

■ 논 단

파산절차에서 농지의 취득 및 소유 제한에 관한 쟁점 연구

정 건 희

법무법인 더 에이치 황해 변호사/법학전문박사(민법)

요 약 문

농지법은 경자유전과 투기 방지라는 역사적 배경과 농업 생산성 향상을 통한 경쟁력 강화라는 시대적 요구를 바탕으로 변천을 거듭하였다. 그 결과 현행 농지법은 농지의 취득 및 소유에 관해 공법과 사법이 교차하는 가운데 민사법의 광범위한 예외를 규정하고 있다. 먼저 농지는 전·답·과수원이라는 지목이 아닌 실제로 농지로 이용되는지 여부, 즉 현황에 따라 판단한다. 이 경우 농지가 농지법을 위반해 전용되더라도 기술적·규범적으로 원상회복할 수 있다면 여전히 농지로 취급된다. 농업경영 목적으로 농지를 취득하고자 하는 자는 농지 소재지 관서의 장에게 농지취득자격증명을 발급받아야 한다. 그러나 농지취득자격증명은 소유권이전등기에 필요한 첨부서류로 농지를 취득할 자격이 있다는 사실을 증명할 뿐이다. 따라서 농지취득자격증명 없는 농지 매매계약도 유효하나 농지취득자격증명 없이는 농지의 소유권을 취득하지 못한다.

한편 파산절차 역시 집단적 채무조정절차이자 포괄적 강제집행절차로 민사법의 광범위한 예외를 두고 있다. 따라서 파산절차에서 농지법의 해석은 예외와 특례가 혼재되어 필연적으로 복잡한 법률문제를 초래한다. 이 논문에서는 파산절차에서 농지의 취득 및 소유 제한에 관한 10개의 쟁점을 발굴해 그 법률관계를 연구하였다. 즉 ① ② 파산관재인은 법률전문가인 변호사로 농업을 잘 알지 못한다. 따라서 농지의 현황은 서류를 중심으로 판단하면 족하다. 다만 농지 여부가 불분명할 때는 원칙적으로 형식적 경매를 신청해야 하고, 농지를 임의매각할 때도 매수희망자에게 농지의 취득절차와 요건에 관해 필요한 정보를 제공할 필요가 있다. ③ 파산절차에서 미이행 농지 매매계약의 처리는 일반적인 파산절차와 같다. 다만 매수인 파산 시 파산관재인은 매수인의 농지취득자격증명 발급신청권을 행사할 수 있고, 농지 소재지 관서의 장은 원칙적으로 이를 거부하지 못한다. ④ 농지의 명의신탁은 중중과 중중원 간에 활발하다. 특히 중중이 파산한 경우 중중과 중중원 간 농지 명의신탁이 유효하더라도, 중중이 새로이 취득한 묘토인 농지는 중중 명의로 등기하지 못한다는 점을 주의해야 한다.

⑤ 상속채무가 상속 농지를 포함한 상속재산을 초과한 때에는 상속재산파산절차를 이

용할 수 있다. ⑥ 농지점유자가 파산선고 전에 농지의 취득시효를 완성하였더라도 파산채권에 불과하고, 파산선고 후에는 파산절차의 안정을 위해 파산관재인에게 취득시효를 주장하지 못한다. ⑦ 파산절차에서 농지의 위탁경영은 미이행 도급계약의 법리를 따른다. 다만 민법은 도급인 또는 수급인 파산 시의 특칙을 규정하고 있다. 수급인의 기성고에 따른 보수는 농작업의 특성을 반영해 산정해야 한다. ⑧ 파산절차에서 농지의 자영은 미이행 고용계약과 같으나 농업근로자의 상당수가 불법체류자인 외국인 근로자라는 점을 주의해야 한다. ⑨ 파산절차에서 농지 저당권은 별채권의 법리에 따른다. 이 경우 농지 저당권자에게 담보 농지취득의 특례가 인정되므로, 파산관재인은 별채권 행사를 촉구하는 방법을 고려해야 한다. ⑩ 농업법인이 파산하면 '농업법인이 청산 중인 경우'에 해당해 농지처분의무가 면제되며, 농업인에게도 유추적용된다. 이 경우 농지 소재지 관서의 장은 농지처분의무 면제 사유가 있는 채무자에게 농지처분명령을 하지 못한다. 또한, 이행강제금은 그 성격상 후순위파산채권이다. 따라서 파산채권 신고·조사의 대상이 아니며, 파산선고로 계속 중인 절차는 파산관재인이 수계할 때까지 중단된다.

주제어 : 채무자회생 및 파산에 관한 법률, 파산, 파산관재인, 농지법, 농지취득자격증명, 명의신탁, 위탁경영, 자영, 담보 농지, 농지처분명령

〈目 次〉

I. 서론	4. 농지의 명의신탁 관련 쟁점
II. 농지법상 농지의 취득과 소유 제한	5. 농지의 상속 관련 쟁점
1. 농지의 정의와 범위	6. 농지의 취득시효 관련 쟁점
2. 농지의 취득 및 소유의 제한	7. 농지의 위탁경영 관련 쟁점
3. 소결	8. 농지의 자영(自營) 관련 쟁점
III. 파산절차에서 농지의 취득 및 소유 제한에 관한 쟁점	9. 담보농지 관련 쟁점
1. 파산관재인의 토지 현황조사의 범위	10. 농지법의 실효성 확보수단에 관한 쟁점
2. 농지의 환가방법	11. 소결
3. 미이행 농지 매매계약의 처리	IV. 결론

I. 서론

농지란 전·답, 과수원, 그 밖에 법적 지목을 불문하고 실제로 농작물 경작지 또는 다년생식물 재배지로 이용되는 토지나 그 개량시설 및 농축산물 생산시설을 말한다(농지법 제2조 제1

호). 농지는 일반 토지와 달리 식량생산 기능은 물론 아름다운 경관을 유지하거나 대기를 정화하는 것과 같은 외부경제효과(External Economy Effect)를 가진다.¹⁾ 또한, 농지의 용도가 변경돼 토지 개발이 진척되면 재차 농지로 환원하기 어렵다는 비가역적 특성을 띤다.²⁾ 우리의 법제는 이와 같은 농지의 특수성을 반영해 경자유전과 투기 금지를 원칙으로 규정하고 있다(헌법 제121조 제1항, 농지법 제3조 제2항 및 제6조 제1항).³⁾ 그 결과 농지소유권의 내용과 행사는 다른 토지와 비교했을 때 광범위한 제한을 받는다(농지법 제3조 제1항).

농지에 관한 일반법⁴⁾인 농지법은 농지 소유권의 내용과 행사에 관한 구체적인 내용, 즉 농지의 취득 및 소유(제2장)·농지의 이용(제3장)·농지의 보전(제4장) 등을 규율하고 있다. ① 농지법 제2장에서는 농지의 소유 제한과 상한(제6조, 제7조)·농지의 취득을 위한 농지취득자격증명의 발급 요건 및 절차(제8조, 제8조의3)와 같은 농지의 취득 및 소유를 위한 일반적 사항을 규정하면서 그 예외(제9조, 제13조)나 위반에 대한 제재 또는 조치(제10조 내지 제12조)에 관해서도 아울러 규율하고 있다. ② 농지법 제3장은 농지의 이용을 증진하기 위한 일반적인 사항(제1절)과 함께 농지의 임대차에 관한 여러 특례 규정을 두고 있다(제2절). ③ 농지법 제4장에서는 농지의 보전을 위한 농업진흥지역의 지정과 운용(제1절)·농지의 전용(제2절)·농지위원회(제3절)·농지 관리 기본방침(제3절의2)·농지대장(제4절)에 관해 규율한다. 이처럼 농지법은 공법에 속하는 법규로서 민사특별법의 지위도 아울러 가진다.⁵⁾

그런데 농가⁶⁾ 부채는 2014년 2,787만 원에서 2024년 4,501만 원으로 가파르게 증가하고 있다.⁷⁾ 또한, 농업법인⁸⁾의 당기순이익은 2009년부터 2022년까지 연평균 2.3% 감소하였다.⁹⁾ 이

1) 송재일, “국토의 균형발전, 경자유전원칙에 맞는 농지거래법제 개선 연구”, 「민사법학」, 제95호(2021), 171쪽.

2) 이정전 외, 「토지문제의 올바른 이해」, 박영사, 2006, 227쪽 이하.

3) 헌법재판소 2020. 5. 27. 선고 2018헌마362 결정.

4) 농지법 제정 이전에는 ① 농지의 취득·보상·분배·상환·분쟁조정에 관한 「농지개혁법(1949년 제정, 이하 같다)」과 「농지개혁사업 정리에 관한 특별조치법(1968년)」, ② 농지의 전용제한·지목 변경 금지 등에 관한 「농지의 보전 및 이용에 관한 법률(1972년)」, ③ 농지임대차에 관한 「농지임대차관리법(1986년)」, ④ 농지개량에 관한 「지력증진법(1996년)」이 농지에 관한 법률관계를 규율하고 있었다. 국회는 1993년 우루과이라운드(UR) 타결에 따른 세계무역기구(WTO)의 출범에 대응해 농업의 구조개혁을 통한 국제경쟁력 강화를 위해 1994년 「농지법」을 제정하였다. 우리나라 농지법의 연혁에 관하여는 송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010, 19쪽 이하 참조.

5) 송덕수, 「신민법강의(제18판)」, 박영사, 2025, 9쪽.

6) 「2020 농업총조사」의 조사대상인 ① 1,000㎡ 이상의 농지를 직접 경작하는 가구, ② 연간 직접 생산한 농축산물 판매액이 120만 원 이상이며, 농업을 계속하는 가구, ③ 조사 시점 현재 사육하는 가축의 평가액이 120만원 이상인 가구를 말한다(통계청, 2022년 농가경제조사 표본개편 결과, 2022, 1쪽). 농지법 제2조 소정의 농업인(농업에 종사하는 개인으로서 대통령령으로 정한 자)의 요건과 대체로 일치한다. 통계청에서 농업인이 아닌 농가를 대상으로 농업조사를 하는 이유는 구 농지개혁법과 관련된 것으로 추측된다. 구 농지개혁법 제3조는 “본법에 있어 농가라 함은 가구 또는 동거가족이 농경을 주업으로 하여 독립생계를 영위하는 합법적 사회단위를 칭한다”라고 규정하여 그 적용대상을 농가로 보았다. 그러나 현재 농지법은 개인 단위의 농업인을 적용대상으로 규정하고 있으므로, 농업조사의 대상도 수정할 필요가 있다.

7) 통계청, 농가경제조사-부채(2025. 8. 27. 방문) - <https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?sso=ok&returnurl=https%3A%2F%2Fkosis.kr%3A443%2FstatHtml%2FstatHtml.do%3FtblId%3DDT_1EA1611%26orgId%3D10>

경우 재정적 어려움으로 인해 파탄에 직면한 채무자인 농업인 또는 농업법인은 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 ‘채무자회생법’이라 한다)에 따른 회생절차 또는 파산절차를 신청해 재건 또는 청산할 수 있다. 이때 회생절차에서 농지법과 관련된 쟁점은 파산절차와 비교해 상대적으로 많지 않다. 농지법은 농지의 소유와 이용을 광범위하게 제한하고 있지만, 회생절차에서 채무자는 이른바 청산가치 보장의 원칙¹⁰⁾만 준수하면 그 소유의 농지를 계속 보유해 농업 활동을 할 수 있기 때문이다.¹¹⁾

반면 파산절차에서 채무자가 파산선고 당시에 가진 모든 재산은 파산재단에 속하고(채무자 회생법 제382조 제1항), 파산재단을 관리·처분하는 권한은 파산관재인에게 있다(제384조). 파산관재인은 배당을 위해 파산재단을 환가하며, 이를 위해 기존의 법률관계를 처리해야 한다. 그 과정에서 농지의 소유와 이용을 규제하는 농지법과 포괄집행절차인 파산절차 간에 여러 충돌이 있게 된다. 그러나 파산절차는 물론 회생절차를 포함한 도산절차에서 농지법과 관련된 쟁점을 다룬 선행 연구는 없다. 실무에서 법관·파산관재인·소송대리인 등이 개별적으로 관련 문제를 해결하고 있을 뿐이다.

이 논문은 파산절차에서 농지의 취득과 소유·이용·보전과 관련된 쟁점 중 우선 취득과 소유에 관한 쟁점을 개괄적으로 정리·분석함으로써 파산절차에서 농지의 취급에 관한 연구의 단초를 제공하는 데 그 목적이 있다. 본고는 농지법의 편제에 따르되 파산절차와 관련된 쟁점을 개별적으로 포착해 분석하는 다음과 같은 방식으로 구성하였다. 먼저 농지취득자격증명을 중심으로 농지법상 농지의 취득 및 소유 제한에 관한 일반론을 살펴본다(목차 II). 다만 농지법의 비교법연구는 선행 연구가 풍부하고, 이 연구의 주제와 관련이 없어 제외하였다. 다음으로 파산절차에서 토지 현황조사의 범위·환가방법·미이행 매매계약의 처리·명의신탁·상속·취득시효·위탁경영·자영·담보농지·농지법의 실효성 확보 수단(농지처분의무·농지처분명령·이행강제금)과 관련된 쟁점을 분석한다(목차 III). 이 연구가 파산절차에서 농지법 연구에 관한 시금석이

1%26checkFlag%3DN%26>

- 8) 농지법 제2조 제3호 「농어업경영체 육성 및 지원에 관한 법률(이하 ‘농어업경영체법’이라 한다)」 제16조에 따라 설립된 영농조합법인과 같은 법 제19조에 따라 설립되고 업무집행권을 가진 자 중 3분의 1 이상이 농업인인 농업회사법인을 말한다.
- 9) 한국농촌경제연구원, “농업법인 운영 실태와 시사점”, 「KRE이슈+」, 제34호(2025), 4쪽.
- 10) 회생절차에서 채무자는 장래의 소득으로 채권액 중 일부를 분할변제한다. 그 분할변제금의 현재가치 총액이 채무자가 파산하여 그 재산을 분리·환가해 채권자에게 배당할 때의 가치(청산가치)보다 크다면 회생절차가 정당화된다(채무자회생법 제243조 제1항 제4호 본문, 제614조 제1항 제4호 본문). 이를 청산가치 보장의 원칙이라 한다. 대법원은 “재산권의 본질적 내용이 훼손되는 것을 방지하기 위해서는 최소한 권리자가 회사 재산에 대하여 가지는 청산가치가 보장되어야 하고, 이때의 청산가치는 해당 기업이 파산적 청산을 통하여 해체·소멸되는 경우에 기업을 구성하는 개별 재산을 분리하여 처분할 때를 가정한 처분금액을 말하는 것이다”라고 판시하였다(대법원 2005. 11. 14.자 2004그31 결정).
- 11) 회생절차에서도 영업용 재산인 농지를 처분하거나 쌍방미이행 쌍무계약을 처리할 때는 파산절차와 마찬가지로 여러 문제가 발생할 수 있다. 그러나 농지의 환가와 관련된 쟁점은 특히 파산절차에서 문제되므로, 본고에서는 파산절차에 한정해 관련 쟁점을 살펴보기로 한다.

될 수 있기를 기대한다.

II. 농지법상 농지의 취득과 소유 제한

1. 농지의 정의와 범위

파산절차에서 농지법 관련 쟁점을 연구하기 위한 선결과제는 ‘농지의 정의와 범위’를 확정하는 것이다. 농지법의 적용 대상은 농지이고, 농지에 해당해야만 파산절차에서 파산재단에 속하는 농지법상 농지와 관련된 쟁점을 특정할 수 있기 때문이다. 일반적으로 농지를 정의하는 방식으로는 지목주의와 현황주의의 두 가지가 있다.¹²⁾ 지목주의란 지적 공부상 형식적 구분에 따라 농지 여부를 판단하는 원칙을 말한다. 반면 현황주의에서는 지적 공부라는 형식 대신 실제로 해당 토지가 농작물 경작지로 이용되고 있는지를 기준으로 농지 여부를 판단한다.

우리 농지법은 농지에 관해 “다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 토지를 말한다. ㉠ 전·답, 과수원, 그 밖에 법적 지목을 불문하고 실제로 농작물 경작지 또는 대통령령으로 정하는 다년생식물 재배지로 이용되는 토지로 초지법에 따라 조성된 초지 등 대통령령¹³⁾으로 정하는 토지는 제외한다”라고 규정하여 현황주의를 따르고 있다(제2조 제1호 가목).¹⁴⁾ 대법원 역시 “농지인지 여부는 지목 여하에 불구하고 당해 토지의 사실상의 현상에 따라 가려야 한다. 그러므로 지목이 전(田)인 토지가 농지로서의 현상을 상실하고, 그 상실한 상태가 일시적이라고 볼 수 없다면 농지에 해당하지 않게 된다. 그 결과 농지법에 따른 농지전용허가의 대상이 되는 것도 아니다”라고 판시하여 같은 입장이다.¹⁵⁾ 따라서 직접 농작물을 재배하는 이른바 농경지와 재

12) 왕승혜, 「농지법제 개선 방안 연구(연구보고 22-11)」, 한국법제연구원, 2022, 76쪽.

13) 농지법 시행령 제2조 제2항은 지목이 전·답·과수원이 아닌 토지로서 경작지 또는 재배지로 이용된 기간이 3년 미만인 토지(제1호), 지목이 임야인 토지로서 산지전용허가를 받지 않고 경작지 또는 재배지로 이용된 토지(제2호), 초지법에 따른 초지(제3호)를 농지 아닌 토지로 열거하고 있다.

14) 이승만 정부는 1950년 유상몰수·유상분배를 원칙으로 한 농지개혁을 단행하면서 법적 지목과 관계없이 분배의 대상인 농지를 최대한 확보하고자 현황주의를 채택하였다고 한다(송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 140쪽).

15) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2007도6703 전원합의체 판결. 그러나 대법원은 2021년 LH 사태를 전후해 판례법리를 다음과 같이 사실상 변경하였다. 즉 “구 농지개혁법 및 농지법 등의 취지와 연혁을 살펴보면 농지의 개념은 농지의 보전과 이용 증진에 그 목적이 있다. 따라서 농지가 불법 전용되어 현실적으로 다른 용도로 이용된다고 하여 곧바로 농지에서 제외된다고 볼 수 없다. 농지가 불법 전용되었다면 특별한 사정이 없는 한 농지로 원상회복되어야 하는 것으로서 그 변경 상태는 일시적인 것에 불과해 여전히 농지법상 농지에 해당한다. 농지로 원상회복되어야 하는지는 농지의 전용 당시 관계 법령에 의하여 농지전용허가 등 의무가 존재하였고, 그런데도 그 허가 등을 받지 아니하고 전용이 이루어졌음이 인정되어야 할 것이다”라고 판시하였다(대법원 2021. 8. 19. 선고 2020두30665 판결). 즉 농지가 불법 전용되어 그 현황이 농지가 아니라 할지라도 원상회복이 용이하다면 농지의 보전과 이용 증진을 위해 이를 여전히 농지로 해석하였는데, 그 판단기준이 사실적·기술적

배지는 현황주의에 따라 농지 여부를 판단해야 한다.

또한, 농지법은 농경지 외에도 “㉠ 가목의 토지의 개량시설과 가목의 토지에 설치하는 농축산물 생산시설로서 대통령령으로 정하는 시설의 부지”, 즉 농경지와 재배지에 부속해 농작물 재배를 위해 이용되는 농업용지(또는 농업시설용지)도 농지의 한 종류로 열거하고 있다. 따라서 배수시설·수로·농로·제방 등과 같은 개량시설이나 비닐하우스·축사·농막 등의 농축산물 생산시설의 ‘부지’ 역시 농지법상 농지에 해당한다(농지법 시행령 제2조 제3항). 농지개혁법 제정 당시 자경농의 실질적인 자립을 위해 부속물·정착물·동산 등인 농업시설도 분배 대상인 농지에 포함하였는데(농지개혁법 제2조¹⁶⁾), 이와 같은 농업시설의 ‘부지’도 농지에 해당하는지 의견이 분분하여 관련 문제를 입법적으로 해결한 것이다.¹⁷⁾ 이때 ‘가목의 토지’의 개량시설과 농축산물 생산시설의 부지가 농지이므로, 농경지와 재배지에 설치된 시설의 부지만이 농지가 된다.

2. 농지의 취득 및 소유의 제한

농지법상 농지의 취득원인은 매매가 대표적이다. 이 경우 농업인 또는 농업인이 되려는 자는 농지에 관한 매매계약을 체결하고, 농지 소재지 관서에서 농지취득자격증명을 발급받아야 한다. 이후 농지취득자격증명을 첨부해 관할 등기소에 소유권이전등기를 하면 농지를 취득하게 된다. 이하에서는 농지법상 농지의 취득요건을 농지매매를 중심으로 상세히 살펴본다.

가. 농지취득의 일반적 제한 : 농지법상 농지의 소유 제한과 상한

먼저 농지의 소유 제한을 살펴본다. 농지는 자기의 농업경영에 이용하거나 이용할 자가 아니면 소유하지 못한다(농지법 제6조 제1항). 여기서 ‘농업경영에 이용하는 자’는 현재 농업인 또는 농업법인인 자를 말하고, ‘농업경영에 이용할 자’는 추후 농업인 또는 농업법인인 되려는 자를 일컫는다. 또한, 농업경영이란 농업인이나 농업법인이 자기의 계산과 책임으로 농업을 영위하는 것을 말한다(제2조 제4호).¹⁸⁾ 결국, 농지는 자기의 계산과 책임으로 농업을 영위하려는

용이성에서 규범적 필요성까지 포함하는 것으로 판례 법리가 변경된 것이다(배운경, “농지법상 농지 해당성 판단기준”, 「대법원판례해설」, 제130집(2020), 41~43쪽).

16) 1949년 제정된 농지개혁법 제2조는 “농지경영에 직접 필요한 지소(池沼), 농도, 수로 등은 당해 풍리(蒙利) 농지에 부속한다”라고 규정하였고, 1960년 개정 농지개혁법 제2조 제2항은 농막, 퇴비사, 탈곡장, 양수장, 공작장으로 농지에 부속하는 농업시설의 범위를 넓혔다.

17) 송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 141쪽.

18) 농지법은 농업경영 외에도 ① 자경이란 “농업인이 그 소유 농지에서 농작물 경작 또는 다년생식물 재배에 상시 종사하거나 농작업의 2분의 1 이상을 자기의 노동력으로 경작 또는 재배하는 것과 농업법인이 그 소유 농지에서 농작물을 경작하거나 다년생식물을 재배하는 것을 말한다”라고 규정하고 있고(제2조 제5호), ② 위탁경영이란 “농지 소유자가 타인에게 일정한 보수를 지급하기로 약정하고 농작업의 전부 또는 일부를 위탁하여 행하는 농업경영을 말한다”라는 정의 조항을 두고 있다(제2조 제6호). 농업경영·자경·위탁경영의 관계에

농업인이거나 농업인이 되려는 자가 아니면 취득하지 못하는 것이 원칙이다. 다만 농지법은 일정한 경우에는 농지 소유 제한의 예외를 인정하고 있다(제6조 제2항 본문). 그 취지는 농지 취득의 허용 범위를 넓혀 농지거래를 활성화하고, 농업 관련 산업의 발전을 꾀하는 데 있다.¹⁹⁾ 다음으로 농지 소유 상한을 본다. 원칙적으로 농업경영을 목적으로 농지를 취득할 때는 농지 소유에 상한이 없다.²⁰⁾ 그러나 상속·이농·주말 및 체험 영농 등 농업경영을 하지 않는 자는 농지법이 정하는 일정 면적 이상의 농지를 소유할 수 없다(농지법 제7조).

한편 경자유전의 원칙을 구현하고 농지 투기를 방지하기 위해서는 영농의사와 능력이 있는 자만이 농지를 취득할 수 있도록 제한해야 하므로, ‘농업인이 되려는 자’의 판단기준을 어떻게 설정할지가 문제된다. 구 농지개혁법에서는 이에 관한 명문의 규정이 없어 이른바 통작(通作)거리나 사전거주 등이 그 기준으로 논의되었다.²¹⁾ 그러나 1996년 시행된 농지법은 통작거리나 사전거주 조항을 모두 폐지하고 “농지를 취득하려는 자는 농지 소재지 관서의 장에게 농지취득자격증명을 발급받아야 한다”라고 규정하면서(제8조 제1항 본문), 농지의 면적이나 이용 실태와 같은 일정한 사항이 포함된 농업경영계획서를 첨부하도록 관련 규정을 정비하였다(제8조 제2항 본문). 이에 대하여 통작거리와 사전거주 조항의 폐지가 투기를 유발할 것이라는 우려가 있었다.²²⁾ 이후 LH 사태와 같은 농지 투기 행태가 만연하자 국회는 2021년 농지법을 개정하면서 농업경영계획서에 ‘농지취득자격증명을 발급받으려는 자의 직업·영농경력·영농거리’를 작성하고, 그 증명서류를 제출하도록 의무화하였다(제8조 제2항 제4호).²³⁾ 결국, 현행 농지법상 ‘농업인이 되려는 자’는 농업경영계획서에 따라 판단하는 것이 원칙이다.

관하여 농림부는 “농업경영은 자경과 위탁경영을 포함하는 개념이다. 다만 조세감면 등 자경을 우대하기 위해 위탁경영과 별도로 자경의 개념을 두었다”라고 풀이하고 있다(김대희, “농지법 해설”, 「월간 법제」, 3월호(1996), 54쪽).

19) 김대희, 앞의 자료, 55쪽.

20) 구 농지개혁법상 농가는 3만㎡ 이내의 농지만 소유할 수 있었다(제6조 제1항 제1호). 이후 농촌의 구조 개선을 위해 1993년 개정 농어촌발전특별조치법에서는 농촌진흥지역 내의 토지 소유 상한을 10만㎡(농지관리위원회의 확인 등 일정한 요건을 구비하면 20만㎡)로 대폭 확대하였다(제43조의2). 그러나 토지 소유 상한의 확대에도 불구하고 영세 농업의 구조 개선이 이뤄지지 않자 1996년 시행된 농지법에서는 대규모 영농을 통한 농업의 경쟁력 향상을 위해 농촌진흥지역 내의 토지소유상한을 폐지하였다(김대희, 앞의 자료, 56~57쪽). 이후 국회는 농업의 규모화를 통한 경쟁력 제고를 위해 2002년 농지법을 개정하면서 농촌진흥지역 밖의 농지소유상한까지 완전히 폐지하였다.

21) 구 농지개혁법은 농지취득의 주체인 농가를 “가주 또는 동거가족이 농경을 주업으로 하여 독립생계를 영위하는 합법적 사회단위”라고 정의하였을 뿐, 농경을 주업으로 하려는 자에 관해서는 아무런 규정을 두지 않았다(제3조). 대법원은 “장차 영농하려는 목적으로 매수하였다면 농지개혁법의 해석상 농지를 취득할 수 있다”라고 판시하면서, 그 판단기준으로 농지매수인과 농지 소재지 간의 거리인 이른바 ‘통작(通作)거리’를 제시하였다. 그러나 판례의 기준이 불분명한 측면이 있어 1990년 제정된 농지임대차관리법은 ① 통작거리(20km)와 ② 사전거주(6개월 이상) 조항을 농지 임대차의 요건으로 규정해 관련 문제를 입법적으로 해결하였다(제14조 제1호 및 제2호).

22) 국회 농림수산위원회, 농지법안 심사보고서(1994), 21쪽.

23) 2021년 8월 17일 개정되어 같은 날 시행된 법률 제18401호 개정 농지법의 개정이유. 그 외에도 ① 농지위원회의 심의, ② 농지취득자격증명의 발급 기간 연장, ③ 발급 제한 사유 등을 추가로 신설하였다.

나. 농지취득자격증명 : 농지거래의 요건

구 농지개혁법상 농지를 매매하기 위해서는 농지 소재지 관서의 증명, 즉 농지매매증명을 얻어야 했다(제19조 제2항, 시행규칙 제51조 제1항 본문). 그런데 농지법은 농지매매증명 제도를 폐지하고, 농지취득 요건으로 농지취득자격증명 제도를 신설하였다(제8조). 농지 소재지 관서가 증명할 대상은 농지의 매매 그 자체가 아닌 농지를 취득할 자격의 증명이라는 이유에서 용어를 변경한 것이다.²⁴⁾ 즉 구 농지개혁법이 '농지를 매매하기 위해서' 농지매매증명을 요건으로 한 것과 달리 농지법은 '농지를 취득하려는 자'는 농지취득자격증명을 발급받아야 한다고만 규정하고 있을 뿐이다. 이 경우 농지취득자격증명이 농지매매증명 제도를 승계한 것인지, 즉 물권변동의 원인행위가 그 증명의 대상인지를 우선 따져볼 필요가 있다.

부정설은 ① 현행법상 농지취득자격증명은 소유권이전등기를 신청할 때 필요한 첨부서류에 불과하므로(제8조 제6항), 농지매매 그 자체가 아닌 농지취득의 자격요건을 증명할 뿐이라는 점²⁵⁾, ② 법문상 농지의 매매는 증명대상이 아니고, 영농의사는 농업경영계획서를 통해 확인한다는 점 등을 논거로 제시한다.²⁶⁾ 반면 긍정설은 구 농지개혁법상 농지매매의 증명은 매매뿐만 아니라 교환·증여·양도담보 등 농지거래 전반에 적용되었으므로, 농지취득자격증명은 그 실태에 따라 용어를 변경한 것에 불과하다고 주장한다.²⁷⁾ 대법원은 “농지법 제8조 제1항 소정의 농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에 첨부하여야 할 서류로서, 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위의 효력을 발생시키는 요건은 아니다”라고 판시하여 부정설의 입장이다.²⁸⁾ 따라서 농지취득자격증명은 농지를 취득할 자격을 증명할 뿐이다.

농지매매증명과 농지취득자격증명 간의 관계는 그 법적 성격에도 밀접하게 영향을 미친다. 먼저 대법원은 농지매매증명을 얻어 소유권이전등기를 경료한 후 농지매매증명이 취소된 사안에서 “소재지 관서의 증명이 처음부터 없었던 것과 같은 결과가 되어 소유권 이전의 효력은 생기지 않는다”라고 판시하였다.²⁹⁾ 또한, 대법원은 농지매매증명을 받지 않고 농지를 중간생략등기의 약정에 따라 매도한 자가 그 증명이 없다는 이유로 매매계약의 무효를 주장한 사안에서 “농지개혁법의 규정은 강행법규로서 당사자의 의사에 의해 그 적용을 배제할 수 없어 신의칙의 항변을 할 수 없다”라는 취지로 판시하였다.³⁰⁾ 즉 대법원은 농지매매증명의 법적 성격

24) 김대희, 앞의 자료, 57쪽.

25) 박창수, “농지취득자격증명의 법적 성질과 매매, 경매 및 소유권이전등기의 효력에 대한 종합적 고찰”, 「저스티스」, 제84호(2005), 79쪽.

26) 양형우, “농지취득자격증명이 없는 농지거래행위와 소유권이전등기의 효력”, 「홍익법학」, 제16권 제2호(2015), 141~142쪽.

27) 송재일, “농지거래법제의 문제점과 개선방안”, 「민사법학」, 제49-1호(2010), 18쪽 이하.

28) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다59871 판결.

29) 대법원 1975. 6. 10. 선고 74다2264 판결.

에 관해 당사자 간 매매계약의 효력을 완성해 주는 강학상 인가로 해석한 것이다.³¹⁾

반면 농지취득자격증명의 법적 성격에 관하여는 강학상 인가설과 공법상 확인설이 대립하고 있다. 강학상 인가설은 ① 농지매매증명이나 농지취득자격증명은 그 목적·입법 취지·적용 대상·증명의 요건 등에 관해 실질적으로 차이가 없는 점³²⁾, ② 따라서 농지취득자격증명은 농지매매증명을 승계한 제도이므로 그 법적 성격 역시 강학상 인가로 보아야 하는 점³³⁾을 주요 논거로 언급한다. 이와 달리 공법상 확인설은 ① 농지법상 농지취득자격증명은 소유권이전등기에 필요한 서류에 불과해 농지거래가 아닌 농지취득의 자격을 증명하는 데 그친다는 점³⁴⁾, ② ① 농지취득자격증명은 자격의 유무를 확인해줄 뿐이어서 타인의 법률행위를 보충해 효력을 완성해 주는 강학상 인가와 달리 않는다는 점, ③ 농지법은 구 농지개혁법과 달리 사후적인 농지처분명령제도를 규정하고 있을 뿐이어서 농지취득자격증명이 없더라도 소유권 이전의 효력에는 영향이 없어 강학상 인가와 배치된다는 점(제10조) 등을 주된 논거로 제시한다.³⁵⁾ 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 농지취득자격증명은 등기요건으로 농지를 취득할 자격을 증명할 뿐 법률행위의 효력과 관계가 없다고 판시하였으므로, 공법상 확인설에 가깝다.

한편 영농목적으로 농지를 취득하려는 자는 ① 취득 대상 농지의 면적, ② 취득 대상 농지에서 농업경영을 하는 데에 필요한 노동력 및 농업 기계·장비·시설의 확보 방안, ③ 소유 농지의 이용 실태, ④ 농지취득자격증명을 발급받으려는 자의 직업·영농경력·영농거리에 관한 사항이 포함된 농업경영계획서를 첨부해 농지취득자격증명의 발급을 신청해야 한다(제8조 제2항 본문). 또한, 투기가 성행하거나 성행할 우려가 있는 지역의 농지를 취득하려는 자는 농지위원회의 심의를 거쳐야 한다(제8조 제3항). 이때 농지 소재지 관서의 장은 신청인의 농업경영능력 등 농업경영계획서의 실현가능성에 관한 실질적인 심사를 할 수 있다(시행령 제7조 제2항, 시행규칙 제7조 제5항, 농지취득자격증명 발급 심사요령³⁶⁾ 제8조 등).³⁷⁾ 농업경영계획서에 미기재 사항이나 누락 서류가 있으면 농지취득자격증명의 발급이 제한된다(제8조의3 제1항).

다. 농지법을 위반한 농지거래계약의 효력

구 농지개혁법은 농지매매증명 없는 농지의 매매를 금지하였을 뿐 위반행위의 사법상 효력

30) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다19432 판결.

31) 강신섭, “농지매매와 소재지관서의 증명”, 「사법논집」, 제25집(1994), 110쪽.

32) 양경승, “법률행위의 요건과 농지매매증명 및 농지취득자격증명의 성질”, 「사법논집」, 48집(2009), 503~504쪽.

33) 송재일, “농지거래법제의 문제점과 개선방안”, 21쪽.

34) 박창수, 앞의 논문, 80쪽.

35) 양형우, 앞의 논문, 145쪽.

36) 농지취득자격증명의 발급에 관하여 필요한 세부사항을 정한 농림축산식품부 예규이다(제1조), 그 법적 성격은 대외적 구속력 없는 행정청의 내부 준칙에 불과하다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결).

37) 구체적인 심사기준 및 법령 간 관계에 관하여는 김지수, “농지취득자격증명발급심사요령의 위법부당성”, 「법학연구」, 제71호(2023), 138쪽 이하 참조.

에 관하여는 아무런 규정을 두지 않았다. 그 결과 다양한 견해가 대립하였다. 먼저 채권계약 완전유효설은 ① 농지개혁법상 농지매매증명의 대상은 물권적 합의로서의 매매를 의미할 뿐 이어서 그 증명이 없더라도 채권적 계약은 유효하며, ② 농지매매증명은 소유권이전등기에 필요한 첨부서류에 불과하다고 본다. 이 견해에 따르면 농지매매증명을 얻지 못한 매수인은 소유권을 취득하지 못할 뿐 여전히 농지의 인도를 청구할 수 있다. 다음으로 채권계약 완전무효설은 ① 통념상 매매란 물권 아닌 채권계약을 의미하고, ② 대법원이 물권행위의 독자성과 무인성을 인정하지 않으므로³⁸⁾, 채권계약 완전유효설과 정합적 해석이 어렵다고 주장한다.³⁹⁾ 이 견해에 의하면 농지매매증명 없는 농지거래계약은 무효이다. 끝으로 유동적 무효설은 농지거래계약이 처음부터 농지매매증명을 배제할 목적이 아닌 한 농지매매증명을 받을 때까지 유동적 상태에 있다고 한다.⁴⁰⁾ 이 견해에 따르면 유동적 무효에 관한 일반 법리에 따라 농지거래계약의 당사자는 농지매매증명을 받을 수 있도록 상호 간에 협조할 신의칙상 의무를 부담한다. 대법원은 “농지매매에 있어 소재지 관서의 증명이 없는 경우에는 매매에 의한 물권변동의 효과 즉 소유권 이전의 효과를 발생할 수 없으나 농지매매 당사자 사이에 채권계약으로서의 매매계약은 유효히 성립될 수 있는 것이다”라고 판시하여 채권계약 완전유효설이 주류적 입장이었다.⁴¹⁾

농지법 역시 농지를 취득하려는 자는 농지취득자격증명을 발급받아야 한다고 규정하였을 뿐 그 위반행위의 효력에 관해서는 침묵하고 있다. 대법원은 “농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자가 그 소유권에 관한 등기를 신청할 때에 첨부하여야 할 서류로서, 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위의 효력을 발생시키는 요건은 아니다. 따라서 농지에 대한 소유권이전등기청구소송에서 비록 원고가 사실심 변론종결시까지 농지취득자격증명을 발급받지 못하였다고 하더라도 피고는 자신의 소유권이전등기의무가 이행불능임을 내세워 원고의 청구를 거부할 수 없다”라고 판시하여 농지취득자격증명을 단순한 등기요건⁴²⁾으로 보고 있다.⁴³⁾ 이에 관한 학설도 농지매매증명 없

38) 대법원 1977. 5. 24. 선고 75다1394 판결.

39) 김상용, 「민사판례평석」, 법원사, 1995, 82쪽.

40) 조병홍, “농지에 관한 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기에 소재지 관서의 증명이 필요한가”, 「판례연구」, 제3집(1992), 89쪽 이하.

41) 대법원 1964. 10. 1. 선고 64다563 전원합의체 판결. 당시 거래계에서 농지매매증명 없는 농지매매가 성행하여 농지개혁법과 거래 현실을 조화하기 위한 취지였다(김세진, “토지거래규제 위반행위의 사법적 효력에 관한 판례의 변천 연구”, 「토지법학」, 제26권 제1호(2010), 39쪽). 그러나 국내에서 이 견해를 택한 연구자는 없었다고 한다(송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 217쪽).

42) 등기에 필요한 첨부정보를 제공하지 아니한 경우에는 등기관은 이유를 적은 결정으로 등기신청을 각하해야 한다(부동산등기법 제29조 제9호). 그런데 농지취득자격증명은 등기에 필요한 첨부정보이며(농지법 제8조 제6항), 농지의 소유권이전등기절차의 이행을 명한 확정판결은 농지취득자격증명을 첨부할 필요가 없는 경우에 해당하지 않는다(등기예규 제1415호 「농지의 소유권이전등기에 관한 사무처리지침」 3. 농지취득자격증명을 첨부할 필요가 없는 경우). 따라서 농지취득자격증명을 얻지 못한 매수인이 매도인에게 소유권이전등기 청구의

는 농지거래계약과 경우와 유사하다. 판례에 따르면 농지취득자격증명 없는 농지거래계약은 채권계약으로 유효하다.⁴⁴⁾ 그러나 매수인이 농지취득자격증명 없이 농지의 소유권이전등기를 경료하더라도 그 소유권을 취득하지 못한다.⁴⁵⁾

3. 소 결

파산선고 당시 채무자의 모든 재산은 파산재단을 구성하고, 파산관재인은 관리처분권을 행사해 파산재단을 환가·배당한다. 따라서 파산절차에서 농지법상 농지와 관련된 쟁점을 특정하기 위해서는 농지의 정의 및 범위를 먼저 확정할 필요가 있다. 농지는 전·답, 과수원과 같은 지목이 아니라 실제로 농작물을 경작하거나 다년생식물을 재배하는지 여부, 즉 토지의 현황에 따라 농지 여부를 판단한다. 설령 농지가 다른 용도로 전용되었다 할지라도 농지로 원상회복할 수 있다면 여전히 농지로 취급된다. 이때 원상회복이 가능한지는 단순히 사실적·기술적인 용이성만으로 판단할 게 아니라 규범적인 필요성까지 아울러 고려해야 한다. 농지의 보전과 이용을 위해서는 농지의 불법적인 전용을 엄격히 취급할 필요가 있기 때문이다.

농지법은 경자유전의 원칙과 투기 방지를 위해 농지의 취득 및 소유를 광범위하게 제한하고 있다. 즉 농업인 또는 농업법인이 아니면 농지를 소유하지 못한다. 이때 장차 농업인 또는 농

소를 제기해 승소하더라도 농지의 소유권을 취득할 수 없다.

43) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다59871 판결.

44) 그러나 최근 하급심 중에는 “농지를 소유할 수 없는 자가 농지를 소유하기 위해 매매계약을 체결한 경우 그 채권계약의 효력에 관해 ① 국가가 농지의 소유를 금지하면서 그 채권계약의 유효성을 인정하는 것은 농지법의 취지에 반하는 점, ② 채권계약이 유효하다면 국가는 그 채권관계를 보호하여야 하고 권리가 실현될 수 있도록 보장하여야 하는데, 이는 결국 농지를 소유할 수 없는 자의 농지 소유를 허용하는 결과가 되는 점, ③ 농지법 제3조 제2항은 ‘농지에 관한 기본 이념’에 관하여 “농지는 농업의 생산성을 높이는 방향으로 소유·이용되어야 하며 투기의 대상이 되어서는 아니 된다”라고 규정하고 있는데, 만약 채권계약의 유효성을 인정한다면 농지가 투기의 대상이 될 가능성을 열어주는 것이어서 위 기본 이념에 반하는 점, ④ 농지법 제6조 제2항이 일정한 예외적인 경우 농업경영에 이용하지 아니할지라도 농지를 소유할 수 있는 방법을 마련하고 있으므로, 필요한 경우에는 그 절차에 따라 농지를 소유하면 되는 것이고, 그러한 절차를 따르지 아니한 경우까지도 채권계약의 유효성을 인정할 필요가 없는 점 등을 종합적으로 고려하면 그 채권계약 역시 무효라고 보아야 한다. 매수인이 자경 의사 없이 농지를 매수하였음이 명백하고, 이는 농지법 제6조의 강행법규를 위반하여 무효이므로, 등기부의 추정력에도 불구하고 매수인을 농지의 정당한 소유자라고 할 수 없다”라고 판시한 사례가 있다(제주지방법원 2022. 9. 22. 선고 2021가단66410 판결).

45) 농지를 취득하려는 자가 농지에 대하여 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 농지취득자격증명을 발급받지 못한 이상 그 소유권을 취득하지 못하고, 이는 공매절차에 의한 매각의 경우에도 마찬가지다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다68606 판결). 그러나 대법원은 농지취득자격증명을 단순히 등기에 필요한 서류로 보면서도 농지취득자격증명 없는 소유권이전등기를 무효로 해석하고 있어 그 타당성이 의문이다. 등기신청 절차에 하자가 있더라도 그 등기가 실체관계에 부합하는 한 원칙적으로 그 등기는 유효하기 때문이다(대법원 1970. 11. 14. 선고 70다2116 판결). 따라서 농지취득자격증명에 관한 판례의 태도에 따르면 그 증명에 없는 소유권이전 등기도 원칙적으로 유효하다고 해석할 수밖에 없다고 본다(박창수, 앞의 논문, 86쪽). 등기 자체는 유효하나, 처분명령이나 이행강제금의 대상일 뿐이라는 견해로는 양형우, 앞의 논문, 153쪽.

업법인이 되려고 하는 자 역시 농지를 소유할 수 있다. 또한, 농업의 규모화를 통한 경쟁력 강화를 위해 농업경영을 목적으로 농지를 취득할 때는 원칙적으로 농지 소유에 상한이 없다. 농업경영 목적이 있는지는 농업경영계획서에 따라 판단한다. 한편 구 농지개혁법이 농지거래를 위해 농지매매증명 제도를 둔 것과 달리 현행 농지법은 농지취득자격증명을 통해 농지거래를 규제하고 있다. 농지취득자격증명이 농지매매증명과 같이 물건변동의 원인행위를 증명하는지 여부에 관하여 견해의 대립이 있으나 대법원은 “농지취득자격증명은 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명할 뿐”이라고 판시하여 부정설의 입장이다.

농지매매증명과 농지취득자격증명 간 관계는 양자의 법적 성격에도 영향을 미친다. 대법원은 구 농지개혁법상 농지매매증명의 법적 성격은 당사자 간 매매계약의 효력을 완성해 주는 강화상 인가로 해석하였다. 그러나 현행 농지법상 농지취득자격증명은 단순한 등기요건으로 법률행위의 효력과 관계가 없어 공법상 확인설에 가깝다. 그 결과 농지매매증명 없는 소유권이전등기는 효력이 없었고, 단지 채권계약으로 유효할 뿐이었다. 반면 대법원은 농지취득자격증명을 단순한 등기요건으로 보면서도 농지취득자격증명 없이는 농지의 소유권을 취득하지 못한다고 보고 있다.

III. 파산절차에서 농지의 취득 및 소유 제한에 관한 쟁점

1. 파산관재인인 토지 현황조사의 범위

현황주의는 파산절차에서 특히 파산재단의 환가와 관련해 복잡한 문제를 초래한다. 파산관재인은 파산재단에 속하는 모든 재산의 파산선고 당시의 가액을 평가하고(채무자회생법 제482조 제1문), 재산목록을 작성해 환가해야하기 때문이다(제483조 제1항). 즉 파산관재인은 토지의 실제 이용현황을 조사해야 하며, 그 과정에서 선관주의의무를 위반하면 파산채권자와 같은 이해관계인에게 손해배상책임을 부담할 수 있다(제361조 제2항 제1문). 반면 회생절차에서는 회계사인 조사위원이 채무자에게 속하는 재산의 가액을 평가하고(제87조 제3항, 제90조), 실무상 부동산은 감정평가사 자격을 가진 감정인이 감정평가를 수행해 오류의 발생 여지가 크지 않다.⁴⁶⁾

이 경우 파산관재인인 토지 현황조사에 관한 주의의무의 범위가 문제된다. 일반적으로 파산

46) 서울회생법원 실무준칙 제222호 「채무자 자산의 감정평가를 위한 감정인의 선임과 보수기준」 제2조 본문은 “채무자가 부동산, 기계기구류 등을 보유한 경우 관리인은 법원이 선정한 감정인을 통하여 감정평가를 실시하여야 한다”라고 규정하고 있다. 수원 및 부산회생법원 실무준칙에서도 같은 내용을 규정하고 있다. 이하에서는 서울회생법원 실무준칙을 기준으로 한다.

관재인의 주의의무는 파산관재인이 그 상황에서 수집한 정보를 토대로 적법절차에 따라 파산재단의 이익을 위해 직무를 수행했는지를 기준으로 판단한다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 현실적으로 농업을 잘 알지 못하는 파산관재인이 토지의 현황조사를 통해 농지 여부를 판단하는 데는 상당한 인적·물적 한계가 있다.⁴⁹⁾ 그런데 실무상 채무자는 파산신청서에 재산목록을 첨부해야 하고(제302조 제2항 제2호)⁵⁰⁾, 파산관재인의 요청에 따라 필요한 설명을 해야 한다(제321조 제1항). 따라서 파산관재인이 채무자의 진술·재산목록 및 부동산 등기사항전부증명서와 같은 서류를 중시⁵¹⁾으로 농지 여부를 판단하면 원칙적으로 그 주의의무를 다한 것으로 보아야 한다.⁵²⁾

다만 농지 여부에 관해 채권자의 적극적인 의견 표명이 있거나 채무자의 진술에 모순이 발견되는 등 토지의 현황을 면밀히 조사할 필요가 있는 때에는 파산관재인의 주의의무가 가중된다. 즉 파산관재인은 원칙적으로 파산재단의 환가방법⁵³⁾ 중 가장 엄격한 민사집행법상 형식적 경매를 신청해야 한다(제496조 제1항). 집행법원은 농지의 경매절차⁵⁴⁾에 관해 전문성을 갖고

47) 서울회생법원 재판실무연구회, 「법인파산실무(제5판)」, 박영사, 2019, 119쪽.

48) 대법원은 파산관재인의 환가에 관한 재량의 범위에 관해 “파산관재인이 법원의 허가를 받아 임의매각하는 경우에는 그 환가의 방법, 시기, 매각절차, 매수상대방의 선정 등 구체적 사항은 파산관재인이 자신의 권한과 책무에 따라 선량한 관리자의 주의를 다하여 적절히 선택할 수 있다”라고 판시하였다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다56265 판결).

49) 실무에서 법률전문가인 변호사가 파산관재인으로 선임된다(서울회생법 실무준칙 제301호 「파산관재인의 선정 및 평정」 제3조 제1항).

50) 법인파산절차에서 채무자의 대표자는 「자산 및 부채에 관한 목록」 중 부동산 목록에서 부동산의 용도와 구체적인 현황을 제출해야 하고, 그 목록이 첨부된 신청서가 진실하게 작성되었다는 취지의 서약서를 제출한다(서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 160쪽. 「자산 및 부채에 관한 목록」 양식은 747쪽). 개인파산절차에서도 채무자는 재산목록에 부동산의 종류를 기재하고, 부동산등기사항전부증명서를 제출해야 한다(대법원 예규 제1902호 「개인파산 및 면책신청사건의 처리에 관한 예규(재민 2005-1)」 [별지 제4호] 재산목록).

51) 농지취득을 위한 농지취득자격증명 발급 실무에서도 행정관서는 지목을 기준으로 농지 여부를 판단한다. 그 이유는 농지의 실제 현황을 파악할만한 행정인력이 부족하고, 토지소유자가 협조하지 않기 때문이다(송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 144쪽).

52) 실무상 관재 활동의 활성화를 위해 파산관재인의 주의의무 위반 여부는 엄격하게 해석하는데, 대표적인 사례는 ① 파산재단에 속한 채권의 시효가 완성된 경우, ② 채무자의 거듭된 이의에도 불구하고 별다른 검토 없이 파산채권을 시인한 경우, ③ 파산재단에 속하지 않은 채무자의 재산을 환가하거나 파산절차에 의하지 않는 별채권 또는 환취권의 목적물을 손상한 경우, ④ 파산관재인의 보조인이 파산재단에 속한 재산을 횡령한 경우 등이다(서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 117~118쪽).

53) 서울회생법원 실무준칙 제302호 「파산재단에 속한 재산의 환가방법」 제2조 제1항은 환가방법으로 ① 공고를 통한 공개매각, ② 수의계약, ③ 파산선고 전 강제집행의 속행, ④ 민사집행법에 따른 형식적 경매 신청, ⑤ 쌍방미이행 쌍무계약의 해제를 선택한 후 원상회복청구권 등의 행사, ⑥ 처분 전 임대, ⑦ 추심, ⑧ 수 개의 재산의 일괄매각, ⑨ 영업의 양도, ⑩ 그 밖에 재산의 환가에 적당한 방법을 열거하고 있다.

54) 민사집행절차에서 법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차입(借賃) 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하여야 한다(민사집행법 제85조 제1항). 이때 대법원 예규 제1725호 「농지에 대한 매각절차에 있어서의 유의사항(재민 97-1)」은 “집행관은 등기부상의 지목이 전, 답, 과수원에 해당하는 매각목적물에 대한 현황조사 시에는 그 현황 및 이용 상황을 객관적으로 조사하여 이를 정확히 기재한 현황조사보고서에 현장 사진 및 도면을 첨부하여 집행법원에 제출해야 하고, 농지 여부에 대해 의문이 있는 경우에는 이를 즉시 집행법원에 보고하여야 한다. 이 경우 집행법원은 농지 소재지 관서의 장에게 농지 여부·농지전용 허가 여부·원상회복명령의 발령 가능성 등에 대한 사실조치를 해야 한다.”라고

있기 때문이다.⁵⁵⁾ 그러나 경매를 신청하더라도 매각가격이 지나치게 저감되거나 유찰될 우려가 있는 때에는 임의매각을 선택할 수 있다.⁵⁶⁾ 이 경우 파산관재인은 「농지에 대한 매각절차에 있어서의 유의사항(재민 97-1)」에 준해 농지 소재지 관서에 대한 사실조회 신청과 감정의뢰⁵⁷⁾를 진행할 필요가 있다(제33조).

2. 농지의 환가방법

가. 원칙적 환가방법

파산절차에서 민사집행법이 환가방법을 정한 권리의 환가는 민사집행법을 따르는 것이 원칙이다(채무자회생법 제496조 제1항). 즉 농지의 환가는 원칙적으로 민사집행법 제274조 제1항 소정의 “그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매(형식적 경매)”에 해당하므로, 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라야 한다. 그러나 파산관재인은 파산재단의 극대화를 위해 법원의 허가를 받아 영업양도 등 다른 방법으로 환가할 수 있다(제496조 제2항). 서울회생법원 실무준칙 제302호 「파산재단에 속한 재산의 환가방법」 제2조 제1항은 공고를 통한 공개매각·수의계약과 같이 다양한 환가방법을 열거하고 있다. 형식적 경매보다는 임의매각이 파산재단 극대화에 유리하므로, 실무상 파산관재인은 법원의 허가를 받아 임의매각을 환가방법으로 선택하는 경우가 많다.⁵⁸⁾

이때 임의매각이란 원칙적 환가방법인 형식적 경매가 아닌 사적인 매매계약을 말한다.⁵⁹⁾ 농지는 토지로 감가상각의 개념이 없어 그 처분이 시급하지 않으므로, 원칙적으로 공개 매각해야 한다. 즉 파산관재인은 법원에 ① 공개매각할 재산의 구체적인 내용, ② 최저매각가격 및 그 산정 근거, ③ 입찰일시 및 장소, ④ 입찰보증금을 기재한 공개매각허가 신청서를 제출하고, 경쟁 입찰을 시행한다(위 준칙 제3조 제1항). 수의계약을 체결하는 때도 3개 이상 업체의 견적서를 받아야 하며, 수의매각금액을 최저매각가로 한 공개매각이 유찰될 것으로 조건으로 절차

규정하고 있다.

55) 형식적 경매절차에서는 집행법원뿐만 아니라 절차참여자 역시 권리분석의 전문가인 경우가 대부분이다(김정만/정문경/문성호/남준우, “법인파산실무의 주요논점”, 「저스티스」, 제124호(2011), 470쪽).

56) 송재일, “농지담보에 관한 법적 연구 - 농협의 채권관리와 조합원의 구제수단을 중심으로-”, 「한국협동조합연구」, 제29권 제2호(2011), 113쪽은 농지의 경우 매수 수요가 낮아 환가가 특히 어렵다고 한다. 법원에 따라서는 최초 감정가의 49%까지 저감되는 경우도 있는데, 이마저도 유찰되는 사례가 적지 않다고 한다.

57) 파산절차에서도 파산관재인은 필요한 경우 당연히 전문적인 감정인에게 감정을 의뢰할 수 있다(서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 161쪽). 이 경우 감정 비용은 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용으로 재단채권이다(채무자회생법 제473조 제3호).

58) 서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 408쪽.

59) 따라서 사적 자치와 계약자유 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다56265 판결).

를 진행한다(위 준칙 제4조). 또한, 어느 경우든 법원의 허가를 조건으로 정한 매매계약을 체결해야 한다(채무자회생법 제496조 제2항).

나. 임의매각절차에서 파산관재인 정보 제공의 범위

파산관재인이 임의매각의 방법으로 농지를 매각할 경우 형식적 경매절차에 준해 매매계약의 상대방에게 농지의 취득절차 등 일정한 정보를 제공해야 하는지 문제된다. 원칙적으로 파산관재인은 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하는 한 계약 자유의 원칙에 따라 매매계약의 내용 및 체결에서 재량권을 가지고, 매매계약의 상대방은 선관주의의무의 범위에 속하는 이해관계인이 아니다(제361조 제2항 제1문).⁶⁰⁾ 그러나 ① 실무에서 파산관재인은 법률전문가인 변호사가 선임되는 점(서울회생법 실무준칙 제301호 「파산관재인의 선정 및 평정」 제3조 제1항), ② 임의매각은 법원의 허가를 받아야 한다는 점(제492조 제1호, 제496조 제2항), ③ 파산관재인은 공적 수탁자⁶¹⁾로서 법원에 의해 선임되고 관리·감독을 받는다는 점(제358조)을 고려하면, 파산관재인은 형식적 경매절차에 준해 매매계약의 상대방에게 농지의 취득절차와 요건에 관한 일정한 정보를 제공할 필요가 있다.⁶²⁾

통상 농지의 경매절차에서 집행법원은 ‘매각결정기일까지 이 사건 경매 대상 토지에 관한 농지취득자격증명서를 제출할 것’을 특별매각조건으로 정하므로⁶³⁾, 집행관은 매각기일에 위와 같은 사항을 매수희망자에게 고지해야 한다(민사집행법 제112조). 최고가 매수 신고인이 매각

60) 伊藤眞等, 「條解 破産法(第2版)」, 弘文堂, 2014, 668頁.

61) 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결 중 반대의견. 파산관재인의 법적 성격에 관하여는 다양한 견해의 대립이 있다. 이 중 수탁자설은 파산선고로 채무자와 파산관재인 간 법정신탁관계가 성립한다고 본다. 이 견해에 의하면 ① 파산선고 당시 채무자가 가진 재산으로 구성되는 파산재단이 신탁재산으로 되며(채무자회생법 제382조), ② 파산관재인은 채무자 또는 국가로부터 파산재단의 관리·처분권을 수탁받은 공적 수탁자이고, ③ 파산채권자는 수익자이다. 위 전원합의체 판결은 비록 반대의견이지만(파산관재인의 법적 성격은 위 사안의 쟁점이 아니었다), 파산관재인의 지위를 명시적으로 밝혔다는 점에 의의가 있다. 파산관재인의 법적 성격에 관한 학설의 대립은 윤남근, “일반환취권과 관리인·파산관재인의 제3자적 지위”, 「인권과정의」, 제386호(2008), 101쪽 이하 참조.

62) 그러나 파산관재인이 매매계약의 상대방에게 농지에 관한 정보를 제공할 신의칙상 부수적 주의의무까지 부담한다고 볼 수는 없다. 고지의무는 직접적인 법령의 규정뿐 아니라 널리 계약상, 관습상 또는 조리상의 일반원칙에 의해서도 인정될 수 있지만(대법원 2006. 10. 12. 선고 2004다48515 판결), 매매계약과 같이 당사자의 이해가 대립하는 경우에는 고지의무의 범위가 축소될 수밖에 없기 때문이다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다97060 판결). 농지를 매수하고자 하는 상대방은 농지의 취득 및 소유 제한에 관해 당연히 확인할 의무가 있으므로, 파산관재인이 법적 의무로서 정보제공의무를 부담한다고 해석하기는 어려울 것이다. 대법원 역시 “파산관재인이 민사집행법상의 경매절차와 유사한 과정을 거쳤더라도 사적 자치의 원칙이 적용될 뿐 민사집행법의 규정이 적용되지는 않는다”라고 판시하였다(대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다56265 판결).

63) 농지의 이해관계인이 농지 경매절차를 지연시킬 목적으로 농지 소유가 제한되는데도 불구하고 가장(假裝) 입찰하는 것을 방지하는 데 그 취지가 있다. 즉 최고가매수신고인이 특별매각조건인 농지취득자격증명을 제출하지 못하면 매수신청 보증금이 몰취되므로, 진정한 매수희망자만 입찰할 수 있도록 유도하는 것이다(송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 269~270쪽).

결정기일까지 집행법원에 농지취득자격증명을 제출하지 않으면 '부동산을 매수할 능력이나 자격이 없는 때'에 해당해 매각이 불허된다(제121조 제2호).⁶⁴⁾ 따라서 파산관재인이 지목이 전·답·과수원인 농지⁶⁵⁾의 매각공고를 할 때는 농지취득자격증명의 제출을 매각조건으로 정하거나 최소한 농지 취득절차와 요건에 관한 기본적인 사항을 유의사항으로 기재할 필요가 있다.⁶⁶⁾ 수의계약의 경우에도 같다. 다만 파산관재인의 임의매각은 어디까지나 사적인 매매계약에 불과하므로, 경매절차와 달리 농지와 농지가 아닌 토지를 일괄매각할 수 있다(민사집행법 제98조 제1항).⁶⁷⁾

다. 영업 계속 여부의 검토

농지의 매각에는 상당한 시간이 소요되므로, 파산관재인은 법원의 허가를 받아 채무자의 영업(농업경영)을 계속하도록 조치할 필요가 있는지 면밀히 검토해야 한다(채무자회생법 제486조).⁶⁸⁾ 채무자가营业을 중단할 경우 농작물이나 다년생식물의 수확이 어려워지는 것은 물론 농지의 가치가 저감될 우려가 있기 때문이다. 가령 벼·콩·호박과 같은 농작물은 파종 후 수확까지 많은 시간이 소요되지 않아 영업 계속을 통해 수확물을 환가할 필요가 있다.⁶⁹⁾ 또한, 농

64) 대법원 2014. 4. 3.자 2014마62 결정.

65) 농지의 현황이 불분명한 때는 목차 III. 1. 파산절차에서 파산관재인의 토지 현황조사의 범위에 따라 처리한다.

66) 파산관재인의 임의매각허가신청서(부동산) 및 매매계약서 표준 서식은 서울회생법원, 「개인파산관재인 직무편람(제4판)」, 사법발전재단, 2024, 211~215쪽 참조. 실제 매각공고문은 대한민국 법원 홈페이지에서 공고·회생·파산 자산매각안내-공고게시판(<https://www.scourt.go.kr/portal/notice/realestate/RealNoticeList.work>)을 통해 확인할 수 있다. 일부 매각공고를 직접 열람한 결과 지목이 전·답·과수원인 농지도 예외 없이 일반 토지와 같은 내용과 방식으로 공고된 점을 확인할 수 있었다.

67) 경매절차에서 농지와 농지가 아닌 토지는 특별한 사정이 없는 한 그 상호 간에 이용관계에 있어서 견련성이 없으며, 농지법상의 농지인 경우에는 매수인의 자격이 법령에 의하여 제한되므로, 농지와 농지가 아닌 토지를 일괄하여 매각하게 되면 농지취득자격증명을 받을 수 없는 사람은 매수신고를 할 수 없게 되어 매수희망자를 제한한다. 따라서 경매목적인 토지 중 일부 토지만이 농지에 해당하는 경우에는 일괄매각의 요건을 갖추지 못한 것이다(대법원 2004. 11. 30. 선고 2004마796 결정).

68) 파산절차는 청산절차이므로, 영업의 계속은 파산재단의 환가에 유리한 경우와 같이 예외적으로만 허용된다(서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 165쪽).

69) 파산선고 당시 채무자가 가진 모든 재산과 파산선고 전에 생긴 원인으로 장래에 행사할 청구권은 파산재단에 속한다(채무자회생법 제382조). 이처럼 파산재단의 시적 범위를 파산선고시로 고정한 원칙을 고정주의라고 한다. 농작물은 토지의 정착물에 불과하므로(민법 제256조 본문), 원칙적으로 파산재단에 속한다. 다만 대법원은 타인이 권한 없이 재배한 농작물이 성숙해 독립된 물건으로서의 존재를 갖추었다면 농작물의 소유권은 경작자에게 있다고 보고 있으므로(대법원 1978. 1. 17. 선고 77다1745 판결), 이 경우에는 파산재단에서 농작물이 제외된다. 그러나 하급심 중에는 “대법원의 위와 같은 입장은 더는 받아들여지기 어렵다”라고 판시한 사례가 있다(전주지방법원 2022. 2. 9. 선고 2020가합833, 2020가합536 판결, 항소심에서 조정성립으로 종결). 또한, 하급심 중에는 농작물의 성숙도에 관해 “찰보리의 씨를 뿌리거나 일부 자랐다 하더라도 한뼘 정도에 불과하다면 경작자의 소유로 귀속될 만큼 성숙되었다고 보기 어렵다”라고 판단기준을 제시한 판결례도 있다(대전지방법원 2019. 11. 14. 선고 2019나1730 판결, 상고기각 확정). 따라서 파산관재인은 농작물이 파산재단에 속하는지 신중하게 판단해야 한다.

작물이나 다년생식물은 지속적인 관리가 없으면 쉽게 고사(枯死)하므로, 농지의 환가 가치를 높이기 위해서는 영업 계속을 고려해야 한다.⁷⁰⁾ 채무자의 영업 계속은 중국적으로 경자유전의 원칙과 농업 생산성의 제고라는 농지법의 기본 이념과도 부합한다(농지법 제3조). 파산관재인이 영업 계속을 통해 파산재단의 증식에 기여하면 그 기여분이 파산관재인 보수의 기준이 되는 파산재단의 수집액에 산입되므로, 파산관재인은 영업 계속 여부를 적극적으로 검토해야 한다(서울회생법원 실무준칙 제322호 「법인 파산관재인의 보수 등」 제2조 제2항 제3호).

3. 미이행 농지 매매계약의 처리

농지에 관한 매매계약이 체결되고 그 이행이 되지 않은 상태에서 파산이 선고된 때의 법률 관계를 살펴본다.

가. 일방미이행 농지 매매계약의 처리

먼저 쌍무계약인 매매계약에서 일방만이 이행하지 않은 때에는 쌍무계약으로서의 건련관계가 사라지고, 잔존 법률관계는 편무계약과 같게 된다.⁷¹⁾ 즉 ① 매도인이 파산하였는데 ㉠ 매수인이 매매대금 지급의무를 이행하였다면, 매수인은 소유권이전등기청구권 및 목적물 인도청구권을 파산채권으로 행사할 수 있다(채무자회생법 제423조). 이 경우 매수인의 청구권은 비금전 채권이므로 파산선고시의 평가액을 파산채권액으로 한다(제426조 제1항). 또한, 매수인이 농지 취득자격증명을 발급받지 못하였더라도 판례에 따르면 채권계약은 유효하므로, 매수인은 농지 취득자격증명 발급 여부와 무관하게 파산채권자로서 파산절차에 참가할 수 있다. 반대로 ㉡ 매도인이 소유권 이전 및 목적물 인도 의무를 이행하였다면, 매도인의 매매대금 청구권은 파산재단에 속한다(제382조). ② 매수인이 파산하였는데 ㉢ 매도인이 소유권 이전 및 목적물 인도 의무를 이행하였다면, 매도인의 매매대금 청구권은 파산채권이 된다. 반대로 ㉣ 매수인이 매매대금 지급의무를 이행하였다면, 매수인의 소유권이전등기청구권 및 목적물 인도청구권은 파산재단에 속한다. 이 경우 파산재단에 속하는 농지의 소유권 취득을 위해 ㉤ 파산절차에서도 농지취득자격증명을 발급받아야 하는지, ㉥ 농지 소재지 관서의 장은 농지취득자격증명의 발급을 거부할 수 있는지가 문제된다. 차례로 살펴본다.

70) 다만 목차 III. 8. 파산절차에서 농지의 자영 관련 쟁점에서 후술하는 바와 같이 농업은 대표적인 노동집약적인 산업으로 특히 농번기에 농작업을 위한 노동수요가 집중된다. 그런데 농작업은 이른바 3D 산업으로 국내 근로자들이 기피하여 불법체류자인 외국인 근로자를 대거 고용하고 있다. 파산관재인이 불법체류자인 외국인 근로자를 보조인으로 고용할 수는 없으므로, 농업의 영업 계속을 검토할 때는 경제성 판단 외에 농업근로자의 확보 가능성도 면밀하게 따져보아야 한다.

71) 서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 186쪽.

(1) 농지취득자격증명 발급신청권

파산절차가 청산절차라 하더라도 주무관청에 감독권을 부여한 농지법의 취지와 채무자회생법이 그와 같은 감독권을 배제하는 근거가 된다고 볼 수는 없는 점을 고려하면, 주무관청은 파산절차에도 불구하고 여전히 감독권을 행사할 수 있다고 보아야 한다⁷²⁾. 또한, 강제경매절차에서도 주무관청의 허가는 배제되지 않는다.⁷³⁾ 그런데 농지법은 ‘채무자회생법에 따라 파산이 선고된 경우’를 농지취득자격증명의 발급 예외사유로 규정하고 있지 않다(제8조 제1항 단서). 따라서 파산절차에서도 농지의 취득을 위해서는 농지취득자격증명을 발급받아야 한다. 이때 파산관재인이 채무자의 명의로 농지취득자격증명의 발급을 신청할 수 있는지 살펴본다.

먼저 농지 매매계약의 평시 법률관계에서 농지취득자격증명 발급신청권이 채권자대위권의 대상이 된다는 대법원 판례를 참조할 필요가 있다. 대법원은 “① 농지취득자격증명 발급신청권은 재산권으로 등기의 첨부서류에 불과해 행사상의 일신전속권이 아닌 점, ② 농지취득자격증명 발급신청권의 피대위권리성을 부정한다면 채권자의 권리 실현이 불가능해지는 점, ③ 채권자대위권 행사를 통해 채무자가 농지를 취득한 이후 채권자가 권리 실현을 목적으로 강제집행을 신청하더라도 농지의 매수인은 농지취득자격증명을 발급받아야 하므로, 경자유전의 원칙을 관철할 수 있는 점, ④ 농업경영계획서가 존재하지 않더라도 농지 소재지 관서의 장은 다른 자료에 의해 발급신청권자의 농업경영 의사를 객관적으로 판단할 수 있는 점에 비추어 농지취득자격증명 발급신청권은 채권자대위권의 대상이 된다”라고 판시하였다.⁷⁴⁾

그러나 위 판결 선고일 이후인 2021. 8. 17. 개정된 농지법은 농업경영계획서의 제출을 농지취득자격증명 발급의 필요적 요건으로 규정하고 있으므로, 순번 ④의 판시 사유가 현행 농지법에서도 유효한지 따져봐야 한다(농지법 제8조의3 제1항). 생각건대 ① 농지법 제8조의3 제1항은 농업경영계획서의 ‘기재해야 할 사항의 미기재’ 또는 ‘첨부해야 할 서류의 미제출’을 발급제한 사유로 규정하는 점, ② 그 취지는 농지 투기를 규제해 헌법상 경자유전의 원칙을 실현하는 데 있다는 점⁷⁵⁾, ③ 대법원 판시 이유 중 ①번부터 ③번은 여전히 유효하고, 신설된 규제의 취지에 반하지 않는 점 등을 고려하면, 농지 소재지 관서의 장은 농업경영계획서에 ‘기재해야 할 사항’과 ‘첨부해야 할 서류’를 다른 자료에 의해 판단해 농업취득자격증명을 발급할 수 있다고 본다. 다만 농지법 제8조의3 제1항 규정의 문언상 담당 공무원이 농지취득자격증명의 발급을 거부할 우려가 상당하므로, 관련 규정을 개정할 필요가 있다.

파산절차에서도 ① 채권자가 채무자의 책임재산 보전을 위해 농지취득자격증명 발급신청을 대위할 수 있는 점, ② 파산관재인은 채무자의 포괄승계인이라는 점⁷⁶⁾, ③ 파산절차는 모든 채

72) 김유성, “2024년 도산법 중요판례평석”, 「인권과정의」, 제529호(2025), 311쪽.

73) 대법원 2007. 6. 18.자 2005마1193 결정.

74) 대법원 2018. 7. 11. 선고 2014두36518 판결.

75) 2021. 8. 17. 개정되어 같은 날 시행된 법률 제18401호 농지법의 개정 이유.

권자를 위한 포괄집행절차로 파산관재인이 파산재단의 관리처분권을 행사하는 점⁷⁶⁾에 비추어, 파산관재인이 채무자의 농지취득자격증명 발급신청권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.⁷⁸⁾

(2) 농지취득자격증명 발급 의무

파산절차에서 파산관재인이 법원의 허가를 받아 환가를 진행하는 이상 농지 소재지 관서의 장은 원칙적으로 ‘영농의사’를 이유로 농지취득자격증명의 발급을 거부할 수 없다고 해석해야 한다. 그 이유는 ① 파산절차는 청산절차로 농지취득자인 채무자의 영농의사가 존재할 수 없다는 점, ② 농지취득자격증명의 발급은 농지의 환가를 위해 필요한 점, ③ 파산관재인이 농지를 환가하더라도 최종적으로 농지를 취득할 자는 농지취득자격증명을 발급받아야 농지를 취득할 수 있어 여전히 경자유전의 원칙을 관철할 수 있는 점, ④ 농지 소재지 관서의 장이 농지취득자격증명의 발급을 거부하면 파산관재인으로서는 농지의 재단 포기를 할 수밖에 없고(채무자회생법 제492조 제12호), 이 경우 농지는 자유재산이 되어 파산채권자에게 불이익을 주는 부당한 결과를 초래하는 점을 들 수 있다. 이처럼 복잡한 해석론을 피하기 위해서는 ‘채무자회생법에 따른 파산의 선고로 파산관재인이 환가를 위해 농지를 취득하는 경우’를 농지취득자격증명의 발급 예외 사유로 명시할 필요가 있다.

만약 매수인이 파산선고 전에 농지 소재지 관서의 장에게 농지취득자격증명의 발급을 신청하였으나 반려되어 취소소송이 계속되던 중 매수인에 대한 파산이 선고된 경우, 파산재단에 관한 소송에서는 파산관재인이 당사자적격을 가지므로 이를 수계할 수 있다(제347조 제1항 본문, 제359조).⁷⁹⁾ ‘파산재단에 속하는 재산’이란 그 재산이 형식상 파산재단에 속한 것이라고 인정되면 족하므로⁸⁰⁾, 매수인이 농지를 취득할 자격이 있는지는 묻지 않기 때문이다. 그러나 거부처분의 위법성 판단의 기준시를 처분시로 보는 판례⁸¹⁾에 의하면 농지취득자격증명 반려처분 이후에 원고인 채무자에게 파산이 선고된 사실은 위 처분의 위법 여부에 영향을 미치지 않는다.

76) 대법원 2003. 6. 24. 선고 2002다482124 판결.

77) 대법원 2010. 7. 28.자 2010마862 결정.

78) 농지취득자격증명 발급신청권에 대한 채권자대위권 행사가 가능하다는 판례에 따라 파산관재인이 농지취득자격증명의 발급신청을 할 수 있다고 본 판례로는 서울고등법원(춘천) 2022. 8. 10. 선고 2022누373 판결(심리불속행 기각 확정)이 있다. 그러나 이 사안에서 농지 소재지 관서의 장은 파산관재인의 신청에 따라 2021. 1. 29. 농지취득자격증명을 발급하였고, 법원은 행정처분의 처분시법주의에 의해 개정 전 농지법을 적용하였다는 점을 유의해야 한다(개정 농지법 제8조의3 제1항은 쟁점이 되지 아니하였다).

79) 농지취득자격증명 반려처분에 대한 이의신청절차 또는 행정심판절차의 계속 중에 매수인이 파산한 경우에도 파산관재인이 이를 수계할 수 있다(채무자회생법 제350조 제1항). 농지취득자격증명은 파산재단에 속한 재산인 농지의 환가를 위해 필요하므로, ‘파산재단에 관한 소송’에 해당하기 때문이다. 이를 간과한 행정심판의 재결은 당연히 무효는 아니나 절차 위반의 위법이 있고, 파산관재인이 수계 신청을 통해 하자를 치유할 수 있다(부산고등법원(창원) 2018. 7. 25. 선고 2017누11636 판결, 심리불속행 기각 확정).

80) 대법원 1963. 9. 12. 선고 63누84 판결.

81) 대법원 2020. 1. 16. 선고 2019다264700 판결.

따라서 파산관재인은 법리를 검토한 결과 패소가 예상되는 때에는 법원의 허가를 받아 소를 취하한 후 농지 소재지 관서의 장에게 농지취득자격증명의 발급을 재차 신청해야 한다(제492조 제12호).⁸²⁾ 또한, 매수인이 농지취득자격증명 반려처분 취소소송을 제기하였으나 이미 패소 판결이 확정된 경우에도 파산관재인은 다시 농지취득자격증명의 발급을 신청할 수 있다. 이때 파산선고 사실은 처분 이후에 새로이 생긴 사유이므로, 앞서 살펴본 바와 같이 농지 소재지 관서의 장은 원칙적으로 반려처분을 하지 못한다. 농지 소재지 관서의 장이 재차 농지취득자격증명 반려처분을 하더라도, 종전 거부처분 이후의 새로운 거부처분은 별개의 처분이어서 전소의 기판력이 미치지 않는다.⁸³⁾ 따라서 법원은 농지취득자격증명 반려처분을 취소해야 한다. 파산관재인이 수행한 확정판결의 기판력은 채무자에게도 미친다(채무자회생법 제33조, 민사소송법 제218조 제3항).

나. 쌍방미이행 농지 매매계약의 처리

농지 매매계약의 당사자 쌍방이 그 이행을 하지 않은 때, 즉 쌍방미이행 매매계약⁸⁴⁾에 관하여 본다. 이 경우 파산관재인은 매매계약의 이행 또는 해제의 선택권을 갖는다. 즉 ㉠ 매도인이 파산하고 ㉡ 파산관재인이 이행을 선택하면 매매대금 청구권은 파산재단에 속하고, 상대방은 파산관재인에게 농지의 소유권이전등기 및 인도를 청구할 수 있다(채무자회생법 제335조 제1항). 반대로 ㉢ 파산관재인이 해제를 선택하면 매수인은 손해배상에 관하여 파산채권자로서 그 권리를 행사할 수 있다(제337조 제1항).⁸⁵⁾ 또한, 채무자가 파산선고 전에 받은 반대급부

82) 파산관재인은 소 취하에 앞서 농지 소재지 관서의 담당 공무원에게 소 취하 후 농지취득자격증명의 발급이 가능한지 그 의사를 타진해볼 필요가 있다. 또한, 재판장은 신속하고 공정한 분쟁 해결과 국민의 권익 구제를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 소송 계속 중인 사건에 대하여 직권으로 소의 취하, 처분 등의 취소 또는 변경, 그 밖에 다툼을 적절하게 해결하는 데 필요한 사항을 서면으로 권고할 수 있으므로(행정소송규칙 제15조 제1항), 파산관재인은 농지취득자격증명 발급의 필요성을 소명하여 재판부에 조정 권고를 적극적으로 요청하는 것도 하나의 방법이 될 것이다. 행정소송절차에서 조정권고의 실무상 처리 방법에 관한 자세한 내용은 사법연수원, 「법원실무제요 행정 II」, 사법발전재단, 2024, 299쪽 이하 참조.

83) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2006두14926 판결.

84) 형성권인 매매예약 완결권에도 쌍방미이행 쌍무계약의 법리가 유추적용된다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결).

85) 통상 부동산 매매계약서에 ‘매도인의 책임있는 사유로 계약이 해제되면 매수인에게 계약금의 배액을 상환하고, 매수인의 책임있는 사유로 계약이 해제되면 계약금은 매도인이 몰취한다’라는 위약금 약정을 둔다. 대법원은 “파산관재인이 미이행 쌍무계약에 관해 계약해제를 선택하면 위약금 약정에서 정한 ‘책임있는 사유’에 해당한다”라고 판시하였으므로, 해제의 상대방은 위약금 약정에 따른 손해배상채권에 관하여 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있다. 그러나 위약금 약정의 해석상 ‘위약에 파산관재인의 ‘법정해제권’ 행사가 포함되는지는 개별적인 검토를 요한다(고홍석, “부동산 매매계약에 따른 중도금 지급 이후 매수인의 파산관재인이 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제335조 제1항에 의해 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 해제권을 행사한 경우, 매매계약에서 정한 계약금 몰취 약정이 적용될 수 있는지 여부”, 「대법원관례해설」, 제97호(하)(2014), 387쪽). 회생절차에 관한 사안이나 관리인의 계약해제권 행사가 위약금 약정에서 정한 사유가 아니라고 본 대법원 2017. 9. 7. 선고 2016다244552 판결 참조.

가 파산재단 중에 현존하는 때에는 매수인은 그 반환을 청구할 수 있고(환취권), 현존하지 아니하는 때에는 그 가액에 관하여 재단채권자로서 권리를 행사할 수 있다(동조 제2항). ② 매수인이 파산하고 ㉠ 파산관재인이 이행을 선택하면 농지의 소유권이전등기 및 인도청구권은 파산재단에 속하고, 상대방은 매매대금 청구권에 관하여 재단채권자로서 권리를 행사할 수 있다(제473조 제7호). 이 경우 파산관재인은 앞서 살펴본 바와 같이 농지 소재지 관서의 장에게 농지취득자격증명의 발급을 신청해야 한다. ㉡ 파산관재인이 해제를 선택한 때의 법률관계는 매도인 파산 때와 같다.

4. 농지의 명의신탁 관련 쟁점

가. 종중 명의신탁의 효력

농지 명의신탁은 종중과 종중원 간 특히 활발히 이뤄지므로, 종중을 중심으로 살펴본다. 제사용 재산, 즉 분묘에 속한 1정보 이내의 금양임야와 600평 이내의 묘토인 농지, 족보와 제구의 소유권은 제사를 주재하는 자가 이를 승계한다(민법 제1008조의3). 제사 주재자에게 제사용 재산을 승계하도록 한 취지는 제사용 재산을 유지·보존함으로써 조상숭배와 제사봉행이라는 우리의 전통을 보존하려는 데 있다.⁸⁶⁾ 여기서 ‘묘토인 농지’란 그 수익으로 분묘관리와 제사의 비용에 충당되는 농지를 말한다.⁸⁷⁾ 단지 토지상에 분묘가 설치되어 있다는 이유만으로 이를 묘토인 농지에 해당한다고 볼 수는 없고, 피상속인의 사망 이전부터 농지를 경작해 얻은 수익으로 인접한 조상의 분묘수호·관리 및 제사의 비용을 충당해야 묘토인 농지로 볼 수 있다.⁸⁸⁾ 그런데 종중은 공동선조의 분묘수호·제사·종중원 상호간의 친목을 위한 자연발생적 집단⁸⁹⁾에 불과해 원칙적으로 농지를 취득할 수 없다(농지법 제6조 제1항 및 제2항).⁹⁰⁾ 그 결과 종중은 종중원에게 묘토인 농지를 명의신탁해 관리하는 경향이 짙다.⁹¹⁾

86) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결. 따라서 제사용 재산은 상속재산이 아니다.

87) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97누4838 판결.

88) 대법원 2006. 7. 4. 선고 2005다45452 판결.

89) 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다488 판결.

90) 구 농지개혁법은 분묘를 수호하기 위하여 종전부터 소작료를 징수하지 아니하는 기존의 위토(필자 주 : 묘토인 농지와 같은 의미인지 견해의 대립이 있으나, 본고에서는 양자가 같다고 전제한다)로서 2반보(600평) 이내의 농지를 매수 대상에서 제외하였다(제6조 제1항 제7호). 또한, 위토로 인정받기 위해서는 농지 소재지 관서의 장에게 위토대장의 등록을 신청해야 했다(농지개혁법 시행규칙 제12조). 그 결과 종중이 농지개혁법 시행 이전에 소유하고 있던 위토는 법 시행 이후에도 여전히 그 명의로 소유할 수 있었다. 한편 1994년 제정된 농지법도 부칙 제5조(기존 농지 소유자에 관한 경과조치)에서 농지법 시행(1996. 1. 1.) 전에 소유하고 있던 농지의 법 시행 이후 소유를 인정하였다. 이 경우 종중은 위토대장 소관청 발급의 증명서를 첨부해 종중 명의로 농지의 소유권이전등기를 신청해야 한다(등기예규 제833호 「농지의 소유권이전등기에 관한 사무처리지침」 4. 종중의 농지취득). 따라서 종중의 농지 소유는 예외적인 모습일 뿐이다.

91) 정한샘, “종중재산 처분에 관한 판례법리의 정합성”, 「가천법학」, 제17권 제4호(2024), 55쪽.

한편 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)은 원칙적으로 부동산 명의신탁을 금지하면서도 ‘조세포탈, 강제집행의 면탈 또는 법령상 제한의 회피를 목적으로 하지 아니하는 경우로서 종중이 보유한 부동산에 관한 물권을 종중 외의 자의 명의로 등기한 경우’를 예외적으로 허용하고 있다(제8조 제1호).⁹²⁾ 이 경우 종중이 종중원에게 묘토인 농지를 명의신탁하는 것이 농지법에 위반돼 ‘법령상 제한의 회피를 목적’으로 한 명의신탁인지 문제된다. 대법원은 “종중은 원칙적으로 농지를 취득할 수 없지만, 구 농지개혁법이 600평 이내의 농지를 위토로 인정한 취지에 비추어 볼 때 종중이 기존의 위토가 없는 분묘를 수호하기 위해 분묘 1위당 600평 이내의 농지를 취득할 수 있고, 이를 종중원에게 명의신탁하여도 법령상 제한을 회피하기 위한 것이라고 볼 수 없다”라고 판시하였다.⁹³⁾ 따라서 종중이 종중원에게 600평 이내의 묘토인 농지를 명의신탁하였다면 유효한 명의신탁이나, 600평을 초과하는 명의신탁은 부동산실명법을 위반해 무효라고 보아야 한다(부동산실명법 제4조).⁹⁴⁾

나. 종중이 소유한 묘토인 농지의 환가에 관한 쟁점

(1) 원칙적 환가방법

파산절차에서 비법인사단도 파산능력⁹⁵⁾이 있으므로, 종중은 비법인사단으로서 파산절차를 신청할 수 있다(채무자회생법 제33조, 민사소송법 제52조). 또한, 종중의 등기능력이 인정되는 결과 종중이 소유한 농지는 당연히 파산재단에 속한다(부동산등기법 제26조 제1항, 채무자회생법 제382조 제1항).⁹⁶⁾ 따라서 파산절차에서 종중이 그 명의로 소유하고 있는 묘토인 농지는 당연히 환가의 대상이 된다. 한편 종중이 종중원에게 묘토인 농지를 명의신탁하였다면 종전의 판례 법리가 그대로 적용된다. 그 결과 종중이 명의신탁계약을 해지하더라도 그 해지의 효과

92) 부동산실명법 제8조 제1호에서 말하는 종중에는 종중 유사 비법인사단이 포함되지 않는다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다14165 판결). 따라서 이하의 논의는 고유한 의미의 종중에만 적용된다.

93) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다59871 판결. 최근 하급심도 “구 농지개혁법이 예외적으로 위토의 경우 일정한 범위 내에서 농지 취득을 허용하고 있고, 종중이 토지를 위토로 사용하기 위해 취득한 이상 종중원에 대한 명의신탁이 법령상 제한을 회피하기 위한 것이라고 볼 수 없다”라고 판시하였다(대구고등법원 2022. 10. 20. 선고 2021나24203 판결(미상고 확정)). 그러나 대법원 판결에 대해 “구 농지개혁법이 법 시행 이전 위토를 매수 대상에서 제외한 것은 종중이 종전부터 소유한 위토를 일정한 범위 내에서 소극적으로 인정하여 주겠다는 취지에 불과하므로, 종중은 법 시행 이후 새롭게 위토 목적의 농지를 취득할 수 없다고 보아야 한다”라는 반대견해가 있다(류창호, “종중의 농지 취득 및 소유에 관한 연구”, 『아주법학』, 제4권 제2호(2010), 21쪽).

94) 정한샘, 앞의 논문, 74쪽.

95) 파산능력이란 민사소송법상 당사자능력에 대응하는 개념으로, 파산선고를 받을 수 있는 일반적인 자격을 일컫는다(전병서, 『도산법(제5판)』, 박영사, 2024, 38쪽).

96) 원칙적으로 비법인사단은 권리능력이 없고, 그 결과 비법인사단의 재산은 그 구성원 등에게 귀속한다. 다만 비법인사단은 대표자가 있어야 당사자능력이 인정되므로(민사소송법 제52조), 파산관재인은 대표자의 관리처분권을 행사해 파산재단을 환가하는 것이다(전대규, 『채무자회생법(제2권)(제9판)』, 법문사, 2025, 1198쪽).

는 장래를 향해 효력이 있을 뿐이어서 종중원은 여전히 대외적인 소유자로서 대내적 소유자인 종중에 등기명의를 이전할 의무를 진다.⁹⁷⁾ 따라서 종중원은 계약해지에 따른 청산의무를 부담한다.⁹⁸⁾

(2) 명의신탁 농지의 환가방법

파산관재인이 종중원에게 명의신탁된 묘토인 농지를 환가하는 방법은 유형별로 다음과 같다.

(가) 유효한 명의신탁 : 종중 명의로 등기가 가능한 경우

종중이 농지법 시행 이전부터 묘토인 농지를 소유하고 있어 위토대장 소관청 발급의 증명서를 제출할 수 있다면, 파산관재인은 종중원에게 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 이후 파산관재인은 위토대장 소관청 발급의 증명서를 첨부해 종중 명의로 묘토인 농지의 소유권이전등기를 등기소에 신청해야 한다.⁹⁹⁾ 이때 파산관재인은 농지취득자격 증명 발급신청권과 마찬가지로 위토대장 소관청에 증명서의 발급을 신청할 수 있다고 보아야 한다.

(나) 유효한 명의신탁 : 종중 명의로 등기가 불가능한 경우

종중이 농지법 시행 전후로 600평 이내의 묘토인 농지를 새로이 취득해 종중원에게 명의신탁한 경우를 본다. 이 경우 파산관재인이 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구의 소에서 승소하더라도 현행법상 종중 명의로 농지를 취득할 수 없다.¹⁰⁰⁾ 위토대장 소관청 발급의 증명서를 첨부할 수 없기 때문이다. 대법원은 이 경우에도 “농지의 용도가 변경되어 종중이 장차 해당 토지를 취득할 수도 있으므로, 종중원의 소유권이전의무는 이행불능이 아니다”라고 판시하였다.¹⁰¹⁾ 따라서 파산관재인의 환가 방법으로는 다음의 세 가지를 고려할 수 있다. ①

97) 대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카416 판결.

98) 명의신탁 해지의 효과에 관하여 ① 해제의 법리를 적용하는 견해와 ② 법률행위에 의한 부동산 물권변동(민법 제186조)으로 설명하는 견해가 있으나, 명의신탁 계약은 ㉠ 일시적 계약인 양도계약과 ㉡ 계속적 계약인 관리 계약이 결합한 성격을 갖고 있어 ㉠ 양도계약을 해지해도 소급효가 없는 결과 대외적 소유자인 수탁자는 등기명의를 이전할 의무만을 부담하고, ㉡ 관리계약을 해지하면 그 장래효로 인해 수탁자의 목적물 반환의무(청산의무)가 발생한다고 한다(한국사법행정학회(김형진 집필 부분), 「주석 민법 : 채권각칙 1(제5판)」, 한국사법행정학회, 2022, 506~507쪽).

99) 등기예규 제833호 「농지의 소유권이전등기에 관한 사무처리지침」 4 종중의 농지취득. 또한, 채무자회생법상 촉탁등기사항 이외의 등기사항에 대한 등기신청권자는 파산관재인이다(등기예규 제1777호 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따른 법인등기 사무처리지침」 제4조 제3항).

100) 종중이 농지에 대하여 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기소송에서 승소 판결을 받았더라도 종중 명의로의 소유권이전등기를 신청할 수 없다(등기선례 제6-571호 「종중이 농지에 대한 소유권이전등기를 신청할 수 있는지 여부」).

명의신탁 해지에 따른 소유권이전등기청구권을 매각하는 방법이다. 대법원은 “명의신탁자가 유효한 명의신탁 약정을 해지한 후 이를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 제3자에게 양도한 때에도 최초 양도인·중간자·최종 양수인 간에 중간생략등기에 대한 합의가 있어야 한다”라고 판시하였다.¹⁰²⁾ 따라서 파산관재인은 중증원으로부터 중간생략등기에 대한 동의를 얻어 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 임의매각할 수 있다. 이 경우 파산관재인이 법원의 허가를 받아 소유권이전등기청구권에 대한 임의매각을 진행하는 이상 ‘조세부과를 면하려 하거나 다른 시점 간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적’이 있다고 볼 수는 없어 부동산등기 특별조치법 위반이 아니라고 본다(제8조 제1호).

또는 ② 채무자회생법상 등기에 관한 규정을 이용하는 방법을 검토할 수 있다. 채무자회생법은 “법원사무관등은 법인이 아닌 파산선고를 받은 채무자의 파산재단에 속하는 권리로서 등기된 것이 있음을 안 때에는 직권으로 지체 없이 촉탁서에 결정서의 등본 또는 초본을 첨부하여 파산등기 또는 보전처분의 등기를 촉탁하여야 한다”라고 규정하고 있다(제24조 제3항 제2호). 따라서 중증의 재산인 농지는 파산재단에 속하는 권리로서 파산등기(파산선고·파산취소 등) 촉탁의 대상이다. 파산관재인은 중증원에 대한 소유권이전등기청구의 소 확정판결문을 첨부해 회생법원에 직권발동을 촉구하는 의미에서 중증 명의로 묘토인 농지의 파산등기를 신청해야 한다. 이때 회생법원은 파산등기를 위해 등기소에 중증 명의의 소유권이전등기를 촉탁할 수 있다고 본다.

그 이유는 ㉠ 파산절차에서 미등기 재산에 관해서도 촉탁에 의한 보존등기가 가능하다고 해석되므로(부동산등기법 제66조)¹⁰³⁾, 촉탁에 의한 소유권이전등기를 부정할 이유가 없는 점, ㉡ 채무자회생법은 파산선고·파산관재인 선임·파산취소·파산폐지·파산종결 등의 등기촉탁을 규정하고 있는데, 중증 명의로 소유권이전등기가 경료되지 않으면 채무자회생법이 파산등기를 규정한 취지가 몰각되는 점, ㉢ 촉탁에 의한 소유권이전등기는 오직 파산재단의 환가를 목적으로 이뤄지고, 최종적으로 농지취득자격증명이 있는 매수인이 그 소유권을 취득해 경자유전의 원칙을 관철할 수 있는 점, ㉣ 촉탁에 의한 소유권이전등기를 부정하면 파산재단의 환가가 곤란해 파산채권자에게 불이익한 점, ㉤ 부동산등기법은 관공서가 채납처분으로 인한 압류등기를 촉탁하는 경우에는 포괄승계인을 갈음해 포괄승계로 인한 권리이전의 등기를 함께 촉탁할 수 있다고 규정하고 있는데(제96조), 파산절차는 포괄집행절차로 파산관재인은 포괄승계인의 지위에 있어 이를 유추적용할 수 있는 점, ㉥ 파산등기는 권리처분권을 잃은 채무자와 거래하는 제3자를 보호하기 위해 이루어지므로¹⁰⁴⁾, 그 취지를 관철할 필요가 있다는 점 등을 들 수 있다.

101) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2005다59871 판결.

102) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2018다280316 판결.

103) 노영보, 「도산법 강의(제2판)」, 박영사, 2024, 170쪽.

따라서 회생법원의 촉탁에 의한 소유권이전등기 및 파산등기가 이루어지고 난 후 파산관재인은 종중 명의의 묘토인 농지를 환가할 수 있다고 본다. ③ 순번 ①번 및 ②번의 방법은 각각의 문제점을 안고 있으므로, 파산관재인이 법원의 허가를 받아 '종중원에게 신탁부동산의 소유권을 완전히 이전하고, 종중원은 그 대금을 지급한다'라는 내용의 화해계약을 종중원과 체결하는 방법이 가장 무난할 것이다(채무자회생법 제492조 제11호). 다만 종중원이 화해계약의 체결을 거부하면 순번 ①번 또는 ②번의 방법을 따를 수밖에 없다.

(다) 명의신탁이 무효인 경우

종중이 600평을 초과하는 묘토인 농지를 새로이 취득해 종중원에게 명의신탁한 경우를 명의신탁의 유형별·파산 주체별로 살펴본다. 이때 종중이 그 명의로 농지를 취득해야 한다면 전술한 바와 같이 처리한다. ① 2자간 명의신탁에서 명의신탁약정과 물권변동은 모두 무효이다(부동산실명법 제4조 제1항 및 제2항 본문). 따라서 ㉠ 종중이 파산하면 파산관재인은 종중원에게 말소등기를 청구할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 반대로 ㉡ 종중원이 파산하면 종중은 채무자와 독립해 그 재산에 대하여 이해관계를 가지게 된 제3자인 파산관재인에게 대항할 수 없다(제4조 제3항).¹⁰⁶⁾ 결국, 종중은 파산채권자로서 그 권리를 행사해야 한다.

② 중간생략형 명의신탁 역시 명의신탁약정과 물권변동이 모두 무효다(제4조 제1항 및 제2항 본문).¹⁰⁷⁾ ㉠ 종중이 파산하면 종중과 매도인 사이의 농지 매매계약은 쌍방미이행 쌍무계약이 된다. 그 처리방법은 전술한 미이행 쌍무계약의 처리와 같다. 반대로 ㉡ 종중원이 파산하면 종중은 파산관재인에게 대항할 수 없어 파산채권자로서 그 권리를 행사해야 한다(제4조 제3항). ③ 계약명의신탁¹⁰⁸⁾의 경우 명의신탁약정은 물론 매수 위임 약정도 무효이다(제4조 제1항 및 일부 무효의 법리). 다만 물권변동의 효력은 매도인의 선의 여부에 따라 다르다(제4조 제2항 단서).¹⁰⁹⁾ ㉠ 매도인이 선의인 계약명의신탁에서 수탁자는 농지의 소유권을 완전히 취득하므로¹¹⁰⁾, ㉡ 종중이 파산하면 파산관재인은 종중원에게 매수자금의 반환을 청구할 수 있을 뿐이다.¹¹¹⁾ 반면 ㉢ 종중원이 파산하면 종중은 매수자금을 파산채권으로 행사할 수 있다. ㉣ 매도인이 악의인 계약명의신탁에서 농지의 물권변동은 무효이므로, ㉡ 종중이 파산하면 파산관재인은 종중원에게 부당이득으로 매수자금 상당의 반환을 청구할 수 있다. 반면 ㉢ 종중원이

104) 서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 75쪽.

105) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다218156 전원합의체 판결.

106) 인천지방법원 2024. 11. 28. 선고 2024가단218038 판결.

107) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다11496 판결.

108) 부동산실명법이 시행된 이후로 한정한다.

109) 매매계약을 체결한 때를 기준으로 한다(대법원 2018. 4. 10. 선고 2017다257715 판결).

110) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2019다249428 판결.

111) 대법원 2024. 6. 13. 선고 2023다304568 판결.

파산하면 종중은 파산관재인에게 대항할 수 없어 파산채권자로서 그 권리를 행사해야 한다(제4조 제3항).

5. 농지의 상속 관련 쟁점

가. 농지법상 농지의 상속

농지법은 비자경농지의 예외적 취득 사유 중 하나로 상속을 명시하고 있다. 즉 농지는 자기의 농업경영에 이용하거나 이용할 자가 아니면 소유하지 못한다(농지법 제6조 제1항). 그러나 상속으로 농지를 취득하는 경우에는 농지취득자격증명을 발급받지 않고 농지를 취득해 소유할 수 있다(제6조 제2항 제4호, 제8조 제1항 제1호).¹¹²⁾ 다만 소유 농지는 농업경영에 이용되도록 해야 한다(제6조 제2항 단서). 상속으로 농지를 취득한 사람으로서 농업경영을 하지 아니하는 사람은 그 상속 농지 중에서 총 1만㎡까지만 소유할 수 있다(제7조 제1항). 상속 농지를 임대하거나 무상사용하게 하는 경우에는 그 기간 농지를 계속 소유할 수 있고, 한국농어촌공사에 위탁해 임대하거나 무상사용하게 하는 경우에는 그 기간 소유 상한을 초과하는 농지를 계속 소유할 수 있다(제6조 제3항, 제7조 제4항). 다만 대법원은 “1만㎡ 범위 이내라면 상속 농지를 농업경영에 이용하지 않더라도 계속 소유할 수 있다”라고 판시하였다.¹¹³⁾

나. 상속재산파산절차에서 농지의 취급

파산절차에서 위와 같은 상속 농지의 환가방법은 앞서 서술한 바에 따르면 족하다. 문제는 상속채무가 농지를 포함한 상속재산을 초과한 때이다. 이 경우에도 상속인은 당연·포괄승계주의에 따라 피상속인의 권리와 의무를 승계한다(민법 제1005조). 이때 상속인이 상속 포기를 선택하면 그다음 상속인이 본위상속인¹¹⁴⁾이 되어 예측하지 못한 손해를 입을 수 있다(제1000조 제1항, 제1042조). 따라서 상속인은 상속재산의 청산절차인 한정승인이나 상속재산파산절차를 이용할 실익이 있다.¹¹⁵⁾ 그러나 한정승인절차는 상속재산의 사적 청산절차로서 비전문가인 상

112) 상속 및 포괄유증, 상속인에 대한 특정적 유증을 원인으로 하여 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 농지취득자격증명을 첨부하지 아니하고 소유권이전등기를 신청할 수 있다(등기예규 제1415호 「농지의 소유권이전등기에 관한 사무처리지침」 3. 나).

113) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2017두65357 판결은 ① 농지법이 상속에 관해 비자경농지의 소유를 허용한 취지는 재산권을 보장하는 데 있다는 점, ② 농지법 제6조 및 제7조는 농지취득뿐만 아니라 농지취득 이후의 계속 소유까지도 규율한다고 보아야 하는 점, ③ 이러한 해석으로 비자경농지가 늘어나게 되는 문제는 입법적으로 해결할 문제인 점 등을 주요 논거로 제시하였다.

114) 대법원 2017. 1. 12. 선고 2014다39824 판결.

115) 상속채권자나 유증받은 자 또는 상속인의 채권자 역시 상속 개시된 날로부터 3월 내에 상속재산과 상속인의 고유재산의 분리를 법원에 청구할 수 있다(민법 제1045조 제1항). 즉 재산분리를 통해 상속채권자·상속인의

속인이 상속재산의 환가 및 배당변제 의무를 부담해야 한다는 단점이 있다(제1028조, 제1032조 제1항 제1문, 제1034조, 제1038조 등). 이와 달리 상속재산파산절차는 법원에 의해 선임된 변호사인 파산관재인이 공적 수탁자의 지위에서 상속재산을 청산하는 절차로 한정승인의 한계를 보완할 수 있다.

상속재산으로 상속채권자 및 유증을 받은 자에 대한 채무를 완제할 수 없는 때에는 법원은 신청에 의하여 결정으로 파산을 선고한다(채무자회생법 제307조). 즉 상속재산파산의 파산원인은 채무초과이다. 상속재산파산절차에서 채무자, 즉 파산의 주체이자 파산능력을 가진 자는 상속재산 그 자체이다.¹¹⁶⁾ 상속재산에 대하여 파산선고가 있는 때에는 이에 속하는 모든 재산을 파산재단으로 한다(제389조 제1항). 다만 600평 이내의 묘토인 농지는 제사를 주재하는 자가 이를 승계하므로(민법 제1008조의3)¹¹⁷⁾, 묘토인 농지는 상속재산에서 제외돼 파산재단을 구성하지 않는다. 상속재산파산절차에서도 파산재단에 속하는 농지의 환가 방법은 앞서 설명한 바와 같다. 상속재산파산절차에서 신청인인 상속인이 지출한 ① 인지·송달료, ② 예납금, ③ 재산세·종합부동산세·취득세·양도소득세는 재단채권이다.¹¹⁸⁾ 이러한 비용은 파산채권자 공동의 이익을 위한 재판상 비용이거나 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용이기 때문이다(채무자회생법 제473조 제1호 및 제3호).¹¹⁹⁾

6. 농지의 취득시효 관련 쟁점

가. 농지법상 농지의 취득시효

농지법은 농지취득자격증명의 발급 예외사유 중 하나로 취득시효를 명시하고 있다(농지법 제8조 제1항 제3호, 동법 시행령 제6조 제1호).¹²⁰⁾ 이 경우 영농의사 없는 자가 농지취득자격증명 없이 농지를 시효로 취득할 수 있는지 문제된다. 대법원은 구 농지개혁법에 관한 사안에서 “농지개혁법이 농민이 아닌 사람의 농지취득을 전면적으로 금지하고 있지 않고, 농민이 아닌

채권자·상속인 간의 이해를 조정할 수 있다.

116) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2022다285097 판결. 주의할 점은 상속재산의 실체법상 귀속 주체는 여전히 상속인이고, 파산재단은 환가를 위해 파산능력이 부여되었을 뿐이라는 점이다(전대규, 앞의 책, 1730~1731쪽).

117) 대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결.

118) 서울회생법원 실무준칙 제376호 「상속재산 파산사건의 처리」 제4조(재단채권의 범위)

119) 파산재단은 파산선고로 성립한다(채무자회생법 제382조). 따라서 상속인이 상속개시 후 파산선고 전에 지출한 상속비용(재산세 등)이 파산재단의 관리·환가 및 배당에 관한 비용인지 견해의 대립이 있다. 이에 관한 자세한 내용은 정건희, “상속재산파산절차에서 상속재산과 상속비용의 법적 성격에 관한 연구”, 「고려법학」, 제118호(2025), 137쪽 이하 참조.

120) 취득시효 완성을 원인으로 하여 소유권이전등기를 신청하는 경우에는 농지취득자격증명을 첨부하지 아니하고 소유권이전등기를 신청할 수 있다(등기예규 제1415호 「농지의 소유권이전등기에 관한 사무처리지침」 3. 나).

사람의 점유로 인한 농지소유권의 시효취득을 금지하고 있지도 않으므로, 농민이 아닌 사람도 농지를 시효취득할 수 있다"라고 판시해 농지의 시효취득에는 영농의사를 요하지 않는다고 보았다.¹²¹⁾ 또한, 대법원은 "시효취득은 원시취득이어서 농지개혁법상 농지 소재지 관서의 증명(필자 주 : 농지매매증명)의 적용이 없는 것이다"라고 판시하였다.¹²²⁾¹²³⁾ 나아가 구 농지개혁법상 무효인 농지 소작에 관해서도 "소작인들을 점유매개자로 하여 간접적으로 농지를 점유하고 있고, 그들을 상대로 그 농지의 반환을 청구할 수 있는 지위에 있는 한 간접점유자의 시효취득에 있어서의 점유 자체를 부정할 수는 없다"라고 하였다.¹²⁴⁾

생각건대, 농지의 매수인이 농지매매계약과 같은 점유의 권원을 주장하는 이상 결과적으로 영농의사가 없어 농지취득자격증명을 발급받을 수 없다 하더라도 자주점유의 추정이 반복되거나 점유권원의 성질상 타주점유라고 보기는 어려울 것이다.¹²⁵⁾ 최근 하급심 중에도 "농지취득자격증명은 농지를 취득하는 자에게 농지취득의 자격이 있다는 것을 증명하는 것일 뿐 농지취득의 원인이 되는 법률행위의 효력을 발생시키는 요건은 아니므로, 자경의 의사 없이 허위의 농지취득자격증명을 발급받았더라도 그 점유가 타주점유라거나 자주점유의 추정이 반복된다고 볼 수 없다"라고 판시한 사례가 있다.¹²⁶⁾ 따라서 농지의 매수인은 영농의사와 관계없이 소유자에게 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기를 청구할 수 있다. 그러나 농지취득자격증명이 없다면 농지를 취득할 수 없는 것이 원칙이므로¹²⁷⁾, 농지의 매수인이 농지취득자격증명 없이 어떠한 경위로든 농지의 소유권이전등기를 마쳤다 하더라도 이를 등기부취득시효에서 말하는 무과실이라고 할 수는 없다고 본다.¹²⁸⁾ 따라서 농지의 매수인은 등기부취득시효를 주장할 수 없다.

나. 파산절차에서 파산관재인인의 점유 승계

파산절차에서 파산관재인인은 취임 후 즉시 파산재단에 속하는 재산의 점유 및 관리에 착수하여야 한다(채무자회생법 제479조). 그런데 파산관재인인은 채무자의 포괄승계인이므로, 민법상 상속 또는 포괄적 수증자에 의한 점유권 취득의 규정이 유추적용된다(민법 제193조, 제1078

121) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다29825 판결.

122) 대법원 1993. 4. 27. 선고 93다5000 판결.

123) 일본 최고재판소도 "농지의 시효취득은 원시취득으로 소유권 이전 행위가 없어 농지거래허가가 필요하지 않다"라고 판시하였다(日本 最高裁判所 昭和50(1975). 9. 25. 民集29卷8号1320頁).

124) 대법원 1991. 10. 8. 선고 91다25116 판결.

125) 대법원 2023. 6. 29. 선고 2020다290767 판결.

126) 광주지방법원 목포지원 2019. 7. 10. 선고 2018가단1306 판결(미상소 확정).

127) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다68606 판결.

128) 일본 최고재판소 역시 "농지거래허가 없이 농지를 점유할 때 자신의 소유라고 믿었다더라도 특별한 사정이 없는 한 무과실이라고 할 수는 없다"라고 판시하였다(日本 最高裁判所 昭和59(1984). 5. 25. 民集38卷7号764頁).

조).¹²⁹⁾ 이렇게 보면 채무자회생법상 파산관재인이 점유 착수 조항은 파산재단에 속한 재산의 관리와 그 산일을 방지하기 위해 파산관재인이 파산재단을 현실로 지배하라는 데 그 취지가 있는 것이다.¹³⁰⁾ 그러나 채무자에 대한 파산선고가 있더라도 채무자의 재산권 자체가 파산관재인에게 이전하는 것은 아니므로¹³¹⁾, 파산관재인이 채무자의 점유와 별개로 독립된 지위에서 자기만의 점유를 주장하지는 못한다(민법 제199조).¹³²⁾ 결국, 파산관재인은 언제나 이전 점유의 태양과 하자를 승계한다.¹³³⁾

다. 파산절차에서 농지의 취득시효

파산절차에서 ㉠ 농지점유자가 파산하였고 ㉡ 취득시효 기간이 파산선고 전에 완성되었다면 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 파산재단에 속한다(채무자회생법 제382조 제1항). ㉢ 취득시효 기간이 완성되지 않았더라도 파산관재인은 이전 점유를 승계해 취득시효 기간을 완성할 수 있다. 점유권 자체가 파산재단에 속하기 때문이다. 반대로 ㉣ 농지 소유자가 파산하였고 ㉤ 점유자의 취득시효 기간이 파산선고 전에 완성되었다면 점유자는 파산관재인에게 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 하지 못한다. 부동산에 관하여 파산선고 전에 생긴 채무의 이행으로서 파산선고 후에 한 등기는 파산채권자에게 대항할 수 없기 때문이다(제331조 제1항).¹³⁴⁾ 대법원 역시 “파산재단에 속하는 부동산에 관하여 이해관계를 갖는 제3자의 지위에 있는 파산관재인이 선임된 이상 파산관재인에게 점유취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구를 할 수 없다. 이 경우 등기청구권의 법적 성격은 채권적 청구권이므로, 점유자는 파산채권자로서 권리를 행사할 수 있을 뿐이다”라고 판시하였다.¹³⁵⁾

㉢ 취득시효 기간이 완성되지 않았다면 점유자가 파산선고 후 점유취득시효 완성을 주장할 수 있는지 견해의 대립이 있다. 파산선고 후에 파산재단에 속하는 재산에 관하여 채무자의 법률행위에 의하지 아니하고 권리를 취득한 경우에도 그 취득은 파산채권자에게 대항할 수 없기

129) 상속 아닌 다른 형태의 포괄승계가 있는 경우에도 민법 제193조가 유추적용된다는 견해로는 한국사법행정학회(김형석 집필 부분), 「주석 민법 : 물권 1(제5판)」, 한국사법행정학회, 2019, 380쪽.

130) 전대규, 앞의 책, 1368쪽.

131) 회생절차에서 채무자 재산의 관리처분권을 가진 관리인에 관한 사안으로 대법원 2014. 9. 4. 선고 2014다36771 판결. 따라서 파산관재인은 채무자의 재산으로 구성되는 파산재단의 관리처분권을 행사할 뿐이다.

132) 노영보, 앞의 책, 189쪽.

133) 상속에 의해 점유권을 취득한 경우에도 새로운 권원에 의하여 자기 고유의 점유를 개시하지 않는 한 피상속인의 점유를 떠나 자기만의 점유를 주장할 수 없고, 상속인이 현실적인 지배를 취득해도 마찬가지이다(대법원 1992. 9. 22. 선고 92다22602, 92다22619 판결).

134) 여기서 파산채권자란 파산재단의 관리기구인 파산관재인을 말하며, 대항할 수 없다는 것은 파산관재인과의 관계에서 상대적으로 무효라는 의미이다(전병서, 앞의 책, 203~204쪽).

135) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다32187 판결.

때문이다(제330조 제1항). 이때 파산채권자에게 대항할 수 없는 권리취득의 범위에 관해 ㉠ 채무자회생법 제330조는 채무자의 관리처분권이 파산관재인에게 이전된다는 점을 전제로 하므로, 관리처분권과 무관한 취득시효에는 그 적용이 없다는 견해¹³⁶⁾, ㉡ 채무자회생법 제330조는 독일 도산법 제91조 제1항¹³⁷⁾에서 유래하였는데, 그 입법 취지는 파산채권자가 우연한 사정으로 담보권을 취득해 채권자 공동의 이익을 해치는 것을 방지하는 데 있으므로, 파산채권과 무관한 취득시효에는 그 적용이 없다는 견해¹³⁸⁾, ㉢ 채무자회생법 제330조는 파산채권자 공동의 이익을 해치는 권리취득을 배제하려는 데 그 취지가 있으므로, 취득시효도 그 적용 대상이라는 견해¹³⁹⁾가 대립한다.

위 대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다32187 판결의 제1심은 “파산자가 파산재단에 관해 관리처분권을 가지지 않는 것을 전제로 하는 것이어서, 상대방이 누구인가 상관없는 권리취득 곧, 시효에 의한 취득에는 그 적용이 없다”라고 판시하였으나¹⁴⁰⁾, 원심은 “파산선고 이후에 건물을 시효취득 하였더라도, 파산선고 후에 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권이전등기청구권으로 파산관재인에게 대항할 수 없다”라고 정반대의 판결을 하였다.¹⁴¹⁾ 생각건대, 파산재단에 속한 재산이 파산선고 후의 취득시효 완성을 이유로 파산재단에서 제외된다고 해석한다면, 진행 중인 파산재단의 환가·배당절차가 무용하게 될 뿐만 아니라 이해관계인에게 예측하지 못한 손해를 입히는 등 극심한 혼란을 초래해 포괄집행절차인 파산절차의 법적 안정성을 깨뜨리게 되므로, 파산선고 후의 취득시효 완성의 경우에도 채무자회생법 제330조가 적용된다고 본다. 다만 이에 관한 실무례나 판례가 없으므로, 파산관재인은 농지를 제3자가 점유하는 정황을 발견하면 조속히 취득시효의 중단을 위한 조치를 강구해야 할 것이다(민법 제247조 제2항).

7. 농지의 위탁경영 관련 쟁점

가. 농지법상 위탁경영

구 농지개혁법은 경자유전 원칙을 관철하기 위해 농지의 소작·임대차와 함께 위탁경영을 금지하였다(제17조 본문). 그러나 농지개혁법의 시행에도 불구하고 농지의 임대차가 급증하자 국회는 1986년 농지임대차에 관한 기본적 사항을 입법해 농지임대차 쌍방의 권익을 보호하고, 농지의 합리적인 이용과 농업생산성의 제고를 꾀하였다.¹⁴²⁾ 농지임대차관리법은 위탁경영에

136) 노영보, 앞의 책, 198쪽; 전병서, 앞의 책, 205쪽.

137) 독일 도산법 제91조 제1항 도산재단의 목적물에 대한 권리는 채무자의 처분에 의하지 않고 또한 도산채권자를 위한 강제집행에 의하지 않은 경우에도 이를 도산절차의 개시 후에 유효하게 취득할 수 없다.

138) 전대규, 앞의 책, 1258쪽.

139) 伊藤眞等, 前掲書, 2014, 392頁.

140) 부산지방법원 2005. 10. 7. 선고 2005가단1700 판결.

141) 부산고등법원 2006. 5. 4. 선고 2005나18764 판결.

관해 '농지의 소유자가 타인에게 일정한 보수를 지급할 것을 약정하고 영농작업의 전부 또는 일부를 위탁하여 영농하는 행위를 말한다'라는 정의 조항을 두는 한편 위탁경영의 요건¹⁴³⁾을 신설하였다(제2조 제4호, 제14조). 이후 현행 농지법은 농지임대차관리법상 위탁경영의 개념을 다소 수정하여 '농지 소유자가 타인에게 일정한 보수를 지급하기로 약정하고 농작업의 전부 또는 일부를 위탁하여 행하는 농업경영을 말한다'라고 정의하였다(제2조 제6호).

또한, 농지법은 위탁경영의 요건도 대폭 완화하였다. 즉 농지 소유자는 ① 병역법에 따라 징집 또는 소집된 경우, ② 3개월 이상 국외 여행 중인 경우, ③ 농업법인이 청산 중인 경우, ④ 질병·취학·선거에 따른 공직 취임·그 밖에 대통령령¹⁴⁴⁾으로 정하는 사유로 자경할 수 없는 경우, ⑤ 제17조에 따른 농지이용증진사업¹⁴⁵⁾ 시행계획에 따라 위탁경영하는 경우, ⑥ 농업인이 자기 노동력이 부족하여 농작업의 일부를 위탁하는 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우 외에는 소유 농지를 위탁경영할 수 없다(제9조). 따라서 단지 노동력 부족의 이유로는 농지를 전부 위탁할 수 없다. 이처럼 농지법이 위탁경영을 원칙적으로 금지한 취지는 농지의 소유와 경영을 일치시켜 전근대적인 토지소유관계를 청산하고, 투기자본의 유입으로 인한 농업경영 불안정과 같은 사회적 폐해를 방지하는 데 있다(헌법 제121조 제2항).¹⁴⁶⁾

이러한 위탁경영 금지의 입법 취지를 달성하기 위해서는 위법한 농지위탁계약의 효력 자체를 부정하여 그 계약 내용에 따른 경제적 이익의 실현을 금지해야 하므로, 농지의 위탁경영을

142) 1986. 12. 31. 제정되고 1987. 10. 1. 시행된 법률 제3888호 농지임대차관리법의 제정이유.

143) 농지임대차관리법 제14조(위탁경영 등) 농지의 소유자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 그 소유 농지를 위탁경영하거나 타인을 고용하여 영농할 수 없다.

1. 농지의 소유자가 농지가 소재하는 시·읍 또는 면의 관할 구역 안에 거주하는 경우
2. 통작거리·영농 여건 등을 고려하여 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우
3. 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우

144) 농지법 시행령 제8조(농지의 위탁경영) 제1항 법 제9조 제4호에서 "그 밖에 대통령령으로 정하는 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유를 말한다.

1. 부상으로 3월 이상의 치료가 필요한 경우
2. 교도소·구치소 또는 보호감호시설에 수용 중인 경우
3. 임신 중이거나 분만 후 6개월 미만인 경우

제2항 법 제9조 제6호에 따른 자기노동력이 부족한 경우는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 통상적인 농업경영관행에 따라 농업경영을 함에 있어서 자기 또는 세대원의 노동력으로는 해당 농지의 농업경영에 관련된 농작업의 전부를 행할 수 없는 경우로 한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 재배작물의 종류별 주요 농작업의 3분의 1 이상을 자기 또는 세대원의 노동력에 의하는 경우

가. 벼 : 이식 또는 파종, 재배관리 및 수확

나. 과수 : 가지치기 또는 열매수기, 재배관리 및 수확

다. 가목 및 나목 외의 농작물 또는 다년생식물 : 파종 또는 육묘, 이식, 재배관리 및 수확

2. 자기의 농업경영에 관련된 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 농작업에 1년 중 30일 이상 직접 종사하는 경우

145) 농지이용증진사업이란 농업 경영 규모의 확대나 농지 이용의 집산화 등 농업경영 효율화를 위해 농지의 소유권 이전·장기 임대차·장기 사용대차·위탁경영을 촉진하는 사업을 말한다(농지법 제15조 내지 제19조).

146) 헌법재판소 2020. 5. 27. 선고 2018헌마362 결정.

원칙적으로 금지한 농지법 제9조는 강행규정(필자 주 : 효력규정)이다.¹⁴⁷⁾ 또한, 처음부터 농지 전부를 자신이 자경하지 아니하고 현지인에게 위탁경영할 목적으로 매입하였다면, 이는 비자경농의 농지 소유를 제한하는 규정을 회피하기 위한 것으로 농지법 제57조에서 정한 '농지를 소유할 목적으로 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 농지취득자격증명을 발급받은 때'에 해당한다.¹⁴⁸⁾ 따라서 위탁경영은 후발적으로 농지법이 정한 사유가 발생한 때에만 예외적으로 허용된다.

한편 농지 위탁경영의 법적 성격은 민법 제664조 소정의 도급 계약이다.¹⁴⁹⁾ 즉 농지의 위탁경영은 농지의 위탁경영자가 농작업의 전부 또는 일부를 완성할 것을 약정하고, 농지의 소유자는 위탁경영자에게 농작업의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정하는 내용의 도급 계약이다. 그 결과 농지임대차와는 다음과 같은 차이가 있다. 먼저 농지 위탁계약은 농작업의 완성을 목적으로 할 뿐이므로, 농지의 사용·수익권은 물론 그 수확물도 농지 소유자에게 속한다.¹⁵⁰⁾ 또한, 농업경영은 자경과 위탁경영을 포함하는 개념이므로¹⁵¹⁾, 농지 소유자는 위탁경영에도 불구하고 여전히 농업경영을 하는 농업인으로 본다.

나. 미이행 농지 위탁경영의 처리

(1) 쌍방미이행 도급계약의 특칙

파산절차에서 미이행 도급계약의 처리방법은 원칙적으로 전술한 미이행 매매계약과 같다.¹⁵²⁾ 도급계약 역시 파산선고 당시 일의 미완성·보수 미지급 상태에 있는 때에는 쌍방미이행 쌍무계약으로 채무자회생법 제335조가 적용되기 때문이다.¹⁵³⁾ 다만 민법은 도급인 파산시 쌍방미이행 쌍무계약의 특칙을 규정하고 있어 민법의 규정이 채무자회생법보다 우선 적용된다. 즉 도급인이 파산선고를 받은 때에는 수급인 또는 파산관재인은 계약을 해제할 수 있고, 이 경우에는 수급인은 일의 완성된 부분에 대한 보수 및 보수에 포함되지 아니한 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있다(제674조 제1항).¹⁵⁴⁾ 도급인의 파산으로 계약을 해제한 때에는

147) 제주지방법원 2022. 3. 23. 선고 2020나13403 판결(심리불속행 기각 확정).

148) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도8080 판결. 실질적으로 위법한 농지의 위탁경영이 예정되어 있는데도 허위의 농업경영계획서를 제출해 토지거래계약허가를 받으면 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 위반이라는 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006도5617 판결도 있다.

149) 김대희, 앞의 자료, 58쪽.

150) 송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 294쪽.

151) 김대희, 앞의 자료, 54쪽.

152) 목차 III. 3. 파산절차에서 미이행 농지 매매계약의 처리

153) 수급인이 파산선고를 받은 경우에도 당해 도급계약의 목적인 일이 채무자 이외의 사람이 완성할 수 없는 성질의 것이기 때문에 파산관재인이 채무자의 채무이행을 선택할 여지가 없는 때가 아닌 한 도급계약에도 쌍방미이행 쌍무계약에 관한 규정이 적용된다(대법원 2001. 10. 9. 선고 2001다24174, 2001다24181 판결).

각 당사자는 상대방에 대하여 계약해제로 인한 손해의 배상을 청구하지 못한다(동조 제2항). 도급계약에서 도급인 파산시 수급인의 해제권을 규정한 취지는 도급계약의 성질상 수급인이 일을 먼저 완성해야 보수를 청구할 수 있는데, 도급인의 파산으로 그 보수의 지급을 담보할 수 없기 때문이다.¹⁵⁵⁾

농지법은 민법의 특별법이므로¹⁵⁶⁾, 농지 위탁경영에서도 도급인(농지 소유자) 파산시 농지법의 일반법인 민법의 규정이 채무자회생법보다 먼저 적용된다고 본다. 이때 농업 생산성 제고와 농지의 합리적인 이용이라는 농지 위탁경영의 취지에 비추어 파산관재인 또는 수급인의 위탁경영 해제권이 제한되는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 그러나 ① 파산관재인은 파산채권자 공동의 이익을 위한 공적 수탁자인데, 파산관재인의 파산재단 극대화를 위한 위탁경영 해제권을 제한하는 것은 종국적으로 파산채권자를 비롯한 파산절차의 이해관계인들에게 손해를 강요하는 것과 다를 바가 없다는 점, ② 농지 위탁경영의 수급인에게 보수 미지급의 위험부담에도 불구하고 경작을 계속해 일을 완성할 의무를 요구할 수는 없다는 점을 고려하면, 농지 위탁경영에서 도급인이 파산한 때에도 파산관재인 또는 수급인은 위탁경영을 해제할 수 있다고 본다.

(2) 쌍방미이행 농지 위탁경영에서 도급인의 파산

농지 위탁경영의 도급인에게 파산이 선고되고 ① 위탁경영이 해제되었다면 수급인은 일의 완성된 부분에 대한 보수와 비용에 관해 파산채권자로서 파산절차에 참가할 수 있다(민법 제674조 제1항 후문). 그러나 수급인이 계약을 해제하더라도 파산관재인은 손해배상을 청구하지 못한다(제674조 제2항). 반면 파산관재인이 계약을 해제한 경우 수급인은 손해배상 청구를 할 수 있다는 견해가 있다. 즉 ① 채무자회생법은 파산관재인이 쌍방미이행 쌍무계약 해제 시 상대방은 손해배상에 관해 파산채권자로 그 권리를 행사할 수 있다고 규정하고 있으므로(제337조 제1항), 도급인 파산의 경우에도 수급인은 손해배상을 청구할 수 있다는 견해¹⁵⁷⁾, ② 파산관재인은 민법 제674조 또는 채무자회생법 제335조에 따른 계약해제권을 행사할 수 있는데, 채무자회생법에 따른 계약해제권을 선택한 경우에만 수급인이 손해배상을 청구할 수 있다는 견해¹⁵⁸⁾ 등이다. 그러나 민법 제674조를 채무자회생법 제335조의 특칙으로 이해하는 이상 입법론¹⁵⁹⁾은 별론 조항마다 적용 여부를 달리 해석할 수는 없다고 본다. 따라서 파산관재인이 농

154) 도급인 파산시 도급계약의 해제는 해석상 장래를 향하여 도급의 효력을 소멸시키는 것을 의미하고, 원상회복은 허용되지 아니한다(대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결).

155) 전대규, 앞의 책, 1275쪽.

156) 송덕수, 앞의 책, 9쪽.

157) 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율-해석론 및 입법론에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 『민사법학』, 제70호(2015), 494쪽; 전병서, 앞의 책, 241쪽.

158) 전대규, 앞의 책, 1276쪽.

지 위탁경영을 해제하면 수급인도 손해배상을 청구할 수 없다.

㉠ 파산관재인이 이행을 선택하고 수급인도 도급계약을 해제하지 않았다면 수급인의 보수 청구권은 재단채권이 다(채무자회생법 제473조 제7호). 이 경우 수급인이 파산선고 전에 완성한 부분도 재단채권이 되는지 문제된다. 일반적으로 도급계약에서 수급인이 완성하여야 하는 일은 불가분이므로, 수급인의 보수채권 역시 원칙적으로 파산선고 전후를 불문하고 그 전액이 재단채권이 된다.¹⁶⁰⁾ 농지 위탁경영에서 수급인의 농작업은 수확물이라는 결과를 위한 파종부터 수확에 이르는 일련의 과정으로 이루어지므로, 위탁경영자의 농작업 역시 불가분으로 해석해야 한다. 따라서 파산관재인이 농지 위탁경영의 이행을 선택하였다면 위탁경영자는 파산선고 전의 보수를 포함한 보수 전액을 재단채권으로 행사할 수 있다.

(3) 쌍방미이행 농지 위탁경영에서 수급인의 파산

농지 위탁경영의 수급인에게 파산이 선고되면 민법에 별다른 특칙이 없어 채무자회생법 제335조가 적용된다. 다만 채무자회생법은 쌍방미이행 도급계약에 관한 특칙을 두고 있다. 즉 채무자가 도급계약에 의하여 일을 하여야 하는 의무가 있는 때에는 파산관재인은 필요한 재료를 제공하여 채무자로 하여금 그 일을 하게 할 수 있고, 이 경우 그 일이 채무자 자신이 함을 필요로 하지 아니하는 때에는 제3자로 하여금 이를 하게 할 수 있다(제341조 제1항). 이때 채무자가 상대방으로부터 받을 보수는 파산재단에 속한다(동조 제2항). 농지법은 농업법인이 청산 중인 경우를 위탁경영의 요건으로 규정하고 있으므로(제9조 제2호), 파산관재인은 제3자에게 농지의 위탁경영을 할 수 있다고 본다. 파산관재인이 해제를 선택하면 채무자회생법 제337조를 따른다.

그런데 파산관재인이 농지 위탁경영을 해제하더라도 ① 소급효가 제한되는지 여부와 ② 보수의 산정방법이 문제된다. 공사도급계약에서는 ① 공사가 상당한 정도로 진척되어 이를 원상회복하는 것이 중대한 사회경제적 손실을 초래하고 완성된 부분이 도급인에게 이익되는 경우에 도급계약은 미완성 부분에 대하여만 실효되고, ② 기성고에 따른 공사비를 정산하여야 할 경우 기성고 비율(전체 공사비 가운데 완성된 부분에 들어간 공사비가 차지하는 비율)을 약정

159) 2004년 개정된 일본 민법 제642조 제1항은 우리 민법 제674조 제1항과 같은 내용을 두고 있는데, 제3항에서 파산관재인이 계약을 해제한 경우에 수급인에 한해 손해배상 청구를 할 수 있다고 규정하고 있다. 원문은 다음과 같다.

日本 民法 第六百四十二條 ① 注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は、契約の解除をすることができる。ただし、請負人による契約の解除については、仕事を完成した後、この限りでない。

③ 第一項の場合には、契約の解除によって生じた損害の賠償は、破産管財人が契約の解除をした場合における請負人に限り、請求することができる。この場合において、請負人は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入する。

160) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65691 판결.

공사비에 적용하여 그 공사비를 산정해야 한다.¹⁶¹⁾ 농지 위탁경영의 경우 ① ㉠ 농업 생산성 제고라는 위탁경영의 취지를 고려해야 한다는 점, ㉡ 이미 파종 후 생육 중인 농작물을 갈아엎었을 때 사회경제적 손실이 발생한다는 점, ㉢ 농작물은 수확 기간이 짧아 도급인에게도 이익이 된다는 점을 고려하면, 원칙적으로 해제의 소급효는 제한된다고 보아야 한다. 또한, ② 농지는 자연환경에 커다란 영향을 받고, 생물로서 자연히 생육하는 점을 고려하면 단순히 기성고 비율에 따라 수급인의 보수를 산정하는 것은 적절치 않다. 이 경우 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 '토지보상법'이라 한다) 시행규칙 제41조¹⁶²⁾는 농작물을 수확하기 전의 농작물 평가 방법에 관해 규정하고 있으므로, 이를 유추적용해 수급인의 보수를 산정하는 것이 바람직하다.

따라서 ㉠ 파종 중(씨앗 준비 및 심기·토양준비·발아를 위한 초기관리 등) 또는 발아기에 있거나 묘포에 있는 농작물의 경우 공사도급계약과 마찬가지로 기성고 비율을 토대로 수급인의 보수를 산정해야 한다. 반면 ㉡ 농작물이 발아를 끝내고 본격적으로 생육 과정에 접어들었다면, 풋고추·들깻잎과 같이 상품화가 가능한 부분은 그 농작물의 예상총수입의 차액의 비율(가령 홍고추와 풋고추 간 차액의 비율)을 기준으로 수급인의 보수를 산정한다. 상품화가 가능하지 않은 부분은 예상총수입에서 장래 투하비용을 뺀 금액의 비율을 바탕으로 수급인의 보수를 산정하면 될 것이다. 그러나 이는 농지 위탁경영이 해제되었을 때 수급인이 완성한 일의 부분에 대한 보수산정방법의 한 예시에 불과하다. 농촌사회와 농경제의 실태를 반영한 후속 연구가 이루어져야 할 것이다.

8. 농지의 자영(自營) 관련 쟁점

가. 농지법상 농지의 자영

구 농지개혁법은 '농가로서 자경 또는 자영하는 일가당 총면적 3정보(ha) 이내의 소유 농지를 매수하지 않는다'라고 규정하여 자영농도 농가로 보았다(제6조 제1항 제1호 본문 및 제2호). 또한, 농지개혁법 시행령은 자영에 관해 '가주 또는 그 동거가족 중의 어느 일원이라도 그 노

161) 대법원 2017. 12. 28. 선고 2014다83890 판결.

162) 토지보상법 시행규칙 제41조(농작물의 평가) 제1항 농작물을 수확하기 전에 토지를 사용하는 경우의 농작물의 손실은 농작물의 종류 및 성숙도 등을 종합적으로 고려하여 다음 각호의 구분에 따라 평가한다.

1. 파종 중(필자 주: 씨앗 준비 및 심기, 토양 준비, 발아를 위한 초기 관리 등) 또는 발아기에 있거나 묘포에 있는 농작물: 가격시점까지 소요된 비용의 현재액
2. 제1호의 농작물 외의 농작물: 예상총수입의 현재액에서 장래 투하비용의 현재액을 뺀 금액. 이 경우 보상 당시에 상품화가 가능한 풋고추·들깻잎 또는 호박 등의 농작물이 있는 경우에는 그 금액을 뺀다. 제2항 제1항 제2호에서 "예상총수입"이라 함은 당해 농작물의 최근 3년간(풍흉작이 현저한 연도를 제외한다)의 평균총수입을 말한다.

력의 반이상으로써 직접 농경에 종사하거나 또는 농경을 지도감독하여 그 가족의 생계를 유지하는 경우를 말한다'라고 정의하였다(제2조). 대법원은 이러한 자영농에 관해 “농지의 경작은 경작자 자신의 경작은 물론 그렇지 않더라도 자기의 계산 하에 타인으로 하여금 경작케 하는 소위 자영의 방법으로도 할 수 있다”라고 판시하여 자영농을 명시적으로 인정하였다.¹⁶³⁾

현행 농지법 역시 농업경영에 관해 ‘자기의 계산과 책임으로 농업을 영위하는 것을 말한다’라고 규정하면서, ‘농작업의 2분의 1 이상을 자기의 노동력으로 경작 또는 재배하는 것’을 자경의 범주로 포함하고 있다(제2조 제4호 및 제5호 전문). 다만 농업법인은 농작업 범위에 제한을 받지 않는다(제5호 후문). 현행 농지법 역시 자경농은 물론 자영농을 농업인으로 인정하는 것이다. 농업은 대표적인 노동집약적 산업으로 계절이나 날씨와 같은 외부환경의 변화와 농작물의 생육 단계에 따라 필요한 인력의 차이가 크다. 즉 이른바 농번기(파종기인 4~6월부터 수확기인 9~10월 사이)에 노동 수요가 집중된다. 자영농은 많은 노동력이 필요한 국면마다 일정한 보수를 지급하고 타인을 고용해 농업경영을 하는 것이다. 따라서 자영농과 농업노동자 간 노무 제공 약정의 법적 성격은 민법상 고용이며, 특별법인 근로기준법이 우선 적용된다(민법 제655조, 근로기준법 제12조).¹⁶⁴⁾

나. 파산절차에서 쌍방미이행 고용계약의 처리

파산절차에서 고용계약은 쌍방미이행 쌍무계약으로 채무자회생법 제335조가 적용된다. 그러나 민법은 사용자 파산의 경우 특칙을 두고 있다. 즉 사용자가 파산선고를 받은 경우에는 고용기간의 약정이 있는 때에도 노무자 또는 파산관재인은 계약을 해지할 수 있고, 이 경우에 각 당사자는 계약해지로 인한 손해의 배상을 청구하지 못한다(민법 제663조).¹⁶⁵⁾ 그 취지는 종속 관계에 있는 근로자를 보호하기 위해 종전 근로계약의 구속에서 벗어날 수 있도록 하려는 데 있다.¹⁶⁶⁾ 이때 파산관재인은 민법 제663조 또는 채무자회생법 제335조에 따른 계약 해제권을

163) 대법원 1972. 9. 26. 선고 72다77 판결.

164) 농업은 대표적인 3D 업종으로 국내 근로자들의 기피 대상이다. 그 결과 외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률(이하 ‘외국인 고용법’이라 한다) 시행령 제3조에 따른 외국인력정책위원회에서 심의 및 의결하는 ‘외국인 근로자를 고용할 수 있는 사업 및 그 규모’ 중 농업 분야에 배정된 외국인 근로자 수는 2025년 기준 무려 7만 9천명에 달한다(농민신문, 올해 농업분야 외국인 근로자 7만9000명 배정(2025. 9. 25 방문) - <<https://www.nongmin.com/article/20250326500035>>). 또한, 국내 농업 현장에서 외국인 근로자가 차지하는 비율은 농번기인 4~10월 기준 90%에 달하며, 상당수가 불법체류자로 추정된다고 한다(뉴스에듀, 농촌인력, 10명 중 6명 외국인 근로자 ‘외국인 없으면 농사불가능’(2025. 9. 25 방문) - <<http://www.newsedu.co.kr/news/articleView.html?idxno=96816>>).

165) 도급계약과 달리 일본 민법 제631조(사용자에 대한 파산절차 개시에 의한 해약신청)는 우리 민법과 같은 규정을 두고 있다. 원문은 다음과 같다.

日本 民法 第六百三十一條 使用者が破産手続開始の決定を受けた場合には、雇用に期間の定めがあるときであっても、労働者又は破産管財人は、第六百二十七條の規定により解約の申入れをすることができる。この場合において、各当事者は、相手方に 對し、解約によって生じた損害の賠償を請求することができない。

가치므로, 파산관재인이 채무자회생법 제335조에 따른 해제권을 선택하면 근로자의 손해배상 청구가 인정된다는 견해가 있다(채무자회생법 제337조).¹⁶⁷⁾ 그러나 민법 제663조를 채무자회생법 제335조의 특칙으로 이해하는 이상 입법론은 별론 조항마다 적용 여부를 달리 해석할 수는 없다고 본다. 따라서 파산관재인이 계약을 해제하더라도 근로자는 손해배상을 청구하지 못한다.

농지소유자가 파산한 경우 파산관재인은 즉시 농업근로자를 해고해야 한다.¹⁶⁸⁾ 파산관재인의 해고는 통상해고로 취업규칙이나 단체협약에서 정리해고에 관한 내용을 규정하고 있더라도 이에 구속받지 않는다.¹⁶⁹⁾ 그러나 파산절차는 청산절차로 해고의 정당한 사유가 될 뿐이므로(근로기준법 제23조 제1항)¹⁷⁰⁾, 파산관재인은 근로자에게 해고 사유와 해소 시기를 서면으로 통보해야 하며, 적어도 30일 전에 해고를 예고하거나 30일분 이상의 통상임금을 지급해야 한다(근로기준법 제26조, 제27조).¹⁷¹⁾ 해고예고수당 또는 해고예고 기간 중 발생한 임금은 재단채권이다(채무자회생법 제473조 제8호).

다만 농지소유자가 파산한 경우 농작물은 그 특성상 단기에 수확할 수 있으므로, 파산관재인은 농업경영의 영업 계속 여부와 함께 종전 근로자를 보조인으로 채용하는 방안을 검토할 필요가 있다. 특히 해고예고 기간인 30일 전후로 농작물의 수확을 마칠 수 있다면 해고예고수당을 지급하기보다는 해고예고를 거쳐서 해고하는 것이 바람직하다. 파산절차에서 영업을 계속할 경우 가장 큰 문제 중 하나는 인건비와 같은 재단채권이 증가해 배당재원에 영향을 미친다는 점이다.¹⁷²⁾ 그런데 농업근로자는 대부분 계절성 단기근로자이므로, 농작물을 수확할 때까지 보조인으로 고용하더라도 임금 외에 퇴직금과 같은 인건비가 추가로 발생한 여지는 적다. 따라서 파산관재인은 농지소유자가 파산한 경우 종전 근로자를 보조인으로 고용해 영업을 계속하는 방법을 적극적으로 고려해야 한다.

한편 농업근로자는 외국인 근로자가 대부분을 차지하고, 그중 상당수가 불법체류자라는 점을 주의해야 한다. 외국인에게도 당연히 근로기준법이 적용된다.¹⁷³⁾ 그런데 출입국관리법은 체류자격을 가지지 아니한 사람의 고용을 금지하고 있다(제18조 제3항). 또한, 체류자격을 가지지 아니한 사람을 고용한 사람은 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(제94조 제9호). 이 경우에도 불법체류자는 근로기준법의 적용대상이며, 그와 체결한 근로계약도 사법

166) 전병서, 앞의 책, 233쪽.

167) 전대규, 앞의 책, 1284쪽.

168) 서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 217쪽.

169) 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003다7005 판결.

170) 전병서, 앞의 책, 234쪽.

171) 파산관재인이 쌍방미이행 쌍무계약의 규정에 따라 근로자를 해고할 때도 근로기준법상 해고제한 규정(제23조 내지 제30조)이 적용된다는 견해로는 노영보, 앞의 책, 346쪽.

172) 서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 167쪽.

173) 노동부 근기 68207-1090, 1994. 7. 7.

상 유효하다.¹⁷⁴⁾ 그러나 법원에 의해 선임된 파산관재인이 실정법을 위반해 불법채류자를 보조인으로 재차 고용하는 것은 허용되지 않는다. 그 외에도 농지소유자가 불법채류자 고용에 따른 형사 처벌을 우려해 외국인 근로자 고용 사실을 숨길 우려가 있다. 불법채류자라 할지라도 근로의 대가인 임금은 재단채권이므로(채무자회생법 제473조 제10호), 파산관재인은 특히 농번기를 중심으로 고용관계를 면밀히 살펴야 한다.

9. 담보농지 관련 쟁점

가. 농지법상 담보농지

구 농지개혁법은 농가에 분배한 농지를 원칙적으로 5년간 상환하도록 하고, 상환을 마칠 때까지 농지에 담보권을 설정할 수 없도록 하였다(제13조 제2호, 제16조 제2호). 농지개혁법상 담보권자의 자격에는 아무런 제한이 없었지만, 비농민은 농지를 취득할 수 없는 결과 농협과 그 조합원 간에 담보거래가 주를 이루었다.¹⁷⁵⁾ 이후 농업자금의 원활한 조달과 농가 경제의 향상을 위해 1966년 농지담보법이 제정되었다(제1조). 이 법은 농지 저당기관을 농협을 비롯한 일부 금융기관으로 한정하였고(제3조), 농지 저당권 실행에 따른 임의경매절차에서 경매가 2회 이상 유찰된 때에는 농지 저당기관이 농지개혁법상 농지매매증명 없이¹⁷⁶⁾ 농지를 취득할 수 있도록 하였다(제4조 제1항).¹⁷⁷⁾ 동법에 따른 농지 저당기관이 아닌 자도 농지를 담보로 제공받을 수 있었으나¹⁷⁸⁾, 이 경우에는 농지매매증명을 받아야 임의경매절차에서 농지를 취득할 수 있었다. 그 외에도 경락자 없는 농지는 농지 저당권을 설정한 소유자나 그 상속권자 또는 경작자가 수의계약을 통해 매수할 수 있도록 하거나(제4조 제2항 단서), 선이자 및 복리 금지를 규정하는 등 농민을 보호하기 위한 여러 규정을 두었다(제6조).

현행 농지법도 대체로 농지담보법과 유사한 내용을 규정하고 있다. 즉 농지의 저당권자로서 법이 정한 자는 농지 저당권 실행을 위한 경매기일을 2회 이상 진행하여도 경락인이 없으면 그 후의 경매에 참가해 그 담보농지를 취득할 수 있다(제13조 제1항). 이 경우 농지저당권자는 농지취득자격증명을 발급받지 않아도 농지를 취득할 수 있다(제6조 제6호, 제8조 제1항 제1호). 농지법은 농지저당권자의 범위를 일반 금융기관·한국자산관리공사·유동화전문회사까지 대폭 늘렸다. 또한, 농지저당권자는 농지 경매절차에서 취득한 농지의 처분을 한국농어촌공사

174) 노동부 근기 68201-2652, 1998. 10. 10.

175) 송재일, “농지담보에 관한 법적 연구 - 농협의 채권관리와 조합원의 구제수단을 중심으로”, 109쪽.

176) 등기선례 제3-782호 「농지담보법 제4조의 규정에 의하여 농지저당기관이 담보농지를 인수하는 경우에 있어서 농지매매증명의 여부」

177) 서울고등법원 1979. 2. 9. 선고 78나2262 판결.

178) 채판예규 제116호 「농지담보법 제3조 해석(재민 76-8)」

에 위임할 수 있다(제13조 제2항). 한국농어촌공사는 처분을 위임받은 농지를 공매의 방법으로 처분해야 한다(동법 시행령 제12조 제2항). 농지법은 법에서 정한 농지저당권자에 대하여 담보 농지 취득에 관한 특례를 인정할 뿐이므로, 법에서 정한 자가 아니더라도 당연히 농지를 담보로 제공받을 수 있다. 다만 이 경우에는 농지취득을 위해 농지취득자격증명을 요할 뿐이다. 결국, 농지의 담보 제도는 민사법상 담보와 농지법상 담보로 구분할 수 있다.¹⁷⁹⁾

나. 별제권인 농지 저당권의 처리

파산절차에서 농지 저당권은 당연히 별제권이고, 별제권자는 파산절차에 의하지 아니하고 별제권을 행사할 수 있다(채무자회생법 제411조 및 제412조). 이때 근저당권의 피담보채무는 파산선고시를 기준으로 확정된다.¹⁸⁰⁾ 파산절차에서 농지 저당권의 취급은 일반적인 별제권의 목적인 부동산의 환가 방법과 같다.¹⁸¹⁾ 즉 ① 별제권자와 협의 후 별제권 목적의 환수 및 임의 매각을 병행하는 방법(제492조 제1호 및 제14호), ② 별제권의 실행을 촉구하는 방법, ③ 민사 집행법에 따라 별제권의 목적인 부동산을 환가하는 방법(제497조)이 있다. 파산관재인은 파산 재단의 극대화를 위해 담보농지의 환가에 재량을 가진다. 다만 별제권이 농지법상 담보인 경우에는 담보농지 취득의 특례가 인정되므로, 파산관재인은 임의매각이 어렵다고 판단하는 경우 ② 별제권의 실행을 촉구하는 방법을 먼저 강구할 필요가 있다. 한편 금융기관이 농지법상 담보농지 취득 특례에 따라 담보농지를 직접 취득하더라도 환가가 어려워 대부분 한국농어촌공사에 처분을 위임하고 있다.¹⁸²⁾ 입법론으로 채무자회생법에 따라 파산이 선고된 경우에도 파산관재인이 법원의 허가를 받아 한국농어촌공사에 농지의 처분을 위임할 수 있도록 개정할 필요가 있다. 현행 농지법하에서도 회생법원이 한국농어촌공사와 농지매도위탁에 관한 별도의 협약을 체결하는 방법을 검토해볼 수 있을 것이다.

10. 농지법의 실효성 확보수단에 관한 쟁점

가. 농지의 처분의무 관련 쟁점

(1) 농지법상 농지의 처분의무

농업의 구조를 개선하고 생산성을 향상하기 위해 1990년 제정된 농어촌발전특별조치법은

179) 송재일, “농지담보에 관한 법적 연구 - 농협의 채권관리와 조합원의 구제수단을 중심으로-”, 106쪽.

180) 대법원 2001. 6. 1. 선고 99다66649 판결.

181) 서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 415쪽 이하.

182) 송재일, “농지담보에 관한 법적 연구 - 농협의 채권관리와 조합원의 구제수단을 중심으로-”, 112쪽.

농업진흥지역¹⁸³⁾ 내 농지 소유 상한을 최대 20만㎡까지 대폭 확대하였다(제43조의2 제1항 및 제2항). 그 대신 상속이나 이농 기타 대통령령이 정하는 계약 외의 원인으로 인해 자경 또는 자영하지 않거나 농촌진흥지역 밖의 농지를 3만㎡를 초과해 취득한 경우 등 일정한 사유가 발생한 때에는 당해 농지를 취득한 날로부터 3년 이내에 3만㎡를 초과하는 면적에 해당하는 농지를 처분하도록 규정하였다(제43조의3 제2항). 이른바 사전 규제에서 사후 처분으로 농지 소유 제한의 패러다임을 전환한 것이다.¹⁸⁴⁾ 또한, 농림수산부장관은 농지소유자가 처분 의무기간 안에 처분대상농지를 처분하지 아니한 때에는 그 처분의무기간 만료일부터 6월 이내에 농어촌진흥공사로 하여금 그 농지를 협의매수하게 할 수 있었다(제43조의3 제3항). 농지의 처분의무는 농어촌발전특별조치법에서 최초로 도입된 것이다.

현행 농지법은 농어촌발전특별조치법상 농지 처분의무 제도를 승계하였다. 즉 농지소유자는 소유 농지를 정당한 사유 없이 자기의 농업경영에 이용하지 아니하거나 이용하지 아니하게 되었다고 농지 소재지 관서의 장이 인정한 경우와 같이 법이 정한 일정한 사유가 발생한 때에는 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 해당 농지를 그 사유가 발생한 날 당시 세대를 같이 하는 세대원이 아닌 자, 그 밖에 농림축산식품부령으로 정하는 자에게 처분하여야 한다(농지법 제10조 제1항). 농지 소재지 관서의 장은 농지 처분의무가 생긴 농지의 소유자에게 청문을 거쳐 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 처분 대상 농지, 처분의무 기간 등을 구체적으로 밝혀 그 농지를 처분하여야 함을 알려야 한다(제10조 제2항, 제55조 제1호).

대법원은 농지처분의무통지에 관해 “농지처분의무통지를 전제로 농지처분명령, 농지법 제65조에 의한 이행강제금부과 등의 일련의 절차가 진행되는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 통지는 단순한 관념의 통지에 불과하다고 볼 수는 없고, 상대방의 의무에 직접 관계되는 독립한 행정처분으로서 항고소송의 대상이 된다”라고 판시하면서 “농지처분의무통지와 농지처분명령은 동일한 행정 목적을 달성하기 위해 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로 서로 결합해 농지 처분의무를 부과하는 법률효과를 발생시키므로, 종국처분인 농지처분명령의 확정판결이 있었다면 농지처분의무통지의 취소소송은 더 이상 이를 유지할 이익이 없다”라고 하였다.¹⁸⁵⁾

(2) 파산절차에서 농지의 처분의무에 관한 쟁점

파산절차는 포괄집행절차로 채무자의 재산으로 구성된 파산재단의 해체·청산을 목적으로 한다. 따라서 채무자의 영농의사는 언제나 부정된다. 이러한 측면에서 채무자가 처음부터 영농

183) 농지를 효율적으로 이용 및 보전함으로써 농업 생산성 향상을 꾀하기 위하여 정부가 지정하는 지역으로, 상당한 규모로 농지가 집단화된 지역으로서 농업 목적으로 이용하는 것이 필요한 지역인 농업진흥구역과 농업진흥구역의 농업환경을 보호하는 데 필요한 지역인 농업보호구역으로 구분된다(농어촌발전특별조치법 제40조).

184) 김대명, “농지의 소유제도 연구”, 『법학연구』, 제33집(2009), 17면.

185) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001두8742 판결.

의사 없이 농지를 취득한 경우와 구분의 실익이 작다. 이 경우에도 농지 소재지 관서의 장이 농지처분의무통지를 할 수 있는지 문제된다. 농지법 시행령은 농지처분의무가 면제되는 정당한 사유 중 하나로 '농업법인이 청산 중인 경우'를 명시하고 있다(시행령 제9조 제1항 제3호 바목, 제24조 제1항 제4호). 농업법인은 농어업경영체법 제16조에 따른 영농조합법인과 같은 법 제19조에 의한 농업회사법인을 말한다(농지법 제2조 제3호).

먼저 영농조합법인의 파산은 해산 사유이다(농어업경영체법 시행령 제13조 제3호). 다음으로 농업회사법인에 관하여 농어업경영체법에서 규정한 사항 외에는 상법 중 회사에 관한 규정을 준용하고(농어업경영체법 제19조 제11항), 농업회사법인의 설립 유형은 합명회사·합자회사·유한책임회사·주식회사·유한회사이다(농어업경영체법 시행령 제17조 제1항). 그리고 이들 회사에서 파산은 모두 해산 사유이다(상법 제227조 제5호, 제269조, 제287조의38 제1호, 제227조 제5호, 제517조 제1호, 제609조 제1항 제1호). 결국, 농업법인에 파산이 선고되었다면 농지처분의무가 면제되는 '농업법인이 청산 중인 경우'에 해당해 농지 소재지 관서의 장은 농지처분의무통지를 할 수 없다고 본다. 또한, 개인인 농업인을 농업법인과 다르게 취급할 이유는 없으므로, 위 규정을 유추적용해 파산선고를 받은 농업인 역시 농지처분의무가 면제된다고 해석해야 한다.

채무자에게 이미 농지처분의무통지가 이루어진 뒤 파산이 선고되었더라도 파산선고 사실만으로 종전 처분이 당연히 실효된다고 볼 수는 없다. 농지처분의무통지는 농지처분명령과 이행강제금으로 이어지는 제재적 처분의 일환으로 행정기본법상 재심사 청구의 대상도 되지 않는다(행정기본법 제37조 제1항). 따라서 파산관재인은 농지처분의무통지의 불복기간 이내라면 이의신청 또는 행정쟁송을 제기하여야 하고, 그 이후라면 농지 소재지 관서의 담당 공무원과 농지처분의무통지의 직권 취소를 협의해야 한다. 만약 채무자가 농지처분의무통지에 대한 이의신청 또는 행정쟁송을 제기한 이후에 채무자에게 파산이 선고되었다면 그 절차는 파산관재인이 수계할 때까지 중단된다(채무자회생법 제347조 제1항, 제350조). 농지처분의무통지는 최종적으로 이행강제금으로 이어져 파산재단에 직접적인 영향을 미치는 행정처분으로써 파산관재인이 파산재단의 이익을 위해 다룰 필요¹⁸⁶⁾가 있기 때문이다. 한편 농지처분의무 기간에 파산관재인이 농지를 환가하였다면 농지처분의무통지는 그 목적을 달성해 당연히 실효된다.¹⁸⁷⁾

나. 농지처분명령 관련 쟁점

(1) 농지법상 농지처분명령

농지 소재지 관서의 장은 농지의 처분의무 기간에 처분 대상 농지를 처분하지 아니한 경우

186) 전대규, 앞의 책, 1843면.

187) 박균성, 「행정법강의(제22판)」, 박영사, 2025, 362쪽.

와 같이 일정한 사유가 있는 때에는 해당하는 농지소유자에게 6개월 이내에 그 농지를 처분할 것을 명할 수 있다(농지법 제11조 제1항). 농지처분명령을 받은 농지소유자는 한국농어촌공사에 그 농지의 매수를 청구할 수 있다(동조 제2항). 한편 농지 소재지 관서의 장은 농지 처분의무 기간에 처분 대상 농지를 처분하지 아니한 농지소유자가 해당 농지를 자기의 농업경영에 이용하거나 한국농어촌공사와 해당 농지의 매도위탁계약을 체결한 경우에는 처분의무 기간이 지난날부터 3년간 처분명령을 직권으로 유예할 수 있다(제12조 제1항). 농지 소재지 관서의 장은 처분명령을 유예받은 농지소유자가 처분명령 유예 기간에 제12조 제1항에 따른 유예 사유의 어느 하나에도 해당하지 아니하게 되면 지체 없이 그 유예한 처분명령을 하여야 한다(동조 제2항). 반면 농지소유자가 처분명령을 유예받은 후 그 유예 기간이 지난 경우에는 유예된 농지의 그 처분의무만 없어진 것으로 본다(동조 제3항). 처분명령에 관한 상세한 요강은 농림축산식품부 예규 제40호 「농업경영에 이용하지 않는 농지 등의 처분 관련 업무처리요령」에서 정하고 있다.

(2) 파산절차에서 농지처분명령 관련 쟁점

농지처분의무 기간에 있는 채무자에게 파산이 선고되었다면 파산관재인은 전술한 바와 같이 농지처분의무통지에 대해 다투어야 한다. 이때 농지 소재지 관서의 장이 농지처분의무 기간에 농지를 처분하지 않았다는 이유로 농지처분명령을 할 수 있는지 문제된다. ① 농지처분의무통지와 농지처분명령은 동일한 행정목적의 달성을 위해 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여진다는 점¹⁸⁸⁾, ② 농지법상 농지처분명령 사유는 ‘농지법 제10조’에 따른 처분의무 기간에 처분 대상 농지를 처분하지 않은 경우라고 규정되어 있고, ‘농지법 제10조 제1항’은 농지의 처분의무가 발생·면제되는 경우를 열거하고 있는 점, ③ 농지처분명령의 유예 사유 역시 ‘농지법 제10조 제1항’에 따른 처분의무 기간에 처분 대상 농지를 처분하지 않은 경우를 전제하는 점 등을 종합하여 보면, 농지처분명령은 그 명령 당시에도 농지처분의무 사유가 있을 것을 요한다고 본다.

이와 달리 해석하면 농지법이 농지처분의무 면제 사유를 광범위하게 규정한 취지가 몰각되고, 어떠한 사유로든 농지처분의무통지를 받은 자는 농지의 자경 또는 한국농어촌공사와 매도위탁계약을 체결한 경우 외에는 반드시 농지를 처분해야 한다는 결과가 되어 부당하다. 따라서 농지처분명령 당시에 채무자에게 이미 파산이 선고되어 농지처분의무 면제 사유가 발생한 이상 농지 소재지 관서의 장은 농지처분명령을 하지 못한다. 그런데도 농지 소재지 관서의 장이 농지처분명령을 하였다면 파산관재인이 행정쟁송을 제기할 수 있는 것은 물론이다. 이때 파산관재인은 파산재단의 극대화를 위해 농지처분명령을 기다려 한국농어촌공사에 농지매수

188) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001두8742 판결.

청구를 하는 전략적 환가방법을 검토해볼 수 있을 것이다(농지법 제11조 제2항). 그 외에 채무자에게 이미 농지처분명령이 이루어진 뒤 파산이 선고되었다면 전술한 농지처분의무통지가 이루어진 뒤 파산이 선고된 경우와 같은 방법으로 처리한다.

다. 농지처분명령 위반에 따른 이행강제금 관련 쟁점

(1) 농지법상 이행강제금

농지 소재지 관서의 장은 농지 처분명령을 받은 후 정당한 사유 없이 지정기간까지 그 처분명령을 이행하지 아니한 자에게 해당 농지의 감정평가법인 등이 감정평가한 감정가격 또는 개별공시지가 중 더 높은 가액의 100분의 25에 해당하는 이행강제금을 부과한다(농지법 제63조 제1항). 농지 소재지 관서의 장은 이행강제금을 부과하기 전에 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 미리 문서로 알려야 하고, 이행강제금을 부과하는 경우 그 금액·부과 사유·수납기관·이의 제기 방법·이의제기 기관 등을 명시한 문서로 하여야 한다(동조 제2항 및 제3항). 농지 소재지 관서의 장은 처분명령 이행 기간이 만료된 다음 날을 기준으로 하여 그 처분명령이 이행될 때까지 이행강제금을 매년 1회 부과·징수할 수 있다(동조 제4항). 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이의를 제기하면 비송사건절차법에 따른 과태료 재판에 준하여 재판을 한다(동조 제7항).

대법원은 이행강제금 부과처분의 불복절차에 관하여 “농지법은 이행강제금 부과처분에 대한 불복은 비송사건절차법에 따른 재판절차가 적용되어야 한다고 분명하게 규정하고 있으므로, 이와 다른 불복절차를 허용할 수 없다. 따라서 이행강제금 부과처분은 항고소송의 대상이 될 수 없으며, 설령 관할청이 재결청에 행정심판을 청구하거나 관할 행정법원에 행정소송을 할 수 있다고 잘못 안내하더라도 행정법원에 항고소송의 재판관할이 생긴다고 볼 수도 없다”라고 판시하였다.¹⁸⁹⁾ 농지법이 이행강제금 부과처분에 대해 비송사건절차법에 따라 불복하도록 규정한 취지는 불복수단의 한 유형인 행정쟁송을 배제하고 비송사건절차법에 따른 과태료 재판절차에 전속하도록 하려는 데 있다.¹⁹⁰⁾

(2) 파산절차에서 농지법상 이행강제금 관련 쟁점

파산절차에서 농지처분명령을 받은 채무자가 처분명령을 이행하지 못해 이행강제금 부과처분을 받은 뒤 파산이 선고되었다면 이행강제금 역시 파산선고 전의 원인으로 생긴 재산상의 청구권으로 파산채권이 된다(채무자회생법 제423조). 이행강제금은 의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 적절한 이행 기간을 부여하고, 그 기한까지 행정상 의무를

189) 대법원 2019. 4. 11. 선고 2018두42955 판결.

190) 황용남, “농지법상 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차”, 『행정판례연구』, 제25권 제2호(2020), 56쪽.

이행하지 않으면 금전급부의무를 부과하는 것이기 때문이다(행정기본법 제30조 제1항 제2호). 그런데 이행강제금은 지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률에 따라 징수하는 청구권으로서(농지법 제63조 제8항), 그 징수의 우선순위가 일반 파산채권보다 우선하지 않아 재단채권이 아니다(채무자회생법 제473조 제2호). 또한, 이행강제금은 행정상 의무불이행에 따라 부과하는 금전급부의무이므로, 그 성질상 후순위 파산채권인 벌금·과료·형사소송비용·추징금 및 과태료와 유사하다. 따라서 이행강제금은 물론 그 가산금 역시 후순위파산채권이라고 본다.¹⁹¹⁾

한편 파산선고를 받은 채무자에게 아직 이행강제금이 부과되지 않았거나 반복하여 이행강제금을 부과할 사유가 발생한 경우 농지 소재지 관서의 장은 농지처분명령 불이행을 이유로 이행강제금을 부과할 수 있는지 문제된다. 농지법은 농지처분명령을 이행하지 않은 때라도 법률 또는 법원의 판결 등에 따라 처분이 제한되는 경우에는 농지처분명령 불이행에 정당한 사유가 있다고 보아 이행강제금을 부과하지 않는다고 규정하고 있다(농지법 제63조 제1항 제1호, 동법 시행령 제75조 제3항 제2호). 그런데 채무자에게 파산이 선고되면 농지는 파산재단에 속하고, 채무자의 관리처분권은 파산관재인에게 이전된다(채무자회생법 제384조). 또한, 파산관재인은 농지의 처분에 관해 법원의 허가를 받아야 한다(제492조 제1호). 따라서 농지처분명령을 이행하지 않은 때라도 '법률 또는 법원의 판결 등에 따라 처분이 제한되는 경우'에 해당하므로, 농지 소재지 관서의 장은 이행강제금을 부과할 수 없다고 본다.

채무자가 파산선고 전에 이행강제금에 대해 이의를 제기해 비송사건절차법에 따른 과태료 재판이 진행 중이라면 파산선고 후 '파산재단에 관한 소송'으로 그 절차가 중단되는지도 살펴볼 필요가 있다. 실무상 질서위반행위규제법을 위반해 과태료 재판절차 중에 파산이 선고되더라도 이를 '파산재단에 관한 소송'이라고 보기는 어려워 과태료 재판은 중단되지 않는다고 보고 있다.¹⁹²⁾ 그러나 농지법상 이행강제금의 불복수단이 비송사건절차법에 따른 과태료 재판절차로 제한되어 있다고 해서 파산선고에 따른 절차 중단 여부를 질서위반행위규제법에 따라 과태료가 부과된 경우와 같게 볼 수는 없다. 이행강제금은 파산재단에 직접적인 영향을 미치는 행정처분으로 파산관재인이 파산재단의 이익을 위해 직접 다룰 필요가 있으므로, 파산선고로 그 절차가 중단된다고 본다.¹⁹³⁾ 다만 이행강제금은 후순위 파산채권으로 그 청구권을 가진 자는 지체 없이 그 액 및 원인을 법원에 신고해야 하고(채무자회생법 제471조 제1항), 이 경우 파산관재인은 채무자가 할 수 있는 불복절차에 의해서만 이의할 수 있다(제472조). 따라서 이행강제금은 파산채권 신고·조사의 대상이 아니다. 그 결과 파산관재인은 이행강제금에 이의가

191) 같은 논리로 과징금은 후순위 파산채권이라는 견해로 김정만/정문경/문성호/남준우, 앞의 논문, 459면. 한편 최근 하급심 중에는 과징금이 후순위 파산채권이라고 판시한 사례가 있다(대전지방법원 2023. 6. 20.자 2022합7055 결정).

192) 서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 83쪽.

193) 비송사건에서도 절차보장을 위해서는 민사소송법 제239조 소정의 파산선고로 말미암은 소송절차의 중단에 관한 규정을 유추적용할 필요가 있다는 견해로는 전대규, 앞의 책, 2163쪽.

있는 때에는 중단된 과태료 재판절차를 수계해야 한다.

11. 소 결

파산관재인은 농지를 환가할 때 파산재단의 극대화를 위해 원칙적으로 임의매각해야 한다. 그러나 파산관재인이 농지의 현황을 서류를 중심으로 검토해본 결과 농지 여부에 의심이 있는 때에는 민사집행법에 따른 형식적 경매를 신청할 필요가 있다. 파산관재인은 법률전문가인 변호사로 농업에 대해 잘 알지 못하기 때문이다. 그런데도 파산재단의 이익을 위해 임의매각의 방법을 선택하였다면 파산관재인은 형식적 경매절차에 준해 농지의 임의매각을 진행해야 한다. 이 경우 파산관재인이 파산재단의 이해관계인도 아닌 매매계약의 상대방에게 농지의 취득 절차와 요건에 관한 정보를 제공할 의무까지는 없다 하더라도 법원에 의해 선임된 공적 수탁자의 지위에서 일정한 정보를 고지할 필요는 있다. 또한, 농작물은 파종 후 수확까지 많은 시간이 소요되지 않으므로, 영업 계속 여부를 적극 검토해야 한다.

파산절차에서 미이행 농지 매매계약의 처리는 일반적인 파산절차와 같다. 다만 매수인이 파산해 파산재단에 속한 농지취득을 위해 필요한 때에는 파산관재인은 채무자의 명의로 농지취득자격증명 발급신청권을 행사할 수 있다. 이 경우 농지 소재지 관서의 장은 원칙적으로 '영농의사'를 이유로 농지취득자격증명 반려처분을 하지 못한다. 파산관재인이 농지를 환가하기 위해서는 농지취득자격증명이 필요하고, 영농의사를 가진 최종 매수인을 통해 경자유전의 원칙을 관철할 수 있기 때문이다. 파산절차에서 농지의 명의신탁은 종중과 종중원 간에 활발하므로 특히 주의해야 한다. 종중이 파산하였을 때 종중원과 체결한 명의신탁이 유효하고, 종중 명의의 등기가 가능하면 소유권이전등기 후 환가한다. 명의신탁은 유효하지만 종중 명의의 등기가 불가능하면 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기청구권을 환가하는 방법, 파산등기를 위해 소유권이전등기를 촉탁하는 방법, 종중원과 화해계약을 체결하는 방법을 검토한다. 명의신탁이 무효라면 민사법상 명의신탁 법리에 따라 처리한다. 다만 명의신탁의 유형에 따라 종중과 매도인 간 매매계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하거나 명의신탁 및 물권변동의 무효로 제3자인 파산관재인에게 대항할 수 없는 때도 있다.

파산절차에서 상속 농지의 환가방법은 일반적인 파산절차와 같다. 그러나 상속채무가 상속재산을 초과하면 상속재산파산절차를 신청하는 방법을 검토해야 한다. 상속 농지는 농지취득자격증명 없이 취득할 수 있다. 취득시효를 원인으로 한 농지취득에도 농지취득자격증명을 요하지 않는다. 파산절차에서 파산관재인은 채무자의 포괄승계인으로 채무자의 점유권을 승계한다. 그러나 파산관재인은 관리처분권만을 행사하는 결과 이전 점유의 태양과 하자를 승계한다. 파산절차에서는 취득시효의 법률관계가 다소 변경된다. 즉 취득시효를 원인으로 한 소유권이전등기청구권은 채권적 청구권에 불과해 파산선고가 있으면 파산채권으로 취급된다. 파산선고

후에 취득시효가 완성되었다더라도 파산관재인에게 대항할 수 없다. 포괄집행절차인 파산절차 계속 중에 파산재단에 속한 농지의 취득시효를 인정한다면 절차적 안정성을 해치기 때문이다.

파산절차에서 농지의 위탁경영은 미이행 도급계약의 법리를 따른다. 다만 도급인이 파산하더라도 수급인이 도급계약을 해제할 수 있고, 수급인이 파산한 때는 파산관재인이 채무자 또는 제3자에게 일을 완성하게 할 수 있다는 민법상 특칙이 있다. 또한, 민법의 내용이 채무자회생법의 특칙인 이상 어느 경우든 수급인은 도급계약 해제를 이유로 파산관재인에게 손해배상 청구를 하지 못한다. 농지 위탁경영에서 수급인의 기성고에 따른 보수는 건설공사계약과 달리 농작업의 특성을 반영해 산정해야 한다. 파산절차에서 농지의 자영은 미이행 고용계약의 법리를 따른다. 다만 농업은 국내 근로자가 기피하는 대상으로 농업근로자의 상당수가 불법체류자인 외국인 근로자라는 점을 주의해야 한다. 즉 영업 계속을 검토할 때는 기존 보조인을 고용할 수 있는지 따져봐야 하며, 불법체류자라 할지라도 임금채권은 재단채권이므로 이를 보호할 필요가 있다.

파산절차에서 농지 저당권은 별제권의 법리를 따른다. 다만 농지 저당권자에게 담보농지 취득의 특례가 인정되므로, 파산관재인은 별제권 실행을 촉구하는 방법을 먼저 검토해야 한다. 파산절차에서 농업회사 법인의 파산은 농지처분의무가 면제되는 '농업법인이 청산 중인 경우'에 해당한다. 농업인 파산 때도 이 규정이 유추적용된다. 농지처분명령은 농지처분의무를 전제하므로, 농지처분의무 기간 중에 채무자에게 파산이 선고되었다면 농지처분의무 면제 사유가 발생해 더 이상 농지처분명령을 하지 못한다. 그러나 파산관재인은 농지처분명령을 기다려 한국농어촌공사에 농지 매수 청구를 하는 전략적 환가방법을 검토할 수 있다. 파산절차에서 농지처분명령 위반에 따른 이행강제금은 후순위파산채권이고, 파산재단에 관한 소송으로 중단된다. 또한, 파산관재인은 채무자가 할 수 있는 불복절차에 의해서만 이의할 수 있어 이행강제금은 파산채권 신고·조사의 대상이 아니다. 따라서 파산관재인이 이행강제금에 이의가 있는 때에는 중단된 과태료 재판절차를 수계해야 한다.

IV. 결 론

농지법은 경자유전과 투기 방지라는 역사적 배경과 농업 생산성 향상을 통한 경쟁력 강화라는 시대적 요구를 바탕으로 변천을 거듭했다. 그 결과 현행 농지법은 공법과 사법이 교차하는 가운데 민사법의 광범위한 예외를 규정하고 있다. 그런데 파산절차 역시 집단적 채무조정절차이자 포괄적 강제집행절차로 민사법의 광범위한 예외를 두고 있다. 따라서 파산절차에서 농지법의 해석은 예외와 특례가 혼재되어 필연적으로 복잡한 법률문제를 초래한다. 그러나 도산절

차에서 농지법을 다룬 선행 연구는 없다. 심지어 국내에서 출판된 도산법 교과서에서도 ‘농지’라는 단어 하나를 찾아보기 어려운 실정이다. 그 이유는 우리나라의 도산법 연구가 ① 도산절차에서는 회생절차, ② 기업 규모로는 중견기업이나 대기업, ③ 업종으로는 건설업이나 금융업, ④ 비교법으로는 미국법에 경도된 측면이 있기 때문이다.

파산절차에서 농업은 정반대의 위치에 있다. 즉 ① 회생절차가 아닌 파산절차에서 ② 대부분 영세한 중소기업¹⁹⁴⁾ 또는 개인인 ③ 농업에 속해있는 것이다.¹⁹⁵⁾ 이러한 문제는 비단 농업에만 국한되지 않는다. 어업·임업·축산업과 같은 1차 산업 전반에 걸친 공통적인 현상이다. 도산절차가 채무자의 재건을 통한 효율적인 회생 또는 조속한 청산을 거친 자원의 분배를 목적으로 한다는 점을 고려하면 안타까운 현실이 아닐 수 없다. 이 연구는 이러한 문제의식하에 시작되었다. 그러나 필자의 능력과 경험 부족, 나아가 선행 연구의 부재로 인해 여러모로 부실한 결과를 내놓게 되었다. 또한, 파산절차에서 농지의 소유·이용·보전 전반을 다루려던 당초 연구의도와 달리 분량 문제로 부득이 농지의 소유만을 연구 대상으로 한정하였다. 파산절차에서 농지의 이용과 보전에 관한 쟁점은 후속 연구로 조속히 작성할 계획이다.

한편 농지의 취득과 소유 제한은 경자유전과 투기 방지를 위한 조항으로 농지법 전반을 관통하는 중요한 내용이 아닐 수 없다. 그런데 파산절차에서 농지는 파산재단에 속하는 재산으로 환가의 대상일 뿐이다. 파산절차의 목적을 달성하기 위해서는 농지의 취득과 소유 제한의 예외사유 중 하나로 ‘채무자회생법에 따라 파산이 선고된 경우’를 명시할 필요가 있다. 또한, 파산관재인은 법률전문가인 변호사로 농업의 문외한이다. 한국농어촌공사는 농업 분야 전문가로 구성되어 농지의 매도·임대 위탁 사업을 전문적으로 처리하는 기관이므로, 파산절차에서도 한국농어촌공사에 농지의 처분이나 임대를 위임할 수 있도록 하는 등의 제도적 개선이 필요하다. 또한, 현행법에서도 회생법원과 한국농어촌공사 간 협약을 통해 파산절차에서 농지법의 이념에 맞는 농지의 환가방법을 강구해야 한다. 아무쪼록 이 연구가 도산절차에서 농지법의 취급은 물론 널리 1차 산업 또는 기초산업에 관한 연구의 실마리를 제공할 수 있기를 기대한다. ▣

(논문접수 : 2025. 09. 29. / 심사개시 : 2025. 10. 02. / 게재확정 : 2025. 10. 20.)

194) 농업, 임업 및 어업에서 중소기업이란 평균매출액 등이 1,000억 원 이하(소기업은 80억 원 이하)로 자산총액이 5,000억 원 미만인 기업을 말한다(중소기업기본법 제2조 제1항, 동법 시행령 제3조 제1항 제1호).

195) 중소기업이 아닌 채무자가 파산을 신청하는 예는 극히 드물다(서울회생법원 재판실무연구회, 앞의 책, 142쪽).

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김상용, 「민사판례평석」, 법원사, 1995
노영보, 「도산법 강의(제2판)」, 박영사, 2024
박균성, 「행정법강의(제22판)」, 박영사, 2025
서울회생법원 재판실무연구회, 「법인파산실무(제5판)」, 박영사, 2019
서울회생법원, 「개인파산관재인 직무편람(제4판)」, 사법발전재단, 2024
송덕수, 「신민법강의(제18판)」, 박영사, 2025
이정전 등, 「토지문제의 올바른 이해」, 박영사, 2006
왕승혜, 「농지법제 개선 방안 연구(연구보고 22-11)」, 한국법제연구원, 2022
전병서, 「도산법(제5판)」, 박영사, 2024
전대규, 「채무자회생법(제2권)(제9판)」, 법문사, 2025
사법연수원, 「법원실무제요 행정 II」, 사법발전재단, 2024
한국사법행정학회, 「주식 민법 : 물권 1(제5판)」, 한국사법행정학회, 2019
한국사법행정학회, 「주식 민법 : 채권각칙 1(제5판)」, 한국사법행정학회, 2022
伊藤眞等, 「條解 破産法(第2版)」, 弘文堂, 2014

2. 논문

- 강신섭, “농지매매와 소제지관서의 증명”, 「사법논집」, 제25집(1994)
고홍석, “부동산 매매계약에 따른 중도금 지급 이후 매수인의 파산관재인이 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제335조 제1항에 의해 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 해제권을 행사한 경우, 매매계약에서 정한 계약금 몰취 약정이 적용될 수 있는지 여부”, 「대법원판례해설」, 제97호(하)(2014)
김대명, “농지의 소유제도 연구”, 「법학연구」, 제33집(2009)
김세진, “토지거래규제 위반행위의 사법적 효력에 관한 판례의 변천 연구”, 「토지법학」, 제26권 제1호(2010)
김유성, “2024년 도산법 중요판례평석”, 「인권과정의」, 제529호(2025)
김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율 -해석론 및 입법론에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 「민사법학」, 제70호(2015)

- 김정만등, “법인파산실무의 주요논점”, 「저스티스」, 제124호(2011)
- 김지수, “농지취득자격증명발급심사요령의 위법부당성”, 「법학연구」, 제71호(2023)
- 박창수, “농지취득자격증명의 법적 성질과 매매, 경매 및 소유권이전등기의 효력에 대한 종합적 고찰”, 「저스티스」, 제84호(2005)
- 류창호, “중증의 농지 취득 및 소유에 관한 연구”, 「아주법학」, 제4권 제2호(2010)
- 송재일, “농지거래법제의 문제점과 개선방안”, 「민사법학」, 제49-1호(2010)
- 송재일, “농지담보에 관한 법적 연구 - 농협의 채권관리와 조합원의 구제수단을 중심으로 -”, 「한국협동조합연구」, 제29권 제2호(2011)
- 송재일, “국토의 균형발전, 경자유전원칙에 맞는 농지거래법제 개선 연구”, 「민사법학」, 제95호(2021)
- 양경승, “법률행위의 요건과 농지매매증명 및 농지취득자격증명의 성질”, 「사법논집」, 48집(2009)
- 양형우, “농지취득자격증명이 없는 농지거래행위와 소유권이전등기의 효력”, 「홍익법학」, 제16권 제2호(2015)
- 윤남근, “일반환취권과 관리인·파산관재인 의 제3자적 지위”, 「인권과정의」, 제386호(2008)
- 정한샘, “중증재산 처분에 관한 판례법리의 정합성”, 「가천법학」, 제17권 제4호(2024)
- 조병홍, “농지에 관한 명의신탁해지를 원인으로 한 소유권이전등기에 소재지 관서의 증명 이 필요한가”, 「판례연구」, 제3집(1992)
- 황용남, “농지법상 이행강제금 부과처분에 대한 불복절차”, 「행정판례연구」, 제25권 제2호(2020)
- 배운경, “농지법상 농지 해당성 판단기준”, 「대법원판례해설」, 제130집(2020)

3. 학위논문

송재일, 「농지거래에 관한 법적 연구」, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2010

4. 기타 자료

- 김대희, “농지법 해설”, 「월간 법제」, 3월호(1996)
- 한국농촌경제연구원, “농업법인 운영 실태와 시사점”, 「KREI이슈+」, 제34호(2025)

Abstract

A Study on Issues Related to Acquisition of Farmland and Restrictions on Farmland Ownership in Bankruptcy Proceedings

Jeong, Geon-Hui

The Farmland Act has evolved from its historical role of preventing land speculation to addressing modern demands for competitiveness through improved agricultural productivity. As a result, the current Farmland Act stipulates a wide range of exceptions to civil law at the intersection of public and private law regarding the acquisition and ownership of farmland. First, farmland is determined by whether it is actually used as farmland, regardless of the legal land category, such as rice fields, dry fields, or orchards. In this case, even if farmland is diverted in violation of the Farmland Act, it is still treated as farmland if it can be technically and legally restored. Anyone who intends to acquire farmland for agricultural management purposes must obtain a qualification certificate for acquisition of farmland. However, the qualification certificate for acquisition of farmland merely proves eligibility to acquire farmland as an attached document required for the registration of ownership transfer. Therefore, although a contract for the sale of farmland without such a certificate remains valid, ownership of farmland cannot be obtained without it.

Bankruptcy proceedings also stipulate a wide range of exceptions to civil law. Therefore, the interpretation of the Farmland Act in bankruptcy proceedings inevitably gives rise to complex legal issues due to the overlap of exceptions and special cases. This paper identifies and analyzes ten issues related to restrictions on the acquisition and ownership of farmland in bankruptcy proceedings. Specifically, it examines the realization of farmland, handling of unfulfilled sales contracts, title trusts, bankruptcy on inherited estates, adverse possession, entrusted management, mortgaged farmland, and disposal orders within the context of bankruptcy proceedings.

Key Words : Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act, Bankruptcy, Custodians, Farmland Act, Qualification Certificates for acquisition of Farmland, Title Trust, Entrusted Management, Mortgaged Farmland, Disposal Orders