

거래허가 대상토지의 투기적 이중매매행위 방지대책*

정상현**

I. 序 說	3 二重賣買行爲의 一般的 法律構成
II. 許可를 잠탈하는 投機的 土地去來의 類型	(1) 二重賣買行爲의 無效性
1. 土地去來許可의 實態	(2) 第1買受人의 保護
2 投機的 土地去來의 類型과 規律	IV 二重賣買形態의 許可 없는 土地去來의 規律
III. 二重賣買形態의 許可 없는 土地去來와 理論展開	1 民事的 規律의 理論整理
1 二重賣買形態의 土地去來와 그 問題 點	(1) 許可 없는 土地去來契約의 效力設定
2 許可 없는 土地去來契約의 效力	(2) 二重賣買行爲에 대한 管見
(1) 學說	2. 賣買當事者의 刑事的 規律
(2) 判例의 動向	(1) 國土計劃利用法上의 處罰
	(2) 刑法上의 處罰
	V 結 語

I. 序 說

계약자유 원칙에 비추어 일반적인 토지거래는 특별한 방식에 의하지 않고 자유롭게 이루어질 수 있는 것이지만, 국토의계획및이용에관한법률(이하 국토계획이용법)에 의하여 지정된 특정지역에서는 토지거래로 인한 투기를 억제하기 위하여 관할관청의 허가를 요구하는 경우가 있다. 즉 동법 제118조에 의하면, 거래허가구역 내의 토지에 관한 소유권·지상권의 이전 또는 설정계약을 체결하고자 하는 자는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 하며, 허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약은 그 효력이 발생되지 않는 것으로 규정하고 있다.

그런데 이러한 규정에도 불구하고, 동법의 적용을 회피하기 위한 증여계약의 유용,

* 이 논문은 2003년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2003-041-B00572)

** 성균관대학교 법과대학 조교수, 법학박사

경매방식이나 중간생략등기 등을 이용한 탈법적 거래가 성행하고 있으며, 특히 최근 대전 및 충청권에 대한 행정수도의 이전계획에 따라, 토지거래허가구역으로 지정된 지역에서, 허가를 잠탈하는 토지거래의 성행과 투기목적의 편법적 운용이 자주 발견되고 있다. 그리고 나아가 관할관청의 허가를 받지 않고 체결된 계약에 대하여, 그 간학설과 판례는 이른바 유동적 무효의 법리를 인정함으로써, 계약은 일단 무효로 취급하고, 향후 허가의 취득을 전제로 소급적인 유효 여부를 결정하고 있다. 물론 이러한 해석은 허가를 받지 않은 토지거래계약의 유효성을 인정할 경우, 당사자 사이에 채권관계에 근거한 이행청구나 이행확보를 위한 가등기설정을 통하여 매수인의 지위양도를 용이하게 함으로써, 결국 투기적 거래의 기회와 여건이 형성될 수 있기 때문인 것으로 이해된다.

그러나 유동적 무효의 법리에 따른 토지거래계약의 무효를 전제로 하게 되면, 오히려 투기목적의 토지거래가 더욱 기승을 부릴 수 있는 여건이 조성될 여지가 있다는 사실에 주목하여야 한다. 즉 매도인이 허가를 받지 않은 상태에서 토지의 거래계약을 체결한 후, 동일한 토지에 대하여 다른 매수인과 이중적인 매매계약을 체결하더라도, 이러한 이중매매행위는 제1매매계약을 무효로 보는 한 매도인의 배임행위를 인정할 수 없게 되므로, 부동산중개인의 방조 아래 매도인은 토지거래의 허가를 고의적으로 지체하면서, 2중3중의 거래를 유인하고, 그 중에서 최고가격을 제시하는 매수인을 찾아 최종적인 매매계약을 체결하는 투기거래를 야기할 가능성이 있기 때문이다. 이러한 문제는 다양한 유형의 투기거래를 방지하기 위하여 형사처벌까지 규정하고 있는 국토계획이용법의 규율을 보기 좋게 따돌리는 새로운 형태의 투기수법이 될 가능성이 농후하다. 다만 이 문제는 규제입법을 통한 규율이 아니더라도, 허가를 받지 않은 토지거래계약의 구체적인 효력이나 이중매매의 법리에 대한 해석론을 재구성함으로써, 그 해결의 실마리를 찾을 수 있다는 점에서 다소의 안도감을 느낄 수는 있을 것이다.

따라서 본 논문은 다양하게 나타나는 투기목적의 토지거래유형과 함께, 특히 이중매매형태의 구체적인 투기적 토지거래를 분석하고, 허가를 받지 않은 토지거래의 효력 및 이중매매의 법리를 검토함으로써, 투기목적의 거래를 방지할 수 있는 법리의 재구성을 모색해 보기로 한다.

II. 許可를 잠탈하는 投機的 土地去來의 類型

1. 土地去來許可의 實態

토지거래허가의 주무관청인 건설교통부에, 따르면 2004년 8월 23일을 기준으로 전국토의 약 13.7%에 해당하는 13,651.7km²(4,129 6백만평) 지역이 토지거래 허가구역으로 지정되어 있고³⁾, 그 중 토지거래허가 건수는 2003년에만 총 14만 4천 859건으로 전년도(2002년)의 4만 4천 625건에 비해 224.6%가 증가한 것으로 집계되었다. 이것은 외환 위기가 닥친 1997년의 22만 2천 777건 이후 최고치로, 연도별 토지거래허가 건수가 1998년 1만 6천 310건, 1999년 3만 647건, 2000년 3만 106건, 2001년 2만 9천 236건에 비하여 예측할 수 없을 정도의 급증된 수치이다.

그리고 2003년의 지역별 토지거래허가 건수는 경기도 7만 1천 202건, 충남 2만 6천 689건, 인천 1만 829건 등의 순으로 많았는데, 이들 3개 지역의 건수 10만 8천 720건이 전체의 75% 이상을 차지하였고, 특히 충남지역의 경우 토지거래허가 건수가 2002

3) 건설부에서 지정한 것으로는 수도권 및 광역권(부산·대구·광주 대전 울산·마창진권) 개발제한 구역 4,294km²(2003.12.1-2005.11.30), 성남시 및 용인시 판교지역 택지개발예정지구 14동 2리 38.981km²(2003.12.1-2007.11.30), 아산시 및 천안시의 아산신도시 개발예정지역 4동 11리 62 548 km²(2002.4.8-2005.4.7), 아산시 및 천안시의 아산신도시 배후지역 등 18동 2읍 13리 242 355km² (2002.10.2-2005.4.7), 서울시 강북 뉴타운 개발지역 성북 성동·동대문·종로·중구의 11개동 15 65km² (2002.11.20-2007.11.19), 수도권(서울 인천 경기)의 녹지지역 및 비도시지역 4,797.9km² (2002 11 20-2004 11.30), 대전·청주·청원 옥천·보은·천안 공주·아산·논산·금산·연기 등 충청권 6시 5 군의 녹지지역 및 비도시지역 3,567 1km²(2003.2.17-2008 2 16), 김포시전역 파주시 9읍면동·고양시 9동 인천시 검단동 25.07km²(2003 5 20-2008.5.19), 인천 연수구·중구·서구 일부 7.2km² (2003.12.1-2008.11.30), 부산시 강서구 17개동 및 경남 진해시 15개동 일부 80.39km² (2003.12.120-2008.11 30), 수원시 이의동 등 4개동, 용인시 상현동 등 5개동, 기흥·구성읍 15 93 km²(2003 12 1-2008 11 30)가 있고, 서울시가 지정한 곳으로 종로구 용산구·동대문구·중랑구·강북구·서대문구 등 12개구 8.318km²(2003 11 26-2008 11 25), 동대문구 성북구 강북구 서대문구 구로구의 14개동 1 9km²(2003 12 30-2008.12.28), 인천시가 지정한 곳으로 연수구 동춘동 4 3km² (2004 8 8-2008 11.30), 울산시가 지정한 곳으로 울산시 언양읍·삼남읍·두서면·두동면·삼동면 일원 129.26km²(2003 11.19-2008.11.18), 경기도가 지정한 곳으로 고양시 대화동·장항동·법곡동 6.24km² (2002.4.22-2007.4.21), 전라남도가 지정한 곳으로 무안군 일로읍 삼향면 8개리 41km² (2004.4.3-2009 4.2), 고흥군 봉내면 예내리 14 03km²(2004 2.4-2006 2 3), 신안군 압해면 11개리 52km²(2003 10 27-2008 10 26), 담양군 금성면 금성리 원율리 9km²(2003 10 25-2006 10.24), 여주시 화양면 장수리 이목리 서촌리 화동리·안포리 40 3km²(2003.12 11-2008.12 10), 순천시 해룡면 신대리 상삼리·남가리 성산리 선월리 15 99km²(2004.4.1-2007 3 31), 해남군 산이면, 화원면 청룡리·금평리 영호리·성산리 61 967km²(2004 8.21-2009 8 20), 경상북도가 지정한 곳으로 김천시 봉산면·대항면 농소면 일원 77 85km²(2003.11.17-2005 11 16), 경상남도가 지정한 곳으로 사천시 용현면 덕곡리 2.748km²(2004.1.1-2007.12.31)가 있다(건설교통부 홈페이지(<http://www.moct.go.kr/>) 홍보마당/ 보도자료 1504번 참조).

년 1천 805건이었던 반면, 지난해 2만 6천 689건으로 무려 15배 가량 증가하였다. 이것은 토지거래허가구역이 확대 지정된 탓도 있지만, 신행정수도 건설이 호재로 작용하여 토지거래허가의 건수를 크게 증가시킨 것으로 분석되었다⁴⁾

2. 投機的 土地去來의 類型과 規律

(1) 投機的 土地去來의 實狀

① 국토계획이용법의 규제에도 불구하고 허가를 받지 않은 상태에서의 투기적 토지거래를 조장하는 유형은 다양하게 나타난다. 구체적으로 무상증여의 방식이나 소급계약서의 작성, 토지분할, 법원경매이용, 위장전입 등, 동법의 규제범위에 속하지 않는 방식으로 법망을 교묘하게 벗어나고 있다⁵⁾

② 땅을 무상으로 증여할 때는 규모에 관계없이 토지거래허가를 받지 않아도 되는 점을 이용하여(국토계획이용법 제118조 제1항, 토지거래허가업무처리규정 제2조 제2항 제1호)⁶⁾, 경기도 용인의 관리지역(옛 준농림지) 5백평을 계약한 서울지역 거주자는 토지거래허가를 두 번이나 신청했음에도 불구하고 허가가 나지 않자, 궁리 끝에 무상증여 방식으로 거래를 위장한 후 토지를 취득한 사례가 있다. 물론 이러한 경우 증여세가 양도소득세보다 더 나오지만, 매수자가 이를 부담하기로 합의해 해결하고 있다. 중개업자의 말을 빌리면 수도권과 충청권에서 증여를 위장한 매매가 성행하고 있으며, 이런 방법은 초보자들도 이용할 정도로 이미 널리 알려져 있다고 한다. 실제로 2003년 한 해 동안 충북 청원군에서는 명의가 이전된 토지의 20%가 증여인 것으로 나타났다

③ 경기도 화성에서 임야 1천평을 매입한 서울지역 거주자는 이 지역이 2002년 11월 토지거래허가구역으로 지정되기 전에 매매한 것처럼 소급계약서를 작성한 후, 소유권이전등기소송을 통해 소유권을 넘겨받는 방법을 이용하였다 토지거래허가구역에서 임야는 세대원 모두 해당 지역으로 주소를 옮긴 뒤 6개월 이상 거주해야 허가가 나지만, 그 이전에 매매한 것으로 꾸밀 경우에는 이 요건을 비켜갈 수 있다는 점을 노

4) 중앙일보 인터넷신문 <http://news.joins.com/land/200409/13/200409131115517302000000100011.html>

참조

5) 이하 구체적인 투기거래양상에 대하여는 중앙일보 2004년 2월 2일 3면 참조

6) 국토계획이용법 제118조 제1항 “대가를 받고 이전 또는 설정하는 경우에 한한다”. 토지거래허가업무처리규정(건설교통부 훈령 제450호, 2004.2.25시행) 제2조 제2항 “다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 법 제118조제1항의 규정에 의한 허가대상이 되지 아니한다 1 상속 등 대가가 없는 거래인 경우”

린 것이다. 실무상 소유권이전등기소송에서 매도인이 법원의 출석통지를 무시하고 불출석함으로써 매수인의 승소를 유도하는 방식을 이용하는 것인데, 어느 정도의 법률적 지식을 갖춘 사람들에 의하여 주로 사용된다고 한다.

④ 그 외 토지를 허가기준 이하로 분할하여 원주민에게 명의신탁한 후, 외지인에게 되파는 방법도 쓰이고 있다. 토지거래허가구역으로 지정된 후에 분할된 토지의 경우, 첫 거래는 허가를 받아야 하지만 두 번째 거래부터는 제한이 없기 때문이다.⁷⁾

⑤ 토지거래 허가를 받지 않아도 되는 법원의 경매를 이용하는 경우(국토계획이용법 제121조 제2항, 동시행령 제121조 제2항 제2호)도 흔한 수법이다.⁸⁾ 즉 매도인이 시세의 1.5 내지 2배 정도로 근저당이나 가압류를 설정한 뒤, 매수인이 경매를 신청하여 낙찰받는 방식인데, 이 경우에는 기간이 6개월 이상 걸리기 때문에, 규모가 큰 토지를 거래할 때 흔히 이용된다고 한다.

⑥ 최근에는 다소 줄었지만 위장전입을 통한 불법 거래도 성행한다. 즉 토지거래 허가신청 전에 주소지를 옮기고, 허가를 받으면 다시 전출하는 방식이다 요즘은 단속이 심해지자 공무원들의 눈을 피하기 위해 전입기간을 늘리기도 한다. 주소지를 옮길 친인척이 없는 경우에는 월세를 들거나 싼 전세방을 구한 뒤, 최소한의 세간살이만 갖춰 놓은 채 문을 잠가 놓는 경우도 적지 않다. 2003년 12월 청원군에 허가신청된 690여건 중 19건이 위장전입으로 밝혀져 허가가 나지 않았으며, 평택시도 지난 한 해 위장전입 건수가 40건에 이르렀다.

⑦ 나아가 허가구역 내에서의 불법적 토지거래에 대한 규제에도 불구하고, 관할 지자체는 행정력이 달려 이를 제대로 단속하기에는 역부족이라고 한다. 지자체에 따라 다소의 차이는 있지만, 김포시의 경우 한 달 평균 6백여건의 토지거래 허가신청이 접수되는데 반하여, 담당 공무원은 겨우 2명인 것으로 밝혀졌고, 시관계자에 따르면 하루에도 30여건씩 허가신청이 들어와 실사작업은 커녕 서류를 검토하기에도 벅차다고

7) 토지거래허가업무처리규정(건설교통부 훈령 제450호, 2004.2.25시행) 제5조 제3항 “허가대상면적의 토지가 허가구역인 당시에 허가대상면적 미만으로 분할되거나 공유지분이 형성되어 증여된 경우로서 그 토지를 증여받은 자가 최초로 거래하는 때에는 제2항의 규정에 의하여 허가를 받아야 하며, 증여 후 남은 토지가 허가대상면적이 아니라 하더라도 최초로 거래하는 경우에는 각각 허가대상이 된다”

8) 국토계획이용법 제121조 제2항 “공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 의한 토지의 수용, 민사집행법에 의한 경매 그 밖에 대통령령이 정하는 경우에는 제118조의 규정을 적용하지 아니한다”, 국토계획이용법 시행령 제121조(토지거래계약허가제에 관한 규정을 적용하지 아니하는 경우) “법 제121조 제2항의 규정에 의하여 법 제118조의 규정을 적용하지 아니하는 경우는 다음 각 호와 같다. 2. 민사집행법에 의한 경매”

한다. 설사 단속에 걸린다고 해도 처벌규정이 약해 관련자들은 이에 아랑곳하지 않는다. 토지거래허가제 위반의 형사처벌규정에도 불구하고, 대개의 경우 벌금형에 그치기 때문에, 땅값이 그 이상으로 올라 벌금을 내더라도 이익이 남기 때문이다.

(2) 投機的 土地去來의 政策的 規律

① 2004년 하반기부터 토지거래허가구역으로 지정된 곳에서는 현재 54.5평(180㎡)으로 되어 있는 허가기준면적을 36.4평(120㎡) 이상으로 축소하였다. 부동산공개념검토위원회는 2004년 2월 25일 회의를 열어, 도시지역 중 상업지역은 허가를 받아야 하는 기준면적을 60.6평(200㎡)에서 39.4평(130㎡)으로, 공업지역은 200평(660㎡)에서 133.3평(440㎡)으로 각각 조정하였다. 그리고 도시지역 중 녹지는 현재의 절반인 30.3평(100㎡)으로 낮아지게 되며, 비도시지역 중 임야는 303평(1000㎡)으로, 농지는 151.5평(500㎡)으로 각각 조정되어, 현재의 기준보다 절반 크기의 땅을 매매할 때도 허가를 받아야 하는 것으로 결정하였다. 결과적으로 도시지역은 지금보다 3분의 2 수준으로, 비도시지역은 지금의 절반 수준으로 허가대상면적의 기준을 낮춰 허가대상토지를 확대한 것이다.⁹⁾

② 또한 건설교통부는 2004년 2월 20일 토지거래 허가구역 내에서의 위장전입·위장증여·단기매매 등을 이용한 토지투기를 막기 위하여, 토지거래허가업무처리규정을 개정하고 25일부터 시행하였다. 즉 허가구역 내의 토지거래에 있어서 매도인은 친인척이 아닌 제3자에게 증여할 경우 증여계약서를 작성하고, 반드시 증여사유를 입증하도록 하였다. 이렇게 되면 농지의 취득요건을 갖추지 못한 도시민이 증여받은 것처럼 위장해 농지를 매매하는 일이 어려워진다. 전세권이나 근저당 등 부채가 포함된 부동산을 증여(부담부 증여)할 때도 토지거래 허가를 받아야 한다. 도시지역에서는 전세 점포가 있는 대지 60평 이상의 상업용 건물을 증여할 때에도 거래허가가 의무화된다. 그리고 일정규모(도시지역은 약 60평, 그 외 지역은 3백평)를 초과한 주말농장 매입이 금지된다. 주말농장은 취미활동의 일환인 만큼, 토지거래 허가면적을 초과해 사지 못하도록 하였고, 휴경이나 임대목적의 농지취득도 금지키로 했다. 단기차익을 노린 거래를 막기 위하여, 농지는 6개월, 임야는 1년 동안 전매가 제한되며, 소유기간에 수확기를 한번이라도 거쳐야 한다. 위장전입도 엄격히 규제된다. 건설교통부는 위장전입 후 토지취득을 막기 위하여, 토지매매시 실제로 거주하는가를 확인하도록 했다. 그리고 경제능력이 없어 부모 등에게 생계를 의존하는 가구주도 독립 세대원으로 인정하

9) 중앙일보 2004년 2월 26일 E9면

지 않아 토지거래를 제한하며, 토지개발에 따른 분양권이나 보상권을 전매하는 것도 허가대상에 포함됐다. 건설교통부는 토지거래 허가요건을 제대로 지키고 있는지를 조사하여, 적발사실을 당사자에게 통지하고 사법당국에 처벌을 요청하게 된다.¹⁰⁾

③ 한편 건설교통부는 토지거래허가제의 사후관리를 강화하기 위하여, 토지거래 허가를 받은 토지에 대한 정기적인 토지이용실태조사를 주내용으로 하는 「사후관리지침」을 제정(건설교통부예규, 2004.7.21시행)하고, 각 지방자치단체에 시달하였다. 즉 일부 취득자들의 경우 허가를 받아 취득한 토지를 허가신청시에 제출한 이용목적 및 계획대로 이용하지 않고 방치·전매하거나, 허가받지 않고 다른 목적으로 불법 전용하는 등, 토지거래허가제의 이용의무(국토계획이용법 제124조)를 위반하는 사례가 빈발하여, 허가제의 실효성을 저해하는 것으로 판단되므로, 각 지자체별로 통일되게 사후이용실태를 조사할 수 있도록, 조사시기·조사방법·위법행위 처리기준을 주내용으로 하는 사후관리지침을 제정하게 된 것이다. 민간전문가 및 시민단체의 참여와 관련부서(농지·산림·도시계획부서 등)의 인력을 지원받은 전문조사반이 허가구역 지정 후 거래허가를 받은 모든 토지를 대상으로, 연 1회의 정기조사(8월-10월)와 필요시 수시로 특별조사를 실시하며, 조사방법은 현장조사를 원칙으로 하되, 허가시에 제출한 토지이용계획을 기준으로 이용목적의 이행여부를 판단한다. 또한 지자체는 토지이용현황에 대한 기록을 유지하기 위하여, 허가토지별로 「토지이용실태에 대한 관리카드」를 작성하고, 매년 이용현황을 사진으로 촬영하여 기록을 관리해야 한다. 조사결과 이용목적 위반행위가 있는 경우에는 시정명령을 발하고 500만원이하의 과태료를 부과하며(국토계획이용법 제144조 제2항 제2호), 이용의무의 위반이 고의·상습적이거나 허위의 이용계획을 제출한 경우 등, 이용목적 위반사실이 중대한 것으로 판단되는 경우에는 2년 이하 징역 또는 토지가격의 30%이하의 벌금으로 처벌하게 된다(국토계획이용법 제141조 제6호). 위장전입자에 대해서는 주민등록 말소처분이 내려진다. 이러한 「사후관리지침」의 제정으로 지자체는 사후관리업무의 일관성과 효율성을 제고함으로써 토지투기의 방지와 실수요자 위주의 토지거래를 기대할 수 있을 것으로 보인다.¹¹⁾

④ 이에 따라 건설교통부는 최근 국세청과 한국토지공사, 지방자치단체 등과 합동단속반을 구성하여, 신행정수도 후보지에 대한 단속을 실시하고, 위장전입 29건, 불법증여 등 토지거래허가 위반 338건, 불법·무등록 중개행위 129건 등, 총 428건의 투기혐의 사례를 적발하였으며, 투기혐의자 중 불법증여 사실이 구체적으로 입증되거나

10) 중앙일보 2004년 2월 21일 15면, 건설교통부 홈페이지(<http://www.moct.go.kr/>) 홍보마당/보도자료 1108번

11) 건설교통부 홈페이지(<http://www.moct.go.kr/>) 홍보마당/보도자료 1448번 참조

불법중개행위 등이 확인된 20건에 대해서는 검찰에 고발조치하고, 나머지에 대해서는 검찰 및 관계기관 통보, 과태료부과, 등록취소, 자격취소, 업무정지, 시정경고 등의 처분을 내렸다.¹²⁾ 그리고 경찰에 따르면, 지난해(2003년) 신행정수도 건설계획에 편승하여 명의신탁을 통한 거래행위로 8건 29명, 무등록 중개행위로 11건 12명, 미등기 전매행위로 9건 26명, 법정 수수료를 초과한 금품수수행위 등 기타 14건 50명이 적발되었고, 올해에도 이미 15건 83명이 적발되었으며¹³⁾, 최근 토지를 매입하면서 증여받은 것으로 위장하여 신고한 혐의로 20명을 불구속 입건하였고¹⁴⁾, 임야 등 3필지를 50여필지로 분할한 뒤 미등기 전매하는 수법으로 3억원 가량의 부당이득을 올린 투기업자를 구속하였다.¹⁵⁾ 또한 판교신도시 인근 임야를 싸게 매입한 뒤, 토지이용계획서를 허위로 작성하여, 관할구청으로부터 허가를 받아낸 혐의로, 투기자 133명을 불구속 입건하였다.¹⁶⁾ 한편 건설교통부는 최근 올해 1월부터 6월까지 수도권과 충청권 일대에서 토지투기를 했다고 의심되는 5만 2천 544명을 적발하고, 그 명단을 국세청에 공식 통보하였는데, 이들은 같은 기간에 토지 거래자 13만 5천 799명의 38.6%에 해당된다.¹⁷⁾ 그리고 한국토지공사는 2003년 1월부터 11월까지 전국 토지거래 동향을 분석한 결과, 전체 거래건수(268만 4천 636건) 가운데 7.5%인 20만 2천 532건이 증여거래였다고 26일 밝혔는데, 이는 작년 같은 기간의 증여 건수(15만 1천 170건)에 비해 무려 34%나 늘어난 것이며, 특히 지역별 증여 건수도 토지거래허가제가 적용되고 있는 충남이 59%, 대전이 57%, 경기도가 56%, 서울이 45% 증가한 것으로 집계되었다.¹⁸⁾

⑤ 그러나 대법원이 토지거래허가제 위반사범에 대하여 범죄의도가 명백하지 않다는 이유로 무죄를 선고하는 경우도 있다. 즉 부동산투기업자가 토지거래허가구역 내에서 허가를 받지 않고 분할매매를 시도한데 대하여, 대법원은 무죄를 선고한 원심을 확정하였다. 물론 이에 대하여 건설교통부는 비록 본 판결이 외형적으로는 토지거래허가를 받지 않은 피고인들에 대해 무죄를 선고함으로써, 토지거래허가제도 자체에 문제가 있는 것으로 비춰지고, 향후 유사한 사례의 빈발우려에 대한 일부 오해가 있으나,

12) 중앙일보 인터넷신문 <http://ilgan.joins.com/life/200407/26/200407261621355772100000100400100402.html>

13) 조선일보 인터넷신문 <http://www.chosun.com/national/news/200408/200408070055.html>

14) 중앙일보 인터넷신문 <http://ilgan.joins.com/news/200408/09/200408091656358732110000110100110101.html>

15) 중앙일보 인터넷신문 <http://news.joins.com/society/200409/20/200409201407135832300037003720.html>

16) 조선일보 인터넷신문 <http://www.chosun.com/national/news/200411/200411080394.html>

17) 조선일보 인터넷신문 <http://www.chosun.com/cp/edaily/200409/16/20040916000201.html>

18) 조선일보 인터넷신문 <http://www.chosun.com/economy/news/200401/200401260262.html>

실상은 종래 판례의 입장을 유지하고 있는 점에서 현재로서는 토지거래허가제도에 대한 법적 보완이 필요하지 않다고 판단되며, 다만 토지거래허가의 주무관청으로서 지자체 등 관계기관과의 긴밀한 협조를 통하여, 부동산 투기가 발생되지 않도록 토지거래허가제도를 내실 있게 운영해 나갈 예정이라고 밝혔다.¹⁹⁾

III. 二重賣買形態의 許可 없는 土地去來와 理論展開

1. 二重賣買形態의 土地去來와 그 問題點

(1) 앞서 본 바와 같이 토지거래허가를 잠탈하여 불법적 투기를 목적으로 하는 거래관계는 다양하게 나타나고 있으나, 적어도 이들에 대하여는 국토계획이용법상의 토지거래허가제에 적합한 이용의무위반을 근거로, 형사처벌(제141조 제6호) 내지 과태료처분(제144조 제2항 제2호)을 할 수 있다 그리고 건설교통부의 토지거래업무처리규정이나 사후관리지침을 통하여 전면적인 토지거래실태조사를 실시하고, 그 결과 위반사항이 적발될 경우, 검찰에 고발조치하거나 관계기관에 통보, 등록취소, 자격취소, 업무정지, 시정경고, 세무조사 등으로 간접적인 제도가 가능할 것이다. 그러나 본 논문에서 주로 논의하고자 하는 투기적 이중매매형태의 토지거래는 이에 대한 학설과 판례의 일반적인 견해에 따르는 한, 그 해결의 실마리를 찾기가 곤란하기 때문에, 앞서 본 투기적 거래형태와 관련된 문제들에 비하여, 보다 본질적이고 이론적인 검토가 필요할 것이라고 생각한다.

(2) 허가를 받지 않은 상태의 토지거래계약의 효력에 대하여, 다수설과 판례는 후술하는 바와 같이 이른바 유동적 무효의 법리를 채용하고 있는데, 이에 따르면 토지거래허가구역 내에서 허가를 받지 않은 토지거래계약은 물권적 효력 뿐만 아니라 채권적 효력도 발생하지 아니하는 무효의 계약이며, 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되고, 허가를 받지 못하면 확정적으로 무효가 되는 유동적 상태를 의미한다는 입장이다 이러한 내용은 1991년 전원합의체판결을 통하여 확립되었으며, 현재에도 동일한 태도가 유지되고 있다.

(3) 이중매매와 관련하여서도 원칙적으로 선행하는 제1매매계약의 유효를 전제로 하여야만 매도인의 배임행위를 인정할 수 있게 되고, 이러한 매도인의 배임행위에 대하여 제2매수인이 적극 가담함으로써, 제2매매계약은 반사회적 법률행위의 유형으로서

19) 건설교통부 홈페이지(<http://www.moct.go.kr/>) 홍보마당 보도자료 1395번 참조

무효가 되고, 제1매수인의 보호가 논의될 수 있는 것이다. 나아가 그러한 전제에서 매도인에게 형법상 배임죄 등의 죄책을 물을 수 있는 근거도 될 수 있기 때문에, 허가를 받지 않은 토지거래계약의 유효성은 매도인의 투기적인 이중매매행위를 방지할 수 있는 중요한 단서로 작용할 수 있다

2. 許可 없는 土地去來契約의 效力

(1) 學說

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

즉 ① 첫째, 허가구역 내에서 허가를 받지 못한 토지거래는 물권적 효력 뿐만 아니라 채권적 효력도 발생하지 아니하는 무효의 계약이지만, 허가를 받을 때까지는 미완성의 법률행위로서, 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되고, 허가를 받지 못하면 확정적으로 무효가 되는 유동적 상태를 의미한다는 견해이다(유동적 무효설).²⁰⁾ 이는 이른바 유동적 무효의 법리²¹⁾에 근거한 것으로, 허가 받기 전의 상태에서

20) 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 土地買賣契約의 效力(下)”, 법조 제39권 제7호(제406호), 1990.7, 66면, 丁玉泰, “流動的 缺效”, 司法行政 제379호, 1992.7, 25면, 金玟中, “流動的 無效 -국토이용관리법상의 토지거래허가를 중심으로-”, 法曹 제523호, 2002 4, 49-50면, 孔淳鎮, “土地去來許可制”, 土地法學 제12호, 1997.1, 169면, 金正道, “土地去來許可를 받지 아니한 土地買賣契約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, 62면

21) 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 허가가 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, Köhler, BGB-Allgemeiner Teil, 22 Aufl., C H Beck, 1994, 22 III, S.256f) 특히 독일의 토지거래법(Grundstücksverkehrsgesetz)과 도시건설촉진법(Stadtebauförderungsgesetz)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

는 토지거래계약의 채권적 효력도 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 일반적 효과로서, 당사자가 허가를 받기에 필요한 조치를 취할 협력의무와 허가를 받은 후에 계약의 이행을 위하여 방해가 되는 행위를 하지 않아야 할 충실의무가 있으며, 이러한 의무를 위반한 경우에는 상대방에 대하여 손해배상책임을 부담하게 된다고 한다. 이 견해가 현재 압도적인 다수설의 태도로 판단된다.

② 둘째, 허가 받기 이전의 토지거래에 있어서 채권행위는 원칙적으로 무효라고 하면서도, 특정부분의 유효성을 인정하는 견해가 있는데(제한적 무효설), 이 견해는 유효성이 인정되는 범위에 따라 다음과 같이 나누어진다. 그 중의 하나가 “물권관련행위 무효설”이다(명칭-필자). 이는 토지거래허가제도의 취지가 결국 투기를 위한 소유권이전을 억제하는 것이므로, 투기거래의 궁극적인 목적으로서 물권변동과 직접적으로 관련된 부분은 무효로 보고, 그 외의 부분에 대하여는 유효하다고 본다.²²⁾ 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. 그리고 또 하나의 입장은 “부수약정설”인데(명칭-필자), 이는 토지거래허가구역 내에서 이루어지는 토지

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, 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 유동적 무효인 상태에서도 당사자는 합의한 거래계약에 구속되므로, 양수인에게 독일민법 제986조에 의한 점유권이 인정되며, 인가를 받는 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.).

22) 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

거래는 당사자가 토지의 매매에 대한 기본적인 내용의 합의와 허가의 취득을 위한 사전합의를 하게 되는데, 단지 토지매매에 대한 기본적 합의만으로는 매매계약의 효력을 발생시킬 수 없으며, 장래 얻게 될 허가와 결합하여 매매계약을 완결시키게 된다는 견해이다. 따라서 허가 없는 매매계약의 채권적 효력을 인정할 수는 없기 때문에, 목적물의 인도 및 소유권이전등기청구권, 대금지급청구권 등은 발생하지 않지만, 허가 전에도 매매계약을 향한 당사자의 사전합의 자체는 유효하게 존속하므로, 당사자가 허가를 받기 위하여 협력할 의무는 그러한 합의에 부수하는 당사자의 약정으로부터 유효성이 도출될 수 있다고 한다.²³⁾

③ 셋째, 토지거래허가구역 내에서 허가 전에 체결된 계약은 확정적으로 무효이며, 물건적 합의는 물론 채권계약의 효력 역시 전혀 발생되지 않는다는 견해도 있다(절대적 무효설).²⁴⁾ 이 견해는 토지거래허가제도의 입법취지가 당해 거래에 관하여 관찰관청이 그 허가의 적부를 판단하기 이전에, 당사자 사이에 구속력을 갖는 법률관계의 형성을 방지하는 것임을 전제로 한다. 따라서 그렇게 하지 아니하면 토지투기라는 탈법수단을 허용하는 결과가 되고, 이는 입법취지에 반할 뿐만 아니라 거래허가제도의 실효를 거둘 수 없게 되므로, 범죄행위를 조장하는 것과 마찬가지라고 한다.

④ 넷째, 허가를 받지 않은 토지거래계약의 효력에 대하여 물건행위의 효력발생은 정지되어 있지만, 채권계약은 유효하다고 보는 견해가 있다(채권행위 유효설).²⁵⁾ 그

23) 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 제255호, 1991.12.18-21면 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 기술을 하고 있다(李銀榮, 物權法, 博英社, 2000, 425-426면)

24) 姜仁崖, “土地公概念關係法の 解説-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, 1991.3.52면 다만 姜仁崖판사의 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

25) 曹圭昌, “流動的 無效-人法院 基本判例에 대한 批判的 考察-”, 考試界, 1996.11.111면 이하, 許魯穆, “국토이용관리법상의 규제지역 내의 토지에 대하여 허가받을 것을 전제로 체결한 거래계약의 효력”, 衡平과 正義 제7집, 1992.11.181면

리고 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.²⁶⁾

(2) 判例의 動向

① 토지거래허가제도에 대한 법원의 관심사는 허가를 받지 않은 토지거래계약의 법리구성과 허가대상인 법률행위 그리고 불허가처분을 받았을 경우 그러한 거래계약의 효력에 대한 것이었다 그리하여 허가 없는 토지거래계약의 효력을 유동적 무효의 법리에 따라 재구성한 1991년 전원합의체판결 이전의 우리 대법원은 기본적으로 “토지거래허가에 필요한 모든 서류를 매도인이 마련하되, 실제 거래가액보다 훨씬 적은 허가조건가액으로 허위 기재하기로 한 경우에, 매매계약의 효력은 무효”라고 하거나²⁷⁾ “국토이용관리법²⁸⁾의 취지가 관할관청의 거래허가 전에는 당사자 사이에 채권적 구속력을 가지는 계약의 체결을 금지함으로써, 투기억제·지가폭등규제 등의 목적을 달성하기 위한 것이며, 토지거래계약은 동법 제21조의 3 제7항 또는 제31조의 2에 위배된 법률행위로서 그 효력이 없다”고 하여, 절대적 무효의 의미로 판시하였다.²⁹⁾ 다만 허가를 요하는 토지거래계약은 유상계약에 한하므로(동법 제118조 제1항), 법률행위 이외의 물권취득사유로서 경매에 의한 경우나 단독행위로서 명의신탁의 해지에 의한 경우에는 그러한 허가를 요하지 않는다고 판시하였다.³⁰⁾ 한편 하급심판결 중에는 종래 대법원의 견해와 마찬가지로 채권행위의 무효를 인정한 판결도 있고³¹⁾, 계약체결 전에 허가를 받은 체결 후에 허가를 받지 않은 관계없이, 거래계약은 언제나 유효하다는 판결

26) 高翔龍, “去來許可區域內土地買賣契約과 事後許可時 有效 與否”, 法律新聞 제2110호, 1992 3, 15면

27) 대판 1990.12.11, 90다8121

28) 국토이용관리법(1972.12.30제정, 법률 제2408호)은 도시계획법 및 국토계획법과 함께, 2002년 2월 4일 법률 제6853호에 의하여 국토의계획및이용에관한법률에 통합되었다. 이로써 우리나라의 토지거래허가제도는 1977년 「임시행정수도건설을위한특별조치법」(1977.7.23, 법률 제3007호)에서 처음으로 규정되었다가, 1978년의 토지종합대책, 이른바 「88조치」를 통하여, 개정 국토이용관리법(1978.12.5개정, 법률 제3139호) 제21조의 2 이하에 옮겨졌고, 제21조의 7에서 토지거래신고제도가 규정되었다 그 후 1999년 법률 제5907호에 의하여 토지거래신고제도는 폐지되었고, 토지거래허가제도는 현행 국토계획이용법 제117조 이하에 제이식되었다

29) 대판 1991.6.14, 91다7620

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

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

도 있으며³²⁾, 허가를 받지 못하면 채권계약은 유효하나 등기만 못할 뿐이라는 판결³³⁾, 유동적 무효의 법리에 따른 판결³⁴⁾ 등 다양하였다.

② 그 후 1991년 대법원 전원합의체는 허가받지 않은 토지거래의 효력을 이른바 유동적 무효의 법리에 따라 법률구성하였다. 이 사안은 허가를 받지 않은 상태에서 토지매매계약이 체결되었으나, 매수인과 매도인이 각각 잔금지급의무와 소유권이전등기의무를 지체하고 있었는데, 매도인은 매수인이 잔금지급의무를 불이행하면 토지의 매매계약이 자동적으로 해제된다는 통지를 하였고, 이에 매수인이 원고로서 잔금을 변제 공탁하고 토지에 대한 소유권이전등기의무의 이행을 청구한 것이었다.

이에 대하여 제1심법원은 허가구역 내의 토지매매계약은 허가를 받지 않은 한 무효이므로, 원고의 청구는 이유 없다고 판시하여 기각하였다³⁵⁾ 이에 대해 원고는 항소하면서 청구취지를 변경하여, 주위적으로는 매매계약에 기한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하고, 예비적으로는 토지거래허가신청절차의 협력의무이행과 허가를 조건으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 청구하였다.

제2심법원은 토지거래허가가 없다고 하여 매매계약 자체가 무효로 되는 것은 아니기 때문에, 토지거래허가제도의 목적에 배치되지 않는 한, 매매계약에 따른 당사자 사이의 권리의무는 계약내용대로 발생하지만, 그 목적에 배치되는 매도인의 소유권등기 이전의무와 같은 것은 허가가 있기까지 발생하지 않는다고 하면서, 주위적 청구인 매수인의 소유권이전등기절차이행청구를 배척하고, 매매계약의 효력으로서 허가신청에 대한 매도인의 협력의무는 있다고 판단하여, 원고의 예비적 청구를 인용하였다.³⁶⁾ 이에 원고와 피고는 각각 패소부분에 대하여 상고하였다.

대법원은 원심판결의 예비적 청구 중 토지 등의 거래계약허가조건부 소유권이전등기절차의 이행을 명한 피고의 패소부분을 파기 환송하고, 나머지 상고를 모두 기각하면서, ㉠허가를 받지 않은 토지거래계약의 유효성에 대하여는 이를 유동적 무효로 파악하고, ㉡허가를 받을 때까지는 미완성의 법률행위로서, 소유권 등 권리의 이전 또는 설정에 관한 어떠한 이행청구도 할 수 없음은 확정적 무효의 경우와 다를 바 없지만, ㉢일단 허가를 받으면 그 계약은 소급하여 유효한 계약이 되므로, 허가 후에 새로이 거래계약을 체결할 필요는 없다고 판시하였다. 그리고 이어서 ㉣규제지역 내에서도 토지거래의 자유가 인정되기 때문에, 허가는 유동적 무효 상태에 있는 법률행위의 효력

32) 수원지판 1989 12 21, 88가합19411

33) 광주지판 1990 9 27, 91나154

34) 서울지판 1989 8 29, 89가합18738

35) 광주지법순천지판 1989 12 7, 89가단8921

36) 광주지판 1990 9 27, 90나154

을 완성시켜 주는 인가적 성질을 띠고, ㉔계약을 체결한 당사자는 그 계약이 유효하게 완성될 수 있도록 서로 허가신청에 협력할 의무가 있을 뿐만 아니라, ㉕그 이행을 소 송으로써 구할 이익이 있으며, ㉖허가를 받지 않은 계약은 일단 무효이므로, 계약내용 에 따른 대금지급의무의 불이행을 이유로 계약을 해제할 수는 없다고 판시하였다.³⁷⁾

③ 이와 같이 1991년의 전원합의체판결을 통하여 명시적으로 인정된 유동적 무효 의 법리는 그 이후의 판례에서도 계속 유지되고 있으며³⁸⁾, 구체적인 법률관계에 대하 여 지속적인 보충이 이루어졌다. 즉 당사자의 이행의무는 허가의 취득 후 이행제공과 최고에 의하여 이행지체에 빠지며³⁹⁾, 권리의 이전 또는 설정의무의 위반을 근거로 하 여서는 채무불이행에 기한 손해배상을 청구할 수 없고⁴⁰⁾, 허가와 관련되지 않은 의사 표시의 불일치나 하자있는 의사표시에 근거하여 무효 내지 취소를 주장하는 것은 가 능하다.⁴¹⁾ 그리고 당사자는 허가를 받지 못할 것이라는 사유를 들어 토지거래허가를 신청하기 위한 협력의무의 이행을 거절할 수 없고⁴²⁾, 그러한 협력의무의 이행청구권 을 보전하기 위하여 대위의 방법으로 소유권확인을 청구하는 것이 가능하며⁴³⁾, 협력 의무위반을 근거로 계약 자체를 해제할 수는 없지만⁴⁴⁾, 이를 근거로 인과관계가 있는

37) 대판(전합) 1991 12 24, 90다12243

38) 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, 94다23319, 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

39) 대판 1992.7.28, 91다33612, 동 1994 8.26, 94다23319

40) 대판 1994 1 11, 93다22043, 동 1997 7 25, 97다4357-4364

41) 대판 1996 11.8, 96다35309, 동 1997.11 14, 97다36118

42) 대판 1992.10 27, 92다34414, 동 1993.8.27, 93다15366

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

44) 대판 1992.7.28, 91다33612, 동 1994.8 26, 94다23319, 동 1995.1.24, 93다25875, 동(전합) 1999 6.17, 98다40459

손해의 배상을 청구할 수 있고⁴⁵⁾, 협력의무의 불이행이나 허가 이전의 계약철회를 전제로 한 손해배상액의 예정도 가능하다.⁴⁶⁾ 또한 토지거래를 위하여 계약금을 지급한 경우, 이를 부당이득으로서 반환을 청구할 수 없고, 유동적 무효상태가 확정적으로 무효가 되었을 때 비로소 부당이득으로 그 반환을 청구할 수 있으며⁴⁷⁾, 당사자 사이에 다른 약정이 없는 한, 매수인은 계약금을 포기하고 매도인은 계약금의 배액을 상환함으로써 계약을 해제할 수 있다⁴⁸⁾

한편 토지거래계약은 당사자 쌍방이 명백하게 허가신청을 하지 아니하기로 한 경우에 확정적으로 무효가 되며⁴⁹⁾, 매매계약일자를 소급하고 대금액을 낮춘 별도의 매매계약서를 허위로 작성하거나⁵⁰⁾, 중간생략등기의 합의 아래 차익을 얻을 목적으로 전매한 경우는 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약으로서, 허가 여부를 기다릴 것도 없이 확정적으로 무효가 되기 때문에, 허가신청절차의 협력의무에 대한 이행청구권을 주장할 수 없을 뿐만 아니라, 이를 대위 행사할 수는 없다.⁵¹⁾ 그러나 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 계약 내용에 따라야 한다.⁵²⁾

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 있으며⁵³⁾, 토지거래계약에 관한 당사자의 무효 또는 유효의 주장사실은 법률상의 주요사실에 해당하므로, 법원은 이에 대한 당사자의 주장에 구속되어 그와 다른 사실을 인정하거나 이를 기초로 판단할 수는 없다.⁵⁴⁾

45) 대판 1995.4.28, 93다26397

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

47) 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

48) 대판 1997.6.27, 97다9369, 동 1997.7.25, 97다4357-4364

49) 대판 1993.9.14, 91다41316, 동 1995.4.28, 93다26397, 동 1995.6.9, 95다2487

50) 대판 1993.11.23, 92다44672

51) 대판 1996.6.28, 96다3982

52) 대판 1996.11.22, 96다31703

53) 대판 1993.12.24, 93다44319-44326, 동 1995.2.28, 94다51789, 동 1997.2.28, 96다39196, 동 1997.7.25, 97다4357-4364

그러나 허가신청서에 계약내용과 토지의 이용계획 등에 관하여, 사실과 다르게 또는 불성실하게 기재한 경우는 실제로 토지거래허가신청에 대한 불허가처분이 있었다는 사유만으로 매매계약이 확정적인 무효 상태에 이르렀다고 할 수 없다.⁵⁵⁾ 또한 허가구역 내의 토지에 관한 매매계약 체결일이 허가구역으로 지정·고시되기 이전인 경우에는 그 매매계약에 관하여 관할관청의 허가를 받을 필요가 없으며⁵⁶⁾, 토지거래허가구역으로 지정된 토지에 관하여 그 지정이 해제되거나 지정기간이 만료된 후 재지정을 하지 아니한 경우에는 확정적으로 유효한 계약이 되고⁵⁷⁾, 따라서 그 토지가 토지거래허가구역으로 재지정되었다 하여 다시 토지거래허가를 받아야 되는 것은 아니다.⁵⁸⁾

3. 二重賣買行爲의 一般의 法律構成

(1) 二重賣買行爲의 無効性

우리 민법은 법률행위로 인한 부동산의 물권변동에 있어서, 성립요건주의를 취하고 있기 때문에, 매도인이 자신의 부동산을 일단 제1매수인에게 매도하였더라도, 그 소유권이전등기가 경료되기 전에, 이를 다시 제2매수인에게 이전하고, 제2매수인이 자신의 명의로 등기함으로써, 선행하는 제1매수인의 존재와 관계없이 유효하게 소유권을 취득할 수 있다. 그러나 매도인이 동일한 부동산에 대하여, 선행 매매사실을 이미 알고 있는 제2·제3의 매수인과 이중으로 체결하는 매매계약을 무한정으로 허용한다면, 이것은 선량한 시민의 정의관념에 반할 뿐만 아니라, 거래관계의 신의를 해칠 우려가 있다. 그리하여 종래 부동산의 이중매매행위는 민법 제103조의 위반 여부와 관련하여 많은 논의가 있었으며, 학설과 판례는 제2매수인이 매도인과 제1매수인 사이의 선행매매사실을 알고 부당하게 개입함으로써 제2매매계약을 체결하는, 이른바 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우에는 민법 제103조의 사회질서 위반행위로서 이를 무효로 파악하고 있다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

54) 대판 2000.4.7, 99다68812

55) 대판 1997.11.11, 97다36965-36972, 동 1997.12.26, 97다41318-41325

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

57) 대판(전합) 1999.6.17, 98다40459

58) 대판 2002.5.14, 2002다12635

59) 郭潤直, 民法總則, 博英社, 2000, 303면; 黃迪仁, 現代民法論(總則), 博英社, 1985, 165면; 李太載, 民法總則, 法文社, 1981, 239면; 張庚鶴, 民法總則, 法文社, 1995, 446면; 金崎洙, 民法總則, 三英社, 2001, 336면; 高翔龍, 民法總則, 法文社, 1999, 344면; 李英俊, 韓國民法論(總則編),

(2) 第1買受人의 保護

① 제2매수인의 반사회적 이중매매행위로 말미암아, 정당하게 소유권을 취득하지 못한 제1매수인을 보호하기 위한 이론구성으로서, 판례는 이중매매행위의 무효와 제2매수인에 대한 등기말소청구권을 근거로 제1매수인은 채권자대위권을 행사할 수 있다고 한다.⁶¹⁾ 그러나 불법원인급여에 관한 민법 제746조에서, 불법의 의미에 대한 다수설과 판례의 입장에 의하면⁶²⁾, 매도인의 배임행위에 적극 가담한 제2매수인의 이중매매행위는 민법 제103조 위반의 반사회적 법률행위로서 무효인 동시에, 불법의 원인으로 급여한 것이 되고, 따라서 급여자인 매도인은 당해 부동산에 대한 부당이득반환청

博英社, 2003, 197면, 李銀榮, 民法總則, 博英社, 2000, 375-377면, 權龍而, 民法總則, 法文社, 2000, 347면, 白泰昇, 民法總則, 法文社, 2000, 350-351면, 金俊錫, 民法總則, 法文社, 1999, 331면, 權英俊·金鎮, 民法總則, 三潮社, 2001, 154면, 池元林, 民法講義, 弘文社, 2003, 171면, 金致中, 民法講義, 斗聖社, 1997, 118면, 金曾漢, “二重賣買의 反社會性”, 法政 제19권 9호, 1964 9, 7-9면, 張庚鶴, “不動產二重賣渡의 反社會性”, 法曹 제23권 8호, 1974 8, 85면, 李谷勳, “反社會的 二重賣渡와 不法原因給與”, 民事法の 諸問題(溫山方顯元先生古稀記念), 博英社, 1985, 23면, 孫基植, “二重賣買와 反社會秩序的 法律行爲”, 대법원판례해설 제12호, 1990.11, 183면

60) 대판 1969.11.25, 66다1565, 동 1970.10.23, 70다2038, 동 1972.4.28, 72다343; 동 1973.6.26, 72다2293, 동 1975.8.19, 74다2243, 동 1975.11.25, 75다1311, 동 1977.2.22, 75다226-227, 동 1977.4.26, 76다2419, 동 1978.1.24, 77다1804, 동 1978.4.11, 78다274, 동 1979.3.27, 78다2303, 동 1979.6.12, 79다476, 동 동 1979.7.24, 79다942, 동 1980.5.27, 80다565, 동 1980.6.10, 80다569, 동 1981.12.22, 81다카197, 동 1982.2.9, 81다1134, 동 1984.6.12, 82다카672, 동 1985.11.26, 85다카1580, 동 1988.9.27, 84다카2267, 동 1989.3.28, 87다카2372, 동 1989.10.24, 88다카22299, 동 1989.11.28, 89다카14295-14301, 동 1991.10.22, 91다26072 다만 부동산 물권변동에 있어서 대항요건주의를 취한 구민법의 적용사례는 제2매수인이 선행매매사실의 존재를 인식한 것만으로는 무효라고 할 수 없음을 나타내었다(대판 1956.9.29, 4289민상362, 동 1965.6.15, 65다596)

61) 대판 1968.2.27, 67다2285, 동 1983.4.26, 83다카57, 동 1997.11.28, 95다43594

62) 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, 崔棣, 新債權各論, 博英社, 1961, 226면, 金顯泰, 債權各論, 一潮閣, 1986, 346면, 金錫宇, 債權各論, 博英社, 1978, 469면, 金基善, 韓國債權法各論, 法文社, 1988, 384면, 玄勝錫, 民法(債權法), 博英社, 1973, 307-308면, 黃迪仁, 債權各論, 博英社, 1999, 302면, 張庚鶴, 民法大意, 法文社, 1975, 421면, 金熙洙, 債權各論, 三英社, 1997, 590면, 權龍而, 債權各論, 法文社, 1994, 463면, 李好璉·池元林, 債權法要解, 第一法規, 1996, 486면, 尹品洪, 要解債權各論, 法元社, 1996, 288면, 崔鍾古, “民法 第七四六條의 適用範圍”, 法政 제20권 12호, 1965 12, 23면; 玄炳哲, “不法原因給與에 관한 研究”, 漢陽大學學叢 제11집, 1994 10, 228면, 林正平, “民法 第746條에 관한 再檢討”, 勞動法과 現代法の 諸問題(南觀沈泰植博士華甲紀念), 博英社, 1983, 306면, 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

구권을 행사할 수 없게 된다. 물론 불법의 의미를 공서양속 뿐만 아니라 강행법규 위반행위까지 포함하는 견해에 의하더라도 마찬가지이다.⁶³⁾ 다만 불법원인급여의 적용 범위를 좁게 해석하고, 적어도 사회질서 위반행위와 강행법규 위반행위를 제외하는 견해에 의하면, 그러한 매도인의 반환청구 내지 대위 행사는 가능할 것이다.⁶⁴⁾ 그런데 나아가 종래 판례는 매도인의 소유권에 기한 물권적 청구권을 인정하였으나⁶⁵⁾, 이러한 태도는 1979년 전원합의체판결에 의하여, 급여자의 반환청구가 배척되는 반사적 효과로서, 소유권 역시 수익자에게 귀속된다는 태도로 변경되었고⁶⁶⁾, 역시 다수의 학설에 의하여 지지되었다.⁶⁷⁾

② 다수설과 판례의 입장에 비추어 보면, 제2매수인의 적극적 가담행위에 의한 부동산 이중매매에 있어서도, 매도인은 부당이득반환청구권이나 소유권에 기한 물권적 청구권에 근거하여, 제2매수인 명의의 등기에 대한 말소를 청구할 수 없게 되고, 따라

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

64) 高翔龍, 전게서, 356면, 張在賢, 債權各論, 玄岩社, 1999, 458면, 金允錫, 註釋債權各則(III), 韓國司法行政學會, 1986, 199면, 宋德洙, “不法原因給與”, 民法學論叢第二(厚嚴郭潤直先生古稀紀念), 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 제483호, 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(III), 博英社, 1999, 950-952면

65) 대판 1960 9 15, 60다57, 동 1977.6.28, 77다728

66) 대판(전원합의체) 1979.11.13, 79다483. 동지 대판 1989.9.29, 89다카5994, 동 1988 9 20, 86도 628, 동 1999.6 11, 99도275

67) 郭潤直, 전게서(주62), 448면, 金曾漢, 전게서, 435면, 玄勝鐘, 전게서, 308면; 金基善, 전게서, 387면, 金顯泰, 전게서, 348면; 金崎洙, 전게서(주62), 593면, 權龍雨, 전게서(주62), 467-468면, 張在賢, 전게서, 461면, 金相容, 전게서, 74면; 李銀榮, 전게서(주63), 717면, 金曾漢 安二溶, 新債權各論(下), 博英社, 1970, 720면, 安二溶 金容圭, 學說判例註釋民法(下), 韓國司法行政學會, 1972, 527면, 朱宰璜, 債權各論講義, 探求堂, 檀紀4288(1955), 250면, 黃迪仁, 債權法各論, 韓國방송대학교출판부, 1999, 306-308면, 李太載, 전게서(주62), 438면, 姜台星, 物權法, 大明出版社, 2000, 131면, 權五乘, 전게논문, 408면, 高貞明, 전게논문, 36면, 39면, 宋德洙, 전게논문, 448면, 林正平, 전게논문, 318면, 崔弼, “不法原因給與”, 考試界, 1966.4, 96면, 金錫宇, “民法 제746조의 解釋-適用理論의 一般에 관한 小考”, 韓國民事法學의 現代的 展開(然齋裴慶淑教授華甲紀念論文集), 博英社, 1991, 634면, 李光信, “不法原因給與”, 考試研究, 1977 12, 96면, 鄭範錫, “不法原因給與”, 法政, 1965.9, 31면, 張庚鶴, “不法原因給與”, 考試界, 1975.2, 67-68면, 李好班, “不法原因給與와 給與者의 物權의 請求權의 行使”, 判例回顧 제6호, 1979.2, 34면, 趙敬熙, “不法原因給與에 관한 若干의 考察”, 學術論叢 제10집(桂堂崔海泰博士古稀紀念), 嶺南大學校社會科學研究所, 1979.2, 219면, 徐晟, “物權의 請求權의 行使에 있어 민법 第746條(不法原因給與)의 適用與否”, 民事判例研究(III), 民事判例研究會, 1981, 69면

서 제1매수인이 대위하고자 하는 매도인의 권리가 전혀 없기 때문에, 판례가 원상회복을 통하여 제1매수인을 보호하려는 이론구성은 납득할 수 없는 모순이 발생하는 것이다.

③ 이러한 모순을 해결하기 위하여, 학설은 ㉠민법 제103조의 공서양속위반이나 제746조의 불법은 동일한 것임을 전제로 하면서, 반사회적 이중매매행위를 무효로 하는 것은 결국 제1매수인을 보호하기 위한 것이기 때문에, 민법 제746조가 적용되지 않는다고 하거나⁶⁸⁾ 제746조의 적용범위에 대한 제한⁶⁹⁾ 혹은 불법성비교이론 등의 탄력적 해석을 통하여 이중매매행위에 대한 제746조의 적용을 배제함으로써⁷⁰⁾, 제1매수인에게 매도인의 반환청구권을 대위할 수 있도록 하는 이론구성이 있고, ㉡제1매수인이 반사회적 법률행위의 무효와 매매 목적물의 반환을 소송상 주장하는 경우에, 그는 이러한 청구의 이해당사자로서 무효확인의 소를 제기할 수 있는 소의 이익이 있는 자이므로, 매도인의 반환청구권을 대위행사하는 것이 아니라, 제2매수인에 대한 무효확인소송을 통하여 직접 소유권이전등기말소를 청구하고, 동시에 매도인에 대하여 자신의 명의로 소유권이전등기를 청구할 수 있다는 견해⁷¹⁾, ㉢매도인과 제2매수인 사이의 이중매매계약이 민법 제406조의 사해행위에 해당한다면, 제1매수인은 매도인에 대한 채권자의 자격으로서, 이러한 사해행위를 취소하고 매매 목적물의 원상회복을 청구할 수 있다는 견해⁷²⁾, ㉣반사회적 이중매매행위는 제1매수인이 매도인에 대하여 갖는 채권을 제2매수인이 위법하게 침해한 것이므로, 제1매수인은 제2매수인에게 불법행위책임을 물을 수 있고⁷³⁾, 따라서 그 손해배상의 방법으로 원상회복을 인정하거나⁷⁴⁾ 금

68) 金容漢, “不動産의 二重賣買에 있어서의 問題點”, 考試研究, 1987 1, 90-91면, 金俊鎬, “反社會的 不動産二重賣買에 관한 判例理論”, 韓國民事法學的 現代的 展開(藍基澤教授華甲紀念論文集), 博英社, 1991, 318-319면, 李英俊, 전게서, 223-224면, 金相容, 전게서, 72면, 金驥洙, 전게서(주59), 340면, 李容勳, 전게논문, 34-35면, 權龍雨, 전게서(주59), 351-352면

69) 高翔龍, “不動産의 二重賣買과 第1買受人의 保護”, 民法學特講, 法文社, 1995, 354면, 宋德洙, 전게논문, 451면

70) 李銀榮, 전게서(주63), 714면, 池元林, 전게서, 175면, 서현무, “부동산의 이중양도 반사회성 판단의 기준과 제1양수인의 보호방안”, 판례연구 1998, 전주지방법원, 1999.1, 173-175면

71) 金顯泰, “反社會的 二重賣買의 경우 展開될 수 있는 法律關係”, 民事法學的 諸問題(小峯金容漢教授華甲紀念), 博英社, 1990, 142면, 150면

72) 金旭坤, 註釋債權總則(上), 韓國司法行政學會, 1984, 407-409면, 金曾漢, “不動産 二重賣買의 反社會性”, 저스티스, 1972 3, 193면, 梁彰洙, “債權者取消權의 被保全債權과 詐害行爲”, 고시계 제36권 4호, 1991.4, 28-30면, 朴泳珪, “不動産 二重賣買에 관한 理論 批判”, 법률행정논집 제8권, 서울시립대, 2001 2, 119-124면, 洪春義, “不動産의 二重賣買과 第1買受人의 保護”, 不動産法學的 諸問題(石霞金基洙教授華甲紀念), 博英社, 1992, 245-247면

73) 崔軾, “不動産의 二重賣受가 反社會秩序的 法律行爲로서 無效로 된다고 한 判決”, 司法行政,

전배상에 한정하는 견해⁷⁵⁾ 등이 있다.

IV. 二重賣買形態의 許可 없는 土地去來의 規律

1. 民事的 規律의 理論整理

(1) 許可 없는 土地去來契約의 效力設定

허가 없는 토지거래계약의 효력에 대하여 다수설과 판례의 입장인 유동적 무효설은 이론적으로 법률상의 근거가 없는 것으로서 부당하다. 즉 토지거래계약이 무효라는 것은 법적 가치판단에 따라, 이미 무가치하여 소멸되고 폐기된 것을 의미하는데, 허가를 통하여 장래에 완성을 전제로 한다거나 허가를 받으면 소급적으로 유효하게 된다는 해석은 그 근거가 박약하며, 결과적으로도 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 그 설득력이 떨어진다. 또한 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 인가적 성질로 보는 해석론과 직접적인 모순 관계를 야기한다. 왜냐하면 일반적으로 인가는 법률행위의 효력을 보충하는 형성적 행정행위로서, 인가의 대상이 되는 기본적 행위가 불성립하거나 무효인 경우에는 인가를 받더라도 그 행위가 유효하게 될 수 없기 때문이다.⁷⁶⁾ 이러한 결과는 허가 없는 토지

1972.9, 35-37면

74) 尹眞秀, “不動産의 二重賣買와 原狀回復”, 民事法學 제6호, 韓國民事法學會, 1986, 178면; 黃迪仁, “不動産의 二重讓渡”, 考試研究, 1987.1, 209면

75) 權五乘, “不動産의 二重讓渡”, 民法의 爭點, 法元社, 1990, 47면, 49-50면

76) 朴鈞祈, 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), 三英社, 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, 螢雪出版社, 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, 4291행상138; 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, 99두7432

거래의 효력에 대하여 어떠한 형태로든 무효로 파악하는 견해에 대하여도 동일한 비판이 가능하다. 절대적 무효설은 말할 것도 없고, 제한적 무효설 역시 마찬가지이며, 특히 제한적 무효설은 채권행위를 원칙적으로는 무효라고 하면서, 예외적으로 유효가 되는 부분을 허용하는 근거가 무엇인지 의문이고, 그 중 물건관련행위무효설은 물건변동과 관련된 채무의 구체적인 의미와 범위가 불명확하며, 부수약정설은 채권의 주된 내용에 해당하는 본질적 부분은 무효라고 하면서, 허가를 위한 부수적이고 종된 내용의 합의에 대하여 유효성을 인정하는 논리가 가능한 것인지 의문이다.

나아가 토지거래허가제도의 취지에 비추어 보더라도, 허가 없는 토지거래의 채권적 효력을 부인하게 되면, 매도인이 동일한 토지에 대하여 이중적인 매매계약을 체결하는 경우에 형법상 배임죄 등의 죄책이 성립하지 않게 되고, 배임행위의 적극 가담에 의한 무효성을 인정할 수 없게 되므로, 결국 매도인은 토지거래의 허가를 미루면서, 2중·3중으로 최고가격을 제시하는 매수인을 상대로 투기거래를 체결할 가능성이 있다. 이러한 점에서 이론적으로는 허가 없는 토지거래의 채권적 효력을 인정하는 태도가 바람직할 것이다.

(2) 二重賣買行爲에 대한 管見

제2매수인의 반사회적 이중매매행위로 말미암아, 정당하게 소유권을 취득하지 못한 제1매수인을 보호하기 위한 이론구성으로서, 제1매수인의 무효확인청구를 통하여 직접 제2매수인 명의의 소유권이전등기말소청구가 가능하다는 견해가 있는데, 이에 대하여는 무효확인의 이익이 제2매수인 명의의 등기말소를 직접 청구할 수 있는 법적 근거가 될 수 있는지 의문이라는 비판이 가능하다. 그리고 채권자취소권을 주장하는 견해 역시 일반적인 이중매매에 있어서는 대체로 제1매매의 경우보다 제2매매의 경우가 매매대금이 다액일 터인데, 이로 인하여 채무자인 매도인이 무자력상태가 된다는 것은 기대하기 어렵고, 따라서 민법 제406조의 요건을 갖추기가 쉽지 않다는 점이 문제라고 할 것이다. 또한 채권침해에 의한 불법행위에 근거하여 손해배상을 원상회복으로 청구한다는 견해 역시 우리 민법상 손해배상의 방법은 원칙적으로 금전배상이며, 특별한 명문규정도 없이 이중매매로 인한 제2매수인의 손해배상책임을 굳이 원상회복으로 의제하는 것은 법적 근거가 희박하며, 이중매매의 대상이 된 부동산을 원상회복시킨다는 것은 결국 제2매수인의 부동산소유권이전등기말소청구에 의한 매도인에게로의 소유권 회복을 의미하는데, 그렇다면 불법행위의 피해자인 제1매수인에 대해서가 아니라, 매도인에 대한 손해배상, 즉 매도인에게 부동산을 원상회복시키는 근거를 찾을 수 없다.

는 점에서 그 타당성을 인정하기 어렵다. 그리고 손해배상을 금전배상에 한정하는 견해는 이러한 비판을 피할 수는 있으나, 제1매수인에게 부동산을 귀속시킬 수 없게 되므로, 결국 제1매수인의 보호방법으로서 미흡하다는 비판을 면할 수 없다. 그리고 다수설과 판례의 입장은 매도인의 제2매수인에 대한 등기말소청구권을 근거로 제1매수인이 채권자대위권을 행사할 수 있다고 하는데, 문제는 이러한 견해의 대다수가 불법원인급여와 관련하여서는 특별한 법적 근거없이 그 적용을 배척하고 있다는 점이다.

생각건대 민법 제746조의 불법에 대하여 자세히 서술할 여유는 없지만, 불법의 의미는 가능한 한 좁게 해석하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 불법원인급여제도는 근본적으로 급여자의 반환청구를 부정함으로써, 유효한 계약의 이행상태와 동일하게 되고, 수익자측에서 불법의 상태가 고착화되므로, 결국 민법 제103조가 반사회적 법률행위의 무효를 선언한 것과 모순되는 결과를 야기하기 때문이다. 이러한 해석론의 전제에서 반사회적 이중매매행위는 민법 제103조 위반의 무효인 법률행위이지만, 제746조의 불법원인급여에는 해당되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 적어도 민법 제746조가 급여자의 물권적 청구권에는 영향을 미치지 않는 것으로 해석하거나 이론적으로 문제는 있지만 단서규정의 탄력적 해석으로서 불법성비교이론을 원용하더라도, 동일한 결론에 이를 수 있을 것으로 생각한다. 따라서 제1매수인은 반사회적 이중매매행위의 무효에 근거하여, 매도인의 부당이득반환청구권 내지 물권적 청구권을 대위 행사함으로써, 제2매수인 명의의 등기를 말소하고 매도인의 명의로 회복시킨 후, 제1매매계약에 근거한 채무의 이행으로서, 자신의 명의로 소유권이전등기를 청구할 수 있을 것이다.

그러나 제1매수인을 보호하기 위한 어떠한 이론구성에 의하더라도, 그 전제가 되어야 할 것은 제2매매계약이 매도인의 배임행위에 대한 제2매수인의 적극적 가담으로 반사회적 법률행위를 구성하여 무효가 되어야 한다는 것이며, 이 때 제2매매계약이 무효가 되기 위한 전제로서 제1매매계약이 유효하여야 한다는 점이다. 즉 제1매매계약의 유효로 매도인과 제1매수인 사이에 계약의 이행과 관련한 구체적 신임관계가 존재하고, 매도인이 제2매매계약을 체결함으로써 그러한 신임관계를 파괴시킨 배임행위가 인정되어야, 비로소 이중매매행위에 대한 법리가 성립할 수 있다는 것이다. 그리고 나아가 매도인에 대한 형사상의 배임죄 등 죄책을 묻기 위하여도, 비록 제2매매계약의 효력과는 관계없지만, 제1매매계약의 유효성과 매도인의 배임행위에 관한 민사법적 규율이 전제가 되어야 한다.

2. 賣買當事者の 刑事的 規律

(1) 國土計劃利用法上の 處罰

매도인의 이중매매적 투기거래를 방지하기 위한 방법으로서 국토계획이용법에서 규정하는 이용목적위반에 근거하여 형사처벌을 하는 것이 훨씬 직접적인 규제일 수 있다. 즉 국토계획이용법 제124조에 의하면, 토지거래계약의 허가를 받은 자는 대통령령이 정하는 사유가 있는 경우를 제외하고는 그 토지를 허가받은 목적대로 이용하여야 하는데, “토지거래계약의 허가를 받아 취득한 토지를 허가받은 목적대로 이용하지 아니한 자”에 대하여는 동법 제144조 제2항 제2호에 의하여 500만원 이하의 과태료를 부과할 수 있을 뿐만 아니라, “허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결하거나 사위 그 밖의 부정한 방법으로 토지거래계약 허가를 받은 자”에 대하여는 동법 제141조 제6호에 의하여 2년 이하 징역 또는 2천만원 이하의 벌금(계약체결 당시의 개별공시지가에 의한 당해 토지가격의 100분의 30에 상당하는 금액)으로 처벌하고 있다.

그러나 최근 대법원은 부동산투기업자가 토지거래허가구역 내의 자연녹지로 지정된 토지를 향후 상업지역으로 개발될 것이라며 투자자들을 모은 후, 일부 투자자들에 대하여는 되팔 때 원금은 물론 차익까지 보전해주겠다는 약정을 포함하여, 지방자치단체의 허가를 받지 않고 분할매매를 시도한데 대하여, 무죄를 선고하였다. 즉 국토계획이용법 위반혐의로 기소된 이 피고인에 대하여 재판부는 “사기 혐의는 인정되지만, 토지거래허가제도의 위반대상인 허가 없이 토지 등의 거래계약을 하는 행위는 처음부터 허가를 배제하거나 몰래 법에서 벗어나려는 내용의 계약을 체결하는 행위를 가리킨다”고 하면서, 토지거래허가제 위반 여부에 대해서는 “적법하게 계획한 것으로, 명백하게 투기할 뜻으로 계약을 체결한 것으로는 보이지 않는다”고 하여, 무죄를 선고하였다. 이러한 판결은 개인의 포괄적 기본권의 하나인 계약자유의 원칙을 존중해야 한다는 뜻으로, 국가는 최종적인 허가 여부만 결정하는 것으로 충분하며, 허가 전 개인들 간에 체결된 계약내용 등에 대해서는 범죄의도가 명백하지 않은 이상 관여할 수 없다는 의미로 풀이된다.⁷⁷⁾

(2) 刑法上の 處罰

77) 조선일보 인터넷신문 <http://www.chosun.com/national/news/200406/200406280008.html> , 중앙일보 인터넷신문 <http://news.joins.com/society/200406/27/200406272121048701300033003320.html>

① 횡령죄의 성부

토지거래허가구역 내에서 이루어지는 부동산의 이중매매를 보면, 제1매수인에 대한 이전등기가 경료되기 전에는 그 소유권이 매도인에게 남아 있고, 그러한 상태에서 매도인이 제2매수인에게 이중으로 매도하더라도, 매도인은 아직 자신의 소유에 속하는 부동산을 매도한 것에 지나지 않으며, 따라서 매도인은 제1매수인에 대하여 횡령죄를 구성하지 않는다.⁷⁸⁾ 이것은 부동산의 물건변동에 관하여 우리 민법이 취하고 있는 등기의 성립요건주의에 비추어, 매매계약의 성립만으로는 소유권이 이전되지 않고, 그 결과 매도인은 형법 제355조 제1항 횡령죄의 구성요건으로서, “타인의 재물을 보관하는 자”에 해당되지 않기 때문이다. 따라서 매도인의 횡령죄 여부는 이중매매행위의 구체적인 상황이나 당사자의 특별한 의도와 관계없이, 성립하기 어려운 죄책이다.⁷⁹⁾

② 배임죄의 성부

A. 형법 제355조 제2항의 배임죄 구성요건에 따르면, 이는 “타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위”를 한 때에 성립하는 것으로 규정하고 있다. 이 중에서 임무에 위배하는 행위로서의 배임행위는 매도인이 선행하는 제1매매계약의 존재에도 불구하고 제2매매계약을 체결하는 행위가 이에 해당한다는데 의문이 없다. 문제는 과연 매도인을 타인의 사무를 처리하는 자로 볼 수 있는가에 달려 있다. 즉 제1매매계약의 진행상태에 따라, 매도인의 제1매수인에 대한 관계를 “자신의 사무를 처리하는 자”로 볼 것인지, 아니면 “타인의 사무를 처리하는 자”로 볼 수 있을 것인지가 매도인의 배임죄를 인정하기 위한 결정적 구성요건으로 고려된다. 그리하여 ㉠제1매매계약의 진행상태에 비추어 매도인이 단지 계약금만 수령한 단계에서 제2매매계약이 이루어진 경우라면, 매도인은 그 계약금의 배액을 해약금으로 지급하고 계약을 해제할 수 있다. 따라서 이 경우에 매도인은 단지 “자신의 사무를 처리하는 자”에 불과하므로, 배임죄의 성립을 인정할 수 없다.⁸⁰⁾ ㉡매도인이 중도금을 수령한 단계에 이르면,

78) 鄭盛根·朴光旼, 刑法各論, 三知院, 2002, 430면, 任雄, 刑法各論, 法文社, 2001, 421면, 李炯國, 刑法各論研究, 法文社, 1997, 491면, 김일수·서보학, 형법각론, 박영사, 2003, 352면, 陳癸鎬, 刑法各論, 大旺社, 2003, 403면; 裴鍾大, 刑法各論, 弘文社, 2001, 476면, 오영근, 형법각론, 대명출판사, 2002, 550면

79) 물론 구민법상의 등기의 대항요건주의에 의하면 매매계약만으로도 소유권이 이전되므로, 부동산의 이중매매계약에 있어서 매도인은 제1매수인에 대하여 횡령죄를 구성한다(대판 1961 11.23, 61도586)

80) 李在祥, 刑法各論, 博英社, 2000, 396면; 朴相基, 刑法各論, 博英社, 2002, 407면; 鄭盛根·朴光旼, 전거서, 429면, 李廷元, 刑法各論, 法志社, 2000, 476면, 任雄, 전거서, 421면; 李炯國, 전

제1매수인은 계약의 이행에 착수한 것이 되고, 매도인은 일방적으로 계약을 해제할 수 없게 되며, 매수인에게 소유권을 이전해 주어야 할 의무가 발생한다. 따라서 이 경우에 매도인은 자신에게 남아 있는 소유권의 처분을 완성토록 하는 측면에서 “자신의 사무를 처리하는 자”인 동시에, 제1매수인은 매도인의 협력 없이 소유권이전을 완성할 수는 없으므로, 매도인이 이러한 소유권이전에 협력해야 할 의무는 타인인 제1매수인을 위하여 부담하는 사무라는 측면에서, “타인의 사무를 처리하는 자”에도 해당된다.⁸¹⁾ 결국 이러한 단계에서 매도인은 배임죄의 주체가 될 수 있고⁸²⁾, 제2매수인에게 소유권이전등기를 경료함으로써 배임죄가 성립하게 되는 것이다.⁸³⁾ 그리고 이 때 매도인의 배임행위 자체는 법률행위 외에 준법률행위나 사실행위로도 족하고, 법률행위인 경우 그 유효무효를 불문한다.⁸⁴⁾ 즉 만일 제2매매계약에 있어서 매도인의 배임행위에 대한 제2매수인의 적극 가담으로 인하여 그 역시 무효인 경우에는 일단 제2매매계약의 성립에 의해서 매도인은 배임죄에 대한 실행의 착수가 있고, 다만 제2매수인에 대한 소유권이전등기를 경료할 수 없기 때문에, 배임죄의 미수로 처벌할 수 있을 것이

게서, 514면, 김일수서보학, 전게서, 473면, 陳燾編, 전게서, 428면, 裴鍾大, 전게서, 503면, 오영근, 전게서, 593면

81) 裴鍾大, 전게서, 503면, 金聖坤, “부동산 이중매매와 배임죄”, 검찰 제52호, 대검찰청, 1973, 217-218면

82) 鄭盛根, 朴光政, 전게서, 429면, 任雄, 전게서, 421면, 李炯國, 전게서, 514면, 김일수서보학, 전게서, 474면, 陳燾編, 전게서, 428면, 裴鍾大, 전게서, 503면, 李在祥, 전게서, 396면, 朴相畵, 전게서, 407-408면, 李廷元, 전게서, 476면, 대판 1983 10 11, 83도2057 = 부동산대도인이 매수인으로부터 계약금과 중도금까지 수령한 이상, 특단의 약정이 없다면, 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있으므로, 이를 다시 제3자에게 처분함으로써, 제1차 매수인에게 잔대금수령과 상환으로 소유권이전등기절차를 이행하는 것이 불가능하게 되었다면, 배임죄의 책임을 면할 수 없다. 동지 대판 1980 5 27, 80도290, 동 1983 4.26, 82도 49, 동 1984 5 15, 84도315, 동 1984, 8 21, 84도691, 동 1985.1 29, 84도1814; 동 1986 7 8, 85도1873, 동 1988.12 13, 88도750, 동 2003 3 25, 2002도7134. 반대견해로는 중도금의 지급으로는 부족하고, 대금지급의 완료와 등기서류의 교부가 있어야 된다는 견해가 있다(金鍾源의 6 인공저, 新稿刑法各論(上), 韓國司法行政學會, 1986, 238면, 오영근, 전게서, 594면).

83) 鄭盛根, 朴光政, 전게서, 429면, 任雄, 전게서, 423면, 李炯國, 전게서, 514면, 김일수서보학, 전게서, 477면, 陳燾編, 전게서, 428면, 朴相畵, 전게서, 408면, 李廷元, 전게서, 477면, 오영근, 595면, 대판 1984 11 27, 83도1946, 동 1966 12 20, 66도1543 = 부동산의 매도인이 매수인 앞으로의 소유권이전등기에 협력할 의무가 있음에도 불구하고, 같은 부동산을 위 매수인 이외의 자에게 2중으로 매도하여 그 소유권이전등기를 마친 경우에는 1차 매수인에 대한 소유권이전등기의무는 이행불능이 되고, 이로써 1차 매수인에게 그 부동산의 소유권을 취득할 수 없는 손해가 발생하는 것이므로, 부동산의 2중매매에 있어서 배임죄의 기수시기는 2차 매수인 앞으로 소유권이전등기를 마친 때라고 할 것이다

84) 대판 2002.7.22, 2002도1696, 동 2001 9.28, 99도2639

다.⁸⁵⁾ 그리고 이러한 경우에는 민법상의 이론구성으로서 제1매수인을 보호하기 위한 법률구성이 가능할 것이다. 물론 거래실무상 허가구역 내에서의 토지거래계약은 당사자 쌍방이 허가의 취득에 대한 정보를 알고 있을 가능성이 크므로, 매수인이 허가의 취득도 없이 중도금이나 잔금을 지급하는 경우가 많지는 않을 것으로 생각되지만, 투기적 거래임을 고려한다면 그러한 상황도 빈번하게 발생할 수 있고, 이론적으로는 이러한 모든 경우를 감안하여 법리를 전개해야 할 것이다. ㉠매도인이 잔금을 수령한 단계에 이르면, 매도인은 제1매수인에 대하여 소유권이전등기에 협력할 의무만 지게 되므로, 더 이상 자신의 사무가 아니라 전적으로 “타인의 사무를 처리하는 자”에 해당하여, 배임죄의 주체가 될 수 있다 ㉡한편 매도인이 중도금이나 잔금의 수령단계에서 배임죄가 긍정되는 경우에, 제2매수인을 배임죄의 공범으로 처벌할 수 있는지의 문제가 있다. 이에 대하여 학설과 판례는 제2매수인이 선행하는 제1매매계약의 존재를 알고 있었다는 것만으로는 배임죄의 공범이 성립되지 않으나, 이중의 매매계약체결을 교사하는 등 매도인의 배임행위에 적극적으로 가담하는 경우에는 그 공범의 성립을 인정할 수 있다고 한다.⁸⁶⁾

B. 부동산의 이중매매에 있어서 제1매매계약이 유효한 경우에 배임죄가 성립한다⁸⁷⁾ 그리하여 판례는 내연의 처와의 불륜관계를 지속하는 대가로서 부동산에 관한 소유권이전등기를 경료해 주기로 약정한 경우, 위 부동산 증여계약은 선량한 풍속과 사회질서에 반하는 것으로 무효이므로, 증여로 인한 소유권이전등기의무가 인정되지 아니하는 이상, 동인이 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 볼 수 없어, 비록 등기의무를 이행하지 않는다 하더라도 배임죄를 구성하지 않으며⁸⁸⁾, 피고인이 사건 부동산에 대한 공소외인과의 분쟁을 피고인의 처남을 내세워 해결할 생각으로, 처남에게

85) 실행의 착수시기에 대하여, 다수설과 판례는 매도인이 제2매매계약을 체결하고 계약금과 중도금을 수령한 때로 보며(任雄, 전게서, 422면 ; 김일수서보학, 전게서, 477면, 朴相基, 전게서, 408면 ; 裴鍾大, 전게서, 503면, 陳癸鎬, 전게서, 429면, 李廷元, 전게서, 477면 ; 대판 1984 8 21, 84도691, 동 1983 10 11, 83도2057, 동 2003.3.25, 2002도7134), 학설 중에는 제2매수인을 위한 등기이전에 착수한 때로 보는 견해가 있다(鄭盛根, 朴光旼, 전게서, 429면, 李炯國, 전게서, 514면, 李在祥, 전게서, 397면, 오영근, 전게서, 595면).

86) 鄭盛根, 朴光旼, 전게서, 430면, 任雄, 전게서, 423면, 李炯國, 전게서, 514면, 李在祥, 전게서, 398면 ; 김일수서보학, 전게서, 474면, 朴相基, 전게서, 409면, 陳癸鎬, 전게서, 429면, 李廷元, 전게서, 477면, 오영근, 전게서, 595면, 대판 1975.6.10, 74도2455, 동 1966.1.31, 65도 1095

87) 鄭盛根, 朴光旼, 전게서, 429면, 任雄, 전게서, 422면, 李炯國, 전게서, 514면, 李在祥, 전게서, 397면 ; 朴相基, 전게서, 408면 ; 裴鍾大, 전게서, 504면

88) 대판 1986 9 9, 86도1382

허위로 부동산에 대한 매매계약서를 작성·교부하고, 가등기를 경료한 후, 위 부동산 중 일부를 타인에게 매도하였다 하여, 2중매매에 의한 배임행위가 된다고 할 수 없다고 판시하였다.⁸⁹⁾ 그리고 특히 구국토이용관리법 제21조의 2(현재 국토계획이용법 제118조) 소정의 규제구역 내에 있는 토지에 관하여 소유권 등 권리를 이전 또는 설정하는 내용의 거래계약은 관할관청의 허가를 받아야 효력이 발생하고, 허가를 받기 전에는 물권적 효력은 물론 채권적 효력도 발생하지 않는 것이므로, 위와 같은 규제구역 내에 있는 토지를 매도한 경우, 국토이용관리법 소정의 거래허가를 받은 바 없다면, 위 매매계약은 채권적 효력도 없는 것이어서, 그 매도인은 매수인에 대한 소유권이전등기에 협력할 의무가 생겼다고 볼 수 없어, 그를 배임죄의 주체인 타인의 사무를 처리하는 자에 해당한다고 할 수 없다고 판시하고 있다.⁹⁰⁾

이것은 부동산의 이중매매에 있어서 매도인의 배임죄가 성립하기 위해서는 제1매수인에 대한 매도인의 소유권이전등기 협력의무가 전제되어야 하기 때문에, 제1매매계약이 무효취소 등에 의하여 이러한 등기협력의무를 긍정할 수 없게 되는 때에는 배임죄의 죄책을 인정할 수 없다는 것이며, 토지거래 허가구역 내에서 허가를 받지 아니한 매매계약을 유효적 무효로 보는 한, 매도인의 배임죄를 인정할 수 없다는 취지로 보인다.⁹¹⁾ 그러나 앞서 본 바와 같이, 이러한 토지거래계약의 유효성을 인정하는 사견에 비추어 본다면, 매도인에게 배임죄의 죄책을 물어야 할 것이며, 오히려 이러한 해석이 이중매매형태의 투기적 토지거래를 방지하는데 효과적이라고 생각한다 따라서 이러한 판례의 태도는 지양되어야 할 것이다.

③ 사기죄의 성부

매도인의 부동산 이중매매행위에 대하여 사기죄의 성부를 논의하기 위해서는 형법 제347조에서 규정하는 구성요건으로서, “사람을 기망하여 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취득한 자”에 해당하는가의 여부가 문제된다. 그리고 특히 기망에 의한 재산취득이 긍정되기 위해서는 허위의 의사표시에 의하여 사람을 착오에 빠뜨리는 행위가 있어야 하는 바, 제1매매계약 당시에 매도인에게 제2의 매매계약에 대한 의사가 없었던다면 제1매수인에 대한 기망행위가 될 수 없고, 제2매수인에 대하여도 소유권이전등기

89) 대판 1983.7.12, 82도2941

90) 대판 1992.10.13, 92도1070, 동 1994.6.28, 94도1279, 동 1994.6.14, 94도612, 동 1995.1.20, 94도697, 동 1996.2.9, 95도2891, 동 1996.8.23, 96도1514

91) 金浩潤, “국토이용관리법 소정 규제구역 내의 토지매매에 대하여 거래허가를 받지 아니한 상태에서 이중매매한 경우 배임죄의 성부”, 대법원판례해설 제18호, 1992.10.13, 887면 이하

를 해 줄 의사가 있었다면 제2매수인에 대한 기망행위도 될 수 없다. 따라서 일반적인 이중매매행위의 유형을 통하여는 매도인에게 사기죄의 죄책을 묻기 어렵다. 그러나 매도인이 처음부터 이중매매행위를 할 의사를 갖고 제1매수인을 기망하였다면, 매도인의 사기죄가 성립한다.⁹²⁾ 판례에 따르면 부동산매매에 있어서 매도인이 매수인에게 매매와 관련된 구체적 사정을 고지하지 아니함으로써, 매수인이 매매목적물에 대한 권리를 확보하지 못할 위험이 생길 수 있음을 알면서도, 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니한 채 매매계약을 체결하고 매매대금을 교부받는 한편, 매수인은 그와 같은 사정을 고지받았더라면 매매계약을 체결하지 아니하거나 매매대금을 지급하지 아니하였을 것이임이 경험칙상 명백한 경우에는, 신의성실의 원칙상 매도인에게 그와 같은 사정에 관한 고지의무가 있다고 할 것이므로, 매도인이 매수인에게 그와 같은 사정을 고지하지 아니함은 사기죄의 구성요건인 기망에 해당한다고 판시하였다.⁹³⁾ 따라서 매도인이 투기적 거래를 목적으로 이중매매형태를 이용한다면, 처음부터 제1매수인을 기망할 의사가 존재하는 것으로 평가되기 때문에, 이러한 경우에는 사기죄의 성립도 충분히 가능할 것이다.

④ 배임죄와 사기죄의 경합

타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하여 타인을 기망함으로써 재산상의 이익을 취득하고 그에게 손해를 가한 경우에는 배임죄와 사기죄의 상상적 경합이 된다.⁹⁴⁾ 따라서 매도인이 제1매매계약을 할 당시에 이중매매의 의사를 가지고 제1매수인을 기망하여 계약을 체결한 후, 중도금이나 잔금을 받고서 다시 제2매매계약을 체결한 경우에는 매도인의 배임죄와 사기죄를 인정할 수 있다. 그리고 특별한 사정에 의하여 제1매수인에 대하여 사기죄를 구성하는 경우에도, 매매계약 자체에 무효의 사유가 있거나 취소되지 않는 한, 매도인의 제1매수인에 대한 소유권이전증의무가 소멸하지 않는다.⁹⁵⁾

92) 任雄, 전계서, 421면, 朴相基, 전계서, 408면, 裴鍾大, 전계서, 504면; 오영근, 전계서, 488면

93) 대판 1991 12 24, 91도2698; 동 1984.9.25, 84도882, 동 1985 3.26, 84도301

94) 鄭盛根, 朴光旼, 전계서, 345면, 任雄, 전계서, 427면, 李在祥, 전계서, 335면, 김일수서보학,

전계서, 479면, 朴相基, 전계서, 410면, 裴鍾大, 전계서, 511면, 대판(전합) 2002.7 18, 2002도

669

95) 대판 1992 12.24, 92도1223

V. 結 語

토지거래허가구역 내에서 허가 없이 토지에 대한 매매계약을 체결한 매도인이 다시 동일한 토지에 대하여 2중3중의 매매계약을 통하여, 그 중 최고의 매매가액으로 계약할 자를 물색하고, 그 자와 맺은 계약의 허가취득과 소유권이전등기를 경료하는 행위는 적어도 국토계획이용법 제141조 제6호에서 규정하고 있는 “허가 또는 변경허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결하거나 사위 그 밖의 부정한 방법으로 토지거래계약 허가를 받은 자”에는 해당될 수 있어, 동법에 의한 직접적 처벌이 가능할 것으로 보인다. 그러나 현재 우리 대법원이 토지거래허가제도의 위반혐의로 기소된 피고인에 대하여, 범죄의도가 명백하지 않다는 이유로 무죄를 선고하는 태도이고 보면, 이중매매형태의 투기적 토지거래에 대한 방지는 결국 매도인의 배임행위에 초점을 맞출 수 밖에 없음을 알 수 있다.

그런데 이러한 매도인의 행태에 대하여 민법상 이중매매행위의 무효 및 제1매수인의 보호를 위한 법률구성이 가능하기 위하여서는 허가구역 내에서의 토지거래계약에 해당하는 제1매매행위가 유효하게 성립하여, 매도인의 제1매수인에 대한 소유권이전등기의 협력의무가 전제되어야 하고, 그러한 전제에서 비로소 매도인과 제2매수인 사이의 이중적 토지거래행위에 대한 매도인의 배임행위를 인정할 수 있게 된다. 그리고 나아가 형법상의 배임죄를 구성하기 위해서도 마찬가지로 전제가 반드시 요구된다고 할 것이다. 그러나 현재의 다수설과 판례의 태도에 따르면, 그러한 제1매매계약으로서의 토지거래를 이른바 유동적 무효의 법리에 근거하여, 허가 받지 않은 상태의 토지매매계약은 물권적 효력 뿐만 아니라 채권적 효력도 발생하지 않는 것으로 취급하고, 향후 허가를 취득하는 경우에 한하여 소급적으로 유효하게 해석하고 있다 더욱이 제2제3의 토지거래 역시 허가를 취득하지 않은 한 동일하게 무효로 보게 되면, 앞서 본 바의 이중매매행위에 대한 민법상형법상의 규제는 더욱 요원하게 될 것이다.

따라서 허가구역 내에서의 토지거래계약은 일단 유효한 것으로 취급하고, 이러한 전제에 의하여 이중매매형태의 투기적 토지거래가 규제될 수 있을 것이라고 생각한다. 즉 토지거래 허가구역 내에서 매도인이 일단 토지매매계약을 체결하고, 허가의 취득을 차일피일 미루면서 보다 높은 가격을 제시하는 2중3중의 매매계약을 체결한 후, 그 중에서 가장 높은 가격을 부르는 매수인을 선택하여 허가를 취득하고 소유권이전등기를 넘겨주는 이중매매형태의 투기적 거래 역시, 제1의 토지거래계약은 허가를 받지 않은 상태에서도 유효한 계약으로 보아야, 매도인의 배임행위에 대한 배임죄를 인정할

수 있게 된다. 그리고 매도인이 처음부터 이중매매할 의사로 토지거래를 한 경우에는 사기죄가 성립되고, 배임죄와의 상상적 경합이 되며, 설령 제2매매계약이 매수인의 적극가담에 의하여 무효가 되고 소유권이전등기를 해 줄 수 없는 경우에도, 매도인은 배임죄의 미수로 처벌할 수 있으며, 민법상의 이중매매법리에 따라 제1매수인의 보호방범을 강구할 수 있을 것이다



● 정상현

국토의 계획 및 이용에 관한 법률(The Act of Program and Utilization for National Land) 토지거래허가(the permission of land transaction)

이중매매(double contract) 사기적 거래(speculative trades)

행정수도이전계획(The Administrative Capital Moving Plan)

유동적 무효론(the Doctrine of Floating Void) 협력의무(cooperating duty)

소유권이전등기(the registration of proprietary transference)

배임(violation of faith) 무효(voidance or nullity)

[ABSTRACT]

A Countermeasure for the Prevention of Speculative Double Trades on the Real Estate in need of Permission*

Jung, Sang-Hyun**

A ordinary contract on real estate can be made freely without special forms. But the Act of Program and Utilization for National Land demands a government's permission for restraint the speculative trades of real estate in particular area. Exactly, Article 118 provides that one who shall buy or sell the land must acquire the government's permission, and the contract without such permission should be ineffective. Nevertheless, various trials to evade this Article are prevalent, and especially those trials are the more like that in the region prearranged by Administrative Capital Moving Plan.

However the general view and judicial precedents have interpreted the Article according to the Doctrine of Floating Void. Under this doctrine, the parties don't have to perform the legal obligation, because prior to the permission the contract does not carry it into effect. Of course, this interpretation also has the purpose which restrains the speculative trades. But it is a theoretical repugnance that the legal duty which the parties must cooperate mutually for getting the permission and registration is based upon the validity of contract, nevertheless the contract without permission is null and void.

Moreover this doctrine cannot bar effectively any speculative trades. Because a certain seller may abuse it speculatively, that the contract

* This work was supported by Korea Research Foundation Grant (KRF-2003-041-B00572)

** Dr. Jur Assistant Professor, The College of Law, Sungkyunkwan University

without permission is null and void. Namely, the typical form of those speculative trades is that after the seller made contracts without permission on the trades of real estate in special region, while he delays the acquisition of permission intentionally, induces other buyers to contract double trades, finally he transfers own property to the buyer who proposed the highest price. In this case, if the first contract without permission was null and void, the seller should not violate the first buyer's faith, he also should not breach any duties that have to cooperate for the first buyer in order to acquire the permission and registration. Because the voidance and nullity of contract means that any legal duty or obligation does not exist.

Here, we must pay attention to the fact that if the trades of real estate made without permission is null and void, the speculative trades committed by seller will be increased extremely. So I think that such interpretation and conclusion of Floating Void Doctrine are unreasonable manifestly. This article write out for the solution of these problems, therefore it suggests that the contract made without permission is valid, and the legal duty which the seller must cooperate for the first buyer in order to get the permission and the registration of proprietary transference ought to be recognized from the validity of contract. On the ground of such a premise, one who violates the first buyer's faith or breaches own cooperative duty must be punished criminally, and as a result, the speculative double trades of real estate committed by seller shall be restrained successfully.