

토지거래허가제의 문제점과 입법적 개선방안 연구

- 제도 운영상 문제를 중심으로 -

노 한 장*

〈국문초록〉

토지거래허가제는 도입한 지 40여년이 흐르는 동안 토지투기억제라는 순기능을 수행한 것도 부인할 수 없지만, 그 운영과정에서는 여러 가지 문제점도 드러나 국민들에게 혼란과 불편을 주고 형사처벌 부담까지 주어 왔던 것도 사실이다. 토지거래계약을 체결하려면 먼저 관할관청의 허가를 받도록 의무화하는 데서 오는 현실 거래관행과의 괴리, 같은 허가구역 내에 있을지라도 일정 규모 면적 이하의 토지에 대해서는 허가 의무를 면제하는 데서 오는 형평성 문제, 경매절차로 토지를 취득하는 경우에는 허가 의무의 예외를 악용한 허위 근저당 설정 등 탈법행위 성행이 그 대표적 사례라 할 수 있다. 토지거래허가제를 규율하고 있는 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」의 입법취지를 충실히 구현하기 위해서는 그 동안 제도운영에서 드러난 다음과 같은 몇 가지 문제점들에 대한 입법적 개선이 이루어져야 한다.

우선, 현행법상 허가대상 토지를 거래하려는 당사자는 계약체결에 앞서 관할관청의 허가를 받도록 되어 있으나, 거래관행은 그 반대가 일반적인 점을 고려하여 토지거래계약을 체결하려는 자는 물론 이미 「거래계약을 체결한 자」도 허가신청을 할 수 있도록 법률을 개정해야 한다. 또한 주민들 간 형평성과 제도의 실효성 제고를 위해 용도지역에 따라 일정 면적 이하의 소규모 토지를 거래허가 대상에서 제외하고 있는 특례규정을 삭제해야 한다. 끝으로 허위 근저당 설정에 의한 경매신청 등 탈법행위를 근절시키기 위해서는 토지거래 허가구역 지정 전에 설정된 담보권에 의한 경매만 허가대상에서 제외하도록 허가면제 범위를 제한해야 한다.

본 연구는 거래관행과 현행법 사이에 발생하는 모순과 제도운영 과정에서 나타난 여러 가지 문제점들을 규명하고 그에 대한 근본적 문제해결을 위해 실무적 차원의 실효성 있는 해결방안을 모색하였다는 점에서 기존 연구들에 비해 차별성이 있다. 또한 최근 국회에 제출된 헌법개정안에 토지공개념(土地公概念)이 명시되면서 이에 대한 관심과 연구가 재 점화되고 있는 상황에서 핵심 관련 법률인 토지거래허가제의 현황과 문제점을 재조명하였다는 점에서 시사성이 있다. 더 나아가 본 연구는 그 동안 제도 운영과정에서 드러난 문제점들에 대해 구체적으로 입법적 해결방안까지 제시하였다는 점에서 토지거래 허가구역의 거래현장에서 발생하고 있는 실무상 모순 및 문제점에 대한 제도개선에도 크게 기여할 수 있을 것으로 기대된다.

* 부동산학 박사, 단국대학교 부동산건설대학원 외래교수

주제어 : 토지거래허가제도, 입법적 개선, 계약 후 허가신청, 소규모 토지, 경매제외 범위

• 투고일 : 2019.1.4. / 심사일 : 2019.1.22. / 게재확정일 : 2019.1.25.

I. 서론

부동산에 대한 투기억제와 토지가격의 급등을 막기 위하여 도입된 토지거래 허가제에 관한 논의가 한 동안 잠잠하였으나, 2018. 3. 26. 대통령이 국회에 제출한 헌법개정안에 ‘토지공개념’¹⁾이 포함되면서 토지거래허가제 등 토지공개념에 대한 관심이 다시 고조되고 있다. 그 동안 토지거래허가제는 토지에 대한 투기억제라는 순기능에도 불구하고 끊임없이 위헌성²⁾ 여부에 관한 논의가 전개되어 왔으며, 제도의 운영과정에서는 법률규정과 거래의 현실 간 괴리로 인한 여러 가지 실무적 문제점도 노정되어 국민들에게 혼란과 불편은 물론 재산상, 형사상 불이익까지 감수하도록 부담을 주고 있는 것도 사실이다. 토지거래 계약을 먼저 체결하고 허가신청을 하는 일반적 거래관행과 달리 사전에 관할 관청의 허가를 받도록 의무화하는 데서 오는 현실과 법규의 괴리, 거래허가구역에 존재하는 일정 규모 이하의 토지는 허가 의무를 면제함에 따른 형평성 논란, 토지거래 허가구역의 부동산 경매에 대한 허가 의무 면제에 따른 허위 근저당 설정 등 탈법행위의 성행이 그 대표적 사례라 할 수 있다.

토지거래허가제는 토지공개념을 바탕으로 출발하며, 토지공개념의 이론적 기초는 헨리 조지(Henry Georg)가 그의 저서「진보와 빈곤(Progress and

1) 대통령이 제출한 헌법개정안 제128조 제2항 : 국가는 토지의 공공성과 합리적 사용을 위하여 필요한 경우에만 법률로써 특별한 제한을 하거나 의무를 부과할 수 있다(국회의안정보시스템/<http://likms.assembly.go.kr>)

2) 헌법재판소는 이른바 토지공개념 3법에 대한 위헌성 여부를 심사하여 일률적으로 택지소유 상한을 200평으로 제한한「택지소유상한에 관한 법률」에 대해서는 위헌결정을 내렸으며(헌법재판소 1999.4.29. 선고 94헌바37결정), 초토세를 결정하는 기준시가를 전적으로 대통령령에 위임한「토지초과이득세법」에 대해서는 위헌결정의 일종인 헌법불합치 결정을 내린 바 있다(헌법재판소 1994.7.29. 선고 92헌바49결정). 그러나 국토이용관리법 제21조의3 제1항의 토지거래허가제에 관하여는 사유재산제도를 부정하는 것이 아니라 일부를 제한하는 것이고, 투기적 토지거래를 억제하기 위해 그 처분을 제한하는 것은 부득이한 것이므로 재산권의 본질적인 침해가 아니라고 판시하여(헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13결정) 합헌결정을 하였다(오시영, “토지거래허가와 그 효력에 대한 연구”, 민사법학, vol. no35, 2007, pp.421-424.)/한국경제, [대한민국을 혼든 판결들], “토지 소유자의 재산권 과도한 침해”... 개발이익환수는 인정 - ⑧ 토지공개념 3법과 재산권 보장, 2017. 6. 16.

Poverty, 1879)에서 “토지는 본래 다른 재화들과 달리 공공을 위해서 사용되어야 하고, 토지로부터 발생하는 지대(rent)는 토지 소유자가 아니라 마땅히 공공에 귀속되어야 한다”고 주장한 데에서 비롯되었다.³⁾ 우리나라에서 토지공개념이 본격적으로 도입되기 시작한 것은 정부가 1988년 8월 10일 부동산가격 상승 심리를 진정시키기 위한 「부동산종합대책」을 발표하면서부터였다. 그 후 정부는 부동산 투기를 억제하기 위해 특정지역을 확대하여 고시하고, 양도소득세 제 강화, 공공주택 개발 및 임대주택 공급 확대, 토지거래허가제의 확대 실시 및 관인계약서 추진 등 일련의 부동산 안정대책을 추진하였다.⁴⁾ 이와 같은 강력한 부동산 정책들은 토지에 대한 투기억제라는 목적의 정당성과 행정목적 달성의 순기능에도 불구하고 토지공개념의 3대 입법 중 핵심이라 할 수 있는 「토지초과이득세법」에 대한 위헌결정과 「택지소유상한에 관한 법률」의 헌법불합치 결정 등 헌법재판소의 잇따른 결정으로 인하여 토지공개념 내지 토지거래허가제 등에 관한 논의를 꺼내기 어려운 분위기가 한 동안 계속되어 왔다.⁵⁾

그러나 최근 들어 대통령이 발의한 헌법개정안에 토지공개념의 내용이 명시되고, 정부가 대출규제, 그린벨트나 기존의 공공주택지구를 활용한 저가의 주택공급 확대, 투기지역 및 과열지구 지정 등 계속되는 부동산 종합대책(2017. 8. 2. 대책 및 2018. 8. 27대책, 9. 13. 대책 등.)에도⁶⁾ 불구하고 부동산 투기가 여전히 근절되지 않음에 따라 토지공개념 내지 토지거래허가제에 관한 연구의 중요성과 관심이 다시 높아지고 있다. 본 연구는 이와 같은 사회적 변화와 시장분위기에 착안해 토지거래허가제를 재조명하였다는 점에서 시의성이 있다.⁷⁾

3) Henry George, “Progress and Poverty”, 2006, Robert Schalkenbach Foundation New York NY, ISBN 0-911312-98-6, pp.219-225.

4) 국가기록원, “토지공개념 3법”(http://www.archives.go.kr)

5) 차진아, “사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미”, 공법학연구, 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018, pp.22-23.

6) 정부는 수도권으로의 단기적인 투기수요 유입을 차단하기 위해, 수도권 30만호 이상의 추가공급이 가능한 30여 곳의 공공택지를 추가개발하기로 하였다. 또한 지속적인 투자수요 유입에 따른 향후 부동산 가격 상승 지속 및 주변지역으로의 과열 확산 가능성 등을 고려해 서울 동작구, 종로구 등 4곳을 투기지역으로 지정하고, 광명·하남지역을 투기과열지구로 지정하였으며, 가격상승률이 높은 구리시, 안양시 동안구, 광교택지개발지구와 청약까지 과열양상을 보이고 있는 구리 및 안양 동안구를 조정대상지역으로 지정하였다(국토교통부·기획재정부, “수도권 주택공급 확대 추진 및 투기지역 지정 등을 통한 시장안정 기조 강화”, 보도자료, 2018. 8. 27.)

7) 김남욱, “토지공개념과 토지이용제한”, 국가법연구, 제14권 제2호, 한국국가법학회, 2018, pp.1-45.; 정태중, “토지재산권의 특수성과 토지공개념” 토지공법연구, vol.83, 토지공법학회, pp.105-124.; 이우도·이준수, “토지거래허가제도의 실효성 확보 및 개선방안에 관한 연구”, 일감부동산법학, 제14권, 건국대학교 법학연구소, 2017, pp.89-116.; 심민석, “개발부

또한, 토지거래허가제에 관한 선행연구들이 제도의 위헌성 여부,⁸⁾ 토지거래허가제를 위반한 위법소득에 대한 과세문제,⁹⁾ 허가받지 않은 토지거래계약의 효력에 관한 유동적 무효론¹⁰⁾ 등 이론적 논의가 중심을 이루어왔으나, 본 연구는 거래관행과 현행법 사이에 발생하는 모순과 제도운영 과정에서 나타난 문제점들을 실무적 차원에서 접근하여 실효성 있는 입법적 해결방안을 모색하였다는 점에서 기존 연구들에 비해 차별성이 있다.

II. 토지거래허가제의 정당성 논쟁 및 제도의 내용

1. 토지거래허가제의 정당성에 관한 논의

헌법상 모든 국민의 재산권은 보장되므로, 비록 그 내용과 한계를 법률로 정할 수는 있지만 개인이 재산을 소유하고 자유롭게 사용, 수익, 처분할 수 있는 것이 원칙이다(헌법 제23조 제1항). 그러나 사회적 존재인 인간은 혼자서만 세상을 살아가는 것이 아니므로 아무리 사유재산권이라 하더라도 그것은 필연적으로 사회적 구속성을 고려하지 않을 수 없으므로 재산권은 무제한 인정되는 절대적 자유권은 아니다. 이에 따라 헌법도 재산권의 행사는 공공복리에 적합하게 하여야 하며, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하도록 함으로서 재산권의 상대성과 사회성, 공공복리 적합행사의무를 규정하고 있다(헌법 제23조 제2,3항)¹¹⁾. 토지거래허가제는 위와 같은 재산권보장원리에 기초한 토지공개념(土地公概念)을¹²⁾ 바탕으로 (구)「국토이용관리법(법률 제2139호)에 개정되어

담금제도의 실효성 확보방안 연구”, 토지공법연구, 제80권, 한국토지공법학회, 2017, pp.113-142.

8) 이재삼·정희근, “토지거래허가제의 인가적 성질”, 토지공법연구 제37집 제1호, 한국토지공법학회, 2007, pp.178-179; 홍정선, 행정법 특강, 박영사, 2012, pp.211-212.

9) 김완석, ‘거래내용에 관한 실질과세 원칙의 적용범위’, 조세법 연구, 한국조세법학회, 2016.12. 제1권, pp.48-50.

10) 김동훈, “사적 자치의 원칙의 헌법적·민사법적 의의-헌재 결정례와 대법원 판례의 비교·분석을 중심으로-” 법학논총, 제30권 제3호, 국민대학교, 2018, pp.68-70; 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2013, pp.386-388; 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2010, pp.136-144.

11) 민병로, “헌법상의 재산권의 보장과 한계-헌법재판소 결정을 중심으로”, 「토지법학」 제22집, 한국토지법학회, 2006, pp.283-284.

12) 토지 공개념에 근거하여 토지거래허가제, 개발이익환수제, 토지초과이득과세 등 이른바 토지공개념 3법을 포함한 많은 법률들이 제정되어 국민의 토지재산권이 제한되어 왔다.

1979.1.1.부터 시행에 들어가면서 도입되었다. 토지공개념은 재산권의 사회적 구속성 내지 공공복리적합의무라는 재산권에 대한 헌법상 일반이론에 대해 토지의 특수성을 강조하기 위한 이론으로서 실정법상 규정된 개념이 아니고 강학상 내지 실무의 편의상 정립된 용어일 뿐이다.¹³⁾ 따라서 이 법률을 둘러싸고 일각에서는 재산권에 대한 과도한 제한이라는 비판도 있었고¹⁴⁾, 토지거래허가제는 사유재산인 토지의 처분권에 대한 본질적인 침해이며, 거주이전의 자유를 침해한다는 이유로 제도 자체를 폐지해야 한다는 주장 등¹⁵⁾ 제도의 정당성 여부에 대한 비판이 지속적으로 제기되어 왔다. 그러나 정부는 토지거래허가제 도입 관련 법률안 제안이유에서 공공의 이익을 우선시키고 토지소유의 편중과 무절제한 사용의 시정, 투기로 인한 비합리적 지가형성을 방지하기 위해 토지거래의 공적 규제를 강화할 필요가 있음을 천명하면서 강력히 제도를 추진하였다.¹⁶⁾

헌법학자들 중에는 토지재산권에 대해 공급의 제한으로 인한 유한성, 부동산성, 인접토지와의 연속성 등 그 특수성으로 인해 공공재(公共財)적 성격이 강하기 때문에 다른 재산권에 비해 광범위한 제한을 받는다는 긍정적 견해도 있다.¹⁷⁾ 하지만, 사유재산의 처분금지헌법규칙은 입법에 의해서 보호하려는 공공이익과의 비례관계에서 과잉금지의 원칙을 벗어나지 아니한 극히 예외적인 경우에만 허용되어야 한다고 전제하면서, 국토이용관리법상 토지거래허가제와 그 위반에 대한 벌칙규정을 합헌으로 보는 것에 대하여 비판의 여지가 있다는 부정적 주장도 제기되고 있다.¹⁸⁾ 토지거래허가제를 규정한 구(舊)국토이용관리법(제21조의 3)은 급기야 헌법소원까지 제기되어 헌법재판관들 사이에서도 팽팽하게 의견이 엇갈린 가운데 합헌결정(헌법불합치)에 이르게 되었는데, 그 합헌론과 위헌론의 주장내용은 다음과 같다.

이러한 법률들 중 토지거래허가제를 제외한 대부분의 법률들이 1990년대에 위헌으로 결정되었으나 2005년 이후 다시 도입되기 시작하였다(김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2009, pp.640-641.)

13) 성낙인, 「법학」, 법문사, 2010, p.649-650./홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2012, pp.1164-1165.

14) 서순탁, “토지거래허가제의 운용실태와 실효성 제고방안”, 「토지공법연구」 제33집, 한국토지공법학회, 2006, pp.24-25.

15) 이우도 등 3인, “토지거래허가제도의 폐지에 관한 연구”, 「법학논총」 제37권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2017. pp.259-260.

16) 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/>) 국토이용관리법 중 개정 법률안(정부), 의안번호 090937, 제안일자 1978.10.23. 참조

17) 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2012, pp.570-572.

18) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2008, pp.672-674.

(1) 합헌론

9인의 헌법재판관 중 5인의 다수의견은 다음 여러 가지 이유로 토지거래허가제는 합헌이라고 주장하였다. ① 사유재산의 제도보장은 남들과 더불어 살아가야 하는 공동체생활과의 조화와 균형을 깨뜨리지 않는 범위 내에서의 보장이다. ② 토지재산권의 본질적 내용이라는 것은 그 권리의 핵심이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 의미한다. ③ 국토이용관리법상 토지거래허가제는 사유재산제도의 부정이 아니라 이를 제한하는 한 형태이고 투기적 토지거래의 억제를 위해 그 처분을 제한하는 것은 부득이한 것이므로 재산권의 본질적 침해가 아니며, 헌법상 경제조항, 제한수단의 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 대한 위배라고 볼 수 없다. ④ 국토이용관리법이 벌금형과 징역형을 선택형으로 규정한 것은 부득이한 입법재량의 문제이고 과잉금지의 원칙에 반하지 않으며, 그 구성요건은 법관의 보충적 해석으로 법문의 의미가 구체화될 수 있어 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 반하지 아니한다.¹⁹⁾ 헌법재판소는 토지거래허가제에 관하여 1989년 12월 처음으로 위와 같은 합헌결정을 내린 이후 7년 반 정도 지난 1997년 6월에 다시 전원재판부 판결을 통해 여전히 이를 달리 볼만한 사정변경이나 견해의 변경이 없다는 입장을 재확인하였다. 또한, 토지거래허가를 받지 않은 토지거래행위를 무효로²⁰⁾ 하는 국토이용관리법 제21조의 3 제7항에 대해서도 헌법재판소는 토지거래허가제의 본질적 내용에 견주어 볼 때, 비록 토지거래허가를 받지 않은 거래행위에 대한 처벌규정을 따로 두고 있더라도, 허가를 받지 아니한 토지거래행위의 사법적(私法的) 효력을 인정하게 되면 형사처벌을 감수하면서라도 투기적 거래를 하는 사람들이 흔히 생길 수 있어 이 법의 입법취지 달성이 어렵다고 전제한 뒤, 허가를 받지 않고 체결한 토지거래계약의 사법적 효력을 부인하는 국토이용관리법 규정은 역시 토지거래허가제의 입법목적을 달성하기 위해 필요하고도 적절한 것이라는 이유로 합헌결정을 하였다.²¹⁾

19) 헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13 판결(국토이용관리법 제21조의3제1항, 제31조의 2에 대한 헌법소원심판)

20) 유동적 무효론(流動的 無效論) 대법원은 토지거래계약허가구역으로 지정된 지역에 있는 토지에 대해 관할 행정청으로부터 허가를 받지 않고 체결한 토지거래계약의 경우 처음부터 그 허가를 아예 배제·잠탈하는 내용의 계약이면 확정적 무효로서 추후에 유효화 될 여지가 없으나, 그 계약이 허가를 받을 것을 전제로 체결한 경우에는 일단 허가를 받을 때까지는 법률상 미완성의 법률행위로서 거래계약의 채권적 효력도 발생하지 않지만, 일단 허가를 받으면 그 거래계약은 소급해서 유효로 되고, 만일 불허가로 결정된 때에는 무효로 확정되는 이른바 유동적 무효의 상태에 있다는 것이다(대법원 1999.06.17. 선고 98다 40459 전원합의체 판결)

(2) 위헌론

9인의 헌법재판관 중 4인은 토지거래허가제를 규정한 국토이용관리법이 위헌이라고 주장하였는바, 그 위헌조항 및 논거에 대해서는 반대의견 재판관들 사이에 의견이 완전히 일치하지는 않았다. 3인의 헌법재판관은 국토이용관리법 제21조의3 제1항(토지거래계약허가)과 제3항(허가신청서 제출), 제7항(허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약의 효력), 제21조의2(규제구역의 지정), 같은 조의 4(허가기준), 5(이의신청), 15(토지 등에 관한 매수청구)는 불가분의 관계에 있으므로 함께 심판의 대상이 되어야 하고, 위 제21조의 15가 헌법 제23조의 제1항 제3항에 위반되므로 위 법조 전체가 헌법에 위반되나 즉시 실효에 따른 혼란을 피하기 위해 상당기간 내에 개정할 것을 촉구하고,²²⁾ 위헌인 토지거래허가제를 전제로 한 같은 법률 제31조의 2(벌칙)는 당연히 헌법에 위반되는 형사법규이므로 즉시 위헌임을 선언하여야 한다고 주장하였다. 나머지 1인의 재판관은 토지거래허가제는 공공복리에 적합하고, 재산권의 본질적 내용에 대한 침해가 아니어서 헌법상 사유재산권보장 원칙에 저촉되지 아니하고, 같은 법률 제21조의 15는 헌법 제23조 제3항(공공필요에 의한 재산권 제한)의 정당보상원리에 저촉되지만 이 사건 재판에서는 그 전제성이 없으므로 이를 주문에 밝힐 필요는 없다고 주장하면서 보완입법을 촉구하고, 같은 법률 제31조의 2는 헌법 제37조 제2항(자유와 권리의 제한)의 과잉금지의 원칙에 위반된다고 주장하였다.²³⁾

(3) 소결

토지거래허가제는 1970년대 및 1980년대에 만연한 부동산투기를 억제하는데 일정 부분 역할을 수행하였으나, 1997년 IMF 외환위기로 부동산 경기가 침체되어 한 동안 수면 아래로 가라앉아 있었다. 그러나 최근 들어 헌법개정안에 토지공개념을 명시할 것인가 여부에 대한 논의가 활발해지면서 토지공개념을 강화하고 헌법에 명문화해야 한다는 입장이 점점 힘을 얻어가고 있는 양상이다.²⁴⁾ 부동산 시장에서도 토지를 비롯한 부동산 투기억제 문제는 여전히 국가

21) 헌재 1997.6.26 선고. 92헌바5 판결(국토이용관리법 제21조의3 제7항에 대한 헌법소원심판)

22) 입법촉구와 관련하여 4인 중 1인의 재판관은 국토이용관리법 제31조의 2 뿐만 아니라 같은 법률 제21조의 3을 위헌으로 선언하여도 국가존립에 위해를 미칠 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상되는 것은 아니라는 이유로 입법촉구는 불필요하다는 의견을 제시하였다.

23) 헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13 판결(국토이용관리법 제21조의 3 제1항, 제31조의 2에 대한 헌법소원심판)

경제정책의 가장 큰 난제이며, 국토교통부는「2차 수도권 주택공급계획 및 수도권 광역 교통망 개선방안」과 관련 2018.12.26.부터 경기·인천 등 총 7곳의 공공택지 및 인근지역에 대해 토지거래허가구역으로 지정하기로 결정하였다. 이번 토지거래허가구역 지정은 13.4만호 규모의 사업지구 및 인근지역에 대해 지가상승 및 투기를 사전 차단할 필요가 있다는 판단 하에 지정하게 된 것이다.²⁵⁾

토지거래허가제의 이념적 기초가 되고 있는 토지공개념에 대한 논의가 아직도 진행 중이고, 토지거래허가제의 존재에 대해서도 견해의 대립이 있는데도 불구하고 정부가 새로 토지거래허가구역을 추가로 지정해 규제를 강화한 이유는, 토지거래 현장에서는 여전히 투기적 토지거래 및 그 위험성이 근절되지 않고 있음을 나타내 주는 방증이라 할 수 있다. 그렇다면, 사전에 허가를 받지 아니한 토지거래허가계약의 사법적 효력이 인정되지 아니하여 허가를 받은 후에 동일한 계약을 다시 체결하는 당사자의 불편을 감수하더라도 그것이 헌법상 용인되지 아니하는 과도한 기본권 제한이라고 배척할 수는 없을 것이다. 또한, 무허가 토지거래계약의 사법적 효력을 무효화함으로써 침해되는 당사자의 토지에 대한 사용·수익·처분의 자유 등 사적이익(私的利益)과 토지의 투기적 거래방지로 지가상승을 억제함으로써 국민경제의 혼란을 방지하려는 공적이익(公的利益)을 비교·형량해 보면 후자의 이익이 훨씬 크다고 할 수 있으며, 이러한 이유에서 헌법재판소도 토지거래허가제는 헌법원리에 위배되지 않는다는 입장을 밝힌 바 있다. 이처럼 토지거래허가제도는 재산권 보장의 본질적 내용을 침해하는 제도가 아니라 토지투기억제를 통한 공공의 복리증진이라는 정당성과 합헌적 기능을 수행하는 제도라는 점에서 이를 폐지하기보다는 보완과 개선을 통해 그 제도적 취지를 발휘할 수 있도록 발전시켜 나갈 필요가 있다.

2. 토지거래허가제의 내용

(1) 허가구역의 지정 및 해제

현행「부동산 거래신고 등에 관한 법률」상 국토교통부장관 또는 시·도지사

24) 김명수, “토지공개념 헌법 명기에 내포된 가능성과 한계”, 『경제와 사회』, 비판사회학회, 2018. pp.102-129.

25) 국토교통부, “국토부 2차 공공택지 발표지역 7곳 토지거래허가구역 지정”, 보도자료, 2018.12.19.

는 국토의 효율적 이용과 관리에 관하여 계획을 원활하게 수립하고 집행하며, 토지를 합리적으로 이용하기 위해 토지의 투기적인 거래가 성행하거나 지가가 급격하게 상승하는 지역과 급격한 상승은 없더라도 장차 그러한 우려가 있는 지역으로서 대통령령으로 정하는 지역에 대해서는 5년 이내의 기간을 정해 토지거래계약에 관한 허가구역으로 지정할 수 있다. 토지거래 허가구역의 지정권자는 허가구역이 두 개 이상 복수의 시·도 관할 구역 안에 속해 있는 경우에는 국토교통부장관이 허가구역 지정의 주체가 되며, 동일한 시·도 안에서 일부의 지역에 허가구역을 지정할 경우에는 시·도지사가 지정권자가 된다. 다만, 국가가 시행하는 개발사업 등에 대해서는 예외적으로 동일한 시·도 내에 있는 일부지역에 대해서 토지거래허가구역을 지정하는 경우라 하더라도 국토교통부장관이 허가구역을 지정할 수 있다. 허가구역을 지정하려면 국토교통부장관이 지정권자이면 중앙도시계획위원회의 사전 심의를 거쳐야 하고, 각 시·도지사는 시·도도시계획위원회의 사전 심의절차를 거쳐야 한다. 다만, 지정기간이 끝나는 토지거래허가구역을 다시 지정하기 위해서는 중앙도시계획위원회 또는 시·도도시계획위원회의 심의를 거치기 전에 국토교통부장관과 시·도지사는 각각 시·도지사 또는 시장·군수·구청장의 의견을 들어야 한다. 국토교통부장관 또는 시·도지사가 허가구역을 지정한 때에는 지체 없이 대통령령으로 정하는 사항들을 공고하고,²⁶⁾ 국토교통부장관은 그 공고된 내용을 시·도지사를 거쳐 시장·군수 또는 구청장에게 통지하고, 시·도지사는 국토교통부장관, 시장·군수 또는 구청장에게 통지하여야 한다. 토지거래허가구역으로 지정되었다 하더라도 국토교통부장관 또는 시·도지사는 허가구역의 지정 사유가 없어졌다고 인정되거나 관계 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장으로부터 받은 허가구역의 지정 해제 또는 축소 요청이 상당한 이유가 있다고 인정되면 지체 없이 허가구역의 지정을 해제하거나 지정된 허가구역의 일부를 축소하는 등 제도를 탄력적으로 운영해야 한다(동법 제10조).

(2) 토지거래 허가 및 이용 의무

「부동산 거래신고 등에 관한 법률」상 토지거래허가구역에 있는 토지에 관한

26) “대통령령으로 정하는 지역”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 지역을 말한다. 1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 광역도시계획, 도시·군기본계획, 도시·군관리계획 등 토지이용계획이 새로 수립되거나 변경되는 지역 2. 법령의 제정·개정 또는 폐지나 그에 따른 고시·공고로 인하여 토지이용에 대한 행위제한이 완화되거나 해제되는 지역 3. 법령에 따른 개발사업이 진행 중이거나 예정되어 있는 지역과 그 인근지역 4. 그 밖에 국토교통부장관 또는 시장 등이 투기우려가 있다고 인정하는 지역 등

소유권·지상권을 유상으로 설정하거나 이전하는 토지거래계약을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다(동법 제11조 제1항). 토지거래허가 신청을 받은 시장·군수·구청장은 그 허가신청이 자기의 거주용 주택용지로 이용하려는 목적이 아닌 경우 등 토지이용목적이 법정요건에 부합하지 아니하는 경우, 토지거래계약을 체결하려는 자의 토지이용목적이 도시계획 또는 군계획 등 토지의 이용 및 관리에 관한 계획에 부합하지 않는 경우, 해당 토지의 면적이 그 토지의 이용 목적에 적합하지 아니하다고 인정되는 경우 등 법률상 허가제외 요건에 해당되지 아니하는 경우 허가를 해야 한다(동법 제12조). 따라서 요건을 갖춘 토지거래계약에 대한 허가는 기속적(羈束的) 행정행위에 속한다. 허가를 받은 자는 5년 범위에서 정해진 기간 동안 그 토지를 허가받은 목적에 따라 이용하여야 하며, 관할관청은 실태조사를 해야 한다(동법 제11조, 제17조 등). 국토교통부의 업무편람에²⁷⁾ 따른 토지의 용도별 거래계약 허가기준, 이용의무기간, 이용실태조사 등에 관한 세부 내용은 <표 1>에 나타난 바와 같다. 허가를 받지 않고 체결한 토지거래계약은 그 효력이 발생하지 아니하며(동법 제11조 제6항), 허가 의무 위반자는 2년 이하의 징역 또는 계약체결 당시의 개별공시지가로 해당 토지가격 100분의 30 이하의 벌금으로 처벌을 받게 된다(동법 제26조 제2항).

<표 1> 토지거래 허가대상 토지기준 및 이용의무

용도	허가기준	이용의무	이용실태조사	비고
주거용지	<ul style="list-style-type: none"> ■자기거주용 <ul style="list-style-type: none"> - 당해지역 : 무주택 세대주 또는 기존 주택 처리 계획 - 다른지역 : 자기 거주 또는 추가 취득 사유를 구체적·객관적 소명 	2년	<ul style="list-style-type: none"> ■주민등록 등 거주요건, 기존 주택 처분계획 이행여부 ■주거용 건물 건축여부 	
주민복지 (편익)시설	<ul style="list-style-type: none"> ■근린생활, 의료, 교육연구, 복지, 운동, 문화 및 집회시설 등 	2년	<ul style="list-style-type: none"> ■개발착수 여부 ■허가용도 사용 여부 	
농업·축산업·임업·어업	<ul style="list-style-type: none"> ■본인거주 주소지 30km 이내 (대체농지 80km 이내) ■농지취득 자격증명(농지법 제8조) 또는 요건 충족 	2년	<ul style="list-style-type: none"> ■주민등록 등 거주요건 ■농지임대, 위탁영농, 휴경, 체형영농 등 여부 ■기타 농업경영계획서 기재사항 이행여부 	
공익 또는 도시계획	<ul style="list-style-type: none"> ■그 사업시행, 등에 대해 관계행정 기관 허가승인 	4년	<ul style="list-style-type: none"> ■개발착수 여부 ■허가용도 사용여부 	

27) 국토교통부, 「2017 토지업무편람」, 2018. 5. p.52-55.

적합 사업시행				
대체토지 취득	▪본인 거주지 80km 이내 농지	2년	▪대체된 토지의 이용 목적과 동일 여부	협의 취득, 수용
현상보존용	▪나대자·잡종지 등 개발금지(규제) 토지	5년		

자료 : 국토교통부, 「2017 토지업무편람」, 2018. 5. p.52.

(3) 허가구역의 지정 및 해제 경과

토지거래계약 허가에 관한 법적 근거는 1978. 12. 5. 국토이용관리법에 마련되었으나, 실제로 토지거래 허가구역이 지정된 것은 1985년 7월 충남 대덕연구단지의 개발지역 28km² 규모의 토지가 최초였다.²⁸⁾ 그 후 토지거래 허가구역은 1998년까지 총 38차에 걸쳐 확대 지정되었으나 1997년 몰아닥친 IMF 사태로 국가경제가 위기에 처하자 1998년 4월 이를 모두 해제하였다. 이어 1998년 11월에는 전체 개발제한구역 5,397km²를 허가구역으로 지정하였다가, 2001년 11월에 도시권과 광역권을 제외한 개발제한구역은 다시 허가구역을 해제하는 등 국가경제 및 부동산 시장 사정 등에 따라 토지거래 허가구역은 지정과 해제를 반복하여 왔다. 2016년에 처리한 토지거래계약 허가내용을 보면 총 신청 건수 2,322필지의 96%인 2,240필지가 허가되었고, 4%인 82필지가 불허가 처분 되었으며, 그 불허가 처분사유는 이용목적 부적합이 20%인 16필지이고, 기타가 80%인 66필지였다.²⁹⁾

국토교통부장관, 시·도지사 등 지정권자는 허가구역의 지정사유가 없어졌거나 관계 시·도지사, 시장·군수·구청장의 허가구역 지정 해제 또는 축소요청이 이유 있다고 인정되는 경우 지체 없이 허가구역 지정을 해제하거나 이미 지정된 허가구역의 일부를 축소하여야 한다(부동산 거래신고 등에 관한 법률 제10조 제6항). 최근 들어 몇 년 동안 유지된 지가(地價) 안정세와 허가구역 장기 지정으로 인한 주민 불편 등을 고려하여 토지거래허가구역을 대폭으로 축소하는 경향을 보여 왔다. 토지거래 허가구역이 남한 전체 면적 중에서 차지하는 비중은 <표 2>에 나타난 바와 같이 2010년도에는 국토교통부 지정 4,496km²와 지자체 지정 1,104km²를 합하여 5,600km²로서 5.58%를 차지하였다. 그러나 그 후 점차 허가구역이 해제되어 2018년 3월 기준으로는 국토교통부 지

28) 김상용, “토지거래허가·신고제의 검토”, 「민사법학」 제8호, 한국민사법학회, 1990, p.185.

29) 국토교통부, 「2017년도 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서」, 2017. 8. pp.43-45.

정은 45km²에 불과하고 지자체 지정이 351km²로 총합 396km²로서 남한 면적의 0.39%만 남게 되었다.

<표 2> 전국 토지거래허가구역 변동 내역('10.~'18.3월)

(단위: km²), '16년 남한 국토면적: 100,340km²)

구분	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018.3월
국토부	4,496	2,343	1,099	482	149	110	45	45	45
지자체	1,104	785	658	553	317	362	377	377	351
합계	5,600	3,128	1,757	1,035	467	472	422	422	396
비율(%)	5.58	3.12	1.75	1.03	0.47	0.47	0.42	0.42	0.39

자료 : 국토교통부, 「2017 토지업무편람」, 2018. 5. pp.54-57.

위와 같은 토지거래 허가구역의 변천은 당연히 토지거래허가에 관한 처리 건수에도 변화를 가져왔는바, 아래의 <표 3>은 한국감정원의「부동산거래현황 통계」자료를 기초로 2010년부터 2018년 8월까지 토지거래허가처리별 통계현황을³⁰⁾ 재구성한 내용이다. 통계를 살펴보면, 토지거래 허가구역 면적이 5,600km²에 이를 정도로 광범위하게 지정되었던 2010년도에 47,103건에 이르던 토지거래허가 처리건수가 2017년에는 허가구역 면적이 422km²로 줄어든 2,256건으로 대폭 줄어들었다. 그러나 토지거래허가제도는 그 면적과 처리건수의 감소에도 불구하고 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발을 위해 토지의 투기적 거래나 지가의 급등을 억제하는 데 여전히 정책적 효과를 발휘하고 있는 것으로 나타났다.³¹⁾

30) 한국감정원은 토지거래에 관한 통계를 순수토지거래통계와 토지거래통계로 작성하고 있으며, 양자 모두 용도지역별, 지목별, 매입자거주지별, 거래주체별, 거래규모별, 거래원인별, 토지거래허가처리별, 외국인거래, 신탁/신탁해지 등에 관한 통계를 포함하고 있다. 그러나 전자는 토지만의 거래 내역을 기초로 작성되고, 후자는 토지만의 거래에 토지건축물 일괄거래 내역까지 포함하여 작성된다는 점에서 차이가 있다. 본 연구에서서는 토지거래허가 대상 토지의 전체에 대한 거래내역의 현황 파악을 위하여 후자를 기초로 자료를 정리하였다.(한국감정원, 부동산거래현황통계, http://www.kab.co.kr/kab/home/trend/real_estate_transaction01.jsp)

31) 김태훈 등 3인, 「토지거래허가제도의 실효성 강화를 위한 발전적 방안 연구」, 한국부동산연구원 최종보고서, 2007, pp.123-124.

<표 3> 토지거래허가처리별 통계현황('10.~'18.8월)

(단위: 필지 수/천㎡)

구분	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018.8월 까지
합계	29,716	9,415	5,952	3,144	2,708	2,322	2,256	1,316
허가	27,384	8,676	5,605	3,036	2,645	2,240	2,199	1,275
불허가	2,332	739	347	108	63	82	57	41
이용목적상 불허가	139	47	40	24	7	16	13	13
기타사유 불허가	2,193	692	307	2,708	56	66	44	28

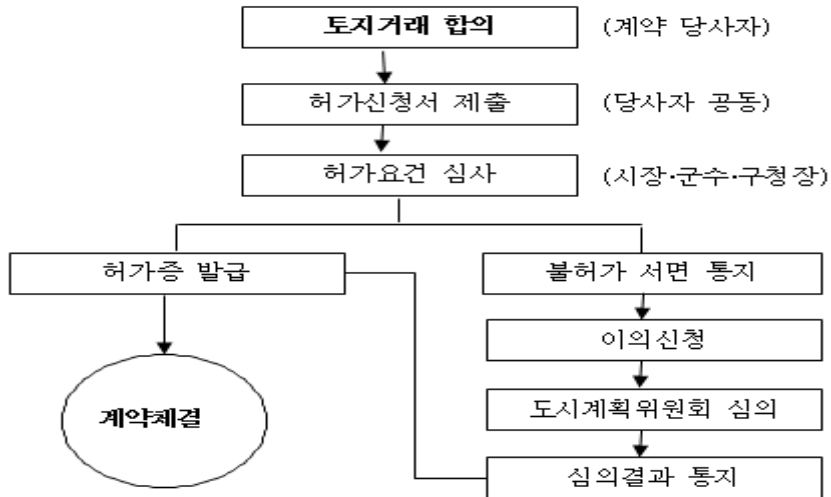
자료 : 한국감정원, 부동산거래현황통계 자료를 기초로 재구성

Ⅲ. 토지거래허가제도 운영상 문제점

1. 허가신청 절차 및 처벌규정의 비현실성

현행 토지거래허가제도는 그 절차적 측면에서 부동산 거래의 현실과 괴리가 있으며, 위반행위에 대한 벌칙규정의 구성요건과의 불일치로 인한 전과자 양산, 국민들의 혼란과 부담 가중 등 측면에서도 여러 가지 문제점을 야기하고 있다. 우선 절차적 측면에서 토지거래허가 신청요건을 정하고 있는 실정법 규정은 부동산 시장의 실제 거래관행과 부합하지 아니한다. 아래 [그림 1]에서 보는 바와 같이「부동산 거래신고 등에 관한 법률」에 의하여 허가구역에 있는 토지에 대해 대가를 받고 소유권·지상권을 이전하거나 설정하는 토지거래계약(예약도 포함)을 체결하려는 당사자는 공동으로 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다(동법 제11조 제1항). 허가신청서를 접수한 관할관청은「민원 처리에 관한 법률」이 정하는 기한 내에 허가 또는 불허가의 처분을 하고, 그 신청인에게 허가증을 발급하거나 서면으로 불허가처분 이유를 통지해야 한다. 처분에 이의가 있는 자는 1개월 이내에 이의신청을 할 수 있으며, 시장·군수·구청장은 시·군·구 도시계획위원회 심의를 거쳐 그 결과를 이의신청인에게 서면으로 알려 주어야 한다(동법 제11조 제4항, 제13조 제1, 2항).

[그림 1] 토지거래 허가절차



이와 같이 현행법상 토지거래허가대상 토지를 거래하려는 당사자는 계약체결을 하기 전에 시장·군수·구청장 등 관할관청의 허가를 받도록 사전신고가 의무화되어 있으나, 시장의 거래관행은 그 반대의 경우가 일반적이므로 현실과 괴리가 있다.³²⁾ 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」은 이미 토지거래 허가신청서 기재사항에 “계약내용”을 기재하도록 되어 있고, 설사 본 계약까지는 이르지 못한 경우 “예약”도 허가를 받도록 규정하고 있으며, 「동법시행령」상 토지거래 계약의 허가신청서에는 대상 토지의 지번·지목·면적 및 권리설정 현황, 계약 예정금액 등을 기재하여야 하고(제8조 제1항), 「동법시행규칙」은 토지이용계획서, 영농계획서, 자금조달계획서 등도 함께 제출하도록 규정하고 있다(제9조).

2. 소규모 토지에 대한 거래허가 면제로 인한 불공평성

토지거래 허가제도는 일정 면적 이하의 토지에 대하여는 거래허가 대상에서 제외하는 특례를 인정함으로써 같은 구역 내 주민들 간의 형평성에 어긋나고, 제도의 효과를 제고하는 데에도 저해요인이 되고 있다. 토지거래계약 허가신청 대상 토지의 요건과 관련하여 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」은 허가구역에

32) 경인일보, “토지거래허가제도의 모순”, 2005.12.8.

있는 토지에 관한 소유권·지상권을 대가를 받고 이전하거나 설정 또는 변경하는 토지거래계약을 체결하려는 당사자는 공동으로 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받도록 규정하면서(동법 제11조 제1항), 다만 경제 및 지가의 동향과 거래단위면적 등을 종합적으로 고려하여 용도별로 일정한 면적 이하의 토지에 대한 토지거래계약에 관하여는 토지거래 허가 의무를 면제시켜 주고 있다(동조 제2항). 다만, 허가구역 지정 당시 허가제외 면적을 초과하는 토지가 허가구역 지정 후에 공공목적 이외의 사유로 인한 분할로 허가대상 면적 이하가 된 경우 분할 후 최초의 토지거래계약은 허가 대상으로 본다(동법시행령 제9조 제3항). 토지거래 허가 의무가 면제되는 용도지역별 토지면적의 상세기준은 <표 4>에 나타난 바와 같다(동법시행령 제9조 제1항).

<표 4> 토지거래 허가대상 기준 면적

지역		허가대상 면적
도시지역	주거지역	180㎡
	상업지역	200㎡
	공업지역	660㎡
	녹지지역	100㎡
	용도지역의 지정이 없는 경우	90㎡
도시이외 지역	농지 및 임야를 제외한 토지	500㎡
	농지	1,000㎡
	임야	250㎡

* 상기 허가대상 기준 면적을 초과하는 토지만 시장·군수·구청장의 거래계약 허가 대상

위와 같이 지역에 따라, 그리고 용도지역과 지목의 종류에 따라 최저 90㎡에서 최고 1,000㎡이하 면적의 토지거래계약에 대해서는 토지거래허가를 받을 필요가 없는데, 이러한 예외 조치는 그 범위 내에서 특혜를 주는 결과를 가져온다는 점에서 부당하며, 헌법상 평등의 원칙에도 어긋난다. (구)국토이용관리법(법률 제3139호, 1979.1.1.시행) 개정 당시 제안이유나 법안심사회의록에 일정 규모 이하 토지거래를 허가대상에서 제외한 이유가 명시되어 있지 않아 정확한 내용을 확인하기는 어렵다. ‘투기로 인한 비합리적 지가형성 방지’라는 정부의 제안이유와 대통령령으로 면적 기준을 설정할 때 ‘일반경제 및 지가의 동향과 거래단위면적 등을 종합적으로 고려’하게 되어 있는 법률규정(동법 제21조의3 제2항)에 비추어 추단컨대, 그 정도 면적의 토지거래는 지가형성 및 국가경제에 미치는 부작용이 우려할 정도는 아니라는 정책적 판단이 깔려 있었던

것으로 여겨진다. 그러나 40여년이 지나면서 사정이 많이 변화였는바, 제곱미터(m^2)당 토지가격이 수십에서 수백만 원을 증가하는 투기구역에서 규모에 따라 일부 토지는 자유롭게 거래와 이용을 허용하면서, 나머지 토지는 허가대상으로 묶어 거래와 이용을 제한하는 것은 형평성이나 실효성 측면에서 수궁하기 어렵다.

특히「부동산 거래신고 등에 관한 법률 시행령」은 이러한 차별대우에 그치지 않고 국토교통부장관 또는 시·도지사에게 해당 기준면적의 10% 이상 300% 이하의 범위에서 그 범위 확장권한까지 부여하고 있다(동법시행령 제9조). 만일, 토지거래 허가구역 지정권자가 확장권한의 최고한도까지 허가제외 면적을 조정한다면, 도시지역의 경우 주거지역은 540m^2 까지, 상업지역은 600m^2 까지 허가 없이 거래가 가능하게 된다. 그럴 경우 도시지역에서의 건폐율이 주거지역의 경우 50%~70%이고, 상업지역의 경우는 70~80%에 이른다는 점과(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제77조 제1, 2항 및 동법시행령 제84조 제1항), 그 용적률 또한 도시지역의 경우 주거지역이 50%~500% 이하이고, 상업지역은 200%~1,500%까지 높게 인정된다는 점(국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제78조 제1, 2항 및 동법시행령 제85조 제1항)을 고려하면 통상적으로 일반인 간에 거래되는 웬만한 규모의 주택이나 상가를 지을 수 있는 정도의 결코 작지 않은 토지가 허가 없이 거래될 수 있다는 점에서 형평성 문제가 있다. 사정이 이와 같다 보니, 서울시 뉴타운 지구의 모든 토지를 토지거래 허가대상에 포함시켜야 한다는 주장도 제기되고 있다.³³⁾

3. 경매로 토지취득 시 허가의무 면제에 따른 탈법행위 성행

토지거래허가제도는 현행 우리나라의 토지 관련 규제 중 가장 강력한 제도로 이해되고 있다. 그러나 이러한 일반적인 인식에도 불구하고 그 이면에는 규정체계상 또는 제도운영상 군데군데 탈법행위의 여지를 열어 놓음으로써 제도를 잠탈하는 문제가 발생하고 있다. 부동산 경매 대상 토지에 대한 거래허가면제규정이 그 대표적 사례라 할 수 있다. 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」은 허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권을 대가를 받고 이전하거나 설정하는 계약을 체결 또는 변경하려는 당사자는 공동으로 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받도록 의무화 하는 한편(동법 제11조 제1항), 「민사집행법」

33) 한겨레, 최창식 서울시 뉴타운사업본부장, “뉴타운 모든 토지거래 허가 받도록”, 2005.8.24.

에 따른 ‘경매(競賣)’의 경우에는 이러한 의무규정을 적용하지 아니하도록 그 예외를 인정하고 있다(동법 제14조 제2항 제2호).³⁴⁾ 그러나 민사집행법에 의한 부동산 경매유형은 일정한 집행권원에 의해 경매가 개시되는 강제경매와 근저당이나 유치권 등 부동산을 목적으로 하는 담보권 실행을 위한 임의경매 등 두 가지 유형이 있는바, 그 중에서도 임의경매제도는 본질적으로 토지거래허가제도에 대한 탈법행위에 취약할 수밖에 없다. 강제경매는 판결문, 화해조서 등 엄격한 집행권원을 필요로 하는 데 반하여, 임의경매는 주로 채권자와 채무자가 사적자치의 원칙에 근거하여 자유롭게 설정한 근저당권 등 담보권자의 신청에 의해 개시되기 때문이다.

이에 따라 토지의 투기적 거래가 성행하거나 지가(地價)가 급격히 상승하는 지역이 허가구역으로 지정되어 토지거래가 제약을 받게 되는 경우, 실질적인 채권채무 관계가 없음에도 불구하고 허위로 근저당을 설정하여 경매절차를 통해 거래허가 없이 토지를 거래하는 탈법행위가 만연하게 되는 것이다.³⁵⁾ 이와 같이 경매를 통한 토지거래허가제도의 잠탈문제는 언론에도 보도되는 등 이미 공공연한 사실로 드러나고 있지만 당사자끼리 은밀하게 가장행위를 하는 관계로 그 적발이 쉽지 않을뿐더러 그러한 탈법행위가 얼마나 이루어지고 있는지 파악조차 곤란하다는 데 더욱 큰 문제가 있다.³⁶⁾

IV. 입법적 개선을 통한 문제해결

1. 신청절차 및 처벌규정의 비현실성 교정

토지거래계약의 허가신청서에 기재할 사항이나 첨부할 서류들은 통상적으로 계약서에 필요한 주요내용이 반드시 포함되어야 하는데, 행정관청의 토지거래허가증이 교부된 이후에는 계약변경이 사실상 불가능하므로 허가신청 단계에

34) 그러나 유사한 목적을 가진 부동산거래 규제제도임에도 불구하고 농지법상 농지취득자격증명을 제출하지 못하는 경우 경매로 처분되는 경우라도 매각을 허가하지 아니하여 그 예외를 인정하지 않고 있다(양형우, “농지취득자격증명이 없는 농지거래 행위와 소유권이 전등기의 효력”, 『홍익법학』 제16권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2015, pp.154-158. / 대법원 2014.4.3. 선고 2014마62 결정)

35) 최광석, “경매를 이용한 편법적인 토지거래와 문제점”, 한국경제, 2007.6.6.

36) 정상현, “거래허가 대상토지의 투기적 이중매매행위 방지대책”, 한국연구재단, 기초학문센터 홈페이지(<https://www.krm.or.kr/>)

서 이미 계약내용에 대한 합의가 완료되어 있어야 한다. 법률상 계약은 서면 또는 구두로도 가능하며, 매매계약(민법 제563조)은 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 낙성계약(諾成契約)이다. 따라서 토지거래허가 신청 전에 거래 당사자 간에 계약내용에 관한 합의가 이루어졌다면 그것은 법률상으로는 이미 계약이 체결된 상태로 보아야 한다. 우리나라 서민들의 전체 자산 중 가장 중요한 부분 중 하나를 차지하고 거액의 대가가 오고가는 토지를 거래함에 있어서 그 약정이 서면으로 이루어졌다면 매매계약서이고, 설사 구두로 이루어졌다 하더라도 계약은 청약과 승낙이라는 두 의사표시의 합치로 성립되는 것이므로 매매계약의 요건이 충족되었기 때문이다. 따라서 토지거래허가를 받기 위해서는 허가를 조건으로 선계약을 체결한 다음에 허가를 받도록 허가절차를 변경하는 것이 오히려 시장의 실제 관행에도 맞고 절차상으로도 타당하다.³⁷⁾

사정이 이러함에도 불구하고 현행「부동산 거래 신고 등에 관한 법률」은 토지거래계약을 체결하려는 당사자는 먼저 관할관청의 허가를 받아야 하며, 허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약은 그 효력이 발생하지 아니한다고 규정함으로써, 거래실무상은 물론 법이론적, 법집행적 측면에서도 많은 혼란과 모순을 초래하고 있다. 그러다보니 거래 현장에서는 토지거래 허가구역 내에서의 정상적인 토지거래를 위축시키고, 위와 같은 처리절차는 부동산거래의 관행과 부합되지도 않으며, 주택건설사업자에게 과중한 부담을 초래하므로 토지거래허가제도는 아예 폐지되어야 한다는 언론보도도 등장하고 있다.³⁸⁾ 학술적으로도 계약자유의 제한으로 인한 민원발생, 중첩규제로 인한 재산권 침해 등을 이유로 제도 자체에 대한 폐지론까지 등장하고 있다.³⁹⁾ 최종적으로 법률적 판

37) 일반적 관행상 특별법 규정에 의해 허가를 필요로 하는 토지를 거래할 때 사전에 허가를 받은 다음 토지거래에 관한 계약을 체결하거나 처분하는 사례는 거의 없을 것이다. 만약, 이와 같은 토지거래허가 요건을 계약의 효력발생 요건으로 해석한다면, 허가를 취득하지 못한 토지거래계약은 처음부터 무효이므로 허가를 취득한 후 다시 계약을 체결해야 한다는 문제가 발생하며, 실제 거래 시장에서는 기대할 수 없는 처사로서 타당하지 아니하다(윤철홍, “토지거래의 규제에 관한 사법적 고찰”, 토지법학, 제27-1호, 한국토지법학회, 2011, p.12.)

38) 토지거래는 매매계약이나 예약 전에 미리 허가를 받도록 규정하고 있는데, 이것은 구체적인 허가대상이 없는데도 불구하고 허가를 받도록 하는, 도저히 이해가 가지 않는 조치이다. 이에 따라 주택건설사업자들은 토지 매매에 있어 토지거래 허가 전에 매매절차를 밟고, 허가 후에 다시 계약날짜를 달리하는 매매계약서를 작성하게 되는 불합리한 관행을 지속하고 있다. 정상태, “토지거래허가제 개선보다 폐지를”, 한국경제, 1997.9.19.

39) 이우도 등 3인, “토지거래 허가제도의 폐지에 관한 연구”, 「법학논총」 제37권 제2호, 전남

단을 해야 하는 대법원 입장에서도 무허가 토지거래계약은 효력이 발생하지 않는다는 실정법 규정과 이와는 정반대의 관행이 일반적인 현실 사이에서 궁여지책으로 ‘유동적 무효(流動的 無效)’라는 법리까지 원용하는 등 그 절충점을 찾기 위해 고심하고 있다.⁴⁰⁾ 또한 대법원은 토지거래허가 위반행위에 대한 벌칙적용 대상인 국토이용관리법 제31조의 2에서 규정하고 있는 “허가 없이 토지 등의 거래계약을 체결하는 행위”와 관련해서도 이는 처음부터 허가를 배제하거나 잠탈하는 내용의 계약을 체결하는 행위를 가리키고, 허가 받을 것을 전제로 한 거래계약을 체결하는 것은 이에 해당하지 않는다고 판시함으로써,⁴¹⁾ 허가 없이 일단 계약만 체결하면 계약 당사자들이 곧바로 전과자로 전락하는 불상사를 막기 위해 궁색한 제한해석을 전개하기도 하였다.

더욱 심각한 문제는 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」에 따르면, 허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결하는 경우 2년 이하의 징역 또는 계약 체결 당시의 개별공시지가에 따른 해당 토지가격의 100분의 30에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있는데(동법 제26조 제2항), 실정법 규정에 따라 액면 그대로 문리해석(文理解釋)을 한다면 현실적으로는 일반적 관행으로 굳어져 있는 허가를 받기 이전의 모든 거래계약행위들이 무효이며, 형사처벌 대상으로 귀결되어야 하기 때문이다. 이러한 결과는 법률의 비전문가인 선량한 국민들에게 영문도 모른 채 전과자로 낙인을 찍히게 하고 중대한 재산상 손해까지 입게 하는 것으로서 큰 문제가 아닐 수 없다. 이와 같은 우려는 입법 당시부터 제기되었는데, 제100회국회 법제사법위원회 회의록을 살펴보면, 토지거래허가제 관련 처벌규정은 전 국민이 결국은 원하든 원하지 아니하든 간에 일단 토지거래행위가 있으면 형벌이 따르게 된다는 모순을 지적하고, 전 국민이 피의자화 또는 전과자화 할 우려가 있다는 점을 경계하고 있다.⁴²⁾ 이 회의록에는 또한 법률 조문을 보아도 무허가거래에 있어서는 최고 2년 이하의 징역까지 규정되어 있고 더군다나 법인의 종사자인 경우 혹시 잘못되면 양벌규정까지 정해 놓았는데, 이런 절차적 행정법을 위반했다고 해서 처벌을 받아야 한 다거나, 그런 우려를 국민한테 준다는 것은 법적 안정성에도 어긋난다는 점을 강조하며 문제점을 지적하고 있다.

따라서 토지를 거래함에 있어서 허가 전에 계약을 먼저 체결하는 일반적인

대학교 법학연구소, 2017, pp.252-260.

40) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96다31703 판결

41) 대법원 1991.12.24. 선고 90다12243 판결

42) 제9대국회 제100회 국회 법제사법위원회회의록, 제17호, 1978.11.10. pp.44-45.

관행과 토지거래 위반행위에 대한 처벌이라는 실정법 규정을 조화롭게 연결하기 위해서는 토지거래계약을 체결하려는 자는 물론 이미 '계약을 체결한 자'도 허가신청을 할 수 있도록 법률을 개정해야 한다. 다만, 토지거래 허가구역 지정기간이 5년 이내라는 점, 토지거래허가제의 기능이 투기거래 억제에 있다는 점, 일반적인 부동산거래 신고기간이 계약체결 후 60일 이내인 점(부동산 거래신고 등에 관한 법률 제3조 제1항) 등을 고려하여 <표 5>와 같이 계약체결 후 일정기간 내에 허가를 받도록 적정한 허가신청 기간을 부여할 필요가 있다.

<표 5> 토지거래 허가신청 절차 관련 입법적 개선(안)

부동산거래 신고 등에 관한 법률 제11조 제1항	개정 전	① 허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전하거나 설정(대가를 받고 이전하거나 설정하는 경우만 해당한다)하는 계약(예약을 포함한다. 이하 "토지거래계약"이라 한다)을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.
	개정 후	① 허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전하거나 설정(대가를 받고 이전하거나 설정하는 경우만 해당한다)하는 계약(예약을 포함한다. 이하 "토지거래계약"이라 한다)을 체결하였거나 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다. 이 경우 이미 계약을 체결한 자는 계약체결 후 60일 이내에 거래허가를 받아야 한다.

2. 토지거래허가 대상 토지면적 기준의 형평성 도모

부동산 투기 및 토지가격 폭등을 억제하기 위한 입법목적을 구현하고 동일한 허가구역 내 토지소유자 간의 형평성 유지를 위하여 <표 6>과 같이 일정 규모 이하의 토지에 대하여 허가 의무를 면제하는 현행 법령상 규정들은 삭제되어야 한다. 정부도 토지거래허가의 회피를 위한 토지분할 등 현실적 문제점을 인지하고 토지거래허가 제외 면적기준을 축소할 바 있으나,⁴³⁾ 폐지에까지 이르지 못하는 못하여 불씨는 여전히 남아 있다.⁴⁴⁾ 토지거래허가제에 관한 입법 당

43) 정부는 2005.1.15. 「국토계획법 시행령」을 개정하여 녹지지역, 용도 미지정 지역, 농지, 임야, 기타 지역에서 허가대상 면적 기준을 처음 제도 도입 당시 기준면적보다 축소하여 그 요건을 강화하였다.

44) 김태훈 등 3인, 「토지거래허가제도의 실효성 강화를 위한 발전적 방안」, 한국부동산연구원, 2007, p.12.

시 소관 상임위원회였던 국회 건설위원회 회의록에 나타난 국토이용관리법 개정안에는 규제구역 내에서 일정한 규모 이상 토지의 유상거래계약은 도지사의 허가를 받아야 하며, 그 미만의 토지는 사후신고를 하도록 규정되어 있었는데, 국회전문위원회 검토보고에서 토지의 면적에 따라 허가대상이나 단순한 신고 대상이냐를 구분하여 차이를 두는 것은 제도의 실효성 측면에서 바람직하지 않으므로 삭제되어야 한다는 의견을 제시한 바 있다.⁴⁵⁾

<표 6> 소규모 면적 토지 허가면제 관련 입법적 개선(안)

부동산거래 신고 등에 관한 법률 제11조 제2항	개정 전	① 허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전하거나 설정(대가를 받고 이전하거나 설정하는 경우만 해당한다)하는 계약(예약을 포함한다. 이하 "토지거래계약"이라 한다)을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다. ② 경제 및 지가의 동향과 거래단위면적 등을 종합적으로 고려하여 대통령령으로 정하는 용도별 면적 이하의 토지에 대한 토지거래계약에 관하여는 제1항에 따른 허가가 필요하지 아니하다.
	개정 후	①(개정 전과 동일) ②(삭제)
부동산거래 신고 등에 관한 법률 시행령 제9조	개정 전	① 법 제11조제2항에서 "대통령령으로 정하는 용도별 면적"이란 다음 각 호의 구분에 따른 면적을 말한다. 다만, 국토교통부장관 또는 시·도지사가 허가구역을 지정할 당시 해당 지역에서의 거래실태 등을 고려하여 다음 각 호의 면적으로 하는 것이 타당하지 아니하다고 인정하여 해당 기준면적의 10퍼센트 이상 300퍼센트 이하의 범위에서 따로 정하여 공고한 경우에는 그에 따른다. ② 제1항에 따른 면적을 산정할 때 일단(一團)의 토지이용을 위하여 토지거래계약을 체결한 날부터 1년 이내에 일단의 토지 일부에 대하여 토지거래계약을 체결한 경우에는 그 일단의 토지 전체에 대한 거래로 본다. ③ 허가구역 지정 당시 제1항에 따른 면적을 초과하는 토지가 허가구역 지정 후에 분할(「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 도시·군계획사업의 시행 등 공공목적으로 인한 분할은 제외한다)로 제1항에 따른 면적 이하가 된 경우 분할된 해당 토지에 대한 분할 후 최초의 토지거래계약은 제1항에 따른 면적을 초과하는 토지거래계약으로 본다. 허가구역 지정 후 해당 토지가 공유지분으로 거래되는 경우에도 또한 같다.
	개정 후	①(삭제) ②(삭제) ③(삭제)

45) 사후신고대상은 소규모 토지로서 전연 법적규제를 받지 않는 대상이므로 법문화하는데 실효성이 의문시되며, 차라리 삭제하는 것이 옳지 않을까 생각 된다 (제9대국회 100회 국회 건설위원회 제13호 회의록, 최원명 전문위원 검토보고, 1978.10.25. pp.9-10.)

3. 경매의 허가의무 면제 대상 담보권 제한으로 탈법행위 방지

부동산 경매의 대상이 되는 토지에 대한 거래허가 면제로 인한 탈법행위를 근절시키기 위해서는 저당권(근저당권)자 등 담보물권자가 신청한 담보권 실행을 위한 토지경매에 있어서는 토지거래 허가구역 지정 전에 설정된 담보권에 대해서만 거래허가규정 적용대상에서 제외하도록 그 인정범위를 제한해야 한다. 부동산 경매로 토지가 거래되는 경우에는 거래허가를 받지 않도록 예외를 인정한 입법취지는 부동산 경매가 국가기관인 법원에 의해 엄격한 관리와 절차에 따라 진행되는 공적인 집행절차라는 점을 고려한 것으로 여겨진다. 이와 같은 판단의 근거는 토지거래허가 제도의 적용제외 대상을 규정하고 있는「부동산 거래신고 등에 관한 법률」상 해당 규정의 표제가 ‘국가 등의 토지거래계약에 관한 특례 등’으로 되어 있고(동법 제14조), 계약 당사자의 한쪽 또는 양쪽이 국가, 지방자치단체, 공공기관 등인 경우에는 그 기관의 장과 시장·군수 또는 구청장 간 협의회가 성립된 경우 그 토지거래계약에 관한 허가를 받은 것으로 보고, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 토지의 수용 등과 함께「민사집행법」에 따른 경매를 나란히 예외규정에 포함시키고 있는 것으로 보아 그 입법취지를 충분히 추론할 수 있기 때문이다(동조 제1, 2항).

그러나 근저당권 등 담보권 실행에 의한 토지 경매에 있어서는 담보권 설정행위가 순전히 당사자 간 계약자유의 원칙에 기초하여 이루어지는 관계로 상당히 많은 건수가 허가의무를 회피하기 위한 통정행위(민법 제108조) 내지 반사회적 행위(민법 제103조)로서 무효이며 결코 허용될 수 없는 탈법행위라는 점에서 문제가 있다.⁴⁶⁾ 따라서 모든 경매를 토지거래허가 대상에서 제외시키고 있는 현행법은 타당하지 아니하며, 당해 토지가 토지거래허가구역에 편입된 이후에 설정된 담보권에 의한 경매에 대해서는「부동산 거래신고 등에 관한 법률」제11조의 토지거래허가 대상에 포함되도록 법률을 개정할 필요가 있다< 표 7>.

46) 수원지법 성남지원 관계자는 “법원 경매부서에서는 형식적인 심사만 수행하기 때문에 근저당권이 적법한지를 사전에 걸러 내거나 경매방해죄에 해당하는지 여부를 판단할 수 없다”고 말했다(서울신문, “경매로 땅 사자… 거래허가구역 변칙 투기 활개”, 2014.11.19.)

<표 7> 경매에 대한 토지거래허가 제외규정 관련 입법적 개선(안)

부동산거래 신고 등에 관한 법률 제14조 제2항	개정 전	① 제11조제1항을 적용할 때에 그 당사자의 한쪽 또는 양쪽이 국가, 지방자치단체, 「한국토지주택공사법」에 따른 한국토지주택공사(이하 "한국토지주택공사"), 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공기관 또는 공공단체인 경우에는 그 기관의 장이 시장·군수 또는 구청장과 협의할 수 있고, 그 협의가 성립된 때에는 그 토지거래계약에 관한 허가를 받은 것으로 본다. ②다음 각 호의 경우에는 제11조를 적용하지 아니한다. 1. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 토지의 수용 2. 「민사집행법」에 따른 경매 3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우
	개정 후	②다음 각 호의 경우에는 제11조를 적용하지 아니한다. 1. (개정 전과 동일) 2. 「민사집행법」에 따른 경매(단, 민사집행법 제264조에 의한 담보권실행을 위한 부동산경매의 경우에는 당해 토지에 이 법 제10조 제1항에 의한 토지거래허가구역이 지정되기 전에 설정된 담보권에 의해 개시된 경매에 한한다) 3. (개정 전과 동일)

V. 결론

토지는 모든 인간이 생활하는 데 없어서는 안 되는 필수적 재화임에도 불구하고 그 공급은 한정되어 있어 시장기능에 방임하는 경우 심각한 부작용을 초래하는 등 여러 가지 특성 때문에 일정 부분 정부의 규제가 불가피하다. 이에 따라 현행법은 토지의 투기적인 거래 및 지가(地價)의 급격한 상승 등을 억제하기 위해 토지거래허가제를 마련하고 있으나, 수십 년 동안 제도를 운영하는 과정에서 제도의 순기능적 기능도 발휘하였지만, 여러 가지 한계와 문제점이 노출되었다. 따라서 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」이 천명하는 바와 같이 토지거래허가제가 국토의 이용 및 관리에 관한 계획의 원활한 수립과 집행, 그리고 합리적인 토지이용에 기여하고 토지의 투기적 거래나 지가(地價)의 급격한 상승을 억제하는 등 입법목적을 충실히 구현하기 위해서는 다음과 같은 문제점들에 대한 입법적 개선이 필요하다.

첫째, 현행법상 허가대상 토지를 거래하려는 당사자는 계약체결에 앞서 시장·군수·구청장의 사전허가를 받도록 의무화되어 있으나, 거래관행은 그 반대의 경우가 일반적이므로 현실과 괴리가 있다. 이러한 모순은 거래실무상은

물론 법이론적, 법집행적 측면에서도 많은 혼란과 모순을 초래하고 있으며, 그러다보니 거래 현장에서는 토지거래 허가구역 내에서의 정상적인 토지거래를 위축시키는 원인이 되고 있다. 더욱 심각한 문제는 현행법상 허가를 받지 아니하고 토지거래계약을 체결하는 경우 2년 이하의 징역 또는 해당 토지가격의 100분의 30에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있는바, 규정을 문리적으로 해석하는 경우 법률의 비전문가인 선량한 국민들은 영문도 모른 채 전과자로 낙인이 찍히고 중대한 재산상 손해까지 입게 되는 문제를 초래하게 된다. 따라서 토지를 거래함에 있어서 허가 전에 계약을 먼저 체결하는 일반적인 관행과 투기를 억제하려는 입법목적이 조화를 이루기 위해서는 토지거래계약을 체결하려는 자는 물론 이미 '거래계약을 체결한 자'도 사후에 허가신청을 할 수 있도록 법률을 개정해야 한다. 다만, 허가 전에 먼저 계약을 체결한 경우「부동산 거래신고 등에 관한 법률」상 부동산거래 신고기간과 균형을 맞추어 계약 체결 후 60일 이내에 허가를 받도록 적정한 허가신청 기간을 부여할 필요가 있다.

둘째, 현행법은 토지거래 허가제도를 적용함에 있어서 일정 면적 이하의 소규모 토지에 대하여는 거래허가 대상에서 제외하도록 특례를 인정함으로써 주민들 간의 형평성에 부합하지 아니하며, 제도를 정착시키는 데에도 저해요인이 되고 있다. 따라서 토지거래 허가구역 내에서는 용도지역 또는 면적에 관계없이 모든 토지가 허가대상에 포함되도록 소규모 토지거래에 대한 허가의무 면제규정을 삭제하여야 한다.

셋째, 현행법은 부동산 경매에 대해서는 모두 토지거래허가를 받지 않도록 규제대상에서 배제시키고 있는바, 탈법행위 근절을 위해서는 토지거래 허가구역 지정 전에 설정된 담보권에 대해서만 거래허가규정 적용대상에서 제외하도록 그 면제범위를 제한해야 한다.

최근 국회에 제출된 헌법개정안은 사회적 불평등 심화 문제를 해소하기 위해 토지의 공공성과 합리적 사용을 위해 필요한 경우 법률로써 특별한 제한이나 의무를 부과할 수 있도록 토지공개념의 내용을 명시하고 있다. 본 연구는 토지공개념에 관한 관심과 연구가 고조되고 있는 상황에서 관련 핵심법률인 토지거래허가제의 현황과 문제점을 재조명하였다는 점에서 연구의 가치가 있다. 또한 본 연구는 그 동안 토지거래허가제도의 운영 과정에서 노출된 실무상 문제점들에 대해 구체적으로 입법적 해결방안까지 제시하였다는 점에서 거래 현장에서 발생하는 분쟁의 해결과 제도개선에 크게 기여할 수 있을 것으로 기대된다.

[참고문헌]

- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2013.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2009.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2010.
- 양 건, 「헌법강의」, 법문사, 2012.
- 허 영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2008.
- 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2010.
- 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2012.
- 국토교통부, 「2017 토지업무편람」, 2018.
- 국토교통부, 「2017년도 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서」, 2017.
- 국 회, 「제9대국회 100회건설위원회 제13호 회의록」, 전문위원 검토보고, 1978.
- 국 회, 「제9대국회 제100회국회 법제사법위원회회의록」 제17호, 1978.
- 김남옥, “토지공개념과 토지이용제한”, 국가법연구, 제14권 제2호, 한국국가법학회, 2018.
- 김동훈, “사적 자치의 원칙의 헌법적·민사법적 의의-헌재 결정례와 대법원 판례의 비교·분석을 중심으로-” 법학논총, 제30권 제3호, 국민대학교, 2018.
- 김명수, “토지공개념 헌법 명기에 내포된 가능성과 한계”, 「경제와 사회」, 2018년 겨울호, 비판사회학회, 2018. pp.102-129.
- 김완석, ‘거래내용에 관한 실질과세 원칙의 적용 범위’, 조세법 연구, 제1권, 한국조세법학회, 2016.
- 김상용, “토지거래허가·신고제의 검토”, 「민사법학」 제8호, 한국민사법학회, 1990.
- 민병로, “헌법상의 재산권의 보장과 한계-헌법재판소 결정을 중심으로”, 「토지법학」 제22집, 한국토지법학회, 2006, pp.283-284.
- 서순탁, “토지거래허가제의 운용실태와 실효성 제고방안”, 「토지공법연구」 제33집, 한국토지공법학회, 2006.
- 심민석, “개발부담금제도의 실효성 확보방안 연구”, 토지공법연구, 제80집, 한국토지공법학회, 2017.
- 양형우, “농지취득자격증명이 없는 농지거래 행위와 소유권이전등기의 효력”, 「홍익법학」 제16권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2015.
- 오시영, “토지거래허가와 그 효력에 대한 연구”, 민사법학, vol. no35, 2007, pp.421-424.
- 윤철홍, “토지거래의 규제에 관한 사법적 고찰”, 토지법학, 제27-1호, 한국토지법

학회, 2011.

이우도 · 이준수, “토지거래허가제도의 실효성 확보 및 개선방안에 관한 연구”, 일감부동산법학, 제14권, 건국대법학연구소, 2017.

이우도 등 3인, “토지거래 허가제도의 폐지에 관한 연구”, 『법학논총』 제37권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2017.

이재삼 · 정희근, “토지거래허가제의 인가적 성질”, 토지공법연구 제37집 제1호, 한국토지공법학회, 2007.

정상태, “토지거래허가제 개선보다 폐지를”, 한국경제, 1997.9.19.

정용화, “토지공개념의 헌법적 쟁점과 전망”, 토지법학, vol.34, no1, 한국토지법학회, 2018.

정우형, “새로운 패러다임에 따른 토지거래규제제도의 발전방향”, 『토지법학』 제27집 제1호, 한국토지법학회, 2011.

정태종, “토지재산권의 특수성과 토지공개념” 토지공법연구, vol.83, 토지공법학회.

차진아, “사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미”, 공법학연구, 제19권 제1호, 한국비교공법학회, 2018.

최원명, 제9대국회 100회국회 건설위원회 제13호 회의록, 1978.

국토교통부 · 기획재정부, “수도권 주택공급 확대 추진 및 투기지역 지정 등을 통한 시장안정 기조 강화” 보도자료, 2018. 8. 27.

국토교통부, “국토부 2차공공택지 발표지역7곳 토지거래허가구역지정”, 보도자료, 2018.12.19.

경인일보, “토지거래허가제도의 모순”, 2005. 12. 8.

서울신문, “경매로 땅 사자… 거래허가구역 변칙 투기 활개”, 2014. 11. 19.

한겨레, “뉴타운 모든 토지거래 허가 받도록”, 최창식 서울시 뉴타운사업본부장, 2005. 8. 24.

한국경제, [대한민국을 흔든 판결들], “토지 소유자의 재산권 과도한 침해”…개발 이익환수는 인정- ⑧ 토지공개념 3법과 재산권 보장, 2017. 6. 16.

한국경제, “토지거래허가제 개선보다 폐지를”, 1997. 9. 19.

국가기록원, “토지공개념 3법”(http://www.archives.go.kr)

국회의안정보시스템(http://likms.assembly.go.kr/)

한국감정원, 부동산거래현황통계(http://www.kab.co.kr/)

대법원 2014.4.3. 선고 2014마62 결정.

대법원 1996. 11. 22. 선고 96다31703 판결.

대법원 1991.12.24. 선고 90다12243 판결.

헌법재판소 1994.7.29. 선고 92헌바49결정.

헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13결정.

Henry George, “ Progress and Poverty”, 2006, Robert Schalkenbach Foundation
New York NY, ISBN 0-911312-98-6.

[Abstract]

A Study on the Problems of Land Transaction Permission System
and Its Legislative Improvement

- Focused on Problems on System Operating -

No, Han-Jang*

To realize the legal purpose of「Law of Real Estate Transaction Report etc.」thoroughly, following legislative improvement of the problems which emerged during the practice of Land Transaction Permission System(LTPS) need to be fulfilled. Under the current law, the people who is going to trade some lands must get a prior permission from administrative agency. However, the present custom is just the opposite because the parties in general make a contract before they apply for a permission. Therefore, current legal provision that requires previous license should be revised in consideration of the gap between the current law and field practice. The people who has already made an engagement as well as people who is going to make a contract are to be allowed to apply for permission after making contract.

In addition, the special provision which excludes the application of LTPS about small lands need to be changed. The special provision, in other words, of current law must be deleted to realize equality of the local land owners. Finally, the exclusion range of permission for real estate auctions in the process of LTPS need to be limited to the mortgages which is set up before the relevant land is designated as a land permit area for the sake of preventing law manipulations such as putting up fake mortgage, and applying for an auction via false contract etc. Recently, studies on public concept of land ownership and regulation of land transactions are increasing shortly after the proposal of constitutional amendment. This study is expected to contribute to practical solution to and disputes about LPPS through providing some

* Graduate School of Real Estate & Construction, Dankook University, Instructor, Ph.D. in Real Estate.

concrete suggestions for legislative improvements.

Keywords : Land Transaction Permission System, Legislative Improvement,
Apply for Permission after Making Contract, Small Land, The
Exclusion Range of Permission for Real Estate Auctions

