

물권행위의 무인성과 관련된 몇몇 사료의 검토

서울오*

목 차

- I. 들어가며
- II. 로마법
 - 1. 로마법에서의 원칙 : Paulus D. 41,1,31 pr.
 - 2. 율리아누스의 반론 : Iulianus D. 41,1,36
 - 3. 원칙의 재확인 : Ulpianus D. 12,1,18 pr.
- III. 중세
- IV. 결어

[국문요약]

이 글은 물권행위에 관한 논의에 있어서 중세 이래로 사비니 시대에 이르기까지 이 문제에 관한 논의의 출발점 역할을 했던 로마법 상의 세 개의 사료(파울루스, 율리아누스, 유피아누스) 및 그에 관한 중세의 주석을 검토한다.

첫째는 Paulus D. 41,1,31 pr.인데, 이는 소유권 양도에 관한 로마법의 기본 원칙을 표명한 것이다. 둘째는 Iulianus D. 41,1,36인데, 파울루스가 말하는 원칙과는 모순되어 보이는 주장을 하고 있다. 셋째는 Ulpianus D. 12,1,18 pr.로서, 조금 전의 율리아누스의 주장을 유피아누스가 다시 반박하는 내용이다. 이 둘째와 셋째의 두 텍스트는 보통 “율리아누스와 유피아누스의 대립(Antinomie)”이라는 이름으로 알려져 있다. 이 세 단편은 소유권 양도와 관련하여 로마법에서 가장 중요한 사료라고 할 만하다.

율리아누스는 원인의 일치라는 도그마가 부조리한 결과(만약 소유권이 이전하지 않는다면 그것은 증여자의 의사에 반하게 되므로)를 가져올 수 있다는 것을 보여줌으로써 그것으로부터의 탈피를 주장한 반면, 유피아누스는 파울루스에게서 표현된 바 있는 원인 도그마를 충실히

* 이화여자대학교 법과대학 조교수, romanist@ewha.ac.kr

유지하려는 태도를 취한다. 따라서 율피아누스는 고전법학의 기본 입장의 연장선상에 서 있고, 반면 율리아누스는 거기에서 벗어난 개별적 입장을 취한 것이라고 볼 수 있다.

한편 중세의 주석학파는 로마법의 입장을 충실히 계승하되, 비채변제의 경우에도 소유권이 이전하는 것을 설명하기 위하여 오상 원인이라는 개념을 사용했다. 이것은 로마법에 대한 오해 또는 왜곡이 아니라, 나름대로의 체계화 시도라고 이해해야 한다.

[주제어] 로마법, 소유권, 인도, 파울루스, 율피아누스, 율리아누스, 오상 원인, 진정 원인, 비채변제, 사비니, 주석학파, 아쿠르시우스

I. 들어가며

최근에 몇몇 학자들에 의하여 물권행위라는 개념이 과연 우리 민법학에 필요불가결한지에 대해 다시 한 번 문제가 제기되었다.¹⁾ 그 중에서도 김기창 교수는 학설사의 면에서 물권행위의 개념을 추적하고서 그 실천적 의미에 대해서 매우 부정적인 판단을 내린 바 있다.²⁾

필자는 김기창 교수의 글 가운데에서 특히 사비니의 물권행위론에 관한 부분에 대해서는 이미 반론을 제기한 바 있다.³⁾ 이 글은 이 반론의 속편이라고 할 수 있는데, 중세 이래로 사비니 시대에 이르기까지 이 문제에 관한 논의의 출발점 역할을 했던 로마법 상의 세 개의 사료(파울루스, 율리아누스, 율피아누스) 및 그에 관한 중세의 주석을 검토한다.

이 문제와 관련된 로마법의 입장에 대한 본격적인 논의는 이후 별도의 논문으로서 계획하고 있다. 따라서 이 글에서는 다루어지는 로마법에 관한 부분은 그 원칙을 간략히 소개하는 정도에 지나지 않는다.

김기창 교수의 견해와 필자의 견해를 비교하면 읽는 독자라면, 똑같은 사료를 가지고도 무척이나 다른, 심지어는 정반대의 해석이 가능하다는 것에 대해

1) 명순구 외, 『아듀, 물권행위』(2006) 참조.

2) 김기창, 「물권행위 탄생사」, 명순구 외, 앞의 책(각주 1), 11면 이하 (특히 사비니의 물권계학론에 대해서는 34면 이하).

3) 서울오, 「사비니의 물권계약론에 관한 학설사적 고찰」, 『이화여대 법학논집』 11권 제2호 (2007), 1면 이하.

의아해 할 것이다. 그러나 현행법의 해석문제를 놓고도 첨예한 학설의 대립이 있을 수 있는 것처럼, 법사 영역에서도 얼마든지 생산적인 토론이 가능할 것이다. 반론 및 재반론을 통한 이후의 보다 활발한 논의를 기대한다.

II. 로마법

중세 이후의 논의를 살펴보기 위해서는 그 출발점이 되는 로마법에서의 주요 사료를 먼저 검토할 필요가 있다. 이하에서는 다음의 세 텍스트를 중심으로 하여 살펴볼 것이다. 첫째는 Paulus D. 41,1,31 pr.인데, 이는 소유권 양도에 관한 로마법의 기본 원칙을 표명한 것이다. 둘째는 Iulianus D. 41,1,36인데, 파울루스가 말하는 원칙과는 모순되어 보이는 주장을 하고 있다. 셋째는 Ulpianus D. 12,1,18 pr.로서, 조금 전의 율리아누스의 주장을 율피아누스가 다시 반박하는 내용이다. 이 둘째와 셋째의 두 텍스트는 보통 “율리아누스와 율피아누스의 대립(Antinomie)”이라는 이름으로 알려져 있다. 이 세 단편은 소유권 양도와 관련하여 로마법에서 가장 중요한 사료라고 할 만하다. 따라서 중세 이후 법학자들이 논의를 전개할 때 주된 관심의 대상이 되었다.

이 세 사료의 시기적 순서를 살펴보자면 다음과 같다. 우선 율리아누스는 2세기 전반에 활약했던 성기 고전기 법학을 대표하는 인물로서 로마 법학의 최전성기를 장식했던 법률가이다. 한편 파울루스나 율피아누스는 3세기에 활약하였고, 후기 고전기를 대표하는 법률가들이다. 따라서 우리가 검토할 율리아누스의 개소는 파울루스나 율피아누스의 것보다 1세기 정도 앞서는 셈이다. 따라서 율리아누스의 개소를 파울루스의 입장에 대한 반론이라고 말할 수는 없을 것이다. 정확히 말하자면, 율리아누스의 주장과는 상반되는 내용의 원칙을 나중에 파울루스가 천명하였고, 율피아누스는 보다 상세하게 율리아누스의 주장을 반박하였다고 해야 할 것이다.

그러나 이하에서는 이와 같은 역사적 순서에 따라서가 아니라, 그 내용들을

서로 대비시켜 서술하였다. 따라서 원칙에 해당한다고 볼 수 있는 파울루스의 입장을, 이어서 그와는 반대의 입장에서 있다고 보이는 율리아누스의 견해를, 끝으로 율리아누스에 대한 반론이자 처음의 파울루스의 입장을 재천명이라 할 수 있는 율피아누스의 태도를 살펴보고자 한다.

1. 로마법에서의 원칙 : Paulus D. 41,1,31 pr.

원래 로마의 소유권 이전 방법으로는 *mancipatio*(握取行爲), *in iure cessio*(法廷讓與), *traditio*(引渡)의 세 가지가 있었다. 그 중에서 가장 널리 쓰인 것은 아무런 방식을 요구하지 않는 인도였다. 다음의 파울루스의 텍스트는 바로 이 인도에 관한 고전법학의 원칙을 천명하고 있다.

이 개소가 수정(*interpolatio*)되었으므로 고전법과는 거리가 멀다는 예전의 주장들⁴⁾은 오늘날 근거를 상실하였다.⁵⁾ 더구나 이 개소의 내용은 가이우스(*Gaius*)⁶⁾와 기본적으로 일치하므로, 고전법의 입장이라고 보아도 틀림이 없을 것이다.⁷⁾

Paulus D. 41,1,31 pr. (31 ad edictum) 파울루스 학설취찬 제41권 제1장 제31절 초항 (고시주해 제31권)

Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa

4) 그에 관해서는 Max Kaser, "Zur iusta causa traditionis", *BIDR* 64 (1961), 66면 각주 20 참조.

5) 참조 Ernst Levy, "Verkäufer und Übergang", *Iura* 14 (1963), 4면; Kunkel/Mayer-Maly, *Römisches Recht*, 4. Aufl. (1987), 157면 각주 9; Kaser, 앞의 글(각주 4), 66면은 이 개소가 고전 이후기 초기(*frühnachklassische Zeit*)에 속한다고 보고 있다.

6) *Gai.* 2,19-20: *Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. (20) Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim. (왜냐하면 非握取物은 引渡만 가지고도 유효하게 타인의 것이 되는데, 그 물건이 유체물이고 그 때문에 인도가 될 수 있는 경우라면 말이다. (20) 따라서 내가 너에게 옷이나 금, 은을 때 때, 증여 또는 다른 이유로 하여 인도하면, 그 물건은 즉시 너의 것이 된다. 단, 내가 그 물건의 소유자인 경우에 그러하다.)*

7) 참조 Levy, 앞의 글(각주 4), 4면.

praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

단순한 인도는 결코 소유권을 이전시키지 못하고, 매매 또는 다른 정당한 원인이 선행하고 그것 때문에 인도가 뒤따르는 때에만 그러하다.

울피아누스와 함께 후기 고전기의 쌍벽을 이루는 법률가인 파울루스(기원후 3세기 전반에 활동)에 따르면, 인도에 의해서 소유권이 이전하기 위해서는 반드시 정당한 원인(*iusta causa*)이 수반되어야 한다. 정당한 원인이 없이 단지 점유의 이전만 있는 경우를 파울루스는 단순한 인도(*nuda traditio*)라고 부르고 있다. 그 경우에 소유권은 이전하지 않는다.

반대로, 인도는 없이 당사자들의 약정만 있는 경우에 소유권은 이전할까? 단순한 약정만으로는 소유권은 이전하지 않는다.⁸⁾ 오직 두 요건 모두가 갖추어진 경우에만 소유권이 이전한다.

점유의 이전으로서의 인도는 점유취득자가 그 물건을 물리적으로 장악하는 것을 일차적으로는 의미했으나, 이러한 요건은 다양한 사례들에 의해서 완화되었다. 우선 물리적 장악이라는 體素(*corpus*)의 요건이 여러 가지로 완화되어 해석되었고,⁹⁾ 의사표시나 매개자를 통하여 현실적인 점유의 이전을 대체하는 경우(현대법의 간인도나 점유개정에 해당하는)도 이미 고전법에서 인정되었다.¹⁰⁾

정당한 원인으로서 고전법률가들에 의해 대표적으로 언급되는 것은 매매, 증여, 소비대차, 변제(*solutio*), 嫁資(*dos*)였다¹¹⁾ 즉, 원인(*causa*)은 소유권 이전이라는 결과를 가져올 수 있는 원인행위를 의미하였다.

요컨대, 이러한 정당한 원인들이 선행한 상태에서 현실적인 점유의 이전, 즉

8) 참조 C. 2,3,20 (Diocl./Maxim., a. 293): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. (인도와 사용취득에 의하여 물건의 소유권이 이전되는 것이지, 단순한 약정으로는 그렇지 않다.)

9) Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. (1971), 391면 참조.

10) Kaser, 위의 책, 394면 참조.

11) 물론 원인의 범위가 이러한 것들로만 한정되는 것은 아니었다. Kunkel/Mayer-Maly, 앞의 책(각주 5), 158면 참조.

인도가 이루어지면 소유권이 이전된다는 원칙을 파올루스는 이야기하고 있다.

그런데, 소유권 양도를 위한 이 두 가지 요건은 매우 추상적인 것이어서 현실적인 사례 해결을 위한 법규칙이라기 보다는, 소유권 양도의 일반적 원칙을 강학상의 이유에서 정리한 것으로 생각된다.¹²⁾

따라서 실제 사례에 있어서는 이 원칙만 가지고서는 해결이 어려운 경우도 있을 수 있고, 심지어는 그것과 정반대의 결론을 내리는 것이 더 합당한 경우도 있을 수 있다. 이제 살펴볼 율리아누스의 箇所는 바로 이런 경우에 대한 문제를 제기한다.

2. 율리아누스의 반론 : Iulianus D. 41,1,36

예전에 이 텍스트는 격렬한 수정비판(Interpolationenkritik)의 대상이 되었다.¹³⁾ 특히 근거를 제시하는 마지막 부분(constat 이하)이 의심의 대상이 되었고, 인도(traditio)가 아니라 약취행위(mancipatio)가 문제가 된다고 보기도 했다.¹⁴⁾ 그러나 오늘날은 이 개소가 율리아누스의 견해를 진정하게 반영한다는 점에 있어서 의심이 없어 보인다.¹⁵⁾

Iulianus D. 41,1,36 (13 digestorum) 율리아누스 학설취찬 제41권 제1장 제36절(학설취찬 제13권)

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto,

12) 참조 Kunkel/Mayer-Maly, 앞의 책(각주 5), 159면; Kaser, 앞의 글(각주 4), 81면 이하; Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis: römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken (1990), 58면; Fritz Schulz, "Besprechung der Arbeiten von Lange, Ehrhardt, Hazewinkel-Suringa, Betti u. Monier", SZ 52 (1932), 547면.

13) 이에 대해서는 Joseph Georg Wolf, Error im römischen Vertragsrecht (1961), 100면 이하의 典據 참조.

14) Otto Lenel, "Quellenforschungen in den Edictcommentaren II", SZ 3 (1882), 179면; Ernst Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl. (1955), 67면 각주 1; Gerhard Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. 3 (1913), 56면 이하; Gerhard Beseler, "Miscellanea: Tradition und causa", SZ 45 (1925), 221면.

15) 참조 Flume, 앞의 책(각주 12), 55면.

cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

우리가 인도되는 물건에 대하여는 합의하였으나 원인에 대해서는 불합의하였다면, 왜 그 인도가 무효여야 하는지를 나는 介意하지 않는다. 가령 내가 토지를 인도할 채무를 유언에 기하여 너에게 부담한다고 믿었고, 너는 내가 너에게 문답계약에 기하여 그 토지를 채무로 부담한다고 생각하였다고 하자. 혹은 내가 너에게 금전을 증여할 목적으로 인도하였고, 너는 그것을 마치 소비대차인 것처럼 수령하였다면, 소유권이 너에게 이전하며, 교부와 수령의 이유에 대해 우리가 불합의한 것이 장애가 되지 않음이 명백하다.

여기에서 율리아누스는 2가지의 사안을 다루고 있다.

첫 번째 사안에서는, 토지가 인도에 의하여 그 소유권이 이전되었는데 그것을 양도인은 유증채무의 이행으로, 양수인은 문답계약채무의 이행으로 생각하였다. 즉, 율리아누스가 보기에 양도인은 유증을, 양수인은 문답계약을 원인으로 생각하였고, 이러한 원인의 불합의에도 불구하고 소유권이 이전하였다.

그러나 율리아누스의 이런 생각과는 달리 이 첫 번째 사안에서는 인도의 원인이 일치하고 있다고 보아야 한다. 왜냐하면, 유증이나 문답계약이 인도의 원인이 되는 것이 아니라, 그것의 이행행위인 solutio(변제)가 인도의 원인이 되기 때문이다. 따라서 당사자들은 양자가 모두 원인에 대해 합의한 셈이 되고, 따라서 소유권은 이전한다. 요컨대, 이 첫째 사안은 파울루스의 원칙에 배치되지 않는다.

물론 율리아누스는 이와는 다르게 생각하였다. 그의 생각은 중세의 주석학자들이 사용했던 *causa remota et proxima* (遠因 및 近因)라는 개념과 표현 면에서는 다를지 몰라도, 내용에 있어서는 일맥상통한다. 즉, 양도인은 원인으로서 유증을, 양수인은 문답계약을 생각하였다. 그러나 양자 모두 근인으로서 변제를 생각하였다. 그런데 율리아누스가 생각하기에는 遠因 역시 일종의 原因이므로, 당사자들이 원인의 면에서 불일치했다고 말할 수도 있는 것이다.

이런 생각이 가능한 것은 일반적으로 로마인들은 개념 사용에 있어서 결코 엄격한 태도를 취하지 않았으며, 이 原因(causa)이라는 개념도 이 점에 있어서는 예외가 아니기 때문이다. 그러나 이 점을 인정한다 하더라도 近因에 있어서는 당사자들이 일치하고 있으므로, 첫 번째 사안이 파울루스의 원칙에 위배되지는 않는다. 따라서 율리아누스의 주장은 절반만 진실인 셈이다.

그러나 두 번째 사안의 경우에 율리아누스의 주장은 훨씬 더 설득력이 있다. 여기에서는 근인과 원인이 별개로 존재하는 것이 아니라, 하나의 원인만이 존재하며, 바로 그 원인에 있어서 양 당사자가 불일치하고 있기 때문이다.

사안의 내용은 다음과 같다. 교부지는 증여로, 수령자는 소비대차로 생각한 가운데 금전이 교부되었다. 그런데 율리아누스의 생각에 따르면, 이러한 원인의 불일치에도 불구하고 소유권이 이전되는 것이 타당하다. 그 주된 근거는, 소유권이 이전되는 그 물건(corpus)에 대해서는 당사자가 합의하고 있다는 점이다. 반면 물건(대상)에 대해 착오가 있는 경우(error in corpore)에는 결코 소유권이 이전되지 않는다고 율리아누스는 보고 있다.¹⁶⁾

여기에서 율리아누스는 “명백하다(constat)”이라는 표현을 쓰고 있는데, 자신의 주장에 대해 반론이 있을 수도 있음을 드러내고 있다. constat은 “확실하다” 또는 “확고하다”는 의미로서 어떤 학설이 압도적으로 타당한 경우에 법률가들이 사용하는데,¹⁷⁾ 비록 미약하거나 무시당할 정도라 하더라도 반론이 존재함을 시사한다.

고전법학의 전성기를 대변하는 율리아누스가 누렸던 압도적인 권위를 생각한다면, 그의 이러한 견해를 반박하는 것은 결코 쉽게 엄두가 나는 일이 아니었을 것이다. 그러나 파울루스와 더불어 후기 고전기 법학의 대표자이자, 고전법학의 성과에 대한 주석 작업을 통하여 그것을 성실하게 정리하는 역할을 수행했던 율피아누스가 율리아누스의 견해에 대한 반론을 제기하게 된다.

16) 참조 Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (1951), 530면.

17) 참조 Heumann/Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl. (1907), s.v. constare.

이제 율피아누스의 견해를 살펴보기에 앞서서, 위의 율리아누스의 입장에 대한 반증으로서 김기창 교수가 D. 41,1,35를 예로 들고 있는데,¹⁸⁾ 과연 그것이 타당한 예인지를 잠깐 살펴보기로 하자.

Ulpianus D. 41,1,35 (7 disputationum) 율피아누스 학설취찬 제41권 제1장 제35절 (논쟁집 제7권)

Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

만약 나의 재산관리인 또는 피후견인의 후견인이 자신의 물건을 마치 나의 것 또는 피후견인의 것처럼 타인에게 인도하였다면, 그들로부터 소유권이 상실되지 않으며 소유권이전은 무효이다. 왜냐하면 누구도 착오로 자신의 물건을 상실하지 않기 때문이다.

김기창 교수에 따르면 이 개소가 위의 율리아누스의 내용과 모순된다고 하나, 이 개소는 전혀 다른 문제를 다루고 있다. 여기에서 재산관리인 또는 후견인은 자신의 물건을 본인 또는 피후견인의 것으로 잘못 알고 인도하였다. 그런 경우에는 소유권은 이전하지 않는다. 따라서 여기에서 문제가 되고 있는 것은 이른바 대상의 착오(error in corpore)이다. 그런데 바로 그러한 경우에는 소유권이 이전하지 않음을 이미 율리아누스는 위에서 확인한 바 있다. 따라서 이 개소는 율리아누스의 입장과 반대되는 것이 아니라 오히려 율리아누스의 입장과 일치한다.

3. 원칙의 재확인 : Ulpianus D. 12,1,18 pr.

이제 율리아누스에 대하여 반론을 제기하는 율피아누스의 개소를 살펴보기로 하자.

18) 김기창, 앞의 글(각주 2), 17면.

Ulpianus D. 12,1,18 pr. (7 disputationum) 율피아누스 학설취찬 제12권 제1장 제18절 초항
(논쟁집 제7권)

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

내가 너에게 마치 증여인 것처럼 금전을 교부하였고, 너는 그것을 마치 소비대차인 것처럼 수령하였다면, 율리아누스는 그것이 증여가 아니라고 썼다. 그런데 그것이 소비대차인지를 살펴보자. 나는 그것이 소비대차가 아님은 물론이고 금전이 수령자의 것으로도 되지 않는다고 생각한다. 왜냐하면 그는 다른 생각을 가지고 그것을 수령하였기 때문이다. 만약 그가 그것을 소비하였다면, 비록 부당이득반환의 책임을 진다하더라도, 그는 악의의 항변을 원용할 수 있을 것이다. 왜냐하면 교부자의 의사에 따라 금전이 소비되었기 때문이다.

율피아누스는 율리아누스의 첫 번째 사안을 다루지 않는다. 우리가 위에서 보았듯이 그 경우는 원인을 변제로 봄으로써 쉽게 해결이 가능하기 때문이다. 따라서 율피아누스는 두 번째 사안, 즉 교부자는 증여를, 수령자는 소비대차를 생각하면서 금전이 인도된 경우를 가지고 논의를 시작한다.

율피아누스는 “율리아누스는 그것이 증여가 아니라고 썼다”고 하고 있지만, 위에서 본 텍스트의 어느 곳에서도 율리아누스는 그런 말을 한 적이 없다. 율리아누스가 원래 자신의 책(학설취찬 제13권)에서는 그러한 내용을 썼으나, 위의 D. 41, 1, 36에서는 이것이 누락되었을 가능성은 적다. 오히려 율피아누스의 이 말은 율리아누스의 견해에 대한 자신의 해석이라고 생각한다. 만약 율리아누스가 그것을 증여로 보았다면 교부와 수령의 불합의라는 것을 굳이 언급할 필요가 없기 때문이다. 즉 교부와 수령의 원인이 모두 증여로 일치하게 되는 것이다.

이제 그 금전의 교부가 증여가 아닌 것이 명백하므로, 율피아누스는 두 번째

가능성, 즉 그것이 소비대차일지의 여부를 검토한다. 그러나 그가 보기에 이것은 소비대차가 아니다. 교부자는 분명히 증여로서 그 금전을 인도하였기 때문이다. 따라서 이 교부 행위는 증여도 아니고 소비대차도 아니다. 그렇다면 그것은 무엇인가? 율피아누스가 보기에 그것은 원인이 없는 행위이다. 파울루스 식으로 말하자면, 인도가 있기는 있었지만 정당한 원인은 존재하지 않는 경우, 즉 단순한 인도(*nuda traditio*)가 되는 셈이다. 그렇다면 소유권은 당연히 이전하지 않는다.

이처럼 금전의 소유권이 이전하지 않았는데도 수령자가 그것을 보유하는 셈이 되므로, 이제 자연스럽게 그것의 반환이 문제된다. 물론 그 금전은 이미 소비되었을 수도 있고 그렇지 않고 여전히 수령자가 그대로 보관하고 있을 수도 있다. 율피아누스는 이 두 번째의 가능성(그대로 보관하고 있음)에 대해서는 논의하지 않고, 소비한 경우에 대해서만 언급한다.

그런데 금전이라는 물건의 특성상, 일단 그것이 인도가 되고 나면 설사 엄밀한 의미에서는 여전히 소유권이 교부자에게 있다 하더라도 그 금전을 그대로 다시 반환하는 것은 큰 의미가 없다. 보통의 경우에는 그 금전의 소유권이 일단 수령자에게 이전하는 것으로 하고, 수령자는 같은 액수의 금전을 반환하는 것으로 할 것이다.

더구나 그 금전이 보관되고 있는 것이 아니라 이미 소비된 경우에는, 그 금전에 대한 교부자의 소유권은 이미 상실된 것으로 보아야 한다. 그렇다면 교부자로서는 그 금전을 소유물 반환청구하는 것은 불가능하고, 오직 부당이득 반환청구에 의해서만 돌려받을 수 있을 것이다.

율피아누스가 들고 있는 예는 바로 이 소비된 금전의 경우이다. 따라서 부당이득청구가 문제된다. 그러나 그 금전이 아직 소비되지 않고 그대로 보관되고 있는 경우에는 어떻게 될까? 아주 엄밀하게 본다면 소유물 반환청구가 문제가 될 것이나, 그런 경우에도 금전의 특수성을 감안하여 부당이득으로서 반환청구하여야 한다는 것이 필자의 생각이다. 어쨌든 이 경우에 대해서 율피아누스는 언급을 하고 있지 않는데, 그것은 그러한 경우가 현실적으로 드물 것이기 때문

이기도 하지만, 다른 한편으로는 논란의 여지가 있는 문제이기 때문에 율피아누스가 일부러 다루지 않았을 가능성도 있다.

끝으로 율피아누스가 검토하고 있는 것은 교부자의 부당이득반환청구에 대해서 수령자가 악의의 항변을 행사할 수 있을지의 여부이다. 율피아누스는 이 항변을 인정하는데, 그 근거는 그 금전이 교부자의 의사에 입각해서(어차피 교부자는 무상으로 증여하려고 했으므로) 소비되었다는 점이다. 따라서 수령자는 이 금전의 액수를 반환할 필요가 없다.

결과적으로 볼 때 수령자가 이 금전을 반환할 필요가 없다는 점에서 율피아누스는 율리아누스와 일치하고 있는 것으로 보인다. 물론 율리아누스는 반환 문제에 대해서는 언급을 하고 있지 않으나, 소유권이 이전한다는 표현에는 이러한 의미가 담겨져 있다고 생각된다.

다만 양자는 이런 결론에 도달하는 방법에 있어서 현격한 차이를 보여주고 있다. 율리아누스는 원인의 일치라는 도그마를 쉽게 포기해 버리고, 목적물의 일치만 있으면 소유권 이전에 충분하다는 태도를 보인다. 심지어 율리아누스의 주된 의도는 원인의 일치라는 학설을 일종의 한계 사례(marginal case)를 통하여 전복하려는 것이 아닌가라고 생각될 정도이다. 그러나 율피아누스는 이와는 대조적으로 원인의 일치라는 도그마를 고수하려고 한다. 그렇게 하면서도 악의의 항변이라는 별개의 수단을 통하여 율리아누스와 같은 결과를 포기하지 않으면서 말이다.

요컨대, 율리아누스는 원인의 일치라는 도그마가 부조리한 결과(만약 소유권이 이전하지 않는다면 그것은 증여자의 의사에 반하게 되므로)를 가져올 수 있다는 것을 보여줌으로써 그것으로부터의 탈피를 주장한 반면, 율피아누스는 파울루스에게서 표현된 바 있는 원인 도그마를 충실히 유지하려는 태도를 취한다. 따라서 율피아누스는 고전법학의 기본 입장의 연장선상에서 있고, 반면 율리아누스는 거기에서 벗어난 개별적 입장을 취한 것이라고 볼 수 있다.¹⁹⁾

19) 참조 Kunkel/Mayer-Maly, 앞의 책(각주 5), 159면.

이에 관하여 김기창 교수는 “오늘날 많은 지지를 얻고 있는 견해는 고전 로마법 시대(공화정 말기/제국 초기)의 입장과 후기 로마법의 입장이 달랐으며, 고전 로마법 시기에는 인도의 원인거래가 실제로 유효하게 성립하여야(vera causa) 인도가 소유권 이전의 효력을 낳았으나, 후기 로마법에 와서는 인도의 원인거래가 유효하게 존재한다고 착각하고(causa putativa) 소유권을 이전하고 이전 받을 의도로 물건이 건네지는 경우에도 소유권 이전의 효력이 있게 되었다”는 입장을 인용하고 있지만, 이러한 견해는 다음과 같은 이유 때문에 수긍하기 어렵다.

우선, “고전 로마법에서는 vera causa를, 후기 로마법에서는 causa putativa를 요구했다”는 생각은 근거가 희박한 주장이다. 율피아누스와 율리아누스의 생각을 眞正 原因(causa vera)과 誤想 原因(causa putativa)으로 치환하여 설명하는 것이 과연 타당한지도 의심스럽지만, 굳이 그렇게 한다 하더라도 율리아누스의 생각은 causa putativa를 인정하는 것에 가깝고, 율피아누스의 생각은 vera causa를 고수하는 것에 가깝기 때문이다. 그런데 율리아누스는 고전 성기, 율피아누스는 고전 후기를 대표하는 법학자들이다. 따라서 고전 성기에는 오히려 causa putativa가 인정되다가 후기에는 vera causa가 요구되었다고 주장한다면 최소한 시기의 선후 면에서는 타당할 것이다. 그러나 위의 견해는 이런 시간적인 선후마저 혼동하고 있거나, 만약 혼동하고 있는 것이 아니라면 무시하고 있다.

둘째로, 고전기 로마법과 후기 로마법을 나누어 각각 vera causa와 causa putativa로 설명하는 이 입장(설사 그 시간적 선후를 바꾼다 해도 마찬가지이다) 로마법학계에서의 통설과는 완전히 동떨어진 견해일 뿐이다. 그럼에도 불구하고 김기창 교수는 이 입장이 “오늘날 많은 지지를 얻고 있는 견해”라고 하고 있다.²⁰⁾

그와는 반대로, 로마법 학계의 통설은 율리아누스가 이것을 소비대차로 인정했다는 것이다.²¹⁾ 통설의 한 변형은 “증여를 하려는 자의 생각에는 소비대차

20) 김기창, 앞의 글(각주 2), 19면.

21) Kaser, 앞의 책(각주 9), 417면; Joseph Georg Wolf, 앞의 책(각주 13), 107면 각주 67.

를 하려는 것이 포함된 것으로 볼 수 있다”는 것이다.²²⁾ 여기에 반대하는 입장은 율리아누스로부터 (사비니의 그것과 유사한) 일종의 물권계약적 사고를 발견하려 한다.²³⁾ 이 두 입장과 필자의 입장은 다르며, 위에서도 언급하였듯이, 율리아누스의 개소를 일종의 개인적인 결정으로 해석하는 것이다.

반면 김기창 교수는 “위에 소개한 두 구절이 일견 양립불가능하다는 지난 수세기 동안 유지되어 온 전제 자체가 그릇되었을 수 있다”는 점을 지적한다. 즉 “율리아누스는 돈의 소유권이 이전된다고 했지, 그 돈을 돌려주지 않아도 된다고 한 바는 없다. 한편, 율피아누스는 그 돈을 가지고 있을 수 없다(nummos accipientis non fieri)라고 했지, 그 돈의 소유권 이전이 되지 않는다고 한 바는 없다”고 한다.

그러나 이러한 해석은 필자가 보기에는 전혀 타당하지 않으며, 율피아누스가 제기하는 반론 전체를 무의미하게 한다. 한 가지만 덧붙이자면, nummos accipientis non fieri는 “그 돈을 가지고 있을 수 없다”가 아니라 “금전이 수령자의 소유로 되지 않는다”(는 것)이라고 해석하여야 한다. 여기에서 문제가 되는 것은 해당하는 라틴어 원문의 글자 그대로의 의미가 아니라 전체적 맥락 속에서의 해석이겠지만, 글자 그대로의 해석을 완전히 무시한 그런 해석이 어떻게 가능한지에 대한 근거는 제시되어 있지 않다.

이어서 김기창 교수는 이 주장을 확장하여 “금전이 아닌 경우도 마찬가지일 것이다”라고 하고 있다.²⁴⁾ 그러나 앞에서 언급하였듯이, 이 사안은 금전이라는

22) Kaser, 위의 책, 417면; 참조 Ralph Backhaus, “In maiore minus inest. Eine justinianische „regula iuris“ in den klassischen Rechtsquellen — Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion”, SZ 100 (1983), 165면 이하

23) 이러한 입장의 대표자들은 다음과 같다. Heinrich Lange, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition* (1930), 75면 이하; Derkje Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio: bijdrage tot de kennis van de eigendomsverdracht in het Romeinse recht* (1931), 200면 이하; Schulz, 앞의 글(각주 12), 543면 이하; Schulz, 앞의 책(각주 16), 350면. 한편 김기창, 앞의 글(각주 2), 19면 각주7에서는 영평하게도 이 Schulz의 책이 위에서 말한 “오늘날 많은 지지를 얻고 있는 견해”를 취하는 것으로 되어 있으나, 슈츠의 입장은 그와는 아무런 상관이 없으며, 그 책에서도 전혀 그러한 입장을 취하고 있지 않다; Emilio Betti, “Sul carattere causale della traditio classica”, *Studi Riccobono*, Bd. 4 (1936), 113면 이하.

물권이 가지는 특수성, 즉 물건으로서의 개성이 없이 가치 그 자체로 파악된다는 점을 고려하지 않고서는 제대로 이해할 수가 없다. 나아가 김 교수는 금전이 아닌 경우의 예로서 마차가 매매되지도 유증되지 않았는데 인도된 경우 및 유증은 실제로 있었는데 매수한 것으로서 착각하고 인도받은 경우를 논의하고 있으나,²⁵⁾ 거기에 해당하는 실제 사료가 없는 상황에서 이렇게 상상력에 의거해서 논의를 전개하는 것이 다른 사료의 해석에 근거로 사용될 수 있을만한 근거가 있을지는 의심스럽다.

Ⅲ. 중세

위에서 우리가 살펴 본 세 개소는 중세 이후에 활발한 연구와 논의의 대상이 되었다. 여기에서는 파울루스 D. 41,1,31 pr.에 대한 표준주석서(*glossa ordinaria*)상의 주석만을 검토해 보자. 이 주석은 이후 사비니 시대에 이르기까지 소유권 이전의 원인에 관한 가장 중요한 텍스트로 평가될 만한 것이다.

*Glossa iusta causa ad D. 41,1,31 pr.*²⁶⁾ 학설취찬 제41권 제1장 제31절 초항 *iusta causa*에 대한 주석

Vera vel putativa: alioquin id est si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de condic. inde. repugnaret. Qui titulus habet locum, quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa. Idem in promissione per stipulationem, ut infra de do. excep. l. ij. §. circa. ibi, si quis sine causa, etc. et in confessione, ut supra de proba. l. cum de indebito. §. fin. et facit C. de pac. l. traditionibus, et supra de dona. l. nuda.

24) 김기창, 앞의 글(각주 2), 20면.

25) 김기창, 앞의 글(각주 2), 20면 및 21면 각주 8.

26) 이 주석에 관해 보다 상세하게는 서울우, 「중세 법학에 대한 아리스토텔레스 철학의 영향 -인도의 정당한 원인(*iusta causa traditionis*)에 관한 주석(*Gl. D. 41,1,31 pr.*)을 중심으로」, 『법철학연구』 제7권 제2호 (2004), 141-160면, 특히 154면 이하 참조.

眞正 또는 誤想의 [causa]. 그렇지 않다면, 즉, 오상의 원인에 기하여 소유권이 이전되지 않는다고 네가 말한다면, 非債辨濟 반환청구에 관한 章 전체가 모순되게 될 것이다. 그 장은 어떤 물건의 소유권이 오상의 원인에 기하여 이전되는 경우에 적용된다. 問答契約에 의한 諾約에서도 마찬가지이다: 가령 Ulp. D. 44,4,2,3 에서 “si quis sine causa ...” 또한 認諾에서도, 가령 Paul. D. 22,3,25,4 및 C. 2,3,20 및 Pomp. D. 39,5,26.

우선, 김기창 교수는 “totus titulus de condic. inde.”을 “착오로 지급된 변제물의 반환을 구하는 소송(condictio indebiti)에 대한 구절들을 모아 둔 항목 전체”라고 번역하고 있는데,²⁷⁾ 이것은 “非債辨濟 반환청구에 관한 章 전체”라고 하는 것이 옳바르다. 즉 이것은 학설회찬의 제12권 제6장(D. 12,6), 즉 비채변제에 관한 장(de conditione indebiti)을 가리킨다.

이 비채변제를 제대로 이해해야만 “眞正 또는 誤想의 원인”의 의미를 파악할 수 있다. 비채변제란 존재하지 않는 채무(비채, indebitum)의 변제이다. 알면서도 그러한 비채를 변제하면 그 반환을 청구하지 못하지만(우리 민법 제742조), 모르면서 비채를 변제하면 그 반환을 청구할 수 있다는 것을, 율피아누스는 제12권 제6장의 모두에서 말하고 있다.

Ulpianus D. 12,6,1 (26 ad edictum). 율피아누스, 학설회찬 제12권 제6장 제1절 (고시주해 제26권)

Nunc videndum de indebito soluto. (1) Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.

이제 비채변제에 대하여 살펴보자. (1) 만약 누군가가 모르고서 비채를 변제하면, 그는 이 소권에 의하여 부당이득 반환청구를 할 수 있다. 그러나 만약 자신이 채무를 지지 않음을 알면서 변제하였다면, 반환청구가 정지된다.

27) 김기창, 앞의 글(각주 2), 24면.

아무런 채무도 존재하지 않는데도 불구하고 행한 변제가 원인(causa)이 없는 인도가 된다면, 앞에서 파울루스가 말한 바에 따라서 *nuda traditio*가 될 것이고, 소유권도 이전하지 않아야 할 것이다.

그런데 로마인들은 이런 경우에도 소유권이 유효하게 이전하는 것으로 보았는데, 그것을 입증하는 것은 비채변제에 관한 학설취찬 제12권 제6장에 실려 있는 많은 사례들이다. 이런 것이 가능했던 것은 로마인들은 채무의 존재와는 무관하게 변제(*solutio*) 그 자체를 유효한 원인으로 보아 *causa solvendi*라고 부르고 전형적인 *causa*의 한 예로 취급하였기 때문이다.

이 주석을 쓴 아쿠르시우스(*Accursius*)가 오상(*putativa*) 이라고 부르는 것은, 실제로는 채무가 존재하지 않는데도 불구하고 채무가 존재하는 것으로 생각(*putare*: 생각하다)했다는 의미이다. 그리고 그런 경우에도 그 변제행위인 *solutio*가 하나의 유효한 원인으로 취급되므로, 비채변제는 오상원인이 되는 것이다.

진정원인은 그 밖의 일반적인 경우, 즉 매매나 증여와 같은 원인, 아니면 실제로 채무가 존재하는 가운데 행해진 변제 등이 해당한다.

로마인들은 원인을 이처럼 진정한 것과 오상의 것으로 구분하지 않았다. 그들에게는 이 모든 것이 하나의 원인이었다. 그러나 아쿠르시우스로 대변되는 주석학파가 이 둘을 구별한 것에는 어떤 의미가 있는 것일까?

이것은 기본적으로 주석학파가 원인을 점차 채권관계(*obligatio*)와 동일시하게 되었다는 것을 전제로 할 때에만 이해할 수 있다. 그렇게 되면 비채변제의 경우 원인이 존재하지 않는 것이 되어 소유권이 이전하지 못하여야 되지만, 분명히 학설취찬 제12권 제6장은 그 반대의 사실을 말하고 있는 역설에 직면하게 된 것이다.

학설취찬 자체가 완벽하며 아무런 모순도 없다는 신앙을 가지고 있었던 주석학파로서는 비채변제가 파울루스의 원칙과 아무런 모순도 없이 설명될 수 있어야 했다. 따라서 비채변제도 하나의 원인이라는 하지만, 보통의 원인(*causa vera*)과는 달리 실제로 존재하는 것이 아니라 “생각으로만 존재하는(채무가 실제로 존재하지 않는다는 의미에서)” 원인, 즉 오상 원인이라고 부르게 된 것이

다. 결국 진정/오상 원인은 주석학파가 학설회찬의 무모순성을 유지하기 위하여 창안해 낸 하나의 발명품이었다.²⁸⁾

그러나 김기창 교수에 따르면 이러한 아쿠르시우스의 시도는 근거가 약해 보이는데, 그 결정적인 이유는 “착오로 변제한 자가 ‘condictio’라는 소송을 통하여 변제물의 반환을 구하였다고 해서 그 변제물의 소유권이 이미 상대방에게 이전되었음이 분명하다는 식으로 결론을 내리는 것은 좀 근거가 박약”하기 때문이라고 한다.²⁹⁾

그러나 이러한 생각은 비채변제의 경우에도 그것이 solutio로서 유효한 원인이기 때문에 아무 문제없이 소유권이 이전한다는 점을 간과한 것이다. 이미 소유권이 이전하였기 때문에 부당이득반환청구(condictio)에 의존하는 것이지, 부당이득반환청구를 하기 때문에 소유권이 이전하였다는 결론을 도출하는 것이 아니다.

또한 김 교수는 “경우에 따라서는 자기 소유의 물건을 반환받기 위하여 ‘rei vindicatio’를 사용하는 것이 불가능”하다고 하면서 그 예로서 “상대방이 매수인으로서의 항변(exceptio rei venditae et traditae)을 제기할 수 있는 경우가 그러하다. 이때에는 자신의 물건이더라도 ‘condictio’를 통하여 회복을 시도할 수밖에 없을 것이다”라고 한다.

우선 exceptio rei venditae et traditae는 “매수인으로서의 항변”이 아니라 매각되어 인도된 물건의 항변이라고 번역해야 한다. 단순한 매수인의 지위와 매수한 물건을 이미 인도받은 매수인의 지위는 크게 다르다. 이 항변은 바로 이 뒤의 경우에 해당한다. 매수인이 이 항변을 가질 경우 매도인의 소유물반환청구(rei vindicatio)는 당연히 저지된다. 그러나 그렇다고 하여 김 교수가 말하는 것처럼 condictio가 매도인에게 인정되는 것은 아니다. 비록 시민법상의 소유자는 아니

28) 참조 Johannes Georg Fuchs, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft* (1952), 42면 이하; Berthold Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung* (1987), 32면 이하; Kaser, 앞의 책(주 5), 417면; Alfred Söllner, “Die causa im Konditionen und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten”, *SZ* 77 (1960), 189면 주 26.

29) 김기창, 앞의 글(각주 2), 25면.

더라도 매수인은 법무관에 의하여 보호받을 수 있는 실질적인 소유자이기 때문에 매도인에게는 당연히 부당이득반환청구가 인정되지 않는다.

계속하여 김 교수는 아쿠르시우스의 해석이 “원전 문헌들과 정면으로 충돌하는 측면도 없지 않다”고 하면서 사용취득에 관한 *Celsus Ulpianus D. 41,3,27* 를 그 근거로 제시하고 있다.³⁰⁾ 여기에서 켈수스(*Celsus*)가 오상원인에 기한 사용취득을 부인하고 있다는 점은 맞다. 그러나 그 결론을 바로 오상원인에 기한 소유권 취득을 부인하는 근거로 쓰는 데에는 몇 가지 문제점이 있다.

우선 김 교수는 아무런 의심도 하지 않은 채로 이 텍스트로부터, “소유권이 이전되지 않음은 물론이고, 그렇게 시작된 점유가 아무리 오래 계속되어도 사용취득을 주장할 수조차 없다는 것”이라고 주장한다.³¹⁾ 아마도 김 교수는 사용취득이 문제되는 경우는 인도에 의해 소유권이 이전하지 않았다는 것을 자동적으로 의미한다고 전제하는 것 같다.

그러나 인도(*traditio*)에 의한 소유권 이전과 사용취득(*usucapio*)에 의한 소유권 취득은 결코 동일한 제도가 아니며, 동일한 차원에서 논의될 수 있는 것이 아니다. 또한 후자는 전자가 부인되는 경우에만 등장하는 문제인 것도 아니다. 전자의 경우에는 소유권이 즉시 이전되며, 후자의 경우에는 즉시 취득되는 것이 아니라 1년(동산) 또는 2년(부동산)의 기간이 경과한 후 다른 몇 가지 요건을 갖춘 경우에만 소유권을 (원시)취득한다. 따라서 양 제도의 밀접한 관련성에도 불구하고, 과연 소유권이 이전 또는 취득되었는지 여부를 평가하는 이해관계가 결코 같지 않다. 따라서 오상 원인이 문제되는 경우라 하더라도, 그 오상 원인이 인도의 원인인가 아니면 사용취득의 원인인가에 따라서 얼마든지 결론이 달라질 수 있다.

이 문제에 관한 로마법학계의 입장은 대체로 세 가지로 정리될 수 있다. 첫째로, 인도와 사용취득을 동일시하는 입장이다.³²⁾ 둘째로, *Kaser*에 의해서 주장

30) 김기창, 위의 글, 26면 이하.

31) 김기창, 위의 글, 27면.

32) Ernst Rabel, *Grundzüge des römischen Rechts (Enzyklopädie der Rechtswissenschaft)* Bd. 1(1915), 440면;

되는 통설의 입장은 이 두 가지를 별개의 것으로 보는 것이다.³³⁾ 물론 Kaser도 이 두 제도가 역사적으로 일정한 병행관계 속에서 발전했음을 인정한다.³⁴⁾ 세 번째의 입장은 Flume에 의해서 주장되는 것으로서, 두 번째 입장을 변형한 것이라 할 수 있다. 즉, 두 제도의 상이성을 인정하면서도 사용취득에 관한 결론 중의 일부는 인도에도 적용될 수 있다고 보는 입장이다.³⁵⁾ 김 교수의 입장은 이러한 세 가지 중 어느 것보다도 같지 않은데, 그 이유는 앞에서도 언급했듯이, 사용취득이 문제되는 것은 자동적으로 인도에 의한 소유권 이전의 부인을 의미한다고 믿기 때문이다.

아울러 김기창 교수는 조금 전의 켈수스 율피아누스 개소 이외에도 오상원인에 기한 사용취득이 문제되는 예로서 폼포니우스의 두 개의 텍스트, 즉 D. 41,10,4,2 그리고 D. 41,10,3을 들고 있다.³⁶⁾ 전자의 경우에는 유증에 기하여, 후자의 경우에는 문답계약에 기하여 채무가 존재한다고 믿었으나 실제로는 채무가 존재하지 않은 가운데 변제가 이루어진 경우 사용취득이 인정되고 있다. 그러나 여기로부터 김 교수는 다시금 엉뚱한 결론을 끄집어낸다. 이처럼 “사용취득이 가능할 뿐이므로, 오상원인에 기한 인도로 소유권을 당장 취득한다는 것은 도저히 있을 수 없는 일”이라는 것이다.³⁷⁾ 즉, 사용취득이 부인되는 경우(앞의 켈수스 율피아누스)는 물론 사용취득이 인정되는 경우(여기의 두 폼포니우스)에도, 사용취득이 문제되는 것 자체는 인도로 인한 소유권 이전의 부인을 의미한다는 것이다.

그러나 이러한 생각은 앞의 오류를 다시 반복하는 것이다. 로마법학계의 학

Gerhard Beseler, 앞의 글(각주 14), 225면; Arnold Ehrhardt, *Iusta causa traditionis: eine Untersuchung ueber den Erwerb des Eigentums nach roemischem Recht* (1930), 9면 이하; Kunkel/Mayer Maly, 앞의 책(주 5), 127면 각주 9; Hazewinkel-Suringa, 앞의 책(각주 23), 167면 이하

33) Kaser, 앞의 글(각주 4), 92면 이하; 이미 Schulz, 앞의 책(각주 16), 547면 이하.

34) Kaser, 앞의 글(각주 4), 63면 참조.

35) Flume, 앞의 책(각주 12), 58면; Horst Heinrich Jakobs, “Error falsae causae”, *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, Bd. 1 (1978), 43-99면.

36) 김기창, 앞의 글(각주 2), 27면 이하.

37) 김기창, 위의 글, 28면.

설 중 어느 쪽도 이런 입장과는 거리가 멀다. 즉, 인도와 사용취득의 동일성을 강조하는 입장에 따른다면, 사용취득이 인정된다면 인도도 인정되거나, 사용취득이 부정되면 인도도 부정되게 된다. 만약 Kaser와 같은 통설의 입장을 따른다면, 어느 한 쪽의 결론을 다른 쪽에 이전시키는 것이 타당하지 않게 된다. 만약 Flume와 같은 변형된 통설의 입장을 따른다면, 제한된 범위에서 것처럼 다른 쪽의 결론을 원용하는 것이 가능하게 될 것이다.

그런데도 김 교수는 이러한 사료들에 대한 해석을 바탕으로 하여 “아쿠르시우스의 견해는 이처럼 원전 근거가 매우 박약”하였다는 결론을 도출한다.³⁸⁾ 그러나 필자가 보기에 이러한 결론은 해당 주석 및 그와 관련되는 로마법의 개소들에 대한 잘못된 이해에서 비롯된 것이다. 김 교수는 “근거가 박약한” 아쿠르시우스의 견해가 “그 다음 세대의 로마법 연구가들에 의하여 충실히 계승, 발전되었다”는 점을 의아해 하고 있으나,³⁹⁾ 그것은 아쿠르시우스의 견해가 결코 근거가 박약하지 않다는 하나의 증거가 아닐까? 실제로 소유권 이전에 관한 아쿠르시우스의 입장은 이후에 많은 오해(특히 오상원인 개념)를 불러일으키기도 했지만, 사비니 이전의 통설이었던 *titulus modus* 이론에 이르기까지 여전히 효력을 잃지 않았다.⁴⁰⁾

IV. 결어

물권행위론의 학설사를 추적하는 일은 소유권의 이전이라는 거대한 문제의 한 측면을 밝히는 일이기 때문에 여러 가지 어려움을 안고 있는 작업이다. 우

38) 김기창, 위의 글, 28면.

39) 김기창, 위의 글, 28면.

40) 가령 Gustav Hugo, “Vollständige Darstellung der Lehre von (justus) titulus und dem s.g. modus acquirendi”, *Civilistisches Magazin* 4 (1812), 158면 이하; Ernst Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum: rechts und dogmengeschichtliche Untersuchung* (1883), 102면 이하; Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967), 238면 참조.

선, 로마법에서 현행 민법에 이르는 긴 시간에 대한 통시적인 연구를 수행해야 하는데, 이것은 그 자체만으로도 상당한 분량의 작업이다. 그런데 이 작업을 보다 어렵게 하는 것은, 소유권 이전이라는 문제는 그것이 사법제도 안에서 가지는 기본적인면서도 포괄적인 성격 때문에 필연적으로 인근 제도에 대한 고찰과 이해를 요한다는 점이다. 가령 로마법의 소유권 이전을 *traditio* 하나로 국한하여 고찰한다 하더라도, *traditio*와 관련된 사료를 검토하는 것만으로는 부족하다. 밀접한 인근 제도들, 가령 부당이득법이나 사용취득, 점유 제도 일반에 대한 이해가 필수적이다. 따라서 이러한 인접 제도들과 관련된 풍부한 사료들을 충분히 검토한 연후에야 정작 *traditio*와 관련된 사료들을 정확히 이해하는 것이 가능하다. 따라서 이러한 작업이 결코 쉽지 않을 뿐 아니라 많은 시간과 노력을 필요로 한다는 것은 당연하다.

그런데 이 물권행위론과 관련해서는 연구를 어렵게 하는 또 하나의 암초가 숨어있다. 그것은 이 주제가 이미 사비니 시대 이후로 수많은 학자들의 뜨거운 논쟁의 대상이 되었다는 점이다. 따라서 이 주제에 관한 수많은 문헌들이 있지만, 그 대개의 경우는 어느 한쪽의 입장에 치우친 견해를 피력하고 있다. 가령 사비니처럼 물권행위를 인정하는 입장과 그에 반대하여 물권행위를 인정하지 않는 입장에 따라서 동일한 로마법 사료의 해석이라도 천양지차가 나게 된다.

따라서 이러한 전체적 맥락과 위험을 파악하지 못한 채 몇몇 문헌에 의존하여 주마간산 격으로 연구를 진행하다가 도무지 방향감을 상실한 채로 사료의 그릇된 해석이라는 늪에 빠질 가능성이 매우 높다. 이러한 위험에서 벗어나기 위해서는, 폭넓게 문헌을 섭렵하는 것도 하나의 방법이겠지만, 가장 중요한 것은 사료를 해석할 때 특정 문헌의 시각에 입각해서 할 것이 아니라, 연구자 스스로가 선입관 없는 태도를 유지하면서 가능한 한 객관적인 해석을 시도하는 것이다.

위에서 살펴 본 바와 같이, 김기창 교수의 연구와 필자의 해석은 거의 모든 사료에 있어서 상당한 정도의 차이를 보였다. 그러나 이 문제에 대한 정답은 처음부터 존재하지 않는다. 각자의 해석의 상이함이 자신의 독자적인 입장을

견지하는 가운데에서 자연스럽게 도출된 것이라면, 이러한 해석의 차이는 생산적인 결과를 가져올 수 있을 것이다. 그러나 각자의 해석이 어느 특정한 입장의 문헌에 매몰된 비주체적인 태도의 결과라면, 그 입장을 비교하는 것마저도 시간 낭비일 수 있다.

이 글을 통하여 필자는 김기창 교수의 견해에 대해 많은 비판을 가하였지만, 동시에 김 교수의 연구로부터 많은 자극과 격려를 받았음을 고백한다. 비록 견해가 다른 부분은 많았지만, 선학의 연구가 있기 때문에 후학이 바로 그곳에서부터 출발할 수 있는 것이다. 끝으로 사비니의 말을 인용하며, 이 글을 마치기로 한다.

“나는 학문의 생존조건이기도 한 학문적 논쟁의 커다란 이익을 모르는 것이 아니다. 개개인의 정신적인 능력이 그 종류나 방향에 있어서 매우 다양하다는 것도 항상 인식되어야 할 것이다. 바로 그러한 대립적인 요소들의 공동작용이야말로 학문의 진정한 생명을 낳는 것이며, 그 다양한 능력의 보유자들은 언제까지나 자신들을 하나의 거대한 건축공사장에서 같이 일하는 노동자로 인식하여도 좋을 것이다.”⁴¹⁾

〈참고문헌〉

1. 국내문헌

김기창, 『물권행위 탄생사』, 『아듀, 물권행위』, 2006.

명순구 외, 『아듀, 물권행위』, 2006.

서울오, 『사비니의 물권계약론에 관한 학설사적 고찰』, 『이화여대 법학논집』 11권 제2호, 2007.

_____, 『중세 법학에 대한 아리스토텔레스 철학의 영향—인도의 정당한 원인(iusta causa

41) 양창수 편역, 『사비니, ‘현대로마법 체계’ 서언』, 『독일민법학논문선』 (2005), 6면.

traditionis)에 관한 주석(Gl. D. 41,1,31 pr.)을 중심으로, 『법철학연구』 제7권 제2호, 2004.
양창수 편역, 「사비니, ‘현대 로마법 체계’ 서언」, 『독일민법학논문선』, 2005.

2. 외국 문헌

- Backhaus, Ralph, In maiore minus inest. Eine justinianische “regula iuris” in den klassischen Rechtsquellen—Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion, in: SZ 100 (1983), S.
- Beseler, Gerhard, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, Bd. 3, Tübingen, 1913
_____, Miscellanea: Tradition und causa, in: SZ 45 (1925), S. 188 ff.
- Betti, Emilio, Sul carattere causale della traditio classica, in: Studi in onore di Salvatore Riccobono, Bd. 4, Palermo 1936, Neudr. Aalen 1974, S. 113 ff.
- Ehrhardt, Arnold, Iusta causa traditionis: eine Untersuchung ueber den Erwerb des Eigentums nach roemischem Recht, Berlin 1930
- Flume, Werner, Rechtsakt und Rechtsverhältnis: römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, Paderborn 1990
- Fuchs, Johannes Georg, Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft Basel 1952
- Hazewinkel-Suringa, Derkje, Mancipatio en traditio: bijdrage tot de kennis van de eigendomsoverdracht in het Romeinsche recht, Alphen aan den Rijn 1931
- Heumann, Hermann Gottlieb/Emil Seckel, Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., Jena 1907, unveränd. 10. Aufl., Graz 1958
- Hugo, Gustav, Vollständige Darstellung der Lehre von (justus) titulus und dem s.g.modus acquirendi, in: Civilistisches Magazin 4, Berlin 1812, S. 158 ff.
- Jakobs, Horst Heinrich, Error falsae causae, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs, Bd. I, Köln 1978, S. 43-99
- Jörs, Paul/Wolfgang Kunkel/Leopold Wenger, Römisches Recht, 4. Aufl. neu bearb. v. Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb, Berlin 1987
- Kaser, Max, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971
_____, Zur iusta causa traditionis, in: BIDR 64 (1961), S. 61-97
- Kupisch, Berthold, Ungerechtfertigte Bereicherung: Geschichtliche Entwicklung, Heidelberg 1987

- Landsberg, Ernst, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum: rechts- und dogmengeschichtliche Untersuchung, Leipzig 1883
- Lange, Heinrich, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, Nachdr. Leipzig 1970
- Lenel, Otto, Quellenforschungen in den Edictcommentaren II, in: SZ 3 (1882), S. 177-198
- Levy, Ernst, Verkäufer und Übereignung, in: Iura 14 (1963), S. 1-28
- Rabel, Ernst, Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Basel 1955
- _____, Grundzüge des römischen Rechts, in: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I, 1915, S. 440 f.
- Schulz, Fritz, Classical Roman Law, 1951, Nachdr. London 1961
- _____, SZ 52 (1932) S. 543 ff. (Besprechung der Arbeiten von Lange, Ehrhardt, Hazewinkel-Suringa, Betti u. Monier)
- Söllner, Alfred, Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, in: SZ 77 (1960), S. 177 ff.
- Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967
- Wolf, Joseph Georg, Error im römischen Vertragsrecht, Köln 1961

Some Source Texts to the Theme of Abstract Real Contract

Seo, Eul-O*

The question of whether the *traditio* (simple handing over) brings about only a change of possession or in addition a transfer of ownership depends on the cause (*causa*) of acquisition. When buying or giving something as gifts or so, the *traditio* means therefore a transfer of ownership because it is connected with an agreement which aims a change of ownership.

The crucial element which gives the effect of transferring ownership to the legally neutral *traditio* (handing over) is, as the Romans called, a cause of handing over (*causa traditionis*). The fact that no change of ownership is possible without an adequate cause (*causa*) is testified especially by the famous fragment of Paulus which has been regarded as a basic rule of transfer of ownership up to the era of the common law.

In summary one might note: The fragment of Julian, D. 41,1,36, is to understand neither as a proof of the doctrine of the real causal contract nor as a radical negation of *causa*-theory. It was rather a very personal decision which only a jurist with the utmost authority and creative talent can give. In contrast the fragment of Ulpian shows the cautious stance of the classical jurists who wanted to avoid the deviation from established rules if possible. This attitude corresponds to the general statements of Gaius and Paulus.

The Glossators divided the *causa traditionis* in two kinds, *putativa* and *vera causa*, but gave no unified definition for the *causae*. Also with *causa finalis* and *impulsiva* there

* Assistant Professor, Ewha Womans University

was no definition but some references to the relevant sources. With these two kinds of *causae* the glossators tried to divide the relevant sources into two groups, the legal cases from D. 12.6 (*condictio indebiti*) as group of *causa vera* and the cases of *solutio indebiti* as group of *causa putativa*. Indeed the glossators did not want to invent a new law from the sources, but gave a guide for better understanding of the source texts. All the glossators wanted was just to understand the sources as the Romans did, not to create something new.

[Key Words] *causa*, *traditio*, Paulus, Iulianus, Ulpianus, *Antinomie*, *glossa*, Accursius, *causa vera*, *causa putativa*