

# 査定에 의해 확정된 토지소유권의 성격\*

## — 조선고등법원의 판례를 중심으로 —

이우석\*\*

### 목 차

- I. 序論
- II. 토지소유권조사의 목적과 토지조사령 제15조의 연혁
  - 1. 토지소유권조사의 목적
  - 2. 토지조사령 제15조의 연혁
- III. 朝鮮高等法院의 판례 분석
  - 1. 판례분석의 내용과 관련판례목록
  - 2. 사정명의인과 다른 소유자인정여부
  - 3. 명의신탁과 사정
  - 4. 제한물권과 사정
  - 5. 사정(재결)명의인의 권리양도와 불법행위성립여부
- IV. 결론

### [국문요약]

본고는 토지조사사업에서의 사정에 의해 확정된 소유자가 가지는 소유권이 법적으로 어떠한 의미를 가지는가를 검토하고 있다. 일반적으로 사정은 토지소유권을 창설하는 것이며 사정을 받은 자는 토지에 대한 소유권을 원시취득하는 것으로 이해하고 있다. 이러한 견해가 잘못된 것은 아니지만 사정을 받은 자 이외의 권리자에게도 권리가 인정되었으며 사정명의인 이외의 권리자에 의해 사정명의인의 권리가 제한되었다. 명의수탁자로서 사정을 받은 자는 명의신

\* 이 논문은 2005년도 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음(KRF-2005-043-B00038)

\*\* 영남대학교 법학연구소 선임연구원

탁자에 의하여 권리가 제한되어 있고, 사정이전에 설정된 제한물권은 사정 후에도 존재하며 사정명의인이 토지를 양도한 경우에는 사정명의인이외의 권리자에게 불법행위책임을 진다는 점에서 원시취득이라고 할 수 있는가에 대하여 의문을 표시하였다. 다만 사정명의인의 특별승계인은 다른 제한이 없는 완전한 소유권을 가진다는 점에서, 토지조사사업에서의 사정은 그 자체가 토지소유권을 창설하는 것은 아니지만 특별승계인에게 양도됨으로써 흠이 없는 소유권을 만들 수 있는 계기를 마련하였다고 본다.

[주제어] 토지조사사업, 조선고등법원, 사정, 재결, 소유권, 토지조사령

## I. 序論

토지조사사업은 우리나라의 지세제도를 획기적으로 바꾸게 하고 우리가 현재 사용하고 있는 지적제도를 정착시키게 한 사업이기도 하지만, 모든 토지의 소유권을 원시적으로 확정하는 사업으로 평가되고 있다<sup>1)</sup>는 점에서 그 의의가 크다. 토지에 대한 권리는 역사적으로 어떠한 형태이든 존재하였지만 조선민사령이 시행되고 있는 조선에서 토지조사사업을 통하여 확정하고자 하는 토지소유권은 근대민법상의 토지소유권이다. 근대민법상의 토지소유권이란 사용·수익·처분의 모든 권능이 갖추어진 완전한 소유권이라 할 수 있다. 한국에서 근대적 토지소유권이라고 할 만한 권리가 언제 확립되었는가에 대해서는 다양한 논의가 있지만 조선은 일본의 경우<sup>2)</sup>와 달리 농지와 택지 등의 중요한 토지에

1) 민법학에서는 토지조사사업자체에 대해서는 별로 관심을 가지고 있지 않는 듯하다. 사정에 대한 평가로는 ‘행정처분이었지만 기존의 토지소유권의 확인이 아니라 사정에 의해 소유권이 확정’하는 것이었다(김상용, 『민법주해[V]물권(2)』(박영사, 1992), 27면)는 정도의 언급만 있을 정도이다. 판례에서는 새롭게 작성된 대장이 토지조사부의 기재와 일치하지 않는 경우 새로운 대장의 기재에 의해 토지조사부의 추정력이 상실되는 것인가 등만을 다루고 있다(박원철, 「토지사정의 효력에 관련된 제 문제점」, 『변호사』(제21집, 1991), 143면~79면).

2) 일본에서는 1643년에 막부의 田火田永代賣買禁令이 있었으며 이 매매금지령은 1872년에 이르러서야 해제된다. 이 매매금지령해제에 ‘四民供’이라는 표현이 사용되고 있었다는 점에서 土地所持에 대하여 신분적 제약을 배제하였다는 점이 중요한 의미를 가진다. 이러한 점에서 일본에서 근대적 토지소유권의 확립을 위한 가장 중요한 조치는 토지의 영구매매금지의 해제라고 할 수 있다(井ヶ田良治·山中永之佑·石川一三夫, 『日本近代法史』(東京:法律文化社, 1982), 18면).

대해서는 사용·수익·처분을 갖춘 토지소유권이 확립되어 있었다고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 그러나 공시제도의 불완전함으로 인하여 토지소유권자를 알 수 없는 경우도 있었기 때문에<sup>4)</sup> 조선총독부는 공시제도의 혼란 등을 빌미로 토지소유권자에 대한 조사를 행하게 되었다. 토지소유권자조사에서 누구를 개개의 토지에 대한 소유권자로 인정할 것인가의 문제가 발생한다. 개개의 토지에 대한 권리자를 정하는 작업은 권리관계를 정하는 법원에서 할 수도 있지만 법원은 당사자들이 소를 제기하는 경우에만 판단을 내릴 수 있으므로 당사자가 소송을 제기하지 않는 한 소유권자가 명확하지 않은 상태가 지속될 가능성이 많다. 소유권자가 확정되지 않은 상태에서의 거래는 매수인을 보호할 수 없게 하고 결국은 토지의 거래를 줄여들게 할 것이다. 따라서 당사자가 요구하지 않더라도 소유권을 적극적으로 확정해주는 절차가 필요하고 이러한 절차를 행정기관이 할 수 밖에 없다.

1910년대의 조선토지조사사업에서는 조선총독부 임시토지조사국이라는 특별행정기관이 이 작업을 하게 되었다. 그러나 소유권을 확정하는 작업은 단순히 조세의 부담자를 정하는 것과 달리 개인의 권리에 속하는 사항을 정하는 것이기 때문에, 단순한 행정공무원만이 행하는 것이 아니라 사법관의 참여가 필요하였다. 따라서 임시토지조사국내에 재결이나 재심을 행하는 고등토지조사위원회에 사법관을 참여시키는 등으로 절차를 보완하려는 노력을 보이기도 하였다.<sup>5)</sup>

그럼에도 불구하고 고등토지조사위원회에 참여하는 판사의 수가 제한되어 있고 임시토지조사국이나 지방토지위원회 등이 모두 행정기관이라는 점에서

3) 심희기, 「조선후기 토지소유에 관한 연구-국가지주설과 공동체소유설비판」, 서울대학교 박사학위논문(1991.2)

4) 심희기, 「조선시대의 토지법과 토지소유관계」, 『한국법사학논총』(박병호교수화갑기념논문집(II) 박영사, 1991), 183면.

5) 朝鮮總督府 臨時土地調査局, 『朝鮮土地調査事業報告書』(1919), 442面(本회(고등토지조사위원회)는 위원장 1인 25인, 간사 6인, 서기 및 통역생 약간인으로 조직되고 위원장은 조선총독부 총감으로 하고 위원은 조선총독의 奏請에 의해 조선총독부판사 同府高等官 및 임시토지조사국 고등관 중에서 내각에서 명하고 판사인 자는 5인 이내로 한다).

사정이나 재결은 행정처분이라는 한계가 있었다. 이러한 한계가 있음에도 토지 조사령 제15조는 ‘토지소유자의 권리는 사정의 확정이나 재결에 의해 확정된다’고 규정하고 있다. 또한 제16조는 재심이 허용되는 특별한 경우가 아니면 그리고 한정된 기간 내가 아니면 진정한 권리자라고 하더라도 사정 또는 재결의 결과에 대하여 다툴 수 없도록 규정하고 있다. 결과적으로는 행정처분으로 소유권이 확정되게 되고 식민지하에서의 제령이라는 규범의 특성 때문에 법원에서 그 다툴 수 없게 될 가능성도 없지 않았다. 그렇다면 사정이나 재결이라는 행정처분으로 소유권자가 확정된다는 것인데, 과연 이러한 행정처분으로 소유권을 확정시키는 것이 타당한 것인지는 의문이다.<sup>6)</sup>

소유권을 확정하는 토지조사사업은 사업당시 뿐만 아니라 현재에도 미치는 영향이 지대하기 때문에 이것에 대한 연구는 셀 수 없을 만큼 많다. 이들 연구

6) 한일합방조약으로 조선민은 대일본제국의 신민이 되었고 대일본제국헌법 제27조는 “일본신민은 그 소유권을 침해당하지 않는다”라고 규정하고 있는데 제령으로 소유권을 회복할 수 없도록 하는 것은 헌법의 침해라고 할 수 있지 않느냐는 의문이 든다. 즉 조선토지조사령 제15조 및 제16조가 대일본제국의 헌법에 위반될 수 있다는 것은 두가지의 방식으로 제기될 수 있다. 제령이라는 규범형식으로 소유권을 제한하는 것과 규범형식과 무관하게 조선토지조사령의 내용이 대일본제국신민의 기본권을 제한하는 것이 대일본헌법의 위반이라는 것이다. 결국은 대일본제국의 헌법이 식민지민에게 적용된다면 모두가 문제될 수 있지만, 식민지민에게 적용되지 않는다면 양자모두가 문제가 되지 않을 것이므로 결국은 식민지 조선인에게도 대일본제국의 헌법이 적용되는가는 문제라고 할 수 있다. 이에 대해서는 김창록교수는 “일본의 헌법 학자들은 크게 군권주의학과 입헌주의학과로 나누어져 있다. 군권주의학과인 穗積八東과 上杉愼吉은 대일본제국의 헌법은 조선에 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있으며, 입헌주의학과인 佐佐木總一, 美濃部達吉, 清宮四郎은 조선에도 헌법이 적용된다는 입장을 취하고 있다. 그럼에도 불구하고 입헌주의학과 학자들은 조선에는 ‘경제적 사회적으로 특수한 사정을 가진다는 사실에 기초한 정치적 필요’에 의해 대일본국헌법의 적용이 제한된다거나(佐佐木總一), 천황의 자의에 의해 적용범위가 제한될 수 있다거나(美濃部達吉), 필요적 중재헌법 이외의 헌법규정들의 식민지에의 적용은 ‘천황의 그때그때의 裁斷’에 의해 결정된다고 함으로써 실제적으로는 헌법이 조선에 적용되지 않는다는 것이 입헌주의학과 주장이라고 할 수 있다”고 하여 실질적으로 대일본제국헌법은 조선에 적용될 소지가 없었다고 한다(김창록, 「일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구 - 「대일본제국헌법」의 제정에서 「일본국헌법」의 출현까지」, (서울대학교 대학원, 1994. 8), 132면~152면). 실제로 토지수용의 문제에 있어서 일본의 토지수용법은 수용심사위원회가 수용여부를 결정하였지만, 조선의 토지수용령에서는 모든 권한이 조선총독, 지방장관에 집중되어 있다고 한다(廣瀨貞三, 「朝鮮における土地收用令 - 1910~1920年代を中心に」, 『新潟國際情報大學情報文學學部紀要』 2, 1999. 3, 1~22면).

들은 토지조사사업에 의해 확립된 소유권이 근대적 소유권인가 전근대적인 소유권인가, 토지조사사업이 토지소유권을 창설한 것인가 확인하는 것에 불과한가 등의 거시적 시각에 출발한 것으로 생각된다. 그런데 진정한 권리자가 아닌 자가 사정받은 경우 진정한 권리자에게는 어떻게 권리를 회복할 수 있는 것인지, 명의신탁을 통하여 사정을 받은 경우 명의신탁자는 어떠한 권리를 가지는지, 사정명의인이 원시적으로 소유권을 취득한다면 토지조사사업이전에 제한물권을 가진 자의 권리는 소멸된다고 할 수 있는 것인가 등의 관점에서 진행된 연구는 없었던 것으로 보인다. 본고에서는 이러한 관점에서 연구를 진행시켜보고자 한다.

이러한 관점에서의 연구를 위해서는 그 당시의 법령의 해석이 중요하고 이들에 대한 해석론을 전개할 필요가 있지만, 그 당시의 법령에 대한 해석론은 충분하지 않아 조선고등법원의 판례를 대상으로 하여 조선고등법원이 이 문제에 대하여 어떻게 판단하고 있는가를 파악하고자 한다. 이 문제에 대하여는 이미 판례평석형식의 연구가 있고,7) 본고는 기존의 연구와 중복되지 않는 범위 내에서 기술하기로 한다.

## Ⅱ . 토지소유권조사의 목적과 토지조사령 제15조의 연혁

### 1. 토지소유권조사의 목적

토지조사사업의 공식보고서인 『조선토지조사사업보고서』에서는 “토지조사사업은 토지소유권조사, 토지가격조사, 地形地貌調査라는 3가지를 내용으로 하고, 토지소유권의 조사는 토지의 소재지, 지목, 지번, 지적 및 소유권자를 조사하여 지적도에 의하여 각필지의 위치, 형상 및 疆界를 表畫하고, 수 백 년 간

7) 줄고, 「토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저축(판례평석)」, 『영남법학』 제10권 2호 (2004.12), 89~109면.

분규가 이어져 온 토지의 계쟁을 해결하고 토지소유권 및 그 疆界를 사정하여 소위 地籍을 명핵(明覈)하여 토지등기제도의 창설을 하는 것이다<sup>8)</sup>라고 기술하고 있다. 토지조사사업의 첫 번째 목적인 토지소유권조사는 토지소유권과 강계를 확정하여 토지등기제도를 창설하는 것을 목적으로 하고 있다는 것을 알 수 있다. 등기란 국가기관인 등기관이 법정의 절차에 따라서 부동산에 관한 권리관계 또는 사실관계를 등기부라는 법적 장부에 기재하는 것 또는 그러한 기재, 그 자체를 말하는데<sup>9)</sup> 토지등기제도란 토지에 관한 권리관계 또는 사실관계를 등기부라는 공적장부에 기재하게 하는 제도라고 할 수 있다. 토지등기제도에서는 토지에 관한 권리관계(권리등기)와 사실관계(사실등기)를 동시에 나타내는 것이지만 토지대장과 관련하여 권리관계는 등기부를 중심으로 대장을 이에 합치시키고 사실관계는 대장을 중심으로 등기부를 일치시킨다는 점에서 등기제도는 사실관계보다는 권리관계를 나타내는 것이라고 할 수 있다.

토지에 관한 권리관계를 나타내는 것은 토지조사사업의 시행 전에도 있었다고 할 수 있다. 토지조사사업이전에도 量案, 衿記 등의 공적장부가 토지에 대한 권리관계를 공시하는 기능을 하고 있었고,<sup>10)</sup> 1906년에 ‘토지가옥증명규칙’, 1908년에 ‘토지가옥소유권증명규칙’ 등의 새로운 법령이 만들어 지기도 하였다. 하지만 量案 등의 조선의 공적 장부는 징세를 목적으로 한 것이었고 사법상의 권리관계를 공시하기 위한 목적이 아니었다. 그리고 새로운 법령들은 적용 범위가 제한되어 있었기 때문에 권리가 필요한 경우에만 공시할 수 있게 한 것에 불과하다. 따라서 전국에 있는 개개의 토지에 대하여 공시하는 제도를 갖추는 것이 필요하다.<sup>11)</sup> 식민지가 된 조선에서는 조선토지조사국이라는 임시

8) 朝鮮總督府臨時土地調查局, 앞의 報告書, 1面

9) 배병일, 『물권법』(영남대학교 출판부, 2003), 57면.

10) 심희기, 앞의 글, 182면.

11) 토지소유권의 확립해야할 필요성에 대하여 토지조사사항설명서에서는 “(사업이전의 토지조사는) 주로 토지세의 부과와 기초를 삼는데 목적을 두고 지주가 안전하고 확실하게 소유권을 보장받도록 하지 않아 토지에 대한 권리를 침해당해도 쉽게 회복하는 길이 없었다. 따라서 지주의 토지소유권이 심히 불안하여 토지를 개량하려는 의도가 생길 수 없었고 농민도 농사를 개량할 마음이 없어 토지의 이용이 점차 쇠퇴하여 산업부진을 초래했다는 것을 부

특별행정기관이 이 작업을 하게 되었다. 토지에 관한 권리는 소유권, 용익물권, 담보물권 등이 있지만 토지에 대한 권리는 기존의 소유권에서 출발하여야 한다. 토지를 취득하려고 하거나 용익물권이나 담보물권을 설정하고자 하는 경우에도 양도인 혹은 설정자의 소유권존재가 전제되어야 한다. 그런데 봉건제도하에서의 토지에 대한 권리는 때로는 다수인이 중층적인 구조로 토지에 대한 사법적인 권리를 나누어 가지는 경우도 있고, 지세를 목적으로 하는 공적장부에 표시되지 않는 경우도 있어 누구에게 소유권이라고 할 만한 권리가 주어지는 가라는 문제가 명확하게 되지 않는 경우가 있다. 그렇게 되면 새롭게 토지에 대한 권리를 가지려는 자는 불안하여 토지에 대한 권리를 취득하지 않게 된다. 토지에 대한 권리를 안전하게 취득할 수 있게 하기 위하여 국가(혹은 식민지 지배기구)가 할 수 있는 것은 어느 시점을 기점으로 토지에 대한 권리를 조사하여 특정인에게 귀속시키고 이 특정인으로부터 취득한 자들은 법적으로 보호된다고 선언하는 것이 필요하다. 이러한 작업이 일본의 지권발행<sup>12)</sup> 및 관민유구분,<sup>13)</sup> 오키나와 및 대만에서의 토지조사사업, 조선의 토지조사사업이다.

---

인할 수 없었다. …… 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"고 규정하고 있다(조병현, 일제토지조사사업설명, 지적 1999년 2월, 44면).

- 12) 일본에서 지조개정과정에서 발행한 지권의 효력에 대해서는 증명문서에 불과하다는 설과 설권문서에 해당한다는 설이 대립하고 있고, 판결은 증명문서에 불과하다고 한다(北條浩, 「明治初年の地券の法的性質, 田原灣干潟訴訟最高裁判決(昭62・12・16)の批判」, 『法律時報』 第61卷13號(1989.11), 69~72面).
- 13) 지권과 달리 관민유구분처분은 설권행위라는 것이 판례의 입장이었지만(仙台高判昭和43年7月15日, 判例時報 537號, 53面), 1985년 東京高判은 “산림, 원야 등의 관민유구분은 인정의 경위에 의하면 일단 공유지로 된 산림, 원야등에 대하여 국가의 행정기관이 법령에 기하여 공권력의 발동으로서 이를 관유, 민유중의 어느 하나로 구분하고 그 소유권의 귀속을 결정하는 것이기 때문에 협의의 행정처분이라고 할 수 있다. 그리고 그 대상이 되는 산림 원야 등은 이에 따라 종국적으로 관 혹은 민유의 어느 쪽에 귀속되는 것이라고 하여야 한다. 그러나 동시에 관민유구분이 무효가 되거나 취소되어 그 효력을 잃은 경우에는 그 대상이 되는 산림원야 등에 대한 관민유구분이 행해지지 않은 것과 동일시되는 것이다”(東京高判 昭和60.1.24宣告 民一四判決(山林所有權確認請求控訴事件), 判例時報 1140號, 54面)라고 하여 관민유구분처분은 협의의 행정처분이어서 처분이 무효나 취소가 될 수 있다고 한다. 이에 대해서는 “판결이 민유라고 하기 위해서는 어떠한 사실을 입증하여야 하는 것에 대해서는 판시

## 2. 토지조사령 제15조의 연혁

토지조사령 제15조는 “토지소유권자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의해 확정된다”라고 규정하고 있다. 이에 이어 제16조는 “사정을 확정된 사항 또는 재결을 경과한 사항에 대해서 다음의 경우에 사정의 확정이나 재결이 있는 날로부터 3년 내에 임야조사위원회에 재심의 청구를 할 수 있다. 단, 처벌받을 행위에 의하여 판결이 확정된 때에 한한다. ① 처벌받아야 할 행위에 기하여 사정 혹은 재결을 받은 때 ② 사정 또는 재결의 증빙자료가 되는 문서가 위조 또는 변조된 때”<sup>14)</sup>라고 규정하여 재심의 사유를 제한함으로써 조기에 소유권확정과정을 마치려고 하고 있다. 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 않고 대장이나 등기에 기재된 내용을 말소할 수 있도록 하여 토지조사령 제15조의 실효성을 확보할 수 있도록 하고 있다.

그런데 이 규정은 어떻게 생기게 된 것인가? 이에 대해서는 후술하는 川上

---

하지 않았다는 점에서 문제가 있다(中尾英俊, 「日高鍋藩里牧跡地所有權確認等請求事件控訴審判決」, 判例時報 1157號, 判例評論 319號, 211~215面)는 견해가 있다.

- 14) 이 규정은 우리 대법원의 판단에 영향을 미쳤을 것으로 생각된다. 즉 1969년에 제정된 임야소유권이전등기에관한특별조치법 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 의해서만부인할 수 있게 된다. 또한 대법원 1995. 12. 12. 선고 94다52096 판결【소유권보존등기말소등】은 “구 수복지역내소유자미복구 토지의복구등록과보존등기등에관한특별조치법에 의해 등기된 내용의 추정을 번복을 구하는 당사자로서는 그 등기의 기초가 된 보증서가 위조 내지 허위로 작성되었다든지 그 밖의 사유로 적법하게 등기된 것이 아니라는 것을 주장·입증하여야 한다”고 판시하고 있다.



常郎의 영향을 받았을 것이라고 생각된다. 官嶋博史는 이 川上常郎의 견해는 다시 대만의 지적규칙에서 생겨났을 것이라고 하고 있다.<sup>15)</sup> 대만의 토지조사사업의 근거법령인 臺灣地籍規則(1898. 7)은 業主權<sup>16)</sup>査正에 불복하는 자는 고등토지조사위원회에서 불복을 신청할 수 있고 이 불복에 대해서는 고등토지조사위원회가 재결하도록 하고 이 재결을 거친 사항에 대해서는 소송을 통하여 다툴 수 없도록 규정하고 있다(동규칙제4조). 행정재판의 일종인 고등토지조사위원회의 재결에 재심을 인정하지 않는데 대하여 비판이 있었고 1903년에는 大北地方法院長 牧山柴樹가 兒玉臺灣總督에 대하여 ‘범죄행위에 기하여 업주의 사정을 받고 또는 명백하게 관습에 반하여 사정을 받은 예도 있고, 기타 正權限에 기하지 않고 사정을 받는 사람도 필연적으로 있을 수 있다. 따라서 구제의 길을 열어놓을 필요가 있다’고 하고 다음과 같은 1에 해당하는 때에는 복심법원에 심리를 구할 수 있어야 한다고 하여 새로운 법안을 작성하여 상신하였다.<sup>17)</sup> 그 내용은 다음과 같았다.

- (一) 사정 또는 재결을 받은 업주가 신고를 함에 있어서 처벌받아야 할 행위가 있을 때
- (二) 사정 또는 재결의 憑據가 되는 증거가 위조 또는 변조된 때
- (三) 지방토지조사위원회 및 고등토지조사위원회의 위원이 사정 또는 재결에 관하여 처벌받아야 할 행위가 있을 때
- (四) 제삼자의 행위에 의하여 이전에 제출하여야 할 것을 할 수 없었고 증거로 하면 자기에게 이익이 되는 것인데 사정 혹은 재결을 할 때 제출하지 못한 것을 발견한 때
- (五) 관습에 반하는 사정이 사정 혹은 재결에 근거가 된 때

15) 官嶋博史, 『朝鮮土地調査事業史の研究』(東京: 東京大學東洋文化研究所, 1991), 386면.

16) 일본의 지배를 받기 전 대만은 大租權, 小租權으로 토지에 대한 권리가 분할되어 있었다. 토지조사사업과정에서 일반적으로 小租權을 소유권자로 파악하여 업주권으로 사정하고, 大租權은 총독부가 매입하게 되었다고 한다(江丙坤, 『臺灣地租改正の研究-日本領有初期土地調査事業本質』(東京: 東京大學出版會, 1947), 20面).

17) 江丙坤, 앞의 책, 168面.

토지조사당국도 당초에 이 방침에 찬성하고 바로 상신안에 기하여 1903년 5월 26일, 이유로 ‘토지업주 및 경계의 사정에 관한 율령안’을 입안하였으나 이 율령안은 궁극적으로 반대에 부딪혀 결국 폐안되었다. 반대의 이유는 ‘재심의 원인이 너무 광범위하기 때문에 어렵게 확정된 업주권을 다시 불확정한 상태로 만들어 다수의 양민을 불안하게 할 수 있다’라는 것이다. 여러 가지 복잡한 과정을 통하여 정해진 내용은 최종적으로 공포된 토지조사규칙개정중 재심을 신청할 수 있는 것은 다음의 2개 뿐 이었다.

(一) 사정 또는 재결을 받은 업주 혹은 그 대리인이 처벌받아야 할 행위가 신고 혹은 불복신청을 한 때

(二) 사정 또는 재결의 憑據이 되는 증서가 위조 또는 변조된 때<sup>18)</sup>

대만 지적규칙의 재심사유는 토지조사령의 재심사유와 유사한 점이 있다. 왜 이렇게 유사한 내용을 가지게 되었는가에 대해서는 사법심사를 허용하는 대만지적규칙의 개정안에 대하여 반대한 의견을 경청할 필요가 있다. ‘사법심사를 허용한다면 소유권을 다시 불확정한 상태로 만들어 다수의 양민을 불안하게 하고 재심사유를 넓게 인정한다면 불복이 있는 자가 반드시 재심의 소를 제기하게 될 가능성도 있어서 이상한 결과에 도달하게 된다’는 것이다.

조선의 경우에도 토지조사사업 주체도 법원의 간섭을 받지 않고 소유권을 조기 확정시키기를 원했을 것이다. 이러한 의도는 실무가의 의견에서 표출되었다.

1909년 당시 大邱財務監督局長이었던 川上常郎이 度支部次官인 荒井賢太郎에게 『土地調査要綱』이라는 책을 제출하였다. 이 책에서는 “토지소유권의 확인 및 확인처분에 대한 異議의 採決은 일체 이를 사법재판소의 관할에 속하지 않는 것으로 하고 그 확인처분은 이를 토지조사의 주관청에 속하게 한다. 그 異議의 採決은 특별한 조직을 가진 합의기관에 속하게 할 것이 필요하다.

18) 江丙坤, 앞의 책, 169面.

…… 그 확인처분에 대한 異議의 재결에 있어서 토지조사의 주무관청이외의 독립한 기관을 요한다. 그 조직은 당해 주무관청의 고등직원과 함께 사법관 및 다른 행정관이 더해져 일종의 합의기관으로 하고 주관청의 부당처분은 단호하게 이를 바로 잡아(匡正) 한다. 또한 가능하면 입법의 취지와 토지의 성질관계의 내용에 따라 적정한 심리를 하기 위하여 그리고 당해관청의 처분을 경시할 수 없게 하기 위하여 이러한 특별한 조직의 합의체를 필요로 한다”<sup>19)</sup>이라고 기술하고 있다.

川上常郎이 주장하는 내용은 토지조사법(隆熙4年8月23日) 제8조 ‘土地調査局의査定에 대하여 不服이 有하는 者는 其公示의 日로부터 九十日以内に 高等土地調査委員會에 申告하여 其裁決을 求함을 得함. 土地調査局總裁의 査定을 經한 事項에 對하여는 前項에 依하여 裁決을 求하는 外訴訟을 提起함을 得지 不함’에 포함되게 되었다.

임시토지조사국은 토지조사사업의 공식보고서에서도 “사정은 사정의 확정에 의해 절대로 토지소유권관계를 확정함으로써 사정전 다른 법령에 의해 취득하거나 보장된 일체의 토지소유권에 우월하기 때문에 (一) 토지소유권이 사정 또는 재결에 거쳐 확정된 경우, 이(사정, 재결)와 저촉되는 등기 또는 증명인 있는 때에는 토지소유권자는 그 등기의 또는 증명의 말소를 청구할 수 있고 (二) 기 등기 또는 기 증명의 토지의 일부에 관하여 사정 또는 재결을 거쳐 확정된 소유권이 등기 또는 증명과 저촉되는 때에는 토지소유권자는 등기 또는 증명의 명의인을 대신하여 토지분할의 등기 또는 증명을 신청할 수 있다”<sup>20)</sup> “조선에서 토지의 소유권은 원래부터 사법재판에서 판결의 확정을 거부하는 것인 동시에 토지조사령에서 정한 바에 따라 행정처분으로 최종의 확정으로 보아야 할 것으로 사정의 확정 또는 재결에 대하여 그 사유의 여하를 묻지 않고 이를 사법재판에 부칠 길이 없는 것으로 하여 토지조사이전에 모든 사유는 사정에 의해 일단 단절되는 것으로 한다”<sup>21)</sup>고 하여 이 사실을 확인하고 있다.

19) 川上常郎, 土地調査綱要(1909). 300~301面.

20) 朝鮮總督府臨時土地調査局, 앞의 報告書, 441面.

### Ⅲ. 朝鮮高等法院의 판례 분석

토지조사법 제8조는 사법심사를 구하는 것을 허용하지 않는다는 명문의 규정을 두고 있었다. 그러나 토지조사령 제15조는 ‘확정한다’라는 용어를 사용하고 있어 재심사유를 엄격하게 제한하고 있기는 하지만 사법심사를 구할 수 없다는 명시적인 규정을 두고 있지는 않다. 토지조사법에서 명시적으로 금지하고 있던 것을 토지조사령에서는 왜 명시적으로 금지하지 않았는지 그 이유는 어디에도 설명되어 있지 않다. 결국 사법심사를 구할 수 있는가의 문제는 법원의 해석에 맡겨질 수밖에 없었다. 제령이라는 법령에 대한 해석은 조선고등법원만이 할 수 있는 것은 아니고 지방법원과 복심법원도 할 수 있으며 이들의 해석도 중요한 것이라고 할 수 있다. 그러나 현재로서는 하급심판결을 찾을 수 없어 조선고등법원의 판례만을 그 대상으로 하여 연구를 진행하기로 한다.

#### 1. 판례분석의 내용과 관련판례목록

다수의 자가 권리를 주장하는 경우 개개의 토지에 대하여 권리자를 확정하는 것은 쉽지 않는 문제이다. 토지조사령에 의할 경우 소유자는 토지를 임시토지조사국장에게 신고하고(토지조사령 제4조), 임시토지조사국장은 지방토지조사위원회의 자문을 얻어 소유권자를 査定하고 이를 30일간 공시한다(토지조사령 제9조). 이 사정에 불복이 있는 자는 공시기간 만료 후 60일 이내에 고등토지조사위원회에 불복신청을 하여 재결을 구할 수 있다(제11조). 고등토지조사위원회는 불복신청을 받은 경우 당사자, 증인 혹은 감정인을 소환하여 재결을 하고 이유를 붙인 재결서를 당사자와 임시토지국장 및 지방관청에 통지한다(제13조·제14조). 사정의 확정이나 재결에 의해 정해진 소유권은 재심의 사유가 없는 한 토지소유권이 확정되게 된다. 이렇게 임시토지조사국에 의한 소유권사

21) 朝鮮總督府臨時土地調查局, 앞의 報告書, 412面.

정이 종료된다고 하더라도, 사정이나 재결처분의 당부에 관하여 법원에 다룰 수 있는 소지가 있으며 이와는 별도로 私法關係를 확정하는 법원의 본래의 기능에 따라 법원에서 소유권을 확정할 수 있을 것이다. 조선고등법원의 판례들에서는 사정이나 재결의 당부, 혹은 사법관계의 확정을 위한 소송에서 사정의 확정이나 재결에 의하여 확정된 소유자와 다른 자를 소유자라고 판단할 수 있는지? 만약 사정 또는 재결을 받은 자과 다른 자를 소유자라고 판시하는 경우 소유권의 병존현상이 생기는데 각각의 소유권은 어떠한 효력을 가지는가? 또한 사정이나 재결 등에 의한 소유권의 확정은 소유권의 원시취득으로 평가되고 있는데 이 경우 토지에 존재하던 저당권이나 지상권 등의 제한물권은 소멸하게 되는가? 등을 살펴볼 필요가 있다.

토지사정은 1913년 말부터 시작되어 1917년까지 진행되었지만, 사정에 관련된 조선고등법원의 판결은 1915년부터 시작되어 1918년에 많은 판결이 나오고 1919년, 1921년, 1924년 1925년 연합부 판결로 쟁점이 정리되어 간다. 1915년부터 1925년까지 사정에 관련된 조선고등법원 판결은 모두 18개이다.<sup>22)</sup>

이하에서는 대상판례를 먼저 제시하고 본문에서는 판례의 약어를 사용하기로 한다.

<판례목록과 수록민사판결문집>

1. 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(土地所有權確認並證明抹消手續請求ニ關スル件)(高等法院民事判決錄 第3卷, 247面이하)(이하판결①라 약칭함).
2. 朝鮮高等法院 大正5年5月16日判決, 大正5年民上第85號(強制執行異議事件ニ關スル件)(高等法院民事判決錄 第3卷 580面이하)(이하판결②라 약칭함).
3. 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ノ件),

22) 사정의 효력에 관한 조선고등법원판례의 일부를 소개한 논문이 있다(이철우, 「토지조사사업과 토지소유법제의 변천」, 한국법사학논총』(박병호교수화갑기념논문집(Ⅱ) 박영사, 1991), 366면). 이 논문은 水野正之의 논문에 소개된 판례를 그 내용으로 한 것이어서 모든 판례를 대상으로 한 것이 아니고, 중요한 몇 개의 연합부판결을 소개하지 못한 점이 있다.

(高等法院民事判決錄 第4卷 202面이하)이하판결③라 약칭함).

4. 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 207面이하)이하판결④라 약칭함).

5. 朝鮮高等法院 大正6年5月28日判決 大正6年民上第84號(土地所有權確認及引渡併  
所有權移轉證明節次履行請求ノ件)(高等法院民事判決錄 第4卷 407面이하)이하판결⑤라  
약칭함)

6. 朝鮮高等法院 大正6年7月9日判決, 大正6年民上第153號(土地臺帳名義書換請求ノ  
件)(高等法院民事判決錄 第4卷 685面이하)이하판결⑥라 약칭함).

7. 朝鮮高等法院 大正7年3月2日判決, 大正6年民上第297號(賭枵支佛請求ノ件)(高等法  
院民事判決錄 第5卷, 206面이하)이하판결⑦라 약칭함).

8. 朝鮮高等法院 大正7年4月16日判決 大正7年民上第78號(土地所有權確認及引渡請  
求の件)(高等法院民事判決錄 第5卷274面이하)이하판결⑧라 약칭함).

9. 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, 589面이하)이하판결⑨라 약칭함).

10. 朝鮮高等法院 大正7年11月19日判決 大正7年民上338號(土地所有權確認及所有權  
登記抹消手續履行請求ノ件)(高等法院民事判決錄 第5卷, 873面이하)이하판결⑩라 약칭함)

11. 朝鮮高等法院 大正7年11月20日判決 大正7年民上第265號(土地所有權確認請求  
의件)(高等法院民事判決錄 第5卷, 862面이하)이하판결⑪라 약칭함)

12. 朝鮮高等法院 大正8年3月14日判決 大正7年民上384號(土地引渡請求ノ件)(高等法  
院民事判決錄 第6卷, 96面이하)이하 연합부판결①라 약칭함)

13. 朝鮮高等法院 大正10年12月23日判決 大正10年民上217號(枵引渡請求ノ件)(高等法  
院民事判決錄 第8卷, 563面이하)－聯合部判決((이하연합부판결②라 약칭함)

14. 朝鮮高等法院 大正11年11月17日判決 大正11年民上220號(土地所有權保存登記及  
移轉登記抹消竝土地引渡請求ノ件)(高等法院民事判決錄 第9卷, 474面이하)－聯合部判  
決(이하 연합부판결③라 약칭함)

15. 朝鮮高等法院 大正12年8月28日判決 大正11年民上181號(損害賠償請求ノ件)(高等  
法院民事判決錄 第10卷, 249面이하)이하판결⑫라 약칭함).

16. 朝鮮高等法院 大正13年12月26日判決 大正11年民上262號土地賣買契約無效確認及所有權移轉登記抹消及更正登記申請手續履行請求事件(高等法院民事判決錄 第11卷, 264面이하)-聯合部判決(이하연합부판결④라 약칭함)

17. 朝鮮高等法院 大正14年10月13日判決 大正14年民上240, 241號(共有權竝無效確認等請求事件)(高等法院民事判決錄 第12卷, 368面이하)(이하판결③라 약칭함).

18. 朝鮮高等法院 大正14年12月26日判決 大正14年民上第302號賠償請求事件(高等法院民事判決錄 第12卷, 515面이하)-聯合部判決(이하연합부판결⑤라 약칭함)

## 2. 사정명의인과 다른 소유자인정여부

토지조사령 제15조에서는 “토지소유자의 권리는 사정의 확정이나 재결에 의해 확정된다”고 규정하고 있다. 그리고 제16조에서 재심사유를 제한하고 있기 때문에, 사정 또는 재결이 있는 경우에는 진정한 소유자라도 잘못된 사정이나 재결에 대하여 불복하는 절차는 없었다. 또한 총독부임시토지조사국이나 고등토지위원회가 한정된 기간 내에서 존재하는 임시기관이라는 점에서 사정이나 재결된 이후에 진정한 소유자가 밝혀진 경우에는 그 진정한 권리자는 권리를 회복할 수 없게 될 가능성도 있다. 전술한 바와 같이 토지조사법과 달리 토지조사령에서는 ‘사정이나 재결에 의하여 확정된 소유권에 대하여 소송으로 다투지 못한다’는 규정은 없기 때문에<sup>23)</sup> 법원의 판단을 기다릴 수밖에 없었다.

법원에서 사정명의인외에 다른 자를 소유자로 인정할 수 있는가에 대해서는 판례가 엇갈리고 결국은 연합부의 판결을 통해 정리되게 된다. 정리되게 되는 과정을 살펴보기로 한다.

23) 사정과 확정판결의 효력에 대하여 논란 일제시대의 유일한 문헌은 당시 조선고등법원의 판사인 水野正之丞가 작성한 논문(水野正之丞, 「査定卜確定判決ノ抵觸ニ就テ」, 『(朝鮮)司法協會雜誌』(第一卷 一號 (1面·12面)·二號(29~42面), 1922)이다. 水野正之丞판사는 사정과 판결의 효력에 대하여 사정존중설, 판결존중설, 시간상 앞의 행위가 우월하다는 설, 시간상 뒤의 행위가 우월하다는 설 등을 소개하고 있지만, 이러한 설을 주장하는 자가 누구인지를 소개하고 있지는 않다.

## 1) 다른 소유자를 인정할 수 있는 판례

판결 ②, 판결 ④, 판결 ⑥, 판결 ⑦ 은 사정이나 재결에 의해 확정된 소유권자와 다른 자가 소유자로 인정할 수 없다고 한다.

판결 ②는 종원 1인의 명의로 사정된 문중의 토지에 대하여 사정명의인의 채권자가 강제집행하려는 사건에서 조선고등법원은 “토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 토지소유자의 권리를 확정하는 것이어서 동령 제16조에 규정하는 재심의 신청으로 인하여 변경되지 않는 한 그 사정명의인은 종래 소유권을 가지는가 여부와 관계없이 절대적으로 그 토지의 소유자로 확정되며, 공유자가 공유자중의 일인을 단독명의로 사정 또는 재결을 받은 때에는 그 공유자는 위 사정명의인에 대하여 공유권을 주장할 수 있더라도 제3자에게 공유권을 주장할 수 없다”<sup>24)</sup>고 판시하여 사정명의인이외의 자를 소유자로 인정할 수 없다고 하고 있다.

판결 ④는 “토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 하나의 행정처분이지만 그 사정 또는 재결이 확정된 때에는 …… 그 사정 또는 재결명의인은 종래 소유권을 가지는가 여부와 무관하게 절대적으로 그 토지의 소유자로 확정되는 것이다. 계쟁지에 대하여 사정 또는 재결의 확정된 사실을 인정하는 이상은 그 후에 소유권이전변경 등의 사실이 없는 한 사정 또는 재결명의인에게 그 소유권을 인정하지 않을 수 없다”고 하여 법원이 사정 및 재결의 사실을 알고 있다면 다른 자가 소유자임을 인정할 수 없다고 하고 있다.

판결 ⑥은 동리 명의신탁의 사건에 관한 판례로 이 판결에서 조선고등법원은 “토지소유자의 권리는 사정 혹은 재판(재결의 謬記로 생각된다)으로 인하여 확정된 이상 그 이후에 생긴 사유에 기하여 사법재판소에 소를 제기할 수는

24) 본 사건은 문중이 문중원 1인의 명의로 사정받은 사건이다. 명의수탁한 문중원이 강제집행을 당할 위험에 처하자 문중이 허위표시를 주장하여 강제집행을 면하려고 하였지만, 원심(京城覆審法院)은 원고(문중)의 주장을 받아들이지 않았고 조선고등법원도 査定은 제삼자간에서는 절대적 효력을 인정한다고 하여 상고인(문중)의 주장을 받아들이지 않았다.



있지만, 그 이전에 사유에 기하여 동일토지의 소유권에 관하여 법원에 대하여 사정 또는 재결에 반하는 판결을 구하는 청구는 인용해서는 안된다”<sup>25)</sup>고 하여 사정이전에 있었던 사유에 기하여 사정 또는 재결에 반하는 청구를 할 수 없다고 하고 있다.

또한 판결에 의해 인정된 소유자가 사정을 받은 자에 대하여 소작료를 청구한 사건에서 판결 ⑦에서 조선고등법원은 “사정에 의하여 토지의 소유자가 있다고 확정된 자가 있다는 사실을 인정하면서 다른 일방에게 그 토지에 대해서는 다른 진정한 소유자라는 취지를 인정하는 것은 정당하지 못하다”<sup>26)</sup>고 하여 사정을 받은 자는 소유자이므로 소작료를 줄 필요가 없다고 하여 사정에 대하여 절대적 효력을 인정하고 있다.

이들 판례들에 따른다면 사정은 토지에 대한 소유권을 창설하는 효력이 있고 사정이전에 존재하던 권리들은 사정으로 인하여 소멸된다고 하게 된다.

## 2) 다른 자를 소유자로 인정할 수 있다는 판결

판결 ①, 판결 ③, 판결 ⑨은 사정명의인이나 재결명의인과 다른 자를 소유권자로 인정할 수 있다고 판시하고 있다.

사정의 효력에 관한 최초의 판결인 판결 ①은 “토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 사법재판소의 재판과는 각자 독립해서 사권관계를 확정하는 것으로 하고, 사정 또는 재결이 확정된 사실은 당사자가 이를 주장하지 않으면 법원에

25) 본 사건은 마을(신성리, 원고)의 토지를 마을의 일부주민(피고)에게 명의신탁한 것인데, 원고가 대장상의 명의변경을 청구한 사건으로 원심에서 원고가 패소하여 상고한 사건이다.

26) 피상고인은 본소의 부동산을 1914년 11월 8일 상고인으로부터 매수하여 그 소유권을 취득하고 1915년 음력 정월 17일 전 부동산을 賭契 30석으로 상고인에게 임대하고 1915년도의 賭契 30석을 지불하지 않아 본소를 제기한다고 주장하고, 상고인은 피상고인의 주장사실을 전부 부인하고 본소의 계쟁지는 1914년 10월 20일 소외 이주림의 명의로 사정을 받고 불복신청기간을 경과하여 그 사정이 확정되었다고 항변하였다. 이에 대하여 원심(평양복심법원)은 상고인은 피상고인(사정명의인이 아닌 자)에게 賭契 30석을 지불하도록 판시하였다. 그러나 조선고등법원은 파기환송하여 원심법원으로 돌려보냈다.

서 그 사실의 유무를 조사해야할 의무가 없다”<sup>27)</sup>고 하여 사정이나 재결은 독자적으로 법원도 독립하여 사권관계를 확정할 수 있으며 ‘사정 또는 재결명의인이 있는가’는 법원의 직권조사사항이 아니라고 한다.

판결 ③은 “사정과 재결은 일반적 기속력이 생기고 판결은 당사자에게만 기속력을 생긴다”<sup>28)</sup>고 하여 사정과 재결에 의한 소유권확정과 판결에 의한 소유권확정의 효력을 차이를 인정하고 있다.

판결 ④는 “토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 토지신고 또는 통지당일 현재에 소유권을 확정하는 것으로 그 효력은 확인적 효력에 불과하고 사정명의인에 소유권을 부여하는 효력은 없다. 따라서 확정판결이 먼저 있고 토지신고를 하여 그 후 사정이 확정되었다고 주장하는 것은 확정판결이전에 토지의 소유자라는 것을 주장하는 것이고 그 판결 후 새롭게 소유권을 취득한 것이라는 것을 주장하는 것은 아니다”, “승소자가 사정명의인보다 먼저 보존등기를 하더라도 위법한 것은 아니고 사정명의인이 확정판결에 기한 보존등기의 말소를 청구할 수 없다”, “사정명의인은 승소자의 특정승계인과 소유권을 다투는 경우에도 사정명의인이 사정 또는 재결이 있다는 사유만으로 확정판결을 받은 율의 권리를 부정할 수 없다”고 판시하고 있다.<sup>29)</sup> 이 판결은 사정이나 재결에

- 27) 피상고인(상고인의 첩)은 계쟁토지가 人家시 생가로부터 가져오거나 입가후 매수한 것을 상고인에게 명의신탁한 것이라고 주장하는 반면에, 상고인은 자신의 소유이며, 피상고인에게 증여 매각한 적이 없으므로 자신의 소유라고 주장하였다. 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.
- 28) 원고 김치순(피상고인)과 피고 김태윤(상고인)간의 본소 계쟁 토지의 소유권에 관하여 분쟁이 있고 이 분쟁에서 明治44년 8월 16일 원고(피상고인)가 패소하여 당해 판결이 확정되었다. 그런데 1914년에 토지조사령으로 인한 조사의 결과, 토지는 피상고인의 소유로 사정이 확정되었다. 즉 동일한 목적물에 관하여 상반되게 권리관계가 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 확정된 사정의 효력은 확정판결에 대하여 우월하다고 할 수 있고 본건 계쟁임야는 피공소인(피상고인)의 소유라고 인정될 수밖에 없다고 판시하였다. 즉 사정이 후에 이루어진 국가행위라는 점에서 사정이 확정판결보다 우세한 효력을 가진다는 이론구성을 취했다.
- 29) 상고인과 피상고인간에 계쟁지에 대한 소유권분쟁에서 법원은 1914년 3월 27일 계쟁지는 상고인의 소유라고 판시하고 이 판결이 확정되었다. 반면에 1910년에 피상고인의 이름으로 사

대하여 확인적 효력을 인정하고, 확정판결이 사정 또는 재결보다 우위에 있다는 것을 인정하여 승소자와 승소자의 특정승계인을 보호하고 있다는 점에서 전후의 다른 판결과 다른 결론을 도출하고 있다.

### 3) 연합부판결

결국은 조선고등법원의 판결 내에서도 사정이나 재결에 의해 확정된 소유자와 다른 자를 소유자로 인정할 수 있다는 판례와 소유자로 인정할 수 없다는 판례가 교차하여 나오고 있다. 이러한 혼란을 정비하기 위하여서 조선고등법원은 이 문제에 대하여 1919년, 1921년, 1922년에 각각 연합부판결을 내놓게 되었다.

연합부 판결 ①의 사실관계는 다음과 같다. 상고인은 1915년 계쟁지를 소의 김윤명으로부터 매수하여 그 소유권을 취득하였다고 주장하였다. 피상고인들은 1916년 2월상고인을 상대로 광주지방법원전주지청에 김윤명과 상고인들의 계약은 무효라는 소송을 제기하였지만 패소확정되었다. 그러나 1917년 피상고인 3인은 고등토지조사위원회로부터 계쟁지를 자신들의 공동소유라는 재결을 받았다. 그 후 피상고인들은 상고인을 상대로 토지인도소송을 제기하였다. 대구복심법원은 피상고인 3인의 공유에 속한다는 재결이 있는 이상 소유신고일(판결의 내용상으로는 나타나지 않지만 상고인이 김윤명으로부터 취득하기 전으로 추정된다)로부터 피상고인 3명의 공유로 확정되었다고 하면서, 김윤명이 신고일 이후에 완전한 소유권을 취득하였다는 사실이 없는 한 상고인에 대하여 피상고인에게 토지를 인도하라고 판시하였다. 연합부판결은 “동일토지의 소유권에 관해서 토지조사령에 관련된 사정 또는 재결과 사법재판소의 확정판결 사이에 상호 저촉되어 서로 조화될 수 없는 결과가 생긴 때에는 양자는 전연 그 계통을 달리하는 국가기관의 행위로서 각각 독립해서 그 효력을 가진다. 따라서 이러한 경우에 일방은 사정 또는 재결로 확정된 권리를 주장할 수 있고

---

정이 공시되어 1914년12월에 불복신청기간이 완료하여 사정이 확정되게 되었다.

동시에 다른 일방은 판결로 인하여 확정된 권리를 주장할 수 있어 그 당사자 간에서는 양자 상호 대립하여 현재의 상태를 유지하고 상호 다른 일방의 권리를 침해함이 없이 그 권리를 행사할 수 있다. 따라서 만약 다른 일방의 현상이 변경되어 그 권리를 침해해서 목적물건을 탈취하는 것과 같은 행위를 할 때에는 침해되는 자는 침해자를 상대로 회복을 청구할 수 있다<sup>30)</sup>고 판시하여 사정이나 재결명의인이 아닌 자도 소유권의 존재를 주장할 수 있다는 것을 판시하고 있다. 이 판결의 결과는 상고인(확정판결자)에게 피상고인(재결명의인)의 인도청구를 받아들이라는 것으로 이해된다.

연합부 판결 ③은 “갑(확정판결승소자)과 을(사정명의인)간에 동일토지의 소유권에 대하여 다툼이 생겨 일방은 소송의 결과 갑의 소유로 인정되는 취지의 확정판결이 있고, 타방은 토지조사령에 의한 심사의 결과 을의 소유로 확정되는 취지의 사정 또는 재결이 있는 때에는 판결과 사정 또는 재결은 양자 상호 대립하여 그 효력이 우열이 없어 상호 다른 일방의 권리를 침해하지 않고 그 권리를 행사할 수 있는 것이 된다는 것이 당원의 판례이다. 그런데 사정 또는 재결은 그 효력으로서 널리 제삼자를 기속하는 동시에 승소의 확정판결을 얻은 자는 패소자에 대하여 기판력으로 대항할 수 있게 된다. 그러나 확정판결의 기판력은 소송당사자 및 그 일반승계인사이에 한하여 그 효력이 미치는 것이어서 그 이외의 제삼자에게 가령 동일 토지를 양수하게 그 권리를 승계하는 자에게는 효력을 미치지 않고, 따라서 확정판결의 승소자인 갑은 사정명의인 또는 재결명의인인 을로부터 토지소유권을 양도받은 병(사정명의인의 특별승계인)에게 확정판결에 기한 소유권을 주장하여 병에게 그 소유권을 인정하게 할 수는 없다. 반면에 병은 을의 소유권을 양수받을 이유로 갑에 대하여 그 소유권취득을 주장할 수 있다. 이와 동시에 갑으로부터 그 소유권의 양도를 받은 丁(확정판결승소자의 특별승계인)은 기판력을 이유로 을에 대하여 그 소유권을 주장할 수 없고 오히려 을이 정에 대하여 그 소유권을 주장할 수 있다<sup>31)</sup>”라고

30) 조선고등법원은 이러한 제시한 판지외에 확정판결(계약무효소송판결)은 주문에 대해서만 효력을 인정하여야 한다고 판시하였다.

하고 또한 “大正 3(1914)년 制令 제16호 말소되어야 할 등기 또는 證明 중에는 확정판결에 의하여 행하여진 소유권의 등기 또는 증명은 이를 포함되지 않는다. 따라서 갑이 을과의 사이에 확정판결에 기한 소유권이전의 증명을 받은 후 토지조사령에 의한 을의 소유가 된다는 사정 또는 재결이 있다 하더라도, 을이 그 사정 또는 재결에 기하여 전에 갑이 한 이전증명을 대상으로 사정 또는 재결에 저촉되는 증명이 된다고 하여 갑이 을의 증명말소를 신청할 수 없다. 따라서 을의 신청에 기해 등기관리가 위 말소를 하고 다시 을명의의 소유권보존 등기를 할 때에는 당해 말소 및 보존등기는 불법이 된다. 당해 토지의 소유권을 을로부터 병에게 양도되어 소유권이전등기를 경유한 때에는 갑은 기판력을 이유로 그 소유권을 병에게 주장할 수 없게 됨에 따라 병에 대하여 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다. 이와 같이 병이 한 소유권이전등기의 말소를 구하지 않은 이상 그 전에 을이 한 소유권보존등기만을 분리하여 말소할 수 없게 됨에 따라 위 말소도 역시 구할 수 없는 것이 된다”고 한다.

연합부 판결①과 연합부 판결③은 사정(또는 재결)명의인 또는 그 특별승계인은 확정판결의 승소자를 상대로 토지의 인도를 청구할 수 있는 반면에 확정판결의 상대로 토지의 인도나 그 증명의 말소를 구할 수 없다는 것을 명백히 하고 있다.

연합부 판결 ②는 다른 판결과 달리 채권이 문제가 된 경우이다. 사실의 개요는 다음과 같다. 상고인은 먼저 계쟁지에 대한 소송에서 승소하여 확정판결을 받은 자이다. 확정판결이 있자 피상고인이 상고인에게 소착료를 거두어 들여 주기로 하였다. 그러나 피상고인이 사정을 통해 소유권을 인정받게 되자, 피

31) 상고인은 계쟁지에 대하여 피상고인을 상대방으로 토지인도 및 소유권이전증명절차이행사건에서 승소하여 1915년에 그 판결이 확정되었다. 그 후 고등토지조사위원회에서 본건토지는 피상고인의 소유로 재결하였다. 그 후 피상고인은 소유권보존등기를 신청하여 등기하였고 이를 타인에게 양도하였다. 그러나 상고인은 광주지방법원보성출장소에 사정명의인의 증명말소(피상고인1)와 사정명의인으로 부터 소유권을 이전받은 자(피상고인2)를 상대로 이전등기말소 및 인도를 청구하였다. 대구복심법원은 피상고인들의 주장을 받아들였고 조선고등법원도 상고를 기각하였다.

상고인이 상고인에게 소작료를 주지 않았다. 이에 확정판결자인 상고인은 사정명의인인 피상고인을 상대로 소작료청구소송을 제기하였다. 대구복심법원은 피상고인도 소유자이므로 소작료를 인도할 의무가 없다는 취지의 판결을 하였다. 이 사건에서 조선고등법원은 “토지조사령에 의한 사정 또는 재결로 토지소유자의 권리를 확정하는 경우에는 재심의 신청에 의하여 변경되지 않는 한 절대적 효력이 생기고 따라서 사정명의인은 누구에 대해서도 그 권리를 주장할 수 있다. 또한 법원이 토지소유권의 유무에 관하여 판결을 하고 그 판결이 확정되는 때에는 그 당사자간에 있어서는 기속력이 생긴다. 따라서 그 일방이 타방에 대하여 판결로 인하여 정해진 소유권의 유무에 대하여 이를 주장할 수 있다. 그 행위 전후에 의하여 그 효력을 정할 수 없음은 물론 이러한 경우에 이를 조화해야 할 법규가 존재하지 않은 현행법제하에서는 양자 상호 대립하여 그 효력을 가지지 않을 수 없다는 것은 당연하다는 것은 당원이 누차에 걸쳐 판시하였고 이를 변경할 이유가 인정되지 않는다. 그렇기 때문에 상호 저촉되어相容할 수 없는 결과가 생기는 경우에는 그 판결의 확정일이 사정 또는 재결로 인하여 권리를 확정하는 날이후에 있다고 하더라도 단순히 그 시기의 선후를 이유로 확정판결에 의거하여 당사자간의 소유권 귀속을 판단하여야 하는 것은 아니다. 이러한 경우에는 오히려 일방은 사정 또는 재결로 인하여 확정된 권리를 주장할 수 있는 반면에 또한 다른 일방은 판결에 의하여 확정된 권리를 주장할 수 있고 그 당사자간에 있어서는 양자 상호 대립하는 당시의 상태를 유지하고 상호 다른 일방의 권리를 침해함이 없이 그 권리를 행사할 수 있다. 따라서 만약 다른 일방의 현상에 변경을 가하고 그 권리를 침해하여 목적물건을 탈취하는 행위로 침해되는 자는 침해자를 상대로 이의 회복을 법원에 소구할 수 있다”고 하여 상고를 기각하였다.

위 판결에 따라 확정판결을 받은 자와 사정명의인의 권리는 다음과 같이 정리된다.

우선의 사정명의인의 권리이다.

첫째 사정명의인은 소유권에 대하여 절대적인 효력을 가지기 때문에 누구에

대해서도 권리를 주장할 수 있다.

둘째 사정명의인이 확정판결의 승소자에 대하여 그 증명 혹은 등기의 말소를 구할 수 없다.

셋째 사정명의인이 특별승계인에게 소유권을 양도하는 경우, 그 특별승계인은 확정판결승소자나 그 특별승계인에 대하여 사정명의인과 동일한 권리를 주장할 수 있다.

넷째 사정명의인이 자신의 권리를 특별승계인에게 양도한 경우 확정판결승소자의 권리를 침해하게 된다.

반면에 확정판결에 의해 소유권이 확정된 자의 권리를 살펴보면 다음과 같다.

첫째 자신이 먼저 등기한 경우에는 사정 혹은 재결명의인이 증명 또는 등기 말소청구를 하더라도 등기 또는 증명은 말소되지 않고 말소되었다더라도 회복할 수 있다.

둘째 자신이 확정판결의 기판력으로 사정 또는 재결명의인에 대해서는 자신의 권리를 주장할 수 있지만 확정판결의 기판력은 상대적 효력만 가지기 때문에 사정 또는 재결명의인의 특정승계인에게는 소송의 기판력이 미치지 않고 따라서 이들에게 확정판결의 승소자가 자신의 권리를 주장할 수 없다. 이러한 경우에는 등기는 확정판결의 승소자에게 남아 있고 사정 또는 재결명의인은 이를 제거할 수 없게 되어 등기의 부동산 공시기능을 훼손하게 된다. 결국 이러한 부동산 공시기능의 불완전함은 사정명의인이 자신의 권리를 특별승계인에게 양도함으로써 제거될 수 있다.

그렇다면 확정판결을 받은 자들은 확정판결에 의해 확정된 권리를 어떻게 주장할 수 있는지에 대해서는 언급하고 있지 않다. 이에 대해서는 1925년의 연합부 판결을 기다려야 한다.

### 3. 명의신탁과 사정

조선시대에는 투탁 등의 사정으로 토지를 타인의 명의로 등록하는 경우가

적지 않았다.<sup>32)</sup> 이러한 현상은 토지조사사업의 사정과정에서도 나타나게 되는데 타인(수탁자)의 명의를 이용하여 사정을 받는 자(신탁자)가 있을 경우 신탁자를 소유자로 인정하여야 할 것인지 수탁자를 소유자로 인정하여야 할 것인지가 문제된다. 자연인이 신탁자가 되어 명의신탁을 행하는 경우도 없지 않았지만, 명의신탁인이 되는 자는 토지조사사업이전에 법인과 같이 권리능력이 인정되었지만 조선민사령의 공포이후에는 권리자로 인정될 수 없었던 단체 예컨대 종중, 서원 등이 더 많았을 것으로 생각된다. 조선고등법원의 판례에서 나타난 것도 종중, 서원, 마을 등이 단체가 많다.

비법인사단중에서도 종중을 명의신탁인으로 하는 경우<sup>33)</sup>가 가장 많았다.

판결 ㉒는 종중의 명의신탁에 관한 최초의 판결이다. 조선고등법원은 “토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 토지의 소유자의 권리를 확정하는 것이어서 …… 공유자가 공유자중의 일인을 단독명의로 사정 또는 재결을 받은 때에는 그 공유자는 위 사정명의인에 대하여 공유권을 주장할 수 있더라도 제삼자에게 공유권을 주장할 수 없다”라고 하여 제삼자인 명의수탁자의 채권자에게는 명의신탁자들이 자신들의 공유임을 주장하지 못한다고 판시하였다.

반면에 판결 ㉓도 종중명의신탁에 관련된 것이지만, 명의신탁자가 수탁자를 상대로 소유권확인을 구한 사건이라는 점에서 그 성격이 다르다. 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 소유권확인을 청구하자 원심인 경성복심법원은 사정의 효력을 다투는 것으로 판단하고 명의신탁자의 주장을 받아들이지 않았다. 이에 비하여 조선고등법원은 “공유의 토지를 공유자전원의 협의로 공유자의 일인에게 그 단독명의로 사정 혹은 재결을 받은 경우에는 사정명의인이 아닌 공유자는 사정명의인에 대하여 당해 계약에 기해 공유임을 주장할 수 있다. 이 계약

32) 심회기, 앞의 글, 183면.

33) 토지조사사업에서는 종중재산에 관한 분쟁이 많았지만 감정의 융화를 시도하여 대부분은 화해로 끝나고 46건 118필만을 종중의 소유로 사정받았다고 한다(朝鮮總督府 臨時土地調査局, 앞의 보고서, 170面). 명의신탁에 관한 연구는 아주 많지만, 종중 명의신탁의 원인에 대한 연구는 심회기, 「종중재산분쟁의 원인과 그 해결방안의 모색」(상), 『법사학연구』 제14호 (한국법사학회, 1993), 19~22면.



은 사정의 확정 혹은 재결로 인하여 사정명의인 소유로 확정된 때와 동시에 성립하는 것이며, 그 내용은 그 소유권에 대해서는 계약자간에 공유관계를 생기게 하고 또한 외부관계에서는 사정명의인의 소유가 되더라도 내부관계에서는 공유자간의 소유에 속하는 것으로 한다는 취지를 포함한다”<sup>34)</sup>고 라고 하여 명의신탁된 토지는 대내적으로 공유자의 소유이고 명의신탁자는 이를 확인할 수 있다는 것을 밝히고 있다.

판결 ㉓은 임야조사사업에서의 종증명의신탁에 관한 것이다. 이 판결에서 조선고등법원은 “종증이 자신의 재산인 임야를 공부(결수연명부)상 수탁자의 소유명의(갑)로 명의신탁한 후 그 신탁이 해제되어도 그 공부상의 명의가 변경되지 않는 한 임야는 제삼자에 대한 관계에서는 수탁자의 소유(갑)로 간주된다. 그러나 위 위탁이 해제된 후에 다시 다른 제3자(을)에게 그 공유권을 신탁하여 수탁자명으로 임야조사령에 의한 소유권신고를 하였고 그 다른 제3자(을)의 명의로 사정확정된 때에는, 종전의 수탁자(갑)는 공부상(결수연명부)의 명의가 자신의 명의로 되어있는 경우에도 제삼자에 대한 관계에서 소유가 아닌 것이 된다”<sup>35)</sup>고 판시하고 있다. 이 판례는 명의신탁해지가 제3자에게 효력을 가지기 위해서는 공부상의 명의가 변경되어야 한다는 것과 사정이전에 공부상의 명의로 명의신탁된 것은 명의신탁으로서 효력이 있지만 사정이 확정되면, 제삼자에 대해서 명의신탁으로서의 효력은 상실된다는 것을 판시한 것이다.

서원도 종중과 같이 법인으로 인정될 수 없었고, 사정인이 될 수 없었다.<sup>36)</sup> 결과적으로 서원도 종중과 같이 자연인의 명의로 사정을 받을 수밖에 없었는데 이 경우에도 명의신탁이론이 적용되는 것은 당연할 것이다. 판결 ㉔은 “법

34) 사건 토지의 명의신탁자는 문중이고, 명의수탁자는 종원이다. 명의신탁자들은 사정의 효력을 다투는 것이 아니라 공유권의 확인을 구하는 것이다.

35) 계쟁산지는 김씨문중의 공유인데 문중의 협의로 원고 외 2인으로 명의신탁을 하고, 차후에 임야조사의 결과 수탁자등의 공유로 사정이 확정되었다. 그 후 수탁명의자가 변경되었고 피고는 변경되기 전의 다른 수탁자로부터 입목을 매수하였는데 매매당시에는 매도한 자가 소유명의자가 아니었다.

36) 사정당시 서원의 위토가 어느 정도 있었는지는 알 수가 없지만, 서원의 위토로 사정받은 것은 90여건 248필지에 불과하다고 한다(朝鮮總督府 臨時土地調査局, 앞의 보고서, 196면).

인이 아닌 서원소속의 토지가 서원에 봉사되는 선현자손의 공유인 경우에 그 공유자의 협의상 공유자 일인 혹은 공유자이외의 자를 신고명의인으로 정하고 토지신고를 하고 사정을 구하고, 당해 관청이 서원소속재산인 것 및 신고명의인의 씨명을 병기하여 사정받은 때에도 사정명의인은 공유자 전원과의 신탁계약에 의해 외부관계에 있어서는 완전한 소유권을 취득하게 되어 그 소유로 사정된 것으로 해석하여야 한다. 이 때 그 서원소속재산이라는 기재는 원래 토지조사령에 의한 사정으로서 소유권을 확정하는 효력은 없고 단순히 사정명의인으로 공유자전원과의 내부관계에서 공유자의 소유가 된다는 것을 표명한 것으로 해석되어야 한다<sup>37)</sup>이라고 하여 서원에도 명의신탁이론이 적용된다는 것을 판시한 것이다. 그러나 본 판결이 신고명의인외에 서원소속재산임을 병기한 경우에 있어서 그 병기한 것의 효력에 대하여 판시한 것이다. 이 판례에서는 조선고등법원은 병기한 것은 내부적 관계에서 공유라는 것을 나타낸 것에 불과하다는 것이다. 이 판지는 종중에 관한 연합부의 판결에도 이어지게 된다.

이 연합부 판결 ④는 개인의 명의로 사정한 후 ‘종중의 소유재산’이라고 기재하고 실질적으로 종중의 재산임을 표시한 경우에도 개인만이 사정명의인이 되는가라는 것에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. “토지조사국이 토지사정을 할 때에는 공유자의 일인은 다른 공유자전원과의 신탁계약에 의해 외부관계에 있어서 완전한 소유권을 취득한 것이고, 1인의 소유로 사정한 것으로 해석되어야 한다. ‘종중의 소유재산’이라는 기재는 단순히 공유자 일인인 사정명의인과 다른 공유자전원과의 내부관계에 있어서 공유자의 소유임을 표명한 것에 불과하고 원래부터 토지조사령에 의한 사정으로 소유권을 확정하는 효력을 가지지 않는 것으로 해석할 수밖에 없다<sup>38)</sup>”고 판시하여 외부적으로는 종원개인이 소유자임을 확인하였다.

37) 본 토지는 토지대장 등본소유자란에 金丙杰이라고 기재하고 그 원편에 (孤山書院財産)이라고 병기하였다.

38) 피상고인은 상고인 및 장씨종중의 소유로 1914년12월 토지신고시 장응두를 대표자로 하여 신고를 의뢰하였는데 장응두가 본계쟁지를 자신의 명의로 신고하고 자기단독명의로 소유권이전등기를 신청하여 상고인등에 매도하였다.

신탁자를 소유자로 인정한다면 진정한 권리자는 보호되는 반면에 사정이나 사정에 기한 대장이나 등기 등을 믿고 거래한 자를 보호할 수 없게 되는 측면이 있다고 할 것이다. 이에 비하여 수탁자를 소유자로 인정한다면 사정이나 이에 기한 대장이나 등기 등을 믿고 거래하는 자는 보호될 수 있는 반면에 진정한 권리자를 보호할 수 없는 측면이 있다. 다만 중증재산 혹은 서원재산임을 병기한 경우에 그 양수인은 악의인데도 악의의 양수인도 보호된다는 점에서는 악의의 양수인을 보호하는 이론구성에는 문제가 있다. 그런데 악의의 양수인으로부터 토지를 다시 취득한 자, 이들의 특별승계인 등의 보호를 위해서는 연합부 판결과 같은 이론을 취할 수도 있을 것이다. 결과적으로 조선고등법원의 연합부 판결은 거래의 안전이라는 면을 아주 중요하게 판단하고 있고 이러한 경향만은 알 수 있을 것이다.

#### 4. 제한물권과 사정

토지에 관하여 소유권이외에도 용익물권이나 담보물권과 같은 제한물권이 있고 토지조사사업이전에서 저당권과 같은 담보물권, 賭地權과 같은 용익물권이 있었다.<sup>39)</sup> 제한물권은 그 성립에 있어서 소유권을 전제로 한다. 따라서 만약 ‘사정이나 재결로 소유권이 확정된다’면 사정 혹은 재결이전에 존재하던 제한물권은 일단 소멸하게 되고 소유권의 확정된 때로부터 다시 제한물권을 설정하여야 할 것이다. 이에 비하여 사정이 소유권을 확인하는 절차라면 제한물권 성립시에 있던 소유권을 확인됨에 동시에 제한물권도 존재하는 것으로 보아야 할 것이다. 이에 대하여 大正3(1914)年 5月 制令 제16호 ‘토지조사령에 의하여 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건’ 제1조제3항은 “등기

39) 토지조사사업이전에도 조선에는 소유권 이외에도 토지에 관하여 지상권, 지역권, 채권적 임차권, 典當, 權賣(解除條件附賣買) 등이 있었고(不動産法調査會, 『韓國ニ於ケル土地ニ關スル權利一斑』(光武10(1906)年), 49~69面), 조선민사령에도 제한물권이 존재하였지만, 토지조사사업에서는 소유권만을 조사사항에 포함시키고 있고 제한물권은 조사사항에 포함되지 않았다(토지조사령 제4조).

또는 증명을 거친 소유권이외의 권리는 사정받은 자 자신에 의해 설정되지 않더라도 사정에 의하여 확정되는 소유권과 저촉되지 않는 권리에 기해서 설정된다면 사정명의인도 이에 복종해야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정에 의한다면 사정명의인이 설정한 제한물권(소유권이외의 권리)중에서 등기 또는 증명을 거친 것은 당연히 존속한다고 해석된다. 판례도 이를 확인하고 있다.

판결 ⑩은 “사정은 소유자의 소유권이 완전한가 불완전한가 즉 그 토지는 타인의 권리의 목적이 되는가 아닌가와 같은 것을 조사·결정하는 것은 아니다. 단지 토지소유자를 확정하는 효력을 가지는데 불과하고 사정으로 인하여 사정확정전에 성립한 신탁관계 및 그 효력을 파괴 소멸시키는 것은 아니다”고 하여 사정이 제한물권을 소멸시키는 것은 아니라고 판시하고 있다. 그러나 “사정전에 적법하게 소유권을 취득한 자라도 사정을 받지 않을 때에는 그 후 소유권을 주장할 수 없게 되어 이러한 소유권은 사정에 의해 소멸하고 따라서 사정에 저촉되는 소유권에 기해 설정된 저당권과 같은 것도 그 기본적인 소유권이 소멸하는 것과 동시에 역시 소멸한다”<sup>40)</sup>고 하여 제한물권설정자가 사정을 받지 못하는 경우 그 제한물권은 사정명의인의 ‘소유권과 저촉되는 권리’가 되어 소멸하게 된다는 것이다.

이 판례에 따르면 사정전의 제한물권이 효력을 지속하기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야 한다고 한다. 첫째 제한물권 설정자가 사정을 받아야 한다. 사정전에 적법하게 소유권을 취득한 자라도 사정을 받지 않을 때에는 그 후 소유권을 주장할 수 없게 되어 사정에 저촉되는 소유권에 기해 설정된 저당권과 같은 것도 그 기본적인 소유권이 소멸하는 것과 동시에 역시 소멸한다. 둘째 신탁적 양도에서 양수인에 의해서 설정된 제한물권도 유효할 수 있다. 그러나 신탁양도계약을 해제하지 않고 신탁관계가 존속함에 불구하고 신탁자가 자신의

40) 피상고인은 본건 계쟁지를 결수연명부상 및 증명부상 김사유명의로 되어 있었다. 김사유는 1915년6월14일 이를 소외 조태현에게 담보로 제공한 결과 조태현이 경매신청을 하고 조태현이 경락을 받아 이를 상고인에게 매각하였다. 반면에 본계쟁지는 1915년 7월 27일 피상고인이 사정 확정을 받았다.

소유로 토지의 신고를 하였고 사정의 결과 신탁자가 소유자명으로 사정된 경우가 있을 수 있다. 이 경우 신탁자에의 사정에 의하여 수탁자(판결 ⑩사건에서는 결수연명부의 소유자란에 수탁인의 성명을 등재하는 방식이었다)가 설정한 제한물권은 소멸한다. 수탁자가 설정한 담보물권은 ‘사정에 의하여 확정되는 소유권과 저촉되지 않는 권리’에 해당되기 때문이라고 한다. 셋째 제한물권의 내용이 소유권과 충돌하지 않는 것이어야 한다.

### 5. 사정(재결)명의인의 권리양도와 불법행위성립여부

연합부 판결③은 확정판결의 승소자는 사정 또는 재결명의인 및 그 일반승계인에게는 자신의 권리를 주장할 수 있지만, 사정 또는 재결명의인의 특정승계인에 대해서는 자신의 권리를 주장할 수 없게 된다는 것이다. 또한 사정 또는 재결명의인은 확정판결 승소자의 권리를 해쳐서는 아니되지만, 사정 또는 재결명의인의 특별승계인은 확정판결의 승소자에 대하여 소유권을 주장할 수 있으며 확정판결의 승소자는 사정 또는 재결명의인의 특별승계인에 대하여 자신의 권리를 주장할 수 없다는 것이다. 그렇다면 사정 또는 재결명의인이 특별승계인에게 토지에 대한 권리를 양도하는 것은 바로 확정판결승소자의 권리를 침해하는 것이고 이것은 확정판결의 승소자에게 불법행위가 되는 것은 아닌가라는 문제가 발생한다.

사정의 오류로 피해를 입은 자가 사정 또는 재결명의인에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는가의 문제에 대해서, 조선고등법원은 판결 ⑩에서 “토지조사령에 의한 소유신고를 함에 있어 신고자가 종래 소유권을 가지지 않음에도 불구하고 자기명으로 사정받을 것을 목적으로 허위의 신고를 하고 우연히 신고자의 소유로 사정된 적이 있더라도 이를 바로 불법행위로 인한 진실한 소유자의 권리를 침해한 것이라고 해야 할 것은 아니다. 다만 사정이 신고자의 불법행위의 원인이라는 것이 명확한 경우에만 사정과 불법행위사이에 인과관계를 야기하고 진실한 소유자의 권리를 침해한 경우 그 불법행위로 인한 손해배상의 책임을 지워

야 한다”고 판시하고 있어 신고자의 행위가 불법행위의 성립요건을 갖추었는지를 검토하도록 파기환송하고 있다. 이 사건은 신고자는 원래소유자인데 그 소유권을 타인에게 양도하고 자신은 소작을 하고 있었다. 신고자는 그러한 사실을 알고 있음에도 불구하고 자신의 토지로 신고하고 임시토지조사국으로써는 신고자의 신고와 공적 장부가 일치함으로써 확인하고 신고인의 명의로 사정한 것이다. 이에 대하여 원심(평양복심법원)은 “(신고자는) 사기의 민사소송을 제기하여 법원을 기망하여 승소의 판결을 얻은 자와 동일하다고 하여 바로 손해배상책임이 있다”고 판시하였다. 이에 비하여 조선고등법원은 신고자의 행위는 위법한 행위에 해당하고 불법행위로 손해배상청구권이 발생하기 위해서는 불법행위의 성립요건을 갖추었는가를 판단하여야 한다는 것이다.

연합부 판결 ⑤도 이 문제에 대하여 판시하고 있다. “토지소유권의 확정에 대하여 토지조사령에 의한 사정 또는 재결과 법원의 확정판결이 상호 저촉되고相容될 수 없는 결과를 발생시킨 경우에는 사정명의인 및 확정판결의 승소자는 각자 그 권리를 주장할 수 있다. 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 당해 토지에 대하여 완전한 소유권을 취득하고 확정판결의 승소자로 하여금 전혀 그 권리를 상실하게 할 때에는 사정명의인 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대하여 불법행위의 책임을 진다”고 하고 또한 “위 불법행위로 인한 손해배상액은 확정판결의 승소자가 사정명의인 또는 재결명의인과의 관계에서 가지는 권리 상태를 기본으로 하고 목적인 토지위에 현실적으로 미치게 하는 지배관계의 범위태양을 참작하여 이를 판단하여야 한다”<sup>41)</sup>고 판시하고 있다.

41) 원고는 1910년 중 소의 사립학교진영학원으로부터 본소 토지를 매수하여 그 소유권을 취득하고 대정 임시토지조사국에 대하여 그 소유신고를 했다고 주장하고, 피고도 소의 어수율로부터 위 池沼를 매수하였다고 한다. 토지조사국은 피고소유라는 취지의 사정에 의하여 원고는 고등토지조사위원회에 불복을 신청하게 되었다. 원고는 피고에 대하여 소유권확인의 소를 제기하여 당 소송은 1920년 4월 16일 원고가 승소하여 그 소유권보존등기를 했다. 그런데 고등토지조사위원회에서는 1920년 8월 25일 원고의 불복신청을 각하하고 피고의 소유라

판결 ⑫와 연합부 판결⑤는 다른 점이 있다. 판결 ⑫에서 사정명의인이 명백히 진정한 권리자가 아니라는 사실을 인정함에도 불구하고, 진정한 권리자가 확정판결에 의하여 자신의 권리를 인정받은 것은 아니기 때문에 진정한 권리자의 손해배상청구를 인정하지 않았다. 또한 이 판결에서는 참칭신고자의 신고 행위와 사정사이에 인과관계가 인정되어야 참칭신고자에게 불법행위책임을 진다고 하고 있다. 이에 비하여 연합부 판결 ⑤는 확정판결에 의해 권리를 취득한 자이고 이 권리를 조선고등법원이 누차에 걸쳐 보호되어야 한다는 것을 판시해온 경우라는 것이다. 그러나 연합부 판결 ⑤에서도 그 손해배상액을 결정함에 있어서는 그 토지의 가액전체가 아니라 ‘토지위에 현실적으로 미치게 하는 지배관계의 범위태양’을 참작하여 배상액을 판단하여야 한다는 점이다. 그렇다면 과연 ‘토지위에 현실적으로 미치게 하는 지배관계의 범위태양’이 문제되지만 이를 판단할 수 있는 근거는 명확하지 않다.

#### IV. 결론

토지조사령 제15조가 “토지소유자의 권리를 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정된다”고 규정하고 있어 일반적으로 사정의 확정이나 재결에 의한 소유권취득은 원시취득으로 평가되고 있다. 그러나 원시취득은 제한이 없는 완전한 권리어야 하는데 사정 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대해서는 자

---

는 취지의 재결을 하였다. 그러자 피고는 원고의 보존등기를 소위 저촉등기로서 그 말소의 신청을 하고 불법으로 이를 피고의 친족에 해당하는 倉成淺吉에 매각하였다. 또한 피고는 1921년 8월 원고에 대하여 그 소유권확인 및 보존등기말소의 소를 제기하였는데, 당 소송에서 원고는 패소하여 원고의 보존등기는 말소되어 그 소유권을 상실하기에 이르게 되었다. 원고는 확정판결에 의해 인정된 권리를 불법으로 침해당했다는 이유로 손해배상을 구하게 되었다. 이에 대하여 대구복심법원은 “확정판결의 승소자는 판결의 기판력으로 사정명의인이나 재결명의인에 대하여 대항할 수 있더라도 판결의 기판력은 실제법상의 권리와 구별하여 관찰하여야 하고 확정판결의 승소자는 사정명의인 또는 재결명의인의 처분행위에 의하여 불법으로 실체권을 침해받았다고 할 수 없다”고 판시하였다.

신의 권리를 주장할 수 없고, 명의신탁자와의 관계에서는 내부적 소유권이 유보되어 있으며, 명의신탁을 해지하면 신탁자에게 반환하여야 하는 지위에 있으며<sup>42)</sup> 제한물권이 존재하며, 자신의 소유물을 타인에게 양도하면 불법행위가 된다. 이런 점에서 본다면 사정 또는 재결명의인의 소유권취득은 제한이 많은 소유권의 취득이 된다.

이에 비하여 사정 또는 재결명의인이 자신의 권리를 타인에게 양도한 한 경우 그 양수인 즉 사정 또는 재결명의인의 특별승계인은 확정판결의 승소자에게도 자신의 권리를 주장할 수 있으며, 명의신탁자에게도 선의 악의를 불문하고 대항할 수 있으며, 사정전의 제한물권을 가지는 자에게도 대항할 수 있고 또한 타인에게 양도하는 것이 불법행위를 구성하지 않는다. 즉 사정에 의한 권리는 사정에 의해서가 아니라 특별승계인에게의 양도로 본래의 의미의 소유권으로 변화된다고 할 수 있다.

이에 반하여 사정 또는 재결명의인 이외의 권리자(확정판결승소자, 명의신탁자)들은 일시 취득하였던 권리가 조선고등법원의 연합부판결들에 의해 물권자가 아니라 채권자로 변화하게 되었다. 저당권자는 제한물권설정자가 사정을 받는 경우에만 권리를 취득할 수 있으며 이는 등기되지 않는 한 보호될 수 없으므로 결국은 물권으로 보호받지 못하는 경우가 많았을 것으로 생각된다.

토지조사사업을 실시하는 임시토지조사국은 고등토지조사위원회에 사법관까지 참여시키고 고위공무원을 위원으로 임명하였다. 이는 사정의 효력에 대하여 함부로 이의를 제기하지 못하도록 하는 것이고 결국은 사정에 대하여 더 이상 이의를 제기하지 못하게 하여 사정의 공신력을 높이고자 하는 것으로 생각된다. 그들은 사정의 공신력을 높이는 것이 대만지적규칙에서 말하는 것처럼 ‘양민을 불안하게 만들지 않는다’는 것이고 이를 공익이라고 생각할 수도 있을 것이다. 또한 이를 바탕으로 거래의 안전을 도모할 수도 있었을 것이다. 그러나

42) 대법원에서도 중증이 명의수탁자의 명의로 사정을 받은 경우 중증은 명의신탁을 해지하고 소유물반환청구를 할 수 있다는 판례가 다수 존재한다(참고, 「타인의 명의로 사정받은 임야가 중증재산임을 주장하기 위한 요건」, 『사회과학연구』 제24집(영남대학교), 2004.12, 102~105면).



조선고등법원은 개개의 사건에서 권리를 침해당하는 개인을 무시할 수는 없었고, 공익과 사익사이를 방황하다가 연합부의 판결을 통하여 사정명의인은 물론적인 보호를 하여 보호하는 반면에 기타의 권리는 채권자로서 보호하게 된 것이라고 생각한다. 결국 조선고등법원은 사정의 공신력을 훼손시키지 않으면서도 개인의 권리를 한정적으로나 보호하게 되었다.

### 〈참고문헌〉

高等法院民事判決錄

高等法院民事判決錄 第3卷

高等法院民事判決錄 第4卷

高等法院民事判決錄 第5卷

高等法院民事判決錄 第6卷

高等法院民事判決錄 第8卷

高等法院民事判決錄 第9卷

高等法院民事判決錄 第10卷

高等法院民事判決錄 第11卷

高等法院民事判決錄 第12卷

江丙坤, 『臺灣地租改正の研究—日本領有初期土地調査事業本質』, 東京: 東京大學出版會, 1947年.

官嶋博史, 『朝鮮土地調査事業史の研究』, 東京: 東京大學東洋文化研究所, 1991.

김상용, 『민법주해[V]물권 (2)』(박영사, 1992).

김창륙, 『일본에서의 서양 헌법사상의 수용에 관한 연구—「대일본제국헌법」의 제정에 서 「일본국헌법」의 출현까지』, 서울대학교 대학원, 1994. 8.

박원철, 「토지사정의 효력에 관련된 제 문제점」, 『변호사』 제21집, 1991.

- 배병일, 『물권법』, 남대학교 출판부, 2003.
- 北條浩, 「明治初年の地券の法的性質, 田原灣干潟訴訟最高裁判決(昭62・12・16)の批判」, 『法律時報』 第61卷13號, 1989.11.
- 不動産法調査會, 『韓國ニ於ケル土地ニ關スル權利一斑』, 光武10(1906)年.
- 水野正之丞, 「査定ト確定判決ノ抵觸ニ就テ」, 『(朝鮮)司法協會雜誌』 第一卷 一號(1~12面)・二號(29~42面), 1922.
- 심희기, 「조선시대의 토지법과 토지소유관계」, 『한국법사학논총』 박병호교수회갑기념논문집(II), 박영사, 1991.
- \_\_\_\_\_, 「조선후기 토지소유에 관한 연구—국가지주설과 공동체소유설비판」, 서울대학교 박사학위논문, 1991. 2.
- \_\_\_\_\_, 「중증재산분쟁의 원인과 그 해결방안의 모색」(상), 『법사학연구』 제14호, 한국법사학회, 1993.
- \_\_\_\_\_, 「타인의 명의로 사정받은 임야가 중증재산임을 주장하기 위한 요건」, 『사회과학연구』 제24집, 영남대학교, 2004.12.
- 이우석, 「토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저촉(판례평석)」, 『영남법학』 제10권 2호, 2004.12.
- 이철우, 「토지조사사업과 토지소유법제의 변천」, 『한국법사학논총』 박병호교수회갑기념(II), 박영사, 1991.
- 井ヶ田良治・山中永之佑・石川一三夫, 『日本近代法史』, 法律文化社, 1982.
- 조병현, 「일제토지조사사업설명」, 『지적』, 1999. 2.
- 朝鮮總督府 臨時土地調査局, 『朝鮮土地調査事業報告書』, 1919.
- 中尾英俊, 「旧高鍋藩里牧跡地所有權確認等請求事件控訴審判決」, 『判例時報』 1157號, 判例評論 319號
- 川上常郎, 『土地調査綱要』, 1909.
- 廣瀬貞三, 「朝鮮における土地收用令—1910~1920年代を中心に」, 『新潟國際情報大學情報文學學部紀要』 2, 1999. 3.

## The Character of Landownership Confirmed by Assessment in the Project of Chosun Land Investigation

Lee, Woo-Sug\*

The Purpose of the Study is to discuss legal character of landownership confirmed by Project of Chosun Land Investigation. It is spoken that the person decided by assessment of Project of Chosun Land Investigation is the first owner of land and flawless landowner.

But he is restricted by real landowner. If he is decided with other's trust, he is restricted by trustee. He is restricted by mortgagee and servitude holder before Project of Chosun Land Investigation. If he assignment his right without other righter, he should make compensation for other righter's damages.

Therefore he have an restricted right.

But because the person assigned right by first owner have flawless ownership, The assessment is not a one that can make flawless and complete ownership, but the first ownerships contribute to make flaw, complete ownership

**[Key Words]** Chosun Supremecourt, Project of Chosun Land Investigation, landownership, assessment.

---

\* Researcher in YeungNam University Law Research Institute