다수설을 따라야 하나? 법률사료의 번역과 이해

-Inst.4.6.3 et 5 (*Publiciana rescissoria actio*)를 예증 삼아-

최병조*

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 대상 개소와 번역들
1. 대상 개소
2. 종래의 번역들
3. 비판적 검토
Ⅲ. 맺음말

[국문 요약]

이 글은 Inst.4.6.3/5의 기존 번역들을 검토함으로써 로마법 사료의 번역이 사료 내용의 이해와 어떠한 관련성을 가지는지를 예증적으로 살펴본 것이다. 전 세계의 여러 나라 말로 된 현대어 번역 11종과 유스티니아누스 시대의 법률가의 그리스어 번역까지 총 12종의 번역을 대상으로 삼았다. 놀랍게도 모든 번역이 거의 일치된 이해와 이를 토대로 한 번역을 보이고 있는데, 문제는 이것이 오류라는 사실이다. 또한 놀랍게도 텍스트의 언어적인 측면은 이러한 식의 오류를 손쉽게 야기할 수 있게끔 기록되어 있다. 결국 전체 문맥과 로마법상의 관련 법리들을 종합적으로 고려하여야만 제대로 된 이해가 가능하고 비로소 올바른 번역이 가능하다는 점이 밝혀졌다. 19세기 초부터 20세기 말에 이르기까지의 모든 현대어 번역들이 종전의 오류를 답습하고 있었다는 사실은 로마법대전의 이해와 번역이 얼마나 지난(至難)한

* 서울대학교 명예교수 / 영산대학교 석좌교수

[일러두기] 말미의 참고문헌은 편의상 그곳에서 표시한 인용약호 방식에 따른다.

것인지를 잘 보여준다. 이처럼 한두 구절을 해석하는 데도 많은 공력이 들어가므로 방대한 전체를 대상으로 삼을 경우 갈 길이 얼마나 멀지 짐작도 되지 않는다.

대상 개소는 공무부재자 또는 포로로 잡힌 자가 부재하는 동안에 그가 소유하던 물건을 타인이 점용취득한 경우에 귀환한 원소유자가 점용취득자를 상대로 점용취득을 무효화[취소]하는 푸블리키우스 의제소권(Publiciana rescissoria actio)을 인정받는다는 내용이다. 이것은 통상의 푸블리키우스 소권(actio Publiciana)이 아직 점용취득이 완성되지 않은 자가 점유를 상실한 경우에 그 회수를 위한 권리지위를 점용취득기간이 완성된 것으로 의제하여("si eum anno possedisset") 대물소권으로써 구제받도록 한 것과 정반대로, 소권 방식서에 점용취득의 미완성을 의제하는 구절("si eum usu non cepisset")을 삽입함으로써 대응하였던 법정관법상의 현상이다. 그런데 모든 번역들은 공무부재자나 포로가 부재기간 중에 타인의 물건을 점용취득하고, 그 자가 귀환하면 원 소유자가 그를 상대로 Publiciana rescissoria actio를 가진다는 식으로 사안을 완벽하게 거꾸로 오해하였다. 이러한 사견에 대한 결정적 전거는 C.8.50.18 (a.294)이다. 무엇보다도 가장 근본적인 오류는 포로는 점용취득이 원천적으로 불가능하다는 법리(Ulp. D.4.6.23.1)를 몰각한 것이다. 또한 모든 번역들이 동 개소의 § 3을 부연 설명하는 § 5를 이러한 명백한 상관성에도 불구하고 조화롭게 해석・번역하지 못하였다.

[주제어] 공무부재자, 법정관법상의 소권, 의제소권, 점용취득, 점용취득 무효화[취소]
푸블리키우스 소권, 점유자, 포로, 푸블리키우스 소권

Ⅰ. 머리말

로마법을 공부하다 보면 가장 중요한 것이 원 사료를 정확하게 이해하는 것이다. 원 사료 중에서도 로마의 법학 수준을 가장 잘 보여주는 사료가 『학설휘찬』이라면, 가이우스의 『법학원론』은 간결한 가운데도 당시 고전기 로마법의 골자를 학생용 교과서로 정리하여 서술했다는 점에서 로마법의 전체를 조망하는 데 필수적이다. 한편 유스티니아누스의 『법학제요』는 가이우스의 『법학원론』을 가장 중요한 저본으로 삼았음에도 불구하고 유스티니아누스 시대에 이르기까지의 후대의 변화된 법상태를 두루 반영한다는 점에서 다양한 성층에 대한 이해가 필수적이고, 가이우스에게 볼 수 있는 일관성 대신에 좀 더 실용적인 관점이 두드러지는 것을 알 수 있다. 아울러 체계성의 면에서도 『법학제요』는, 광범위하고 번삽한 내용에다 오늘날의 입장에서 보면 엉성한 체계로 인하여 전문가에게도 어렵기 짝이 없는 『학설휘찬』이나 『칙

법휘찬』과 비교할 때 또 하나의 큰 장점이 있다. 분량이 크뤼거(Paul Krüger) 편집의 표준판본이 2단 면수로 58면이고, 오늘날의 영어 번역본으로 치면 약 200면에 불과하다는 것이다. 더욱이 방금 지적했듯이 어찌 보면 로마 전 시대에 걸친 법의 발전을 포괄하고 있기 때문에 로마법 사료 중 한 권을 읽는다면 단연 『법학제요』가 권장할 만하다는 평가를 받게 되어 있다. 실제로도 유럽에서 로마법의 재발견 이후 로마법대전 중에서 가장 많이 인쇄・발간된 것이 『법학제요』이고, 특히 영국에서도 컴먼로와 대비시켜 공부하고 연구하는 풍토를 조성하는 데 가장 결정적으로 기여하였다.

유스티니아누스가 개혁 법학교의 입문용 교재로 개발한 것이어서 아직 법학에 익숙하지 않은 학생들을 대상으로 삼다 보니 법리를 설명함에 있어서 구체적인 사안보다는 주요 골격을 중심으로 소개하고 있고, 이 점에서는 가이우스의 『법학원론』과 별로 다르지 않다. 그런데 법리를 이해하기 위해서는 구체적인 사안과 연관 지어 이해하지 않으면 추상적인 사고의 늪에 빠져서 그 의미를 제대로 파악하기 어려울 수가 있다. 그러므로 가이우스 『법학원론』이나 유스티니아누스 『법학제요』나 꼭 필요할 때에는 사례를 소개하는 부연 설명을 통하여 보다 명료한 서술이 되도록 하고 있다.

이 글에서 다루려는 개소는 로마법의 백미라고 할 소송법을 설명하는 곳에서 그 중에서도 대물소권(actio in rem)을 일단 추상적으로 설명하고, 이어서 구체적인 예를 들어 보완하고 있는 Inst.4.6.5이다. 그런데 흥미로운 것은 우리 고찰의 대상인 개소는 통상적으로 발생하는 경우가 아니라 예외적으로 법정관이 개입하여 소권을 인정한 사안이고, 이와 같이 원칙이 아닌 예외를 다루는 경우에는 독자로서는 평소보다 더 주의를 기울여야 함에도 불구하고 살펴본 모든 번역들이 오역을 하고 있어서 가히 충격적인 현상을 보인다는 것이다. 번역이 추구하는 목표와 목적은 다양할 수 있지만,[1] 특히 법사료의 번역이라면 어디에 초점을 두어야 할지를 진지하게 성찰하게 하는 사례이다. 연구자들 사이에서 자주 취급되거나 제법 빈번하게 언급되는 개소가 아니라

1) 이에 대하여는 최병조 (2014. 3.), 255f.

는 점이 종래의 번역들이 가졌던 번역상의 문제점들을 간과하게 한 것은 아닌가 하는 생각이 든다.

Ⅱ. 대상 개소와 번역들

1. 대상 개소

다음 개소에서 동일한 라틴어 어휘 possessor에 原, 現을 붙인 것은 점유와 관련하여 서로 다른 사람임을 표시하려는 것이고, 그 역할이 (甲)의 경우에는 원고, (乙)의 경우에는 피고인 것을 표시한다(이하 단락 구별이나 주목할 부분에 대한 밑줄 등은 인용자가 가한 것이다).

Inst.4.6.3-5:

3. Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. aliae autem sunt, quas praetor ex sua iurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, ¶ quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel **actor** diceret se quasi usu cepisse, quod usu non ceperit (→§4), vel <u>ex diverso **possessor (甲)** diceret</u> adversarium suum **(乙)** usu non

법학제요 4.6.3-5:

3. 짐이 논급한 이 소권들은, 그리고 유사한 소권들이 있다면 그것들도, 법정의 사유와 시민법적 사유에 기초한다. 그런데 법정관이 자신의 사법권에 기하여 마련한 대물 및 대인의 또 다른 소권들도 있는데, 이것들은 또한 그 자체를 실례를 들어 설명해야 한다. ¶ 예컨대 [법정관은] 대체로 이렇게 대물의 소를 제기하는 것을 허용하는데, 혹은 원고가 자기가 점용취득하지 않은 것을 흡사 점용취득한 듯이 주장하거나(→§4), 혹은 반대로 **原점유자(甲)**가 자신의 상대방**(乙)**이 점용취득한 것을 점용취득하지 않은 듯이 주장하는 방식(→§5)으로 말이다.

cepisse quod usu ceperit (→§ 5).

4. Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usu cepisse et ita vindicat suam esse. quae ***actio Publiciana*** appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.

5. Rursus ex diverso si quis (= **possessor [甲]**), cum rei publicae causa abesset 〈neque defenderetur *Choe*〉 vel in hostium potestate esset, rem eius (sc. ***possessor*** **[乙]**) qui in civitate esset usu ceperit, permittitur domino, si **possessor (甲)** rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum ***rescissa***

4. 그리고 어떤 자에게 정당한 사유에 기하여, 예컨대 매매나 증여나 혼인지참재산이나 유증의 사유에 기하여, 타인의 물건이 인도되고, 아직 그 물건의 소유자가 되지 못하였는데, 그 물건의 점유를 우연히 상실하는 경우, 그 물건을 추급할 대물 직접 소권은 갖지 못한다. 왜냐하면 시민법상 소권들은 어떤 자가 자기의 소유물을 반환청구하기 위하여 도입된 것이기 때문이다. 그러나 이런 경우에 소권이 없다는 것은 확실히 가혹했기 때문에, 법정관에 의하여 한 소권이 안출되었다. 이 소권으로 말하자면, 점유를 상실한 자가 그 물건을 자기가 점용취득한 듯이 주장하고, 그래서 자기 것이라고 반환청구한다. 이 소권은 **푸블리키우스 소권**이라 부르는데, 왜냐하면 법정관 푸블리키우스에 의하여 최초로 고시에 공고되었기 때문이다.

5. 다시 반대로 어떤 자**(= 原점유자[甲])**가 公務의 목적으로 부재하〈며 방어되지 않〉거나 또는 적국의 포로로 잡혀있는 때에 그의 물건을 국내에 있는 자**(= 現점유자[乙])**가 점용취득한 경우 **原점유자(甲)**가 公務 목적의 부재 상태가 아니게 되면 그 때로부터 1년 내에 ***점용취득을 무효로 의제하여*** 그 물건을 청구하는 것이 소유자로서 그(甲)에게 허용된다. 즉 다음과 같이 청

usucapione eam petere, id est ita petere, ut dicat ***possessorem*** **(乙)** usu non cepisse et ob id suam esse rem (→§ 3). ¶ quod genus actionis et aliis quibusdam simili aequitate motus praetor accommodat, sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet.

구하는 것이 허용된다. 곧 그가 **現점유자 (乙)**는 점용취득하지 않았고 그래서 그 물건은 자기 것이라고 주장하는 식으로(→§ 3). ¶ 이 종류의 소권을 법정관은 유사한 형평감에 감응하여 다른 이들에도 부여하는데, 이것은 학설휘찬 내지 會典이라는 더 광범한 법령집으로부터 알 수 있다.[2)]

2. 종래의 번역들

위의 개소 중 우리의 직접적 관심거리인 Inst.4.6.5에 집중하여 종래의 각종 현대어 번역들을 최신 순으로 살펴본다.

(A) 성중모 (2013) 국역[3)]

3. ... [법무관은] 대체로 ... 반대로 **점유자가** 자신의 상대방이 사용취득한 것을 사용 취득하지 않았다고 주장하기 위하여 대물의 소를 제기하는 것을 허용한다.

5. 반대로 어떤 이가 공무를 위하여 부재중이거나 적의 수하에 있을 때에 시민의 지위를 가지는 자의 물건을 사용취득 한 경우, **점유자**가 공무의 목적으로 부재중임을 그치면 1년 내에-사용취득은 무효가 되고-그 물건을 청구하는 것, 즉 **점유자**는 사용취득하지 못하였고 그로써 물건은 자신의 것이라고 주장하여 청구하는 것이 소유자에게 허용된다.[10)] ¶ 더 상세한 학설휘찬 내지 會典이라는 작품으로부터 이해될 수 있는 것처럼, 이 종류의 소권을-유사한 형평에 기하여-법무관이 다른 이들에게도 부여하였다.

---

2) 입문용 교과서에 해당하는 법학제요에서는 상세한 설명을 할 수 없으므로 상세한 내용은 학설휘찬을 참조하도록 한 것이다. 다른 예: Inst.4.6.2: ... sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit.

3) 성중모 (2013), 220f.

10) C.7.40.2. 법무관의 구제수단인 소위 '무효화 푸블리키우스 소권actio Publiciana rescissoria'은 사용취득이 되면 불리하게 될 자를 위하여 사용취득 완성의 효과를 저지하는 경우이다. 1) 소유자가 부재라서 점유자의 점유를 저지할 수 없었던 경우, 2) 점유자가 부재라서 저지할 수 없었던 경우 둘을 상정할 수 있다. 여기에서 다루는 것은 바로 두 번째 사안이다. 이 소권은 1년 내에 소를 제기하도록 하여 예외에 대한 예외로서 조속한 권리상태의 안정을 취지로 한다는 점도 특징이다. 제소 기간의 기산점은 소제기가 가능하게 된 시점이다. "Intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit." (Ulp.D.4.6.1.1).[4]

(B) Behrends (1990) 독역[5]

3. ... Zum Beispiel erlaubt der Prätor häufig, dinglich in der Weise zu klagen, ... daß umgekehrt **der Besitzer** behauptet, sein Gegner habe nicht ersessen, was er tatsächlich ersessen hat.

5. Hat dagegen umgekehrt jemand, während er in Staasgeschäften abwesend war oder sich in Feindeshand befand, die Sache eines im Lande Gebliebenen ersessen, so wird, wenn **der Besitzer** nicht mehr in Staatsgeschäften abwesend ist, dem Eigentümer gestatattet, die Sache innerhalb eines Jahres unter Entkräftung der Ersitzung herauszuverlangen, das heißt, sie in der Weise herauszuverlangen, daß er geltend macht, **der Besitzer** habe nicht ersessen und deswegen sei die Sache seine. ¶ Diese Art der Klage gewährt der Prätor aus ähnlichen Billigkeitserwägungen auch einigen anderen, wie sich aus dem ausführlicheren Werk der Digesten oder Pandekten ersehen läßt.

(Ba) Thomas (1975) 英譯[6]

3. ... Now, he (= the praetor) widely allows an action *in rem* whereby ... or, on the other hand, **the possessor** may deny that this adversary has uscaped what he has usucaped.

5. But again, equally the other way, if someone, now away on state business or in the hands of the enemy, has usucaped the property of one in the city, it is open

4) 성중모 (2013), 280 미주 10).
5) Behrends (1990), ad h.l., p.221.
6) Thomas (1975), ad h.l., p.283f. Brandsma (1992), 52 + n.40은 다른 고려 없이 토마스의 번역을 원용한다. 브란츠마의 연구 대상은 D.17.1.57(후술)이고, 검토 과정에서 Inst.4.6.5를 원용한 것이다.

to the owner, when **the possessor** ceases to be away on state business, within a year to claim the thing, the usucapion being revoked; ie his claim is in the form of an assertion that **the possessor** did not usucape and that, therefore, the thing is his. ¶ This type of action is afforded also to certain others, for similar equitable considerations, by the praetor as can be learned from the greater volume of the Digest or Pandects.

(C) Scott (1932) 英譯[7)]

3. ... Thus, he (= the Praetor) generally permits a suit in rem to be brought in such a way ... on the other hand that **a possessor** states that his adversary did not acquire usucaption in property in which he in fact had such a right.

5. Again on the other hand, where anyone who is absent on public business or is in the power of the enemy, has acquired the right of usucaption in the property of one remaining in the state, then, where **the possessor** has ceased to be absent in the service of the country, the owner is permitted within a year to bring suit for the said property the usucaption having been annulled; that is, to do so by alleging that **the possessor** has not obtained perfect usucaption, and that on this account the property belongs to him. ¶ The Praetor concedes this kind of action to certain other parties also, being induced by similar sentiments of justice, as may be ascertained from the more extensive treatise the Digest or Pandects.

(D) Moyle (1913) 英譯[8)]

3. ... or, conversely, he (= the praetor) will allow ***a fictitious plea*** on the part of **the defendant**, to the effect that the plaintiff has not acquired such a title where, in point of fact, he has.

5. Conversely, if a person, while absent in the service of the State, or while in

7) Scott (1932), ad h.l. [최종검색 2019.3.17.]
8) Moyle (1913), ad h.l. [최종검색 2019.3.17.]

the power of an enemy, acquires by usucapion property belonging to some one resident at home, the latter is allowed, within a year from the cessation of **the possessor**'s public employment, to sue for a recovery of the property by a rescission of the usucapion: by ***fictitiously*** alleging, in other words, that **the defendant** has not thus acquired it; ¶ and the praetor from motives of equity allows this kind of action to be brought in certain other cases, as to which information may be gathered from the larger work of the Digest or Pandects.

(E) Sandars (1869) 英譯[9)]

3. ... thus the praetor often permits a real action to be brought, ... by which, on the contrary, **the possessor** alleges that his adversary has not acquired something by prescription, which, in reality, he has acquired.

5. On the contrary, if any one, while abroad in the service of his country, or a prisoner in the hands of the enemy, has acquired by usucapion a thing which belongs to another person resident at home, then the proprietor is permitted within a year after the return of **the possessor**, to bring an action by rescinding the usucapion; that is, he may allege that **the possessor** has not acquired by prescription, and that the thing therefore is his. ¶ Similar feelings of equity have led the praetor to grant this species of action in certain other cases, as may be learnt from the larger treatise of the Digest or Pandects.

(F) Foramiti (1842) 이탈리아어 번역[10)]

3. ... Talvolta il pretore concede l' azione reale ... o viceversa al **possessore** che sostiene non aver I' avversario diritto di usucapione, quando in fatto lo ha.

5. Così, per lo contrario, se taluno nel tempo della sua assenza per causa di Stato o per essere prigioniero presso i nemici usucapisce qualche cosa di una persona ch'è

9) Sandars (1869), ad h.l., p.522/524.
10) Foramiti (1842), ad h.l., col.376/378.

in Roma, concedesi al proprietario di poter ripetere la cosa entro 1' anno, annullando il diritto di usucapione, qualora **il possessore** cessa di essere assente per causa di Stato ; vale a dire può proporre lo giudizio che **il possessore** non ha usucatto, e che perciò la cosa è sua. ¶ Il pretore mosso da sentimento di equità accordò questo genere di azionc anche in altri casi, come si scorgerà dai libri più estesi dei Digesti o Pandette.

(G) Cooper (1841) 英譯[11)]

3. ... for he (= the praetor) often permits a real action to be brought, ... or, on the contrary, by permitting **a *former* possessor** to alledge, that his adversary hath not acquired by prescription, what, in reality, he hath so acquired.

5. On the contrary, if any man, while abroad in the service of his country, or a prisoner in the hands of the enemy, should gain a prescriptive title to a thing, which belongs to another person resident at home, then the former proprietor is permitted within a year after the return of **the possessor** from public service, to bring an action against him, the prescriptive title being rescinded ; and may allege, that **the possessor** hath not effectually prescribed, so that the thing in litigation is his own. ¶ Under the same motive of equity the praetor hath adapted this species of action to certain other persons, as we may learn more at large from the digests.

(H) Otto-Schilling-Sintenis (1830) 독역[12)]

3. ... so z. B. ist es meistentheils gestattet, auf eine Sache dann zu klagen, wenn ... oder umgekehrt **der Besitzer** behauptet, dass sein Gegner nicht ersessen habe, was er ersessen hat.

5. Im entgegengesetzten Fall, wenn Jemand, der in Staatsgeschäften abwesend oder in feindliche Gewalt gerathen ist, eine Sache dessen, der sich innerhalb Landes befand,

11) Cooper (1841), ad h.l., p.329.
12) Otto-Schilling-Sintenis (1830), ad h.l., p.167f.

ersessen hat, wird dem Eigenthümer gestattet, von da an, wo **der Besitzer** aufgehört hat, in Staatsgeschäften abwesend zu sein, binnen Jahresfrist die Sache, mit wiederaufgehobener [Wirkung der] Ersitzung zurückzufordern, d.h. so zu klagen, dass er sagt, **der Besitzer** habe die Sache nicht ersessen, und deshalb sei sie sein. ¶ Diese Art von Klagen gestattet der Prätor aus ähnlichen Billigkeitsgründen auch einigen andern, wie aus dem ausführlichen Werke der Digesten oder Pandecten zu sehen ist.

(J) Roßberger (1829) 독역[13)]

3. Sieh! meistens darf man eine Klage auf eine Sache so erheben, ... oder umgekehrt **der Besitzer** sagt, sein Gegner habe das nicht usucapirt, was er usucapirte.

5. Wenn umgekehrt Jemand, der des Staates wegen abwesend, oder in feindlicher Gefangenschaft war, die Sache eines Dritten, der im Staate sich aufhielt, usucapirte, so ist es dem Eigenthümer — wenn **dem Besitzer** bereits nicht mehr des Staates wegen abwesend ist — erlaubt, unter Vernichtung der Usucapion innerhalb eines Jahres eine Klage in rem anzustellen, indem er sagt, **der Besitzer** habe nicht usucapirt, weßhalb die Sache sein Eigenthum sei. ¶ Diese Art von Klage erstreckt der Prätor, aus gleichem Billigkeitsgefühle auch auf Andere, wie man aus dem ausführlicheren Werke der Digesten oder Pandekten ersehen kann.

(K) Hulot (1806) 佛譯[14)]

3. ... ainsi le préteur donne souvent des actions réelles, en permettant ... ou au contraire, de prétendre que son adversaire n'a pas prescrit, quoiqu'il ait véritablement rempli le temps de la prescription.

5. Au contraire si quelqu'un étant absent pour le service de la république, ou sous la puissance des ennemis, consommoit pendant le temps de son absence la prescription qu'il avoit commencée de la chose d'un citoyen resté dans la patrie,

13) Roßberger (1829), ad h.l., p.461.
14) Hulot (1806), ad h.l., p.302/304.

il est permis au véritable propriétaire, au retour du **possesseur** qui a été absent pour le service de la république, de revendiquer sa chose sur lui dans l'année du retour, en faissant annuller la prescription, et de soutenir que **le possesseur** n'a point prescrit, et que par conséquent la chose n'a pas cessé de lui appartenir. ¶ Le préteur donne aussi cette action à d'autres personnes par la même raison d'équité, comme on peut le voir d'une manière plus détaillée dans les livres du digeste.

3. 비판적 검토

(1) 종전 번역들의 기조

기존의 모든 번역들은 놀랍게도 모두 동일한 이해를 바탕으로 하고 있다. 유스티니아누스 황제 때의 법률가 테오필루스가 이미 이들과 동일한 견해를 피력하였다.

(L) Theophilus, *Institutionum Graeca Paraphrasis*[15] 4.6.5

3. ... ut ecce permittitur nobis interdum in rem agere, ... vel ex diverso **adversus eum qui rem meam usuceperit et possideat** agere possum his verbis: 'si paret hanc rem meam esse perinde atque adversarius eam usu non ceperit'.

5. Rursus ex diverso in rem intenditur. nam si quis rem meam bona fide possideat et deinde reipublicae causa abesse coeperit, veluti legatione fungens, vel in hostium potestate fuerit, atque interim, dum ille abest aut apud hostes est, usucapionis tempus impleatur, et deinceps revertatur **alter** ex peregrinatione, **alter** ab hostibus, licebit mihi domino intra annum post reditum, rescissa usucapione, rem vindicare. dico enim: 'si adversarius rem non usucepisset, tunc si rem meam esse oporteret'. ¶ eiusmodi autem

15) Theophilus (1884), ad h.l., p.418f. 사실 이 책의 저자에 대해서는 확실하지 않지만, 일반적으로 콘스탄니노폴리스 법학교의 교수로 유스티니아누스 황제의 입법작업에 참여했던(최병조 [2007], 14f.) 테오필루스의 것으로 치부한다. 그리스어로 改述된 가이우스의 『법학원론』을 많이 참조한 것으로 추정되는(Schulz [1961], 386ff.) 이 책의 원문은 그리스어이지만, 편의상 라틴어 번역으로 인용한다.

genus in rem actionis et aliis quibusdam praetor simili aequitate motus accomodavit, sicuti ex latioribus libris Digestorum sive Pandectarum intellegere licet.

이들 번역이 이에 영향을 받았는지는 확인할 길이 없지만, 전혀 무관하다고 여기기도 석연치 않다. 이들의 해석의 기본취지를 정리하면 다음과 같다.

① 어떤 자가 점용취득이 개시한 물건의 점용취득을 완성하지 못한 상태에서 公務不在 또는 포로가 되었는데, 이 기간 중에 점용취득이 완성되었다.
② 점용취득의 대상이 된 물건은 국내에 머물고 있는 어떤 사람 소유의 물건이었다.
③ 점용취득자가 귀환하자 국내에 머물던 물건의 원 소유자가 귀환자를 상대로 소유물반환청구를 하였다.
④ 이것이 가능하려면 귀환자가 점용취득하였다는 것이 부인되어야만 하므로 법정관이 형평에 기하여 점용취득을 '취소'[무효화]하는 의제소권을 부여하였다.

(2) 종전 번역들에 대한 비판: 총설

① 公務不在者나 포로로 잡힌 자가 점용취득자로 이해된 까닭은 원문을 그렇게 읽는 데 무리가 없기 때문이다. 즉 Si quis, cum ~ esset, rem eius ~ usu ceperit 문장에서 quis를 cum ~ 삽입절과 Si ~ 절 전체의 공통주어로 이해한 것이다. 또 이처럼 부재나 포로 기간 중에 점용취득을 했다고 보면 부재나 포로 되기 전에는 아직 점용취득이 완성되지 않은 것이므로 부재나 포로 기간 중에 나머지 점용기간이 완성된 것으로 이해하는 것은 논리일관된 것이다.

이와 짝을 이루는 것이 물건의 원 소유자가 국내에 머물렀던 자라는 이해이다. 이것은 rem eius qui in civitate esset 부분에서 eius를 바로 후속하는 관계절 qui ~의 선행사로 이해한 것이고, 이것 역시 문법적으로는 아무런 무리가 없다.

이러한 전제 위에 상황이 이렇게 전개되었다고 본 것이다. 즉, 公務不在者 또는 포로가 귀환하자, 원 소유자가 점용취득자인 이들을 상대로 소유물반환 청구를 하면서 점용취득을 부인하는 취지의 청구를 하였다는 것이다. 이것은 피고가 귀환하기 전에는 이러한 청구 자체가 가능하지 않았기에 일단 성립하는 가설이다. 그리고 이렇게 되면 마지막 문장에서 점용취득이 부정당하는 possessor = 중간 부분의 귀환한 possessor = 맨 앞의 quis가 되며, 일견 'possessor' 어휘의 일관된 어법의 면에서 득책으로 보이고, 점용취득이 완성되어 이제 소유자가 된 자를 여전히 '점유자'라고 부르는 숨은 취지가 의제를 통하여 그 점용취득을 부인하는 것이라는 점에서도 나름 이해가 간다.

이러한 목적에 봉사하는 것이 법정관이 부여한 의제소권으로, 실제로는 일어난 점용취득을 마치 일어나지 않은 것처럼 의제하여 원 소유자가 원고로 등장한다는 것이다. 그렇지만 이 해석은 첫째로, 후술할 actio Publiciana의 법리에 정면으로 배치된다. 이에 따르면 점용취득자가 원 소유자보다 더 보호받게 되기 때문이다. 피고가 공무부재자나 포로였다는 점을 들어 이를 뒤집는 것은 법리에 반한다. 둘째로, 전후 문맥관계와 조화가 되지 않는데, § 5가 부연 설명하고자 하는 § 3의 해당 대목에서는 possessor가 이 해석에서처럼 점용취득을 한 자, 즉 피고가 아니라 그것을 부인하고자 하는 자, 즉 원고라는 사실이다. 그리고 § 3에서 possessor를 수정되었거나 오기된 것으로 치부하지 않는 한, 앞의 actor와 대를 이루면서(이에 대한 부연 설명은 § 4) 동일하게 대물소권(in rem actio)의 주체로, 즉 원고로 등장한 것이라는 점에 의심의 여지가 없다. 따라서 이 해석은 이러한 문제를 해결해야만 하는데, 이에 대한 고려가 있었던 것 같지는 않다. 왜냐하면 푸블리키우스 의제소권은 있는 소유권을 박탈하기 위한 제도가 아니기 때문이다.

D.6.2.17 Ner. 3 membr.

Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio "si ea res possessoris non sit": sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem

habeat 〈quam quilibet alius praeter dominum, si is rem habeat *secundum* $B\Sigma$ *ins.*〉.

(푸블리키우스 소권은 물건이 소유자로부터 박탈되도록 하기 위하여 마련된 것이 아니다. 이 점의 논거는 첫째로 형평이고, 다음으로 "이 물건이 점유자의 것이 아니라면"이란 항변이다. 오히려 선의로 매수하고 그 점유를 그 사유로 획득한 자가 다른 어떤 사람보다도, 단 소유자가 물건을 가진 경우 그는 제외하고, 우선하도록 하기 위한 것이다.)

이 지점에서 푸블리키우스 소권의 원래적 모습을 간략히 살펴보기로 한다.

[附論] actio Publiciana

푸블리키우스 소권(D.6.2 R. DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE)은 가이우스의 『법학원론』의 설명(Gai.4.36)에 의하면 정당한 사유로 인도되어서 점용취득이 진행하던 중 점유를 상실한 자에게 물건을 회수할 수 있도록 인정된 소권이다. 이때 논리상 아직 소유자가 아니어서 시민법에 따른 소유물반환청구를 할 수 없으므로 그것을 논리상 가능하게 하기 위하여 점용취득이 완성된 것으로 의제하고, 그에 따라 소유자인 것처럼 반환청구를 인정한 것이다.[16] 이러한 反사실적 의제는 법정관이 그의 사법고권에 기하여 안출한 것이다. 즉 이 소권은 법정관법상의 소권이고, 의제소권의 대표적인 사례이다. 이처럼 이 소권은 점용취득(ususcapio)과 직결되어 있다. 따라서 요건은, 소유자 아닌 자로부터 정당한 사유에 기하여 인도받았을[17] 것,[18] 그럼에도 불구하고 아직 점용취득이 완성되지 않았을 것,[19] 물건의 취득은

16) Gai.4.36:
Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit: nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: *iudex esto, si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret* et reliqua.

17) 예외적으로 도망노예가 점용취득 요건을 갖춘 경우 노예 주인은 도망노예이기 때문에 그를 통한 점유취득이 없음에도 불구하고 소권이 인정되었다.
D.6.2.15 Pomp. 3 ad Sab.
Si servus meus, cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.

18) D.6.2.1.pr. Ulp. 16 ad ed.

선의일 것[20] 등이다. 인도받은 후 점유를 상실해야 하지만, 이것은 요건이라기보다는 점유 회수의 필요성이 발생하여 소구에 들어가는 당연한 현실 조건일 뿐이다.

물론 푸블리키우스 소권에서도 원 소유자가 물건의 점유를 취득한 때에는 나중에 상실하더라도 점용취득 중인 자보다 우선한다.[21] 이 점은 일견 종래의 해석을 보강하는 것처럼 보일 수도 있다.

Ait praetor: "si quis id quod traditur *ex iusta causa* non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo."
따라서 인도 전에 상실하면 소권이 인정되지 않는다.
D.6.1.50.pr. Call. 2 ed. monit.
Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager tuncque possessio amissa sit.

19) D.6.2.1.pr. cit.; D.6.2.1.1 Ulp. 16 ad ed.
Merito praetor ait "*nondum usucaptum*": nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam.

20) D.6.2.7.11 Ulp. 16 ad ed.
Praetor ait: "Qui *bona fide* emit." non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.
이 선의 요건에 대한 예외적인 상황도 가능하였다. 예컨대 A 소유의 노예를 용익역권자 B로부터 가해자위부로 받은 피해자 C는 타인 소유임을 알아도 A를 상대로 푸블리키우스 소권을 행사할 수 있었다.
D.9.4.28 Afr. 6 quaest.
Et generaliter si alieni servi nomine, qui tibi iustam servitutem serviret, noxali tecum egerim tuque eum mihi noxae dederis: • sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum, • sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem "si dominus eius sit" utilem mihi replicationem doli mali profuturam et secundum haec usu quoque me capturum, *quamvis sciens alienum possideam*: alioquin si aliter constituatur, futurum, ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur, si, cum ipso iure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat. eademque dicenda sunt et si, cum ab eo non defenderetur, iussu praetoris eum duxerim, quoniam isto quoque casu iustam causam possidendi habeo.
바실리카 법전의 주해자인 스테파누스는 이 경우를 quasi Publiciana로 불렀다. Bas.60.5.28 Schol. 4) domino possidente] Publicianam habet qui coepit usucapere, et ante impletam usucapionem possessionem rei amisit. ¶ Porro is, qui in noxam servum a non domino accepit, recte usucapit, quamvis sciat alienum. Habet ergo etiam Publicianam. Puto autem, *quasi Publicianam* (ὅτι κουάσι Πουβλικιανήν), ut ait Stephanus in cap. 63. tit. 1. lib. 15.

21) 같은 논리로 상대방의 제소에 대한 항변권도 인정되었다.
D.4.6.28.5 Ulp. 12 ad ed.
Exemplo rescissoriae actionis etiam exceptio ei, qui rei publicae causa afuit, competit: forte si res ab eo possessionem nancto vindicentur.

D.6.2.17 Ner. 3 membr. cit.

D.4.6.31 Paul. 53 ad ed.

Si is, cuius rem usucepit rei publicae causa absens, possessionem suae rei ab illo usucaptae nanctus sit, etsi postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.

그러나 이러한 논리가 적용되려면 점용취득이 완성되기 전이어야 하고, 더욱이 나중에 다시 상실하더라도 원 소유자가 그 전에 점유를 일단 취득해야만 하는데, 우리 개소에는 이러한 점들에 대한 어떠한 명시적인 시사도 없다. 오히려 원 소유자가 물건의 점유를 하고 있지 않은 상황을 전제하여야 이 해석과 부합한다. 이럴 경우 소유물반환청구가 가능하기 위해서는 원 소유자가 그 전에 일단 점유를 취득했어야 하는데, 방금 지적했듯이 이런 사실관계에 대한 어떤 시사도 없다. 무엇보다도 점용취득이 완성되었으므로 이상의 논리는 해당되지 않는다.

② 이 해석의 가장 큰 약점은 公務不在나 포로 기간 중에 점용취득이 진행하여 완성될 수 있다고 전제한 것이다. 일단 公務不在는 미뤄두고, 포로 기간에 대하여 보면 포로가 되는 순간 그는 시민으로서의 지위를 상실할 뿐 아니라 노예와 같이 권리능력을 갖지 못하므로 법률행위의 주체가 되지 못한다. 그 결과 점용취득이 불가능하다.[22] 이에 대하여는 명문의 사료들이 전해진다.[23] 심지어는 귀국복귀권(postliminium)으로도 포로기간을 점용취득기간

22) Cf. D.4.6.23.pr. Ulp. 12 ad ed.
Ait praetor: "*inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret*". haec persona merito adiecta est: fieri enim poterat, ut quis in vinculis praesens esset, vel in publica vel in privata vincula ductus: nam et eum qui in vinculis est, *si modo non sit in servitute*, posse usu adquirere constat. sed et is qui in vinculis est si defendatur, cessat restitutio.

23) 로마의 법률가들답게 포로의 상속인은 점용취득을 할 수 있는가 하는 파생된 문제들 역시 다루었다. D.41.3.15.pr. Paul. 15 ad Plaut.
Si is, qui pro emptore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est, an heredi eius procedat usucapio: nam interrumpitur usucapio, et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum heredi eius proderit? sed verum est eum in sua vita desisse possidere, ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse. ...

에 산입할 수가 없었다.[24] 귀국복귀권은 법적 지위의 회복을 내용으로 하는 것이지 점유와 같은 사실행위에는 적용이 없기 때문이다.[25]

D.4.6.23.1 Ulp. 12 ad ed.

Is autem, **qui apud hostes est**, nihil per usum sibi adquirere potest, nec coeptam possessionem poterit implere, dum est apud hostes: hoc amplius **nec postliminio** reversus reciperabit per usum dominii adquisitionem.

---

24) 물건의 점유가 아닌 용익역권의 경우에는 다른 법리가 적용되었다.
D.4.6.23.2 Ulp. 12 ad ed.
Item ei, qui per captivitatem fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurrendum esse Papinianus ait, et fructus quoque medio tempore ab alio ex usu fructu perceptos debere captivo restitui aequum putat.

25) 최병조 (1999), 283f. 이 원칙에 대하여는 예외가 있었다. 노예나 家子가 특유재산 명목으로 점용취득하는 경우가 그것이다.
D.4.6.23.3 Ulp. 12 ad ed.
Hi plane, qui fuerunt in potestate captivi, usu rem adquirere possunt *ex re peculiari*: et aequum erit ex hac clausula praesentibus, id est qui non sunt in captivitate, subveniri, si cum non defenderentur usucaptum quid sit. sed et si dies actionis, quae adversus captivum competebat, exierit, succurretur adversus eum.
D.41.3.44.7 Pap. 23 quaest.
Si, cum apud hostes dominus aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? si quidem *ex causa peculii* possedit, usucapionem inchoari nec impedimento domini captivitatem esse, cuius scientia non esset in civitate necessaria. ¶ si vero *non ex causa peculii* comparetur, usu non capi nec iure postliminii quaesitum intellegi, cum prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret. ¶ sin autem pater ibi decesserit, quia tempora captivitatis ex die quo capitur morti iungerentur, potest filium dici et possedisse sibi et usucepisse intellegi.
D.49.15.12.2 Tryph. 4 disp. [De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus]
Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. ideo eorum, quae usucapiebat per semet ipsum possidens qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est eum possidere desisse. ¶ eorum vero, quae per subiectas iuri suo personas possidebat usuque capiebat, vel si qua postea *peculiari nomine* comprehenduntur, Iulianus scribit credi suo tempore impleri usucapionem remanentibus isdem personis in possessione. Marcellus nihil interesse, ipse possedisset an subiecta ei persona. sed Iuliani sententiam sequendum est.
D.49.15.29 Lab. 6 pith. a Paulo epit.
Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti. ¶ Paulus. immo si quid servus tuus *peculii nomine*, dum in eo statu esses, possederit, id eo quoque tempore usucapere poteris, quoniam eas res etiam inscientes usucapere solemus et eo modo etiam hereditas nondum nato postumo aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet.

D.4.6.19 Pap. 3 quaest.

Denique si emptor, priusquam per usum sibi adquireret, **ab hostibus captu**s sit, placet interruptam possessionem **postliminio non** restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio.

D.49.15.29 Lab. 6 pith. a Paulo epit. cit.

Si postliminio redisti, nihil, dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti.

이에 따르면 포로로 있는 자는 당연하겠지만 점용취득과 관련하여 자기 권리를 주장할 수가 없고, 이것은 통상 푸블리키우스 소권에서 문제되는 상황, 즉 점유가 침탈당하는 상황이 발생해도 속수무책이라는 것이다. 이를 방어할 수 없다는 의미이다. 그러므로 모든 번역들의 해석은 동일한 견해여서 마치 통설인 듯한 외양을 보이지만, 적어도 포로에 관한 한 근본적으로 잘못된 것이다.

이 점에 비추어 보면 公務不在者의 경우에도 일단 포로와 동일하거나 유사한 상황을 전제하여야 한다. 그러나 公務不在者는 근본적으로 포로와는 다르므로 그 기간 중의 점용취득 자체가 불허되지는 않는다.

D.4.6.31 cit..

D.4.6.26.3 Ulp. 12 ad ed.

Deinde adicit "*neque defenderetur*": quod ad omnes supra scriptos pertinet ¶ praeterquam ad eum, **qui absens quid usucepit**: quoniam plene supra de eo cautum est.

따라서 비교할 만한 상황은 자신의 소유권이 침해될 때에 포로처럼 그 역시 대응할 수 없는 상황일 경우가 될 수밖에 없다. 이러한 전형적인 상황에 대하여는 특히 公務不在者[26]와 관련하여 많은 사료가 전해진다. 그 요점은

그가 부재하고 그로 인하여 방어되지(defendi) 못한다는 것이다.[27]

D.4.6.1.1 Ulp. 12 ad ed. : cum absens non defenderetur, inve vinculis esset.

D.4.6.21.pr. Ulp. 12 ad ed. : cum absens non defenderetur.

D.4.6.21.1 Ulp. 12 ad ed. : qui absentes non defenduntur complexus est.

D.4.6.21.2 Ulp. 12 ad ed. : qui absentes non defendebantur ... qui non defenduntur ... licet non defendantur.

D.4.6.22.pr. Paul. 12 ad ed. : absens defendi non videtur.

D.4.6.28.6 Ulp. 12 ad ed. : temporis, quo absens defensus non est.

로마법 전체를 관통하는 부재자 보호의 취지는 결국 부재중에 불가피하게 직면했던 법적인 어려움을 부재 상태가 해소된 후에 (필요한 만큼) 원상회복 시켜주는 것이고, 점용취득의 경우도 전혀 다르지 않다. 어찌 보면 의제를 통하여 점용취득을 무효화[취소]하는 조치는 성년자들의 권리행사가 다양한 사유로 저지당한 경우에 원상회복을 통하여 보호하는 조치(D.4.6 R. EX QUIBUS CAUSIS MAIORES VIGINTI QUINQUE ANNIS IN INTEGRUM RESTITUUNTUR)[28]의 하위부류라고 할 수 있다. 따라서 사유를 달리하고

---

26) 公務不在者이기 위해서는 직무 수행의 제반 범위를 벗어나는 악의(dolus malus)가 없고(D.4.6.4; D.4.6.37; D.4.6.38.pr.-1), 사익의 추구가 목적이 아니어야 하며(D.4.6.5.pr.; D.4.6.36; D.4.6.42), 그래서 부재가 강제성이 있는 경우(D.4.6.36)에 인정되었다. 군인인 경우를 제외하면 로마시 내의 근무는 부재로 치지 않았다(D.4.6.5.1; D.4.6.6-7). 기타 다양한 사례들: D.4.6.40.pr.-1; D.4.6.41; D.4.6.43-46.

27) 방어의 의미에 대하여는
D.4.6.21.3 Ulp. 12 ad ed. :
Defendi autem non is videtur, cuius se defensor ingerit, sed qui requisitus ab actore non est defensioni defuturus, plenaque defensio accipietur, si et iudicium non detrectetur et iudicatum solvi satisdetur.
Cf. D.42.4.2.4 Ulp. 5 ad ed.
Haec verba "defenderetur" παρατατικῶς [=extense] scripta sunt, ut neque sufficiat umquam defendisse, si non duret defensio, neque obsit, si nunc offeratur.
따라서 방어가 가능한 재산관리인을 남긴 경우에는 부재로 판단하지 않았다.
D.4.6.39 Paul. 1 sent.
Is qui rei publicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.

보호되는 범위가 다름에도 불구하고 이미 살펴보았듯이 부재자 보호의 요건은 같다. 그래서 가령 점용취득을 무효화하기 위한 제소를 하고자 하는 자가 국가의 특별조치로 예상치 못하게 법정이 휴무하는 바람에 늦어지면서 불이익을 본 경우에는 그 휴무일만큼 원상회복이 인정되는데,[29] 이것은 푸블리키우스 소권 자체와는 무관한 것이지만, 권리행사의 장애를 제거해 준다는 근본취지는 같은 것이다. 두 경우 모두 법정관법상의 소권으로서 1년의 제소기한이 정해져 있었다(Inst.4.6.5 및 D.4.6.1.1; D.44.7.35.pr.). 포로의 경우에는 귀국복귀권이 포로기간 중의 법적인 불이익을 만회시켜 주는 것이고, 점용취득과 관련해서도 일정한 제한은 따르지만 그 취지는 같다.

따라서 법정관이 의제소권으로써 이미 완성된 점용취득을 무위로 돌리는 조치를 취한다면, 그것은 점용취득을 완성했다는 포로나 公務不在者를 불리하게 하려는 것이어서는 안 되고, 오히려 반대로 대응을 할 수 없어서 법적인 불이익을 당할 수 있었던 이들에게 국내에서 진행된 상대방의 점용취득의 효력을 무효화시킴으로써 도움을 주기 위한 것이어야만 한다. 따라서 'possessor'라는 어휘는 문맥에 따라서 원고인 자와 피고인 자 모두에게 사용되었고, 사용될 수 있음을 인식해서 제대로 번역해야만 한다.

이렇게 보면 문제되는 사안은 종래의 해석이 상정하는 것과 정반대되는 사실관계를 깔고 있다. 즉, 공무부재자가 점용취득자라면 원 소유자보다 강하므로 원 소유자가 이긴다는 이 해석이 성립할 수 없고, 반대로 점용취득자가 아니라면 아예 점용취득자일 수 없는 포로와 더불어 이들을 점용취득자라고 보는 이 해석과 정면 배치되므로, 이들은 필연적으로 점용취득의 대상이

---

28) 최병조 (1999), 554f.

29) D.4.6.26.7 Ulp. 12 ad ed.

Si feriae extra ordinem sint indictae, ob res puta prospere gestas vel in honorem principis, et propterea magistratus ius non dixerit, Gaius Cassius nominatim edicebat restituturum se, quia per praetorem videbatur factum: sollemnium enim feriarum rationem haberi non debere, quia prospicere eas potuerit et debuerit actor, ne in eas incidat. quod verius est, et ita Celsus libro secundo digestorum scribit. sed cum feriae tempus eximunt, restitutio dumtaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis. et ita Iulianus libro quarto digestorum scribit: ait enim rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit et interventu feriarum impeditus est.

라는 rem eius의 소유자이다. 이것을 그들 부재중에 국내에 있던 다른 자가 점용취득을 한 것이다(qui in civitate esset usu ceperit). 이 경우에 귀환한 원 소유자가 ― 공무부재자는 원상회복을 통하여 부재로 인한 장애를 제거함으로써, 그리고 포로도 귀국복귀권으로써 점유와 달리 소유권은 회복하므로 ― 원 소유권을 주장할 수 있게 되고, 법정관이 이들에게 점용취득자를 상대로 그 점용취득을 없던 것으로 하는 의제(wegfingiert)를 포함한 Publiciana rescissoria actio를 부여함으로써 소유물을 회복하는 사안이다.[30] 이래야 in rem actio의 전형적인 구도와도 부합하고, 점용취득을 이미 완성된 것으로 의제하는(hinzufingiert) 푸블리키우스 소권(actio Publiciana)이 부여되는 기본 사안과 역대응하는 구조를 갖추게 된다. 이에 대한 가장 결정적인 전거가 칙법휘찬에서 발견되는 것은 결코 우연이 아니다.[31]

C.8.50.18 Diocl./Maxim. (a.294).[32] [De postliminio et de redemptis ab hostibus]

Ab hostibus captis ac postliminio reversis pro huiusmodi casu amissa, quae in eadem causa quidem durant, omnimodo directa, ¶ quae vero **per usucapionem** vel liberationem **ex bonis subtracta** vel non utendo finita esse videntur, intra annum utilem experientibus ***actione rescissoria*** restituuntur.

(적에 의하여 포로로 붙잡혔다가 귀국복귀권에 따라 귀환한 자들에 의하여 이러한 종류의 사변으로 상실했지만 실로 동일한 상태로 계속 남아 있는 것들은 전적으로 직접소권에 의하여, ¶ 그러나 점용취득이나 자유부여를 통하여 재산으로부터 減除되었거나 또는 불사용으로써 종료되었다고 인정되는 것들은 1년 내에 소구하는 자들에게 **취소소권**에 의하여 원상회복된다.)

---

30) Lenel (1927), 123 + n.7; Kaser/Hackl (1996), 426 + n.46.

31) Cf. Kaser/Hackl (1996), 424 + n.14; 493 + n.71.

32) 同旨 C.3.32.24 Diocl./Maxim. (a.294).
Nullo iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere prohibet dominium. idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii non absumitur: unde hoc casu postliminio reverso citra beneficium actionis rescissoriae directa permanet integra vindicatio.

사실 차원의 문제로, 종래의 해석들처럼 원 소유자가 원고가 되어 귀환자를 상대로 하는 것이라면, 왜 국내에 있을 당시에는 아무런 조치를 취하지 않다가 점용취득이 완성되고 난 후 귀환자를 상대로 그것을 다투는가 하는 의문도 들고, 현실적으로 그들이 언제 귀환하는지를 알기도 어려운데 1년의 제소기한은 어찌 지킬 것인지 하는 문제도 생긴다. 뿐만 아니라, 원 소유자가 점유하고 있으면 그 스스로 소를 제기할 이유가 없고, 따라서 그는 최소한도 점유를 회복했다가 다시 상실했다(D.4.6.31 cit.)고 봐야 하고, 더욱이 귀환자가 점유자여야만 하는바, 그가 상실한 점유가 다시 점용취득자에게로 돌아갔다는 상황도 필연적이 아니다. 무엇보다도 이 모든 구체적인 사실관계에 대한 언급이 전혀 없다는 것은 법률가들이 '公務不在'와 '포로'를 언급하는 것만으로 충분히 상황 설명이 되었다는 것을 전제한 것으로 볼 수밖에 없다.

이제 이런 이해를 전제로 원문을 다시 읽으면, Si quis, cum ~ esset, rem eius qui ~ esset usu ceperit 문장은 다소간에 어색한 감은 있지만 문법상으로 아무런 문제없이 이렇게 해석이 가능하다. 즉 quis는 cum 이하 절의 주어이면서 eius가 지시하는 주체이고, 또 뒤에 나오는 dominus와 동일인이다. 이런 이유로 cum 이하 절의 바깥 앞쪽에 위치시킨 것인데, 그만 Si quis ~ usu ceperit 문장에서 usu ceperit 동사의 주어로 여겨진 것이다. 이것을 부추긴 것이 rem eius qui ~ 대목이다. 손쉽게 eius를 qui 이하와 결부시키면서 공무부재자 내지 포로가 국내에 있는 다른 사람의 물건을 부재하면서 점용취득을 한 것으로 새긴 것이다. 이럴 경우 다음에 나오는 "점용취득의 무효화"는 이들의 점용취득에 결부될 수밖에 없고, 이들이 소유자가 되었으므로 곧 등장하는 domino는 이들의 반대편에 서지 않으면 안 되므로 '원 소유자'로 이해되고, 앞에서 상정했듯이 그의 물건이 점용취득된 국내인이 바로 이 dominus라는 이해가 형성된 것이다. 그렇다면 점용취득을 부인하는 자도 당연히 이 자일 수밖에 없게 되고, 따라서 귀환자를 상대로 원고가 되는 것이다. 그러나 이런 이해는 불가한 것임은 이미 밝혔다. 따라서 문언의 외관에 치중할 것이 아니라 절대적으로 내용을 고려하면서 번역해야만 한다. 사견으로는 Si ~ 문장 자체의 주어는 qui ~ 관계절로서 그 선행사 is가 보통 그렇듯

이 생략된 것이다. 즉 qui in civitate esset가 usu ceperit했다는 문장이 되는 것이다. si possessor ~ desierit 절이 삽입된 것은 무효화의 시점(tunc)을 특정하기 위한 것이고, 이 특정된 시점으로부터 "intra annum"이라는 제소기한이 결정되므로 논리적으로 필요한 요소들인 것이다.

그리고 포로와 公務不在는 반드시 일치하는 사정이 아니므로, 그 차이를 살피면 公務不在의 경우에는 일단 원상회복이 불가피하여야 하므로 부재만으로는 부족하고 소송상 방어가 되지 않는다는 사정이 반드시 필요하다. 편찬자들이 입문용 교재로 구상한 텍스트에서 모든 세부적인 면까지 고려하지는 않았을 것이라면 이 점이 빠진 것을 오류라고 할 수는 없지만, 적어도 후대의 로마법학도로서는 사료에 나타난 전체상을 참작하여 〈neque defenderetur〉를 보충하여 읽어도 무방할 것이다. 또 혼선을 초래하는 데 일조한 것이 동일한 possessor란 용어가 소유물반환청구에서는 원칙적으로 피고를 지시함에도 불구하고 이곳에서는 원고도 지시한다는 점 때문이었으므로 필자는 '소유자' = '原possessor (甲)'로, '점용취득자' = '現possessor (乙)'로 구별하였다. 이 양자를 점유라는 관점에서 보면 이렇게 표시할 수 있는 것이다. 로마의 법률가들은 단지 possessor라고만 표시해도 문맥상 원고인지 피고인지에 따라서 그 역할로부터 충분히 구별하여 인식할 수 있다고 생각한 까닭인지 아무런 구별의 징표를 표시하지 않아서 오해의 소지를 키웠다면 키웠다고 할 수 있다.

끝으로 한 가지 첨언하면, 번역들 사이에 차이가 나는 것이 하나 있는데, 바로 마지막 부분의 aliis quibusdam에 관한 것이다. 한 부류는 이것을 "다른 경우들"로(D, E, F), 다른 부류는 "다른 사람들"로 새긴다(A, B, Ba, C, G, H, J, K). 실질 내용상으로 차이가 없다고 할 수 있고, 이 어휘들은 인물과 사물 모두를 지시할 수 있으므로 언어적으로도 모두 가능하다. 번역상의 차이는 번역자의 감각에 따른 것이겠지만, 소권을 그 행사주체인 원고와 관련하여 논하고 있으므로 사람으로 보는 것이 합당하다. 다수의 번역이 이를 채택한 것은 타당하다.

③ 이상의 논의에 대한 보충으로, 우리 개소와 동일하게 actio Publiciana rescissoria를 다룬 것으로 잘 알려진 다음 개소를 소개한다.

D.17.1.57 Pap. 10 resp.

Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. ¶ sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.

(노예들의 매각 위임은 위임을 인수한 자의 사망으로 이미 종료했다는 것은 확립된 바이다. 그럼에도 불구하고 그의 상속인이 착오에 빠져 절도의 의사가 아니라 망인이 자신의 일로서 돌보았던 것을 집행할 의사로 노예들을 매도하였으므로 이 노예들은 매수인들에 의하여 점용취득된 것으로 인정된다는 것이 통설이다. ¶ 그러나 지방에서 귀환한 노예상인[= 위임인]은 푸블리키우스 소권으로 유효하게 소구할 것인데, 왜냐하면 정당한 소유권의 항변은 사정 심리 후 부여될 것이고, 또 특정인을 신뢰하여 선임한 자는 그의 상속인들의 착오나 미숙함으로 인하여 손해를 보아서는 안 되기 때문이다.)

노예상이 노예매도를 위임하였는데, 수임인이 사망하였다. 그러면 위임 자체가 해소됨에도 불구하고[33] 수임인의 상속인들이 착오로 수임인이 인수했던 위임사무를 처리하여 노예들을 팔았고, 노예상이 지방에 체류하는 동안에 매수인들에 의하여 점용취득되었다. 귀환한 노예상이 푸블리키우스 소권을 행사하면 매수인들로서는 정당한 소유권의 항변이 사정 심리(causa cognita) 후에나 認否가 결정되고, 또 특정한 수임인을 신뢰하여 위임했던 위임인으로서는 상속인들의 착오나 무경험으로 인한 손해를 감수할 이유가 없으므로 그 소구는 관철될 것이라고 파피니아누스가 해답하였다. 원 소유자가 점용취득자를 상대로 하여 제기하는 푸블리키우스 소권이므로 당연히 rescissoria이고

33) D.17.1.27.3 Gai. 9 ad ed. provinc.
Morte quoque eius cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum et ob id heres eius, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem.
同旨 민법 제690조.

정확하게 우리 개소와 구도가 일치한다. 다만 이 경우는 위임이 무효여서 원소유자가 소유권을 행사하는 데 아무 지장이 없으므로 공무부재자처럼 원상회복을 신청할 필요가 없다는 점만이 다를 뿐이다(물론 그는 공무부재자도 아니다). 이 개소는 그 자체로도 이 소권을 이해하는 데 중요하지만, 그에 더하여 이에 상응하는 바실리카 법전의 附註에서 "Publiciana rescissoria" 표현이 명시적으로 거론된 것이 어쩌면 더 주목되었다.[34] 그러나 비잔틴법학이 이 용어를 처음 사용했을 것으로는 생각되지 않는다. 아마도 고전법학의 기반이 분명히 있었을 것인데, 사료상 확인이 되지 않을 뿐이라 생각된다.[35]

(3) 종전 번역들에 대한 비판: 개별적 검토

이상의 총체적인 검토를 바탕으로 각 번역들의 특별한 문제점은 없는지 살펴본다.

① 먼저 (A) 번역은 본문 번역과 마찬가지로 각주 10)의 설명 역시 잘못되었다. 그곳에서 든 두 경우 중 사실은 첫 번째 경우가 맞는 것이다. 그러므로 그가 각주의 맨 앞에서 인용하고 있는 C.7.40.2는 첫째로 원피고의 점유 상황이 달라서 이 상황에는 맞지 않는 법문이다. 왜냐하면 이 개소는 원고가 청구하고자 하는 물건을 소지한 자가 부재(absentia), 권세(potentia), 幼年(infantia)으로 인하여 원고의 청구에 지장을 초래할 경우 관할당국(道伯, 이

34) Bas.14.1.57 Schol. 5) recte agit Publiciaana] Dorothei. Πουβλικιανὴν ῥεσκισσορίαν (*Publiciana rescissoria*). ...
Stephani. Publiciana (Ἡ Πουβλικιανὴ) enim • non solum ei, qui ante usucapionem rei possessionem amisit, datur, • verum etiam re ab alio usucapta ei, qui dominus olim fuit, *ut usucapio impleta rescindatur*.
Re a bonae fidei emtore usucapta, adversus eum cum effectu Publiciana agi, quaere et lib. 60. tit. 5. cap. 28 (위 주 20). pulchrum, quod bonae fidei possessori Publicianam adversus dominum possidentem alio casu tribuit.

35) Cf. D.44.7.35.pr. Paul. 1 ad ed. praetoris.
In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. ... item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum *rescissa usucapione* redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.
Lenel (1927), 123 n.7는 이 개소가 그러한 근거일 가능성을 열어놓으면서도 최종적인 확신은 유보하고 있다. 연구자들의 서로 다른 견해들에 대하여는 Kaser/Hackl (1996), 426 n.46.

것이 어려우면 관할 주교나 지방시 호민관[defensor civitatis: CTh.1.59; C.1.55; Nov.15])에 苦情(querimonia)하라는 것이고, 둘째로 이러한 조치의 목적은 시효의 중단에 있다는 것이기 때문이다.[36] 즉 푸블리키우스 소권과는 전혀 무관하다.

② (B)의 번역은 가장 최근의 번역이고, 더욱이 독일의 다수 전문가들이 공동의 노력으로 만든 작품임에도 불구하고 내용적인 궁구 없이 전통적인 해석을 그대로 추수하였다는 점에서 뜻밖이다.

③ (Ba)와 (C)의 번역은 종전 번역의 궤도를 충실히 따랐다.

④ (D)의 번역은 의제소권임을 명시적으로 추가하여(fictitious, fictitiously) 이해를 도운 점은 평가할 만하다. 그러나 possessor를 § 3과 § 5에서 모두 defendant로 옮김으로써 possessor (甲)과 possessor (乙)이 혼동되면서 두 절 사이에 모순이 생기고 말았다. 이러한 해석적 번역이 아니라 원문 그대로 아무런 특정 없이 possessor로 두었더라면 오히려 解義의 가능성은 있었을 텐데 그러한 가능성마저 막아버린 결과가 되었다.

⑤ (E)와 (F)의 번역도 (C)의 번역처럼 종전의 해석을 답습한 번역이다.

---

36) C.7.40.2.pr.-2 Iust. (a.531).

pr. Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia, sancimus: si quando afuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere et non ei licentia sit, absente suo adversario qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, licentia ei detur adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere: et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem.

1. Sin autem nullo poterit modo praesidem adire, saltem ad episcopum locorum eat vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. sin autem afuerit vel praeses vel episcopus vel defensor, liceat ei et proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione vel, si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit.

2. Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt sive ab antiquis legum conditoribus sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis.

흥미로운 것은 이러한 개혁입법을 하는 가운데도 깨어 있는 시민들(vigilantes)과 그렇지 못한 자들(desides) 사이를 구별하여 시민들의 권리의식과 책임의식을 강조하는 고전법 이래의 전통적 법관념(D.42.8.24: ius civile vigilantibus scriptum est)을 유지하고자 하였다는 점이다.

⑥ (G)의 번역은 § 3에서 possessor 앞에 former를 삽입하여 원고로 등장하는 것임을 밝혔고(同旨 필자의 '原점유자'), 이로써 § 5와의 정합성은 확보되는 장점을 보여주었으나, § 5의 기본적인 사실관계를 그릇 이해한 까닭에 이러한 장점은 묻히고 말았다.

⑦ (H)와 (J)의 번역도 종전의 해석례를 따른 번역인데, 아마도 후대의 같은 독일어 번역인 (B)의 번역에 영향을 미친 것 같다.

⑧ (K)의 번역은 § 3에서 원고가 누구인지 드러나지 않게끔 넘어가 버렸다. 이런 의미에서는 원문에 충실한 번역이 아니다. 그리고 § 5에서는 점용취득이 부재기간 중에 일어났다(pendant ~ absence)는 점을 부연하였으나, 이로써 인식의 지평이 넓어진 것은 아무 것도 없다.

⑨ (L)의 번역은 § 3에서 원고인 possessor를 지칭하는 대신에 피고인 "내 물건을 점용취득하여 점유하고 있는 자"라고 풀어씀으로써 원문에 충실하다고 보기는 어렵지만, 원고가 "원 소유자"임을 해석해 냄으로써 possessor(甲)을 일단은 내용적으로 정확히 재현한 장점이 있다. 그러나 § 5를 그릇 이해함으로써 (G)의 번역과 같은 형국이 되었다. 따라서 부재기간 중에 점용취득이 완성되었다거나 다른 번역들이 원문에 충실하게 언급하지 않은 포로의 귀환을 언급한 것이라든가, 공무부재의 예로 사절로 파견된 것[37]을 든 것이나 모두 무위가 되고 말았다.

Ⅲ. 맺음말

이상으로 Inst.4.6.3 및 5에 대한 각국의 번역들을 살펴보았다. 더 많은 번역들이 있을 터이지만, 현 시점에서 필자가 참고할 수 있는 것들을 총망라하여 검토해 본 것이다. 놀랍게도 유스티니아누스 시대의 법률가 테오필루스를

37) 이것은 다음 개소를 염두에 둔 것이다.
D.4.6.8 Paul. 3 brev.
Legatis quoque municipiorum succurritur ex principum Marci et commodi constitutione.

필두로 19세기와 20세기의 대표적인 현대어 번역들이 모두 원문의 문장 구조를 오해한 오류를 범하였다.

대상 개소는 공무부재자나 또는 포로로 잡힌 자가 부재하는 동안에 그가 소유하던 물건을 타인이 점용취득한 경우에 귀환한 원소유자가 점용취득자를 상대로 점용취득을 무효화하는 푸블리키우스 의제소권(Publiciana rescissoria actio)을 인정받는다는 내용이다. 이것은 통상의 푸블리키우스 소권(Publiciana actio)이 아직 점용취득이 완성되지 않은 자가 점유를 상실한 경우에 그 회수를 위한 권리지위를 점용취득기간이 완성된 것으로 의제하여("si eum anno possedisset") 대물소권으로써 구제받도록 한 것과는 정반대로, 소권 방식서에 점용취득의 미완성을 의제하는 구절("si eum usu non cepisset")을 삽입함으로써 대응하였던 법정관법상의 현상이다. 그런데 종래의 모든 번역들은 공무부재자나 포로가 부재기간 중에 타인의 물건을 점용취득하고, 그 자가 귀환하면 원 소유자가 그를 상대로 Publiciana rescissoria actio를 가진다는 식으로 사안을 완벽하게 거꾸로 오해하였다. 이러한 사견에 대한 결정적 전거는 C.8.50.18 (a.294)이다. 가장 근본적인 오류는 포로는 점용취득이 원천적으로 불가능하다는 법리(Ulp. D.4.6.23.1)를 몰각한 것이다. 또한 모든 번역들이 동 개소의 § 3을 부연 설명하는 § 5를 이러한 명백한 상관성에도 불구하고 조화롭게 해석·번역하지 못하였다.

이 사례는 로마법 사료의 번역은 순수하게 언어적인 문제가 아니라, 일차적으로 그리고 본질적으로 내용 파악과 그 이해의 문제라는 것을 새삼 보여준다. 로마법 사료 석의의 최종 결과가 번역이므로, 일단 초역한 상태에서 석의를 진행시킬 수밖에 없지만, 그 과정에서 부단히 수정되고 손질해서 석의가 마무리되면 그때 비로소 번역이 완성되는 것임을 아주 잘 보여주는 개소이다. 많은 전문가들이 빠졌던 오류를 피할 수 있는 비결은 관련된 원 사료를 두루 찾아보는 것 외에는 없다. 다행히도 막스 카저가 그의 대저 3권을 통틀어 단 한 군데에서 지적한 내용이 간략하지만 핵심을 잘 짚은 것이어서 훌륭한 길잡이가 되었다. 다수설이라고 해서 항상 옳은 것이 아니라는 것, 그래서 끊임없이 담론을 이어가면서 정보를 교환하는 것이 진정 중요한 것이

라는 점을 일깨워준 글쓰기였다. 작업을 가능하게 해 준 멋진 로마법사료 검색엔진인 Amanuensis를 개발하여 무료로 보급해준 Peter Riedlberger 박사에게 진심으로 고마움을 표한다.[38]

▌참고문헌

* 편의상 맨 앞에 표시된 이름과 연도만으로 인용한다.

〈『법학제요』 번역〉

성중모 (2013): 성중모, 「『유스티니아누스 법학제요』 한글 初譯 – 제4권 번역과 注釋 –」, 『法史學硏究』 第47號 (2013.4), 183-282.

Behrends (1990): *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung I Institutionen*, Gemeinschaftlich übersetzt von Okko Behrends, Rolf Knütel, Bethold Kupisch, Hans Hermann Seiler (Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990).

Cooper (1841): Thomas Cooper, *The Institutes of Justinian with Notes*, Second Editíon (New York: Halsted & Voorthies, Law Publishers, 1841).

Foramiti (1842): *Corpo del Diritto Civile*, Nuova edizione eseguita su quello di Parigi del 1830, a cura di Francesco Foramiti, Volume I (Venezia: Dall Tip. di Giuseppe Antonelli Ed., 1842).

Hulot (1806): *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, Traduites en français par M. Hulot, Tome second (A Metz: Chez Behmer, Lamort, Editeurs; A Paris: Chez Rondonneau, 1806).

Moyle (1913): https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr (*The Institutes of Justinian*, Translated by John B. Moyle, Oxford, 1913)[최종검색 2019.3.17.].

Otto-Schilling-Sintenis (1830) : Otto/Schilling/Sintenis (Hg.), *Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Erster Band (Leipzig: Verlag von Carl Focke, 1830).

Roßberger (1829): *Die Institutionen des Kaisers Justinian in vier Büchern*, Ins Deutsche übersetzt von M. M. Roßberger (Berlin: in der Vossischen Buchhandlung, 1829).

Sandars (1869): Thomas Collett Sandars, *The Institutes of Justinian with English Translation and Notes*, Fourth edition (London: Longmans, Green, and Co., 1869).

Scott (1932): https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr (S. P. Scott, *The Civil Law*, II, Cincinnati, 1932)[최종검색 2019.3.17.].

38) http://riedlberger.de.

Theophilus (1884): *Institutionum Graeca Paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa*, Ad fidem librorum manu scriptorum recensuit, Prolegomenis notis criticis Versione Latina instruxit E. C. Ferrini, Accedit epistula C. E. Zachariae a Lingenthal, Pars posterior (Berolini: Apud S. Calvary Eiusque Socios, 1884).

Thomas (1975): J.A.C. Thomas, *The Institutes of Justinian. Text, Translation and Commentary* (Amsterdam・Oxford: North-Holland Publishing Company, 1975).

〈2차문헌〉

최병조 (2014. 3.): 최병조, 「『유스티니아누스 법학제요 한글 初譯』에 대한 善後策－동시에 로마 법률용어의 역어에 대한 몇 가지 제안－」, 『서울대학교 법학』 제55권 제1호(2014. 3.), 253~338.

최병조 (2007): 최병조, 「법학교수직에 대한 국가의 통제－로마 후기의 사례를 중심으로－」, 『서울대학교 법학』 제45권 제3호 (2004. 9.), 141-161 = 최병조, 『로마의 법과 생활』(경인문화사, 2007/재판 2008), 1-28.

최병조 (1999): 최병조, 『로마법강의』 (박영사, 1999)

Brandsma (1992): Brandsma, F., "PUBLICIANA RESCISSORIA or is Papinian 'zu spitz'?" *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law* (online) 5 (1992), 41-60(= https://ugp.rug.nl/sg/issue/view/3823 [최종검색 2019.3.23.]).

Kaser/Hackl (1996): Max Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, Zweite Auflage, neu bearbeitet von Karl Hackl (München: C.H. Beck, 1996).

Lenel (1927): Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 2. Neudruck der 3. Auflage Leipzig 1927 (Aalen: Scientia Verlag, 1974).

Schulz (1961): Fritz Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger, 1961).

〈Abstract〉

A Critique on the Modern Translations of *Inst.4.6.3 et 5*

Byoung Jo, Choe*

This paper aims at a critical review of the modern translations of Inst.4.6.3/5. The result of the survey is shocking that 11 reviewed modern translations in Korean, English, German, Italian and French from the beginning of the 19th to the end of the 20th century coincide with each other perfectly, but also share all the fatal defects that render the translations useless.

The case the Institutes of Justinian actually describes is as follows: A person who is compelled to be absent on account of his taking over a public office (*rei publicae causa absens*) or being in the hands of the enemy (*captivus*), has lost ownership of a thing because someone else has acquired it through *usucapio* during his absence. Then this person, the former possessor, tries, on his returning home, to recover the thing lost in that way, raising against the present possessor a *rei vindicatio*, i.e. *in rem actio*. The praetor helps him with the fictitious *actio Publiciana rescissoria*, denying to the present possessor completion of the *usucapio*, the very title to ownership of the thing in question, by inserting into the formular of the *actio* a legal fiction "*si eum usu non cepisset*".

The modern translations, however, take it but for granted that the *usucapio*

* Emeritus Professor, Seoul National University

goes on for the benefit of the *absens rei publicae causa* or *captivus* who they think took possession of a thing which belongs to someone else present in the city. In the litigation, they suppose, this former owner claims that the present possessor, the home-comer, has not acquired the ownership through the *usucapio* and thus the thing belongs to him as before. Then the praetor helps him with his *actio Publiciana rescissoria*. This opinion, however, does contradict with C.8.50.18 (a.294). This interpretation of the text ignores, among other things, the very fact that a captive can not acquire anything through *usucapio* (Ulp. D.4.6.23.1). They can not afford a homogeneous translation matching § 3 with § 5 of the fragment, too.

The analysis shows that a translation must be fully supported by a correct interpretation of the text especially in terms of law as a whole.

[Key Words] *absens rei publicae causa*, *actiones praetoriae*, *actiones ficticiae*, *actio Publiciana*, *actio Publiciana rescissoria*, captive, possessor, *usucapio*

접수일 : 2019.03.19. ‖ 심사개시일 : 2019.03.27. ‖ 게재확정일 : 2019.04.10.