

송이버섯 채취 관행에 관한 법리적 연구

文興安

(建國大學校 法科大學 助教授)

< 目 次 >

I. 서설	3. 송이버섯채취권의 상실
II. 송이버섯의 특성	4. 송이버섯채취권의 공시
1. 송이버섯의 생물학적 특성	IV. 송이버섯채취권의 법리적 검토
2. 客體로서의 송이버섯	1. 송이버섯채취권의 법적 성격
3. 송이버섯의 채취 및 수집요령	2. 준총유적 토지수익권의 특질
III. 송이버섯채취권의 취득과 상실	3. 총유지분의 인정과 유추적용
1. 송이버섯채취권의 취득	V. 결론
2. 송이버섯과 판매대금의 귀속	

I. 서설

송이버섯은 송이산지의 산촌 주민들에게는 고소득원으로 각광을 받고 있는 임산물이다. 그러나 매년 8월 하순부터 10월 하순에 걸친 송이버섯 채취시기에 맞추어 송이산지 주민들과 타지역 주민들 사이에는 송이버섯 채취권을 둘러싸고 분쟁과 지역간 갈등이 끊이지 않고 있다.¹⁾ 아직도 우리나라에서 山村部落의 주민들이 地方林이나 국유림 등 타인의 토지에서 송이버섯, 나물, 산삼 등의 채취 및 야생물 및 토사의 채취, 방목 등을 통하여 수익을 하는 관행을 많이 볼 수 있다. 이러한 경우를 대비하여 민법은 제302조에 특수지역권이라는 제목하에 권리의 내용이나 의무 등에 대하여는 우선 관습에 의하도록 하고 있고, 그러한 관행이 없는 경우에는 지역권에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다.²⁾ 그러나 이러한 관행에 대하여

1) 강원도민일보, 1999. 9. 7. 사회면, "송이채취권 마찰 이웃사이 금 갈라".

2) 민법안심의록(상), 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 1957, 182면에 의하면 제302조에 의한 권리는 "계약

그 구체적인 모습이나 내용에 관한 조사나 법사회학적인 연구의 성과가 그리 많지 않은 것이 현실이다.³⁾ 그 이유는 과거 농업경제사회로부터 산업자본주의 사회로 사회의 구조가 변화함에 따라 특수지역권의 농업에 대한 가치는 점차 감소되고 오히려 임업의 진흥과 토지의 합리적인 이용·개발이 요구되었기 때문이다. 따라서 특수지역권은 점차 정리되고 오늘날에는 전반적으로 소멸해 가는 추세에 있는 것을 부인할 수 없다. 그러나 아무리 농업기술이 향상되었다 하더라도 여전히 원시적인 방법에 의하여 채취할 수밖에 없고 달리 대체할 수 없는 임산물은 여전히 전통적인 채취관행에 의하여 채취하고 수익할 수밖에 없다. 그렇다면 이러한 임산물의 채취권을 둘러싼 법률적 분쟁은 여전히 계속될 전망이다.

이 연구에서는 우리나라의 주요한 송이산지로서 꼽히는 강원도 양양지역 특히 현북면 어성전리 일대의 송이버섯 채취관행⁴⁾ 관습조사보고서에 나타난 우리나라에서의 관행의 실태를 파악하고 이를 비교·검토하여 송이버섯 채취권을 통한 민법 제302조의 특수지역권을 실증적으로 연구하기로 한다.

II. 송이버섯의 특성

1. 송이버섯의 생물학적 특성

‘자연산 송이는 소나무의 정기가 배어있고 독이 없으며 향기가 좋아 버섯 중에 으뜸’이라고 동의보감에서 밝히고 있듯이 예로부터 송이는 신비하고 귀한 버섯으로 알려져 왔다. 영양학적으로는 식물임에도 불구하고 단백질과 비타민이 풍부하고 편도선, 유선암, 탈하증 및 고혈압이나 비만, 심장병 등 각종 성인병에 약효가 있는 것으로 밝혀졌다. 특히 일본에서는 항암제로써 효과가 큰 식품으로 각광받고 있다.⁵⁾ 송이버섯을 비롯한 균근성 버섯들은 고등식물에 인, 질소 등의 무기양분을 공급해 주는가 하면 각종 병원균의 침입을 막아 주기도 한다. 대신 고등식물로부터 탄수화물 수분 등을 공급받고 부적당한 환경으로부터 보호받는 공생관계를 유지하고 있다. 송이버섯은 버섯 중에서는 수분함량이 89.9%로서 적은 편이다. 단백질 2.0%, 지방 0.5%, 탄수화물 6.7%, 섬유 0.8% 그밖에 비타민과 무기질이 들어 있다. 송이버섯에는 탄수화물, 섬유질, 비타민 B2와 니아신이 비교적 많이 포함되어 있으며 다른 버

에 의해서도 발생할 수 있는 것으로서 송역지만 있고 요역지가 없는 일종의 특수지역권”이라고 설명하고 있다.

3) 그러나 배병일, “산상채취인-심메마니-의 관습에 관한 법사회학적 연구”, 비교사법, 한국비교사법학회, 창간호(1994), 397면-416면 중 특히 채상분배 과정에서의 관행은 이 분야에 있어서 처음으로 보고된 연구물이다.

4) 어성전 1리 마을의 송이버섯 채취관행조사는 강릉대학교 법학과 98학번의 김미경, 김유진, 박찬희, 이왕관, 이상진의 도움을 받았음을 밝혀두며, 이들 학생들의 수고에 감사를 표한다.

5) <http://www2.rda.go.kr/rural/kw07/special/songi.htm>

섯류와 같이 에르고스테롤도 많이 포함되어 있다.⁶⁾

송이는 분류학상 균계, 진균문, 담자균강, 주름버섯목, 송이과, 송이속에 속한다. 송이의 자실체는 갓이 직경 8-30cm로 성장하면서 구형에서 만두형으로 되고 마침내 평평하게 펼쳐진다. 갓의 표면과 줄기는 갈색의 섬유상 인편으로 덮여 있다. 신선한 송이는 송진향 특유의 향기가 있고 그 주성분은 휘발성 알코올계 화합물인 옥텐올(마츠다케올)과 계피산-메틸로 알려져 있다. 송이버섯은 다른 버섯과는 달리 살아있는 소나무에 기생해 사는 생물기생균으로 아직까지 인공재배가 이뤄지지 않고 있는 상태에 있다.⁷⁾ 즉 송이는 자라는 환경이 매우 까다로워 아무 곳에서나 자라지 않고 채취량도 적다. 송이는 20-60년 된 소나무의 뿌리 끝부분인 세근에 붙어사는 외생균 근균으로 송이가 살기에는 赤松이 가장 적합하다고 알려져 있다. 송이는 한번 난 자리에서는 절대로 다시 나지 않는 특성이 있다. 또 땅속 온도가 5-7일간 섭씨 19도 이하로 지속되어야 버섯이 자랄 수 있으므로 주로 9월에서 10월경에 채취할 수 있으며 생장기에는 100mm이상의 충분한 강우가 필요하다. 토양온도가 섭씨 19도 이하로 내려가면 송이 균사가 자극을 받아 자실체가 원기를 형성하기 시작한다. 땅 속에 원기가 형성되어 땅위로 올라오는데 약 10일이 걸리고 이로부터 6일후 1등급 송이가 되며 이후 4일 뒤 갓이 퍼진다. 즉 원기로부터 갓이 퍼질 때까지 약 20일이 걸린다. 송이는 삿갓이 중간 정도 일 때 안쪽이 회고 줄기가 탄력이 있으며 향이 강한 것이 좋다. 우리나라에서는 태백산맥과 소백산맥을 중심으로 송이산지가 분포되어 있으며, 지역별로는 강원도의 양양, 인제, 삼척, 강릉, 경북의 울진, 봉화, 영덕, 영풍, 경남 거창, 충북 제천, 전북 남원 등이 주산지이다.

2. 客體로서의 송이버섯

송이버섯은 주로 赤松林에서 자생하는 자연산을 채취하므로 100%의 순수소득을 올릴 수 있는 임산물로서 농촌의 소득증대에 크게 기여하고 있는 품목이다. 송이버섯은 적절한 온도와 습도상태의 소나무 뿌리에서 발아한 뒤 신선한 상태에서 바로 채취된 것을 上品으로 분류하며, 채취시기를 놓쳐 갓이 옆으로 퍼져나간 송이는 下品이 된다. 물건으로서의 송이버섯은 대체적으로 1등급으로부터 등외품까지 4단계로 구별되어 등급에 따라 가격차이가 있다. 1등급은 길이가 8cm이상으로 갓이 절대로 퍼지지 않은 정상적 성장을 했고 자루 굵기가 균일한 것을 말하고, 2등급은 길이가 6-8cm정도이며 갓이 1/3가량 퍼진 것을 말한다. 3등급은 길이 6cm미만이며 갓이 1/3이상 퍼진 것을 말하고, 4등급은 등외품으로 1-3등급 이외의 것으로 기형품, 파손품, 벌레먹은 것 등을 말한다.

토지에서 분리되지 않은 송이버섯은 토지의 정착물로써 부동산이다. 그러나 토지로부터 분

6) <http://www.kumhwa.co.kr/song.htm>

7) <http://mushroonnart21.co.kr/consumer/jongryu/intro/songi.htm>

리되어 거래의 대상이 될 때에는 동산이 된다. 그런데 송이버섯은 토지에 정착한 상태에서 거래할 수는 없는 것으로 일단 채취된 이후에 모양이나 무게 등을 달아서 거래의 대상이 되기 때문에 부동산으로서의 송이버섯은 논의하여야 할 실익이 없다. 토지에서 분리된 송이는 그 자체 독립된 물건으로 거래의 대상이 된다는 것은 당연하다.

송이버섯은 산림청 고시 제1999-13호('99. 7. 22)로 사용제한 고시된 품목으로 임업협동조합중앙회장이 발급한 송이입찰원증 소지자 이외에는 입찰참가는 물론 현품인수·인도 행위를 할 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 공급소 이외에서의 거래행위는 절대 금지된다. 그러나 현실적으로 공급소 이외에서 송이가 거래되는 일이 비밀비재하다. 이 경우에도 송이버섯의 사적인 거래행위가 어떤 영향을 받는 것은 아니다.

3. 송이버섯의 채취 및 수집요령

(1) 채취 및 선별요령

1) 송이버섯을 채취하는 경우에는 균환을 파괴하거나 어린 송이를 마구 채취하지 않도록 하여야 하며, 채취 후에는 반드시 지피물로 원상복구하여 송이자원의 고갈을 방지하여야 한다. 채취하는 송이는 길이가 6cm 이상의 것으로 하되, 생장이 정지된 송이는 그 이하라도 채취할 수 있다. 특히 송이채취자는 채취 송이의 신선도를 유지하고 손상을 방지하기 위하여 자루나 기타 비닐주머니 같은 용기의 사용을 철저히 금지하고 반드시 면장갑을 끼고 채취한 후 대바구니나 싸리바구니 등을 이용하여 산지에서부터 품질을 향상시키도록 노력하여야 한다. 이렇게 채취한 송이는 채취자가 부착된 흙과 기타 협착물 등을 완전히 제거한 후 부락 단위로 일괄 집하하여 입찰개시 2시간 전까지(15시 30분) 전량 출하한다.

출하된 송이는 출하자 또는 선별작업참관인의 입회하에 선별, 검수·검량 후 “송이출하 및 공급대금 정산대장”에 출하자 별로 수량을 기재하여 비치한다.

2) 집하된 송이의 선별은 생산농민과 조합직원이 공동으로 선별기준에 의하여 신속하게 선별 처리한다. 다량출하자가 선별을 원치않고 그대로 공급을 의뢰하거나 입찰이 종료된 후 출하되어 도저히 선별이 불가능할 경우에는 혼합품으로 처리한다. 선별작업은 공급조합직원 중에서 전담직원을 지정하여 선별에 임하도록 하되 특히 중간상인에 의한 묵송이(저온저장품)등의 혼입 등으로 상품가치를 하락시키는 사례가 없도록 선별에 철저를 기하여야 한다. 송이 선별작업시 해당 조합장은 당일 수요업체의 입찰원 중에서 참관인을 호선하여 “송이선별작업참관인증”을 교부·착용케하여 송이선별 및 검량에 입회·참관토록 한다.

(2) 입찰방법

입찰참가권은 입찰원증 소지자⁸⁾, 송이용찰 희망량 사전신고서를 제출한 자, 송이대금정산이 가능한 자에게 주어진다. 입찰참가권을 부여받은 자는 입찰 개시 전에 이미 공개된 송이의 선별·검량 내용을 확인하고, 이미 사전 공개된 송이의 현품을 확인 한 후 입찰에 참가하게 된다.

입찰은 매일 17:30에 개시하여 17:50 전국 동시에 개찰한다. 이는 매일매일의 송이공급 가격이 공급소별로 다소 차이가 있음을 악용하여 인근 조합으로 이동하여 높은 가격을 받으려는 행위를 제한하므로써 생물인 송이의 상품가치를 유지시키고 유통질서를 확립하기 위한 조치이다. 입찰에는 생산 출하자 대표를 참관시켜 출하자들의 권익을 최대한 보호하고 있다.

낙찰은 입찰결과 최저기준가격 이상의 등급별 최고 입찰참가자를 낙찰자로 결정한다. 낙찰 결과는 입찰을 실시한 동일 장소에서 즉시 낙찰자의 입찰서를 공개하고, 낙찰자가 물품인수를 포기하거나 기타 사유로 인수를 하지 않을 경우에는 입찰 보증금은 공급조합에 귀속된다.

(3) 대금정산

송이를 공급키로 결정하면 송이대금과 공급수수료를 합한 금액을 송이 인도·인수시 당일 전액 현금 또는 공급지역의 은행 자기앞수표로 징수하게 된다. 수납한 송이대금은 “송이출하 및 공급대금 정산대장”에 기록하고 출하자 또는 채취자별로 조합에서 직접 지불하게 된다.

송이공급 수수료로 징수된 부대비용에 대해서는 ① 송이선별, 공판에 따른 인건비 및 경비 ② 송이자원보호를 위한 임지환경 개선사업 ③ 송이선도 및 품질향상을 위한 공급소 환경개선사업 ④ 송이대금 정산을 위한 컴퓨터 등 기자재구입 등의 사업에 사용하고 집행잔액은 운영비 등 경비로 사용한다.

한편 생송이(生松栢)를 수집·공급하는 과정에서는 작업감량(검량 및 선별시 수분증발 등)이 필연적으로 발생하게 된다. 따라서 각 공급조합장은 감량기준을 0.5%로 통일하여 적용·시행하되, 사전에 생산자 대표(산림계장 포함)와 감량기준율과 공급사업 종료 후 정산방법 및 활용에 대한 협의회를 개최하여 이에 따른 분쟁을 미연에 방지하여야 한다. 또 송이생산 임지를 보호하여 송이의 보속생산 및 농·산촌 소득증대를 위하여 조합장은 송이 판매대금 중 1% 범위 내에서 지역 여건에 따라 자율적으로 환경개선기금을 조성할 수 있도록 하고 있다.

III. 송이버섯채취권의 취득과 상실

8) 입찰원증은 송이를 수출 또는 내수판매하고자 하는 자에게 임업협동조합 중앙회장이 “00 송이입찰원증”을 발급한다.

1. 송이버섯채취권의 취득

(1) 송이버섯채취 현황

이 논문에서 송이버섯 채취관행의 조사대상이 된 [어성전 1리] 마을의 행정구역은 우리나라 최대의 송이산지로 꼽히는 강원도 양양군 현북면 어성전리로 태백산맥의 동해 쪽의 한 줄기에 위치해 있으며 인근 국유림에는 소나무숲이 우거져 있고 해양성기후의 영향으로 온도와 습도가 송이가 성장하기에 알맞은 곳이다. 오랫동안 이 마을 이장을 역임했던 김준근(68세)에 의하면 언제부터인지 확실하지 않지만 마을주민들은 공동산⁹⁾을 만들어 매년 송이버섯을 채취하고 있다고 한다. 이러한 관행이 명문화된 것은 1970년대 초, 어성전리 마을의 공동산으로 매년 주민들이 송이버섯을 채취하던 국유림에 산림청이 벌채허가를 하자 마을주민들이 각 기관에 진정을 하면서 비롯되었다고 한다. 진정내용은 국유림에 마을주민들이 조림을 하여 가꾸었고, 마을주민들의 공동사업을 위하여 자금이 필요하다는 것을 이유로 하였다고 한다. 당시 산림청에서는 송이가 생산된다는 것의 근거를 요구하자 반장들이 몇 년동안 송이버섯을 채취한 기록을 제시하여 이것이 인정되었다고 한다. 국가에서는 [어성전리] 마을 주민들에게 인근의 국유림에서 18년간 무상으로 송이버섯을 채취할 수 있도록 허락하였고, 마을주민들은 이 자금으로 전기를 가설하고 도로를 개설하는 등 새마을사업 기금으로 활용하였다고 한다. 그 이후에는 1년 단위로 매년 주민대표(이장)가 국유림(영림소) 관리자와 산림법 제74조 및 동법 시행령 제60조 제2항의 규정에 의한 국유임산물 유상양여계약에 의하여 국유림에서 송이버섯을 채취하고 있다고 한다.¹⁰⁾ 송이버섯채취기간은 매년 9월 1일부터 11월 20일까지 약80일간이며, 임대료는 산출되는 송이버섯대금의 10%를 납부하도록 하고 있고 별도의 세금을 공제하지 않는다.

(2) 송이버섯채취 자격과 구성원

[어성전 1리] 마을규칙에 의하면 마을 공동산에서 송이버섯을 채취할 수 있는 자격이 있는 사람은 사유림이 없는 사람으로¹¹⁾ 마을로 이사 온지 3년이 경과되어야 한다. 또 한 가구당 1명만이 공동산에서 송이버섯을 채취할 수 있고, 이 사람이 다른 사정으로 입산할 수 없다하

9) 여기서 공동산이란 마을 주민들이 공동으로 자금을 조성하여 매입한 산이 아니라, 국유림이나 지방림에서 마을주민들이 공동으로 송이버섯을 채취할 수 있는 산이란 의미로 이 용어를 사용하고 있음을 인터뷰를 통하여 확인할 수 있었다.

10) 이 국유림이 마을주민들이 말하는 공동산이다.

11) 사유림이 있는 사람은 사유림에서 송이버섯을 채취할 수 있기 때문에 공동산에 입산할 수 있는 자격을 주지 않기로 마을회의에서 결정했다고 한다.

더라도 다른 사람으로 대체할 수 없다고 한다. 즉 송이버섯을 채취하기 위하여 첫날 입산한 사람이 끝까지 채취하도록 하고 있다. 공동산에 입산할 수 있는 구성원은 매년 바뀔 수 있다. 마을 회의록에 의하면 가가호호마다 1세대당 1명의 남자만이 입산하는 것을 원칙으로 하고 세대주가 여자일 경우에는 예외로 여자도 입산할 수 있도록 하고 있다. 또 자녀들이 타지에서 세대주로 있다가 부모와 [여성전 1리]에서 동거할 경우에도 이들을 합해 1세대로 간주하고 있다. 타지에서 여성전리로 이주해 오는 사람이 임차인인 경우에도 3년이상 주민등록을 이전하고 실제로 거주하고 있다면 입산할 수 있는 자격이 있다.

'99년 당시 여성전 1리 마을은 총92가구로 이중 공동산에 입산할 수 있는 자격이 있는 가구는 42가구로, 이들은 마을총회의 결의에 따라 마을에 공동으로 330만원을 출연한 후¹²⁾ 송이버섯채취작업을 수행하였다.¹³⁾ 송이버섯채취의 대표는 마을 이장이 맡으며 공동산에 입산할 수 있는 주민을 2개조로 구성하여 각조는 조장의 인솔하에 격일로 송이버섯을 채취하게 된다. 송이버섯의 격일제 채취는 온 산을 기어다니면서 채취하므로 매우 어려운 작업이기 때문이다. 마을 이장은 국유림의 관리청과 국유림 이용에 관한 계약을 체결하고 송이버섯채취에 관한 전반적인 지휘·감독을 한다. 조장에게는 별도의 재산상의 이익을 주지 않는다.

(3) 송이버섯채취 수익과 분배

송이버섯은 선도유지가 가장 중요하므로 당일 채취된 송이를 집하장인 여성전 1리 마을회관에 모은 후 입찰시작 2시간 전인 15시 30분까지 양양임업협동조합에 출하하여 당일 17시 30분 입찰에 의하여 판매한다. 판매대금은 산림임대료 10% 등 제수수료를 공제한 잔액을 적립해 두었다가 송이버섯채취가 끝난 후 송이버섯을 끝까지 채취한 구성원이 똑같이 나누어 갖는다. 이 때 송이버섯채취 도중에 이사를 간 사람에게는 전혀 배당을 하지 않는다. 또 송이버섯 채취일에 결근한 사람도 그에 상응한 대금을 감액하게 된다. 그러나 송이버섯을 많이 채취하거나 적게 채취하는 것, 또 송이버섯채취에 열심이거나 태만한 것 등은 고려의 대상이 아니라고 한다. 이는 아직도 산촌의 인심이 각박하지 않다는 증거이기도 하다. '98년에 [여성전 1리] 마을주민들은 공동산에서 약 4천5백여만원의 생산실적을 보여, 1인당 100만원정도의 수익이 있었다.

2. 송이버섯과 판매대금의 귀속

12) 이 돈은 매년 마을총회에서 결정되며 '99년은 '98년과 동일하게 330만원으로 결정되었다. 이 자금은 마을의 공동자금으로 마을주민 전체를 위하여 활용된다고 한다.

13) 송이버섯채취 기간동안 1인당 약20여일 송이를 채취하였다.

민법 제252조 제1항은 「무주의 동산을 소유의 의사로 점유한 자는 그 소유권을 취득한다」고 하여 무주물선점에 대한 규정을 두고 있다. 송이버섯은 자연적·자생적으로 자라는 특성이 있으므로 그 채취와 귀속주체에 있어서 문제가 있다. 토지에서 분리되지 않은 송이버섯은 토지의 정착물이다. 따라서 아무리 심산유곡에서 자생하는 송이버섯이라도 이를 무주물이라 볼 수 없을 것이므로 선점의 대상이 될 수 없다.

그렇다면 송이버섯은 누구에게 귀속될 것인가. 송이가 발견된 곳이 자기의 소유지인가 타인의 소유지인가에 따라 또 그 토지가 어느 1인의 소유인가 주역주민 전체의 공동소유관계인가에 따라 차이가 있다. 산림법¹⁴⁾에 의하면 산림은 소유자에 따라 국가가 소유하는 국유림, 지방자치단체 기타 공공단체가 소유하는 공유림 및 개인이 소유하는 사유림의 3종류가 있다. 따라서 자기가 소유하는 사유림에서 자생하는 송이는 토지의 정착물이므로 채취한 송이는 당연히 토지소유자에 귀속할 것이다. 타인의 산림에서 송이를 채취하는 경우에도 국유림이나 공유림의 경우에는 대개 1년 이내의 기간으로 국유림이나 공유림을 대부분거나 사용허가를 받아 송이버섯 등 임산물을 채취하는 경우가 대부분이므로 이 경우에 송이버섯은 채취자에게 속할 것이다. 당연하지만 타인의 산림에서 자생하고 있는 송이는 타인에 귀속한다. 그러나 송이를 채취할 수 있는 아무 권한도 없는 자가 타인소유의 사유지나 국유지에서 송이를 채취할 경우에는 절도죄의 책임을 지게 되는 것이 원칙이다(산림법 제116조 참조).¹⁵⁾

그러나 그 토지가 1인의 소유에 속하는 것이 아니라, 산촌부락 주민들의 공동소유에 속하는 경우에는 문제가 있다. 일제시대의 관습법조사보고서에 의하면¹⁶⁾ 예로부터 둘 이상의 里·洞이 공유하는 산야에서 공유자인 각 里·洞 주민이 紫草를 채취하고 또 방목을 하는 관례가 있다는 것을 확인하고 있다. 또 里·洞이 소유하는 山野에 다른 里·洞의 주민이 채초·방목을 하는 사례도 드물게 있는 것 같다고 한다. 또 [森林令]과 [同施行規則]에서는 國有森林에 대한 入會慣行을 인정하였다(다만 현재에는 降熙 2년(1908) 법률 제1호 산림법 제19조의 규정에 의해 소유의 신고를 해야 한다. 이러한 공유산은 대개 각 洞里에 분할되었다고 한다). 이러한 의식에 익숙한 산촌부락의 주민들은 국유림에서 자생하는 송이버섯의 채취에 있어서 이를 절도의 범법을 행하고 있다는 의식보다는 그 산촌부락의 주민들이 채취할 수 있는 권원이 있다고 생각하고 있는 듯하다.

그런데 관습조사보고서는 조선에 入會權으로 보아야 할 관행이 있는 것은 확인할 수 있지만 겨우 일부지방에 대해서만 조사한 것에 지나지 않으므로 과연 어떤 종류의 것이 있는가

14) 산림법 제3조.

15) 산림법 제116조는 '山林에서 그 產物(造林된 묘목을 포함한다)을 절취한 자는 7년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처하'도록 하고 있다. 그런데 같은 산림에서 채취하는 산삼의 경우에, 산삼에 대하여 소유권을 가지는 독매의 경우에는 최초로 산삼을 발견한 자가 소유권을 갖게되고, 산삼을 공동으로 소유하는 원앙매의 경우에는 실마니들의 공유에 속한다고 한다. 배병일, 앞의 논문(각주 2 참조), 402-403면 참조.

16) 국역 관습조사보고서, 한국법제연구원(연구원 정금식), 1992.

는 분명하지 않다고 한다. 다만 경상남북도 지방에서의 사례를 통하여 보면 그 토지는 수 개의 부락의 공유 또는 1개 부락의 소유에 속하는 듯하고 또 입회권을 갖는 자는 관계부락으로, 그 부락의 주민은 부락소유의 재산을 공유하는 것과 동일한 관계에서 땀감과 목초를 채취하고 또 방목을 하는 것으로 조사되어 있다.¹⁷⁾ 그러나 송이버섯에 있어서는 이미 앞에서 살펴본 [어성전 1리]의 관행에서 알 수 있듯이 채취한 송이버섯을 채취한 주민이 소유할 수 있는 것이 아니라 주민 전체에 귀속되고, 다만 그 환가대금 즉 판매대금을 주민들이 균분하고 있음을 알 수 있다.

3. 송이버섯채취권의 상실

[어성전 1리] 마을의 관행에 의하면 송이버섯채취권은 [어성전 1리]에서 이주해 감으로써 상실된다. 또 송이버섯채취권을 획득했다하더라도 이 지위는 양도 또는 상속이 인정되지 않는 일신전속적 권리이다. 따라서 어떤 사정으로 당일 송이버섯을 채취할 수 없다하더라도 다른 조의 구성원과 교체한다든가 다른 사람으로 하여금 송이버섯을 채취하도록 할 수 없다. 채취한 송이는 조장의 통제하에 전부 집하하여야 하는데 이에 위반하여 몰래 송이버섯을 빼돌리는 경우에는 송이버섯채취 자격이 영원히 박탈된다는 것을 어성전 1리 마을주민회의에서 결의한 바 있다.

송이는 나는 곳 주위에서만 난다는 특성이 있다.¹⁸⁾ 실제 어성전 1리 주민들의 공동산에서도 1정보(약 3,300평) 당 송이버섯을 채취할 수 있는 곳은 약 100평-200평 정도라고 한다. 대형산불 등으로 송이를 채취할 수 없는 경우에는 송이버섯채취권이 소멸되는 것은 당연하다.

4. 송이버섯채취권의 공시

특수지역권이 관습에 의하여 성립되는 경우에는 그 내용의 다양성과 권리의 장기간에 걸친 권리의 성질상 이를 등기에 의하여 공시한다는 것은 극히 어려울 뿐만 아니라 그 필요가 없게 된다. 현행 부동산등기제도 하에서도 관습상의 특수지역권의 공시를 위한 등기방법을 고려하고 있지 않다. 그러나 계약에 의하여 특수지역권이 설정되는 경우에는 등기를 하여야 효력이 생긴다는 견해도 있으나¹⁹⁾, 어성전 1리의 송이버섯채취권에서와 같이 단기의 계약에 의하여 인정되는 경우에는 설사 등기방법이 있다 하더라도 그 실익이 없을 것이다. 송이버섯채취권과 같은 특수지역권은 어성전 1리 마을의 관행에서 볼 수 있듯이 수익의 내용·방법

17) 위의 관습조사보고서 '제32 입회권에 관한 관습은 어떠한가', 134면-136면.

18) 송이를 한 곳에서 발견하면 그 주위에는 4-5 송이를 채취할 수 있다고 한다.

19) 주석 민법, 한국사법행정학회, 145면.

· 시기 등이 마을주민회의에서 정해지는 경우가 많다.²⁰⁾

어성전 1리의 경우에는 송이버섯을 채취할 수 있는 지역을 붉은 비닐끈으로 나무와 나무 사이를 연결하는 방법으로 특정하고 있었다. 이 경계의 표시는 인접하고 있는 국유림(송이버섯을 채취할 수 있는 지역)과 사유림의 경계선을 명확히 하는 明認方法에 의한 公示라 할 수 있다.

IV. 송이버섯채취권의 법리적 검토

1. 송이버섯채취권의 법적 성격

현행 민법의 구성으로서는 위의 [어성전 1리]에서의 송이버섯 채취와 같이 어느 지역주민들 전체가 목적토지를 이용하여 수익을 창출하는 수익권을 갖게되는 경우 그 목적토지의 소유권의 귀속 여하에 따라 다음과 같은 두 개의 형태로 나눌 수 있다. 즉 하나는 목적토지의 소유권이 수익권을 가진 지역주민 전체의 총유에 귀속되는 형태이다. 여기서는 소유권이 수익권을 갖는 자에게 속하기 때문에 그것은 소유권과 별도로 성립할 여지가 없다. 다른 하나는 목적토지의 소유권이 지역주민의 총유에 속하는 것이 아니라 다른 주체에²¹⁾ 속하는 형태이다. 여기서는 그 수익권이 타인 소유 토지 위에 존재하기 때문에 일종의 타물권으로서의 성질을 띠고 그 수익권은 한 개인이 아니라 지역주민 전체에게 총유적으로 귀속하게 된다.²²⁾

위에서와 같은 두 가지 형태 중에서 지역주민이 목적토지를 소유하는 경우 즉 전자에 관해서는 토지의 총유로서 취급하면 되므로 별도로 민법에 특별한 규정을 둘 필요는 없을 것이다. 그러나 지역주민이 목적 토지를 소유하지 않은 경우에는 문제가 있다. 지역주민이 집합체의 관계에 의거하여 타인의 토지에서 일정한 수익을 할 수 있는 특수한 권리는 지역주민 전체에 귀속된다. 그리고 이러한 일정한 주민의 지역적인 형성을 가리켜 민법은 [집합체의 관계]라고 하고 있으나 그 의미내용은 결국 「법인 아닌 사단」(제275조 1항)과 동일한 존재이다. 일정한 지역주민이 집합체로서 물건을 소유하는 경우에는 총유가 될 것은 명백하지만, 지역주민이 집합체의 관계로서 타인의 토지에 대하여 소유권 이외의 권리로서 수익권을 가지는 경우에는 제278조에 의하여 준총유가 된다. 민법은 이러한 법률관계를 예상하여 제302조에서 특수지역권이란 표제의 규정을 두어 이 문제를 입법적으로 해결하고 있다.

그런데 “특수지역권”이란 용어에 대하여 학자들은 제302조의 표제와 달리 “총유적 토지수

20) 이러한 관행을 감안하여 민법도 제302조에서 특수지역권의 관습적 성격을 조문으로써 표현하고 있다.

21) 예컨대 국가나 공공단체와 같은 公法人, 私法人, 개인 등.

22) 김용환, 제권정판 물권법, 박영사, 1993, 408면.

익권²³⁾ “총유적 토지용익권²⁴⁾ “준총유적 토지수익권²⁵⁾ “토지수익권의 준총유²⁶⁾ “토지의 준총유적 용익관계²⁷⁾ “입회권²⁸⁾ 등으로 부르는가 하면 표제대로 “특수지역권²⁹⁾이라고 표현하기도 하여 그 권리명칭은 다양하다. 이러한 명칭에 대하여 검토하여 본다면 우선 “특수지역권”은 지역주민들이 가지고 있는 권리의 성질을 나타내기에는 부적절하다고 생각한다. 그 이유는 특수지역권은 권리의 성질상 ‘지역권’이 아니라 ‘인역권’의 일종이며, 또한 ‘특수’라는 수식어만으로는 권리의 내용을 전혀 나타낼 수가 없기 때문이다. 구대여 특수지역권이라고 할 수 있는 근거를 찾는다면 제302조가 지역권에 관한 규정을 준용하도록 명시하고 있는 점을 들 수 있을 것이다. 이것만으로 명칭의 적합성을 내세우기에는 무리라는 느낌이다. “총유적 토지용익권”은 이른바 특수지역권의 본질에 상당히 접근한 것이기는 하나, 그 내용이 소유권 이외의 권리에 관한 총유 즉 준총유라는 것을 정확하게 표현한 것이라고 보기에는 미흡하다. 또 “입회권”은 구 민법상의 용어로 그 개념은 이미 널리 인정되어 있을지라도 지나치게 일본식이다.³⁰⁾ “토지수익권의 준총유”는 특수지역권의 본질과 제302조의 규정내용에 충실한 표현이라고 할 수 있으나 권리명칭으로서는 정비되지 못하고 있다는 인상을 준다.³¹⁾ 이상과 같은 이유에서 “준총유적 토지수익권”이 가장 적절하지 않을까 생각한다.³²⁾ 그러나 본 논문에서는 “준총유적 토지수익권”과 민법조문의 표제를 따라 “특수지역권”을 혼용하여 사용한다.

2. 준총유적 토지수익권의 특징

“준총유적 토지수익권”은 지역주민이 목적토지를 점유하지 않고 특정된 편익을 위하여 이용한다는 점에서 지역권과 비슷하나, 그 편익을 받는 것은 토지(요역지)가 아니라 일정한 지역주민(사람)이라는 점에 있어서 지역권과 다르다. 이와 같이 “준총유적 토지수익권”은 특정인이 타인의 토지를 자기의 수익을 위하여 이용하는 권리이기 때문에 인역권으로서의 성질

23) 김중환·김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1997, 407면-408면; 김상용, 전정판 물권법, 법문사, 1999, 521면.

24) 이호정, “민법에 있어서의 인역권”, 법정, 1961. 10. 24면; 이태재, 280면.

25) 김용한, 민법 제302조, 고시계 1975. 1. 91면; 권용우, 390면, 이상호, 245면.

26) 박윤직, 신정판 물권법, 박영사, 1993, 451면.

27) 김현태(하), 18면.

28) 김용진, 관용적 주석민법에서 인용, 190; 방순원, 193면.

29) 민법주해 VI(물권 3), 148면(민일영 집필); 김기선, 297면; 장경학, 593면; 최 석, 267면. 특히 민일영 판사는 어느 용어를 사용하는 그 실질에 있어서는 동일하므로 크게 문제될 것이 없다고 하나, 용어란 그 내용을 집약하여 정형화한 하나의 약속이므로 그 용어는 될 수 있으면 그 내용을 정확하게 나타내는 것이 바람직 할 것이다.

30) 구 민법 제263조, 제294조 참조.

31) 김용한, 위의 “민법 제302조”, 91면.

32) 김용한, 위의 논문, 91면.

도 갖는데, 인역권은 양도성·상속성이 인정되지 않으므로 “준총유적 토지수익권”도 양도 내지 상속이 인정되지 않을 것이다. 어성전 1리에서의 송이버섯 채취권의 양도 내지 상속금지의 관행은 바로 이를 보여주는 것이다.

3. 총유지분의 인정과 유추적용

지역주민이 집합체의 관계로서 타인의 토지에 대하여 소유권 이외의 권리로서 수익권을 가지는 “준총유적 토지수익관계”에 있어서 지역주민들 각자는 지분을 주장할 수 있을지 문제된다. 지분이 인정되지 않는다면 지역주민이 목적토지에서 수익한 수익금은 어떤 형태로든 지역주민들에게 분배될 수 없기 때문이다. 따라서 문제의 초점은 총유에 있어서도 지분이 인정될 수 있을까 하는 점에 모아지게 된다.

총유에 있어서 총유지분에 관해서는 이를 전면적으로 인정하지 않는 견해³³⁾와 이를 인정하는 견해³⁴⁾가 대립되고 있다. 그러나 지분이란 개념은 반드시 확립적으로 이해하여야 하는 것은 아니기 때문에 총유에 있어서의 지분의 개념구성도 전혀 불가능한 것은 아니라고 생각한다. 물론 법문상으로 공유와 합유의 경우에는 지분이란 용어를 사용하고 있고³⁵⁾ 총유에 관해서는 지분이란 표현을 찾아볼 수 없다. 그러나 법문상으로 명시되고 있는 지분에 대한 개념조차도 반드시 확립적으로 이해하여야 한다는 것은 아닐 것이다.³⁶⁾ 지분의 의미 내용이 이와 같이 다양한 것이라면 총유지분은 그 구성에 따라서, 주민이 총유물에 대하여 갖는 사용·수익의 권능을 가리킬 수도 있고, 주민이 총유물에 대하여 갖는 권리·의무의 총체를 의미할 수도 있으며, 주민이 주민으로서 갖는 법률상의 지위를 뜻하는 경우도 있을 것이다. 따라서 총유의 경우에 있어서 문제의 합리적인 해결을 위해서는 구체적인 사정에 비추어 위에서와 같은 의미 가운데 어떠한 의미내용으로서 (준)총유지분을 표현한다 하더라도 불합리하지는 않을 것으로 생각한다.³⁷⁾

[어성전 1리]의 마을 주민들이 송이버섯을 채취할 수 있는 공동의 산에서 약 4천5백여만원의 수익을 올려, 참여한 주민들이 1인당 100만원정도의 수익금을 나누어 가진 것은 (준)총유지분을 인정하는 견해의 한 예가 될 것이다. 당연한 것이지만 총유지분을 인정하는 견해에 의한다면 송이버섯을 채취하는 공동의 산에 납부되는 대가(제세공과금 등의 채무)에 대하여도 지역주민이 총유적으로 부담할 것이다. 따라서 어성전 1리 주민들의 경우에도 송이버섯채

33) 권윤직, 263면-264면; 이영준, 전정판 물권법, 박영사, 1996, 632면; 이상태, 개정판 물권법, 법원사, 2000, 268면; 장경학, 632면은 이를 분명히 하고 있으나, 김현태, 299면; 이근식, 326면은 총유지분이라는 말을 사용하지 않는다.

34) 김상용, 443면; 김중한·김학동, 333면. 특히 견해는 총유지분을 “총유물에 관한 사원의 권리의무”로 보고 있다.

35) 제262조, 제263조, 제267조 등.

36) 김용한, 343면.

37) 김용한, 재산법의 과제와 판례, 1989, 박영사, 88면-90면.

취 임대료를 우선적으로 공제한 후 남는 금액을 채취자의 수로 나누어 균분 분배하고 있었다.

V. 결론

2000년 가을에 북한의 고위인사가 송이버섯 300명분 3톤을 남한의 인사들에게 추석 선물을 보냈다고 하며 송이버섯이 시중에 회자된 적이 있었다. 예로부터 송이는 귀한 물건으로 알려져 왔다. 고려 말의 문인 이색도 송이선물을 받고 그의 시집 [목은집]에 “술 바람에서 중추가 가까움을 느끼더니 선물을 받고 보니 늙어 병든 몸 입맛을 잃지 않았음을 확인한다”고 읊었다.

이런 송이는 적송뿌리에서만 기생하는데 우리나라에서는 태백산맥을 중심으로 적송이 분포되어 있어, 송이도 주로 이 지역의 산림을 중심으로 채취되고 있다. 그런데 송이버섯은 농업기술의 발달에도 불구하고 여전히 제한된 분포지역에서 원시적인 방법에 의하여 채취할 수밖에 없다. 그런데 산림은 국유림, 공유림, 사유림으로 분류되며, 이 중 국유림과 공유림에서 자생하고 있는 송이버섯의 채취권이 문제된다. 현행 민법은 제302조에서 특수지역권을 인정함으로써 우선 지방적인 관행을 고려하도록 하고, 그러한 관행이 없는 경우에는 지역권의 규정을 준용하도록 하고 있다. 따라서 민법 제302조의 특수지역권이 어떠한 내용을 가지고 어떠한 기능을 갖는가 하는 구체적인 것은 관습의 존재를 밝히는 것이 전제가 될 것이다. 그러나 우리나라에서는 이 분야에 있어서 관습의 발굴이 미미한 실정에 있으므로 특수지역권의 사회적 작용 내지 기능에 대해서도 명확히 밝혀진 바가 적다. 이 논문에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 강원도 양양군의 현북면 어성전 1리의 송이채취관행 조사를 통하여 특수지역권의 내용과 효력을 실증적으로 검토하려고 시도하였다.

그 결과 [어성전 1리]의 송이버섯채취관행을 통하여 확인한 내용은 다음과 같다. 첫째, 송이버섯채취권은 마을주민이 집합체의 관계로서 타인의 토지에 대하여 갖는 수익권으로 마을의 이장이 대표가 된다. 둘째, 송이버섯채취권의 취득자격은 송이버섯을 채취할 수 있는 사유림이 없는 사람으로 마을에 3년이상 거주하여야 하며, 한 가구당 1명만 송이버섯을 채취할 수 있다. 셋째, 송이버섯채취권은 대체·양도 내지 상속이 되지 않는 엄격한 일신전속적권리임을 확인할 수 있었다. 넷째, 채취된 송이버섯은 일단 송이채취에 참여한 마을주민이 집합체로서 출하하고 판매대금을 준총유하게 된다. 다섯째, 송이버섯의 판매대금은 송이채취가 종료한 후 송이채취에 참여한 주민들이 공동산에 납부되는 제세공과금 등을 공제한 후 균분하여 분배하고 있다. 이 경우 송이버섯채취기간 중 이사 간 사람에게는 전혀 배당을 하지 않으며, 송이 채취일에 결근한 사람은 그에 상응한 대금을 감액한다. 여섯째, 송이버섯채취권의

상실은 주민이 다른 곳으로 이주하거나, 채취한 송이를 몰래 반출하게 되는 경우이다. 특히 후자의 경우에는 영원히 송이버섯채취 자격이 박탈된다. 일곱째, 송이버섯채취권의 공시는 송이버섯을 채취할 수 있는 지역과 사유림이나 다른 국유림과의 경계를 명확히 구획하기 위하여 끈으로 나무와 나무사이를 연결하는 명인방법에 의하고 있었다.

법리적으로는 [어성전 1리]의 송이채취관행을 통하여 총유지분의 인정여부를 검토해 봄으로써 준총유적 토지소유권(특수지역권)에 있어서 준총유지분의 인정근거를 도출할 수 있었다. 준총유적 토지소유권(특수지역권)은 하나의 유물로 민법상에 자리할 운명에 처해 있다고 하여도 과언이 아닐 것이라는 견해가 있다.³⁸⁾ 그러나 송이버섯과 같이 대체할 수 없는 임산물 생산의 특성에 비추어 본다면 특수지역권과 같은 수익관계의 필요성은 어떤 의미에서는 필연적이라고 할 수 있다. 본 논문이 준총유적 토지소유권(특수지역권)의 법적 규제에 있어서는 이러한 실정을 이해하는데 도움이 되었으면 하는 바램이다.

[주제어] 송이, 송이버섯, 송이버섯채취권, 준총유, 특수지역권, 준총유적 토지소유권, 송이채취관행, 송이채취권, 입회권, 민법 제302조, 총유지분

38) 민법주해 VI(물권 3), 민일영 집필, 150면; 박윤직, 414면은, 특수지역권이 없다면 빈곤한 농민이 타격을 입게되므로 현재로서는 존속시킬 필요가 있다고 하기도 한다.

〈參考文獻〉

- 곽윤직, 신정판 물권법, 박영사, 1993
- 김용한, 재전정판 물권법론, 박영사, 1993
- 김용한, 재산법의 과제와 판례, 박영사, 1989.
- 김증한·김학동, 물권법(제9판), 박영사, 1997
- 이영준, 전정판 물권법, 박영사, 1996
- 이상태, 개정판 물권법, 법원사, 2000
- 김상용, 전정판 물권법, 1999
- 정궁식 역, 국역 관습조사보고서, 한국법제연구원, 1992
- 민법주해 VI(물권 3), 곽윤직 대표집필, 박영사, 1992
- 주석민법 물권(3), 박준서 편집대표, 한국사법행정학회, 2000
- 이호정, “민법에 있어서의 인역권”, 법정, 1961. 10.
- 배병일, “산삼채취인-심메마니-의 관습에 관한 법사회학적 연구”, 비교사법, 한국비교사법학회, 창간호(1994).

SUMMARY

Legal Aspect of Habitual practice of gathering Natural mushrooms

Moon, Heung Ahn

(Department of Law, College of Law, Konkuk University)

Since the days of antiquity, a natural mushroom has been known as a rarity. It is parasitic only on the roots of pine trees. In Korea, pine trees are distributed centering around the TaeBack Mountains hence natural mushrooms are also gathered near this forest. Despite the development of the agricultural technology, natural mushrooms are gathered by a primitive method in a limited area. Forests in Korea are classified into three parts as they called a national forest, a public-owned forest and a private forest. The problem is the right of gathering natural mushrooms in the national and public-owned forest. Currently, Article 302 of the Civil Law has regard for the regional routine by admitting the rights of the special region and if there is no habitual practice, it applies rules of the local rights. Therefore the contents and function of the local rights in the Article 302 will be depended on the discovery of existence of traditional practice in detail. Based on a critical mind, I tried to investigate the contents and validity of the right of the special region by examining the traditional practice of gathering natural mushrooms in Uhsungjun Li, Hyunbuk Myun, Yangyang Kun of Kangwon province.

The results validated by the examination are as follow.

① Residents in a village can have the right of gathering natural mushrooms only as an aggregation over the other's territory and the head of the village becomes the representative of the earning right.

② To be qualified for acquiring the right of gathering natural mushrooms, one must resides in the village for more than three years without owning a private place to collect

natural mushrooms and only one person from each family can participate in collecting natural mushrooms.

③ The right of gathering natural mushrooms is strictly limited to oneself so it can't be substituted, transferred or succeeded to other people.

④ Residents of the village who participated in collecting natural mushrooms can ship them or possess the margin only as an aggregation.

⑤ The margin from selling natural mushrooms are divided and distributed equally to participants after deducting the taxes that are paid for the mountain where residents of a village assemble and work together. In this case, a person who moved to another village during the picking season is not paid at all and for someone who absent from the day gathering natural mushrooms is to get a appropriate reduction in price.

⑥ The loss of the right of collecting natural mushrooms happens when a resident moves out of the village or takes out the collected natural mushrooms stealthily. Especially for the second case, the right of gathering natural mushrooms are deprived forever from the doer.

⑦ Public announcement of the right of collecting natural mushrooms clearly distinguishes the areas where natural mushrooms can be collected from the place which is prohibited from gathering them such as a private forest or other national forests by connecting trees with ropes which is so called 'Myung-In' method.