

토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저촉

이 우 석*

I. 판례의 개요

1. 대상판례

朝鮮高等法院 大正 14年(1925) 民上302號, 1925年 12月 26日 聯合部判決 破毀
差戾

2. 원고와 피고

원고 : 피항소인 상고인 김성윤

피고 : 항소인, 피상고인 豐田福太郎

3. 사실관계

1) 사실의 개요

원고는 明治 43(1910)年 중 소외 사립학교영진학원으로부터 그 소유 김해군하계면
진영리 池沼를 대금 300圓에 매수하여 그 소유권을 취득하고 대정 임시토지조사국에

* 嶺南大學校 法科大學 時間講師

대하여 그 소유신고를 했다고 주장하고, 피고도 역시 소외 어수율로부터 위 池沼를 매수하였다고 한다. 임시토지조사국은 그 소유신고를 심사한 결과 피고의 소유라는 취지의 사정을 하자 원고는 고등토지조사위원회에 불복을 신청하고, 피고에 대하여 소유권 확인의 소를 제기하였다. 그런데 토지조사위원회의 재결이 나기전인 大正 9年(1920) 4月 16日 판결에서 원고가 승소하였으며 이를 바탕으로 그 소유권보존등기를 했다. 반면에 고등토지조사위원회는 大正 9年(1920) 8月 25日 원고의 불복신청을 각하하고 피고의 소유라는 취지의 재결을 내렸다. 이에 따라 피고는 원고의 보존등기를 소위 저촉등기로서 그 말소의 신청을 하고 이를 피고의 친족에 해당하는 倉成淺吉에 매각하였다. 그리고 倉成淺吉은 大正 10年(1921) 8월 원고에 대하여 그 소유권확인 및 보존등기말소의 소를 제기하고 승소하여 원고의 보존등기는 말소하였다.

이에 대하여 원고는 피고가 원고의 소유권을 불법으로 침해하였다고 하여 그 손해의 배상을 청구하게 되었다. 피고는 본건토지에 대하여 그의 주장과 같이 사정판결이 있고 원고의 보존등기는 倉成淺吉 때문에 말소된 사실을 인정하더라도 피고가 본건토지를 소외 倉成淺吉에 매각하면 소유자로 그의 권한에 기해서 할 수 있는 바 불법행위에 해당되지 않는다고 한다.

2) 원심(大邱覆審院)의 판결 - 原告敗訴

토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 토지의 소유자의 권리를 확정하는 것으로 재심의 신청에 의해 변경되지 않는 한 절대적 효력이 생기고, 사정명의인 또는 재결명의인은 누구에 대해서도 그 권리를 주장할 수 있다. 설사 동일 토지에 대해 사법재판소에서 그 소유권의 유무에 관해서 사정 또는 재결의 결과와 저촉되는 판결을 하고 당해 판결이 확정된다고 하더라도 판결에 의해 확정된 자의 권리는 사정명의인의 권리로 인하여 소멸한다.

3) 상고이유 및 피고의 답변

(1) 상고이유

첫째 원판결은 토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 토지의 소유자의 권리를 확정하는 것으로 재심의 신청에 의하여 변경되지 않는 한 절대적 효력을 가지는 것이고 사정명의인 또는 재결명의인은 누구에 대해서도 그 권리를 주장할 수 있다. 동일 토지에

대하여 법원에서 그 소유권의 유무에 관하여 사정 또는 재결의 결과에 저촉되는 판결을 하고 당해 판결이 확정되더라도 확정판결을 받은 자의 권리가 사정명의인 또는 재결명의인의 권리로 인하여 소멸되어 버린다고 하여도 사정명의인 또는 재결명의인은 처분권능을 가지지 않는 것은 아니다. 다만 확정판결의 승소자는 판결의 기판력이 사정명의인 또는 재결명의인에 대해서 판결의 기판력으로 사정명의인 또는 재결명의인에 대항할 수 있다고 하여야 한다. 비록 판결의 기판력은 실체법상의 권리와 구별하여 관찰하여야 하지만 확정판결의 승소자는 사정명의인 또는 재결명의인의 처분행위에 의해 불법으로 실체권의 침해를 받는다고 할 수 있다. 만약 그렇지 않다면 하나의 행정관청의 처분에 의하여 사법부의 판결의 효력이 무시되는 결과가 초래한다.

둘째 토지조사령의 제10조의 규정에 의하면 사정의 확정 또는 재결은 신고당시의 소유권의 귀속을 정하는 효력을 가진다. 본건에 대하여 피고가 소유권을 가진다는 것은 신고일 현재에 소유권자가 된다고 주장하는 것이라고 하여야 한다. 이에 반하여 원고는 그 후 大正 8년 8월 10일 대구복심원의 승소의 판결을 받은 당시에 소유권자가 된다는 주장할 수 있다. 즉 원고의 소유권취득시일과 피고의 소유권취득시일은 동일하지 않기에 소유권의 귀속에 대하여 하등 충돌을 일으킬 이유가 없다. 신고일당시 피고가 소유권을 가진다고 하더라도 그 후에는 취득한 원고의 소유권은 완전히 합법적인 것이 된다. 그렇다면 원판결은 원고 소유권취득의 전후 여하를 심리하지 못하고 재결이 있다는 것으로 피고에게 소유권이 있다고 판시된다면 이유불비의 위법이 있을 뿐만 아니라 원고는 원심에 있어서 이 사실관계를 석명하여 원고에게 소유권이 있는 이유를 진술한 것이고, 원심은 이 점을 간과하여 하등의 판단을 하지 않아 중요한 쟁점을 이탈하여 재판을 한 불법이 있다.

셋째 설사 전기 제1, 2점의 취지에 대하여 상고이유가 없다고 하더라도 본건과 같이 재결과 확정판결이 상호 저촉되는 것이 있다고 하더라도 양자는 전혀 그 계통을 달리하고 국가기관의 행위에 의해 각자 독립하여 그 소유권을 주장하고 각각 상호 대립하고 서로 침해를 허락하지 않는 것이 된다. 그렇기 때문에 그 현상을 변경하여 이를 사용, 수익할 수 있다. 따라서 그 일방이 불법적으로 현상을 변경하여 침탈한 경우에 있어서는 다른 일방은 그것을 환매해야할 권리를 가진다(一. 본원 大正4年民上第126號同年7月6日判決, 二. 大正六年民上 第14號 同年 3월23일판결 三. 大正 10年 民上 第126號 同年 7月 9日判決., 四 大正7년 民上 第38號 同年 3月 14日判決, 5. 大正 10年民上 第217號 同年 12月 23日判決, 六. 大正 11年 民上 第220號 同年 11年 11

月17日判決). 본건에 대하여 원고는 확정판결에 의한 소유권자이며 그 토지의 점유자이다. 그러나 피고는 설령 재결에 의해 소유권을 취득한다고 하더라도 원고의 소유권 및 점유를 침탈한 범위내에서 그 사용을 할 수 있는 것에 거친다. 그럼에도 불구하고 이를 소의 倉成淺吉에게 매각하고 동인으로 하여금 소유권을 취득하게 하고 그 결과 원고의 소유권 및 점유권을 상실시키게 한 것이라면 원고는 피고에 대하여 당연히 불법원인을 원인으로 하여 피고에 대하여 손해배상의 청구를 할 수 있어야 한다. 원심이 이 청구를 배척된다면 명확히 본원의 전기 수차의 판례를 무시하고 법률을 부당하게 적용시킨 위법의 재판이 있다는 것을 면할 수 없다.

(2) 피고의 답변

토지조사령에 의한 사정과 사법재판소의 판결이 상호 저촉되는 경우 양자는 각자 독립하여 그 소유권을 확정하고 양자 상호 대립하여 침해할 수 없다는 것이 본원의 종래의 판례이다. 그러나 위판례에 따를 때에는 1개의 토지에 대하여 공유가 아니면서 2인의 소유자가 존재하는 결과가 되어 일물일소유권의 대원칙에 반할 뿐만아니라 그 경제상에 미치는 영향도 당해 토지의 이용가치 및 유통력의 소멸시켜 법리상으로도 또한 상식으로부터 보아도 결코 적정한 해석이 된다고 할 수 없어 본원판례의 폐해를 피하고자 할 때에는 양자간에 우세를 인정하여 소유권을 일인에게 귀속시킬 수밖에 없다. 그런데 이의 우세를 정함에 있어 많은 논의가 존재하고 또는 時의 전후에 따라 우세를 정하고자 하는 주장도 있다. 그 시기의 전후에 의하여 우세를 정하고자 하는 자들 사이에서도 전자는 후자에 우월하다는 주장도 있고, 후자는 전자에 앞선다는 주장도 있다.

원판결은 그의 예가 된다. 그렇지만 그 무엇을 채용하더라도 완벽하다고 하기 어렵고 일관된 이론으로 관철하기 어려울 것 같다. 예를 들어 시의 전후에 의해 우세를 정하는 주장이 있다하더라도 국가의 의사표시에 전후 상호 저촉되는 경우에 어떤 의사표시에 효력을 인정하여야 하는가 전자는 후에 우월하다는 것은 국가의 당초의 의사표시에 효력을 인정하는 것이 된다. 후자는 전자에 우월하다는 것은 국가의 후의 의사표시에 효력을 인정하는 것이 된다. 그렇다면 국가는 일단 자기가 한 의사표시를 자유롭게 변경할 수 있다는 것은 전자에 우월하다는 설에 배치된다. 국가가 일단 자기가 한 의사표시에 구속되어 정당한 이유가 없는 한 이를 취소 또는 변경시킬 수 있다는 것은 전자는 후자의 우월하다는 설에 위배된다고 한다. 혹은 국가와 사인의 의사표시를 동

일하게 일단 표시한 의사는 아무런 이유없이 이를 취소할 수 있다고 하여 전후 저촉되는 의사표시가 있을 때에는 전자에 그 효력을 인정함이 정당하다고 하여야 하지만, 이러한 때에는 사정과 판결이 저촉되는 경우에도 그 시의 전후에 의하여 전자는 후자에 우월하다고 하는 것이 정당하다고 해야 한다. 그렇다고 하더라도 법의 해석은 논리에 편중해서는 아니된다. 입법의 정신에 비추어 타당한 귀결될 수 있다는 것이 좋다고 할 수 있다. 오늘날 토지조사령제도의 취지를 생각할 때 종래 조선에서는 토지에 대한 납세의 표준확정하는 공적 비공적인 관민유의 구별은 물론 사유지에 있어서도 결과는 토지에 대한 투자의 안정을 방해하는 국가경제상의 견지에도 보더라도 비상한 손해를 된다. 그렇지만 일면 납세의 표준을 확정하고 동시에 소유권의 귀속을 명확히 사인의 재산권을 안정시킨다는 것은 큰 공익상의 이유에 의해 조선전토에 일제히 토지소유권의 귀속을 조사하고 사정에 의해 소유권의 귀속을 정하고 그 사정에 의해 확정된 소유권은 절대 불가침의 것이 되어야 한다는 취지라는 것, 그렇다면 의심할 여지없이 따라서 사정에 저촉되는 소유권은 전혀 이를 부정해야 할 것이 된다. 이렇게 하여 토지의 사정에 권위있는 그 입법의 정신을 완전하게 관철해야 한다. 공익상의 이유에도 합치될 수 있는 것으로 하여 이에 예외를 인정하던지 설사 인정하더라도 예외의 범위가 협소하더라도 사정된 토지에 대하여 사람들이 항상 불안함을 느끼고 토지소유권의 확정을 정신으로 하고 있다. 사정의 그 효력의 일부를 잃었다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 사법재판소의 판결과 사정이 저촉되는 경우에는 사정에 의해 소유자로 확정된 자를 진정한 소유자로 인정하는 판결의 기판력도 사정명의인에 대해서는 이를 주장할 수 없다고 한다는 것은 토지조사령의 정신에 비추어 바로 당연하다고 한다. 이렇게 해석하여 일반세인은 토지의 사정을 신뢰하여 토지에 관한 거래를 안전하게 행한다고 할 수 있다. 토지조사령이 제정되는 공익상의 이유를 다할 수 없다면 원심은 논지 소론과 같이 실시하고 상고인의 청구를 배척함이 상당하고 본론지의 아무래도 이유없다고 사료된다.

3) 판결이유

살피건대 토지소유권의 확정에 대하여 토지조사령에 의한 사정 또는 재결과 사법재판소의 판결사이에 그의 결과에서 상호 저촉되는 상용될 수 없는 경우에는 그 양자는 그 계통을 달리하는 국가기관행위에 의해 각각 독립하여 토지소유권을 확정하고 양자 대립하여 상호 침해가 허용되지 않는 것이라는 것은 누차 본원의 판례의 취지에서 시인된 바로서(判例集 第3卷247면 大正 4年 7月 6日 判決 同 第9卷 474면 大正 11

年 1月 17日判決) 그 저축을 조화해야 하는 법규가 존재하지 않는 현행법제하에서는 피할 수 없는 귀결이다. 현재에 이르러서 이를 변경해야 할 이유가 인정될 수 없다. 따라서 동일토지의 소유권에 관하여 토지조사령에 의한 사정 또는 재결과 사법재판소의 확정판결이 상호 저축하여 조화될 수 없는 결과가 생긴 때에는 일방은 사정 또는 재결로 인해 확정된 권리를 주장할 수 있음과 동시에 타방은 판결로 인하여 확정된 권리를 주장할 수 있다. 그 당사자간에서 양자 대립하여 당시의 상태를 유지하고 서로 타방의 권리를 침해할 수 없고 그 권리를 행사할 수 있다고 하는 것이 타당하다. 그렇기 때문에 만약 일방이 타방의 상태에 변경을 가하여 그 권리를 침해해서 목적물건을 탈취하는 것과 같은 행위를 함에 있어서는 침해를 당한 자는 침탈자를 상대로 이의 회복을 청구할 수 있다는 것이 본원 판례의 취지이다(判例 第6卷96면 大正 8年3月 14日판결 참조). 그러나 이것이 동일한 이유로 사정 또는 재결로 인하여 토지의 소유권을 가지는 자 즉 사정명의인 또는 재결명의인이 그의 권리를 제삼자에게 양도하고 그 자를 하여금 당해토지에 대하여 완전한 소유권을 취득시키고 확정판결로 인하여 동일 토지의 소유권을 인정받는 자 즉 확정판결의 승소자로 하여금 전연 권리를 상실하게 하는 때에도 역시 사정명의인 또는 재결명의인이 확정판결의 승소자에 대하여 불법행위의 책임을 지우고 이로 인하여 생긴 손해의 배상을 하여야 할 의무가 있다는 것을 말할 필요도 없다. 설사 사정 또는 재결과 확정판결은 각 토지소유권을 확정하고 그 대립당시에 있어서 당사자간에는 서로 침해하는 것이 허용되지 않는 것은 전술한 바와 같다. 그러나 이 양자는 원래부터 그 효력범위에 광협의 차이가 있고 사정 또는 재결은 일반적으로 기속력을 생기는 반하여 확정판결은 당사자 및 그 권리를 제삼자에게 양도한 경우에 있어서는 확정판결의 승소자는 그 제삼자에 대하여 확정판결의 기판력을 주장할 수 있더라도 제삼자는 그의 양수로 인하여 누구에 대해서도 사정 또는 재결의 효력을 주장할 수 있어야 한다. 그래서 제삼자는 완전하게 그의 소유권을 취득하고 확정판결의 승소자는 사정명의인 또는 재결명의인과의 관계에서 유리하게 인정되는 법률상의 상태를 파기되어 전혀 그 권리를 상실하게 된다(본원 判例 9권 411면 大正 11年 11月 13日 판결 동 권 474면 동월 17日판결참조). 그렇더라도 이러한 결과는 사정명의인 및 재결명의인에 있어서는 그 권리를 양도함으로 인하여 법률상 필연적으로 생기는 것이라면 그의 양도행위는 사정명의인 또는 재결명의인이 패소의 확정판결이 있을 당시의 상태를 유지하여야 할 의무와 조화되는 않는 행위를 하여 그 의무에 위배하여 승소자가 확정판결에 인하여 가지는 법률상 유리한 상태에 변경을 가하는 불리한 상태에

빠뜨리는 것으로 인정할 수밖에 없다. 그러나 이러한 결과의 발생에 대하여 행위의 성질상 당연히 예견될 수 있는 것이어야 한다. 그렇다면 이를 예견하지 못한 것에 과실이 있다고 인정하는 것이 상당하고 그 사정명의인 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대하여 불법행위상의 책임을 져야 한다는 것은 당연하다. 본건에 대해서는 이를 살피건대 係爭池沼가 토지조사령에 의한 재결로 인하여 피고의 소유로 확정된 것과 원고는 피고에 대하여 당해 池沼의 소유권확인소송을 제기하고 원고의 소유로 확정된다는 취지의 판결을 받아 그 판결의 확정된 것 및 피고가 그 후 당 池沼의 소유권을 소의 倉成淺吉에게 양도한 사실은 원판결에서 확정된 바이다. 이에 의하면 係爭池沼의 소유권은 위 양도에 의해 완전하게 소의 倉成淺吉에게 귀속하고 원고가 피고와의 관계에서 있어서 가지는 법률상의 상태는 파기되어 전연 그의 권리를 상실되기에 이르렀다는 것은 명백하다. 그렇지만 그 피고의 의무에 위배된 행위에서 유래하는 것이 되어 피고는 이에 대하여 불법행위의 책임을 진다는 것은 전단에 실시된 바에 의하여 명료하다. 그렇지만 원판결이 論旨 제1점에 지정한 바와 같이 실시하여 피고의 양도행위는 불법적으로 원고의 권리를 침해한 것에 해당되지 않는다고 판시하면 사정명의인 또는 재결명의인은 자기 패소의 확정판결이 있는 당시의 상태를 유지하여야 하고 승소자의 확정판결로 인한 권리를 침해하지 않을 의무를 지는 것에 불과하여 도저히 이를 정당하다고 할 수 없다. 즉 상고이유 첫째 및 둘째 및 피고의 답변은 위에서 실시한 바에 반하는 취지는 이를 용인할 수 없지만 상고이유 셋째는 전의 취지에 합치하는 것이어서 이유가 있다. 이 점에 있어서는 원판결을 파기한다. 다른 상고이유에 대해서는 축일 판단을 해야 한다. 단 본원청구의 수액의 판정에 대해서는 통상의 사례에 참조함에는 어려움이 있다. 원고의 확정판결로 인한 권리는 상대적인 것에 해당하고 단순히 자기 혹은 그 일반승계인으로부터 피고 혹은 그 일반승계인에 대하여 이를 주장할 수 있는 것에 불과하다고 해서 원래부터 계쟁 池沼에 대하여 완전하게 소유권을 가지는 것은 아니다. 또한 그 권리행사의 범위태양에 대해서도 양자의 권리대립당시의 상태를 일탈할 수 없는 것이 되기 때문에 본건 불법행위는 손해배상은 이와 같은 권리상태를 피해 물체로서 관찰하고 이를 멸각으로 인한 이익의 감손을 기준으로 이를 산정하지 않으면 안되는 처지에 있다. 그러나 계쟁 지소의 거래가격을 바로 불법행위로 인한 손해액이 된다고 하는 원고의 주장의 취지는 원래부터 채용할 수 없다. 이것은 원고가 피고와의 관계에서 가지는 권리를 기본으로 하여 계쟁 지소위에 현실적으로 미치는 지배관계의 범위 태양을 참작하여 이를 산정되어야 한다. 그러나 이러한 구체적인 사실관계는 원

판결에 있어 확정됨이 없이 본원에서 바로 사건에 대하여 판결을 하지 않는다. 또한 변론 및 재판을 하기 위하여 원재판소에 돌려보내기로 한다.

본건에 대해서는 본원판결의 반하는 의견이 있고 조선총독부재판소령제4조 끝부분의 규정에 따라 각 부 연합해서 심리평의하고 종래의 판결을 유지하도록 평결한다. 민사소송법 제447조 제1항 제448조 1항의 규정에 의해 주문과 같이 판단한다.

4. 판례요지

1) 토지소유권의 확정에 대하여 토지조사령에 의한 사정 또는 재결과 사법재판소의 확정판결이 상호 저촉되고 상용될 수 없는 결과를 발생시킨 경우에는 사정명의인 및 확정판결의 승소자는 각 그 권리를 주장할 수 있다. 이 경우 그 양자간에 상호 대립되는 당시의 상태를 유지하고 상호 다른 권리를 침해할 수 없게 된다. 따라서 사정명의인 또는 재결명의인이 그 권리를 제삼자에게 양도하고 그 자로 하여금 당해토지에 대하여 완전한 소유권을 취득하고 확정판결의 승소자로 하여금 전혀 그 권리를 상실하게 할 때에는 사정명의인 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대하여 불법행위의 책임을 진다고하여야 한다.

2) 전항의 불법행위로 인한 손해배상액은 확정판결의 승소자가 사정명의인 또는 재결명의인과의 관계에서 가지는 권리상태를 기본으로 하고 목적인 토지위에 현실적으로 미치게 하는 지배관계의 범위태양을 참작하여 이를 판단하여야 한다.

II. 판례평석

1. 문제의 제기

토지는 동산이나 건물과 달리 오래전부터 거의 변동없이 존재하여 왔다. 유구한 세월이 흘러가는 동안 토지에 대한 권리자도 수없이 변경되어 왔다. 토지에 관한 권리 중 가장 중요한 것은 역시 소유권이다. 토지에 대하여 소유권의 취득은 원시적 취득과 승계취득으로 나눌 수 있다. 승계취득이란 원시취득을 전제로 주어진다. 그렇다면 토지

에 대한 소유권의 발생 즉 원시취득은 언제 이루어졌는가라는 의문이 들 수 있다. 토지에 대한 원시취득으로는 시효취득¹⁾과 같은 것도 있지만, 이러한 원시취득은 예외적인 것이다. 그렇다면 우리나라에서 토지소유권의 원시적 취득은 언제 대부분 이루어진 것인가라는 의문이 들 수 있다. 이에 대해서는 언급한 문헌은 많지 않지만, 일제의 1912년의 토지조사령에 따라 행해진 토지조사사업에 의한 査定(및 재결)과 1918년 임야조사령에 의한 査定(및 재결)을 받은 자가 원시적으로 취득하였다²⁾고 할 수 있으므로, 그 만큼 토지조사사업이나 임야조사사업이 토지소유권에 큰 영향을 미쳤다는 것을 부정할 수 없을 것이다. 따라서 이 사업에 의한 사정에 관한 판례도 많고 이에 대한 문헌도 적지 않다. 그렇지만 법학분야의 문헌들은 사정자체의 효력에 대한 논의라기보다는 어떠한 사실이 있는 경우에는 사정된 것으로 추정될 수 있는가에 관한 문제에 국한되어 있다.

토지조사사업이나 임야조사사업은 종료된 지 이미 각각 90년 그리고 70년이 지난 것이기는 하지만, 우리 사회를 변화시킨 큰 원인이었으며 현재의 대법원 판례에서도 자주 등장하고 있다. 본 판결은 거의 80년전의 판례이지만, 이전의 판례를 인용하면서 사정의 법적 성격을 정하는 중요한 의미가 있다. 여기에서는 토지조사사업의 목적, 이 목적과 관련하여 이 판결이전의 판례, 사정에 의해 확정된 권리의 성격 등을 말함으로써 사정의 법적 의미를 조명해보기로 한다.

2. 토지조사사업의 목적

원고의 상고이유에 대하여 피고는 토지조사사업의 목적을 들어 사정의 효력에 대해서는 법원에서 다룰 수 없어야 한다고 주장한다. 즉 피고는 토지조사사업을 통해 일괄적으로 소유권을 확정시키는 것을 통하여 납세의 표준을 정한다는 공익상의 목적과 소유권의 귀속을 명확히 하여 사인의 재산권을 안정시키고 나아가서 토지의 이용가치와 유통력을 높이는 것이라고 주장하고 있다.

일본이 조선에서 토지조사사업을 왜 실시했는가에 대해서는 여러 논의들이 있었

1) 시효에 의한 취득이 원시취득인가에 대해서는 논란이 있다. 이에 대하여 소수설은 점유시효취득에 대해서는 등기를 요하고, 실무상 이전등기의 형태를 취하고 있다는 점에서 소급효를 가지는 특수한 승계취득이라는 주장이 있다(강태성, 물권법, 대명출판사, 2000, 522면-523면; 이영준, 물권법, 박영사, 1996, 516면-517면).

2) 원시취득을 전제로 논의를 전개해가고 있지만, 원시취득이라는 명시한 판례는 많지 않다. 원시취득이라고 명시적으로 밝힌 판례로서는 대법원 1998. 9. 8. 선고 98다13686 판결이 있다.

고,³⁾ 일제의 의도를 일제가 제시한 목적만을 들어 토지조사사업의 목적을 파악할 수 없는 것이다. 다만 본 논의에서는 토지조사령에서는 행정처분인 사정에 대해서 사법부의 판단대상으로 할 수 없도록 한 규정을 두고 있는데, 이러한 규정을 둔 이유를 파악하는 데에는 우선 고려의 대상으로 삼아야 할 것은 토지조사사업의 공식적인 문서가 제일차적 고려 대상이 되어야 한다. 토지조사사업의 목적을 나타낸 총독부의 문서는 조선총독부 임시토지조사국에서 발행한 문서로서는 1910년에 발간한 발행한 토지조사사항의 설명서와 조선토지조사사업보고서를 들 수 있다.

토지조사사항설명서에서는 ‘(일제이전의 토지조사는) 주로 토지세의 부과와 기초를 삼는데 목적으로 두고 지주가 안전하고 확실하게 소유권을 보장받도록 하지 않아 토지에 대한 권리를 침해당해도 쉽게 회복되는 길이 없었다. 따라서 지주의 토지소유권이 심히 불안하여 토지를 개량하려는 의도가 생길 수 없었고 농민도 농사를 개량할 마음이 없어 토지의 이용이 점차 쇠퇴하여 산업부진을 조래했다는 것을 부인할 수 없었다.…… 오늘날 정부는 조선 전역의 복지를 증진시키기 위하여 막대한 국가 재정을 투입하여 전역의 토지를 조사 측정하여 경계, 면적 등을 명확히 하여 각 개인의 토지소유권을 확인하고 이를 정부 기록에 등록하여 지주로 하여금 안전하고 영원히 토지를 개선 및 이용하도록 하려 한다’⁴⁾고 말하고 있다. 이 설명서에서는 각 개인에게 토지소유권을 확인하여 주어야 토지 개선과 이용의 합리화가 이룩될 수 있다는 사고가 들어 있다.

조선토지조사보고서에서는 ‘조선에서 고래의 토지소유권보장의 제도는 아주 불완전

3) 토지조사사업의 성격을 어떻게 볼 것인가에 여러 견해가 있다. 토지조사사업이 소유권확립에 기여한 성격을 파악하여 근대적 소유권확립의 획기로 보는 확립론과 조선후기에 형성되어온 토지소유관계의 법적 추인으로 보는 추진론으로 보는 견해(김홍식, 한국근대화과정에 있어서 토지조사사업(1910-1918), 慶熙經濟研究(慶熙大學校附設慶熙經濟研究所) 제8호, 1992.11, 7면-24면)가 있다. 또한 조선을 전통사회의 토지소유를 공전제로 표현되는 국유로 단정한 위에 근대적 이러한 국유를 해체하고 역사상 처음으로 사적 토지소유권을 확립한 데에서 오는 사업의 근대적 성격을 평가하는 시각과 조선사회에 이질적인 토지소유권의 범위를 강압적으로 인식하여 농민의 토지로부터의 분리를 대규모로 초래한 과정을 이해한 시각과 조선사회의 소유권을 재확인하면서도 전통적 토지질서의 많은 왜곡과 굴절을 초래하였다는 시각과 과거의 연구들이 가정하는 것에 비해 연속성을 인정하면서 토지조사사업이 수행한 토지귀속관계이 폭이 훨씬 협소했다는 점을 강조하는 시각으로 나누는 견해(이철우, 토지조사사업과 토지소유법제의 변천, 한국법사논총(박병호교수환갑기념논총), 350-351면)가 있다.

4) 조병현, 일제토지조사사업설명, 지적 1999년 2월호, 44면. 이 글에 의하면 조선총독부 임시토지조사국이 1910년에 발행한 「토지조사사업의 설명」이라는 팜플렛이 있고, 이 팜플렛에는 토지조사사업의 목적, 조사사업의 방법 및 신고, 자문기관 장부와 지도, 지주의 의무와 권리 등을 수록되어 있다고 한다. 저자는 그 「설명서」를 구하지 못해 조병현의 번역문을 인용하기로 한다.

해서 근거로 할 만한 것이 없다. 그리고 토지에 관한 증명제도를 시행하는데 있어서나 형식상 권리보장의 제도를 성립시켜야 할 지도나 토지대장이 확정되어 있지 않아 목적 물인 토지표시를 확인할 만한 방법이 없다. 따라서 권리의 증명에 지대한 결함이 있다. 조선에 있어서 문화의 개발이익의사의 진전은 토지소유권의 확정 및 그 보장을 하루라도 빨리 하는 것이 급선무이고 소위 토지에 관한 분쟁이 빈번하게 발생하게 되어 이르러 토지사정의 필요성이 있는 바이다⁵⁾라고 기술하고 있다. 이 보고서에도 조사사항설명서와 동일하게 소유권의 확정 및 보장을 하고 증명제도를 마련하는 것이라고 기술하고 있다.

또한 ‘조선에서의 토지소유권은 원래부터 사법재판에 의한 판결의 확정을 거절하는 것은 아니고 동시에 토지조사령에서 정하는 바는 행정처분으로 최후의 확정으로 보아야 한다. 사정의 확정 또는 재결에 대하여 그 사유의 여하를 문제삼지 않고 또한 이를 사법재판에 부칠 수 없도록 하여 토지조사령이전의 모든 사유는 사정에 의해 일체 절단(연)되는 것으로 한다’⁶⁾라고 하여 사정에 통한 소유권의 확정은 사법부의 판단을 허락하지 않는 것으로 하려고 하고 있다.

법률관계를 조기에 안정시키려는 의도는 식민지 조선의 법령에 일반적인 현상이기도 했다. 토지조사령은 일제의 조선법령 중의 하나인 제령이다.⁷⁾ 제령은 일본법령 제30호 “조선에 시행할 법령에 관한 법률” 제1조에 의하여 주어진 것인데 이 법 제1조에서는 “조선에서는 법률을 요하는 사항은 조선총독의 명령으로 규정할 수 있다”고 규정하고 있다. 제령이 한계가 없었던 것은 아니다. 우선 제5조에 의해 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령에 위배할 수는 없었고, 내각총리대신을 거쳐 천황의 勅裁를 얻어야 효력이 지속될 수 있었다. 그렇지만 사실상으로는 강점기 한반도의 사정에 대해서는 조선총독이 상대적으로 더 잘 알고 있었다고 인정되었을 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그의 판단이 존중되었을 것이므로 조선총독의 제령안이 칙재를 얻지 못하는 일은 거의 없었을 것이다.⁸⁾ 즉 제령의 법제적인 제약이 있음에도 불구하고 사실상 조선총독이恣意로 제정할 수 있는 것이었고 식민지 지배의 효율성 즉 자의성의

5) 朝鮮總督府臨時土地調査局, 朝鮮土地調査事業報告書, 1918年, 411면.

6) 朝鮮總督府臨時土地調査局, 前掲報告書, 412면.

7) 식민지 조선에 적용되는 법령은 제령만 있는 것은 아니었다. 우선 법률로서는 칙령에 의해 조선에서 시행할 것을 정한 법률, 조선에서 시행할 목적으로 특별히 제정된 법률도 있었다. 그 외 일본의 閣令은 특정한 경우에는 조선에도 적용이 되었다. 그 외 조선총독부의 법령으로서는 제령외에도 총독부령이 있었다(김창록, 식민지피지배기 법제의 기초, 법제연구 제8호, 70-74면).

8) 김창록, 제령에 관한 연구, 법사학연구 제26호(2002.10), 121면-122면.

극대화를 위해 일본 국회에서도 용인한 것이라고 할 수 있다.⁹⁾

제령인 토지조사령 제15조에 '토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의해 확정한다'고 규정하게 되었다. 또한 제16조에서 '사정으로서 확정한 사항 또는 재결을 거친 사항에 대해서는 다음과 같은 경우가 있는 경우에만 사정이 확정되거나 재결이 있었던 날로부터 3년내에 고등토지조사위원회에 재심을 신청할 수 있다. 단 처벌받을 행위로 판결이 확정된 때에 한한다. ① 처벌받을 행위에 기하여 사정이나 재결이 있었던 때 ② 사정이나 재결의 증거로 한 문서가 위조 또는 변조된 때'라고 규정하고 있었다.¹⁰⁾

또한 1915년 5월 제령 제16호(토지조사에 의한 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건)를 공포하고 그 제1조 제1항에서 '토지의 소유권이 토지조사령에 의한 사정 또는 재결을 거쳐 확정된 때에는 이와 저촉되는 등기 또는 증명이 있는 때에는 토지소유자는 그 등기 또는 증명의 말소를 신청할 수 있다'고 규정하여 사정에 의하지 않은 권리를 인정하지 않고 사정에 일치하지 않은 등기나 증명을 제거할 수 있는 길도 마련하였다.

3. 본 판결에 이르게 된 과정과 본판결의 의의

토지소유권을 조기에 확정시키려는 조선총독부의 의도에도 불구하고 당사자들이 재결을 신청하는 경우는 적지 않았다.¹¹⁾ 그리고 사정이 있기 전에도 소유권의 문제로 법

9) 김창록, 상계논문, 128면.

10) 조선임야조사령에도 이와 유사한 규정(제15조와 제16조)이 있다. 그리고 이 규정이 우리 대법원의 판단에 영향을 미쳤을 것으로 생각된다. 즉 1969년에 제정된 임야소유권이전등기에관한 특별조치법 제13조는 "詐僞의 方法으로 第5條의 文書(登記原因書類)를 發給받은 者"에 대해서는 처벌한다는 규정을 두고 있고, 대법원 전원합의체판결(1987.10.13. 선고 86다카2928)은 "(이 특별법에 의해 행해진 등기의 추정력을 번복하기 위해서는)위 특별조치법 제5조 소정의 보증서와 확인서가 허위 내지 위조되었다던가 그 밖에 다른 어떤 사유로 인하여 그 소유권보존등기가 위 특별조치법에 따라 적법하게 이루어진 것이 아니라는 주장과 입증을 하여야 한다"고 판시하고 있어 사정이나 재결의 추정력과 이 특별법에 의해 부여된 추정력은 동일한 사유에 의해서만 부인할 수 있게 된다. 또한 대법원 1995. 12. 12. 선고 94다52096 판결【소유권보존등기말소등】은 "구 수복지역내소유자미복구토지의복구등록과보존등기등에관한특별조치법에 의해 등기된 내용의 추정을 번복을 구하는 당사자로서는 그 등기의 기초가 된 보증서가 위조 내지 허위로 작성되었다든지 그 밖의 사유로 적법하게 등기된 것이 아니라는 것을 주장입증하여야 한다"고 판시하고 있다.

11) 사정에 대한 불복신청 건수는 농촌보다는 도시가 많았다. 각 도별의 신청인원과 신청건수는 약 0.7%, 0.5%였으나, 부(경성, 인천, 부산, 대구, 목포, 마산, 군산, 신의주, 원산, 진남포, 청진, 평양)의 신청인원과 신청건수는 약 1.8%, 4.9%였으며, 특히 부산은 5.2%, 18.7%였다(최

원을 소송을 제기하기도 하고, 토지조사국의 사정후와 고등토지조사위원회의 재결사이에도 소송이 제기되기도 하였다. 이런 경우 법원은 사인의 권리를 확정하는 토지조사령의 제15조의 규정에 불구하고 소를 받아들여 심리를 하였다.¹²⁾ 그런데 토지조사국의 사정과 사법부의 판결이 동일한 경우에는 문제가 없지만, 양 국가기관의 판단이 다른 경우에는 공유자가 아니면서 다수의 소유자가 발생하게 되어 일물일권주의에 반하는 결과가 생기게 된다. 이들의 충돌을 어떻게 해결할 것인가가 문제가 될 수 있다. 여기에서는 본 판결이 있기 전에 조선고등법원의 판례를 개관하기로 한다.

1) 사정에 저촉되는 판결을 할 수 있다는 판례

사정과 판결의 저촉문제를 다룬 판례중 최초의 조선고등법원은 최초의 판례는 大正4年(1915년)의 판례이다. 이 판례에서는 ‘토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 사법재판소의 재판과는 각자 독립해서 사건관계를 확정할 수 있고, 사정 또는 재결은 재판이 확정된 사실은 당사자로부터 이를 주장하지 않으면 사법재판소에서 그 사실의 유무를 조사해야 할 의무가 없다¹³⁾’고 함으로써 사정 또는 재결과 독립하여 토지의 소유권을 확정할 수 있다는 길을 열어 놓게 되었다. 또한 1917년에는 ‘토지조사령에 기한 사정의 확정 또는 재결도 사법재판소가 한 판결도 토지소유자의 권리를 확정하는 것이 되고 단지 그 효력범위에 광협의 차가 있고 전자는 일반적으로 기속력을 생기고 후자는

원규, 일제 토지조사사업에서의 사정과정과 재결, 한국근현대사연구 2003년 여름호(제25집), 292면).

12) 토지조사령 제15조의 규정에 따라 법원은 재판권이 없다고 하는 주장도 없지 않지만, 조선고등법원 판사인 水野正之丞은 ‘토지조사령제정후에 관련된 소권은 모두 무소권의 소가 된다고 하여 각하하여야 한다면 토지조사령의 규정은 사법재판소의 권한을 박탈하고 행정청의 권한으로 전속시키는 것으로 해석된다. 토지조사국은 사정에 의해 사법재판소는 판결에 의해 토지소유권 확정의 권한이 있기 때문에 사법재판소가 소유권확정의 소에 대하여 이를 무소권의 소가 된다고 할 수 없고 항상 본안에 들어가 심리판단을 한 것은 원래 당연한 행위다. 따라서 행정기관과 사법기관이 상호 대립하여 사건확정의 권한을 있다고 한 것은 입법상의 異例인 것을 면할 수 없지만, 법이 그 권한을 부여한 이상은 사법재판소의 판결은 무소권의 판결에 해당하지 않는다’고 하여 이에 반대하고 있다, 水野正之丞, 査正卜確定判決ノ抵觸ニ就テ, (朝鮮)司法協會雜誌 第1卷 一, 二號(1922), 10면.

13) 朝鮮高等法院 大正4年7月26日判決, 大正4年民上第158號(高等法院民事判決錄 第3卷, 247면) 피상고인(상고인의 첩)은 계쟁토지가 人家시 생가로부터 가져오거나 임가후 매수한 것을 상고인에게 명의신탁한 것이라고 주장하는 반면에, 상고인은 자신의 소유이며, 피상고인에게 중여 매각한 적이 없으므로 자신의 소유라고 주장하였다. 이에 원심(大邱覆審法院)은 원래는 상고인의 소유였지만 갑호 제1호 증거에 피상고인의 소유로 확인되었으며, 상고인은 사정에서 자신의 소유로 사정을 받았음에도 불구하고 그 사실을 주장하지 않아 패소한 사건이다.

당사자에게 기속력이 생긴다. 확정된 사정과 판결의 결과 서로 저촉되어 相容될 수 없는 때에는 양자는 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위가 되고 따라서 이를 조화할 법규가 존재하지 않는 현행법제하에서는 양자가 서로 대립하여 상호 침해할 수 없고 단순히 그 전후에 의하여 양자간의 효력의 우세를 정할 수 없다¹⁴⁾고 하였다. 이 판결의 특징은 사정(혹은 재결)은 일반적으로 기속력이 생기고 판결은 당사자에게만 기속력이 생긴다고 하여 사정과 판결의 성질의 차이를 인정한 것이다. 또한 그러면서도 양자간의 선후를 이유로 우세를 정할 수 없다고 판시함으로써 하나의 물건에 공유자가 아닌 두개의 소유권이 존재하는 기현상을 낳게 되었다.

다시 1919년에는 ‘동일토지의 소유권에 관해서 토지조사령에 관련된 사정 또는 재결과 사법재판소의 확정판결사이에 상호 저촉되어 서로 조화될 수 없는 결과가 생긴 때에는 비록 양자 전연 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위로서 각각 독립해서 그 효력을 가진다. 따라서 이러한 경우에는 일방은 사정 또는 재결로 확정된 권리를 주장할 수 있고 동시에 다른 일방은 판결로 인하여 확정된 권리를 주장할 수 있어 그 당사자간에서는 양자 상호 대립하여 당시의 현재의 상태를 유지하고 상호 다른 일방의 권리를 침해함이 없이 그 권리를 행사할 수 있는 것이 된다는 것이 타당하다. 따라서 만약 다른 일방의 현상이 변경되어 그 권리를 침해해서 목적물건을 탈취하는 것과 같은 행위를 할 때에는 침해되는 자는 침해자를 상대로 이를 회복청구할 수 있다고 하여야 한다.’¹⁵⁾고 함으로써 양자의 권리를 침해할 수 없으며, 침해한 경우에는 회복청구가 가능하다고 하였다. 이런 토지의 점유자는 점유의 상태를 유지할 수 있는 반면에 비점유

14) 朝鮮高等法院 大正6年3月23日判決 大正6年民上第14號(樹木及大麥返還請求/件), 高等法院民事判決錄 第4卷 203면부터(원심에 따르면 본사건의 사실관계는 다음과 같다. 원고 김치순(피상고인)와 피고 김태운(상고인)간의 본소 계쟁 토지의 소유권에 관하여 분쟁이 있고 이 분쟁에서 明治44년 8월 16일 원고(피상고인)가 패소하여 당해 판결이 확정되었다. 그런데 大正3년에 이르러 토지조사령으로 인한 조사의 결과 토지는 피상고인의 소유로 사정받아 당해 사정은 확정되어 즉 동일한 목적물에 관하여 상반되게 권리 확정되게 되었다. 여기서 원심(大邱覆審法院)은 표시된 국가기관의 의사는 상호 저촉되면 후의 의사에 의하여 배제된다고 하는 것이 합리적이라고 할 수 있고 따라서 前示 확정된 사정의 효력은 확정판결에 대하여 우월하다고 할 수 있고 본건 계쟁임야는 피공소인(피상고인)의 소유라고 인정될 수밖에 없다고 하여 사정이 후에 이루어진 국가행위라는 점에서 사정이 확정판결보다 우세한 효력을 가진다고 판시하였다.

15) 朝鮮高等法院 大正8年3月14日判決 大正7年民上384號(高等法院民事判決錄 제6권, 96면이하)(土地引渡請求/件) 大正6년5월11일 고등토지조사위원회에서 계쟁지를 피상고인 3인의 명의로 개결을 받았다. 상고인은 大正 4년 7월 6일 소외계쟁지를 김윤명으로부터 매수하여 그 소유권을 취득하였다. 피상고인들은 大正5년 2월 상고인을 상대로 광주지방법원전주지청에서 본건 계쟁토지는 김윤명과 상고인들의 계약은 무효라는 소송을 제기하였지만 패소하고, 상고인이 승소판결을 받게 되었다.

자는 비점유의 상태로 관념상의 권리만을 갖게 되어 버려 양자간에는 누가 사실상 지배하는가가 권리행사에 중요한 영향을 미치게 되었다.

판결에서 “전자는 일반적으로 기속력을 생기고 후자는 당사자에게 기속력”을 가진다는 의미가 무엇인가에 대해서는 명확히 설명한 판례가 있어 주목된다. 1922년 고등법원판례는 “확정판결의 기판력은 소송당사자 및 그 일반승계인사이에 한하여 그 효력이 미치는 것이어서, 당사자이외의 제삼자에게 효력을 미치지 않아 동일 토지를 양수하여 그 권리를 승계하면 그 효력을 미치는 것이 않는다. 확정판결의 승소자인 갑은, 사정명의인 또는 재결명의인인 을로부터 토지소유권을 양도받은 병에게 확정판결에 기한 소유권에 기하여 그 소유권을 주장할 수 없다. 그렇지만 이에 반하여 병은 을의 소유권을 양수받은 이유로 갑에 대하여 그 소유권취득을 주장할 수 있다고 한다. 이와 동시에 갑으로부터 그 소유권의 양도를 받은 정은 기판력을 이유로 을에 대하여 그 소유권을 주장할 수 없다고 하여 오히려 을이 정에 대하여 그 소유권을 주장할 수 있다”¹⁶⁾고 사정(혹은 재결)과 판결에 의한 권리의 의미를 해석하고 있다. 이에 대하여는 확정판결을 받은 갑이나 이의 승계인 등은 사정명의인에게 기판력을 주장할 수 없어 다시 소송을 하여야 하지만 그렇다고 하여 확정판결을 받은 자나 그 승계인의 권리가 인정되지 않는 것은 아니다라는 판례¹⁷⁾도 있다.

2) 사정에 반하여 권리를 다룰 수 없다는 판례

이에 반하여 토지조사령 제15조, 제16조의 규정에 따라 토지사정에 절대적 효력을 인정하여 사정명의인에게만 소유권을 인정해야만 한다는 판결도 있다. 예를 들어 1917년에는 ‘토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 하나의 행정처분이지만 그 사정 또는 재결이 확정된 때에는 동령 제15조에 의하여 토지소유자의 권리는 이로 인하여 확정되어 동령 제16조에서 규정하는 재심신청으로 변경되지 않는 한 그 사정 또는 재결명의인은 종래 소유권을 가지는가 여부와 무관하게 절대적으로 그 토지의 소유자로 확정되는 것이다. 사법재판소에서 제쟁지에 대하여 사정 또는 재결의 확정된 사실을 인

16) 朝鮮高等法院 大正11年11月17日判決 大正11年民上220號(高等法院民事判決錄 제9권, 474면이하)聯合部判決. 상고인은 제쟁지에 대하여 피상고인을 상대방으로 토지인도 및 소유권이전증명 절차이행사건에서 승소하여 大正4년4월20일 확정되었다. 그후 고등토지조사위원회에서 본건토지는 피상고인의 소유로 결정하였고, 피상고인은 광주지방법원보성출장소에 상고인의 증명의 말소와 상고인으로부터 소유권을 이전받은 자로부터 이전등기말소 및 인도를 청구하였다.

17) 朝鮮高等法院 大正7年7月9日判決 大正7年民上126號土地所有權確認引渡及登記抹消手續請求ノ件(高等法院民事判決錄 第5卷, 589면이하)

정하는 이상은 그 후에 소유권이전변경등의 사실이 없는 한 사정 또는 재결명의인에게 그 소유권을 인정하지 않을 수 없다'18)고 하여 사정으로 인한 소유권의 효력에 대하여 사법부가 다룰 수 없다는 판결도 있다.

또한 1918년에는 '사정에 의하여 토지의 소유자가 있다고 확정된 자가 있다는 사실을 인정하면서 다른 일방에게 그 토지에 대해서는 다른 진정한 소유자가 있다는 취지를 인정하는 것은 정당하지 못하다'19)고 하여 사정에 절대적 효력을 인정하였다. 그런데 1921년에는 양자의 병존을 인정하면서 그 행위의 전후에 따라 효력의 우세를 가릴 수 없고 특별법 우선적용의 원칙에 따라 소유권의 소재를 정하는 일반적 규정보다 특정한 시기에 소유권을 정하는 토지조사령이 먼저 적용되어 소유권의 소재를 정해야 한다는 판례가 있었다.20)

3) 연합부판결의 요약

판결이 전개되어 가는 과정을 보면 사정(혹은 재결)과 확정판결이 병존하는 경우 그 효력의 우열관계가 명확히 정해지지 않고 이를 해결할 만한 규정이나 법이론이 존재하지 않는 상황이 지속되게 되었다. 그래서 최고법원인 조선고등법원에서는 서로 다른 판례가 계속되고 있어 법적인전성을 해칠 우려가 생겼기 때문에 판례를 통합시킬 필요가 있었을 것으로 생각된다. 본 연합부의 판례를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 확정판결을 받은 자가 있음에도 불구하고 재결을 통해 판결확정자와 다른 권

18) 朝鮮高等法院 大正6年3月27日判決 大正6年民上第25號(所有權侵害排除請求ノ件), 高等法院民事判決錄 第4卷 207면부터

19) 朝鮮高等法院 大正7年3月20日判決, 大正6年民上第259號(賭糶支拂請求ノ件)(高等法院民事判決錄 第5卷, 207면) 피상고인은 본소의 부동산을 大正 3년 11월 8일상고인으로부터 매수하여 그 소유권을 취득하고 大正4년 음력 정월17일 전 부동산을 賭糶30석으로 상고인에게 임대하고 大正 4년도의 賭糶 30석을 지불하지 않아 본소를 제기한다고 주장하고 상고인은 피상고인의 주장사실을 전부부인하고 본소의 계쟁지는 大正3년10월20일 소외 이주림의 명의로 사정을 받고 불복신청기간을 경과하여 그 사정이 확정되었다고 항변하였다. 이에 대하여 원심은 상고인은 피상고인에 賭糶 30석을 지불하도록 명했다.

20) 朝鮮高等法院 大正10年12月23日判決 大正10年民上217號(高等法院民事判決錄 第8권, 563면이하)聯合部判決(糶引渡請求ノ件) 사정 또는 재결은 행정처분으로서 사법재판소의 판결은 사법기관의 재판이 되고 그 계통을 달리하는 것이지만, 사정 또는 재결은 종래 확정된 토지소유권을 확정시키는 것을 유일한 목적으로 임시로 제정된 특별법이기에 때문에 토지소유권확정에서는 토지조사령은 민사소송법에 대한 특별법이 되고 과연 그렇다면 보통의 행정처분과 확정판결은 서로 대립하여 그 효력에 우열의 차는 없다고 하더라도 특별법은 보통법에 우선한다는 원칙에 의해 토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 토지소유권을 확정하는 확인판결보다 그 효력이 우선되어 사정 또는 재결의 내용에 좇아 소유권의 소재를 정해야 한다.

리자가 있음을 인정하는 것은 위법한 것은 아니다.

둘째, 제령 제16호(토지조사에 의한 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건)에도 불구하고 사정(재결)명의인이 확정판결을 받은 자의 등기의 말소를 청구할 수 없다. 이 경우 양자는 독자적인 권리를 가지고 있고 서로가 상대방의 권리를 침해하는 안된다. 양자중 사정명의인이 자신의 권리를 양도하는 경우 확정판결을 받은 자의 권리를 침해하여 불법행위가 성립한다.

셋째 불법행위가 성립하는 경우 사정명의인이 확정판결을 받은 자에게 입힌 손해는 부동산의 시가가 아니라 목적인 토지위에 현실적으로 미치게 하는 지배관계의 범위태양을 참작하여 이를 판단하여야 한다.

4) 임야조사사업에서의 사정과 판결

토지조사사업에서는 조선의 토지 면적의 73%에 해당하는 임야에 대해서는 조사를 하지 못했다. 그 이유는 지역이 광대하고 경비가 너무 많이 들어감에도 불구하고 당시 임야에 대한 일반적 인식 및 경제상태는 거액의 희생이 필요하지 않다고 생각했기 때문이라고 한다.²¹⁾

임야조사사업에서도 토지조사사업을 통해 나타난 토지조사국과 사법부사이의 저촉을 방지하기 위하여 조선총독부 농림국은 大正 7년(1918년) 10월 사법당국과 협의한 후 합의하였다.²²⁾ 이 합의의 내용은 소송계속중인 토지에 대해서는 판결선행을 원칙으로 하고 있었다. 그러나 그 후의 실적에 비추어 소송수리통지탈투의 의심이 있을 뿐만 아니라 당시 소송계속지연의 弊風이 잔존하고 있고 사정사무진행상 지장을 생겼기 때

21) 朝鮮總督府農林局, 朝鮮林野調査事業報告, 朝鮮印刷株式會社, 1938年, 7면.

22) 합의 내용은 다음과 같다. ① 도지사신고기간을 정하고 그 고시를 하면 동시에 신고지역 및 신고기간을 고등법원이하 그 지역의 관할재판소에 통지할 것 종전에 이미 고시한 것에 대해서는 일괄하여 통지할 것 ② 재판소는 위 통지를 받은 때에는 신고지역내의 토지를 소유권 혹은 경계에 관하여 현재 소송계류중인 것 및 전항통지후 사정확정의 통지가 있는 시간사이에 수리한 것에 대하여 그 건명, 審號, 수리년월일, 소송의 목적지 및 당사자의 주소 씨명 또는 명칭을 도지사에게 통지할 것 ③ 재판소가 전항의 통지를 한 사건에 대하여 판결확정인 때에는 빨리 판결의 사본을 첨부하여 그 취지를 도장관에게 통지할 것 사건이 화해 취하 등에 의해 판결에 이르지 못한 때에도 동일함 ④ 도지사가 재판소로부터 소송사건수리의 통지를 받은 토지에 대해서는 이미 어쩔수 없는 사정이 있는 경우를 제외하고는 재판소의 확정판결(화해취하를 포함)의 통지에 의해 사정을 할 것 ⑤ 도지사가 사정을 종료한 때에는 그 연월일 지역 및 사정기일을 재판소에 통지할 것 ⑥ 도지사가 할 수 없는 사정이 있어 재판소의 확정판결(화해, 취하를 포함)에 의하지 않고 사정을 한 토지에 대해서는 사정의 연월일, 토지의 표시 및 사정의 요령을 재판소에 통지할 것(朝鮮總督府農林局, 前掲報告, 78면)

문에 大正 9년(1920) 3월경에 사법당국과 협의를 거쳐 종전의 판결선행주의를 사정선행주의로 개정하여 査定事務의 신속을 도모하였다.²³⁾

4. 사정의 효력에 관한 연구의 상황

1) 사정과 재결의 의미

사정(査定)이라는 말은 사전적 의미로는 ‘조사하거나 심사하여 결정함’을 의미하고, 일본어에서도 비슷한 의미를 가진다.²⁴⁾ 현행법제하에서 자주 사용되는 용어는 아니지만 확인이라는 의미로 사용되기도 한다.²⁵⁾ 재결이란 행정심판의 청구에 대하여 심리의 결과를 판단하는 행위를 말한다.²⁶⁾

토지조사사업의 공식보고서인 토지조사사업보고서에서는 ‘사정은 토지의 소유자 및 그 경계(疆界)를 확정하는 행정처분이라고 하고 사정에 대하여 불복이 있는 자가 공식 기간만료후 60일내에 고등토지조사위원회에 그 재결을 구할 수 있는 사정 또는 재결에 의해 확정된다’²⁷⁾ 고 기술하고 있다.

사정의 정의에 대해서는 사정의 법률적 성격을 부여하여 ‘사정이란 하나의 사법확정의 방법인 행정상의 처분으로서 법원의 재판과는 제도상 전연 그 계통을 달리하는 독립된 국가기관의 행위로서 확정된 소유권은 법원도 이를 인정하지 않을 수 없는 절대적인 것이다. 그리고 재결이란 특정의 법률사실 또는 법률관계의 존재를 확인, 결정하

23) 수정된 합의의 내용은 다음과 같다. ① 토지조사신고기간의 고시를 하면 동시에 그 지역 및 기간을 고등법원이하 당해지역의 관할재판소에 통지할 것 ② 재판소에서는 전항의 통지를 받은 때에는 그 지역내의 토지의 소유권 혹은 경계에 관하여 현재 소송계속중인 것 및 사정공시의 통지가 있는 시기사이에 수리한 사건의 건명, 審號, 소송의 목적물, 수리 연월일 및 당사자의 주소 또는 명칭을 所轄도지사에게 통지하고 재판소(고등법원제외)는 사정의 확정에 의거하여 사건을 처리할 것 ③ 고등법원 전항의 통지를 한 사건에 대해서는 판결을 할 때 또는 그 사건이 상고의 취하로 인하여 종국한 때에는 제1심이하의 판결사본을 첨부하여 소할도지사에게 통지할 것 ④ 도지사는 고등법원에 繫屬중인 것을 제외하고는 판결에 의하지 않고 사정을 하고 그 결과를 재판소에 통지할 것 ⑤ 도지사에게 사정공시를 한 때에는 그 연월일, 지역 및 사정확정의 기일을 재판소(고등법원을 제외)에 통지할 것 ⑥ 재판소에 이 연락협정전에 이미 판결을 하고 아직 그 결과를 통지하지 않은 것이 있을 때에는 판결의 확정여부를 묻지않고 판결의 사본을 첨부하여 도지사에게 통지할 것((朝鮮總督府農林局, 前掲報告, 79면)

24) 이기문감수, 동아새국어사정, 두산동아, 제4판, 1139면; 日本大辭典刊行會, 日本國語大辭典, 小學館, 89면.

25) 장태주, 행정법개론, 현암사, 2004, 190면.

26) 장태주, 전제서, 781면.

27) 朝鮮總督府臨時土地調査局, 朝鮮土地調査事業報告書, 1918年, 411면

는 행정절차를 말하는 것으로 토지조사령상의 재결이란 사정에 대하여 불복이 있을 때에 고등토지조사위원회에 이의신청하여 그 권리관계의 존재에 대하여 확인, 결정을 하는 처분이다²⁸⁾이라고 정의할 수도 있을 것이다.

토지조사사업이 전국토의 소유권자를 정하는 중요한 작업임에도 불구하고 오랜 시간이 지났기 때문인지 사정이나 재결의 성격을 논하는 법률문헌은 많지 않다.

법학분야에서 사정에 관한 연구는 두 분야로 생각될 수 있다.

첫째로는 실무상의 필요에 따라 분쟁을 해결하기 위해 직접 필요한 연구이다. 이들 논의는 ‘사정(또는 재결)이 소유권자를 확정한다’는 조선고등법원이나 기존의 대법원의 판례를 그대로 받아들이면서 어떤 경우에 사정받은 것으로 추정될 수 있는가를 판단하는 것이다. 즉 즉 토지조사부에 소유자로 기재되어 있으면 사정받은 것으로 추정되는가,²⁹⁾ 등록원부상에 성명이 기재되어 있는 사람이 토지를 사정받은 것으로 추정되는가³⁰⁾ 등의 논의들만 있었다. 이들 논문들의 전제에는 토지조사사업의 사정 또는 재결은 소유권을 절대로 창설한다는 사고들이 들어 있다고 할 수 있다. 또한 ‘日政治下の 조선고등법원이나 우리 나라 건국후 유신이전의 단계에서의 대법원은 토지조사부상의 사정의 효력은 절대적인 것으로 받아들였다. 그런데 유신치하에 들어서면서, 미등기 또는 미복구 토지의 소유자가 국가 또는 그 率下 행정기관을 상대로 소송을 제기할 때에는 국가지상주의의 발상의 타인지 개정지적법 및 내무부고시에 의하여 토지대장소유자란에 미복구조치되었음을 이유로 할 뿐만 아니라 토지조사부상 사정의 효력에 관하여도 표현은 애매하지만 결과적으로 우월한 효력을 인정하지 않으려는 태도였었다. 그러나 1984.1.24. 자 판결 및 위 판결을 전면 수용한 1986.6.10자 연합판결로써 위와 같은 국가지상주의의 발상이며 행정부의 자의적 조치에 영합한 듯한 일부판결을 폐기하기에 이르렀다. 토지사정의 확정에 관하여 명백히 판시하였는데 입증(증명)문제에 있어서는 사정명의인 이외의 자 명의로 된 소유권이전등기는 원칙적으로 추정력은 깨어지고, 토지소유자가 권리자임을 인정받으려면 소유권의 승계사실 또는 실체관계 부합사실을 주장·입증하여야 한다는 추세에 이르게 되었다’³¹⁾이라고 하여 사정의 절대적 효

28) 早川保次, 朝鮮不動産登記 沿革, 1921, 大成印刷出版社, 61면(최원규, 전개논문, 288면에서 재인용).

29) 한상호, 토지조사부에 소유자로 기재된 사실과 사정의 추정여부, 대법원판례해설 5號, 86.11, 100면-106면

30) 이런 논문들로서는; 김경중, 지적도상에 성명이 기재되어 있는 사람이 토지를 사정받은 것으로 추정되는지의 여부, 대법원판례해설 20號, 94.5, 126면 - 135면 등이 있다.

31) 박원철, 전개논문, 163면.

력을 인정하면서 사정에 일치하지 아니한 공적장부에 효력을 부여하는 것에 대해서 비판적인 견해도 보인다.

둘째는 학계에서의 연구이다. 민법학자들은 사정에 대해서는 특별한 관심을 두고 있지 않으며 다만 관심을 두고 있는 사람들은 사정은 절대적 효력을 갖는 것이며, 사정이 절대적 효력을 가지는 근거는 조선고등법원의 판례에서 찾고 있다.

김상용교수는 '사정은 절대적 효력을 가졌기 때문에 사정이전의 소유권유무를 가지고 다룰 수 없었다. 그리고 재결이 있게 되면 사정일에 소급하여 토지소유권취득의 효력이 발생하였다. 비록 토지조사사업이전에 이미 우리나라에서 근대적인 소유권개념과 비교될 수 있는 사소유권이 확립되어 있었다고 하더라도 토지조사사업을 통한 사정에 의해 소유권을 확립한 것은 우리 고유법상의 토지소유권개념에 바탕을 두고 소유권을 확립한 것은 아니다. 그래서 오늘날 우리나라에서의 토지소유권의 권원의 뿌리(root of title)는 토지조사사업에 의한 사정에 있다고 아니 할 수 없다³²⁾ 즉 사정은 그 법적 성질은 행정처분이었지만 기존의 토지소유권의 확인이 아니라 사정에 의해 소유권이 확정되었으며, 따라서 사정에 의하여 토지소유권을 원시취득하였다³³⁾고 하여 실무계와 별 차이를 보이지 않는다.

이러한 견해를 종합해보면 사정이란 ① 행정처분이며 ② 소유자와 강계(疆界, 境界의 의미)를 확정하며 ③ 소급효가 있으며 ④ 토지소유권을 확정하여 원시취득하게 하는 효력이 있고, 나아가서는 ⑤ 법원도 효력을 다투지 못하고 인정하여야 하는 것이다. 하지만 확인적 성격이 있는 행정처분에 대하여 법원도 효력을 다투지 못하고 인정하여야 한다는 것은 의문이 있다고 할 것이다.

5. 본판결에 대한 소감

1) 일반적으로 토지조사사업에서의 사정과 일본민법의 의용을 통해서 근대적 소유권을 확립하게 되었다고 하지만, 실제로 이러한 두 작업을 통하여 만들어진 소유권은 근대적 소유권과는 차이가 있는 소유권이었다. 근대적 소유권은 배타적 독점가능성이 전제가 되어 동일한 물권이 양립할 수 없음에도 불구하고 본 판례를 통해 볼 때 전 두 작업을 통해 만들어진 물권은 양립할 수 있는 물권이라는 점에서 근대적 물권이라고

32) 김상용, 민법주해 [V] 물권 (2), 1992, 27면.

33) 김상용, 전거서, 26면.

하기 어려운 점이 있다. 역사학계에서 사정의 성격에 대하여 토지소유권의 확립론, 추인론의 대립이 있는바 이러한 판단은 총독부의 의도와 토지조사사업의 결과로 나타난 현상만을 토대로 할 것이 아니라 사법부의 판단도 고려에 넣어 판단하여야 할 것이다.

2) 사정을 통해 소유권을 인정받은 자와 확정판결을 통하여 소유권을 인정받은 자는 서로의 권리를 보호받는 한편, 상호 침해해서는 안된다는 것이 조선고등법원의 판례이다. 연합부 판결을 통해 볼 때 양자는 어떠한 방법으로 소유권을 인정받았는가에 따라 권리의 정도가 정해지는 것이 아니라 '목적인 토지위에 현실적으로 미치게 하는 지배관계의 범위태양'에 따라 정해지게 된다. 그렇다면 사정에 의해 소유권이 확정되게 된 권리자가 지배관계의 범위태양여부에 따라 공허한 패이퍼상의 권리자일 수도 있게 되는 것은 아닌가 하는 생각이 든다.

3) 토지조사사업을 계획 실시하는 총독부는 사정을 통해 근대적 소유권을 원시적 창설적으로 부여하고 토지소유권관계에 대한 분쟁을 종식시키고자 하였고, 이러한 사고는 제령 제2호인 토지조사령 제15조와 제16조, 1912년 제령 제16호인 토지조사에 의한 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건의 제1조 제1항에 반영되었다고 할 수 있다. 하지만 사법부는 사정을 통해 보호받는 못한 진실한 소유자를 외면할 수 없었고, 이러한 결과 소유권이 양립하고 이들 사이에 양립된 소유권의 각각의 가치는 '목적인 토지위에 현실적으로 미치게 하는 지배관계의 범위태양'에 정해지게 되는 이상한 현상을 낳게 되었고, 조선총독부의 의도는 완성되지 못했다고 할 수 있다. 다만 조선고등법원은 사정이나 재결에 의하여 판결을 통해 권리를 확정받은 자의 권리를 즉시 박탈하는 절차를 취하지 않는다는 점에서는 판결을 통한 권리자를 보호하는 측면이 있다고 할 수 있지만, 사법부를 통해 권리를 인정받은 사람은 실제로 사실상의 점유를 하고 있더라도 이를 타인에게 양도할 수도 없고 사정(및 재결)명의인이 타인에게 양도하여 버리면 물권법적 반환청구권을 인정하는 것이 아니라 불법행위를 통한 구제를 선택함으로써 결과적으로 판결을 통한 권리자의 보호를 등한시 하였으며 암묵적으로는 거래의 안전을 도모하려는 일체의 정책에 동조한 측면이 있다고 할 수 있다.