



## 공동체적 토지이용의 확대 필요성에 관한 연구: 특수지역권의 현대화를 중심으로\*

김 상 용\*\*

### 초 록

토지는 인간 모두를 위하여 창조주가 값없이 인간 모두에게 준 것이다. 그러므로 토지는 본래 인간의 공동재 내지 공공재이다. 토지가 그 물리적 성질이 공동재 내지 공공재임은 인류 역사의 시작과 함께 시작되어 지금도 변함이 없다. 이처럼 토지는 인간이 공동으로 이용하도록 자연에 의하여 주어져 고대와 중세의 농업중심의 경제 사회에서는 공동체가 토지를 공동으로 이용하여 왔다. 그러나 근세사회에 들어와서는 개인주의, 자유주의 사상의 시민사회가 열리게 되어, 개인주의적인 토지소유의 인정과 강한 보호로 공동체적 토지이용이 개인주의적인 토지이용으로 바뀌게 되었다.

근대사회의 초기에 개인주의적 토지이용으로 바뀌게 되었지만, 개인주의적 토지이용은 농경지와 택지에 집중되고 山林原野는 여전히 공동체의 공동이용이 이루어졌다. 산림원야의 공동체적 이용이 이루어졌던 농업중심의 사회에서는 산림원야의 공동이용의 내용은 관습이 되어 지켜지고 또한 전승되어 왔다. 그러나 과학의 발달에 의한 산업화의 진행과 함께 농업중심의 사회는 상품교환경제의 사회로 발전하고, 농업중심경제시대의 공동체적이용의 대상이었던 산림원야도 개인소유와 개인이용으로 점차 전환되었다. 그리하여 오늘날은 모든 토지에 대하여 개인소유, 개인이용이 원칙이고 더욱 심화되어 가고 있는 실정이다.

오늘날은 토지의 개인소유, 개인이용이 원칙이지만, 다른 한편으로 인간은 사회적 존재로서 공동체를 이루어 살아가야 할 존재이기 때문에 공동체적 토지이용 역시 약

\* 본 논문은 2020년도 대한민국학술원 전문학술활동 지원으로 이루어짐.

\*\* 대한민국학술원 인문·사회과학부 제4분과 회원

화되기는 하였지만 완전히 사라지지는 아니하고 그 역사적 잔재가 이어져 오고 있다. 그리하여 개인주의적 근대민법에서 관습으로 인정되어 온 공동체의 산림원야의 공동의 토지이용제도를 법률로 규정해 두고 있다. 그러한 공동체적 토지이용제도가 바로 우리 민법의 특수지역권, 일본의 入會權이며, 핀란드에서는 관습에 의한 萬人權을 오늘날에도 발전적으로 유지하고 있다. 우리 민법의 특수지역권은 개인주의에 입각한 공동의 토지이용제도이다. 그러나 일본의 입회권은 공동체주의에 입각한 공동체토지이용제도이다. 그리고 핀란드의 만인권은 사해동포주의에 입각한 공동체적 공동의 토지이용제도이며 천연자원의 향유권이다.

산림원야의 공동체에 의한 공동이용의 목적도 인간생존을 위한 공동이용에서 도시생활에 지친 인간의 심신의 치유와 회복을 위한 자연향유의 권리로 전환해 나가야 할 필요성이 증대되고 있다. 심신의 치유와 회복 및 인간다운 삶을 위한 공동체의 토지이용은 만인권에서 가장 잘 나타나고 있다. 우리의 특수지역권은 개인주의에 입각한 공동체의 공동토지이용제도이며, 따라서 일본의 입회권에 있어서 보다 공동체주의적 정신이 박약하며, 만인권과 같은 수준의 심신의 치유와 회복 및 인간다운 사람을 위한 자연의 향유권으로는 전혀 변화와 발전을 하지 못하고 있으나, 만인권과 동일한 목적과 내용의 공동체 토지이용제도로의 전환이 필요하고 또한 요청되고 있다. 경관법, 국민신탁법 등 특별법에서 만인권 사상을 부분적으로 실현할 수 있는 공동의 토지이용제도를 규정하고 있으나 이를 특수지역권으로 흡수하여 특수지역권이 만인권과 동일한 수준의 공동체적 토지이용제도로 현대화할 필요성이 강하게 요청된다고 판단된다. 이러한 방향으로의 특수지역권의 현대화는 인간과 자연이 조화를 이루며, 값없이 자신을 다 내어주는 자연으로부터 관용의 정신을 함양하고, 인간이 천연자연과 동식물을 존중하는 토지이용제도로의 발전이고 전환이다. 또한 이는 인간과 인간이 서로 사랑할 수 있도록 하는 공동체적 토지이용방법이다.

생각건대 인간은 자연인으로서 독립한 인격체로서 토지이용에 있어서도 개인이용이 적절하다. 그러나 한편으로 인간은 사회적 존재로서 공동체를 이루고 살아가야 함으로 토지이용에 있어서 공동체주의에 입각한 공동체적 토지이용이 필요하다. 이러한 토지의 개인이용과 공동체에 의한 공동이용은 적절히 조화를 이루어야 한다. 토지이용에 있어서 개인이용의 원칙에 공동체적 공동이용의 확대주장은 개인주의에 공동체주의에 의한 변화와 수정이 있어야 함이 필요하다는 사회사상의 표현이다.

주제어: 개인주의, 공동체, 공동체주의, 특수지역권, 입회권, 만인권, 산림원야, 공동재, 공공재, 개인이용, 공동이용

## 목 차

<p>I. 개설</p> <p>II. 공동체토지이용의 확대와 이를 위한 특수지역권 현대화의 필요성</p> <p>1. 사회의 변화: 개인주의적 사회와 공동체주의적 사회의 조화</p> <p>2. 토지의 소유권중심주의에서 이용권중심주의로의 전환 필요성</p> <p>3. 특수지역권 입법과정에 대한 비판적 고찰과 반성: 자연과 인간이 일체가 되는 특수지역권으로의 전환 필요성</p> <p>4. 사회변화에 대응할 수 있는 공동체 토지이용 방법으로서의 특수지역권의 수정과 보완 필요성</p> <p>III. 공동체적 토지이용제도로서의 한국의 특수지역권</p> <p>1. 개설</p> <p>2. 특수지역권의 발생과 상실</p> <p>3. 특수지역권에 대한 평가</p> <p>IV. 외국의 공동체적 토지이용제도로서의 일본의 입회권 및 핀란드의 만인권</p> <p>1. 일본의 입회권</p> <p>(1) 입회권의 개념과 역사</p>	<p>(2) 입회권의 2가지 유형: 共有入會權과 地役入會權</p> <p>(3) 입회권의 법적성질</p> <p>(4) 입회권의 권리주체; 입회집단, 世帶, 실재적총합인</p> <p>(5) 입회권의 객체와 입회지의 이용방법</p> <p>(6) 부동산등기와 입회권과의 관계</p> <p>(7) 입회권의 발생과 소멸</p> <p>(8) 舊慣使用權과 入會公權論</p> <p>(9) 입회권근대화사업: 입회임야권리관계의 정비 장려</p> <p>(10) 우리의 특수지역권과 일본의 입회권과의 비교</p> <p>2. 핀란드의 만인권(Jedermannsrecht; everyman's right to land)</p> <p>V. 특수지역권 현대화의 구상과 방법</p> <p>1. 구상</p> <p>2. 방법</p> <p>VI. 결론</p> <p>참고문헌</p> <p>Resume</p>
--	---

### I. 개설

인간은 자연적인 개체(Individuum)로서 인격의 존엄을 법이전에 이미 天賦的으로 부여받은 독립적·독자적·인격적인 존재이며, 동시에 사회공동체의 구성원으로서 함께 더불어 살아가야 하는 사회적 존재(Sozialwesen)이다. 자유민주주의 국가는 인간을 개체인 자연인으로서의 가치를 인정하고 존중하는 人間觀에 입각해 있다. 그러나 사회주의 국가에서는 인간을 자연적 개체로서의 존재보다는 공

동체 구성원으로서의 사회적 존재가치를 강조하는 집단주의를 취한다. 그리고 인간은 그 누구나 토지를 기반으로 하여 토지 위에서 생활한다. 토지를 소유한 자 이든 소유하지 못한 자이든 토지이용을 하지 아니하고서는 인간은 삶을 이어갈 수가 없다. 인간은 토지에 대한 소유를 알고 이를 법제도화 하기 이전에 이미 토지를 이용하면서 살아왔다. 또한 토지는 인간이 이 땅에 삶을 시작하기 이전에 이미 자연에 의해 주어져 있었다. 따라서 인간의 토지이용은 인간 삶의 기초이고 기반이다. 그러나 토지이용에 있어서 자유주의 국가에서는 개인소유에 기초하여 개인적 이용을 중심으로 토지이용제도를 법제도화하고, 사회주의 국가에서는 공동의 토지소유를 기초로 하여 공동의 토지이용을 중심으로 하는 토지이용제도를 법제화하였다. 이와같이 자유주의 국가에서 개인소유와 개인적 토지이용을 중심으로 하여 토지이용제도를 법제화하여 운용하고 있지만, 공동체적 토지이용을 전적으로否認하고 있지는 않다.

역사적으로는 토지이용이 토지소유보다는 앞섰으나, 근대시민사회에 들어오면서 개인주의와 자유주의 사상의 확산과 강화로 토지에 대한 사소유권을 강하게 보호하는 내용의 토지사소유권의 절대성에 의하여 토지소유자의 개인적인 독점적 토지이용을 소유권의 내용으로 포섭하여 이를 강하게 보호하였다. 그러므로 근대 사회 이후 지금까지 토지에 대해서는 사소유권과 개인적 이용이 원칙이 되고, 공동체적 토지소유와 토지이용은 2차적인 관심사가 되었다. 그 결과 토지에 대해서는 자유사소유권이 기본이 되고 토지이용은 토지소유자의 승낙을 받아서 이용하게 되는 것이 일반적인 법현상이 되었다. 이와같이 토지사소유권과 토지소유자의 승낙에 의한 토지이용이 원칙인 일반적인 법현상이 오늘날의 자유주의국가에서의 토지에 대한 소유와 이용의 일반적인 모습이긴 하지만, 인간은 공동체를 이루어 相扶相助하면서 살아가지 아니하면, 아무리 인간 개인이 존엄한 인격체라 하더라도 혼자서는 살아갈 수 없다. 그리하여 인간은 공동체적 토지이용을 일찍부터 실천해 왔으며 그것이 관습으로 오랫동안 지켜지고 傳承되어 왔다. 그러한 공동체적 토지이용제도는 자유주의, 개인주의의 근대 시민사회에서의 민법에서는 거의 대부분 사라졌으나, 아직도 공동체 토지이용제도의 片鱗들이 남아 있다.

공동체적 토지이용제도로서는 約定에 의한 공동이용제도와 법률의 규정에 의한 법정적 공동체적 토지이용제도가 있다. 약정의 공동체적 토지이용제도는 공동소유에 의한 공동체의 토지이용으로서 공동체 구성원 간의 약정에 의하여 언제든지 당해 공동체적 토지이용관계를 종료시킬 수 있으므로 항구적인 공동체적인 토지이

용제도가 되지 못한다. 항구적인 공동체적 토지이용제도는 오랜 세월에 걸쳐서 인간의 삶을 이어가기 위하여 공동으로 토지이용을 하여온 관습에 의한 토지이용제도이다. 우리나라에서 약정의 공동체적인 토지이용제도는 공동소유에 의해서 이루어진다. 공유, 합유, 총유가 그것이다.<sup>1)</sup> 그러나 이러한 공동소유는 항구적이지 못할 뿐만 아니라, 공동체 구성원들의 삶을 이어가기 위한 공동체 토지이용제도가 아니라 토지를 소유하기 위한 공동소유제도이다. 이에 반해 우리 민법 제302조에서 규정하고 있는 특수지역권은 관습에 의하여 인정되는 항구적인 공동체적 토지이용제도이다. 일본에서의 입회권과 핀란드에서의 萬人權(Jedermannsrecht; everyman's right)도 역시 관습에 의한 항구적인 공동체 토지이용제도이다.

이와같은 관습에 의한 항구적인 공동체토지이용제도는 좋은 법전통으로 이어져 왔으나, 사회경제체제가 농업중심경제에서 자본주의 상품교환경제로 발전하고, 토지에 있어서는 이용중심에서 소유중심으로 발전하고 공동의 토지이용제도에서 개인적인 토지이용제도로 바뀌어 따라서 항구적인 공동체적 토지이용제도는 점차 약화되고 사라지게 되는 현상까지 빚게 되었다. 그러나 민법에서는 이러한 좋은 공동체적 전통인 공동체 토지이용제도가 법규정으로 남아 있으며, 그 전통의 공동체 토지이용제도는 새로운 시대에 부합하는 공동체 토지이용제도로의 변화가 요청되고 있다.

이처럼 관습에 의하여 인정되었던 전통적인 공동체 토지이용제도는 인간의 노동력에 의한 농업경제시대에 공동체 구성원들간의 협력을 이루고 함께 힘을 모아 살아갈 수 있었던 좋은 공동체의 전통이었다. 이러한 공동체 토지이용제도는 토지, 그 중에서도 주로 임야와 미개발 原野<sup>2)</sup>를 공동으로 이용하여 생활에 필요한 물자를 얻기 위한 방법이었다. 그러므로 전통의 공동체적 토지이용제도는 임야나 원야를 공동으로 이용하여 생활물자를 얻는 방법이었다. 그러나 오늘날은 공동체적 토지이용제도를 토지의 공동이용의 방법에 그치지 아니하고 유해환경 속에서 살고 있는 시민, 특히 도시민들의 심신의 治癒(healing)를 위한 자연이용의 방법

---

1) 우리 민법에서는 공동소유제도로써 공유(민법 제262조 내지 제270조), 합유(민법 제271조 내지 제273조), 총유(민법 제274조 내지 제277조)를 규정하고 있지만, 독일민법에서는 공유(§§ 1008-1011 BGB)와 합유(§§ 718-719 BGB)를, 일본민법(일본민법 제249조 내지 제262조)에서는 공유만을 규정하고 있다. 스위스 민법에서도 공유(Art. 646-651 ZGB)와 합유(Art. 652-654a ZGB)만을 규정하고 있다. 그러나 독일민법과 스위스민법의 공유와 합유의 규정형식이 다르다. 독일민법에서는 공유는 물권법에서 합유는 채권법의 조항에서 규정하고 있으나, 스위스민법에서는 공유와 합유를 물권법에서 함께 규정하고 있다. 만주국 민법은 공유(만주국 민법 240조 이하)와 총유(만주국 민법 제252조 이하)를 규정하고 있다.

2) 原野는 개발되지 않은 들을 표현하는 일본어이다.

으로 전환되어가야할 필요성이 인식되고 있다. 그렇지만 민법은 아직 인간의 심신의 치유를 위한 방법으로서의 공동체적 토지이용제도로 전통의 공동체적 토지이용제도의 변화와 전환을 이루지 못하고 있으며, 특히 우리의 특수지역권의 법규정에서는 심신의 치유를 위한 공동체 토지이용제도로 현대화로 발전이 전혀 고려되고 있지 못하다.

이미 핀란드의 만인권은 인간이 자연을 존중하면서 인간의 심신의 치유를 위한 공동체 토지이용제도로 기능하고 있다. 핀란드 국민은 물론 외국인이라도 핀란드의 자연과 하나가 될 수 있는 공동체적 토지이용제도로 만인권이 활용되고 있다.<sup>3)</sup> 일본의 입회권은 일본인 특유의 공동체 의식과 공동체적 토지이용의 모습을 보여주는 좋은 법전통으로 생각된다. 일본의 입회권에 관하여는 관련 판례도 많이 축적되어 있고, 법학자들의 학문적 노력에 의하여 그 내용이 정리되어 비록 입회임야근대화법의 제정·시행으로 공동체 토지이용제도인 입회권을 개인적인 토지이용제도로 전환할 수 있도록 법적 조치를 취하고 있지만, 아직도 상당한 정도의 입회권이 유지되고 있는 것으로 평가된다.

우리의 특수지역권에 관하여는 민법에서 규정은 되어 있지만, 이에 관한 판례는 전혀 없으며, 법학자들도 대부분 토지의 황폐화를 초래하는 전근대적인 토지이용제도로 비판하고<sup>4)</sup> 민법 제302조를 삭제할 것을 주장하고 있다.<sup>5)</sup> 그러나 근자에는 특수지역권이 우리나라의 공동체적 토지이용의 제도로서의 그 역사적 가치가 있음을 인정하고 이를 존치해야 한다는 주장이 제기되고 있다.<sup>6)</sup> 생각건대 우리의 농업경제시대의 전통사회에서는 관습에 의한 공동체적 토지이용제도가 널리 활용되었을 것으로 생각된다. 특히 입야와 미개발 원야를 공동으로 이용하여 생활물자를 조달하였을 것으로 추론된다. 그러나 우리 스스로의 그러한 관습조사를 하지 못하고, 일제에 의해 관습조사가 이루어짐으로써 일제의 식민정책과 삼림수탈의 목적 및 국유지 확보와 확대를 위하여 우리 고유의 산림원야의 공동체적 토지이용의 관습을 왜곡하였을 가능성이 있었을 것으로 짐작

3) 그리하여 핀란드에서는 만인권을 유네스코 인류문화유산으로 등록하기 위한 캠페인을 벌이고 있다 (See, news.joins.com/article).

4) 고상룡, 물권법(법문사, 2002), 467면; 민법주해(VI): 물권(3) (박영사, 1992), 150면; 강태성, 물권법(대명출판사, 2000), 709면.

5) 민법개정총서 3: 2004년 법무부 민법개정안, 총칙·물권편(법무부, 2012), 393면; 민법개정총서 6: 2013년 법무부 민법개정시안 조문편(법무부, 2013), 112면.

6) 김영희, “독일 프랑스 일본 민법상 충유와 특수지역권적 권리,” 법사학연구 제59호 (한국법사학회, 2019), 273면; 이덕승, “특수지역권의 재고,” 財産法研究 제27권 제2호 (한국재산법학회, 2010. 10), 503면 이하; 강승묵, “특수지역권에 관한 소고,” 한양법학 제16권(한양법학회, 2004.12), 275-276면.

되고, 우리의 현행민법을 제정함에 있어서도 우리의 전통관습을 조사함이 없이 만주국 민법에서의 특수지역권 규정을 그대로 의용하는 방법으로 입법하여, 현행 민법상의 특수지역권의 입법에도 그 이용에도 흠결이 있는 것으로 판단된다. 특수지역권을 현대화하여 그 목적도, 권리주체도, 그 권리내용도 새롭게 규정하여 시대에 맞게 변용할 필요가 있다고 생각된다. 이는 바로 너무 극단적인 개인주의(Individualismus) 사회에서의 개인적이고 이기적인 토지이용제도에서 우리 전통의 공동체 토지이용제도인 특수지역권을 현대화하여 공동체주의(Kommunitarismus)를 존중하는 공동체적 토지이용제도로 발전해 나감에 있다. 그리하여 현행의 개인적 토지이용제도는 공동체주의에 입각한 공동체적 토지이용제도와 조화를 이루는 장래의 토지이용제도로 현대화해 나감이 필요하고 또한 적절할 것으로 판단된다.

## II. 공동체토지이용의 확대와 이를 위한 특수지역권 현대화의 필요성

### 1. 사회의 변화: 개인주의적 사회와 공동체주의적 사회의 조화

인류의 역사는 자급자족적 농업중심의 사회에서 과학의 발달과 자본주의 경제로의 전환으로 상품교환경제사회로 발전하여 왔다. 농업경제사회에서는 인간이 노동력을 제공하여 농업을 영위하였다. 그것도 공동으로 노동을 제공하여 함께 일함으로써 농업경영이 가능하였다. 그리고 토지의 이용에 있어서도 인간의 생계를 위한 식량생산의 토지인 田畠은 개인의 독점적인 이용이 중심이 되었다. 그리고 임야나 원야로부터는 땀감의 채취, 가축의 방목 등을 위하여 공동체, 특히 부락공동체가 공동으로 이용하는 공동체 토지이용이 이루어졌다. 그리하여 공동체 토지이용의 대상이었던 임야와 원야에 대해서는 공동체 토지이용의 관습이 생성되어 전승되었다. 이러한 공동체 토지이용제도는 농경중심의 경제사회의 시대에 주로 형성이 되었다. 이러한 농업중심경제시대에는 인간은 공동체적 삶을 살 수

---

7) 공동체주의는 집단주의 내지 단체주의와는 다르다. 집단주의 내지 단체주의는 개인의 독립존재가치를 부인하고 단체의 구성원으로서의 자격만을 인정하는 사회주의 사상이다. 그러나 공동체주의는 개인의 가치만을 극단적으로 존중하고 공동체의 가치를 고려하지 않는 자유자상주의(libertaristischer Liberalismus), 자유주의(Liberalismus)에 대하여 비판함으로써 형성된 공동체의 전통가치를 인정하고 지켜나갈 것을 내용으로 하는 사회사상이다(김상용, 법정책방향으로서의 정의와 사랑(피앤씨미디어, 2019), 249면).

밖에 없었다. 그리하여 공동체 토지이용제도가 관습에 의하여 형성되고 지켜져 내려왔던 것이다.

또한 농업중심경제시대에는 산림과 원야는 공동으로 이용하는 토지이었으며, 산림과 원야에 대해서는 소유관념이 희박하였으며, 공동이용이 중심으로서 이를 게르만사회에서는 공유지(Allmende)로서 공동이용이 이루어지고 있었으며, 공유지에 대한 점유(Gewere)는 곧 공동소유로 인식되어 소유와 이용이 분리되지 않고 결합된 상태였다.<sup>8)</sup> 이러한 공유지의 공동이용과 소유주체는 마을(즉, 부락)이 중심이 되었다. 일본에서도 徳天時代(1603-1868 까지의 265년간)에 이러한 산림원야의 공동체 이용이 확립되었다. 이 시대에 입회권이라는 산림원야의 부락 공동체의 이용관행이 확립되어 주로 농민이었던 부락민의 공동이용이 이루어졌다.<sup>9)</sup> 일본에서는 그들의 전통적인 토지의 공동체이용의 대상이었던 산림원야를 게르만법에서의 공유지(Allmende)와 동일한 것으로, 그리고 부락의 산림원야의 공동이용권인 입회권을 게르만법에서의 공유지이용권(Allmenderecht)로 설명하기도 하였다.<sup>10)</sup>

우리나라에서도 산림원야에 대한 마을 공동체의 공동이용의 관행이 분명히 있었을 것으로 추론된다. 그러나 우리의 관행에 대한 관습조사는 우리 스스로는 하지 못한 상태였으며, 일본의 주도로 우리의 산림원야의 공동체이용에 관한 관습조사가 이루어져 우리 고유의 관행이 크게 왜곡되었을 것으로 짐작된다.<sup>11)</sup> 그러

8) Heinrich Mitteis, Heinz Lieberich, Deutsches Privatrecht 9. Aufl.(1981). S.100.

9) 注釋民法(7): 物權(2) (有斐閣, 1980), 508면; 中尾英俊, 入會林野の法律問題, 新裝版(東京, 勁草書房, 2009), 2면.

10) 上掲 注釋民法(7): 物權(2), 512면.

11) 우리 고유의 산림원야의 관습에 의한 공동체이용제도가 있었을 것은 분명히 추론할 수 있다. 그러나 산림관련 법률에서 임야의 공동체이용의 관행에 관한 규정을 살펴보면, 1906년에 일본에 의한 부동산법조사회가 임야이용에 대한 관습조사를 하였으나 조선 고유의 산림의 관습적 이용을 일본에서와 같은 입회권으로 인정하지 않았다(강정원, “일제의 조선 산림 관습조사와 그 성격”, 한국민족문화 제68권, 부산대학교 한국민족문화연구소, 2018. 8), 70-71, 91면). 그리고 1907년 부동산조사회는 통감부 법전조사국에 흡수되어 민·상관습조사를 실시하여 1910년 관습조사보고서를 작성하였다. 이 관습조사보고서에서도 역시 우리 고유의 관습적 산림이용에 관해서 소극적이었다(위의 논문, 91면; 이원택, “근대적 소유권의 확립과 관습적 권리의 박탈: 율희 2년(1908)의 삼림법을 중심으로”, 정치와 평론, 제6집(2010. 5.), 190면). 일본은 조선의 산림이용관행조사에서 조선에는 일본의 입회권에서와 같이 부락민 공동으로 산림을 이용하는 관행은 없고, 누구나 자유로이 입산하여 산림을 이용하는 관행이 있는 것으로 조사보고서를 작성하였던 것이었다. 즉, 일본의 입회권은 물권이었으나 조선에는 물권인 입회권의 관습은 없고 개인의 자유이용의 관행이 있었던 것으로 조사보고서를 작성하였던 것이었다. 그 결과로 1908년 大韓帝國에서 삼림법을 제정하였을 때에 조선 스스로 당시의 산림이용관행에 대한 조사를 하지 않고 일본인에 의한 부동산법조사회의 임야이용조사보고서와 법전조사국에서의 민·상관습조사보고서에 의거하여 동법을 제정한 관계로, 산림에 대한 입회관행을 인정하는 규정을 입법하지 않았다. 그리고 합병이 된 후 1911년에 제정된 삼림령 제8조에서 관습적 공동체 산림이용을 국유림에서 부분적으로 인정하였다(강정원, 前掲論文, 81면). 그러나 그러한 공동체적 산림이용의 관행을 물권인 입회권으로는 규정하지 않았다.



한 왜곡은, 일본에 의한 조선에서의 산림이용의 관습조사와 민·상관습조사에서 부락민의 산림의 공동이용에 관한 관습이 있음은 인정하였지만, 그러한 부락민들의 관행의 산림이용을 물권인 입회권으로는 인정하지 않았다.<sup>12)</sup> 그것은 일본의 제국주의 상업자본이 조선에 쉽게 침투할 수 있게 부담이 없는 자유로운 토지소유권을 창출함에 그 목적이 있었다고 추론된다.

이와같이 산림원야의 공동체이용은 농업경제시대에는 공동체적 삶에 필수적인 조건이었다. 그러나 사회가 농업경제사회에서 상품교환경제사회로 발전해 감에 따라, 토지에 대한 이용권보다는 소유권이 중시되고, 공동체적 토지이용보다는 개인적 토지이용으로 발전되어 갔다. 그 결과로 관습에 의하여 인정되던 공동체 토지이용제도도 점차 약화되고 변화하여 그 역사적 잔재만이 민법에 특수지역권으로 남게 되었다.

그러나 개인주의 사회로 사회가 발전하여 왔고 또 발전해 나가고 있지만, 인간의 삶은 토지에서 이루어져야 하고, 인간은 사회적 존재로서 공동체를 완전히 떠나 고립적인 삶을 살 수 없는 것이다. 그리고 과거의 공동체적 토지이용은 인간의 삶을 위한 생존조건이었으나, 지금은 과학문명과 물질만능주의 사회로의 발전의 부작용으로 나타난 인간의 심신의 피로를 토지, 하천, 해안 등의 자연에서 구할 수 밖에 없는 것이다. 그리하여 인간의 물질문명에 지친 심신의 회복을 위한 토지이용제도의 창안이 필요하다. 그것에 대한 응답이 바로 과거의 공동체적 토지이용제도의 현대화에서 구할 수 있다고 생각된다. 그리하여 공동체의 토지이용제도의 좋은 전통의 계승과 현대화가 요청되고 또한 필요하다고 생각된다.

장래의 사회의 모습은 지금의 개인주의, 자유주의 사회에서 협동사회(Kooperationsgemeinschaft), 연대사회(Solidaritätsgemeinschaft), 공동이용사회(Besitzgemeinschaft)로 발전해 나가야 한다는 것이 사회정의론자들의 견

---

그리고 1912년에 와서 일제에 의한 관습조사보고서의 개정보충이 이루어졌다. 일제의 관습조사보고서에는 조선의 관습을 근대법의 개념과 체계에 맞추어 설명하는 편입주의를 취하고, 조선의 법제도와 관습에 대해 극히 부정적인 태도를 취하였다(이원택, 前摺論文, 190면). 그리하여 관습조사보고서에서는 조선에 산림의 관습적 이용이 있기는 하였지만, 그것은 개인의 자유로운 이용이었고, 일본에서와 같이 물권인 입회권에 비교될 수 있는 마을공동체에 의한 산림이용의 관습의 존재에 대해서는 부정적이었다. 이러한 조선에서의 산림의 공동이용에 대한 부정적인 관습조사는 국유림 창출의 극대화가 그 의도였으며, 그러한 부정적인 입장에서 1916년에서 1924년간에 조선임야조사사업이 실시되었다(이원택, 上摺論文, 192면). 산림법 부칙 제19조에서는 사유림을 3년내에 신고하지 않으면 국유림으로 간주함이라고 규정하여 입회권을 부인하고 국유림 창출을 도모하였다(이원택, 上摺論文, 197면).

12) 이원택, “근대적 소유권의 확립과 관습적 권리의 박탈: 융희 2년(1908)의 산림법을 중심으로”, 정치와 평론, 제6집(2010. 5.), 195면.

해이다.<sup>13)</sup> 인간의 모습도 이성적이며 합리적이고 이기적 모습에서 이성적이고 합리적이며 도덕적 인간의 모습으로 변화하여야 한다고 한다.<sup>14)</sup> 이러한 개인주의적 사회에서 공동체주의적인 협동사회로의 사회의 변화와, 합리적이지만 이기적인 인간의 모습에서 합리적이면서 도덕적인 인간의 모습으로의 인간의 변화의 요청은 토지이용에 있어서도 반영되어 나타나게 된다. 그 결과 공동체적 토지이용이 요청된다. 그러한 공동체적 토지이용제도의 창안과 실행을 위해서 좋은 전통으로 남아 있는 공동체적 토지이용제도인 특수지역권의 현대화가 필요하고 또한 요청된다고 판단된다.

## 2. 토지의 소유권중심주의에서 이용권중심주의로의 전환 필요성

근대사회이래 지금까지 자본주의 사회에서는 토지에 대한 소유권중심주의를 취하였다. 그 소유권으로서 사소유권을 절대적으로 보호하였다. 근대자연법론자인 록크(John Locke: 1632-1704)는 사소유권을 천부인권으로 이해하였다.<sup>15)</sup> 생산수단인 토지에 대한 천부인권으로서의 절대적인 사소유권의 보장과 보호는 근대 시민사회의 주역이었던 유산자들인 자본가를 위한 소유권이었다. 토지를 갖지 못한 무산자인 노동자들에게는 토지에 대한 절대적 보호는 결국 토지소유권을 통하여 무산자가 자본가에 예속되는 결과를 초래하였다. 그러나 토지에 대한 사소유권 중심주의, 즉 사소유권의 절대적 보장은 지금도 계속되고 있다. 특히 신자유주의자들이 취하는 자유지상주의(libertaristischer Liberalismus)는 사소유권의 절대적 보호를 주장한다.

이러한 사소유권중심주의는 유산자와 무산자간의 계급대립을 초래하여 사소유권을 혁명에 의하여 일시에 이를 폐지하여야 한다는 사회주의 사상을 낳았으며, 다른 한편으로는 사소유권은 인정하되 공공의 이익을 위하여 사소유권을 제한할 수 있다는 개량주의적 사소유권 사상이 태동하였다. 오늘날은 근대 시민사회에서와 같은 천부인권으로서의 절대적인 사소유권을 주장하는 견해는 없지만, 공공의 이익, 즉 공공복리를 위하여 사소유권을 제한할 수 있다는 방향으로 발전하여 토지소유권에 대해서는 공적으로 제한이 가해질 수 있다는 상대적인 사소유권으로 발전해 오고 있다. 대부분의 자유주의 국가가 토지소유권에 대해서는 이러

13) Wolfgang Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit (Stuttgart, Weimar, Metzler Verlag, 2000), S. 22ff.; 김상용 前掲 정의와 사랑, 214-215면.

14) Kersting, a. a. O., S.83.

15) 김상용, 토지정의론: 법과 성서와 역사 연구소 연구시리즈 제2권 (피앤씨미디어, 2017), 27면.

한 상대적인 사소유권 입장을 유지하고 있다.

그러나 아무리 공공복리를 위하여 토지사소유권을 제한할 수 있다고 하지만, 여전히 소유권은 이용권에 비하여 강하게 보호받고 있는 것이 사실이며, 사회발전에 따라서 토지에 발생하는 開發增價 역시 토지소유자에게 귀속하여 더 많은 개발증가를 취하기 위하여 토지의 투기적 거래가 일어나고 있다. 그리하여 근자에는 토지에 대한 사소유권을 인정은 하지만, 토지소유자의 투자와 노력에 의하지 아니하고 발생한 토지가치의 增加分은 사회의 발전에 의한 增價이므로 이를 사회로 환수하여야 한다는 사상이 강하게 제기되고 구체적으로 개발증가를 환수하는 법제도를 운영하고 있다.<sup>16)</sup> 또 한편으로 토지의 소유권 중심주의에서 이용권 중심으로 옮겨가야 한다는 토지이용권중심주의도 강하게 제기되고 있다. 그리하여 토지를 소유하지 않아도 안정적인 토지이용을 보장할 수 있는 방법으로서는 물권인 지상권이 가장 적절하지만, 토지소유자는 지상권에 의한 강한 제약을 받기를 원치 않기 때문에 채권인 임차권을 설정하는 것이 토지이용권의 일반적인 모습이다. 그리하여 약한 임차권에 의한 타인토지의 이용은 이용자인 임차인의 안정적인 토지이용이 되지 못하므로 법률에 의하여 임차권에 강한 효력을 인정하는 방법으로 토지이용자의 토지이용의 안정을 뒷받침하고 있다.<sup>17)</sup> 또 한편으로 약정에 의해서는 물권인 지상권이 이용되지 아니하므로 법률의 규정에 의하여 법정지상권을 인정하는 방법으로 토지이용권중심주의를 실현해 보고자 하기도 하였다.<sup>18)</sup> 그러나 법률의 규정에 의한 물권의 설정은 자유시장경제의 원리에 부합하지 아니한다는 이유로 법률의 규정에 의한 토지에 대한 지상권의 설정인정은 민법 제366조에 의한 저당권의 실행으로 인한 법정지상권과 판례에 의하여 인정되고 있는 관습법상의 법정지상권이외에는 모두 폐지되었다. 그리하여 전반적으로 아직도 토지에 대해서는 소유권중심주의를 유지하고 있으며 토지이용권은 토지소유권에 의해 제약을 받고 있다고 아니할 수 없다.

그리고 사소유권을 착취적인 소유권으로 이해하고 이를 혁명에 의하여 일시에

- 
- 16) 우리나라에서의 종합부동산세법에 의한 종합부동산세, 개발이익 환수에 관한 법률에 의한 개발부담금, 재건축초과이익 환수에 관한 법률에 의한 재건축부담금 등이 이러한 개발이익, 즉 개발증가의 사회환수 제도이다.
  - 17) 주택임차권, 상가건물임차권의 강한 보호가 그 대표적인 이용권중심주의를 실현하고자 하는 내용으로 평가된다.
  - 18) 과거에 택지에서의 대리건축, 산지의 대리조립에 의한 분수림에 의하여 대리건축자, 대리조립자에게 법정지상권을 인정하여 이용권중심주의로의 이행을 도모하고자 하였으나, 지금은 관련법률이 폐지되거나 관련규정이 모두 삭제되었다.

폐지하여 공동소유로 옮겨가 공동이용을 하여야 한다고 주장한 사회주의에서는 토지의 사소유권을 전면적으로 폐지하고 공동소유로 옮겨 공동이용을 해본 결과 토지생산성이 떨어져 국민이 모두 빈곤하게 되는 문제가 발생하여 공동소유제도와 공동이용제도를 개인에게 소유권을 허용하지는 아니하지만, 개인에게 長期의 토지사용권을 설정하여 줌으로써 토지의 생산성을 提高하는 조치를 취하였다. 그 대표적인 사례가 중국의 토지사용권의 설정과 유동성의 허용이다. 이러한 토지사용권의 설정은 토지의 공동소유, 공동이용에서 공동소유는 그대로 인정하고 공동이용에서 개인이용으로 전환한 사회주의토지소유제도의 발전적 변화이다.

이와같이 세계각국의 일반적인 경향은, 자유자본주의 국가에서는 사적 토지소유권중심주의에서 사적 토지이용권중심주의로 변화가 일어나고, 사회주의 국가에서는 공동소유는 유지하면서 개인적 사적 토지이용제도로의 전환이 일어나고 있다. 이러한 사적인 토지이용제도가 일반적인 토지이용제도임에 비추어 보면, 공동체에 의한 공동체적 토지이용은 토지이용방법의 일반적인 경향에 背馳되는 주장이라고 비판할 수 있다. 그러나 공동체적 토지이용은 모든 토지에 일괄해서 이를 실행하자는 주장은 아니며, 공동체의 유지와 공동체적 삶을 위하여 필요한 제한된 목적범위내의 토지에 대해서 이를 실행하자는 주장이다. 공동체가 함께 이용하고 그 이익을 함께 누려야할 필요성이 있는 토지에 대해서 공동체적 토지이용을 이루어 나가자는 것이 바로 공동체적 토지이용이다. 특히 공동체적 토지이용은 농업중심 경제사회에서 생존을 위한 산림원야의 공동이용에서 공동체 구성원들의 심신의 치유와 회복, 그리고 산림원야의 보존을 위한 목적으로 공동체적 토지이용을 함이 타당하다는 주장이다. 산림과 원야는 대표적인 자연자원이다. 생산용 토지가 아닌 보존이 필요한 산림과 원야의 토지이용은 사소유권자의 이용에 맡겨둘 것이 아니라, 공동체가 이를 이용할 수 있는 법제도를 창안하여 실행하자는 것이다. 그러한 산림원야의 자연자원에 대한 공동체적 토지이용제도를 과거의 생존을 위한 공동체적 토지이용제도를 현대화하여 이를 발전적으로 변용할 필요가 있는 것이다. 따라서 공동체적 토지이용제도의 확대 필요성은 토지의 소유권은 누구에게 귀속하고 있든 공동체 구성원들의 심신의 치유를 도모하고, 심신의 치유는 자연으로부터 얻을 수 있으므로, 보존하고 보호하여야할 자연인 산림과 하천, 해안 등을 공동체의 이용에 제공함이 바람직하다는 주장이다. 그러한 주장의 타당성과 정당성은 충분히 인정된다고 생각된다. 또한 이는 자연과 인간이 일체가 되게 하는 미래의 공동이용사회(Besitzgemeinschaft)의 요청이라 생각된다.

### 3. 특수지역권 입법과정에 대한 비판적 고찰과 반성: 자연과 인간이 일체가 되는 특수지역권으로의 전환 필요성

특수지역권에 관한 우리 민법 제302조는 “어느 지역의 주민이 집합체의 관계로 각자가 타인의 토지에서 초목, 야생물 및 토사의 채취, 방목 기타의 수익을 하는 권리가 있는 경우에는 관습에 의하는 외에 本章(지역권)의 규정을 준용한다”라고 규정하고 있다. 특수지역권은 지역권의 장에서 규정하고 있지만, 지역권(Grunddienstbarkeit)이 아니고 인역권(persönliche Dienstbarkeit)이다. 그리고 특수지역권의 내용은 1차적으로는 관습에 의하여 결정되고, 관습에 없을 때에 비로소 지역권에 관한 규정이 준용된다. 그러나 후에 자세히 살펴볼 것이지만, 특수지역권은 준총유의 용익물권이다. 그러므로 특수지역권에 관하여 관습이 없으면 지역권에 관한 규정이 준용되는 것이 아니라, 총유에 관한 규정이 준용되는 것으로 해석된다(민법 제278조).

우리 민법 제302조의 특수지역권에 대한 이해와 현대화를 위한 방안의 검토를 위해서는 민법 제302조의 규정을 입법하게 된 경과를 거슬러 살펴볼 필요가 있다. 민법 제302조의 입법 경과를 살펴보는 일은 조선시대에, 특히 임야에 대하여 누구나 자유로이 입산하여 산림을 채취할 수 있었을 뿐, 일본의 입회권과 같은 물권으로서의 산림이용의 관습이 없었을까 하는 점이다. 만약에 조선시대에 일본에서처럼 입회권과 같은 용익물권이 아니라 부락민이 자유로이 타인의 임야에 입산하여 연료 등 산림을 채취할 수 있는 관행만이 존재하였더라면, 왜 우리 민법은 부락공동체의 타인산림의 이용권을 채권으로 규정하지 아니하고 물권으로 규정하였을 것인가 하는 의문이 제기된다. 그리고 우리 민법은 우리의 전통 법제도를 민법에서 규정하면서, 부락민의 타인소유의 임야에 입산하여 산림을 채취할 수 있었던 관행에 대하여, 우리 스스로가 관습조사를 하여 그 결과에 기초하여 입법한 것도 아니고, 우리의 구민법이었던 일본민법상의 입회권에 관한 규정을 계수하지도 아니하고, 일본인들에 의하여 세워진 일본의 괴뢰국이었던 만주국의 민법전상의 특수지역권에 관한 규정을 그대로 의용하여 규정하였던 것이었다.<sup>19)</sup> 이와 같이 우리 민법 제302조의 입법과정의 정확한 이해는 우리의 특수지역권의 입법상의 흠결과 우리의 실정에 맞는 특수지역권의 현대화를 위하여 필요하다고 생각된다.

19) 安東燮, “韓國入會權에 關한 小考”, 서울大學校大學院 법학석사학위 논문(1960), 75면.

일본에서의 입회권에 관한 민법규정의 입법경과를 살펴보면, 일본의 구민법(1890 제정)에서는 입회권에 관하여 아무런 규정을 두지 아니하였다.<sup>20)</sup> 일본의 구민법이 제정되어 1893년부터 시행을 하고자 하였으나, 연기론이 제기되어 법전조사회를 설치하여 다시 민법초안을 작성하게 되었다. 새로운 민법제정을 위한 법전조사회의 그 민법초안 작성과정에서 비로소 입회권에 관한 규정을 둘 것을 제안하였다. 그러나 민법전 초안작성을 맡은 기초위원들이 입회권에 대해서 제대로 알지 못하고, 입회권을 공유의 한 형태로 이해하고 민법초안 제263조에서 공유의 성질을 가진 입회권은 각 지방의 관습에 따른다고 규정하였다.<sup>21)</sup> 이러한 제안에 대하여 입회집단의 소유지가 아닌 임야에 대한 입회권도 있으며 1개조의 조문만으로 입회권을 모두 규율할 수 없다는 반론이 제기되어, 또다시 지역권에 관한 규정에서 입회집단이 임야를 소유하지 아니하는 입회권에 관하여 별도의 규정을 두게 되었다.<sup>22)</sup> 당시의 일본민법의 기초위원들은 입회권에 대한 인식이 부족하여,<sup>23)</sup> 입회권의 이용실태 및 입회권의 구체적 내용에 대하여 잘 알지 못하여 행정부의 힘을 빌려 전국적으로 입회권 조사를 하게 하였다.<sup>24)</sup> 그 조사결과 각 지방의 관습이 약간씩 다르므로 각 지방의 관습을 존중하고, 민법제정이 급하여,<sup>25)</sup> 그 조사결과를 충분히 정리할 시간적 여유가 없었기 때문에, 입회권을 물권으로 이해하고, 입회권을 공유의 성질을 가진 것과 공유의 성질을 갖지 아니하는 2가지를 1896년 일본민법에서 규정하게 되었다.<sup>26)</sup> 이와같이 일본에서의 입회권 규정은 입회권에 대한 관습조사를 하고 그 조사결과에 대한 충분한 검토와 정리는 이루어지지 않았지만 각지방의 관습을 존중하여 일본민법 제263조와 제

20) 中尾英俊, 入會權, その本質と現代的課題(勁草書房, 2016), 7면; 中尾英俊, 入會權の判例總合解説(信山社, 2007), 3면; 김영희, 前掲論文 “독일 프랑스 일본 민법상 공유와 특수지역권적 권리”, 311면.

21) 中尾英俊, 上掲 入會權, その本質と現代的課題, 10면; 中尾英俊, 上掲 入會權の判例總合解説, 3면.

22) 中尾英俊, 上掲 入會權の判例總合解説, 4면.

23) 上掲書, 3면; 中尾英俊, 入會林野の法律問題, 新裝版(勁草書房, 2009), 46면.

24) 中尾英俊, 上掲 入會林野の法律問題, 46면.

25) 일본민법의 제정이 급하였던 이유는, 1868년 明治維新에 의하여 일본의 근대화를 위한 근대민법전의 편찬·제정을 조속히 완수하도록 하였던 것에 있었다. 이를 좀 더 상세히 살펴보면, 그 하나의 이유는 명치 정부는 서구 열강과 체결한 불평등 조약의 개정이라는 정치적 과제 때문이었다. 여러 외국 정부는 일본의 민법·형법 등의 기본적 법전의 미정비를 이유로 불평등 조약의 개정에 반대하고 있었던 것이었다. 그리고 다른 하나의 이유는, 일본이 자본주의적 생산을 합법화하는 법적 장치를 정비하여 자본주의 경제를 발전시켜 국력을 축적하려고 하였던 것이 민법 제정의 시급한 국책의 하나였다(서희석, “한국민법에 대한 일본민법의 영향과 향후의 과제: 비교법의 연구대상으로서의 일본민법을 위하여”, 민사법학 제52호(한국민사법학회, 2010. 12), 103면).

26) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 46면.

294조에서 규정하게 되었다. 일본민법 제263조는 입회권의 기반인 입회토지, 주로 임야에 대하여 입야집단이 소유권을 가진 경우의 共有入會權에 관하여, 제294조에서는 입회토지에 대하여 소유권을 갖지 아니하는 경우의 地役入會權을 규정하였다. 그러나 일본민법에서의 입회권의 규정은 일본 스스로의 입회관행을 조사한 결과를 기초로 하여 입법이 이루어졌다. 그러나 어느 입회권이든 관습을 1차적인 法源으로 하고 일본민법 관계규정을 2차적, 보충적인 법원으로 하였다. 그리하여 공유입회권과 지역입회권의 1차적 법원은 모두가 관습이지만, 입회토지의 소유권을 입회집단이 갖고 있느냐 없느냐에 따라서 공유입회권과 지역입회권의 개념이 서로 달라지는 결과가 발생하게 되었다. 공유입회권은 입회집단이 입회토지를 관리하고 이용하는 용익물권인데 반하여, 지역입회권은 입회토지를 이용만 할 수 있는 용익물권이다.<sup>27)</sup> 왜냐하면 지역입회권에 있어서는 입회토지의 소유권이 입회집단 이외의 제3자이기 때문에 입회토지에 대한 관리권은 입회토지소유자가 갖고 있기 때문이다.

이와같은 일본민법에서 입회권을 관습법에 의한 물권으로 2가지로 나누어 규정하고, 우리나라에서는 1912년 제령 제12호에 의하여 일본민법이 한국에 의용되어 입회권도 공유입회권과 지역입회권의 2가지 입회권이 그대로 인정되었다. 그러나 실제로는 日帝가 한국에서는 일본에서와 같은 물권으로서의 입회권을 인정하지 않았다. 일제는 일찍부터 조선에서의 부동산관습조사 및 민·상관습조사에서 조선에서는 누구나 자유로이 타인의 임야에 입산하여 생활에 필요한 땀감의 취득, 채초 등을 할 수 있는 관행의 존재는 인정하면서도 이를 물권인 입회권으로 인정하지 아니하였다.<sup>28)29)</sup> 그리하여 1908년의 森林法에서는 부락민들의 임야의 공동이용의 관행도 입회권도 전혀 규정하지 않았으며, 1911년의 森林令에서도 입회권을 인정하지 아니하였다. 이는 국유림을 창출하여 삼림을 수탈하고자 하는 일제의 식민정책으로 이루어진 것이었다. 그리하여 삼림법 부칙 제19조에서

27) 上掲書, 59면.

28) 강정원, “일제의 조선 산림 관습조사와 그 성격”, 한국민족문화 제68권 (부산대학교 한국민족문화연구소, 2018. 8), 76, 92면.

29) 조선시대에는 농지에 대해서는 私占(즉, 오늘날의 사소유권에 비교될 수 있을 농경지의 사적 독점적 점유이용)이 일찍부터 인정되었으나, 山林川澤은 無主公山으로 私占이 금지되고 주민들에게 공동적으로 주어짐(與民共之) 토지로서 백성들의 공동이용권인 입회권이 인정되었다고 이해되고 있다(이원택, 前掲論文 “근대적 소유권의 확립과 관습적 권리의 박탈: 용희 2년(1908)의 산림법을 중심으로”, 193면; 강영심, “일제의 한국산림수탈과 한국인의 저항”, 이화여자대학교 박사학위논문(이화여자대학교대학원, 1997), 1, 31면).

사유림을 3년내에 신고하지 않으면 국유림으로 간주한다고 규정하여 입회권을 부인하였다. 이와같이 일제 강점기에는 당시의 의용민법에서 입회권을 규정하고 있었고, 부락민들이 타인소유의 임야에 입산하여 땔감등을 채취할 수 있다는 관행이 존재하였음을 관습조사에서 인정하고 있었음에도 불구하고, 그러한 부락민의 입산관행은 권리로서 보호받지 못하고 사실상으로만 용인되는 현상을 빚었다. 이는 전적으로 일제의 식민지 정책의 결과로서 이루어진 조선의 임야의 공동체 토지이용관습의 왜곡이었으며, 국유림 창출을 통해 그 국유림을 일본기업으로 하여금 소유하게 하고자 한 식민지 수탈, 특히 산림수탈을 목적으로 이루어진 것이라 평가하지 아니할 수 없다.<sup>30)</sup>

또 한편으로 1937년에 일본인들에 의한 만주국민법을 제정함에는 공유지역권을 없애고 지역입회권만을 지역권의 장에서 입법하였다.<sup>31)</sup> 지역입회권도 일본민법 제294조의 지역입회권과는 그 내용을 달리 규정하였다. 만주국민법 제293조는 “어느 지방의 주민이 그 총합체를 형성한 관계에 기하여 타인의 토지 위에 초목, 야생물 또는 토사의 채취, 방목 기타의 수익을 하는 권리를 가질 경우에는 관습에 따른 외에 본장의 규정을 준용한다”라고 규정하여, 현재의 우리 민법 제302조의 규정과 일치한다. 그런데 왜 일본은 만주국민법전을 제정하면서 공유지역권은 총유로 규정하고<sup>32)</sup> 지역지역권만을 규정하였으며, 지역입회권에 관한 규정내

30) 일제는 임야조사사업을 실시하여 임야소유권등기를 함에 있어서 중중임야는 1930년에 조선부동산등기령을 개정하여 중중명의로 등기할 수 있도록 하였으나, 마을공동체가 공동으로 이용하고 있던 임야에 대해서는 마을을 관리능력 없는 사단으로의 자격을 인정치 아니하여 마을공동체 명의로의 등기를 하지 못하고 마을대표자 명의로 등기하거나 그렇지 않으면 국유임야로 귀속시켰던 것으로 추론된다. 또한 일제는 근대적 토지소유권의 확립을 명목으로 하여 자유로운 토지소유권에 강한 단체적 제약이 되는 물권인 입회권을 인정하지 않으려고 하였던 것으로 추론된다. 그리고 일제시에 일본민법이 한국에 적용되어 공유입회권과 지역입회권 2가지의 입회권이 법상 규정되어 있었음에도 불구하고, 마을공동체의 입회권을 물권으로 인정하지 않고, 타인임야에의 입산이용의 관행을 사실상의 임야이용으로 묵인 내지 용인하는 방식으로 임야이용을 관리·운영한 관계로 입회권에 대한 권리관계의 분쟁을 소송으로 다루지도 못하게 만들었던 것으로 추론된다. 그 결과로 마을공동체의 주민들도 입회관행을 권리로 인식하지 못하게 되고, 입회관행에 대한 조선고등법원의 판례도 전혀 없고, 그 후의 대법원에서도 입회관행을 다른 판례가 전혀 없게 된 것으로 짐작된다.

31) 일본에서는 1910년(明治 43년)에서 1920년(大正 9년) 사이에 독일민법해석학의 전성기를 이루었으며(水本 浩, 平井一雄, 日本民法學史·名論(信山社, 1997), iv면), 만주국민법전의 편찬은 일본의 대표적인 독일법론자였던 我妻 栄이主導하였다. 그 결과로 게르만법상의 단체법론의 영향을 받아 일본민법에는 규정이 없는 공동소유의 유형으로 총유를 규정하였다. 그리고 공유입회권이 총유에 속하였기 때문에 공유입회권을 포섭하여 총유를 규정하고, 지역입회권만 지역권에서 규정을 하였던 것으로 추론된다.

32) 만주국민법은 공동소유의 유형으로 공유(만주국민법 제240조 내지 제251조)와 총유(만주국민법 제252조 내지 제254조)를 규정하고 있다. 그리고 조합재산에 대하여는 지분을 인정하면서 분할을 청구할 수 없도록 규정하여(만주국민법 제696조) 공유와는 다른 합유를 인정하고 있는 것으로 해석된다. 그리고 만주국민법 제252조는 총유가 성립되는 경우를 어느 지방의 주민단체 또는 친족단체가 총합체로서 1개



용도 일본민법 제294조에서는“공유의 성질을 갖지 아니하는 입회권에 관하여는 각 지방의 관습에 따르는 외에 본장의 규정을 준용한다”라고만 규정하여, 입회권의 구체적인 내용을 전적으로 관습에 맡기도 있다. 그러나 만주국민법 제293조는 지역입회권을 규정하면서도, 지역집회권의 내용을 타인의 토지 위에 초목, 야생물 또는 토사의 채취, 방목 기타의 수익을 하는 권리라고 제한적으로 규정하고 있다. 일본에서는 공유입회권을 법정하여 입회권의 내용을 입회집단이 임회임야에 대하여 造林 등의 적극적인 행위를 하는 내용도 관습에 의해 인정되고 있는데 반하여, 만주국민법에는 이를 총유로 규정하고, 지역입회권은 오로지 타인소유의 토지에 수익행위를 하는 내용으로만 규정되어 있다. 이와같이 일본이 만주국민법에서 지역입회권의 내용을 제한적으로 규정하였던 것은 공동소유인 부락공동체의 공유임야는 총유이나 부락공동체명의로 등기할 수 없었으며,<sup>33)</sup> 이를 주민대표자의 개인소유로 하거나 국유로 전환하려는 의도가 있었다고 추론된다.

그 후 현행의 우리 민법을 제정할 때에 부락주민들의 공동체적 산림이용에 관하여는 만주국민법 제293조를 모범으로 하여 입법을 하였다.<sup>34)</sup> 만주국민법에는 조문의 표제가 없으나 우리 민법에는 만주국민법에서의 지역입회권을 특수지역권이라는 표제로, 그 내용은 만주국민법의 규정을 거의 그대로 규정하였다. 만주국민법에서는 총유를 규정하면서 총유의 권리주체를 어느 지방의 주민단체가 관습상 총합체라고 규정하고(만주국민법 제251조 제1항), 총유에 관한 권리와 의무는 1차적으로 관습에 따르고 관습이 없을 때에 비로소 만주국민법 제253조와 제254조를 적용한다고 규정하여(만주국민법 제251조 제2항), 일본민법의 공유지역권의 내용을 그대로 담아 입법하였다고 해석된다. 그리하여 결국 만주국민법에서는 일본민법에서와 같이 공유입회권과 지역입회권을 모두 규정하고 있었다고 해석된다.

---

의 물건을 소유할 때라고 규정하여, 일본민법상의 공유지역권을 총유로 규정하였다고 해석된다. 그러나 일본민법에서는 오로지 공유만을 규정하고 있다.(일본민법 제249조 내지262조).

33) 일본에서는 부락과 같은 권리능력없는 사단인 입회집단명의로의 부동산등기가 인정되지 아니한다(山野目章夫, 不動産登記法(株式會社商事法務, 2011), 92면). 그러므로 입회집단구성원 전원의 명의로 공유등기를 하거나, 대표자 명의로 등기하거나, 입회집단구성원 數人 명의로 공유등기를 하게 된다. 그러나 일본에서 권리능력없는 사단의 소송당사자능력은 인정하고 있다(일본민사소송법 제29조). 우리 나라에서는 일제에 의한 토지조사사업에 권리능력없는 사단인 종중에 등기능력을 인정하지 아니하여 종중대표자명의로 등기함으로써 변칙적인 등기인 명의신탁이 시작되었으나, 1930년에 조선부동산등기령을 개정하여 그 제2조의 4에서 권리능력 없는 사단 및 재단명의로의 등기를 인정하였다. 만주국에서는 그 민법에서 총유를 인정하였기 때문에 권리능력없는 사단명의로의 등기(만주국에서는 이를 등록이라 하였다)가 허용되었을 것으로 추론된다. 우리의 현행 부동산등기법에서는 권리능력없는 사단에 등기능력을 인정하고 있다(한국부동산등기법 제26조).

34) 민법안심의회(상) (1957), 182면.

그러나 우리 민법은 제275조 제1항에서 총유를 법인이 아닌 사단의 사원이 집합체로서 물건을 소유할 때에는 총유로 한다라고만 규정하여 만주국민법의 총유 규정<sup>35)</sup>에서와 같이 어느 지방주민단체를 구체적으로 규정하지 아니하여, 우리민법의 총유 규정이 일본민법에서의 공유지역권을 규정하고 있고 해석될 수가 없다.<sup>36)</sup> 그 이유는, 우리 민법 제275조의 총유규정은 마을공동체의 소유를 예정하고 입법한 결과는 아니며, 부락공동체의 임야를 부락명의로 등기하지 아니하고 부락대표자의 명의로 등기하였을 경우에는 변칙적인 소위 명의신탁의 성립을 인정하게 되는 문제가 발생하고, 지역권은 관습이 1차적인 법원인데 총유는 만주국민법 제251조 제2항<sup>37)</sup>에서와 같이 관습을 1차적인 법원으로 규정하고 있지 아니하기 때문이다. 그리하여 우리 민법은 입회권을 특수지역권으로 그 명칭을 바꾸어 한 가지만 규정하고 있다고 해석되며, 그 특수지역권의 내용이 소극적으로 입회임야로부터의 수익권으로만 규정되어 있으며, 총유규정에서도 부락과 같은 지역공동체를 총유의 주체로 규정하지 아니하고 관습을 총유에 관한 1차적인 법원으로 규정하고 있지 아니하여, 우리 민법에서의 총유가 일본민법에서의 공유입회권을 규정하고 있는 것으로 해석할 수는 없다. 그러므로 공유지역권에서와 같이 부락주민들이 합심하여 입회임야의 조림, 육림 등 산림의 보존과 보호, 육성 등을 위하여 적극적으로 기능하는 입회권이 아니라, 오로지 산림 등으로부터 공동체가 집단적으로 수익만을 얻을 수 있는 권리로 규정하여 특수지역권이 산림을 황폐케 하는 권리로 비판받게 입법이 되었다고 해석된다. 오히려 입회권을 통하여 부락공동체가 적극적으로 입회임야를 보존하고 관리하고 육림할 수 있는 권리로의 활용을 하지 못하는 권리로 입법이 되어 특수지역권에 관한 규정을 삭제하

35) 만주국민법 제251조 제1항: 어느 지방의 주민, 친족단체, 기타 관습상 총합체를 맺은 수인이 그 관계에 기인하여 1개의 물건을 소유하는 때에는 이를 총유로 한다.

36) 그러나 일부의 견해는 우리 민법에서의 총유가 바로 공유지역권을 입법하고 있다고 해석하여 우리 민법에서도 역시 공유입회권과 지역입회권의 2가지의 입회권을 인정하고 있다고 주장하는 견해가 있다(이덕승, “특수지역권의 재고”, 財產法研究 제27권 제2호(한국재산법학회, 2010. 10), 503면; 조재연, “특수지역권에 관한 고찰”, 숭실대학교대학원 법학석사학위논문 (1990. 2), 16면). 그러나 그렇게 해석할 것은 아니라고 해석된다. 총유를 마을공동체의 소유를 예정하고 입법한 결과는 아니며, 부락공동체의 임야를 부락명의로 등기하지 아니하고 부락대표자의 명의로 등기하였을 경우에는 변칙적인 소위 명의신탁의 성립을 인정하게 되는 문제가 발생하고, 지역권은 관습이 1차적인 법원인데 우리 민법의 총유에는 만주국민법 제251조 제2항에서와 같이 관습을 1차적인 법원으로 규정하고 있지 아니하다. 그리고 무엇보다도, 특수지역권은 부락민이 부락을 떠나 진출하게 되면 당연히 상실하게 되지만, 총유는 권리능력 사단의 구성원이 타지역으로 진출하였다 하더라도 구성원의 자격을 상실하지 아니한다.

37) 만주국민법 제251조 제2항: 총유자의 권리 및 의무에 관하여는 관습에 따르는 이외에 이하 2조의 규정을 적용한다.

자는 주장이 나오게 된 원인을 민법규정 그 자체가 제공하고 있다고 생각된다.

생각건대 우리 민법에서 총유를 규정하고 있지만, 총유에 관한 입법의사는 입회권은 오로지 지역입회권만의 존재를 인정하고, 공유입회권은 입회권이 아니라 총유 그 자체로 입법하고자 하였던 것으로 추론된다.<sup>38)</sup> 그러나 만주국민법을 모범으로 하여 특수지역권을 입법할 때에 총유에 관한 규정도 함께 공유지역권이 총유제도를 통해서 실현될 수 있도록 총유규정을 세심하게 규정하였어야 할 일이었다고 평가할 수 있다.

이와같이 일제는 우리의 부락주민들의 공동체적 산림이용의 관행의 존재를 인정하면서도 산림수탈과 임야국유화 정책을 실천해 나감에 제약을 줄 수 있는 공동체의 산림이용의 관습을 물권인 입회권으로는 의도적으로 인정하지 아니하였다고 평가되며, 우리 민법의 제정자들도 촌락공동체의 입회권에 대한 관습조사를 전혀 하지 아니하고서 만주국의 지역입회권에 관한 규정만을 그대로 의용하고, 총유제도가 공유입회권의 기능을 담당할 수 있도록 배려를 전혀 하지 아니하여, 특수지역권이 규정은 되어 있으나, 촌락공동체의 공동의 산림원야의 관리와 이용 및 수익에 관한 우리 고유의 법전통을 현행민법에서 제대로 규정하지 못하였다고 평가된다. 그러므로 특수지역권에 관한 연구도 거의 없을 뿐만아니라 특수지역권을 정면으로 다룬 판례도 없으며, 따라서 특수지역권에 관한 민법규정은 거의 死文化되고 말았다. 이제는 이를 자연과 인간이 일체가 될 수 있도록 기능하는 특수지역권으로 현대화할 방안을 찾아야 할 것으로 생각된다.

#### 4. 사회변화에 대응할 수 있는 공동체 토지이용방법으로서의 특수지역권의 수정과 보완 필요성

법은 살아있는 법(lebendiges Recht; law in action)이어야 한다. 특히 민법은 시민들의 일상의 생활속에서 살아있어야 한다. 시민들이 자유롭게, 평화롭게 그리고 함께 더불어 사회생활을 할 수 있도록 하는 민법이어야 한다. 사회는 계속 변화하고 발전한다. 농업중심의 공동체적 사회에서 개인중심의 화폐에 의한 상품교환사회로 발전하고, 그것도 급속도 발전해 나가고 있다. 이러한 사회의 변화에 대응할 수 있는 민법, 살아있는 민법이어야 한다. 민법, 특히 성문민법이 이

38) 조재연, “특수지역권에 관한 고찰”, 숭실대학교대학원 법학석사학위논문 (1990. 2), 16면.

러한 사회변화에 탄력적으로 대응하기 위해서는 민법전의 내용을 지속적으로 변화하는 사회에 맞게 수정하고 보완하여야 한다. 그렇지 않으면 민법이 死法(law in book)으로 된다.

우리 민법에서의 특수지역권은 농업중심사회에 인간의 노동력으로 삶을 꾸려나갔을 시대에 부락민들의 공동체적인 삶을 위한 토지이용제도였으며 좋은 전통의 토지이용제도였다. 특수지역권의 내용은 관습에 의하여 규율되며 민법의 개정이 없어도 시민들의 법의식 속에 살아있는 민법의 한 내용이다. 그리하여 특수지역권을 살아있는 법이라고 평가되기도 한다.<sup>39)</sup>

사회가 공동체주의 사회에서 개인주의 사회로 변하고 더욱더 공동체가 해체되어 가고 있는 사회변화의 과정에 있지만 공동체가 완전히 해체되지는 않는다. 왜냐하면 인간은 혼자서는 살아갈 수 없으며 더불어 함께 협력하며 살아가야 하기 때문이다. 특수지역권이 오늘의 개인주의적 사회에서 그 기능이 많이 상실되기는 하였지만 아직도 마을주민들이 타인소유의 임야에 입산하여 필요한 생활재료를 얻는 관습은 잔존하고 있으며, 아무리 개인주의적인 사회로 발전한다 하더라도 그러한 관습이 완전히 사라지지는 않을 것이다. 특수지역권이 농경사회의 공동체적 삶을 위한 부락단위의 공동체적 토지이용제도에서 이제는 개인주의 사회에서 기능할 수 있는 공동체적 삶을 위한 토지이용제도로 전환해 나가야 할 것으로 생각된다. 특수지역권의 내용이 개인이 타인소유의 토지로부터 관습에 의해 수익을 얻는 권리중심으로 규정되어 있으나, 이제는 인간과 자연이 조화할 수 있는 방향과 내용으로 수정되어야 한다. 그러므로 특수지역권의 적용범위를 확대하여 전국의 토지에 대한 전국민의 공동체적 토지이용제도로 전환하고, 단순히 생활에 필요한 물자의 조달을 위한 방법으로서의 특수지역권에서 심신의 치유와 회복을 위한 특수지역권으로 그 목적을 변경하며, 임야와 황폐화를 초래하는 부작용을 극복하고 공동체가 함께 수목을 조림하고 육성하고, 시민 모두가 임야, 하천, 해안의 아름다운 景觀과 맑은 공기, 밝은 햇빛을 향유할 수 있고 자연과 인간이 조화될 수 있는 방향으로 특수지역권을 발전시켜 나가야 할 필요가 있다고 생각된다.

일본의 입회권은 산림의 조림과 육림을 위한 공동체적 임야의 관리와 이용의 좋은 전통으로 기능하고 있으며, 핀란드를 비롯한 스칸디나비아 제국에서의 만민권은 심신의 치유와 회복을 도모하고 인간이 자연을 존경하는 공동체적 토지이용제도로 운영되고 있다. 이러한 공동체적 토지이용제도는 관습에 의하여 규율되고

39) 上揭論文, 22면.

있으며, 실정법률은 자연과 인간이 조화를 이루면서 살아갈 수 있도록 이러한 공동체적 토지이용의 관습이 더욱 생명력이 있는 살아있는 법으로 기능할 수 있게 뒷받침하고 있다. 우리의 특수지역권도 일본의 입회권, 핀란드의 만인권과 같은 공동체적 토지이용제도로 현대화하여야 할 필요성이 증대되고 있다고 생각된다.

### Ⅲ. 공동체적 토지이용제도로서의 한국의 특수지역권

#### 1. 개설

##### (1) 특수지역권의 개념

민법 제302조는 특수지역권을 어느 지역의 주민이 집합체로서 각자가 타인의 토지, 주로 산림이나 개발되지 아니한 초원인 原野에서 초목, 야생물 및 토사의 채취, 방목, 기타 공동으로 수익하는 관습상의 권리로 규정하고 있다. 따라서 특수지역권은 관습상의 권리인 용익물권이다. 특수지역권은 관습에 의하여 인정되는 용익물권으로 등기능력이 인정되지 아니하기 때문에(한국부동산등기법 제3조) 등기할 수 없다.<sup>40)</sup> 공동체 구성원과 토지소유자와 계약에 의하여 당해 토지에 대하여 공동체 구성원들이 공동으로 수익하는 권리는 계약자유의 원칙에 의하여 그 발생이 가능하지만, 그때의 공동수익권은 채권일 뿐이고 용익물권은 아니다.

이러한 특수지역권을 토지수익권의 준총유, 총유적 토지수익권 또는 입회권이라고도 한다. 우리 민법이 특수지역권으로 命名하고 있으나, 특수지역권은 지역권이 아니라 인역권이며, 그 인역권을 지역주민의 집합체인 부락, 마을 등의 공동체가 이를 가지며, 공동체 구성원인 부락주민 각자가 수익을 하는 준총유이다.<sup>41)</sup>

40) 특수지역권을 명인방법에 의하여 공시할 것을 주장하는 견해가 있으나(이덕승, 前揭論文, 514면), 그 실효성에 의문이 제기된다.

41) 우리 민법 제302조의 특수지역권은 그 발생은 관습에 의하지만, 그 내용 구성은 전적으로 총유로 법리에 따라서 규정하고 있다. 공동체가 관리능력 없는 사단으로서 특수지역권의 권리주체이며, 공동체 구성원인 주민이 각자가 그 특수지역권의 객체인 토지를 이용할 수 있는 것으로 규정되어 있다. 이러한 특수지역권의 규정은 전적으로 총유(민법 제275조 제1항, 제276조 제2항)의 법원리를 따르고 있다. 이와같은 특수지역권의 법리구성은 일본에서의 입회권의 법리구성과는 다르다. 일본의 입회권에 관하여는 實在的總合人인 마을, 부락 자체와 마을·부락을 이루는 단위인 각 세대가 권리주체이고, 마을주민 각자가 사용, 수익하는 것이 아니라, 입회집단인 마을·부락을 구성하는 世帯 또는 世帯主만이 갖는 권리로 그

그러므로 우리 민법이 특수지역권은 관습에 의해서 규율되나 관습이 없을 때에는 지역권에 관한 규정이 준용된다고 규정하고 있지만, 관습에 의하여 1차적으로 규율되고, 관습이 없을 때에는 2차적으로 총유에 관한 규정이 준용되고, 총유규정으로도 특수지역권에 관한 규율이 충분치 못할 때에, 비로소 지역권에 관한 규정이 유추적용된다고 하여야 함이 논리적으로는 타당하다.<sup>42)</sup> 왜냐하면 특수지역권이 인역권으로서 승역지로부터 편익을 제공받는 것은 요역지인 토지가 아니라 공동체를 구성하는 일정지역의 주민이지만, 승역지로부터 편익을 제공받는 점에서는 동일하므로 특수지역권에 지역권에 관한 규정이 준용되는 것이 아니라 유추적용하여야 한다고 함이 타당하다고 立論할 수 있기 때문이다. 그러나 특수지역권은 관습에 의해 규율되고, 관습이 없을 때에 총유, 그 다음에 지역권에 관한 규정을 준용할 것이 아니라, 관습이 없으면 곧바로 공동체주의에 입각하여 공동체주의의 이념에 부합하는 條理를 구성하여 보충함이 바람직하다고 생각된다.

## (2) 특수지역권의 권리주체

특수지역권의 권리주체는 마을 내지 부락공동체인가, 世帶인가, 아니면 부락주민 개개인인가? 일본에서는 세대를 입회권의 권리주체로 본다.<sup>43)</sup> 그러므로 입회

---

법리구성을 하고 있다(中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 62면). 따라서 일본의 입회권에 있어서는 권리주체가 입회토지에 대하여 사용수익권을 갖는 것으로 법리구성이 이루어져 있으나, 우리의 특수지역권은 권리주체인 마을과 사용·수익권을 갖는 자, 즉 권리주체인 관리능력 없는 마을의 주민이 분리되는 법리구성을 하고 있다. 그리고 입회권에서는 입회지의 관리·처분권도 역시 권리주체에게 속하는 것으로 법리구성을 하고 있다. 다만 관리행위는 입회집단구성원의 과반수로 결정할 수도 있지만, 입회지의 처분은 입회집단구성원 전원의 합의로만 가능한 것으로 법리구성을 하고 있다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代의課題, 31면). 그리하여 일본의 입회권에 있어서는 입회집단인 마을과 그 구성원 전원이 동시에 권리주체로서 관리·처분권은 물론 사용·수익권도 모두 권리주체가 갖는 것으로 법리구성을 하고 있다. 그리하여 우리의 총유 규정에서와 같이 권리주체와 사용수익의 주체를 분리하는 법리구성을 하는 것이 아니라, 권리주체와 사용수익의 주체를 동일인으로 파악하다.

생각건대 우리의 총유 및 특수지역권은 모두 개인주의적 견지에서 그 각각의 내용이 구성되어 있다고 평가된다. 그러나 일본민법에서는 공동소유의 형태로 총유에 대하여 규정하고 있지 아니하지만, 일본민법학이 총유를 인정하고 입회권을 바로 총유로 법리구성을 하고 있고, 그 권리주체인 입회집단을 실제적 총합인으로 파악하고 있다. 우리 민법은 관리능력없는 사단의 권리주체성을 인정하지만 실제적총합인으로서 인정하지 않고 있다고 이해된다. 그러므로 일본의 입회권은 개인의 권리가 아니기 때문에 양도, 상속이 인정되지 아니한다(中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 62면). 그러나 우리 민법상의 총유에 있어서 개인은 관리능력사단의 구성원이기 때문에, 관리능력없는 사단의 구성원으로서의 지위가 재산권으로서의 성질을 가질 때에는 그 지위의 양도, 상속이 인정되므로, 결국 구성원의 총유재산에 대한 양도, 상속이 인정되는 결과에 이른다. 이 점에서 분명히 입회권과 우리의 특수지역권은 그 법리구성에 있어서 다르다.

42) 김상용, 물권법, 제4판 (화산미디어, 2018), 494면.

43) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 64면

권은 주민 개개인이 자유로이 가질 수 있는 권리가 아니라고 한다.<sup>44)</sup> 입회집단인 부락은 실재적 총합인으로서 입회권을 갖는다.<sup>45)</sup> 그러므로 입회권의 주체는 부락이라는 공동체와 동시에 구성원인 개개의 세대이고, 따라서 부락공동체도 구성원인 세대도 입회권을 갖는 것은 입회권이 갖는 특수한 성격으로 법리구성을 한다. 이처럼 단체가 권리를 가짐과 동시에 그 단체의 구성원도 동일한 권리를 갖는 總合的 實在的 團體를 實在的 總合人이라 한다.<sup>46)</sup> 입회권의 주체인 입회집단이 실재적총합인이며, 일본에서는 실재적총합인으로는 오로지 부락을 이루고 있는 세대로 구성된 부락공동체만이 인정되고 있다.<sup>47)48)</sup>

우리의 특수지역권에 관하여는 민법 제302조에서는 마을공동체의 구성원인 주민이 주민이라는 자격에 기초하여 주민 각자가 갖는 권리로 규정하고 있다. 따라서 우리 민법 제302조는 마을 내지 부락 공동체가 특수지역권을 갖는 것으로 규정하고 있지 않다. 그러면서 해석론에서는 특수지역권을 총유적 토지수익권으로 파악하고 권리능력없는 사단인 마을공동체가 특수지역권을 갖는 것으로 법리구성을 하고 있다. 그러므로 민법 제302조의 규정과 해석론의 차이가 있다. 민법 제302조는 특수지역권의 권리주체를 주민으로 규정하고 있음에 반하여, 해석론은 권리능력없는 사단인 마을 내지 부락공동체가 특수지역권의 권리주체이고, 총유물의 사용·수익에 관한 민법 제276조 제2항의 규정을 좇아 부락공동체의 구성원인 주민은 부락이 갖고 있는 특수지역권을 행사할 뿐인 것으로 법리구성을 하고 있다. 그리고 우리나라에서는 世帯가 특수지역권의 주체라는 해석론은 전혀 전개되고 있지 않다.

생각건대 특수지역권의 권리주체를 주민 각자로 규정한 민법 제302조의 입법에도 문제가 있으며, 총유규정을 준용하여 마을공동체가 특수지역권의 주체로 법

44) 上掲書, 64면.

45) 上掲書, 87면.

46) 上掲書, 90면.

47) 上掲書, 95면.

48) 실재적 총합인 내지 실재적 총합단체란 관념적인 단일단체와 구별된다. 전자의 실재적 총합단체는 구성원 전체를 총합한 실재하는 단체이며, 단체와 구성원간에는 거래 기타 계약을 할 수 없다. 그러나 후자의 관념적 단일단체는 관념적으로만 존재하며 단체와 구성원간에 거래가 이루어진다. 실재적 총합인은 재산을 소유하며, 그 실재적 총합인의 재산은 그 단체의 재산인 동시에 단체 구성원 모두의 재산이다(中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 94면). 그러므로 실재적 총합인 내지 실재적 총합단체는 단체의 구성원 전원이 하나의 집합체로 되어 있는 단체로서, 단체와 구성원 전원이 동일인이다. 그러나 관념적 단일단체는 단체가 권리주체이지만 구성원은 권리주체가 되지 못한다. 따라서 우리나라에서는 특수지역권을 (준)총유로 파악하고 있지만, 그 총유는 실재적 총합인인 마을과 마을주민 전원이 갖는 총유로서 민법 제275조에서 규정하고 있는 관념적 단일단체가 갖는 총유와는 다른 유형의 총유로 파악함이 타당하다.

이론을 구성하는 해석론도 잘못이라고 판단된다. 특수지역권의 주체는 마을공동체도 갖고 마을주민 전원도 동일하게 가지며, 따라서 특수지역권을 총유로 이해한다고 하여도 그 총유는 민법 제275조에서 규정하는 총유와는 다른 총유의 유형임을 인정하고 해석론을 새롭게 전개하여야 한다고 판단된다.

### (3) 특수지역권의 법적성질

특수지역권은 일정한 지역의 주민이 집합체로서 타인의 토지에서 초목, 야생물, 토사의 채취, 방목, 기타의 수익을 얻을 수 있는 토지수익권으로서 제한물권인 용익물권이다. 또한 특수지역권은 지역권이 아니라 인역권이다. 특수지역권은 인역권이기 때문에 일정지역의 주민의 법적지위와 결합되어 있으므로 특수지역권을 주민의 지위와 분리하여 이를 양도하거나 상속이 인정되지 않는다<sup>49)</sup> 그리고 특수지역권의 취득은 언제나 원시취득이며 승계취득은 허용되지 아니한다. 또한 특수지역권인 일신전속권, 그 중에서도 귀속상의 일신전속권으로 이해된다. 그러나 특수지역권을 준총유로 이해하면, 총유에서의 권리능력없는 사단의 구성원인 사원지위가 재산권적 성질이 강할 때에 그 양도와 상속 인정에 비추어 볼 때 특수지역권의 양도, 상속도 인정된다고 하여야 할 수 있게 된다. 왜냐하면 특수지역권은 타인토지에 대한 사용수익을 내용을 하는 재산권이고, 재산권의 양도 상속은 인정됨이 원칙이기 때문이다. 따라서 특수지역권에 대하여 관습이 없을 때에 총유규정을 준용하는 것에는 문제가 있다고 생각된다. 특수지역권은 부락주민의 공동체가 준총유하지만 민법상의 공동소유 중의 총유와는 다른 유형의 총유로 이해하여 함이 마땅하다고 생각된다.

그리고 특수지역권은 관습에 의해서 성립하며, 계약에 의해서 특수지역권의 내용을 합의한다 하더라도 그 계약에 의한 사용수익권을 등기할 수 없으며, 그러한 계약에 의한 부락주민공동체의 타인토지의 사용수익권은 물권인 특수지역권이 아니라 채권적 특수지역권으로 파악함이 타당하다고 생각된다.

특수지역권은 부락동공체 구성원 전원의 동의가 있을 때에는 이를 포기할 수 있다고 해석된다. 부락민 중 한 사람이라도 반대하면 특수지역권의 포기는 허용되지 아니한다고 해석된다.

49) 독일민법상의 인역권은 양도할 수 없다(§ 1092 Abs 1 S 1 BGB). 그러나 인역권의 행사는 그 移轉이 허용될 수 있을 때에 한하여 다른 사람에게 이용의 행사를 移轉(Überlassung)할 수 있다(§ 1092 Abs 1 S 2 BGB). 예컨대 인역권인 사냥권(Jägerrecht)은 양도할 수는 없지만 그 행사는 제3자에게 이전할 수 있다고 해석된다.



#### (4) 특수지역권의 내용

특수지역권은 타인토지에 대하여 부락공동체가 갖는 토지수익권이다. 민법 제 302조에서는 토지수익권을 공동체 구성원 각자가 갖는 개인적인 권리로 규정하고 있으나, 부락공동체와 부락민 전원이 갖는 권리라고 해석함이 바람직하다.<sup>50)</sup> 그리고 목적토지의 소유자에 대하여 주민들이 대가를 지급하거나 부담을 지는 경우에 그 채무는 주민들이 총유적으로 부담하여야 한다고 한다. 그러나 토지소유자에 대한 대가나 부담을 준총유로 이해하면, 권리능력없는 사단인 부락만이 그 책임을 지고, 주민들은 부담하지 않는 것으로 된다. 특수지역권은 민법에서의 총유와는 다른 유형의 총유로 이해하여 주민도 부락공동체도 함께 부담하여야 한다고 해석함이 바람직하다고 생각된다.

그리고 특수지역권에 기한 물권적 방해배제청구권의 행사가 인정된다. 이 때 누가 물권적 청구권을 행사할 수 있느냐이다. 이에 관하여는 주민공동체인 부락, 마을이 행사할 수 있음은 물론, 마을 주민 각자도 독자적으로 행사할 수 있다고 하는 것이 일반적이다. 그러나 마을은 실재적총합인으로서 물권적 청구권을 행사할 수 있음은 당연하지만, 마을 주민 개개인은 독자적으로 물권적 청구권을 행사할 수 없고 주민전원이 공동으로만 행사할 수 있다고 함이 바람직하다. 그러나 물권적 방해배제청구권을 보존행위로 파악하여 입회집단구성원 각자가 행사할 수 있다고 해석하기도 한다.<sup>51)</sup>

판례는 총유물의 보존행위는 공유물 또는 합유물의 보존행위와는 달리 비법인 사단 구성원 각자가 단독으로 할 수 없고, 사회총회의 결의를 거쳐 비법인 사단이 그의 명의로 하거나 비법인사단 구성원 전원이 하여야 한다고 판결하였다.<sup>52)</sup> 특수지역권에 기한 물권적청구권은 보존행위에 속하므로 총유물의 보존행위에서

50) 독일의 실재적단체인격설에 의하면, 공동체를 이루는 다수의 씨족민 전원(Vielheit)이 권리주체이며, 동시에 그 전원으로 구성된 씨족공동체가 단일자(Einheit)로서 권리주체가 되는, 즉 다수자가 동시에 단일자임을 인정하였다. 다수자 전원이 곧 단일의 단체인 그러한 단체를 실재적총합인이라 하였다. 일본에서는 부락의 전세대로 입회권의 주체이며, 그 전세대로 구성된 하나의 부락공동체도 입회권의 권리주체로 인정하여, 부락공동체가 실재적 총합인이다. 그러므로 다수가 동시에 단일자인 실재적총합인으로 입회권의 권리주체인 부락을 인정하였다(川島武宜 編集, 注釋民法(7): 物權(2) (有斐閣, 1980), 513면). 구성원인 다수자와 그 다수 구성원으로 구성된 단체를 단일자로 구별하여 구성원과 분리된 단체를 관념적 단일단체라고 한다(中尾英俊, 前掲 入會林野의法律問題, 94면). 그리하여 일본에서는 입회집단을 법인 아닌 사단이라고 하는 것은 정당하지 못하다고 한다(中尾英俊, 入會權의判例總合解説 (信山社, 2007), 25면).

51) 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 340면

52) 대판(전원합의제) 2005. 9. 15. 2004다44971

와 같이 실재적총합인인 공동체 또는 공동체구성원 전원이 행사하여야 하며, 訴로써 행사할 때에는 필수적 공동소송으로 하여야 한다. 그러나 구성원 각자가 단독으로 물권적 청구권을 행사할 수 있다고하는 견해도 있다.

그리고 특수지역권은 재산권이기 때문에 부락민의 지분이 인정될 수 있느냐가 문제로 된다. 일반적으로 총유에는 총유지분이 인정되지 아니한다고 한다. 그러나 총유에도 여러 유형이 있기 때문에, 총유의 주체인 권리능력사단의 구성원의 법적지위의 내용이 재산적 성질이 강할 때에는 총유지분을 인정하여야 할 것으로 생각된다. 따라서 재산권인 특수지역권에 부락주민의 지분이 인정된다고 봄이 타당할 것으로 생각된다. 그러나 그 지분은 부락주민으로서의 지위와 결합되어 있기 때문에 특수지역권 지분의 분할이나 지분의 양도, 지분의 상속은 허용되지 않는다고 해석된다. 그리고 지분은 다른 관습이나 부락의 규약이 없는 한 평등하다고 해석함이 타당하다.

## 2. 특수지역권의 발생과 상실

특수지역권은 마을 공동체의 구성원의 지위를 가지게 됨으로써 원시적으로 취득하며, 승계취득은 인정되지 아니한다. 그리고 마을공동체 구성원으로서의 지위를 상실하면 그의 특수지역권은 소멸하고 잔존하는 마을주민만의 특수지역권으로 존속한다. 또한 마을주민 전원의 의사로 포기하면 특수지역권은 소멸한다. 그리고 목적토지가 멸실하면 특수지역권은 소멸한다.

## 3. 특수지역권에 대한 평가

우리의 특수지역권에 관하여는 그 입법과정, 입법내용, 그리고 입법 후의 해석론 전반에 걸쳐 不實하였다고 평가된다. 입법과정에서 우리의 마을공동체의 토지이용에 관한 관습에 대한 우리 스스로의 조사가 없었으며, 일본들이 삼림수탈과 국유림의 창출, 제국주의 상업의 조선진출을 위한 공동체에 의한 부담이 없는 자유 토지소유권의 창출, 식민지 정책의 수행 등의 목적을 가지고, 우리나라에서의 마을공동체에 의한 임야의 공동이용에 관한 관습조사와 그 후의 민·상관습조사에서 우리 고유의 마을공동체에 의한 공동의 토지이용관행을 왜곡하였을 것임은 분명하다. 그리고 의용민법에서 공유입회권과 지역입회권 2가지의 입회권을 규정하

고 있었음에도 불구하고 현행민법의 제정과정에서는 공유입회권에 관하여는 규정하지 아니하였으며, 만주국민법전의 마을공동체의 토지이용에 관한 규정을 모범으로 하여 특수지역권을 입법하였으나, 민주국민법에서는 총유에 관한 규정에서 일본민법의 공유입회권에 관한 내용을 포섭하여 규정하였음에 반하여, 우리 민법의 총유에 관한 규정에서는 만주국민법에서와는 달리 일본민법의 공유입회권을 포섭할 수 있는 내용을 전혀 반영하지 아니하였다. 그리하여 오로지 타인소유토지에 대한 지역입회권만을 특수지역권으로 입법을 하였다.

그리고 우리 민법제정자들은 특수지역권의 권리주체인 마을공동체를 권리능력 없는 사단과 동일시하였던 것으로 이해된다. 양자의 공동체를 동일시한 관계로 구민법상의 공유입회권은 총유에 포섭하고, 지역입회권만을 특수지역권으로 입법하면 족하다고 판단하였던 것으로 생각된다. 그러나 특수지역권의 권리주체로서의 마을공동체는 총유의 주체로서의 권리능력 없는 사단과는 성격이 다른 공동체이다. 전자의 마을공동체는 실재적총합인이며, 후자의 총유주체인 권리능력 없는 사단은 관념적 단일단체로서, 양 공동체는 그 법적성질을 달리한다. 그러므로 현행민법에서의 총유규정은 공유입회권을 포섭하지 못하는 것이다.

특수지역권이 입법은 되었어도 그것에 관한 심층적인 연구가 부족하였으며, 판례도 형성되지 못하여 특수지역권 규정은 死文化되고 말았다. 또한 특수지역권을 마을공동체 구성원 개인의 타인토지에 대한 사용수익권으로 규정하여, 특수지역권이 토지, 특히 산림의 황폐화를 초래하는 토지이용제도로 전락하게 만들었다는 비판을 받게 되었다. 일본에서의 공유지역권은 주민자녀가 혼인을 하고 독립한 세대로 살기 위하여 주택을 건축하여야할 때에 바로 이 공유지역권의 행사에 의하여 주택을 건설할 수 있었다.<sup>53)</sup> 이와같이 주택건축이 가능할 수 있기 위해서는 마을 주민공동체가 입회토지에 대한 소유권을 갖고 있었을 때에만 가능하다. 지역입회권으로는 타인의 토지를 이용할 수 있을 뿐, 타인토지의 관리는 토지소유자가 가짐으로 타인토지에 입회권자가 주택을 건축할 수는 없는 것이다. 우리 민법은 지역입회권만을 특수지역권으로 규정하여 특수지역권은 토지, 특히 임야에 조림을 하고 육림을 하여 임야를 가꾸는 적극적인 공동의 토지관리와 이용방법으로 활용되지 못하고, 임야를 황폐화하게 만드는 부정적인 결과만을 초래하는 권리로 기능하게 되었다고 판단된다.<sup>54)</sup> 시민들의 심신의 치유와 회복, 인간과 자연이 조화할 수 있는 방향으로의 공동체적 토지이용제도로

53) 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法(7): 物權(2), 527面.

54) 일본에서는 입회권이 토지, 특히 환경보전을 위하여 중요한 역할을 수행하고 있다고 평가받고 있다(中尾英俊, 入會權, その本質と現代的課題(勁草書房, 2016), ii면).

의 특수지역권의 입법목적은 전혀 고려되지 못하였다. 지금부터라도 사문화된 특수지역권을 현대화하여 살아있는 특수지역권으로 현대화할 필요가 있다고 생각된다.

## IV. 외국의 공동체적 토지이용제도로서의 일본의 입회권 및 핀란드의 만인권

### 1. 일본의 입회권

#### (1) 입회권의 개념과 역사

##### 가. 개념

입회권의 내용과 효력에 관하여 일본민법에 명문의 규정은 없다. 그러나 입회권에 관하여는 2개의 조문에서 규정하고 있다. 그 하나는 공유의 규정에서 공유입회권(일본민법 제263조55)을, 다른 하나는 지역권에서 지역입회권(일본민법 제294조56)을 규정하고 있다. 그리하여 일본에서는 지역권이 2가지로 나누어지며 공유지역권과 지역입회권의 내용이 다르다. 그러나 양 입회권은 관습에 의하여 인정되는 마을공동체의 구성원인 주민이 공동으로 토지를 이용하고 수익하는 권리로서, 일본민법은 이를 물권으로 규정하였다. 입회권의 내용은 관습에 의하여 결정되며, 입회권 관습은 각 지역마다 다르기 때문에 구체적인 입회권의 내용은 각 지역마다 다르다. 그러나 입회권은 일반적으로 일정한 촌락에 거주하는 주민이 산림 또는 하천 등에 들어가서 목재의 벌채, 採草, 어로 등의 사용, 수익을 할 수 있는 관습상의 권리이다.<sup>57)</sup> 일본민법에서는 이러한 입회권을 규정하면서 입회권의 권리내용에 관하여는 아무런 규정을 하지 않고 물권으로만 규정하고 있다. 그렇지만 양 입회권에 공통적인 내용은 마을공동체를 구성하는 주민들이 공동하

55) 일본민법 제263조(공유의 성질을 갖는 입회권): 공유의 성질을 갖는 입회권에 관하여는各地的 관습에 따르는 외에 이 節(공유)의 규정을 적용한다.

56) 일본민법 제294조(공유의 성질을 갖지 않는 입회권): 공유의 성질을 갖지 아니하는 입회권에 관하여는 각지의 관습에 따르는 외에 이 章(지역권)의 규정을 준용한다.

57) 松井宏興 外 4人, 民法講義(物權法), 第2版(信山社, 2005), 140면.

여 입회권의 대상인 토지를 사용·수익할 수 있는 권리이다.

공유입회권은 마을공동체인 입회집단이 토지를 총유적으로 소유하고 있기 때문에 공유입회권은 입회집단 구성원인 마을주민이 공동으로 입회토지를 관리하고 사용·수익할 수 있는 물권이며, 지역입회권은 입회토지가 입회집단이 아닌 제3자의 소유이기 때문에 입회토지를 사용하고 수익할 수만 있는 물권이다.<sup>58)</sup> 따라서 지역입회권의 입회토지는 제3자의 소유토지이기 때문에 입회토지의 관리권은 소유자가 가지며 입회권자인 마을주민들은 공동으로 사용·수익할 수 있을 뿐이다. 이와같이 공유입회권은 토지의 이용권과 소유권이 결합된 권리이며, 지역입회권은 단순히 토지의 이용권일 뿐이다.<sup>59)</sup> 그리고 입회권의 구체적인 내용은 관습에 의하여 결정되고 관습은 각 지역마다 다르기 때문에 입회권의 내용을 통일적으로 규정할 수가 없다.

이와같이 입회권은 관습에 의하여 인정되는 토지의 사용수익권이며, 그 사용수익권의 내용은 각 지역의 관습<sup>60)</sup>에 따라 결정되며, 입회권은 일정한 부락에 거주하는 자만이 부락의 관습에 따라서 갖는 권리이며, 입회권은 주민 개인이 갖는 권리가 아니라 입회집단인 부락과 동시에 부락을 구성하는 世帶 또는 世帶主가 갖는다.<sup>61)</sup> 이와같이 입회권은 마을공동체와 마을주민 전원이 동시에 갖는 동일한 권리가기 때문에, 입회권은 자유로의 타인에게 매각하거나 처분할 수 있는 권리가 아니며, 마을 주민 개인이 갖는 권리가 아니기 때문에 상속이 인정되지 아니며, 입회권은 물권이지만 등기할 수 없다.<sup>62)</sup>

입회권이 관습에 의하여 인정되어 온 前近代的인 권리가긴 하지만, 입회권을 통하여 일본의 촌락공동체의 결속이 강하게 유지될 수 있었으며, 공동체주의를 실천해 왔던 좋은 공동체적 토지이용의 전통이었다고 평가된다. 일본민법은 이러한 입회권을 입법하여, 비록 시대의 변화에 따라서 입회권이 약화되기는 하였지만, 공동체적 토지이용의 전통을 실정법으로 지키고 이어나가고 있다.

58) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 59면.

59) 上掲書, 59면.

60) 관습도 변하기 때문에, 입회권의 사용·수익에 관한 관습은 舊慣일 것만을 의미하는 것이 아니라, 현재 지켜지는 慣行도 포함된다. 따라서 현재 통용되고 있는 관행이 입회권에서의 관습이다(上掲書, 61면).

61) 上掲書, 62면.

62) 上掲書, 62면.

## 나. 역사

일본에서 입회권은 德川時代, 즉 江戸時代에 생성되어 傳承되어 왔다. 덕천시대의 일본은 농업중심의 자급자족 경제시대였으며, 정치적으로는 지방호족인 藩이 지배하던 시대였다. 이 시대에는 근대적인 토지소유권 개념이 형성되지 못한 시대로서 토지의 이용권과 소유권이 분리되지 못하고 결합되어 있던 시대로서 점유 이용(Gewere)이 있으면 소유권이 있는 것으로 관념되었다. 그리고 藩은 각 지역의 村이 행정단위이면서 동시에 村地의 이용권을 가진 권리주체이었다. 이와같은 촌의 촌지에 대한 이용권이 바로 입회권이었다. 그리고 농지는 촌의 각 세대가 독립적으로 이용, 경작하였으나, 그 외의 토지, 주로 산림원야는 촌의 각 세대의 공동의 이용지로서 이러한 공동이용지로부터 생활에 필요한 땀감, 풀, 집의 지붕을 이룰 새(茅)등을 조달하였다. 이러한 촌의 각 세대의 산림원야의 공동이용수익의 관습에 의하여 입회권이 생성되었다.

이와같이 덕천시대에 田畠의 경작은 대체로 농민 개인(즉, 1戶)을 단위로 하여 개별적, 독립적으로 이루어졌지만, 산림원야는 村을 단위로 하여 각 세대가 공동으로 이용하고 수익하였다. 1868년의 명치개혁에 의하여 藩의 직할토지는 모두 官有地로 되고, 관유지이외의 토지는 民有地가 되었다. 그리고 1873년의 地租改正<sup>63)</sup>에 의하여 민유지 중에서 전답, 택지 등 개인지배가 성립되어 있었던 민유지에 대한 권리는 개인소유권으로 승인되고 그 개인에게 地券이 발행되었다. 그러나 개인지배가 확립되지 않고 촌이 지배하고 있었던 산림원야에 대해서는 촌의 소유로 하고 村持, 部落持, 總代名義 또는 촌민의 共有名義로 하여 地券이 발행되었다.<sup>64)</sup> 그 후 지권제도가 폐지되고 1886년(명치 19년)에 舊부동산등기법<sup>65)</sup>이, 명치 1889년(명치 22년)에는 토지대장법이 제정되어 지권소유명의자를 토지대장에 소유권자로 그대로 기재하였다.<sup>66)67)</sup> 그리고 1889년에는 市制, 町村制가 시행되어<sup>68)</sup> 종래의 촌을 합병하여 새로운 町村이 생기게 되었다.<sup>69)</sup> 시제, 정촌제의

63) 地租改正은 1873년(명치 6년)에 메이지 정부가 시행한 조세제도의 개혁이었다.

64) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 164면.

65) 현행 일본의 부동산등기법은 1899년에 시행되었다.

66) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 165면.

67) 1960년에 토지대장과 등기부가 일원화되어 토지대장이 등기부의 표제부가 되었으나, 일본에서는 권리능력 없는 사단에 등기능력을 인정하지 아니하므로 공유입회지의 경우에 표제부는 개설되어 표제부등기는 되어있으나 권리등기가 이루어지지 아니한 미등기입회지가 적지 않다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 121면).

실시와 함께 민유지로 지권을 교부받은 토지 중에서 개인명의의 共有地券을 교부받은 토지는 개인의 共有로 인정하고, 부락공동체인 村名義로 지권을 교부받은 토지는 이를 행정당국에 의해 町村 또는 부락의 公有地로 파악하였다.<sup>70)</sup> 그리하여 구촌유지, 구부락지는 사유재산성이 부인되어, 지권명의자가 누구이냐에 따라서 입회임야의 운명이 갈라졌다.<sup>71)</sup> 그 후 일본정부는 舊村持林野를 시정촌유임야로 하는 방침을 정하여, 법률의 근거없이 행정조치로 소위 部落有林野統一政策을 추진하였다. 그 통일정책에 의하여 정부는 部落有, 大字有名義의 임야는 舊村持財産이었다가 전부 새로이 市町村의 재산이 되었다고 선언하고 이것을 市町村有로 이전하게 하였다.<sup>72)</sup> 그러나 舊村持山은 촌민공유의 임야가 대부분이었으며, 部落有林野統一政策은 법률의 근거없이 행하여졌기 때문에 부락민임야가 모두 시정촌유로 될 수 없었다. 그리하여 부락유, 대자유 그대로 남아있는 임야가 적지 않았으며, 부락유, 大字有名義의 임야를 입회권자 전원 또는 수인의 記名共有名義로 등기하거나, 법인을 조직하여 그 법인명으로 등기하기도 하고, 神社 또는 寺院名義로 등기하기도 하였다. 또한 입회임야를 일종의 영조물로 인정하여 입회임야를 公法人인 財産區로 하고 區有名義로 등기하여 財産區有로 하기도 하였다.<sup>73)</sup>

입회임야에 관한 이와같은 변천에 기하여 입회임야는 部落有林이었어도 그 토지소유명의는 각양각색이게 되었다. 그 결과 입회임야의 토지소유권이 누구에게 있는가는 실질적으로 판단하지 않으면 아니되었다.<sup>74)</sup> 그리하여 그 등기명의인이 누구이든 입회권자 전원의 소유인 입회권과 입회권자 이외 제3자의 소유인 경우의 입회권으로 나누어지게 되고, 전자의 입회권을 공유입회권, 후자의 입회권을 지역입회권이라 하며, 전자의 공유입회권은 일본민법 제263조에서 후자의 지역입회권은 일본민법 제294조에서 규정하게 되었다.

또 한편으로 1889년의 정촌제의 실시에 의해 부락명의의 입회임야를 공유재산으로 파악하여 이를 공유지제로서의 편입에 의해 입회권수탈정책을 실행하자 입회

68) 1888년(明治21年)에 市制·町村制가 공포되고, 1889년부터 각 지방의 상황에 따라서 시행하도록 하였다(中尾英俊, 前掲 入會權: の本質と現代的課題, 190면). 시제는 인구 25,000인 이상의 시가지에 적용되었다

69) 中尾英俊, 前掲 入會林野의法律問題, 165면

70) 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法(7): 物權(2), 537면.

71) 上掲書, 537면.

72) 中尾英俊, 前掲 入會林野의法律問題, 165면

73) 上掲書, 166면.

74) 上掲書, 169면.

권자들이었던 농민들의 저항이 일어났다. 그 결과로 정촌제에 소위 舊慣使用權이라는 村民들의 공유임야사용권을 인정하였다.<sup>75)</sup> 구관사용권은 입회권은 아니며, 공유지에 대한 촌민들의 사용권이였다. 그리하여 소위 入會公權論이 나타나게 되었다.<sup>76)</sup> 구관사용권은 공유지에 대한 사용권으로서 공권이며, 구관사용권은 촌락 공동체가 갖던 입회권으로서, 따라서 공유지에 대한 입회권은 구관사용권으로 포섭되었기 때문에 행정실무가와 일부 행정법학자들이 입회권은 私權이 아니라 공권이라고 주장하게 되어 입회공권론이 나타나게 된 것이다. 입회권과 구관사용권은 다르다. 입회권은 입회토지에 대한 관리·이용권임에 반하여 구관사용권은 단순한 사용권에 불과하다.<sup>77)</sup> 그 결과 일본의 지방자치법 제238조의 6에서 공유임야에 대한 舊來의 관습에 의한 사용권을 구관사용권으로 규정하고, 재산구유토지에 대한 사용권에는 지방자치법 제294조에서 동법 제238조의 6을 준용함으로써 공유지에 대한 구관사용권을 공권으로 규정하고 있다.<sup>78)</sup> 그러나 公有土地에도 私權인 입회권이 인정된다.<sup>79)</sup> 판례도 역시 공유지에 대한 사권인 입회권을 이미 오래 전부터 인정하여 오고 있다.<sup>80)</sup> 그럼에도 불구하고 입회권공권론에 입각하여 일본지방자치법에서 사권인 입회권을 공권인 구관사용권으로 입법하였다. 이와같이 공유지에 대하여는 민법상의 사권인 지역입회권이 인정되고 동시에 지방자치법상의 공권인 구관사용권이 인정되고 있다. 그 결과 1966년의 입회임야근대화법<sup>81)</sup>에서 근대화의 절차가 서로 다르게 규정되어, 公有土地에 대한 동일한 내용

75) 공유지로 편입된 부락유에 대하여 촌락주민의 전래의 공동이용권을 인정하지 않으면 부락유의 공유지에로의 편입이 진행되기 어려웠기 때문에 전래의 입회권을 구관사용권이라는 이름으로 이를 촌락주민들에게 인정하였던 것이었다.

76) 그리하여 일본민법 초안작성시에 입회공권론의 입장에서 입회권을 민법에 규정하는 것을 반대하는 주장이 있었다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 10면).

77) 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法 (7): 物權(2), 538면.

78) 일본지방자치법 제238조의 6은 舊 市制 제110조 및 町村制 제83조의 규정을 이어받은 규정이다. 시제 제110조와 정촌제 제83조에서는, “舊來의 관습에 의하여 정촌주민 중 특히 재산 또는 영조물을 사용하는 권리를 가진 자가 있는 때에는 그 舊慣에 의한다. 구관을 변경 또는 폐지하고자 하는 때에는 시정촌 의회의 의결을 거쳐야 한다”라고 규정하여 입회권을 사권이 아닌 공권으로 규정하였다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 190면; 中尾英俊, 前掲 入會林野의法律問題, 249면; 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法 (7): 物權(2), 538면). 재산구유산에 관하여는 시제와 정촌제 규정을 준용하도록 하였다(시제 제144조, 정촌제 제124조).

79) 국유지에 대하여는 일본의 국유임야법에서 지방자치법에서 같은 구관사용권을 입법하지 않았으며 입회권을 인정하지 아니한다는 규정도 두고 있지 않았다. 그리하여 국유임야에는 구관사용권이 아니라 입회권만이 인정된다. 법이론은 물론 판례도 국유임야에 대한 입회권을 인정한다.

80) 大審院 1906(明治 39년). 2. 5. 판결, in: 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 195면; 大審院 1944(昭和 19년). 6. 22. 판결, in: 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 197면).

81) 동법의 정식법명은 入會林野等に係る權利關係の近代化の助長に關する法律 이다.



의 사용권임에도 불구하고 입회권자 전원의 동의에 의한 입회임야근대화절차와 시정촌장의 직권에 의한 구관사용권의 근대화 절차로 나누어져, 근대화 절차가 서로 다르게 진행될 수 있도록 규정되어 있다.

## (2) 입회권의 2가지 유형: 共有入會權과 地役入會權

입회권에는 2가지의 유형으로 나누어 입법되어 있다. 일본민법 제263조에서는 공유입회권을, 제294조에서는 지역입회권을 규정하고 있다. 양 입회권의 구분기준은 입회권의 객체인 입회토지의 소유권이 입회권자 전원의 소유인가 제3자의 소유인가에 따라서 전자를 共有入會權, 후자는 地役入會權이라 한다.<sup>82)</sup> 전자의 공유입회권은 토지의 소유권과 이용권이 결합되어 있는 입회권이며, 후자의 지역입회권은 토지의 사용·수익권만을 내용으로 하는 입회권이다. 그러므로 공유입회권은 입회토지를 관리하고 이용할 수 있는 공동소유권인 물권인데 반하여,<sup>83)</sup> 지역

82) 일본에서는 민법제정을 위한 관습조사에서 공유의 성질을 갖는 입회관행과 地役權의 성질이 있는 입회관행이 있음을 알게 되었다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 9면). 판례는 1920년에 처음으로 양입회권을 입회지의 소유권이 입회집단 구성원 전원에게 귀속하는가 입회집단 구성원 이외의 제3자에게 귀속하는가에 따라서 구별하는 기준을 명확히 하였다(大審院 1920(大正 9년). 6. 26. 판결, in: 上掲書, 18면).

83) 일본민법에서는 공동소유를 오로지 공유 한 가지만을 규정하고 있다. 그러나 민법해석학에서는 공유의 유형을 3가지로 나누고 있다. 그리하여 일본민법상의 공유는 지분이 있고, 지분의 양도와 분할이 가능한 개인적 공유이며, 지분은 있으나 지분의 자유로운 양도와 분할이 인정되지 아니하는 합유가 있으며 이를 조합적 공유라 하고, 부락과 부락민전원이 동시에 소유권을 갖는 공유를 입회적 공유라 하며, 입회적 공유는 공동체 구성원 전원이 소유하고 지분이 인정되지 않는다는 주장도 있으나(川島武宜 編集, 前掲 注釋民法(7): 物權(2), 518면), 입회권은 부락이 갖는 입회권과 부락주민이 갖는 입회권으로 나누어지며, 전자의 부락집단이 갖는 입회권을 집단권, 후자의 부락주민이 갖는 입회권을 지분권, 成員權, 住民權이라고 하고 집단권은 지분권의 總和로서 입회임야 전체를 소유하고 관리사용하는 권리이며, 지분권은 집단권의 통제를 받으면서 입회임야를 주민 각자가 관리이용하고 일정한 한도에서 입회임야를 소유하는 권리로 이해하여 입회권의 지분을 인정하는 견해도 있다(中尾英俊, 前掲 入會林野의法律問題, 96면). 판례도 초기에는 입회권의 지분을 인정하지 않았으나 지금은 입회권의 지분을 인정한다. 그러나 공유지분과는 그 성질이 다르다고 한다(最高裁 2006(平成 18년)3. 17. 판결, in: 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 36면). 입회권의 지분을 인정한다고 하더라도 입회적 공유에 있어서는 주민으로서의 자격과 입회권이 결합되어 있기 때문에 입회적 공동소유지분을 자유로이 양도, 매각할 수 없으며, 단체의 구성원의 자격을 상실하면 공동소유지분을 상실하고 양도, 상속이 인정되지 아니하며, 분할청구도 할 수 없다(中尾英俊, 前掲 入會林野의法律問題, 100면). 이와같이 입회적 공유는 부락집단구성원인 주민의 공동소유임과 동시에 그 부락집단의 소유이며, 부락구성원인 주민의 권리인 공동소유의 재산이 부락집단의 통제를 받는다(上掲書, 100면). 그리하여 임야의 공유입회권자는 토지(즉, 당해 임야)에 대한 관리와 이용을 할 수 있으나, 단순히 임야공유권자인 때에는 당해 임야를 소유만 하고 이용을 하지 못한다. 예들 들어 설명하면, 공유입회권자이면서 토지의 공유자로 등기되어 있는 자가 그의 지분을 입회권자 아닌 제3자에게 매각을 하면 그 제3자는 단순한 공유자로서 토지소유권 지분은 취득하지만 입회권을 갖지 못하고 토지를 소유만 하고 이용하지 못한다(上掲書, 215면). 이러한 입회적 공유가 충유이며, 일본민법학

입회권은 입회토지를 관리할 수는 없고 단지 이용하고 수익할 수 있을 뿐인 용의 물권이다. 지역입회권은 타물권이다. 그러나 공유입회권은 타물권이 아니다.<sup>84)</sup>

그리고 공유입회권인가 지역입회권인가의 구별은 형식적으로 등기부상 부락주민 전원의 명의로 등기되어 있는가 아닌가에 의해서 결정되는 것이 아니라 실질적으로 부락집단 구성원인 주민 전원의 소유인가 아닌가에 의해서 결정된다. 즉, 부락주민 한 사람의 명의로 등기되어 있든, 수인명의로 등기되어 있든, 대표자 명의로 등기되어 있든, 주민이 아닌 제3자 명의로 등기되어 있든, 혹은 신사나 사원 명의로 등기되어 있더라도 실질적으로 부락주민 전원의 소유이면 공유입회권이며, 입회권자 아닌 제3자가 실질적으로 소유자이고 그의 명의로 등기되어 있으면 지역입회권이다. 그리고 부락주민 전원과 부락주민이 아닌 제3자가 공유자로 등기되어 있는 경우에 그 토지는 부락주민 전원으로 구성된 입회집단과 제3자의 공유이며, 입회집단의 지분에 대해서는 공유입회권이 성립한다.

이와같이 일본에서는 형식적으로 등기부상의 명의자를 기준으로 하여 공유입회권과 지역입회권으로 구분하지 아니하고, 등기명의로 상관없이 당해 임야가 실질적으로 부락주민 전원의 소유이면 공유입회권이 성립하며, 그렇지 아니하면 지역입회권이 성립하는 것으로 법리구성을 하고 있다. 왜냐하면 일본의 부동산등기는 부동산물권변동의 대항요건이며, 권리추정적 효력만이 인정되고 공신력은 인정되지 아니하기 때문이다. 그러므로 소유자로 등기되어 있다고 하더라도 그 등기가 실재의 진실한 소유자가 아닐 때에는 그 등기는 무효가 된다.<sup>85)</sup> 그리하여 일본에서의 공유입회권의 운용에 있어서는 입회토지에 대한 등기부상의 소유명의로 상관없이 부락주민 전원이 실질적으로 진정한 소유자임이 입증되면 공유입회권을 인정한다.<sup>86)</sup>

---

에서의 입회적 공유인 총유는 우리 민법상의 총유와는 다른 유형의 총유이다.

84) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 150면.

85) 그러므로 등기는 입증책임에 있어서 등기명의자가 소유자로 추정되므로 진정한 소유자에게 그가 소유자임을 증명하여야할 입증책임이 轉嫁될 뿐이다. 그리고 일본민법학과 판례는 등기소유명의자로부터 당해 부동산을 취득하여 자기 명의로 소유권이전등기를 한 제3자에 대하여 등기부상의 소유명의자가 아닌 진정한 소유자가 그 제3자를 상대로 하여 그 제3자 명의의 소유권이전등기의 무효를 주장할 때에는 그 제3자는 통정허위표시에서의 선의의 제3자 보호규정(일본민법 제94조 제2항)을 원용하여 보호받을 수 있게 하여 사실상 등기의 공신력을 인정하고 있다. 그러나 공유입회권의 입회토지의 소유명의를 진실과 달리 입회권자 1인이나 수인 또는 입회권자 아닌 제3명의로 등기한 경우에는 일본민법 제94조 제2항을 적용하지 아니하고(中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 228면; 名古屋高裁, 1971(昭和 46년). 11. 30 판결, in: 上掲書, 228면) 진실한 소유자인 부락민 전원의 소유로 인정한다.

86) 이는, 우리의 등기운용과는 다른 점이라 생각된다. 우리의 경우에는 명의신탁을 인정하여 그 등기의 유효성을 인정할 것으로 생각된다.

### (3) 입회권의 법적성질

입회권은 관습에 의한 물권이다.<sup>87)</sup> 입회권이 물권이지만, 공유입회권은 소유권의 일종인 총유이고, 지역입회권은 제한물권이다. 그리고 입회권은 재산권이다. 입회권이 전근대적인 물권으로서 입회권을 없애고 정리하자는 일부의 주장이 있지만, 사권인 재산권을 없애는 것은 헌법상의 사유재산권 보호의 원칙(일본국헌법 제29조)에 반하는 주장으로서 허용될 수 없다.<sup>88)</sup>

그리고 입회권은 일정한 부락에 거주하는 자만이 부락의 관습에 따라서 갖는 권리이다. 이와같이 입회권은 부락에 거주하는 입회집단의 구성원으로서 주민만이 가질 수 있는 권리가기 때문에 다른 권리와는 그 성질이 다르다. 그리하여 외지인이 부락에 전입하여 부락주민 된다고 하여 당연히 입회권을 갖는 것은 아니며, 부락에 살고 있어도 입회권을 갖지 못하는 주민이 있을 수 있다. 그리하여 부락에 산다는 것과 입회권을 갖는다는 것은 동일하지 않다.<sup>89)</sup> 반대로 입회권을 가진 자가 부락으로부터 전출하여 부락의 주민이 아니되면 그 입회권을 잃게 된다.<sup>90)</sup> 그리고 부락민 중에 어떤 자가 입회권을 갖는가는 그 부락의 관습에 의하여 결정된다.<sup>91)</sup>

입회권은 世帶가 갖는 권리이다. 입회권은 부락에 살고 있는 자가 갖는 권리이지만 부락주민 개인이 각자 자유로이 갖는 권리는 아니다.<sup>92)</sup> 다른 권리는 개인을 중심으로 하는 권리이다. 그러나 입회권은 개개인이 각자 자유로이 가질 수 있는 권리가 아니라, 家 내지 世帶가 갖는 권리이다.<sup>93)</sup> 그러므로 입회권은 개인주의적인 권리가 아니다.

입회권은 상속되지 아니하며,<sup>94)</sup> 입회권의 취득은 언제나 원시취득이고 승계취

87) 일본민법시행법 제35조는, 관습법상의 물권으로 인정된 권리로서 민법 시행 전에 발생한 것은 민법 시행 후에도 민법 기타 법률에 정함이 없는 것에는 그 예전의 물권의 효력을 갖는다고 규정하여, 입회권의 관습내용을 그대로 인정하고 있다. 그러나 동법 제36조에서는 민법이 정하고 있는 물권은 민법시행 전에 발생한 것이라도 민법시행 후부터는 민법에서 정한 효력을 갖는다고 규정하고 있다.

88) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 53면; 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法(7): 物權(2), 520面.

89) 中尾英俊, 上掲 入會林野の法律問題, 63면.

90) 그러나 오늘날은 입회임야의 이용방법이 변하고, 기타 사정으로 부락으로부터 전출하여도 언제나 입회권을 잃는다고 할 수 없는 경우가 있다. 그것도 구체적으로는 그 부락의 관습에 의하여 결정된다(上掲書, 64면). 通作距離 內로 전출하는 경우에는 입회권 잃지 않는 것으로 보고자 하는 견해가 있다(上掲書, 133면).

91) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 63면.

92) 上掲書, 64면.

93) 판례는 입회권을 세대가 갖는 권리라고 하고, 가족은 호주 또는 세대주의 대행자 또는 보조자로서 사용·수익한다고 판시하였다(盛岡地裁 1932(소화 5년) 7월 9일 판결, in: 上掲書 65면).

득이 아니다.<sup>95)</sup> 또한 입회권은 타인에게 매매할 수 없으며,<sup>96)</sup> 입회집단의 구성원 인 주민간에도 매매, 質入할 수 없다.<sup>97)98)</sup>

#### (4) 입회권의 권리주체; 입회집단, 世帶, 실재적총합인

입회권의 주체는 부락이라는 집단과 동시에 부락구성원인 개개의 세대다. 그러므로 부락이라는 단체도 구성원인 세대도 권리를 갖는다고 하는 것은 입회권이 갖는 특수한 성격이다.<sup>99)</sup> 입회임야를 部落有林이라든가 區有林이라 부르는 것은 그 임야에 대한 권리, 즉 입회권을 부락이나 區라는 일정한 地域集團이 갖는다는 것이다.<sup>100)</sup> 그리고 입회권은 부락의 家, 즉 세대를 대표하는 세대주가 갖는 권리라는 것은 모순인 것처럼 보이지만, 부락을 구성하고 있는 각 세대가 입회권을 갖고 있기 때문이다.<sup>101)</sup> 부락을 구성하고 있는 것은 개개의 家, 즉 世帶이고, 세대(세대주)가 입회권을 갖고 있는 것이며, 이것을 부락민이라고 하는 것은 역시 부락민인 세대주가 세대를 대표하고 있기 때문에 부락민은 입회권을 갖고 있는 세대를 지칭한다.<sup>102)</sup> 그러므로 입회권의 주체는 세대(세대주)이지만, 세대를 부락민 또는 부락주민이라고도 부르는 것이다.<sup>103)104)</sup>

그리고 부락이라는 단체는 일반단체와는 차이가 있으며 부락은 실재적 총합인 인데 반하여 일반단체는 관념적 단일단체이다. 그리하여 입회집단인 부락집단, 즉 주민집단은 총합적 실재적 단체이다.<sup>105)</sup> 총합적 실재적 단체라 함은 어떤 단

94) 盛岡地裁 1956(昭和 31년). 5. 14. 판결, in: 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 66면.

95) 仙臺高裁 1957(昭和 32년). 7. 19. 결정, in: 中尾英俊, 上掲 入會林野の法律問題, 67면.

96) 上掲書, 68면.

97) 上掲書, 67면.

98) 입회집단에 의한 입회임야의 고전적 공동이용에 있어서는 입회권의 지분이 없었다. 그러나 사회경제의 변화에 따라서 입회임야의 개인분할이용이나 단체직할이용지가 되는 경우에는 그 지분이 각 입회권자의 권리로서 그 지분을 매각하는 것이 불가능하다고는 할 수 없다(中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 70면).

99) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 87면.

100) 上掲書, 87면.

101) 上掲書, 87면.

102) 上掲書, 88면.

103) 上掲書, 88면.

104) 입회권의 권리주체인 부락주민이라고 하는 것은 부락에 거주하는 거주자를 말하는 것이 아니라, 입회집단의 구성원로서 승인되어 있는 사람을 가르킨다. 예컨대 부락에 주재하면서 거주하는 경찰관, 역무원 등과 같이 부락에 거주하지만 입회집단의 구성원이 아닌 사람은 입회권의 권리주체에 포함되지 아니한다.

105) 大審院 1928(昭和 3년). 12. 14 판결, in: 上掲書, 90면.

체가 권리를 가짐과 동시에 그 단체의 구성원도 동일한 권리를 갖는 단체를 말하며, 그러한 단체가 바로 실재적 총합인이다.<sup>106)</sup> 부락이 바로 실재적총합인이다. 일본에서는 우리나라에서와는 달리 법인 아니 사단명의로 권리등기, 예금을 할 수 없고 그 단체의 대표자 이름으로 한다.<sup>107)</sup> 이러한 법인아닌 사단은 관념적 단일단체이며, 이는 단체이기 때문에 재산을 소유하며 단체명의로 권리등기도 하고 예금도 할 수 있는 실재적총합인과 구별된다. 부락이 바로 이러한 실재적 총합인이다. 따라서 입회권은 부락만이 갖고 부락민은 입회권을 행사할 뿐이라고 하는 것이 아니라, 부락도 부락주민도 동시에 동일한 입회권을 갖고 있다.<sup>108)</sup> 그리하여 입회권은 집단권없이 지분권이 없고, 지분권없이 집단권이 없는 관계에 있다.<sup>109)</sup> 그러나 세대가 갖는 입회권(지분권)은 부락이 갖는 입회권(집단권)의 권리 통제하에 있다.<sup>110)</sup>

그리고 입회권자인 부락이 바로 입회집단이다. 입회집단을 덕천시대에는 村(ムラ)라고 하였다. 그 시대에는 촌이 생활공동체이면서 또한 동시에 행정조직이었다. 그러나 명치시대에 들어와 중앙정부의 권력집중정책에 의해서 촌이 町村의 일부로 편입되어 大字 또는 字 등의 명칭으로 불리게 되었다.<sup>111)</sup> 그리하여 덕천시대의 촌의 행정적 기능은 대부분 町村에 흡수되었다. 그러나 생활공동체로서의 주민집단인 촌은 의연히 존속하여 여전히 입회권의 주체인 입회집단으로 남아 있다. 그 결과로 입회권의 주체였던 촌을 법학자들과 판례는 部落이라고 부르고 있다.<sup>112)</sup> 따라서 오늘날에도 부락이 입회집단이고 입회권의 권리주체이다. 이는 관

106) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 90면.

107) 上掲書, 93면.

108) 입회권확인소송은 고유필수적공동소송으로 하여야 한다. 그러나 일본 민사소송법 제29조에서 권리능력없는 사단에 당사자능력을 인정하고 있기 때문에, 입회집단에도 소송당사자능력이 인정된다고 해석된다(中尾英俊, 入會權の判例總合解説(信山社, 2007), 259면). 그러므로 입회집단이 입회권확인소송을 제기하는 방법은 입회집단구성원 전원이 소송당사자가 되는 방법과 입회집단의 대표자가 소송당사자로 되는 2가지의 방법이 있다. 후자의 대표자가 당사자로 소송을 제기하기 위해서는 입회권자 전원의 동의 서면을 제출하여야 한다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 313면). 그러나 입회지분권을 주장하는 소를 제기함에는 그 지분권을 주장하는 자가 단독으로 입회권자 전원 또는 입회집단 대표자를 상대로 입회권자의 입회지분권 확인소송을 제기할 수 있다(上掲書, 338면). 제3자의 입회권 침해에 대한 방해배제 또는 예방청구의 訴는 입회지의 보존행위이기 때문에 각 입회권자가 단독으로 소를 제기할 수 있다고 한다(上掲書, 340면). 그렇지만 입회지의 처분 또는 포기에 의한 보상금의 청구에 있어서 판례는 입회권자 전원이 訴를 제기하여야 한다고 하지만(仙臺高裁秋田支部 2000(平成 12)년. 5. 22. 판결, in: 上掲書, 344면), 이에 대해 단독으로 소를 제기할 수 있다는 비판적인 견해가 있다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 349면).

109) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 97면.

110) 上掲書, 95면.

111) 町村制의 실시에 의해 그 종래의 村은 町村에 편입되고, 종래의 村을 大字로 부르게 되었다(中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 7면).

습으로 확립되어 유지되고 있다.<sup>113)</sup> 또한 입회집단에 속하기 위하여는 부락주민이어야 한다. 입회집단의 범위에 속하는지에 관하여는 관습에 의하여 정해진다.<sup>114)</sup> 그리고 입회권을 상실하는 경우도 관습에 의하여 결정된다. 구체적으로는 입회권자가 부락으로부터 轉出하면 원칙적으로 입회권을 상실한다. 입회집단은 부락에 거주하는 주민에 의해 구성된 집단이고 구성원인 입회권자는 그 부락에 거주하고 있을 것이 원칙이지만, 교통이 편리하여 집에 따라서 구성원이 거주하는 부락의 범위가 지리적으로 행정상의 부락보다도 넓어지게 되었다. 그리고 부락주민이라도 부락의 비용을 분담하는 관습이 있으나 그 비용을 부담하지 않으면 입회권을 상실하게 된다. 그러나 타부락에 이사를 하여도 종전 부락에 造林, 비용부담 등의 의무를 이행하고 있는 경우는 종전부락의 입회권을 상실하지 않는다.<sup>115)</sup> 그리하여 입회권자가 전출하여 通作範圍내에 살고 있고 의무를 다한다면 비록 부락을 떠나도 입회권자로 할 수 있다.<sup>116)117)</sup> 물론 그것도 관습에 의하여 결정된다.

## (5) 입회권의 객체와 입회지의 이용방법

### 가. 입회권의 객체인 입회지

입회권의 객체에 관하여 일본민법에서는 구체적으로 이를 규정하고 있지 않다.

112) 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法(7): 物權(2), 512면.

113) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 134면.

114) 입회권의 취득은 관습, 규약에 따라나 입회권자가 될 수 있는 중요한 경우를 살펴보면, 부락에 거주하면서 1戶를 구성하고 있다면 당연히 입회권이 인정되며, 타지역으로부터 전입하여 부락에 거주하고 1戶를 구성해서 일정한 부담금, 가입금을 납입하거나, 부락에 거주하고 1戶를 구성하여 일정한 연한동안 부락의 공동작업에 종사하여 부락주민으로서의 의무를 이행하면 입회권이 인정된다. 그리고 부락에 거주하고 1戶를 구성하여 입회임야에 대한 권리를 양수한 자에게는 입회권이 인정된다. 分家 또는 외지로 出他하였다가 다시 부락으로 돌아온 者 등 입회권자와 血緣의 특별연고관계를 가진 자에게는 입회권이 인정된다. 그러나 이러한 입회권자이외의 자에게는 一切 새로운 입회권은 인정되지 아니한다(中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 116면). 이와같이 입회권자이냐의 기준은 부락주민으로서의 입회지에 대한 의무를 충실히 이행하였느냐가 중요하다. 산림예의 出役, 부락비용의 부담 등이 입회권 인정에 중요한 기준이 된다(上掲書, 120면).

115) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 120면

116) 上掲書, 133면.

117) 부락으로부터의 전출자가 입회권이 있다고 주장할 수 있는 경우로는, 입회임야의 개인분할이용에 의하여 개인이 식재한 입회권자이거나 부락의 공동조립으로 지분을 갖고 있는 입회권자가 전출한 경우, 입회권자의 공유명의로登記되어 있는 입회임야의 공유명인의 1인인 입회권자가 전출한 경우, 個人畵山の 권리를 갖고 등기상 공유명인의 1인인 입회권자가 전출한 경우 등을 들 수 있다(上掲書, 134면). 그리고 입회권자로 있는 동안에 造林에의 참여, 비용부담 등 立木에 대하여 이해관계를 가진 입회권자가 전출한 경우에 그 입회권자는 입회권을 상실하게 되지만, 造林木의 매각대금에 대하여는 자본상당액의 배당청구권의 권리가 인정된다고 함이 타당하다(上掲書, 140면).

일본민법 제정 당시에 입회지로서 가장 중요한 역할을 담당한 것은 山林原野이었다. 그리고 일본민법에서는 입회권의 내용에 관해서도 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 모두 관습에 의하여 결정되도록 하고 있다.

입회권의 객체인 임야가 농지로 전환되어도 그 농지가 촌락집단의 지배하에 있는 한 입회지인 것에는 변함이 없다.<sup>118)</sup> 그러므로 촌락집단의 지배하에 있던 입회지는 그 용도가 바뀌어도 부락이 계속 지배하고 있는 한 입회권은 계속 존속한다. 임야이외의 토지에 대해서 입회권이 존재함은 많은 판례가 이를 인정하고 있다. 판례는 입회임야가 전답으로 전환된 경우는 물론 택지로 전환된 경우에도 입회권의 계속 존속을 인정하였다.<sup>119)</sup> 이와같이 입회지로서는 산림원야가 대표적이지만, 농지, 습지, 해안, 묘지, 공원 등에도 입회권이 성립하며, 따라서 입회집단이 공동이용하고 있는 토지이면 입회지가 될 수 있으며 입회지로 될 수 있는 토지에 특별한 제한은 없다.<sup>120)</sup>

그리고 입회임야는 부락민 전원이 공동으로 관리하고 이용하는 산림원야이며, 그 토지가 누구의 소유인가는 문제가 되지 아니한다. 입회임야는 부락민들의 공유인 것도, 특정 개인의 소유지인 경우도, 市町村 소유의 공유지인 경우도, 국가가 소유하는 국유지인 경우도 있다. 따라서 입회임야인가 아닌가는 누구의 소유지인가와는 직접 관련이 없다.<sup>121)</sup> 그리고 수개의 부락에 걸치는 공동이용지를 數村入會 또는 村村入會라 하고, 1개 부락만의 공동이용지를 1村入會 또는 村中入會라 한다.<sup>122)</sup>

또한 甲촌과 乙촌의 수촌입회의 경우에 갑촌은 풀과 나무를 채취할 수 있으나, 을촌은 풀을 채취할 수 없는 경우와 같이 입회지를 사용·수익할 수 있는 입회행위<sup>123)</sup>에 차등이 있는 경우를 차등입회, 차등이 없이 평등한 권리를 갖는 경우를

118) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 73면.

119) 最高裁判所 1994(平成 6년), 5. 31. 판결; 福岡高裁 1983(昭和 58년), 3. 23. 판결. in: 上掲書, 73-74면.

120) 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 93-94면.

121) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 2면.

122) 역사적으로 2촌이상의 촌이 공동으로 이용하고 있던 산림원야를 입회산이라 하고, 1개촌이 공동으로 이용하는 산림원야는 入會山이라 하지 않고 共有林라고 하였다(中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 4면). 수 개 촌의 공동입회임야는 차츰 분할되어 1개촌의 이용지가 되었다. 이러한 역사적 연유로 인하여, 1개 촌의 공동이용임야는 입회임야가 아니라는 주장이 있지만, 1개의 부락의 것과 수 개 부락의 것과 상관없이 부락주민들이 공동으로 이용하고 있는 임야는 모두 입회지인 입회임야이다(上掲書, 4면). 그리고 1개부락의 입회지의 공동이용은 1촌공유 또는 촌중공유라고 불러 입회보다는 공유라는 이름으로 불리우는 것이 적지 않다(上掲書, 4면).

123) 이를 入會稼라 한다.

평등입회라 한다. 차등입회에는 다시 부락이 소유하고 있는 임야에 입회하여 이용하는 경우를 自村入會, 다른 부락이 소유하고 있는 임야에 입산하여 이용하는 경우를 他村入會라 한다. 이와같이 입회법이 다양하게 구별되지만 어느 경우에도 입회임야인 것에는 변함이 없다.<sup>124)</sup>

#### 나. 입회지의 이용방법

입회권자들의 입회지의 이용목적, 이용방법 및 이용모습도 관습에 의하여 결정된다. 입회지의 이용목적에는 특별한 제한이 없었다. 입회임야를 어떠한 목적에 이용하는 가는 입회권을 가진 부락민 전원이 결정하고, 어떠한 천연산물의 채취에 한정하는 것만은 아니고, 育林, 농작물의 경작, 과수의 재배, 목초지의 조성, 택지로의 이용 등 입회지의 이용목적은 극히 넓게 인정되고 있다.<sup>125)</sup> 그리고 부락민의 노력이나 자금을 투하하여 이용할 수도 있다.

그러나 입회지의 이용목적, 이용방법과 이용모습도 사회경제의 변화에 따라서 변하여 왔다. 그러나 입회권은 입회집단이 공동으로 입회지를 이용하는 권리이기 때문에 공동이용의 형태를 분류해 보면, 4가지의 유형이 있다. 즉, 고전적 공동이용, 단체공동직할이용, 개인분할이용, 계약이용의 방법이 있다. 고전적 공동이용은 자유로이 임야에 입산하여 풀, 땔감을 채취하고 방목 등을 하는 이용방법로서 가장 오래된 입회임야의 이용형태이다. 이러한 고전적 공동이용 형태를 개별적 공동이용이라고 한다.<sup>126)</sup> 이러한 고전적 공동이용에 있어서는 입회지에서 주민이 취한 것은 각자 자유로이 가지며, 自家用에 사용하고 때로는 매각이 인정되는 경우도 있다. 그리고 고전적 공동이용에는 풀을 成育한다든가, 나무를 植栽한다든가 하는 등의 적극적인 노력을 요하지 아니하고 초목의 자연적 성장에 둘 뿐이다. 이러한 고전적 공동이용에도 제한이 있을 수 있다. 관습이나 규약에 의해 입산시기, 채취할 수 있는 産物의 종류, 채취량, 입산할 수 있는 인원, 채취도구, 채취한 産物의 양 등의 제한이 있을 수 있다.<sup>127)</sup>

단체공동직할이용은 단체가 조립, 식림 등을 하고 공동으로 伐採 등을 하여 나누어 갖거나, 매각하여 그 수익금을 분배하거나, 공동의 사업을 위한 비용으로 사용하는 형태의 입회임야<sup>128)</sup>의 이용방법이다. 고전적공동이용에는 이용의 자유가

124) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 5면.

125) 上掲書, 16면

126) 上掲書, 24면.

127) 上掲書, 24면.



인정되나 단체공동직할이용에는 개별적 이용이 금지된다.<sup>129)</sup>

그리고 개별분할이용은 입회임야의 토지를 입회주민 各人에게 구역을 할당하여 사용케 하기도 하고, 특별히 할당하지 않아도 개인별로 식림을 하게 하는 방법의 입회지 이용방법이다. 이를 畝山이라 하며, 역사적으로 풀을 베는 장소, 乾木을 채취할 장소를 개인별로 나누는 것이 그 始原이었다.<sup>130)</sup> 부락에 따라서는 풀을 베는 장소를 나누고 몇 년에 한 번씩 장소를 바꾸는 방법으로도 행하여졌다. 이러한 개인분할이용의 경우에는 할당된 토지에만 들어가도록 되어 있었으며, 개인식림에 의하여 성육한 나무는 점차 그 개인의 몫이 되어 갔다.<sup>131)</sup> 그리고 때로는 개인이 부락에 사용료를 지급하기도 하고, 별채수익을 부락에 지급하기도 하였다. 그러나 개별입회임야의 사용이 유상인가 무상인가는 입회권에 영향을 주지 않았다.<sup>132)</sup> 이렇게 분할이용을 하여도 그 분할지를 매각하는 것은 허용되지 않는다.<sup>133)</sup>

계약이용은 입회지를 계약에 의하여 입회권자 또는 입회권자 아닌 제3자에게 사용케 하는 이용방법으로서 사용료를 부락이 지급받는다. 이 때 대가인 사용료는 입회권의 사용대가이며,<sup>134)</sup> 입회집단의 총유로 귀속된다.<sup>135)</sup> 이러한 계약이용에 있어서는 입회권은 부락민이 갖고, 이용권만을 제3가 갖는다. 때로는 입회지의 전부가 아닌 일부를 제3자에게 사용케 하는 경우가 있다. 입회지의 이용에 부락민이 이용하고도 여유가 있을 때에 이러한 계약에 의한 일부이용이 이루어진다.<sup>136)</sup> 分收造林契約이 대표적인 계약이용이다.

---

128) 단체공동직할이용의 임야를 畝山이라 한다(上掲書, 26면).

129) 上掲書, 27면.

130) 上掲書, 28면.

131) 上掲書, 29면.

132) 上掲書, 30면.

133) 上掲書, 30면.

134) 上掲書, 32면.

135) 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法(7): 物權(2), 527면.

136) 입회권자가 식목을 하고 전출하여 입회권자가 아니게 된 경우에는 그 전출자는 그가 식목한 나무의 이용을 위해 부락민과의 계약이용이 이루어진다(上掲書, 33면).

## (6) 부동산등기와 입회권과의 관계

가. 공유입회권에서의 입회지 여부 판단: 등기명의의 외관에 의하지 않고 실제적 진실존중주의에 입각하여 집회집단 소유로 판단.

입회권은 등기할 수 없다. 부동산등기법에서 입회권에 등기능력을 인정하지 아니할 뿐만 아니라, 입회권자인 입회집단인 부락명의로도 등기할 수 없다. 왜냐하면 일본 부동산등기법에서는 권리능력없는 사단에 등기능력을 인정하지 아니하기 때문이다. 그러므로 입회권은 이를 등기할 수 없다. 그러나 입회권은 등기하지 못하더라도 대항력을 갖는다. 그리고 일본의 부동산등기는 권리추정력만이 인정되고 공신력이 인정되지 아니하기 때문에 입회지의 소유권을 특정한 명의로 등기하였다 하더라도 그 등기명의자에게 소유권 추정의 효력만이 발생하고 부락이 실질적으로 소유자임을 입증하면 소유명의에 관계없이 부락민의 소유지이고 당해 토지는 공유입회권의 객체가 된다. 그리고 공유입회지를 입회권자 아닌 자의 명의로 등기하고 그 者 명의의 등기만을 믿고서 그 등기명의자로부터 입회토지의 소유권을 이전받은 제3자가 선의라 하더라도 입회지의 소유권을 취득하지 못한다. 왜냐하면 공유입회지를 제3자 명의로 소유권이전등기하였다 하더라도 통정허위 표시에 관한 일본민법 제94조의 제2항의 선의의 제3자 보호규정이 그에게는 유추적용되지 아니하기 때문이다.<sup>137)</sup> 그리고 지역입회권의 입회토지의 소유권을 이전받은 자도 그가 입회권의 존재를 알지 못한 선의의 취득자로 하더라도 그 역시 일본민법 제94조 제2항의 선의의 제3자 보호규정을 주장할 수 없으므로 입회권은 소멸하지 아니하고 계속 존속한다.

이와같이 일본에서의 입회권은 등기하지 못하여도 언제나 대항력이 인정되며, 공유입회권에 있어서 입회토지는 소유권등기를 누구의 명의로 등기하였든 입회집단의 소유, 다시 말하면 입회집단을 구성하는 주민 전원의 공유, 즉 입회적 공유

137) 일본에서는 등기의 공신력을 인정하지 아니하지만, 실제와 다른 등기를 신뢰하고 당해 부동산을 취득한 선의의 제3자에 대해서는, 통정허위의 무효를 선의의 제3자에게 대항할 수 없다는 일본민법 제94조 제2항의 제3자 보호규정을 유추적용하여 진정한 소유자가 선의의 제3자의 소유권 취득을 부인할 수 없다고 해석하여 사실상에 있어서는 등기의 공신력을 인정한다. 그러나 입회토지에 대해 입회권자 아닌 자의 명의로 소유권이전등기가 경료되어 그 소유권이전등기가 무효이지만, 그 무효인 등기를 신뢰하고 당해 입회지를 취득한 제3자에게는 비록 그가 선의라도 일본민법의 제94조 제2항의 규정을 유추적용하지 아니함으로써 선의의 제3자라 하더라도 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없다고 법이론과 판례(名古屋高裁 1971(昭和 46년). 11. 30. 판결, in: 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 228면)가 이를 뒷받침하여, 공유입회토지의 입회집단의 소유권을 강하게 보호하고 있다.

(총유)로 인정한다. 그리고 지역입회권은 입회토지에 대한 입회권의 존재를 알지 못하고 토지소유권을 취득한 선의의 제3자는 입회집단에 대하여 지역입회권의 부존재를 주장할 수 없다. 이처럼 입회권과 부동산등기와의 관계에 있어서 일본에서는 외관존중주의보다는 실체적 진실존중주의에 입각하여 관습상의 권리인 입회권을 강하게 보호하고 있다.

#### 나. 공유입회권에서의 입회지소유권 등기의 諸事例

입회입야의 토지소유권이 누구에게 있는 가는 실질적으로 판단하지 않으면 아니됨은 이미 설명하였다. 공유입회권의 입회토지의 소유권은 입회집단구성원의 공유(법이론상으로는 총유)로서 입회지의 소유권등기는 입회집단구성원 전원의 명의로 공유등기를 함이 원칙이다. 그러나 입회집단구성원의 수가 너무 많을 때에는 전원의 명의로 등기함이 극히 곤란하다. 그리하여 토지대장<sup>138)</sup> 또는 등기부에 입회입야의 소유자로 개인이름이 기재되어 있거나 등기되어 있는 경우가 적지 않고, 개인명의등기에도 개인단독명의로 등기된 경우도 있고 2인이상의 공유자명의로 등기된 경우도 있다.

개인단독명의로의 등기는 입회권자인 부락대표자 명의로 등기되어 있는 경우에 그 입회토지는 個人有地가 아니고 입회권자 전원의 공유입회지이다. 그리고 입회권자가 아닌 제3자 명의로 소유권등기되어 있는 경우에는 입회집단의 共有地가 아니다. 그러므로 그러한 제3자 명의로의 토지에 대해서는 지역입회권이 인정될 수 있다. 2인이상의 數人記名共有名義로 소유권등기된 토지는 공유입회지이다.

그리고 단순히 人民共有, 共有, 村共有 등으로 등기부의 표제부(토지대장)에 기재되어 있다면, 그것은 현재 입회권자의 공유입회지라고 해석하여야 한다.<sup>139)</sup> 표제부에 20명 이상 공유라고 기재되어 있으나 현재의 부락세대가 30명이 되었다면 이는 당연히 30명의 입회권자의 공유입회지이다. 또한 20명의 공유자명의로 기명 공유등기가 되어 있어도 현재 30명이라면 현재 주민 30명의 공유입회지이다.<sup>140)</sup>

神社, 寺院 등의 명의로 등기된 입회입야도 적지 않다. 이러한 경우에 신사, 사원에 관리인이 있는 경우에는 종교법인의 소유가 보통이며, 관리인이 없고 신사,

138) 일본에서는 1889년부터 토지대장을 만들고 그것에 기초하여 등기부의 표제부를 편철하였으나 1960년부터는 토지대장과 등기부의 표제부를 일원화하여 지금은 토지대장이 없어진 상태이다.

139) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 225면

140) 上掲書, 225면.

사원을 부락민이 관리하는 경우에는 공유입회지로 인정된다.<sup>141)142)</sup>

회사 또는 법인명의를 차용하여 등기했다면 입회권자의 공유입회지이며, 생산 산립조합, 농업협동조합 등의 소유명의로 등기된 임야는 그 조합의 조합원과 입회권자가 일치하기 때문에 공유입회지라고 함이 타당하다.<sup>143)</sup> 그리고 大字, 부락 명의로 등기되어 있으면 부락주민의 소유이고 공유입회지라고 할 것이다.

공유(시정촌유, 재산구유) 임야에 대해서도 입회권이 인정된다. 시정촌유, 재산구유 임야에 대해서는 舊慣使用權이 인정될 뿐 입회권이 존재하지 아니한다는 주장이 있지만, 공유지임야에도 지역입회권이 존재한다.<sup>144)</sup> 판례도 공유지에 대한 입회권을 인정하였다.<sup>145)</sup> 물론 국유지임야에 대해서도 역시 지역입회권이 존재한다.<sup>146)</sup>

이와같이 공유입회권에 있어서 공유입회지인지 여부는 등기명의로의 외관을 따라서 결정되는 것이 아니라 실제 소유자의 소유로 인정한다.

## (7) 입회권의 발생과 소멸

### 가. 입회권의 발생

입회권은 관습에 의하여 인정되는 권리이기 때문에 관습에 의하여 발생한다. 여기서의 관습은 舊慣만을 의미하는가, 새로운 관습에 의해서도 입회권이 발생할 수 있는가? 민법은 단순히 관습에 따른다고만 규정하고 있다. 관습과 구관은 다르다.<sup>147)</sup> 따라서 관습은 새롭게 생길 수 있다. 따라서 새로운 관습에 의해서도 입회권은 발생할 수 있다.<sup>148)</sup> 입회권이 새로운 관습에 의해서는 발생하지 않는다는 견해는 오해이다.

그리고 계약에 의해서 입회권이 발생할 수 있는가에 관해서 일반적인 의견은

141) 上掲書, 226면.

142) 부락은 법인격이 인정되지 않았기 때문에 신사나 사원명으로 등기한 경우가 적지 않았을 뿐만아니라, 村有地를 市町村의 소유로 전환하는 정책에 대해 주민들이 그들의 입회지를 지키기 위해 신사, 사원명으로 등기를 많이 하였다(上掲書, 227면).

143) 上掲書, 171-172면.

144) 上掲書, 231면.

145) 大審院 1906(明治 39년) 2. 5. 판결, in: 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 250면, 대심원 1934(昭和 9년) 2. 3. 판결, in: 上掲書, 254면.

146) 上掲書, 231면.

147) 上掲書, 306면.

148) 上掲書, 306면.

부정적이다.<sup>149)</sup> 그러나 새로운 입회권이 계약에 의해 적극적으로 발생한다고는 할 수 없지만 이를 전적으로 부인할 수 없다는 의견도 있다.<sup>150)</sup>

#### 나. 입회권의 소멸

입회권은 입회집단에 의한 관리, 이용의 사실이 있는 한 소멸하지 않는다.<sup>151)</sup> 그리하여 입회임야가 경매되어도 입회권에는 관계가 없으며, 私有의 입회임야가 국유지 또는 공유지로 되어도 입회권의 소멸이나 포기의 절차를 취하지 않는 한 입회권은 소멸하지 않는다.

입회집단의 집단적인 관리·이용이라는 사실이 없으면 소멸한다. 그리고 토지수용에 의해서 소멸하며, 입회임야근대화법에 의해 입회임야정비를 행한 경우에도 입회권은 소멸한다. 그러나 입회임야의 이용이 불가능하게 되어도 입회집단이 임야에 대한 관리권을 포기하지 않는한 이용이 불가능하다는 사실만으로 입회권은 소멸하지 않는다. 또한 제3자가 입회임야를 방해하여 입회적 이용이 불가능하게 된 경우에도 입회권은 반드시 소멸하지는 않는다. 그리고 입회집단의 구성원의 수가 줄어든 경우에도 입회권은 여전히 존속한다. 그러나 지역입회권에 있어서 입회집단이 입회지에 대한 관리기능을 수행하고 있지 않고 또한 수행할 수 없다면 그 지역입회권은 소멸했다고 봄이 타당하다.<sup>152)</sup>

그리고 입회집단이 입회권을 포기, 처분하는 경우에는 입회권은 소멸한다. 입회권의 포기, 처분에는 다수결로는 할 수 없고 입회집단구성원 전원의 동의를 필요로 한다.<sup>153)</sup> 그리고 임야에 대한 입회집단의 통제가 없으면 입회권은 소멸한다.<sup>154)</sup>

또한 입회권자 전원의 동의로 입회지의 매각, 임대 등이 가능하다.<sup>155)</sup> 그러나 단순한 관리행위는 입회집단구성원의 과반수로도 가능함을 인정하고 있다.<sup>156)</sup>

---

149) 上掲書, 306면.

150) 上掲書, 302면.

151) 上掲書, 311면.

152) 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 308면.

153) 中尾英俊, 前掲 入會權の判例總合解説, 311면.

154) 上掲書, 332면.

155) 中尾英俊, 前掲 入會權の判例總合解説, 199면.

156) 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 249면.

## (8) 舊慣使用權과 入會公權論

### 가. 구관사용권

#### (가) 구관사용권 형성의 역사적 배경

시정촌유와 재산구유의 토지인 공유지에 대한 주민들의 사용권, 특히 임야사용권을 구관사용권이라 한다. 국유임야와 縣有林野에는 구관사용권이 인정되지 아니한다. 오로지 공유임야에만 구관사용권이 인정된다. 이와같이 공유지에만 구관사용권이 인정되는 것은, 1889년에는 市制, 町村制의 시행과 함께 촌유지를 시정촌유로 귀속시키면서, 시제 제110조와 정촌제 제83조에서 종래의 촌이 가지고 있었던 촌유지 사용·수익권이었던 입회권을 부인하고 구래의 관습에 의하여 촌유지에 존재하였던 시정촌유지 사용권을 인정하지만 시정촌 의회의 결의에 의하여 이를 변경, 폐지할 수 있다라고 규정한데서 시작이 되었다. 그리하여 종래의 촌유지에 대한 입회권은 사권이었으나 시제, 정촌제에 의하여 입회권을 공권으로 규정하고 이를 시정촌의회의 결의로 폐지, 변경할 수 있는 권리로 바꾸어 버린 것이었다. 그 결과로 시제, 정촌제의 시행에 의하여 촌유지가 시정촌유의 공유지로 되면서 촌이 가지고 있었던 구래의 관습에 의한 입회권을 구관사용권으로 부르게 되고 공권으로 파악하게 되었다. 당시에는 종래의 입회권을 慣用的으로 구관사용권이라 이름하였지만 구관사용권의 구체적인 내용에 관하여는 명확하게 하지 못하였다.<sup>157)</sup> 그 후 1947년 지방자치법이 제정·시행되면서 이를 정식으로 구관사용권으로 규정하고 이는 시정촌의회의 의결로 변경, 폐지할 수 있게 하였다.

이와같이 시제, 정촌제에서 촌유지를 정촌유지로 전환하고, 공유지에 대한 傳來의 사권인 입회권을 소멸시키고 공권인 구관사용권으로 하여 이를 시정촌의회의 결의로 변경하거나 폐지하여, 시정촌이 주민들의 공동이용권에 의한 제약이 없는 자유로운 근대적인 공유지 소유권을 가질 수 있도록 하고자 하였지만, 촌유지에 대해 입회권을 가지고 있었던 촌민들의 저항이 일어남으로써 촌민들의 저항을 무시하고 촌유지를 시정촌유지로 완전한 전환을 추진할 수가 없었다. 그리하여 그 타협으로 촌유지를 독립한 영조물로 하는 財産區有地로 만들어 입회지가 영조물로서 독립된 재산구의 소유로 전환되고 그 재산구유지를 공유지로 하고 구래의 입회권 역시 구관사용권으로 인정하게 되고 그 재산구유지에 대한 구관사용권도 역시 공권으로 파악하였다.

157) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 233면.

그리하여 시정촌유지와 재산구유지가 공유지이며, 이 공유지에 대한 종래의 입회권을 구관사용권<sup>158)</sup>이라 하여 사권이었던 입회권을 공권인 구관사용권으로 전환하고자 하였다. 이러한 시정촌제의 시행에 의하여 구래의 입회권이 구관사용권으로 법상으로는 전환되었지만, 공유지에 대한 입회권은 여전히 존재하고 또한 인정된다.

공유지에 관하여는 1899년에 시행된 국유임야법에서 입회권에 관해서도 구관사용권에 관해서도 아무런 규정을 두지 아니하였기 때문에 공유지에 대한 입회권은 여전히 인정되며, 공유지에 대한 구관사용권이라는 권리도 인정되지 아니한다. 판례도 공유지에 대한 사권인 입회권을 인정한다.<sup>159)</sup> 오로지 공유지에만 시제, 정촌제에서 인정하여 지방자치법에 의해 이어져 인정되고 있을 뿐이다. 그리고 입회임야근대화법에서 입회권의 근대화와 구관사용권의 근대화를 병존적으로 규정하면서 그 근대화의 주체 및 절차를 달리 규정하고 있다. 이와같이 공유지에 대하여 구관사용권이라는 공권이 규정은 되어 있지만 소유권자를 구별함이 없이 관습에 의한 입회권은 모든 임야에 인정되고 존속하고 있다.

#### (나) 구관사용권과 입회권과의 관계

시제, 정촌제와 이를 이은 지방자치법에서 공유지에 대한 입회권을 구관사용권으로 규정하여 사권인 입회권을 공권인 구관사용권으로 전환하고자 하였지만, 공유지에 대한 입회권은 여전히 존속하고 인정되고 있다. 공유지에 대한 주민들의 사용권은 민법상의 입회권이 아니며, 시제, 정촌제, 지방자치법에서 구관에 의한 공유지 사용권을 인정은 하면서, 시정촌의회의 의결로 변경, 폐지할 수 있다고 규정한 것은 입회공권론에 입각하여 구관사용권을 입법하였던 것이다.

그러나 지방자치법에서 구관사용권이 입회권을 포괄하는 권리로 입법하였지만, 구관사용권과 입회권의 내용이 서로 다르다. 구관사용권은 공유지를 사용할 수 있는 권리일 뿐이며, 입회임야에 들어가 나무, 풀, 석회석 등의 천연산물을 채취하는 권리는 구관사용권의 사용권에 포함되지 아니하는 권리기 때문에, 이를 행할 수 있는 입회권과는 다른 권리라는 것이다.<sup>160)</sup> 그리고 판례도 일찍이 공유지에 대한

158) 구관사용권에는 임야에 대한 입회권 뿐만 아니라 마을주민 공동의 관습상의 어업권, 운천사용권 등도 포함되어 있다. 그러나 입회권이 구관사용권의 대부분을 차지하고 있다. 이렇게 입회권을 구관사용권으로 전환하여 시정촌의회의 의결로 이를 폐지·변경하고자 하였지만, 민법학과 판례는 입회권은 구관사용권과는 다른 권리로 법리구성을 하고 판결함으로써 공유지에 대한 입회권의 존재가 인정되고 있다.

159) 最高裁 1973(昭和 48년). 3. 13. 판결, in: 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 205면.

입회권을 인정하였다.<sup>161)</sup> 또한 민법학에서는 구관사용권의 인정에 의하여 사권이 고 재산권인 입회권을 부정하는 것은 법치주의에 반한다고 비판하고 있다.<sup>162)</sup>

따라서 구관사용권은 시제, 정촌제 및 지방자치법에서는 입회권을 포함하는 공유지 사용권으로 이해하고 입법하였으며, 이는 공유지에 대한 입회권을 공권으로 이해하는 입회공권론에 입각하여 입법된 것이다. 그러나 구관사용권은 입회지, 특히 입회임야에 입산하여 천연산물을 채취할 수 있는 권리가 아닌 공유지의 단순한 사용권에 불과한 권리이기 때문에 구관사용권은 입회권과는 다른 권리이다. 그리하여 공유지에 대해서는 공권인 구관사용권도 사권인 입회권도 병존적으로 존재하는 것이다.

## 나. 입회공권론

입회공권론은 일본민법 제정 당시에 이미 주장되고 있었다.<sup>163)164)</sup> 그러나 입회공권론은 국유지에 대해서는 이를 입법으로 관철하지 못하였으나, 공유지에 대하여는 입회권을 구관사용권이란 명칭으로 바꾸어 입법함으로써 이를 관철하였다. 왜 공유지에 대해서만 입회공권론이 주장되고 구관사용권으로 입법을 하였을까? 먼저 일본의 국유지에 대하여는 구관사용권을 입법하지 않고 있다. 그것은 藩의 직할지를 국유지로 하였으며, 번의 직할지는 마을주민공동으로 이용하는 토지가 아니었기 때문에 부락주민의 입회권이 성립할 수 없었다. 그리고 민유지라는 증거서류가 없으면 관유지로 편입한다는 방침에 의해 대량의 입회임야가 관유지로 편입되었다.<sup>165)</sup> 또한 지조개정에 의하여 민유지에 대한 지세가 부과되었기 때문에 이를 피하기 위하여 부락민들은 그들 共有의 공동이용토지를 국유지로 편입하기도 하였다. 그러나 민유지가 국유지로 편입되었어도 입회권은 여전히 존재한다

160) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 254면.

161) 大審院 1906(明治 39년). 2. 5. 판결, in: 上掲書, 250면; 大審院 1944(昭和 9). 2. 3 판결, in: 上掲書, 254면

162) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 250면.

163) 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法 (7): 物權(2), 527면.

164) 입회공권론자들은 공유지에 대한 입회권은 시정촌의 주민자격에 기해서 인정되는 토지사용권이기에 때문에 공권으로 파악하였다. 그리하여 민법의 기초위원 중에는 입회권은 정촌유임야에는 적용되지 않는다는 주장을 하기도 하였으며, 입회권을 민법안에서 삭제하여야 한다는 의견을 개진하기도 하였다. 이처럼 민법기초위원들은 입회권과 정촌제와의 관계를 명확히 인식하지 못하였다(川島武宜 編集, 前掲 注釋民法 (7): 物權(2), 543면).

165) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 280면.



고 생각하고 공동의 토지이용은 계속되었다. 그리고 일본정부도 1887년(명치 20년)이후에는 국유지에 대한 주민의 공동이용을 인정하고, 1898년에는 판례가 처음으로 국유지에 대한 입회권을 인정하였다.<sup>166)</sup> 그리고 1899년(명치 32년)에 국유임야법을 제정하였을 때에 주민들의 입회제도는 계속되어 동법에서는 입회권을 부인하는 규정을 두지 않았다.

그러나 일본이 국가중앙권력의 강화추진의 정치적 영향으로 국유지에 대한 입회권을 부인하는 판결을 하였으나,<sup>167)</sup> 지금은 국유지에 대한 입회권의 존재를 인정하고 있다.<sup>168)</sup> 그리하여 국유지상의 입회권 존재를 부정하는 실정법도 판례도 존재하지 않는다.<sup>169)</sup> 그러나 사유지가 아닌 공유지에 대하여는 사권은 설정될 수 없고 공물사용권인 공권이라는 견해가 주장되고 있다.

그러한 입회공권론은 국유임야의 부락민들의 공동이용을 정부가 이를 인정하고 판례도 일찍부터 국유지에 대한 입회권의 존재를 인정하였기 때문에, 국유지에 대한 입회권을 공권인 구관사용권으로 입법하지 못하였다. 그러나 공유지에 대해서는 시제, 정촌제, 지방자치법에서 이를 구관사용권으로 입법함으로써 관철하였다. 시제, 정촌제, 지방자치법에서 입회권을 구관사용권으로 입법할 수 있었던 것은, 시정촌이 계획적, 적극적으로 임야의 조림, 육림의 필요성이 인정되었고, 공유지의 임대 등에 의한 임대수입으로 지방재정의 확충에 기여할 수 있었기 때문이었다. 그리하여 지방자치법에서 사권인 입회권을 공권인 구관사용권으로 입법하였다. 그러나 지방자치법에서 구관사용권을 입법하였다 하더라도 공유지에 대한 입회권은 여전히 인정되고 있다. 입회공권론은 구관사용권을 주민자격에 의하여 인정되는 公有地使用權이라고 하면서, 이를 시정촌의회의 의결로 변경하거나 폐지할 수 있다고 하지만, 그렇게 해석하게 되면 주민자격을 의회의 의결로 박탈하는 결과가 되므로 타당하지 못하다. 입회권자 전원의 동의를 요한다고 하여야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다.<sup>170)</sup>

166) 大審院 1898년(明治31년), 5. 18. 판결, in: 上掲書, 284면.

167) 大審院 1915(大正 4년), 3. 16 판결, 大審院民事判決錄 21.3.328, in: 中尾英俊, 전게 入會權の判例總合解説, 145-146면

168) 最高裁 1973(昭和 48년), 3. 13. 最高裁民事判例集 27. 2. 272, in: 近江幸治, 前掲書, 296면; 最高裁 1982(昭和 57년), 7. 1. 最高裁民事判例集 36. 891, in: 上掲書, 265면.

169) 中尾英俊, 전게 入會權の判例總合解説, 150면

170) 川島武宜 編集, 前掲 注釋民法 (7): 物權(2), 548면.

## (9) 입회권근대화사업: 입회임야권리관계의 정비 장려

## 가. 근대화의 필요성과 목적

입회권은 입회임야의 고도이용을 위해서는 문제점이 있었다. 입회권은 입회집단명의로 등기할 수 없고, 등기부상의 소유자로 등기되어 있어도 그 자가 진실한 입회권자와 일치하지 아니한 경우가 적지 않았다. 입회권자가 조림, 분수림 등을 하고자 하여도 자금유통을 위한 저당권의 설정, 수목을 식재하기 위한 지상권의 권리 설정이 어려웠다. 그리고 입회임야는 입회집단의 통제하에 있기 때문에 그 입회집단의 통제가 임야이용에 장애가 되었다.<sup>171)</sup> 그리하여 조림의욕이 약해지고, 입회권은 부락주민이 아니면 그 권리를 상실하게 되므로 인구이동이 잦은 현대에는 임야이용에 장애가 되었다. 그리하여 입회임야의 고도이용을 위해서 임야에 대한 입회권을 정비할 필요가 있었다. 또한 자본가가 입회임야를 개발하도록 투자를 유치하기 위해서는 입회권을 근대화할 필요가 있었다.<sup>172)</sup>

그리하여 일본은 1966년에 入會林野 等に 관한 權利關係의 近代化의 助長에 關한 法律을 제정하여, 입회임야의 고도이용을 장려하고 촉진할 수 있도록 임야에 대한 입회권을 정비할 수 있는 법적조치를 취하였다. 동법률에서는 임야에 대한 입회권을 소멸시키고 개인소유권, 공유, 지상권, 임차권 등의 개인적인 권리로 바꾸어, 입회임야를 입회임야가 아닌 임야로 전환하여, 입회임야의 유동화를 촉진하고자 하고 있다. 동법률 명칭이 밝히고 있듯이 입회임야근대화사업은 강제되는 것이 아니고, 전적으로 입회권자의 자유의사에 기초하여 입회권자 전원의 동의에 의해서만 이루어지도록 하고 있다(동 근대화법 제3조). 그러나 구관사용권에 관하여는 시정촌장의 직권으로도 근대화사업을 추진할 수 있도록 하고 있으나(동 근대화법 제19조), 그것은 입회공권론의 입장에서 구관사용권을 공권으로 파악하고 있기 때문이다.

그리고 입회임야근대화사업은 오로지 입회임야를 농업 또는 임업용으로 고도이용할 목적으로만 가능하고, 농업 또는 임법목적이 아닌 택지나 관광용지 등으로 사용하기 위해서는 허용되지 아니한다<sup>173)</sup>(동 근대화법 제1조). 이와같이 입회임

171) 近江幸治, 前掲 民法講義 II: 物權法, 293면.

172) 임야의 개발에 의한 고도이용이 늦어진 것은 개발자금 및 노력의 투자가 부족한 때문이었지 입회권의 존재 때문에 늦어진 것으로 보는 견해는 농민의 이익을 무시한 反農的 思考라고 비판하는 견해가 있다 (中尾英俊, 前掲 入會林野의法律問題, 362-363면).

야근대화사업은 입회임야를 오로지 농림업용으로의 이용을 증진할 목적을 위해서만 허용된다.

#### 나. 입회임야정비의 내용과 절차

입회권근대화사업은 두 가지로 나누어져 있다. 즉, 입회임야정비사업과 공유지에 대한 구관사용임야정비사업으로 나누어져 있다. 양자의 근대화사업은 그 추진주체와 추진절차가 다르다.

입회임야정비는 입회권자 전원의 합의로 입회임야정비계획의 내용을 결정하고, 당해 임야의 장래의 이용관계, 이용목적 등을 정하여 관계권리자의 동의를 얻은 다음, 시정촌장의 의견서를 첨부한 정비계획서를 都道府縣 知事에게 제출한다. 지사는 제출받은 정비계획에 관해 適否의 결정을 하고 적당하다고 판단한 경우에는 30일 이상 이를 공고한다. 정비계획에 이의가 있는 자는 공고기간 만료일 후 30일의 기간내에 이의를 신청할 수 있다. 이의신청이 없으면 지사는 정비계획을 인가하고 그 뜻을 공고하여야 한다. 이 공고가 있었던 날에 정비계획에서 정하는 내용에 따라서 당해 임야의 입회권은 소멸하고, 그 익일에 소유권이 이전하거나, 지상권 기타 용익권이 설정된다. 입회임야정비계획의 확정에 의한 권리변동의 등기는 지사가 등기소에 촉탁하게 된다.

이러한 입회임야정비계획에 대한 지사의 인가가 있게 되면, 입회권은 물론 입회임야에 대한 소유권 이외의 권리, 입회권자가 아닌 등기부상의 타인명의로 토지소유권은 모두 소멸하며 부분적인 권리의 소멸이란 없다.<sup>174)</sup> 정비계획에 의하여 새로운 권리를 취득하지 않고자 하는 입회권자는 입회지분권에 상당하는 대금을 받게 된다.<sup>175)</sup>

#### 다. 구관사용임야정비의 내용과 절차

구관사용임야정비는 시정촌유이거나 재산구유의 임야만이다. 이러한 입회임야에 관하여는 구관사용임야정비와 입회임야정비의 어느 방법으로도 근대화사업을 할 수 있다.<sup>176)</sup> 구관사용권과 입회권을 그 내용이 다르다는 것은 이미 설명하였다.

173) 上掲書, 374면.

174) 中尾英俊, 前掲 入會林野の法律問題, 387-394면.

175) 上掲書, 394면.

176) 上掲書, 395면.

구관사용임야정비의 절차는 시정촌장이 직권으로 시정촌유 또는 재산구유임야의 정비방침을 결정하고, 이 방침의 적정함에 관하여 시정촌의회(재산구회의 있으면 그 의회 또는 총회)의 의결을 얻은 다음, 시정촌장은 구관사용권자 명부를 작성하여 정비계획개요를 공시하고 구관사용임야정비계획서를 작성한다. 시정촌장이 구관임야정비계획서를 작성함에는 그 임야에 사용권을 갖고 있는 모든 구관사용권자의 의견을 듣고, 구관사용권자가 구관사용권이외의 어떠한 권리도 갖고 있지 않다는 것을 확인하여야 한다.<sup>177)</sup> 그리고 구관사용임야정비에 의해 새롭게 소유권, 지상권 등의 권리를 취득해야 하는 구관사용권자로부터 그러한 새로운 권리를 취득하는 것에 관해 동의를 얻어야 한다.

이러한 절차가 완료하여 시정촌장이 구관사용임야정비계획서를 작성하고 그것은 한 번더 시정촌의회의 의결을 거친 다음에 시정촌장은 그 구관사용임야정비계획서를 지사에게 제출한다. 지사가 인가를 하면 이를 공고하고, 공고일에 구관사용권은 소멸하고 새로운 권리가 그 익일에 발생한다. 그리고 지사는 등기를 촉탁한다.

이와같이 입회임야정비는 입회권자 전원의 자유의사의 합치에 의하여 정비계획을 결정·수립하고 집행함에 대하여 구관사용임야정비는 시정촌장이 직권으로 계획을 수립하고 집행하며 이의신청절차가 없다. 그러므로 공유지에 대한 입회권 정비에 있어서 구관사용임야정비방법은 위험이 있으며, 입회임야정비방법으로 정비함이 더 적절하다.<sup>178)</sup>

#### 라. 근대화에 의한 결과: 개인소유권으로 전환

입회임야정비 후의 권리관계는 정비계획의 내용에 따른다. 그리하여 입회권은 소멸하게 되고 새로운 권리가 발생한다. 공유입회권의 정비의 경우에는 입회권자 전원이 입회임야토지를 개인에게 분할하여 개인소유권으로 하거나, 전원을 민법상의 共有로 하게 된다. 지역입회권과 구관사용권의 정비의 경우에는 지반임야소

177) 입회임야근대화법은 구관사용권과 입회권을 별개의 권리로 다루기 때문에 입회권은 구관사용권이외의 권리이다. 그러므로 판결로 입회권의 존재가 확인되거나, 시정촌 또는 재산구와 부락주민간에 입회권이 존재하는 것이 확인된 공유임야에 대해서는 구관사용임야정비를 행할 수 없다(上揭書, 399면). 입회권이 있는 공유지에 대하여 구관사용임야정비를 실시하기 위해서는 입회권자 전원이 입회권을 포기하여야 한다.

178) 上揭書, 402면.

유권을 입회권자에게 이전하여 개인에게 분할하거나 전원을 민법상의 공유로 할 수 있다. 그렇지 않고 입회권자 전원과 토지소유자 간에 지상권 설정, 기타 임대차계약을 체결할 수도 있다. 이와같이 입회임야정비에 의해서 임야에 대한 공동체적 임야이용권인 입회권은 소멸하고, 개인소유권, 공유, 지상권, 임차권 등으로 전환된다.

이와같이 임야입회권의 정비에 의해서 입회임야가 세분화가 된다. 입회임야의 세분화는 임야경영의 영세화를 초래하므로 이에 대해서는 강한 저항이 있고 일정 규모 이상의 임야경영이 유리하다. 그리하여 임야임야근대화법에서는 임야경영의 협업화를 인정하여, 입회임야를 형식상으로는 공유지로 하고, 각자의 공유지분을 현물출자하여 농업생산법인, 생산삼림조합을 설립한 때에는 지사는 그 법인 또는 조합명의로의 등기를 촉탁할 수 있도록 하였다.<sup>179)</sup>

#### (10) 우리의 특수지역권과 일본의 입회권과의 비교

우리의 특수지역권에 대해서는 이를 폐지하여야 한다는 주장이 강하지만, 일본의 입회권에 관해서는 이를 더욱 유지, 존속시키려는 민법학이 강하다고 평가된다.<sup>180)</sup> 그리하여 일본에서는 입회권을 유지하고 발전시키고자 하는 주장이 강하며, 판례도 널리 입회권을 인정하고 있다. 그것은 우리의 특수지역권의 내용을 단지 타인의 토지로부터 수익할 수 있는 소극적인 권리로만 규정하고 있으나, 입회권은 조림, 육림을 공동체가 함께 할 수 있는 적극적인 권리로 발전시키고, 주택 건설을 위한 택지로도 사용할 수 있는 권리로 활용되어 왔다. 그리하여 우리의 특수지역권은 토지를 황폐화시키는 권리로 인식되고 있으나 입회권은 자연, 특히 임야를 가꾸는 권리로 인식되고 있다고 평가된다. 입회권자들이 자금이 부족한 것이 문제이지 입회권 그 자체가 임야의 황폐화의 원인으로 기능하고 있지 않다는 이해와 인식이 강하다. 그리고 우리의 특수지역권은 집합체의 구성원으로서의 개인이 오로지 타인의 토지로부터 수익을 얻는 권리로 규정되어 있으나, 일본의 입회권은 입회토지로부터의 수익에만 한정하지 아니하고 입회집단의 토지 지배, 즉 입회지에 대한 공동지배까지 규정하고 있다.<sup>181)</sup> 그러므로 입회권은 임야를 황

179) 入会林野等に係る権利関係の近代化の助長に関する法律による不動産登記に関する政令 제5조 2호.

180) 일본에서 입회권에 관한 연구는 1955년(소화 30년)에 그 절정에 이르렀다고 한다(近江幸治, 전거서, 293면).

181) 中尾英俊, 前掲 入會權, その本質と現代的課題, 16면.

폐화하는 권리가 아니라 입회집단이 공동으로 임야를 관리하도록 하여 자연환경을 보전하는 권리로 기능하고 있다. 그리하여 일본에서는 오늘날에도 입회권은 형형 민법상의 살아있는 권리이며, 아름다운 녹음이 우거진 山野를 만들고, 그 산야로부터 얻을 수 있는 맑은 물의 원천이 바로 입회지로서, 그러한 입회권이 지켜지고 있고 앞으로도 지켜나가야 한다고 한다.<sup>182)</sup>

또한 일본에서는 시대변화의 따른 관습의 변화도 인정하여 전래의 관습에 의해서만이 아니라 새로운 관습에 의한 새로이 변화된 내용의 입회권을 인정하고자 한다. 그리고 입회권자는 입회지의 등기부상의 소유명의로 하여 형식적으로 결정하는 것이 아니라 실질적, 실제로 입회권자이면 그들의 입회권을 인정한다.

그리고 우리의 특수지역권의 주체는 개인으로 규정되어 있으나,<sup>183)</sup> 입회권의 주체는 부락주민들로 구성된 부락주민의 집합체인 실재적총합인이다. 실재적총합인은 부락주민 전원으로 구성되어 단일의 입회집단임과 동시에 다수의 부락주민 전원이다. 그리고 입회집단을 구성하는 부락주민은 부락주민 개개인이 아니라 각 世帶이다. 그리하여 우리의 특수지역권은 개인주의적인 성격이 강한 공동체적 토지이용제도인데 반하여, 일본의 입회권은 공동체주의의 성격이 강한 공동체 토지이용제도로 평가할 수 있다. 따라서 우리의 특수지역권을 일본의 입회권과 같이 공동체주의 성격을 갖게 하는 방향으로의 현대화가 필요하다고 생각된다.

## 2. 핀란드의 만인권(Jedermannsrecht; everyman's right to land)

### (1) 만인권의 개념과 법적성질

만인권은 창조주에 의하여 값없이 주어진 천연의 자연자원인 토지, 하천, 산림 등이 주는 혜택을 향유할 수 있는 권리이다. 자연은 맑은 공기, 햇빛, 바람소리, 새소리, 파도소리, 야외에서의 산행, 캠핑 등 일시적인 생활에 필요한 풀과 나무의 채취, 재배하지 않은 자연과일의 상업목적 이외의 채취, 눈 덮인 들에서의 스키, 강과 호수에서의 낚시, 수영, 카누 등 자연이 주는 천연의 혜택을 모든 사람이 누릴 수 있는 천연자원의 향유권이다. 이러한 만인권은 생존을 위한 공동체적

182) 上掲書, 353면.

183) 이에 대하여 부락단체는 부락민 개인들로 구성되어 있으므로 부락단체가 곧 부락민전원이므로 특수지역권의 주체는 주민 개인임과 동시에 부락단체라고 이해하는 견해가 있다(조재연, 전제논문, 33-34면).

토지이용과 수익권인 특수지역권과 입회권과는 그 대상과 주체와 법적성질이 전혀 다르다. 만인권은 자연향유권으로서, 인간의 생존을 위한 공동체의 토지이용권이 아니며, 모든 인간의 심신의 건강을 위하고 삶의 즐거움으로서 자연을 즐길 수 있는 권리이다. 이러한 만인권은 토지에 대한 공적인 접근권(right of common access to land)으로서, 법률에 의한 제한이나 토지소유자의 프라이버시를 침해하지 않는 한 모든 토지에의 접근권이다. 만인권이 인정되는 토지에 들어가는 것은 토지에 대한 불법침입(trespass)이 성립하지 아니한다. 만인권은 모든 사람에게 인정되며 자국민은 물론 외국인에게도 인정된다. 그러므로 만인권은 특정국가의 국민으로서 갖는 토지이용권이라기 보다는 인류로서의 인간이 갖는 토지이용권이다. 그러므로 만인권은 심신의 건강한 유지와 치유와 회복, 그리고 삶의 즐거움을 위한 모든 사람의 공동체적 토지이용권이다. 따라서 지역공동체 구성원들의 생존을 이어가기 위한 공동체적 토지이용권인 특수지역권과 입회권과는 그 목적과 권리내용이 전혀 다르다.

이와같은 만인권은 스칸디나비아의 여러 나라 중에서 덴마크를 제외한 핀란드, 스웨덴, 노르웨이, 그리고 스코트랜드에서 관습에 의해서 또는 실정의 헌법 또는 법률에서 이를 규정하고 있다.<sup>184)</sup> 그러나 입법방식에 있어서는 금지되지 않으면

184) 만인권은 관습에 의하여 인정되어 오고 있는 자연향유권이다. 그러므로 만인권의 내용은 각국의 관습에 따라 동일하지 아니하다. 그리고 만인권에는 자연보호를 위하여 법적으로 자연향유에 일정한 제한이 따른다. 그러므로 만인권은 법률에 의한 제한이 없는 한 토지소유권 유무에 상관없이 누구에게나 인정되고 허용되는 타인소유토지의 이용권이다. 이러한 만인권의 始原은 바이킹 시대로 거슬러 올라가며, 스칸디나비아 제국에서는 토지 지배를 기반으로 하는 봉건경제사회가 형성되지 않았기 때문에 바이킹 시대의 전통이 그대로 이어져 온 것으로 평가되고 있다(김상용, 토지정의론(피앤씨 미디어, 2017), 133-134면). 바이킹 시대의 스칸디나비아 제국은 토지는 광대하였으나 거주자가 희박하고 마을이 서로 멀리 떨어져 있었기 때문에, 이 마을에서 저 마을로 가기 위해서는 밤에 노숙을 하면서 가야 하였다. 露宿을 하기 위해 불을 피울 나무를 채취하고, 허기를 달래기 위하여 야생의 천연과일을 따 먹고, 말(馬)에 먹이를 주기 위하여 주위의 풀을 채취하였던 관행이 전통으로 정착하여 그러한 전통이 만인권으로 발전되었다고 한다(Heidi Gorovitz Robertson, "Public Access to Private Land for Walking: Environmental and Individual Responsibility as Rationale for Limiting the Right to Exclude", The Georgetown International Environmental Law Review, Vol. 23 (Georgetown University Law Center, 2011), p. 212).

만인권을 적극적인 법적인 권리로 규정하고 있는 국가는 스웨덴 뿐이다. 스웨덴에서는 만인권을 인간의 기본권의 하나로서 헌법에서 규정하고 있다. 스웨덴은 헌법이 4개의 법률로 구성되어 있으며, 그 중에서 정부기구법(The Instrument of Government)에서 자연환경에의 공적접근권으로 만인권을 규정하고 있다 (Chapter 2 Art. 15 par. 4 The Instrument of Government: Everyone shall have access to the natural environment in accordance with the right of public access, notwithstanding the above provisions). 여기서의 자연환경에의 공적접근권은 자연향유권으로 해석된다. 또한 자연에는 들, 임야, 하천, 해안 등의 모든 천연의 자연을 포함한다고 해석된다. 그러나 스웨덴의 법률에서 만인권의 구체적인 내용을 규정하고 있지는 아니하다. 다만 환경법 제7장 제1조에서 사유지에 대한 접근권을 행사하는 자나 어떤 이유로 산촌에 머무는 자는 사적인 토지와 산촌을 적절한 주

허용되는 토지접근권, 토지를 걸을 수 있는 권리(right to roam in land)로서, 토지사소유권의 절대성에 의한 배타성을 제한하는 권리(right to limit owner's right to exclude non-owners from his land)이다. 그리고 만인권은 인간이 자연이 주는 천연의 혜택을 누리는 것에만 그치는 토지이용권이 아니라, 인간이 자연과 조화하고 자연을 존중하는 관계에서의 토지이용권이다. 따라서 만인권은 자연을 이용만 하는 권리가 아니라, 자연을 보호하는 정도를 넘어 인간이 자연을 존중하도록 하는 도덕적 의무를 지니고 있는 토지이용권이다.

스칸디나비아 제국에서의 만인권 중에서도 핀란드의 만인권이 가장 모범적인 공동체토지이용제도로 평가받고 널리 알려져 있다.

## (2) 만인권의 내용 및 기능

만인권은 公地이든 개인소유의 토지이든 그 토지가 인간의 자연적인 삶을 살아 감에 필요한 토지일 경우, 그 토지로부터 산책, 말타기, 자전거 타기, 하이킹, 낚시, 보트놀이, 딸기, 버섯등의 채취, 캠핑, 꽃따기, 카약, 수영, 스키, 풀배기 등의 자연이 주는 천연의 혜택을 당해 토지를 이용하여 모든 사람이 누릴 수 있는 권리이다. 그러므로 만인권은 토지의 소유권이 아니며, 토지의 개발권도 아니며, 토지가 천연의 자원으로써 자연이 주는 혜택을 누릴 수 있도록 토지를 이용할 수 있는 모든 사람들의 토지이용권이다. 그러므로 이러한 만인권은 주로 개발이 되지 않은 토지로서 그것의 소유권 귀속에 관하여는 고려함이 없이 모든 국민이 그 토지가 자연적으로 인간의 삶을 위하여 제공하는 혜택을 누릴 수 있는 토지이용권이다. 만인권은 모든 국민들의 적극적인 타인토지이용권으로서 법률로써 제한하지 않는 한 인정되는 모든 국민의 자국의 토지에 대한 이용권이다. 따라서 만인권은 금지되지 않은 한 모든 것이 허용된다는 원칙에 기초하고 있다. 그러나 자연의 상업적 목적으로의 이용에는 만인권이 인정되지 아니한다. 오로지 자연을 즐기고 향유할 수만 있는 권리이며, 자연을 상업적 목적으로의 만인권은 허용되지 아니한다.

---

의와 배려로 대우하여야 한다(Chapter 7 Sect. 1 Environmental Code: Any person who exercises the right of access to private land or is in the countryside of any other reason shall treat it with due care and consideration)라고 규정하고 있다. 스웨덴에서 만인권을 헌법에서 기본권으로 규정하고는 있지만 만인권의 내용에 관하여는 법률에서 특별히 규정하고 있지는 아니하다.

노르웨이에서는 1957년의 야외 레크리에이션법(The Outdoor Recreation Act)에서 만인권을 실정법으로 규정하여 보호하고 있다(Robertson, *ibid.*, p. 232). 스칸디나비아 국가 외의 국가에서도 만인권을 입법에 의하여 인정하고자 하는 나라가 늘어나고 있다.



그리고 이러한 만인권은 인간만의 인간다운 삶을 위한 토지이용권을 넘어 동물과 식물들의 생태계를 유지하고 보전할 수 있는 범위 내에서의 토지이용권이다. 그러므로 동물과 식물의 棲息, 그리고 물, 돌 등의 자연환경에 危害가 되는 한에서는 만인권이 제한된다. 또한 새가 알을 낳아 키우고 동물들이 새끼를 낳아 번식하는 계절에는 이를 방해해서는 안되는 만인권의 제한이 따른다. 이와같이 만인권은 인간만의 토지이용권이 아니라 식물, 동물, 자연환경 그 자체도 함께 이웃하면서 공존하고 공생하는 인간의 토지이용권이다.<sup>185)</sup>

물론 만인권이 인정된다고 해서 타인소유토지의 무제한의 이용을 의미하는 것은 아니며, 토지소유자의 재산권과 프라이버시, 자연보호가 지켜지는 범위내에서의 타인토지의 이용을 내용으로 한다. 모터로 움직이는 자전거, 모터보트로의 토지와 하천의 이용, 숲에서의 사냥은 만인권의 내용에 포함되지 않는다.<sup>186)</sup> 그러나 타인소유의 농경지라 하더라도 겨울에 눈이 덮였을 때에는 산책, 스키를 즐길 수 있는 만인권이 인정된다.

이와같이 근원적으로 만인권은 자연이 인간 모두에게 값없이 준 토지를 인간의 인간다운 삶을 위하여 이용할 수 있는 권리로 인정되고 있다. 또한 동물과 식물 자연경관 등의 보존과 함께 이들과 인간이 더불어 함께 공존하며, 인간이 자연을 존중하면서 아름다운 삶을 토지 위에서 이루어 나가고자 하는 사상이 만인권 인정의 기본사상이라 생각된다.

### (3) 만인권의 권리주체

핀란드에서는 누구나 토지소유자의 허락을 받을 필요없이 만인권을 향유할 수 있다. 외국인도 만인권을 향유할 수 있다.

만인권을 향유함에 있어서는 미래 세대들도 자연을 향유할 수 있도록 오염되지 않은 자연의 아름다움과 경이로움을 보존하고 보호할 것이 요구된다. 그리하여 만인권은 모든 사람이 자연으로부터 심신의 치유와 회복, 그리고 삶의 기쁨과 즐거움을 누릴 수 있는 자연향유권이다.

---

185) 김상용, 前掲 토지정의론, 136면.

186) 그러나 핀란드의 라플란드(Lapland)에서는 그곳의 원주민인 사미족들에게는 국유지에서의 사냥권이 만인권의 내용으로 인정된다.

#### (4) 우리의 특수지역과 만인권과의 비교

우리의 특수지역권은 타인토지로부터 마을공동체 주민이 수익을 얻을 수 있는 물권이다. 그리고 특수지역권은 인간 생존을 위한 공동체적 토지수익권이다. 그러나 만인권은 인간의 생존을 위한 토지이용으로 시작이 되었으나, 오늘날은 인간이 자연이 주는 천연의 혜택을 향유함으로써 심신의 치유와 회복은 물론 인간이 인간다운 삶을 위한 자연향유권으로 발전하였다.

특수지역권에서 토지는 인간생존을 위한 단순한 객체에 불과하며, 따라서 특수지역권의 행사에 의해서는 토지를 황폐화하게 할 수 있다. 그러나 만권에 있어서 자연은 인간의 존경의 대상이 되며, 자연을 보존하고 보호하여 후손들도 만인권을 향유할 수 있도록 대대로 물려주어야하는 존재이다. 그리고 오늘날은 야외 활동이 늘어남으로써 타인소유토지의 향유기회가 확대되었다. 그로 인하여 토지소유자에게는 부담이 될 수 있으나, 만인권의 인정에 의한 공적이익이 훨씬 더 큰 것이다. 이러한 점에서 만인권은 자연과의 조화와 존경의 관계를 이루면서 또한 토지소유자의 관용(generosity)을 키우는 권리이다.<sup>187)188)</sup> 그러므로 만인권은 모든 사람들이 서로 관용하면서 서로 이웃으로 받아들이게 하는 사랑의 공동체적 토지이용제도로 평가된다.

## V. 특수지역권 현대화의 구상과 방법

### 1. 구상

#### (1) 개인주의적 공동의 토지이용제도에서 공동체주의적 공동의 토지이용제도로의 전환

오늘날은 이웃이 없고 경쟁자만이 있는 극히 개인주의적이고 이기적인 사회로

187) Brian Sawers, "The Right to Exclude from Unimproved Land", Temple Law Review, Vol. 83 (Temple University Beasley School of Law, 2011), p. 696..

188) 한편으로 이러한 만인권은 스위스에서와 같은 고산지대의 국가에서는 계곡과 고산지대에 산책, 하이킹, 스키 등을 할 수 있게 함으로써 깊은 계곡과 높은 고산에 레스토랑, 상점 등이 개점·운영되어 계곡과 고산지대의 토지이용도를 높이고 토지가치의 증대를 가져옴으로써 계곡과 고산지대에 시장이 형성되고 주민들의富力 증대에 하는 결과를 초래하였다고 평가되고 있다(Op. cit., p. 691). 스위스에서는 이러한 만인권을 민법에서 규정하고 있다(Art. 699 ZGB).

발전하고 있다. 그러나 인간은 토지위에서 토지를 함께 이용하면서 살아가야 한다. 그렇지만 근대사회 이래의 개인주의적 토지소유권의 인정으로 이기적이고 개인주의적 토지이용제도를 운용하고 있다. 그러나 인간 사회는 공동체를 이루어 살아가야 하기 때문에 공동체의 공동의 토지이용제도는 인간의 생존과 인간다운 삶을 위하여 필요하다. 그러므로 아무리 토지소유권을 강하게 보호하고 토지소유자와의 약정에 의한 타인소유토지의 개인주의적 이용법제에서도 공동체적 토지이용제도를 규정하지 아니할 수는 없다. 우리 민법도 예외는 아니다.

우리 민법은 법정의 공동체적 토지이용제도로 특수지역권을 인정하고 있고, 일본 민법은 입회권을 규정하고 있다. 그리고 북구제국에서는 만민권을 모든 인간에게 자국의 토지를 심신의 치유와 회복, 그리고 인간다운 삶을 위하여 천연의 자연을 공동으로 이용할 수 있도록 하고 있다. 이러한 공동체적 토지이용권은 모두 관습에 의해서 형성된 권리이며, 그 내용도 관습에 의하여 결정된다.

그러나 우리의 특수지역권은 개인주의 사상에 기초하여 공동체 토지이용제도로 입법되어 있으며, 입회권은 강한 공동체주의 사상에 기초하여 공동체의 토지이용제도로 규정되어 있다고 평가된다. 만민권은 사해동포주의 사상에 기초한 공동체적 토지이용제도로 규율되고 있다고 평가된다.

사회도 개인주의 사회에서 공동체주의를 요청하는 사회로 발전하고 있다. 공동체주의가 반영된 미래 사회의 모습이 바로 협동사회, 연대사회, 공동이용사회이다. 따라서 토지이용제도도 이러한 사회의 변화에 부합하는 방향으로 발전되어야 한다. 공동체적 토지이용이 확대되고 강화되는 방향으로의 발전이 필요하고 또한 요청된다. 그리하여 우리의 특수지역권을 공동체주의의 사회사상을 실현할 수 있는 방향으로 그 내용을 수정, 보충하여 현대화하여야 한다고 생각된다.

## (2) 토지로부터의 수익 취득에서 심신의 치유와 회복을 위한 특수지역권으로의 전환

개인의 상업적 목적으로만 천연의 자연을 이용하여 수익을 취하게만 하는 토지이용권을 규율할 것이 아니라, 공동체 구성원의 이익과 심신의 치유 및 회복을 위하여 산지에의 조림과 육림 및 이용, (소)하천의 개발과 이용, 해안의 유지와 관리가 오늘날과 같은 과학만능, 물질만능의 시대에는 강하게 요청된다. 자연이 주는 치유와 회복의 능력을 모든 사회구성원들이 향유할 수 있는 토지이용제도로의 전환이 요청되고 있다.

천연의 자연은 인간 모두를 위한 공동재이다. 인간공동체인 자연을 개인만이 이용하고 향유하는 것은 자연의 이치에 반하며, 인간 개인만의 자본과 노력만으로는 천연자연을 보전하고 유지하고 보호함에는 한계가 있다. 농경지는 개인에 의해서도 유지, 보전, 보호가 가능하지만 임야, 하천, 해안 등은 개인의 자력만으로는 한계가 있다. 공동체구성원의 관심과 협력이 있어야 가능하다. 그러한 공동체에 의한 자연의 유지, 보호, 활용이 가능할 수 있는 방향으로의 공동체적 토지이용제도로 특수지역권의 내용을 수정하여야 한다.

이와같은 공동체주의의 사회사상에 기한 특수지역권의 공동체적 토지이용제도로의 전환은 공동체 구성원간의 결속을 다지는 하나의 방안이며, 공동체의 토지이용을 통하여 사회구성원간의 사랑을 실천할 수 있게 하는 하나의 방법이 될 수 있다고 생각한다. 공동체주의는 인간의 자유를 인정하지만, 인간의 이기심을 제어하면서 공동체가 협력할 수 있는 전통을 형성하고 이를 후대에 전수해 나가자 하는 사회사상이다. 토지이용에 있어서 공동체주의는 모든 토지에 적용할 것을 요청하는 것은 아니며, 농경지, 택지, 사업용지 등은 개인의 소유와 개인의 독점적 이용에 맡기고, 임야, 하천, 해안 등의 공동체 이용에 맡겨도 좋을 토지에 대하여 적용하자는 것이다. 그 대표적인 사례가 바로 경관권이라 생각된다.

오늘날은 토지를 소유하지 못하는 사람들이 토지로부터의 심신의 치유와 회복을 더욱 필요로 한다. 그것이 가능하기 위한 토지이용제도의 창안이 필요하고 요청된다. 그것은 임야, 하천, 해안을 모든 사람들이 공동으로 이용할 수 있도록 특수지역권을 공동체적 토지이용제도로 전환해 나가야한다고 생각한다.

## 2. 방법

### (1) 특수지역권의 내용의 변경

특수지역권의 권리내용이 현재로는 토지수익권으로 규정되어 있으나 이를 자연향유권으로 변경함이 타당하다고 생각된다. 그리고 자연을 보호하고 유지하도록 하는 의무를 함께 규정함이 타당하다고 생각된다. 산지의 조림, 육림, 소하천의 개발, 습지의 보전, 해안오염의 방지의무 등을 특수지역권의 내용으로 함께 규정함이 타당하다고 생각된다. 그리고 특수지역권이 천연자연이 주는 유형, 무형의 이익을 향유할 수 있는 권리임과 동시에 자연을 보호하는 의무를 갖는 의무적 내용의 권리로 규정함이 타당하다고 생각된다. 그리고 자연에 서식하는 동식물도

같은 자연에서 인간과 함께 더불어 살아가야 함으로 동식물을 보호할 의무도 함께 규정하여야 한다. 더 나아가 자연을 이루고 있는 무생물도 역시 침해하지 아니할 의무를 담아야 한다.

그리고 이러한 새로운 내용의 특수지역권은 새로운 관습에 의해서도 성립될 수 있으며, 계약에 의해서도 성립될 수 있는 권리로 규정하고, 국민 누구나 모두가 향유할 수 있는 권리가기 때문에 등기를 요하지 않는 권리로 함이 바람직하다고 생각된다.

## (2) 특수지역권의 권리주체의 확대

특수지역권의 권리주체를 현재는 집합체를 이루고 있는 일정한 지역의 주민으로 한정하고 있으나, 모든 국민으로 확대함이 타당하다고 생각된다. 자연향유권으로의 특수지역권의 전환은 특정지역의 주민만이 당해 지역의 토지향유권일 수는 없다. 이제 모든 국민이 개인적으로도 집합체로서도 향유할 수 있는 권리로 전환하여 모든 국민은 물론 외국인도 우리의 자연과 조화를 이루어 우리의 자연을 향유할 수 있도록 그 권리주체를 전국민과 외국인으로 확대하여야 한다.

## (3) 특수지역권의 객체의 확대

특수지역권의 객체로서 현재는 토지만으로 규정하고 있지만, 자연으로 확대하여야 한다. 산지, 하천, 해안이 모두 자연향유권의 객체로 되어야 한다고 생각한다. 개인적 이용이 보호되어야 할 농경지, 택지, 사업용지 등은 자연향유권에서 제외하여야 한다. 그러나 농경지, 택지, 사업용지 등이 이용되지 않아 천연의 자연으로 회복된 경우에는 자연향유권의 객체가 된다고 해석하여야 한다.

## (4) 경관권의 특수지역권으로의 흡수

특수지역권을 자연향유권으로 전환하면 현재 경관법(2007년 제정)에 의하여 인정되고 있는 경관이익 내지 경관권은 자연히 자연향유권에 포섭이 되게 된다. 현재의 경관권은 경관법의 제정에 의하여 주민들이 향유하게 되는 반사적 이익으로 이해되며 적극적인 권리로는 인정되지 않고 있다.<sup>189)</sup> 경관이란 자연, 인공 요

189) 윤철홍, “경관이익의 보호에 관한 사법적 고찰(1)”, 土地法學 第29-2號 (社)韓國土地法學會 2013年 12月 30日), 10면.

소 및 주민의 生活相 등으로 이루어진 일단의 지역환경적 특징을 나타내는 것으로서(경관법 제2조 1호), 이러한 경관에는 자연경관, 문화경관, 역사경관 등을 포함한다.<sup>190)</sup> 특수지역권의 현대화의 내용으로서는 자연경관만을 그 대상으로 하며, 문화경관과 역사경관은 제외함이 타당할 것으로 생각된다. 그리고 경관이익은 반사적 이익지만 권리의 본질에 관한 이익설에 의하면 경관권이다. 또한 환경권의 입장에서 보면 경관권은 환경권에 속하다. 그러므로 경관권을 반사적 이익으로보다는 권리로 파악함이 타당하다도 판단된다.

경관권은 일조권, 조망권과 함께 환경권을 구성한다. 그러나 권리의 내용과 법적성질은 조금씩 다르다. 일조권은 햇빛을 받고 쬐 수 있는 권리로서 심신의 건강한 상태의 유지, 치유와 회복, 작물의 재배 등을 위한 인격권적 성질과 재산권적 성질 및 환경권적 성질을 가지는 개인적 권리이며, 조망권은 자연현상을 전망할 수 있는 권리로서 인격권적 성질은 약하고 재산권적 성질과 환경권적 성질이 강한 권리로서 역시 개인적인 권리이다. 그러나 경관권은 자연경관을 향유할 수 있는 권리로서 이를 사회적 관점에서 파악한 권리로서 인격권적 성질과 환경권적 성질이 강하고 재산권적 성질은 극히 약한 개인이 향유하지만 공동체구성원으로서 갖는 권리로서 공동체적 자연향유권이다. 따라서 일조권과 조망권의 침해는 개인적 이익의 침해로 파악되며, 경관권의 침해는 사회적 이익의 침해로 파악된다.<sup>191)</sup>

생각건대 일조권과 조망권을 모두 경관권으로 흡수하여 일원화하고 경관권을 특수지역권에 흡수시켜 특수지역권을 공동체적 자연향유권으로 현대화함이 바람직할 것으로 생각된다. 따라서 특수지역권을 만인권으로 발전적으로 전환해 감이 필요하다고 생각한다.

그리고 국민신탁법(정식법명: 문화유산과 자연환경자산에 관한 국민신탁법(2006년 제정)에서 규정하고 있는 자연환경자산(동법 제2조 3호)도 경관권의 대상으로서 이에 대한 향유권 역시 당연히 만인권이다. 또한 지난 해에 제정된 갯벌 및 그 주변지역의 지속가능한 관리와 복원에 관한 법률<sup>192)</sup>(약칭: 갯벌법)에 의한 갯벌향유의 권리도 경관권의 포함되는 만인권의 내용을 이룬다. 그리하여 특수지역권을 공동체주의 및 사해동포주의 사상에 기초하여 임야, 하천, 해안, 습지 등 천연자연의 향유권인 만인권으로 현대화함이 바람직하다고 생각한다.

190) 上揭論文, 3면.

191) 그리하여 경관권을 조망권의 광역화 현상이라고 하는 견해가 있다(上揭書, 4면).

192) 2019. 1. 15., 법률 제16276호로 제정, 2020. 1. 16.시행

### (5) 천연자연 보호의무의 강화

천연자연의 향유권으로 특수지역권을 현대화함에 있어서는 특수지역권을 권리 입과 동시에 자연에 대한 존중의 의무도 내용으로 하도록 하여야 한다. 단순히 자연이 주는 天惠의 혜택을 누리기만 하는 권리가 아니라, 동식물과도 함께 자연을 향유하는 권리로 자연의 보전, 유지, 보호에 관한 의무도 그 내용으로 규정함이 이상적이라 생각한다. 특히 동물의 번식기에는 동물의 평온한 상태를 깨뜨리지 않도록 하여야 할 의무를 부과하고, 하천, 해안의 청정상태의 유지의무를 부과함이 타당하고 생각한다.

자연을 향유함에는 본래의 자연상태의 유지에만 그칠 것이 아니라, 개발도 병행하여 자연향유의 질을 높이고, 거동이 불편한 국민들도 자연향유권을 충분히 누릴 수 있는 시설을 설치함도 적극적으로 추진하여야 한다고 생각된다. 또한 맑고 고요한 자연 속에서 심신의 치유를 위하여 자신의 신앙에 따라서 기도할 곳도 마련함이 요청되며, 기온의 차이로 인한 건강상의 문제를 극복할 수 있는 냉난방 시설도 함께 설치하여 노인, 병약자, 장애인 등 모든 사람이 천연의 자연을 향유할 수 있도록 하여야 할 것이다.

자연향유권으로의 특수지역권의 현대화에 의하여 자연과 인간이 조화하고 인간이 자연을 아름다움과 경이로움을 느끼고 자연에 대한 경외와 이웃에 대한 관용의 심성을 키울 수 있게 특수지역권이 운용되도록 하여야 할 것이다. 그리하여 이기적이고 개인주의적인 자연이용을 넘어 공동주체주의에 기초한 공동체적 자연향유를 통하여 모두가 평정된 마음을 갖게 하고 서로 사랑하는 관계를 이루어 나가도록 함이 이상적인 토지이용정책의 방향이라 생각한다. 따라서 특수지역권의 현대화는 단순히 개인주의적인 토지이용제도에서 공동체적 토지이용제도로의 전환만에 그치는 것이 아니라, 공동체적 천연자연 향유권으로의 전환에 의하여 심신의 치유와 회복은 물론 인간의 심성을柔하게 하고 서로 관용하는 사랑의 사회를 만들어 나가는 토지이용제도로의 대전환을 위한 구상이라 평가할 수 있다.<sup>193)</sup>

---

193) 현행 민법의 내용은 권리중심으로 그 내용이 구성되어 있고, 권리주체가 권리의 객체에 대한 이익 향유를 내용으로 하고 있다. 이러한 현행 민법의 기본구조는 재구성되어야 한다고 생각한다. 권리의 주체인 인간이 객체가 주는 이익만을 향유하는 이기적인 권리 중심의 민법에서, 객체를 보호하고 유지하고 인간과 함께 더불어 조화롭게 생존을 이어갈 수 있도록 할 의무도 함께 부담하도록 하는 방향으로 민법의 기본구조가 변해야 할 것으로 생각한다.

## VI. 결론

토지는 인간 모두를 위하여 창조주가 값없이 인간 모두에게 준 것이다. 그러므로 토지는 본래 인간의 공동재 내지 공공재이었다. 토지가 그 물리적 성질이 공동재 내지 공공재임은 인류 역사의 시작과 함께 시작되어 지금도 변함이 없다. 이처럼 토지는 인간이 공동으로 이용하도록 자연에 의하여 주어져 고대와 중세의 농업중심의 경제사회에서는 공동체가 토지를 공동으로 이용하여 왔다. 그러나 근세사회에 들어와서는 개인주의, 자유주의 사상의 시민사회가 열리게 되어, 개인주의적인 토지사소유권의 인정과 강한 보호로 공동체적 토지이용이 개인주의적인 토지이용으로 바뀌게 되었다.

근대사회의 초기에 개인주의적 토지이용으로 바뀌게 되었지만, 개인주의적 토지이용은 농경지와 택지에 집중되고 산림원야는 여전히 공동체의 공동이용이 이루어졌다. 산림원야의 공동체적 이용이 이루어졌던 농업중심의 사회에서는 산림원야의 공동이용의 내용은 관습이 되어 지켜지고 또한 전승되어 왔다. 그러나 과학의 발달에 의한 산업화의 진행과 함께 농업중심의 사회는 상품교환경제의 사회로 발전하고, 농업중심경제시대의 공동체적이용의 대상이었던 산림원야도 개인소유와 개인이용으로 점차 전환되었다. 그리하여 오늘날은 모든 토지에 대하여 개인소유, 개인이용이 원칙이고 더욱 심화되어 가고 있는 실정이다.

오늘날은 토지의 개인소유, 개인이용이 원칙이지만, 다른 한편으로 인간은 사회적 존재로서 공동체를 이루어 살아가야 할 존재이기 때문에 공동체적 토지이용 역시 약화되기는 하였지만 완전히 사라지지는 아니하고 그 역사적 잔재가 이어져 오고 있다. 그리하여 개인주의적 근대민법에서 관습으로 인정되어 온 공동체의 산림원야의 공동의 토지이용제도를 법률로 규정해 두고 있다. 그러한 공동체적 토지이용제도가 바로 우리 민법의 특수지역권, 일본의 입회권이며, 핀란드에서는 관습에 의한 만인권을 오늘날에도 발전적으로 유지하고 있다.

산림원야의 공동체에 의한 공동이용의 목적도 인간생존을 위한 공동이용에서 도시생활에 지친 인간의 심신의 치유와 회복을 위한 자연향유의 권리로 전환해 나가야 할 필요성이 증대되고 있다. 심신의 치유와 회복 및 인간다운 삶을 위한 공동체의 토지이용은 만인권에서 가장 잘 나타나고 있다. 우리의 특수지역권은 개인주의에 입각한 공동체의 공동토지이용제도이며, 따라서 일본의 입회권에 있어서 보다 공동체주의적 정신이 박약하며, 만인권과 같은 수준의 심신의 치유와



회복 및 인간다운 삶을 위한 자연향유권으로는 전혀 변화와 발전을 하지 못하고 있으나, 만인권과 동일한 목적과 내용의 공동체 토지이용제도로의 전환이 필요하고 또한 요청되고 있다. 경관법, 국민신탁법 등 특별법에서 만인권 사상을 부분적으로 실현할 수 있는 공동의 토지이용제도를 규정하고 있으나 이를 특수지역권으로 흡수하여 특수지역권이 만인권과 동일한 수준의 공동체적 토지이용제도로 현대화할 필요성이 강하게 요청된다고 판단된다. 이러한 방향으로의 특수지역권의 현대화는 인간과 자연이 조화를 이루며, 값없이 자신을 다 내어주는 자연으로부터 관용의 정신을 함양하고, 인간이 천연자연과 동식물을 존중하는 토지이용제도로의 발전이고 전환이라 생각한다. 또한 이는 인간과 인간이 서로 사랑할 수 있도록 하는 공동체적 토지이용방법이라 생각한다.

생각건대 인간은 자연인으로서 독립한 인격체로서 토지이용에 있어서도 개인이용이 적절하다. 그러나 한편으로 인간은 사회적 존재로서 공동체를 이루고 살아가야 함으로 토지이용에 있어서 공동체주의에 입각한 공동체적 토지이용이 필요하다. 이러한 토지의 개인이용과 공동체에 의한 공동이용은 적절히 조화를 이루어야 한다. 토지이용에 있어서 개인이용의 원칙에 공동체적 공동이용의 확대주장은 개인주의에 공동체주의에 의한 변화와 수정이 있어야 함이 필요하다는 사회사상의 표현이다.

## 참 고 문 헌

### <국내저서 및 자료집>

- 고상룡, 물권법, 법문사, 2002.
- 김상용, 韓國法史와 法政策, 피앤씨미디어, 2014.
- , 西洋法史와 法政策, 피앤씨미디어, 2014.
- , 물권법, 제4판, 화산미디어, 2018.
- , 민법총칙, 제4판, 화산미디어, 2018.
- , 토지정의론, 법과 성서와 역사 연구소 연구시리즈 제2권, 피앤씨미디어, 2017.
- , (법정책 방향으로서의) 정의와 사랑, 피앤씨 미디어, 2019.
- 김상용 저, 정우형 증보, 토지법, 법원사, 2004.
- 독일법령용어집, 한국법제연구원, 2008.
- 민법주해(VI): 물권(3), 박영사, 1992.
- 민법개정총서 3: 2004년 법무부 민법개정안, 총칙·물권편, 법무부, 2012.
- 민법개정총서 6: 2013년 법무부민법개정시안 조문편, 법무부, 2013.
- 민법안심의록 상권, 1957
- 민법안의견서, 민사법연구회 편, 일조각, 1957.
- 민법주해(VI): 물권(3), 박영사, 1992.
- 세계 주요국의 산림·임업법률연구: 임업연구원 연구자료 제66호, 임업연구원, 1992. 5.
- 蘇聯 中國 및 滿洲民法典: 法務資料 第 3輯, 法務部調查局, 1948.
- 양천수, 제4차 산업혁명과 법, 박영사, 2017.
- 조정주 옮김, 일까 파이팔레 엮음, 핀란드는 어떻게 복지 선진국이 되었나, 니케북스 (Nike Books), 2018.
- 주요 구법령집(상), 법원행정처, 1952.
- 현승중 저, 조규창 증보, 게르만법, 박영사, 1989.
- 현행 이원적 부동산등기공시제도의 발전방안에 관한 연구, 사법정책연구원 편, 2014.
- Cho, Kyu-Chang, Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch: Textausgabe, Bak Young Sa, 1984.

### <일본저서>

- 近江幸治, 民法講義 II: 物權法, 成文堂, 2010.
- 北條 浩, 入会・入会権とローカル・commons, 御茶ノ水書房, 2014.
- , 入會の法社會學 (上), 御茶の水書房, 2000.
- , 入會の法社會學 (下), 御茶の水書房, 2001.

- 中尾英俊, 入會權の判例總合解説, 信山社, 2007.  
-----, 入會林野の法律問題, 新裝版, 勁草書房, 2009.  
-----, 入會權, その本質と現代的課題, 勁草書房, 2016.  
渡邊洋三, 入會と法, 東京大學出版會, 1972.  
渡邊洋三 編著, 入會と財産區, 勁草書房, 1974.  
川島武宜 編集, 注釋民法(7): 物權(2), 有斐閣, 1980.  
稻本洋之助 外 2人, 日本の土地法: 歴史と現状, 第2版, 成文堂, 2010.  
産根裕子, 高橋大祐, 土地資源をめぐる紛争: 規制と司法の役割, 日本評論社, 2015.  
田山輝明, 土地法の歴史と課題, 成文堂, 2015.  
松井宏興 外 4人, 民法講義(物權法), 第2版, 信山社, 2005.  
石田文次郎, 村 教三, 滿洲民法(物權), 有斐閣, 1942.  
柚木 馨, 滿洲民法讀本, 新京, 滿洲有斐閣, 1942(康德 9年).  
山野目章夫, 不動産登記法, 株式會社商事法務, 2011.  
水本 浩, 平井一雄, 日本民法學史: 各論, 信山社, 1997.  
일본의 지방자치 2016 (2018 개정판), 일반재단법인 자치체국제화협회, 2019.

<서구 저서 및 논문>

- Baur Jürgen, Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., C.H.Beck, 2009.  
BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), 79. Aufl., C.H.Beck, 2017.  
Dübeck Inger, Einführung in das dänische Recht, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.  
von Gierke Otto, Das Wesen der Menschlichen Verbände, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1902.  
-----, Association and Law, edited and translated by George Heiman, University of Toronto Press, 1977.  
Kaser Max, Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, 18. Aufl., C.H.Beck, 2005.  
Kersting Wolfgang, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart, Weimar, Metzler Verlag, 2000.  
Mitteis Heinrich, Heinz Lieberich, Deutsches Privatrecht, 9. Aufl., C. H. Beck, 1981.  
-----, Deutsche Rechtsgeschichte, 15. Aufl., C.H.Beck, 1978.  
Raiser Thomas, Das lebende Recht, 3. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.  
Ring Gerhard, Olsen-Ring Line, Einführung in das skandinavische Recht, 2. Aufl., C.H.Beck, 2014.

Robertson Heidi Gorovitz, "Public Access to Private Land for Walking: Environmental and Individual Responsibility as Rationale for Limiting the Right to Exclude", *The Georgetown International Environmental Law Review*, Vol. 23, Georgetown University Law Center, 2011.

*The Constitution of Sweden*, with an introduction by Magnus Isberg, Stockholm, Sveries Riksdag, 2016.

Sawers Brian, "The Right to Exclude from Unimproved Land", *Temple Law Review* Vol. 83, Temple University Beasley School of Law, 2011.

*Swedish Legal System*, ed. by Michael Bogdan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2010.

〈국내논문〉

강승목, "특수지역권에 관한 소고", *한양법학* 제16권, 한양법학회, 2004.12.

강영심, "일제의 한국산림수탈과 한국인의 저항", *이화여자대학교 박사학위논문*, 이화여자대학교 대학원, 1997.

강정원, "1910년대 일제의 조선산림 소유와 이용에 관한 인식: 공동체적 소유와 입화권을 중심으로", *한국민족문화* 제56권, 부산대학교 한국민족문화연구소, 2015. 8.

-----, "일제의 조선 산림 관습조사와 그 성격", *한국민족문화* 제68권, 부산대학교 한국민족문화연구소, 2018. 8.

김상용, "韓國에서의 物權變動에 관한 法理論, 判例 및 法制度의 變遷", *우리 법 70년 변화와 전망 - 사법을 중심으로 - : 청헌 김증한 교수 30주기 추모논문집*, 법문사, 2018. 10.

-----, "관계적 소유권의 극복", *부동산포커스*, Vol.114, 한국감정원 KAB부동산연구원, 2018. 11.

김영희, "독일 프랑스 일본 민법상 총유와 특수지역권적 권리," *법사학연구* 제59호, 2019.

-----, "의용민법 시대와 합유와 총유의 혼동", *민사법학* 제90호, 한국민사법학회, 2020. 3.

김재형, "2000년대 민사판례의 경향과 흐름(채권법)-일조권·조망권", *민사판례연구* 33 (하), 한국민사판례연구회 편, 박영사 간행, 2011. 2. 28.

서희석, "한국민법에 대한 일본민법의 영향과 향후의 과제: 비교법의 연구대상으로서의 일본민법을 위하여", *민사법학* 제52호, 한국민사법학회, 2010. 12.

안동섭, "韓國入會權에 關한 小考", *서울大學校大學院 법학석사학위 논문*, 1960

윤철홍, "경관이익의 보호에 관한 사법적 고찰(1)", *土地法學* 第29-2號, (社)韓國土地法學會 2013年 12月 30日.

-----, "경관법상 '경관협정'에 관한 사법적 고찰(1)", *法學研究* 第24卷 第2號, 忠南大學校 법학연구소, 2013. 12.

-----, "소유권론의 변천과 과제", *우리 법 70년 변화와 전망 - 사법을 중심으로 - : 청헌 김증한 교수 30주기 추모논문집*, 법문사, 2018. 10.

공동체적 토지이용의 확대 필요성에 관한 연구: 특수지역권의 현대화를 중심으로

이광윤, “경관법 제정의 세계화와 한국의 과제”, 성균관법학 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2012. 9.

이덕승, “특수지역권의 재고”, 財産法研究 제27권 제2호, 한국재산법학회, 2010. 10.

이원택, “근대적 소유권의 확립과 관습적 권리의 박탈: 융희 2년(1908)의 산림법을 중심으로”, 정치와 평론, 제6집, 2010. 5.

이홍렬, “자연부락의 재산귀속관계”, 성균관법학 제25권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2013. 6.

임상혁 역, 코구치 히코타 집필, “일본 통치하의 '滿洲國'의 법”, 法史學研究 第27號, 한국법사학회, 2003.01.

-----, “동리의 당사자능력과 조선고등법원의 관습선언”, 법사학연구 제28호, 한국법사학회, 2003.

조재연, “특수지역권에 관한 고찰”, 숭실대학교대학원 법학석사학위논문, 1990. 2.

Resume

**A Study on Necessity of Enlargement of Communitarian  
Land Use  
- In Terms of Modernization of Special Servitude -**

Sang Yong Kim\*

Land is bestowed by the Creator to whole mankind without payment. Land is essential for living and production of all peoples. Land is common goods for all peoples. Therefore, land shall be used for all peoples, not for an individual person. But land is owned by an individual person and used only for the individual owner. Since modern times, such a individualistic land ownership and individualistic land use have been legally systematized in accordance with then social thought, i.e. individualism.

Economically in the period of agricultural economy, land has been collectively cultivated by farmers. Especially during the agricultural economic period, forest land had been collaboratively used by all inhabitants of each village, even though agricultural or housing land would have been individually used by each inhabitant. Historically, economic structure has been evolved from agricultural economy into exchange economy of goods. The agricultural economy had been lasted for a long period from the ancient times.

During the long period of agricultural economy, customs for orderly collective use of forest land by village inhabitants have been constituted and evolved. Such customs were good traditions for peaceful coexistence of village inhabitants. The customs have been kept by village inhabitants and passed hereditarily from generation to generation, even in the period of the exchange economy.

---

\* Member, The National Academy of Sciences, Republic of Korea

Furthermore, the customary practice of the collective forest land use had been acknowledged as a right of village inhabitants.

The customary right of collective forest land use has been prescribed as a statutory right in the modern civil code. In the Korean Civil Code, it has been prescribed as special servitude and in the Japanese Civil Code, it has been provided as the right of common. In Finland, it has been kept as a customary right, i.e. everyman's right to land. Even though Korea and Japan have legislated the customary collective forest land use as a common right of village inhabitants to land, and Finland have kept it by customary law, the basic philosophy and the characteristics of each right of collective forest land use are a little different. The Korean special servitude has been legislated on the basis of individualism, the Japanese right of common on the basis of communitarianism, and the Finnish everyman's right on the basis of cosmopolitanism. The contents of the Korean special servitude are constituted and stipulated as a right to gain profits from the forest land, the Japanese right of common as a right to gain profits from forest land and at the same time a duty to plant trees on the forest land. The Finnish everyman's right as a right to enjoy nature and at same time a duty to respect the nature. Korean special servitude and the Japanese right of common are allowed to only village inhabitants, but the Finnish everyman's right is allowed all Finnish peoples and foreign visitors to Finland.

It is hoped that the Korean special servitude shall be modernized into a right of all peoples as Finnish everyman's right. Furthermore, its content shall be supplemented and changed into a right to enjoy the natural environment.

<Keywords>: special servitude, right of common, everyman's right, individualism, communitarianism, cosmopolitanism, individual land use, communitarian land use, cosmopolitan land use, modernization, forest land, waste land, common goods.

