

키케로 『법률론』의 법론과 법개념

성중모**

목 차

- I. 머리말
- II. 키케로의 ius와 lex
- III. 키케로 『법률론』의 구체적 검토
- IV. 맺음말: 왜 키케로에게 최고법이 ius가 아니라 lex인가?

[국문 요약]

키케로는 자신의 두 저작 『국가론』과 『법률론』에서 자연법론자로서 참된 법은 자연과 일치하고, 모두에게 부여되어 있고, 항상적이며, 영구한 옳은 이성이라고 하였다. 이러한 최고법 *lex summa*은 수정되는 것을 허용하지 않고 폐지될 수 없으며 이 법의 제정자는 신이라고 한다. 로마의 용어 *ius*는 우리의 ‘법’에 해당하고 *lex*는 ‘법률’에 해당한다. 그런데 키케로가 ‘영구적이고 불변적인 법’이라는 의미를 위해서 용어 *lex*를 사용한다. *lex*란 로마에서 조점관이 선택한 상서로운 徵兆 하에서 고위 정무관이 제안하는 법률안에 대하여 원로원의 승인 하에 호민관 등의 개입이 없음을 요건으로 입법기관인 민회에서 가결한 법규범이다. 키케로의 자연법론에서 자연과 인간은 옳은 이성을 함께 갖고 있고 이 조건 하에서 자연법이 성립한다. 이 상황은 민회와 개별 시민이 *lex*라는 규범을 만들어 내는 것과 유사하며 신과의 법 동료로서 자연법에 따르는 개인의 자기결정은 *lex*에 의한 로마 국민의 자기결정과 성격이 유사하다. 또 정무관의 言表(*legere*)가 *lex*의 근원이듯, 신의 로고스는 자연법의 근원이다. 그러한 맥락에서 *lex*는 또 상급의 명령 주체에 의한 명령이기도 하다. 결국 성문 실정법으로서의 *lex*와 최고법으로서의 *lex*는 유사하다. 반면, 자격부여로부터 시작된 사인 간의 지위 분

* 서울시립대학교 법학전문대학원

배규범인 ius로 자연법을 지시하기에는 부적절했을 것이다.

[주제어] 최고법, 자연법, 옴은 이성, 법, 법률, 키케로

I. 머리말

1. 서언

키케로는 통상 자연법론자로 알려져 있다. 그가 자연법론자로 등장하는 대표적인 작품이 『국가론』과 『법률론』¹⁾이다. 그러나 이 저작들에서 그가 자연법을 의미하기 위하여 사용하는 용어는 ‘자연법’(lex naturalis)이 아니라, 바로 ‘최상의 법(lex summa)’이다. 예컨대 『법률론』에서는 lex summa(6.19)가 언급되고 있다. 이 lex summa가 후대에 막대한 영향을 미친 자연법론의 한 중요한 고리이다. 같은 저서 3.3.8에서 그는 로마를 위한 입법을 하면서 “그들[집정관]에게 인민의 안녕이 최고의 법이 될지어다.(ollis salus populi suprema lex esto.)”라고 말하고 있다. 이때에 현대적 감각을 살리자면, lex는 물론 집정관 직무수행 중 준수하여야 할 ‘원리’가 적당할 수도 있다.²⁾ 그렇지만 법률이 아니라 원리라 하더라도 ‘법률’과 ‘원리’에 공통되는 의미가 lex라는 단어의 더 근원적 의미에서 파생된다고 보아야 한다. 이 두 가지 예를 볼 때에 과연 lex는 어떠한 의미를 갖는가?

다음은 키케로의 국가론 중 한 개소인데 자신의 자연법사상을 의심할 수 없을 정도로 분명히 선언하고 있다.

국가론 3,33

참된 법이란 바로 자연과 일치하고, 모두에게 부여되어 있고, 항상적이며, 영구

1) 법과 법률이라는 주제와 관련해서 성염에 의해서 국문으로 번역된 『법률론』(한길사, 2007)을 소재로 법과 관련된 용어들의 선택 適否를 고찰하였다.

2) OLD, s.v. lex 항목을 보면 원리principle라는 의미를 찾을 수 있다. Andrew Roy Dyck, A Commentary on Cicero, De Legibus, 2003, 3.3.8. p.459.

한 옳은 이성이다. 의무는 행하라고 명하면서 부르는 것이고 속임수는 금하면서 하지 않도록 하는 것이며, 그렇지만 성실한 자에게는 이유 없이 명하거나 금지하지 않고 불성실한 자에게는 명하거나 금하면서 움직이지 않게 합니다. 이법은 수정되는 것을 허용하지 않고 어떠한 완화도 가해질 수 없고 더욱이 전부 폐지될 수는 없고 사실상 원로원이나 인민을 통해서도 이법의 적용에서 우리가 면제받을 수도 없습니다. 또한 법의 설명자요 해석자로서 섹스투스 아일리우스를 찾아서는 안 되고 로마와 아테네에서 각각 다른 것이 아니며 지금도 앞으로도 달라지는 것이 아니라 모든 민족을 모든 시기에 하나의 영구적이고 불변적인 법이 통제할 것이며 이는 유일하고 보편적이어서 만인의 스승이요 사령관인 신과 같습니다. 신이야말로 이법의 발명자요 고안자요 제안자입니다. 여기에 복종하지 않는 자는 스스로 소멸하고 인간의 본성을 경멸한 자는 바로 그 자체에 의하여 비록 가해지는 기타의 처벌을 모면한다 할지라도 그 대가를 가장 큰 벌로 치릅니다.

키케로는 *ius*와 *lex*를 자신의 저작 『법률론』에서 다수 사용하고 있는데, 『법률론』에서나 『국가론』의 위 개소에서나 반복적으로 ‘영구적이고 불변적인 법’이라는 의미를 위한 용어는 언제나 *lex*이다. 그런데 우리는 *ius*와 *lex*의 기본적인 구분법을 알고 있다. 즉 *ius*는 우리의 ‘법’에 해당하며, *lex*는 우리의 ‘법률’에 해당한다. 그렇다면 당장 묻지 않을 수 없는 것이, ‘왜 키케로는 그의 자연법을 *ius summum*이라 부르지 않고, *lex summa*라고 불렀을까?’ 하는 물음이다. 다시 말해 어째서 그의 자연법은 ‘자연법’이 아니라, ‘자연법률’일까? 이 문제를 해결하기 위해서는 로마에서 *ius*와 *lex*가 어떠한 의미를 가지고 사용되었는지를 우선 살펴야 할 것이다. 물론 두 용어는 키케로의 저작들 안에서 쓰였기 때문에 키케로의 사상, 즉 그의 자연법사상에 비추어 살펴야 할 것이다. 그렇게 두 용어의 의미를 추정해보려는 것이 이 글의 주제이다.

결론적으로 그에게 아니 한 로마인에게 자연법보다 자연법률이 사유 전개 과정의 맥락에 더 합당했다고 생각된다. 다만 그에게 자연법률이 그가 의미하려 했던 바에 더 적합할지라도 우리는 자연법률이라는 번역어를 사용할 필

요는 없을 것이다.

2. 문제의 제기: 키케로의 자연법론에서 ius 가 아닌 lex가 쓰인 이유?

키케로의 *lex suprema* 사유는 스토아 철학의 영향을 받아 그 이후 아우구스티누스나 아퀴나스로 이어지는 서구 사상의 흐름에서 결정적인 영향력을 미친다. 우리의 상식으로 *lex*는 법률이다. 즉 로마에서 민회를 통과하여 강제력을 갖게 되는 법규범이다. 그러한 *lex*개념이 자연법을 의미하는 *lex suprema*에 포함되어 쓰이는 것은 일견 낯설다.³⁾

1) 키케로의 자연법론에서 ius와 lex

(1) 자연법론의 의미

자연법론은 플라톤, 아리스토텔레스, 스토아, 키케로, 로마법학, 아우구스티누스, 아퀴나스, 서반야 자연법론자, 계몽시기의 자연법론자 등으로 間斷 없이 현재까지 이어지고 있다. 그 중 철학사 내지 사상사의 시발점에 서는 철학자 플라톤은 자연법을 사회를 구성하는 인간에게 반드시 필요한 것으로 보았는데, 신화적이고 신적인 입법자까지 전제하지는 않았다. 그가 *nomos*와 *physis*의 일치를 인정했음은 그가 세상의 모든 사태에 합리적 논리제시가 가능하다고 믿었다는 점을 보여준다. 더 나아가 그에게 국가는 그 존재이유가 국가와 개인 양자의 최선상태의 실현이었다. 아리스토텔레스는 “철학자들의 오류란 그들이 존재자에 관한 眞相을 추구하기는 하지만, 감각으로 지각할 수 있는 것만을 존재자로 본다는 점이다”⁴⁾라는 언명으로 실증주의적 입장에 반격을 가한 바 있다. 자연법은 그 자체 이미 다종다양한 의미를 가지

3) 이러한 혐의 때문인지 이상영, 김도균, 『법철학』(한국방송통신대학교출판문화원, 2016), 97면에서는 *lex naturae*와 *lex naturalis* 두 용어가 형용모순이라고 하였는데, 그 이유는 밝히고 있지 않다.

4) 아리스토텔레스, 형이상학 4.5; 1009b33-1010a5.

기 때문에 선불리 정의하기 힘들지만⁵⁾ 사회적 존재인 인간이 이성과 경험으로 발견할 수 있는 법이라는 점에서 제정법과 확연한 차이가 있다. 그리하여 자연법과 관련하여 법 분야의 논의 외에도 윤리적인 논의, 인식론적인 논의, 정치적, 신학적 논의까지 가능하다.⁶⁾

그런데 19세기 말에는 자연법 문제가 종국적으로 해결된 것으로 사람들이 생각하기도 하였다. 켈젠(Hans Kelsen) 같은 이는 자신의 순수법학론에 의하여 이러한 생각을 구체화시키기도 했다. 그의 순수법학의 뿌리는 칸트에게서도 찾을 수 있고, 콩뜨(Auguste Comte)의 실증주의에서도 찾을 수 있다. 신칸트학과 이래 주된 흐름이라 할 수 있는 실증적 학문 경향이 현대의 법철학 내지 법이론에 큰 영향을 주었고, 결국 그러한 추세는 포퍼(Karl Popper)의 비판적 합리주의나 알버트(Hans Albert)에게까지 이어졌다. 그들은 자연법의 인식을 인정하지 않고 환각일 뿐이라고 본다. 켈젠도 물론 자연법론의 가장 악한 고리를 그냥 놔두지는 않았다. “다양한 자연법론이 내놓은 다양한 답변들은 그 수효를 볼 때 실증주의만큼이나 된다.”⁷⁾ 그러나 역사에서 자연법론이 인간 공동체에 갖는 의미나 그것에 대한 사람들의 열광이 그친 적은 없다.

(2) 로마 법학의 자연법

저술가 키케로⁸⁾뿐만 아니라 로마의 법률가인 율피아누스(Domitius Ulpianus)⁹⁾도 소크라테스 이래 진상을 추구하는 철학을 참된 철학으로 보았다. 율피아누스가 D.1.1.1.2에서 만민법과 시민법 외의 한 法源으로 언급한

5) Erik Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre. Das Problem der Naturrechtslehre: Versuch einer Orientierung, 1955; Robert N. Wilkin, “Natural Law Institute Proceedings Vol. 2”, 1949.

6) 특히 법과 관련해서는 1. 법이란 무엇인가? 2. 형이상학적으로 실재하는 법이란? 3. 正義란 무엇인가? 4. 인정법에 대한 의미는? 5. 사법실무에서 어떠한 의미를 갖는가? 등을 물을 수 있겠다.

7) Kelsen, Die reine Rechtslehre, 1960, S. 442.

8) Cicero, Tusculanum, 4.6.

9) Ulp.D.1.1.1: “Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.”

데서 자연법의 일정한 의미를 간취할 수 있다. 자세히 보면 法源의 순서에서 자연법은 첫째 법원으로 등장한다. 그에 따르면 자연법이란 자연이 모든 동물들에게 가르쳐 준 것이라고 한다. 여기에서 동물이 자연법의 受範者라는 울피아누스의 생각은 이미 희랍인들에서 볼 수 있다는 점에서 울피아누스는 사상사적 적통에서 있는 것으로 보인다. 울피아누스는 더 나아가 시민법과 자연법은 교집합을 가진다고 언급하고 있다. 이 점에서 시민법도 입법자의 자의에만 기속되고 무에서 창조된 편협한 실정법이 아니고 존재론적으로 - 울피아누스가 또한 ‘공통법(ius commune)’으로 함께 묶기도 한 - 자연법과 만민법이 시민법에 선행한다는 점을 알 수 있다. 파울루스¹⁰⁾도 이 사상의 전통 하에서 있다.

그런데, 법사료에서 자연법이 언급되는 경우 그것은 유스티니아누스 황제의 편찬자들에 의한 수정이라고 주장하는 학자들도 있으나, 오히려 유스티니아누스가 개입한 텍스트들에서 - 특히 황제의 의중을 더 잘 살필 수 있는 칙법회찬과 신칙법집에서 - 자연법에 대한 선호를 발견할 수 없다.¹¹⁾ 즉 자연법이라는 개념은 로마 고전기 법학자들이 관용하던 것을 황제가 다시 그러한 자연법(ius naturale) 개념이 들어 있는 텍스트들을 모았을 뿐이지 황제에 의하여 그 개념이 처음으로 사용된 것은 아니다. 이 자연법 개념은 약간은 좁고 형식적이었는데, 법무관의 역할에 의하여 발전된 로마의 확장되고 합리화된 법으로 평가된다.¹²⁾ 그러한 점에서 ius gentium(만민법)과도 일맥상통한다. 즉 외국법을 적용할 수 없었던 법무관은 외국과 로마에 공통으로 적용될 수 있는 법체계를 발전시킬 수밖에 없었다. 그 만민법에는 로마의 지배하에 들어 간 민족들의 관습 외에 일반적인 법원칙도 포함하는 것이어야 했다. 실제적으로는 법무관의 정의 감각에 의존할 수밖에 없었던 이러한 법창조에 의

10) D.1.1.11: Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.

11) Wolfgang Waldstein, Zur Bedeutung des Naturrechts in der Entwicklung des römischen Rechts, Iustum Aequum Salutare IV 2008.4, S. 115f.

12) Lawrence Wanlass, Gattell's History of Political Thought 2nd. edition, London, 1959, pp. 80-81.

하여 생성된 법은 추상화되고 이성의 요구에 합치하는 것으로 인정되었다. 그 외에 법학자들의 기여도 간과할 수 없다. 학자들도 추상적 차원의 이성에 부합하는 법규칙들을 만들어내려 했고 그러한 노력 중에 희랍 스토아 철학의 영향을 크게 받았다. 법규칙 배후에 있는 자연으로부터 이성에 의하여 도출되는 추상적 권리라는 원리를 전제하였다. 특히 스토아 철학 사상 중 인류의 동포애 사고와 보편법 사상이 결정적이었다. 자연법 내지 만민법 생성은 로마가 세계제국으로 발전할 기반이 되었다.¹³⁾ 즉, 희랍에서는 폴리스가 붕괴하면서 발전한 스토아 사상이 로마에서는 아주 현실적인 사태를 돕는 사상이 되어 제국으로의 상승에 도움을 주었다. 특히 동등한 권리를 갖는 개인들이 보편타당한 자연의 법에 구속된다는 사상이 제국 로마에 법적 기초를 제공한 것으로 평가할 수 있다.

키케로의 『법률론』이 로마 법률가들 공동의 精神財였음은 확실하다. 그들은 키케로의 생각을 따랐으며 자연법을 확실히 인정하였다.¹⁴⁾ 로마 법률가들의 법해석 작용은 다시 말해 넓은 의미에서 자연법 수립의 절차라 할 수 있다. 올바른 법적 결정을 할 때 직관적인 절차가 선행하는 것으로 인정된다.¹⁵⁾ 하지만 로마 법학자들이 자연법의 모습을 추적할 때에 자연법 이론을 구성하거나 하는 일은 없었다. 다만 역사적 현실로서의 자연법이 법적 인식 근거로 실천되어 왔을 뿐이다. 로마 법률가들 사이에서도 자연법에 관한 다양한 견해가 개진되었으나 자연법의 존재 자체는 다투어지지 않았다. 결국 로마의 법적 해결에서 합리적인 해결 내지 결정이라면 동등한 복수의 대안들이 제안되더라도 권력자의 자의적인 결정은 아니므로 자연법적 틀을 벗어나는 것은 아니었다.¹⁶⁾

13) 다음의 유스티니아누스 법학제요와 학설취찬 개소들에서 그 증좌를 확인할 수 있다. I.1.2.6.; I.1.2.2.; D.1.17.32.

14) Max Kaser, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, 1969.

15) 직관은 물론 주지적인 전통에서 주된 인식 수단 중 하나로 인정된다. 아리스토텔레스도 아이스테시스와 누스를 말한다. 『니코마코스 윤리학』, 1098b3: “원리들 중 일부는 귀납에 의하여 파악되고, 다른 일부는 지각에 의해.” 아리스토텔레스는 또 『형이상학』에서 “모든 것에 예외 없이 증거가 필요하다”는 것은 결코 가능하지 않다”고도 말한다.

16) 모든 학문분과에서 같은 엄밀성의 척도가 사용될 수 없다고 말한 아리스토텔레스의 뜻도 이런 것이 아니었는가?

2) 키케로

법사상과 관련된 키케로의 두 저작 『국가론』과 『법률론』을 살펴보면, 『국가론』에서는 그의 주된 관심사가 과연 법사상이지 법학이 아님이 드러난다.¹⁷⁾ 다만, 『법률론』에서는 당시 로마의 현행법을 고려한 논의가 펼쳐진다. 로마인으로서 현실을 좌시하지 않았던 점에서 일방적으로 법사상에만 방점을 두었던 희랍의 사상가들과 구별된다.

키케로의 작품들을 분석해 보면 우선 자신을 플라톤주의자로 보고 있다는 것을 알 수 있다. 플라톤과 직접적 사제 관계는 있을 수 없는 연배이고, 다만 플라톤의 후계자라 자칭하는 자들이 기원전 387년에 아테나이에唱導한 소위 ‘신 아카데미아’가 키케로 생전에 존속하고 있었다. 아테나이 遊學 시기에 키케로 자신이 이 아카데미아의 교장인 안티오코스의 아스칼론에게서 사사한다. 그 전 교장인 라리싸의 필론에게서는 로마에서 배운다. 이 아카데미아의 성격은 기본적으로 회의주의적이라 할 수 있다.¹⁸⁾ 이 아카데미아가 추종하는 회의주의의 맹이는 물론 소크라테스에서 찾을 수 있다. 퀴론의 회의주의와는 달리 이 회의주의에서는 한 명제의 진실 또는 허위의 개연성 평가에 기초하여 결정적인 행위를 할 수 있다고 주장하였다. 키케로는 이러한 완화된 회의주의를 취택한 것으로 보인다. 그러나 그의 윤리론 전반은 스토아의 강한 영향 하에 있다. 물론 이 시기에 각 학파들이 절충적이어서 그들의 차이는 결국 무시해도 된다는 견해도 강하다. 윤리론만 보자면 스토아주의는 플라톤의 입장뿐만 아니라 페리파토스와의 유사한 점이 많다. 자연법에 관한 키케로의 논설만을 보면 스토아적인 것이 눈에 띈 정도이다.¹⁹⁾

17) 법사상 영역에서는 키케로가 다시 말할 필요도 없이 최고의 중량급 학자임은 분명하지만, 그 당시 로마에서 실제로 운용되었던 실무법학과 그의 관련성을 인정하기는 쉽지 않다.

18) 강상진 외, 『서양고대철학』 2, 길, 2016, 제11장 헬레니즘 시대의 회의주의(오유석 집필 부분), 313면 이하.

19) 스토아 윤리론 중의 자연법론: 전 자연계를 지배하는 선한 최고 존재가 있다. 이 자연과 합치하는 것이 인간에게 행복이자 윤리학의 목표이다. 사람은 본능적인 덕의 추구를 하며 알 수 있다. 모든 인류는 한 가족이고 우리는 인류에 관심과 애정을 갖고 상호 協和한다. 키케로의 자연법론은 그리하여 신학, 형이상학, 윤리학을 통합시키는 입장이라고 할 수 있다. 에피쿠로스의 윤리론에 대조되는 입장으로 일컬어지지만, 반드시 그렇지는 않다. 에피쿠로스의 입론은 로마의 루크레티우스의 작품 『사물의 본성에 관하여』에 잘 드러나 있다. 그 무신론적 유물론에 따르면 세계 안의 질서나

(1) 자연법

시민법이 자연적 이성의 원리들에 근거하여야 한다는 『국가론』에서의 자연법사상을 키케로는 『법률론』에서도 순수 하나의 모범 법전을 제정하면서 일관되게 주장하고 있다. 실정법이 그러한 자연의 법에 위반하게 되면 무효라고 주장한다. 세상은 이성적 섭리에 의하여 운영된다.²⁰⁾ 인간은 사멸할 뿐인 존재이지만 다른 짐승들과는 구별되는 것을 부여받았으니 그것이 바로 이성이다. 이성이 있으므로 신과 같아지고 명령과 금지를 본질로 하는 자연법을 인식할 수 있다는 것이다. 요컨대, 법과 정의의 원리 내지 이데아idea는 영원하다는 플라톤의 견해를 이어받고,²¹⁾ 자연에 최고 보편법이 존재한다는 스토아의 견해를 승계하여, 키케로는 추상적인 이성 및 자연법 개념들을 인간 이성의 활동과 구체적 입법 작용에까지 사고를 확장하였다.

자연법은 각개 공동체의 실정법에 기준으로 작용한다. 이성에 따라 선한 자연에 따른(kata phusin; secundum naturam) 자연법도 또한 선할 수밖에 없다. 그리하여 phusei dikaion이 있게 된다.²²⁾

국가론 3.22.

진정한 법은 올바른 이성이고 자연에 부합하는 것이고 만민에게 확산되는 것이며 늘 변함없고 영구히 지속되는 것입니다.

(2) 자연적 평등

같은 유에 속하는 개별 사람들은 유사하기에 평등하다. 인류에는 하나됨이 있다.²³⁾ 그러한 단일성 때문에 같은 내용의 자연법을 갖는다. 이 점에서 키케로의 생각은 오래된 플라톤이나 아리스토텔레스보다는 스토아에 더 기울

목적 등은 진상이 아니고 실제로는 원자들의 임의 충돌에 의한 것이라고 한다.

20) 의무론, 1.22; 『국가론』, 6.15 이하.

21) 특히 플라톤, 국가.

22) 키케로의 언급은 De inventione 2.161. 그 선구자 아리스토텔레스가 있다. 아리스토텔레스, 수사학 1.13; 『니코마코스 윤리학』 5.7.1.

23) 『국가론』, 1.29, 30, 31.

고 있다. 스토아적 입장에서 자연적으로 노예제를 원칙적으로 부정하고 있다. oikeiosis라는 개념이 바로 그것이다. 본성을 공유하는 생물끼리는 연결된다는 의미이다.²⁴⁾

의무론 1.13.41

그러나 우리 하류층에 대해서도 정의가 수호되어야 한다는 점을 기억하자. 현재 가장 천한 상태이자 지위는 노예의 그것이다. 고용인에게 하듯이 노예에게 노무를 요구하도록 명하는 자는 나쁜 것을 가르치는 것이 아니다. 그리고 그들에게 정당한 몫을 제공하여야 한다.²⁵⁾

법률론 1.10.28

우리가 법을 실현하기 위하여 태어났다는 사실, 또 법은 의견*opinio*에 의하여 성립하지 않고 자연*natura*에 의하여 성립한다는 사실을 확실히 깨닫는 일만큼 훌륭한 일은 없습니다. 사람들 사이에서 만들어지는 인간의 결사와 연대를 당신이 염두에 둔다면 이 점은 분명합니다.²⁶⁾

법률론 1.10.32

어떻게 됐든 인류리는 類를 공통으로 하는 우리 개별 인간들은 모두 이성을 부여 받은 존재이다. 우리는 그리하여 모두 덕에 도달할 수 있고 도달하여야만 한다.

(3) 자연적 국가형성

국가를 구성하는 것은 인간에게 사회형성의 본능이 있기 때문이다. 인간의

24) 학설취찬의 율피아누스의 유명한 언명 '모든 이들이 자연법 상으로 평등하게 태어났다'에는 엘리스의 알키다마스라는 선구자가 있다. 결국에는 루소에까지 그 영향을 미치고 있다.

25) Meminerimus autem etiam adversus infimos iustitiam esse servandam. Est autem infima condicio et fortuna servorum, quibus non male praecipunt, qui ita iubent uti, ut mercennariis, operam exigendam, iusta praebenda.

26) Sed omnium quae in hominum doctorum disputatione uersantur, nihil est profecto praestabilius, quam plane intellegi, nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius. Id iam patebit, si hominum inter ipsos societatem coniunctionemque perspexeris.

행복하고 정의로운 삶은 결국 사회 안에서만 가능한 사태이다.²⁷⁾ 그리하여 국사에 종사함은 고귀한 의무일 수밖에 없다. 국가는 개인이 자신의 이익을 위하여 결합한 것이 아니다. 이것은 플라톤이나 아리스토텔레스 외에 스토아의 영향이기도 하다. 플라톤이나 아리스토텔레스에게서 사람에 대하여 ‘zoon politikon’으로 보는 전제가 이미 고대 희랍에 마련되어 있음을 알 수 있다. 키케로도 물론 이 연속선상에 있다.²⁸⁾

국가론 1.7.12

국가를 세우거나 세워진 국가를 유지하는 것보다 인간의 덕이 신의 의지에 좀 더 가까이 접근하는 것은 아무 것도 없다.

3) 중간결론

키케로에게 이성을 가진 인간이라면 선한 법, 즉 자연법을 인식할 수 있다. 악법과 선법의 구별 기준은 과연 무엇인가? 키케로는 『법률론』, 1.42에서 물론 그 구별기준이 자연법이라는 점을 밝힌다.²⁹⁾ 그러나 자연법이라는 그 기준에 관해서도 여러 견해들이 존재하며 자연법을 가상의 것(ficta)에 불과하다고 생각하는 사람들도 있다는 점은 그도 인정한다. 그럼에도 불구하고 키케로건 율피아누스건 고대 전통적 법사상에서 자연법은 현실이었다.

27) 아리스토텔레스, 정치학, 1.1253a.

28) 국가론, 1.39.

29) 반면, 선하고 옳은 자연법을 알 수 있는 이성 외의 감각은 신뢰를 주지 못하는 것으로 기술한다. 법률론 1.47: 그러나 의견의 차이와 인간의 대립이 우리를 당혹하게 만드네. 감각에서는 같은 문제가 생기지 않으므로 우리는 저 감각들이 확실하다고 여기네. 그런데 저것들은 어떤 사람들에게는 이렇게 나타나고 또 어떤 사람들에게는 다르게 나타나므로, 또 심지어 같은 사람에게도 늘 똑같이 보이는 것이 아니므로, 우리는 그것을 가상적(假想的)인 무엇이라고 일컫게 되지. 그러나 이것은 사실과 아주 다르네. 우리 감각을 타락시키는 것은 어머니도 아니고 유모도 아니고 선생도 아니고 시인도 아니고 연극도 아닐세. 대중의 합치된 의견이 있다고 해서 우리의 감각을 오도하지는 못하네. 그럼에도 우리의 지성에는 온갖 기만들이 덮쳐오네. 방금 열거한 인물들에 의해서 촉발될 수도 있는데, 이 사람들은 연약하고 미숙한 사람들을 받아들여서 자기네 마음대로 물들이고 비틀어놓는 단 말일세. 그런가 하면 선을 흉내 내는 쾌락이 모든 감각에 깊이 스며들어 우리를 기만하기도 한 다네. 그것이 모든 악의 모체가 되지. 그것의 유혹으로 부패한 연후에는 사람들은 무엇이 자연본성상 선한 것인지 제대로 분간하지 못한다네. 자연본성상 선한 것들에는 이런 달콤한 맛과 매력이 결합되어 있기 때문이지.

그러한 바탕 위에서 용어쌍 *ius*와 *lex*를 키케로는 어떠한 의미연관에서 사용하였는지 알 필요가 있고, 그러려면 그의 자연법론을 당시 자연법론의 배경에서 살펴보아야 할 것이다. 그 다음에야 그가 사용한 두 용어의 참된 의미를 밝힐 수 있을 것이다.

II. 키케로의 *ius*와 *lex*

우리의 고찰 용어들 *ius*와 *lex*는 현재의 법과 법률과 대동소이하다. 우선 법과 법률이 무엇인지 살피고 로마의 *ius*와 *lex*를 살펴본다. 이 작업은 물론 아래에서 검토할 키케로의 저작 『법률론』 중에 쓰인 *ius*와 *lex*의 의미를 더 잘 이해하기 위한 것이다.

1. 법과 법률의 일반적 설명

이제 살피고자 하는 용어쌍 ‘법’과 ‘법률’은 일견 우리에게 친숙한 듯 하지만, 그렇게 간단하지 않는 개념들이다. 우선 법이란 무엇일까? 어려운 법철학적 논의를 제쳐두고 국어사전에 물으면, ① “국가의 강제력을 수반하는 사회 규범. 국가 및 공공 기관이 제정한 법률, 명령, 규칙, 조례 따위이다.”(국립국어원 국어사전) 로 답하고 있고, 비슷한 말로 ‘법률’을 들고 있다.

법률을 찾으면 물론 법의 동의어로도 나오지만 ② “국회의 의결을 거쳐 대통령이 서명하고 공포함으로써 성립하는 국법(國法). 헌법의 다음 단계에 놓이며, 행정부의 명령이나 입법부와 사법부의 규칙 따위와 구별되어 명령·규칙이 법률에 위반되면 법원에서 그 규칙이나 명령의 적용은 거부되고 법률이 헌법에 위반되면 법원은 그 법률의 적용을 거부한다.”(국립국어원 국어사전)는 의미도 밝히고 있다.

여기에서 알 수 있지만 일반 언중은 법과 법률은 일상생활에서 구별하지 않는 경우가 많다. 그러나 적어도 법학에서는 그 둘을 구분한다. 법이란 ③

인간의 사회생활 관계를 규율하는 사회규범인데, 국가권력에 의하여 그 준수가 강제되는 점에 그 특징이 있다. 위 ①의 개념규정이 이에 近似하다. 다만 위 ①의 풀이에서는 법에 성문법 외에 불문법이 존재한다는 점이 제대로 밝혀지지 않는 단점이 있다. 그리하여 대체로 ③과 같이 파악할 수 있다. 그에 반하여 법률은 비교적 그 정의가 명확하고 위 ②의 정의로도 충분한 것으로 인정된다.

그런데 法이라는 문자 및 개념은 우리 동아시아 한자문화권에서 오래 전부터 사용되어 왔다. 과연 그것이 - 특히 법학 전문용어로서 - 우리가 지금 사용하고 있는 법과 같은 것인지는 의문이다. 오히려 우리 법학에서 사용하는 법 개념은 중국의 법 개념에서 왔다가보다는 중국의 한자 ‘法’이 서양의 개념인 law, Recht, droit, diritto, derecho, direito, ius 등의 번역어로 쓰였다고 보아야 한다. 이러한 서양의 개념을 계수할 때 동양 사상 전통 중에 쓰인 문자 내지 개념 중 가장 유사한 것을 골랐을 것이고 그 것이 바로 법이었다.³⁰⁾ 법률도 마찬가지로 법이라는 의미로 쓰였지만 일본에서 이미 일찍이 확고하게 위 법 개념들과는 다른 의회통과법인 실정규범(즉 서양에서 statute, Gesetz, loi, legge, ley, lei, lex 계열)은 특히 ‘法律’이라 하여 ‘法’과는 명확한 구분을 하였고, 우리나라의 학계도 그 구분을 따르게 되었다.³¹⁾ 중국은 그 구분을 전통적으로 반드시 따른 것은 아니지만 않았지만, 최근 그에 따르는 학자들도 있다.³²⁾

30) 그러나 그것은 일본에 한정된 이야기이다. 예컨대 중국의 사상가 옌푸(嚴復)는 불어의 loi에 해당하는 중국어 단어는 하나가 아니라 理、禮、法、制 네 가지가 될 수 있다고 생각하였다: “蓋在中文，物有是非謂之理，國有禁令謂之法，而西人則通謂之法。故人意遂若理法同物，而人事本无所谓是非，專以法之所許所禁為是非者，此理想之累于文字者也。中國理想之累于文字者最多，獨此則較西文有一節之長。西文法字，于中文有理、禮、法、制四者之異譯。學者審之。”

31) 廣辭苑, 제6판, 일한사전, 어문학사, 2008를 보면 ‘法(ほう)’는 “사회질서 유지를 위한 규범으로 일반적으로 국가권력에 의한 강제를 수반한다.”로, ‘法律(ほうりつ)’는 넓은 의미로는 법과 동의어이고 좁은 의미로는 ‘국회에서 제정된 규범이며 헌법, 조약, 명령 등으로부터 구별되는 법의 한 형식’이라고 나와 있다. 시간적으로 훨씬 앞서서 1883년(메이지16년)에 일본 司法省에서 펴낸 『法律語彙初稿』를 보면 loi는 확실히 ‘법률’로, droit는 ‘법’ 또는 ‘권리’(예컨대 ‘droit privé’는 ‘私權’ 또는 ‘私法’)로 확정적으로 번역되어 있다. 우리가 알고 있는 의미들과 다르지 않다. 더 나아가 西周(니시아마네), 百學連環, 1871; 해본, 和英語林集成, 1867, 1872, 1886. 1875년의 『불란서법률』에서 미쓰구리 린쇼가 droit civil을 위하여 ‘民權’이라는 번역 용어를 사용하였다.

32) 독일을 위시하여 대륙법의 영향을 받은 학자, 특히 로마법 연구자들은 한국이나 일본과 흡사한 법/

결국 관건은 법이나 법률³³⁾의 이해가 아니라 Recht 및 Gesetz의 이해이고, 결국 소급하여 서양의 ius와 lex의 이해가 문제이다.³⁴⁾

한국의 용어례는 중국보다는 일본의 절대적 영향권 안에서 그들의 조어법을 수용하였다. 일본에서는 메이지 시기에 'droit'와 'loi'가 번역되었다. 다만 그 차이가 처음에는 번역어에서 의식적으로 회피되었다. 즉 '法'으로 양자가 포괄되는 형국이었다. 그리고 그것보다 후에 더 심각한 영향을 주었던 것은 'droit'에서 '권리'라는 의미를 뺀 것이다. 그렇게 되자 실정법이든, 자연법이든, 권리는 일본어에서는 '법'으로 포괄되는 문제가 발생하였다.³⁵⁾ 그리하여 예컨대 일본 민법전 편찬 예비단계에서 미쯔꾸리 린쇼(箕作麟祥)가 프랑스 민법을 번역하면서 droit civil을 '민권'(民權)으로 번역하자 民에게 권리가 있다는 것이 무슨 의미인지에 관한 논의가 일었을 정도였다.³⁶⁾

2. 로마의 법과 법률

법 내지 법률에 해당하는 로마의 개념으로 ius와 lex를 상정할 수 있다.³⁷⁾

법률 구분법을 구사하고 있다. 예컨대 黄凤, 罗马法教科书, 中國政法大學出版社, 2005.

33) lex, loi, Gesetz 등의 용어는 '법칙'이라는 의미가 있다. 한스 켈젠의 입론에 따르면, 미개인들은 애니미즘을 벗어날 수 없었고 자연에 있는 만물에도 혼이 깃들어 있다고 보았다. 그리하여 법이라는 한 가지 용어로도 표현할 수 있었던 것으로 본다. 그 외에도 마찬가지로 맥락에서 희랍어 단어 αἴτιον이 '원인'의 의미 외에 동시에 '죄'라는 의미를 갖는 것을 예로 들고 있다.

34) 일본(특히 법학계)에서도 사정은 우리와 비슷하다. 다만 법률에 해당하는 lex 계열의 용어들이 법률 외에 누군가가 세우는 의식적 행위를 하지 않더라도 예컨대 자연 '법칙'등에서 사용할 수 있는 이른바 '掟'(오키테=設定)로 보기도 한다.

35) 피에르·르잔돌, 『도그마人類學總說－西洋의도그마的諸問題』, 11-12면(西谷修 해설부분).

36) 호즈미 노부시게(穂積陳重), 『法窓夜話』(岩波文庫, 1980). “明治三年、太政官に制度局を置き、同局に民法編纂会を開いた時、江藤新平氏はその会長となった。当時同氏はフランス民法を基礎として日本民法を作ろうとし、箕作麟祥(みつくり・りんしょう) 博士にフランス民法を翻訳させて、これを會議に附したことがあった。博士はドロアー・シヴィールという語を「民權」と訳出されたが、我邦においては、古來人民に權利があるなどということは夢にも見る事がなかつた事であるから、この新熟語に接した会員らは、容易にこの新思想を理會しかね、「民に權があるとは何の事だ」という議論が直ちに起つたのであつた。箕作博士は口を極めてこれを弁明せられたけれども、議論はますます沸騰して、容易に治まらぬ。そこで江藤会長は仲裁して、「活かさず殺さず、姑(しばら)くこれを置け、他日必ずこれを活用するの時あらん」と言われたので、この一言に由つて、辛うじて會議を通過することが出来たということである(『江藤南白』)。「他日必ずこれを活用するの時あらん」の一語、含蓄深遠、当時既に後年の民權論勃興を予想し、これに依つて大いになすことあらんとしたものの如く思われる。”

37) 이하에서 라틴어 용어들의 어학적 조사에는 *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press,

로마에서 *ius*라고 하면 우선 *ius civile*(시민법)를 가리킨다. *ius civile*는 한 사회공동체의 법질서, 즉 한 공동체 내에서 재화분배의 역할을 담당하는 법질서이다. 그러나 *ius naturale*의 개념도 병존하였다. *lex*는 위와 같은 과제를 갖는 *ius*의 수단이 되었고, *ius*의 실현을 위하여 정치공동체가 공식적 言表로 밝힌 자기결정이다.

아래에서는 우선 *ius*와 *lex*의 의미와 텍스트 상의 용례를 살펴본다.

1) *ius*

(1) 서설

*iūs(jūris)*는 법이나 권리 외에도 정의, 옳음, 형평, 공정까지도 포괄하는 광범한 개념이다. 이 점은 *ius*에 장기간의 의미 발전이 있었다는 점을 우리에게 시사해준다. 삼스크르탐(산스크리트)어의 어근 ‘*yu*’(결합하다)와 관련되며, 희랍어 ζεύωμαι, 라틴어 *jungo*와도 관련성이 있을 가능성이 크다. ‘묶다’, ‘매다’, ‘결합시킨다’는 의미에서 ‘구속시킨다’는 의미가 도출되고 *ius*의 본질적 속성인 구속성이 도출된다. 로마법에서 *ius*는 실로 다양한 의미로 사용되었다. 우선 가장 넓은 의미의 ‘법’으로서 로마 국민의 법 전체(*iura populi Romani*)를 의미한다. 또한 법의 ‘영역’을 의미하기도 하여, 公法은 *ius publicum*, 私法은 *ius privatum*, 名譽官法은 *ius honorarium*³⁸⁾ 등으로 불렸다. *iure*는 “적법하게”, *ipso iure*는 “법상 당연히”이다. “*idem iuris est*(같은 법이다)” 또는 “*quid iuris est*(무슨 법이냐)?” 등의 표현에서는 *ius*가 특정 법률규정을 의미하기도 한다.

역사 초기에 *ius*는 사람이나 물건을 차지하려는 私力 행위가 법에 합치함을 가리켰다. 로마 초기에 로마인들의 법[권리]을 ‘*ius Quiritium*퀴리테스인들의 법[권리]’(=원초적 로마시민법[권])이라 불렀다. 퀴리테스인들은 대체

2012와 Charlton T. Lewis, Charles Short, A Latin Dictionary (<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059>)를 참조하였다.

38) 로마의 사법담당관리 법무관(*praetor*)이 자신의 직무활동의 범위 내에서 발전시킨 법 영역.

로 로마인과 외연이 겹친다. 희랍의 영향을 받기 전 로마 초기의 표현으로 로마에서 도시화 이전 퀴리테스인들(Quirites)의 여러 씨족 마을들(gentes)의 결합체인 방어공동체에서 기원한다. 그 명칭은 물론 전쟁의 신이자 퀴리날리스 언덕에서 경배되던 퀴리누스 신에서 유래한다.³⁹⁾ 이러한 법질서의 전통에서 고전기 로마인도 “자유”와 “소유권”을 “퀴리테스인들의 법[권리]에 의하여”(ex iure Quiritium) 갖는다고 표현하였다. 방어공동체라는 아주 오래된 거주형태의 법적 구조에서 ius의 단초를 인지할 수 있다. 즉 거주자 각 개인은 확고한 법적 지위/자격(entitlement)를 갖는다.⁴⁰⁾ 폭력으로 점철되어 아직 법이 없는 자연 상태를 벗어나 로마 시민 거주자 각인은 법적 지위를 통하여 분쟁 없이 유지되는 법ius 질서 내에서 자신의 자유와 소유와 자기 가족의 모든 권리를 보장받았던 것이다. 더 나아가 그 법적 지위는 신들의 축복(venia deum, 이에는 역법과 신관들이 전제된다.)을 받기 위하여 조점관 augur에 의한 종교의례가 추구한, 또 신들과의 평화를 가능하게 했던 법적 평화(pax deum)의 일부이기도 했다.⁴¹⁾ 이 경우 도시국가의 법질서는 각 개체가 배타적이고 自益的이고 특유의 것을 확보하려는 상황을 전제하고 국가와 가족을 관할하려 한다.⁴²⁾

이렇게 자격부여(entitlement)로 시작된 권리의 초기 형태에서 근대적 권리가 발생하였다고 볼 수 있지만 이런 자격부여적 의미는 근대적 법개념을

39) 테오도르 몸젠, 김남우, 김동훈, 성중모 옮김, 『몸젠의 로마사』 1(푸른 역사, 2013)에 따르면 퀴리날리스 언덕은 팔라티움 공동체와는 다른 독립적인 공동체가 형성된 주요거점이었다. 그리하여 팔라티움에도 마르스 신전이, 퀴리날리스 언덕에도 마르스 신전이 있었다. 팔라티움 공동체가 퀴리날리스 공동체를 일찍이 제압한 것으로 추정된다.

40) Okko Behrends, Institut und Prinzip: siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, Herausgegeben von Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl und Cosima Möller, 2004, S.313 ff. 로마 대물소송에서 권리주장자는 제정물에 대하여 권리를 상징하는 막대기를 갖다 댄으로써 자신의 것으로 주장했다. 그리하여 로마에서 권리로써 지배하는 자기 물건을 환수해올 수 있는 권리인 vindicatio를 자연 상태를 상징한 채 자력구제나 실력/폭력vis(vim + dicere)[또는 ‘vis dicta’: D.40.2; C.7.1]과 관련 있다고 보는 관점이 있다. 그러나 후대의 시대착오적 오류이다.

41) 이러한 의미를 가지는 또 다른 예로서 ius Latinum을 들 수 있다. 라티움인의 권리라고도 번역할 수 있는 이 권리는 본질이 라티움인의 지위이다. 그 지위는 통상 로마 시민의 권리에서 투표권 suffragium이 제외되었다.

42) Okko Behrends, 위의 책 328ff.는 법과 조점관 종교의 관련성을 강조하면서 농민들의 여러 거주공동체gentes의 연합이 법의 기초를 이룬다고 한다.

구성하는 많은 요소 중 하나였다. 법이란 격리된 개인으로부터 시작되었던 것이 아니고, 개인이 그 안에서 확고한 법적 지위를 가지는 인간들의 조직으로부터 시작되었다. 물론 로마의 권리는 그렇게 시작했으나 점차 개인적-물론 친족 단체적 성격도 있었고, 권리의무주체인 가부장으로의 자격 제한이 있었지만-성격을 띠게 되었다. 그렇게 개별적 성격이 강하던 *ius*가 후에 추상화되어 우리가 이해하는 ‘법’이라는 의미까지 갖게 되었다. 요컨대, 초기에는 *ius*가 私的 권리를 두고 다투는 개별 로마 시민의 구체적 권리였다가 다양한 층위들(*iura*)을 포함하는 전체 법질서라는 의미도 *ius*로 불리게 되었다. 그렇게 아주 오래 전부터 *ius*는 주관적 법과 객관적 법질서로 나뉘었고, 주관적 법은 객관적 법질서가 개인에게 부여한 法力이라고 할 수 있다(*alicui ius esse eundi agendi*).⁴³⁾

(2) *ius*의 용례

*ius*의 원초적 의미는 ‘구속력이 있는 의무를 부과하는 그 무엇’이라고 했다. 그야말로 우리가 이해하는 ‘법’이다. *iura*(복수 주격 및 대격) 외에는 복수형이 드물었다.

“*iuris praecepta sunt haec, honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere,*” Just. Inst. 1, 1, 3.

법의 계명은 다음의 것들이다. 도덕적으로 선하게 사는 것, 타인을 해치지 않는 것, 각자에게 그의 것을 주는 것.

Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio D.

43) 이 경우 *ius*는 *facultas*나 *potestas*이다. Kaser, *Das altrömische Ius*, 1949; Wolfgang Kunkel/Martin Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, Böhlau, 2005, S. 123.

1, 1, 1, 3; Just. Inst. 1, 2 pr.

자연법은 자연이 모든 동물에게 가르친 것이다. 즉 그 법은 인류에 고유한 것이 아니라 하늘, 땅, 바다에서 태어나는 모든 동물에 고유한 것이다. 이로부터 우리가 짝짓기(혼인)이라고 부르는 수컷(남)과 암컷(녀)의 결합과, 새끼(자식)의 출산과 양육이 나온다.

omnes boni ipsam aequitatem et jus ipsum amant; ... per se jus est appetendum,

Cic. Leg. 1, 18, 48.

모든 선한 사람들은 법 자체를 사랑하네. 법은 그 자체로 추구되어야 하네.

(3) 기타의 의미

그 외에 *ius*는 法廷 “aliquem in jus vocare,” Cic. Verr. 2, 2, 76, § 187; 정의(로움) “absolverunt, admiratione magis virtutis, quam jure causae,” Liv. 1, 26.; 권한 “cum plebe agendi,” Cic. Leg. 2, 12, 31 등의 의미도 갖는다.

2) *lex*의 용례

lex(복수 *leges*)는 언어학적으로 인도-유럽어족의 어근인 **leg*(‘모으다’, ‘취하다’, ‘선택하다’, ‘말하다’)에서 그 기원을 찾는 입장도 있고, 삼스크르탐어 어근 *lag-*, *lig-*(‘고[확]정하다’)에 관련되어 있을 가능성을 중하게 보아 라틴어 *ligare*(‘묶다’, ‘엮다’, ‘구속시키다’)와 관련된다고 보는 견해도 있다.⁴⁴⁾ 후자에 따르면 *lex*의 구속력 측면이 강조되기도 한다. 이러한 구속력이라는 의미는 계약 조관이라는 *lex*의 의미에도 부합한다. 즉 계약의 두 당사자가 체결하여 계약에 편입시킨 내용은 두 당사자를 구속한다는 의미이다.

추상명사 *religio*도 이러한 구속력과 유사한 의미를 공유하는 것으로 보기도 한다. 그리하여 *lex*의 기원을 종교적 의식 및 의례와 결합하여 이해할 수

44) 같은 어족에 속하는 희랍어의 단어 *λέγειν*와도 친연관계에 있음은 일반적으로 인정되고 있다.

있다. 물론 로마 재판절차에서 각 당사자들이 소위 ‘sacramentum’(神聖賭金)을 걸고 패소하는 경우 그 도금을 沒取당했던 것을 볼 때 재판절차와 종교절차 간의 일정 정도 연관성은 추정할 수는 있으나 입증하기는 어려울 것이다.⁴⁵⁾

(1) 기초적 의미

lex는 우선 ‘법률안’을 의미하였다. “legem ferre: antiquare,” Cic. Off. 2, 21, 73: “rogare,” id. Phil. 2, 29, 72; “legem sciscere de aliqua re,” id. Planc. 14, 35.

(2) 확장된 의미

가. 법률안뿐만 아니라 민회에서 인민의 승인을 얻은 법률도 이렇게 불렸다. 나. 법칙, 규칙, 계명, 원칙, 원리, 樣式 등의 의미도 갖는다. “qui disciplinam suam legem vitae putet,”(Cicero. Tusc., 2, 4, 11)는 “자신의 분과[=철학]를 삶의 규칙(원칙)으로 생각하는...”이 될 것이며, “communis condicio lexque vitae,”(Cicero, Tusc., 4, 29, 62)는 “삶의 공통 조건과 규칙 [=법칙]”이 될 것이다.

다. 계약, 약정, 條款, 약관, 합의, 언약 등의 의미도 갖는다. Lex venditionis, locationis, donationis 등에서 ‘lex’는 문제의 거래에서의 특별한 약관으로서, 거래에 이해관계를 가지거나 거래로부터 이익을 얻는 당사자에게 부과된 조건이다. 그리하여 “ea lege ut manumittatur”는 “(노예가) 해방된다는 조건으로”라는 의미이다. D.1.3; C.1.14.

3) lex와 ius의 관계

법이란 일반적으로 입법기관을 통과한 법규범인 법률 외에도 불문의 강제 규범까지를 포함하여 일컫는 개념이다. 그에 해당할 만한 로마의 개념으로

45) 조점관의 신의 승인을 의미하는 징조 요청의 의식적 문언이 leges (augurium) 였다. 또한 정무관이 나 신관의 취임식에서의 징조는 legum dictio라 불렸다.

lex가 있다.

그런데 ius와 lex의 관계를 추지할 수 있는 다음 구절이 있다.

Ins.2.1.11

Civilia iura tunc esse coeperunt, cum et civitates codi. et magistratus creari,
et leges scribi coeperunt

로마에서 lex는 원래 권한 있는 입법기관에서 법에 규정된 방식으로 통과된 강제규범, 즉 법률을 의미했다. 키케로는, 희랍인들은 법 개념과 관련하여 公正을 더 생각했고(véμεν에서 파생되었다고 인정되는 νόμος[νόμου]를 생각하라),⁴⁶⁾ 로마인들은 선택에 더 큰 가치를 생각했다(legere에서 파생했다고 인정되는 lex[leges])고 한다. lex가 민회통과법이라는 데서 자기선택적 측면을 읽을 수 있고, 희랍보다는 법규범이 법률제정자들의 자유와 관련되고 nomos에서 보이듯 자연법적 기원보다는 실정성, 관행성, 임의성이 더 드러남을 알 수 있다.

절차에 의한 법의 확정이란 의미는 공공 법률(lex publica)에서 아주 오래 전부터 드러난다. 공공 법률 제정 절차에서 민회는 고관의 질문에 답함으로써 법적 규율을 승인한다(이러한 법률은 특히 ‘議決 법률lex rogata’이라 부른다). 이러한 입법이 특별 조점관augur이 정하는 종교적으로 純正한吉日(민회개회일dies comitalis)에 실행될 것이 요구되었다. 이처럼 법률의 기본 의미는 의사결정을 통한 법의 확정(=자기선택)이며 국민의 自決적 자기구속이기 때문에, 유스티니아누스 學說彙纂의 “Legis virtus haec est imperare vetare permittere punire.”(D.1.3.7 Modestinus libro secundo regularum) (“법의 힘 그것은 명령하고, 금지하고, 허용하고, 처벌하는 것이다.”) 라는 언명을 이해할 수 있다. lex(법률)는 제안자(집정관 1인, 법무관, 호민관) 또는

46) 『니코마코스 윤리학』에 따르면 公正은 남보다 더 갖지 않는 것이다. 아리스토텔레스, 이창우, 김재홍, 강상진 옮김, 『니코마코스 윤리학』(이제이북스, 2006), 161면: “더 많이 가지려 하며 공정하지 않은 사람(anisos)도 부정한 사람으로 보인다.”

제안자들(집정관 2인)의 씨족명을 써서 지칭되는데, 코르넬리우스, 율리우스, 셴프로니우스 씨족과 같이 흔한 씨족의 이름은 혼동을 야기하기도 했다. 법률은 일정한 법 영역은 취급하지 않았다. 즉 로마의 國制나 정치 영역과 관련된 헌법이나 私法(민법) 특히 채권법, 상속법 등에 관한 법률은 없었다. 민법 부분은 사적인 시민사회의 자율적인 演繹에 맡겨 두었다. 민회 등 공동체 구성원 전부의 소집이 필요한 공적 행위가 불필요했기 때문이다.

그런데 lex의 의미가 시간이 지나면서 확장되었다. 즉 법률을 제정하는 민회의 입법 활동뿐만 아니라, 평민회(concilia plebis)의 입법 활동의 산물이 plebiscita(평민회의결)지만⁴⁷⁾ 기원전 287년의 호르텐시우스 법(lex Hortensia)으로 효력 면에서 lex에 동등하게 되었고, 어느 시점부터는 plebiscita도 아예 lex로 호칭되었다.⁴⁸⁾ 또 모든 이를 구속하는 법무관 告示(edicta), 원로원 의결(senatusconsulta) 등도 lex로 불리게 되었다. 더 나아가 기원후 2세기 고전기 법률가인 가이우스는 황제 칙법을 그대로 법률이라 하지 않고 “lex의 효력을 가진다”(legis vicem optinent, Gai. Inst. 1.5)라고 했을 뿐인데 반하여, 후기 고전기 법학자들은 황제 칙법도 그냥 leges라 불렀다. 제국 후기에는 오히려 칙법이 법률(leges)로 불렸고, 다른 法源들에서 유래하는 법규범과 대비

47) 평민회의결에 의한 입법은 원래 주로 평민회의결에서 투표권이 있던 도시의 평민계층에 구속력을 가졌다. 로마의 거주정책에 의하여 평민들 인구가 폭증하여 귀족들이 작은 소수에 머물게 되자 평민회의결은 민회를 통과한 법률과 동급이 되었다. 가이우스의 법학제요(1.3)에서 두 입법의 구별을 볼 수 있다.

Lex est quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit. plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione uniuersi ciues significantur, connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri ciues significantur; unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est ut plebiscita uniuersum populum tenerent; itaque eo modo legibus exaequata sunt.

법률은 국민이 명하고 제정한 것이다. 평민회의결은 평민이 명하고 정한 것이다. 국민이라는 명칭으로는 귀족까지 포함하여 전 시민이 의미되지만 평민이라는 명칭으로는 귀족을 뺀 나머지 시민만 의미된다는 점에서 평민은 국민과 다르다. 그리하여 예전에는 자신들의 권위 없이 제정되었기 때문에 자신들은 평민회의결에 구속되지 않는다고 귀족들이 주장하였다. 그러나 후에 호르텐시우스법이 제정되어 평민회의결이 전 국민을 구속한다고 규정되었다. 그리하여 이러한 방식으로 평민회의결은 법률과 동등한 효력을 갖게 되었다. 이러한 두 종류의 법률 모두 “leges publicae(公법률)”라고도 불린다.

48) Gell. Noct. Att. 10.20.2.

되었다.

leges가 그냥 ‘법’을 의미하기도 하여, ‘법학’ 내지 ‘법 지식’은 ‘legum scientia’, ‘legum eruditio’ 등으로 표현되었다. 기원후 6세기의 유스티니아누스 황제도 자신의 편찬 저작 중에서 고전기 법학자들을 ‘legum auctores(법의 增強者들)’, ‘legum prudentes(법의 賢慮者들)’로 불렀다.

4) lex가 갖추어야 하는 절차 요건

Gai Inst. 1.3.: Lex est, quod populus iubet atque constituit. 법률은 국민이 명령하고 제정하는 것이다.

Just. Inst.: 1.2.4.: Lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. 법률은 집정관과 같은 원로원급 정무관이 제안한 후 로마 국민이 제정하는 것이다.

로마에서 정무관이 제안하고 민회에서 통과한 법률을 lex, 또는 더 엄밀히 lex rogata(의결법률)라 했는데, 그를 위하여 어떠한 절차 요건들이 필요했는지 살펴본다.

우선 해명해야 될 개념이 원로원의 권위(=승인=비준: auctoritas senatus)라는 개념이다. 입법이나 정무관 선출에 대한 원로원의 사전(또는 사후) 승인을 가리킨다(patres auctores fiunt). 초기 로마의 ‘auctoritas patrum’과 같은 의미로 볼 수 있다. ‘patrum’이란 표현은 가부장을 구성원으로 한 초기 원로원의 잔영이라 할 수 있다. 초기에는 민회 투표의 후속 절차였으나 후에는 단순히 형식적 절차가 되었고, 원로원은 민회 또는 평민회에 안이 제출되기도 전에 승인하였으며 그렇게 形骸化되었다. 기원전 3세기 초 제정된 것으로 추정되는 원로원 권위(=승인)에 관한 마이니우스 법(lex Maenia de patrum auctoritate)은 공직 후보자들이 민회에서의 투표 이전에 원로원의 비준을 받아야 한다고 규정하였다.⁴⁹⁾ 기원전 339년에는 법률제정에 관한 원로원 승인의 폐지를 푸블릴리우스 필로 법(lex Publilia Philonis)이 규정하기

에 이르렀다.

승인(auctoritas) 외에 또 하나 중요한 개념이 개입권(intercessio)이다. 이것은 공법상 상급 정무관이 동급 또는 하급 정무관의 행위나 결정에 대하여 가지는 거부권이다. 거부권이 행사되면 대상 정무관의 공무 집행이 금지되었다. 가장 중요한 개입권 행사는 동료 호민관 내지 다른 정무관에 대한 호민관의 거부권이었다. 호민관은 민회나 특히 원로원에서 정무관이 제안한 법률안을 거부함으로써 입법 활동을 저지할 수 있었기에 막강한 힘이 있었다. 즉 민주적 정당성 면에서 취약한 호민관이 민회나 원로원의 결정을 저지할 수 있었고, 민회에서 이루어진 動議도 마비시킬 수 있었다.

일반적으로 민회에서 법안을 제안한 정무관은 민회에 참석한 시민들에게 법안의 가결 여부에 관하여 묻는다(또는 可決을 청한다). 그러한 법률제안을 rogatio legis라 한다. 민회의 시민들은 가부를 투표에 의해서 결정한다. 그렇게 되면 법률의 효력확정(sanctio legis)이 이루어진다. 법률을 일부 폐지할 수도 있었고(“derogare legi”), 전부를 폐기할 수도 있었다(“abrogare”). 법률안이 통과되면 법률이 제정된 뜻을 공식적으로 선포한다. 이것을 renuntiatio legis(법률의 公布)라 한다. 그 후 법률에 맞게 행위가 되는 경우 그것을 적법하다(legitimus)고 부른다. 그 법률의 趣旨를 mens legis(= voluntas legis, ratio legis, sententia legis)라 부른다.

3. 소결

로마에서 lex(법률)는 그 수효가 현재 성문법 국가에 비교할 때에는 턱없이 적었지만 그래도 로마의 법질서에서 법률은 큰 역할을 하였다. 반면, 민회를 통과해서 제정되는 lex와는 달리 ius는 더 넓고 상위의 개념이었다. 현재 우리 현실에서도 言衆들은 법률과 법을 구분치 않고(못하고) 사용하는 경우가 태반이다.

49) Livius, Ab urbe condita, 3.55.

요컨대 로마에서 *ius*는 현대의 법에 상당하고, *lex*는 법률에 상당하는데 구체적으로 조점관이 판단해 내는 상서로운 徵兆 하에서 고위 정무관이 제안하는 법률안에 대하여 원로원의 승인이 있는 가운데 호민관 등의 개입이 없음을 요건으로 입법기관인 민회에서 가결한 결과물이 *lex*가 되는 것이다. 이 구별의 전제 위에서 키케로 『법률론』의 검토에 들어가자.

Ⅲ. 키케로 『법률론』의 구체적 검토

1. 자연법사상

여기에서 자연법의 실질을 건드리는 논의는 할 수 없지만, 키케로는 당시 대표적인 자연법론자이기 때문에 적어도 자연법과 관련된 용어들을 검토하여야 한다. 자연법을 의미하는 용어들의 변형은 형용사와 명사의 조합이 만드는 경우의 수를 따져보면 네 가지가 있을 수 있다.⁵⁰⁾ 후대에 자연법을 나타내는 용어로 확정된 것은 *lex naturalis*이다. 법률가, 문필가를 가리지 않고 *lex naturae*를 사용하기도 했고,⁵¹⁾ 문필가들(예컨대 특히 키케로)은 그에 더하여 *ius naturae*도 사용하였다. 세네카는 ‘*iura naturae*’를 사용하였는데, 그의 *iura naturae*는 자연법 외에 자연법칙까지 포괄하고 있다.⁵²⁾ 그런데 키케로가 들고 있는 *ius naturae*에는 소유물반환청구권(*vindicatio*)이 포함되어 있다.⁵³⁾

50) 아래의 표는 최병조, 『로마의 법과 생활』(경인문화사, 2007), 88면, 注89)에서 轉載.

결합어	<i>naturae</i>	<i>naturalis</i>
<i>ius</i>	<i>ius naturae</i> : 고대의 문필가들	<i>ius naturale</i> : 로마 법률가들
<i>lex</i>	<i>lex naturae</i> : 고대의 문필가들	<i>lex naturalis</i> : 중세

51) 예컨대 Lactantius, *Institutiones divinae*. 이 용어는 이에 그치지 않고 후대에, 특히 루터와 멜란히톤에게 지속적인 영향을 주었다(Crowe, *The Changing Profile of the Natural Law*, the Hague, 1977, pp.72).

52) 소 Seneca, *Epistulae*, 44, 47.: 대 Seneca, *Controv.*, II, 13,7: *Sui iuris rem natura est nec ad leges humanas componitur*. 소 Seneca, *De beneficiis*, III, 20; Papius Pavianus, 7

53) Cicero, *De inventione*, 2,161: *Naturae ius* est quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis inest, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. Religio est,

이 소유물반환청구권으로는 폭력 또는 불법행위 기타의 것을 방어할 수 있다고 본다. 키케로의 『법률론』에서도 *ius naturae*가 발견된다. XIV 40 (앞으로 달리 지시되지 않는 한 당연히 한글 번역본인 마르쿠스 툴리우스 키케로 지음, 성염 옮김, 법률론, 한길사, 2007에서의 인용이다.) “... defensionemque facinoris a naturae iure aliquo quaereret.” (자기 악행을 변명해 어떤 자연법(권)을 들이대지 않을 만큼 무모한 인간은 아무도 없었네.: 87면). 여기 *ius naturae*의 의미는 스토아의 전통 하에 있는 ὁρθός λόγος를 전제로 하는 자연법, 덕 있는 인간을 전제로 하는 자연법이 아니라 그야말로 자연적·사회적 존재로서의 인간의 한계를 의미한다. *ius naturale*는 법률 문헌에서 빈번히 등장하는 용어로서 고대 로마에서 특히 법률가들이 사용하였는데 위의 *ius naturae*와 대체로 같은 의미이다.

Ulpianus.D.1.1.1.4.

Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit. 만민법은 민족들이 사용하는 것이다. 자연법과 다르다는 것은 쉽게 알 수 있다. 후자는 모든 동물에게, 전자는 사람들에게만 공통된 것이기 때문이다.

여기 *ius naturale*는 고전기 前시기 이론에서는 만민법 *ius gentium*의 자연법적 부분을 가리켰다고 인정된다.⁵⁴⁾ 즉 그 효력은 인간의 사회적 본성에

quae superioris cuiusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert; pietas, per quam sanguine coniunctis patriaeque benivolum officium et diligens tribuitur cultus; gratia, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur; vindicatio, per quam vis aut iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur; observantia, per quam homines aliqua dignitate antecedentes cultu quodam et honore dignantur; veritas, per quam immutata ea quae sunt aut ante fuerunt aut futura sunt dicuntur.; Augustinus, De diversis quaestionibus 83, Nr.31: natura(e) ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit (ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem).

54) 만민법 개념은 자연법 개념과 유사하게 쓰이는데, 만민법은 적용의 보편성이 강조된 개념이고, 자연법은 법의 출처가 강조된 개념이다.

정초되어 있었다. 그것은 모든 법적 거래에서 인간의 他益的 행태 전반을 규율한다. 고전법에서 *ius naturale*는 자연이 인간뿐만 아니라 모든 고등 생물에게 種으로서의 생존을 담보하기 위하여 가르치는 바를 의미했다.⁵⁵⁾ 그것은 자유본능, 가지기 본능, 짝짓기 본능, 양육 본능과 같은 사회생물학적 본능들이다. 달리 말해 *ius naturale*는 남성(수컷)과 여성(암컷)의 결합, 생식, 양육과 같이 자연이 모든 동물에게 가르쳐 준 바이다. 법 영역에서 고전기 전시기의 *ius naturale* 대신 ‘자연적 형평(*naturalis aequitas*)’ 내지 ‘자연적 이치(*naturalis ratio*)⁵⁶⁾(사용자: 로마 법률가인 Gaius와 Paulus)’ 개념이 후에 등장하였다. 자연적 형평은 법무관에 의하여 보장되어야 할 사회윤리의 중요한 원칙들을 포괄한다. 그러한 사회윤리에 의하여 위에서 언급한 사회적 본능들을 馴致시키는 폭력금지도 정당화되었다.

그의 자연법적 사고는 『법률론』 이곳저곳에서 충분히 확인할 수 있는데, 즉 “uidetur mihi quidem certe ex natura ortum esse ius.”(XII 34) (법이라는 것이 자연본성에서 기인했다는 점만은 제게도 확실해 보입니다.: 83면); “ius in natura esse positum” (XII 34) (법이 자연본성에 새겨져 있음: 83면); XIII 36 “a natura esse ius” (법이 자연본성에서 기인한다.: 84면); XV 43 “Atqui si natura confirmatura ius non erit, uirtutes omnes tollantur.” (자연본성이 확정해 주지 않는 한 법은 존재하지 않을 것이며 일체의 덕성은 제거되고 말 것이네.: 90면); XXIV 61 “Haec habemus in XII, sane secundum naturam, quae norma legis est.” (이것들은 모두 12표법에서 나온 것들이고 한 결 같이 법률의 준거라고 할 자연에 의거한 것이지.: 176면) 등을 예로 들 수 있다. 『의무론』에서도 자연에 합치하는 행위와 자연에 반하는 행위를 구별한다.⁵⁷⁾

55) Institutiones Iustiniani 1.2.pr: Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit. nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. 자연법은 자연이 모든 동물에게 가르친 것이다. 즉 그 법은 인류에 고유한 것이 아니라 하늘, 땅, 바다에서 태어나는 모든 동물에 고유한 것이다. 이로부터 우리가 짝짓기(혼인)이라고 부르는 수컷과 암컷의 결합과, 새끼(자식)의 출산과 양육이 나온다.

56) Gai Inst. 1.1.: quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

D.1.5.24 Ulpianus libro 27 ad Sabinum

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit. 적법한 혼인 없이 태어난 자는, 특별법이 달리 정하지 않은 한, 어머니를 따르는 것이 자연의 법이다.

여기의 *lex naturae*도 우리가 생각하는 자연법은 아니고 인류의 사회적·자연적 한계에서 비롯되어 법으로 편입된 내용이다. 그리하여 의미가 위의 *ius naturae*나 *ius naturale*와 유사하다.

이제 마지막으로 중세를 거쳐 근·현대까지 자연법을 나타내는 라틴어 용어로 굳어진 표현인 *lex naturalis*를 본다.⁵⁸⁾ 자연법이라는 의미의 *lex naturalis*는 키케로의 자연법론 기여 이래 지금까지 쓰이고 있는 용어이다. 그러나 그 용어가 쓰이는 것은 철학자 내지 사상가의 법에 관련된 사상서이지, 로마 법학의 本領이라 할 수 있는 실무법학에서는 쓰이지 않았다. 그런데 *lex naturalis*가 법 문헌에서는 유일하게 아래 개소에서 절도의 금지와 관련하여 사용되었다. 이 때 법률가들의 용어 *ius naturale*에서처럼 ‘ius’가 아니라 ‘lex’가 사용된 것은 마치 절도를 금지하는 상급의 명령 주체를 상징하는 듯해서가 아닐까?

57) Cicero, de off. 3.5.21:

Detrahare igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodum augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere aut rebus externis. Nam principio tollit convictum humanum et societatem. Si enim sic erimus adfecti, ut propter suum quisque emolumentum spoliet aut violet alterum, disrupti necesse est eam, quae maxime est secundum naturam, humani generis societatem. 한 사람이 다른 사람으로부터 무엇인가를 앗아 다른 이의 불이익으로 자신의 이익을 증대시키는 것은 사망보다, 빈곤보다, 고통보다, 육신이나 외적 재화에 일어날 수 있는 여타의 것들보다 더욱 더 자연에 반한다(*contra naturam*). 우선적으로 그것은 인간의 공동생활과 사회를 훼손할 것이다. 왜냐하면 자신의 이익을 위하여 각자가 타인을 탈취하거나 폭행한다고 우리가 생각한다면, 필연적으로 가장 자연에 따르는(*secundum naturam*) 것이 되는 것, 즉 인류의 교제가 파괴될 것이기 때문이다.

58) 형용사 ‘naturalis’는 *lex* 외에도 자연스럽게 다른 개념들과 연결되기도 한다. 예컨대 *ius naturale*와 동의어로 인정되는 *naturalis aequitas*는 ‘형평(*aequitas*)’에 *naturalis*가 붙으면서 자연법을 의미하게 된다.

D. 47.2.1.3. Paulus 39 ad ed.

Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. quod lege naturali prohibitum est admittere.

절도는-물건 자체 또는 그것의 사용이나 점유를 불문하고 - 이득을 얻은 목적의 물건에 대한 詐害적인 불법접촉이다. 이것을 허용하는 것은 자연의 법으로 금지되어 있다.

2. ‘leges et ius’와 ‘leges et iura’

위에서 고찰한 바에 따르면 -국어문법상의 正否는 차치하고 - *leges et ius*는 ‘법률들과 법’, *leges et iura*는 ‘법률들과 법들’로 우선 譯出될 수 있다. 예컨대 법률론, XIII 35에서는 “무슨 수로 법률과 법도를 자연본성에서 분리시키겠는가?” (... a nostra *leges et iura* seiungere?)라는 문구가 있고, V 16 마지막 부분에 “이 모든 것을 설명한 연후에만 법과 정의의 원천을 찾아낼 수 있을 것일세.” (*His enim explicatis fons legum et iuris inveniri potest.*)에서 ‘*leges et ius*’라는 표현이 나온다.

이 때 ‘*et*’의 용법이 주목된다. ‘*et*’에는 여러 의미가 있다. 특히, 선행하는 바를 더욱 엄밀히 정의하거나 또는 더욱 간결하게 함축하는 단어나 어구를 연이을 때 사용한다(영어로 “and indeed”, “and moreover”, “and that too”). 여기에서 이 용법이 사용된 것으로 보아야 한다. 이러한 용법의 다른 예를 들자면 “*Romani, quibus Poeni et Hannibal in cervicibus erat, ...*” (*M. Ivnianvs Ivstinvs, Historiarvm Philippicarvm T. Pompeii Trogi libri XLIV in epitomen redacti, 29, 3,7*)에서, “*Poeni et Hannibal*”은 카르타고 인들(軍)을 가리키는 *Poeni*보다 *Hannibal*이 더 핵심이고 정수이다. 이때 ‘*et*’를 살려서 번역하자면 “카르타고 군, 특히 한니발”이 좋다. 또 다른 예를 들자면 “*studiose ab his siderum magnitudines, intervalla, cursus anquirebantur et cuncta caelestia, ...*” (*Cicero, Tusculanae, 5,4,10*)이 있다. 공간된 한글 번역본을 보면 “이들에 의해 별들의 크기와 간격과 궤도 등 천문이 열심히 논의

되었다.”⁵⁹⁾고 옮겨졌는데 역시나 ‘et’가 앞의 단어들과 뒤의 단어가 대등한 관계에 있을 경우 사용되는 “과”, “와”, “그리고” 등이 아닌 “등”으로 적확하게 번역되어 있다. 한 예만 더 살펴보자면, “valde a Xenocrate et Aristotele et ab illa Platonis familia discreparet, ...” (Cic. Leg. 1,21,55)이 있다. 성염 『법률론』의 번역을 보면 “그는 크세노크라테스와 아리스토텔레스, 그리고 플라톤의 문하생들과는 상당히 거리가 있네.”⁶⁰⁾로 되어 있다. 그러나 이 때 구아카데미파의 수장이 된 크세노크라테스와 플라톤의 문하생 아리스토텔레스 모두 구아카데미에 속하는 학자들로 보고 있음을 고려할 때, 번역문의 ‘그리고’보다 여기에서도 “등”이 더 좋지 않았을까 한다. 즉 “그는 크세노크라테스와 아리스토텔레스 등 플라톤의 문하생들과는 상당히 거리가 있네.”로 옮기는 것이 낫다.

결론적으로 *leges et ius* 와 *leges et iura*의 번역에 있어서 실정적인 성문의 법규범인 *leges*는 더 광범한 포괄범위를 갖는 *ius*에 포함되는 관계에 있는데 대등한 의미를 갖는 접속사 *et*로 연결될 수는 없다고 판단된다. 오히려 A et B라는 표현에서 기본적으로 $A < B$ 이다. 그러므로 *leges et ius* 또는 *leges et iura*의 번역어로는 ‘법률을 포함하는 법’, 아니 그냥 ‘법’이라고 번역해도 내포하는 내용이 빠지지는 않는 것으로 보인다. 예컨대 플라우투스 희극에서의 문구 “omnium legum atque iurum fitor, conditor” (Plau. Epidicus 3,4,90)는 “모든 법의 기획자, 제정자”로 옮기면 좋을 것이고, “leges ac iura labefactare.” (Cicero. Caecin. 25,70)는 “법을 전복시킨다.”라고 옮길 수 있다. 또 *ius* 와 *iura*는 수에서만 차이가 날 뿐 본질에 있어서 그 의미가 다르지 않다.

‘*instituta aut leges*’도 함께 고찰해 볼 수 있다. *instituere* 동사에서 파생되어 나온 *instituta*는 ‘규정’, ‘규율’, ‘규제’에서 시작하여 ‘약정’까지 넓은 의미 스펙트럼을 갖는 단어지만, 우리의 맥락에서는 많이 쓰이는 ‘제도’로 번역해도 무리가 아니다. 물론 *institutum*은 관습, 관행이라는 의미가 있고, 관습을

59) 키케로 지음, 김남우 옮김, 『투스쿨룸 대화』(아카넷, 2014), 413면.

60) 성염, 키케로, 『법률론』, 100면.

표현하는 다른 표현들과 경합한다. 다만 특징이라면 제도, 관행, 관습이라는 의미로 *institutum*은 로마 문필가들이 사용한 용어이지 로마 법률가들이 사용하지는 않았다는 점이다.⁶¹⁾ 가이우스는 자신의 법학제요에서 예컨대 성문 규범과 불문규범을 통칭하기 위하여 ‘*leges et mores*’를 사용하였다(1.1.: “*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur...*”).

그런데 국립국어원의 낱말풀이를 보면 제도는 ‘관습이나 도덕, 법률 따위의 규범이나 사회 구조의 체계’이다. 법률 따위의 규범을 포함하는 것으로 나온다. 즉 제도는 법규범 등 사회규범과 불가분의 관련성을 갖는다. 그리하여 때로 법과 제도를 결합한 ‘法制’라는 단어도 빈번히 사용된다. 법률론 XV 42 (한글 법률론 88면)에 키케로는 실정법론을 비판하기 시작하며 “여하튼 백성들의 제도나 법률로 제정되어 있는 것이라면 모두가 정당하다고 여기는 생각은 어리석기 짝이 없네.”라고 마르쿠스의 입을 빌려 말하고 있다. 원어는 “*Iam vero illud stultissimum, existimare omnia iusta esse quae scita sint in populorum institutis aut legibus.*”이다. ‘*instituta aut leges*’는 축자적으로 옮기면 ‘제도(들) 또는 법률들’이 될 것이다. 한글 번역서에도 ‘제도나 법률’로 되어 있다. 제도와 법률은 많은 경우 상관적으로 함께 사용되는 개념들이다. *instituta*를 불문법, *leges*를 성문법의 대표로 둘을 나란히 병렬시킨 것으로 볼 수도 있다. V 15 (68면)에서도 키케로는 플라톤의 『법률』에 관한 언급을 하면서 “*de institutis rerum publicarum ac de optimis legibus*” (크레타의 클레이니아스, 라케다이몬 사람 메길로스와 더불어 국가의 제도와 최상의 법률에 관해서 토론했지)라고 하여 *instituta*와 *leges*를 병치시키고 있다.

이 때 또 하나 주목되는 점은 *leges et ius* 나 *instituta aut leges*나 중간 매개항으로 *leges*가 쓰이고 있다는 점이다. 그로써 推知할 수 있는 바는, 당시 로마 사회에서 사람들이 피부로 감지할 수 있는 법의 대표적 존재양식이 *leges*였다는 것이다. *ius*는 전체 법질서를 의미하므로 단수로도 쓰이고 필요한 경우 복수형으로도 쓰이지만, *lex*는 특별한 경우가 아니면 대체로 복수형

61) 최병조, 『로마의 법과 생활』(경인문화사, 2007), 32면. “*ex instituto*”는 그리하여 ‘법이나 전통에 따른’이라고 옮겨질 수 있다.

으로 쓰이는데, 실정 성문 법률이 로마에서도 다종다양했을 터이고 복수로 쓰였음에 이상한 점은 없다.

한 가지 예를 보면 Cicero, Brutus, 77, 269: Ne T. quidem Postumius contemnendus in dicendo; de re publica vero non minus vemens orator quam bellator fuit, effrenatus et acer nimis, sed bene iuris publici leges atque instituta cognoverat. 이것은 이제까지의 맥락에서 보면 “그가 공법과 관련된 법률과 제도[내지 성문법과 불문법]에 대하여 잘 알고 있었지만...”으로 역출하는 것이 좋을 것이다.

3. ius와 lex의 관계

이제까지의 고찰로 ius가 lex (및 instituta까지)를 포함하는 큰 개념임을 알 수 있었다. 그러나 키케로 법률론 이곳저곳을 보면, 두 개념이 항상 그러한 대소 관계에 있지 않음을 쉬이 간취할 수 있다.

ius란 무엇인가? 법률론은 여러 번에 걸쳐 ius가 무엇인지 알 수 있는 단서들을 주고 있다. 그 중 우선 XII 34 (83면)을 살펴 볼 수 있다. “법이 자연본성에 새겨져 있음을 좀 더 알아듣기 쉽게 ...” (ius in natura esse positum intellegi possit). 키케로의 입장에서 자연법에 부합치 못하는 ius는 ius가 아닌 것이다. ius는 natura에 합치하여야 한다. 키케로 사상에서 바로 그것이 recta ratio이자 summa lex, 자연법을 의미한다. [위에서 언급된 naturae ius는 그보다는 인간종의 자연적 욕구를 포함하여 악행을 변명하는 것 등까지 포괄하는 인간적인 자연의 법인 것이다. 바로 다음에 후속하는 “... colentur a bonis.” (선인에 의하여 遵行(尊崇)된다)를 볼 때 자연의 ‘권리’가 아닌 자연의 ‘법’이 확실하다.]

그런데 ius > lex의 관계가 키케로의 입론 중에 역전된다. 즉, XII 33 (82면)을 보면 “coleretur ius aequae ab omnibus”라고 하면서도 바로 뒤에서 lex에 대한 유명한 정의(= quae est recta ratio in iubendo et vetando[명하고 금하는데서 올바른 이성이다: 법률론 82면])가 나온다. 이제 lex가 ius의 우

위에 서게 된다. 그리하여 이어서 “si lex, ius quoque” (XII 33)라는 언명까지 하게 된다. 성염은 이러한 역전이 로마의 실용주의적 사고에 기인한다고 하면서 정의나 권리가 구체적으로 보장하는 법률이 실제로 제정되지 않는 한 성립하지 않는다고 한다.⁶²⁾ 그러나 그렇다기보다는 여기에서 lex의 의미변화가 있다고 보아야 한다. 이 점을 키케로는 VI 18-19 (70면)에서도 명시하고 있다. lex est ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria. 더 나아가 아래에서는 Eadem ratio cum est in hominis mente est in hominis mente confirmata et perfecta, lex est. 라고 했으며 (법률이란 자연본성의 위력이고, 현명한 인간의 지성이자 이성이며, 정의와 불의의 척도네: 71면)고 했다. VI 19 (71면)의 “법에서 정의의 출발을 이끌어내야 할 것일세.”는 “법률에서 법의 출발을 이끌어내야 할 것이네.”로 수정하여야 한다.

물론 이 경우들의 ‘법률’은 recta ratio로서의 lex이다. 그럼 왜 키케로는 기존의 용어법을 뒤엎으면서 원래 ius에 포함되는 민회통과법이라는 의미를 갖는 lex에 ius보다 상위의 지위를 부여하는가? 그것은 lex가 있어야지만 ius가 존재한다는 로마인들의 ‘실용적 정치사상’ 때문이라기보다는 lex에 recta ratio로서의 lex summa(VI 19)라는 새로운 의미를 부여했기 때문이다. 그럼 왜 제3의 새로운 용어를 만들어 내지 않고 기존의-혼동까지 초래할 위험이 있는-용어를 의미를 바꾸며 썼는가? 이 질문에 대해서 키케로는 답하고 있다. VI 19에서 그는 “그렇지만 우리는 모든 언어를 인민의 지성 수준에 맞추어 구사해야 할 것이고, 대중이 일컫는 대로 명하거나 금지함으로써 일단 문자로 기록해 승인한 것을 법률이라고 불러야 할 것이네. 여하튼 우리는 법이 성립하는 출처를 저 최고법에서 포착해야 할 것이니, 최고법은 여하한 성문법도 생기기 이전에, 심지어 어떤 도시국가도 성립되기 이전에 아주 오랜 세월 전에 먼저 생겨났네.(71면)”라고 하고 있다. 즉 키케로가 자신의 이론 체계 내에서 생각하는 lex (summa)는 성문법을 가리키는 lex보다 상위의 다른

62) 71면 注) 68; 82면, 注) 111.

개념임이 명백하다. VI 19의 *a lege ducendum est iuris exordium* 에서 *lex*도 *lex summa*이며, VI 18의 “*lex*” (지극히 박식한 인사들은 법률에서 논의를 출발시키는 것이 마음에 들었고: 70면)에서 *lex*도 최고법이다. 이렇게 역전된 관계에서 이제 *lex*는 *ius*의 상위라고 할 수 있다. VII 23 (74면)에서도 인간이 신과 *ratio*로 연합되어 있다고 하면서 그 *ratio*는 *recta ratio*이고 결국 그것이 *lex (summa)*라고 한다. 그리고 신과 이렇게 *lex*를 공유할 때 *ius*도 공유한다고 한다. 성염에서는 *ius*가 正義로 옮겨졌지만 여기서 법으로 해도 될 것이다. 다만, *lex summa*에 부합하는 것만이 *ius*라는 칭호에 부합한다. 그 경지라면 *ius*가 *iustitia*와 같은 의미일 수 있고 *aequitas*와도 다른 것이 아니게 된다. 그렇다면 성염 법률론 전반에 걸쳐 *ius*가 빈번히 ‘正義’로 번역되는 것도 이해할 수 있다. 그리하여 XVIII 48에서 “*omnes viri boni ipsam aequitatem et ius ipsum amant*”에서도 “모든 선한 사람들은 공정 자체를, 정의 자체를 사랑하네”(94면) 보다 “형평(*fair*라는 의미의 ‘공정’보다는 형평이 낫다) 자체를, 법 자체를”로 옮길 수 있고 이 때 *aequitas*(엄격법을 교정하는 의미에서의 형평이 아니라)나 *ius*는 *lex summa*에 부합하는 것들로서 다른 것이 아니다.

그런데, 일반적 의미의 *lex*는 실정법으로서 *lex summa*나 *ius*에 반하는 것으로 등장한다. 그 때 *lex*의 본질적 속성은 *sciscere*, *iussa(iubere)*, *suffragium*, *sanctio*, *sententiae* 등이다. 이러한 요소들은 무엇인가를 *lex*로 만들 수는 있지만 *lex summa*에 부합하게 하지는 못하고 *ius*가 되게 하지 못한다는 것이다. 실정적 법규범이 XV 42에서는 “*leges*나 *instituta*”(성문화한 법률이나 제도: 89면)의 이름으로 자연법과 對峙된다. 또 XVI 43에서는 법을 참되고 정의로운 법으로 만들 수 없는 실정적 부분들로 *iussa populorum*(인민의 명령),⁶³⁾ *principum decreta*(제일시민들의 칙령),⁶⁴⁾ *iudicum sententiae*(판관들의 판결),⁶⁵⁾ *suffragia*(투표), *scita*(議決) 등이 열거되고 있다(90면). 같은軌

63) *leges*나 *plebiscita*를 의미한다.

64) 제일시민들은 황제가 아니기 때문에 ‘칙령’은 부적합하다.

65) 로마의 재판제도에서 재판을 주재하는 자는 官吏일 수도 있으나-특히 민사 사안에서는-私人이므로 여기의 ‘판관’은 옳지 않다.

에서 XVI 44 (90면)에서도 *sententiae, iussa, suffragia, sanctio*(裁可, 批准) 등으로 不義를 *ius*(법)로 만들 수 없다고 한다.

IV. 맺음말

: 왜 키케로에게 최고법이 *ius*가 아니라 *lex*인가?

로마의 중요한 개념이자 우리말의 법 내지 법률에 해당하는 *ius*와 *lex*의 의미 일반을 살핀 후 키케로 법률론 한글번역본을 소재로 하여 *ius*와 *lex*의 이해와 번역을 살펴보았다. 고찰을 하면서 라틴어 용어뿐만이 아니라 우리 말 용어의 다의성 및 불명확성도 감지할 수 있었지만 그럼에도 불구하고 번역에 있어서 *ius*=법, *lex*=법률이라고 하지 못할 정도는 아닌 것 같다. 일반적 맥락에서는 *ius*와 *lex*를 잘 파악하고 있다고 해도, 키케로의 자연법론을 고려치 않고서는 *ius*와 *lex*의 우리말 번역이 제대로 이루어질 수 없다. 그런데 현대적 감각으로 자연법을 말할 때 단어 ‘법’에 상응하는 ‘*ius*’를 사용할 것 같은데 키케로는 최상의 법을 ‘*lex*’로 지칭하였다. 그 이유를 살펴건대, *lex*라는 것이 로마 현실에서 조점관이 가려내는 상서로운 徵兆 하에서 고위 정무관이 제안하는 법률안에 대하여 원로원의 승인이 있는 가운데 호민관 등의 개입이 없음을 요건으로 입법기관인 민회에서 가결한 결과물이기 때문이다. 다시 말해, 키케로의 자연법론에 따르면 자연과 인간은 옳은 이성을 꾀히 갖고 있고 이 조건 하에서 자연법이 성립하는 것인데, 이 상황은 민회와 개별 시민이 *lex*라는 규범을 만들어 내는 것과 유사하며, 자연법론에서 자연법에 따르는 개인의 자기결정은 *lex*에 의한 로마 국민의 자기결정과 성격이 유사하다. 또 정무관의 言表(*legere*)가 *lex*에 선행하는 것이면서, *lex*에는 상급의 명령 주체가 전제된 듯한 의미도 있어서, 성문 실정법으로서의 *lex*와 최고법으로서의 *lex*는 더욱 유사하다고 할 수 있지 않을까? 이에 반하여, 자격부여로부터 시작된 사인 간의 자격 분배 규범인 *ius*로 자연법을 가리키기에는 부적절했을 것으로 판단된다.

키케로는 *lex*를 *aeternum quiddam*으로, *mens omnia ratione aut cogentis*

aut vetantis⁶⁶⁾로, 또 ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria⁶⁷⁾라고 하였다. 이후 서양에서 자연법을 가리키는 라틴어 용어로 ‘lex naturalis’가 大宗을 이루게 되었다. 물론 이것은 키케로가 ius를 뛰어넘는 최상의 법을 lex라고 불렀던데 기인한다. 그리하여 예컨대 아퀴나스는 lex naturalis를 lex aeterna 아래에 lex humana 위에 두었고,⁶⁸⁾ 아우구스티누스는 lex aeterna를 최고의 법으로 보았다.⁶⁹⁾ 이러한 전통 하에서 로마 법학자들에 의하여 사용되었던 ius naturale는 근대에 사용은 되었지만 그 의미는 자연법이 아니라 자연‘권’이 되었다. 그로티우스의 전쟁과 평화의 법(“right/rights”)에서도, 홉스의 레비아탄(“rights of nature”)에서 쓰인 것은 자연권이라고 보아야 한다.⁷⁰⁾ 특히 홉스는 자연법을 다음과 같이 재정의하면서 자연‘권’ 쪽으로 더 나아갔다. 그는 ius와 lex를 구별하면서 ius는 하거나 하지 않을 자유로, lex는 그러한 것을 하거나 하지 않도록 구속하는 것으로 구별하였다.⁷¹⁾

앞으로 이 영역의 용어들을 위하여 개념사 사전이 필요하다라는 점을-필자 자신에게도 부담을 지우면서-지적하고 싶다.

■ 참고문헌

키케로, 김남우 옮김, 『투스쿨룸 대화』, 아카넷, 2014.

66) 법률론, 2.8.

67) 법률론, 1.18.

68) Thomas Aquinas, Summa Theologiae I-II, 90-105; II-II, 57-79.

69) Contra Faustum, 22.27: lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas dei ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans.

70) Hobbes, De Cive, I.7. 도 참조. 같은 취지로 Tuck, Natural Rights Theory.

71) Leviathan, 14.3: A Law of Nature is a precept or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that which is destructive of his life or which takes away the means of preserving the same. --- For though they that speak of this subject used to confound jus and lex (right and law), yet they ought to be distinguished, because Right consists in liberty to do or forbear, whereas Law binds to one of them; so that law and right differ as much as obligation and liberty.

키케로, 성엽 역, 『법률론』, 2013.
_____, 김창성 역, 『국가론』, 2007.
최병조, 『로마의 법과 생활』, 경인문화사, 2007.

Cicero, De legibus.
_____, De republica.
_____, De inventione.
Gell. Noctes Atticae.
Seneca, Epistulae.
_____, Controversiae.
_____, De beneficiis III.
Livius, Ab urbe condita.

Crowe, The Changing Profile of the Natural Law, the Hague, 1977.
Kaser, Das altrömische Ius, 1949.
Wolfgang Kunkel/Martin Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, Böhlau, 2005.
Okko Behrends, Institut und Prinzip: siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, Herausgegeben von Martin Avenarius, Rudolf Meyer-Pritzl und Cosima Möller, 2004.
Andrew Roy Dyck, A Commentary on Cicero, De Legibus, Michigan university press, 2003.
Erik Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre. Das Problem der Naturrechtslehre: Versuch einer Orientierung, 1955.
Robert N. Wilkin, “Natural Law Institute Proceedings Vol. 2”, 1949.
Hans Kelsen, Die reine Rechtslehre, Deuticke, 1960.
Max Kaser, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, 1969.
Wolfgang Waldstein, Zur Bedeutung des Naturrechts in der Entwicklung des römischen Rechts, Iustum Aequum Salutare IV 2008.
Lawrence Wanlass, Gettell's History of Political Thought 2nd. edition, London, 1959.

강상진 외, 『서양고대철학』 2, 길, 2016.
아리스토텔레스, 이창우, 김재홍, 강상진 옮김, 『니코마코스 윤리학』, 이제이북스, 2006.
테오도르 몸젠, 김남우, 김동훈, 성중모 옮김, 『몸젠의 로마사』 1, 푸른 역사, 2013.
이상영, 김도균, 『법철학』, 한국방송통신대학교출판문화원, 2016.

穂積陳重, 『法窓夜話』, 岩波文庫, 1980.

<Abstract>

The Concept of the Law in Cicero's "On Laws"

Dschungmo Seong*

Marcus Tullius Cicero (106-43 B.C.), one of the most influential statesmen of his age, tries to formulate the concept of law in his works, "On Laws" and "On Republic". It is generally accepted that his viewpoint on law is intensely influenced by the ethics of the Stoics. This ethics originated from Greece inspired intensely the most renowned legal philosopher of Rome in that he could explain the world and, at the same time, law in the world only through the doctrine laden with strictly rationalistic Stoic ideas. But only partially. For other elements of his theory on law were brought about mostly by the consideration of the real circumstances of the late republic. In his work "On Laws", however, he sticks to the theory of natural law of the Stoics. In his theory of law he terms the intended connotation of natural law *lex*, not *ius*.

In this context this paper traces the origin of the concept of Roman *ius* (equivalent of today's law in general or justice) and that of *lex* (equivalent of today's written law or statute), and confirms the historical fact the word *ius* was primarily used for referring the entitlement of the individual inhabitants of the early Rome to hold their lands. To the contrary, *lex* was a statute passed in people's assembly.

* Professor of law, The University of Seoul Law School

To formulate his idea on natural law, it was not adequate to apply the word which meant originally the entitlement on properties. Instead *lex summa* (natural law) has similarities with the statute (*lex*) in that both are the agreement of the ruler and the ruled and the ruler ought to abide by the decisions once agreed.

[Key Words] *lex summa*, *lex naturalis*, *ratio recta*, *ius*, *lex*, Cicero