

자주 점유의 기원과 종말

김기창*

목 차

- I. 뵘티에(Robert J Pothier, 1699~1772)
- II. 사비니(Friedrich Carl von Savigny, 1779~1861)
 - 1. Animus possidendi 의 왜곡
 - 2. 정당한 권원의 실종
 - 3. 자주점유 이론의 탈 윤리성
- III. 맺는말

[국문 요약]

‘Animus domini’ 라는 표현은 소유권 취득 원인거래에 기하여 선의로 물건을 취득한 자는 ‘소유자의 마음가짐으로’ 그 물건을 점유하게 된다는 당연한 이치를 설명하기 위하여 뵘티에가 사용한 것이다. 뵘티에는 이처럼 정당한 권원(iusta causa)과 선의(bona fides)가 모두 구비된 경우에 시효 취득이 가능하다는 점을 설명하였으며, 그의 입장은 프랑스 민법전에 비교적 충실히 반영되었다. 뵘티에가 거론한 animus domini는 로마법 상의 점유보호 특시명령 제도와는 전혀 무관하였다.

그러나 사비니는 시효 취득 제도와 점유보호 특시명령 제도라는 상이한 두개의 제도를 모두 관통하는 하나의 점유 이론을 구축하고자 하였다. 그 결과 사비니는 animus domini를 원인거래와는 상관없이 어쨌건 물건을 ‘자기 것으로 하고자 하는 의사’라는 의미로 사용하였다. 이처럼 소유자로 행세하려는 의사가 있는 경우에만 ‘법리적 점유’가 인정될 수 있다는 자신의 독특한 가설을 동원하여 사비니는 로마법 상 점유보호 특시명령 제도가 임차인, 노예, 재산 관리인 등이 본인을 위하여 점유하는 경우에는 적용되지 않았다는 점, 그리고 자기 것으로 하

* 고려대학교 법과대학 교수

고자 하는 의사로 점유하는 자라면 약의 점유자나 강폭 점유자도 특시명령의 보호대상이 될 수 있었다는 점을 설명할 수 있다고 믿었다.

점유보호 특시명령 제도를 설명하는 과정에서 고안된 사비니의 이러한 '법리적 점유 이론'은 후세 법률가들이 오히려 취득 시효 제도를 규정하는데 영향을 미치게 된다. 예를 들어 우리 민법의 점유 취득 제도는 사비니가 말한 '소유의 의사'를 요건으로 하여 규정되어 있는 반면, 로마법 이래 배티에에 이르기까지 유지되었던 정당한 권원과 선의에 관한 요건은 완전히 누락되게 된다.

이러한 사태는 취득 시효 제도에 관한 담론이 탈윤리적으로 변질되는 결과를 낳았다. 정당한 원인거라도 없이, 악의로 남의 물건을 차지하기에 이른 자라도 그 상태를 일정 기간 유지하면 소유권을 획득할 수 있다는 주장은 로마법의 윤리적 기초와 근본적으로 어긋난다. 특히, 사비니가 말하는 '소유의 의사'는 소유자 아님을 알면서 소유자로 행세하려는 의사까지를 포함하므로, 많은 경우 '불법영득 의사'와 다를 것이 없는데, 이러한 위법한 의사를 법제도가 보호하고 소유권까지 부여해 준다는 발상은 불행하기 그지없다.

다행히 최근 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 '소유의 의사'는 더 이상 내심의 문제가 아니라 점유를 취득하게 된 객관적 정황에 기초하여 판단해야 한다는 입장을 천명하였다. 프랑스 법원도 1945년 이래 이러한 입장으로 선회하였다. 결국, 소유권 취득의 정당한 원인 없이 무단 점유한 자는 '소유의 의사'를 주장하기 어렵게 되는데, 이러한 대법원의 입장은 시효 취득의 요건으로 정당한 권원(iusta causa)과 선의(bona fides)를 일관되게 요구해 왔던 2000년 넘게 유지된 유럽 법 전통을 회복하는 것이며, 사비니의 기교적이고 현란한 이론에 가려왔었던 법의 윤리성을 회복하는 것이기도 하다.

[주제어] 소유의 의사, 점유 취득 시효, 정당한 권원, 선의 점유, 사비니, 배티에, 사용취득, 점유보호 특시명령, 무단 점유, 점유의 태양, 불법영득 의사, 자주점유

우리 민법상 취득 시효 완성은 '소유의 의사로' 점유한 경우에 한하여 가능하도록 규정되어 있다.¹⁾ 예를 들어, 타인의 물건을 빌려서 점유하는 자는 그 물건을 '소유의 의사로' 점유하는 것이 아니므로, 평온, 공연한 점유가 아무리 오래 계속되더라도 취득 시효 주장을 할 수 없다. 반면에, 매수하거나 증여 받은 물건을 매수인이 또는 수증자가 점유하는 경우, 특별한 사정이 없는 한 그는 그 물건을 '소유의 의사로' 점유하는 것으로 인정받을 것이다. 따라서 매매나 증여가 그 물건의 소유권을 그에게 이전하기에 미흡하였더라도 취득 시효 요

1) 민법 제245조(부동산의 경우), 제246조(동산의 경우)

전이 충족되면 그 자는 취득 시효 완성의 효과로서 그 물건의 소유권을 획득할 여지가 있다.

논란이 별로 없는 위 두 가지 사례에서 알 수 있듯이, 어떤 물건을 ‘소유의 의사로’ 점유하는지 여부는 그 물건을 어떻게 점유하게 되었는지 - 즉, 점유를 취득하게 된 경위와 전후 사정이 무엇이었는지 - 와 분리해서 논의하기는 어렵다고 필자는 생각한다. 그러나 지금까지 우리 법률가들이 ‘소유의 의사’를 설명해 온 방법을 관찰하면, 마치 이 문제가 점유자 내심의 의사나 마음가짐의 문제인 듯 보이기도 한다. 1997. 8.21.의 대법원 전원합의체 판결이 나오기 전까지 자주 인용되었던 대법원 판시는 다음과 같다.

일반적으로 부동산취득시효를 인정하기 위한 요건으로서의 지주점유라 함은 소유자와 동일한 지배를 하려는 의사에 기한 점유이면 족한 것이지, 법률상 그러한 지배를 할 수 있는 권원, 즉 소유권을 가지고 있거나 또는 소유권이 있다고 믿고서 하는 점유를 의미하는 것은 아니다.²⁾

취득 시효에 요구되는 점유의 양태를 점유자의 의사(‘소유의 의사’)에 주안점을 두어 설명하고 규정하게 된 연혁적 배경에 대하여는 이미 상세한 연구가 이루어져 있다.³⁾ 일본 민법전 형성 과정에서 적지 않은 영향을 미쳤던 보와소나드 교수는 지주 점유에 대하여 다음과 같은 설명을 제시한 바 있다.

부동산의 점유에 기하여 취득 시효를 주장하는데 요구되는 첫 번째 요건은 그 점유가 “소유자로서”(소유자의 마음가짐으로) 하는 것이어야 한다는 것이다. 이러한 점유는 “법정” 점유라 하겠는데, “단순한 사실상의 점유”(오직 사실상의 소지에) 반대되는 것이다. 이 점유는 “사용허락에 의존한(precario)” 점유와도 반대 된다. 사용허락에 의존하는 점유는

2) 대법원 1992.10.27. 선고 92다30375 판결

3) 최병조, 「부동산의 점유취득시효와 점유자의 소유의사의 추정」, 『서울대학교 법학』 제37권 (1996), 101, 142면.

점유자가 그 권원의 속성상 당연히 그 물건의 주인이 따로 있다는 점을 인정하고서 그자를 위하여(남을 위하여) 점유하는 것을 말한다.⁴⁾

물론, “소유자로서(à titre de propriétaire)” 하는 점유라는 표현은 프랑스 민법전 제2229조, 제2230조 등에 사용된 표현이다. 예를 들어 제2229조는 다음과 같다.

취득 시효를 위해서는 계속되고, 중단되지 않으며, 평은, 공연하고, 배타적이며, 소유자로서 하는 점유를 요한다.⁵⁾

보와소나드 교수는 소유자로서 하는 점유를 “법정 점유(possession civile)”라고 부르면서, 법정 점유를 다시 다음과 같이 설명하고 있다(밑줄은 필자가 추가).

법정 점유는 자기 것으로 가지려는 의사로 유체물을 소지하거나 권리를 행사하는 것을 말한다.⁶⁾

“소유자로서” 하는 점유를 부연 설명하려는 의도로 보와소나드 교수는 “소유자의 마음가짐으로(cum animo domini)”라는 해석을 부가하였음을 주목할 필요가 있다. 즉, “소유자로서 하는 점유”를, 점유에 이르게 된 원인관계가 아니라

4) 보와소나드 초안 제1474조에 대한 주석. *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, tom. 5 [1889] n. 340, p.354.

5) Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire. 최병조 교수는 “à titre de propriétaire”를 “소유자의 권원으로”라고 번역하셨지만(앞의 논문, 107면), “à titre de ...”는 하나의 관용구로서 “[어떤] 지위에 있는 자로서” 또는 “... 로서”라는 뜻일 뿐, 그 표현에 사용된 titre 가 “권원”을 의미하는 것은 아니라고 생각한다. 명순구 교수는 “소유자의 자격으로”라고 번역하신다. 명순구 역, 『프랑스 민법』(법문사, 2004), 859면. (“시효완성을 위해서는 점유가 중단없이 계속적이어야 하며 평은·공연·표현 점유이어야 하고, 또한 소유자의 자격으로 행하는 점유이어야 한다.”) “possession non équivoque”의 의미에 대하여는 Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Cours de droit civil, Les biens*, 4e édition, (Edition Cujas, 1998), p.146 참조.

6) La possession civile est la détention d'une chose corporelle ou l'exercice d'un droit, avec l'intention de l'avoir pour soi. 보와소나드 초안 제193조 제1항.

점유자의 의사에 치중하여 설명하려는 것이다. 이러한 입장은 19세기 독일 학자들을 지배하였던 점유에 관한 주관설의 영향으로 인한 것이라는 점은 이미 지적된 바 있다.⁷⁾

I . 뽀티에(Robert J Pothier, 1699~1772)

그러나, 19세기 독일의 점유이론을 선도한 사비니의 *Das Recht des Besitzes* 의 초판(1803)이 발간되기 전인 1771~1772년에 출판된 *Traité de la possession* 과 *Traité de la prescription* 에서 뽀티에는 시효 취득을 가능하게 하는 점유 유형을 “소유자의 마음가짐으로(*animo domini*)” 하는 점유라고 설명한 바 있으므로, 얼핏 보면 보와소나드 교수는 뽀티에의 설명을 반복하는 것 같기도 하다. 그러나 좀더 상세한 검토가 필요하다.

뽀티에는 점유를 법정 점유(*possession civile*) 와 사실상 점유(*possession naturelle*) 로 나누고(이 구분은 사비니와 보와소나드 교수가 모두 채택하는 구분이다),⁸⁾ 법정 점유를 다음과 같이 설명한다.

법정 점유라 함은, 소유자의 마음가짐으로(*animo domini*), 즉 소유자라고 생각하고 점유하는 자의 점유를 말한다.⁹⁾

뽀티에가 사용한 ‘*animus domini*’ 라는 표현은 나중에 사비니에 의하여 전용

7) 최병조, 앞의 논문, 106면.

8) 이 구분의 원전 근거로는 D. 43.16.1.9. *Ulpianus 69 ad ed.* Deicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. (법적으로 점유하건 사실상 점유하건, 점유를 해야 그 점유의 침탈이 문제될 수 있다. 이 특시명령(*unde vi*)은 사실상 점유의 경우에도 적용이 있다.)

9) Pothier, *Traité de la prescription*, Ch. II, Art. I, no. 27 (Œuvres de Pothier, tome 9, 2e édition, Paris, 1861, p. 327): “On appelle possession civil, la possession de celui qui possède *animo domini*, c’est à dire, comme s’en réputant le propriétaire.” 또 다른 곳에서 뽀티에는 법정 점유를 “*possession animo dominantis*” 라고도 표현하고 있다. *Traité de la possession*, Ch. I, Art. II, no. 13 (Œuvres, tome 9, p. 271).

(轉用)되어, 주관설에 입각한 사비니의 점유 이론의 핵심 개념으로 자리하게 된다. 그러나, 쾨티에는 ‘소유자의 마음가짐으로(animo domini)’라는 표현을 사용하긴 하였지만, 그 의도는 점유자의 내심에 착안하여 법정 점유를 설명하려는 것이 아니었다. 쾨티에가 제시하는 법정 점유 개념, 그리고 그가 설명하는 시효 취득의 법리는 점유자의 내심에 강조점이 놓인 것이 아니라, 어떤 경위로 점유하게 되었는지, 즉 점유의 원인을 이루는 객관적인 거래 관계가 무엇이었는지에 초점이 맞추어져 있다. 이 점은 다음 구절에서 분명히 드러난다.

법정 점유(possession civile)로 되려면 그 점유가 정당한 권원(juste titre)에 기하여 획득된 것이어야 한다. 정당한 권원이라 함은 매매, 교환, 증여 등 소유권이 이전되도록 하는 성질의 원인거래를 뜻한다. 이 원인거래가 목적물의 소유권을 점유자에게 유효하게 이전한 경우일 수도 있고, 목적물을 점유자에게 인도하는 자에게 처분권한이 없어서 원인거래가 단지 양수인으로 하여금 자신이 소유자라고 믿을 정당한 근거만을 제공한 경우일 수도 있다.¹⁰⁾

여기서 말하는 ‘권원(titre)’은 당해 물건을 취득하게 된 원인(causa)를 뜻한다.¹¹⁾

10) *Traité de la possession*, Ch. I, Art. II, no. 6 (tome 9, p. 270): “Pour qu’une possession soit possession civil, il faut qu’elle procède d’un juste titre; c’est à dire d’un titre qui soit de nature à transférer la propriété, tel que le titre de vente, d’échange, de donation, etc., soit que ce titre ait effectivement transféré le propriété de la chose au possesseur, soit que par défaut de pouvoir d’aliéner dans celui de qui le possesseur tient la chose à ce titre, le titre lui ait seulement donné un juste sujet de se croire le propriétaire de la chose”

11) 서울오, 「사비니의 물권계약론에 관한 학술사적 고찰」, 『이화여대 법학논』 제11권 제2호, 119, 138면, 각주 5(제121면)에 인용된 문헌 참조 또한, Emile Littré 가 편찬한 프랑스어 사전(1863년에 제1판 출간)도 “titr 를 다음과 같이 설명하고 있다: “법률용어로 사용되는 경우, 점유를 법적으로 유효하게 만드는 원인(En droit, la cause qui rend une possession légalement efficace) 따라서, “titre” 는 소유권, 지상권 등의 “본권”을 뜻하는 것이 아니라, 그러한 본권을 취득하게 된 원인 거래를 말한다. 송덕수, 「부동산 점유취득시효의 요건으로서의 자주점유와 악의의 무단점유」, 『민사법』 제16호(1998), 287, 288면 참조(“‘權原’은 본래 ‘점유를 취득하는 근거로서의 법률행위 기타의 법률요건’을 의미한다.”) 따라서, 프랑스 문헌에서 사용되는 titre 라는 용어는 현대 영어의 title 과는 그 의미가 다르다.

정당한 권원(원인거래) 없이 점유하는 자(예를 들어, 무단점유자, 도둑 등)에게는 ‘소유자로서의 마음가짐’이 인정될 여지가 없었음은 분명하다. 시효 취득에 관하여 뵈티에가 제시한 설명은 이점을 재확인하고 있다.

시효 취득을 위해서는 정당한 점유, 소유자의 마음가짐으로 하는 점유, 자신이 소유자라고 믿을 근거가 실제로 있어서 하는 점유임을 요하므로, 정당한 권원에 기하여 하는 점유이어야 한다. 왜냐하면 소유권을 이전할 수 없는 성질의 권원에 의존하거나, 권원 없이 차지한 물건에 대하여 근거를 가지고 소유자라고 믿을 수는 없기 때문이다.¹²⁾

뵈티에가 사용한 ‘소유자의 마음가짐(animus domini)’이라는 표현은, 소유권 移轉에 통상 사용되는 원인 거래(매매, 증여 등)가 실제로 있던 경우, 그러한 거래에 기하여 물건을 점유하게 된 자는 당연히 소유자로서, 즉 소유자의 마음가짐으로 그 물건을 점유하게 된다는 점을 지적하는 것에 불과하다. 물건을 점유하게 된 원인을 이루는 거래의 객관적 성질이나, 그러한 거래의 준부를 도외시한 채로, 점유자의 내심이나 의지(Wille)에만 집중하여 그자가 그 물건을 ‘자기 것으로 가지려는 의사’가 있는지를 논하는 것은 뵈티에가 이해한 법정 점유 (possession civile) 개념과는 조화될 수 없다.

이러한 사실은 뵈티에가 취득 시효를 설명하면서, 로마법 원전에 충실히 기대어, 정당한 권원(juste titre)과 선의(bonne foi)가 구비되어야 취득 시효가 가능함을 강조하고 있다는 점에서도 드러난다. 그가 말하는 법정 점유는 취득 시효를 가능하게 하는 점유이므로, 정당한 권원(즉, 원인 거래) 없이 남의 물건을 차지하는 도둑이나 무단 점유자에게 법정 점유가 인정될 여지는 없다. 뵈티에는 이점을 다음과 같이 설명한다.

12) Traité de la prescription, Ch. III, no. 58 (tome 9, pp.337, 338): “Il faut donc, pour la prescription, que la possession soit une juste possession, une possession animo domini, une possession d’une chose dont on se croit avec fondement le propriétaire, et par conséquent qui procède d’un juste titre : car on ne peut pas se croire avec fondement propriétaire d’une chose qu’on possède en vertu d’un titre qui n’est pas de sa nature translatif de propriété, ni d’une chose dont on s’est emparé sans titre”

취득 시효를 위해서는 정당한 권원이 필요하다는 점은 우리가 제시한 취득 시효의 정의에 포함되어 있다. 우리는 취득 시효를 “어떤 물권의 소유권을 정당한 점유를 통하여 획득하는 것”이라고 정의한 바 있다. 따라서 취득 시효를 위해서는 그 점유가 정당한 점유, ... 정당한 권원에 기하여 하는 점유이어야 한다.¹³⁾

도둑질한 물건을 차지하고 있는 자가 그 물건에 대하여 어떤 마음(animus)을 먹고 있는지를, 사용취득에 요구되는 점유와 관련하여 논할 여지는 로마법률가에게는 아예 존재하지 않았다. 12표법과 Lex Atinia 에 의하면, 도둑은 그 피해자가 이를 다시 회수한 다음에는 사용취득의 대상이 될 수 있으나, 그렇지 않은 이상 사용취득할 수 없었다.¹⁴⁾ 쁘티에는 법정 점유를 설명할 의도로 animus domini 라는 표현을 사용하긴 하였으나, 그가 말하는 법정 점유는 사용취득 또는 취득시효 제도와의 관련에서만 논의될 수 있는 것인데,¹⁵⁾ 도둑질한 물건을 사용취득하는 것은 아예 불가능하였으므로 도둑에 대하여 animus domini 운운할 여지가 없기는 쁘티에의 경우에도 마찬가지다. 상식에 비추어 보더라도, 도둑이나 무단 점유자가 소유자가 아니라는 점은 누구보다 그 스스로가 잘 알고 있다. 따라서 소유자가 그 물건에 대하여 가지는 마음가짐을 도둑이나 무단점유자가 가지는 것은 불가능하다. 자기 물건에 대한 마음가짐과 남의 물건을 자기 것으로 하려는 마음가짐이 동일하다고 생각하는 자는 그 자신을 속이고 있을 뿐이다.

13) Ibid “La nécessité d’un just titre pour la prescription, est renfermée dans la définition que nous avons donnée de la prescription. Nous l’avons définie, l’acquisition que nous faisons du domaine de propriété d’une chose, par la juste possession que nous en avons» Il faut donc, pour la prescription, que la possession soit une juste possession, ... qui procède d’un just titre”

14) D.41.3.4.6. 그리고 Gaius. ii, 45.

15) 이는 사비니도 분명히 지적하고, 동의하는 점이다. F von Savigny, Das Recht des Besitze, 6. verm. u. verb. Aufl., Giessen, 1837 p. 62 “로마법 전체에서 점유가 권리의 기초로 되는 단 하나의 경우는 사용취득이다. 따라서 (로마)법정 점유는 사용취득을 위한 점유와 마찬가지이다(Nun giebt es im ganzen Civilrecht nur ein Recht, dessen Anwendung den Besitz voraussetzt, nämlich Usucapion : folglich heißt civiliter possider so viel als ad usucapionem possidere.)”

II. 사비니(Friedrich Carl von Savigny, 1779~1861)

1803년에 출판된 *Das Recht des Besitzes* 는 당시 24세의 신진학자 사비니를 일약 유명하게 만든 저술이다.¹⁶⁾ 로마법 문헌에 대한 역사적 분석 방법을 이용하여 점유 개념에 대한 일관된 이론 체계를 정립하고자 시도한 이 저술에서 사비니는 다음과 같은 주장을 펴고 있다.

점유의 心素(*animus possidendi*)는 소유의 의사(*animus domini*) 또는 자기 것으로 가지려는 의사(*animus sibi habendi*)로 설명되어야 한다. 그 결과, 자신이 소지하는 물건을 소유자로서 다루는 자, 즉 소유자가 권리에 기하여 그 물건을 지배하는 것처럼 사실상 그것을 지배하려는 자, 그래서 자신보다 더 나은 권리를 가진 자를 인정하지 않으려는 자만이 점유자로 파악될 수 있다. 점유의 개념에는 이러한 소유의 의사 이상이 포함되어 있지 않다. 자신이 진정한 소유자라는 믿음(*opinio domini* 또는 *cogitatio domini*)이 요구되지 않음은 물론이다. 따라서 소유자 자신의 점유는 물론이고 강도나 도둑의 점유도 여기에 해당하며, 이들은 소유자와 마찬가지로 임차인과는 대비된다. 임차인은 물건을 자기 것으로 취급하지 않으므로 점유자라 할 수 없다.¹⁷⁾

이러한 사비니의 견해는 다음과 같은 문제점을 안고 있다.

-
- 16) 19세기 영미의 법률가에게 끼친 사비니의 영향에 대하여는 Michael H. Hoeflich, 'Savigny and His Anglo American Disciples', *American Journal of Comparative La*, Vol. 37, (1989), pp. 17, 37 참조. 사비니의 점유 이론이 등장한 역사적 맥락에 대한 분석은 James Gordley and Ugo Mattei, 'Protecting Possession', *American Journal of Comparative La*, Vol. 44 (1996) pp. 293, 334.
- 17) *Das Recht des Besitzes*, 1 ed., pp. 113, 114: "so daß der animus possidendi durch animusdomini oder animussibi habend erklärt werden muß, folglich nur der als Besitzer gelten kann, welcher die Sache als Eigentümer behandelt, deren Detention er hat, d. h. welcher sie factisch eben so beherrschen will, wie ein Eigentümer Kraft seines Rechts zu thun befugt ist, also insbesondere auch ohne einen Anderen, besser Berechtigten, über sich anerkennen zu wollen. Mehr aber, als dies animus domini, gehört durchaus nicht in den Begriff des Besitzes: am wenigsten die Ueberzeugung, daß man wirklich Eigentümer sei (*opini.cogitatio domini*): darum kommt der Begriff des Besitzes dem Räuber under Dieb eben sowohl zu, als dem Eigentümer selbst, und jene sind ganz auf dieselbe Weise, wie dieser dem Pächter, entgegen gesetzt, welcher keinen Besitz hat, weil er die Sache nicht als seine eigne Sache behandelt."

첫째, 점유의 心素를 ‘소유의 의사’라고 규정함으로써, 소유의 의사가 없는 자는 아예 점유자가 아니라는 이론 체계 수립을 시도하였으나, 이러한 이론은 다수의 로마법 원전 자료에 사용된 용어 사용례와 충돌한다는 점

둘째, 점유에 이르게 된 객관적 원인 거래를 도외시 한 채, 점유자의 주관적 의사에 과도한 비중을 두고 점유 개념을 설명하려 시도한 점

셋째, 관념적 이론 체계 수립에 골몰한 나머지 법의 윤리성에 대한 성찰을 누락한 점

이하에서 이 문제점들을 차례로 검토한다.

1. Animus possidendi 의 왜곡

소유자만이 물건을 점유하는 것이 아니라는 점은 누구도 부인하지 않으며, 부인할 수도 없다. 율피아누스는 다음과 같이 설명한다.

이 특식 명령[uti possidetis]이 부여되는 이유는 점유와 소유는 분리됨이 마땅하기 때문이다. 점유자이긴 하지만 소유자가 아닌 경우도 있고, 소유자이긴 하지만, 점유자가 아닌 경우도 있다. 그리고 점유자이며 소유자인 경우도 있다.¹⁸⁾

소유자가 아님을 알면서 점유하는 자가 그 물건에 대하여 가지는 마음가짐(animus)이 ‘소유의 의사’일 수 없음은 당연하다. 그러나 위 구절에서 알 수 있듯이, 율피아누스는 그런자도 점유자일 수 있다고 설명하고 있다. 그렇다면, 어째서 사비니는 점유의 心素를 ‘소유의 의사’라고 규정하고, 소유의 의사 없이는 그가 말하는 ‘점유’가 불가능하다는 다소 무리한 주장을 개진하였을까?

로마법 상 점유는,

18) D.43.17.1.2 Ulpianus libro 69 ad edictu Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate : fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit : fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit.

- i) 소유권 취득 방법의 하나였으며(매매 등 원인 거래에 기하여 점유를 이전 - traditio - 받으면 소유권을 취득),
- ii) 사용취득 - usucapio - 의 요건이기도 했으며(위와 같이 물건의 점유를 개시한 후, 그 점유가 일정기간 계속되면 소유권을 취득),
- iii) 특시명령으로 보호되는 대상이기도 했다.

사비니는, 이 세 가지 맥락에서 논의 되었던 점유 유형들을 두루 관통하는 하나의 설명 방법, 하나의 일관된 이론 체계 수립을 원했다. 특히 사용취득과 점유보호 특시명령이라는 완전히 다른 두 제도에 공히 적용될 수 있는 하나의 추상적 개념(Begriff)으로 점유 이론을 구축하고자 하였다. 이점은 다음 구절에서도 드러난다.

이 모든 것에서 다음 결론이 도출된다. 즉 로마법에서 점유가 가지는 두 가지 법적 의미[사용취득에 요구되는 점유와 특시명령의 보호 대상인 점유] 간에는 법리적 점유로서 구분할 근거는 전혀 없고, 오직 하나의 법리적 점유가 존재할 뿐이다. 이 법리적 점유만이 구비되는 경우에는 특시명령 부여 근거가 충족되고, 다른 요건들[bona fides 와 iusta causa]까지 구비되면 사용취득이 이루어지는 것이다.¹⁹⁾

그러나 점유보호 특시명령은 소유권 등 본권에 대한 분쟁과는 제도적으로 절연된 형태로 운영되었다는 점은 율피이누스의 다음 설명(uti possidetis의 경우)에서도 드러나는 점이다.

소송당사자 간에 소유권에 대한 분쟁이 있는 경우, 당사자 간에 누가 점유자[피고]이며, 누가 원고인지에 대하여 견해가 일치되는 경우도 있고 그렇지 못한 경우도 있다. 견해

19) Das Recht des Besitze, t ed.,p. 92: Aus diesem Allen folgt, daß den zweij juristischen Bedeutungen, die der Besitz im Römischen Recht hat, durchaus keine Eintheilung eines juristischen Besitze überhaupt zum Grunde liege, sondern daß es nur eine juristische possessio giebt, die wenn sie allein vorhanden ist, blos die Interdicte begründet, aber wenn noch andere Bestimmungen hinzukommen, auch die Usucapion zur Folge hat.

가 일치되면 당사자의 지위 문제는 그것으로 해결된다. 즉, 점유자라는 점에 다툼이 없는 당사자는 점유자[피고]로서의 편리함을 누리고, 다른 당사자는 원고로서의 부담을 진다. 그러나 당사자 간에 서로 자신이 더 우월한 점유자라는 주장이 제기되어 다툼이 있는 경우 누가 점유자로 되어야 할지는 이 특시명령에 회부되어 결정된다.²⁰⁾

누가 원고가 되고, 누가 피고(점유자)가 되어 본권에 관한 분쟁해결 절차가 진행되어야 하는지는, 누구에게 본권이 있는지와는 상관없는 쟁점인데, 바로 이 쟁점을 해결하는 절차가 특시명령(uti possidetis) 이라는 것이다.²¹⁾

반면에, 사용취득은 오직 소유권 취득에 관한 문제이므로, 특시명령과는 그 제도의 취지와 존재 이유가 판이하다. 그러나 사비니는 추상적, 全一的 점유 이론 구축에 거의 편집증에 가까운 집착을 보이면서, 그가 발견(또는 발명?)해 낸 ‘의사 중심의 점유 이론’이 사용취득 제도와 특시명령 제도에서 각각 논의되었던 다양한 점유 상황들을 모두 포섭할 수 있다는 확신에 차 있다.

법리적 점유에 대한 이러한 견해[이론적으로 추상화, 재구성된 점유 개념; 역자 주]는 점유와 관련된 모든 법적 요건들이 문제될 때 언제나 동일한 단 하나의 개념을 제공하는 기초가 되는 것으로서, 모든 해석에 있어서 가장 중요하며, 점유에 관한 일체의 저술이 가지는 실제적 가치를 보편적으로 그리고 확실하게 측정하는데 사용되는 유일한 기준은 여기에 있다.²²⁾

20) D.43.17.1.3 Ulpianus libro 69 ad edictu Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est : ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur. 비슷한 설명은 D.41.2.35에서도 제시 된.

21) D.41.2.12.1 Ulpianus libro 70 ad edictu Nihil commune habet proprietat cum possessione : et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare : non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit. 소유권과 점유는 별개의 문제이다. 소유물 반환 소송을 제기한 자라고 해서 점유보호 특시명령을 구할 수 없게 되는 것이 아니다. 소유물 반환소송을 제기하더라도 자신이 점유자라는[역자 : 피고가 되어야 한다는] 주장을 포기한 것으로 볼 수 없다.

22) Das Recht des Besitze, t ed., pp. 93, 94. Diese Ansicht der juristischen possessio überhaupt, nach welcher

견잡을 수 없이 치닫는 사비니의 점유 일원론은, 불행하게도, 어처구니없이 빈약한 근거에 입각해 있다. 자신의 이론이 전적으로 의존하는 토대(worauf unsere ganze Ansicht beruht)라면서 사비니는 파울루스의 다음 구절을 내세우고 있다.²³⁾

점유의 종류는 무한하지만, 점유 자체는 하나로 분류된다.

그러나 파울루스가 이 구절에서 설명한 내용은 사용취득과 특시명령이 하나의 일관된 점유 개념에 기초한 제도라는 이야기가 아니다. 파울루스는 소유권 취득의 여러 원인 거래(매매, 증여, 유증 등) 또는 원시 취득(포획, 가공 등)의 유형들에 상응하는 점유 유형, 즉, 매수자로서의 점유, 수증자로서의 점유, 포획자로서의 점유, 가공자로서의 점유 등이 있다고 설명한 다음, 유형은 다르지만 점유라는 점에서는 같다는 언급을 하고 있을 뿐이다.²⁴⁾ 이 설명이 특시명령 제도와 과연 어떤 관련이 있는지, 이 설명에서 말하는 점유가 특시명령으로 보호되는 점유와 어떤 공통점이 있는지는 오직 사비니의 맹렬한 상상에 달려 있을 뿐이다. 사용취득 제도와 특시명령 제도를 사비니처럼 하나로 묶어서 설명하고 논의하려는 로마법학가를 필자는 아직 발견하지 못하였다.

서로 다른 존재 이유를 가지고 각기 다른 기능을 수행하던 사용취득 제도와 특시명령 제도를 하나로 아우르고자 사비니가 채택한 방법은, 특시명령이 보호하는 점유도 ‘소유의 의사로 하는 점유’에 한한다는 자신의 이론적 假說을 마

alle juristische Bestimmungen der possessio immer nur einen und denselben Begriff zum Gegenstande haben, ist für die ganze Interpretation unter allen die wichtigste, und in ihr liegt der einzige Maaßstab, nach welchem der materielle Werth jeder Schrift über den Besitz allgemein und mit Sicherheit bestimmt werden kann.

23) Ibid., p. 93.

24) Dig.41.2.3.21 Paulus 54 ad edictum) Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore : pro donato : pro legato : pro dote : pro herede : pro noxae dedito : pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.

치 역사적 事實인 듯 내세우는 것이었다. 사용취득에 요구되는 점유는 소유자로 되는데 필요한 원인 거래에 기하여 물건을 점유한 경우로 한정되어 있다는 점은 분명하고, 이렇게 점유하는 자는 -뵈티에가 설명하듯이 - *animo domini* 즉, '소유자의 마음가짐으로' 점유하고 있으므로, 사비니는 이제 특시 명령이 보호하는 점유도 *animo domini* 로 점유하는 경우로 한정되어 있다는 假說을 세운다. 이 假說을 통하여 사비니는 로마법 상 특시명령이 어째서 임차인에게는 허용되지 않았는지를 명쾌하게 설명할 수 있으리라고 믿었다. 우리 민법상 점유보조자에게는 점유가 인정되지 않는 것과 마찬가지로, 로마법률가들은 노예, 재산관리인, 임차인 등에게는 점유를 인정하지 않았다.²⁵⁾

그러나, 특시명령으로 보호되는 점유는 소유권 취득 권원에 기하여 선의로 점유를 개시한 자의 점유에 한정된 것이 아니라는 점 또한 분명하였으므로, 사비니가 말하는 *animus domini*는 뵈티에가 말하는 *animus domini* 와 같은 의미를 가질 수는 없다. 뵈티에는 소유권 취득 권원(매매, 증여 등 정당한 권원)에 기하여 물건을 인도받은 선의의 점유자가 당연히 가지게 되는 '마음가짐'을 *animus domini* 라고 불렀음에 반하여, 사비니는 이 표현을 '물건을 자기 것으로 하려는 의사(Wille)'라는 뜻으로 사용한다. 즉, 사비니가 말하는 *animus domini* 는 원인거래와도 상관 없고, 선의로 개시한 점유인지와도 무관하다. 사비니가 말하는 '소유의 의사'는 매매, 증여 등 소유권 이전을 목표로 한 원인거래의 당사자에게 당연히 생기는 마음가짐이 아니라, 원인거래와는 상관 없이 점유자가 주관적으로 의욕하는 바, 소유자인지와는 상관 없이 '소유자처럼 사실상 행세하려는(*sie factisch eben so beherrschen will*) 심리상태'를 뜻한다. 이것이 바로 우리 법률가들

25) D.43.16.1.22 Ulpianus 69 ad edictu) Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his deiectis ipse deici de possessione videtur, etiamsi ignoret eos deiectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem possidebam, deiectus fuerit, mihi competere interdictum nemini dubium est. (노예, 재산관리인 또는 토지임차인이 지배하는 물건은 그 소유자가 점유하는 것으로 보아야 한다. 따라서 이들이 축출되면, 비록 소유자가 그 사실을 모르더라도, 소유자의 점유가 침탈당한 것으로 보아야 한다. 그 외에도 나의 점유보조자가 축출되면, 내가 특시명령을 신청할 적격이 있다는 점은 의문이 없다.)

에게 너무도 익숙한 ‘소유의 의사’이다.

프랑스 민법과는 달리, 우리 민법의 취득 시효 규정에는 정당한 원인거래에 대한 언급이 완전히 누락되게 된 것도 이처럼 원인거래를 도외시한 채 점유자의 심리상태에만 초점을 맞추어 *animus domini*를 관념하고, 바로 이 ‘소유의 의사’를 점유의 *心素*로 파악하여야 한다는 사비니의 매우 기교적인 설명방법이 득세하였기 때문이다(이점은 후술). 그러나, 의욕에 가득찬 사비니의 이러한 이론 조작과 난삽한 설명때문에 의미 파악이 오히려 어려워져 버린 ‘점유의 *心素*’가 원래 뜻하였던 바는 ‘점유한다는 인식’ 그 이상도 이하도 아니었다. 어떤 물체가 물리적으로 어느 자에게 놓여있다는 사실만으로 점유를 인정할 수 있는 것이 아니라, 그 물건을 점유한다는 인식도 구비되어야 점유를 인정할 수 있다는 설명을 하기 위하여 거론되는 것이 점유의 *心素(animus possidendi)*이므로, 이것을 소유의 의사와 억지로 연결하려는 사비니의 시도는 적지 않은 어려움을 초래하게 된다.

특시명령으로 보호되는 점유는 ‘소유의 의사로’ 하는 점유에 한한다는 주장 -이것부터 원전근거에 정면으로 반하는 것이지만-에서 그치지 않고, 사비니는 ‘점유’라는 용어 자체를 자신의 가설에 입각하여 재규정한다. 이것이 바로 법리적으로 재구성된 점유 개념 -*eine juristische possessio*-이다.²⁶⁾ 이 법리적 점유를 ‘소유의 의사(*animus domini*)로 하는 점유’라고 사비니는 정의하고 있으므로, 소유의 의사가 없는 자는 법률상 점유(*possessio*)를 주장할 수 없으며, 단순한 소지(*detentio*)가 인정될 뿐이라고 사비니는 설명하게 된다. 그러나, 이러한 용어 재규정이 과연 원전에 의하여 뒷받침 될지는 의문이다. 이점을 몇 가지 예를 들어 살펴본다.

26) 사비니가 말하는 *juristische possessio* (법리적 점유 개념)는 *possessio civilis* (법정점유)와 *possessio naturalis* (사실상 점유) 중 특시명령의 보호 대상이 되는 점유를 모두 포섭하는 것으로서, 그가 독자적으로 창안한 개념이다.

1) 사용수익권자(usufructuarius)의 경우

사용수익권에 기하여 타인의 물건을 사용, 수익하는 자가 그 물건을 사용취득하지 못함은 당연하다. 매매, 증여 등과는 달리, 물건에 대한 사용수익권 설정행위는 그 물건의 소유권 이전을 낳는 원인 거래(iusta causa)가 아니기 때문이다. 그러나 가이우스는 이 점을 다음과 같이 설명하기도 한다.

사용수익권자는 그 노예를 사용취득하지 못한다. 그 이유는 첫째, [그 노예를] 점유하는 것이 아니라 그 노예를 사용하고 수익할 권리를 가질 뿐이기 때문이고, 둘째, 그 노예가 타인의 소유임을 알고 있기 때문이다.²⁷⁾

용익권은 ‘타인의 물건에 대하여 가지는 권리(iura in re aliena)’의 일종이다. 권리는 유체물(res corporales)이 아니므로 그것을 ‘점유’한다거나 ‘점유를 이전’한다거나 할 수 없다는 점은 가이우스가 이미 설명한 바 있다(Res incorporales traditionem non recipere manifestum est).²⁸⁾ 따라서 위에 인용한 가이우스의 설명도, 용익권자는 물건을 점유하는 것이 아니라, 그 물건에 대한 특정한 권리를 누리는 것일 뿐이라는 점을 강조한 것이다.²⁹⁾ 사용수익권자가 ‘물건’을 점유하는 것은 아니라는 점은 파울루스의 다음 구절에서도 확인된다(밑줄은 필자가 추가).

우리가 사용수익권을 가지는 노예를 통해서 어떤 물건의 점유를 취득하는 것도 가능하다. 그 노예가 일하여 획득한 물건은 당연히 우리가 획득한 것으로 되는 것과 같다. 우리가 그 노예를 점유하지 않는다는 점은 이 결론과는 상관이 없다. 우리의 자녀들도 우리

27) D.41.1.10.5 Gaius libro secundo institutionu) usufructuarius vero usucapere servum non potest, primum quia non possidet, sed habet ius utendi fruendi, deinde quoniam scit servum alienum esse. 또한 Gaius, ii, 93.

28) Gaius, ii, 28.

29) D.43.3.1.8 도 참조(quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur; 사용수익권이나 사용권은 이를 점유한다고 할 수는 없고, 보유한다고 해야 한다). 점유라는 용어가 적절하지 않은 이유는, 권리는 유체물이 아니기 때문이다. ‘점유’는 유체물에 대하여만 사용된 용어이다.

가 점유하지는 않는다[그렇지만 그들을 통해서도 우리는 물건을 취득하거나 점유를 획득할 수 있다].³⁰⁾

이러한 구절들이 있다고 해서, ‘소유의 의사’가 없는 자는 점유자가 아니라, 소지자에 불과했었다는 사비니의 입론이 정당화 될 수 있을까? 사용수익권자는 소유의 의사가 없는 자임은 분명하지만, 점유보호 특시명령을 통하여 그 물건의 사용 수익 상태를 회복받을 수 있다는 점은 사비니 스스로 인정하는 바이다. 율피아누스는 다음과 같이 설명한다.

이 특시명령[unde vi]은 사용수익권자가 “토지의 사용을 방해받거나, 사용수익권의 향유를 방해받는 경우”에 필요하다는 점은 분명하다. ... 사용수익권에 기하여 어떤 물건을 마치 점유하는 것과 같은 상태(*quasi in possessione*)에 있었던 자는 이 특시명령을 이용할 수 있다.³¹⁾

인용된 구절에서 드러나듯이 율피아누스는 사용수익권자가 물건을 ‘점유’한다는 표현을 애써 피하고 있다. 그 이유는, 소유의 의사 없이는 점유할 수 없기 때문(사비니는 이렇게 상상하였지만) 이 아니라, 사용수익권자는 물건이 아니라 권리를 가지는 자이고, 로마법률가들의 용어 사용례에 비추어 보아, 무체물인 권리를 점유한다는 것은 정확한 표현이 아니기 때문이다. 그러나 사용수익권자도 그 물건을 지배하고는 있으므로, 율피아누스는 이를 ‘사실상의 점유’라고 설명하기도 한다.³²⁾ 소유의 의사 없이는 점유가 인정될 수 없었다는 사비니의 왕성한 상상이 근거 없는 것이라는 점은 아래 계속된 논의에서 더욱 분명해질 것이다.

30) D.41.2.1.8 Paulus libro 54 ad edictu) Per eum, in quo usum fructum habemus, possidere possumus, sicut ex operis suis acquirere nobis solet : nec ad rem pertinet, quod ipsum non possidemus : nam nec filium. 또한, Gaius, ii, 94 에도 대체로 같은 설명이 있다.

31) D.43.6.3.13 Ulpianus libro 69 ad edictu Interdictum necessarium fuisse fructuario apparet “Si prohibeatur uti frui usu fructu fundi”. D.43.16.3.17 Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit quasi in possessione, utetur hoc interdicto.

32) D.41.2.12pr. Ulpianus 70 ad edictu) Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet.

2) 사용허락 관계(*precarium*)

*Precarium*은 기한을 정함이 없는 무상의 사용허락 관계를 말한다. 사용을 허락한 자는 어느때건 그 관계를 일방적으로 종료하고 목적물의 반환을 구할 수 있다.³³⁾ 사용허락 관계에 기하여 물건을 점유하는 자에게 ‘소유의 의사’가 없음은 당연하다(물론, 사비니도 이점을 인정한다). 그러나 사용허락 관계에 기하여 물건을 인도받은 자가 그 물건의 점유자로 인정되었다는 점 또한 명백하다(*Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere*).³⁴⁾ 그 뿐 아니라, 사용허락 관계가 계속되는 동안 사용허락자는 그 물건의 사용취득을 주장할 수도 없다. 이점은 다음 구절에서 명백히 드러난다.

사용허락을 받은 자가 점유한 기간을 사용허락자 자신의 점유 기간에 합산할 수 있는지가 문제된다. 사용허락 관계가 지속되는 동안은 사용허락자가 그 기간을 합산할 수 없다. 그러나 사용허락 관계를 깨고 점유를 돌려받으면, 사용허락을 받은 자가 점유한 기간까지 합산할 수 있다고 생각한다.³⁵⁾

따라서, 사용허락 관계는 임대차 관계와는 매우 다르다. 임대차 관계에 기하여 물건을 인도받은 자는 점유자로 인정받지 못하였고, 임대인이 그 물건의 점

33) D.43.26.1.p Ulpianus libro primo institutionu)Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.

34) D.43.26.4.1. 그러나, 사용허락자가 그 물건의 반환을 구하였는데 반환이 지체되면, 그때부터는 비록 사용자가 그 물건을 여전히 소지하고는 있더라도, 점유는 사용허락자에게로 복귀된 것으로 본다. D.43.26.6.2.Ulpianus libro 71 ad edictu) qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident.

35) D.41.2.13.7 Ulpianus 72 ad edictu) Si is, qui precario concessit, accessione velit uti ex persona eius cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse: si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse accedere possessionem eius temporis, quo precario possidebatur. 그러나, D.43.26.15.4 에 의하면, 사용허락자가 특시명령을 구할 수는 있는 것(그 용도로 자신의 점유를 주장할 수는 있는 것)처럼 보인다.

유자로 파악되었다.³⁶⁾ 결국, 임차인이나 사용허락을 받은 자나 모두 ‘소유의 의사’가 없기는 매한가지 인데, 사용허락을 받은 자는 그 물건의 점유자로 되고, 임차인은 그 물건의 점유자로 되지 못하였다는 사실은, 로마법률가들이 이해한 점유 개념이 ‘소유의 의사’와는 아무 관련이 없었다는 점을 보여준다.

3) 기타의 경우

그뿐 아니라, 질물을 인도 받은 채권자,³⁷⁾ 임차 대지에 축조한 건물의 사용권(superficie) 보유자,³⁸⁾ 영구임차계약(emphyteusis)에 기하여 토지를 점유하는 자³⁹⁾ 등은 모두 자신이 점유하는 물건이 타인 소유라는 점을 인정하는 자이므로, ‘소유의 의사’가 없음은 분명하다. 그러나 이들이 그 물건의 점유자로 인정되었다는 점 또한 분명하며, 사비니도 이를 부인하지는 않는다.

그러나 원전 문헌에 나타나는 이러한 사례들을 사비니는 ‘비정상적’이라고

36) D.41.2.21.3 Iavolenus libro septimo ex Cassi) Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur. 사용허락에 기한 사용자가 소유자로부터 그 물건을 임차하면, 점유는 소유자에게로 돌아 온다. D.41.2.25.1 Pomponius libro 23 ad Quintum Mucium) Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus. 농지 임차, 건물 임차인 또는 노예를 통하여 우리가 점유한다. D.43.16.20 Labeo libro tertio pithanon a Paulo epitomatorum) Si colonus tuus vi deiectus est, ages unde vi interdicto. Idem si inquilinus tuus vi deiectus fuerit. Paulus : idem dici potest de coloni colono, item inquilini inquilino. 너의 농지임차인이 폭력적으로 축출되면, 네가 이 특시명[unde vi]을 신청한다. 너의 건물 임차인이 폭력적으로 축출된 경우도 같다. 파울루 : 너의 임차인으로부터 임차받은 자가 축출된 경우도 같다.)

37) 아직 질물을 인도받지 못한 채권자가 질물의 인도를 구할 용도로도 특시명령(Salvianum interdictum)이 사용되었다. D.43.1.2.3. 질권자에게는 자신이 질물의 소유자라는 생각(opinio domini)이 없지만, 점유자로 인정받아 왔다는 점은 D.9.4.22.1 에서도 분명히 나타난다(밀물은 필자가 추가) : Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione : licet enim iuste possidean, non tamen opinione dominum possident : sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repetendi eos dominus habeat. (노예를 질물로 인도 받거나 사용허락에 기하여 인도 받은 자는 해악물 양도소송의 피고가 될 수 없다. 그 노예를 정당하게 점하긴 하지만 소유자라는 생각으로 점유하지는 않기 때문이다. 이 경우 그 노예 소유자가 반환청구권을 가지는 한, 그 노예는 소유자의 家父權에 복속하는 것으로 이해된다.)

38) 그러한 건물의 소유권은 토지소유자에게 있다. D.43.18.2.

39) D.2.8.15.1 Macer libro primo de appellacionibus) ...Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est.

규정한다.⁴⁰⁾ 자신이 세운 假說로는 원전 문헌을 제대로 설명할 수 없다는 사실을 인정하고 자신의 假說을 수정하거나 포기하는 대신에, 오히려 원전 문헌을 ‘비정상적’이라고 규정함으로써 자신의 관념적 이론체계를 유지하려 집착하는 것이 바로 사비니의 태도이다. 점유의 心素(animus possidendi)를 ‘소유의 의사(animus domini)’라고 규정하는 사비니의 법리적 점유 이론은 이처럼 해석자 자신의 가설을 유지하기 위하여 원전 문헌을 ‘비정상적’이라고 매도하는, 주객이 전도된 비역사적, 비과학적 ‘의지’의 산물이다.

2. 정당한 권원의 실종

全一的 점유 이론 구축에 골몰했던 사비니는 점유에 이르게 된 권원을 도외시 한채, 점유자의 주관적 심리상태에 모든 관심을 기울이게 되는데, 그 이유는 자신의 이론이 사용취득 제도 뿐 아니라, 점유보호 특시명령 제도에까지 그대로 관철되어야 한다는 강박에 사로잡혀 있었기 때문이다. 점유보호 특시명령 제도 중, 점유회복을 명하는 질차(unde vi)나 점유상태의 유지를 명하는 질차(utubi, uti possidetis)는 본권의 소재와는 무관하게 운용되었던 제도이므로 신청인이 어떤 권원에 기하여 점유를 획득하였는지가 고려될 여지는 없다. 점유의 ‘침탈’이 있었는지만이 쟁점이었다. 물론, 신청인이 ‘점유자’임을 주장할 수 없는 경우라면 그 ‘점유를 침탈’ 당할 수도 없으므로 특시명령을 구할 수는 없다.⁴¹⁾ 즉, 특시명령 제도가 인정하는 점유(법정 점유 또는 사실상의 점유)가 모든 물리적 지배를 뜻한 것이 아님은 분명하지만, 그렇다고 해서 소유자로서 점유하는 자에게만 한정되었던 것도 아니다. 사용수익권자, 사용허락에 기한 점유자, 질권자, 타인 소유 토지에 건물을 축조하여 그 건물 사용권을 확보한 자,

40) Das Recht des Besitze, t ed., p. 142. Deshalb habe ich diese Fälle von jeher als Anomalien betrachtet, und mit dem gemeinschaftlichen Namen des abgeleiteten Besitzes bezeichnet. (이런 이유로 나는 이들 경우를 언제나 비정상적 사례로 취급해왔고, 동반점유라고 통칭해 왔다)

41) 위 각주 참조(“법적으로 점유하건 사실상 점유하건, 점유를 해야 그 점유의 침탈이 문제될 수 있다.”)

토지에 대한 영구임차인 등은 모두 특시명령으로 그 점유를 보호받을 수 있다는 점은 분명하므로, 소유권 취득 권원(*iusta causa*)은 특시명령 제도와는 상관이 없는 것이다. 반면에, 사용취득 제도는 점유를 획득하게 된 원인 거래와 분리하여 존재할 수 없다. 소유권 취득 원인을 이루는 거래, 즉 ‘정당한 권원’에 기하여 점유를 개시한 바 없다면 사용취득을 주장할 수 없다.

이와 같이, 정당한 권원이 있었는지 여부는 사용취득과 특시명령 제도에 공통적으로 적용되는 것이 아니므로, 사비니가 창안한 법리적 점유 이론(*Theorie des juristischen Besitzes*)에 포함될 수 없게 된다. 모든 경우에 변함없이 관철되어야 할 자신의 점유이론 체계의 정합성을 유지하기 위하여 사비니는 ‘정당한 점유(*possessio iusta*)’라는 개념이 무가치하고 무의미한 것이라고 폄하한다.

정당한 점유라는 개념 자체는 어떠한 법리적 점유 개념과도 일치하지 않으며, 따라서 이 구분[정당점유/부당점유] 전체가, 법리적 점유 이론을 설하는 우리에게는 무의미하다. ... 이 구분은 우리에게 그저 무의미 할 뿐만 아니라, 무엇보다도 일반적 요건이 될 수는 없고 개별적 사안에 적용될 때에만 구체적인 의미를 가질 뿐이다.⁴²⁾

물론, 뵘티에가 지적하듯이 정당한 점유라는 개념은, 정당한 권원(*iusta causa*, 소유권 취득 권원)에 기한 점유라는 뜻도 있고, 소유권 이전과는 무관한 원인거래(질권 설정, 사용수익권 설정 등)에 기하여 ‘정당하게’ 획득한 점유라는 뜻도 있다.⁴³⁾ 이렇게, 하나 이상의 뜻으로 사용되는 개념이라고 해서 무의미하거나 무가치 한 것은 아니다. 오히려, 사용취득 제도를 이해하는데 결정적으로 중요한 것은 사비니가 내세운 ‘소유의 의사’가 아니라, 뵘티에가 설명하는 ‘정당한

42) Das Recht des Besitzes, t ed., p. 103 selbst der Begriff der *iusta possessio* fällt mit keinem juristischen Begriff des Besitzes zusammen, und die ganze Eintheilung ist folglich für uns, in einer Theorie des juristischen Besitzes, ziemlich undedeutend. ... Aber diese Eintheilung ist nicht nur für uns unbedeutend, sie ist auch überhaupt keiner allgemeinen Bestimmung fähig, und kann nur in einzelnen Anwendungen einen bestimmten Sinn bekommen.

43) *Œuvres de Pothie*, tome 9, p. 271, no. 13.

점유'이다.

프랑스 민법전이 취득 시효 요건 중 하나로 '소유자로서 하는 점유'를 규정 한 이유는 소유권 취득 권원, 즉 정당한 권원에 기하여, 정당하게 점유하게 된 자만이 '소유자로서' 점유할 수 있기 때문이지, 정당한 권원의 존부와는 상관없이 그저 '소유자로 행세하려는 의지' 즉, 소유의 의사가 있으면 된다는 뜻은 아니었다. 정당한 권원이 프랑스 민법 상 취득 시효의 핵심 요건이라는 점은 프랑스 민법전 제2240조에서 분명히 드러난다.

누구도 자기 스스로 그 점유의 원인 및 시작점을 변경할 수 없다는 의미에서, 그 권원에 반하여 시효에 의한 권리취득을 주장할 수 없다.⁴⁴⁾

점유자가 스스로 어떤 내심의 의사를 형성하는지의 문제는 취득 시효 제도와는 무관하다. 그러나 우리 민법의 취득 시효 규정은 정당한 권원에 대한 언급을 완전히 누락한 채, 오로지 '소유의 의사'만을 전면에 부각시켜 규정하게 되는데, 이것은 사비니의 '법리적 점유 이론'(자주점유 이론)이 후세의 법제도를 어떻게 변질시키는지 보여주는 사례라 하겠다.

3. 자주점유 이론의 탈 윤리성

'정당한 권원'을 도외시 한 채로 취득 시효 제도를 규정한 결과, 점유에 관한 우리 법률가의 논의에서 윤리적 고려가 자리할 여지는 없게 된다. 그러나, 로마법 상 사용취득 제도는 윤리적 색채를 제거하고 이해할 수는 없다. 특별한 예외를 제외하고는 소유권 취득 권원이 실제로 존재했어야 함은 물론이고, 양도

44) On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession. 명순구 교수는 "principe de sa possession" 을 "점유의 요소"라고 번역하였으나(명순구, p. 861), 여기서 principe 는 시작점(commencement)을 뜻하는 것으로 보인다. E. Littré가 편찬한 불어 사전(위 각주1참조)은 dès le principe 라는 표현이 dès le commencement 이라는 뜻이라고 설명하고 있다.

인에게 적법한 처분권한이 있다고 믿고 선의로 취득했어야 한다.⁴⁵⁾ 그 뿐 아니라, 아무리 선의로 취득하였다더라도, 도품을 사용취득할 수는 없고, 점유취득 과정에서 폭력(자신이 권리자라고 믿고 행사하는 폭력)이 사용된 경우에도 사용취득이 불가능 하다.⁴⁶⁾

그러나, 점유보호 특시명령 제도의 존재이유는 완전히 다르다. 특히 소송 당사자의 지위(누가 원고가 되고, 누가 피고가 되어 분쟁해결 절차가 진행되어야 할지)를 결정하는 기능을 수행하였던 특시명령들은 점유 상황 자체의 보전이나 회복을 위한 제도였으므로, i) 정당한 권원의 존부가 문제되지 않았음은 물론이고, ii) 신청인의 점유 취득이 선의로 이루어졌는지 여부도 고려 대상이 아니었고, iii) 신청인의 점유 취득 과정에 폭력이 동원되었는지도 문제가 되지 않았다. 예를 들어, 폭력을 동원하여 나로부터 점유를 획득한 자가 다른 자에 의하여 축출된 경우에도 특시명령(unde vi)을 통하여 일단 그 점유의 회복을 구할 수 있다. 그 물건의 소유자가 누구인지는 이 상태에서 재판을 진행하여 가려지게 될 것이다.⁴⁷⁾

사용취득에 요구되는 점유와 특시명령으로 보호되는 점유는 각기 별도의 검토를 요하는 것이라는 점은 파울루스의 다음 설명에서도 분명히 드러난다.

45) 예를 들어, D.41.3.12 Paulus libro 21 ad edictu) Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes. (법무총감이 처분행위를 금지한 자로부터, 그점을 알면서 네가 물건을 매수한 경우, 너는 그 물건을 사용취득할 수 없다.)

46) Gaius. ii, 45 Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia. 가이우스의 이 구절은, 선의 점유와 강폭 점유가 양립 가능함을 전제로, 취득 시효를 위해서는 선의는 물론 평온하게 점유를 취득했어야 한다는 점을 보여준다.

47) D. 43.16.1.30 Ulpianus libro 69 ad edictu) Qui a me vi possidebat, si ab alio deiciatur, habet interdictum. 또한 D.43.16.8도 같다: Fulcinus dicebat vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret, vi deiectus est. 폭력을 동원하여 점유를 획득한 자가 비록 소유자가 아니더라도 점유자인 이, 폭력적 점유침탈의 피해자가 될 수 있다고 풀키니우스가 말한 바 있다. 또한 43.16.14 Pomponius libro 29 ad Sabinu) Sed si vi armata deiectus es, sicut ipsum fundum recipis, etiamsi vi aut clam aut precario eum possideres, ita res quoque mobiles omnimodo recipies. 너의 점유가 폭력적으로 침탈되면, 네가 비록 그 토지를 폭력적으로, 몰래 또는 사용허락 관계에 기하여 점유하고 있었다라도 너는 그 토지를 회수할 수 있으며, 그 토지에 있는 모든 동산도 마찬가지로 회수할 수 있다.)

점유의 원인과 사용취득의 원인은 별개의 문제다. 매도인 것이 아니라 남의 물건을 사는 것임을 알고 있어, 악의로(*mala fide*) 매수한 자도 매수인으로서 점유하는 것은 맞지만 [따라서, 그 점유는 특수명령으로 보호되지만], 사용취득은 불가능하다.⁴⁸⁾

그러나 앞서 본 바와 같이, “점유의 종류는 무한하지만, 점유 자체는 하나로 분류된다”는 구절(이것 역시 파울루스의 말이다)을 전후 맥락을 거두절미 한 채 인용하면서, 모든 경우에 변함없이 적용되는 점유 일반 이론(*allgemeine Theorie*) 구축에 집착하였던 사비니는 선의 점유 개념도 다음과 같이 폄하하고, 자신의 이론 체계에서 제거한다.

선의 점유라는 개념은 이 역시 불명확하며, 점유이론 정립에 중요하지 않기는 마찬가지다. 선의는 어떤 물건을 소지하게 된 근거에 관한 것이다. 즉, 자기에게 적법한 근거가 있다고 스스로 믿고, 어떤 물건을 가지게 되는 자를 선의 점유자라 부르는 것이다. ... 가장 중요한 경우, 선의는 법적 권원을 원용하여 점유를 정당화 할 수 있는 경우에만 효과가 있으므로, 이러한 경우 선의 점유는 언제나 어떤 권원에 기하여 하는 점유와 마찬가지로 이해해야 한다. ... 이러한 경우 선의는 점유의 원인(*causa possessionis*)과 관련되어 있다.⁴⁹⁾

점유의 ‘정당한 원인’이 사비니의 점유 이론에서 완전히 제거된 것과 마찬가지로, ‘선의 점유’라는 개념도 논의의 가치가 없는 것으로 치부되고 제거된다. 그러나 사비니도 지적하였듯이, 선의 점유와 정당한 권원으로 하는 점유는

48) D.41.4.2.1 Paulus libro 54 ad edictu)Separata est causa possessionis et usucapionis : nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide : quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.

49) p. 104, 105 Der Begriff bonae fidei possessio ist eben so unbestimmt und eben so unbedeutend für die Theorie des Besitzes überhaupt. Die bona fides bezieht sich auf jeden möglichen Grund der Detention : wer den rechtlichen Grund derselben zu haben glaubt, auf welchen es gerade ankommt, heißt bonae fidei possessor. ... In den wichtigsten Fällen ist die bona fides nur dann von Wirksamkeit, wenn sie durch einen vorhandenen Rechtstitel gerechtfertigt werden kann, so daß in diesen Fällen unter der b. f. possessio immer zugleich ein titulirter Besitz zu verstehen ist... In diesen Fällen also steht die bona fides zugleich in Verbindung mit der causa possessionis...

서로 밀접한 관련이 있다. 정당한 권원 없이 점유하는 자는 대부분의 경우 악의 점유자일 것이다. 더구나, 자신이 소유자가 아님을 처음부터 알고 점유하는 자는, ‘소유자처럼 행세하려는 의지’는 있을지 몰라도 ‘소유자로서의 마음가짐’을 가질 수는 없을 것이다. 뵈티에가 설명한 바와 같이, ‘소유자의 마음가짐’은 정당한 권원으로 점유한 자만이 가질 수 있다. 이러한 미묘한 차이를 최병조 교수는 다음과 같이 지적한 바 있다.

현재의 이해대로라면 도둑은 대표적으로 “所有의 意思로” 점유하는 자이지만, 그렇다고 해서 결코 “소유자의 권원으로” 점유하는 자는 아니라는 데서 그 차이를 분명히 알 수 있다.⁵⁰⁾

도둑은 ‘도둑으로서’ 점유하는 것이지, ‘소유자로서’ 점유하는 것은 아니다. 정당한 원인(*iusta causa*)과 선의(*bona fides*)를 탈색시키고, 소유자처럼 행세하려는 의지(*Wille*)만을 부각시켜 빚어낸 사비니의 법리적 점유(*juristischer Besitz*) 개념은 특시명령 제도와 사용취득 제도에 모두 관철되기는커녕, 실은 특시명령 제도와도 무관하고(이 제도는 소유권 귀속과는 무관하였으므로), 사용취득 제도와도 무관하다(정당한 원인과 선의 없이는 사용취득이 불가능하였으므로). 19세기 당시 또는 그 이전 법제도 어디에도 실제로는 존재하지 않았던 사비니의 법리적 점유 개념은, 오직 몽환적 상상 세계에만 존재하는 키메라(*chimera*)와 같은 것이다. 그러나, 불행하게도, 이 개념은 우리의 취득 시효 규정에 안착하여 우리 법률가들의 사유를 지배하게 된다. 강도⁵¹⁾나 도둑도, 훔친 물건에 대하여 아무 거리낌 없이 소유자 행세를 공공연히, 오랫동안, 말썽 없이 하기만 하면

50) 최병조, 전계 논문, p. 109.

51) 강도의 점유취득 과정이라고 해서 언제나 강폭점유로되는 것은 아니다. D.43.16.5 Ulpianus libro 11 ad edictum Si per vim tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius unde vi interdictum cessare, quoniam non est deiectus, qui compulsus est in possessionem inducere. (폭력에 의하여 [내가]너에게 점유를 이전한 경우, 폼포니우스는 강폭 점유침탈에 관한 특시명령이 적용되지 않는다고 한다. 점유를 이전하도록 [심리적으로] 강제된 경우, 그 점유가 침탈된 것은 아니기 때문이다.)

우리의 사법제도가 소유권을 부여한다는 우리 법률가들의 한결같은 설명은, 비록 현란한 이론적 뒷받침과 사비니 이래 누대에 걸친 고명한 학자들의 반복된 언급과 나름의 논리적 일관성을 자랑할 수 있는지는 모르겠으나, 일말의 윤리적 고민도 없어 보인다.⁵²⁾

취득 시효 제도에 관한 논의가 이렇게 탈윤리적으로 전락된 또 하나의 이유는, 이 제도의 존재 이유가 마치 ‘권리위에 잠자는 자’를 응징하는 제도인 것처럼 오해한데서 비롯된다. 그러나, 남의 물건을 함부로 차지하는 자를, 그 점을 알면서도 보호하는 법제도는 어떤 이유로도 용납되기 어려울 것이다. 취득 시효 제도는 진정한 권리자를 보호하기 위한 제도이지, 소유자처럼 행세하려는 자를 보호하는 제도가 아니라는 점은 현대의 프랑스 법률가들이 설명하는 바와 같다.

취득 시효 제도는 반드시 소유자로부터 그 권리를 박탈하는 결과를 낳는 것이 아니다. 오히려 취득 시효는 권리자에게 자신의 권리를 입증하는 하나의 수단을 제공하는 것이므로 권리자 자신에게 유용한 제도이다. 시효 취득 제도의 핵심적 기능은 남의 물건을 차지하는 자의 승리를 보장하는 것이 아니라, 정당한 권리자의 승리를 보장하려는 데 있다.⁵³⁾

정당한 권원과 선의가 요구되지 않았던 최장기 시효 취득 역시, 그 제도의 취지는 정당한 소유자를 보호하는데 있는 것이라는 점은 이미 뵈티에가 설명한 바 있다.

52) 전하은, 「악의의 자주점유」, 『민사재판의 제문』 제8권(1994), 147면; 조성민, 「무단점유의 경우에 자주점유의 추정이 깨지는지 여부」, 『판례월』 제32호(1997), 21면; 남효순, 「프랑스 민법상의 점유 및 취득시효」, 『판례실무연』 1(비교법실무연구회, 1997), 230, 231면; 오시영, 「부동산 점유취득시효에 있어서의 “소유의 의사”의 추정변복」, 『판례연』 제13집, 133면; 송덕수, 「부동산 점유취득시효의 요건으로서의 자주점유와 악의의 무단점유」, (위 각주1 참조) 309면; 박해성, 「무단점유자의 점유가 자주점유인가?」, 『인권과 정』 제243호(1996), 18면 등.

53) François Terré, Philippe Simler, Droit civil, Les bien, 5e édition (Daloz, 1998) p.313 (La prescription n'aboutit donc pas nécessairement à priver un propriétaire de son droit; bien au contraire, elle est utile au propriétaire lui même dont elle consolide le droit en lui fournissant un moyen de l'établir. La fonction essentielle de la prescription acquisitive se trouve dans le désir d'assurer, non pas la victoire d'un spoliateur, mais bien celle du propriétaire légitime.)

10년 또는 20년의 취득 시효의 경우, 정당한 권원에 기하여 점유하기에 이르렀다는 점과 그 권원에 대하여 선의로 점유하였다는 점을 점유자가 입증해야 한다. 반면에 30년 취득 시효의 경우 점유에 이르게 된 권원을 점유자가 제시할 필요가 없다. 관습법은 '비록 권원을 내보이지 않더라도'라는 표현으로 이점을 설명하고 있는데, 비록 그 권원에 대한 기억이 사라지고 그에 관한 증서들이 산일되었지만 오랜 시간이 경과했다는 점에서 그 점유가 정당한 권원에 기하여 시작되었을 것이라는 점을, 반증이 없는 한, 추정할 수 있다. 그러나, 반증이 제시될 수 있다. 30년 취득 시효를 주장하는 자가 점유에 이르게 된 권원이 제시되고, 그 권원이 소유권 이전을 낳게 하는 것이 아니어서 정당한 권원이 아닌 경우가 바로 그러하다.⁵⁴⁾

예를 들어, 30년 전에 임차인으로 점유를 개시하였음이 입증되면, 30년 취득 시효를 주장할 수 없음은 당연하다. 그 물건을 훔쳤음이 입증된 경우도 마찬가지다. 물론, 프랑스 민법 제2262조는 다음과 같이 규정한다.

인적 소권이든 물적 소권이든 간에 모든 소권은 30년의 기간으로 시효가 완성하며, 시효를 원용하는 자는 그 권원을 제출할 의무를 부담하지 않으며 누구도 그에게 악의가 있다는 항변을 가지고 대항하지 못한다.⁵⁵⁾

그러나 악의 점유자가 30년 취득 시효를 주장할 수 있다고 해서, 정당한 권원 없이 점유한 자도 그러할 것으로 오해해서는 안된다. 예를 들어, 증여받은 물건을 점유하는 자는 정당한 권원으로 점유하는 자이다. 그러나 증여자에게 처분 권한이 없음을 안다면 악의 점유자로 될 것이다. 악의 점유는 30년 취득 시효를 방해하지 않지만, 정당한 권원 없는 점유임이 입증되면 30년 취득 시효

54) *Traité de la prescription*, part II, art. 1, III, no. 172 tome 9, p.377)

55) 명순구 역, 『프랑스 민법전』, (위 각주5 참조) p.865. Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

도 주장할 수 없게 된다.⁵⁶⁾ 남의 물건을 무단히 차지하였음이 입증된 자가 30년 취득 시효를 원용할 수 없는 이유는 악의 점유자이기 때문이 아니라, 정당한 권원이 없음이 입증된 자이기 때문이다. 그런 자는 아무리 오랫동안 소유자처럼 행세해 왔더라도 취득 시효를 주장할 수 없다.

훔친 물건을 자기 것으로 하려는 의사까지도 사비니는 *animus domini* 라는 고상한 이름을 붙여 현학적으로 설명하였으나, 그것은 재산 범죄에서 말하는 ‘불법영득 의사’에 다름 아니다. 사비니와 그 후예들의 집요하고 현란한 이론 조작은 불법영득 의사에 대한 초보적이고 윤리적인 판단 능력마저 학문의 이름으로 마비시켜 왔었다는 점을 이제는 깨달을 때가 되었다고 생각한다.

Ⅲ. 맺는말

1997. 8.21. 선고된 대법원 전원합의체 판결(95다28625)은 ‘소유의 의사’에 입각하여 구성된 사비니의 법리적 점유 이론이 그 수명을 다하였음을 정중하게 선언한 것이다. 대법원은 ‘소유의 의사’를 다음과 같이 해석하고 있다.

점유자의 점유가 소유의 의사 있는 자주점유인지 아니면 소유의 의사 없는 타주점유인지의 여부는 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 점유 취득의 원인이 된 권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정되어야 하는 것이다.

정당한 권원 없이 점유한 자는 아무리 그 물건에 대한 ‘영득의사’를 확고히 하더라도 ‘소유의 의사’로 점유하는 자가 될 수 없다는 것이다. 결국, 취득 시효를 주장하려면 주관적으로 ‘소유의 의사’가 요구되는 것이 아니라, 객관적으로

56) 그러나, 어느 누구도 아무런 권원을 입증하지 못하면 점유자는 30년 취득 시효를 주장할 수 있다. “무 권원이 흠있는 권원보다 낫다(*Melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.*)”

‘정당한 권원’이 존재했어야 한다는 뜻이다.

프랑스의 경우도 우리와 유사하다. 프랑스 민법전 자체는 사비니의 영향을 받은 바 없고, 프랑스의 취득 시효 규정에 사용된 ‘소유자로서(à titre de propriétaire) 하는 점유’라는 표현은, 원래는, 사비니가 말하는 ‘소유의 의사’와는 무관한 것이라는 점은 위에서 본 바와 같다. 그러나, 19세기 중반 이후의 프랑스 법률가들도 사비니의 영향에서 자유롭지 못한 나머지, 프랑스 민법전에 사용된 ‘소유자로서 하는 점유’의 의미를 프랑스 법률가들은 ‘소유의 의사로 하는 점유’라고 줄곧 설명해 왔었다. 보와소나드 교수도 예외가 아니다.⁵⁷⁾ 특히, 대부분의 현대 프랑스 민법 교재들은 소유의 의사를 ‘소유자로 행세하려는 의사(l’intention de se comporter en propriétaire)’ 라고 설명하고 있다.⁵⁸⁾ 따라서, 피상적으로 관찰하면 뻔티에의 설명은 거의 잊혀진 듯 보인다. 뻔티에가 말한 animus domini 는 정당한 권원에 기하여 선의로 점유한 나머지 ‘소유자라고 생각하고(comme s’en réputant le propriétaire)’ 점유하는 자의 마음가짐일 뿐, ‘소유자로 행세하려는 의사’가 아니라는 점은 앞서 설명하였다.⁵⁹⁾

그러나, 1945년부터 프랑스 법원은 소유의 의사를 ‘추상적으로(in abstracto)’ 판단해야 한다는 입장을 취해 왔다.⁶⁰⁾ 즉, 점유자의 심리 상태를 구체적으로 관찰하여 그자에게 소유자로 행세하려는 의사가 있는지를 판단하는 것이 아니라, 점유에 이르게 된 권원의 유형을 추상적으로 판단하여, 점유자에게 소유의 의사를 인정할지를 판단한다는 것이다. 즉, 토지 임차인으로 점유하는 자라면, 토지 임차인이 일반적으로 그 토지에 대하여 가지는 의사를 기준으로 그자의 의사를 파

57) 보와소나드 교수 역시, animus domini 를 ‘자기 것으로 하려는 의사(l’intention de l’avoir pour so)’ 라고 설명한다. 위의 각주 6참조.

58) Henri Mazeaud, François Chabas, Leçons de droit civil, Tome II, Biens, 8e édition, (Monchrestien, 1994), p. 187; Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Cours de droit civil, Les biens, 4e édition, (Edition Cujas, 1998), p. 142 (la volonté de faire comme si la chose leur appartenait); Christian Larroumet, Droit civil, tome 2, Les biens droits réels principaux, 3e édition (Economica, 1997) p. 54, 55 (la volonté de se comporter en titulaire d’un droit réel sur la chose). 특히, Malaurie 와 Aynès 는 도독도 소유의 의사로 점유하며, 30년 취득 시효를 주장할 수 있다는 견해를 개진하고 있다. Ibid.

59) 위 각주 참조

60) Poitiers, 24 mai 1945, Gaz. Pal. 1945, 253.

악하고, 운송인으로서 점유하는 자라면, 운송인이 일반적으로 그 운송물에 대하여 가지는 의사를 기준으로 그자의 의사를 파악해야 한다는 것이다.⁶¹⁾

따라서, 현대 프랑스 법률가들 역시 ‘소유자로서 하는 점유’를 비록 ‘소유의 의사’로 하는 점유’라고 설명하고, ‘소유의 의사’를 ‘소유자로 행세하려는 의사’라고 무비판적으로 반복하고는 있지만, 그 실질을 관찰하면, 취득 시효에 요구되는 ‘소유자로서 하는 점유’는 더 이상 점유자의 의사 문제가 아니라, 소유권 취득의 ‘정당한 원인’이 있었는지 여부에 따라 판단되는 것이다. Mazeaud 교수와 Chabas 교수는 이점을 다음과 같이 설명한다.

점유자의 의사는 점유의 원인과 점유의 시작점에 따라 결정된다.⁶²⁾

따라서, 소유자로 되는데 일반적으로 요구되는 원인거래가 객관적으로 존재하지 않은 경우라면, 이른바 ‘소유의 의사’라는 주관적 요건을 충족할 수 없게 된다. 바로 이러한 입장이 1997.8.21. 이후부터는 우리 대법원의 입장이기도 하다.

1803년에 출간된 사비니의 *Das Recht des Besitzes*가 판을 거듭하며 유럽과 아메리카의 법률가들에게 널리 소개된 이래, 근 200년 가까이 위세를 떨쳤던 *animus domini* 는 이제 폐기 수순에 들어간 것이다. 현란한 수사와 기교적 이론으로 포장되었던 ‘소유의 의사’가 효과적으로 제거되고 난 빈자리는 ‘정당한 권원’과 ‘선의’, 그리고 법의 윤리성으로 채워져야 할 것이다.

61) 예를 들어, Larroumet, op. cit., p.55. Cette appréciation doit être faite en abstract, c'est à dire par référence à l'état d'âme du fermier en général, du transporteur en général et non pas par référence à telle personne nommément designée et à son propre for interne.

62) Mazeaud, Chabas, op. cit., p.198. L'intention de l'occupant est déterminée par la cause et le principe de sa possession.

■ 참고문헌

- 남효순, 「프랑스 민법상의 점유 및 취득시효」, 『판례실무연구』 1, 비교법실무연구회, 1997.
- 명순구 역, 『프랑스 민법전』, 법문사, 2004.
- 박해성, 「무단점유자의 점유가 자주점유인가?」, 『인권과 정의』 제243호, 1996.
- 서울오, 「사비니의 물권계약론에 관한 학설사적 고찰」, 『이화여대 법학논집』 제11권 제2호
- 송덕수, 「부동산 점유취득시효의 요건으로서의 자주점유와 악의의 무단점유」, 『민사법학』 제16호, 1998.
- 오시영, 「부동산 점유취득시효에 있어서의 “소유의 의사”의 추정변복」, 『판례연구』 제13집.
- 전하은, 「악의의 자주점유」, 『민사재판의 제문제』, 제8권, 1994.
- 조성민, 「무단점유의 경우에 자주점유의 추정이 깨지는지 여부」, 『판례월보』 제326호, 1997.
- 최병조, 「부동산의 점유취득시효와 점유자의 소유의사의 추정」, 『서울대학교 법학』 제37권, 1996.
- Boissonnade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, tom. 5, 1889.
- Michael H. Hoeflich, 'Savigny and His Anglo American Disciples', *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989.
- Christian Larroumet, *Droit civil*, tome 2, *Les biens droits réels principaux*, 3e édition, Economica, 1997.
- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Cours de droit civil, Les biens*, 4e édition, Edition Cujas, 1998.
- Henri Mazeaud, François Chabas, *Leçons de droit civil, Tome II, Biens*, 8e édition, Monchrestien, 1994.
- James Gordley and Ugo Mattei, 'Protecting Possession', *American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996.
- Pothier, *Traité de la prescription*, Ch. II, Art. I, no. 27, (Œuvres de Pothier, tome 9, 2e édition, Paris, 1861.
- F von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 6. verm. u. verb. Aufl., Giessen, 1837.
- François Terré, Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, 5e édition, Dalloz, 1998.

The Rise and Fall of ‘animus domini’

Kim, Kee-Chang*

Pothier referred to ‘animus domini’ in order to make the obvious point that if a person acquires a thing in good faith on the basis of a transaction intended to transfer ownership, he would possess it with the mindset of an owner. In such a case, if the transaction turns out to be invalid for some reason, adverse possession would be possible. Pothier was thus explaining that prescription (adverse possession) would require *iusta causa* and *bona fides*. Prescription under the French Civil Code largely adopted this position. Pothier’s reference to ‘animus domini’ had nothing to do with the possessory interdict in Roman Law.

However, Savigny attempted to build a universal theory of possession which would run through the two entirely different institutions of adverse possession and possessory interdict. Savigny therefore used ‘animus domini’ rather differently. He used the expression to refer to a person’s ‘intention to conduct himself as the owner’ regardless of whether he came to possess the thing on the basis of a transaction intended to transfer ownership. He put forward a hypothesis that ‘juristic possession’ may be recognised only when the possessor has such an intention to own. He believed that his hypothesis would coherently explain two aspects of the possessory interdicts, namely, i) a lessee, a slave or to a manager who possesses not for himself but on behalf of another person may not resort to possessory interdicts; and ii) a party who asserts to be the owner of thing may resort to possessory interdicts even if his possession was in bad faith

* Professor, Korea University School of Law

or non peaceful.

While Savigny's theory of 'juristic possession' (predicated upon the so called 'owner's intention') was originally intended mainly to explain the peculiarities of possessory interdicts, his theory came to have a decisive impact on subsequent jurists' conception of prescription. For instance, the primary requirement for prescription (adverse possession) under the Korean Civil Code is that the possessor should have the 'owner's intention'. The requirements of *iusta causa* and *bona fides*, which had long been the central requirements of *usucapio* and prescription, have completely disappeared.

As a result, legal discourse concerning adverse possession came to have an 'amoral' tone. A legal argument that a person who took possession of another's property in bad faith and in the absence of a justifiable ground may nevertheless acquire ownership of the thing if such a state of affairs has continued for a certain period, is fundamentally incongruous with the ethical tenet of the Roman Law. Moreover, '*animus domini*' as proposed by Savigny includes a person's intention to conduct himself as the owner knowing full well that he is not the owner. Such an intention is no different from an intention to defraud. It is a deeply deplorable and disturbing argument that a civilised legal system should 'protect' such a wrongful intention.

Fortunately, however, the Supreme Court in a recent judgment by a full court held that '*animus domini*' should no longer be viewed as a matter of a person's subjective state of mind but it must be assessed objectively, in light of the relevant circumstances under which the person came to possess the thing in question. The French court also held in the same manner already in 1945. In practice, this would mean that a person who came to possess a thing in the absence of a justifiable ground would now rarely be held to have the '*animus domini*'. The Supreme Court's ruling is effectively reinstating the European legal tradition where, for more than 2000 years, *iusta causa* and *bona fides* had always been the requirements for *usucapio* (prescription). One may now rediscover and re evaluate the ethical foundation of law, which had temporarily been over

shadowed by the sophisticated and elaborate theorising of Savigny.

[Key Words] adverse possession, animus domini, animus possidendi, Savigny, theory of possession, possessory interdict, usucapio, Pothier, iusta causa, bona fides, possessio civilis, possessio naturalis

접수일 : 2008. 8.29, 심사일 : 2008. 9.15~9.30, 게재확정일 : 2008.10. 5