

〈번역〉

## 遺言相續의 初期 歷史 『고대법(Ancient Law)』 제6장\*

헨리 섬너 메인

번역 : 梁 彰 洙\*\*

### [해제]

1. 헨리 섬너 메인(Henry Sumner Maine. 1822-1888)의 『고대법(Ancient Law)』은 1861년에 출간되었는데, 프레데릭 폴록이 말한 대로, 이미 고전의 반열에 올라 있다(뒤에서 말하는 대로 폴록의 서문은 반드시 읽을 만한 가치가 있다). 그리고 고전이 항용 그러한 대로, 별로 읽히지 않게 되었다.

그러나 이 책을 읽어 보면, 역시 고전이 항용 그러한 대로, 오늘날에도 그 효력을 잃지 않는 예리한 통찰과 식견이 생생하게 살아 있어, 학문하는 것의 즐거움과 또한 무서움을 알게 한다.

2. 『고대법』에서 널리 알려진 것은 「신분에서 계약으로(from Status to Contract)」(p.174. 이 번역의 원본인 프레데릭 폴록의 서문과 주가 붙은 1906년의 John Murray 출판사의 판본에 의하였다)라는 말이 아닐까 한다.

이는 촌철살인의 명구로서 그 후로도 줄곧 인구에 회자되고 있다. 예를 들어 1996년에 츠바이게르크와 콰츠 공저의 『비교법입문(Einführung in die Rechtsvergleichung)』의 제3판이 출간되어서(종전에 2권으로 되어 있던 것이 합본되었다. 우리나라에도 그 중 제2권에 대하여는 줄역이 『비교사법제도론』(1991)이라는 이름으로 나와 있다), 새로이 손을 많이 댄 부분을 중심으로 들추어 보면, 계약자유원칙의 발전을 서술하면서 「많이 인용되는 공식」으로서 어김없이 이 말이 인용되

\* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 연구지원비의 보조를 받았음.

\*\* 대법관, 전 서울대학교 법과대학 교수.

어 있었다(동서, S.315).

그런데 이 말이 나오는 전후의 문맥을 보면, 그것은 「人法(Law of Persons)」, 우리로 말하면 친족법을 주요한 내용으로 하는 신분관계의 법의 발전에 대하여 서술하면서 이를 요약한 표어로서 쓰여진 것을 알 수 있다. 그에 의하면, “사람 (Persons)의 모든 관계가 가족(Family)의 관계로 축약되는 사회상태로부터 출발하여, 우리는 모든 그러한 관계가 개인의 자유로운 합의로부터 발생하는 사회질서의 단계에로 꾸준히 전개되어 온 것으로 보인다”는 것이다(p.172). 그리하여 그 예로, 노예가 사라지고 주인과 종복 간의 계약관계가 대신하고, 여성이 항상 후견을 받아야 하던 단계에서 여성도 합의에 의하여 인적 법률관계를 맺을 수 있는 단계로 나아가며, 성년의 자까지도 지배하던 가장권은 소멸된다는 것 등을 들고 있다.

따라서 그 외에 소유권 기타의 재산권이나 계약의 역사적 전개에 있어서 「신분으로부터 계약으로」라는 표어가 구체적으로 어떠한 내용을 가지고 있는가는 보다 상세한 검토를 필요로 한다고 생각된다.

3. 나아가 메인은 법학을 「과학적으로 다룰」 필요를 강조하고, 이전에 행하여진 작업은 대부분 「자연상태(state of nature)에 대한 억측에 기초를 둔」 「추측의 무더기(a set of guesses)」에 불과하다고 평가한다(p.123). 그에 의하면, 영국의 정치이론을 양분하여 온 로크와 홉스의 이론도 “인류의 상태에 대한 비역사적이고 검증불능한 기본가정”에 터잡고 있다는 점에서는 일치한다고 한다.

메인의 서술의 특징은, 이와 같이 「자연법」에 기한 해석을 배척하고 일관하여 역사적인 시각에서 각 제도의 발전을 설명하고자 시도하는 점이다. 그리고 그것은 법해석론의 역사가 아님은 물론 법제도 자체의 역사도 아니다. 법의 배후에 있으면서 법의 내용을 규정하고 있는 「사회」의 전개양상이라는 관점에서 법의 발전을 설명하는 것이다. 그러므로 『고대법』이 비단 법학뿐만 아니라, 인류학·사회학 등 광범한 사회과학의 주의를 끄는 것도 당연하다고 하겠다. 또한 그러한 점에서 메인은 몽테스키외의 계승자라고 할 것이고, 스스로도 그를 선구자로 인용하고 있다(p.127 ff.).

메인의 궁극적인 관심은, 오히려 법의 역사적 설명에 있다기보다는, 『고대법』의 부제(그것은 「사회의 초기 역사에 대한 [고대법의] 관련과 [고대법의] 오늘날의 사상과의 관계(Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas)」라는 것이다)에서 나타나는 것처럼, 「오늘날의

사상」의 관점에서 바라본 역사 및 사회의 발전양상에 대한 재해석이고 법은 단지 그 소재가 된 데 그치는 것이 아닌가 하는 생각이 들기도 한다. 예를 들어 얼마 전에 콕스가 캠프리지 대학의 영국법사 총서 중 하나로 저술한 『헨리 메인 경』(R.C.J. Cocks, *Sir Henry Maine*, 1988)은, 『고대법』을 빅토리아조에 영국의 지식층이 가졌던 과학, 역사, 정치 그리고 법에 대한 관념이라는 관점에서 설명하고 있다. 거기서 그는 “그가 무엇을 논하였는가만큼 중요한 것은 그가 문제를 논의한 방식이다. ... 오늘날 『고대법』의 내용으로 이해되고 있는 사상에만 주의를 집중시키는 것은 잘못일지도 모른다. 물론 진보적인 여러 사회에서 신분으로부터 계약으로의 변화를 발견한 것은 메인 자신이나 당시의 독자들에게 매우 중요하였다. 그러나 메인의 업적을 전체적으로 관찰한다면, 이런 일은 그 책이 쓰여진 방식보다는 훨씬 덜 눈에 뜨인다. 즉 메인은 역사, 과학, 진보, 정치 및 철학에 관한 여러 관념들에 대응하고자 일정한 주장을 하였는데, 그 주장 속에 방대한 소재 또는 자료가 통합되었던 것이다.”(p.76)라는 이해를 보이고 있다.

4. 이와 같이 메인의 『고대법』은 법, 특히 민법은 더 말할 것도 없고, 사회학이나 인류학 등 사회과학의 역사에서도 극히 주목되는 저술이다. 역자는 1995년에 우리나라 친족법의 과거와 현재를 조망하는 논문(“家族關係의 變化와 親族法”, *民事判例研究*, 18집(1996), 481면 이하 = 梁彰洙, *民法研究*, 제4권(1997), 205면 이하)을 준비하면서 그 준거점을 획득하기 위하여 이 책을 읽을 때 차올랐던 흥분을 아직도 생생하게 기억하고 있다. 그 후에도 헨리 메인에는 계속 관심을 기울여 관련 자료나 문헌을 읽고, “메인의 「古代法」이라는 짙막한 글(오늘의 法律, 105호(1997.11), 3368면 이하 = 梁彰洙, *民法散考*(1998), 24면 이하)을 쓰기도 했다. 그럼에도 이러한 고전적 저술이 아직 우리말로 번역되지 아니하였다는 것이 몹시 아쉽고, 우리나라 학문의 현상을 알게 하는 또 하나의 서글픈 사실이 아닌가 한다. 여기에 그 책의 일부를 소개하는 것은 이를 통하여 이 책의 「매력」을 보임으로써 그 공백을 메우려는 의욕을 자극하고자 하려는 것이다.

5. 원문에는 주가 전혀 없으며, 이 번역에서의 각주는 모두 역자가 붙였다. 그리고 여기서 고딕체로 강조한 것은 원문에 이탤릭체로 된 것이다. 한편 메인은 여기서 로마법을 많이 인용하고 있는데, 우리 대학의 崔秉祚 교수로부터 12표법의 번역에 관하여(주 16 참조), 그리고 「언명(nuncupatio)」(주 36 및 그 본문부분 참조)의 번역 및 그에 관련한 法源에 관하여 귀중한 도움을 받았다. 이 자리를

빌어 깊은 謝意를 표한다.

[번역]

### 제6장 遺言相續<sup>1)</sup>의 初期 歷史

영국에서 유행하고 있는 법학의 여러 연구방법보다 역사적 연구방법이 우월하다는 점을 증명하려고 시도하는 경우에는, 遺言보다 더 적절한 범분야는 없을 것이다. 그러한 적절성은 유언이 시간적으로 아주 오랫동안, 또 매우 지속적으로 행하여졌다는 점에 연유한다. 유언의 역사는 사회가 그 요람기에 있을 때부터 시작된다. 그 시기는 우리가 그것의 고대적 형태를 인식하려면 일정한 학문적 천착을 필요로 하는 개념들에 둘러싸여 있었다. 한편 그 발전과정의 다른 한 끝인 오늘날 우리는 일정한 법관념들의 한복판에 서 있는데, 이들 법관념은 종전과 다른 없는 개념들 이외의 아무것도 아니나, 다만 이 개념들은 오늘날의 용어법과 사고습관으로 채색된 것이다. 그러므로 이들은 다른 종류의 어려움, 즉 우리의 일상적인 정신적 자산의 일부분을 형성하고 있는 생각들이 필요한 분석과 검토를 진정 무사히 통과할 수 있다고 믿는 것의 어려움을 보여준다. 이러한 양 극단 사이에서 유언법이 어떻게 발전해 왔는가는 매우 명확하게 추적될 수 있다. 이 법은 다른 범분야와 비교하면 봉건제도의 출현에 의한 그 역사의 단절의 정도가 매우 경미하였다. 사실 법의 모든 개별 분야에 있어서 고대와 근대를 구분하는 것에서 표현되는 역사의 단절, 다른 말로 하면 로마제국의 해체에 의하여 야기된 단절은 매우 과장되어 왔다. 많은 저술가들은 게으름으로 말미암아 과연 많은 6세기 간의 여러 혼란으로 얽히고 설켜어 모호해진 관련성의 실마리를 찾는 작업을 수행하기를 주저하여 왔다. 또 다른 연구자들은, 천성적으로 인내와 노력이 부족한 것은 아니었지만, 자기 나라의 법체계에 대한 안이한 자존심에 의하여, 그리고 그 결과로 그 법체계가 로마의 법제도에 진 빛을 인정하기를 꺼리는 마음에 의하여 오도되어 왔던 것이다. 그러나 이와 같은 받아들이고 싶지 않은 영향은 유

1) 유언상속(testamentary succession)이란 무유언상속(intestate succession)과 대비되는 용어로서, 상속재산이 망인이 행한 유언에 의하여 상속되는 것을 말한다. 유언이 없으면 망인의 상속재산은 법이 정한 바에 의하여 상속되는데, 이를 무유언상속 또는 법정상속이라고 한다.

언법의 영역에서는 다른 영역과 비교하여 볼 때 거의 없었다고 할 수 있다. 비문명 부족들은 명백히 유언과 같은 관념을 알지 못하였다. 가장 권위 있는 학자들은, 그들의 성문법전의 관련된 부분들에서 그러한 관념의 흔적을 찾을 수 없다는 점에 일치하고 있는데, 이들 성문법전은 그들 부족이 그 원래의 정착지와 그에 이어진 로마제국의 주변에서의 정착생활에 있어서 행하여진 관습들을 수록하고 있다. 그러나 그들이 로마제국의 지배를 받는 사람들과 뒤섞이게 되자 얼마 되지 않아서 그 제국의 법체도로부터 유언의 개념을 차용하였는데, 그것은 초기에는 부분적이었지만 후에는 전반적인 것이었다. 기독교의 영향은 이러한 재빠른 융화와 밀접한 관계가 있다. 교회의 권력은 몇몇의 이교의 사원이 행사하고 있던 유언장의 보관 및 등록의 특권을 넘겨받았다. 초기에 종교단체가 세속적 재산을 보유하게 되는 것은 거의 전적으로 그와 같이 私人의 유증에 기한 것이었다. 그리하여 극히 일찍부터 각 地方公議會(Provincial Councils)의 포고들은 유언의 유효성을 다루는 자는 파문에 처한다는 내용을 항구적으로 포함하고 있었다. 그러나 여기 영국에서는 법의 다른 영역에서는 존재한다고 종종 믿어지고 있는 단절을 유언법의 경우에는 발견할 수 없다고 일반적으로 인정되고 있는데, 그 주요한 원인은 분명히 바로 교회의 영향이었다. 어느 한 종류의 유언에 대하여는 그 관할이 교회법원으로 이관되었는데, 여기서는 항상 현명하게는 아닐지라도 로마법의 원칙을 적용하였다. 그리고 보통법 법원이나 형평법 법원은 교회법원에 따라야 하는 적극적 의무를 부담하지 않았음에도 불구하고 그 법 적용의 과정에서 교회법원에 의하여 정착된 규칙들의 체계가 가지는 강한 영향력에서 벗어날 수 없었다. 동산(personalty)에 관한 유언에 의한 상속에 관한 영국의 법은 로마 시민의 상속재산이 규율을 받던 법체계의 변형된 형태가 되었다.

이 주제에 대하여 역사적 접근방법에 의할 때 우리가 얻는 결론과 이에 대하여 역사의 도움이 없이 일차적인 인상들을 분석하려고 할 때 우리가 도달하게 되는 결론 사이의 극단적인 차이를 지적하는 것은 어려운 일이 아니다. 유언에 대한 대중적인 개념 또는 나아가 법적 개념에서 출발하는 경우에서 그것에 필연적으로 결부되어 있는 일정한 특성들을 생각하지 않을 사람은 없을 것이라고 생각한다. 예를 들면, 유언은 반드시 **사망시에만** 효력을 발생하고, 그것은 그 내용에 이해관계를 가진 사람에게는 당연히 알려지지 않는다는 의미에서 **비밀**이며, **철회가능한 것**, 즉 언제라도 새로운 유언에 의하여 대체될 수 있다고 사람들은 말할 것이다. 그러나 나는 이러한 특성들이 전혀 유언에 대하여 인정되지 않았던 시기가 있었음을 보여줄 수 있다. 오늘날의 유언의 직접적인 선조가 되는 유언제

도에 있어서는 이를 작성하는 즉시 효력이 발생하였고, 비밀이 아니었으며, 철회 가능하지도 않았다. 서면으로 작성된 사람의 의사표시가 그의 재산에 대한 사후 처분(死後處分, posthumous disposition)을 규율하는 법적 장치들만큼 복잡한 역사적 작용의 산물인 것은 별로 없다. 유언은 아주 천천히 그리고 매우 점진적으로 내가 앞서 말한 특성들을 갖추기에 이르렀다. 그리고 그것은 다양한 원인에 기하여, 또 우연적이라고 불러도 좋을 여러 가지 상황의 압력에 의하여 그와 같이 되었는데, 그러한 원인이나 상황들은 오늘날에는 그것이 법의 역사에 영향을 주었다는 점을 제외하고는 어쨌든 우리와는 이해관계가 없는 것이다.

법이론이 현재보다 더 많이 존재하였던 때가 있었다. 그 이론들은 근거가 부족하고 미성숙한 것이 대부분이었지만, 그럼에도 불구하고 일반화와 같은 것은 거의 행할 엄두를 내지 못하고 법은 단순한 경험적인 일로만 여겨졌던 우리가 알고 있는 그 보다 조악한 상태에서부터 법을 구해내기는 하였다. 그 당시에는, 우리가 유언의 일정한 특질들에 관하여 가지는 평이하면서도 우선은 직관적인 관념을, 그것들이 유언에 자연히 따르는 것이라든가 또는 보다 상세히 말한다면 자연법에 의하여 유언에 부착된 것이라고 설명하는 일이 널리 행하여졌다. 그러나 그러한 특성들이 모두 역사적인 事象 안에 그 기원을 가진다는 점이 확인되었으므로, 이제는 그러한 주장을 그대로 유지하려고 하는 사람은 아무도 없을 것이라고 생각한다. 그러나 동시에, 그러한 믿음의 기원이 되는 이론까지는 모두 사라지지 않았고, 그것은 우리 모두가 아직도 사용하고 있고 또 그것에 대체할 수 있는 수단을 잘 알지 못하는 표현형식들 안에 여전히 남아 있다. 나는 17세기의 법률문헌에서 보편적이었던 어떠한 견해에 대하여 논함으로써 이 점을 예증할 수 있다. 그 당시의 법률가들은 유언의 권한 자체를 자연법의 소산으로 이해하여 그것은 자연법에 의하여 주어진 것이라고 주장하는 것이 매우 일반적이었다. 이러한 주장에는, 모든 사람이 이들 설명 사이의 연관성을 이해한 것은 아니었지만, 재산의 사후처분을 형성하거나 규율할 권리는 재산권 그 자체의 필연적인 또는 본성적인 귀결이라는 설명이 뒤따랐다. 그리고 법학을 전공으로 익히는 학생들은 모두, 이 법분야의 전문용어를 쓴다면, 유언상속(sucession *ex testamento*)이 망인의 재산이전이 일차적으로 그에 좇아 행하여져야 하는 재산승계의 방법으로 다루고, 무유언상속(sucession *ab intestato*)이 사망한 재산권의 보유자가 게으름이나 불행한 사고로 인하여 행하지 못하고 남겨둔 일을 보완하기 위하여 입법자가 마련한 부차적인 법제도로 설명하는 것에 접하게 되었다. 이것은 같은 생각이 조금 다른 학파의 언어로 포장된 것일 뿐이다. 즉 이러한 견해는 단지 유언에 의한 재

산처분이 자연법상의 제도라는 훨씬 간결한 이론의 확장된 형태에 불과한 것이다. 물론 지성 있는 오늘날의 사람들이 자연, 그리고 그의 법에 대하여 숙고할 때 품는 관념의 내용에 대하여 독단적으로 말하는 것은 분명 공격받기 쉬운 것이다. 그러나 나는 유언의 권한이 자연법의 성질을 가진다고 주장하는 사람은 거의 예외 없이 은연중에 그 권한이 사실상 보편적으로 인정된다고 주장하는 것이거나 국가가 그 권한을 원초적인 본능과 충동에 기하여 승인·실행하기에 이른다고 주장하는 것이라고 믿는다. 이 중에서 그것이 보편적인 것이라는 첫번째 주장이 명시적으로 행하여진다면, 유언의 권한에 대하여 나폴레옹법전<sup>2)</sup>이 엄격한 제한을 가한 바 있고 또 그러한 프랑스의 태도가 하나의 모범으로 존중되어 이에 뒤쫓는 나라가 꾸준히 증가하는 것을 목격한 우리의 시대에서는 그러한 주장을 진지하게 옹호하는 것은 불가능할 것이다. 다음으로 국가가 그 권한을 인간의 본능에 의거하여 인정한다는 주장에 대하여는, 그것이 초기의 법의 역사에서 이미 잘 확인된 바 있는 사실과 배치된다는 점을 들어 이의를 제기하지 않을 수 없다. 또한 나는 모든 토착사회에서는 재산권자의 단순한 의사표시가 다소간의 제한 아래서 그의 혈족의 권리주장에 우선하는 것으로 인정된 후기의 법발전단계에 앞서서 유언의 권한이 법적으로 허용되지 **않거나** 이에 생각조차 되지 않았던 시대가 있었다고 감히 일반화하여 확인하고자 한다.

유언의 개념은 독자적으로 관념될 수 없다. 이는 일련의 개념들 중 하나에 불과하며 그 개념들 중 최우선적인 것도 아니다. 유언은 그 자체로 보면 단지 유언자의 의도가 표시되는 수단에 불과하다. 나는 그러한 도구가 논의의 대상이 되기 전에 검토되어야 하는 몇 가지 사전적인 고려사항이 분명히 있다고 생각한다. 예를 들어, 사망의 시점에 망인으로부터 이전되는 것은 무엇인가, 어떠한 종류의 권리 또는 이익이 이전되는가, 그것이 누구에게 어떠한 방식으로 이전되는가, 그리고 어떻게 해서 망인이 그의 재산에 대한 사후처분을 규율하는 것이 허용되는가 하는 문제가 그것이다. 기술적인 용어를 사용한다면, 유언이라는 개념에 기여한 다양한 관념들의 상호의존성이 이렇게 하여 드러나는 것이다. 즉 유언은 상속재산의 이전을 정하는 하나의 수단이다. 상속은 포괄승계의 한 형태이다. 포괄승계란 포괄적 재산(*universitas juris*),<sup>3)</sup> 즉 권리와 의무의 포괄적 일체가 승계되는 것이다. 그러므로 우리는 순서를 바꾸어, 포괄적 재산이란 무엇인지, 포괄승계란

2) 1804년의 프랑스민법전을 가리킨다.

3) 이는 원래는 「권리의 총체」라는 의미이다.

무엇인지, 상속이라고 불리는 포괄승계의 방법은 무엇인지를 탐구하여야 한다. 그리고 유언의 문제에 대한 논의가 종결되기 전에 해결이 요청되는 것으로서 내가 방금 지적한 논의사항들과 어느 정도 관련이 있는 두 개의 다른 문제가 있다. 즉 어떻게 해서 유언자의 의사에 의하여 상속재산이 규율되게 되는가, 또 그것을 규율하는 그 수단은 어떠한 성질을 가지는가 하는 것이 그것이다.

첫번째 질문은 권리와 의무의 포괄적 일체(또는 그 꾸러미)라는 포괄적 재산(*universitas juris*)의 개념과 관련된다. 포괄적 재산이란 일정한 시점에서 어느 한 사람에게 귀속되고 있다는 단순한 사정에 의하여 결합된 권리와 의무의 집합이다. 이는 어느 한 개인을 법적으로 표상하는 그의 법적 의상이다. 그것은 단지 어떠한 권리라도 또 어떠한 의무라도 이들을 함께 모음으로써 형성되지 않는다. 그것은 오직 어느 개별적인 사람의 모든 권리와 모든 의무를 포함함으로써만 구성될 수 있다. 소유권, 통행권, 상속권, 특정이행의 의무, 금전채무, 손해배상 의무와 같은 권리와 의무를 모두 연결하여 하나의 포괄적 재산으로 만드는 고리는 이들 권리의무를 행사할 수 있는 어느 개인에게 귀속한다는 사실이다. 그 사실이 없다면 권리와 의무의 포괄적 일체란 없다. 「포괄적 재산(*universitas juris*)」이라는 표현은 고전시대에 유래하는 것이 아니다. 그러나 그 관념은 전적으로 로마법에 영향을 받은 것으로서, 파악하기 어려운 것이 아니다. 우리는 하나의 개념 아래 우리들 각자가 세상에 대하여 가지는 법률관계들의 총체를 모으려고 노력하고 있는 것이다. 그러한 것들이 그 성격이나 내용이 무엇이든지 상관없이 모여서 하나의 포괄적 재산을 구성하는 것이다. 만약 우리가 단지 권리만이 아니라 의무도 이 개념에 포함된다는 것이라는 점을 유의하여 기억한다면, 그 개념의 형성에 있어서 잘못을 범할 위험은 거의 없다. 의무가 권리를 능가하는 경우도 있을 수 있다. 그의 적극재산보다 더 많은 빚을 져서 어떠한 자산가치가 그의 집합적인 채무관계들에 충당되어야 한다면, 그는 도산이라고 불리는 상태에 빠진 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 그에게 귀속되는 권리와 의무의 총체는 여전히 포괄적 재산에 다름아니다.

다음으로 “포괄승계(*universal succession*)”를 다루어야 할 차례이다. 포괄승계는 포괄적 재산의 승계이다. 이는 어떤 사람이 다른 사람의 법적 의상을 입게 되어서 그 타인의 모든 책임을 지고 동시에 그의 모든 권리를 가지게 되는 경우에 일어난다. 포괄승계가 진정으로 또 완전하게 행하여지려면, 그 이전이 법률가의 표현을 빌자면 단번에(*uno ictu*) 일어나야 한다. 물론 연달아 매수를 반복하는 경우에서와 같이, 타인의 권리와 의무 전부를 그 시기를 달리하여 취득하는 것도



가능하다. 또 일부는 상속인으로서, 일부는 매수인으로서, 그리고 일부는 수익자<sup>4)</sup>로서 하는 것과 같이 서로 다른 자격에서 그것 전부를 취득할 수도 있다. 그러나 이와 같이 하여 취득된 권리와 의무가 사실상 어느 특정인의 법적 인격 전부에 상당하는 것이라고 하더라도, 그러한 취득은 포괄승계가 되지 못한다. 진정한 포괄승계가 있으려면, 그 이전이 **하나의** 순간에, 그리고 수령자에 있어서 **하나의** 자격으로 일어나야 한다. 포괄승계의 개념은, 비록 영국의 법에서 권리가 취득되는 자격의 다양한 양태들에 의하여, 또 무엇보다도 그 물건법에서 “부동산”<sup>5)</sup>과 “동산”<sup>6)</sup>이라는 두 영역 사이의 차이에 의하여 모호하게 되었음에도 불구하고, 포괄적 재산의 개념과 마찬가지로 항상 존재하는 것이다. 그러나 파산재산양수인<sup>7)</sup>이 파산자의 재산 전부를 승계하는 것은 포괄승계에 해당한다. 다만 파산재산양수인은 단지 적극재산의 범위에서 채무를 이행할 뿐이어서 그 한도에서 원래의 포괄승계의 개념은 수정을 받는다. 어떤 사람이 다른 사람의 모든 적극재산을 그의 모든 채무를 지급하는 것을 조건으로 이전받는 일이 우리들 사이에서 흔하게 행하여진다고 하면, 이는 로마법에서 일찍부터 인정되었던 바의 포괄승계와 매우 닮은 것이 될 것이다. 로마의 시민이 아들을 **자권자입양**<sup>8)</sup>하는 경우, 즉 가장권<sup>9)</sup>에 복종하지 않는 어떤 남자를 양자로 들이는 경우에 양부는 입양자의 재산을 **포괄적으로** 승계하여, 그의 모든 적극재산을 취득하고 그의 모든 의무에 대하여

- 
- 4) 受遺者(legatee)란 유증(legacy), 즉 유언으로 행하여지는 특히 인적 재산(이에 대하여는 뒤의 주 6 참조)의 증여에 의하여 권리를 취득하는 사람을 말한다.
- 5) realty. real property와 동의어로서, personalty와 대를 이룬다. 물적 재산이라고 번역할 수도 있다. real property란 원래 중세의 영국에서 손해배상이 아니라 물건 자체의 인도를 내용으로 하는 real action(물적 소송)의 구제를 받을 수 있었던 재산권을 의미하였다. 무엇보다도 부동산(토지)에 관한 재산권이 그에 속하였다. 그리하여 real property는 부동산 그 자체 또는 easement(지역권)나 leasehold(부동산임차권)와 같은 부동산에 관한 물권적 권리를 의미하기에 이르렀다.
- 6) personalty. personal property라고도 하며, 인적 재산이라고 번역할 수도 있다. 전주에서 본 real property에 속하지 않는 재산권을 가리킨다.
- 7) assignee in bankruptcy. 우리 법에서 파산관재인에 유사한 지위에 있는 사람을 말한다. 파산자의 재산을 관리하기 위하여 파산채권자들에 의하여 선임된다. creditor's assignee라고도 부른다.
- 8) 自權者入養은 로마법의 adrogatio의 역어로서, 또는 자권자입양(自主權者入養)이라고도 한다. 자권자는 그 입양에 의하여 양부의 家子가 되어 신분이 타권자로 변경되고, 독자적으로 재산을 보유할 수 없게 된다. 로마법의 자권자입양에 대하여는 우선 玄勝鍾, 曁圭昌 증보, **로마법**(1996), 933면 이하를 참조하라.
- 9) 家長權(patria potestas)이란 로마법에서 가장이 家子에 대하여 가지는 포괄적 지배권을 말한다.

책임을 지게 된다. 그 외에 포괄승계의 다른 몇 가지 방식이 초기의 로마법에서 발견된다. 그러나 그 중에서 가장 중요하고 가장 영속적이었던 것은 우리가 바로 직접적으로 관심을 두고 있는 상속(hereditas)의 경우이다. 상속은 사망시에 일어나는 포괄승계이다. 이 경우의 포괄승계인은 상속인(heres)이다. 그는 망인의 모든 권리와 의무를 한꺼번에 이전받는다. 그는 즉각적으로 망인의 법적 인격 전부의 의상을 취득하게 된다. 여기서 나는 상속인이 유언에 의하여 지명되었는지 아니면 무유언상속으로 상속을 받았는지에 상관없이 그의 그러한 특별한 성질에는 다름이 없다는 것을 굳이 지적할 필요를 느끼지 않는다. 어떤 사람이 어떠한 방법에 의하여 상속인이 되었는가는 그가 가지는 법적 성격과 아무런 관련이 없으므로, 상속인이라는 용어는 그가 유언상속인이든 무유언상속인이든 마찬가지로 마찬가지로 사용된다. 즉 망인의 포괄승계인은 그가 유언에 의하여 그렇게 되었든 유언 없이 그렇게 되었든 상관없이 그의 상속인인 것이다. 그러나 상속인은 반드시 한 사람일 필요는 없다. 일단의 사람들이 상속재산을 공동상속인으로 승계할 수도 있는데, 그들은 법적으로 하나의 단위로 간주된다.

이제 상속에 대하여 로마법에서 통상 행하여지는 정의를 인용하고자 한다. 독자들은 그 용어 하나하나에 유의하여 음미하는 자세를 취하여야 할 것이다. *Haereditas est successio in universum jus quod defunctus habuit*(“상속이란 망인의 법적 지위 전부를 승계하는 것이다”). 이러한 파악은 망인의 물리적 인격은 소멸하지만 그의 법적 인격은 살아남아서 그 전과 다름없는 상태로 그의 상속인 또는 공동상속인들에게 계승되어 그의 정체성이 적어도 법에 관한 한 상속인에게 계승된다는 것을 의미한다. 우리의 현재의 법은 유언집행자<sup>10)</sup> 또는 상속재산관리인<sup>11)</sup>을 선임하여 망인의 재산에 관한 대리인으로 인정하는데, 이는 위와 같은 법리에서 연유하는 것으로서 위와 같은 이론에 대한 예증이 될 수 있다. 그러나 그것은 어디까지나 예증일 뿐, 설명은 결코 아니다. 후기 로마법에서는 망인의 지위와 상속인의 지위 사이에 엄밀한 대응관계가 요구되었는데, 이것은 영국

10) 유언집행자(executor)란 상속재산의 관리를 위하여 원칙적으로 유언자에 의하여 유언에서 명시적 또는 묵시적으로 지정된 인격대표자(personal representative)를 말한다. 유언집행자는 유언자의 장례비용이나 상속재산관리비용의 지급, 채권의 회수, 채무의 지급, 수유자에의 분배 등의 업무를 집행할 권리와 의무를 가진다. 그는 「지정상속재산관리인」이라고 부를 수도 있다.

11) 상속재산관리인(administrator)은 무유언상속의 경우 또는 유언이 있어도 유효한 유언집행자의 지정이 없는 경우에 유언집행자(앞의 주 참조)와 같은 업무의 수행을 위하여 법원에 의하여 선임된다.

법의 위와 같은 대리적 파악에서는 찾을 수 없는 모습이다. 원시법제에서는 모든 것이 승계의 연속성에 의존하고 있다. 유언에 유언자의 권리의무가 즉시 상속인에게 이전된다는 조항이 포함되지 않으면, 그 유언은 아무런 효력도 발휘하지 못하였던 것이다.

오늘날의 유언법은 후기 로마법과 마찬가지로 1차적으로 중요한 목표를 유언자의 의사의 실현에 둔다. 고대의 로마법에 있어서 이에 대응하는 신중한 고려의 대상은 포괄적 승계를 이룩하는 것이었다. 이들 두 법 중 전자는 우리에게 상식이 명하는 바의 법리라고 생각되고, 후자는 쓸모없는 변덕의 소산으로 느껴질 것이다. 그러나 후자가 없었다면 전자도 역시 존재하지 않았을 것이라는 것은 이에 관한 다른 명제만큼이나 확실한 바이다.

이와 같이 역설처럼 보이는 문제를 해결하고 또한 내가 지금까지 제시하려고 노력해 왔던 일련의 사상들을 보다 명백하게 하기 위하여, 내가 제5장의 앞부분에서 행한 논의의 결과를 여기서 가져오려고 한다. 우리는 사회의 요람기를 명확하게 특징짓는 하나의 특수한 성격을 관찰한 바가 있다. 그것은 인간이 개인으로서가 아니라 항상 어떤 개별적인 집단의 구성원으로 파악되고 그러한 것으로 취급된다는 점이다. 모든 사람은 우선 시민이고, 그리고 시민으로서 그는 그가 속하는 계층의 구성원으로서, 귀족제 또는 민주제에서 귀족 또는 평민계층에 속하여, 로마로 말하면 귀족(patricii) 또는 평민(plebei)의 일원이 된다. 혹은 발전의 과정에서 특별한 변고를 당하는 불행한 운명을 지니는 사회에 있어서는, 어떤 세습신분계급(caste)에 속하게 된다. 그 다음으로 그는 일정한 씨족, 가단(家團), 부족의 구성원이고, 마지막으로 그는 그의 가족의 일원이다. 이 마지막의 것이 사람이 위치하였던 가장 좁고 가장 개인적인 관계이었다. 그리고 매우 역설적으로 비취질지도 모르나, 그는 결코 그 자신, 즉 한 사람의 특유한 개인으로는 간주되지 않았다. 그의 개인성은 그의 가족에 흡수되어 삼켜지고 말았다. 나는 앞서 제시하였던 원시사회의 정의를 반복하고자 한다. 그 사회는 그 구성단위가 개인이 아니라, 실제의 또는 의제적인 혈연관계에 의하여 결합된 사람들의 집단이었던 것이다.

우리가 포괄승계의 최초의 모습을 찾을 수 있는 것은 미개사회의 그러한 특성들 속에서이다. 근대 국가의 조직과 비교하여 미개시대의 국가를 묘사한다면, 이는 몇 개의 작은 專制政體로 구성되어 있는데, 그 각각은 그 외의 것들과는 완전히 구별되고 또 단일한 우두머리의 대권에 의하여 완벽하게 통제되고 있다고 할 수 있을 것이다. 그 전제정체의 우두머리를 로마법에서 말하는 가장(pater

familias)이라고 부르기는 시기상조이므로 그를 가주(patriarch)라고 하기로 하는데, 가주는 그 권한이 무척 광범위한 것이기는 하였어도 동시에 그와 동일한 정도의 의무를 가지고 있다는 점에는 의문의 여지가 없다. 그가 가족을 통솔하고 있다면, 그것은 가족의 이익을 위해서이다. 그가 가족재산의 주인이라고 해도, 그것은 그의 자식들과 혈족들을 위한 수탁자로서이다. 그는 그가 통솔하고 있는 그 작은 공동체와의 관련에서 그에게 주어진 것 외에는 어떠한 특권이나 지위도 가지고 있지 않았다. 가족은 사실 하나의 사단이었고, 그는 그 대표자이었다. 또는 그 공무담임자라고 해도 과언이 아니다. 그는 권리를 향유하고 의무를 부담하였으나, 그 권리와 의무는 동료 시민들의 관념상으로 그리고 법적으로 그 자신의 것임과 동시에 그 집합체의 것이기도 하였다. 이제 그러한 대표자의 죽음이 어떠한 결과를 가져오는지를 생각해 보기로 하자. 법의 관점에서 볼 때, 그리고 민사재판관의 입장에서 볼 때, 가정을 통솔하는 자의 사망은 전적으로 사소한 의미를 가지는 것일 수 있었다. 이는 가족이라는 단체를 대표하고 관할 재판권과 관련하여 1차적으로 책임을 지는 사람이 이제 교체되어 그 이름이 달라진다는 것, 그것이 전부이었다. 사망한 가(家)의 우두머리에게 속하였던 권리와 의무는 그 연속성의 단절 없이 그의 계승자에게 귀속된다. 왜냐하면 그것은 실제로는 가족의 권리와 의무인데, 가족은 사단에 특징적인 그 성질, 즉 소멸하지 않는다는 성질을 가지기 때문이다. 채권자들은 종전의 우두머리에 대한 것과 같은 법적 구제수단을 새로운 우두머리에 대하여 가진다. 책임은 여전히 존재하는 가족이 지는 것으로서 결코 변하지 않기 때문이다. 가족이 행사할 수 있었던 권리는 모두 우두머리의 사망 전과 마찬가지로 그 사후에도 행사할 수 있었다. 다만 그 사단은 이제 조금 달라진 이름[즉 상속인의 이름]으로 —만일 것처럼 오래 전의 시대에도 이와 같이 정확한 전문용어를 적절하게 쓸 수 있었다고 한다면— 소송을 제기하여야 한다는 것만은 달라진다.

사회가 얼마나 점진적으로 그리고 서서히 오늘날의 원자적 구성단위들[즉 개인]로 해소되어 갔는지, 어떠한 눈에 띄이지 않는 점차적 이행을 거쳐서 개인과 그의 가족의 관계 및 가족과 가족의 관계가 사람과 사람의 관계에 의하여 대체되어 갔는지를 이해하려면, 우리는 반드시 법의 역사의 전체적인 과정을 추적하여야 한다. 여기서 우리가 주의를 기울여야 할 점은, 혁명이 일용 성취되어 재판관이 많은 점에서 가장(pater familias)의 지위를 떠맡게 되고 민사재판이 가족 내부의 심판을 대신하게 되었다고 하여도, 그 사법권(司法權)에 의하여 운용되는 권리와 의무의 전체적 틀은 여전히 이제는 사라져 버린 특권의 영향을 받아 형

성된 채로 남아 있고, 모든 부분에서 그것의 반영으로 얼룩져 있다는 것이다.

로마법이 그렇게도 끈질기게 유언상속 또는 무유언상속의 제1조건으로 고수하여 온 포괄적 재산(*universitas juris*)의 이전이라는 사고는 보다 넓은 사회형태의 한 특징임에는 거의 의문의 여지가 없다. 그럼에도 불구하고 사람들은 그것이 보다 새로운 사회와 진정하거나 적절한 관련성이 없게 되었음에도 그것을 새로운 사회형태와 결별시킬 수 없었던 것이다. 사실은 어떤 사람의 법적 존재를 상속인 또는 공동상속인에게서 그대로 연장하는 것은 바로 **가족**의 어떠한 특성이 어떠한 의제에 의하여 **개인**에게로 전이한 것, 그 이상도 이하도 아니다. 사단에서의 승계의 형태는 필연적으로 포괄적일 수밖에 없는데, 가족은 바로 하나의 사단이 었다. 사단은 결코 죽지 않는다. 그 구성원 개인의 사망은 단체의 집단적 존재에 영향을 주지 않으며, 그의 법적 조건, 그의 능력이나 책임에 결코 영향을 미치지 않는다. 이와 같이 해서 로마의 포괄승계의 관념에는 사단의 이러한 성질 모두가 개개의 시민에게 이전된 것이다. 그의 육체적 사망은 그가 지녔던 법적 지위에 대하여 어떠한 영향도 미칠 수 없도록 되었다. 이는, 그 법적 지위가 그 단체로서의 성질에 기하여 당연히 육체적 차원의 소멸이란 있을 수 없는 가족에 가능한 한 근접하게 유추되어 조정되어야 한다는 원리에 근거하여 일어났다.

많은 유럽대륙의 법학자들은 포괄승계에 포함되어 있는 여러 관념들 사이의 관계가 어떠한 성질의 것인지를 이해하는 데 어려움을 겪고 있음을 나는 안다. 그리고 그들이 행한 논의가 일반적으로 이처럼 별다른 가치를 가지지 못하는 법철학상의 논점도 아마 없을 것이다. 그러나 영국법을 공부하는 사람들은 우리가 여기서 다루고 있는 관념을 다룸에 있어서 좌절할 위험이 없다고 하여야 할 것이다. 모든 영국의 법률가들에게는 친숙한 영국법에서의 의제라는 법적 도구에 의하여 이러한 관념에 대하여 많은 깨달음을 얻을 수 있기 때문이다. 영국의 법률가들은 사단을 집합사단<sup>12)</sup>과 단독사단<sup>13)</sup>으로 분류한다. 집합사단은 진정한 의미의 사단이고, 단독사단은 일정한 속성이 있는 일단의 그룹에 속하는 개인으로서 의제에 의하여 사단의 성질을 가지게 되는 것이다. 그 예로 왕이나 어떤 교구의 교구장이 있음을 굳이 지적할 필요가 없을 것이다. 여기서 그 능력이나 직무는 그때그때 그 지위를 가지는 사람 개인과는 별도로 간주되고, 그 지위

12) 집합사단(*corporations aggregate*)이란 복수의 구성원으로 이루어진 사단을 말한다.

13) 단독사단(*corporations sole*)이란 단독의 구성원으로 이루어진 사단을 말한다. 법으로 정하여진 승계자의 지위에 있는 사람에게 자연인은 가질 수 없는 일정한 법적인 자격과 영속성을 부여하고자 하는 경우에 인정된다.

는 항구적인 것이어서 이를 보유하는 일련의 개인들은 사단의 대표적인 속성, 즉 항구성을 갖추고 있다. 이제 고대 로마법의 법리에서 개인은 가족에 대하여 영국 법에서 단독사단의 집합사단에 대한 관계와 바로 동일한 관계에 있었던 것이다. 그 각 관념의 연유 및 상관관계가 정확하게 서로 일치한다. 사실 로마에서 유언 법과 관련하여서는 각각의 개별 시민이 단독사단이었다고 하면, 우리는 상속의 개념을 온전하게 깨달을 수 있을 뿐만 아니라, 그 개념이 유래하는 전체적 이해에 대하여도 실마리를 찾을 수 있게 된다. 즉 왕은 단독사단으로서 결코 사망하지 않는다는 명제가 그것이다. 그의 법적 지위는 지속적으로 그의 계승자에 의하여 채워져서, 통치의 연속성은 중단되지 아니한 것으로 간주되는 것이다. 로마인들에게 권리와 의무의 이전에서 사망이라는 사건을 고려하지 않는 것은 단순하고도 자연스러운 과정으로 여겨졌다. 유언자는 그의 상속인이나 공동상속인 속에서 계속 살아 있는 것이다. 그는 법적으로 상속인과 동일한 사람이다. 만약 어떤 사람이 그의 유언에 의한 재산처분에 있어서 그의 현실적 존재와 사후적 존재의 통합을 가능하게 하는 원칙에 반하는 내용을 포함시킨다면, 법은 그와 같이 흠이 있는 법적 수단의 효력을 부인하고, 상속재산을 혈연관계에 있는 사람에게 넘겨주게 된다. 이 경우 상속인이 될 수 있는 그 사람들의 자격은 법에 의하여 주어진 것이고, 만에 하나라도 잘못 작성될 수도 있는 어떠한 문서에 의하여 인정되는 것이 아니었다.

로마의 시민이 유언을 남기지 않고 죽거나 그가 남긴 유언이 효력이 없는 경우에, 그의 자손들이나 친족들은 다음에서 설명되는 기준에 좇아 그의 상속인이 된다. 이렇게 상속인이 되는 사람 또는 일단의 사람들은 단지 망인을 **대리할** 뿐만 아니라, 방금 설명한 이론에 따라서, 그의 민사적 생명, 즉 그의 법적 존재를 **지속한다**. 이러한 결과는 상속의 순위가 유언에 의하여 지정된 경우에도 마찬가지이다. 그러나 망인과 상속인의 동일성의 이론은 어떠한 유언방식 또는 어떠한 시대의 유언법보다도 분명 오래된 것이다. 여기서 우리는 이 주제를 파고들면 들수록 우리를 압박하는 다음과 같은 의문을 제시하기에 적절한 순간을 맞이하게 된다. 즉 포괄승계에 관한 이러한 주목할 만한 관념들이 없었다면, 과연 **유언**이라는 것이 존재하게 되었을까 하는 의문이다. 유언법은 그럴 듯하기도 하면서도 근거가 없어 보이기도 하는 다양한 철학적 가설들에 기초하여 설명될 수 있는 어떠한 원칙의 한 적용례이다. 이는 근대 사회의 모든 영역과 관련을 맺고 있고, 일반적인 목적에 기여할 수 있는 극히 광범위한 근거제시에 기하여 옹호될 수 있다. 그러나 다음과 같은 점에 주의를 환기하는 것은 몇 번이나 반복되어도 좋

을 것이다. 즉 우리가 법의 문제를 바라봄에 있어서 잘못을 범하게 되는 중대한 이유는, 우리가 바로 이 시대에 현행의 법제도를 다름에 있어서 동원하는 바로 그 근거들이 필연적으로 그 제도가 애초 거기서부터 기원한 그 감정과 어떠한 공통점을 가지고 있다고 오해하는 데 있다는 것이다. 상속에 대한 고대 로마법에서 유언의 관념은 망인이 사후에도 그의 상속인 속에 존재한다는 이론과 분리될 가능하게 섞여 있다, 또는 —보다 과감하게 말한다면— 혼동되어 있다는 것은 확실하다.

비록 포괄승계의 관념이 법에 굳건히 뿌리박게 되기는 하였지만, 그것이 법의 틀을 여러 방면에서 마련한 사람들에게 저절로 나타난 것은 아니다. 오늘날 그것이 어디에서 발견되든지 간에, 그것은 언제나 로마법에서 유래하는 것으로 생각될 수 있다. 그리고 그와 함께, 오늘날의 실무가들이 그 모이론(母理論)과의 연관성을 파악하지 못한 채로 적용하고 있는 유언과 유증에 관한 일련의 법리들도 전승되어 왔다. 그러나 순수한 로마법에서는 유언상속과 무유언상속에 관한 법이 어떤 사람이 그의 상속인 속에서 계속 삶을 유지한다는 원칙, 다시 말하면 —이렇게 말하는 것이 허용된다면— 죽음이라는 사실의 제거를 중심에 두고 그 주위에 형성되었음은 오해의 여지 없이 명확한 것이다. 로마법이 그 지도적 이론을 전혀 동요하지 않고 완고하게 관철한다는 사실은 그 자체로써 그 이론이 로마 사회의 고대적 기본구조상의 어떤 것에서 유래하여 발전한 결과임을 시사한다. 그러나 나아가 우리는 단순한 추측을 넘어서는 증거를 제시할 수도 있다. 로마의 초기 유언제도로부터 유래하는 몇 개의 기술적인 표현이 우연히 우리에게까지 보존되어 남아 있는 것이다. 우리는 가이우스<sup>14)</sup>의 저작으로부터 포괄승계자의 지정에 관한 방식을 알고 있다.<sup>15)</sup> 우리는 나중에 상속인으로 불리게 된 사람의 옛 명칭을 알고 있다. 나아가 우리는 12표법<sup>16)</sup>에서 유언의 권한을 명백하게 인정하

14) 가이우스(Gaius)는 기원 후 130년부터 180년 사이에 활동한 로마의 법률가이다. 그의 생애는 거의 알려져 않다. 그러나 그가 저술한 법학개론서 『法學提要(Institutiones)』가 1816년에 이태리의 베로나에서 우연히 원문대로 발견됨으로써, 그의 이름은 로마법학의 역사에서 불멸의 지위를 차지하게 되었다.

15) Gai. 2, 117(가이우스, 법학제요, 제2권, 제117절): “정식의 지정은 다음과 같은 것이다. “티티우스는 상속인이 되어라.” 그러나 “티티우스가 상속인임을 나는 명한다”고 하는 문언도 이미 승인된 것으로 인정된다. 이에 반하여 “티티우스가 상속인임을 나는 바란다”고 하는 것은 승인되지 않았다. 또한 “나는 티티우스를 상속인으로 지정한다” 또는 “나는 [티티우스를] 상속인으로 한다”는 것도 역시 대부분의 학자에 의하여 부인되었다.”

16) 12표법(Lex Duodecim Tabularum. 단지 Duodecim Tabulae라고도 한다)은 로마법의 기초를 이루는 가장 귀중한 로마법원(法源)의 하나이다. 기원 전 449년에 최종적으로 완

고 있는 유명한 조항의 원문을 알고 있으며, 무유언상속을 규율하는 조항들도 보존되어 있다.<sup>17)</sup> 이러한 고대의 문구들은 모두 하나의 현저한 특징을 가지고 있다. 그것들은 유언자로부터 그 상속인에게 이전되는 것이 **가족**, 즉 가장권(*patria potestas*) 속에 포함되어 있고 또 그로부터 도출되는 권리와 의무의 집합임을 시사한다. 세 경우에는 물질적인 재산에 대하여는 언급조차 없고, 다른 두 경우에 그것은 명백히 가족의 부속물 또는 종속물로 언급되어 있다. 그러므로 유언은 본래 **가족**의 이전이 문서에 의하여 규율되는 하나의 방법 또는 —처음에는 아마도 문서로 행하여지지 아니하였을 것이므로— 하나의 과정이었다. 이는 유언자에 이어서 가족의 우두머리가 되는 사람이 누구인지를 선언하는 하나의 방식이었다. 이처럼 유언이 그것을 본래의 목적으로 하는 것이라면, 우리는 그것이 고대의 종교와 법의 가장 흥미로운 유물의 하나인 사크라(*sacra*), 즉 가족제식(家族祭式)과 어떻게 연관되는지를 바로 알 수 있게 된다. 이 가족제례는 사회가 그 원시적 상태에서 완전히 벗어나지 못하였을 때에는 언제나 나타나는 제도의 로마적 형태이다. 그것은 가족의 유대를 기리며 그 영원성을 맹세하고 승인하는 희생공양과 제의(祭儀)를 말한다. 그것의 성격이 무엇이든지, 즉 그것이 어떤 경우에도 일정한 신화적인 조상을 숭배한다는 것이 사실이든 아니든 상관없이, 그것은 가족관계의 신성함을 확인하기 위하여 어디서나 행하여진다. 그러므로 그것은 그 우두머리의 교제로 말미암아 가족의 연속성이 위협받게 되는 때라면 당연히 그 심중한 의미와 중요성을 새삼 획득한다. 그리하여 우리는 가족의 통솔권을 가진 사람의 사망과 관련하여서 그에 대하여 가장 많이 듣게 된다. 힌두교도에 있어서는 망인의 재산을 상속할 수 있는 권리는 그의 장례를 행할 의무와 정확하게 공존한다. 만약 그 예식이 마땅한 인물에 의하여 마땅하게 행하여지지 않거나 전혀 행하여지지 않은 경우에는, 망인은 살아 있는 사람들 누구와의 사이에서 어떠한 관계도 형성되지 아니한 것으로 간주된다. 그러므로 상속법은 적용되지 않으며, 누구도 그의 재산을 상속하지 못한다. 힌두인의 삶에서 모든 중요한 사건은 이

---

결되어, 12개의 동판(어떤 사람에 의하면 상아판)에 새겨져 로마의 광장에 세워져서 누구라도 읽을 수 있게 하였다. 그러나 원문은 전해 오지 않으며, 학자들이 이를 인용한 각종의 저작에서 찾아낸 단편들을 조합하여 그 원래의 모습을 대체로 알 수 있다. 12표법의 개요에 대하여는 우선 崔秉祚, “十二表法(對譯)”, 서울대 법학 32권 1·2호(1991), 157면 이하를 참조하라.

17) 예를 들어 12표법의 제5표 제4조는 “만일 그가 무유언으로 사망한다면, 그에게 가내상속인(*suus heres*)이 없는 경우에는 가장 가까운 宗親이 가산(*familia*)을 상속한다(*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*)”고 정한다.



의식에 귀착되고 그와 관련을 가지는 것으로 여겨진다. 그가 결혼을 하는 것은 그의 사후에 그 의식을 행할 자식을 가지기 위한 것이다. 그에게 자식이 없다면, 그는 다른 가족으로부터 양자를 들여야 할 매우 강력한 의무가 있는데, 어느 힌두교의 석학이 이르기를, 이는 “장례용 빵, 물, 그리고 신성한 희생물을 마련하기 위한 것”이다. 키케로 시대의 로마에서의 사크라도 그 의미에 있어서 이보다 덜 하지 않았다. 그것은 상속과 입양을 포괄하였다. 어떠한 입양도 양자가 떠나게 되는 가족의 사크라에 관한 적절한 정함이 없이는 이루어지지 않았다. 그리고 어떠한 유언도 이들 예식으로 발생하는 비용을 공동상속인 사이에서 분담하는 비율을 엄밀하게 정하지 아니하고서 상속을 분배하는 것은 허용되지 않았다. 우리가 사크라라는 제례를 살펴본 그 시대의 로마법과 현재 존재하는 힌두제도 사이의 차이는 매우 교훈적이다. 힌두인들에게 법에 존재하는 이러한 종교적 요소는 완전한 우월성을 지닌다. 가족 예식은 모든 인법 및 대부분의 물법에서 핵심이 된다. 가족 예식은 크게 확장되기까지 해서, 남편의 장례식에서 과부도 자신을 희생하여 함께 매장되는 관습은 힌두교도들에 의하여 역사시대까지 계속된 것으로서, 몇몇의 인도유럽족의 전통 안에 자리를 잡고 있다. 그것이 사람의 피가 모든 봉헌물 중에서 가장 값진 것이라는—희생의 관념에는 항상 수반하는—생각의 영향에 의하여 원시적인 사크라에 주입된 하나의 부가물이라는 견해는 설득력이 있는 것이다. 반대로 로마인들에 있어서 법적 의무와 종교적 의무는 이제 구별되기 시작하였다. 사크라를 행할 필요는 시민법의 법리의 어떠한 부분도 구성하지 않으며, 사제단(司祭團)의 별도의 관할 하에 있게 되었다. 키케로가 아티쿠스<sup>18)</sup>에게 보낸 편지는 사크라에 대한 시사로 차 있으며, 그것이 상속재산에 참을 수 없는 부담을 지우고 있음을 명확하게 드러내고 있다. 그러나 법이 종교로부터 처음 분리의 발걸음을 내딛은 시기를 거쳐 이제 우리는 사크라가 후기의 법에서 완전히 사라진 것을 확인할 수 있다.

힌두법에는 진정한 의미에서의 유언과 같은 것이 없다. 유언이 차지할 자리는 입양에 의하여 채워졌다. 이제 우리는 유언의 권한이 입양의 능력과 어떠한 관계에 있는지, 또 이 둘 중 어느 것에서도 그 실행에 사크라라는 祭式에 대한 특유

18) 티투스 폼포니우스 아티구스(Titus Pomponius Atticus)(기원전 110년? - 35년?)는 로마의 문예애호가, 은행가이다. 그는 키케로의 절친한 친구로서, 키케로의 『우정론(De Amicitia)』은 그에게 헌정되었다. 이 두 사람 사이의 서한은 키케로의 비서인 마르쿠스 툴리우스 티로(Marcus Tullius Tiro)가 편찬한 『아티구스에의 서한집(Epistulae ad Atticum)』에 수록되어 있다.

한 열정이 요청되는 이유가 무엇인지를 알게 되었다. 유언과 입양 양자는 모두 가족 계통의 정상적인 흐름을 왜곡할 우려가 있으나, 이들은 가계를 이어갈 혈친이 없는 경우에 그 계통이 완전히 끊어지는 것을 막을 수 있는 장치인 것이다. 이 두 가지 방법 중에서 입양은 혈연관계의 의제적 창조로서, 이것만이 고대의 많은 사회들에서 존재한다. 힌두교도들은 고대의 관행에서 분명히 한 걸음 더 나아갔으니, 그것은 남편이 생전에 이를 계율리하였을 경우에 입양할 수 있도록 허용하였던 것이다. 그리고 벵갈의 지방 관습에는 유언권의 희미한 자취가 남아 있다. 그러나 유언을 발명한 공적은 분명히 로마인들에게 돌아간다. 이 제도는 인간사회를 변화시키는 데 계약 다음으로 큰 영향을 미쳤다. 그러나 우리는 이 제도의 초기적 형태에 그것이 오늘날 담당하고 있는 기능들을 부여하지 않도록 주의하여야 한다. 이는 원래는 망인의 재산을 분배하는 방법이 아니라 가(家)를 대표하는 기능을 새로운 우두머리에게 이전하는 여러 방법 중의 하나이었다. 물론 재산은 상속인에게 승계되지만, 이는 단지 가족의 통솔권이 이전하면 그와 함께 그 공동의 재산을 처분할 수 있는 권한도 수반되기 때문이다. 우리는 유언법의 역사에서 유언이 그 후 재산의 유통을 자극하고 재산권이 보다 가소적(可塑的)인 내용으로 형성될 수 있도록 함으로써 사회 개조의 강력한 도구가 되었던 단계까지는 아직 한참 거리를 두고 있는 시대를 말하고 있는 것이다. 사실 후기의 로마 법학자조차도 이러한 결과들은 유언과 관련되는 것으로 이해하지 못하였다. 로마 사회에서 유언은 재산과 가족을 서로 분리시키거나 혹은 일련의 잡다한 이익들을 창출해 내는 방법이 아니라, 가의 구성원에 대하여 무유언상속에 관한 법규칙에 의하여 보장되는 것보다 나은 법상태를 만들어내기 위한 수단으로 생각되고 있었다. 사실 유언 작성의 일에 대하여 로마인이 품고 있던 연상은 오늘날 우리가 흔히 품는 그것과는 매우 달랐을 것임을 쉽사리 추측할 수 있다. 입양과 유언을 가족을 지속시키는 방법으로 보는 습관은 불가피하게 황제권의 승계에 관한 로마적 관념의 기묘한 융통성과 관계가 있다. 초기의 로마제국에서 황제의 자리를 계승하는 것은 합리적으로 정규적인 것으로 생각되었고, 비록 온갖 불미로운 일이 일어나기는 하였어도, 테오도시우스<sup>19)</sup>나 유스티니아누스<sup>20)</sup>와 같은 황제가

19) Theodosius. 379년부터 395년까지 동서로 분리되기 전 로마제국의 마지막 황제로서 기독교를 로마의 국교로 정한 테오도시우스 1세, 아니면 408년부터 450년까지 동로마제국의 황제로서 「테오도시우스법전(Codex Theodosianus)」으로 역사에 이름을 남긴 테오도시우스 2세 중 한 사람을 가리킬 것이다.

20) Justinianus. 527년부터 565년까지 동로마제국(비잔틴제국)의 황제. 그 제국의 가장 영광스러운 시대를 대표하는 황제로서, 「유스티니아누스법전」, 즉 「로마법대전(Corpus

자신을 카에사르나 아우구스투스라고 칭한다고 하여도 이에 무슨 부조리도 없다는 점을 우리는 놓칠 수 없는 것이다.

이와 같이 원시사회의 여러 상태가 밝혀졌으므로, 무유언상속이 유언상속보다 더욱 고대로 거슬러 올라가는 제도라는 명제는, 비록 17세기의 법학자들은 이를 의심하였지만, 논의의 여지가 없는 것이 되었다고 생각된다. 이 문제가 해결되면, 이제 유언이 어떻게 해서 또 어떠한 조건 아래서 가족에 대한 통솔권의 이전, 그리고 이에 따라 死後의 재산분배를 규율하게 되었는가 하는 매우 흥미로운 문제가 저절로 제기된다. 이를 해결하는 것은 고대의 사회에서 유언권의 행사가 드물었기 때문에 어려운 일이다. 로마를 제외하고 다른 원시사회가 진정한 유언권의 행사를 알고 있었는지는 의심스럽다. 그 초보적 형태가 여기저기 산견되기는 하나, 그 대부분은 로마에 기원을 두고 있다는 혐의를 벗기 어렵다. 아테네의 유언 제도는 의심의 여지 없이 토착의 것이다. 그러나 그것은 나중에 보는 바와 같이 아직 단서적인 것에 불과하다. 로마제국을 정복한 야만족들의 법전으로서 우리에게까지 전해지는 법에 의하여 인정되는 유언제도는 로마의 것이라고 거의 확실하게 말할 수 있다. 최근에 극히 예리한 독일의 비판적 연구가 이들 「야만족의 법전(*leges Barbarorum*)」<sup>21)</sup>에 대하여 행하여졌다. 그 연구의 중요한 목적은 그 종족들의 법체계에서 각 종족이 원래의 거주지에서 행하던 고유한 관습을 이루는 부분을 로마법에서 차용한 외래적인 부분으로부터 분리하는 것이었다. 그 연구의 과정에서 그 법전의 고대적인 핵심은 유언에 관하여 어떠한 흔적도 포함하고 있지 않다는 점이 한결같이 밝혀졌다. 유언법이 존재한다면 그것은 어떤 것이든 로마법에서 유래한 것이었다. 마찬가지로 유태인의 랍비법<sup>22)</sup>이 정하고 있는 초보적 유언제도는 —내가 들은 바에 의하면— 로마와의 접촉에서 발생한 것이다. 로마나 헬레니즘의 문화에 속하지 않은 유언제도로서 고유의 것으로 판단될 만한 근거가 있는 유일한 것은 벵갈 지역의 관습으로 인정되는 것인데, 어떤 사

*iuris civilis*)」을 편찬하는 사업을 수행하였다.

- 21) 5세기부터 9세기 사이에 라틴어로 정리·편찬된 게르만족의 여러 부족의 법률. 그 주요한 예는 「부르군드법전(*Lex Burgundionum*)」, 「살리카법전(*Lex Salica*)」, 「리푸아리아 법전(*Lex Ripuaria*)」, 「서고트법전(*Lex Visigothorum*)」 등이 있다.
- 22) 유태인의 랍비법(*Rabbinical Jewish Law*). 유태인의 고유법은 종교적 색채를 가지며 통상 할라카(*Halakha*)라고 총칭되는데, 이는 구약성서(모세법), 탈무드 등에서 유래하는 요소도 있으나, 유태사회의 정신적 지도자인 랍비들의 전승된 가르침에서 오는 것도 있다. 이를 랍비법이라고 하는데, 이는 직접 유태교와 관계되는 것 외에 일상생활의 다양한 측면을 규율한다.

람들은 벵갈의 유언제도를 앵글로-인도 법학자의 창작물로 생각하고 있다. 어쨌거나 이는 기껏해야 단지 초보적인 수준의 것에 불과하다.

그러나 유언은 처음에는 단지 실제의 또는 의제의 혈연에 의하여 상속을 받을 권리를 가지는 사람이 없는 경우에 한하여 효력을 가질 수 있었다는 결론이 입증될 수 있을 것이다. 따라서 아테네의 시민들이 솔론의 법률들<sup>23)</sup>에 의하여 최초로 유언을 행할 수 있게 되었을 때에 그들이 직계의 남자 후손에게 상속을 거부하는 것은 허용되지 아니하였다. 또한 벵갈지방에서도 유언은 그것이 가족의 일정한 우선적 권리를 만족시키는 한도에서만 상속을 규율할 수 있었다. 마찬가지로 유태인의 원래 제도는 유언자의 특권을 전혀 인정하지 않았다. 후기의 랍비법은 모세법<sup>24)</sup>이 정하지 않는 사항만을 보충하였던 것으로 보이는데, 모세법에 의하여 상속자격이 있는 혈친이 전혀 존재하지 아니하거나 이를 발견할 수 없는 경우에만 유언이 활용될 수 있도록 정하였다. 옛 게르만법이 그 안에 포함되어 있는 유언에 관한 법규칙에 가하고 있는 제한들 역시 흥미로운 바인데, 동일한 방향을 지시하고 있다. 우리가 유일하게 그 모습을 알 수 있는 게르만법들에서는 대부분의 경우에, 자유지(*allod*),<sup>25)</sup> 즉 각 가의 자유소유지와 함께, 몇 가지의 종속적인 성질 또는 단계의 재산권을 인정한다는 특색을 보이고 있다. 그 각각의 재산권은 아마도 로마법의 원칙이 게르만족의 원시적 체제에 개별적으로 침투하였음을 보이는 것이다. 원시게르만의 재산권 또는 자유지소유권은 엄격하게 그 혈족에게 유보되었다. 유언에 의한 처분이 허용되지 않을 뿐 아니라 생존한 사람들 사이에서 이를 양도하는 것도 거의 불가능하였다. 힌두법에서와 마찬가지로, 옛 게르만의 법에서는 남자 자식들은 아버지와 공동의 소유자가 되었고, 가산(家産)은 가족 구성원 전원의 동의 없으면 가족으로부터 분리될 수 없었다. 그러나 자유지의 소유보다 더욱 근대적인 기원의 것이고 또한 그보다 단계가 낮은 종류의 재산들의 경우에는 더욱 쉽게 처분될 수 있어서, 훨씬 덜 엄격한 재산이전법에 쫓았다. 여자 및 그 자손은 분명히 그들은 남계친관계(男系親關係)의 신성한 영역 밖에 있다는 기본관념에 기초하여서만 이를 승계할 수 있었다. 그리고 로마

23) 솔론(Solon. 기원전 638년경 - 558년경)은 아테네의 정치가이다. 그는 아테네 민주정치의 초석을 놓은 사람으로서 아테네의 정치적, 경제적, 도덕적 퇴락을 저지하기 위한 여러 법률을 제정하도록 한 것으로 알려져 있다. 2세기에 『그리스여행기』를 저술하여 유명한 파우사니아스는 그를 7현인의 하나로 들고 있다(Pausanias, 10. 24. 1).

24) 모세법에 대하여는 앞의 주 22를 보라.

25) 自由地(*allod*)라 함은 중세의 게르만법에서 봉건관계상의 부담을 지지 않는 자유소유권의 대상이 되는 토지를 말한다.

로부터 차용한 유언제도가 처음에 활용된 것은 바로 이러한 종류의 재산들에 대해서이었고, 또 단지 이 재산들에만 적용되었다.

이러한 몇 가지 지적사항은 그 자체로 초기 로마의 유언제도에 관하여 확인된 사실에 대한 가장 그럴 듯한 설명과 관련하여 그 설득력을 더욱 높이는 데 기여할 것이다. 우리는 고대 로마의 시기 동안 유언이 특별소집민회(Comitia Calata), 다시 말하면 귀족시민들로 구성된 로마의 의회인 쿠리아민회<sup>26)</sup>에서 그 회의가 사적인 사항을 처리하기 위하여 소집되었을 때 행하여졌다는 것을 풍부한 증거를 들어 말한 바 있다.<sup>27)</sup> 이러한 유언의 방식은 로마의 어느 시대에는 모든 유언은 엄숙한 입법행위이었다는 주장의 근거가 되고 있는데, 이는 유럽대륙의 시민법학자들이 세대를 이어서 주장하는 바이다. 그러나 이러한 설명은 고대 의회의 의사진행에 지나친 정밀성을 인정하는 흠이 있으므로, 반드시 그에 의존할 필요는 없다. 유언이 특별소집민회에서 했다고 하는 사실의 적절한 설명은 의심의 여지 없이 **무유언상속**에 대한 最古의 로마법에서 찾아야 한다. 제반 지위의 상속을 규율하는 **古로마법**의 기본원칙은 그것이 후에 **告示**에 의한 **법무관법**<sup>28)</sup>에 의하여 수정되기 전의 상태에서는 다음과 같은 내용이었다.<sup>29)</sup> 첫째, **자권상속인**, 즉 **해방되지 아니한 직계의 후손**이 승계한다. 둘째, **자권상속인이 없는 경우**에는 가장 가까운 **남계친**, 즉 **망인**과 동일한 **가장권** 아래 있었거나 있었을 **혈친** 중에서 가장 가까운 사람이 **자권상속인**에 갈음한다. 셋째이자 마지막은, **상속재산**이 씨

26) 로마의 시민은 3개의 부족(tribus)으로 구성되었고, 각 부족은 10개의 쿠리아(curia)로 성립하였다. 각 쿠리아민회(comitia curiata)는 최초에는 귀족만으로 편성되었으나, 후기에는 평민도 그 성원이 될 수 있었다.

27) 로마의 초기에 유언은 그것을 위하여 특별히 소집된 민회에서 행하여지는 이른바 민회유언(testamentum calatis comitis)과 싸움터로 나가면서 행하여지는 출정유언(t. in procintu)의 둘만이 인정되었다고 한다. Gai. 2, 104 참조.

28) 로마에서 **법무관(praetor)**은 **민사재판**을 관장하였는데, 그 업무집행의 지침을 **告示(edictum)**로 알렸다. 이 고시는 **법무관**의 임기 중에만 유효한 것이었으나, 후임 **법무관**은 전임자의 고시가 별다른 문제가 없는 경우에는 통상 이를 그대로 답습하였다. 이와 같이 하여 장기간에 걸쳐 고시의 내용이 된 사항은 사실상 법의 효력을 가지는 것으로서, 이러한 **법무관법(ius praetorium)**을 엄격한 의미의 법, 즉 **시민법(ius civile)**과 대비하여 **명예법(ius honorarium)**이라고 부르기도 한다. 로마법학자 **파피니아누스**는 **법무관법**을 다음과 같이 정의한다. “**법무관법**은 **법무관**이 공익을 위하여 **시민법**을 뒷받침하고, 보충하고, 개량할 목적으로 도입한 법이다. 그것은 또한 **법무관**이라는 명예로운 직책으로 해서 **명예법**이라고도 불린다.”(D. 1.1.7.1)

29) 그 내용은 12표법 제5표 제4조(앞의 주 17 참조)와 제5조(“그러한 종친이 없을 경우에는 씨족원들이 가산을 상속한다(Si adgnatus neg escit, gentiles familiam [habent])”)에 규정되어 있다.

족원(*gentiles*), 즉 망인이 속하는 씨족(*gens*)의 구성원에게 돌아가는 단계이다. 씨족은 이미 설명한 바와 같이 가족의 의제적인 확장으로서, 동일한 이름을 가지고 또 그 동명인 것에 기초하여 공동선조의 후손으로 추정되는 모든 로마 귀족 시민으로 구성된다. 쿠리아민회라고 부르는 귀족들의 의회는 씨족들이 대표되는 입법기관으로서, 이는 씨족이 국가를 구성하는 단위라는 전제에 근거한 로마인민의 대표의회인 것이다. 그러므로 쿠리아민회에서의 유언의 승인은 불가피하게 씨족원의 제반 권리와 연결되어 있으며, 궁극적인 상속의 특권으로 그 권리들을 보호하려는 의도를 가지고 있다는 추론은 필연적인 것으로 여겨진다. 민회에서 유언을 승인한다는 것은 일견 변칙적인 것으로 보인다. 그러나 유언자가 어떠한 씨족원도 찾을 수 없거나 그들이 권리를 포기하였을 때에만 유언이 행하여질 수 있다는 것, 그리고 유언은 그에 포함된 재산처분에 의하여 불이익을 입은 사람들이 원한다면 거부권을 행사를 할 수 있는 기회를 주기 위하여 —만일 이를 하지 않고 유언이 통과되는 것을 허용하였다면 이는 자신들이 얻을 수 있었을 권리를 포기한 것으로 간주될 수 있을 것이다— 로마 씨족들의 일반의회에 회부된다는 것을 생각한다면 그러한 인상은 모두 제거된다. 12표법의 공표 직전에는 이러한 거부권이 극도로 제한되거나, 단지 가끔씩 우발적으로 행사되었을 가능성이 있다. 그러나 특별소집민회에 위탁된 권한의 기원과 의미를 지적하는 것이 그 민회의 점차 발전하거나 점진적으로 소멸하여 간 과정을 추적하는 것보다는 훨씬 쉽다.

모든 근대적인 유언제도가 그에서 연원한다고 할 수 있는 유언은 특별소집민회에서 행하여진 유언이 아니라, 그와 경쟁하도록 구상되어 결국 이를 압도하게 된 다른 유언제도이었다. 내가 그에 대하여 이하에서 다소 길게 설명하는 이유를 변명하자면, 초기 로마의 그 유언제도가 역사적으로 중요하고, 또 그것이 고대적 사고의 다수를 해명하는 데 기여한다는 것이다.

유언의 권한이 처음으로 법의 역사에서 모습을 드러내게 되는 때에, 그것은 로마의 위대한 제도들의 거의 모두가 그러하듯이 귀족과 평민 간의 투쟁의 주제가 되었음을 시사하는 자취가 있다. “평민은 씨족의 구성원이 되지 못한다(*Plebs gentem non habet*)”는 정치적 격언의 효과는 전적으로 평민을 쿠리아민회에서 배제하는 것이었다. 어떤 비평가들은 따라서 평민의 유언이 귀족의회에서 읽히거나 낭송되거나 할 수 없고, 그러므로 유언을 할 수 없었다고 추측하기도 한다. 다른 비평가들은 그보다는 온건하게, 유언자가 자신의 대표자가 없어서 자신에게 적대적인 의회에 자신이 구상한 유언을 제출하는 것이 어려웠을 것이라는 점을 지적

하는 것에 그치기도 한다. 이 중 어느 견해가 옳든지 간에, 어떠한 불유쾌한 책무를 면하기 위하여 쓰여지는 수단의 모든 특징을 갖춘 형태의 유언이 행하여지게 되었다. 그 유언은 생존자 간의(*inter vivos*) 소유권양도행위, 즉 유언자의 가족과 재산을 그가 상속인으로 삼으려는 사람에게 완전하게 또 철회불가능하게 이전하는 것이었다. 로마의 엄격법도 언제나 그러한 양도를 허용할 수밖에 없었는데, 그러나 그 행위가 행위자의 사망으로 효과를 가지는 것으로 의도되었을 경우에는 그것이 귀족의회의 공식적 승인이 없어도 유언의 목적을 위하여 유효한 것인지 여부에 대하여 다툼이 있었을 것이다. 만약 그 점에 관한 견해의 차이가 로마의 두 계급 사이에 존재하는 것이었다면, 다른 불평의 소재들과 마찬가지로, 그것은 법률제정십인관<sup>30)</sup>들의 재정에 의하여 사라졌을 것이다. “가장이 자신의 금전 및 재물의 후견에 관하여 유증한 바 있으면, 그대로 법으로 한다(*Pater familias uti de pecunia tutelave rei suae legassit, ita jus esto*)”라고 하는 12표법의 원문<sup>31)</sup>은 여전히 존재하고 있다. 거기서 법률이란 평민의 유언을 합법화하는 것 이외의 목적은 거의 가질 수 없을 것이다.

학자들이 잘 알고 있는 대로, 귀족의회가 로마의 입법기관으로 기능하지 않게 되어서 여러 세기가 지난 후에도 그것은 여전히 사적인 사항의 처리를 위하여 규칙대로 집회를 계속하고 있었다. 그리하여 12표법의 공포 후의 긴 시기 동안에 쿠리아민회가 여전히 유언의 유효화를 위하여 소집되었는 것은 믿을 만한 이유가 있는 일이다. 그것이 수행하였을 기능은, 그것은 하나의 등록기관이었는데, 다만 그 등록은 작성된 유언이 장부에 기재됨으로써가 아니라 단지 그 유언이 구성원들에게 낭독되어 그들이 그 취지를 인식하고 기억함으로써 등록의 실질이 달성된다는 의미에서 등록소이었다고 하면 가장 잘 설명될 수 있다. 이러한 형태의 유언이 서면방식으로 제한된 일은 없었던 것으로 보이는데, 만일 유언이 원래 서면으로 작성되었다고 하더라도, 민회의 일은 분명히 단지 그것이 소리높여 낭독되는 것을 듣는 데 한정되고, 그 서면은 후에 유언자가 보관하거나 일정한 중

<sup>30)</sup> 法律制定十人官(*decemviri legibus scribundis*). 로마의 공화정시대에 귀족계급과 평민계급의 타협으로 로마의 기본법을 성문화하기 위하여 기원전 451년부터 非常政務官으로 열 사람의 법률제정10인관이 임명되었다. 그 임기는 1년이었으나, 그 후에도 같은 직위의 임명이 있었다. 그들의 최고의 성과는 12표법(앞의 주 16 참조)의 완성이다. 그러므로 여기서 「법률제정십인관의 裁定」이라고 함은 바로 12표법의 작성을 의미한다.

<sup>31)</sup> 이는 12표법의 제5표 제3조를 가리킨다. 그런데 국제적으로 통용되는 표준적인 교정본에 의하면 그 원문은 *Ulpianus, Tituli ex corpore Ulpiani, 11, 14에* 좇아 “*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*”이다.

코기관에 기탁되었음이 틀림없다. 유언의 공시성(公示性)이 그와 같은 방법으로 달성되는 것이 민회에서 행하여진 유언이 사람들로부터 환영받지 못한 이유의 하나일 것이다. 로마제국의 초기에는 민회가 집회를 계속하였지만 그것들은 결국 단순한 형식에 그치게 되었고, 유언이 정기적인 집회에 제출되는 일은 거의 없거나 전혀 없었을 것이다.

방금 서술한 유언의 대용물이라고 할 수 있는 고대의 평민유언은 그것이 훨씬 후대에 미친 영향을 통하여 근대 세계의 문명에 심중한 수정을 가하였다. 그것은 로마에서 민회에 제출되는 유언이 상실한 것으로 보이는 대중성을 획득하였다. 그것의 특성을 이해하는 열쇠는 그것이 고대 로마의 소유권양도행위인 악취행위(*mancipium*)<sup>32)</sup>에서 유래하였다는 데 있다. 근대사회는 계약과 유언의 제도가 없었다면 거의 조직될 수 없었을 것인데, 이들 두 거대한 제도는 바로 악취행위에서부터 연유하였다고 주저없이 말할 수 있다. 악취행위는 라틴어의 후기 형태에서는 *mancipatio*라는 용어로도 등장하는데, 우리는 그 관련내용으로 말미암아 문명사회의 요람기로 되돌아가게 된다. 그것은 문자 사용의 기술이 발명되기 전이라고까지는 말할 수 없다고 한다면 그것이 보편화되기 훨씬 전에 일어난 것이다. 거기서는 몸동작, 상징적 행동, 장중한 어구가 서면방식의 역할을 대신하며, 길고 또 복잡한 의식(儀式)은 당사자들로 하여금 거래의 중요성을 의식하도록 하고 또 증인들의 기억 속에 각인하려고 의도된 것이다. 서면증거와 비교해서 구두증언의 불완전성은 증인과 보조자를 후대에서라면 적절하다거나 납득할 만하다고 생각하였을 한계를 넘어서 다수 요구하도록 만들었다.

로마법의 악취행위는 무엇보다도 당사자인 매도인과 매수인, 근대적인 법률용어를 사용한다면 양도인과 양수인의 임석을 요구하였다. 그리고 적어도 5인의 증인, 나아가 저울잡이(*libripens*)<sup>33)</sup>라고 불리는 기이한 인물이 있어야 한다. 저울잡이는 옛 로마에서 화폐로 쓰이던 주조되지 않은 구리조각의 무게를 재는 데 쓰는 한 쌍의 저울을 가지고 와야 한다.<sup>34)</sup> 우리가 논의하는 —오랜 동안 전문적으

32) 握取行爲. 또는 장악행위라고도 번역한다. 이는 로마법에서 手中物(*res mancipi*. 농토, 노예, 가축과 같이 중요한 재산은 대체로 이에 속하였다)의 소유권이전행위로서, 시민 법상의 요식행위이었다.

33) 리브리펜스(*libripens*)는 원래 저울(*libra*)로 무게를 재는(*pendo*) 사람이라는 뜻이다.

34) 가이우스는 『법학제요』에서 악취행위의 방식을 다음과 같이 묘사하고 있다. “악취행위는 다음과 같이 행하여진다. 로마시민으로서 상속자인 5인 이상의 사람을 증인으로 하고, 같은 자격을 갖춘 다른 한 사람, 즉 구리의 저울을 가지고 저울잡이라고 불리는 사람을 입회시킨 다음 그의 권력 내에 물건을 받아들이는 사람[양수인]이 구리[또는



로 불려온 것처럼—“구리와 저울로써 하는” 유언, 즉 銅衡遺言(*testamentum per aes et libram*)은 방식이나 문언에 있어서 통상의 약취행위와 거의 아무런 변화가 없다. 유언자는 양도인이었고, 5인의 증인과 저울잡이가 입회하였다. 그리고 양수인의 지위는 기술적으로 가산매수인(*familiae emptor*)<sup>35)</sup>이라고 기술적으로 불리는 사람이 맡게 된다. 그리고 약취행위의 통상적인 儀式이 진행된다. 일정한 형식을 갖춘 일정한 몸짓이 행하여지고, 문구들이 읊어진다. 가산매수인은 구리조각으로 저울을 치는 것으로 대금의 지급을 모사한다. 마지막으로 유언자는 그때까지 행하여진 바를 유언자는 일련의 미리 정하여진 말로써 승인하는데, 이는 언명(*nuncupatio*)이라고 불린다.<sup>36)</sup> 그 문언은 유언법에서 긴 역사가 있는 것이어서, 내가 여기서 법률가에게 그것을 상기시킬 필요는 없으리라. 한편 가산매수인이라고 불리는 사람의 성질에 특별히 주의할 필요가 있다. 처음에는 그것이 상속인 자신이었음은 의심의 여지가 없다. 유언자는 그에게 그의 가산 전부, 즉 그가 가족과 관련하여 또 가족을 통하여 향유하는 모든 권리들, 그의 재산, 그의 노예, 그가 선조로부터 물려받은 모든 특권들을 그의 의무 및 책임 전부와 함께 양도하는 것이다.

이제 이러한 자료들을 살펴볼 때 우리는 약취행위에 의한 유언이 그 원초적 형태에 있어서 오늘날의 유언과 다른 몇 가지 주목할 만한 점들을 지적할 수 있다. 그것은 유언자의 재산 전부의 **완전한** 양도이고, 그것은 **철회**할 수 없었다. 그

---

물건을 잡고 다음과 같이 말한다. “나는 이 노예가 시민법에 의하여 나의 소유임을 선언한다. 그리고 이것은 구리, 그리고 구리저울에 의하여 나에게 매수되는 바이다.” 그런 다음 구리조각으로 저울을 치고, 그 구리조각을 대금으로서 그가 그 권력 내에 물건을 수령하는 행위의 상대방에게 준다.”(Gai. 1, 119)

35) 이는 가족매수인이라고 번역될 수도 있다. 뒤의 주 38의 본문부분을 참조하라.

36) 이상 동형유언의 형식에 대한 설명은 이에 관한 최상의 史料인, 가이우스의 『법학제요』 2권, 104절의 내용을 그대로 따온 것이다. 그 부분을 우리말로 옮기면 다음과 같다. “이 절차는 다음과 같이 행하여진다. 즉 유언작성자는 다른 약취행위와 마찬가지로 성숙로마 시민 5인의 증인과 1인의 저울잡이를 입회시키고 유언서를 작성한 후에 형식상 자신의 가산을 약취행위에 의하여 공여한다. 그 절차에서 가산매수인은 다음의 문언을 행한다. “나는 너의 가산 및 금전이 나의 수탁 및 보관 아래 있음을 선언한다. 그리고 네가 공적인 법률에 좇아 유효하게 유언을 작성할 수 있도록 이 구리조각[어떤 이는 「구리저울」도 가한다]으로써 나에게 매득되게 하라.” 이어서 구리조각으로 저울을 치고, 그 구리조각을 마치 대금인 것처럼 유언자에게 준다. 그러면 유언자는 유언서를 들어 다음과 같이 말한다. “나는 이것들을 이 왁스판에 쓰여진 대로 공여하고 유증하고 유언한다. 너희 로마시민들이여, 나를 위하여 증언하라.” 이는 언명이라고 불린다. 왜냐하면 언명하는 것은 공개적으로 선언하는 것이고, 유언자는 명확하게 유언서에 상세히 쓰여 있는 것을 일바닥인 표현으로 선언하고 또 확인하는 것으로 여겨지기 때문이다.”(Gai. 2, 104)

리고 한 번 행사되면 그 권한은 다시 행사할 수 없게 된다.

나아가 그것은 비밀성이 없었다. 가산매수인은 그 자신이 상속인으로서 그의 권리가 무엇임을 알고, 이제 그가 다시 되돌릴 수 없게 상속재산에 대하여 권한이 있음을 알았다. 그것은 가장 질서를 갖춘 고대사회에조차 항상 따라다니는 폭력성으로 인하여 매우 위험스러운 지식이었다. 그러나 아마도 유언과 악취행위의 이러한 관계에서 나오는 가장 놀라운 결과는 상속재산이 그 상속인에게 즉각적으로 귀속된다는 점이다. 이는 적지 않은 유럽대륙의 시민법학자들에게 믿기지 않았기 때문에, 그들은 유언자의 재산이 그의 사망을 조건으로 하여 이전하는 것이라거나 어떤 불확정한 기한에, 즉 양도인이 사망한 때에 양도되는 것이라고 말하였다. 그러나 조건에 의하여 직접적으로 수정되는 것 또는 일정한 기한까지만이라거나 일정한 기한부터라는 제한 아래 효력을 가지는 것을 결코 용납하지 않는 일정한 종류의 거래행위가 로마법의 최말기에게까지 존재하였다. 기술적인 용어로 표현하자면 그것들은 조건이나 기한을 허용하지 아니한 것이다. 악취행위도 그 중의 하나였다. 따라서 기이하다고 생각될지 모르나, 우리는 부득이 초기 로마의 유언은 즉시 효력을 발생하여서 유언의 효력 발생이 유언자의 사망 전일 수도 있다는 결론을 내릴 수밖에 없다. 물론 로마시민은 원래 유언을 죽음의 임박한 때에만 행하였고, 삶의 전성기에 있는 사람이 가의 계속을 위한 조치를 취하는 경우에는 유언이 아니라 입양의 형태를 취하였다는 것이 아마 사실에 가까울 것이다. 그러나 우리는 유언자가 유언을 행한 후 죽음의 위험으로부터 회복한 경우에 그의 가를 계속 지배하려면 그 상속인의 승낙 아래서만 이를 할 수 있었다고 하지 않을 수 없다.

이러한 문제점이 어떻게 치유되고 유언이 오늘날 보편적으로 인정되고 있는 특성들을 지니게 되었는지를 설명하기 전에, 나는 두세 가지 사항에 대하여 언급하고자 한다. 유언은 반드시 서면으로 행하여질 필요가 없었다. 처음에 이는 일률적으로 구두로 행하여졌을 것이며, 후기에 이르러서도 유증을 선언하는 서면은 단지 우연적으로만 유언과 결합하였고 그 핵심적인 부분을 이루는 것은 아니었다. 사실 그 서면의 유언에 대한 관계는 古 영국법에서 유스권설정증서의 소송양도(fines and recoveries)에 대한 관계<sup>37)</sup> 그리고 봉토양도증서의 봉토양도(feoff-

<sup>37)</sup> 유스(use)는 토지보유자 A가 그 권리를 B에게 양도하고 이를 A가 지명하는 사람(C)의 이익을 위하여(to the use of C) 보유할 것을 명하는 것에 의하여 설정된다. 이는 신탁의 전신이라고 할 수 있는데, 커먼로상으로는 보호되지 않았으나 15세기 초에 Chancellor(대법관)가 B에 대하여 use설정시의 조건에 좇아 토지를 사용수익하여야 한다는

ment)에 대한 관계<sup>38)</sup>와 동일한 것이었다. 사실 12표법 이전에는 어떠한 서면은 별다른 효용이 없었는데, 유언자는 유증을 할 어떠한 권한도 없었고 유언에 의하여 이익을 얻을 수 있는 유일한 사람은 상속인 또는 공동상속인에 한정되었던 것이다. 그러나 12표법의 조문의 극단적인 일반성에 의하여 곧 상속인은 유언자가 그에게 주는 지시에 의하여 부담을 안는 대로 상속재산을 취득하여야만 한다는 법리, 즉 이를 유증의 부담에 종속되는 상태로 취득하여야 한다는 법리가 생기게 되었다. 그러자 서면에 의한 유언은 상속인이 受遺者[에게 상속재산에 속하는 권리를 이전함으로써 그를 만족시켜야 한다는 것을 알면서 악의적으로 이를 거부하는 것을 막는 보장책으로서 새로운 가치를 가지게 되었다. 그러나 중국적으로 [서면에 의하지 아니하고] 증인의 증언에 전적으로 의지하는 것 또는 가산매수인으로 하여금 그가 이행하여야 할 유증의 부담을 구두로 선언하게 하는 것은 유언자의 형편에 좇아 임의로 정할 수 있는 바이었다.

한편 가산매수인(*emptor familiae*)이라는 표현은 주의를 요한다. “매수인(*emptor*)”라는 용어는 유언이 문자 그대로 하나의 매매임을 시사하는데, 또 가산(또는 가족. *familia*)이라는 말은 이를 12표법의 유언에 관한 조항에서의 용어법과 비교하면 우리는 일정한 유익한 결론에 도달하게 된다. *familia*는 고전 라틴어에서는 언제나 어떤 사람이 가지는 노예들을 의미한다. 그러나 여기서 그리고 고대 로마법에서 이는 일반적으로 가장권에 복종하는 모든 사람을 포함한다. 그리고 유언자의 물적 재산은 그의 가에 속하는 부속물 또는 종속물로서 이전되는 것으로 이해되었다. 돌이켜 12표법을 보면, “자신의 재물의 후견(*tutela rei suae*)”이라고 말하고 있음을 알 수 있다.<sup>39)</sup> 이는 방금 살펴본 문구와 바로 반대로 되어 있다. 따라서 비교적 후기인 12표법이 제정될 시기에서조차 “가산(또는 가족) [*familia*]”과 “재물[*res*]”이라는 말이 용어의 사용에 있어서 뒤섞여 있었다고 하는 결론을 피할 수 있는 방법은 없을 듯하다. 만약 어떤 사람의 가족들이 그의 재산

---

대인적 명령을 받함으로써 C의 지위가 보호되기에 이르렀다. 그런데 여기서 필자는 그 토지권의 양도에 *fine*(화해양도) 또는 *common recovery*(통정부동산회복소송)의 절차가 이용되었음을 지적하는 것이다. 이들은 모두 의도적으로 양도계약의 이행을 위하여 제기된 소송에서 쌍방 당사자가 화해를 하거나 고의로 패소함으로써 양도의 목적인 부동산권을 양수인에게 취득시키는 것이다.

<sup>38)</sup> *feoffment*(봉토양도)는 중세 영국법에서 *free tenure*(자유로운 봉사의무를 조건으로 한 토지보유)로 있는 토지에 대한 *freehold interest*(자유토지보유권)을 창설 또는 이전하는 통상적인 방식을 말한다. 처음에는 서면을 필요로 하지 않았으나, 점차 서면을 동반하게 되어 중국적으로는 정교한 *charter*(부동산양도날인증서)가 만들어졌다.

<sup>39)</sup> 앞의 주 31 및 그 본문을 참조하라.

이라는 의미로 말하여진 것이라면, 우리는 그 표현을 가장권의 범위를 가리키는 것으로 설명할 수 있을지 모른다. 그러나 그러한 용어가 상호 교환적으로 쓰이는 것인 이상, 이 표현방식은 재산이 가족에 의하여 소유되고 그 가족은 시민에 의하여 통솔되며, 공동체의 구성원은 그의 재산 및 가족을 소유하는 것이 아니라 오히려 가족을 통하여 그 재산을 소유하였던 원시적 시기를 가리킨다고 해야 할 것이다.

또 정확하게 그 시기를 정하는 것은 용이하지 않으나, 어느 시기에 이르러 로마의 법무관들은 엄숙한 형식이 갖추어진 유언을 법의 문언보다는 그 정신에 긴밀하게 합치되도록 체결하는 것을 관행으로 하게 되었다. 그때그때 행하여진 처리가 눈에 보이지 않는 사이에 확립된 관행이 되고, 나아가 결국에는 유언의 완전히 새로운 방식으로 성숙되어서 정기적으로 법무관고시에 오르게 되었다.<sup>40)</sup> 이와 같은 새로운 유언 또는 **법무관유언**은 로마의 형평법(equity)이라고 할 수 있는 명예법[법무관법]<sup>41)</sup>에 의하여 그 견실한 효력을 얻게 되었다. 어떤 특정한 해의 법무관은 자신의 직무수행의 지침을 밝히는 취임 초의 고시에 이러저러한 형식을 갖춘 유언은 모두 유효한 것으로 보겠다는 그의 의사를 표명하는 조항을 포함시킨다. 그리고 유익한 것으로 판단되는 개혁이나 그와 관련된 조항들은 그 다음 법무관에 의하여 다시 고시에 포함되고 후임자에 의하여 반복된다. 이와 같이 연속적으로 행하여지는 채택으로 인하여 영구고시<sup>42)</sup>라고 불려서, 공식적으로 인정된 법의 일부분을 형성하게 되는 것이다. 유효한 법무관유언의 요건을 검토하여 보면, 이들 요건이 악취행위로 행하여지는 유언에 필요한 요건에 좇아서 정하여진 것을 분명히 간취할 수 있으며, 그것을 개혁하려고 하는 법무관도 전래된 형식들이 사기적 행태에 대하여 순수성이나 안전함의 보장책이 되므로 명백히 이를 그대로 유지하였던 것이다. 악취행위적 유언을 행함에는 유언자 외에 7인이 입회하였다. 따라서 법무관유언에서도 7인의 증인은 필수적이었다. 그 중 2인은 저울잡이와 가산매수인에 상당한데, 여기서는 상징적 성격은 전혀 가지지 않게 되어서 단지 증언을 보충하기 위하여 입회하는 것이었다. 어떠한 상징적인 예식도 행하여지지 아니하였고, 유언은 단순히 구술되었다. 그러나 이 때 —절대로

40) 이에 대하여는 앞의 주 28 참조.

41) 앞의 주 28 참조.

42) 永久告示(edictum perpetuum). 한편 하드리아누스 황제는 법학자 율리아누스에게 명하여 『永久告示錄』을 편찬하도록 하였다. 그 편찬연대는 분명하지 않으나, 대체로 125년부터 138년 사이에 완성되었을 것으로 추측된다.

확실하다고는 할 수 없으나— 서면이 유언자의 처분의 증거를 영구히 확보하기 위하여 필요했을 가능성도 있다. 어찌되었든 서면이 어떠한 사람의 최종적인 유언으로 읽혀지고 열람되었을 때에는, 그 7인의 증인 각각이 그 외부에 자신의 봉인(封印)을 하지 아니한 한, 법무관에 의하여 소집된 법정은 이에 특별히 개입을 하여 그 효력을 인정하려고 하지 않았다는 것을 우리는 분명히 알고 있다. 이것이 바로 법의 역사에서 **봉인(sealing)**이 문서의 진정성을 담보하는 방법으로 등장하는 최초의 장면이다. 그러나 단순한 밀폐의 수단으로서의 봉인의 사용은 의심할 여지 없이 훨씬 오래된 것이다. 이는 히브리민족에게도 알려져 있던 것으로 보인다. 로마에서 유언 또는 다른 중요한 문서들의 봉인은 단지 서명자의 실재 또는 그의 동의를 확인할 수 있는 지표로서만 기능한 것이 아니라 문자 그대로 그 문서가 열람되려면 깨뜨려야 하는 밀폐의 방법이었다는 것을 우리는 알 수 있다.

따라서 고시법<sup>43)</sup>은 유언자의 처분이 악취행위의 형식으로 상징적으로 행하여 지지 아니하고 단지 7인의 증인의 봉인에 의하여 증명되는 경우에도 그것에 효력을 부여하려고 하였다. 로마의 소유권은 그 시민법과 발생의 시기를 같이하는 일정한 절차에 의하지 아니하면 그 주요한 권능들이 양도되지 못한다는 것은 로마법의 일반적인 명제로서 제시될 수 있다. 따라서 **상속재산**을 법무관이 어떤 사람에게 이전되도록 할 수는 없었다. 그는 상속인이나 공동상속인을 유언자가 자신의 권리와 의무에 대하여 가지는 관계와 같은 지위에 위치시킬 수 없었다. 그가 할 수 있는 것은 상속인으로 지명된 사람이 유증된 재산을 사실상 향유할 수 있도록 하고 그가 유언자의 채무를 지급한 것에 대하여 법적인 해방효를 주는 것이 전부이었다. 법무관이 이러한 목적으로 그의 권한을 행사하는 경우에, 그는 전문용어로는 상속재산점유<sup>44)</sup>를 수여하는 것이라고 말하여졌다. 특별히 이러한 상황에 놓이게 된 상속인은 상속재산점유자가 되어, 시민법상의 상속인이 누리는 모든 재산적 권한을 가졌다. 그는 과실을 취득하고 양도할 수 있었다. 다만 위법행위의 보정을 위하여 법적 구제를 받으려면 그는 시민법을 원용할 수가 없고, 법무관법정이 제공하는 형평법적 구제수단에 의지하여야 했다. 그가 상속재산에

43) 告示法(the edical law). 앞의 주 28 참조.

44) 상속재산점유(bonorum possessio). 「유산점유」라고도 한다. 법무관의 재결에 의하여 상속재산의 전부 또는 일부에 인정되는 것으로서, 시민법상의 상속인이 아닌 사람에게 사실상 상속인으로서의 지위를 부여하였다. 상속재산점유를 가지는 사람을 상속재산점유자(bonorum possessor)라고 한다.

대하여 **형평법상의 소유권**<sup>45)</sup>을 가진다고 말하여도 그리 크게 틀린 설명이라고는 할 수 없을 것이다. 그러나 이러한 유비에서 오는 착각을 방지하기 위하여, 상속 재산점유에 대하여는 **사용취득**<sup>46)</sup>이라고 부르는 로마법제도가 적용되며, 따라서 유산점유자는 1년의 경과로 그 유산을 구성하는 모든 재산에 대하여 시민법상의 소유권을 가지게 된다는 점이 상기되어야 한다.

우리는 법무관의 법정이 제공하는 다양한 종류의 구체수단들 사이에 존재하는 장점과 단점을 판단하여 평가를 내릴 수 있을 만큼 고대의 민사절차법에 대하여 많이 알지 못한다. 그러나 결점이 많이 있기는 하지만, 포괄적 재산(*universalis juris*)이 즉각적으로 또 원래 그대로 승계되는 수단인 **악취행위적 유언**이 새로운 유언방법에 의하여 완전히 대체된 일은 결코 없었다는 것은 확실하다. 그리고 고대적 형식에 덜 집착하고 아마도 그 의미에 그렇게 민감하지 않은 시기가 되면 법학자들의 재능은 대체로 보다 유서가 깊은 문서를 개선하는 것에 쏟아진 것으로 생각된다. 안토니누스 황제<sup>47)</sup>가 통치하던 가이우스의 시대에는 악취행위적 유언의 현저한 흠들이 제거되었다. 우리가 본 바와 같이, 처음에는 그 형식의 핵심적 성격은 상속인 자신이 가산의 매수인이 되어야만 한다는 데 있었고, 그 결과로 그는 즉시 유언자의 재산을 취득할 뿐만 아니라, 나아가 자신의 권리를 명확히 알게 되었다. 그러나 가이우스의 시대에는 반드시 별다른 관계가 없는 사람이 가산의 매수인의 직무를 담당하는 것이 허용되었다. 그리하여 상속인은 자신이 상속한다는 사실을 알게 될 필연성이 없게 되어서, 그 후로는 유언은 **비밀성**을 가졌다. 실제의 상속인이 아닌 제3자가 「가산매수인」의 기능을 맡을 수 있다는 것은 그 외에도 간접적인 귀결을 낳았다. 그것이 합법화되면서, 이제 로마의 유언은 두 부분 또는 두 단계로 이루어지게 되었다. 즉 순수한 형식인 양도, 그리고 언명(*nuncupatio*), 즉 공표가 그것이다. 그 절차의 후자의 부분에서 유언자는 입회자들에게 그가 사망 후에 실행되어야 하는 그의 희망사항을 구두로 선언하

45) 형평법상의 소유권(*equitable estate*). 영국법에서 형평법상으로 강제력을 가지는 소유권 기타 재산권을 말한다. 필자는 여기서 로마법무관법상의 상속재산점유를 설명하기 위하여 영국법에서 쓰여지는 커먼로상의 소유권(*legal state*)과 형평법상의 소유권(*equitable estate*)의 구분을 차용하고 있다.

46) 使用取得(*usucapio*). 로마법에서 인정된 취득시효제도의 하나로서, 일반적으로 정당한 원인(*justa causa*)에 기하여 선의로 물건을 점유하는 사람에게 1년 또는 2년의 경과로 소유권의 취득이 인정되었다.

47) 안토니누스 피우스 황제(86년 - 161년). 138년부터 사망까지 로마제국의 황제의 자리에 있었다. 이른바 五賢帝 중 네번째이다.

든지 아니면 그의 희망을 구체화한 서면을 작성하였다. 유언이 비로소 **철회가능**하게 된 것은 아마도 사람들의 관심이 가공적인 양도행위로부터 어느 정도 떨어져 나가서 그 거래의 핵심적 부분인 공표로 옮겨간 때일 것이다.

나는 이와 같이 해서 유언의 계보를 법의 역사에서 밝아 내려 왔다. 그 기원은 “구리와 저울을 가지고” 행하여진 고대의 유언으로서, 이는 악취행위 또는 양도행위에 기초를 둔 것이었다. 그러나 이 고대의 유언은 많은 결점을 가지고 있었는데, 이들 결점은 비록 간접적이기는 해도 범무관법에 의하여 시정되었다. 한편 시민법상의 유언, 즉 악취행위적 유언에 대하여도 로마법학자들의 재능은 범무관이 같은 시기에 형평법적으로 이루어낸 것과 같은 개선들을 실현하는 것을 가능하게 하였다. 그러나 이 개선들은 보다 더욱 법적인 기교에 의존하는 것이었고, 따라서 가이우스 또는 율피아누스<sup>48)</sup>의 시대의 유언법은 단지 과도적인 것으로 생각된다. 그러나 그 시대에 이어서 어떠한 변화가 일어났는지 우리는 알지 못한다. 그러나 중국적으로 유스티니아누스 황제에 의하여 법학이 재건되기 바로 전의 시대에 우리는 동로마제국의 백성들이 그 연원을 한편으로 범무관유언으로, 다른 한편으로 “구리와 저울을 가지고” 하는 유언으로 추적할 수 있는 유언의 방식을 이용하였음을 알 수 있다. 범무관유언에서와 마찬가지로, 이는 어떠한 악취행위도 요구하지 않으며, 7인의 증인에 의하여 봉인되지 않으면 효력을 가지지 못하였다. 악취행위적 유언에서와 마찬가지로, 이는 상속재산을 이전시키고 단지 상속재산점유만의 이전에 그치지 않는다. 그러나 그 가장 중요한 특징의 몇몇은 적극적인 입법에 연유하는 것이다. 그리하여 유언법은 범무관의 고시, 시민법 및 제국법률의 세 가지 원천으로부터 도출되는 것이기에, 유스티니아누스 황제는 그 당시의 유언법을 三元法(*Jus Tripertitum*)이라고 불렀던 것이다. 일반적으로 로마의 유언으로 알려져 있는 유언은 이 새로운 유언방식에 의한 유언이다. 그러나 그것은 동로마제국만의 유언제도였다. 그리고 사비니의 연구가 제시하는 대로, 유럽 서부에서는 고대의 악취행위적 유언이 구리와 저울이라는 소유권양도의 수단을 모두 갖추어서 행하여지고 있었고, 이는 중세시대에서까지 이어져 왔다.

48) 3세기 초, 대체로 211년부터 222년 사이에 활동한 유명한 로마법학자. 228년에 사망하였다.