

간접점유의 연원

이 상 태*

목 차

- | | |
|-----------------------|-------------------|
| I. 서 론 | 3. 중세의 점유법 |
| II. 점유제도에 대한 연혁 개관 | 4. 근대의 법전화 및 독일민법 |
| 1. 로마법의 점유[possessio] | III. 간접점유의 성립과정 |
| 2. 게르만법의 점유[Gewere] | IV. 결 론 |

I. 서 론

우리 민법은 직접점유 이외에 그것에 대립하는 것으로서 간접점유도 인정하고 있다. 여기 직접점유라 함은, 물건을 직접 사실상 지배하거나 또는 점유보조자를 통하여 물건을 점유하는 경우에 성립되는 보통의 점유이다.

한편 우리 민법은 “간접점유”라는 표제 아래에서, “지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다.”고 규정하고 있다(제194조). 이것으로부터 우리의 학설은 종래 간접점유를 “점유매개관계에 기하여 직접점유를 하는 자(점유매개자)에 의하여 매개되는 점유”라고 정의하여 왔다.¹⁾ 이와 같이 간접점유의 개념을 정의하는 견해는 간접점유의

* 건국대학교 법과대학 교수

1) 권윤직, 『물권법』, 박영사, 2006, 145면; 김상용, 『물권법』, 법문사, 1999, 271면; 김중
한·김학동, 『물권법』, 박영사, 1997, 187면; 이영준, 『물권법』, 박영사, 2004, 304면.

성립요건으로서 ‘점유매개관계’의 존재가 필요하다는 것을 전제로 하고 있다. 그런데 최근에는 이와는 달리 간접점유의 성립에는 반드시 점유매개관계가 존재하여야 하는 것은 아니며 ‘사실상의 반환청구력’이 존재하면 족한 것으로 파악하는 견해가 대두되고 있다. 이 견해에서는 간접점유를 “물건에 대한 직접적인 실행행사는 존재하지 않지만, 물건에 대한 사실상의 반환청구력이 존재하는 경우에 인정되는 사실상의 지배”라고 파악하고 있다.²⁾

그런데 간접점유에 관한 이러한 입장의 차이는 간접점유의 연원에 대한 견해의 차이도 가져오고 있다. 즉, 간접점유의 성립에 점유매개관계의 존재가 필요하다는 견해에 의하면, 하나의 물건 위에 단계를 이루는 점유가 중첩적으로 존재한다는 점, 그리고 간접점유로부터 직접점유가 전래한 것이라는 점 등을 이유로, 간접점유의 제도는 연혁적으로 게르만 법의 게베레(Gwere)가 계층을 이루고 있었던 것에서 유래한다고 한다.³⁾ 그러나 간접점유는 사실관계인 사실상의 반환청구력이 존재하면 성립되고 법률관계인 점유매개관계와는 무관하다고 해석하는 견해에서는, 간접점유제도는 로마법의 포세씨오(possessio)법리를 승계한 것이라고 한다.⁴⁾ 이 견해에 의하면, 간접점유의 성립과 점유매개관계의 존재와는 이론적으로는 무관하다고 한다. 즉, 점유매개관계가 존재하여도 간접점유가 인정되지 않는 경우도 있고, 점유매개관계는 존재하지 않아도 간접점유는 인정될 수 있는 경우도 있다는 것이다. 예컨대 을이 갑에게서 임차한 물건의 반환을 거부하는 경우에는, 점유매개관계(임대차)는 존재하지만 갑의 을에 대한 사실상의 반환청구력은 존재하지 않으므로 간접점유도 인정될 수 없다고 한다. 그리고 점유매개관계가 무효이거나 실효(취소·해제)된 경우에도 간접점유는 인정될 수 있다고 설명한다.⁵⁾

2) 강태성, 『물권법』, 대명출판사, 2000, 344, 348면.

3) 김상용(1999), 앞의 책, 271면.

4) 강태성(2000), 앞의 책, 352면.

여기서 간접점유의 성립요건으로서 법률관계인 점유매개관계가 필요하다는 견해를 취한다면 간접점유는 게르만법의 게베레의 법리를 승계한 것으로 되지만, 간접점유는 사실관계로서 법률관계인 점유매개관계와 무관하고 간접점유는 사실상의 반환청구력만 있으면 인정된다는 견해를 취한다면 간접점유는 로마법의 포세씨오의 법리를 승계한 것이 된다는 것이다.

이와 같이 현재 우리나라에서 간접점유가 게르만법상의 게베레에 그 연원이 있다는 주장과 로마법의 점유에 그 연원이 있다는 견해로 나누어져 있는 것이다.

그런데 이러한 우리의 점유제도는 중화민국민법(1929년)과 만주국민법(1937년)을 참고로 하면서, 서구의 점유법 특히 독일민법의 점유제도를 중점적으로 수용하였다⁶⁾. 따라서 우리의 점유제도를 파악함에 있어서 독일민법의 점유제도를 참조하지 않을 수 없다.

근대 민법의 점유제도가 그러하듯이, 독일의 점유제도도 로마법의 포세씨오(possessio)적인 요소와 게르만법의 게베레(Gewere)적인 요소가 혼합·발전된 산물이다. 근세 독일에 있어서 로마법학자는 소유의사(animus domini)를 바탕으로 하여 원칙적으로 타주점유의 점유성을 부인하고 자주점유의사를 기준으로 하여 점유(Besitz)와 소지(Inhabung)를 구분하였다. 그러나 독일민법은 이와 같은 태도를 견지하지 않고서 점유의사인 심소(心素)를 필요로 하지 않는 객관적 점유이론에 따라서 점유제도를 구성하였다. 우리 민법도 이러한 독일민법의 입법태도를 따르고 있는 것이다.⁷⁾

5) 강태성(2000), 위의 책, 351면.

6) 박윤직 편집대표, 『민법주해 IV』(물권 1), 박영사, 1992, 285면(최병조 집필).

7) 우리 민법 제정 당시 민법안의 의견서에 의하면, 점유의 요건에 관하여 당시 민법이 주관설을 취하고 있음을 고쳐 객관설을 취한 점에 대하여 찬성한다는 의견을 표시하고 있다. “..... 이상에서 보아 온 바와 같이 양설은 각각 시대적인 배경과 사회적인 조류에도 깊은 근거를 두고 있어 과거의 역사적인 평가에 대하여 속단할 수는

본고에서는 간접점유제도의 기원이 과연 로마법의 포세씨오에 있는 지, 아니면 게르만법의 게베레에 있는지, 아니면 다른 곳에 있는지를 고찰해 보고자 한다. 그러기 위하여, 먼저 우리가 따르고 있는 독일의 점유제도에 관한 일반적인 연혁을 추적해 본 후, 특히 간접점유의 성립과정을 살펴보고자 한다. 이러한 추적의 결과가 곧 간접점유에 관한 우리 민법의 해석론에 많은 도움을 줄 것이기 때문이다. 마지막으로 우리 민법의 입장에서는 간접점유의 연원을 어떻게 보아야 할 것인지를 생각해 보기로 한다.

II. 점유제도에 대한 연혁 개관

1. 로마법의 점유[possessio]

가. 전술한 바와 같이 우리 민법은 독일법과 마찬가지로 객관적 점유이론에 따라서 점유를 물건에 대한 사실상의 지배로 규정하고 있으며, 이러한 점유가 인정된다면 그것을 정당화시켜 주는 법률상의 권원(본권)의 유무를 불문하고 이것에 대하여 여러 가지의 법률효과를 부여함으로

없다. 그러나 현대법의 사조에 입각한 입법추세로 보아 또 점유제도의 사회적인 작용면인 외형적 사실상태를 보호하여 사회적인 질서유지와 공동생활의 안전을 도모하며, 나아가서는 권리관계의 표상인 객관적 사실을 신뢰하여 거래하는 자를 보호함으로써 거래의 원활을 기하려는 데 있는 점에 비추어 보아 신민법을 제정함에 있어서 점유의사를 요소로 하는 주관설은 도저히 채택할 바 못되므로 초안이 주관설을 버리고 객관설을 취한 것은 가장 타당한 입법태도라고 보겠다.” 나아가, 간접점유의 개념을 창설한 것에 대해서도 찬성의 의사를 표시하고 있다. “대리점유라는 관념을 버리고 간접점유로 대치한 것에 찬성한다.” 민법연구회, 『민법안의견서』, 일조각, 1957, 78-79면.

그리고 민법심의과정에서도, 점유에 관하여 의사주의를 포기하고 민법초안이 객관주의를 취한 것을 타당하다고 보고 있다. 민의원 법제사법위원회·민법안심의 소위원회, 『민법안심의록』(상권), 1957, 122면.

써, 물건에 대한 사실상의 지배상태를 보호하고 있다.

이와 같이 ‘점유’와 ‘점유할 권리’를 분리하는 것은 로마인들에 의하여 얻어진 것이다. 즉, 로마법에서는 소유권은 점유와 전혀 공통점이 없었다(nihil commune habet proprietas cum possessione). 로마인들은, ‘점유할 권리’는 ‘점유’의 문제에 대해서는 아무런 의미가 없다는 것을 강조한다.

로마인들은 점유인 포세씨오(possessio)⁸⁾에 대하여 두 개의 법률효과를 부여하였다. 즉, 한편에서는 점유에 법무관의 특시명령(interdicta)⁹⁾에 의하여 보호되는 효과를 인정하였다. 다른 한편에서는 점유에 소유권 취득을 위한 전제요건이 되는 효과를 인정하였고, 이것은 사용취득(usucapio)¹⁰⁾에 의하여 특히 상세하게 규율되었다. 다시 말하면, 로마인들은 두 가지의 점유, 즉 ‘특시명령을 위한 점유(possessio ad interdicta)’와 ‘사용취득을 위한 점유(possessio ad usucapionem)’를 구분하였던 것이다. 이 두 점유 가운데 ‘특시명령을 위한 점유’의 개념이 ‘사용취득을 위한 점유’의 개념보다 더 넓었었다. ‘사용취득을 위한 점유’는 자주점유의 경우에 한하여(물론 선의점유 등의 다른 요건도 요구된다) 인정되었으나,

8) 점유(possessio)라는 용어는 어원(語原)상으로는 pots(지배, Gewalt)와 sedere(앉다, sitzen)로부터 유래한다. Staudinger Kommentar III(Sachenrecht)/Bund, Sellier-de Gruyter, 1995, Vorbem zu §§ 854ff, Rd.1, 63면.

그리하여 점유(possessio)의 뜻은 어떤 자리에 앉아 있는 상태를 의미한다(Paulus Digesta 41,2,1 서항(序項)). S.P.Scott, Corpus Juris Civilis(THE CIVIL LAW), vol. 9, Ams Press, 1973, 178면.

9) 여기서 특시명령이란 이해관계인의 신청에 의하여 법무관이 점유침탈자에 대해 침해금지 또는 원상회복을 명하는 강제처분을 의미한다. 이러한 특시명령은 점유자에게 물권을 부여하거나 법적 지위를 인정하거나 또는 물건에 대한 사실상의 지배를 법률상 지배로 전환시키는 것이 아니라, 순전히 침해행위로 인한 사실상의 지배상태의 교란을 제거하여 신속히 원상으로 회복시키는 데 그 목적이 있었다. 현승중·조규창, 『로마법』, 법문사, 1996, 499면.

10) 사용취득이란 말은 고대 라틴어의 점유(usus)와 취득(capio)의 합성어로서, 일정기간의 점유에 의하여 소유권을 취득하는 것을 의미한다. 사용취득을 위해서는 소유권 취득을 정당화할 수 있는 법적 원인에 기하여 점유를 취득할 것, 나아가 선의로 취득할 것, 그리고 부동산은 2년, 동산은 1년의 기간 점유할 것 등이 요구되었다. 현승중·조규창(1999), 위의 책, 568-576면.

‘특시명령을 위한 점유’는 모든 자주점유의 경우¹¹⁾가 여기에 속하였음은 물론이지만, 예외적으로 영소작인(Erbpächter), 허용점유자(Prekarist), 질권자(Pfandgläubiger), 계쟁물보관자(Sequester)의 점유는 타주점유이지만 이에 속하였다.¹²⁾

그러나 임차인, 보관인, 수급인 등은 전혀 점유를 가지지 않았으며 그리고 점유보호도 전혀 받지 못하였다. 로마 사람들은 점유(possessio)와 소지(detentio, Inhabung)라는 개념을 구별하여, 후자만을 가지는 사람을 소지자(detentor, Inhaber)로 표현하였다. 이것은 당시 이들의 사회적 지위가 낮았던 것으로부터 설명될 수 있다.¹³⁾

한편 지상권자, 용익권자, 역권의 소지자는 특별한 지위를 향유하였다. 그들은 점유자로 인정되지는 않았지만, 정식의 ‘점유보호 특시명령’을 모방한 특별한 특시명령에 의하여 점유보호를 받았다. 이것으로부터 고전기 후기의 법에서는, 이러한 사람들은 물건에 대하여 점유는 가지지 않지만, 그러나 그때그때 행사되는 권리에 대하여 권리점유를 갖는다는 관념이 발전되었다.¹⁴⁾

나. 로마인들은 점유를 사실로 파악하였고, 권리로 파악하지 않았다. 그들의 관념에 의하면, 점유의 침해는 공법적 질서의 교란으로서 억제되

11) 법무관의 특시명령에 의하여 보호받는 점유자는, 자신을 소유자라고 믿을 필요가 없고, 절도범이나 강도범도 포함됨은 물론이다.

12) Hans Josef Wieling, *Sachenrecht*, Bd.1, Springer-Verlag, 1990, 118면.

13) 예컨대 임대차의 경우에 있어서 임차인은 점유자가 아니며 임대인만이 점유자로 인정되었다. 따라서 점유법상으로는 임대인이 임차인으로부터 임차목적물을 빼앗더라도 점유침탈이 되지 않았다. 이때 만약 임차인이 임대인에 대항한다면, 오히려 임차인이 점유를 침탈하는 것이 된다. 다만 임차인은 임대인에 대하여 계약에 기한 소권을 가질 뿐이었다.

한편 제3자가 임차인으로부터 임차목적물을 빼앗은 경우에는, 임차인은 임대인으로 하여금 점유보호를 개시하도록 요청해야 한다. *Staudinger Kommentar III (Sachenrecht)/Bund*(1995), 앞의 책, 64면(Rd.1).

14) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 118면.

여야 한다는 점에서 점유보호의 근거를 찾았다. 점유는 물건지배라는 체소(體素, corpus)와 점유의사(animus)라는 심소(心素, animus)의 획득에 의하여 취득되고, 나아가 양자는 점유가 유지되기 위한 전제조건이었다.¹⁵⁾ 이러한 체소나 심소 가운데 하나가 없어지면 점유가 소멸한다. 점유의사는 법적인 의사가 아니고 사실상의 의사이기 때문에, 행위무능력자라도 완전한 의사를 가질 수가 있다면 점유할 수 있었다.¹⁶⁾

로마법에 의하면 점유는 본인 스스로 취득할 수 있었을 뿐만 아니라, 노예나 가자(家子)와 같은 종속자를 통하여, 또한 예외적으로는 자유인을 통하여 취득할 수도 있었다. 점유는 인도(traditio)에 의하여 이전되었다. 그런데 예컨대 임차인이 임차목적물을 매입하는 경우와 같이, 점유를 이전받아야 하는 사람이 이미 물건의 소지자(Detentor)인 경우에는, 점유이전을 위한 인도(traditio)는 필요하지 않고 의사합치로 충분하였다(간이인도, brevi manu traditio). 점유자가 사실상의 물건지배를 자기 스스로는 점유자로 되지 않으면서 점유자를 위하여 그 지배를 행사하는 자(예: 임차인)에게 이전하더라도, 점유자 자신은 점유를 보유한다. 즉, 점유자는 임차인 등과 같은 타인을 통하여 점유한다. 점유자가 점유를 이전하지만 그 물건을 계속 보유하려고 하는 경우에는(예컨대 매수인이 다시 그 물건을 임차하는 경우), 그 물건은 점유취득자에게 이전되어서는 아니된다. 즉, 점유에 상응하는 합의만으로 충분하였다. 이때 점유는 그 취득자에게 이전되고, 지금까지의 점유자는 소지자(Detentor)가 된다

15) 체소의 개념도 실제 사회생활의 변천에 따라서 점차 변하여 왔다. 즉, 처음에는 동산은 손으로 잡는 것에 의하여, 토지는 발로 밟아서 걸어가는 것에 의하여, 다시 말하면 신체로 지배하는 것에 의하여, 점유가 취득된다고 파악하였다. 점유의 취득에는 눈으로 볼 수 있는 현실의 행동이 필요하였던 것이다. 그러나 이러한 관념은 점차 완화되어서 물건 위에 자유로이 실력을 행사할 수 있는 물리적 가능성이 있다면 족한 것으로 되고, 드디어 일상생활의 경험에 따라서 사회적으로 물건의 사실상의 지배가 있다고 인정되는 상황이 있으면 족한 것으로 되었다. 末川博, 「占有と所有」, 法律文化社, 1966, 40-41면,

16) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 118-119면.

(점유개정, *constitutum possessorium*).¹⁷⁾

점유는 폭력 또는 은비(*vi aut clam*)에 의해 일어나는 모든 침해로부터 보호된다. 점유보호는 법무관의 특시명령에 의하여 행하여졌다. 이 특시명령은 침해자에 대하여 행해지며, 법적 승계인이나 상속인에 대해서는 행해지지 않았다. 침해의 중지, 침탈된 점유의 반환 및 모든 손해 심지어는 우연히 발생한 손해에 대한 보상도 청구할 수 있었다. 그것들은 대부분 1년의 제척기간이 부여되었다. 당사자는 특시명령절차에서는 ‘점유할 권리’를 주장할 수 없었다.¹⁸⁾

2. 게르만법의 점유[Gewere]

점유와 권리의 분리, 점유보호와 권리보호의 분리는 게르만법에서는 생소하였다. 게르만법은 오직 게베레(*Gewere*)¹⁹⁾만 알고 있었다. 게베레는 물권의 존재를 외부에 표상하는 물권의 발현형식(*Erscheinungsform*)이라고 설명되고 있다.²⁰⁾ 이것은 게르만법상의 점유로서, 로마법상의 점유(*possessio*)와는 달리, 물건에 대한 사실상의 지배가 아니라, 본권이 추정되는 점유이다. 게베레는 권리보호뿐만 아니라 점유보호의 기능도 수행하는 것이었다.

게베레는 물건에 대한 권리이고, 이것은 동산의 경우 보유(*Gewahrsam*)과 함께 생겨난다(‘단순한 게베레’). 소유권자·임차인은 물론, 도둑도 게베레를 갖는다. 토지의 경우, 공시효(公示效)가 있는 공개적인 행위(예컨대 정당한 *Auflassung*)에 의하여 토지를 취득한 자에게 게베레가 귀속

17) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 119면.

18) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 119면.

19) 게베레(*Gewere*)는 어원적으로는 동사인 *wern*(옷을 입는다, *einkleiden*)으로부터 유래한다. 중세 초기에는 *Gewere*가 *vestitura* 또는 *investitura*로 표현되기도 하였다.

Staudinger Kommentar III(Sachenrecht)/Bund(1995), 앞의 책, 64면(Rd.2).

20) 현승중·조규창, 『게르만법』, 박영사, 1990, 295면.

한다. 그가 자신의 보유(Gewahrsam) 아래에 토지를 취득한다면, 그는 ‘직접적 게베레’를 취득한다. 그런데 그가 그 토지를 타인에게 임대한다면, 이러한 ‘직접적 게베레’는 차지인에게 귀속하게 된다. 임대인은 임차료를 통하여 토지를 지배하기 때문에, 임대인에게는 ‘상위 게베레(die brukende Gewere 또는 die hebende Gewere)’가 귀속하였다. 이때 차지인의 게베레를 ‘하위 게베레’라고 하였다.²¹⁾ 이러한 ‘직접적 게베레’와 ‘상위 게베레’를 합하여 ‘현실적 게베레’라고 한다.

한편 ‘현실적 게베레’에 대응하여, 물건의 현실적 지배가 없는 ‘관념적 게베레(die ideelle Gewere)’가 인정되었다. 이것은 부동산에만 인정되는 것이었다. 여기에는 ‘상속인 게베레’, ‘침탈된 게베레’ 등이 속하였다. 상속인은 상속개시와 동시에 상속부동산에 대하여 ‘관념적 게베레’를 취득한다. 무권리자가 상속부동산을 점유한 경우에, 그도 ‘현실적 게베레’를 취득하지만, 그러나 상속인의 ‘관념적 게베레’가 우월하기 때문에, 진정한 상속인은 참칭상속인으로부터 상속부동산을 회복할 수 있었다. 그리고 부동산을 불법적으로 침탈당한 경우, 피해자의 ‘현실적 게베레’는 ‘관념적 게베레’로 전환되어 목적부동산 위에 게베레가 계속되었고, 이것은 침탈자의 ‘현실적 게베레’보다 우월하므로, 피해자는 부동산을 회수할 수 있었다.²²⁾

게베레의 의미는 그것의 보호에 있다. 게베레의 소지자는 폭력에 의한 게베레침해에 대하여 방어할 수 있었다. 게베레의 소지자에게 자신의 토지에 대한 보유(Gewahrsam)가 침해된다면, 그는 게베레에 기하여 반환

21) 모든 게베레는 법률관계에 따라서 강약·우열의 차이가 있었다. 토지소유자의 상위 게베레는 차지인의 하위 게베레보다 강하며, 질권자의 게베레는 설정자인 소유자의 게베레에 우선하고, 후건인의 게베레는 피후건인의 게베레보다 강하였다. 게르만법상 모든 실체법상의 권리와 소송법상의 권리가 게베레를 기초로 성립하였으며, 모든 물건실현은 게베레의 우열·강약의 다툼으로 나타난다. 현승중·조규창(1990), 위의 책, 300면 주5).

22) 현승중·조규창(1990), 위의 책, 301면.

을 청구할 수 있었다. 동산의 경우 게베레는 보유(Gewahrsam)과 더불어 종료된다. 즉, 물건을 빼앗긴 사람은 게베레도 상실한다. 그러나 그는 종전에 가지고 있었던 게베레에 대한 침해를 이유로 불법행위에 기한 청구권을 갖는다.²³⁾

게베레는 물건뿐만 아니라, 그것의 외부적인 표현모습이 그것이 행사되는 것에 존재하는 권리에 대해서도 존재한다. 권리게베레는 왕후의 수익특권(Regalien), 조세권(Zollgerechtigkeit), 차임 및 10의 1조세권, 재판관할권 등의 경우에 인정되었다.²⁴⁾

3. 중세의 점유법

가. 중세와 근세에 걸쳐서 점유론은 가장 중요한 법적 테마 중의 하나이었다. 보통법은 한편에서는 로마의 점유인 포세씨오(possessio)가 가지고 있었던 2중적 의미에 매달렸다, 즉, 로마의 법률가들은, 그들이 포세씨오라고 할 때에 그것이 특시명령을 위한 점유를 의미하는지, 아니면 사용취득을 위한 점유를 의미하는지에 관하여, 보통은 분명히 하지 않았다. 후기의 법률가들은 이러한 구별이 더 이상 올바르다고 인정하지 않았기 때문에, 이러한 포세씨오의 개념은 계속되는 견해 차이의 원천이 되었다.²⁵⁾

로마법에서는 점유자(possessor)는 ‘자기를 위하여 물건을 소지하는 의사(animus rem sibi habendi)’를 가지는 사람만이 될 수 있었다. 그러나 중세에 들어와서는 예컨대 임차인 또는 질권자와 같이 물건을 자신의 것으로서는 아니지만 자신의 이익을 위하여 가지고 있는 경우에, 소유의 의사(animus domini)가 있는 것으로 이해하여야 하는지 여부, 나아가

23) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 120면.

24) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 120면.

25) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 120면.

그러한 소지자에게 점유를 인정할 수 있는지 여부에 관하여 다투어졌다.²⁶⁾ 그리하여 일부에서는 자주점유자만을 점유자로 인정하고, 또 일부에서는 자주점유자와 물권에 기한 점유자를 점유자로 인정하였다. 또 다른 사람은 점유(possessio)와 소지(detentio)를 혼동하고서 사실상 지배력의 소지자 모두에게 점유보호특시명령을 부여하기도 하였다.²⁷⁾

또 다른 어려움은 포세씨오에 관한 로마법적 이론이 게르만의 게베레 및 카논법으로부터 발전된 이론과 결부되게 된 것에 존재한다. 법학은 이러한 여러 가지의 복잡한 요소들을 조화시키는 데 성공하지 못하였고, 그리고 하나의 널리 인정받는, 모순 없는 점유이론을 창출하는 데도 성공하지 못하였다.²⁸⁾

나. 중세에 있어서의 점유법의 발전과 관련하여서, 세속법보다도 중요한 역할을 한 것은 카논법이었다. 카논법은 모든 종류의 점유자를 위한 일반적인 점유보호의 소권으로서 ‘침탈의 소(actio spoli)’ 혹은 ‘카논법에 기한 부당이득반환의 소(condictio ex canone)’라고 하는 것을 발전시켜서, 임차인 등을 보호하여야 할 필요성에 부응하였다. 이 제도의 역사적 배경에는 사교(司敎)들과 세속권력과의 실력을 수반하는 대립이 있었다. 초기에는 사교가 사교직으로부터 쫓겨나거나 영지(領地)나 농지를 빼앗긴 때에도, 사교는 저항하는 수단을 가지지 않았고, 무저항인 채로 빼앗은 자의 손에 맡겨질 수밖에 없었다.

이와 같은 상황 아래에서, 9세기에 거짓의 교회법, 거짓의 이시도르

26) 중세의 법률가에게는 점유가 자주점유에만 한하여 인정되는 것을 이해하기 어려웠다. 중세 사회에 있어서는 임차인이야말로 물건의 지배자이지, 임대인은 물건의 지배자라고는 이해되지 않았다. 그 때문에 왜 로마법이 점유소권으로써 임대인을 보호하였고, 점유자라고 해야 할 것 같은 임차인을 점유자로 인정하지 않았는지를 이해하지 못하였다.

27) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 120면.

28) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 121면.

(Pseudo-Isidor) 교령이 나타났다. 이것이 후에는 그라티아누스 교령집에 채택되어 들어갔고, 다시 이를 통하여 카논법 대전(大全)에 전해지게 된다. 이 교령집의 규정에 의하면, 폭력에 의하여 그의 근무지로부터 쫓겨나거나 폭력에 의하여 점유가 탈취된 모든 사교에게, 모든 소에 대한 항변, 즉 ‘침탈의 항변(exceptio spoli)’이 부여되었다. 그리하여 이와 같은 사교에 대한 소는 일단 침탈물이 반환된 후에 비로소 가능하게 되었다. 즉, 침탈물이 사교에게 반환된 후 비로소 법률문제가 판단될 수 있었던 것이다. 그 후 이 항변을 바탕으로 하여 카논법에서는 빼앗긴 점유의 반환을 청구하는 소권이 발전하여 갔다. 이것이 ‘침탈의 소(Spolienklage)’이다. 이러한 ‘침탈의 소’는 결국 세속의 보통법(ius commune)에도 계수되었다.²⁹⁾ 그러나 개별적으로 그 요건, 특히 그 소가 모든 소지인(Detentor)에게 인정되는지 여부, 그리고 그 소가 침해자의 모든 권리승계인에게 대하여 제기되는 것인지, 아니면 침해를 안 자(spolii conscius)에게만 제기되는 것인지를 여부에 대하여 다툼이 있었다.³⁰⁾ 그런데 교황 인노첸티우스 3세가 그의 교령에서 침탈을 안 자(spolii conscius)도 점유보호의 특시명령의 책임을 진다고 정하였다. 이 규정도 카논법으로부터 세속법에 계수되었다.³¹⁾

29) 예컨대 로마법에서는 임대차에 의하여 물건을 타인의 소지에 맡긴 임대인은 배상을 유보하여 언제라도 임대물의 반환을 청구할 수 있었던 것이지만, 독일 보통법에서는, 계약에서 정한 시기가 아닌 부당한 시기에 임대인이 반환을 청구한다면, 임차인은 계약에 기한 항변을 가지고 이것에 대항할 수 있었고, 만일 또한 임차인이 소지를 침해당한다면 침탈의 소(Spolienklage)에 의하여 반환을 청구할 수 있게 되었던 것이다.

30) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 121-122면.

31) Hans Josef Wieling/五十君麻里子 譯, “現代における占有保護の歴史的前提”, 『日本民法典と西歐法傳統』(日本民法典百年記念國際シンポジウム), 九州大學出版會, 2000, 326면. 이러한 원칙은 독일민법 제858조 제2항 및 우리 민법 제204조 제2항에서도 나타나고 있다. 그런데 로마법에서는, 타인의 점유를 침탈하여 취득한 물건인 줄 알면서 어떤 자로부터 악의로 양수받은 승계인은 점유보호의 특시명령의 책임을 지지 않았다.

한편 권리점유는, 이미 그 맹아(萌芽)가 로마법에도 보이긴 하지만, 카논법에 의하여 일반적인 법제도로 발전하였다. 카논법에서는 모든 종류의 권리에 대하여 점유가 인정되었던 것이다. 사교고권(司敎高權), 교회록 수령권(敎會祿 受領權) 등에 대하여 권리점유가 존재하며, 배우자 쌍방의 권리에 대한 점유까지도 인정되었다. 이와 같은 카논법에 의한 변혁도 독일보통법에 채택되어 들어왔다. 재판관할권의 점유나 공조공과권(公租公課權)의 점유, 혼외자에 대한 인지권(認知權)의 점유 등이 인정되었고, 최종적으로는 계속하여 행사될 수 있는 모든 권리에 대하여 권리점유가 인정되었다.³²⁾

그리고 로마의 여러 점유보호 특시명령들은 서로 동화되어서 ‘통상점유소권(possorium ordinarium)’³³⁾으로 통일되었다. 그 외에 ‘최간단 점유소송절차(possessorium summarissium)’가 통상점유소권의 전(前) 단계절차로서 출현하였다. 그것은 하자 없는 점유행위를 행한 자에게 잠정적으로 점유를 하도록 하는 것이었고, 통상점유소권의 진행 중 폭력행위를 저지하는 것에 이바지하였다. 독일보통법의 실무에서 이러한 점유의 소는 게르만법의 게베레에 기한 소와 때로는 혼동되어서 더 상위의 점유에 기한 본권의 소로 이해되기도 하였다.³⁴⁾

이와 같이 카논법은 모든 타주점유자를 위해 광범한 점유보호를 창설하였다. 카논법은 침탈의 소에 의하여 물건점유에 대한 보호를 모든 종류의 소지인에게 넓히는 한편, 나아가 권리점유를 인정함으로써 임차권 등의 점유보호도 창설한 것이다. 이 이후에 모든 법질서에서 어떠한 형식으로도 소지인에게 점유보호를 인정할 수 있는 길이 열려졌다고 할 수 있다.

32) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 121면.

33) 통상점유소권은 오늘날 점유침해에 수반하는 청구에 관한 통상의 절차가 되고 있다(독일민법 제861조, 제862조). Hans Josef Wieling/五十君麻里子 譯, 앞의 논문, 329면.

34) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 121면.

4. 근대의 법전화 및 독일민법

가. 근대 초기 독일보통법에 있어서의 점유법은 로마법에서 유래하는 규정과 카논법에서 유래하는 규정들의 혼합물이었다. 확실히 당시에 임차인은 물건에 대한 사실상의 지배를 보유하는 자로 생각되고는 있었지만, 임대인을 점유자로 파악하여 점유법상 임대인만을 보호하는 로마법을 상당히 존중하였다. 즉, 독일에 있어서의 보통법도 점유보호를 임대인에게 인정하고, 임차인에게는 인정하지 않았던 것이다. 그러나 임차인이 보호되지 않은 것은 아니었다. 카논법으로부터 계수한 침탈의 소가 점유의 침해에 대하여 임차인들을 보호하고 있었던 것이다. 그 외에도, 이들은 권리점유자로 인정되어서 보호되고 있었다.

18, 19세기의 법전과 법안초안들은, 소유의 의사(animus domini)를 가진 점유자와 이러한 의사가 없는 보유자(Inhaber)를 구분하였다. 1794년의 프리이센 일반란트법(ALR)은 제1권 제7장에서, 소유의 의사(animus domini)가 있는 ‘완전한 점유자(vollständiger Besitzer)’와, 타인의 소유권을 인정하지만 자신의 이익으로 물건을 가지고 있는 ‘불완전한 점유자(unvollständiger Besitzer)’(예컨대 임차인의 점유)를 구별하였다(§§ 6, 7). 그런데 이러한 불완전점유자는 보유자(Inhabung)로 분류되었고(§§ 1, 2), 이러한 보유자는 금지된 사력(私力)으로부터 보호를 받았다. 즉, 모든 점유자(Besitzer)와 보유자(Inhaber)에게 점유보호가 부여되었다(§ 146). 1812년의 오스트리아 일반민법(ABGB)은 점유자, 즉 자주점유자만을 보호하고, 보유자(Inhaber)는 보호하지 않았다(§§ 339, 346). 그러나 모든 권리에 대하여 점유가 가능하였기 때문에(§ 311), 임차인·질권자 등도 권리점유자로서 점유의 보호를 받았다. 1865년의 작센민법은 물건을 자신의 이익을 위해 가지고 있는 보유자(Inhaber)에게도 점유의 소(Besitzklage)를 허용하고 있다(§ 208).³⁵⁾

나. Johow의 ‘일부초안’(§ 48) 및 독일민법(BGB) ‘제1초안’도 보유(Inhabung)와 점유(Besitz)를 구분하였다.³⁶⁾ 그러나 Johow는 그의 ‘일부초안’에서, 점유는 소유의사(animus domini)를 요건으로 하지 않아야 하며, 자신을 위하여 자신의 이익으로 물건을 가지고 있는 모든 자(예컨대 질권자, 임차인, 용익임차인 등)는 점유자가 되어야 한다고 주장하였다. Johow는 자력구제권을 모든 보유자(Inhaber)에게 부여하려고 하였으며, 그러나 점유자에 대한 자력구제권은 물건에 대한 이익이 있는 보유자(Inhaber)에게만 부여하려고 하였다. 독일민법 ‘제1초안’은 그에 따랐다. 다만, 점유방해 혹은 침탈에 대한 ‘점유의 소(Besitzklage)’는 토지에 대해 서만 존재하여야 한다고 규정하였다. 그 이유는 동산에 대한 소송의 경우에는 선의취득의 가능성 때문에 ‘점유할 권리’가 고려되어야 한다는 것이었다. 그리고 이 소는 점유자에게만 귀속되는 것으로 규정하였다. 모든 보유자(Inhaber)는 점유방해 또는 침탈자에 대하여 점유자의 이름으로 이 소를 제기할 수 있었지만, 그러나 점유자에 대해서는 그러한 소를 제기할 수는 없었다.³⁷⁾

다. 제1위원회는, 소유의사(animus domini)를 가지는 보유자(Inhaber)도 점유자이어야 한다는 것으로 Johow의 ‘일부초안’을 변경하였다(§ 797 E 1 참조). 점유자에 대한 자력구제권도 모든 보유자(Inhaber)에게 부여되었다(§ 815 E 1 참조). 점유보호에 있어서는, 보유자(Inhaber)가 물건을 ‘점유할 권리’를 가지고 있는지의 여부는 중요하다고 보지 않았기 때문이다. 나아가 ‘점유의 소(Besitzklage)’가 동산에도 확대되었다(§ 819f. E 1 참조). 왜냐 하면 동산에 대해서도 역시 이것을 부인할 필요가 없었기 때문이었다. ‘점유의 소’는 모든 보유자(Inhaber)에게도 인정되었으며,

35) Hans Josef Wieling, Sachenrecht(1990), 위의 책, 122-123면.

36) Johow는 동산의 경우에 Inhabung을 ‘Gewahrsam’으로 부르고자 하였다(§ 53).

37) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 123면.

그리고 자신의 이름으로 ‘점유의 소’를 제기할 수 있었다. 보유자(Inhaber)가 타인을 위하여 물건을 가지고 있는 경우에도, ‘점유의 소’가 이러한 자에게 귀속한다(§ 821 E 1). 보유(Inhabung)가 로마법상의 ‘특시명령을 위한 점유(possessio ad interdicta)’에, 점유(Besitz)는 ‘사용취득을 위한 점유(possessio ad usucapionem)’에 해당되는 셈이다.³⁸⁾

그리고 Johow는 권리점유를 완전히 폐지하려고 하였다. 권리점유는 보유자(Inhaber)가 보호를 받게 되었기 때문에 필요가 없다고 보았던 것이다. 그런데 제1위원회는 물론 독일민법은 권리점유를 단지 역권(Dienstbarkeit)의 경우에만 허용하였다.³⁹⁾

라. 독일민법 ‘제1초안’에서의 점유에 관한 규율은 특히 게르마니스텐 측으로부터 신랄한 비판을 받았다. 그들은 게베레의 고려가 없음을 안타까워했다. 특히 보유(Inhabung)와 점유(Besitz)를 구분하는 것에 대하여 공격하였다. 즉, 절도범은 점유(Besitz)를 가지지만, 임차인·영소작인(Erbpächter) 등이 점유를 가지지 않는 것을 이해할 수 없다고 하였다. 그런데 보유(Inhabung)와 점유(Besitz)는 똑같이 보호를 받게 되었으므로 이러한 비판은 순수한 용어상의 비판이었다. 그리고 권리점유가 폐지된 것은, 게르마니스텐의 측에 의하면 잘못된 것으로 생각되었지만, 또 다른 측에 의하면 찬성을 받았다. 모든 보유자(Inhaber), 예컨대 가정부도, 자력구제권과 ‘점유의 소(Besitzklage)’를 점유자(Besitzer)에 대해서 주장 또는 제기할 수 있다는 점도 비판되었다.

이러한 비판에 기하여, 제2위원회는 종전에 ‘보유(Inhabung)’로 표현되던 관계를 이후 점유(Besitz)로 부르기로 결정하였다. 사람들은 이것을 — 적절하지만 — 순수한 용어상의 변경이라고 생각하였다. 그리하여 § 778 E 2의 규정⁴⁰⁾이 삽입되었다. 이에 의하면, 물건에 관하여서 지시를

38) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 123-124면.

39) Hans Josef Wieling(1990), 위의 책, 124면.

받는 종속인(점유보조자, Besitzdiener)은 점유자(Besitzer)에 대하여는 전혀 점유의 소(Besitzklage)를 제기할 수 없고, 또한 자력구제권도 가지지 않는다. 기타 §§ 777-793 E 241)는 점유(Besitz)를 단지 점유보호의 관점에 서만 규율하고, 점유와 함께 제기되는 다른 문제, 예컨대 소유권 취득과 같은 것은 고려하지 않는 것으로 규정하였다.⁴²⁾

마. 결국 1900년의 독일민법은 먼저 로마법에 따라, 점유보호의 요건으로서의 점유와 소유권 취득의 요건으로서의 점유를 구별하고 있다. 동법 제854조부터 제872조에서는 점유를 점유보호의 요건으로서 규정함에 그치고 있다. 점유는 제854조⁴³⁾에 의하여, 점유자가 물건에 대한 사실상의 지배를 취득한 때에 주어진다. 이것에 대하여 소유권 취득의 요건으로서의 점유는, 제925부터 제936조 사이에 규정되었다.

점유법에 관하여 독일민법은, 권리점유를 제외하고, 로마의 학설과 중세의 학설의 양쪽을 계수하였다. 권리점유는, 사비니에 따라서, 역권(役權)에 대한 것만을 남겨두었다(제1029조 참조). 그리고 독일민법은 로마법과 독일보통법의 용어로부터 떠나서, 사실상의 지배를 가지는 모든 보유자를 점유자로 표현하였다. 사실상의 지배를 가지는 모든 보유자가 점유자이고, 그가 소유의사를 가지는가 아닌가, 자주점유자인가 타주점유자인가 등은 일체 문제되지 않게 되었다. 따라서 물건에 대하여 지배를 행사하는 소유자도, 도둑도, 그리고 임차인도, 점유자가 되었다. 한편 임대인은 물건에 대한 지배를 가지고 있지 않지만, 전통에 따라서 간접점유라고 하는 형태의 점유가 인정되었다(제868조). 이 간접점유자

40) 이 규정은 독일민법 제855조로 되었다.

41) 이 규정들은 독일민법 제854조-제872조로 되었다.

42) Hans Josef Wieling(1990), 앞의 책, 124-125면.

43) 독일민법 제854조[점유의 취득] : (1) 물건의 점유는 물건에 대하여 사실상의 지배를 획득함으로써 취득한다. (2) 점유취득자가 물건에 대하여 지배를 행사할 수 있는 때에는, 종전의 점유자와 점유취득자의 합의만에 의하여 점유를 취득할 수 있다.

도 제869조⁴⁴⁾에 의하여 점유보호를 받는다. 이와 같은 직접점유와 간접 점유라고 하는 2중의 점유에서, 카논법과 로마법에 있어서의 점유보호의 정확한 투영도(投影圖)를 볼 수 있다.

점유자로부터 점유를 빼앗은 사람은 법이 금지하는 사력(私力)에 의하여 점유를 취득하는 불법을 범한 것으로 되며, 그 사람의 점유는 하자 있는 것으로 된다(제858조). 하자 있는 점유는 로마에 있어서의 ‘하자 있는 점유(vitiosa possessio)’의 번역어이며, 로마법에 있어서와 마찬가지로 하자 있는 점유에도 점유보호가 인정되었다. 점유자는, 점유침탈에 대하여, 즉 금지된 사력(私力)의 행사에 대하여 실력으로 대항하는 것이 허용되고 있다(제859조). 또한 861⁴⁵⁾조 및 862조⁴⁶⁾에 의하여 점유자는 로마법상의 특시명령과 카논법상의 침탈의 소에 상당하는 점유보호소권도 가진다. 다만, 로마법이나 독일보통법과 달리, 독일민법에 있어서의 점유보호소권에서는 손해배상을 청구할 수 없게 되었다. 이것은 물권편의 편집자인 Johow가 점유보호는 항상 침해의 금지에 향해져 있지 않으면 안 된다고 생각하였기 때문이다.⁴⁷⁾

44) 독일민법 제869조[간접점유자의 청구권] : 점유자에 대하여 금지된 사력이 행사된 때에는, 간접점유자도 제861조, 제862조에 정하여진 청구권을 가진다. 점유가 침탈된 경우에 간접점유자는, 종전의 점유자에게 점유를 회복할 것을 청구할 수 있다 ; 종전의 점유자가 점유를 인수할 수 없거나 인수할 의사가 없는 때에는, 간접점유자는 자신에게 이전할 것을 청구할 수 있다. 제867조의 경우에 간접점유자는 동일한 요건 하에 물건의 수색 및 수거의 용인을 청구할 수 있다.

45) 독일민법 제861조[점유침탈로 인한 청구권] : (1) 점유자가 금지된 사력에 의하여 점유를 침탈당한 때에는, 그는 그에 대하여 하자 있게 점유하는 사람에 대하여 점유의 회수를 청구할 수 있다. (2) 침탈된 점유가 현재의 점유자 또는 그 전주(前主)에 대하여 하자 있는 것이고, 또한 침탈 전 1년 이내에 취득된 것인 경우에는, 제1항의 청구권은 배제된다.

46) 독일민법 제862조[점유방해로 인한 청구권] : (1) 점유자가 금지된 사력에 의하여 점유를 방해받은 때에는, 그 방해자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있다. 앞으로도 방해받을 우려가 있는 때에는, 점유자는 부작위를 소구할 수 있다. (2) 점유자의 점유가 방해자 또는 그 전주(前主)에 대하여 하자 있고 또한 방해 전 1년 이내에 취득된 것인 때에는, 제1항의 청구권은 배제된다.

47) 이것과 관련하여, 우리 민법은, 로마법과 독일 보통법을 모범으로 하여, 손해배상의

Ⅲ. 간접점유의 성립과정

이상에서 고찰한 바와 같이, 로마의 거래관념에 의하면 사실상의 물건 지배는 임차인·보관인 등에게는 귀속하지 않았고, 임대인 등에 귀속하였다. 즉, 임대인 등만이 점유자로서 점유보호를 받았고, 임차인 등은 오늘날 점유보조자에 대비되는 지위를 가지고 있을 뿐이었다.

이와 같은 로마법의 거래관념에 의하면, 예컨대 물건의 점유자가 임대차계약에 기하여 타인에게 물건의 사실상의 지배를 허락하였더라도, 임대인인 점유자는 언제라도 물건의 반환을 요구할 수 있었다. 그리고 임차인은 임대차계약의 기간 내라도 임대인이 요구한다면 물건을 반환할 의무를 지며, 만일 그의 요구에 응하지 않는 때에는 임대인의 점유를 침해하는 것으로 되기 때문에, 임대인의 점유가 계속되는 것으로 보았던 것이다.⁴⁸⁾ 다만, 이와 같은 경우에 점유자인 임대인이 계약 소정의 기간 내임에도 물건을 반환하도록 하였기 때문에 임차인에게 손해를 입힌 때에는, 임대인은 손해배상의무를 진다는 별개의 관계가 생기기도 하였다.

로마법상 임차인 등의 지위가 이와 같이 열악하였던 것은, 과도하게 소유권을 존중하던 당시의 사회관념에 기한 것이고, 물건의 사실상의 운명은 일체 소유자의 의사에 의하여 결정되었다. 예컨대 소유자가 계약

청구의 가능성을 제204조 제205조에 남기고 있다.

- 48) 앞에서 언급하였듯이, 로마법상 점유의 성립에는 심소(心素)로서의 animus와 체소(體素)로서의 corpus를 필요로 하였다는 것이, 그 각각 의미를 어떻게 해석하는가는 별론으로 하고, 일반적으로 승인되고 있는 바이다. 그런데 로마법에 있어서 점유의 대리는, 오늘날의 법제가 인정하는 것과 같은 법률행위에 있어서의 대리와는 전혀 무관하게, 먼저 점유의 체소에 대해서 발달하였다. 주인 또는 가부(家父)가 그 절대적 지배권 내에 있는 노예 또는 가자(家子)에 의하여 점유를 취득할 수 있다고 하는 생각은, 이어서 특수한 종속관계 아래에 있는 재산관리인에게도 미치게 되고, 드디어 그러한 계속적인 관계 아래에 없는 자유인을 대리인으로 하여서도 점유의 체소가 충족되고 결국 이들에 의한 점유의 취득도 인정되었다.

에 기하여 일정한 기간 물건의 사용수익을 타인에게 허락할 의무를 지는 경우에도, 그 타인은 손해배상청구권을 유보하고는 있지만 언제나 도 물건을 반환하여도 좋다고 하는 묵시적인 합의 아래에서 물건을 소지할 수 있는 것에 불과하였다(매매가 임대차를 깨뜨린다고 하는 원칙도, 이와 같은 사고로부터 나온 것이다). 그런데 로마법 말기에는 임차인과 같은 계약상의 물건의 소지자에게도 계약에 기한 항변을 가지고서 점유자의 부당한 반환청구에 대항할 수 있는 것을 인정하기에 이르고 있다.

이에 반하여 게르만의 거래관념에 의하면 임차인 등을 사실상 지배의 보유자(Inhaber)로 여겼으며, 그들만이 직접적 계베레를 가지고 있었다. 토지임대인의 계베레는 사실상의 지배에 기초를 두지 않고, 차임지급으로부터 발생하는 권리외관에 기초를 두는 것이었다(상위 계베레). 같은 물건 위에 여러 개의 계베레가 중첩적으로 성립할 수 있었고, 그 상호 간에 강약의 차이에 따라 계층이 생겼다.

로마법의 계수와 더불어, 로마의 거래관념에 기초를 두고 있는 로마법 원칙이 게르만의 거래관념과 충돌하였지만, 양자는 독일보통법 가운데 그 의미를 유지하였다. 여기에서는 임차인 등에 대하여 사실상의 지배를 승인함으로써 게르만의 거래관념이 관철되었다. 또한 임차인 등은 카논법에서 유래하는 ‘침탈의 소(Spolienklage)’를 통하여 점유보호를 받았다. 임대인 등은, 비록 더 이상 물건지배의 보유자로 여겨지지는 않았지만, 특시명령에 의하여 받았던 보호를 보유하고 있었다. 그의 이익을 위하여 물건에 대한 지배가 가정(假定)되었다. 따라서 2중적인 점유, 즉 거래관념에 의한 점유 및 로마 전통에 의한 점유가 존재하게 되었다. 양자의 상호관계에 있어서는 거래관념에 의한 점유가 더 강하였다. 그리하여 예컨대 임차인은 임대인에 대하여는 점유보호를 향유하였으나, 반대로 임대인은 임차인에 대하여는 점유보호를 향유하지 못하였다.

이상에서 본 바와 같이, 로마법의 말기에 있어서 임차인 등이 물건의

소지에 대하여 이익을 가지는 경우에, 그들도 점유보호에 유사한 법률상의 보호 혹은 계약상의 항변이 주어지기에 이른 것이, 독일보통법에 이르러서는 게르만법이나 교회법의 영향을 받고서 또 실제 생활의 필요에 의하여 촉진되어서, 이들에 대한 보호의 범위가 더욱 확대되고, 이들을 위해 ‘침탈의 소(Spolienklage)’나 ‘최간단점유소송절차(possessorium summarium)’가 인정되기에 이르렀다. 그리고 그 반면에 임대인 등은 임차인 등으로부터 임대차기간 내에는 임의로 물건을 반환받을 수 없게 되고, 임대인 등의 권능은 점차 축소 한정되기에 이르렀다. 예컨대 로마법에서는, 임대차에 의하여 물건을 타인의 소지에 맡긴 임대인은 배상을 유보하지만 언제라도 임대물의 반환을 청구할 수 있었던 것이지만, 독일보통법에서는 계약에서 정한 시기 이외의 부당한 시기에 임대인이 반환을 청구한다면, 임차인은 계약에 기한 항변을 가지고 이것에 대항할 수 있었고, 만일 임차인이 소지를 침해당한다면, ‘침탈의 소(Spolienklage)’에 의한 보호를 받을 수 있게 된 것이다.

그 후 독일민법은 기본적으로 이러한 원칙들을 받아들였다. 그렇지만 사실상 지배를 하고 있는 모든 보유자(Inhaber)를 점유자(Besitzer)라고 불렀다. 그러나 종래 로마법부터 내려오는 전통에 의한 점유 — 이것은 독일민법에서 비로소 ‘간접점유’로 불려진다 — 를 포기할 수 없었다. 로마법의 영향이 매우 강하였기 때문이었다. 이러한 간접점유를 인정한 목적은, 과거의 전통에 의한 점유에, ‘점유에 기한 보호’를 유지시키는 것이었다. 그 근거를 간접점유는 점유매개관계가 종료된 후에는 직접점유로 되어가는 경향을 가지고 있다는 것에서 찾는다. 나아가 간접점유도 역시 보호할 가치가 있는 이익을 가지고 있으나, 간접점유자는 직접점유자인 점유매개자로부터는 점유를 빼앗지는 못한다. 이와 같이 일정한 점유보호가 직접점유자에게 확실히 보장된다면, 간접점유자도 일정한 범위에서 점유자와 마찬가지로 취급되어야 할 필요가 있었던 것이다. 그리하여 간접점유자의 점유에 대한 침탈이나 방해가 있을 때에 간접점

유자에게 그의 점유에 대한 보호를 청구할 수 있는 권리를 부여하는 독일민법 제869조의 규정을 입법하였다. 결국 간접점유의 개념은 제일 먼저 임대인 등에게 ‘점유에 기한 보호’를 부여하려는 목적에서 나온 것이었다.

그러나 점유는 보호기능만을 가지고 있는 것이 아니라, 점유는 물권의 양도와 취득(사용취득을 위한 점유, *possessio ad usucapionem*)에 대한 전제요건도 된다. 여기서 임대인 등의 간접점유자도 예컨대 그가 소유권을 양도할 수 있는가 또는 자주점유자로서 소유권을 시효취득할 수 있는가에 관한 의문이 생겨났다. 입법자들은 ‘사용취득을 위한 점유 (*possessio ad usucapionem*)’를 독일민법 제854조의 의미에 있어서의 사실상의 지배(즉 직접점유)에만 한하여 인정할 수 없다는 점, 여기서 오히려 이 보다 더 넓은 점유개념을 필요로 한다는 점을 처음부터 스스로 명백히 잘 알고 있었다. 그러나 그러한 넓은 개념을 아직 만들지 못하였다. 그리하여 입법자들은 소유권취득이 문제되는 경우에도, 임차인 등에 대한 점유보호의 규정(제869조)으로부터, 점유개념의 적절한 확대로 여겨지는 간접점유의 관념을 인용(引用)하기로 하였다. 이러한 목적을 위하여 입법자들은 간접점유를 직접점유와 동일시하는 원칙적 규정(제868조)⁴⁹⁾을 제869조 앞에 두었다. 그러나 이 규정은 단지 ‘사용취득을 위한 점유’에 대해서만 의미를 가지는 것으로서, 도대체 제854조~제872에는 어울리지 않는 것이었다. 간접점유자에 대한 점유보호 여부는 오로지 제869조로부터 생겨날 뿐이다.

이와 같이 볼 때, 간접점유는 게르만법의 게베레에 거슬러 올라가지는 않는다. 그렇지만 또한 전적으로 로마법의 포세씨오(*possessio*)에 거슬러

49) 독일민법 제868조[간접점유] : 어떤 사람이 용익권자, 질권자, 용익임차인, 사용임차인, 수처인으로서 또는 이와 유사한 관계에서 물건을 점유하여, 이 관계에 기하여 그가 타인에 대하여 일시적으로 점유할 권리를 가지거나 의무를 지는 경우에는, 그 타인도 역시 점유자이다(간접점유).

올라가는 것도 아니다. 그것은 독일 보통법에 있어서의 로마법과 게르만의 거래관념의 결합에 거슬러 올라가는 것이라고 하겠다.

IV. 결 론

위에서 독일민법에 있어서 간접점유가 입법된 과정을 살펴본 결과, 간접점유는 게르만법의 점유인 게베레(Gewere)에 거슬러 올라가지 않은 물론, 또한 전적으로 로마법의 점유인 포세씨오(possessio)에 거슬러 올라가는 것도 아니고, 그것은 독일 보통법에 있어서 로마법과 게르만의 거래관념의 결합에 의하여 생겨난 것임을 알 수 있었다. 간접점유라는 용어 자체가 독일민법 제2초안에서 처음으로 채택되었다는 사실도 이를 뒷받침한다.

나아가, 간접점유의 본질이 과연 점유의 일종인지 아니면 점유를 의제한 것에 불과한 것인지를 다음과 같이 우리 민법의 입장에서 생각해 보더라도, 간접점유의 연원이 게르만법의 게베레에 있다고 하기는 어려울 것으로 여겨진다.

즉, 우리 민법학에서는 민법 제192조 제1항으로부터 일반적으로 점유를 물건에 대한 사실상의 지배라고 설명하고 그러한 점유에는 직접점유는 물론 간접점유도 포함된다고 설명한다. 그리고 이러한 물건에 대한 사실상의 지배의 존재 유무는 사회관념에 의하여 판단되는 것으로서, 물건이 어떤 사람의 지배 내에 있다고 할 수 있는 객관적 관계를 말한다고 한다. 또한 점유를 매개하는 직접점유자의 법적 지위는 간접점유자로부터 도출되는 것이고 따라서 간접점유를 상위점유자, 직접점유자를 하위점유자라고 할 수 있다고 한다, 나아가 점유매개관계에 의하여 점유가 직접점유자에게 옮겨지지만, 간접점유자는 반환청구권을 가지고 있어서 그러한 법률관계가 끝나거나 없어지면 결국은 물건을 다시 찾아오게

되므로 사회관념상 물건이 완전히 간접점유자의 지배로부터 떨어져 나갔다고 할 수 없고, 간접점유자는 간접적으로 물건을 지배하고 있다고 보아야 하므로 간접점유자에게도 점유가 인정된다고 설명하고 있다.

그런데 이러한 설명에 대하여는 다음과 같은 점들을 재검토해 볼 필요가 있다고 생각된다.

첫째, 점유매개자는 간접점유자를 위하여 점유하고 있고 또한 그는 간접점유자에게 점유를 매개하고 있으므로, 간접점유자도 물건에 대한 사실상의 지배를 인정할 수 있다는 관념에 대한 검토이다. 이러한 관념은 로마법에 적합한 것으로 생각된다. 즉, 로마의 거래관념에 의하면 임대인 등은 임차인 등을 통하여 점유하였으며, 그 임차인은 오늘날의 의미에 있어서의 일종의 점유보조자이었다. 그러나 오늘날 임차인 등은 점유보조자가 전혀 아니며, 사실상의 물건지배를 오히려 자신의 이익으로 돌리고 있는 자이다. 임차인 등은 점유보조자처럼 점유자로부터 주어지는 지시에 복종하지는 않는다. 임차인 등은 간접점유자는 물론 모든 사람에 대하여 독자적으로 그 자신의 점유보호를 주장할 수 있는 것이다. 따라서 간접점유는 점유매개자가 물건을 지배하고 있는 것에 기초를 두고 있는 것은 부인할 수는 없을지라도, 그렇다고 하여 간접점유자에게도 점유매개자를 통한 물건의 지배가 있다고 하기는 어려울 것으로 생각된다.

둘째, 간접점유자는 점유매개관계에 의하여 물건의 지배를 행사한다고 하는 관념도 검토할 필요가 있다. 우리 민법 제194조에 의하면, 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치 기타의 관계에 의하여 타인에 대하여 일시적으로 점유할 권리가 있거나 혹은 의무를 지고 있는 자는 타인에 대하여 점유를 매개하는 것으로 규정되어 있다. 그런데 우리나라에서는 일반적으로 이러한 점유매개관계는 반드시 유효하지 않아도 되며, 유효하게 성립한 것과 같은 외관을 보이는 것으로 충분하다고 한다. 예컨대 질권설정계약이나 임대차계약은 무효이라도, 일방이 질권자나 임차인이라고 오상(誤想)하고 또한 타방도 질권설정자나 임대인이

라고 오상하고 있는 것과 같은 경우에는 간접점유가 성립한다. 그리고 점유매개관계가 실효(취소·해제)된 경우에도 마찬가지라고 한다. 이와 같이 유효한 점유매개관계가 간접점유의 요건이 아니라고 한다면, 간접점유의 성립에 있어서 점유매개관계의 존재 자체는 그 한에서 의미를 상실하는 것이다.

셋째, 간접점유자는 점유매개자에 대한 반환청구권에 의하여 물건의 지배를 행사한다고 한다는 관념도 다시 검토할 필요가 있다. 청구권은 채무자를 의무지우는 것이지, 청구권이 있다고 하여 물건에 대한 사실상의 지배를 하고 있다고 할 수는 없다. 나아가, 물건의 반환 또는 인도의 청구권이 있는 경우에, 언제라도 간접점유가 인정되는 것은 아니다. 예컨대 도둑이 절도한 물건을 타인에게 임대한 경우에, 도둑은 간접점유자일 수는 있지만, 진정한 소유자는 비록 소유권에 기하여 그 물건의 반환청구권을 가지고 있어도 간접점유자로 되지는 않는다. 그리고 예컨대 임차인이 임차목적물을 횡령한 경우에는, 임대인이 반환청구권을 가지고 있지만 임대인에게 간접점유를 인정하기 어렵다. 따라서 반환청구권은 간접점유의 충분한 전제요건이 아닌 것이다.

넷째, 점유매개자의 점유할 권리는 간접점유자의 권리로부터 전래한 것이라야 하고, 따라서 간접점유자의 권리는 점유매개자의 그것보다 포괄적이어야 한다는 관념도 다시 검토를 필요로 한다. 예컨대 만약 점유매개관계가 무효인 경우라면, 점유매개자는 결코 ‘점유할 권리’를 가지지 않으며, 또한 ‘점유할 권리’에 대한 근원도 전혀 존재하지 않을 것이다. 또한 예컨대 도둑이 절도한 물건을 타인에게 임대한 경우와 같이, 도둑인 간접점유자가 ‘점유할 권리’를 전혀 가지지 않고, 따라서 그것으로부터 아무 것도 파생될 수 없는 경우도 있을 수 있다. 따라서 간접점유에 있어서 점유권전래(Besitzrechtsableitung)는 그 성립요건이 아닌 것이다.

다섯째, 간접점유자는 물건에 대한 제3자의 침해를 배제할 수 있다는

바로 그 점 때문에, 간접점유자에게 물건에 대한 사실상의 지배가 인정된다고 주장될 수도 있을 것이다. 그러나 이러한 관념에도 문제가 있다. 실제로 간접점유자가 물건근접성 때문에 물건을 방어할 수 있는 지위에 있는 경우도 있을 수는 있다. 그러나 대부분의 경우에는 그러한 위치에 있지 않다. 비록 물건근접성이 존재하더라도, 그것으로부터 물건에 대한 사실상의 지배는 생기지 않는다. 예컨대 토지에 이웃하는 모든 사람은 이웃토지에 대하여 제3자의 침해가 있는 경우에 그 제3자를 배제할 수 있는 지위에 있다. 그 때문에 그는 그 토지 위에 사실상의 지배를 가지고 있지는 않는 것이다.

마지막으로, 점유에 관한 민법의 규정을 살펴보면 몇 가지의 의문이 생긴다. 먼저, 민법 제192조가 규정하고 있는 ‘물건에 대한 사실상 지배’에 직접점유는 물론 간접점유도 포함된다고 한다면, 간접점유의 경우도 점유의 일종이라고 하는 제194조의 규정이 필요 없을 것이며 또한 간접점유자와 점유매개자는 공동점유자가 될 것이다. 나아가, 간접점유도 점유의 일종이라면, 점유에 대한 침해가 있다면 당연히 점유의 보호를 받을 것이기 때문에, 굳이 간접점유도 직접점유와 똑같은 보호를 받는다고 하는 제207조 제1항을 둘 필요가 없을 것이다.

이상과 같은 점들을 고려해 볼 때, 간접점유는 물건에 대한 사실상의 지배와는 관계가 없는 것으로서, 단지 법에 의하여 점유로 의제된 것으로 볼 수밖에 없지 않을까 생각되는 것이다. 법이 그렇게 하는 이유는 임대차계약 등의 점유매개관계가 유효하든 아니든 간에, 점유매개자인 임차인 등은 임대차기간이 종료하면 물건을 반환한다는 의사를 가지고 있고, 이에 따라 임대인 등도 물건에 대한 지배를 되찾을 수 있다고 하는 기대를 가지고 있는 상황을 보호할 가치가 있다고 보고 있기 때문이라고 할 수 있다.

이와 같이 간접점유를 물건에 대한 사실상의 지배(즉 점유)가 아니라, 법에 의하여 점유로 의제된 것으로 본다면, 동일한 물건에 대한 직접점유

는 물론 간접점유를 중첩적 점유로 볼 수는 없으며, 그 결과 간접점유의 연원도 중첩적 점유를 인정하고 있던 게베레에서 찾을 수는 없을 것이다.

점유제도는 역사적 산물로서 점유론은 오늘날까지 매우 복잡하고 혼란스러운 것의 하나로 여겨지고 있다. 로마법의 점유인 포세시오(possessio)와 게르만법의 점유인 게베레(Gewere)의 교착에 의하여 발전해 온 오늘날의 점유제도 특히 독일법의 그것을 그렇게 간단하게 하나의 이론에 의하여 일원적(一元的)으로 파악할 수는 없다. 간접점유도 독일 보통법에 있어서의 로마법과 게르만의 거래관념의 결합에 의하여 생겨난 것 중의 하나인 것이다.

(투고일 2006년 11월 30일, 심사일 2006년 12월 21일, 게재확정일 2007년 1월 2일)

주제어 : 점유, 간접점유, 포세시오, 게베레, 카논법, 특시명령, 사용취득, 소지, 보유, 침탈의 소

[Zusammenfassung]

Der Ursprung des mittelbaren Besitzes

Sang-Tae Lee*

Den mittelbaren Besitz gibt es außer dem unmittelbaren Besitz im koreanischen Bürgerlichen Gesetzbuch wie auch im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Umstritten ist die Frage, ob der mittelbare Besitz auf die germanische Gewere zurückgeht oder auf römische possessio. Das Ziel dieser Abhandlung ist diese Frage zu beobachten.

Zu diesem Zweck wird die allgemeine Entwicklungsgeschichte hinsichtlich Besitzes in Deutschland untersucht, und danach insbesondere das Zustandekommensverfahren vom mittelbaren Besitz wird betrachtet.

Durch dieser Untersuchung sind folgende Sache ins klar gekommen ; Die Wurzel des mittelbaren Besitzes liegt in der Vereinigung römischer und germanischer Rechtsvorstellungen im gemeinen Recht und seine jetzige Ausgestaltung und die Bezeichnung stammen von der 2. Kommission, die berufen für der Fortführung der Gesetzgebungsarbeiten in Deutschland wurde.

Dieses Schluß kann gleichfalls für koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch gelten.

Stichwörter : Besitz, Mittelbarer Besitz, possessio, Gewere, kanonisches Recht, Interdikta, usucapio, Detention, Inhabung, Spolienklage

* Professor, FB Rechtswissenschaft, Konkuk Universität