

【논문】

한국민법 형성에서 만주민법의 역할에 대한 정량적 분석*

박덕봉**

차례

- I. 서설
- II. 총칙편
- III. 물권편
- IV. 채권편
- V. 결어

국문초록

본고는 한국 제정민법 재산법 766개 조문 각각에 대하여 최유사 외국 민법을 대조하는 방법으로, 기존의 일본민법 수용 서사가 포착하지 못한 만주민법의 위치를 정량적으로 확인하고자 하였다. 분석 결과 최유사 외국민법이 만주민법이 아닌 경우는 105개에 불과하였고, 나머지 661개 조문은 만주민법이 최유사이거나 일본민법과 공히 최유사인 범주에 속하였다. 이러한 수용의 양상은 편별로 뚜렷한 차이를 보였다. 총칙편은 184개 조문 중 177개(96.2%)가 만주민법 관련 범주에 해당하여 사실상 전면적 수용이 이루어졌다. 채권편은 기본 골격이 세 법전 사이에서 가장 동질적 이되, 임대차를 중심으로 만주민법 고유의 제도가 집중적으로 이식되었다. 물권편은 유치권·질권 등에서 높은 수용도를 보인 반면, 전세권과 저당권에서는 만주민법 의존도가 현저히 낮아 장별 편차가 극심하게 나타났다. 이상의 분석은 한국 제정민법의 형성을 일본민법의 직접적 수용이라는 단일한 서사로 설명하는 기존의 이해가 재산법 영역에서는 보완될

* 이 논문은 2025년 7월 11일에 열린 인천대·만주학회 공동주최 학술회의에서 발표한 글을 김은아 교수님의 토론을 바탕으로 전면 수정한 것으로, 완성도를 높일 수 있게끔 심사해 주신 익명의 심사 위원들께도 감사의 말씀을 올린다.

** 고려대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사.

필요가 있음을 보여준다. 만주민법은 한국 민법 재산법의 형성사에서 단순한 참고문헌이 아니라 실질적 전범으로 기능하였다.

주제어: 한국민법, 만주민법, 일본민법, 계수

I. 서설

‘民法’이라는 말은 19세기에 네덜란드로 유학한 일본의 법학자 쓰다 마미찌(津田真道)가 만든 말로서 원어는 Burgerlyk regt이며, 프랑스에서 제정한 Code Civil의 번역어로 쓰고부터 일반에 알려지게 되었다.¹⁾ 서구 여러 나라에서 민법에 대응하는 라틴어 ius civile는 세속 로마법을 의미하는데, 이는 고대 로마에서 도시 구성원에 고유한 市民法으로 로마시민과 비시민간의 교섭에 적용된 ius gentium, 즉 萬民法에 대립하는 것이었으나, 훗날 로마 제국이 형성되고 제국 백성 모두에게 로마시민권이 부여되자 이 구별은 소멸하고 ius civile는 모든 이에게 적용되는 법이 되었다.²⁾ 이는 중세에 교회법과 병존하는 세속법을 대표하여 고대 로마 제국의 승계자로 이야기된 신성로마제국의 황제법으로서 적용되었고, 유스티니아누스 법전(Codex Justinianus)은 교회법대전(Corpus Iuris Canonici)에 빗대어 로마법대전(Corpus Iuris Civilis)이라 불렸으며,³⁾ 중세 법학자는 로마법을 ‘쓰여진 이성(ratio scripta)’으로서 당시의 현행법으로 받아들여 그 의미 내용을 명확히 하는 일에 종사하였다.⁴⁾

민법의 발달은 서양법의 세계와 동아시아법의 세계를 가르는 가시적인 징표로, 私人들 사이의 거래에서 발생할 수 있는 시시콜콜한 세부적인 내용까지를 모든

1) 정중휴, 1994, 『역사 속의 민법』, 교육과학사, 28쪽.

2) 정중휴, 1994, 위의 책, 29쪽.

3) 정중휴, 1994, 위의 책, 34쪽.

4) 정중휴, 1994, 위의 책, 42쪽.

법률가들이 진지한 담론과정을 거쳐서 학설법의 형태로 정착시키고 그 논리대로 현실의 법률 문제를 처리해 나간 법문화는 인류사에 로마가 유일하였고, 그 출발점은 한 마디로 私(privatum)의 긍정이었으며 이 私는 개개인의 私利·私益이었다.⁵⁾ 기원전 5세기에 성립한 로마 12표법의 제1표는 민사소송법이었고 그 제1조가 법정소환(in ius vocatio)으로 시작하는데 이는 私益 추구의 궁극적 모습이랄 수 있는 소송상 청구를 뒷받침하는 것이며, 이천 년 뒤에 세워진 조선에서 피고가 다짐(拷音) 제출로 응소하여야 始訟이 되지만 이를 위한 법정소환에 관해서는 해당하는 고유의 용어가 없었음은 물론 법규정조차 없어서 절차의 개시 자체가 초장부터 확실하게 보장되지 않았던 양상과 크게 대비된다.⁶⁾ 이러한 법체계의 차이는 서구 열강이 동아시아 각국과 불평등조약을 체결한 원인이 되었다. 가령 일본은 1858년 미국을 시작으로 네덜란드, 러시아, 프랑스 등과 통상조약을 맺었는데 이들 조약은 일본에는 제대로 재판할 수 있는 재판소 및 재판관 그리고 재판규범이 없다는 이유로 서구 각국의 영사재판권을 인정하였다.⁷⁾ 그러한 치외법권의 철폐는 국가적 과제였다.⁸⁾

5) 최병조, 2017, 「동아시아의 서양법 계수」, 『저스티스』 158-2, 228쪽.

6) 최병조, 2017, 위의 논문, 206쪽.

7) 정종휴, 2007, 「일본민법전의 편찬」, 『법사학연구』 36, 106쪽.

8) 일본의 지도자들은 민법전을 편찬하고자 당시 가장 우수한 법전이었던 프랑스민법을 프랑스 견문을 쌓은 미쯔쿠리(箕作)라는 프랑스 법연구자가 1869년부터 1874년에 걸쳐 일본어로 직역한 것으로서 일본민법을 제정하려고 하였으나, 미쯔쿠리의 추천으로 초빙되어 1879년 일본정부로부터 민법전의 기초를 위임받은 파리대학 교수 보아소나드(Gustave E. Boissonade)가 이탈리아민법을 비롯한 최신의 입법 및 프랑스민법 시행 후의 판례·학설과 일본의 사정을 참작하여 작성한 재산법 부분의 초안이 1886년 원로원에 부의되었고, 일본인 위원들이 입안한 가족법 부분과 함께 1890년에 공포되었는데, 프랑스민법의 재산취득편이 지나치게 방대하다고 생각한 보아소나드에 의해 인사편·재산편·재산취득편·채권담보편·증거편으로 구성되었고 각편은 조문번호를 새로 시작하는 것이 특징이다.

1890년에 공포된 보아소나드민법은 1893년 1월 1일부터 시행될 예정이었으나, 1891년 봄부터 그 시행을 연기하지는 주장이 제기되었으며, 1892년 5월 의회에서 민법전 시행을 연기하는 법안이 가결된다. 이듬해 3월 이토 히로부미 내각은 법전조사회를 설치하였고, 18명의 위원 중 서구 유학 경험이 있었던 제국대학 교수 3명(호즈미 노부시게, 토미이 야사마키라, 우메 켄지로)이 민법전의 조사를 맡았는데, 이들은 판택텐식 체재(體裁)를 채용하여 보아소나드민법을 근본적으로 개수하였고, 그 결과로서 의회에 제출된 「民法中修正案」 가운데 前3編은 1896년, 後2編은 1898년에 공포되었으니, 全5編이 모두 시행된 날짜는 1898년 7월 16일이었다.

1932년에 만들어진 만주국은 ‘문명적’인 내용으로 된 독립국 고유의 법제를 완비하기 위하여 사법부 법령심의위원회를 8월에 설치하였는데 이 조직은 입법에 있어서 거의 기능을 하지 않았고, 입법 사업이 본격적으로 된 것은 1933년 11월 이후 사법부 참사관·법전기초위원회·법규제정고문에 의해서였다.⁹⁾ 민법전의 내용 결정은 일본인 법관들이 맡은 참사관의 손에 달려 있었으나, ‘審核’이라는 법규제정고문으로서 위촉된 도쿄제국대학 교수 호즈미 시게토(穂積重遠)¹⁰⁾와 와가츠마 사카에(我妻榮)¹¹⁾가 “법규제정에 있어 단지 의견을 제시함에 그치지 않고 이상한 호의를 가지고 참사관을 지도하고, 법전기초위원회에 조언을 주고, 법규의 각 조에 걸쳐 날카롭고 면밀한 검토를 하고, 거의 스스로 기초한 것과 동일한 노력을 경도”했다.¹²⁾ 그리하여 1937년 6월 민법의 재산편(755조)에 해당하는 제1편 총칙(175조), 제2편 물권(184조), 제3편 채권(396조)을 공포하고 5개월 뒤부터 시행하였는데, 1945년 7월에 공포된 가족법은 시행에 이르지 못하였다. 만주국 민법은 당시 일본 민법학 해석론 또는 입법론에서 통설 또는 유력설에 충실하게 일본 민법을 개정한 것과 같은 내용을 갖고 있었으며,¹³⁾ 이에 대하여 호즈미와 와가츠마는 다

9) 코구치 히코타, 임상혁 역, 2003, 「일본 통치하의 ‘만주국’의 법」, 『법사학연구』 27, 95쪽.

10) 가족법학의 아버지로 평가받는다. 도쿄제국대학 법학부장을 지낸 아버지 노부시게의 영향으로 1907년 고등문관시험에 합격하고 1908년 도쿄제국대학을 졸업한 뒤 법과대학 강사가 되어 친족상속법을 깊이 연구했다. 1912년 유럽으로 유학을 떠났다가 1916년 귀국하자 도쿄제국대학 법과대학 교수로 임명되어 ‘미개척의 옥토’인 친족상속법 분야에 주석적 연구와 함께 사회학적 방법과 비교법적 연구를 심화시켰다. 1943년 퇴임하였고, 1949년 최고재판소 판사가 되었으나 1951년 병사하였다(코구치 히코타, 2003, 위의 논문, 93쪽).

11) 일본 근현대 법률학의 최고봉에 위치하는 인물로 평가받는다. 1917년에 입학한 도쿄제국대학을 거의 수석으로 다녔고, 혁신 관료로서 만주국에 건너갔으며 나중에 총리대신이 된 키시 노부스케(岸信介)와 동창이었다. 1920년 대학 졸업 후 도쿄제국대학의 조수로 채용되었고 1922년 조교수가 된 뒤 이듬해부터 2년간 미국, 영국, 독일 유학을 거치고 1927년 교수로 취임한 후 1973년 병으로 죽기까지 한결같이 일본 민법학계의 지도자로 지냈다(코구치 히코타, 2003, 위의 논문, 88-89쪽).

12) 정종휴, 1994, 앞의 책, 138-139쪽.

13) 정종휴, 1994, 위의 책, 140쪽. 실제로 만주민법의 개별 조문에는 일본 대심원 판례의 법리가 직접 성문화된 경우가 적지 않다. 가령 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임을 최초로 인정한 1929년 대심원 판결의 법리는 만주민법에서 일반 규정으로 조문화되었고(한국민법 제391조에 대응), 유수사용권이냐 호주권 등 개별 권리에 관하여 축적된 권리남용금지 판례의 성과 역시 만주민법 제정시 고문회의에서 명문화가 결의된 바 있다.

음과 같이 말했다.

“이번에 공포한 만주국민법 전3편은 형식에서나 내용에서나 일본민법을 모범으로 하고 있다…… 단순 모방이 아님은 물론이다. 일본민법도 그 시행 이래 어언 40년에 이르러 하고 있고 실시의 경험상 가지가지 결점도 발견되어, 제학자의 해설론, 입법론, 또 제재판소의 판결례가 집적해 있기 때문에, 만주국 민법은 이렇게 시정된 일본민법을 표준으로 하고 다시 일본민법의 모범인 프랑스민법과 독일민법에도 거슬러 오르고, 또 일본민법보다 새로운 스위스민법 및 일본민법을 모범으로 하는 중화민국민법도 참작하고, 그리고 만주 고유의 물권 및 만주국에서의 거래의 실재를 고려하여 제정된 것이며 말하자면 진보하고 개량되고 손질을 받은 일본민법이다.”(호즈미)¹⁴⁾

“만주국 신민법은 그 체재에 있어서나 그 사상에 있어서나 일본민법에 본을 따고 있다. 그러나 일본민법의 조문을 그대로 취하지는 않고 일본민법에 관하여 그 시행후 30년간 사회 사정의 변천과 법률사상의 추이에 응하여, 학설과 판례가 서로 협력하여 쌓아올린 최근의 이론을 채용하고 있다…… 이들 규정은 얼른 보기에 일본민법을 떠나 독일 및 스위스에 모범을 찾은 것과 같은 모습을 보이니 실은 결코 그렇지 않다. 도리어 일본의 판례와 학설의 오늘날의 이론의 최고 수준을 규정했음에 그친다. 따라서 신민법을 운용하려는 자는 괜히 유럽의 학리의 탐구를 서두르지 말고 먼저 일본의 학설 특히 판례의 진상의 연구에 전념해야 할 것이다. 반드시 거기에 신이론의 가장 구체적인 모습을 발견하게 될 것이다”(와가츠마)¹⁵⁾

1960년 제정된 한국민법은 오랫동안 “일본민법의 수용”¹⁶⁾이라는 서사 속에서 이해되어 왔다.¹⁷⁾ 그러나 만주민법은 한국민법의 재산법 기초에 있어 거의 전면

14) 정중휴, 1994, 위의 책, 140쪽.

15) 정중휴, 1994, 위의 책, 140쪽.

16) 이하 이 논문에서 언급하는 ‘일본민법’은 한국민법 제정 당시 한국에서 의용하고 있었던 일본민법을 뜻한다.

17) 한일 양국 민법전 사이의 체계와 조문 내용에 있어서 많은 유사성을 가지고 있다는 점에 대해서는 이론이 없다(박인환, 2016, 『한국민법에 있어서 일본민법의 영향과 역사적 과제』, 이화여자대학교 『법학논집』 20(3), 7쪽).

에 걸쳐 직접적인 참고가 되었던 것으로 사료된다.¹⁸⁾ 만주민법과 일본민법, 그리고 1960년 제정 한국민법 사이의 조문 단위 연속과 단절을 검토하면 일본민법 수용 서사가 포착하지 못한 변형과 선택의 층위가 크게 다섯 가지 범주로 구분된다. 첫째는 일본민법에는 부존재했던 조문이 만주민법에 도입되었고 한국민법에서 이를 채택한 경우이다. 둘째는 한국민법에 대응하는 조문이 일본민법과 만주민법에 공통으로 존재하나 한국민법이 만주민법의 내용에 더 가까운 경우이다. 셋째는 일본민법과 만주민법과 한국민법이 그 내용에서 크게 차이 나지 않는 경우이다. 넷째는 일본민법만이 최유사 외국민법에 해당되는 경우이다. 다섯째는 최유사 외국민법에 일본민법도 만주민법도 모두 포함되지 않는 경우이다. 이러한 틀에 따른 분석 결과 한국민법 중 재산법 부분의 각 조문에 대하여 최유사 외국민법의 분포는 다음과 같다.¹⁹⁾

① 일본민법에는 존재하지 않고 만주민법이 최유사 외국민법인 경우 100개, ② 일본민법에도 존재하나 만주민법이 최유사 외국민법인 경우 247개,²⁰⁾ ③ 일본민법과 만주민법이 모두 최유사 외국민법인 경우 314개, ④ 일본민법만 최유사 외국민법인 경우 41개, ⑤ 중화민국민법이 최유사 외국민법인 경우 27개, 독일민법이 최유사 외국민법인 경우 7개, 스위스민법 및 채무법이 최유사 외국민법인 경우 6개, 기타 2개, 최유사 외국민법이 없는 경우 22개.²¹⁾

18) 정종휴, 1990, 「한국민법전의 비교법적 계보」, 『민사법학』 8, 88쪽.

19) 여기서 '최유사'의 판단은 각 조문의 규율 요건·효과의 동일성을 기준으로 한 것이다. 최유사 외국민법의 판단은 명순구, 2008, 『실록 대한민국 민법 1』, 법문사; 명순구, 2010, 『실록 대한민국 민법 2』, 법문사; 명순구, 2010, 『실록 대한민국 민법 3』, 법문사에서 각 조문별로 기재된 것을 따랐다. 이를 필자가 정리한 표는 다음 링크에서 확인할 수 있다.

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1BmvqAc3QGf7e-oBsE8x4s_Lyr4yt8WAb4b27Pm3hehw/edit?usp=sharing

『실록 대한민국 민법』은 각 조문별로 최유사 외국민법을 기재하고 있으나, 이를 집계하여 만주민법의 전체적 위치를 정량적으로 확인하는 작업은 이루어진 바 없다. 본고는 동 저작에서 제시된 조문별 판단을 토대로, 재산법 766개 조문 전체에 대한 최유사 외국민법의 분포를 편별·장별·절별로 처음으로 집계함으로써, 기존의 '일본민법 수용' 서사에 대한 실증적 검증을 시도한다.

20) 가령 한국민법 제3조의 경우 "사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 된다"고 규정하는데, 이에 관하여 일본민법은 제1조에서 "사권의 향유는 출생에서 시작한다"고 규정하여 권리능력의 始期만을 규정하는 반면, 만주민법 제3조는 "사람의 권리능력은 출생에 시작하여 사망에 종료한다"고 하여 한국민법처럼 권리능력의 終期까지 규정한다.

이를 종합하면 한국민법 중 재산법 총766개 조문 가운데 최유사 외국인법이 만주민법이 아닌 경우는 105개에 불과하다.²²⁾ 아래에서는 재산법 세 편에 대해 각 장절별로 최유사 외국인법의 분포를 정리한 표를 제시하고, 그 의미에 대해서 살펴보기로 한다.

II. 총칙편

1. 총칙편에 대한 만주민법의 영향: 전면적 수용

장	절	조문수	①	②	③	④	⑤	최유사 외국인법 중 만주민법의 비율
1. 통칙		2	2					100%
2. 인	1. 능력	16	1	10	5			100%
	2. 주소	4		1	3			100%
	3. 부재와 실종	9	1	5	3			100%
3. 법인	1. 총칙	11	1	6	4			100%
	2. 설립	18	2	10	6			100%
	3. 기관	21	4	7	10			100%
	4. 해산	15	3	8	4			100%
	5. 벌칙	1		1				100%
4. 물건		5		1	3		1	80%
5. 법률행위	1. 총칙	4		1	2		1	75%
	2. 의사표시	7		5	2			100%
	3. 대리	23	1	10	12			100%

21) 각 편별 분포는 총칙의 경우 ①18개 ②91개 ③68개 ④3개 ⑤중화민국민법 2개/독일민법 1개/스위스민법 1개, 물권의 경우 ①33개 ②57개 ③47개 ④16개 ⑤중화민국민법 13개/독일민법 2개/스위스민법 1개/기타 1개/없음 18개, 채권의 경우 ①56개 ②104개 ③187개 ④22개 ⑤중화민국민법 12개/독일민법 4개/스위스채무법 4개/기타 1개/없음 4개

22) 일본민법이 최유사 외국인법인 경우는 368개, 중화민국민법이 최유사 외국인법인 경우는 109개, 스위스민법 및 채무법이 최유사 외국인법인 경우는 15개, 독일민법이 최유사 외국인법인 경우는 14개, 프랑스민법이 최유사 외국인법인 경우는 2개였다.

	4. 무효와 취소	10		6	2		2	80%
	5. 조건과 기한	8	1	1	3	3		62.5%
6. 기간		7	1	3	3			100%
7. 소멸시효		23	1	16	6			100%

한국민법의 재산법 편제 중 만주민법에 대한 의존도가 가장 높게 나타나는 영역은 총칙편이다. 총칙 184개 조문 가운데 일본민법에 없거나 만주민법에 더 가까운 경우(①, ②)는 109개로 전체의 59.2%에 달하며, 일본민법과 만주민법이 공히 최유사인 경우(③)까지 합치면 177개(96.2%)에 이른다. 반면 일본민법만이 최유사인 조문(④)은 3개(1.6%),²³⁾ 제3의 입법례를 참조한 조문(⑤) 역시 4개(2.2%)에 불과하다. 이처럼 민법의 근간을 이루는 일반이론을 다루는 총칙에서 이러한 일치율이 나타나는 것은 당대 최고 수준에 달했던 독일 판데텐 체계와 이에 대한 일본 민법학의 해석론적 성과를 조문화한 결과물로서의 만주민법을 한국민법에서 전면적으로 수용하였음을 시사한다. 총칙편의 규정 중 만주민법에서 볼 수 없는 것은 폭리행위의 무효를 정한 제104조, 그리고 불법조건과 기성조건에 관한 제151조 뿐이다.²⁴⁾

2. 기본이념으로서 통칙의 도입

의용민법²⁵⁾ 제1조는 “私權의 享有는 出生에서 始作한다”는 내용이다. 이는

23) 총칙편에서 일본민법은 제5장 법률행위 중에서도 제5절 ‘조건과 기한’에 정확히 국한하여 잔존하고 있다.

24) 양창수, 2007, 「한국민법학 60년의 성과와 앞으로의 과제」, 『민사법학』 36, 715쪽.

25) 한일병탄 후 일본은 ‘朝鮮에 施行할 法令에 關한 件’(1910.8.29. 勅令 제324호)을 공포하여, 조선은 일본의 영토이지만 일본 법령이 당연히 시행되는 것은 아니며 그 시행을 위해서는 칙령에 의해 시행을 규정하거나 별도로 조선총독의 명령인 制令을 제정·공포해야 하는 것으로 규정하였는데, 이 칙령은 제국의회를 거치지 않은 긴급칙령이었으나 이듬해 ‘朝鮮에 施行할 法令에 關한 法律’(1911.3.24. 法律 제30호)으로 승인되었고, 이에 근거한 ‘朝鮮民事令’(1912.3.18. 朝鮮總督府制令 제7호) 제1조는 “민사에 관한 사항은 본령 외의 법령에 특별히 정함이 있는 경우를 제외하고는 다음 법률에 의한다”고 하면서 제1호에서 민법을 명시하였던 것이다.

일본민법은 해방 후에도 계속 그 효력을 발휘하였다. 1945년 11월 2일, 在朝鮮美國陸軍總司令部

Personalism(인본주의), 즉 자유롭고 평등한 법주체로서의 개인이 모든 법적 고찰의 중핵임을 드러낸다.²⁶⁾ 이러한 人(Person)은 민법 전체의 최상위 개념이다.²⁷⁾ 로마법대전 중 법학제요(institutiones)는 제도·체계·규정·교육 등을 뜻하는 라틴어 단어 institutio의 복수형태에서 유래하며 법학을 처음 배우는 학생들을 위한 법률 제도에 관한 입문 교과서를 의미하는데, 법을 크게 人(personae)과 物件(res) 그리고 訴權(actiones) 이렇게 세 부분으로 나누어 설명한다.²⁸⁾ 프랑스민법은 제1권(livre premier)에서 인법(des personnes)을, 제2권에서는 물건과 소유권 및 기타 물권(des biens et des différentes modifications de la propriété)을, 그리고 제3권에서는 소유권의 취득 방식(Des différentes manières dont on acquiert la propriété)을 다루며 이러한 구성법은 법학제요의 순서를 따르고 있는 셈이어서 ‘인스티튜티오네스 체계(Institutionensystem)’라고 부른다.²⁹⁾ 권리의 주체와 객체 그리고 변동이라는 오늘날 민법 교과서의 서술 체계가 여기에 기원한다 하겠다.

그런데 한국민법은 크게 총칙·물권·채권·친족·상속의 다섯 부분으로 이루어진다. 이러한 편성 방식은 로마법대전 중 학설취찬(Digesta seu Pandectae)을 뜻하는 판덱텐 체계(Pandektensystem)이라고 하며, 독일민법(BGB: Bürgerliches Gesetzbuch)이 대표 사례이다. 이 체계의 원조로서 지적되는 Daniel Nettelbladt(1719~1791)는 私法의 모든 권리와 의무를 우선 상속과 관련된 것과 그렇지 않은 것으로 구분하여 상속법을 나머지로부터 분리하여 체계 끝에 위치시키는 한편 상속과 관계 없는 부분을 人法(ius personarum)과 物法(ius rerum)으로 나누는데, 여기서 전자는 오늘날

軍政廳法令 제21호 제1조가 “모든 법률 또한 朝鮮舊政府가 발포하고 법률적 효력을 갖는 규칙, 명령, 고시 기타 문서로서 1945년 8월 9일 시행중인 것은 그 간에 이미 폐지된 것을 제외하고 朝鮮軍政府의 특수명령으로 폐지할 때까지 모두 그 효력이 존속된다”고 하였기 때문이다. 1948년 7월 17일에 공포된 대한민국헌법 제100조 역시 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”고 하였고, 1945년 8월 9일 당시의 일본민법을 ‘의용민법’이라 부르는데, 이는 1958년에 제정되어 1960년 1월 1일부터 시행된 민법의 부칙 제27조에 의해 폐지된다.

26) 최병조, 2017, 앞의 논문, 214쪽.

27) Hans Hattenhauer, 서울오 역, 2009, 「민법의 기본개념」, 이화여자대학교 『법학논집』 14(2), 344쪽.

28) 서울오, 2004, 「채권법의 학설사적 기초 연구 (1)」, 『법사학연구』 30, 293·295쪽.

29) 서울오, 2004, 위의 논문, 302쪽.

친족법에 해당하고 후자는 다시 물건에 관한 법(*ius in re*)과 물건에 대한 법(*ius ad rem*)으로 구별되며 각기 물건법과 채권법에 해당한다.³⁰⁾ 인스티튜티오네스 체계에서는 물건이 포괄적 개념으로 오늘날의 물건 뿐만 아니라 채권 및 상속을 포함한 반면, 17~18세기에 수학의 엄밀한 추론 절차를 응용하여 자연법적 명제로부터 연역 논리적으로 구체적 범명제를 전개해서 법체계를 구축하려 한 자연법학의 영향으로 판데텐 체계는 이를 모두 구분하고 모든 영역에 공통으로 적용될 수 있는 총칙을 추출해낸 것이다.

한국민법은 제1조에서 “민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다”고 한다.³¹⁾ 이는 일본민법에 유례 없는 법의 연원(source)에 관한 규정으로, 그 기원은 일종의 재판사무주의사상인 1875년 태정관포고 103호 재판사무심득 제3조 “민사의 재판에 성문의 법률이 없는 것은 관습에 의하고, 관습이 없는 것은 조리를 미루어 생각하여 재판하여야 한다”이다.³²⁾ 법의 적용관계에 관한 사항을 규정하는 법률이었던 1898년 법률 제10호 法例는 제2조에서 “공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 않는 관습은 법령의 규정에 의해 인정된 것 및 법령에 규정 없는 사항에 관한 것에 한하여 법률과 동일한 효력이 있다”고 하였는데, 이 내용들은 1929·1930년 중화민국민법³³⁾ 제1조가 “민사법률에 규정되지 않은 것은 관습에 의하고, 관습에 없는 것은 법리에 의한다”고 하고 제2조가 “민사에 적용되는 관습은 공공질서 또는 선량한 풍속에 위반하지 않은 것에 한한다”고 하면서 필두에 배치되었고, 만주민법 역시 제1조에서 “민사에 관하여 법령에 규정없는 사항에 관하여는 관습법에 의하며, 관습법이 없을 때는 조리에 의한다”고 하였다.³⁴⁾ 그런데 중화민국 민법은 단순히 ‘관습’이라고만 한 반

30) 서울오, 2004, 위의 논문, 303쪽.

31) 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회, 1957, 『민법안심의록 상권』(이하 ‘민법안심의록’으로만 지칭함)에 의하면 참조 외국민법은 스위스민법 제1조·제4조, 중화민국민법 제1조, 만주민법 제1조이다.

32) 이진기, 2016, 「관습법과 관습」, 『법사학연구』 53, 212쪽.

33) 현행 대만민법이다.

34) 이진기, 2016, 위의 논문, 213쪽.

면, 만주국 민법은 최초로 ‘관습법’이라는 용어를 사용했고 한국민법은 만주민법의 예를 따랐다.

의용민법 제2조는 외국인의 권리능력에 관한 조문이었으나, 일본민법 제정 이후 해석론을 통해 신의성실의 원칙이 민법의 기본원리로 인식되었으므로 만주민법에서는 이를 통칙에 반영하기에 이르렀는데,³⁵⁾ 만주민법의 입법자들은 각종 폐해를 야기한 소유권 절대·계약 자유·과실 책임 원칙을 골자로 하는 19세기 이래의 개인주의적 법률사상을 지양하고 전체주의적 법률사상을 발전시키기 위해 신의칙을 만주민법의 입법의 지도이념으로 삼았다고 평가된다.³⁶⁾ 그리고 한국민법도 만주민법처럼 신의칙을 제2조에 배치한다.³⁷⁾ 다만 만주민법에는 한국민법 제2조 제2항(권리남용금지)에 해당하는 조문이 없는데 이는 다음과 같은 경위 때문이다.³⁸⁾ 일본민법의 시행 후 한동안은 권리의 절대성이 강조되어 타인을 해할 목적이 아닌 한 누군가의 권리행사로 타인에게 손해가 발생하더라도 그에 대한 배상 책임을 인정하지 않았다. 그러나 流水使用權이나 호주권과 같은 일부 권리에 관해 권리남용금지의 원칙이 적용되기 시작했고 이어 권리전반에 관해 권리남용금지의 원칙이 자리 잡았다. 그리하여 만주민법의 제정시 전계 입법고문들의 회의에서는 「권리의 명백한 남용은 법률의 보호를 받지 못한다는 뜻을 규정할 것」을 결의하였으나, 만주국의 입법 실무자들은 이를 삭제하고 신의칙만을 반영하였다고 한다.³⁹⁾

35) “권리의 행사 및 의무의 이행은 성실히 또 신의에 따라서 이를 행하여야 한다.”

36) 이철송, 2017, 「만주국 민법의 우리 법제사적 의의」, 『민사법학』 78, 16쪽. 그러나 신의칙을 전체주의적 법률사상이라고 부르는 것에는 어폐가 있다고 생각한다. 아리스토텔레스는 니코마코스 윤리학 5장에서 법의 엄격한 적용에서 생기는 폐해를 교정하는 요소로서 형평(epieikeia)을 강조하는데, 신의칙은 이러한 전통에 뿌리를 둔다고 볼 수 있다(영국에서 보통법Common Law와 형평법Equity의 관계 역시 그러하다).

37) 민법안심의록에 따르면 신의성실 원칙의 참조 외국민법은 독일민법 제157조·제242조, 프랑스민법 제1134조 제3항, 스위스민법 제2조 제1항, 만주민법 제2조, 일본민법 제1조 제2항이고, 권리남용금지 원칙의 참조 외국민법은 독일민법 제226조, 스위스민법 제2조 제2항이다.

38) 이철송, 2017, 위의 논문, 17쪽.

39) 전후 1947년 일본민법 개정시 제1조를 개편하여 동 제2항은 신의성실을, 제3항은 권리남용금지를 명문화하였다.

이렇게 민법 제1조와 제2조를 권리능력의 존속기간 앞에 배치하여 총칙 중에서도 통칙으로 삼은 만주민법의 태도는 한국민법에서 계승되었다.

3. 법인 제도의 현대화: 만주민법 고유 조문의 집중

법인 영역의 만주민법 의존도는 절별로 분해하더라도 하락하지 않는다. 설립(제2절, 18개)에서 ①이 2개, 기관(제3절, 21개)에서 4개, 해산(제4절, 15개)에서 3개로, 만주민법 고유 조문은 법인의 성립에서 소멸에 이르는 생애주기 전반에 걸쳐 고르게 분포하고 있다. 이는 만주민법이 법인 제도의 특정 국면만을 보완한 것이 아니라, 의용민법 법인편의 체계적 공백을 설립·운영·해산의 각 단계에서 포괄적으로 메우는 방식으로 입법되었고, 한국 제정민법이 그 전체를 수용하였음을 보여준다.

이러한 집중의 배경에는 의용민법 법인 규정의 소략함이 있다. 근대 자본주의와 결사의 자유가 발달함에 따라 단체의 법률관계를 규율할 필요성이 급증하였으나, 의용민법의 법인 규정은 이에 대응하기에 부족하였다. 만주민법은 이사의 대표권 제한, 총회의 결의 방법, 재단법인의 정관 변경 등에 관하여 상세한 규정을 신설하였고, 한국민법은 이를 수용하였다. 구체적으로 법인설립의 등기(제33조), 재단법인의 정관변경 및 목적 기타의 변경(제45조, 제46조), 이사의 주의의무와 임무해태 책임(제61조, 제65조), 총회의 결의방법 및 의사록(제75조, 제76조) 등이 만주민법에 연원을 두고 있다.

4. 대리 관념에서 수권행위의 독자성 수용

법률행위 장(제5장, 51개) 내에서도 절별 편차는 주목할 만하다. 대리(제3절, 23개)는 ①이 1개, ②가 10개, ③이 12개로 만주민법 관련 비율이 100%인 반면, 조건과 기한(제5절, 8개)은 총칙편 전체에서 ④가 출현하는 유일한 절로서 3개의 조문이 의용민법을 유지하고 있다. 법률행위론의 핵심인 대리에서는 만주민법을 통한 전면적 쇄신이 이루어졌으며, 조건과 기한에서만 의용민법의 규율이 잔존한 것이다.

대리에서의 가장 중요한 변화는 수권행위의 독자성 수용이다. 프랑스민법의 영향을 강하게 받았던 의용민법은 내부적인 기초적 원인관계(위임이나 고용 등)와 외부

적인 대리권 수여를 명확히 구별하지 못했다. 그 결과 의용민법 제104조, 제111조 제2항 등은 위임에 의한 대리라는 혼재된 관념을 취하여, 내부 관계가 무효이거나 취소될 경우 제3자와의 외부적 대리 행위 효력까지 불명확해지는 문제가 있었다.

만주민법은 대리권의 발생 근거를 기초적 내부관계와 분리하여 본인의 독립된 수권행위로 파악하는 독일 판택텐 법학의 성과를 조문화하였다. 제정민법 제120조(임의대리인의 복임권) 및 제128조(임의대리의 종료)는 이러한 만주민법의 태도를 수용한 것이다.⁴⁰⁾ 특히 제128조가 “법률행위에 의하여 수여된 대리권은 전조의 경우 외에 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다”고 규정하여 기초적 내부관계와 수권행위를 개념적으로 분리한 것은, 대리 제도의 근대화에서 있어 만주민법이 매개 역할을 한 대표적 사례이다.⁴¹⁾

5. 총칙에서 취득시효의 배제

의용민법은 총칙편의 제6장 시효에서 취득시효(제162조~제165조)와 소멸시효(제166조~제174조의2)를 같이 다루었고 양자의 공통규정으로 총칙(제144조~제161조)을 두었는데 이는 프랑스민법을 본 받은 것인 반면, 한국민법은 소멸시효를 총칙에 남겨두었으나 취득시효는 물권편으로 옮겼는데 이는 만주민법의 시효제도에서 온 것으로, 소멸시효와 취득시효는 원용·포기·중단 등에 있어 성질을 달리하는 면이 많아 일본에서는 종래부터 양자를 구분하지는 입법론이 있었고 만주민법의 기초자 와가츠마 사카에는 바로 이 분리론의 주창자였다.⁴²⁾ 원래 로마법에서 취득시효와 소멸시효는 별개의 제도로서 발달하였는데 중세 주석학파가 양자를 시효라는 하나의 상급 類概念 아래 통합하였던 것이 독일에서는 사비니(Friedrich Carl von Savigny, 1778~1861)에 의해 다시 분리되었던 바 있다.⁴³⁾ 소멸시효는 그 대상이 채

40) 민법안심목록에 따르면 한국민법 제120조의 참조 외국민법은 일본민법 제104조, 만주민법 제116조이고, 한국민법 제128조의 참조 외국민법은 일본민법 제107조와 만주민법 제119조이다.

41) 이에 해당하는 만주민법 조문은 제124조 본문으로서 “법률행위에 의하여 수여된 대리권은 전조의 경우 외에 그 수권의 원인인 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다”고 규정한다.

42) 이철송, 2017, 앞의 논문, 22쪽.

권 및 소유권 외의 물권 등에 미쳐 총칙편에서 규율할 이유가 있지만, 취득시효는 그 대상이 물권에 한정되기 때문이다.⁴⁴⁾

Ⅲ. 물권편

1. 물권편에 대한 만주민법의 영향: 장별 수용도의 편차

장	절	조문수	①	②	③	④	⑤	최유사 외국민법 중 만주민법의 비율
1. 총칙		7	2	1	3	1		85.7%
2. 점유권		19		12	6	1		94.7%
3. 소유권	1. 소유권의 한계	34	3	5	7	9	10	44.1%
	2. 소유권의 취득	17		8	6	2	1	82.3%
	3. 공동소유	17	3	4	6		4	76.4%
4. 지상권		12	6	3	2		1	91.6%
5. 지역권		12	1	3	7	1		91.6%
6. 전세권		17	5				12	29.4%
7. 유치권		9	4	5				100%
8. 질권	1. 동산질권	16	3	7	5	1		93.7%
	2. 권리질권	11	4	3	3	1		90.9%
9. 저당권		17	2	6	2		7	58.8%

총칙편이 만주민법의 전면적인 수용을 보여주었다면, 188개 조문으로 구성된 물권편은 장(章)별로 만주민법 수용도가 극심하게 엇갈린다. 유치권(100%), 점유권(94.7%), 질권(92.5%), 지상권·지역권(각 91.6%)에서는 총칙에 필적하는 반면, 전세권(29.4%)과 소유권(56.7%), 저당권(58.8%)에서는 그 의존도가 현저히 추락한다.

가장 먼저 주목해야 할 지점은 물권편 전체에서 일본민법을 고수한 조문④, 16

43) 민사법연구회, 1957, 『민법안의견서』, 일조각, 91-92쪽.

44) 민사법연구회, 1957, 위의 책, 58쪽.

개) 중 11개가 소유권에, 그중에서도 특히 소유권의 한계 영역에 집중되어 있다는 사실이다.⁴⁵⁾ 소유권, 특히 토지 소유권의 한계를 규율하는 상린관계는 농경 사회의 오랜 관습과 직결되는 영역이다. 따라서 이 영역에서만큼은 만주민법의 새로운 법리를 추종하기보다, 기존 의용민법의 익숙한 규율을 잔존시킨 것으로 판단된다.

반면, 전세권에서 최유사 외국인법이 없는 고유 조문(⑤없음, 18개 중 8개)이 쏟아져 나온 것은 주체적 입법의 결과물이다. 전세권은 가옥의 사용 수익과 금전의 융통이 결합된 한국 고유의 관습법적 담보 제도이므로, 만주민법이나 일본민법의 틀을 그대로 차용할 수 없는 태생적 한계를 지닌다. 한국민법 제정자는 이 제도를 성문화함에 있어 외부의 입법례에 기대지 않고 독자적인 조문을 다수 창설함으로써, 물권법이 각국의 특수한 사회·경제적 조건과 거래 관행에 강하게 결박된다는 사실을 보여주었다.

나아가 저당권에서 중화민국민법을 참조한 조문이 7개나 몰려 있는 현상 역시 흥미롭다. 이는 근대적 금융 담보의 핵심인 저당권 제도를 설계함에 있어, 제정자들이 만주민법이나 구 일본민법의 이원적 틀에 갇히지 않고 중화민국민법이라는 제3의 동아시아 입법례까지 폭넓게 탐색하여 가장 적합한 법리를 취사선택하였음을 보여주는 증거이다.

이러한 통계는 물권법이 지닌 고유의 토착성과 강하게 결부되어 있다. 물권은 각국의 영토, 토지 제도, 그리고 오랜 기간 누적된 부동산 거래 관행과 직결되므로 외국법의 맹목적인 이식이 불가능한 영역이다. 그러나 근대 자본주의 거래의 안전과 신속을 담보하는 물권법의 핵심 뼈대인 물권변동과 점유 체계에 있어서 한국민법은 만주민법의 보편적이고 진일보한 태도를 확고하게 투영하였다.

2. 물권변동에 있어 형식주의로의 전환

부동산 물권변동에 있어서 의사주의(意思主義)와 형식주의(形式主義)는 물권변동

45) 물권편은 일본민법의 태도가 유지된 비율이 8.5%로 세 편 가운데 가장 높다.

의 효력이 언제 발생하는지에 대한 이론이다. 의사주의는 당사자의 의사표시만으로 물권변동의 효력이 당사자 사이에서 발생한다고 보는 반면, 형식주의에서는 당사자의 의사표시 외에 등기와 같은 일정한 형식을 갖추어야만 물권변동의 효력이 발생한다고 본다.

일본민법은 제176조에서 “물권의 설정 및 이전은 당사자의 의사표시만으로 인하여 그 효력을 발생한다”고 하고, 이어서 제177조에서는 “부동산에 관한 물권의 得喪 및 變更은 등기법의 정하는 바에 따라 그 등기를 하지 아니하면 이로써 제3자에 대항할 수 없다”고 하여 의사주의를 따르므로, 부동산 매매계약의 유효한 성립은 곧장 부동산 소유권 이전의 효과를 낳는다. 반면, 형식주의를 택한 만주민법과 한국민법에서는 부동산 소유권이 이전되려면 계약 성립만으로는 부족하고 부동산 등기가 경료될 필요가 있다. 만주민법은 제177조에서 “부동산에 관한 물권의 법률행위에 의한 得喪變更은 등록을 하지 않으면 그 효력을 발생하지 않는다”고 하고,⁴⁶⁾ 한국민법은 제186조에서 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다”고 규정한다.⁴⁷⁾ 만주국 민법이 부동산 물권변동에 대하여 등기를 효력 발생요건으로 한 것은 그 독자성을 드러내는 첫 번째 규정이다.⁴⁸⁾ 그리고 이는 일본 민법을 1960년까지 의용했던 대한민국에서 제정된 민법의 재산법편에서 가장 큰 변혁이 된다.⁴⁹⁾

의사주의에서 등기는 물권변동의 효력을 제3자에게 대항하기 위한 요건일 뿐이며 당사자 사이에서는 등기와 관계 없이 물권이 변동되므로, 당사자 간 법률관계가 간명하다는 장점이 있으나 등기가 현실의 권리 상태와 일치하지 않아 제3자

46) 만주민법의 부동산등기제도는 제177조에서 등록을 물권변동의 효력발생요건으로 하고, 제180조에서 서면에 의한 요식행위를 요구하며, 제197조에서 등기부에 공신력을 부여하는 3단 구조를 취하였다. 이는 독일민법의 효력요건주의에 공신력을 결합한 것으로, 와가츠마 사카에는 이러한 입법을 입법론적으로 우수하다고 평가하였다(我妻榮, 1971, 『滿洲国民法典の公布』, 『民法研究IX-2』, 有斐閣, 510쪽 이하).

47) 민법안심의록에 따르면 참조 외국민법은 프랑스민법 제1138조·제711조, 독일민법 제873조, 스위스민법 제656조, 중화민국민법 제758조, 만주민법 제177조이다.

48) 코구치 히코타, 2003, 앞의 글, 103쪽.

49) 명순구, 2010, 『실록 대한민국 민법 2』, 26쪽.

에게 불안정성을 초래한다는 단점이 있다. 형식주의에서는 부동산 등기가 당사자 뿐만 아니라 모든 사람에게 효력이 있으므로 법률관계가 명확하게 되어 거래 안전을 확보하고 제3자를 보호하는 반면, 당사자 간의 물권변동 과정이 의사주의에 비해 번거로울 수 있다.

만주민법은 부동산 거래의 안전을 중시하는 입장을 채용한 것인데, 이를 확보하려고 등기부에 公信力(물권의 존재를 추측할 수 있게 해주는 등기를 신뢰한 자는, 예컨대 그 등기의 기재가 실질의 권리를 수반하지 않는 공허한 것이라 할 지라도, 그 신뢰를 보호한다는 것)을 부여하였다. 원래 등기에 관한 이러한 규정은 그 땅의 토지소유관계를 정확히 파악해야 비로소 가능한 것이어서, “현재의 만주국에는 토지대장은 물론 없다. 지번도 없다. 행정구획부터해서 토지의 소재조차 결정되어 있지 않다”고 하는 상황 아래서는 빈껍데기 조문에 지나지 않았다. 실제로는 이러한 현실에 입각하여 고문회의에서 “(등기를 물권변동의 효력발생요건으로 하면서, 등기에 공신력을 부여한다는) 규정은 지적정리 완료구역에 한하여 시행(3차 결자) 대항요건으로 한다는 취지를 물권편시행법에 규정하는 것”으로 되었다. 문제는 현실적으로 불가능에 가까운데도 불구하고, 무엇 때문에 만주국 민법전에서 위와 같은 규정을 마련하였는가 하는 점이다. 그 하나는 ‘만주국에서 부동산 물권의 변동은 地券의 授受로 이루어지는 것이 굳어진 관습인 것이다’라고 하는 인식이 기초자에게 있었던 때문이겠지만, 더 나아가 ‘일본인, 일본기업에 의한 부동산 거래를 안전하게 한다’는, 곧 일본의 중국 침략을 보장한다는 측면도 있었음을 생각해야 할 것이다. 이 점에 관해 민사중 물권 입법 담당 참사관 스가하라 타츠로(菅原達郎)의 “만주국 영역 내에서 일본인의 토지 권리 취득과 영사 재판권 향유 사이에 이론상 해결하기 어려운 몇 가지 문제가 생긴다. 예를 들면 등기, 강제집행이나 담보물권 실행에 따른 경매의 경우에 종종 어려운 문제가 일어나는 것이다. 다만 등기 같은 것은 일본인의 권리를 보호하기 위한 절차”라는 지적이 깊은 시사를 준다. ‘일본인의 권리를 보호하기 위한 절차’임을 목적으로 하는 이상 등기를 단순한 대항요건으로 하는 것보다 물권변동의 효력 발생 요건으로 하는 편이 그 목적에 알맞는 것이었다.⁵⁰⁾

3. 간접점유 개념의 수용을 통한 점유 관념의 입체화

일본민법 제181조는 지상권, 질권, 임대차 등의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 하는 경우를 '대리점유'로 구성하였다. 이 구성에서는 점유는 본인(소유자 등)에게 귀속하고 타인은 그를 위하여 점유하는 것에 불과하므로, 물건을 현실적으로 지배하는 임차인 등의 독자적 점유권이 정면에서 인정되기 어려웠다. 만주민법은 독일민법의 체계를 수용하여, 물건을 현실적으로 지배하는 자(직접점유자)와 일정한 법률관계에 기하여 반환청구권을 가지는 자(간접점유자)에게 각각 독립된 점유를 인정하는 이원적 구조를 채택하였다.⁵¹⁾ 한국민법 제194조는 이를 수용하여 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임치 등의 관계로 타인에게 물건을 점유하게 한 자에게 간접으로 점유권이 있음을 명시하였다.⁵²⁾

4. 소유권 보호의 체계적 완결: 물권적 청구권의 명문화

일본민법은 점유권에 기한 점유보호청구권(제197조 이하)만을 명시하였을 뿐, 소유권에 기한 물권적 청구권에 대해서는 명문 규정을 두지 않았다. 소유물의 반환이나 방해의 배제를 청구하기 위해서는 학설과 판례의 해석론에 의존할 수밖에 없었다.

만주민법은 독일민법 제985조(소유물반환청구권) 및 제1004조(방해제거·예방청구권)에 대응하는 규정을 두어, 점유권에 기한 청구권과 별도로 소유권 자체에서 파생되는 청구권을 명문화하였다. 한국민법 제213조(소유물반환청구권)와 제214조(소유물방해제거, 방해예방청구권)는 이를 수용한 것이다.⁵³⁾ 의용민법에서 해석론으로만 인정되던 소유권에 기한 구제수단이 만주민법을 경유하여 실정법상의 근거를 갖추게 된

50) 코구치 히코타, 2003, 앞의 논문, 104-105쪽.

51) 제186조 지상권 질권 임대차 기탁 기타 이에 유사하는 관계에 의하여 타인으로 하여금 物을 점유시키는 자는 이를 간접점유자로 한다.

52) 민법안심의를록에 따르면 참조 외국민법은 독일민법 제868조, 스위스민법 제920조, 중화민국민법 제941조, 만주민법 제186조이다.

53) 민법안심의를록에 따르면 참조 외국민법은 독일민법 제985조·제986조(제1항 전단), 중화민국민법 제767조, 만주민법 제204조이다.

사례이다.

5. 선취특권과 부동산질권의 폐지

선취특권이란 특정한 채권을 가지는 자가 채무자의 특정재산 또는 총재산에 대해 다른 채권자에 우선하여 그 채권의 만족을 얻을 수 있도록 하는 법정의 담보물권을 말한다. 예를 들어 채무자 및 그가 부양할 동거의 친족 등에 대해 음식품 및 薪炭油를 공급한 채권자는 최후의 6개월 간의 대금에 대해 다른 채권자에 우선하여 이를 받을 수 있다(일용품공급의 일반선취특권: 의용민법 제306조 제4호, 제310조). 이러한 제도는 외상으로 물건을 파는 상인(掛賣商人)을 보호하기 위한 것이나, 비교적 소액인 채권자의 집행에 있어서 선취특권자들이 쉽게 우선권을 주장할 수 있도록 하여 일반채권자에게 예상 외의 위협을 준다는 점에서 그 부당함이 지적되었다. 이에 한국민법은 선취특권에 관한 일반규정을 전면폐지하되 필요하다고 인정되는 몇 가지만 별도로 법정질권(제648조와 제650조) 또는 법정저당권(제649조)으로 받아들이는 태도를 취하였다. 이는 만주민법 제629조와 제631조에서 규정하는 법정질권과 제630조에서 규정하는 법정저당권을 받아들인 것이라 볼 수 있다.⁵⁴⁾

한편 의용민법은 질권에 관하여 제1절 총칙(제342조~제351조), 제2절 동산질(제352조~제355조), 제3절 부동산질(제356조~제361조), 제4절 권리질(제362조~제368조)의 순서로 규정하고 있었다. 이 중 부동산을 목적으로 하는 질권인 부동산질권은 그 부동산의 용법에 따라 질권자가 사용 및 수익을 할 수 있고 채권의 이자는 청구할 수 없게 함(의용민법 제 356조 및 제358조 참조)으로써 用益質(收益質)의 의미를 갖는 담보물권이었다. 그러나 이에 대해서는 금융을 주는 자가 부동산을 수익할 능력을 가진 경우라면 몰라도 금융업이 발달함에 따라 금융업자가 독립한 시대가 되어 점차 그 의의를 잃어간다는 회의적인 태도가 지배적이었다. 또 그나마 부동산질권이 사용되는 경우는 농촌에서 농업경영자 간에 금전대차가 행해지는 경우인데,

54) 이흥민, 2011, 「민법 제정과 그 성과 분석」, 고려대학교 박사학위논문, 120-121쪽.

이 경우에도 질권자는 부동산의 개량은 전혀 하지 않고 오직 수익만을 도모하기 때문에 해당 부동산이 황폐해질 우려가 있을 뿐만 아니라 질권자가 많은 수익을 올릴 경우 사실상 원본채권에 대해 高利를 부담시키는 결과가 되므로 입법론으로는 부동산질권을 인정하지 않는 것이 좋다고 하였다. 만주민법은 이러한 학설을 반영하여 입법되었고, 한국민법도 제2편 제8장 질권에 제1절 동산질권과 제2절 권리질권만을 규정하는 한편 부동산을 사용·수익을 목적으로 하는 권리는 권리질권의 목적에서 제외하였다(제345조).⁵⁵⁾

6. 근대적 금융 담보의 도입: 근저당 제도의 명문화

계속적인 거래 관계로부터 발생하는 다수의 불특정 채권을 장래의 결산기에서 일정한 한도액까지 담보하는 근저당(根抵當)은, 근대 은행 금융과 신용 거래가 고도화됨에 따라 그 필요성이 절대적이었다. 그러나 일본민법에는 일반 저당권 규정만 존재했을 뿐, 부종성(附從性)의 원칙이 완화된 근저당에 관한 명문 규정이 없었다. 이로 인해 실제 금융 실무에서는 명문의 근거 없이 학설과 판례의 무리한 해석론에 의존하여 근저당을 운용해야 하는 극심한 법적 불안정성이 존재했다.⁵⁶⁾

반면 만주민법은 독일민법의 최고액저당(Höchstbetragshypothek) 법리를 수용하여 이를 독자적인 성문 규정으로 입법하는 선제적 결단을 내렸다.⁵⁷⁾ 한국민법 제357조(근저당)는 “저당권은 그 담보할 채무의 최고액만을 정하고 채무의 확정을 장래에 보류하여 이를 설정할 수 있다”고 규정하며 만주민법이 창설한 이 근저당 제도를 그대로 계수하였다.⁵⁸⁾ 이는 실무적 수요를 외면했던 의용민법의 체계적 공백을 만주민법이라는 선진적 입법례를 통해 메우고, 우리 물권법이 현대 자본주

55) 이흥민, 2011, 위의 논문, 124-125쪽.

56) 참고로 일본은 1971년에 이르러서야 민법 개정을 통해 근저당 제도를 입법화하였다.

57) 제356조 저압권(低押權)은 그 담보할 최고액만을 정하고 채권의 확정을 장래에 보류하여 이것을 설정할 수 있다. 이 경우에 있어서는 그 확정할 때까지의 채권의 소멸 또는 이전은 저압권에 영향을 미치지 않는다.

채권이 이식부(利息附)인 때는 그 이식은 전항의 최고금액중에 이것을 산입한다.

58) 민법안심목록에 따르면 참조 외국민법은 독일민법 제1190조와 만주민법 제356조이다.

의의 금융 거래를 뒷받침할 수 있는 제도적 기반을 마련하였음을 입증하는 사례이다.

IV. 채권편

1. 채권편에 대한 만주민법의 영향: 공통의 골격과 국지적 이식

장	절	조문수	①	②	③	④	⑤	최유사 외국민법 중 만주민법의 비율
1. 총칙	1. 채권의 목적	14		5	6	1	2	78.5%
	2. 채권의 효력	21	6	9	4	1	1	90.4%
	3. 수인의 채권자 및 채무자	41	5	10	21	4	1	87.8%
	4. 채권의 양도	4			3		1	75%
	5. 채무의 인수	7	7					100%
	6. 채권의 소멸	48	2	8	36		2	95.8%
	7. 지시채권	15		15				100%
	8. 무기명채권	4	1	3				100%
2. 계약	1. 총칙	27	1	8	15	2	1	88.8%
	2. 증여	9		1	5	1	2	66.6%
	3. 매매	33	2	3	19	6	3	72.7%
	4. 교환	2			2			100%
	5. 소비대차	11	2	2	3	1	3	63.6%
	6. 사용대차	9	1	4	3	1		88.8%
	7. 임대차	37	19	9	7	1	1	94.5%
	8. 고용	9		5	3		1	88.8%
	9. 도급	11	1	2	8			100%
	10. 현상광고	5	1	4				100%
	11. 위임	13	1	3	9			100%
	12. 임치	10	3	7				100%
	13. 조합	22	1	1	19		1	95.4%
	14. 중신정기채권	6			6			100%
	15. 화해	3			1		2	33.3%

3. 사무관리		7	1	1	5			100%
4. 부당이득		9	2	2	3	1	1	77.7%
5. 불법행위		17		2	9	3	3	64.7%

채권편(394개 조문)은 일본-만주-한국 민법전에서 가장 동질적이다.⁵⁹⁾ 일본민법과 만주민법이 공히 최유사인 조문(㉓)이 194개(49.2%)로 가장 큰 비중을 차지하는데, 이는 채권법의 기본 골격이 일본민법에서부터 큰 변경 없이 유지된 부분이 많기 때문이다. 그 동질성이 가장 선명하게 드러나는 영역은 채권총칙 내 채권의 소멸(제6절, 48개)로, ㉓이 36개(75%)를 차지한다. 변제·상계·경개·면제·혼동 등 채권소멸 사유의 기본 구조가 세 법전 사이에서 거의 동일하게 유지된 것이다.

그러나 이러한 동질적 기반 위에서 만주민법 고유의 제도가 특정 영역에 집중적으로 이식되었다는 점에 주목해야 한다. 일본민법에는 존재하지 않고 만주민법에만 도입된 조문을 수용한 경우(㉑)가 53개로 세 편 중 절대 수치상 가장 많으며, ㉑과 ㉒를 합치면 153개(38.8%)에 이른다. 이들 조문은 채무인수, 증권채권, 임대차 등 특정 영역에 편중되어 있다.

가장 두드러진 집중이 나타나는 곳은 임대차(제2장 제7절, 37개)이다. 만주민법 관련 비율이 94.5%에 달하며, ㉑이 19개로 채권편 전체 ㉑ 53개의 36%가 이 단일 절에 몰려 있다. 의용민법의 임대차 규정은 임대인 중심의 규율에 치우쳐 있었는데, 만주민법은 차임증감청구권(제628조에 대응), 임차인의 부속물매수청구권(제646조에 대응) 등 임차인 보호를 위한 규정을 다수 신설하였고, 한국 제정민법은 이를 수용하였다.

이와 함께 채무의 인수(제1장 제5절, 7개)는 7개 조문 전부가 ㉑으로, 의용민법에 전혀 존재하지 않던 제도가 만주민법으로부터 완전히 이식된 영역이다.⁶⁰⁾ 지시채

59) 이는 채권법이 물권법과 달리 각국의 영토·토지제도·거래 관행에 강하게 결박되지 않는 데에 기인한다. 채권법의 기본 원리는 로마법 이래 보편적 성격을 지녀 왔으며, 물권법에 비하여 지방적·토착적 특수성이 약하고 국제적 동질성이 높다는 점은 일반적으로 지적되는 바이다.

60) 일본민법은 프랑스민법처럼 채무자의 교체에 의한 경개를 인정할 뿐 채무인수 제도가 존재하지

권(제7절, 15개) 역시 전부가 ②로 만주민법에 100% 의존하고 있다.⁶¹⁾

반면 불법행위(제5장, 17개)는 만주민법 관련 비율이 64.7%로 채권편 장별 최저이다. 만주민법 밖에 있는 6개 조문을 분해하면 ④가 3개, ⑤가 3개이다. ④ 3개는 의용민법의 과실책임 원칙에 입각한 규율을 유지한 것이고, ⑤ 3개는 중화민국민법 등을 참조한 것이다. 불법행위법의 기본 골격은 프랑스민법 이래 의용민법에서도 큰 변경 없이 유지되어 왔으므로, 만주민법이 이 영역에서 의용민법과 크게 달라질 여지가 제한적이었고, 제정자들 역시 기존 규율을 상당 부분 유지한 것으로 보인다.⁶²⁾

않는데, 일본의 학설과 판례는 모두 요건과 효과 양면에서 채무인수 제도를 인정하는 것은 독일민법(제414~제419조)의 영향이다(정중후, 1994, 앞의 책, 132쪽).

61) 의용민법은 무기명채권을 동산으로 간주하고(제86조 제3항), 지시채권(指圖債權)에 관해서는 그 양도에 관한 몇 개의 규정(제469조~제472조)만을 두고 있었다. 그러나 이 규정들은 의용상법의 증권적 채권에 관한 규정들과 충돌하는 경우가 많았다. 예를 들어 의용민법상 배서(裏書는 제3조에 대한 대항요건일 뿐 양도 자체는 당사자의 의사표시에 의하여 이루어지지만(의용민법 제469조), 의용상법상 배서(裏書는 양도방법 그 자체이다(의용상법 제519조, 의용어음법 제11조). 또 의용민법상 무기명채권은 동산으로 간주하므로 평온·공연하게 그 점유를 시작한 자가 선의·무과실인 경우 이를 취득하지만(의용민법 제192조), 의용상법상으로는 적법한 소지인으로부터 이를 취득한 이상 악의·중과실이 아닌 한 이를 취득한다고 하고 있다(의용상법 제519조, 의용수표법 제21조). 이러한 모순에 대해 당시의 학설은 민법상의 규정은 시대에 뒤떨어진 것으로 적용되지 않도록 해야 한다고 하며, 민법과 상법의 규정을 통일적으로 새로 입법해야 한다고 하였다. 한국민법은 제3편 채권 제1장 총칙 제6절 채권의 소멸 뒤에 각각 제7절과 제8절로 지시채권(제499조~제513조)과 무기명채권(제514조~제517조)에 대한 절을 두고 그 구체적인 내용에 대해서는 주로 의용상법 및 의용어음법의 규정을 반영하였는데, 이는 만주민법 제496조~제514조와 거의 유사한 것이다(이흥민, 2011, 앞의 논문, 142-143쪽).

62) 불법행위법에서 만주민법 의존도가 상대적으로 낮은 배경에는 대륙법체계 내에서의 입법모델의 연속성이 작용하고 있다. 불법행위의 일반규정에 관하여 프랑스민법 제1382조는 과실에 의하여 타인에게 손해를 야기한 모든 행위에 대해 배상의무를 부과하는 일반보호주의(일반조항주의)를 취하고 있으며, 스위스채무법 제41조도 이와 유사한 태도이다. 이에 반해 독일민법 제823조는 보호법익을 개별적으로 열거하는 개별보호주의를 채택하고 있다. 의용민법 제709조는 프랑스민법의 일반조항주의에 입각하고 있었고, 만주민법 역시 이 점에서 의용민법의 태도를 기본적으로 유지하여 독일민법식의 개별보호주의로 전환하지는 않았다. 이는 만주민법의 기초자들이 총칙·물권·채권총칙 등에서는 독일 판례법 법학의 성과를 적극적으로 수용하면서도, 불법행위의 일반규정에 관하여는 프랑스민법 이래의 일반조항주의의 골격을 변경할 필요를 느끼지 않았음을 시사한다. 한국민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여 일반조항주의를 유지하되, 그 조문의 최우사 외국민법은 만주민법이 아닌 중화민국민법이다. 이처럼 불법행위의 핵심 규정에서 한국민법 제정자가 만주민법이 아닌 중화민국민법을 참조한 것은, 만주민법이 이 영역에서 의용민법과의 차별화를 크게 도모하지 않았기 때문에 제정자로서는 만주민법에 의거할 유인이 상대적으로 약했고, 같은 일반조항주의의

2. 이행보조자의 고의·과실 책임 명문화

채권총칙 편에서 채무불이행의 책임 범위를 규율하는 핵심 규정인 이행보조자의 책임 규정 역시 만주민법의 유산이다. 근대적 분업 경제가 고도화됨에 따라 채무자가 타인(보조자)을 사용하여 채무를 이행하는 현상이 보편화되었으나, 일본 민법에는 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 고의·과실로 간주하는 일반 규정이 부재하여 책임 귀속을 둘러싼 해석상 혼란이 빚어졌다.⁶³⁾ 만주민법은 이러한 한계를 극복하고자 독일민법 제278조의 진전된 법리를 선제적으로 성문화하여 이행보조자를 활용한 채무자의 책임 범위를 명확히 획정하였다.⁶⁴⁾ 한국민법 제391조(이행보조자의 고의, 과실)가 “채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다”고 규정한 것은 만주민법의 이러한 선진적 규율 태도를 직수입하여 채권법 체계를 근대화한 사례이다.⁶⁵⁾

3. 채권자지체(수령지체) 제도의 체계적 입법 결단

채무의 이행에 채권자의 협력이 필요한 경우 채권자가 수령을 지체할 때 발생하는 법적 효과에 대하여, 한국민법은 만주민법이 이룩한 입법적 성과를 적극적

게보에 서면서도 의용민법과는 다른 조문 구성을 보여준 중화민국민법이 독자적인 참조 대상이 된 것으로 해석된다.

- 63) 이는 이행보조자의 과실에 대한 채무자의 책임을 인정하는 일반적인 조항을 두고 있지 않은 프랑스민법의 영향으로 평가된다. 그러나 프랑스에서도 자기 채무의 이행에 사용한 보조자 또는 수입인에 의한 채무불이행에 대하여 면책사유인 외재적 원인(cause étrangere, 불가항력이나 채무자와 무관한 제3자의 행위에 해당한다고 주장할 수 없다는 것이 학설과 판례에 의해 일반적으로 인정되고, 일본 대심원도 1929.3.30. 처음으로 이행보조자의 과실로 인한 채무자의 책임을 인정한 판결을 선고한 뒤 학설과 판례는 일반적으로 이행보조자의 고의·과실을 채무자의 고의·과실로 보는 법리를 긍정하는 상황이었다(문주형, 2020, 『주석민법: 채권총칙1』, 한국사법행정학회, 775-776쪽).
- 64) 만주민법 제378조 채무자의 법정대리인이 그 채무자를 위하여 이행을 하든가 또는 채무자가 타인을 사용하여 이행을 할 경우에 있어서 채무자는 그 법정대리인 또는 피용자의 고의 또는 과실에 관하여 자기의 고의 또는 과실에 있어서와 동일한 책임을 진다.
- 65) 민법안심의록에 따르면 참조 외국민법은 독일민법 제278조, 스위스채무법 제101조, 중화민국민법 제224조, 만주민법 제378조이다.

으로 도입하였다. 일본민법하에서는 채권자지체의 법적 성질을 두고 채무불이행 설과 법정책임설이 날카롭게 대립하였고,⁶⁶⁾ 규정의 흠결로 인해 실무적 타당성을 확보하기가 어려웠다. 그러나 만주민법은 이러한 소모적인 학설 대립을 지양하고, 주의의무의 경감, 이자의 정지, 목적물 보관 비용의 부담 등 채권자지체로 인해 발생하는 구체적인 효과들을 명문으로 세세히 규정하는 입법적 결단을 내렸다.⁶⁷⁾ 한국민법은 제401조(채권자지체와 채무자의 책임), 제402조(동전), 제403조(채권자지체와 채권자의 책임)에 걸쳐 이러한 만주민법의 규정을 온전히 수용함으로써, 채권자와 채무자 간의 공평을 기하고 채권법 해석의 명확성과 예측 가능성을 제고할 수 있었다.⁶⁸⁾

4. 위험부담의 공평성 확보: 채무자주의로의 전환

쌍무계약에 있어 당사자 쌍방의 책임 없는 사유로 이행 불능이 된 경우의 대가 위험을 누가 부담할 것인가 하는 이른바 위험부담의 문제에서, 한국민법은 일본민법의 태도를 전면 폐기하고 만주민법의 입장을 채택하였다. 특정물 도급이나 매매 등에 있어 일본민법 제534조는 연혁적인 로마법적 전통과 프랑스민법에 따라 채권자주의를 원칙으로 하였으나,⁶⁹⁾ 이는 거래의 실제적 공평에 반한다는 맹렬한 비판을 받아왔다.⁷⁰⁾ 이에 만주민법은 쌍무계약의 대가적 견련성을 증시하여

66) 남성민, 2020, 『주석민법: 채권총칙1』, 한국사법행정학회, 150쪽.

67) 만주민법 제388조 채권자가 지체에 있는 동안은 채무자는 고의 또는 중대한 과실이 있지 않으면 불이행으로 인하여 발생할 일체의 책임을지지 않는다.

제389조 이식을 생할 채권에 있어서는 채권자가 지체에 있는 동안은 채무자는 이식을 지불함을 요하지 않는다.

제390조 채권자의 지체로 인하여 변제의 비용 또는 채무의 목적물보관의 비용이 증가한 때는 그 증가액은 채권자가 이를 부담한다.

68) 민법안심소록에 따르면 참조 외국민법은 제401조의 경우 독일민법 제300조, 중화민국민법 제237조, 만주민법 제388조이고, 제402조의 경우 독일민법 제301조, 중화민국민법 제238조, 만주민법 제389조이며, 제403조의 경우 독일민법 제304조, 중화민국민법 제340조, 만주민법 제390조이다.

69) “특정물에 관한 물권의 설정 또는 이전을 쌍무계약의 목적으로 한 경우에, 그 물건이 채무자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 멸실 또는 손상된 때에는, 그 멸실 또는 손상은 채권자에게 부담으로 돌아간다.”

70) 해당 조문은 결국 2017년 개정으로 삭제되었고, 제567조가 신설되어 매매 목적물이 인도된 시점

채무자주의를 일반원칙으로 삼았으며,⁷¹⁾ 한국민법 역시 제537조(채무자위험부담주의)를 통해 이를 그대로 수용하였다.⁷²⁾ 이는 채권법의 핵심 틀이 만주민법을 통로로 하여 채무자에게 더 무거운 주의를 요구하는 방향으로 합리화되었음을 증명한다.

5. 전형계약의 현대화: 요물계약에서 낙성계약으로의 전환

한국 제정민법이 소비대차, 사용대차, 임차 계약의 법적 성질을 변개한 것 역시 만주민법의 직접적인 영향이다. 일본민법은 로마법 이래의 연혁에 얽매어 이들 계약을 목적물의 현실적인 인도나 금전의 수수가 있어야만 성립하는 요물계약(要物契約)으로 규정하였다(일본민법 제587조, 제593조, 제657조). 그러나 신용이 증시되는 현대 거래 사회에서 합의만으로 계약의 구속력을 인정하지 않는 것은 시대착오적이라는 반성이 일었고, 만주민법은 이 세 가지 전형계약을 당사자의 합의만으로 성립하는 낙성계약(諾成契約)으로 전환하였다. 한국민법은 제598조(소비대차), 제609조(사용대차), 제693조(임차)에서 이러한 태도를 수용함으로써, 우리 채권법이 거래 현실의 신속성과 당사자의 의사자치를 최대한 존중하는 발판을 마련하였다.⁷³⁾ 이는 무방식의 합의만 있으면 당사자를 구속하는 계약이 성립되는 것을 원칙으로 하는 근대법의 시대 조류를 충실히 반영한 것이다.⁷⁴⁾

을 기준으로 위험이 매도인으로부터 매수인에게 이전하는 것으로 변경되었다.

71) 만주민법 제524조 쌍무계약 당사자의 일방의 채무가 당사자 쌍방의 책임에 돌릴 수 없는 사유로 인하여 이행을 할 수 없음을 이르렀을 때는 채무자는 반대급부를 받을 권리를 갖지 않는다.

72) 민법안심의를록에 따르면 참조 외국민법은 독일민법 제323조 제1항, 스위스채무법 제185조, 프랑스민법 제1138조, 중화민국민법 제266조, 만주민법 제524조이다.

73) 민법안심의를록에 따르면 참조 외국민법은 제598조의 경우 독일민법 제607조 제1항, 스위스채무법 제312조, 프랑스민법 제1892조, 중화민국민법 제474조, 만주민법 제570조이고, 제609조의 경우 독일민법 제598조, 스위스채무법 제305조, 프랑스민법 제1875조·제1876조, 중화민국민법 제464조, 만주민법 제577조이며, 제693조의 경우 독일민법 제688조, 스위스채무법 제472조 전단, 프랑스민법 제1915조, 중화민국민법 제589조 제1항, 만주민법 제671조이다.

74) 김기창, 2021, 『주석민법: 채권각칙1』, 한국사법행정학회, 26쪽.

V. 결어

만주국 민법전은 한국 민법전 재산법의 기초에 있어 거의 전면에 걸쳐 직접적인 참고가 되었던 것으로 사료된다. 한국 민법전 초안과 만주국 민법전 총칙편의 처음 60조까지는 거의 동일한 내용이 평행한 형태로 규정되어 있다.⁷⁵⁾ 한국민법이 1960년부터 시행되기 전까지 일본민법이 의용되었는데, 한국민법 재산편에서 의용민법과 달라진 조문들은 거의 전부가 만주민법에 등장하는 조문들이다.⁷⁶⁾

법전편찬위원장이었던 김병로는 1957년 11월 6일 국회에 출석하여 민법안 입법취지를 설명하였는데, 각국의 법률에 관한 참고문헌이라는 것이 그렇게 많지 못하다며 “早年부터 오늘날까지 한 40년 동안 머리속에서 항상 떠나지 않고 있던 그 관념을 냉철하게 생각해서 이 법안의 기안에 착수한 결과, 독일·프랑스·중국 또는 만주국의 법을 참고하여 우리나라에 적당하다고 생각되는 조문을 선택”했다고 언급했다.⁷⁷⁾ 그러나 한국민법에서 만주민법의 위치는 그 정도로 표현하기에는 부족함이 있어 보인다.⁷⁸⁾

종래 한국민법의 비교법적 계보에 관한 논의는 개별 제도 단위의 연혁적 고찰에 머물렀고, 재산법 전체를 조문 단위로 정량화하여 만주민법의 위치를 확인하는 작업은 시도된 바 없었다. 보고는 한국 제정민법 재산법 766개 조문 각각에 대하여 최유사 외국민법을 대조함으로써, 기존의 ‘일본민법 수용’ 서사가 포착하지 못한 만주민법의 위치를 정량적으로 확인하고자 하였다. 분석 결과 최유사 외국민법이 만주민법이 아닌 경우는 105개에 불과하였고, 나머지 661개 조문은 만주민법이 최유사이거나 일본민법과 공히 최유사인 범주에 속하였다.

이러한 수용의 양상은 편별로 뚜렷한 차이를 보였다. 총칙편은 184개 조문 중 177개(96.2%)가 만주민법 관련 범주에 해당하여 사실상 전면적 수용이 이루어졌

75) 정종휴, 1994, 앞의 책, 186쪽.

76) 이철송, 2017, 앞의 논문, 4쪽.

77) 명순구, 2008, 『실록 대한민국 민법 1』, 33-34쪽.

78) 이철송, 2017, 앞의 논문, 34쪽.

다. 채권편은 기본 골격이 세 법전 사이에서 가장 동질적이며, 임대차를 중심으로 만주민법 고유의 제도가 집중적으로 이식되었다. 물권편은 유치권·질권 등에서 높은 수용도를 보인 반면, 전세권과 저당권에서는 만주민법 의존도가 현저히 낮아 장별 편차가 극심하게 나타났다.

이상의 분석은 한국 제정민법의 형성을 일본민법의 직접적 수용이라는 단일한 서사로 설명하는 기존의 이해가 재산법 영역에서는 실증적으로 지지되기 어렵다는 점을 보여준다. 물론 만주민법 자체가 일본 민법학자에 의하여 일본 판례·학설의 성과를 조문화한 것인 이상, 한국민법의 만주민법 수용을 일본민법의 수용과 구별하는 실익이 있는가 하는 비판이 제기될 수 있다. 와가즈마 사카에 자신이 만주민법의 제 규정이 “일본의 판례와 학설의 오늘날의 이론의 최고 수준을 규정했음에 그친다”고 하였으므로 이 비판은 경청할 만하다. 그러나 해석론·입법론으로 제시된 법리와 이를 실정법의 조문으로 확정된 것은 규범적 성격을 달리한다. 채무인수·근저당·간접점유·채무자위험부담주의 등은 일본에서 학설·판례 또는 실무상 이미 인정되고 있었으나, 의용민법의 조문에는 반영되지 않았다. 한국민법의 제정자가 이러한 법리를 수용함에 있어 참고한 것은 일본의 유동적인 해석론 자체가 아니라 이를 조문으로 확정된 만주민법이라는 입법적 선례였으며, 이는 부동산 물권변동에 있어서의 효력요건주의와 같이 당시 일본의 통설·판례에 반하는 입법적 결단까지도 포함하는 것이었다. 따라서 만주민법의 학문적 연원이 일본 민법학에 있다는 사실이 만주민법 경유의 수용이라는 사실 자체를 부정하는 것은 아니며, 본고의 분석은 일본민법의 영향을 부정하는 것이 아니라 그 영향이 만주민법이라는 입법적 선례를 매개로 하여 이루어졌음을 실증적으로 확인하는데에 그 의미가 있다.

다만 이러한 분석이 한국민법 제정자의 의식적·이념적 선택을 과장하는 것이어서는 안 된다. 만주민법은 한국민법 제정 당시 입법자에게 있어 이질적인 외국법이 아니라, 동시대에 같은 일본 민법학의 토양에서 성장한, 접촉 가능하고 친숙한 입법적 선례였다. 제국 내부의 생활권으로서 만주는 많은 조선인의 생활 공간이기도 하였다.⁷⁹⁾ 이 점에서 한국민법 제정자의 만주민법 참조는 이념적 결단이

아니라 실용적·자연스러운 선택이었다고 평가된다. 한국민법 제정의 실체는 만주민법의 포괄적 계수에 불과하여 창의성 없는 입법이라고 비판하는 견해도 있지만 이는 옳은 평가가 아니라면서, 일본민법은 한국민법 제정 당시 이미 50년 가까이 우리 국민의 私法생활을 규율하고 지원해 오면서 상당 부분 우리의 생활규범으로서 토착화되었으므로 이를 외면하고 전혀 새로운 민법을 창출한다면 국민들에게 다시 장기간의 시행착오를 강요할 것임에 틀림없고, 해방으로 인한 혼란에다 전쟁까지 겹쳐 국민을 보호할 인적·물적 司法施設이 태부족한 상태이었음을 감안한다면 구민법을 臺紙로 삼아 그간의 시행경험을 가지고 규정을 첨삭하는 것이 법의 안정성과 입법자의 자기구속성에 부합하는 입법방식이라고 보면서, 만주민법은 일본민법상 불편을 대폭 개량하는 개정이었음이 사실이고 보면 만주민법을 본뜬 것은 오히려 다행스러운 일이고 우리 입법자들의 슬기로운 선택이라는 평가⁸⁰⁾도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 본고가 만주민법 경유의 수용을 실증적으로 확인한 것은 한국민법의 연원을 일본민법으로부터 떼어놓기 위한 것이 아니라, 의용민법에서 한국민법으로 이어지는 실제적인 경로에 만주민법이라는 매개항이 있었음을 보여주기 위한 것이다. 이 경로는 이념적 단절이 아니라 실무적 개량의 연속이었으며, 본고의 수치는 그 연속의 물질적 형태를 드러낼 뿐이다. 한국민법 제정시 참조된 직접적 전범이 만주민법이었음은 만주민법 고유의 조문 100개와 일본민법보다 만주민법에 가까운 247개의 조문이라는 수치로 드러난다 하겠다.

79) 일제시기 만주로 이주한 조선인의 규모와 그 생활상에 관하여는 신주백, 1999, 『만주지역 한인의 민족운동사(1920~45)』, 아세아문화사; 유지원 외, 2011, 『이민과 개발: 한중일 3국인의 만주 이주 의 역사』, 동북아역사재단 참조.

80) 이철송, 2017, 앞의 논문, 34-35쪽.

참고문헌

1. 저서

- 김용덕(편집대표), 2020, 『주석민법: 채권총칙1』, 한국사법행정학회
김용덕(편집대표), 2021, 『주석민법: 채권각칙1』, 한국사법행정학회
명순구, 2008, 『실록 대한민국 민법 1』, 법문사
명순구, 2010, 『실록 대한민국 민법 2』, 법문사
명순구, 2010, 『실록 대한민국 민법 3』, 법문사
민사법연구회, 1957, 『민법안의견서』, 일조각
정중휴, 1994, 『역사 속의 민법』, 교육과학사

2. 논문

- 박인환, 2016, 「한국민법에 있어서 일본민법의 영향과 역사적 과제」, 이화여자대학교 『법학논집』 20(3)
서울오, 2004, 「채권법의 학술사적 기초 연구 (1)」, 『법사학연구』 30
양창수, 2007, 「한국민법학 60년의 성과와 앞으로의 과제」, 『민사법학』 36
이진기, 2016, 「관습법과 관습」, 『법사학연구』 53
이철송, 2017, 「만주국 민법의 우리 법제사적 의의」, 『민사법학』 78
이흥민, 2011, 「민법 제정과 그 성과 분석」, 고려대학교 박사학위논문
정중휴, 2007, 「일본민법전의 편찬」, 『법사학연구』 36
최병조, 2017, 「동아시아의 서양법 계수」, 『저스티스』 158-2
코구치 히코타, 임상혁 역, 2003, 「일본 통치하의 '만주국'의 법」, 『법사학연구』 27
Hans Hattenhauer, 서울오 역, 2009, 「민법의 기본개념」, 이화여자대학교 『법학논집』 14(2)

투고일: 2026년 03월 13일 심사완료일: 2026년 04월 19일 게재확정일: 2026년 04월 27일

■ Abstract ■

The Role of the Manchurian Civil Code in the Formation of
Korean Civil Law
: A Quantitative Analysis

Bak, Deokbong(Korea University School of Law)

This study conducts a quantitative analysis of the role of the Manchurian Civil Code in the formation of Korean property law—a dimension not fully captured by the prevailing narrative of Japanese civil law. By comparing all 766 provisions of the property law sections of the Korean Civil Code with their closest foreign counterparts, the analysis reveals that only 105 provisions have closest matches outside the Manchurian Civil Code, while the remaining 661 provisions belong to categories in which the Manchurian Code is either the closest counterpart or shares that position with the Japanese Civil Code.

Reception patterns vary significantly across the three books. In the General Provisions, 177 of 184 articles (96.2%) fall within Manchurian-related categories, indicating near-total reception. The Law of Obligations exhibits the greatest structural similarity across the three codes, yet also shows concentrated incorporation of institutions unique to the Manchurian Code, particularly in the area of lease law. The Law of Property displays the sharpest inter-chapter divergence: rights of retention and pledge exhibit high rates of reception comparable to the General Provisions, whereas the *chonsegwon* and mortgage provisions show markedly lower reliance on the Manchurian Code.

These findings suggest that the conventional understanding of Korean civil law formation as a direct reception of Japanese law requires substantial revision in the domain of property law. The Manchurian Civil Code functioned not merely as a reference text, but as a primary legislative template for Korean property law.

Key words: Korean Civil Code, Manchurian Civil Code, Japanese Civil Code, legal transplant