

〈번역〉

『民法典序論(上)』

포르탈리스

梁 彰 洙* 譯

[譯者 序文]

1. 이 책은 장-에티엔-마리 포르탈리스(Jean-Etienne-Marie Portalis)가 작성한 『민법전 초안에 대한 서론적 설명(Discours préliminaire sur le projet de Code Civil)』을 번역한 것이다. 이는 본문의 맨처음에 나오는 1800년 8월 12일의 통령 포고령에 의하여 구성된 「민법전기초위원회」에서 1801년 1월 21일(공화력 9년 兩月 1일)자로 완성된 「민법전 초안」(소위 「공화력 8년 초안」)의 앞에 부가되어 제출되었다. 그리하여 이 문서에 대한 서명은 그 위원 4인 모두가 하고 있으나, 실제로 이 글이 위 위원회에서 “생각하는 두뇌(la fete pensante)”(카르보니에의 표현)의 역할을 한 포르탈리스에 의하여 작성되었음에는 異論이 없다.

이 글은 흔히 단지 *Discours préliminaire*(『서론』 또는 『민법전서론』)이라고 불리기도 한다. 이 문헌은 고전적인 민법이념(“사상으로서의 민법”)을 극명하게 보여주는 자료로서, 그 명백한 시대적 제약에도 불구하고 이를 넘어서서 民法史에서 불멸의 지위를 차지하고 있다.

2. 번역은 Jean-Etienne-Marie Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*(Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988)의 21면부터 63면까지에 수록된 *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil présenté le 1^{er} Pluviöse An IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire*에 의하였다. 한편 原文에는 내용에 따르는 항목나누기는 물론이고 그 항목의 표제도

* 서울大學校 法科大學 敎授

없으며, 나아가 단락번호도 붙어 있지 않다. 그러나 이 번역에서는 이해와 읽기의 편의를 위하여 Jean-Guillaume Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. I(1827), p.244 et s.(Reimpression de l'Édition de 1836, publiée à Bruxelles, neu herausgegeben und eingeleitet von Werner Schubert, Bd. 1(1990), S.150ff.)에 의하여 이들(단 소항목 표제 제외)을 가하였다.

3. 포르탈리스의 생애와 작품 및 사상, 그리고 프랑스민법전 제정과정에서 그가 한 역할 등에 대하여는 後記로 보태기로 한다.

I. 일반적 개념

1. 지난 열월¹⁾ 24일의²⁾ 통령 포고령은 법무장관에 대하여 “그 날까지 공포된 민법전 초안들이³⁾ 편찬됨에 있어서 채택된 편성방식을 비교하고, 우리가

1) 熱月(thermidor)은 共和曆(calendrier républicain. 또는 혁명력 calendrier révolutionnaire이라고도 한다)의 제11월로서, 대체로 태양력의 7월 20일부터 8월 18일에 해당한다. 공화국이 성립한 1792년 9월 22일을 공화력 1년의 초일로 하여, 1년을 12개월, 1월을 30일로 하였다. 그리고 연말에 5일(4년에 한 번씩은 6일)의 혁명을 축하하기 위한 보충일(상퀼로트의 날 sans-culottides이라고 불리웠다)을 둔다. 공화력상의 12개월은 순서대로 葡萄月(vendémiaire. 대체로 태양력의 9월 22일부터 10월 21일에 해당한다)로 시작되어, 霧月(brumaire), 霜月(frimaire), 雪月(nivôse), 雨月(pluviose), 風月(ventose), 芽月(germinal), 花月(floréal), 草月(prairial), 收穫月(messidor), 熱月, 實月(fructidor)로 불리운다. 공화력은 1793년 10월에 國民公會에 의하여 제도화되었다. 그러나 1801년에 나폴레옹과 로마교황 사이에 政教協約이 체결된 후, 1806년 1월 1일부터 종전의 그레고리우스曆으로 돌아갔다.

2) 이는 공화력 8년 열월 24일, 즉 1800년 8월 12일을 말한다. 당시는 나폴레옹이 공화력 7년 霧月 18일(1799년 11월 9일)의 쿠데타로 정권을 장악하고, 같은 해 霜月 22일(1799년 12월 13일)에 소위 「공화력 8년의 統領府(Consulat) 헌법」을 제정하여 스스로 임기 10년의 제1통령에 취임한 때이었다(제2통령은 민법전 초안으로도 유명한 캄바세레스 Cambacères(그에 대하여는 뒤의 註 13 참조), 제3통령은 르브렁 Lebrun이었다). 그 후 나폴레옹은 공화력 10년(1802년 8월)에 원로회의결에 의하여 종신의 제1통령이 되었고, 다시 공화력 12년 花月 28일(1804년 5월 18일)의 원로회의결에 의하여 황제가 되었다(나중에 국민투표로 주인을 얻었다). 그리고 뒤의 註 8에서 보듯이 원래 「프랑스인의 민법전(Code civil des Français)」이라고 불리우던 프랑스민법은 1807년 9월 3일의 법률에 의하여 「나폴레옹법전(Code Napoleon)」으로 그 명칭이 바뀌었다(그 사이에 약간의 우여곡절은 있으나, 아직도 프랑스민법의 정식 명칭은 나폴레옹법전이다).

3) 프랑스민법전이 제정되기까지의 역사적 과정에 대하여는 우선 南孝淳, “나폴레

채용하기에 가장 적절하다고 생각하는 개요를 결정하고, 나아가 민사에 관한 입법의 주요한 기초에 대하여 토의하기 위하여” 우리를⁴⁾ 그의 관저에서 회합

용法典(프랑스民法典)의 制定에 관한 研究”, 서울대학교 법학 제35권 1호(1994. 5), 283면 이하를 참조. 한편 다른 입법작업의 구체적인 경과는 차치하고 「민법전초안」으로서 본문에서 드는 포고령이 나오기까지의 주요한 것을 보면 다음과 같은 것이 있다. 우선 國民公會(이에 대하여는 뒤의 註 5 참조)의 시대에 그 아래 설치된 「민사·형사의 입법과 봉건제 위원회 (Comité de législation civile, criminelle et de féodalité)」에서 마련되어 1793년 8월 9일에 국민공회에 제출된 719조로 된 소위 「캄바세레스 제1초안」(캄바세레스가 위 위원회를 통괄하고 국민공회에의 보고를 담당할 때 이 명칭이 연유한다)과 소위 「테르미도로의 정변」 직후인 공화력 2년 實月 23일(1794년 9월 9일)에 같은 위원회에서 나온 단지 297조로 된 「캄바세레스 제2초안」이 있다. 이 두 법안은 모두 「사람」, 「재산」, 「계약」의 3편으로 구성되어 있다. 참고로 이에 대한 캄바세레스의 설명은 다음과 같다(Rapport fait à la Convention nationale sur le 2^e projet de Code civil, par Cambacères, au nom de Comité de législation(séance du Fructidor An II = 9 septembre 1794)).

“3개의 것이 사회에 사는 사람에게 필요하고 또 그것으로 충분하다.
자기 인격의 주인인 것;
자신의 필요를 충족하기 위하여 재산을 가지는 것;
자신의 보다 많은 이익을 위하여 그 인격과 재산을 처분하는 것.
따라서 모든 민사적 권리는 자유, 소유 및 계약의 각 권리로 환원된다.
이렇게 하여 사람, 소유 및 계약이 민사법률의 3개의 대상이 된다.”

그 후 소위 「공화력 3년의 헌법」에 의하여 五百人會(하원에 해당한다)와 元老會(상원에 해당한다)의 二院制가 채택되었는데, 그 아래서 민법전의 편찬사업을 맡은 오백인회의 「법률정리위원회 Commission de la classification des lois」가 공화력 4년 草月 24일(1796년 6월 14일)에 제출한 1104조의 「캄바세레스 제3초안」은 매우 중요하다. 이는 전체적인 구성이나 성격은 제1초안에 유사하나, 그것을 법기술적으로 보다 세련화한 것으로서, 후에 프랑스민법전의 기초에 다대한 공헌을 하였다. 나아가 前註에서 본 1799년 11월의 쿠데타 후에 새로운 헌법이 제정되기까지 잠정적으로 오백인회에서 선발된 입법위원회에 의하여 공화력 8년 霜月 30일(1799년 12월 21일)에 제출된 소위 「자크미노(Jacquesminot) 草案」이 있다. 이상의 네 초안은 본문에서 본 통령 포고령 제3조에서 각 위원에게 배부되도록 명령되고 있다.

4) 여기서 「우리」란, 포르탈리스 외에도, 위 포고령 제1조에서 직접 언급된 트롱셰(당시 파기법원장. 파기법원에 대하여는 뒤의 註 18 참조), 비고-프레암느(당시 파기법원 정부위원)와 동 포고령 제2조에서 “書記의 역할을 하도록” 명받은 말빌(당시 파기법원 판사)을 말한다. 통상 이들 4인 전부를 「민법전기초위원」이라고 부른다. 이 중에서 포르탈리스와 말빌은 프랑스 북부의 관습법지역을, 트롱셰와 비고-프레암느는 남부의 성문법지역(관습법지역/성문법지역에 대하여는 뒤의 註 25 참조)을 대표하여 선임된 것으로 알려져 있다.

트롱셰(François Denis Tronchet. 1726-1806)는, 변호사회 회장을 거쳐, 1789년 제헌 의회에서는 제3신분선출의원이 되고, 나아가 형사재판개혁위원으로 활약하였다. 국민공

하게 할 것을 명하였다.

그 포고령은 지금까지 국민의회와 입법회의가⁵⁾ 여러 차례 표명한 바램에도

회가 공화제를 선포한 후인 1792년 12월에 루이 16세에 대하여 재판을 시작한 때에 그의 변호사를 맡은 것으로 유명하다. 민법전 기초작업에서 그는 위원 중 최고령으로 그 위원장을 맡았으나, 이미 고령으로 실제의 작업에 별다른 영향을 미치지 못한 것으로 알려져 있다.

비고-프레아누(Felix Julien Jean Bigot-Préamneu, 또는 F. J. J. Bigot de Préamneu. 1747-1825)는, 혁명 전에 파리고등법원의 변호사로 일하였다. 그 당시 이미 포르탈리스로부터 높은 평가를 받았다고 한다. 혁명 후 1791년에 입법회의의 의원으로 선출되어 온건파에 속하였다. 한때 투옥되기도 하였으나, 공화력 2년 熱月 9일(1794년 7월 27일)의 소위 「테르미도로의 반동」 후 석방되었다. 나폴레옹이 정권을 장악하자 국무원(Conseil d'Etat)과 파기법원의 정부위원(검사)로 임명되었고, 1808년부터 1814년까지 종교대신(Ministre des cultes)을 지냈다. 그러나 1814년의 왕정복고 후 모든 공직으로부터 물러났다.

말빌(Jacques Maleville. 1741-1824)은, 파기법원 판사 시절에 민법전기초위원으로 임명되었는데, 1805년에 『민법전에 대한 국사원의 심의에 대한 학리적 분석(Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat)』을 출간하였다. 이는 기초위원 자신이 저술한 최초의 민법전주석서로서, 그 후 19세기 전반의 프랑스민법학계를 휩쓴 「주석학파(Ecole exegetique)」의 효시이었다. 민법전은 주석 등을 필요로 하지 않을 만큼 그 내용이 평이명석하여야 한다고 믿고 있던 나폴레옹은, 이 책이 출판되었다는 말을 듣고 크게 놀라, “내 법전은 사라졌다!(Mon Code est perdu!)”라고 외쳤다고 한다.

5) 본문에서 이는 복수로 쓰여 있다(“assemblées nationales et legislatives”). 이는 대혁명 발발시부터 1800년에 이르기까지의 대의기관을 일괄하여 가리키는 것으로 이해된다. 프랑스대혁명 후에 국민의 대의기관 또는 입법부로 등장한 것은 대체로 다음과 같다. 우선 1789년 7월 9일에 스스로 성립을 선언한 憲法制定國民議會(Assemblée nationale constituante. 단지 制憲議會 또는 立憲議會라고도 한다), 그것이 1791년 9월 3일/14일(이 표기에 대하여는 뒤의 註 17 참조)에 입헌군주정의 헌법을 제정·공포함으로써 그 임무를 마친 후에 스스로 명칭을 바꾼 立法議會(Assemblée legislative), 그리고 1792년 9월부터 1795년 10월까지 존립하였던 國民公會(Convention nationale. 단지 쿵방시용이라고도 한다), 또 1795년 10월 22일의 소위 「공화력 3년의 헌법」 또는 「집정부(Directoire. 이에 대하여는 뒤의 註 15 참조) 헌법」에 의하여 성립한 二院制 아래서 하원에 해당하는 五百人會(Conseil des Cinq-Cents)와 元老會(Conseil des Anciens. 40세 이상의 250명의 의원으로 구성된다)가 있다. 그 후 나폴레옹의 집권 이후의 소위 「공화국 8년의 헌법」 또는 「통령부(Consulat) 헌법」에 의하여, 위의 오백인회 및 원로회와는 별도로, 護民院(Tribunat)과 立法院(Corps législatif)도 입법과정에 참여하게 되었다. 이 4개의 입법기관 아래의 입법절차를 간략하게 살펴보면 다음과 같다. 國務院(Conseil d'Etat)이 정부법안을 확정하여 호민원에 송부하면, 호민원은 수정권 없이 단지 찬성인지 반대인지만을 일괄투표로 결정한다. 그리고 국무원과 호민원은 각각 대표를 내세워, 입법원에서 의견표명의 연설을 행한다. 입법부는 그 의견을 들은 후에, 법안의 내용에 대하여 심의함이 없이 역시 채택 여부만에 대하여 의결을 행한다. 한편 원로회는 법안의 심의에는 관여하지 않고, 입법부가 채택한 법률에 대하여 위헌심사권만을 가진다.

합치하는 것이다.⁶⁾

우리는 토의를 마쳤다.⁷⁾

우리는 우리의 그 중대한 임무에 대하여 우리가 가지게 된 생각과 그 임무를 다하기 위하여 취하여야 할 방법을 조국과 정부에게 알릴 준비가 되어 있다.⁸⁾

2. 프랑스는, 유럽의 다른 위대한 국가와 마찬가지로, 여러 민족을 정복하고 또는 자의에 기하여 합병함으로써 점차로 커 왔다.

정복된 민족이든 자유상태의 민족이든, 그 항복조약에서나 합병조약에서 그들의 민사입법은 유지된다고 정하여졌다. 경험이 증명하는 바에 의하면, 사람은 그 지배관계는 쉽사리 변경하여도 법은 것처럼 쉽게 변경하지 못하는 것이다.

그리하여 같은 나라 안에 놀랄 만큼 다양한 관습법(coutumes)⁹⁾ 존재하는

6) 본문의 포고령에 기하여 4인이 민법전 초안의 기초작업을 명받은 것은 명백하나, 그들의 모임(위원회)의 정식 명칭은 그 존재 여부조차 반드시 명확하지 않다. 포르탈리스의 이 『민법전서론』도 그 제목에서 단지 「통령정부에 의하여 임명된 위원회(Commission nommée par le gouvernement consulaire)(어떤 관본에 의하면, 「정부위원회 Commission du gouvernement)」라고만 부르고 있다. 그런데 프랑스法史에서 이 모임을 통상 「민법전기초위원회」라고 불리운다. 그리하여 본서에서도 그렇게 부르기로 한다.

7) 민법전기초위원회는 약 4개월의 작업 후에 민법전기초작업을 완성하여 공화력 9년 雨月 1일(1801년 1월 21일)에 그 「인쇄」를 마쳤다고 한다.

8) 이 「서론적 설명」을 붙인 민법전 초안은 국무원에 송부되어 그 토의에서 수정을 받은 후 의견을 구하기 위하여 파기법원과 고등법원에 보내졌다. 국무원에서 확정된 정부법안은 1章씩 호민원에 송부되었는데, 격렬한 반대에 부딪혀 처음의 3장이 부결되었다. 그리고 입법원에서도 그 중 2장이 부결되었다(1801년 12월 15일). 그러자 제1통령 나폴레옹은 입법원에 친서를 보내어, 법안을 일시적으로 철회하고 “냉정과 의견일치를 바랄 수 있는 시기”의 도래를 기다린다는 의사를 표명하였다(1802년 1월 3일). 그러나 나폴레옹은 그 「시기」를 스스로 만들어냈다. 즉 그는 그 후 1년 사이에, 호민원의원의 年次改選(5분의 1)에서 반대파를 제거하고, 원로회의결에 의하여 그 의원 정원을 100명에서 50명으로 감축시키며, 법안심의회에서도 국무원과 호민원 사이에 비공식적인 의견조정을 행하는 제도를 신설하는 등으로, 호민원의 강경의견을 점차로 무력화시켰다. 그 결과로 호민원이나 입법원도 국무원에 동조하는 기관이 되어서, 1803년 3월부터 1804년 3월까지의 1년 사이에 총 36장이 1장씩 單行法律로 순차 가결되고, 시행되었다. 이들 36개의 단행법률은 공화력 12년 風月 30일(1804년 3월 21일)의 법률에 의하여 하나의 법률로 통합되면서, 「프랑스인의 민법전(Code civil des Français)」이라는 이름이 주어졌다.

9) 이는 coutume을 번역한 말이다. 포르탈리스가 과연 관습법에 대한 오늘날의 통설처럼 국민의 일반적 의식이 강제력을 가지는 것으로 확신하는 것(소위 opinio necessitatis)만을 염두에 두고 이 용어를 선택하였는지 잘 알 수 없으나, 전후의 문맥으로 보

것에 대하여, 사람들은 프랑스는 많은 사회로 이루어진 하나의 사회라고 말하기도 한다. 조국은 공통이지만, 국가는 각기 개별적이고 서로 다르다. 영토는 하나이나 국민은 다양하다.¹⁰⁾

모범이 될 만한 관직자들이 통일적 입법을 마련할 계획을 세운 것도 한두번이 아니었다. 통일성은 완전성의 한 표상으로서, 어떤 저명한 저자의 말에 의하면, 그것은 때로 위대한 영혼을 사로잡는데, 小人은 어김없이 그에 마음이 움직인다.¹¹⁾

그러나 같은 정부에 통치되고 있다고는 해도, 같은 풍토 아래서 생활하지 않고 따라서 그만큼 다른 습관을 가진 사람들에 대하여 어떻게 하면 같은 법률을 마련할 수 있을까? 흡사 특권이기라도 한 듯이 사람들이 집착해 온 관습법을, 그리고 자의적인 권력의 변덕스러운 의사에 대한 방어벽으로 여겨온 그 관습법을 어떻게 해서 뿌리뽑을 것인가? 돌발적인 과격수단으로써는 권위와 복종이라는 공통의 유대를 약화시키고 나아가 아예 파괴까지 하지 않을까 우려되는 것이다.

3. 거기에 돌연 혁명이 일어난다. 모든 폐습이 공격당하고, 모든 제도가 엄중한 검토를 받는다. 그렇게도 공고한 것으로 보였던 기성의 제도가 한 연설가의 간단한 발언으로 무너진다. 그것은 이제 이미 습속¹²⁾에서도 여론에서도 그 지지를 발견하지 못하였던 것이다. 이러한 성공이 용기를 북돋운다. 모든 것을 용

면 단순히 「관습」이라고 하지 않고 「관습법」이라고 하는 것이 적절한 것으로 생각된다.

10) 여기서 쓰여진 국가(etats) 또는 국민(nations) 등의 말에 대하여는 긴 주석이 필요할지도 모른다. 요컨대 여기서 「국민」이란, 어느 단위국가에 속하여 그 국적을 가지는 자를 가리키는 것이 아니고, 아마도 문화나 관습, 사회적·역사적 전통 등에 기초하여서 동일한 공동체에의 소속의식(sentiment d'appartenance)을 가지는 사람들의 집단을 말하는 것으로 이해된다. 그리고 「국가」는 그러한 국민의 정치적 조직체를 가리키고, 그것이 반드시 오늘날과 같은 국가를 의미하는 것은 아닐 것이다.

11) 몽테스큐, **법의 정신**, 제29편 제18장의 말.

12) 여기서 「습속」이란 moeurs의 번역이다. 여기서는 일정한 사회에 속하는 사람들이 좋은 것 또는 나쁜 것에 대하여 일반적으로 가지는 가치판단적 경향으로서 일상의 행태를 통하여 자연스럽게 습관적으로 표현되고 있는 것을 가리킨다고 말할 수 있다. 이를 「습속」이라고 번역하는 것이 반드시 적절한지 의문도 아주 없지는 않지만, 우리 민법 제103조에서 「선량한 풍속」이라고 규정되어 있는 것이 프랑스민법의 bonnes moeurs를 그 하나의 개념상 연원으로 하고 있어서, 그 「풍속」이라는 말로부터 크게 벗어나고 싶지 않았다. 한편 우리가 통상 「습속」의 의미라고 여기는 것 중에서 보다 정신적인 측면을 떠올린다면, 크게 잘못될 것은 없다고 생각되기도 한다.

납해 왔던 분별심은 이제 모든 것을 파괴하려는 욕구에 자리를 내준다.

그러하여 입법에서의 통일의 사상으로 되돌아간다. 그것을 실현할 수 있는 가능성이 엿보이므로.

그러나 프랑스를 동요하게 하는 정치적 위기의 환경 중에 좋은 민법전이 탄생할 수 있을까?

혁명은 모두 정복이다. 옛 정부로부터 새로운 정부로의 이행과정 중에 법률을 만든다는 것인가? 사물의 명료한 힘에 의하여, 필연적으로 그 법률은 적대적이고 편파적이고 파괴적이다. 사람들은 어떠한 관습이라도 이를 파기하고 유대를 모두 약화시키고 어떠한 불평이라도 제거하려는 욕구에 사로잡힌다. 더 이상 사람들 사이의 사적인 관계는 거들떠보지 않는다. 정치적이고 일반적인 사항밖에 보이지 않는 것이다. 사람들은 정치적 동맹자만을 구하고 동료시민은 찾으려 하지 않는다. 모든 것이 公法의 문제가 된다.

사람들이 민사법률에 주의를 기울인다고 해도, 이는 이들 법률을 보다 현명하고 정당하게 하기 위해서라기보다는, 그것들을 이제 성립시키려는 체제가 돌보아 주려는 사람들에게 보다 유리하게 하기 위하여서이다. 부친의 권능을 뒤엎어 없애려는 것은, 자식들이 그로써 수립되는 새로운 제도에 한층 더 적합하기 때문이다. 夫權이 존중되지 않는 것은, 처에게 보다 큰 자유를 주어 이로써 생활관계에 새로움을 도입하고 그에 새로운 울조를 주기 위하여서이다. 상속제도 전부를 뒤엎을 필요성을 느끼는 것은 새로운 소유자층을 만들어냄으로써 새로운 시민계급을 마련하는 것이 시의에 맞기 때문이다. 어느 경우에도 변화는 변화를 낳고, 사태는 새로운 사태를 일으킨다. 여러 가지 제도가 연달아 채택되는데, 그 변화의 속도가 너무 빨라서, 어느 하나도 안착되지 못하고, 혁명정신이 모든 것에 스며든다. 여기서 혁명정신이란, 어떤 정치적 목적에 권리를 과격하게 희생시키려는 열광적 욕망, 정체를 알 수 없고 쉽사리 변하는 국가이익이라는 것 외에는 아무것도 고려하지 않으려는 열광적 욕망을 가리키는 것이다.

이러한 시기에는 지혜롭게 또 자연적 형평의 원칙에 쫓아 사물과 사람을 규율할 수 있게 되지가 않는다. 그런데 원래 지혜는 지속성 있는 제도에서는 항상 그 뒷받침이 되는 것이고, 또 사람인 입법자로서는 그 자연적 형평의 원칙을 존경의 마음을 가지고 해석하는 자에 불과한 것이다.

이제 프랑스는 안정되었다. 그리고 이 안정을 보장하여 주는 헌법으로 말미

اما 우리는 프랑스의 변영을 생각할 수 있게 되었다.

4. 좋은 민사법률은 사람들이 줄 수 있고 받을 수 있는 최대의 은혜이다. 그것은 습속의 원천이고, 변영의 수호신이며, 공적·사적인 모든 평화의 보장이다. 민사법률은 정부를 창설하는 것은 아니라고 하여도, 정부를 유지한다. 그것은 권력을 온화하게 하고, 또 권력이 마치 정의 그 자체인 듯이 존경받게 하는 데 기여한다. 그것은 개인 한 사람 한 사람에게 힘을 미치고, 그들의 생활의 주요한 행위에 파고들며, 어디에나 그를 쫓아간다. 그것은 빈번하게 인민의 유일한 도덕이고, 항상 그들의 자유의 일부를 이룬다. 끝으로 그것은 정치적 법률이 국가를 위하여 시민에게 희생을 요구하는 경우에, 보호할 필요가 있을 때마다, 시민 각자가 그 혼자만으로 국가 전체인 듯이 그의 인신과 재산을 보호함으로써, 그 희생을 위안하여 준다. 그러므로 민법전의 편찬은 우선, 국민이 자신들의 제1차적인 대표자로 추대한 영웅적 인물들의 심사숙고를 문서화하는 것이다. 그런데 이 대표자는 그 천재적 재능으로 모든 것에 활기를 주고, 또한 우리의 행복을 위하여 할 일이 자신에게 남아 있는 한, 그의 영광을 위하여서라도 일하지 않으면 안 된다고 언제나 믿는 사람인 것이다.

5. 그러한 터에 위대한 국민을 위하여 민사법률을 편찬한다는 것은 얼마나 대단한 임무인가! 그 일이 그들에게 전적으로 새로운 제도를 만들어주는 것이 라면, 또 그들이 문명국가 중 제1순위를 차지한다는 사실을 잊어버리고, 과거의 경험으로부터, 그리고 여러 세기 동안 그 시대의 정신을 이루고 또 오늘날 까지 이어져 온 良識, 규칙 및 준칙의 전통으로부터 도움을 받으려 하지 않는다면, 그 작업은 사람의 힘이 미치지 못하는 바일 것이다.

법률은 순전한 권력행위가 아니다. 그것은 지혜와 정의와 이성의 행위이다. 입법자는 권위를 행사한다기보다는 사제직을 수행한다. 그는 다음과 같은 점을 명심하여야 한다. 법률이 사람을 위해 만들어지지 사람이 법률을 위해 만들어진 것이 아니라는 것, 법률은 그 적용을 받을 국민의 성격, 습관 및 상태에 맞추어져야 한다는 것, 입법작업에서는 새로움을 절제하여야 하는 것이니, 그 이유는 새로운 제도가 가져올 이익을 우리가 제공하는 이론으로 계산할 수는 있지만 그 문제점을 다 알 수는 없으며 이는 실제로 시행하여 보아야만 알 수 있기 때문이라는 것, 최선이 무엇인지 의문이면 차선을 택하여야 한다는

것, 폐해를 시정하면서도 시정 그 자체의 위험을 인식해야 한다는 것, 상대적인 선만이 가능한 사항에서 완전함이라는 절대적 이념을 추구하는 것은 억지라는 것, 법률을 변경하기보다는 그것을 사랑할 동기를 새롭게 시민들에게 제공하는 것이 거의 언제나 더욱 유익하다는 것, 역사의 가르침에 의하면 몇 세기 동안 공포된 좋은 법률이란 겨우 둘 또는 셋밖에 없다는 것, 그리고 마지막으로, 행복하게도 천재적 재능을 갖추고 또 일종의 돌연한 계시를 받아서 한 국가의 기본체제 전체를 꿰뚫어 볼 수 있도록 태어난 사람만이 변경을 제안하기에 적절하다는 것이다.

6. 몇 년 전에 통령 캄바세레스¹³⁾는, 규율되는 사항들이 정확하게 그리고 일정한 방법에 좇아 분류되어 있는 하나의 법률초안을¹⁴⁾ 공표하였다. 지혜 있고 학식이 풍부한 이 공직자에게 만일 자신의 지성과 원칙을 자유롭게 전개할 수 있도록 허용되고, 그리하여 그가 공유하지 않았던 잘못들이 일과성의 긴급 사태로 인하여 법의 규칙으로 정하여지는 일이 없었다면, 우리에게는 할 일이 아무것도 남지 않았을 것이다.

7. 霧日 18일¹⁵⁾ 후에, 국민적 여망에 좇아 다양한 직위에 임명되었던 사람들로 이루어진 하나의 위원회가, 그 동안 매우 빈번하게 시작되었다가는 버려진 하나의 작업을 완성하기 위하여 구성되었다.¹⁶⁾

13) 캄바세레스(Jean Jacques Régis de Cambacères)는 포르탈리스의 민법전기초작업 당시 제2통령이었다(앞의 註 2 참조). 그는 1753년 몽펠리에에서 출생하여 1824년 파리에서 사망하였다. 일찍부터 몽펠리에에서 변호사로 활동하다가, 1789년에는 에로(Herault)에 있는 형사법원의 원장이 되었다. 혁명 후 국민공회의 의원으로 선출되어, 그 후 정치에 몸을 담고 원만한 판단과 성품으로 신망을 모았다. 후에 나폴레옹 아래서 제2통령을 지내면서 제3통령 리브링이 구체제를 대표하는 데 대하여 혁명을 대표하였다. 제1제정시대에는 대법관(Archichancelier)을 지냈고 나폴레옹의 자문관이기도 하였다. 왕정복고 후 망명하였다가 1818년에 프랑스로 돌아왔다.

14) 이는 앞의 註 3에서 말한 「캄바세레스 제3초안」을 가리킨다.

15) 공화력 8년 霧月 18일(1799년 11월 9일)에 나폴레옹의 쿠데타가 일어났다. 그는 당시의 執政府(Directoire)體制를 무너뜨리고 執行統領委員會(Commission consulaire exécutive)라는 이름의 임시정부를 수립하였다. 「집정부」는 공화력 3년의 소위 집정부헌법에 의하여 수립된 것으로, 하원에 해당하는 오백인회가 작성한 후보자명부에 기하여 원로회가 선임한 5명의 執政官(Directeur)으로 구성되었다. 나폴레옹은 위 쿠데타 후에 원고회와 오백인회를 존치시키면서, 각각 25명으로 구성된 위원회를 설치하여 중요사항에 대하여 정부의 제안을 의결토록 하였다.

이 위원회의 유익한 작업이 우리들의 일을 지도하고 또 감축하여 주었다.

8. 우리들의 토의의 당초에, 우리는 다음과 같은 의견이 매우 광범위하게 퍼져 있는 것을 보고 놀랐다. 즉 민법전의 편찬에서는 각각의 사항에 대하여 극히 명확한 약간의 조문만으로 충분하고, 또 모든 것을 예견하면서 모든 것을 단순화하는 것이 至高한 기술이라는 것이다.

모든 것을 단순화하는 것에는 누구라도 정통하여야 한다. 그러나 모든 것을 예견한다는 것은 도달불가능한 목표이다.

쓸모가 없는 법률은 전혀 필요가 없다. 그것은 오히려 필수적인 법률을 약화시키고, 입법의 확실성과 위엄을 해치게 될 것이다. 그러나 프랑스와 같이, 농업국임과 동시에 상업국이고, 그렇게 서로 다른 직업을 포용하며, 그렇게도 다양한 종류의 산업이 존재하는 거대한 나라는, 빈곤하거나 보다 소규모인 사회의 법률과 같은 정도로 단순한 법률을 가지고는 될 수 없을 것이다.

로마의 12표법이 그 모델로 계속 주장되어 왔다. 그러나 어느 국민이 이제 막 탄생하였을 때의 제도를 최고도의 부와 문명을 달성하였을 때의 그것과 비교할 수 있을까? 영광을 위해서 태어난 로마, 말하자면 영원한 도시일 것을 운명으로 하는 로마가 그 초기의 법률의 불충분함을 뒤늦게야 깨달았다고 할 수 있을까? 그 습속에 부지불식간에 일어난 변화가 입법에도 변화를 일으키지 않았던가? 결국에는 不文法으로부터 성문법을 구별하게 되지 않았던가? 원로원의결, 평민회의의결, 법무관고시, 집정관명령, 안찰관규칙, 법학자의 회답 또는 결정, 특별칙법, 황제의 칙답, 고시, 신칙법 등이 순차로 출현하지 않았던가? 로마의 입법의 역사는 모든 국민의 입법의 역사라고 해도 될 것이다.

군주가 영토 전부의 소유자로서, 모든 거래가 국가원수의 이름으로 또 그 이익을 위하여 행하여지고, 각 개인은 자유도, 의사도, 소유권도 없는 전제국가에서는, 법률보다도 법관이나 사형집행인이 더 많다. 그러나 시민이 보존하고 방어하여야 할 재산을 가지는 곳이라면 어디라도, 시민이 정치적 권리와 함께 민사적 권리를 가지는 곳이라면 어디라도, 명예에 어떤 가치가 인정되는

16) 前註에서 본 위원회 중에 민법전에 관한 部會(section)가 설치되어, 여기서 앞의 註 3에서 본 「자크미노 草案」이 만들어졌다. 본문의 설명은 이를 가리키는 것이다. 자크미노(Jean-Ignace Jacqueminot, 1754-1813)는 혁명 전에 낭시최고법원의 변호사이었으며, 나폴레옹의 권력 장악 후에 원로회의원, 백작이 되었다.

곳이라면 어디라도, 필연적으로 일정한 수의 법률이 여러 가지 사항에 대처하기 위해서 필요하다. 서로 다른 종류의 재화, 서로 다른 종류의 산업, 사람의 삶의 서로 다른 상황은 서로 다른 규율을 요구한다. 입법자는 그가 규칙을 세워야 하는 대상의 다양성과 중요성에 비례하여 자신의 심사숙고를 분배하지 않으면 안 된다. 그러므로 문명국가의 법전에는, 개별적인 경우를 증가시키고 또 이성 자체의 기술을 이루는 것으로 보이는 저 세심면밀한 장래에 대한 배려가 나타나는 것이다.

그러므로 우리는, 시민을 그들의 보다 중요한 이익에 대하여 규칙도 보장도 없는 상태로 방치할 정도로 법률을 단순화하여서는 안 된다고 생각하였다.

9. 그와 동시에 우리는 모든 것을 규정하고 모든 것을 예견한다는 위험한 야심에 빠지지 않도록 스스로 경계하였다. 법전이 언제나 너무 방대하다고 여기는 바로 그 사람이 다른 한편으로, 법관의 재판에는 아무것도 맡기지 않도록 한다는 엄청난 과제를 고압적으로 입법자에게 짊어지운다는 것을, 누가 생각이나 할 수 있겠는가?

어떻든 간에, 실정법이 인간사에서 자연적 이성의 사용에 대체할 수는 없다. 사회의 필요는 극히 다양하고, 인간 사이의 의사소통은 극히 활발하며, 그들의 이해는 극히 착종되고, 그들의 관계는 극히 광범하여서, 입법자가 그 모두에 대응한다는 것은 불가능하다.

특별히 입법자의 주의를 끄는 그러한 항목에 있어서조차, 입법자가 인지하지 못하는 세부사항이나, 또는 법률의 규정의 대상이 되기에는 너무 논의가 많거나 너무 유동적인 사항이 적지 않게 존재한다.

나아가 시간의 작용에 어떻게 제한을 가할 것인가? 어떻게 사태의 추이에 또는 습속의 보이지 않는 경향의 변화에 거역할 것인가? 경험만이 우리를 깨닫게 해 주는 것을 어떻게 미리 알고 계산할 것인가? 예견이란 생각이 포착하지 못하는 대상에는 결코 미치지 못하는 것이 아닐까?

법전은 그것이 아무리 완벽한 것처럼 보여도 완전은커녕 예상하지 못하였던 수많은 문제를 법집행자에게 제기한다. 법률이란 일단 편찬되면 쓰여진 그 상태대로 계속 남아 있는데, 반대로 사람은 결코 정지하지 않기 때문이다. 그들은 항상 활동한다. 그 운동은 그칠 줄을 모르고 그 결과는 상황에 따라 다양하게 달라져서, 매 순간마다 새로운 결합, 새로운 사실, 새로운 결과를 낳는다.

그러므로 많은 사항이 필연적으로 습관의 힘이나 물정을 아는 사람들의 논의나 법관의 판단에 맡겨진다.

법률의 임무는, 보다 거시적인 관점에서 법의 일반적 준칙을 정하고, 결론이 풍부하게 도출되는 원칙을 수립하는 것이고, 각각의 사항에 대하여 제기될 수 있는 문제의 세부에까지 파고드는 것이 아니다.

법률의 적용을 지도하는 것은 법률의 보편적 정신을 체득한 법관과 법률가의 일이다.

10. 그리하여 모든 문명국가에서는 언제나 법률의 聖所 옆에 그리고 입법자의 감시 아래 준칙과 판결과 학설의 보관소가 마련된다. 그 보관소는 매일과 같이 실무, 그리고 법원에서의 논쟁의 자극에 의하여 정화되고, 획득된 인식에 의하여 끊임없이 확장되어서, 항상 입법의 진정한 보충으로 여겨지는 것이다.

사람들은 법학을 전문으로 하는 사람들에 대하여, 그들이 지나친 세밀함, 편찬이나 주석을 증가시켰다고 비난한다. 이 비난은 근거가 있는지도 모른다. 그러나 어떠한 기술도, 어떠한 학문도 그러한 비난을 면할 수는 없지 않을까? 어떤 특수한 계층에 대하여 사람의 정신의 일반적 결점에 불과한 것을 들어 비난할 수 있는 것인가? 문헌이 부족하여서 무지할 수밖에 없는 시대도 있고, 반대로 문헌이 너무 많아서 배우는 것이 어려운 시대도 있는 것이다.

만일 주해하고 토론하고 저술함에 있어서의 무절제가 용서받을 여지가 있다면, 그것은 무엇보다도 법학에서이다. 시민들을 서로 맺어주는 무수한 관계에 대하여, 법관이나 법률가가 다루어야 하는 사항들의 발전과 계속적 전개에 대하여, 사회적 관계의 모습을 그토록 다양하게 변화시키는 사건들이나 사정들의 경과에 대하여, 마지막으로 마음 속의 모든 정념의, 그리고 다채로운 이해관계의 끊임없는 작용과 반작용에 대하여 잘 생각을 해 본다면, 이 점을 주저없이 믿을 것이다. 법학의 지나침 세밀함이나 방대한 주해를 비난하는 그 사람도, 자신의 일이 되면 가장 세밀하고 가장 지루한 주해를 하는 사람이 될 것이다.

11. 물론 모든 사항이 법률로 규정될 수 있다면 이는 바람직한 일이다.

그러나 어떠한 사항에 대하여 명확한 조항이 없는 경우에는, 줄곧 존재하였고 잘 정립된 옛 관습, 중단 없이 행하여진 일련의 유사한 판결, 일반적으로 받아들여진 의견이나 준칙이 법률에 같음한다. 정립된 것 또는 인식된 것에

의하여 인도를 받을 수 없는 경우, 전적으로 새로운 사실이 문제되는 경우에는, 자연법의 원칙에 거슬러 올라간다. 입법자의 예견력은 제한되어 있지만, 자연은 무제한인 것이다. 자연은 사람과 관계될 수 있는 일체에 적용된다.

이상은 모두 편찬물, 選集, 개론서, 다대한 권수의 연구나 논설의 존재를 전제로 한다.

국민은 것처럼 미로와 같이 복잡한 것으로부터는, 자신의 소유와 자신의 권리를 안전하게 하기 위하여 무엇을 하지 말아야 할지, 무엇을 해야 할지를 알아낼 수 없다는 주장도 있다.

그러나 어느 법전이 가장 단순하다고 해서 사회의 모든 계급이 쉽사리 그것을 이해할 수 있을까? 열정이 그 진정한 의미를 파악하지 못하게 끊임없이 개입하지 않을까? 법률의 현명한 적용을 위하여는 어느 정도의 경험이 필요하지 않을까? 단순하고 숫자가 적은 법률로 오랫동안 충분하였던 나라란 도대체 어떠한 나라일까?

그러므로 가능한 모든 경우에 대하여 미리 규정을 두고 또 최하급의 시민이 쉽사리 이해할 수 있는 그러한 법률을 상정하는 것은 잘못된 것이다.

12. 우리 사회의 현재 상태에서, 법학이, 재능을 펼치고 자존심을 만족시키며 경쟁심을 북돋우는 하나의 학문을 이룬다는 것은 매우 다행한 일이다. 그러기에 하나의 계층 전체가 이 학문에 헌신하는 것이다. 법의 연구에 진력하는 이 계층은, 스스로는 갈 길을 알지 못하고 방어책을 모르는 시민들에게 자문과 변호를 제공하며, 또 공직자의 연찬소와 같은 역할을 하는 것이다.

법문헌이 있고 또 관습, 준칙, 규칙의 계속적 전통이 있다는 것도 매우 다행한 일이다. 그리하여 한편으로 어제 재판한 것과 같이 오늘 판단하여야 한다는, 그 전통으로부터의 일종의 요청이 존재하면서도, 다른 한편으로 공적인 판단에 어떠한 변화가 있다고 한다면 이는 人知의 진보와 제반 상황의 힘에 해서 일어난 것만이 있게 되기 때문이다.

법관이 자신을 계발하고 연구를 하며 자신에 제기된 문제를 심화시켜야 할 필요가 있어서, 그가 설사 자신의 이성에 맡겨진 일은 있을지언정 자신의 일시적 기분이나 恣意에 맡겨지지 않는 것을 잊어버리지 않도록 하는 것도 매우 다행한 일이다.

티키에서는 법학이 하나의 技藝 art가 아니며, 상위의 법령으로 금지되지 않

은 한 총독 *bacha*이 뜻하는 대로 재판할 수 있다. 그러므로 사람들은 재판을 청구할 때에도 판결을 받을 때에도 항상 공포를 느낀다. 우리들 법관에 대하여는 그와 같은 불안을 가지지 않는 이유는 무엇인가? 그것은 그들이 업무에 정통하고, 지성과 학식이 있으며, 타인의 지성과 학식의 도움을 받아야 함을 항상 알고 있기 때문이다. 사람들은 그와 같이 학문과 이성애 좇은 태도가 얼마만큼 권력을 완화하고 규제하는지 이해하지 못한다.

13. 우리는 법관이 법률에 의하여 정하여지지 아니한 사항에 대하여 재판을 할 권한이 있음을 인정하였다. 이를 다투기 위하여, 모든 시민은 미리 만들어진 항구적 법률에 따라 재판을 받을 권리가 있음을 원용하기도 한다.

이 권리는 부인될 수 없다. 그러나 그 적용에 있어서는 형사와 민사를 구별하여야 한다.

형사는 특정한 행위만을 다루므로, 그 경계가 그어져 있다. 민사는 그렇지 않다. 민사는, 사회 안에 사는 사람들 사이에서 다툼의 대상이 될 수 있는 모든 행위와 복잡하고 다양한 모든 이해관계를 무제한으로 포용한다. 그리하여 형사사건은 예전의 대상이 될 수 있지만, 민사는 그것이 불가능하다.

둘째로는, 민사에서 다툼은 항상 둘 또는 그 이상의 시민 사이에 존재한다. 그리고 소유권의 문제나 유사한 다른 문제가 그들 사이에서 결정되지 아니한 채로 방치될 수는 없다. 부득불 판결이 있어야 한다. 그것이 어떤 내용이든 다툼은 종식되어야 하는 것이다. 만일 당사자들이 서로 합의할 수 없다면, 이제 국가는 무엇을 할 것인가? 모든 대상에 대하여 법률로 정하는 것이 불가능하므로, 국가는 공직자를 학식 있고 공평한 심판자로 제공하여 그의 결정에 따르도록 함으로써 그들이 실력에 호소하는 것을 막는다. 이것이 다툼이 오래 끌어서 그 결과도 기간도 예측할 수 없는 것보다 분명 유리하다. 형평에 기한 명백한 심판이 격정에 의한 혼란보다 아무래도 낫다.

그러나 형사에서 다툼은 시민과 공권력 사이에 존재한다. 공권력의 의사는 법률에 의하여 표현될 수밖에 없다. 자신의 행위가 법률에 위반한 일이 없는 시민은, 공의 이름으로 평안을 위협받거나 규탄되거나 하여서는 안 된다. 그러므로 이 경우에는 부득이 재판하여야 할 필요가 없을 뿐 아니라, 재판할 대상 자체가 없는 것이다.

규탄의 근거가 되는 법률은 규탄되는 행위보다 앞서서 존재하여야 한다. 입

법자는 예고 없이 공격할 수 없다. 그렇지 않다면, 법률은 그 본질적 목적에 반하여, 사람을 보다 선량하게 하려는 것이 아니라, 오히려 단지 보다 불행하게 하려는 것이 된다. 이는 사물의 본질 그 자체에 반한다.

이와 같이 형사에서 법관의 재판에 근거가 될 수 있는 것은 사전의 적식의 범조항뿐이므로, 명확한 법률이 필요하며 판례는 요구되지 않는다. 민사에서는 그렇지 않다. 모든 민사사항을 법률에 의하여 정하는 것은 불가능하며, 개인 사이에서 분쟁을 종식시키는 것이 필요한 것이다. 그리고 분쟁의 종식은 각 시민이 스스로의 사건에 대하여 재판관이 됨이 없이, 또한 正義가 국가권력이 실현하여야 할 최우선의 가치임을 명심하면서 이루어져야 한다.

14. 법관은 법률에 복종하여야 하며 그들이 법률을 해석하는 것은 금지된다는 준칙에 기초하여, 법원은 최근 몇 년 동안, 적용할 법률이 없거나 있어도 그 의미가 불명확하다고 생각되는 경우에는, 입법자조회¹⁷⁾의 방법으로 소송당사자들로 하여금 입법부에 회부되도록 하였다. 파기법원¹⁸⁾은 늘상 그 남용을 재판의 거부라고 비난하였다.

해석에는 두 종류가 있다. 하나는 이론에 의한 것이고, 다른 하나는 권위에 의한 것이다.

17) 여기서 조회(referé)란 입법자조회(referé législatif)를 말하는 것이다. 즉 법률의 해석은 그 제정자의 권한에 속하는 것이고 법원은 단지 법률을 적용하는 데 그치고 판례에 의하여 일반적 규칙을 형성할 수 없으므로, 필요한 경우에는 입법자에게 그 해석을 구할 것이라는 생각이 바탕을 이룬다. 이는 특히 프랑스혁명이에 강조되어, 1790년 8월 16일/24일(프랑스혁명의 입법기관은 앞의 註 5에서 본 대로 순차적으로 말하면 헌법제정국민의회, 입법국민의회, 國民公會의 셋인데, 이들 기관에서는 법률(loi)을 제정하기 위하여 데크레(decret)라는 명칭의 의결을 행하였다. 이는 다름아닌 의회제정법률로서, 대통령 또는 수상의 일방적 행정행위인 현재의 데크레와는 성질을 달리한다. 혁명기의 그러한 데크레를 특정하기 위하여 통상 두 개의 日字를 열거하는데, 앞의 것은 의결이 완료된 날(성립한 날)이고, 뒤의 것은 행정권의 장(1792년 8월까지의 국왕)이 그 데크레에 법률로서의 집행력을 부여한 날(공포한 날)이다)의 司法組織法 제2장 제12조(“법원은 … 법률을 해석하는 것이 … 필요하다고 생각하는 경우에는 언제나 … 입법부에 조회…”)에 구체화되었다. 이 규정은, 그 후에 제정된 프랑스민법 제4조에서 명문으로, 법률의 흠결이나 불명료를 이유로 재판을 거부하는 법관은 “재판의 거부(déni de justice)”를 이유로 추급될 것으로 정하여, 사법부에 법률을 해석·보충할 권리를 부여함으로써, 사실상 폐지되었다. 그러나 형식적으로는 아직 폐지되지 않았다.

18) Tribunal de cassation. 1790년 8월 16일/24일의 사법조직법에 의하여 새로이 설치된 최고법원으로, 현재의 파기원 Cour de cassation의 전신.

이론에 의한 해석은 법률의 진정한 의미를 파악하고 이것을 분별 있게 적용하며, 법률에 규정이 없는 경우에는 이를 보충하는 것이다. 이러한 종류의 해석 없이 법관이 그 직무를 완수할 수 있다고 생각하는 것이 가능할까?

권위에 의한 해석은 규칙 또는 일반적 규정에 의하여 문제나 의문을 해결하는 것이다. 이 해석방법만이 법관에게 금지된다.

법률이 명료한 경우에는 이에 따라야 한다. 그것이 불명료하면, 그 규정을 깊이 연구하여야 한다. 만일 법률에 흠결이 있다면, 관습이나 형평의 도움을 얻어야 한다. 형평이란 실정법률이 없거나 모순되거나 불명료한 경우에 자연법에 되돌아가는 것이다.

15. 법관으로 하여금 입법자에게 의존하도록 강제한다면, 이는 극히 유감스러운 원칙을 승인하는 것이다. 그것은 勅答¹⁹⁾이라는 재앙을 불러오는 입법을 다시 살리는 셈이 된다. 입법자가 개인 사이에 일어나서 활발하게 논의되고 있는 일에 대하여 발언하기 위하여 개입하는 경우에, 그에 있어서 의외성이 배제될 가능성이 법관보다 더 큰 것은 아니다. 법관의 판단은 규율을 받고 소극적이며 조심스럽게 행하여지는데, 나아가 상급법원에 의하여 변경될 수 있고, 또 독직죄를²⁰⁾ 이유로 소추할 길도 열려 있다. 그것이 누구에게도 책임을 지지 않는 독립한 권력의 절대적 판단보다도 걱정할 점이 적은 것이다.

16. 실정법률에 규정되지 아니한 사항에 대하여 상호간에 합의하지 못한 당사자들은 널리 인정된 관습에, 관습이 전혀 없으면 일반적 형평에 따른다. 그런데 어떠한 구체적 관습을 확인하고 이를 사인간의 분쟁에 적용하는 것은 사법부의 일이고, 입법적 행위가 아니다. 이 형평이나 분배적 정의의 적용 그 자체는, 각각의 개별적인 경우마다, 쟁송당사자의 일방이 상대방과 사이에 가지는 모든 세부적인 관계에 좇아 행하여지고 또 행하여져야 한다. 이는, 어떠한

19) 로마제정기에 사법관이나 지방총독 등이 법률문제에 관하여 질의한 것에 대한 로마황제의 답변.

20) forfeiture. 공무원이 그 직무를 행사함에 있어서 범한 범죄, 특히 重罪(이에 대하여는 뒤의 註 35 참조)를 「독직죄」라고 한다. 1810년의 舊刑法에서는 공무원법률이 이에 대하여 더욱 무거운 형을 정함이 없는 독직죄에 대하여는 공민권 박탈의 형에 처하는 것으로 정하였다(제166조 이하). 그러나 공무원의 직무상 범죄가 문제가 되는 경우에는 언제나 법률에서 그 적용할 형이 명확하게 정하여져 있으므로 위 규정은 무의하다고 하여, 1992년의 新刑法에서는 이 규정을 삭제하였다.

개별사정을 고려하지 아니하고 사물이나 사람의 보편성을 포섭하는 저 일반적 정의 또는 형평의 집행자인 입법자에 속하는 직무가 아닌 것이다. 그러므로 만일 사인의 관계에 직접 간섭하는 법률이 있다면, 이는 빈번히 편파성의 혐의를 받으며, 그 분쟁이 그 법률의 적용 전에 생긴 사람들에게 대하여는 항상 소급효를 가지는 부당한 것이 된다.

나아가 입법자를 끌어들이는 것은 당사자에게, 치명적인 지연을 일으킬 것이고, 더욱 나쁜 것으로, 그것은 법률의 총명함과 건전성을 해한다.

실제로 법률은 만인에 대하여 규율한다. 그것은 사람을 전체로서 고려하지, 결코 개별적으로 고려하지 않는다. 그것은 개별적 사건에, 또 시민들을 분열시키는 분쟁에 말려들어서는 안 된다. 그렇게 한다면 매일 새로운 법률이 만들어져야 하는데, 그 다양성은 법률의 위엄을 손상하고 그 준수를 저하시킨다. 법률가는 할 일이 없고, 입법자는 세부적인 사항에 이끌려 다녀서 법률가에 불과하게 된다. 개별적인 이익은 입법권을 번거롭게 하고, 어느 경우에도 사회의 일반적 이익으로부터 이탈하게 할 것이다.

17. 법률가를 위하여 하나의 학문이 존재하듯이 입법자를 위해서도 학문이 존재하는데, 둘은 서로 닮지 않았다. 입법자의 학문은 각각의 사항에 대하여 공동선을 가장 잘 실현하는 원리를 발견하는 것을 내용으로 한다. 법률가의 학문은, 이들 원리를 개별적인 경우에 지혜롭게 또 반성적으로 적용하는 것을 통하여 그 원리를 실현하고, 세밀화하고, 또 확장하는 것, 법률의 문자가 침묵하는 경우에는 그 정신을 탐구하는 것, 그리고 어느 경우에는 법률의 노예가 되었다가 곧 이은 다른 경우에는 그에 대한 반항자가 되는 위험, 나아가 예종적 정신으로 법률에 불복하는 위험에 스스로 처하지 않도록 하는 것을 내용으로 한다.

18. 입법자는 판례를 감시하여야 한다. 그는 판례에 의하여 깨우침을 얻을 수도 있고, 반대로 그것을 수정할 수도 있다. 그런데 우선 어떤 판례가 존재하는 것이 필요하다. 민사사건은 방대하고 다양한 사항으로 구성되어 있어서, 대부분의 경우에 그에 대한 판결은 하나의 명확한 조문을 적용하기보다는 여러 개의 조문을 조합하는 것으로서 이들 조문으로부터 그 각각의 조문이 담고 있는 것 이상의 것을 끌어내게 된다. 이와 같이 민사사건에서는 법률을 무시할 수 없는 것과 마찬가지로 판례도 무시할 수 없다. 그리하여 우리는, 원래 합리

적인 입법구상에는 포함시킬 수 없는 드물고 이례적인 경우이나, 입법자가 관여할 일이 못 되는 지나치게 가변적이고 지나치게 논의의 여지가 많은 세부사항이나, 예견하려고 애써 보아도 소용이 없거나 성급하게 예견하면 반드시 위험이 따르는 모든 사항은 이를 관례에 맡기고자 한다. 경험이 우리가 남겨 두는 공백을 점차로 메울 것이다. 국민의 법전은 시간과 함께 만들어진다. 아니 엄밀하게 말하면, 사람이 그것을 만드는 것이 아니다.²¹⁾

우리는 우리의 작업을 序編 「법 및 법률 일반에 대하여」로부터 시작하는 것이 좋겠다고 생각하였다.

II. 法律 一般

19. 법은 사물의 성질 그 자체에 기초하는 보편적 이성이고 최고의 이성이다. 법률이란 실정적 규칙, 개별적 준칙으로 환원된 법이거나, 아니면 그러한 법이어야 한다.

법은 도덕적으로 의무를 부과하나, 그 자체로서는 아무런 강제도 수반하지 않는다. 법은 방향을 가리키고, 법률은 명령한다. 법은 나침반의 역할을 하고, 법률은 잣대의 역할을 한다.

21) 원문은 “Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.” 이 말은 매우 유명하여 널리 인용된다. 앞의註 17에서 본 「입법자초회」의 제도에서 보는 대로, 프랑스혁명의 과정에서는 법원에 대한 불신으로 법관에 의한 법해석을 통한 법의 발견 또는 창조라는 「관례에 의한 법의 계속형성」의 개념이 철저히 부인되었다. 그러나 포르탈리스는, 단순히 자연적 이성만에 입각하는 것이 아니라, 프랑스의 북부와 남부에 다양하게 나뉘어져 있는 법을 통일하는 것을 도모하여야 한다는 입장에 있었으므로, 통일(원칙의 결정)을 앞세우면서도 다른 한편으로 불통일의 조화(예외의 처리)의 구체적인 방법을 필요로 하였다. 그리고 이것을 관례, 즉 법관의 역할이라고 보는 것이다. 그러면서도 그는 관례에 의한 그 원칙의 변경까지를 시인하는 것은 아니고, 어디까지나 입법에 대하여 「보충적」 지위를 부여하는 것이다. 한편 Jean Carbonnier, *Le Code Napoleon en tant que phénomène sociologique*, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1981-83, p.336은, 포르탈리스는 역사에 「입법의 실험물리학(physique expérimentale de la législation)」의 역할을 부여하고 있다고 말하면서, 이것이야말로 사비니의 「민족정신」을 연상시키는 「萌芽의 형태에서의 역사학파」라고 한다. 그리고 이 구절과 관련하여 다음과 같이 말한다. “우리 프랑스사람들은 순진하게도 이 말에서 관례에의 호소만을 읽어 왔다. 그러나 그 이상으로, 이 말은, 헤르더가 자신의 철학에서 이념적 힘(idee-force)으로 삼은 바의 저 형성(Werden), 생성, 흐름을 상기시키는 것임에 틀림없다”고 한다.

여러 종류의 국민이 자신들 간에서는 법에 의해 지배를 받으며 살아간다. 국가의 구성원은 사람으로서는 법에 의하여, 국민으로서는 법률에 의하여 규율된다.

20. 자연법과 만민법은 그 실체에서는 서로 다르지 않으며 단지 그 적용에서 다를 뿐이다. 이성은 모든 사람을 무한정으로 지배하는 한 자연법이라고 불리운다. 그리고 어느 국민의 다른 국민에 대한 관계에서는 이성은 만민법이라고 불리운다.

자연적 만민법이라든가 실정적 만민법이라고 말하는 경우에, 이는 전혀 국민이 만들어내는 것이 아닌 정의의 영구적인 원리와 국민의 창작물인 특허조약, 조약 및 관습법을 서로 구별하기 위한 것이다. 그런데 정의의 영구적 원리에는 국가의 다양한 집단도 극히 보잘것없는 개인과 마찬가지로 복종한다.

21. 많은 법학자가 법률에 대하여 내린 정의를 일별하여 보면, 우리는 이들 정의가 얼마나 결점이 많은지 깨닫게 된다. 이들 정의에 따르면 우리는 도덕의 원리와 국가의 법률의 차이를 전혀 식별할 수 없다.

어떠한 국가에서도 법률이란 공동의 관심사에 대하여 주권자가 일정한 형식으로 행한 의사표시이다.

모든 법률은 사람이 아니면 재화, 그리고 사람의 효용을 위한 재화에 대한 것이다.

22. 우리가 오로지 민사만을 다루는 경우에도 하나의 국민을 규율하는 여러 가지 측면의 법률에 대하여 일반적 관념을 부여할 필요가 있다. 왜냐하면 모든 법률은 그 종류가 어떠한 간에 서로 필연적인 관계를 맺고 있기 때문이다. 어떠한 공적 사항에도 사적 이해관계를 규율하는 저 분배적 정의의 원리에 다소간 무관계한 것은 없는 것과 마찬가지로, 어떠한 사적 문제에도 일정한 公行政의 관점이 섞여들지 않는 것은 없다.

23. 법률의 다양한 종류를 알려면, 동일한 사회 안에서 생활하는 사람들 사이에 존재하는 관계의 다양한 측면을 관찰하는 것으로 족하다.

통치하는 사람과 통치받는 사람과의 관계 및 각 시민의 모든 시민에 대한

관계는 헌법 내지 정치법률이 관장한다.

민사법률은 모든 개인을 다른 한 개인 또는 복수의 개인과 연결시키는, 자연적 또는 인위적인, 강제적 또는 임의적인, 엄격한 또는 단순한 편의상의 관계를 규율한다.

민법전은 정치법률의 후견 아래 있다. 그것은 그 법률과 조화되는 것이어야 한다. 사람을 규율하는 준칙 사이에 모순이 있다는 것은 커다란 불행이다.

형법법률 또는 범죄법률은 법률의 특별한 한 종류라고 하기보다는, 모든 다른 법률의 실행수단이다.

이는, 적절하게 말하자면, 사람들 사이의 관계를 규율하는 것이 아니라, 각각의 인간과 만인을 위하여 감시하는 법률과의 관계를 규율한다.

군사, 상업, 국고 기타의 많은 사항은 앞서 말한 어떠한 분류에도 완전히는 속하지 않는 별개의 관계를 전제로 한다.

24. 고유한 의미의 법률은 단순한 행정명령 *règlement*과는 다르다. 각각의 사항에 대하여 기본적 규칙을 마련하고 중요한 형식을 정하는 것은 법률의 임무이다. 집행과 관련한 세목, 일시적이거나 우발적인 일에 대한 배려, 돌발적이거나 가변적인 사항, 한 마디로 하면 설정적 또는 창조적 권력의 결정보다는 행정적 권능의 감독을 요청하는 모든 사항은 행정명령의 영역에 속한다. 행정명령은 관리의 행위이고, 법률은 주권자의 행위이다.

25. 법률은 그것이 알려지지 않으면 강제할 수 없으므로, 우리는 그 공포의 방식을 다루었다. 법률이 각 개인에게 통지될 수는 없다. 우리는 상대적 공시로 만족할 수밖에 없다. 그 상대적 공시는, 각 시민에 대하여 그들이 따라야 할 법률에 대한 인식을 즉각 직접으로 심어줄 수는 없다고 하더라도, 적어도 법률이 집행되어야 하는 시기를 자의적으로 정하는 것을 막기에는 충분하다.

26. 우리는 법률의 각종의 효과를 정하였다. 법률은 허용하기도 하고 금지하기도 한다. 그것은 명령하고, 확인하고, 수정하고, 벌 주고, 상 준다. 법률은 그의 영역 안에 살고 있는 모든 사람을 차별 없이 구속한다. 외국인이라도 그 안에 거주하는 동안에는 그 나라 법률의 일시적인 주체가 된다. 어떤 영토 내에 거주한다는 것은 그 주권에 복종함을 의미한다.

법률에 위반되지 않는 것은 적법하다. 그러나 법률에 맞다고 해서 그것이 항상 도덕적으로 옳은 것은 아니다. 왜냐하면 법률은 사람의 도덕적 완성보다는 사회의 정치적 선을 고려하기 때문이다.

일반적으로 법률에는 소급효가 없다. 이는 이론의 여지가 없다. 그러나 우리는 이 원칙을 새로운 법률에 한정하였고, 古法²²⁾을 환기하거나 설명하는 것에 불과한 법률에는 그 원칙이 적용되지 않도록 하였다. 중간법시대²³⁾의 오류나 과오가 법이 되었다고는 할 수 없는데, 다만 어느 법률에서 다른 법률로 이행하는 과도기에, 그것들이 화해나 확정판결 또는 기판력을 가지는 중재결정에 의하여 확정된 경우에는 그러하지 아니하다.

27. 법률은 다른 법률에 의하여 폐지되거나 空文化狀態²⁴⁾에 빠지지 아니한 그 효력을 유지한다. 우리가 공문화상태 또는 불적용에 기한 폐지의 태양을 명문으로 정하지 아니한 것은, 그것이 아마도 위협할 것이라고 생각하였기 때문이다. 그러나 국민이 동요나 충격도 없이 나쁜 법률에 대하여 할 일을 하는 이 무의식적인 합동행위, 이 눈에 보이지 않는 힘의 작용과 효용성을 부인할 수 있을까? 그것은 사회를 입법자에게 대한 경악으로부터 보호하고, 또 입법자를 스스로에 대하여 보호하는 것으로 생각된다.

28. 사법부는 법률을 적용하기 위하여 만들어졌는데, 그 적용에 있어서는 일정한 규칙의 인도를 받을 필요가 있다. 우리는 이를 고안하였다. 그것은, 어떠한 사람의 개인적 이성도 공적 이성인 법률에 우선할 수는 없다는 것이다.

序編 「법과 법률 일반에 대하여」을 편찬한 후 우리는 민사법률이 정의하고

22) 古法(ancient droit)이란, 프랑스혁명이 일어나기 전의 법으로서, 프랑크왕국시대부터 봉건시대, 왕조시대까지의 긴 시기에 걸친다.

23) 중간법(droit intermédiaire)의 시대란, 프랑스法史에서 1789년에 프랑스혁명이 발발한 후 1804년 프랑스민법전이 제정되기까지의 시기를 말한다. 이 시기는 비록 15년으로 짧으나, 그 사이에 구체제를 청산하고 혁명이념을 구현하는 주목할 만한(어떠한 의미에서는 과격하다고 할) 입법이 많이 행하여졌다.

24) desuétude. 법규정이 형식적으로는 폐지되지 아니하여 유효성을 유지하고 있으나, 오랫동안 적용되지 아니함으로써 空文化한 상태를 말한다. 당해 규정을 적용하지 않는다는 새로운 慣習法이 생긴 상태라고도 할 수 있다. 예를 들면 프랑스의 제3공화정 아래서 헌법상 규정되어 있는 대통령의 하원해산권은 그것이 장기간 행사되지 아니함으로써 말미암아 하원은 해산되지 않는다는 헌법관습이 생겼다고 하는데, 이러한 경우에 그 규정은 공문화상태에 빠진 것이다.

규정하여야 하는 사항을 다루었다.

29. 프랑스는 전에 관습법지방과 성문법지방으로 나뉘어져, 일부는 관습법, 일부는 성문법에 의하여 규율되고 있었다.²⁵⁾ 그리고 전국에 공통된 약간의 왕습이 있었다.²⁶⁾

혁명 이래 프랑스의 입법은 중요한 여러 점에서 현저한 변화를 겪었다.

새로운 것이라면 전부 이를 회피할 것인가? 오래 된 것이라면 전부 이를 경멸할 것인가?

30. 로마법은 성문법으로 되어 있는데, 그것이 유럽을 문명화하였다. 우리의

25) 프랑스혁명 전의 구체제 아래서 프랑스법의 제1의 특징은, 그 북부와 남부에서 법의 존재형태가 달랐다는 점이다. 북부에서는 관습법이 일반적 형태이고, 남부에서는 로마법에 기초를 둔 성문법이 지배적이었다. 북부의 관습법은 「기억할 수 없을 만큼 오래 전부터 존재하는 不文의 法」으로서 법관이 이를 확인·발견하여 재판하는 것으로 생각되었다. 그러나 실제로는 「그 동안 발견된 관습법」을 모은 편찬물에 따라 재판이 행하여지는 경우가 많았다. 그러한 관습법의 편찬은 주로 16세기에 여러 지방에서 행하여졌다. 편찬작업은 大領主領에서 행하여짐과 동시에 그 아래의 각급 領主領에서도 행하여져서, 그 결과 하급영주령에 고유한 관습법은 상급영주령의 관습법에 대하여 특별법의 지위에 있는 것으로 여겨졌다. 그리고 大領主領 사이에서는, 왕의 소재지인 파리의 관습법과 그 내용의 표준적 성격으로 인하여 주목을 받은 오를레앙의 관습법이 보다 보통법적인 지위에 있는 것으로 점차 이해되게 되었다. 그리하여 最上位의 國王法院으로 주요한 大領主領에 존재하던 파를망(parlements. 高等法院)의 재판례를 통하여, 또 법학자의 註釋 등을 통하여, 서서히 통일에의 길을 걷고 있었다. 한편 남부의 성문법은 여러 가지의 시기에 침투한 성문의 로마법이 각지의 관습법을 극복하는 과정에서 변질을 거치면서 정착한 것이고, 13세기 이후 알려진 유스티아누스法典 등의 집성·정리된 로마법이 아니었다. 이상과 같이 지방에 따른 법의 분열 외에도, 婚姻을 중심으로 하여 신분법상의 규정을 포함하는 敎會法이 남·북부 공통으로 적용되고 있어서, 사항에 따른 법분열도 존재하였다.

26) 前註에서 본 법의 분열상태와는 별도로, 왕령(ordonnances)이나 칙령(edits)이 두 지방에 공통한 효력을 가지고 있었다. 중요한 것으로는, 우선 절차법적인 것으로 1667년의 민사소송법전(정확하게는 「재판의 개혁에 관한 민사왕령」, Ordonnance civile touchant la réformation de la justice), 1670년의 형사소송법전이 있고, 나아가 1673년의 陸上商法典(Code de commerce terrestre), 1681년의 海事法典(정확하게는 해사왕령 Ordonnance de la marine) 등 商慣習을 법전화한 것이 있다(이상 4개의 왕령은 루이 14세 치하에서 강력한 왕권을 배경으로 해서, 파를망을 중심으로 하는 소위 法服貴族의 저항을 억누르고 행하여진 것으로, 소위 大王令 Grandes Ordonnances이라고 불리운다). 그 외에 실제법적으로서는, 단지 증여(1731년), 유언(1735년), 상속인보충지정(1747년)에 관한 것이 있을 뿐이다.

선조가 유스티니아누스의 법전편찬을 발견한 것은 그들에 있어서 일종의 계시였다. 우리의 법원이 보다 정비된 형식을 갖추게 된 것, 무서운 재판권이 원칙에 쫓게 된 것은 바로 그 시기였다.

로마법을 빈정거리고 또 경솔하게도 비난하는 저술가의 대부분은 자신이 알지도 못하는 것을 모욕하는 것이다. 로마법을 우리에게 전하여 주는 편찬물 중에서, 쓰여진 이성(raison écrite)이라고 부르기에 적절한 법률과 우리의 상태나 우리의 습관과는 무관계한 특수한 제도만에 관련되는 법률을 구별할 수 있다면, 그리고 나아가 원로원의결, 평민회의의결 및 훌륭한元首들의 고시와, 로마를 멸망으로 이끌고 재판이나 법률을 공공연히 팔아넘긴 저 괴물들이 우글거리던 궁정에서 마련된 것으로서, 집요한 청탁을 받아 선심성으로 행하여진 말하자면 애걸된 입법인 황제의 칙답을 서로 구별할 수 있다면, 그 비난이 근거 없음을 납득하게 될 것이다.

31. 우리의 많은 관습법 중에는 우리의 초기의 야만상태의 흔적을 담고 있는 것이 분명히 있다. 그러나 우리 선조들의 지혜로움을 기리게 하는 것, 국민성을 형성한 것, 가장 좋은 시대에 어울리는 것도 역시 존재한다. 그리하여 우리는 다른 정신과 만남으로써 그 정신이 변질된 관습법, 그것을 문자로 적어 놓으면 그칠 줄 모르는 쟁론의 일상적인 원천이 되는 관습법, 이성에도 우리의 도덕에도 혐오를 일으키는 관습법만은 이를 폐지하였다.

32. 최근의 왕령을 검토하여, 우리는 그 중에서 사회의 기본적 질서나 공중의 예의범절의 유지나 재산의 안전이나 일반의 번영과 관계 있는 것은 모두 이를 보존하였다.

33. 우리는 민사에 관하여 우리의 각각의 국민의회가 제정한 법률 중에서, 정치적 조직에 행하여진 거대한 변혁과 관련되는 것, 줄곧 사용되어 이제 낡고 결함투성이가 된 제도들보다 그 내용 자체가 분명 나은 것으로 생각되는 것은 모두 이를 존중하였다. 개혁 중 가장 끔찍한 것이 말하자면 개혁하지 않는 것인 경우에는, 변혁이 요구된다. 우리는 맹목적인 편견에 쫓아서서는 안 된다. 낡은 것도 처음에는 새로웠다. 가장 중요한 것은, 새로운 제도에 영구성과 안정성이 자리잡도록 하여서, 이를 통하여 그것에 옛부터 존재하는 것이 될

수 있는 권리를 부여하는 것이다.

34. 성문법과 관습법에 대하여 우리는, 체계적 통일성을 파괴하지 않고 또 일반의 정신에 충격을 주지 않으면서 조화시킬 수 있거나 일방을 타방에 의하여 수정하는 것이 가능하다고 생각되는 때에는 언제나, 만일 다음처럼 표현하는 것이 허용된다면, 이들 사이에 화해를 행하였다. 파괴할 필요가 없는 것은 이를 보존하는 것이 유익하고, 법률은 관습이 나쁘지 아니한 한 그것을 유지·관리하여야 한다. 사람들은, 인류가 한 순간에 소멸하였다가 다시 살아나는 듯한, 한 세대와 이에 대체하는 다른 세대 사이에 아무런 상호관련도 없는 듯한 이론을 너무 자주 펼치곤 한다. 그러나 각 세대가 이어지면서, 이들은 서로 뒤섞이고 교차하고 혼합되는 것이다. 자연적 관계가 항상 다소간은 현재를 과거에, 미래를 현재에 연결시켜주고, 또 그것은 어떠한 국민이 아예 모두 사라지지 않기 위하여, 또는 소멸보다 더 나쁜 상태에 빠지지 않기 위하여, 자신의 동일성을 일정한 정도까지 유지하는 데에 작용을 멈추지 않는다. 입법자가 그러한 자연적 관계를 주의 깊게 관찰하지 않는다면, 그는 자신이 마련하는 제도를 그 땅 위에 자리잡게 할 수 있는 모든 것을 버려두는 셈이 된다. 우리는 오늘날 변화와 개혁을 지나치게 사랑하였다. 제도와 법률이라는 문제에 있어서, 무지의 세대가 악폐가 활약하는 무대이었다고 한다면, 철학과 계몽의 세대에서는 너무나도 자주 지나침이 활개를 쳤다.

35. 혼인, 가족의 통솔, 子의 신분, 후견, 주소의 문제, 부재자의 권리, 물건의 다양한 성질, 재산을 취득하고 유지하고 증가시키는 여러 가지의 방법, 즉 상속과 계약이, 민법전의 주요한 대상이다. 우리는 이들 중요한 사항에 대한 법률제안의 이유가 되는 원칙들을 서술하고, 나아가 이들 제안이 일반의 복지, 공공의 도덕, 개인의 행복, 그리고 모든 사물의 현상에 대하여 어떠한 관계에 있는지를 제시하고자 한다.

III. 婚 姻

36. 혼인에 대하여 명확한 관념을 가지게 된 것은 최근에 이르러서의 일이

다. 그 전에는 이를 민사적 제도로 보는 태도와 종교적 제도로 보는 태도가 뒤엉켜 있어서, 그에 관한 기본적 시각을 불명료하게 하였었다. 일련의 신학자들은 혼인을 聖事 *sacrement*라고만 생각하였고, 반면 대부분의 법률가들은 민사계약으로만 파악하였다. 또 약간의 학자는 혼인은 민사계약과 아울러 교회 법상의 계약을 포함하는 혼합행위라고 하였다. 자연의 행위 중에서 가장 원초적이면서 가장 중요한 행위에 대하여 자연법은 전혀 고려되지 않고 있었다.

남녀간의 혼인적 결합의 본질과 성격에 대한 관념이 혼란함으로 인하여 입법상으로도 판례상으로도 사람을 당혹하게 하는 일이 일상적으로 일어났다. 이 중대한 문제에 대하여 법률을 제정하거나 재판을 하는 때에는 교회와 국가 사이에 분쟁이 끊이지 않았다. 애초 혼인이란 무엇인가, 민사법은 자연법에 무엇을 부가하였는가, 종교법은 민사법에 무엇을 부가하였는가, 그리고 이와 같이 서로 다른 종류의 법은 각각 어디까지 그 권위를 미칠 수 있는가를 등한히 하였던 것이다.

37. 천지창조의 그 때로부터 소급되는 혼인의 진정한 기원이 탐색됨에 따라, 이러한 불확실함은 모두 사라지고 또 그러한 당혹스러운 일도 자취를 감추게 되었다.

우리는 다음과 같이 확신한다. 혼인은 기독교가 성립하기 전부터 존재하였고 모든 실정법에 선행하며 우리의 존재의 됄됨이 자체로부터 생겨나온 것으로서, 민사행위도 아니고 종교행위도 아닌 하나의 자연적 행위 *acte natural*인데, 이것이 입법자의 주의를 끌었고 종교가 이를 신성화하였을 뿐이라고.

38. 로마의 법학자들은, 혼인에 대하여 말하는 경우에, 모든 생물에 공통적인 자연의 물리적 질서를 특히 인간만을 지배하는 자연법, 예지를 가진 자유로운 존재가 그와 동류의 존재와 맺는 관계에 터잡은 자연법을 서로 혼동하는 일이 적지 않았다. 그러한 혼동으로 인하여 그들은 순수히 자연적인 질서 안에 있는 것으로 생각되는 혼인에 무슨 도덕적 성격이 있는가 하는 것을 문제 삼았다.

맹목적인 운동이나 충동에만 몸을 맡기는, 예지를 가지지 않는 존재는 그들 사이에 우연적인 만남이 아니면 전혀 도덕성이 없는 반복적 접근이 있을 뿐이리라. 그러나 인간은 항상 理性이 많은 적든 그의 삶의 모든 행위에 섞여들며,

감정이 욕구와 아울러 있고 본능에는 법이 이어지며 모든 것이 정화되거나 고양된다.

물론 하나의 性으로 하여금 다른 性을 구하도록 하는 일반적인 욕망은 고유하게 자연의 물리적 질서에 속하는 것이다. 그러나 선택, 애호, 이 욕망을 규정하고 이를 어떤 유일한 대상에 고정시키며 또 적어도 선호된 대상에 보다는 큰 힘을 바치게 하는 사랑, 또한 상호간의 존경, 한 번 결합이 행하여지면 거기서부터 생겨나는, 이성적이면서도 감성적인 존재 사이에서 확립되는 서로에 대한 도덕적·법적 의무. 이러한 것들은 모두 자연법에 속한다. 이렇게 보면 우리가 여기서 인지하는 것은 하나의 단순한 접촉이 아니라, 진정한 계약인 것이다.

39. 이 계약을 가능하게 하는 사랑 또는 애호의 감정은, 혼인에서 처 또는 부가 여럿이어도 좋은가에 관련하여 제기된 모든 문제에 해결을 준다. 왜냐하면 사랑의 힘이란 사랑받는 대상을 제외하고는 하나의 性이 다른 性에 대하여 이미 아무것도 아니게 하는 것이고, 또 애호는 자신이 스스로 더 좋다고 생각하는 것에 향하는 것이기 때문이다. 그리고 약속은 상호적이어야 하는 것이다. 우리들에게 거슬리기 어려운 충동을 주면서도 바로 그 우리들 자신의 마음 속에 그 충동의 규칙과 재갈을 마련하여 준 자연은 축복받을진저! 혹 어떠한 풍토와 어떠한 환경에서는 일부다처제가 다른 환경이나 풍토에서보다 덜 거슬리는 것이라고 말할 수 있을지 모른다. 그러나 어느 나라에서도 이 제도는 서로 몸도 마음도 전부 준다는 약속과는 양립될 수 없다. 그러므로 우리는, 혼인은 두 사람의 개인 사이의 약속이어야 한다는 것, 그리고 최초의 혼인이 존속하는 한 제2의 혼인이 행하여지는 것은 허용되지 않음을 기본원칙으로 정하였다.

자연이 兩性을 근접시키는 방식은 매우 다양하나 이들은 결국 양자가 일체가 되는 것을 목표로 하는 것인데, 이러한 양성의 접근은 바로 두드러진 결과를 낳는다. 여성이 어머니가 되는 것이다. 그리하여 새로운 본능이 전개되고 새로운 감정, 새로운 의무가 앞선 감정과 의무를 강화한다. 여성의 多産性이 재빠르게도 시현되는 것이다. 자연은 해가 갈수록 부부의 결합을 새로운 향락과 새로운 의무에 의하여 강화함으로써 알지 못하는 사이에 그 결합의 기간을 연장하여 간다. 자연은 어떠한 상황이든 어떠한 사건이든 이들을 이용하여 쾌락과 덕의 새로운 질서를 건설하는 것이다.

자녀의 양육은 오랜 동안에 걸쳐 그들에게 생명을 준 이들이 함께 그들을 배려할 것을 요구한다. 사람은 스스로 생활할 수 있게 되기 훨씬 전부터 존재하는 것이다. 마치 그의 생애의 끝무렵에는 존재를 마감하기 전에 이제 더 이상 스스로 생활할 수 없게 되는 것과 같이. 자녀가 요람에 있는 동안에는 이를 둘러싸는 병환이나 결핍으로부터 보호되어야 한다. 나이를 먹어감에 따라서 정신은 교양을 필요로 한다. 그리하여 이제 다음과 같은 것이 필요하게 된다. 즉 마음의 최초의 발달을 감시하고, 정욕의 최초의 발동을 억제 또는 지도하고, 돌아오르는 이성의 작용을 이를 둘러싼 모든 종류의 유혹으로부터 보호하며, 또한 자연이 은혜롭게도 우리들에 결부시켜 준 거대한 사업을 자연과 함께 완성하기 위하여, 자연이 어떻게 활동하는가를 주의깊게 살펴서 그의 작업을 거스르지 않도록 하는 것이다.

이 기간 동안 부모 처도 자녀들도 하나의 지붕 아래서 가장 고귀한 利害에 의하여 서로 결합되어, 가장 감미로운 애호의 습관을 키운다. 부부는 서로 사랑할 필요를 느끼고, 또한 항상 서로 사랑하여야 할 필연성을 느낀다. 거기에서는 인간이 알고 있는 감정 중에 가장 감미로운 감정, 즉 부부의 사랑과 친자의 사랑이 생겨나고 또 공고하게 된다.

늙음이란, 이렇게 말해도 된다면, 성실하고 정절을 지키는 부부에게는 결코 다가오지 않는다. 그 연령이 되면 각종의 장애가 닥쳐오지만, 원기가 없는 생활의 무거운 짐은 가장 감동적인 추억에 의하여 또 젊은 가족의 그렇게도 절실한 배려에 의하여 누그러진다. 그들은 그 젊은 가족 안에서 자신이 다시 태어나는 것을 보고, 또 그 젊은 가족이 자신을 무덤의 가장자리에 그대로 멈추게 하는 듯이 여겨진다.

지금까지 말한 것이, 어떠한 실정의 법과도 무관하게, 그 자체로서 그리고 그 자연적 모습에서 파악된 혼인이다. 그것은 우리에게 고유한 의미의 계약, 또 그 성질상으로 영속적인 계약이라는 기본관념을 제공한다.

40. 이 계약은 우리가 방금 말한 견해에 따르면 부부 각각에 상대방에 대한 의무를 부담하게 함과 동시에 그들이 생명을 준 이들에 대한 공동의 의무를 부담하게 하는 것이므로, 모든 문명한 나라의 법은 이러한 의무를 지고 있는 이들에 대하여 이를 승인하도록 할 수 있는 형식을 설정하여야 한다고 생각하였다. 우리는 그 형식을 결정하였다.

41. 혼인의 公示性과 要式性만이 인류의 번식에 전혀 호의적이 아닌 애매하고 부적법한 결합을 예방할 수 있다.

42. 민사법률은 부부 사이와 부모와 자식 사이에 그 권위를 미쳐야 한다. 그러므로 이들 법률은 가족의 통솔에 대하여 규율하여야 한다. 우리는 자연의 가르침에서부터 이 통솔의 지침을 찾아냈다. 夫權은 두 개인의 결합에 있어서 두 구성원 중 한 사람에게 균형을 유지하는 권능을 줄 필요 및 그러한 이익이 주어지는 性의 우월함에 기초를 두고 있다. 父權은 아버지의 부드러움, 그의 경험 많음, 그의 이성이 성숙한 데 반하여 그의 자들의 이성은 미숙한 것에 근원을 두고 있다. 그 권능은 특히 자유로운 국가에서 일정한 재량적 권한이 주어지는 공직자의 그것과 같은 종류의 것이다. 그렇다, 자유를 유지하기 위하여 공직자가 아버지일 것이 요구되는 것처럼, 아버지는 진정한 공직자이어야 할 필요가 있다.

43. 혼인의 본질, 여러 성질과 목적을 인식하면, 그의 본래적 효력으로서 혼인을 체결하지 못하도록 하는 장애사유가 무엇인지, 그 중에서 실정법에 기초를 둔 것과 자연 그 자체에 의하여 설정된 것이 각각 무엇인지를 아는 것은 어렵지 않다. 자연이 설정한 것으로는 연령미달을 들 수 있다. 일반적으로 혼인은 그 제도목적을 달성할 수 있는 모든 사람에게 허용된다. 자연법의 이 규칙에 대한 유일한 예외는, 일정한 친등까지의 친족관계에 있다는 것이다. 혼인은 모든 직계의 존속 및 비속 사이에서 금지된다. 그 이유를 들 필요는 없으며, 모든 입법자가 알고 있는 바이다. 나아가 형제자매 사이에서도 혼인은 금지된다. 왜냐하면 가족은 도덕의 성역인데, 혼인에 앞서서 이를 준비하는 사랑, 욕구 및 유혹은 그 어떠한 단초적 형태라도 도덕을 위협하기 때문이다. 금지가 그 이상의 친등에 확장된 것은 단지 정치적 고려에 의한 것이다.

자유에의 결여, 유괴, 사람의 동일성에 관한 착오도 마찬가지로 자연적 장애사유에 해당한다. 왜냐하면 이들 사유는 진정한 합의의 이념에 맞지 않기 때문이다. 부친이나 후견인의 간여는 실정법이 정한 조건일 뿐이다. 그러한 간여가 없으면, 단지 민사상 무효로 됨에 그친다. 입법자는 공공질서의 관점에서, 자신이 적절하다고 판단하는 장애사유를 정할 수 있다. 그러나 그것은 순전히 실정법상의 그것에 불과하다.

44. 혼인의 형식, 그것이 유효하기 위한 요건, 그리고 장애사유를 정한 다음, 우리는 그 하자를 이유로 당사자에게 불리한 효과를 부과하기보다는 그 하자의 치유를 인정하는 것이 적절한 경우에 대하여 규정하였다. 그리하여 무효가 당사자들의 행위 또는 단순한 시간의 경과에 의하여 사후적으로 없어지는 경우들을 그 사유가 변함없이 법률의 제재를 받게 되는 경우로부터 구분하였다.

IV. 離婚

45. 이상에서 말한 바로부터 혼인은 그 성질상 영원한 결합이라는 점이 귀결된다. 그런데 최근의 법률들은 이혼을 허용한다.²⁷⁾ 이들 법률을 유지할 것인가?

46. 입법자가 이혼을 인정한다고 해서, 이것이 혼인의 불가해소성이라는 종교적 원리에 반대하거나 양심의 문제를 확정지으려는 것은 아니다. 그는 단지, 극히 격렬한 정념은 세상을 황폐하게 하였고 지금도 황폐하게 하고 있는데, 그것이 부부 사이를 지배하여야 할 조화와 어울리지 않을 수도 있음을 상정하는 것뿐이다. 그는, 도가 지나치면 그것이 두 당사자로 하여금 그들의 결혼생활을 유지할 수 없게 할 수 있음을 전제하는 것이다. 그리하여 입법자는 그의 고유한 임무대로 그들의 평온, 안전, 그리고 행복을 신중하게 고려하여, 두 사람을 떨어지게 할 이유가 있음에도 그들을 떨어질 수 없도록 강제하는 태도로부터 거리를 두고자 하는 것이다. 다른 사항에서와 같이 이 사항에 대하여도 정신적 가치와 자유의 영역에서 사람을 계속 다스리는 종교의 관점에 거슬리지 아니하고, 입법자는 사회에 대하여 가장 끈찍한 무질서를 방지하고 정념과 부정에 한계를 긋고자 할 뿐이며, 그 근원을 뿌리째 뽑고자 하는 것은 아니다. 이러한 관점에서 이혼은 순전히 민사적 문제로서, 그 해결은, 정치적 관점에서서 이혼 그 자체로부터 결과하는 폐해와 이익을 고찰하는 것에서 찾아야 할 것이다.

47. 부부를 원상회복의 가능성을 일절 인정하지 않고 서로에게 부담이 되는 관계에 묶어두는 것은 위험하기도 하고 비인간적이기도 하다는 것은 어떠한

27) 뒤의 註 29 참조.

시대에도 이해되어 왔다. 그리하여 혼인불해소의 원칙이 민사법률에서 승인되어 있는 나라에서도 혼인의 유대를 아예 끊지는 않고 이를 완화하는 별거의 관습이 있는 것이다.

이혼의 이익과 폐해는 이 문제를 다룬 여러 논자들에 의하여 다양하게 제시되고 있다.

48. 이혼에 찬성하는 사람은, 혼인의 불해소성을 선언함으로써 혼인으로부터 그 모든 부드러움이 빼앗긴다, 혼인의 매듭을 너무 조이는 것은 오히려 이를 약화시키는 것이다, 가사의 노고는 그 영원함 외에 아무런 당장의 위안거리가 없다면 끔찍하게 된다, 서로 이해하지 못하면서 헤어지지 못하고 결합되어 있는 부부의 생활이란 후손에게도 희망을 주지 않는다, 잘못 맺어진 혼인이 해소될 수 없다면 도덕을 위태롭게 한다, 영원의 처에 대한 애호심을 잃은 남편은, 겨우 쾌락만이 두드러지는, 혼인의 목적과는 무관한 성교에 몰두하게 된다, 아이들은 이혼에서보다 불행한 혼인을 가로지르는 불화에서 더욱 고통을 받는다, 그리고 마지막으로 절대적 불해소의 원칙은 가족의 진정한 행복에도 국가의 일반적 복지에도 반한다고 주장한다.

49. 다른 한편으로, 위와 같은 주장에 반대하여, 마음을 그 일시적 기분이나 변덕에 맡기는 것은 위험하다, 이혼할 수 없음을 알면 가정에서의 혐오감을 참을 수밖에 없는 것으로 포기하고, 나아가 그것이 생기지 않도록 노력까지 할 것이다, 이혼의 권능이 있는 곳에서는 이미 夫權이나 친권이나 가족의 통솔이란 있을 수 없다, 결혼생활의 불쾌함을 완화하는 데는 별거로써 충분하다, 이혼은 처에게도 아이들에게도 유익하지 않다, 그것은 정념이 너무 자유롭게 발전될 수 있도록 하여서 도덕을 위태롭게 한다, 혼인의 유대가 불가침이 아니라면 인간에게는 성스러운 것도 종교적인 것도 전혀 없다, 인류의 정상적인 번식은 일시적인 취향에 의하여 변하기 쉽고 불안정하게 되는 결합보다는 서로에게 성실한 부부의 신뢰에 의하여 더욱 확실하게 보장된다, 그리고 마지막으로 일반 사회의 영속 및 바른 질서는 본질적으로, 모든 사회의 출발점이며 국가의 근원이고 기초인 가족이 건전한지 여부에 달려 있다고 주장한다.

이상이 이혼을 인정하는 것에 찬성하거나 반대하여 제기되어 온 주장이다. 이로부터, 이혼의 유용성을 뒷받침하는 것은 정념의 위험성과 격렬함이라는

것, 절대적 혼인불해소의 원칙으로부터 이와 불가분하게 결합되어 있다고 생각되는 폐해를 제거할 수 있는 길은 욕망의 극단적인 절제, 가장 엄격한 덕목의 실천 외에는 없다는 것이 도출된다.

50. 입법자는 무엇을 해야 하는가? 입법자가 만드는 법률은 그 시행의 대상인 인간에게 요구될 수 있는 것 이상으로 완전하여서는 안 된다. 그는 그가 대표하고 있는 나라의 습속, 성격, 정치적 및 종교적 상태를 고려하여야 한다.

지배적인 종교가 있는가? 그러한 종교의 교의는 무엇인가? 또는 모든 종교가 차별 없이 허용되고 있는가? 그 사회는 생성단계에 있는가 아니면 노숙한가? 정부의 형태는 어떠한가? 이러한 문제들 모두가 사람들이 생각하는 것 이상으로 이혼의 문제에 영향을 미친다.

잇어서는 안 되는 것은, 여기서 논의되고 있는 것이 이혼이 그 자체 선인가의 문제가 아니고, 법률이 원래 거의 당사자의 자유에 맡겨지고 또 심정이 매우 중요한 역할을 하는 사항에 대하여 강제적 권력을 개입시키는 것이 적절한가의 문제라는 점이다.

생성단계의 사회에서는 결혼은 오로지 종족의 번영과 관련시켜서만 생각된다. 왜냐하면 신혼의 국민은 그 수가 늘어나고 번식할 필요가 있기 때문이다.

단순하고 거친 사람들에게는 아이를 많이 가지는 것이 하등 걱정할 일이 아니다. 그들은 아이가 충분히 없는 것을 걱정한다. 그러한 곳에서는 한 사람의 여자가 차례차례 여러 남편에게 속하는 것이 수치스럽지 않고, 허약하거나 장애 있는 아이를 버리는 것이 허용된다. 또 나이로 보아 자연의 계획[즉 임신]을 실현할 수 없는 사람은 혼인하는 것이 금지된다. 그리하여 혼인은 민사법률이나 자연법보다도 약간의 정치적 법률에 의하여 규율된다. 로마시민에게 보다 우수한 아이를 얻기 위하여 그의 처를 타인에게 대여하는 것을 허용하는 고대의 관습은²⁸⁾ 정치적 법률인 것이다.

성숙한 국민은 그 구성원이 충분하다. 번식의 이익에 그렇게 민감하지 않게 되고, 혼인의 목적보다도 그 즐거움과 품위에 더욱 관심을 기울인다. 사람들은

28) 이러한 관습이 실제로 고대로마에 있었다고는 하기 어렵다. 플루타크의 『영웅전』에는 “로마인 남편은 그가 양육할 자식을 충분히 가지고 있는 경우에, 자식을 가지지 못한 다른 남편이 그를 설득하는 데 성공하면, 자신의 처를 그 사람에게 내주는 일이 행하여졌다. 그는 처를 완전히 또는 일정 기간 포기할 권리를 가지고 있는 것이다”(Lycurgus et Numa, III)라는 기술이 있으나, 이는 「대여하는」 것은 아니다.

가족 안에 지속적인 질서를 수립하고, 애정에 주도권을 주되 그 질서를 결코 어지럽히지 않도록 통제된 한에서의 주도권을 부여하려고 노력한다.

그리하여 이혼의 권능은, 각 나라에서 일반적으로 받아들여진 습속과 관념에 의하여, 처에 대하여 허용되어야 한다고 생각되는 자유의 범위에 의하여, 夫가 보다 전제군주적인지 여부에 의하여, 가족의 통솔을 강화하는 것과 그것을 보다 비억압적으로 하는 것 중 어느 것에 이익이 있다고 보는가에 의하여, 또한 재산의 평등에 호의적인가 아니면 매우 대담한 재산분할을 저지하는 것에 호의적인가에 의하여, 금지되기도 하고 허용되기도 한다.

현대에 있어서 이혼에 관한 법률에 가장 큰 영향을 미쳐 온 것은 종교적인 교의이다.

로마인들은 이혼을 인정하였다. 기독교가 그 제국에 확립된 후로도 9세기까지는 여전히 이혼이 행하여졌다. 그러나 그것은 혼인의 본질에 관하여 선명된 새로운 원칙에 자리를 양보하기에 이르렀다.

프랑스에서 카톨릭교가 지배적이었던 동안, 그리고 종교상의 제도가 민사제도와 불가분리적으로 결합되어 있었던 동안에는, 민사법률은 종교가 불해소로 선언한 약속은 이를 불해소라고 선언할 수밖에 달리 도리가 없었다. 종교 그 자체가 국가의 법률이었으며, 또 무릇 사람을 지배하는 원칙들 사이에는 조화가 있어야 하는 것이다.

오늘날 종교의 자유는 기본적 법이다. 그리고 종교적 교의의 대부분은 이혼을 허용한다. 이혼의 권능은 우리들 사이에서는 양심의 자유와 결부되어 있는 것이다.

시민은 다양한 종교에 대하여 신앙을 고백할 수 있다. 그러나 법률에 대하여는 모든 사람에게 적용되는 법률이 필요하다.

그리하여 우리는 우리 사이에서 이혼을 금지하여서는 안 된다고 믿었다. 왜냐하면, 만일 이를 금지한다면 법률은 이를 허용하는 여러 종교와 명백히 모순하게 되고, 또 법률이 이들 종교를 믿는 사람들에게 있어서 혼인을 종교 자체보다도 강력한 유대로 만드는 것을 기대할 수는 없기 때문이다.

물론 종교의 다양성으로부터 추론되는 고려와는 별도로, 민사법률은 보다 중대한 폐해를 두려워하여, 불행한 부부로 하여금 결합된 대로 두고 나아가 습속에 있어서도 사회에 있어서도 바람직하지 않은 강제된 사실상의 독신생활로 지내도록 강제나 구속을 쓸 수도 있다.

이혼에 반대하는 신앙을 가지는 부부는 이를 해치지 않으면서, 법률로 모든 시민에게 차별 없이 이혼의 권능을 허용하는 것은, 우리의 현재의 기본체제의, 즉 프랑스의 정치적, 종교적 상태의 귀결이다.

51. 그러나 혼인의 영구성의 요구는 자연의 요구이므로, 법률은 정념에 대하여 유효한 제동장치를 마련하여야 한다. 그리하여 법률은 계약 중에서도 가장 신성한 계약이 일시적 기분이나 무정견의 놀이개가 되는 것을, 또한 천한 욕망의 수치스러운 투기의 대상이 되는 것을 막아야 한다.

52. 우리의 최근의 법률이 만들어진 이후로, 단지 기질과 성격이 서로 맞지 않음을 단순히 주장하는 것만으로 혼인의 해소를 일으킬 수 있었다.²⁹⁾

주장하는 것은 입증되는 것이 아니다. 기질이나 성격의 불상용이란 그 자체가 엄격한 법적 증명이 불가능한 성질의 것이다. 그러므로 끝까지 밀고 가면, 그러한 사유로 이혼을 허용하는 것은 각각의 배우자에게 그 의사에 의하여 혼인을 해소할 수 있는 끔직한 권리를 부여하는 것이다. 도대체 세상의 계약 중에, 일방이 그 상대방의 동의 없이 恣意的으로 또 일시적인 기분으로 해소할 수 있는 것이 어디 하나라고 있는가?

기질과 성격의 不相容을 주장함으로써, 공개적으로 논의하면 가족의 수치가 되고 사회의 추문이 되는 진정한 원인이 가려질 수 있음[그리하여 그것이 공개적으로 논의되는 사태를 막을 수 있음]이 관찰되고 있다. 또 사람들은, 부부의 결혼생활이란, 다수의 적대적인 태도, 신랄한 비난, 매일의 경멸, 찌르는 듯한 완강하고 계속적인 반대 등, 한 마디로 하면, 그 어느 하나만을 두고 보면 별로 중하다고 할 수 없지만 이를 모으면 이를 당하는 배우자에게 불행이고 고통인 일련의 행위에 의하여 감내할 수 없는 것이 될 수 있음을 덧붙인다.

그럴 수도 있을 것이다. 그러나 기질과 성격이 서로 맞지 않는다고 단순히

29) 1791년의 헌법은 혼인을 「단순한 민사계약」이라고 선언하였다. 그리고 1792년 9월 20일 입법의회가 제정한 이혼법은 이혼원인으로, 7개의 법정사유와 쌍방의 합의 외에도, 「氣質의 불상용(*incompatibilité d'humeur*)」을 규정하였다. 그러나 후자를 이유로 하여 이혼을 청구하려면 이혼의 선고 전에 연속하여 3회의 친족회를 열어야 하는 등의 전제요건을 요구하였다. 그러나 그 후에, 오히려 보다 자유롭게 이혼이 인정되어야 한다는 주장이 개인의 자유에의 열망을 배경으로 하여 힘을 얻어서, 공화력 2년 雪月 8일(1793년 12월 28일)과 花月 4일(1794년 4월 23일)의 법률은 이혼을 더욱 용이하게 인정되도록 하였다.

주장하는 것은 어떠한 합리적 이유도 없음을 은폐하는 것뿐일 수도 있다. 그것을 전혀 제시하지 않는 경우에 이혼의 충분한 원인이 존재한다고 누가 보장하는가?

혼인은 상황이 아니라 신분이다. 그것은 쾌락이 만들어내고 쾌락과 함께 끝나는 일시적이고 덧없는 결합, 모든 문명국의 법률에 의하여 배척된 그러한 결합과는 어떠한 면에서도 유사하지 않다.

잘못 짝지워진 부부는 도움이 필요하다고 사람들은 말한다. 또 우리의 습속과 관행이 나쁜 혼인일지언정 혼인의 유지를 선호하고 있다고 비난하기도 한다. 사람들은 이러한 불행에 대한 유일한 구제책을 이혼의 권능에서 발견한다.

부부가 빈번하게 서로를 잘 알지 못하면서 맺어지고 또 서로 사랑하지 않으면서 같이 살 것을 강요당하기도 한다는 것은 틀림없는 사실이다. 또 야심이 나 재산, 또는 빈번하게 공상이나 경솔이 결합을 이루게 하거나 가족의 운명을 정하는 데 있어 주도적인 역할을 하는 것도 역시 틀림없는 사실이다. 도덕적, 자연적 온당함이 민사적인 편의를 위하여 희생되는 것은 흔히 있는 일이다.

그러나 그러한 폐단이 있다고 해서 이를 없애기 위하여 다른 폐단을 부를 필요가 있을까? 법률의 부패를 사람의 부패에 가할 필요가 있을까? 잘못 짝지워진 혼인이 존재한다는 사실로부터 신성한 불가침의 혼인 따위는 있을 수 없다는 결론을 내려야 할 것인가? 폐단이 단지 정념이 낳은 것에 불과한 경우에는, 이는 법률에 의하여 고쳐질 수 있다. 그러나 그것이 법률로 인한 것인 경우에는 그 해약은 고쳐질 수 없다. 왜냐하면 그 해약은 치료 자체 안에 있기 때문이다.

법률은 치유불능일 수도 있는 오류나 오해가 혼인에 있어서 발생하지 않도록 그 힘이 닿는 한에서 노력한다. 법률은 당사자들에게 최대한의 자유를 보장하고 또 계약이 최대한으로 공시되도록 한다. 법률은父의 동의를 요구하는데, 이는 그에 있어서 그의 분별은 최대의 애호의 감정에 의하여 뒷받침되고 있으므로 다른 모든 분별보다 낫다는 마음을 울리는 배려에서 나온 것이다. 이러한 예방조치에도 불구하고 법률이 의도하는 목적을 항상 달성하지 못한다면, 이는 인류의 떨쳐버릴 수 없는 약함이라는 비난밖에는 할 수 없다.

어떠한 경우에 잘못 짝지워진 결혼에 대하여 이혼을 최대한 쉽게 허용하여야 한다는 주장을 하게 되는 것일까? 혼인이 다른 어느 때보다도 자유로워진

이상, 정치상의 평등으로 인하여 조건의 극단적인 불평등이 없어진 이상에는, 부부는 자연의 부드러운 숨결에 몸을 맡길 수 있으며, 오만에서 오는 편견에 대하여, 또 인척관계와 혼인 안에 고통, 결핍, 그리고, 감히 말한다면 운명 그 자체의 허망함을 자리잡게 하는 모든 사회적 허영에 대하여 더 이상 싸울 필요는 없는 것이다.

오늘 우리가 두려워하여야 할 것은, 종전의 혼인의 고통에 갈음하여 습속의 문란이 생기지는 않을까, 이혼이 너무 쉽게 인정됨으로써 말하자면 번덕이 허용된 결과로 발생하는 일상적인 방종이 이혼 그 자체를 대체하게 되지는 않을까 하는 점이다.

사람들은, 그렇지만 기질과 성격의 불상용을 단순히 주장하는 것이 유지되지 않는다면, 이혼을 인정하는 이익이 모두 박탈된다고 말한다. 이에 대하여 우리는 반대로, 만일 기질과 성격의 불상용을 법적 이혼사유로 유지한다면, 이는 이혼의 폐해를 증대시키고 악화시키는 것에 불과하다고 주장하고자 한다.

이 불상용의 주장은 이혼을 요구할 아무런 근거가 없는 사람들을 뒷받침하는 수단이 될 것이다. 그것은 계약 중에서 가장 중요하고 가장 위엄 있는 것으로 하여금 어떠한 일관성도 없게 하고, 어떠한 존경도 받을 수 없게 할 것이다. 그리하여 습속은 끊임없이 법률에 의하여 침해될 것이다.

53. 이혼은, 혼인은 계약에 의한 결합 *société*이고, 그러한 결합은 영구할 수 없다는 논거에 기하여, 쌍방의 합의에 의하여 행하여질 수 있었다.

그러나 우리가 혼인을 통상의 계약상 결합과 동일시할 수 있는가?

혼인이 계약에 의한 결합이기는 하다. 그러나 그것은 모든 결합 중에서 가장 자연스럽고, 가장 신성하고, 가장 불가침한 것이다.

혼인은 필연적이나, 다른 결합계약은 그렇지 않다.

통상의 결합에서 그 목적이 될 수 있는 것은 사람의 의사에 의하여 자유롭게 정하여진다. 혼인의 목적은 자연 그 자체에 의하여 정하여진다.

통상의 결합에서는 재산이나 노무의 다소간 제한된 교환 외에는 문제되지 않는다. 혼인에서 재산은 단지 우연에 의해서만 등장하며, 그 계약의 본질은 사람의 결합이다.

통상의 결합에서 사람은 자신을 위하여 약속하며, 대단치 않은 사적 이익에 대하여, 그리고 자신의 재산을 좌우하는 지배자로서 약속한다. 혼인에서 사람

은 자신을 위해서뿐만 아니라 남을 위해서도 약속한다. 이제 막 태어나려고 하는 새로운 가정의 주재자가 될 것을 약속하며, 국가를 위하여 인류사회 일반을 위하여 약속하는 것이다.

그리하여 혼인의 문제에 있어서는 항상 공적인 것이 그 일부를 이룬다. 그리고 공적인 것과는 별도로, 최대의 애호를 받을 값어치가 있는 제3자, 누구도 그를 해할 의사도 권능도 없는 제3자가³⁰⁾ 개입한다. 그러므로 혼인결합은 다른 어떠한 결합과도 다르다.

54. 그리하여 상호간의 합의는 다른 모든 결합을 해소시킬 수 있지만, 혼인은 이를 해소시키지 못한다.³¹⁾

질병이나 허약도 이혼의 정당한 사유를 제공하지 못하는 것으로 보인다. 부부란 행운에 대해서와 마찬가지로 불운에 대해서도 결합되어 있는 것이 아닐까? 모든 사정상 서로 도와야 할 의무가 인정되는 때에, 이들은 상대방을 버릴 수 있어야 할 것인가? 의무는 안락이나 쾌락과 함께 끝나야 하는가? 로마법의 우아한 표현을 빌린다면, 혼인은, 부부가 인생의 좋은 구비에도 나쁜 구비에도 동참하는 것, 신의 일과 사람의 일의 모든 것을 서로 나누는 것을 당연히 예기하는, 총체적이고 완전한 결합이 아닌가?³²⁾

사람들이 혼인을 해소할 사유로 하고자 하는 배우자의 허약함이란, 실제로는 아마도 혼인 자체를 맺음에 있어서 이미 고려된 바일 것이다. 그렇다면 그것이 어떻게 이제 와서 이혼의 정당한 이유가 될 수 있을 것인가? 이 경우에는 동정이나 감사의 마음이 사랑의 보조자가 되어야 하지 않겠는가?

30) 아마도 아이들을 가리키는 듯하다.

31) 그러나 원시프랑스민법은 쌍방의 합의(*consentment mutuel*)에 의한 이혼을 인정하고 있다. 이는 나폴레옹의 의사에 따른 것이라고 한다. 예를 들면 *Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, t.1, 1956, p.53*: “민법전에 양자제도와 부부 쌍방의 합의에 의한 이혼이라는 두 제도를 채택하게 한 것은 나폴레옹이었다. 그는 아마도 정략적으로 그와 같이 하였다. 조세핀과의 결혼으로부터는 아이가 생기지 않았는데, 그는 벌써 하나의 왕조를 창설하려고 생각하고 있었다. 그는 후계를 얻을 수 있는 2개의 수단을, 흡사 재고를 비축하듯이, 우리의 법률 안에 마련한 것이다. 즉 다시 결혼을 하든가, 아니면 양자를 얻든가의 둘이다.”

32) **학설취찬** 제23권 제2장 제1절(D.23.2.1.)은 다음과 같이 말한다. “혼인이란 부부의 결합으로서, 모든 생활의 공유이고, 신적인 그리고 인적인 권리의 교환이다(*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*).”

자연은 사람을 감정과 이성에 의하여 다른 피조물과 구별되게 하였다. 그리고 이제 자연은 兩性的 결합으로부터 발생하는 의무가 인간들 사이에서는 항상 이성과 감정에 의하여 인도되기를 원한다.

어떤 저작물에서는 재산의 분리를³³⁾ 허용하는 사유는 모두 이혼도 허용하여야 하며, 위의 둘 중의 어느 하나는 다른 한편 없이는 일어나서는 안 된다고 주장한다. 그런데 재산의 분리를 정당화하는 사유가 어떠한 이유로 혼인을 해소할 수 있다는 것인가?

혼인은 사람의 결합 이외의 아무것도 아니며, 그 당사자들은 자신의 재산에 이예 개입시키지 아니할 자유를 가진다. 그렇다면 어찌하여 혼인을 원래 그와 무관한 사항에 걸리게 하려는 것인가?

신체의 분리, 즉 별거는 전에 재산의 분리를 결과하였었는데, 재산의 분리가 별거를 가져온 일은 결코 없었다.

나쁜 남편이 아니면서도 재산관리자로서는 나쁜 사람도 있을 수 있다. 이러한 사람은 배우자의 애정을 누릴 권리는 있어도, 일정한 사항에 대하여는 그의 신뢰를 받을 권리가 없다. 그런데 그와 같은 경우에 처는 자신의 재산을 유지하기 위하여 자기 마음을 희생시키든가 아니면 자기 마음의 움직임에 좇기 위하여 자신의 재산을 포기하든가의 양자택일을 강요당하여야 할 것인가?

55. 일반적으로, 이혼은 이유 없이 선언되어서는 결코 안 된다. 이혼의 이유는 계약의 명백한 위반이어야 한다. 그러므로 우리는 이혼의 법정원인으로서, 자연사에 유비되는 民事死³⁴⁾와 일방 배우자가 타방에 대하여 고소를 제기할 수 있는 중죄 또는 경죄에³⁵⁾ 한하여 이를 인정하였다. 우리는 종전에 별거가

33) 재산의 분리(*séparation de biens*)란, 지금은 부부재산제의 한 형태인 別産制를 가리킨다. 이는 당사자 사이의 합의에 기한 약정에 의한 별산제와 배우자 일방의 재산 분리청구에 기한 재판으로 인정되거나 부부의 별거판결에 의하여 당연히 결과하는 재판상의 별산제(프랑스민법 제1443조, 제302조)로 나누어진다.

34) 民事死(*mort civile*)는 또는 準死라고도 하는데, 극히 중한 형벌의 하나로, 사형 또는 무기형을 선고받은 자에 대하여 생존 중에 법인격 내지 일반적 권리능력을 상실시키는 것을 말한다. 1854년 5월 31일의 법률로 폐지되었다.

35) 프랑스에서 범죄는 전통적으로, 重罪(*crime*)와 輕罪(*délit*), 그리고 違警罪(*contravention*)의 셋으로 나뉘어진다. 이하에서는 현행법상 자연인의 범죄에 한정하여 본다. 무기(현재 프랑스에서 사형제도는 폐지되어 존재하지 않는다) 또는 유기의 징역형이나 금고형(10년 이상 30년 이하, 20년 이하 또는 15년 이하의 3종으로 나뉜다) 및 그 부가형으로 별하여지는 범죄가 중죄이고(살인, 강간, 흉기소지강도, 반역, 통화위조

인정되었던 것보다 더욱 쉽게 이혼이 인정되는 것이 허용될 수 있다고는 생각하지 않았다.

56. 이혼의 문제는 친족회의 권한에 속하였었는데, 우리는 이를 법원에 귀속시켰다. 그것은 그만큼 중요성이 있는 사항이므로, 법원의 관여는 불가피하다. 통상 친족회는 그들에게 요구되는 것은 무엇이든 동의를 할 준비가 미리부터 되어 있는 사람들로 구성되어 있어서, 언제라도 기꺼이 법률에 위반하여 부부와 결탁하려고 하는 앞잡이들 또는 속 없는 사람들을 제공할 뿐일 것이다. 또한 친족이란 당사자 중 일방에 대하여 애정이나 증오를 품고 있다고 쉽사리 의심되는 것이, 그들의 이해가 그들의 견해에 많은 영향을 미치기 때문이다. 이러한 일은 원래 어느 한 편에 속하는 사람들이 아주 경솔하게 처리하기 쉬운데, 그들은 도덕이 습속에 관한 모든 일을 처리함에 있어서 요구되는 그 신중함을 가지지 못하고 있다. 유감스러운 경험은 가르치는 바에 의하면, 이혼 문제를 처리하기 위하여 소집된 친지나 인척들은, 그들이 알지 못하는 가운데 작성된 결의에 서명하거나, 일어나는 일에 전적으로 무관심한 태도를 보일 뿐이고, 그 외에는 그들의 사명을 더 훌륭하게 완수할 방도를 알지 못한다고 믿고 있다.

뿐만 아니라, 사람의 민사적 신분, 그에 관한 계약 및 상호간의 권리에 관한 모든 것은 본질적으로 사법권에 속한다.

이혼이 일정한 이유에 기하여서만 선언될 수 있다고 한다면, 그 이유가 확인될 것이 필요하다. 그 확인에 수반되는 사실 및 법률에 관한 쟁점은 법원 이외에서는 진지하게 검토될 수 없다.

57. 이혼이 공중의 논의의 대상이 되는 것을 피하기 위하여, 우리는 절차를 공개하지 아니하면서도 그것이 착실하면서도 충분하게 진행될 수 있도록 하는 특별한 절차방식을 구상하였다. 이혼의 모든 문제는, 그것이 세간의 추문이 되

등이 이에 해당한다), 구금형이나 벌금·공익봉사노동·권리박탈형·권리제한형(다만 뒤에서 보는 위경벌의 경우를 제외한다) 등 소위 「懲治刑(peines correctionnelles)」으로 처벌되는 범죄가 경죄이다. 위경죄는 소위 「違警罰(peines de police)」로 벌하여지는 범죄가 위경죄인데, 위경벌이란, 2만 프랑 이하의 벌금, 운전면허의 정지·차량의 운행정지·수렵허가의 정지·수표발행의 정지 등과 같은 일정한 권리박탈형 또는 권리제한형, 20시간 내지 120시간의 공익봉사노동 등을 말한다.

지 아니하려면, 비공개로 다루어져야 한다.

우리는 두 부부의 재화합이나 화해를 달성하기에 적절한 쟁점은 모두 그대로 남게 두었다.

58. 이혼을 획득한 배우자는 부부재산계약에서 약정한 이익의 일만가를 배상을 원인으로 하여 보유할 수 있어야 한다. 왜냐하면 우리는 근거 있는 이유에 기하여서만 이혼할 수 있음을 전제로 하기 때문이다. 그리하여 그의 제소는 그의 불행에 종지부를 찍기는 하지만, 그로부터 신분을 앗아가고, 그 결과로 커다란 손실을 남기므로 이는 배상되어야 한다. 이혼을 선고하도록 제소한 사람과 이혼이 필요하도록 원인을 제공한 사람 사이에 균형을 잡을 필요는 전혀 없다.

59. 우리는 공중의 도덕적 정직성을 위하여 이혼과 재차의 혼인 사이에 중간기간을 두어야 한다고 믿었다.

법관은 가정의 평화가 회복될 수 있다는 희망을 가지는 경우에는 일시적 별거만을 명할 권리가 있다. 그는 꼭 선고를 할 수밖에 없는 것이 아닌 한은 설득하고 권유한다.

일반적으로 이혼에 관한 규정을 기초하면서 우리가 노린 목적은 이혼의 남용을 방지하고 결혼이 습속의 덕을 넘어가지 못하도록 하는 것이었다. 악으로는 급한 경사를 타듯 쉽게 내려가지만, 선으로는 애를 쓰지 않으면 돌아오지 못한다.

(다음 號에 이어짐)