

산삼 심마니 채삼 관습과 민법상 특수지역권

Wild Ginseng Digger's Digging Custom and Its Special Servitude of Korean Civil Act

배병일*

Byungil Bae*

초 록

주제어

- 인삼 심마니
- 채삼 관행
- 특수지역권
- 관습법
- 법인 아닌 사단
- 입회관행

우리나라를 인삼 종주국으로 자리매김한 고려인삼의 기원은 산삼이다. 그 산삼의 채삼 관습의 근거를 조선왕조실록, 일제 강점기 법령, 우리나라 산림법령과 민법 등에서 찾고자 하였다. 조선 시대와 일제 강점기 이전에는 심마니 채삼 관습은 입회관행으로 존재하였지만, 1910년 일제는 강점기 동안 우리나라 고유한 입회권 법리를 왜곡하였다. 일제가 왜곡한 입회권 법리는 해방 이후에 계속돼 1960년 민법 시행 때까지 유지되었다. 민법 시행 이후 입회권 법리는 특수지역권으로 바뀌었다. 입회권의 연원은 조선 시대의 시초장으로 난방용 땀감이나 사료용 풀을 채취할 수 있는 시초장은 조선 시대 그 당시 지역주민이 생존할 수 있는 최소한의 생존권이자 권익이었다. 생존권으로서의 입회권이었기 때문에 일제가 이를 폐지하려고 시도하였지만 실패하였다. 그럼에도 일제가 왜곡한 입회권 법리는 산림관련법령 등에서 지금까지도 유지되고 있다. 1945년 광복이 된 지 70년이 지난 이제는 일제의 심마니 채삼 관습에 관한 왜곡된 법리에서 탈피하여야 하고, 채삼 관행의 근거가 입회관행에서 민법상 특수지역권으로 변화된 것을 인정하여야 한다. 이에 심마니 단체는 법인 아닌 사단이고, 심마니의 채삼 관행은 민법상 특수지역권으로 법리 구성할 수 있고, 심마니의 산삼 채삼 행위는 관습법적으로 유효하다고 보아야 한다. 이를 통해 인삼과 관련된 산삼 채취행위에 관한 법적 성질과 그 근거를 명확히 할 수 있고, 심마니 채삼 행위의 민사법적 책임소재도 명확하게 할 수 있을 것이다.

* 영남대학교 법학전문대학원 명예교수

Emeritus Professor, Law School, Yeungnam University, Korea

E-mail: bibae@yu.ac.kr

ABSTRACT

Keywords

- Wild-ginseng digger
- Digging custom
- Special servitude
- Customary law
- Unincorporated association
- Common customs

This study looks at the origin of a wild-ginseng, Korean ginseng, and traces the origin of associated wild-ginseng digging customs back to the Annals of the Joseon Dynasty. These historical customs helped Korea gain control over its wild ginseng resources following Japanese colonization acts, Korea's present-day forest laws, and Korean Civil Law. Prior to Japanese colonial rule in Korea (1910–1945), ginseng digging was a common custom, but Imperial Japan distorted Korea's own legal principles of the public rights of wild-ginseng digging during this colonial period. Distorted legal principles concerning digging customs continued after Korea's liberation from Japanese rule and were maintained until the enforcement of the Korean Civil Law in 1960, when legal principles of the right of common were changed to special servitude. The origin of the right of common can be found in the *Sichojang* of the Joseon Dynasty. The *Sichojang*, a place where local residents jointly collected firewood and fed livestock, was the minimum right to life and interest at the time. Since the right of common was the right to life, Imperial Japan attempted to abolish it, but it was never successful. In addition, distorted legal principles have been maintained in present-day forestry-related laws and regulations.

Over 75 years since the liberation from Japanese rule in 1945, it is imperative to break away from the distorted legal principles and acknowledge that digging custom rights have changed from common customs to a special servitude under Korean Civil Law. Hence, an organization of wild-ginseng diggers is an unincorporated association, and their wild-ginseng digging customs can be constituted as a special servitude. Hence, their practices should be considered valid under customary law. Through this, it will be possible to clarify the legal nature and grounds for ginseng-related wild-ginseng digging activities, as well as the civil responsibility for the activities of wild-ginseng diggers.

I. 머리말

1. 기존의 연구

심마니는 산삼을 채취하는 사람을 말하고, 심메마니라고도 한다. 산삼은 높고 깊은 산에서 자연적으로 자라는 삼으로, 인공적으로 밭에서 재배하는 인삼과는 다르다. 일반적으로 산삼은 인삼보다 약효가 좋다고 하지만, 그 수량은 매우 희귀하다. 일반인은 산삼을 심마니가 삼을 돈을 때(깎을 때) "심 봤다"라고 외친다고 기억한다. 일반적으로 역사서나 고문헌에서는 인삼이라고 하는 것은 산삼을 의미하는 경우가 많다. 재배하는 인삼은 12세기 전후 고려 시대에 중국의 조공 요구와 우리나라 왕실의 공물 요구로 인한 가혹한 삼폐(蔘弊)를 회피하기 위해서 산삼을 인위적으로 재배하면서 시작되었다.

그동안 인삼에 관한 자연과학적 연구는 국제적으로 많이 수행되었다. 인삼에 관한 인문사회학적 연구는 산삼을 채취하는 심마니에 관한 것이 대부분이다. 이승녕¹⁾, 장태진²⁾, 이길록³⁾, 최승순⁴⁾, 김이협⁵⁾, 배도식⁶⁾, 최범훈⁷⁾, 장정룡⁸⁾, 연호택⁹⁾ 등은 국문학적 또는 민속학적 관점에

서 심마니 또는 심마니가 사용하는 언어에 대하여 연구하였다. 이들 연구는 대부분 8·15 광복 이후에 이루어졌지만, 일제 강점기에도 손진태¹⁰⁾ 등과和田一郎¹¹⁾(와다 이찌로), 今村靱¹²⁾(이마무라 도모), 小倉進平¹³⁾(오구라 신페이) 등에 의한 채삼 관습에 관한 연구가 있었다. 그러나 채삼 관습을 법적으로 분석한 연구는 거의 없었다.

채삼에 관한 법적 연구는 배병일의 심메마니의 채삼 관습에 관한 법사회학적 연구(1994)¹⁴⁾가 처음이다. 이 연구는 1990년대 초반 당시 심마니의 채삼 관습에 대해 법사회학적으로 접근한 것으로 채삼 분배와 관련하여 독매와 원앙매가 존재한다는 사실을 확인한 데에 의미가 있다. 그러나 이 연구에서는 심마니의 채삼 관습을 민사법적으로 검토하거나 분석하지는 않았다.

2. 연구의 목적

일제는 Ⅱ. 3.에서 보는 바와 같이 우리의 입회관행¹⁵⁾에 관한 법문화를 왜곡하였다. 그런데 해방 이후 70여 년이 흐른 현재까지도 우리가 일제의 왜곡된 법리를 계속 적용하는 것은 문제가 있다. 이제는 일제에 의해 왜곡된 산림자원 이용 법리를 청산하고 고유한 우리의 입회권 법리를 찾아 발굴해 이에 기반하여 새로운 우리 법리를 창출해서 심마니의 채삼 활동을 민법상 특수지역권으로 적극적으로 해석할 필요가 있다. 이를 통해서 민법상 특수지역권(민법 제302조)으로서의 입회권을 지역주민에게 되돌려 주어야 할 시기가 왔다고 생각한다.

¹⁾ 이승녕. 「은어고」(일조각, 1957); 이승녕. 「쇄별단체에 들어선 심메마니 은어에 대하여」, 『방언』 4 (한국정신문화연구원, 1980) p.1-21.

²⁾ 장태진. 「지리산지구 산삼채취인 은어의 실태」, 『가람 이병기 박사 송수논문집』(三和出版社, 1966).

³⁾ 이길록. 「채삼인의 은어와 습속」, 『어문학보』 3(1) (강원대 국어교육학과, 1975) p.14-25.

⁴⁾ 최승순. 「강원도지방 채삼인 습속」, 『한국민속학』 8(1) (한국민속학회, 1975) p.46-59.

⁵⁾ 김이협. 「심메꾼(심마니)은어집」, 『방언』 3 (한국정신문화연구원, 1980), p.154-163.

⁶⁾ 배도식. 「심메마니은어의 조어구조」, 『어문학교육』 4 (한국어문교육학회, 1981) p.257-272.

⁷⁾ 최범훈. 「심마니 은어연구」, 『한국문학연구』 6·7 (한국문화연구소, 1984) p.95-128.

⁸⁾ 장정룡. 「오대산 심메마니의 산신제」, 『월간 태백』 9 (강원일보사, 1990).

⁹⁾ 연호택. 「심메마니 은어의 연구: 오대산 지역을 중심으로」, 『관대논문집』 20(1) (관동대학교, 1992) p.79-93; 연호택. 「심메마니 은어의 연구(Ⅱ)」, 『관대논문집』 21(1) (관동대학교, 1993).

¹⁰⁾ 손진태. 「강계 채삼자의 습속」, 『조선민속』 2 (조선민속학회, 1934) p.57-80.

¹¹⁾ 和田一郎. 『山人蔘採り. 朝鮮の匂ひ』 (ウツボヤ書籍店, 1921) p.57-58.

¹²⁾ 今村靱. 「山人蔘採りの風習」, 『靑丘學總』 6 (靑丘學會, 1931) p.113-121.

¹³⁾ 小倉進平. 『朝鮮語方言の研究上』(岩波書店, 1939).

¹⁴⁾ 배병일. 「산삼 채취인-심메마니의 관습에 관한 법사회학적 연구」, 『비교사법』(한국비교사법학회, 1994) p.397-416.

¹⁵⁾ 배병일. 「임야 입회 관행에 관한 문헌적 연구」, 『토지법학』 18 (한국토지법학회, 2002) p.3-23.

따라서 이 연구의 목적은 일제에 의해서 무시되었던 우리 고유한 시초장¹⁶⁾과 입회권을 재검토함으로써 심마니가 가졌던 관습법상의 권리를 되찾아 주기 위한 근거를 찾기 위함이다.

II. 심마니의 관습

1. 심마니

심마니는 일정한 지역에 살면서 그 지역 마을 주변에 소재하는 동네 산을 오르내리며 채삼을 하는 고유한 의미의 심마니와 도시에 살면서 관광의 일환으로 등산을 하면서 취미로 채삼을 하는 관광 심마니가 있다. 전자의 경우에도 전업 심마니와 부업 심마니가 있는데, 조선 시대와 일제 강점기까지는 전업 심마니가 많이 있었지만, 해방 이후에는 부업 심마니가 주류를 이룬다고 한다. 관광 심마니는 법적으로 그 논의의 의미는 없고, 오히려 형법이나 산림자원의 조성 및 관리에 관한 법(산림자원법), 산림보호법 등에 의한 절도죄 문제가 있다.

고유한 심마니의 경우에는 조선 시대 이래로 관습상 계속되어 온 입회권 문제로 다루어야 하고, 이는 민법상 입회권의 법리를 승계한 특수지역권 문제와 관련이 있다. 이 연구에서는 관광 심마니가 아니라 고유한 의미의 심마니로서의 지역민이 다른 지역에 가지 않고 자기가 거주하고 있는 마을의 산에서 채삼 활동을 하는 경우에 한정하여 논의하고자 한다. 심마니가 본인 소유의 산에서 산삼을 채취하는 것은 토지 소유권의 권리행사로써 법적으로 아무런 문제가 없지만, 국가나 지방자치단

체 또는 타인 소유의 산에서 채삼을 하는 것은 법적으로 문제가 있을 수 있다. 그러나 고유한 의미의 심마니의 채삼 활동을 입회권이나 특수지역권의 문제로 파악하게 되면, 심마니가 타인 소유의 토지에서 하는 채삼 활동이 법적인 권원을 가지게 되고, 이에 따라 민사법적 또는 형사법적으로 문제가 되는 것을 극복할 수 있다.

2. 인삼의 소유권

인삼은 자연적으로 자란 산삼과 인삼 씨앗을 산지에 뿌려 재배한 산양삼과 밭에 기른 가삼 등 재배삼으로 구분할 수 있다. 일반적으로 심마니의 채삼 대상은 산삼이지만, 산양삼도 대상이 될 수 있다.

1) 산양삼

자신이 소유한 땅이나 다른 사람의 땅이라 할지라도 허가를 받고 인삼을 재배하는 경우라면 그 소유권은 당연히 재배자의 것이므로 논할 필요가 없다. 그러나 허가받지 아니하고 다른 사람의 땅에 인삼을 재배한 경우에는 그 소유권이 누구에게 있을까? 예를 들면 국유지에 허가받지 않고 산양삼을 재배하는 경우 등에 대하여 그 소유권에 대하여 고찰할 필요가 있다.

산양삼은 개인이 기르는 약초의 일종이다. 산양삼을 농작물로 볼 수 있느냐? 우리나라 판례는 농작물의 소유권은 토지에 부합(민법 제256조)하지 않고 그 경작자에게 있다고 한다. 농작물은 1년생 또는 다년생 작물이 있고, 대법원 판례상 농작물은 모¹⁷⁾, 입도¹⁸⁾, 양파, 마늘, 고추, 약초¹⁹⁾ 등이 있는데 1년생이 대부분이다. 판례상 약초는 소자(蘇子)인데, 소자는 허브의 일종으로 1년생 차조기의 씨앗이다. 대법원은 파종부터 수확까지 수개월밖에 안 걸리고 경작자의 부단한 관리가 필요하

¹⁶⁾ 시초장은 난방용 땃감인 시(柴)와 사료용 풀인 초(草)가 합쳐진 것으로 조선 시대 당시에는 지역주민들이 생존할 수 있는 최소한의 권리 또는 권익이었다. 이 시초장이 조선 말기에는 입회관행으로, 일제 강점기와 구민법에서는 입회권으로 바뀌었고, 민법 시행 후에는 특수지역권으로 바뀌었다. 땃감이 연탄, 기름, 가스로 바뀌고, 풀이 사료로 바뀌었지만, 시초장과 입회권, 특수지역권의 본질은 생존권으로서의 성질을 가지고 있었고, 그 권리의 대상이 산삼, 송이 등 임산물로 바뀌었다고 볼 수 있다.

¹⁷⁾ 대법원 1969. 2. 18. 선고 68도906 판결.

¹⁸⁾ 대법원 1963. 2. 21. 선고 62다913 판결, 대법원 1967. 7. 11. 선고 67다893 판결, 대법원 1968. 3. 19. 선고 67다2729 판결, 대법원 1979. 8. 28. 선고 79다784 판결.

¹⁹⁾ 대법원 1968. 6. 4. 선고 68다613, 68다614 판결.

며, 그 점유의 귀속이 비교적 명백하다는 이유로,²⁰⁾ 농작물은 토지에 부합하지 아니하고 경작자에게 소유권이 귀속한다고 판시하였다. 심지어 타인의 토지에 위법하게 경작 재배되었다더라도 경작자에게 소유권이 있다고 하였다.²¹⁾ 이 경우 명인방법도 필요하지 않다고 하는 견해²²⁾가 있지만, 대법원은 물권변동에 있어서 형식주의를 채택하고 있는 현행 민법하에서는 소유권을 이전한다는 의사 외에 부동산에 있어서는 등기를, 동산에 있어서는 인도를 필요로 함과 마찬가지로 쪽파와 같은 수확되지 아니한 농작물에 있어서는 명인방법을 실시함으로써 그 소유권을 취득한다²³⁾고 하여 명인방법이 필요하다고 하였다. 판례상 농작물은 1년생을 말하고, 다년생 약초인 산양삼의 경우는 이 대법원판례가 유효하지 않게 된다. 그렇다면 다년생인 산양삼도 토지에 부합한다고 보아, 토지소유자에게 소유권이 있다고 볼 수 있을 것이다. 그래서 산양삼은 수년 이상의 다년생 약초이므로 대법원 판례상 농작물에 해당한다고 볼 수 없어 경작자에게 귀속한다고 할 수 없고, 수목과 같이 토지에 부합한다고 보아야 할 것이다. 다만 이 경우 산양삼의 소유권은 토지소유자에게 귀속하지만, 그 토지소유자는 산양삼의 경작자에게 부당이득의 반환 의무가 있을 수 있다(민법 제261조).

그런데 대법원은 경작권은 토지에 농작물을 식부, 재배하는 토지에 대한 일종의 점유권이므로 타인의 토지를 허락 없이 개간 경작하였다고 하더라도 경작권을 취득할 수 있다²⁴⁾고 하였다, 이러한 경작권을 근거로 하여

산양삼의 경우에 그 경작권은 권원에 해당하여 토지에 부합하지 아니한다고 보아, 산양삼의 소유권은 경작자에게 있다고 할 수 있다. 그렇다면, 타인의 토지를 허락 없이 개간 경작하여 삼을 심었을 경우에 경작권 법리에 따르면, 삼을 재배한 토지가 사유지라고 할지라도 삼은 자연히 토지의 소유자에 귀속하는 것이 아니라 토지를 경작하여 삼을 재배한 사람의 소유라고 볼 수 있다. 심지어 토지가 국가 등의 소유라고 할지라도 농작물인 산양삼(약초)을 식부(재배), 개간한 경작자에게 산양삼의 소유권이 있다고 보아야 한다. 따라서 산양삼은 토지 소유권과 관계없이 경작자에게 소유권이 귀속되므로, 산양삼을 경작자가 아닌 타인이 무단으로 채삼을 하면 그 타인은 절도죄의 죄책을 부담하고, 그 타인이 토지소유자라고 할지라도 절도죄의 죄책을 부담한다고 할 것이다. 나아가 비록 그 타인이 심마니라 할지라도 그 산양삼의 소유권을 가질 수 없다.

민법상 산림소유자가 직접 스스로 재배한 약초를 채취할 때는 토지소유자의 소유권 행사로 그 토지 위에 재배한 약초를 채취할 수 있음은 당연하다. 또한 산림소유자의 동의를 받으면 재배 약초를 채취할 수 있는 것은 당연한 규정이다. 산림자원법 제36조 제7항의 규정은 불필요한 규정을 성문화한 것이다. 그렇다고 토지소유자의 동의를 얻지 못하면 도지사, 시장 군수, 지방산림청장의 허가로 토지소유자의 동의에 갈음할 수 있는 것은 아닐 것이다. 산림소유자의 동의를 받으면 재배 약초의 소유권은 그 채취자가 가질 수 있다.

2) 산삼

산삼은 야생에서 자생하는 것으로 따로 경작자가 없다. 경작자가 따로 없는 산삼의 소유권은 누구에게 있는가? 산삼은 임자 없는 물건인가? 민법상 토지의 소유권은 정당한 이익 있는 범위 내에서 토지의 상하에 미치므로(민법 제212조), 임산물의 소유권은 토지소유자에게 귀속되고 토지소유자는 그 임산물을 사용 수익 처분할 수 있다(민법 제211조). 그러나 산삼과 같은 임산물은 토지소유자에게 귀속된다고 하는 것이 법리적으로 타당

²⁰⁾ 대법원 1970. 11. 30. 선고 68다1995 판결.

²¹⁾ 대법원 1963. 2. 21. 선고 62다913 판결, 대법원 1965. 7. 20. 선고 65다874 판결, 대법원 1967. 7. 11. 선고 67다893 판결, 대법원 1968. 3. 19. 선고 67다2729 판결, 대법원 1968. 6. 4. 선고 68다613, 68다614 판결, 대법원 1969. 2. 18. 선고 68도906 판결, 대법원 1970. 3. 10. 선고 70도82 판결, 대법원 1978. 1. 17. 선고 77다1745 판결, 대법원 1979. 8. 28. 선고 79다784 판결.

²²⁾ 곽윤직, 김재형, 『민법총칙』(박영사, 2013) p.235.

²³⁾ 대법원 1996. 2. 23. 선고 95도2754 판결.

²⁴⁾ 대법원 1981. 2. 24. 선고 80다2811 판결.

하지만, 그렇지 아니한 경우도 있다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법(토지보상법)에서는 농작물에 대한 손실은 그 종류와 성장의 정도 등을 종합적으로 고려하여 보상하고(제75조 제2항), 임목 등은 조림된 용재림에 대해서만 보상한다(토지보상법 시행규칙 제39조). 보상 실무에서는 자연적으로 자란 수목의 경우에 따로 보상하지 아니하고 토지보상가에 고려할 뿐이라고 한다. 이는 자연적으로 자란 수목의 경우에는 토지소유자에게 그 수목의 소유권이 없다는 사실을 전제로 하는 것이라고 생각된다. 그렇다면 자연적으로 자란 임산물인 산삼은 토지소유자에게 소유권이 귀속되지 않을 수 있어, 무주의 동산으로 선점의 대상이 될 수 있다고 볼 수 있다.

그런데 산림자원법에서 산림 안에서 임산물을 채취하는 경우에 시도지사, 시장 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다(산림자원법 제36조 제1항). 다만 산림자원법 제36조 제7항과 시행령 제43조 제9호, 시행규칙 제47조 제2항 제6호에 따르면 산림소유자의 동의를 받아 약초를 채취할 때는 시도지사, 시장 군수, 지방산림청장의 허가 또는 신고 없이 임산물을 채취할 수 있다고 하여 토지소유자의 임산물에 대한 소유권을 전제로 하고 있다.

3. 채삼 관행으로서의 입회권과 특수지역권

삼마니의 채삼은 조선 시대까지는 당률이나 명률, 경국대전 등 전근대적 법령과 관습법상 산장수량, 산림천택, 시초장 등에 의해 이루어졌다. 삼마니가 조선 시대 이전부터 채삼인, 채삼꾼으로 존재했던 것은 조선왕조실록에도 기록되어 있다. 조선왕조실록에는 우리나라 산삼의 효능이 뛰어나 이를 채삼하러 중국인들이 우리나라를 자주 침범해²⁵⁾ 조선왕조 내내 양국 간 국경 문제

로 비화되고 있음을 기록하고 있다.²⁶⁾ 또한 산삼을 공물로 바치는 것과 관련하여 삼폐가 심하고, 심지어 산삼 공물을 회피하기 위해 돈으로 사서 공납하거나 다른 지방으로 도망가는 유민의 폐단이 있다는 기록이 있다.²⁷⁾

1910년 8월 29일 일제는 우리나라를 합병하면서 그 당시로는 근대적 민법에 속하였던 일본 민법을 조선민사령(1912년 3월 18일 제정, 제령 제7호)을 통해 강제로 우리나라에 이식시켜 종전의 경국대전 법체제는 일제의 근대적 법령 체제로 바뀌게 되었다. 이후 일제는 조선 시대부터 존재하고 있던 우리나라 고유한 민사 법리를 그들의 관점에서 왜곡하여 종전까지 우리나라에 관행적으로 존재하고 있었던 개간권, 도지권, 소작권, 입회권 등 물권적인 권리를 채권적인 권리로 격하시키거나 없애버림으로써 농민들은 자기가 경작하던 토지를 잃어버리게 되었다. 이에 따라 조선 시대에 존재하던 물권적인 삼마니 관습도 일제하 근대 법령 체제하에서 채권적인 권리로 격하되면서 급속하게 붕괴되었다. 그러나 일제하 조선민사령에 따라 일본 민법이 의용민법으로 우리나라에 적용되었기 때문에²⁸⁾ 그 당시 일본 민법에 규정되어 있던 입회권(제294조)은 우리나라에 유효하게 적용될 여지는 있었다.²⁹⁾

특히 일제는 개인이나 마을이 소유하고 있던 산림 소유권을 삼림법상 신고제에서 미신고를 빌미로 강제로 국유화하였고(1908년 삼림법 제19조), 그 과정에서 일제는 우리나라에는 입회관행이 없다고 하여 입회권도 폐지하여 지역주민들의 건전한 산림자원의 이용도 없애버

²⁵⁾ 선조실록 23권, 선조 22년 7월 12일; 선조실록 71권, 선조 29년 1월 30일; 인조실록 42권, 인조 19년 4월 16일.

²⁶⁾ 최호균, 「16세기 말 채삼 사건과 대역진정책」, 『대동문화연구』 32(성균관대 동아시아학술원, 1997) p. 115-131.

²⁷⁾ 조선 정조실록 9권, 정조 4년 2월 25일; 정조실록 33권, 정조 15년 11월 11일; 정조실록 33권, 정조 15년 11월 14일; 정조실록 49권, 정조 22년 10월 12일.

²⁸⁾ 민사에 관한 사항은 본령 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 다음의 법률에 의한다. 1. 민법(조선민사령 제1조).

²⁹⁾ 공유의 성질을 가지지 아니한 입회권에 관해서는 각 지방의 관습에 따르는 외에 본 장의 규정을 준용한다(일본 민법 제294조).

렸다. 그러나 지역민들이 종래 조선 시대부터 관행적으로 이루어져 오던 산림을 이용한 땔감이나 가축 사료용 풀 채취 등에 관한 관습(柴草場) 유지를 원하는 등 반발이 격심해지자 일제는 삼림령(1911년), 조선임야조사령(1918년), 조선특별연고삼림양여령(1926년) 등을 통하여 입회관행이 있다고 인정, 그 입회관행의 일부를 부활시켜 지역주민에게 불하를 통해 민유(소유권)를 인정하게 하거나 입회관행에 대한 연고권을 인정하여 입회권이나 소유권으로 인정하는 정책을 일제 강점기 내내 유지하였다. 그래서 심마니 채삼 관습도 일제 강점기에서는 입회권으로 보호될 수 있었다.

다른 한편 일제는 부동산법조사회를 1906년에 설치하여 1906년 7월부터 우리나라 부동산에 관한 조사를 시작으로, 1908년 법전조사국을 통해서, 1910년 10월 조선총독부 취조국을 통해서 조사한 결과를 관습조사보고서로 3차례(1910년판, 1912년판, 1913년판) 간행 및 증보 간행하였다. 이후 1912년 4월 조선총독부 참사관실을 통해서, 1915년 조선총독부 중추원을 통해서, 1918년 구관심사위원회, 1921년 구관 및 제도조사위원회를 통해서 우리나라 관습을 조사한 결과를 조선의 조각관습(1929년판, 1930년판)과 민사관습회답취집(1933년판)으로 간행하였다. 일제는 이러한 관습조사를 빌미로 우리의 고유한 물권적인 입회관습 등을 근대화라는 미명으로 채권적인 권리로 무시하거나 외면하였다.

일제하 법령은 1945년 8월 15일 해방 이후 미군정하에서 미군정법령 제21호(1945.11.2.)에 의해 1945년 8월 9일 시행 중인 모든 법률은 全效的으로 존속한다고 하였고, 1948년 정부수립 이후에도 헌법 제100조³⁰⁾에 의하여 계속 유지되어 존속되었다. 이후 제정된 산림보호임시조치법(1951년)에도 입회관행을 가지고 있던 산림계를 인정하였다. 심마니 단체는 산림계로 변신하기도 했지만, 산림계와 따로 조직되기도 하였다. 이 때문에 심

마니 채삼 관습은 그 범위내에서는 보호를 받을 수 있었고, 심마니도 묵시적으로 채삼 활동을 계속하여 왔다. 즉 일제 당시 심마니는 조선 시대부터 내려오던 관행과 관습대로 동네 산에서 채삼 활동을 하였고, 심마니는 자신들이 하고 있는 채삼 활동이 적어도 최소한 법에 의하여 저촉되지 아니하고 관행적으로 계속 유지할 수 있다는 사실을 자각하고, 이에 심마니들은 그러한 법감정(Rechtsgefühl)을 가진 채 채삼 활동을 하였다는 점이다.³¹⁾ 그래서 일제의 입회권 법리는 해방 이후에도 계속 적용될 수 있고, 그 법리는 1960년 1월 1일 민법이 시행되기 이전까지 계속하여 유효하다고 볼 수 있다.

그런데 우리나라는 민법을 1958년 2월에 제정하고 1960년 1월 1일부터 시행하면서 종전 구민법의 입회권을 폐지하고 특수지역권을 신설하였다. 그러나 그 당시 특수지역권에 대해서는 매우 소극적인 해석을 하였고, 채삼 관습과 특수지역권의 관계에 대해서도 제대로 알지 못하였다. 이러한 분위기에서 1961년에 이르러 우리나라는 행정법령인 산림법을 제정하면서, 일제하 산림 관련 법령을 모두 폐지하였다. 산림법에서는 농림부장관은 비상한 재해가 있는 경우에 그 재해를 예방, 방어 또는 그 재해를 복구하기 위하여 자료를 공급하거나 그 이재자에게 건축 수선의 재료 또는 연료를 공급하기 위하여 필요한 때에는 국유림의 산물을 무상으로 양여할 수 있다(산림법 제42조)고 규정하여, 입회관행을 가지고 있던 산림계를 인정함으로써 심마니의 채삼을 합리화시킬 수 있는 근거는 있었다. 그 후 1994년 산림법 개정 때 산림계를 폐지하면서 그동안 유지되어 오던 입회관행이 무시되기 시작하였고, 2005년 산림법을 폐지하

³⁰⁾ 현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다. 여기에서 현행 법령은 일제하 법령으로서 미군정법령 제21호에 의하여 계속 효력을 가지고 있던 법령을 말한다.

³¹⁾ 1990년대 초반 설악산 일대 심마니 관습의 조사를 할 때에 대부분의 심마니들은 그 당시까지 법적으로 문제되는 줄은 몰랐고, 고래로부터의 관행과 관습대로 채삼 활동을 해왔다고 증언하였고, 누구도 그러한 채삼 활동에 대하여 제재나 제한을 한 적은 없었다고 하였다. 또한 채삼 활동으로 얻는 산삼만을 목적으로 하였고, 송이 등에 대해서는 손을 대지 않았다고 하였고, 그 산삼의 가격이 그 당시 소매가격으로는 비쌌지만, 심마니가 중간 거간꾼에게 넘겨주는 값은 그렇게 비싸지는 않았다고 하였다.

고 산림자원법을 제정하면서, 채종립 등에서는 임산물의 굴취·채취의 행위를 하지 못하도록 규정하였다. 다만, 숲 가꾸기를 위한 벌채 및 임산물의 굴취·채취는 채종립 등의 지정목적에 어긋나지 아니하는 범위에서 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 산림청장이나 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에 게 신고하고 할 수 있다(산림자원법 제19조 제5항)고 규정하고, 산림청장은 제19조 제5항 및 제36조 제1항·제4항을 위반한 자를 산림행정관서나 수사기관에 신고하거나 고발한 자에게 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 포상금(褒賞金)을 지급할 수 있다(산림자원법 제66조)고 규정함으로써 심마니의 채삼에 대하여 행정법적으로 제한을 하였다. 또한 제19조 제5항을 위반하여 채종립 등에서 입목·죽의 벌채, 임산물의 굴취·채취, 가축의 방목, 그 밖의 토지의 형질을 변경하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다(산림자원법 제74조 제1항)고 규정하여, 심마니의 채삼 행위를 형사적으로 처벌할 수 있는 근거를 마련하기에 이르렀다. 또한 2010년에 산림보호법을 제정하여 산림보호구역 안에서는 임산물의 굴취(掘取)·채취행위를 하지 못한다(산림보호법 제9조 제1항 제2호)고 규정하고, 제9조 제1항을 위반하여 입목·죽의 벌채, 임산물의 굴취·채취, 입목·죽 또는 임산물을 손상하거나 말라 죽게 하는 행위, 가축의 방목, 그 밖에 대통령령으로 정하는 토지의 형질을 변경하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다(산림보호법 제54조 제2항)고 규정하여, 심마니를 처벌할 수 있는 근거를 중복적으로 규정하였다. 또한 이미 형법상 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(형법 제329조)고 규정하고 있으므로, 소유자의 허락 없이 타인의 산지에서 산삼을 채취하는 심마니를 절도죄로 처벌할 수 있는 근거가 마련되어 있었다. 이처럼 산삼 심마니 채삼 행위는, 본인 소유 산지에서 채삼을 제외하고는, 현행 형법이나 산림보호법상 절도죄나 형사처벌 대상으로 보고 있다.

그러나 위에서 본 바와 같이 심마니 채삼 관습은 조선

전기부터 후기에 이르기까지 뿐 아니라 일제하에서도 유지되었고, 해방 이후에도 계속돼 심마니의 활동은 입회권이나 특수지역권으로 보호받을 수 있었다. 그러나 일제 당시와 해방 이후, 실제로 현장에서 심마니 채삼 활동이 입회권이나 특수지역권으로 보호받지 못한 것은 그 당시 입법자들이 심마니에 대한 관심이 부족했기 때문이다. 또한 심마니의 권익 보호에 소홀했고, 나아가 심마니의 채삼 활동이 입회권에 해당하는지에 대하여 입법자도 몰랐고 심마니 자신들도 몰랐기 때문이기도 할 것이다. 그렇지만 보다 근본적으로는 애초부터 법체계나 법학계에서 심마니에 대한 법적 인식이나 연구가 없었기 때문에 이로 인해 우리 법체계나 법학계가 심마니의 활동이 입회권에 해당하는지에 대하여 알지 못하였거나 관심을 가지지 아니하였다고 볼 수밖에 없다.

심마니의 채삼 활동이 일제 강점기 당시뿐 아니라 광복 이후에도 계속하여 유지됐지만, 뒤늦게 정부가 송이 등 임산물의 채취에 대해서는 1961년 산림법의 제정 등으로 규제와 단속을 함으로써 그제서야 마을 사람들이 신고나 허가를 받아야 채취할 수 있다는 점을 자각하게 되었다. 그러나 1961년 산림법을 입법할 당시³²⁾ 1960년부터 시행된 민법에 입회권이라는 권리를 폐지하고 특수지역권을 신설하였지만, 정부도 특수지역권의 존재 의미를 몰랐을 수 있고, 특히 심마니의 채삼 활동이 입회권이나 특수지역권의 대상이 될 수 있다는 것 자체를 알지 못했을 수도 있는 상태로 지금까지 이어져 왔다고 할 수 있다.

그러나 비록 산삼 등 임산물에 대한 규제나 단속이 있고, 심마니가 그에 대한 인식이 있었다고 하더라도 그것은 행정법적 규제나 형사법적 단속에 지나지 아니하고, 민사법적인 산삼채취에 관한 입회권이나 특수지역권은

³²⁾ 산림법은 1961.12.27.에 제정하고 1962.1.20.부터 시행하였는데, 그 당시 국회는 5·16 쿠데타로 해산되었고, 국가재건최고회의가 입법기관으로서 역할을 하였다. 그 당시 법령을 제대로 입법할 수 있는 인력이나 기구가 없었기 때문에, 일본어에 능통한 교수와 전문인력을 모아서 그 당시 일본 법령을 번역하도록 하여 우리나라 법률을 만들었다고 한다.

소멸하거나 그에 영향을 미치는 것은 아니라고 할 것이다. 나아가 심마니 등 마을주민들이 산림청, 지방자치단체 등과 보호 협약을 체결한다고 하더라도 이미 마을주민이 기존에 가지고 있는 입회권이나 특수지역권을 포기한 것이라고는 볼 수 없을 것이다. 권리포기에는 처분 권한이 있어야 하고, 알고서 포기하여야 함에도 불구하고, 이 경우에는 마을주민들이 입회권이나 특수지역권의 존재 사실과 그 입회권이나 특수지역권이 마을주민에게 귀속되어 있다는 사실을 알지 못하였다는 점, 마을주민들이 입회권이나 특수지역권의 존재와 그 귀속 여부를 알고서 포기하였다는 점, 마을주민들이 그 권리를 포기한다는 명시적인 의사표시가 있었다는 점 등을 따져 보아야 할 것이다. 이러한 사실이 확인되면 입회권이나 특수지역권은 권리포기로서 소멸한다고 할 것이다. 그러나 산삼 등에 대해서는 해방 이후 지금에 이르기까지 아무런 단속이나 규제를 하지 아니하였고, 심마니들은 자신의 채삼 활동에 대하여 법적으로 아무런 문제가 없다고 하는 법적 감정을 가지고 활동을 계속하여 왔고, 그 권리를 알고서 포기한다고 하면서 보호 계약을 체결한 것은 아니라고 할 것이어서, 입회권이나 특수지역권의 포기가 있었다고 할 수 없고, 심마니의 채삼 관행은 지금까지 계속하여 유지되어 왔다고 할 수 있다. 그래서 어느 지역주민인 산삼 심마니가 집합체로서 타인의 토지에서 산삼을 채취하는 관습이 있는 경우에 구민법³³⁾에서는 입회권으로 규율할 수 있었고, 현행 민법에서도 특수지역권으로 규율할 수 있다고 하면, 그것은 심마니가 채삼을 할 수 있는 하나의 권원이 될 수 있다고 생각한다.

특수지역권으로서 심마니 채삼 관행의 법적 성질은 민법상 관습법(민법 제1조, 제185조)에 이르지 않았지만, 단순한 관행으로서 법률행위 당사자의 의사를 보충

하는 사실인 관습(민법 제106조)이라고 볼 수 있다. 사실인 관습으로서 채삼 관행은 당사자가 이를 주장하고 입증하여야 하므로,³⁴⁾ 이러한 연구는 향후 법적 다툼에 있어서 매우 중요한 역할을 할 수 있다.

Ⅲ. 심마니와 특수지역권

구 민법에서는 어느 지역의 주민이 집합체로서 특정 토지를 수익하는 권리를 입회권이라고 하고, 그 특정 토지의 소유권이 누구에게 있느냐에 따라 “공유의 성질을 가진 입회권에 관하여는 각 지방의 관습에 따르는 외에 본 절의 규정을 적용한다(구민법 제263조).”고 했다. 소유권이 이를 수익하는 주민들에게 있는 경우에는 공유의 법리에 의하여, “공유의 성질을 가지지 아니한 입회권에 관하여는 각 지방의 관습에 따르는 외에 본 장의 규정을 적용한다(구민법 제294조).”고 하여 소유권이 이를 수익하는 주민들 이외의 타인(국가, 지방자치단체, 개인 등)에게 속할 때는 지역권의 법리에 의하여 각각 규율하였다. 1958년 2월 22일에 제정되고, 1960년 1월 1일부터 시행되고 있는 민법은 구 민법상 입회권 중 전자에 관해서는 별도의 규정을 두지 않고 총유의 일반규정(민법 제275조~277조)에 맡기고, 후자에 대해서는 타물권으로 지역권의 규정을 준용(민법 제302조)하고 있다. 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 본 장의 규정을 준용한다.”라고 규정하고 있다. 지역주민으로서의 고유한 의미의 산삼 심마니는 채삼 관행이 있는 특수지역권으로서의 권리를 관습적으로 보유하고 있다고 보아야 한다. 민법은 지역권에 대하여 “지역권자는 일정한 목적을 위하여 타인의 토지를 자기 토지의 편익에 이용하는 권리가 있다(민법 제291조).”고 규정하여 요역지(要役地, 편익을 얻는 토지)와 승역지(承役地, 편익을

³³⁾ 舊民法. 1912년 4월 1일부터 1959년 12월 31일까지 우리나라에 적용되었던 일본 민법을 말한다. 현재 적용되고 있는 우리 민법은 1958년 2월 22일에 만들어져 1960년 1월 1일부터 시행되고 있다.

³⁴⁾ 대법원 1983. 6. 14. 선고 80다3231 판결.

주는 토지) 두 토지의 존재를 전제로 하고 있다. 이에 비하여 민법상 특수지역권은 편익 제공지만 있고 편익 받는 땅은 없는 특수한 형태의 지역권이고, 통설은 특수지역권을 일종의 인역권(人役權)으로 보고 있다.³⁵⁾

특수지역권은 일정한 지역(1개 부락 또는 여러 개 부락)의 주민들이 집합체로서 각자가 타인 소유의 토지에 있는 초목, 야생물 등을 수익하는 권리이다. 일정한 지역은 행정구역이나 주민등록법상 거주요건과는 관련이 없는 자연부락이나 전통적인 마을이라는 장소적 개념이다. 이러한 마을은 한 개 또는 여러 개의 마을을 포괄하는 개념이다. 산삼 심마니들이 사는 동네는 산촌 지역의 자연부락이거나 마을로서, 산삼이 자생하고 있는 한 개 산 또는 여러 개 산이 한 개의 마을을 둘러싸고 있는 경우도 있고, 산삼이 자생하고 있는 산이 여러 개 부락이나 마을과 연결하고 있는 경우도 있을 수 있다. 전자의 경우는 마을주민이 그 마을을 둘러싸고 있는 한 개 산 또는 여러 개 산에 대하여 산마다 입회권이나 특수지역권을 가지고 있다고 할 수 있다. 후자의 경우는 먼저 여러 개 마을주민이 한 개의 산에 대하여 산의 일부씩 지역을 구분하여 각각 입회권이나 특수지역권을 가지고 있을 수 있다. 다음으로 여러 개 마을의 각 마을주민이 한 개의 산에 대하여 지역을 구분하지 않고 입회권이나 특수지역권을 공동으로 가지고 있을 수 있다. 공동으로 가지는 경우에는 특수지역권을 준공유하고 있다고 할 것이다.

마을주민들은 집합체의 관계로서 단체를 이루어 법인 아닌 사단 또는 비법인사단을 구성한다. 마을주민 전체가 산삼 심마니가 되는 경우보다는 그 마을주민 중 일부가 산삼 심마니인 경우가 많을 것이다. 따라서 산삼 심마니는 혼자이거나 무리를 지어서 채삼 활동을 한다. 혼자인 경우에는 특수지역권의 주체가 마을주민 전체이므로 그 마을주민 중 일부인 1인 주민도 특수지역권을

행사할 수 있다. 무리를 지어서 채삼 활동을 할 경우에는 그 무리를 하나의 법인 아닌 사단으로 볼 수 있고, 법인 아닌 사단인 마을 전체 주민의 일부에 지나지 않는 심마니 무리도 법인 아닌 사단으로서 특수지역권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

민법상 특수지역권은 집합체의 관계로 각자가 권리를 주장할 수 있다. 법인 아닌 사단은 단체로서 권리행사를 하는데 그 경우 단체의 소유는 총유라고 하고, 특수지역권은 마을주민 전체가 권리를 행사하는 것이지만, 각자가 그 수익하는 권리를 행사한다. 또한 특정한 토지에 대한 토지 소유권을 어느 지역의 주민 전체가 공동으로 소유하는 경우에는 총유이지만(민법 제275조), 특수지역권은 어느 지역의 주민 전체가 집합체로서 지역주민 각자가 특정한 토지에 대한 소유권을 행사하는 것이 아니라 타인의 토지에 있는 초목, 야생물 등을 수익하는 수익권을 행사한다. 따라서 지역주민들은 이들 토지수익권을 공동으로 소유하는, 즉 준총유하는 것이라고 보아야 한다. 산삼 심마니도 산삼이 존재하는 토지를 소유하거나 그 토지에 있는 초목, 야생물 등을 소유하는 것이 아니라 산삼이 식재된 토지에 있는 산삼을 채취하는, 즉 수익하는 권리이다. 다시 말해서 산삼 심마니는 채삼에 대한 수익권인 특수지역권을 마을주민 중 각자가 단독으로 행사하거나 무리를 지어서 공동으로 소유하는 특수지역권을 행사하고 있다고 보아야 한다.

일정 지역의 주민이 집합체로서 특정 토지에 대하여 특수지역권을 취득하는 것은 관습(관행)에 의하여 취득하는 경우가 많다. 산삼 심마니도 이러한 특수지역권을 조선 시대 이래로 전해 내려오는 입회관행에 의해서 취득한 것이라고 보아야 한다. 이 관행은 사실인 관습(민법 제106조)으로서 특수지역권보다 우선적으로 적용되기도 하지만, 관습이 있는 경우라도 그 관습과 함께 민법상 특수지역권이 보충적으로 적용될 수 있지만, 관습이 없는 경우에는 민법상 특수지역권이 적용된다고 보아야 한다. 계약에 의하여 특수지역권이 성립하는가에 대하여 계약만으로는 부족하고 등기를 해야만 성립한

³⁵⁾ 곽윤직, 김재형, 『물권법』(박영사, 2014) p.338; 김중환, 김학동, 『물권법』(박영사, 1997) p.407; 이영준, 『물권법』(박영사, 2014) p.716.

다고 하는 긍정하는 견해³⁶⁾가 있다. 그러나 특수지역권은 민법 제302조와 관습법에 의해서만 성립하고, 계약에 의해서는 성립하지 않는다고 보아야 한다.³⁷⁾ 특수지역권은 등기가 필요하지 않고, 부동산등기법에서도 특수지역권의 등기에 관한 규정을 두지 않고 있다. 산삼 심마니의 산삼 채삼에 관한 관습은 산림에 대한 계속적 공동 수익을 하는 행위 그 자체로서 어느 정도 공시성을 띠고 있다고 보아 등기와 같은 공시가 필요 없다고 볼 수 있다. 따라서 채삼자가 어떤 임야에 대하여 산삼 채삼에 관한 관행의 존재를 알지 못하고 그 임야를 매수 취득한 경우에도 그 채삼 관행은 존속한다고 보아야 한다. 문제는 산삼 심마니 단체의 정관이나 기타 규약이 있을 경우에 위 채삼 관행 또는 관습과의 효력이 어떻게 되느냐이다. 정관이나 규약이 명시적으로 있으면 그 정관이나 규약이 채삼 관행 또는 관습보다 먼저 적용되고, 정관이나 규약이 묵시적, 관행적으로 존재하고 있어도 역시 마찬가지라고 할 것이다.

특수지역권의 주체는 마을이 주체라는 마을주체설과 마을주민이 주체라는 마을주민설이 있지만, 민법 제302조는 지역주민이 집합체의 관계로 각자가 수익하는 권리라고 하였으므로, 마을주민이 주체라고 보아야 한다. 따라서 산삼 심마니가 채삼 활동을 하는 경우에 그 특수지역권의 주체는 산삼 심마니 개인 또는 산삼 심마니 무리라고 보아야 할 것이다. 무리라는 말은 단체라고 하기에는 좀 조직적 요소가 부족하고, 단체로서의 결합성은 좀 느슨한 조직을 말한다. 그러나 산삼 심마니 무리는 인솔자로서 어인마니와 최연소 심마니로서 염적이마니, 그리고 초보 심마니로서 소장마니 또는 날소맹이 등으로 구성된다. 이 무리의 숫자는 3명, 5명, 7명 등 홀수(양의 수)로 구성한다. 이것은 산삼을 사람 한 명으로 취급하여, 무리가 홀수로 가서 짝(산삼)을 찾아오도록 하기 위한 관습을 믿기 때문이라고 하였다. 만약 짝수

(음의 수)로 가게 되면 더 이상 산삼을 찾지 못할 수도 있다고 하는 두려움이 있으므로 심마니 무리의 구성을 짝수로 하는 것을 매우 기피한다고 한다. 입산 날짜도 손이 없는 날, 인일(寅日)이 아닌 날로서 홀숫(양의 수)날을 선택하는 경우가 많다고 한다. 이러한 무리는 대표자, 묵시적 규약 등이 있지만, 의사결정은 다수결에 의하기보다는 채삼 경험이 많고 산중 생활에 익숙한 어인마니의 결정에 따르는 경우가 많다고 한다. 따라서 산삼 심마니 무리를 비법인사단으로 보기에 다소 어려움이 있지만, 채삼 활동이라는 공동목적으로 가지고 있고, 어인마니라는 대표자가 있고, 운영이나 재산분배에 관한 명시적 또는 묵시적 규약이 있다는 점을 고려하면 법인 아닌 사단으로 볼 수 있다고 할 것이다.³⁸⁾

개개의 지역주민은 주민의 지위를 득상함과 동시에 특수지역권도 자동적으로 득상한다(민법 제278조, 제277조). 특수지역권의 주체인 마을 사람은 다른 마을로 전출을 하게 되면 특수지역권을 상실하고, 다른 마을 사람이 특수지역권이 있는 마을로 전입을 하게 되면 특수지역권을 취득한다. 마을은 행정구역이나 주민등록상 거주요건과도 관련이 없고, 실제로 마을에 거주하는지 여부에 의하여 결정된다. 마을주민의 지위와 분리하여 특수지역권만을 처분할 수 없다. 산삼 심마니도 주민으로서 채삼권을 가지고 이것은 지역주민의 지위를 가지고 있는 한 계속하여 유지된다고 보아야 한다. 그런 의미에서 일시적으로 지역에 내왕하는 관광 산삼 심마니 또는 부업 산삼 심마니에게는 입회관행이나 특수지역권

³⁶⁾ 김용한, 『물권법론』(박영사, 1996) p.411.

³⁷⁾ 中尾英俊, 「債權の入會權について」, 『法律時報』 592, 119 (日本評論社, 1977).

³⁸⁾ 심마니 단체의 법적 성질에 대해서 종전에는(배병일, 「산삼채취인의 관습에 관한 법사회학적연구」, 『비교사법』 1 (한국비교사법학회, 1994) p.403) 공유라고 하였지만, 여기에서는 법인 아닌 사단으로서 총유라고 그 견해를 바꾸고자 한다. 그 당시에는 일견 사단성이 없다고 보았지만, 같은 부락이나 이웃 부락에 살고 있는 5-7명 이상의 심마니가 무리를 지어 5-10일간 산속에서 모두 생활하면서 단체활동을 하고, 그로부터 경제적인 채삼 활동을 하고, 그 단체는 특별한 사정이 없는 한 다음에도 동일한 사람으로 무리를 지어 채삼을 하러 간다는 것을 볼 때 일시적인 조직이라고 하기보다는 다소 지속성이 있는 단체라고 하여 단체성이 있다고 볼 수 있고, 그 재산 소유 형태도 총유라고 볼 수 있다.

을 인정할 수 없다.

특수지역권은 주민들이 집합체로서 준총유를 하는 것이므로 이 권리 자체를 관리 처분하는 권능은 주민 전체에게 속하고, 목적 토지를 사용 수익(채취, 방목 등)하는 권능은 주민 개개인에게 속한다. 지역주민의 일부가 그 권능의 범위를 넘어 수익하거나, 그 수익으로 인하여 다른 주민의 권리행사를 방해한 경우 또는 제삼자가 주민들의 사용수익을 방해한 경우에는 주민 전체 혹은 권리행사를 방해받은 주민은 그 행위의 중지 및 손해배상을 청구할 수 있다(민법 제276조).

특수지역권의 존속기간은 민법에서는 규정이 없고, 영구 무한으로 할 수 있는지가 문제가 된다. 제한물권의 일종인 입회권이나 특수지역권으로 소유권을 영구히 제한하는 것은 성질상 인정될 수 없다는 이유로 부정하는 견해가 있지만, 지역권은 원래부터 영구의 것으로 설정되고, 지역권에 의하여 소유권이 제한되는 정도가 미미한 점, 지역권에 의해 제한되는 범위내에서도 소유자의 이용이 전면적으로 차단되는 것이 아니라는 점 등을 근거로 영구 무한의 지역권을 인정하는 것이 우리나라 통설이다. 따라서 산삼 심마니에게 특수지역권이 인정될 수 있다고 본다면, 산삼 심마니가 동네 산에 대하여 가지는 권리는 산삼 심마니가 지역주민으로 계속 거주하고 있는 한 계속 보유할 수 있다고 보아야 하고, 이러한 권리는 지역주민이 거주하는 자연부락이 존속하고 있는 한 계속 인정되어야 한다는 의미에서 그 권리의 존속기간은 영구 무한이라고 보아야 한다. 특수지역권의 대가를 지급하여야 하는지가 문제가 된다. 일본 판례는 지역권은 무상이어야 하므로 지역권의 대가로 지료 기타의 보수를 약정하더라도 이는 지역권의 내용을 이루는 것이 아니라고 한다.³⁹⁾

우리나라에는 지역권이 무상이어야 한다는 규정이나 근거는 없기 때문에 지역권은 유상이든 무상이든 무방하다고 하는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 그러나 지역권의 대가에 관한

규정이 민법상 규정이 없기 때문에 오히려 지역권은 무상이 원칙이라고 보아야 한다. 따라서 산삼 심마니가 타인의 산지에서 채삼을 하는 경우 무상으로 할 수 있다고 보아야 한다. 그런데 특정 토지의 소유자에게 수익의 대가를 지급하여야 할 경우에는 주민 전체가 그 채무를 총유로 부담한다. 따라서 지역주민이 산지 소유자와 산지 이용에 관한 약정을 하여 대가를 지급하기로 하였다면, 이는 유효한 계약이 된다. 지역주민이 부담하는 산삼 채취에 대한 대가는, 지역주민이 거주하는 자연부락이 권리능력 없는 사단으로서 법적 성질을 지니고 있기 때문에, 권리능력 없는 사단으로서의 지역주민이 부담하는 채무로서 민법상 준총유로 보아야 한다(민법 제278조).

IV. 심마니 단체의 법률관계

특수지역권의 주체는 자연부락이라기보다는 자연부락 주민이라고 보아야 함은 앞에서 본 바와 같다. 자연부락설을 취하게 되면 부락주민의 일부에 지나지 아니하는 심마니 무리가 특수지역권의 주체가 될 수 없다. 이하에서 특수지역권의 주체인 자연부락의 주민으로 구성된 심마니 단체의 법률관계에 대하여 살펴보고자 한다.

1. 심마니 단체의 법적 성질

심마니 단체는 심마니라는 사람이 모인 단체로서, 그 법적 성질은 법인 아닌 사단이고, 달리 권리능력없는 사단, 비법인사단이라고도 한다. 심마니 단체는 자연부락 단위로 구성되어 구성원의 교체와 관계없이 존속하면서 일정한 조직을 이루고 있고, 채삼 활동이라는 고유한 목적을 가지고 있다. 또한 그 자체 규범으로서 성문 규약은 없지만, 묵시적인 규약을 가지고 있는 경우가 많고, 어인마니라는 대표자가 있고 구성원 각자가 자신의 역할을 가지고 있는 등 일정한 조직을 갖추고 있다. 이에 비하여 관광 심마니는 일시적으로 관광과 채삼이라는 목적을 위한 결합으로 법률상 사단 여부를 따질 필요가 없다. 민

³⁹⁾ 大審院昭和12(1937). 3. 10. 民集16, 255.

⁴⁰⁾ 곽윤직, 김재형, 『물권법』(박영사, 2014) p.331.

법상 사단으로서의 설립 절차를 밟아 설립등기를 하면 권리능력(법인격)을 취득하여 사단법인이 되지만(민법 제32조, 제33조), 법인 아닌 사단으로서 심마니 단체는 그러지 못하고 법인격을 취득하지 못한 단체이다.

법인 아닌 사단으로서 심마니 단체는 언제 발생하였다고 보아야 하는가. 대법원은 권리능력 없는 사단은 반드시 총회를 열어 성문화된 규약을 만들고 정식의 조직체제를 갖추어야만 비로소 단체로서 성립하는 것이 아니라, 실질적으로 공동의 목적을 달성하기 위하여 공동의 재산을 형성하고 일을 주도하는 사람을 중심으로 계속 사회적인 활동을 하여 온 경우에는 이미 그 무렵부터 단체로서의 실체가 존재한다고 하였다.⁴¹⁾ 따라서 심마니 단체는 규약을 만드는 등 조직을 갖추어야 법인 아닌 사단이 되는 것이 아니고, 우두머리인 어인마니가 사람들을 모아 내부규약을 정하고 채삼 활동을 시작한 시점부터 법인 아닌 사단으로서 성립하였고, 그 이후 구성원 일부가 바뀌더라도 법인 아닌 사단으로서의 단체성은 상실되는 것은 아니라고 할 것이다. 그런데 그 심마니 단체가 구성되기 이전에 이루어진 재산적 활동은 어떻게 되는가? 대법원은 계속 공동의 일을 수행하여 오던 일단의 사람들이 어느 시점에 이르러 비로소 창립총회를 열어 조직체로서의 실체를 갖추었다면, 그 실체로서의 조직을 갖추기 이전부터 행한 행위나 또는 그때까지 형성한 재산은, 다른 특별한 사정이 없는 한, 모두 그 사회적 실체로서의 조직에 귀속되는 것으로 봄이 타당하다고 하였다.⁴²⁾ 그래서 심마니 단체를 구성하기 위해 일부 비용을 들여 장비 등을 구입하였다고 한다면, 그 비용 등은 후에 조직된 법인 아닌 사단으로서의 심마니 단체에 귀속된다고 할 것이다.

심마니 단체에는 명시적인 규약이 있는 경우, 만약 일부 심마니가 그 규약에 위배되는 행위를 한 경우에 그 심

마니를 배제할 수 있는가? 자연발생적 단체인 고유 중중에서는 그 구성원 중 일부를 임의로 구성원에서 배제하는 할종(割宗)을 할 수 없다.⁴³⁾ 그러나 자연발생적 단체가 아닌 임의적 조직단체인 심마니 단체의 경우에는 단체구성원에 대한 징벌이나 제재로서 제명 등을 통해 퇴출이나 배제를 시킬 수 있는가? 인위적인 조직행위를 거쳐 단체가 성립된 경우에는 사적 임의단체라는 점에서 자연발생적 단체인 고유 중중과 그 성질을 달리하므로, 심마니 단체는 사적 자치의 원칙 내지 결사의 자유에 따라 구성원의 자격이나 가입조건을 자유롭게 정할 수 있기 때문에 구성원을 제명시키는 등 배제하는 제재를 할 수 있다. 그 경우 명시적인 규약이 없는 경우에도 징계 등을 통하여 제명시킬 수 있는가? 명시적인 규정이 없더라도 관행으로 되어 있는 묵시적인 규약 등을 위반한 해당 구성원의 행위가 명백하고 중대한 경우에는 제명을 통하여 퇴출시킬 수 있을 것이다. 그러나 그 위반행위가 단순하거나 경미한 과실로 위반된 경우에는 일정 기간 심마니 활동을 할 수 없도록 하는 것은 가능하지만, 극단적인 제명은 시킬 수 없을 것이다.

그런데 위반행위자에 대하여 징계 등을 통하여 제재를 하는 것이 아니라 집단으로 왕따, 따돌림, 집단 괴롭힘 등을 시킬 경우에는 오히려 명예훼손 문제가 있다. 대법원은 집단따돌림이란 학교 또는 학급 등 집단에서 복수의 학생들이 한 명 또는 소수의 학생을 대상으로 의도와 적극성을 가지고, 지속적이면서도 반복적으로 관계에서 소외시키거나 괴롭히는 현상을 의미한다고 하였다.⁴⁴⁾ 그래서 심마니 단체 내에서 집단으로 따돌리는 과정에서 위반행위자는 심마니 단체로부터 지탄과 멸시를 받고 따돌림을 당하여 당혹감과 수치감을 느끼게 될 수 있고, 정상적으로 일상생활을 영위하거나 인격을 구현하는 데에 지장을 받을 가능성이 크기 때문에, 어인마니나 주동자 등은 그 따돌림을 당한 심마니에게 손해배상책임을 부담할 수 있다. 나아가 집단따돌림 사실이 심

⁴¹⁾ 대법원 1996. 3. 12. 선고 94다56401 판결, 대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결, 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다232846 판결.

⁴²⁾ 대법원 1996. 3. 12. 선고 94다56401 판결, 대법원 2019. 2. 14. 선고 2018다264628 판결.

⁴³⁾ 대법원 2021. 11. 11. 선고 2021다238902 판결.

⁴⁴⁾ 대법원 2007. 11. 15. 선고 2005다16034 판결.

마니 단체를 벗어나 자연부락 전체로 소문이 날 경우에도 명예훼손으로 인한 민사상 손해배상의 문제가 있을 수 있다⁴⁵⁾. 그 경우 심마니 단체의 우두머리인 어인마니 뿐 아니라 그 소문을 낸 당사자가 직접 간접적으로 관련 내용을 누설하거나 퍼뜨리는 등 피해자의 사회적 평가를 저해할 수 있는 언동을 공공연하게 한다면 피해자는 그 가해 당사자인 어인마니 또는 소문을 낸 당사자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 어인마니가 그러한 언동을 하여 명예훼손이 된 경우에는 피해자는 어인마니가 소속한 심마니 단체에 대해서도 민법상 법인의 불법행위에 기한 손해배상책임(민법 제35조)을 추궁할 수 있다. 특히 심마니 구성원이 아닌 외부인이 떠도는 소문만 듣고 그 진위를 확인하지도 아니한 채 인터넷 등 SNS를 통하여 피해자의 명예를 심각하게 훼손하는 내용의 댓글을 단 경우에 그 외부인은 손해배상책임을 부담할 수 있다. 그러나 이와 같은 명예훼손으로 인한 손해배상은 공연성, 전파성 등 구체적인 사실관계와 구성요건 등을 따져 보아야 할 것이고, 경우에 따라서는 문제가 되지 아니할 수도 있다.

2. 심마니 단체의 능력

법인 아닌 사단으로 심마니 단체는 소송상 당사자능력(민사소송법 제52조)과 등기능력(부동산등기법 제26조)이 있다. 심마니 단체는 민사소송의 원고와 피고가 될 수 있고, 심마니 단체가 부동산을 소유하고 있는 경우에는 그 부동산을 심마니 단체 명의로 등기할 수 있다. 소송요건에 해당하는 당사자능력의 유무는 사실심인 원심의 변론 종결 당시까지 위와 같은 요건을 구비하

여 비법인사단으로서의 실체를 갖추었는지에 따라 판단하면 된다. 법인 아닌 사단 명의의 등기를 할 때는 그 대표자나 관리인의 성명, 주소 및 주민등록번호를 함께 기록하여야 한다(부동산등기법 제48조 제3항). 법인 아닌 사단의 등록번호는 시장(「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」제10조 제2항에 따른 행정시의 시장을 포함하며, 「지방자치법」제3조 제3항에 따라 자치구가 아닌 구를 두는 시의 시장은 제외한다), 군수 또는 구청장(자치구가 아닌 구의 구청장을 포함한다)이 부여한다(부동산등기법 제49조 제1항 제3호). 등록번호 부여 절차에 대해서는 법인 아닌 사단·재단 및 외국인의 부동산등기용 등록번호 부여 절차에 관한 규정(대통령령)에 규정되어 있다. 심마니 단체 명의로 등기된 부동산이 있는 경우에 그 심마니 단체의 어인마니 등 우두머리가 바뀐 경우에는 대표자 변경등기를 하여야 한다. 이 경우 법인 아닌 사단의 대표자가 변경된 경우, 새 대표자는 ① 정관 그 밖의 규약, ② 정관 그 밖의 규약에서 정한 방법에 의하여 대표자로 선임되었음을 증명하는 정보(그 사실을 확인하는 데 상당하다고 인정되는 2인 이상의 성년자가 위 서면이 사실과 상위 없다는 취지와 성명을 기재하고 인감을 날인하여야 하며, 날인한 인감에 관한 인감증명도 제출하여야 함), ③ 대표자의 주소 및 주민등록번호를 증명하는 정보를 첨부 정보로 제공하여 등기명의로인 표시변경등기를 신청할 수 있다.⁴⁶⁾ 심마니 단체 명의로 등기되어 있던 부동산을 이용해서 심마니 중 몇 명이 조합을 만들어 펜션이나 관광사업을 하려고 할 경우에 조합원의 재산 소유는 합유이므로, 부동산등기법 제63조에 의해 권리변경등기는 할 수 없고, 심마니 단체로부터 그 구성원 전원의 합유로의 소유권이전등기를 하여야 한다.⁴⁷⁾ 다른 한편, 합유는 공유와 달리 합유자 1인이 사망할 경우 상속이 되지 아니하고 그 지분은 나머지 합유자들에게 이전되고, 갑, 을 명의로 등기된 합유 부동산 중 갑 지분에 대하여 갑의 채권

⁴⁵⁾ 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 주관적 구성요소로서 타인의 명예를 훼손한다는 고의를 가지고 사람의 사회적 평가를 저하시키는 데 충분한 구체적 사실을 적시하는 행위를 할 것이 요구된다. 따라서 불미스러운 소문의 진위를 확인하고자 질문을 하는 과정에서 타인의 명예를 훼손하는 발언을 하였다면 이러한 경우에는 그 동기에 비추어 명예훼손의 고의를 인정하기 어렵다고 하므로(대법원 2018. 6. 15. 선고 2018도4200 판결), 명예훼손죄의 죄책을 묻기는 힘들다고 보아야 한다.

⁴⁶⁾ 2013. 10. 15. [등기선례 제9-31호].

⁴⁷⁾ 1993. 12. 16. [등기선례 4-539호].

자 병에 의한 강제집행 신청,⁴⁸⁾ 가압류 등기촉탁,⁴⁹⁾ 소유권이전청구권가등기 신청,⁵⁰⁾ 압류 또는 공매처분에 따른 지분이전등기촉탁⁵¹⁾ 등은, 그 합유관계가 존속하는 한 을의 동의 여부에도 불구하고 이를 허용할 수 없기 때문에, 갑이 사업에 실패하더라도 조합재산은 지킬 수 있다. 또한 심마니 단체가 소유하는 토지를 심마니 단체의 구성원인 심마니 전원의 결의를 거쳐 그 구성원의 공유로 등기하려면 총유불분할의 등기를 할 것이 아니라 각 심마니에게 소유권의 일부(지분) 이전의 등기를 하는 방법에 의하여야 한다.⁵²⁾

3. 심마니 단체의 재산 소유 형태

한 개 물건을 2인 이상 여러 명이 공동으로 소유하는 것을 공동소유라고 하고, 우리 민법은 공동소유에 대하여 공유(민법 제262조-제270조), 합유(민법 제271조-제274조), 총유(민법 제275조-제277조)를 두고 있다. 민법상 법인 아닌 사단의 재산 소유 형태는 총유이므로(민법 제275조), 심마니가 단체로서 소유하는 동산이나 부동산은 총유에 속한다. 일반적으로 심마니 단체의 부동산은 거의 없겠지만, 채삼 활동을 하는데 필요한 텐트 등 동산은 있을 수 있다. 만약 심마니 단체가 채삼 활동을 하는데 필요한 돈이나 쌀 등을 다른 사람으로부터 빌릴 때는 채무 등이 있을 수 있고, 이 경우 채무는 심마니들의 준총유에 속하다(민법 제278조). 심마니 단체의 채무와 각 심마니의 고유재산은 별개이므로, 심마니 단체의 채무에 대해서는 심마니 단체의 재산만이 그에 대하여 법적 책임을 부담하고, 각 심마니는 그가 소유하고 있는 개인재산으로는 심마니 단체의 채무에 대하여 아무런 법적 책임을 부담하지는 않는다.

심마니 단체에 있어서 그 구성원인 심마니들의 채삼 활동으로 획득한 산삼 등 동산은 특별한 사정이 없는 한 그 구성원인 심마니들의 총유에 속한다. 총유물의 처분에 관해서는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고 정관이나 규약이 없으면 사원총회의 결의에 따라야 한다(민법 제276조 제1항, 제275조 제2항). 따라서 그 산삼의 처분은 심마니 단체의 규약이나 관행에 따르고 그것이 없는 경우에는 그 심마니 단체 소속 심마니들로 구성된 총회의 결의에 따라야 한다.⁵³⁾

일반적으로 심마니의 채삼 관습(묵시적 규약)에 의하면 채삼한 산삼의 분배 방법에 대해서는 독메와 원앙메가 있다.⁵⁴⁾ 독메는 산삼을 최초로 발견한 사람에게 그 주변 시야 범위내에 있는 산삼의 소유권을 모두 그의 단독소유로 하는 것이고, 원앙메는 심마니 단체가 채삼한 산삼을 참여한 모든 심마니의 공동소유(총유)로 하는 것이다. 독메와 원앙메의 결정은 채삼 활동을 하러 가기 전에 결정하는 것이 일반적이라고 한다. 원앙메는 총유이지만, 민법상 총유물의 처분에 관하여 규약에 정한 바가 있으면 그에 따를 수 있으므로(민법 제275조 제2항), 원앙메라도 심마니 규약에 따라 공유처럼 분배하고 있다고 한다. 우리 민법에서는 선점에 관한 규정을 두어, 무주의 동산을 소유의 의사로 점유한 자는 그 소유권을 취득한다(민법 제252조 제1항)고 하므로, 독메의 경우에는 일단 먼저 발견한 자에게 선점권을 주고 있다. 그런데 선점이 되기 위해서는 무주의 동산이어야 하는데, 앞에서 본 바와 같이 자연 산삼은 무주 동산으로 볼 수 있는 여지는 있다.

일반적으로 독메로 결정한 경우에는 첫 발견자가 그 주변에 있는 산삼을 모두 찾아서 캐낼 때까지 다른 심마니들은 자기가 위치한 자리에서 미동도 하지 아니하고 머물고 있고, 그 첫 발견자가 모든 수색과 발굴이 끝났다는 의사표시를 한 이후에 동료 심마니들이 이동할 수

⁴⁸⁾ 1999. 3. 15. [등기선례 6-497].

⁴⁹⁾ 2003. 4. 1. [등기선례 7-243].

⁵⁰⁾ 2000. 2. 24. [등기선례 6-436].

⁵¹⁾ 1990. 2. 1. [등기선례 3-560].

⁵²⁾ 1982. 7. 30. [등기선례 1-418].

⁵³⁾ 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

⁵⁴⁾ 배병일, 「산삼채취인-심메마니의 관습에 관한 법사회학적 연구」, 『비교사법』 1 (한국비교사법학회, 1994) p.414.

있거나 그 주변에서 산삼에 대한 수색을 할 수 있다고 한다. 심마니의 관행상 “심봤다”라고 외치는 것은 다수가 무리를 지어서 가는 경우에 많지만, 단독으로 가더라도 한다고 한다. 심마니가 심봤다고 외치는 것은 소유의 의사를 명시적으로 표시한 것이라고 볼 수 있다. 무리를 지어 채삼하는 경우, 선점자의 ‘심봤다’고 하는 명시적인 의사표시를 심마니 단체가 묵시적 약정으로 동의나 승인을 해주고 있다고 보아야 한다. 이러한 묵시적 약정은 관행상 무리 사이에 공통의 인식이나 양해가 있어야 하고, 이러한 공통의 인식이나 양해에 근거하여 동의나 승인을 해주고 있다고 보아야 한다. 그러한 인식이나 양해 없이 막연히 임의로 선처하여 줄 것이라는 기대로 채삼 활동과는 무관한 다른 동기에 의하여 동의한 경우에는 묵시적인 의사표시에 의한 행위라고 할 수 없다.

무리의 공통 인식은 무리 사이에 존재하는 법감정(Rechtsgefühl)에 근거하는 것으로 심마니의 사회적 통념이나 사회적 관행이라고 할 수 있다. 이러한 사회적 통념이나 관행은 도덕적인 규범을 뛰어넘는 규범에 해당하는 법감정(Rechtsgefühl)이라고 할 수 있고, 이에 위배되는 행동을 할 경우에는 도덕적으로 비난을 하는 것에 그치지 아니하고 이보다 더 나아가 다음 채삼 활동에 포함시켜 주지 않거나 무리로부터 따돌리는(집단따돌림, 왕따) 등 상당한 사회적 제재를 할 수 있다고 한다. 제재의 효과로서는 심마니 활동을 하지 못함으로 인한 경제적 손실은 매우 크다고 할 수 있고, 이는 단순한 따돌림과는 달리 경제적 손해를 수반하는 점에서 그 제재의 파급효과는 매우 크다. 그런 점에서 도덕적인 규범이 아닌 거의 법규범에 가까운 제재라고 할 수 있다. 특히 심마니 무리의 법감정(Rechtsgefühl)은 일반인의 집단 구성원 사이와는 달리 특정 업종(직업)을 가진 구성원 사이의 제재라는 점에서 그 제재의 강도가 매우 높다고 할 수 있다. 다른 한편 제재의 강도가 높다고 하는 것은 심마니 집단이 다른 집단과는 달리 매우 결속력이 강하고, 다른 지역의 사람이 아닌 같은 지역적 연고를 가지고 구성된 집단이라는 점에서도 그러하다. 집단적 따돌림은 그 무리에서는 강제성을 띠고 있다는 점에서 도덕적인 규

범을 벗어나는 거의 법규범에 가까운 제재의 기능을 한다는 점에서 산삼 심마니 무리에서의 관행은 사실상(de facto) 법규범에 가까운 것이라고 볼 수 있다.

문제는 선점의 의사표시를 그 해당 산삼에 대해서 뿐 아니라 그 일대에 있는 산삼에 대한 선점의 의사표시를 인정해주고 있다는 점이다. 일반적으로 선점자의 의사표시의 시간적 범위는 발견 그 당시로부터 선점자가 수색할 수 있는 일정한 시간 동안을 말하고, 의사표시의 장소적 범위는 산삼을 발견한 지점 부근과 발견자 자신의 눈으로 볼 수 있는 그 일대를 말하고, 발견자의 눈에서 벗어나는 먼 거리 지점까지를 말하는 것은 아니라고 한다. 이것은 산삼의 군락성 때문이라고 한다. 산삼은 6-7년 정도 자라면 씨앗이 생기기 시작하여 10-15년생의 잎은 10개에 2줄기 산삼인 각구, 30-40년생의 잎은 20개의 4줄기 산삼인 사구쌍대가 되면 씨앗(딸)이 한 뿌리당 수십 개의 씨앗이 생기고, 이들 씨앗 중 익은 빨간 색깔의 딸이 그 일대로 퍼져서 자생하게 되므로, 산삼은 일반적으로 집단적 군락을 이루고 서식하는 경우가 많다. 선점한 발견자의 명시적 의사표시에 부응하여 무리 중 다른 사람은 묵시적 동意的 의사표시로서 자신이 서 있는 그 지점 또는 자리에서 발견자가 수색을 완료할 때까지 대기하면서 기다리는 것이라고 한다.

원앙매의 경우는 심마니 단체가 법인 아닌 사단이고, 채삼된 산삼의 소유권은 심마니 단체 전체 구성원의 총유에 속한다고 보아, 어느 특정 누구에게도 귀속되는 것이 아니라 공동소유로 된다고 할 것이다. 원앙매의 경우에는 무리 중 누군가 산삼을 발견하면 심봤다고 외치고, 이후 무리 모두가 다 함께 그 일대 주변을 수색하면서 채삼을 한다고 한다. 그 경우에 산삼을 발견할 때마다 처음 발견한 자에게는 발견에 대한 공로로서 그 채삼한 산삼의 분배금을 결정할 때 약간의 추가적인 분배⁵⁵⁾가 있

⁵⁵⁾ 이를 “눈공” 또는 “눈공”이라고 하여 채삼한 산삼 판매액의 2-3%의 지분을 인정한다고 한다(배병일, 「산삼채취인-심마니의 관습에 관한 법사회학적연구」, 『비교사법』 1 (한국비교사법학회, 1994) p. 414).

다고 하지만, 그 지분 비율은 그리 크지 아니하고 매우 적다고 한다.

4. 심마니 단체의 채삼 분배

채삼을 한 산삼은 다른 사람에게 처분하여야 하므로, 그 경우 심마니 단체의 산삼 처분과 관련하여 논란이 있을 수 있다. 민법은 총유물의 처분에 관해서는 정관이나 규약에 정한 바가 있으면 이에 따라야 하고 정관이나 규약이 없으면 사원총회의 결의에 따라야 하지만(민법 제276조 제1항, 제275조 제2항), 심마니 단체 내부의 채삼 분배와는 달리 심마니 단체가 외부인에게 채삼한 산삼을 처분하는 것에 대해서는 독매와 원앙매에 대해서는 각각 법리를 달리한다. 독매의 경우에는 채삼한 심마니의 단독 소유이므로, 그가 알아서 처분하면 되고, 달리 다른 심마니들은 이에 대하여 관여할 것은 아니다. 그러나 원앙매의 경우에는 그 산삼은 심마니 단체의 총유에 속하므로 처분에 따른 논란이 있을 수 있다. 채삼한 산삼을 심마니 단체 내부 구성원끼리 분배하는 것과 외부인에게 처분하는 것은 다르다. 전자의 내부 분배의 경우는 규약이 있는 경우가 많지만, 후자의 외부 처분의 경우는 규약이 없는 경우가 많고, 따라서 심마니 전원이 참여하는 총회의 결의에 따라야 할 것이다. 이 경우 심마니 대표인 어인마니는 그 심마니 무리를 대표하지만, 그 대표자인 어인마니는 총유물인 산삼의 처분에 관하여 심마니 총회의 결의를 거치지 아니하고는 이를 대표하여 행할 권한이 없다. 그 경우 대법원은 법인 아닌 사단인 교회의 대표자가 권한 없이 행한 총유물인 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다⁵⁶⁾고 한다. 따라서 심마니 대표자인 어인마니가 심마니 단체를 대표할 수는 있지만, 그 대표 권한에는 심마니 단체의 재산을 처분하는 권한은 포함되지 아니한다. 따라서 어인마니가 그 대

표 권한을 기본대리권으로 하여 권한 없이 행한 산삼의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정을 준용할 수 없다.

이와 관련하여 심마니 단체의 대표인 어인마니가 다른 사람의 채무를 보증하는 행위를 한 경우에 이를 총유물의 관리 또는 처분행위로 보아 심마니 단체가 그 채무 보증에 대하여 법적 책임을 부담할 수 있는지가 문제가 된다. 왜냐하면, 보증채무의 변제기가 도래하고 주채무자가 채무를 이행하지 않으면 심마니 단체는 자신이 보유하고 있는 현금이나 총유물을 처분하여 그 채무를 만족시켜야 하므로 결국 보증채무 부담행위는 심마니 단체의 총유물의 처분으로 연결될 수밖에 없고, 그래서 심마니 단체의 보증채무 부담행위는 장래의 총유물의 처분행위와 같다고 볼 수 있기 때문이다. 이에 대하여 대법원은 민법 제275조, 제276조 제1항에서 말하는 총유물의 관리 및 처분이라 함은 총유물 그 자체에 관한 이용·개량행위나 법률적·사실적 처분행위를 의미하는 것이므로, 비법인사단이 타인 간의 금전채무를 보증하는 행위는 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하여 이를 총유물의 관리·처분행위라고 볼 수는 없다⁵⁷⁾고 하여 채무보증행위는 처분행위라고 보지 않았다. 그러므로 어인마니가 심마니 단체를 대표하여 다른 사람의 채무를 보증하면서 심마니 단체 총회의 결의를 거치지 아니하고 하더라도 그 채무보증행위는 유효하다. 그 경우 심마니 단체가 그 보증채무에 대하여 법적 책임을 부담할 수 있다. 다만 이 경우 심마니 단체 임원회의나 총회의 결의 등을 거치도록 한 규약은 어인마니의 대표권을 제한하는 규정에 해당하는 것이므로, 거래 상대방이 그와 같은 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그 거래행위가 무효로 된다고 봄이 상당하며, 이 경우 그 거래 상대방이 대표권 제한 및 그 위반 사실을 알았거나 알지 못한 데에 과실이 있다는 사정은

⁵⁶⁾ 대법원 2003. 7. 11. 선고 2001다73626 판결, 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

⁵⁷⁾ 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 전원합의체 판결.

그 거래의 무효를 주장하는 측이 이를 주장·입증하여야 한다.⁵⁸⁾ 입증책임을 부담하게 되면 소송상 매우 불리하므로 이 경우 제삼자인 거래 상대방이 입증하여야 하므로 심마니 단체로서는 소송상 다소 유리하다.

민법상 법인 아닌 사단의 각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 충유물을 사용, 수익할 수 있다(민법 제276조 제2항). 만약 어인마니가 다른 심마니의 의견도 묻지 아니하고 산삼을 처분한 경우에 그 심마니 단체의 구성원인 심마니 개인이 충유물의 보존행위로서 단독으로 소송을 할 수 있는지 문제가 된다. 이에 대하여 대법원은 민법 제276조 제1항은 "충유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다.", 같은 조 제2항은 "각 사원은 정관 기타의 규약에 좇아 충유물을 사용·수익할 수 있다."라고 규정하고 있을 뿐 공유나 합유의 경우처럼 보존행위는 그 구성원 각자가 할 수 있다는 민법 제265조 단서 또는 제272조 단서와 같은 규정을 두고 있지 않다. 이는 법인 아닌 사단의 소유 형태인 충유가 공유나 합유에 비하여 단체성이 강하고 구성원 개인들의 충유 재산에 대한 지분권이 인정되지 아니하는 데에서 나온 당연한 귀결이라고 할 것이다. 그러므로 충유 재산에 관한 소송은 법인 아닌 사단이 그 명의로 사원총회의 결의를 거쳐 하거나 또는 그 구성원 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 할 수 있을 뿐 그 사단의 구성원은 설령 그가 사단의 대표자라거나 사원총회의 결의를 거쳤더라도 그 소송의 당사자가 될 수 없고, 이러한 법리는 충유 재산의 보존행위로서 소를 제기하는 경우에도 마찬가지라 할 것이다⁵⁹⁾고 한다. 따라서 각 심마니는 어인마니가 한 행위를 무효로 하려고 하면, 심마니 단체가 그 명의로 심마니 총회의 결의를 거쳐서 소송을 제기하거나, 심마니 전원이 당사자가 되어 필수적 공동소송의 형태로 해야 한다. 따라서 심마니 개인은 그가 대표자이거나 심마니 총회를 거쳐 소송을 제기하더라도 소송 당

사자능력이 없어 소각하의 대상이 된다.

채삼을 한 산삼을 규약이나 심마니 총회의 결의로 원안대로 하여 분배하기로 한 이후에 산삼을 처분하고 이를 분배하는 과정에서 분배금을 받지 못한 심마니는 직접 심마니 단체에 대하여 분배금 청구를 할 수 있다. 대법원도 비법인사단인 종중의 토지에 대한 수용보상금은 종원의 공동소유에 속하고, 위 수용보상금의 분배는 충유물의 처분에 해당하므로 정관 기타 규약에 달리 정함이 없는 한 종중총회의 분배결의가 없으면 종원이 종중에 대하여 직접 분배청구를 할 수 없다. 그러나 종중 토지에 대한 수용보상금을 종원에게 분배하기로 결의하였다면, 그 분배대상자라고 주장하는 종원은 종중에 대하여 직접 분배금의 청구를 할 수 있다⁶⁰⁾고 하고, 비법인사단인 종중의 토지에 대한 수용보상금은 종원의 충유에 속한다. 그 수용보상금의 분배는 충유물의 처분에 해당하므로, 정관 기타 규약에 달리 정함이 없는 한 종중총회의 결의로 그 수용보상금을 분배할 수 있고, 그 분배 비율, 방법, 내용 역시 결의에 의하여 자율적으로 결정할 수 있다⁶¹⁾고 하여 직접 심마니가 심마니 단체를 상대로 분배금 청구를 할 수 있다고 하였다.

그런데 채삼을 한 산삼을 규약이나 심마니 총회의 결의로 원안대로 하여 분배하기로 한 이후에 산삼을 처분하고 이를 분배하는 과정에서 분배금의 기준에 불만이 있는 심마니는 직접 심마니 단체에 대하여 자기가 받아야만 한다고 생각하는 분배금의 청구를 할 수 없다. 그 경우에는 그 분배금을 정한 규약이나 심마니 총회의 결의가 무효라는 주장을 먼저 하여 승소 판결을 받은 이후에 새로운 규약이나 결의를 거치도록 하여 그를 근거로 하여 분배금 청구를 할 수 있다. 대법원도 충유물인 종중 토지에 대한 수용보상금의 분배는 정관 기타 규약에 달리 정함이 없는 한 종중총회의 결의에 의하여만 처분할 수 있고 이러한 분배결의가 없으면 종원이 종중에 대하여 직접 분배 청구를 할 수 없다. 따라서 종중 토지에

⁵⁸⁾ 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072,60089 전원합의체 판결.

⁵⁹⁾ 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004다44971 전원합의체 판결.

⁶⁰⁾ 대법원 1994. 4. 26. 선고 93다32446 판결.

⁶¹⁾ 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다74775 판결.

대한 수용보상금의 분배에 관한 종중총회의 결의가 무효인 경우, 종원은 그 결의의 무효확인 등을 소구하여 승소 판결을 받은 후 새로운 종중총회에서 공정한 내용으로 다시 결의하도록 함으로써 그 권리를 구제받을 수 있을 뿐이고 새로운 종중총회의 결의도 거치지 아니한 채 종전 총회결의가 무효라는 사정만으로 곧바로 종중을 상대로 하여 스스로 공정하다고 주장하는 분배금의 지급을 구할 수는 없다⁶²⁾고 하였다.

V. 맺음말

이 연구에서는 우리나라를 인삼 종주국으로 자리매김한 고려 인삼의 기원은 산삼이고, 그 산삼의 채삼 관습을 조선왕조실록, 일제 강점기 법령, 우리나라 산림법령과 민법 등에서 그 근거를 찾고자 하였다. 조선 시대와 일제 강점기 이전에는 심마니의 채삼 관습은 입회관행으로 존재하였지만, 1910년 일제는 강점기 동안 우리나라 고유한 입회권 법리를 왜곡하였다. 일제가 왜곡한 입회권 법리는 해방 이후에 계속하여 1960년 민법 시행 때까지 유지되었다. 민법 시행 이후 입회권 법리는 특수지역권으로 바뀌었다. 입회권의 연원은 조선 시대의 시초장이다. 난방용 땔감이나 사료용 풀을 채취할 수 있는 시초장은 조선 시대 지역주민이 생존할 수 있는 최소한의 권리이자 권익이었다. 생존권으로서의 입회권이었기 때문에 일제가 이를 폐지하려고 시도하였지만 실패하였다. 그럼에도 일제가 왜곡한 입회권 법리는 산림 관련 법령 등에서 지금까지 유지되고 있다. 1945년 해방이 된 지 70년이 지난 이제는 일제의 심마니 채삼 관습에 관한 왜곡된 법리에서 탈피하여야 하고, 채삼 관행의 근거가 입회관행에서 민법상 특수지역권으로 변화된 것을 인정하여야 한다. 이에 심마니 단체는 법인 아닌 사단이고, 심마니의 채삼 관행은 민법상 특수지역권으로 법리 구성할 수 있고, 심마니의 산삼 채삼 행위는 관습법적으

로 유효하다고 보아야 한다. 심마니의 채삼 관습은 태생적으로 생존권적 발생 근거를 가지고 있으므로 이를 재정적 지방자치의 기반에 연결할 수 있는 맹아를 찾을 수 있을 것이다. 이를 통해 인삼과 관련된 산삼 채취 행위에 관한 법적 성질과 그 근거를 명확히 할 수 있고, 심마니 채삼 행위의 민사법적 책임 소재도 명확하게 할 수 있을 것이다.

이해 상충

저자는 이해 상충이 없음을 선언함.

Acknowledgments

이 논문은 2021년 사단법인 고려인삼학회로부터 연구비를 지원받아 연구되었음.

참고문헌

단행본

- 곽윤직, 김재형. 『민법총칙』 (박영사, 2013).
 곽윤직, 김재형. 『물권법』 (박영사, 2014).
 김용한. 『물권법론』 (박영사, 1996).
 김중환, 김학동. 『물권법』 (박영사, 1997).
 이승녕. 『은어고』 (일조각, 1957).
 이영준. 『물권법』 (박영사, 2014).
 小倉進平. 『朝鮮語方言の研究上』 (岩波書店, 1939).
 和田一郎. 『山人蔘採り. 朝鮮の匂ひ』 (ウツボヤ書籍店, 1921).

논문

- 김이협. 「심메꾼(심마니) 은어집」, 『방언』 3 (한국정신문화연구원, 1980).
 배도식. 「심메마니 은어의 조어 구조」, 『어문교육』 4 (한국어문교육학회, 1981).
 배병일. 「산삼 채취인-심메마니의 관습에 관한 법사회학적 연구」, 『비교사법』 (한국비교사법학회, 1994).
 배병일. 「임야 입회 관행에 관한 문헌적 연구」, 『토지법학』

⁶²⁾ 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다74775 판결.

18 (한국토지법학회, 2002).

손진태. 「강계 채삼자의 습속」, 『조선민속』 2 (조선민속학회, 1934).

연호택. 「심메마니 은어의 연구(II)」, 『관대논문집』 21(1) (관동대학교, 1993).

연호택. 「심메마니 은어의 연구: 오대산 지역을 중심으로」, 『관대논문집』 20(1) (관동대학교, 1992).

이길록. 「채삼인의 은어와 습속」, 『어문학보』 3(1) (강원대학교어교육학과, 1975).

이승녕. 「쇄멸 단계에 들어선 심메마니 은어에 대하여」, 『방언』 4 (한국정신문화연구원, 1980).

장정룡. 「오대산 심메마니의 산신제」, 『월간태백』 9 (강원일보사, 1990).

장태진. 「지리산 지구 산삼 채취인 은어의 실태」, 『가람 이병기 박사 송수논문집』 (三和出版社, 1966).

최범훈. 「심마니 은어 연구」, 『한국문화연구』 6·7 (한국문화연구소, 1984).

최승순. 「강원도지방 채삼인 습속」, 『한국민속학』 8(1) (한

국민속학회, 1975).

최호균. 「16세기 말 채삼 사건과 대여진정책」, 『대동문화연구』 32 (성균관대 동아시아학술원, 1997).

今村 靑. 「山人蔘採りの風習」, 『靑丘學總』 6 (靑丘學會, 1931).

中尾英俊. 「債權的入會權について」, 『法律時報』 592, 119 (日本評論社, 1977).

기타

조선왕조실록
대법원 판례

Received: October 23, 2022

Revised: December 7, 2022

Accepted: December 15, 2022