

대한제국의 토지측량사업에 기초한 부동산 법제에 관한 연구*

A study on Real Estate Legislation based on the Cadastral Survey
Task in the Korea Empire

김 성 욱

법학박사, 법무부 연구위원

< 목 차 >

- I. 서 론
- II. 대한제국의 토지측량사업의 시행과정
- III. 대한제국의 부동산 법제
- IV. 대한제국의 토지측량사업과 부동산 법제에 대한 평가
- V. 결 론

I. 서 론

대한제국 시기의 부동산 법제도가 어떠하였는지를 검토하기 위해서는 우선 당시의 사회현상을 파악할 필요가 있다. 일반적으로 법제도는 사회현상의 반영으로서 정립되는 경우가 대부분이기 때문이다. 1890년대의 한국사회를 간략하게 살펴보면, 대내적으로는 토지소유와 관련하여 계층간의 분화가 심화되고 있었고 대외적으로는 서구 열강의 침략으로부터 국권을 수호하여야 하는 시대적 문제를 안고 있었다. 이러한 대내외적 문제를 주체적으로 해결하기 위하여 수립된 대한제국(1897. 10. 12.)은 다양한 국가정책을 시행하고자 하였다. 이러한 대한제국의 국가정책 중에서 토지측량사업을 통하여 당시의 토지제도를 정비할 목적으로 시행된 것이 양전지계사업이다.¹⁾ 당시의 대한제국 정부는 토지측량을 체

* 심사위원: 배병일, 이상욱, 배성호

계적으로 시행하기 위하여 광무 2년(1898년) ‘量地衙門職員及處務規程’을 칙령으로 반포하였고, 이 칙령에 따라 양전사업을 담당할 기관으로서 量地衙門을 설치하였다. 또한 대한제국 정부는 양전사업으로 파악된 토지소유관계를 공인하기 위하여 토지소유문권을 관청에서 발급하는 지계제도를 병행하여 시행하고자 하였다. 이를 위하여 1901년 地契衙門이 설치되었고, 각 도에 지계감리를 파견함으로써 지계발급 업무가 시행되었다. 이렇게 양전사업과 지계발급사업을 병행하도록 한 것은 토지측량사업을 통하여 파악된 토지소유관계를 명확하게 확정할 수 있을 뿐만 아니라, 토지제도의 신속한 정비에도 유용할 수 있는 이점이 있다. 이에 따라 업무의 효율적 추진을 위하여 지계아문은 양지아문으로 통합되면서 양전과 지계발급 업무가 통일적으로 이루어지게 되었다.

이하에서는 대한제국시기에 양전지계사업이 시행될 수밖에 없었던 이유가 무엇인지, 양전사업과 병행한 지계발급사업은 어떠한 과정으로 이루어졌는지, 양전지계사업으로 인하여 정립된 부동산 법제도를 규범적 측면에서 어떻게 평가하여야 되는지를 중심으로 검토하고자 한다.

II. 대한제국의 토지측량사업의 시행과정

1. 토지측량사업의 배경

투고일자 : 2009. 8. 29 심사일자 : 2009. 9. 7 게재확정일자 : 2009. 9. 25

- 1) 대한제국의 양전·지계사업에 대한 연구는 근대화 개혁정책과 관련하여 양전과정과 양안의 기능 및 지계(관계) 발급의 성격을 중심으로 연구되었다. 김용섭, “光武年間の 量田·地契事業”, 『아세아연구』 31, 1968; 배영순, “한말·일제초기의 토지조사와 지세개정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원(박사학위논문), 1988; 김홍식 외, 『대한제국기의 토지제도』, 민음사 1990; 宮嶋博史, 『朝鮮土地調査事業史の研究』, 東京大學 東洋文化研究所, 1991; 왕현중, 『광무양전사업의 다양한 성격과 좁은 시각』, 『역사와 현실』 5, 1991; 최원규, “한말 일제초기 토지조사와 토지법 연구”, 연세대학교 대학원(박사학위논문), 1994; 한국역사연구회 근대사분과 토지대장연구반, 『대한제국의 토지조사사업』, 민음사, 1995; 김홍식 외, 『조선토지조사사업의 연구』, 민음사, 1997; 1720년(숙종 46) 이후 田結을 정확히 파악하기 위한 전국적인 양전사업은 시행되지 못하였다. 특히 田政의 문란은 조선 후기 각종 민란, 특히 동학농민운동이 일어나는 요인이 되기도 하였다. 이후 대한제국이 수립된 뒤 정부는 왕권을 강화하고 통치권을 정비하려는 개혁을 정치·경제·사회 등 다양한 부문에서 시도하였다. 특히, 국가재정을 확보하기 위하여 무엇보다 전국의 토지를 조사하여 田結을 정확하게 파악하는 일이 중요한 것이었다.

대한제국이 양전지계사업을 실시하게 된 배경은 여러 가지 측면에서 파악할 수 있다. 여기에서는 조선말기에 제기된 양전론, 불평등한 조약체결과 조계지의 지계발급 그리고 외국인토지소유금지의 문제를 중심으로 검토하고자 한다.

(1) 조선말기의 量田論

조선 말기에 제기된 양전론(量田論)²⁾의 주장내용을 살펴보면 광무양안의 실시배경을 알 수 있다. 18·9세기에 조선사회는 봉건적인 토지제도와 賦稅制度의 문란으로 농촌사회는 광범위하게 분해 및 재편성되어 신분계급간의 대립이 심화되고 있었다. 이러한 대립은 결국 대규모의 농민항쟁으로 이어졌는데, 그 예가 1811년에 평안도의 농민전쟁과 1862년에 삼남지방의 농민항쟁이다. 정부는 혼란한 사회질서를 재정립하고 토지문제를 해결하고자 하였는데, 이를 위해서 두 가지의 방안이 제시되었다.³⁾ 그 하나는 집권세력에 의해서 제기된 안으로 불합리한 賦稅制度를 개선하는 한도내에서 농민문제를 해결하려는 견해이고, 다른 하나는 실학자들의 안으로 농민항쟁의 원인이 대다수의 농민들이 토지소유관계에서 배제되고 있다는 사실에 기초하여 농민경제를 근원적으로 안정시키기 위해서는 賦稅制度는 물론 토지제도까지를 개혁하여야 한다는 견해이었다.⁴⁾ 특히 후자의 경우에 그 방안으로 井田論, 均田論, 限田論, 貸田論 등의 다양한 토지개혁론이 제기되었다. 정부는 당시의 농민문제를 해결하고 토지질서를 확립하기 위해서는 먼저 토지의 위치, 면적, 지목, 토지소유자, 토지소유권의 변동, 임조권(賃租權), 영대소작권과 같은 농민의 諸權利 등 토지와 관련한 모든 사항을 정확하게 파악하는 量田事業이 선행되어야 함을 인식하였다. 왜냐하면 집권세력이 주장하는 부세제도(지세제도)의 개선이나, 더 나아가 실학자들이 요구하는 토지개혁을 시행하기 위해서는 우선 양전사업을 통한 토지의 정확한 측량이 전제되어야 하기 때문이다.

2) 대한제국의 광무양안(양전지계사업)에 있어서 주장된 李沂, 金星圭, 兪吉濬의 양전 및 전제개혁론 및 양전지계사업에서의 양전론에 대하여, 趙宗植, 「大韓帝國의 土地所有權制度」, 『韓國土地所有權史論』, 학영사, 1993, 210-213면, 214-217면.

3) 崔元奎, 「韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究」, 9면.

4) 윤대성, 「大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立」, 『법사학연구』 제24호, 한국법사학회, 2001, 63-99면.

(2) 조약체결과 租界地 地契發給

1876년 2월 2일 일제의 군사적 위협에 의하여 '강화도조약'이 체결되었고, 이에 근거하여 일본은 치외법권이 적용되는 개항장의 설치와 개항장 내에서 조계(租界; 거류지)의 형식으로 일본인의 定住가 허용되었다. 강화도조약 제4조에 부산을 비롯한 3곳의 통상항에서 토지와 가옥의 임차·造營을 위한 일본인의 거주권을 명시하였고,⁵⁾ '강화도조약부록'에서는 거주권의 내용을 더욱 상세하게 규정하였다. 이로 인하여 대한제국은 전례가 없는 외국인의 토지이용문제에 직면하게 되었다. 비록 외국인의 토지소유권은 허용되지 않았지만, 일본상인의 상업활동과 통행은 조계를 중심으로 사방 10리 이내로 제한하여 허용하였던 것이다.

개항장내의 토지이용권을 확보하기 위한 조계에 관한 조약으로 1877년 1월 30일 '부산항조계조약',⁶⁾ 1879년 8월 30일 '원산진개항조약'⁷⁾ 등이 순차적으로 체결된다.⁸⁾ 그 후 1882년 5월 22일 미국과 체결한 '한미수호통상조약'에도 이러한 내용이 규정된다. 즉 이 조약 제6조는 조선정부는 미국인이 소정의 지대를 지불한다는 조건하에서 토지, 가옥의 임차와 창고의 건축을 허가하여야 한다고 규정하고 있다.⁹⁾ 이러한 租界안의 借地는 사실상 永代借地라고 볼 수 있다. 그런데 1883년 11월 26일에 당시 세계 최강국인 영국은 조선에 더욱 불평등한 조약을 강요하였는데, 그것이 바로 '한영수호통상조약'¹⁰⁾이다. 이 조약은 조계 안에서는 물론 租界밖 10리까지 외국인이 토지를 소유할 수 있도록 하였다. '한영수호통상조약'은 이후 모든 통상조약의 모델이 되었으며, 동시에 이미 이전에 체결한 일본과 미국과의 통상조약에서도 최혜국대우조항에 의해서 소급 적용하게 되었다. 외국인의 한국에서의 활동은 租界 및 租界밖 10리 내에서 더욱 자유롭게 되었다. 이제는 제물포, 원산, 부산 등과 같이 지정된 장소 안에서 토지·

5) '江華島條約'에 대해서는 국회도서관 입법조사국, 『구한말조약회집』 상, 1964, 13면.

6) '釜山港租界條約'에 대해서는 국회도서관 입법조사국, 앞의 책(『구한말조약회집』 상), 1-3면.

7) '元山津開港條約'에 대해서는 국회도서관 입법조사국, 앞의 책(『구한말조약회집』 상), 3-6면.

8) 최원규, "韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究", 23면.

9) '韓美修好通商條約'에 대해서는 국회도서관 입법조사국, 『구한말조약회집』 중, 300-301면.

10) '韓英修好通商條約'에 대해서는 국회도서관 입법조사국, 『구한말조약회집』 중, 321-336면.

가옥의 賃借는 물론 소유권을 취득하거나 이전할 수 있게 되었다.¹¹⁾ ‘한영수호 통상조약’에 의하여 외국인의 토지소유금지가 부분적으로 해제됨에 따라서 일제를 비롯한 열강국가들은 租借 및 租界條約을 통하여 개방되는 각 지역마다 토지침탈의 거점을 확보해 갔다. 특히 일본은 가장 적극적으로 조계 및 조계조약을 체결하였을 뿐만 아니라 租界밖의 내륙의 토지도 불법적으로 점유해 갔다.¹²⁾

정부는 租界내에서 외국인의 토지소유가 허가됨에 따라서 외국인의 소유부동산에 대하여 소유권의 증명문서인 지계를 발급해 주었다. 이를 위해서 조계 내의 토지를 조사·측량하여 해당 지역을 각 지구별로 지형에 따라서 등급 및 경계를 정하고, 지구마다 지번도 정하였다. 이와 같은 토지조사 과정에서 한국인의 가옥은 모두 철거되었고 다만 대한제국정부에서 필요한 시설(관청이나 창고 등)등은 허용되었다. 토지조사에 의하여 지역과 지번이 확정되면 당해 토지는 외국인을 대상으로 경매하였다. 경매에 의하여 토지를 매입한 외국인은 10일 이내에 地價를 지불하고, 토지소유권 증명서인 地契를 발급받았다. 지계는 한국정부를 대표하는 관리로부터 관련규정에 따라서 정하여진 서식에 따라 3통을 교부하였다. 지계의 소유자는 당해 연도 地租(토지세)를 정해진 기간내에 租界公司에 납부하여야 하였다. 만약 地租를 체납하거나 납부하지 않을 경우에는 租界公司가 지주자격을 박탈하고 토지를 경매 처분할 수 있었다.¹³⁾

(3) 외국인의 토지소유문제

‘한영수호통상조약’에 의하여 허가구역 내에서만 외국인이 토지를 소유할 수 있었고, 외국인의 租界밖 10리를 넘는 토지소유는 절대적으로 금지됨에도 불구하고 외국인의 土地潛賣는 확대되고 있었다. 따라서 1894년 8월 26일에 대한제국은 ‘국내토지산림광산비본국입적인민불허점유급매매사’(國內土地山林鑛山非本

11) At the above-named places British subjects shall have the right to rent or to purchase land or houses, and to erect dwellings, warehouses and factories ... All arrangements for the selection, determination of the limits, and laying out of the sites of the Foreign Settlements, and for the sale of the land at the various ports and places in Corea open to foreign trades, shall be made by the Corean Authorities in Conjunction with the competent foreign authorities(최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 26면).

12) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 27-28면.

13) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 29면.

國入籍人民不許占有及賣買事)¹⁴⁾를 제정하여 외국인은 국내의 모든 부동산에 대하여 소유는 물론 점유도 할 수 없도록 하였다. 그리고 지방관에게 외국인의 부동산 매매행위를 단속하도록 훈령을 수시로 내리는 조치를 취하였다. 그러나 이러한 조치에도 불구하고 외국인의 토지 매매행위는 감소되지 않았다.¹⁵⁾

대한제국은 외국인의 매매행위를 금지하기 위한 대책을 마련하였는데, 그것은 크게 두 가지 방향에서 강구되었다. 하나는 조선후기부터 제기되고 있었던 것으로, 전국토의 측량하여 토지 관련권리에 대한 국가 관리체제를 확립하는 것이었다. 이렇게 하면 개항이후에 사회문제로 대두된 盜賣나 潛賣문제를 해결할 수 있으며, 국가의 재정문제도 어느 정도 해결할 수 있다고 보았다. 이것이 바로 光武年間에 이뤄진 量田地契事業이다. 다른 하나는 외국인의 불법적인 토지소유를 금지하기 위한 법률의 제정이다. 이에 민사법으로서 '전당포규칙'(典當鋪規則)¹⁶⁾과 형사법으로서 '의뢰외국치손국체자처단예개정건(依賴外國致損國體者處斷例改正件)'¹⁷⁾이 이에 해당된다. 대한제국은 문란한 토지제도를 정비하고, 외국인의 토지소유를 금지하기 위해서는 양전지계사업을 통하여 소유권의 조사 및 공증을 할 필요가 있었고, 이를 위해서는 토지조사가 선행되어야 하였다. 이러한 이유로 광무양전지계사업이 시행되었던 것이다.¹⁸⁾

2. 양지아문의 토지조사

광무 2년(1898년) 7월 2일 조서(詔書)에 의하면¹⁹⁾, '詔曰土地測量事既有政府奏裁矣另設量地衙門處務規程令政府議定以入'라고 함으로써, 토지를 측량하는 일을

14) 『議定存案』, 개국 503년 8월 26일; 내각기록국, 『法規類編』, 건양원년, 212면.

15) 조중식, “大韓帝國의 土地所有權制度”, 221-223면.

16) 법률 제1호, 1897년 11월 2일 공포, 서울대학교 도서관, 『詔勅·法律』, 1991, 728면.

17) 법률 제2호, 1898년(광무2년) 11월 22일 공포, <舊韓國官報> 제1562호, 1900. 5. 1, 8冊, 430면; 서울대학교 도서관, 『詔勅·法律』, 598면. 이 법률 제2조는 “左開汜法者는 既遂未遂를 勿論하고 明律賊盜編謀叛條에 照히야 處斷호는事”라 하고, 그 가운데 “第六 各國約章內所許地段을 制限外에 一應田土森林川澤을 將히야 外國人에게 潛買호는거나 外國人을 附從히야 借名許認호는者에게 知情放賣호는者”를 들고 있다. 서울대학교 도서관, 『詔勅·法律』, 598면; 따라서 외국인에게 매매하거나 이름을 빌려준 자는 미수에 그쳤더라도 명를 도적편 모반조에 따라서 처단할 것을 규정하였다. 崔元奎, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法研究”, 41-42면.

18) 조중식, “大韓帝國의 土地所有權制度”, 218면.

19) 서울대학교 도서관, 『詔勅·法律』, 124면; 詔勅 第五, 46면.

정부에서 이미 하고 있었기 때문에 양지아문처무규정을 관련부서와 합의하여 정하라고 명하였다. 이에 따라서 토지측량을 위한 양지아문과 그 사무에 관한 규정이 제정되었다. 그것이 ‘양지아문직원급처무규정’(量地衙門職員及處務規程)²⁰⁾이며, 광무 2년 7월 6일에 시행되었다.²¹⁾ 이 규정에 의하여 양지아문이 설립되었는데, 제1조는 ‘量地衙門은 内部農工商部에서 請議한 事項을 辦理한 處所로 定할事’라고 규정하여 양지아문이 내부와 농공상부에서 토지조사와 관련한 의결 요청사항을 판단하고 처리하기 위하여 설립된 기관이라고 규정하였다.

양지아문의 토지조사는 한성 5서(漢城五署)에서부터 시작되었는데,²²⁾ 이러한 작업을 효율적으로 수행하기 위하여 量務監理라는 기관을 두었다. 양무감리는 해당 도내 군수 가운데 선임된 者로,²³⁾ 양지사무와 관련하여 양지아문과 각 부(府), 부(部), 원, 청에 보고하고, 관찰사처럼 공문을 사용하여 각 부윤, 군수에게 훈령, 지령을 내릴 수 있는 者이었다.²⁴⁾ 또한 양무감리는 양전하는 토지의 실제 결수와 원장부를 대조하여 숨겨진 토지를 찾는 것도 그 임무이었다. 왜냐하면 양무를 개시한 뒤에 1군씩 측량하여 양안과 차이가 있는 지를 비교하여 양지아문에 보고하면, 양지아문에서 수정하여 탁지부로 이송한 뒤에 結數가 증가되었다고 판단되면 그 監理에게 포상하였기 때문이다.²⁵⁾ 양지아문은 경작가능한 부동산을 조사대상으로 하고, 地目을 세분시켰기 때문에 외국인이 잠매한 토지도 그 대상에 포함되었다.²⁶⁾ 이렇게 地目을 세분한 이유는 국가재정과 국토의 상태를 정확하게 파악하기 위해서이었다.

20) 서울대학교 도서관, 『詔勅·法律』上, 420면 이하; 勅令 六, 勅令 第二十五號.

21) 光武二年七月六日奉으로 되고, 第二十四條에 本令은 頒布日로 始하여 施行할事로 되었음에서 알 수 있다. 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』上, 422면.

22) 第十七條 土地測量을 漢城五署로 始하여 以爲自邇及遠할事. 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』上, 421면.

23) 勅令第十三號 各道量務監理를 該道內郡守中에 擇任하여 爲先試可한件 제1조, 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』上, 452면; 勅令 七.

24) 第二條 量務監理가 量地事務에 關한件을 對하여 量地衙門과 各府部院廳으로 直報하게 하고 觀察使에게 對等公文을 用하며 各府尹郡守에게 訓令指令을 行할事. 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』上, 452면.

25) 第七條 量務을 開한 後에 每一郡씩 隨量繕數하여 本衙門에 續續 上하여 本衙門에서 考訂核策하여 度支部로 轉照되 結數를 多得하면 該監理를 上奏褒賞하고 見習生도 隨其優等하여 需用할事. 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』上, 452면.

26) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 44면.

3. 지계아문의 지계발급사업

(1) 지계제도의 필요성

地契制度는 본래 외국인의 토지소유권을 국가가 증명해 주기 위해서 마련된 제도이었다. 즉 조선이 개항을 한 이후에 租界地에 관한 조약이 다수 체결되었는데, 1883년 11월 26일에 체결된 '한영수호통상조약'에 의해서 외국인은 조계지 및 조계지 10리 이내에서 토지와 건물의 소유권을 취득할 수 있게 되었다. 그러한 경우에 관리관청이 소유권의 진정성을 증명해 주기위해서 발급한 토지소유 문서가 바로 地契이다. 地契는 地券이라고도 한다.²⁷⁾

대한제국은 양전지계사업에 의해서 지계제도를 전국적으로 확대하여 실시하고자 계획하였다. 왜냐하면 조선후기 이후에 소유권의 증명제도인 입안제도는 절차의 복잡성으로 인하여 유명무실하게 되었고, 실제의 토지매매에 있어서는 白文의 형태로 거래되고 있었다. 따라서 이 시기에는 위조문서가 성행하고 盜賣가 빈번하게 이루어지고 있었다. 광무 5년(1901년)에 이르러 전답에 관한 지계제도의 필요성은 더욱 강하게 제기되어 광무 5년 5월 8일에 양지아문을 혁파하고 지계발급을 위한 지계아문이 설치되었다.²⁸⁾ 그런데 지계아문의 설치시기와 관련하여, 대한제국의 1901년 9월 1일의 『일성록』²⁹⁾을 살펴보면, 중추원 의관 김중환은 세금제도를 정비하고, 土地盜賣를 방지하기 위해서는 이를 전담할 관청(지계아문)을 설치하고 官契를 발급하여야 한다고 주장하였다.³⁰⁾ 이 기록에

27) 박병호, 『한국법제사고』, 법문사, 1974, 70면.

28) 박병호, 『한국법제사고』, 71면.

29) 이 책은 조선 영조 36년(1760) 1월부터 1910년 8월까지 조정과 내외의 신하에 관련된 일기이다. 임금의 입장에서 펴낸 일기의 형식을 갖추고 있으나 실질적으로는 정부의 공식적인 기록이다. 현재 이 책은 2,329책이 모두 전하고 있으나, 21개월분이 빠져 있다. 국보 제153호인 이 책은 현재 서울대학교 규장각에 소장되어 있다.

30) 『日省錄』 신축 9월 1日條의 중추원 의관 김중환은 지계 발급의 필요성에 대하여 다음과 같은 주장을 하였다. 「議官金重煥陳疏, 請立土地官契, 賜批疏, 略曰, 夫國之有民, 必自有土, 以其財之源由於土地, 民之生由於財也. 故民庶田關, 是爲政治上急務, 而概庶矣慨關矣, 則固宜裁制有方, 公私憑信而我邦田土率多民墾, 故歸之私有, 官不給契, 因循已久, 弊乃滋萌, 所謂券契, 不過是塗抹墨痕朦朧文字, 憑爲信蹟, 由是而奸僞層生, 眞贗莫辨, 官簿不正, 吏隱漏陞, 以至賣買之際, 偽造之券堆積, 盜賣之弊滋甚, 小以下民之害, 大以爲國家之憂, 苟求其端實由於田土官契, 又復何如哉, 倘使地契一定, 則田土昭詳, 給卜分明, 吏奸莫售, 民隱必露, 貢賦無遺漏之嘆, 賣買無竊弄之患, 則實國政之幸, 民生之利, 臣愚以爲迨此之時, 另立官契條規, 趕速實施, 恐合事宜, 而係是新勅之法, 則事務浩大, 關係慎重, 宜權設一衙, 另選

의한다면 아직 지계아문이 설치되지 않았다는 것을 추단할 수 있다. 지계아문이 설치된 시점은 『일성록』에 근거한다면, 정부가 김충환의 주장을 정부가 받아들여 이와 관련한 법규를 제정한 시점이 될 것이다. 따라서 칙령 제21호 ‘지계아문직원급처무규정’(地契衙門職員及處務規程)이 반포·시행된 시점, 즉 광무 5년(1901년) 10월 20일이 지계아문이 설치된 시기가 된다.³¹⁾ 지계아문이 설치된 이후에 지계아문의 업무는 종래의 양지아문의 업무와 중첩되는 부분이 많게 되었다. 왜냐하면 지계를 발급하기 위해서는 양지아문의 토지조사와 동일한 양전사업이 선행되어야 하기 때문이다. 업무의 효율성을 위하여 양안의 등록과 지계의 발급을 단일기관에 의해서 수행되는 것이 효율적이므로 양지아문과 지계아문은 통합될 필요가 있었다.

지계아문의 양전은 양지아문에서 양전을 하지 않은 지역에 한정되어 실시되었다. 지계아문의 양전사업과 양지아문의 양전사업은 그 실질이 동일하기 때문이다. 그리고 양전의 방식도 양지아문의 조사원칙을 계승하였는데, 단지 지계아문의 실질적인 존재이유가 지계발급이었기 때문에 지계아문의 양안에는 이에 맞는 내용이 기록되었다. 즉 지계아문의 양전은 소유권을 조사하여 관계를 발급하는데 필요한 항목만을 우선 조사하여 기록하였다. 따라서 지계아문의 양안과 양지아문의 양안은 구성내용에 있어서는 다소 차이가 있었다.³²⁾

(2) 지계아문의 지계발급

지계아문의 사무와 지계발급의 원칙은 광무5년(1901년) 10월 22일 제정된 칙령 제21호 ‘지계아문직원급처무규정’에 규정되어 있다.³³⁾ 이 규정에 따르면 지계아문은 한성부와 13도 各府尹의 田土契券을 정리·실시 하는 사무, 즉 田土를 조

幹局人員, 使得辨理方便, 永作不易之典。」라고 소청한 것에 대하여, ‘批以所陳實是急務, 令政府另定條規以入.’이라고 교(敎)함으로써, 관련부서로 하여금 당해 법규를 제정하고 담당관청을 설치하라고 하였다(이에 대하여 박병호, 『한국법제사고』, 71면).

31) 勅令 第二十一號 地契衙門職員及處務規程의 반포일에 대하여, 『日省錄』辛丑 12월 12日條의 願地契衙門職員及處務規程에 의거하여 광무 5년 9월 초9일에 반포한 것으로 보지만, 서울대학교 도서관에서 영인 발간한 규장각자료총서 <議案·勅令(上)>, 603면에 의하면 광무 5년 10월 20일에 받들어 시행한 것으로 되어있다. 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』上, 601-603면.

32) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 67면.

33) 『관보』 제2024호, 광무5년 10월 22일.

사하여 양안을 만들고 이에 기초하여 舊契는 폐쇄하고 新契는 還給하는 지계발급에 관한 임무를 담당하였다. 그러나 이 규정은 같은 해 11월 11일 일부의 내용이 보완되어 개정령으로 공포되었다. 그 주요한 내용은 다음과 같다.³⁴⁾

첫째, 지계발급의 대상 부동산을 전자에서는 田土에 한정하였지만, 개정칙령에서는 산림·川澤·家畬까지 확대하였다(제1조).³⁵⁾ 이 시기에 일본인들은 田土뿐만 아니라 산림·천택·가사 등에도 사실상의 소유를 확대하고 있었기 때문에 그 소유관계를 파악할 필요가 있었다.

둘째, 대한제국 이외의 사람은 관계를 발급받을 수 없도록 개정령에서 명확히 규정하였다(제10조). 즉 산림, 토지, 전답 및 家畬는 한국인 이외에는 소유주가 될 수 없다는 원칙하에서 지계가 발급되었다.³⁶⁾ 그러나 이러한 원칙은 각 개항구내에서는 적용되지 않았다(제10조 단서). 개항구내는 치외법권지역으로써, 이미 외국인의 토지소유를 허용하고 있었기 때문이다.

셋째, 산림·토지·전답 및 家畬의 소유자가 官契의 발급을 원하지 않을 경우에, 만약 발각이 되면 원가의 10분의 4에 해당되는 벌금을 부과하고 관계를 환급하도록 하였다(제11조).³⁷⁾ 그리고 화재 등으로 官契가 멸실된 경우에는 原主는 당해 지방관청에 보고하여 다시 成給하도록 하였다(제12조).³⁸⁾

이후 '地契監理應行事目'에서는 관계발급의 대상을 민유뿐만 아니라 국공유지 및 능(陵)·원(園)·묘(墓)·궁(宮)·교(校)·역(驛)·둔(屯)·원(院)·숙(塾)·사찰(寺刹) 등도 포함되었다(제11조). 따라서 관계발급의 대상자는 왕실을 비롯하여 공공단체, 관청 등은 물론 기존의 토지소유자로서 외국인을 제외한 대한제국인은 모두 해당되었다. 이렇게 발급된 대한전토지지계(大韓田土地地契)의 뒷면(後開)에는 地契規則이 기재되어 있다.³⁹⁾ 그 내용을 살펴보면, 전답이 있는 대한

34) 최원규, "韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究", 96-97면.

35) 칙령 제21호 지계아문직원급처무규정 제1조와 칙령 제21호 '지계아문직원급처무규정(개정령) 제1조.

36) 제10조 山林土地田畠家畬는大韓國人外에所有主되물得치못홀事. 서울대학교 도서관, 「議案·勅令」上, 602면.

37) 제11조 山林土地田畠家畬所有主가官契를不願호다가現發호는者는原價十分四罰金에處호고官契는換給홀事. 서울대학교 도서관, 「議案·勅令」上, 602면.

38) 제12조 官契를水況火災或閼失호는境遇에는原主가當該地方官廳에報明호야證據가의確호後更히成給홀事. 서울대학교 도서관, 「議案·勅令」上, 602면.

39) 그 내용은 다음과 같다.

一,大韓帝國人民이田畠이有호는者는此官契를必有호대舊契는勿施호야本衙門에收納홀事.

제국인민은 이 관계가 반드시 있어야 그 유효성을 보장받으며, 舊契는 효력이 없기 때문에 지계아문에 반납하여야 한다. 그리고 전답소유주가 전답을 매매 하는 경우에는 매매사실을 알려주기 위해서 官契를 해당관청에 보여주어야 하며, 典質하는 경우에는 해당지방관청에 認許를 얻은 후에 이를 하여야 한다. 전답소유주가 관계를 원하지 않아서, 매매를 하는 경우에 소유권이전을 알려주기 위해서 관계를 해당관청에 보여주어야 하는데 이를 하지 않거나 典質한 경우에 관청의 허가가 없는 경우에는 당해 전답은 몰수하도록 하였다. 대한제국인민 외에는 전답소유주가 되는 권리가 없기 때문에 借名 또는 개인적으로 매매·전질하는 경우에는 모두 처벌되고 원주인의 전답은 몰수된다고 하였다. 이와 같이 대한제국인민이 전답을 소유하거나 매매 등에 의하여 소유가 이전된 경우에는 반드시 관계(官契; 地契)를 발급받아야 하고, 이를 하지 않는 경우에는 몰수하도록 하였다. 따라서 대한제국기의 광무양전사업에 있어서 지계아문에 의한 지계발급은 거래질서를 안정화시키기 위해서 토지소유권을 국가가 증명하여 준 조치라고 할 수 있다.⁴⁰⁾

III. 대한제국의 부동산 법제

1. 대한제국시기의 토지법제

一, 田畓所有主가該田畓을賣買或讓與하는境遇에는官契를換去하며典質하는境遇에는該地方官廳에認許를得은後에施行할事.

一, 田畓所有主가畓官契를不願하고賣買或讓與할時에官契를換去치아니하거나典質할時에官許가無은즉該田畓은一切屬公할事.

一, 大韓帝國人民外에는田畓所有主되는權이無은니借名或私相賣買典質讓與하는弊가有은者는并一律에處하고該田畓은原主記名人의有을認하야一切屬公할事.

一, 官契를水況火災或闕失한境遇에는領有者가該地方官廳에報明하야證據가의確한後에更히成給하대如或證據가無을許施하엿든가現露하면該田畓價額을其時地方官에게責徵할事.

一, 田畓官契를三片에印出하야第一片은本衙門에保存하고第二片은領有者에게付與하고, 第三片은該地方官廳에保存하야賣買典質或讓與할時에該地方官廳存案件을符准後에施行할事.

一, 官契를成給할時에畓壹負에葉錢三分火田壹負에葉錢一分式을收入하야紙地及印刷費에應用할事.

一, 田畓을賣買하는境遇에는原價百分의壹을拈하대賣買人이折半式分擔하야該地方官廳에納하야本衙門에輸納할事. 라고 인쇄되어 있다. 이에 대하여 상세한 것은, 박병호, 『한국법제사고』, 72면.

40) 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 84면.

대한제국의 光武年間을 전후하여 제정되어 시행된 토지에 관한 법제를 개관하면 다음과 같다.⁴¹⁾

토지일반에 관한 법제로서 강점늑매된전지산림가옥을추환하는건(強佔勒買된田地山林家屋을推還하는件, 議案, 고종31. 7. 15), 양서군토중매하한건을환퇴하는건(兩西軍土中賣下한것을還退하는件, 광무4. 11. 24), 각궁경리원소관토지문부중에혼입탈입된사토를조사하여하급하는건(各宮經理院所管土地文簿中에混入奪入된私土를調査하여下給하는件), 토지개간에관한건(土地開墾에關한件, 宮內府令제4호, 광무10. 7. 27), 토지산림광산을본국입적인이아니면점유매매를불허하는건(土地山林礦山을本國入籍人이아니면占有賣買를不許하는件, 議案, 고종31. 8. 26), 내수사및각궁소속장토도장을폐지하는건(內需司및各宮所屬庄土導掌을廢止하는件, 宮內府令제1호, 광무11. 6. 5) 등이 있다.⁴²⁾

양전에 관한 법제로서 전국지의토지를측량하는건(全國의土地를測量하는件, 奏本, 광무2. 6. 23), 양지아문처무규정을의정하는건(量地衙門處務規程을議定하는件, 詔勅, 광무2. 7. 2), 양지아문직원급처무규정(量地衙門職員及處務規程, 勅令제25호, 광무2. 7. 6), 양지아문견습생규칙(量地衙門見習生規則, 양지아문령제1호, 광무3. 4. 24), 각도양무감리를해도내군수중에서택임하는건(各道量務監理를 該道內郡守中에서擇任하는件, 勅令제13조, 광무3. 4. 24), 각도도양무감리택임건개정(各道量務監理擇任件改正, 勅令제21호, 광무4. 6. 12), 양무위원임명규칙(量務委員任命規則, 양무아문령제1호, 광무4.10.8), 양무아문과지계아문을통합하는건(量務衙門과地契衙門을統合하는件, 奏本, 광무6. 3. 17), 탁지부양지국관제(度支部量地局官制, 勅令제11호, 광무8. 4. 19) 등이 있다.⁴³⁾

토지의 소유권에 관한 법제로서 토지건물의매매교환양여전당에관한건(土地建物の賣買交換讓與典當에關한件, 法律제6호, 광무10. 10. 16), 토지가옥증명규칙(土地家屋證明規則, 勅令제65호, 광무10. 10. 26), 토지가옥증명규칙시행세칙(土地家屋證明規則施行細則, 法部令제4호, 광무10. 11. 2), 토지가옥증명사무처리순서(土地家屋證明事務處理順序, 法部訓令, 광무10. 11. 2), 토지가옥증명규칙시행세

41) 尹大成, “한국의 토지법률제도의 과거·현재·미래”, 「대한민국 건국 50주년기념 제1회 한국법학자대회논문집(韓國法學50年-過去·現在·未來(II))」, 한국법학교수회, 1998, 127-129면.

42) 정궁식, 「한말법령체계분석」, 한국법제연구원, 1991, 125-126면.

43) 정궁식, 「한말법령체계분석」, 126면.

척질시에관한건(土地家屋證明施行細則實施에關한件, 법부훈령, 광무10. 11. 9), 토지가옥전당집행규칙(土地家屋典當執行規則, 勅令제80호, 광무10. 12. 26), 토지가옥전당집행규칙시행에관한세칙(土地家屋典當執行規則施行에關한細則, 법부령제2호, 광무10. 12. 29) 등이 있다.⁴⁴⁾

광무년간(1906-1907)에 이뤄진 토지 등에 관한 부동산입법을 한 내용을 살펴보면, 가계발급규칙(家契發給規則)이 1906년 5월 24일에 내부령 제2호로 시행되었고, 토지건물의매매교환양여전당에관한법률(土地建物の賣買交換讓與典當에關한法律)이 같은 해 10월 16일에 시행되었다. 이어서 토지가옥증명규칙(土地家屋證明規則)이 같은 해 10월 26일에 공포되고, 토지가옥증명규칙시행규칙(土地家屋證明規則施行規則)이 같은 해 11월 2일에 공포되고, 토지가옥전당집행규칙(土地家屋典當執行規則)이 같은 해 12월 26일에 공포되었다. 대한제국은 1907년 12월에 부동산법조사회에 이어서 민법, 형법, 민사소송법, 형사소송법 및 부속법령의 기안을 목적으로 법전조사국을 설치하였다. 법전조사국에 의하여 입법된 부동산입법의 내용을 보면, 토지가옥소유권증명규칙(土地家屋所有權證明規則), 토지가옥소유권증명규칙시행세칙(土地家屋所有權證明規則施行細則), 토지가옥증명사무에관한건(土地家屋證明事務에關한件) 등을 들 수 있다.⁴⁵⁾

2. 부동산 법제

(1) 土地建物の賣買交換讓與典當에 관한法律

1) 不動產權所關法の 제정논의와 수정

대한제국의 광무양전지계사업이 일본의 러일전쟁승리와 을사보호조약의 체결로 인하여 중단된 이후, 애국계몽단체인 大韓自強會⁴⁶⁾는 1906년 5월 25일 부동산

44) 정궁식, “한말 법률기초기관에 관한 소고”, 『한국법사학논총』 (박병호교수화갑기념 2), 박영사, 1991, 127면.

45) 이와 같은 대한제국의 광무연간에 입법된 부동산법의 분석으로 일제의 초기적 한국관습법조사사업과 관련하여 이뤄진 것으로, 윤대성, “日帝의 初期的 韓國慣習法調査事業과 不動產立法”, 『私法の 諸問題』 (경허김홍규박사화갑기념 2), 삼영사, 1992; 同人, 『한국민사법제사연구』, 창원대학교출판부, 1997, 94-105면.

46) 이 시기의 각종 단체에 대해서는 김도형, “대한제국 말기의 국권회복운동과 그 사상”, 연세대학교 대학원(박사학위논문), 1988 참조.

산 거래질서에 대한 건의서를 참정대신에게 전달하였다.⁴⁷⁾ 그 건의서의 내용은 다음과 같다.⁴⁸⁾ 契券의 법이 확정되지 않고 관(官)을 거치지 않고 매매하는 결과 위조문권으로 潛賣, 도전(盜典)의 폐가 성행하고 부자간·형제간·친척간에 일어나 道義가 손상되고 있다. 이러한 폐해를 막기 위하여 契券을 동장, 면장의 인증과 지방관의 조사를 거친 후 증명을 받아 거래하여야 한다고 건의하였다.⁴⁹⁾

이와 같은 건의와 여론에 따라 대한제국은 1906년 7월 13일 토지소관법기초위원회를 설치하고 ‘不動產權所關法’을 제정하였다. 이 법의 주요한 내용은 다음과 같다. 우선 이 법의 적용대상인 부동산은 전답, 산림, 천택 기타의 토지와 가옥 기타 토지의 정착물이라고 규정하였다(제2조). 그리고 부동산의 매매, 전당, 임대, 讓與⁵⁰⁾의 경우에 소유자는 지권으로 사유를 명기하고 그 소재지의 이장과 면장의 證印을 받은 것을 첨부하고, 당해 지방 군수 또는 부윤 또는 감리에 청원하여 인허를 받아야 한다(제3조). 또한 호주의 허가장이 없이는 가족의 별유 부동산을 매도·전당·임대할 수 없도록 하였다.(제9조) 그 이유는 대한자강회가 정부에 제출한 건의서에서도 잘 나타나 있는데, 당시의 潛賣로 인한 소유권 분쟁이 주로 가족이나 친족사이에 발생하고 있었기 때문에 이를 규제하기 위해서 본조가 삽입되었던 것이다. 그리고 본법에 규정이 없는 사항에 대해서는 현행법령에 의한다고 함으로써 외국인의 토지소유는 여전히 금지되었다(제23조). 부동산을 임차할 경우에는 등기하도록 되어있었다(제4조). 그 밖에 이 법의 시행을 강제하기 위하여 위반자에 대하여 태형과 징역형의 형벌과 손해배상 등의 처벌규정이 있었다.⁵¹⁾ 그러나 일제와의 협의과정에서 통감인 伊藤博文의 법률고문인 梅謙次郎이 ‘부동산권소관법’을 검토하면서 일부의 규정이 수정되었다. 우선 법률안의 명칭이 너무나 광범위하기 때문에 그 명칭을 ‘토지건물의매매교환양여전당에관한법률’로 고칠 것, 讓與는 무상만을 의미하니 교환을 첨가할 것, 임차권과 관련하여 소작권의 등기문제는 별도의 법을 제정할 때까지 유보할 것 등이었다. 그리고 등기하지 않을 경우에는 무효가 아니라 제3자에게 대항하지 못하도록 할 것, 태형위주의 형벌규정은 악의적인 경우에만 실시하고 민법상의

47) 『대한자강회월보』(상) 1, 1906, 43-44면.

48) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 151-152면; “建議書”, 『대한자강회월보』(상) 1, 1906, 43-44면 및 58-59면.

49) 물론 그 대상은 대한국신민에 한정할 것을 전제로 한 건의안이었다.

50) 증여를 의미한다.

51) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 153-155면.

손해배상규정을 일반적으로 적용할 것 등이었다.⁵²⁾

2) 土地建物の賣買交換讓與典當에 관한法律

‘부동산법소관법’은 그 명칭이 수정되어 법률 제6호 ‘토지건물의매매교환양여전당에관한법률’로 광무 10년(1906) 10월 16일에 공포되었다.⁵³⁾ 이에 따라서 지계발급을 통하여 증명된 자신의 토지소유권을 부동산 소재지의 리장, 면장의 證印을 받아 군수, 부윤에게 제출하여 인허(認許)를 받은 후에 등기부에 기입함으로써 토지소유권을 법적으로 인정받게 되었다. 즉 토지나 건물을 매각, 양여하거나 교환 혹은 전당하고자 할 때에는 소유자가 계권(契券) 및 그 사유를 밝힌 서면을 당해 토지나 건물 소재지의 리장, 면장에게 그 證印을 받은 뒤에 군수, 부윤에게 제출하여 그 인허를 받아야 한다. 다만 경성(京城)에서는 통수(統首)의 증인을 받은 뒤에 한성부의 인허를 받아야 하였다(제1조). 부동산 소유권의 인허를 받기 위해서는 신청서에 토지 등 부동산의 소재지, 토지 등 부동산의 종류, 대지의 4표, 자호 및 그 수량의 표시, 매가, 교환물 또는 채권의 표시 또는 양여의 사실, 토지 등 부동산의 전당 또는 임조를 한 사유, 그 연월일, 당사자 및 보증인의 주소, 성명을 기재하여야 한다(제2조). 이것은 오늘날 등기신청서에 기재하는 사항과 유사하다. 이것은 부동산소유권의 변동에 있어서 그 목적물, 변동사유 등이 상세하게 나타난다는 점에서 단순히 소유권의 증명을 해주는 지계발급규칙보다 그 형식에 있어서는 발전된 것이라고 할 수 있다. 그리고 만약 등기부에 등기할 사항을 등기하지 아니한 때에는 제3자에게 대항할 수 없도록 하였다(제7조). 등기부에 등기사항을 등기함으로써 제3자에 대한 대항력을 인정한 것은 일본부동산법이 취하고 있었던 입장이다. 또한 부동산 소유권을 매매, 교환, 양여로 취득하거나 전당이나 임대차(賃租)한 경우뿐만 아니라 그것들이 무효가 되거나 효력이 소멸한 경우에도 군수, 부윤의 인허를 받아서 말소등기할 수 있었다(제6조).

그런데 ‘토지건물의매매교환양여전당에관한법률’은 외국인의 토지소유를 금지하고 있었기 때문에 통감부의 일본인 보호정책과 상반되는 법률이었다. 이미 통

52) 이와 같이 대한제국과 일제와의 사이에 협의과정에 대하여, 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 155면 이하 참조.

53) 法律 제6호 土地建物の賣買交換讓與典當에關한法律, 서울대학교 도서관, 『詔勅·法律』, 688면 이하.

감인 伊藤博文은 일본 민법제정에 상당한 영향력을 행사한 梅謙次郎이 회장으로 있는 부동산법조사사회로 하여금 대채입법을 준비하고 있었다. 그것이 '토지가옥증명규칙'이다.⁵⁴⁾

(2) 토지가옥증명규칙

1) 토지가옥증명규칙의 입법취지와 특징

광무10년(1906년) 10월 16일 법률 제6호로 공포된 '토지건물의매매교환양여전당에관한법률'은 같은 해 10월 26일에 칙령 제65호 '토지가옥증명규칙'으로 대체되었다.⁵⁵⁾ 이 규칙은 같은 해 12월 1일부터 시행되었다. 그리고 이 칙령의 시행을 위하여 광무 10년 11월 9일자 훈령(訓令)인 '土地家屋證明規則施行에關한注意件'⁵⁶⁾이 제정되었다. 이 훈령에는 토지가옥증명규칙의 입법취지가 상세하게 규정되어 있는데, 그 내용은 다음과 같다. "나의 나라에는 민법이 不備하기 때문에 인민이 소유하는 토지·가옥 등 일체의 不動產 契券은 관청에 고하여 완전하게 증명받아야 함에도 불구하고 그리하지 않아서 때때로 소유권이 침탈되는 폐해가 많았다. 그래서 정부에서는 부동산조사사회를 설치하고 '토지가옥증명규칙및시행규칙'을 우선 제정하여 반포 및 시행하게 되었다"라고 하여 이 증명제도의 제정취지를 밝히고 있다.

한 가지 중요한 사실은 '토지가옥증명규칙'에 의해서 그동안 부인되었던 외국인의 토지소유가 비로소 합법화되었다는 점이다. 즉 당사자의 일방이 외국인으로 본칙에 의하여 증명을 받는 경우에는 일본이사관의 조사를 받아야 하고 만약 받지 못한 경우에는 증명을 받은 계약서의 효력은 부인된다. 그리고 당사자

54) 최원규, "韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究", 160면 참조.

55) 勅令 제65호 土地家屋證明規則, 서울대학교 도서관, 「議案·勅令」下, 206-207면.

56) 그 내용은 다음과 같다. 我國에民法이不備하야從來人民의所有한土地家屋等一切不動產에契券이初無告官完全證明하고所有權을或見侵奪하는弊가多한지라所以政府에서特設不動產法調査會하고土地家屋證明規則及施行規則을爲先制定하야頒布實施하노니將來證明規則及施行細則與證明簿認證簿手數料納付書各式樣하야照數頒給管下各府郡하며並示轉訓하야本年十二月一日로부터內外國人民이凡於土地家屋賣買也와贈與也와交換也와典當也에並受證明하되悉依定章하야一一遵施이고其施行等節을臚列示于左하노니另加注意하야凜遵無違함이可하기로茲에訓令하노니此를施行事. 이에 대하여, 박병호, 앞의 책(『한국법제사고』), 75면 참조.

의 쌍방이 외국인으로 증명을 받고자 할 때에는 일본이사관에게 신청하여 일본 이사관이 먼저 당해 군수 혹은 부윤에게 사실관계를 조회하여 토지가옥증명부에 기재한 후에 증명하도록 하였다(제8조).⁵⁷⁾ 이로써 외국인(일본인)이 토지 등 부동산을 취득하여 합법적으로 소유권의 증명을 받을 수 있게 되었다. 이러한 '토지가옥증명규칙'은 '토지건물의매매교환양여전당에관한법률'과 비교하면 다음과 같은 차이가 있다.⁵⁸⁾

첫째, 매매·증여·교환 등의 소유권과 전당권에 대한 계약만을 한정하여 조사하고 증명할 뿐, 賃組를 제외시켰다. 따라서 사용권이나 경작권은 증명대상에서 배제되었다.

둘째, 인증권자를 면장과 이장에서 통수와 동장으로 바꿨고, 인허를 담당했던 군수를 증명권자로 하였다.

세째, 등기제도 대신에 증명제도를 채택하고, 제3자 대항력에 관한 규정을 삭제하였다. 공적장부의 명칭도 등기부에서 토지가옥증명부로 변경되었다. 이 규칙은 계약서에 증명을 해주는 공증계약제도로써 계약자 쌍방에 대해서만 집행력을 가지고, 증명부는 거래당사자들간의 거래사실을 증명해주는 장부에 지나지 않았다. 즉 계약증명제도에 불과하였다.

넷째, '토지건물의매매교환양여전당에관한법률'이 契券과 신청서를 작성하도록 한데 비하여 이 규칙은 당해 계약서를 증명하는 방식을 취하였다.

다섯째, 외국인의 토지거래를 장래에 대해서 전면적으로 허용한 것이었고, 아직 이전에 잠매한 토지에 대해서 그 소유권을 증명해 준 것은 아니었다.

2) 소유권 증명의 절차와 효력

소유권의 증명절차를 보면, 당사자는 토지 또는 가옥을 매매·증여·교환 또는 전당을 하는 경우에 그 계약서에 통수 또는 동장의 인증을 받아야 하고, 계약서에 인증을 받은 뒤에 군수 또는 부윤의 증명을 받아야 한다(제1조). 군수

57) 제8조 當事者의一方이外國人으로本則을依하야證明을受호는境遇에는日本理事官의査證을受호되 | 若理事官의査證을受치못하면第二條의効力を生치못함이라. 當事者의兩方이外國人으로證明을受호즈홀時는日本理事官에게具申하야日本理事官이先히當該郡守或府尹에게知照하야土地家屋證明簿에記載호後證明함이라. 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』 下, 207면.

58) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 165-166면.

및 부윤이 증명을 할 때에는 토지가옥증명부에 그 기재사항을 기재하여야 한다(제3조). 이를 위하여 군수 및 부윤은 토지가옥증명부를 비치하여야 하고(제3조), 누구든지 이를 열람할 수 있다(제4조). 만약 통수, 동장, 군수 및 부윤이 고의, 과실로 권리가 없는 자의 청구를 인증 또는 증명하거나 이유 없이 인증 또는 증명을 거절 또는 태만하거나 토지가옥증명부에 부실기재를 하거나 또는 토지가옥증명부의 열람을 거절한 때에는 이로 인하여 손해를 받은 자에게 배상할 책임이 있다(제6조). 한편 당사자의 일방이나 쌍방이 외국인(일본인)인 경우에도 소유권의 증명을 받을 수 있게 되었다(제8조). 그리고 소유권의 증명을 받는 경우에는 어떠한 효력이 발생하는지에 대하여 제2조에서 규정하고 있다. 즉 소유권 증명절차에 의하여 증명을 받은 계약서는 완전한 증거자료가 되었다. 또한 이 정본에 의하여 당해 관청에서는 바로 집행력을 갖게 된다(제2조). 따라서 당사자 사이에 소유권에 대한 다툼이 있는 경우에는 증명을 받은 계약서는 오늘날의 판결문과 같은 완전한 증거로서 집행력이 있는 것이다. 이로써 부동산 소유권은 법적 공인을 받게 되었다.⁵⁹⁾ ‘토지가옥증명규칙’은 통감부가 외국인 특히 일본인의 현재의 토지소유를 합법화시키는데 초점을 맞춘 臨時措置法이었다. 그래서 그 내용을 보다 정비할 필요성이 있었다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.⁶⁰⁾

첫째, 이 규칙은 증명을 받은 典當의 경우에 채무자가 변제기에 채무를 이행하지 않을 경우에 구제수단이 없었기 때문에 전당증명을 받아도 실효성이 담보되지 않았다. 그래서 전당의 집행을 보다 상세하게 규정할 필요가 있었다. 또한 이 규칙의 제정이전에 잠매한 토지에 대해서는 언급이 없었기 때문에 이를 합법화시킬 필요가 있었다. 이러한 이유로 ‘토지가옥전당집행규칙’과 ‘토지가옥소유권증명규칙’이 제정되었다. 먼저 ‘토지가옥전당집행규칙’은 1906년 12월 28일 칙령 제80호로 공포하였다. 당시의 일본인들은 소자본으로 토지를 획득할 수 있는 유리한 방법으로 典當을 이용하고 있었다. 이들은 한국인의 토지를 전당할 경우에는 地價가 100원이면 월4-7푼의 高利로 3-40원 정도를 대부하면서, 변제기에 상환하지 않으면 즉시 토지소유권을 이전하는 유질계약을 체결하는 것이 일반적이었다.⁶¹⁾ 그리고 이러한 내용이 ‘토지가옥전당집행규칙’에 그대로 반영되

59) 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 93면.

60) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 175-178면.

61) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 175면.

었다. 즉 이 전당규칙은 토지가옥증명규칙에 의하여 증명을 받은 전당에 대해서 적용하는 것을 목적으로 하여(제1조), 채권자는 토지·가옥을 전당함에 있어서 유질계약⁶²⁾을 맺을 수 있도록 하였다(제2조). 그리고 유질계약 등의 별단의 계약이 없는 경우에는 채무자가 채무이행기에 채무를 상환하지 않는 경우에는 전당의 목적인 토지·가옥을 경매할 수 있도록 하였다(제3조). 그런데 대개의 일본인 자금업자들은 복잡한 경매절차보다는 단순한 유질계약을 통하여 계약위반시에 소유권이 즉시 귀속시키는 방법을 즐겨 사용하였다.⁶³⁾ 이러한 유질계약의 도입으로 지금까지 관행상으로 인정되어온 환퇴제도⁶⁴⁾는 유명무실하게 되었다. 이것은 채무자인 한국인보다 채권자인 일본인 자금업자의 입장을 고려하여 입법화되었다는 것을 반증하는 것이다. 이로 인하여 일본인들은 조선의 토지를 집적할 수 있게 되었다. 또한 이 전당규칙은 일본인의 금융자본을 활성화시키기 위해서도 이용되었다. 금융자본이 활성화되기 위해서는 담보물의 안정적인 확보가 필요한데, 당시는 토지조사에 기초한 부동산등기제도가 완비되지 않았기 때문에 담보설정에 문제가 있었다. 이에 '토지가옥증명규칙'에 典當 항목을 설정하고, 전당집행규칙을 제정하여 실제 집행할 수 있도록 제도적 장치를 마련한 것이다.⁶⁵⁾

둘째, 이 규칙은 그 시행이전에 토지·가옥의 소유권을 취득한 자에 대한 경과조치가 없었다. 그래서 이를 보완하기 위해서 칙령 제47호로 '土地家屋所有權證明規則'을 공포·시행하였다. 이 칙령의 시행 이전에는 토지·가옥의 소유권을 취득한 자는 토지·가옥의 소유권을 임시적으로 다른 사람에게 이전하고 다시 그 자로부터 자기 앞으로 이전을 하여 그 증명을 받던가, 아니면 그 토지·가옥을 다른 사람에게 전당을 하여 전당의 증명을 받음으로써 간접적으로 소유

62) 유질계약(流質契約)이란 채무의 변제에 대신하여 채권자로 하여금 채무의 담보로 맡겨진 물건(질물)의 소유권을 취득하는 것을 말한다. 현행민법은 약자를 보호하고 폭리행위를 규제하기 위하여 이러한 유질계약을 금지하고 있다(명순구, 『민법총칙』, 법문사, 2005, 385면).

63) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 176면.

64) 還退制度는 채권의 담보를 목적으로 매매계약을 체결할 때에 소유물을 환매할 것을 조건으로 하는 특약을 맺는 것으로서 17세기 경부터 특히 土地의 경우에 일반적으로 시행되었다. 이것은 전당의 使用受益權(耕作權)을 매매하여 매수인이 일정 기간 동안 경작한 다음 약속한 期限이 도래하면 매도인은 처음에 지급했던 매매대금을 매수인에게 돌려주고 그 전당에 대한 경작권을 되찾는 慣習上의 토지매매제도이다. 이것을 退賭地賣買 또는 先賭地賣買라고도 하였다(박병호, 『한국법제사』, 81-92면.).

65) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 178면.

권의 증명을 받아야 하였다.⁶⁶⁾ 이것은 이미 조선의 토지를 잠매하여오던 일본인들의 입장에서는 매우 번거로운 일이었다.

(3) 토지가옥소유권증명규칙

융희 2년(1908) 7월 20일에 칙령 제47호로 공포되고, 같은 해 8월 1일부터 시행한 ‘土地家屋所有權證明規則’⁶⁷⁾은 일본인들을 위하여 ‘토지가옥증명규칙’의 시행에 따른 문제점을 보완한 입법이었다. 즉 동 규칙의 시행 이전에 토지·가옥의 소유권을 취득한 경우에도 소유권의 증명을 받음으로써 당해 권리가 보호될 수 있도록 하였던 것이다. 과거의 자국의 토지질서를 유지하기 위하여 외국인의 토지점탈을 불법으로 평가한 무효한 행위를 통감부의 영향력하에서 소급하여 유효한 행위로 평가하였던 것이다. 또한 동 규칙의 시행 이후에 매매·증여·교환 이외의 원인으로 토지 가옥의 소유권을 취득한 경우까지 확대하여 소유권의 증명을 받을 수 있도록 하였다. 이것은 소유권이 존재한다는 것을 증명받는 것이었기 때문이다. 따라서 이 칙령은 ‘토지가옥증명규칙’이 거래를 전제로 하여 계약서에 증명을 받음으로써 그 소유권 증명을 받았던 것과는 다르게, 소유권이라는 권리의 존재를 직접 증명 받았다는 점에서 차이가 있다.

소유권 증명을 받을 수 있는 사유는 두 가지가 있다. 하나는, 토지가옥증명규칙의 시행 이전에 토지 또는 가옥의 소유권을 취득한 경우이고, 다른 하나는 토지가옥증명규칙의 시행 이후에 매매, 증여 또는 교환에 의하지 않고 토지 또는 가옥의 소유권을 취득한 경우이다(제1조). 토지가옥증명규칙은 계약서에 증명을 함으로써 소유권을 法認한 것이었지만, 이 칙령의 시행으로 바로 권리로서의 소유권을 증명하는 것이다. 그 절차는 토지가옥증명규칙에 맞게 되었다(제2조). 이 칙령 제47호는 ‘토지가옥증명규칙’을 보완한 소유권 증명제도라고 할 수 있다. 이에 따라 종래의 일본인이 행한 토지점탈행위는 모두 유효한 행위로 전환되어 소유권자로서 보호받게 되었다.⁶⁸⁾

66) 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 93면.

67) 勅令 제47호 土地家屋所有權證明規則, 서울대학교 도서관, 『議案·勅令』下, 512면.

68) 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 94면.

IV. 대한제국의 토지측량사업과 부동산 법제에 대한 평가

1. 大韓帝國國制의 전근대성

대한제국시기에 형성되어 있었던 토지사유제의 실제적 내용이 무엇인지를 검토하기 위해서는 대한제국의 國體와 政體에 대한 고찰이 선행되어야 한다. 이것은 대한제국의 헌법이라고 할 수 있는 '大韓帝國國制'의 全文內容을 파악해 보면 보다 분명해 진다. 1899년 8월 17일 고종은 “나라를 다스리는 사람은 반드시 나라의 제도를 반포하여 보임으로써 政治와 君權이 어떠한가를 명백히 해야 한다. 그런 후에야 신하와 백성들로 하여금 법을 준수하며 여기는 일이 없도록 할 수 있다. 우리나라에서 아직도 일정한 제도를 반포한 것이 없는 것은 결함이 아닐 수 없다. 法規校正所로 하여금 나라의 제도를 잘 생각하여 만들어 보고하라.”라는 지시에 의하여 全文 9個條의 ‘대한제국국제’가 제정되어 반포되었다.⁶⁹⁾ 그 내용을 살펴보면 다음과 같다. 대한제국은 세계만국이 공인한 자주독립의 제국이요(제1조), 전제정치에 기초한(제2조) 황제의 권력은 無限하다고 규정하였다(제3조). 따라서 국방(제5조), 입법 및 사법(제6조), 행정(제7조), 외교(제8조) 등 국가가 행사하는 일체의 권력이 모두 황제의 권한에 속하며, 이러한 무한한 황제의 권력은 신성불가침한 것이므로 황제권에 도전하는 자는 무조건 처벌한다고 규정하였다(제4조). 이러한 ‘대한제국국제’의 내용을 고려해 본다면, 대한제국은 主權이 군주에게 소재하는 형태로서 國體는 군주국이고, 政體는 전제정치를 구현하는 국가이므로 전제군주국가라고 할 수 있다. 이렇게 ‘대한제국국제’는 무한한 군주권에 대해서만 규정하였고, 이러한 권력을 통제할 수 있는 최소한의 권력분산장치도 없을 뿐만 아니라 특히, 국민의 기본적 인권과 관련한 규정이 전혀 없다는 점에서 근대적인 헌법에 속한다고 할 수 없다.⁷⁰⁾ 이것은 조선과 대한제국의 실체가 類似하다는 것을 의미한다. 따라서 대한제국시기의 최고 법규범에 의하여 설정된 무한한 전제군주권의 영향하에서는 토지측량사업으로 토지

69) 『高宗太皇帝實錄 高宗36年(1899) 8月 17日』, 「十七日, 詔曰, 有國者必頒示國制, 以明政治及君權之如何, 然後可使臣民, 式遵無違矣, 本國尙無一定之制, 頒示者未始不爲欠典, 其令法規校正所, 商立國制, 登聞取旨.」; 『고종실록 36년 8월 17일』 및 『한말근대법령자료집』 II, 541-543면; 詔勅 제8책, 192면; 『한말근대법령자료집』 II, 541면, 詔勅 법규교정소로 하여금 국제를 상립하게 하는 건(1899. 8. 17).

70) 이윤상, “대한제국기 국가와 국왕의 위상제고사업”, 『진단학보』, 진단학회, 2003, 93면.

제도를 근대적으로 변경될 수 없는 태생적 한계가 있었다고 보여 진다.

2. 토지측량사업의 정책적 목적

대한제국의 광무양전에 의해서 근대적 토지소유권이 확립되었다고 하기 위해서는 양전에 의해서 권리객체의 범위인 토지의 면적이 정확하게 파악되어야 한다. 그리고 이를 기초로 권리주체와 권리의 내용 및 권리의 보호정도에 대하여 법규범이 명확하게 설정되어 있어야 한다. 그러나 고종실록을 살펴보면, 「上曰。定民志今爲實難。民心之渙散。胡至如是乎。京鉉曰。陛下雖行堯舜禹湯之政。而久則生弊。當在一轉移之間而已矣。上曰。財源。時急大務。而其艱絀亦何如是乎。京鉉曰。財源。國家大關事。而罄竭如是者。皆有司之罪。肅廟朝改量後田結。爲一百二十萬餘結。今爲六十萬餘結。則皆爲貪官猾吏之所欺蔽矣」라고 기록되어 있다.⁷¹⁾ 이것은 양전의 가장 기초가 되는 토지조사단계부터 실효를 거두지 못하였음을 알 수 있다. 이것은 隱結이 상당하였음을 의미하는 것이다. 이러한 결과는 광무양전(1898-1904)이 종래의 양전과 같이 국가의 재정 확보를 위한 수세지 파악 차원에서 시행하였다는 것을 의미하는 것이다.⁷²⁾ 따라서 광무양전은 토지소유자들의 권리를 근대법적으로 확정해줌으로써 절대적으로 보호되는 근대법적 토지소유제를 확립하기 위하여 실시한 것이라 볼 수 없다. 이것은 당시의 토지대장인 양안에 기록되는 토지의 유형을 통해서도 추단할 수 있다. 즉 양안에는 常耕田을 중심으로 등재하였고, 경작하기도 하고 묵히기도 하는 토지(惑耕惑陳)의 경우에는 그 질이 나빠서 해마다 농사를 짓기 어렵다는 의미로 續田으로 분류하여 기록하였다.⁷³⁾ 특히 양안에는 모든 토지를 대상으로 하여 기록되어지는 것이 아니었다는 점을 유의할 필요가 있다. 즉 양안에는 田稅를 부과할 수 있는 토지만이 기록되었기 때문이다. 田稅는 토지의 생산

71) 그 내용은 다음과 같다. 임금이 말하기를, “재정 원천은 시급한 큰 문제이다. 그런데 왜 이렇게 가난하고 고갈되는 것인가?”라고 하자 이경현이 말하기를, “재정 원천은 나라에 크게 관계되는 문제인데도 이처럼 고갈되는 것은 다 해당 관청의 죄입니다. 속종때에 量田을 다시 한 다음에는 토지 면적이 120만여 결이나 되었는데 지금은 60만여 결 밖에 되지 않습니다. 이것은 죄다 탐욕스럽고 교활한 관리들이 속여먹었기 때문입니다.”라고 하였다(『高宗太皇帝實錄, 高宗42年(1905) 1月 23日(陽曆)』).

72) 이영훈, “量案上의 主規定과 主名記載方式의 推移”, 『조선토지조사사업의 연구』, 민음사, 1997, 54면.

73) 『經國大典』第2券 戶典 量田條, 「常耕者 稱正田 惑耕惑陳 稱續田」.

량을 기준으로 분류한 田品에 따라서 그 세액이 결정되어진다. 그런데 최소한의 토지생산성이 보장되지 않는 토지의 경우에는 田品 자체가 부여되지 않았고, 이러한 토지는 양안에 등재하지 않았던 것이다. 결국 광무양전의 주된 목적은 개인의 사적소유권을 근대법상의 권리로 법인(法認)시켜주기 위한 것이 아니고, 종래와 같이 국가수세지를 파악하기 위한 것으로 시행된 것이다. 왜냐하면 광무양안은 田稅를 수취할 수 있는 範圍內에서, 즉 경작할 수 있는 부동산에 한정하여 토지조사를 하였기 때문이다.

3. 대한제국시기의 지계발급

이 시기의 지계아문에 의한 관계발급사업은 국가가 토지소유권을 근대적 토지소유권으로 확정하기 위한 사정절차라고 평가하는 견해가 있다.⁷⁴⁾ 그러나 지계아문에 의한 지계발급은 종래의 立案制度가 폐지된 이후에 위조 및 盜賣 등으로 토지질서가 문란한 것을 방지하기 위해서 대한제국이 종래의 입안제도를 제도입한 것으로 그 명칭만이 변경된 것으로 보아야 한다. 즉 입안과 같이 필요적 강행적인 발급이면서, 본질적으로 立案과 같은 소유권의 증명문서에 지나지 않는 것이고, 개인의 권리보호보다는 국가의 수세를 위해서 필요한 것이었다. 단지 형식이 입안보다 근대화되었을 뿐이다.⁷⁵⁾ 그리고 대한제국시기의 지계발급은 전국적으로 실시를 하지 못하고 중지되었다. 즉, 광무 5년에 지계아문을 설치하고 전국의 토지를 조사하여 지계를 발행할 계획으로 동 7년 충청남도 및 강원도의 일부지역에 실시하였지만,⁷⁶⁾ 당시의 국제정세와 비용의 과다 그리고 을사조약의 체결 등으로 중지되었다.

4. 대한제국시기의 등기제도

대한제국시기의 등기제도를 근대적 등기제도라고 보는 견해가 있다.⁷⁷⁾ 그러나

74) 최원규, “韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究”, 102면; 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 85면.

75) 박병호, 「한국법제사고」, 72면.

76) 韓國不動産法調査會, 「不動産法調査報告要錄」, 35면. 이에 대하여 朴秉濠 교수는, 光武 6년 12월 江原道春川郡北內二作面古薪洞所在 八字第45番의 官契가 있음을 들어서, 광무 6년에 地契의 발급이 있었음을 밝히고 있다. 박병호, 앞의 책(「한국법제사고」), 72면.

대한제국시기에 등기·등기부라는 용어가 사용되었다고 하여 그 실체적 내용도 근대적인 등기제도와 동일하다고 파악하는 것은 잘못된 것이다. 대한제국시기에 사용된 등기제도의 실체는 조선시대의 입안제도와 유사한 권리의 증명제도에 가깝다고 할 수 있다. 근대적인 등기제도가 성립되기 위해서는 정확한 토지조사가 선행되어야 하고, 이러한 토지조사에 기초하여 토지, 가옥대장이 완비되어 있어야 한다. 그리고 이러한 권리공시관계를 국가적 차원에서 관리하고 보호해 주어야 할 법원 등의 등기전담기관이 설립되어 있어야 한다. 따라서 이러한 諸要件을 갖추지 않고, 단지 지권과 면장 이장, 군수, 부윤의 證印이나 認許을 해주었다고 해서, 그러한 사실만으로 근대적인 등기제도가 확립되었다고 할 수는 없는 것이다.⁷⁸⁾

5. 대한제국시기의 부동산 입법의 성격

1905년 이후에 일제 통감부의 실질적인 영향력 하에서 제정된 부동산입법들은 종래에 일본인들이 잠매(潛買)한 ‘불법’적 토지소유를 조선인토지소유자와 동일한 내용을 가지는 ‘합법’적 토지소유로 합법화시키는데 그 목적이 있었다. 그렇다면 당시의 조선인 토지소유자가 향수한 토지소유권의 내용이 근대적인지를 살펴보면, 대한제국의 土地私有制를 평가할 수 있다. 앞에서도 설명한 것처럼 대한제국국제는 무한적인 전제군주권에 대해서만 규정되어 있고, 일반국민의 기본적인 인권이나 민권의 보장에 대해서는 아무런 규정이 존재하지 않는다. 따라서 일반개인의 권리가 최고의 법규범인 헌법에 의해서 보장되는 것을 전제로 하여, 이 헌법적 보호를 구체화시키는 실체적 법규범으로서의 근대적 토지소유제는 대한제국의 법규범하에서는 본원적으로 존재할 수 없는 것이라고 생각된다. 특히 근대적 의미의 토지소유권에 대한 실체적 내용이 무엇인지에 대한 법규범이 명확하게 정립되지 않았던 것이 대한제국시기의 부동산입법이라고 할 수 있다. 이러한 점을 고려한다면, 당시의 입법들은 한일병합이전까지 대한제국 시대에 형성되어 있었던 전근대적인 소유권을 단지 증명해 주기 위한 법령이었다고 평가할 수 있다. 따라서 대한제국시기에 정립된 부동산 입법의 영향으로

77) 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 90-91면.

78) 정연태, “대한제국 후기 부동산 등기제도의 근대화를 둘러싼 갈등과 귀결”, 『법사학연구』, 한국법사학회, 1995, 85면.

당시에 근대적 토지사유제가 형성되었다고 할 수 없다.

6. 부동산 법제의 정립주체

대한제국 후기의 부동산 입법들은 '韓日協商條約'에 근거하여 설치된 통감부의 영향력하에서 제정되었을 것으로 생각된다. 대한제국에 통감부가 설치되는 과정을 간략하게 살펴보면 다음과 같다. 1904년 당시에 일본은 대한제국의 지배권과 관련하여 러시아와 대립하고 있었다. 일본은 대한제국에서의 우월적 지위를 확보하기 위해서는 러시아와의 전쟁이 불가피하다고 판단하여 그해 2월 8일 러일전쟁을 감행하였다. 다음 날 서울에 군대를 주둔시킨 일본은 2월 23일 대한제국과 공수동맹의 성격을 띤 '韓日議定書'를 체결하였고, 8월 22일에는 '韓日協定書'를 체결하여 재정과 외교부분에 일본인 고문을 두도록 하여 내정간섭을 합법적으로 할 수 있도록 하였다. 이후 러일전쟁에서 승리한 일본은 조선에서의 지배권을 실질적으로 행사하기 위하여 우선 외교권을 박탈하는 조약을 체결하게 된다. 이것이 대한제국 광무 9년에 체결한 '韓日協商條約'이다. 한일협상조약 제3조에 근거하여 일본은 1906년 1월 서울에 統監府를 설치하고 초대통감으로 伊藤博文이 부임되었고, 지방에는 理事廳을 설치하면서 한국의 식민지화는 본격화 된다.

초대통감인 伊藤博文은 의정부내에 부동산법조사회를 설치하여 부동산입법을 담당하게 하면서, 조선의 토지법제를 두 단계로 나누어 정비하고자 하였다. 첫 단계는 한국의 부동산 거래관습을 참작하면서 임시조치법을 마련하는 것이고, 다음 단계는 한국을 항구적으로 지배할 수 있는 토지법제를 마련하는 것이었다.⁷⁹⁾ 먼저 종래 한국의 地券(立旨, 立案)제도를 활용하여, 구문권을 매매, 전당할 경우에 각 촌의 향장에게 地券의 진위 여부를 확인시키고 군수가 정확성의 여부를 증명하여 위조의 폐해를 방지하려고 하였다. 만일 증명을 거치지 않은 위조지권으로 거래하여 발생한 손해는 당사자가 그 책임을 부담하도록 한다는 것이다. 이 원칙이 '토지가옥증명규칙'에 반영되었던 것이다. 종래의 관행적인 거래질서에 官이 거래관계를 증명만 해주는 방식으로, 제3자 대항력은 결여된 것이다. 이러한 통감부의 토지제도의 정비방향에 대하여 대한제국은 먼저 측량을 하고 부동산법조사회의 관습조사에 기초하여 법안을 제정하자는 입장이었다.

79) 최원규, "韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究", 149면.

그러나 일제 통감부는 항구적인 법안을 제정하기 위해서는 면밀한 조사가 필요하기 때문에 현재의 소유관계를 안정시키기 위해서 임시조치법을 만들어 시급히 시행하자는 입장이었다. 물론 이러한 주장의 이면은 외국인 특히 일본인의 토지소유를 조속히 안정화 시키려는데 그 목적이 있었다. 이러한 목적을 위해서 통감부는 종래의 일본인이 이미 한국에서 잠매 등에 의하여 취득한 토지·가옥 등에 관한 소유권을 법적으로 보장받게 함으로써 안정적으로 토지를 침탈할 수 '토지가옥증명규칙'과 이를 보완한 '土地家屋所有權證明規則'을 제정하였던 것이다.⁸⁰⁾

통감부시기에 제정된 부동산관련법들을 당시의 정치적 상황과 관련하여 살펴보면 시간에 지남에 따라서 대한제국의 의지와 상관없이 제정되었음을 추단할 수 있다. 왜냐하면 러·일 전쟁 이후에 체결된 다수의 조약에 근거하여 조선에서의 일본군대주둔과 외교권의 상실 그리고 입법과 행정 그리고 사법권의 행사가 실질적으로 통감부에 의해서 집행되고 있었기 때문이다. 이것은 대한제국의 부동산입법의 제정에 통감부의 토지관이 직·간접적으로 영향력을 미쳤다는 것을 의미하며, 더 나아가 통감부의 토지관에 배치되는 입법을 제정하는 것이 상당히 무리였을 것으로 판단된다. 따라서 대한제국시기에 제정된 부동산입법은 조선의 토지소유관계가 반봉건적인 식민지 토지제도로 재편되어가는 초기의 과정에 위치한다고 평가할 수 있다. 이렇게 국민의 총의에 기초하여 법이 제정되는 것이 아니라, 통감부시기 또는 일제강점기의 경우처럼 실력(實力)에 의해서도 법은 제정될 수 있다. 그리고 양자는 모두 그 효력이 유지된다는 점에서 동일하지만, 후자의 폐해가 더욱 크다는 사실은 역사적 경험을 통하여 알 수 있다.

V. 결 론

지금까지 논의한 것을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 대한제국시기에 양전지계사업을 통하여 지계를 발급하였고, 통감부시기에는 부동산관련법제가 제정되었다. 그런데 대한제국시기에 형성되어 있었던 토지사유제의 실제적 내용이 무엇인지를 검토하기 위해서는 대한제국의 국체(國

80) 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 96면.

體)와 정체(政體)에 대한 고찰이 선행되어야 한다. '대한제국국제'는 무한한 군주권에 대해서만 규정하였고, 이러한 권력을 통제할 수 있는 최소한의 권력분산장치도 없을 뿐만 아니라 특히, 국민의 기본적 인권과 관련한 규정이 전혀 없다는 점에서 근대적인 헌법에 속한다고 할 수 없다.⁸¹⁾ 이것은 조선과 대한제국의 실체가 유사하다는 것을 의미한다. 따라서 대한제국시기의 최고 법규범에 의하여 설정된 무한한 전제군주권의 영향하에서는 토지측량사업으로 토지제도를 근대적으로 변경될 수 없는 태생적 한계가 있었다고 보여 진다.

둘째, 광무양안에는 전세(田稅)를 부과할 수 있는 토지만이 기록되었다. 최소한의 토지생산성이 보장되지 않는 토지의 경우에는 전품(田品)이 부여되지 않았고, 이러한 토지는 양안에 등재되지 않았던 것이다. 이것은 광무양안이 전세(田稅)를 수취할 수 있는 범위내에서, 즉 경작할 수 있는 부동산에 대해서 토지조사를 하였다는 것을 의미이다. 결국 광무양전의 주된 목적은 개인의 사적소유권을 근대법상의 권리로 법인(法認)시켜주기 위한 것이 아니고, 종래와 같이 국가수세지를 파악하기 위한 것으로 시행된 것이다. 왜냐하면 광무양안은 전세(田稅)를 수취할 수 있는 범위내에서, 즉 경작할 수 있는 부동산에 한정하여 토지조사를 하였기 때문이다.

셋째, 지계아문에 의한 지계발급은 종래의 입안제도(立案制度)가 폐지된 이후에 위조 및 도매(盜賣) 등으로 토지질서가 문란한 것을 방지하기 위해서 대한제국이 종래의 입안제도를 제도입한 것으로 그 명칭만이 변경된 것으로 보아야 한다. 따라서 지계는 본질적으로 입안과 같은 소유권의 증명문서이지만, 그 목적은 개인의 권리보호보다는 국가의 수세를 위한 것으로 볼 수 있다.

넷째, 1905년 이후에 일제 통감부의 실질적인 영향력 하에서 제정된 부동산입법들은 종래에 일본인들이 잠매(潛買)한 '불법'적 토지소유를 '합법'적 토지소유로 합법화시키는데 그 목적이 있었다. 특히 근대적 의미의 토지소유권에 대한 실체적 내용이 무엇인지에 대한 법규범이 명확하게 정립되지 않았던 것이 대한제국시기의 부동산입법이라고 할 수 있다. 이러한 점을 고려한다면, 당시의 입법들은 한일병합이전까지 대한제국시대에 형성되어 있었던 전근대적인 소유권을 단지 증명해 주기 위한 법령이었다고 평가할 수 있다. 따라서 대한제국시기에 정립된 부동산입법의 영향으로 당시에 근대적 토지사유제가 형성되었다고 할 수 없다

81) 이운상, “대한제국기 국가와 국왕의 위상제고사업”, 93면.

다섯째, 대한제국시기의 등기제도를 근대적 등기제도라고 볼 수 없다. 근대적인 등기제도가 성립되기 위해서는 정확한 토지조사가 선행되어야 하고, 이러한 토지조사에 기초하여 토지, 가옥대장이 완비되어 있어야 한다. 그리고 이러한 권리공시관계를 국가적 차원에서 관리하고 보호해 주어야 할 법원 등의 등기전담기관이 설립되어 있어야 한다. 따라서 이러한 전제요건을 갖추지 않고, 단지 지권과 면장 이장, 군수, 부윤의 증인(證印)이나 인허(認許)을 해 주었다고 해서, 그러한 사실만으로 근대적인 등기제도가 확립되었다고 할 수는 없는 것이다.⁸²⁾

여섯째, 통감부시기에 제정된 부동산관련법들을 당시의 정치적 상황과 관련하여 살펴보면 시간에 지남에 따라서 대한제국의 의지와 상관없이 제정되었음을 추단할 수 있다. 왜냐하면 러·일 전쟁 이후에 체결된 다수의 조약에 근거하여 조선에서의 일본군대주둔과 외교권의 상실 그리고 입법과 행정 그리고 사법권의 행사가 실질적으로 통감부에 의해서 집행되고 있었기 때문이다. 이것은 대한제국의 부동산입법의 제정에 통감부의 토지관이 직·간접적으로 영향력을 미쳤다는 것을 의미하며, 더 나아가 통감부의 토지관에 배치되는 입법을 제정하는 것이 상당히 무리였을 것으로 판단된다. 따라서 대한제국시기에 제정된 부동산입법은 조선의 토지소유관계가 반봉건적인 식민지 토지제도로 채편되어가는 초기의 과정에 위치한다고 평가할 수 있다. 이렇게 국민의 총의에 기초하여 법이 제정되는 것이 아니라, 통감부시기 또는 일제강점기의 경우처럼 실력(實力)에 의해서도 법은 제정될 수 있다. 그리고 양자는 모두 그 효력이 유지된다는 점에서 동일하지만, 후자의 폐해가 더욱 크다는 사실은 역사적 경험을 통하여 알 수 있다.

82) 정연태, “대한제국 후기 부동산 등기제도의 근대화를 둘러싼 갈등과 귀결”, 85면.

참 고 문 헌

- 김도형, “대한제국 말기의 국권회복운동과 그 사상”, 연세대학교 대학원(박사학위논문), 1988.
- 국회도서관 입법조사국 편, 『구한말조약취집』 상, 1964.
- 김용섭, “光武年間の 量田·地契事業”, 『아세아연구』 31, 1968.
- 김홍식 외, 『조선토지조사사업의 연구』, 민음사, 1997.
- 김홍식 외, 『대한제국기의 토지제도』, 민음사 1990.
- 명순구, 『민법총칙』, 법문사, 2005.
- 박병호, 『한국법제사고』, 법문사, 1974.
- 배영순, “한말·일제초기의 토지조사와 지세개정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원(박사학위논문), 1988.
- 왕현종, “광무양전사업의 다양한 성격과 좁은 시각”, 『역사와 현실』 5, 1991.
- 윤대성, “大韓帝國의 光武量案에 의한 近代의 所有權의 確立”, 『법사학연구』 제 24호, 한국법사학회, 2001.
- 윤대성, “日帝의 初期的 韓國慣習法調査事業과 不動産立法”, 『私法の 諸問題』, 삼영사, 1992.
- 윤대성, 『한국민사법제사연구』, 창원대학교출판부, 1997.
- 윤대성, “한국의 토지법률제도의 과거·현재·미래”, 한국법학교수회, 1998.
- 이운상, “대한제국기 국가와 국왕의 위상제고사업”, 『진단학보』, 진단학회, 2003.
- 이영훈, “量案上의 主規定과 主名記載方式의 推移”, 『조선토지조사사업의 연구』, 민음사, 1997.
- 정공식, 『한말법령체계분석』, 한국법제연구원, 1991.
- 정공식, “한말 법률기초기관에 관한 소고”, 『한국법사학논총』, 박영사, 1991.
- 정연태, “대한제국 후기 부동산 등기제도의 근대화를 둘러싼 갈등과 귀결”, 『법사학연구』, 한국법사학회, 1995.
- 조종식, “大韓帝國의 土地所有權制度”, 『韓國土地所有權史論』, 학영사, 1993.
- 최원규, “한말 일제초기 토지조사와 토지법 연구”, 연세대학교 대학원(박사학위논문), 1994.
- 한국역사연구회 근대사분과 토지대장연구반 편, 『대한제국의 토지조사사업』,

민음사, 1995.

宮嶋博史, 「朝鮮土地調査事業史の研究」, 東京大學 東洋文化研究所, 1991.

[Abstract]

A study on Real Estate Legislation based on the Cadastral Survey Task in the Korea Empire

Kim, Sung-Wook

The title of this thesis is "A study on Real Estate Legislation based on the Cadastral Survey Task in the Korea Empire". Issues regarding Land ownership system are important research subjects in social science. Land ownership system is not something that is being newly developed but is a system which has evolved along with the history of mankind, a thorough examination of past problems can lead to a future legal system that is more rational and accords with substantial justice. However, Real Estate Legislation based on the Cadastral Survey Task in the Korea Empire neglected the problems of the existing Land ownership system, while reforming formal real right relations for the Japanese Land ownership. The modern land ownership system was not formed as the cadastral survey task during the period of the Korea Empire. I think that the modern land ownership system formally was formed as the cadastral survey task and the modernized land register system was implanted in Korea during the period of Japanese colonization. For a land ownership system to actually be modernized, the national legality consciousness should be reflected on the system, and the system should progress to dissolve any social conflicts logically.

Key-words: Real Estate, Cadastral Survey Task, Korea Empire, Land Ownership, Land System, Land Register System,