 不使用에 빠진 경우에도 朕은 그대들[=학설취찬 편찬자들]에게 어떤 경우에도 이것들을 채택하는 것을 허용하지 않는 바이니, 왜냐하면 극히 빈번한 재판절차가 적용했거나 또는 이 고귀한 母市[=콘스탄티노폴리스]의 長期의 관습이 승인한 것만이 유효하기를 원하기 때문인데, 이는 모든 도시들이 세계의 수도인 로마의 관습을 따라야 하고 로마가 다른 도시들을 따라서는 안 된다고 적시하고 있는 살비우스 율리아누스의 記述[=D.1.3.32.pr cit.]을 따른 것이다. 그런데 로마란 비단 옛 로마뿐 아니라, 神의 자비 하에 吉兆로써 건립된 朕의 皇都 역시 의미하는 것으로 이해해야만 한다.)

주제어: 관습, 관습법, 관습법론, 관행, 로마법, 法源(로마법), 祖宗成規

<Résumé>

Customs and Customary Law in Classical Roman Law

Byoung Jo CHOE*

This article surveys the ways how the Roman jurists of the classical period dealt with the customs and the customary law of Rome and its provinces. Although there have been much debates among the Roman law scholars of today about their acceptance of the customary law, we must expect as a matter of fact that they recognized the fact of various customs in the Roman society and succeeded in moulding a concept of customary law. It is very interesting to find out that they had two different words for custom and customary law: *consuetudo* and *mos*. The former was usages and observances lasting long enough (*longa, diuturna, inveterata*) and able to become a customary law if supported by the consent of all (*consensus omnium*). The latter was used to designate a concrete norm envisaged by the Roman jurists as based on the old custom of ancestors (*mos maiorum*), which, contrary to *consuetudo*, was conceived to have its normative force from the beginning without any reference to its time dimension. It was in fact a device with which the Roman jurists qualified a legal institute, figure or concept as originating from the old custom of ancestors, now incorporated into the *ius civile*. It played, therefore, not a significant role in the contemporary legal context, and was very limited also in number. The Republican ideological background of *mos maiorum* already faded out in the classical period to function nearly as an argument in a purely legal discourse. It must further be discussed whether or not it reflected a category newly introduced into the legal debates by the classical jurists, who themselves, representing a theory of law as a civilizational norm system, tried to revive the achievements

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

of the natural law theory of *veteres*, the old jurists of the Republic influenced by the Stoic norm theory.

It is also very interesting to discover that the Roman jurists' attitude to *consuetudo* underwent a change that reflected the changing constellation of the state and the civil society. In the classical period the Roman jurists did not try or dare to control customary law from the viewpoint of its reasonableness. With the time going by, they showed to an increasing extent a more or less positive attitude for a control in the name of *ratio*, which then seemed to substitute the consent of all as a legitimizing factor of a customary law. The autonomy of the civil society failed seemingly in asserting itself against the state. The trend continued in the church and in the Middle Ages.

Key words: Classical Roman law, *consuetudo*, *consuetudines*, custom, customary law, custom of ancestors, *mores*, *mores maiorum*, *mos*, *mos maiorum*, Roman law, usages, *usus*