

〈논문〉

土地 및 林野 査定の 法的 性格* - 原始取得論 批判 -

尹 眞 秀**

요 약

종래 대법원의 판례는 일제 강점기에 토지 및 임야 사정을 받은 자는 그 토지나 임야를 원시취득한다고 판시하였고, 이러한 판례는 일반적으로는 별다른 의문 없이 받아들여져 왔다. 그런데 2005. 12. 29. 제정된 친일반민족행위자 재산의 국가 귀속에 관한 특별법이 친일반민족행위자가 1904년부터 1945년까지 취득한 재산은 친일재산으로 추정하는 규정을 두고, 그 추정이 깨어지지 않으면 그 재산이 국가에 귀속되도록 하자, 토지 및 임야 사정에 의한 소유권의 확정이 과연 친일재산으로 추정되는 재산 취득에 해당하는가가 중요한 쟁점으로 부각되게 되었다.

그러나 토지 및 임야 사정에 의한 “소유권의 확정”은 기존의 소유권을 재확인하는 확인적 행정행위의 성질을 가지는 것일 뿐, 소유권을 창설하는 효력을 가지는 것은 아니다. 뿐만 아니라 사정에 의하여 새로운 소유권이 창설된다고 보는 것은 사정 전에도 이미 토지소유권이 존재하고 있었다고 보는 역사학의 연구와도 배치된다. 사정 전에는 토지소유권이 존재하지 않았다고 주장하는 것은 식민사관의 유물일 뿐이다. 따라서 토지 및 임야의 사정은 종래의 소유권을 재확인하는 것이라고 보아야 하고, 사정을 받은 자가 소유권을 원시취득한다고 보는 것은 지양되어야 할 잘못된 이론이다.

주제어: 토지사정, 임야사정, 토지조사령, 조선임야조사령, 소유권의 확정, 원시취득, 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법, 확인적 행정행위, 근대적 토지소유권

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2012학년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수, 법학박사.

I. 서 론

중래 대법원의 판례는 여러 차례에 걸쳐서 일제 강점기 당시에 土地調査令 및 朝鮮林野調査令에 근거하여 이루어졌던 토지 및 임야 사정¹⁾을 받은 자는 그 토지나 임야를 원시취득한다고 판시하였고,²⁾ 이는 확립된 판례라고 할 수 있다. 이러한 판례는 일반적으로는 별다른 의문 없이 받아들여져 왔다.

그런데 2005. 12. 29. 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법(법률 제 7769호)³⁾이 제정되면서 이러한 토지 및 임야 사정이 과연 사정을 받은 자에게 권리를 취득하게 하는 효력을 가지는 것인지가 중요한 쟁점으로 부각되게 되었다. 즉 특별법 제3조는 친일반민족행위자의 재산(친일재산)은 국가의 소유로 한다고 규정하고 있는 한편, 제2조는 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산은 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정한다고 보고 있다. 따라서 1910년대부터 1920년대까지 있었던 토지 및 임야 사정에 의한 취득이 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정되는 것인가 하는 점이 문제가 되었다. 실제로 이제까지 특별법의 적용 대상이 된 재산은 거의 대부분 사정을 받은 토지와 임야였다.

특별법에 대하여는 위헌이라는 이유로 헌법소원이 제기되었는데, 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141, 2009헌바14·19·36·247·352, 2010헌바91 결정⁴⁾은 특별법이 위헌이 아니라고 하였다. 그러나 위 결정에서도 토지 및 임야 사정의 법적 성격을 명확히 밝히고 있지는 않다. 다만 위 결정 가운데 이동흡, 목영준 재판관의 일부한정위헌의견은, 위 추정조항 중 ‘취득’에 ‘사정(査定)에 의한 취득’이 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다고 하였다.

이하에서는 토지나 임야 사정을 받은 자가 과연 소유권을 원시취득한다고 볼 수 있는가 하는 점을 살펴본다. 미리 결론을 이야기한다면, 토지나 임야 사정은

1) 토지에는 임야도 포함되지만, 이 글에서는 토지조사령에 의한 사정 대상이 되었던 토지만을 토지라고 하고, 조선임야조사령에 의한 사정대상이 되었던 토지는 임야라고 부른다.

2) 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2118 판결(집 31권 5집 형164; 공 1983, 1789)이 이와 같이 판시한 최초의 판례로 보인다. 임야에 관하여도 이를 명백히 한 것은 대법원 1992. 12. 22. 선고 91다27037 판결(公 1993, 542)이다.

3) 이하 “특별법”이라고 한다.

4) 헌법재판소 판례집 제23권 1집 상 276.

기본적으로 종전의 소유권을 확인 내지 확정하는 효과를 가지는 것일 뿐이고, 종래의 소유자가 사정에 의하여 새로운 소유권을 취득하는 것이라고는 볼 수 없다는 것이다. 다만 진정한 소유자라 하여도 사정의 효력을 다룰 수 없기 때문에 진정한 소유자가 아닌 자가 사정에 의하여 소유권을 취득하는 경우를 배제할 수는 없으나, 이러한 이유로 사정이 원시취득의 사유라고 할 수는 없다. 그리고 사정을 받은 것을 특별법상의 “취득”으로 볼 수도 없다.

다른 한편 특별법 자체가 위헌이 아닌가 하는 점은 또 다른 중요한 문제이다. 특별법은 이른바 진정소급입법에 의하여 소유권을 박탈하는 것이므로 헌법 제13조 제2항에 어긋나서 위헌이라고 보아야 하는지⁵⁾는 결론을 내기 어려운 문제이다. 그러나 이는 별론으로 하더라도, 위 제2조의 추정조항은 헌법재판소에 따르더라도 매우 예외적으로만 인정될 수 있는 진정소급입법의 적용범위를 합리적인 근거 없이 지나치게 넓히고 있다. 위 법의 목적을 달성하기 위하여는 친일재산임이 확인된 것만 국가에 귀속시킴으로써 충분한 것이지, 친일재산인지 불명확한 것까지 귀속시킬 이유는 없다. 친일재산의 입증이 어렵다고 하여도, 입증의 어려움은 소유자도 마찬가지일 뿐만 아니라, 그와 같은 이유로 친일재산임을 추정하는 것은 그에 의하여 얻을 수 있는 국가의 이익보다 그로 인한 소유자의 소유권 침해라는 손실이 더 커서 이른바 법의 균형성에 어긋나므로 비례의 원칙에도 반한다. 그러나 이 문제는 별도로 상세하게 고찰할 필요가 있는 복잡한 문제이므로 여기서는 더 이상 언급하지 않는다.

아래에서는 토지 및 임야 사정의 법적 성격에 관한 종래의 논의를 소개한다. 이를 위하여는 우선 토지조사사업과 임야조사사업이 어떤 것이었는지를 살펴볼 필요가 있다. 나아가 과연 토지 및 임야 사정이 새로운 소유권 제도를 창설한 것인지에 관하여 고찰해 본다. 그런데 이 문제는 단순히 법적인 논의만으로는 불충분하고, 사정 전에도 우리나라에 토지와 임야 소유권이 존재하였는가 하는 역사적인 고찰이 필요하다.

5) 위 결정 가운데 이강국, 조대현 재판관의 반대의견. 김종대 재판관과 목영준 재판관은 진정소급입법에 의한 재산권 박탈은 헌법 제13조 제2항 위반이라고 하였지만, 김종대 재판관은 친일재산은 헌법상 재산권으로 보호되지 않는다고 하였고, 목영준 재판관은 특별법이 진정소급입법이 아니라 부진정소급입법이므로 위헌이 아니라고 하였다. 특별법이 위헌이라는 주장으로는 이재교, **친일청산법에 대한 헌법적 고찰**(인하대학교 출판부, 2007); 김백유, “‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’ 제2조 등 위헌성 검토”, **成均館法學** 제22권 3호(2010), 429면 이하가 있다.

II. 종래의 논의

1. 토지조사사업과 임야조사사업

토지조사 사업은 1912년부터 시작되어 대체로 1917년경까지 계속되었으며, 임야조사사업은 1918년부터 시작되어 실질적으로는 1924년 무렵에 종결되었지만, 완결된 것은 1935년경이었다.⁶⁾⁷⁾ 위 토지조사사업과 임야조사사업의 법적 근거는 토지조사령⁸⁾ 및 조선임야조사령⁹⁾이었다. 두 법령의 체제는 대체로 유사하다.¹⁰⁾ 우선 토지조사령의 경우를 본다. 토지사정의 대상이 되는 것은 1. 전, 답, 대지, 지소, 임야, 잡종지, 2. 사사지(社寺地), 분묘지, 공원지, 철도용지, 수도용지, 3. 도로, 하천, 주거, 제방, 성첩(城堞), 철도선로, 수도선로였다(제2조). 토지소유자는 조선총독이 정하는 기간 내에 그 주소, 성명·명칭 및 소유지의 소재, 지목 등을 임시토지조사국장(臨時土地調査局長)에게 신고하여야 하고(제4조), 임시토지조사국장은 지방토지조사위원회에 자문하여 토지 소유자 및 그 강계(疆界)를 사정한다(제9조). 사정에 대하여 불복하는 자는 고등토지조사위원회에 이의를 제기하여 재결을 받을 수 있다(제11조). 그리고 제15조는 “토지 소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정한다”고 규정하고 있다. 이 글에서는 제15조의 규정이 어떠한 의미를 가지는가가 중요하다.

임야 사정의 절차도 대동소이한데, 신고의 상대방이 부윤 또는 면장이고, 사정의 주체는 道 장관이며, 사정에 대한 불복은 임야조사위원회에서 한다는 정도가 다를 뿐이다. 조선임야조사령 제15조도 토지조사령 제15조와 마찬가지로 “임야 소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정된다”고 규정하고 있다.

위와 같은 토지조사사업과 임야조사사업의 결과물을 바탕으로 하여 전국적으로

6) 郭潤直, **不動産登記法**, 新訂(修正版)(博英社, 1998), 52-54면 참조.

7) 토지조사사업에 대한 기본 자료로는 朝鮮總督府臨時土地調査局 編, **朝鮮土地調査事業報告書**(朝鮮總督府臨時土地調査局, 1918)이 있다. 또한 慎鋪廈, **朝鮮土地調査事業研究**(知識産業社, 1982); 金鴻植 외, **조선토지조사사업의 연구**(민음사, 1997) 참조. 임야조사사업에 대한 기본 자료로는 朝鮮總督府農林局 編, **朝鮮林野調査事業報告**(朝鮮總督府農林局, 1938)이 있다. 또한 최병택, **일제하 조선임야조사사업과 산림**(푸른역사, 2009); 이우연, **한국의 산림 소유제도와 정책의 역사, 1600~1987**(일조각, 2010) 참조.

8) 朝鮮總督府 制令 제2호(1912. 8. 13.).

9) 朝鮮總督府 制令 제5호(1918. 5. 1.).

10) 좀더 상세한 것은 강태현, “土地調査事業과 林野調査事業을 중심으로 한 近·現代土地所有制度의 變遷過程”, **人權과 正義** 제351호(2005. 11), 28면 이하 참조.

토지대장과 임야대장 및 지세명기장이 작성되었고, 전면적인 등기제도가 시행될 수 있게 되었다.¹¹⁾

2. 사정의 법적 성격에 관한 판례

가. 대법원의 판례

앞에서 언급한 것처럼 대법원의 판례는 토지나 임야 사정을 받은 자는 그 토지나 임야를 원시적으로 취득하는 것으로 보고 있다. 이 문제는 대법원 1965. 11. 30. 선고 64다1508 판결¹²⁾이 공간된 판례 가운데 처음으로 다룬 것으로 보인다. 이 판결에서는 소외인 甲의 명의로 사정된 임야 중 일부가 원래 원고의 선대의 것이었다고 인정할 수 있는가가 쟁점이었다. 원심은 위 임야가 원고의 선대 소유라고 하여 甲으로부터 임야를 전전 취득한 피고 명의의 등기의 말소를 명하였다. 그러나 대법원은, 조선임야조서령 제8조에 의하여 임야의 소유자 및 그 경계를 사정하여 그 사정이 확정되었으면 그 사정명의자는 종전에 그 임야에 대한 소유권이 있었거나 없었거나를 불문하고 위 사정의 효력으로써 절대적으로 그 임야의 소유자로 확정되는 반면, 종전의 소유자는 이에 따라 그 권리를 상실하게 된다고 하여 원심판결을 파기환송하였다.¹³⁾ 이 판결은 직접 원시취득이라는 표현을 쓰고 있지는 않으나, 위 헌법재판소 결정 가운데 이동흡, 목영준 재판관의 반대의견은 위 판결이 원시취득을 인정한 것으로 보고 있다.

판례상 사정의 효과로서 원시취득이라는 표현이 처음 등장한 것은 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2118 판결¹⁴⁾로 보인다. 이 사건에서는 甲이라는 사람이 1915년에 토지를 사정받았다. 그런데 그 후 피고인이 위 토지는 원래 피고인의 조부 소유였는데 甲에게 명의신탁한 것이라고 하여 부동산 소유권이전등기에 관한 특별조치법에 의하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 마쳤다가, 위 법 위반으로 기소되었다. 대법원은 일정 대정년도에 있었던 토지의 사정은 소유권의 원시취득의 효력이 있으므로 甲은 위 사정에 의하여 본건 토지에 대하여 소유권을 취득하였고, 피고인의 조부가 甲에게 명의신탁하여 사정을 받았다고 인정할 수 있는 자료가

11) 강태헌(주 10), 40-41면 참조.

12) 집 13권 2집 민245.

13) 그런데 위 판결은 소외인이 임야를 사정받은 것은 1913. 8. 20.이라고 하였으나, 조선 임야조서령에 의한 임야사정은 아니고 1918년에야 시작되었으므로 오기나 착오가 있는 것으로 보인다.

14) 위 주 2).

없다고 하여 피고인을 유죄로 인정한 원심판결을 확정하였다.

이 이후에도 사정을 받은 사람이 소유권을 원시취득한다는 판례가 계속 나왔다. 즉 판례는 사정을 받은 사정명의인은 소유권을 원시취득 내지 원시적·창설적으로 취득하고, 사정 당시를 기준으로 할 때 사정명의인 아닌 사람을 소유자로 인정할 수 없다고 보고 있다.¹⁵⁾ 그리고 대법원 1992. 12. 22. 선고 91다27037 판결¹⁶⁾은 토지조사령이나 임야조사령에 의하여 사정받은 자는 그 사정토지의 소유권을 확정적으로 원시취득하는 것이므로 그에 저촉되는 종전권리는 모두 소멸하는 것이라고 하여, 위 대법원 1965. 11. 30. 선고 64다1508 판결(주 12)을 재확인하고 있다.

특히 중증이 중증원에게 명의신탁하여 사정을 받은 경우에 관하여는 판례가 여러 개 있다. 즉 판례는 사정을 받은 사람은 소유권을 원시적·창설적으로 취득하는 것이므로, 중증이 그 소유였던 임야나 토지를 중증원에게 명의를 신탁하여 사정 받았더라도, 위 사정명의인이 그 소유권을 취득하고 명의신탁자인 중증은 명의신탁계약에 의한 신탁자의 지위에서 명의신탁을 해지하고 그 소유권이전등기를 청구할 수 있음에 그친다고 한다.¹⁷⁾

나. 하급심의 판례

하급심의 판례도 이러한 대법원의 판례를 답습하고 있다. 특히 근래에는 특별법의 적용이 문제된 사건들에서 사정을 받은 것이 특별법상의 취득이라고 명언한 판례들이 있다.¹⁸⁾ 이 중 제일 처음에 선고된 서울행정법원 2008. 10. 2. 선고 2007구합43617 판결의 이유를 소개한다. 다소 길지만 아래에서 다루려는 논점에 대하여 모두 언급하고 있기 때문에, 해당 부분에 관한 판시를 그대로 인용한다.

15) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83다카1152 판결(집 32권 1집 민20); 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다46138 판결 등 다수. 대법원 1986. 6. 10. 선고 84다카1773 전원합의체 판결(집 34권 2집 민17)도 사정받은 부동산은 사정명의인이 원시취득한 것으로 보고 있으나, 이 사건에서의 주된 판시는 토지조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정된다고 하여 반대 취지의 종전 판례를 변경한 것으로서, 원시취득 여부는 방론이었다.

16) 공 1993, 542.

17) 대법원 1991. 1. 25. 선고 90다10858 판결(집 39권 1집 민81); 1995. 8. 25. 선고 94다20426, 20433 판결(공 1995, 3253) 등.

18) 서울행정법원 2008. 10. 2. 선고 2007구합43617 판결(미공간); 서울행정법원 2008. 10. 28. 선고 2008구합22013 판결(미공간); 서울고등법원 2009. 5. 6. 선고 2008누32296 판결(미공간) 등.

“(3) 이 사건 조항상 ‘취득’에 사정행위가 포함되는지 여부

(가) 우리 판례는 대법원 1986. 6. 10. 선고 84다카1773 전원합의체 판결에서 “토지조사부에 토지소유자로 등재되어 있는 자는 재결에 의하여 사정내용이 변경되었다는 등의 반증이 없는 이상 토지소유자로 사정받고 그 사정이 확정된 것으로 추정할 것이고, 사정받는 자는 그 부동산을 원시적으로 취득하였다”고 판결한 이래 일관하여 토지·임야조사사업상 ‘사정’을 소유권의 원시적 취득으로 판단하여 온 점, 위와 같은 판례의 태도로 인하여 일제시대에 토지를 사정받았으나 소유권 보존등기를 하지 못한 친일반민족행위자의 후손들이 친일재산에 대하여 소유권을 행사할 수 있는 길이 열리게 되었고 실제로 친일반민족행위자의 후손들이 그와 같은 소송을 제기하여 승소하는 사례가 발생하자, 이와 같은 행태를 좌시할 수 없다는 전국민적 공감대에 기초하여 일차적으로는 친일반민족행위자의 후손들의 재산반환소송을 효과적으로 차단하려는 목적으로 특별법이 제정되기에 이른 점, 특별법의 제정과정에서도 위와 같은 문제의식이 그대로 드러나 법제사법위원회 위원들 사이에 친일반민족행위자가 사정을 통하여 재산을 취득한 경우에도 무효로 하여야 한다는 점에 관하여 공감대가 형성되었고, 구체적으로 초안 제2조에서 규정하고 있는 ‘취득행위’에 사법상의 법률행위 외에 공법상의 행위인 사정행위를 어떻게 포섭시킬 것인가에 관하여 논의가 이루어진 바 있는 점 등에 비추어 볼 때, 입법자는 특별법을 제정할 당시 이 사건 조항의 ‘취득’에 토지·임야조사사업상 사정을 포함시켜 러·일전쟁 개전 후부터 1945. 8. 15.까지 친일반민족행위자가 사정받은 재산도 일단 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정하도록 할 의도였던 것으로 보인다.

(나) 여기에 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 조항은 초안에는 포함되어 있지 않다가 해방시로부터도 이미 반세기 이상 경과한 상황에서 피고가 어떠한 재산이 친일협력의 대가로 취득한 것인지를 입증하는 것은 거의 불가능하다는 점을 고려하여 친일재산의 입증책임을 완화할 목적으로 추가된 것인 점, ② 그런데, 부동산의 경우 유동성이 약하여 다른 재산들에 비하여 친일반민족행위자의 후손들이 현재까지 이를 그대로 소유하고 있을 가능성이 높고 러·일전쟁 개전시부터 사정 전까지의 기간 동안 취득한 부동산의 경우에는 대부분 사정을 받았을 것이어서, 이 사건 조항은 사정받은 부동산에 관하여 적용될 필요성이 오히려 더 높은 점, ③ 사정은 원칙적으로 당해 부동산의 소유자로 신고하는 자에 대하여 이루어진다는 측면에서는 기존 권리의 확인이라는 의미도 있지만, 다른 한편 사점시장장팔십(私占柴場杖八十), 산림천택여민공지(山林川澤與民共之) 등에서 드러나듯 당시의 토지·임야에 대한 권리는 용익권과 유사한 지배권으로서 근대적 의미의 소유권과는 그 의미가 다르다는 측면에서는 (근대적) 소유권의 창설이라는 의미도 겸유하고 있는 점, ④ 특히 사정이 이루어진 시기는 일제강점기로서 부동산에 관하여

권리를 가지고 있으면서도 반일감정이나 조세부담 등을 이유로 소유권 신고를 하지 않은 경우도 있는 반면, 일제 식민통치기구에 참여한 관리나 유력자의 이해관계가 우선적으로 고려되어 무주부동산, 귀속불명토지에 대한 사정이 이루어지기도 하여 사정을 받은 사람이 반드시 기존의 권리자이었을 것이라고 보기 어려우므로, 사정을 이 사건 조항상의 취득에 포함시켜 친일재산으로 추정하고 원고로 하여금 반증을 들어 그 추정을 복멸시키도록 하더라도 그다지 부당한 것으로 보이지 않는 점, ⑤ 특별법은 일본 제국주의의 식민통치에 협력하고 우리 민족을 탄압한 반민족행위자가 그 당시 친일반민족행위로 축재한 재산을 국가에 귀속시킴으로써 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현함을 그 입법 목적으로 하고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 조항의 취득에는 사정도 포함된다고 봄이 상당하다.”

즉 위 판결은 직접적으로는 사정에 의한 소유권의 확정이 특별법상의 추정해당하는가에 관하여, 제1차적으로는 사정받는 자는 그 부동산을 원시적으로 취득하였다고 보는 대법원의 판례와 입법자의 의사 및 특별법의 목적을 근거로 하여 이를 긍정하면서, 그 외에도 사정은 기존 권리의 확인이라는 의미도 있지만, 다른 한편 당시의 토지·임야에 대한 권리는 근대적 의미의 소유권과는 그 의미가 다르다는 측면에서는 근대적 소유권의 창설이라는 의미도 겸유하고 있고, 사정을 받은 사람이 반드시 기존의 권리자이었을 것이라고 보기 어렵다는 점을 근거로서 부가하고 있다.

3. 학설상의 논의

종래의 학설은 사정에 의하여 사정명의인이 토지나 임야를 원시취득한다는 대법원의 판례를 당연한 것으로 받아들이고 있었을 뿐, 별로 상세한 논의가 없었다.¹⁹⁾ 그런데 근래 이에 대하여 의문을 제기하는 견해가 나타났다. 즉, 토지조사사업은 기존의 소유관계를 해체한 것이 아니라 단지 이를 재확인한 것으로 보아야 하므로, 이를 원시취득으로 보는 것은 그 사업을 과대평가하는 것에 다름 아니라고 한다. 사정명의인이 그 이전의 취득경위까지 입증할 필요가 없는 이유는 사정 및 재결의 속성이 원시취득이기 때문이 아니라, 사정명의인이 사정 및 재결을 통

¹⁹⁾ 郭潤直, 物權法, 제7판(博英社, 2002), 60면; 郭潤直 編輯代表, 民法注解 V((博英社, 1992), 26면(金相容); 김성욱, “일제강점기 반민족행위자의 재산환수”, 토지법학 제23권 2호, 2007, 325-326면 등.

해 기존의 소유권을 재확인 받았기 때문이라는 것이다.²⁰⁾

그리고 사정의 효력에 관한 조선고등법원의 판례를 분석한 다음 사정명의인이 사정 대상 토지나 임야를 원시취득한다는 데 대하여 다음과 같은 점에서 의문을 제기하는 견해가 있다. 이 견해는 일반적으로 사정의 확정이나 재결에 의한 소유권취득은 원시취득으로 평가되고 있지만, 원시취득은 제한이 없는 완전한 권리어야 하는데, 사정 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대해서는 자신의 권리를 주장할 수 없고, 명의신탁자와의 관계에서는 내부적 소유권이 유보되어 있으며, 명의신탁을 해지하면 신탁자에게 반환하여야 하는 지위에 있으며, 제한물권이 존재하며, 사정받은 부동산을 타인에게 양도하면 불법행위가 된다는 점에서 사정 또는 재결명의인의 소유권취득은 제한이 많은 소유권의 취득이 된다고 한다.²¹⁾

4. 일제 강점기의 논의

1945년 이전의 일제 강점기에는 이 문제에 대하여 어떤 논의가 있었는가? 문헌상 사정의 효력으로서 사정명의인이 사정된 토지를 원시취득한다는 견해도 발견할 수 있다. 즉 사정에 의하여 확정된 소유권은 사법재판소라고 하여도 인정하지 않으면 안 되는 絶體的인 것으로서 서로 병립될 수 없고, 그 확정된 소유권이 증명 또는 등기와 저촉되어 상용될 수 없는 때에는 그 증명 또는 등기를 말소시킬 수 있는 절대적인 권력을 부여함으로써 권리관계를 확정하는 것이 사정의 효력에 연관된다고 한다. 그렇다면 사정은 적극적 소유권의 존재를 기초로 하여 이에 부합하는 것이 아니라, 소유권의 존재는 사정에 의하여 비로소 확인결정되는 것이고, 사정과 사정전의 소유권의 연락관계는 전혀 없으며, 전 소유권을 소멸시키고 새로운 소유권을 취득하게 하는 이른바 원시취득이라고 해석된다고 한다.²²⁾

그러나 당시 조선의 최고법원이던 조선고등법원의 판례는 반드시 이와 같이 보이지 않았다.²³⁾ 당시의 판례는 다소 엇갈리고 있었으나, 최종적으로는 확정판결에 의하여 소유권자로 확정된 사람은, 그 후 다른 사람이 사정을 받더라도 소유권을

20) 강태헌(주 10), 48면. 또한 정우형, “近代의 土地所有權의 成立時期에 관한 研究”, 韓國地籍學會誌 제18권 2호(2002), 51면도 사정을 소유권의 원시취득 사유로 보는 것에 대하여, 일제의 토지사업 조사 이전에 존재하고 있었던 근대적 소유권을 인정받을 수 없는가 하는 의문을 제기하고 있다.

21) 이우석, “査定에 의해 확정된 토지소유권의 성격”, 法史學研究 제36호(2007), 95-96면.

22) 早川保次, 朝鮮不動產登記の沿革(大成印刷社, 1921), 56면.

23) 이우석(주 21)은 이 문제에 관한 조선고등법원의 판례를 상세하게 분석하였다.

상실하는 것은 아니라는 것으로 통일되었다.

우선 조선고등법원 1917(大正 6). 3. 27. 판결²⁴⁾은 토지의 사정명의인인 피상고인이 자신이 사정을 받은 토지에서 상고인이 석재를 채취하는 것을 금지하는 청구를 한 사건에 대한 것인데, 원심 법원은 피상고인의 소유권을 인정하였다. 이에 대하여 상고인은 상고이유로서 토지의 소유권에 관한 토지조사국의 사정확정은 하나의 행정처분에 불과하므로 국민의 사법상 재판권을 받을 권리를 잃는 것은 아니고, 따라서 재판소로서는 소유권의 근본 내용에 관하여 심리하여야 한다고 주장하였다. 그러나 조선고등법원은 토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 하나의 행정처분이지만, 그 사정 또는 재결이 확정된 때에는 토지조사령 제15조에 의하여 토지소유자의 권리는 그로 인하여 확정되고, 동령 제16조에 규정된 재심의 신청에 의하여 변경되지 않는 한 그 사정 또는 재결명의인은 종래 소유권을 가졌는지 아닌지에 무관하게 절대로 그 토지의 소유자로 확정된다고 하여 상고를 기각하였다.

그리고 조선고등법원 1918(大正 7). 11. 19. 판결²⁵⁾은 사정 전에 結數連名簿²⁶⁾상 소유자로 되어 있던 수탁자가 저당권을 설정하였는데 그 후 신탁자가 사정을 받은 경우에, 저당권의 효력이 있는가 하는 점에 관한 것이다. 이 판결은 사정명의인 아닌 자가 사정 전에 적법하게 소유권을 취득하였다는 점을 이유로 하여 소유권을 주장할 수 있는 것으로 하는 때에는 사정에 의해 소유자로 확정된 자와 하나의 물건에 관한 공유가 아닌 2개의 소유권을 인정해야 하는 결과로 되어, 사정이 절대적으로 소유권을 확정하는 것으로 하는 토지조사령의 취지에 반하게 되므로 사정에 저촉하는 소유권의 주장을 허용할 것은 아니고, 그러한 소유권은 사정에 의하여 소멸하게 된다고 하였다.

그러나 위 판결들이 그 사정 또는 재결명의인은 종래 소유권을 가졌는지 아닌지에 무관하게 절대로 그 토지의 소유자로 확정된다고 한 것은, 반드시 사정에 의하여 소유권이 창설된다는 취지라고는 할 수 없고, 다만 사정 확정의 효력에 의하여 다른 사람이 사정과는 다른 내용의 소유권을 주장하지는 못한다고 이해할 여

24) 高等法院民事判決錄 제4권 207면 이하.

25) 高等法院民事判決錄 제5권 873면.

26) 결수연명부는 1909년 조선통감부가 만든 지세징수대장의 내역부이다. 이는 납세자별로 그 동리에 소재한 토지의 결수와 납세자를 기록한 장부로서, 사실상 토지대장과 같은 역할을 하였고, 법원의 재판에서도 소유자를 밝히는데 중요하게 고려되었으며, 토지조사사업의 자료로도 사용되었다. 愼鏞廈(주 7), 29-35면; 배영순, 韓末日帝初期의 土地調査와 地稅改正(영남대학교출판부, 2002), 313면; 조석곤, 한국 근대 토지제도의 형성(해남, 2003), 278면 이하 참조.

지도 있다.

즉 위 조선고등법원 1918(大正 7) 11. 19. 판결(註 25)은 ‘토지조사령에 의하여 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건’ 제1조 제3항27)에 관하여, 위 규정은 등기 또는 증명을 거친 소유권 이외의 권리 중에는 사정명의인 자신이 설정하지 않았더라도 사정에 의해 확정된 소유권과 저촉하지 않는 권리에 근거하여 설정되고 사정명의인이라고 하더라도 이에 복종하지 않으면 안 되는 것이 있으므로, 일응 등기 또는 증명을 거친 소유권 이외의 권리자의 권리를 존중하고 동 규정의 조건을 구비한 것이 아니라면 말소를 할 수 없다는 것이라고 설시하고 있다. 만일 사정이 새로운 소유권을 부여하는 창설적인 효력을 가지는 것이라면, 사정 전에 존재하였던 권리는 모두 소멸되어야 할 것이므로, 위 판결도 반드시 사정에 창설적인 효력을 인정하는 것은 아니라고 보인다.

다른 한편 조선고등법원 1918(大正 7). 7. 9. 판결²⁸⁾은 사정이 소유권을 확정하는 것에 지나지 않으며, 사정명의인에게 소유권을 부여하는 효력이 있는 것은 아니라고 명확히 밝혔다. 이 판결의 구체적인 쟁점은 사정 전에 받은 소유권에 관한 확정판결의 기판력이 사정 후에 제기된 소송에 미치는가 하는 점이었다. 이 사건에서는 상고인이 피상고인을 상대로 한 이전의 소송에서 분쟁의 대상인 토지가 상고인의 소유로 판결되었고, 그 판결은 1914. 3. 17. 확정되었는데, 그 후인 1915. 2. 위 토지가 피상고인 소유로 사정되어 그 사정이 확정되었다. 원심판결은 위 사정이 확정판결의 변론 종결 후에 있었으므로 일사부재리의 원칙에 어긋나지 않는다고 하여 피상고인의 소유를 인정하였다.

그러나 조선고등법원은, 토지조사령 제10조에 의하면 사정 또는 재결은 토지신고 또는 통지 당일의 현재로 소유권을 확정하고, 또한 그 사정 또는 재결의 효력인 인정적 효력이 있는 것에 지나지 않으며, 사정명의인에게 소유권을 부여하는 효력이 있는 것은 아니므로, 피상고인이 본건 토지가 원래 피상고인 소유이고, 1911년 8~9월경 토지신고를 하고 피상고인 명의로 사정이 확정되었다고 주장하는 것은 전소의 확정판결 이전에 피상고인이 본건의 토지의 소유자였다는 점을

27) 조선총독부제령 제16호(1914. 5. 1, 제정) 제1조 ① 토지의 소유권이 토지조사령에 의한 사정 또는 재결을 거쳐 확정된 경우에 이에 저촉하는 등기 또는 증명에 있는 때에는 토지소유자는 그 등기 또는 증명의 말소를 신청할 수 있다. ③ 소유권 이외의 권리에 관한 등기 또는 증명에 있는 때에는 신청서에 그 등기 또는 증명 명의인의 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하여야 한다.

28) 高等法院民事判決錄 5권 589면.

주장하는 것이어서 전소와 본소는 그 청구원인이 다른 것이라고 말할 수 없다고 하였다. 이 판결은 사정은 권리를 창설하는 효력이 있는 것이 아니라고도 밝히고 있다.²⁹⁾

위 판결에서도 확정판결과 사정이 배치되는 경우에 어느 것이 우선하는가가 문제되었는데, 이 점에 관하여는 조선고등법원에서 여러 차례 연합부 판결이 있었으나, 최종적으로는 1925(大正 14). 12. 26. 연합부 판결³⁰⁾에 의하여 이 문제는 중국적으로 해결되게 되었다. 이 판결은, 토지소유권의 확정에 관하여 토지조사령에 의한 사정 또는 재결과 사법재판소의 확정판결이 서로 저촉되어 상용될 수 없는 결과를 낳은 경우에는 사정명의인 또는 재결명의인과 확정판결의 승소자는 각 그 권리를 주장할 수 있고, 양자간에는 상호 대립되는 당시의 상태를 유지하고 서로 타방의 권리를 침해할 수 없으므로, 사정명의인 또는 재결명의인이 그 권리를 제3자에게 양도하고 그 자로 하여금 당해 토지에 관한 완전한 소유권을 취득하게 하고 확정판결의 승소자로 하여금 그 권리를 상실하게 한 때에는 사정명의인 또는 재결명의인은 확정판결의 승소자에 대하여 불법행위 책임을 부담한다고 하였다.

다시 말하여 확정판결을 받은 사람 아닌 다른 사람이 사정을 받았다고 하여 확정판결을 받은 사람의 소유권이 상실되는 것은 아니고, 양자가 모두 현재의 상태를 유지할 수 있으나, 사정을 받은 사람이 제3자에게 양도한 경우에는 제3자가 완전한 권리를 취득하고, 확정판결을 받은 사람은 사정명의인이나 재결명의인에 대하여 불법행위책임을 물을 수 있다는 것이다.

이처럼 복잡한 문제가 생기게 된 것은 토지조사령이나 조선임야조사령이 사정 또는 재결에 대하여 재판으로 다룰 수 있는 길을 열어놓지 않았기 때문으로서, 법원으로서도 판결에 의하여 확정된 소유권과 사정 또는 재결에 의하여 확정된 소유권 양자를 모두 인정하는 판결을 내릴 수밖에 없었다.³¹⁾ 그러나 이에 따르면 결

29) 그러나 이 판결은 기관력의 문제에 관하여는 소송의 목적물이 다르다는 이유로 기관력의 문제에 관하여는 상고인의 주장을 배척하였다.

30) 高等法院民事判決錄 12권 515면.

31) 당시 총독부는 이러한 토지조사사업에서의 문제점을 인식하고, 임야조사사업을 할 때에는 다음과 같은 조치를 취하였다. 즉 1918(大正 7). 10.에 사법당국과의 협의에 의하여 토지조사사업을 실시하면서 관할 재판소에 이를 통지하면, 재판소는 신고 지역 내의 소유권 및 경계에 관한 계속 중인 소송 사건이 있음을 도지사에게 통지하고, 도지사는 재판의 결과를 기다려 사정하도록 하였다가, 1920(大正 9). 3.에는 방침을 바꾸어 재판소가 사정 결과를 기다렸다가 재판을 하도록 하였다. 朝鮮總督府農林局 編 (주 7), 76-79면 참조.

국 한 물건에 대하여 서로 다른 소유자가 인정될 수 있다는 것이 되어, 一物一權主義에 어긋나게 된다.³²⁾

III. 검 토

이하에서 과연 토지와 임야의 사정은 사정을 받은 사람으로 하여금 토지나 임야를 원시취득하게 하는 효력을 가지는 것인지를 살펴본다.

그런데 여기서 ‘취득’과 ‘원시취득’의 개념을 다시 한 번 명백히 하고 넘어갈 필요가 있다. 취득이란 전에 가지고 있지 않던 권리를 가지게 된다는 것으로 이해할 수 있다. 가령 지방세법 제6조 제1호는 “취득”이란 매매, 교환, 상속, 증여, 기부, 법인에 대한 현물출자, 건축, 개수(改修), 공유수면의 매립, 간척에 의한 토지의 조성 등과 그 밖에 이와 유사한 취득으로서 원시취득, 승계취득 또는 유상·무상의 모든 취득을 말한다고 정의하여 어떤 경우가 취득에 해당하는지를 예시하고 있다. 취득은 다시 원시취득(original acquisition, originärer Rechtserwerb)과 승계취득(derivative acquisition, derivativer Rechtserwerb)로 구분된다. 이 중 원시취득은 타인의 권리를 바탕으로 하지 않고 권리를 취득하는 것을 말하는데, 先占이나 捨得, 건물의 신축, 간척에 의한 토지의 조성, 수용 등에 의한 취득 등이 이에 해당한다. 승계취득은 타인의 권리를 바탕으로 하여, 타인이 이미 가지고 있던 권리를 승계하는 것을 말한다.³³⁾

1. 토지 소유자의 권리 확정의 의미

종래 사정을 받은 자가 그 토지나 임야를 원시취득한다고 본 근거는 결국 토지와 임야 소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정한다고 규정한 토지조사령 제15조, 조선임야조사령 제15조에 있다. 그러면 여기서 확정의 의미는 무엇인가?

토지조사령이나 조선임야조사령의 기본 체제는 토지와 임야 소유자의 신고가 있으면 그 신고 내용이 정확한지를 조사하고 그 조사 결과에 따라 소유자의 권리를

32) 이우석, “토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저촉”, 嶺南法學 제10권 2호(2004), 102면 참조.

33) 郭潤直, 民法總則, 제7판(博英社, 2002), 186면 등 참조.

확정하는 것이다. 따라서 여기서 말하는 권리의 확정이란 기존의 소유자의 권리의 확인을 의미하고, 권리의 창설을 의미하는 것은 아니다. 법 해석은 기본적으로 그 문언에서 출발하여야 하는데,³⁴⁾ “확정”을 “창설”이라고 이해하는 것은 법의 문언과는 거리가 있는 것이다.

이와 같은 파악은 당시 입법자의 의사와도 부합한다. 토지조사사업에 관한 공식적인 보고서에서는 토지조사사업의 목적에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다.³⁵⁾

“조선에서 고래의 토지소유권보장의 제도는 아주 불완전해서 근거로 할 만한 것이 없다. 그리고 토지에 관한 증명제도를 시행하는데 있어서나 형식상 권리보장의 제를 이루려고 하여도 기본이 될 수 있는 지도나 토지대장이 확정되어 있지 않아 목적물인 토지의 표시를 확인할 만한 방법이 없다. 따라서 권리의 증명에 지대한 결함이 있다. 조선에서 문화의 개발과 권리사상의 진전은 토지소유권의 확정 및 그 보장을 하루라도 빨리 하는 것이 급선무이고 소위 토지에 관한 분쟁이 빈번하게 제기되기에 이르러서 토지사정의 필요성이 있는 바이다.”

다시 말하여 토지 소유권이 존재하기는 하지만, 그 대상을 확인하고 증명하는데 어려움이 있기 때문에 이를 명확하게 하여야 한다는 것이다. 따라서 기존에 존재하는 소유권 자체를 변화시키려는 의도가 있었던 것은 아니고, 이를 명확하게 한다는 데 주된 목적이 있었다.

다른 한편 임야의 경우에는 이러한 목적뿐만 아니라 임야의 소유권을 확정하는 것이 산림녹화에 도움이 된다는 고려도 있었던 것으로 보인다.³⁶⁾ 朝鮮林野調查事業報告는 임야조사의 목적에 관하여 다음과 같이 서술하고 있다. 즉 조선에서는 임야에 관한 권리관계가 애매 혼돈스럽기 그지없어서 쟁송이 그치지 않고, 권리관념이 발달하여 쟁의가 점점 더 격증 복잡화하고 있으므로 식목조림을 권장하여도 이를 기도 실행하는 사람이 없고, 민중의 亂伐暴採에 맡겨지게 되어 마침내 황폐가 극에 달하게 되었다고 하면서, 임야에 관한 紛議爭訟이 병합 후에도 여전히 해소되지 않고 있어서 사업가가 임업의 경영을 주저하게 되므로, 병합 후에 당국의

34) 대법원 1994. 8. 12. 선고 93다52808 판결(공 1994, 2291); 2009. 4. 23. 선고 2006다 81035 판결(공 2009상, 724); 金龍潭 編輯代表, 註釋民法 總則 (1), 제4판(사법행정학회, 2010), 87면(尹眞秀) 등.

35) 朝鮮總督府臨時土地調查局 編(주 7), 411면. 이우석(주 32), 98면은 조선총독부 임시 토지조사국에서 1910년에 발행한 토지조사사항설명서도 같은 취지라고 한다.

36) 이우연(주 7), 214면 이하, 241면 이하, 394면 등.

노력에 의하여 점점 발흥되고 있는 愛林思想을 좌절시키고 임정의 진흥에 장애가 되는 점이 적지 않다고 한다. 이처럼 분규착종이 심한 임야에 대하여 권리관계를 법적으로 해결확정하는 것은 조선의 林政革新에서 초미의 급무에 속하고 이것이 임야조사사업을 실시하게 된 이유라고 한다.³⁷⁾³⁸⁾

그러면 토지와 임야 소유자의 권리가 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정된다는 의미는 무엇인가? 이는 사정 또는 재결이라는 확인적인 행정행위가 확정됨으로써 사정을 받은 사람이 소유자로 확정되고, 누구도 더 이상 사정을 받은 사람의 소유권을 다투지 못한다는 의미로 이해하여야 할 것이다.

일반적으로 확인(Feststellung) 내지 확인행위는 행정행위의 하나로 인정되고 있다.³⁹⁾ 여기서 확인이라 함은 미확정적인 특정의 사실 또는 법률관계의 존재여부를 공권적으로 판단하여 이것을 확정하는 행위를 말한다. 이것은 새로운 법률관계를 설정하는 것은 아니고, 기존의 사실 또는 법률관계를 확정하는 것이다. 구체적으로는 당선인의 결정, 국가시험 합격자 결정, 도로구역 결정, 발명권 특허, 소득금액 결정, 재송법상 확인(행정심판 재결) 등을 들 수 있다. 이러한 확인은 특정한 사실 또는 법률관계의 존부 내지 정부에 관한 분쟁이라는 전제조건이 충족된 후라야 수행되는 작용이고, 이 점에서 준사법적 행위 또는 법선언행위라고도 한다. 그리고 확인으로 확정된 사실 또는 법률관계는 권한 있는 기관에 의해 부인되지 않는 한 누구도 그것을 임의로 변경할 수 없는 힘(불가변력)을 갖는다.⁴⁰⁾

토지조사령 및 조선임야조사령에 의한 사정 내지 재결은 여기서 말하는 확인의 개념에 모두 부합한다. 다시 말하여 소유권의 존재 내지 범위가 불분명한 경우에

37) 朝鮮總督府農林局 編(주 7), 5-7면.

38) 다른 한편으로 일제가 임야의 소유권제도를 확립한 목적은 삼림소유자를 대량으로 法認해 준 다음 그들에게 식림 비용을 전가하는 한편, 그 과정에서 발생하는 제반 행정 비용 및 기타 지방통치비용을 삼림조합비 혹은 임야세의 명목으로 조선인에게 부담시키고자 하는 데 있었다는 견해도 있다. 최병택(주 7), 20면 등.

39) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008두13491 판결(공 2008하, 1685)은 특별법 제2조 제2호에 정한 친일재산은 친일반민족행위자재산조사위원회가 국가귀속결정을 하여야 비로소 국가의 소유로 되는 것이 아니라 특별법의 시행에 따라 그 취득·증여 등 원인행위시에 소급하여 당연히 국가의 소유로 되고, 위 위원회의 국가귀속결정은 당해 재산이 친일재산에 해당한다는 사실을 확인하는 이른바 준법률행위적 행정행위의 성격을 가진다고 하였다.

40) 金東熙, 行政法 1, 제17판(博英社, 2011), 292-295면; 洪井善, 行政法原論(上), 제17판(博英社, 2009), 341면 등. 이러한 확인의 개념은 토지 및 임야조사사업 무렵에 일본에서도 인정되고 있었던 것으로 보인다. 美濃部達吉, 日本行政法總論(有斐閣書房, 1919), 145-147면 참조.

사정이라는 절차를 통하여 이를 확정하는 것이다. 이러한 사정은 성질상 준사법적 행위로서, 그 결과 누구도 사정에 의하여 확정된 소유권을 다투지 못하게 된다.⁴¹⁾ 그러므로 사정은 소유권을 창설하거나 부여하는 형성적인 행위라고는 할 수 없다. 위 조선고등법원 1918. 7. 9. 판결(주 28)은 확정의 성질을 이처럼 확인행위로 파악한 것으로 이해된다.

위 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 결정(주 4) 가운데 이동흡, 목영준 재판관의 반대의견은 토지소유자와 임야소유자는 사정이 확정되면 해당 토지 내지 임야를 원시취득한 것이라고 하면서도, 사정은 1912년 및 1918년 이후의 사정 당시 누가 토지 또는 임야를 소유하였는지를 판단하는 기준이 될 뿐이지, 그가 실제로 언제 토지 또는 임야를 취득하였는지에 관한 정확한 기준이 될 수 없는 것이라고 보고 있는 것도 이와 유사한 취지라고 보인다.

사정의 효력을 소유권의 원시취득이라고 보고 있는 종래의 대법원 판례도 이러한 관점에서 모두 설명할 수 있다. 즉 판례의 기본 취지는 사정 또는 재결이 있으면 그러한 사정 또는 재결을 받은 사람이 소유자로 확정되므로 그 당시를 기준으로 하여 다른 사람을 소유자로 인정하여서는 안 된다는 것인데, 이는 사정 또는 재결에 의한 확인의 불가변력 때문이고, 사정 또는 재결에 의하여 비로소 소유권을 취득하는 것은 아니라고 하여도 충분히 설명할 수 있는 것이다. 따라서 사정에 의한 소유권의 확정은 원시취득이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 자신의 권리를 승계취득하는 것이라고도 할 수 없으므로 취득 자체가 아니라고 하여야 할 것이다.

다만 이처럼 사정 명의인 아닌 사람을 소유자로 인정할 수 없게 된다면 결과적으로 사정 이전에 소유권을 취득하였던 사정명의인이 아닌 사람이 소유권을 상실하게 되므로, 사정에 소유권 부여라는 형성적, 창설적인 효력을 인정하지 않으면 안 된다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 이는 사정이 가지는 확인적 효력의 반사적 효과일 뿐이라고 설명하여야 할 것이다. 이와 유사한 예로서 소유권확인의 확정 판결이 있는 경우를 들 수 있다. 예컨대 甲과 乙 사이에 누가 어떤 물건의 소유자인지에 관하여 다툼이 있어서 갑이 을을 상대로 하여 자신이 그 물건의 소유자임을 구하는 소송을 제기하여 승소 확정판결을 받았다면, 위 판결의 기

41) 朝鮮總督府臨時土地調查局 編(주 7), 412면은 토지조사 이전에 있어서의 모든 사유는 사정에 의하여 일체 단절되는 것으로 한다고 설명하고 있다. 그런데 李喆雨, “土地調查事業과 土地所有法制的 變遷”, 韓國法史學論叢(博英社, 1991), 365면은 위의 설명이 소유권을 창설한 것으로 본다고 받아들이고 있으나, 본문과 같이 이해하는 것이 정확할 것이다.

판력에 의하여 을은 설령 자신이 진정한 소유자였다고 하여도 더 이상 갑에 대하여 소유권을 주장할 수 없게 된다. 거꾸로 이 경우 갑이 패소한 경우에는 그 판결의 기판력에 의하여 갑은 더 이상 을에 대하여 자신의 소유권을 주장할 수 없게 된다.⁴²⁾ 이 경우에는 마치 소유권 확인에 관한 판결에 의하여 진정한 소유자라도 소유권을 상실한 것 같은 외관을 보이게 되지만, 확인판결은 소송법상 기판력만을 가질 뿐 법률관계를 변동시키는 형성력을 가지지는 않는다. 이전에는 기판력의 본질에 관하여 실제법설도 주장되고 있었다. 즉 종래 존재하고 있던 권리라도 재판에 의하여 인정되지 않으면 그 권리는 재판의 확정과 동시에 소멸하고, 존재하지 않던 권리라 하여도 재판에 의하여 인정되면 그 권리관계가 발생한다는 것이다. 그러나 지금은 이러한 주장은 더 이상 받아들여지지 않고 있고, 기판력은 실제법상의 권리관계와는 무관하며, 오로지 소송법상의 효과로서 법원을 구속하는 효력이 있을 뿐이라고 하는 소송법설 내지 신소송법설이 일반적인 견해이다.⁴³⁾ 이러한 설명은 준사법적 행위로서 불가변력이 인정되는 사정이나 재결의 경우에도 적용될 수 있을 것이다.

다만 문제는 이러한 사정이나 재결에 대하여 법원에 이의를 제기할 수 있는 길이 처음부터 봉쇄되어 있었다는 점이다. 토지조사령 제16조, 조선임야조사령 제16조는 각각 법원에 대한 제소는 허용하지 않고, 가별성 있는 행위에 근거하여 사정 또는 재결이 있는 때나 근거가 되는 문서가 위조 또는 변조가 된 때에 한하여 고등토지조사위원회 또는 임야조사위원회에 재심을 제기할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이다. 오늘날의 관점에서는 이러한 법령은 국민의 재판청구권을 침해하는 것으로서 명백히 위헌이라고 하겠지만,⁴⁴⁾ 현재의 헌법을 기준으로 하여 당시 행정처분의 효력을 위법하다고 판단하는 것은 무리이다. 더구나 사정 후 장구한 시간이 지났고, 사정 결과를 토대로 하여 그 후의 법률관계가 형성되었으므로 이제 와서 그 효력을 문제삼는 것은 현실적이지도 못하다.

42) 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다4684 판결(공 1995상, 657).

43) 金祥源 외 4인(編輯代表), 註釋 新民事訴訟法 III(사법행정학회, 2004), 308-310면(閔日榮) 등.

44) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌가7, 2005헌마1163 결정(헌법재판소 판례집 18권 1집 상 58).

2. 사정 전의 토지 및 임야 소유권 존재 여부

가. 문제의 소재

그런데 이처럼 사정을 종전 소유권의 확인이라고 보기 위하여는 사정 전에도 소유권이 존재하였다는 것이 전제로 되어야 한다. 사정을 원시취득이라고 보아 특별법의 적용을 긍정하고 있는 하급심 판결들(주 18)은 그 이유의 하나로서, 사정은 원칙적으로 당해 부동산의 소유자로 신고하는 자에 대하여 이루어진다는 측면에서는 기존 권리의 확인이라는 의미도 있지만, 당시의 토지·임야에 대한 권리는 용익권과 유사한 지배권으로서 근대적 의미의 소유권과는 그 의미가 다르다는 측면에서는 (근대적) 소유권의 창설이라는 의미도 겸유하고 있다는 점을 들고 있다. 만일 사정 전에는 토지나 임야의 소유권이 존재하지 않았다면 사정을 원시취득의 사유로 볼 여지도 있을 것이다.⁴⁵⁾ 따라서 이 문제를 따져보지 않을 수 없다. 이 또한 결론을 미리 말한다면 토지의 경우에는 사정 이전에도 이미 근대적 소유권이 인정되고 있었고, 반면 임야의 경우에는 사정에 의하여 비로소 근대적 소유권이 확립되었다고 볼 여지가 있으나, 그렇다고 하여 사정 전에는 소유권이 존재하지 않았다고 할 수는 없으며, 사정에 의하여 임야의 소유권을 원시취득한 것이라고 말할 수는 없을 것이다.

그런데 우선 근대적 소유권의 개념을 확인할 필요가 있다. 일반적으로 근대적 소유권의 개념은 자유로운 사적 토지소유권의 성립을 전제로 하여, 一物一權主義의 원칙 아래서 소유자의 전면·독점적인 지배를 표현하고 정치적·공동체적 제부담에서 해방됨으로써 토지에 대한 순수한 물적 가치의 지배권이라고 한다. 다시 말하여 사적·개인적 재산권이라는 점과 추상성·절대성·무제한성·포괄성·탄력성·항구성을 가지고 있다는 것이다.⁴⁶⁾ 이러한 근대적 소유권의 개념은 중층적, 분할적 소유권 및 종신 용익권과 비교하면 더욱 명확하다. 가령 유럽의 봉건시대에는 토지의 소유권이 영주의 상급소유권과 경작자의 하급소유권이라는 중층적 구조를 가지고 있었다.⁴⁷⁾ 그리고 영미법상의 종신 용익권(life estate)은 그 내용에 있어서는 완전한 소유권(fee simple absolute)과 차이가 없지만, 존속 기간이 용익권자의 생존기간으로 한

45) 김성욱(주 19), 315면 이하는 임야의 소유권은 사정에 의하여 비로소 인정되었기 때문에, 조선시대부터 선묘가 존재하였다는 점만으로 친일재산이 아니라고 할 수는 없다고 주장한다.

46) 民法注解 V(주 19), 17면(金相容) 참조.

47) 民法注解 V(주 19), 14-15면(金相容) 참조.

정되어 있어서, 용익권자가 사망하면 권리는 설정자나 다른 제3자에게 귀속되고, 상속은 인정되지 않는다.⁴⁸⁾ 이에 비하여 근대적 소유권은 이러한 소유권의 분할은 인정되지 않고, 존속기간의 제한도 없는 것이다.

나. 토지 조사 전의 토지소유권

한일병합 시기의 일본 학자 가운데에는 조선의 토지는 모두 국유였으므로 사정 전에는 개인의 소유권이 인정되지 않았고, 다만 국유지 가운데 개인이 收租權을 가지는 것이 있다는 주장이 있었으나,⁴⁹⁾ 오늘날 이러한 주장은 우리나라는 물론이고, 일본에서도 더 이상 받아들여지지 않고 있다.⁵⁰⁾

현재의 정설은 조선시대에도 토지에 대하여는 자유롭게 처분할 수 있고 상속할 수 있었으므로 사적 소유권이 보편적으로 존재하였다고 보고 있다.⁵¹⁾ 즉 토지는 자유로이 양도할 수 있었고, 양수인은 양수 사실에 대하여 관청으로부터 일종의 소유권증명서인 입지(立旨)를 받을 수 있었다. 그리고 국가가 토지를 수용할 때에도 그에 대한 보상이 주어지기도 하였다. 심희기 교수는 막스 베버를 인용하고 있는데, 그에 의하면 독점적 상스(chance)의 향유가 사회적으로 보장될 때 이를 ‘소유(Eigentum)’로, 그것이 상속을 포함하여 양도가 가능할 때 이를 ‘자유소유’라고 보고, 독점적 상스의 향유를 ‘專有(Appropriation)’로 불렀다고 한다. 그런데 전유는 조선시대의 ‘執持’나 ‘次知’와 유사한 개념이고,⁵²⁾ ‘執持’나 ‘次知’의 대상물이 상속까지 가능할 때에는 이를 ‘己物, 己有’ 그리고 己物의 지배자를 ‘主’로 불렀으며, 독점적으로 전유하는 점에서 배타성을 지니고 있으므로 조선시대에 이미 ‘一物一權主義’가 확립되어 있었다고 한다.⁵³⁾ 그리하여 조선시대 民田主의 소유권은 비교사적으로 보더라도 “전근대적 소유치고는 세계사에서 유래를 찾아보기 어려울 정

48) Joseph William Singer, *Introduction to Property* (Aspen Publishers, 2001), p. 298.

49) 학설의 소개는 심희기, *한국법사연구*(영남대학교 출판부, 1992), 50면 이하 참조.

50) 일본에 대하여는 和田一郎, *朝鮮土地地稅制度調査報告書*(宗高書房, 1920; 再版, 1967)에 대한 旗田巍 교수의 해설. 위 책 895면 참조.

51) 朴秉濠, *韓國法制史攷*(法文社, 1974), 107-236면; 同, *近世의 法과 法思想*(진원, 1993), 191-203면; 배영순(주 26), 178-195면; 심희기(주 49), 특히 126면 이하; 李喆雨(주 401, 349면 이하 등.

52) 執持란 소유자로서의 배타적 지배가능성을 뜻하는 법적 점유이며 사실적이고 구체적 인 요소가 강했는데, 17세기경부터는 次知라는 용어가 많이 사용되었다고 한다. 次知는 執持에 비하여 보다 추상적인 표현이라고 한다. 朴秉濠(주 51), 199-200면 참조.

53) 심희기(주 48), 114면 이하, 126면 등.

도로 절대성과 관념성을 구비한 자유소유권”이었다는 것이다.⁵⁴⁾ 이러한 관점에서 토지조사가 소유권을 창설한 것은 아니었고, 과거의 소유를 재확인하는 것에 불과하다고 보고 있다.⁵⁵⁾

다만 오늘날에도 일부 학자는 국가를 토지의 궁극적인 本主로 간주하는 國制의 전통적 원리는 광무시기까지 폐기되지 못했고, 사실상 근대적 토지소유에 부합할 정도의 높은 수준으로 사적 토지소유가 발전하였음에도 불구하고, 그에 상응하는 국가적 法認 토지가 끝내 결여되었다고 주장하기도 한다.⁵⁶⁾ 이 견해는 토지조사에 의하여 비로소 근대적 소유권이 인정되었다고 본다.⁵⁷⁾ 그러나 이러한 주장도 사적 토지소유권이 인정되었다는 점을 전적으로 부인하는 것은 아니고, 다만 동일한 현상에 대하여 이른바 王土思想이라는 이념이 얼마나 현실적으로 중요하였는지 하는 점에 관하여 시각의 차이가 있는 것 뿐이므로 앞의 견해와 그다지 큰 차이가 있는 것은 아니다.⁵⁸⁾

다른 한편 토지조사사업 이전의 토지 소유권 공시 내지 증명에 관한 입법도 살펴볼 필요가 있다. 이에 관한 최초의 것은 1893년(開國 502년, 高宗 30년)에 가옥의 소유에 관한 증명으로서 실시된 家契制度가 있었다. 이어서 1901년(光武 5년)에는 전답에 관하여 地契制度를 실시하였다. 그에 따르면 전답을 소유하는 자는 반드시 관청에서 발부하는 官契를 소지하여야 하는데, 전답관계는 3통 작성하여 1통은 地契衙門에 보존하고, 1통은 토지소유자에게 교부하며, 나머지 1통은 당해

54) 심희기(주 49), 114면 이하, 126면.

55) 배영순(주 26), 179면, 191면 등은 토지조사사업은 지주적 토지소유를 근대법적으로 확인해 가면 되는 그 이상의 수준을 요하는 다른 작업이 요구되는 것은 아니었으며, 현실의 지주를 지주로, 현실의 소유를 소유로 파악하고 확인해 가면 되는 작업만이 요구되는 것이었다고 설명한다.

56) 예컨대 李榮勳, “量案 上의 主 規定과 主命 記載方式의 推移”, 金鴻植 외(주 7), 53면, 190-198면; 조석곤(주 26), 355면 이하 등. 이를 일반적으로 국가의 상급소유와 개인의 하급소유를 아울러 인정하는 중층구조론으로 부르고 있다. 李喆雨(주 41), 354면 등. 중층구조론에 대한 비판으로는 배영순(주 26), 181-191면 참조.

57) 조석곤(주 26), 9면 이하 참조. 법학 분야에서 이와 같이 주장하고 있는 문헌으로는 鄭震明, “韓國法의 近代化와 土地所有權의 變遷”, 法學論叢 제34권 제1호(2010), 37면 이하가 있다.

58) 李喆雨(주 41), 354면 참조. 토지사정에 의하여 근대적 토지소유권이 인정되었다고 보고 있는 조석곤(주 26), 99면, 101-102면은 토지조사사업에 의하여 조선 후기 이래 발전하여 오던 사실상의 사적 소유는 근대적인 토지소유권제도에 의해 보호를 받을 수 있게 되었고, 신고주의에 의해 토지소유권을 사정할 수 있었다는 사실은 사정 직전의 토지소유제도가 근대적 토지소유에 매우 근접한 것을 보여주는 것이라고 한다.

지방관청이 보존하였다. 소유자가 전답을 매매 등으로 양도할 때에는 관계를 관청에 제출하여 새 관계로 바꾸어야 하였다. 그러나 이러한 가계와 지계는 일부 지역에서만 실시되다가 얼마 되지 않아서 시행이 중지되었다.⁵⁹⁾ 그 후 1905년의 을사보호조약 체결 후인 1906년(光武 10년)에 토지 가옥의 소유권 증명을 위하여 土地家屋證明規則이 만들어졌다가, 1908년(隆熙 2년)에는 土地家屋所有權證明規則이 새로 만들어졌다. 후자의 규칙은 소유권을 취득한 자가 그 부동산을 관할하는 군수나 부윤에게 소유권의 증명을 신청하여 증명을 받을 수 있도록 한 것이다.⁶⁰⁾ 그리고 일제 강점기 이후인 1912년에는 朝鮮不動産登記令이 공포되어,⁶¹⁾ 일본의 부동산등기법을 한국에 의용하였으나, 실시 지역은 일부에 그쳤고, 전면적으로 부동산등기제도가 실시되게 된 것은 토지 및 임야조사사업이 시행된 후였다. 논자에 따라서는 이러한 대한제국 시기의 입법에 의하여 근대적 소유권제도가 성립하였다고 주장하기도 한다.⁶²⁾ 이 주장의 당부는 별론으로 하더라도, 이러한 입법들은 토지조사사업 이전에도 토지의 소유권이 공식적으로 인정되고 있었음을 보여 준다.

그런데 이와 같이 토지조사사업 이전에도 근대적인 소유권이 인정되고 있었다는 주장에 대하여 근래 반론이 제기되었다. 즉 조선시대의 군주에게는 형사상의 범죄행위와 결부시켜서 민사상의 재산권을 제한 없이 박탈시킬 수 있는 본원적인 권리가 존재하였으므로, 조선시대의 재산권에 대한 사유의식이나 국가의 재산권 존중사상은 근대국가에 비하여 상대적으로 미약하고 그 성질도 차이가 있었으며, 전근대사회는 개인의 권리보호보다는 군주의 주권강화 및 절대권력의 세습에 보다 중점을 두는 사회였으므로 전근대사회에서의 토지사유제는 그러한 범위 내에서 인정되는 제도라고 한다.⁶³⁾ 그리고 대한제국의 토지소유권제도에 대하여는, 대한제국은 절대군주권을 기반으로 하여 소유권을 통제할 수 있는 최소한의 권력보장장치도 없었고, 헌법에 의하여 보호되는 국민의 재산권 보호규정도 전혀 없었으며, 토지소유권의 내용과 효력이 무엇인지를 구체화할 수 있는 실체적 법규범이

59) 朴秉濠(주 51), 70-74면; 郭潤直(주 6), 46-49면. 좀더 상세한 것은 최원규, “19세기 후반 地契制度와 家契制度”, 한국역사연구회 토지대장연구반 편, **대한제국의 토지제도 와 근대**(혜안, 2010), 339면 이하 참조.

60) 朴秉濠(주 51), 74-78면; 郭潤直(주 6), 49-52면. 상세한 것은 최원규, “대한제국과 일제의 土地權法 제정과정과 그 지향”, 한국역사연구회 토지대장연구반 편(주 59), 454면 이하 참조.

61) 制令 제9호(1912. 3. 18).

62) 정우형(주 20), 47면 이하.

63) 김성욱, **한국의 토지소유제도의 변천과정과 통일문제**(한국학술정보, 2010), 39-40면.

존재할 여지가 없었다는 점에서 대한제국의 토지소유는 근대성을 인정할 여지가 없다고 한다.⁶⁴⁾ 그리하여 형식적으로는 한국의 근대적 토지소유권제도는 일제강점기의 토지조사사업을 통하여 확립되었다고 볼 여지가 있다고 한다.⁶⁵⁾

그러나 이러한 주장은 매우 문제가 많다. 토지의 몰수가 인정되므로 근대적 소유권이라고 볼 수 없다는 주장은 일반적으로 받아들여지고 있는 근대적 소유권의 개념과는 전혀 다르고, 이제까지 이러한 주장을 한 사람은 찾아보기 어렵다. 이러한 주장은 조선시대의 토지는 모두 왕의 소유였다고 하는 왕토사상을 강조하는 토지국유론자의 주장⁶⁶⁾이 다소 형태만을 바꾼 것이라고밖에 볼 수 없다.

다. 임야 조사 전의 임야 소유권

그런데 임야의 경우에는 토지와는 다소 상황이 달랐다. 조선시대에는 산림(임야)의 사유가 법으로 금지되었고, 이 점에서 임야 아닌 토지의 경우에는 차이가 있었다. 經國大典 刑典 禁制條에는 私占柴草場者竝杖八十이라는 규정이 있어서,⁶⁷⁾ 산림(柴草場)을 개인이 점유하면 杖刑 80대에 처한다고 하였다. 이는 山林川澤與民共之⁶⁸⁾라고 하여, 산림과 천택의 이익은 백성과 함께 나눈다고 하는 사상의 발로였다.⁶⁹⁾ 이러한 규정은 형식적으로는 조선의 마지막 법전인 고종 2년(1865년)의 大典會通에 이르기까지 유지되었다.

그러나 실제로는 개인이 산림을 점유하는 私占이 널리 행해졌는데, 이는 주로 분묘의 설치 방법으로 이루어졌다. 고려시대 이래 분묘에 딸린 일정 규모의 토지에 대하여는 다른 사람들이 경작하거나 소나무의 벌채 등을 금지할 수 있는 권리를 인정하였는데(禁養), 이는 관리하에 있는 나무를 처분할 수 있는 권리를 포함하였고, 국가도 이를 인정하였으며, 이러한 토지에 대하여는 매매, 상속 등도 이루어졌다. 그리하여 이러한 임야에 관하여 분쟁이 많아서 그 권리관계를 다투는 소송(山訟)이 빈발하였다.⁷⁰⁾ 그러므로 당시의 임야는 사실상 소유의 대상이 되었지만, 이를 인정하는 명문 규정은 없었다고 할 수 있다.⁷¹⁾

64) 김성욱(주 63), 57-58면.

65) 김성욱(주 63), 78-79면.

66) 그 소개 및 이에 대한 비판으로는 심희기(주 49), 50면 이하 참조.

67) 서울大學校 奎章閣, 經國大典, 奎章閣資料叢書 法典編(서울大學校 奎章閣, 1997), 497면.

68) 이는 孟子에 대한 朱熹의 註에서 유래한 용어이다. 金東求 改正 校閱 孟子集註(明文堂, 2010), 28면. 또한 이우연(주 7), 54면 참조.

69) 이우연(주 7), 47면 이하; 최병택(주 7), 27면 이하;

70) 심희기(註 7), 199-207면; 이우연(주 7), 47면 이하; 최병택(주 7), 27-40면 등.

그 후 1908년에는 森林法이 제정되었다. 이 법은 삼림을 그 소유자에 따라 帝室林, 國有林, 公有林, 私有林으로 구분하고(제1조), 삼림산야의 소유자는 3년 내에 농상공부대신에게 신고하며, 기간 내에 신고하지 않은 것은 모두 국유로 간주하도록 하였다(제19조).⁷²⁾ 그러나 실제로 신고된 것은 많지 않아서 약 52만건, 220만 정보로서, 후의 임야조사사업에서 民有로 사정된 면적의 1/3에 불과하였다. 이와 같이 신고가 제대로 이루어지지 않은 것은 신고가 종래 과세하지 않던 임야에 대해 지세를 부과하기 위한 조치로 생각하거나, 약도의 침부를 요구함으로써 측량 비용의 부담이 컸기 때문이라고 한다.⁷³⁾

이렇게 본다면 조선시대에는 사실상의 소유권은 인정되었지만, 엄격한 법적인 의미에서 소유권이 인정되었다고 하기는 어려웠고, 법적으로 사적 소유권이 인정 되게 된 것은 1908년의 삼림법에 이르러서였다고 할 수 있다. 그런데 당시에 많은 소유자가 신고를 하지 않아서 국유로 간주되었다가, 임야조사사업 당시에 신고한 소유자는 소유자로 인정받게 된 것이다.

이러한 점에서는 삼림법에 의하여 비로소 근대적인 소유권이 인정되었고, 임야 조사사업은 이를 재확인한 것이라고 할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 임야의 사정에 의하여 비로소 소유권이 창설된 것은 아니다. 즉 삼림법이나 조선임야조사령의 규정이 소유자가 소유 사실을 신고하도록 한 것은 종전에도 임야의 소유권이 인정되었음을 전제로 하여 신고와 사정이라는 절차를 통하여 이를 법적으로 승인 내지 확인한 것이라고 보아야 하는 것이다.

그런데 여기서 한 가지 따져 볼 것은 삼림법상 신고하지 않았던 임야에 관한 것이다. 삼림법에 따르면 이러한 임야는 국유로 간주되게 되었다. 그러나 조선임야조사령 제10조는 삼림법 제19조의 규정에 의한 지적 신고를 하지 아니하여 국

71) 김선경, “조선후기 山訟과 山林 所有權의 실태”, **동방학지** Vol. 77, 78, 79(1993), 534면은 조선 후기의 山林, 山地에 대한 사적인 권리는 소유를 실현할 만한 강제력을 지닌 계층에게는 매매, 상속이 가능했던, 충분히 所有權이라고 불릴 만한 내용이었다고 보고 있다. 그리고 이우연(주 7), 97-98면은 법률로는 사적 소유를 금지하였지만, 사실상의 소유로서 사적 소유권이 발전하였고, 이는 전근대사회에서 흔히 볼 수 있는 성문법과 관습법의 충돌이라고 보고 있다.

72) 森林法(法律 제1호) 제19조: 森林山野의所有者는本法施行日로부터三箇年以内의森林山野의地積及面積의略圖를添付하여農商工部大臣에게申告하되期間內에申告치안인호者는總히國有로見做함. 삼림법의 본문 자체는 18개 조문으로 되어 있고, 제19조는 부칙에 속한다.

73) 이우연(주 7), 200-204면.

유로 귀속된 임야는 구 소유자 또는 그 상속인의 소유로 하여 사정하여야 한다고 규정하고 있다. 그러므로 형식적으로 본다면 삼림법 시행 전의 소유자라도 삼림법 당시에 신고를 하지 않았으면 일단 소유권을 상실하였다가 사정에 의하여 소유권을 새로 취득한 것이라고 볼 여지도 있다. 그러나 이렇게 보는 것은 타당하지 않다. 기본적으로 소유자라도 지적 신고를 하지 않으면 국유로 간주한다는 삼림법 제19조의 규정에 문제가 있다. 오늘날의 관점에서는 이는 위헌이라고 판단될 것이다. 조선임야조사령 제10조도 삼림법 제19조의 규정에 문제가 있다고 보아 만들어진 규정으로 이해된다.⁷⁴⁾

그런데 이에 대하여는, 조선의 林野私占의 관습화는 결국 불법한 임야사점이 만연되었다는 것을 의미하는 것이고, 이를 사후에 추인한 일이 없었으므로 종래의 불법성은 여전히 해소되지 못하고 지속되고 있었고, 조선총독부가 民有를 인정한 일정한 사실현상은 법 논리적 측면에서 살펴본다면 잘못된 것이라고 하는 주장이 있다.⁷⁵⁾ 그러나 이러한 주장은 이전의 한국의 토지의 사유를 부정하였던 종전의 국유론자들의 주장과 다를 것이 없을 뿐만 아니라, 사실상 소유권이 인정되고 있었던 당시의 현실을 무시한 지극히 관념론적인 주장이다.⁷⁶⁾ 이와 같은 주장의 배경은 사정에 의하여 취득한 임야도 특별법에 의하여 친일행위의 대가로 취득한 재산으로 추정된다는 결론을 이끌어내기 위한 것으로 보인다.⁷⁷⁾ 그러나 이러한 주장도 토지의 경우와 마찬가지로 일제 식민사관의 연장이라고 하지 않을 수 없다. 일제의 잔재를 청산하기 위하여 제정된 특별법의 적용을 정당화하기 위하여 이처럼 식민사관의 이론을 원용하는 것은 아이러니라고 하지 않을 수 없다.

3. 토지 및 임야 사정의 공정성

가. 토지 및 임야 조사 사업의 수탈성 여부

위 서울행정법원 2008. 10. 2. 선고 2007구합43617 판결(주 18)은 사정을 원시취득의 사유로 보는 이유의 하나로써, 사정이 이루어진 시기는 일제강점기로서 부동산에 관하여 권리를 가지고 있으면서도 반일감정이나 조세부담 등을 이유로 소유

74) 이우연(주 7), 212-213면 참조.

75) 김성욱, “현행 임야소유제도의 형성과정에 관한 연구”, **안암법학** Vol. 26(2008), 204면.

76) 일본도 삼림법과 조선임야조사령 등을 시행하기 전에 임야의 권리관계 및 상태를 상세하게 조사하였다. 이우연(주 7), 197면 이하; 최병택(주 7), 48면 이하 참조.

77) 김성욱(주 19) 참조.

권 신고를 하지 않은 경우도 있는 반면, 일제 식민통치기구에 참여한 관리나 유력자의 이해관계가 우선적으로 고려되어 무주부동산, 귀속불명토지에 대한 사정이 이루어지기도 하여 사정을 받은 사람이 반드시 기존의 권리자이었을 것이라고 보기 어렵다는 점을 들고 있다.

가령 이러한 사실이 있었다고 하여 사정의 법적 성격을 원시취득으로 볼 것인가 하는 점에 관하여 직접적으로 영향이 있다고는 볼 수 없지만, 사정에 관하여도 특별법의 적용을 인정하려는 입장에서는 이러한 주장이 심정적으로 호소력이 있을 수 있다. 또한 위 판결은 다음과 같이도 이해할 수 있다. 즉 일반적으로는 사정에 의한 소유권의 확정을 원시취득으로 볼 수는 없지만, 특별법의 적용에 관하여는 위와 같은 사정이 있으므로 원시취득으로 보아야 한다는 것이다.

우선 사정이 얼마나 객관적이고 공정하게 이루어졌는가? 종래에는 토지조사사업이 일제가 한국인의 재산을 수탈하기 위한 것이었다는 주장이 유력하였고, 이러한 주장은 교과서에도 실려 있었다.⁷⁸⁾ 즉 토지조사사업 당시에 당시 한국 사람들이 신고를 제대로 하지 못하여 토지를 빼앗겼거나, 방대한 면적의 민유지를 빼앗아 국유지에 편입시켰다는 것이다.⁷⁹⁾ 그러나 그 후 실증적인 연구 결과, 이러한 주장은 근거가 없다는 점이 밝혀졌다. 우선 자료가 잘 보존되어 있는 김해군의 사례를 조사한 연구에 의하면, 분명히 자신의 소유이면서도 신고하지 못한 경우는 극히 예외적이라고 보아야 하고, 분쟁의 빈도도 많지 않으며, 국유지 분쟁의 경우에도 개인 지주가 총독부를 상대로 불복을 제기한 결과 1,986필이 승소하고 127필은 패소하여 승소율이 94%에 가깝다고 서술하고 있다.⁸⁰⁾ 이러한 주장은 그 후의 다른 연구에서도 뒷받침되고 있다. 가령 토지 사정에 관한 분쟁이 있을 때에는 紛爭地審査委員會가 결정하였고, 임시토지조사국의 사정에 불만이 있으면 고등토지조사위원회에 이의를 제기하였는데, 심사위원회나 조사위원회의 결정 내용을 분석한 결과, 심사위원회나 조사위원회에서 국가나 어느 일방에게 일방적으로 유리하게 결정되지는 않았다는 것이다.⁸¹⁾ 그리하여 토지조사사업의 수탈성 주장은 오늘날 더 이상 받아들여지지 않고 있다.⁸²⁾⁸³⁾

78) 李榮勳, “土地調査事業의 收奪性 再檢討”, 金鴻植 외(주 7), 506면 참조.

79) 대표적으로 愼鏞廈(주 7), 104-107면 등.

80) 배영순(주 26), 196면 이하 참조.

81) 조석곤(주 26), 105면 이하 참조.

82) 토지조사사업의 연구사에 관하여는 조석곤(주 26), 9면 이하 참조.

83) 이외에 소작인의 권리였던 賭地權을 물권으로 인정하지 않았던 것이 조사사업의 수

임야조사의 경우에도 사정은 크게 다르지 않다. 이전에는 임야조사사업이 민유 임야를 수탈하여 국유림을 창출하였다는 주장이 많았다.⁸⁴⁾ 그러나 근래에는 이에 대한 반론이 우세하다.⁸⁵⁾ 수탈론이 강조하는 것은 당시 소유자가 사업의 취지를 이해하지 못하였거나 권리의식이 박약하여 신고하지 않아서 소유권을 상실하였고, 임야의 소유자나 연고자가 제출하는 신고서가 친일적인 산림지주인 지주총대의 임의에 맡겨짐으로써 수탈이 발생하였다는 것인가 하는 점이다. 그런데 실제로는 그와 같은 사정이 있었다고 볼만한 자료가 별로 없다. 오히려 당시에는 신고를 독려하였고, 또 삼림법 시행 당시에 신고를 하지 않았던 사람도 그 명의로 사정받을 수 있었다.⁸⁶⁾ 그리하여 사정이 대체로 완료된 1924년말 현재 전국적으로 민유림 40.9%, 연고자 있는 국유림 20.9%, 연고자가 없는 국유림 38.2%에 이르렀다.⁸⁷⁾ 그리고 법적인 소유자는 아니라도 사실상 임야를 점유하면서 소유권과 같은 권리를 행사하는 자를 연고자로 신고하도록 하였고, 이처럼 연고자가 있는 임야는 제2종 불요존림으로 하여 조림대부⁸⁸⁾라는 제도를 통하여 연고자가 무상으로 소유권을 취득할 수 있게 하였다. 다시 말하여 임야조사사업에 의하여 삼림법 시행 결과 국유림으로 편입된 지역의 상당 부분이 민유림으로 바뀌거나 조림대부를 통하여 장래 민유림으로 바뀔 가능성이 있는 임야가 되었던 것이다.⁸⁹⁾ 나아가 1926년에는 朝鮮特別緣故森林讓與令⁹⁰⁾을 제정하여, 이러한 연고자가 특별히 양여를 받을 수 있도록 하였다.⁹¹⁾

기본적으로 일제는 이른바 공유지의 비극(tragedy of commons)으로 인한 삼림의 황폐를 방지하기 위하여는 개인의 소유권을 인정하는 것이 효율적이라고 보았기

탈성 여부와 관련하여 논쟁의 대상이 되고 있으나, 이 글의 주제와 직접 관련은 없으므로 이 글에서는 다루지 않는다. 이 논쟁은 기본적으로 賭地權을 어느 정도로 강력한 권리로 인정하였어야 하는가에 관한 관점의 차이에 그 원인이 있다. 慎鏞廈(주 7), 81면 이하; 강태현(주 10), 48면; 배영순(주 26), 250면 이하 등 참조.

84) 강영심, “日帝下の「朝鮮林野調査事業」에 관한 研究 (上)”, 韓國學報 33(1983), 129면 이하; 신용하, “‘식민지근대화론’ 재정립 시도에 대한 비판”, 창작과 비평 1997년 겨울호(통권 98호), 28면 이하 등.

85) 이우연(주 7), 288면 이하; 최병택(주 7), 55면 이하 등.

86) 위 주 74)의 본문 참조.

87) 이우연(주 7), 270-271면.

88) 조림대부란 조림계획을 가진 민간인에게 대부하고 그 계획이 성공하면 조림한 자에게 무상으로 소유권을 부여하는 제도였다고 한다.

89) 최병택(주 7), 64면.

90) 1926. 4. 5. 制令 제7호.

91) 이우연(주 7), 279면 이하 참조.

때문에 되도록이면 임야의 사적 소유를 넓게 인정하는 방향을 택하였다고 볼 수 있고, 따라서 굳이 사유 임야를 부정할 이유가 없었던 것이다.⁹²⁾

나. 기존의 권리자 아닌 친일행위자가 사정을 받았을 수 있는지 여부

위 서울행정법원 2008. 10. 2. 선고 2007구합43617 판결(주 18)은, 일제 식민통치기구에 참여한 관리나 유력자의 이해관계가 우선적으로 고려되어 무주부동산, 귀속불명토지에 대한 사정이 이루어지기도 하였다고 보았다. 이는 사정을 받은 사람이 원래는 사정을 받을 수 없었는데도 친일행위를 하였기 때문에 특별히 사정을 받았을 수도 있다는 의미로 이해된다.

그런데 이제까지 친일반민족행위자가 친일행위를 하였기 때문에 특별히 사정을 받았다고 볼 만한 자료가 나타나지 않았고, 학자나 다른 사람들로부터 이와 같은 주장이 제기되거나 그에 대한 근거가 제시된 일도 없었다.

다만 근래 사정 당시의 권력자였던 친일파들이 국유지나 무주부동산을 자기 소유로 신고하고 조선총독부로부터 사정받은 토지가 상당할 것으로 추정된다고 한 글이 있다.⁹³⁾ 그러나 여기서는 그러한 추정의 직접적인 근거를 제시하고 있지는 않고 있고, 다만 토지조사부에 이완용의 소유로 되어 있는 땅이 분쟁지였다가 이후 분쟁 해결을 통해 이완용의 소유로 결정되었다는 예를 들고 있을 뿐이다.

결국 토지 및 임야조사사업이 수탈적인 성격을 가졌다거나, 친일파에게 특혜를 부여하였기 때문에 원시취득으로 보아야 한다는 주장은 별로 실증적인 근거가 없다고 하여야 할 것이다.

4. 입법자의 의사 및 입법취지

가. 입법자의 의사에 관하여

위 서울행정법원 2008. 10. 2. 선고 2007구합43617 판결(주 18)은, 취득에 사정행위가 포함되어야 한다는 근거로서, 특별법 제정 당시 법제사법위원회 위원들 사이에 친일반민족행위자가 사정을 통하여 재산을 취득한 경우에도 무효로 하여야 한다는 점에 관하여 공감대가 형성되었고, 구체적으로 초안 제2조에서 규정하고 있는 ‘취득행위’에 사법상의 법률행위 외에 공법상의 행위인 사정행위를 어떻게 포섭시킬 것인가에 관하여 논의가 이루어진 바 있다는 점을 들고 있어, 입법자의

⁹²⁾ 이우연(주 7), 388면 이하;

⁹³⁾ 홍경선, **친일파와 일제시대 토지**(한울아카데미, 2006), 96-97면.

의사가 사정행위를 취득에 포함시키는 것이라고 보고 있다.

그러나 그와 같은 입법자의 의사가 존재하였다고 볼 만한 직접적인 자료나 근거는 없다. 입법 과정에서 나온 특별법에 관한 법제사법위원회의 검토보고서나 심사보고서를 살펴 보아도, 토지나 임야 사정을 언급하거나 다른 흔적을 찾아볼 수 없다.⁹⁴⁾

다만 입법과정에서 유일하게 사정에 관하여 언급한 것으로는 2005. 6. 17. 법제사법위원회의 특별법 제정에 관하여 개최한 공청회에서 진술인으로 나온 김천수 교수가, 위 법안상의 재산취득행위에 사법상의 법률행위뿐만 아니라 행정 내지 공법행위인 사정도 포함시킬 필요가 있을 것이라는 취지로 이야기한 것이 있을 뿐이다.⁹⁵⁾ 우선 위와 같은 김천수 교수의 발언을 입법자의 의사와 동일시할 수는 없다. 뿐만 아니라 위의 발언도 사정에 의하여 사정 명의자가 새로이 소유권을 취득한다는 종래의 판례를 전제로 한 것으로서, 그러한 발언에 특별한 의미를 부여하기는 어렵다. 그러므로 이러한 점만을 이유로 하여 입법자의 의사가 취득에 사정행위를 포함시키는 것이었다고 하기는 어렵다.

나. 입법 취지에 관하여

위 서울행정법원 판결(주 18)은 사정을 취득에 포함시켜야 한다는 근거로서 입법자의 의사 외에도 다음과 같은 점을 들고 있다.

첫째, 우리 판례는 일관하여 토지·임야조사사업상 ‘사정’을 소유권의 원시적 취득으로 판단하여 왔기 때문에, 일제시대에 토지를 사정받았으나 소유권보존등기를 하지 못한 친일반민족행위자의 후손들이 친일재산에 대하여 소유권을 행사하는 소송을 제기하여 승소하는 사례가 발생하자, 이와 같은 행태를 좌시할 수 없다는 전국민적 공감대에 기초하여 일차적으로는 친일반민족행위자의 후손들의 재산반환소송을 효과적으로 차단하려는 목적으로 특별법이 제정되기에 이르렀다.

둘째, 특별법의 추정 조항은 초안에는 포함되어 있지 않다가, 해방시로부터도 이미 반세기 이상 경과한 상황에서 피고가 어떠한 재산이 친일협력의 대가로 취득한 것인지를 입증하는 것은 거의 불가능하다는 점을 고려하여 친일재산의 입증 책임을 완화할 목적으로 추가된 것이다.

94) 이들 자료는 국회 홈페이지에서 쉽게 찾아볼 수 있다. http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=035312 참조(최종 방문: 2012. 2. 15.).

95) 第254會國會(臨時會) 法制司法委員會會議錄, 第3號(2005. 6. 17.).

셋째, 부동산의 경우 유동성이 약하여 다른 재산들에 비하여 친일반민족행위자의 후손들이 현재까지 이를 그대로 소유하고 있을 가능성이 높고, 러·일전쟁 개전시부터 사정 전까지의 기간 동안 취득한 부동산의 경우에는 대부분 사정을 받았을 것이어서, 이 사건 조항은 사정받은 부동산에 관하여 적용될 필요성이 오히려 더 높다.

넷째, 특별법은 일본 제국주의의 식민통치에 협력하고 우리 민족을 탄압한 반민족행위자가 그 당시 친일반민족행위로 축재한 재산을 국가에 귀속시킴으로써 정의를 구현하고 민족의 정기를 바로 세우며 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현함을 그 입법 목적으로 하고 있는 점 등을 종합하면, 이 사건 조항의 취득에는 사정도 포함된다고 봄이 상당하다.

이러한 판시 또한, 사정으로 인한 소유권의 확정을 일반적으로는 취득이라고 볼 수 없다고 하여도 적어도 특별법의 해석으로서의 취득에 포함시키는 것이 입법 취지 내지 입법 목적에 부합한다는 것으로 이해될 여지가 있고, 이는 법 해석 방법론상의 이른바 목적론적 해석을 시도한 것이라고 볼 수 있다. 달리 설명한다면, 사정에 의한 소유권의 확정을 취득으로 보지 않는다면 특별법이 적용될 수 있는 경우는 별로 없을 것이므로, 이를 취득으로 보는 것이 특별법의 목적에 부합한다는 것이다.

그러나 우선 특별법은 취득의 개념을 따로 정의하고 있지 않으므로 이를 일반적인 취득의 개념과는 달리 해석하기는 어려운 것이다. 특별법의 목적만을 내세워 이와는 다른 취득 개념을 인정하는 것은 문제가 있다. 보다 근본적으로는 서론에서 언급한 것처럼, 특별법은 이른바 진정소급입법에 의하여 소유권을 박탈하는 것이므로 엄격하게 해석하여야 하고, 취득의 개념을 일반적인 개념과 달리 적용하여 그 적용범위를 넓히는 것은 위헌의 소지가 많다. 이른바 헌법합치적 해석의 원리에 의하면, 어떤 법률이 한 가지 해석방법에 의하면 헌법에 위배되는 것처럼 보이더라도 다른 해석방법에 의하면 헌법에 합치하는 것으로 볼 수 있을 때에는 헌법에 합치하는 해석방법을 택하여야 한다.⁹⁶⁾ 그런데 이처럼 특별법의 목적을 내세워 특별법의 취득 개념을 문언상 근거가 박약함에도 불구하고 넓게 해석하는 것은 헌법합치적 해석과는 정반대가 되는 것이다.

⁹⁶⁾ 대법원 1992. 5. 8. 자 91부8 결정(公 1992, 21510); 헌법재판소 1989. 7. 21. 선고 89헌미38 결정(헌법재판소판례집 1권 131면) 등.

5. 보론

다른 한편 사정을 받은 사람이 사정 대상인 토지나 임야를 원시취득한다는 종래의 판례를 변경하지 않으면서도 사정을 받은 재산이 친일재산으로 추정된다는 결론의 부당성을 완화하기 위하여는 다음과 같은 방법을 생각해 볼 수 있다. 즉 사정이 원시취득 사유이기는 하지만, 사정을 받은 사람이 전혀 새로운 권리를 취득하는 것은 아니고, 다만 그 권리의 성질에 다소 변화가 있는 정도에 그치는 것이므로 특별법상의 취득에는 해당하지 않는다고 하는 것이다. 이는 위 헌법재판소 2011. 3. 31. 결정 가운데 이동흡, 목영준 재판관의 한정위헌 의견과 맥을 같이하는 것이다.

이러한 주장의 근거로는 사정은 친일행위자와 같은 특정인만을 대상으로 한 것이 아니고, 토지와 임야 소유자 전체를 대상으로 한 것이므로, 성질상 친일재산의 대가라고 볼 수 없다는 점을 들 수 있을 것이다. 말하자면 사정을 받았다는 것이 친일재산의 추정을 깨뜨리는 사유라는 것이다.

만일 이러한 방법이 채택된다면 어느 정도 무난한 결과를 얻을 수는 있을 것이다. 그러나 우선 원시취득이라는 것은 종전의 권리와는 전혀 관계가 없는 다른 권리가 생겨난다는 것을 의미하므로, 이러한 생각은 원시취득의 개념과는 조화되기 어렵다. 또 위 특별법의 추정조항은 재산취득의 경위 여하를 불문하고 친일재산으로 추정한다는 것이므로, 사정을 받은 재산은 원시취득된다는 전제를 유지하는 한 사정을 받은 재산만을 별도로 취급하는 것은 쉽지 않을 것이다. 결론적으로는 사정이 원시취득 사유가 아니라고 보는 것이 간명하고 문제를 해결하는 정도라고 생각된다.

IV. 결 론

종래 대법원의 판례는 토지 및 임야 사정을 받은 것을 소유권의 원시취득으로 보고 있었고, 이는 별다른 의문 없이 그대로 받아들여지고 있었다. 이러한 판례는 구체적으로 특별히 부당한 결과를 가져오지는 않았다. 그러나 특별법이 시행되면서 사정의 법적 성격이 중요한 의미를 가지게 되었다.

이 글에서 검토한 바에 따르면 토지와 임야의 사정은 종래의 소유권을 재확인한 것일 뿐, 새로운 소유권을 창설한 것은 아니라고 보지 않을 수 없다. 이와 달

리 보는 종래의 관례나 학설은 토지와 임야 사정 전에도 소유권이 인정되었다는, 현재 역사학에서 일반적으로 인정되고 있는 사실을 부정하는 것이 된다. 뿐만 아니라 친일 잔재의 청산을 위한 특별법의 적용을 위하여 토지와 임야 사정을 소유권의 원시취득 사유로 보는 것은 그 이전의 토지 소유권의 존재를 부정하였던 식민사관과 결론을 같이 하는 것이 되어, 역설적이라고 하지 않을 수 없다. 다른 말로 한다면 토지와 임야 사정을 원시취득 사유로 볼 것인가 아닌가는 단순히 위 특별법의 적용범위 문제에 그치는 것이 아니고, 한국사의 정체성과 직결되는 문제인 것이다.

다른 한편으로는 법을 연구함에 있어서 이론의 중요성을 다시 한 번 느끼게 된다. 어떤 관례가 구체적인 결론에 있어서는 부당하지 않다고 하더라도, 그 이론이 다른 경우에 적용되게 되면 잘못된 결과를 가져오게 될 수 있는 것이다. 이 점에서 결론의 구체적인 타당성만이 아니라 이론의 정확성을 추구하는 것은 학문적으로 게을리 할 수 없는 일이다.

투고일 2012. 2. 15.

심사완료일 2012. 3. 8.

계재확정일 2012. 3. 9.

참고문헌

- 강영심, “日帝下の [朝鮮林野調査事業]에 관한 研究 (上)”, **韓國學報** 33(1983).
- 강태헌, “土地調査事業과 林野調査事業을 중심으로 한 近·現代 土地所有制度의 變遷過程”, **人權과 正義** 제351호(2005. 11).
- 郭潤直, **不動產登記法**, 新訂(修正版)(博英社, 1998).
- 郭潤直, **物權法**, 제7판(博英社, 2002).
- 郭潤直, **民法總則**, 제7판(博英社, 2002).
- 郭潤直 編輯代表, **民法注解 V**(博英社, 1992).
- 金東求 改正 校閱 **孟子集註**(明文堂, 2010).
- 金東熙, **行政法 I**, 제17판(博英社, 2011).
- 김백유, “‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’ 제2조 등 위헌성 검토”, **成均館法學** 제22권 3호(2010).
- 金祥源 외 4인(編輯代表), **註釋 新民事訴訟法 III**(사법행정학회, 2004).
- 김선경, “조선후기 山訟과 山林 所有權의 실태”, **동방학지** Vol. 77, 78, 79(1993).
- 김성욱, “일제강점기 반민족행위자의 재산환수”, **토지법학** 제23권 2호(2007).
- 김성욱, “현행 임야소유제도의 형성과정에 관한 연구”, **안암법학** Vol. 26(2008).
- 金龍潭 編輯代表, **註釋民法 總則 (1)**, 제4판(사법행정학회, 2010).
- 金鴻植 외, **조선토지조사사업의 연구**(민음사, 1997).
- 朴秉濠, **韓國法制史攷**(法文社, 1974).
- 朴秉濠, **近世의 法과 法思想**(진원, 1993).
- 배영순, **韓末日帝初期의 土地調査와 地稅改正**(영남대학교출판부, 2002).
- 서울大學校 奎章閣, **經國大典**, 奎章閣資料叢書 法典編(서울大學校 奎章閣, 1997).
- 愼鏞廈, **朝鮮土地調査事業研究**(知識産業社, 1982).
- 신용하, “‘식민지근대화론’ 재정립 시도에 대한 비판”, **창작과 비평** 1997년 겨울호 (통권 98호).
- 심희기, **한국법사연구**(영남대학교 출판부, 1992).
- 李榮勳, “量案 上의 主 規定과 主命 記載方式의 推移”, 金鴻植 외, **조선토지조사사업의 연구**(민음사, 1997).
- 李榮勳, “土地調査事業의 收奪性 再檢討”, 金鴻植 외, **조선토지조사사업의 연구**(민음사, 1997).

- 이우석, “토지조사사업에 의한 소유권확정과 판결의 저축”, **嶺南法學** 제10권 2호 (2004).
- 이우석, “査定에 의해 확정된 토지소유권의 성격”, **法史學研究** 제36호(2007).
- 이우연, **한국의 산림 소유제도와 정책의 역사, 1600~1987**(일조각, 2010).
- 이재교, **친일 청산법에 대한 헌법적 고찰**(인하대학교 출판부, 2007).
- 李喆雨, “土地調査事業과 土地所有法制的 變遷”, **韓國法史學論叢**(博英社, 1991).
- 정우형, “近代的 土地所有權의 成立時期에 관한 研究”, **韓國地籍學會誌** 제18권 2호(2002).
- 鄭震明, “韓國法の 近代化와 土地所有權의 變遷”, **法學論叢** 제34권 제1호(2010).
- 조석근, **한국 근대 토지제도의 형성**(해남, 2003).
- 第254會國會(臨時會) 法制司法委員會會議錄**, 第3號(2005. 6. 17).
- 최병택, **일제하 조선임야조사사업과 산림**(푸른역사, 2009).
- 최원규, “19세기 후반 地契制度와 家契制度”, 한국역사연구회 토지대장연구반 편, **대한제국의 토지제도와 근대**(혜안, 2010).
- 최원규, “대한제국과 일제의 土地權法 제정과정과 그 지향”, 한국역사연구회 토지대장연구반 편, **대한제국의 토지제도와 근대**(혜안, 2010).
- 홍경선, **친일파와 일제시대 토지**(한울아카데미, 2006).
- 洪井善, **行政法原論 (上)**, 제17판(博英社, 2009).
- 美濃部達吉, **日本行政法總論**(有斐閣書房, 1919).
- 朝鮮總督府農林局 編, **朝鮮林野調査事業報告**(朝鮮總督府農林局, 1938).
- 朝鮮總督府臨時土地調査局 編, **朝鮮土地調査事業報告書**(朝鮮總督府臨時土地調査局, 1918).
- 早川保次, **朝鮮不動產登記の沿革**(大成印刷社, 1921).
- 和田一郎, **朝鮮土地地稅制度調査報告書**(宗高書房, 1920; 再版, 1967).
- Joseph William Singer, *Introduction to Property*(Aspen Publishers, 2001).

<Abstract>

Legal Nature of the Official Assessment of the Land and Forestland

Yune, Jin Su*

During the Japanese occupation period, the Japanese colonial government carried out the task of the official assessment and the determination of ownership on the land and the forest land of the Korean peninsula in accordance with the 『Land Assessment Ordinance』 and the 『Forest Land Assessment Ordinance』. In relevant cases, the Supreme Court of Korea has understood the above ownership determination as a ground of original acquisition.

Meanwhile, the 『Special Act on the Reversion of Pro-Japanese Collaborators' Property』, enacted in 2005, prescribes that the property acquired between 1904 and 1945 by the pro-Japanese collaborator is presumed to be the reward for collaboration and that it should be reverted to the State unless the presumption is rebutted. Against this backdrop, whether or not the ownership determination, which has been understood as a ground of original acquisition, should also be presumed to be the reward for collaboration has become a significant issue.

This article argues that the ownership determination should not be understood as a ground of the initial creation of ownership, but rather as an administrative confirmation merely ascertaining ownership already in existence. Viewing it as an endowment of the initial ownership contradicts with the dominant stance of the recent historical research that the land ownership had already existed long before the above assessment and the determination process took place. The contrary viewpoint on which the current original acquisition theory rests is based on the colonial historical perspective that denies the pre-colonial property regime. Considering inappropriateness of this perspective, the theory of original acquisition needs to be abandoned.

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

Keywords: Official assment of Land, Official Assment of Forestland, Land Assment Ordinance, Forestland Assment Ordinance, Final Ownership Determination, Original Acquisition, The Special Act on the Reversion of Pro-Japanese Collaborators' Property, Administrative Confirmation Act, Modern Land Ownership