

특집 : 일제강점 초기의 판례와 법학

洞리의 당사자능력과 조선고등법원의 관습 선언*

임상혁**

목 차

- I. 들어가며 : 조선고등법원판례와 관습
- II. 일제강점초기 동 리의 존재양태
- III. 동 리에 관한 조선고등법원판례
 - 1. 초기의 법인격 부인
 - 2. 당사자능력의 문제
 - 3. 조선고등법원 판결에서 동리의 법인격 인정
 - 4. 해방 후의 대법원 판례
- IV. 맺으며 : 하나의 가설과 앞으로의 과제

[국문요약]

우리의 관습조사가 일본의 손을 거쳐 이루어진 데 대해서는, 그 파악이 정확했는지 따져볼 필요가 있다. 더구나 나름대로 파악된 관습을 재판 따위의 실무에서 채택할 때에도 변형될 가능성이 있다. 따라서 파악된 법관습이 실상을 제대로 반영하지 못한 경우뿐 아니라 재판에서 선언된 관습법이 조사된 관습과 괴리를 보이는 경우도 실제로 종종 나타난다. 이 때 왜곡의 문제가 제기되는 것은 당연하다. 여기서 다룬 동리의 권리능력을 포함한 당사자능력은 파악된 관습과도 다른 인식을 법원이 나타냈다는 점에서 특징이 있다. 이 경우는 왜곡의 문제가 더욱

* 이 논문은 2002년도 한국학술진흥재단의 지원에 의해 연구되었음(KRF-2002-074-BM1535).

** 송실대 법과대학 전임강사.

심각하게 부각될 수도 있는 사안이다. 하지만 여기서는 당시의 법이론과 조선의 현실 사이의 이질성에서 생기는 측면에 치중하였다. 초기에 조선고등법원은 당시 민법상 법인이 될 수 없는 동리의 권리능력을 부정하여 재산 소유 관계도 동민 전체의 공유라는 구성을 했다. 하지만 동리가 엄연히 소송당사자가 되는 현실과 그 유용성을 체감하게 되자 관습법상의 법인으로 인정하지 않을 수 없었다. 이 과정을 보면, 조선고등법원의 판사들은 서구에서 형성된 법이론 중심으로 배운 법지식을, 전혀 다른 전통과 현실에 처한 조선 사회에 적용하려고 나름대로 고심해 보는 중에 새로운 법적 구성을 이뤄낸 것이라는 가설도 세워볼직하다.

[주제어] 당사자능력, 동리, 법인격, 조선고등법원, 식민지, 관습법, 왜곡론, 관습조사, 왜곡론, 공유, 총유, 조선민사령

I. 들어가며 : 조선고등법원판례와 관습

조선고등법원의 판례는 해방 이후 대법원 판례와 맥을 같이하고 있다고도 할 만큼 큰 영향을 미치고 있고, 특히 판례가 인정하는 관습법의 주된 근거가 되고 있다. 이는 관습법이 구체적으로는 판례를 통해 그 존재를 확인할 수 있게 되는 특성을 가진 탓도 있지만,¹⁾ 일제가 1912년 3월 18일 조선민사령²⁾(1912년 제령 제7호)³⁾을 공포하면서 관습을 존중한다는 태도를 표명⁴⁾한 데 따른 결과이다. 조선민사령에서는 조선인⁵⁾ 상호간의 법률행위에 대하여 공공의 질서

1) 박윤직, 『민법총칙』 신정 수정판(박영사, 2001), 24쪽.

2) 制令에 관하여는 김창록, 『制令』, 『법사학연구』 제26호(2002) 참조.

3) 제령의 호수는 해마다 공포 순서에 따라 새로 제1호, 제2호, 제3호... 하는 식으로 붙이게 된다. 따라서 제령을 표시할 때 단순히 '제○호' 하는 꼴만으로 표기한 채 해당 연도를 붙이지 않는다면 오해의 여지가 있게 된다.

4) 1912년 3월 5일 중추원 의원들이 총독 관저에 회동한 자리에서 司法部 長官이 민사령, 형사령에 관해 해설하면서, 능력, 친족, 상속에 관한 사항은 조선의 관습을 중시하여 공의 질서에 관한 것들이 많지만 관습에 따른다는 설명을 한다(「民刑事令에關한說明」, 『最新朝鮮大法典』 권2 裁判·民事·刑事(京城唯一書館, 1912), 4쪽). 이 때의 사법부 장관은 쿠라토미 유우자부로오倉富勇三郎이다(朝鮮總督府法務局法務課, 『朝鮮ノ司法制度』(1936), 99쪽의 표 참조). 일본 국립국회도서관 현장자료실에 보관되어 있는 쿠라토미 유우자부로오 문서 가운데 「朝鮮司法事務ニ關スル新制度ノ概觀」(문서번호 30-16)가 이의 원고라 여겨진다.

에 관련되지 않는 한 관습에 따르게 하였고(제10조), 제1조로써 의용하도록 한 일본 법률 가운데 능력, 친족, 상속에 관하여는 공공의 질서에 관련되는 부분에서 있어서도 원칙적으로 조선인의 관습에 따르도록(제11조) 한 것이다.⁶⁾ 그리하여 조선민사령 공포 이후에도 이처럼 관습이 민사법규의 한 축을 이르게 된 이상, 관련된 사건에서 법원은 조선의 관습을 조사하여야 할 상황에 놓이게 되었다.

일본은 이미 통감부 시기에 不動産法調査會(1907), 法典調査局(1907) 등을 설치하여 조선의 관습에 대한 조사를 시작했다. 특히 관습법의 조사는 1908년 5월부터 1910년 9월까지 걸쳐 우메 켄지로오梅謙次郎의 주도로 이루어졌는데, 이 성과로서 『慣習調査報告書』⁷⁾가 1910년, 1912년, 1913년에 간행되었다. 그리고 관습법 조사의 주요 역할을 한 법전조사국에는 법원이 관습의 존재를 문의하게 되었다. 1910년 9월에는 총독부 取調局이 설치되면서 법전조사국의 사무가 이관되었고, 따라서 관습법의 문의도 취조국으로 하게 되었다. 취조국은 1912년 參事官室로 대체되었고, 이는 또 1915년에 中樞院에 그 역할을 넘겨주었다.⁸⁾ 1909년부터 1933년까지⁹⁾ 이들 기관에 문의하여 회답한 내용들은 『民事慣習回答彙集』(이하 『회답회집』이라 함)으로 정리되었다.¹⁰⁾

법원은 이들의 회답을 참조하며 많은 조선의 관습을 선언하였다.¹¹⁾ 이에 대

- 5) 일제강점기의 한반도 지역, 그리고 대한제국 국적을 가졌던 사람들과 그 자손을 어떻게 불러야 할지는 정해야 할 문제이지만, 여기서는 잠정적으로 조선, 조선인이라 하기로 한다.
- 6) 第十條 朝鮮人相互間ノ法律行爲ニ付テハ法令中公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異リタル慣習アル場合ニ於テハ其ノ慣習ニ依ル; 第十一條 第一條ノ法律中能力, 親族及相續ニ關スル規定ハ朝鮮人ニ之ヲ適用セス; 朝鮮人ニ關スル前項ニ付テハ慣習ニ依ル (外務省 編, 『外地法制誌』 제7권 制令 前篇(文生書院, 1990), 212쪽).
- 7) 정공식 편역, 『慣習調査報告書』 개역판(한국법제연구원, 2000). 자세한 경우는 해제에 해당하는 '제1부 일제의 관습조사와 그 의의' 참조.
- 8) 정공식, 위의 책, 32쪽.
- 9) 정공식, 위의 책, 33쪽에서는 '1909년부터 1932년까지'로 오기 되어 있다.
- 10) 朝鮮總督府中樞院, 『民事慣習回答彙集』(1933)(1980년 景文社 복각판), 序, 凡例 참조.
- 11) 일제기의 관습법 자료와 성격에 관하여는 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』(서울대학교출판부, 1967), 23~24쪽 참조.

한 평가는 갈수록 관습을 왜곡화했다는 평가가 많다.¹²⁾ 하지만 최근에는 구관습과 신관습이 병존하는 상황에서 무엇을 법적 효력 있는 관습으로 할 것인가에 대해 갈등한 결과로 보는 견해도 나타나고 있다.¹³⁾ 비판적인 견해에서는 대개 왜곡이 회답에서부터 시작되고 그것을 판례가 지지하고 확설이 합리화하고 입법화되는 형태로 진행되었다고 보고 있다.¹⁴⁾ 이럴 경우 법원으로서의 조사된 관습을 수용한 것뿐이라는 평가를 내릴 수도 있다. 그런데 회답에서 나타난 관습과 법원이 다른 결론을 내리는 경우도 간혹 보인다. 洞, 里의 당사자능력에 대하여 조선고등법원의 판결은 『회답회집』에서의 조회와 다른 태도를 보이고 있어 눈길을 끈다.

II. 일제강점초기 동, 리의 존재양태

조선시대에는 지방행정구역으로서 전국을 8도로 나누고 그 아래 州, 府, 郡, 縣을 두어 지방관을 파견하였는데, 흔히 이들을 수령이라 불렀다. 후기에 와서는 5府, 5大都護府, 20牧, 75都護府, 77郡, 148縣의 지방행정구역이 책정되었다.¹⁵⁾ 이의 하부조직이라 할 수 있는 面, 里는 중앙의 통제력이 직접 미치지 않고 자치적 성격을 가지면서도 수령의 간접지배 형식으로 지방행정체제 내에 흡수되어 있었다.¹⁶⁾ 곧, 중앙에서 직접 편제하는 지방행정단위에는 들지 않았

12) 종중의 소유관계의 왜곡을 고찰한, 이호규, 「韓國 傳統社會에 있어서의 團體의 所有—宗中의 경우를 중심으로」(서울대학교 석사논문, 1987); 친족, 상속에 관한 관습의 왜곡을 지적한 이상욱, 「日帝下 傳統家族法の 歪曲」, 『韓國法史學論叢』 秉濠教授環甲紀念 II(1991); 재산법적 민사관습법의 왜곡 문제를 지적한 윤대성, 「일제의 한국관습법조사사업에 관한 연구」, 『재산법연구』 제9권 1호(1992) 등.

13) 이승일, 「일제시대 親族慣習의 변화와 朝鮮民事令 개정에 관한 연구—조선민사령 제11조 제2차 개정안을 중심으로」, 『한국학논집』 33(한양대학교 한국학연구소, 1999), 196~197쪽.

14) 이호규, 앞의 논문, 59~61쪽.

15) 윤정애, 「한말의 지방제도 개혁의 연구」, 『역사학보』 제105집(1995), 70쪽.

16) 윤정애, 위의 논문, 74쪽.

던 것이다. 하지만 후기로 가면서 면의 역할이 증대하고,¹⁷⁾ 특히 통감부 시기에는 면의 기능을 강화하여 주요 지방행정단위로 운영하려 하였다.¹⁸⁾

里, 洞는 면보다도 작은 단위로서 한 개의 면에는 몇 개의 동이나 리가 있기 마련이다. 이들의 명칭은 다양하지만, 결국 하나의 생활협력공동체를 이루는 자연촌이라 할 수 있다.¹⁹⁾ 동, 리는 적극적으로 洞契를 조직하여 마을의 공동 사무를 처리하기도 하였다. 이러한 리와 동 같은 마을을 여기서는 편의상 洞리라 부르기로 한다. 동리에 대하여는 자료가 많이 남아있지 않아 학계에서 연구의 어려움을 겪고 있는데, 『관습조사보고서』에서는 그 존재양태에 대한 기술이 있다.

한국에서 마을을 里 또는 洞이라고 부르는데, 지방에 따라서는 村이라고 한다. 마을은 예로부터 재산을 소유하며, 현재에도 山野·田畝·堤堰 등을 소유하는 예도 적지 않다. 또 婚具·葬具 등을 갖추고 또 그것을 보관하는 창고를 건설한 마을도 있다. 이외에 금전을 저축하여 그것을 동, 리 내의 주민에게 대부하여 利殖을 꾀하는 마을도 드물게 존재한다.²⁰⁾

위의 기술은 ‘제9 法人을 인정하는가’의 질문에 대한 조사보고의 일부이다. 그밖에 마을의 재산은 이장, 동장이 관리하며, 주민이 동, 리를 떠날 때는 수익의 자격을 상실하고 새로 와서 사는 자는 그 자격을 취득한다는 설명이 있다. 나아가 소송도 수행할 수 있음도 지적한다. 결국 『관습조사보고서』는 마을이 법인격을 갖는 것으로 보고 있다고 할 수 있다(이 문제에 뒤에 상술함). 이들 동리는 1917년 면제(1917년 제령 제1호)를 시행하면서 인위적인 변형을 겪어 행정구역화되고 직접적인 지배가 강화된다.

17) 김용민, 「19세기 面의 運營層 強化와 面任의 역할」, 『한국사학보』 3,4호 합집(1998).

18) 이상찬, 「1906~1910년의 地方行政制度 변화와 地方自治論議」, 『韓國學報』 제42집(1986); 윤해동, 「‘統監府設置期’ 地方制度의 改定과 地方支配定策」, 『한국문화』 제20집, 1972.

19) 김경일, 「朝鮮末에서 日帝下의 農村社會의 「洞契」에 관한 研究」, 『한국학보』 제35집(1984), 155~156쪽.

20) 『관습조사보고서』, 115쪽.

Ⅲ. 동, 리에 관한 조선고등법원판례

1. 초기의 법인격 부인

『관습조사보고서』에서는 법인을 “재산의 주체가 되어 계약 등 법률행위의 당사자로 되거나 또는 소송의 원고·피고로 될 수 있는 단체”²¹⁾로 정하고 이의 존재를 조사하였다. 이에 마을은 법률행위와 소송행위와 당사자가 됨을 인정하였다. 곧, 동리를 법인으로 본 것이다. 그리고 마을의 법률행위는 이·동장이 마을을 대표하여 하는 것이 통례이며, 소송행위도 할 수 있는데, 이·동장 명의로 하기도 하고 주민이 연명하기도 하고 이·동장과 頭民 등의 명의로 하기도 한다고 보고한다. 그리고 처분과 같은 중요한 법률행위는 이·동민 전체나 중심이 되는 자와 협의를 거쳐야 한다.²²⁾

관습조사를 담당했던 법전조사국은 당연히 동리의 대한 조회에서 “한국 종래의 관습에서는 동이나 리가 재산을 소유하고 처분하며, 재산에 관한 소송의 당사자 될 수 있”²³⁾다고 회답한다. 취조국의 회답에서도 “뭍는 재산을 소유하고 재판상 및 재판외에서 독립의 단체라 인정할 수 있”²⁴⁾고 “그 이름으로 소송을 하는 소송을 하는 관습이 있”²⁵⁾음을 인정하였으며, 나아가 “리, 동은 관습상 소유권의 주체가 되고, 법률행위 또는 소송의 당사자가 될 수 있기 때문에 이들의 점에 따라 보면 그것을 법인이라 이해하는 것이 지당하다”²⁶⁾고까지 하여 명시적으로 법인임을 밝히고 있다.

관습조사당국이 동리를 법인이라 본 데 대하여, 조선고등법원(大審院)²⁷⁾은

21) 『관습조사보고서』, 114쪽.

22) 이상 『관습조사보고서』, 115쪽.

23) 1910년 5월 19일 평양控訴院 民事部 조회에 대한 7월 1일 회답(『회답회집』, 26쪽).

24) 1911년 1월 11일 함흥지방재판소 민사부 재판장 조회에 대한 3월 9일 取調局 장관 회답. (『회답회집』, 44쪽).

25) 위의 회답(『회답회집』, 44쪽).

26) 1911년 11월 28일 천안區裁判所 조회에 대한 12월 12일 取調局 장관 회답(『회답회집』, 82쪽).

1909년부터 里民이나 洞民이 전체로서 소송당사자가 되는 경우 전체 인민의 성명의 표기를 생략하고 里나 洞만 표기하는 것을 관례상 인정하지만, 里 또는 洞은 법인이 아니고 따라서 소송당사자가 아니며 동민 전체가 소송당사자가 된다고 판시하였다.²⁸⁾ 1912년 3월 30일의 판결에서도 마찬가지로의 견해를 나타낸다.²⁹⁾

조선고등법원이 동리를 법인으로 인정하려 하지 않은 데는 당시 일본 민법의 태도 때문일 수 있다. 당시의 민법은 제33조에서 “법인은 본법과 기타 법률의 규정에 의하지 않으면 성립할 수 없다”고 하고, 제34조에서 “제사, 종교, 자선, 학술, 기예 기타 공익에 관한 사단이나 재단으로서 영리를 목적으로 하지 아니하는 것은 주무관청의 허가를 얻어 법인으로 할 수 있다”(현행 민법에 견주어 보면 ‘공익에 관한’이라는 요건이 더 있다)고 하여 엄격한 허가주의의 모습을 띄고 있다. 따라서 조선에 온 지 얼마 되지 않은 일본인 법관들은 자연발생적인 법인의 존재에 대하여 쉽게 수긍하기 어려웠을지 모른다.

합병 전의 法源은 당연히 대한제국의 법이었고, 당시의 민사법규는 성문법이 적어 관습에 의하는 것이 많았다. 합병이 되고서도 최초의 제령인 ‘조선에서 법령의 효력에 관한 건’(1910년 제령 제1호)³⁰⁾ 따라 대한제국의 법령이 일단

27) 1907년 7월 24일의 ‘한일신협약(정미7조약) 이후 사법제도 개혁이 이루어져 같은 해 12월 裁判所構成法, 裁判所構成法施行法, 裁判所設置法 등이 공포되었다. 이에 따라 법원은 大審院, 控訴院, 地方裁判所, 區裁判所의 4급3심제로 구성되었다. 이후 1909년 7월 2일의 ‘한국의 사법 및 감옥 사무 위탁의 각서’(이른바 기유각서)에 따라 같은해 11월 1일 통감부 재판소가 구성되었다. 이는 똑같이 4급3심제를 채택되 명칭을 高等法院, 控訴院, 地方裁判所, 區裁判所로 하여 통감에 직속시켰다(『朝鮮의司法制度』, 7~12쪽). 『조선고등법원판결록』(이하 『판결록』이라 함)은 1909년 1월의 대심원 판결들부터 수록하고 있다. 『판결록』에 나타나는 대심원과 고등법원은 일단 조선고등법원으로 통칭한다.

28) 1909.2.5. 판결 융희3년 민상 제7호(『판결록』 제1권 민사, 제1권은 민사편과 형사편이 합본되어 있고, 면수는 따로 매겨져 있다. 제2권부터는 민사편과 형사편이 별책으로 구성된다.), 7~9쪽.

29) 1912. 3. 30. 판결 메이지45년 민상 제71호(『판결록』 제1권 민사, 463~466쪽); 1915. 10. 15. 판결 다이쇼오4년 민상 제211호(『판결록』 제3권 민사, 296~298쪽)에서도 이를 전제하고 있다.

효력을 유지하였다. 조선민사령이 공포된 1912년 3월 18일 이후에도 법인격이나 당사자능력의 문제는 일본법 적용의 예외사항 가운데 하나인 ‘능력’의 문제이므로 조선의 관습에 터잡아 판단해야 할 것이다. 따라서 일본 민법의 태도에 입각한 판시는 옳다고 할 수 없다. 하지만 里洞만으로, 경우에 따라서는 面으로³¹⁾ 표기하여 소송 수행하는 것을 인정하고 있어, 동민이나 이민의 소유권 귀속을 부정하려는 의도는 없다 할 것이고, 동리를 법인으로 보는 법리 구성을 인정하지 못하는 입장임을 알 수 있다.

2. 당사자능력의 문제

현행 민사소송법은 당사자능력, 소송능력 따위를 원칙적으로 민법에 따르도록 하면서도(제51조), “법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다”(제52조)고 하여 당사자능력이 민법의 권리능력과 약간 차이가 있음을 보여주고 있다. 이 제52조와 같은 규정이 당시의 민사소송법에서는 없었다. 뿐만 아니라, 당사자능력에 관한 규정이 따로 없었는데, 민법의 권리능력과 같은 것으로 당연히 전제했기 때문이다. 따라서 민법상 권리능력이 인정되지 않는, 곧 법인격을 취득하지 않은 사단에 대하여는 당사자능력을 인정하기가 법리상 곤란하였을 것임을 생각해 볼 수 있다. 이런 관점에서 바라보게 되면, 조선고등법원이 동리의 재산 소유에 대하여도 구성원의 공유로 해석하고, 동리가 자신의 이름으로 소송의 주체가 되는 오랜 관행에 대해서도 편의상 동리 전체 인민의 표기를 갈음하는

30) 朝鮮ニ於ケル法令ノ効力ニ關スル件：朝鮮總督府設置ノ際朝鮮ニ於テ其ノ効力ヲ失フヘキ帝國法令及韓國法令ハ當分ノ內朝鮮總督ノ廢シタル命令トシテ尙其ノ効力ヲ有ス(『外地法制誌』 제7권, 제령 전편, 59쪽).

31) 1909. 5. 6. 판결 융희3년 민상 제37호(『판결록』 제1권 민사, 15~17쪽). 이 때에도 역시 면이나 동은 법인이 아니며 소송당사자가 될 수 없음을 판시한다.

방식의 관행으로 파악하게 된 것은, 법인격을 인정하지 않는 한 당연한 귀결인 것이다.

동리가 권리능력과 당사자능력을 갖는 굵은 관행에 대하여 조선고등법원도 태도 변화를 보이기 시작했다. 1911년 4월 14일 판결에는 다른 동과 계약을 할 때 동장이 대표하는 판례를 인정하고 이 경우 동장의 소송행위는 유효하며, 동장에 대해서는 소송위임이 추정된다고 보았다.³²⁾ 이는 관습조사 결과와 일치하는 결론이다.³³⁾ 물론 이 경우에도 계약과 소송의 주체는 주민 일동으로 파악하고 동장과 주민 사이에는 위임이 있는 것으로 법적 구성을 하였다. 곧, 동장이 사단의 대표기관으로서 행위한 것으로는 보지 않았다. 하지만 동의 동장이 한 소송행위의 유효성을 어떻게든 인정해보려는 법적 구성을 한 것은 현실로 존재하는 사단으로서의 동리를 외면할 수 없었던 것이라 할 수 있다.

1912년 판결에서는 동리의 당사자능력을 정면으로 인정하게 된다. “옛부터 내려오는 관습상 뽀나 洞이 소 제기를 하거나 받을 자격이 있음”³⁴⁾은 조선고등법원 판례가 관습해 온 바라고 표명한 것이다. 당사자능력은 일반적으로 민사소송에서 당사자가 될 수 있는 소송법상의 능력이라 표현된다.³⁵⁾ 당시 민사소송법에서 직접적인 규정이 없었기 때문에, 해설서에 당사자능력에 대해 언급이 없는 일도 많지만, 설명을 하는 경우에는 구체적으로 “제소하거나 제소될 수 있는”³⁶⁾ 혹은 “원고로서 또는 피고로서 소송할 수 있는”³⁷⁾ 자격이라 설명하고 있다.

당사자능력에 대하여는 당시 학계의 인식은 있었지만, 실무상 구체적인 개

32) 1911. 4. 14 판결 메이지44년 민상 제48호(『판결록』 제1권 민사, 234~237쪽). 1915. 10. 15 판결 다이쇼오4년 민상 제211호(『판결록』 제3권 민사, 296~298쪽)에서도 이장, 동장의 소송행위를 인정한다.

33) 『관습조사보고서』, 115쪽; 『회답회집』, 44쪽, 82쪽.

34) 1912. 3. 2 판결 메이지45년 민상 제57호(『판결록』 제1권 민사, 454쪽).

35) 호문혁, 『민사소송법』(법문사, 2002), 173~174쪽.

36) 板倉松太郎, 『民事訴訟法綱要』(巖松堂書店, 1922(초판 1913)), 138쪽.

37) 松岡義正, 『新民事訴訟法註釋』 제2권(1929), 301쪽; 升本喜兵衛 외 1인 편, 『民事訴訟法』(上) I (中央大學出版部, 1967), 363쪽에서 재인용.

념 파악은 그리 명확치 않았던 것 같다. 일례로 檢事總長(1912)과 大審院長(1921)을 역임한 히라누마 키이치로오平沼騏一郎조차 개정 민사소송법안 심의에서 “당사자능력이 무엇인가” 하고 묻고 있다.³⁸⁾ 더구나 이전의 판결에서 위의 표현을 한 일이 없는데도 판례가 판시한 바와 한 것을 보면, 당사자능력에 대해 별 생각 없이 현상을 인정한 판결일 수도 있다. 그러나 1917년의 판결의 상고이유에서는 동리에 대하여 “조선에서 리 또는 동은 법인이 아니면서도 이제까지의 관습상 당사자가 되는 것”이라 정리하고 있어,³⁹⁾ 법조 주변의 일반적인 인식은 법원이 동리의 당사자능력을 인정하고 있는 것으로 본 것 같다.

조선고등법원의 판결에서 동리에 대하여 당사자능력의 개념을 구체적으로 언급하여 판례라 선언한 것은, 의도했든 아니든, 당시의 법리상 종전의 태도를 바뀌어 동리의 법인격을 인정하게 된 것이라 할 수 있다. 위 상고이유에서와 같은 법적 개념이 아직 형성되지 않았을 때이어서, 당사자능력 인정은 권리능력에 달려 있는 것으로 보아야 할 것이기 때문이다. 법원이 이 점을 명확히 하지 않고 피해가는 것은 앞에서 살핀 대로 아직 당사자능력이라는 개념이 뚜렷이 잡히지 않은 탓도 있겠고, 법리 구성의 난점을 모면하기 위해 일부러 피해간 것일 수도 있을 것이다. 하지만 시일이 지날수록 이 부분은 명확히 하지 않을 수 없게 되었다.

3. 조선고등법원 판결에서 동리의 법인격 인정

동리가 당사자능력을 향유하는, 광범위하고도 오랜 관행 때문에 조선고등법

38) 『民事訴訟法改正委員會議事速記録』(法曹會, 1929), 94쪽.

39) 1917. 12. 27 판결 다이쇼6년 민상제291호(『판결록』 제4권 민사, 1197쪽). 이 상고이유에서 조선민사령 시행 이후에는 권리능력이 있어야 소송당사자가 될 자격이 있는 것이라 하여 법원의 태도가 위법함을 주장하지만 인정되지 않았다. 이 판결에서는 면제의 시행으로 이장과 동장이 동을 대표하여 소송행위를 하는 관습을 폐지되는 것으로 보았다(뒤에 상술함).

원이 결국 이를 인정하지 않을 수 없었지만, 이후 식민지 지배정책의 변화로 말미암아 잠시 태도를 바꾸게 된다. 앞서 보았던 面制, 그리고 面制施行規則이 1917년 10월 1일부터 시행되면서, 면뿐만 아니라 동리까지 행정구역으로 편제되기 시작했다. 그리하여 1909년에 71,852개였던 洞里가 1917년에는 28,238개로 바뀌었다.⁴⁰⁾ 곧, 자연발생적인 마을공동체로서의 동리를 행정구역화하려 했던 것이다. 이에 따라 1917년 12월 27일 판결에서는 이장 또는 동장이 里 또는 동을 대표하여 소송행위를 해 온 관습은 다이쇼오 6년 10월 1일 制令 제1호 面制 및 조선총독부령 제24호 面制施行規則의 시행으로 이·동장을 인정하지 않게 됨에 따라 폐지하는 것으로 인식했다.⁴¹⁾

상황 변화는 또 있었다. 재산권의 주체로서의 동리의 실체를 인식하게 됨에 따라 各道에서도, 예를 들면 1912년 12월 25일에 시행된 朝鮮總督府 咸鏡南道令 제2호 面及洞里有財産管理規定⁴²⁾과 같이, 동리의 소유 재산에 대한 관리 규정을 두기 시작했다. 이는 관습조사 결과와 같이 동리의 재산 소유 실태를 받아들인 것으로 결국 그 바탕에는 권리능력을 인정하고 있는 것이다.

동리에 대한 행정적 개편이 있었지만 자연촌으로서의 동리들이 그 성격을 바로 상실하지는 않았을 것이고, 행정구역을 정할 때도 자연적으로 형성된 마을을 상당 부분 그대로 인정하면서 편성했으리라 추측된다. 따라서 내려오는 본래의 성격을 개편 이후에도 그대로 유지하는 동리들도 다수 존재할 것이다. 이런 사정으로 조선고등법원은 위의 입장을 고수할 수 없었을 것이라 여겨진다. 당시의 법해석상 모순 없는 구성을 위해서는 동리의 당사지능력을 인정하고 마침내 동리의 법인격을 인정하게 될 수밖에 없다. 1920년 판결에서 결국 “동리가 그 재산을 소유하고 재산권의 주체일 수 있는 범위에서 동리는 종래부터 법인인 것으로 인정”해야 한다고 선언하였고,⁴³⁾ 그 태도는 유지되었다.⁴⁴⁾

40) 김경일, 앞의 논문, 192쪽.

41) 다이쇼오6년 민상제291호『판결록』 제4권 민사, 1192~1198쪽. 이 사안 자체는 소 제기가 면제 발포 이전에 이루어져 영향이 없다고 보았다.

42) 1917. 12. 27 판결 다이쇼오6년 민상제291호『판결록』 제4권 민사, 1195쪽.

43) 1920. 6. 18 판결 다이쇼오9년 민상 제127호『판결록』 제7권 민사, 267~271쪽.

4. 해방 후의 대법원 판례

해방 이후 대법원 판례가 행정구역으로서의 동, 리를 주민 자치조직의 공동체인 사단으로서의 동리와 구별하여, 법률상 독립한 인격을 향유하지 못한다고 본 것⁴⁵⁾은 정확한 파악이다. 대법원 판례에서 후자의 예로는 동리회⁴⁶⁾, 자연부락⁴⁷⁾이 들어진다. 자연부락은 대법원에서 정립된 용어처럼 쓰이고 있는데, 부락은 17세기부터 일본에서 일종의 천민 거주지역을 가리키는 용어로서 지금까지도 그 출신에 대한 차별이 문제되고 있다. 일제가 우리의 마을에 대하여 이 용어으로써 개념화한 것도 문제이고 그것을 답습하고 있는 것은 더 큰 잘못이라 여겨져 이 글에서는 자연촌이라는 용어를 사용했다.

대법원은 동회나 자연촌에 대해서 비법인 사단으로 보았다. 이를 동리가 법인임을 인정한 1925년 7월 7일의 조선고등법원 판결과 비교하여 대법원의 달라진 태도로 보기도 한다.⁴⁸⁾ 하지만 조선고등법원이나 대법원이나 사실의 파악은 차이가 없는 것으로 봐야 한다. 그 사이와 법이론과 관련 법률에 변화가 있었기 때문에 빚어진 일인 것이다. 조선고등법원이 판결할 당시의 해석론으로는 동리에 대하여 조선 관습법상의 법인으로 보지 않을 수 없었던 것이다. 이후에 법학계에는 총유 개념이 소개되고,⁴⁹⁾ 그와 함께 법인이 아닌 사단의 문제도 제기되었다. 그리고 이 성과는 입법에도 반영되었다. 조선민사령에서 의용하는 일본 민사소송법이 1929년에 개정될 때, 법인이 아닌 사단이나 재단의 당사자능력을 인정하는 조문이 신설되었고(제43조),⁵⁰⁾ 총유의 규정이 1937년에 제정

44) 1925. 7. 7 민사부 판결 다이쇼오14년 민상 제118호(『판결록』 제12권 민사, 246~256쪽).

45) 1953. 4. 21 판결 4285민상162(대법원 판결은 법고를LX 프로그램 검색에 따름).

46) 위의 판례; 1954. 4. 27 판결 4286민상33.

47) 1980. 1. 15 판결 78다2364; 1980. 3. 25 판결 80다156; 1988. 7. 8 판결 87가단368; 1991. 7. 26 판결 90다카25765; 1993. 3. 9 판결 92다39532; 1999. 1. 29 판결 98다33512 등.

48) 양차권, 「비법인사단의 당사자능력－대판 1990. 12. 7. 90다가 25895」, 『민사법연구』 제1호(1991), 328~329쪽.

49) 정중휴, 「독일과 일본의 총유이론사」, 『법사학연구』 제14호(1993) 참조.

50) 이에 대하여는 심의 과정에서 논란이 많았다(『民事訴訟法改正委員會議事速記録』,

공포된 만주국 민법전에 들어가게 되었다.⁵¹⁾ 따라서 해방후 대법원에 있어서는 법인이 아닌 사단이라는 개념이 충분히 성립되어 있었고, 개정된 민사소송법과 같은 입법도 받쳐주고 있는 상황이었으므로 손쉽게 그것을 통한 이론 구성을 했던 것이다.

IV. 맺으며 : 하나의 가설과 앞으로의 과제

우리의 관습조사가 남의 손으로, 그것도 침략자의 손으로 하여진 데 대해, 그 파악이 정확했는지도 따져져야 한다. 나아가 나름대로 파악된 관습을 재판 따위의 실무에서 채택할 때에도 변형될 가능성이 있다. 그리하여 실제로 행해진 법관습과 재판에서 선언된 관습법이 괴리를 보이는 경우도 종종 나타난다. 이 때 왜곡의 문제가 제기되는 것은 당연하다. 이는 여러 방향에서 총체적으로 규명되어야 할 필요가 있지만, 연구의 축적은 아직 거기까지는 다다르지 못한 것으로 보인다. 여기서 다루었던 동리의 권리능력을 포함한 당사자능력은 파악된 관습과도 다른 인식을 법원이 나타냈다는 점에서 특징이 있다. 이 경우는 왜곡의 문제가 더욱 심각하게 부각될 수도 있는 사안일 수 있다. 하지만 위에서 살핀 바는 당시의 법이론과 조선의 현실이 갖는 이질성에서 생기는 측면에 치중하였다.

조선에 건너온 일본법관들에게 조선의 현실은 자신의 법지식을 실현하는 거친 공간일 수 있다. 만주국 민법전 제정에 관여했던 와가쓰마 사카에(我妻榮)가 “우리 법학자에게 있어서도 滿洲國은 일대 실험장으로서 제공되어 있다”⁵²⁾고

101~135쪽. 다른 조문에 비해 속기록 분량도 매우 많은 편이다.

51) 이 과정에 관하여는 小口彦太, 『滿洲國民法典の編纂と我妻榮』, 『法律制度』(『日中文化交流史叢書』2, 大修館書店, 1997) 참조. 이 논문은 임상혁, 『滿洲國民法典 편찬과 我妻榮』, 『법학연구』 제5호(1998)로 번역되어 있다.

52) 위의 논문, 329쪽.

말한 정도까지는 아니더라도, 조선고등법원의 판사들은 서구에서 형성된 법이론 중심으로 배운 법지식을, 전혀 다른 전통과 현실에 처한 조선 사회에 적용하려고 나름대로 고심하는 과정에서 새로운 법적 구성을 이뤄낸 것으로 볼 여지도 있을 것 같다. 당시 민법상 법인이 될 수 없는 동리의 권리능력을 부정하여 재산 소유 관계도 동민 전체의 공유라는 구성을 했지만, 동리가 엄연히 소송당사자가 되는 현실과 그 유용성을 체감하게 되자 관습법상의 법인으로 인정하게 되는 일련의 판결들을 보면, 위와 같은 가설도 세워보심하다.

이에 대해서는 아직 검증이 더울 필요한 것이 사실이다. 일본인 판사들의 경향을 제대로 파악하기 위해서는 관련된 대심원 판결들도 함께 고찰해야 할 것이다. 그리고 우리의 동리에 견주어 불만한 일본의 入會團體의 법률관계에 대한 연구도 진행될 필요가 있다. 그에 대하여는 여건과 능력이 아직 충분치 않아 추후 보완해야 과제로 남길 수밖에 없었다. 제현들의 도움이 필요한 부분이기도 하다.

<인용된 조선고등법원판결례 정리>

- ① 1909.2. 5. 판결 융희3년 민상 제7호: 산송에 관한 건 (『판결록』 제1권 민사, 7~9쪽)
- ② 1909. 5. 6. 판결 융희3년 민상 제37호: 산송에 관한 건 (『판결록』 제1권 민사, 15~17쪽)
- ③ 1911. 4. 14 판결 메이지44년 민상 제48호: 산판소유권확인청구에 관한 건 (『판결록』 제1권 민사, 234~237쪽)
- ④ 1912. 3. 2 판결 메이지45년 민상 제57호: 땀감 채취 입회권 및 손해배상청구에 관한 건 (『판결록』 제1권민사, 453~454쪽)
- ⑤ 1912. 3. 30. 판결 메이지45년 민상 제71호: 산지소유권 확인청구에 관한 건 (『판결록』 제1권민사, 463~466쪽)

- ⑥ 1915. 10. 15 판결 다이쇼오4년 민상 제211호: 공동입회권 확인청구에 관한 건 (『판결록』 제3권민사, 296~298쪽)
- ⑦ 1917. 12. 27 판결 다이쇼오6년 민상제291호: 토지소유권 확인 및 청구에 관한 건 (『판결록』 제4권민사, 1192~1198쪽)
- ⑧ 1920. 6. 18. 판결 다이쇼오9년 민상 제127호: 땀감, 풀 공동채취 확인 청구의 건 (『판결록』 제7권민사, 267~271쪽)
- ⑨ 1925. 7. 7. 민사부 판결 다이쇼오14년 민상 제118호: 給水租 지불 청구사건 (『판결록』 제12권민사, 246~256쪽)

洞・里の當事者能力と朝鮮高等法院の慣習の宣言

Ihm Sahng Hyeog(任相燦)*

20世紀初韓國の慣習調査が日本に依って成されたことに對しては、その把握の正確性も検討する必要もある。さらに調査された慣習が裁判などの實務において採擇される時に變形されるおそれもある。したがって、把握された法慣習が實狀をありのままに反映させなかつた場合のみならず、裁判で宣言された慣習法と調査された慣習との乖離があらわれた場合も實際にときどき見える。そこで歪曲の問題が提起されるのは当たり前だ。洞・里の權利能力と當事者能力との問題は把握された慣習と違う認識を裁判所がわざと表明したことに特徴がある。これは歪曲がもっとつよく浮刻する事例になることもできる。しかし、本稿は當時の法理論と韓國の現實の間におかれている異質の性格から起つた可能性に置重した。朝鮮高等法院は最初に當時の日本民法上法人にならない洞・里の權利能力を不正し、財産の所有關係においても洞・里民全體の公有と構成した。この以後、洞・里が訴訟當事者である現實とその有用性とを體感してからは、慣習法上の法人と認定しなければならなかつた。この過程をみると、朝鮮高等法院は西歐で形成された法理論から學んだ法知識をもって、全く違う傳統をもっている韓國社會に適用させるために苦勞した結果、新しい法的構成をすることになった、という假説を立ててみることもできると思う。

* 崇實大學校 法科大學 專任講師。