

〈토론문〉

“김기창, 자주 점유의 기원과 종말”에 관한 토론문

서울오*

그 동안 김기창 교수와 토론자는 사비니의 물권계약론에 대해서 몇 편의 논문을 통하여 논쟁을 진행해 왔다. 김 교수에 따르면, 사비니의 물권행위 개념은 로마법 사료에서 전혀 근거를 찾을 수 없는 사비니의 발명품에 불과할 뿐 아니라, 현행 민법의 해석을 위해서도 불필요하다. 이에 대하여 토론자는 사비니의 견해를 뒷받침하는 증거를 로마법에서 발견할 수 있으며, 물권행위 개념의 유용성에 대한 평가에 있어서도 보다 신중한 입장을 취해야 한다고 주장해왔다.

김기창 교수의 오늘의 발표는 자주점유 개념에 관한 것으로서, 이 개념이 로마법에서는 전혀 근거를 찾아볼 수 없는 체계적 사고의 산물로서 그 창안자는 사비니이며, 이 개념은 현행 민법의 해석에 있어서도 무용함을 넘어서서 해약을 끼치는 존재라고까지 평가하고 있다.

어떤 개념이 원사료의 근거 없이 가공되었고 그 가공자로서 사비니가 비난을 받고 있으며, 또한 그 개념이 현행법의 해석에 악영향을 끼치고 있다는 점을 김 교수가 지적하고 있는데 비하여 발표자는 그 점에 대하여 기본적으로 반대의 입장을 취하고 있다는 면에서, 오늘의 발표와 토론은 기존에 행해진 김기창 교수와 토론자 간의 논쟁이 이제 영역을 보다 확대되어 계속되는 것이라고 할 만하다.

* 이화여대 법대 조교수, romanist@ewha.ac.kr

발표자는 사비니를 비판하는 논지를 다음과 같이 요약하고 있다.

i) 사비니는 점유의 心素를 ‘소유의 의사’라고 규정함으로써 소유의 의사가 없는 자는 아예 점유자가 아니라고 하였으나, 이러한 이론은 로마법 원전 자료에 근거하지 않는다.

ii) 사비니는 점유에 이르게 된 원인 거래를 도외시 한 채, 점유자의 주관적 의사에 과도한 비중을 두고 점유 개념을 설명하려 시도하였다.

iii) 사비니는 관념적 이론 체계 수립에 골몰한 나머지 법의 윤리성에 대한 성찰을 누락하였다.

결국, 발표자의 비판을 한 마디로 표현한다면, 사비니는 로마법상 다양한 맥락에서 논의되었던 점유 유형들을 두루 관통하는 하나의 추상적 개념으로서 점유 이론을 구축하고자 하였으며, 그 핵심은 ‘소유의 의사로 하는 점유’, 즉 자주점유였다는 것이다. 그런데 이러한 사비니의 생각은 사료에 근거를 찾기 어렵다는 것이 발표자의 입장이다.

이러한 발표자의 주장에 대해서는 다음과 같은 몇 가지 측면에서 의문을 제기할 수 있다.

첫째, 사비니가 로마법상의 점유의 핵심 징표로서 파악한 ‘소유의 의사(animus domini 또는 animus sibi habendi)’가 과연 실제 로마법과는 동떨어진, 사비니의 ‘발명품’에 불과한가를 검토해 볼 수 있다.

주지하듯, 로마법의 점유는 현대법의 점유 개념, 즉 문제 상황과 상관없이 불변하는 점유 개념과는 큰 차이가 있다. 즉, 로마법상의 점유는 세 가지 측면의 점유(시민법상의 점유 *possessio civilis*, 特示命令의 보호를 받는 점유 *possessio ad interdicta*, 자연적 점유 *detentio, naturalis possessio, in possessione esse*)를 포괄한다. 따라서 이렇게 역사적으로 볼 때 각각 독립적으로 발전한 법제도들을 포괄

하여 하나의 점유 개념을 도출하는 것이 쉽지 않음은 당연하다. 개념의 사용에 있어서 무척 유연한 입장을 취했던 로마인들로서는 이 모든 현상들을 점유라는 용어로 표현하는 것이 별로 문제되는 일이 아니지만, 하나의 개념이 하나의 고정된 의미로만 사용되어야 하는 근대법에 있어서는 이것은 허용되기 어려운 일이다. 그렇다면, 사비니가 점유와 관련된 다양한 사료들로부터 하나의 통일적인 개념을 도출하려고 한 것이 결코 로마인들 자신의 점유 이해와 일치하는 것은 아니지만, 근대 자연법학 이후의 법학(사비니 및 역사법학파도 물론 이들의 후예이다)에서 이러한 통일적-따라서 필연적으로 축소해질 수밖에 없는-개념 파악은 어쩔 수 없는 일이며, 그것을 비단 사비니 혼자 책임이라고 말하기는 어려울 것이다.

이제 보다 구체적으로, 사비니가 말하는 ‘소유의 의사’가 로마법상 점유의 통일적 파악(이러한 통일적 파악을 불가피한 것이라고 인정한다면)을 위한 핵심적 징표인가를 생각해 보자. 소유의 의사로서 하는 점유, 즉 근대법이 말하는 자주점유는 시민법상의 점유에 대해서는 잘 들어맞는다. 그러나 特示命命의 보호를 받는 점유와 관련해서는 문제가 있다. 즉, 그러한 점유자들 가운데에서 점유자인 소유자, 선의점유자, 악의점유자는 자주점유에 해당하지만, 永借人(emphyteusis, Erbpächter), 허용점유자(Prekarist), 질권자, 계쟁물보관인(sequester)와 같은 타주점유자들 역시 특시명령의 보호를 받는 점유자이므로 이들까지 포괄해서 설명하는 것은 ‘소유의 의사’라는 개념으로서는 무리이다.

바로 이 측면을 발표자 역시 지적하고 있지만, 이 문제점은 사비니 자신도 잘 인식하고 있었다. 사비니는 자신의 점유론(Das Recht des Besitzes, 초판 1803)에서 제1절(1. Abschn. : Begriff des Besitzes)의 중요 부분을 로마법에서 점유라는 용어가 사용되는 다양한 경우에 대한 고찰에 할애하고 있다(§ 7 및 8). 그런 다음에야 비로소 점유의 통일적 파악을 시도하고 있으며(§ 9 : Materieller Begriff des Besitzes), 몇몇 예외를 제외하면 ‘소유의 의사’라는 개념으로 로마법상 점유의 다양한 문제 상황을 포괄할 수 있다고 주장했다. 이러한 사비니의 태도를 발표자와 같이 ‘편집증에 가까운 집착’으로 보아야 하는지에 대해서 토론자로서는

반대의 입장이다. 근대법의 입장에서 로마법을 이해하는 것이 가지는 한계에 대해서는 물론 인식하고 있어야 하겠지만, 위와 같은 사비니의 입론은 토론자로서는 충분히 수긍할 만한 것으로 생각된다.

둘째, 발표자의 주장의 두 번째 핵심은 사비니가 점유를 자주점유로 파악하였기 때문에, 부동산 시효취득의 천국이라는 우리 민법상의 곤란한 문제점이 발생했다는 것인데, 이 주장이 과연 타당한지 검토해 보자.

이에 대한 상세한 논의는 별도의 기회로 미루기로 하고, 토론자는 여기에서 이 문제를 아주 단순화하여 설명하고자 한다.

즉, 발표자의 생각처럼 사비니가 점유의 개념을 잘못 바꾸어 놓았기 때문에 시효취득이 부당하게 용이하게 되었다면, 정작 사비니의 생각이 가장 잘 반영되었을 독일 민법에서는 우리보다 이 문제가 더 심각해야 할 것이다. 그러나 실제로 독일 민법에서는 시효취득에 관하여 이러한 문제점이 전혀 없다.

취득시효와 관련하여 ‘소유의 의사’를 요건으로 하는 입법은 일본 민법 및 그 영향을 받은 민법전(만주국 민법전, 중화민국 민법전), 그리고 한국 민법전을 제외하고는 전혀 없다. 보다 상세한 논의는 최병조, 부동산의 점유취득시효와 점유자의 소유의사의 추정 - 민법 제245조 제1항·제197조 제1항 및 양조문의 관계에 관한 역사적·비교법적 고찰, 서울대학교 법학 37권1호(제100호), 1996, 101면 이하=로마·민법 논고, 1999, 389면 이하 참조). 그렇다면 오직 이러한 민법전들만 사비니의 점유 개념의 영향을 받아서 이렇게 규정을 했어야 발표자의 논지가 타당할 것이다. 그러나 이러한 주장은 무리한 것이다.

우리 민법에서 ‘소유의 의사’를 취득시효의 요건으로 할 뿐만 아니라 점유를 하기만 하면 ‘소유의 의사’의 추정을 받는 것은, 최병조 교수의 연구가 이미 분명히 밝혔듯이, 일본 민법이 프랑스 민법을 계수하는 과정에서 ‘소유자의 권원에 기하여’라는 요건을 ‘소유자의 의사로’로 대체한 것을 그대로 답습한 결과이다.

이러한 잘못된 대체가 사비니의 영향 때문이라고 말한다면, 그것은 설득력

을 얻기 어렵다. 왜냐하면 일본 민법의 이러한 규정들은 사비니의 이론이 아니라 프랑스 민법을 모델로 하였으나 몰이해 때문에 그것을 잘못 수용한 결과이기 때문이다.

논의의 범위를 보다 좁혀서 점유로부터 소유의 의사를 추정하는 규정과 관련하여 살펴보면, 발표자의 논지가 근거가 박약하다는 점이 보다 명확하게 드러난다. 즉, 일본 민법이 이러한 규정을 둔 것은 프랑스 민법을 받아들인 것이며, 점유로부터 소유를 추정하고 그것을 시효취득과 연결시키는 법제는 비교법적으로 볼 때 프랑스 민법계가 유일하고 독일법계는 이러한 입장을 취하지 않는다. 발표자는 사비니의 대척점에 뽀띠에(Robert Pothier, 1699~1772)를 놓고서 설명을 하고 있는데, 주지하듯 프랑스 민법전의 형성에 결정적인 영향을 끼친 사람은 사비니가 아니라 뽀띠에이다. 물론 뽀띠에 때문에 프랑스 민법과 일본 민법의 해당 규정들이 만들어졌다는 것은 아니다. 다만 확실한 것은, 이러한 규정들이 사비니(그리고 독일 민법)의 영향이라고 주장하는 것이 얼마나 무리한 생각일지 하는 점이다.

셋째, 발표자는 사비니의 자주점유 이론이 탈 윤리적인데 비하여 로마법상 사용취득 제도(usucapio)는 윤리적 색채를 제거하고 이해할 수는 없다고 한다. 우리 현행법상의 시효취득을 둘러싼 난맥상이 사비니와는 전혀 관계가 없다는 점은 이미 지적하였으므로, 사비니의 이론이 윤리적이 못하다는 주장에 대해서 굳이 반론을 추가할 필요는 없을 것이다. 그런데 사용취득에 관한 로마법의 태도를 “윤리적”이라고 보는 발표자의 이해가 과연 적절한지에 대해서는 토론자는 매우 유보적이다. 로마 법률가들이 법적인 사안을 판단할 때 윤리적인 요소를 얼마만큼 고려했느냐 하는 것은 매우 대답하기 어려운 문제이지만, 사용취득과 관련하여 정당한 권원이 그 요건이 되었다는 점은 윤리적 혹은 비윤리적인 차원의 문제는 아니라는 것이 토론자의 생각이다. 어쨌든 이 문제에 대한 상론은 다음 기회로 미루기로 한다.

요컨대, “사비니와 그 후예들의 집요하고 현란한 이론 조작은 불법영득의사에 대한 초보적이고 윤리적인 판단 능력마저 학문의 이름으로 마비시켜 왔었다”는 발표자의 주장은 적어도 토론자의 입장으로서는 전혀 동의하기 어렵다. 아마도 발표자와 토론자는 자주점유 개념이라는 문제를 떠나서, 사비니라는 인물 혹은 그의 이론의 전반적 평가에 있어서도 상당한 입장의 차이를 가지는 것 같다. 어쨌든 흥미로운 토론의 기회를 제공해 주신 발표자 김기창 교수께 감사드리며, 이후의 계속적 토론을 기대한다.

끝으로, 발표 내용과 관련한 사소한 몇 가지 사항만을 지적하고 토론을 마치고자 한다.

첫째, 프랑스 민법 제2229조의 해석과 관련하여, 발표자는 “à titre de”를 권원과는 상관없이 하나의 관용구로서 “[어떤] 지위에 있는 자로서” 또는 “...로서”라는 뜻으로 보아야 한다고 한다. 그러나 발표문의 뒷부분에서 발표자가 뺏찌에에 관해 서술하고 있는 것처럼(“법정점유로 되려면 그 점유가 정당한 권원(juste titre)에 기하여 획득된 것이어야 한다.”), titre는 법학 전문용어(라틴어 titulus)로서 파악하는 것이 더 타당할 것으로 생각된다. 또한 발표자는 non equivoque를 “배타적으로”로 번역하고 있으며, 명순구 교수는 “표현”이라고 번역하고 있다. 그러나 점유에 관한 한 condition d'équivoque는 특별한 의미를 가지는 전문용어이다. 이것은 일시적인 흠(vice temporaire)으로서, 점유의 태양이 그 애매성(다의성)으로 말미암아 animus domini로 하는 것인지가 불확실한 경우를 의미한다. 중요한 것은 animus에 대한 의심이 아니라, 점유를 행사하고 있는지에 대한 의심이다. 예를 들어, 동거중인 남녀가 장기간에 걸쳐 부동산을 점유하다가 그 중의 1인이 사망한 경우 나머지 1인에 의한 점유는 이러한 애매한 점유가 된다. 또한 분할되지 않은 공유관계에 기한 점유도 그러하다(Ferid/Sonneberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl.(1986), 543면 참조). 최병조 교수는 이 부분을 “不曖昧하며”로 올바르게 번역하고 있다.

둘째, 각주 17의 인용문에서 “wie ein Eigentümer Kraft seines Rechts zu tun besugt ist” 부분의 “besugt”는 befugt의 오식이다. 따라서 이 부분은 “소유자가 자신의 권리에 기하여 행할 권한이 있는 것처럼”라고 번역되어야 한다.

셋째, 발표자가 전거로서 인용하고 있는 로마법 사료의 해석에 대해서는 많은 토론이 가능할 것이다. 여기에서는 단 하나의 예, 즉 주 27의 Gaius, D. 41,1,10,5에 관해서만 언급하기로 한다. 발표자는 노예의 용익권자가 노예를 점유하지 못하는 것을, 용익권은 권리이므로 유체물이 아니어서 점유할 수 없기 때문이라고 설명하고 있다. 그러나 이 사안에서 문제되고 있는 것은 용익권의 점유가 아니라, 노예의 점유이다. 용익권이 유체물인가 혹은 무체물인가 하는 문제는 이 사안의 해결과 아무 관계가 없다.