

〈논문〉

로마법상의 소송물 가액 선서* - D.12.3에 대한 주해를 곁하여 -

崔秉祚**

요약

로마법상 소송물 가액 선서(iusiurandum in litem)란 피고가 원고에게 물건을 반환해야 할 의무가 있는 경우에 그것을 확인한 심판인의 반환이나 법정 제시 명령에도 불구하고 반환이나 제시를 악의적으로 좌절시켰거나 거역하는 경우에 이를 懲治하고 원물 이행을 간접 강제하기 위하여 도입된 원고의 선서로서, 심판인이 한도액을 정하거나 정하지 않고 원고에게 선서를 하도록 認付하면, 원고가 소송물 가액을 임의로 또는 한도 책정액의 범위 내에서 선서하고, 그대로 심판인이 유채판결을 내리는 제도였다. 이것은 각종 선서가 다양한 맥락에서 법제도로 활용되었던 로마법상의 한 가지 사례로서, 원물 이행을 강제하지 않고 모든 소송의 결말을 금전배상으로 마무리 지었던 로마 소송법과 집행법상의 특징 때문에 도입된 것인데, 로마 국가의 서비스 능력의 일정한 한계를 배경으로 한다. 이 선서가 활용된 것은 기본적으로 裁定訴權이었으나, 사료상 다양한 종류의 소권이 관련된 다양한 사례들이 전해진다. 후대의 로마 집행법에서 원물 이행을 인정하면서 이 선서의 기능과 역할에도 변화가 왔고, 이러한 후대의 사정이 반영되어 유스티니아누스의 입법 이전에 이미 고전법의 텍스트에 대한 수정이 가해졌는데, 그 결과 일관성이 결여된 사료 상태로 인하여 이미 비잔틴법학에서도 이 제도를 이해하는 데에 혼란이 초래되었으나, 유스티니아누스 법에 반영된 수정법의 상태로 유럽에 영향을 미치고, 보통법에서도 혼선을 빚었다. 오늘날 현대 로마법학자들 사이에도 원문의 수정에 관하여 견해가 갈린다. 이 글에서는 관련 사료를 모두 번역하여 제시하고, 필자가 이해하는 범위 내에서 가능한 한 원사료의 진정성을 살리고자 하였으나 수정 의견을 완전히 배제할 수는 없었다. 이 선서에 대한 소개를 시도한 것은 집행법이 잘 갖추어진 현대이지만, 이행을 악의적으로 좌절시키는 행태를 징치할 필요성은 여전하지 않을까 하는 점에서 일정한 비교의 자료를 제공하고자 한 것이다.

주제어: 로마법, 반환명령, 선서, 소송물 가액 산정, 소송물 가액 선서, 제시명령

* 이 논문(2014학년도 제1학기 연구학기의 연구과제물)은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2015학년도 학술연구비 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 머리말

오늘날과 달리 고대 로마에서는 일찍이 宣誓(iusiurandum, iuramentum)가 삶의 다양한 영역에서 활용되었는데, 법에서도 그 사정은 마찬가지였고, 특히 소송에서 각종 선서가 활발하게 이용되었다(cf. D.12.2 De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali; C.4.1 De rebus creditis et de iureiurando). 이 글은 그중에서 소송물 가액 선서(iusiurandum in litem)를 살피고자 하는 글이다. 이에 대한 사료들은 학설취찬 D.12.3과 칙법취찬 C.5.53이 주요한 소재처이고, 그밖에 여기저기 관련 개소들이 흩어져 있지만 어렵지 않게 개관 가능한 정도의 수요만이 전해진다. 이 글에서는 관련 개소들을 망라하여 이 제도의 당시 모습을 재현하고자 한다.

이 선서 또한 로마법상 선서의 한 유형이고, 그 저변에는 모든 선서에 공통된 일정한 宗教的 意識과 心性이 깔려 있지만(religio: Ulp. D.12.3.4.1 <1>; C.5.53.1 [a.205] <37>; C.5.53.3 [a.215] <39>), 다른 경우들과 달리 매우 특수한 상황에 대한 대처라는 점에서 선서의 종교적 차원은 크지 않고, 오히려 관계 행위자들의 행태에 대한 규제와 이익 조정이라는 법 일반이 추구하는 합목적성의 차원이 두드러졌다.¹⁾ 이 점에서 이 선서를 이해하는 데에 다른 경우라면 반드시 필요했을 수도 있었을 로마법상의 선서 일반에 대한 배경지식이 굳이 필요하다고 생각되지 않으므로 선서와 관련한 일반론적인 언급은 생략하였다. 다른 종류의 선서에 대한 고찰도 다른 기회로 미루기로 한다.

문제는 오히려 전승된 관련 자료들로부터 드러나는 모순이 상당히 의미심장하다는 것이다. 가장 두드러지는 것이 선서를 認付하는 것이 심판인의 의무인가 재량인가, 또 선서는 심판인에게 구속적인가 아닌가 하는 아주 핵심적인 문제에 있어서 드러나는 사료상의 모순이다. 결론부터 말하면, 원물 이행의 강제집행이 불가능했던 고전법과 그것이 가능해졌던 후대법의 기본적인 차이로 말미암아 소송물 가액 선서의 기능에 변모가 생기면서 고전법률가들의 저술에 수정이 가해진 것으로 보는 입장이 현재까지는 통설이라고 할 수 있다. 이 문제는 간단히 답할 수 있는 것이 아니고, 수

[일러두기] 바실리카법전(약어 Bas.)은 편의상 Heimbach 편집본의 라틴어역으로 轉載한다. 각주에서 인용한 문헌은 원칙적으로 필자명과 출판연도로만 표시하되, 필요시 참고문헌에서 약어를 제시하였다. 번역 제시한 관련 사료는 상호참조의 편의를 위하여 <00> 형태의 일련번호를 붙였다. cit. = citatus locus (既引用 個所). h.l. = hic locus (該 [當個]所). itp. = interpolatus (수정됨).

1) Cf. Grzimek (2001), 152f.

정을 인정하더라도 그 세부적인 면에 있어서 저마다 다른 해석이 가능하여²⁾ 여전히 확실한 결과를 얻기 힘든 실정이다.³⁾ 이 글에서는 일단 전승되는 대로의 사료를 충실히 번역 소개하는 것을 1차적인 과제로 삼고, 필요한 기본적인 이해의 면에서는 통설을 따르기로 한다.

II. 로마법상 소송물 가액 선서

1. 소송물 가액 선서의 개요

고전 로마법은 모든 민사소송의 결말을 금액배상으로 결정하였다.⁴⁾ 이것은 아마도 특정이행(specific performance)을 강제하거나 代執行을 수행할 능력이 당시 국가에 충분하지 않았기 때문에 발생하였을 것으로 추측되는데, 적어도 고전기까지는 소송의 개시부터가 모든 것이 당사자의 私的인 주도 하에서 이루어졌던 것을 생각해 보면 집행의 단계에서도 국가로서는 가장 편안한 길을 택한 것이라고 할 수 있다. 그러나 원물에 의한(in natura) 특정이행을 원하는 것은 人之常情에 속하는 것이었기에 로마법도 소송의 성질에 따라서는 일단 이러한 이행이 가능하도록 길을 열어 두었는데, 이 경우에 동원된 소권이 바로 裁定訴權(actio arbitraria)이다.⁵⁾ 裁定 조

2) 심지어는 가장 핵심개념인 contumacia조차도 수정된 것이라는 주장이 한때 있었을 정도이다. 가령 Herdlitzka (1930), 46 n.93 (Betti에 동조).

3) 심지어 이 문제 관련한 학설은 끝이 없다는 지적까지 있다. De Simone (2007), 125 n.122: “Sul iusurandum in litem la dottrina è sterminata.”

4) Gai.4.48: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat. 49. Condemnatio autem uel certae pecuniae in formula proponitur uel incertae.

5) Inst.4.6.31: Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi iudicis is cum quo agitur actori satisfiat, ueluti rem restituat vel exhibeat vel soluat vel ex noxali causa seruum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem ueluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria uocatur: in personam ueluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo, secundum cuiusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.

항이 포함된 소송방식서(formula arbitraria)를 가지는 일련의 이러한 소권들에서는 일차적으로 원고를 원물 이행으로 만족시키고자 하였다. 이를 위하여 심판인이 중간 명령으로 원물의 반환을 명하고, 이를 위반하는 경우에 비로소 최종적으로 금전배상판결이 내려졌다. 여기에는 모든 對物訴權(actiones in rem)과 提示訴權(actio ad exhibendum)으로 대변되는 그 보조 소권들 및 특시명령의 후속절차들이 전형적인 것이었지만, 그밖에 對人訴權 중에서 순수하게 物追及的인 소권들 중 일부나, 동시에 懲罰的 성격을 갖는 일부 소권들도 속하였다.⁶⁾

이런 소권들의 경우 피고가 원물이 반환되지 않도록 악의적으로 행위하는 때에는 이러한 피고의 행태에 대한 懲治와 더불어 원고의 이익을 도모하기 위하여 배상판결의 금액을 결정하는 방법으로 원고에게 소송물 가액을 선서시키는 것이 발전하였는데,⁷⁾ 이것이 바로 소송물 가액 선서 제도이다. 물건을 점유하고 있던 피고의 악의적인 행태는 자신의 점유를 악의적으로 상실/포기하는 경우와 심판인의 반환 내지 제시 명령을 거역하는 경우(contumacia)를 모두 포함한다. 점유가 제3자에게 이미 넘어간 후 반환 명령이 내려진 때에는 반환이 객관적으로 가능하면 피고의 주관적 반환 불능은 고려되지 않았고(D.20.1.16.3 <47>), 반환이 객관적으로 불능이면 피고가 그 불능에 過責이 있는 때에 한하여 반환명령 거역으로 평가되었다(D.5.3.20.21 <33>; D.6.1.68 <45>). 점유의 악의적인 포기는 결과적으로 반환 내지 제시 명령의 불이행으로 귀결하므로 결국 중요한 것은 심판인의 裁定에 따른 반환 불이행이 핵심이다. 소송방식서의 최종부분인 판결권한 부여문(condemnatio)의 앞에 “該 물건이 그대[즉 심판인]의 재정에 따라 반환/제시되지 않을 경우”(neque ea res arbitrio tuo (sc. iudicis) restituetur/exhibebitur)라는 조항이 삽입되었던 취지가 바로 여기에 있는 것이다. 이 조항의 미래시제는 심판인으로 하여금 쟁점결정 후 이루어질 반환이나 제시 역시 고려하라는 授權의 의미가 있는 것이었고, “심판인의 재정”을 명시한 것은 원물 이행을 가능하게 할 裁定 의무를 부과한 것으로 해석된다.⁸⁾ 심판인이 심리의 결과 원고의 청구가 이유 있음을 확인하면 원고의 권리에 관하여

6) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 335.

7) D.12.3.8 <36>: ... cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa.

8) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 336f. Noodt (1732), 234는 소송물 가액의 배상은 매매와 같은 효과가 따른다는 법리(D.25.2.9; D.41.4.3)를 근거로 강제 매매 상황이 되므로 이에 대한 보전으로 자유 매매의 경우처럼 가액 산정의 자유를 보장한다는 차원에서 이 선서가 인정된 것으로 설명하는데, 이것은 왜 하필이면 피고의 거역을 요건으로 하는지를 제대로 설명할 수가 없게 된다.

확인적 중간판결(*pronuntiatio*)을 내리고, 피고에게 그에 상응하는 것들을 반환 또는 제시할 것을 명한다(*iussum de restituendo/exhibendo*). 이 명령⁹⁾과 관련하여 심판인은 세부 사항을 재량으로 정할 수가 있었다. 그러나 원물 반환이 처음부터 불가능하거나 기대불가능할 경우에는 반환 명령을 생략할 수 있었다.¹⁰⁾ 다만 징벌소권의 경우에는 피고가 판결 전에 금전배상을 하면 破廉恥效나 數倍額 유책판결을 피할 수 있었으므로 그러한 기회를 주기 위하여 반환 명령을 내렸을 것으로 추정한다.¹¹⁾

피고가 반환 명령에 따라 원물을 이행하면 면소판결이 따른다. 그러나 이를 행하지 않으면 금전배상 판결이 내려지는데, 불이행이 피고의 過失에 의한 것이면 일반적으로 심판인의 산정액에 따르며 매매가 이루어진 것과 같은 상황이 발생하고, 그에 수반하는 권리 의무의 조정이 이루어진다.¹²⁾ 피고의 악의에 의한 것이면 원고가 심판인의 認付에 따라서 선서한 소송물 가액으로 유책판결의 금액이 결정된다. 심판인은 한도액을 정할 수 있지만, 그 범위 내에서 선서가 이루어지면 그에 구속되었다.¹³⁾

그러나 고전기가 지나고 후대법에서 화폐의 가치하락에 자극받아 원물 이행이 인정되면서¹⁴⁾ 소송물 가액 선서의 기능은 변모를 겪게 되었다. 사료의 수정 여부로부터 시작해서 세부적인 면에서는 여전히 다투어지는데, 현재의 통설적인 입장은 대체로 이렇하다. 즉, 이제 선서는 원물 이행을 간접강제하는 기능이 사라지면서, 크게 두 가지 기능으로 재편되었다. 하나는 피고의 거역 또는 기타의 악의를 징치하는 기능이 두드러지게 된 것인데,¹⁵⁾ 이때에는 최고한도를 책정하지 않았다

9) 반드시 따라야만 하는 것이 아니라는 점에서 Jhering, III (1906), 257은 이것을 법률적으로서는 “권고”(Rat)라고 부를 수 있다고 한다.

10) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 337ff.

11) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 339 n.31.

12) Cf. Ehrhardt (1934), 140ff.

13) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 339f.

14) 그러나 최근에 Winkel (2010), 9-20은 Ernst Levy와 Max Kaser로 대변되는 통설의 입장, 즉 비상심리절차(*cognitio extraordinaria*)에서는 일찍이 항상 특정이행을 알았고 금전배상을 더 이상 유지하지 않았다는 주장은 확실히 오류이고, 유스티니아누스법에서도 금전배상이 정규의 방식이었다고 주장하였다. 통설이 논거로 삼은 개소 하나하나(특히 D.6.1.68 <45>; C.7.4.17; C.6.2.22.3; C.7.54.3.3; C.7.39.8.3; C.7.45.14)를 면밀히 검토한 결론으로서, 본고의 필자도 일단 그 결론에 동조한다.

15) Biondi (1913), *passim*, esp. 198은 이러한 懲治(*punire*)를 언급한 모든 부분을 유스티니아누스에 의한 수정으로 보는데, 소송물 가액 선서 제도의 근본적인 기능을 부정하는 것으로서 부당하다. 그의 이러한 입장은 물건의 반환과 원고의 선서 간의 관계에 대한 관념 자체를 유스티니아누스의 수정으로 치부하는 전체적인 입장 때문이다. 현재는

(D.6.1.68 <45> itp.). 다른 하나는 이와 함께 예외적으로 원물의 멸실로 심판인에 의한 가액 산정이 어려워진 경우에도(D.12.3.5.4 <19>; D.12.3.6 <58>) 소송물 가액 선서 제도를 이용하게 된 것이다. 그 결과 선서는 이제 피고의 악의(거역)을 전제로 하지 않게 되었고, 이런 경우에는 심판인이 한도 책정을 할 것이 권고되었다(D.12.3.4.2 <5> itp.; D.4.3.18.pr. <49> itp.; D.10.4.3.2 <7> itp.). 그러나 그는 선서액보다 낮게 유책판결을 할 수가 있었다(D.12.3.4.3 <9> itp.; D.12.3.5.2 <10> itp.).¹⁶⁾

전송된 사료를 이러한 변화를 반영하면서 편찬하다 보니 유스티니아누스법은 경우에 따라서는 함께 편집된 내용들이 상호 모순되기도 하는 등 매우 착종된 모습을 띠게 되었고, 고전법은 고전법대로, 유스티니아누스법은 또 그것대로 정합적인 파악을 어렵게 만들었다. 그리고 이러한 상황은 로마법대전을 그리스어로 번역하여 편찬한 바실리카법전의 경우에도 그대로 유지되었다.

2. 개념 및 종류

소송물 가액 선서는 채무의 存否가 문제되는 것이 아니라 채무의 範圍가 문제될 경우에 활용된 제도이다. 이것은 원고에게서 빠져나간 재산이 피고의 협조 거부로 인하여 회복되지 않는 경우에 그 가액을 산정하기 위하여 심판인이 인정하여 원고가 행하는 선서를 말한다. 심판절차에서 당사자가 사실에 관하여 선서하는 것으로서 전해지는 것은 이것이 유일하다.¹⁷⁾

보통법 이론은 소송물 가액 선서를 기본적으로 통상적인(ordinarium) 주관 가액 선서(iusiurandum in litem affectionis)와 그렇지 않은(extraordinarium) 실제 가액 선서(iusiurandum in litem veritatis)의 두 종류로 구분하였다. 그러나 논자에 따라서 그 이해하는 바는 서로 달랐다. 반환되어야 할 재산의 멸실이나 불반환이 피고의 過失로 인한 것인지, 아니면 惡意 내지 거역으로 인한 것인지를 기준으로 삼기도 하고(다수설),¹⁸⁾ 또는 誠信소송에서만 인정되는지 嚴法소송에서도 인정되는지에

이미 극복된 견해이다.

¹⁶⁾ Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 611 + nn.46-49; Kaser, *RP II* (1975), 337 + nn.11-16.

¹⁷⁾ Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 366 + nn.39-40.

¹⁸⁾ Schnellerus (1618), §§. 49ff.; Hunnius (1658), 288f.; Lauterbach (post 1697), ad D.12.3, *II. (p.194); Ludovicus (1717), ad D.12.3 Distinctio I (p.131ff.); Aybinger (1726), ad D.12.3 nn.23-24 (p.405); vom Kampe (1741), 37ff.; Voet (1757), ad D.12.3 nn.1-2 (p.514); Heineccius (1764), ad D.12.3 §. XXXIII (p.247); de Coccejus (1779), ad D.12.3 Qu.VI (p.580). 이에 반하여 실제 가액 선서를 부인하는 설로는 가령 Thomasius (1713), ad D.12.3 (p.152); Maranus (1741), ad D.12.3 (p.154).

따라서 구별하기도 하고,¹⁹⁾ 또는 후자는 심판인이 실제 가액의 확정을 할 수 없을 때에만 인정하는 것으로 보기도 하고,²⁰⁾ 또는 “*tanti rem fuisse*”(D.12.3.9 <53>)와 같은 실제 가액 선서와 증액 산정이 가능한 전형적인 소송물 가액 선서를 각각 그에 해당하는 것으로 보기도 하였다.²¹⁾ 그러나 전자는 過失의 경우 소송물 가액 선서가 행해지지 않는다는 점에서 오류이고,²²⁾ 후자는 D.12.3.9 <53>의 선서는 학설취찬의 편집된 문맥과 달리 소송물 가액 선서가 아니라는 점에서 역시 오류이다. 사료 자체가 매우 착종된 모습이어서 보통법의 학설도 많은 혼선을 빚었던 것이 사실이다. 오늘날 이러한 구분은 폐기되었다.

3. 선서의 認付

(1) 심판인의 역할

이 선서는 소송물 가액을 결정하는 방법으로 인정된 것이기는 하지만, 어디까지나 그 주안점은 완강한 피고에 대한 제재에 있었으므로 소송심리권을 가진 심판인(iudex)만이 선서를 認付할 수가 있었다. 누군가에게 선서를 하도록 인정하는 행위를 *iusiurandum deferre*, 즉 ‘선서의 認付’라고 불렀다. 피고의 惡意 내지 거역의 경우, 즉 이 선서의 요건이 갖추어지면, 법적 강제에 의하여(*ex necessitate iuris*: D.12.3.11 <4>) 원고에게 선서를 認付하는 것은 심판인의 의무였다.²³⁾

¹⁹⁾ Hartwich (1616), ad D.12.3 n.7 I. (p.608); de Berger (1734), Lib. IV. Tit. XXV, III (p.1114f.).

²⁰⁾ Ayblinger (1726), ad D.12.3 n.23-24 (p.405); de Cramer (1754), XI. de Iuram. in litem tam affect. quam veritat. § 98 (p.282).

²¹⁾ Hartwich (1616), ad D.12.3 n.7 III. (p. 608); Emericus (1670), Tit. LXIX n.1 (p. 408).

²²⁾ 가령 D.12.3.2 <16>의 過失 부분은 선행한 단순 산정(aestimatur)에만 관련된 것인데도 선서에 의한 것으로 오해되었다. 아마도 *punitur* 동사로 인해 오해한 듯하다. 그러나 이 동사가 쓰인 것은 뒤의 거역의 경우까지 염두에 두었기 때문이다. 다만 정작 그곳에서는 이 동사가 생략되다 보니 오히려 언뜻 보면 *culpa*의 경우에도 *punitur*, 다시 말해 선서에 의한 징치가 있었던 것과 같은 외양이 생긴 것이다. 앞의 경우 *punitur*는 의미를 새기자면 일정한 법률효과가 부여된다는 의미에서 “제재되다”는 뜻이고, 뒤의 경우는 분명히 선서의 불이익이 따른다는 점에서 “징벌되다”의 뜻이다. 흥미롭게도 Boehmer (1741), ad D.12.3 n.2 (p.324)는 이러한 점을 인정하면서도 당시의 용어법을 그대로 따른다: *Distinguitur hoc (sc. iuramentum in litem) communiter in affectionis & veritatis; ... in hoc (sc. supponitur) culpa leuior, resque aestimatur secundum pretium commune; quamvis ordinarie propter culpam eius, qui non restituit, iuramentum locum non habeat, si aliunde aestimatio haberi possit. ...*

²³⁾ 同旨 이미 Duarenius (1765), ad 12.3 n.XXVIII (p.400); n.XXXVII (p.403f.); Glück (1809),

<1> D.12.3.4.1 Ulpianus 36 ad edictum.²⁴⁾

Deferre autem iusiurandum iudicem oportet: ceterum si alius detulerit iusiurandum vel non delato iuratum sit, nulla erit religio nec ullum iusiurandum: et ita constitutionibus expressum est imperatoris nostri et divi patris eius.

(그런데 심판인이 선서를 認付해야만 한다. 달리 어떤 다른 자가 선서를 認付했거나, 또는 認付되지 않았는데도 선서가 이루어진 경우에는 종교적 효험이 없고, 그래서 선서도 무효이다. 또한 이와 같이 우리의 황제와 神皇 父皇의 칙법들에서 명시되었다.)

이와 모순되는 다음 개소들은 일단 수정된 것으로 보는 것이 합당하다. 수정된 부분은 이하 【 】로 표시한다).

<2> D.12.3.4.2 Ulpianus 36 ad edictum. [全文은 후술 <5>]

... Et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: ...

(... 【실로 선서를 認付하는지 아닌지는 심판인의 재량이라는 것이 정설이다.】...)

<3> D.12.3.5.1 Marcianus 4 regularum. [全文은 후술 <6>]

... licuit enim ei a primo nec deferre.

(... 【왜냐하면 그[심판인]는 처음부터 認付하지 않는 것이 허용되었기 때문이다.】)

선서는 주장되는 어떤 사실의 진실을 증거하기 위하여 神이 호출되는 격식의 종교적 행위이고, 그래서 권한 없는 자가 認付하여 이루어진 선서는 종교적 효험과 동시에 법적인 효력이 없는 선서인 것인데, 소송물 가액 선서의 경우에도 예외가 아닌 것이다. 원래 선서는 과거의 사실에 관한 확인적 선서(iuramentum assertorium)와 장래의 자기 행위에 관한 약속적 선서(iuramentum promissorium)로 구분되는데,²⁵⁾ 소송물 가액 선서는 유형적으로는 확인적 선서라고 볼 수 있지만, 엄밀한 의미에서는 이러한 범주와는 별개의 선서이다. 이 선서는 재판상 선서임에도 불구하고 매우 특정한 내용에 한정된 것으로서, 의심이 있는 경우에 당사자들의 청구가 없더라도 認付가 가능했던 다른 재판상 선서(iuramentum iudiciale)와 차이가 있다. 이 후자는 원고에게도(입증의 일정한 흠결을 보충하기 위하여: 보통법상 iuramentum iudiciale suppletorium), 또 피고에게도(일정한 불리한 추정을 벗어나게 하기 위하여:

445f.; 454.

²⁴⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.1030 (col.669f.) [*Tutela vel contra (E.124): De directa actione*].

²⁵⁾ Heineccius (1764), ad D.12.2 §§. XIII, XV-XVII (p.241f.).

보통법상 iuramentum iudiciale purgatorium) 認付가 가능하였고, 선서에 따라 선서한 자에 유리하게 판결을 내리는 것이 그 효과였는데,²⁶⁾ 僞誓의 문제가 가능하였고, 또 그 판결은 상소에 의하든, 새로이 발견된 증빙에 의하든 취소가 가능하였다.²⁷⁾ 원칙적으로 처음부터 僞誓의 문제를 발생시키지 않는 소송물 가액 선서는 이 점에서 차이가 있었다.²⁸⁾

<4> D.12.3.11 Paulus 3 responsorum.²⁹⁾

De periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iuravit, quaeri facile non solere.³⁰⁾
(법적 강제에 따라 소송물 가액 선서를 한 자의 僞誓에 관한 심사는 쉽사리 행해지지 않는 것이 통례이다.)

소송물 가액 선서는 일반적으로 선서의 근본관념에 속하는 僞誓에 대한 종교적自己 咀呪³¹⁾의 제재가 사실상 따르지 않는, 이 점에서 대단히 안전한 선서였다고 할 것이다. 엄밀한 의미에서 실제 가액이 아닌 주관 가액³²⁾을 소송물 가액으로 거론

26) Cf. C.4.1.3 Diocletianus, Maximianus (a.286).

In bonae fidei contractibus nec non etiam in aliis causis inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi potest.

D.12.2.31 Gaius 30 ad edictum provinciale.

Admonendi sumus interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus sit. Sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit (solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit): ...

27) Heineccius (1764), ad D.12.2 §§. XXVIII-XXXI (p.245f.).

28) 예외적인 사례에 대해서는 D.12.3.4.pr. <34>.

29) Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.1459 (col.1226) [*De iudiciis omnibus (E.XIV)*].

30) Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.1459 (col.1226) n.4: “*Possunt haec etiam ad tit. ‘de rei vindicatione’ referri.*”

31) Schrader (1901), s.v. Eid (p.165ff.); ThDNT (1981), s.v. ὄρκος (p.457ff.), esp. p.458 (J. Schneider); Wissowa (1912), 388 + n.3. 로마인들이 근본적으로 이 점을 중시했었음을 잘 보여주는 사실이 바로 유피테르神 祭官(Flamen Dialis)과 베스타女神 女司祭들(virgines Vestales)의 경우 선서를 금지시킨 일이다. Wissowa (1912), 507 + n.3, esp. Gellius, *Noctes Atticae* 10.15.31: Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialectem in omni mea (sc. praetoris) iurisdictione iurare non cogam; Lenel, *EP* (1927), 236.

32) 주관 가액(affectio)이라는 용어는 보통법의 어휘를 따른 것인데, 엄밀한 의미에서 로마법상 이를 인정하는 경우가 없고, 실제로도 소송물 가액 선서를 통하여 인정되는 실제 가액 이상의 산정액이 원래의 주관 가액과 동일한 것은 아니므로 이에 대하여 이의를 할 수는 있겠으나(Kroppenberg (2004), 631; Glück (1809), 427ff.; 관련 학설은 Grzimek

하는 것은 그 자체만으로는 僞誓에 해당할 터이기 때문이다. 僞誓 여부를 따지지 않은 이유는 선서자에 초점이 있다기보다는 그 상대방의 악의적 拒逆 行태 (contumacia)³³⁾를 懲治하려는 목적이 더 강했던³⁴⁾ 의무자의 이행 촉진 제도였다는 점에서 찾아야 할 것이다.³⁵⁾ 그러나 추측컨대 선서를 통한 주관 가액의 청구를 인정했다고 해도 선서자가 사회적 상당성이 인정되는 범위 내에서 선서할 것을 기대했을 것이고, 선서자 역시 일정한 과장을 한다 하더라도 사회구성원으로서, 그리고 무엇보다도 선서라는 종교적 儀式 행위의 무게를 의식해서 관련 법률관계에 비추어 상당한 범위 내에 머물렀을 것이다. 특히 이 선서를 인정하지 않으면 결국 원고는 자신이 원하지 않음에도 불구하고 통상가격으로 매매를 강요당하는 꼴이 되는데, 이것이 부당하다는 법적 가치판단은 善과 衡平을 지향하는 로마 법관념의 확실한

(2001), 149-152), 통상 실제 가액 초과 가액으로 산정하는 경우에 그러한 심성의 측면이 자연스럽기도 하고, 또 주관적으로 만족할 만한 가액으로 여겨서 그 가액을 선정하는 것이므로 결과적으로는 이를 주관 가액이라고 불러도 크게 무리는 없다(결과 同旨 Grzimek (2001), 150ff.). Cujacius (1758), ad D.12.3 (p.760)은 실제 가액 초과 선서가 가능하다는 점을 심지어 ‘부당한 가액까지도’(pretium etiam iniustum)라고 극적으로 표현하고 있다.

33) D.42.1.53.pr/3 Hermogenianus 1 iuris epitomarum.

pr. Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur.

3. Contumaces non videntur, nisi qui, cum oboedire deberent, non obsequuntur, id est qui ad iurisdictionem eius, cui negant obsequi, pertinent.

34) 그래서 Wubbe (1976), 180 n.8는 이것을 영미법상의 藐視法庭(contempt of court)과 유사한 것이라고 하는데, 그중에서도 민사적 藐視法庭(civil contempt; contempt in procedure)을 염두에 둔 것으로 보인다. 이것은 법원의 명령에 대한 고의적인 거역 또는 법원에 한 약속의 파기로서 구금 또는 제재금에 의하여 처벌이 가능하였다. 이것은 본질적으로 명령이나 약속의 수혜를 받을 자에 대한 침해이다. *Oxford Companion to Law*, by David M. Walker (Clarendon Press · Oxford, 1980), s.v. Contempt of court, p.282. 법원이 명한 것이 실행되도록 하기 위한 간접강제의 수단이었다(英米法辭典, 編輯代表 田中英夫[東京大學出版部, 1991], s.v. contempt of court, 191f.)는 점에서 유사하지만, 그러나 로마법상의 소송물 가액 선서는 아주 제한된 문제 영역에서만 가동되었고, 전혀 형사적인 성격이 없었던 것과 극명하게 대조된다.

35) 異見 Schulz (1951), 370 n.643. 솔츠는 로마인들은 그들의 강한 信實함(fides)과 敬虔함(piety)으로 인하여 쉽게 僞誓를 하지 않았고, 따라서 이 제도가 피고의 이행을 간접 강제하는 것이라기보다는 심판인의 시간 절리고 쉽지 않은 작업을 덜어줌으로써 신속한 판결이 가능하도록 하기 위한 방편이었다고 새긴다. 그러나 이 주장은 원사료에 정면으로 배치되는 만큼이나, 그리고 우리가 아무리 로마인들이나 그리스인들이 로마인의 종교적 심성에 대하여 전하는 말들(“religiosissimi mortailum”)을 액면 그대로 받아들이더라도(cf. Wissowa (1912), 386 + n.3) 20세기 중반 당시의 로마법학이 구사했던 수정 비판 방법론의 고전법에 대한 이데올로기적 理想化를 잘 보여준다.

반영이기도 하였다. 이러한 정신을 반영하여 악의적으로 행위한 점유자에게는 그 밖에도 일반 매수인이라면 인정될 지위가 부인되었다.³⁶⁾ 그러나 무엇보다도 이러한 사회적 법관념을 반영하여 심판인이 합리적인 한도를 정할 수 있었고, 이것이 적어도 극히 예외적인 상황이 아니었다고 보면, 이로써 애초에 僞誓의 가능성이 배제 되었으므로³⁷⁾ 설사 일반론으로서 僞誓의 가능성을 긍정하더라도 실제로는 僞誓에 대한 제재는 사실상 거의 없을 수밖에 없는 구조였던 것이다.

로마법상 이와 취지를 같이 하는 다른 예로는 소권에 따라서는 認諾이나 판결로 확인된 채무와 같이 확실한 채무를 부인함으로써 특히 그 否認者의 악의를 징치 할 필요성이 큰 사안에서 패소하면 소송물 가액이 倍增하는(*infitiando lis crescit in duplum*) 제도를 들 수 있을 것이다.³⁸⁾ 넓은 의미에서는 소송당사자들에게 猜害(*Schikane*)의 不在를 다짐하는 “濫訴의 선서”(iusiurandum calumniae)를 시켰던 것³⁹⁾도 소송과 더불어 이행의 촉진을 도모한 제도였다고 볼 수 있다. 제도의 취지는 전혀 다르지만 소송과 관련하여 濫訴者까지도 혜택을 볼 수 있었던 원고의 가액 산정 또한 알려져 있었는데, 제3자가 법정소환된 자의 출두를 좌절시킨 경우⁴⁰⁾에 인정되었던 그 자를 상대로 한 순수한 징벌적 사실소권의 경우가 그러하다.⁴¹⁾ 소송물

36) D.6.1.69 Paulus 13 ad Sabinum.

Is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum.

D.6.1.70 Pomponius 29 ad Sabinum.

Nec quasi publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.

D.25.2.8.1 <52> Pomponius 16 ad Sabinum.

Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset. [D.25.2.9 Paulus 37 ad edictum.] (non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere).

D.25.2.10 <52> Pomponius 16 ad Sabinum.

Ideoque nec debere eum pro evictione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit.

37) Grzimek (2001), 159f.

38) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 284 + nn.6-8.

39) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 284f.

40) D.2.7.1.pr. Ulpianus 5 ad edictum.

Hoc edictum praetor proposuit, ut metu poenae compesceret eos, qui in ius vocatos vi eripiunt.

41) D.2.7.5.1 Ulpianus 5 ad edictum.

In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est. Hoc enim

가액 선서와 가장 가까운 것은 후대법에서 인정되었던 소송비용청구액 선서였다.⁴²⁾

(2) 선서의 한도 책정

원칙적으로 원고는 소송물 가액을 아무런 제한 없이 자신이 원하는 임의의 가액으로 선서할 수가 있었다. 다만 심판인은 선서를 認付하면서 자신의 재량으로 선서액의 한도를 정할 수 있었다(taxatio⁴³⁾).⁴⁴⁾ 아무리 거역한 피고를 제재하기 위한 것이라고 하더라도 법의 입장에서 상당한 정도라는 기준은 필요하기⁴⁵⁾ 때문이다.⁴⁶⁾

<5> D.12.3.4.2 Ulpianus 36 ad edictum. [cf. <2>]

Iurare autem in infinitum licet. Sed an iudex modum iurando statuere possit, ut intra certam quantitatem iuret, ne arrepta occasione in immensum iuret, quaero. Et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: an igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iurando adicere, quaeritur: arbitrio tamen bonae fidei iudicis etiam hoc congruit.

(그런데 선서는 任意額으로 허용된다. 그러나 심판인이 선서에 한도를 정할 수 있어서 확정 금액 내에서 선서되고 그 기회를 기회로 막대한 금액으로 선서되지 않도록 할 수 있는지 묻는다.⁴⁷⁾ 【실로 선서를 認付하는지 아닌지는 심판인의 재량

additum est, ut appareat etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi. 다만 바로 이 원고의 가액 산정 부분(ab actore aestimata)의 진정성에 관해서는 다루어 지는데(부정설: Lenel, *EP* (1927), 73f.; Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 225 + n.51), 긍정설이 타당하다. 상세는 긍정설을 취하는 Raber (1972), 208f.

42) C.3.1.13.6 (a.530); Nov.82 c.10 (a.539); Kaser/Hackl (1996), 632 + nn.20-21.

43) Nov.53 c.1 (a.537): Si vero per iusiurandum etiam plus aliquid declaraverit, certa tamen quantitate definita a iudice, quam leges taxationem vocant, ...

Nov.82 c.10 (a.539): si iusiurandum intulerit de expensis iudex victori, scilicet cum quantitate quae visa ei fuerit recte se habere, quam taxationem vocant leges, deinde ille iuraverit, non habere licentiam iudicem minus quam iuratum est condemnare, ...

44) 이에 대한 舊학설의 수정비판에 대한 비판은 Grzimek (2001), 153-156; 또 誠信소송에 서만 한도 책정이 있었다는 오류설에 대한 비판은 Grzimek (2001), 161f.

45) Glück (1809), 465. 단 그는 D.12.3.4.2 <5>가 認付 여부에 대한 심판인의 재량을 언급한 것을 이와 관련짓는데, 해당부분이 한도 책정에 관한 것이 아님이 명백하고, 또 Glück 자신이 다른 곳에서 이미 밝힌 입장, 즉 심판인은 요건이 존재하면 認付해야만 했다는 입장과도 모순된다.

46) 이 선서를 한도 책정이라는 공통점 때문에 法政官에 의한 condemnatio cum taxatione 상의 taxatio (cf. Nörr (1995), 51ff.)와 일정한 발전상의 연관관계를 재구성해 보려는 Grzimek (2001), 164f.에 대한 정당한 비판은 Kroppenberg (2004), 631.

47) infinitum의 의미는 immensum과 대비되어 이해되어야 한다. taxatio가 정하는 합리적

이라는 것이 정설이다. 그러므로 선서를 認付하지 않을 수 있는 자가 또한 선서에 한도 책정 조항을 덧붙일 수 있는지 문제된다. 그런데 誠信소송의 제량에는 또한 이것도 부합한다.】)

<6> D.12.3.5.1 Marcianus 4 regularum.⁴⁸⁾ [cf. <3>]

Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre.

(그러나 심판인은 그 한도까지 선서가 가능한 확정액을 미리 정할 수가 있다.

【왜냐하면 그는 처음부터 認付하지 않는 것이 허용되었기 때문이다.】)

<7> D.10.4.3.2 Ulpianus 24 ad edictum.⁴⁹⁾

Praeterea in hac actione (sc. ad exhibendum) notandum est, quod reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei iudice quantitatem taxante.

(그밖에 이 소권[즉 제시소권]에 있어서는 거역한 피고가, 원고에게 심판인이 한도 금액을 책정하는 가운데, 원고의 소송물 가액 선서를 통하여 유책판결 받을 수 있다는 것을 유의해야만 한다.)

피고 거역의 경우에 선서의 認付가 심판인의 의무가 아니라는 서술이 수정되었듯이, 심판인에게 최고한도액 책정의 의무가 있다고 서술하고 있는 다음 개소도 수정된 것이다.

<8> D.4.3.18.pr. Paulus 11 ad edictum. [全文은 후술 <49>]

(...【그러나 양 소권[惡意訴權과 強迫原因訴權]의 경우 심판인의 직권으로 한도 책정을 통하여 선서가 제한되어야만 한다(debet).】⁵⁰⁾)

범위를 벗어나는 경우가 후자라면 전자는 그 범위 내의 것이라고 할 수 있다. 결국 *indefinitum*은 선서 전에는 확정되어 있지 않은(*indefinitum*) 任意의 상당한 금액을 의미한다. Duarenus (1765), ad D.12.3 n.XXVII (p.399f.); Glück (1809), 470 n.41. 피고의 이행능력에 대한 원고의 현실적 고려와 여론과 관행에 의한 사회적 상당성의 측면이 과도한 청구에 대한 제동이 될 수 있다는 점에 대해서는 Jhering, I (1907), 135f.: “Es stand zwar bei dem Verletzten, seine Forderungen ins Maßlose zu spannen, ähnlich wie dies im römischen Prozeß derjenige kann, der durch ein *juramentum in litem* die *litis aestimatio* bestimmen soll, allein sein eigenes Interesse veranlaßte ihn, seinen Gegner die Auslösung nicht unmöglich zu machen. Auch die öffentliche Meinung und die Sitte war hier gewiß ohne Einfluß.”

⁴⁸⁾ Lenel, *Pal.* I, Marcianus fr.260 (col.685).

⁴⁹⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.719 (col.557) [*Ad exhibendum* (E.90)].

또한 선서를 따르지 않고 다시 심판인이 재량으로 금액 판결하거나 면소판결하는 것이 가능하다는 다음 개소들도 수정된 것이다. 고전법상 이 선서가 인정된 취지가 선서액이 심판인 책정의 최고 한도 내인 한 실제 가액을 초과하는 금액이더라도 거역하는 피고를 징벌하기 위하여 審判廷이 이를 수용한다는 데에 있었기 때문이다.⁵¹⁾ 이 선서는 무엇이 원고에게 반환되어야만 하는가가 심판인에게 이미 입증된 경우에 인정되었던 것이다.⁵²⁾ 고전법과 모습을 달리하는 이러한 변형은 선서를 단순한 입증방법의 문제로 파악하게 된 유스티니아누스법의 입장이 반영된 것이다. 특히 D.12.3.4.3에서 “나중에 증거들이 발견된 경우” 운운하는 것이 이를 증거한다.⁵³⁾

<9> D.12.3.4.3 Ulpianus 36 ad edictum.

Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, non sequi id, sed vel prorsus absolvere vel etiam minoris condemnare quam iuratum est: et magis est, ut ex magna causa et postea repertis probationibus possit.

(【또 선서를 認付한 심판인이 그것을 따르지 않고 전적으로 면소판결을 하거나, 또는 선서된 것보다 소액으로도 유책판결 할 수 있는지를 살펴보아야 한다. 어느 쪽인가 하면, 그는 중대한 이유가 있고 또 나중에 증거들이 발견된 경우에는 그렇게 할 수 있다.】)

<10> D.12.3.5.2 Marcianus 4 regularum.

Item et si iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare.

(【또 선서가 이루어졌더라도 심판인은 면소판결하거나 더 낮은 금액으로 유책판결 하는 것이 허용된다.】⁵⁴⁾)

50) 이미 同旨 Solazzi (1900), 80.

51) Glück (1809), 444 + n.78은 이 점을 “아주 확신하고”(lebhafte überzeugt), 덧붙여서 거역에 해당하는 소송 불출석자에 대하여는 상소조차도 허용하지 않았던 법리(Ulp. D.5.1.73.3; Ant. C.7.65.1 [a.213]; Iust. C.3.1.13.4 [a.530])까지 인용하면서도 중국에는 D.12.3.4.3 <9>의 법문과 실제 가액 선서로 이해한 D.12.3.5.4 <19>에 의거하여 사후적인 변경을 인정한다.

52) Glück (1809), 466.

53) 이에는 고전기 후에 새롭게 발전한 審判人認付 증거방법 선서인 iusiurandum iudiciale (Kaser/Hack, (1996), 592 + nn.56-56a)와 병행적인 모습이 엿보인다. 심판인은 일반적으로 선서의 내용에 구속되었으나, 새롭게 유일한 증거로 채택될 증거가 발견되는 등, 예외적인 경우에는 선서를 통하여 해명했던 문제를 되물릴 수가 있었다(Kaser/Hackl, RZP (1996), 592 + n.59; 268 + n.17).

54) Duarenus (1765, ad D.12.3 n.XXIX (p.400))는 오히려 이 권능이 재판비용에 관한 한 유스티니아누스의 新法에 의하여 박탈된 것으로 본다.

이 문제는 텍스트 수정비판의 방법론을 몰랐던 비잔틴 법학자들도 괴롭혔다. Enantiophanes는 바실리카법전 該注에서 “奇異한 法文”(παράδοξον νόμιμον) 내지 “더 기이한 것”(παράδοξότερον) 운운하면서 이 문제를 공략하고자 시도하였다.⁵⁵⁾ 이러한 의문에도 불구하고 비잔틴법학의 통설은 전승된 텍스트를 그대로 추종하여 심판인에게 선서의 부여 여부와 선서 후의 재량 면에서 완벽한 자유를 인정하는 것이었다.⁵⁶⁾

이에 비하면 부동산점유보호 특시명령(*interdictum unde vi*)의 후속절차에 관한

Nov.82 c.10 (a.539): Oportet autem et expensarum rationem iudices omnino examinare, et quia hoc bene Zenonis piaie memoriae decrevit sententia et nos non dedignati sumus partem etiam hoc nostrarum facere dispositionum, maneat ergo etiam nunc in eodem schemate custoditum, illo solo adiecto, si iusiurandum intulerit de expensis iudex victori, scilicet cum quantitate quae visa ei fuerit recte se habere (cf. C.3.1.13.6 [a.530]: ... in expensarum causa victum victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iuraverit. ...), quam taxationem vocant leges, deinde ille iuraverit, non habere licentiam iudicem minus quam iuratum est condemnare, neque videri clementiorem [a] lege quae haec disponet. Si tamen perspexerit neutrum sumptuum subdere rationi et propter negotii forte varietatem, hoc ipsum decernat sua sententia. ...

그러나 재판관이 소송비용에 관하여 합리적인 것으로 생각되는 한도 책정을 하고 승소자에게 선서를 認付한 경우에 그 금액을 낮추지 못하고 그에 구속된다는 유스티니아누스의 이 新勅法은 한도 책정이 있는 경우에는 더 이상의 조정은 불가하다는 고전법의 기본 사상을 다시 살린 측면이 엿보인다. 그런데 흥미롭게도 Donellus (1847), ad D.12.3.4.3 (p.936ff.)는 先法·後法, 일반법규·특별법규의 논리를 동원한 후에, 덧붙이기를, “법보다 재판관이 더 인간적이어서는 안 된다는 것이므로, 재판관은 적어도 법과 동등하게 인간적인 것을 금지하는 것이 아니며, 더욱이 법의 인간성과 형평성을 따르는 것이 재판관의 임무이므로, 선서에 한도 책정을 할 수 있는 것과 동시에 경우에 따라서 선서에서 벗어날 수 있다는 것(*ex causa recedi posse*)이 바로 확립된 법이며, 그런 고로 유스티니아누스의 규정은 재판관에게 같은 것을 허용하는 것으로 새겨야만 한다”고 매우 기교적인 주장을 하였다.

55) Bas.22.6.4.1-3 Schol. 4) (Heimbach II, p.580). 후대의 로마법 연구자들도 하나같이 이 문제와 관련하여 “*ex magna causa et postea repertis probationibus*”를 ‘의심의 여지없이 수수께끼 같은 것’이라고 지적하였다. Solazzi (1900), 77: “*senza fallo emblematico*”; Grzimek (2001), 161: “*eher rätselhafte Ausdrucksweise*”. 반면에 보통법 학자들은 이 부분을 진정한 것으로 받아들였다. Glück (1809), 403f.

56) Bas.22.6.4.1-3 및 Schol. 1)-4) (Cyrillus, Stephanus, Enantiophanes) (Heimbach II, p.580). Grzimek (2001), 161도 정합적이지 않은 점들을 지적하면서도 결론에서는 율피아누스 개소가 이 선서의 증거방법으로서의 역할을 굳힌 것이라고 정리한다. Solazzi (1900), 78f.는 D.12.3.4.3 <9>가 후견소송에 관한 것이라는 점에서 여러 의심에도 불구하고 誠信소송의 경우에는 심판인의 넓은 재량이 인정되었을 것으로 추정하는데, 그는 아쉽게도 D.12.3.5.2 <10>는 고려하고 있지 않다. 이러한 해석들은 고전법과 달리 변모한 후대법에 대한 이해가 부족한 데서 유래한 것이다.

다음의 사료(이른바 *iuramentum Zenonianum* 개소)는 오히려 후대의 것이지만, 선서의 방식과 효과 면에서는 고전법을 반영한 모습으로 전해진다. 하지만 요건 면에서는 분명히 소송물 가액 선서와 다르다. 왜냐하면 피고의 선행하는 불법행위로 인한 손해의 입증에 해야 하는 원고를 위하여 그 입증이 곤란한 경우에 보충적 구제 방법으로서 마련된 것임이 분명하기 때문이다.⁵⁷⁾ 이 Zeno의 선서는 입증 문제에 더욱 관심을 기울였던 후대의 법정책이 반영된 독자적인 특수한 선서였다.

<11> C.8.4.9 Zeno (a.477).

Si quando vis iudicio fuerit patefacta, dein super rebus abreptis vel inuisis vel damno tempore impetus quaestio proponatur, si non potuerit qui vim sustinuit quae perdidit singula comprobare, taxatione ab iudice facta pro personarum atque negotii qualitate, sacramento aestimationem rerum quas perdidit manifestet nec ei liceat ultra taxationem ab iudice factam iurare: et quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet.

(폭력이 행사되었음이 소송에서 드러나고, 이어서 탈취되었거나 침탈된 물건들에 관하여 그리고 침공의 시점에 발생한 손해에 대하여 물음이 제기되는 경우, 폭력을 당한 자가 그가 잃어버린 것들을 하나하나 입증할 수 없으면 재판관이 관련된 사람들과 법률행위의 성질에 따라서 최고 한도를 책정하고, 물건들을 잃은 자가 선서로써 그 물건들의 가액산정을 명시할 것이나 재판관에 의하여 이루어진 최고 한도를 넘어서 선서하는 것이 그에게 허용되지는 않는다. 그리고 이러한 방식의 선서로써 선언된 금액만큼 재판관은 유책판결해야 한다.)

한도 책정이 어떻게 이루어졌는지에 대한 구체적인 자료는 C.8.4.9에서 사과 법률관계를 두루 고려한다는 일반적인 기준을 제시한 것 말고는 전해지지 않는다. 그러나 중세의 표준주석이 파악하듯이 물건을 상실한 자의 貧富 여하가 일차적인 기준이었을 것이라는 해석⁵⁸⁾은 로마적이라기에는 부족하다.

보통법 시대에 논의되었던 유스티니아누스에 의한 배상액 책정의 한도 설정(이익액의 2배 이하: C.7.47.1 [a.531])⁵⁹⁾과의 관계 문제는 고전법의 입장에서는 고려

57) 상세는 Glück (1809), 473ff.; cf. Grzimek (2001), 156.

58) Glossa ordinaria ad C.8.4.9: *inspecto diligenter, an haec persona expulsa dives fuerit vel non* (Grzimek (2001), 167 n.85에서 재인용).

59) C.7.47.1 Imperator Justinianus (a.531).

Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare.

할 필요가 없지만, 재판관이 가액을 산정하는 일반적인 사안을 염두에 둔 이 칙법을 원고에 의한 소송물 가액 선서와 연결 짓는 것은 무리이다.⁶⁰⁾

4. 선서의 주체

이 선서는 자기 명의로 쟁점결정을 한 訴訟主(dominus litis: 訴訟本人)에게만 認付가 가능하고, 그래서 그만이 또한 선서할 수 있었다.⁶¹⁾ 왜냐하면 이 선서는 소송물 가액을 원고의 선서에 따라서 결정하기 위하여 원고에게 인정된 것으로(D.12.3.1-3), 피고가 심판인의 제시 또는 반환 명령을 따르지 않고 악의적으로 거역하는 행태를 보임으로써 원고가 입증의 곤란이나 이해관계상 불이익을 받게 될 경우 한편으로는 피고를 懲治하고⁶²⁾ 다른 한편으로는 원고를 돕기 위한 제도였기 때문이다(D.12.3.8 <36>).

<12> D.12.3.7 Ulpianus 8 ad edictum.⁶³⁾

Volgo praesumitur alium in litem non debere iurare quam dominum litis: denique Papinianus ait alium non posse iurare quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.

(일반적으로 訴訟主가 아닌 타인은 소송물 가액 선서를 해서는 안 된다고 인정된다. 분명히 파피니아누스[주활동시기 170-212]도 자신 명의로 쟁점결정을 한 자가 아닌 타인은 선서할 수 없다고 말한다.)

1. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur.

2. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt: et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio.

이 불행한 결정이 동서 로마의 실무상 영향이 없었다는 점에 관해서는 Kaser, *RP II* (1975), 345 + nn.17-18.

⁶⁰⁾ 同旨 Glück (1809), 462ff.

⁶¹⁾ Bas.22.6.7 (Heimbach II, p. 581): Solus, qui suo nomine agit, in litem iurat.

⁶²⁾ Grzimek (2001), 143ff.

⁶³⁾ Lenel, *Pal. II*, Ulp. fr.304 (col.447) [*De cognitoribus et procuratoribus etc. (E.VIII)*].

선서의 주체로 인정되는 경우들을 사료상 살펴보면 행위능력과 소송능력이 있는 일반적인 경우는 물론(예: 담보물권자[D.20.1.16.3 <47>], 증서의 제시를 소구하는 자[D.12.3.10 <25>] 등), 실체법상 및 소송법상의 행위능력 관련 법리에 따라서 성숙 미성년자(D.12.3.8 <36>), 후견인, 보좌인(D.12.3.4.pr. <34>; C.5.53.1 <37>)도 선서를 할 수 있었다. 그러나 반면에 피후견인, 피후견인의母는 선서할 수 없었다(D.12.3.4.pr. <34>).⁶⁴⁾ 그리고 로마 소송법상의 특이한 법리에 따라서 소송에서는 형식상 소송당사자로 등장하지만, 실질적으로는 소송대리인에 해당하여 실제적 訴訟主가 아니었던 소송대리인(cognitor: 代訴人)도 선서할 수 없었으나(D.12.3.7 <12>), 실제적 본인이었던 自益代訟人(procurator in rem suam)⁶⁵⁾은 그렇지 않았다.⁶⁶⁾ 무단점유자(praedo)라도 원고 적격을 갖춘 경우 선서가 인정되었다.

<13> D.5.1.64.pr. Ulpianus 1 disputationum.

Non ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit, sed ex eo quod in litem iuratur: denique et praedoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem non dubitatur.

([심판인의 반환명령을 거역한] 악의적 불반환에 대한 심판인의 산정은 (원고의) 이익액으로가 아니라, (원고에 의하여) 소송물 가액 선서되는 가액으로 산정된다. 그러므로 무단점유자에게도 이런 사유로 임치 소권과 사용대차 소권이 인정된다는 점에 의문의 여지가 없다.)

5. 선서의 요건 및 상대방

(1) 이 선서는 통상 그리고 정규적으로는 피고가 반환을 명받고도 惡意나 重過

⁶⁴⁾ Glück (1809), 450ff.

⁶⁵⁾ D.2.14.13.1 Paulus 3 ad edictum.

Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur: et ideo servandum erit pactum conventum.

D.3.3.25 Ulpianus 9 ad edictum.

... Plane si dicat in rem suam se procuratorem datum et hoc probaverit, non debet carere propria lite.

⁶⁶⁾ 가령 D.20.6.8.2 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Si procurator debitoris in rem suam sit, non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam exstiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem, in tantum, ut putem recte dici et dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem.

失로 반환하지 않는 경우에 인정되었다.⁶⁷⁾

<14> C.5.53.2.1 Antoninus (a.212).

Sin vero neque dolus neque lata culpa neque fraus heredis convincetur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest.

(그러나 상속인의 惡意도, 重過失도,⁶⁸⁾ 또 詐害행위도 혐의가 없으면, 심판인은 선서의 권능을 뺀 채 명백한 증거들에 의하여⁶⁹⁾ 심사될 수 있는 진실에 관하여 심리할 것이다.)

輕過失로 반환하지 않는 자는 제외된다. 이때에는 심판인이 유책판결액을 산정한다.⁷⁰⁾ 다음 개소들에서는 단순히 過失이라고만 표현하지만 중과실의 경우에 고의와 동등하게 취급한다는 일반 법리와 그것이 반영된 위 C.5.53.2.1 <14>에 따라 이를 경과실로 이해해야 한다.⁷¹⁾

<15> D.6.1.68 Ulpianus 51 ad edictum. [全文은 후술 <45>]

(... 그러나 현재 반환이 가능하지 않지만, 가능하지 않도록 악의적으로 행위했던

⁶⁷⁾ Glück (1809), 466. 여기서 *contumacia*와 *dolus*는, 전자는 최종적인 행태를, 후자는 그에 이르는 과정에서의 행태를 지시하지만, 모든 *contumacia*의 경우 *dolus*가 전제된다는 점에서 엄격한 구별의 실익은 없다고 할 것이다.

Cf. D.50.17.199 Iavolenus 6 epistularum.

Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit.

⁶⁸⁾ Arumaeus (1666), ad C.5.53.2 (p. 181).

Cf. D.50.16.226 Paulus 1 manualium.

Magna neglegentia culpa est: magna culpa dolus est.

D.11.6.1.1 Ulpianus 24 ad edictum.

... lata culpa plane dolo comparabitur. ...

D.47.4.1.2 Ulpianus 38 ad edictum.

... sed culpa dolo proxima dolum repraesentat. ...

⁶⁹⁾ Cf. C.4.19.25 Gratianus, Valentinianus, Theodosius (a.382).

Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita.

⁷⁰⁾ 비잔틴법학의 混調는 過失의 경우에 최고 한도를 책정하고, 악의의 경우에는 임의액으로 유책판결한다는 注에서 그대로 드러난다. Bas.22.6.5 Schol. 3) (Heimbach II, p.581): et taxare] Si quidem dolum invenerit, in infinitum condemnare: sin autem culpam, taxare.

⁷¹⁾ Glück (1809), 455ff.

것이 아니면 그 물건의 가액 이상으로, 즉 상대방의 이익 이상으로 유책판결 받아서는 안 된다. 이 견해가 일반설이고, 심판인의 재량으로 무엇인가가 반환되는 모든 경우들에, 그것이 특시명령이든, 대물소권이든, 대인소권이든 상관없이,⁷²⁾ 적용된다.)

<16> D.12.3.2 Paulus 13 ad Sabinum.⁷³⁾ [cf. <28>]

Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur, interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur⁷⁴⁾: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor.

(어떤 것을 우리 것으로 [반환]청구하든, 또는 提示하도록 訴求되든, 우선 원고의 이익상당액만이 산정되는바, 회복하지 않는 자나 제시하지 않는 자의 過失이 제재되는 경우가 이에 해당한다. 그러나 회복하지 않는 자나 제시하지 않는 자의 惡意나 거역이 징벌되는 경우에는 소송물 가액이 얼마인지를 원고가 선서한다.)

<17> D.12.3.4.4 Ulpianus 36 ad edictum.

Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum constat, sed aestimationem a iudice faciendam.

(그런데 過失에 기해서는 선서를 認付해서는 안 되고, 산정을 심판인이 해야 한다는 것이 정설이다.)

<18> D.12.3.5.3 Marcianus 4 regularum.

Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam: haec enim iudex aestimat.

(그러나 이 모든 경우에 악의만을 이유로 소송물 가액 선서가 이루어지는 것이고, 또한 過失을 이유로도 그런 것은 아니다. 이 경우는 심판인이 산정하기 때문이다.)

예외적으로 반환이 아니라 이행급부(traditio)가 문제되는 사안에서 이행지체 후에 원물이 멸실된 경우에도 소송물 가액 선서의 認付가 인정되었는데, 존재하지 않는 물건의 가액을 산정하는 것이 선서 없이는 불가능하다는 이유를 들었다. 그러나

⁷²⁾ Cf. D.44.7.37.pr. Ulpianus 4 ad edictum praetoris.

Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur.

⁷³⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.1858 (col.1286) [*De iudiciis?*].

⁷⁴⁾ 위 각주 22) 참조.

이것은 단순히 가액 산정이 불가능하다는 논리만으로 설명할 수는 없는 것이, 많은 경우에는 급부목적물이 오히려 노예이기 때문에 그 가액의 산정이 어렵지 않을 수 있고, 점유의 악의적인 포기나 반환 거부의 경우에도 실제로 객관적 불능의 사안이 있을 수 있음에도 불구하고 불능을 이유로 들고 있지 않기 때문이다. 이 바탕에는 이행지체(mora) 후에는 원물의 멸실에 채무자의 過失이 없더라도 책임진다는 법리⁷⁵⁾에 부응하여 멸실을 채무자의 악의에 해당하는 행태에 기인한 것으로 보는 평가가 깔려 있다.⁷⁶⁾ 이것은 말하자면 반환의무자의 불법행위가 先行한 경우(가령 D.43.24.15.9 <55>; C.8.4.9 <11>)와 유사한 평가를 받은 것이라고 볼 수 있다. 달리 가액 산정이 불가능하다면 선서액이 실제 가액을 반영한다는 보장은 어차피 불가능한 것이므로 이 경우의 선서를 이른바 *iusiurandum in litem veritatis*로 보는 보통법의 학설⁷⁷⁾은 사실상 무의미한 것이다. 문답계약이므로 嚴法소송이고, 따라서 기본적으로 확정물의 청구가 내용이므로 예외적으로 선서를 인정하는 경우에도 이러한 이해를 하게 된 것으로 보이는데, 소송물 가액 선서를 시킨다는 것 자체가 피고의 부당한 행태를 전제한 것이고, 여기서는 물건의 멸실을 초래한 유책한 이행지체를 그렇게 평가한 것이다.⁷⁸⁾

<19> D.12.3.5.4 Marcianus 4 regularum.

Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est, veluti si promissor Stichus moram fecerit et Stichus decesserit, quia iudex aestimare sine [relatione]<delatione dett.> iurisiurandi non potest rem quae non extat:

(실로 때로는 嚴法訴訟에서도 소송물 가액 선서가 이루어지니, 가령 노예 스티쿠스의 문답낙약자가 이행지체를 하고 노예 스티쿠스가 사망한 경우가 그러한데, 왜

⁷⁵⁾ Kaser, *RP I* (1971), 513f.; 516.

⁷⁶⁾ 다시 말하면 이행지체 후 멸실되었다는 것이 중요한 것이지, 이행지체가 고의 또는 과실의 어느 것에 기인하느냐는 중요한 것이 아니라는 것이다. 따라서 이 사안을 근거로 이행지체는 단순한 경과실에 의한 경우도 있으므로 결국 경과실의 경우에도 소송물 가액 선서가 인정되었다는 설이나, 이를 비판하면서 문맥상 이때의 이행지체는 과실의 경우가 아니라 고의의 경우라는 견해(Glück)나 모두 초점을 잘못 둔 것이다. Glück (1809), 457ff.

⁷⁷⁾ Noodt (1732), 236; Glück (1809), 425.

⁷⁸⁾ Cf. D.45.1.23 Pomponius 9 ad Sabinum.

Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.

나하면 심판인은 선서의 認付 없이는 존재하지 않는 물건의 가액을 산정할 수 없기 때문이다.)

(2) 이 선서는 악의 행위자를 제재하는 뜻이 강하므로 상속인이라 하더라도 그와의 사이에 쟁점결정이 이루어진 경우에는 책임의 승계 문제와는 별도로,⁷⁹⁾ 선서는 원칙적으로 자신이 할 수 있는 범위 내에서 악의적으로 행위한 경우에 대해서만 인정되어야 했으므로, 상속인 스스로가 악의인 경우에 한하여 원고에게 선서가 認付되었다.⁸⁰⁾ 따라서 후견사무와 관련한 재산목록 ‘작성’의 의무는 후견인 자신만이 부담하고, 상속인의 악의가 개입할 여지가 없으므로 그 不作成을 이유로 후견인 본인을 상대로 할 때에는 소송물 가액 선서가 가능하지만, 상속인을 상대로 할 때에는 인정되지 않았다.

<20> D.26.7.7.pr. Ulpianus 35 ad edictum.⁸¹⁾

Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea condicione est, ut teneatur in id quod pupilli interest, quod ex iureiurando in litem aestimatur. Nihil itaque gerere ante inventarium factum eum oportet, nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit.

(보통 財産目録이라고 부르는 財産物目을 작성하지 않은 후견인은 악의적으로 행위한 것으로 인정되는데, 단 왜 그것이 작성되지 않았는지 어떤 부득이하고 극히 정당한 사유가 원용될 수 있으면 그러하지 않다. 그러므로 어떤 자가 악의적으로 재산목록을 작성하지 않은 경우 그는 소송물 가액 선서에 기하여 산정되는 피후견인의 이익을 책임지는 처지에 있다. 그런고로 그는 재산목록 작성 전에는⁸²⁾ 어떤

79) Glück (1809), 459f.

80) Glück (1809), 453.

81) Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.1003 (col.658) [*De administratione et periculo tutorum (ad E.121)*].

82) 재산목록의 기능을 확연하게 보여주는 것은 유스티니아누스법에서의 公的인 등재로써 이루어지는 재산목록이었다.

Cf. C.5.51.13.1 Justinianus (a.530).

Sin autem inventario publice facto res pupillares vel adulti conscripserit et ipse per huiusmodi scripturam confessus fuerit amplio rem quantitatem substantiae, non esse aliud inspiciendum nisi hoc quod scripsit, et secundum vires eiusdem scripturae patrimonium pupilli vel adulti exigi: neque enim sic homo simplex, immo magis stultus invenitur, ut et in publico inventario contra se scribi aliquid patiat.

후견사무도 처리하지 않는 것이 마땅한바, 사소하지 않은 지체를 예상할 수 있는 사무는 예외이다.)

<21> C.5.53.4.pr Gordianus (a.238). [<23>으로 연결됨.]

Alio iure est tutor, alio heres eius. Tutor enim inventarium ceteraque instrumenta si non proferat, in litem iusiurandum adversus se potest admittere: at enim heres eius ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibeat.

(후견인의 법적인 처지와 그의 상속인의 법적인 처지는 다르다. 왜냐하면 후견인은 재산목록과 여타의 증서들을 제출하지 않으면 자신을 상대로 하는 소송물 가액 선서를 받아들이는 것이 가능하지만, 그러나 그의 상속인은 상속재산 중에 발견된 것들을 악의적으로 제시하지 않는 경우에 한하여 그렇기 때문이다.⁸³⁾)

<22> C.5.53.5 Diocletianus, Maximianus (a.294).

Licet adversus heredes ob non factum inventarium iusiurandum in actione tutelae praetermitti placuerit, iudicem tamen velut ex dolo tutoris aliis indiciis instructum adversus eos ferre sententiam convenit.

(상속인들을 상대로는 재산목록 不作成의 이유로는 선서를 후견소송에서 인정하지 않는다는 것이 통설이지만, 그럼에도 불구하고 심판인은 특히 후견인의 악의로 말미암아서는 다른 증거들이 구비된 경우 그들에게 불리한 패소판결을 내린다는 것이 정설이다.⁸⁴⁾)

그러나 피상속인과 이미 쟁점결정을 한 후에 피상속인이 사망하면 상속인이 소송을 受繼하고 피상속인과 같은 책임을 지므로 상속인 자신의 악의가 없더라도 선서가 認付되었다.⁸⁵⁾

83) 동일한 법리를 표현한 개소로 D.43.26.8.8 Ulpianus 71 ad edictum.

Hoc interdicto heres eius qui precario rogavit tenetur quemadmodum ipse, ut, sive habet sive dolo fecit quo minus haberet vel ad se perveniret, teneatur: ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.

84) Cf. Bas.38.15.5 Schol. 1) (Heimbach III, p.782):

Licet damnatur quasi ex dolo tutoris, tamen differentia est: neque enim iuriurando in litem subiicitur, cum ipse dolum non admiserit, sed in id, quod interest, condemnatur.

85) 바실리카법전은 이 점을 더욱 요령껏 정리하였다. Bas.38.15.4. (Heimbach III, p.782):

Sed si post litem contestatam¹⁾ tutore mortuo heredes eius iudicium actionis tutelae adimpleant, subiiciuntur et ipsi iuriurando in litem.

1) sed si post litem contestatam] Itaque lite adversus tutorem contestata locum habet adversus heredem iusiurandum in litem, licet heres ipse dolum non admiserit. Nam post

<23> C.5.53.4.1 Gordianus (a.238). [<21>에서 계속됨.]

Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus in heredes eius actionem praeses provinciae partes suas exhibebit non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

(그러나 그대들이 후견인 자신을 상대로 쟁점결정되었다고 주장하므로, 그의 상속인들에게로 소송을 受繼시키는 경우 道伯은 자신의 職分을 다 해야 할 것이고, 증서들이 제시되지 않으면 그가 칙법들의 규정에 따라서 자신의 職分을 어디까지 수행해야만 하는지를 잘 알아야 한다.)

이 선서 제도는 로마법의 계수 이후 유럽에서는 계쟁물이 점유자의 악의로 인하여 소실하여 강제력에 의한 반환이 불가능한 경우에도 기본적으로 수용되지 않았고, 판사가 善과 衡平[平良]에 의하여 원고의 이익을 산정하였는데, 다만 법률관계의 제반사정을 알 수가 없어서 심판인 자신이 산정하는 것이 거의 불가능한 경우에만 한하여 한도를 책정하고 원고에게 로마식으로 선서를 認付할 수 있었다.⁸⁶⁾ 보통법에서는 이렇게 특수한 증거방법으로 변모된 형태로 선서가 인정되었는데, 그 배경은 집행법의 발전이었다.⁸⁷⁾ 법전 편찬 이후로는 프랑스⁸⁸⁾처럼 이를 수용한 나라가 있

litem contestatam etiam heredes iura principalium personarum habere videntur.

⁸⁶⁾ Voet (1757), ad D.12.3 n.8 (p.515f.).

⁸⁷⁾ Coing (1985), 296 + n.32 (반환의 manu militari에 의한 관철). Glück (1809)는 법원에 의한 강제집행을 전제하고(p.409), 그래서 contumacia를 강제집행으로도 실현될 수 없을 정도로 반환이나 제서를 거부하는 것으로 이해한다(p.405). 고대 로마법을 이해하기 위하여 舊문헌을 참조하는 데에는 이러한 근본적인 차이점으로 인한 한계가 있다. 시대마다 자기 시대의 구조 속에서 로마법을 활용하였음이 잘 드러나는 대목이다.

⁸⁸⁾ Engelmann and others (1927), 761. 직접 관련 규정은 프랑스민법 제1369조이다.

Code civil, Article 1369 [Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804]

① Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur.

② Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.

이탈리아 민법도 제2736조에서 이를 규정한다.

Codice civile, Art. 2736. Specie.

Il giuramento è di due specie:

1) è decisorio ...;

2) è suppletorio quello che è deferito d'ufficio dal giudice a una delle parti al fine di decidere la causa quando ..., ovvero quello che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti.

는가 하면, 수용했다가도 1870년대 이후 폐지한 오스트리아⁸⁹⁾나, 또 1933년에 와서 폐지한 독일⁹⁰⁾ 같은 나라도 있어서 사정은 나라마다 달랐다. 이러한 독법계 발전의 영향으로, 그리고 무엇보다도 서양과 달리 선서 문화의 전통이 아예 없었기에, 우리 법에는 소송물 가액 선서 제도가 어떠한 형태로도 도입되지 않았다.

6. 선서의 효과

(1) 선서는 심판인이 최고 한도액을 정하지 않은 경우에는 선서한 대로(D.12.3.2 <16>: quanti in litem iuraverit actor; D.5.1.64.pr. <13>: doli aestimatio ... fit ... ex eo quod in litem iuratur), 최고 한도액을 정한 경우에는 그 범위 내에서 이루어졌을 경우에 그대로 유책판결액으로 확정되었다. 그러나 이것은 물론 유책판결액이 선서를 통한 算定으로 증가했다는 것이지 물건 자체의 가액이 증가했음을 의미하는 것은 아니다.

<24> D.12.3.1 Ulpianus 51 ad Sabinum.⁹¹⁾

Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.

(심판인절차에 회부된 소송물은 유책판결액이 회복하지 않는 자의 거역으로 말미암아 소송물 가액 선서를 통하여 증가할 수 있다는 점 때문에 가액이 증가한 것이 아니라는 것이 우리의 견해이다. 왜냐하면 소송물은 이 점 때문에 가액이 증가하는 것이 아니라, 거역으로 말미암아 물건 가액 이상으로 算定되는 것이기 때문이다.)

그리하여 가령 보증인은 주채무자의 거역으로 인한 증가에 대해서는 책임을 지지 않았다.⁹²⁾

그러나 이들 입법례는 집행법의 정비에 따라 모두 입증이 곤란한 경우에 한하여 보충적 수단으로서 소송물 가액 선서를 인정하는 것으로(cf. Glück (1809), 444f.), 로마 후대법에 근사한 것이다.

⁸⁹⁾ Engelmann and others (1927), 633.

⁹⁰⁾ 독일의 경우 로마법의 영향이 지속되었고, 舊독일민사소송법 제260조가 배상액 산정의 선서와 법원에 의한 한도 책정을 규정하였으나, 1933년 개정법 제287조 제1항으로 이러한 제도가 사라지게 되었다고 한다. Grzimek (2001), 167f. + nn.90-92.

⁹¹⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.2988 (col.1197) [*De iudiciis?*].

⁹²⁾ D.46.1.73 Paulus 76 ad edictum.

Cum procurator in rem agebat, cautionem dederat ratam rem dominum habiturum: postea

(2) 심판인이 일단 인정된 산정액을 다시 조정하는 일은 고전법에서는 없었다.

<25> D.12.3.10 Callistratus 1 quaestionum.⁹³⁾

In instrumentis, quae quis non exhibet, actori permittitur in litem iurare, quanti sua interest ea proferri, ut tanti condemnetur reus: idque etiam divus Commodus rescripsit.

(어떤 자가 제시하지 않는 증서들의 경우 원고는 그것들의 제출에 자기가 얼마만큼의 이익을 가지는지 소송물 가액 선서를 하는 것이 허용되고, 피고는 그 금액 상당으로 유책판결을 받는다. 그리고 이것은 또한 神皇 콤포두스도 批答한 바 있다.)

(3) 그런데 사료상 선서한 소송물 가액을 표현하는 문구(id quod interest; quanti interest)가 오히려 심판인의 산정액을 표현하는 데에도 사용되어서 다소간에 혼란스럽다. 결국 문맥에서 그 의미를 읽어낼 수밖에 없다.

먼저 선서액을 표현하는 경우:

Cerv. Scaev. D.49.1.28.1 <51>: quanti sua interesset ... iurasset.

Callistr. D.12.3.10 <25>: in litem iurare, quanti sua interest.

Ulp. D.12.3.3 <29>: iuret ... quod sua interfuit; iuret, quod sua interfuit.

Ulp. D.26.7.7.pr. <20>: in id quod ... interest, quod ex iureiurando in litem aestimatur.

Ulp. D.43.24.15.9 <55>: quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit.

반면에 심판인 산정액을 표현하는 경우:

Paul. D.12.3.2 <16>: quod intersit agentis.

Ulp. D.5.1.64.pr. <13>: ab iudice doli aestimatio ex eo quod interest fit.

Ulp. D.6.1.68 <45>: quanti res est, id est quanti adversarii interfuit.

Ulp. D.43.24.15.9 <55>: quod interfuit, ... aut ... iudicis officio aestimandum est.

결국 추상적으로는 원고의 이익상당액이 배상되는 것인데, 각 상황에 따라서 그 산정이 심판인에 의한 것인가 아니면 원고의 선서에 의한 것인가 하는 것만이 차이가 나는 것으로, 후자는 산정 방식에만 관계되므로 산정액의 표시 자체는 두 경우를 구별하지 않은 것이다. 그런데 여기서 주목되는 것은 두 경우 모두 interest가 산정

victo eo dominus reversus iterum de eadem re agitabat, et cum reus haberet possessionem, et noluit eam restituere et ideo magno condemnatus est: in amplius fideiussore non tenentur: hoc enim non debet imputari fideiussoribus, quod ille propter suam poenam praestitit.

다른 적용사례: D.35.2.60.1 <48>.

⁹³⁾ Lenel, *Pal.* I, Call. fr.94 (col.101).

된다는 점이다. 로마법상 알려진 배상액 표시방법인 *quanti ea res est (fuit, erit)*와 *id quod interest* 중에서 심판인의 반환/제시 명령을 어기는 우리의 경우에는 일관되게 후자의 방식으로 정착되었음을 보여주는 것이고, 선서로써 실제 가액을 초과할 것이 당연히 예상되는 경우만이 아니라 심판인이 가액을 산정하는 경우에도 원칙적으로 실제 가액이 기준이 아니라 당사자가 반환에 대하여 가지는 이익이 고려되었음을 알 수 있다.⁹⁴⁾

(4) 그러나 법기술적인 면에서 소송물가액의 판단시점은 소권의 종류에 따라서 달랐는데, 이러한 사정은 심판인이 선서를 認付하면서 최고한도액을 정할 때 고려될 수 있었을 것이다.

<26> D.13.6.3.2 Ulpianus 28 ad edictum.⁹⁵⁾

In hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis similiter in litem iurabitur: et rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti <iuris> litis contestatae tempus spectetur.

(이 [사용대차]소권의 경우에도 여타의 誠信訴訟들의 경우처럼 유사하게 소송물 가액 선서가 행해질 것이다. 그리고 소송물이 어떤 가액 상당인가는 본안판결 시점이 기준인데, 비록 嚴法訴訟의 경우에는 쟁점결정 시점이 기준이 될 것이지만 말이다.)

(5) 선서는 선서와 관련된 것이 아닌 다른 재판상의 사항에 관해서는 아무런 효과가 없었음은 물론이다(가령 上訴: D.49.1.28.1 <51>).

94) 기본적으로 *quanti ea res est*는 실물 가액을, *id quod interest*는 원고의 이익상당액을 의미했고, 특히 전자는 방식서의 구성요소로서 심판인의 유책판결의 내용을 구성했다면, *id quod interest*는 이 조항에 대한 외부로부터의 해석 定式이었는데, Schieder (2011)에 의하면 전자는 행위중심적-분석적으로 접근하는 고전법학(Klassik)의 입장을, 후자는 관계판단적-종합적으로 접근하는 古典前법학(Vorklassik)의 입장을 대변하는 것이었지만, 古典盛期(Celsus, Iulianus)의 종합을 거치면서 *res*의 이해가 혼용되는 등 변화가 있었고, 유스티니아누스의 擬古典主義에도 불구하고 명쾌한 형태로 정리되지 못한 채로 남았다. 우리의 목적을 위해서도 이 문제는 더 깊이 있는 논구가 필요할 수 있지만, 지면 관계상 더 이상의 논급은 생략한다.

95) Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.801 (col.580) [*Commodati vel contra* (E.98): *Ad formulas*].

7. 소송물 가액 선서의 활용

(A) 소송물 가액 선서가 인정된 사례들

전술하였듯이, 선서는 기본적으로 물건의 반환을 겨냥한 소권들에서 인정되었다. 반환이 이루어지지 않을 때 그에 갈음하는 소송물 가액을 심판인이 스스로 확정하는 것이 아니라 원고에게 맡기는 것이었기 때문이다. 그 결과 유사한 취지에서 아직 반환 결정이 확정된 것은 아니지만 그 심리를 위하여 審判廷에 물건을 현출시키도록 하는 목적을 가진 提示訴權의 경우에도 제시가 이루어지지 않을 때 역시 인정되었다. 이에 속하는 다양한 소권들의 사례가 전해지는데, 물건의 반환을 취지로 하는 對物訴權이 가장 전형적인 것이었음은 물론이고, 같은 취지의 對人的 誠信訴權들⁹⁶⁾ 역시 소송물 가액 선서를 통하여 분쟁을 해결할 수가 있었다.

<27> D.12.3.5.pr. Marcianus 4 regularum.⁹⁷⁾

In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.

(對物訴訟들⁹⁸⁾과 提示訴訟⁹⁹⁾ 및 誠信訴訟들¹⁰⁰⁾에서 소송물 가액을 선서한다.)

<28> D.12.3.2 Paulus 13 ad Sabinum. [원문은 전술 <16>]

(어떤 것을 우리 것으로 [반환]청구하든, 또는 提示하도록 소구되든, 우선 원고의 이익 상당액만이 산정되는바, 회복하지 않는 자나 제시하지 않는 자의 過失이 제재되는 경우가 이에 해당한다. 그러나 회복하지 않는 자나 제시하지 않는 자의 惡意나 거역이 징벌되는 경우에는 소송물 가액이 얼마인지를 원고가 선서한다.)

⁹⁶⁾ Cf. Inst.4.6.28: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei(誠信소권) sunt hae: ex empto(買受소권), vendito(賣渡소권), locato(賃貸約소권), conducto(賃借約소권), negotiorum gestorum(事務管理소권), mandati(委任소권), depositi(任置소권), pro socio(組合員소권), tutelae(後見소권), commodati(使用賃借소권), pignoratitia(質權소권), familiae erciscundae(家産分割소권), communi dividundo(共有物分割소권), praescriptis verbis quae de aestimato proponitur(價額算定附 계약시 前加文소권), et ea quae ex permutatione competit(物物交換소권), et hereditatis petitio(相續財産返還請求소권). quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.

⁹⁷⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.801 (col.580) n.4: “Ad condemnationem formulae i. f. conceptae.”

⁹⁸⁾ D.6.1.68 <45>; D.20.1.16.3 <47>.

⁹⁹⁾ D.10.4.3.2 <7>.

¹⁰⁰⁾ D.5.3.25.10 <32>; D.13.6.3.2 <26>; D.16.3.1.26 <30>; D.16.3.5.pr. <59>; D.19.2.48.1 <31>.

그러나 유체물이 아닌 無體의 권리(res incorporalis)가 문제되는 경우에도 선서가 가능하였고(예: 건물역권: D.8.5.7 <46>), 또 청구물이 확정금에 해당하여 원래는 소송물 가액 선서가 필요없는 경우에도 그 불반환과 상당인과관계로 결부된 여타의 이해관계가 있는 경우 이것을 소송물 가액에 포함시키기 위해서도 선서가 활용되었다(D.12.3.3 <29> 후단 [금전 임치의 경우]).

<29> D.12.3.3 Ulpianus 30 ad edictum.¹⁰¹⁾

Nummis depositis iudicem non oportet in litem iusiurandum deferre, ut iuret quisque quod sua interfuit, cum certa sit nummorum aestimatio. Nisi forte de eo quis iuret, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit? Aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia adnegata est, distractum est?

([그러나] 金錢이 임치된 경우에는 심판인은 소송물 가액 선서를 認付하여 자신의 이익상당액을 선서하도록 해서는 안 되는데, 왜냐하면 금전의 산정액은 확정적이기 때문이다.¹⁰²⁾ 그러나 그 금전이 자신에게 정해진 기일에 반환되는 것이 자기의 이익이었다는 점에 관하여 선서하는 경우에는 그러하지 않다. 즉 위약벌 하에 금전 채무를 부담했던 경우라면 어떻겠는가? 또는 質物 제공 하에 그랬는데, 임치된 금전이 그에게 반환이 거부되었기에 質物이 매각된 경우라면?)

(I) 誠信訴權의 경우

이에 해당하는 사안들로는 다음 것들이 전해진다.¹⁰³⁾

- 1) 사용대차(D.13.6.3.2 <26>)
- 2) 임치

¹⁰¹⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.895 (col.614f.) [*Depositum vel contra (E.106): Ad formulam in ius conceptam?*].

¹⁰²⁾ D.18.1.1.pr. Paulus 33 ad edictum.

... electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate ...

D.13.4.3 Gaius 9 ad edictum provinciale.

... pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse ...

¹⁰³⁾ 誠信소송의 경우 소송물 가액 선서를 부인했던 舊학설(Levy, Betti, Chiazzese, Medicus 등)에 대한 상세한 비판은 Watson (1970), 225-241; Grzimek (2001), 144-148.

<30> D.16.3.1.26 Ulpianus 30 ad edictum.¹⁰⁴⁾

In depositi quoque actione in litem iuratur.

(임치소권에서도 소송물 가액 선서가 행해진다.)¹⁰⁵⁾

그러나 전술했듯이 임치된 물건이 금전이어서 확정액인 경우에는 가액 산정 자체가 불필요하므로 사정이 다르다(D.12.3.3 <29> 전단).

3) 賃約

<31> D.19.2.48.1 Marcellus 8 digestorum.¹⁰⁶⁾

Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit damnabitur.

(賃借한 노예나 다른 동산을 반환하지 않는 자는 소송물 가액 선서가 행해진 상당액으로 유책판결 받을 것이다.)

동산을 거론한 것에 대하여 수정의 의혹이 제기되기도 하였고,¹⁰⁷⁾ 부동산의 경우에는 숨길 수가 없기 때문이라는 견해¹⁰⁸⁾도 있으나, 이것을 부동산의 경우에는 소송물 가액 선서를 부정한 것으로 무리하게 반대해석하지 않는 한, 노예에 대한 법리를 자연스럽게 다른 동산에 확대한 것으로 보면 문제 될 것이 없다.¹⁰⁹⁾

4) 상속재산반환청구

상속인임을 참칭하여 남의 상속재산을 점유하는 자도 상속재산반환청구의 피고로서 반환을 거역하면 원고의 소송물 가액 선서에 의하여 배상액이 결정되었다. 악의의 점유포기자도 피고 적격이 인정되고, 점유를 회복시키지 않는 한 원고의

¹⁰⁴⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.895 (col.614f.) [*Depositum vel contra (E.106): Ad formulam in ius conceptam?*].

¹⁰⁵⁾ 또한 D.5.1.64.pr. <13> cit. 그러나 임치의 반대소권의 경우에는 그렇지 않다. D.16.3.5.pr. <59>.

¹⁰⁶⁾ Lenel, *Pal.* I, Marcell. fr.114 (col.608) [*De furtis (E.XXIII)*]. 레벨이 제시하는 원문 맥락이 절도라는 점으로부터 이 개소를 賃約 사안에서 제외하려는 해석(Grzimek (2001), 148; 171f.)과 그에 대한 반론은 Watson (1970), 231-233.

¹⁰⁷⁾ Cf. Watson (1970), 232.

¹⁰⁸⁾ Noodt (1732), 234.

¹⁰⁹⁾ 同旨 Glück (1809), 440f.

선서에 따르는 불이익을 감수할 수밖에 없었다.

<32> D.5.3.25.10 Ulpianus 15 ad edictum.¹¹⁰⁾

Haec verba senatus consulti etiam adversus eum qui non possidet iusiurandum inducunt: tam enim adversus eum qui dolo fecit quo minus possideat quam adversus possidentem in litem iuratur.

(이 원로원의결의 이 법문¹¹¹⁾은 점유하지 않는 자를 상대로도 선서를 도입한다. 왜냐하면 점유하는 자를 상대로 해서만큼이나 점유하지 않도록 악의적으로 행위한 자[점유 포기자]를 상대로 해서도¹¹²⁾ 소송물 가액 선서가 행해지기 때문이다.)

다음 사안은 상속재산반환청구를 받은 점유자가 상속재산에 속하는 물건을 매도한 후 그 물건이 그의 책임 없는 사유로 반환할 수 없게 된 특별한 경우를 다룬 것이다(민법 제202조 참조). 반환 불능 사유로 거론되는 것은 상속재산에 속하는 물건의 멸실과 감소인데, 멸실이란 물건이 이 세상에 부존재하게 된 것을 말하고, 감소란 제3자의 占有取得(usucapio)으로 상속재산에서 영영 빠져나간 것을 가리킨다.¹¹³⁾ 이 경우 선의점유자가 해야 하는 것이 그 매매계약의 매매대금을 代償物로서 반환하는 것임은 분명한데, 그렇다면 악의점유자까지도 이러한 의무만을 질 것인가? 율피아누스에 의하면 선의점유자와 달리 악의점유자는 물건이 (매수인 측에) 현존하

¹¹⁰⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.525 (col.503f.) [*Si hereditas petatur* (E.65)].

¹¹¹⁾ D.5.3.25.2/8-9 Ulpianus 15 ad edictum.

2. Quod ait senatus: “Eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent”, ita intellegendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur: sed et culpa. Et ideo ab eo qui ab alio non exegit vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse: hoc utique si exigere potuit.

8. “Perinde”, inquit, “condemnandos quasi possiderent”: merito: nam is qui dolo fecit quo minus possideret, ut possessor condemnatur. Accipies, sive dolo desierit possidere sive dolo possessionem noluerit admittere. Sive autem ab alio res possideatur sive in totum non extet, locum habebit haec clausula. Unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.

9. Sed utrum is solus qui possidet fructus praestabit an etiam is qui dolo fecit quo minus possideret? Et dicendum erit post senatus consultum ambo teneri.

¹¹²⁾ D.50.17.131 Paulus 22 ad edictum.

Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.

¹¹³⁾ D.5.3.21 Gaius 6 ad edictum provinciale.

Deperditum intellegitur, quod in rerum natura esse desiit: deminutum vero, quod usucaptum esset et ob id de hereditate exiit.

는 한 원물 반환의무가 여전히 존재하고, 따라서 이를 이행하지 못하면 원고가 선서한 소송물 가액으로 배상해야 한다는 점에서 매매대금으로 받은 것보다 높은 금액으로 책임져야 한다. 그러나 물건이 멸실이나 감소에 의해 반환 불능일 때에는 악의점유자가 저야 하는 책임의 범위는 그가 그 반환 불능 자체를 야기한 것이 아니므로 소송물 가액 선서를 통하여 불리하게 정해질 수는 없지만, 원물 반환 의무는 그대로 부담하는 만큼 자신이 체결한 매매계약의 매매대금액이 아니라 제때에 반환되어 매각되었더라면 원고가 얻었을 원물의 진정한 매매대금을 지급해야만 한다. 이것은 피고가 취득한 실패매대금이 원고가 청구할 수 있는 下限線임을 의미한다. 그 이상을 받아내기 위한 입증은 물론 원고의 몫이다.

<33> D.5.3.20.21 Ulpianus 15 ad edictum.¹¹⁴⁾

Restituere autem pretia debebit possessor, etsi deperditae sunt res vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emptorem exstent nec deperditae nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum. At ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari, quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet.

(그런데 [상속재산 반환 청구 후에 그에 속하는 물건을 매도한]¹¹⁵⁾ 점유자는 물건이 멸실하거나 감소했다라도 대금을 반환하여야 할 것이다. 그런데 선의점유자인 경우에 한하여 반환해야 하는가, 아니면 악의점유자인 경우에도 그러한가? 실로 물건이 매수인 측에 존재하고 멸실하거나 감소하지 않았으면 의심의 여지없이 그 물건 자체를 악의점유자는 급부해야만 하거나, 그가 매수인으로부터 그 물건을 결코 회수할 수 없으면 소송물 가액 선서가 행해진 상당액을 급부해야만 한다. 그러나 멸실했거나 감소한 경우에는 진정한 대금이 급부되어야만 하는데, 왜냐하면 반환 청구자가 물건을 획득했더라면 매각할 수 있었을 것이고 진정한 대금을 상실하지 않았을 것이기 때문이다.)

5) 후견

가장 많은 사료가 전해지는 것이 후견 관련한 사안에 대한 것이다.¹¹⁶⁾

¹¹⁴⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr. 524 (col.502) [*Si hereditas petatur (E.65)*].

¹¹⁵⁾ D.5.3.20.16-20 Ulpianus 15 ad edictum.

16. Quid si post petitam hereditatem res distraxerit? ...

(a) 피후견인과 제3자 사이의 소송 사안

후견인은 피후견인의 재산에 관하여 처분을 할 수가 있고, 방식서소송에서 피후견인을 위하여 제소하고 제소당할 수 있었다.¹¹⁷⁾ 法政官은 피후견인에게 후견인의 소권을 準訴權으로서 부여하였고, 또 후견인이 피후견인을 위하여 체결한 법률행위로 인한 채무에 대하여는 채권자에게 피후견인을 상대로 준소권을 부여하였다.¹¹⁸⁾ 그리하여 피후견인이 원고가 되는 상황과 피고가 되는 상황이 모두 가능하였다.

가. 피후견인이 원고가 되어 제3자를 상대로 하는 소송에서 누가 선서를 할 수 있는가 하는 문제에 관한 한, 고전법상 미성숙자(*impubes*), 즉 피후견인과 피후견인의母는 선서를 원하더라도 허용되지 않았고, 성숙 미성년자(*adulescens*), 즉 피보좌인과, 미성숙자나 성숙 미성년자의 보좌인(*curator*) 및 후견인은 원하면 선서할 수 있었지만, 선서가 강제될 수는 없었다.¹¹⁹⁾

<34> D.12.3.4.pr. Ulpianus 36 ad edictum.¹²⁰⁾

Videamus in tutelari causa quis iurare et adversus quem possit. Et quidem ipse pupillus, si impubes est,¹²¹⁾ non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset iurare, divi fratres rescripserunt: grave enim videbatur et ignorantes et invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam periurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adulescentis non esse cogendos in litem iurare rescriptis imperatoris nostri et divi patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adulescenti tutores vel curatores praestare volunt, auctoritas iuris non refragabitur,

116) 이것은 어쩌면 로마에서 후견이 빈번할 수밖에 없었던 사회적 사정과는 무관하지 않을 것이다. Saller (1994), 189-190에 의하면 제정기 로마의 아이들의 1/3이 14세[성숙기]까지 아버지를 여의고, 다시 다른 1/3이 25세[성년기]까지 아버지를 잃었던 것으로 추정한다. 또한 Kehoe (2013), 178.

117) Kaser, *RP I* (1971), 360 + n.8.

118) Kaser, *RP I* (1971), 360f. + nn.9/10.

119) 바실리카법전은 어느 경우처럼 이러한 결론만을 간략하게 제시한다.

Bas.22.6.4.pr. (Heimbach II, p. 579):

Nec impubes, nec mater eius, etsi velint, iusiurandum in litem praestant. Curatores autem pupillorum et adulescentium et adulescentes non coguntur in litem iurare: volentes autem iurant.

120) Lenel, *Pal. II*, Ulp. fr.1030 (col.669f.) [*Tutelae vel contra (E. 124): De directa actione*].

121) Cf. Lenel, *Pal. II*, Ulp. fr.1030, col.669 n.3: “si impubes est gloss.?”

quin iudicio, quod [inter]<per Mommsen>¹²⁴⁾ ipsos acceptum est, finis eiusmodi possit adhiberi. Non enim ad suam utilitatem iurisiurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cuius nomine tutelae ratio postulatur. Adulescens vero si velit iurare potest.

([소송당사자의 한 쪽이] 후견을 받고 있는 사안에서 선서를 누가, 누구를 상대로, 할 수 있는지 살펴보자. 실로 피후견인 자신은 미성숙자이면 할 수 없다. 이것은 극히 자주 批答되었다. 그러나 비록 선서할 용의가 있더라도 후견인을 강제하거나 피후견인의 母¹²²⁾를 허용해서는 안 된다고 神皇 兄弟[마르쿠스 아우렐리우스와 루키우스 베루스]가 批答한 바 있다. 왜냐하면 不知하거나 不願하는 후견인들이 타인의 편익이라는 이익 관점 하에 또한 僞誓의 위험에 처하는 것¹²³⁾은 중대한 것으로 생각되었기 때문이다. 미성숙자나 성숙 미성년자의 보좌인들도 소송물 가액 선서가 강제되어서는 안 된다는 것이 우리 황제[안토니누스 카라칼라]와 神皇 父皇[셉티미우스 세베루스]의 批答들의 내용이다. 그렇지만 자신의 미성숙자나 성숙 미성년자에 후견인이나 보좌인들이 아주 큰 애정을 보이기를 원하는 경우에는 그들[사이에]<을 통하여>¹²⁴⁾ 받아들여진 소송에서 그러한 식의 종결이 맺어질 수

- 122) 母와 관련한 수정 논란에 대해서는 Glück (1809), 451 n.97; Solazzi (1900), 75f. (결론에 있어서는 고전성을 긍정하는 쪽).
- 123) 소송물 가액 선서는 전술했듯이 통상 僞誓의 위험이 없는 것이었지만(D.12.3.11 <4>), 후견인과 같이 타인의 이익을 도모하기 위하여 동원되는 사무처리자의 경우에는 사무 본인을 위하여는 열의 또는 사무 본인과의 이해 상충 문제 등도 있고 해서 僞誓의 문제가 검토되었던 것 같다. 僞誓에 대한 제재 일반에 관해서는 Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 266 n.1; Arumacus (1666), ad D.12.2.13.6 (p.175f).
- 124) 수정에 대하여 다양한 고려들이 나와 있는 개소이지만, 몸젠을 따라서 최소한의 訂正을 하자면 inter] per. 同旨 *CIC* III (1999), ad h.l., p.90 n.2 (“ein Prozeß, der von ihnen begründet worden ist”). 이렇게 정정하는 것은 언어적으로 ipsos가 바로 앞에 나온 ‘후견인들이나 보좌인들’을 지시하는 것이 가장 자연스럽고, 그래서 내용적으로 원고를 지시해야만 하기 때문이다. 반면에 Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.1030, col.670 n.2: “et eum qui tutor fuit *similivae exciderunt.*” 이에 따르면 “그들<과 후견인이었던 자> 사이에 받아들여진 소송”이 될 것이다. 이때는 ipsos는 ‘미성숙자나 성숙 미성년자’를 지시한다. 그러나 이것은 현재 문제되는 사안이 후견인 등이 피후견인 등을 위하여 제3자를 상대로 소송을 하는 경우이고(피후견인, 후견인, 피후견인의 母가 선서를 할 수 있는가를 따진다는 것은 이들이 모두 한 편으로 원고인 경우를 상정한 것이다), 또 후견인의 不知나 不願을 논하는 것에서도 분명하듯이 후견인과 피후견인 사이에 일반적인 후견소송을 하는 경우가 아니므로 - 아마도 마지막 부분에 나오는 회계보고로 인하여 오해가 발생한 것 같다. 그러나 이것 역시 피후견인이 사무의 본인임을 일반적으로 상기시킨 것에 불과하다 - , 타당하지 않다. 외국의 다른 번역본들은 모두 inter를 그대로 유지하는데, 그중에서 OSS, II (1831), ad h.l., p.41 (“Process, auf welchen man sich mit ihnen eingelassen hat”)은 inter ipsos를 (무리해서) cum ipsos의 의미로 해석함으로써 이곳처럼 ipsos를 ‘후견인들이나 보좌인들’로 이해하고, Hulot, II (1804), ad

있다는 데에 법의 권위가 반대하지 않는다. 왜냐하면 그 자신의 유익에 선서에 의한 산정이 관련되어야 하는 것이 아니라 그 명의로 후견의 회계보고가 요구되는 본인의 유익에 관련되어야 하는 것이기 때문이다. 그런데 성숙 미성년자는 원하는 경우 선서할 수 있다.)

나. 그러나 피후견인이 피고인 경우 원고인 제3자가 후견인의 악의로 인하여 선서를 하는 것에 대해서는 고전법상 일정한 제한을 가하려는 폼포니우스(주활동시기 130-180)의 학설이 발견된다. 전술했듯이, 원래 후견인의 의무 부담행위는 자신만을 구속할 수 있었으나, 피후견인을 위하여 체결한 법률행위에 기하여서는 채권자가 피후견인을 상대로 準訴權(actio utilis)을 행사할 수가 있었는데, 바로 이러한 경우에 후견인의 악의가 있는 것을 이유로 원고인 채권자가 소송물 가액 선서를 하는 것이 가능한가 하는 것이다.

<35> D.26.9.1 Pomponius 29 ad Sabinum.¹²⁵⁾

Ob dolum malum vel culpam tutoris Aristo ait pupillum possessorem condemnandum, sed non puto, quanti actor in litem iuraret: et tamen illud ita est, si rem a tutore pupillus servare possit.

(아리스토틔[주활동시기 80-120]는 [대물소송에서] 후견인의 악의나 과실로 인하여 점유자인 피후견인이 유책판결 받아야 한다고 말한다. 그러나 私見으로는 원고가 소송물 가액 선서를 한 상당액으로라고 생각하지 않는다. 그렇지만 피후견인이 이익을 후견인으로부터 보전받을 수 있으면 그러하다.)

후견인의 악의 시에 피후견인이 그 효과를 받는다는 아리스토틔의 일반론은 명백히 축약된 것이다. 왜냐하면 그 자신이 다른 개소에서 그와 같은 경우에 “피후견인이

h.l., p.210 (“contestation dans laquelle ils sont intervenus”)도 마찬가지로이기는 한데, 다만 *inter*를 살린 직역은 아니다. 반면에 Watson (ed.) (1998), ad h.l. (“suits which are joined *between themselves*”)과 Scott, IV (1932), ad h.l., p.128 (“where issue has been joined *between the parties*”)는 막연히 ‘그들’이나 ‘당사자들’ 하는 식으로 옮기고 있다. 이 해석은 언어적으로도 가능하고, 레벨과 달리 그 지시하는 바를 내용적으로도 올바르게 이해한다면 문제가 없으나, 지시관계상 다소간에 부자연스러운 점이 아주 불식되지 않는다. 「*ipsos* ≠ 후견인 + 피후견인」이라는 점에 대한 내용상 오해만 없다면, 어느 번역도 틀린 것은 아니지만, 오해의 소지를 확실하게 없애기 위하여 이곳에서는 *per*로 정정을 한 것이다.

¹²⁵⁾ Lenel, *Pal.* II, Pomp. fr.741 (col.137) [*De iudiciis?*].

求償할 수 있는 適格의(idoneus), 즉 有資力의(solvendo) 후견인이 있을 것”과 후견인이 無資力일 경우 그 위험이 “피후견인의 재양인지, 아니면 원고의 손해인지”를 논하고 있는 것도 그렇고,¹²⁶⁾ 또 율피아누스가 말하듯이 피후견인은 자신이 악의적으로 행위한 것이 아니므로 원칙적으로 후견인의 악의로 인한 불이익을 받아서는 안 되지만, 반대로 그로 인하여 이득을 하는 것도 부당하므로 그가 이득을 했고 또 후견인이 有資力이어서 설사 그가 책임을 지더라도 후견인에게 求償이 가능하다면 그때에는 피후견인이 책임진다는 것이 피후견인 보호를 위한 일반법리였기 때문이다. 더욱이 그 책임지는 방식도 실제로는 나중에 求償하는 것이 아니라 자신이 후견인에 대하여 가지는 소권을 상대방에게 양도하는 방식(actionem praestare)으로 해결하였으므로¹²⁷⁾ 실제로는 피후견인에게 현실적인 불이익이 생기지 않았다. 그러므로 소송물 가액 선서의 경우에도 후견인의 악의만으로 바로 선서가 인정되는 것이 아니라, 피후견인이 이득했고 “피후견인이 자신의 이익을 후견인으로부터 보전 받을 수 있을 때”, 즉 후견인이 資力이 있는 경우에 한하여 인정되었던 것이다. 요컨대 후견인이 자력이 있는 한, 그의 악의에 대한 피후견인의 책임은 통상은 이득 한도에 그치지만,¹²⁸⁾ 그 악의가 거역으로 나타날 경우에는 소송물 가액 선서에 의

¹²⁶⁾ D.26.7.61 Pomponius 20 epistularum.

Apud Aristonem ita scriptum est: quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debet ita, si pupillo de hereditate cautum sit: cautum autem esse videtur etiam si tutor erit idoneus, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit. Sed si tutor solvendo non est, videndum erit, utrum calamitas pupilli an detrimentum petitoris esse debeat perindeque haberi debet, ac si res fortuito casu interisset, similiter atque <si ins. Mommsen> ipse pupillus expers culpa quid ex hereditate deminisset corrupisset perdidisset. ... Idem dicendum est et si per curatorem furiosi culpa vel dolo quid [amissum]<admissum Mommsen> fuerit ...

¹²⁷⁾ Cf. D.14.4.3.1 Ulpianus 29 ad edictum.

Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur, dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosus esse debere, et ideo hactenus eum ex dolo tutoris tributaria teneri, si quid ad eum pervenerit: idem et in furioso puto. Quamvis Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit: et sane hactenus tenebitur, ut actionem, quam contra tutorem habeat, praestet.

¹²⁸⁾ Cf. D.15.1.21.1 Ulpianus 29 ad edictum.

Si dolo tutoris vel curatoris furiosi vel procuratoris factum sit, an pupillus vel furiosus vel dominus de peculio conveniatur, videndum. Et puto, si solvendo tutor sit, praestare pupillum ex dolo eius, maxime si quid ad eum pervenit, et ita Pomponius libro octavo epistularum scribit. Idem et in curatore et procuratore erit dicendum.

하여 이득 한도를 초과할 수 있는데, 실제로는 후견인을 상대로 직접 청구할 수 있도록 소권이 양도되었던 것이다.

(b) 후견인과 피후견인 사이의 소송 사안

고전법상 후견인의 후견사무에 대한 책임을 묻는 가장 전형적인 소권은 후견소권 (actio tutelae)이었다.¹²⁹⁾ 이 맥락에서 후견인이 후견사무와 관련한 증빙의 제시를 악의적으로 회피하는 경우들이 소송물 가액 선서가 문제되는 사안에 해당하는데,¹³⁰⁾ 상대적으로 사료가 많은 것으로 보아서 소송물 가액 선서가 종종 일어났던 생활 사례 유형이었음을 알 수 있다. 그만큼 후견제도가 현실생활에서 자주 활용되었음을 보여줌과 동시에, 후견사무 종료 후 피후견인의 재산목록 등의 그 증빙서류를 제출해야 하는 후견인의 입장에서 그러한 번거로운 의무를 회피하고자 하는 유혹이 컸었음을 알 수 있게 한다.

<36> D.12.3.8 Marcellus 8 digestorum.¹³¹⁾

Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult: quaero, utrum quanti res est an quanti in litem iuratum fuerit condemnari debet, respondi: non est aequum pretio, id est quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa.

(후견인이 자신이 점유하고 있는 피후견인의 물건을 그에게 반환하기를 원하지 않는다. 질문: 그는 그 물건 상당액에 대해서 유책판결을 받아야만 하는가, 아니면 소송물 가액 선서를 한 금액에 대해서 유책판결을 받아야만 하는가? 나의 해답: 물건 가액, 즉 그 물건 상당액으로 소송물을 산정하는 것은 공평하지 않다. 왜냐 하면 거역 또한 징벌해야만 하므로 오히려 원고에게 소송물 가액 선서의 권한을 許與하여 물건 소유자의 재량에 의해 가액을 정해야만 하기 때문이다.¹³²⁾)

<37> C.5.53.1 Severus, Antoninus (a.205).

Adversus heredem tutoris ad transferendam tutelam iudicem accipiens tempore litis

¹²⁹⁾ Kaser, *RP I* (1971), 365ff.

¹³⁰⁾ Watson (1970), 234-237.

¹³¹⁾ Lenel, *Pal. I*, Marcell. fr.110 (col.607) [*De iudicio tutelae (E.124)*].

¹³²⁾ 물론 이 경우에도 심판인은 최고 한도를 정할지 여부를 자신의 재량으로 결정하였다. Bas.22.6.8 Schol. 1) Stephani. (Heimbach II. p.582): ... etiam sine taxatione ...

ad puberem instrumenta pertinentia restitui desiderabis. Quod si dolo non exhibeantur, in litem iurandi tibi facultas erit, modo si quondam pupillo debitam adfectionem ad vincula quoque religionis extendere volueris.

(후견사무 이전을 위해서는 그대는 후견인의 상속인¹³³)을 상대로 하여 심판인을 선정받고서 쟁송의 시점에 성숙자(가 된 피후견인)에게 속하는 증서들의 반환을 청구해야 할 것이다. 그러나 그것들이 악의적으로 제시되지 않는 것이라면 소송물 가액 선서의 권능이 그대에게 있을 것이다.¹³⁴ 그대가 예전의 피후견인에게 베풀어야만 했던 애정을 종교적으로까지도 구속을 확장하는 것을 그대가 원한 경우라면 말이다.)

이 개소는 예전에 자신의 피후견인이었던 성숙 미성년자를 대변하게 된 보좌인¹³⁵이 그 사무를 개시하기 위하여 황제에게 법적인 문의를 한 데에 대하여 내려진 칙답이다.¹³⁶

<38> C.5.53.2.pr. Antoninus (a.212).

Is, qui rationes tutelae seu curae reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest. Sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult.

¹³³ C.5.51.12 Diocletianus, Maximianus (a.294).

Tutelae actio tam heredibus quam etiam contra successores competit.

¹³⁴ 후견인의 상속인이 후견사무를 계속하는 경우라면 물론 그는 자신의 이름으로 책임이 있고, 자신의 악의를 이유로 소송물 가액 선서가 인정되었다(Watson (1970), 239-241).

D.27.7.4.pr. Ulpianus 36 ad edictum.

Cum ostendimus heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus vel propria administratio veniat in iudicium. Et exstat Servii sententia existimantis, si post mortem tutoris heres eius negotia pupilli gerere perseveraverit aut in arca tutoris pupilli pecuniam invenerit et consumpserit vel eam pecuniam quam tutor stipulatus fuerat exegerit, tutelae iudicio eum teneri suo nomine: nam cum permittatur adversus heredem ex proprio dolo iurari in litem, apparet eum iudicio tutelae teneri ex dolo proprio.

¹³⁵ 보좌인의 선서에 대해서는 cf. D.12.3.4.pr. <34>.

¹³⁶ Bas.38.15.1 (Heimbach III, p.781)는 사실관계에 대한 정확한 파악에도 불구하고(Mortuo tutore et pubere facto pupillo curator factus recte agit cum herede defuncti, ut is transferat ad se administrationem.) 선서를 할 수 있는 자를 피후견인이었던 피보좌인으로 서술한다(Quodsi is noluerit instrumenta tutelae ei praestare, is, qui sub tutela fuit, potest in litem iurare, su voluerit. 및 Schol. 1) Theodori. Si egerit pupillus adversus heredem tutoris sui et petierit ab eo instrumentum, potest, si velit, in litem iurare, illo nolente exhibere.).

(후견이나 보좌의 회계보고를 요청하는 자는 의사에 반하여 소송물 가액 선서가 강제될 수 없다. 그러나 원하는 자라도 다음 경우에만 聽許되어야 한다. 즉, 후견인의 그 면 상속인이¹³⁷⁾ 피후견인 관련 증서들을 피후견인을 기망하기 위하여 악의로 제시하기를 원하지 않는 경우 말이다.)

이 칙답에서 한편으로는 요건인 피고의 악의가 필요함을 주지시키면서도, 다른 한편으로 비록 피고의 악의로 인해 선서가 인정되는 상황이라도 “의사에 반하는” 선서를 강제당하지 않는다는 당연한 법리를 특히 강조한 것은 아마도 관련 문건의 제시가 없어서 재산상태에 대해 제대로 된 정보를 가지고 있지 못한 원고가 선서를 원하지 않는 자유를 누리지 못하면 오히려 사태의 올바른 해결에 이르지 못할 위험성이 크다고 보았기 때문일 것이다. 3인칭의 객관적인 문장 구성으로 보아 私人의 문의에 대하여 2인칭으로 회답하는 칙답과 달리 재판 실무자에게 내린 敎示로 보이는데, 실제로도 근위장관(*praefectus praetorio*) 세베루스(*Severus*)에게 212년 9월 21일 下敎한 것이다.¹³⁸⁾ 선서의 취지상 원고가 認付된 선서를 어떤 이유에서든 하지 않을 수 있어야 하는 것이 합목적적이라고 한다면, 로마법이 실제로 그러했음을 보여주는 사료 중 하나이다.¹³⁹⁾

이상의 것들 외에도 이미 살펴본 다음 사안들이 증서 제시와 관련한 사건들이었다.

D.26.7.7.pr. <20> Ulpianus 35 ad edictum cit.

C.5.53.4.pr. <21> Gordianus (a.238) cit.

C.5.55.53.5 <22> Diocletianus, Maximianus (a.294) cit.

6) 보좌 관계

후견인과 피후견인의 관계에서 그렇듯이 보좌인과 피보좌인 사이에서도 물건의 반환이나 제시를 둘러싼 송사일 때 소송물 가액 선서가 가능하였다.

¹³⁷⁾ ‘per longam successionem’을 Bas.38.15.2 (Heimbach III, p.781)는 “post longum tempus ab adita hereditate.”(상속승인 후 오래 되도록)으로 해석하였으나 오류이다. ‘heres per longam successionem tutoris’의 어순에서도 분명히 드러나듯이 이것은 후견인을 상속한 자가 근친이 아니라 “면 상속인”임을 표시하는 것이다. 내용적으로도 증서가 상속승인 후 오랜 시간이 지나도록 반환되지 않으면 그만큼 惡意가 분명한 것이지만, 악의적인 증서 불반환으로 인한 선서의 여부가 경과한 시간의 장단으로 결정될 문제가 아님은 명백하다. 비잔틴법학의 피상적인 수준을 잘 보여주는 사례 중의 하나이다.

¹³⁸⁾ Honoré, <http://iuscivile.com/materials/honore/rescripta/rsript1.shtml#d212>.

¹³⁹⁾ 피고를 위한 동기에서 선서를 하지 않는 경우로는 D.6.1.71 <42>.

<39> C.5.53.3 Antoninus (a.215).

Summa sententia comprehensa, quam cessantibus curatoribus quondam tuis iudex secutus iurisiurandi a te prolati religionem in condemnationem deduxit, minui pacto¹⁴⁰⁾ non potuit.

(그대의 예전 보좌인들¹⁴¹⁾이 사무를 처리하지 않아서 심판인이 그대가 행한 선서의 종교적 謹肅를 좇아 유책판결의 내용으로 삼았던 판결의 금액은 和解 약정에 의해 감액될 수 없었다.¹⁴²⁾)

소송물 가액 선서로써 재판이 끝난 경우 화해는 더 이상 가능하지 않았는데,¹⁴³⁾ 이것은 소송물 가액 선서의 효과가 아니라 판결의 확정효 때문이다. 감액의 효과를 가져 올 수 있었던 화해는 上訴나 원상회복이 가능한 것을 포함하여¹⁴⁴⁾ 의심스러운 사안에 한하여 인정되었기 때문이다.¹⁴⁵⁾

¹⁴⁰⁾ Bas.38.15.3 Schol. 1) (Heimbach III, p.782): Theodori. ... Pactum vocat transactionem. Sic enim et praestantissimus Patricius adnotavit.

¹⁴¹⁾ 이 개소를 Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 340 n.45는 사무관리소권(actio negotiorum gestorum)이 문제된 사안으로 본다. 이유는 알 수 없으나 통상 선서를 한 것으로 드러나 있는 Tu가 성년자임을 전제로 한다면 *curatores*를 보좌인으로 보는 것은 무리이기 때문이어서 그랬는지도 모른다. 그러나 성숙 미성년자도 선서가 가능하므로 보좌관계로 보는 데 아무런 지장이 없다. 오히려 사무관리자(negotiorum gestor)를 당연히 *curatores*로 표현했다고 보기보다는 *curatores*를 본래의 의미로 사용했다고 보는 것이 더 자연스럽다. 또 이렇게 보면 자연스럽게 후견 관계와도 짝을 이루어 동일한 법리가 적용된 것이 된다. 이 소송은 피보좌인이 보좌인들을 상대로 제기한 것이다. Bas.38.15.3 (Heimbach III, p.782): Si minore agente adversus curatores et in litem iurante ...

¹⁴²⁾ C.2.4.32 Diocletianus, Maximianus (a.294).

Si causa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis sollemnitate suspensa non est, super iudicato frustra transigi non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsequuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem iudicatis effectum adhibere curabit.

화해 계약 후 통상 아퀼리우스 문답계약(Aquiliana stipulatio)을 체결하여 화해당사자 간의 제반 권리의무관계를 모두 포섭시켜서 화해 약정에 따라 포괄적으로 상호계산한 후, 변제수령문답계약을 체결하였다(예: D.2.15.2; D.2.15.4; D.2.15.5; D.2.15.9.2; D.2.15.15; C.2.4.3; C.2.4.4; C.2.4.15; C.2.4.32; C.2.4.40).

¹⁴³⁾ Bas.38.15.3 Schol. 2) (Heimbach III, p.782): Neque enim transigere licet post condemnationem.

¹⁴⁴⁾ D.2.15.7.pr.; D.12.6.23.1; D.2.15.11; C.2.4.32 cit.

¹⁴⁵⁾ D.2.15.1; C.2.4.2; C.2.4.11; C.2.4.12.

(II) 裁定訴權의 경우

1) 소유물반환청구

(a) 소송물 가액 선서가 적용될 수 있는 가장 전형적인 반환청구의 경우이다.¹⁴⁶⁾

<40> D.6.1.46 Paulus 10¹⁴⁷⁾ ad Sabinum.¹⁴⁸⁾

Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.

(대물소권을 통하여 청구되어 원고가 소송물 가액 선서를 한 상당액으로 산정된 물건의 소유권은 즉시 점유자에게 속한다.¹⁴⁹⁾ 왜냐하면 그와의 사이에 화해가 이루어져서 그 자신이 정한 가액으로 결판이 난 것으로 인정되기 때문이다.¹⁵⁰⁾)

<41> C.3.32.21 Diocletianus, Maximianus (a.294).

A possidentibus vindicata mancipia, quorum dominium ad vos pertinere intenditis, si, posteaquam impleveritis intentionem, haec non restituantur, iurisiurandi sollemnitate secuta condemnatio procedere debet.

(그대들이 그들의 소유권이 그대들에게 속한다고 주장하여 점유자들로부터 소유물 반환 청구한 노예들이, 그대들이 후에 그러한 청구를 입증했으나, 반환되지 않으면 선서의 격식행위를 거친 후에 유책판결이 내려져야 한다.)¹⁵¹⁾

¹⁴⁶⁾ 모든 면에서 소유물반환청구에 준하는 actio Publiciana의 경우에도 같았을 것이다.

D.6.2.7.8 Ulpianus 16 ad edictum.

In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

¹⁴⁷⁾ Lenel, *Pal. I*, Paul. fr.1826 (col.1282) n.4: “cf. (12.8) 2? sed magis est, ut in inscriptione pro decimo legas tertio decimo, cf. fr. 1857.1858.”

¹⁴⁸⁾ Lenel, *Pal. I*, Paul. fr.1826 (col.1282) [*De conditione*].

¹⁴⁹⁾ D.41.4.1 Gaius 6 ad edictum provinciale.

Possessor, qui litem aestimationem optulit, pro emptore incipit possidere.

D.41.4.3 Ulpianus 75 ad edictum.

Litem aestimatio similis est emptioni.

D.6.2.7.1 Ulpianus 16 ad edictum.

Si litem fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Iulianus libro vicensimo secundo digestorum, si optulit reus aestimationem litem, Publicianam competere.

¹⁵⁰⁾ 그러나 엄밀히 말하면 일방적인 소송물 가액 선서의 금액대로, 즉 피고의 의사와는 무관하게 유책판결이 난 것이어서 전혀 화해가 이루어진 것이 아니므로 이곳의 표현은 어폐가 있는 것이다. 이 표현은 결판이 났다는 점으로부터 역으로 마치 화해가 이루어져 결판이 난 것처럼 말하는 것에 불과하다. 실제로 Bas.15.1.45 (Heimbach II, p.162f.)에는 이 뒷부분이 빠져 있는데, 이런 이유에서일 것이다.

점유하지 않음에도 불구하고 응소한 악의의 非점유자도 원고가 쟁점결정의 시점에 그 사실을 몰랐을 때에는¹⁵²⁾ 피고 적격이 인정되었고,¹⁵³⁾ 원고의 이익상당액으로 유책판결을 받았다.¹⁵⁴⁾ 이때에도 소송물 가액 선서가 認付되었을까? 일단 심판인 절차로 넘어간 이상, 피고의 점유를 전제로 반환 명령이나 제시 명령이 내려지고, (점유를 취득하여 이에 응하지 않는 한) 명령에 거역할 수밖에 없는 피고로서는 원고에게 認付되는 소송물 가액 선서의 불이익을 받게 될 것이다. 만약에 피고가 유책판결을 피하려면 자신이 점유하지 않는다는 사실을 원고가 쟁점결정 시점에 이미 알았음을 입증하는 수밖에 없는데,¹⁵⁵⁾ 이 입증에 성공하면 면소될 것이지만, 실패하면 악의의 응소자임이 드러나면서 어차피 심판인의 반환이나 제시 명령을 기다릴 필요조차 없이 거역의 상태에 있음이 확인되는 것이므로 소송물 가액 선서의 認付가 바로 가능해야 할 터이다.¹⁵⁶⁾ 그러나 사료상 명시적으로 이러한 擬制占有者가 피고였던 확실한 사례가 전해지는 것은 없다.

물론 원고는 주관 가액 선서 대신에 실제 가액에 의한 유책판결을 더 원할 경우

¹⁵¹⁾ Bas.15.1.100 (Heimbach II, p.168): Si in rem actione conventus res non restituat, iureiurando ab actore praestito condemnatur.의 단순한 법리적인 언명은 이 사안이 가장 전형적인 사안에 속함을 잘 보여준다.

¹⁵²⁾ D.6.1.25 Ulpianus 70 ad edictum.

Is qui se optulit rei defensionis sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. Sed hoc post litem contestatam: ...

¹⁵³⁾ D.5.3.13.13 Ulpianus 15 ad edictum.

Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

¹⁵⁴⁾ D.5.3.45 Celsus 4 digestorum.

Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, ... et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.

D.6.1.27.pr. Paulus 21 ad edictum.

Sin autem cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit se possidere et ideo liti se optulit, et hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est.

¹⁵⁵⁾ D.5.3.45 Celsus 4 digestorum.

Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus ...

¹⁵⁶⁾ 同旨 Glück (1809), 409f.

선서하지 않음으로써 그렇게 할 자유가 인정되었다.¹⁵⁷⁾ 피고의 거역에 대한 제재를 위한 것이라고는 하나, 궁극적으로 선서의 이익이 돌아가는 것은 원고이므로 “원하지 않는 자에게는 혜택이 주어지지 않는다”(Invito beneficium non datur: Paulus D.50.17.69)는 원리대로 그가 원하지 않으면 그만이기 때문이다(同旨 C.5.53.1 <37>; C.5.53.2.pr. <38>).¹⁵⁸⁾

<42> D.6.1.71 Paulus 13 ad Sabinum.¹⁵⁹⁾

Quod si possessor quidem dolo fecit, actor vero iurare non vult, sed quanti res sit adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est.

(점유자가 실로 악의적으로 행하였지만 원고가 선서하기를 원하지 않고 소송물 실제 가액 상당액으로 상대방이 유책판결 받기를 더 원하는 경우에는 그의 방식대로 해야만 한다.)

증여를 시발점으로 하였지만, 결국은 일반적인 소유물반환청구 관계를 다룬 것으로 다음 개소가 전해진다.

<43> D.42.1.41.1 Paulus 14 quaestionum.¹⁶⁰⁾

Fundum quis donavit¹⁶¹⁾: si non restituat, ut quivis possessor damnandus est: si autem fundum restituit, fructuum nomine, si non eos consumpsit,¹⁶²⁾ in solidum condemnandus est: potuit enim non periclitari, si statim restituisset: si dolo desiit possidere, in litem iurabitur et tanti sequetur condemnatio.

(토지를 어떤 자가 증여하였다. 그가 [수증자에게] 반환하지 않으면 여느 점유자처럼 유책판결 받아야만 한다. 그런데 그가 토지를 반환하는 경우에는 果實을 소비하지 않은 한, 그 명목으로 전액 유책판결 받아야만 한다. 왜냐하면 즉시 반환했었다라면

¹⁵⁷⁾ Glück (1809), 454f.

¹⁵⁸⁾ 또한 Bas.13.1.3 Schol. 4) Anonymi. (Heimbach II, p.3): ... Si enim ob eas causas (sc. dolum malum vel contumaciam) actor in litem iurare nolit, tunc iudex rei iudicatae tempus spectare et secundum id rem aestimare debet.

¹⁵⁹⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.1858 (col.1286) [*De iudiciis?*]. 이 개소는 Lenel에 의하면 D.12.3.2 <16>에 이어지는 부분이다.

¹⁶⁰⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.1391 (col.1212) [*De exceptionibus (E.XLIV)*].

¹⁶¹⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.1391 (col.1212) n.3: “Paulus non potuit non adicere: et perfecta donatione fundi possessionem recipiavit: suspicor iuris consultum legis Cinciae fecisse mentionem ideoque compilatores haec omisisse.”

¹⁶²⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.1391 (col.1212) n.4: “si non eos consumpsit Trib.?”

그런 위험을 당하지 않을 수 있었기 때문이다. 그가 악의적으로 점유하기를 포기한 경우에는 소송물 가액 선서가 행해질 것이고 그 상당액으로 유책판결이 뒤따를 것이다.)

이 개소의 사실관계는 아마도 레넬(Otto Lenel)의 추정처럼 토지의 증여계약이 완성되었으나 증여자가 어떤 경로를 거쳤든 그 토지의 점유를 다시 취득했던 사안일 것이다. 그가 토지를 수증자에게 반환하는 때에는 果實의 반환 역시 문제가 되므로 果實에 관한 언급이 있는 것이라면, 그가 반환하지 않은 경우에는 수증자로서는 그를 어느 점유자와 마찬가지로 반환청구의 상대방으로 할 터이다. 점유하게 된 증여자가 악의로 점유를 포기한 경우에도 반환청구의 피고 적격이 있고, 그 악의를 이유로 소송물 가액 선서가 인정된다는 서술은 이 선서의 법리를 그대로 따른 것이다. 그러나 레넬의 다른 추측처럼 파울루스가 증여 제한에 대한 키킴우스법(*lex Cincia*, 기원전 204년)을 언급했다는 근거는 어디에서도 찾아볼 수 없다. 이 사안은 오히려 소유자가 된 수증자가 점유자가 된 증여자를 상대로 한다는 점을 제외하면 일반적인 소유물반환청구의 사안일 뿐이다.

盜品에 대한 소유물반환청구 사안도 여기에 해당한다. 로마법상 절도의 경우 다양한 소권의 행사가 가능하였다. 피해자가 소유자이면 소유물반환청구소권(D.6.1), 절도소권(D.47.2), 절도원인 부당이득 반환청구소권(D.13.1)이 모두 가능하였는데, 이러한 소권 경합에 있어서는 일반적으로 소권들의 성질에 따라서 나름으로 기술적인 문제들이 다양하였지만, 기본적으로 어느 하나의 소권을 행사하여 만족을 얻을 수 있으면 나머지 소권들은 쟁점결정된 소권을 제외하고 消盡하는 것으로 보았다. 다음 개소는 소유물반환청구와 절도원인 부당이득 반환청구의 관계가 서로 소진시키는 관계가 아니지만, 실제로는 늘 전자가 우선함을 잘 보여준다. 특히 절도원인 부당이득소권을 행사하여 승소한 절도 피해자는 아직 이 판결채무(1배액)가 이행되고 있지 않은 동안 다시 소유물반환청구를 할 수가 있었고, 피고가 그 판결채무액을 갚으면 면소판결이 내려질 수 있었지만, 원고가 다시 그가 받은 배상액을 돌려주고 원물의 반환을 구하는 것이 허용되었다. 이 경우 피고가 그에 응하지 않는 거역을 범하면 다른 경우들처럼 소송물 가액 선서가 가능하였다. 결국 도중에 부당이득 반환의 방법으로 만족을 얻을 수 있더라도 중국에는 원물의 반환을 우선시하는 방안이 채택되었고, 이를 간접강제하기 위한 소송물 가액 선서도 활용되었던 것이다.

<44> D.47.2.9.1 Pomponius 6 ad Sabinum.¹⁶³⁾

Sed si eam a fure vindicasset, condictio mihi manebit. Sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conditionem petitor remitteret: quod si ex conditione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.

(그러나 그것[도품]을 도둑으로부터 내가 소유물반환청구한 경우, [절도 원인의] 부당이득반환소권이 나에게 남을 것이다. 그러나 소유권에 관하여 심리하는 심판인의 직권에는, 원고가 이 부당이득반환소권을 포기하는 경우에만 반환될 것을 명하는 것이 포함된다고 말할 수 있다. 그러나 부당이득반환소권에 기하여 앞서 유책판결 받은 피고가 소송물 산정액을 변제한 경우에는 피고를 전적으로 면소판결 하든가, 아니면 (이쪽이 더 나은 견해인데) 원고가 그 산정액을 반환할 준비가 되어 있는데 그에게 노예가 반환되지 않으면 그가 소송물 가액 선서를 한 상당액으로 점유자는 그에게 유책판결될 것이다.)

(b) 다음의 개소는 후대법의 상황에 맞게 적어도 【 】부분이 수정되었다. 재판 단계에서 공권력에 의하여 물건의 점유를 회복시킨다는 것은 고전법의 거역으로 인한 소송물 가액 선서와는 전혀 궤를 달리하는 방식인 것이다. 선서에 한도가 책정되지 않는다는 언급 역시 고전법과는 상치된다.¹⁶⁴⁾

<45> D.6.1.68 Ulpianus 51 ad edictum.¹⁶⁵⁾¹⁶⁶⁾ [cf. <15>]

Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere,¹⁶⁷⁾ si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti

¹⁶³⁾ Lenel, *Pal.* II, Pomp. fr.512 (II col.105) [*De libris legatis et bibliotheca legata*].

¹⁶⁴⁾ Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 611 + nn.43/46. 異說 Glück (1809), 466.

¹⁶⁵⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.2987 (col.1197) n.2: “ad edictum (*pro ad Sabinum*) *inscr. F.*”

¹⁶⁶⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.2987 (col.1197) [*De iudiciis?*].

¹⁶⁷⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.2987 (col.1197) n.3: “si quidem habeat . . . non potest restituere *Trib.* (si quidem . . . si vero . . . si quidem . . . si vero!).”

adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.¹⁶⁸⁾

(반환을 명받고 실로 물건을 가지고 있는데도 반환이 가능하지 않다고 다투면서 심판인에게 복종하지 않는 자는 【심판인의 직권에 의해 公權力으로¹⁶⁹⁾ 그로부터 점유가 이전되고, 果實과 모든 부수이익의 명목으로 유책판결이 행해진다.】 그러나 반환이 가능하지 않고 실로 가능하지 않도록 약의적으로 행위했던 경우에는 그는 상대방이 소송물 가액을 아무런 한도 책정이 없어 任意額으로¹⁷⁰⁾ 선서한 상

168) Lenel, II col.1197 n.4: “haec sententia . . . locum habet Trib.”

169) 직역을 하면 ‘武腕으로’가 될 것인데(그 의미에 대해서는 Berger (1953), s.v. manu militari, p.575), 학설회찬에서 이 용어가 쓰인 것은 이곳과 D.43.4.3.pr. 두 곳뿐이고, 그밖에 노상강도를 제압하는 데 사용된 C.9.39.2.1 Marcianus (a.451)가 있다. 뒤의 두 곳에서는 모두 per manum militarem이 사용되어서 무력의 사용이 보다 직접적으로 표현되었다. 학설회찬의 다른 개소는 집행과 관련해서 공권력의 사용을 지시한다. D.43.4.3.pr. Ulpianus 68 ad edictum.

Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere. Sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnumquam etiam per manum militarem.

170) 이 부분(sine ulla taxatione in infinitum)의 해석은 벌써부터 다투어졌다. 통설(Kaser, *RP* II (1975), 337 n.14; Kaser/Hackl (1996), 611)은 sine ulla taxatione를 단순 부사구로 이해하여 심판인의 입장에서 “어떠한 한도 책정도 없이”로 해석하고 고전법과 달라진 이 부분이 수정되었다는 견해이다(말하자면 sine ulla taxatione / in infinitum iurare). 이 문제는 보통법학에서도 많이 다투어졌는데(이하 Glück (1809), 467ff. 참조), 가령 Anton Faber는 현재의 통설과 같았고, Ulrich Huber는 내용을 잘 모르는 사람의 紙邊注가 본문으로 들어오게 된 부진정한 부가라는 견해였으나, Wilhelm Masius는 율피아누스는 任意額으로 선서하는 것이 허용된다는 것을 말하는 것으로, 이런 선서를 認付함에 있어서 심판인이 한도 책정을 하지 않고 선서가 된 경우 그는 sine ulla taxatione in infinitum 선서된 이러한 선서를 유책판결에서 따라야만 하고, 더 낮은 금액으로 유책판결해서는 안 된다는 취지였다. 즉, 율피아누스의 견해는 선서의 한도를 규정하려는 것이 아니라 유책판결이 선서와 부합해야 한다는 것을 확인한 것이라는 게 Masius의 견해였다. 이에 의하면 sine ulla taxatione는 ‘어떠한 한도 책정도 없어서’, ‘한도 책정이 전혀 없기에’와 같은 인과적 부사구가 될 것이다(말하자면 sine ulla taxatione → in infinitum iurare). Leyser도 이 개소가 원고에게 in infinitum 선서하는 것을 허용하는 내용이라고 보았는데, 그에 의하면 in infinitum은 곧 sine ulla taxatione와 같은 것일 뿐이고, 그 결과 다른 개소의 일반 원칙에 따라서 심판인은 taxatio를 할 수 있다고 하였다. Leyser에 따르면 sine ulla taxatione는 통설과 달리 심판인과 연결 지어 이해할 것이 아니라, 선서자와 연결 지어 이해해야 하는 ‘어떠한 한도 책정 없이’가 된다(말하자면 sine ulla taxatione = in infinitum iurare). Glück 자신 (Glück (1809), 470f.)은 Drummer와 더불어 심판인과 선서자의 역할을 분별하여 고찰

당액으로 유채판결 받아야만 한다. 그러나 반환이 가능하지 않지만, 가능하지 않도록 악의적으로 행위했던 것이 아니면 그 물건의 가액 이상으로, 즉 상대방의 이익 이상으로 유채판결 받아서는 안 된다. 이 견해가 일반설이고, 심판인의 재량으로 무엇인가가 반환되는 모든 경우들에, 그것이 특시명령이든, 대물소권이든, 대인소권이든 상관없이, 적용된다.)

2) 建物地役權 반환청구 및 否認소권

이웃한 토지에 대하여 토지지역권 또는 건물지역권을 가진다고 주장하는 이웃토지의 소유자는 그 권리가 다투어질 경우 소유물반환청구에 준하는 지역권반환청구를 할 수가 있었다.¹⁷¹⁾ 다음 사안은 承役地인 이웃토지가 要役地에 적격의 벽을 제공

해야 한다고 하면서 in infinitum 선서란 합리적인 상당액 범위 내의 임의액 선서임을 전제로(Glück (1809), 470 n.41; cf. D.12.3.4.2 <5>: “in immensum”) 그렇기 때문에 taxatio가 없었던 사안으로 이해하고자 한다. 그렇다면 이에 의하면 sine ulla taxatione란 심리 중 원고의 주장이 합리적 범위 내라 생각되기에 taxatio를 하지 않고, 그 결과 예상되는 범위 내의 in infinitum으로 선서가 된 사안이 될 것이다(말하자면 sine ulla taxatione ← in finitum iurare). 결국 악의의 경우에 한도 책정 자체가 사라졌는지, 아니면 이 경우에도 한도 책정이 이루어질 수 있었는지가 문제인데, 사건으로는 통설이 후대법을 반영한다고 보는 D.12.3.5.2 <10>에 의하면 선서 후에도 면소나 감액이 가능했고, 그래서 고전법에서 두루 인정되던 한도 책정이 하던 기능을 한 걸음 더 나아가서 강화한 측면이 있는 것을 고려하면, 처음부터 한도 책정 자체를 부인했다는 것은 믿기 어렵다. D.6.1.68 <45>은 한도 책정 자체를 일반적으로 부인한다기보다는 할 수 있는 한도 책정을 이 경우에 하지 않아서 합리적 범위 내로 생각된 임의액으로 선서된 사안에 관한 것으로 새기는 것이 타당할 것이다.

該文의 번역을 살펴보면, CIC II (1995), ad h.l., p.578 (“ohne jede Begrenzung – und sei es ins Unendliche –”)은 마치 어떠한 제한도 없이 무한정으로 가능한 것 같은 인상을 주고, 더욱이 그 제한이 한도 책정에 의하는 것이라는 점을 드러내지 못하고 있다. OSS, I (1830), ad h.l., p.632 (“ohne alle Abschätzung, und sei es in’s Unendliche”)는 적어도 한도 책정을 분명히 지적하였다. Scott, III (1932), ad h.l., p.218과 Watson (ed.) (1998), ad h.l. (“without any limitation”)은 sine ulla taxatione와 in infinitum을 구분하지 않고 한 묶음에 번역하였고, 한도 책정을 빠뜨림으로써 CIC II가 범한 것과 같은 오류를 범하였으며, 무엇보다도 이런 경우 항상 한도 책정이 없이 선서가 행해지는 것으로 이해한 번역문이 되었다. Hulot, I (1803), ad h.l., p. 465 (“à l’infini et sans être taxé”)는 한도 책정은 제대로 번역했으나, 두 구절의 순서를 서로 바꿈으로써 논리적 인과가 어긋나고 있다. Bas.15.1.67 (Heimbach II, p.165): “quanti actor sine [mora] <Schol. taxatione> iuraverit, in infinitum condemnatur”는 텍스트 전승 상태가 좋지 않아서 참고가 되지 않는다.

¹⁷¹⁾ D.8.5.1 Ulpianus 14 ad edictum.

Actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt: sepulchra autem nostri domini non sunt: adquin viam ad sepulchrum possumus vindicare.

D.8.5.2.pr.-1 Ulpianus 17 ad edictum.

하고, 지역권자가 자기 토지에 높은 건축물을 건축하여 보유하는 것(*altius tollere*)을 受忍할 것을 내용으로 하는 건물지역권의 사안이다. 여느 경우와 같이 원고의 정당한 청구를 악의적으로 어기는 경우에 소송물 가액 선서가 인정되었다. 지금까지의 사례에서는 나타나지 않았던 것이지만, 다른 경우에도 이 경우처럼 원물의 반환이나 제시를 갈음하여 負保가 이루어지면 원물 반환과 마찬가지로 면소판결이 따랐다 (Inst.4.17.2¹⁷²⁾).

<46> D.8.5.7 Paulus 21 ad edictum.¹⁷³⁾

Harum actionum eventus hic est, ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. Res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare. Cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibuituros altius tollere sublatumque habere: et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iuraverit.

(이들 소권의 결말은 이것이다. 즉, 승소자에게 심판인의 직권에 의하여 혹은 물적 급부가 되거나 혹은 負保된다. 물적 급부 자체란 이것이다. 즉, 심판인이 상대방에게 벽(壁)의 하자를 改修해서 適格의 벽을 제공할 것을 명하는 것이다. 負保란 이것이다. 즉, 그에게 벽의 補修에 관하여 負保하고, 또 높이 건축하고 건축한 것을 보유하는 것을 자신도, 자기의 승계인들도 금지하지 않을 것을 명하는 것이다. 그리고 負保를 하면 면소판결 받을 것이다. 그러나 물적 급부도, 負保도 하지 않으면 원고가 소송물 가액 선서를 한 금액 상당액으로 유책판결할 것이다.)

pr. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent, tam confessoria quam negatoria, confessoria ei qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino qui negat.

1. Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutum enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutum dicit deberi.

¹⁷²⁾ Inst.4.17.2: Et si in rem actum sit, sive contra petitozem iudicavit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, iubere eum debet ut rem ipsam restituat cum fructibus. sed si in praesenti neget se possessor restituere posse et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis aestimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. ...

¹⁷³⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.353 (col.1009) [*Si servitus vindicetur etc. (E.73)*].

3) 質權소권

<47> D.20.1.16.3 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.¹⁷⁴⁾

In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequae absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est vel in provinciis), solet cautionibus res explicari: nam si caveret se restitutum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisi non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?

(質物 반환청구¹⁷⁵⁾에 있어서는 소송의 대상물을 소송의 상대방[피고]이 점유하고 있는지 여부가 문제된다. 왜냐하면 그가 현재 점유하고 있지 않고, 악의적으로 점유를 포기한 것이 아니면 그는 면소판결 받아야만 하기 때문이다. 그러나 그가 점유하고 있는데 혹은 채무금을 변제하거나¹⁷⁶⁾ 혹은 물건을 반환하면 마찬가지로 그는 면소판결 받아야만 한다. 그러나 이것들 중 어느 것도 하지 않는 경우에는 유책판결이 뒤따를 것이다. 그러나 반환하기를 원하지만 (가령 물건이 부재하거나 멀리, 예컨대 지방에, 있어서) 현재 가능하지 않은 경우에는, 통상 負保를 통하여 일이 해결된다.¹⁷⁷⁾ 즉 자신이 반환할 것임을 負保하면 그는 면소판결 받는다. 그러나 실로 악의적으로 점유하기를 포기한 경우에는 아무리 전력을 다해 노력해도 물건 자체를 반환할 수가 없으면 여타의 對物訴權들의 경우처럼 원고가 소송물

¹⁷⁴⁾ Lenel, *Pal.* I, Marci. fr.28 (col.648) [*Ad clausulam arbitrariam et condemnationem*].

¹⁷⁵⁾ C.8.13.18 Diocletianus, Maximianus (a.293).

Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est.

¹⁷⁶⁾ D.20.6.12.1 Paulus 5 responsorum.

Qui pignoris iure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscumque possessor offerre vellet: neque enim debet quaeri de iure possessoris, cum ius petitoris removeatur soluto pignore.

담보권자가 제3자의 변제라도 변제를 거절하면 그는 더 이상 담보물권에 기한 소권을 행사할 수 없다. Cf. D.20.4.11.4 Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam.

Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

¹⁷⁷⁾ Inst.4.17.2 cit.

가액 선서를 한 가액 상당액으로 유책판결 받을 것이다. 왜냐하면 채무액 상당액으로 유책판결 받았다면, 對人訴權으로 소구해도 동일한 것을 얻었을 터이니, 對物訴權이 무슨 소용이 있었겠는가?)

이 개소의 해석은 많은 다른 경우들과 마찬가지로 異說들이 존재한다. De Simone는 이것을 일반 소유물반환청구와 평행한 質物반환청구(actio Serviana)로 이해하여 질권자가 제2 점유자로부터 질물을 반환청구하는 사안으로 새긴다.¹⁷⁸⁾ 반면에 Wubbe에 의하면 이 사안은 非占有質이 설정된 경우¹⁷⁹⁾ 담보채권자가 담보권을 실행하기 위하여 담보물을 점유할 入質者 = 채무자에게서 質權訴權(actio Serviana)으로써 그 담보물을 청구하거나 점유질에서 물건이 어떤 사유론가 채무자에게 다시 돌아가서 그로부터 그 담보물을 청구한 사안이다.¹⁸⁰⁾ 이 後說은 개소의 마지막 부분인 “nam ~ consequetur?”를 진정한 것으로 보기 때문에 피고를 대인소권으로 제소한다는 상황을 고려한 결과 피고가 채무자여야만 하고, 또 동시에 질물의 점유자여야만 하므로 일단은 無占有質이 설정된 사안으로 보는 것이다. 반면에 前說은 이 부분을 경험 없는 주석자의 삽입으로 보므로,¹⁸¹⁾ 질권자가 자신이 점유해야 할 질물을 점유하고 있는 제3자를 상대로 반환청구를 한다는 아주 일반적인 상황을 무리 없이 전제할 수 있는 것이지만, 그 전제가 타당한가는 의심스럽다.¹⁸²⁾ 더욱이 대물소권이 문제되는 사안에서 그 효과와 관련하여 대인소권과 비교한다는 것은 동일한 당사자 사이가 아니면 의미가 없고, 앞에서 논하는 사안이 질권자와 제3자가 대물소권으로 다투는 사안이라면 이들 사이에는 다른 대인소권이 문제될

¹⁷⁸⁾ De Simone (2007), 119ff.

¹⁷⁹⁾ D.13.7.1.pr. Ulpianus 40 ad Sabinum.

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, etsi non traditum est.

¹⁸⁰⁾ Wubbe (1976), 186ff.; 196ff.

¹⁸¹⁾ De Simone (2007), 124 n.120: “senza dubbio attribuibile alla mano di un inesperto glossatore”. 그러나 실질적인 근거 제시 없이 단순히 ‘의심의 여지가 없다’는 외형만 강력한 지적만으로 이 부분이 부진정한 것으로 판명되는 것은 아니다. 이 견해는 그 밖에 중간의 “summa autem ~ ipsam restituere” 부분도 분명히 삽입된 것(“sicuramente insiticio”)이라고 하는데, 이 또한 주장만 있을 뿐이다. 이 부분은 당연한 것이기는 하지만 나름으로 의미가 있는데, 왜냐하면 악의 약의 점유포기자로 규정되지 않는다는 점을 밝힌 것이기 때문이다. 이 부분이 진정하든 아니든 물론 대세에는 아무런 지장이 없다.

¹⁸²⁾ Bas.25.2.16.3 (Heimbach III, p.70)에는 이 부분이 없다. 그러나 이것이 이 부분이 부진정하다는 확증이 될 수는 없다. 왜냐하면 많은 경우에 바실리카법전은 고전법률가들의 섬세하고 의미 있는 학설 관련한 논변을 생략하였기 때문이다.

것이 없으므로, 굳이 대인소권을 거론할 이유가 없게 되는데, 이처럼 법적으로 까다로운 논점을 수사적 반문을 동원해서까지 논변하는 것을 단순히 잘 모르는 주석자의 가필일 뿐이라고 치부하기에는 그 행위의 동기가 납득이 안 된다. 필자 생각에는 앞부분에서 세르비우스 소권의 행사와 관련하여 전형적인 서술로 시작했지만, 현안의 사실관계를 늘 염두에 두고 있던 마르키아누스가 입질을 한 채무자의 경우에도 선서로 소송물 가액을 결정하는 경우에는 원래의 담보채무액을 초과하여 유책판결 받는다는 사실을 확실히 한 것으로 보인다. 이것을 지적하는 것은 의미가 있는데, 왜냐하면 일반적으로 질권자가 입질을 한 채무자를 상대로 담보물의 반환을 청구하는 경우 그가 제공해야 하는 금액은 다른 일반적인 반환청구의 경우들과 달리 물건의 산정가액(*litis aestimatio*)이 아니라 담보채무액이기 때문이다.¹⁸³⁾ 따라서 그는 채무액을 변제하는 한 담보물을 반환할 필요가 없게 되는 것이지만, 반면에 변제를 마다하여 담보물의 반환을 명받으면 이때에는 그것을 반환하든가, 거역하여 소송물 가액 선서에 따른 유책판결을 받든가 하게 되는데, 담보물을 자발적으로 반환한 경우에는 환가 후 채무액을 공제하고 남은 금액(*superfluum*)은 돌려받지만, 거역의 경우에는 선서액이 채무액을 초과하더라도 그 차액을 반환청구하지 못하는데, 바로 소송물 가액 선서 제도가 가지는 징벌적 효과가 이렇게 반영되어 나타나는 것이다. 대물소권에서 나타나는 바로 이 점과 채무의 변제를 청구하는 대인소권의 경우가 다른 점을 이 개소의 마지막 문장이 밝혀 드러낸 것이다. 또 다른 한편으로 대인소송이라면 중국에는 모든 다른 채권자들과 평등하게 만족을 추구해야만 하는 데 반하여, 담보권을 실행하는 대물소권의 경우에는 우선변제가 확보되므로 어느 소권으로 추급하느냐 하는 것은 그저 수사적인 것에 그치는 것이 아니다. 前說은 그밖에도 악의의 점유 포기자가 대물소권의 피고가 될 수 있다는 것¹⁸⁴⁾을 고전법으로 인정하지 않는 입장을 취하는데,¹⁸⁵⁾ 이것은 명백한 잘못이다. 여기서 한 가지 짚고 넘어갈 것이 있다. 질권자가 제3 점유자로부터 승소하여

183) D.20.1.21.3 Ulpianus 73 ad edictum.

Si res pignerata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris, et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneraticia actione.

184) 이것은 통설이 된 프로콜루스 학파의 견해가 반영된 결과이다. Kaser, *RP I* (1971), 433 + n.15.

185) De Simone (2007), 122 n.113: "Sull'origine postclassica". 다만 반대설이 있음을 지적하고는 있다.

물건의 반환 대신에 금액으로 받게 된 경우에 입질한 채무자가 그 제3자를 상대로 소유물반환청구를 할 때, 또는 질권자를 상대로 채무액 이상으로 받은 금액의 반환을 청구할 때 어떻게 될 것인가? Kaser에 의하면 채권자는 점유하는 채무자로부터는 채무액만을, 그러나 제3 점유자로부터는 온전한 물건의 가액을 청구할 수 있고, 그 이유는 채권자는 입질자에게 초과액을 돌려주어야 하기 때문이라고 하는데 (D.20.1.21.3 cit.), 마르키아누스(D.20.1.16.3/4/6)는 이러한 율피아누스의 견해와 다르다고 한다.¹⁸⁶⁾ 그러나 마르키아누스가 다루고 있는 사안들은 어디까지나 입질자와 채권자 사이의 관계에 국한된 것일 뿐만 아니라, 청구의 내용이 과실과 이자로 확장되는 문제를 다룬 것이어서 청구의 내용을 세부적으로 다루지 않고 원론적으로만 논하고 있는 D.20.1.21.3과는 논점이 다르다.¹⁸⁷⁾ 190년부터 사망 시인 223년 사이에 주로 활동했던 율피아누스와 동시대인으로서 210년부터 230년 사이에 주로 활동했던 후배인 마르키아누스가 이 문제에 대하여 서로 다른 견해를 가졌다는 것도 개연성이 적다. 오히려 제3 점유자가 개입된 경우의 3자 관계를 정면에서 논하고 있는 개소들에 의하면,¹⁸⁸⁾ 점유자가 가액산정액(litis aestimatio)을 질권자에게 지급한 경우 채무자는 소유물반환청구를 할 때 점유자가 질권자에게 지급한 채무

¹⁸⁶⁾ Kaser, *RP I* (1971), 473 + n.39.

¹⁸⁷⁾ D.20.1.16.3/4/6 Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.
3. cit. <47>.

4. Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex, ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent et res non sufficit.

6. Si plurius condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego quantum quidem ad supilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi: sed humanius est non amplius eum, quam quod re vera debet, dando hypothecam liberare.

¹⁸⁸⁾ D.20.6.2 Gaius 9 ad edictum provinciale.

Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit et possessor litis aestimationem obtulerit et ab eo debitor rem vindicet, non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei (sc. possessori) debitum offerat.

D.13.7.28.pr. Iulianus 11 digestorum.

Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione Serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat ei (sc. possessori) debitor, quod pro eo solutum est.

D.10.2.29 Paulus 23 ad edictum.

... ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut et is qui optulerit adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. ...

상당액(debitum)을 제공하지 않으면 청구가 받아들여지지 않는다. 이들 개소들이 논하는 것들도 일반적인 원론에 해당하는 내용이며, 따라서 *litis aestimatio*가 소송물 가액 선서의 형태로 이루어지는 경우와 절연된 것도 아니고, 또 그 경우를 배제하는 것도 아니라고 보아야 한다. 따라서 점유자가 거역하여 소송물 가액 선서가 행해지고 그 금액을 배당한 경우에도 같은 논리가 적용된다고 보아야만 한다. 따라서 소유물반환청구하는 채무자는 여전히 채무액만을 제공함으로써 자신의 물건을 찾아올 수가 있고, 점유자 자신이 초과하여 지급한 금액은 남의 물건을 점유하면서 반환을 거부하여 스스로 초래한 징벌적 효과로 인한 것이 된다. 또 반환되어 換價가 행해지는 일반적인 경우 채무자는 채권자를 상대로 초과액을 청구할 수 있는데, 소송물 가액 선서의 경우에도 사정은 다르지 않다. 왜냐하면 물건 반환의 거역은 궁극적으로 초과액이 돌아가야 할 그 물건의 소유자에 대한 반환 거부이고, 다만 초과액의 발생이 환가가 아닌 선서라는 점만이 다를 뿐이기 때문이다. 결국 담보물을 돌려주거나 또는 환가 차액을 돌려주어야 하는 채권자는 물건의 반환에 관한 한 모든 면에서 중간자이고, 그의 이익은 어디까지나 자신의 채권의 만족을 얻는 것에 있으므로 선서로 인한 초과액은 그의 몫이 아닌 것이다.

4) 물권적 유증 청구소권

물권적 유증(*legatum per vindicationem*)이 이루어진 경우에는 受遺者は 유언의 효력 발생과 동시에 소유권을 취득하는 것이므로 물권적 유증 목적물의 청구는 소유물반환청구와 다를 바가 없다. 반면에 채권적 유증(*legatum per damnationem*)의 경우는 문답계약에 기한 경우와 한 가지로 對人訴訟으로서 원칙적으로 소송물 가액 선서가 행해지지 않았다(D.12.3.6 <58>).

<48> D.35.2.60.1 Iavolenus 14 ex Cassio.¹⁸⁹⁾

Legato petito cum in litem iuratum est, ratio legis Falcidiae non eius summae, in quam legatarius iuravit, haberi debet, sed eius, quanti re vera id fuit quod petitum est: nam id quod poenae causa adcrevit in legem Falcidiam non incidit.

([물권적]유증이 반환청구된 경우 소송물 가액 선서가 행해진 때에는 팔키디우스법의 적용에 관하여 受遺者が 선서한 금액이 고려되어서는 안 되고, 청구된 것의 진정한 가액 상당액이 고려되어야만 한다. 왜냐하면 징벌 목적으로 증가한 것은 팔키디우스법에는 해당하지 않기 때문이다.)

¹⁸⁹⁾ Lenel, *Pal.* I, Iav. fr.58 (col.284) [*De lege Falcidia*].

이 사안에서 특히 문제된 것은 법정상속인 해당자들이 자신들의 遺留分(*quarta Falcidia*)을 청구할 때 상속재산을 평가함에 있어서 상속재산을 감소시킨 유증액의 계산을 소송물 가액 선서가 있었던 경우 어떻게 할 것인가 하는 것이었다. 그 답은 유언상속인이 거역으로 인하여 더 많이 지급한 소송물 가액 선서에 따른 금액이 아니라 원래 유증의 금액이 합산되어야 한다는 것인데, 유류분법과 관련해서는 징벌적인 사유로 더 많이 배상된 것은 고려하지 않기 때문이라는 것이다. 다시 말하면 원래 유증액보다 초과된 부분은 악의나 거역으로 인하여 그러한 결과를 초래한 유언상속인이 자체적으로 부담하는 것일 뿐, 상속재산에 합산하여 유류분권을 행사하는 법정상속인 해당자들의 이익으로 돌아가서는 안 된다는 것이다.¹⁹⁰⁾ 징벌 목적은 그 행위자에게만 관련되는 것이므로 타당한 결론이다. 그리고 이것은 유류분 청구 소송의 피고가 일반적인 징벌소권으로 책임을 졌던 경우에 그 금액이 합산되는 것¹⁹¹⁾과는 차이가 있는데, 왜냐하면 일반 징벌소권의 경우는 청구액이 처음부터 정해진 것이지 소송물 가액 선서의 경우처럼 징벌 목적 때문에 사후적으로 증가하는 것이 아니기 때문이다(D.12.3.1 <24>).

3) 강박소권 및 악의소권

이 두 소권은 裁定訴權 중에서도 對人訴權에 속하는 것의 대표적인 것이다.¹⁹²⁾

<49> D.4.3.18.pr. Paulus 11 ad edictum.¹⁹³⁾ [cf. <8>]

Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. Ideo autem et hic et in metus

¹⁹⁰⁾ Bas.41.1.59.1 Schol. 2) (Heimbach IV, p.116):

Si heres iureiurando in litem in plus condemnatus sit, superfluum non computatur. ...

¹⁹¹⁾ D.35.2.32.pr. Maecenas 9 fideicommissorum.

Poenales actiones sive legitimae sive honorariae exceptis popularibus in bonis actoris non ideo minus computandae sunt, quia morte reorum intercidere possunt.

(징벌소권들은 法定의 것이든 法政官法상의 것이든 국민소권들을 제외하고는 [유류분 청구]피고의 사망으로 소멸할 수 있다는 이유로 [유류분 청구]원고의 재산에서 減算해서는 안 된다.)

¹⁹²⁾ Inst.4.6.31 cit.: Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, ... sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. ... in personam veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est, petitur. ...

¹⁹³⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.209 (col.984) [*De dolo malo* (E.40)].

causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari.

(이 [惡意] 訴權의 경우에도 심판인의 裁定에 반환 명령이 포함된다. 그리고 반환이 이루어지지 않으면 그 소송물 상당액으로 유책판결이 따른다. 그렇지만 이 경우에도, 또 強迫原因 訴權의 경우에도 피고가 자신의 거역으로 말미암아 원고가 소송물 가액 선서를 한 상당액으로 유책판결 받을 수 있도록 확정금액이 부가되지 않는다. 【그러나 양 소권의 경우 심판인의 직권으로 한도 책정을 통하여 선서가 羈束¹⁹⁴⁾되어야만 한다.】¹⁹⁵⁾)

이 경우에 대해서도 “ideo autem ~” 이후 마지막까지의 부분이 전부 수정된 것으로 보고 소송물 가액 선서 자체를 고전법이 알고 있지 못했던 것으로 보는 견해가 있다.¹⁹⁶⁾ 우선 惡意소권 또는 詐欺소권과 관련해서는 그 주된 근거로 D.4.3.18.1을

¹⁹⁴⁾ *refrenare* 동사가 사용된 것은 4세기말에서 5세기말의 법사료이고, 고전법률가의 글에서 나타나는 것은 이 개소 외에는 D.48.5.23(22).4가 유일하다. 특히 이 동사가 사용된 문맥을 보면 모두가 강력하게 ‘제어’되어야만 하는 어떤 완강한 불법적 행위에 대한 법의 復仇的 反작용을 시사한다.

CTh.16.5.7.1 (a.381): ... *ab illicitis et profanis coitionibus refrenari divina saltem monitione ... ad ulciscendae legis ...*

CTh.2.26.4 (a.385): ... *improbi petitoris refrenare ... invidiam ...*

NMar.I.7 (a.450): ... *pro calumnia quidem poenam luat legibus constitutam; ... condemnationem pro aestimatione iudicis ... avaritia stimulante vel invidia incitante ... dispendio refrenari.*

C.1.3.32.8 (a.472): ... *temeritas ... impudens calumniantium refrenetur audacia ...*

D.48.5.23.4의 경우에는 간통 현장에서 발각된 간통범들을 살해할 수 있는 자를 奸婦의 父로 제한하고 그 夫에게는 이를 허용하지 않는 이유로 분노로 선부른 결정을 하게 될 夫의 열기와 충동을 ‘제압’해야 한다는 문맥에서 *refrenare*를 사용하고 있다.

D.48.5.23(22).4 Papinianus 1 de adulteriis.

Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus.

D.4.3.18.pr. <49>에서는 이와는 전혀 다른 맥락에서 이 용어가 사용되었는데, 소송물 가액 선서가 認付된 원고의 선서를 *taxatio*로써 이처럼 ‘제압’한다는 표현은 아무래도 잘 어울리지 않는다. 결정적으로 강력한 논거는 아닐지 몰라도 이것 또한 이 부분이 후대의 용어법이 드러난 수정일 개연성을 시사한다.

¹⁹⁵⁾ 한도 책정과 관련하여 바실리카법전은 오히려 중립적이다.

Bas.10.3.18.pr. (Heimbach I, p. 501): *Actio de dolo arbitraria est, et reus, qui non restituit, in id, quod interest, condemnatur: ob contumaciam vero iuratur in litem, adiecta a iudice taxatione. Idem et in metus causa actione.*

¹⁹⁶⁾ Biondi (1913), 78-105 (*actio doli*); 38-77 (*actio quod metus causa*).

든다.¹⁹⁷⁾ 그러나 이 두 개소는 잘 이해하면 소송물 가액 선서의 기본 논리가 그대로 반영된 개소임을 알 수 있다. 두 소권의 경우 물건의 반환 명령이 심판인의 裁定으로 이루어지고, 이를 따르지 않으면 그 거역으로 말미암아 소송물 가액 선서가 認付되는데, 그 결과 초래되는 상황을 처음부터 확정금액, 즉 실제 가액에 해당하는 확정금액이 유책판결의 내용으로 표시되는 것이 아니라고 밝히고, 선서에 따른 그 금전배상의 내용을 ‘소송물 상당액의 유책판결’이라고 표현하였다. 이어서 D.4.3.18.1에서는 물건이 소실하여 반환 명령이 쓸데없는 것이 되는 상황을 전제로 그래서 반환 명령이 반드시 언제나 발령되는 것이 아님을 상기시키고, 반환 불능의 경우에는 바로 원고의 이익상당액을 선고해야 하지 않겠는가? 하고 수사적 질문의 기법으로 이때에도 序項(pr.)과 같이 취급할 수밖에 없음을 밝힌 것이다. 즉, 처음부터 반환이 불능이면, 사후의 반환 불능을 악의적 선행행위로 인하여 야기한 피고에게 바로 소송물 가액 선서를 認付하여 유책판결의 내용으로 삼는다는 것이다.¹⁹⁸⁾ 이러한 논리는 다른 불법행위 소권이나 선행행위가 이행지체인 경우에도 통용된 일관된 논리이다(전술 5.(1) 참조).

다음으로 強迫소권에 관한 한, 수정 주장의 주된 근거는 이 소권의 경우 반환을 하지 않으면 4배액의 징벌적 배상이 法定되어 있다는 점이다.¹⁹⁹⁾ 그러나 다른 한편으로 1년이 지나면 1배액으로 배상액이 축소되므로,²⁰⁰⁾ 이때에는 다른 경우와

¹⁹⁷⁾ D.4.3.18.1 Paulus 11 ad edictum.

Non tamen semper in hoc iudicio arbitrio iudicis dandum est: quid enim si manifestum sit restitui non posse (veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit) ideoque protinus condemnari debeat in id quod intersit actoris?

¹⁹⁸⁾ quanti ea res est나 id quod interest나 모두 선서를 한 경우나 그렇지 않은 경우나 최종적인 금전 배상액을 표현하는 용어가 될 수 있었음을 유의할 필요가 있다. 전술 6.(3) 참조.

¹⁹⁹⁾ D.4.2.14.1 Ulpianus 11 ad edictum.

1. Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. Satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. ...

4. Haec autem actio cum arbitraria sit, habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur.

Inst.4.6.27: Item actio de eo, quod metus causa factum sit, a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod eius natura tacite continetur, ut, qui iudicis iussu ipsam rem actori restituit, absolvatur. ...

²⁰⁰⁾ D.4.2.14.1 Ulpianus 11 ad edictum.

Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: ... Post annum vero in

다르지 않다. D.4.3.18.pr. <49>에서 파울루스가 다른 언급 없이 강박소권을 거론한 것은 당연히 소송물 가액 선서가 가능한 한도 내에서였을 것임이 분명하다.

4) 제시소권

원물의 반환 청구와 더불어 가장 전형적인 사례가 그것을 審判廷으로 현출시키도록 하는 제시소권임은 누차 언급하였다.²⁰¹⁾

<50> D.10.4.5.2 Ulpianus 24 ad edictum.²⁰²⁾

Idem Iulianus scribit emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri in quantum in litem iuravero: sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecit quo minus possideat.

(같은 율리아누스가 쓰고 있다: 못 附隨動産을 반환하지 않는 매수인은 소송물 가액 선서 상당액으로 제시 책임이 있다. 그러나 그는 그곳에 덧붙였다: 매수인이 점유하고 있거나, 또는 점유하지 않도록 악의적으로 행위한 경우라고.)

이 개소는 소유물반환청구를 하는 원 소유자에게 추탈당한 매수인이 매매목적물과 그 附隨動産을 반환해야 할 의무를 부담하는 상황에서 악의적으로 제시를 좌절시키는 경우를 다룬 것이다.

判決債務(iudicatum)의 이행과 관련하여 제시가 문제된 사안도 전해진다. 소송물 가액 선서에 대한 특별한 내용은 없지만, 선서로 유책판결이 내려졌더라도 上訴가 가능하다는 설시가 보인다. 이 선서는 요건이 갖추어진 경우 어디까지나 소송물 가액을 결정하는 방식일 뿐, 재판의 나머지 부분에 대한 영향은 전혀 없는 것이므로 상소가 허용되는 것은 케르비디우스 스카이볼라(주활동시기 165-200)의 수사학적 질문만큼이나 의문의 여지가 없는 것이었다.²⁰³⁾

simpulum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.

201) D.12.3.10 <25>. Cf. D.43.5.3.14 Ulpianus 68 ad edictum: ... quia poena contumaciae praestatur ab eo qui non exhibet.

202) Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.720 (col.558) [*Ad exhibendum* (E.90)]; *Pal.* I, Iul. fr.139 (col.339) [*Ad exhibendum* (E.90)].

203) 반면에 바실리카법전은 간명한 서술을 제시한다.

Bas.9.1.27.1 (Heimbach I, p.429): Si reus iussus a iudice instrumenta exhibere per contumaciam ea non exhibuerit, et condemnatus sit, quanti [etitor sua interesse iuraverit, etiam post iusiurandum appellare potest.

<51> D.49.1.28.1 Scaevola 25 digestorum.²⁰⁴⁾

Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse caverat, instrumentorum gratia data dilatione nec postea exhibuit ideoque secundum constitutionem recitatam, quia per contumaciam instrumenta non exhibuerat, cum petitor quanti sua interesset exhiberi iurasset, facta erat condemnatio. Quaesitum est, an post iusiurandum appellationem interponere possit. Respondit nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium.

(자신에게 있다고 負保한 회계장부를 심판인에 의하여 道伯의 명령에 따라 제시 하도록 명받은 자가 증서들의 제시를 위하여 기간 연장이 주어졌으나 그 후에도 제시하지 않았고, 그래서 引用한 칙답에 따라 그가 거역으로써 증서들을 제시하지 않았으므로 원고가 (증서들이) 제시되는 데에 대해 가지는 자신의 이익상당액을 선서하였기에 유책판결이 행해졌다. 질문: 선서 후에 上訴할 수 있는가? 그는 대답하기를, 왜 상소라는 구제수단이 부정되어야만 하는지 어떤 이유도 제시되지 않았다고 하였다.)

5) 搬出夫婦財産 반환청구소권

부부 사이였던 자들 사이에서는 妻가 夫의 재산을, 또는 夫가 妻의 재산을 이혼을 염두에 두고 마음대로 반출한 다음 이혼이 이루어진 경우에 본질은 절도였음에도 불구하고 일반적인 절도소권 대신에 파렴치효도 따르지 않고, 절도소권과 같은 累倍額 배상도 규정되지 않은 반출부부재산소권(actio rerum amotarum)이 활용되었다.²⁰⁵⁾

²⁰⁴⁾ Lenel, *Pal.* II, Scaev. fr.112 (col.263) [*De iudicatis* (E.198)].

²⁰⁵⁾ D.25.2.1 Paulus 7 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:

D.25.2.2 Gaius libro ad edictum praetoris titulo de re iudicata.

Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur:

D.25.2.3.pr. Paulus 7 ad Sabinum.

Et ideo, si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenebitur.

D.25.2.6.2 Paulus 7 ad Sabinum.

Item cum rerum amotarum etiam in virum datur iudicium: ...

D.25.2.11.pr. Ulpianus 33 ad edictum.

Marcellus libro octavo digestorum scribit, sive vir uxorem sive uxor virum domo expulit et res amoverunt, rerum amotarum teneri.

그래서 그 반환에 응하지 않는 거역의 경우 소송물 가액 선서가 역시 활용되었다.²⁰⁶⁾

<52> D.25.2.8.1 Pomponius 16 ad Sabinum.²⁰⁷⁾

Sabinus ait, si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset. [D.25.2.10] Ideoque nec debere eum pro evictione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit.

(사비누스 가로대: 부인이 반출했던 물건을 반환하지 않으면 남편이 소송물 가액 선서했던 상당액으로 산정해야만 한다. [D.25.2.10] 그래서 그는 추탈에 대해서도 담보문답약속을 할 필요가 없는데, 왜냐하면 부인의 거역으로 인하여 그런 일이 발생했기 때문이다.)

이런 사안에서 남편이 妻가 반출한 재산을 - 반환되리라 기대하였기 때문에 - 제3자에게 매도한 경우에는 소유권 관계는 확실하여 妻가 소유권을 주장할 수 없는 상황임이 명백하고, 따라서 남편으로서는 추탈에 대하여 굳이 담보문답계약을 매수인에게 낙약할 필요가 없게 되는데, 다만 점유를 매수인에게 이전해야 함에도 불구하고 妻의 거역으로 말미암아 그것이 좌절되는 것이므로 이 한도 내에서는 자신의 과실이 없지만, 자신의 점유를 이탈한 물건을 점유 이전이 불가능할 수도 있음을 인지하고 매도한 것 또한 사실이므로 매매 자체에 대한 무과실을 주장할 수는

²⁰⁶⁾ Biondi (1913), 155-165는 이 소권의 경우 소송물 가액 선서가 고전법이 아니고 유스티니아누스법이라는 주장을 펴나. 매우 다양한 수정의 논거를 대고 있으나, 그 자신도 인정하듯이 다른 이유들은 결정적이지 못하고, 결국 주된 논거는 <52>의 개소들이 D.25.2.29 및 D.25.2.21.4와 부합하지 않는다는 것인데(162ff.), 타당하지 않다.

D.25.2.29 Tryphoninus 11 disputationum.

Rerum amotarum aestimatio ad tempus quo amotae sunt referri debet: nam veritate furtum fit, et si lenius coercetur mulier. Quare nec a bonae fidei possessore ita res amotae usucapiuntur: sed si pluris factae non restituuntur quae amotae sunt, crescit aestimatio, ut in conditione furtivae rei.

D.25.2.21.4 Paulus 37 ad edictum.

Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est.

왜냐하면 트리포니누스와 파울루스의 설시는 이 소권의 경우에도 본질[veritate]이 절도인 까닭에 소송물의 가액 산정의 기초가 일단은 그와 동일한 방식으로(후술【附論】참조) 정해진다는 점을 밝힌 것일 뿐, 거역하는 피고에 대하여 소송물 가액 선서가 허용되는 특례를 배제하는 내용이 아니기 때문이다. 그리고 소송물 가액 선서가 인정되는 것은 본질대로라면 그렇지 않았겠지만(후술【附論】참조) 형식상으로는 이 소권의 성격이 법적으로 순수한 반환 소권이었기 때문이다.

²⁰⁷⁾ Lenel, *Pal.* II, Pomp. fr.633 (col.123) [*De iure dotium* 3.: *Solutio matrimonio* 2.].

없으며, 그 결과 일반적인 매수인의 이익상당액을 배상하면 된다.

이에 반하여 비실리카²⁰⁸⁾는 Pomponius D.25.2.8.1 <52>과 D.25.2.10 <52> 사이에 삽입 편집된 Paulus D.25.2.9: (non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere)를 연결고리로 삼아서 D.25.2.10 <52> 역시 D.25.2.9가 지시하는 부부간의 강제 매매 상황과 연결 짓고, 그 결과 남편이 아내에게 선서한 금액으로 매매한 셈이 되는 물건에 대하여 아내에게 추탈에 대한 담보문답약속을 할 필요가 없다는 의미로 새긴다. 그러나 부부간의 문제라면 두 사람 사이에서는 이미 남편의 소유물로 재판상 확인이 되었기 때문에 추탈담보 자체가 전혀 필요가 없고, 그래서 그 이유로 妻의 반환 거부나(D.25.2.10 <52>) 또는 강제 매매²⁰⁹⁾를 거론하는 것도 불필요할 것이다. 다만 이런 사안에서 생각하기는 어렵지만, 남편과 제3자의 소유권 분쟁이 가능할 수는 있으므로, 추후에 발생할 수 있을 이런 만약의 경우에 대비하여 추탈담보를 배제하는 논리를 편다면 夫의 보호 논리인 강제 매매이든, 반대로 妻에 대한 제재 논리인 妻의 악의적인 거역이든 모두 근거가 있기는 하지만, 글을 남긴 폼포니우스가 이런 가능성이 희박한 경우를 상정했다고 보기는 어렵다. 어쨌든 원문이 강제 매매가 아니라 妻의 거역을 이유로 대고 있으므로 이것이 이유가 될 수 있는 사실관계를 상정해야만 한다. 그런데 원문 복원의 문맥을 살펴보면 D.25.2.9는 D.25.2.8.1 <52>의 소송물 가액 선서를 피해자와 가해자인 부부 사이에 인정하는 근거를 제시하는 것일 뿐, D.25.2.10 <52>과는 무관한 것이다. 그렇다면 D.25.2.10 <52>은 妻가 반출한 재산(D.25.2.8.1 <52>)을 夫가 반출재산 반환청구와 무관한 제3자에게 매도한 일반적인 사안을 다룬 것일 수밖에 없다. 이 연결 개소들은 학술취찬 편집 문맥과 원문 복원 맥락에 따른 이중 해석의 가능성 문제가 결국은 그 내용적 정합성에 따른 합리적 해석에 의하여 해결되어야 함을 잘 보여준다고 할 것이다.

【附論】 소송물 가액 선서에 관한 D.12.3에 전하는 다음 개소 역시 절도 사안에 관한 것이지만, 소송물 가액 선서와는 전혀 다른 것이다.²¹⁰⁾ 이것은 이미 고전기 방식서

²⁰⁸⁾ Bas.28.11.8.1 Schol. 2) (Heimbach III, p.303):

... neque enim aequum est, maritum invitum iusto tantum pretio res suas vendere. Unde nec mulier a marito stipulatur de evictione, quod ex improbitate eas res possideat Cf. Bas.28.11.10).

²⁰⁹⁾ Bas.28.11.10 Schol. 1) (Heimbach III, p.303):

Nullus enim, qui ex necessitate vendit, de ea (sc. evictione) cavet. ...

소송의 기술적인 면면에 대한 이해가 약화된 후대 유스티니아누스 황제의 로마법대전 편찬자들의 편찬 작업이 그 고전주의에도 불구하고 아주 엄밀하지는 못했음을 보여주는 대목이 아닐 수 없다. 보통법학 역시 이 점에 대한 오해가 있었다.²¹¹⁾

<53> D.12.3.9 Iavolenus 15 ex Cassio.²¹²⁾

Cum furti agitur, iurare ita oportet “tanti rem fuisse cum furtum factum sit”, non adici “eo plurisve”, quia quod res pluris est, utique tanti est.

(절도로 訴求되는 경우에는 “절도가 행해진 때의 그 물건의 가액 상당액”을 선서해야만 하고, “또는 그 이상”이라고 덧붙이는 것은 안 된다. 왜냐하면 그 물건이 그 이상의 가액인 것은 항상 그 상당액인 것이기 때문이다.)

절도소권은 순수한 징벌소권(actio poenalis)으로서 ‘물건의 과거 불법행위 시점의 가액’(quanti ea res fuit)이 기준이었다.²¹³⁾

<54> D.47.2.50.pr. Ulpianus 37 ad edictum.²¹⁴⁾

In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res in rebus humanis esse desierit, cum iudicatur, nihilo minus condemnatio facienda est. Itemque et si nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est. Quod si pretiosior facta sit, eius duplum, quanti tunc, cum pretiosior facta est, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est.

(절도소권에서는 이익상당액이 4배되거나 2배될 것이 아니라 盜品の 진정한 가액이 그리된다. 그리고 판결시에 盜品이 이 세상에 존재하지 않게 된 경우에도 여전히 유책판결을 내려야만 한다. 또 그것이 이제 약화된 경우에도 가액 산정은 절도가 행해졌던 과거 시점을 기준으로 한다. 그런데 더 값나가게 된 경우에는 더 값나가게 되었던 과거 시점 기준 산정액의 2배액으로 유책판결된다. 왜냐하면 그 시점에도 그 물건의 절도는 행해진 것이라는 게 더 옳기 때문이다.)

210) 상세는 Grzimek (2001), 168ff. 그는 정당하게도 일반 소송물 가액 선서와 章을 달리 하여 서술한다. Biondi (1913), 163 n.1만 해도 그때까지의 잘못된 학설을 반영할 뿐이다.

211) Brunemann (1701), ad D.12.3.9 nn.1-4 (p. 535).

212) Lenel, *Pal.* I, lav. fr.60 (col.284) [*De furtis*]. Cf. Lenel, *EP* (1927), 326.

213) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 317f.+ nn.44-45.

214) Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.1040 (col.675) [*Furti nec manifesti (E.128)*].

이때의 ‘tanti rem fuisse cum furtum factum est’ 선서는 도둑으로 하여금 피해를 전보 하도록 하기 위하여 확정적 금액 한도를 대는 것으로 이미 소송 前에 이루어졌다. 그래서 실제 가액이 문제되는 소송 前 단계에서는 ‘eo plurisve’라고 덧붙이는 것은 실제 가액에 消長을 가져오지 않는 것으로 보았다.²¹⁵⁾ 소송으로 진입하면 이 금액이 ‘plurisve’라는 추가적 내용과 함께 방식서에 기입되었는데,²¹⁶⁾ 이미 法定으로 *duplum* 등이 기재된 판결권한 부여(*condemnatio*) 부분이 아니라 청구 원인(*demonstratio*) 부분에 기입되었다.²¹⁷⁾ ‘도둑은 항시 이행지체 중’이라는 법리에 따라서 배상액의 증가가 예정되었기 때문이었다.²¹⁸⁾ 우리의 선서는 기본적으로 심판인의 반환 또는 제시를 명하는 중간명령을 어기는 피고에게 원고의 선서를 고려하여 유책판결을 내린다는 점에서 소송방식서와도, 또 재판외 선서와도 무관한 제도였다.

뿐만 아니라, 절도소권의 경우에는 물건을 반환하더라도 행위의 불법에 대한 징벌이 여전히 남았으므로,²¹⁹⁾ 물건의 반환에만 초점을 맞춘 소송물 가액 선서는 처음부터 고려될 수 없었다. 따라서 奴隸墮落訴權이나 暴力強奪物訴權처럼 물건의 절취를 포함하는 복합적 성격의 불법행위소권의 경우에도 물건을 반환하더라도 수반된 절도적 내용 이외의 불법행위 행태에 대한 제재가 여전히 남고,²²⁰⁾ 그래서

215) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 340 + n.47.

216) Kaser/Hackl, *RZP* (1996), 340 + n.48.

217) 상세는 Klingenberg (2009), 187ff., 215f.; Kroppenber (2004), 628ff., 631f.; Hackl (1993), 127ff., 137f.; Lenel, *EP* (1927), 329.

218) 이 점은 따라서 같은 사실관계에 기초한 절도원인 부당이득 반환청구소권의 경우에도 그대로 인정되었다.

D.13.1.8.1 Ulpianus 27 ad edictum.

Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deteriolem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.

219) Inst.4.6.27: Item actio de eo, quod metus causa factum sit, a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod eius natura tacite continetur, ut, qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur. quod in ceteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur, quod est et in furti manifesti actione.

220) D.11.3.11.2 Ulpianus 23 ad edictum. [*De servo corrupto*]

Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus, ope enim consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficet alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit. Idem et in eo, qui servum recepit et celavit et deteriolem fecit, Iulianus scribit: sunt enim diversa maleficia furis et eius qui deteriolem servum facit: hoc amplius et conditionis nomine tenebitur. Quamvis enim conditione hominem, poenam autem furti actione consecutus sit, tamen et quod interest debet consequi actione servi corrupti,

이들 경우에도 소송물 가액 선서는 고려될 수 없었다.

(III) 特示命令의 경우

원상회복을 위한 특시명령의 경우에도 그에 거역하는 피신청인의 행위에 대해서는 후속절차에서 소송물 가액 선서가 인정되었다. 이러한 경우는 실제로 지금까지의 경우들과 달리 회복을 단순히 불이행하는 것만으로도 거역에 해당하였는데, 왜냐하면 회복시켜야 할 상황을 야기한 先行行爲 자체가 이미 불법행위에 해당하여 [Ingerenz] 그 결과를 제거하지 않는 것 자체가 바로 거역으로 평가될 수 있었기 때문이다.

1) 暴力 또는 隱秘 施工 특시명령

가장 대표적 회복특시명령인 “*Quod vi aut clam* 특시명령”(暴力 또는 隱秘 施工 특시명령)²²¹⁾의 사안이 전해진다.

<55> D.43.24.15.9 Ulpianus 71 ad edictum.²²²⁾

Sed quod interfuit,²²³⁾ aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.

(그런데 이익해당액은, 혹은 원고가 소송물 가액 선서를 하는 선서를 통하거나, 혹은 그가 선서할 수 없는 경우에는 심판인의 직권으로 산정해야만 한다.)

D.11.3.12 Paulus 19 ad edictum.

quia manet reus obligatus etiam rebus redditis.

D.47.8.5 Gaius 21 ad edictum provinciale. [*Vi bonorum raptorum*]

Non prodest ei qui vi rapuit ad evitandam poenam, si ante iudicium restituat rem quam rapuit.

²²¹⁾ D.43.24.1.pr.-1 Ulpianus 71 ad edictum.

pr. Praetor ait: “*Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas*”. 1. Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliantur: iubentur enim ea restituere.

²²²⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.1600 (col.840) [*Quod vi aut clam* (E.256)].

²²³⁾ D.43.24.15.7 Ulpianus 71 ad edictum.

Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset.

2) 부동산점유회복 특시명령

“*Unde vi* 특시명령”(부동산점유회복 특시명령: C.8.4)²²⁴⁾의 사안에 관한 사료로 이미 살펴본 C.8.4.9 (a.477) <11> cit.이 전해진다.

(IV) 기타

1) 詐害행위 취소

사해행위 취소의 경우에도 특시명령의 사례에서와 같이 반환하지 않는 피고는 스스로의 詐害행위에 따른 반환 거부로 이미 거역에 해당하였으므로 단도직입적으로 소송물 가액 선서가 인정되었다.

<56> D.38.5.5.1 Paulus 42 ad edictum.²²⁵⁾

In actione Faviana si res non restitatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem iuraverit.

([斗護人을 詐害하는 被斗護人의 유언에 의한 처분을 다투는] 파비우스 소권의 경우²²⁶⁾ 물건이 반환되지 않으면 피고는 원고가 소송물 가액 선서를 한 상당액만큼으로 유책판결 받을 것이다.)

2) 公衆接客業者의 引受

선박, 호텔, 모텔 등의 공중접객업소에서 고객의 물건을 운송이나 보관을 위하여 引受(receptum)한 경우에는 물건의 안전을 보장한 것(rem salvam fore)으로 法認하여 불가항력(vis maior)에 대한 책임은 지지 않았지만 그밖에는 일반적인 賃約에 따른 책임보다 무거운 책임이 인정되었다.²²⁷⁾ 따라서 업주는 고객의 물건이 그 영업장

224) C.8.4.4 Diocletianus, Maximianus (a.294).

Si de possessione vi deiectus es, eum et legis Iuliae vis privatae reum postulare et ad instar interdicti unde vi convenire potes, quo reum causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire non ambigitur.

225) Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.596 (col.1052) [*Si quid in fraudem patroni factum sit* (E.151)].

226) actio Faviana/Fabiana에 관해서는 *Pauli Sententiae* 3.3.1:

Ea, quae in fraudem patroni a liberto quoquo modo alienata sunt, Fabiana formula tam ab ipso patrono quam a liberis eius revocantur.

227) D.4.9.1.pr. Ulpianus 14 ad edictum

Ait praetor: “Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent,

소에서 업주나 피용자에 의하여 손상, 파괴되거나, 도난으로 분실되면 반환하지 못하는 데 대하여 업주 자신에게 과실이 없더라도 책임을 져야 했고, 숙박업자는 그곳에 장기 투숙하는 사람들의 행태에 대해서도 책임을 졌다.²²⁸⁾ 비록 후대의 게르만 蠻族法典에 속하지만 로마법의 再錄에 해당하여 로마법을 비교적 잘 반영하고 있는 것으로 평가받는 東고트族의 왕 테오데릭(Theoderich, 489-526)의 법전 (Edictum Theodorici <57>²²⁹⁾에 이러한 引受의 경우에도 소송물 가액 선서가 인정되었던 것으로 전한다. 다만 이 경우에는 더 이상 반환이 가능하지 않은 상태에서 법원의 반환 명령에 대한 피고의 거역이 요건이 아니라 원고의 반환 청구에 대해 피고의 면책선서가 없을 경우에 한하여 인정하고 있으므로 로마법상의 소송물 가액 선서와는 많이 다르다고 할 수 있다.²³⁰⁾ 그러나 선서한 만큼 배상액으로 정해진다는 점에서 그 효과는 유사하다.

<57> Edictum Theodorici 119. Si quid (quis) de taberna, nave aut stabulo perierit. Si quid de taberna vel stabulo perierit, ab his qui locis talibus praesunt, vel qui in his negotiantur, repetendum est, ita ut praestent sacramenta de conscientia sua suorumque: et si hoc fecerint, nihil cogantur exsolvere; aut certe quantum petitor iuraverit se in eo loco perdidisse, restituant.

(요식업소 또는 모텔업소에서 어떤 것이 逸失된 경우에는 그러한 장소에 現在하고 있는 자들이나 이것을 업으로 하는 자들로부터 반환청구되어야만 하고, 그 결과 그들은 자신과 자기 피용자들의 양심에 관하여 선서를 해야 할 것이다. 그리고 이를 행하였으면 아무 것도 변상하도록 강제되어서는 안 된다. 前述한 경우가 아니면 실로 원고가 자신이 그 장소에서 분실하였다고 선서한 만큼 반환하여야 한다.)

(B) 소송물 가액 선서가 인정되지 않는 경우

선서가 인정되는 경우를 제외하면 소송물 가액 선서는 인정되지 않았다. 원칙적으로 가액 산정이 불필요한 확정액 사안이나, 재량의 여지가 있는 誠信소송이 아닌 嚴法소송에서는 선서가 인정되지 않았으나(D.12.3.5.pr. <27>) 개별적인 예외가 인정되기도 하였다.

in eos iudicium dabo”.

²²⁸⁾ Berger (1953), s.v. Receptum nautae (cauponis, stabularii) (p. 668f.). 참고로 그곳 설명 중 D.9.4.3.1은 D.4.9.3.1의 오식이다.

²²⁹⁾ 이에 관해서는 Wenger (1953), 560f.

²³⁰⁾ Cf. Biondi (1913), 161: “non era ... arbitraria.”

1) 嚴法소권

가장 전형적인 嚴法소권이었던 문답계약소권은 확정액/확정물 청구의 경우(이때에는 반환청구는 *condictio*에 의한다)에는 이미 그 자체로서 소송물 가액 선서가 배제되었으므로 불확정물 청구의 경우(이때에는 반환청구는 *actio ex stipulatione*에 의한다)에만 논의의 실익이 있었다. 다른 전형적인 嚴法소권인 채권적 유증 청구소권(*actio ex testamento*)의 경우도 마찬가지였다. 이에 관한 다음 개소에 따르면 이들 경우 물건의 제시가 문제되었지만 원칙적으로 소송물 가액 선서가 이루어지지 않았고(*solet*), 이때에는 심판인의 산정이 실제 가액을 산정하는 것임이 분명하다. 그러나 예외적으로는 선서가 행해지기도 하였음을 알 수 있다. 개별적 예외에 해당하는 문답계약 사례(D.12.3.5.4 <19> *cit.*)와 물권적 유증 청구의 경우에 대해서는 전술하였다(D.35.2.60.1 <48> *cit.*).

<58> D.12.3.6 Paulus 26 ad edictum.²³¹⁾

*alias, si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari.*²³²⁾

(이와 달리 문답계약에 기한 또는 유언에 기한 불확정물 소권으로 소구되는 경우에는 소송물 가액 선서가 행해지지 않는 것이 통례이다.)

이 개소에서는 두 종류의 嚴法소권만을 거명하고 있지만, 다른 모든 嚴法소권에도 동일한 법리가 적용되었다.²³³⁾

2) 誠信訴權의 반대소권

이른바 반대소권(*actio contraria*)이 인정되는 誠信訴權들(임치, 사용대차, 위임)의 경우 반대소권은 그 계약관계로 인하여 의무를 無償으로 인수한²³⁴⁾ 쪽에서 의무 이행과 관련하여 지출한 비용을 구상하거나 기타 관련 손해를 전보받는 것이 취지이므로 당연히 물건의 반환을 목적으로 하는 소송에서 인정되는 소송물 가액 선서가 적용될 여지가 없었다.²³⁵⁾ 임치의 사안이 전해진다.

²³¹⁾ Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.417 (col.1019) [*Ad exhibendum* (E.90)].

²³²⁾ Cf. Lenel, *Pal.* I, Paul. fr.417 (col.1019) n.4: “cf. (10. 4) 3 § 2.”

²³³⁾ Bas.22.6.6 Schol. 1) (Heimbach II, p.581): ... Nota, Iureconsultos actione ex stipulatu et actione ex testamento omnes strictas significare solere.

²³⁴⁾ 로마법상 임치나 위임은 無償이었다. 有償인 경우에는 賃約으로 파악하여 오늘날의 유상임치나 유상위임이 인정되지 않았다.

²³⁵⁾ 따라서 형식은 반대소송이지만 (어떤 사정으론가) 물건의 반환이 문제되는 때에는 당

<59> D.16.3.5.pr. Ulpianus 30 ad edictum.²³⁶⁾

Ei, apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit.

(그에게 입치가 되었다고 주장되는 자에게는 입치의 반대소권이 주어지는데, 이 소송에서는 정당하게도 소송물 가액 선서가 행해지지 않는다.²³⁷⁾ 왜냐하면 신뢰 파기에 관하여 소구되는 것이 아니라,²³⁸⁾ 입치를 인수한 자의 손해 전보에 관하여 소구되는 것이기 때문이다.²³⁹⁾)

3) 확정액청구(D.12.3.3 <29> cit.)

4) 本旨 이행의 거부

물건의 급부를 내용으로 하지만 반환 관계(*restitutio*)가 아니라 계약에 따른 本旨 이행(*traditio*)이 문제될 때에는 불이행 자체로서 비난가능한 의무위반임에도 불구하고 소송물 가액 선서가 적용되지 않았다. 가령

<60> C.4.49.4 Diocletianus, Maximianus (a.290).

Si traditio rei venditae iuxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus praeses provinciae, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.

(매도된 물건의 인도가 매도인의 厚顔無恥함으로 인하여 매매계약대로 이루어지지 않는 경우 道伯은 매매 완수의 이익액으로 재량한 상당액만큼을 유책판결의 산정액으로 삼도록 배려할 것이다.)

연히 이 경우와는 구별되어야만 한다. 그런 의미에서 Glück (1809), 420f.가 다음 개소를 근거로 異說을 주장하는 것은 그야말로 형식논리일 뿐이다.

D.13.7.22.3 Ulpianus 30 ad edictum.

Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit vel conduxit pignus, possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur.

²³⁶⁾ Lenel, *Pal.* II, Ulp. fr.897 (col.617) [*Depositi vel contra (E.106): De contrario iudicio*].

²³⁷⁾ Bas.13.2.5 Schol. 2) (Heimbach II, p.41): ... Non iurat autem, si quid impenderit, sed probat.

²³⁸⁾ Bas.13.2.5 Schol. 1) (Heimbach II, p.41): ... nec enim in ea fides violari videtur, ut in directa, sed impensarum tantum ratio habetur, ut indemnitas depositario praestetur.

²³⁹⁾ D.3.2.6.7 Ulpianus 6 ad edictum.

Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.

<61> C.4.49.10 Diocletianus, Maximianus (a.293).

Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes.

(精肉의 매도인이 合約의 신의를 깨뜨리고 정해진 기일에 이를 제시하지 않았다고 그대가 주장하므로, 그대는 그를 매수소권으로써 기일 이행에 대한 그대의 이익액 상당만큼 道伯에게 제소할 수 있다.)

이러한 경우에는 무엇보다도 원물 이행을 명할 수 있는 심판인의 권한 자체가 없었고, 따라서 그에 대한 拒逆이 생각될 수 없었으며, 그밖에도 계약의 내용과 시장 가격을 통하여 급부의 가액에 대한 평가가 심판인 스스로 가능하다고 보았기 때문일 것이다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이, 예외적으로 이행지체 후에 물건이 멸실된 경우에는 소송물 가액 선서가 인정되었다(D.12.3.5.4 <19> cit.).

5) 加害者委付訴權

보통법학에서는 가해자위부소권(actio noxalis)에서도 소송물 가액 선서가 가능한지를 두고 긍정하는 견해가 있었다.²⁴⁰⁾ 그러나 이 경우에는 금전 배상 대신에 불법행위의 가해자인 노예나 家子를 피해자(원고)에게 급부함으로써 책임을 다할 수 있는 것은 가해자의 소유자인 피고가 선택할 때 주어지는 유한책임의 혜택이었고, 그가 委付를 할 수 있는 것은 소송 중에는 물론 유책판결이 나온 후에라도 판결채무의 이행을 청구하는 소송 전이면 가능했으므로²⁴¹⁾, 다른 반환 관계에서처럼 심판인이 委付 명령을 내리는 것도 아니고, 또 위부하기로 한 물건을 급부하지 않더라도 그에 따라 소송물 가액 선서가 일어나는 것이 아니라 그와 선택적으로 지정된 금전배상으로 나아가는 것이므로,²⁴²⁾ 긍정설은 잘못이다. 무엇보다도 사료상으로 어떠한 전기도 전해지지 않는 것은 다 그만한 이유가 있어서인 것이다.

²⁴⁰⁾ Duarenus (1765), ad D.12.3 nn.XL/XLVII (p.404f.; 406f.).

²⁴¹⁾ D.5.3.20.5 Ulpianus 15 ad edictum.

Idem (sc. Iulianus) recte ait, si noxali iudicio condemnatus sit possessor defuncto, non posse eum dedentem noxae officio iudicis liberari: quia tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu iudicati conveniatur, post susceptum iudicium non potest noxae dedendo se liberare: susceptum autem per petitionem hereditatis.

²⁴²⁾ Kaser, *RP* I (1971), 630ff.

6) 아퀼리우스法 소권

역시 보통법학에서 논의되었던 것 중의 하나가 아퀼리우스法 소권의 경우에 소송물 가액 선서가 가능한가 하는 문제였다. 다수설은 정당하게도 이를 부정했으나, 긍정설도 있었다.²⁴³⁾ 그러나 이러한 모든 논의는 고전로마법과는 거리가 너무 먼 논의였다. 사료상 전해지지 않는 이유는 이 소권이 물건의 반환을 목적으로 하는 소권이 아니었기에 너무나도 당연한 것이었지만, 배상액이 실제 가액 이상이라는 논점에 초점을 맞추다 보니, 그리고 로마법과 달리 징벌성이 당시에 사라졌다는 배경도 한몫 하면서 문젯거리가 되었던 것일 뿐이다.

III. 맺음말

로마법상 소송물 가액 선서는 원물의 반환이나 제시 의무 있는 피고가 심판인의 명령에도 불구하고 악의적으로 점유를 빼돌리거나, 명령에 따르기를 거부[거역]하여 원고의 현실 이행에 대한 이익이 침해되는 경우에 한편으로는 이행을 간접적으로 강제하고, 다른 한편으로는 불이행시 원고의 이익을 도모하기 위하여 심판인이 원고에게 인정했던 것이다. 원고는 실제 가액 이상의 주관 가액으로써 청구액을 선서할 수 있었지만, 이로 인한 과도한 가액 산정을 막기 위하여 심판인이 일정한 최고 한도를 정할 수 있었고(taxatio), 이때에는 그 범위 내의 선서만 인정되었다. 이 제도는 분명 당시 국가의 집행능력과 관련이 있다. 로마에서는 종국판결이 내려지고 강제집행 단계로 진입하면 원칙적으로 파산절차가 진행되었고, 개별집행이 더디게 발전했던 관계로 모든 판결은 금전배상을 내용으로 하였기 때문에 원물 반환을 구하는 청구라도 이를 집행단계까지 가서도 관철시킬 수가 없었던 것이다. 이를 보완하기 위하여 적어도 반환의무자의 惡意나 거역의 경우 원물의 이행을 간접적으로나마 강제하기 위하여 도입된 것이 바로 이 소송물 가액 선서인 것이다. 배상액의 증가를 가져오는 거부행위를 삼가도록 할 상당히 강력한 금전적 압박수단을 마련했던 것이다. 이런 의미에서 로마법의 전체상을 파악하는 데에 있어서 모든 유책판결이 금전배상 판결이라는 대원칙의 저변에 부분적이기는 하지만 원물 이행을 우선시했던 또 다른 제도적 장치가 마련되어 있었다는 사실을 잊어서는 안 될 것이다.²⁴⁴⁾ 그러나 이 지점에서 오해를 피하기 위하여 한 가지는 분명히 해 둘

²⁴³⁾ Glück (1809), 420f. (Glück 자신은 긍정설).

필요가 있다. 지금까지 이 선서가 일종의 懲治, 制裁라고 지적해 왔지만, 엄밀한 의미에서 심지어는 대물소권의 경우에서까지도 피고는 물적 급부(specific performance)를 이행할 義務가 없었기 때문에 피고 스스로 경제적 불이익을 감수하기로 마음먹은 경우에는 그 행위는 법적으로 불법하거나 부당한 것이 아니었고, 그런 의미에서는 그를 비난할 수 없다는 점이다.²⁴⁵⁾ 그는 말하자면 억지로 비싼 값을 주고 물건을 산 매수인이 되는 데에 그치는 것이었다.

이 제도는 오늘날처럼 집행제도가 잘 구비되어 있는 곳에서는 그 존재이유가 희박할 수밖에 없다. 그러나 반환의무자가 악의적으로 이행을 거부함으로써 강제집행 단계에까지 진입하여 비용과 시간과 노력을 소모하게 하는 것보다 어떤 방식이든가 보다 신속하게 이행을 하도록 만들 수 있다면 그 또한 나쁘지 않을 것이다. 그런 의미에서 이미 재판 중에 그러한 압력이 동원될 수 있었던 로마법의 소송물 가액 선서 제도 그 자체는 물론, 그것이 또한 실제로도 적극 활용되었다는 사실은 우리에게 시사하는 바가 적지 않다고 할 것이다.

【후기】 번역 용어의 문제

투고심사자 세 분의 꼼꼼한 검토와 지적으로 적지 않은 오식을 고칠 수 있었다. 특히 제3 심사자는 용어의 번역과 관련하여 여덟 가지나 되는 중요한 지적을 하였다. 심사의견을 참조하여 더 좋은 글이 될 수 있었다. 또 서울대학교 법학연구소 이상훈 조교의 숙달된 교정 솜씨도 문장을 다듬는 데 크게 기여하였다. 이 모든 것에 대하여 감사드린다. 그런데 번역어의 문제는 로마법학처럼 외국의 원사료를 다루어야 하는 분야에서는 필연적으로 대면할 수밖에 없는 기본문제에 속하므로(줄고, 서울대학교 法學, 제55권 제1호(2014. 3), 255면 이하 참조) 제기된 논점들에 관하여 後記의 형식으로 私見의 일단을 피력하고자 한다.

<논점 1> 『iusiurandum in litem을 “소송청구액 선서”라고 번역하였는데, “소송물 가액 선서”라고 하는 것은 어떤지?』

이 문제는 필자도 두 대안을 놓고 많이 생각한 결과 투고 시에는 “소송청구액 선서”로 정했었다. 어떤 역어를 선호할 것인가는 관점에 따라 달라질 수 있을 것이다. 선서의 내용을 그저 중립적으로 표현하면 “소송물 가액 선서”이고, 언어적으로도 그대로 대응하는 이 역어에는 그 자체로 아무런 문제가 없다. 그런데도 “소

²⁴⁴⁾ Cf. Wimmer (1995), 113ff. (“Vorrangiges Interesse an Naturalrestitution”).

²⁴⁵⁾ Wubbe (1976), 180ff.

송청구액 선서”로 옮겼던 것은 선서자의 입장에서 (“소송물 가액 선서”라고 할 때 연상될 수 있듯이, 그래서 오해를 일으킬 수 있듯이, 실제 가액이 아니라) 자신이 원하는 가액을 표명하는 것이라는 주관적 관점을 담는 것이 이 제도의 특징을 더 잘 반영한다고 생각한 때문이었다. 「“소송청구액 선서”라는 표현은 애초에 원고가 일정한 금액을 청구하는 것으로 상상될 터」라는 심사자의 주장은 그다지 설득력이 있다고 생각되지 않는다. 왜냐하면 곧 이어 그 자신도 지적하듯이 「실은 이 제도는 원고가 물건의 반환이나 제시를 구하는 것이고, 그 물건이 명령대로 반환/제시되지 않았을 때 피고가 얼마를 내야하는지(이 물건이 원고에게 얼마나 값진 것인지)를 원고가 선서하는 제도」이기 때문이다. 외국법에 대하여 내용을 파악하지도 않은 채 용어만으로 상상하는 독자를 염두에 두는 것은 적절하지 않다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 최종본에서는 심사자의 의견을 좇아서 필자도 애초에는 선호했던 (이미 로마법강의[1995], 422면) “소송물 가액 선서”로 역어를 다시 변경하였다. 사태를 중립적이고 객관적으로 표현하는 용어 쪽이 오히려 해석된 의미를 함축하는 역어보다는 더 합당하다고 생각되기 때문이다. (참고로 독일의 학설취찬 공동번역팀도 근자에 주관적 해석이 들어간 번역보다는 엄밀한 逐字的 번역을 취하는 것을 방침으로 삼았다고 전한다.) 독자적 번역은 그 자체로 오류가 아니고, 또 각 독자에게 해석의 여지를 열어두지만, 주관적 번역은 하나의 해석을 제공할 뿐이라는 점에서 이 해석이 틀리면 대책이 없게 되는 난점이 따른다. 그리고 해석이 맞다고 해도 다른 여지를 봉쇄한다는 점에서는 문제가 없을 수 없다. 심사자의 다른 지적, 즉 「저자 스스로도 주제어를 적는 단계에서는 “소송물 가액 산정”이라는 표현을 사용하였는데, 이 용어가 “소송청구액”보다는 더 나아보인다.」는 지적도 도움이 되었다. 왜냐하면 “소송물 가액 산정”은 *litis aestimatio*를 번역한 역어인데, 이렇게 되면 *lis* = “소송물 가액”으로 역어를 통일할 수가 있기 때문이다. *Ius iurandum in litem*도 넓은 맥락에서는 소송물 가액 산정의 한 방법이기 때문에 관련주제어로 선정할 것이다.

그리고 이 기회에 한 가지만 덧붙이고자 한다. 玄勝鍾 著, 曹圭昌 增補, 로마法 (1996), 583면에 의하면 소유물회수소송(*rei vindicatio*)에서 심판인은 피고에게 “목적물을 반환하라”고 판결했으며(裁定判決, *adiudicatio*), 피고가 불응하면 원고에게 소송물의 가액을 선서시키고, 피고는 이 “訴價額(*litis aestimatio*)”을 지급하라고 판결했다고 서술한다. 여기서 중간 결정인 반환 명령을 중국판결인 *adiudicatio*로 표시한 것은 오류이다. 뿐만 아니라 이것은 분할소송에서 계쟁물의 귀속을 결정하는

판결을 말한다는 점에서도 잘못이다(Berger [1953], s.v. Adjudicatio, p.349). 또 원어를 부기하기는 했지만 “訴價額”이란 용어도 오해의 소지가 있다. 오늘날 訴價額 소송목적의 값으로 사물관할, 인지대, 변호사 보수 등의 산정 기준이 되는 것이고, 무엇보다도 소를 제기한 때를 기준으로 산정한다는 점에서 큰 차이가 있기 때문이다(임대운, 민사소송실무[2012], 344면 이하.).

<논점 2> 「심판인이 원고에게 소송물 가액 선서를 하도록 하는 것을 “선서를 認付한다”라고 저자는 적고 있는데, “인부”라는 용어는 심사자가 과문한 탓에 다소 생소하다.」

심사자는 「*iusiurandum deferre*는 “선서를 하게한다”, 허락한다는 정도로 번역해도 될 듯하다. 예컨대, “원고에게 선서를 認付하는 것”이라는 표현은 “원고에게 선서를 하게 하는 것”이라고 적어도 무리가 없지 않을까?」 하는 의견이다. 이 역어에 대해서는 줄고, 서울대학교 法學, 제55권 제1호(2014. 3), 307면 이하를 참고하기 바란다. 그곳을 보면 이 역어가 선서를 되넘기는 *referre*, 즉 返付와 짝을 이루는 표현으로 구상된 것이고, 뿐만 아니라 *facultatem iurisiurandi deferre*와 같은 문장도 무리 없이 번역하기 위해 안출된 것임을 알 수 있을 것이다. 특히 “허락”이나 이 뜻의 “하게 하다”는 궁극적으로는 심판인의 권한을 시사하는데, *deferre* 동사는 목적어인 선서를 지배하는 중립적인 타동사인 점을 고려해야 할 것이다. 그리고 *delatio iurisiurandi*(“선서의 認付”)처럼 명사화 시켜서 써야 하는 경우에 認付라는 표현이 편리하고, 특히 “선서의 허락”으로 표현하면 원고의 신청을 전제하는 것으로 오해할 소지가 크다는 난점이 있게 된다.

<논점 3> 「원래의 문헌이 사후에 변작된 것(*interpolation*)을 저자는 “수정”이라고 적고 있는데,」 타당한가?

이 문제 역시 관점의 차이가 중요할 것이다. 원작자 아닌 다른 자가 텍스트를 임의로 손질하면 變造, 變作에 해당하고, 이것은 표현 자체로서는 틀린 것은 아니다. 그러나 로마법 문헌의 경우 이러한 일이 발생한 것은 후대의 법담당자들이 전승된 법문헌을 자기 시대의 법에 부합하도록 손질을 한 것을 가리키는 것으로서, 그 의식과 의도 자체가 원작을 나쁜 의도에서 變改하는 데 있는 것이 아니라, 時宜에 맞게 “修正”하려는 데 있었던 것이므로(일종의 飜案) 이 용어를 사용하는 것이 더 타당해 보인다. 원작의 입장에서 판단해야만 하는 문학작품과 달리 실천이 생명인 법의 경우에는 당대의 관점에서 판단하는 것이 필수적이기 때문이다. 따라서 예컨대 大明律의 규정에 대해서 조선의 실정에 맞도록 손질을 해서 이해하는 것(조지만,

조선시대의 형사법 - 대명률과 국전 - [2007], 125면 이하 참조) 또한, 비록 형식적으로는 대명률의 문구 자체를 직접 변경하는 방식은 아니지만, 내용 면에서 당연히 수정인 것이고, 이에 대하여 우리는 전혀 變作이라는 표현을 사용하지 않는데, 모두 이러한 까닭이다. 사료 이해에 있어서 수정 비판의 방법론(Interpolationistik)을 무분별하게 구사하는 것에 대한 비판이 ‘수정’이라는 용어 자체에 대한 비판이 되어서는 곤란하다.

<논점 4> 「“점유의 악의적 포기(拋止)”, 라는 표현 역시 심사자가 과문한 탓에 생소하다.」

이 지적은 투고 시에 필자가 *dolo desinere possidere*에 축어적으로 대응시키기 위하여 새로 만들었던 역어에 대한 것이다. “그치다, 그만두다, 중지하다”는 뜻을 가진 *desinere* 동사가 이 문맥에서 쓰인 것을 살펴보면, 외관상 점유를 상실하는 행위를 함으로써 소유물반환청구의 피고 적격을 벗어나려고 하지만, 실제로는 점유를 포기할 의사가 없기에 어디까지나 잠시 점유하기를 중지하는 양상을 보이다가 소송을 면하게 되면 때를 보아 다시 점유를 하려는 사태를 지시한다. 이런 복합적인 사정을 표현해 보려고 만든 용어였지만, 필자 생각에도 마땅한 것은 아니었다. 최종적으로는 점유 상실의 시점을 기준으로 단순하게 보아서 일반적인 표현인 “포기”로 역어를 통일하였다.

<논점 5> 「*contumacia*를 오역(忤逆)이라고 번역하였는데, 포지와 마찬가지로 생소하다.」

이 지적에 대해서는 심사자가 좀 더 부연하였다. 「명령을 거역하는 것이므로 “불복종”이라고 소박하게 번역할 경우 더 많은 독자들이 로마법을 조금 더 쉽게 접할 수 있게 되지 않을까 생각한다. 저자 스스로도 ‘거역(拒逆)’이라는 덜 생소한 표현을 쓰기도 하므로(제7면), 오역이라는 용어는 어찌면 저자에게도 별로 편안한 용어는 아닐 수도 있다.」 필자가 전에 사용한 용어는 “違命”이었는데(로마법강의 [1995], 422면), 이번에 忤逆이라는 생소한 역어를 써본 것은 원어의 語感을 살리면서 역어와 1대1 대응을 유지해서 역어만 보아도 원어를 대응시킬 수 있도록 특화하려는 욕심 때문이었다. 심사자의 지적도 고려하여 더 일반적인 용어로 대체하기로 정한 후, 폭넓은 외연과 맥락을 가지는 “불복종”, 특정한 구체적 명령에 대한 불순종이라는 의미의 “不遵命” 등을 놓고 생각 끝에 거부감도 적고 또 악의적인 불복종 행태를 제일 간명하고 무난하게 표현한다고 생각되는 “거역”으로 통일하였다. 否定 방식의 용어(“불-복종”)보다는 긍정 방식의 용어(“거역”)가 더 낫다는 생각도

작용하였다.

<논점 6> 『iusiur. in litem affectionis를 “애호가” 선서, iusiur. in litem veritatis를 “진정가” 선서라고 번역한 부분도, “주관적 가액” 선서, “실제 가액” 선서라는 표현을 고려해 보면 어떨까 한다.』

이 문제도 필자 역시 고민했던 것인데, affectio의 정서적 어감이 사라지는 단점은 있으나 가액 판단 기준의 실질인 주관과 객관이 명료해진다는 이점이 있으므로 최종적으로는 심사자의 의견을 따르되, 전자를 “주관 가액”으로 표현하였다. 아울러서 “眞正價” 대신에 함께 사용했던 “實價” 역시 모두 “실제 가액”으로 통일하였다.

<논점 7> 『“猜害(Schikane)의 不在를 다짐하는 濫訴(calumni)의 선서”라는 표현은, “악의적 남소(calumni)가 아니라는 점에 대한 선서”라고 해야 맞을 듯하다.』

물론 이 경우 선서의 내용은 “남소가 아니다”(non calumniae causa agere: Gai. 4.176)라는 것일 수밖에 없다. 그렇지만 그 선서는 통상 iusiurandum calumniae, 즉 “濫訴의 선서”라고 부른다. 역어로서 내용에 부합하게 “不濫訴의 선서”를 생각 안 해 본 것은 아니지만, 의미를 새겨서 사용하는 한, 역시 로마인들의 관행적인 표현을 그대로 써도 무방하리라고 생각된다. 라틴어 용어가 아니어서 관심 대상이 아니었던 때문인지 독일어 Schikane에 대한 필자의 독자적인 역어인 “猜害”에 대해서는 의외로 아무런 지적이 없었다. 공감하는 것으로 받아들여도 될지 모르겠다.

<논점 8> 『“징치”라는 용어도 새롭게 접하는 것인데, 그 뜻은 응징하여 벌준다는 것이므로, 좀더 익숙한 “징벌”이라는 용어를 그대로 사용해도 무방하지 않을까 생각 한다.』

심사자는 아울러 『저자 스스로도 “징벌”이라는 용어를 쓰기도 한다(제8면),』고 지적하고, 관련하여 종합적으로 『포지, 오역, 인부, 징치 등의 생경하고 특이한 용어가 난무할 경우, 로마법은 esoteric하고 quaint한 주제라는 잘못된 인식이 퍼질 수 있다고 생각한다.』는 충고도 하고 있다. 지적한 것들 가운데 다른 것들은 이미 살피보았고, 懲治에 관한 한, 전문용어가 아닌 일반용어로서 징벌과 대동소이한 것이므로 어느 어휘를 사용하느냐는 앞의 논점들과는 달리 (법)기술적인 관점에서가 아니라 다른 기준으로 살필 수 있을 것이다. 원칙론을 펴자면, 흔히 쓰지 않는 어휘라는 이유만으로 국어사전에 등재된 단어를 배제하는 것은 득책이 아니다. 音便이라든가 어감, 文體 등의 차원에서 물론 얼마든지 논의의 여지가 있을 수 있지만, 개인적인 선호의 측면도 부정할 수 없을 것이다.

<기타 논점> 제2 심사자는 『독자의 이해를 위해 가능하면 모든 고전 텍스트를

번역하는 것이 좋지 않은가 한다.』는 소견을 피력하였다. 타당한 견해이지만, 안타깝게도 현실적으로는 그대로 따르기 어려운 사정이 있다. 다른 학문 분야도 마찬가지이지만, 다양한 원전에 대한 독자적인 번역이 존재한다면 譯書를 단순히 지시하는 것으로 족하고 애써서 원문을 그대로 轉載할 필요조차 없을 것이다. 그러나 현재 로마법 원전 번역이 미비한 상태여서 번역문을 제공하려면 인용하는 거의 모든 사료를 논문작성자가 직접 번역해야만 하는데, 이는 실현하기에는 작업 부담, 논문의 분량, 기타 여러 점에서 어려움이 따른다. 그래서 차선책으로 취하고 있는 것이 일단 논지의 증거로서 인용된 원자료만큼은 이를 가급적 모두 제공하여 다른 별다른 노력 없이도 소수일지언정 독해능력을 갖춘 독자가 논문의 검증이 가능하도록 하는 방침이다. 혹 좀 더 관심이 있는 독자라면 일응 현대의 다양한 외국어로 된 번역들을 참조할 수 있을 것이다.

【주요 사료색인】

관련개소	일련번호	관련개소	일련번호	관련개소	일련번호	관련개소	일련번호
Digesta		12.3.4.1	<1>	13.6.3.2	<26>	49.1.28.1	<51>
4.3.18.pr.	<49>	12.3.4.2	<5>	16.3.1.26	<30>	Codex Iustinianus	
5.1.64.pr.	<13>	12.3.4.3	<9>	16.3.5.pr.	<59>	3.32.21	<41>
5.3.20.21	<33>	12.3.4.4	<17>	19.2.48.1	<31>	4.49.4	<60>
5.3.25.10	<32>	12.3.5.pr.	<27>	20.1.16.3	<47>	4.49.10	<61>
6.1.46	<40>	12.3.5.1	<6>	25.2.8.1	<52>	5.53.1	<37>
6.1.68	<45>	12.3.5.2	<10>	25.2.10	<52>	5.53.2.pr.	<38>
6.1.71	<42>	12.3.5.3	<18>	26.7.7.pr.	<20>	5.53.2.1	<14>
8.5.7	<46>	12.3.5.4	<19>	26.9.1	<35>	5.53.3	<39>
10.4.3.2	<7>	12.3.6	<58>	35.2.60.1	<48>	5.53.4.pr.	<21>
10.4.5.2	<50>	12.3.7	<12>	38.5.5.1	<56>	5.53.4.1	<23>
12.3.1	<24>	12.3.8	<36>	42.1.41.1	<43>	5.53.5	<22>
12.3.2	<28>	12.3.9	<53>	43.24.15.9	<55>	8.4.9	<11>
12.3.3	<29>	12.3.10	<28>	47.2.9.1	<44>	Edictum Theodorici	
12.3.4.pr.	<34>	12.3.11	<4>	47.2.50.pr.	<54>	119	<57>

투고일 2015. 4. 6 심사완료일 2015. 5. 26 게재확정일 2015. 5. 29

참고문헌

- Arumaeus, Dominicus, *Exercitationes XXVI. ad Pandectas* (Jenae, 1666).
- Ayblinger, Josephus Adam, *Commentarius ad Quinquaginta Libros Digestorum seu Pandectarum, Opus posthumum* (Argentae Vindelicorum, 1726).
- Berger, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1953).
- Biondi, Biondo, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Fasc. I (Palermo, 1913).
- Boehmer, Iustus Henning, *Introductio in Ius Digestorum*, Sexta editio emendatio (Halaе Magdeburgicae, 1741).
- Brunnemann, Johannes, *Commentarius in Pandectas*, Editio quinta (Wittebergae & Berolini, 1701).
- CIC II = *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. II Digesten 1-10*, Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (C.F.Müller Verlag: Heidelberg, 1995).
- CIC III = *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. III Digesten 11-20*, Gemeinschaftlich übersetzt und herausgegeben von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (C.F.Müller Verlag: Heidelberg, 1999).
- Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht, Band I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)* (C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1985).
- Cujacius, Jacobus, *Opera omnia in decem tomos distributa*, Tomus I (Neapoli, 1758).
- de Berger, Io. Henricus, *Oeconomia Iuris ad Usus hodie accommodati*, Editio quarta (Lipsiae, 1734).
- de Coccejus, Samuel, *Jus civile controversum*, Editio quarta multis quaestionibus aucta (Francofurti et Lipsiae, 1779).
- de Cramer, Ioh. Ulricus, *Opuscula diversas materias ex omni iure tractantia*, Tomus II (Marburgi Cattorum, 1754).
- De Simone, Monica, *Litis aestimatio e actio pignoratitia in rem. A proposito di D.20.1.21.3* (2007) = <http://www.unipa.it/dipstdir/portale/DE%20SIMONE/Litis%20aestimatio%20-%20De%20Simone.pdf> (최종방문 2015. 3. 15).
- Donellus, Hugo, *Opera omnia, Tomus decimus et Commentariorum in Selectos quosdam*

- Titulos Digestorum*, Volumen primum (Florentiae, 1847).
- Duarenus, Fanciscus, *Opera omnia diligenter emendata & aucta opportunis Notis. Volumen Primum quo in Digestorum priores quatuor partes et in Justinianei Codicis titulos aliquot Commentarii continentur* (Lucae, 1765).
- Ehrhardt, Arnold, *Litis aestimatio im römischen Formularprozess* (C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin, 1934).
- Emericus, Joannes, *Praxis civilis, sive Processus judicarius, secundum Ordinationem, Usus & Consuetudinem Camerae Imperialis, & Summorum Germaniae Judiciorum, ac Statutorum* (Francofurti, 1670).
- Engelmann, Arthur, and others, *A History of Continental Civil Procedure* (Rothman Reprints, Inc., South Hackensack, New Jersey, Reprinted 1969 / Augustus M. Kelley Publishers, New York, New York, First published 1927).
- Glück, Christian Friedrich, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar*, Zwölften Theils erste Abtheilung (Erlangen, 1809).
- Grzimek, Philipp, *Studien zur Taxatio* (Verlag C.H.Beck München, 2001).
- Hackl, Karl, "Gaius 4,37 und die Formeln der *actio furti*", in: *Ars Boni et Aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von Martin Josef Schermaier und Zoltán Vegh (Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1993).
- Hartwich, Fridericus, *Pandectarum seu Digestorum Pars tertia. Liber duodecimus*, in: Mejer, Iustus (cura), *Pandectae Universi Iuris Civilis sive Collegium Iuridicum Argentoratense* (Argentorati, 1616), 569-614.
- Heineccius, Io. Gottlieb, *Elementa Iuris Civilis secundum Ordinem Pandectarum, commoda auditoribus methodo adornata. Juxta nonam editionem* (Magdeburg, 1764).
- Herdlitczka, Arnold Rudolf, *Zur lehre vom Zwischenurteil <pronuntiatio> bei den sogenannten actiones arbitrariae* (Wien, Oskar Höfels, 1930).
- Honoré, Tony, *Palingenesia of Latin Private Rescripts 193-305 AD: from the Accession of Pertinax to the Abdication of Diocletian* = <http://iuscivile.com/materials/honore/rescripta/rscript1.shtml#d212> (최종방문 2015. 2. 20).
- Hulot, I = Hulot, Henri (transl.), *Corps de droit civil Romain en latin et en français*,

- Tome 2: Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, tome I (Metz/Paris, 1803/réimprime en 1979 par Scientia Verlag, Aalen, Allemagne).
- Hulot, II = Hulot, Henri (transl.), *Corps de droit civil Romain en latin et en français*, Tome 2: *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, tome II (Metz/Paris, 1804/réimprime en 1979 par Scientia Verlag, Aalen, Allemagne).
- Hunnius, Helfricus Ulricus, *Encyclopedia Iuris Universi*, Editio tertia (Coloniae Agrippinae, 1658).
- Jhering, I = Jhering, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 1, 10. unveränderte Auflage (Unveränderter Neudruck der 6. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1907 / Scientia Verlag Aalen, 1968).
- Jhering, III = Jhering, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 3, 9. unveränderte Auflage (Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1906 / Scientia Verlag Aalen, 1968).
- Kaser, RP I = Kaser, Max, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Zweite, neubearbeitete Auflage (C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1971).
- Kaser, RP II = Kaser, Max, *Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, Zweite, neubearbeitete Auflage (C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1975).
- Kaser/Hackl, RZP = Kaser, Max, *Das römische Zivilprozessrecht*, Zweite Auflage, neubearbeitet von Hackl, Karl (C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, 1996).
- Kehoe, Dennis P., "Law, Agency and Growth in the Roman Economy", in: Paul J. du Plessis (ed.), *New Frontiers. Law and Society in the Roman World* (Edinburgh University Press, 2013), 177-191.
- Klingenberg, Georg, "Das modicum-Kriterium", in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Band 126 (2009), 187-283.

- Kroppenberg, Inge, “Philipp Grzimek, Studien zur Taxatio (= Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte 88). Beck, München 2001. XIII, 217 S.”, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Band 121 (2004), 628-632.
- Lauterbach, W. Ad., *Compendium Iuris ... a Joh. Jacobo Schützio ... emendatum* (Tubingae, Francofurti & Lipsiae, [post 1697]).
- Lenel, EP=Lenel, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch seiner Wiederherstellung*, 2. Neudruck der 3. Auflage Leipzig 1927 (Scientia Verlag Aalen, 1974).
- Lenel, Pal. I & II=Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, Volumen prius & Volumen alterum (Akademische Druck- und Verlagsanstalt: Graz – Austria, 1960).
- Ludovicus, Jacobus Fridericus, *Usus practicus Distinctionum Juridicarum, Juxta ordinem Digestorum adornatus, Pars I. Priores XIII. Libros exhibens*, Editio III (Halaе Magdeburgicae, 1717).
- Maranus, Guilielmus, *Opera omnia, seu Paratitla Digestorum et Varii Tractatus Juris civilis* (Trajecti ad Rhenum, 1741).
- Noodt, Gerard, *Operum omnium Tomus II continens Commentarium in D. Justiniani, sacratissimi principis, Libros XXVII Digestorum sive Pandectarum, Juris enucleati ex omni vetere Jure collecti*, Editio recens in Germania (Coloniae Agrippinae, 1732).
- Nörr, Dieter, “Zur condemnatio cum taxatione im römischen Zivilprozeß”, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Band 112 (1995), 51-90.
- OSS, I=Otto, Karl Ed./Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand (Übersetz.), *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Erster Band (Leipzig, 1830).
- OSS, II=Otto, Karl Ed./Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand (Übersetz.), *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt*, Zweiter Band (Leipzig, 1831).
- Raber, Fritz, “Zum ‘pretium affectionis’”, in: *Festgabe für Arnold Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag dargebracht von seinen Schülern und Freunden*, herausgegeben

- von Franz Horak und Wolfgang Waldstein (Wilhelm Fink · München / Salzbrug, 1972), 197-213.
- Saller, Richard P., *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family* (Cambridge University Press, 1994).
- Schieder, Christian, *Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des Römischen Rechts* (Wallstein Verlag: Göttingen, 2011).
- Schnellerus, Petrus, *Disputatio juridica de In litem iurando* (Marpurgi Cattûm, 1618).
- Schrader, O., *Reallexikon der Indogermanischen Altertumskunde* (1901).
- Schulz, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford at the Clarendon Press, First edition 1951/Reprinted 1954).
- Scott, III & IV = Scott, S.P. (Transl.), *The Civil Law*, Volume III and IV (Cincinnati, 1932 / Reprinted AMS Press Inc., New York, 1973).
- Solazzi, Siro, “Del «iusiurandum in litem»” (1900), in: *Scritti di diritto romano*, I (1899-1913), 75-82.
- ThDNT = *Theological Dictionary of the New Testament*, vol. V., edited by Gerhard Friedrich, Translator and Editor Geoffrey W. Bromiley (1967 / reprinted 1981).
- Thomasius, Christianus, *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum Titulos* (Halaе Magdeburficae, 1713).
- Voet, Johannes, *Commentarius ad Pandectas*, Tomus primus, Editio ultima accuratior (Coloniae Allobrogum, 1757).
- vom Kampe, Lucas, *Dissertatio Iuridica Inauguralis De Iuramento in litem* (Traiecti ad Rhenum, 1741).
- Watson, Alan (ed.), *The Digest of Justinian, Translation*, Rev. English language ed., Vol. I (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998).
- Watson, Alan, “Iusiurandum in litem in the Bonae Fidei Iudicia” (1970), in: *idem, Studies in Roman Private Law* (The Hambledon Press: London and Rio Grande, 1991), 223-241.
- Wenger, Leopold, *Die Quellen des römischen Rechts* (Druck und Verlag Adolf Holzhausens Nfg.: Wien, 1953).
- Wimmer, Markus, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten* (Böhlauverlag: Köln · Weimar · Wien, 1995).

- Winkel, Laurens, “Specific Performance in Roman Law”, in: *The Right to Specific Performance. The Historical Development*, Editors Jan Hallebeek / Harry Dondorp (Metro, 2010), 9-20.
- Wissowa, Georg, *Religion und Kultus der Römer*, zweite Auflage (München, 1912).
- Wubbe, Felix, “Der Streitwert bei der actio Serviana”, in: *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Dieter Medicus und Hans Hermann Seiler (C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung München, 1976), 179-200.

<Abstract>

Iusiurandum in litem in Classical Roman Law

Choe, Byoung Jo*

In Roman law *iusiurandum in litem*, an oath by the plaintiff as to value the amount of the condemnation (D.12.3; C.5.53), was applied to compel the defendant to pay the very sum sworn by the plaintiff if he failed against the pertaining order of the judge (*iussum de restituendo* or *exhibendo*) to restore a thing due to the plaintiff or to produce it into the court. It was only permitted where there was malice (*dolus*) or contumacy (*contumacia*) on the part of the defendant who would not restore or produce as ordered. Where there is only mere fault (*culpa*), the judge (*iudex*) makes the *aestimatio*, i.e., he makes himself the valuation, and the oath ought not to be tendered. The oath must be tendered by the judge, either without or with a *taxatio*, i.e., a limitation of the highest amount acceptable, within which the oath must be kept. The amount sworn by the plaintiff usually was in both cases larger than the very value of the thing concerned. It shows the penalty function of the oath. It was one of the many cases in which an oath played a role in Roman law. The very background was the principle that every sentence must be expressed in money (*omnis condemnatio pecuniaria est*). The principal cases refer to the *actiones arbitrarie*, but there are many others handed down to us in the *Corpus Iuris Civilis*.

The textual basis, however, was disturbed by the interpolations made since the Classical period mainly due to the shift to the possible specific performance. The oath was now understood partly as a penalty for sanctioning the contumacy of the defendant as before, but at the same time partly as a mere supplementary method of proof. Justinian preserved that system, not settling more the complicated issue. The generations of jurists up to now have racked their brains over the problem without reaching a clear-cut conclusion, but must be satisfied with a more or less

* Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

plausible reconstruction.

This article intends, first of all, to introduce the very institute of Roman law by translating for the first time into Korean all of the relevant provisions of the *Corpus Iuris Civilis* and explaining more or less exegetically, and then to induce to contemplate how to confront properly with such contumacious non-performances on the part of the obligated, a very phenomenon we experience in everyday life in spite of a very well developed legal system whatsoever.

Keywords: *iusiurandum in litem*, *iussum de exhibendo*, *iussum de restituendo*, *litis aestimatio*, oath as to value, Roman law

