

프랑스民法典의 과거, 현재와 미래^{*} — 프랑스民法典 제정 200주년을 맞이하여 —

南 孝 淳**

I. 서론

(i) 프랑스民法典은 1804년 제정된 후 현재까지 200여년의 긴 역사를 자랑한다. 나폴레옹제정 하에서 제정된 그 많은 법전 중에서 유일하게 오늘까지도 그 생명을 유지하고 있는 법전이 바로 프랑스民法典이다. 이러한 이유에서 민법학자들은 프랑스民法典은 역사를 거부한다고까지 말하기도 한다. 그러나 프랑스民法典 앞에 놓인 미래가 200년의 긴 역사에도 불구하고 암울한 것 또한 현실이다. 지난 2004년 유럽의 많은 법학자들이 프랑스民法典을 유럽 법문화의 기념비적 존재라고 하면서 성대하게 200주년을 경축하였지만, 다른 한쪽에서는 프랑스民法典의 존재를 무의미하게 할 유럽연합통일민법전의 제정에 대한 논의 또한 활발하게 진행되고 있기 때문이다. 현재 유럽연합회원국의 계약법 또는 민법을 통일하는 유럽연합통일법의 제정에 대한 논의와 움직임은 그 어느 때보다 활발하다. 프랑스의 민법학자들 스스로 자인하고 있는 바와 같이,¹⁾ 프랑스는 이제 그 개편을 포함하여 프랑스民法典의 미래를 진지하게 논의하여야 할 시점에 오게 된 것이다.

(ii) 이 논문은 프랑스民法典 제정 200주년을 맞이하여 프랑스民法典이 제정된 후 현재까지 있었던 개정을 통한 변화와 개혁의 역사를 살펴보고, 현재 프랑스민

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 서울대학교 법학연구소 기금의 2006학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 교수

1) D. Tallon, "L'avenir du code en présence des projets d'unification européenne du droit civil", 1804-2004 *Le Code civil - un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 998.

法典이 안고 있는 문제점과 유럽연합의 탄생과 더불어 논의되고 있는 통일민법전의 제정이라는 새로운 흐름에 직면한 프랑스民法典의 미래에 대하여 살펴보고자 한다.)

II. 프랑스民法典의 과거 : 개정을 통한 변화와 개혁

(i) 프랑스民法典의 과거, 즉 프랑스民法典이 제정된 후부터 현재까지의 역사를 검토하는 것은 프랑스民法典이 자신 앞에 놓인 미래를 어떻게 대비하여야 할 것 인지를 탐구하는 데에 있어서 필요불가결한 작업이 될 것이다. 그리고 이러한 작업은 시기를 구분하여 단계적으로 검토하는 것이 적절할 것이다. 프랑스民法典의 역사를 구분하는 기준은 여러 가지가 있을 수 있겠으나,³⁾ 이 논문에서는 황금기(1804-1904), 초기개혁기(1904-제4공화국·1958), 조용한 혁명기(제5공화국 제1기: 1958-1974) 그리고 격동기(제5공화국 제2기: 1974-현재)로 구분하기로 한다.⁴⁾

- 2) 2004년 프랑스민법전 제정 200주년을 맞이하여 많은 문헌이 발간되었다. 그 중에서 프랑스民法典에 대한 종합적 연구를 실행한 문헌으로 다음의 세 가지를 들 수 있다. 하나는 100^e Congrès des Notaires de France, *Code civil - les défis d'un nouveau siècle*, 2004, 947 p.이고, 다른 하나는 *1804-2004 Le Code civil - un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, 1059 p.이고, 마지막 하나는 Juris-Classeur, *Le discours et le Code; Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, 398 p.이다. 첫째 문헌은 2004년 5월 16일에서 19일에 걸쳐 파리에서 있었던 제100회 공증인총회의 발표문을 정리하여 출판한 것이다. 공증인총회는 4개의 위원회로 나누어, 각 위원회는 혁명의 미래(L'avenir d'une révolution)(제1위원회), 계약법의 신세계(Le nouveau monde contractuel)(제2위원회), 법의 과학과 이성(Science et Raison du droit)(제3위원회), 자유, 평등 및 家(Liberté, Egalité, Famille)(제4위원회)를 주제로 발표가 이루어졌다. 둘째 문헌은 Panthéon-Assas대학이 2000년부터 기획하여 프랑스民法典 제정 200주년을 기념하기 위하여 프랑스민법학자들이 기고한 논문을 발간한 것이다. 이 논문집은 제1부 1804년의 민법전(Le Code civil de 1804), 제2부 1804년부터 현재까지의 민법전(Le Code civil de 1804 à nos jours), 제3부 민법전의 미래(L'avenir du Code civil)로 구성되어 있다. 셋째 문헌은 Portalis가 작성한 프랑스민법안의 서언(le discours préliminaire)에 대한 역사적 평석이다. 필자의 논문은 첫째와 둘째의 문헌 중에서 프랑스民法典의 현재, 과거와 미래에 관한 논문 또는 관련부문을 참조하여 작성된 것이다.
- 3) 본문의 구분과 달리, 제2차세계대전 이후를 한 시기로 보는 학자도 있다(J. Foyer, "Le Code civil de 1945 à nos jours", *1804-2004 Le Code civil - un passé, un présent un avenir*, Dalloz, 2004. n° 31, pp. 276-296).
- 4) 이 구분은 *Code civil - les défis d'un nouveau siècle*의 서론 제2편 제1장 민법전의 역사(L'histoire du Code)(100^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n°s 1087-1101,

(ii) 프랑스民法典의 역사를 알기 위해서는 프랑스의 判例를 아는 것 또한 중요하다. 어느 나라에서나 判例는 단순히 법을 해석하는 것을 뛰어 넘어 법을 창조하는 기능(*la création du droit*)을 수행하는 것이 사실이다. 그런데 프랑스의 경우는 프랑스民法典이 제정된 지 200년이라는 긴 세월이 경과하였고 그 결과 프랑스民法典이 제정되던 당시와 사회적, 경제적, 문화적인 면에서 제반사정이 현저히 달라졌기 때문에, 프랑스判例가 시대의 변화에 부응하기 위하여 수행하여야 하는 법창조적 역할은 대륙법계 다른 어느 나라의 경우보다 클 것이라는 것을 쉽게 짐작할 수 있다. 프랑스民法典에 대하여는 제정 후 시대의 요구와 변화에 적응하기 위하여 수많은 개정이 이루어진 것은 사실이지만, 典型契約, 契約의 해석, 債務不履行, 不法行爲 등 민법상의 중요한 주제에 관하여는 개정이 전혀 이루어지지 않은 부분도 많이 있다. 이러한 부분의 해당 규정을 변화된 사회에 살아 있는 법으로 적용하는 것은 전적으로 判例의 법창조적 역할에 맡겨져 있다고 해도 과언이 아니다. 그 결과 判例의 법창조적 역할은 제정법의 일반조항의 구체화 또는 불확정적 개념의 확정을 넘어, 입법자가 전혀 예상하지 못한 새로운 의미를 부여하는 것으로도 발현되고 있다. 이러한 判例의 법창조적 역할은 민법의 여러 부문에서 발견된다. 그 중에서도 가장 대표적인 것이 바로 프랑스民法典 제 1384조 제1항에 대한 법창조적 역할이다.⁵⁾ 判例는 한 번도 개정된 적이 없는 제 1384조 제1항의 ‘물건으로 인한 불법행위책임(*la responsabilité du fait des choses*)’에 대하여 프랑스民法典의 기본원칙인 過失責任을 뛰어 넘어 無過失責任인 危險責任(*la théorie du risque*)을 확립하여왔다.⁶⁾ 判例는 기계와 자동차 등 과학의 발달과 더불어 새롭게 등장하는 위험물로 인하여 발생하는 손해의 배상책임근거로 危險責任論을 발전시켜 왔던 것이다. 즉, 判例는 過失推定(*la présomption réfragable*)에 기초한 손해배상책임론에서 한 걸음 더 나아가 불가항력에 의한 면책(*l'exonération par la force majeure*)만을 인정하는 過失擬制(*la présomption irréfragable*)에 근거하는 위험책임론을 발전시켰다.

p. 83-91)에 따른 것이다.

5) J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations, 2. Le fait juridique, Quasi-contrats, Responsabilité délictuelle*, Armand Colin, 1999, n^{os} 224-284, pp. 216-227; G. Viney, *Les obligations, la responsabilité : conditions*, L.G.D.J., 1982, n^{os} 628-629, pp. 747-754 참조. 프랑스民法典 제1384조 제1항에 대한 判例의 역사적 전개에 관하여는 특히 J. Flour et J.-L. Aubert 참조.

6) 이하 법률의 명칭 없이 인용되는 조문은 모두 프랑스民法典의 조문을 가리킨다.

(iii) 이하에서 각 시대별로 프랑스民法典의 개정 내용과 제1384조 제1항에 대한 프랑스判例의 법창조적 역할의 역사적 전개과정도 함께 다루기로 한다.

1. 황금기(1804-1904)

(i) 19세기의 프랑스는 무엇보다도 소유권의 시대였다. 그 시대는 재화의 소유자인 상인과 토지의 소유자인 부르주와계급이 지배하는 사회였다. 부르주와계급은 국가에 대한 공적 생활에서는 진보주의자였지만, 사적 생활에서는 자신의 권리를 지키려는 보수주의자였다. 또 19세기의 프랑스는 산업화의 진척과 더불어 자본주의가 발전하였고, 자본주의의 발달로 인하여 참정권이 국민 일반에게 확대되었다. 그 결과 19세기 말에 이르러 프랑스는 농촌사회에서 자유와 평등 그리고 사유재산이 보장되는 도시사회로 변모하였다.

(ii) 19세기의 사회적 배경은 프랑스民法典으로 하여금 더욱더 국가와 사회 속에 깊숙이 뿌리내리게 하였다. 프랑스民法典은 프랑스혁명이라는 소용돌이를 거치면서 이루어진 역사적 타협의 산물이다. 프랑스民法典은 19세기 프랑스사회의 기본질서인 소유권, 契約, 夫의 家父長權을 통한 家の 평화, 법 앞의 평등 그리고 종교로부터의 자유를 확고하게 보장하고 있었다. 재화에 대한 지배를 내용으로 하는 자본주의는 법치주의를 필요로 하는바, 프랑스民法典은 바로 19세기 자본주의사회의 법적 안전판이었던 것이다

(iii) 19세기에는 프랑스民法典은 그 자체의 개정이 거의 없었다. 그러나 많은 민사특별법이 제정되었다. 예를 들면, 1816. 7. 28자 司法公共職務(les offices ministériels)에 관한 법률,⁷⁾ 1824. 7. 28자 제조물상의 商號의 변경 및 부착에 관한 법률(la Loi du 28 juillet 1824 relative aux altérations ou suppositions de noms sur les produits fabriqués), 1844. 7. 5자 발명특허에 관한 법률(la Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention), 1857. 6. 23자 製造商標에 관한 법률(la Loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce), 1866. 7. 14자 著者の 상속인 및 승계인의 권리에 관한 법률(la Loi du 14 juillet 1866 sur

7) 이 법률은 司法公共職務의 재산권성을 인정하였다. 司法公共職務란 재판과 관련이 있는 공공직무(l'office)로 사인에 의하여 수행되는 직무를 말한다. 이에 종사하는 사인을 司法公共職務者(les officiers ministériels)라고 부르고, 司法公共職務者는 어디까지나 사인의 지위를 갖는다. 司法公共職務者에 관한 자세한 사항은 法務部, 프랑스의 司法制度, 法務資料 第211輯, 1997, 692 이하; 法務部, 各國의 辯護士制度, 法務資料 第213輯, 2001, 210 이하(南孝淳 집필부분) 참조.

les droits des héritiers et des ayants-cause des auteurs), 1867. 7. 24자 회사에 관한 법률(*la Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*)⁸⁾ 등이 제정되었다. 이들 민사특별법은 대부분 프랑스민법상 동산에 해당하는 무체재산권에 관한 법률이다.⁹⁾ 프랑스民法典은 부동산소유권 내지는 부동산의 규율은 상세하게 하고 있지만, 특히 동산인 권리에 대한 규율은 미미하다. 프랑스民法典은 권리인 동산과 관련하여서는 제529조 및 제530조를 두고 있을 뿐이다. 위의 민사특별법은 프랑스民法典이 전혀 규율을 하고 있지 않은 동산인 무체재산권에 관한 입법이라는 점에서 그 의의가 있다고 할 것이다.

(iv) 19세기 말까지 많은 나라들이 직접 또는 간접으로 프랑스民法典의 제정에 영향을 받아 자신들의 민법전을 제정하였다. 그러한 나라로 오스트리아(1811년), 네덜란드(1838년), 페루(1852년), 루마니아(1862년), 이태리(1865년), 캐나다(1866년), 터키(1869년), 아르헨티나(1871년), 미국의 캘리포니아주(1872년), 이집트(1875년), 스페인(1889년), 일본(1890년) 그리고 독일(1896년)을 들 수 있다.

(v) 제1384조 제1항은 ‘누구든지 자신의 행위로 인하여 발생한 損害뿐만 아니라 자신이 책임을 져야 하는 사람 또는 자신이 관리하는 물건에 의하여 발생한 損害를 배상할 책임이 있다(On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais encore de celui qui est causé par le fait des personness dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde)’고 규정하고 있다. 그런데 프랑스民法典의 제정자들은 제1384조 제1항에 특별한 의미를 부여하지 않았다. 그들에 의하면, 이 규정은 한편으로 제1382조와 제1383조에 규정된 ‘자신의 행위로 인한 不法行爲責任(*la reponsabilité du fait personnel*)’을 다시 한 번 확인하고, 다른 한편으로 제1384조 제2항 내지 제8항에 규정되어 있는 ‘타인의 행위로 인한 不法行爲責任(*la reponsabilité du fait d'autrui*)’, 제1385조의 ‘동물로 인한 不法行爲責任(*la reponsabilité du fait des animaux*)’ 그리고 제1386조의 ‘건물로 인한 不法行爲責任(*la reponsabilité du fait des bâtiments*)’의 시작을 사전에 예고하는 규정에 지나지 않는 것으로 이해하였다. 달리 말하면, 프

8) 이 법률은 주식회사의 설립자유를 허용하는 법률이다.

9) 프랑스民法典은 모든 물건(*le bien*)을 동산과 부동산으로 구분한다(제516조). 프랑스民法典의 규율에 의하면 무체물인 권리도 물건에 속하고, 物權, 債權 기타의 권리도 모두 동산 또는 부동산으로 구분된다. 프랑스民法典 제526조가 규정하고 ‘객체에 의한 부동산(*l'immeuble par l'objet*)’이 권리인 부동산 그리고 제527조의 ‘법률의 정함에 의한 동산(*le meuble par la détermination de la loi*)’이 권리인 동산에 해당한다.

랑스民法典의 제정자들에 의하면 제1384조 제1항은 자신의 행위로 인한 不法行爲責任의 규율에서 기타의 不法行爲責任의 규율로 넘어감과 동시에 타인의 행위로 인한 不法行爲責任과 물건으로 인한 不法行爲責任의 서두에 해당하는 규정이었다. 그 결과 프랑스民法典의 제정자들은 제1384조 제1항의 ‘관리 중인 물건’이란 바로 제1385조의 동물과 제1386조의 건물이라고 생각하였다. 프랑스民法典 제정 당시에는 사람이 손해를 입을 수 있는 의미 있는 물건이란 바로 동물과 건물이었다. 바로 이러한 이유에서 프랑스民法典 제정자들은 제1384조 제1항에 대하여 그 이외의 특별한 의미를 부여하지 않았던 것이다.

19세기말에 이르러 과학의 발달로 새로운 기계가 출현하였고, 이로 인하여 산업재해가 많이 발생하게 되었다. 그런데 당시의 不法行爲로 인한 손해배상책임은 過失責任에 기초하고 있었으므로, 근로자의 보호가 사회적 문제로 대두되었다. 이러한 문제의 해결을 위하여 근로자가 근로 중에 입은 손해에 대하여 사용자에게 책임을 부과하는 두 가지의 시도가 있었다.¹⁰⁾ 우선 하나는 안전의무 (l'obligation de sécurité)의 위반으로 인한 계약상 손해배상책임을 인정하는 시도였다. 즉, 사용자는 근로계약에 의하여 안전의무를 부담하게 되는데, 근로 중의 사고는 바로 사용자의 안전의무의 불이행이라고 보았다. 그러나 이러한 시도는 당시로서는 너무 시대를 앞서간 것이어서, 判例나 학설에 의하여 수용되지 못하였다. 다른 하나는 건물의 붕괴로 인한 손해에 관한 제1386조를 확대 해석하는 시도였다. 기계는 대부분의 경우 부동산에 고정되어 있으므로, 이를 ‘용도에 의한 부동산(l'immeuble par destination)’으로 볼 수 있고 그 결과 건물과 동일하게 취급할 수 있다고 보았던 것이다.¹¹⁾ 그러나 이 시도 역시 실패하였다. 그 이유는

10) J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 226, p. 217.

11) 부동산의 용도를 위하여 또는 영속적으로 비치된 동산을 ‘용도에 의한 부동산’이라고 한다(제522조 내지 제525조). 예를 들면, 토지의 경작을 위하여 토지에 비치된 가축과 농기구 그리고 공장의 가동을 위하여 공장에 비치된 기계들이 용도에 의한 부동산이다. 여기서 비치되었다는 것은 반드시 부착된 것만을 말하는 것은 아니다. 용도를 위한 부동산을 인정하는 것은 주된 물건인 부동산과 부속물인 동산에 의하여 형성된 결합관계, 즉 동산이 부동산의 효용가치를 유지하고 증가시키는 결합관계를 법적으로 보호하려는 데에 있다(Ch. Atias, *Droit civil ; Les biens*, 4^e éd., Litec, 1999, p. 40). 그 결과 용도에 의한 부동산은 부동산과 분리하여 압류의 대상이 되지 않고, 부동산을 매매하거나 지당권을 설정하는 경우 용도에 의한 부동산에도 그 효력이 미치게 된다. 동산은 부동산과 동일한 소유자에게 속하고 있어야 용도에 의한 부동산이 될 수 있다. 그리고 용도에 의한 부동산은 법이 정하는 경우에 한하여 인정된다. 프랑스民法典은 다음의 두 경우 용도에 의한 부동산을 인정한다. 첫째, 동산이 토지의 편익

제1386조의 적용요건인 관리의 해태 또는 구조상의 결함을 입증하는 것이 사용자의 과실을 입증하는 것만큼이나 어려웠기 때문이었다.

判例는 마침내 1896년 예인선의 보일러가 폭발하여 근로자가 사망한 사건에서, 제1384조 제1항을 적용하기에 이르렀다.¹²⁾ 判例는 제1384조 제1항은 동물과 건물뿐만 아니라 관리중인 물건으로 인하여 발생하는 손해를 규율하는 일반규정이 라고 해석하였다. 이러한 해석은 프랑스民法典의 제정자들은 감히 예상할 수 없었던 것이었지만, 근로자의 보호라는 시대적 필요에 의하여 判例가 법창조적 역할을 실행함으로써 가능했던 것이다. 判例는 사용자의 不法行爲責任의 근거를 過失推定(*la présomption réfragable de la faute*)에서 찾았다.¹³⁾ 그러나 判例는 과실 부존재의 입증에 의하여서도 면책을 인정하지 않고 불가항력에 의한 면책을 인정함으로써 사실상 危險責任論을 확립한 것이나 마찬가지였다.¹⁴⁾

(vi) 학자들은 判例가 제1384조 제1항에 대하여 내린 새로운 해석에 대하여 그 이론적 근거를 마련하여야 하는 임무를 맡게 되었다. 학자들의 노력의 결실이 바로 危險責任論(*la théorie du risque*)과 報償責任論(*la théorie contrepartie du profit*)이었다. 危險責任論은 過失이 아니라 바로 창출된 위험(*le risque créé*)에서 책임의 근거를 찾았고 그리고 報償責任論은 이익에 대한 보상으로서 책임을 인정하였다. 당시 危險責任論의 대표적인 학자로는 Salleilles와 Josserand이 있다.¹⁵⁾ 危險責任論과 報償責任論은 過失責任을 기본으로 하는 책임론에 익숙하고 있었던 당시의 학계에는 과격적인 책임이론이었다. 학자들의 이러한 노력이 없었더라면, 제1384조 제1항에 대한 判例의 법창조적 기능도 일시적인 현상으로 끝나고 말았을 것이다.

과 활용을 위하여 또는 토지의 산업 또는 상업적 목적을 위하여 토지에 비치된 경우이다(제524조 제2항). 둘째, 동산이 토지에 영속적으로 부착된 경우이다(제524조 제3항 및 제525조)

12) Civ. 16 juin 1896, D. 1897, 1, 433.

13) 프랑스民法典상 *faute*의 개념은 다의적이다. 고의와 과실을 포함하거나, 고의만을 의미하거나 또는 過失과는 무관한 객관적인 귀책사유를 의미하기도 한다. 그리고 1968. 1. 3자 법률에 의하여 현행 프랑스民法典상 *faute*는 객관적인 귀책요건을 의미하게 되었다. 본문의 문제는 1968. 1. 3자 법률이 제정되기 전의 문제이므로, 여기서는 *faute*를 過失이라고 번역하기로 한다.

14) J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 286, p. 218.

15) Salleilles는 1897년 ‘Les accidents du travail et la responsabilité civile’을 발표하였고, Josserand은 1898년 ‘La responsabilité du fait des choses’을 발표하였다.

(vii) 判例가 제1384조 제1항에 대하여 새로운 해석을 내린 지 얼마 되지 않아, 산업재해 대한 사용자책임에 관하여 1898. 4. 9자 산업재해책임에 관한 법률(*la Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilité dans les accidents du travail*)이 제정되었다. 따라서 判例가 危險責任論에 기초하여 제1384조 제1항을 적용하는 경우는 극히 드물게 되었다. 그러한 현상은 1920년대에 자동차사고로 인한 손해배상이라는 새로운 사회적 문제가 발생하기까지 계속되었다.

2. 초기개혁기(1904-제4공화국 · 1958)

(i) 초기개혁기는 프랑스民法典 제정 100주년인 1904년부터 시작되어 제4공화국(1946-1958)의 기간까지이다. 프랑스民法典은 제정 100주년을 맞이하는 시기에 독일민법전(BGB)이라는 최대의 경쟁자를 만나게 되었다. 이제 독일민법전은 프랑스民法典을 완전히 개편하여야 할 중요한 이유 중의 하나로 등장하게 되었다.

프랑스民法典 100주년기념집(*Le Livre du centenaire*)도 프랑스民法典 개정의 문제를 정면으로 다루었다.¹⁶⁾ 100주년기념집의 기고자들은 전반적으로 프랑스民法典을 개편하자는 태도를 취하였다. 그 중 특히 L. Lanaude는 단호하게 개편의 필요성을 주장하였다. 다른 학자들도 프랑스民法典의 개편을 주장하였지만, 입장은 보다 신중한 것이었다. 예를 들면, Planiol은 프랑스民法典을 전반적으로 개정하기 보다는 특별법을 제정하여 개별문제를 해결할 것을 주장하였다.¹⁷⁾ 한편 반대론자로는 Eugène Gaudemet를 들 수 있다. 그는 프랑스民法典의 어떠한 제도도 현재 비판을 면할 수 없다는 점을 솔직히 시인하였다. 예를 들면, 가족법에 대하여는 妻에게 더 많은 독립성을 부여하여야 하고, 父權(*la puissance paternelle*)을 제한하여야 하고, 혼외출생자의 법적 지위를 개선하여야 한다는 문제점, 소유권에 대하여는 지나치게 절대적이고 배타적임과 동시에 개인주의에 편향되어 있다는 문제점 그리고 계약법에 대하여는 계약자유원칙이 고전적 자유주의에 경도되어 약자의 지위를 열악하게 하고 강자의 지위를 옹호하고 있다는 문제점을 지적하였다. 그러나 그는 “프랑스民法典이 가장 낡은 것이기는 하지만, 새로 제정된 법률들이 여전히 민법전상의 기본원칙이 생명력이 있음을 보여주고 그리고 새로

16) 100주년기념집은 입법연구회(*la Société d'études législatives*)가 발간한 문헌으로 국내 외의 40명의 법률가의 글이 게재되어 있다.

17) *Le livre de centenaire*, p. 962, par 100^o Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n^o 1099, p. 86,

운 해석론을 통하여 구각의 저변에 살아 있는 수액을 흐르게 할 수 있는 이상 이는 문제되지 않는다”고 하면서, 프랑스民法典의 개정에 반대하였다.¹⁸⁾ 그러나 100주년기념집의 기고자들의 대세는 프랑스民法典을 개편하자는 쪽이었다. 이러한 이유에서 1904년 법무부장관은 ‘프랑스民法典의 현대화(la modernisation du Code civil français)’의 임무를 부여하면서 61인의 위원으로 개정위원회를 구성하였다. 그러나 이 개정위원회는 아무런 성과도 이루지 못하였다.

(ii) 제2차세계대전이 종료된 직후 제4공화국에서 두 번째로 프랑스民法典의 개정작업이 시도되었다. 우선 학계에서 ‘프랑스법문화앙리까뽀망협회(L'Association Henri Capitant pour la culture juridique française)’가 개정작업을 주도하였다. 그런데 동협회의 개정목적은 다소 엉뚱한 것이었는데, 프랑스를 위해서가 아니라 제2차세계대전후 독립한 국가들을 위해 모델이 될 프랑스民法典을 제정하여야 한다는 것이었다.¹⁹⁾ 이는 독일민법전에 대한 일종의 경쟁의 발로라고 볼 수 있을 것이다. 한편 정부도 동협회의 회원이자 교육부장관이었던 René Capitant의 제안을 받아 들여, 1945. 6. 7자 명령으로 프랑스民法典개정위원회를 구성하였다. 동 개정위원회는 12인의 위원으로 구성되고, 4개의 소위원회(總則, 人·家, 債權, 物權)로 나뉘어, 1963년까지 18년 동안 개정작업을 계속하였다.²⁰⁾ 제4공화국이 정치적으로 매우 불안하였던 이유로, 정부는 개정작업을 적극적으로 추진하지는 못하였다. 결국 제4공화국에서 프랑스民法典의 개정작업은 마무리되지 못하였다.

(iii) 제4공화국은 시대가 요구하는 변화를 프랑스民法典의 개정이 아니라 개별 입법을 통하여 충족하려고 하였다. 제4공화국은 국가를 경제적으로 재건하려 하였는데, 이는 계획경제(le dirigisme)를 초래하였다. 프랑스는 1944년부터 1948년까지 경제의 모든 분야에서 국유화를 단행하였다. 국유화는 공역무(le service public)에 기초하고 있는데, 공역무란 민법상의 공적질서(l'ordre public)의 경제적 또는 사회적 측면이라고 할 수 있다. 따라서 사적 질서에도 국가의 개입이 늘어나고 그와 동시에 민법상의 공적질서(l'ordre public)의 개념이 확장되었다. 그 결과 많은 민사특별법이 제정되어 프랑스民法典의 내용을 수정하게 되었다. 특히

18) Le livre de centenaire, p. 981, par 100^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1099, p. 86.

19) J. Foyer, *op. cit.*, n° 5, p. 277.

20) 특기할 것은 동개정위원회는 독일민법전을 본받아 처음에는 總則編을 두기로 하였으나, 나중에는 서편, 제1권과 제3권의 제5편을 통합하여 人, 家, 無能力者, 부부재산제를 규정하려고 하였다는 점이다.

임대차와 관련하여 많은 민사특별법이 제정되었다. 예를 들면, 1945. 9. 4자 소작제에 관한 법률(*la Loi du 4 septembre 1943 portant statut du fermage*), 1948. 9. 1자 임대차 및 임료에 관한 Grimaud 법률 제48-1360호(*la Loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 dite Grimaud sur les baux et loyers*) 그리고 1953. 9. 30자 상사임료에 관한 명령 제53-938호(*le Décret n° 53-938 du 3 septembre 1953 régime des loyers*) 등이 그러하다. 이들 법률은 임차인에게 특별한 보호를 주기 위하여 임대인의 법적 지위를 제한하였다. 즉, 개인의 소유권이 제한되었다. 그 밖에 소유권을 제한하고 계약관계에서 실질적 평등을 실현하기 위하여 계약자유 원칙을 제한하는 많은 민사특별법들이 제정되어, 프랑스民法典 밖에서 프랑스民法典의 기본원칙을 제한하게 되었다.

(iv) 가족법의 상황도 예외는 아니었다. 여성노동력의 사회진출 증가는 妻의 무능력제도에 대한 근본적인 재검토를 요구하였다. 그 결과 1938. 2. 18자 妻의 무능력에 관한 민법전상의 규정을 개정하는 법률(*la Loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée*)과 1942. 9. 22자 배우자의 권리와 의무에 관한 법률(*la Loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux*)에 의하여 妻의 무능력제도는 폐지되었다. 또 1945년 이혼의 요건이 완화되었다. 그리고 혼외출생자(*les enfants naturels*)에게도 권리가 부여되었고, 간통이나 근친상간에 의한 혼외출생자(*les enfants adultérins ou incestueux*)도 마찬가지였다. 그러나 부부 재산에 있어서는 妻는 여전히 열악한 지위에 있었다.

(v) 1920년대부터 자동차의 증가로 인하여 교통사고가 급증하였다. 특별입법이 미처 제정되지 못한 상태에서, 判例는 자동차사고로 인한 손해의 배상책임이라는 새로운 문제에 부딪치게 되었다. 이는 判例가 19세기말에 산업재해로 인한 손해의 배상책임 문제를 직면하였던 것과 완전히 동일한 상황이었다. 判例는 그 때까지 자동차사고로 인한 손해에 제1384조 제1항을 적용하는 것을 주저하였다. 자동차사고로 인한 손해는 어디까지나 자동차라는 물건 그 자체가 아니라 운전자라는 사람의 행위에 의하여 발생한 것이라고 보았기 때문이었다. 그러나 判例는 결국 자동차사고로 인한 손해배상책임에도 이미 危險責任論의 근거규정으로 재해석되었던 제1384조 제1항을 적용하게 되었다. 判例가 자동차사고로 인한 손해배상책임에 제1384조 제1항을 적용하는 모습은 세 단계를 거쳐 확립되었다.²¹⁾

21) J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n^{os} 229-230, pp. 218-219.

첫째, 1920년대에 判例는 자동차사고에 대하여는 산업재해의 경우와는 다른 논리를 전개하였다. 判例는 순수한 의미의 危險責任論이 아니라 위험물(*la chose dangereuse*)에 관한 過失推定(*la présomption de faute*)에서 손해배상책임의 근거를 찾았다. 즉, 위험물에 대하여는 그 관리자에게 주의의무가 발생하는데, 위험물에 의하여 손해가 발생하였다는 것은 바로 이 주의의무를 위반하였음을 가리키는 것이라고 보았다. 判例가 이처럼 위험물에 한해서만 제1384조를 적용하였던 것은 사람의 행위로 인한 손해배상책임을 규정하고 있는 제1382조가 사실상 사문화되어 버리는 것을 막기 위한 것이었다. 둘째, 判例는 1930년대부터는 더 이상 위험물이라는 개념을 사용하지 않고, 순수한 危險責任論에 근거를 둔 판결들을 내리기 시작하였다. 判例는 過失推定이라는 용어 대신에 責任推定(*la présomption de responsabilité*)이라는 용어를 사용함으로써, 사실상 危險責任論을 인정하였다. 예를 들면, 자동차를 도난당한 소유자에게도 자동차사고로 인한 손해의 배상책임을 인정하였다.²²⁾ 자동차를 도난당한 소유자는 자동차에 대하여 더 이상 관리를 하는 것이 불가능함에도 불구하고 손해배상책임을 인정하는 것은 危險責任論으로밖에 설명할 수가 없다.²³⁾ 셋째, 判例는 1940년대에 들어와서는 危險責任論을 다소 제한하는 태도를 보였다. 즉, 判例는 자동차를 도난당한 소유자는 자동차에 대한 관리를 상실하였음을 이유로 자동차소유자의 손해배상책임을 부정하였다.²⁴⁾

3. 조용한 혁명기(제5공화국 제1기: 1958-1974)

(i) 제5공화국의 제1기는 비록 1968년에 5월혁명이 있기는 하였지만 전반적으로 정치적 안정과 경제적 발전을 이룩한 시기이다.²⁵⁾ 제5공화국 제1기는 격동

22) Civ. 3 mars 1936, *D.* 1934, 1, 41.

23) J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 231, p. 219.

24) Ch. réunies, 2 déc, 1941, *S.* 1941, 1, 217.

25) 프랑스 제5공화국은 1958년에 시작되어 현재까지 계속되고 있다. 1958년 10월 헌법법이 채택되고, 그 해 12월 제5공화국이 수립되면서 De Gaulle 대통령(1958-69)이 취임하였다. 그 후 Georges Pompidou 대통령(1969-74), Valéry Giscard d'Estaing 대통령(1974-81), François Mitterrand 대통령(1981- 95) 그리고 현재의 Jacques Chirac 대통령(1995-현재)이 차례로 집권하였다.

프랑스 제5공화국헌법은 행정부권력의 이원적 구조를 그 특징으로 하는 이원적 집정부제 내지는 반(半)대통령제(*mi-residentialisme*)를 그 특징으로 한다. 이원적 집정부제는 대통령과 수상이 각각 행정부의 권력을 분점하여, 한편으로는 대통령이 강력한

없이 정치·경제적 발전이 공고해졌다는 점에서 조용한 혁명기(*l'Age de la Révolution tranquille*)라고 부른다. 경제적 발전은 이를 공고히 할 법적 수단을 필요로 하였는데, 대표적인 것이 바로 회사법을 현대화시킨 1966. 7. 24자 상사 회사에 관한 법률 제66-537호(*la Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 relative à la société commerciale*)이다. 1966. 7. 24자 법률은 제정 당시에는 프랑스상법전으로 편입되지 않고, 독립한 특별법으로 존재하였다.²⁶⁾ 동법에 기초하여 1978. 1. 4자 민법전 제3권 제9편의 개정에 관한 법률 제78-9호(*la Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil*)가 제정되어, 프랑스民法典 제2권 제9편(會社)도 완전히 개정되었다. 즉, 1978. 1. 4자 법률은 1966. 7. 24자 법률이 규정하고 있는 商事會社에 관한 여러 원칙들을 프랑스民法典 안으로 가져와 民事會社와 商事會社 모두에 적용될 일반적 규정을 마련하였다.²⁷⁾

(ii) 제4공화국에서 시작된 프랑스民法典 개정작업은 제5공화국에서도 계속되었다. 마침내 1959년 정부는 처음으로 개정위원회가 제출한 부부재산제에 관한 법안을 의회에 제출하였다. 그러나 동법안은 의회의 격렬한 반대에 부딪치게 되었다. 결국 1963년 법무부장관은 개정위원회위원장의 요청을 받아들여 아무런 성과도 거두지 못한 채 개정작업을 공식적으로 종료하였다. 정부가 프랑스民法典의 개정을 이루지 못한 것은 정부가 세상을 개혁하는 데에 필요한 비전을 갖지 못하였기 때문이라고 학자들은 비판하고 있다.²⁸⁾

(iii) 1968년 5월 프랑스역사에서 비록 좌절된 혁명으로 기록되고 있지만, 프랑스사회의 도덕과 가치관에 일대 혁명을 가져온 사회문화혁명이 발생하였는데, 바로 5월혁명이 그것이다.²⁹⁾ 5월혁명에 의하여 학교나 가정을 비롯한 프랑스사회 전

권한과 역할을 통해 정치적 분열과 불안정을 방지하고, 다른 한편으로는 수상이 의회와 협조관계를 유지하여, 일종의 대통령중심제와 의회제를 결합시킨 권력형태라고 볼 수 있다.

- 26) 商事會社法은 현재는 통일법전인 상사법전(*le Code de commerce*) 안으로 편입되었다.
- 27) 프랑스民法典상의 會社제도에 관하여는, 南孝淳, “프랑스法에서의 法人의 歷史 — 法人論 및 法人에 관한 判例와 立法의 發達史 —”, *서울대학교 法學* 제40권 제4호(통권 112호)(서울대학교 법학연구소, 1999), 154-190 참조.
- 28) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1100 p. 88; J. Foyer, *op. cit.*, n° 5, p. 278.
- 29) 1968년 5월혁명은 그 해 3월 빠리의외곽에 낭뜨르대학교의 학내분규에서 비롯되었다. 이는 학생과일 해소를 요구하였던 학생들의 요구가 다른 대학교로 번져 반체제운동으로 확대된 혁명이었다. 5월에는 소르본느대학교로 학생운동본부가 옮겨졌고, 정부당국이 소르본느대학을 폐쇄하자 상황이 견잡을 수 없이 확대되어 사회운동으로 확대되었

반에서 권위주의가 사라지고, 새로운 저항의식이 자리 잡게 되었다.

프랑스民法典도 5월혁명의 영향에서 벗어날 수가 없었다. 우선 가족법이 5월혁명에 의하여 거센 도전을 받았고, 그 결과 중요한 개정을 통하여 개혁이 이루어졌다. 즉, 여권신장과 여성해방을 주장하는 여성운동이 증가하면서, 가족법을 개혁하는 법률들이 속속 제정되었다. 1964. 12. 14자 후견과 성년의제에 관한 민법전규정의 개정¹⁾에 관한 법률 제64-1230호(la Loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation), 1965. 7. 13자 부부재산제의 개혁에 관한 법률 제65-570호(la Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux), 1966. 7. 11자 입양의 개혁에 관한 법률 제66-500호(la Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption), 1968. 1. 3자 성년무능력자법의 개혁에 관한 법률 제68-5 호(la Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs), 1970. 6. 4자 친권에 관한 법률 제70-459호(la Loi 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale), 1971. 7. 3자 상속 및 유증제한에 관한 법률 제71-523호(상속, 처분범위를 초과하는 유증의 제한, 존속간의 분할에서의 무효, 불공정에 의한 취소 및 감축에 관한 민법전의 규정의 개정)에 관한 법률, la Loi n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants), 1972. 1. 3자 친자관계에 관한 법률 제72-3호(la Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation), 1974. 7. 5자 성년을 18세로 하는 법률 제74-631호(la Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à 18 ans l'âge de la majorité), 1975. 1. 11자 이혼의 개혁에 관한 법률 제75-617호(la Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce) 등에 의하여 조용하지만 그러나 진정한 의미의 혁명이 달성되었다. 이 혁명은 인간과 사회에 대한 새로운 개념에 기

다. 그리고 장 폴 사르뜨르와 같은 좌파지식인들과 좌파세력이 총궐기하면서 반체제적인 운동으로 전환되었다. 그러나 6월에 실시된 총선거에서 De Gaulle이 이끄는 공화국민주연합(Union des Démocrates pour la République, UDR)이 압승을 거둠으로써 5월혁명의 주역이던 좌파세력이 몰락하게 되었다. 1968년 5월혁명이 진정된 후, 1969년 4월 De Gaulle대통령이 지방행정개혁과 상원개편을 내용으로 하는 개헌안을 국민투표에 붙였으나, 개헌안은 부결되었고 마침내 De Gaulle대통령도 1969. 4. 28. 하야하였다.

초한 것이었다.³⁰⁾

(iv) 프랑스 民法典의 소유권과 계약법과 관련하여서도 많은 특별법이 제정되었다. 예를 들면, 건축예정물임대차(1964), 공동소유(1965), 임대리스(1966), 할부매매(1967), 부동산개발과 단독주택건설(1965)에 관한 특별법을 들 수 있다. 이 특별법들은 대부분 건축과 관련된 것이다. 건축은 한편으로는 경제발전의 중요요소이고, 다른 한편으로 국민들의 복지와 밀접한 관련이 있다. 즉, 그것은 경제적이고 동시에 사회적인 것이었다. 바로 이러한 이유에서, 이상의 특별법에 의하여 소유권 및 계약법에 근본적인 개혁은 초래되지는 않았다.³¹⁾

(v) 이상의 법률 중 특히 중요한 의미를 갖는 것은 1968. 1. 3자 성년무능력자법의 개혁에 관한 법률 제68-5호(프랑스 民法典 제1권 제11편 제488조 내지 제514조)이다. 1968. 1. 3자 법률에 의하여 프랑스 民法典 제489조의²가 신설되었다. 제489조의²는 성년무능력자에 관한 규정이지만, 손해배상책임의 발생요건인 귀책사유의 의미와 관련하여 중대한 개혁을 가져왔다는 점에서 아주 중요한 법적 의미를 갖는 규정이다. 동조는 ‘타인에게 손해를 가한 자는 정신적 장애가 있을지라도 손해배상의 책임이 있다(Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation)’고 규정하고 있다. 동조는 당연히 不法行爲責任의 성립요건으로 가해자의 고의 또는 과실을 요구하고 있는 제1382조와 관련하여 그 의미가 문제되었다. 특히 동조가 미성년정신장애자(le mineur aliéné)와 유아(l'infans)의 경우에도 그대로 적용되어야 하는지에 대하여 제한해석론과 확장해석론이 심하게 대립하였다. 우선 제한해석론은 제489조의²가 성년무능력자에 대한 규정인 이상 미성년정신장애자와 유아에게는 그 적용이 없고 따라서 미성년정신장애자와 유아는 책임능력(l'imputabilité)이 전제로 하는 분별력(le discernement)이 없으므로, 손해배상책임을 지지 않는다고 보았다. 이에 반하여 확대해석론은 성년자에게 정신적 장애가 책임무능력의 사유가 되지 않는다면, 미성년자 또는 유아라고 해서 달리 취급할 것은 아니라고 하였다. 判例는 확대해석론을 택하여 1976년에 미성년정신장애자에 대하여,³²⁾ 그리고 1984년에는 유아에게도 책임능력을 인정하였다.³³⁾ 따라서

30) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1100, p. 88.

31) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1100, p. 89.

32) Civ. 1^{er} 20. juil. 1976, *JCP* 1978. II. 18793.

33) Ass. plén. 9 mai 1984. *Bull. civ.*, AP, n°s 1 à 4.

프랑스민법상 귀책사유(*la faute*)는 이제 더 이상 정신적 분별력에 기초하는 주관적 귀책사유(*la faute subjective*)를 의미하지 않고, 객관적인 귀책사유(*la faute objective*)가 되었다.³⁴⁾ 다시 말하면, 첫째, 분별력의 부존재는 책임불성립요건이 되지 않는다. 따라서 귀책사유란 단순히 객관적인 행동의 결함(*la défaillance de conduite*)을 의미할 뿐이다. 둘째, 행위자의 분별력은 귀책사유의 종류를 결정하는 데에 지나지 않는다. 즉, 분별력이 없는 자는 고의의 귀책사유를 범할 수가 없다.³⁵⁾

4. 격동기(제5공화국 제2기: 1974-현재)

(i) 제5공화국 제2기는 Giscard d'Estaing 대통령의 집권에 의하여 시작된다. 이 시기에는 드골주의가 종지부를 찍게되고, Giscard d'Estaing 대통령이 신자유주의(*le néolibéralisme giscardien*)의 새로운 가치를 내세웠다. 제5공화국의 제2기는 우선 경제적으로는 시련의 시기이다. 이 시기는 1973년과 1974년의 제1차 석유판동의 영향 하에 놓였기 때문이다.³⁶⁾ 또한 이 시기는 격동기(*l'Age des Passions*)이기도 하다. 이 시기를 격동기로 보는 데에는 두 가지 커다란 원인이 있다. 대내적인 원인으로서는 좌파대통령 하의 우파정부 및 우파대통령 하의 좌파정부라는 좌우동거정부(*le Gouvernement de la cohabitation*)의 탄생을 들 수 있다.³⁷⁾ 대외적인 원인으로서는 1974년의 ‘인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약(*la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 이하 유럽인권협약)’의 체결과³⁸⁾ 1992. 2. 7자 마스트리히트조약(*le Traité de Maastricht sur l'Union européenne*)의 체결에 의한 유럽연합의 탄생을 들 수 있다. 유럽연합회원국은 경제적인 면에서뿐만 아니라 법적으로도 조화

34) J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 96, p. 92.

35) J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 96, p. 93.

36) 제1차석유판동은 아랍석유수출국기구(OAPEC)와 석유수출국기구(OPEC)의 원유수출금지·원유생산량제한·원유가격인상으로 발생하여 세계 각국에 경제적 혼란을 야기하였다. 제1차석유판동은 1973년 10월과 1974년 1월의 인상조치에 의하여 발생하였다.

37) 좌파인 Mitterrand 대통령(1981-95)의 재임 중 1차(1986-88) 및 2차(1993-1995) 동거정부가 탄생하였고, 우파인 Chirac 대통령(1995-현재)의 재임 중 3차 동거정부(1997.6-2002.5)가 탄생하였다.

38) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales은 간략하게 La Convention européenne des droits de l'homme이라고 부르기도 한다.

를 이루어야 하고, 특히 유럽인권협약을 존중하여야 한다.

(ii) 격동기의 중요한 법률로 1982. 6. 22자 임대인과 임차인의 권리 및 의무에 관한 Quillot 법률 제82-526호(la Loi dite Quillot n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs), 1999. 11. 15자同居契約에 관한 법률 제99-944호(la Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité)(프랑스民法典 제1권 제12편 제515조의1 - 제515조의8) 등을 들 수 있다.同居契約이란 이성 또는 동성의 성년이 동거할 것을 목적으로 체결하는 계약을 말한다.³⁹⁾同居契約의 도입으로 인하여 이성 또는 동성간의 동반자관계(la vie en couple)가 다양하게 되었다. 첫째, 이성의 동반자 사이에서만 인정되는 기존의 婚姻關係가 있다. 둘째, 이성 또는 동성의 동반자 사이에서 인정되는 새로운同居關係가 있다. 婚姻을 한 당사자는 配偶者(les alliés)로서의 지위가 인정되지만,同居를 하는 당사자는同居者(les partenaires)로서의 지위만 인정된다. 配偶者에게는 정조의무, 부양의무, 부조의무와 동거의무가 발생하지만,同居者에게는 부양의무와 동거의무만 발생한다.⁴⁰⁾ 그리고同居에 의하여 친족관계가 발생하지 않고,同居 중에는 親生子推定이 인정되지 않으며 그리고同居者 사이에는 相續權이 인정되지 않는다. 이렇듯同居者로서의 지위는 配偶者로서의 지위보다 동반자로서의 유대가 훨씬 약하다. 바로 이러한 점에서同居는 개인주의와 자유주의에 경도되어 성의 자유와 강한 법적 구속을 원하지 않는 시대적 요구에 부합하는 장점이 있다.同居가同居契約에 의하여 법제화되면서, 종래의 事實婚(le concubinage)은 이제 더 이상 事實婚이 아니라 事實同居로 전락되어 버렸다. 이는 제515조의8조가 婚姻의 경우와 달리 이성 또는 동성의 동반자 사이의 동거를 事實同居로 규정하고 있는 것에서도 알 수가 있다. 그 결과同居는 법적 효과에 있어서 婚姻과 事實同居의 중간에 위치한다고 볼 수 있다.⁴¹⁾ 현재 프랑스에서는 婚姻은 계속 감소하고 있는 반면에,同居는 증가하고 있다. 1970년에는 396,000건이던 婚姻이 2002년에는 288,000건으로 감소하였고,同居는 해마다 증가하여 2002년에는 20,000건에 이르고 있다.⁴²⁾

39) 同居契約에 관한 상세한 것은 南孝淳, “프랑스民法상의 同居契約에 관한 研究”, 서울대학교 法學 제44권 1호(통권 126호)(서울대학교 법학연구소, 2003), 47-85 참조.

40) 同居者에게도 정조의무와 부조의무가 발생한다는 견해가 있으나, 그렇게 되면 婚姻과의 구별이 불가능하게 되어 婚姻을 인정하는 실익이 사라지는 문제점이 있다.

41) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1103, p. 93.

42) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1103, p. 93.

(iii) 判例는 1982년의 Desmares사건 判決을 통하여 제1384조 제1항의 물건으로 인한 손해배상책임에 관하여 보다 명확하게 危險責任論을 확립하였다.⁴³⁾ 즉, 判例는 그 동안에 있었던 혼선을 정리하여, 물건의 관리자는 불가항력에 의하여서만 면책될 수 있음을 분명히 하였다. 한편 Desmares사건 判決은 교통사고로 인하여 발생한 손해의 배상은 특별법의 제정이 필요함을 언급하였다. 그 결과 1985. 7. 5자 교통사고로 인한 피해자의 지위향상 및 손해배상절차의 촉진에 관한 법률 제85-677호(la Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation)가 제정되기에 이르렀다. 이 법률은 육상교통수단에 의한 사고를 그 적용대상으로 한다. 자동차사고로 인한 손해배상의 문제가 제1384조 제1항의 물건으로 인한 손해배상책임법의 발전에 주된 원동력이었던 점을 고려할 때, 자동차사고가 1985. 7. 5자 법률의 제정에 의하여 제1384조 제1항의 적용대상에서 제외된 이상, 종전의 判例의 수정 내지는 변경이 불가피하였다.⁴⁴⁾ 判例는 위 법률이 제정된 지 얼마 되지 않아, 피해자의 과실에 의한 책임의 부분적 면책을 인정하였다. 그 결과 제1384조 제1항의 물건으로 인한 손해배상책임에서 더 이상 불가항력만이 유일한 면책사유를 구성하지 않게 되었다.

III. 프랑스民法典의 현재 : 프랑스民法典의 문제점과 해결방안의 모색

(i) 프랑스民法典은 제정 이후 그 어느 나라의 민법전과도 비교할 수 없을 정도로 수많은 개정을 통하여 개혁을 실행하고 큰 변화를 겪었다. 그 결과 현재의 프랑스民法典은 제정 당시와 비교하여 그 형식에서뿐만 아니라 내용에서도 커다란 변화가 있다. 우선 프랑스民法典의 형식을 살펴보면, 그 구성, 각 권의 편의 수 그리고 조문의 수와 번호에서 큰 차이가 있다. 첫째, 프랑스民法典은 제정 당시에는 서편(Titre préliminaire), 제1권(Livre I^{er}), 제2권(Livre II) 및 제3권(Livre III)으로 구성되어 있었으나, 현재는 제4권(Livre IV)이 추가되었다. 제4권은 메오티(Mayotte)지방에 프랑스民法典을 시행하기 위하여 추가된 것이다. 둘째, 프랑스民法典의 각 권에 있는 편(titre)의 수와 마지막 조문의 번호는 제정 당시에는 36편, 제2281조였으나, 현재는 45편, 제2302조이다. 그 동안 제1권에 제1편의2(국적

43) Civ. 21 juil. 1982, D. 1982, 449.

44) J. Flour et J.-L. Aubert, *op. cit.*, n° 232, p. 221.

De la nationalité française), 제2권에 제12편(동거계약 및 사실동거 Du pacte civil de solidarité et du concubinage), 제3권에 제4편의2(제조물책임 De la Responsabilité du fait des produits défectueux), 제8편의2(부동산개발계약 Du contrat de promotion immobilière), 제9편의2(공유권의 행사에 관한 합의 Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis), 제4권에 서편, 제1편(제1권에 관한 규정 Dispositions relatives au livre premier), 제2편(제2권에 관한 규정 Dispositions relatives au livre II) 및 제3편(제3권에 관한 규정 Dispositions relatives au livre III)이 추가되었다. 그리고 조문은 1975. 7. 9자 민사소송의 개혁에 관한 법률 제75-596호(la Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile)에 의하여 점유보호에 관하여 제2282조와 제2283조가 추가되었고, 2002. 12. 19자 민법전규정의 메솃뜨 지방에 대한 확대적용 및 사법조직의 변경에 관한 명령 제2002-1476호 (l'Ordonnance n° 2002-1476 du 19 décembre 2002 portant extension et adaptation de dispositions de droit civil à Mayotte et modifiant son organisation judiciaire)에 의하여 2004. 6. 1. 제4권에 제2284조 내지 제2302조가 추가되었다.

(ii) 프랑스民法典은 그 내용에 있어서도 그 제정 당시와는 큰 변화와 개혁이 이루어졌다. 예를 들면, 離婚(제1권 제10편), 親權(제1권 제9편), 成年無能力者(제1권 제11편), 夫婦財産制(제3권 제5편) 및 會社(제3권 제9)가 대폭 개혁되었고, 共有(제3권 제8편의2), 同居 및 事實同居(제1권 제12편)와 제조물책임(제3권 제4편의2)이 추가되었다.

(iii) 수많은 개정을 거친 프랑스民法典이 현재 드러내고 있는 문제점과 제시되고 있는 해결방안에 대하여 살펴본다.

1. 프랑스民法典의 문제점

프랑스民法典의 문제점을 내재적 문제점, 모델民法典으로서의 문제점 그리고 외재적 문제점으로 나누어 살펴본다.

(1) 프랑스民法典의 내재적 문제점

(i) 프랑스民法典이 가지고 있는 내재적 문제점에 대하여 비판이 제기된 것은 어제, 오늘의 일이 아니다. 이미 19세기말부터 프랑스民法典이라는 거대한 성의 빗장을 푸는 작업이 시작되었다. 이러한 맥락에서 유명한 민법학자인 R.

Salleilles는 ‘민법전을 넘어서!(au-delà de Code)’라는 구호 아래 프랑스民法典의 문제점을 지적하였다. 프랑스民法典 제정 100주년인 1904년 그리고 1945년에 프랑스民法典에 대한 개편의 목소리가 나왔던 것도 바로 이러한 흐름 속에서였다고 할 것이다.

(ii) 프랑스民法典은 제정 당시에도 이미 많은 문제점을 안고 있었다.⁴⁵⁾ 프랑스民法典은 제정 이후 수많은 개정을 통하여 쇄신을 거듭하여왔다. 그 과정에서 제정 당시의 문제점은 상당한 부분 해소되었다. 예를 들면, 法人의 불인정, 개인주의로의 경도, 동산인 권리에 대한 규율의 미비, 소유권의 지나친 보호, 妻와 母의 능력 부정, 혼외출생자의 법적 보호의 배제 등과 같은 문제점은 제거되었다. 그러나 민법전 체제의 불완전성, 친족 및 상속의 법률관계를 家의 단체적 법률관계로서가 아니라 구성원 사이의 개인적 법률관계로만 이해하는 것과 같은 근본적인 문제점은 여전히 불식되지 않고 있다. 그리고 잦은 개정으로 인하여 문체의 혼란과 같은 새로운 문제점도 나타나고 있다.⁴⁶⁾

(iii) 현재 지적되고 있는 프랑스民法典의 내재적 문제점들 중 중요한 것을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 프랑스民法典이 채택하고 있는 체제의 문제점이 있다. 프랑스民法典의 체제에 대하여는 오래전부터 많은 학자들의 비판이 제기되었다. 흔히 프랑스民法典의 체제는 로마의 *Institutonen* 식으로 로마법을 답습한 것이라고만 이해되고 있다. 즉, 민법전기초위원들은 4개월도 안 되는 짧은 기간에 민법전초안을 작성하였으므로, 독창적인 체제를 창조하지 못하고 따라서 로마법의 영향을 받을 수밖에 없었다고 한다. 그러나 이는 부분적으로만 사실이다. 보다 본질적으로는, 프랑스民法典의 체제는 프랑스혁명의 지도이념인 자유주의와 개인주의의 영향을 받은 것이다. 즉, 민법전제정자들은 민사법률관계를 개인을 중심으로 구성하여, 人(제1권), 그의 경제적 기반인 소유권(제2권)과 소유권의 취득방법(제3권)이라는 체제를 채택하였던 것이다.⁴⁷⁾ 그러나 그렇다고 하더라도, 오늘날의 관점에서 볼 때, 모든 민사를 개인과 개인의 소유권의 문제만으로 규율할 수는 없다는 점에서는 프랑스民法典의 체제는 여전히 비판을 면할 수가 없다고 할 것

45) 프랑스民法典의 제정 당시의 문제점에 대하여는 南孝淳, “나뵈레옹民法典(프랑스民法典)의 制定에 관한 研究”, *서울대학교 法學* 제35권 제1호(서울대학교 법학연구소, 1994), 311-317 참조.

46) 프랑스民法典이 현재 안고 있는 문제점에 대하여는 D. Tallon, *op. cit.*, n^{os} 4-6, pp. 999-1001 참조.

47) A. Weil et F. Terré, *Droit ciivil, Introduction générale*, Dalloz, n^o 90, p. 98.

이다.⁴⁸⁾ 둘째, 프랑스民法典은 여전히 가족법과 상속법의 독자성을 인정하지 않고 있다는 문제점이 있다. 현재 프랑스民法典의 家에 관한 사항은 대부분 제2권에 규정되어 있고, 상속과 유언에 관한 사항은 제3권에 규정되어 있다.⁴⁹⁾ 프랑스民法典은 지나치게 개인주의에 경도되어 婚姻을 이성 사이의 개인관계로, 친자관계를 부모와 子 사이의 개인관계로 그리고 상속과 유언은 소유권 취득방법의 하나로 규율하고 있는 것은 문제라고 하지 않을 수 없다. 셋째, 프랑스民法典 중 사문화된 조문이 많다는 문제점이 있다. 프랑스民法典 제정 당시에 있었던 2281개의 조문 중 현재 1,115개의 조문이 제정 당시의 상태를 그대로 유지하고 있다.⁵⁰⁾ 그런데 이 조문들 중에는 상당수가 적용이 아주 드물거나 아니면 전혀 적용되지 않고 있어, 사실상 사문화되어 버린 경우가 많다. 예를 들면, 용도에 의한 부동산에 관한 제524조, 부목(符木)(la taille)의 증명력을 규정하고 있는 제1333조,⁵¹⁾ 적법한 사행행위에 관한 제1966조는 사실상 사문화된 규정들이다. 특히 부목(符木)이 무엇인지에 대하여 프랑스民法典이 아무런 정의를 내리고 있지 않는 관계로, 부목(符木)을 사용하는 관습이 사라져버린 오늘날에는, 제1333조는 거의 무의미한 규정이 되어버렸다. 문맹이 많았던 시기에는 거래당사자들은 나무막대를 사용하여 거래량을 표시하였던 관습이 있었다. 특히 계속적으로 동일한 물건을 공급하고 일정한 시기에 주기적으로 변제를 하는 거래당사자들은 나무막대를 가로로 쪼개어 서로 나누어 가졌다. 쪼개진 나무막대 중 공급자가 갖는 나무막대를 符木(la taille)이라고 하였고, 고객이 갖는 나무막대를 見本木(l'échantillon)이라고 하였다. 거래가 있을 때마다, 공급자는 쪼개진 나무막대를 포갠 후, 양쪽에 구멍을 내어 거래사실을 확인하였다. 고객이 변제를 할 때에 공급자는 자신의 부목을 고객의 견본목에 포개어 봄으로써, 거래의 회수와 양을 확인하였다. 이렇게 함으로써 거래당사자, 특히 고객은 공급자의 기망적인 요금의 과다청구를 방지할 수가 있었다.⁵²⁾ 바로 이러한 이유에서 제1333조는 “부목과 견본목을 사용하여

48) 상세한 것은 南孝淳, “나뿔레옹民法典(프랑스民法典)의 制定에 관한 研究”, 295 참조.

49) 제1권 중 제2편 제3장이 婚姻, 제4편이 離婚, 제7편이 親子關係, 제9편이 親權, 제12편이 同居契約을 규정하고 있고, 제3권 중 제1편이 상속 그리고 제2편이 유언에 대하여 규정하고 있다.

50) D. Tallon, *op. cit.*, n°4, p.999.

51) Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail(부목과 견본목을 사용하여 소매로 물건을 공급하고 수령하는 것을 확인하는 관습이 있는 당사자들 사이에서는 견본목과 일치하는 부목은 증명력이 있다).

소매로 물건을 공급하고 수령하는 것을 확인하는 관습이 있는 당사자들 사이에서는 견본목과 일치하는 부목은 증명력이 있다”라고 규정하고 있는 것이다. 만일 고객이 견본목을 분실하였을 때에는 공급자의 부목에 맞추어 새로 견본목을 만들어야 하고, 그렇지 않을 경우에는 공급자의 부목에 따라 변제가 이루어져야 한다.⁵³⁾ 그런데 20세기에 들어와서는 부목과 관련된 判例가 전혀 없다. 넷째, 조문의 문체에 관한 문제점이 있다. 프랑스民法典은 제정 당시에는 그 문체가 간결하고 명확하고 정확한 불어를 사용하고 있는 것으로 프랑스문학자들로부터도 아주 좋은 평가를 받았었다.⁵⁴⁾ 이는 프랑스民法典이 제정 당시 법원서기국이 사용하는 공문체(*le style des bureaux de chancellerie*)로 쓰여져 있었기 때문이다. 그러나 오늘날에는 그러한 문체도 이미 낡은 문체가 되어 버렸다. 더군다나 현재 프랑스民法典의 개정된 조문들은 의회의 개정을 거치면서 법원서기국이 아닌 의회의 문체로 되어 있고 나아가 유럽연합의 지침이 프랑스民法典에 영향을 미치면서 유럽연합의 문체(*le style de Bruxelles*)도 혼용되면서, 프랑스民法典의 문체는 통일적이지 않다는 새로운 문제점을 드러내게 되었다.⁵⁵⁾ 다섯째, 조문번호의 문제점이다. 프랑스民法典에는 잦은 개정으로 인하여 X-1, X-2, X-1-1 등과 같은 복잡한 조문번호가 많이 등장하였다. 이는 1804. 3. 21(혁명력 12년 Ventôse 30일)자 법률 제5조가 ‘모든 조문에는 하나의 일련번호만을 붙인다’고 규정하고 있는 것에도 정면으로 반하는 것이다.⁵⁶⁾ 여섯째, 프랑스民法典의 民事法源으로서의 중요성의 감소라는 문제점이 있다. 그 원인은 우선 프랑스民法典 밖에 존재하는 민사특별법의 증가에서 찾을 수 있다. 프랑스民法典은 이제 프랑스民法典만으로는 알 수가 없을 정도로 방대하게 그 외연을 확장하여 왔다. 또 다른 원인으로 判例와 학설의 발전을 들 수 있다. 判例와 학설을 알지 못하고는 프랑스民法典의 규정내용을 정확히 이해하는 것이 거의 불가능하게 되었다. 예를 들면, 제1147조와 제1148조의 문언만으로는 현재 判例 및 학설이 거기에 부여하고 있는 법적 의미

52) Juris-classeur(Civil, Art. 1271 à 1381), *Fascule 143; Art. 1329 à 1333, Contrats et obligations, preuve littérale, écrits non signés, livre de commerce, registre et papiers domestiques, mentions libératoires*, n° 4, p 4.

53) Juris-classeur(Civil, Art. 1271 à 1381), *op. cit.*, n° 5, p 4.

54) 南孝淳, “나뵈레옹民法典(프랑스民法典)의 制定에 관한 研究”, 301 참조.

55) D. Tallon, *op. cit.*, n° 4, p. 999.

56) D. Tallon, *op. cit.*, n° 4, p. 999.

1804. 3. 21자 법률은 1803. 3부터 1804. 3에 걸쳐 제정된 36개의 법률을 하나의 단일법전으로 통합하는 법률이다.

를 전혀 알 수가 없다.⁵⁷⁾ 債務에는 채무자의 고의·과실이 없이도 불이행책임이 성립하는 ‘結果債務(l'obligation de résultat)’와 채무자의 고의·과실이 있는 경우에만 불이행책임이 성립하는 ‘行爲債務(l'obligation de moyens)’로 구분되는데, 이러한 구분은 제1147조와 제1148조의 문언만으로는 결코 알 수가 없다. 일곱째, 현대의 산업사회와 부합하지 않는 조문들이 많다는 문제점이 있다. 가장 대표적인 예로 소멸시효기간이 지나치게 장기인 것을 들 수 있다. 프랑스民法典은 제3권 제20편(시효와 점유 제2219조 내지 제2283조)에 취득시효와 소멸시효를 함께 규율하면서, 시효기간을 원칙적으로 장기간인 30년으로 하고 있다(제2262조). 물론 프랑스民法典은 많은 경우 단기시효제도를 두고 있다. 그러나 벨기에, 룩셈부르크, 영국, 아일랜드, 스코틀랜드, 스웨덴과 독일은 소멸시효기간을 단축하는 근본적인 개혁을 하였지만,⁵⁸⁾ 프랑스는 전혀 그렇지 못하였다.⁵⁹⁾ 또 공포된 법률의 시행될 수 있는 시기를 규정하고 있는 제1조도 인터넷시대에는 부합하지 않는다. 산업사회의 거래 현실에 부합하지 않는 또 다른 예로 相計와 解除를 들 수 있다. 프랑스民法典은 당사자의 의사를 필요로 하지 않는 법률상 당연상계를 相計의 원칙으로 정하고(제1290조), 解除도 법원의 후견적 역할을 전제로 하는 재판상 解除를 解除의 원칙으로 규정하고 있다(제1184조 제3항).

(2) 프랑스民法典의 모델民法典으로서의 문제점

(i) 독일민법전의 제정 이후 프랑스民法典은 모델民法典으로서의 역할을 더 이상 수행할 수 없게 되었다. 독일민법전이 제정되기 전인 19세기말까지, 유럽과 많은 나라의 민법전은 대부분 프랑스民法典을 모범으로 하여 제정되었다. 그러나 보다 체계적이고 또 보다 이론적으로 확립된 독일민법전의 제정으로 인하여 프랑

57) 행위채무와 결과채무에 대하여는 南孝淳, “프랑스民法에서의 行爲債務와 結果債務”, **民事法學** 13·14(한국행정사법학회, 1996), 135-154 참조.

58) D. Tallon, *op. cit.*, n° 5, p. 1000.

예를 들면, 독일은 2001. 11. 9. 법률에 의하여 채권법개정시에 유럽계약법원칙을 참조하여 소멸시효를 대폭 개정하면서, 일반시효를 3년으로 단축하였다. 유럽계약법원칙상의 소멸시효제도에 대하여는 梁彰洙, “「유럽계약법원칙」의 소멸시효규정 — 우리 민법예의 示唆를 덧붙여 —”, **서울대학교 法學** 제44권 제4호(통권 129호)(서울대학교 법학연구소, 2003), 114-141 참조.

59) 물론 제3권 제20편에 대하여서도 개정이 있기는 하였다. 그러나 그 내용은 점유의 보호에 관한 규정(제2282조와 제2283조)으로서 소멸시효 또는 취득시효와는 직접적인 관련이 없는 규정이다.

스民法典의 명성은 쇠퇴하지 않을 수 없게 되었다. 벨기에와 룩셈부르크는 여전히 프랑스民法典의 전통을 계승하고 있지만, 많은 개정을 통하여 프랑스民法典의 영향은 예전 같지가 않다. 1942년 제정된 이태리민법전과 1994년 제정된 캐나다 퀘벡주의 민법전도 프랑스民法典에서 멀어졌고, 네덜란드의 새 민법전도 보다 더 독일민법전에 가깝거나 비교법적인 영향을 많이 받았다.⁶⁰⁾ 따라서 이제 프랑스民法典이 다른 나라에 다소간의 영향을 미칠 수 있다면, 그것은 더 이상 프랑스民法典이 아니라 프랑스의 학설과 判例라고 말하기까지 한다.⁶¹⁾

(ii) 프랑스民法典은 제정 이후 수많은 개정을 통하여 쇄신을 거듭하여왔음에도 불구하고, 과거 프랑스民法典이 누렸던 모델民法典으로서의 화려한 명성과 영광은 더 이상 기대할 수 없게 되었다. 프랑스민법학자들도 모델民法典으로서의 프랑스民法典의 시대는 끝난 것으로 보고 있다. 프랑스民法典은 이제 석양에 긴 그림자를 드리우고, 그 명성이 사라져 가는 고통의 끝에 있다고 할 수 있다. 한때 프랑스民法典은 19세기의 법사상을 대표하는 기린아였다. 그러나 이제는 Digesta의 경우와 마찬가지로 법사상의 한 기념비로 존재할 수밖에 없게 된 것이 그 현실이다.⁶²⁾

(3) 프랑스民法典의 외재적 문제점

프랑스民法典의 외재적 문제점은 유럽연합이라는 새로운 유럽공동체의 출현에서 비롯된다. 유럽연합은 종전의 유럽공동체와는 달리 법률적 차원에서도 회원국들을 구속한다. 유럽연합회원국은 자신들의 법체계를 유럽연합의 규칙, 지침과 회원국들이 체결하는 협약에 조화 또는 통일시켜야 할 의무를 진다. 특히 민법의 경우는 유럽인권협약이 인정하는 인권에 반하는 규정들을 개정하여야 한다. 이 문제는 항을 바꾸어 논의하기로 한다.

2. 프랑스民法典 문제점의 해결방안 모색

프랑스民法典이 내외적으로 직면하고 있는 문제점들을 해결하기 위한 방법으로 일반적으로 다음의 두 가지의 방안이 제시되고 있다. 하나는 현행 프랑스民法典의 쇄신(*la rénovation du Code civil*)이고, 다른 하나는 새 프랑스民法典의 제

60) D. Tallon, *op. cit.*, n° 9, p. 1001.

61) D. Tallon, *op. cit.*, n° 10, p. 1002.

62) D. Tallon, *op. cit.*, p. 1009.

정(un nouveau Code)이다. 각 방안의 구체적인 내용과 그 한계를 검토한다.

(1) 현행 프랑스民法典의 쇄신

(i) 프랑스民法典의 쇄신방안은 현행 프랑스民法典의 골격을 유지한 채 그 형식과 내용을 쇄신하자는 것이다. 1963년 G. Cornu 교수가 제안한 프랑스民法典 쇄신방안도 바로 여기에 해당한다고 볼 수 있다. 그는 프랑스民法典의 형식을 완전히 일신하고 그리고 시대에 뒤떨어진 부분을 개정하자고 제안하였다. 그는 이를 프랑스民法典 제4판이라고 제안하였다.⁶³⁾ 1965년에 있었던 人法과 가족법의 개정도 이러한 쇄신방법의 일부에 해당한다고 볼 수 있다. 이는 2001년에 있었던 독일민법전의 현대화를 위한 개정과 거의 유사한 방법이다.⁶⁴⁾

(ii) 쇄신방안은 프랑스民法典의 기본적 골격을 유지함으로써 그 프랑스民法典의 상징성을 그대로 유지할 수 있을지도 모른다. 그러나 이 쇄신방안에 대하여는 50년 전에는 유용한 방법이였을지 모르지만, 현재는 더 이상 적절한 방법이 될 수 없다는 비판이 제기되고 있다.⁶⁵⁾

(2) 새로운 프랑스民法典의 제정

(i) 현재 프랑스민법학자들이 관심을 두고 있는 것은 바로 현행 프랑스民法典을 대체할 새로운 프랑스民法典을 제정하는 방안이다. 이것은 1804년 프랑스民法典을 제정하여 구법을 대체하였듯이, 미래를 위하여 완전히 새로운 프랑스民法典을 제정하자는 것이다. 이는 근래에 이르러 네덜란드와 캐나다의 퀘벡주가 새로운 민법전을 제정한 것과 동일한 방법이다. 그러나 이 방법에는 어느 判例를 입법화할 것인지, 민법전과 상법전의 이원체제를 유지할 것인지, 유럽연합지침을 어느 정도 수용할 것인지 그리고 민법전에 소비자보호법전으로서의 의미도 부여할 것인지 등과 같은 근본적인 난제들을 선결하여야 하는 엄청난 작업이 필요하다.⁶⁶⁾ 이 작업에는 많은 기술적 난관이 있을 것이지만, 그것이 오히려 프랑스민법사상의 명성을 보장할 것이라고 기대되고 있다.

(ii) 새로운 프랑스民法典을 제정하는 방안이 과연 타당한 것인지에 대하여는

63) 프랑스民法典은 1804년이 제1판, 1806년이 제2판 그리고 1816년이 제3판이다.

64) D. Tallon, *op. cit.*, n° 14, p. 1003.

65) D. Tallon, *op. cit.*, n° 14, p. 1003.

66) D. Tallon, *op. cit.*, n° 15, p. 1003.

다음과 같은 근본적인 의문이 제기되고 있다. 현재가 과연 1804년 프랑스民法典을 제정할 당시와 같은 혁명적 상황인가 하는 의문이 그것이다.⁶⁷⁾ 민법전의 제정은 단순히 법적 차원의 문제가 아니라 사회·정치적 차원의 문제이기도 하다. 그래서 새로운 민법전을 제정하는 데에는 무엇보다도 정치적 결단이 필요하다. 1804년 프랑스民法典이 제정되었던 것도, 한편으로는 프랑스혁명이 생취하고 이룩한 과업을 법의 울타리 안으로 가져와 이를 공고히 하고,⁶⁸⁾ 다른 한편으로는 관습법과 성문법으로 양분된 민법을 통일하여 정치적 통일을 완성하기 위한 것이었다.⁶⁹⁾ 프랑스民法典의 제정이 뛰어난 정치가이자 혁명가이자 또 군인인 나폴레옹에 의하여 이루어졌다는 사실은 이를 웅변적으로 말하여 준다고 하겠다. 요컨대 현재가 과연 나폴레옹의 시대처럼 새로운 민법전의 제정이라는 정치적 결단이 필요한 시기인지에 대하여 근본적인 의문이 제기되고 있는 것이다.

(3) 유럽民法典의 제정

(i) 하지만 프랑스民法典의 새로운 돌파구는 유럽民法典의 제정에서 찾을 수 있을 수도 있다. 이에 대하여는 항을 바꾸어 살펴본다.

(ii) 유럽연합이 장래 어떠한 모습으로 발전할 것인지 지금으로서는 아무도 상상할 수가 없는 이상, 이 방법도 현재로서는 여전히 불안한 방법이 될 수밖에 없다고 할 것이다.

IV. 프랑스民法典의 미래 : 유럽연합과 프랑스民法典

(i) 21세기가 시작되면서 유럽연합회원국의 법체계를 통일하는 데 대하여 더욱 더 활발한 논의가 진행되고 있고 또 이에 대하여 매우 우호적인 움직임도 나타나고 있다. 그러한 움직임의 하나가 바로 유럽연합(l'Union européenne)의 통일된 민법전 즉, 유럽民法典(le Code civil européen)의 제정이다. 유럽연합이 탄생하기 전인 유럽공동체(la Communauté européenne) 시절인 1980년대에도 이미 통일민법전의 제정에 대한 논의가 있기는 하였다.⁷⁰⁾ 그러나 21세기가 시작되면서 민법

67) D. Tallon, *op. cit.*, n° 15, p. 1004.

68) 南孝淳, “나폴레옹民法典(프랑스民法典)의 制定에 관한 研究”, 294.

69) 南孝淳, “나폴레옹과 프랑스民法典”, **한국법사학**(한국법사학회, 1994), 참조.

70) J. Foyer, *op. cit.*, n° 31, p. 294.

학계의 중요한 화두 중의 하나가 다름 아닌 유럽民法典의 제정이라고 할 정도로 그 논의는 과거와 달리 매우 적극적으로 변화였다.⁷¹⁾ 따라서 프랑스民法典의 미래는 불가피하게 유럽民法典의 제정과 밀접한 관계에 놓이지 않을 수 없게 되었다.

(ii) 그런데 통일민법전의 제정에 대한 논의가 시작되기 오래 전부터 이미 프랑스를 비롯한 유럽의 여러 나라들의 민법전은 유럽공동체에 의하여 적지 않은 영향을 받아왔다.⁷²⁾ 그리고 이러한 사정은 유럽연합이 탄생된 후에도 계속되고 있다.⁷³⁾ 유럽民法典의 제정이라는 문제를 다루기에 앞서 먼저 이 문제를 검토하는 것이 필요하다.

1. 유럽공동체 · 유럽연합과 프랑스民法典의 개정

유럽공동체 · 유럽연합이 프랑스民法典의 개정에 영향을 미치는 것은 우선 유럽공동체지침 · 유럽연합지침을 통하여서이다. 그리고 유럽공동체회원국과 유럽연합회원국이 체결하는 협약 또는 조약도 프랑스民法典의 개정에 영향을 미친다.

71) D. Tallon, *op. cit.*, n° 15, p. 1004.

72) 유럽공동체란 크게 두 가지 의미를 가진다. 하나는 유럽의 국가들이 일정한 분야에 공동의 목적을 달성하기 위하여 창설한 협력체를 가리킨다. 이러한 협력체로 1951. 4. 18자 파리조약에 의하여 1952. 7. 창설된 유럽석탄철강공동체(*la Communauté européenne du charbon et de l'acier*), 1957. 3. 25자 두 개의 로마조약에 의하여 1958. 1. 1. 창설된 유럽경제공동체(*la Communauté économique européenne*) 그리고 1958. 1. 1. 창설된 유럽원자력공동체(*la Communauté européenne de l'énergie atomique*) 등이 있다. 다른 하나는 1967. 6. 유럽석탄철강공동체, 유럽경제공동체 및 유럽원자력공동체가 통합되어 형성된 단일 공동체인 유럽공동체(*la Communauté européenne*)를 가리킨다.

73) 유럽연합은 1992. 2. 11. 마스트리히트에서 체결된 유럽연합조약(*le Traité sur l'Union européenne*)에 의하여 탄생하였다. 유럽연합은 기존의 유럽공동체를 기초로 하고 있지만, 여기에 머물지 않고 공동외교안보정책(*la politique étrangère et de sécurité commune*)과 사법내부협력(*la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*)의 공동협력체로서의 목적도 함께 추구함으로써, 그것은 더 높은 새로운 단계의 통합을 목적으로 탄생된 것이다(J.-C. Gautron, *Droit européen*, Dalloz, 11^e éd., 2004, p. 76). 아직까지도 유럽연합과 유럽공동체의 관계, 특히 유럽연합이 유럽공동체의 법적 계승자인지의 여부에 대하여는 여러 견해가 대립하고 있다. 상세한 것은 Werner Schroeder교수가 발표한 논문 “European Union and European Communities”를 번역한, 채형복, “유럽연합과 유럽공동체”, *영남법학* 제10권 제3호(영남대학교 법학연구소, 2004), 143-184 참조.

(1) 유럽공동체지침·유럽연합지침과 프랑스民法典

(i) 유럽공동체 또는 유럽연합의 지침(*la directive*)은 원래 규칙(*le règlement*)과는 다른 것이다. 규칙은 유럽공동체 또는 유럽연합의 법으로서 회원국에 직접 적용된다. 이에 반하여 지침은 회원국에 그 목적을 달성하여야 하는 의무를 부과할 뿐이고(예를 들면, 유럽연합조약 제249조), 목적을 달성하는 구체적인 형식과 수단은 회원국의 재량에 맡겨져 있다.⁷⁴⁾ 그럼에도 불구하고 지침은 실제로는 목적 달성에 필요한 형식과 수단까지도 상세하게 규정하고 있다. 더구나 유럽인권재판소가 지침도 직접 회원국에 적용된다는 판결을 하고 있는 관계로, 지침과 규칙의 구별은 사실상 거의 무의미하게 되어버렸다.⁷⁵⁾

(ii) 프랑스民法典의 개정에 중요한 영향을 미친 지침으로 유럽공동체의 제조물 책임지침, 유럽연합의 전자서명지침 및 소비자보호지침을 들 수 있다.

(가) 제조물책임지침과 프랑스民法典

(i) 프랑스가 1985. 7. 25. 제정된 제조물책임지침(*la directive de la responsabilité du producteur pour les dommages causés par le caractère défectueux de ses produits*)을 프랑스民法典으로 도입하는 데에는 많은 시간이 소요되었다. 늦어도 1988년까지 이 지침을 국내법으로 수용하도록 되어 있었으나, 프랑스는 회원국 중에서 가장 늦은 1998년에야 이를 프랑스民法典 안으로 수용하였다.

(ii) 프랑스가 이 지침의 수용을 지체한 데에는 여러 가지 이유가 있었다. 첫째, 프랑스는 제조물의 결함으로 인하여 발생하는 손해에 대하여 소비자를 보호하는 법적 수단을 이미 갖추고 있어서 제조물책임지침을 수용할 필요성이 적었다. 우선 判例는 프랑스民法典상의 瑕疵擔保責任(*la garantie des vices cachés*)을 소비자와 직접적인 계약관계를 맺지 않은 제조업자에게도 인정하였다. 계약당사자가 아닌 제조업자에게 소비자에 대하여 계약상의 책임인 瑕疵擔保責任을 지도록 하는 법적 근거가 무엇인지에 대하여 프랑스학계에서는 오랫동안 논쟁이 계속되었다.⁷⁶⁾ 다른 한편으로 判例는 제조업자에게 인적 또는 물적 손해를 야기할

74) J. Foyer, *op. cit.*, n° 28, p. 292; J. -C. Gautron, *Droit européen*, Daillloz, 11° ed., 2004, p. 145.

75) J. Foyer, *op. cit.*, n° 28, p. 292.

76) 상세한 것은 南孝淳, “프랑스법상 轉買受人(소비자)의 直接訴權”, 서울대학교 法學 제

수 있는 제조상의 결함이 없는 안전한 물건을 인도할 의무 즉, 안전의무 (l'obligation de sécurité)를 부과하고 있어서, 제조상의 결함에 의하여 손해를 입은 소비자는 제조업자에게 이 의무의 위반을 이유로 불법행위상의 손해배상책임을 추궁할 수가 있었다. 둘째, 제조물책임지침은 회원국에 제조업자의 보호를 위하여 제조물의 개발위험(le risque de développement)에 의한 면책규정을 두는 것을 허용하였다. 그러나 判例는 제조업자의 손해배상책임과 관련하여 이러한 종류의 면책을 인정하지 않고 있었다. 즉, 判例는 제조업자를 전문가로 보아 제조물의 결함을 알고 있었던 것으로 간주하고, 면책을 인정하지 않았던 것이다. 소비자단체들은 소비자권리의 약화를 이유로 제조물책임지침의 프랑스民法典 안으로의 수용을 적극 반대하였던 것이다.

(iii) 프랑스가 제조물책임지침의 수용을 지체하자, 유럽연합사법재판소(la Cour de justice)는 1993년 프랑스에 이행판결을 내렸다. 프랑스는 재차 이행판결을 받을 경우에는 지체벌금으로 1일에 400만프랑의 벌금을 물게 될 위험에 처하게 되었다. 결국 프랑스는 1998. 5. 19자 법률 제98-389호에 의하여 프랑스民法典 제3권에 제4편의2(De la responsabilité du fait des produits défectueux 제조물결함책임)(제1386조의1 내지 제1386조의18)을 신설하여 제조물책임지침을 수용하기에 이르렀다. 제조물책임의 도입은 두 가지의 법적 의미를 갖는다. 첫째, 소비자는 또 하나의 법적 보호수단을 추가로 얻게 되었다. 즉, 제조물책임은 프랑스민법 또는 判例에 의하여 기존에 인정되어 왔던 계약상 또는 불법행위법상의 책임과 병존하여 추가적인 구제수단이 된다(병존적 경합). 이는 제1386조의18 제1항이 명시적으로 밝히고 있다. 둘째, 제조물의 결함의 개념이 종래 결함의 개념으로 사용되었던 瑕疵보다도 더 확대되었다. 즉, 제조물이 정당하게 기대할 수 있는 안정성을 결한 경우에도 결함이 인정된다(제1386조의4 제1항).

(나) 전자서명지침과 프랑스民法典

1999. 12. 13 유럽연합은 전자서명지침을 제정하였다. 유럽연합회원국은 2001. 7. 19까지 이를 국내법으로 수용할 의무를 지고 있었다. 프랑스는 2000. 3. 13자 증거법의 컴퓨터기술과 전자서명에 대한 적용에 관한 법률 제2000-230호(la Loi n° 2000-230 relative à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et signature électronique)에 의하여 프랑스民法典에 제1316조 내지

37권 제1호(서울대학교 법학연구소, 1996), 175-205 참조.

제1316조의4, 제1317조 및 제1326조를 신설하여, 전자문서와 전자서명에 일반 문서나 서명과 동일한 증거법상의 효력을 인정하였다.

(다) 소비자보호지침과 프랑스民法典

프랑스는 민법전과 독립한 소비자보호법전을 제정하였다. 소비자보호법전은 소비자보호에 관한 유럽연합의 많은 지침을 이 법전 안으로 수용하고 있다. 현재 프랑스民法典과 관련하여 중요한 의미를 갖는 지침이 바로 1999. 5. 25자 소비재의 매매 및 담보책임의 몇 가지 쟁점에 관한 유럽연합지침(*la directive sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*)이다. 현재 이 지침의 내용은 프랑스民法典의 내용과 불가분의 관계를 가지고 있어, 이를 프랑스民法典으로 수용할 것인지 아니면 프랑스소비자보호법전으로 수용할 것인지가 중대한 현안으로 떠오르고 있다. 이 지침의 수용기한은 2002. 1. 1이었다.

(2) 유럽공동체협약(조약)·유럽연합협약(조약)과 프랑스民法典

(i) 법의 위계질서에서 볼 때 유럽공동체 또는 유럽연합의 협약은 국내법에 우선하는 지위에 있다. 프랑스헌법 제55조도 국제협약의 국내법에 대한 우월성을 인정하고 있다. 국제협약에 반하는 국내법은 효력을 상실하게 된다. 따라서 협약 체결국의 재판관은 국제협약에 반하는 국내법을 적용할 수 없다. 그러나 21세기 초까지는 유럽공동체 또는 유럽연합차원의 조약이 프랑스民法典에 대하여 직접적인 영향을 미친 적은 없었다. 그리고 협약에 의하여 창설된 기구들이 많은 지침과 규칙을 양산하였음에도 불구하고, 지침이나 규칙이 직접적으로 프랑스民法典에 영향을 미치지 않는 않았다. 유럽의 상법학자들이 유럽시장의 자유로운 거래, 금융기관의 활동과 법적 지위의 단계적 접근 등에 관심을 가졌고 또 노동법학자들이 1989년 사회적 기본권에 관한 유럽장전의 제정에 즈음하여 노동력의 자유로운 이동과 사회법의 조화에 관심을 가졌던 것과는 달리, 민법학자들은 각국의 민법전은 유럽공동체의 지침이나 규칙으로부터 아무런 영향을 받지 않을 것이라고 믿었다. 그러나 21세기초부터는 유럽연합회원국은 자신의 국가주권에 의하여 자국의 민법전의 내용을 스스로 결정할 수 있다는 원칙에 중대한 변화를 겪게 되었다.⁷⁷⁾ 즉, 유럽연합회원국은 협약에 의하여 자국의 민법전의 내용을 개정하

77) J. Foyer, *op. cit.*, n° 23, p. 289.; L. Leveneur, “Le Code civil et le droit communautaire”, 1804 -2004 *Le Code civil - un passé, un présent un avenir*, Dalloz

지 않을 수 없게 되었다. 그러한 협약의 대표적인 예로 바로 유럽인권협약을 들 수 있다. 1974년에 체결된 유럽인권협약과 이에 의하여 보호되는 인권(les droits de l'homme)은 협약체결국에 직접 적용되는 직접적인 효력을 가지고 있었다. 협약체결국의 의회와 유럽의회는 유럽인권협약 내지는 이에 의하여 보호되는 인권이 유럽연합회원국의 국내법에 대하여 우월함을 인정하였다.

(ii) 30년 전 유럽인권협약이 체결될 당시에는 프랑스民法典에 대한 유럽인권협약의 영향 또는 간섭의 가능성을 프랑스는 전혀 생각하지 못하였다. 즉, 적어도 인권과 민법의 관계에 있어서는 인권이 직접 민법에 영향을 미칠 수 있다는 것은 프랑스에게는 아주 생소한 것이었다. 그것은 프랑스의 역사적 경험 즉, 프랑스인권선언(*la Déclaration des droits de l'homme*)과 프랑스民法典의 관계에 관한 역사적 경험과 일치하지 않는 것이었다. 그러나 현재는 유엔과 유럽연합은 각각 자신들의 고유한 개념에 기초하여 인간의 권리를 선언하고 있다. 인간의 권리를 선언하는 국제협약이 새로운 法源이 되고, 그 결과 각국의 사법제도가 이에 종속되는 결과가 초래되었다. 각 국가들은 주권의 포기를 요구하거나 또는 국제질서에서의 복종을 요구하는 조약을 비준하고 있다. 이러한 상황하에서는 인간의 권리가 바로 종교라고 할 수 있다. 프랑스민법도 바로 이러한 도전에 직면하고 있는 것이다.

(가) 프랑스인권선언과 프랑스民法典의 관계

(i) 프랑스民法典제정자들은 프랑스인권선언은 국가와 개인 사이의 관계를 규율하고 있기 때문에 원칙적으로 형법과 공법에만 영향을 미친다고 보았다.⁷⁸⁾ 예를 들면, 만인의 평등을 규정하고 있는 프랑스인권선언 제1조는 프랑스民法典에는 전혀 적용되지 않았다. 제정 당시의 프랑스民法典 제213조가 夫는 妻를 보호하고, 妻는 夫에게 복종할 것을 규정하였던 것 또 제214조가 夫가 정하는 거주지이면 어디든지 수행하여야 하는 의무를 妻에게 부과하였던 것은 프랑스인권선언이 프랑스民法典에 영향을 미치지 않는다는 것을 보여 주는 단적인 예이다. 다른 한편 프랑스인권선언은 적법하지 않은 私刑(les délits)과 형벌을 금지하고 있었다. 그러나 프랑스民法典 제375조는 자신에게 중대한 불만을 제기하는子を 전

2004. n° 3, p. 930.

78) A. Debet, "Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme", *1804-2004 Le Code civil - un passé, un présent un avenir*, Dalloz, 2004. p. 954.

적으로 자신의 재량에 따라 단기간 감금할 수 있는 절대적인 권리를 父에게 인정하였다. 다만, 프랑스인권선언이 프랑스民法典에 영향을 미친 유일한 예외가 있는데, 그것은 소유권에 관한 규정이다.⁷⁹⁾ 프랑스民法典 제544조상의 소유권절대보장은 바로 프랑스인권선언 제17조에 기초한 것이었다.

(ii) 프랑스에서 인권이 사법관계에도 적용될 수 있다는 사고가 나타나기 시작한 것은 20세기 중반부터이다.⁸⁰⁾ 그 결과 妻의 열등한 지위를 개선하고 혼외출생자(les enfants naturels)와 간통사생자(les enfants adultérins)에게도 일정한 권리를 부여하여야 한다는 사상이 일어나기 시작하였다. 이러한 변화는 한편으로는 풍속과 이념에 발전에 따른 자연적 현상이고, 다른 한편으로는 합헌성에 의한 통제(le contrôle de constitutionnalité)가 초래한 결과였다.

(나) 유럽인권협약 및 유럽인권재판소와 프랑스民法典의 관계

(i) 유럽인권협약이 프랑스民法典에 직접적인 영향을 미치기 시작한 것은 1981년 프랑스가 개인의 유럽인권재판소(la Cour européenne des droits de l'homme)에 대한 제소를 허용하는 데에 동의하면서부터이다.⁸¹⁾ 유럽인권재판소에 제소할 수 있는 주체는 두 종류가 있다. 하나는 국가이다. 그러나 국가가 제소하는 경우는 극히 드물다. 다른 하나는 개인, 비정부기관 또는 단체이다. 다만 개인등은 국내법에 따른 구제방법을 다 강구한 후에만 유럽인권재판소에 제소할 수가 있다. 유럽인권재판소가 개인등의 제소에 응하여 협약체결국의 국내법 또는 최고재판소의 판결에 대하여 반인권적이라는 판결을 내리게 되면, 협약체결국은 유럽인권협약 제46조가 정하는 바에 의하여 이 판결에 따라 반인권적인 국내법을 개정하여야 하고 또 최고법원은 유럽인권협약과 유럽인권재판소의 판결에 일치하도록 국내법을 적용하여야 한다. 즉, 협약체결국의 국내법과 최고법원은 협약합치성(la conventionnalité)이라는 통제를 받게 되는 것이다. 유럽인권재판소의 판결이 협약체결국의 국내법에 미치는 영향은 직접적이고 가시적인 것이라고 한다면, 협약체결국의 최고재판소에 미치는 영향은 간접적이고 은밀한 것이라고 할 수 있을 것이다.⁸²⁾ 그 동안 유럽인권재판소는 혼외출생자와 간통사생자에 대하여 상속권을

79) A. Debet, *op. cit.*, p. 955.

80) A. Debet, *op. cit.*, p. 955.

81) J. Foyer, *op. cit.*, n° 27, p. 291.

82) A. Debet, *op. cit.*, p. 956.

인정하고, 성전환자에 대하여 전환된 성을 인정하고,⁸³⁾ 姓의 선택에 있어서는 남녀평등을 절대적으로 인정하는 판결 등을 내렸다.⁸⁴⁾

(ii) 유럽인권재판소는 2001. 2. 1. *Mazurek* 사건에서 간통사생자의 상속권을 차별하는 프랑스民法典 제760조가 유럽인권협약에 반한다는 판결을 내렸다.⁸⁵⁾ 제760조(제1항 및 제2항)는 간통사생자의 상속분을 혼인중 출생자 상속분의 1/2로 제한하고 있었다. 그런데 당시 프랑스民法典에는 위 규정 이외에도 유럽인권협약에 위반할 소지가 있는 규정들이 많이 있었다. 예를 들면, 제759조 역시 간통사생자의 상속분을 생존배우자의 상속분의 1/2로 제한하고 있었다. 이들 규정들에 대하여서도 만일 유럽인권재판소에 소송이 제기된다면, 프랑스는 인권협약위반 판결을 받지 않을 수 없는 상황이었다. 한편 당시 프랑스의회에서는 생존배우자의 권리에 관한 법안이 계류 중이었다. 유럽인권재판소의 협약불합치판결에 직면한 프랑스는 위 법안에 간통사생자의 법적 지위를 개선하는 규정을 추가하여 ‘2001. 12. 3자 생존배우자 및 간통사생자의 권리와 상속법규정의 현대화에 관한 법률 제2001-1135호(la Loi n° 2001-1135 du décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral)’을 제정하여 제760조뿐만 아니라 제334조의7, 제759조, 제761조 내지 제764조, 제908조와 제908조의1, 제915조 내지 제915조의2, 제1097조와 제1097조의1을 모두 폐지함과 동시에 새로운 상속규정을 신설하여 상속법을 완전히 개정하였다.⁸⁶⁾ 이것이 현재까지 유럽인권재판소의 판결에 따라 프랑스民法典이 개정된 유일한 예이다. 이러한 사태에 대하여 프랑스에서는 수년전부터 간통사생자의 법적 지위에 대한 논의가 있었으므로 유럽인권재판소가 혁명을 가져온 것은 아니고 그때까지의 프랑스내의 발전을 확인하는 것뿐이었다는 평가가 있기도 하다.⁸⁷⁾ 그러나 유럽인권재판소의 판결이 협약체결국의 국내법 개정을 촉진하는 데에 결정적인 역할을 하였다는 것은 누구나 부인할 수 없는 사실이라고 할 것이다.

(iii) 민법전의 개정은 반드시 유럽인권재판소의 협약불합치판결이 있는 경우에

83) CEDH, 25 mars 1992, *By France, Série A*, n° 232, *JCP*, éd. G. 1992. II. 21.955.

84) CEDH, *Bourghartz c/ Suisse*, Série A, n° 280-B.

85) CEDH, *Mazurek c/ France*, 1^{er} fév. 2000, *JCP*, éd. G. 2000. II. 10.286.

86) 프랑스民法典 제3권 제1편(상속)의 제1장 내지 제3장이 대폭 개정되었다.

87) A. Debet, *op. cit.*, p. 959.

만 이루어지는 것은 아니다. 즉, 유럽인권재판소의 협약불합치판결이 없더라도, 그러한 판결이 내려질 수 있다는 가능성만으로도 현재 협약체결국의 민법전의 개정이 커다란 영향을 받고 있다. 특히 가족법의 분야가 그러하다. 그 대표적인 예로 프랑스의 ‘가족의 姓에 관한 2002. 3. 4자 법률 제2002-304호(la Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille)’를 들 수 있다.⁸⁸⁾ 1994. 2. 22. 유럽인권재판소는 *Bourghartz* 사건에서 姓의 선택에 있어서 남녀평등을 절대적으로 인정하는 판결을 내렸다.⁸⁹⁾ 이 사건은 한 남자가 자신이 종전 사용하던 姓을 사용하지 못하게 된 것에 대하여 소송을 제기한 사건이었다. 이 사건에서는 子의 姓결정에 있어서 남녀평등이 문제된 것이 아니었다. 그러나 프랑스는 위 판결은 궁극적으로 姓의 선택에서 남녀평등을 인정하는 것이 유럽인권협약에 부합하는 것이라는 취지의 판결이라고 해석하였고, 그 결과 2002. 3. 4자 법률을 제정하게 된 것이다. 인권의 모국이라고 자부하는 프랑스로서는 유럽인권재판소로부터 협약불합치의 판결을 받는다는 것은 지극히 수치스러운 일이 될 것이기에, 협약불합치의 위협마저도 입법개정의 중요한 이유가 되고 있는 것이다.

(iv) 이상과 같은 상황에 대하여 유럽인권협약과 프랑스民法典의 잦은 분쟁은 장차 프랑스民法典의 일체성에 대하여 커다란 장애가 될 것이라는 우려도 제기되고 있다.⁹⁰⁾

(다) 유럽연합인권법전 제정의 미래

유럽인권협약이 협약체결국의 국내법과 판결에 미치는 영향이 지대하지만, 이로 인하여 유럽연합인권법전이 제정되지는 않을 것으로 전망되고 있다. 인권이란 평등, 사생활의 보호, 家의 보호와 같이 지극히 추상적인 개념에 기초하고 있기 때문에, 유럽인권협약은 유럽연합 차원의 추상적인 법원칙을 제시하는 데에 그칠 것이라고 보고 있는 것이다. 그러나 비록 인권에 대하여 통일법전이 제정되지는 않더라도, 유럽인권협약의 역할에 비추어 볼 때 그것은 상위법전(le méta-code)이라고 부를 수도 있다고 할 것이다.⁹¹⁾

88) 이 법률에 의하여 프랑스民法典 제57조, 제61조의3, 제311조의21, 제321조의22, 제331조, 제331조의2, 제333조의1, 제333조의4 내지 제333조의6, 제334조의1과 제334조의2, 제334조의5, 제357조, 제361조, 제363조와 제363조의1 등이 개정되었다.

89) CEDH, *Bourghartz c/ Suisse*, 22 fév. 1994, Série A, n° 280-B.

90) A. Debet, *op. cit.*, p. 954.

91) 100^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n 155, p. 147.

2. 유럽民法典의 제정과 프랑스民法典

유럽民法典의 제정과 관련하여 현재 유럽의 여건이 어떠한지 그리고 이를 위한 유럽의 학계와 유럽연합의 노력을 살펴보고 마지막으로 프랑스민법학계의 동향을 살펴보기로 한다.

(1) 유럽民法典의 제정을 위한 현재의 유럽연합의 정치적, 경제적 및 문화적 여건

유럽民法典의 제정 가능성은 유럽연합의 정치적, 경제적 및 문화적 여건이라는 여러 관점에서 검토되어야 한다. 그러한 여건으로 현재의 유럽연합의 정치체제, 유럽이라는 단일시장 그리고 유럽연합회원국의 동일성을 들 수 있다.⁹²⁾

(가) 정치체제와 유럽民法典의 제정

단일한 정치체제는 통일민법전의 제정을 필요로 한다. 현재 유럽연합의 정치체제가 장차 어떠한 형태로 발전할 것인지에 대하여는 상반되는 두 가지 견해가 있다. 하나의 견해는 유럽지역연방(l'Europe fédérale des régions)을 예상한다. 이 체제에서는 회원국은 유럽연합에 흡수되어 연방의 지역으로 전락하게 되고, 유럽연합은 단일체(l'entité)로서 존재하게 된다. 이러한 정치체제는 민법의 헌법이라고 할 수 있는 통일민법전을 필요로 한다. 다른 하나의 견해는 유럽연방국가(l'Europe fédérale des Etats nations)를 예상한다. 이 체제하에서는 회원국은 주권국가로서 존재한다. 이 경우 유럽연합은 회원국이 정하는 특정의 사항에 대하여서만 제한적인 관할권을 가지게 될 뿐이고, 회원국은 자신의 고유한 민법전을 보유하게 된다. 현재까지 유럽 내에서는 두 번째의 견해가 다수의 견해라고 할 수 있다. 따라서 적어도 현재의 정치적 상황에서는 유럽民法典의 제정은 요원한 것이라고 볼 수 있다.

(나) 단일시장과 유럽民法典의 제정

유럽이라는 단일시장이 통일민법전의 제정을 필요로 하는지에 대하여는 견해가 대립하고 있다. 단일시장은 통일민법전을 필요로 한다는 견해도 있지만, 아직까지는 민법전의 통일이 필요하지 않다는 데에 많은 학자들이 동의하고 있다. 그 근거로 미국의 예를 든다. 다른 한편 단일시장이 무엇보다도 필요로 하는 것은

92) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n^{os} 1147-1149, pp. 138-141.

계약법의 통일인데, 계약법은 민법전의 중요한 부분일 뿐 전부는 아니기 때문에, 역시 통일민법전이 필요하지 않다고 한다.

(대) 동일성과 유럽民法典의 제정

(i) 유럽의 동일성이 통일민법전을 정당화한다는 주장이 있다. 즉, 유럽의 동일성을 확보하기 위해서 통일민법전의 제정이 필요하다는 것이다. 그러나 이러한 주장에 대하여는 문화란 오랜 역사 속에서 비로소 형성되는 역사적 산물이고, 문화의 하나인 민법전은 역사적 사건을 기록하는 역사적 기억장소라는 이유로, 통일민법전의 제정이 필요하지 않다는 반론이 있다.⁹³⁾ 즉, 민법전은 ‘역사적 사건을 집대성한 역사적 기념비’이고, 민법전의 위대함은 한 민족의 역사적 기억을 명령하는 데에서 나오는 것인데, 유럽에는 하나의 유럽민족이 존재한다고 할 수 없고 또 설령 그렇다손 치더라도 아직까지는 동질의 역사적 기억이 유럽에 존재한다고는 할 수 없다고 한다.

(ii) 유럽에는 역사의 긴 시간 속에서 형성되어 온 동일성(l'identité)이 있다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 그러나 하나의 유럽 안에 다양한 민족이 존재하고 있는 것 또한 사실이다.⁹⁴⁾ 이는 각국이 서로 다른 민법전을 가지고 있다는 사실로부터 잘 알 수가 있다. 각국의 민법전에는 유사성도 찾을 수 있지만, 이질성이 분명하게 존재한다. 예를 들면, 각국의 민법전은 의사자치의 원칙을 기본원칙으로 채택하고 있지만, 그 원칙의 구체적인 모습은 나라마다 다르다. 또 영국은 유류분을 부정하나, 이태리는 이를 인정한다. 무엇보다도 유럽 안에는 커먼로법체계와 대륙법체계라는 서로 다른 법체계가 존재한다. 이처럼 유럽에는 다양한 민족이 있고, 각 국가는 자신의 역사와 집단 의식과 자신의 민법전을 가지고 있는 이상, 유럽통일민법전이란 현재로서는 하나의 유토피아에 지나지 않는다.

(2) 유럽民法典 제정을 위한 노력

유럽民法典을 제정하는 것은 실로 어마어마한 작업이 될 것이다. 이 작업에는 제정의 기본원칙, 제정범위, 유럽民法典과 회원국의 민법전과의 관계, 제정언어, 제정기한 등 선결하여야 할 문제가 많이 있다. 유럽民法典의 제정과 관련된 학계의 노력과 유럽연합 차원의 노력으로 나누어 살펴보기로 한다.

93) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1149, p. 140.

94) 100° Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 1149, p. 140.

(가) 유럽학계의 노력

(i) 현재 유럽民法典의 제정과 관련된 학계의 노력은 여러 군데에서 이루어지고 있다. 처음으로 유럽법통합의 시도를 한 학자는 코펜하겐대학교의 Ole Lando 교수이다. 그는 1974년 유럽계약법원칙(Les principes européens de droit du contrat)을 작성할 것을 제안하였고, 이 제안에 대하여 자원자들이 모여 1981년 그를 중심으로 Lando위원회가 출범하였다. 이 Lando위원회는 일부 유럽연합국가의 재정적 지원을 받아 독자적인 활동을 시작하였고, 20년의 활동을 거쳐 2002년말에 그 작업을 완료하였다. Lando위원회는 1995년, 2000년 그리고 2003년 세 차례에 걸쳐 유럽계약법원칙을 발표하였다.⁹⁵⁾ 두 번째의 시도는 Heidelberg대학교의 Christian Von Bar교수에 의하여 이루어졌다. 그를 중심으로 유럽民法典연구모임(le Groupe d'étude sur un Code civil européen)이 결성되었다. Christian Von Bar교수는 Lando위원회의 위원이기도 하였다. 연구대상은 초기에는 계약법과 채권법에 국한하였으나 불법행위법, 담보물권법과 가족법도 그 대상으로 하고 있다.⁹⁶⁾ 그는 유럽民法典의 기본원칙은 2005년부터 대학교에서 강의를 하고, 2010년에는 회원국은 계약법의 기본원칙을 채택하여야 한다고 주장하고 있다.⁹⁷⁾

(ii) 유럽계약법원칙은 학계와 입법에 긍정적인 영향을 미쳤다. 우선 학계에서는 유럽계약법원칙에 대한 비교법적 연구가 나오고 있다. 그리고 이 원칙은 몇 나라의 계약법의 개정에도 영향을 미쳤다. 대표적인 예로 독일의 소멸시효제도는 유럽계약법원칙의 직접적인 영향을 받은 것이다. 그리고 이 원칙은 영국의 1999년에 제정한 Contracts (Rights of Third parties) Act에도 큰 영향을 미쳤다.

(iii) 유럽법을 통일하고자 하는 의욕은 영미법과 대륙법의 양립성의 가능성에 대한 문제를 시작으로 비교법적 논의를 촉발시켰다. 또 계약법을 비롯한 기타의 법영역에서 법의 핵(jus commune, common core)을 찾으려는 노력이 시도되고 있다. 앞으로 유럽차원의 논의가 임무달성을 위한 촉발집회가 될 것인지 아니면

95) 유럽계약법원칙은 국내에도 그 번역이 이루어졌다. 유럽계약법원칙 제1부 및 제2부의 번역은 梁彰洙, “「유럽계약법원칙」에 대한 一考 및 그 翻譯”, 서울대학교 法學 제40권 제1호(통권 110호)(서울대학교 법학연구소, 1999), 358 이하를 그리고 제3부의 번역은 梁彰洙, “「유럽계약법원칙」의 소멸시효규정 — 우리 민법에의 示唆을 덧붙여 —”, 서울대학교 法學 제44권 제4호(통권 129호)(서울대학교 법학연구소, 2003), 114 이하를 참조.

96) J. Foyer, *op. cit.*, n° 31, p. 294.

97) L. Leveneur, *op. cit.*, n° 27, p. 946.

단순한 유토피아에 지나지 않게 될 것인지는 두고 보아야 할 것이다.

(나) 유럽연합의 노력

(i) 유럽의회(le Parlement européen)는 1989. 5. 26 그리고 1994. 5. 6. 유럽민법典의 제정을 위한 결의를 한 적이 있다. 그리고 유럽의회는 2001년 유럽위원회(la Commission européenne)에 유럽시장에 필요한 조화로운 유럽민법典에 관한 연구를 촉구하였다. 한편 1999. 10. 16. 유럽이사회(le Conseil européen) 역시 유럽국가들의 민법전을 조화롭게 할 연구가 필요함을 인정하였다.

(ii) 2001. 7. 11. 유럽위원회는 유럽연합차원의 계약법 제정과 관련하여 회원국의 의견을 수렴하였다. 유럽연합차원의 행동불필요안(제1안), 회원국의 법을 일치시키기 위한 계약법의 공통원칙의 확립안(제2안), 기존의 유럽연합입법의 개선안(제3안), 유럽통일계약법전의 제정안(제4안)안에 대하여 회원국, 대학교, 법률가 기타 단체에 설문을 실시하여 2001. 10. 15.까지 의견을 수집하였다. 이 설문에 대하여 프랑스에서는 12개의 의견이 제출되었다.⁹⁸⁾ 유럽위원회의 보고서에 의하면 설문에 대한 의견의 대부분은 제2안과 제3안을 선호하였고 제4안을 거부한 반면 몇몇 대학교는 제4안을 지지하였다.⁹⁹⁾ 2003. 2. 14. 유럽위원회는 수집된 의견에 기초하여 유럽계약법을 위한 행동계획(un plan d'action)을 유럽의회와 유럽이사회에 제안하였다. 이 행동지침은 3가지 사항으로 구성되어 있다.¹⁰⁰⁾ 첫째, 제2안과 제3안을 구체화하고, 둘째, 계약당사자들이 채택할 수 있는 전형적 조항(les clauses de type)을 작성하고, 셋째, 유럽계약법을 위한 기구를 설치하기 위한 조치를 숙고할 것을 그 내용으로 한다.

(3) 유럽민법典 제정에 관한 프랑스학계의 동향

(i) 현재 프랑스민법학계는 유럽연합 차원의 통일민법전 제정에 대하여는 강하게 반대하고 있다.¹⁰¹⁾ 오히려 유럽연합 통일민법전의 제정에 대한 대안이 여러

98) 의견제출자는 프랑스정부, MEDEF, Chambre des métiers de Paris, 5개 소비자관련단체, 법률가 1인, 2개 대학교, 프랑스법문화앙리까뻬당협회였다.

99) J. Foyer, *op. cit.*, n° 32, p. 295.

100) J. Foyer, *op. cit.*, n° 32, p. 296; L. Leveneur, *op. cit.*, n° 27, p. 946.

101) J. Foyer, *op. cit.*, n° 32, p. 295. 유럽연합 차원의 통일민법전의 제정에 반대하는 대표적인 학자로는 G. Cornu, “Un Code civil n'est pas un instrument communautaire”, D. 2002, chr. 351; Y. Lequette, “Quelques remarques à propos du projet de Code

가지로 제시되고 있다.¹⁰²⁾ 첫째, 유럽연합인권법을 그 모델로 하는 대안이다. 즉, 민법의 통일원칙을 제정하면, 회원국의회와 유럽의회는 통일원칙이 회원국의 민법전에 대하여 우월함을 인정하게 되고 그 결과 회원국의 재판관은 통일원칙을 기준 삼아 국내법을 적용하게 될 것이라고 한다. 이른바 상위법전(*le méta-code*)을 인정하는 것이다. 이 상위법전에 의하여 새로운 민법질서가 형성될 수도 있다는 것이다. 그러나 이에 대하여는 유럽연합인권법은 결코 유럽民法典의 모델이 될 수 없다는 반대의 견해도 있다.

(ii) 둘째, 민사의 모든 사항에 대하여가 아니라 일부의 사항에 대하여만 통일법전을 제정하는 대안이다. 통일민법전의 제정이 가능한 분야와 그렇지 않은 분야가 분명히 구분된다고 본다. 통일민법전의 제정이 가장 어려운 분야로서 가족법을 들 수 있다. 나라마다 풍속이 다르고 유럽연합의 구성국가가 증가할수록 더욱 그러할 것이므로 가족법의 통일은 기대하기 어렵다. 반대로 재산법과 담보물권법에 대한 통일민법전의 제정가능성은 크다. 거래의 증진에 필요불가결하기 때문에 회원국의 재산법과 담보물권법을 조화시킬 필요가 있다. 특히 상거래의 객체가 되는 재화에 대하여는 이러한 작업이 시급하다. 그리고 유럽위원회도 권고한 바와 같이 계약법의 경우도 통일적 규율이 가능하고 시급한 분야이다. 계약법의 경우 거래주체에 따라 독립한 법체계를 따로 마련할 것인지, 아니면 거래주체에 상관없이 계약 전 분야에 적용될 통일된 법체계를 둘 것인지를 결정하여야 한다. 현재 유럽연합은 소비자보호에 관하여 가장 큰 진전을 보이고 있다. 유럽연합소비자보호법은 프랑스의 국내법으로 들어와 프랑스소비자보호법전의 제정을 가져왔다. 단일계약법전이 제정되더라도 회원국의 민법전이 폐지되는 것은 아니고, 양자가 공존하게 될 것이다. 이 경우 유럽연합 차원의涉外사법이 필요하게 될 것이다. 중요한 것은 어느 한 회원국의 판결과 집행권원이 다른 나라에서도 동일한 효력을 갖는 것이다.

(iii) 셋째, 통일된 법체계를 마련하는 경우에도 법원칙을 선언하는 수정민법(*le restatement*)을 둘 것인지 아니면 진정한 의미의 법전을 제정할 것인지도 문제이다. 수정민법의 제정은 법학자들의 작업이 될 것으로 본다. 즉, 법학자들이 통일

civil européen de M. Von Bar" D. 2002, chr. 2202; Ph. Malaurie, "Le Code civil européen des obligations et des contrats", JCP, éd. G. 2002, n° 6; J. Huet, "Nous faut-il un "euro" droit civil" D. 2002, chr. 2611.

102) 대안과 그에 대한 평가에 관한 상세한 것은 100^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n^{os} 1154-1156, pp. 145-147 참조.

원칙(les principes communs)을 정하게 된다. 통일원칙은 처음에는 임의규정의 효력만을 가지나, 나중에 강제규정의 효력을 가지게 될 것이다. 임의규정의 효력을 인정하는 경우에도 통일원칙의 적용모습은 다시 Opt-out 방식과 Opt-in 방식이 있을 수 있다. Opt-out 방식은 당사자가 국내법을 선택하지 않는 한 통일원칙이 적용되는 방식이다. Opt-in 방식은 국내법 또는 통일원칙의 적용을 전적으로 당사자들에게 맡기는 방식이다. 통일원칙은 거래에서 당사자들이 꾸준히 이를 선택하거나 또는 각 국가의 입법에 모범이 될 때 강행규정의 효력을 가질 수 있게 될 것이다. 많은 통일원칙이 사실상 강제적 효력을 가질 때, 비로소 통일계약법전의 제정도 가능하게 될 것이다. 전술한 바와 같이 2003. 2. 12 현재 유럽위원회도 행동계획을 통하여 임의규정의 효력을 갖는 통일원칙의 제정을 고려하고 있다.

주제어: 프랑스 민법전, 프랑스 민법전의 문제점, 프랑스 민법전의 문제점의 해결방안, 유럽민법전, 인권

<résumé>

Le passé, le présent et l'avenir du Code civil français — le bicentenaire du Code civil français —

NAM, Hyo-Soon*

I. Introduction

L'année 2004 est le bicentenaire du Code civil français. Le Code civil a vécu deux siècles d'histoire. Pourtant, paradoxalement, d'un côté on célèbre un monument de la culture juridique de l'Europe, de l'autre côté on envisage sa rénovation, jusqu'à son remplacement par le Code civil européen. Le Code civil français a inspiré tous les Codes qui ont été rédigés au XIX^e siècle, jusqu'à la publication du BGB en 1897. En dépit de son passé glorieux, force est bien de constater qu'il est à bout de souffle. Au bout de deux siècles, le Code civil français a perdu son prestige et cessé de servir de modèle à l'étranger. Le Code civil est en piètre position, en France et dans le monde. C'est bien le moment de retracer son passé, de relever ses problêmes et finalement de chercher les remèdes possibles.

II. Le passé du Code civil français

On étudiera le passé du Code civil français en 4 étapes : l'age d'or(1804-1904), l'age des premières réformes(1904-1958), l'age de la révolution tranquille(1958-1974) et l'age des passions(1974-jusqu'à présent).

1. L'age d'or

La France s'est industrialisée et le capitalisme s'est développé. A la fin du XIX^e

* Professeur en droit civil, Faculté de droit, Université nationale de Séoul

siècle, la France s'est urbanisée. Le Code civil s'est enraciné dans la Nation parce qu'il contient les fondements de la société du siècle : la propriété, le contrat, la paix des familles, mais aussi l'égalité devant la loi et l'indépendance vis-à-vis de la religion. Le XIX^e siècle est surtout le siècle de la propriété.

Il n'y avait guère la révision du Code civil. Sa permanence est assurée par l'externalisation des textes spéciaux. Surtout, ces lois ont trait à des propriétés mobilières : les offices ministériels(la loi du 28 juillet 1816), le nom commercial(la loi du 28 juillet 1824), les brevets d'invention(la loi du 28 juillet 1844), les marques de fabrique(la loi du 23 juin 1857) et la propriété littéraire(la loi du 14 juillet 1866).

2. L'age des premières réformes

L'année 1904 est le centenaire du Code civil français. Pourtant, le Code civil allemand(BGB) a été promulgué le 18 août 1896 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Il est considéré comme le principal concurrent du Code Napoléon et l'une des raisons qui conduisent à envisager une révision du Code civil français. Le Livre du centenaire, réalisé à l'initiative de la Société d'études législatives se clôt par la question de la révision. En 1904, le garde des sceaux a nommé une commission dont la mission était de moderniser le Code civil. Cette commission ne parvint à aucun résultat. Une autre commission de réforme du Code civil a été créée par le décret du 7 juin 1945. Mais cette commission, composée de techniciens plus que de politiques, a poursuivi ses travaux jusqu'en 1962 sans aucun résultat.

A cette époque, l'ordre public social s'édifie hors le Code civil. L'atteinte au droit de propriété se justifie désormais par le nécessaire rééquilibrage par la loi des relations contractuelles. Les fermiers en 1945, les locataires d'habitation en 1948 et les locataires commerciaux en 1953 se voient dotés d'un statut protecteur vis-à-vis du propriétaire.

3. L'age de la révolution tranquille

La première période de la cinquième République se caractérise par la stabilité

politique et le développement économique. Elle est également l'age de la révolution tranquille en ce que des évolutions antérieures sont renforcées. Le développement économique a demandé les moyens législatifs qui sont nécessaires pour le consolider. Parmi eux, on peut compter la loi du 24 juillet 1966 modernisant le droit des sociétés.

En cette période, la partie du Code civil en ce qui concerne le droit de la famille est doté d'importante révision. En conséquence, le droit de la famille est bouleversé. Des pans entiers du Code civil sont réformés : la tutelle et l'émancipation(14 décembre 1964), les régimes matrimoniaux(13 juillet 1965), l'adoption(11 juillet 1966), les incapables majeurs(3 janvier 1968), l'autorité parentale(4 jui, 1970), les rapports à succession et la réduction des libéralités(3 juillet 1971), la filiation(3 janvier 1972), l'âge de la majorité(5 juillet 1974) et le divorce(15 juillet 1975).

4. L'age des passions

La deuxième période de la cinquième République est marquée par l'alternance politique entre la droite et la gauche, c'est à dire la cohabitation gouvernementale, et les difficultés économiques.

La législation importante est, parmi autres, la Loi dite Quillot du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, la Loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. Un autre phénomène de cette période est que tous les droits peuvent désormais être jugés sur leur conformité aux Droits de l'Homme au niveau communautaire. Le droit contemporain est caractérisé par la surenchère des droits fondamentaux. Le Code civil n'échappe pas à cette fondamentalisation car, au titre de ces principes, figurent la liberté, l'égalité et la propriété.

III. Le présent du Code civil français

Les critiques adressées au Code civil ne datent pas d'hier. Bien que le Code civil français ait évolué avec des réformes importantes y introduites, l'ordre et les symboles demeurent. La plupart des articles symboliques sont des textes de

définition ou de principe. Il en résulte qu'il n'en reste pas moins beaucoup de problèmes. Il faut réfléchir à ce qu'il importe de faire pour remédier à cet état déplorable.

1. Les problèmes du Code civil français

Parmi ses problèmes, on peut compter les suivants. Premièrement, sur les 2,281 articles initiaux, il en reste aujourd'hui dans leur état originel 1115 dont un certain nombre sont complètement désuets, tels l'article 524 qui donne la liste des immeubles par destination ou l'article 1966 sur les paris licites. Deuxièmement, au fur et à mesure qu'augmentent des réformes, il en résulte une numérotation aberrante, avec des articles X-1, 2 et même désormais X-1-1. Troisièmement, s'agissant du style, les styles hétérogènes se mêlent dans le Code civil français ; le style des bureaux de la chancellerie de l'époque de codification, le style parlementaire des amendements de séance et désormais le style de Bruxelles au niveau de la communauté européenne. Quatrièmement, pour connaître l'état actuel du droit français, il faut non seulement lire le Code mais encore scruter la jurisprudence et la doctrine. Les juristes étrangers ne peuvent plus appréhender le droit civil français à l'aide du seul Code civil. Ils doivent plonger aussi dans une jurisprudence elle-même difficile à comprendre en raison de l'indigence de sa motivation. A titre exemple, on peut citer les articles 1147 et 1148. A les prendre au pied de la lettre, on ne saurait discerner la division, bien consacrée par la jurisprudence, de l'obligation de résultat et l'obligation de moyens. Cinquièmement, malgré les réformes, il reste encore dans le Code civil des pans entiers de législations vieillies, dont la réforme nécessaire est réclamée et même parfois annoncée, mais en vain. Ainsi en va-t-il de la prescription, surtout la prescription libératoire. Alors que la plupart des pays de l'Union européenne (Belgique et Luxembourg, Angleterre et Irlande, Ecosse, Suède et, tout récemment, l'Allemagne avec la réforme du droit des obligations réalisée par la loi du 9 novembre 2001) ont réformé l'institution, le Code civil français conserve, contrairement à ce qui se fait ailleurs, le traitement conjoint de la prescription acquisitive et de la prescription libératoire, la prescription de droit

commun de tente ans(alors qu'elle est maintenant de trois ans dans le BGB et les Principes européens) et une multitude de prescriptions spéciales. Sixièmement, au fond, le Code civil a perdu sa belle homogénéité. Il est devenu un mélange de règles de date et d'inspiration différentes.

2. Les remèdes du Code civil français

Trois remèdes sont possibles. Le remède minimum consiste à conserver le Cadre du Code de 1804 et à le retaper, en la forme comme au fond. C'est ce que proposait en 1963 G. Cornu qui suggérait de faire une nouvelle édition, qui aurait été la quatrième. C'est ce qui a été réalisé aussi en France pour la réforme du droit des personnes et de la famille à partir de 1965. C'est ce qui a été réalisé également en Allemagne par la loi du 26 novembre 2001 portant réforme du droit des obligations. Cette façon de procéder a l'avantage de conserver le Code dans sa structure de base et donc de respecter la symbolique de ce Code. Mais on peut se demander si une telle opération de rapetassage est encore possible aujourd'hui. Comme la réforme devra se faire par étapes, le manque d'homogénéité que l'on peut reprocher au code actuel persistera. Ce qui était peut-être encore possible il y a cinquante ans ne l'est plus aujourd'hui. Pour le second remède, il convient de faire un nouveau Code. Cela signifie qu'il faudra repartir à zéro, en abrogeant le droit antérieur. Il faut des décisions préalables délicates à prendre, par exemple, la dualité Code civil et le Code de commerce. Mais ce genre de réforme du Code civil correspond plus à des impératifs techniques qu'à des exigences politiques. On peut se demander s'il existe une volonté suffisante des pouvoirs publics. A la fin du XVIII^e siècle, elle était renforcée par le désir d'unifier la loi civile en France. Le dernier remède peut être cherché au nouveau européen. Il consisterait à remplacer le Code civil français par le Code civil européen.

IV. L'avenir du Code civil français

Aujourd'hui, c'est au niveau européen que se situe le débat. La controverse fait rage sur l'opportunité de travailler à la préparation d'un Coide civil commun aux

seize systèmes juridiques existant actuellement dans l'Union européenne. Ce débat apparaît comme l'une des questions majeures du début de ce siècle. On peut constater ces efforts non seulement dans le cercle universitaire mais également au niveau des autorités communautaires.

En 1974, le professeur Ole Lando de l'Université de Copenhague a lancé le projet de rédiger des Principes de droit européen du contrat. La Commission Lando a travaillé en toute indépendance. Elle vient de terminer ses travaux, à la fin de l'année 2002, soit après vingt ans d'efforts. Le professeur Christian Von Bar, à l'Université de Heidelberg, a présidé un groupe d'études sur un Code civil européen dont la compétence était initialement circonscrite aux droits et obligations. Il s'y est ajouté une commission européenne de la famille. Le contenu en est jusqu'à ce jour conservé sous le boisseau.

Les autorités communautaires ont manifesté une activité, d'abord le Parlement européen puis la Commission européenne. Le Parlement européen a envisagé dans des résolutions l'harmonisation ou l'unification de vastes secteurs du droit privé sous la forme d'un Code européen commun de droit privé. En l'an 2000, il a demandé à la Commission européenne d'élaborer une étude dans le domaine du droit civil. Pour la Commission européenne, elle a présenté, en 2001, une communication, au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen, concernant le droit européen des contrats. La Commission européenne a présenté en 2003 un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent.

Dans la doctrine française, l'opposition à l'adoption d'un Code civil européen est formulée dans les termes les plus catégoriques par des auteurs éminents. Contre l'adoption du Code civil européen, on propose trois possibilités : le modèle de Droits de l'homme, l'unification d'un secteur de droit privé, par exemple le droit de contrat, et finalement la rédaction des principes communs.

Mots clefs : le Code civil français, les problèmes du Code civil français, les remèdes du Code civil français, le Code civil européen, les Droits de l'homme