

許可 없는 土地去來契約의 效力에 관한 法理 小考

정상현*

I 序說	V 許可 없는 土地去來契約의 評價
II 土地去來許可制度의 趣旨	1 學說과 判例의 檢討
III 許可 없는 土地去來契約의 效力에 대한 學說展開	2 私見
1 債權行爲 有效說	VI 具體的인 法律關係
2 絶對的 無效說	1 給付履行
3 制限的 無效說	2 契約의 無效·取消 및 解除의 意思表示와 損害賠償
4 流動的 無效說	3. 不當利得返還
IV 判例의 動向	4. 許可申請에 대한 協力義務
1 1991년 全員合議體判決 이전	5 土地去來 許可區域의 指定解除와 指定期間 滿了
2 1991년 全員合議體判決의 內容	VII 結 語
3 1991년 全員合議體判決 이후의 動向	

I. 序說

우리 민법상 부동산의 물권변동은 당사자 사이의 채권계약과 물권적 합의 그리고 등기가 있으면 충분하고, 특히 계약자유의 원칙에 비추어 일반적인 토지거래 역시 특별한 방식에 의하지 않고도 이루어질 수 있다. 그런데 특정지역의 토지거래로 인한 투기를 억제하기 위하여 토지거래계약의 허가를 요구하는 경우가 있다. 즉 현행 「國土의計劃및利用에관한法律」(이하 국토계획이용법) 제118조(종래 國土利用管理法 제21조의 3)에 의하면, 거래허가구역 내의 토지에 관한 소유권·지상권의 이전 또는 설정 계약을 체결하고자 하는 자는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 따라 시장·군수 또

* 영남대학교 법과대학 조교수·법학박사

는 구청장의 허가를 받아야 하며, 허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약은 그 효력을 발생하지 않는 것으로 규정하고 있다.

그런데 거래허가구역으로 지정된 범위 내의 토지거래에 있어서, 관할관청의 허가를 받지 않고 체결된 매매 기타 거래계약의 구체적인 효력에 대하여 학설간의 논란이 있으며, 다수설과 판례는 이른바 流動的 無效의 法理를 인정함으로써, 계약은 일단 무효로 취급하고, 향후 허가의 취득을 전제로 소급적인 유효 여부를 결정하고 있다. 이와 같이 유동적 무효의 법리에 따라 허가 없는 토지거래의 법적 효과를 일단 무효로 다루는 것은 그 채권적 효력을 인정하게 될 경우, 당사자 사이에 채권관계에 근거한 이행청구나 이행확보를 위한 가등기설정이 가능하므로, 매수인의 지위양도가 용이하게 이루어지게 되어, 결국 투기적 거래의 기회와 여건이 형성될 수 있기 때문이라고 한다.

그러나 투기행위의 억제를 위한 유동적 무효의 법리에도 불구하고, 그 채권행위를 무효로 취급함에 따라, 오히려 투기목적의 토지거래가 조장될 여지가 있다는 사실도 부인할 수는 없다. 왜냐하면 매도인이 허가를 받지 않은 상태에서 토지의 거래계약을 체결한 후, 동일한 토지에 대하여 다른 매수인과 이중적인 매매계약을 체결하더라도, 이러한 이중매매행위는 매도인의 배임행위를 인정할 수 없게 되므로, 부동산중개인의 방조 아래 매도인은 토지거래의 허가를 고의적으로 지체하면서, 2중·3중의 거래를 유인하고, 그 중에서 최고가격을 제시하는 매수인을 찾아 최종적인 매매계약을 체결하는 투기거래를 야기할 가능성이 있기 때문이다. 그 외 경매방식이나 중간생략등기를 이용한 탈법적 거래는 거래계약의 무효라는 기본적 효과와는 관련이 없더라도 심각한 투기문제를 야기할 수 있다. 특히 최근 대전 및 충청권에 대한 행정수도의 이전 계획과 함께, 토지거래허가구역으로 지정된 이 지역에서, 허가를 잠탈하는 토지거래의 성행과 투기목적의 편법적 운용이 발견되고 있는 것은 유동적 무효를 통한 법률적 구성을 무색하게 만드는 현실의 문제임을 단적으로 보여주는 예라고 할 것이다.

따라서 본 논문은 거래허가구역 내에서 이러한 허가를 잠탈하는 토지거래나 투기목적의 토지거래를 방지하기 위한 구체적인 이론구성의 전단계로서, 토지거래허가제도의 일반론에 해당하는 제도적 취지와 허가를 받지 않은 토지거래계약의 효력 및 그에 따른 구체적인 법률관계를 검토해 보려는 것이다.

II. 土地去來許可制度의 趣旨

(1) 우리나라의 土地去來許可制度는 1977년 「臨時行政首都建設을위한特別措置法」(1977.7.23, 법률 제3007호)에서 처음으로 규정되었다가, 1978년의 토지종합대책, 이른바 「8·8조치」를 통하여, 기존의 「國土利用管理法」(1972.12.30, 법률 제2408호)에 옮겨졌다. 그 후 1999년 법률 제5907호에 의하여 국토이용관리법상의 土地去來申告制度가 폐지되었고, 2002년 2월 4일 都市計劃法과 國土計劃法 및 國土利用管理法에 의한 종래 도시지역과 비도시지역의 이원적 운용을 통합하여, 「國土의計劃및利用에관한法律」(법률 제6853호)이 제정되었으며, 토지거래허가제도 역시 이 법률에 제이식되었다

(2) 토지거래허가제도의 근본적인 취지는 유한한 토지의 경제적 속성에 비추어 투기목적의 거래를 제한하기 위한 것이라고 한다. 따라서 이러한 취지를 긍정하는 입장에서 토지거래허가제도가 토지거래의 전반적 제한이 아니라 특정지역의 시한부 제한일 뿐이므로 시장경제원리에 적합하고, 투기적 거래를 억제하는 다른 수단들이 실효성을 거두고 있지 못하는 현실에 비추어 그 타당성이 인정된다고 한다. 이러한 점에서 토지거래허가제도는 헌법상의 재산권보장규정이나 생존권적 기본권의 보장규정에도 합치된다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁾ 특히 토지정책기관인 建設交通部나 法務部는 불허가에 대한 異議申請權과 買受請求權 등의 구제절차를 인정하고 있는 점에 비추어, 헌법상의 재산권제한에 대한 일반적 근거(제23조 제1항과 제122조)에 합치된다는 의견을 나타내었고, 서울특별시의 경우에도 대부분의 허가신청을 받아 들이고 있으며, 녹지지역에 한하여 5년 이내의 기간동안 처분권을 제한할 뿐이기 때문에, 문제가 없다는 의견을 나타내었다.²⁾

(3) 이에 반하여 토지거래허가제도는 헌법상의 재산권보장 규정 내지 자유시장 경제체제에 반할 수 있다는 위험론이 제기되었는데, 계약자유와 소유권처분의 자유를 제한할 가능성이 있고, 특히 재산권에 대한 과잉제한으로서 헌법 제37조 제2

1) 徐元宇, “土地去來許可制의 違憲與否에 관한 論義(上)(下)”, 人權과 正義 제159-160호, 1989.11-12, 65면 이하 ; 金南辰, “韓國에서의 土地公概念擴大 導入을 위한 立法”, 考試研究, 1990.12, 127면 이하 ; 朴銳欣, “土地去來契約許可制”, 月刊考試, 1990.5, 110면 이하 ; 李春燮, “土地去來許可制違憲論是非”, 人權과 正義 제155호, 1989.7, 57면 이하 ; 崔靈圭, “土地去來許可制·申告制의 몇 가지 問題”, 不動產法學 제3집, 1995, 81면 이하

2) 金相容, “土地去來許可 申告制의 檢討”, 民事法學 제8호, 1990.4, 205-207면

항의 過剩禁止原則에 반하며, 사유재산권제한의 한계인 比例原則, 즉 처분권제한의 적합성과 필요성 및 상당성의 원칙에도 위배되기 때문에, 헌법이 추구하는 자본주의 경제질서조차 위태롭게 하는 위헌적 제도라는 반대견해가 있다.³⁾

(4) 판례는 토지거래허가제도의 위헌성과 관련하여, 1988년 서울지방법원 남부지원이 종래 국토이용관리법 제21조의 3 제1항과 제31조의 2에 대하여 違憲法律審判을 提請하였는데⁴⁾, 그 사안은 피고인이 규제지역으로 고시된 충남지역 소재의 토지에 대하여, 도지사의 허가 없이 미등기 매매를 통하여 차익을 취득한 혐의 등으로 구속 기소되어, 징역 1년을 구형받은 내용이었다. 이에 대하여 憲法裁判所는 “국토이용관리법 제21조의 3 제1항의 토지거래허가제는 사유재산제도의 부정이 아니라 그 제한의 한 형태이고, 토지의 투기적 거래를 억제하기 위하여 그 처분을 제한함은 부득이한 것이므로 재산권의 본질적인 침해가 아니며, 헌법상의 경제조항에도 위배되지 아니하고, 현재의 상황에서 이러한 제한수단의 선택이 헌법상 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다”고 판시하였다.⁵⁾ 물론 이 결정에 있어서 위헌의견이 다수를 이루었지만, 헌법재판소 위헌결정의 정족수인 6인에 미달함으로써, 주문에 위헌을 선언할 수 없었고, 그로 인하여 결과적으로 합헌이 선고되었다(헌법재판소법 제23조 제2항 제1호).

(5) 한편 토지거래허가제도는 그 위헌성과 함께, 사적 자치의 원리에 비추어 허가라는 행정행위의 법률적 성격을 재음미할 필요가 있다. 이에 대하여 ①토지거래허가는 토지거래계약의 일반적 금지에 대한 개별적인 해제로서 許可的 性質을 갖는다는 견해⁶⁾와 ②계약자유 원칙에 비추어 토지거래계약의 일반적 성립이 인정되지만, 단지 규제지역 내의 토지거래에 대한 당사자의 법률행위를 보충하고 완성하여, 그 유효성을 부여하는 認可的 性質을 갖는다는 견해⁷⁾, ③허가가 당사자의 신청에 의하여 행

3) 許榮, “土地去來許可制의 憲法上 問題點”, 考試研究, 1989 8, 175면 이하 ; 鄭然宙, “土地去來許可制에 대한 憲法的 再考察”, 司法行政 제379호, 1992 7, 26면 이하 , 姜仁崖, “土地公概念關係法の 解說-國土利用管理法上の 土地去來許可制와 宅地所有上限에 관한 法律 概觀-”, 人權과 正義 제175호, 1991 3, 47-48면 , 金駿洙, “不動產去來規制立法의 檢討”, 大韓辯護士協會誌, 1978 11, 10면 이하 ; 李尙圭, “土地去來許可制의 憲法的 問題”, 判例月報 제245호, 1991.2, 22면 이하

4) 서울지법남부지원 1988 12 26, 88초1360

5) 헌재결 1989 12 22, 88헌가13

6) 대판(전합) 1991 12.24, 90다12243에서 배만운 대법관의 보충의견과 윤관 대법관의 반대의견

해지는 점에서 인가적 성격과 토지거래계약의 체결을 규제하고 위반행위에 대하여 처벌하는 점에서 허가적 성격을 동시에 갖는다는 견해⁸⁾, ④토지거래허가는 그 허가를 통하여 비로소 계약을 체결할 수 있는 권리가 창설되는 것이기 때문에, 特許에 해당된다고 보는 견해⁹⁾ 등으로 나누어지고 있다. ⑤한편 판례는 법규상 토지거래허가의 명칭에도 불구하고 인가적 성질을 띤 것으로 이해한다.¹⁰⁾

(6) 생각건대 토지투기의 억제라는 공익목적은 거래신고제의 확대, 등기제도와 조세제도의 개선 및 보완 등의 방법에 의하여 성과를 얻을 수 있고, 허가 없이 거래를 한 자에게 거래의 사법적 효력을 부정하는 것 외에 형벌을 과하는 것은 기본권의 제한이므로, 토지공개념을 내세워 토지거래허가제도와 같은 혁명적 토지정책을 정당화하려는 시도는 초헌법적 사고의 결과로서, 다분히 위험적 요소가 포함되어 있다고 할 것이다 그리고 토지거래허가는 규제지역 내에서 모든 국민에게 전면적으로 금지되어 있는 토지거래의 자유를 일정한 요건을 갖춘 경우에 한하여 개별적으로 해제하는 의

7) 丁玉泰, “流動의 缺効”, 司法行政 제379호, 1992 7, 24면, 曹圭昌, “流動의 無効-大法院 基本判例에 대한 批判의 考察-”, 考試界, 1996 11, 116-117면, 金致中, “流動의 無効 -국토이용관리법상의 토지거래허가를 중심으로-”, 法曹 제523호, 2002.4, 51-52면, 金相容, “土地去來許可·申告制의 檢討”, 司法行政, 1989 6, 30면, 李泳揆, “土地去來許可를 要하는 土地去來契約의 法理”, 不動產法學 제2권, 1991, 111면; 孔淳鎮, “土地去來許可制”, 土地法學 제12호, 1997 1, 169면; 李宙興, “土地去來許可를 받지 아니한 土地賣買契約의 效力(上)”, 法曹 제39권 제6호(제405호), 1990 6, 46-47면; 金光泰, “國土利用管理法上の 許可 없이 締結한 土地去來契約”, 刑事判例研究 제1권, 1993 7, 246면, 金正道, “土地去來許可를 받지 아니한 土地賣買契約의 法律關係”, 裁判과 判例 제4집, 대구판례연구회, 1995.8, 315-316면, 陳英光, “土地去來許可制에 관한 私法的 考察”, 仁川法曹 創刊號, 인천지방변호사회, 1993.1, 58면, 許魯穆, “국토이용관리법상의 규제지역 내의 토지에 대하여 허가받을 것을 전제로 체결한 거래계약의 효력”, 衡平과 正義 제7집, 1992 11, 183면, 鄭震明, “土地去來許可區域 指定解除가 許可없는 去來契約에 미치는 影響-大法院 1999 6 17宣告, 98다40459判決-”, 民事法學 제18호, 2000.5, 488면, 강인상, “토지거래허가구역 내에서의 중간생략등기의 효력”, 대법원 1996. 6 28선고 96다3982판결을 중심으로, 판례연구 1998, 전주지방법원, 1999.1, 470면

8) 金在德, 土地所有權制限의 理論, 經營文化院, 1983, 310-311면; 金庚烈, 新土地公法, 經營文化院, 1992, 730-731면; 梁承斗, “行政行爲의 內容上 分類에 관한 考察-國土 利用官理法上の 許可의 性質을 중심으로-”, 現代行政과 公法理論(南河徐元宇教授華甲記念), 博英社, 1991, 379면

9) 대판(전합) 1991 12 24, 90다12243에서 이재철 재판연구관의 견해

10) 대판(전합) 1991.12 24, 90다12243에서 다수의견

미의 허가적 성질로 보기는 어렵다. 왜냐하면 계약자유 원칙상 허가구역 내에서의 토지거래 역시 자유롭게 인정되지만, 투기적인 거래의 성행이나 지가의 급격한 상승 내지 상승이 우려되는 지역에 대하여, 5년 이내의 기간을 정하여 토지거래 허가구역으로 지정한 것일 뿐이며, 특히 금지되어 있는 투기적 거래가 아니라는 사실이 확인된 경우에는 원칙적으로 자유로운 토지거래가 가능하기 때문이다. 따라서 규제지역 내의 토지거래라고 하더라도, 모든 국민에게 토지거래의 일반적인 자유가 인정되기 때문에, 이는 토지거래계약의 효력을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띠는 것이라고 해야 할 것이다. 이러한 해석을 통하여, 토지거래허가제도가 위헌적인 요소를 가졌음에도 불구하고, 사적 자치 내지 재산처분권의 제한을 다소 완화시킬 수 있을 것이라고 생각한다.

III. 許可 없는 土地去來契約의 效力에 대한 學說展開

국토계획이용법 제118조 제6항에 따르면 토지거래허가구역으로 지정된 토지에 관하여 관할관청의 허가를 받지 않고 체결한 토지거래계약은 그 효력을 발생하지 않는 것으로 규정하고 있는데, 이 규정이 사법상의 效力規定에 해당하는 것인지, 아니면 단지 團束規定에 불과한 것인지를 결정하기는 쉽지 않지만, 「효력을 발생하지 아니한다」의 구체적인 의미에 대하여 견해의 대립이 있다.

1. 債權行爲 有效說

이는 토지거래허가를 받지 않은 매매계약의 효력에 있어서 물권행위의 효력발생은 정지되어 있지만, 債權契約은 有效하다고 보는 견해이다.¹¹⁾ 즉 허가 없는 토지거래의 채권적 효력을 부정하고 어떠한 법적 효력도 인정하지 않으면서, 당사자의 허가에 대한 협력의무를 요구하는 것은 논리적으로 모순이며, 거래당사자의 의사도 무효인 계약을 관청의 허가로서 유효화하겠다는 것이 아니라, 유효한 계약을 관청의 허가에 의하여 확정하겠다는 의사로 파악함이 타당할 것이라고 한다. 그리고 계약이 무효라는 것은 法的 無價値判斷에 따라 이미 소멸하여 폐기된 법률행위를 의미하는 것이지, 장

11) 曹圭昌, 전제논문, 111면 이하 ; 許魯穆, 전제논문, 181면

래에 완성을 요구하거나 완성을 전제로 한 미완성의 법률행위는 아니기 때문에, 유동적이건 확정적이건 그러한 계약에 대하여 무효라는 용어를 사용할 수는 없다고 한다. 특히 현행 토지거래허가제도의 모법이라 할 수 있는 독일의 土地去來法(Grundstücksverkehrsgesetz)에 있어서, 認可(Genehmigung) 없는 토지거래계약 역시 유효하게 성립하여 당사자 사이의 구속력을 발생시키지만, 법정요건이 충족될 때까지 물권변동의 효력발생이 정지되어, 아직 유효·무효가 확정되지 않은 浮動的 狀態의 法律行爲를 의미하기 때문에, 다수설이나 판례가 허가전의 토지거래계약으로부터 어떠한 권리나 의무도 발생하지 않는다고 해석하는 이른바 流動的 無效論은 부당하다고 주장한다. 한편 기본적으로는 이러한 입장에서, 투기목적의 토지거래는 허가과정에서도 규제가 가능하기 때문에, 허가를 받지 않은 상태에서 정상적인 토지거래를 포함한 모든 계약을 무효화하거나 처벌할 수 있도록 하는 것은 과도한 규제라고 하여, 입법적으로 수정함이 타당하다는 견해도 있다.¹²⁾

2. 絶對的 無效說

유효설과 반대로 허가구역 내에서 허가 전에 체결된 계약은 확정적으로 무효이며, 물권적 합의는 물론 채권계약의 효력도 전혀 발생되지 않는다는 견해도 있다.¹³⁾ 즉 이 견해는 토지거래허가제도의 입법취지가 당해 거래에 관하여 관할관청이 그 許可의 適否를 판단하기 이전에, 당사자 사이에 구속력을 갖는 법률관계의 형성을 방지하는 것임을 전제로 한다. 따라서 그렇게 하지 아니하면 토지투기라는 탈법수단을 허용하게 되어, 입법취지에 반할 뿐만 아니라, 거래허가제도의 실효를 거둘 수 없게 되어,

12) 高翔龍, “去來許可區域內土地賣買契約과 事後許可時 有效 與否”, 法律新聞 제2110호, 1992 3, 15면

13) 姜仁崖, 전계논문, 52면, 대판(전합) 1991 12 24, 90다12243에서 유철균 재판연구관의 견해. 다만 姜仁崖판사의 앞 논문 49면에서는 “거래계약의 준비행위로서의 계약예정금액 등의 합의가 토지 등의 거래계약에 포함되느냐가 문제”라고 하면서, “토지거래계약의 허가는 그 거래계약을 예정하는 준비행위로서의 합의를 전제로 하는 것으로, 당국의 허가 이전에 그 허가를 얻을 것을 전제로 한 당사자간의 준비행위로서의 합의는 허용되는 것이지만, 그 준비행위로서의 합의와 예약을 구별하기란 이론상으로는 가능할 지라도 실제로는 구별하기가 어렵고, 거래계약의 준비행위로서 합의의 경우에는 이에 따라 당사자에게 허가관청에 공동으로 허가출원을 해야 한다는 사법상의 효력 이외에는 이른바 조건부권리라든가 기타 일체의 채권적 효력도 생기지 않는다”고 하여, 후술하는 부수약정설의 일면에 공감하는 의미를 내포하고 있다.

범죄행위를 조장하는 결과가 된다고 한다.

3. 制限的 無效說

허가 받기 이전의 토지거래에 있어서 채권행위는 원칙적으로 무효라고 하면서, 특정부분의 유효성을 인정하는 견해가 있는데, 유효한 범위의 내용에 따라 다시 견해가 나누어진다.

(1) 物權關聯行爲無效說

이 견해는 토지거래허가제도의 취지가 결국 투기를 위한 소유권이전을 억제하는 것이므로, 투기거래의 궁극적인 목적으로서 物權變動과 직접적으로 관련된 부분은 無效로 보고, 그 외의 부분에 대하여는 유효하다고 본다(명칭필자).¹⁴⁾ 즉 허가를 받지 않은 단계에서는 목적물인 토지소유권의 이전이라든가, 그 토지를 인도하여 매수인으로 하여금 사실상의 지배권을 취득하게 하는 채무 등의 효력발생은 부정한다. 그러나 매매계약으로부터 발생하는 기타의 채무, 즉 토지거래허가신청에 협력할 의무라든가 매매목적물인 토지를 제3자에게 이중으로 매도하지 않을 의무 또는 매매목적물의 현상을 변경하지 아니할 의무 등은 매매계약으로부터 발생하는 신의칙상의 의무로서, 제소나 가처분의 방법으로 얼마든지 이행을 확보할 수 있다고 한다.

(2) 附隨約定說

이 견해는 토지거래허가구역 내에서 이루어지는 토지거래는 당사자가 토지의 매매에 대한 基本的인 內容의 合意와 허가의 취득을 위한 事前合意를 하게 되는데, 단지 토지매매에 대한 기본적 합의만으로는 매매계약의 효력을 발생시킬 수 없으며, 장래 언젠가 될 허가와 결합하여 매매계약을 완결시키게 된다는 것이다. 따라서 허가 없는 매매계약의 채권적 효력을 인정할 수는 없기 때문에, 목적물의 인도 및 소유권이전등기청구권, 대금지급청구권 등은 발생하지 않지만, 허가 전에도 매매계약을 향한 당사자의 事前合意 자체는 有效하게 존속하므로, 당사자가 허가를 받기 위하여 협력할 의

14) 康文鍾, “土地去來 許可(國土利用管理法)를 받지 않고 締結한 買賣契約의 效力”, 判例研究 제2집, 釜山判例研究會, 1992 2, 129-130면, 吳昌洙, “土地去來許可를 받지 아니한 去來當事者間의 法律關係”, 判例月報 제300호, 1995 5, 16면, 대판(전합) 1991 12.24, 90다 12243에서 유원규 재판연구관의 견해

무는 그러한 합의에 附隨하는 當事者の 約定으로부터 유효성이 도출될 수 있다고 한다(명칭필자).¹⁵⁾

4. 流動的 無效說

이는 허가구역 내에서 허가를 받지 못한 토지거래는 물권적 효력 뿐만 아니라 채권적 효력도 발생하지 아니하는 무효의 계약이지만, 허가를 받을 때까지는 未完成的의 法律行爲로서, 許可를 받으면 그 계약은 遡及하여 유효한 계약이 되고, 허가를 받지 못하면 확정적으로 무효가 되는 유동적 상태를 의미한다는 견해이다.¹⁶⁾ 이러한 流動的 無效의 法理¹⁷⁾에 따르면, 허가 받기 전의 상태에서는 토지거래계약의 채권적 효력도

15) 李銀榮, “土地去來許可를 조건으로 하는 賣買契約 및 賠償額 豫定の 效力”, 判例月報 제 255호, 1991 12, 18-21면, 대판(전합) 1991.12.24, 90다12243에서 배판은 대법관의 보충의견 다만 李銀榮교수는 이 논문에서 허가 없는 토지거래의 채권적 효력이 발생하지 않는다는 전제에 서면서도, 유동적 무효론의 법리에 대하여 구체적으로 반박하였으나, 그 이후의 저서에서는 이러한 반박은 없어지고, 오히려 유동적 무효론을 지지하는 듯한 기조를 하고 있다(李銀榮, 物權法, 博英社, 2000, 425-426면).

16) 金相容, “土地去來許可·申告制에 관한 考察(II)”, 考試界, 1989.2, 100면, 李宙興, “土地去來許可를 받지 아니한 土地賣買契約의 效力(下)”, 법조 제39권 제7호(제406호), 1990.7, 66면; 丁玉泰, 전게논문, 25면; 金玟中, 전게논문, 49-50면; 孔淳鎭, 전게논문, 169면; 金正道, 전게논문, 327면, 陳英光, 전게논문, 62면, 대판(전합) 1991.12.24, 90다12243에서 서정우 수석재판연구관의 의견

17) 유동적 무효의 법리(Theorie der schwebende Unwirksamkeit)는 독일민법상 법정대리인의 동의를 얻지 않은 상태에서 이루어진 미성년자의 법률행위(§108 I), 본인의 추인을 얻지 않은 상태에서 한 무권대리인의 대리행위(§177 I), 추인 없는 상태에서 이루어진 무권리자의 처분행위(§185 II), 후견법원(Vormundschaftsgericht)의 동의가 없는 상태에서 한 부모나 후견인의 일정한 행위의 효력(§§1643·1819)을 설명하는 법리이다(Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6.Aufl, C.F.Müller, 1994, §34 II, S.183; Kohler, BGB·Allgemeiner Teil, 22.Aufl., C.H.Beck, 1994, 22 III, S.256f.). 특히 독일의 토지거래법(Grundstücksverkehrsgesetz)과 도시건설촉진법(Stadtebauforderungsgesetz)상 인가(Genehmigung)를 받지 아니한 상태에서 이루어진 토지의 양도행위에 대하여, 이를 유동적 무효의 법리에 따라 설명하고 있다 즉 인가를 받지 않은 상태에서 이루어진 토지거래의 채권계약이나 물권적 합의의 효력에 대하여, 인가를 받기까지는 유동적 상태이고, 인가의 거부에 의하여 소급적으로 계약은 무효가 된다(Westermann, Sachenrecht, 7.Aufl, C.F.Müller, 1998, §76 III 2, S.601, Baur-Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16.Aufl, C.H.Beck, 1992, §27 I 1, S.287; Wieling, Sachenrecht, Bd I, Springer Verlag, §9 VI a, S.313; Lorenz, Erman Kommentar, Bd II, 11.Aufl, 2004, §925 IX 77,

발생하지 않으므로, 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 내용의 이행청구도 할 수 없고, 허가를 받으면 그 계약은 소급해서 유효가 되므로, 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다고 한다. 다만 계약관계의 성립 이전에 발생할 수 있는 일반적인 효과로서, 당사자가 허가를 받는데 필요한 조치를 취할 協力義務과 허가를 받은 후에 계약의 이행을 위하여 방해가 되는 행위를 하지 않아야 할 忠實義務가 있으며, 이러한 의무를 위반한 경우에는 상대방에 대하여 손해배상책임을 부담하게 된다고 한다.

IV. 判例의 動向

토지거래허가제도에 대한 법원의 관심사는 허가를 받지 않은 토지거래계약의 법리 구성과 허가대상인 법률행위 그리고 불허가처분을 받았을 경우, 그러한 거래계약의 효력에 대한 것이었다.

1. 1991년 全員合議體判決 이전

허가 없는 토지거래계약을 유통적 무효의 법리에 따라 재구성한 1991년 全員合議體判決 이전에, 大法院은 기본적으로 “토지거래허가에 필요한 모든 서류를 매도인이 마련하되, 실제 거래가액보다 훨씬 적은 허가조건가액으로 허위 기재하기로 한 경우에, 매매계약의 효력은 無效”라고 하거나¹⁸⁾ “國土利用管理法의 취지가 관할관청의 거래허가 전에는 당사자 사이에 채권적 구속력을 가지는 계약의 체결을 금지함으로써, 투기억제·자가폭등규제 등의 목적을 달성하기 위한 것이며, 토지거래계약은 동법 제21조의 3 제7항 또는 제31조의 2에 위배된 犯法行爲로서 그 효력이 없다”고 하여, 絶對的 無效의 의미로 판시하였다.¹⁹⁾ 다만 허가를 요하는 토지거래계약은 有償契約에

Grun-Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2, C H Beck, 2003, §925 VI, Rn 50, S.1667 ; BGHZ 67, 34, 36 ; BGH NJW 1976, 1939 , 1993, 648, 650 ; BGH WM 1967, 701, 703). 따라서 유통적 무효인 상태에서도 당사자는 합의한 거래계약에 구속되므로, 양수인에게 독일민법 제986조에 의한 점유권이 인정되며, 인가를 받은 데 필요한 협력의무를 부담하고, 인가를 받은 후에는 계약의 이행에 방해가 되는 행위를 하지 않아야 할 충실의무를 부담하는 것으로 해석한다(Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8 Aufl, C H Beck, 1997, §44 III, S 835ff).

18) 대판 1990 12 11, 90다8121

한하므로(동법 제118조 제1항), 법률행위 이외의 물건취득사유로서 경매에 의한 경우나 단독행위로서 명의신탁의 해지에 의한 경우에는 그러한 허가를 요하지 않는다고 판시하였다.²⁰⁾ 한편 下級審判決 중에는 종래 대법원의 견해와 마찬가지로 채권행위의 無效를 인정한 판결도 있고²¹⁾, 계약체결 전에 허가를 받든 체결 후에 허가를 받든 관계없이, 거래계약은 언제나 有效하다는 판결도 있으며²²⁾, 허가를 받지 못하면 채권계약은 유효하나 등기만 못할 뿐이라는 판결²³⁾, 유동적 무효의 법리에 따른 판결²⁴⁾ 등 다양하였다. 따라서 1991년의 전원합의체판결 이전까지는 허가 없는 토지거래계약의 효력에 대한 법리구성에 있어서, 판례는 통일되지 못한 상태였다고 할 수 있다.

2. 1991년 全員合議體判決의 內容

(1) 1991년 전원합의체판결의 사안은 허가를 받지 않은 상태에서 토지매매계약이 체결되었으나, 매수인과 매도인이 각각 잔금지급의무와 소유권이전등기의무를 지체하고 있었는데, 매도인은 매수인이 잔금지급의무를 불이행하면 토지의 매매계약이 자동적으로 解除된다는 통지를 하였고, 이에 매수인이 원고로서 잔금을 辨濟供託하고 토지에 대한 소유권이전등기의무의 이행을 청구하였다.

(2) 본 판결의 제1심법원은 허가구역 내의 토지매매계약은 허가를 받지 않은 한 무효이므로, 원고의 청구는 이유 없다고 판시하여 棄却하였다.²⁵⁾ 이에 대해 원고는 抗訴하면서 청구취지를 변경하여, 主位的으로는 매매계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하고, 豫備的으로는 토지거래허가신청절차의 협력의무이행과 허가를 조건으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하였다. 제2심법원은 토지거래허가가 없다고 하여 매매계약 자체가 무효로 되는 것은 아니기 때문에, 토지거래허가제도의

19) 대판 1991.6.14, 91다7620

20) 대판 1990.11.6, 90마769, 동 1991.10.25, 91다29378, 동 1992.2.14, 91다39207

21) 부산고판 1990.8.29, 90나2864; 서울고판 1991.10.15, 91나27879

22) 수원지판 1989.12.21, 88가합19411

23) 광주지판 1990.9.27, 91나154

24) 서울지판 1989.8.29, 89가합18738

25) 광주지법순천지판 1989.12.7, 89가단8921

목적에 배치되지 않는 한, 매매계약에 따른 당사자 사이의 권리의무는 계약내용대로 발생하지만, 그 목적에 배치되는 매도인의 소유권등기이전의무와 같은 것은 허가가 있기까지 발생하지 않는다고 하면서, 主位的 請求인 매수인의 소유권이전등기절차 이행청구를 배척하고, 매매계약의 효력으로서 허가신청에 대한 매도인의 협력의무는 있다고 판단하여, 원고의 예비적 청구를 認容하였다.²⁶⁾ 이에 원고와 피고는 각자 패소 부분에 대하여 상고하였다.

(3) 대법원은 원심판결의 예비적 청구 중 토지 등의 거래계약허가조건부 소유권이전등기절차의 이행을 명한 피고의 패소부분을 파기·환송하고, 나머지 상고를 모두 기각하면서, ①허가를 받지 않은 토지거래계약의 유효성에 대하여는 이를 流動的 無效로 파악하고, ②허가를 받을 때까지는 미완성의 법률행위로서, 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없음은 확정적 無效의 경우와 다를 바 없지만, ③일단 허가를 받으면 그 계약은 遡及하여 有效한 계약이 되므로, 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다고 판시하였다. 그리고 이어서 ④규제지역 내에서 토지거래의 자유가 인정되기 때문에, 허가는 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력을 완성시켜 주는 認可的 性質을 띠고, ⑤계약을 체결한 당사자는 그 계약이 유효하게 완성될 수 있도록 서로 허가신청에 協力할 義務가 있을 뿐만 아니라, ⑥그 이행을 訴訟으로써 구할 利益이 있으며, ⑦허가를 받지 않은 계약은 일단 無效이므로, 계약내용에 따른 대금지급의무의 불이행을 이유로 계약을 解除할 수는 없다고 판시하였다.²⁷⁾

3. 1991년 全員合議體判決 이후의 動向

1991년의 전원합의체판결을 통하여 명시적으로 인정된 流動的 無效의 法理는 그 이후의 판례에서도 계속 유지되고 있으며²⁸⁾, 구체적인 법률관계에 대하여 지속적인

26) 광주지판 1990.9.27, 90나154

27) 대판(전합) 1991.12.24, 90다12243

28) 대판 1992 2 14, 91다39207, 동 1992 5 12, 91다33872, 동 1992 7 28, 91다33612, 동 1992 9 8, 92다19989, 동 1992.10.13, 92다16836; 동 1992 10 27, 92다34414, 동 1993 1 12, 92다36830, 동 1993 3 9, 92다56575; 동 1993 4 13, 93다1411, 동 1993.6.22, 91다21435, 동 1993 7 27, 91다33766; 동 1993 8 14, 91다41316, 동 1993 8 27, 93다15366, 동 1993 9 14, 91다41316, 동 1993 11 23, 92다44672, 동 1993 12 24, 93다44319·44326, 동 1994 1 11, 93다22043, 동 1994 4 15, 93다39782; 동 1994.6.14, 94도612, 동 1994.8.26, 94

보충이 이루어졌다. 즉 당사자의 이행의무는 허가의 취득 후 이행제공과 최고에 의하여 履行遲滯에 빠지며²⁹⁾, 권리의 이전 또는 설정의무의 위반을 근거로 하여서는 채무 불이행에 기한 損害賠償을 청구할 수 없고³⁰⁾, 허가와 관련되지 않은 의사표시의 불일치나 하자있는 의사표시에 근거하여 무효 내지 취소를 주장하는 것은 가능하다.³¹⁾

그리고 당사자는 허가를 받지 못할 것이라는 사유를 들어 토지거래허가를 신청하기 위한 協力義務의 이행을 거절할 수 없고³²⁾, 그러한 협력의무의 이행청구권을 보전하기 위하여 代位の 방법으로 所有權確認을 청구하는 것이 가능하며³³⁾, 협력의무위반을 근거로 계약 자체를 解除할 수는 없지만³⁴⁾, 이를 근거로 인과관계가 있는 損害의 賠償을 청구할 수 있고³⁵⁾, 협력의무의 불이행이나 허가 이전의 계약철회를 전제로 한 損害賠償額의 豫定도 가능하다.³⁶⁾ 또한 토지거래를 위하여 계약금을 지급한 경우, 이를 부당이득으로서 반환을 구할 수 없고, 유동적 무효상태가 확정적으로 무효가 되었을 때 비로소 不當利得으로 그 반환을 구할 수 있으며³⁷⁾, 당사자 사이에 다른 약정이

다23319 ; 동 1994.12.27, 94다4806 , 동 1995.1.24, 93다25875 ; 동 1995.2.28, 94다51789 ; 동 1995.4.28, 93다26397 , 동 1995.6.9, 95다2487 , 동 1995.7.11, 94다19860·19877 ; 동 1995.12.12, 95다28236 , 동 1995.12.26, 93다59526 , 동 1996.6.14, 95다54693 ; 동 1996.6.28, 95다54501 , 동 1996.7.26, 96다7762 , 동 1996.11.8, 96다35309 , 동 1996.11.22, 96다31703 , 동 1997.2.28, 96다39196 , 동(전합) 1997.3.20, 95누18383 ; 동 1997.5.16, 97다7356 ; 동 1997.6.27, 97다9369 ; 동 1997.7.25, 97다4357·4364 , 동 1997.9.12, 97다6971 , 동 1997.11.11, 97다36965·36972 ; 동 1997.11.14, 97다36118 , 동 1997.12.26, 97다41318·41325 , 동 1998.3.27, 97다36996 , 동 1998.12.22, 98다44376 , 동(전합) 1999.6.17, 98다40459 ; 동 1999.7.9, 97누11607 , 동 2000.4.7, 99다68812 , 동 2000.6.9, 99다72460 , 동 2002.5.14, 2002다12635

29) 대판 1992.7.28, 91다33612 , 동 1994.8.26, 94다23319

30) 대판 1994.1.11, 93다22043 , 동 1997.7.25, 97다4357·4364

31) 대판 1996.11.8, 96다35309 ; 동 1997.11.14, 97다36118

32) 대판 1992.10.27, 92다34414 ; 동 1993.8.27, 93다15366

33) 대판 1992.10.27, 92다34414 , 동 1993.3.9, 92다56575 ; 동 1994.12.27, 94다4806

34) 대판 1992.7.28, 91다33612 , 동 1994.8.26, 94다23319 , 동 1995.1.24, 93다25875 ; 동(전합) 1999.6.17, 98다40459

35) 대판 1995.4.28, 93다26397

36) 대판 1994.4.15, 93다39782 , 동 1996.3.8, 95다18673 ; 동 1997.2.28, 96다49933 , 동 1998.3.27, 97다36996

없는 한, 매수인은 계약금을 포기하고 매도인은 계약금의 배액을 상환함으로써 계약을 해제할 수 있다.³⁸⁾

한편 토지거래계약은 당사자 쌍방이 허가신청을 하지 아니하기로 의사표시를 명백히 한 경우에 確定的으로 無效가 되며³⁹⁾, 매매계약일자를 소급하고 대금액을 낮춘 별도의 매매계약서를 허위로 작성하거나⁴⁰⁾, 中間省略登記의 합의 아래 차익을 얻을 목적으로 전매한 경우는 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약으로서, 허가 여부를 기다릴 것도 없이 확정적으로 무효가 되기 때문에, 허가신청절차의 협력의 무에 대한 이행청구권을 주장할 수 없을 뿐만 아니라, 이를 대위 행사할 수는 없지 만⁴¹⁾, 당사자들이 이미 지급한 매매대금의 반환에 관하여 다른 내용의 계약을 하는 경우, 그것은 무효가 된 토지거래계약과는 별개의 계약으로서 유효하므로, 무효가 된 계약에 기하여 이미 지급된 매매대금 중 반환할 금액의 범위 등은 당사자 사이의 새로운 계약내용에 따라야 한다.⁴²⁾

나아가 투기거래의 효력발생을 금지하려는 국토계획이용법의 취지를 살리기 위하여, 거래계약이 확정적으로 무효가 된 경우에는 그러한 무효에 대하여 귀책사유가 있는 자라고 하더라도, 그 계약의 무효를 주장할 수 있으며⁴³⁾, 토지거래계약에 관한 당사자의 무효 또는 유효의 주장사실은 법률상의 주요사실에 해당하므로, 법원은 이에 대한 당사자의 주장에 구속되어 그와 다른 사실을 인정하거나 이를 기초로 판단할 수는 없다⁴⁴⁾

그러나 허가신청서에 계약내용과 토지의 이용계획 등에 관하여, 사실과 다르게 또

37) 대판 1993 6 22, 91다21435 ; 동 1993 7 27, 91다33766 , 동 1993.9.14, 91다41316 , 동 1995 4 28, 93다26397 , 동 1995 6 9, 95다2487 ; 동 1996 6 28, 95다54501 , 동 1996.11.22, 96다31703 , 동 1997 11 11, 97다36965 · 36972

38) 대판 1997 6 27, 97다9369 , 동 1997 7 25, 97다4357 · 4364

39) 대판 1993 9 14, 91다41316 , 동 1995.4.28, 93다26397 , 동 1995 6 9, 95다2487

40) 대판 1993 11 23, 92다44672

41) 대판 1996 6 28, 96다3982

42) 대판 1996 11 22, 96다31703

43) 대판 1993 12 24, 93다44319 · 44326 , 동 1995 2 28, 94다51789 , 동 1997 2 28, 96다39196 , 동 1997.7.25, 97다4357 · 4364

44) 대판 2000 4 7, 99다68812

는 불성실하게 기재한 경우는 실제로 토지거래허가신청에 대한 불허가처분이 있었다는 사유만으로 매매계약이 확정적인 무효 상태에 이르렀다고 할 수 없다.⁴⁵⁾ 또한 허가구역 내의 토지에 관한 매매계약 체결일이 허가구역으로 指定·告示되기 이전인 경우에는 그 매매계약에 관하여 관할관청의 허가를 받을 필요가 없으며⁴⁶⁾, 토지거래허가구역으로 지정된 토지에 관하여 그 지정이 해제되거나 지정기간이 만료된 후 재지정을 하지 아니한 경우에는 확정적으로 유효한 계약이 되고⁴⁷⁾, 따라서 그 토지가 토지거래허가구역으로 再指定되었다 하여 다시 토지거래허가를 받아야 되는 것은 아니다.⁴⁸⁾

V. 許可 없는 土地去來契約의 平價

1. 學說과 判例의 檢討

(1) 우선 絶對的 無效說을 취하게 되면, 투기목적의 거래나 지가상승의 억제를 위한 토지거래허가제도의 취지만 강조하고, 그로 인하여 침해되는 사적 자치 내지 재산권처분의 자유를 도외시하는 결과를 가져온다. 그것은 결국 허가의 법적 성질을 인가로 보는 것과 모순되며, 토지거래의 효력 여부가 단지 허가에 의하여 결정된다는 의미로 비추어질 수 있다. 또한 이론적으로 등기신청에 협력해야 할 의무까지 부인하게 되고, 따라서 그 불이행에 대한 제재가 곤란하기 때문에, 부동적인 상태의 법률관계가 장기간 지속될 우려가 있다.

(2) 制限的 無效說은 채권행위를 원칙적으로는 무효라고 하면서, 예외적으로 유효가 되는 부분을 허용하는 근거가 무엇인지 의문이다. 특히 物權關聯行爲無效說은 물권변동에 관련된 채권관계에 한하여 토지거래허가제도의 취지에 어긋나기 때문에 무효라고 하는데, 물권변동에 관련된 채무의 구체적인 의미와 그 범위가 불명확하다. 예를 들어 소유권이전등기의 권리의무는 물권변동과 관련된 것으로 이해되지만, 그

45) 대판 1997.11.11, 97다36965·36972 ; 동 1997.12.26, 97다41318·41325

46) 대판 1993.4.13, 93다1411 , 동 1991.10.25, 91다29378 , 동 1992.2.14, 91다39207 , 동 1992.5.12, 91다33872

47) 대판(전합) 1999.6.17, 98다40459

48) 대판 2002.5.14, 2002다12635

반대급부로서 대금지급에 관한 권리의무도 물권변동과 관련된 것인지 의문이고, 나아가 이러한 소유권이전의 물권변동은 허가 없이 불가능하므로, 허가의 취득과 관련된 당사자의 협력의무나 충실의무도 물권변동과 관련된 것으로 보아야 하는지 불명확하므로, 어떠한 권리의무에 대하여 그 유효·무효를 인정해야 할 것인지 의문이다. 그리고 附隨約定說은 허가를 받지 않은 상태의 매매계약 자체는 무효라고 하면서, 그러한 허가의 취득에 대한 事前合意로서 등기신청에 대한 합의는 유효한 것으로 보고, 그로부터 허가신청을 위한 협력의무가 발생한다는 것은 이해하기 어렵다. 즉 채권의 주된 내용에 해당하는 본질적 부분은 무효라고 하면서, 허가를 위한 부수적이고 종된 내용의 합의에 대하여 유효성을 인정하는 것은 논리적으로 문제가 있을 뿐만 아니라, 이를 인정할 만한 법적 근거도 발견할 수 없다. 그리고 실제거래에 있어서도 당사자들이 허가를 위하여 따로 부수적인 약정을 체결하는 것이 일반적인 상황은 아니다. 따라서 이러한 제한적 무효설은 동일한 법률행위의 효력을 아무런 법적 근거 없이 이원적으로 파악하는 점에 문제가 있다.

(3) 다수설과 판례의 입장인 流動的 無效說은 채권행위유효설이 적절하게 지적하는 바와 같이, 독일의 토지거래법에서 유래하는 전통적인 의미의 유동적 무효론이 채권계약의 기본적 효력을 인정하는 것과 배치된다. 그리고 토지거래계약이 무효라는 것은 법적 가치판단에 따라, 이미 무가치하여 소멸되고 폐기된 것을 의미하는데, 허가를 통하여 장래에 완성을 전제로 한다거나 허가를 받으면 소급적으로 유효하게 된다는 해석은 특별한 법률상의 근거가 없는 것으로서 부당하다. 이러한 점에서 앞의 해석론들과 마찬가지로, 무효인 계약관계로부터 당사자의 허가에 대한 협력의무를 요구하는 것은 논리적으로 모순이다. 그리고 토지거래에 있어서 당사자의 의사는 무효인 계약을 관청의 허가로서 유효화하겠다는 것이 아니라, 유효하게 성립한 계약을 관청의 허가로서 확정하겠다는 의사라고 해석하는 것이 타당하므로, 유동적 무효설은 설득력이 떨어진다고 생각된다. 특히 1991년 전원합의체판결과 그 이후의 판례동향에 대하여는 학설에 의하여 지속적인 논란의 대상이 되고 있다.⁴⁹⁾ 즉 이 판결의 취지를 긍정적으로 평가하는 입장은 민법상 본인의 追認을 얻지 못한 狹義의 無權代理人의

49) 이 판결의 평석으로 金相容, “土地去來許可의 法理構成”, 民事判例研究 XV, 1993, 260면 이하, 梁彰洙, “國土利用管理法上の 去來許可 對象土地에 대한 許可 없는 去來契約의 效力”, 考試研究, 2001 7, 117면 이하; 黃永善, “許可區域內的 土地 등에 對한 許可를 받지 않은 去來契約에 關한 判例의 檢討”, 釜山地方辯護士會誌 제12호, 1993 12, 135면 이하, 高翔龍, 전계논문, 15면, 曹永昌, 전계논문, 108면 이하, 金正道, 전계논문, 306면 이하, 許魯穆, 전계논문, 17면 이하 참조

責任(제135조)을 합리적으로 해석할 수 있는 편리한 근거를 제공하였다는 점과 許可나 證明을 요하는 다른 부동산거래의 경우에도 동일한 법리에 의하여 통합될 수 있다는 점, 그리고 토지소유권에 대한 공법적 규제의 이론적 도구로서 土地公概念의 남용을 방지하고, 입법의 잘못을 판례에 의하여 합리적으로 조정할 수 있음을 중요한 논거로 제시하고 있지만⁵⁰⁾, 앞서 본 바와 같이 채권행위유효설의 입장에서 직접적으로 이를 비판하는 논거 역시 만만치 않다.⁵¹⁾

2. 私見

(1) 허가 없는 토지거래의 효력을 논의함에 있어서, 토지거래허가제도의 취지를 도외시할 수는 없다. 다만 모든 투기적 거래를 법률상의 제도로서 규제할 수는 없기 때문에, 그러한 제도의 취지와 함께 법이론적 검토 역시 중요하게 고려되어야 할 것이다. 이러한 점에서 물론 허가 없는 토지거래의 채권적 효력을 인정하게 되면, 당사자 사이에 채권적 권리관계의 이행청구나 이행확보를 위한 가등기설정이 가능하므로, 투기적 거래의 기회와 여건이 형성될 수 있다는 반론이 가능하다. 그러나 토지거래허가제도의 취지는 투기목적의 거래를 억제하기 위한 것이지, 정상적인 거래활동까지 전면적으로 규제하기 위한 것은 아니다. 그리고 이러한 투기적 거래는 不動產登記特別措置法の 中間省略登記 禁止規定에 의하여 제한될 수 있고, 나아가 이행확보를 위한 假登記에 대하여는 不動產登記法 제37조 및 제38조에 의하여 어느 정도 제한되며, 나아가 가등기를 금지하는 규정의 신설로 해결이 가능하다. 반면 거래의 실상에 비추어 허가 없는 토지거래의 채권적 효력을 부인하게 되면, 매도인이 동일한 토지에 대하여 二重의 買賣契約을 체결하더라도, 형법상의 背任罪를 구성하지 못하게 되고⁵²⁾, 배임행위의 적극 가담에 의한 무효성을 인정할 수 없게 되므로⁵³⁾, 결국 매도인은 토지

50) 金相容, “土地去來許可制에 관한 流動的 無效의 法理”, 法과 正義(徑史李會昌先生華甲紀念), 1995, 590면 이하

51) 曹圭昌, 전개논문, 111면 이하

52) 대판 1992 10 13, 92도1070 ; 동 1994 6.14, 94도612

53) 대판 1969.11.25, 66다1565 , 동 1970 10 23, 70다2038 , 동 1972.4.28, 72다343 , 동 1973.6.26, 72다2293 , 동 1975 11 25, 75다1311 ; 동 1977.2.22, 75다226·227 , 동 1977 4.26, 76다2419 , 동 1978 1.24, 77다736 ; 동 1978 1.24, 77다1804 , 동 1978.4.11, 78다274 , 동 1979.3.27, 78다2303 ; 동 1979 6.12, 79다476 ; 동 1980.5.27, 80다565 ; 동 1980.6.10, 80다

거래의 허가를 미루면서, 2중·3중으로 최고가격을 제시하는 매수인을 찾아, 경매방식의 신종투기거래를 유효하게 성립시킬 가능성이 있다. 이러한 점에서 결국 債權行爲의 無效性を 인정하더라도 투기목적의 거래를 억제하고자 하는 제도의 취지에 적합한 결과를 나타내지는 못하는 것이다.

(2) 한편 허가 없는 토지거래계약의 효력과 관련하여, 특히 물권적 합의 역시 유효한 것으로 다룰 수 있는가의 문제가 있다. 부동산의 물권변동에 있어서 물권행위의 獨自性を 부인하는 입장에 선다면, 토지거래의 허가대상은 債權行爲에 한정될 뿐, 物權行爲에 대한 허가는 의미가 없는 반면, 물권행위의 독자성을 인정하게 되면, 허가의 대상이 채권행위인지 물권행위인지, 아니면 채권행위와 물권행위 전부를 의미하는지에 대하여 논란이 발생할 수 있다. 그런데 우리 민법에서는 물권행위의 독자성을 인정하거나 부정하는 명문규정이 없을 뿐만 아니라, 제186조에서 법률행위로 인한 物權의 變動이나 제188조에서 物權의 讓渡라는 개념을 사용하는 점에 비추어, 이론적으로 채권행위와 구별되는 물권행위의 개념 자체를 부정할 필요는 없다고 생각한다 다만 독일민법과 달리 登記官에게 實質的 審査權이 부여되어 있지 않으므로, 물권행위의 독자성을 인정할 실익이 있는지 의문이고, 독자적인 의미를 인정한다고 하더라도, 대체로 물권행위는 채권행위와 함께 이루어지기 때문에, 그러한 허가의 대상 역시 債權行爲과 物權行爲 전부를 포함하는 것으로 이해해야 할 것이다.⁵⁴⁾ 이에 대하여 종래 채권에 지나지 않는 土地賃借權의 設定도 허가의 대상이 되기 때문에, 물권적 합의를 허가대상이라고 하는 것은 이론적으로 타당하지 못하고, 그렇게 되면 토지거래허가제도는 투기방지의 실효성이 없어진다는 견해도 있다.⁵⁵⁾ 그러나 임차권의 설정이 허가의 대상이라고 하여, 물권적 합의가 허가대상이 될 수 없다는 논리는 부정확한 것이며, 나아가 현행 國土計劃利用法 제118조와 동 施行規則 제19조에 의한 서식 제12호의 토지거래허가신청서에 비추어 보면, 임차권의 설정 및 이전은 허가의 대상에서 제외되기 때문에, 물권행위를 허가의 대상이라고 보더라도 문제는 없다⁵⁶⁾

569, 동 1981 12 22, 81다카197; 동 1982 2 9, 81다1134, 동 1985 11 26, 85다카1580, 동 1988 9 27, 84다카2267, 동 1989 3.28, 87다카2372

54) 高翔龍, 物權行爲의 獨自性과 無因性論의 再檢討, 民法學特講, 法文社, 1995, 271면 이하

55) 金相容, 土地去來許可의 法理構成, 判例月報 제260호, 1992 5, 27면

56) 1978년 구 국토이용관리법 개정 당시 제21조의 3 제1항에서는 허가대상거래를 “소유권 또는 지상권 기타 사용·수익을 목적으로 하는 권리(이러한 권리의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)로서 대통령령이 정하는 권리를 이전 또는 설정(대가를 받고 이전 또는

또한 국토계획이용법상 허가를 요하는 토지거래계약은 소유권이나 지상권의 이전 또는 설정계약이나 그 취득을 목적으로 하는 권리의 이전 또는 설정계약 뿐만 아니라, 그러한 계약의 豫約까지 포함하고 있다(제118조 제1항). 이것은 모법인 日本의 「國土利用計劃法」(1974.6.25, 법률 제92호)에서도 마찬가지인데(동법 제14조 제1항), 일본의 경우에는 부동산물권변동에 관하여, 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 발생되는 對抗要件主義를 채택하고 있기 때문에(일본민법 제176조·제177조), 권리의 이전이나 설정계약 자체가 물권변동을 의미하고, 그러한 계약의 체결로서 물권변동의 효력이 발생하게 된다. 따라서 허가를 받지 않은 계약을 원천적으로 무효화하지 않으면, 토지거래허가제도의 취지를 살리지 못하기 때문에, 예약단계까지도 규제할 필요가 있었던 것이다. 그러나 不動產物權變動에 대하여 成立要件主義를 취하고 있는 현행법에 있어서는 굳이 계약의 무효 내지 유동적 무효로 취급할 필요가 없고, 예약을 포함시킬 필요도 없을 것이다.⁵⁷⁾

(3) 생각전대 제도적 취지나 이론적 측면에 비추어 허가 없는 토지거래의 채권적 효력은 유효한 것으로 하되, 그 효력의 발생을 허가 취득시까지 잠정적으로 정지시키는 이론구성이 타당할 것이다. 그리고 이러한 이론구성의 구체적 방법으로서, 규제지역 내의 토지거래에 대한 허가를 法定의 停止條件으로 파악하면 될 것이다. 즉 조건부 법률행위는 장래의 불확실한 사실을 조건으로 하여 법률행위의 유효한 성립을 인정하는 것이며, 따라서 토지거래의 허가를 받지 않은 상태에서도 유효한 계약의 성립이 인정될 수 있기 때문에, 토지거래계약에 특별한 무효사유가 존재하지 않는 한, 채권행위 자체는 유효한 것으로 다루어지고, 이러한 유효성에 근거하여, 당사자가 채권행위의 효력발생을 저지하거나 배신적 행위를 할 수 없는 忠實義務 및 허가신청을 위하여 상호 노력해야 할 協力義務를 부담하는 것으로 해석할 수 있다.

이다만 이러한 유효성은 관할관청의 허가라는 法定停止條件의 取得에 의하여 現實化되기 때문에, 허가를 취득한 후에 비로소 당사자에게 대금지급청구권이나 소유권이 전등기청구권과 같은 主된 給付請求權이 실효성을 갖게 되는 것이라고 할 수 있다.

설정하는 경우에 한한다)하는 계약(예약을 포함한다)”으로 규정하였고, 동법 시행규칙 제7조에 의한 서식 제6호 토지거래허가신청서의 양식에도, 소유권·지상권·전세권 외에 임차권의 이전 또는 설정을 명시적으로 포함하고 있었으나, 1999년 2월 8일의 개정시에 소유권과 지상권에 관한 거래만을 규정하고, 전세권과 임차권의 설정 및 이전은 제외하였으며, 그에 따른 동법 시행규칙상의 허가신청서 양식에서도, 소유권과 기타의 권리에 대한 이전 및 설정으로 변경되었다

57) 高翔龍, 전계논문(주12), 15면

물론 이 때 허가를 받지 않은 상태에서는 당사자 사이에 채권적 권리관계가 잠정적일 뿐이고, 정상적인 계약관계의 유지와 이행을 위한 충실의무를 부담하기 때문에, 특히 투기적 목적을 위한 이행청구 및 이행확보를 위한 가등기설정 등은 그 법적 취지에 비추어 불가능한 것으로 해석할 수 있으며, 이로써 매수인의 지위양도에 의한 투기적 거래는 방지될 수 있을 것이다.

또한 이러한 토지거래에 있어서 허가는 약정조건이 아니라 國土計畵利用法에 의하여 규정된 법정조건이지만, 법정조건 역시 민법규정의 취지에 반하지 않는 한, 약정조건과 동일하게 다루어질 수 있으므로, 조건에 관한 민법규정을 유추적용할 수 있을 것이다. 따라서 條件附權利의 侵害禁止에 관한 민법 제148조와 條件의 成就 및 不成就에 대한 당사자의 反信義行爲를 규제하는 제150조를 통하여, 허가 받지 않은 상태에서의 충실의무와 토지거래의 법정정지조건에 해당하는 허가 및 등기신청에 대한 협력의무의 法律的 根據를 발견할 수도 있다고 생각한다.

그리고 특히 허가의 대상을 무엇으로 볼 것인가와 관련하여, 허가 없는 토지거래의 채권계약을 유효한 것으로 취급하지 않는 견해에 의하면, 허가의 대상이 되는 법률행위 기타 법률적 행위 자체가 무효로서 부존재하게 되는데, 이는 다수설과 판례의 태도처럼 허가를 認可的 性質로 보는 해석론과 직접적인 모순관계를 야기한다. 왜냐하면 일반적으로 인가는 법률행위의 효력을 보충하는 形成的 行政行爲로서, 인가의 대상이 되는 기본적 행위가 不成立하거나 無效인 경우에는 認可를 받더라도 그 행위가 유효하게 될 수 없기 때문이다.⁵⁸⁾ 따라서 이러한 측면에서도 허가 없는 토지거래의 채권행위 유효설의 근거를 발견할 수 있을 것이다.

VI. 具體的인 法律關係

허가 없는 토지거래의 효력에 대하여, 채권행위를 유효로 보는 견해와 무효로 보는

58) 朴銳旿, 行政法講義(上), 國民書館, 1993, 380-381면, 金南辰, 行政法 I, 法文社, 1995, 244-245면, 石琮顯, 일반행정법(상), 二英社, 2003, 278-279면, 金東熙, 行政法 I, 博英社, 2003, 274-275면; 洪井善, 行政法原論(上), 博英社, 2003, 283-284면; 柳至泰, 行政法新論, 新英社, 2003, 121면, 金鐵容, 行政法 I, 博英社, 2003, 178-180면, 劉尙炫, 行政法 I, 蜃雪出版社, 2003, 266-268면; 이광윤·김민호, 최신행정법론, 法文社, 2003, 132-133면, 朴均省, 行政法論(上), 博英社, 2003, 267-268면, 대판 1960 1 15, 4291 행정상138, 동 1980 5 27, 79누196, 동 1987 8 18, 86누152; 동 1993 4 23, 92누15482, 동 1994 10 14, 93누22753, 동 1995.4.14, 94다12371, 동 2001.5.29, 99누7432

견해, 그리고 유동적 무효 내지 제한적 무효로 보는 견해에 따라, 구체적인 법률관계가 달라지게 된다.

1. 給付履行

(1) 허가를 받지 않은 상태에서 당사자의 이행청구, 즉 매수인의 所有權移轉登記請求權이나 土地引渡請求權, 매도인의 代金支給請求權을 행사할 수 있는가에 대하여 견해가 나누어진다. 토지거래에 대한 채권행위를 無效로 이해하는 학설과 판례의 입장에 따르면, 허가를 받지 않은 상태에서는 당사자 사이에 아무런 채권관계도 인정할 수 없기 때문에, 각각의 이행청구권을 행사할 수 없다. 물론 소유권이전등기청구권을 보전하기 위한 假登記를 청구할 수도 없고, 이를 피보전권리로 하는 處分禁止假處分도 할 수 없다는 결과가 된다.⁵⁹⁾ 그러나 債權行為有效說에 의하면 이러한 법률관계를 모두 인정할 수 있다.⁶⁰⁾ 다만 허가를 法定停止條件으로 이해하는 사건에 의하면, 허가를 취득하지 못한 상태에서도 채권관계는 유효하게 성립하지만, 이행청구권이 현실화되지 못하기 때문에, 그러한 청구권보전의 가등기청구나 처분금지가처분은 할 수 없게 되어, 투기목적의 토지거래를 방지할 수 있게 된다.

(2) 또한 관할관청의 허가를 조건으로 미리 將來履行의 訴로서 소유권이전등기절차의 이행을 청구할 수 있는가에 대하여도, 채권행위를 無效로 보는 견해와 판례에 의하면, 否定하는 것이 논리적이다.⁶¹⁾ 그런데 이러한 입장 중에는 만일 허가조건부 이행청구를 부인할 경우, 먼저 허가신청절차협력의무의 이행을 청구한 다음, 허가를 받은 후에 소유권이전등기청구소송을 제기하여야 하는 訴訟經濟上의 不合理 때문에, 당사자의 일방이 허가신청절차의 협력을 거절하고 거래계약의 효력을 다투는 경우라면, 장래이행의 소로서 요건을 갖춘 것이 되므로, 허가를 조건으로 한 소유권이전등기를 청구함에 하등 지장이 없다고 하는 反對見解가 있다.⁶²⁾ 물론 사건과 같이 채권행위의 유효성을 인정하게 되면, 장래이행의 소를 제기하는데 아무런 문제가 없으며, 소송경

59) 金玟中, 전게논문, 53-54면, 강인상, 전게논문, 472면 金光泰, 전게논문, 260면, 李宙興, 전게논문(주16), 60면 ; 陳英光, 전게논문, 65면 ; 吳昌洙, 전게논문, 12면, 대판 1996 6 28, 96다3982

60) 許魯穆, 전게논문, 182면

61) 李宙興, “土地去來許可에 있어서 이른바 流動的 無效에 관한 法律關係”, 民事裁判의 諸問題 제8권, 1994, 41면, 丁玉泰, 전게논문, 25면

제상 이를 인정하는 것이 바람직하다.

(3) 한편 계약상 매수인의 대금지급의무가 매도인의 소유권이전등기의무에 선행하여 이행하기로 약정되어 있었다고 하더라도, 매수인에게 대금지급의무를 인정할 수 있는가에 대하여, 채권행위를 無效로 보는 견해와 판례에서는 이를 否定하게 된다.⁶³⁾ 그런데 이러한 입장에 따르면서도, 허가를 받은 후에 이행할 것을 약정하였다면, 그 약정한 기일에 이행기가 도래하고, 허가 받기 전에 이행할 것을 약정하였다면, 허가 받은 후 즉시, 정확하게는 許可證이 매수인에게 도달한 익일에 이행기가 도래하므로, 당사자는 허가가 있기 전에는 이행할 필요가 없으나, 허가 받을 것을 예정해서 허가 후에 이행할 준비를 하여야 하며, 이미 허가 받기 전에 이행을 하였다면, 허가를 받은 후에는 유효한 이행이 된다는 견해가 있다.⁶⁴⁾ 그러나 이 견해 역시 기본적으로는 허가 받지 않은 상태의 채권관계를 무효로 보는 입장인데, 이행약정에 대하여는 許可를 전제로 유효하다고 보게 되는 논리적 모순을 안고 있다. 물론 허가를 법정정지조건으로 하여 채권행위를 有效로 이해하는 사건에 따른다면, 이러한 허가를 조건부로 하는 이행청구가 유효함은 당연하다.

2 契約의 無效·取消 및 解除의 意思表示와 損害賠償

(1) 계약당사자의 의사무능력이나 의사표시의 不一致 혹은 詐欺·強迫과 같은 瑕疵 있는 의사표시에 의하여 토지거래계약이 이루어진 경우에, 채권행위를 無效로 보는 견해와 판례에 의하면, 그러한 사유에 의한 매매계약의 무효·취소를 주장하는 것은 논리적으로 곤란하지만, 民法上の 二重效⁶⁵⁾를 인정하는 입장에서는 그러한 사유의 주장으로 허가신청의 협력에 대한 거절의사를 명백히 하고, 계약을 확정적으로 무효화 시킴으로써, 허가절차에 협력할 의무를 면할 수 있다.⁶⁶⁾ 한편 債權行為有效說에 의하

62) 李時潤, “土地去來에 관한 規制를 어긴 경우의 效力과 將來의 履行의 訴”, 民事裁判의 諸問題 제7권, 1993, 623면·625면; 金相容, 전계논문(주55), 28면, 吳昌洙, 전계논문, 10면, 孔淳鎭, 전계논문, 164면, 金正道, 전계논문, 353면; 陳英光, 전계논문, 64-65면

63) 대판(전합) 1991.12.24, 90다12243, 동 1997.7.25, 97다4357·4364

64) 金相容, 전계논문(주55), 36면

65) 보다 자세한 것은 高翔龍, “民法上 이른바 「二重效」의 意味”, 民法學特講, 法文社, 1995, 53면 이하

66) 金政中, 전계논문, 60면, 대판 1996.11.8, 96다35309, 동 1997.11.14, 97다36118

면, 이러한 무효·취소의 의사표시를 통하여 계약을 무효화하는 것은 이론적으로 당연히 가능하다.

(2) 허가를 받지 않은 토지거래에 있어서, 당사자의 代金支給義務나 所有權移轉義務의 不履行을 원인으로 한 契約의 解除를 주장할 수 있는가에 대하여, 채권행위를 무효로 보는 견해와 판례는 계약내용에 따른 당사자의 의무를 인정할 수 없으므로, 매매계약의 불이행을 이유로 하여서는 해제할 수 없다고 하는 것이 논리적이다.⁶⁷⁾ 반면 債權行爲有效說의 입장에서는 이를 부정할 이유가 없다.⁶⁸⁾ 사건에 따르면 허가를 받지 않은 상태에서도 채권행위의 효력은 인정되지만, 당사자에게 현실적인 이행의무가 발생하지 않으므로, 채무불이행을 인정하기 어렵고, 따라서 계약의 해제는 곤란하다.

(3) 당사자는 허가를 받지 않은 매매계약에 대하여, 민법 제565조 제1항에 의한 解約金約定에 따라, 계약금을 포기하거나 계약금의 배액을 상환하고 解除할 수 있는가. 債權行爲無效說에 의하면, 허가를 받지 않은 매매계약은 그 효력이 발생되지 않으므로, 계약체결시에 받은 계약금도 해약금으로서 몰수 또는 지급청구를 할 수 없다고 하여 부정한다.⁶⁹⁾ 다만 이러한 입장 중에는 해약금약정의 행사요건으로서, 제565조 제1항의 “당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지…해제할 수 있다”는 규정에 비추어, 허가신청 협력의무의 이행으로서 허가신청서가 제출되었을 경우에는 이행의 착수가 있다고 보아 해제할 수 없지만, 그 이전에는 사적 자치의 원칙에 비추어, 당사자가 합의해제하거나 해제권을 유보한 토지거래를 통하여 약정해제권을 행사하는 것은 가능하다는 견해도 있다.⁷⁰⁾ 물론 債權行爲有效說에 의할 경우, 이러한 해제가 가능함은 당연한 논리적 귀결이다. 한편 판례는 특별한 사정이 없는 한, 토지거래허가를 받지 않아 유동적 무효상태인 매매계약에서도, 매수인이 매도인의 협력의무이행을 촉구하거나 매도인이 그 의무이행을 거절함에 대하여 의무이행을 구하는 소송을 제기하여 1심에서 승소판결을 받은 것만으로는 매수인이 그 계약의 이행에 착수하였다고 할 수 없기 때문에, 매도인이 계약금의 배액을 상환하고 적법하게 해제할 수 있다고 한

67) 대판(전합) 1991.12.24, 90다12243, 동 1992.7.28, 91다33612, 동 1994.8.26, 94다23319, 동 1995.1.24, 93다25875

68) 許魯穆, 전계논문, 182면

69) 李銀榮, 전게서, 429면

70) 丁玉泰, 전계논문, 25면; 姜文鍾, 전계논문, 135-137면

다.⁷¹⁾ 생각건대 허가 없는 토지거래의 효력을 무효로 보는 한, 합의해제나 약정해제권의 유보에 의하여 무효인 계약을 해제한다는 것은 논리적 모순이지만, 이른바 二重效의 法理에 비추어 불가능한 것은 아니다. 사건에 의하더라도 당사자 사이의 채무불이행은 인정할 수 없지만, 합의해제 내지 약정해제권의 유보는 유효하기 때문에, 제 565조 제1항의 요건에 해당하는 한도에서는 가능할 것이다.

(4) 債權行為無效說과 判例의 입장에서는 계약내용에 따른 당사자의 의무를 인정할 수 없으므로, 대금지급이나 토지소유권이전의 債務不履行을 원인으로 한 損害賠償請求權은 인정되지 않으며⁷²⁾, 나아가 損害賠償의 豫定 역시 불가능하다.⁷³⁾ 반면 債權行為有效說의 입장에서는 채무불이행으로 인한 손해배상청구가 가능하겠지만, 사건으로는 허가를 받지 않은 상태에서 당사자의 현실화된 이행의무를 인정할 수 없기 때문에, 채무불이행을 근거로 한 손해배상청구권도 인정하기 어려울 것이라고 생각한다.

3. 不當利得返還

(1) 허가를 받지 않은 토지거래계약에 근거하여, 契約金 기타 代金の 일부 또는 전부를 지급한 경우에, 이를 不當利得으로서 返還請求할 수 있는가에 대하여 견해의 대립이 있다. 즉 債權行為無效說에 의하면 일단 허가를 취득하지 못한 토지거래의 채권적 효력을 부정하므로, 그러한 계약금 기타 대금의 지급은 법률상 원인 없는 급여가 되고, 따라서 확정적 무효가 되기 전에도 부당이득에 근거하여 반환을 청구할 수 있다고 한다. 물론 이러한 견해에 따르면, 반대로 매도인이 매수인에게 목적물을 인도한 경우에, 매수인의 점유 및 토지사용으로 인한 이득 역시 부당이득으로서 반환해야 한다.⁷⁴⁾ 그런데 유동적 무효상태의 법률관계라고 하더라도, 매매계약의 체결사실은 존재하기 때문에, 이를 일반적인 무효와 동일시 할 수는 없으며, 매수인이 허가가 날 것을 예상하여 임의로 미리 지급한 계약금 기타 대금은 계약이 장래 유효하게 될 것을 기대하고서 급여한 것이므로, 이는 법률상 원인 없는 대금의 수수가 아니고, 따라서 유동적 무효인 상태에서 원칙적으로 부당이득반환청구는 곤란하지만, 허가를 취득

71) 대판 1997 6 27, 97다9369, 동 1997 7 25, 97다4357·4364

72) 대판 1994 1 11, 93다22043, 동 1997 7 25, 97다4357·4364

73) 대판 1991 6.14, 91다7620

74) 李銀榮, 전제서, 428면

하지 못하여 계약이 확정적으로 무효로 되었을 때에는 반환을 청구할 수 있다는 견해가 오히려 일반적이다.⁷⁵⁾ 나아가 허가가 있기 전에 계약금 기타 대금을 지급하는 것은 非債辨濟의 일종이지만, 토지거래계약이 확정적으로 무효가 될 때까지는 그 반환을 청구할 수 없고, 거래계약이 확정적으로 무효가 되어 반환을 청구할 수 있는 경우에는 善意의 非債辨濟者는 물론, 惡意의 非債辨濟者도 반환을 청구할 수 있으며, 거래계약이 허가를 받아 유효하게 되면 매매대금에 충당되는 특수한 비채변제로서, 이를 流動的 非債辨濟라고 주장하는 견해도 있다.⁷⁶⁾ 한편 부당이득반환청구권의 성립 자체를 부정할 수는 없으나, 토지거래를 유효하게 이루어지도록 협력하여야 할 위치에 있는 매수인이 계약금 기타 대금을 지급한 후, 계약의 효력을 부인하면서 그 반환을 구하는 것은 信義則에 비추어 허용되지 않는다는 견해도 있다.⁷⁷⁾ 물론 債權行爲有效說에 의하면 그러한 급여는 정당한 채무의 이행이 되므로, 부당이득의 반환청구는 부정되어야 할 것이다.

(2) 判例는 매수인이 임의로 지급한 계약금 기타 대금은 그 계약이 유동적 무효상태로 있는 한, 부당이득으로서 반환을 구할 수 없고, 유동적 무효상태가 확정적으로 무효가 되었을 때, 비로소 그 반환을 청구할 수 있다고 한다.⁷⁸⁾ 이 때 채권자나 채무자가 여러 사람인 경우에, 특별한 의사표시가 없으면, 각 채권자와 채무자는 균등한 비율로 권리를 갖거나 의무를 부담하기 때문에, 불가분채권채무관계는 될 수 없고, 따라서 매도인 중의 1인이 매수인 중의 1인에 대하여 계약금 전액을 반환할 의무는 없다고 한다.⁷⁹⁾ 그리고 토지거래계약이 확정적으로 무효가 된 상태에서, 이미 지급한

75) 朴海成, “國土利用管理法上 規制地域 내에 있는 토지에 대하여 去來許可를 받지 아니하고 체결한 買賣契約에 기하여 지급한 契約金을 不當利得으로 반환을 구할 수 있는지 여부”, 大法院判例解説 제19-1호, 1993.12, 197-199면, 金俊鎬, “『流動的 無效』에 관한 判例理論”, 司法行政 제398호, 1994.2, 43면, 金熙泰, “土地去來許可地域內의 土地에 대한 去來許可前의 二重讓渡와 背任罪의 成否”, 법조 제44권 제7호, 1995.7, 112면; 李光範, “國土利用管理法上의 土地去來許可를 받지 않아 流動的 無效인 契約의 法律關係”, 大法院判例解説 제29호, 1998.6, 279면; 金玟中, 전게논문, 64면, 姜文鍾, 전게논문, 141면; 吳昌洙, 전게논문, 13면

76) 金相容, 전게논문(주50), 586-588면

77) 李宙興, 전게논문(주61), 47면, 孔淳鎭, 전게논문, 167면

78) 대판 1993.6.22, 91다21435; 동 1993.7.27, 91다33766; 동 1993.9.14, 91다41316, 동 1995.4.28, 93다26397; 동 1995.6.9, 95다2487; 동 1996.6.28, 95다54501, 동 1996.11.22, 96다31703; 동 1997.11.11, 97다36965·36972

매매대금의 반환에 관하여, 당사자들이 민법상의 부당이득반환과는 다른 내용의 반환 약정을 하였다면, 그것은 무효가 된 계약과는 별개의 계약으로서 유효하다고 판시하였다.⁸⁰⁾

(3) 한편 토지거래허가제도를 규정하고 있는 강행법규의 취지에 비추어, 이러한 계약금 기타 대금의 반환청구에 대하여는 不法原因給與의 抗辯이 문제될 수 있다 다만 불법원인급여에 관한 다수설과 판례의 입장은 민법 제746의 불법원인이 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서 위반행위와 동일한 것으로 이해하기 때문에, 허가 없는 토지거래로서 금지법규에 위반한 경우일 지라도, 그것은 불법원인급여에 해당하지 않는 것으로 이해한다.⁸¹⁾ 그러므로 허가를 받지 않은 상태에서 지급된 계약금 기타 대금의 부당이득반환청구에 대하여, 불법원인급여의 항변은 허용되지 않을 것이다.⁸²⁾ 그리고 불법원인의 의미를 善良한 風俗違反 내지 그 보다 좁게 해석하는 견해에서도 마찬가지일 것이다.⁸³⁾ 물론 강행법규 중에서 效力規定 違反行爲를 포함하는 광의의 견해는 허가 없는 토지거래의 효력에 대한 국토계획이용법 제118조 제6항의 성질에 따라 해석을 달리 할 것이다.⁸⁴⁾

79) 대판 1993.9.14, 91다41316

80) 대판 1996.11.22, 96다31703

81) 郭潤直, 債權各論, 博英社, 2000, 443면, 金曾漢, 債權各論, 博英社, 1988, 432-433면; 李太載, 債權各論, 進明文化社, 1990, 435면; 金顯泰, 債權法各論, 一潮閣, 1986, 346면, 金錫宇, 債權法各論, 博英社, 1978, 469면; 金基善, 韓國債權法各論, 法文社, 1988, 384면, 黃迪仁, 債權法各論, 博英社, 1999, 302면; 金疇洙, 債權各論, 三英社, 1997, 590면; 權龍雨, 債權各論, 法文社, 1994, 463면, 崔鍾吉, “民法 第746條의 適用範圍”, 法政, 1965.12, 23면, 대판 1960.12.27, 4293민상359; 동 1965.11.30, 65다1837, 동 1969.11.11, 69다925, 동 1983.11.22, 83다430; 동 1991.3.12, 90다18524

82) 李宙典, 전제논문(주61), 47-48면

83) 高翔龍, 民法總則, 法文社, 1999, 356면, 金先錫, 註釋債權各則(III), 韓國司法行政學會, 1986, 199면, 張在賢, 債權法各論, 玄岩社, 1999, 458면, 宋德洙, “不法原因給與”, 民法學論叢·第二(厚巖郭潤直先生古稀記念), 博英社, 1995, 434면, 高貞明, “不法原因給與와 그適用上의 特殊問題”, 國民大法政論叢 제7집, 1985, 34-35면; 文興洙, “不法原因給與規定의 意義 및 適用範圍”, 法曹 제45권 제12호, 1996.12, 150면; 崔錦淑, “不法原因給與返還의 擴大에 관한 考察”, 韓國民法理論의 發展(II), 博英社, 1999, 950-952면

84) 金相容, 債權各論(下), 法文社, 1998, 65면; 李銀榮, 債權各論, 博英社, 2000, 710면, 權五乘, “不法原因給與”, 民法의 爭點, 法元社, 1990, 405면

(4) 사건으로는 허가 없는 토지거래의 채권적 효력을 인정하는 입장이므로, 매수인이 허가의 취득을 기대하고 임의로 지급하거나 당사자의 별도약정에 의하여 지급된 계약금 기타 매매대금은 유효한 채무의 이행이 되므로, 不當利得返還請求는 곤란하다고 생각한다. 또한 현실적으로도 허가 없는 상태에서 매수인이 지급한 계약금 기타 매매대금의 반환청구를 인정하게 되면, 그 후 관할관청의 허가를 취득하는 경우에는 반환된 대금을 매수인이 다시 지급하여야 하므로, 부당이득으로서 반환을 청구한 의미가 없게 되는 결과를 낳는다. 물론 불허가처분 등에 의하여 계약의 효력이 확정적으로 소멸되는 경우에는 부당이득의 반환이 인정되어야 할 것이다. 한편 불법원인급여로서 급여자의 반환청구를 배척하는 것은 불법원인으로부터 자유롭지 못한 수익자 측에 불법의 상태를 고착화시키는 것이고, 결국 그것은 유효한 계약의 이행상태와 동일하게 되므로, 민법 제103조가 반사회적 법률행위의 무효를 선언한 것과 모순되는 상태를 야기하는 불합리를 내포하고 있다. 따라서 불법원인급여제도의 적용범위는 가능한 한 좁게 해석되어야 하며⁸⁵⁾, 허가 없는 토지거래에 있어서도, 계약금 기타 매매대금의 반환청구에 대한 매수인의 불법원인급여 항변은 인정될 수 없다고 생각한다.

4. 許可申請에 대한 協力義務

(1) 協力義務의 根據

① 허가를 받지 않은 토지거래에 있어서 당사자는 許可의 申請 및 取得이나 契約의 履行을 방해하지 않는 등, 매매계약의 유효한 성립과 이행을 위하여 상호 協力해야 할 義務를 부담한다. 다만 이러한 협력의무의 근거에 대하여, 債權行爲有效說에서는 유효한 채권관계로부터 발생하는 것으로 이해하는데 어려움이 없지만, 債權行爲無效說의 입장에서는 그 근거를 설명하기가 쉽지 않기 때문에, 다시 몇 가지의 견해로 나누어진다. 즉 등기신청에 대한 당사자의 협력의무는 계약 자체로부터가 아니라, 신의칙에 따라 계약협상의 개시를 통하여 성립하는 전계약적 법률관계에서 발생하는 효과로 보는 견해도 있고(信義則說)⁸⁶⁾, 당사자는 토지거래계약에서 장래 허가를 받아 매

85) 拙稿, “民法 第746條 不法의 意味에 대한 一考察”, 民事法學 제19호, 2001, 169면

86) 嚴東燮, “流動的 無效의 法理와 損害賠償責任”, 民事判例研究 XVII, 1995, 83면, 金相容, 전계논문(주55), 34면; 丁玉泰, 전계논문, 25면, 孔淳鎮, 전계논문, 162면, 金正道, 전계논문, 335면, 金熙泰, 전계논문, 114-115면, 李光範, 전계논문, 278면, 吳昌洙, 전계논문, 9면, 陳英光, 전계논문, 62면, 金玟中, 전계논문, 58면

매계약상의 권리의무를 발생시키는 주된 합의 외에, 허가를 받기 위하여 상호 협력해야 할 의무에 대하여도 사전합의를 하는데, 바로 이러한 부수적 사전합의로부터 협력의무가 발생한다는 견해도 있다(附隨約定說).⁸⁷⁾ 한편 判例는 허가구역 내의 토지거래계약에 있어서, 쌍방 당사자가 공동으로 관할관청의 허가를 신청할 의무가 있고, 당사자는 그러한 협력의무의 이행을 거절할 수 없으며⁸⁸⁾, 허가신청절차에 협력하지 않는 당사자에 대하여, 협력의무의 이행을 소송으로써 구할 이익이 있고⁸⁹⁾, 협력의무 이행청구권을 보전하기 위한 所有權確認請求 내지 제3자 명의의 所有權移轉登記 抹消請求權을 代位 行使할 수 있다고 판시한다.⁹⁰⁾ 그러나 判例는 협력의무의 근거에 대하여는 명확한 입장을 밝히지 않고 있으며, 다만 하급심판결 중에 허가를 받지 않은 토지거래의 채권적 효력을 부인하더라도, 계약의 성립 자체로부터 그 목적달성에 협력할 의무를 부담한다고 보는 것이 信義誠實의 原則에 비추어 타당하다는 판시는 있다.⁹¹⁾

② 협력의무의 근거에 대한 학설을 검토해 보면, 債權行為無效說은 허가를 받지 않은 토지거래계약의 채권적 효력을 부정하면서, 당사자에게 허가를 저지·방해하는 반신의행위를 하지 않을 충실의무 내지 허가를 받기 위한 협력의무가 발생하는 근거를 설명하기가 매우 곤란하다 그 중에서 특히 信義則說은 계약체결의 교섭단계에서부터 발생할 수 있는 전계약적 법률관계를 유동적 무효 상태에서도 인정하자는 것인데, 토지거래에 있어서는 허가를 받지 않았을 뿐이고 계약은 이미 체결된 상태이므로, 이를 전계약적 법률관계라고 할 수 있을지 의문이다 그리고 등기신청에 대한 협력의무가 신의칙에 근거한 것이라면, 허가의 취득 여부에 관계없이 그러한 협력의무를 인정할 수 있어야 할 것인데, 이후에 허가를 취득하여 유효한 계약으로 확정된 경우에는 별론으로 하더라도, 허가를 받지 못하여 확정적으로 무효가 된 경우에 협력의무의 운명은 어떻게 되는지, 만일 소급하여 소멸한다면 그 근거는 어디에 있는지, 그리고 이때 협력의무위반으로 인한 손해배상청구권도 역시 소급하여 소멸하는 것인지 불명확

87) 李銀榮, 전계논문, 21면

88) 대판 1992 10 27, 92다34414, 동 1993.8 27, 93다15366

89) 대판(전합) 1991 12 24, 90다12243, 동 1993 1 12, 92다36830, 동 1993 3 9, 92다56575, 동 1995 1 24, 93다25875, 동 1995.12 12, 95다28236

90) 대판 1992 10 27, 92다34414; 동 1993 3 9, 92다56575, 동 1994 12 27, 94다4806

91) 서울지판 1989 8 29, 89가합18738

하다. 왜냐하면 허가를 받지 않은 상태에서 그러한 협력의무위반으로 인하여 이미 발생한 손해가 있다면, 그러한 사실적 관계로서 발생한 손해를 법리적 의제로서 소멸시킬 수는 없을 것이기 때문이다. 또한 附隨約定說 역시 실제 거래에서 당사자가 허가신청의 협력의무를 내용으로 하는 부수적 약정을 의식적으로 체결하는지 의문이며, 이행의무와 관련된 주된 약정의 무효에도 불구하고, 종된 약정으로서 이러한 협력의무의 약정이 효력을 가지는 근거를 충분히 설명하지 못하고 있다.⁹²⁾ 한편 종래 토지거래계약이 체결된 사실이 있으면, 국토계획이용법 제118조에 의하여 허가 여부를 결정할 필요가 있으므로, 이러한 법률의 규정에 의하여 매도인에게 허가신청절차에 협력할 의무가 부과되는 것으로 보는 견해(法律規定說)가 있었는데⁹³⁾, 국토계획이용법 제118조가 당사자에게 협력의무를 명시적으로 인정한 규정인지 의문일 뿐만 아니라, 이는 구체적인 내용에 비추어 신의칙설과 같은 의미이며, 굳이 법률규정설이라는 표현을 쓸 필요가 없다고 생각한다.⁹⁴⁾

③ 허가를 법정정지조건으로 파악하는 사건에 의하면, 일단 허가 없는 토지거래의 채권적 효력은 인정되고, 다만 채권관계의 본질적 효력인 이행의무는 허가를 취득할 때까지 현실화되지 않을 뿐이므로, 허가를 저지·방해하는 반신의행위를 하지 않을 충실의무 내지 허가를 취득하기 위하여 당사자가 협력할 의무는 유효한 채권관계에 근거하여 존재하는 것으로 이해할 수 있다.

(2) 協力義務違反과 解除

① 허가 없는 토지거래계약의 효력유무에도 불구하고, 당사자의 허가신청에 대한 협력의무는 인정되지만, 그러한 협력의무의 위반을 근거로 계약 전체의 해제가 가능한 것인가에 대하여는 견해가 엇갈리고 있다. 이 문제는 보통의 채무관계에 있어서도

92) 嚴東燮, 전계논문, 82-83면, 金玟中, 전계논문, 56-57면; 李光範, 전계논문, 277-278면

93) 李宙興, 전계논문(주16), 63면

94) 이 견해의 주창자인 李宙興판사의 논문(주16)에 의하더라도, “법에 의하여 매도인에게 허가신청협력의무를 부여하고 있다”고 하면서, “허가신청절차에 협력할 신의칙상 의무를 부담한다”는 서울민사지방법원의 판결(1989 8 29, 89가합18738)을 인용한 후, “이렇게 해석하는 것이 토지거래허가제도를 악용하려는 당사자의 불성실을 배제하고, 토지거래허가신청의 이행을 권장하게 되므로, 법의 입법취지에도 부합하게 될 것이다”(63-64면)라고 한 점에 비추어 보면, 여기서 「법」이라고 표현한 것 역시 하나의 법원칙으로서 신의칙을 의미하는 것으로 보이고, 나아가 다른 논문(주61), 37면, 38면, 45면에서는 완전히 신의칙에 따른 설명을 하고 있다.

부수적 의무의 불이행에 대한 손해배상청구는 가능하지만, 그 불이행으로 인하여 토지거래계약의 목적을 달성할 수 없게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 계약의 해제는 불가능한 것으로 보는 것이 학설과 판례의 일관된 입장이므로⁹⁵⁾, 협력의무의 이행이 토지거래계약의 주된 급부의무에 해당하는가 아니면 단순한 부수적 의무에 불과한 것인가를 먼저 검토해야 할 것이다. 이에 대하여 허가 대상토지의 거래에 있어서는 허가의 취득여부에 따라 그 법률행위의 효력이 좌우되므로, 그러한 허가신청절차에 협력할 의무는 토지거래계약의 목적달성에 불가결한 것이어서, 주된 급부의무에 준하는 것으로 볼 수 있고, 설령 이를 부수적 의무에 지나지 않는 것으로 보더라도, 그러한 협력의무의 이행은 채무이행의 전제조건이 되거나 계약의 목적달성에 중대한 영향을 미치는 채무이므로, 허가신청협력의무의 불이행은 法定解除權의 發生原因이 되는 債務不履行에 해당된다고 해석하는 견해가 있다.⁹⁶⁾ 반면 이러한 협력의무는信義則에 근거한 附隨的義務에 불과할 뿐이므로, 그 불이행을 근거로 거래계약 자체를 해제하는 것은 곤란하다는 견해도 있다.⁹⁷⁾ 한편 판례는 토지거래계약의 효력이 완성되도록 허가신청에 협력할 의무를 이행하지 않았다는 이유로, 거래계약 자체를 일방적으로 해제할 수는 없다고 판시하였다.⁹⁸⁾

② 생각컨대 이러한 협력의무의 불이행을 근거로 계약 전체의 해제가 가능하기 위하여는 허가신청에 대한 협력의무가 토지거래계약의 목적달성을 위한 전제조건 내지 중대한 영향을 미치는 채무로서, 주된 급부의무 또는 그에 준하는 의무라는 명제가 성립되어야 한다. 물론 허가를 취득하지 못하는 상황 중에는 당사자의 협력의무이행과 무관한 행정절차적 사유로 인한 경우도 있겠지만, 허가의 법적 성격을 자유로운 거래관계를 완성시키는 인가로 이해하는 한, 당사자들이 협력의무를 충실하게 이행한다면, 일반적으로 허가의 취득은 가능할 것이고, 확정적으로 유효한 토지거래가 이루어질 수 있을 것이다. 이러한 점에서 허가취득에 대한 당사자의 협력의무는 주된 급

95) 郭偶直, 전거서, 114면; 金相容, 전거서, 154-155면, 金曾漢·金學東, 債權總論, 博英社, 1998, 23면, 대판 1968 11 5, 68다1808, 동 1976 4.27, 74다2151, 동 1992 6.23, 92다7795, 동 1994 12.22, 93다2766, 동 1997 4 7, 97마575; 동 2001 11.13, 2001다20394·20400

96) 蘇在先, “去來許可區域內 土地의 許可區域指定解除와 流動的 無效·契約解除의 可否”, 判例月報 제348호, 1999 9, 32면, 姜文鍾, 전거논문, 139-140면, 陳英光, 전거논문, 63면

97) 金玟中, 전거논문, 61면

98) 대판 1992 7 28, 91다33612, 동 1994 8 26, 94다23319; 동 1995 1 24, 93다25875, 동(전합) 1999 6.17, 98다40459

부 자체는 아니라고 하더라도, 이에 준하는 정도의 중요한 의무에 해당하는 것으로 파악해야 할 것이고, 따라서 협력의무의 불이행을 원인으로 하여 토지거래계약 전체를 해제할 수 있다고 생각한다.

(3) 協力義務違反과 損害賠償請求權

① 보통의 채권관계에 있어서 부수적 의무의 불이행이 있는 경우에, 계약의 해제는 곤란하더라도 損害賠償請求는 가능하다는 것이 학설과 판례의 일반적인 입장이다.⁹⁹⁾ 이러한 태도는 허가를 얻지 못한 토지거래에 있어서도 마찬가지이므로, 당사자 일방의 협력의무불이행으로 인하여 상대방에게 손해가 발생한 때에는 그로 인한 손해배상 책임이 발생하며, 손해배상의 예정 내지 위약금의 약정을 하는 것도 유효하다는데 이견이 없다.¹⁰⁰⁾ 판례 역시 협력의무를 이행하지 않은 당사자에 대하여, 그러한 債務不履行과 因果關係 있는 손해의 배상책임을 인정하였으며¹⁰¹⁾, 그러한 損害賠償의 豫定 내지 違約金の 約定도 유효하다고 판시하였다.¹⁰²⁾ 다만 이러한 손해배상책임의 성질과 배상의 범위에 대하여 견해가 나누어지고 있는데, 이것은 협력의무의 근거에 관한 입장의 차이에서 기인한다. 즉 債權行為有效說이나 附隨約定說에 의하면 협력의무위반으로 인한 손해배상책임은 채무불이행책임으로 보고, 그 범위는 履行利益의 賠償으로 이해하는 반면¹⁰³⁾, 信義則說에 따르면 계약협상의 중단 혹은 계약성립에 대한 신뢰의 위반으로서, 계약체결상의 과실책임으로 이해하게 되고, 따라서 배상의 범위는 信賴利益에 한정된다.¹⁰⁴⁾ 물론 신의칙설의 입장을 취하면서도, 확정적 무효인 원시적

99) 郭潤直, 債權總論, 博英社, 2000, 86면, 金曾漢·金學東, 전거서, 23면, 金亨培, 債權總論, 博英社, 1998, 35면; 金相容, 債權總論, 法文社, 2000, 26-27면, 대판 1997 4 25, 96다53086, 동 1999 2 23, 97다12082, 동 2000 5 16, 99다47129, 동 2001 7 27, 99다53734

100) 金弘燁, “土地去來許可區域내의 土地買賣契約締結時 協力義務不履行 내지 許可申請以前 買賣契約의 撤回에 대한 賠償額豫定の 效力”, 法曹 제44권 제4호, 1995.4, 171면; 李銀榮, 전거논문, 22면, 金相容, 전거논문(주50), 589면, 姜文鍾, 전거논문, 144-145면, 金正道, 전거논문, 339-342면, 李光範, 전거논문, 281면, 吳昌洙, 전거논문, 11면, 陳英光, 전거논문, 63면

101) 대판 1995 4 28, 93다26397

102) 대판 1994.4 15, 93다39782, 동 1996.3 8, 95다18673, 동 1997 2 28, 96다49933; 동 1998 3 27, 97다36996

103) 李銀榮, 전거논문, 22면, 姜文鍾, 전거논문, 146면

불능의 경우와 유동적 무효인 경우는 그 상황이 다르므로, 마땅히 이행이익의 배상이 인정되어야 한다는 견해도 있다¹⁰⁵⁾

② 생각건대 앞서 본 바와 같이 협력의무에 대한 사건의 내용에 비추어 보면, 기본적인 채권관계의 효력으로서 당사자의 협력의무를 인정할 수 있기 때문에, 그러한 의무 위반과 인과관계 있는 손해의 배상책임을 인정하는 것은 당연하고, 손해배상책임의 성질은 유효한 채권관계에 근거한 채무불이행책임으로서, 범위 역시 履行利益의 賠償으로 이해할 수 있을 것이다.

5. 土地去來 許可區域의 指定解除와 指定期間 滿了

(1) 토지거래 허가구역의 지정기간 중에 허가를 받지 않고 거래계약을 체결하였으나, 許可區域指定이 解除되거나 指定期間이 滿了된 후 再指定되지 않은 경우에도, 관찰관청으로부터 허가를 받아야 하는 지에 대하여 견해가 나누어지고 있다. 이에 대하여 허가구역지정이 해제되거나 허가지정기간이 만료된 후 재지정되지 않은 것은 허가구역 내에서의 토지거래에 관하여는 더 이상 허가를 받지 않더라도, 투기적 토지거래와 급격한 지가상승의 방지라는 토지거래허가제도의 목적달성에 지장이 없게 되어, 허가의 필요성도 소멸한 것이기 때문에, 토지거래계약은 확정적으로 유효한 것이 되어 다시 허가를 받을 필요가 없다는 견해가 주장된다.¹⁰⁶⁾ 그에 반하여 당초 허가구역 지정기간 중에 허가구역내의 토지에 관하여 체결된 거래계약은 허가구역지정이 해제되거나 허가지정기간이 만료된 후에도, 법률상 토지거래허가제도가 폐지되지 않은 이상, 여전히 허가를 받아야 한다는 견해도 있다.¹⁰⁷⁾ 判例는 허가구역의 지정해제나 지정기간의 만료로 인하여, 허가를 받지 않은 토지거래계약도 더 이상 허가를 받을 필요가 없는 확정적 유효가 되므로, 다시 허가를 받을 필요 없이 그 계약에 기하여 바

104) 金相容, 전계논문(주55), 34면

105) 嚴東燮, 전계논문, 86면, 丁玉泰, 전계논문, 25면

106) 金熙東, “國土利用管理法上 土地去來 許可區域의 指定解除와 指定期間中에 締結된 去來 契約의 效力”, 大法院判例解説 제32호, 1999 10, 244-245면, 250면, 梁彰洙, 전계논문, 120면, 감사원 1995 4 18, 95감결53

107) 尹喆祺, “土地去來許可區域指定의 解除와 流動的 無效”, 法律新聞 제2812호, 1999.8, 14면, 金相容, 전계논문(주49), 268면; 蘇在先, 전계논문, 36면; 金政中, 전계논문, 67면, 鄭震明, 전계논문, 490면, 법원행정처 질의회신 1996 10 7, 문서번호 등기 3402-789호

로 이행청구를 할 수 있다고 한다.¹⁰⁸⁾

(2) 생각건대 이러한 문제는 토지거래허가구역의 지정해제 내지 지정기간의 만료 후, 재지정을 하지 않는 취지를 고려할 필요가 있다. 즉 지정해제 내지 지정기간만료 후에도, 토지거래허가제도가 존속하는 한, 여전히 투기억제와 지가상승방지의 목적은 남게 되고, 그러한 토지거래계약 역시 투기적 거래가 성행할 우려가 있었던 시기에 체결된 사실에는 변함이 없다. 그러나 허가구역의 지정해제나 기간만료 후에도 재지정을 하지 않은 것은 당해 토지에 관한 한, 투기억제 등의 제도적 목적이 상실되었기 때문인 것으로 이해해야 하고, 이론적으로도 토지거래에 대한 허가가 인가적 성질로서 개인의 사적 자치에 대한 행정적 보완을 의미한다면, 당해 거래계약은 이미 허가를 받은 것과 마찬가지로 취급하여, 유효한 것으로 보아야 하므로, 다시 허가를 받을 필요는 없다고 할 것이다.

108) 대판(전합) 1999 6 17, 98다40459 (다수의견) 토지거래허가구역으로 지정된 토지에 관하여 건설교통부장관이 허가구역 지정을 해제하거나 또는 허가구역 지정기간이 만료되었음에도, 허가구역 재지정을 하지 아니한 취지는 당해 구역 안에서의 개별적인 토지거래에 관하여, 더 이상 허가를 받지 않도록 하더라도, 투기적 토지거래의 성행과 이로 인한 지가의 급격한 상승의 방지라는, 토지거래허가제도가 달성하려고 하는 공공의 이익에 아무런 지장이 없게 되었고, 허가의 필요성도 소멸되었으므로, 허가구역 안의 토지에 대한 거래계약에 대하여 허가를 받은 것과 마찬가지로 취급함으로써, 사적자치에 대한 공법적인 규제를 해제하여, 거래 당사자들이 당해 토지거래계약으로 달성하고자 한 사적 자치를 실현할 수 있도록 함에 있다고 할 것이므로, 허가구역 지정기간 중에 허가구역 안의 토지에 대하여, 토지거래허가를 받지 아니하고, 토지거래계약을 체결한 후, 허가구역 지정해제 등이 된 때에는 그 토지거래계약이 허가구역 지정이 해제되기 전에, 확정적으로 무효로 된 경우를 제외하고는, 더 이상 관할 행정청으로부터 토지거래허가를 받을 필요가 없이 확정적으로 유효로 되어, 거래 당사자는 그 계약에 기하여 바로 토지의 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 이행청구를 할 수 있고, 상대방도 반대급부의 청구를 할 수 있다고 보아야 할 것이지, 여전히 그 계약이 유동적 무효상태에 있다고 볼 것은 아니다 (반대의견) 국토이용관리법상의 토지거래허가제도가 폐지되지 않고 존치되어 있는 이상, 허가구역 지정기간 중에 허가구역 안의 토지에 관하여 체결된 거래계약은 허가구역 지정해제 등이 된 이후에도, 여전히 허가를 받아야 유효로 된다고 해석하여야 토지의 투기적 거래의 규제가 가능하고, 이를 목적으로 한 위 제도의 내용 및 취지와 합치되며, 법이론상으로도 무리가 없고, 다수의견에 따르면 허가구역 지정기간 경과 후에는 과거의 투기거래를 문제삼지 않고 이를 용인하는 결과가 되어, 자본을 건전한 투자와 소비로 유도하고 투기거래로 유입되는 것을 차단하여, 건실한 경제발전을 도모하고 나아가 토지이용질서를 확립하려는 국가의 기본경제정책에도 배치된다.

VII. 結 語

우리나라에 있어서 토지거래허가제도가 강력한 토지투기의 규제수단으로 기능하는 것은 사실이지만, 앞서 본 바와 같이 다수설과 판례의 유동적 무효론은 실제적으로나 이론적으로 문제점을 안고 있는 것은 부인할 수 없다. 즉 토지거래허가제도는 토지가 격의 상승을 기대하고, 그 차액을 취득할 목적으로 이루어지는 거래를 제한하기 위하여, 계약의 체결 이전에 허가의 취득을 강제할 뿐만 아니라, 허가를 얻지 않은 토지거래계약의 효력을 부정하고, 나아가 허가를 얻지 않은 경우에 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 그런데 이 제도가 그러한 기능을 원활하게 수행하기 위해서는 토지거래가격을 사전에 통제할 수 있도록 운영되어야 하는데, 土地來來許可制度를 통한 許可有無의 審査는 가격규제에 대한 실효성을 거의 기대할 수 없다. 즉 논리적으로 價格의 事前統制를 위하여 허가를 받은 후에 토지거래계약을 체결하도록 하게 되면, 허가를 받을 대상이 없는 상태에서, 토지거래의 허가를 받도록 하는 법이론상의 모순을 조장하는 것이며, 당사자들은 실무상 일단 거래계약을 체결한 후, 실거래가격과 달리 허가를 받을 수 있을 정도의 허위가격으로 그 거래계약과 별도의 허가신청용 거래계약서를 작성함으로써, 토지거래의 법률관계를 이중적으로 발생시키는 결과를 야기하고 있다. 물론 이러한 법이론상의 모순과 이중적인 법률관계의 발생은 토지거래허가제도에 관한 법규정의 불완전에 기인한 것이고, 이를 극복하기 위한 법률의 개정이 이루어지지 못한 탓이었다. 이러한 점에서 판례의 이른바 유동적 무효의 법리는 투기적 토지거래를 방지하기 위한 고뇌의 산물이라고 할 것이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 허가를 받지 않은 토지거래계약의 무효와 허가의 취득을 전제로 한 소급적 효력 부여가 안고 있는 논리적 한계로 말미암아, 타당한 해석론의 전개에 실패하였으며, 그 외 많은 학설 역시 마찬가지였다.

따라서 사건으로는 토지거래에 대한 허가를 일종의 法定停止條件으로 이해하고, 허가 없는 土地來來契約이더라도 그 有效性은 인정하지만, 현실적인 채권적 효과로서 당사자의 이행청구권 등의 발생은 허가의 취득시까지 정지되어 있는 것으로 본다. 그러므로 허가를 받지 못한 상태에서는 당사자의 所有權移轉登記義務나 代金支給義務는 인정할 수 없으며, 그 불이행으로 인한 契約의 解除 및 損害賠償請求 또는 그 상태에서 임의로 지급된 계약금 내지 대금에 대한 不當利得返還請求는 곤란한 것이다. 다만 기본적인 채권관계는 유효하게 존속하기 때문에, 당사자의 허가신청에 대한 協力義務가 인정될 수 있고, 그러한 당사자의 협력의무는 확정적으로 유효한 토지거래를 가능

하도록 하는 것으로 주된 급부의무에 준하는 중요한 내용이므로, 그 불이행으로 인한 토지거래계약 전체의 해제가 가능하고, 그와 인과관계 있는 손해에 대하여는 이행이익의 배상청구가 가능하다고 생각한다. 다만 투기목적의 토지거래는 토지계획이용법 제118조의 실질적 해석 내지 개정, 부동산등기특별조치법을 통한 입법적 해결이 뒷받침되어야 할 것이라고 생각한다.



● 정상현

토지거래허가 인가 국토의계획및이용에관한법률 국토이용관리법
유동적무효 위헌법률심판 독일토지거래법 정지조건 투기거래
허가협력의무

[Abstract]

A Study on the Land Transaction Contracts without Permission and their Effect

Jung Sang-Hyun*

For restraint the speculative trade of real estate in particular area, Article 118 of Program and Utilization for National Land Development Act provides that one who shall buy or sell the land must be acquire the government's permission. It also provides that the land transaction contract without such permission should be ineffective.

However the general view and judicial precedents have interpreted the Article based on the Doctrine of Floating Void. Under this doctrine, a party could not demand the performance of the obligation, because prior to the permission, the contract does not carry it into effect. As legal obligations, the contracting parties must cooperate for getting the permission. If the permission is granted, the contract shall become valid definitely.

But this doctrine cannot bar effectively any speculative trades. Moreover it is a theoretical repugnance that the legal duty of cooperation for getting the permission is based upon the validity of contract, while the contract without permission is null and void

Therefore it is appropriate view that the contract without permission is valid, provided that its effect ought to be suspended until the acquisition of permission. This article suggests that the permission for land transaction is the legal provisional condition, and the legal duty of cooperation for getting the permission ought to be recognized from the provisional validity of contract. Also suggests, the contract carries it into effect definitely when the legal provisional condition(permission) is fulfilled, and therefore the obligations of

* Dr. Jur. Assistant Professor College of Law, Yeungnam University

contractant, such as payment and registration, are actualized by the acquisition of permission.

Furthermore the legal foundation of a cooperative duty, for the applications of permission and registration, based on the Article 148 of Korean Civil Law referring to prohibition for infringement of conditional right and Article 150 referring to prohibition for the anti-fidelity behaviors of contractant in acquisition of condition.