

부동산이중매매에 대한 형사법적 고찰* **

Criminal legal review of Double Selling real estate sales

정 신 교***

Jeong, Shin Kyo

차 례

- | | |
|-----------------------|-----------------|
| I. 서론 | 1. 부동산이중매매의 배임죄 |
| II. 부동산이중매매의 효력 | 불성립론 |
| 1. 학설 및 판례 | 2. 부동산이중매매의 배임죄 |
| 2. 외국의 입법례 | 성립론 |
| III. 부동산이중매매의 형사법적 검토 | IV. 결 론 |
| | <abstract> |
| | <참고문헌> |

ABSTRACT

1. CONTENTS

(1) RESEARCH OBJECTIVES

If the sale of real estate is invalid pursuant to Article 103 of the Civil Act, it is absolutely invalid, and a third party of good faith who acquires the property from the second buyer will not be able to acquire ownership even if he /Etc., resulting in harm to the safety of the transaction. In order to find rational solutions to the problems of various legal relationships occurring in this way, we will examine the theory and precedents of the anti-socialism theory of real estate double-marketing, introduce foreign legislation, examine the effect of double-I would like to review the double sale of civil and criminal law.

(2) RESEARCH METHOD

First, a look at the implications and the legal relationship between the registered title turst and title turst of Real Estate. Second, the introduction of existing theories and case law on the criminal responsibility of registered title turst and title turst of Real Estate.

(3) RESEARCH FINDINGS

In the case of the second buyer, it is impossible to exclude the case that the seller,

* 이 논문은 서울대학교에서 개최한 2018년 하반기 한국부동산학회 발표논문을 수정한 것임

** 이 연구는 김천대학교 지원에 의해 수행됨

*** 김천대학교 경찰행정학과 교수

▷ 접수일(2018년 11월 26일), 수정일(1차 : 2018년 12월 7일, 2차 : 2019년 4월 19일), 게재확정일(2019년 5월 23일)

who is the other party, confesses himself to be punished, and that the second buyer must confess that he is evil in order to avoid serious punishment. Since the seller and the second buyer both confess if there is malice, it is possible to realize substantive justice in ownership.

2. RESULTS

It is reasonable to punish for double-crossing the property if it is double-trading it.

3. KEY WORDS

- Real estate double trading, real estate disclosure system, 1st buyer, 2nd buyer, breach of trust

국문초록

우리나라에서 부동산의 가치는 재산적 특수성과 거래관행을 고려할 때 매도인의 이중매매를 방지할 강력한 수단이 마련되어 있지 아니한 상황에서 거래의 현실을 고려할 때 부동산의 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 거래의 보호와 피해자의 구제 측면에서 그 처벌의 사회적 필요성은 요구된다. 이에 대해 이중매매의 비범죄화는 그동안 부동산 거래질서 상 당연히 인정해온 거래관계에서 혼란을 야기할 수 있고 더욱이 민사법질서 상 사적자치의 원칙이 적용됨에 따라 매도인과 제2매수인에게 악의로써 반사회적 행위가 없다면 등기 혹은 인도라는 공시방법을 갖추기만 하면 유효하게 소유권을 취득함에 따라 시세 차익 또는 재산 은닉의 목적으로 악용될 소지가 남아있어 이러한 이중매매 행위에 대해서는 처벌의 필요성이 있다. 뿐만 아니라 중도금을 지급한 매수인은 소유권 취득에 대한 기대권을 가지고 있음은 물론 매매대금을 모두 지급한 경우를 가정하면 매수인은 동산의 경우 점유개정의 상태와 유사하고 부동산의 경우 명의신탁관계에서 신탁자의 지위와 유사하다. 양자 모두 점유자 및 신탁자가 임의처분 할 경우 횡령죄로 처벌받게 되는데, 그동안 이중매매를 중도금 지급단계에서 배임죄로 처벌해온 것은 거래 관계에서 중도금지급-잔금지급을 구분하는 것은 거액의 매매대금을 마련하기 위한 시간적 여유를 두기 위한 것이고 매수인이 중도금을 지급하면 소유권 취득에 대한 기대권을 인정받을 수 있으나 매도인에 비해 열등한 지위에 있으므로 매도인의 이중매매는 매수인의 재산보전에 협력할 의무를 배신행위이기 때문이었다. 따라서 부동산을 이중매매 할 경우 배임죄로 처벌해 온 것은 타당하며 동산의 경우도 부동산과 다르지 않으므로 이중매매의 경우 배임죄로 처벌하는 것이 타당하다.

핵심어 : 부동산이중매매, 부동산 공시제도, 제1매수인, 제2매수인, 배임죄

I. 서론

매매계약에 의하여 부동산을 제1매수인에게 매도하였다고 하더라도 아직 등기부상의 소유자 명의를 여전히 매도인에게 있는 경우가 많

다.¹⁾ 이런 점을 악용하여 매도인이 그 목적부동산을 제2매수인과 별개의 계약을 하고 등기이전까지 완료하는 것을 이중매매(二重賣買) 또는 이중양도(二重讓渡)라고 한다. 현행 민법 제186조는 부동산에 관한 물권변동에 관하여 형식주의를 취하고 있다. 이에 부동산의 소유자가

1) 손동권, “부동산 이중매매에서의 기관책임”, 일감법학 제11호, 건국대학교법학연구소, 2007, p. 63.

해당 부동산을 일단 타인에게 매도하였다라고 그 부동산의 소유권을 넘겨주기 전까지는 얼마든지 이를 다시 제3자에게 매도할 수 있음은 물론, 제3자는 법률이 정하는 절차에 따라 등기를 마침으로써 선행하는 제1매수인에 관계없이 소유권을 취득하는 것이 원칙이다. 그러나 이와 같은 민법의 원칙론에 입각하여 부동산의 이중매매행위를 무한정으로 허용한다면 그것은 선량한 시민사회의 정의 관념에 반할 뿐만 아니라 거래의 안전을 보장할 수 없게 되어 일반적인 거래관계에서 요구되는 신의와 성실의 이념을 해치는 결과를 초래할 수도 있다. 그러므로 부동산의 이중매매계약이 민법 제103조에 의한 무효인지 여부와 관련하여 많은 논의가 있으며, 학설과 판례는 제2매수인이 매도인과 제1매수인 사이의 선행 매매사실을 알고도 부당하게 개입하여 제2매매계약을 체결하는 이른바 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우에 민법 제103조의 선량한 풍속, 기타 사회질서에 위반하는 법률행위로서 무효라고 한다. 판례는 부동산의 이중매매에 관하여 민법 제103조에 의한 무효라고 판시하면서 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인 명의의 소유권이전등기의 말소등기를 청구할 수 있다고 하여 제1매수인을 보호한다. 이러한 판례의 태도에 대하여 학자들은 반사회적 법률행위로서 민법 제103조에 해당하여 무효인 경우에는 그에 기하여 이루어진 제2매수인 명의의 소유권이전등기는 우리 민법 제746조 소정의 “불법원인급여”(不法原因給與)에 해당하게 되므로 매도인의 부당이득반환청구가 배척되어지고 그 결과 제1매수인은 매도인을 대위하여 부당이득반환청구권이나 소유권에 기한 반환청구권을 행사할 수 없게 된다.²⁾ 또한 법을 악용하여 제2매수인이 매도인에 대하여 소유권이전등기를 명하는 확정판결을 받은 경우 이를 근거하여 소유권이전등기를 경료하게 되면 확정판결에 의한 기판력에 저촉되어져 제1매수인의 대위권행사는 불가능하게 되는 문제가 발생된다.

다음으로 부동산 이중매매가 민법 제103조에 해당되어 무효라고 한다면 이는 절대적 무효로서 제2매수인으로부터 해당 부동산을 전득한 선의의 제3자는 적법한 절차에 의하여 등기를 갖추었다고 하더라도 소유권을 취득할 수 없게 되는 문제가 발생하는 등, 거래의 안전을 해치는 결과를 초래하게 된다. 이와 같이 발생하는 여러 가지 법률관계의 문제점에 대하여 합리적 해결 방안을 찾기 위하여 이하에서 부동산 이중매매의 반사회성론에 관하여 학설 및 판례를 살펴본 후 외국의 입법례를 소개하고 부동산 이중매매의 효력에 관해 검토와 더불어 형사법적 측면에서 고찰하고자 한다.

II. 부동산이중매매의 효력

1. 학설 및 판례

1) 학설의 태도

부동산의 매수인이 매매대금을 완납하고 이 전등기에 필요한 서류를 교부받은 때에는 물권행위가 있었던 것으로 해석하고 이러한 물권행위가 있으면 매수인에게 물권적기대권이라고 하는 물권적 권리가 취득된다. 그리고 이와 같은 물권행위가 있는 후에 이루어진 매도인의 이중매매행위만이 배임죄가 되는데, 이러한 매도인에 관하여 배임죄의 성립을 인정하면 어떤 경우에는 악의의 제2매수인도 배임죄의 교사 또는 공동정범이 될 수 있으므로 그러한 경우에는 제1매수인을 보호하기 위하여 제2매매계약의 사법상 효력도 부정된다고 한다. 이를 위한 우리 민법상의 이론 구성으로는 첫째, 우리 민법의 제103조에 해당하는 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 법률행위”를 이유로 제2의 매매를 무효로 한다는 이론구성이다. 둘째, 악의의 제2매수인으로 부터 선의로 전득한 자의 지위에 대하여는 선의의 취득자

2) 정상현, 불법원인급여제도론, 영남대학교 출판부, 2002, p. 37

가 보호를 받을 수 있게 하는 것이 거래의 안전을 확보하는 길이지만 등기의 공신력이 없는 우리나라에서 선의의 취득자가 보호받지 못하는 것은 이 경우에만 일어나는 문제는 아니므로 현재로서는 선의의 전득자에 대한 보호는 물권행위의 무인성 이론에 의하여 등기의 공신력이 없는데서 오는 흠결을 보완하는 방향으로 모색하는 수밖에 없을 것이다. 위와 같은 이론은 이른바 반사회적 이중매매의 문제를 물권적기대권의 이론과 관련시켜 다루고 있다. 그 후 학자들은 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하였을 때에는 매도인과 제2매수인 사이의 매매행위가 공서양속에 위배되어 무효라는 것을 큰 의문 없이 받아들여졌다.³⁾ 이에 대하여 의문이 제기되기 시작한 것은 비교적 근래의 일이다.

2) 판례의 태도

대법원은 1969년에 이르러 처음으로 부동산 이중매매가 반사회적 법률행위로서 무효라고 인정하였다.⁴⁾ 그 후 대법원은 여러 차례에 걸쳐 같은 취지의 판결을 반복함으로써 확립된 판례로 인정하고 있다.⁵⁾ 위와 같은 부동산 이중매매의 확립된 판례를 살펴보면 첫째, 어떠한 경우 부동산 이중매매가 반사회적인 경우로서 무효로 되느냐에 관하여 판례는 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하였을 것을 그 요건으로 들고 있다. 그러나 구체적으로 어떤 경우가 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담한 경우에 해당하는지는 반드시 명백하지 않다. 예컨대, 대법원 1974. 2. 26. 선고. 73다120 판결에서는 매도인과 제2매수인이 배임죄로 처벌받았다는 사실만으로는 매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없다고 한 반

면,⁶⁾ 대법원 1981. 12. 22. 선고. 81다카197 판결에서는 이중매매에 있어서 매도인의 범죄행위에 적극 가담하는 행위는 타인과의 매매사실을 알면서 매도를 요청하여 매매계약에 이르는 정도면 족하다고 판시하였다.

이와 함께 판례는 대체로 부동산의 객관적인 상태가 이미 타인이 양수하여 이를 이용하고 있다는 것을 제3자가 쉽게 알 수 있는 경우에 제2매수인이 매도인에게 이중으로 매도할 것을 적극 권유하였다면 그러한 부동산 이중매매는 반사회적 법률행위로서 무효라고 본다. 둘째, 부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위로서 무효라고 하여도 형식주의를 취하고 있는 우리 민법 하에서 등기하지 않은 제1매수인은 아직 소유권자가 아니므로 직접 제2매수인에 대하여 그 명의의 소유권이전등기의 말소를 구할 수는 없고 단지 매도인을 대위하여서만 제2매수인에게 이를 청구할 수 있을 뿐이다. 셋째, 위와 같이 매도인과 제2매수인 사이의 매매행위가 반사회적 법률행위라면 이는 제3자의 선의·악의를 불문하고 누구에 대하여도 그 무효를 주장할 수 있는 이른바 절대적 무효에 해당하므로 제2매수인으로부터 선의로 적법한 절차에 의하여 부동산을 전득한자라 하여도 보호를 받지 못하게 된다. 판례는 이를 당연한 것으로 인정하고 있다.⁷⁾

2. 외국의 입법례

1) 독일

독일의 경우는 이중매매의 문제를 민법 제 826조의 선량한 풍속 위반으로 인한 불법행위의 성립 및 제1매수인이 제2매수인에 대하여 채권침해를 이유로 원상회복청구권을 인정하고

3) 관윤직, 민법총칙, 제7판, 박영사, 2010. p. 216; 최식, “부동산의 이중매매가 반사회적질서의 법률행위로서 무효가 된다고 한 판결”, 사법행정 제13권 9호, 1972. p. 33.

4) 대법원 1969. 11. 25. 선고. 66다1565 판결.

5) 대법원 2008. 2. 28. 선고. 2007다77101 판결; 대법원 2002. 9. 6. 선고. 2000다41820 판결; 대법원 1999. 11. 26. 선고. 99다38804·38811·38828 판결; 대법원 1998. 2. 10. 선고. 97다26524 판결; 대법원 1997. 7. 25. 선고. 97다362 판결

6) 최민근, “부동산 이중매매의 반사회성의 기준시론”, 판례월보 128권, 1981. pp. 110~111.

7) 대법원 1977. 2. 22. 선고. 75다226·227 판결; 대법원 1984. 6. 12. 선고. 82다카672 판결; 대법원 1985. 11. 26. 선고. 85다카1580 판결

있다.⁸⁾ 이와 같이 원상회복청구가 인정되므로 제1매수인은 제2매수인에 대하여 직접 이전청구를 하여 부동산의 소유권을 취득할 수 있다.⁹⁾ 특히 독일민법은 부동산의 물권변동에 있어서 등기의 공신력이 인정된다.¹⁰⁾ 따라서 선의의 전득자는 보호된다.¹¹⁾ 위와 같이 독일에서는 일본이나 프랑스와는 달리 부동산 이중매매에 있어서 제1매수인 보호에 관하여 이론상 커다란 논란이 있는 것은 아니다. 일부소수설을 제외한 통설이나 판례는 대체로 특별한 사정이 있는 경우에 이중매매가 선량한 풍속을 위반한다고 보아 독일민법 제826조에¹²⁾ 의한 불법행위의 성립을 인정함으로써 제1매수인을 보호하고자 하는데 일치하고 있다는 점이다. 그러나 어느 경우가 선량한 풍속에 위반되는 특별한 사정이 있는 때에 해당하는가는 반드시 명확하지 않다. 판례는 제2 매수인의 악의만으로는 선량한 풍속에 반한다고 볼 수 없다고 말하고 있으나, 실제에 있어서는 제2매수인이 악의이면 선량한 풍속에 위반되는 특별한 사정이 있다고 결론을 내는 경향이 있다고 할 수 있다.

2) 프랑스

과거 프랑스는 부동산 이중매매가 제2매수인의 fraude(詐欺, 欺罔, 詐害의 行爲)의 가담 또는 제2매수인의 fraude(詐害의 行爲)에 의하여 이루어진 경우에는 그 효과로서 제2매매계약 또는 공시는 무효가 되어(詐害意思說 또는

fraude說) 현물반환이 이루어짐으로써 선의의 전득자는 보호받지 못하였다.¹³⁾ 그러나 1968년 3월 22일 파기원(Cour de cassation)판결은 fraude(故意·過失)있는 제2매수인은 제1매수인에게 대항하지 못한다는 판례로 변경하였다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 즉 제1매수인이 있다는 것을 알면서 제2매매계약을 한 경우에는 불법행위가 되기 때문에 이에 대해 원상회복이 가능하게 되어 선의의 전득자를 보호한다.¹⁶⁾ 이와 같이 프랑스의 판례는 부동산 이중매매에 관하여 과거의 사해의사설(fraude說)을 버리고 불법행위설(faute說)로 전환하였다. 이러한 전환의 동기는 첫째, 과거의 사해의사설에 의하여 제2매매가 무효가 되면 선의의 전득자는 보호를 받지 못하게 된다는 점, 둘째 제2매수인의 사해의사와 단순한 악의를 구별하기 어려우며 그 구별의 근거가 없다는 점 등이라 할 것이다. 현재 이와 같은 프랑스의 판례는 일단 확립된 것으로 볼 수 있으나 주로 부동산 공시제도의 기능과 관련하여 판례에 비판적인 이론이 아직까지도 존재하고 있어 이 문제에 관한 논쟁은 아직 완전히 결말이 났다고 할 수 없다.¹⁷⁾

3) 영국

영국에서는 체계적인 부동산 공시제도가 발달하지 못하였다가 20세기 들어서야 근대적인 토지의 등기제도가 채용됨으로 부동산 이중매매의 문제가 뒤늦게 문제되었고 부동산 이중

- 8) 김홍일, “부동산 이중매매의 반사회성에 관하여”, 부산판례연구회(6월), 부산고등법원, 2010, p. 24.
- 9) 윤진수, 부동산이중양도에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1993 p. 159; 홍춘의, “부동산의 이중매매와 제1매수인의 보호”, 김기수교수 회갑기념논문집, 박영사, 1992, pp. 235~236. 독일은 초기의 판례에서 금전배상만을 인정하였으나 점차 매도인에 게로의 소유권이전을 명하는 판결을 거쳐 마침내 제1매수인 앞으로의 직접적 이전청구를 인정하였다.
- 10) 염규석, 특수저당권론, 학문사, 2000, p. 284.
- 11) 강태성, “이중매매의 법률관계”, 재산법연구 제22권 제1호, 법문사, 2005, pp. 5~6; 이현석, “부동산 이중매매에 관한 입법론적 고찰”, 재산법연구 제27권 제1호, 2010, p. 436.
- 12) 선량한 풍속에 위반하여 타인에게 고의로 손해를 가한 자는 그 타인에게 손해를 배상할 의무가 있다(윤진수, 앞의 박사학위논문 p. 151).
- 13) 프랑스민법 제1131조. 원인이 없거나 허위의 원인이거나 불법원인에 기한 채무는 어떠한 효력도 없다. 프랑스민법 제1133조. 원인은 그것이 법률에 의하여 금지되거나 선량한 풍속 또는 공공질서에 반하는 경우에 불법적인 것으로 한다(정상현(1), 불법원인급여제도론, 영남대학교 출판부, 2002, p. 102).
- 14) 홍춘의, 앞의 논문, p. 227.
- 15) 윤진수, 앞의 박사학위논문, p. 143.
- 16) 김홍일, 앞의 논문 p. 24; 강태성, 앞의 논문, p. 4.
- 17) 윤진수, 앞의 박사학위논문, p. 148.

매매에 관한 법리도 아직까지 완전하게 확립되었다고 하기에는 어려운 상황이었다. 제1매수인의 보호를 위하여서는 영국법상 이론적으로 두 가지의 가능성을 생각할 수 있는데 첫째는 악의의 제2매수인의 불법행위를 인정하여 그에게 유지명령에 의한 원상회복을 명하는 것이고, 둘째는 제2매수인의 손해가 인정될 때에는 제2매수인은 제1매수인이 대항하지 못하는 취득자에 해당하지 않는다는 것이다. 하급심의 일부 판례에서는 부동산 이중매매의 문제를 불법행위의 문제로 다루는 판례가 있어 전자의 불법행위법리를 지지하는 경향을 보였으나, 귀족원의 판례는 후자의 법리마저 채택하지 아니함으로써 공시제도의 이념에 가장 철저한 태도를 보이고 있다.¹⁸⁾

4) 일본

일본의 경우 제2매수인이 제1매수인에게 복속하기 위해 체결한 이중매매는 무효라고 판시한¹⁹⁾ 이후 1968년 악의적인 부동산물권변동에서 대항요건주의(민법 제177조)를 규정하여 제3자에 해당하지 않는다고 하였다.²⁰⁾ 즉, “을”이 갑으로부터 산림을 매수하여 23년 이상 점유한 사실을 알고 있는 “병”이 “을”명의로 등기 부상 명의가 없다는 것을 이유로 “을”에게 높은 가격으로 매각하여 이득 할 목적으로 이 산림을 “갑”으로부터 매수하여 “병”명의로 이전등기가 경료된 사안에서 “병”은 이른바 배신적악의자²¹⁾로서 “을”의 소유권의 취득에 대해 등기의 흠결을 주장할 수 있는 제3자가 아니라고 하였다.²²⁾ 한편, 학설은 배신적 악의는 무권리자는 아니고 단지 등기의 흠결을 주장하지 못하기 때문에 전득자의 소유권을 인정한다. 즉 일본의 통설과 판

례는 제2매수인이 부동산의 이중매매에 적극 가담한 경우에도 무효로 단정하지 않고 일정한 경우 악의의 배신자로 보아 거래의 안전을 위하여 선의의 전득자를 보호한다.²³⁾

3. 검토

지금까지의 다수설(多數說)과 판례는 이중매매계약은 원칙적으로 유효하지만 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 이중매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위에 해당하는 경우, 그러한 이중매매계약은 민법 제103조에 위반하는 무효라고 한다. 우리 민법에서 제103조의 무효는 절대적 무효이다.²⁴⁾ 그러므로 부동산의 이중매매에서 제2매수인에게 다시 전득한 제3자는 선의로 취득한 자라고 하더라도 이중매매계약이 유효하다고 주장할 수 없다. 반면, 소수설을 살펴보면 매도인의 배임행위에 적극 가담한 제2매수인이 체결한 이중매매계약의 절대적 무효에 대해 다음과 같은 문제가 있다고 한다. 첫째, 부동산에 대한 선의취득한 제3자는 소유권을 취득할 수 없어 거래의 안전을 해한다. 둘째, 제2매수인이 확정판결에 따라 소유권을 취득한 경우 제1매수인이 매도인을 대위하여 등기말소청구를 하는 것은 기판력에 반하게 된다.²⁵⁾ 셋째, 적극과 소극은 양적차이일 뿐이고 제2매수인의 적극적인 가담을 분별하기 어려우며 이 경우 제1매수인의 보호도 타당한가이다. 넷째 외국의 판례에서도 제2매수인이 이중매매에 적극 가담하였다고 하여 사회질서에 반하는 무효행위로 보지 않는다. 그러므로 제2매수인이 적극 가담하여 체결된 제2매매

18) 윤진수. 위의 박사학위논문. p. 190.

19) 日本最高裁判所. 1961. 4. 27. 判決. 民集 第15卷 第4號. 901頁. 강태성. 앞의 논문. p. 2.

20) 渡部 晃. 公序良俗入門. 商事法務研究所. 2000. 66頁.

21) 石田喜久夫 外4人. 物權法. 青林書院, 1994. 51頁; 강태성. 앞의 논문 p. 3.

22) 日本最高裁判所 1968. 8. 2. 判決. 民集 第22卷 第8號; 同 1969. 1. 16. 判決. 民集 第33卷 第1號. 18頁. 강태성. 위의 논문. p. 3.

23) 김홍일. 앞의논문, p. 24; 강태성. 앞의 논문 pp. 2~3.

24) 대법원 2008. 2. 28. 선고. 2007다77101 판결; 대법원 2002. 9. 6. 선고. 97다26524 판결; 대법원 1998. 2. 10. 선고. 97다26524 판결; 대법원 1994. 3. 11. 선고. 93다55289 판결.

25) 윤진수. 앞의 박사학위 논문. p. 76; 홍춘의. 앞의 논문. p. 224; 같은 취지. 대법원 1988. 2. 23. 선고. 87다카777 판결.

계약도 일반적인 이중매매계약처럼 민법 제 103조의 사회질서에 반하지 않으므로 유효하다.²⁶⁾ 학자들은 우리나라의 판례와 반사회적 무효설에 대하여 여러 가지 의문을 제기하고 있다. 지금까지의 판례와 다수설은 제2매수인의 배임행위에 적극 가담한 경우, 그러한 이중매매 계약은 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 본다. 우리나라의 판례와 다수설은 제2매수인 적극 가담한 경우 이중매매계약을 무효로 보고 있지만 이것은 앞에서 언급한 일본의 1961년 판례와 프랑스 1968년 이전의 판례에 영향을 받았다 할 것이다.²⁷⁾ 그러나 현재 일본과 프랑스는 이중매매계약을 무효로 하고 있지 않으며 비교법적으로도 제2매수인이 적극 가담하여 체결한 이중매매 계약을 무효로 하는 것은 새로운 검토가 필요하다.

III. 부동산이중매매의 형사법적 검토

1. 부동산이중매매의 배임죄 불성립론

1) 등기협력의무

등기이전에 협력할 의무에 대한 견해는 첫째, 등기이전 협력의무는 본인(매수인)을 위하여 처리해야 할 사무이지 본인(매수인)이 처리해야 할 사무는 아니므로 이를 타인의 사무와 동일시할 수 없다는 견해가 있다²⁸⁾ 그리고 물건변동의 경우 형식주의를 채택하고 있는 현행 민법 체제 아래에서 등기이전은 매수인이 재산을 취득하게 하는 행위로서 매도인의 계약 상 의무이지 매수인의 재산을 관리하거나 보호하

는 행위가 아니라는 견해로 등기이전의무로 바라보는 시각이 존재한다. 이들 견해에 따르면 형식주의를 취하는 법제 아래에서 형식적 재산권(등기상 소유자)과 실질적 재산권(등기상 소유자와 무관한 실제 소유자)의 분리는 인정할 수 없는데, 중도금만 지급된 단계에서 재산권은 여전히 매도인에게 있고 이때 매수인에게는 어떠한 재산권도 이전되지 않아 매수인의 보전할 재산자체는 존재하지 않는다. 그럼에도 등기이전에 대한 협력이 매수인의 재산보전행위라고 해석하는 것은 타당하지 않다는 것이다.²⁹⁾

2) 중도금 지급과 신뢰관계

매매계약에서 중도금이 지급된 이후 혹은 중도금이 지급된 것과 유사한 평가를 내릴 수 있는 이행 행위가 있는 후 일방적인 계약 해제가 불가능하게 한 민법의 태도는 이행에 착수한 자가 계약을 해지로 인한 피해를 방지하고자 하는 것임에도 이를 배임죄 성립의 특별한 신뢰관계 형성으로 이해하는 것은 타당하지 않다는 견해가 있다.³⁰⁾ 부동산 매매계약에서 계약이 성사될 것이라는 기대는 당사자인 매수인과 매도인 모두가 가지는 일반적인 기대에 불과하고 이는 매도인에게도 존재하는 것이므로 매수인이 이러한 기대를 저버린 경우에도 배임죄로 처벌되어야 하나 매수인이 부동산을 매수하면서 계약금을 지급하는 즉시 소유권을 이전받되 매매잔금은 일정기간 내에 이를 담보로 대출을 받아 지급하고 소유권을 이전받은 직후 이에 관하여 다른 용도로 근저당권을 설정한 사안에서, 피고인에게 배임죄가 성립하지 않는다는 판례³¹⁾가 존재하고, 또 매도인과 제1매수인 사이에서 제1매매계약이 중도금 지급 이

26) 윤진수, 위의 박사학위 논문, pp. 44-47; 황적인, 현대민법론Ⅲ, 박영사, 1981, p. 170; 홍춘의, 앞의 논문, p. 247; 강태성, 앞의 논문 pp. 6~8.

27) 홍춘의, 앞의 논문, p. 224.

28) 허일태, "부동산 이중매매와 배임죄", 형사법연구 15호, 2001, p. 334.

29) 문형섭, "배임죄의 본질과 주체의 범위", 법조 통권 544호, 2002, p. 24.

30) 문형섭, "채무불이행과 배임죄(재론)", 법학논총, 제27집 제2호, 2007, p. 332

31) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011도3247 판결.

후의 단계에까지 나아갔고, 이후 매도인은 제1매매계약이 해제 불가능한 상태임에도 이를 고지하지 않고 제2매수인과 매매계약을 체결하여 중도금을 지급받았는데, 부동산의 소유권은 제1매매계약대로 제1매수인에게 이전해 준 경우 제2매수인에 대한 매도인의 배임죄 성립 여부 대한 판단에 있어서 대법원은 매도인의 배임죄를 부정하고³²⁾ 제1매매계약을 고지하지 않은 사실도 사기죄의 기망행위에도 해당하지 않는다고 판단하였다.³³⁾

이러한 점에서 중도금 지급단계 이후에 매도인의 지위를 배임죄의 죄책 영역 안으로 끌어들이는 것은 매도인에게 지나치게 과한 의무 부담을 지우고 있으면 제1매수인과 제2매수인과의 형평에도 맞지 않는다는 견해를 제시하고 있다.

3) 제1매수인과의 계약 강행

이중매매의 배임죄 처벌은 제1매매계약 이행만을 강제하는 것으로 경제적 측면에서 바람직하지 않고 채권자 평등의 원칙에서 반한다는 비판적 견해도 존재한다.³⁴⁾ 계약법이 보호하는 법익은 체결된 계약을 반드시 이행하도록 하는 강제력보다는 계약 체결에 따른 매도인과 매수인의 이해관계에 따른 계약 당사자의 이익인데 이를 배임죄로 처벌함으로써 제1매매계약만을 강조하는 것은 경제적 측면에서 바람직하지 않다는 것이다.

중도금이 지급되면 민사적 해약은 불가능하지만 중도금의 반환은 예정되기 때문에 매수인의 재산은 보전된다. 따라서 부동산의 이중매매 그것이 바로 상대방의 재산보전의 협력의무 위반이 성립될 수는 없다는 견해도 있다.³⁵⁾

2. 부동산이중매매의 배임죄 성립론

1) 형식주의와 등기협력의무

배임죄 불성립론은 부동산 매매계약에서 매도인이 중도금 또는 잔금을 수령하였다 하더라도 여전히 부동산등기부 상 소유권자로 기명되어있는데 목적물인 부동산을 매수인의 재산으로 보고 타인의 사무를 처리하는 자(매수인의 재산보전에 협력할 의무자)로 보는 것은 민법질서와 모순된 해석이라고 주장하고 있다. 배임죄의 타인의 사무가 타인의 재산 보호 내지는 관리의무를 본질적인 내용으로 하는 것이지만 타인이 반드시 민법적으로 유효하게 소유한 재산에 관한 사무일 것을 요건으로 하지 않는다.

결국 배임죄는 매매당사자간의 내부적인 관계에서의 배신행위를 문제로 삼는 것이지 대외적 효력으로써 소유권을 기준으로 하는 것이 아닌 것이다. 그렇다면 부동산 매매계약에 있어서 매도인의 소유권 이전 의무를 타인의 사무성에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 부동산의 물권변동시점을 기준으로 해석할 것은 아니며 당사자 간 의사, 계약의 내용 및 그 이행과정에서의 단계, 의무위반에 의해 발생할 수 있는 손해 등 종합으로 고려하여 결정할 문제일 것이다. 이러한 맥락에서 배임죄 부정설이 이중매매 사안에서 배임죄를 판단함에 있어 민법상 물권취득은 형식주의를 취하는 우리나라에서 소유권은 여전히 매도인에게 있음에도 배임죄 긍정론이 중도금 지급 이후 단계에서 매도인의 재산보호 및 관리의무(즉 타인의 사무성)가 존재한다고 해석하는 것은 민사법 질서와 모순된다고 주장함에 대해 우리 민법은 부동산에 대해 매매계약을 체결하고 중도금을 지급한 상태에서의 매수인은 장래의 소유권이전등기청구권을 보전하

32) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도14427 판결.

33) 대법원 2012. 1. 26. 선고 2011도15179 판결.

34) 주지홍, "부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서 미치는 부정적 영향", 법학연구 제51권 제2호(2010), 333

35) 강수진, "부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가? -배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로-", 형사법의신동향, 제49권, 2015, p. 359.

기 위한 가등기³⁶⁾를 미리 할 수 있도록 하고 있다. 이것은 비록 등기부 상 소유권자는 여전히 매도인으로 유지되고 있지만 매수인이 중도금 까지 지급한 상황이라면 특단의 사정이 없는 한 매매계약은 해제되지 않아 매수인이 목적물에 대한 권리를 취득하게 될 것으로 기대하는 것이 타당하다.³⁷⁾ 즉 매수인이 부동산 매매대금 중 중도금만 지급한 단계에서 가등기를 통해 목적물을 담보로써 붙잡고 있음은 매도인이 장차 매수인의 재산인 목적물 부동산의 보전과 관리에 협력할 의무를 가지고 있는 자(배임죄에 있어서 타인의 사무성)라고 바라봄이 민사법질서와 형식주의에 더 부합하는 해석이 될 것이다.

2) 중도금 지급과 신뢰관계 형성의 해석

배임죄 불성립론은 매수인이 매매대금의 일부인 중도금만 지급한 상태에서 매매잔대금은 목적물을 담보로 제공하여 지급하기로 하고 소유권 이전등기를 경료한 뒤에는 다른 용도로 근저당을 설정한 경우에 있어서 배임죄 불처벌 사례³⁸⁾를 근거로 신뢰관계위반이라는 측면에서 매수인과 매도인이 다를 바가 없음에도 매도인을 배임죄로 처벌하는 것은 매도인에게 과한 의무를 부담시키는 것이라며 문제를 제기하고 있다. 부동산은 개인자산에 있어서 어떠한 자산보다 중요한 가치를 인정받고 있고 매도인은 거액의 대금을 교부받아 물권인 부동산 소유권을 매수인에게 이전하는 지위에 있는 것이다. 당사자의 의사에서 본다면 매수인은 특정 부동산에 대한 계약의 내용(대금지급 시기)에 의해 물권의 취득의사를 가지게 되며, 매도인도 자신의 물건에 대한 자산을 매수인에게 양도함으로써 경제적인 이익을 얻게 된다는 사실을 인식하게 된다.

특히 부동산거래에 있어서 비교적 짧은 기간 내의 물권변동으로 인해 부동산 시세의 변동이 심하기 때문에 매도인의 경우 부동산의 가격이 오른 경우 그 계약을 파기하고자 하는 요인이 일어나는 경우가 많다. 반면 매수인의 경우 매도인에게 부동산 매매계약에 의해 부동산의 소유권을 이전받지 못할 경우 자신의 그 금원을 돌려받겠다고 하더라도 비슷한 시점에 이전 매수한 부동산과 동일한 수준의 부동산을 취득하지 못할 가능성이 크다. 따라서 부동산 매매 계약이후 즉 중도금을 지급한 이후 매도인의 일방적인 계약해제를 불가능하게 하는 것이 계약의 완성을 통해 부동산에 대한 소유권을 취득할 수 있다는 기대권을 가지게 되는 매수인에게 특히 의미가 있다.³⁹⁾ 그러므로 중도금 지급 이후의 단계에서 당사자들의 의무이행 내용은 결코 평등한 것이 아니라는 점에서 매도인이 매수인의 소유권 이전에 대한 신뢰를 보호하는 것을 형평에 반하는 것으로 해석해서는 안 된다. 우리 민법은 부동산매매에서 잔대금지급과 등기이전의무를 동시이행의 관계에 있다고 판단⁴⁰⁾하기도 하므로 매도인의 경우 매수인이 중도금 지급 단계에서 소유권이전등기를 요구하지만 매수인을 신뢰하기 어려운 사정이 있는 경우 잔대금 지급과 동시이행을 이유로 이를 거절할 수 있다. 다만 부동산 이중매매에 있어서 매도인을 배임죄로 처벌하고자 하는 것은 앞서 언급한 바와 같이 매도인에게 부동산 이중매매의 유인이 존재하여 제1매매계약에서 매수인이 잔대금 지급까지 이행지체나 불능이 없음에도 그 소유권을 타인에게 이전하여 신뢰관계에 있는 제1매수인이 목적물의 소유권을 취득하지 못할 수 있게 할 행위를 사전에 막고자 함인 것이다.

36) 가등기는 부동산물권 및 그에 준하는 권리의 설정, 이전, 변경, 소멸의 청구권을 보전하기 위해 예비로 하는 등기로 특히 담보의 목적으로 이용되기도 한다.

37) 특히 가등기 담보목적으로 이용된다는 점에서 중도금을 지급한 매수인이 가지는 피담보채권이란 매도인이 목적물을 임의 처분할 수 없도록 한다는 점에서 매수인의 재산 보전과 관리의무라고 할 수 있다.

38) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2011도3247 판결.

39) 강수진, 앞의 논문, p. 367.

40) 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다65294 판결.

3) 처벌의 필요성

민사법질서에서 부동산 이중매매시 매도인이 악의이나 제2매수인이 선의인 경우와 악의인 경우를 구분하기 어려워 민사법질서에서 제2매매계약의 대내적인 실체적 진실을 외부에서 판단하기 어려움에 따라 소유권 귀속에 있어서 정의실현이 문제 시 된다는 점을 지적한바 있다. 그런데 제1매수인과 중도금 지급 이후 단계에서 제2매수인과 이중매매한 경우 매도인은 처벌받게 되므로 제2매수인의 선의 유무 판단만이 남게 되는데 이 경우 배임죄 처벌 규정이 '최수의 딜레마'로 작용하여 민사법질서에 의한 소유권 귀속 문제를 해결할 수 있다.

민사법질서에서는 이중매매한 목적물이라 하더라도 취득한자가 선의일 경우에는 소유권을 유효하게 취득한다. 이중매매의 배임죄 처벌은 중도금 지급 등으로 이미 목적물에 대한 소유권 명목으로 대금을 지급한 제1매수인에게는 목적물에 대한 공유지분을 취득한 것으로 해석할 수 있고 한편으로 소유권 취득에 대한 기대권이 생겼다고 볼 수 있다. 이 과정에서 매도인이 제2매수인에게 소유권을 이전한 행위에 대해 배임죄로 처벌하는 이유는 앞서 설명한 바와 같고 이때 소유권을 취득한 제2매수인이 선의인지 악의인지는 제2매매계약이 부동산 등 목적물의 재산 은닉이나 시세차익 목적으로 이뤄질 경우를 배제할 수 없는 만큼 매도인 및 제2매수인이 제2매매계약을 유효하게 하기 위한 거짓으로부터 실체적 정의를 찾기가 어렵다는 한계가 존재한다. 이때 제2매수인이 악의인 것을 전제로 제2매매계약에 적극 가담할 경우 배임죄의 공범으로서 처벌받게 되는데 이를 이용하면 제2매수인의 악의 유무를 구별할 수 있다. 제2매수인이 악의인 경우를 침묵하나 자백하나 처벌에 있어서는 동일하다. 단 매도인이 제2매수인이 악의였음을 자백하였는데 제2매도인이 침묵하는 경우 매도인은 경한 처벌을 받고 제2매수인은 소유권 말소와 함께 중한 처벌을 받게 된다. 한편, 제2

매수인의 경우 자신이 악의였음을 침묵하나 상대방인 매도인이 자신이 경한 처벌을 받기 위해 자백하는 경우를 배제할 수 없고, 또 제2매수인 입장에서도 중한 처벌을 피하기 위해서는 악의가 있음을 자백하는 것이 가장 최선의 방법이므로 매도인과 제2매수인 모두 악의가 있을 경우 자백을 하게되므로 소유권 귀속에 있어 실체적 정의를 실현할 수 있다.

IV. 결론

부동산대물변제예약사안에서 임의처분한 채무자의 배임죄 성립여부를 판단한 대법원 2014도3363 전원합의체 판결은 등기협력의무만 존재하면 배임죄로 처벌해온 과정에 대해 비판적 견해를 제시하며 부동산 이중매매에 있어서 배임죄로 처벌해온 판례에 대해서도 재검토 필요성이 있음을 실시하였다. 그러나 이중매매의 비범죄화는 그동안 부동산 거래질서 상 당연히 인정해온 거래관계에서 혼란을 야기할 수 있고 더욱이 민사법질서 상 사적자치의 원칙이 적용됨에 따라 매도인과 제2매수인에게 악의로써 반사회적 행위가 없다면 등기 혹은 인도라는 공시방법을 갖추기만 하면 유효하게 소유권을 취득함에 따라 시세차익 또는 재산 은닉의 목적으로 악용될 소지가 남아있어 이러한 이중매매 행위에 대해서는 처벌의 필요성이 존재한다. 뿐만 아니라 중도금을 지급한 매수인은 소유권 취득에 대한 기대권을 가지고 있음은 물론 매매대금을 모두 지급한 경우를 가정하면 매수인은 동산의 경우 점유개정의 상태와 유사하고 부동산의 경우 명의신탁관계에서 신탁자의 지위와 유사하다. 양자 모두점유자 및 신탁자가 임의 처분할 경우 횡령죄로 처벌받게 되는데, 그동안 이중매매를 중도금 지급단계에서 배임죄로 처벌해온 것은 거래 관계에서 중도금지급-잔금 지급을 구분하는 것은 거액의 매매대금을 마련하기 위한 시간적 여유를 두기 위한 것이고 매수인이 중도

금을 지급하면 소유권 취득에 대한 기대권을 인정받을 수 있으나 매도인에 비해 열등한 지위에 있으므로 매도인의 이중매매는 매수인의 재산 보전에 협력할 의무를 배신행위이기 때문이었

다. 따라서 부동산을 이중매매할 경우 배임죄로 처벌해 온 것은 타당하며 동산의 경우도 부동산과 다르지 않으므로 이중매매의 경우 배임죄로 처벌하는 것이 타당하다.

참고문헌

- 강수진, “부동산 이중매매를 배임죄로 처벌하는 것은 타당한가? -배임죄 불성립론에 대한 검토를 중심으로-”, 형사법의신동향, 제49권, 2015.
- 강대성, “이중매매의 법률관계”, 재산법연구 제22권 제1호, 법문사, 2005.
- 곽윤직, 민법총칙, 제7판, 박영사, 2010.
- 김홍일, “부동산 이중매매의 반사회성에 관하여”, 부산관례연구회(6월), 부산고등법원, 2010.
- 문형섭, “배임죄의 본질과 주체의 범위”, 법조 통권 544호, 2002.
- 문형섭, “채무불이행과 배임죄(재론)”, 법학논총, 제27집 제2호, 2007.
- 손동권, “부동산 이중매매에서의 기관책임”, 일감법학 제11호, 건국대학교법학연구소, 2007.
- 윤진수, 부동산이중양도에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1993.
- 염규석, 특수지당권론, 학문사, 2000.
- 이현석, “부동산 이중매매에 관한 입법론적 고찰”, 재산법연구 제27권 제1호, 2010, p. 436.
- 정상현, 불법원인급여제도론, 영남대학교 출판부, 2002.
- 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서 미치는 부정적 영향”, 법학연구 제51권 제2호, 2010.
- 최민근, “부동산 이중매매의 반사회성의 기준시론”, 관례월보 제128권, 1981.
- 최 식, “부동산의 이중매수가 반사회질서의 법률행위로서 무효가 된다고 한 판결”, 사법행정 제13권 제9호, 1972.
- 허일태, “부동산 이중매매와 배임죄”, 형사법연구 15호, 2001.
- 홍춘의, “부동산의 이중매매와 제1매수인의 보호”, 김기수교수 회갑기념논문집, 박영사, 1992.
- 황적인, 현대민법론Ⅲ, 박영사, 1981.
- 渡部 晃, 公序良俗入門, 商事法務研究所, 2000.
- 日本最高裁判所, 1961. 4. 27. 判決, 民集 第15卷 第4號, 901頁.
- 日本最高裁判所, 1968. 8. 2. 判決, 民集 第22卷 第8號
- 日本最高裁判所, 1969. 1. 16. 判決, 民集 第33卷 第1號, 18頁
- 石田喜久夫 外4人, 物權法, 青林書院, 1994.