

〈번역〉

『民法典序論(下)』

포르탈리스

梁 彰 洙* 譯

I. 一般的 概念**

1. 이 서론의 목적
2. 민법전 이전에 프랑스의 민사입법이 다양했던 이유. — 통일입법을 달성하려는 여러 차례의 계획을 실패하게 만든 사유들
3. 혁명은 그 장애사유들을 제거하였지만, 격동이 멈추기까지는 혁명 자체가 새로운 장애가 된다
4. 좋은 민사입법의 중요성과 효과
5. 위대한 국민의 민사입법은 어떻게 행하여져야 하는가. — 법률의 성질. — 입법자의 성격과 의무. — 개혁의 위험
6. 민사입법에 대한 캄바세레스 통령의 기여
7. 무월 18일 위원회의 기여
8. 인구 많고 자유로운 국민의 입법은 너무 단순해서는 안 된다
9. 입법이 모든 것을 규정하고 예견할 수는 없다. — 법률의 임무. — 법관과 법률가의 역할
10. 숙고의 결과로 형성된 여론, 그리고 관습 및 관례에 의한 보조적 입법 또는 불문법
11. 그 보조적 입법은 어디에서 시작하고, 어떠한 원천에서 나오는가
12. 법학의 필요, 그리고 이를 가꾸는 사람들의 유용성

* 서울대학교 法科大學 教授

** 이번 게재에 즈음하여 이해의 편의를 위하여, 譯者 序文의 2.에서 말한 Locré가 가한 小項目表題도 가하기로 하였다. 다만 [86]의 다음에 [86-1]을 새로 가하였다. 그리고 앞부분의 번역(上)에서 신지 못하였던 것도 여기서 보충하기로 한다.

13. 법관은 민사에 대하여도 미리 존재하는 성문법률에 의해서만 재판할 수 있다는 주장에 대하여, 민사법과 형사법의 구별을 기초로 응대함

14. 학리에 의한 해석과 권위에 의한 해석. — 전자는 법관의 직무에 일치하며, 후자만이 입법자에게 맡겨진다. — 학리에 의한 해석이 허용되는 경우와 그 원리

15. 입법자에게만 학리해석을 맡기면, 칙답이라는 禍根이 되는 입법이 되살아나게 된다

16. 입법자는 일반적 정의의 유일한 使徒로서, 특수한 사정에서 벗어나 사람과 사물의 보편성을 포용하여야 하고, 또 실정법이 없다면 당사자가 의존하였을, 관습 또는 자연적 형평에 의하여 달성되는 저 특수적 정의에는 관여할 것이 못 된다

17. 입법자의 학문과 법률가의 학문. — 양자는 서로 닮지 않았다

18. 관례에 맡겨지는 경우

II. 法律 一般

19. 법과 법률의 구별, 그리고 양자의 유효범위

20. 자연법과 만민법

21. 법률의 定義

22. 위원회가 민사법만을 정하는 법전의 맨 앞에 다양한 측면을 가지는 법률에 대한 일반적 관념을 규정한 이유

23. 한 사회 안의 사람들 사이에 존재하는 다양한 관계가 다양한 종류의 법률을 정한다

24. 법률과 행정명령의 차이

25. 위원회가 정한 법률의 공포방식

26. 규율하는 사항, 효력이 미치는 사람의 범위 및 적용의 시기에 대한 법률의 효력

27. 법률이 효력을 상실하는 態樣. — 폐지. — 공문화

28. 법전이 사법부에 명하는 규칙

29. 민법전 편찬 당시 프랑스의 민사입법을 구성하였던 여러 요소

30. 로마법은 성문법으로 되어 있다. — 쓰여진 이성인 법과 우리의 사정과 무관한 제도에만 관련되는 법을 구별할 수 있다면, 또한 진정한 입법과 칙답이라는

입법을 분리할 수 있다면, 로마법은 탁월하다

31. 관습법. — 위원회가 배제한 것과 채택한 것

32. 왕령. — 위원회는 무엇을 채택하였는가

33. 여러 국민의회의 법률. — 위원회는 진정으로 현명하고 유용한 것은 존중하였다

34. 민법전에서 성문법과 관습법의 화해. — 그 화해의 동기

35. 민법전이 규정하는 사항들 및 이들을 정함에 있어서 좇은 원칙과 이들을 파악하는 관점

III. 婚姻

36. 혼인의 성질에 관한 관념의 혼란이 입법에 제기한 어려움

37. 혼인의 성질을 잘 알려면, 혼인 자체를 숙고하여야 한다. 그러면 혼인은 민사행위도 종교행위도 아닌 자연행위이며, 민법은 이를 규율하고 종교는 이를 신성화한다는 것을 알 것이다

38. 예지 있는 존재에 있어 그 자연행위는 단지 육체적인 것이 아니고, 동시에 정신적인 것이기도 하다

39. 혼인의 본질은 일부다처도, 다부일처도 배척한다

40. 자연행위가 부부 사이에, 또 그들과 자식 사이에 만들어내는 유대와 의무는 계약이다. 그래서 민사입법도 이를 그와 같이 파악하였다

41. 민사입법은 그 방식을 규정하였다

42. 동시에 민사입법은 가족의 통솔에 대하여 정하고, 그 권위에 입각하여 夫權과 친권을 정하였다

43. 민사입법은 자연법에 유래하는 혼인장애사유를 정함과 동시에 공공질서가 요구하는 실정법상의 장애사유를 정하였다

44. 혼인의 방식과 조건을 정하는 법규정에 위반하면 무효를 일으키는데, 그 중 몇몇은 절대적이고, 나머지는 추완될 수 있다

IV. 離婚

45. 이혼을 인정할 것인지의 문제

46. 이는 순전히 민법상의 문제로서, 종교와의 관계에서 고찰하여서는 안 된다
47. 법률이 회복될 수 없이 떨어진 부부를 언제까지나 함께 지내도록 강제한 일은 한 번도 없었다. 그래서 별거제가 인정되었다
48. 이혼제도에 찬성하는 이유
49. 이혼제도에 반대하는 이유
50. 신앙자유의 원칙이 이혼을 인정하게 하였다
51. 이혼을 어렵게 하여야 한다
52. 기질의 불상용이라는 이혼원인은 배제되어야 한다
53. 동시에 쌍방의 합의만에 의한 이혼을 배제하여야 한다
54. 질병이나 불구가 이혼의 원인이어서는 안 된다
55. 위원회가 이혼원인으로 제안한 사유
56. 이혼청구를 심리할 권한이 친족회에서 법관으로 넘어간 이유
57. 이혼소송절차 및 부부의 화해를 위하여 마련된 절차
58. 부부재산에 관한 이혼의 효력
59. 재혼까지의 중간기간. — 부부의 별거. — 위원회의 일반적 의도

V. 子의 身分

[60. 부부와 자의 신분을 보장하기 위하여 법률은 혼인의 방식과 그 증명에 대하여 규정하여야 한다]

가족은 혼인에 의하여 형성되는데, 그것은 국가의 못자리[苗床]이다. 각각의 가족은 특수한 별개의 사회로서, 그것을 다스리는 것은 모든 가족을 포괄하는 큰 가족[즉 국가]에도 중요하다.

다른 한편, 우리가 혼인계약을 파악하는 기본관념에 따르면, 그것이 그 계약을 체결하는 당사자들 사이의 약정임은 명백하다. 貞節 그리고 약속된 바의 信義야 말로 어떤 남자와 짝을 맺는 배우자로서 합당하게 갖추어야 하는 것이다. 처의 이러한 자질은 매우 명예로운 것이어서, 옛사람의 표현에 따르면, 처라는 이름으로 불리우도록 만드는 것은 쾌락이 아니라 덕성, 명예 그 자체인 것이다.

그러나 서로 결합하는 남자와 여자의 진정한 의도를, 이 결합의 본질을 인식하게 하고 또 그 효력을 보장하여 주는 조건들과 방식들에 의하여 흔들리지 않도록 튼튼하게 하는 것이 필요하다는 것도 또한 명백하다. 여기서부터, 우리가 이

미 말한 바 있는, 그리고 혼인의 도덕적 결백성과 견고성을 위하여 행하여지는 여러 가지 대비책이 나오는 것이다.

이러한 대비책에 의하여, 쌍방 배우자는 인정을 받고, 그들의 약속은 법률과 법원, 그리고 모든 선량한 사람의 보호 아래 놓이게 된다. 사람들은 무절제를 혼인생활의 신의와 구별하고, 정념에 쫓는 것을 인류의 가장 귀중한 권리의 규율 바른 행사로부터 분간하는 것을 배우게 된다.

[61. 혼인이라는 사실만에 기한 父性的 추정]

生殖의 신비에서 자연이 어떻게 일하는지는 이를 꿰뚫어볼 수 없다. 우리를 그로부터 가리는 장막을 우리는 열 수가 없는 것이다. 公的이고 방식을 갖춘 혼인이 아니면, 친자관계의 문제는 구름에 가려진 채로 남겨질 것이다. 모자관계는 확실하다고 할 수 있을 터이지만, 부자관계는 전혀 그렇지 않다. 방식을 갖추고 법률에 의하여 인정되고 사회에서 승인된 혼인이 있는가? 그러면 父는 확정되니, 그는 혼인에 의하여 정하여지는 사람인 것이다. 부부의 동거, 夫의 이익과 감독, 처의 죄악보다는 그의 결백을 예상하여야 할 의무에 기초를 두는 그 법률상의 추정은 법관의 미심쩍음을 완전히 종식시키고 사람의 신분과 가족의 평온을 보장한다.

父는 혼인에 의하여 정하여지는 사람이라는 원칙은 매우 우대될 만한 것이어서, 명백한 반대증거가 없는 한 번복되지 않는다.

[62. 혼인의 무효가 子의 嫡出性を 해치지 않는 것은 어떠한 경우인가?]

정상적인 혼인으로부터 출생한 자는 적출이라고 불리운다.³⁶⁾ 왜냐하면 그는 법률에 의하여 그 정통성과 유효성을 의심받지 않는 결합의 결실이기 때문이다.

혼인이 무효이지만, 배우자 쌍방 모두가 또는 그 일방이 선의로 이를 체결한 경우에는, 子의 신분은 영향을 받지 않는다. 실정법률은 자연법으로부터 완전히 멀어지는 일이 없으며, 설령 그와 거리를 두는 것으로 보이는 경우라도 그것은 자연법의 입장을 사회의 필요에 보다 잘 적응시키기 위해서 그러할 뿐이다. 그리

36) 여기서 적출자란 *enfant legitime*의 역어인데, 그 *legitime*이란 미리 마련된 일정한 정함에 올바르게 의거하고 있다, 즉 정통성을 갖추었다, 또는 그러한 의미에서 정당성이 있다는 의미이다. 바로 뒤에 나오는 혼인의 「정통성」 *legitimifé*이란 이와 맥락을 같이 하는 것이다.

하여 실정법률은 혼인의 본질이 두 당사자가 서로에게 주는 신의에 있다는 자연적 원칙을 존중하는 것이다. 그러므로, 비록 정하여진 형식에 좇아서 현행의 법에 따라 행하여진 혼인만이子を 적출로 할 수 있는 것이 원칙이기는 하지만, 그래도 誤想婚姻 *mariage putatif*, 즉 두 당사자가 적법하다고 믿었으며, 그들 사이에서 자유의사에 기하여, 그 신분과 불가분인 의무를 이행하고 덕성의 보호 아래 부부애의 순결을 지키면서 언제까지나 살아가려는 의도로써 체결된 혼인으로부터 출생한 자는 적출자로 인정된다.

그러한 원칙을 채용하는 데는 두 개의 주요한 동기가 있다. 하나는, 혼인이라는 이름에 주어지는 호의이다. 이는 매우 강력하여서, 그 그림자로서도 자의 출생의 근원을 순수하게 하기에 충분하다. 다른 하나는, 그러한 결합을 계약한 두 사람의 선의이다. 조국은 조국에 적출자를 낳아 주려고 한 그들의 의도에 배려한다. 그들은 정직한 결합을 형성하였고, 정당한 후손을 남기려 하여 법에 정하여진 명령에 좇는다고 믿었다. 그런데 알지 못하는 장애, 예측하지 못한 사정이 그들의 예상을 빗나가게 하였다. 그렇지만, 사람들은 혼인을 맺고자 하는 그들의 지향 및 혼인의 의견과 이름에 대하여 그들에게 보상을 하지 않고 버려두지는 않으며, 또 자가 실제로 어떤 아이인가보다는 부와 모가 어떤 아이이기를 바랐던가를 더 고려하는 것이다.

이러한 普通法 *droit commun*에서의 호의를 더욱 밀고 나가서, 혼인당사자의 일방의 호의만 있으면 이로써 그 혼인에서 태어난 자를 적출로 하기에 충분하다고 판단하기에 이르렀다. 옛 법학자 중에는, 이러한 경우에 자는 두 당사자의 일방에 대한 관계에서는 적출이고 타방에 대한 관계에서는 비적출이어야 한다고 생각한 사람도 몇몇 있다. 그러나 이러한 견해는, 사람의 신분은 불가분이라는 것, 또 위와 같은 결합의 경우에는 적출성이 전적으로 인정되어야 한다는 것을 이유로 배척되었다.

[63. 後婚에 의한 準正]

나아가, 나중에 혼인함으로써 혼인 전에 출생한 자가 적출이 되는지의 문제가 다루어졌다. 영국법은 후혼에 의한 적출화³⁷⁾를 결코 인정하지 않는다. 이러한 적

37) 여기서 적출화란 *legitimation*의 역어인데, 이 용어는 準正이라고도 번역된다. 準正은 나중에 혼인하는 경우 외에도 무효인 혼인에서 자가 출생한 후에 적법한 혼인을 한 경우도 문제된다. 나아가서 미국의 일부의 주에서는 認知(*acknowledgement*)나 強制認

출화는 습속이 방종하게 되는 것을 허용하고 가족질서를 문란하게 할 수 있다고 보았기 때문이다.³⁸⁾ 프랑스에서는, 사회 일반의 이익을 위하여는 모든 것을 희생시키는 저 국가이성보다는,子を 보호한다는 자연적 형평이 더욱 중요하게 여겨졌다. 우리의 법률은, 법에 맞지 않는 관계에서 살다가 혼인을 맺은 부와 모는 適식의 혼인의 끈으로 결합할 의도를 항상 가지고 있었던 것으로 추정한다. 적어도 희망이나 의욕이라는 점에서 보면, 자가 출생하는 때로부터 이미 혼인이 체결되었다고 전제하고, 형평에 기한 의제에 의하여 혼인에 소급적 효력을 부여하는 것이다.

이 법리와 관련하여 우리의 선조가 근거로 삼았던 형평은 우리에게도 권장할 만한 것으로 생각되었다. 그러므로 우리는 이 법리를 변경할 이유가 없다고 믿었다. 다만 우리는 그것이 위협하게 되지 않도록 대비책은 강구하여 두었다.

[64. 혼인외의 출생자]

혼인외에서 출생한 자의 신분은 항상 다소간 불명확하다. 왜냐하면 법률의 추정을 받지 못하여서, 그것은 증명하는 것이 종종 불가능한 애매한 사실에 의할 수밖에 없기 때문이다. 그리하여 근원을 모를 존재들이 자신의 출생의 흠이 드러나지 않도록 가리고서는, 교묘하게 꾸며낸 주장으로 가족의 평화를 어지럽게 하는 일이 사후혼인에 의한 적출화제도를 이용하여 일어나게 되는 것이다. 이러한 주장은 거의 언제나, 만일 살아 있었다면 그 주장을 유효하게 물리칠 수 있었을 사람들이 사망한 후에야 비로소 제기된다. 그러므로 법원에서 이에 대한 논의를 하도록 허용하면, 이에 따른 추문과 위협으로 사회 전체가 동요하게 된다.

[65. 自然子の 인지]

그러한 폐단은 법률이 사후의 혼인에 의한 적출화를 혼인 당시에 적법하게 인정한 자에게만 적용한다면 방지될 것이다.

법률은 자신이 인정하지 않는 결합으로부터 태어난 자를 위하여 아무것도 추정하지 않으며 또 추정할 수도 없으므로, 그러한 자가 권리를 주장할 수 있기 위하여는 그에게 생명을 준 사람에 의하여 인지되어야 한다. 만일 그렇게 하지 않

知(filiation)의 경우도 준정의 한 유형으로 파악하기도 한다.

38) 그러나 1926년의 Legitimation Act에 의하여 영국에서도 후혼에 의한 적출화가 인정되게 되었다.

으면, 처의 명예, 가정의 평화, 시민의 운명은 끊임없이 위협당할 것이다. 근자의 법률은 그러한 폐단에 대처하는 규정을 두고 있었으므로, 우리는 이 점과 관련하여 그 법률의 규정을 그대로 유지하려고 한다.³⁹⁾

[66. 등기부에 의한 신분증명]

점유 possession이⁴⁰⁾ 사람의 신분을 증명하는 제1차적인, 그리고 오랫동안은 유일한 증거이었다. 특정한 가족 내에서 공개적으로 배우자로서 또는 자로서 살아온 사람은 배우자 또는 자로 인정되었던 것이다. 문서라는 것이 이용되면서부터 만사가 바뀌었다. 혼인, 출생, 사망은 등록부에 의하여 증명되게 되었다. 그 결과로 신분의 문제에 관한 가장 적격의 증거는 공적인 등록부에 기한 그것이었다. 이 원칙은 모든 문명국가에 공통된 일종의 만민법이다.

[67. 어떠한 이유로 어떠한 경우에 人證이 허용되는가?]

그러나 이 증거가 매우 확실하고 또한 매우 적격인 것으로 여겨질 수는 있다고 하여도, 그것이 유일한 증거는 아니다. 양친의 부주의, 공적 장부를 보관하는 사람의 직무태만, 시간에 의한 재앙과 파손에 의하여 자신의 신분을 증명할 수 없게 되는 것은 공정하지 아니하므로, 이들 모든 경우에 그 결함을 보충하고 등록부의 멸실을 메울 수 있는 다른 증거를 승인하는 것이 법에서의 형평에 맞는다. 그 다른 증거란 다른 증서 및 증인의 진술에 기한 것만을 말한다.

그러나 신분의 문제에 있어서 증인에 의한 입증에 대하여는 조심스럽게 이를

39) 이와 같이 하여 프랑스민법은 애초에는 부를 찾는 소송, 즉 강제인지 또는 재판상 청구의 제도를 인정하지 아니하였다(제340조). 그러나 이는 자에게 지나치게 불리하므로, 1915년 12월 30일의 법률로, 친자관계를 인정하는 판결이 확정되면 혼인시에 인지되지 아니하였던 자도 법률상 친자관계가 성립하는 것으로 정하였다. 그렇지만 이러한 소위 「자연친자관계의 수색(recherche de filiation naturelle)」의 소송상 청구에는 많은 제약이 뒤따랐다. 전에는 그 提訴受理要件(cas d'ouverture)이 법률로 정한 일정한 사유, 즉 유과·강간 유혹·내연관계 등으로 제한되어 있었는데, 이는 1993년의 개정법률로 폐지되었고, 지금은 추정(présomption)이나 「중대한 간접증거(indices graves)」가 있는 것만을 조건으로 하여 모든 방법으로 증명할 수 있다(현행 프랑스민법 제340조).

40) 이는 身分占有를 가리키는 것이다. 신분점유 possession d'état란, 일정한 신분이 있다는 외관을 말한다. 예를 들면 적출자로서, 부부로서, 또는 어느 나라의 국적을 가지는 사람으로 생활하고 또 주위로부터도 그렇게 인정되고 있는 상태를 말한다. 프랑스민법 제311조의1 이하에 의하면, 자로서의 신분점유의 요소는 nomen(姓의 호칭), tractus(자로서의 대우), fama(주위로부터 그 가족의 자로 생각되고 있다고 사실)의 셋으로 집약될 수 있고, 이들을 증명하는 사실에 의하여 인정된다.

받아들여야 한다는 것에 주의하여야 한다. 그것은 서증의 단서⁴¹⁾와 함께가 아니면 증거일 수 없다. 증인은 매수되거나 그릇된 방향으로 유혹될 수 있고, 그의 기억은 잘못될 수 있으며, 저도 모르는 사이에 근거 없는 생각에 빨려들어갈 수 있으므로, 의혹을 불러일으키는 이러한 종류의 증거에 대하여는 사람들을 안심시킬 수 있는 방도가 필요한 것이다. 우리는 단순한 증언에 대하여는 경계를 할 필요가 있음을 알리고자 한다.

형사문제에서 증인에 의한 증거가 쉽사리 받아들여지는 것을 신분의 문제에 관련하여 논거로 끌어들이는 것은 잘못된 논법일 것이다.

형사에서는 증언이 법률상 인정되지 아니하면 법률이 억지하고자 하는 그 범죄를 추급하는 것이 불가능하게 된다. 왜냐하면 증명의 대상인 범죄라는 사실에서 면이 개입하는 것은 단지 우연에 의해서일 뿐, 아주 드문 일이고, 그 사실 자체는 증인에 의하지 아니하면 입증할 수 없기 때문이다. 그러므로 범죄의 조사 및 심리에서 증언이 환영을 받는 것은 필연성에서 나오는 일이다.

그러한 필연성은 신분문제에서는 전혀 찾아볼 수 없다. 법률은 사람의 신분이 공적인 기록물에 의하여 확인될 것을 요구한다. 법률은 개인보다는 가족의 일에 더욱 주의를 기울인다. 설사 애원하여 얻은 또는 의심쩍은 증언에 의하여 정체도 모를 사람이 그가 원래 속하지 않는 어딘가의 가족 안에 자리를 잡도록 할 수 있을지는 몰라도, 법률은 그의 신분이 부당하게도 복잡하게 뒤엉킨 한 시민의 애매한 운명보다는 그것이 사회 전체에 미칠 위험에 더욱 관심을 가지는 것이다.

다음으로, 범죄의 조사에서는 먼 과거로 거슬러 올라가지 않는 사실, 말하자면 눈앞의 사실이 문제된다. 증인에 의한 증거는 이러한 최근의 사실에 대하여는 자연스러운 증거이다. 그러나 그 기원이 거의 언제나 먼 과거 속에 잊혀져 있는 사실, 서로 복잡하게 맞물린 사정들에 의하여 통상적으로는 사람의 정신에 확실함도 편안함도 주지 않는 사실에 대하여는 이러한 종류의 증거는 별로 적합하지 않다.

41) 「서증의 단서(commencement de preuve par écrit)」라 함은, 완전한 증명력을 가진 증거가 아니지만, 이를 제출하면 원래는 서증이 요구되는 경우라도 증언에 의하여 증명을 하는 것이 허용된다. 원칙으로, 청구의 상대방측에 유래하는 서면으로 주장사실을 진실이라고 추단시키는 정황증거로서의 성질을 가진다. 프랑스민법 제1347조에서 규정하고 있다. 여기에는 상대방이 스스로 작성한 편지나 일기 같은 것이 포함된다. 한편 새로운 민사소송법에 의하면, 법관은 당사자가 스스로 출석하여 행한 진술, 답변의 거부 또는 불출석을 서증의 단서에 상당하는 것으로 간주할 권한을 가진다(제198조).

마지막으로, 범죄의 심리에서 증인에 의한 증거는 반론, 피고인에 의한 증인기피, 그리고 피고인에게 자신을 방어할 권리를 보장하는 모든 방법에 의하여 정화된다. 이에 반하여 신분문제에서, 쟁송은 거의 언제나 애매함을 밝히고 근거 없는 비방을 격퇴할 수 있는 사람이 사망한 다음에 비로소 일어난다. 그리하여 형사사건에서 허위나 기만을 물리치는 데 매우 유용하게 기능하는 그 장치들이 여기에는 전혀 존재하지 않는 것이다.

그리하여 우리는 다음과 같은 준칙을 정당한 것으로 승인하였다. 즉 신분문제에서는 증인에 의한 증거는 오직 보다 강력한 증거의 단서, 즉 가족의 기록, 사망하거나 신용할 만한 사람이 작성한 서면, 적절한 시기에 송부되고 수령된 서신, 그리고 마지막으로 진실을 해명하기 위하여 잘 수집된, 영구한 자취를 남기고 있는 일련의 사실의 집합 등에 의하여 뒷받침되는 때가 아니면 받아들여지지 않는 것이다.

VI. 家族의 統率

[68. 夫權]

사람의 민사신분을 보장하는 증거의 문제를 처리한 후에, 우리는 가족의 통솔의 세부사항을 다루었다. 夫가 이 통솔의 책임자다. 처는 부의 주소 이외에 주소를 가질 수 없다. 부가 그 배우자의 재산도 품행도 모두 관리하고 감독한다. 그러나 부의 관리는 현명하여야 하고, 그의 감독은 절제된 것이어야 한다. 그의 영향력은 결국은 권위보다는 보호에 귀착한다. 강자는 약자를 방어하고 뒷받침할 임무가 있다. 일부의 지방에서는 부에게 처에 대한 무제한의 권력이 인정되고 있는데, 이는 우리 국민의 성격에도 우리 법의 온화함에도 맞지 않는다. 우리는 사랑스러운 性[여성]이 무분별하거나 경솔하더라도 오히려 우아한 것으로 이를 감수한다. 우리는 질서를 어지럽히고 절도를 잃을 가능성이 있는 행위를 부추기려고 하지 않지만, 또한 공공의 자유와 양립하지 않는 모든 조치는 이를 피하고자 한다.

[69. 親權]

子是 부친에 복종하여야 한다. 그러나 부친은 모든 소리 중에서 가장 온화하고 가장 부드러운 소리, 즉 자연의 요청에만 귀를 기울여야 한다. 부친이란 위엄과

권능의 이름이면서 동시에 사랑의 이름이다. 그의 직무는 극히 종교적으로 *아버지의 자애*라고 불리우는데, 이는 길을 잃고 헤매는 마음을 후회로 이끌 수 있는 만큼의, 또 벌을 주기보다는 용서하는 것을 목적으로 하는 만큼만의 엄격함을 띠는 것이다.

VII. 成年

[70. 성년에 의하여 친권은 소멸하나, 의무는 존속한다]

자가 성년이 되면 친권은 종료된다. 그러나 친권은 민사적 효과에 있어서만 소멸한다. 비록 입법자가 명령하지는 않으나, 존경과 감사는 여전히 경의와 의무를 계속해서 요구한다. 그러므로 자가 그들에게 생명을 준 사람들에 대한 공경은 법률의 소산이라기보다는 습속의 소산이다.

[71. 성년을 종전과 같이 21세로 하고 혼인에 대하여는 25세로 늦춘 이유]

혁명이 진행되는 동안 성년은 21세로 정하여졌다.⁴²⁾ 그것은 충분한 이유가 있는 만큼, 우리는 이 정함을 변경할 필요가 없다고 믿었다. 우리의 시대에는 여러 이유가 경합하여 청년기가 훨씬 앞당겨지게 되었다. 그들이 유년기를 벗어나자마자 노년기에 접어드는 일조차 빈번하다. 오늘날 널리 퍼져 있는 사고의 정신과 근면의 정신은 영혼에 활력을 주어서, 그 활력이 경험에서 오는 훈련을 보완하고 또 각 개인을 보다 일찍 각자의 운명의 짐을 짊어질 준비를 하도록 한다. 그러나 이러한 고려에도 불구하고, 우리는 혼인에 대하여 부친의 동의를 얻을 필요가 있는 나이를 25세까지로 늘렸다. 혼인과 같은 행위는 인생의 행복을 좌우한다. 가장 무서운 정념의 지배를 받을 우려가 극히 큰 이 일에 대하여, 법률이 부친의 분별과 자의 결단을 결합시키는 그 시기를 지나치게 빠르게 하는 것은 별로 현명하지 아니할 것이다.

42) 원시프랑스민법 제388조: “미성년자라 함은 만 21세의 연령에 달하지 아니한 兩性의 개인을 말한다.” 1974년 7월 5일의 법률로 위 규정은 개정되어, 성년은 만 18세로 인하되었다. 한편 Carbonnier(註 21), p.330은, 이와 같이 성년을 종전의 25세에서 21세로 인하한 것을 그 하나의 근거(다른 하나의 근거로, 2분의 1 이상의 遺留分에 의하여 유언을 제약함으로써 재산이 자에게 넘어가도록 한 것을 든다. 이에 대하여는 뒤의 註 68 및 그 본문부분 참조)로 하여 나폴레옹민법을 「젊음의 법전(un Code de la jeunesse)」이라고 부른다.

VIII. 後見

[72. 후견과 후견인의 定義]

후견은 가족의 통솔에 있어서 일종의 보조적인 역할을 맡는다. 그리하여 우리는 그 기간과 직무를 모든 문명국민에 거의 공통되는 원칙에 좇아서 결정하였다. 후견인은 피후견인의 신상 및 재산을 위하여 임명된다. 그러므로 그는 가족에 의하여 가족 중에서 선임되어야 한다. 왜냐하면 그 재산을 보존하는 데 대하여 실제적인 이해관계를 가져야 하고, 또 그 사람의 교육과 복지를 돌보는 데 대하여 명예와 애호라는 이익을 가져야 하기 때문이다. 그는 자신의 관리에 맡겨진 재산을 원인 없이 또 무방식으로 양도할 수는 없다. 그는 분별 있게 관리하고, 성실하게 사무를 집행하여야 한다. 그가 관리자인 이상에는 보고의 의무가 있다. 그는 자신의 행위에 책임을 져야 한다. 그가 잘못을 범한 경우에는 언제나 그것을 전보할 책임을 져야 한다. 이것이 후견에 관한 이론의 전부이다.

IX. 住所

[73. 주소문제의 지위]

주소의 문제는 대체로 사람의 신분의 문제와 연결되어 있다. 그리하여 처의 주소는 부의 주소이고, 미성년인子的 주소는 그 부 또는 후견인의 주소인 것이다.

[74. 민사상의 주소와 공법상의 주소]

민사상의 주소는 공법상의 주소와 공통되는 점이 전혀 없다. 그 일방은 타방 없이도 존재할 수 있다. 처 또는 未成年者는 민사상 주소를 가지나 공법상 주소는 없다. 후자의 주소는 국민으로서의 권리의 한 종속물이다. 그것은, 정치제도에 관한 법률들이 정하는 조건을 충족하는 경우에 사람들이 시민의 자격에 부착된 정치적 권리를 그 안에서 행사할 수 있는 구역을 지정하는 것이기 때문이다.

민사상 주소란 사람들이 자신의 업무나 재산이나 일상적 거주 의 본거지를 두는 장소를 말한다. 단순한 부재는 주소를 중단시키지 아니한다. 주소는 원하는 대로 변경될 수 있다. 주소문제에는 언제나 법률과 사실이 뒤섞여 있다. 우리는 한 사람의 진정한 주소를 판단할 수 있는 기준을 확정하였다. 모든 司法的 소송에서, 그리고 삶의 일상의 거래에서도 사람이 어디에 주소를 두는지를 아는 것은

그에 연락이 닿도록 하기 위하여 중요한 일이기 때문이다.

X. 不在者

[75. 실종이란 무엇인가? — 부재자가 법률상 보호를 받기 위하여 가지는 권리. — 위원회는 생존추정에 대하여 어떻게 정하였는가?]

부재는 일시적 상태이다. 사람은 자신의 고유한 이익을 위하여 또는 국가의 이익을 위하여 부재일 수 있다. 부재자, 특히 공적 원인의 부재자는 법률의 보호를 받을 특별한 권리가 있는데, 우리는 그 권리를 정하였다. 부재자로부터 아무런 소식이 없더라도 그의 가족과 재산을 치명적인 불안정상태에 두지 않기 위하여는 역시 그의 생존을 추정할 필요가 있었다. 부재자에 관한 여러 가지 논점에 대한 다양한 재판례를 조사하여, 우리는 가장 공평하고 가장 폐해가 적다고 생각되는 원칙을 선택하였다.

XI. 外國人

[76. 위원회는 프랑스에서의 외국인의 신분을 어떻게 정하였는가?]

사람의 신분에 관한 모든 법률초안에서 우리가 민사신분만을 다루었음을 사람들은 알 수 있을 것이다. 사람의 공법상 신분은 헌법에 의하여 정하여진다. 그러나 우리는 외국인에 언급하였는데, 그것은 외국인이 민사문제에서 프랑스인과 어느 점에서 같이 취급되고 어느 점에서 달리 취급되는지를 지적하기 위해서이다.

전에는 다른 국민들이 서로 교섭하는 일이 거의 없었고, 국가 간에서도 전쟁, 즉 서로를 절멸시키기 위해서가 아니면 서로 아무런 관계도 맺지 않았다고 해도 좋을 것이다. 『법의 정신』의 저자가 “외국인유산물수소권이냐 난파선약탈소권⁴³⁾이라는 몰상식한 권리”의 연원으로서 소급될 수 있다고 제시한 바로 그 시대인 것이다. 그는 이어서 “사람들은, 외국인은 시민법상의 어떠한 관련에 의하여서도 그들과 연결되어 있지 않았으므로 외국인에 대하여는 한편으로 어떠한 정의도,

43) 외국인유산물수권 *droit d'aubaine*이란, 봉건시대에 영주나 국왕이 외국인에게 과세하고 그가 사망한 경우에는 그의 상속재산을 몰수하는 권리를 말한다. 난파선약탈권 *droit de naufrage*이란, 해안에서 난파하거나 해상에서 조난한 선박으로부터 약탈하는 권리를 말한다.

다른 한편으로 어떠한 자비도 베풀 이유가 없다고 생각하였다”고 말하였다.⁴⁴⁾

통상이 열리고 발전함에 따라서 우리는 그와 같이 야만적이고 파괴적인 편견으로부터 벗어나게 되었다. 통상은 모든 나라, 모든 지방의 사람을 결합시키고 뒤섞이게 하였다. 나침반은 우주를 열고, 통상은 세계를 서로 사귄 수 있게 하였다.⁴⁵⁾

그리하여 외국인은 정의롭게 그리고 인도적으로 대우를 받게 되었다. 민족 간의 관계는 더욱 증가하고, 이제 사람들은 시민으로서 하나의 특수한 사회에만 속하지만 사람으로서는 인류의 일반사회에 속한다는 것을 이해하게 되었다. 그 결과 정치적 제도는 여전히 각 나라의 구성원에 고유한 것으로 남아 있지만, 시민의 공적 신분보다는 사람의 사적 권리에 더욱 관련을 가지는 민사적 제도에는 외국인도 다소간 참여할 수 있게 되었다.

사람에 관한 모든 사항을 두루 살핀 후에 우리는 재산을 다루었다.

XII. 財 産

[77. 재산을 동산과 부동산으로 분류하는 것. — 부동산은 각 국가에 특유한 재산이다. 동산은 전세계에 속하며 유통된다]

재산에는 여러 종류가 있다. 또한 그것을 취득하고 처분하는 태양에도 여러 가지가 있다.

각국의 부동산은 통상 그 주민의 소유에 속한다. 오늘날까지 대부분의 국가는 외국인이 그 토지를 획득하는 것을 배제하는 법률을 가지고 있었다. 토지의 소유를 주장하기 위하여는 반드시 소유자가 거기에 거주하여야 한다. 따라서 이러한

44) 『법의 정신』, 21편 17장으로부터의 인용이다.

45) commerce, 즉 「通商」 내지 「商業」의 확대에 주목하고 기본적으로 그 확대를 긍정적으로 평가하면서 그 장래에 기대하는 의논이라는 점에서 선구적인 업적이 바로 본문에서도 인용하는 몽테스큐의 『법의 정신』(1748년)이다. 교역활동을 통하여 서로 접촉하게 됨으로써 서로 이해를 깊이하고 편견이 제거되어 간다. 또 상업은 기본적으로 등가교환에 기하는 것이므로 利害가 공통화하고, 상대방을 속이거나 무례하게 굴어서는 원만한 거래가 성립하지 않는다. 이로써 종래 무장계급, 즉 무사들이 조국의 방위나 정복을 위한 무력행위의 종사에 의하여 자신을 특권계급화한 데 대하여, 「통상」은 각자의 私利의 추구를 긍정하면서도 새로운 도덕을 창출하여 간다. 즉 「정복의 정신」에 대신하여 「근면과 질서의 정신」을 갖춘 새로운 「명예」의 계급이 대두하는 것이다. 『법의 정신』, 20편 이하 참조.

종류의 富는 각 국가에만 속한다. 그러나 동산, 예를 들면 금전, 증권, 환어음, 은행 또는 회사의 주권, 선박, 기타의 모든 물품은 전세계에 속한다. 전세계는 이 관계에서는 모든 사회를 구성원으로 하는 오직 하나의 국가를 이룬다. 이들 동산을 가장 많이 가지는 사람이 가장 부유한 것이다. 각국은 자국의 물품의 수출, 그 공장의 노동, 그 상인의 근면 및 발견에 의하여서, 때로는 우연에 의하여서도, 이를 얻는다.

부동산과 동산의 구별에 의하여 우리는 순수히 민사적인 물건과 상사적인 물건의 관념을 제시하는 것이다. 동산은 상거래의 분야에 속하고, 부동산은 특별히 민사법의 영역에 속한다.⁴⁶⁾

[78. 의제부동산]

다만 토지나 기타 민사상의 목적물의 종속물이나 부속물로 생각될 수 있다는 이유에 기하여 부동산으로 간주되는 동산도 있다.⁴⁷⁾

구체제 아래서는 특권이 있는 사람과 없는 사람, 귀족과 평민의 구별이 물건에 대한 관계에서도 일련의 구별을 발생시켰다. 그러나 이제 이는 소멸하였고, 이를 재생시킬 수는 없다.

[79. 종전에는 재산을 특권 있는 것과 특권 없는 것으로, 또 봉건적 재산·부담부 재산·자유재산으로 분류하였다. — 위원회는 건물을 위한 역권과 토지를 위한 역권만을 존속시켰다]

전에는 물건이 사람 자체와 마찬가지로 분류되고 있었다고 해도 좋을 것이다. 그리하여 봉건적 재산과 비봉건적 재산, 부담부 재산과 자유재산이 있었다. 이제 이러한 것은 일절 존재하지 않는다. 우리는 단지 건물을 위한 役權과 토지를 위한 역권을 남겨 두었다.⁴⁸⁾ 이들 권리는 인간의 생활이 밀접하게 됨으로써 불가결

46) 여기서 동산이 「상거래(commerce)」에 속한다고 하는 것은, 뒤에 동산의 유통과 관련한 법리(87항 이하)의 설명에서도 알 수 있듯이, 동산에 관한 법리가 민법에 의하여 처리될 문제가 아니라는 의미는 아니고, 동산의 유통은 오늘날 상인 아닌 일반사인의 경우에도 그렇듯이 주로 상거래(적어도 일방당사자가 상인인 거래)에 기반을 두고 행하여진다는 것일 뿐이다.

47) 프랑스민법 제524조 제1항은 “부동산소유자가 그 부동산의 역무 또는 경영(pour le service et l'exploitation)을 위하여 그에 종속시킨 물건”을 「용도에 기한 부동산(immeubles par destination)」이라고 정의하고 있다.

48) 토지를 위한 역권(servitude rurale)과 건물을 위한 역권(servitude urbaine)에 대하여는

하게 되는 것으로서, 사회를 유지할 수 있게 하는 유일한 요소, 즉 의무와 배려로부터 도출된다.

[80. 소유권. — 사용권. — 용익권. — 정기금]

재산의 여러 가지 성질에 대하여 논함에 있어서 우리는 단순한 사용권을 용익권으로부터 구분하고,⁴⁹⁾ 또한 용익권을 소유권으로부터 구분하였다. 우리는 개인의 재산에 포함될 수 있는 다양한 종류의 定期金이나 권리를 열거하였다.

이들 여러 대상에 대하여 우리가 제시하는 규칙의 상세를 여기서 들어 말할 필요는 없을 것인데, 그 규칙들은 모든 시대를 통하여 행하여져 오던 것에 상응하는 것이다. 우리는 다만 더 이상 사물의 현재의 상태에 맞지 않게 되었거나 또는 경험상 그 불합리가 드러난 것은 이를 변경하거나 수정하였다.

XIII. 取得의 態樣

[81. 계약과 상속에 의하여 취득하고 이전한다]

계약과 상속은 지금까지 가지지 못하던 것을 취득하고 가지고 있던 것을 처분하는 중요한 수단이다.

[82. 계약의 원칙과 방식]

계약을 다룸에 있어서 우리는 먼저 모두에 적용될 수 있는 자연법의 원칙을 전개하였다.

이어서 계약의 체결에서 채택하여야 하는 방식에 대하여 정하였다.

[83. 계약의 증명]

프랑스민법 제687조에서 별도의 이름이 붙여져 있으나, 그 내용은 별다른 차이가 없다. 이는 로마법의 *servitutes praediorum rusticorum*(농업용 지역권)과 *servitutes praediorum urbanorum*(건축용 지역권)의 구별에 연유하는데, 로마법에서는 전자만이 手中物에 속한다는 커다란 차이가 있었다.

49) 사용권(*droit d'usage*)이란 일종의 물권으로서(프랑스민법 제625조 이하 참조), 용익권(*usufruit*)과는 단순한 사용만을 내용으로 하고 과실수취 등 용익을 할 수 없다는 점에서 다르다. 그러나 “사용권자 자신 및 그 가족의 수요에 필요한 한도에서는” 과실수취권을 가지는(제630조) 등으로, 그 차이가 현저한 것은 아니다.

서면은 모든 문명국민 사이에서 계약에 대한 1차적인 증거이다. 다만 우리는 지금까지의 법 전부가 그러했던 바에 좇아, 서면에 의한 증거의 단서가 존재하는 경우에는 증인에 의한 입증을 허용하였다. 그리고 거래소나 공공시장에서 또는 우연한 대화를 통하여 행하여지는 상거래에 있어서는, 이 서면에 의한 증거의 단서조차 요구되지 않는다.

[84. 계약의 자유와 그 한계]

일반적으로 사람은 자신에 이해관계가 있는 것 전부에 관하여 자유롭게 거래를 할 수 있어야 한다. 필요가 그들을 서로에게 접근시킨다. 계약은 그 필요가 느는 만큼 늘어난다. 사람이 할 수 있는 계약에 대하여 그 수를 확정하고 그 종류를 고정할 수 있는 입법이란 이 세상에는 결코 없다. 그렇기에 로마법에서는 무명계약이라는 이름으로 인정되었던 일련의 계약이 존재하는 것이다. 계약의 자유는 오로지 正義, 선량한 풍속, 그리고 공익에 의하여서만 제한될 수 있다.

[85. 한계 확정의 어려움]

그러나 모든 면에서 어려운 문제가 발생하는 것은, 바로 이 한계를 확정하려고 하는 때이다.

정의가 무엇인지 명백하게 드러나는 경우가 있다. 예를 들면 조합원이 위험은 분담하지 않으면서 조합의 이익에 참여하려는 경우가 그러하다. 이러한 주장은 역겨운 것으로서 그 약정의 문언 자체가 불공정을 표출하고 있으므로, 그것이 정의에 반함을 약정 밖의 사정에 의하여 설명하려고 할 필요가 없다. 그러나 정의의 문제가 다른 문제들, 많은 경우에 법학에는 익숙하지 않은 문제들과 서로 얽히는 경우도 있다. 우리가 소작계약에 포함된 어떠한 조항이나 약정이 정의로운지 부정의인지, 유용한지 위험한지를 알려면, 농업에 대한 우리의 지식을 들추어 내야 한다. 이자부 소비대차나 독점에 대하여, 해상운송계약에 들어 있는 조항의 적법성에 대하여, 기타 이와 유사한 문제들에 대하여 우리의 끝날 줄 모르는 논의에 종지부를 찍게 하는 것은 우리의 상업적 지식인 것이다. 이러한 사항들에 있어서는 법이나 도덕의 문제가 숫자나 경제의 문제에 종속적인 지위에 놓여 있다는 것을 쉽사리 알 수 있다.

[86. 이자부 소비대차를 허용한 이유. — 법률로 그 이율을 정할 것인지의 문

제. — 위원회가 이를 정하지 아니한 이유]

금전은 모든 가치의 징표이다. 이는 이익이나 과실을 낳는 모든 것을 얻을 수 있게 한다. 그렇다면 이 징표를 필요로 하는 사람이, 그가 필요로 하는 모든 물건에 대하여 사용료를 내야 하는 것처럼, 이 경우에도 사용료를 물어야 한다고 하지 못할 이유가 어디에 있는가? 다른 모든 물건과 마찬가지로, 금전도 주거나 빌려주거나 빌리거나 팔 수 있다. 토지양도부 정기금계약⁵⁰⁾은 하나의 양도이다. 이자부 소비대차는 하나의 임대차행위이다. 일정액의 금전을 무상으로 사용하도록 허용하는 것은 단순한 소비대차이다. 이자를 정하지 않고 그 반환도 바라지 않는 무상행위는 증여이다. 증여나 소비대차는 고결한 행위이다. 그렇다고 해서 임대차나 양도가 부정한 행위인 것은 결코 아니다.

사회의 거래관계가 원만하게 진행되려면, 금전도 그 대가를 받아야 한다. 그렇지 않으면 빌려주는 사람이 없게 된다. 더 적절하게 말하면, 빌려주는 사람이 있기는 한데, 裏面契約를 통하여 위법행위를 하는 위험의 대가를 매우 비싸게 지급하도록 함으로써 법의 부조리함을 양갓음할 수 있는 사람만이 금전을 빌려주려 할 것이다. 이자가 금지된 때만큼 폭리행위가 활개치는 시기는 아직 없다. 정직하고 필연적인 일을 금지함으로써, 이를 하는 사람을 타락하게 하고 부정직한 사람으로 만드는 것이다.⁵¹⁾

[86-1. 법정이율의 문제]

금전이 대가를 받아야 하더라도, 그 대가는 너무 고액이어서는 안 된다.⁵²⁾ 금전의 적절한 이자는 모든 유용한 사업을 북돋운다. 그것은 새로운 개발에 착수하

50) *rente à fonds perdu*. 이는 토지의 소유자가 그 토지를 양도하고 양수인으로부터 대금에 갈음하여 연금을 받기로 하는 계약을 말한다. 이 연금수취권은 물권적 효력을 가지고 있어서, 양수인이 목적토지를 제3자에게 양도한 경우에도, 적어도 그 권리자가 생존하고 있는 한, 그 토지에 수반되었다. 이는 古法時代에 빈번히 행하여졌는데, 혁명 후에도 폐지되지 아니하였다.

51) *Carbonnier*(註 21), p.330에 의하면, 1804년의 프랑스민법이 부동산자본주의만을 구현하고 금융자본주의를 도외시켰다는 견해, 즉 토지부르조아만을 옹호하고 금융부르조아의 힘을 알지 못했다는 견해는 오류이다. 그는 그 증거로, 동법 제1304조에서 계약의 자유를 정한 것 및 공화력 11년 芽月 7일(1803년 3월 28일)의 법률에 의하여 1프랑금화와 1프랑은화의 비교가격이 15.5 : 1로 고정된 것과 함께, 동법 제1905조에서 정면에서 인정된 이자부 소비대차의 자유(“금전이든, 상품이든, 기타의 동산이든, 단순한 대차에 있어서 이자를 약정하는 것은 허용된다”)를 든다.

52) 프랑스민법 제1907조 제1항 제3문은 약정이자의 제한을 다른 법령에 미루고 있다.

려는 토지소유자에게 합리적인 대가를 치르고 원조를 받을 수 있다는 희망을 준다. 그것은 상인이나 공장경영자에게 외국의 산업과 겨루어 지지 않을 능력을 부여한다.

금전의 대가는 관청과는 무관계하게 정하여진다. 정부는 강행적 법에 의하여 이를 확정할 것을 바랄 수 없다. 그러나 저당계약이나 모든 공적 행위에 대하여는 법정이자가 적용되어 왔다. 통상의 민사거래에서는, 그 관계가 일정한 확실성을 가지고 평가될 수 있으므로, 이자의 추이를 지나친 탐욕이나 유별난 책략이나 대여자의 전횡에 맡길 것이 아니라고 믿어져 왔던 것이다. 이와 같이 민사관계를 지배하는 법정이자와는 별도로, 상거래에서는 이자가 변동하는데, 이는 불변하는 명확한 법률의 대상이 될 수 없는 것이다.

우리는 법정이자의 확정은 다루지 않았다. 그 결정은 성질상 정부에 속하는데, 정부가 이에 대하여 취하는 조치는 성급한 것이어서는 안 된다.

법정이자는, 그것이 거래에서의 금전의 이율과 조화하지 않으면 존중되지 않는다. 현재로서는 잘 알려진 다수의 원인으로 말미암아 이 조화가 깨져 있다. 평화가 돌아오면, 상거래는 새로운 활력을 찾고, 국가의 지출은 감소하고, 정부의 부득이한 시책은 종결될 것이다. 그 때에는 균형이 회복되어서 거래관계는 다시 성실이 지배할 것이다.

그러나 민사법률은 대여자에게 온당한 보수를 받아 만족할 수 있다는 안심감을 줌으로써 이 바람직한 혁명을 준비할 수 있다. 즉 신용을 고취하는 제도나, 연대보증 또는 통상의 보증에 관한 잘 만들어진 규정이나, 저당권의 안정성을 보장하는 현명한 법률이나, 또 채권자의 채무자들에 대한 조치를 간소화함으로써 그 조치를 보다 신속하게 보다 적은 비용으로 취할 수 있게 하는 현명한 법률은, 금전의 순환활동을 유지하는 데 매우 적절하다. 그 순환활동은 이율, 나아가 국민의 번영에 매우 큰 영향을 미치는 것이다.

분명히 이자율은 국가의 맥박이다. 그리하여 그것은 정치적인 신체의 모든 병을 드러내 준다. 그 이자율이 온당함은, 진정한 부와 공중의 행복의 가장 명백한 표징이다.

[87. 민사거래와 상사거래의 차이 및 양자를 규율하는 법률의 차이]

금전은 동산이든 부동산이든 다른 모든 물건의 가격을 규율한다. 가격은 매수의 목적이 되는 물건이나 물품들의 상대적인 多寡를 비교함에 의하여 정하여진

다. 그것은 법규정에 의하여 정하여질 수 없다. 이 문제에 대한 제1의 원칙은 경쟁과 자유에 맡긴다는 것이다.

금전을 사용하기 전에는 사회의 모든 거래는 단순한 대차나 교환에 의하여 행하여졌다. 금전이 사용된 후로는 매도나 매수, 그리고 우리가 민사생활상의 거래라고 부르는 것을 구성하는 다른 많은 행위가 행하여지게 되었다. 우리는 이들을 규율하는 주요한 규칙을 정하였다.

원래 민사생활상의 통상의 거래(commerce)는 상호간의 필요와 일정한 편의에 의하여 서로 다가서는 개인들이 맺는 계약적 약속으로 환원될 수 있다. 그러나 이러한 민사생활상의 통상의 거래와 고유한 의미의 상거래(commerce)를 혼동하여서는 안 된다. 고유한 의미의 상거래는 그 영위에 의하여 국민과 민족을 서로 접근시키고 인류의 보편적 사회의 필요에 대응하는 것으로서, 거의 모든 경우에 행정과 정치라는 거대한 관점과 결부되어 있다. 따라서 이는 특별한 법률에 의하여 규율되어야 하고 민법전의 구상 안에 들어올 수 없는 것이다.

이러한 법률의 정신은 민사법률의 정신과 근본적으로 다르다.

물론 민사에 관하여도 상사에 대하여서와 마찬가지로 계약에 있어서의 신의성실, 상호성, 그리고 평등이 필요하다. 그러나 이러한 계약상의 신의성실, 평등, 상호성을 보장하는 것과 관련하여서는 민사거래에 대하여 상사거래와 마찬가지로 생각하는 것은 잘못이다.

예를 들면 상거래에서 소유물반환청구의 소권을 논외로 하는 것은 현명한 일이다. 왜냐하면 이러한 종류의 거래는 동산에 대하여 이루어지는데, 이는 빠르게 유통되어서 아무런 흔적도 남기지 않으므로, 그 동일성을 확인하고 이를 식별하는 것은 거의 모든 경우에 불가능하다고 할 수 있기 때문이다. 그러나 민사거래에서는 거의 모든 경우에 부동산이 대상이 되는데, 부동산은 확정된 자리가 있고 누구의 손에 넘어가든 추급할 수 있으며 또 그 영속성으로 말미암아 정의가 달성되려면 요구되는 모든 審理를 가능하게, 아니 용이하게까지 한다. 그러므로 이에 대하여 소유물반환청구소권을 부인하는 것은 不正이고 또 부조리인 것이다.

상거래에서는 정당가격의 반 이상의 손해를 이유로 하는 취소의 소권은⁵³⁾ 결

53) lesion이란 「과잉손해」라고도 번역되는데, 쌍무계약이나 분할에서 각 당사자의 급부 또는 취득분 사이에 불균형이 존재함으로 인하여 발생하는 손해를 말한다. 프랑스민법에서 이 손해는 법률이 정하는 일정한 요건 아래서 당해 행위의 취소(rescission)를 소구할 수 있게 한다. 본문에서의 설명과 관련하여서는, 부동산매매계약에서 매도인이 목적부동산의 「객관적인 가격」의 12분의 7 이상의 손해를 입은 경우가 그러하다(프랑

코 인정되지 않고 있다. 왜냐하면 상거래의 대상이 되는 물건의 유동성, 위험, 불안정성, 그리고 상거래행위를 감싸고 있는 우연적 사정 등이 이 소권을 허용하지 아니하기 때문이다. 또한 지폐가 지배하는 시대에, 그리고 그 지폐의 가치가 다소간 급격하게 저락하는 시대에, 민사에 있어서도 그 취소소권을 폐지한 것은 타당한 일이다.⁵⁴⁾ 그러한 시기에는 민사에 관하여도 상사에서와 마찬가지로의 유동성과 불안정성이 존재하는 것이다. 그러나 오늘날에는 우리는 그 소권을 다시 인정하여야 한다고 생각하였다. 왜냐하면 이 권리가 회복되어도 법원이 이를 별다른 어려움 없이 처리할 수 있고, 이제 私的인 계약은 전과 같이 공공권의 무질서에 의하여 위협을 받지 않기 때문이다.

[88. 저당권에 대한 법제의 필요. — 공화력 7년 霧月 11일의 법률에 대한 비판. — 구저당권제도 및 1771년 칙령에 복귀하는 것의 제안]

상거래에서는 가장 큰 재산도 눈에 보이지 않는 일이 빈번하여서, 재산보다도 사람이 추급을 받는다. 그러므로 質이나 抵當은 거의 행하여지지 않는다. 그러나 민사에 있어서는 사람보다도 오히려 재산이 추급되므로, 저당권에 관한 법률이 필요하게 된다. 즉 재산에 대하여 사람들이 구하는 모든 보장을 부여하는 법률이 필요하게 된다. 그러나 그렇다고 해서 지나치게 주의할 필요는 없다. 이 점에 관한 최근의 법률은 극단적이었다. 정책상의 좋은 도덕적 선과 마찬가지로 항상 두 극단의 사이에 있다.

과도하게 통치하는 것은 잘못 통치하는 것이다. 다른 사람과 교섭을 맺는 사람은 주의깊고 지혜로울 터이다. 그는 자신의 이익에 주의를 기울이고, 적절한 정보를 모으며, 유용한 것을 소홀하게 다루지 않을 것이다. 법률의 임무는 우리를 타인의 부정행위로부터 보호하는 것이지, 우리가 자신의 고유한 이성을 사용하지 않아도 되도록 하는 것이 아니다. 만일 그렇지 않다면, 사람의 삶은 법률의 감시 아래 놓이게 되어서 그것은 길고도 부끄러운 미성숙상태 이외의 아무것도 아니

스민법 제1674조: “매도인이 부동산의 가격의 12분의 7을 넘는 과잉손해를 입은 때에는, 매도인은 매매의 취소를 청구하는 권리를 가진다. 매도인이 계약에서 그 취소를 청구하는 권리를 명시적으로 포기하는 때 및 매매대금과 실제 가치와의 차이를 매수인에게 증여한다는 뜻을 표시한 때에도 또한 같다”).

54) 이는 공화력 3년 實月 14일(1795년 8월 31일)의 법률이 부동산매매에 대하여 과잉손해로 인한 취소소권을 폐지한 것을 가리키는 것이다. 그것은 대혁명의 개인주의적 정신의 발로이기도 하나, 다른 한편 혁명시대의 지폐의 급격한 가치저락에 그 이유가 있었다.

게 된다. 그리고 그 감시는 저절로 査問制度로 타락할 것이다.

법률은 사람의 악성의 발동을 방지하고 금압하기 위하여 만들어지는 것으로서, 어떠한 솔직성, 어떠한 순진함을 지녀야 한다는 것이 또다른 하나의 원칙이다. 누군가 범할 여지가 있는 모든 악이나 잘못에 대응하여야 한다는 생각에서부터 출발하면, 모든 것이 실패로 돌아간다. 그렇게 하면 정책을 무한히 늘려야 하고, 시민에 대하여 파괴적인 결과를 낳는 보호만을 주게 된다. 그리고 구제수단이 그로써 대응하고자 하는 악보다 더 나쁘게 될 것이다. 어떤 인간은 매우 악하기는 하지만, 그래도 대중을 현명하게 통치하려면 인간 중 최악의 인간도 사실이 그러한 것보다는 선하다고 가정하여야 한다.

그런데 최근에 저당권에 관한 법률을 마련하면서는 이러한 원칙이 아주 잊혀진 것으로 보인다.

사람이 교섭을 가짐에 있어서 서로 속여도 된다고 말하는 것은 물론 아니다. 그러나 신뢰와 신의가 자유롭게 행동할 여지를 어느 정도 남겨 두어야 한다. 사람을 불안하게 하는 신중하지 못한 정책은, 부정행위는 없애지 못하면서 신용을 자리잡지 못하게 하고, 보호는 주지 못하면서 번잡스럽게만 한다. 실제로 우리는, 저당권에 관한 최근의 법률들이 막대한 비용을 요하는 절차로 인하여 사회의 거래관계 전반을 마비시키고 또 관련 당사자 모두를 지치게 하는 데 기여하였을 뿐이고, 나아가 저당권제도를 보존한다는 외견상의 목적에도 불구하고 오히려 그것을 위협에 빠뜨리는 성질을 가지는 것이었다고 생각하지 않을 수 없다. 우리는 사람들로 하여금 의혹을 덜 가지도록 하는 보다 온건한 제도로 돌아가야 한다고 생각하였다.

우리는 저당권제도의 보존에 관한 법률의 진정한 기원에 대하여 잘못된 생각을 가져서는 안 된다. 그것은, 민사적 행위를 통제하고 등록하게 하려는 법률에서와 마찬가지로, 진적으로 재정상의 목적에 연유하는 것이다. 우리는, 재정이 입법과 현명하게 동맹관계를 맺을 수 있으며 국고의 이익이 경찰의 이익과 유익하게 결합될 수 있음을 알고 있다. 그러나 이들 결합에 있어서 입법이나 경찰의 이익이 국고의 이익을 위하여 희생이 되지 않도록 항상 경계할 필요가 있다. 예를 들면 등기는 재정상 제도의 하나인데, 이는 재정상의 이익 외에도 시민들의 이익도 동시에 충족한다. 즉 개인 사이의 계약 및 증서의 진실성을 확보하는 것이다. 그러나 이것이 극단에 흐르면, 이는 유용성을 상실하고, 나아가 불행을 가져오게 되기조차 한다. 인간은 앞으로 닥쳐올 위협보다 현재의 이익에 마음을 빼앗기기

쉬운데, [등기에 있어서] 세금을 과도하게 매기는 것은 인간을 욕심으로 말미암아 대담하게 하여서 口頭의 또는 숨겨진 계약에 의하여 그 안전이 위협되도록 만든다.⁵⁵⁾ 그런데 그러한 계약은 원래 그 안전을 보장할 수 없는 성질의 것이다. 등기세가 온당한지 과도한지와는 별도로, 그것이 너무 다툼의 여지가 많은 방식으로 수납되는 경우, 바꾸어 말하면 이들 세금의 징수가 법학의 극도로 미묘한 문제에 걸려 있어서 관리인이나 소작인이 이 신비로운 애매함을 기화로 사람의 능력 중 가장 위험한 것을 실행할 수 있는 경우도 역시 커다란 피해를 낳는다. 우리가 등기에 대하여 말한 바는 저당권법전⁵⁶⁾에도 타당하다. 이들 제도 전반에 걸쳐서 지나치게 세밀한 것은 피하고, 안전의 확보에 비용이 너무 많이 들지 않도록 하여야 한다. 그리고 국고의 이익과 입법의 이익을 조화시키도록 노력할 일이다. 경험에 의하면, 이 문제에 관하여 과도한 세금은 그 징수를 감소시키며, 국고는 국민에게 불이익을 가하기 전에 스스로 그 나름의 손실을 입게 된다.

[89. 위원회는 영소작권이 봉건적이라고는 생각하지 않으나 그것의 부활을 감행하지 않았다]

우리는 혁명 이래 부동산매매에 대하여 행하여진 축복할 만한 개혁을 유지하였다. 부동산매매는 이제 저 수많은 조세, 그리고 1년 또는 그 이상의 기간 동안 매매목적물을 안정된 소유자 없이 방치하여 둔다는 무서운 불합리를 수반하는 法定還買의⁵⁷⁾ 부담으로부터 벗어났다. 이들 부담은 농업에 대하여 현저한 해를 끼쳤었다. 그러나 봉건제의 가장 사소한 잔재도 씻어낸다는 구실 아래 永小作⁵⁸⁾

55) 즉 등기에 과도한 세금을 부과하게 되면, 사람들은 단순히 계약만을 하고 등기를 하지 아니함으로써 자신의 이익을 스스로 해치게 된다는 취지이다.

56) Code hypothécaire. 이는 공화력 3년 收穫月 9일(1795년 6월 27일)의 법령을 가리킨다. 이는 전문 279조로 된 법률로서, 저당권에 대하여 획기적인 공시제도를 도입하였다. 그러나 그 절차가 지나치게 번잡하고, 등기관리공무원의 책임을 매우 무겁게 규정하였다.

57) 봉건시대에는 從者が 그 봉지를 타인에게 매도한 경우에 영주가 양수인이 마음에 들지 않으면 그 시가를 지급하고 이를 환매할 수 있었고(領主還買權. retraits feodal), 이를 면하려면 종자는 그 봉지의 1년분의 수확을 영주에게 납부하여야 했다. 또 가족세습재산이 가족 이외의 사람에게 양도된 경우에는 同一家系の 친족이 이를 환매할 수 있는 家系還買權(retraits lignager)도 인정되었다. 이러한 환매권은 최대한 1년과 1일 동안 인정되었으므로, 매수인으로서의 자신의 권리취득을 확신할 수 없어서, 경작이나 개량을 방지하는 경우가 적지 않았다고 한다.

58) bail emphytéotique. 현재의 프랑스민법에서는, 18년으로부터 99년까지의 기간으로 부

이나 부동산정기금계약⁵⁹⁾을 폐지한 것은 지나쳤다고 생각한다. 이들 제도는 봉건적 계약이 전혀 아니며, 오히려 농지의 개간을 조장하고, 대지주로 하여금 자신이 정성으로 경작할 수 없는 토지를 팔지 않을 수 없도록 하며, 나아가 수완에 따라서는 큰 부를 이룰 수 있는 부지런한 경작자로 하여금 소유자가 될 수 있는 손쉬운 길을 열어주는 것이었다. 그런데 이러한 계약들은 항상 매우 특수하고 극히 복잡한 입법을 요구하는데, 물론 우리는 그러한 입법에 따르는 커다란 난점을 외면할 수는 없다. 그리하여 우리는 이들을 재생시키는 것이 적절한지 여부의 결정을 정부의 지혜에 맡기도록 하였다.

[90. 부부재산계약. — 각 제도의 배합]

부부재산계약 *contrat de mariage*은 민법전초안 중에서 특수한 지위를 차지한다.

이 계약은 가족과 가족을 결합시켜서 새로운 가족을 만들고 나아가 인간의 번창에 기여하는 바 크므로, 이에 자유로운 형성의 여지를 가장 크게 인정하였다.

稼資制⁶⁰⁾ 성문법지방의 제도이고, 공통재산제⁶¹⁾ 관습법지방의 관습을 이루고 있다.

혼인당사자들은 이 문제에 대하여 자신들에게 적당하다고 판단되는 개별적인 법을 계약에 의하여 스스로 정할 수 있다.⁶²⁾

특별한 계약이 없는 경우에는,⁶³⁾ 당사자들은 공통재산제에 의하는 것으로 한

동산을 소액의 차임으로 빌려주면서 그 부동산을 경작·개량할 의무를 부담하게 하는 계약을 말한다. 永小作者(*emphytéote*)의 권리인 永小作權(*emphytéose*)은 물권적 성질을 가진다.

59) *bail à rente foncière*. 이는 앞의 註 50에서 본 「토지양도부 정기금계약」과 같은 것이다.

60) *dots*. 로마법에 기원을 두는 부부별산제의 일종. 원시프랑스민법에서는 특별한 약정으로 이를 채택할 수 있는데, 가자제(제1540조 이하)에 의하면, 처의 재산은 「가자(*biens dotaux*)」와 「稼資外 財産(*biens paraphernaux*)」으로 나뉘어져서, 가자는 그 소유권이 처에게 속하고 부에게는 일정한 용익권이 인정되었다. 그리고 가자에 대하여는 원칙적으로 양도도 압류도 금지되었다. 또 가자의 재산은 가사비용의 분담을 위하여 그 관리와 용익이 부에게 맡겨졌다. 이 제도는 1965년 7월 13일의 법률에 의하여 폐지되었다.

61) *communauté*. 이에 대하여는 뒤의 註 64 참조.

62) 이와 같이 약정에 의하여 정하여지는 부부재산제를 「約定財産制 *régimes conventionnels*」라고 부른다.

다.⁶⁴⁾

우리는 당사자들이 서로에 대하여 인정할 수 있는 이익을 규정하였다. 혼인관계는 모든 결합 중에서 가장 온화하고 가장 필연적인 것으로서, 우리는 이러한 혼인관계의 정신에 따랐다.

[91. 기타의 계약]

기타의 계약에 대하여 우리는 일반적인 규칙을 정하는 데 그쳤다. 이 점에 대하여는, 우리가 고대로부터 전해 내려오고 또 인류와 함께 발전한 여러 원리를 벗어나는 일은 앞으로도 없을 것이다.

XIV. 相續

[92. 소유권은 자연법상의 것이나, 사후에 無遺言으로 또는 유언에 의해 이를 이전하는 권능은 실정법상의 제도이다]

우리는 민법전에서 상속의 순위를 정하는 부분이 중요성의 점에서 뒤떨어진다고는 생각하지 않았다.

63) 이와 같이 특별한 약정이 없는 경우에 적용되는 부부재산제를 「法定財産制 régimes légaux」라고 부른다. 즉 夫婦財産制 régime matrimonial는, 약정재산제와 법정재산제로 나뉘어진다.

64) 프랑스의 원시민법전은 법정재산제로 소위 動産·後得財産共通制를 채택하였다. 이는 부부의 공동재산, 夫의 고유재산 및 妻의 고유재산이라는 3개의 財産體 masses de biens를 포함한다. 그 각각의 재산의 구성과 권한은 다음과 같다. (i) 共通財産 biens communs은, 부부가 ① 혼인 전부터 가지는 동산, ② 혼인 후에 상속·재산·증여(뒤의 註 71에서 보는 liberalités도 참조. 이하 「상속 등」이라고 한다) 이외의 원인으로 취득한 부동산 및 ③ 혼인 후에 취득한 동산(다만 증여를 원인으로 하는 경우에 증여자가 수증자의 고유재산으로 한다는 뜻을 표명한 경우를 제외한다. 동법 제1401조 제1호 후단 참조), 특히 각각의 고유재산 및 공동재산의 收益으로 이루어진다(동법 제1401조, 제1402조). 공동재산의 관리권 및 처분권은 夫에 속하는데(동법 제1421조), 다만 무상처분은 일정한 제한을 받는다. (ii) 夫의 고유재산 biens propres du mari은, 부가 ① 혼인 전부터 가지는 가지는 부동산 및 ② 혼인 중에 상속 등으로 인하여 취득한 부동산으로 이루어진다. 그 관리권 및 처분권은 부에 專屬한다(동법 제1404조, 제1405조). (iii) 妻의 고유재산 biens propres de la femme의 구성은 부의 고유재산과 동일하다. 그 관리권은 부에 전속하고(동법 제1428조 제1항), 소유권에서 收益權 jouissance (이는 앞서 본 대로 공동재산에 속한다)을 공제한 권리, 즉 관념적인 소유권원을 의미하는 虛有權 nue-propriété의 처분권이 처에게 속한다. 그러나 妻는 무능력이므로(동법 제217조), 허유권도 부의 동의 없이는 처분할 수 없다.

상속권은 그 기초를 자연법에 두는가 아니면 실정법에 두는가? 이 커다란 문제는 우리가 구축하는 체계가 어떠한 것인지에 따라 해결된다.

사람은 충족되어야 할 필요를 가지고 태어난다. 그는 먹고 입어야 한다. 그러므로 사람은 자신의 생존과 유지에 필요한 물건에 대한 권리를 가진다. 이것이 소유권의 기원이다.

만일 토지가 분할되지 않았다면, 또 각 개인에게 그 토지를 평온하게 가지는 것이 보장되지 않았다면, 누구도 나무를 심거나 씨를 뿌리거나 건물을 세우거나 하지 않았을 것이다.

그러므로 소유의 권리 그 자체는 자연의 직접적인 제도이고, 그것이 행사되는態樣은 권리 그것에 부속적인 것으로서 그 발전이고 그 결과이다.

그러나 소유권은 소유자의 삶과 함께 끝난다. 그렇다면 소유자가 죽은 다음에는 그의 사망으로 주인을 잃은 그 소유물은 어떻게 되는가?

[93. 그 권능이 발생시키는 문제들]

良識, 이성, 공공복리는 그것이 버려지는 것을 용납하지 않는다. 그리하여 이를 소유자의 가족에게 남기자는 주장이 편의와 형평이라는 강력한 이유에 기하여 제기된다. 그러나 정확하게 말하면, 그 가족의 어떠한 구성원에게도 소유권을 요구할 엄격한 권원은 없다. 자식들 사이에서는, 자식이 없는 경우에는 근친자 사이에서는, 어떻게 분할을 할 것인가? 어떠한性に 다른 성에 대하여 유리한 지위를 줄 것인가? 장자상속제에 어떠한 우위를 인정할 것인가? 자연자와⁶⁵⁾ 적출자를 동등하게 취급할 것인가? 자식이 없는 경우에는 모든 방계혈족에게⁶⁶⁾ 親等을

65) 여기서 自然子(enfant naturel. 혹은 私生子라고도 한다)란, 혼인외의 출생자, 즉 非嫡出子(enfant illegitime)를 모두 가리키는 것으로 생각된다. 이에는, 부모 쌍방이 누구와도 혼인관계에 있지 아니한 경우(이 경우의 아이만을 자연자라고 부르기도 한다. 이 경우에 그 부모의 사후적인 혼인 또는 법원의 판결에 의하여 아이가 準正 legitimisation된 때에는 準正子 enfant légitimé라고 하여 적출자와 같이 취급된다)와 적어도 일방이 제3자와 혼인관계에 있는 양친으로부터 태어난 소위 姦生子(enfant adultérin)가 포함된다.

66) 혈족관계(parenté)는 일방이 타방과 직접의 출생관계를 가지는 직계혈족(parenté en ligne directe. 부모와 자, 조부모와 손 등)과 양자가 공통의 선조를 가지는 방계혈족(parenté en ligne collatérale. 형제자매, 중형제 등)의 둘로 나누어진다. 그리고 위와 같은 혈족관계가 있는 사람들 사이에서는 다시 親等(degré. 또는 degré de parenté)이 문제되는데, 친등은 그 사이에 존재하는 세대(génération)의 수에 의하여 정하여진다. 그러므로 친등은 우리나라에서 흔히 말하는 寸數와 같은데, 법률상의 용어로서는 우

불문하고 차별없이 상속권을 인정할 것인가? 유언의 권능은 이를 인정할 것인가? 아니면 부인할까, 혹은 이를 제한할까?

[94. 소유자의 사망 후 상속인이 없는 재산에 대하여 국가는 아무런 권리가 없다. 국가는 단지 상속순위를 정하기 위하여서만 개입한다]

이러한 문제들에 대하여 국가의 개입은 불가피하다. 무릇 누군가에게 상속의 권리를 부여하고 보장하여야 하고, 또 분할의 방법을 정하여야 하기 때문이다. 소유자의 사망으로 인하여 공석이 된 재산에 대하여는 우선은 어떠한 고유한 의미의 권리도 인정되지 않으며, 단지 국가의 권리 자체만이 있을 뿐이다. 그러나 오해하여서는 안 되는 것이, 이 권리는 상속권이 아니고 상속권일 수도 없다. 그것은 단순한 관리와 통할의 권리이다. 개인의 재산에 대한 상속권이 공권력에 부수하여 인정되는 특권의 일부를 이룬 일은 아직 없었다. 타키투스의 『아그리콜라의 생애』⁶⁷⁾ 중에 다음과 같은 一節이 있다. 로마의 황제가 자신의 다른 재산에 대하여 불법한 권리주장을 하지 못하도록 하기 위해서, 부득이 자신이 남기는 재산의 일부에 대하여 황제를 상속인으로 지정할 필요가 있었다, 그리하여 사람들은 이들 황제를 폭군이라고 저주하였다는 것이다. 그러므로 국가는 상속하지 아니한다. 국가는 단지 상속의 순위를 정하기 위하여 끌어온 것일 뿐이다.

법률의 존재가 필요한 것과 마찬가지로, 그러한 순위에 대한 규칙이 있어야 한다. 그러므로 상속권은 일반적으로 하나의 사회적 제도이다. 그러나 상속재산의 분할의 방법에 관한 모든 것은 단지 정치적 법 또는 시민적 법에 속한다.

[95. 이 점에 대하여 공법과 사법의 원칙은 어떻게 서로 다른가, 또 어떠한 경우에 일방이 타방에 쫓는가?]

정치적 법률은 보다 일반적인 관점에 서는 것으로서 개인의 편익만을 고려하여서는 안 되므로, 형평의 원리보다는 國家理性에 의하여 지도된다. 이에 반하여 시민적 법률은 개인 사이의 권리와 편익을 규율하는 것을 주된 임무로 하므로, 국가이성보다도 형평에 기울어진다.

로마 초기의 상속에 관한 규칙은 정치적 법에 의하여 인도되었다. 그래서 그 규칙은 우리에게 기이하게 여겨지는 규정도 포함하고 있다. 토지는 균등하게 분

리나라에서도 「친등」이라고 한다. 예를 들면 민법 제1000조 제2항 등 참조.
67) 이는 P. Cornellii Taciti, De vita et moribus Iulii Agricolaе를 말한다.

할되는데, 가능한 한 이 분할의 균등을 유지하고자 하였다. 그리하여 혼인에 의하여 다른 家에 들어가는 여자는 자신의 친가로부터도 아무것도 상속받지 못하였다. 자식이 딸 하나뿐인 경우에도 마찬가지였다. 그러한 규칙은 시민적 이성에 좇아 판단하는 한 부정이고 실로 불쾌한 것이다.

프랑스의 옛 관습을 뒷받침하는 것도 역시 정치적 법이다. 이들 관습은 군주제의 정신과 연결되어 있어서, 도처에서 차별과 특권, 그리고 우선적 지위를 설정하고자 하였다.

로마 말기의 여러 법률은 유스티니아누스제의 법전편찬에 받아들여졌는데, 그 법률들은 전적으로 편익과 자연적 형평이라는 관점에서 제정되었다. 부와 모의 상속재산은 성별 여하를 불문하고 자식들 모두에게, 또 자식이 없는 경우에는最近親子에게 균등하게 분배되었다.

어떠한 국민이 특수한 사정에 의하여 정치적 이유에 좇아야 할 강력한 동기가 존재하지 않는 이상에는, 시민적 이성에 따르는 것이 현명할 것이다. 시민적 이성은 누구의 감정도 상하지 않고, 가족 내의 대립과 증오를 방지하고, 우애와 정의의 정신을 퍼뜨리며, 또 사회 일반의 조화를 굳건하게 유지하는 것이다.

[96. 유언의 능력을 인정하는 이유]

최근에 이르러 유언의 능력을 부정하자는 주장이 빈번하게 고창되었다. 오늘날의 프랑스법의 체계에서 이 능력은 매우 제한되어 거의 없는 것과 한가지다.⁶⁸⁾

우리는, 어떠한 사람도 선천적인 자연권으로서, 자신이 죽은 후의 일까지 명령하고 유언에 의하여 말하자면 자신보다 뒤에까지 살아남는 권능을 가지지 않을 수 없다. 우리는, 상속의 순위와 태양을 정하는 것은 법률에 맡겨진 일이고, 각 개인에게 법률이 하는 일을 마음대로 뒤엎는 무제한의 권능을 부여하는 것은 우습고도 위험함을 승인한다.

68) 혁명기에는 「유언능력」, 즉 유언의 자유를 인정할 것인가가 빈번하게 논의되었다. 한편으로 로마법에 좇아 개인의사의 자유의 한 分枝인 유언의 자유를 존중하여야 한다는 입장과 「평등」을 중시하여 균분상속의 원칙을 무시하는 유언의 자유는 폐지 또는 제한되어야 한다는 입장이 정면으로 대립하였다. 결국 후자의 견해가 우위를 점하여, 예를 들면 1793년 3월 7일의 법령은 “직계친족 간에서는 死因이든, 生前이든, 증여든, 그 재산처분능력은 이를 폐지한다. 그 결과 모든 비속은 존속의 재산에 평등한 지분을 가진다”고 규정하였고, 또 공화력 2년 雪月 7일(1793년 12월 27일)의 법령은, 비속이 있는 경우에는 재산의 10분의 1, 방계친족이 있는 경우에는 재산의 6분의 1의 처분능력만을 인정하였다고 한다.

그러나 법률은 일반적이고 항상적이며 절대적인 원리에 의하여서만 지배할 수 있는 것이다. 그러니 법률이 삶의 가변적인 정황에 대비하여 시민의 판단에 무엇인가를 맡겨두어도 되지 않을까? 유언자가 법률로부터 수여받는 권능이란 바로 법률 그 자체의 권능이 아닌가?

사람의 최후의 순간에 그로 하여금 선행의 자애로운 행위를 하지 못하게 하는 것이 적절한가? 만일 늙고 허약한 어느 방계친족이 그를 둘러싸고 있는 사람들로 부터 무엇을 기대할 수 없다고 한다면, 그는 도움도 방책도 없는 상태에서 활기를 잃게 되지 않을까? 먼 친등 사이에서는, 만일 다른 유대에 의하여 강화되지 않는다면 그 친족관계는 어떻게 될 것인가? 사람은 이익으로 말미암아 서로 멀어지는 일이 흔하지만, 그 이익이 사람들을 접근시키고 결합시키는 데 이용될 수 있다면 이를 이용하여야 하지 않을까?

가정 내의 덕목과 부권을 실현하고 가족을 통솔하기 위하여는 일정한 실행수단이 필요하지 않을까? 만일 공평하지 못한 부친이 있을 수 있다고 우려된다면, 도리에 어긋난 자식이 있을 것은 우려되지 않는가? 가족이 처해 있는 사정에 따라서는 자식들 사이에 재산을 균등하게 분할하는 것 자체가 매우 기형적인 불평등의 근원이 되지 않을까? 사회의 노동자계급에서는, 자식이 자신이 애쓴 것에 대하여 별다른 보답을 기대할 수 없고 오히려 자신의 응분의 노력의 결실을 빼앗길 위험이 있다고 해서, 그를 낳아준 양친의 노동에 자신의 노동을 보태려고 하지 않는다면, 어떨까?⁶⁹⁾ 또한 수공업자나 농부가 나이가 들어 그가 삶을 준 자식들로부터 버림을 받는 경우에는 어떻게 할 것인가? 뿐만 아니라, 家父의 현명한 지시로 그 분할이 지도되어야 할 필요가 있는 재산은 없을까?

[97. 그 권능은 광범위하게 인정하지만, 무제한하여서는 안 되고 또 보충지정을 허용하여서도 안 된다]

물론 불합리한 보충지정제도를⁷⁰⁾ 폐지한 것은 유통의 자유나 농업의 이익을

69) 이는, 부 또는 모의 재산이 자식들에게 균등하게 분할된다면, 자신의 노동으로 그 재산의 취득, 유지 또는 증식에 기여한 자식으로서는 그 노동의 결실을 다른 형제자매에게 빼앗기는 셈이 되어 불공평하고, 그 재산의 취득 등에 열의를 보이지 않을 우려가 있으므로, 부모에게 유언으로 그러한 자식에게 보다 유리한 재산처분을 할 수 있는 가능성을 열어주어야 할 필요는 없겠는가 하는 의미이다.

70) 이는 상속보충지정 substitution fideicommissaire을 가리키는 것이다. 상속보충지정은 繼傳處分이라고도 하는데, 유증 또는 생전증여에 있어서 유증자 또는 증여자가 수유자 또는 수증자(繼傳義務者 grevé라고 한다)에 대하여 목적재산을 보전하고 또 일정한 사

위하여서 잘 한 일이다. 그것은 살아 있는 사람의 이익을 죽은 사람의 이익에 종속시켜서, 거기서는 이미 죽은 세대의 의사에 의하여, 현존의 세대가 아직 존재하지 않는 세대를 위하여 늘상 희생되는 것이다. 유언의 권능을 규칙에 좇게 하고 그에 제한을 가하는 것은 분별 있는 일이다. 그러나 그 권능을 유지하고 그에 일정한 자유를 주는 것도 필요하다. 법률이 모든 인간적 애호의 감정에 그만큼이나 밀접한 사항에 사람에게 아무런 자유도 허용하지 않는다면, 그 규율을 받는 사람 편에서는 오로지 이를 회피하려고만 애쓸 것이다. 만일 유언의 권능이 금지되거나 지나치게 제한되면, 유언의 목적을 달성하기 위하여 꾸며낸 무상공여행위나⁷¹⁾ 가장행위가 유언에 갈음할 것이다. 가장 끔찍한 부정행위가 가족 안에, 가장 정직한 가족 안에조차 자리잡게 되는 것이다.

[98. 민법전에 앞선 법이 방계친족의 대습상속을 인정한 범위의 不合理的와 不正] 무유언상속에 있어서 방계친족의 대습상속을 지나치게 광범위하게 인정하는 것은 양식에 반한다. 그렇게 하는 것은 보다 근친인 사람의 손실로 낯선 사람을 상속에 끌어들이게 되고, 무상공여의 관계를 애호의 감정이 추경되는 범위를 넘어서 인정하는 것이다. 이는 사람의 자격에 관하여 끝을 모르는 분쟁을 일으키고, 재산의 분할에 있어서 불합리한 세분을 결과하게 한다. 이는 정의, 편의 및 이성의 어떠한 관념에도 반한다.

[99. 自然子は 상속을 주장할 수 없으나, 인도적으로 보아 구제를 주지 않을

유(통상은 수유자 등의 사망)가 발생한 때에는 미리 유증자 등에 의하여 지정된 다른 사람(繼傳指定者 *appelé* 또는 *substitué*라고 한다)에게 목적물을 공여할 의무를 부담시키는 특별한 처분을 말한다. 이와 같이 하여 유증자 등은 누대에 걸쳐 그 재산의 귀속자를 결정할 수 있게 된다. 그 목적은 주로 봉건귀족이 家産이 흩어지는 것을 방지하여 그 가문을 유지하고자 하는 것이었다. 이는 프랑스민법상 원칙적으로 금지된다. 다만 계전의무자가 유증자 등의 자 또는 형제자매이고, 또한 이들 의무자의 현존하는 또는 장래의 자가 계전지정자가 된 경우에는 예외적으로 허용된다(프랑스민법 제896조, 제1048조 이하). 포르탈리스가 본문에서 이 제도의 원칙적 폐지가 「농업의 이익을 위하여」 잘 된 일이라고 하는 것은, 계전의무자가 결국 제3자에게 돌아갈 목적농지를 성실하게 경작 또는 보전하지 않는 경향이 있는 것을 배경으로 한다.

71) *libéralité*. 이는 그 실현방법 여하를 불문하고 일체의 무상처분행위(*disposition à titre gratuit*)를 말한다. 이는 증여, 간접증여와 같은 生前行爲(*libéralité entre vifs*)와 유증, 계약에 의한 상속인설정(프랑스민법 제1082조, 제1093조) 등과 같은 死因行爲(*libéralité à cause de mort*)로 나누어진다.

수 없다]

혼인관계를 우대하고 선량한 풍속과 사회의 이익을 유지하려면, 자연자를 적출자와 동등하게 취급하여서는 안 된다. 나아가 모든 문명국에서 국가의 권리로서가 아니라 가족의 권리로서 생각되고 있는 상속의 권리가, 국가의 구성원임에는 틀림없지만 혼인의 성립에 대하여 정하는 법률이 어느 가족의 구성원으로도 인정하지 않는 사람에 귀속된다고 하는 것은, 사물의 질서에 반한다. 그들에 대하여는 단지 적정한 범위에서 인도적으로 요구되는 원조를 보장함으로써 족하다.⁷²⁾ 그들을 위하여 자연권을 끌어들이는 것은⁷³⁾ 쓸데없는 일이다. 상속가능성은 결코 자연권이 아니며, 정치적 또는 시민적 법률에 의하여 전적으로 규율되는 사회적 권리일 뿐이다. 그리고 이러한 사회적인 권리는 다른 사회제도와 모순되어서는 안 되는 것이다.

[100. 결론]

지금까지 말한 것이 민법전의 초안을 작성함에 있어서 우리가 출발점으로 삼은 주요한 기초이다. 우리의 목적은, 도덕을 법률과 연결시키고, 사람들이 무어라고 하든 극히 칭송할 만한 가족의 정신을 국가의 정신에까지 퍼뜨리는 것이었다. 감정은 널리 퍼져 감에 따라 약해지는 것이어서, 공동체의 관계를 형성할 수 으려면 자연에 의한 뒷받침이 요구된다. 개인의 덕목만이 공적인 덕목을 보장할 수 있다. 그리고 *가족이라는 작은 나라에 의하여 사람은 큰 나라에 결합되는 것이다*. 좋은 국민을 만드는 것은 좋은 아버지, 좋은 남편, 좋은 자식이다. 그런데 자연의 정직한 애호를 실현하고 보호하는 것은 본질적으로 민사적 제도가 하는 일이다. 이들 제도에 대하여 우리가 작성한 개요는, 우리가 설정한 목적을 달성할 수 있을 것인가? 우리가 한 일은 미미한 것이지만, 그 일을 지탱하고 북돋웠

72) 이하의 역문은 원문에서는 두 개의 세미콜론과 하나의 콜론으로 이어진 4개의 부분장으로 이루어져 있다. 그 중 제1부분장의 끝에는 *vainement*이라는 단어가 있고, 또 제2부분장의 처음에도 같은 단어가 있다. 그 중 전자의 *vainement*은 아마도 誤植일 것이다. 그리하여 번역에서는 이를 없는 것으로 처리하였다.

73) 혁명 후 한때 사생자에게 적출자와 동일한 상속권이 인정된 일이 있다. 즉 공화력 2년 霧月 12일(1793년 11월 2일)의 법률이 그것이다. 이 법률을 옹호하면서 캉바세레스는, “사생자 차별(*bâtardise*)은 종교적 몽매함과 봉건적 제도에 근원을 둔다. 그러므로 자연에 맞는 입법에 의하여 이를 철폐하여야 한다. 모든 인간은 법 앞에 평등하다. 평등한 지위를 누려야 할 인간들 사이에서 어찌하여 차별을 방치하는가?”라고 연설하였다고 한다.

던 열정을 보고 그 일에 대하여 조금이라도 관용을 베풀어 줄 것을 바란다. 우리의 일은, 우리의 임무 수행의 결과에 대하여 사람들이 품었던 당연한 기대에는 물론 미치지 못할 것이다. 그러나 우리를 위안하는 한 가지는 우리의 과오가 회복할 수 없는 것은 아니라는 사실이다. 격식을 갖춘 토론, 식견에 바탕을 둔 토론은 과오를 교정할 것이다. 프랑스 국민은 무력에 의하여 자유를 획득하였는데, 이제 그들은 법률에 의하여 그 자유를 보존하고 확고하게 할 수 있으리라.

서명	포르탈리스	트롱세
	비고-프레암느	말빌

[譯者 後記 — 포르탈리스의 生涯와 思想]

1. 포르탈리스는 우리나라에는 별로 알려져 있지 않은 듯하다. 그러므로 여기서 그의 생애를 간략하게 살펴보기로 한다(이 부분은 뒤의 3.에서 보는 Plessier의 저술, S.23ff.의 23면 이하에 전적으로 의존하고 있다).

(1) 포르탈리스는 1746년 4월 1일에 프랑스 남부 바르 지방의 軍港 툴롱에 근접한 자그마한 마을 보세(Beausset)에서 태어났다. 아버지는 프로방스 지방의 엑스(Aix-en-Provence) 대학교의 법학교수로서 교회법을 강의하였다. 그는 1762년에 아버지의 희망에 좇아 같은 대학교에 입학하여 법학을 공부하였는데, 이미 17세에 文才를 발휘하여 『루소의 「에밀」에 관한 고찰(Observations sur un ouvrage intitulé: 'Emile ou de l'Education' de Rousseau)』과 『편견에 대하여(Des Préjugés)』라는 두 권의 책을 발간하여 주목을 받았다고 한다. 그는 19세로 그 대학을 졸업하여, 1765년에 당시의 유명한 변호사이고 대학교수이었던 드 콜로니아(de Colonia)의 변호사 사무실에서 그 후 오랜 기간에 걸치는 변호사로서의 업무를 시작하였다.

그의 변호사로서의 활동에 대하여는 그의 독창성을 말하여 주는 흥미로운 일화가 있다. 당시의 관행으로는, 새로 변호사가 된 사람이 당시의 최고법원인 파를망(parlement. 통상 「고등법원」으로 번역되는데, 이는 혁명 전에 각 관할구역 내에서 국왕의 이름으로 재판하는 최종심 법원이었다)에서 최초로 변론을 한 때에는 재판장이 그 변호사를 격려하기 위하여 찬사를 덧붙이곤 하였다. 그런데 포르탈리스의 첫 변론은 그 방식이 종전과는 매우 다른 특이한 것이었기 때문에 재판장은 이 찬사를 하지 않았다. 재판을 끝나고 나오는 길에 어느 동료 변호사가 그의 사기를 북돋우기 위하여 “참 멋지게 했네. 그렇지만 스타일을 바꿔야 할 걸세. 자네의 스타일은 변호사가 변론하는 방식이 아니거든”이라고 말을 건넸다. 그러자 포르탈리스는, “변호사님, 태도를 바꿔야 할 것은 제가 아니라 다른 변호사들입니다”라고 대답하였다는 것이다.

그는 탁월한 표현능력과 기억력에 힘입어 곧바로 유능한 변호사로 알려지게 되었다. 당시의 변론은 법관직의 매매로 법관의 수준이 그다지 높지 않아서, 변호사들은 한편으로는 사건과는 무관한 상식적 일반론으로, 다른 한편으로는 지나치게 세밀한 법률론으로 말하자면 법관을 「현혹」하려는 경향이 있었다. 그러나 포르탈리스는 이러한 두 극단을 피하여, 어디까지나 당해 사건의 해결에 필요한

법원칙을 알기 쉽게 피력하고 또한 사건을 보다 일반적인 맥락에서 제시하려고 노력하였다고 한다.

1770년에 그는 다른 변호사 및 대학교수와 더불어 『프랑스 신교도의 혼인의 유효성에 대한 의견(Consultations sur la validité des mariages protestants en France)』이라는 유명한 감정의견을 발표하였다. 1697년의 혼인칙령에 의하여 카톨릭교회의 교리에 의한 혼인만이 허용되어, 신교도들은 자신의 신앙을 스스로 부정하지 않고서는 유효하게 혼인할 수 없었다. 그와 같이 양심에 반하는 일을 하지 않은 경우에는, 당시의 파를망과 카톨릭교회의 견해에 의하면, 처는 단순한 동거녀, 자식은 사생자에 불과하였다. 포르탈리스는 카톨릭신자이었음에도 불구하고, 위의 『의견』에서 용감하게 신교도의 혼인의 유효성을 상세한 법적 논증을 붙여 주장하였다. 볼테르는 이를 읽고나서 “이것은 단순한 의견이 아니라, 철학과 입법과 정치적 도덕의 진정한 논저이다”라고 평하였다고 한다. 이 『의견』은, 신교도가 그들의 신앙에 좇아 혼인하는 것을 허용한 1782년의 베르사이유칙령이 실현되는 데 적지 않은 기여를 하였다.

그의 활동이 변호사일에 한정된 것은 아니었다. 프로방스 지방은 국왕의 직할령으로서 실제의 행정업무는 4인의 「지방행정관(procureur du pays)」에 의하여 관장되고 있었다. 포르탈리스는 1778년에 그 중의 하나인 2년 임기의 「법률행정관(assesseur)」으로 임명되었다. 그리고 1782년 여름에는 프로방스 지방을 위하여 파리에 파견되어 그 이익을 대변하였다. 그 동안 그는 파리의 사교계와도 접촉하여 유명한 네케르를 비롯한 여러 사람을 사귀었고, 나중에 민법전기초작업을 같이한 비고-프레암느도 이 때 알게 되었다.

그는 1775년 8월 8일에 마르가리트 프랑소와즈 시메옹과 결혼하였고, 1778년에는 아들 조세프-마리가 태어났다.

(2) 계속 변호사로 활동하던 그는 1788년에 「법무장관에의 편지(Lettre au Garde des Sceaux sur les édicts de 1788)」를 공표하였다. 혁명 전에는 왕령(ordonnance)이 어느 파를망의 관할구역 내에서 효력을 가지려면 그 왕령이 그 파를망에 등록되어야 했다. 이는 그 왕령이 당해 지역의 고유법과 합치하는지를 검토하기 위한 것으로서, 만일 파를망이 등록을 거부하는 경우에는 왕이 친히 그 파를망에 임하여 그 등록을 명함으로써만 이를 강제할 수 있었다(소위 親裁 lit de justice). 이 왕령등록권은 실제로는 왕권을 제약하고 법의 통일을 막은 중요

한 수단이었다. 그런데 1788년 5월 8일의 칙령은 이 권한을 폐지하는 내용을 담고 있었다. 포르탈리스는 그 때만 해도 지방의 고유법을 옹호하여(“프랑스와 같이 광대한 국가는 서로 다른 관습에 의하여 지배되는 다양한 사람들로 구성되어 있어서, 하나의 완전한 통일법을 가질 수는 없다”) 위의 「편지」에서 이 칙령에 항의하고 있다.

(3) 1789년의 대혁명은 그를 여러 가지 곤경에 처하게 하였다. 그는 과격한 혁명이념에 동조하지 않았고, “하늘과 땅을 새롭게 창조하려는” 초기의 혁명가들을 불신하였다. 결국 그는 여기저기 피신하던 끝에 파리로 갔는데, 1793년 12월 말에 거기서 체포되어 처형될 처지에 있었다. 그러나 그에 대한 재판이 몇 사람의 도움으로 연기되는 사이에 로베스피에르가 실각하고 공포정치가 종식됨으로써 목숨을 구하여 1795년 1월에 석방되었다. 출옥 후 그는 파리에서 변호사를 개업하였다. 그 후 동년 10월에 그는 집정부 체제 아래서 입법원의 의원으로 선출되었는데(당시 그는 49세이었으므로, 오백인회가 아니라 원로회에 속하였다. 註 5 참조), 그는 과격 자코방당에 대립하는 온건파의 모임인 클리시 클럽(Club de Clichy)의 한 분파인 「입헌당」의 지도자로 추대되어 활약하였다. 그리고 1796년 7월에는 원로회의 의장으로 선출되었다. 당시 그는 거의 완전한 실명상태이었으나, 그의 뛰어난 기억력과 재능으로 의장으로서의 직무집행에는 아무런 지장도 없었다고 한다.

그러나 그는 왕당파의 정부전복기도에 가담했다는 혐의로 1797년 9월 추방령을 받는다. 그는 도망하여 스위스의 바젤을 거쳐 취리히로 가는데, 거기서도 혁명이 일어나 철학자 야코비의 도움을 얻어 독일로 간다. 결국 그는 1798년 1월 홀스타인의 엠켄도르프에 있는 폰 레벤텔라우 백작의 성에 머물게 된다. 그곳은 당시 홀스타인의 지식인의 모임장소로서, 쾰 대학 교수로 있던 야코비, 시인 보스와 클롭스톡, 그리고 라파이에트 등이 드나들었다. 포르탈리스는 이들과 교류하면서 문학과 철학을 연구하였고, 그 결과는 그가 죽은 후인 1820년에 발간된 『18세기에서의 철학적 정신의 이용과 남용에 관한 시론(De l'usage et de l'abuse de l'esprit philosophique durant le XVIIIe siècle)』에 집약되어 있다.

(4) 1799년 11월 9일에 일어난 나폴레옹의 쿠데타가 그를 프랑스로 돌아올 수 있게 하였다. 그는 그 해 12월 말에 귀환허가를 받고 1800년 2월 파리로 돌아왔

는데, 당시 정권에의 협력자를 만방에서 찾고 있던 나폴레옹은 그 직후인 그 해 4월에 그를 捕獲審査委員會(Conseil des prises)의 위원으로 임명하였다. 포획심사위원회는 전시 중에 적국의 선박이나 중립에 위반한 혐의로 중립국 선박이 나포된 경우에 그 나포의 합법성을 심사하고 불법한 포획에 의한 손해의 배상을 판정하는 권한을 가진 특별기관이다. 그리고 1800년 8월 12일에 이 『민법전서론』의 모두에 나오는 대로 통령 포고령(arrêté)에 의하여 민법전기초위원회의 위원으로 임명되며, 또 동년 9월 22일에는 국무원(Conseil d'Etat)의 의원으로 임명되어, 입법위원회에 소속하고 있었다.

그는 1804년까지 민법전의 심의에 적극적으로 참여하는 한편으로, 1801년 10월부터는 국무원의 종교 담당 평정관(Conseiller)으로 임명되었다. 그는 이 자격에서 1801년 7월 15일에 성립한 교황 피오 7세와 나폴레옹 사이에 체결된 政教協約의 구체적 실현에 진력하였다. 후일 포르탈리스의 학문과 인간을 논한 대표적 논문에서 카피땅은 이를 그의 민법전 제정예의 기여에 이은 제2의 위대한 업적으로 들고 있다(Henri Capitant, Portalis, le père du Code civil, in: *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, p.194). 대혁명의 발발 이후 교회는 크게 황폐화되었는데, 이를 부흥시키는 임무를 충실히 이행하였던 것이다.

그는 1803년 가을에 원로회의 의원이 되었고, 1804년 7월에는 종교장관으로 임명되었으며 동년 8월에는 잠시 내무장관을 지내기도 하였다. 그는 말년에 나폴레옹에 긴밀하게 협력하는 내부 그룹의 일원으로 여겨졌고, 일부에서는 그가 나폴레옹에 추종할 뿐 건전한 비판을 하지 않게 되었다고 비난하기도 하였다. 그는 1805년에 유명한 법률가인 세기에(Antoine-Louis Séguier)의 후임으로 프랑스한립원(Academie Française)의 회원으로 추대되었다. 그는 1807년 8월 25일 61세를 일기로 하여 눈을 감았는데, 나폴레옹은 그에게 성대한 國葬을 베풀고 팡테옹에 안장하였다.

2. 포르탈리스는 종종 사비니와 나란히 이름이 거론되기는 하지만, 앞에서 본 그의 생애에서도 알 수 있는 것처럼, 그는 卓拔한 기본이론을 제시한 것도, 앞으로의 법발전을 규정하는 획기적인 법과약이나 법해석을 제시한 것도 아니었다. 그는 비아커가 말한 대로 「한 사람의 법률전문가(ein juristischer Fachmann)」일 뿐이었다(Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.Aufl.(1967), S. 342). 그의 이름이 역사에 남게 된 것은 무엇보다도 근대민법의 역사에서 불멸의 위치를

차지하는 프랑스민법전의 기초와 심의에 끼친 그의 深重한 영향에 의하여서이다. 다시 비아커를 인용한다면, 프랑스민법전은 그 체계와 개념적 파악의 정확성, 명료성 및 예리함(“엄격하고 명석한 구성과 명확하고 단순한 언어사용”)에 있어서도, 법규범이 「이성적임」과 합리성에 있어서도, 정치적 열정에 뒷받침된 “정신적 완결성과 형식상의 순수성”에 있어서도, 「最上級の 民法典」이었던 것이다(S. 342 ff.). 이러한 법전이 가능하였던 것은, 그때까지 유럽대륙에서의 장기간에 걸친 법발전의 찬란한 업적, 그리고 프랑스대혁명의 피어린 성과가 있었기 때문임은 물론이다. 그러나 이러한 「구슬」들을 꿰어 하나의 大法典으로 성문화할 수 있기까지는 포르탈리스의 남다른 기여가 있었던 것이다.

그의 法思想은 이 『民法典序論』에 여실히 드러나 있으므로, 별도로 설명을 가할 필요가 없을지도 모른다. 그러나 그 중에서 눈에 띄는 몇 가지 두드러진 점에 대하여 언급하여 두고자 한다.

(1) 포르탈리스를 말하는 사람은 누구나 그의 「中庸과 穩健함」을 지적한다. 『民法典序論』에서도 그는 “정책상의 좋은 도덕적 선과 마찬가지로 항상 두 극단의 사이에 있다(le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites)”고 말한다(88항). 그는 입법에서의 「지나침(excès)」을 경계한다(34항). 그의 「온건함」은 단지 사람됨이 부드럽다는 것(또는 부드러워야 한다는 것)을 말하는 것이 아니라, 인간의 악성이나 이익욕과 같은 현실의 모습을 충분히 인식하면서도(“사람은 이익으로 말미암아 서로 멀어지는 일이 흔”하다. 94항) 법적 규율에 있어서는 인간의 이성과 지혜에 대한 믿음을 전제로 하는 말하자면 방법적인 온건함이다. 다음의 구절을 보라.

“과도하게 통치하는 것은 잘못 통치하는 것이다. 다른 사람과 교섭을 맺는 사람은 주의깊고 지혜로울 터이다. 그는 자신의 이익에 주의를 기울이고, 적절한 정보를 모으며, 유용한 것을 소홀하게 다루지 않을 것이다. 법률의 임무는 우리를 타인의 부정행위로부터 보호하는 것이지, 우리가 자신의 고유한 이성을 사용하지 않아도 되도록 하는 것이 아니다. 만일 그렇지 않다면, 사람의 삶은 법률의 감시 아래 놓이게 되어서 그것은 길고도 부끄러운 미성숙상태 이외의 아무것도 아니게 된다. 그리고 그 감시는 저절로 査問制度로 타락할 것이다. … 사람이 교섭을 가짐에 있어서 서로 속여도 된다고 말하는 것은 물론 아니다. 그러나 신뢰와 신의가 자유롭게 행동할 여지를 어느 정도 남겨 두어야 한다.”(88항)

그런데 「누군가 범할 여지가 있는 모든 악이나 잘못에 대응하여야 한다는 생각」을 가지게 되면 “과도하게 통치하게 된다.” 법률은 인간의 악한 면을 기준으로 삼고서 이를 완전히 금압하려고 하여서는 안 되며, 「어떠한 순진함(un certain candeur)」을 지녀야 한다. 그렇지 않으면 법률은 「시민에 대하여 파괴적인 결과를 낳는 보호」만을 주게 된다. 다음과 같은 지혜의 말을 우리도 경청할 필요가 있지 않을까?

“법률은 사람의 악성의 발동을 방지하고 금압하기 위하여 만들어지는 것으로서, 어떠한 솔직성, 어떠한 순진함을 지녀야 한다는 것이 또 다른 하나의 원칙이다. 누군가 범할 여지가 있는 모든 악이나 잘못에 대응하여야 한다는 생각에서부터 출발하면, 모든 것이 실패로 돌아간다. 그렇게 하면 방책을 무한히 늘려야 하고, 시민에 대하여 파괴적인 결과를 낳는 보호밖에 주지 못한다. 그리고 구제수단이 그로써 대응하고자 하는 악보다 더 나쁘게 될 것이다.”(88항)

이러한 「중용과 온건함」은 그가 민법전의 제정으로써 달성하려고 한 제1의 목적, 즉 「프랑스에서의 법통일(uniformité nationale du droit)」을 도모함에 있어서도 나타난다.

“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 이처럼 표현하는 것이 허용된다면, 그들 사이에 和解(transaction)를 행하였다.”(34항)

(2) 포르탈리스는 언제나 역사를, 과거의 경험을 중시하였다. 다시 말하면 그는 현재를 과거에 뿌리를 두고 다시 미래로 이어지는 「연속」의 場으로 파악하려고 애썼다.

“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, 이들 세대는 서로 뒤섞이고 교차하고 혼합되는 것이다.”(34항)

그러므로 입법이 「모르는 동안에」 형성되는 관행이나 관습과는 달리 “공권력

에 의하여 선언되는 적극적 의지의 개입을 전제로 하는 작업”인 점은 이를 충분히 인정한다고 하더라도(이 주장은, 몽로지에 백작의 민법전기초작업 및 『민법전서론』에의 비판에 대한 反批判에서 전개되고 있다. 이 점에 대하여는 뒤의 3.에서 보는 Wilhelm의 논문의 449면 이하 참조), 그것은 입법자의 단순한 권력행위가 아니며 그의 想像의 소산이어서는 안 된다. 입법이 지혜와 이성애 좇아 행하여지려면 과거의 경험을 살려야 하는 것이다.

“그 일[민사법률의 편찬]이 그들에게 전적으로 새로운 제도를 만들어주는 것이라면, 또 그들이 문명국가 중 제1순위를 차지한다는 사실을 잊어 버리고, 과거의 경험으로부터, 그리고 여러 세기 동안 그 시대의 정신을 이루고 또 오늘날까지 이어져 온 良識, 규칙 및 준칙의 전통으로부터 도움을 받으려 하지 않는다면, 그 작업은 사람의 힘이 미치지 못하는 바일 것이다.”(5항)

또 그는 다음과 같이 말하기도 한다.

“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.”(34항)

이러한 역사 존중의 입장에서 그는 어떠한 법제도에 대하여 판단함에 있어서도 우선 그 제도의 역사적 발전을 살펴본다. 그런 다음 그러한 전통에서 벗어나는 것이 정당화될 수 있는지를 신중하게 검토한다. 이렇게 보면 그가 「옛부터의 원칙(maximes anciennes)」 또는 전통의 지혜를 신뢰하였고, 「변화와 개혁」을 급격하게 도입하는 것에 대하여 「절제」하는 태도를 취하는 것은 당연할지도 모른다.

“그[입법자]는 다음과 같은 점을 명심하여야 한다. ... 입법작업에서는 새로움을 절제하여야 하는 것이니(il faut être sobre de nouveautés), 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.”(5항)

(3) 그 외에 포르탈리스가 가족을 사회구성의 기본단위로 파악하고, 나아가 국가도 「큰 가족」으로 이해하는 점도 흥미로우나, 여기서는 상론하지 않기로 한다.

3. 일반적인 法史 및 民法史의 범위 내에서 다룬 것을 제외하고, 포르탈리스에 대한 연구문헌으로 알려진 것으로는 다음과 같은 것이 있다.

- Merceau Long & Jean Claude Monier, *Portalis. L'esprit de justice*, Paris: Editions Michalon, 1997(Collection Le bien commun).
- Markus Alexander Plessner, *Jean Etienne Marie Portalis und der Code Civil*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997(Freiburger rechtsgeschichtlicher Abhandlungen, n.F., Bd.28).
- E. Leduc, *Une grande figure de l'histoire napoléonienne: Portalis(1746-1807)*, Panthéon, 1990.
- Walter Wilhelm, Portalis et Savigny, Aspects de la restauration, in: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte*, Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main, 1982, S.445ff.
- Bernard Gagnebin, *Portalis*, Genève, 1956.
- Henri Capitant, Portalis, le père du Code civil, in: *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1936, p.187 et suiv.
- L. Schimséwitsch, *Portalis. L'homme, le penseur, le législateur*, Paris, 1936.
- Lydie Adolphe, *Portalis et son temps*, Paris, 1936.
- René Lavollée, *Portalis, sa vie et sa oeuvre*, Paris, 1869.
- M.A.Boullée, *Essai sur la vie, le caractère et les ouvrages de J.E.M. Portalis*, Paris, 1859.