

濟州道內 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬과 그에 따른 住民權益問題

尹 良 洙*

<p>I. 序</p> <p>II. 마을의 法的實體와 그 機能</p> <p>1. 마을의 概念</p> <p>2. 마을의 法的實體</p> <p>3. 마을의 機能</p> <p>III. 마을共同財産에 關한 從來의 法解釋과 그 問題點</p> <p>1. 마을共同財産의 概念과 그 法的 性質</p> <p>2. 마을共同財産에 關한 法規와 그 解釋</p> <p>3. 마을共同財産에 關한 從來의 法解釋의 問題點</p>	<p>目 次</p>	<p>IV. 濟州道內 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬과 그에 따른 住民權益問題</p> <p>1. 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬實態</p> <p>2. 마을共同財産의 歸屬變更에 따른 住民權益問題</p> <p>3. 마을共同財産 歸屬變更의 社會的 問題點</p> <p>V. 마을의 機能活性化를 위한 法的課題</p> <p>1. 마을의 機能活性化의 必要性</p> <p>2. 마을의 育成을 위한 法的課題·(마을共同財産의 市·郡 歸屬에 따른 問題點의 解消策)</p> <p>VI. 結 語</p>
--	------------	---

I. 序

우리나라의 悠久한 民族史를 通하여 國家社會의 基礎的인 地域住民組織體로서 오랫동안 隣保와 地域開發등의 社會的 機能을 遂行하여왔던 마을共同體가, 오늘날에 이르러, 점차 分解되어 가고 있고 그 機能이 弱화되면서 存立의 危機를 맞고 있다.

이는, 現代의 産業化·都市化現象이 人間과 鄉土와의 結合關係를 稀薄하게 만들고 地域社會의 對外依存度를 增大시키며, 個人主義的 價値觀이 地域住民의 共同體意識을 弱화시키고, 自然科學

* 이 논문은 1986년도 문교부 학술연구조성비에 의하여 연구되었음.

* 社會科學大學 助教授

의 發達과 住民의 生活圈의 擴大가 廣域行政을 필요하게 만드는 등의 時代的傾向에 緣由하는 것이라고 볼 수도 있지만, 法制的인 側面에서 마을共同體를 保護·育成하려는 勞力이 未洽했던 것도 마을共同體의 危機를 加重시킨 한 要因이라고 아니할 수 없다.

過去에 慣習法에 依하여 財産을 所有할 수 있었던 마을이 現行 地方自治法制下에서 그 權利主體性이 否認되고, 從來의 마을共同財産을 所屬 市·郡에 歸屬시킨 것도 自律的 住民團體인 마을의 存立이나 그 機能을 어렵게 만드는 要因의 하나가 될 수 있는 것이다. 이는 基礎地方自治團體가 市·郡으로 되어 있고, 管轄區域이 넓은 市·郡의 行政機關과 마을住民과의 距離가 멀어질 수 밖에 없는 現行地方制度下에서, 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬이, 마을共同體意識形成의 觸媒體를 喪失시키고, 地域住民團體의 自律能力을 萎縮시키며, 마을의 存立 基盤을 崩壞시키는 결과를 낳을 수 있기 때문이다.

이러한 問題意識을 가지고, 本稿에서는 우리나라의 地方自治에 關한 臨時措置法 第8條에 根據하여 이루어진 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬에 關하여, 濟州道地域을 中心으로, 그 實態와 그에 內包된 法理上의 問題點 및 마을共同財産의 歸屬變更에 따른 地域住民의 權益侵害와 社會的 問題點 등을 살피고, 그 解決策을 模索하며, 이를 土臺로 하여, 마을의 機能活性化의 必要性을 指摘하고 그 保護·育成을 위한 法的 方案을 찾아 보고자 한다. 마을共同體의 自活力을 키우고 地域住民의 自發的인 參與와 協同으로 地域社會發展을 이룩하는 하나의 길을 찾아보려고 하는 것이 本研究의 根本目的이다.

研究方法으로는 文獻調査方法和, 實態把握을 위한 面接調査方法·事例蒐集方法을 並用하였다. 實態調査를 위하여 濟州道內 193個 法定洞·里中에서 無作爲抽出된 8個마을¹⁾에 대하여 本稿 末尾의 調査表에 의한 面接調査를 하고, 其他 道內 一部마을에서는 事例蒐集方法으로 資料를 얻어 研究를 進行하였다.

本稿에서 濟州道內 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬問題를 考察함에 있어, 關聯法規가 全國에 걸쳐 施行되는 것이고, 마을財産의 市·郡에의 歸屬도 全國的으로 이루어진 것이며, 마을이 財産을 所有할 수 있는 團體인지의 여부등 마을의 法的 實體를 論究하는 것이나, 마을의 機能, 마을共同財産의 歸屬變更의 法的·社會的 問題點 등이 모두 全國的인 것들이라고 할 수 있기 때문에, 研究의 進行過程에서 地域的 特殊性의 抽出에 굳이 執着하지 아니하였음을 미리 밝혀 둔다.

1) 調査對象마을

北濟州郡 한림읍 명월리·애월읍 동귀리·애월읍 수산리·애월읍 하가리

南濟州郡 표선면 성읍리·안덕면 덕수리

西歸浦市 강정동·회수동

II. 마을의 法的實體와 그 機能

1. 마을의 概念

우리나라에서 마을이란 用語는 傳統的으로 地域社會에서의 基礎的單位地域의 住民集團이나 또는 그 住民集團이 모여 사는 一定한 場所를 나타내는 것으로 사용되어 왔으며, 오래전부터 洞·里와도 거의 같은 意味로 쓰여져 왔다.

옛부터 農業을 爲主로 해온 우리나라의 地域社會는 聚落形態의 小村落을 基礎로 하여 이루어지고 있었는데, 三韓時代부터 두레·契等의 住民組織이 있었고, 高麗時代에 이르러 五戶以上을 一保로 組織하여 管理하는 五保制度가 施行되었으며,²⁾ 李朝時代에는 全國의으로 戶口를 明白히 하고 隣保團體를 굳게 하기 위하여 首都와 地方에 五家作統·五統爲里的 制度를 만들었다는 記錄이 있다. 즉 經國大典에 依하면 五戶를 一統으로 하여 統에 統主를 두고, 地方에는 五統을 一里로 하여 里에 里正을 두며, 몇개의 里가 一面을 形成하고 面에는 勤農官을 두며, 서울에는 每一坊에 管領을 둔다고 하였다.³⁾ 이러한 制度에서 비롯되어, 우리나라에서는 일찍부터 數個 小村落의 集團으로서 自治的色彩를 가진 最小의 行政單位를 洞里라고 불려왔다.⁴⁾

오늘날에도 마을은 일반적으로 洞 또는 里로 불리워지고 있다.

그러나 오늘날의 法的概念으로서의 洞·里는 傳統的概念으로서의 마을과 그 意味內容이 반드시 一致하는 것은 아니다.

우리나라의 現行 地方自治法에는 洞·里를 地方自治團體의 下部行政區域으로 設定하고 있다. 즉 同法은 第145條 第1項에서 「…市·邑·面과 區에는 洞·里를 둔다」⁵⁾라고 規定하였고, 同條 第3項에서 「洞·里의 區域은 自然의 村落을 基準으로 하되, 그 名稱과 區域은 內務部長官의 承認을 얻어 當該自治團體의 條例로 定한다」⁶⁾라고 規定하고 있다.

이러한 法規定에 依하여 劃定된 洞·里의 區域은 오랜 住民生活過程에서 自然發生的으로 形成된 마을의 區域과 똑 같은 것은 아니다. 그것은 2個以上の 小規模 自然部落을 하나의 洞·里로 定할 수도 있으며, 또는 近來의 產業化·都市化의 進展 기타 地域與件의 變動에 발맞추어 地方行政을 能率的으로 遂行해 나갈 수 있도록 하기 위하여 洞·里區域을 必要에 따라 調整할 수도 있기 때문이다.

2) 金海東, “韓國의 住民組織과 地方行政”, 서울大學校 行政大學院, 「行政論叢」 23卷 1號, 1985. pp. 90~92.

3) 李丙燾, 「國史大觀」, 普文閣, 1961, p. 345.

4) 金甫佐·金庸來, 「地方行政의 理論과 實際」, 法文社, 1969. p. 155, p. 295.

5) 1986. 10. 2. 國務會議의 議決을 거친 새 地方自治法案(政府案)에서는 이 部分이 「…郡에는 邑·面을 두며, 市와 區에는 洞을, 邑·面에는 里를 둔다」라고 고쳐져 있다(同法案 第3條 第3項中).

6) 새 地方自治法案(政府案)에서는 이 部分이 「里의 區域은 自然의 村落을 基準으로 하되, 그 名稱과 區域은 道知事의 承認을 얻어 當해 地方自治團體의 條例로 定한다」라고 고쳐져 있다(同法案 第5條 第4項).

오늘날 地方行政에 있어서 從來의 自然部落을 基準으로 한 法定洞·里制⁷⁾와는 別途로 必要時 當該 地方自治團體의 條例로써 法定洞·里를 適宜 調整할 수 있는 行政運營洞·里制⁸⁾가 採擇 施行되고 있으며, 1985年 1月 1日 現在로 우리나라의 自然部落總數는 67,966個, 公簿上 洞·里(法定洞·里) 數는 18,727個, 行政運營洞·里數는 37,161個(1,794洞, 35,367里)로 集計⁹⁾된 것을 보아 서도 마을과 地方自治法上的 洞·里와의 區域面에서의 差異를 確認할 수 있다.

그리고 地方自治法에서는 洞·里가 地方自治團體의 下部行政區域의 意味로 쓰이고 있다. 行政區域은 國家나 地方自治團體의 事務를 能率的으로 處理하기 위하여 劃定해 놓은 一定한 地域範圍를 뜻하며, 이러한 行政區域으로서의 洞·里는 獨自의인 活動主體가 될 수 없다. 그러나 洞·里區域에 居住하는 住民集團은 하나의 自生的인 隣保의 地域團體로서 一定한 社會的活動의 主體가 될 수 있는 것이다.

마을도 때로는 住民集團이 모여사는 一定範圍의 地域(마을區域) 自體를 나타내는 경우가 있지만, 本稿에서는 마을을 洞·里等 基礎的 單位地域에 居住하는 住民集團 즉 單位地域住民共同體의 意味로 쓰기로 한다.

우리가 洞·里的 概念을 認識함에 있어서, 그것을 地方自治團體의 下部行政區域으로서 認識할 수도 있지만(地方自治法上的 洞·里的 概念), 그와 달리 洞·里區域內에 居住하는 住民共同體(住民組織體)로 認識할 수도 있는 것이며, 洞·里를 後者の 意味로 認識한다면, 이는 곧 地域社會의 基礎的 單位地域住民集團을 뜻하는 本稿에서의 마을의 概念과 그 意味內容이 實質的으로 一致하는 것이다.

그리고 洞·里區域內에 居住하는 住民共同體로서의 洞·里的 實體(單位地域住民集團)는 地方自治法의 施行이나 管轄地方自治團體의 變動에도 불구하고, 永續的으로 實在한다고 봐야 할 것이다.

1958. 2. 6. 大法院判例도 「…一定한 地域內에 組織된 洞은, 行政法上 行政區域인 洞과 그 性質이 달라, 그 地域內에 居住하는 住民이 官憲 기타에 관한 共同便益 및 福祉를 위한 住民全部의 共同體로서, 住民全部가 그 構成員이 됨은 물론, 他로부터 그 地域內에 入住하는 자는 入住와 同時에 當然히 그 構成員이 되고, 他地域으로 移住하는 者는 移住와 同時에 當然히 그 構成員의 資格을 喪失하는, 不特定多數人으로서 組織된 永續的團體…」¹⁰⁾라고 하여, 洞을 行政區域으로서가 아니라, 洞區域內에 居住하는 永續的인 住民共同體로 認識하고 있다.

이와 같이 洞民 또는 里民集團으로 認識되는 洞·里等, 우리나라의 地域社會에 永續的으로 實在하면서 一定한 社會的機能을 遂行하고 있는, 基礎的 單位地域의 住民共同體를 本稿에서는 마을로 表現하고 있거니와,¹¹⁾ 여기서의 마을은 마을 區域이나 또는 組織이 갖추어지지 않은 一定

7) 예로서, 西歸浦市의 경우를 보면, 「서귀포시 동의 명칭 및 관할 구역에 관한 조례(1981. 7. 1 조례 제96호)」에 의하여, 22개의 法定洞이 管內에 設定되어지고 있다.

8) 예로서, 西歸浦市의 경우를 보면, 「서귀포시 행정운영동의 설치 및 동장정수조례(1981. 7. 1. 조례 제97호)」에 의하여 12個의 行政運營洞이 管內에 設定되어지고 있다.

9) 한국행정구역총람편찬회, 韓國行政區域總鑑, 善文社, 1986. p. 14참조.

10) 大法 1958. 2. 6. 선고, 4289 民上 617. 判決.

11) 本稿에서 때로는 「마을共同體」라는 用語를 쓰는 경우도 있는데, 이는 마을의 住民共同體性을 특히 強調하기 위한 것이며, 「마을(洞·里)」로 表現하는 경우는 마을이 現行 地方自治法上的 洞·

地域의 住民群集을 의미하는 것이 아니라, 洞·里發展이나 住民福祉增進等の 目的을 위해 成文 또는 不文의 規約(定款)에 依하여 組織되어진 一定單位地域의 住民共同體를 意味하는 것이다.

2. 마을의 法的 實體

마을共同財産問題를 論究함에 있어서는, 우선 마을이 財産을 所有할 수 있는 團體인지의 與否等, 마을의 法的 實體의 究明이 먼저 이루어져야 하는 데, 이는 마을의 法的 性質을 檢討하는 것과 表裏關係에 있는 問題이다.

첫째, 마을은 社團性을 가진 住民團體라고 할 수 있다.

우리나라의 地方自治法에서 洞·里가 地方自治團體의 下部行政區域으로 設定되어지고 있지만, 地域住民들이 오래전부터 洞·里등 一定한 組織을 갖춘 住民團體를 이루어 생활하여 왔기 때문에, 오늘날에도 마을(洞·里)의 實體는 마을區域이 아니라, 마을區域內에 現在 居住하고 있는 住民全員을 그 構成員으로 하는 住民團體로 인식하여야 할 것이다.¹²⁾

그런데, 우리나라의 地域社會에 永續의으로 實在하는 住民團體로서의 마을을 組合型 團體로 볼 것이냐, 아니면 社團型團體로 볼 것이냐가 문제될 수 있는 데, 이는 마을 住民 個個人이 마을 共同財産에 대하여 그 持分權을 가질 수 있느냐의 문제와 관련되는 것이기도 하다.

무릇, 人的結合體의 두가지 類型으로서의 組合과 社團은 그 團體的 結合性의 強弱의 差異에 依하여 區別되어질 수 있다. 組合은 團體로서의 單一性보다는 構成員의 個性이 強하게 表面에 나타나는 團體로서, 團體의 資産은 構成員全員이 共同으로 所有하고 團體의 負債는 構成員全員이 共同으로 부담한다.

한편, 社團은 團體가 그 構成員의 個性을 超越한 存在가 되어, 構成員의 個個는 團體 속에 埋沒되어지고, 團體의 行動은 그의 機關에 依하여 行하여 지며, 團體의 資産이나 負債도 모두 團體自體에 歸屬하고, 團體員은 그 資産으로부터 配當을 받거나 또는 그 設備를 利用할 수 있을 뿐이며 團體의 債務에 대하여 責任을 지지 않는다.¹³⁾

그런데, 마을은 마을住民全體가 그 構成員이 되며, 마을區域內에 새로이 「入住하는 者는 入住와 同時에 當然히 그 構成員이 되고 他地域으로 移住하는 者는 移住와 同時에 當然히 그 構成員의 資格을 喪失하는」¹⁴⁾ 地域住民團體이기 때문에, 構成員의 個性이 強하게 나타나는 組合體라고는 볼 수 없고, 社團型團體라고 할 수 있을 것이다.

여기서, 學說은, 어떤 人的結合體가 社團이 되기 위해서는, 그것이 團體로서의 組織을 갖추고, 代表의 方法·總會의 運營·財産의 管理 기타 社團으로서의 主要한 點이 定款(規則)에 依하

리의 住民集團까지 包括하는 概念임을 나타내기 위한 것이다.

12) 大法 1978.7.11. 선고, 78 다 409 판결 참조.

13) 郭潤直, 「民法總則」 博英社, 1986, pp.217~218.

高昌鉉, “마을共同財産의 法的考察”, 朝鮮大學校, 「社會科學研究」, 第6輯, 1983, p.133.

14) 大法 1958.2.6. 선고, 4298 民上 617. 判決 참조.

여 確定되어 있어야 한다고 한다.¹⁵⁾

이러한 社團의 成立要件중, 定款은 社團이 法人으로서의 設立許可를 받거나 그 登記를 함에 있어서는 文書(成文)化 되어야 할 것이나, 社團成立에 있어서는 그 文書化가 반드시 요청되어지는 것은 아니라고 보아진다. 즉 成文의 定款을 作成하지 않았다고 하여도, 團體의 組織規範·活動規範이 構成員들에 의하여 決議되거나, 혹은 이미 慣習上으로 確定되어 있는 團體의 構成原理를 構成員들이 規範意識을 가지고 받아 들여서, 構成員들이 共認하고 있는 一定한 團體規範에 의하여 會員의 資格이 確定되고, 會議가 進行되며, 代表者가 選出되는 등 團體가 運營되고 있다면, 그 團體의 定款은 作成되어진 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 마을은 마을의 共同利益을 도모하기 위한 目的下에 마을區域內에 居住하는 住民들로 構成된 團體로서, 마을規約¹⁶⁾ 또는 慣行에 따라 住民總會를 開催하여¹⁷⁾ 代表者를 選出하고¹⁸⁾ 團體意思를 決定하며, 對外的으로 마을을 代表하는 洞長 또는 里長이 있고 그에 의하여 마을의 業務가 執行되고 있으므로, 마을은 社團의 實質을 갖추고 있는 것으로 볼 수 있다.¹⁹⁾ 이처럼 마을이 하나의 社團型 住民團體이기 때문에 마을住民 個個人은 마을共同財産에 대하여 持分權을 가질 수 없게 된다.

둘째, 마을은 하나의 法人아닌 社團이라고 할 수 있다.

마을은 前述한 바와 같이 社團의 實質을 갖추고 있음에 불구하고 法人格을 가지고 있지 않다. 現行法上 法人은 法律의 規定에 依함이 아니면 成立할 수 없게 되어 있고(民法第31條), 非營利法人의 成立에도 主務官廳의 設立許可와 法人設立登記를 要件으로 하고 있다.²⁰⁾ 이처럼 法定의 要件을 갖추고 法人設立登記를 하여야 法人格을 取得할 수 있게 되어 있기 때문에, 法人設立登記를 經了치 않은 마을은 法人이 될 수 없고, 法人아닌 社團 또는 人格없는 社團이 되는 것이다.

셋째, 마을은 地方自治團體도 아니고 公共團體도 아니다.

地方自治團體는 國家의 領土의 一部를 自己區域으로 하여 그 區域內의 모든 住民에 대하여 國法이 인정하는 限度에서 支配權을 行使하는 團體이다.²¹⁾ 地方自治團體는 그 自體로서 法人格을 가지고,²²⁾ 그 스스로 行政權의 主體가 되며, 일정한 地域을 基礎로 하여 그의 固有한 事務를 가

15) 郭潤直, 前掲書, p.223.

金曾漢, 「民法總則」, 博英社, 1981. p.175.

16) 本 研究의 實態調査對象 8個마을중, 3個마을은 成文의 마을規約에 의하여, 나머지 마을은 慣行에 따라 마을이 운영되고 있었다.

17) 調査對象 모든 마을들이 오래전부터 1년에 1回~4回씩의 마을住民總會를 개최하여 오고 있음이 확인되었다.

18) 調査對象마을의 代表者 選出 實態는, 市管內 行政運營洞의 洞長은 市長이 選任하고, 市管內 一部 法定洞 및 郡管內 里의 代表者는 마을住民總會에서 選出되는데, 法定里와 行政(運營)리가 일치하는 경우에는 지방자치에 관한 임시조치법과 同法施行令 및 當該地方自治團體規則에 따라서 邑·面長이(住民에 依해 選출된) 里長을 任命하는 形式을 취하고 있었다.

19) 大法 1980.1.15. 선고, 78 다 2364. 判決참조.

20) 民法 第32條 및 第33條 참조.

21) 金南辰, 「行政法 I」, 法文社, 1986. p.104.

22) 地方自治法 第3條 제1항 참조.

지고 스스로의 責任으로 이를 處理하는 權限을 가진다. 그러므로, 地方自治團體는 단순한 事業團體가 아니라, 그 자신의 事務와 權限을 가지는 一種의 地域的 權力團體이며, 이 점에서 國家와 같은 성질을 가지고 있다.²³⁾

이러한 地方自治團體는 그 種類를 法律로 定하게 되어 있는 데(憲法 第118條 第2項), 1949년의 地方自治法은 道와 서울特別市 그리고 市·邑·面을 地方自治團體로 定하였으나,²⁴⁾ 1961년의 地方自治에 관한 臨時措置法은 道와 서울特別市·直轄市 그리고 市·郡을 地方自治團體로 規定하여²⁵⁾ 現在에 이르고 있다.²⁶⁾

따라서 過去는 물론이고 現在에도 마을(洞·里)을 地方自治團體로 인정하는 法律이 없기 때문에, 마을은 地方自治團體가 아님이 分明하다.

國家와 地方自治團體以外的 公法上的 法人格을 가지는 公共團體로서 公共組合(公法上的 社團法人)²⁷⁾과 營造物法人²⁸⁾이 있는 데, 이들 公共團體는, 法律에 依하여 직접 法人格이 부여되는 것이 보통이며,²⁹⁾ 公的目的遂行의 義務가 부과되고, 團體의 目的達成과 存立維持·活動繼續을 造成·保護하기 위하여 一定한 公權이 부여되는 경우가 많다. 따라서 어떤 團體가 公共團體가 되기 위하여는 明白한 法的 根據가 必要한데 現在の 우리나라의 法制上으로는 마을(洞·里)에 公法上的 法人格을 인정하거나 公共團體로서의 地位를 부여하는 法規定이 없으므로 마을은 公共團體가 될 수 없음도 分明하다.

넷째, 마을은 마을住民의 總有財産으로서의 마을共同財産을 實質적으로 所有·管理할 수 있다.

마을은 前述한 바와 같이, 現行 法制上 私法人이나 公法人으로서의 人格을 認定받지 못하고 있으므로, 아무리 現實적으로 社團으로서의 實質을 갖추고 社會的機能을 遂行하고 있다 하더라도, 마을 自體가 獨自적으로 權利를 가지며 義務를 지는 것은 原則적으로 不可能하다.

그런데, 마을도 그 一種이 되는 非法人社團에 대하여, 實定法上 一定한 權利義務의 主體性을 認定하는 例外的인 경우가 더러 있다.³⁰⁾

23) 李尙圭, 「新行政法論(下)」, 法文社, 1986. p.122.

24) 地方自治法 第2條 제1항 참조.

25) 地方自治에 관한 臨時措置法 第2條 제1항 참조.

26) 새 地方自治法案(政府案)에서는 特別市·直轄市·道와 市·郡 그리고 自治區를 地方自治團體로 하고 있다(同法案 第2條).

27) 公共組合은 國家의 特定한 目的을 위하여 結合된 人的團體인 點에서 私法上的 社團法人과 區別되지만, 실제로 公共組合의 公法의 特色에는 強弱의 程度에 있어 차이가 있으며 公共組合인지 私法上的 社團법인인지 分辨하기 어려운 경우가 많다. 金道昶, 「一般行政法論(下)」, 靑雲社, 1985. pp. 111~112.

28) 營造物法人과 公財團을 同一視하는 見解도 있고(李尙圭, 前揭書, p.119, 朴鈞析, 「行政法講義(下)」, 國民書館, 1985. p.61), 兩者를 區別하는 見解도 있다(金南辰, 前揭書, p.105).

29) 例: 農業協同組合法 第3條.

大韓住宅公社法 第2條 等.

30) 民事訴訟法 第48條, 不動產登記法 第30條, 特許法 第20條, 行政審判法 第10條, 國稅基本法 第13條, 所得稅法 第1條 3項 等.

우리 民法은 法人아닌 社團의 財産關係에 대하여, 第275條 第1項에서 「法人이 아닌 社團의 社員이 集合體로서 物件을 所有할 때에는 總有로 한다」라고 規定하여, 法人아닌 社團은 그 自體가 財産權의 主體는 될 수 없지만, 社團構成員의 總體가 그 財産權의 主體가 될 수 있도록 하고 있다.³¹⁾ 따라서 法人이 아닌 社團인 마을의 住民들은 共同出資·協同活動等을 通하여 住民總有의 마을共同財産을 造成할 수 있고, 또한 그것을 所有·管理·處分할 수도 있다. 이는 곧 마을이 마을共同財産을 保存할 수 있고, 住民團體인 마을 自體가 實質的으로 財産權의 主體가 될 수 있음을 의미하는 것이다.

그리고 不動産登記法은 第30條에서 「①宗中·門中 기타 代表者나 管理人이 있는 法人 아닌 社團이나 財團에 屬하는 不動産의 登記에 관하여서는 그 社團 또는 財團을 登記權利者 또는 登記義務者로 한다. ②第1項의 登記는 그 社團 또는 財團의 名義로 그 代表者 또는 管理人이 이를 申請한다」라고 規定하여, 法人아닌 社團의 名義로 登記할 수 있게 함으로써, 不動産에 대한 權利關係에 關한 限, 非法人社團을 社團法人과 同一視하고 있다. 이는 非法人社團인 마을도 不動産의 所有 기타 物權保有에 關한 限 그 權利能力을 認定받고 있음을 意味하며, 마을의 財産權主體性을 保障하고 있음을 말해 주는 것이다.

그리고 內務部가 마련하여 각 마을에서의 共同財産管理準則으로 삼도록 하고 있는 「새마을 財産造成 管理規約」³²⁾에서도 「마을財産登記는 住民總有로 하여 3인의 財産管理者를 代表로 法院에 登記」하도록 하고 있다. 이 「새마을 財産造成 管理規約」은 비록 法規性이 없는 것이긴 하지만, 單位地域 住民團體인 마을이 事實上의 財産權主體가 될 수 있음을 잘 말해주고 있음엔 틀림없다.

다섯째, 마을은 訴訟上의 當事者나, 行政審判·特許審判에서의 請求人等이 될 수도 있고, 納稅義務의 主體도 될 수 있다.

民事訴訟法 第48條, 行政審判法 第10條, 特許法 第20條, 法人稅法 第1條 第2項 등은 法人 아닌 社團에 대하여 一定한 權利·義務의 主體性을 認定하고 있다.

따라서 마을도, 그 自體의 共同目的을 達成하기 위하여 住民總會에서 意思決定을 하고 代表者(洞·里長)을 選出하며, 그 代表者가 對內的으로는 마을의 財産을 管理하고 事務를 執行하며 對外的으로 마을을 代表하는 等の 組織을 갖춘이상, 法人 아닌 社團임이 틀림없으므로, 위의 法規定들에 依하여, 비록 制限의이긴 하나 一定한 權利·義務의 主體가 될 수 있는 것이다.

以上の 考察을 通하여, 마을은, 地方自治團體나 其他 公共團體는 아니면서, 住民總有의 마을 共同財産을 所有할 수 있고, 그 名義로 不動産登記를 할 수 있으며, 訴訟上의 當事者能力과 그 외의 制限의인 一定한 權利能力을 가지는, 法人 아닌 社團임을 確認할 수 있다.

31) 이 경우에 法人아닌 社團 自體가 獨立하여 財産關係의 主體가 될 수 있는 것으로 보는 學說도 있다. 黃迪仁, 「現代民法論 I」 博英社, 1985. p.102. 참조.

32) 內務部, 「새마을運動 10年史」(資料篇), 1980. pp.370~373. 참조.

3. 마을의 機能

우리나라에 있어서 마을의 住民共同體의 傳統은 古代社會로부터 緣由하여 왔고 農耕의 定着·發達과 더불어 地緣共同體로서 社會的機能을 遂行하여 왔다고 할 수 있다.³³⁾ 그런데 李朝時代에 이르러서는 마을組織이 中央政府에 의한 住民統制의 裝置로 이용되었던 것 같다.³⁴⁾ 즉, 李朝 稅制의 基礎인 租·庸·調에서 調(戶를 대상으로 한 特產品 現物稅)는 마을 單位로 賦課되었고, 租(土地를 대상으로 한 穀物稅)와 庸(賦役등 人的勞力負擔)은 田結 및 戶와 丁概念을 중심으로 賦課되는 것이지만, 五家作統法에 따라³⁵⁾ 그 義務不履行時 또는 義務者逃走時 이웃 사람들이 直接·間接으로 責任을 지므로써, 마을의 連帶責任이 原則같이 되어 있었으며, 마을 사람들은 서로 監視해서 마을內에 一定한 犯罪가 일어나지 않게 해야 하며, 이를 어겼을 때 마을이 共同責任을 져야 하는 경우가 많았던 점을 고려하면, 李朝時代의 마을은 國家組織에 있어서 行政 및 刑事制度上의 連帶責任·連帶擔保의 單位였다고 할 수 있다.³⁶⁾

日帝時代에도 沙防工事·堤防工事·道路의 補修·管理등에 마을 單位로 住民이 動員되고 賦役이 賦課되는 例가 많았다.

이처럼 마을은 오랫동안 統治의 客體 내지 被治團體로서의 義務와 責任을 遂行하는 過程에서, 住民相互間의 隣保와 協同을 促進시키고 마을內의 社會秩序를 維持하며,³⁷⁾ 마을의 일을 共同으로 處理하고 그에 必要한 財源과 人力의 確保를 위하여 金品·勞役등을 住民들에게 賦課하는 등 自治團體의 機能을 遂行하여 왔다.³⁸⁾

오늘날에도 마을은 여러가지 面에서 重要한 社會的機能을 遂行하고 있음이 事實이다.

첫째, 마을은 地域社會開發機能을 遂行하고 있다.

地域社會開發은 住民生活에 있어서의 經濟水準의 向上·生活環境의 改善·生活行態의 改造等, 住民生活全體의 發展을 目標로, 地域住民들이 集合的·協同的·自主的·自助的으로 推進하여야 하는 것인데,³⁹⁾ 그 推進主體로서 마을이 가장 適合함은 1970年代以後 오늘에 이르기까지 全國의 마을單位로 이루어진 새마을事業의 實績이 立證하고 있다.⁴⁰⁾

33) 鄭煥淡, “마을共同體의 慣習法上の 法人性에 관한 研究”, 全南大學校 社會科學研究所, 「社會科學論叢」 第9輯, 1981. p. 324.

34) 金海東, 前揭論文, p. 92.

35) 李朝 肅宗 元年의 五家統節目 第2, 14, 15, 18, 20條등 참조.

李南久, “朝鮮王朝後期の 里洞組織에 관한一研究”, 安東教育大學 「論文集」 第9輯, 1976, pp. 341~342.

36) 崔大權, 「法社會學」 서울大學校出版部, 1983. p. 178.

37) 李朝時代의 鄉約의 四大綱目이라 할 수 있는 德業相勸·禮俗相交·患難相恤·過失相規의 綱目에서도 이를 확인할 수 있다. 李弘禧編, 「國史大事典」, 三榮出版社, 1984. p. 1706.

38) 鄭煥淡, 前揭論文, p. 311.

39) 崔昌浩, 「韓國地方行政의 再認識」 三英社, 1985. pp. 457~461.

40) 內務部, 「새마을運動(1985)」 pp. 152~153, 새마을運動(1983), pp. 262~284참조.

그간의 새마을가꾸기事業이나 環境改善事業등은, 傳來의 마을共同體가 있고, 이 마을을 事業推進主體로 하여 遂行하였기에⁴¹⁾ 成功을 거둘 수 있었다고 보아지며, 이 점에서 마을의 獨自的인 社會的機能, 특히 地域社會開發機能을 認定하지 않을 수 없다.

둘째, 마을은 隣保·協同的機能을 遂行하고 있다.

마을은 住民들이 오랫동안 서로 가까운 곳에 살며 자주 접촉하고 共通的인 經驗을 갖게되는 隣近住民組織으로서, 그 構成員間에 서로 돕고 협력하는 氣風을 造成하고, 住民들 相互間의 親睦을 돈독히 해주는 기능을 遂行한다. 이 機能은 오래전 두레·契·鄉約 등의 隣保組織이 形成될 때부터 갖고 있었던 마을의 傳統的 機能이라고 할 수 있다. 그러나, 오늘날 이 기능은, 住民

41) 1970年 以後에 마을이 事業推進主體가 되어 이룩한 地域開發事業은 本研究의 實態調査對象이 된 모든 마을에서 상당한 量에 이르고 있음이 확인되었는데, 그중 2개 마을에서 확인되어진 사업내역만을 例示하면 다음과 같다.

년 도	D里(1986.11.1. 현재 가구수 284, 주민수 1,167)			S里(1986.10.1 현재 가구수 256, 주민수 1,086)		
	마을공동사업명	총사업비	사업비부담내역	마을공동사업명	총사업비	사업비부담내역
1970	농로(2km)확장		마을자체부담			
'71				마을창고건립	1,700,000	마을자체부담
'72	농로(1.8km)신설 가로(0.9km)확장		마을자체부담	농로(2km)확장	1,400,000	마을14%·군86%
'73	마을회관신축	7,000,000	마을70%·군30%	농로(3km)개설	2,500,000	마을40%·군60%
'74	마을창고신축	2,500,000	마을자체부담	마을電化사업	7,850,000	마을30%·군43%
'75						독지가성금 27%
'76	마을창고증축	2,000,000	마을자체부담			
'77	농로(1.7km)신설 마을창고증축	4,000,000 5,500,000	마을90%·군10% 마을10%·정부90%			
'78				교량축조사업	6,816,700	마을2%·군98%
'79	농로(2km)신설 마을회관증축	5,000,000 8,000,000	마을90%·군10% 마을80%·군20%			
'80						
'81						
'82						
'83	마을진입로 및 안 길포장	20,000,000	마을40%·군60%			
'84				마을길(4km) 포장	115,000,000	마을42%·군52% 독지가성금 6%
'85	농로(0.8km)확장	3,000,000	마을80%·군20%			
'86	마을안길확장포장	21,700,000	마을30%·군70%	마을안길포장	5,342,600	마을25%·군75%

組織이 同質的이고 地域的結合性이 強하며 住民間의 接觸이 情誼的인 農村社會에서는 여전히 遂行되고 있으나, 住民構成이 異質的이고 그 生活圈이 多元的·流動的인 都市社會에서는 점차 弱화되어 가고 있는 것 같다.

셋째, 마을은 住民의 自治意識을 涵養하며, 民主主義의 訓練場으로서의 機能을 遂行한다.

마을住民들이 같은 地域에서 日常生活을 같이 해 나가는 가운데서, 마을에 대한 所屬感이 생기고 共同(體)意識을 갖게 되며, 共同關心事를 같이 協議·協力하여 處理·解決하며, 이 過程에서 住民들은 相互對等한 立場에서 똑같은 發言權을 갖고 多數決에 依하여 마을의 意思를 決定하고, 多數決에 承服하는 생활을 경험하면서 民主意識을 涵養하게 된다. 그리고 住民들의 共同體意識과 民主意識이 結合되어 自治意識이 形成되며, 이를 토대로 마을住民들이 마을을 自律的으로 運營하고 住民相互間에 權益을 尊重하며 利害의 對立를 妥協으로 解決하는 民主市民의 資質을 習得하게 되는 것이니, 마을은 바로 民主主義의 教育場이라고 할 수 있는 것이다.

넷째, 마을은 行政機關의 行政活動에 協助하는 機能을 遂行하고 있다.

市管內의 行政運營洞⁴²⁾을 別途로 하고, 郡管內 里의 行政은 아직도 原始性을 면하지 못하고 있는 實情⁴³⁾이지만, 마을은 住民과 政府(中央 및 地方政府)가 서로 接觸하는 連結體로서, 政府의 施策을 住民에게 弘報하며, 行政機關의 行政指導·行政調查등 各種 行政活動에 協力하는 役割을 하고 있다. 많은 種類의 行政에 관련된 指示·決定·計劃·處分 등이 洞·里長의 손을 거쳐 履行되거나 住民共同으로 蒐集·遂行되고 있을 뿐만 아니라, 洞·里長등은 마을의 狀況 및 住民의 要望事項등을 파악하여 關係行政機關에 傳達하는 役割도 하고 있다.

요컨대, 마을은 地域社會開發과 隣保 및 住民의 自治意識涵養등의 諸機能을 遂行함은 물론, 政府와 地域住民사이의 架橋로써, 行政需要의 源泉이며 行政施策의 結實場이 되고 있는 셈이다.

Ⅲ. 마을共同財產에 관한 從來의 法解釋과 그 問題點

1. 마을共同財產의 概念과 그 法的性質

地域社會의 基礎的 單位地域住民團體인 마을은 그 法的實體가 하나의 權利能力 없는 社團이기 때문에, 不動產登記法 第30條에 依하여 마을名義로 不動產 所有權을 登記할 수 있다고 하여도 그 權利의 實質的인 歸屬主體는 마을自體가 아니고 마을住民全體로 보아야 할 것이다(民法 第275條). 이 점을⁴⁴⁾ 고려하면, 마을共同財產이란 마을住民들의 利益을 위하여 利用될 수 있는 財產으로

42) 현재 市管內의 行政運營洞은 法定洞과 달리, 그 洞長選任이 地方自治에 관한 臨時措置法 第9條의 3 第2項 및 同法施行令 第3條의 2 및 當該 市規則이 定한 바에 따라 市長任命制로 되고 있으며, 洞行政業務를 處理·遂行하는 行政機構가 설치되어 있다.

43) 本稿의 調査對象마을중 郡管內의 모든 里에는 일종의 名譽職인 里長과 그 業務를 補助하는 1名의 里書記가 있어, 里行政事務를 그들이 거의 모두 處理·遂行하고 있었고, 그외의 行政機構는 없는 實情이었다.

서 마을住民들이 共同으로 所有하는 財産이라고 말할 수 있을 것이다. 즉 마을住民全體의 利益은 물론 一部住民의 利益을 위하여서라도, 현재 利用되고 있거나 장차 住民들이 利用할 수 있는 것으로서, 마을住民들이 總有의 形態로 共同所有하고 있는 財産을 마을共同財産이라고 할 수 있다.

이러한 마을共同財産은 그 內容이 實로 多種多樣할 수 있다.⁴⁴⁾

財産의 種類面에서 土地·建物 등의 不動産과 金品·事務什器 등의 動産이 있을 수 있고, 財産造成時期面에 오래된 것과 그렇지 않은 것이 있을 수 있으며, 財産形成過程面에서 옛부터 마을共同財産으로 전해져 내려온 것, 독지가등에 의하여 寄贈된 것, 住民共同出資로 造成한 것, 國家·市·郡 等の 補助에 의하여 造成한 것등이 있을 수 있다. 또한 財産의 機能面에서 生産 및 所得의 資源이 되는 것과 文化施設等 住民福祉의 基盤이 되는 것이 있을 수 있고, 不動産의 경우 權利關係의 公示面에서 마을 또는 마을會名義로 登記된 것, 마을代表者 1人 내지 數人의 名義로 登記된 것, 아직 登記를 經了치 않은 것등이 있을 수 있다.

그런데, 여기서 本稿의 素材가 되고 있는 市·郡에 歸屬되어진 마을共同財産의 法的性質을 檢討해 보기로 한다.

地方自治에 관한 臨時措置法 第8條에 根據하여 1960年代에 全國적으로 所屬市·郡에 그 所有權이 移轉되어진 마을共同財産들은 거의 公簿(不動産登記簿·土地臺帳等)上 마을(洞·里) 名義로 登載되었던 土地·建物 등 不動産들이다.

本研究의 實態調査를 通하여 確認된 바에 의하면, 市·郡에 歸屬된 대부분의 洞·里有地가 과거에 마을(洞·里)名義로 公簿上에 登載되었던 過程은 다음과 같다.

즉, 濟州道內의 많은 마을에서는 마을 住民이면 누구나 利用·收益할 수 있는 一定地域의 山地·林野·共同開墾地·溜池등을 傳來된 洞·里有地로서 마을住民들이 오랫동안 共同管理·收益하여 왔는데, 日帝時에 1912年の 土地調査令·朝鮮民事令·不動産登記令 등이 施行된 이후, 옛부터 마을住民들이 共同利用·管理해오던 土地의 所有權을 마을名義로 査定받아, 土地臺帳에 마을名義로 登載하거나, 또는 法人아닌 社團名義로 不動産登記가 不可能했던 當時에 마을代表者의 名義로 登記하기도 하였었다. 그런데, 1930년에 朝鮮不動産登記令이 改正되어 法人아닌 社團의 名義로 不動産登記를 할 수 있게 되자, 마을住民의 總有인 마을共同財産을 마을(洞·里)名義로 登記하게 되었고, 그후 1960年代에 이르기까지도 登記를 要하는 마을共同財産은, 마을(洞·里)名義 以外에는 달리 마을住民總有로 公簿上 登載할 方法이 없어서, 마을(洞·里) 名義로 公簿上에 登載하게 된 것이라고 한다. 물론 例外的 경우도 있을 수 있지만, 市·郡에 歸屬되어진 대부분의 마을共同財産의 過去 公簿上 마을(洞·里) 名義 登記過程이 대체로 이러하다면, 그 마을共同財産의 實質的 所有權은, 마을(洞·里)이라는 團體 自體가 아니라 마을住民全體에 歸屬되어진다고 보지 않을 수 없다. 즉 1930年 이후의 朝鮮不動産登記令이나 現行 우리나라의 不動産登記法에 依하여 마을(洞·里)名義로 登記되어진 不動産은 非法人社團으로서의 마을(洞·里) 名義財産이며, 그것은 當該마을住民全體의 總有財産으로 보아야 할 것이다.

44) 高昌鉉, 前揭論文, pp. 139~141.

더욱이, 1930年의 邑·面制⁴⁵⁾ 實施以後 오늘에 이르기까지, 洞·里가 결코 獨自의인 地方自治團體가 될 수 없었던 時代에, 洞·里의 名義로 不動産登記가 이루어졌던 點을 고려하면, 公簿上의 登記名義人인 마을(洞·里)은 地方自治團體가 아닌 하나의 非法人社團으로서의 마을(洞·里)임이 분명하고, 이러한 法人아닌 社團으로서의 마을(洞·里)名義의 財産은 마을住民의 總有物임이 法理上 明白하다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 마을(洞·里)名義의 不動産이, 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條에 依하여, 所屬 市·郡에 歸屬되어진 點은 理解하기 困難하다고 아니할 수 없으며, 이 점에 관하여는 後述하기로 한다.

2. 마을共同財産에 관한 法規와 그 解釋

앞에서 마을의 機能에 관하여 살핀 바 있거니와, 마을이 그 本來의 기능을 다하기 위하여는 財源이 必要한 것은 물론이며, 마을共同財産이 있으므로써, 마을住民의 協同을 進작시키고 地域 社會發展을 積極的·能動的으로 推進해 나갈 수 있는 것이다.

우리나라의 現行 民法 第275條에 依하면, 法人아닌 社團의 社員들이 集合體로서 財産을 所有할 수 있으며, 不動産登記法 第30條에 依하면, 法人아닌 社團이 그 名義로 不動産에 관한 權利를 登記할 수 있다.

마을은 自發的인 住民共同體로서 하나의 法人 아닌 社團으로 볼 수 있기 때문에, 마을의 名義로 不動産을 登記할 수 있고, 마을共同財産을 住民總有物로서 所有·管理·使用·收益·處分할 수 있는 것이다.

마을의 財産關係에 관하여, 우리나라의 現行 地方自治法이나 地方自治에 관한 臨時措置法에 는, 마을이 財産을 所有할 수 있는지 없는지, 또는 마을財産이 어느 地方自治團體로 歸屬되는지에 관한 아무런 規定도 없다.

그럼에도 불구하고 최근까지 오랫동안 마을(洞·里)은 法的으로 財産을 가질 수 없는 것으로 判斷되어왔다. 즉 過去에 慣習法上的 法人으로 認定되어 왔고 그 자신의 財産을 所有할 수 있었던 마을(洞·里)이, 우리나라의 地方自治法이 施行되면서부터 그 法人格을 喪失하고 財産을 가질 수 없는 것으로 인정되어 왔다. 그리고, 1961年 9月 1日 法律 第707號로 公布된 「地方自治에 관한 臨時措置法」이 從來의 地方自治團體였던 邑·面 대신에 郡을 새로운 基礎地方自治團體로 定하고, 同法 第8條에서 「邑·面의 一切의 財産과 公簿는 그 所屬 郡에 歸屬한다」라고 規定하였는데, 同法이 1961年 10月 1日 附로 施行되면서부터, 邑·面財産과 더불어 마을(洞·里)名義의 財産까지도 邑·面財産으로 보아 所屬 市·郡에 모두 歸屬시키는 法執行이 이루어졌다.

이점과 관련된 大法院의 判例를 몇가지 살펴보자.

1962. 1. 31. 大法院判例는 「…地方自治法 第145條 1項에 依하면 道에 郡, 서울特別市와 人口 50萬 以上の 市에는 區를 두고, 市·邑·面과 區에는 洞·里를 둔다고 規定하고 있었는데, 8·

45) 1930年 12月 1日에 公布된 邑·面制는 1931年 4月 1日부터 施行되었다.

15解放前の仁川府松峴第3町會가 그후 8·15解放이 되어松峴第2洞會로 변경되었고, 前記地方自治法の實施에 따라, 洞이 市の末端行政機關이 되어, 洞으로서 財産上主體로서의 人格이 소멸하고, 市가 公法人으로서 財産權의 主體가 된 이상, 洞所有의 財産은 應당市所有의 財産이 된 것⁴⁶⁾이라고 判斷하였다.

또한 1966. 5. 10. 大法院判例는 「…本件 池沼가 土地調査當時 慣習上 法人格이 인정되었다던 다식洞名義로 査定을 받아 洞所有財産이 되었다면, 地方自治의 實施에 따라, 洞이 面の末端行政機關이 되어, 洞으로서 財産上主體로서의 人格이 소멸되고, 面이 公法人으로서 財産上主體가 된 이상, 洞所有의 財産인 本件 池沼는 應당面所有의 財産이 된 것이라 解釋할 것이고, 따라서 그 후 地方自治에 관한 臨時措置法에 依하여, 郡이 自治團體로 되고, 面이 그 所屬機關이 되고 面의 一切의 財産이 所屬 郡에 歸屬함에 따라 原告 郡에 歸屬하였다 할 것⁴⁷⁾이라고 判斷하였다.

그리고 朝鮮高等法院判例는 「…1910年頃 洞·리가 財産을 所有할 수 있으며, 그 財産의 主體가 될 수 있는 範圍內에 있어서 法人이 될 수 있는 것은 朝鮮의 慣習으로서 일찍 當院의 判例가 是認하는 바이다⁴⁸⁾」라고 하였으며, 前述한 1962. 1. 31. 大法院判例도 「從前의 洞所有財産은 洞自治機構 또는 洞民의 共有財産이 아니었고, 洞自體가 慣習法上 認定된 法人으로서 財産權의 主體가 되었던 것이니…」라고 하여, 過去의 洞·리의 慣習法上 法人格을 認定한 바 있다.

이러한 判例들은, 要件에, 마을(洞·里)이, 과거에는 慣習法에 依하여 法人格을 認定받아 왔지만, 地方自治法施行으로 인하여 그 法人格이 消滅되고, 地方自治에 관한 臨時措置法の 施行으로써, 마을財産은 所屬市·郡에 歸屬된다고 본 것이다.

이와 같은 大法院의 法解釋의 趣旨에 맞게, 濟州道內에서도 1960年代에 많은 마을의 共同財産이 所屬市·郡의 所有로 移轉되는 法執行이 이루어졌다.

그런데 그후 1970年代에 이르러서 새마을運動이 全國에 걸쳐 積極적으로 推進되고, 農村地域에서는 自然部落을 中心으로 하여 새마을 가꾸기事業등을 展開하기 시작하면서부터 마을의 組織이 다시 結束·活性化되었으며, 政府에서는 마을住民들의 努力과 精誠으로 造成한 마을共同財産을 效率적으로 管理·活用하고 그 後孫들에게 물려줄 수 있도록 하기 위하여 「새마을財産造成管理規約」의 準칙을 만들어 1973년부터 各마을의 財産管理規約으로 制定·施行토록 하였다.

同規約에서는 同規約의 適用을 받는 마을共同財産을 ①마을住民이 共同으로 造成한 財産, ②독지가등으로 부터 마을에 寄贈된 財産, ③마을共同財産으로 전해져 내려온 재산, ④個人所有財産으로서 마을住民이 共同으로 契約등에 依하여 共同收益·管理하는 財産, ⑤기타 마을共有財産 등으로 하고(同規約 第2條)⁴⁹⁾, 마을財産登記는 住民總有로 하여 3人的 財産管理者를 代表로 法院

46) 大法 1962. 1. 31. 선고, 4294 民上 270 판결.

李尙圭 編著, 「註釋 判例行政法Ⅱ」三英社, 1979, pp. 113~114.

47) 大法 1966. 5. 10 선고, 66 다 176 판결. 韓國行政科學研究所, 「行政判例集(下)」, 서울文化社, 1976. pp. 3823~3824.

48) 朝高 25. 7. 7. 春林閣, 「判例總覽」, (1-1), p. 53~1.

49) 內務部, 「새마을運動 10年史」(資料篇), 1980. p. 370.

에 등기하도록 규정하고 있다(同規約 第8條).

이러한 政府의 마을共同財産造成장려방침에 따라, 1970年代以後, 各마을에서는 마을會名義로 마을住民의 所得增大·環境改善·文化 福祉施設등을 위한 各種의 마을共同財産을 所有하기에 이르렀다.⁵⁰⁾

그러나 1960年代에 所屬 市·郡에 歸屬되어진 마을名義의 財産들은 아직도 各마을에 返還되어지지 아니한 狀態이다.

3. 마을共同財産에 관한 從來의 法解釋의 問題點

祖國의 光復後 오늘에 이르기까지의 마을共同財産에 관한 法規의 解釋과 執行에는 몇가지 問題點이 있다고 보아진다.

첫째, 從來의 慣習法에 의하여 法人格을 認定받아왔던 마을이 地方自治法施行으로 因하여 그 法人格이나 財産權主體性を 잃게 되었으므로, 마을의 共同財産은 地方自治團體⁵¹⁾에 歸屬되어진다는 理論에 대하여 檢討하여 보자.

여기서 우선 指摘할 수 있는 것은 마을이 從來 慣習法에 의하여 인정받아 왔었던 法人格이 公法上的의 것이냐, 아니면 私法上的의 것이냐가 不明한 點이다. 그것이 私法上的의 法人格이었다면, 마을의 財産을 地方自治團體에 歸屬시킨다는 明文規定이 들어 있지도 않은 地方自治法의 施行에 의하여 마을이 財産權主體性を 喪失하는 것으로 볼 수 없을 것이고(後述), 그것이 公法上的의 法人格이었다고 한다면, 이는 곧 과거의 마을(洞·里)을 慣習法에 依한 하나의 獨自的인 地方自治團體였다고 보는 것인데, 이러한 見解가 妥當한 것인가 吟味해 볼 필요가 있다.

먼저, 慣習法에 依한 地方自治團體를 想定할 수 있는가의 문제부터 살펴보자. 생각컨대, 地方自治團體의 自治權은, 國家制度論의 觀點에서, 地域住民이 國家成立以前부터 保有한 固有의 權利(自治固有權說)라고 보기는 어려우며, 그것은 國家가 承認하는 限에서만 行使할 수 있는 委任된 權利(自治委任說)라고 보는 것이 妥當한⁵²⁾ 것이며, 또한 地方自治團體의 自治權은 國家統治權의 一部로 이해되며, 그것은 地方自治團體 自體에서 發生한 것이 아니고 國家로부터 傳來된 것임⁵³⁾을 고려하면, 慣習法에 依한 地方自治團體의 想定은 쉽게 首肯할 수 있는 事項은 아니라고 보아진다.

그리고 事實의 側面에서 볼 때, 우리나라에서의 마을(洞·里)은 오랫동안 地域社會에서 隣保協

50) 마을共同財産 現況 關聯 資料로서, 서귀포시, 「통계연보」 1985, pp. 58~59 등 참조.

51) 여기서의 地方自治團體는 1949. 8. 15. 이후 1961. 9. 30. 이전까지는 邑·面을 의미함.

52) 丘秉勳, 「憲法學Ⅱ」, 博英社, 1983. p. 499.

金哲洙, 「憲法學概論」, 博英社, 1984, p. 675.

權寧星, 「憲法學原論」, 法文社, 1986, p. 234.

53) 尹世昌, 「行政法(上)」, 博英社, 1985. p. 542.

徐元宇, 「現代行政法論(上)」, 博英社, 1979. p. 226.

金南辰, 「行政法의 基本問題」, 經文社, 1980. p. 396.

同·秩序維持·福祉增進·金品課徵等 自治團體의 機能을 遂行⁵⁴⁾하여 왔지만, 이러한 機能은 마을住民들의 自律的인 마을運營方式에서 비롯된 것이지, 獨自的인 地方自治團體(하나의 權力團體)로서의 機能이었다고 보기는 어려운 것이다. 예로서, 마을住民들에 대한 金品課徵의 경우에, 國家로부터 賦課된 給付義務에 대하여는 그 不履行이 결코 容納되지 않으나, 마을에서 賦課된 里政稅(또는 里運營費) 등은 自發的 納付가 원칙이었고, 貧困하여 그것을 납부하지 못하는 住民에게 強制徵收나 處罰 등은 이루어지지 않았었다.⁵⁵⁾ 이러한 예를 통해서도 마을은 自律的 住民團體일 뿐, 하나의 權力團體로서의 地方自治團體는 아니었음을 확인할 수 있다. 즉 마을(洞·里)자체가 원래 마을住民들이 國家의 統治를 받음에 있어서 被治者로서의 義務와 機能을 다하기 위하여 스스로 構成한 行政單位⁵⁶⁾였던 것이며, 마을이 國家로부터 國家統治權의 一部를 自身の 權利로서 부여받아 그것을 自律的으로 行使해 온 것이 아니라, 國家의 施策에 協同的으로 順應하는 役割만을 해 온 것으로 볼 수 밖에 없는 데, 이렇게 實質的으로 自治權을 行使해 보지 못한 마을(洞·里)을 慣習法에 依한 하나의 地方自治團體였다고 함에는 無理가 있을 것으로 생각된다. 결국 과거에 慣習法에 依하여 認定되었다던 마을의 法人格은 公法上的 法人格이 아니었다고 봐야 할 것이다.

그렇다면 從來의 慣習法上的 마을의 法人格은 私法上的(특히 財產權主體로서의) 法人格으로 볼 수 밖에 없는 데, 이 경우, 地方自治法施行으로 因하여 慣習法에 依해 認定되었던 마을(洞·里)의 私法上的 法人格이 소멸되어진다는 理論이 어떻게 成立될 수 있는지가 궁금하다.⁵⁷⁾

前述한 바와 같이, 마을의 法的 實體는 하나의 法人 아닌 社團이고, 1930년부터 朝鮮不動產登記令의 一部內容이 改正되어 法人 아닌 社團의 不動產登記能力이 인정되고 있었으며, 1948년의 우리나라 建國憲法에서부터 國民의 結社(團體의 結成·維持·活動)의 自由⁵⁸⁾와 財產權을 保障하고 法律에 依한 公用收用制限 規定⁵⁹⁾하고 있으며, 現行 民法에서도 「法人 아닌 社團의 社員이 集合體로서 物件을 所有할 때에는 總有로 한다(民法 第275條)」라고 規定하고 있고, 不動產登記法 第30條에 의하여 法人 아닌 社團의 不動產登記能力이 保障되고 있는 現行 法制下에서, 마을財產에 관한 明文規定이 들어 있지도 않은 地方自治法의 施行으로 因하여, 非法人 社團으로서의 마을의 財產權主體性이나 慣習法上的 私法人格이 否定되어질 理由가 없는 것이다.

54) 鄭煥淡, 前揭論文, p. 311.

55) 이러한 慣行은 本 研究의 마을實態調查過程에서도 確認되었다. 즉 調查對象의 모든 마을은 1950年代 이전까지는 里運營費調達의 方法으로 마을의 各家口로부터 年間 쌀보리등의 곡식 0.5~1斗씩을 거두어 오다가, 1960年代에 와서는 위 量의 곡식 또는 그에 상당한 額의 現金을 里政稅名目으로 받아 왔으며, 1970年代에는 年 2,000~10,000원, 80年代에는 年間 3,000~18,000원의 금액을 里運營費名目으로 各家口로부터 自진 납부받고 있음이 확인되었다.

56) 金英勳, “韓國地方行政의 歷史的 展開”, 國際大學, 「論文集」, 1972. p. 247.

57) 從來의 慣習法에 의하여 인정되었던 마을의 私法上的 法人格은 民法 第31條의 法人成立의 法律主義 規定이나, 民法 第32條의 非營利法人 設立許可主義 規定 등에 의하여 消滅되는 것으로 봐야 할 것이다.

58) 建國憲法 第13條, 現行憲法 第20條.

59) 建國憲法 第15條, 現行憲法 第22條.

물론, 地方自治法에서 地方自治團體의 種類를 變更시킬 수도 있고, 地方自治團體의 區域을 變更시킬 수도 있으며, 地方自治團體의 種類變更·區域變更·廢置·分合時의 그 事務와 財産을 어떻게 處理할 것인가를 定할 수도 있다. 現行 地方自治法 第162條 第1項의 「地方自治團體의 區域變更이나 廢置·分合이 있었을 때에는 그 地域이 새로 屬한 地方自治團體가 그 事務와 財産을 繼承한다」라는 規定이나, 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條의 「邑·面의 一切의 財産과 公簿는 그 所屬郡에 歸屬한다」라는 規定도 그 例이다. 그러나, 이는 地方自治團體의 財産등의 歸屬問題를 定한 것이며, 地方自治團體가 아닌 自律的 住民集團의 財産등에 대해서는 地方自治法으로서 그 歸屬變更 등을 定하기 어려운 것이다.

그리하여 우리나라의 地方自治法이나 地方自治에 관한 臨時措置法 등에는 마을(洞·里)의 財産에 관하여는 아무런 規定도 두고 있지 아니하다. 이는 地方自治團體의 組織과 運營에 관한 事項을 規定함을 그 本領으로 하는 地方自治法으로서, 國民의 結社의 自由와 財産權을 保障하고 法律에 依한 公用收用制를 定한 憲法規範下에서, 各地方自治團體로 하여금 그 管轄區域內의 住民集團의 財産權을 아무런 報償도 支給함이 없이 取得하도록 法定할 수는 없는 것이기 때문에 당연한 것으로 보아진다. 즉 獨自的인 地方自治團體로서가 아니라, 地域住民의 自律的인 隣保組織體로서의 마을(洞·里)의 財産을 地方自治團體가 取得하는 경우에는 그 補償支給을 前提로 하여야 하는 것이고, 그렇지 않을 때, 違憲의 問題가 惹起될 수 있는 것이다.

따라서 地方自治法이 地方自治團體의 下部行政區域으로 洞·里라는 地域單位를 設定하고 있지만, 이와 無關하게 法人 아닌 社團으로서의 마을(洞·里)의 財産은 保存되어지는 것으로 보아야 할 것이며, 地方自治法이, 마을의 財産權主體性이나 從來에 慣習法에 依하여 認定되어졌던 마을의 私法上的 法人格을 消滅시키는 根據法은 될 수 없을 것으로 보아진다.

그럼에도 불구하고, 마을共同財産의 地方自治團體에의 歸屬根據를 地方自治法의 施行에서 求하고, 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條의 郡에 歸屬될 邑·面財産에, 洞·里(法人 아닌 社團으로서의)의 財産도 包含된다고 解釋하는 것은 法理에 맞지 않은 것이라고 생각한다. 이는 과거에 獨自的인 地方自治團體가 아니었던⁶⁰⁾ 마을의 財産(마을住民全體의 總有財産)은 地方自治團體였던 邑·面의 財産과는 그 法的 性質이 判異한 것으로서, 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條의 適用對象이 될 수 없다고 보아지기 때문이다.

둘째, 마을(洞·里) 名義의 財産은 市·郡에 歸屬되어지고, 마을會名義의 財産은 保存되고 있는 事實에 대하여 檢討하여 보자.

前述한 바와 같이 1960年代에는 마을(洞·里)名義의 마을共同財産의 所有權이 所屬 市·郡에 移轉되어졌는데, 1970年代 以後에는 各마을이 새마을事業을 위한 마을共同財産을 마을會名義로

60) 1930年の 邑·面制 實施以後 현재에 이르기까지, 洞·里가 결코 獨自的인 地方自治團體가 될 수 없었던 時代에 法人 아닌 社團의 不動産登記 能力을 認定한 關係法에 依하여 洞·里의 名義로 不動産登記가 이루어졌는데, 이 점은 財産關係 公簿上의 登記名義人인 洞·里가, 地方自治團體가 아닌 하나의 非法人社團이었음을 立證하는 것으로 볼 수도 있다.

取得하고 保存·管理할 수 있게 하고 있으며, 그에 대한 稅制上的 特惠措置까지 마련해 주고 있다. 즉 地方稅法에서는 새마을事業을 위한 마을共同財産에 대하여 取得稅의 非課稅⁶¹⁾, 財産稅의 非課稅⁶²⁾, 都市計劃稅의 非課稅⁶³⁾, 共同施設稅의 非課稅⁶⁴⁾ 등을 規定하고 있고, 地方稅法 施行令 第96條에서는 地方稅法 第127條(用途區分에 의한 登錄稅 非課稅規定) 第1項 4號에 의거하여, 「地方自治法 第145條의 規定에 의하여 構成된 마을會等 住民의 共同體」가 固有의 目的에 直接使用하기 위한 財産權 기타 權利를 登記 또는 登錄할 경우 登錄稅를 賦課하지 않도록 하고 있다. 또한 1977.12.31. 法律 第3094號로 公布된 「不動產所有權 移轉登記등에 관한 特別措置法」에서는 마을共同財産⁶⁵⁾을 同法에 依해서도 登記할 수 있게 하고⁶⁶⁾, 이 경우에 登錄稅를 免除하도록⁶⁷⁾ 하고 있다.

이와 같이 마을共同財産에 대한 法的 取扱은 1960年代以前과 1970年代以後에 있어서 크게 다른 데, 마을의 法的 實體에는 아무런 變化가 없음에도 불구하고 이런 差異가 왜 생겼는가? 마을共同財産 自體의 法的 性質에 差異가 있는 것도 아니다.

마을共同財産이, 法理上, 그 歸屬主體가 마을住民의 集合體이고, 그 所有形態가 住民總有인 것이고, 그 財産이 마을住民의 共同利益을 위하여 쓰여진다는 點에서는 1970年の 前·後에 있어서 아무런 差異가 없다. 오직 하나의 差異는 1960年代에 市·郡에 歸屬되어진 마을 財産들은 마을(洞·里) 自體의 名義로 登記되어 있었던 것이고, 1970年代以後에 마을共同財産으로 保存되고 있는 것은 마을會名義로 登記되고 있다는 것 뿐이다.

그러나 이 點에 관하여서는, 1965.2.9. 大法院判例에서 「…行政區域인 洞·里에서 洞民이 法人 아닌 社團을 構成하고 그 名稱을 行政區域인 洞·里와 同一하게 하고, 洞民의 集合體로서 그 洞·里的 성황당 祭祀用位土를 所有하는 것은, 地方自治法施行後에도 洞民의 總有라고 볼 수 있는 것이다」⁶⁸⁾라고 判斷한 것이나, 1958.2.6. 大法院判例에서의 「…一定한 地域內에 組織된 洞은 行政法上 行政區域인 洞과 그 性質이 달라… 그 地域內에 居住하는 住民全部의 共同體…」⁶⁹⁾라는 判斷, 및 1978.7.11. 大法院判例에서의 「…一定한 地域內에 組織된 里 또는 洞은 그 地域內에 居住하는 不特定多數의 住民全部를 構成員으로 하는 永續의 團體…」⁷⁰⁾라는 判斷等に 비추어 보아, 마을(洞·里)은, 단순한 行政區域이 아닌, 마을住民의 集合體(住民共同體·住民團體)로 볼 수 있는 것이고, 따라서 法的 實體面에서 마을과 마을會는 같은 것이라고 하겠다.

61) 地方稅法 第107條 4號.

62) 地方稅法 第184條 第1項 8號.

63) 地方稅法 第238條의 2.

64) 地方稅法 第242條.

65) 同法에서는 마을共同財産을 「地方自治法 第145條의 規定에 의한 洞·里的 住民이 새마을事業으로 共同 使用하기 위하여 所有하는 財産」으로 定義하고 있다(同法 第2條 第2項).

66) 不動產所有權 移轉登記등에 관한 特別措置法 第3條 및 第4條 참조.

67) 地方稅法 第128條의 2. 第3項 4號.

68) 大法 1965.2.9. 선고, 64 다 1768 判決.

69) 大法 1958.2.6. 선고, 4289 民上 617 判決.

70) 大法 1978.7.11. 선고, 78 다 409 判決.

그럼에도 불구하고, 過去에 마을名義以外에는 달리 住民總有財産임을 公簿上 나타낼 수 없어서⁷¹⁾ 마을名義로 登載된 財産은 市·郡에 歸屬시키고, 法的性質이 꼭 같은 마을會名義의 財産은 마을自體에 保存시키는, 마을共同財産에 관한 法規의 解釋과 그 適用·執行에 있어서의 非一慣性·非合理性을 立證하는 것이라고 볼 수 밖에 없다.

以上の 考察을 通하여, 過去부터 마을(洞·里)이, 獨自의인 地方自治團體나 行政機關으로서가 아니라, 住民集合體인 하나의 法人 아닌 社團으로서 所有해온 財産은, 地方自治法이나 地方自治에 관한 臨時措置法의 施行에 의하여 邑·面이나 市·郡에 歸屬되어질 것이 아니고, 마을住民全體의 總有財産으로서 保存되어져야 할 性質의 것임을 確認할 수 있으리라 보아진다.

Ⅳ. 濟州道內 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬과 그에 따른 住民權益問題

1. 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬實態

本 研究의 進行過程에서 가장 어려웠던 것은 바로 각마을의 所有였던 財産들이 實際로 얼마나 所屬 市·郡에 歸屬되어졌는가를 파악하는 問題였다.

調査對象마을에서는 대체로 마을運營에 대한 記錄이 제대로 보관되어 있지 않았으며, 마을의 財産管理臺帳은 거의 1970年代 以後에 만들어진 것이었고, 그 臺帳에는 市·郡에 歸屬되어진 마을財産에 관한 資料가 들어 있지 않았다.

한편, 濟州道內 市·郡의 關係行政部署에서는, 그간의 市·郡歸屬財産으로 因하여 惹起된 마을住民과 市·郡間의 마찰·갈등事例를 意識하였음인지, 마을에서 市·郡으로 그 所有權이 移轉되어진 財産目錄의 公開를 상당히 꺼리었다.

그리하여, 調査對象마을에서는 過去에 里·洞長職을 歷任하였던 마을 有志들과의 面談을 통하여 마을共同財産의 市·郡歸屬實態를 어느정도 파악하고, 그외의 마을에서는 마을住民들이 訴訟까지 提起하였던 마을名義財産에 관한 訴訟記錄을 검토함으로써, 市·郡歸屬財産의 總量이 아닌 類型別 實態를 살피기로 하였다.

調査對象마을들은 그 歷史가 250~600餘年에 이르는 마을들이었는데⁷²⁾, 대부분의 마을이 옛부터 共同利用·管理·收益하여 오면서 마을住民들에 의하여 마을共同財産으로 確信되어지고 있는 牧場用地·野山·林野나 田·畓·鄉舍·祭祀用具등 여러가지 共同財産을 갖고 있었고, 이러한 마을共同財産의 管理責任은 里·洞長이 맡고, 이를 處分할 필요가 있을 때에는 里·洞住民總

71) 過去에 洞會·鄉會·마을會 등의 用語는, 部落住民團體 自體를 뜻하는 것이 아니고, 마을일을 協議·決定하는 마을住民總會와 같은 意味로 이해되고 있었으므로, 마을住民集團을 마을(洞·里) 自體로 나타낼 수 밖에 없었으며, 마을住民全體의 總有財産을 마을名義로 公簿上에 登載하게 된 것으로 보아진다.

72) 濟南新聞, 1978. 11. 21. 字, 1979. 2. 5. 字, 1979. 2. 26. 字, 1979. 10. 11. 字, 1980. 1. 10. 字, 1980. 1. 31. 字 各 「濟州의 鄉史」欄 참조.

회의 議決을 거쳐야만 했었으며, 그 중 土地에 대하여는, 日帝時代에 1912.8. 土地調査令⁷³⁾과 1918.7. 林野調査令 및 1926.4. 조선특별연고 삼림양여령등의 施行過程에서 마을(里)名義로 그 所有權을 査定받거나⁷⁴⁾ 또는 마을代表者名義로 査定받은⁷⁵⁾ 事例가 많았고, 朝鮮不動產登記令이 改正된 1930年代 以後에 一部の 里有地를 里名義로 登記하거나 土地臺帳에 登載하여 왔었다고 한다.

그런데 1961.10.1. 以後, 地方自治에 관한 臨時措置法이 施行되면서부터 1960年代末까지, 登記簿나 土地臺帳등에 마을名義로 登載된 마을共同財産이 市·郡의 所有로 移轉되어졌는 데, 8個의 調査對象마을중 한마을을 除外한 7個마을이 각각 적어도 한 筆地 이상 수십필지의 里有地를 소속 市·郡에 吸收당하였으며, 어느 마을에서는 鄉舍의 所有權도 市·郡으로 넘어간 것으로 나타났다.

市·郡에 歸屬되어진 里有地의 地目은 牧場用地·林野·垵地·田·雜種地·道路·溜池 등 다양하였으며, 調査對象마을별로 市·郡에 移轉되어진 財産의 現在價額은 각각 수십만원에서부터 수천만원에 이르는 것으로 나타났다.

그리고 本調査過程에서 面談에 應해준 많은 사람들은 자신들이 미처 알지 못하는 마을共同財産으로서 市·郡에 歸屬되어진 것들이 더 있을 것이라는 말을 덧붙이기 일쑤였는 데, 그것은 옛부터 마을마다 마을共同財産臺帳이 계속 備置되어 있지 않았고, 市·郡이 마을名義財産을 移轉取得하면서 그 事實을 마을住民들에게 알려준 바 없었기 때문이라 하였다.

市·郡에 權利歸屬되어진 마을共同財産의 形成過程을 살펴보면, 옛부터 마을의 共同財産으로 傳해져 내려온 것, 마을안의 公共用地로 오랫동안 活用되어 온 것, 마을住民들이 共同出資하여 購入 또는 造成한 것들이 대부분이었으며, 특별한 것으로서는, 마을의 一部住民들이 牧場組合을 構成하고 그 組合財産으로 出損한 土地들이 里名義로 登記되었다가 市·郡에 歸屬되어진 것들도 있었다.

例로서, 道內 D洞에서는 1930年頃 一部住民들이 共同牧場組合을 結成하고 그 組合員들이 私有地 한 두필지씩을 각각 同組合에 放牧地로 出損하였는 데, 1937년경 同組合의 放牧地에 관한 所有權移轉登記를 함에 있어, 當時 ○○面長의 권유에 依하여 同組合名義로 移轉登記를 하지 않고, 편의상 D里(當時에는 洞이 아니라 里였음) 名義로 所有權移轉登記를 經了하였었다가, 1960年代에 와서 그 放牧用地 123筆地가 모두 소속郡에 歸屬되었다.⁷⁶⁾

또한 S洞에서도 주민들에 依하여 1930年代에 結成된 共同牧場組合이 組合員들로부터 出損받거

73) 慎鏞夏, 「朝鮮土地調査事業研究」, 知識産業社, 1982. pp. 44~45.

74) 1912년에 施行된 朝鮮不動產登記令이나 朝鮮民事令에서는 法人 아닌 社團 名義로 所有權을 取得하여 登記할 수 있는 根據規定이 없었다. 朝鮮不動產登記令이 1930년에 改正되어 비로소 法人 아닌 社團 또는 財團도 그 名義로 不動產 所有權 移轉 登記를 할 수 있게 되었다.

75) 이 當時 里有地의 公簿上 所有者로 登載된 者의 後孫들과 實質의 所有者인 마을住民集團間的 마을共同財産에 관한 法的 紛爭도 近間에 道內에서 많이 일어나고 있는 實情이다.

76) 이 土地들은 後에 제주지법 74 가합 259, 광주고법 75 나 123, 大法 75 다 1225 判決로서 D공동 목장조합이 그 소유권을 되찾았다.

나 또는 買收한 여러 筆地의 牧場用지를 1937年頃 轉의상 S里(當時 里였음) 名義로 소유권登記를 하였었다가, 그 所有權이 郡에 歸屬되어졌으며,⁷⁷⁾ 이와 비슷한 事例가 道內 다른 몇개 마을에서도 발견되어진다.

이와는 달리, 里有地를 住民總意에 의하여 個人에게 매각한 後에, 里가 그 所有權移轉登記節次를 履行하지 아니한 상태에서, 里名義所有土地一切를 市·郡이 移轉取得하였다가, 訴訟이 提起되고 法院의 判決에 依하여, 市·郡이 그 所有權移轉登記節次를 履行한 事例도 있었다.

例로서, K씨는 1960年 12月 道內 S里로부터 里有地인 垡地 2筆地를 買入하였으나 그 所有權移轉登記 未了中이었는데, 地方自治에 관한 臨時措置法施行으로 S里所有土地一切(K씨의 買入部分 포함)가 市에 歸屬되고, K씨가 買入한 土地에 대하여 市가 그 所有權移轉登記節次를 自進履行하여 주지 아니하므로, K씨는 訴訟을 提起하여 그 所有權을 되찾았으며, 이와 비슷한 事例가 非一非再한 實情이다.⁷⁸⁾

이러한 類型的인 마을財産의 市·郡에의 歸屬은 前述한 里名義의 마을共同牧場 組合財産의 市·郡에의 歸屬의 경우와 더불어, 法에 依한 形式的이고 一律的인 財産歸屬變更措置가 地域住民의 財産에 대한 實質的이고 正當한 權利關係를 크게 歪曲시킬 뿐만 아니라, 市·郡에게 訴訟費用 등의 財政的 負擔을 안겨 줌은 물론, 適法한 權利를 가진 住民에게 커다란 精神的·物質的 被害를 不必要하게 惹起시킬 수 있음을 보여주는 것이라고 할 수 있다.

2. 마을共同財産의 歸屬變更에 따른 住民權益問題

마을은, 前述한 바와 같이, 部落住民全體로서 構成된 하나의 「法人 아닌 社團」으로 볼 수 있고, 國民의 結社의 自由와 財産權이 憲法에 依하여 保障되며, 法人 아닌 社團의 構成員들이 集合體로서 財産을 所有할 수 있을(民法 第275條)뿐 아니라, 法人 아닌 社團名義로 不動産에 관한 權利를 登記할 수 있는(不動産 登記法 第30條) 法制下에서, 行政機關이나 地方自治團體로서가 아니라, 法人 아닌 社團으로서의 마을의 法的 地位는, 1949年の 地方自治法이나 1961年の 地方自治에 관한 臨時措置法의 施行에도 不拘하고, 保障되어진다고 할 수 있다.

또한 마을共同財産은, 獨自的인 地方自治團體로서의 마을의 財産이 아니고, 마을住民共同體의 財産으로 봐야 할 것이기 때문에, 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條의 適用對象이 될 수 없고, 法理上 市·郡에 歸屬될 性質의 것이 아니라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고, 1960年代에 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條를 根據로 하여, 마을名義의 不動産에 대한 一切의 權利가 모두 소속 市·郡에 移轉되어졌는데, 그에 관한 法理上의 問題點은 앞에서 살핀 바 있거니와, 여기서는 그 權利歸屬變更이 마을住民들에게 미치는 영향에 대하여 검토하여 보기로 한다.

77) 이 牧場用地들은 후에 제주지법 79 가합 146判決에 의하여 S공동목장조합이 그 소유권을 되찾았다.

78) 제주지법 69 가 26, 제주지법 69 가 27 判決 참조.

마을共同財産이 그 實質的 所有權者인 마을住民集合體에게 아무런 報償도 支給되지 않은 채, 소속 市·郡에 歸屬되어지는 것은, 마을住民의 立場에서는 그 財産權을 侵害받는 셈이 된다.

市·郡에 歸屬되어진 마을共同財産은 일반적으로 地方自治團體의 普通財産이 되고, 地方財政法 第57條의 2條에 依하여, 地方自治團體는 必要時에 그것을 貸付·交換·賣却·讓與할 수 있는 反面, 마을住民의 그에 대한 使用·收益·管理·處分權은 喪失되게 된다. 元來, 資本主義 國家에서의 地方自治團體는 無產者인 것이고, 그 必要經費는 地方稅徵收, 使用料·手數料·公企業 등의 收入, 國庫補助 등의 方法으로 充當하고, 특별히 公共目的을 위하여 私人的 財産을 取得해야 할 必要가 있을 때에는, 法律이 定한 바에 따라 報償을 支給하고 그 財産權을 收用할 수도 있는 것이다.

그런데, 法理에 어긋나게, 地方自治法상의 下部行政區域名이 洞·里라고 하여, 地方自治法の 制定以前부터 洞·里名義로 登載되어 있었던 마을住民集合體의 共同財産을 市·郡이 無償取得함은 法律上 原因없는 不當利得으로 볼 것이고, 마을住民集團의 適法한 財産權을 侵害하는 것이라 아니할 수 없다.

마을共同財産의 歸屬變更으로 因하여 마을住民 個個人的 立場에서는 社會·經濟的側面에서 그 歸屬財産에 대한 使用·收益權을 잃게 되고, 그 財産을 土臺로 하여 이루어질 마을의 社會間接 資本施設이나 文化的 資源의 利用權을 喪失하게 되는 것이며, 精神的側面에서는 住民相互間的 協同·自助·共同意識의 한 源泉을 잃게 되는 것이다. 한편, 마을 住民全體의 立場에서는 마을의 存立基盤이 무너지고, 마을共同體의 事業能力的 喪失뿐만 아니라, 住民團體의 共同利用權과 地域開發意慾까지 빼앗기는 셈이 될 것이다.

마을共同財産의 歸屬變更으로 因한 이러한 地域住民들의 權益侵害現狀에 대한 不滿은 급기야 政府의 道內 土地政策에 대한 批判의 소리로까지 나타난 바도 있다. 例로서, 「1961년에 制定된 地方自治에 관한 臨時措置法에 의해서 마을共同牧場地인 마을共同地(里有地)가 市·郡의 所有로 넘어가고 난 後 法에 따라 無償使用이 不可能하게 되자, 그 엄청난 면적에 대한 임대능력이 없는 現地住民은 그로부터 소외되고, 賃貸能力이 있는 大資本에게로 土地가 넘겨지게 되었다」⁷⁹⁾는 指摘은, 全國적으로 施行되고 있는 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條의 無理한 解釋·執行이 濟州道地域에서는 一部住民들에게 地域開發過程에서의 疎外感까지도 느끼게 하고 있음을 나타낸 것으로 볼 수 있다.

마을共同財産의 歸屬變更으로 因하여 權益의 侵害를 받은 地域住民들중의 一部는 訴訟을 提起하여 權利를 되찾기도 하였다. 이경우 訴訟을 提起한 住民들은 市·郡을 相對로 賣買나 時效取得·信託解止 또는 贈與를 原因으로 한 係爭不動產의 所有權을 主張하여 勝訴한 事例가 많았다.

이중 첫째, 賣買를 原因으로 한 所有權移轉登記請求의 訴를 提起하여 勝訴한 例로는, S里로부터 1960년에 里有地 一部를 買入하였으나 그 所有權移轉登記를 經了치 못했던 K씨가, 後에 자신의 買入分을 포함하여 S里의 里有地一切를 移轉取得한 J市를 상대로 提訴하여, 자신이 買入한

79) 강남규, “제주도 토지투기실태”, 「현장」 제3집, 삶의 터전을 지키기 위하여, 돌베개(社), 1985, p. 171.

土地의 所有權을 되찾은 경우를 비롯하여, 이와 비슷한 事例가 많이 있다.⁸⁰⁾ 그런데 이들 事例에서 原告인 住民들은 1958년부터 地方自治에 관한 臨時措置法施行後인 1968年 사이에 里로부터 里有土地를 買入한 事實을 主張하여 勝訴하였는 데, 여기서 地方自治에 관한 臨時措置法의 施行後에도 里가 事實上 去來의 한 當事者가 될 수 있었다는 事實이 注目되어진다.

둘째, 時效取得을 原因으로 한 所有權移轉登記請求의 訴를 提起하여 權利를 되찾은 例로는, 1941년에 道內 I里의 所有土地一部를 同里住民들의 決議에 따라 실시된 公賣에서 낙찰받아 그 실질적 所有權을 취득했던 O씨가, 그 土地를 K씨에게 매도하고, K씨는 1948년에 그 아들 OH씨에게 그 土地를 贈與하였는 데, 그후 20年間 그 土地를 占有·管理하여 온 OH씨가, 公簿上 所有權者인 N郡을 상대로 하여, 取得時效完成을 原因으로 한 所有權을 주장하여 勝訴하였으며⁸¹⁾, 이외에도 時效取得을 주장하여 所有權을 되찾은 事例가 더러 있는 데,⁸²⁾ 여기서는 公簿上의 市·郡有地도 時效取得의 對象이 될 수 있었다는 事實이 注目되어진다.

그런데, 다른 K씨는, G里의 里有地 一部를 1953년에 買收한 그의 父로부터 그 土地를 贈與받고 20年間 所有의 意思로 평온 公然하게 占有하여 왔음을 내세워, 그 土地를 포함한 G里의 里有地 一切를 移轉取得한 N郡을 상대로 提訴하여 一審⁸³⁾과 二審⁸⁴⁾에서는 勝訴하였으나, 上告審에서는, 抗訴審에서의 判決事由中, 係爭土地가 G里所有였는 데 同里가 N郡에게 名義信託하여 N郡名義로 登記하여 놓은 不動產이라고 認定한 事實에 대하여, 大法院은 「…地方自治法의 實施에 따라 里는 法人格을 喪失하여 財產權의 主體가 될 수 없게 되었는데, 어떠한 관계로 被告 郡(N郡) 名義로 本件 土地에 대한 名義信託을 하게 되었다는 것인지 原判決에는 이에 대한 審理判斷이 없고, 또 財產權의 主體가 아닌 里가 賣買契約을 체결한 것도 特別한 事情이 없는 限 얼핏 수증하기 어려운 바임에도 불구하고, 위와 같이 名義信託과 賣買事實을 인정한 原判決判斷에는 審理未盡·理由不備의 違法이 있다」⁸⁵⁾고 하여 原判決을 破棄 還送함으로써, 결국 敗訴하였다. 여기서 大法院의 里에 대한 法人格否定的 論旨에 관한 批評은 前述한 바 있으므로 再論치 않기로 한다.

셋째, 信託解止를 原因으로 한 所有權移轉登記請求의 訴를 提起하여, 市·郡으로부터 마을共同財産을 되찾은 事例를 살펴보자. 道內 D里에서는 마을의 共同牧場地를 構成하는 여러 筆地의 林野가 里名義로 登記되어 있다가 地方自治에 관한 臨時措置法에 依하여 N郡所有로 넘어간 後, 그 土地들이 원래 마을住民들의 私有地였고 그 地主들이 D里共同牧場組合을 構成하고 그 組合에 出損한 것들이므로, 그 土地의 實質의 所有主는 D里共同牧場組合인 데, 同組合이 편의상 D里에 그 名義를 信託하여 里名義로 所有權移轉登記를 經了하였던 것으로서, D里共同牧場組合이 위 名

80) 제주지법 68 가 493, 同 68 가 623, 同 68 가 726, 同 69 가 26, 同 69 가 27, 同 69 가 30, 同 69 가 32, 同 69 가 49 事件 참조.

81) 제주지법 83 가단 133 판결참조.

82) 제주지법 80 가소 70 판결 참조.

83) 제주지법 73 가단 649 판결 참조.

84) 제주지법 74 나 21 판결 참조.

85) 大法 1975.3.25. 선고, 74 다 2154 판결.

義信託解止의 意思表示(이 事件 訴狀副本의 送達로써 같음함)를 하고, 그에 因한 土地所有權移轉登記請求의 訴를, D리의 權利를 承繼받은 N郡을 상대로 提起하여, N郡으로 하여금 D里共同牧場組合에게 係爭土地에 대한 所有權移轉登記節次를 履行하도록 하는 判決을 얻어내었으며,⁸⁶⁾ 이외에도 이와 비슷한 論理로 마을共同財產을 되찾은 事例가 더러 있다.⁸⁷⁾

넷째, 贈與를 原因으로 한 所有權移轉登記請求의 訴를 提起하여 마을共同財產을 되찾은 例로서, 많은 사람들의 관심을 끌었던 道內 安德面 西廣里共同牧場件⁸⁸⁾을 살펴보자.

이 事件은, 南濟州郡 安德面 西廣里民들이 오래전부터 共同使用 收益해온 共同牧場地가 1925년부터 西廣里名義로 土地臺帳에 登載되어 있다가, 1969년에 地方自治에 관한 臨時措置法에 依據하여 南濟州郡에 歸屬된 후, 그것을 되찾기 위하여, 西廣東里共同牧場組合과 西廣西里共同牧場組合⁸⁹⁾이 南濟州郡을 相對로 所有權移轉登記請求의 訴를 提起함으로써 惹起되어진 것이다.

이 事件의 第1審에서는, 1935년에 西廣里住民들로 構成된 西廣里共同牧場組合이, 同組合設立 當時부터 이 事件 係爭土地를 西廣里로부터 受贈, 占有를 인도받은 後 牧場地로 使用하여 온 事實, 西廣里共同牧場組合이 西廣東里共同牧場組合과 西廣西里共同牧場組合으로 區分·名稱變更되어진 事實등을 인정하여, 西廣里的 權利·義務를 承繼한 南濟州郡으로 하여금, 西廣東里共同牧場組合과 西廣西里共同牧場組合에게, 係爭土地에 관하여 贈與를 原因으로 한 所有權移轉登記節次를 履行하도록 하는 判決이 나왔다.⁹⁰⁾

그런데 이 事件의 第二審에서는, 西廣東里마을會와 西廣西里마을會가, 獨立當事者 參加人으로서, 係爭土地가 원래 西廣東里와 西廣西里로 나누어지기 前의 西廣里民全體의 總有財產이었고, 1925年 當時 西廣里民團體인 西廣里가 係爭土地에 관하여, 西廣里라는 名稱以外에 달리 住民總有로 公簿上 登載할 方法이 없어서 西廣里所有로 土地臺帳에 登載하였던 점과, 과거의 西廣里民들의 共同體인 西廣里가 西廣東里마을會와 西廣西里마을會로 나누어진 점등을 들어, 係爭土地는 參加人들(西廣東里마을會와 西廣西里마을會)의 共有物임을 주장하면서, 우선, 係爭土地의 2分の 1 지분에 관하여, 原·被告들에게 參加人들의 所有權 確認을 求하고, 被告에 대하여는 그 保存登記의 말소를 請求하였는 데, 결국, 南濟州郡은 西廣東里共同牧場組合·西廣西里共同牧場組合·西廣東里마을會·西廣西里마을會에 대하여 係爭土地의 各 4分の 1 共有持分 移轉登記節次를 履行하고, 原告나 獨立當事者 參加人등의 나머지 請求는 포기하로 하여, 모든 當事者들이 和解를 함

86) 제주지법 74 가합 259, 광주고법 75 나 123,大法 75 다 1225 판결 참조.

87) 제주지법 79 가합 146, 同 80 가소188, 同 84 가단 380 판결 참조.

88) 이 事件이 濟州地方法院에 계류되어 있었던 事實 및 이 事件에서의 原·被告의 實名이, 강남규, “제주도 토지투기실태” 「현장」 제3집, 삶의 터전을 지키기 위하여, 둘째개(社), 1985. pp.190~191 및 濟大學報 편집실, “토지문제 그 脈을 짚어본다”, 제주대학교 총생회, 「濟大學報」第26輯, 1986. p.85에 이미 記載된바 있으므로, 이 事件에서의 原·被告 및 當事者 參加人을 實名대로 쓰기로 한다.

89) 여기서의 西廣東里共同牧場組合과 西廣西里共同牧場組合의 分離는, 法定里로서의 西廣里가 1938年 頃 行政上 西廣里一區와 西廣里二區로 구분되었다가, 西廣一·二區의 명칭이 西廣東里와 西廣西里로 變更됨에 따라, 과거의 西廣里共同牧場組合도 西廣東里共同牧場組合과 西廣西里共同牧場組合으로 區分된 것에 연유함.

90) 제주지법 1986.2.27. 선고, 84 가합 128 판결 참조.

으로써,⁹¹⁾ 이 事件은 終結을 보았다.

以上에서 살핀 바와 같이, 마을共同財産의 歸屬變更으로 因하여 權利侵害를 받은 마을住民들 중의 一部는, 賣買·時效取得·名義信託解止·贈與등을 원인으로 한 所有權移轉登記請求의 訴를 提起하여 그 權利를 되찾기도 하였으나, 이 경우에도 訴訟에 隨伴된 多額의 費用을 갚기 위하여, 勝訴한 住民들이 되찾은 財産을 다시 賣却할 수 밖에 없었던 경우가 많았음이 확인되었다. 이는 곧, 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條의 無理한 解釋과 執行으로 因하여 侵害된 住民의 權益이 訴訟의 方法으로서도 完全히 救濟될 수 없음을 말해주는 것이다.

이와 같이, 이미 市·郡에 歸屬되어진 마을共同財産의 回復과 保存에는 많은 難關이 있으며, 더구나 아직도 市·郡으로부터 마을住民共同體가 되찾지 못한 마을共同財産이 많은 狀況이고, 이에 관련된 地域住民의 財産權侵害現狀은 현재에도 지속되고 있는 實情이라고 할 수 있다.

따라서, 國民의 財産權을 保障하는 憲法趣旨에 입각하여, 市·郡에 이미 歸屬된 마을名義의 財産을 원래의 所有權者인 마을共同體에게 返還시키는 特別한 方案이 하루속히 講究되어져야 할 것으로 보아진다. 이는, 마을共同財産이, 원래 마을住民集團의 總有財産으로서 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條의 適用對象이 될 수 없었던 것임에도 불구하고, 그것을 마을이 獨自의인 地方自治團體로서의 法的地位를 가지고 所有했던 財産으로 잘못 判斷하고, 위 法規定을 無理하게 解釋·執行하여, 그것이 不當하게 所屬 市·郡에 歸屬되어진 것으로 생각하기 때문이다.

3. 마을共同財産 歸屬變更의 社會的 問題點

마을住民들의 알뜰한 精誠과 協同努力으로 造成하였거나 옛부터 傳해져 내려온 마을共同財産들을, 法理上의 明白한 根據도 없이, 市·郡이 無償取得함은 마을住民들의 財産權侵害라는 法的問題를 惹起시키는 外에, 그것이 마을住民들의 意識에 바람직하지 못한 영향을 미치고, 더 나아가 地域社會에 상당한 逆機能的 波及效果를 일으킬 수 있다고 보아진다.

마을共同財産의 歸屬變更이 惹起시킬 수 있는 社會的 問題點으로는 다음과 같은 것들을 지적할 수 있을 것이다.

첫째, 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬措置는 마을의 機能을 弱화시키고, 마을의 維持·發展을 어렵게 만들 뿐 아니라, 마을의 存立基盤을 붕괴시키는 것이라고 아니할 수 없다.

마을은 地域住民들이 自助·協同으로 道路整備·堤防築造·會館建立·圖書館 運營 등 여러가지 地域社會開發事業을 推進할 수 있는 事業主體가 되며, 事業遂行에는 많은 財源이 필요한 데 마을의 財産을 市·郡에 歸屬시킴은, 마을은 아무일도 하지 못한다는 의미를 나타내는 것이며, 마을의 獨自의인 社會的 機能을 否定하는 것이고, 自然發生的으로 形成된 마을共同體의 存立·發展을 困難하게 할 뿐이다.

둘째, 마을共同財産의 歸屬變更은 地域住民들의 自治意識을 弱화시키고 行政機關에의 依他心을 助長시키는 것이라고 아니할 수 없다. 즉 마을住民의 立場에서는 마을共同事業推進에 必要한

91) 광주고법 86 나 168, 同 86 나 416, 화해조서 참조.

마을의 共同財源을 喪失한 셈이니, 마을의 모든 問題나 事業은 마을財源을 吸收한 市·郡이 전부 解決 處理해 주리라 期待할 것이고, 마을住民들이 마을일을 積極的으로 自體解決하려고 努力하지 않을 것이다.

셋째, 마을共同財源의 市·郡에의 歸屬은 地域住民들의 共同意識形成을 위한 觸媒體를 喪失시키고, 住民들의 協同基盤을 무너뜨리는 것이 된다. 住民間의 協同을 진작시킴에 있어서 가장 중요한 것이 共同財源·共同事業場의 造成·管理라고 보아 지는 데,⁹²⁾ 이는 共同財源과 共同事業場이 있으므로써 住民各者의 利害가 얽혀지고, 自發的으로 共同事業에 參與하게 되면서 協同이 體質化되고 共同(體)意識이 自然的로 形成되기 때문이다.

마을共同財源이 市·郡에 歸屬됨으로써, 市·郡單位의 보다 큰 共同意識이나 協同意識의 形成에 이바지할 수 있는 可能性은, 현재의 市·郡區域의 廣域性에 비추어 期待하기 어렵다고 보아진다. 즉 마을의 共同財源은 마을住民들의 共同意識과 協同意識을 진작시키는 觸媒體役割을 할 수는 있지만, 그것이 市·郡에 歸屬되어질 때 市·郡民들의 共同意識形成의 觸媒體的機能을 하기는 어려운 것으로 생각된다.

넷째, 마을共同財源의 歸屬變更은 當該 財源의 利用·管理에 있어서의 非合理性을 惹起시키는 面이 있다. 例로서, 濟州道內의 共同牧場地의 경우, 과거에 里有地였던 共同牧場地가 市·郡의 所有로 넘어간 後, 그것이 賃貸能力이 있는 外地 大資本家에게 賃貸·拂下된 事例가 많고,⁹³⁾ 濟州道 中山間地帶의 牧草地를 所有하고 있는 外地人들 대부분이 草地開發이나 그 效率的利用을 꾀리고 있는 事實⁹⁴⁾을 보아서도, 마을에서 市·郡으로 歸屬變更된 財源의 利用·管理面에서의 非合理性·非效率性을 確認할 수 있는 것이다.

다섯째, 마을共同財源의 市·郡에의 歸屬은 行政機關과 地域住民間의 갈등과 마찰을 일으키는 主要한 하나의 要因이 되기도 한다. 筆者가 調査한 바의 非公式集計만으로도, 원래 洞·里所有였다가 市·郡에 歸屬되어진 財源에 關連하여 惹起된 法的 紛爭件數가 濟州道內에서 1968년부터 1985年 사이에 무려 40餘件이나 되고 있으며, 이외에 訴訟의 提記에까지 이르지 않은 官·民間의 摩擦도 있었는데,⁹⁵⁾ 이는 마을共同財源의 歸屬變更措置가 行政機關과 地域住民의 거리를 더욱 멀어지게 하는 하나의 契機가 되었음을 말해주는 것이다.

이처럼, 마을共同財源의 市·郡에의 歸屬은 여러가지 側面에서 많은 社會的 問題點을 露呈시키고 있다고 할 수 있는 데, 視角을 달리하여, 그것의 社會的 效用性에 관해서도 살펴보자.

그 效用性은 곧 地方自治團體의 財源擴充이라는 點에서 찾을 수 있을 것이다. 즉, 市·郡 등 各地方自治團體의 自體財源이 不足하고 地方財政自立도가 낮은 現實情에서, 마을共同財源의 市·郡에의 歸屬은 地方自治團體의 財源確保에 큰 效果를 낼 수 있을 것으로 생각할 수 있다.

92) 崔昌浩, “里·洞行政의 問題點과 改善方案”, 建國大學校, 「學術誌」 第12輯, 1971. p. 355.

93) 강남규, “제주도토지투기실태”, 前掲書, p. 171.

94) 濟州新聞, 1983. 12. 14. 字 참조.

95) 例로서, D里的 경우, 과거에 里民들의 牧場地로 活用되었던 里有地가 1969년에 所屬郡에 歸屬되어진 후, 1986年 위 郡이 그 土地를 公園用地로 特定人에게 賃貸하여 준 데 대하여, 里民들이 상당한 不滿을 가지고 있었다.

그러나, 資本主義體制內에서의 地方自治團體의 原型은 無產團體인 것이고,⁹⁶⁾ 그 必要經費는 租稅⁹⁷⁾·手數料·使用料·公企業收入이나 國庫補助 등으로 充當하는 것이 바람직하다고 보아지며, 本研究의 調査過程에서 確認된 市·郡歸屬財産의 大部分이, 마을住民들에 依하여 「마을의 것」으로 確信되어지고 있는 것들로서, 그 性質上 當該 市·郡의 財源擴充의 效果를 期待하기 어려운 것들이었고, 오히려 그 財産에 관한 訴訟이 提起되었을 때, 訴訟費用 등 財政的 負擔을 市·郡에 안겨주는 逆效果도 내는 事例가 非一非再 한 點까지 고려하면, 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬措置가 地方自治團體의 財政力을 伸張시킬 수 있을 것이라는 效用論에 懷疑를 느끼지 않을 수 없다.

따라서 마을共同財産의 歸屬變更은 前述한 바와 같이 여러가지의 社會的 問題點을 內包하고 있으며, 그것들을 相殺시킬 效用性을 찾기 어렵다고 보아지므로, 社會的으로도 마을財産의 市·郡에의 歸屬의 妥當性을 認定받기가 困難할 것으로 생각된다.

V. 마을의 機能活性化를 위한 法的 課題

1. 마을의 機能活性化의 必要性

오늘날에는 自然科學의 發達에 따른 生産手段의 機械化·大規模化와 經濟的 流通圈의 擴大 등으로 因하여 人間의 地域的 生活圈이 擴大되고 있으며, 交通 通信手段의 發達은 僻地마을도 時間的으로 大都市와 아주 가까운 거리에 두게 만들었고, 住民들의 所得과 生活水準의 向上은 住民들로 하여금 마을안에서의 生活에 自足할 수 없게 하여, 住民生活을 都市經濟·都市文化에 크게 依存시키고 있다. 이러한 현상은 한편으로 廣域行政을 필요하게 만들며, 다른 한편으로 마을共同體의 外部依存度를 높임으로써 마을의 機能을 크게 萎縮시키는 結果를 낳고 있다.

그러나, 위와 같은 地域社會與件의 變化에도 불구하고, 마을은 地域住民의 生活의 뿌리가 되고, 行政上으로도 모든 行政需要의 始發點이면서 行政施策의 結實點이 되는⁹⁸⁾ 基礎的 住民團體로서, 그 保護 育成策이 마련되어야 하고, 마을의 機能이 活性化되어야 할 것으로 생각되는 데, 그것은 다음과 같은 論據에서이다.

첫째, 地域社會의 內生的·自律的 發展能力을 增大시키기 위하여 마을의 育성과 그 機能活性化가 必要하다.

96) 그러나 오늘날의 行政機能의 擴大·強化 현상과 더불어 地方自治團體에서도 그 活動의 原動力이 되는 自體財産을 많이 確保하는 傾向이 있으며, 地方自治法에서도 地方自治團體가 收益을 爲한 財産을 基本財産으로 維持할 수 있도록 규정하고 있다(同法 第123條).

97) 地方稅收入의 擴充方案으로서 現行 租稅制度에서 國勢와 地方稅의 稅源再調整을 통한 地方稅收 增大를 도모할 필요가 있다고 보아지는데, 이점에 관하여는, 拙稿, 地方財政의 自立問題, 「濟大學報」 第19輯, 1979. pp. 89~92 참조.

98) 金甫炫·金庸來, 前揭書, p. 301.

오늘날 地域社會가 급속히 開放되어 外部로부터 各種 知識·情報·서비스·財貨·制度 등이 들어오고 그에 따라 地域社會는 많은 變化와 發展을 이루면서, 地域社會의 각종 특수한 慣習·傳統·儀禮 등이 사라져가고 있다. 즉 地域社會의 變化와 發展이 外部의 要因에 依하여 大幅的으로 이루어지고 있는 實情인데, 이러한 狀況에서는 地域社會안에서의 內生的·自助的·主體的·自律的 發展能力이 緊要하다고 보아진다. 그것은 地域社會의 內生的發展能力이 不足할 때, 外部의 劃一的 變化에 휩싸여 地域社會의 獨自性을 喪失하고 外部로부터의 變化誘因을 바람직한 方向에서 수용하지 못하게 되는 경우가 있을 수 있으며, 또한 自律的·積極的으로 필요하고도 적절한 變化 發展을 이룰 수도 없을 것이기 때문이다.⁹⁹⁾

그간 우리나라에서는 中央 및 地方行政機關이나 公共團體 등의 計劃과 主導에 依하여 地域社會開發이 促進되어지는 경향이 있었으며, 그 過程에서 地域住民의 依他性·受動性이 助長되어진 感이 없지 않다.¹⁰⁰⁾

그러나, 社會發展의 궁극적 목표가 民主主義의 生活化와 國民의 福祉增進이고, 地域社會開發의 當面課題가 地域住民의 經濟的·社會的·文化的 生活水準의 向上임을 고려할 때, 地域社會의 開發과 發展은 地域社會의 主人인 地域住民이 主體가 되어 內生的·自律的인 發展能力에 依하여 推進되어야 하며, 地域社會開發過程에서 만일 地域住民의 自發的인 意志·動機·能力이 없다면 아무리 좋은 外部의 支援도 그 效力을 充分히 發揮할 수 없음은 自明하다.

地域社會의 內生的·自律的 發展能力은 地域社會의 問題나 慾求를 自發的으로 診斷·豫見·處方하며, 그 解決에 필요한 人的·物的 資源을 動員·活用할 수 있는 能力이라고 할 수 있고, 이러한 能力은 共同意識·參與意識·自律意識·主人意識을 지닌 地域住民의 組織을 바탕으로 形成되어지는 것이며, 마을은 地域開發에 要求되는 住民의 集合性·協同性·自主性·自助性을 스스로 確保할 수 있는 住民組織의 하나라고 할 수 있으므로, 마을의 保護·育成과 그 機能活性化는 당연히 이루어져야 할 것이라고 보아진다.

둘째, 地方自治의 基盤造成을 위하여 마을의 組織化 및 그 機能과 役割이 더욱 강조되어야 할 것이다.

우리나라는 옛부터 強力한 中央集權的 統治體制를 유지하여 오면서 地方自治의 經驗을 별로 가져보지 못 하였지만, 이제 機能分化的 時代에 이르러, 과거의 上命下服의 權威主義的 慣行에서 비롯된 依存的·從的 社會秩序體系에서, 討論과 合議 그리고 權利와 責任을 기초로 하는 自律的·橫的·民主的 社會秩序體系로 社會風土가 變貌하여가고 있으며, 政治·行政面에서도 地方自治의 時代가 臨迫하고 있다.

地方自治制는 住民自治를 통하여 “풀뿌리 民主主義(Grass-roots Democracy)”를 實踐하고, 地方分權을 통하여 中央과 地方의 適切한 機能分擔으로 行政의 均衡과 現地適應力을 높여 나갈 수 있는 制度인 데, 이러한 地方自治制度가 우리 社會에 제대로 뿌리를 내리고, 民主主義의 發展과

99) 金環東外, 「韓國의 地方自治와 地域社會發展」, 서울대학교 출판부, 1985. p.25.

100) 崔昌浩, 「韓國地方行政制度의 發展課題」, 金道稔博士華甲紀念論文集, 「現代公法의 理論」, 學研社, 1982, p.556.

行政文化的 向上 그리고 地域住民의 福祉增進 및 地域社會開發促進이라는 그 本來의 目的을 達成하려면, 이에 필요한 前提의 基盤이 造成되어져야 할 것으로 보아진다.

地方自治의 基盤으로서 地方財源의 確保도 필요하나, 보다 중요한 것은 地域住民의 主人意識·參與意識·協同意識·自律意識의 涵養이며, 이러한 意識은 地域住民의 共同(體)意識에 그 기초를 두는 것이라고 생각된다. 그리고 共同意識은 經濟的·社會的·文化的으로 이루어진 傳統的 住民生活共同體를 基盤으로 하여 形成되는 것인 데, 오늘날의 우리나라의 地方制度下에서는 市·郡이 基礎的 地方自治團體로 되어 있고, 市·郡의 區域이 넓기 때문에 市民 또는 郡民間에는 單一共同體構成員으로서의 共同意識이 稀薄한 實情이라고 보아진다. 이러한 與件下에서 地方自治의 成功的인 定着을 위해서는, 地域住民의 日常生活과 密着된 小規模의 地域單位, 즉 마을을 中心으로 하여 住民의 共同意識을 育고 자극하여 協同·參與·自律意識을 涵養하며, 그것을 地方自治團體單位의 것으로 高揚시켜 나가야 할 것으로 보아진다.

事實, 마을은 住民들이 자기들의 共同關心事를 스스로의 創意와 努力에 의하여 協同적으로 이룩함으로써 住民自治能力을 培養하고 “풀뿌리 民主主義”를 實踐할 수 있는 가장 適合한 隣保團體라고 할 수 있으며, 歷史적으로도 좋은 自治의 傳統을 가지고 있다.¹⁰¹⁾

그리고, 마을에서 住民들의 共同關心事를 自主적으로 討論하고 議決하며, 相互協同으로 課題를 處理·解決하는 마을共同體의 運營原理는 地方自治에서의 自己支配原理와 本質上 같은 것이므로, 地方自治制의 定着·發展을 위하여 더욱 마을의 育成이 要望되어진다.

地方自治의 成功的인 發展을 위하여는, 그것이 政治的 내지 行政的自治의 次元을 넘어서, 地域住民의 모든 活動과 日常生活에 걸친 普遍的 生活自治로 manifestation되어져야 하는¹⁰²⁾ 점까지 고려하면, 마을의 組織強化와 그 機能活性化는 地方自治의 前提條件이면서 그 成功的인 關鍵이 될 수 있을 것으로 보아진다.

要컨대, 邑·面自治制의 廢止와 郡自治制의 實施에 따라, 地方自治團體와 地域住民間의 距離가 멀어지고, 住民의 共同體意識이 稀薄하여지는 同時에, 地域住民의 行政參與의 機會가 감소된¹⁰³⁾ 오늘날에 있어서, 마을의 法的地位를 保障하고, 그 機能을 積極적으로 活性化시키는 것은, 郡自治制의 短點을 補完하고 地方自治의 基盤造成 및 自律的 地域社會發展을 圖謀하기 위하여 필요한 것이다.

2. 마을의 育成을 위한 法的課題(마을共同財產의 市·郡歸屬에 따른 問題點의 解消策)

우리의 民族史를 통하여 오랜 歷史的 傳統을 갖고 있는 마을共同體를 保護·育成하고 그 機能을 活性化시키기 위한 法的 方法으로서 消極的인 方案과 積極的인 方案이 있을 수 있다.

이중 消極的인 方案은 마을의 自律的인 組織과 運營 및 그 機能을 保障하면서 그 自律性을 侵

101) 金甫炫外, 前揭書, p. 301.

102) 金安濟, “行政의 姿勢와 役割”, 地方行政研究所, 「比較行政」第10號 (1987.1), p. 15.

103) 金甫炫外, 前揭書, p. 301.

솔하지 아니하는 것인 데, 이러한 方案의 一環으로서 다음과 같은 具體的인 方法의 實行을 檢討해 볼 필요가 있다.

첫째, 이미 市·郡에 歸屬되어진 마을共同財産을 本來의 所有權者인 緣故마을(過去의 公簿上 所有權者였던 洞·里 住民團體)에게 返還시키고 마을의 組織·運營上的 自律性을 保障하는 方法이다.

市·郡에 歸屬된 마을共同財産은, 前述한 바와 같이 地方自治團體로서의 마을의 財産이 아니라, 自發的 住民集團인 하나의 非法人社團으로서의 마을의 名義로 公簿上 登載된 것이었고, 그 實質的 權利主體는 마을住民全體라고 보아야 할 것이며, 事實이 이러한에도 불구하고, 마을住民들로 하여금 個別的으로 訴訟을 提起하여 그 權利를 되찾도록 放置함은, 市·郡은 물론 地域住民들에게 不必要한 희생과 곤란만을 안겨주는 것이라고 아니할 수 없다. 이 점을 고려하면, 市·郡歸屬 마을共同財産을 緣故마을에 返還시키는 것은 그 財産歸屬變更으로 因하여 侵害된 地域住民의 權益을 救濟함에 있어서 最善策이 된다고 할 수 있다.

이 方法은, 머지않은 장래에 새로운 地方自治法이 制定될 豫定이고, 최근에 이르러 각마을에서 住民集團을 마을會라고 부르고 있으므로, 새 地方自治法의 附則중¹⁰⁴⁾ 「地方自治에 관한 臨時措置法 第8條에 依하여 所屬市·郡에 歸屬된 邑·面의 財産中 邑·面의 固有財産이 아니었던 것으로서, 市·郡에 歸屬될 當時 公簿上 洞·里名義로 登載되어 있었던 財産으로서, 市·郡이 이 法 施行日現在 所有하고 있는 것은 當該 洞·里의 마을會에 그 所有權을 ○○年 ○月 ○日까지 移轉한다」라는 內容의 規定을 마련하여, 그 規定대로 施行하게 함으로써 그 實現이 可能해질 수 있다.

이 方法의 問題點으로는, 過去에 마을共同財産이 市·郡에 歸屬되어진 후 위 規定이 施行될 때까지의 사이에 市·郡에 의하여 賣却되어진 財産의 緣故마을에 대하여 어떻게 補償하여야 하는가 하는 點이다. 이 問題點의 解消策은, 政府에서 實際로 各市·郡이 그간에 賣却處分한 마을共同財産의 數量과 그 時價를 確實히 調査集計한 後에 그 適切한 補償策을 摸索함이 合理的이라고 보아지나, 그 具體的 補償方法으로서, 賣却된 마을共同財産의 賣却當時의 賣却金額에 賣却時부터 補償日까지의 法定利子를 더한 金額을 원래의 公簿上 名義者였던 洞·里의 마을會에 支給하는 方法이나, 또는 公認鑑定機關등의 鑑定에 의한 補償日 현재 時價額을 緣故마을會에 支給하는 方法등이 있을 수 있다.

둘째, 市·郡에 이미 歸屬되어진 마을共同財産을 緣故마을에 返還시키는 위의 方案의 實現이 事實上으로 困難할 경우에, 次善策으로서, 그 마을共同財産의 名義上的 所有者는 市·郡으로 되, 緣故마을의 그 財産에 대한 權利를 保護하기 위하여, 緣故마을과 市·郡間에 法的으로 一種의 信託關係를 設定하는 方案을 摸索해 볼 수도 있다. 즉, 이미 市·郡에 歸屬된 마을共同財産에 대하여, 市·郡은 任意로 그 財産을 處分할 수 없으며, 善良한 管理者의 義務에 따라 그 財産을 管理하되, 緣故마을이 住民總意로 그 財産에 대한 使用·收益·管理를 申請할 때에는 그에 따르게 하며, 만일 市·郡이 緣故마을의 請求를 무시하거나 善良한 管理者로서의 義務를 다하지

104) 새 地方自治法案(政府案)의 附則 第6條 第1項 다음에 同條 第2項으로 定하거나 또는 同第12條로서 規定하여도 無妨하다로 보아진다.

아니할 때에는, 緣故마을이 當該市·郡에 대하여 그 財産에 대한 管理中止나 財産返還을 請求할 수 있도록 하는 方案이다.

이 方案은 앞의 市·郡歸屬 마을共同財産의 一律的인 返還方法에 비하여 現實的으로 實行이 容易할 것으로 보아지며, 具體的으로는 現行 地方財政法 第57條의 11條다음에 第57條의 12條를 新設하여, 그 題目을 「市·郡歸屬 마을共同財産의 管理」라고 하고, 그 本文은 다음과 같이 定함으로써 實現可能할 것으로 보아진다.

「地方自治에 관한 臨時措置法 第8條에 依하여 所屬市·郡에 歸屬된 邑·面의 財産中 邑·面의 固有財産이 아니었던 것으로서, 市·郡에 歸屬될 當時 公簿上 洞·里名義로 登載되어 있었던 財産으로서, 이 法 施行日 현재 市·郡이 所有하고 있는 財産(이하 市·郡歸屬 마을共同財産이라 한다)은 다음의 規定에 依하여 管理한다.

① 市·郡歸屬 마을共同財産은 市·郡이 過去의 公簿上 所有權者였던 洞·里의 住民團體(이하 緣故마을이라 한다)의 代表者를 포함하여 3인이상으로 구성된 마을財産管理委員會의 同意없이는 處分할 수 없다.

② 市·郡은 市·郡歸屬 마을共同財産을 管理함에 있어서 善良한 管理者로서의 注意義務를 다하여야 한다.

③ 緣故마을은 그 代表者를 通하여 市·郡歸屬 마을共同財産에 대하여 自律的인 管理(使用·收益을 포함하며, 이하 같다)를 申請할 수 있으며, 이 申請은 自律管理始期 一年前에 하여야 한다.

④ 第3項의 申請이 있을 때에는 市·郡은 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利에 危害가 없는 限, 長期 5年期間으로 緣故마을에게 自律管理를 許可하여야 하며, 緣故마을의 自律管理期間은 申請에 依하여 更新할 수 있다.

⑤ 市·郡이 市·郡歸屬 마을共同財産에 대한 第3項의 申請이 있음에도 불구하고 緣故마을에 대하여 自律管理를 許可하지 아니하거나, 緣故마을의 自律管理를 妨害하거나 또는 善良한 管理者로서의 義務를 다하지 아니한 때에는, 緣故마을은 그 代表者를 通하여, 當該市·郡을 相對로 하여, 그 財産의 管理中止 또는 返還을 請求하거나, 또는 緣故마을의 財産自律管理權의 確認을 請求하는 訴를 法院에 提起할 수 있다.

⑥ 市·郡이 市·郡歸屬 마을共同財産을 緣故마을 以外の 他人에게 1년이상 管理하게 할 경우에는, 事전에 緣故마을 財産管理委員會의 同意를 얻어야 한다.」

現行 地方財政法에 위와 같은 內容의 條項을 新設하고 이를 施行함으로써, 앞으로도 끊임없이 惹起될 可能性이 많은, 市·郡歸屬 마을共同財産에 관한 緣故마을과 市·郡間의 法的紛爭을 예방할 수 있을 것으로 보아진다.

셋째, 위의 두가지 方案中 어느 하나를 實行하면서, 並行的으로 마을共同財産의 造成과 그 保護를 效果的으로 圖謀하기 위한 方法으로서, 現行 民法에서의 非法人團體의 財産關係規程中에서, 非法人社團의 總有物의 使用·收益은 물론 그 保存行爲까지도 社員總會의 決議를 거치지 않고, 定款(또는 規約)이 定하는 바에 따라 構成員各者가 單獨으로 할 수 있도록 하는 關係法規의 改正¹⁰⁵⁾이 필요한 것으로 보아진다.

105) 이 關係法規 改正의 具體的 內容은 高昌鉉, 前揭論文, p.158참조.

以上の 方案들은 모두 마을共同體로 하여금 自律的으로 마을共同財産의 保存과 管理를 할 수 있게 하고, 그 財産權에 관하여 市·郡등으로부터 不合理한 侵害를 可及의 받지 않도록 하기 위한 것들이며, 그 以外의 마을의 組織·運營·事業·活動 등의 問題는 모두 마을의 自律的 意思에 맡기자는 것이다. 이는 마을의 自律的發展을 市·郡등이 防害하지 아니한다는 意味에서, 消極的인 마을 保護方案이라 할 수 있다.

마을의 育成을 위한 積極的인 法의 方案은, 위의 消極的인 마을保護方案의 實行 以外에, 더 나아가 마을의 法的地位·마을의 組織·運營·事業·地方自治團體와의 關係·行政機關과의 關係·마을에 대한 地方自治團體등의 支援方法등을 實定法으로 規定함으로써, 마을의 組織을 法制的으로 保障·強化하고 그 機能을 活性化시키는 것이다.

마을의 積極的인 保護·育成을 위한 具體的인 法의 方案으로서는 다음의 세가지를 생각해 볼 수 있다.

첫째, 마을의 組織·機能·財産權主體性 기타 마을의 育成을 위하여 必要한 事項을 定한, 假稱「마을共同體의 育成에 관한 法律」을 制定·施行하는 方案이다. 즉, 마을共同體에게 그 自體財産을 所有·管理할 수 있도록 法人格을 부여하고, 自體收入을 획득할 수 있는 權能을 賦與하며, 獨自的인 豫算會計를¹⁰⁶⁾ 編成·執行하고 自治的으로 事業을 展開할 수 있게 하며, 마을의 議決機關·執行機關의 自律的 構成方法 및 그 業務등을 定하고, 마을에 대한 地方自治團體등의 支援義務 등을 規定하는 特別法을 制定하는 것인 데, 이는 가장 效果적으로 마을의 法的地位와 組織 및 그 機能을 強化시킬 수 있는 方案이 될 것이다. 그러나, 이 方案의 實行은, 결과적으로 地方自治團體의 階層을 실질적으로 하나 더 늘이는 셈이 되며, 地域住民들에게 經濟的 負擔을 더 안겨 줄 수 있는 問題點도 隨伴되므로, 좀더 많은 研究·檢討를 要하는 課題라고 보아진다.

둘째, 地方自治法에서 마을의 法的地位를 保障하는 方案을 생각해 볼 수 있다.

現行 地方自治法에는 마을(洞·里)을 地方自治團體의 下部行政區域으로 設定하고 있을 뿐, 洞·里住民集團에 관하여는 아무런 規定도 없으며, 內務部가 마련하여 각마을로 하여금 마을自體規約으로 삼도록 하고 있는 「새마을規約準則(案)」이나 「새마을財産造成管理規約」도, 그 自體法規性이 없음은 물론, 그에 대한 法的根據 내지 法的 뒷받침이 전혀 없는 實情이다.

또한 새 地方自治法案(政府案)에서는 第5條 第5項에서 「洞·리에 당해 地方自治團體의 條例가

106) 현재 각 마을에서는 일반적으로 特別事業費는 마을住民들의 特別分擔과 市·郡의 一部 補助 또는 獨지가의 성금등으로 調達하고 있으며, 마을의 一般行政所要經費는 마을住民들이 定期的으로 自進納付하는 里運營費 등으로 全額 調達하는 實情인 데, 調査對象마을중 몇개 마을의 1985년도 一般行政豫算額을 例示하면 다음과 같다.

(家口數·住民數는 1986.11~12. 수치임)

洞·里	家口數	住民數	1985年度 豫算額	洞·里	家口數	住民數	1985年度 豫算額
K 洞	560	2,230	3,564,689	D K里	315	1,318	1,781,050
D 里	284	1,167	3,200,000	S 里	256	1,086	1,256,160

정하는 바에 依하여 下部組織을 들 수 있다」¹⁰⁷⁾라는 規定을 新設해 놓고 있지만, 이것만으로는 마을의 充分한 保護·育成이 이루어질 수 없을 것으로 보인다.

마을을 보다 積極的으로 育成하고 그 機能을 實質的으로 活性化시키기 위하여는 마을의 財産 權主體性·事業主體性 등 그 法的地位를 保障하는 다음과 같은 內容의 規定을 새 地方自治法에 新設할 필요가 있다고 생각된다.¹⁰⁸⁾

「① 洞·里的 住民은 自律的으로 住民自治의 組織體(이하 마을會라 한다)를 結成할 수 있다.

② 마을會는 그 名義로 財産을 取得·所有할 수 있으며, 마을會의 財産은 當該洞·里住民全體의 總有로 한다.

③ 마을會의 組織·運營·事業 및 財産의 管理·處分과 使用·收益 등은 自體規約이 定하는 바에 依한다.

④ 國家 또는 道·市·郡은 마을會가 地域社會開發事業등을 추진함에 있어 필요하다고 인정할 경우 財政支援 또는 技術支援을 할 수 있다.

⑤ 마을會의 支援·育成에 관한 事項은 大統領令으로 定한다」

새 地方自治法에서의 위와 같은 規定의 新設이 前述한 消極的인 마을保護策中의 첫째 方案과 더불어 實現되어진다면, 오늘날 그 存立의 危機를 맞고 있는 마을共同體가 그 組織이나 機能 및 權利에 대한 法的保障을 確實하게 받을 수 있을 것이다.

셋째, 마을의 保護와 育成에 관한 事項을 地方自治團體의 條例로 規定토록 하는 方案을 생각해 볼 수도 있다. 즉, 地方自治法에서는 「洞·里的 住民은 自律的으로 洞·里住民全體가 그 構成員이 되는 住民自治의 組織體를 結成할 수 있으며, 市·郡은, 當該地方自治團體의 條例가 定하는 바에 依하여, 管内 洞·里住民自治組織體를 保護·育成한다」¹⁰⁹⁾라는 內容의 條項을 新設하고, 마을에 대한 具體的인 保護·育成策은 市·郡의 條例로 定하도록 할 수도 있다. 그러나 이 方案은 마을의 法的地位保障에 있어서 前述한 둘째의 方案에 비하여 未洽한 點이 많을 것으로 보인다.

要컨데, 筆者는, 市·郡歸屬 마을共同財産에 관한 從來의 法解釋과 執行上의 問題點을 解消하기 위하여는, 그 財産을 緣故마을 住民團體에게 返還하거나,¹¹⁰⁾ 또는 緣故마을과 市·郡間에 一種의 信託關係를 設定하는 方案을 講究하여야 할 필요가 있다고 생각하며, 또한 앞으로의 마을의 保護와 育成 및 그 機能活性化를 圖謀하기 위하여는, 새 地方自治法에서 마을(會)의 財産權主體性·事業主體性 등 그 法的地位를 明文으로 保障하는 것이 가장 適切하고 바람직한 것이라고 생각한다.

107) 地方行政研究所, 「比較行政」, 第9號, (1986.12), p.53.

108) 새 地方自治法案(政府案)의 內容體系上 第2章(住民) 第14條의 다음에 第15條로서 그 題目을 「洞·里住民의 自治의 組織體」라고 하여, ①②③④⑤項으로 規定함이 좋다고 보인다.

109) 새 地方自治法案(政府案)에서는 法案의 體系上 第14條의 다음에 第15條로서 規定함이 좋을 것으로 보인다.

110) 이 方法은 마을共同財産의 市·郡 歸屬으로 因하여 侵害된 마을住民들의 財産權을 回復시킴에 있어서 唯一한 方法이라 할 수 있다.

VI. 結 語

濟州道뿐만 아니라 全國的으로, 과거에 公簿上 마을(洞·里) 名義로 登載되어 있었던 마을共同財産이, 地方自治에 관한 臨時措置法 第8條 「邑·面의 一切의 財産과 公簿는 그 所屬郡에 歸屬한다」라는 規定에 依하여, 市·郡의 所有로 되어진 것은 周知하는 事實이다.

그런데, 法理上으로는 市·郡歸屬 마을共同財産은, 各마을이 獨自的인 地方自治團體로서의 法的地位를 가지고 所有했던 財産이 아니라, 마을住民全體의 總有財産이었던 것을, 舊朝鮮不動産登記令 및 現行 不動産登記法에 依하여, 하나의 非法人社團이라고 할 수 있는 마을住民集團인 마을(洞·里)의 名義로 公簿上에 登載하였던 것으로서, 그 實質的 權利主體는 當該마을住民集合體라고 할 수 있다. 따라서 그 財産은, 法的性質에 있어서, 地方自治團體였던 邑·面의 固有財産과는 判異하며, 위 法規定의 適用對象이 될 수 없었던 것이라고 보아지며, 原則的으로 所屬 市·郡에 歸屬되어질 수 없는 것이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고, 1960年代에 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬이 이루어졌는데, 이는 無理한 法解釋과 法執行의 結果라고 보지 않을 수 없다.

더욱이, 個人主義·物質主義的 思潮와 產業化·都市化現象등으로 因하여 마을의 存立基盤이 瓦解되고 있는 오늘날에 있어서, 地方行政廣域化에 따른 住民共同意識의 稀薄化나 住民行政參與機會減少等 現行地方制度의 脆弱點을 補完하기 위해서라도 마을의 機能이 活性化되어야 할 필요가 있음을 고려하면, 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬은 社會的으로도 그 妥當性을 인정받기 어려울 것으로 보아진다.

따라서 法的·社會的으로 問題點을 內包하고 있는 마을共同財産의 市·郡에의 歸屬措置는 是正되어야 할 것이다.

또한, 地域住民에 依한 自律的인 地域社會發展과 地方自治의 基盤造成을 위하여서라도, 自助·自律·協同으로 다져진 마을共同體의 法的地位와 組織 및 그 機能을 보다 強化시키는 立法이 必要할 것으로 보아진다.

이는, 마을이 地域住民의 自發的 隣保團體로서 오랜 歷史的傳統을 가지고 있으면서, 오늘날에 있어서도, 地域社會開發事業의 가장 適合한 推進主體가 될 수 있을 뿐만 아니라, 地域住民의 自治意識을 涵養하는 民主主義 訓練場이자 그 實踐場이 될 수 있기 때문이다.

그리하여, 本稿에서는 市·郡歸屬 마을共同財産에 관한 從來의 法解釋과 執行上의 問題點을 解消하고, 마을共同財産의 歸屬變更으로 因하여 侵害된 마을住民의 權益을 救濟하기 위하여, 새 地方自治法의 附則中에, 이미 市·郡에 歸屬되어진 마을共同財産을 原來의 權利者인 緣故마을住民團體에게 返還시키는 條項을 新設하거나, 또는 現行 地方財政法에, 市·郡歸屬마을共同財産의 管理에 관하여, 그 緣故마을과 市·郡間에 一種의 信託關係를 設定하는 條項을 新設하는 方案을 構想하여 보았다.

그리고, 마을을 보다 積極的으로 保護·育成하기 위하여, 새 地方自治法에서 洞·里住民自治組

織體의 財産權主體性·事業主體性 등 그 法的地位를 保障하는 規定을 新設하고, 그 支援·育成에 關하여 必要한 事項은 大統領令으로 定하도록 하는 方案을 提示하여 보았다.

위의 두가지 方案이 並行的으로 實行되어진다면, 앞으로도 斷續적으로 惹起될 수 있는 市·郡 歸屬 마을共同財産에 關한 緣故마을과 市·郡間의 法的紛爭을 예방할 수 있고, 그에 隨伴되는 地域住民들의 不必要한 經濟的犧牲과 精神的苦痛을 줄일 수 있을 뿐만 아니라, 마을의 組織과 機能을 強化시키며, 地域社會의 內生的·自律的 發展能力을 增大시키는 좋은 成果를 거둘 수 있을 것으로 보아진다.

그리고, 위의 두가지 方案의 並行的 實行은, 다가오는 「參加와 分權의 時代」¹¹¹⁾에 있어서, 마을共同體의 自活力을 키우고, 地域社會發展過程에서의 住民의 自發的參與와 協同을 促進시킴으로써, 政府(中央 및 地方政府) 主導가 아닌 地域住民 主導의 社會發展을 이룩하게 만드는 하나의 契機가 될 수도 있을 것으로 생각한다.

111) 徐元宇, “韓國의 地方自治에 關한 法的 諸問題”, 韓國公法學會, 「公法研究」, 第13輯, 1985, p. 147.

<첨부>

마을에 관한 기초조사표

1. 마을의 이름 : (法定洞·里名 : 行政洞·里名 : 자연부락명 :)
2. 마을의 沿革 :
3. 마을의 家口數 및 住民數(198 年 月 日 현재) :
4. 마을의 定款(規約)의 制定年代 및 그 內容 :
5. 마을住民總會는 언제부터 개최되어 왔으며, 연간 개최 회수는?
마을住民總會에서 협의 결정하는 사항은?
6. 마을 代表者(洞長·里長)의 선출방법과 그 임기·보수·임무는?
7. 마을사무소 職員의 수·임무·임기·보수·선임방법은?
마을의 행정조직 :
8. 마을의 일반행정에 필요한 연간 경비는 얼마나 되며, 그 조달방법은?
9. 마을의 일반경비에 쓰기 위하여 마을 주민들로부터 정기적으로 받는 1家口當 年間 금액은?
里運營費등을 자진 납부하지 않은 住民에 대한 마을의 措置는?
10. 1970年以後의 마을共同事業추진실적 및 그 事業費 부담 내역 :
11. 과거에 公簿上 마을名義로 登載되었던 不動產으로서, 현재 그 所有權이 市·郡에 歸屬되어
진 土地나 建物에 관하여, 各 財產別
① 地番, ② 地目, ③ 면적(건평), ④ 마을共同財產으로 되어진 過程, ⑤ 公簿上에 마을名
義로 登載된 過程, ⑥ 市·郡所有로 된 時期, ⑦ 그 財產과 관련된 紛爭내역, ⑧ 그 財產의
現在의 推定價額, ⑨ 그 財產의 管理에 대한 住民의 不滿, ⑩ 그 財產의 事實上的 所有權者
는 누구라고 믿고 있는가?
12. 마을共同財產臺帳이 있는지 여부 :
그 臺帳上的 마을共同財產現況 및 不動產登記年度와 登記名義人 :
13. 마을共同財產 管理規定의 內容 :
마을共同財產 管理責任者 :
마을共同財產管理委員會構成 여부 및 그 構成員은?
14. 지금까지의 마을共同財產의 매각처분내역 및 그 절차 :
15. 과거에 마을 代表者등의 名義로 登記 되어진 마을共同財產에 관한 紛爭事例 및 그 내역 :

Summary

The Transference of Villagers' Common Properties to City or County on Cheju Do and the Problems of Villagers' Rights and Interests Arising from It.

Yoon Yang-soo

"Dong"-s and "Ri"-s are the basic units of residents' associations in our country and are called village (Ma-eul) in this thesis.

Villagers held such common properties as pasture land, forests and fields in a common ownership and these lands/ properties were cooperatively managed and cultivated by the village members themselves since old times.

However, since the 1930's, these properties have been registered in public documents as belonging to the villages.

In the 1960's, under the provision of Article 8 of the Provisional Treat Act of Local Autonomy, the ownership of these properties was transferred to cities or counties: Article 8 reads, "All the properties and public documents of Eup (townships) and Myon (rural districts) shall be transferred to the concerned county".

The writer has attempted to examine the legal-social problems arising from the transference of villagers' common properties to city or county and to seek clues to solving problems that arose.

By Nature, villages are the dwellers' voluntary associations as unincorporated associations and they are not local self-governing bodies.

It can be said that villagers' common properties are owned by all villagers and that these are different from the properties of the former local self-governing bodies, called Eup and Myon.

Accordingly, it has been seen that villagers' common properties should neither be affected by the above regulation nor be in the ownership of cities or counties in legal theory.

Therefore, the villagers' rights on and to these properties have been trespassed as a result of the enforcement of article 8 which transferred villagers' common properties to cities or counties.

In order to redress the villagers' infringed rights and interests, the provisions to return these properties to the related villagers' associations should be included as an amendment to the new Local Autonomy Act.

Should it prove to be difficult to return these properties to the villages, it is necessary that the Local Financial Act be revised to institute a kind of public trust relation between the cities/counties and villagers' associations concerning the management of these properties.