

<논문>

로마법상 사용취득(usucapio)의 권원 개념(I)*

— 表見權原과 誤想權原 —

崔秉祚**

요약

이 글은 로마법상 사용취득의 권원을 살핀 것이다. 권원은 소유권 취득의 유형에 따라서 승계취득적인 권원과 원시취득적인 권원이 두루 인정되었다. 일반적으로 잘 알려진 권원들은 거개가 법률행위에 기초한 승계취득적인 것이었던 반면에, pro suo는 특별한 권원의 표시로서는 전자를 제외한 일체의 (특별히 명명되지 않은) 권원을 포괄하는 것이었지만, 다른 권원이 인정될 때 그 상황을 부연하여 확인하는 기능의 일반적인 어법도 알려져 있었다. 특히 종래 많이 다루어진 쟁점이 과연 誤想權原으로도 사용취득이 가능한가 하는 문제였는데, 논의의 과정에서 무엇보다도 誤想權原의 개념을 분명히 해야 함을 알 수 있었고, 윤리신학이 흔히 오상권원으로 오해되었던 表見權原(titulus coloratus)을 독자적으로 개념화하였음도 확인하였다. 아울러 이전된 물건에 의하여 권원을 표시하는 경우(pro donato, pro dote, pro legato, pro soluto 등)와 점유를 취득한 행위자에 의하여 권원을 표시하는 경우(pro emptore, pro herede; cf. pro possessore), 또 이전의 근거행위 자체로써 표시하는 경우(pro transactione)가 모두 무작위로 조여진 것이 아니라, 정반대로 사태를 개념적, 구조적으로 정확히 파악한 법학적 사고의 소산이었음을 간취할 수도 있었다. Pro possessore는 사용취득의 자격이 없는 모든 점유자에게 사용되었다.

우리 민법의 점유취득시효에 관한 한, 두 차례의 대법원 전원합의체 판결(대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체판결 [공보 1997.9.1.(41),2501]과 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체판결 [집48(1)민,78;공2000.5.1.(105),962])을 통해서 결과적으로 우리 법의 입장은 이제 모든 면에서 로마법과 대동소이하게 되었다.

주제어: 권원, 로마법, 무단점유, 사용취득, 誤想權原, 자주점유, 점유, 점유취득시효

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

[일러두기] 인용한 문헌은 모두 말미의 <참고문헌>에 소개하였으므로, 앞으로 문헌 인용은 필자명만으로 하되, 한 필자의 여러 글은 <참고문헌>에서 표시한 약호 방식을 따르기로 한다.

I. 머리말

로마법상 소유권 취득의 방식으로서 가장 오래된 것 중의 하나가 이른바 사용취득(usucapio)이다.¹⁾ 이것은 주지하다시피, 일정한 경우에 —가장 전형적인 것이 소유자가 아닌 자로부터 인도받는 경우였다²⁾— 소유권을 취득하고자 하는 물건을³⁾ 그것을 취득하고자 하는 자가 그 취득에 관하여 선의인 한, 동산의 경우에는 1년, 부동산의 경우에는 2년간 점유 사용함으로써 소유권을 원시적으로 취득하게 되는 로마 시민법상의⁴⁾ 고유한 제도이다.⁵⁾ 일정한 법정기간을 요구한다는 점에서 현행법상의 점유취득시효 제도(민법 제245조, 제246조)와 유사하지만, 그 기간이 후자에 비하여 꽤 짧다는 점에서 차이가 있다. 또 선의를 우대하는 제도라는 점에서 현행법상의 동산 선의취득 제도(민법 제249조)와 흡사하지만, 즉시취득이 아니라 일정한 기간의 경과를 요구한다는 점에서 차이가 있다. 요컨대 사용취득은 현행법상의 점유취득시효 제도와 동산 선의취득 제도의 혼합형, 절충형

1) 최병조 I, 400ff.; Vacca I, 989-1022; Pielenbrock, 30ff.

2) Gai. 2.43: Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint eae res siue nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse.

3) 공화정기 마지막 세기에 폐지되었다가(cf. D.41.3.4.28 Paul. 54 ed.; D.41.1.43.1 Gai. 7 ed. prov.) 유스티니아누스에 의해 531년 다시 도입된(C.7.33.12.4) 役權의 사용취득에 관해서는 고찰을 생략한다.

4) Gai.2.65: ... usucapionis ius proprium est civium Romanorum.
시민법 밖의 사용취득에 관해서는 Kaser II, 156ff.

5) D.41.3.3 Modestinus 5 pandectarum.

Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

(사용취득이란 법률로 정해진 기간의 점유의 계속에 의한 소유권의 추가이다.)

Ulpiani Epitome 19.8:

Usucapione dominium adipiscimur tam mancipii rerum quam nec mancipii. Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.

(사용취득으로 우리는 소유권을 취득하는바 악취물과 비악취물 모두에 그러하다. 사용취득이란 법률로 정해진 기간의 점유의 계속에 의한 소유권의 추가이다. 사용취득이란 그런데 1년간의 또는 2년간의 점유의 계속에 의한 소유권의 취득인바, 동산의 경우에는 1년간, 부동산의 경우에는 2년간이다.)

Usucapere는 달리 usu suum facere (Ulp. D.4.6.21), per usum sibi acquirere (Pap. D.4.6.19; Ulp. D.4.6.23.1). rem per temporis spatium nostra fieri (Paul. D.6.1.23.7) 등으로, usucapio는 per usum dominii adquisitio (Ulp. D.4.6.23.1) 등으로도 표시되었다.

내지 중간형의 소유권취득 방식이라고 할 수 있는데,⁶⁾ 그 기본적인 구상과 구조로 보자면 게르만법에서 유래하는 후자보다는 이 제도의 후신인 전자에 더 많이 해당한다고 할 것이다. 이 점은 usucapio가 후에 유스티니아누스 황제에 의해 현재의 시효에 훨씬 더 접근한 長期時效(praescriptio longi temporis)⁷⁾와 융합⁸⁾된 사실(C.7.31.un. Justinianus [a.531])로부터도 간취된다.⁹⁾ 로마의 법률가들은 이 제도가 쟁송의 종식을 위해서 인정된 것이라고 평가하였다.¹⁰⁾

이 점에서 취지는 같지만 제도의 요건 자체가 오로지 점유의 공연성에 따라서만 구상되었던 플라톤 이상국가의 제도¹¹⁾나 그리스 아티카의 법¹²⁾과는 큰 차이가 있다.¹³⁾ 이러한 차이는 근본적으로 로마에 비하여 형식감각이 떨어졌던 그리스법이 청구권의 소멸시효 내지 呈訴期限(προθεσμία)만을 알았던 반면에,¹⁴⁾ 로마

6) 同旨 서울오 III, 144.

7) 이것의 시효기간은 동산의 경우 3년, 부동산의 경우 양당사자가 동일 관구 거주 시(inter praesentes)에는 10년, 서로 다른 관구 거주 시(inter absentes)에는 20년이었다. Cf. Hamza, 189-203; 최병조 I, 402ff.

8) Cf. Ankum II, 123.

9) 상세는 Vacca II, 146-186.

10) D.41.10.5.pr Neratius 5 membranarum.

Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset.

이 개소에서 'etiam ex aliis causis concessa interim'이 유스티니아누스 황제에 의한 役權 사용취득의 재도입과 관련한 편찬자들의 수정이라는 것에 관해서는 Greiner, 41ff. 그 밖의 사료에 관해서는 최병조 I, 402 n.53; Ussani, 12 n.15..

11) Platon, *Leges* lib. XII, 954c3-e3 (“Τὸν ἀμφισθητησίμων χρόνου ὄρος = rerum controversarum tempus finitum/temporis finitio”).

12) Heineccius II, 380f.: “(Isocrates:) Praeterea nec illud vos latet, possessiones, sive privatas, sive publicas, si longum tempus intercesserit, universos existimare sibi proprias esse et tamquam patrimonia.”

13) 상세는 Kränzlein, 118ff.; Biscardi, 197f.

14) Sealey, 62f.; Biscardi, 168; 254; Lipsius, 852f.; 948f.; Todd, 247. - 참고로 투고심사자 중 한 분(A)은 이곳에서 ‘呈訴期限’이라는 용어를 쓴 것에 대하여 「꼭 呈訴期限이라고 번역해야 하는지 의문이다. 提訴期限과는 다른 의미인가? 만약 그렇다면 번역용어로 익숙한 법률용어인 후자보다 전자를 선택한 이유를 설명하는 것이 독자들의 편의를 위해 낫지 않을까?」 하는 의견을 주셨다. 번역용어에 반드시 그것이어야만 한다는 법은 물론 없다. 어쨌든 이곳의 ‘呈訴期限’은 우리 전통법의 용어를 차용한 것이다. 박병호, 86f. 현대법에 대해서는 이미 나름의 법률용어가 정해져 있으므로 전통법의 용어를 다시 살려서 쓰는 것이 생각 같이 쉽지는 않지만, 반면에 역사적인 법을 설명함에 있어서는 경우에 따라서는 그러한 용어법을 택하는 것도 하나의 쓸 만한 방편이라고

법은 적극적으로 취득시효를 규정하였기 때문에 취득자의 요건에 많은 신경을 썼기 때문이다. 그 결과 그리스법에서는 기간이 경과한 후에도 실체법상의 효과가 명확하지 않았다.

사용취득은 원래 적법한 취득의 입증을 비교적 단기의 기간 후에 불필요하게 만들기 위한 것이었지만, 후에는 실체법적 기능도 얻게 되어 소유권 취득의 한 방식이 되었다. 모든 경우에 요건은 취득자가 점유자라는 것이었다. 기원전 1세기에는 여기에 정당한 사유의 요건이 추가되었고, 얼마 후에는 다시 취득자로부터 선의가 요구되었다.¹⁵⁾ 도난·횡령물은 사용취득에서 배제되었다. 이 사용취득의 요건은 종래 다음과 같은 韻句로 표현되어 법학도의 기억을 도왔다. 이러한 제한요건을 통해 사용취득을 실질적으로 매우 제한하고자 한 것이라는 해석¹⁶⁾이나 기간 경과로 매도인의 책임 탈락을 피한 것이라는 동산에 관한 게르만법의 모델에 경사된 통설¹⁷⁾에 대하여 근자에는 大地主의 악취행위 거부로 인한 권리 남용에 대처하기 위한 것이었다는 새로운 해석이 등장하였다.¹⁸⁾

*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*¹⁹⁾

(사용취득가능물, 권원, 선의, 자주점유, 기간)

*Sit res apta, fides, titulus, possessio, tempus.*²⁰⁾

Non usucapies, ni sint tibi talia quinque:

Si res apta, fides bona, sit titulus quoque iustus,

*Possideas iuste completo tempore legis.*²¹⁾

생각하기 때문이다. 필자는 가령 로마의 황제가 내리는 *rescriptum* (勅答, 回答)에 대해서 이미 우리 전통법의 용어인 ‘批答’을 관용하고 있으며, 앞으로도 가능하면 이러한 용례를 늘려갈 생각이다. 한 가지 예만 더 든다면, 우리말로는 어색한 ‘피상속인’ 대신에 전통법상의 용어인 ‘財主’를 사용하면 어떨까 고려중이다.

15) Winkel I, 90f.

16) Schulz I, 248f.

17) Kaser I, 128ff., 133.

18) Behrends II, 542f.

19) Endemann, 115; Kaser/Knütel, 156; Wiefels/v. Rosen-v. Hoewel, 71.

20) Maschat, 289.

Non usucapies, nisi sint tibi talia quinque:
Iusta fides, iustus titulus, res non vitiosa,
 Ut res tradatur, *possessio continuatur.*²²⁾

이 중 최근에 선의와 관련하여 *fides*가 ‘믿음’의 의미를 갖게 된 것이 그리스도교의 영향 하에서이므로 그 前 시기에 대하여 *bona fides*를 ‘선의’의 의미로 사용하는 것은 잘못이라는 전제에 서서, 양도인의 소유권 내지 처분권에 대한 취득자의 믿음이란 계약의 의무근거인 *bona fides*에 기초한 (추탈에 대한) 담보의무의 발생을 위한 하나의 요건이라는 학설이 Söllner에 의해 주장되었으나²³⁾ 다음의 개소들이 증명하고 달리 쉽게 확인할 수 있듯이 명백히 원사료에 반하여 잘못이며, 중량급 연구자의 주장으로서는 의외의 엉뚱한 문제 제기가 아닐 수 없다. 다음 개소 중 앞의 두 개는 타인의 권리에 대한 不知를, 뒤의 것은 자기의 권리에 대한 誤信을 *bona fides*라고 명언하고 있다.

D.50.16.109 Modestinus 50 pandectarum.

“Bonae fidei emptor” esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

(“선의점유자”란 그 물건이 타인의 것임을 몰랐거나, 아니면 매도한 자가 매도할 권한을 가졌다고, 가령 대리인이나 후견인이라고 생각한 자를 말한다.)

D.18.1.27 Paulus 8 ad Sabinum.

Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit: at qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit.

(임의의 자로부터 그 자의 소유라고 생각하는 물건을 매수하는 자는 선의로

21) Reiffenstuel, 283 n.8; Gury, 516.

22) Oberländer, s.v. Usucapio (p.725f.). 한편 de Berger, 256은 “Iusta fides, iustus titulus, res non vitiosa, Ut res tradatur, tempus quoque continuetur.”로 소개하고 있는데, 마지막의 *continuatio* (*temporis*)와 겹친 *tempus*는 누락된 *possessio*로 바뀌어야 한다.

23) Söllner I, 374ff.; 상세는 Söllner II, 1-61, 사용취득과 관련해서는 특히 15ff.

매수하는 것이다. 그러나 후견인의 조성 없이 또는 후견인이 아님을 알고 있는 허위의 후견인의 조성 하에 피후견인으로부터 매수하는 자는, 사비누스도 기술한 바가 있듯이, 선의로 매수하는 것으로 여겨지지 않는다.)

D.5.3.20.12 Ulpianus 15 ad edictum.

Haec adversus bonae fidei possessores, nam ita senatus locutus est: “eos qui se heredes existimassent”. …

(이상은 선의 점유자들에 관한 것이다. 왜냐하면 원로원은 이렇게 규정했기 때문이다. “자신을 상속인이라고 생각했던 자들”. …)

이 글은 위의 요건 중에서 권원과 관련하여 좀 더 세밀하게 살펴보려는 것이다. 시효취득과 관련하여 권원의 개념에 대한 오해는 대법원 1997. 8. 21. 선고 95다28625 전원합의체판결 [공보 1997.9.1.(41),2501]과 대법원 2000. 3. 16. 선고 97다37661 전원합의체판결 [집48(1)민,78;공2000.5.1.(105),962] 이후 대법원의 판례가 재정비되면서 이제는 불식된 상태이지만, 그 기원에 대한 보다 세밀한 검토는 아직까지 이루어지지 못한 상태이다. 기왕의 논의에서 불명확했던 점을 밝히고 앞으로의 논의에서 더 이상의 오해가 발생하는 것을 방지한다는 차원에서 이 문제는 고찰의 의의가 있다고 생각된다. 이런 의미에서 이하의 논의에서는 원사료를 가능한 한 충실히 소개하는 데에 주안점을 두었다.

II. 사용취득의 권원

1. 권원의 의미와 종류

가. 권원의 개념과 종류

사용취득은 취득자의 점유가 취득을 정당화시켜주는 권원(titulus; πρόφασις)에 기초한 것이어야만 인정될 수 있었다.²⁴⁾ 권원의 라틴어 용어 titulus에서도 알 수

²⁴⁾ C.3.32.24 Diocletianus / Maximianus (a.294).

Nulla iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere prohibet dominium. Idcirco cum etiam usucapio cesset, intentio dominii non absumitur: …

(아무런 정당한 권원이 선행하지 않으면 점유자들이 소유권을 취득하는 것을 법질서는

있듯이 오늘날에도 사용되는 이 어휘는 로마법에서 기원하는 것이다.²⁵⁾

그밖에 *titulus*는 인도(*traditio*)와 관련해서도 사용된다. 인도의 권원과 사용취득의 권원은 양자 모두 점유 및 소유권의 이전이나 취득과 결부된다는 점에서 일치하는 점이 많지만 동일한 것은 아니다. *Pro suo* 권원의 존재는 모든 인도의 원인은 사용취득의 권원에 해당하지만, 그 역은 아니라는 사실을 잘 보여준다.²⁶⁾

권원이란 취득자가 자신의 자주점유를 법적으로 승인된 방법(a legally recognized method)²⁷⁾에 의해서 취득했음을 주장할 때 이 승인된 방법에 다름 아니다.²⁸⁾ 이것은 생활관계에 따라 私人間에, 審判인에 의해서, 政務관에 의해서, 또는 점유자 자신에 의해서 인정될 수 있었다.²⁹⁾ 여기서는 私人間の 것과 점유자 자신에 의한 것만을 고찰하기로 한다. 이러한 권원에는 무엇보다도 소유권의 취득을 겨냥한 법률행위가 속하였다.³⁰⁾ 다른 사유도 당연히 얼마든지 가능하였다.³¹⁾ 사료상으로는 특

금지한다. 그런 고로 또한 [상대방의] 사용취득이 실효하므로 [청원자의] 소유권의 청구권이 소멸하지 않는다.)

C.7.29.4 Diocletianus / Maximianus (a.294).

Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest nec prodesse neque tenenti neque heredi eius potest, nec obtentu velut ex hereditate, quod alienum fuit, domini intentio ullo longi temporis spatio absimitur.

(사용취득은 권원이 선행하지 않으면 일어날 수도 없고, 握有者나 그의 상속인에게도 도움이 될 수 없으며, 또 가령 상속재산의 일부라는 구실로도, 타인의 것이었던 한, 소유자의 청구권은 장기시효의 기간이 도과해도 소멸하지 않는다.)

25) 각주 24의 개소들 외에도 가령 D.5.3.13.1 Ulpianus 15 ad edictum; D.41.3.46 Hermogenianus 5 iuris epitomarum; D.41.9.1.pr Ulpianus 31 ad Sab. (“Titulus est usucapionis et quidem iustissimus”). - 이상은 *titulus*가 사용취득과 관련하여 사용된 대표적인 예들에 불과하다. *Titulus*는 그밖에도 引渡나 점유와 관련해서도 로마의 법률가들에 의해 두루 사용되었다. *VIR*, s. v. *titulus* II. (p.1061f.) 참조.

26) 최병조 III 참조. 서울오 II, 205f.도 일응 同旨인 것으로 보이나, 문제를 보는 맥락은 다른 것 같다. 서울오의 경우 인도의 원인에 의한 취득과 사용취득의 권원에 의한 취득이 공존할 수 있는지, 원하는 경우 자신에게 유리한 쪽을 선택할 수 있는지가 문제 되는 것이다. 그는 이때 양자를 배척관계로 보는 김기창의 소견에 반대한다.

27) Watson, 48. .

28) Oldendorp, 439: “Titulus, est per quem indicatur nobis aliqua possidendi legitima causa, sufficiens ad dominium adquirendum vel directo & immediatè, uel saltem mediatè usucapione.”

29) Vinnius, ad Inst.2.6.pr n.3 (p. 262).

30) Bauer, 14ff.

히 정당한 원인으로 인도받아서 사용취득 중인 자가 점유를 상실했을 때에 소유자의 지위에 준하여(ad instar proprietatis) 그 회복을 위해서 인정되었던 對物訴權이었던 푸블리키우스 소권(actio Publiciana)³²⁾을 다루고 있는 D.6.2에서 찾아볼 수 있다. 사용취득 중인 자의 경우 당연히 그 권원이 문제되었기 때문이다.³³⁾ 가장 전형적인 것으로 거론되는 것들은 다음의 것들이었다.

- pro emptore (D.41.4; C.7.26)
- pro donato (D.41.6; C.7.27)
- pro dote (D.41.9; C.7.28)
- pro legato (D.41.8)
- pro soluto (D.41.3.46ff.)
- pro transactione (C.7.26.8).
- pro noxae dedito (D.41.2.3.21)

이것들은 각각 ‘매수인으로서’, ‘증여물로서’, ‘嫁資物로서’, ‘유증물로서’, ‘변제된 것으로서’, ‘화해로서’, ‘加害者委付物로서’ 점유한다는 사용취득의 정당한 원인(iusta causa)을 지칭하는 것이다.³⁴⁾

Pro emptore의 경우는 다른 권원들의 경우처럼 인도 시에 선의인 것만으로는 부족하고 매매계약 체결 시에도 선의일 것을 요구했던 것³⁵⁾이 특이한 점이다.³⁶⁾

31) 가령 pro iudicato, pro adiudicato, pro permutato. Cf. Voet, ad D.41.10.1 n.2 (p. 639). D.41.2.3.21 Paulus 54 ad edictum

Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo ... et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.

Hoetink, 231ff.에 의하면 Voci는 25종을 언급하고 있다고 하며, 그 자신은 이에 더하여 pro mandato와 pro socio의 두 종을 더 제시한다.

32) Cf. Nichols, 232ff.; Eckenberg, 11ff.

33) 그러나 푸블리키우스 소권이 인정되는 경우가 모두 사용취득이 인정되는 경우와 일치하는 것은 아니었음에 주의를 요한다(가령 D.6.2.12.2 Paulus 19 ad edictum [vectigalia etc.]). Eckenberg, 22f.; Kaser I, 420 n.13.

34) 이러한 권원에 기한 점유의 경우는 상속과는 무관한 것이므로 당연히 상속재산분할소송의 대상이 되지 않았다.

D.10.2.25.7 Paulus 23 ad ed.

Quod pro emptore vel pro donato puta coheres possidet, in familiae erciscundae iudicium venire negat Pomponius.

35) D.41.4.2.pr Paulus 54 ad edictum.

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

Barton은 이러한 통설과 조화하지 못하는 것으로 다음 두 개의 개소를 들고 있다.³⁷⁾

D.41.3.10.pr Ulpianus 16 ad edictum.

Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum.

(타인의 물건이 선의로 매수된 경우에 사용취득이 진행하려면 매수의 始點이 선의를 가질 것을 우리가 요구하는지, 아니면 인도의 始點인지가 문제이다. 사비누스와 카씨우스의 인도의 始點이 고려되어야 한다는 견해가 통설이 되었다.)

D.41.4.7.4 Iulianus 44 digestorum.

Qui bona fide alienum fundum emit et possessionem eius amisit, deinde eo tempore adprehendisset, quo scit rem alienam esse, non capiet longo tempore, quia initium secundae possessionis vitio non carebit, nec [similis]<dissimilis S>

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.

D.41.3.48 Paulus 2 manualium.

... aliud, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam: hic enim nisi emptio praecedat, pro emptore usucapio locum non habet. ... 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.

D.6.2.7.17 Ulpianus 16 ad edictum

Iulianus libro septimo digestorum scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse.

Eckenberg, 26ff. ("tunc = initium initi contractus"). Bas.15.2.7.17 (Heimbach, II, p.170: "Tempore autem emtionis et tempore traditionis eum, qui accepit, bona fide esse oportet.")는 명백히 이 견해를 지지한다. 異見 Kaser I, 423 n.53 (이 개소를 왜곡된 것으로 봄).

36) Kaser I, 423 n.53은 양 시점에서의 '선의'의 문제를 '점유'의 문제로 오해하고 있다.

37) 同旨 Kaser I, 423 n.53.

est ei, qui emptionis quidem tempore putat fundum vendentis esse, sed cum traditur, scit alienum esse: cum enim semel amissa fuerit possessio, initium rursus reciperae possessionis spectari oportet. quare si eo tempore redhibeatur homo, quo emptor scit alienum esse, usucapio non contingit, quamvis antequam venderet, in ea causa fuerit, ut usucaperet. idem iuris est in eo, qui de fundo deiectus possessionem per interdictum recipiavit sciens iam alienum esse.

(선의로 타인의 부동산을 매수했고 그 점유를 상실했으나, 그 후 타인의 물건임을 알게 된 시점에 (점유를 다시) 취했었던 자는 장시기효로 취득하지 못할 것인데, 왜냐하면 두 번째 점유의 開始가 하자가 없는 것이 아닐 것이고, 또 그는 매수의 時點에 부동산이 매도인의 것이라고 생각했지만 인도되는 때에 타인의 것임을 알게 된 자와 다르지 않기 때문이다. 왜냐하면 일단 점유가 상실되었을 때에는 다시 재취득한 점유의 개시를 살펴야만 하기 때문이다. 그런고로 매수인이 타인의 것임을 알게 된 시점에 (매매계약의 객체인) 노예가 (권리하자를 이유로) 계약해제되는 때에는 사용취득이 발생하지 않는데, 비록 매도하기 전에 사용취득이 가능했던 지위에 있었더라도 그러하다. 부동산으로부터 축출되어 특시명령에 의하여 점유를 회복한 자가 (그 부동산이) 타인의 것임을 이미 알게 된 경우에도 동일한 법리이다.)

그는 전자는 ‘puzzling’하다고, 후자는 아무런 모순 없는 異本の 讀法을 ‘not conclusive’하다고 지적할 뿐 제대로 해석해 내지 못하고 있다.³⁸⁾ 그러나 전자는 타인의 물건을 선의로 매수한 경우에 이것으로 족한지 아니면 인도시의 선의가 필요한지를 묻고(텍스트가 전승과정에서 다소 변형되었을 가능성은 있으나 이 경우 의미상 주어는 당연히 점유자이다. 주어가 결여되어 율피아누스가 쓴 것이 아니라 식의 논법은 타당성이 없다), 매수 시의 선의는 이미 전제되어 있으므로—Barton 등은 이 사실을 몰각하고 매수한 경우 일반에 대한 물음인 것처럼 양 시점을 배타적 선택지로서 인식하는 오류를 범하였다— ‘인도시를 살펴야 한다’³⁹⁾, 따라서 결국 양 시점 모두에 선의가 필요하다고 설시했던 사비누스와 카씨우스의 견해가 통설임을 밝힌 것이고, 후자는 Iul.-Ulp. D.6.2.7.17 cit.와의 조화

38) Barton, 20ff.

39) Bas.50.3.9.pr (Heimbach, V, p. 57): Si ignorans rem alienam emero, tempus traditionis ad usucapionem spectamus.

를 위해서나 바실리카 법전의 해당 개소(Bas.50.4.6.4 [Heimbach, V, p.66])의 취지로 보나 *similis*가 아니라 *dissimilis*로 전승된 텍스트를 취하면 되는 문제이다.⁴⁰⁾ 다시 말하면 Paulus D.41.3.48 cit.; D.41.4.2,pr cit. - Iulianus D.6.2.7.17 cit.; D.41.4.7.4 - Sabinus et Cassius D.41.3.10.pr로 거슬러 올라가는 사비누스 학파의 견해, 그리고 이들을 인용하고 있는 파울루스와 동시대인인 Ulpianus D.6.2.7.17 cit.의 견해는 모두 통일적인 해석이 가능하고, 또 그래야만 한다. 사용취득과 같은 제도적 법률문제에서 그 요건에 관해 학설이 갈린다는 것은 기대할 수 없는 것이기 때문이다.

Pro donato에 해당하는 것은 생전증여만이였다. 사인증여의 경우에는 진정한 소유자에 대한 관계에서 사용취득의 효과가 인정되었음에도 불구하고 사용취득의 계기를 제공했던 증여자에 대한 관계에서는 사인증여의 법리가 우선하였기 때문이다.⁴¹⁾ Pro legato의 경우는 물권적 유증(*legatum per vindicationem*)에만 해당하는 것이었고, 채권적 유증(*legatum per damnationem*)의 경우는 pro soluto의 한 사례였다.⁴²⁾

이외에도 다음의 권원이 알려져 있었다.

- pro derelicto (D.41.7)
- pro herede (D.41.5)
- pro suo (D.41.10)

이것들은 각각 ‘포기물로서’, ‘상속인으로서’, ‘자기 것으로서’ 점유한다는 권원이다.

Pro derelicto는 소유자가 포기한 擱取物(*res mancipi*)을 포기한 것으로 알고⁴³⁾

⁴⁰⁾ Mommsen/Krueger, *Digesta editio maior*, II, p.529 ad h.l. n. lin.12: ‘nec dissimilis XYMOC et sic videntur vertisse Graeci: ... B (Anon.).’

⁴¹⁾ D.39.6.13.pr Iulianus 17 digestorum.

Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero.

D.39.6.33 Paulus 4 ad Plautium.

Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cuius res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

Heineccius I, 346 + n. g); Bauer, 31ff.

⁴²⁾ Apathy, 658ff. 서울오 II, 193은 Iul. D.41.1.36과 관련하여 이 점을 정확하게 짚었다.

⁴³⁾ D.41.7.2.pr Paulus 54 ad edictum.

Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus adquirere.

선점한 자가 바로 소유권을 취득하지 못하고, 사용취득을 거쳐야 비로소 소유권을 취득하게 되는 특이한 경우이다.⁴⁴⁾ 반면에 소유자 아닌 자(non dominus)가 포기한 경우에 대한 것이라는 학설도 한때 있었다.⁴⁵⁾ 특히 그 근거로 Paul. D.41.7.4가 인용되는데,⁴⁶⁾ 이것은 잘못이다. 왜냐하면 이때 포기자가 누구인지 알지 못한다는 것은 구체적인 포기자의 정체성을 모른다는 것이지 그가 소유자가 아니어도 된다는 뜻은 아니기 때문이다. 비소유자가 포기한 물건을 사용취득하게 하는 것은 사용취득을 배제한 도품을 사용취득하게 하는 것과 동일한 평가를 받을 수 있는 것이다. 포기물로 오인한 것만으로는 부족하다는 율리아누스의 개소(D.41.7.6)도⁴⁷⁾ 포기가 진정한 포기일 것을 요구하는 것이고, 이것은 소유자만이 가능한 것이다. 악취물일 것을 요구하는 것은 非악취물(res nec mancipi)의 경우에는 선점자가 즉시 소유권을 취득하였기 때문이다.⁴⁸⁾ 이 점은 악취물과 비악취물의 구별을 철폐한 유스티니아누스법에서도 마찬가지였다.⁴⁹⁾ 이곳에서의 문제는

⁴⁴⁾ Ankum I, 248-274; Vacca I, 1006ff.

⁴⁵⁾ Vacca I, p.1007 n.75 (Berger, Romano).

⁴⁶⁾ D.41.7.4 Paulus 14 ad Sabinum.

Id, quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum sit.

⁴⁷⁾ D.41.7.6 Iulianus 3 ad Urseium Ferozem.

Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse.

⁴⁸⁾ D.41.7.5.1 Pomponius 32 ad Sabinum.

Id, quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit: sicuti cum quis aes sparserit aut aves amiserit, quamvis incertae personae voluerit eas esse, tamen eius fierent, cui casus tulerit ea, quae, cum quis pro derelicto habeat, simul intellegitur voluisse alicuius fieri.

D.41.7.1 Ulpianus 12 ad edictum.

Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit et occupantis statim fit, quia isdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur.

⁴⁹⁾ Inst.2.1.47: Qua ratione verius esse videtur et si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominium effici. pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abiecerit ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.

앞서 인용한 Ankum I은 D.41.7.5.pr이 이러한 유스티니아누스법에 맞게 수정되었음을 잘 보여준다.

D.41.7.5.pr Pomponius 32 ad Sabinum.

Si [id, quod pro derelicto habitum]<rem mancipi, quam pro derelicto habitam> possidebas, ego sciens in ea causa esse abs te emerim, me usucapturum constat nec obstaré, quod in bonis tuis non fuerit: nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens

이와 달리 악취물을 포기물로 점유한 자가 선점이 되지 않는 상황인 것이다. 포기했다는 소유자가 그렇게 한 것이 아님을 입증하는 데에 성공하면 점유자는 pro derelicto 취득을 대항할 수 없다.

Pro herede는 독특한 연혁이 있다.⁵⁰⁾ 원래는 아직 상속승인이 되지 않은 상속 재산(休止相續財産)의 전부 또는 일부를 ‘상속인으로서’, 즉 자신이 상속인이라고 생각해서 점유한 자(自稱相續人)⁵¹⁾는 무권원이고 선의가 아니더라도 1년을 점유 하면, 상속재산은 12표법상 ‘부동산 이외의 물건’(ceterae res)에 속하였기에 부동산의 경우에도, 사용취득이 인정되었었다. 이러한 예외적인 ‘이득적 不正한 사용취득’(usucapio lucrativa et improba)을 공화정기의 古법률가들이 승인했던 이유는 조속히 상속승인이 이루어져서 제사가 행해지고, 상속채권자들이 채무자를 갖도록 하려는 취지였다고 한다(Gai.2.52-56). 이러한 사용취득은 필수상속인이 있는 경우(Gai.2.58)나 피상속인 생전에 그로부터 물건을 받았던 자(가령 수치인)의 경우에는 허용되지 않았다. 유명한 “아무도 스스로 자신을 위하여 점유의 사유를 변경할 수 없다”(Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest)는 법리는 바로 이 후자의 경우를 겨냥한 것이었다.⁵²⁾ 그러나 하드리아누스 황제의 명에 의한 원로원의결(Senatus consultum Iuventianum)은 진정한 상속인으로 하여금 그 반환을 청구할 수 있게 함으로써 자칭상속인의 사용취득을 부인하였다(Gai.2.57). 또 마르쿠스 아우렐리우스 황제는 상속재산을 무단으로 점유하는 행위를 상속재산 탈취죄(crimen expilatae hereditatis)로 처벌하였다.⁵³⁾ 이후로 usucapio pro herede는 일반적인 사용취득의 한 사례가 되었다.⁵⁴⁾ Pro herede의 heres는 시민법상의

emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem iuris est.

⁵⁰⁾ Vacca I, 1005f.

⁵¹⁾ Inst.4.15.3: ... pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse: ...

⁵²⁾ D.41.2.3.19 Paulus 54 ad edictum.

Illud quoque a veteribus praeceptum est neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

Schmidlin, 90-93; 정병호, 85-116, 104f. 각주 46.

⁵³⁾ Lemosse, 255-260; Robinson, 30f.

⁵⁴⁾ Pro herede와 pro suo의 차이에 관해서는 가령

D.29.2.20.1 Ulpianus 61 ad edictum

Et ideo solent testari liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa aut pro suo. ut puta patrem sepelivit vel iusta ei fecit: si animo heredis, pro herede gessit: enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse.

상속인뿐만 아니라 법무관법상의 유산점유자(bonorum possessor)도 포함하는 개념이었다.⁵⁵⁾ 끝으로 한 가지 덧붙일 것은 pro herede는 기본적으로 ‘상속인으로서의 처신’(pro herede gerere) 일반에 사용된 표현이라는 점이다.⁵⁶⁾ pro herede possidere는 그 하나의 態樣이었다. 물론 이 점유를 통해서 선의의 경우 pro herede usucapio가 가능하였다.⁵⁷⁾

Pro suo는 특별한 권원의 표시로서는 특별히 명명된 권원들을 제외한 일체의 (특별히 명명되지 않은) 권원을 포괄하는 것이었지만, 다른 권원이 인정될 때 그 상황을 부연하여 확인하는 기능의 일반적인 어법도 알려져 있었다.

반면에 로마인들은 자기를 위해서, 그러나 무권원으로 점유하는 경우를 ‘단순히 점유를 취한 점유자로서’ 하는 점유라는 의미에서 pro possessore라고 표현하였다. 이것은 특히 상속재산과 관련될 때에는 상속인을 자칭하여 점유하는 경우인 pro herede와 달리 상속인을 자칭하지 않고서 점유하는 경우에 사용되었다.

나. 권원의 확정

구체적인 경우에 어떤 권원이 문제될 수 있는가 하는 것은 사안별로 고찰해야 할 터인데, 다음의 개소는 이것이 사용취득의 다른 요건(이 경우 선의)과도 연결된 문제였음을 잘 보여준다.

Fragmenta Vaticana 1 (Paul. 8 ad Sab.⁵⁸⁾):

[A] Qui a muliere ① sine tutoris auctoritate sciens ② rem Mancipi emit ③ vel falso tutore auctore quem sciit non esse, [B] non videtur bona fide emisse; itaque

⁵⁵⁾ D.41.3.33.1 Iulianus 44 digestorum

... idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur. ...

⁵⁶⁾ Cf. Coppola (1987).

⁵⁷⁾ 상세는 Sáenz I, 143-208; Sáenz II, 165-218.

⁵⁸⁾ 병행 개소 Paul. D.18.1.27 cit. (전술 I)과의 비교에서 Theodor Mommsen은 Fr.Vat.1을 파울루스의 것으로 치부하였고, 그를 좇은 Lenel 역시 이 두 개소를 Lenel, Paul. fr.1782 (p.1276)에 함께 배치하였다. 그러나 Lenel은 이 개소가 후견인의 조성을 다루고 있는 Ulpianus 40 ad Sabinum에 속하는 것이 아닌가 의문을 제기하고 있다(Lenel, p.1276 n.2).

et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. [C] ① Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, ② Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. [D] Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

([A] 부인으로부터 ① 후견인의 助成 없이 알면서 ② 握取物을 매수하거나 ③ 또는 후견인이 아님을 알았던 허위의 후견인의 조성하에 매수한 자⁵⁹⁾는 [B] 선의로 매수했던 것으로 보이지 않는다. 그리고 같은 취지로 古법률가들이 생각하고, 사비누스⁶⁰⁾와 카씨우스가 기술한다. [C] ① 라베오도 정녕 그는 ‘매수인으로서’ 점유하는 것이 아니라 ‘점유자로서’ 점유하는 것이라고 생각하였다. ② 프로쿨루스와 켈수스는 ‘매수인으로서’ 점유한다고 하는데, 이 견해가 보다 옳다. 그것은 그는 果實도 자신의 것으로 만들기 때문인데, 이유인 즉슨 그가 소유녀의 의사에 따라 수취하는 것이고 또 부인은 후견인의 조성 없이 점유를 양도할 수 있기 때문이다. [D] 율리아누스는 루틸리우스의 규칙에 의하면 대금을 부인에게 지급한 자는 또한 사용취득하되, 사용취득 전에 부인이 대금을 제공[반환]하면 그는 더 이상 사용취득하지 않는다고 한다.)

[A]②은 이 사안이 사용취득의 가장 전형적인 사례인 약취물의 단순 인도(traditio)에 의한 점유 취득을 다루고 있음을 보여준다. 약취행위(mancipatio)나 법정양도(in iure cessio)에 의했더라면 바로 이전했을 소유권이 단순 인도에 의한 까닭에 바로 이전되지 못하고 사용취득을 기다려야만 했던 것이다. 그런데 단순 인도의 경우에도 12표법의 규정(XII.Tab. 5.2)에 따르면 종족 근친자의 후견을 받는 여자의 재산은 그녀 스스로 후견인의 조성을 받아서 인도한 경우에만⁶¹⁾ 사용취득이 가능하였다.⁶²⁾ 이러한 법리는 기원 후 40년대에 제정된 클라우디우스법

59) 물론 허위의 후견인에게 속아서 산 경우는 선의이다.

D.6.2.13.2 Gaius 7 ad edictum provinciale.

… sed et si deceptus falso tutore auctore emerit, bona fide emisse videtur.

60) 同旨 Paul. D.18.1.27 cit. (전술 I).

61) Gai.2.80: Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutore auctore rem mancipi alienare posse. …

(lex Claudia de tutela)에 의해서 변하지 않았다. 동 법률은 ‘종족 근친’(agnati)의 후견을 금지한 것이지 부인에 대한 후견 자체의 금지를 내용으로 하는 것이 아니다.⁶³⁾ 따라서 이 개소와 관련하여 동 법률 이후의 법률가들이 동 법률을 고려하지 않고 있다고 지적하며 의아해 하면서도 아무런 이유를 제시하지 못하고 있는 해석은⁶⁴⁾ 잘못된 것이다. 다만 법률가들과 칙법의 단편들을 모아놓은 <바티칸 단편집>이 320년경 이후의 시기로 比定되는 것⁶⁵⁾에 비추어 볼 때 고전기의 법상태를 모든 면에서 그대로 유지한 시기의 법을 논하지 않는다는 것은 명백하다. 그렇다면 오히려 이 개소에서 인용되고 있는 법률가들의 논쟁으로부터 역으로 인용된 법률가들의 시기, 즉 고전기의 법상태가 재구성되어야 할 것이다. 쟁점은 선의 여부이다. 원래 선의(bona fides)란 취득자 자신의 즉시의 소유권 취득을 방해하는 흠결에 대한不知를 의미한다(가령 매도인이 판 물건의 소유자가 아니라는 사실에 대한 부지,⁶⁶⁾ 또는 정신착란의 사실을 모른 경우⁶⁷⁾). 취득자의 악의⁶⁸⁾에 대한 입증은 상대방이 부담하였다.⁶⁹⁾ 로마법상 면책가능한 착오(probabilis

62) Gai.2.47: Res mulieris <quoque>, quae in agnatorum tutela erat, [res Mancipi] usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore <auctore> traditae essent; idque ita lege XII tabularum cautum est.

63) Rotondi, 467f.

64) Dozhdev, 566.

65) Wenger, 543ff.

66) Paul. D.18.1.27 cit. (전술 I).

67) D.6.2.7.2 Ulpianus 16 ad edictum.

Marcellus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit.

68) 재산처분이 금지 또는 제한된 것을 알고 매수하거나, 채권자 손해행위임을 알면서 매수하는 경우들이 대표적인 악의의 예이다.

D.18.1.26 Pomponius 17 ad Sabinum.

Si sciens emam ab eo cui bonis interdictum sit vel cui tempus ad deliberandum de hereditate ita datum sit, ut ei deminuendi potestas non sit, dominus non ero: dissimiliter atque si a debitore sciens creditorem fraudari emero.

D.41.4.7.5 Iulianus 44 digestorum.

Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet.

69) C.8.44.30 Diocletianus / Maximianus (a.294).

Non ex eo, quod duplam qui a matre tua Mancipium comparavit evictionis nomine stipulatus est, alienae rei scientia convincitur, nec opinio eius ex hoc laeditur, ut malae fidei emptor existimetur. Aliis itaque hoc indicium, si vis, probare debes. (여기서 opinio는 aestimatio publica, fama [평판]의 뜻으로 쓰였다.)

error)만이 선의로 고려되었고,⁷⁰⁾ 법률의 착오에 기하여 자신의 점유를 정당한 것으로 여긴 경우는 선의로 인정되지 않았다.⁷¹⁾ 이와 달리 점유자가 아닌 제3자가 법률의 착오에 빠져서 점유자에게 급부한 경우에는 급부의 권원이 부존재하여 사용취득이 인정되지 않았다.⁷²⁾ 현안에서는 후견인의 조성에 대한 知·不知(A①,

⁷⁰⁾ D.41.10.5.1 Neratius 5 membranarum.

⁷¹⁾ D.22.6.2 Neratius 5 membranarum.

In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

Cf. Winkel I, 98; Ussani, 1f.

Ner. D.41.10.5 (pro suo)

D.41.3.31.pr Paulus 32 ad Sabinum. (pro emptore)

Numquam in usucapionibus iuris error possessori prodest: et ideo Proculus ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia iuris error est.

Cf. Winkel I, 93f.; Daube, 89 = *Collected Studies in Roman Law*, II (1991), 735.

D.41.3.32.1 Pomponius 32 ad Sabinum.

Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere vel quia in iure erranti non procedat usucapio.

Cf. Bauer, 58ff.; 129f. (이 개소가 염두에 둔 사안을 신탁양도물의 使用再取得 [usureceptio]나 pro derelicto 사용취득이나 인도된 약취물의 경우로 보고, ‘vel quia ~ rell.’를 부진정한 것으로 본다); Wacke, 334ff.; Winkel I, 94f.; 100.

D.22.6.4 Pomponius 13 ad Sabinum. (pro dote)

Iuris ignorantiam in usucapione negatur prodesse: facti vero ignorantiam prodesse constat.

Cf. Winkel I, 91f.

D.41.4.2.15 Paulus 54 ad edictum. (pro emptore)

Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

Cf. Wacke, 333f.; Winkel I, 95f.; Daube, 88f. = *Collected Studies in Roman Law*, II (1991), 734f.

⁷²⁾ Fragmenta Vaticana 294. (1) Papinianus libro XII responsorum.

... cum pater filiis, quos habuit ac retinuit in potestate, donat, nihil prodest non mutari uoluntatem, quoniam quod praecessit totum inritum est. unde cum filius in diuisione bonorum penes fratrem quod pater donauerat errore lapsus reliquit, portionem eius non esse captam usu Seruio Sulpicio placuit, quod neque frater ipse donauerat neque pater donare poterat.

Fragmenta Vaticana 296. Papinianus libro II responsorum.

③)가 선의의 대상인 사정에 해당하는지가 문제이다. 후견인의 조성의 흠결은 소유권의 즉시 취득을 방해하는 흠결인가가 관건이다. 古법률가와 그 전통을 이어 받은 사비누스 학파는 이를 긍정하고,⁷³⁾ 그 결과로서 선의를 부정한다(B). 이들의 경우 선의 요건의 결여로 더 이상 사용취득을 논할 실익이 없으므로 권원의 여부는 더 이상 고찰되지 않았다. 반면에 라베오와 그 전통에 선 프로쿨루스 학파는 어디까지나 부인 자체의 처분행위에 초점을 맞추며, 그 결과 후견인의 조성은 선의의 대상이 아니라고 보므로, 일단 선의를 긍정한다. 따라서 다음으로 권원의 문제가 검토되는데, 라베오는 후견인의 조성이 흠결됨으로써 매매 자체가 제대로 된 것이 아님을 이유로 ‘매수인으로서의’ 점유를 부인하고, 매수 권원이 흠결된 결과 ‘점유자로서의’ 점유만을 인정하는데 반하여(C ①), 프로쿨루스 학파는 후견인의 조성의 흠결은 부인의 매도 행위 자체의 성격에는 아무런 消長을 가져오는 것이 아니라고 봄으로써 pro emptore의 권원을 인정한다(C ②). 그 이유는 점유의 양도는 후견인의 조성 없이 가능하고, 그와 같은 경우에 果實의 수취 역시 부인의 양도 의사에 부합하는 것이기 때문이라는 것이다. 이 논리는 점유는 사실의 문제이고 법률의 문제가 아니라는 이 학파의 견해와도 부합하는 것이다.⁷⁴⁾ 그리고 이것은 또한 이 학파가 매매를 점유의 보장(habere licere)⁷⁵⁾ 이상의 것을 법적 의무로 삼지 않는 것으로 보는 엄격한 관점을 취한 결과이기도 하다. 이 점에서 프로쿨루스 학파를 따르는 파울루스⁷⁶⁾도 이 견해에 동조하고 있다. 반면에 사비누스 학파에 의하면 후견인의 조성이 없을 경우 점유양도 자체가

Donationem, quam pater in filium, quem in familia retinuit, frustra contulit, arbiter hereditatis diuidundae non sequitur; et ideo, si frater coheres apud fratrem suum possessionem errore iuris lapsus reliquerit, usu capio partis non erit.

Cf. Winkel I, 92f.

73) 古법률가(veteres)란 기본적으로 상대적 개념이지만(Horak, 201-236), 스토아 사상에 기반을 두었던, 사비누스 학파의 선구자들을 특히 지칭하였다. Behrends I, 7ff.

74) D.41.2.1.3 Paulus 54 ad edictum.

… Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.

75) D.19.1.30.1 Africanus 8 quaestionum.

… quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, …

76) D.19.4.1 Paulus 32 ad edictum.

… venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: …

가능하지 않다.⁷⁷⁾

다른 한편으로 이상의 학설대립의 보다 근본적인 이유는 후견인의 조성이 없는 매매의 법적인 평가와 직결된 것이다. 원래 이러한 매매는 피후견인은 구속하지 않고, 매수인만을 구속하는 상대적 무효행위였다(이른바 *negotium claudicans*).⁷⁸⁾ 따라서 그 법률행위가 쌍방에 대해 구속적임을 주장하려는 매수인이 피후견인의 조성 사실도 입증해야만 하였다.⁷⁹⁾ 이 한도에서 후견인의 조성의 흠결은 소유권의 즉시 취득을 방해하는 흠결이라고 사비누스 학파는 본 것이다. 반면에 프로쿨루스 학파는 이것이 반드시 언제나 소유권의 즉시 취득을 방해하는 것은 아니라는 점에서 선의의 대상이 아니라고 본 것이다. 라베오는 그러나 권원의 면에서는 피후견인이 구속되지 않는다는 사정을 평가하여 매수인의 지위를 확고한 것으로 볼 수 없다는 이유에서 *pro emptore*를 부인하였고, 그 결과 *pro possessore*만을 인정할 수 있다고 본 것이다. 이와 달리 프로쿨루스와 켈수스는 매수인은 일방적이기는 하지만 어쨌든 매수인으로서 구속된다는 사정을 평가하여 그의 점유 자격은 *pro emptore*에 해당한다고 본 것이다. P. Rutilius Rufus (cos. 105 B.C.)⁸⁰⁾

77) D.41.1.11 Marcianus 3 institutionum.

Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate: alienare vero nullam rem potest nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est: quae sententia vera est.

78) D.19.1.13.29 Ulpianus 32 ad edictum.

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.

Inst.1.21.pr: ... unde in his causis ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

Vinnius, ad h.l. Commentarius, *Qui cum his contrahunt, obligantur* 및 *Non obligantur* (p. 116); Kees, ad h.l. v. Unde (p.186f.).

79) D.6.2.13.2 Gaius 7 ad edictum provinciale.

Qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore lege non prohibente se emisse. ...

80) Karen Bauer, "Die Rutiliana Constitutio des Julian", *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 54 (1986), 97-100, 99 (필자 未見)는 정신착란자로부터 취득하는 경우의 사용취득을 승인하는 근거를 보이기 위하여 일차 사용되었던 utilitas (D.41.4.2.16 Paulus 54 ad edictum: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constituit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis)와 Rutiliana가 공통된 철자를 제법 가졌다는 이유로 이 후자가 필사자의 오류라고 하는 타당성 없는 주장을 폈다고 한다. 同旨 Bauer, 142. 이에 대한 정당한 비판은 Dozhdev, 563 n.37.

의 규칙(constitutio)⁸¹⁾을 소개·추종하고 있는 율리아누스에 의하면 매도인에게 대금을 지급한 매수인은 pro emptore로 사용취득을 할 수 있지만, 매도인이 대금을 반환하는 때에는 더 이상 사용취득이 가능하지 않게 된다. 고전성기에 사비누스 학파의 주장이었으면서도 프로쿨루스 학파의 이론을 대폭 수용하여 법학이론상의 일대 전환을 가져왔던 그답게 여기서도 프로쿨루스 학파의 견해를 취하면서, 피후견인 측의 법률행위 취소시의 효과도 부연하고 있는 것이다(D). 이것은 후견인의 조성 흠결로 매매의 효과가 불확실한 상황에서 pro emptore로 굳히기 위한 보완논리로 매매의 본질소에 해당하는 대금의 지급 여부를 살핀 것이다. 대금 지급이 특수상황에서의 보완논리일 뿐임을 포착하지 못하고, 선의 악의 여부를 불문하고 매매에 자연스럽게 수반하는 대금 지급에 이 경우 부여된 역할은 명백히 과장된 것이라고 보는 Dozhdev의 견해⁸²⁾는 잘못이다. 또 그는⁸³⁾ 이곳의 대금지급 논리를 Ulp. D.5.3.13.8의 경우와 유사한 것으로 파악하고 있는데, 그곳에서는 그 자신이 관련사료를 통하여 잘 살피고 있듯이 점유의 ‘이득성’(lucrativa) 여부가 pro possessore의 성격을 규정짓는 기준으로 고려되는 맥락에서 논의되는 것임에 반하여⁸⁴⁾ 이곳에서는 단순히 매매의 成否를 가능하는 부가적인 요소로 기능하고 있을 뿐이어서 맥락의 차이가 있음을 간과한 것이다.

2. 권원의 존부 판단

가. 원칙: 원인행위의 요구

이처럼 권원이란 기본적으로 소유권의 취득을 정당화시켜주는 원인인데, 사용취득의 경우에는 원래적인 의미의 소유권 취득이 어떤 이유론가 불가능하여 그 흠결을 선의자에 한하여 일정한 기간의 점유로써 보충하는 것이므로, 권원의 존재란 보기에 따라서는 취득하려는 자가 있다고 믿는 것으로 족한 것이 아닌가

81) Constitutio가 ‘확립된 법규칙’을 의미한다는 점에 관해서는 Dozhdev, 563 n.36 (다른 예: D.1.5.4.1 Florentinus 9 institutionum = Inst.1.3.2.: constitutio iuris gentium). 이미 同旨 Dirksen, s.v. Constitutio, “§ 2. Institutum, Praeceptum” (p. 204); Berger, s.v. Usucapio ex Rutiliana constitutione (p. 752).

82) Dozhdev, 566f.

83) Dozhdev, 567.

84) D.5.3.13.8 Ulpianus 15 ad edictum.

Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet: et sic peti ab eo hereditatem quidam putant. quam sententiam non puto veram: nemo enim praedo est qui pretium numeravit: sed ut emptor universitatis utili tenetur.

하는 고려도 가능할 수 있다. 실제로 이와 관련하여 로마의 법률가들 사이에서 상이한 의견이 개진되었던 듯하다.

D.41.3.27 Ulpianus 31 ad Sabinum

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.⁸⁵⁾ idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.

(켈수스는 제34권에서⁸⁶⁾ 다음의 자들은 틀렸다고 말한다. 즉 어떤 물건의 점유를 선의로 취득한 자들은 누구든 ‘자기 것으로서’ 사용취득할 수 있고, 그가 매수했는가 아닌가, 증여되었는가 아닌가 하는 것은 그가 매수했거나 자신에게 증여되었다고 생각했던 한, 아무 상관이 없다고 생각하는 자들 말이다. 왜냐하면 증여나 嫁資나 유증이 없으면 ‘유증된 것으로서’도, ‘증여된 것으로서’도, ‘嫁資物’로서도 사용취득은 유효하지 않기 때문이다. 같은 켈수스는 소송물가액평가의

⁸⁵⁾ 同旨 D.41.4.2.pr Paulus 54 ad edictum.

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.

(‘매수인으로서’ 점유하는 것은 진정으로 매수한 자이고, 그가 자신이 ‘매수인으로서’ 점유한다고 생각하는 소견인 것만으로는 족하지 않으며, 또한 매수의 원인이 존재하지 않으면 안 된다.)

D.41.6.1.pr Paulus 54 ad ed.

Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet.

(‘증여물로서’ 사용취득하는 자는 증여의 원인으로 물건이 인도된 자이다. 소견을 갖는 것으로는 족하지 않고, 또한 증여되었을 것이 필요하다.)

참고로 서울오 III, 163은 D.41.4.2.pr의 ‘qui re vera emit’의 re vera를 ‘진정한 일로 인하여’라고 번역하였다. 마치 매수에 진정한 동기가 필요한 것처럼 들린다. 그러나 re vera 혹은 revera는 단일한 부사적 표현으로 그저 ‘진정하게’로 옮겨야 하고 그것으로 족하다. Krebs, s.v. Re vera, re ipsa, re (S.514f.): “steht sehr häufig, wenn der Gegensatz der Wirklichkeit zum blossen Schein, zur Meinung, zum vorgewendeten Grunde u. ähnl. bezeichnet werden soll.” 김기창 II, 216은 ‘실제로’로 옮기고 있다.

⁸⁶⁾ 어떤 책임지는 알 수가 없다. Lenel, Celsus fr. 277 n.2 (p. 169).

경우에도 어떤 자가 진정으로 소송물가액평가에 응하지 않으면 사용취득할 수 없다는 견해이다.)

이 개소에 의하면 어떤 물건의 점유를 선의로 취득한 자는 매수했는가와 여부, 증여받았는가와 여부는 중요하지 않고, 단지 매수했거나 증여받았다고 여기기만 했다면 ‘자기 것으로서’ 사용취득이 가능하다고 생각하는 자들(qui existimarent)이 있었는데, 켈수스는 이들이 그릇된 견해를 취하고 있는 것(errare)이라고 비판하였다.⁸⁷⁾ 그 이유는 증여나 嫁資나 유증이 없으면 각각 그에 해당하는 권원에 기한 사용취득도 유효할 수 없기 때문이라는 것이다.⁸⁸⁾ 이곳에서 드러나는 사실은 소유권 취득의 원인행위가 실제로는 없었으나 있었다고 믿는 것만으로 족하다고 보는 순수주관설의 입장이 소유권 취득의 원인행위가, 비록 그 효과가 어떤 사유로 인하여 발휘되지는 않았을지라도, 실제로 있었을 것을 요구하는 원인행위 요구설에 의하여 배척되고, 이 후자의 입장이 로마법의 통설이 되었다는 것이다.⁸⁹⁾ 따라서 사용취득과 관련하여 권원의 존부는 단지 어떤 권원이 있다는 주관적인 믿음이 아니라, 있다고 믿는 권원에 해당하는 어떤 행위가 수행되었는가와 여부에 따라서 판단되어야 한다. 다시 말하면 사용취득을 인정하는 것은 선의의 점유자가 품고 있는 소유권 취득의 기대를 합당한 선에서 정당화할 수 있는 일정한 객관적 사실이 그 기초이고, 결코 당사자의 주관적인 관념에만 따른 것이 아니라는 점이다. 이러한 원칙은 칙법에서도 천명되었다.⁹⁰⁾ 이 문제는 흔히 오상 권원의 문제(후술 나.)로 오해되곤 한다.⁹¹⁾ 특수한 경제상황(매매 면적보다 크게 점유한 경우 및 同名의 수유자가 여럿일 경우)을 다루고 있는 다음의 개소들도

87) 그러나 이 점에서 매우 논쟁적인(Ussani, 14; Mayer-Maly, 127) 켈수스는 —수사적인 목적에서(?)— 과장법을 구사하고 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 실제로는 이러한 순수주관설을 취하는 로마의 법학자는 없기 때문이다.

88) 켈수스의 견해가 pro suo 사용취득을 전면적으로 부인하는 것이라는 견해(가령 Mayer-Maly, 35ff.; 50)에 대한 반론은 최병조 III 참조.

89) Pro derelicto의 경우에도 동일하였음은 다음 개소가 명언하고 있다.

D.41.7.6 Iulianus 3 ad Urseium Ferozem.

Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse.

(물건이 포기된 것이라고 잘못 생각한 자는 아무도 ‘포기물로서’ 사용취득하지 못한다.)

90) C.3.32.24 Diocletianus / Maximianus (a.294) cit.

Nulla iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere prohibet dominium. ...

91) Kunkel/Mayer-Maly, 178 + n.20; Kaser I, 421f..

이 원칙을 고수하고 있다는 점에는 변함이 없다.

D.41.4.2.6 Paulus 54 ad edictum.

Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est. Priscus ait usu me eum non capturum, quia id, quod emptum non sit, pro emptore usucapi non potest: sed si fundus emptus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.

(내가 스티쿠스를 매수하였는데 다마가 착오로 나에게 그 대신에 인도되었다. 프리스쿠스는 가로대, 나는 그를 사용취득하지 못할 것인바, 왜냐하면 매수되지 않은 것은 pro emptore 권원으로 사용취득될 수 없기 때문이다. 그러나 부동산이 매수되고 경계를 넘어 더 많이 점유된 경우에 전부가 장기시효로 취득되는바, 왜냐하면 그 총체가 점유되는 것이지 개별 부분들이 점유되는 것이 아니기 때문이라고 하였다.)

D.41.8.4 Paulus 54 ad edictum.

Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur: in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. idem potest dici et si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.

(타인의 물건이 유증되거나 또는 유언자의 것이기는 하지만 유언보충서에 의하여 박탈된 것임을 알지 못하는 경우 pro legato 권원으로 사용취득이 가능하다. 왜냐하면 이들 경우의 해당인에게는 사용취득에 충분한 정당한 사유가 존재하기 때문이다. 이름에 있어서 의문이 있을 경우, 가령 티티우스에게 유증되었는데 티티우스가 두 명이어서 그들 각자가 자신이 고려되었다고 생각한 경우에도 동일한 이야기를 할 수가 있다.)

D.41.3.27의 마지막 부분에서 언급하고 있는 소송물가액평가(*litis aestimatio*)는 소유물반환청구소송에서 피고가 그 금액을 원고에게 제공하면 마치 매매가 이루어진 것처럼 취급되는 경우이다.⁹²⁾ 이때에도 사용취득이 가능하기 위해서는 객관

적 사정으로서 진정한(vere) 가액평가절차가 전제되었다.

나. 예외: 誤想權原

그러나 다른 한편으로 사용취득의 권원이란 두루 소유권의 취득을 가능하게 할 일체의 사정이므로, 권원이 있다는 단순한 주관적인 관념, 즉 로마인들 스스로 “事由誤信의 착오”(error falsae causae)라고 부른 ‘誤想’만으로는 부족하고 실제로 그에 해당하는 객관적 행위(법률행위 및 사실행위)가, 비록 어떤 다른 사유로 말미암아 효력이 없더라도(Ungültigkeit), 존재하지 않으면 안 되지만(Wirklichkeit)⁹³⁾—그리고 이 귀결이 이미 언급했던 권원 무단변경 不可의 원칙이다⁹⁴⁾—, 이러한 관념을 정당화시켜 주는 권원 이외의 어떤 객관적인 사실(예컨대 제3자에 의한 대리행위)이 존재할 때에는 비록 그 권원 이외의 사실에 대한 관념이 착오에 기인한 것⁹⁵⁾일지라도 로마의 법률가들은 그 선의점유자의 이러한 誤想(falsa existimatio)

⁹²⁾ D.6.2.7.1 Ulpianus 16 ad edictum

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

D.6.1.46 Paulus 10 ad Sabinum.

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

⁹³⁾ Emilio Betti, *Istituzioni*, I (2. ed.), 411f.: “una iusta causa effettiva, un negozio effettivamente concluso, ancorché invalido”(유효한 정당한 원인, 비록 무효이지만 유효하게 체결된 법률행위). Jakobs I, 51 n.36에서 재인용.

⁹⁴⁾ D.41.3.33.1 Iulianus 44 digestorum

Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis scieret se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: ...

Diocl./ Maxim. C.4.65.23 (a.293).

Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis nullum habeat consensum: sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constituisse magis declaratur. Nemo enim sibi iure possessionem mutare potest.

Diocl./ Maxim. C.7.32.5.

Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri domini tui ius convelli non sinet.

⁹⁵⁾ Cf. D.22.6.3.pr Pomponius 3 ad Sab.

Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret an de iure suo ignorat.

을 통해서 존재한다고 관념된 假想의 권원(예에서 대리인이 체결했다고 오신한 매매)만으로도 사용취득이 가능하다고 보는 입장이었다(誤想權原의 인정). 다만 모든 誤想이 보호받았던 것은 아니고, 합리적인 선에서 그의 탓으로 돌릴 수 없는 착오(iusta causa erroris, probabilis error, tolerabilis error)의 경우만이 보호받았다. 그러므로 결국 스스로의 행위와 관련해서는 권원에 해당하는 행위가 객관적으로 존재할 때에만 사용취득이 가능하고, 타인의 행위와 관련해서는 존재하지 않는 假想의 권원에 대한 정당한 誤想의 경우에도 사용취득이 가능하도록 법이 운용되었던 것이다. 그러나 어디까지나 예외적인 경우였으므로 비교형량의 결과로 부인하기보다 인정하는 것이라(magis esse)는 식의 표현이 사용되었다. 그 결과 실제로 오상권원이 문제된 경우는 pro suo 점유의 사례에 한하였다.⁹⁶⁾

D.41.10.5.1 Neratius 5 membranarum.⁹⁷⁾

Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio. quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstat, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.⁹⁸⁾

(그런데 어떤 자가 자기 것이라고 생각해서 점유하는 것은 사용취득할 것인바, 비록 그의 생각이 그릇된 것일지라도 그러하다. 그렇지만 이것은 다음과 같이 해석해야만 한다. 즉 점유하는 자의 개연성 있는 착오만이 사용취득에 방해가 되지 않는다고 말이다. 가령 내 노예 또는 내가 상속법에 따라 승계한 자의 노예가 그것을 매수했다고 그릇 생각했기 때문에 어떤 것을 내가 점유하는 경우처럼. 왜냐 하면 타인의 행위에 대한 不知는 忍容할만한 착오이기 때문이다.⁹⁹⁾

⁹⁶⁾ 이미 同旨 Cuiacius, ad D.41.10.2, p.1177 C; 또한 김기창 II, 217f.

⁹⁷⁾ 이 개소의 pro suo와의 관련성에 관해서는 최병조 III 참조.

⁹⁸⁾ 바실리카 법전은 이를 다음과 같이 요약하고 있다. 그러나 피상속인이 관련된 부분은 피상속인의 노예가 개입된 사정을 빠뜨린 채, 내가 곧바로 그 물건이 그의 소유인 것으로 믿은 것처럼 보다 넓게 상황을 서술하는 오류를 범하였다.

Bas.50.9.5 (Heimbach, V, p.70): Qui rem alienam per probabilem errorem pro mea possidet, usucapit: veluti si quid possideam tamquam emptum a servo meo aut ad eum pertinente, cuius sum heres. In alieni facti ignorantia tolerabilis error est (emend. Reitz).

⁹⁹⁾ Greiner, 46ff.는 맨 마지막 문장을 형식적 이유에서 수정된 것으로 보지만, 내용적으로

D.41.4.11 Africanus 7 quaest.

Quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.

(자신이 어떤 것을 매수했다고 생각하지만 매수하지 않은 자는 ‘매수인으로서’ 사용취득할 수 없다고 일반적으로 전해져오는 것은 다음 한도에서 진실이라고 그 (=아프리카누스의 스승 율리아누스)는 말한다. 즉 그러한 착오의 어떠한 정당한 사유도 매수인이 가지지 않을 경우에 한한다고 말이다. 왜냐하면 가령 그가 물건을 매수할 것을 위임했던 노예나 재산관리인이 그에게 자신이 매수했다고 납득시키고 그렇게 인도한 경우에는 사용취득이 뒤따른다는 쪽이 더 낫기 때문이라는 것이다.)

여기서 주의해야 할 것은 오상권원에 관한 종래의 논의가 誤想이라는 용어를 본인이 다른 사정없이 단순히 주관적으로 권원이 존재한다고 誤信한 경우(이러한 誤認은 본인의 행위 여부에 관한 것이어서 선의이더라도 보호받을 가치가 없으므로 사용취득이 부인됨)와 다른 사정(특히 본인을 위한 제3자)의 매개를 통하여 촉발된 권원의 존재에 대한 誤想의 경우(사용취득이 그러한 誤想이 보호받을 가치가 있는 일정한 경우에 제한적으로만 인정됨)를 구별하지 않고 막연히 사용하면서 혼동과 혼란을 자초했다는 사실이다.¹⁰⁰⁾ 야콥스도 종래 로마법의 원전에는 등장하지 않는¹⁰¹⁾ 오상(putativus) 개념에 대해서 혼란스러웠음을 지적하고, 오신된 권원이 전혀 존재하지 않는 경우(Fehlen, Nichtvorhandensein)와 존재는 하되 무효인 경우(Ungültigkeit)를 구별하는 것이 더 합당하며, 사비니가 그랬듯이¹⁰²⁾

는 D.22.6.2 Neratius 5 membranarum (In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.)와의 일치 등을 고려할 때 문제점이 없다는 입장이다. Cf. Winkel II, 902.

100) 正文 수정비판(interpolatio)의 방법론을 동원한 학설을 포함하여 종래의 학설들(특히 Pernice, Beseler, Voci, Mayer-Maly)과 그에 대한 비판적 논의는 Jakobs I, 43-99 m.w.N. 그러나 광범위하지만 설득력이 없고 경향성을 띤 수정비판의 방법론에 의거한 Jakobs 자신의 결론은 부당하게도 오상권원의 전적인 부인이다(p.98).

101) 이것은 중세법학의 개념이었다. 서울오 II, 203f.

전자는 誤想權原이라고 부를 수 있다는 견해를 밝히고, 후자의 문제, 즉 무효인 법률행위가 사용취득에 족한지의 문제는 별도의 문제라고 하는 Betti의 견해에 찬동하고 있다.¹⁰³⁾ 이와 관련하여 꼭 지적해 둘 것은 윤리신학에서는 권원이 존재는 하되 무효인 경우를 일찍이 ‘유효한 진정한 권원’(titulus verus)과 대비시켜서 ‘表見權原’(titulus coloratus)¹⁰⁴⁾이라고 불러서 개념과 용어상 이미 ‘誤想권원’(titulus putatus s. putativus)과 구별했었다는 사실이다.¹⁰⁵⁾ 특히 주의할 것은

102) von Savigny, 374.: “Anders wenn die Handlungen selbst, die zu dem Geschäft gehören, auf mangelhafte Weise vorgenommen waren, oder wenn sogar das Daseyn irgend eines Rechtsgeschäfts nur irrigerweise von dem Erwerber angenommen wird, welches letzte man einen Putativtitel zu nennen pflegt.”

103) Jakobs I, 51f. 후자의 문제를 오상권원의 문제로 취급하는 견해로 야콥스(S.51 n.36)가 열거하는 학자들은 Mayer-Maly, Wubbe, Kaser, Siber, Rabel, von Lübtow, Pflüger, Perozzi, Monier, Beseler, Voci 등으로 실로 대표적인 로마법 연구자들이 두루 이에 해당하였다. Barton, 15-29, 특히 24ff.도 마찬가지이다. 그러나 이러한 ‘전통’은 꽤 오래되었다. Stintzing, 102도 양자의 차이를 부인한다.

104) 독일어로 표현하자면 ‘Anscheintitel’ 정도가 될 것이다. Sleumer, s.v. coloratus (S.221)조에서는 titulus coloratus에 대해 ‘Scheintitel’이라는 역어를 제시하고 있으나 개념이 불명확하여 오상권원과의 구별도 확실치 않아서 부적절하다. 表見의 개념이 권원과 결부되는 이 맥락에서는 독일의 속담 “Der Schein trügt, der Anschein nie.”가 도움이 될 듯하다.

105) Gury, 518 (“coloratus, id est qui prae se speciem veri tituli ferat, licet in se ob occultum vitium verus non sit”); de Ligorio, 20 n.505; Szczeklik/Lubelski, n.401 (p.185). - 이 맥락에서 깊고 넘어가야 할 점이 하나 있다. 본 논문의 투고심사자 중 또 다른 한 분(B)이 심사의견에서 다음과 같은 견해를 피력하였다. 즉 ‘법사학적 분석이 여전히 지향해야 할 목표가, 연구 대상 시점의 담론 구조를 규명하고, 그 시절의 법제도와 법적 주장의 일개를 “그 시대의 여러 전제들을 탐구하여” 그 시대 사람들이 이해했던 바대로를 지금 시절의 독자들에게 설명하는 것이라고 본다면, 필자의 논의는 로마법률가들이 실제로 사용했는지 불분명한 개념(titulus coloratus)(심지어 titulus라는 개념도 후대의 주석자들이 사용하듯이 과연 로마 법률가들이 사용하였는지도 의문이다)과 원전 문헌 사이를 뚜렷한 원칙 없이 넘나드는 감이 없지 않다.’ 이 견해에 대해서는 다음과 같이 답변할 수 있을 것이다. 우선, titulus는 로마의 법사료에 의심의 여지없이 등장하는 로마법률용어였고 그래서 후대인들도 그대로 사용하였지만, titulus putativus나 titulus coloratus는 후대의 조어임을 분명히 밝혔다. 다음으로, 고전 로마법이나 유스티니아누스의 법이 誤想권원이나 表見권원의 개념어를 가지고 있지 않았다는 사실이 반드시 그 시대의 법률가들이 그에 해당하는 사태를 개념적으로 또는 法教義상으로 적실하게 파악하지 못하였다는 것을 의미하지는 않는다는 점이다. 또 이들 용어가 후대의 조어이기 때문에 이전의 로마법을 설명하는 데에 동원되어서도 안 된다는 논리도 성립할 수 없다. 이것은 개념의 精緻化와 그에 따르는 전문술어의 개발을 통한 학문의 발전 자체를 부인하는 것과 같은 것이기 때문이다. 이들 새로운 개념어는 결국 법률적 사안을 더 잘 분석하고 더 면밀하게 포착할 수 있

pro soluto의 경우는 진정한 변제가 어떤 이유로 효과가 없을 경우는 물론이고, 변제할 채무가 없었음에도 불구하고 그릇(falso) 있는 것으로 생각하여 변제(非債辨濟)를 하고 이를 수령한 경우¹⁰⁶⁾에도 변제자로 등장한 자가 일방적으로 설정하는 변제를 목적으로 하는 그러한 현실행위(act)에 기초하여 수령자가 변제 수령시에 선의인 한 인정되었다는 점이다. 이것은 흔히 오인되듯이 진정한 채무가 없는 데도 있다고 잘못 믿은 까닭에 誤想이 존재해서 인정되어야 하는 것이 아니라—이것은 오상채무의 문제이지 오상권원의 문제가 아니다—¹⁰⁷⁾ 실제로 설정된 변제 원인(이것이 권원이다)이 진정한 채무를 반영하는 것이 아니라는 점에서 表見권원의 문제에 해당한다. 2006년 김기창 등에 의한 『아듀, 물권행위』가 출판된 이래로 물권행위와 자주점유 개념을 둘러싸고 진지하게 전개되면서 우리 학계에서는 그간 찾아보기 힘들었던 학문적 소통의 한 모범을 보여주고 있는 최근의 김기창-서울오 논쟁¹⁰⁸⁾에서도 드러나듯이 오늘날 우리나라 학계에서도 개념의 혼

는 보다 나은 도구일 뿐이다. 당시의 담론 구조와 법적 주장의 열개를 지금 시절의 독자에게 더 잘 설명할 수 있는 도구를 포기하고, 그들의 방식에만 집착한다면 과연 주장대로 was gewesen ist를 더 밝히 드러낼 수 있을까? 비유하건대 돋보기로 보던 시절의 성과를 현미경을 통해서 더욱 명료하게 재확인하는 것이 어째서 원칙 없는 넘나들인지 잘 이해가 가지 않는다. 역으로 그러한 더 나은 도구 없이 이룩한 성취의 의미가 더욱 크게 평가받을 수도 있는 것 아닐까. 필자는 오히려 이러한 분화된 개념어를 사용하지 않았던 것이 후대인들로 하여금 로마법가들이 실질에 있어서 적실하게 판단했던 사안의 구조와 그에 따른 법적 담론의 態樣을 제대로 포착하는 데에 저해요소로 작용하지 않았는가를 지적하고자 한 것이다. 이것이 같은 투고심사자(B)가 또한 지적했듯이 「Titulus coloratus라는 표현이 윤리신학에서 사용되었다는 점을 필자가 비중있게 거론」하고 있는 이유이다.

106) 同旨 Herm. D.41.3.46 cit.

107) Bauer, 126ff.는 이를 여러 다른 연구자들과 마찬가지로 오상권원의 문제로 본다.

108) 이를 시간순으로 소개하면 2009년 1월 현재 다음과 같다.

김기창, “물권행위 탄생사”, in: 명순구 외, **아듀, 물권행위** (2006), 11-46

서울오, “사비니의 물권계약론에 관한 학설사적 고찰”, **이화여대 법학논집** 11/2 (2007), 119-138

서울오, “물권행위의 무인성과 관련된 몇몇 사료의 검토”, **法史學研究** 제36호 (2007. 10), 187-213

김기창, “물권행위 이론의 비역사성”, **法史學研究** 제37호 (2008. 4), 211-237

서울오, “물권행위의 유인, 무인 논쟁과 관련된 학설사적 고찰 - 특히 로마법의 사용 취득과 관련하여 -, **法史學研究** 제38호 (2008. 10), 137-176

김기창, “자주 점유의 기원과 종말”, **法史學研究** 제38호 (2008. 10), 7-40

서울오, “김기창, 자주 점유의 기원과 종말에 관한 토론문”, **法史學研究** 제38호 (2008. 10), 41-47.

다만 한 가지 제3자로서 지적하자면 진중한 학술적 토론을 위하여 사료와 2차문헌에

란이 존재하는 것¹⁰⁹⁾으로 볼 때 正名의 중요성을 알게 하는 좋은 예이다. 그러나 이 문제에 관한 한, 로마인들의 입장은 다음 개소들에서 드러나듯이 전 시기를 통하여 이곳에서 밝힌 바대로 일관되었다.

C.7.27.3 Diocletianus / Maximianus.

Irritam facere donationem perfectam nemini licet. Utque hoc verum est, sic error falsae causae ratione fidei bonae non defenditur. Quod et in dominio pro usucapione quaerendo servatur.

(완성된 증여를 무효로 만드는 것은 아무에게도 허용되지 않는다. 그리고 이것이 참이듯이, 그릇된 사유의 착오가 선의를 이유로 방어되지도 않는다. 이것은 또한 사용취득으로 소유권을 취득하는 데 있어서도 준수되는 바이다.)

Inst.2.6.11: Error autem falsae causae usucapionem non parit. veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat: vel cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat.

(그런데 그릇된 사유의 착오는 사용취득을 낳지 않는다. 가령 어떤 자가 매수하지 않았는데도 자신이 매수했다고 생각하면서 점유하는 경우, 또는 그에게 증여되지 않았는데도 마치 증여를 원인으로 하여 점유하는 경우.)

대한 좀 더 폭넓고 깊이 있는 고려가 이루어졌으면 하는 바람이다. 그 진의를 인식하는 것이 결코 쉽지 않은 로마법 사료에 관한 것은 더 말할 것도 없고(그밖에도 이들의 논쟁에서는 사비니가 이용했던 C.4.50.6 Diocletianus/Maximianus [a.293]이 간과되고 있다), 논쟁의 출발점이 된 사비니의 물권계약 학설에 관한 것도 다양한 시각에서 접근된 선행연구에 대한 검토는 확실히 필요한 것이다. 무인적 물권계약과 관련한 학설사의 개관을 위해서라도 가령 다음의 연구는 참고할 가치가 크다. Meissel, 1-22; Jakobs II, 269-325; Liebs, 59-75; Ranieri, 77-98. 그리고 거시적으로 보았을 때 경제 후진국이었던 독일이 입법과 학문과 司法이 일치하여 법적인 구속으로부터의 해방에 전력한 애국주의의 일환으로서 無因性의 원리를 활용했다는 사실도 주목할 필요가 있다. 이런 의미에서 두 분의 논쟁이 단순히 法敎義學의 논의에만 머물러 있지 않고 법정책을 포함하여 보다 넓은 시각에서도 성과가 있기를 기대해 본다.

109) 이러한 사실은 하나하나 거론하지는 않겠으나 서울오 III, 149ff.의 논의를 보거나, 가령 Pomp. D.41.10.4.2나 D.41.10.3 (Ussani, 13)이 오상권원에 기한 사용취득이 문제되는 예로 파악되고 있는 서울오 II, 206의 논의만 보더라도 확인된다. 다만 서울오 자신은 김기창과 달리 表見권원의 사례와 誤想권원의 사례를 구별하고 그 구별의 의미를 중요하게 생각하고 있으나, 후자를 ‘협약’의 오상권원으로 부르는 데에서도 드러나듯이 아쉽게도 정확한 개념어를 구사하지는 못하고 있다.

권원은 眞正권원이든 表見권원이든 誤想권원이든 점유자가 현재의 점유를 ‘취득한’ 사유여야 하므로 현재의 점유를 ‘처분하는’ 사유는 이에 해당할 수 없다. 그래서 가령 매매의 경우에 늘 ‘매수인으로서’의 권원을 논하는 것이고 ‘매도인으로서’(pro venditore)의 권원은 언급되지 않는 것이다. 예컨대 임차인이 임차한 토지를 타인에게 팔아넘긴 경우에 비록 아직 인도하지 않고 점유하고 있더라도 이때 매도는 권원이 될 수가 없는 것인데, 소유자로서의 처신에도 불구하고 그런 것이다.¹¹⁰⁾ 별도의 외부적인 ‘취득’ 원인이 없는 한 *Nemo sibi causam possessionis mutare potest* 원칙에 따라 점유 원인의 단지 주관적-내부적인 변경만으로는 사용취득의 자격을 얻을 수 없는 것이다. 그러나 매도인으로서의 처신은 사용취득이 아닌 다른 맥락에서는 자주점유의 설정을 근거지울 수 있고, 점유 보호의 대상이 될 수 있다, 즉 점유보호 특시명령(*interdictum*)상으로는 유효한 점유였다는 점¹¹¹⁾에서 동일한 사정이라도 점유법의 문맥에 따라 다른 취급이 이루어졌음에 주의할 필요가 있다. 앞의 예에서 임차인이 토지를 매도하는 소유자를 축출하고 토지를 私力으로 차지한 경우에는 외부적인 원인으로 점유의 태양을 바꾼 것이다.

私見과 달리 Bauer, 61ff. (요약 121f.)는 誤想권원의 존재를 부인한다. 表見권원의 사안을 다루고 있는 고전법률가들을 오해한 고전시대 후의 어설꾼 주석이 명백하고 통일적인 고전법률가들의 결정을 혼란시켰다는 것이다. 그러나 이 주장은 타당하지 않다. 그가 수정되었다고 주장하며 자신의 논거로 삼고 있는 개소들 (Bauer, 122 n.17)을 살펴보면 다음과 같다.

① 먼저, Afr. D.41.4.11 cit.와 관련해서 그는 이 개소가 도품인 여자노예의 아이가 사용취득될 수 있는가를 다루는 Iul. D.41.4.9-10¹¹²⁾와 모순된다는 논거로 改竄되었다고 주장한다. 그러나 이 두 개소는 Bauer, 79가 오해하듯이 자신이 소유한 노예가 여자노예를 샀다고 속인 사안이 아니어서 논거가 될 수 없는 개소들이다.

② Ner. D.41.10.5에 관한 한, 특히 Bauer, 86f. + n.67은 D.41.10.5.1의 ‘*etiamsi falsa fuerit eius existimatio*’를 형식논리를 통하여 ‘생각이 올바를 때에도’ 사용취

110) Brunneemann, ad C.7.32.5 (p. 849).

111) Kaser/Knütel, 125.

112) 최병조 II, 181f. 참조.

득한다는 의미를 끌어내고는 이것은 넌센스라고 주장하는데, 문맥상 후속하는 誤想의 사례를 전제한 서술임을 몰각한 억지이고, 또 Bauer, 87은 D.41.10.5.1의 ‘*probabilis error possidentis usucapioni non obstat*’ 구절을 점유자가 ‘착오했다는 바로 그 이유 때문에’(gerade deshalb ... weil) 사용취득이 필요했던 것이라면 네 라티우스가 썼을 수는 없다고 새기고, 착오하지 않았어도 사용취득이 필요했을 것이라는 의미를 추출해 내지만, 이 모두는 논리적인 필연성이 없다. 요컨대 착오를 ‘했기 때문에’ 사용취득이 필요한 것이 아니고 착오에도 ‘불구하고’ 사용취득이 인정될 수 있는 조건을 밝히고 있는 것이다. 더욱이 Bauer, 87f.; 131은 D.41.10.5.pr의 ‘*etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea*’를 자신의 주장에 부합하도록 ‘*etiam ex aliis causis concessa, interim propter ea*’로 匡正해야 한다고 주장하지만, 이 역시 주장에 불과한 것이다. Bauer, 80ff.가 동원하는 텍스트 비판의 방법론은 매우 신증을 기해야 한다는 점을 침언해 둔다.

③ Paul. D.41.8.4 cit.는 전술했듯이 같은 이름의 소유자가 여럿인 특수한 경계적 사안이다. 이때에도 권원이 존재한다(*subest iusta causa*)는 점에는 변함이 없다. 이를 오상권원의 사안으로 보는 Bauer, 92ff.는 오상권원의 개념 자체에 문제가 있는 것이다.

④ 다음으로 Iul. D.41.3.33.1에 관한 한, Bauer, 109ff.는 특히 그가 수정되었다고 주장하는 마지막 부분에 주목하여 이 개소가 오상권원을 다룬 것처럼 새긴다. 그러나 그도 인정하듯이 여기서 오상이랄 수 있는 것은 매도인이 자신을 상속인이나 유산점유자로 생각했다는 것뿐으로, 이것은 매수인이 권원에 대해 가진 오상이 아니다. 율리아누스가 매매의 권원을 인정하는 데에 아무런 장애가 없었음은 개소 자체가 명언하고 있다.

D.41.3.33.1 Iulianus 44 digestorum.

... cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere.

(... 이것이 그러므로 점유를 가진 자에 관하여 인정된다면, 소유자 생전이든 死後든 아무런 점유를 가지지 않는 借地人の 경우에는 얼마나 더 인정해야만 할

까? 借地人이 소유자 死後에 부동산을 자신이 그의 상속인이라고 또는 유산점유자라고 생각한 자로부터 매수하는 경우 확실히 그는 *pro emptore* 권원으로 점유하기 시작할 것이다.)

⑤ 끝으로 Pap. D.41.3.44.4를 살펴보자. 이 사안에서 파피니아누스는 타인의 물건을 매수한 家子가 家長이 된 사실을 모른 채 물건을 점유하기 시작한 경우에 사용취득을 긍정하였다. 또 그가 매수한 물건을 상속재산으로부터 자신에게 귀속한 것으로 믿은 경우에도 마찬가지라고 하였다. 이 개소에서는 Bauer, 113ff.가 오해하듯이 매수한 물건을 상속인만이 청구할 수 있고, 또 매수의 정당한 원인도 그에게만 인정되는 것이 아니고, 그래서 家子は 아무런 권원 없이 점유한 것이 아니다. 왜냐하면 이 家子가 상속인이 되었음은 ‘*ex patris hereditate ad se pervenisse rem*’에서도 드러나듯이 전제된 사실이고, 그러므로 Bauer에 의하더라도 그가 아무런 권원 없이 점유했다고도 할 수 없고, 또 상속재산에서 받은 것으로 믿었더라도 그 믿음은 무해한 것이다. 또 이와는 별도로 인도 자체가 家長이 된 이후에 일어났으므로 소유권의 취득과 간연해서는 상속 여부를 따질 필요 없이 그가 직접 점유자로 평가되기에 별 무리도 없다. 어느 경우든 매매라는 행위가 실재했고, 점유자의 잘못된 생각은 권원에 관련된 것이 아니라 자신의 신분에 관한 것이라는 점에서 이 개소는 謬想권원과는 아무런 상관이 없다. 이 개소를 후대에 손질되었다고 보더라도¹¹³⁾ 그 수정의 내용이 오상권원을 인정하는 방향이었던 것처럼 새기는 것은 타당하지 않다.

D.41.3.44.4 Papinianus 23 quaestionum.

Filius familias emptor alienae rei, cum patrem familias se factum ignoret, coepit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit? idem dicendum erit et si ex patris hereditate ad se pervenisse rem emptam non levi praesumptione credat.

(家子가 타인의 물건의 매수인으로서, 자신이 家長이 되었음을 모르고서, 자신에게 인도된 물건을 점유하기 시작하였다. 비록 그가 자신을 착오로 특유재산의

113) 특히 오직 이곳에서만 유일하게 발견되는 표현인 *non levi praesumptione*는 분명히 수정된 것이고, 학설은 이 점에 대해 일치한다. Bauer, 118 nn.54-55.

원인으로 취득한 물건을 점유할 수 없는 자라고 생각했다(라도, 선의가 점유의 開始點에 존재하는데, 왜 그가 사용취득할 수 없겠는가? 매수한 물건이 家父의 상속재산으로부터 자신에게로 왔다고 그가 가볍지 않은 추정에 의하여 믿는 경우에도 같은 이야기를 해야만 할 것이다.)

결국 Bauer는 그릇된 오상권원의 개념을 가지고, 그릇된 전제 하에서 법률사료를 그릇되게 해석하는 무리를 범했다고 볼 수밖에 없다.

3. 점유취득 사유 표시의 방법

이상의 논의에서 한 가지 두드러지는 사실은 권원의 표시에 있어서 *pro emptore*, *pro herede*, *pro possessore*의 세 경우에만 행위자인 사람(매수인, 자칭상속인, 무단점유자)이 등장하고, 나머지 경우에는 인도되거나 선점되어 점유에 이르게 된 물건이 표시되고 있다(*pro donato*, *pro dote*, *pro legato*, *pro noxae dedito*, *pro derelicto*, *pro soluto*, *pro suo* 등)는 점이다. 그밖에 행위 자체가 표시되는 경우도 있다(*pro transactione*). 종래 이 사실에 대해서는 주의한 적이 없지만,¹¹⁴⁾ 이러한 권원 사유 표시상의 언어적 차이는 로마인들이 매우 용의주도하게 개념적인 구분을 했음을 알게 해 준다. 물건이 표시된 경우는 포괄적이고 보충적인 *pro suo*의 경우를 제외한다면 모두가 단독행위에 의하여 일방적으로 점유가 인도된 경우이고, 사람이 표시된 경우는 점유를 하게 된 점유자가 남이 넘겨준 점유를 단순히 인도받은 것이 아니라 스스로의 행위(매매계약 체결, 상속인으로서의 처신행위, 악의의 점유취득)를 통하여 그러한 사태를 유발하고 초래했다는 점에 그 특징이 있다. 和解의 경우에는 그 특이한 성질로 말미암아, 즉 점유자가 수동적으로 인도를 받기만 하는 것도 아니고 또 일방적으로 적극적인 개입을 하는 것도 아니며 오히려 쌍방의 상호양보를 통해 그 급부의 내용이 새롭게 능동적으로 정의되는 과정이 필수적이므로,¹¹⁵⁾ 행위자도, 물건도 아닌 행위 자체를 표시한 것이 눈에 띈다. 앞서 살펴보았던 *pro soluto*와 *pro emptore*의 차이도 바로 이들 표시 자체에 이미 표현되었음이 이채롭다. 일방적 채무부담행위였던 문

114) 다만 Schulz II, 357f.는 이것들이 *usucapio pro mancipato* (또는 *tradito*) *solutionis causa* 등등의 약어일 뿐이라고 한다. 그러나 그의 주장대로였다면 근거는 어디에서도 발견되지 않는다.

115) D.2.15.1 Ulpianus 40 ad edictum.

Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. ...

답계약의 이행으로 급부된 것이 pro soluto로 표시되었다면, pro emptore를 비롯하여 행위자에 초점을 맞춘 경우에는 그 행위자의 행위개시 시점을 고려할 수밖에 없으므로 그 시점의 선의 여부가 또한 결정적일 수밖에 없게 된다. 인도시의 선의 여부만을 물을 수 없는 이유이다.¹¹⁶⁾

원시취득의 유형에 해당하는 pro suo의 경우는 어느 쪽으로 하든 아무런 차이가 없을 터이지만, 로마인들이 이를 굳이 세부적으로 구별하지 않고 총칭하여 pro suo로 표시하였다면 어쨌든 행위자보다는 물건에 주안점을 둔 것일 수밖에 없다. 반면에 김기창은 pro suo를 ‘자주점유자로서’라고 번역한다.¹¹⁷⁾ 김기창이 그 밖의 모든 유형에 대하여 “매수자로서의 점유, 수증자로서의 점유, 포획자로서의 점유, 가공자로서의 점유 등”을 운운하는 것¹¹⁸⁾도 이것과 궤를 같이하는 것이다. 그러나 이러한 어법은 분명히 로마인들의 표현방식과는 다른 것이다. 로마의 법률가들은 pro donato는 분명히 물건을 가지고 표시했고, 원시취득 유형(pro suo)도 방금 보았듯이 마찬가지로 때문이다.

III. 맺음말

1. 로마법

이상으로 로마법상 사용취득의 권원을 살펴보았다. 이 과정에서 권원에 해당하

116) 이상의 논의에 대하여 앞서 거론했던 투고심사자(B)는 「점유를 하게 된 다양한 사정들을 유형화 하여 지칭하던 여러 표현들(pro emptore, pro donato 등)이 단순히 언급의 편의를 위하여 “무작위로 조어진 것이 아니라, ... 사태를 개념적, 구조적으로 정확히 파악한 법적 사고의 소산이었”다는 필자의 주장을 뒷받침하기에 흡족한 원전 자료나 논의가 있는지는 쉽게 드러나는 것 같지 않아 보인다.」고 지적하였다. 물론 이를 논의하고 있는 자료도, 또 그러한 논의를 로마의 법률가들이 했다고 믿을 수 있는 자료도 아무 것도 전해지는 바가 없다. 역사적 진실은 오히려 그들이 이 문제에 관한 한 아무런 논의도 하지 않았다는 것이다. 그러나 그렇다고 해서 그들의 용어법이 그야말로 무작위로 점철된 것이라고 보아야 할 필연성이 있는 것도 또한 아니다. 로마인들의 법률용어법 전반에 보이는 핵심을 찌르는 간명함과 그러한 특징은 전문가들의 솜씨일 수밖에 없다는 사실을 염두에 둔다면(Kaser III; Kaser IV), 문제는 자료나 전승의 여하가 아니라, 그 실상을 새겨 읽어서 의미를 추출하는 작업이 될 것이다. 필자 나름의 이러한 작업의 결과를 이곳에서 피력한 것이다.

117) 김기창 II, 217. 그러나 일관성이 결여되어 ‘자기 것으로’라고 옮기기도 한다(가령 같은 글, 218).

118) 김기창 III, 19.

는 라틴어 *titulus*가 소유권의 취득을 정당화시킬 수 있는 합법적인 사유(*iusta causa*)인 것이 분명히 드러났고, 또 소유권 취득의 유형에 따라서 승계취득적인 권원과 원시취득적인 권원이 두루 인정되었음을 알 수 있었다. 일반적으로 잘 알려진 권원들은 거개가 법률행위에 기초한 승계취득적인 것이었던 반면에, *pro suo*는 특별한 권원의 표시로서는 전자를 제외한 일체의 (특별히 명명되지 않은) 권원을 포괄하는 것이었지만, 다른 권원이 인정될 때 그 상황을 부연하여 확인하는 기능의 일반적인 어법도 알려져 있었다. 특히 종래 많이 다루어진 쟁점이 과연 誤想權原으로도 사용취득이 가능한가 하는 문제였는데, 논의의 과정에서 무엇보다도 誤想權原의 개념을 분명히 해야 함을 알 수 있었고,¹¹⁹⁾ 이런 점에서 오히려 현대의 로마법연구자들보다 왕년의 사비니가 더 정확했던 사실과 윤리신학은 이보다 한 걸음 더 나아가서 아예 흔히 오상권원으로 오해되었던 *titulus coloratus*(表見權原)을 독자적으로 개념화하는 능력을 보여주었음을 확인할 수 있었다. 아울러 이전된 물건에 의하여 권원을 표시하는 경우(*pro donato, pro dote, pro legato, pro soluto* 등)와 점유를 취득한 행위자에 의하여 권원을 표시하는 경우(*pro emptore, pro herede; cf. pro possessore*), 또 이전의 근거행위 자체로서 표시하는 경우(*pro transactione*)가 모두 무작위로 조어진 것이 아니라, 정반대로 사태를 개념적, 구조적으로 정확히 파악한 법학적 사고의 소산이었음을 간취할 수도 있었다. 물론 ‘*pro ~*’ 식의 표현은 하등 이상할 것 없이 일상적인 어법으로도 사용되었는데, 이로부터 특화되어 법률적 개념으로 변화한 것이었기 때문이다.

한편 사료에 따라서는 전승된 상태로는 난해한 것들도 있었는데, 특별히 수정 비판의 방법론을 동원하여 검토하지는 않았고, 일단은 전승된 상태대로 이해해 보려고 하였다. 그밖에도 개소 하나하나가 보다 면밀히 검토해야 할 많은 내용들을 담고 있음에도 불구하고 한정된 주제의 측면에서 제한된 검토만을 하였음을 부기해둔다.

2. 우리 민법

끝으로, 우리 민법의 점유취득시효와 관련해서는 머리말에서 언급한 두 차례의 대법원 전원합의체 판결을 통해서 다음과 같은 점들이 확립되었는데, 그 실질이 로마법의 그것과 일치한다. 참고할 수 있게 대응하는 로마법의 용어를 부

119) 최병조 I, 402 n.51의 논의도 이 점에서 수정되어야 한다.

기하였다.

- 민법 제197조 제1항에 의하면 물건의 점유자는 소유의 의사[pro suo generalis]로 점유한 것으로 추정되므로 점유자가 취득시효를 주장하는 경우에 있어서 스스로 소유의 의사를 입증할 책임은 없고, 오히려 그 점유자의 점유가 소유의 의사가 없는 점유임을 주장하여 점유자의 취득시효의 성립을 부정하는 자에게 그 입증책임이 있다는 것.
- 자주점유의 결정은 점유자의 내심의 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라 [Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest] 점유권원의 성질이나 점유와 관계가 있는 모든 사정에 의하여 외형적·객관적으로 결정된다는 것 [titulus].
- 점유 권원이란 점유 취득의 원인이 된 사실관계로서, 매매[pro emptore], 임대차 등과 같은 법률행위[pro donato, pro dote, pro legato, pro soluto etc.]와 무주물 선점, 매장물 발견 등과 같은 비법률행위[pro suo specialis] 또는 상속[pro herede], 공용징수, 판결[pro iudicato, pro adiudicato], 경매 기타 법률의 규정에 의한 물권의 취득 사유 등도 있을 수 있다는 것.
- 그와 같은 정당한 권원이 없다는 사실을 잘 알면서 하는 점유자[praedo]는 무단점유자라는 것[pro possessore].
- 무단점유한 것이 입증된 경우 자주점유 추정이 반복된다는 것. 이에 대해서는 점유취득시효에 있어서는 점유자가 선의임을 그 요건으로 삼지 않고 있어 악의의 점유자도 자주점유라면 시효취득을 할 수 있는 것이므로, 위와 같은 법률요건이 없다는 사실을 잘 알면서 점유한다는 것은 그 점유가 악의의 점유라는 것을 의미하는 것일 수는 있어도 그 점유가 자주 또는 타주점유인지 여부와는 직접적인 관련이 없는 것이므로 이러한 사정만으로 자주점유의 추정을 깨뜨리는 사정이 입증되었다고 볼 수는 없다는 반대의견이 있었다. 이 견해는 말하자면 로마법의 pro herede 권원의 원래의 모습과 상응하는 주장이라고 할 수 있는데, 그런 로마도 이미 살펴보았듯이 이와 같은 태도를 오직 pro herede에 한하여 취하였다가 고전기에는 이를 극복하였었다. 이 견해는 무엇보다도 “소유의 의사”라는 것이 맥락에 따라서 달리 이해되어야 한다는 점을 잊고 있다. 다시 말하면 로마인들이 이미 설파했듯이 점유보호를 논할 때의 권원과 사용취득을 논할 때의 권원은 그 제도의 취지와 기능이 다르기 때문에 서로 구별되는 것이기 때문이다(Paul. D.41.4.2.1 cit.).¹²⁰⁾

Pro possessore 점유자의 점유도 침탈로부터는 보호받지만, 사용취득을 정당화시켜주지는 못하는 것이다. 우리의 문맥에서는 ‘법이 승인하는’ 권원의 경우에 한하는 것이어서 “소유의 의사”는 그 자체가 선의[bona fides]를 당연히 포함하는 것이므로 범문의 형식적 이해를 바탕으로 선의를 요건으로 하지 않는 것처럼 해석하는 것은 그 전체 자체가 잘못된 지나친 형식주의적 태도가 아닐 수 없다. .

그러나 로마법에는 없는 부동산등기와 관련해서 pro emptore 권원의 문제는 다투어졌다. 다수의견은 토지 매수인이 매매계약에 의하여 목적 토지의 점유를 취득한 경우 그 계약이 타인의 토지의 매매에 해당하여 곧바로 소유권을 취득할 수 없다는 사실만으로 자주점유의 추정이 반복되는 것은 아니고, 또 민법 제197조 제1항이 규정하고 있는 점유자에게 추정되는 소유의 의사는 사실상 소유할 의사가 있는 것으로 충분한 것이지 반드시 등기를 수반하여야 하는 것은 아니므로 등기를 수반하지 아니한 점유임이 밝혀졌다고 하여 이 사실만 가지고 바로 점유권원의 성질상 소유의 의사가 결여된 타주점유라고 할 수 없다고 한다. 반면에 반대의견은 어떠한 부동산 점유의 권원이 등기를 수반하지 아니한 매매 등 소유권이전 목적의 법률행위로 밝혀졌다면, 그 점유에 대하여는 민법 제197조 제1항이 규정하는 자주점유의 추정은 더 이상 유지될 여지가 없어지고, 나아가 부동산 물권 변동에 관하여 의사주의가 아닌 형식주의를 취하고 있음이 명백한 현행 민법 아래에서 그러한 점유는 권원의 성질상 타주점유로 보아 이로 인한 소유권의 취득시효를 부정하여야 할 것이라고 본다. 이 문제는 다른 무엇보다도 역시 등기의 의미와 비중을 어떻게 파악하는가에 달려있다. 등기처럼 법률거래에 부가되어 그 효력요건으로서 마련된 제도, 가령 후견인의 조성의 경우에 로마인들도 처음에는 그 요건이 결여되었을 때에는 선의를 부정함으로써 사용취득을 부인하였던 예가 있었으나(Gai.2.47 cit.), 고전기에는 그러한 상태에만 머물러 있지 않았음은 이미 살펴본 바와 같다(Fr.Vat.1 cit.). 그러나 특히 등기보다도 더 강력한 형식요건에 해당했던 약취행위¹²¹⁾가 결여된 경우가 다른 아닌 사용취득의 전형적인 사례였던 사실이나, 고전기에 매매가 무효인 경우에도 pro emptore를

120) 이 점을 잘 지적하고 있는 견해로는 김형석, 151-195; 김기창 III, 16ff. 단 김기창이 주안점을 둔 문제, 즉 사비니의 점유 이해가 어떠했는가 하는 것은 별도의 면밀한 재검토가 필요할 것이다.

121) Cf. Wolf, 501-524.

인정했던 로마식 관념으로 보자면, 또 등기 없이 지내온 인류의 오랜 생활사를 배경으로 삼고서 현재 우리나라 국민의 법의식을 바탕으로 고찰한다면, 등기를 하지 않은 채 매수했다고 해서 ‘권원의 성질상’ 타주점유라고 주장하는 것은 당사자들의 의사와 매매라는 법률행위의 본성[natura contractus]을 지나치게 무시한 형식주의이고, 이 점에서 다수의견은 정당하다고 생각된다.¹²²⁾ 결과적으로 우리 법의 입장은 이제 모든 면에서 로마법과 대동소이하다고 할 것이다. 다만 앞으로 우리 민법의 연륜과 더불어 등기에 관한 국민의 법의식이 변화하고 그에 따라 법원의 판단이 달라질 가능성은 여전히 남아 있다고 보인다.

투고일 2009. 4. 22 심사완료일 2009. 6. 15 게재확정일 2009. 6. 16

¹²²⁾ 우리 민법에 대한 상세하고 신빙할 만한 분석인 김형석은 175면 이하에서 취득시효와 자주점유의 문제를 다루고 있는데, 대체로 판례 및 이곳의 입장과 대동소이하다. 부동산등기에 관한 판단도 기본적으로는 자주점유성을 부인하나, 타인 권리의 매매의 경우에는 대법원의 다수의견을 좇아서 자주점유를 인정한다(김형석, 181면 + 각주 92).

참고문헌

- 김기창, “자주 점유의 기원과 종말”, **法史學研究** 제38호 (2008. 10), 7-40 [= 김기창 III]
- 김기창, “물권행위 이론의 비역사성”, **法史學研究** 제37호 (2008. 4), 211-237 [= 김기창 II]
- 김기창, “물권행위 탄생사”, in: 명순구 외, **아듀, 물권행위** (2006), 11-46 [= 김기창 I]
- 김형석, “법에서의 사실적 지배: 우리 점유법의 특성과 문제점”, **민사법학 특별호 (제36호)** (2007), 151-195
- 박병호, **한국의 법** (제2판, 1999)
- 서울오, “‘김기창, 자주 점유의 기원과 종말’에 관한 토론문”, **法史學研究** 제38호 (2008. 10), 41-47 [= 서울오 IV]
- 서울오, “물권행위의 유인, 무인 논쟁과 관련된 학설사적 고찰 - 특히 로마법의 사용취득과 관련하여 -, **法史學研究** 제38호 (2008. 10), 137-176 [= 서울오 III]
- 서울오, “물권행위의 무인성과 관련된 몇몇 사료의 검토”, **法史學研究** 제36호 (2007. 10), 187-213 [= 서울오 II]
- 서울오, “사비니의 물권계약론에 관한 학설사적 고찰”, **이화여대 법학논집** 11/2 (2007), 119-138 [= 서울오 I]
- 정병호, “Celsus의 通過取得理論”, **法史學研究** 제22호 (2000. 10), 85-116
- 최병조, “로마법상 사용취득(usucapio)의 권원 개념(II) - Pro suo와 Pro possessore를 중심으로 -”(근간) [= 최병조 III]
- 최병조, “盜品인 여자노예가 낳은 아이는 사용취득할 수 있는가? - 로마법상의 한 사례 연구 -”, **法史學研究** 제39호 (2009. 4), 171-204 [= 최병조 II]
- 최병조, **로마法·民法論考** (1999) [= 최병조 I]
- Hans Ankum, “Fusion and ‘Transfusion’ of Legal Institutions in Justinian’s ‘Corpus Iuris Civilis’”, *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, I (2001), 113-129 [= Ankum II]
- Hans Ankum, “Pomp. D.41,7,5 pr.: Die *occupatio* einer *res mancipi derelicta* und der Ausdruck *in bonis alicuius esse* in den klassischen römischen Rechtsquellen”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 103 (1985), 248-274 [= Ankum I]

- Peter Apathy, “Vermächtnis einer fremden Sache und Ersitzung *pro legato*”, in: Reinhard Zimmermann (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (1999), 655-668
- J. L. Barton, “*Solutio* and *Traditio*”, in: John W. Cairns and Olivia F. Robinson (ed.), *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* (2001), 15-29
- Karen Bauer, *Ersitzung und Bereicherung im klassischen römischen Recht und die Ersitzung im BGB* (1988)
- Okko Behrends, *Institut und Prinzip, Ausgewählte Aufsätze*, II (2004) [= Behrends II]
- Okko Behrends, “Les veteres et la nouvelle jurisprudence à la fin de la republique”, *Revue historique de droit français et étranger* 57 (1977), 7ff. [= Behrends I]
- Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953)
- Arnaldo Biscardi, *Diritto greco antico* (1982)
- Johann Brunnemann, *Commentarius in Codicem Justinianum* (editio novissima, Lipsiae, 1708)
- Giovanna Coppola, *Studi sulla pro herede gestio, I. La struttura originaria del “gerere pro herede”* (1987)
- Iacobus Cuiacius, *Opera omnia*, I (editio nova emendatior et auctior, Lutetiae Parisiorum, 1658)
- David Daube, “Mistake of Law in Usucapion”, *Cambridge Law Journal* 16 (1958), 85-92 = *Collected Studies in Roman Law*, II (1991), 731-738
- Io. Henricus de Berger, *Oeconomia Iuris ad Usum hodiernum accommodati* (editio quarta, Lipsiae, 1734)
- Alphonus Maria de Ligorio, *Theologia Moralis*, II (editio nova, Romae, 1907)
- Henricus Eduardus Dirksen, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum* (1837)
- Dmitri Dozhdev, “‘*Fidem emptoris sequi*’. Good Faith and Price Payment in the Structure of the Roman Classical Sale”, in: L. Garofalo (ed.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, I (2003), 551-577
- Ferd. Theoph. Eckenberg, *De Publiciana actione ac De iuris Romani sententia*

unde bonae fidei possessor fructus consumptos suos faciat (Dissertatio, Lipsiae, 1821)

- Friedrich Endemann, *Römisches Privatrecht* (1925)
- Reinhold Greiner, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten* (1973)
- Ioannes Petrus Gury, *Compendium Theologiae Moralis*, I (editio duodecima, Prati, 1894)
- Gábor Hamza, “Zum Verhältnis zwischen *Usucapio* und *Longi temporis praescriptio* im klassischen römischen Recht”, *Mélanges Fritz Sturm*, I (1999), 189-203
- Jo. Gottlieb Heineccius, *Antiquitatum Romanarum Jurisprudentiam Illustrantium Syntagma secundum Ordinem Institutionum Justiniani digestum* (Francofurti ad Moenum, 1841) [= Heineccius II]
- Johann Gottlieb Heineccius, *Anfangsgründe des bürgerlichen Rechtes nach der Ordnung der Institutionen*, I (1786/Nachdruck 1998) [= Heineccius I]
- H. R. Hoetink, “*Justus titulus usucapionis et Justa causa tradendi*”, *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 29 (1961), 230-242
- Franz Horak, “Wer waren die “veteres”? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen”, *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für Gunter Wesener* (1992), 201-236
- Horst Heinrich Jakobs, “Gibt es den dinglichen Vertrag? Ein Epitheton zu ‘Wissenschaft und Gesetzgebung’ (1983)”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom, Abt.* 119 (2002), 269-325 [= Jakobs II].
- Horst Heinrich Jakobs, “Error falsae causae”, *Festschrift für Werner Flume* (1978), 43-99 [= Jakobs I]
- Max Kaser, “Zum Ediktsstil”, *Festschrift Schulz*, II (1951), 21-70 [= Kaser IV]
- Max Kaser, “Zur juristischen Terminologie der Römer”, *Studi Biscardi*, I (1965), 95-142 [= Kaser III]
- Max Kaser, “Altrömisches Eigentum und ‘usucapio’”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 105 (1988), 122-164 [= Kaser II]
- Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, I (2. Auflage, 1971) [= Kaser I]
- Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht* (17. Auflage, 2003)
- Ioannes Georgius Kees, *Commentarius ad D. Justiniani Institutionum Imperialium*

IV Libros, I (Viennae, 1523)

Arnold Kränzlein, *Eigentum und Besitz im griechischen Recht des fünften und vierten Jahrhunderts v. Chr.* (1963)

Johann Philipp Krebs, *Antibarbarus der lateinischen Sprache*, II (7. Auflage 1905/Nachdruck 1962, 9., unveränderte Auflage 1984)

Kunkel/Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht* (4. Auflage, 1987)

Maxime Lemosse, “*Crimen expilatae hereditatis*”, *Tijdschrift voor rechtsge-schiedenis* 76 (1998), 255-260

Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, I (1889/Nachdruck 1960)

Detlef Liebs, “Abstraktion im Neueren Gemeinen Recht”, *Orbis Iuris Romani - Journal of Ancient Law Studies* 7 (2002), 59-75

Justus Hermann Lipsius, *Das attische Recht und Rechtsverfahren* (1905-15/2. Nachdruckauflage 1984)

Remigius Maschat, *Institutiones Iuris Civilis et Canonici* (Augustae Vindelicorum, 1761)

Theo Mayer-Maly, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio* (1962)

Franz-Stefan Meissel, “Julian und die Entdeckung des dinglichen Vertrages. Zur Relevanz von *causa* und Konsens beim Eigentumserwerb durch *traditio*”, in: Ulrich Falk/Michele Luminati/Mathias Schmoeckel (Hg.), *Fälle aus der Rechtsgeschichte* (2007), 1-22

Douglas Nichols, “The Publician Action”, *Tulane Law Review* 69 (1994), 217-246

Samuel Oberländer (Hg.), *Lexicon Juridicum Romano-Teutonicum* (4. Auflage, Nürnberg, 1753/Unveränderter Nachdruck 2000)

Johann Oldendorp, *Opera*, I (Basel, 1559/Neudruck 1966)

Andreas Piekenbrock, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf* (2006), 30ff.

Filippo Ranieri, “Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts”(1977), in: derselbe, *Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* (2007), 77-98

Anacletus Reiffenstuel, *Theologia Moralis* (editio nona Veneta, Venetiis, 1722)

- C. F. Robinson, *The Criminal Law of Ancient Rome* (1995)
- Giovanni Rotondi, *Leges publicae populi Romani* (1912/Nachdruck 1962)
- Alfonso Castro Sáenz, “Aproximación a la usucapio pro herede (2): Una hipótesis”, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 46 (1999), 165-218 [= Sáenz II]
- Alfonso Castro Sáenz, “Aproximación a la usucapio pro herede (1)”, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 45 (1998), 143-208 [= Sáenz I]
- Bruno Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln* (1970)
- Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (1951/reprint 1954) [= Schulz II]
- Fritz Schulz, *Principles of Roman Law*, translated by Marguerite Wolff (1936/reprint 1956) [= Schulz I]
- Raphael Sealey, *The Justice of the Greeks* (1994)
- Albert Sleumer, *Kirchenlateinisches Wörterbuch* (1926/Nachdruck 1990)
- Alfred Söllner, “Bona fides - guter Glaube?”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* 122 (2005), 1-61 [= Söllner II]
- Alfred Söllner, “Der Erwerb vom Nichtberechtigten in romanistischer Sicht”, *Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* (1982), 363-381 [= Söllner I]
- Johann August Roderich von Stintzing, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre : Historisch-dogmatischer Versuch* (Heidelberg, 1852)
- Carolus Szczeplik/Josephus Lubelski, *Casus conscientiae in praecipuas quaestiones theologiae moralis* (editio secunda, Tarnoviae, 1917)
- S. C. Todd, *The Shape of Athenian Law* (1993)
- Vincenzo Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerzio e Celso* (1979)
- Letizia Vacca, “La riforma di Giustiniano in materia di ‘usucapio’ e ‘longi temporis praescriptio’ fra concezioni dommatiche classiche e prassi post-classica”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* 35-36 (1993-1994), 146-186 [= Vacca II]
- Letizia Vacca, “Usucapione, a) Diritto Romano”, *Enciclopedia del Diritto* 45 (1992), 989-1022 [= Vacca I]
- Arnold Vinnius, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*

- academicus et forensis* (editio postrema, Norimbergae, 1726)
Vocabularium Iurisprudentiae Romanae iussu Instituti Savigniani compositum,
tom. V (Berolini, 1939) [= VIR]
- Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, II (editio ultima accuratior, Coloniae
Allobrogum, 1757)
- Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, III (1840)
- Andreas Wacke, “*Plus est in re quam in existimatione* (Die Realität gilt eher als
die Vorstellung). Zur Relevanz vermeintlicher Wirksamkeitshindernisse”,
Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis 54 (1996), 309-357
- Alan Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic* (1968/reprint
1984)
- Leopold Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts* (1953)
- Josef Wiefels/Harry v. Rosen-v. Hoewel, *Römisches Recht. Rechtsgeschichte und
Privatrecht* (62.-63. Tausend, unveränderte Auflage, 1986)
- Laurens C. Winkel, “*Parerga et paralipomena ad errorem iuris*”, in: *Iurisprudentia
universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag* (2002),
901-910 [= Winkel II]
- Laurens C. Winkel, *Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechts-
ordnung* (1985) [= Winkel I]
- Joseph Georg Wolf, “*Funktion und Struktur der Mancipatio*”, *Mélanges de droit
romain et d’histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André
Magdelain* (1998), 501-524.

<Abstract>

The Titles of *Usucapio* in Roman Law (I)
 — *Titulus Coloratus* and *Titulus Putativus* —

Byoung Jo Choe*

This paper deals with the titles (*tituli*) of *usucapio* in Roman law, which have been until now no object of concern among the Korean scholars. Title means a legally recognized method (*iusta causa*) of transferring or otherwise acquiring ownership. The derivative type, covering any juristic act apt to transfer the ownership, includes purchase (*pro emptore*), gift (*pro donato*), dowry (*pro dote*), legacy (*pro legato*), solution of debt (*pro soluto*), etc. The type for original acquisition includes occupation, specification, discovery of treasure-trove, etc. *Pro suo*-title was used in two ways. Once it endorses the situation already confirmed by other title (*pro suo generalis*). *Pro suo*-title qua *specialis* is a comprehensive term for all other cases of titles without own name, especially including the type for original acquisition. It turned out that to relieve the load off the debate about the so-called putative title issue, we must define precisely what it means exactly. It is remarkable that the moral theology has developed a separate category of *titulus coloratus*, differentiating it from the genuine *titulus putativus*. It is also noticeable that the Romans were conceptually very correct in naming the titles, distinguishing three categories according to the situation in question: *pro donato*-type showing the thing transferred, *pro emptore*-type showing the agent, and *pro transactione*-type showing the juristic act. *Pro possessore* stands for all possessors who are without legitimacy to *usucapere*.

As for the Korean civil law, two plenary decisions of the Supreme Court, that of August 21, 1997 (95da28625) and that of March 16, 2000 (97da37661), have established, by newly defining the meaning of “intention to own” (*animus domini*) in § 245 Korean Civil Code, the law of acquisitive prescription to the

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

effect that it resembles now also in detail the Roman law of *usucapio*.

Key words: acquisitive prescription, *possessio*, *pro possessore*, *pro suo*, putative title, Roman law, title, *titulus*, *titulus putativus*, *usucapio*