

토지조사사업과 임야조사사업에서의 사정에 관한 법적 문제점 검토*

배 병 일**

〈국문초록〉

일제하 1910년부터 1918년까지 실시된 토지조사사업과 1917년부터 1924년까지 실시된 임야조사사업은 일제의 우리나라에 대한 경제적 수탈의 목적으로 이루어졌다. 일제는 조선토지조사사업이나 임야조사사업에 의한 토지의 사정이나 재결이 절대적인 효력을 가지는 것이어서 사정이전에 있었던 일제의 사유는 소멸한다고 하였다. 그러나 조선고등법원에서는 토지의 사정 이전의 확정판결은 유효하고, 토지의 사정 이전에 소유자가 설정한 저당권은 소멸하지 않는다고 하였고, 토지의 사정 이전에 확정된 판결에 의한 등기나 증명 등은 말소를 청구할 수 없다고 하였다. 이를 종합적으로 고려하면, 토지의 사정은 절대적인 것이 아니라 몇 가지 예외를 둔 상대적인 효력을 가진 것으로 보아야 한다. 따라서 조선고등법원 판결에서의 사정·재결의 법적 성격이 절대적이라는 의미는 상대적이라는 의미를 포함하고 있다고 보아야 하고, 우리 대법원이 토지의 사정의 법적 성격을 원시취득이라고 하는 것은 문제가 있다.

주제어 : 토지조사사업, 임야조사사업, 사정, 등기, 증명, 저당권, 판결, 원시취득

• 투고일 : 2018.03.29. / 심사일 : 2018.04.20. / 게재확정일 : 2018.04.20.

I. 문제의 제기

일제는 1910년 한일합병으로 우리나라를 침략한 이후 토지 소유권의 확인과 지세부과의 정리¹⁾라는 명분으로 토지조사사업(1910-1918)과 임야조사사업(1917-1924)²⁾을 실시하였다. 그러나 오히려 재조일본인의 재산권을 보장하고

* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF - 2017S1A5A2A01025831).

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 조선총독부 임시토지조사국, 조선토지조사사업보고서, 1918, 2면.

2) 임야조사사업의 재결은 1935년까지 계속되었다.

일본인의 우리나라 토지에 대한 투자의 안전성을 확보해주기 위한 목적도 있었다.³⁾ 일제는 조사사업을 통해서 토지를 측량하고, 토지의 소유자를 사정함으로써 근대적 의미의 토지소유권을 확정하였다. 일제는 토지의 사정 또는 재결은 절대적으로 토지소유권관계를 확정하고, 이로 인하여 사정전 다른 법령에 의하여 취득하거나 보장된 일체의 토지소유권에 우월하는 것이라고 하였고,⁴⁾ 토지조사 이전의 모든 사유는 사정에 의하여 일체 단절된다고 하였다.⁵⁾ 나아가 일제하 조선고등법원도 사정은 토지의 소유권을 확정하는 하나의 행정처분이지만, 그 사정이 확정된 때에는 당해 사정명의자가 종래 소유권을 가지는지 여부를 불문하고 절대적으로 그 소유자로 확정된다고 하였다.⁶⁾ 한편 우리 대법원은 해방이후 형사판결에서 일정 대정년도에 있었던 토지의 사정은 소유권의 원시취득의 효력이 있다고 하였고,⁷⁾ 뒤이어 민사판결에서도 토지조사령에 의한 토지사정을 받은 자는 그 토지를 원시적으로 취득한다고 하여,⁸⁾ 토지의 사정에 관한 일제하에서의 절대적 효력을 무비판적으로 받아들이면서 한걸음 더 나아가 원시취득이라고 하였다. 이러한 대법원의 원시취득설은 최근까지도 대법원의 확고한 법리가 되어 있다.⁹⁾ 한편, 정부는 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(2005.12.29. 친일재산귀속법)을 제정하였고, 이를 계기로 하여 사정은 친일재산귀속법상 취득에 포함되지 아니한다고 하는 주장이 있었고,¹⁰⁾ 뒤이어 사정의 창설적 효력설을 비판하는 주장까지 나타났다.¹¹⁾ 이에 대법원은 사정에 의한 취득은 친일재산귀속법 제2조 제2호에 정한 ‘취득’에 포함된다고 하였다.¹²⁾ 종전까지 식민지사관에 입각하여 조선시대는 왕토사상이 지배하여 개인의 토지소유권이 없었다고 하였다. 그러나 최근에는 임진왜란이후 토지에 관한 매매 등을 통하여 개인의 토지소유권이 일부분 인정되기 시작하였고, 이는 당시의 소송서류인 소지 등을 통해서도 확인할 수 있다고 하는 연구가 있는 점을 고려하면,¹³⁾ 조선 후기에 와서는 개인에게 토지에 관한 소유권이 상당하게

3) 조선고등법원 연합부 1925.12.26. 민상 302호.

4) 조선총독부 임시토지조사국, 전게서, 441면.

5) 조선총독부 임시토지조사국, 전게서, 412면.

6) 조선고등법원 1916.5.6. 민상 85호; 조선고등법원 1917.3.27. 민상 25호.

7) 대법원 1983.10.25. 선고 83도2118 판결.

8) 대법원 1984.1.24. 선고 83다카1152 판결.

9) 대법원 2005.5.26. 선고 2002다43417 판결.

10) 윤진수, 토지 및 임야사정의 법적 성격, 서울대 법학 53권 1호, 2012.

11) 심희기, 사정의 법적성격, 토지법학 31권 1호, 2015.

12) 대법원 2012.2.23. 선고 2010두17557 판결.

13) 박병호, 한국법제사고, 법문사, 1983; 장진철, 한국중세토지소유연구, 일조각, 1996; 이재수,

인정되고 있었다고 보아야 한다. 이것은 일제가 토지조사사업 당시 결수연명부와 대조를 통해서 소유자를 확인하도록 한 사실을 보더라도 알 수 있다.¹⁴⁾ 따라서 일제는 조사사업의 사정을 통해서 소유자를 확정하였지만, 이 사정은 기존 토지소유자에게 이미 소유권이 있다는 것을 확인 또는 法認하는 것에 지나지 않았다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 일제하 조선총독부의 방침과 조선고등법원의 판례는 종전의 사유와 단절시키는 절대적 효력이 있다고 하는 점은 문제가 있다. 이 연구에서는 100여년전에 이 땅에서 일제가 수행한 토지사정에 대한 의문을 해결하기 위해서 일제하 조사사업에서 사정이 있기까지의 전후 사정을 당시의 조선고등법원 판결을 통하여 검토해보고자 한다. 또한 토지사정의 법적 성격에 대하여 조선고등법원은 절대적 효력설을 주장하고 있지만, 절대적 효력설이 사정과 판결, 등기, 저당권 등과의 관계에서는 다른 법리를 내세우고 있다. 이에 관한 문제점을 조선고등법원판결을 분석 검토함으로써 확인하고, 이를 통해서 사정의 법적 성격을 규명하고자 한다.

II. 토지조사사업

1. 토지조사법과 토지조사령

일제는 토지조사사업에 앞서서 토지조사의 필요성을 인식하여 이미 통감부 시절에 토지조사를 위한 토지조사법(1910.8.23. 법률 제7호)을 제정하였다. 토지조사법은 1910.8.23.에 공포되었고, 토지신고는 1910.8.24.에 경기도 부평, 양천, 김포, 통진과 경북 대구에서부터 시작되었다. 이후 1910.8.29. 일제 병탄이후에도 계속되어 1910.9.15.에 경기도 시흥, 안산, 과천에서 토지신고를 받았고, 1910.10.13.에 경기도 인천에서, 1910.11.8.에 경기도 강화, 교동에서 이루어지는 등 토지조사사업의 신고는 계속 되었다. 토지조사사업의 근거법령인 토지조사령(1912.8.13. 제령 제2호)은 1912.8.13.에 와서야 제정되었지만, 이미 그 이전에 토지조사법에 의한 토지신고는 많이 이루어졌다. 다만, 토지사정은 1913.11.12.에 전국에서 처음으로 충북 청주로부터 시작되어, 1913.11.24.에 함경북도 경성, 회령, 청진에서, 1913.11.28.에 평안북도 의주, 신의주에서, 1913.11.29.에 경남

조선중기전답매매연구, 집문당, 2003.

14) 배병일, 일제하 토지조사사업에 있어서의 결수연명부, 한양법학 26권 3호, 2015.

산청, 고성, 하동, 거제, 함천에서, 1913.12.1.에 전북 군산, 전주 등에서 이루어지는 등 사정의 고시가 계속 되었다. 토지조사령에 의한 사정은 조사신고 당일 현재를 기준으로 이를 하는 것이기 때문에(토지조사령 제10조), 사정에서는 고시일보다는 신고일이 그 기준이 된다. 토지조사령이 1912.8.13.에 제정되면서 토지조사법은 폐지되었다. 많은 지역에서 토지조사사업의 신고는 토지조사법에 의해 이루어졌지만, 사정은 토지조사령에 의해 이루어진 것으로 보이고, 일부 지역에서는 신고와 사정이 토지조사령에 의해 이루어진 것으로 보인다. 토지조사령 부칙에서는 ‘종전의 규정에 의하여 행한 처분, 수속 기타의 행위는 본령에 의하여 이를 행한 것으로 간주함’이라고 규정하고 있어, 종전의 규정인 토지조사법에 의한 토지조사를 토지조사령에 의한 토지조사로 간주하고 있다. 조선고등법원도 토지조사법에 의하여 사정을 받았다고 하여도, 같은 토지조사령에 의하여 사정을 받은 것이라고 보아야 하므로, 그 사정의 결과는 토지조사령에 의하여 사정을 받은 것과 조금도 다르지 않다고 하였다.¹⁵⁾ 대법원도 토지조사법과 토지조사령에 의한 것을 같은 토지조사로 보고 있다.¹⁶⁾ 토지조사법과 토지조사령의 차이점은 불복규정의 존재 여부이다. 토지조사법에는 토지조사국 총재의 사정을 거친 사항에 대해서는 재결을 청구하는 외에 소송을 제기할 수 없다(토지조사법 제8조 제2항)고 하는 규정이 있지만, 토지조사령에는 이러한 규정이 없다. 따라서 토지조사령 시행 후에 사정에 불복이 있는 자는 고등토지조사위원회에 불복을 신청하여 재결을 청구함과 동시에 그 사정명의인이 된 자에 대하여 소유권을 다투거나 또는 그 권리에 대하여 기타의 침해한 때에는 재판소에 소유권확인 등의 소송을 제기하여 그 보호를 요구할 수 있다.

2. 토지조사사업과 사정

일제는 토지조사사업에서 우리나라 토지를 측량하고 그 토지의 소유자를 조사하여 사정함으로써 토지소유자를 확정하였다. 이를 토지조사부에 기재하고, 이를 근거로 토지대장을 만들고, 이에 터잡아 등기부를 만들었다. 토지조사사업의 근거법령인 토지조사령에서는 토지의 소유자는 조선총독이 정하는 기간 내에 임시토지조사국장에게 신고하여야 하고(토지조사령 제4조), 임시토지조사

15) 조선고등법원 1916.5.6. 민상 85호.

16) 대법원 2009.3.26. 선고 2006다55692, 55708 판결.

국장은 지방토지조사위원회에 자문하여 토지의 소유자 및 그 강계를 사정한다(토지조사령 제9조). 사정에 대하여 불복이 있는 자는 60일 이내에 고등토지조사위원회에 재결을 신청할 수 있고(토지조사령 제11조), 고등토지조사위원회의 재결은 이유를 붙인 문서로 하고(토지조사령 제13조), 임시토지조사국장 및 지방관청에 통지한다(토지조사령 제14조). 토지의 사정은 신고 또는 통지 당일의 현재에 의하여 하여야 하고(토지조사령 제10조), 토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정한다(토지조사령 제15조)고 규정하고 있다. 따라서 토지소유권은 토지소유자가 임시토지조사국장에게 신고한 날에 확정된다. 조선고등법원도 토지조사령에 의한 사정은 조사신고 당일 현재를 기준으로 이를 하는 것이고, 사정당일 현재를 기준으로 이를 하는 것이 아니라고 한다.¹⁷⁾ 또한 고등토지조사위원회의 재결은 이유를 붙인 문서로서 하고(토지조사령 제13조), 토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정한다(토지조사령 제15조)고 규정하였다. 따라서 토지조사는 토지조사법과 토지조사령에 의해서 이루어졌다. 일제하 조선고등법원은 사정이라는 것은 토지소유자에게 토지소유권을 부여하는 것이 아니라 조사사업에서의 조사 신고 당일을 기준으로 그 명의인에게 소유권이 있다는 것을 확정하는 의미라고 하였다.¹⁸⁾ 또한 토지조사령에 따른 사정이나 재결은 하나의 행정처분이지만, 그 사정이나 재결이 확정된 때에는 토지소유자의 권리는 확정되어 재심의 신청으로 변경되지 않는 한 그 사정이나 재결의 명의인은 그 때까지 소유권을 가졌는지 여부에 관계없이 절대적으로 그 토지의 소유자로 확정되는 것이라고 하였다.¹⁹⁾ 여기에서 확정이라는 의미가 무엇을 의미하는 것인지 분명하지 않지만, 소유권이 새롭게 발생하는 것을 의미하는 것은 아닐 것이다. 그럼에도 불구하고, 일제의 조사사업보고서에서는 사정을 행정처분으로 보면서 토지조사 이전에서의 사유는 사정에 의하여 일체 단절된다고 함으로써,²⁰⁾ 소유권이 새롭게 발생하거나 부여하는 것처럼 표현하고 있다. 생각건대, 일제는 토지조사사업을 통해서 소유자를 사정함으로써 개인의 토지소유권을 확인하는 것에 지나지 않았다고 보아야 할 것이다.

17) 조선고등법원 1915.12.24. 민상 제235호.

18) 조선고등법원 1918.7.9. 판결 민상 126호.

19) 조선고등법원 1916.5.6. 민상 85호; 조선고등법원 1917.3.27. 민상 25호.

20) 조선총독부 임시토지조사국, 조선토지조사사업보고서, 1918, 411-412면.

Ⅲ. 임야조사사업

1. 삼림법상 지적신고 등 예비조사와 임야조사령

본격적인 임야조사사업에 앞서서 예비조사로서의 성격을 가진 삼림법의 지적신고(1908), 임적조사사업(1910), 국유임야구분조사사업(1911-1924) 등이 먼저 실시되었다. 삼림법(1908.1.24. 법률 제1호)의 지적신고는 삼림산야의 소유자는 본법 시행일로부터 3개년 이내에 삼림산야의 지적 및 면적의 약도를 첨부하여 농상공부대신에게 제출할 것. 기간내에 제출이 없는 것은 전부 국유로 간주한다.(제19조)는 규정에 의해 이루어졌다. 이에 따라 1908.1.24.부터 1911.1.23.까지 52만건에 220만여정보가 신고되었고, 신고되지 않은 약 1, 400만정보는 국유화됨으로써 일제는 삼림법 제19조에 의해 우리나라 임야 중 87%이상을 국유화시켜 수탈하였다. 기간만료 직전 신고건수가 많아서 건명부에 등재하지 않고 지적보고대장에 기재한 후 각 부군으로 삼림산야지적대장을 송부하여 비치할 정도로 문제가 심각하였다.²¹⁾ 일제는 지적제출만으로 임야의 소유권이 확정되지 않는다고 하였지만,²²⁾ 삼림법 제19조에 따라 신고된 삼림에 한하여 삼림산야 및 미간지국유사유구분표준(1912.2.3. 훈령 제4호)의 국유 사유구분표준에 합당한 경우에는 임야조사사업이전이라도 임야의 소유권증명을 받을 수 있었다. 임적조사사업은 임적조사내규(1910.1.)에 의하여 1910.3.부터 1910.8.까지 실시하였는데, 국유임야 830만정보, 사유임야 750만정보로 조사되었다. 이 사업으로 우리나라 최초의 임상도인 조선임야분포도와 국유임야 가대장(假臺帳)이 만들어졌다. 또한 이 사업으로 임야에 관한 마을재산과 입회권이 해체 부정되었다.

국유임야구분조사사업은 국유임야구분조사내규(1915.2.)에 의하여 1911.부터 1924.까지 실시하였는데, 국유림을 요존임야와 불요존임야로 구분하고, 불요존임야는 제1종과 제2종으로 구분하여 요존임야와 특별한 연고를 가지고 일반에 개방하기 어려운 사정이 있는 제2종 불요존임야는 국유로 상세한 조사를 하고, 아무런 연고를 가지지 않고 일반에 개방할 수 있는 제1종 불요존임야는 입회관행의 유무를 조사하였다(국유임야구분조사내규 제23조 사호.). 제2종 불요존임야로 구분된 연고림은 임야조사사업에서 ‘연고있는 국유림’으로 사정되고 이후 특별연고삼림양여령에 의해 대부분 무상양여되어 사유화되었다. 제1종 불요

21) 농상공부 산림국 임정과 기안문(1911.5.12.)

22) 삼림산야지적에 관한 건, 관통첩 제402호, 조선총독부 관보 제414호(1913.12.15.)

존임야는 일본인 자본가 등에게 직접 양여 또는 조림대부-양여 등으로 제공되었다. 삼림법을 폐지하면서 제정된 삼림령(1911.6.20. 제령 제10호)에서는 삼림법상 부분림제도를 폐지하고, 종전에 폐지하였던 입회관행을 인용하였다(삼림령 제8조). 삼림령 시행당시 삼림법 제19조의 지적계출을 하지 않는 것은 국유로 된 것으로 해석하는 것은 의문의 여지가 없다고 하여 강행하였지만,²³⁾ 일부에서는 입회관행의 인정을 통하여 사유화되었다. 이와 같이 사유화된 임야는 이후 임야조사사업의 사정에 의해서 소유권이 확정된다. 본격적인 임야조사사업은 각 도²⁴⁾마다 이루어진 임야정리조사내규에 의한 임야조사사업과 조선임야조사령(1918.5.1. 제령 제5호)에 의한 임야조사사업으로 구분된다. 전자의 사업으로 만들어진 서류가 임야조사부이고, 후자의 사업으로 만들어진 서류가 임야조사서(조선임야조사령 제4조)이다. 임야조사사업에서는 삼림법(1908. 법률 제1호) 제19조의 규정에 의하여 지적의 계출을 하지 아니함으로써 국유에 귀속된 임야는 구소유자 또는 그 상속인의 소유로서 이를 사정할 것(조선임야조사령 제10조)이라고 하여 종전에 국유화된 임야에 대하여 사유로 회복할 수 있도록 하였다. 이에 결수연명부에 기재가 있는 것 및 결수연명부에 기재가 없지만 일찍이 지세를 부과하고 또는 현재 지세를 부과하는 것, 토지가옥증명규칙 또는 토지가옥소유권증명규칙의 증명에 의하여 민유로 인정된 것 등에 해당하는 것은 구삼림법 제19조 규정에 의한 계출을 하고 하지 않고에 불구하고 민유로 조사하도록(조선임야조사령 시행수속 제27조) 하였다. 일제는 임야조사사업에서는 토지조사사업과는 달리 삼림법의 지적신고나 임야조사사업에 앞서서 우리나라 임야소유권의 형태와 관습에 대하여 조사하여야 함에도 불구하고 그렇게 하지 아니하였고, 측량경비도 삼림법 지적신고와 임야조사사업 때에 신고자와 연고권자에게 부담시킴으로써 임야에 대한 신고를 꺼리도록 방해하여 우리나라 임야를 수탈하였다. 그러나 토지조사사업에서는 임야조사사업과는 달리, 토지조사사업에 앞서서 부동산관습조사 등 토지소유권의 형태와 관습에 대하여 치밀하게 조사를 하였고, 측량경비도 총독부예산으로 실시하였다.

2. 임야조사사업과 사정

임야조사사업은 임야를 측량하고 그 임야의 소유자를 조사하여 사정함으로

23) 구삼림법 제19조의 지적계에 관한 질의, 1912.1.26.관통첩 제23호.

24) 충청도, 강원도, 경기도에서 실시되었다고 하는데, 현재 경기도와 강원도의 임야정리조사 내규만 있다.

써 임야소유자를 확정하였다. 이를 임야조사서에 기재하고, 이를 근거로 임야 대장을 만들고, 이에 터잡아 등기부를 만들었다. 임야조사사업의 근거법령인 조선임야조사령에서는 임야의 소유자는 도(장관)이 정하는 기간내에 부윤 또는 면장에게 신고하여야 하고(조선임야조사령 제3조), 도(장관)은 임야의 소유자 및 그 경계를 사정한다(조선임야조사령 제8조). 사정에 불복하는 자는 60일 이내에 임야조사위원회에 재결을 신청할 수 있고(조선임야조사령 제11조), 임야조사위원회의 재결은 문서로서 하고(조선임야조사령 제13조), 도장관에게 통지한다(조선임야조사령 제14조). 임야의 사정은 신고 또는 통지 당일을 기준으로 하여야 하고(조선임야조사령 제9조), 임야소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정한다(조선임야조사령 제15조)고 하였다. 또한 삼림법 제19조의 규정에 의하여 지적의 계출을 하지 아니함으로써 국유에 귀속된 임야는 구 소유자 또는 그 상속인의 소유로서 사정하고(조선임야조사령 제10조), 도장관은 임야대장 및 임야도를 만들고 사정으로서 확정된 사항 또는 재결을 거친 사항을 등록하도록(조선임야조사령 제17조) 하였다. 토지조사법 제14조가 다른 조사지 사이에 개재하는 임야를 토지조사사업의 대상으로 규정하고 있고, 조선임야조사령 제1조는 조선임야조사령에 의한 임야의 조사 및 측량은 임야 중 토지조사령에 의하여 한 것을 제외한 나머지 임야를 대상으로 한다는 취지로 규정하고 있으므로, 임야라고 하더라도 토지조사령에 의해 임야조사가 된 경우도 있었다. 따라서 임야조사는 토지조사법과 토지조사령에 의해서도 일부 이루어졌지만, 임야조사의 대부분은 임야조사령에 의해서 이루어졌다고 보아야 한다.

IV. 사정과 관련된 문제

조선고등법원은 토지조사령에 의한 사정·재결은 당해 사정명의자가 종래 소유권을 가지는지 여부에 불구하고 절대적으로 그 소유자로 확정되고,²⁵⁾ 또한 사정에 의하여 토지 소유자라고 확정된 적이 있는 사실을 인정하면서 다른 일방에서 그 토지에 관해서는 진정한 다른 소유자가 있다는 취지의 인정을 할 수 없다고 하였다.²⁶⁾ 따라서 조선고등법원에서 절대적으로 확정된다는 것은

25) 조선고등법원 1916.5.6. 민상 85호.

26) 조선고등법원 1918.3.22. 민상 제297호.

토지조사령에 따른 사정에 의하여 확정된 소유자 이외의 다른 사람을 소유자로 인정할 수 없다는 의미라고 볼 수 있다.²⁷⁾ 그러나 조선고등법원은 다음과 같은 예외를 두고 있다.

1. 사정 · 재결과 확정판결

1) 사정 · 재결이 확정판결보다 우월하다고 하는 판결

토지의 사정은 절대적 효력을 가지는 것이기 때문에, 토지소유자로서 사정을 받아 확정이 된 때에는 재심신청에 의해 그 변경이 없는 한 사정명의자가 종래 소유권을 가지고 있었는지 여부에 불구하고 절대적으로 소유자로 확정되는 것이다.²⁸⁾ 법원이 사건 토지에 대하여 이전에 사정이나 재결이 확정된 사실을 인정하는 이상, 그 후에 소유권이전, 변경 등의 사실이 없는 한, 사법재판소는 사정 또는 재결명의인을 위하여 그 소유권을 인정하지 않으면 안된다.²⁹⁾ 또한 토지소유자의 권리로서 사정에 의하여 확정된 이상은, 그 이후에 발생한 사유에 기하여 법원에 출소한 경우에는 별개로 하고, 그 이전의 사유에 기하여 동일한 토지의 소유권에 관하여 법원에 대하여 사정 또는 재결에 반하는 판결을 구하는 청구는 인용될 수 없다³⁰⁾고 하여 사정은 절대적으로 효력을 가져 확정판결에 대해서도 우위에 있는 것이라고 하여 사정명의인과 다른 소유자를 인정할 수 없다고 하였다.

2) 사정 · 재결과 확정판결이 대등하다고 하는 판결

토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 하나의 사건 확정의 방법임이 조금도 의심되지 아니하고, 사법법원의 재판도 역시 당사자간에 다툼이 있는 권리관계를 확정하는 것으로 이 양자는 하나는 행정상의 처분으로서 하나는 사법재판으로서 제도상 전혀 계통을 달리하는 독립한 국가기관의 행위이므로 각자 독립하여 그 권리관계를 확정하는 것이 가능하다.³¹⁾ 토지조사령에 터잡아 한 사정의 확정이나 재결도 법원이 한 판결과 함께 토지소유자의 권리를 확정하는 것이며, 오직 그 효력범위가 넓고 좁은 데 차이가 있다. 전자는 일반적으로 구속력

27) 이우석, 사정에 의해 확정된 토지소유권의 성격, 법사학연구 36호, 한국법사학회, 2007, 79면 이하.

28) 조선고등법원 1916.5.6. 민상 제85호.

29) 조선고등법원 1917.3.27. 민상 제25호.

30) 조선고등법원 1917.7.9. 민상 제153호.

31) 조선고등법원 1915.7.6. 민상 제158호.

이 생기고, 후자는 당사자에게 기속력이 생긴다. 양자는 전혀 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위이므로 양자가 각각 독립하여 서로 침범할 수 없으며, 그 행위의 선후로 그 효력에 우열이 있어야 하는 것은 아니다. 사정의 확정이나 재결의 효력이 확정판결의 효력에 아무런 영향을 미칠 수 없는 것과 똑같이 확정판결의 효력도 또한 사정의 확정이나 재결의 효력에 대하여 어떤 영향을 미쳐야 하는 것이 아니다.³²⁾ 사정과 재결은 토지소유자의 권리를 확정하는 것을 목적으로 하고 사법재판소의 판결도 역시 토지소유권의 분쟁에 관해 당사자간의 권리관계를 확정하는 것으로서, 사정 또는 재결이 판결과 그 결과에서 서로 저촉되는 점이 있다고 하더라도 이 양자는 전혀 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위에 의해 각자 독립하여 그 소유권을 확정하고 서로 대립하여 그 침해를 허용하지 않는 것이다. 그렇다면 사정 또는 재결의 효력은 확정판결에 대해 어떠한 영향도 없음과 동시에 확정판결의 효력도 역시 사정 또는 재결에 대해 어떠한 영향도 미치는 것은 아니다³³⁾고 하여 사정과 판결은 각자 상호간에 그 효력에 있어서 우열이 없고 대등한 효력을 가지고, 그런 의미에서 사정은 판결에 대해서는 절대적 효력을 가지는 것이 아니라 상대적인 효력을 가진다고 보았고, 사정명의인과 다른 소유자를 인정할 수 있다고 하였다.

3) 사정·재결과 확정판결이 대등하다고 하는 연합부판결

위와 같은 상반된 판결에 대하여 조선고등법원은 연합부 판결을 통하여 확정판결과 사정은 상호 다른 일방의 권리를 침해하지 않고서 대등한 입장에서 각각 권리를 행사할 수 있다고 하였다. 연합부 판결을 사정이 있기 이전에 확정판결이 있는 경우와 사정이후에 확정판결이 있는 경우로 구분하여 살펴보고자 한다.

(1) 확정판결과 그 이후의 사정·재결

법원의 확정판결이 확정된 이후에 토지조사령에 의한 토지신고가 된 경우에 확정판결과 사정·재결의 효력이 문제된다.

[1]의 사안은 다음과 같다. A(상고인)는 7세때 부친의 사망으로 사건 토지를 가독상속하였지만, 숙부의 사위인 B(피상고인)의 사기에 빠져 매매형식에 의하여 신탁적으로 그 소유명의를 B에게 이전하고 소작료는 B가 징수한 뒤 A에게 인도한다는 계약을 하였다. B는 1915년도 이래 1917년에 이를 때까지 매년 소

32) 조선고등법원 1917.3.23. 민상 제14호.

33) 조선고등법원 1918.7.9. 민상 제126호.

작료조로 벼 270석을 징수하면서도 이를 A에게 인도하지 않았다. 이에 A는 B를 상대로 1919.11.10.자로 신탁계약해제를 하고 벼의 인도를 청구하였다. 그런데 1915.4.24. 사건 토지가 B의 소유라는 확정판결이 있었고, A는 토지조사령에 의한 신고를 1915.4.29.에 하였다. 이 사안에 대하여 조선고등법원은 토지조사령에 의한 사정 또는 재결로 토지소유자의 권리가 확정된 경우는 재심 신청에 의하여 변경되지 않는 한 절대적 효력이 발생하므로 사정명의인이나 재결명의인은 누구에게라도 그 권리를 주장할 수 있다. 또한, 법원이 토지소유권의 유무에 관하여 판결을 하고 그 판결이 확정된 경우에는 그 당사자 사이에는 기속력이 발생하므로 그 일방은 다른 일방에 대하여 판결로 인하여 정해진 소유권의 유무에 관하여 이를 주장할 수 있다. 따라서 만약, 동일 토지의 소유권에 관한 사정 또는 재결과 확정판결이 상호 저촉되어 상용되지 아니하는 결과를 낳는 경우는, 비록 양자가 전연 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위로 각 독립하여 효력을 갖기는 하지만 그 행위의 전후에 의하여 효력에 우열을 붙일 수 없다. 이를 조화롭게 해결할 법규가 존재하지 않은 현행법제하에서는 양자 서로 대립하여 효력을 갖는다고 인정하여야 한다. 이 경우에는 일방으로 하여금 사정 또는 재결로 인하여 확정된 권리를 주장할 수 있게 함과 동시에 다른 일방으로 하여금 확정판결로 인하여 확정된 권리를 주장할 수 있게 하여 당사자 사이에는 양자 서로 대립하는 상태를 유지하면서 다른 일방의 권리를 침해함이 없이 그 권리를 행사할 수 있다고 함이 타당하다고 하였다.³⁴⁾ 따라서 사건 토지로부터 발생한 소작료를 B가 징수하여 이를 A에게 인도한다는 계약이 있었다는 것은 사건 토지가 A의 소유에 속한다는 것을 전제로 하는 주장이고, 원심이 사건 토지가 B의 소유인 것을 인정한 이상 소작료인도계약의 존재를 부정한 것은 정당하다고 하여 A의 상고를 기각하였다.

[2]의 사안은 다음과 같다. B가 A를 상대로 한 사건 토지 중 21필지의 토지 인도 및 소유권이전증명절차 이행청구사건과 B가 C를 상대로 한 사건 토지 중 9필지의 토지소유권확인 및 인도청구사건에서 B가 승소하여 1915.4.24. 판결이 확정되었다. 이 확정판결에 근거하여 위 30필지의 사건 토지는 모두 B소유명의로 소유권이전증명이 되었다. 그후 1915.4.29.에 A가 사건 토지를 토지조사령에 의한 신고를 하였고, 이후 사건 토지 모두를 A의 소유로 확정되었다. A는 위 재결을 이유로 B명의의 소유권이전증명에 관한 말소를 신청하여 말소하였다. 이후 A는 사건 토지에 관한 보존등기를 한 후 1919.6.15. D에게 매각하고 소유

34) 조선고등법원 연합부 1921.12.23. 민상 제217호.

권이전등기를 해주어 현재 D가 사건 토지를 점유하고 있다. 이에 B는 A와 D를 상대로 소유권이전증명의 말소가 불법이므로 A명의의 소유권보존등기 및 D명의의 소유권이전등기의 말소와 사건 토지의 인도를 청구하였다. 이 사안은 위 [1]사안과 연관된 사건이다. 조선고등법원은 갑·을 사이에 있어서, 동일한 토지의 소유권에 관해 분쟁이 발생하여 한편으로는 소송결과, 갑의 소유로 인정하는 취지의 확정판결이 있고, 다른 한편으로는 토지조사령에 의한 심사결과 을의 소유라고 확정하는 취지의 사정 또는 재결이 있는 때에는, 판결과 사정 또는 재결과는 서로 대립하고, 그 효력에 우열이 없는 것으로서, 상호 다른 일방의 권리를 침해하지 않고서 그 권리를 행사할 수 있다고 하였다.³⁵⁾ 따라서 사건 토지 중 21필에 관해서는 확정판결과 재결이 서로 대립하는 경우에 해당 하는 것이라고 하더라도, 나머지 9필에 대해서는 A는 소송당사자 또는 일반 승계인이 아니므로 동인에 대해 확정판결의 기판력을 주장할 수는 없으므로, 9필에 관해서는 B의 소유라는 것을 A에 대해 주장할 수 없음은 물론, 그 양수인인 D에 대해서도 주장할 수 없다. 더욱이 21필에 관해서는 A로부터 소송당사자가 아닌 D에게 매도된 것이므로, B는 더 이상 A에 대한 확정판결의 기판력을 D에 대해 주장할 수 없을 뿐 아니라 오히려 D는 전소유주 A명의로 재결이 있었음을 이유로 소유권이전을 B에게 대항할 수 있다. 따라서 A의 신청에 의해 이루어진 B에 대한 소유권이전증명에 관한 말소 및 A명의의 소유권보존등기는 불법이라고 하더라도, D명의로 소유권이전증명을 경료한 이상, 더 이상 D에 대해 그 등기말소를 청구할 수 없음은 물론 A명의의 소유권보존등기에 관한 말소도 청구할 수 없다고 하여 B의 상고를 기각하였다.

(2) 사정·재결과 그 이후의 확정판결

토지조사령의 토지 신고 이후에 확정판결이 있는 경우에 사정·재결과 확정판결의 효력이 문제된다.

[3]의 사안은 다음과 같다. 피고 3인(A, B, C)은 1915.7.6. 이전에 소유신고를 하였고, 고등토지조사위원회는 1917.5.11.에 피고 3인(A, B, C)의 소유로 재결하였다. 원고는 1915.7.6. A로부터 사건 토지를 매수하였다고 하고, 피고 3인(A, B, C)은 원고를 상대로 1916.2.에 사건 토지에 관한 소유권이전증명 말소절차이행청구소송을 제기하였는데, 사건 토지가 A의 단독소유라는 이유로 원고가 승소하고 피고들이 패소하였다. 이에 원고는 사건 토지에 관하여 자기에

35) 조선고등법원 연합부 1922.11.17. 민상 제220호.

게 소유권이 있다고 주장하면서 피고들에 대하여 그 인도를 청구하였다. 이 사안에 대해 조선고등법원은 토지조사령에 의한 사정 또는 재결에 의해 토지소유자의 권리가 확정된 때에는 재심신청에 의해 변경되지 않는 한, 절대적 효력이 발생하므로 사정명의인은 누구에 대해서도 그 권리를 주장할 수 있고, 또한 사법재판소가 토지소유권의 유무에 관하여 판결하여 그 판결이 확정된 때에는 그 당사자 사이에 있어서는 기속력이 발생하므로, 그 일방은 상대방에 대하여 판결로 정해진 소유권의 유무에 관하여 이를 주장할 수 있다. 따라서 동일한 토지의 소유권에 관하여 사정 또는 재결과 확정판결 간에 서로 저촉되어 양립될 수 없는 결과가 발생한 때라고 하더라도 양자는 전혀 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위이고, 각자 독립하여 그 효력을 갖는 것이므로 그 행위 전후에 의해서 그 효력에 우열을 부여할 수 없음은 물론, 이러한 경우에 이를 조화시킬 법규가 존재하지 않는 현행 법제하에서는 모두 서로 대립하여 그 효력을 가지는 것으로 인정해야 한다. 그러므로 상호 저촉하여 양립할 수 없는 결과가 발생한 경우에 그 판결의 확정일이 사정 또는 재결에 의해서 권리가 확정된 날보다 이후에 있다고 하더라도, 단순히 그 시기 후라는 이유로써 확정판결에 의거하여 당사자 사이의 소유권의 귀속을 판정해야 하는 것은 아니다. 이러한 경우에는 오히려 일방으로 하여금 사정 또는 재결로 인해 확정된 권리를 주장할 수 있게 함과 동시에, 상대방으로 하여금 판결에 의해서 확정된 권리를 주장할 수 있게 하여 그 당사자 사이에 있어서는 서로 대립된 당시의 현재 상태를 유지하고, 서로 상대방의 권리를 침해하지 않고서 그 권리를 행사할 수 있는 것으로 하는 것이 타당하다. 따라서 만일 상대방의 현상에 변경을 가하여 그 권리를 침해하여 목적물건을 탈취한 것과 같은 행위를 함에 있어서는 침해를 당한 자는 침탈자를 상대로 그 회복을 법원에 청구할 수 있는 것이라고 간주해야 한다고 하였다.³⁶⁾ 따라서 사건 토지에 관하여 피고 3인에게 공유권이 없다는 확정판결이 있고, 재결과는 서로 저촉되어 양립할 수 없는 결과가 발생하였다고 하지만, 이로 인하여 당연히 원고가 사건 토지에 관하여 소유권이 있다고 단정할 수 있는 것은 아니라고 하여 원고의 상고를 기각하였다.

[4]의 사안은 다음과 같다. 원고가 1910년 경 A로부터 사건 늪을 매수하여 1912년 임시토지조사국에 소유신고를 하였다. 피고도 B로부터 위 늪을 매수하였다고 하면서 임시토지조사국에 소유신고를 하였다. 심사결과 피고의 소유라는 사정이 있었기 때문에 원고는 고등토지조사위원회에 불복신청하는 동시에

36) 조선고등법원 연합부 1919.3.14. 민상 제384호.

피고에 대하여 소유권확인의 소를 제기하였다. 1920.4.16.에 원고가 승소하여 소유권보존등기를 하였다. 고등토지조사위원회에서 1920.8.25.에 원고의 불복신청을 각하하고 피고 소유로 재결하였다. 이후 피고는 위 늪을 피고의 친족 C에게 매각하였다. C는 1921.8. 원고에 대하여 소유권확인 및 보존등기말소를 청구하여 원고패소로 돌아가 원고의 보존등기는 말소되었다. 이에 원고는 피고를 상대로 불법행위로 인한 손해배상청구를 하였다. 이 사안에 대하여 조선고등법원은 토지소유권에 관하여 토지조사령에 의한 사정 또는 재결과 사법재판소의 확정판결이 저촉되어 서로 용납되지 않는 결과를 발생시켰을 때에는 당사자사이에 양쪽이 대립한 당시의 상태를 유지하고 서로 다른 쪽의 권리를 침해하지 않고 그 권리를 행사할 수 있는 것으로 하는 것이 타당하다. 사정명의인 또는 재결명의인이 그 권리를 제3자에게 양도하고 그 자로 하여금 당해 토지에 대해 완전한 소유권을 취득하게 하고 확정판결에 의해 동일 토지의 소유권을 인정받은 자, 즉 확정판결의 승소자로 하여금 전혀 그 권리를 상실하게 했을 때에도 역시 사정명의인 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대하여 불법행위책임을 진다고 하였다.³⁷⁾ 따라서 사건 늪의 소유권은 위 양도로 인하여 완전하게 C에게 귀속하고 원고가 피고와의 관계에서 가진 법률상의 상태가 깨뜨려져서 전혀 그 권리를 상실하게 되었다. 더욱이 그것은 피고의 의무를 어기는 행위에서 유래한 것이므로 피고는 이에 대해 불법행위책임을 져야 한다고 하면서 원심을 파기환송하였다.

(3) 사정 · 재결명의인의 양도와 확정판결

위 [2]의 사안에서 조선고등법원은 갑 · 을 사이에 있어서, 동일한 토지의 소유권에 관해 분쟁이 발생하여 한편으로는 소송결과, 갑의 소유로 인정하는 취지의 확정판결이 있고, 다른 한편으로는 토지조사령에 의한 심사 결과 을의 소유라고 확정하는 취지의 사정 · 재결이 있을 때에는, --- 을의 신청에 근거하여 등기관이 위의 말소를 하고, 또한 을명의로의 소유권보존등기를 한 때에는 당해 말소 및 보존등기는 불법이라고 하더라도, 당해 토지의 소유권이 을로부터 병에게 양도되고 소유권이전등기를 경료한 때에는 갑은 더 이상 기판력을 이유로 그 소유권을 병에 대해 주장할 수 없게 되므로, 병에 대해 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다. 병이 한 소유권이전등기에 관한 말소를 청구할 수 없는 이상은 그 전에 을이 한 소유권보존등기만을 분리하여 말소할 수 없

37) 조선고등법원 연합부 1925.12.26. 민상 302호.

으므로 이 말소도 역시 청구할 수 없는 것이라고 하였다.³⁸⁾ 따라서 사건 토지 중 21필에 관해서는 확정판결과 재결이 서로 대립하는 경우에 해당하는 것이라고 하더라도, 나머지 9필에 대해서는 A는 소송당사자 또는 일반 승계인이 아니므로 동인에 대해 확정판결의 기판력을 주장할 수는 없으므로, 9필에 관해서는 B의 소유라는 것을 A에 대해 주장할 수 없음은 물론, 그 양수인인 D에 대해서도 주장할 수 없다. 더욱이 21필에 관해서는 A로부터 소송당사자가 아닌 D에게 매도된 것이므로, B는 더 이상 A에 대한 확정판결의 기판력을 D에 대해 주장할 수 없을 뿐 아니라 오히려 D는 전소유주 A명의로 재결이 있었음을 이유로 소유권이전을 B에게 대항할 수 있다. 따라서 A의 신청에 의해 이루어진 B에 대한 소유권이전증명에 관한 말소 및 A명의로의 소유권보존등기는 불법이라고 하더라도, D명의로 소유권이전증명을 경료한 이상, 더 이상 D에 대해 그 등기말소를 청구할 수 없다고 하여 B의 상고를 기각하였다.

위 [4] 사안에서 조선고등법원은 토지소유권의 확정에 관해 토지조사령에 의한 사정·재결과 사법재판소의 확정판결과 서로 저촉하여 상용하지 않는 결과를 발생한 경우에 있어 사정명의인 또는 재결명의인 및 확정판결의 승소자는 그 양자 사이에 있어서는 서로 대립할 당시의 상태를 유지하여 서로 다른 쪽의 권리를 침해하지 못하도록 하여 사정명의인 또는 재결명의인이 이 권리를 제3자에게 양도하여 그 자로 하여 당해 토지에 대해 완전한 소유권을 취득하게 하고 확정판결에 의해 동일 토지의 소유권을 인정받은 자, 즉 확정판결의 승소자에게 완전히 그 권리를 상실시킬 때는 사정명의인 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대하여 불법행위책임을 진다. 불법행위로 인한 손해배상액은 확정판결의 승소자가 사정명의인 또는 재결명의인과의 관계에서 가지는 권리상태를 기본으로 하여 목적인 토지 상에 현실로 미치는 지배관계의 범위 상황을 참작하여 이를 판단하는 것으로 한다고 하였다.³⁹⁾ 따라서 사건 논의의 소유권은 위 양도로 인하여 완전하게 C에게 귀속하고 원고가 피고와의 관계에서 가진 법률상의 상태가 깨뜨려져서 전혀 그 권리를 상실하게 되었다. 더욱이 그것은 피고의 의무를 어기는 행위에서 유래한 것이므로 피고는 이에 대해 불법행위책임을 저야 한다고 하면서 원심을 파기환송하였다.

(4) 사정·재결과 확정판결의 승계인

위 [2]의 사안에서 조선고등법원은 갑·을 사이에 있어서, 동일한 토지의 소

38) 조선고등법원 연합부 1922.11.17. 민상 제220호.

39) 조선고등법원 연합부 1925.12.26. 민상 302호.

유권에 관해 분쟁이 발생하여 한편으로는 소송결과, 갑의 소유로 인정하는 취지의 확정판결이 있고, 다른 한편으로는 토지조사령에 의한 심사 결과 을의 소유라고 확정하는 취지의 사정·재결이 있는 때에는, 확정판결의 승소자인 갑으로부터 소유권을 양도받은 정은 기관력을 이유로 사정명의인 또는 재결명의인인 을에 대해 그 소유권을 주장할 수 없는 것이고, 오히려 을이 정에 대해 그 소유권을 주장할 수 있는 것이라고 하였다.⁴⁰⁾

4) 소결

이에 따라 조선고등법원 연합부는 사정·재결과 재판소의 확정판결 사이에 상호 저촉되어 서로 조화할 수 없는 결과가 생긴 때에는 양자는 전연 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위로서 각각 독립해서 그 효력을 가진다고 하여, 일방은 사정·재결로 확정된 권리를 주장할 수 있고, 다른 일방은 판결로 인하여 확정된 권리를 주장할 수 있다고 하였다. 그런 의미에서 사정은 절대적인 효력이 있는 것이 아니라 확정판결에 의해 제한을 받는 상대적 효력을 가지는 것이다. 그런 의미에서 사정에 관하여 원시취득이라고 하는 대법원의 판단은 문제가 있다고 할 수 있다. 다만, 확정판결의 기관력은 소송당사자 및 그 일반승계인에 대해서만 효력이 미치므로, 확정판결의 승소자는 사정명의인의 양수인에게 대항할 수 없고, 확정판결의 승소자의 양수인도 역시 사정명의인에게 대항할 수 없다. 반대로 사정명의인은 확정판결의 승소자의 양수인에게 대항할 수 있고, 사정명의인의 양수인도 확정판결의 승소자에게 대항할 수 있다.

2. 사정·재결과 저당권

1) 토지소유자가 아닌 자에 의해 설정된 종전 저당권과 그 이후의 사정·재결 [5]의 사안은 다음과 같다. 당초 소유자 A는 사정 이전에 사건 토지를 B에게 신탁양도(명의신탁)하였고, 결수연명부⁴¹⁾ 및 증명부상 B의 명의로 되어 있는 사건 토지를 1915.6.14. B가 C에게 저당으로 제공하였고 이후 C가 경매신청을 하여 경락을 받았다. 이후 C는 1916.3.27. 사건 토지를 D에게 매각하였다. 그런데 A는 위 신탁양도계약을 해제하지 않고 1915.7.27.에 스스로 사건 토지를 신고하여 사정을 받았다. 이후 D는 A를 상대로 토지소유권확인 및 소유권등기말소절차이행청구를 하였다. 이에 대하여 조선고등법원은 사정에 저촉하는

40) 조선고등법원 1922.11.17. 민상 제220호.

41) 배병일, 일제하 토지조사사업에 있어서의 결수연명부, 한양법학 26권 3호, 2015.

소유권에 근거하여 설정된 저당권도 이를 유효하다고 하는 법률의 규정이 없으므로 그 기본인 소유권이 소멸함과 동시에 역시 소멸한다. 그러므로 사정 이전에 진정한 소유자로부터 토지의 신탁양도를 받은 자(수탁자)는 제3자에 대한 관계에 있어서는 완전히 소유권을 취득하고 동인이 제3자를 위해 위 토지상에 저당권을 설정한 때에는 그 저당권설정이 유효하다는 것은 조금도 의심이 없다고 하더라도, 신탁자가 그 신탁양도계약을 해제하지 않고 그 신탁관계가 존속하고 있음에도 불구하고 마음대로 자기의 소유라고 하고 토지신품고를 하여 사정이 확정된 때에는, 신탁자의 사정에 의한 소유권과 수탁자의 신탁양도계약에 의해 취득한 소유권은 서로 저촉이 되는 것이므로, 이후 수탁자는 그 소유권을 주장할 수 없게 되는 것이므로 그러한 경우에는 사정은 신탁관계에 영향을 미치는 것으로서 수탁자가 설정한 저당권도 역시 그 근거를 상실하고 자연히 소멸하는 것이라고 하여 D의 상고를 기각하였다.⁴²⁾

또한 D는 1914.5.1. 제령 제16호 ‘토지조사령에 의해 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건’ 제1조 제3항에서 “소유권 이외의 권리에 관한 등기 또는 증명에 있는 때에는 신청서에 그 등기 또는 증명의 명의인의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 정본을 첨부할 것”이라고 규정되어 있어서 사정 이전에 진정한 소유자 이외의 자가 설정한 저당권은 모두 무효인 것은 아니고, 그 중에는 소유자가 아닌 자가 설정한 저당권으로서 유효한 것이 있다고 주장하였다. 이에 대하여 조선고등법원은 위 제1조 제3항의 규정은 등기 또는 증명을 거친 소유권 이외의 권리 중에는 사정명의인 자신이 설정하지 않더라도 사정에 의해 확정된 소유권과 저촉되지 않는 권리에 근거하여 설정되고 사정명의인이라고 하더라도 이에 복종해야 하는 것이 있으므로, 일응 등기 또는 증명을 거친 소유권 이외의 권리자의 권리를 존중하고 동 규정의 조건을 구비한 것이 아니면 이를 말소할 수 없다고 한 것에 지나지 않고, 사정과 저촉하는 소유권에 근거하여 설정되거나 또는 전혀 권리가 없는 자에 의해 설정된 소유권 이외의 권리라고 하더라도 등기 또는 증명을 거친 이상 절대적으로 이를 말소할 수 없다고 하는 취지가 아니므로, 위 규정의 존재는 아직 소유권이 없는 자에 의해 또는 사정과 저촉하는 소유권에 근거하여 설정된 저당권을 유효하다고 인정하는 근거로 하기에는 불충분하다고 하여 역시 D의 상고를 기각하였다.⁴³⁾

42) 조선고등법원 1918.11.19. 민상 제338호.

43) 조선고등법원 1918.11.19. 민상 제338호.

2) 토지소유자에 의해 설정된 종전 저당권과 그 이후의 사정·재결

[6]의 사안은 다음과 같다. 증명부상 사건 토지의 명의인인 A는 1913.6.2. B로부터 700원을 대여받고 그 담보로 사건 토지에 전당권(저당권)을 설정하고 1913.6.6. 저당권 증명을 받았다. 이후 A가 변제하지 않으므로 B는 1915.4.에 경매신청하여 1915.5.19.에 경락받았다. 그런데 A는 저당권설정 후 경매 신청 이전인 1914.에 사건 토지를 C에게 매도하였고, C는 사건 토지를 1914.3.19. 토지조사령에 의한 소유신청을 하여 1915.8.30.에 사정이 확정되었다. 이에 B는 C를 상대로 저당권 확인 및 저당권설정등기 회복절차이행을 청구하였다. 이에 대하여 조선고등법원은 대항할 수 있는 저당권은 그 대항을 받을 소유자가 토지조사령에 근거하여 소유신고를 해서 사정명의인이 되더라도, 그 사정명의인의 권리와 저촉되어 양립될 수 없는 것은 아니므로, 원래 소멸되는 것이라고 할 수 없음은 물론 그 대항력이 상실될 이유가 전혀 없다. 토지조사령에 근거하여 소유신고를 하여 사정명의인이 되어도 저당권의 대항을 받는 자인 때에는 그 당연한 결과로서 저당권의 실행에 의해 경락인이 취득한 소유권의 증명에 대하여 1914년 5월의 제령 제16호에 의해 사정명의인의 권리와 저촉된다고 하여서 그 권리를 말소할 권리는 없다고 하였다.⁴⁴⁾ 그래서 B는 이미 경락에 의해서 경매목적인 사건 토지에 관하여 소유권을 취득하고, 저당권은 이미 경락에 의해 소멸하였음에도 불구하고 현재 저당권이 존재하고 있다는 점을 주장하고 이 확인을 청구하고 더불어 저당권말소증명에 관한 회복을 청구하는 것은 부당하므로 B의 청구는 배척되어야 함에도 B의 청구가 이유있다고 한 원심을 파기환송하였다.

[7]의 사안은 다음과 같다. A는 B, C 외 6인 공유의 사건 토지에 관하여 1913.1.6. 채권 150원에 해당하는 저당권을 취득, 적법한 증명절차를 마치고, 기한 경과후 1914.7.9. 저당권실행으로서 경매신청을 하였다. C는 A에 대하여 저당권무효확인 및 저당권증명말소청구소송을 제기하였지만 C는 패소하였다. 이에 경매절차가 속행되어 1915.4.9. B에게 경락되어 소유권을 취득하였다. 그런데 사건 토지는 B, C 외 6인의 공유인데, 위 공유자가 사건 토지를 공유자의 1인인 C에게 신탁양도하고, C는 1914.4.13. 사건 토지를 자기 소유로 토지조사국에 신고하여 1914.4.30. 사정이 확정되었다. 이에 C는 B를 상대로 토지소유권확인 및 이전등기를 청구하였다. 이에 대하여 조선고등법원은 토지소유자가 그 토지 위에 유효하게 저당권을 설정하고 저당권자가 저당권설정에 관한 증

44) 조선고등법원 1919.5.6. 민상 제20호.

명 또는 등기를 마친 때에는 그 후 당해 토지의 소유자로부터 권리이전을 받아 토지조사의 결과 사정명의인으로 된 자가 있을 때라도 사정명의인의 소유권은 저당권설정자인 전 소유자의 권리를 승계한 것에 지나지 않고, 사정에 의해 전 소유자의 권리와 저축을 초래하는 것이 아니므로 저당권은 소멸할 이유가 없고, 저당권자는 사정명의인에 대하여 이를 대항할 수 있다. 그러므로 사정신고일 이후에 저당권의 실행으로 그 토지의 경락인이 된 자는 완전하게 소유권을 취득하는 것이라고 하였다.⁴⁵⁾ 그래서 C는 사정확정일에 적어도 외부관계에 있어서 절대 소유자로 간주될 자였으므로 --- 사정명의인인 C의 외부관계에서의 소유권과 저축되는 A의 소유권은 소멸하고, 그 소유권에 근거하여 설정된 B의 저당권도 소멸한다고 한 원심을 파기환송하였다.

3. 등기 · 증명와 사정 · 재결

우리나라에서 최초로 토지조사사업에 의한 토지의 사정이 있었던 것은 1913.11.12. 충북 청주가 처음이다. 그러나 그 이전에 이미 1912.3.18. 조선부동산등기령과 조선민사령이 공포되었고, 1912.3.22.에 조선부동산증명령, 조선부동산증명령 시행규칙, 조선부동산등기령 시행규칙이 공포되어 시행되고 있었다. 그래서 토지조사사업에 의한 토지 사정이 있기 이전에 이미 토지에 관하여 증명이나 등기가 되어 있는 경우가 많았다. 이러한 종전의 증명과 등기가 토지 사정과 충돌하는 경우에 그 우열이 문제될 수 있었다. 일제는 토지의 사정에는 절대적으로 효력이 있다고 하였기 때문에, 종전의 등기나 증명을 무효화시킬 필요가 있었다. 이에 일제는 종전의 증명이나 등기를 말소시킬 수 있는 근거법령으로 ‘토지조사로 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건’(1914.5.1. 제령 제16호)을 제정하였다. 이에 따르면, 토지소유권이 토지조사령에 의한 사정 또는 재결을 거쳐 확정된 경우에는 이와 저축되는 등기 또는 증명이 있는 경우에는 토지소유자는 그 등기 또는 증명의 말소를 신청할 수 있다(제1조 제1항)고 규정되어 있다. 따라서 토지사정 이전에 부동산 등기나 증명이 있는 경우에도 토지의 사정이 우선한다는 원칙을 명문화한 것이다.

1) 종전 등기 · 증명과 그 이후의 사정 · 재결

[8]의 사안은 다음과 같다. 甲이 1913.12.16. 소유권보존의 증명을 받아 사건

45) 조선고등법원 1919.8.26. 민상 제185호.

토지를 소유하고 있었고, 1915.3.1. 토지조사령에 의한 소유신고를 할 때 그의 친생자 乙에게 신탁하였다. 乙은 1915.3.1. 소유신고를 하여 乙 소유로 사정 확정되었다. 丁은 1917.3.3. 甲으로부터 매수하여 1917.3.24. 소유권이전증명을 받았다. 乙은 1922.3.30.에 보존등기를 받은 후 이를 丙에게 매도하고 이전등기를 마쳐주었다. 이에 丁은 丙을 상대로 이전등기의 말소를 구한다. 이에 대하여 조선고등법원은 甲이 자기 소유의 토지에 대하여 소유권보존의 증명 또는 등기를 마친 후 乙에게 신탁하여 토지조사령에 의한 소유신고를 한 결과 乙 명의로 사정된 때는 甲 명의의 증명 또는 등기는 1914년 제령 제16호 제1조에 의하여 위 사정에 저촉하는 것으로 당연 말소되어야 한다고 하였다.⁴⁶⁾ 따라서 甲이 乙에 대한 신탁을 해제하여 그 소유권을 회복하였다 하여도 예전에 한 증명 또는 등기를 소유권 회복 후의 새로운 증명 또는 등기와 동일시할 수 없으므로, 다시 乙로부터 甲에 대한 소유권이전의 증명 또는 등기를 받아야 한다. 이 절차 없이 사정명의인인 乙로부터 그 소유권을 양수한 제3자 丙에게 대항할 수 없는 것은 물론 甲으로부터 그 소유권을 양수한 제3자 丁 또한 丙에 대항할 수 없다고 하여, 丁의 청구를 인용한 원심을 파기환송하였다.

[9]의 사안은 다음과 같다. 사건 임야는 원고의 망부 A의 소유였고, A는 생전에 이를 피고에게 유저당으로 제공하여 금전을 차용하였지만, 변제하지 못하였기 때문에 1914.5.15. A와 피고사이에 사건임야의 소유권을 피고에게 이전한다는 취지의 화해가 성립되었다. 피고는 사건임야를 B에게 매도하였고, B는 다시 A에게 무상양도하였다. A는 1917.10.26. 본인 명의로 소유신고를 하여 사정 확정받았고, 이후 A의 사망으로 원고가 상속받았다. 피고는 1922.9.30. 위 화해조서정본에 근거하여 사건 임야에 관해 자기 명의로 소유권이전등기를 하였다. 이에 원고는 1914.5.15. 화해조서에 기초하여 한 피고 명의의 소유권이전등기가 원고의 망부 A명의로 사정에 저촉된다고 하여 피고 명의의 소유권이전등기의 말소를 청구하였다. 이에 대하여 조선고등법원은 임야의 소유권이 토지조사령 또는 조선임야조사령에 의해 사정 또는 재결을 경유하여 확정된 경우에 그와 저촉하는 등기가 있는 때에는 임야의 소유권자는 1914년 제령 제16호 제1조 또는 제10조의 규정에 의해 등기명의인이 관여할 필요없이 직접 그 등기의 말소를 신청할 수 있다. 이를 위해 등기명의인에 대해 특별한 소송을 제기하는 것은 전혀 소용없는 일이고 그에 관해 아무런 법률상의 이익을 가지지 않는다고 하였다.⁴⁷⁾ 따라서 사정을 받은 원고는 제령 제16호 제1조 또는 제10조에 근거

46) 조선고등법원 1925.3.10. 민상 제355호.

47) 조선고등법원 1925.5.15. 민상 제37호.

하여 사정에 앞서서 이루어진 화해조서에 근거하여 경료된 이전등기의 말소를 신청하면 충분하고, 특별히 소송으로써 그 말소절차를 청구하는 것은 법률상의 이익이 없다고 하여, 원고의 청구를 인용한 원심을 파기환송하였다.

2) 확정판결에 의한 종전의 등기·증명과 그 이후의 사정·재결

위 [1]의 사안에서 조선고등법원은 1914년 제령 제16호 제1조에 규정된 ‘말소될 수 있는 등기 또는 증명’에는 확정판결로 인하여 그 효력을 보유하게 된 소유권등기 또는 증명은 포함되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다고 하였다.⁴⁸⁾

위 [2]의 사안에서 조선고등법원은 1914년 제령 제16호에 의해 말소될 등기 또는 증명 중에는 확정판결에 의해 이루어진 소유권에 관한 등기 또는 증명은 포함하지 않게 됨으로써, 갑이 을과의 관계에서의 확정판결에 근거하여 소유권 이전증명을 받은 후, 토지조사령에 의해 을의 소유라는 사정 또는 재결이 있었다고 하더라도, 그 사정 또는 재결에 근거하여 전에 갑이 한 이전증명을 사정 또는 재결에 저촉되는 증명이라고 하여 이 말소를 신청할 수 없다고 하였다.⁴⁹⁾

3) 사정·재결과 그 이후의 등기·증명

[10]의 사안은 다음과 같다. 사건 토지는 원래 피고 A의 소유로 피고 A는 1911.2.23. 토지조사령에 따라 소유신고를 하고, 1915년 경 피고 A의 소유로 사정되어 해당 사정은 확정되었다. 피고 A는 그 사정전 1914.10.19. 사건 토지를 피고 B에게, B는 1915.3.7. C에게, C는 1915.3.20. D에게 순차로 매도하여 소유권보존증명 또는 그 이전증명을 거쳤다. 원고는 1917.1.17. 당시 소유자인 D로부터 사건 토지를 매수하고 그 대금은 모두 변제하였으나 아직 등기를 하지 않았다. 그런데 사정명의인인 피고 A는 피고 B이하의 증명은 사정과 저촉한다는 이유로 1923.5.14. 그 말소를 받고 동시에 자기 명의로 소유권보존등기를 하였고, 같은 날 다시 1918. 중 피고 A와 B가 통모하여 얻은 확정판결에 기초하여 피고 B앞으로 소유권이전등기를 하였다. 이에 원고는 사정과 말소된 증명과는 조금도 저촉하지 않음은 물론, 이어서 이루어진 A명의의 소유권보존등기 및 B에 대한 이전등기는 모두 무효의 원인에 기초한 것이라고 하면서 말소증명의 회복절차 및 무효원인에 의한 등기말소를 청구하였다. 이에 대하여 조선고등법원은 미증명의 토지에 대하여 소유신고 후에 매매가 있고, 매수인이 보존증명을 한 때에는 사정명의인과 증명부상의 소유명의인은 일치하지 않고

48) 조선고등법원 연합부 1921.12.23. 민상 제217호.

49) 조선고등법원 1922.11.17. 민상 제220호.

또한 소유권이 전자로부터 후자에 이전한 사실조차도 그 기재상으로 명확하지 않기 때문에 형식상으로 양자가 저촉된다. 등기관리가 1914년 제령 제16호 제1조에 따라 사정명의인의 신청에 의해 증명을 말소하고 사정명의인앞으로 소유권보존등기를 한 것은 부당하지 않다고 하더라도 실체상 권리는 전자로부터 후자에게 이전되었기에 사정과 증명은 저촉된다. 사정명의인은 실체상 권리이전과 부합하는 증명을 말소하여 스스로 보존등기를 받을 수 있는 자가 아니므로 권리자는 보존등기의 말소와 말소된 증명의 회복등기를 청구해야 한다고 하였다.⁵⁰⁾

4) 소결

중전의 등기나 증명이 있는 후에 사정·재결이 있는 경우에는 토지소유자는 1914년 제령 제16호에 의해서 중전의 등기나 증명의 말소를 청구할 수 있다. 그러나 1914년 제령 제16호 제1조에 규정된 ‘말소될 수 있는 등기 또는 증명’에는 확정판결로 인하여 그 효력을 보유하게 된 소유권등기 또는 증명은 포함되지 않는다.

V. 토지의 사정과 관련된 대법원 판결

사정·재결의 효력에 대하여 당초 대법원은 조선임야조사령 제8조에 의하여 임야의 소유자 및 그 경계를 사정하여 그 사정이 확정되었으면 그 사정명의자는 중전에 그 임야에 대한 소유권이 있었거나 없었거나를 불문하고 위 사정의 효력으로써 절대적으로 그 임야의 소유자로 확정되는 반면 중전의 소유자는 이에 따라 그 권리를 상실하게 되었다⁵¹⁾고 하여 절대적 효력이 있다고 하였다. 그런데 그 후 다른 이유 설시도 없이 일정 대정년도에 있었던 토지의 사정은 소유권의 원시취득의 효력이 있다⁵²⁾고 하였고, 또한 토지조사령에 의한 토지사정을 받은 자는 그 토지를 원시적으로 취득한다⁵³⁾고 하여 원시적 취득 효력이 있다고 하였고, 계속하여 이 사건 부동산은 소외인 소유로 사정되어 그가 같은 부동산을 원시적으로 취득하였다⁵⁴⁾고 하였다. 이처럼 우리나라는 해

50) 조선고등법원 1926.3.12. 민상 제460호.

51) 대법원 1965.11.30. 선고 64다1508 판결.

52) 대법원 1983.10.25. 선고 83도2118 판결.

53) 대법원 1984.1.24. 선고 83다카1152 판결.

방이후 일제 조선총독부의 방침과 조선고등법원판례상의 절대적 확정설을 원시취득설로 변질시켜 받아들였다.

VI. 결론

우리나라는 해방이후 토지사정에 관한 일제 조선총독부의 방침과 조선고등법원 판례상의 절대적 확정설을 대법원 1983.10.25. 선고 83도2118 판결을 통하여 일정 대정년도에 있었던 토지의 사정은 소유권의 원시취득의 효력이 있으므로 위 사정에 의하여 본건 토지에 대하여 소유권을 취득하였다고 하여 원시취득을 한 것이라는 법리로 변질시켜 받아들였다. 종래 이같은 대법원의 사정에 관한 원시취득설은 최근까지도 당연한 법리도 취급되고 있는 바, 이 법리가 문제가 있는 것이라고 할 수 있다. 조선토지조사사업보고서에서는 토지의 사정이나 재결이 절대적인 효력을 가지는 것이어서 사정이전에 있었던 일체의 사유는 소멸한다고 하였다. 그러나 조선고등법원에서는 사정이전의 확정판결은 토지의 사정에도 불구하고 유효하다고 하고, 사정·재결 이전에 소유자가 설정한 저당권은 이후 토지의 사정이 있더라도 말소할 수 없다고 하고 있다. 또한 사정·재결 이전의 등기나 증명은 1914.5.1. 제령 제16호에 의해서 말소할 수 있지만, 사정·재결 이전의 확정판결에 의한 등기나 증명 등은 말소를 청구할 수 없다고 하고 있다. 따라서 사정·재결은 절대적 효력을 가진 것이기는 하지만, 조선고등법원에서는 토지의 사정·재결에 대하여 위와 같이 몇 경우의 예외를 둠으로써 사정·재결의 법적 성격이 절대적이라는 의미가 상대적이라는 의미를 포함하고 있다고 보아야 하고, 대법원에서 말하는 원시취득이라는 의미는 전혀 아니라고 보아야 한다.

54) 대법원 1986.6.10. 선고 84다카1773 전원합의체 판결.

[참고문헌]

- 강영심, “日帝下の 朝鮮林野調査事業에 관한 研究 (上)”, 韓國學報 33(1983).
- 김선경, “조선후기 山訟과 山林 所有權의 실태”, 동방학지 Vol. 77, 78, 79(1993).
- 김성욱, “현행 임야소유제도의 형성과정에 관한 연구”, 안암법학 Vol. 26(2008).
- 김홍식 외, 조선토지조사사업의 연구(민음사, 1997).
- 배병일, 일제하 토지조사사업에 있어서의 결수연명부, 한양법학 26권 3호, 2015.
- 배영순, 한말일제초기의 토지조사와 지세개정 (영남대학교출판부, 2002).
- 신용하, 조선토지조사사업연구(知識産業社, 1982).
- 윤진수, “토지 및 임야사정의 법적성격”, 서울대학교 법학, 53권1호, 2012.
- 이우석, “사정에 의해 확정된 토지소유권의 성격”, 법사학연구 제36호(2007).
- 이우연, 한국의 산림 소유제도와 정책의 역사, 1600~1987(일조각, 2010).
- 조석근, 한국 근대 토지제도의 형성, 해남, 2003.
- 최원규, “일제토지조사사업에서의 소유권査定과정과 裁決”, 한국근현대사연구 25집, 2003.
- 朝鮮總督府 臨時土地調査局, 朝鮮土地調査事業報告書(京城), 1918.
- 朝鮮總督府 農林局, 朝鮮林野調査事業報告(京城), 1938.
- 早川保次, 朝鮮不動産登記の沿革(京城;大成印刷社), 1921.
- 稻本洋之助・小林春一郎・周藤利一, 日本の土地法(第二版), 成文堂, 2009.
- 朝鮮總督府農林局 編, 朝鮮林野調査事業報告(朝鮮總督府農林局, 1938).
- 和田一郎, 朝鮮土地地稅制度調査報告書(宗高書房, 1920;再版, 1967).
- Joseph William Singer, Introduction to Property(Aspen Publishers, 2001).

[Abstract]

A study on the legal problems of the assessment in the Korean cadastral survey and Korean cadastral survey of forest land

Bae, Byun-Gil*

Under the Japanese Imperialism, the Korean cadastral survey from 1910 to 1918 and the Korean cadastral survey of forest land from 1917 to 1924 carried out the purpose of economic exploitation policy. Japanese imperialism government practised assessment and determined ownership in accordance with the Land Assessment Ordinance and the forest Land Assessment ordinance. In relevant cases, the Chosun high Court had understood the above ownership determination as a ground of absolute acquisition. But It was available to judgment decision before assessment, and it did not went out of existence mortgage right before assessment. It did not claimed erase register and certification before assessment. All the take together, assessment of the land is not absolutely but relatively effect with some any exception. Therefore legal characteristics of assessment and decision in the Chosun High Court contained relative meaning. and then it is a problem that Korean Supreme Court announced legal characteristics of assessment is original acquisition.

Keywords : Korean cadastral survey, Korean cadastral survey of forest land, assessment, register, certification, mortgage, judgment, original acquisition

* Yeungnam University, Law School

