물권행위의 유인, 무인 논쟁과 관련된 학설사적 고찰*

—특히 로마법의 사용취득과 관련하여—

서을오**

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 방법론상의 차이
Ⅲ. 사용취득과 오상원인
1. 사용취득과 traditio의 관계
2. 오상원인에 의한 사용취득
Ⅳ. 결어 : 학설사의 재고(再考)

[국문 요약]

이 글의 목적은, 물권행위와 관련된 논쟁의 일환으로서, 로마법에서 오상원인에 대해 사용취득이 인정되었는지를 검토하는 것이다. 이것은 인도에 의한 소유권 이전 문제를 규명하기 위한 직접적 사료가 거의 없는데 비하여, 사용취득에 관해서는 풍부한 사료가 존재하기 때문에 가능하다. 통설은 원인행위(causa)에 관하여 사용취득으로부터 얻은 결론을 인도에 의한 소유권 이전에 이전하는 것을 대체로 허용한다.

오상원인에 기한 사용취득을 논의할 때에는, 이것을 비채변제 그리고 (협의의) 오상원인의 경우로 나누어 고찰하는 것이 반드시 필요하다. 비채변제에 대해서는 예외 없이 사용취득과 인도에 의한 소유권 이전을 인정하는 것이 통설의 입장이다. 반면 (협의의) 오상원인의 경우에는 이미 로마 법학자들 사이에서 의견이 나뉘어 있었다. 따라서 로마법에서는 적어도 비채변제에 있어서는 소유권이 이전한다는 점은 확실히 인정할 수 있다.

따라서 아쿠르시우스나 사비니가 자신들의 논의를 이 비채변제로 소유권이 이전한다는 전

* 이 논문은 2007년도 이화여대 교내연구비(재임교원지원)의 지원에 의하여 연구되었음(2007-1183-1-1)
** 이화여자대학교 법과대학 조교수.

제에서 시작했다는 것이 로마법 사료를 왜곡한 것이라는 비판은 타당하지 않다.

[주제어] 물권행위, 유인성, 무인성, 로마법, 오상원인, 사용취득, 원인행위, 비채변제, 아쿠르시우스, 사비니

Ⅰ. 서론

물권행위 개념 및 그것의 유인·무인 여부에 관하여 김기창 교수와 필자는 이미 수차례의 논쟁을 전개해왔다.

즉, 물권행위 개념은 로마법 사료에서 아무런 근거를 갖지 못함에도 불구하고 사비니가 사료를 견강부회(牽强附會)하여 억지로 만들어 낸 개념에 불과하다는 김 교수[1]의 견해에 대하여 필자는 이미 두 편의 논문을 통하여 사비니의 물권행위론[2] 그리고 로마법에서의 기본적 원칙[3]의 측면에서 반론을 제기한 바 있다.

이에 대하여 김 교수는 "물권행위 이론의 비역사성"을 통하여 재반론을 제기하였는데,[4] 이 논문에서 김 교수는 필자의 견해를 다음과 같이 요약하고 있다.

> 로마인들은 채무의 존재와는 무관하게 변제(solutio) 그 자체를 유효한 원인으로 보았으며, 채무 없음을 모르고 변제한 경우에도 그것이 solutio로서 유효한 원인이기 때문에 아무 문제없이 [변제물의] 소유권이 이전하며, 이미 소유권이 이전하였기 때문에 부당이득반환청구(condictio)에 의존하는 것이지, 부당이득반환청구를 하기 때문에 소유권이 이전하였다는 결론을 도출하는 것이 아니다.[5]

---

1) 김기창, 「물권행위 탄생사」, 명순구 외, 『아듀, 물권행위』(2006), 11면 이하. 특히 사비니의 물권계약론에 대해서는 34면 이하.

2) 서을오, 「사비니의 물권계약론에 관한 학설사적 고찰」, 『이화여대 법학논집』 11-2(2007), 119면 이하.

3) 서을오, 「물권행위의 무인성과 관련된 몇몇 사료의 검토」, 『법사학연구』 36(2007), 187면 이하.

4) 김기창, 「물권행위 이론의 비역사성」, 『법사학연구』 37(2008), 211면 이하.

5) 김기창, 앞의 글(각주 4), 235면.

김 교수에 의하면 필자의 이러한 입장은 "Accursius 이래 오랫동안 반복, 고착된 견해를 충실히 반영하"는 것으로서, "권위 있는 해석자－Accursius－가 원전 문헌의 근거도 없이 개진한 견해가 어떤 경로를 통하여 불가침의 도그마로 고착하여 원전을 지배하게 되는지를 보여주는 것"이라고 한다.[6]

이 글은 이러한 김 교수의 입장에 대한 필자의 재반론이다. 우선, 사료 해석과 관련한 김 교수의 방법론에 대한 필자의 입장을 밝힐 것이다(이하 Ⅱ). 이어서 본론 부분에서는 로마법상의 사용취득(usucapio)을 주로 오상원인과 관련하여 검토할 것이다(이하 Ⅲ). 끝으로, 물권행위의 유인·무인 논쟁과 관련하여 필자가 이 글과 이전의 두 논문을 통해 수행한 학설사적 고찰을 종합함으로써, 사비니의 물권행위 개념 및 무인론이 로마법의 입장과 과연 부합하는지에 대해서 평가해 보고자 한다(이하 Ⅳ).

김 교수는 사용취득 이외에도 비채변제 반환청구(condictio indebiti) 및 율리아누스-울피아누스 논쟁에 대해서도 논의를 전개하고 있는데, 전자에 관해서는 이후 별도의 연구에서 다루기로 하고, 후자에 관해서는 이미 충분히 필자의 의견을 개진하였다고 보아서, 이 두 주제에 대해서는 이하에서 다루지 않는다. 그러나 사용취득에 관한 논의 부분만으로도 김 교수와 필자 사이의 입장 차이에 대한 충분한 해명이 될 수 있을 것으로 기대한다. 이 문제가 먼저 해결되면, 나머지 문제들은 비교적 쉽게 정리될 수 있다고 보기 때문이다. 물권행위의 학설사라는 주제에 관한 지속적인 토론을 함께 하고 있는 김 기창 교수께 다시 한 번 감사드린다.

Ⅱ. 방법론상의 차이

김 교수가 보기에 필자의 견해는－김 교수에 따르면 아쿠르시우스(Accursius)

6) 김기창, 앞의 글(각주 4), 235면.

나 사비니(Savigny)도 동일한 오류를 범하고 있는데 – 전혀 원전 사료에 근거하지 못하는 것이 가장 결정적인 문제라고 한다.

> 채무와는 무관하게 변제만 있으면 소유권이 이전한다는 '명제'를 서 교수는 자신의 논의 전개의 대전제(premise)로 삼고 있는데, 필자는 아직까지 이 대전제를 뒷받침 할 만한 원전 사료를 발견하지 못하였다. 사용취득에 관한 풍부한 원전 사료들은 오히려 서 교수의 대전제가 틀렸음을 분명히 보여주고 있으나, 서 교수는 이러한 원전문헌을 "동일한 차원에서 논의"하기를 거부하고 있다.[7]

이러한 '오류'를 극복하기 위하여 김 교수가 동원하는 방법은 원전 사료 그 자체에 의존하는 것이라고 한다.

> 원전 문헌으로부터 유리된 채로 2차 자료에 개진된 견해들에 대한 갑론을박에 매몰되는 사태는 바람직하지 않을 것이다. 원전 이외의 어떠한 권위에도 기대지 아니하고, 로마 법률가들 스스로의 생생한 진술을 다시 한 번 확인해 보는 것도 의미가 없지는 않다는 판단에서, 이 글은 원전 자료의 소개만을 담고 있을 뿐, 2차 자료에 대한 언급이나 비평은 포함되어 있지 않다.[8]

결국 김 교수가 의도하는 것은 "원전 자료의 소개"를 통하여 (필자의 것을 포함하여 어떤) "해석이 원전 사료에 의하여 뒷받침 될 수 있는지를 독자가 스스로 판단하는데 도움이 되었으면 하는" 것이라고 한다.[9]

그러나 이러한 방법론에 대하여 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다.

첫째, 원전 자료를 소개하기만 하면 그 의미를 누구나 스스로 판단할 수 있을 만큼, 사료의 해석이 항상 명확하고 일의적이지는 않다. 물론 누가 보기에도 이견이 없을 만큼 단순하고 명백한 사안을 다루고 있는 사료들도 있겠지만, 특

---

7) 김기창, 앞의 글(각주 4), 235면.
8) 김기창, 앞의 글(각주 4), 213면.
9) 김기창, 앞의 글(각주 4), 213면.

히나 우리의 주제-물권행위의 개념, 혹은 그것의 무인성 여부-와 관련된 사료들은 학설사적으로 볼 때 매우 상이하고도 대립적인 해석들을 불러일으켰다.

따라서 사료 및 그것에 대한 일응의 해석을 제시하는 것만으로는 결코 그 문제에 대한 충분한 답을 제공한다고 볼 수 없다. 오히려 사료에 대한 어떤 특정한 해석의 의미와 가치는 그와 반대되는 다른 해석들과의 대조를 통하여 비로소 드러난다. 따라서 그러한 다양한 해석의 구체적 예시로서의 2차 문헌들에 대한 검토는 필요불가결하다.

김 교수는 자신의 입장이 "원전 이외의 어떠한 권위에도 기대지 아니하"는 것이라고 말하고 있지만,[10] 김 교수가 제시하는 것은 절대적인 타당성을 인정받는 '원전 그 자체'가 결코 아니라, 원전 텍스트에 대한 김 교수 자신의 '하나의' 해석일 뿐이다. 만약 어떤 해석이, 가능한 다른 해석들과의 비교 검토 작업 없이도 해당 사료에 대한 당연하고도 유일하게 가능한 해석으로 환치된다면, 그러한 해석에 대한 학문적이고도 객관적인 검증은 도대체 어떻게 가능할 것인가?

김 교수는 "원전 문헌으로부터 유리된 채로 2차 자료에 개진된 견해들에 대한 갑론을박에 매몰되는 사태는 바람직하지 않"다고 하지만,[11] 이것은 자칫 자신의 주장에 대한 객관적 검증을 스스로 불필요하다고 느끼거나 아니면 그것을 포기하는 것으로 여겨질 수 있다.

둘째로 지적할 수 있는 것은, 어떤 사료의 해석을 제시하는 것과는 별도로, 어떤 사료를 해석의 대상으로 삼는 것 자체가 해석에 있어서의 특정한 정향으로부터 기인할 수 있다는 점이다. 다시 말하자면, 어떤 문제에 대한 다양한 사료가 존재할 경우, 그 중에서 특히 어떤 것들만을 취사선택하고 고찰의 대상으로 삼는다는 것이 자칫하면 자신의 논지를 뒷받침하기 적합한 사료들만을 선택하는 것이 될 위험이 있다.

물론 어떤 제한된 분량의 학술논문을 통하여 그 주제와 관련된 모든 사료를 검토하는 것은 바람직할지는 몰라도 결코 현실적이지는 못하다. 이것은 그 주

10) 김기창, 앞의 글(각주 4), 213면.
11) 김기창, 앞의 글(각주 4), 213면.

제에 관하여 아무리 두꺼운 단행본을 저술한다 하더라도 마찬가지일 것이다. 결국 특정한 논문에서 제시되는 사료는 그 저자가 생각하기에 그 주제와 관련하여 가장 중요한 의미를 가지는 것으로 제한되지 않을 수 없고, 이러한 선택 작업이 특정한 해석에 대한 편향이 되지 않으려면 각별한 주의가 필요하다.

그런데 김 교수는 관련되는 모든 사료들을 검토하였고, 그 사료들은 일관되게 자신의 견해를 뒷받침한다고 주장한다. 예컨대, "채무와는 무관하게 변제만 있으면 소유권이 이전한다는 '명제'를 서 교수는 자신의 논의 전개의 대전제(premise)로 삼고 있는데, 필자는 아직까지 이 대전제를 뒷받침할 만한 원전 사료를 발견하지 못하였다. 사용취득에 관한 풍부한 원전 사료들은 오히려 서 교수의 대전제가 틀렸음을 분명히 보여주고 있"다고 한다.[12]

설사 김 교수의 글에서 제시되는 사료에 대한 김 교수의 해석이 전부 옳다 하더라도-물론 그러한 해석이 과연 타당한지에 대해서는 이하에서 검토하겠지만-그러한 해석의 입장과는 맞지 않는 다른 사료들도 충분히 많이 있다는 것이 필자의 생각이다. 특히 물권행위와 관련해서는, 사비니식의 물권행위 개념을 뒷받침하는 사료들도 충분히 많이 있지만, 반대로 물권행위 개념과는 잘 들어맞지 않는 정반대의 모습을 제시하는 사료들도 충분히 있다고 본다. 결국 이 물권행위 문제와 관련하여 로마법 사료는 한 가지 색깔로만 이루어진 옷감이라기보다는, 여러 색깔이 한데 어우러진 울긋불긋한 모습의 색동천에 더 가깝다는 것이 필자의 입장이다.

그런데도 불구하고 김 교수가 자신의 주장과 배치될 수 있는 사료들을 전혀 발견하지 못하는 것이 진지한 학문적 숙고의 결과라면, 김 교수와 저자의 이러한 입장 차이는 도대체 어디에서 기인하는 것일까?

이하에서는 개별 사료에 대한 해석에 있어서 김 교수와는 다른 필자의 입장이 개진되겠지만, 사료에 대한 학설의 검토 및 사료의 선택에 있어서의 서로의 방법론의 차이라고 부를 만한 것도 함께 부각되었으면 하는 것이 필자의 바램

12) 김기창, 앞의 글(각주 4), 235면.

이다. 물론 그러한 차이가 과연 존재하는지, 그렇다면 어떠한 입장이 보다 타당한지에 대한 판단은 전적으로 독자들의 몫일 것이다.

Ⅲ. 사용취득과 오상원인

김 교수에 따르면, 필자는 "오상 원인에 기하여 인도가 이루어지더라도 소유권이 즉시(1년 또는 2년의 점유가 계속되어야 할 필요도 없이) 이전한다는 입장을 견지"하고 있다고 한다.[13] 김 교수가 보기에 이러한 입장은 타당하지 않은데 그 첫 번째 근거는, 사용취득에 관한 많은 사료들이 필자의 입장과는 다른 내용을 담고 있다는 점이라고 한다.

결국 필자의 견해는 "사용취득에 관한 원전 사료들을 외면"하고 있으며,[14] 이러한 '외면'의 이유로서 필자가 제시하는 근거는 기껏해야, 인도와 사용취득이 별개의 제도이며 동일한 차원에서 논의될 수 없다는 "도그매틱한 선언" 밖에 없다고 한다.[15]

김 교수의 견해로는 "사용취득에 관한 원전 사료들이 분명히 보여주는 점은, 오상원인에 기하여 인도가 이루어지는 경우, 양수인이 소유권을 취득하지 못할 뿐 아니라, 대부분의 경우 사용취득조차 할 수 없다는 점"이라고 한다.[16]

과연 이러한 주장이 타당한 것이지 이제 구체적으로 검토해 보기로 한다.

1. 사용취득과 traditio의 관계

인도에 의한 소유권 이전(traditio)과 사용취득(usucapio)은 별개의 제도이기는

13) 김기창, 앞의 글(각주 4), 218면.
14) 김기창, 앞의 글(각주 4), 218.
15) 김기창, 앞의 글(각주 4), 219면.
16) 김기창, 앞의 글(각주 4), 219면.

하지만, 소유권의 취득이라는 면에서 보면 서로 밀접하게 연결되어 있다. 이러한 두 제도의 연관은 현행법에 비하여 로마법에서는 훨씬 더 긴밀한 것으로 보인다. 오늘날에는 법률행위에 의한 소유권의 이전이 큰 비중을 차지하고, (로마의 사용취득에 유사하게 상응한다고 할 수 있는) 취득시효는 일종의 예외적인 경우(더구나 당사자의 의사와는 상관없이 법이 소유권 취득의 효과를 부여하는 법정취득)로서 규율되기 때문이다. 반면 로마법에서는 사용취득이 원시취득과 승계취득의 중간적 성질을 가지는 제도[17]로서 매우 중요한 기능을 했다(현행법의 취득시효와 선의취득을 합친 것과 같은 제도였다).

로마법에서 traditio와 usucapio의 상대적 비중을 잘 보여주는 것은, 각 제도에 관한 사료의 양이다. traditio에 대해서는 극히 일부의, 그것도 구체적 사례를 다룬다기 보다는 일반적인 원칙 천명 수준의 사료들 밖에 없는데 비하여,[18] usucapio에 관해서는 사료들이 매우 풍부하다. 가령 디게스타의 제41권의 제3장은 사용취득 일반에 대해서, 이어지는 제4장부터 제10장까지는 사용취득의 개별 원인들에 대해 다루고 있다.

따라서 traditio를 둘러싼 여러 논란-물론 그 논란의 정점에는 물권행위의 인정 여부, 물권변동의 유인, 무인 여부가 놓여 있다-에 있어서, 사용취득(usucapio)에 관한 사료들로부터 traditio와 관련된 어떤 결론을 도출하려는 시도가 끊임없이 계속되어 왔다. 특히나 usucapio의 원인(causa)의 목록들이 traditio의 원인의 목록과 거의 일치하므로, 이러한 시도는 더욱 자연스러운 일이었다.

적극적으로 이러한 입장을 표방한 대표자들로서는 Rabel, Beseler, Ehrhardt, Kunkel, Hazewinkel-Suringa 등이 있다. 이들은 인도의 원인과 사용취득의 원인을 완전히 동일시하여, 사용취득으로부터의 모든 결과를 traditio에도 적용한다.[19]

---

17) Kunkel/Mayer-Maly, Römisches Recht, 4. Aufl. (1987), S. 172 Fn. 10 참조.

18) Kaser, "Zur iusta causa traditionis", BIDR 64 (1961), S. 87은 사료의 상태가 "개탄스러울만큼 흠결투성이(bedauerlich lückenhaft)"라고 말한다. 또한 참조 Gordon, "The importance of the iusta causa of traditio", New Perspectives in the Roman Law of Property (1989), S. 123-135.

19) Rabel, Grundzüge des römischen Rechts (in : Enzyklopädie der Rechtswissenschaft), Bd. I(1915), S. 440 f.; Beseler, "Miscellanea : Tradition und causa", SZ 45 (1925), S. 225; Ehrhardt, Iusta causa traditionis : eine

그러나 1960년대 이후 Kaser는 이러한 입장에 대하여 반대하게 된다. 즉, traditio와 usucapio는 이해관계가 다르므로 그러한 "자동적인 이전"은 허용되지 않는다고 보았다.[20] 그럼에도 불구하고 Kaser 역시 자신의 결론의 대부분을 사용취득으로부터 도출하지 않을 수 없었는데, 그렇게 하지 않으면 참조할 수 있는 사료 자체가 없기 때문이다. 결국 Kaser는 일반적이고 전면적인 동일시는 부인하면서도, 로마인들이 이 문제를 개별 사안에 따라 다르게 해결했을 것이라는 입장에 도달하였다.[21] 또한 Kaser는 양 제도가 역사적으로 발전하는 과정에서 밀접한 관련을 가졌음을 인정하였다.[22]

Flume와 Mayer-Maly의 입장도 Kaser와 유사하다.

Flume는 두 제도에서 문제상황(Problematik)이 상이하므로 사용취득에 대한 사료를 "당연하게(ohne weiteres)" traditio에 적용하는 것은 옳지 않다고 한다.[23] 그러나 사용취득의 정당한 원인임이 부인되는 경우에는, traditio의 정당한 원인으로서도 인정되지 않았을 것은 자명하다고 한다.[24]

Mayer-Maly는 지나친 동일시를 경계하면서, 양 제도의 중요한 차이점으로서 신의성실(bona fides)를 들고 있다. 즉, 사용취득은 traditio에 비해서 더 많은 요건들을 갖추어야 하는데 특히나 신의성실(사용취득에 있어서는, 양도인이 진정한 소유자라는 것에 대한 양수인의 선의를 의미) 요건이 중요한 역할을 하기 때문에, 신의성실이 전혀 요구되지 않는 traditio에서는 원인(causa)의 인정 여부에 대

Untersuchung ueber den Erwerb des Eigentums nach roemischem Recht (1930), S. 9 f.; Jörs/Kunkel, Römisches Recht, 3. Aufl. (1949), S. 127 Fn. 9; Hazewinkel-Suringa, Mancipatio en traditio (1931), S. 167 f.

20) Kaser, aaO(Fn. 18), S. 92 f.; Ders., Das Römische Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl.(1971), S. 417 Fn. 40; 이미 Schulz, "Besprechung der Arbeiten von Lange, Ehrhardt, Hazewinkel-Suringa, Betti u. Monier", SZ 52 (1932), S. 547 f. 그리고 Voci, L' errore nel diritto romano (1937), S. 154 f. 역시 同旨.

21) Kaser, aaO(Fn. 18), S. 93.

22) Kaser, aaO(Fn. 18), S. 63는 iusta causa traditionis 및 iusta causa usucapionis 개념이 동일한 시기에, 그것도 이미 공화정 후기에 형성되었다는 입장이다. 한편 Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 177에 따르면 iusta causa usucapionis 개념은 이미 후기 공화정기에 확립되었지만,iusta causa traditionis는 이 개념의 영향을 받아서 기원후 2세기 이후에야 형성되었을 것이라고 한다.)

23) Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis : römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken (1990), S. 58.

24) Flume, aaO(Fn. 23), S. 59.

해 다르게 판단할 수 있다는 것이다.[25]

필자 역시 이러한 절충적 입장이 타당하다고 본다. 결국 traditio 자체에 관한 사료가 거의 없는 마당에서는 usucapio과 관련된 사료 혹은 다른 제도들과 관련된 사료들로부터 일종의 유추해석을 시도할 수밖에 없다. 물론 그러한 전의(轉義)가 타당한지에 대해서는 개별 사안에 따라 조심스럽게 검토해 보아야 한다고 본다.

그런데 김 교수의 입장은 위에서 소개한 전면적 동일시의 입장, 혹은 절충적 입장과는 전혀 다르다. 어떤 점에서 그러한가?

위에 소개한 입장들의 출발점은, 어떤 원인(causa)이 usucapio에 있어서 인정 또는 불인정되는 경우에 그 결론을 traditio에도 적용할 수 있을지를 판단하는 것이었다. 따라서 어떤 causa가 usucapio에 있어서 인정되었다면 그것은 traditio의 경우에도 전면적으로 인정되거나, 혹은 (절충설에 따를 경우) 사안에 따라서는 인정되지 않을 수도 있다. 그런데 어떤 causa에 대하여 usucapio가 부인된 경우에는 - 비록 절충설의 입장에 따르더라도 - 그 causa가 traditio에 있어서도 부인될 가능성이 높다.[26] 역으로 어떤 causa에 대하여 usucapio가 인정된 경우에는, 그 causa가 traditio에 있어서도 인정될 가능성이 높다는 뜻이다.

즉, usucapio의 결론을 traditio에 전이하여 적용하는 것은 직접적인 사료가 없는 상황에서의 어쩔 수 없는 선택이지만, 전면설이든 절충설이든 상관없이 이것을 대체로 인정할 수 있다는 셈이 된다.

그런데 김 교수의 입장에 따르면, 사용취득이 문제된다는 것은 traditio에 의한 소유권 이전이 이미 부인되었음을 자동적으로 의미한다. 즉, 이미 소유권이 이전하였다면, 굳이 사용취득을 논의할 필요가 없다는 이야기이다. 그렇다면 설사 어떤 causa(가령 변제)에 대해서 사용취득이 인정된 경우에도 traditio에 의한 소유권의 이전을 부인해야 한다는 것이 된다.

이러한 생각은 일견 논리적으로 타당한 것처럼 보일 수도 있지만, 현행법에

25) Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 159.

26) Flume, aaO(Fn. 23), S. 59.

있어서는 물론이고[27] 로마법의 경우에도 타당하지 않다고 생각된다. 이미 언급한 로마법학계의 견해와는 별개로 또 하나의 중요한 이유가 있기 때문이다.

즉, 때로는 소유자라 하더라도 소유권의 이전을 주장하는 것보다 사용취득 또는 취득시효를 주장하는 것이 당사자에게 더 편리한 경우가 있다.

이 점을 로마법에 대하여 보다 상세히 살펴보면 다음과 같다.

만약 양도인과 양수인 사이에서 소유권을 둘러싼 분쟁이 있는 경우라면, 양수인의 입장에서는 자신이 정당한 원인에 기하여 인도를 받았다는, 다시 말해 traditio에 기해서 소유권을 취득하였다는 것을 입증하는 것으로 충분할 것이다. 따라서 정당한 원인과 인도라는 요건 이외에 보다 많은 다른 요건들(1년 또는 2년간의 계속적 점유, 선의 등)을 갖추어 사용취득을 주장할 이유가 없다. 만약 악취물(握取物, 즉 mancipatio를 요하는 물건)을 그냥 인도만 한 것이어서 시민법상의 소유권을 취득할 수 없는 경우에도 매각되어 인도된 물건의 항변(exceptio rei venditae et traditae) 또는 악의의 항변(exceptio doli)과 같은 항변을 사용하면 충분할 것이다.[28]

그러나 만약 소유권에 관한 분쟁이 양수인과 제3자 사이에서 발생한 경우에는 사정이 다르다. 이런 경우에는 정당한 원인과 인도라는 요건을 갖추어 traditio가 유효했음을 입증하는 것은 큰 의미가 없다. 만약 제3자가 양도인보다 더 우선하는 권리자인 경우, 가령 진정한 소유자이거나 혹은 질권자인 경우에 양수인은 인도에 기해서는 소유권을 취득하지 못한다.[29]

또한 양도인이 진정한 소유자임을 입증하는 것이 항상 용이한 것만은 아니다. 양도인 역시 그 물건을 제3자로부터 양수한 경우에는 다시 그 제3자 진정한 소유자임을 입증해야 하는 입증의 연쇄가 발생하는 것이다. 결국 누군가 원시취득을 한 전 소유자에 이르기까지의 모든 과정을 입증해야 하는 것이다. 이러한 입증이 매우 어려웠기 때문에, 이것을 '악마의 입증(probatio diabolica)'이라

27) 현행법에 대해서는 송덕수, 『신민법강의』(2008), 551면, 대판 2001.7.13, 2001다17572 참조.
28) Kaser, aaO(Fn. 18), S. 439.
29) Kaser, aaO(Fn. 18), S. 458 참조.

고 부르기도 한다.[30]

이러한 일을 피하기 위하여 양수인이 가지는 가장 일반적인 수단은 사용취득을 주장하는 것이다. 일단 사용취득이 인정되면 양수인은 더 이상 승계취득에 의해서가 아니라 원시취득에 의해서 소유권자가 되므로, 사용취득의 기간을 갖출 때까지 상대적으로만 주장할 수 있었던 권리(그것은 사용취득 점유자로서의 지위이다)가 아닌, 이제는 절대적으로 누구에게나 주장할 수 있는 소유권을 취득하는 것이다. 요컨대 사용취득은 원시취득에 해당하지만 승계취득을 완성하기 위하여 로마법에서는 더 큰 의미를 가졌던 것이다.[31]

요컨대, 사용취득이 문제되고 있는 상황은 traditio에 의한 소유권 이전이 자동적으로 부인됨을 의미한다는 김 교수의 주장은 타당하지 않다. 또한 이러한 주장은 위에서 검토한 학설들-전면설이건 절충설이건 간에-과도 전혀 맞지 않는다는 점은 이미 지적한 바와 같다.

2. 오상원인에 의한 사용취득

이제 우리의 논의는 그 핵심 부분에 도달했다. 즉, 오상원인(誤想原因)에 의한 인도가 있는 경우에 사용취득이 가능한지의 여부이다. 이 질문에 답을 하게 되면 그 경우에 소유권이 traditio에 의해 즉시 이전하는지에 대해서도 거의 확실한 답을 얻게 되는 셈이다.

이에 대한 김 교수의 대답은 매우 명쾌하다. 우선, 양수인은 traditio에 기해서는 소유권을 취득하지 못한다. 사용취득이 문제된다는 것은 소유권 이전이 자

30) '악마의 입증'에 대해서는 참조 Feenstra, "Action publicienne et preuve de la propriéte, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge", Mélages Meylan I (1963), S. 91 m.w.Lit.; Kiefner, "Klassizität der 'probatio diabolica'?", SZ 81 (1964), S. 212-232; Benedek, "Zur Frage des 'diabolischen Beweises'", Studi Biscardi IV (1983), S. 445-468.

31) 그래서 Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 155는 사용취득에 대하여 원시취득과 승계취득 사이의 중간적 지위(Mittelstellung)를 인정한다. 반면, 우리 민법의 취득시효에서는 이러한 측면이 거의 사라졌으므로, 취득시효는 원시취득의 한 유형으로 분류된다.

동적으로 부인된 것으로 김 교수는 보기 때문이다. 둘째, (극히 드문 예외를 제외하고는) 양수인은 사용취득 역시 하지 못한다.

우선 첫 번째 대답에 대해서 보자면, 이러한 생각이 옳지 않음은 이미 살펴보았다.

그래서 우리는 김 교수의 두 번째 대답에 대한 검토로 나아간다. 만약 김 교수의 생각처럼 오상원인의 경우에 사용취득이 부인된다면, 그 오상원인에 기한 traditio의 경우에도 역시 소유권 취득이 부인될 것이라는 매우 강한(물론 100% 확실하지는 않지만) 근거가 될 것이다. 역으로, 사용취득이 인정되는 경우라면, traditio의 경우에도 소유권 취득이 인정될 수 있다고 볼 수 있을 것이다.

요컨대, 오상원인의 경우에도 사용취득이 인정되느냐 하는 문제는 그러한 오상원인에 기하여 traditio가 행해진 경우 소유권이 이전되느냐의 여부를 판단하는 결정적 근거가 된다.

1) 오상원인의 개념 규정

그런데 이제 이에 관하여 구체적으로 살펴보기에 앞서서 우선 개념적으로 명확히 하고 넘어가야 하는 부분이 있다. 그것은 다름 아니라 오상원인을 어떻게 규정할 것인가 하는 문제이다.

오상원인 또는 오상권원(誤想權原, causa putativa, Putativtitel)은 실제로는 존재하지 않는데도 불구하고 존재하는 것으로 믿는(誤想, putare) 그 원인(causa)을 가리키며, 보통은 오상원인에 의한 변제, 즉 비채변제의 경우에 문제된다.

로마인들은 이 문제에 관해 의식하고 있었고 매우 상세히 논의하였지만 이 오상원인이라는 용어를 사용하지는 않았다. 아마도 그 기원은 아쿠르시우스(Accursius)의 유명한 주석(Glossa iusta causa ad D. 41,1,31 pr.)이 될 것이다.[32] 어쨌든 그가 진정원인(causa vera)과 오상원인(causa putativa)를 구별한 이후로 오상

32) 이에 관한 보다 상세한 논의는 서을오, 앞의 글(각주 3), 201 이하 참조.

원인이라는 개념은 traditio와 usucapio를 둘러싼 학설사에 있어서 논란을 많이 불러 일으켰다. 그러한 논란의 상당한 부분은 이 개념이 매우 여러 상황을 포괄하는 일반적인 의미로 사용되면서 논쟁의 당사자들이 이 개념을 서로 다른 의미로 사용한 데 기인했다.

그래서 여기에서는, 일반적으로 오상원인이 의미하는 상황을 크게 두 가지로 구분하고자 한다. 첫째는 비채변제(solutio indebiti)의 경우이다. 즉, 채무는 존재하지 않았음에도 불구하고 변제가 이루어진 경우를 말한다.[33] 둘째는, 채무도 존재하지 않고 변제행위에 없었음에도 불구하고, 점유자가 자신이 정당한 원인을 가지고 취득하였다고 오상하는 경우이다. 김 교수는 이러한 구별 없이 모두 '오상원인'이라고 보고 논의를 전개하고 있으나, 필자의 경우에 이러한 구별은 매우 큰 의미가 있다. 그 이유는 이하의 서술을 통해 밝힐 것이다.

2) 비채변제

먼저, 오상원인의 첫 번째의 경우, 즉 비채변제에 관해서 보자.

김 교수의 견해에 따르면, 이 비채변제는 채무 일반에 대해서 문제되는 것이 아니라 오로지 문답계약(stipulatio) 채무에만 해당된다고 한다.[34] 이것은 김 교수가 변제(solutio) 또는 채무(debere, debitum)의 개념을 오직 문답계약에 기한 것으로만 보기 때문이다.

이에 대한 로마법학계의 학설을 검토해 보자.

---

33) 김기창, 주17에서는 "비채변제라는 용어는 우리 민법에서는 채무 없음을 알고 변제한 경우를 지칭하는 것"이라고 하는데, 이는 옳지 않다. 우리 민법에서도 비채변제는 "채무가 없음에도 불구하고 변제로서 급부하는 것"이라는 데에 대하여 학설이 일치되어 있다. 참조 최병조, 『로마법강의』(1999), 491면; 송덕수, 앞의 책, 1304면; 곽윤직, 『채권각론』(1996), 631면; 김형배, 『민법학강의』(2003), 1231면; 이은영, 『채권각론』(2002), 687면; 김준호, 『민법강의』(2003), 1452면. 비채변제는 부당이득이 되어 반환청구를 할 수 있는 것이 원칙이지만, 민법 제742조와 제744조는 반환청구를 할 수 없는 경우를 규정한 특칙에 해당하며, 이러한 경우를 "좁은 의미의 비채변제"라고 한다. 결국 김 교수는 이러한 협의의 비채변제만이 비채변제라고 주장하는 셈이다.

34) 김기창, 앞의 글(각주 4), 217면.

학설은 변제가 문답계약에 기한 채무의 이행에만 적용되는 것이 아니라, 그 원인이 계약, 불법행위, 판결이든 상관없이 발생한 모든 채무에 적용되며, 그 변제의 (급부)형태가 금전지급이든, 기타의 양도이든, 제한물권의 설정이든, 하는 채무이든, 점유의 제공이든, 그 밖의 어떤 것이든 상관없이 채무의 이행이기만 하면 된다는 데 대해서 일치되어 있다.[35]

김 교수가 solutio의 개념을 무척 좁게 문답계약의 경우만으로 제한하려고 하는 것은, 바로 (非債인, 즉 실제로는 존재하지 않는) 문답계약채무의 변제의 경우에만 예외적으로 사용취득이 인정되었다는 주장을 하기 위해서이다.

그런데, 변제가 문답계약이 아닌 다른 채무의 변제의 경우까지도 모두 포괄하는 개념이라는 데 대해서 학설이 일치하고 있다면, 어떠한 종류의 채무이든 지간에 실제로는 존재하지 않는데도 불구하고 변제가 행해진 경우에 사용취득은 인정되었을까 하는 의문이 생긴다. 즉, 일반적인 비채변제에 대해서 사용취득은 인정되었을까? 김 교수는 당연히 이를 부정하며, 이것은 필자의 견해를 비판하는 핵심 논거가 되고 있다.[36]

이에 관한 로마법학계의 학설을 살펴보자.

학설은 이러한 (김 교수처럼 문답계약의 경우 뿐 아니라) 다른 모든 비채변제의 경우도 사용취득이 인정되었다는 점에 있어서 일치되어 있다.[37]

Kaser는 변제에 의한(pro soluto) 사용취득에 있어서는 (가령 문답계약에 기한 것이든, 신탁유증에 기한 것이든, 소비대차금의 반환이든, 매매대금의 지급이든 상관없이) 채무의 존재가 전제되지 않았다는 것이 고전기의 통설이라고 본다.[38] 또한 Kaser는 traditio에 있어서도 마찬가지로 비채변제에 의해 소유권이

35) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 636, Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 263. 물론 당사자들이 그 행위가 채무의 이행을 위한 것이라 것에 대하여는 합의하고 있어야 한다. 아울러 쌍방 모두 채무의 존재에 대하여 선의여야 한다. 만약 변제자가 악의인 경우에는, 그것은 비채변제로서 반환청구할 수가 없다. 또한 변제의 수령자가 악의인 경우에는, 사용취득이 부인된다(신의성실요건을 갖추지 못했으므로). Flume, aaO(Fn. 23), S. 60 참조.

36) 김기창, 앞의 글(각주 4), 217면.

37) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 636.

38) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 421 Fn. 28. Kaser는 통설에 대한 반대 입장으로서 D. 41,10,3을 들고 있는

이전한다고 본다.[39]

Mayer-Maly는 정상적인 변제(이행행위)가 있으면 사용취득을 하기에 충분하며, 변제에 있어서 유효한 채무의 존재는 전제되지 않았다고(즉, 채무가 존재하지 않는 경우에도 유효) 본다.[40] Mayer-Maly는 이 결론을 traditio에도 적용하여, 비채변제의 경우에도 소유권이 즉시 이전하는 것으로 본다.[41]

Flume 역시 usucapio이든 traditio든 상관없이 변제가 있으면 (채무가 존재하는 경우에는 말할 것도 없고) 설사 그것이 비채변제인 경우에도 유효한 causa가 된다고 본다. 변제의 원인이 되는 채무를 고려하거나 그것을 전제하는 것은 필요없다고 한다. 결국 유효한 변제만 있으면 사용취득은 물론이고 traditio에 의한 소유권 이전 역시 인정된다는 것이 Flume의 입장이다.[42]

요컨대, 학설들은 일치하여 실제로 존재하지 않는 채무(문답계약 채무가 아니라 다른 어떤 채무이어도 상관없음)에 대한 변제도 사용취득의 정당한 원인(iusta causa usucapionis)으로 인정하며, 따라서 사용취득을 인정하고 있을 뿐 아니라, traditio에 의한 소유권의 이전에 있어서도 마찬가지로 인정하고 있다.

학설들 중에서 다툼이 있는 부분은 이처럼 비채변제의 경우에도 사용취득이 인정되느냐의 여부가 아니라, 로마법에서 왜 그러한 현상이 발생했느냐 하는 문제에 대해서이다.

김 교수의 견해의 밑바탕에는 "채무도 존재하지 않는 상황에서 변제하였는데 도대체 왜 소유권이 이전하느냐, 그것을 정당화하기 어렵지 않으냐"하는 생각이 깔려 있는 것처럼,[43] 로마법이 이처럼 비채변제를 유효한 것으로 보아 사용취득이나 traditio에 의한 소유권의 즉시취득을 인정하는 것은 현대인들의 눈

데, 거기에서는 pro soluto가 아닌 pro suo만이 인정되었다고 보고 있다. 그러나 이것을 pro suo로 보더라도, 사용취득이 인정되었다는 결론에는 변함이 없다. 또한 Kaser, aaO(Fn. 18), S. 77 참조.

39) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 417.

40) Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 178.

41) Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 158.

42) Flume, aaO(Fn. 23), S. 59.

43) 가령 김기창, 앞의 글(각주 1), 49면에서는 이러한 결과가 "부도덕"하다고 표현하고 있다.

에는 '이상한 일'로 비칠 수도 있다.

왜 로마인들이 비채변제의 경우에 소유권의 취득(사용취득과 traditio 모두에 대하여)을 인정했는지에 대하여 학설은 다음과 같은 설명들을 제시하고 있다.

통설은 Rabel의 견해에서 출발하고 있다. Rabel에 따르면, 고(古)로마법에 있어서 변제(solutio)는 책임으로부터 벗어나는 행위(ein Geschäft der Haftungslösung)로서 쌍방적 이격(離隔)행위(ein beiderseitiges Abstandsgeschäft)였다고 한다.[44]

Kaser 역시 이 견해를 받아들여서 solutio를 쌍방적 이격행위로 설명하고 있다. 즉, 일단 변제가 행해지면 변제의 수령자 입장에서는 더 이상 구(舊)채무를 주장할 수 없고, 반면 변제자 입장에서는 비채변제의 경우에도 일단 변제물의 소유권이 수령자에게 이전하므로 더 이상 소유물반환청구(rei vindicatio)에 의해서가 아니라 오직 부당이득반환청구(condictio)만이 가능하다고 한다.[45] 계속하여 Kaser는, 원인행위의 하자가 소유권 이전에 장애가 되는 경우(가령, 부부 간의 무효인 증여)도 있지만 solutio나 datio ob rem와 같은 다른 경우에는 그러한 원인관계(Kausalbeziehung)의 흠결이 소유권 이전을 좌절시킬 정도로 깊게 영향을 주지는 않는다고 한다.[46]

Mayer-Maly는 사용취득의 원인으로서의 매매(emptio venditio)와 변제(solutio)가 서로 대조적인 성격을 가진다는 점에 착안하여 설명한다. 즉, 변제에 있어서는 그 원인이 되는 채무의 존재 여부와 상관없이 사용취득이 인정되는데 반하여, 매매에 있어서는 매매행위 그 자체가 causa가 되므로 매매가 유효한 경우(이른바 眞正賣買 emptio vera)에만 사용취득이 인정된다고 한다.[47] Mayer-Maly는 이러한 설명 틀을 traditio에 대해서도 그대로 적용하고 있다. 즉, traditio로 유효하게 소유권이 이전하기 위해서는, 매매의 경우에는 emptio vera가 요구되지만, solutio의 경우에는 설사 원인채무가 존재하지 않는 경우에도 소유권이 이전한

44) Rabel, aaO(Fn. 19), S. 441.

45) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 417 및 Ders., aaO(Fn. 18), S. 72 ff.

46) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 417. 同旨 Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 158.

47) Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 178.

다고 본다.[48] 이 견해의 가장 큰 근거가 되는 것은 두 개의 파울루스 개소, 즉 Paulus D. 41,3,48, Paulus D. 41,4,2,pr.이다.[49]

Flume의 입장도 대체로 Mayer-Maly와 유사하다. 그 역시 solutio의 경우에는 원인채무가 존재하지 않는 경우에도 사용취득에 의해서든 traditio에 의해서든 소유권이 취득될 수 있음을 인정하고, 매매의 경우에는 emptio vera가 요구된다고 본다.[50] 그러나 Flume는 이 emptio vera가 매매의 유효성(Gültigkeit) 여부라기보다는 당사자 간에 매매계약의 체결이라는 행위가 행해졌느냐의 여부라고 본다.[51] 이 문제에 대해서는 매우 격렬한 학설 다툼이 있었기 때문에, 나중에 항을 바꾸어 보다 상세히 살펴볼 것이다.

Flume의 입장과 완전히 같지는 않지만, emptio vera가 매매의 유효성과는 상관없다는 견해를 표방한 이들로는 Lange, Hazewinkel-Suringa, Schulz 등이 있다.[52] 이들은 solutio에서든 매매에서든, 아니면 다른 어떤 causa에 있어서도 모두 원인채무의 유효 여부에 상관없이 사용취득이나 traditio가 인정된다는 것을 전혀 다른 각도에서 설명한다. 이들의 입장은 보통 "유인적(有因的) 물권적 합의(kausale dingliche Einigung)"라는 말로 표현된다. 즉, 이들은 원인행위의 핵심적인 요소로서 그 속에 포함되어 있는 소유권 이전의 합의를 지목한다. 이 합의가 존재한다면 설사 원인행위가 존재하지 않거나 무효일지라도 소유권은 traditio, usucapio 상관없이 취득될 수 있다는 것이다. 그런데 이들은 이러한 합의가 원인행위 속에 포함되어 있다고 본다는 점에 있어서 사비니의 입장, 즉 무인적(無因的) 물권적 합의(abstrakte dingliche Einigung) 이론과 차이를 보인다.

사비니(Savigny) 역시 소유권의 이전에 있어서 핵심적 요소가 물권적 합의(물권변동에 대한 합의)라고 본 점에 있어서는 Lange 등의 입장과 차이가 없었다.

---

48) Kunkel/Mayer-Maly, aaO(Fn. 17), S. 158.

49) 이 두 개소에 관해서는 이하에서 상세히 검토한다.

50) Flume, aaO(Fn. 23), S. 59-60.

51) Flume, aaO(Fn. 23), S. 60 ff.

52) Lange, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition (1930), S. 76 ff.; Hazewinkel-Suringa, aaO(Fn. 20), S. 200 ff., 213 ff.; Schulz, aaO(Fn. 20), S. 543 ff., 548.

다만 사비니는 이 물권적 합의가 채권행위와 구별되는 별개의 법률행위라는 점을 강조하였기 때문에 그것을 무인적(abstrakt)인 것으로 구성하게 되었다.[53]

이상의 학설들을 평가하자면 다음과 같다.

통설의 입장이라 할 수 있는 Rabel과 Kaser의 견해는 solutio의 역사적 형성과정에서 그 해답을 찾는다. 그래서 한편으로는 원인행위의 유효성이 요구되면서도 이와는 달리 원인행위를 전혀 고려하지 않는 solutio라는 제도가 역사적으로 생성되었다는 것이다. 이러한 생각은 결국, 로마법 안에는 서로 충돌할 수도 있는 제도들이 병존한다는 것을 전제하고 있다. 그래서 Kaser는 로마법의 사료들이 "개별 사안의 상황에 따라 달라지는, 다채롭고 논쟁거리가 많은 모습(ein buntes und kontroversenreiches Bild, je nach den Umständen des Einzelfalles)"을 보여준다고 말한다.[54] Mayer-Maly 역시 emptio vera와 solutio가 대등한 비중을 가짐을 강조함으로써, 대체로 이러한 입장의 연장선상에 있다.

반면 Lange나 Schulz 등의 입장은 이와는 다르다. 이들은 emptio vera와 solutio를 함께 설명할 수 있는 요소를 '물권적 합의'에서 찾음으로써, 서로 모순되는 두 제도를 통일적으로 이해하고자 한다.

이들의 이러한 생각에 사비니(Savigny)가 결정적 자극을 주었을 것이라는 것은 충분히 짐작할 수 있다. 다만 이들은 사비니보다는 조금 더 온건한 방향으로 가는데, 물권적 합의가 원인행위 안에 포함되어 있다고 보기 때문이다.

이제 학설에 대한 검토는 잠시 접어두고, 비채변제의 경우에 사용취득이 인정되었는지 하는 문제와 관련된 로마법상의 개소들을 구체적으로 살펴보자.

3) 비채변제에 의한 사용취득 관련 사료의 검토

비채변제의 경우 사용취득이 인정된다는 점에 대해서 학설이 일치할 수 있는 가장 큰 이유는, (그러한 통설의 입장에 따르자면) 관련된 사료들이 한 목소

53) 사비니의 입장에 대한 보다 상세한 논의는 서을오, 앞의 글(각주 2), 특히 127면 이하 참조.
54) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 421.

리로 분명하게 그것을 이야기하고 있기 때문이다.

반면, 김 교수는 (로마법학계의 통설을 따르고 있는) 필자의 견해를 뒷받침하는 "원전 사료를 아직 발견하지 못하였다"고 하면서, 오상원인에 의한 사용취득이 부인되는 전거로서 먼저 Hermogenianus D. 41,3,46,Paulus D. 41,3,48, Pomponius D. 41,10,3, Paulus D. 41,4 2, pr. 등 4개의 텍스트를 제시하고 있다.

이것들은 모두 비채변제의 경우를 다루고 있는데, 만약 이 사료들에서 사용취득이 부인된다면 그것은 김 교수의 주장이 올바르고 로마법학계의 통설(동시에 필자의 견해)이 틀렸다는 훌륭한 증거가 될 것이다.

그런데 매우 공교로운 것은, 김 교수가 전거로 제시하는4개의 사료들이 그와는 반대되는 로마법학계의 통설, 즉 비채변제의 경우에도 사용취득이 인정된다는 주장을 뒷받침하는 대표적인 예로 언급된다는 점이다.[55] 어떻게 동일한 사료를 놓고서 이렇게 정반대의 해석이 가능한지를 이제 구체적으로 살펴보기로 하자.

제일 먼저 김 교수가 언급하고 있는 개소는 다음과 같다.[56]

> Hermogenianus D. 41, 3, 46 (libro quinto iuris epitomarum 발췌록 제5권)
>
> Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit : et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest.
>
> 물건을 채무(변제)의 이유로 수령한 자는 변제에 기하여 사용취득한다. 또한, 채무만이 아니라, 무엇이든 채무를 명목으로 변제한 것 역시 이 권원[즉, 변제에 기하여 pro soluto]으로 사용취득할 수 있다.

여기에서 헤르모게니아누스는 변제에 기한 사용취득을 두 가지로 나누고 있다. 즉, 실제로 채무가 존재하는 경우(quod debetur)와 비채변제(quodlibet pro

55) Flume, aaO(Fn. 23), S. 59.

56) 이하의 번역은 모두 필자의 것이다. 김 교수의 번역과 비교하면 무슨 결정적인 차이는 없지만, 비교를 위하여 새로 번역하였다.

debito solutum)의 경우로 나누고, 두 경우 모두 변제에 기하여 사용취득할 수 있다고 하고 있다.

김 교수는 이 두 번째의 경우, 즉 비채변제의 경우에 사용취득이 된다는 것은 인도에 의해서 소유권이 이전하지 않음을 의미하는 것으로 해석하고 있다. 즉, 사용취득이 문제되는 경우 소유권은 당연히 이전하지 않았다는 것을 김 교수는 전제로 하고 있다. 소유권이 이전되었다면 굳이 사용취득이 문제될 필요가 없다는 것이다.

그러나 이러한 생각이 타당하지 않음은 이미 지적한 바 있다. 즉, traditio의 요건을 갖춘 경우에도 얼마든지 usucapio의 주장을 하는 것이 가능하다. 또한 이미 상세히 학설을 검토하였듯이, 사용취득이 인정되면 traditio 역시 인정되었으리라고 충분히 생각할 수 있다.

이 밖에도 다음과 같은 의문을 제기할 수 있다.

김 교수 스스로 "사용취득은, 합당한 원인에 기하여 물건이 인도되긴 하였으나" 인도가 소유권 이전이라는 결과를 낳지 않은 경우라고 한다. 그렇다면 김 교수는 위의 변제행위를 적어도 인도에 있어서의 유효한 원인행위(iusta causa traditionis)로는 보고 있다는 의미이다. 그런데도 불구하고 소유권이 이전하지 않는 이유가 그것이 "인도의 원인을 이루는 거래가 어떤 이유로 유효하지 않아서"라면, 앞에서 "유효한" 행위라고 했던 것이 왜 다시 유효하지 않은 행위로 되는지가 의문이다.

만약 김 교수의 생각이 solutio가 iusta causa usucapionis로서는 유효하지 않다는 것이라면 그 말은 논리적으로는 가능한 주장이지만, 위에서 헤르모게니아누스가 말하는 것은 그 반대이다. 왜냐하면 그는 실제로 존재하는 채무의 변제의 경우는 물론이고, 비채변제(채무가 존재한다는 명목으로, 즉 실제로는 채무가 존재하지 않는 경우에도) 변제를 원인으로 하여 사용취득이 가능하다고 분명하게 말하고 있기 때문이다. 헤르모게니아누스는 traditio의 경우에 대해서는 말하고 있지만, 만약 이 결론을 그 경우에로 전이시키는 것이 통설과 같이 허용된다고 하면, traditio의 경우에도 비채변제로 소유권이 이전된다는 것을 긍정할

수 있을 것이다.

그렇다면 이것은 비채변제로는 소유권이 이전할 수 없다는 김 교수의 입장과는 모순되는 결과이다. 그래서 김 교수는 원칙적으로 소유권이 이전할 수 없지만, 극히 예외적으로만(김 교수에 따르면, 문답계약에 기한 채무 및 오상에 대한 비난 가능이 없는 경우[57]) 그것이 인정되었다고 주장하게 된다.

그러기 위하여 김 교수는 변제가 일반적인 채무의 변제를 모두 지칭하는 것은 아니라고 하면서, 그 전거로서 다음의 개소를 들고 있다.

Paulus D. 41, 3, 48 (libro secundo manualium 편람 제2권)

Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam : hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse nec ne : sufficit enim me putare tuum esse, cum solvis : in emptione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur: nec potest pro emptore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.

너에게 채무를 부담한다고 생각하면서 내가 인도하였고 또한 너도 채무가 있다고 생각하였다면, 사용취득이 수반하게 될 것이다. 만약 내가 매매를 원인으로 하여 채무를 진다고 생각하였고 그래서 인도하였다면, 그렇지 않다. 이것은 왜냐하면, 만약 매매가 선행하지 않는다면, 매수인으로서의 사용취득이 해당되지 않을 것이기 때문이다. 차이의 이유는 다음과 같다. 즉 다른 원인(causa)의 경우에는 변제의 시점이 고려되며, 내가 [문답계약의] 요약(要約)을 할 때 타인의 것임을 알든 모르든 상관이 없다. 네가 변제할 때에 [변제물이] 너의 것이라고 내가 생각하는 것으로 충분하기 때문이다. 그러나 매매의 경우에는 계약체결의 시기 및 변제되는 시기가 고려된다. 매수하지 않는 자는 매수인으로서 사용취득할 수 없고, 여타의 계약에서처럼 변제에 기하여 사용취득할 수도 없다.

57) 김기창, 앞의 글(각주 4), 219면.

여기에서 김 교수는 변제(solutio)가 채무 일반의 이행행위에 대해서가 아니라 문답계약의 이행만을 의미함을 입증하기 위하여, solutio가 매매계약으로부터 발생한 채무의 변제를 뜻하지는 않는다고 지적하고 있다.[58]

이 점에 대해서는 필자도 완전히 동의한다. 학설 역시 이견이 없다. 위에서 solutio에 관한 학설을 검토하는 과정에서 그것이 채무의 내용이나 종류와 상관없이 일반적인 채무의 이행을 의미한다고 학설이 일치되어 있다고 했었는데, 그러한 학설들 역시 매매의 이행은 변제에 해당하지 않는다는 점에 일치하고 있다. 파울루스의 두 개의 개소(이 텍스트 및 이하에서 살펴 볼 D. 41, 4, 2 pr.)는 이 점을 너무나도 명확하게 말하고 있기 때문이다.

결국 로마법학계의 통설은 변제를 (매매계약에 기한 것을 제외한) 모든 채무의 이행으로 이해하는 셈이며, 필자도 같은 견해이다.

그러나 김 교수는 매매계약의 이행의 경우에는 변제에 기한 사용취득은 성립하지 않는다는 파울루스의 입장이 "이행행위인 변제가 있으면 소유권이 이전한다"는 필자의 견해와 배치되며, 그것은 "'변제'라는 용어의 현대적 의미만을 염두에 둔 채, 원전자료에 대한 검토를 소홀히 한 탓"이 아니냐고 지적하고 있다.[59]

그러나 필자는 매매계약의 이행이 변제에 해당한다는 주장을 한 적이 없고, 한 번도 그런 생각을 가진 적도 없다. 로마법상 변제라고 할 때에는 매매계약의 이행은 당연히 배제된다는 것은 위의 파울루스의 유명한 개소를 한번이라도 읽은 사람들에게는 굳이 언급할 필요도 없는 너무나 자명한 사실이기 때문이다. 반면 로마법의 지식이 없는 현대인의 눈으로 보면, 매매계약의 이행도 당연히 이행행위(변제)이다. 그렇다면 왜 하필 매매의 이행행위의 경우는 변제로서 파악되지 않았느냐 하는 의문이 제기될 수 있는데, 이것은 매우 흥미로울 뿐만 아니라 인도나 사용취득에 있어서 causa의 의미를 이해하는 데 있어서 매우 중요한 문제라고 생각된다.[60]

---

58) 김기창, 앞의 글(각주 4), 317면.
59) 김기창, 앞의 글(각주 4), 215면.

요컨대, 김 교수와 필자 모두 매매계약의 이행행위는 변제에 해당하지 않는다는 점에서 일치하고 있다. 그런데 여기에서 김 교수는 한 걸음 더 나아간다.

그는 위의 사료로부터 "매매의 이행은 변제가 아니므로, 변제는 일반적인 채무의 이행을 모두 지칭하지는 않는다"라는 결론을 도출한다. 이것은 오히려 이행에 대한 현대적 사고를 로마법 사료에 적용하는 것이 되지 않나 한다. 왜냐하면 매매의 이행 역시 이행의 일종이라고 당연히 생각할 현대의 법률가와는 달리, 매매의 이행이 변제가 아니라는 것은 파울루스에게, 그리고 그의 발언을 통하여 정리되는 고전법의 입장으로서는 너무나 명확하고도 당연한 것이기 때문이다.

다시 말해 위의 개소는 변제가 일반적인 채무의 이행의 의미를 가지느냐에 대한 결정적 반증이 되지 못한다. 오히려 위의 개소는 매매를 제외한 기타의 채무의 이행은 모두 변제라는 개념으로 포괄된다는 의미로 해석된다는 것이 필자 그리고 통설의 입장이다.

반면에 김 교수는 "변제는 일반적인 채무의 이행이 아니다"라는 생각으로부터 다시 한 걸음 더 나아간다. 즉 그는, "로마법률가들이 변제(solutio)를 인도의 원인으로 파악한 것은 문답계약(stipulatio)으로 발생한 채무를 변제한다고 오신한 경우에 한한다"고 한다.

그러나 이것은 앞의 주장보다도 더 심한 논리의 도약이며 위 텍스트의 내용과도 맞지 않는다. 분명히 파울루스는 매매의 이행이 변제가 아니라는 것은 말하고 있지만, 위 텍스트의 어디에서도 변제는 문답계약에만 해당된다는 말을 하고 있지 않다. 로마법 학계의 일치된 학설 역시 변제를 (물론 매매의 경우는 제외하고) 일반적인 채무의 이행으로 본다는 점은 이미 언급하였다.

이제, 문답계약 채무의 이행만이 변제에 해당한다는 주장의 근거로서 김 교수는 다음의 개소를 제시한다.

---

60) 이에 대한 상론은 위의 학설 소개 부분 참조.

Pomponius D. 41, 10, 3 (libro vicensimo secundo ad Sabinum 사비누스 주해 제22권)

Hominem, quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradidisti mihi : si scissem mihi nihil debere, usu eum non capiam : quod si nescio, verius est, ut usucapiam, quia ipsa traditio ex causa, quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum, ut id quod mihi traditum est pro meo possideam. et ita Neratius scripsit idque verum puto.

네가 문답계약에 기해 나에게 [인도할] 채무를 진다고 네가 잘못 생각한 그 노예를 너는 나에게 인도하였다. 만약 [네가] 나에게 아무 채무도 부담하지 않음을 내가 알았다면, 나는 그 노예를 사용취득하지 못할 것이다. [채무가 없음을] 내가 모르는 경우에는 나는 사용취득할 수 있다는 것이 더 올바르다. 진실이라고 내가 믿은 그 원인에 기한 그 인도는, 나에게 인도된 것을 내가 나의 것(pro meo) 사용취득하는 효과가 있기에 충분하기 때문이다. 또한 네라티우스도 그와 같이 [자신의 책에] 썼으며, 그 견해가 올바르다고 나는 생각한다.

여기에서는 김 교수는 문답계약이 있다고 오신하고 인도한 경우에는 "(소유권이 이전하는 것이 아니라) 사용취득이 가능하다"고 한다.[61] 또한, 나머지 계약의 경우에는 그렇지 않다고 한다.

우선, 이 개소에서 다루는 오상 문답계약 채무 변제의 경우 사용취득이 인정되었다는 점에 있어서는 김 교수나 필자나 이견(異見)이 없다. 그러나 김 교수의 주장에는 그 이상의 것들이 담겨 있다.

첫째, 김 교수는 이 개소가 traditio에 의해서 소유권이 이전하지 않음을 보여준다고 생각한다. 김 교수는 "소유권이 이전하지 않는다"는 주장의 근거를 사용취득이 문제되고 있다는 사실로부터 도출하고 있는데, 그러한 추론이 부당함은 위에서 이미 위에서 지적하였다.[62] 이처럼 사용취득이 인정이 된다면 그것

61) 김기창, 앞의 글(각주 4), 216면.

62) 폼포니우스나 네라티우스가 여기에서 검토하고 있는 것은 사용취득의 요건이지 인도에 의한 소유권 이전의 요건이 아니다. 인도에 의한 소유권 이전의 요건을 갖춘 경우에도, 그와는 별개의 문제로서 사용취득이 문제될 수 있기 때문이다. 또한 양수인으로서는 인도에 의해 소유권이 이전했음을 주장하기 위해서는 양도인이 소유자였음을 입증하여야 하는데, 많은

은 오히려 traditio 역시 유효했을 것이라는 강한 전거가 될 수 있을 것이다.

둘째, 김 교수는 문답계약이 아닌 다른 계약에 기한 오상 변제의 경우는 사용취득이 인정되지 않는다고 주장한다. 아마도 이러한 생각의 근거는, 원칙적으로는 오상 변제의 경우 사용취득이 인정되지 않지만, 이 개소가 보여주듯이 문답계약의 오상의 경우에는 사용취득이 인정되고 있으므로 그것을 예외적 현상으로 볼 수 있다는 것 같다.

그러나 위의 개소에서 네라티우스와 폼포니우스는 문답계약을 오상한 경우에 대해서 논의하고 있을 뿐 다른 채무를 오상한 경우에 대해서는 전혀 언급하지 않고 있다. 통설과 필자의 견해에 따르면, 변제는 문답계약에 기한 채무뿐만 아니라 신탁유증채무, 혹은 다른 어떤 채무이든 상관없이 그 채무를 이행하는 행위이다. 그렇다면 굳이 문답계약에 기한 채무만을 달리 취급할 이유가 없다. 이것은 그 문답계약 채무가 오상된 것인 때에도 마찬가지이다. 즉, 문답계약이 존재하지 않는데도 불구하고 있다고 오상하였든, 유증채무가 있다고 오상하였든 상관없이, 그것들은 모두 비채변제에 해당하며, 이러한 비채변제는 유효하다. 즉 인도에 의하여 소유권이 즉시 이전하며, (나머지 요건을 만족할 경우) 사용취득도 인정된다.

요컨대, 위의 개소는 필자나 통설의 입장과 전혀 위배되지 않고 오히려 잘 들어맞는다. 반면 김 교수의 입장으로서는 오상원인에 기한 사용취득이나 소유권 이전을 원칙적으로 부정하는데도 불구하고 위의 개소는 명백하게 사용취득을 인정하고 있기 때문에, 문답계약의 이행만을 변제로 보고, 바로 그런 오상 문답계약채무의 변제의 경우에만 예외적으로 사용취득을 인정하고 있다.[63]

경우 그러한 입증(이른바 '악마의 입증')은 사용취득 요건의 입증보다도 더 어려울 수 있다. 따라서 양수인으로서는 사용취득을 주장하여 입증하기만 하면 그 물건을 승계취득이 아니라 원시취득한 것이 되므로, 사용취득을 주장하는 것이 보다 용이하고도 유리할 수 있다. 보다 상세한 것은 위 각주 30 참조.

63) 어느 입장이 더 타당한지를 생각하기에 앞서서, 어느 입장이 위의 개소를 더 간명하게 설명하는지를 검토해 볼 필요가 있다. 유명한 '오캄의 면도날(Ockham's Razor)' 원칙에 따르면, 어떤 현상을 설명할 때 가능하면 적은 가설을 필요로 하는 이론이 더 올바를 가능성이 높다고 한다. 이 원칙에 대해서는 http://physics.ucr.edu/~wudka/Physics7/Notes_www/node10.html 또는

이어서 김 교수는 "이러한 원전 사료들을 배경으로 할때" 다음의 파울루스 개소가 "좀 더 분명해진다"고 한다.64)

Paulus D. 41, 4, 2, pr. (libro quinquagensimo quarto ad edictum 고시주해 제54권) Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis. si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies. quare ergo et si putem me vendidisse et tradam, non capies usu? scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus, sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, cum traditur mihi, existimem illius esse : at in emptione et illud tempus inspicitur, quo contrahitur : igitur et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse.

진정한 일로 인하여 매수하는 자는 매수인으로서 점유하지만, 자신이 매수인으로서 점유한다는 생각을 그가 가지는 것만으로는 부족하고, 매매의 원인 또한 존재해야만 한다. 그러나 만약 내가 너에게 채무를 진다고 생각하고서 [채무가 존재하지 않음을] 모르는 너에게 인도하였다면, 너는 사용취득할 것이다. 따라서 만약 내가 매각을 하였다고 생각하고서 인도하였다면, 어째서 너는 사용취득을 하지 못할 것인가? 왜냐하면 여타의 계약에서는 인도의 시점[에서 선의]이면 [사용취득하기에] 충분하기 때문이다. 즉, 만약 어떤 물건이 타인의 것임을 알면서 [그 물건을 인도받기로 문답계약으로] 요약(要約)한 경우, 그것이 나에게 인도될 때에 [그 물건이] 그의 것이라고 내가 생각하였다면 나는 사용취득할 것이다. 그러나 매매에 있어서는 그것이 체결되는 그 시점 역시 고려된다. 따라서 선의로 매수하였어야 하고 선의로 매수를 취득하였어야 한다.

김 교수는 이 개소 및 앞의 D. 41,3,48로부터, "로마 법률가들은 매매 계약으로 발생한 채무의 변제와, 문답계약에 기한 채무의 변제를 달리 취급하고 있"다는 점을 도출하고 있다.

그러나 이미 언급한 바와 같이, 여기에서 문제가 되는 것은 매매 계약의 이

---

http://en.wikipedia.org/wiki/Occam's_Razor 참조.

64) 김기창, 앞의 글(각주 4), 216면.

행(물론 그것은 로마법에서는 변제에 해당하지 않음)과 문답계약의 변제 사이의 대립이 아니다. 변제는 문답계약 뿐만 아니라 다른 계약으로부터도 이루어질 수 있으며, 심지어는 채무가 존재하지 않는 경우에도 유효한 변제가 행해질 수 있기 때문이다.

위에서 문제가 되는 것은, 매매와 변제(매매를 제외한 나머지 채무의 이행) 사이의 대비이다. 즉, 매매의 경우는 그 이행이 변제가 아니므로, 매매 계약이 실제로 존재해야 하고, 또한 매수인의 선의 역시 인도 시점뿐만 아니라 매매 계약 체결 시에도 요구된다는 것이다. 반면 매매를 제외한 기타 채무의 이행은 모두 변제에 해당한다. 변제의 경우에는 그 원인이 되는 채무(원인행위)를 고려할 필요가 없기 때문에 심지어 채무가 실제로 존재하지 않는 경우에도 사용취득을 할 수 있으며, 양수인의 선의도 원인행위 시점이 아니라 변제 시점(즉, 인도 시)에만 요구된다는 것이다.

위의 개소 중에서 김 교수가 소개하지 않고 생략한 부분(quare ergo 이하)에서 파울루스는 매매 계약을 제외한 기타의 경우를 'in ceteris contractibus(기타 계약의 경우에)'라고 표현하고, 그 한 예로서 문답계약을 들고 있다. 만약 김 교수의 견해처럼 문답계약과 (매매계약을 포함한) 나머지 모든 계약의 대비가 문제가 된다면, 결코 이와 같이 표현하지는 않았을 것이다.

이제 지금까지의 논의를 요약하고자 한다.

위에서 살펴 본 4개의 대표적인 개소를 통하여, 비채변제의 경우에 예외 없이 사용취득이 인정되었음이 충분히 입증되었다고 본다. 이것은 또한 학설의 일치된 입장이기도 하다.

4) (협의의) 오상원인에 의한 사용취득

지금부터는 위에서 우리가 살펴보고자 했던 오상원인의 두 번째 경우, 즉 아예 어떠한 거래행위(causa라는 의미에서)도 없었는데도 불구하고 그와 같은 원인이 있다고 오신하여 점유를 개시한 경우에도 사용취득이 인정되었는지를 검

토해 보자. 즉 오상원인이 문제되는 경우 중에서 비채변제를 제외한 나머지 경우들이 이에 해당한다.

그런데 이미 검토한 바와 같이 비채변제의 경우에는 traditio나 usucapio 모두 인정된다는 것이 학설의 일치된 의견이며, 사료들에서도 이 점은 (적어도 통설의 입장에 따라 해석하자면) 명백히 확인되고 있다. 요컨대 비채변제에 관해서는, 왜 그것이 인정되었는지 하는 설명 부분을 제외한다면 학계에서 별로 논란이 되지 않는다.

그러나 오상원인의 두 번째 경우에 대해서는 학계에서 논란이 많다. 학계에서 오상원인 문제라고 할 때에는 비채변제의 경우를 제외한 바로 이 두 번째 경우만을 의미한다. 그렇다면 이것은 원래 아쿠르시우스가 말했던 오상원인 개념과는 일치하지 않는다. 아쿠르시우스는 이 개념으로써 비채변제의 경우까지 포함하여 말하였고, 오히려 비채변제를 오상원인의 주된 경우로 생각하였다. 어쨌든 이하에서는 이 (협의의) 오상원인에 의한 사용취득 문제를 살펴보자.

김 교수는 오상원인이라는 개념을 필자와 같이 의식적으로 구별하고 사용하고 있지는 않지만, 이 (협의의) 오상원인의 경우에 해당하는 세 개의 개소, Iulianus-Africanus D. 41,4,11, Neratius D. 41,10,5,1, Pomponius D. 41,10,4,2를 검토하고 있다. 이 사료들로부터 김 교수가 내리는 결론은, (위에서 본 문답계약의 경우 외에) "타인이 한 어떤 행위라고 믿은 경우라서, 자신이 그 사정을 모르고 오해한데 대하여 비난 가능성이 없는 경우"에는 오상원인에 대해서도 사용취득이 인정되었다는 것이다.

그러나 이것은 절반의 진실일 뿐이다. 위의 세 개소에서는 (협의의) 오상원인에 대해 사용취득을 긍정하고 있지만, 이와는 정반대로 그러한 경우에 사용취득을 강력하게 부인하는 개소가 있기 때문이다.[65]

65) 참조 최병조, 앞의 책(각주 33), 418면, Flume, aaO(Fn. 23), S. 62.

Ulpianus D. 41, 3, 27 (libro trigensimo primo ad Sabinum 사비누스 주해 제31권)

Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit, idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

켈수스는 [자신의 디게스타] 제34권에서, 그들[즉, 다른 법률가들]은 "누구든지 신의성실로[즉, 선의로] 자신의 물건의 점유를 획득한 자는 자신의 것으로서(pro suo) 사용취득할 수 있으며, 만약 그가 매수한 것 또는 증여받은 것으로 생각하였다면, 그가 [실제로] 매수하였거나 아니거나, [실제로] 증여를 받았거나 아니거나 관계없다"라고 착각하고 있다고 말한다. 왜냐하면, [실제로] 증여, 가자(嫁資), 유증이 없으면, 유증이나 증여, 가자에 기한 사용취득은 결코 유효하지 않을 것이기 때문이다. 마찬가지의 것이 소송물 가액의 경우에도 타당하다. 즉, 실제로 소송물 가액을 감수[즉, 지급]하지 않는 자는 [소송물을] 사용취득할 수 없다.

켈수스는 여기에서 (협의의) 오상원인에 기한 사용취득을 인정하는 다른 법률가들(위에서 언급한 네라티우스, 율리아누스, 폼포니우스 등)을 맹비난(eos errare 그들은 착각하고 있다)하고 있다. 주의할 점은, 여기에서 켈수스가 말하고 있는 사례들은 비채변제의 경우가 아니라는 점이다. 만약 그것이 비채변제에 해당했다면, 즉 채무에 대해서 오상하기는 했지만 변제행위는 있었다면, 그것은 변제에 기한(pro soluto) 사용취득의 문제가 되므로 켈수스이든 아니면 다른 어떤 법률가이든 상관없이 사용취득이 긍정되었을 것이다.[66]

어쨌든 우리가 확실하게 알 수 있는 것은 이 (협의의) 오상원인 문제에 대해서는 고전기 법률가들 사이에서도 명백한 학설대립이 있었다는 점이다. 학계에서 논란이 되고 있는 문제는 이러한 대립을 어떻게 설명할 수 있을 것인가 하

66) 同旨 Flume, aaO(Fn. 23), S. 59.

는 점이다.[67] 그러나 이 문제에 관한 상론은 다음 기회로 미루기로 한다.

Ⅳ. 결어 : 학설사의 재고(再考)

이상으로, 물권행위를 둘러싼 논쟁 연장선상에서 로마법상의 사용취득을 주로 (광의와 협의의) 오상원인 문제와 관련하여 고찰해 보았다. (협의의) 오상원인 문제에 있어서는 확실한 결론을 내리기 어렵다 하더라도, 적어도 비채변제에 있어서 고전기 법률가들이 이견 없이 사용취득을 인정했다는 근거는 충분히 제시되었다고 본다. 또한 이것은 확고한 통설의 입장이기도 하다. 아울러 이러한 결론을 traditio에도 적용시킴으로써 비채변제의 경우 즉시 소유권이 이전된다는 점에 있어서 학설은 일치되어 있고 이것은 또한 필자의 입장이기도 하다.

이러한 필자의 입장(동시에 통설의 입장)에 따른다면, 원인행위(채권행위)가 아예 존재하지 않는 비채변제의 경우에도 즉시 소유권이 이전한다는 점으로부터 물권행위 개념을 도출한 사비니의 태도는 결코 로마법 사료를 왜곡한 것이라고 볼 수는 없다.

이미 언급하였듯이, 비채변제의 경우에 소유권이 즉시 이전한다는 점에 있어서 로마법학계에서는 조금도 이론(異論)이 없다. 학설의 다툼이 있는 곳은 왜 이러한 현상이 발생했느냐, 그것을 어떻게 설명할 수 있느냐 하는 부분이다. 현대 법률가의 눈에는 채무가 존재하지 않는데도 불구하고 그 채무의 목적인 소유권 이전이 일어나는 것이 부조리하게 보인다. 결국 물건의 소유권이 아무런 관계도 없는 엉뚱한 사람에게 이전한 결과이기 때문이다.

그러나 이러한 사고(思考) 때문에, 그것에 맞추어 로마법 사료를 해석하는 것은 올바르지 않다. 사료는 일관되게 그 반대의 모습을 풍부하게 보여주기 때문이다.

---

67) 그에 대해서는 Flume, aaO(Fn. 23), S. 60 Fn. 22의 문헌들 참조.

김 교수는 아쿠르시우스, 도넬루스, 사비니가 모두, 로마법의 원사료와는 "양립 불가능한"[68] 견해를 아무런 근거도 없이 유지해 왔으며, 필자 역시 이렇게 고착된 "불가침의 도그마"[69]를 무비판적으로 수용하였다고 말한다.

그러나 다른 한편으로 생각해 볼 때, (적어도 통설과 필자의 견해로는) 로마법 사료는 일관되게 비채변제로 소유권이 이전한다는 것을 말해주고 있고, (김 교수의 비판 대상인) 아쿠르시우스, 도넬루스, 사비니도 모두 그러한 전제에서 출발하고 있고, 현대 로마법학계의 학설도 일치하여 같은 입장을 견지하고 있다면, 김 교수가 자신의 근거로 삼고 있는 "풍부한 원전 사료들"은 '사료' 그 자체가 아니라, '사료에 대한 하나의 해석'임을 확인할 수 있다.

김 교수가 아쿠르시우스와 사비니를 비판하고자 한다면, '비채변제인 경우에도 소유권은 이전한다'는 원칙을 그들이 원전의 근거 없이 만들고 계승했다는 데에서 출발해서는 안 된다는 것이 필자의 입장이다. 이미 누차 언급했듯이, 이 원칙은 (김 교수 자신을 제외하고는) 학설이 일치하여 인정하고 있다.

우리가 그들을 비판할 수 있다면, 그것은 이 비채변제에 관한 로마법의 법리에 대한 해명이 얼마나 타당한 것인가 하는 점이다. 실제로 로마법 학계에서도 이 문제에 대해서는 다양한 학설이 있음은 이미 언급하였다.

김 교수에 의해서는 "원전문헌의 근거도 없이"[70] 견해를 개진하였다고 맹비난을 받고 있는 아쿠르시우스는 '진정원인 및 오상원인 (causa vera et putativa)'이라는 그의 개념 틀이 얼마나 비채변제를 적절하게 설명하고 있느냐의 여부를 떠나서, 이 문제에 대한 최초의 해명 시도였다는 점에 있어서 큰 의의가 있다고 본다.[71]

아쿠르시우스가 이러한 설명을 시도한 이면에는, causa라는 용어를 통해 매우 다양한 현상을 포괄함으로써 아무런 체계상의 문제를 겪지 않았던 로마인

68) 김기창, 앞의 글(각주 4), 219면.
69) 김기창, 앞의 글(각주 4), 235면.
70) 김기창, 앞의 글(각주 4), 235면.
71) 아쿠르시우스의 이 주석에 대해 보다 상세하게는 서을오, 앞의 글(각주 3), 201면 이하 참조.

들과는 달리, 점점 causa traditionis와 causa usucapionis의 causa를 채무(obligatio)의 의미로만 좁게 이해하게 되었던 주석학파의 상황이 있다. 이렇게 causa와 obligatio를 동의어로 이해하게 되면, 원인행위로서의 obligatio가 존재하지 않는데도 불구하고 소유권이 이전하는 비채변제를 설명할 수 없게 된다.

즉 로마인들은 causa가 vera emptio를 의미할 수도 있었고(그런 경우에는 중세법학의 obligatio에 해당), 동시에 solutio가 될 수도 있었다. 비채변제(solutio indebiti)의 경우, 로마인들의 눈에는 여전히 causa가 존재하는 것이 되고(왜냐하면, 원인행위가 아닌 solutio가 이 경우 causa가 되므로), 중세법학의 눈에는 causa인 obligatio가 존재하지 않는 것이 된다.

그런데 소유권 이전 문제의 가장 중요한 원칙으로 받아들여졌던 Paulus D. 41,1,31 pr.[72]은 분명하게 '정당한 원인'과 '인도'을 소유권 이전의 두 요건으로 천명하고 있기 때문에, 중세 법학은 이제 비채변제를 설명할 수 있는 causa를 만들어 내어야 했다.

그래서 아쿠르시우스는 vera emptio와 같은 obligatio는 vera causa로, 비록 obligatio는 아니지만 소유권 이전의 결과를 가져오기 때문에 causa로 볼 수 있는 비채변제(solutio indebiti)는 causa putativa라고 불렀다. 이것은 비채변제의 경우에 채무가 실제로 존재하지 않는데도 불구하고 그것이 존재한다고 오상(putare)한다는 점에 착안한 것이다.

그러나 이것이 이 문제에 대한 완전한 해결책은 아니었다. 오히려 문제점도 많이 가지고 있는 해결책이었다. 우선 이 오상원인이라는 용어는 이미 살펴보았듯이, 비채변제는 물론이고 (협의의) 오상원인도 지칭할 수 있다. 그리고 두 영역에 있어서 로마법의 태도는 일관적이지 않다. 즉, 비채변제의 경우에는 항상 소유권 이전이 긍정되었지만, (협의의) 오상원인의 경우에는 로마 법률가들

72) Paulus D. 41,1,31 pr. (31 ed.) Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. (단순한 인도는 결코 소유권을 이전시키지 못하고, 매매 또는 다른 정당한 원인이 선행하고 그것 때문에 인도가 뒤따르는 때에만 그러하다.)

사이에 학설의 다툼이 있었다. 이처럼 서로 매우 다른 결론이 나올 수 있는 문제를 하나의 용어로 표현하게 되면서부터, 이 causa putativa는 논란의 소지를 안고 있었다. (김 교수의 논의에서도 드러났지만) 이 두 영역을 구별하지 않고 이 오상원인의 문제를 논의하다보면, 어느 쪽에서는 로마 법률가들이 사용취득을 긍정했다가 또 어느 쪽에서는 부정하는 모순적인 결과에 부딪히게 된다.

또 하나의 보다 결정적인 문제점은, 이 개념이 애초의 탄생 이유였던 체계상의 고민-causa가 오직 obligatio만을 의미해야 한다는-을 해결하지 못한 일종의 미봉책에 불과했다는 점이다. 한편으로는 causa와 obligatio를 동일시하는 경향이 강화되면서 동시에 causa putativa라는 개념은 아쿠르시우스의 권위를 입고 확고한 자리를 유지하게 되었다.

이러한 causa를 둘러싼 이러한 체계상의 모순점은 이후 아주 오랫동안 전혀 문제점이라고 인식되지 못한 채 그대로 유지되었다. 즉, 중세 이후의 사람들은 한편으로는 파울루스가 말하는 iusta causa의 causa를 obligatio의 의미로 이해하는 경향이 강화되었고, 다른 한편으로는 obligatio가 없어도 소유권이 이전하는 비채변제라는 제도에 대해서 조금도 의심을 품지 않고 있었다. 그 한 원인은, 아쿠르시우스와 로마법 자체에 부여되었던 크나큰 권위일 것이다. 다른 하나는, 아직 근대 자연법에 의하여 민법의 체계, 특히 소유권의 변동에 관한 체계적 사고가 발달하기 전에는, 이러한 문제가 체계상의 모순으로 생각되지 않았기 때문이다.

사비니 이전의 통설이었던 titulus-modus 이론은 아까 언급한 파울루스의 원칙을 그대로 답습한 것으로서 causa vera(즉, obligatio)와 causa putativa(비채변제) 사이의 체계적 충돌에 대해서는 전혀 의식하지 않고 있었다.[73] 그래서 이 이론에 입각한 근대 법전들(프로이센 일반란트법, 오스트리아 민법전 등)에서는, 한편으로는 권원(權原, Titel, titulus)과 방식(Modus)에 의해 소유권이 이전한다고 규정하고 있으면서,[74] 동시에 비채변제로는 소유권이 이전하므로 부당이득반

73) titulus-modus 이론에 대해서는, 서을오, 앞의 글(각주 2), 120면 이하 참조.

74) 가령 오스트리아 민법전 제380조: "권원(Titel)과 적법한 취득방식(rechtliche Erwerbungsart) 없이

환청구(condictio)를 할 수 있다는 규정이 병존했다.

이러한 병존이 전혀 위태롭지 않았던 것은 당시의 법학자들은 이 Titel이라는 개념이 obiligatio 뿐만 아니라 온갖 종류의 원인(법률행위든 비법률행위든 상관없이)을 포괄하는 것으로 파악했기 때문이다. 즉 (비채변제이든 아니든 상관없이) 변제(solutio) 역시 원인이 될 수 있다는 것이 그들에게는 당연했기 때문이다.

그러나 18세기 말이 되면 이러한 보통법시대의 통설은 더 이상 유지되지 못한다. 특히 무제한으로 확대된 권원 개념이 큰 비난의 대상이 되었다.[75] 그러나 당시의 비판자였던 Hugo 등은 이 권원 개념이 비채변제와 모순될 수 있다는 체계적 관점에서 그러한 비판을 하였던 것이 아니었다. 그들의 주된 근거는 그러한 개념의 확장이 로마법에 근거를 두지 않고 있다는 점이었다.

이 titulus-modus 이론에 대한 비판을 개념법학적인 관점, 즉 체계적인 관점으로부터 수행한 사람이 바로 사비니였다. 그는 causa 개념을 축소시켜서 오직 obligatio만을 의미하도록 하고, 다른 한편으로는 causa(obligatio) 없이도 소유권 이전이 일어나는 비채변제를 설명하기 위하여 obligatio의 물권적 대응물인 물권계약 개념을 창안하게 된다. 그렇게 되면 이제는 obligatio에 의존하지 않고서도 오직 물권계약과 인도에 의해서 소유권이 이전할 수 있게 된다. 또한 이 이론은 파울루스가 그렇게 강조하였듯이 서로 대립관계에 있는 vera emptio와 solutio를 통일적으로 설명하게 되었다.

그러나 바로 이 점에서 우리는, 사비니의 물권계약 개념이 로마인들의 것이 아닌, 사비니가 창안한 것임을 분명하게 인식하게 된다. 개념의 명확화를 혐오

는 어떠한 소유권도 취득되지 못한다.", 제1431조: "착오 또는 법률상의 착오로 물건 또는 행위를 급부하였는데 수령자가 이행자에 대해 아무런 권리도 가지지 않는 경우에는 통상 일차적으로 그 물건이 반환청구될 수 있고, 이차적으로는 창출된 이익에 상응하는 대가가 청구될 수 있다."

75) Hugo, "Ueber die drey Bedeutungen von titulus und modus acquirendi", Civilistisches Magazin 1 (1791), S. 226 ff.; Hugo, "Vollständige Darstellung der Lehre von (justus) titulus und dem s.g. modus adquirendi", Civilistisches Magazin 4 (1812), S. 158 ff.; Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Bd. I, 2. Aufl. (1817), S. 216 ff.; Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 8,1 (1807), S. 84.

했던 로마인들로서는 causa가 vera emptio와 solutio를 모두 의미할 수 있는 것이 조금도 이상한 일이 아니었다.[76] 그래서 로마법에서는 현대인들의 눈으로 보기에 유인적인 소유권 이전과 무인적인 소유권 이전이 평화롭게 공존할 수 있었다. 다시 말해 로마인들에게는 물권행위 개념이 불필요했고, 실제로 그들은 이 개념을 사용한 적도 없다.

그렇다면 사비니의 이러한 태도를 로마법 사료에 대한 왜곡이라고 볼 수 있을까? 비채변제로도 소유권이 이전한다는 것으로부터 사비니는 자신의 생각을 출발시켰는데, 여기까지는 아직 왜곡이라고 볼 수 없다 물론 김기창 교수처럼 비채변제로는 소유권이 이전하지 않는다고 사료를 해석하게 되면, 이러한 사비니의 태도는 이미 왜곡이라고 보게 될 것이다. 그러나 필자와 통설의 입장에 따르면, 로마법에서는 비채변제로도 소유권이 이전되었으며, 따라서 이 점에 있어서 사비니는 어떠한 사료의 왜곡도 저지르지 않았다.

사비니가 로마법의 입장으로부터 벗어난 부분은, 이 비채변제를 설명하기 위해서 체계적이고 개념법학적인 방법을 동원함으로써 로마인들은 결코 사용한 적이 없는 물권행위라는 개념을 창안한 점이다.

이러한 사비니의 태도는 분명 법사학의 입장, 그리고 법사학의 한 분과인 로마법학의 입장에서는 비판이 가능하다. 물권행위 개념은 로마법에는 낯선 것이기 때문이다. 그러나 사비니 시대의 법학, 그리고 로마니스트였던 사비니가 속했던 로마법학은 아직 법사학이 되기 전의 실정법학이었다. 로마법학이 실정법으로부터 독립하게 된 것은 로마법이 더 이상 현행법으로 적용되지 않게 된 때, 즉 독일민법전의 발효로부터였다.

만약 사비니가 오늘날의 로마법학자들처럼 실정법과는 아무런 연관 없이 오직 역사적 대상으로서의 로마법을 연구하는 입장이었다면 굳이 물권행위 개념을 만들어 낼 필요가 없었을지도 모른다. 그러나 사비니 시대의 로마법 연구는 동시에 실정법과 현실세계에서 필요한 법규범을 발견해 내는 과정이었다. 그렇

76) 추상화를 싫어했던 로마인들의 사고방식에 대해서는 특히 Schulz, Principles Of Roman Law (1936), S. 40 ff. 참조.

다면 로마법에서의 소유권 이전의 원칙은 당시 독일의 실제 거래에도 부합할 뿐만 아니라 (로마인들처럼 불명확한 개념에 의존하는 것이 아닌) 명쾌하고도 일의적(一義的)인 개념으로 구성되어야 했다.

오늘날 로마법학계는 더 이상 사비니처럼 물권행위 개념에 의지하여 비채변제를 설명하지 않는다. 통설인 Kaser의 입장에 따르면, 유인적인 vera emptio와 무인적인 solutio는 그저 병존할 따름이다.[77] 대립적인 두 현상을 통일적으로 설명하려고 시도한 사비니와 같은 태도는 로마적이 아니라는 비판에 직면하게 될 것이다.

그렇지만 끝으로 다시 한 번 사비니의 입장에 대한 변명을 붙인다면, 그가 창안한 물권행위 개념은 한편으로는 뛰어난 법사학자였으면서도 다른 한편으로는 개념법학적인 체계를 세워나가는 실정법학자였던 그의 이중적 책무로 인한 타협의 산물이었다. 이 타협에 대해서는 비난을 할 수 있지만, 비채변제로도 소유권이 이전한다는 그의 출발점이 사료의 곡해(曲解)라는 비판은 근거가 없는 것이다.[78]

▌참고문헌

곽윤직, 『채권각론』, 1996.

김기창, 「물권행위 탄생사」, 명순구 외, 『아듀, 물권행위』, 2006.

_____, 「물권행위 이론의 비역사성」, 『법사학연구』 37, 2008.

김준호, 『민법강의』, 2003.

77) Kaser, aaO(Fn. 20), S. 417 참조.

78) 필자는 현행법과 관련하여 물권행위 개념이 불필요하다는 생각을 가지고 있으므로, 이 점에 있어서는 김기창 교수와 같은 입장이다. 그러나 물권행위 개념을 비판하기 위하여 사비니를 비판할 때에는, 그가 한 일과 하지 않은 일을 정확하게 구분해서 접근할 필요가 있다. 먼저 사비니의 입장을 정확하게 이해할 때에만 올바른 비판과 평가가 가능하다.

김형배, 『민법학강의』, 2003.

서을오, 「물권행위의 무인성과 관련된 몇몇 사료의 검토」, 『법사학연구』 36, 2007.

_____, 「사비니의 물권계약론에 관한 학설사적 고찰」, 『이화여대 법학논집』 11-2, 2007.

송덕수, 『신민법강의』, 2008.

이은영, 『채권각론』, 2002.

최병조, 『로마법강의』, 1999.

Benedek, Ferenc, "Zur Frage des 'diabolischen Beweises'", Studi in onore di Arnaldo Biscardi, Bd. 4, Milano 1983.

Beseler, Gerhard, "Miscellanea : Tradition und causa", SZ 45 (1925).

Ehrhardt, Arnold, Iusta causa traditionis : eine Untersuchung ueber den Erwerb des Eigentums nach roemischem Recht (1930).

Feenstra, Robert, "Action publicienne et preuve de la propriéte, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge", Mélanges Philippe Meylan, Bd. 1 (1963).

Flume, Werner, Rechtsakt und Rechtsverhältnis : römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken (1990).

Glück, Christian Friedrich von, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 8,1 (1807).

Gordon, William Morrison, "The importance of the iusta causa of traditio", New Perspectives in the Roman Law of Property (1989).

Hazewinkel-Suringa, Derkje, Mancipatio en traditio(1931).

Hugo, Gustav, "Ueber die drey Bedeutungen von titulus und modus acquirendi", Civilistisches Magazin 1 (1791).

_____, Vollständige Darstellung der Lehre von (justus) titulus und dem s.g. modus adquirendi, Civilistisches Magazin 4 (1812).

Jörs/Kunkel, (Jörs, Paul/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger), Römisches Recht, 3. Aufl. (1949).

Kaser, Max, Das Römische Privatrecht, Bd. I, 2. Aufl.(1971).

_____, Zur iusta causa traditionis, BIDR 64 (1961).

Kiefner, Hans, "Klassizität der 'probatio diabolica'?", SZ 81 (1964).

Kunkel/Mayer-Maly, (Jörs, Paul/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger, neu bearb. v. Heinrich

Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb), Römisches Recht, 4. Aufl. (1987).

Lange, Heinrich, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition (1930).

Rabel, Ernst, Grundzüge des römischen Rechts (in : Enzyklopädie der Rechtswissenschaft), Bd. I(1915).

Schulz, Fritz, "Besprechung der Arbeiten von Lange, Ehrhardt, Hazewinkel-Suringa, Betti u. Monier", SZ 52 (1932).

Schulz, Fritz, Principles Of Roman Law (1936).

Thibaut, Anton Friedrich Justus, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Bd. I, 2. Aufl. (1817).

Voci, Pasquale, L' errore nel diritto romano (1937).

A Dogmatic-historical Study to the Debate about 'abstrakten dinglichen Vertrag'

Seo, Eul-O*

This article focuses on the question whether the Roman law granted the effect of usucapio or traditio to putative titles like solutio indebiti. The views of romanists agree that one can get effective usucapio or traditio with solutio indebiti. It means that solutio indebiti transfers the ownership of things. But there were some debates among roman lawyers on the question of the putative title in its restricted meaning. So we can only confirm that solutio indebiti, but not all putative titles, has the effect of transferring the ownerships. Therefore, the criticism against Accursius and Savigny seems inappropriate, because they also recognised the solutio indebiti properly like the Romans did.

[Key Words] usucapio, traditio, causa putativa, causa, Accursius, Savigny, solutio indebiti, condictio indebiti, dingliche Einigung, kausal, abstrakt

접수일 : 2008. 9. 5, 심사일 : 2008. 9.15~9.30, 게재확정일 : 2008.10.15

* Professor, Ewha Woman's University