

분양권 불법전매의 폐해 및 입법적 개선방안에 관한 연구

A Study on the Harmful Effect of Illegal Reselling for Exclusive Purchase Rights for Apartments and Legislative Improvements

이 재 학*

Lee, Jae-Hak

목 차

- | | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| I. 서론 | IV. 분양권 불법전매에 대한 대책 및 입법적
개선방안 |
| II. 분양권 전매(제한)의 개념 및 관련 특별
법 규정 | V. 결론 |
| III. 분양권 전매제한과 불법전매의 유형 및
법적 문제 | |

우리 헌법 제23조 제1항은 모든 국민의 재산권을 보장함을 천명하고 있고, 동조 제2항은 재산권 행사의 공공복리 적합성을 또한 천명하고 있다. 그리고 제37조 제2항은 국민의 자유와 권리를 제한할 경우에도 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없음을 천명하고 있다. 즉 모든 국민은 재산권의 행사가 보장되며 그 재산권의 행사는 공공

투고일 : 2016. 6. 30. / 심사외뢰일 : 2016. 7. 20. / 게재확정일 : 2016. 8. 5.

* 건국대학교 법학연구소 책임연구원, 법학박사

Principal Researcher, Konkuk University Institute of Legal Studies, Ph.D. in Law

복리에 적합하도록 행사되어야 한다는 것이다. 그와 같은 재산권 행사의 한 유형이 분양권에 당첨되어 좀 더 저렴한 가격에 아파트를 소유하거나 또는 그 분양권을 되팔아 수익을 향유하는 것일 것이다. 그러나 관련 법률은 그러한 분양권을 매매할 경우에 단기적인 투기적 수요를 방지하고자 분양권에 대한 전매제한 기간을 규정하고 있다. 그러나 그러한 전매제한 기간에 관한 실정법 규정을 위반하여 분양권 전매가 현실에서 행해지고 있고 또는 은밀히 분양권에 대한 복수의 매매가 행해지고 있는 것이 현실이다. 바로 그러한 분양권 불법전매에 대한 대처 및 방안에 대한 심각한 고려의 필요성이 본고에서 제기되는 가장 큰 이유는 그러한 불법적인 분양권 전매가 일반인뿐만 아니라 청렴의 의무와 품위 유지의 의무를 지는 공직사회의 구성원인 공무원에 의하여 행해지고 있다는 것이다. 바로 이 점에 있어서 분양권 전매와 관련하여 불법적인 분양권 전매계약을 무효로 하며 아울러 그와 같은 분양권 전매를 금지할 필요성이 있으며 또한 불법적인 분양권 전매를 조장하는 ‘뗏다방’을 포함한 공인중개업소에 대한 강력한 제재의 필요성이 있는 것이다. 분양권에 대한 불법행위는 결국 국민의 공무원에 대한 신뢰를 붕괴시킬 것이고 결국 국가에 대한 국민의 신뢰감을 훼손할 수 있기 때문이다. 상술한 현재의 상황과 그에 따른 결과론적인 피해를 고려할 때 더 이상 불법적인 분양권 전매와 관련된 불법행위를 방지하여서는 안 되며 다시는 그러한 관행적 불법행위가 재발하지 않도록 장기적이면서도 근본적인 근절방안 및 대책이 시행되어야 하리라 본다.

[주제어] 재산권, 공공복리, 분양권 전매, 미등기 전매, 복등기, 투기적 수요, 청렴의 의무, 품위 유지의 의무

I. 서론

인간은 누구나 각자의 가치관에 따라 다양한 욕망을 가지고 있다. 경제적·물질적인 측면에서 그러한 인간의 욕망을 충족시켜주는 물건이 바로 재화이다. 이 재화에 대한 욕망을 성취하는 과정에서 인간 상호간에 이익의 충돌이 있을 수 있고 또는 도덕적 규율 및 법의 규정과 충돌하기도 한다. 그러나 사회의 구성원인 각 개인은 자신의 욕망을

실현하는 과정에서 자신이 속한 사회의 가치와 질서 및 법의 규정을 준수할 의무 역시 요구되는 것은 당연하다고 본다. 그러한 사회의 가치 및 법의 규정을 준수할 의무의 부담은 그의 권리를 행사하고 그 권리를 가짐에 대한 당연하면서도 합리적인 귀결일 것이다. 이와 같은 인간의 재화에 대한 욕망의 실현과 사회의 가치와 질서에 대한 의무의 부담을 우리 헌법 역시 보장하고 규정하고 있다. 즉 모든 국민의 재산권은 보장되며(헌법 제23조 제1항) 그 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다(헌법 제23조 제2항). 더불어 국민의 자유와 권리를 제한할 경우에도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항). 또한 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지할 의무가 있음(헌법 제119조 제2항) 역시 천명하고 있다.

모든 법률의 지침이며 나침반으로서의 역할을 하는 헌법이 상기한 바와 같이 재산권의 보장과 그의 행사에 대한 기준으로 공공복리 적합성을 천명하고 있음에도 불구하고 헌법상 보장된 개인의 재산권을 행사하는 과정에서 공공복리에 부적합하며 - 경우에 따라서는 공공복리에 폐해를 가져오는 - 오직 그 개인 및 일부 관련된 자들의 이익을 추구하는 이기적인 행위이며 사회의 가치와 질서에 대한 혼란과 붕괴를 초래하는 재산권의 불법적인 행사가 지속적으로 행해지고 있는 것이 현실이다. 그러한 개인의 이기적인 이익의 추구하고 사회의 근본적인 가치 붕괴의 요인으로 지목되는 것 중 하나가 바로 분양권 불법전매인 미등기전매를 통한 이익의 추구이다.¹⁾ 미등기전매 행위는 아파트로 대표되는 주택시

1) 그와 같은 분양권 불법전매를 부추기는 근본적인 요인으로 지목되는 것으로는 일명 ‘뗏다방’으로 불리는 무등록 이등식중개업자들의 부동산투기 조장행위가 있다. 이에 대한 상세한 것은 후술하도록 한다.

장의 질서를 교란하는 엄연한 불법행위이며 그로 인한 사회의 공동 이익의 훼손과 불법행위자가 계속해서 수익을 얻는 사회적 해악의 정도가 상당히 큰 사회가치 훼손적이며 공동체사회의 근본적인 질서 및 토대를 붕괴시키는 반드시 근절 되어야 할 불법행위인 것이다.

그러나 미등기전매를 포함한 다양한 주택시장의 질서교란행위에 대한 관계 행정기관의 단기간의 단속과 사법기관의 관대한 제재는 그러한 불법행위가 지속적이며 반복적으로 행해지도록 한 것에 대한 책임을 면치 못할 것이다. 또한 그러한 행위의 불법의 정도를 과소평가한 결과 청렴하며 품위를 유지하며 국민에 대한 봉사자인 공무원 스스로가 그러한 불법행위를 행하는 단계에 이르게 하였고 사회 전반에 심각한 도덕적 해이를 초래하였다. 물론 마약 및 흉악범죄 등과 비교할 때 외연적으로는 해악의 정도가 덜 한듯하나 사회의 근본적인 질서와 가치에 대한 그 폐해의 심각성은 단지 경제적 측면에서의 평가에 그쳐서는 안 된다. 특히 상술한 바와 같이 그러한 사회가치 훼손적 불법행위가 반복적으로 행해지고 청렴해야 할 대상으로 여겨지는 사회적 존재 - 대표적으로 공무원, 교사, 및 종교관련 직에 있는 자 - 에 의해서 행해지는 경우에 그의 공동체 사회에 대한 폐해는 흉악범죄를 포함한 여타 범죄보다도 더욱 클 것이다. 그 폐해의 결과는 상기한 사회적 존재에 대한 신뢰 및 가치의 붕괴를 초래할 것이고 결과적으로 공동체 사회와 국가에 대한 국민의 신뢰 붕괴를 초래하기에 분양권에 대한 불법전매는 더욱 더 철저히 그 불법의 근원을 근절시켜야 하는 사회의 해악인 것이다.

그리하여 이하에서는 종래에 부동산범죄와 관련된 논문에서 단일 주제로 거의 논의된 적이 없는²⁾ 주택시장 교란행위로서의 불법전매의 하

2) 부동산과 관련된 형법상 부동산범죄의 대표적인 유형으로는 거래과정에서의 매도인과 중개업자에 의한 거래사기, 신탁자의 승낙 없이 수탁자가 명의수탁 받은 부동산 처분하는 횡령, 매도인이 해당 부동산을 이중매매하거나 이중저당을 설정하는 배임에 의한 부동산 범죄 등이 있으나 그와 관련하여서는 이미 다수의 관련 논문이 발표되었으나, 본고의 논의의 중심이 불법적인 시장질서 교란행위로서의 불법전매의 한 유형

나의 유형인 미등기전매라는 관행적 불법행위에 대한 근절방안을 모색함과 아울러 그러한 근절방안이 필요한 근본적인 이유에 대하여 살펴보고자 한다. 우선적으로는 분양권 전매와 관련된 법률의 제 규정에 근거하여 분양권 전매절차에 대하여 살펴보면서 미등기전매의 폐해를 살펴볼 것이다. 다음으로 그와 같은 미등기전매가 법적으로 어떤 문제를 야기하며 현재 어떻게 처리되고 있는지를 살펴본 후 그에 대한 대책의 일환으로써 분양권 불법전매인 미등기전매의 근절방안과 그에 따른 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.³⁾

Ⅱ. 분양권 전매(제한)의 개념 및 관련 특별법 규정

1. 분양권 및 분양권 전매(제한)의 개념

분양권이란 아파트를 분양받은 권리, 즉 아파트에 입주할 수 있는 권리로서 분양된 아파트의 공사가 완료되면 입주할 수 있도록 주택건설업체로부터 부여받는 권리이며 분양권을 가진 자는 분양대금을 완납한 이후 해당 아파트의 소유권을 보유하게 된다. 분양권 전매란 아파트를 분양받은 사람이 해당 아파트에 입주하기 이전에 그 지위를 다른 사람에게 넘겨주어 입주자를 변경하는 것을 의미한다. 분양권에 대한 무분별한 거래를 방지하기 위하여 수도권에서는 민간택지의 경우에는 6개월, 수도권 및 지방 공공택지의 경우에는 1년의 전매제한 기간을⁴⁾ 두고 있다.⁵⁾

인 미등기 전매에 중점을 두는 관계로 인하여 상술한 종래의 논문에서 다루었던 부동산 관련 범죄에 대하여는 논외로 하고자 한다.

3) 토지 및 아파트와 관련된 정부의 부동산정책에 대한 정책적 시각에서의 문제는 본고의 주제와 관련된 필요한 범위 내로 한정하여 살펴보고자 한다.

4) 전매제한기간의 기산일은 계약서의 계약일자가 아니고, 청약당첨자들의 최초 계약체결일이다.

일반적으로 분양권 전매는 투기적 수요로 분류되어 후술하는 일부 예외 사유를 제외하고는 제한기간 내에 분양권에 대한 전매를 금지하였다. 그러나 경기 침체, 특히 부동산 경기 침체에 대한 우려로 인하여 그에 대한 규제를 완화하게 되었다. 우리나라 부동산 대책은 그러한 규제의 완화와 강화를 지속적으로 반복하였고⁵⁾ 규제의 완화 기간에 후술하는 바와 같은 분양권 전매를 완화하여 그 결과 전매제한 규정이 유명무실해지는 결과를 초래하였다.

2. 분양권 전매 관련 특별법의 규정 및 내용

부동산 거래관련 특별법에는 미등기전매 또는 등기원인의 허위기재를 규제하는 부동산등기특별조치법, 명의신탁자와 수탁자 및 방조자에 대한 처벌을 규정한 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률, 부동산투기 및 무등록중개 등의 행위를 규제하는 공인중개사법, 주택의 공급질서를 교란하게 하는 행위를 규제하는 주택법, 무허가 개발행위 또는 부정한 방법으로 개발행위 허가를 받는 행위를 규제하는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 개발제한구역의 지정과 개발제한구역에서의 행위제한 등을 규정한 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법, 농지의 전용과 거짓이나 기타 부정한 방법으로 농지취득자격증명을 발급받는 것을 규제하는 농지법, 임야를 허가 없이 전용하거나 부정한 방법으로 전용허가를 받는 것을 규제하는 산지관리법, 임대주택을 부정한 방법으로 임대받는 행위를 규제하는 임대주택법, 조세 포탈 등을 규제하는 조세법 처벌

5) 공공택지는 국가나 지방자치단체, 한국토지공사 등 공공기관이 조성하는 택지를 말하며, 민간택지는 민간업체가 조성하여 사적 영리를 추구하는 사업에 의한 택지를 말한다.

6) 김대용, “우리나라 부동산정책 변화에 대한 검토 및 시사점 -역대 정부별 주택정책을 중심으로-”, 주택금융월보 제106호, 한국주택금융공사, 2013, 8쪽; 송경희/이인혁, “부동산 정책의 방향과 대응방안”, 금융연구 시리즈 제11호, 하나금융경영연구소, 2009, 20-21쪽; 손경환/이수옥, “부동산정책의 역사적 평가”, 응용경제 제9권 제2호, 한국응용경제학회, 2009, 76-77쪽.

법 등이 있다. 그러나 이하에서는 미등기전매 등의 불법전매와 밀접한 관련성을 지닌 부동산등기특별조치법, 주택법, 그리고 공개중개사법⁷⁾의 제 규정을 중심으로 살펴보고자 한다.

2.1 부동산등기특별조치법

부동산등기특별조치법은 부동산거래에 대한 실체적 권리관계에 부합하는 등기를 신청하도록 하기 위하여 부동산등기에 관한 특례 등에 관한 사항을 정함으로써 건전한 부동산 거래질서의 확립을 목적으로 1980년 8월 1일 제정되었다.⁸⁾ 동법에는 타인의 명의를 빌려 소유권이전 등기를 신청하는 명의신탁금지⁹⁾ 조항이 있었으나, 1995년 3월 30일 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률(법률 제4944호, 시행 1995년 7월 1일)¹⁰⁾ 제정되면서 명의신탁금지에 관한 조항은 삭제되었다. 동법 제 8조는 미등기전매에 관한 벌칙을 규정하고 있는데 모든 미등기 전매행위에 대한 처벌을 규정한 것이 아니라 미등기 전매행위 중 조세부과를 면하려 하거나¹¹⁾ 다른 시점 간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나

7) 공인중개사법은 종래의 ‘공인중개사의업무및부동산거래신고에관한법률’이 2014년 ‘공인중개사법(법률 제12374호, 시행 2014.7.29.)’과 ‘부동산 거래신고에 관한 법률(법률 제12376호, 시행 2014.7.29.)’로 분리되며 제정되었다. 이에 대한 상세한 것은 후술한다.

8) 부동산등기특별조치법(법률 제4244호, 시행 1990.9.2.).

9) 부동산등기특별조치법(법률 제4244호, 시행 1990.9.2.) 제7조(명의신탁금지) ① 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권등권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 타인의 명의를 빌려 소유권이전 등기를 신청하여서는 아니된다. ② 제1항에 규정된 목적 외의 사유로 타인의 명의를 빌려 소유권이전등기를 신청하고자 하는 자는 부동산의 표시 및 실소유자의 성명이나 명칭등 대법원규칙이 정하는 내용을 기재한 서면을 작성하여 소유권이전등기신청서와 함께 등기공무원에게 제출하여야 한다. ③ 등기공무원이 제2항의 신청을 받은 때에는 지체 없이 그 신청서와 서면의 사본 각 1통을 부동산의 소재지를 관할하는 세무서장에게 송부하여야 한다.

10) 부동산실권리자명의등기에관한법률(법률 제4944호, 시행 1995.7.1.).

11) 투기목적으로 부동산을 거래하는 경우 보유기간이 짧은 경우가 대부분인 바, 보유기

소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적이 있는 경우를 처벌함을 규정하고 있다(부동산등기특별조치법 제8조 제1호). 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날,¹²⁾ 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 함을 규정하고 있다(동법 제2조 제1항). 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 동법 제2조 제1항 각호에 정하여진 날 이후 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약이나 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 그 제3자와 계약을 체결하기 전에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다(동법 제2조 제2항). 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 제1항 각호에 정하여진 날 전에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 때에는 먼저 체결된 계약의 반대급부의 이행이 완료되거나 계약의 효력이 발생한 날부터 60일 이내에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다(동법 제2조 제3항).

간이 단기일수록 양도소득세율이 높은 소득세법의 규정을 피하기 위해 사실은 2개의 매매계약이 존재함에도 장기간 동안 부동산을 보유한 제1매매계약의 매도인이 제2매매계약의 매수인에게 직접 부동산을 매도한 것처럼 허위로 계약서를 작성하고 소유권이전등기도 제2매매계약의 매수인 명의로 직접 경료하는 사례가 많다. 미등기전매행위에 대해서는 소득세법은 고율의 양도소득세(미등기양도자산 양도소득 과세표준의 100분의 70(소득세법 제104조 제10호))를 부과하고 있다.

- 12) 반대급부의 이행이 완료된 날이란 매수인이 잔대금을 모두 지급한 날을 의미하며 ‘제1매매계약의 체결일’부터 60일 이내가 아니라 ‘반대급부의 이행이 완료된 날’부터 60일 이내를 의미한다.

2.2 주택법

1972년 주택이 없는 국민에 대한 계획성 있는 주택의 공급과 이를 위한 자금의 조달·운용 및 건실한 주택용 건축자재의 생산·공급에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 주거생활의 안정과 공공복리의 증진에 기여함을 목적으로 제정된 주택건설촉진법(법률 제2409호, 시행 1973년 1월 15일)은 2003년 전면 개정되면서 주택법(법률 제6916호, 시행 2003년 11월 30일)으로 명칭이 바뀌었다. 동법은 쾌적한 주거생활에 필요한 주택의 건설·공급·관리와 이를 위한 자금의 조달·운용 등에 관한 사항을 정함으로써 국민의 주거안정과 주거수준의 향상에 이바지함을 목적으로 하며(주택법 제1조) 실수요자에 대한 우선적인 주택의 공급과 주택의 공급 질서를 확보하고자 투기 목적을 가진 주택의 공급질서 교란행위를 금지하고 있다(동법 제39조).¹³⁾ 누구든지 주택법

-
- 13) 주택법 제39조(공급질서 교란 금지) ① 누구든지 이 법에 따라 건설·공급되는 주택을 공급받거나 공급받게 하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증서 또는 지위를 양도·양수(매매·증여나 그밖에 권리 변동을 수반하는 모든 행위를 포함하되, 상속·저당의 경우는 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 이를 알선하거나 양도·양수 또는 이를 알선할 목적으로 하는 광고(각종 간행물·유인물·전화·인터넷, 그 밖의 매체를 통한 행위를 포함한다)를 하여서는 아니 되며, 누구든지 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 이 법에 따라 건설·공급되는 증서나 지위 또는 주택을 공급받거나 공급받게 하여서는 아니 된다. 1. 제32조에 따라 주택을 공급받을 수 있는 지위 2. 제69조에 따른 주택상환사채 3. 제75조에 따른 입주자저축 증서 4. 그밖에 주택을 공급받을 수 있는 증서 또는 지위로서 대통령령으로 정하는 것 ② 국토교통부장관 또는 사업주체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 그 주택 공급을 신청할 수 있는 지위를 무효로 하거나 이미 체결된 주택의 공급계약을 취소할 수 있다. 1. 제1항을 위반하여 증서 또는 지위를 양도하거나 양수한 자 2. 제1항을 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 증서나 지위 또는 주택을 공급받은 자 ③ 사업주체가 제1항을 위반한 자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 산정한 주택가격에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 그 지급한 날에 그 주택을 취득한 것으로 본다. ④ 제3항의 경우 사업주체가 매수인에게 주택가격을 지급하거나, 매수인을 알 수 없어 주택가격의 수령 통지를 할 수 없는 경우 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우로서 주택가격을 그 주택이 있는 지역을 관할하는 법원에 공탁한 경우에는 그 주택에 입주한 자에 대하여 기간을 정하여 퇴거를 명할 수 있다. ⑤ 국토교통부장관은 제1항을

에 따라 건설·공급되는 주택을 공급받거나 공급받게 하기 위하여 주택을 공급받을 수 있는 지위(동법 제32조), 주택상환사채(동법 제69조), 입주자저축 증서(동법 제75조), 그밖에 주택을 공급받을 수 있는 증서 또는 지위로서 대통령령으로 정하는 것을 양도·양수 또는 이를 알선하거나 양도·양수 또는 이를 알선할 목적으로 하는 광고를 하는 행위와 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 주택법에 따라 건설·공급되는 증거나 지위 또는 주택을 공급받거나 공급받게 하는 행위를 하는 경우에는 처벌된다(동법 제39조 제1항).¹⁴⁾ 또한 동법은 투기과열지구에서의 분양권 등 전매행위에 대한 규제를 규정하고 있다. 즉 투기과열지구에서 건설·공급되는 주택의 입주자로 선정된 지위는 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간이 지나기 전에는 그 주택 또는 지위를 전매하거나 이의 전매를 알선할 수 없다(동법 제41조의2 제1항). 이에 위반하여 입주자로 선정된 지위 또는 주택을 전매하거나 이의 전매를 알선하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다(동법 제96조 제3호).¹⁵⁾ 다만 입주자로 선정된 자의 생업상의 사정 등으로 전매가 불가피하다고 인정되는 경우에는 예외이다.¹⁶⁾ 입주자로 선정된 지위란

위반한 자에 대하여 10년 이내의 범위에서 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 주택의 입주자자격을 제한할 수 있다.

- 14) 상기한 증서 또는 지위를 양도·양수하거나 이를 알선하는 행위에는 일명 ‘뺏다방’으로 불리는 무등록 이동식중개업자가 입주자저축 증서 등을 매입하여 주택을 분양받아 이를 전매하여 차익을 남기는 방법 등이 있다.
- 15) 전매에는 매매·증여나 그 밖에 권리의 변동을 수반하는 모든 행위를 포함하되, 상속의 경우는 제외한다.
- 16) 주택법 제41조의2(주택의 전매행위 제한 등) ② 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하여 입주자로 선정된 자 또는 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정에 해당하는 주택을 공급받은 자의 생업상의 사정 등으로 전매가 불가피하다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다. 다만, 제1항 제2호부터 제4호까지의 규정에 해당하는 주택을 공급받은 자가 전매하는 경우에는 한국토지주택공사(사업주체가 지방공사인 경우에는 지방공사를 말한다. 이하 이 조 및 제63조에서 같다)가 그 주택을 우선 매입할 수 있다.

입주자로 선정되어 그 주택에 입주할 수 있는 권리, 자격, 지위 등을 말한다.¹⁷⁾

2.3 공인중개사법

1980년대의 부동산가격의 폭등과 투기의 만연으로 인하여 투기억제 대책의¹⁸⁾ 일환으로 종래의 소개영업법은 폐지되고 1983년 12월 30일 부동산중개업법(법률 제3676호, 시행 1984년 4월 1일)이 제정되었다.¹⁹⁾ 이후 동법은 2005년 7월 29일 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(법률 제7638호, 시행 2006년 1월 30일)로 전면 개정되어 2006년 1월 30일부터 시행되었다.²⁰⁾ 이후 동법은 2014년 공인중개사법(법률 제12374호, 시행 2014년 7월 29일)과 부동산 거래신고에 관한 법률(법률 제12376호, 시행 2014년 7월 29일)로 분리되어 시행되고 있다. 분리되어 시행되고 있는 공인중개사법(법률 제12635호, 시행 2014년 7월 29일)의 주요내용은 다음과 같다.

-
- 17) 이에는 분양권, 당첨권 및 입주권 등이 해당되며, 일반적으로 당첨권이란 주상복합건물 등의 분양 신청 후 이에 당첨된 신청서를 의미하는 것으로 그 후 계약을 통해 분양권으로 바뀌게 되며, 입주권이란 선 시공 후 분양을 하는 경우 주택에 입주할 수 있는 권리를, 분양권이란 선 시공 후 분양의 경우 자신의 분양 받을 주택을 특정하게 갖게 되는 권리를 의미한다.
 - 18) 부동산가격의 급등에 대하여 시장 기능의 활성화보다는 투기억제에 초점을 맞추어 다양한 대책을 시행하였다(정창영, “부동산투기의 원인과 성격에 관한 연구”, 산업과 경영 제10권 제1호, 연세대학교 산업경영연구소, 1992, 123쪽).
 - 19) 동법의 주요내용은 부동산중개업의 전면 허가제 실시, 부동산중개업의 허가를 공인중개사 자격자로 국한, 중개업자의 중개물건 확인 설명 의무, 검인계약서 사용 의무화, 중개업자에 대한 행정규제 및 처벌강화 등이다.
 - 20) 동법의 주요 내용을 살펴보면 부동산중개업자는 임시 중개시설물을 설치할 수 없도록 하여 부동산투기 조장행위를 방지하도록 하였고, 거래계약서 작성 시 실거래가격 등과 같은 계약의 내용을 시장·군수 또는 구청장에게 신고하도록 하여 공인중개사의 의무를 강화하였다.

2.3.1 무등록 중개업 영위 또는 중개사무소 부정개설 등록한 행위

중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 하거나 거짓 그 밖의 부정한 방법으로²¹⁾ 중개사무소의 개설등록을 한 자는 처벌한다(공인중개사법 제48조 제1호·제2호). 여기서 말하는 중개사무소의 개설등록을 하지 아니한 중개업자는 일명 ‘뺏다방’으로 불리는 무허가 이동식 중개업자 등이 대표적이다. 또한 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 영위하는 자인 사실을 알면서 그를 통하여 중개를 의뢰받거나 그에게 자기의 명의를 이용하게 하는 행위를 한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다(동법 제49조 제1항 제10호).

2.3.2 부동산투기 조장행위 및 임시 중개시설물을 설치하는 행위

부동산중개업자가 관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매·교환 등을 중개하거나 그 매매를 업으로 하는 행위를 하거나 탈세 등 관계 법령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산투기를 조장하는 행위를 하는 경우에는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다(동법 제48조 제3호).²²⁾ 그리고 중개

21) ‘거짓 그 밖의 부정한 방법으로 중개사무소의 개설등록을 하는 행위’란 개설등록 기준을 충족하지 못함에도 중개사 자격증을 위조하는 등의 방법으로 중개사무소 개설등록을 하는 행위를 말한다.

22) 대법원은 “부동산을 매수할 자력이 없는 갑이 전매차익을 노려 을로부터 이 사건 부동산을 매수하여 계약금만 걸어 놓은 다음 중간생략등기의 방법으로 단기 전매하여 각종 세금을 포탈하려는 것을 부동산중개인인 원고의 중개보조인 병이 알고도 이에 동조하여 그 전매를 중개하였는데, 중도금 지급기일이 임박하도록 전매차익이 생길 만한 가액으로 위 부동산을 매수하겠다는 원매자가 나타나지 아니하자 계약이행을 하지 못하여 계약금을 몰취 당하는 등의 손실을 방지하기 위하여 매수대금보다 싼 값에 전매하게 된 것이라면 갑이 결과적으로 전매차익을 올리지 못하고 말았다고 할지라도 병의 위 전매중개는 「공인중개사의업무및부동산거래신고에관한법률」 제15조 제6호 소정의 탈세를 목적으로 이전등기를 하지 아니한 부동산의 매매를 중개하여

업자가 천막 그 밖의 이동이 용이한 임시증개시설을 설치하는 행위는 처벌한다(동법 제49조 제1항 제5호).

Ⅲ. 분양권 전매제한과 불법전매의 유형 및 법적 문제

우선 분양권에 대한 불법전매의 폐해를 논하기에 앞서 이하에서의 논의를 위하여 개념적으로 정의를 내릴 필요가 있는 두 가지 용어가 있다. 바로 투자(Investment)와 투기(Speculation)라는 용어이다. 이 두 용어에 대한 명확한 개념적 정의가 선행될 필요가 있는 이유는 좀 더 근본적으로 과연 그러한 미등기전매를 포함한 분양권의 전매를 투자의 시각에서 바라볼 것인가 아니면 투기의 관점에서 바라볼 것인가이다. 투자와 투기의 개념에 대한 다양한 견해가 있으나 여기서는 그 차이점에 관한 대표적인 견해를 위주로 간략하게 살펴보고자 한다. 양 개념은 광의적으로는 모두 투자의 범주에 속한다는 견해,²³⁾ 자본이득을 얻기 위한 거래 행위인 투기는 일종의 투자행위라고 볼 수 있으나 정책적으로 장려되는 투자와는 구분되어야 한다는 견해,²⁴⁾ 투자와 투기는 물과 기름의 관계 처럼 명확히 구분하기 어렵다는 견해,²⁵⁾ 그리고 재화의 이용을 통한 소득적 이득과 자산의 가격변동에서 얻어지는 자산적 이득을 구별하여 전자를 얻기 위한 자금의 지출을 투자라고 하고 후자를 얻기 위한 자금의 지출을 투기로 보는 견해²⁶⁾ 등이 있다.

부동산투기를 조장하는 행위에 해당한다.”고 판시하였다(대법원 1990. 11. 23 선고 90누4464 판결).

23) 이태교, “한국의 토지투기에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 1985, 6-9쪽.

24) 이창석, 부동산학개론, 형설출판사, 2007, 769-770쪽.

25) 최막중, “부동산정책의 정공법 전환을 위한 이슈와 과제”, 토지연구 제14권 제3호, 한국토지주택공사, 2003, 48-50쪽 참고.

26) 이창석/박용광/김용구/이주홍/정윤/이정현/권기운/이동찬, 전략경영시대의 CEO 부동산

그러나 전술한 헌법의 제 규정에 비추어 본고에서는 부동산에 대한 투자와 투기의 개념을 다음과 같이 정의하고자 한다. 부동산 투기란 부동산을 단지 단기적인 시세차익실현의 목적으로 삼고 그 부동산과 관련된 자들은 수익을 얻으나 지역사회 및 국가경제에 이바지하는 바가 없는 행위를 말하며, 부동산 투자란 기간 및 실거주목적의 여부와 관계 없이 국가경제의 성장과 지역사회 발전에 이바지함과 동시에 관계자의 이익 창출뿐만 아니라 그 부동산에 대한 자본의 공급으로 인하여 공공의 이익 또한 창출시키는 행위로 정의하고자 한다. 투자와 투기에 대한 상기의 관점에서 살펴보았을 때 미등기전매 및 복등기 등의 분양권 불법전매는 투기적 성향의 불법행위이며 일명 ‘뗏다방’으로 불리는 무등록 이동식중개업자는 그러한 불법행위를 조장하는 사회적 해악의 근본적 요소이므로 그들에 대하여는 불법에 대한 근본적인 해결책이 아닌 단순한 단속보다는 엄정하면서도 엄중한 법집행을 통하여 다시는 그러한 중개행위를 하지 못하도록 관련 중개업자에 대한 기존의 조치인 등록 취소보다는 공인중개사 자격을 취소하여야 할 필요성이 있다고 본다.

1. 분양권 전매제한의 역사와 전매절차 및 예외사유

1.1 분양권 전매제한의 역사

분양권 전매제한이란 분양가상한제가 적용되어 주택의 가격이 주변 지역과 비교하여 저렴한 반면 일정 기간 동안 매매 할 수 없도록 하는 제도를 말한다. 단기간의 과도한 시세 차익을 실현하는 과정에서의 부동산 투기를 방지하고자 하는 취지에서 도입된 제도이다. 이와 같은 취지의 분양권 전매제한제도가 문제가 되는 것은 동 제도의 취지와는 달리 단기적 시세차익을 실현하는 ‘로또’와 같은 수단으로 변질됨과 더불어

전매제한 기간을 위반한 미등기전매와 같은 불법전매가 일반인은 물론 공무원 사회에서도 그러한 불법행위가 만연하고 있다는 것이다. 주택법은 전매제한 기간을 위반하여 주택을 불법으로 전매하거나 이의 전매를 알선한 자는 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있음을 규정하고 있으나(주택법 제96조 제3호), 그러한 제재규정에도 불구하고 단기 시세차익을 누릴 수 있는 투기적 성향의 분양권 불법전매가 수도권 및 일부 신도시에서 지속적으로 행해지고 있는 것이 현실이다.

분양권전매는 종래에 계속해서 금지되어 오던 중 ‘IMF 외환위기’ 등으로 불리는 위기적 경제 상황으로 인하여 부동산 경기가 침체되자 경기 부양책 중 하나의 방편으로 분양받은 주택의 계약체결 이후에 동 주택의 분양권을 팔 수 있도록 하였다. 그러나 이후 부동산 경기의 부양책으로 허용된 분양권에 대한 전매의 심각한 부작용이 초래되었다. 즉 투기적 거래의 대명사로서 자본이 확충된 투기세력 및 동 세력과 결합한 부동산 중개업자 즉, 미등록 중개업자인 ‘뺑다방’ 등의 일명 작전으로 인기지역의 분양권에 대한 프리미엄이 인위적으로 형성되어 분양권 전매가 의도되었던 것과는 달리 사회해악적인 투기적 수단으로 이용되었다. 이에 정부는 2002년 9월 23일부터 청약경쟁의 과도한 과열방지 및 일부 투기세력 등에 의하여 조장된 투기적 수요를 차단할 목적으로 투기과열지구 내에서의 주택에 대한 분양권 전매를 금지하게 되었다. 이후 2003년 6월 7일부터 수도권 전역과 충청권 5개 시·군이 투기과열지구로 지정되어 입주 시까지 분양권 전매를 전면적으로 금지하게 되었다. 2003년 7월 1일부터는 지역 및 직장조합아파트 분양권도 투기과열지구에서는 일반아파트처럼 전매가 전면 금지되고 300가구 이상 주상복합아파트의 경우도 분양권 전매가 금지되었다.²⁷⁾ 이후 외환위기 당시와 마찬가지로

27) 투기과열지구에서 분양권전매가 가능하려면 중도금을 2회 이상 납부하고 계약체결일로부터 1년이 경과한 이후라야 전매가 가능하다. 다만, 주택건설촉진법령 시행일 이전에 아파트 분양을 받았거나 분양권을 취득한 자에 대하여는 분양권 전매제한의 적용을 받지 아니하며, 법령시행일 이후에 아파트 분양을 받거나 분양권 전매를 받은 자에

2008년 부동산 특히, 주택시장의 침체적 상황을 타개할 목적으로 정부는 강남 3구를 제외한 수도권 지역의 투기과열지구를 해제하여 2003년 이후 확대하여 시행하였던 분양권 전매에 대한 정책의 방향성을 전면적 금지에서 제한적 허용으로 변경하여 아파트로 대표되는 주택의 분양권 전매가 가능하도록 허용하였다.

1.2 분양권 전매절차와 예외사유

전술한 전면적 금지와 제한적 허용의 역사를 가지고 있는 주택, 특히 아파트의 분양권 전매는 다음의 절차를 거쳐서 진행하게 된다. 또한 분양권 전매제한 기간 내에 일정한 경우에 한하여 분양권 전매를 허용하는 경우도 있다. 이하에서는 간략하게 분양권 전매절차와 분양권 전매제한 기간 내에 예외적으로 분양권 전매를 허용하는 경우에 대하여 살펴보고자 한다. 분양권 전매절차는 분양계약의 단계에서 시작하여 분양권 매수자의 사용검사 및 소유권 이전등기를 마지막 절차로 하여 종결된다. 분양권 전매절차를 간략하게 살펴보면 다음의 표와 같다.

분양계약 → 매매계약(당첨자와 매입자)²⁸⁾ → 매매계약서 검인²⁹⁾ → 금융기관과 대출승계협의³⁰⁾ → 명의변경(매도자와 매수자)³¹⁾ → 용자승계완료(매수자) → 잔금납부 및 입주(매수자) → 사용검사 및 소유권 이전등기(매수자)³²⁾

대하여는 최초 공급계약일부터 중도금 2회 이상 납부하고 1년간 분양권 전매가 제한된다.

- 28) 매도인 구비 서류로는 아파트 분양받은 회사에서 받은 분양계약서, 발코니 확장 등 옵션 계약서, 계약금과 중도금을 납부한 영수증(건설회사에서 확인증명발급), 인감도장, 신분증, 매도용 인감증명서 등이 필요하고, 매수인이 구비 서류로는 신분증과 인감도장이 필요하다.
- 29) 공인중개사가 계약을 체결했다면 공인중개사가 실거래 신고를 하고, 개인간에 직거래를 했다면 관할 시군구청에 직접 실거래 신고 후 신고필증을 교부받는다.
- 30) 아파트 분양계약자(매도인)가 중도금 은행 대출이 있는 경우에는 대출받은 은행에서 대출승계(상환)를 진행해야 한다. 매도인 구비 서류에는 분양계약서 원본, 분양권 매매

그리고 주택법 시행령 제45조의2 제5항(전매행위 제한기간 및 전매가 불가피한 경우)³³⁾ 분양권 전매제한 기간 내에 전매를 불가피하게 허용하는 예외적인 경우를 규정하고 있다. 즉 세대원이 근무 또는 생업 등으로 다른 광역시·도로 이전하는 경우(수도권 제외), 상속에 의해 취득한 주택으로 세대원 전원이 이전하는 경우, 세대원 전원이 해외로

계약서, 인감증명서, 주민등록등본, 신분증, 인감도장, 실거래가신고필증 등이 있고 매수인 구비 서류에는 인감증명서, 주민등록등본, 인감도장, 신분증 등이 있다.

- 31) 은행대출 승계가 완료되면 매도인과 매수인은 분양사무소를 방문하여 명의 변경을 해야 한다. 이때 매도인 구비 서류에는 분양계약서, 분양권 매매계약서, 부동산 매도용 인감증명서, 주민등록등본, 인감도장, 신분증, 분양대금 납부영수증, 실거래가신고필증, 대출승계(상환) 확인서 등이 있고, 매수인 구비 서류에는 인감증명서, 주민등록등본, 인감도장, 신분증, 은행 대출 채무승계 확인원 등이 있다.
- 32) 분양권 매매 계약 시에는 취득세를 납부하지 않고 입주 시에 취득세를 납부한다. 매도자는 60일 이내에 주소지 관할 세무서에 양도세 신고를 해야 하며 양도 소득세율은 보유기간에 따라 다양하다. 1년 미만의 거래 시 50%, 2년 미만 시 40%, 그리고 2년 이상은 6~38% 정도로 양도 차액에 따라 차등 적용된다. 양도차익이 없는 경우에도 양도세 신고를 해야 한다.
- 33) 주택법 시행령 제45조의2(전매행위 제한기간 및 전매가 불가피한 경우) ⑤ 법 제41조의2 제2항 본문에서 "대통령령으로 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당되어 사업주체(법 제41조의2 제1항 제2호 및 제3호에 해당하는 주택의 경우에는 한국토지주택공사를 말한다. 다만, 사업주체가 지방공사인 경우에는 지방공사를 말한다)의 동의를 받은 경우를 말한다. 1. 세대원(세대주가 포함된 세대의 구성원을 말한다. 이하 이 조에서 같다)이 근무 또는 생업상의 사정이나 질병치료·취학·결혼으로 인하여 세대원 전원이 다른 광역시, 특별자치시, 특별자치도, 시 또는 군(광역시의 관할구역에 있는 군을 제외한다)으로 이전하는 경우. 다만, 수도권으로 이전하는 경우를 제외한다. 2. 상속에 의하여 취득한 주택으로 세대원 전원이 이전하는 경우 3. 세대원 전원이 해외로 이주하거나 2년 이상의 기간 해외에 체류하고자 하는 경우 4. 이혼으로 인하여 입주자로 선정된 지위 또는 주택을 그 배우자에게 이전하는 경우 5. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조 제1항에 따라 공익사업의 시행으로 주거용 건축물을 제공한 자가 사업시행자로부터 이주대책용 주택을 공급받은 경우(사업시행자의 알선으로 공급받은 경우를 포함한다)로서 시장·군수·구청장이 확인하는 경우 6. 법 제41조의2 제1항 제2호부터 제4호까지에 해당하는 주택의 소유자가 국가·지방자치단체 및 금융기관(제44조 제2항 제1호 각 목의 금융기관을 말한다)에 대한 채무를 이행하지 못하여 경매 또는 공매가 시행되는 경우 7. 입주자로 선정된 지위 또는 주택의 일부를 그 배우자에게 증여하는 경우.

이주하거나 2년 이상 해외에 체류하는 경우, 이혼으로 소유권을 배우자에게 이전하는 경우, 입주자로 선정된 지위 또는 주택의 일부를 배우자에게 증여하는 경우, 그리고 주택의 소유자가 국가·지방자치단체 및 금융기관에 채무를 이행하지 못해 경매 또는 공매가 시행되는 경우에는 전매제한 기간 내 전매가 허용되고 있다.³⁴⁾ 상술한 7가지 예외적 분양권 전매의 허용 사유에 해당되는 경우에 관련 서류를 한국토지주택공사에 제출한 뒤 ‘분양권 전매 동의서’를 발급받은 후 동의서를 첨부해 분양권 실거래가 신고를 마치면 건설업체가 분양권 전매를 허가해준다.

2. 분양권 불법전매의 대표적 유형 및 법적 문제

2.1 분양권 불법전매의 대표적 유형

아파트로 대표되는 주택 등의 부동산에 대한 투기적 행위이며 불법적인 탈세의 수단으로 빈번히 활용되는 불법행위의 대표적인 것으로는 분양권 미등기 전매행위와 복등기 등이 있다. 미등기 전매 행위란³⁵⁾ 당해 부동산에 대한 소유권의 이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 조세부과를 면할 목적, 가격의 변동에 따른 증가된 이득의 실현, 소유권 이전 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로³⁶⁾ 등기를 하지 않고 전매제한 기간 내에 전매계약을 체결하는 것을 말한다. 여기

34) 그러나 상기한 바와 같은 영업상의 이유(질병치료·취학·결혼 등) 등이 있을 경우 예외적으로 전매를 허용해주는 점을 악용하여 위장전출, 재직증명서 위조, 허위 사업자 등록 등의 수법을 이용하여 예외적 허용사유를 악용하는 불법적인 거래가 빈번하고 있는 것이 현실이다.

35) 미등기 전매는 매도자가 잔금납부 또는 소유권 이전등기를 하지 않은 상태에서 다른 사람에게 다시 매도하는 것으로 ‘중간생략등기’라고도 한다.

36) ‘소유권이전 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적’이란 법령에서 소유권의 취득을 금하거나 제한하고 있는 것을 회피하기 위한 목적을 가지고 부동산거래를 하는 것을 말한다.

서 ‘조세부과를 면할 목적’이란 부동산 취득과 양도과정에서 납부하여야 할 취득세, 등록세 및 양도소득세 등의 납부를 회피할 목적이³⁷⁾ 있는 경우를 의미한다. ‘다른 시점간의 가격의 변동에 따른 이득을 얻을 목적’이라 함은 해당 부동산의 가격의 상승을 예상하고 당첨된 분양권을 일정한 기간 내에 매도하여 그 차액을 취득하고자 하는 투기적 성향의 거래 행위를 의미한다.

분양권 불법전매행위의 또 다른 유형으로는 복등기가 있다. 복등기란 분양권 당첨자가 분양권 전매제한 기간 중 프리미엄을 받고 미등기 상태로 분양권을 판 뒤 전매제한이 끝나면 최초 분양계약자 명의로 소유권이전 등기를 한 후 바로 다시 매수자의 명의로 등기하는³⁸⁾ 것을 말한다. 복등기에서 매수자는 매도자가 부담해야 할 취득세, 등록세 및 양도소득세를 부담하는 구조로 되어 있다. 부동산에 대한 등기 이전에 분양권 매수자는 권리를 주장할 수 없기 때문에 매매계약서에 공증을 받게 된다. 그리하여 공증을 통한 미등기 전매라고도 한다. 상기한 바와 같은 분양권 불법거래를 하다 적발되면 매도자는 아파트 당첨이 취소되고, 매수자는 이미 납입한 금액 또는 최초 분양가에 은행 이자를 합한 금액으로 계약해지를 당한다. 또 매매당사자인 매도자와 매수자뿐만 아니라 그러한 분양권 불법전매를 알선한 자인 공인중개사를 포함하여 분양권 불법전매와 관련된 대상자 모두 형사처벌의 대상이 되어 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금형에 처해질 수 있다.³⁹⁾

37) 양도소득세의 회피 및 투기의 목적으로 자신 앞으로 소유권이전등기를 하지 아니하고 미등기인 채로 매매계약을 체결하였다 하여 그것만으로 그 매매계약이 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효로 된다고 할 수 없다(대법원 1993. 5. 25. 선고 93다296 판결).

38) 부동산에 대한 등기를 전매제한 기간이 경과한 후 동시에 등기를 두 번 한다하여 ‘복등기’라고 한다. 입주 아파트에서 많이 일어나는 복등기는 입주 이전에 매매계약이 이루어지기 때문에 엄밀한 의미에서의 분양권 전매행위에 해당한다. 그러나 이미 입주가 완료되거나 전매제한 기간이 경과한 아파트에 대한 복등기는 법에 저촉되는 것은 아니다.

39) 주택법 제96조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는

2.2 분양권 불법전매와 관련된 법적 문제

분양권 불법전매와 관련된 법적 문제는 민사적·형사적·행정적 문제로 나누어 살펴볼 수 있다. 각각의 측면에서 분양권 불법전매와 관련하여 문제가 되는 것은 다음과 같다. 우선 민사적인 측면에서 미등기 전매와 관련된 대법원의 입장을 살펴보면, 대법원은 미등기 전매행위의 결과 미등기 부동산을 취득한 제3자가 소유권이전등기를 신청하여 제3자에게로 등기가 경료 되는 경우에는 그러한 중간생략등기에 대해 유효한 등기로서 효력을 인정한다.⁴⁰⁾ 즉 최초매도인, 매수인, 그리고 최종매수인간에 있어서 중간생략의 합의가 있고, 그러한 물권적 합의와 등기는 실체관계에 부합하는 유효한 등기라고 한다. 부동산등기특별조치법 제8조에 따른 형사처벌을 받는 미등기 전매행위라 할지라도 민사적으로는 유효하다는 것이다. 즉 동법 제8조의 형사처벌 규정을⁴¹⁾ 민사적 효력과

3천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제32조에 따라 설립된 주택조합(리모델링주택조합은 제외한다)의 조합원이 아닌 자로서 주택조합의 가입을 알선하면서 주택가격 외의 수수료를 받거나 그 밖의 명목으로 금품을 받은 자 2. 제39조 제1항을 위반한 자 3. 제41조의2 제1항을 위반하여 입주자로 선정된 지위 또는 주택을 전매하거나 이의 전매를 알선한 자 4. 제42조 제4항을 위반하여 리모델링주택조합이 설립인가를 받기 전에 또는 입주자대표회의가 소유자 전원의 동의를 받기 전에 시공자를 선정한 자 및 시공자로 선정된 자 5. 제42조 제5항을 위반하여 경쟁입찰의 방법에 의하지 아니하고 시공자를 선정한 자 및 시공자로 선정된 자.

40) 주택건설촉진법상 국민주택에 관하여는 분양한 때로부터 일정한 기간 동안 전매행위가 금지되어 있기는 하나 이는 매수인이 국민주택사업주체인분양자에게 그 전매사실로서 대항할 수 없다는 것이지 전매당사자 사이의 전매계약의 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니라고 할 것이며, 부동산등기특별조치법(1990.8.1. 법률 제4244호)상 조세포탈과 부동산투기 등을 방지하기 위하여 위 법률 제2조 제2항 및 제8조 제1호에서 등기하지 아니하고 제3자에게 전매하는 행위를 일정 목적범위 내에서 형사처벌하도록 되어 있으나 이로써 순차 매도한 당사자 사이의 중간생략등기합의에 관한 사법상 효력까지 무효로 한다는 취지는 아니다(대법원 1993. 1. 26. 선고 92다39112 판결).

41) 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 미등기 전매행위를 하는 것을 처벌대상으로 하는 부동산등기특별조치법 제8조 제1호와 사기 기타 부정한

의 관계에서는 강행규정이 아니라 단순한 단속규정에 불과하다고 본다. 여기서 유의할 것은 상기한 대법원 판결이 무한정으로 그러한 미등기 전매에 따른 중간생략등기가 경료 된 사안에 대해 최초매도인, 매수인, 그리고 최종매수인간에 중간생략의 합의가 이루어지면 그 등기에 대해 유효성을 부여하는 것은 아니며 최초매도인과 매수인의 매매 계약 및 매수인과 최종매수인 사이의 매매계약이 모두 유효한 경우에만 그 등기가 유효하다는 것이다. 그러나 후술하는 바와 같이 분양권 불법전매가 사회 전체에 만연하고 있고 더욱이 그러한 불법행위가 공직사회의 일원인 공무원에 의하여 자행되고 있다는 것이다. 그와 같은 불법적 관행의 만연은 사회의 가치와 국가에 대한 국민의 신뢰의 붕괴를 초래하기에 분양권에 대한 전면적 불법전매금지와 불법전매에 기한 매매계약의 효력을 원천적으로 무효화하는 규정을 신설할 필요성이 있다고 본다.

다음으로 형사적인 측면에서의 미등기 전매와 관련된 법적 문제를 살펴보면, 미등기 전매를 하는 자가 부동산등기특별조치법 제2조 제2항 및 제3항에⁴²⁾ 따른 소유권이전등기 등 신청의무를 위반한 경우로 조세

행위로 조세를 포탈한 자를 처벌대상으로 하는 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 제2호, 조세범처벌법 제9조 제1항은 각 그 처벌목적과 대상, 행위의 태양이 서로 달라 미등기전매행위와 조세포탈행위가 1개의 행위로 발생한 동일한 결과로 볼 수 없으므로 양 죄는 상상적 경합관계가 아니라 실제적 경합관계에 있다(대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도5954 판결).

- 42) 부동산등기특별조치법 제2조(소유권이전등기 등 신청의무) ① 부동산의 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 자는 다음 각 호의 1에 정하여진 날부터 60일 이내에 소유권이전등기를 신청하여야 한다. 다만, 그 계약이 취소·해제되거나 무효인 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 계약의 당사자가 서로 대가적인 채무를 부담하는 경우에는 반대급부의 이행이 완료된 날 2. 계약당사자의 일방만이 채무를 부담하는 경우에는 그 계약의 효력이 발생한 날 ② 제1항의 경우에 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 제1항 각호에 정하여진 날 이후 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약이나 제3자에게 계약당사자의 지위를 이전하는 계약을 체결하고자 할 때에는 그 제3자와 계약을 체결하기 전에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다. ③ 제1항의 경우에 부동산의 소유권을 이전받을 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 자가 제1항 각호에 정하여진 날 전에 그 부동산에 대하여 다시 제3자와 소유권이전을 내용으로 하는 계약을 체결한 때에는

부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 동법 제2조 제2항 또는 제3항의 규정에 위반한 때에는 동법 제8조에 따라 3년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금형에 처해진다. 또한 미등기 전매행위에 직·간접적으로 도움을 주어 그 전매계약 과정에 개입한 공인중개사는 동법 제8조 위반죄의 공동정범 또는 방조범으로 처벌되며⁴³⁾ 그리고 매수인이 최초매도인인의 승낙 없이 최초매도인을 매도인으로 하고 제3자를 매수인으로 하여 매매계약서를 작성할 경우에는 당해 매매계약서를 작성한 자는 형법상의 사문서위조죄(형법 제231조)와⁴⁴⁾ 위조사문서행사죄(형법 제234조)로⁴⁵⁾ 처벌될 수 있다.

먼저 체결된 계약의 반대급부의 이행이 완료되거나 계약의 효력이 발생한 날부터 60일 이내에 먼저 체결된 계약에 따라 소유권이전등기를 신청하여야 한다.

- 43) 거래당사자가 무등록 중개업자에게 중개를 의뢰하거나 미등기 부동산의 전매를 중개 의뢰한 경우, 그 중개의뢰행위가 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률’ 제48조 제1호, 제9조와 제48조 제3호, 제33조 제7호의 처벌 대상이 되는지 여부 및 이때 중개의뢰인의 중개의뢰행위를 중개업자의 중개행위에 관한 공동정범 행위로 처벌할 수 있는지에 대하여 대법원은 “공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(이하 ‘공인중개사법’이라 한다)에서 ‘중개’는 중개행위자가 아닌 거래당사자 사이의 거래를 알선하는 것이고 ‘중개업’은 거래당사자로부터 의뢰를 받아 중개를 업으로 행하는 것이므로, 중개를 의뢰하는 거래당사자, 즉 중개의뢰인과 중개를 의뢰받아 거래를 알선하는 중개업자는 서로 구별되어 동일인일 수 없고, 결국 중개는 그 개념상 중개 의뢰에 대응하여 이루어지는 별개의 행위로서 서로 병존하며 중개의뢰행위가 중개행위에 포함되어 흡수될 수 없다. 따라서 비록 거래당사자가 개설등록을 하지 아니한 중개업자에게 중개를 의뢰하거나 미등기 부동산의 전매에 대하여 중개를 의뢰하였다고 하더라도, 공인중개사법 제48조 제1호, 제9조와 제48조 제3호, 제33조 제7호의 처벌규정들이 중개행위를 처벌 대상으로 삼고 있을 뿐이므로 그 중개의뢰행위 자체는 위 처벌규정들의 처벌 대상이 될 수 없으며, 또한 위와 같이 중개행위가 중개의뢰행위에 대응하여 서로 구분되어 존재하여야 하는 이상, 중개의뢰인의 중개의뢰행위를 중개업자의 중개행위와 동일시하여 중개행위에 관한 공동정범 행위로 처벌할 수도 없다고 해석하여야 한다.”고 판시하였다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013도3246 판결).
- 44) 형법 제231조(사문서등의 위조·변조) 행사할 목적으로 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 문서 또는 도화를 위조 또는 변조한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.
- 45) 형법 제234조(위조사문서등의 행사) 제231조 내지 제233조의 죄에 의하여 만들어진

마지막으로 행정적인 측면에서의 미등기 전매와 관련된 법적 문제를 살펴보면, 단기간의 가격변동에 따른 시세차익을 목적으로 하거나 탈세 등 관계 법령을 위반할 목적으로 행해진 미등기 전매행위에 대하여 행정관청이 공인중개사법 제33조 제7호에⁴⁶⁾ 해당하는 행위라고 판단하는 경우에 동법 제36조 제1항 제7호에⁴⁷⁾ 따라 불법적인 미등기 전매행위에 관련된 공인중개사에 대하여 6월의 범위 안에서 그 자격을 정지시킬 수 있으며(임의적 자격정지) 또한 동법 제38조 제2항 제9호에⁴⁸⁾ 따라 등록관청은 당해 미등기 전매에 관여한 개업공인중개사에 대하여 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다(임의적 등록취소). 이외에도 주택법 제41조의2 제3항은 주택의 전매제한 규정을 위반하고 분양권을 전매한 경우에는 사업 주체가 이미 납부된 입주금에 이자를 붙여 분양권 매수인에게 지급하면 분양권을 취득할 수 있음을 규정하고 있다.

IV. 분양권 불법전매에 대한 대책 및 입법적 개선방안

전술한 바와 같이 분양권 불법전매는 계속해서 횡행하고 있으나 그에 대한 관련 법 규정에 따른 제재는 엄격하게 집행되지 않고 있으며 또한

문서, 도화 또는 전자기록등 특수매체기록을 행한 자는 그 각 죄에 정한 형에 처한다.

- 46) 탈세 등 관계 법령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산투기를 조장하는 행위(공인중개사법 제33조 제7호).
- 47) 공인중개사법 제36조(자격의 정지) ① 시·도지사는 공인중개사가 소속공인중개사로써 업무를 수행하는 기간 중에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6월의 범위 안에서 기간을 정하여 그 자격을 정지할 수 있다. 7. 제33조 각 호에 규정된 금지행위를 한 경우.
- 48) 공인중개사법 제38조(등록의 취소) ② 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다. 9. 제33조 각 호에 규정된 금지행위를 한 경우.

행정관청의 단속 또한 지속적인 단속이 아닌 언론에서 문제가 부각되는 시점에서의 단기적인 단속을 중심으로 행해지고 있다. 문제는 그와 같은 불법행위에 대한 제재의 관대함과 불법적 관행에 대한 방치와 같은 미흡한 조치의 시행으로 인하여 분양권 불법전매인 미등기 전매행위가 현재 국민의 봉사자이며 청렴해야 할 공직사회의 구성원들에게서 행해지고 있다는 것이다. 분양권 불법전매는 사회의 근본가치를 훼손시키며 공무원에 대한 국민의 신뢰감의 상실, 더욱이 그와 같은 신뢰의 상실은 국가의 근본적 질서와 정부에 대한 신뢰의 붕괴를 초래할 것이다. 그러한 우려는 이미 현실화 되고 있다고 본다. 대표적인 예로 국민의 준법의식의 저하와 법을 준수하는 것이 손해라는 관념이 국민들 사이에서 확대되고 있다는 것이다. 특히 우려할 만한 것은 청소년들의 사고의 틀 속에 그러한 불법행위에 대한 관대함 그리고 법을 지키는 것이 손해라는 의식이 확대되고 있다는 것이다.⁴⁹⁾ 상황이 이와 같은 지경에 이르렀음에도 불구하고 여전히 그러한 불법행위에 대한 대처방식은 과거의 행태를 벗어나지 못하고 있다. 불법적인 행위가 관행이 되고, 그러한 관행적 불법행위가 청렴해야 할 공직사회의 도덕적 해이를 초래하고 법을 준수하는 것이 손해라는 의식이 국민들 사이에 만연하고 있는 현실을 고려할 때 과거의 대처방식은 전면적으로 개선되어야 하고 그러한 불법행위에 대하여 더 확실하면서도 엄중한 근절방안이 모색되어야 하리라 본다. 그리하여 이하에서는 그러한 불법적 관행에 대한 근절방안의 일환으로서 더 엄정하면서도 엄중한 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.⁵⁰⁾ 물

49) 현대호/김명아, 2015 국민법외의식 조사 연구(2015-07), 한국법제연구원, 2015, 77-101쪽 참고

50) 후술하는 입법적 개선방안 외에도 상세한 것은 추후 연구에서 살펴보겠으나 공익신고자 보호법(법률 제13443호, 시행 2016.1.25.) 제14조는 공익침해행위(공익신고자 보호법 제2조 제1호)인 분양권 불법전매에 관여한 자가 공익침해행위에 대하여 신고한 경우에 그와 관련하여 그 형을 감경하거나 면제할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 분양권 불법전매에 관여자가 자수한 경우의 형의 감경은 참작할 만하나 형의 면제와 관련된 규정내용은 재검토의 필요성이 있다고 본다.

론 엄중한 제재를 입법적으로 마련하는 방법도 중요하겠으나 무엇보다도 자신만의 이익을 얻기 위하여 사회의 근본적 가치에 대한 봉괴를 초래하는 불법적인 분양권 전매행위에 대하여 무관용 원칙을 정립하고 그에 따라 제재를 가함과 동시에 장기적으로는 법을 준수하는 것이 이익이 되고 불법행위를 행하는 것은 손해이며 사회적 지탄의 대상이 된다는 의식을 현실에서의 확고한 실천으로서 확립시키고 보여주어야 한다.

1. 불법전매계약의 무효 및 분양권 전매금지

전술한 바와 같이 아파트 분양권에 대한 전매금지는 과거에 시행되었던 제도이다. 그러나 부동산 경기침체에 대한 대응책으로 전매금지가 완화하여 전매제한 기간을 경과한 후에는 분양권에 대한 전매를 허용하고 있는 것이 현실이다. 문제는 전매제한 기간 내에 불법적으로 분양권 전매가 계속해서 행해지고 있다는 것이다.⁵¹⁾ 즉 불법행위에 대한 도덕적 제어기제가 작동하지 않는 상황에 이르렀다는 것이다. 여기서 한 가지 더 살펴볼 것은 그와 같은 분양권 전매금지 규정을 위반한 경우에 그 전매계약은 유효한 것인가이다. 현행 주택법(법률 제14093호, 시행 2016년 3월 22일)은 이에 대하여 직접적으로 규정하고 있지는 않으나 (구)주택건설촉진법상(1992년 12월 8일 법률 제4530호로 개정되기 전의 것) 분양권 전매금지 규정을 위반한 전매계약의 효력에 대해 전술한

51) “불법전매 얼마나 많았으면”...분양권 현장단속 후 거래 ‘반토막’. 분양권 불법 전매 단속 후에 거래가 급감한 것은 과거에 그만큼 불법거래가 많았다는 방증으로 볼 수 있다. 최근까지만 해도 분양권 불법 전매가 횡행하고 있다는 사실은 공공연한 비밀이었다. 일반적으로 아파트는 분양을 받고서 6개월이나 1년 뒤에 분양권을 팔 수 있는데, 명의 이전만 나중에 하기로 하고 그 전에 거래하는 것이다. 또 매도자와 매수자가 세금을 덜 내기 위해 다운계약서(매매가격이 실제 거래가격보다 낮게 작성된 계약서)를 작성하는 경우도 많다. 분양권 불법전매와 다운계약서 작성은 엄연한 불법으로, 전매제한을 위반한 사람과 이를 알선한 사람은 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금을 내야 한다. 또 다운계약서를 쓰다 적발되면 매매 당사자와 공인중개사는 권리 취득가액의 2~5%를 과태료로 내야 한다(조선비즈, 2016.7.11.).

바와 같이 대법원은 “주택건설촉진법상의 분양권 전매금지 규정은 단속 규정에 해당하고 효력 규정에는 해당하지 않는다.”⁵²⁾ 판시한 바 있다. 즉 분양권 전매계약은 동법에 위반되는 행위이므로 단속 대상이지만 매도인과 매수인 사이에 분양권 전매계약 자체는 유효하다는 것이다. 따라서 대법원의 태도를 고려하면 분양권 전매금지 규정을 위반한 전매 행위가 있는 경우 분양권 전매와 관련된 자들이 사업 주체에 의한 제재나 형사처벌을 받을 수 있으나 전매계약의 효력이 주장될 수 있다는 것이다.

그러나 그와 같은 전매계약 자체의 효력이 유효한 것으로 주장되는 한 주택법상의 전매 제한 규정 자체는 유명무실한 규정이 될 것이고 아울러 실정법을 위반하는 위법행위의 관행을 인정하는 것과 다름이 없다고 본다. 그러므로 분양권 전매계약의 효력 자체를 인정하지 않는 방향으로 주택법을 개정해야 할 필요성이 있다고 본다.⁵³⁾ 그와 같이 분양권 전매제한 규정을 위반하는 전매계약의 효력을 무효로 하는 규정 및 금지규정을 두게 되면, 분양권에 대한 매도인과 매수인 사이에는 어떠한 계약 관계도 성립하지 않기 때문에 매수인은 매도인에게 분양권 이전을 청구할 권리가 없게 되고 매도인이 매수인으로부터 받은 분양권

52) 구 주택건설촉진법 제47조 제1항은 누구든지 사위 기타 부정한 방법으로 이 법에 의하여 건설·공급되는 주택을 공급받게 하거나 공급받을 수 없다고 규정하고, 제51조 제6호는 그 위법행위를 처벌하고 있는바, 위 제47조 제1항에서 말하는 ‘사위 기타 부정한 방법으로 주택을 공급받거나 받게 하는 행위’라 함은 위 법에 의하여 공급되는 주택을 공급받을 자격이 없는 자가(또는 그러한 자격이 없는 자에게) 그 자격이 있는 것으로 가장하는 등 정당성이 결여된 부정한 방법으로 주택을 공급받는(또는 공급받게 하는) 행위를 의미하고 그와 같은 방법으로 분양받지 아니하는 이상 이를 전매하더라도 위 법조의 규제 대상이 되지 아니한다(대법원 1997. 6. 27. 선고 95다47350 판결).

53) ‘분양권 전매금지’는 아파트에 대한 실수요와 관계없이 청약의 하고 분양권을 사고 팔아 매매차익을 얻을 수 있기 때문에 부동산투기와 사회적 해악을 예방할 수 있는 안정장치로서 지난 1993.3. 분양권 매매금지가 폐지 되기 전까지 주택건설촉진법 제38조의3(주택의 전매행위 등의 제한)으로 정하고 이를 어길 시 강력히 처벌(주택건설촉진법 제51조 제4호의2 - 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금)함으로써 분양권 매매가 사회적 범죄행위임을 분명히 하였다.

매수대금은 부당 이득이 된다. 그런데 상기한 바와 같은 분양권 매수대금은 불법적인 전매행위에 기한 것이기 때문에 대금 지급의 원인이 불법이라 볼 수 있다. 불법한 원인으로 인한 급여는 그 급여가 부당 이득이라 하더라도 반환을 청구할 수 없기에(민법 제746조)⁵⁴⁾ 매수인은 분양권대금의 반환을 매도인에게 청구할 수 없게 된다.⁵⁵⁾ 이와 같이 분양권에 대한 불법적인 전매계약의 효력 자체를 무효로 하는 규정을 두게 되면 분양권을 매수하고자 하는 자의 법적 위험성이 상당히 증가하므로 현재에도 계속해서 행해지고 있는 불법적인 분양권 전매를 보다 효과적으로 예방할 수 있으리라 본다.

아울러 전술한 바와 같이 2008년 주택시장의 침체를 타개하기 위하여 강남 3구를 제외한 수도권 지역의 투기과열지구를 해제하여 분양권 전매를 전면적 금지에서 제한적 허용으로 변경하여 주택의 분양권 전매가 가능하도록 허용하였으나 전술한 그러한 분양권 전매허용의 결과론적인 폐해를 고려할 때 분양권 전매금지를 전국적으로 확대하여 시행할 필요성이 있다고 본다. 국민의 법 준수意識의 저하와 국가에 대한 국민의 신뢰 훼손 및 그에 따른 붕괴를 고려할 때 불법행위에 기한 소수의 경제적 이익의 보장을 고려할 필요성 및 당위성은 없다고 본다.

54) 민법 제746조(불법원인급여) 불법의 원인으로 인하여 재산을 급여하거나 노무를 제공한 때에는 그 이익의 반환을 청구하지 못한다. 그러나 그 불법원인이 수익자에게만 있는 때에는 그러하지 아니하다.

55) 물론 매도인이 매수인을 기망하여 분양권대금을 가로챈 경우라면 매수인은 매도인을 사기죄로 고소하여 형사처벌을 받게 할 수 있으나 매도인을 형사처벌 하더라도 매수인은 재산상 큰 손실을 볼 위험에 처하게 될 것이다. 부동산사기와 관련된 자세한 내용은 고덕철/이학동, “부동산거래에 따른 범죄유형과 대책방안 연구 -부동산 사기범죄를 중심으로-”, 부동산학보 제33집, 한국부동산학회, 2008, 72-74쪽; 정신교/정종근/이창석, “부동산범죄의 유형과 법·제도적 대응방안”, 부동산학보 제36집, 한국부동산학회, 2009, 140-142쪽.

2. ‘뺏다방’에 대한 지속적 단속과 관련 공인중개사의 자격취소

불법적인 부동산 중개행위에는 무등록중개업 영위, 중개업등록증 또는 공인중개사 자격증 대여행위, 위장전입·명의신탁·무허가 거래 등 주택시장 거래질서 교란행위, 미등기 전매 행위, 이중계약서(다운계약, 업계약) 작성행위, 등기원인 허위기재, 부동산 매매계약서를 검인받지 않는 행위, 중개수수료 초과징수 행위 등이 있다. 여기서의 논의의 중심인 분양권과 관련하여 특히 문제의 단초를 제공하는 해약적 요인으로 지목되는 것이 바로 소위 ‘뺏다방’으로⁵⁶⁾ 불리는 무등록중개업자의 분양권 전매 권유 및 매매계약의 유도이다. 이와 같이 빈번히 행해지는 부동산중개 관련 범죄행위에 대한 낮은 형량, 지속적이지 못한 단속, 그리고 불법적 관행에 대한 수용의 태도 등으로 인하여 투기행위에 대한 억제효과가 미약하여 그와 같은 불법행위가 계속해서 자행되는 주요 요인으로 지목된다. 특히 부동산투기를 조장하는 부동산중개업소 및 공인중개사에 대한 행정제재는 일반적으로 경고 및 과태료처분에 그치고 있기에 불법적 투기에 관여하는 행위에 대한 억제효과가 미약하였다. 그러므로 투기조장 중개업소에 대하여는 지속적인 지도 및 감독을 강화하고 위반 업소에 대하여는 등록취소 및 자격 취소 등 강력한 행정제재를 가할 필요가 있다고 본다.⁵⁷⁾

현행 부동산거래, 특히 분양권 전매와 관련하여 관련법에 임의적인 등록취소, 자격정지, 벌금 및 형벌부과를 다음과 같이 규정하고 있다. 공인중개사법 제48조는⁵⁸⁾ 무등록중개업자(제1호)와 금지행위⁵⁹⁾위반자

56) 1개의 중개사무소를 개설·등록한 중개업자가 아파트 분양권의 전매 및 상담, 홍보를 하기 위하여 모델하우스 앞 보도 상에 설치한 1평 정도의 동형 천막이 부동산중개업법상 설치가 금지되는 다른 중개사무소에 해당한다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도7508 판결).

57) 정신교, “부동산투기범죄의 형사법적 고찰”, 부동산법학 제39호, 한국부동산학회, 2009, 211쪽.

58) 공인중개사법 제48조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역

(제3호)에 대하여 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있음을 규정하고 있다. 부동산 거래신고에 관한 법률 제3조는⁶⁰⁾ 부동산등에 관한 매매계약을 체결할 경우 거래계약의 체결일로부터 60일 이내에 계약과 관련된 사항을 신고하도록 규정하고 있고 동법 제8조는⁶¹⁾ 소유권이전등기 등 신청의무와 관련하여 부동산을 취득할 수 있는 권리를 매매하는 자가 신고를 거짓으로 할 경우에는 해당 권리 취득가액의 100분의 5이하에 상당하는 금액의 과태료 부과를 규정하고 있다. 또한 부동산등기특별조치법 제8조는 조세부과를 면하려 하거나 다른 시점간의 가격변동에 따른 이득을 얻으려 하거나 소유권 등 권리변동을 규제하는 법령의 제한을 회피할 목적으로 소유권이전등기 등 신청의무를 규정한 동법 제2조 제2항 및 제3항을 위반한 자에 대하여 3년 이하의 징역이나 1억 원 이하의 벌금에 처할 수 있음을 규정하고 있다. 전술한

또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. 1. 제9조의 규정에 의한 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 한 자 2. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 중개사무소의 개설등록을 한 자 3. 제33조 제5호 내지 제7호의 규정을 위반한 자.

- 59) 공인중개사법 제33조(금지행위) 개업공인중개사 등은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다. 5. 관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매·교환 등을 중개하거나 그 매매를 업으로 하는 행위 7. 탈세 등 관계 법령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산투기를 조장하는 행위.
- 60) 부동산 거래신고에 관한 법률 제3조(부동산 거래의 신고) ① 거래당사자는 부동산등에 관한 매매계약을 체결한 경우 그 실제 매매가격 등 대통령령으로 정하는 사항을 거래계약의 체결일부터 60일 이내에 그 부동산등의 소재지를 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 공동으로 신고하여야 한다.
- 61) 부동산 거래신고에 관한 법률 제8조(과태료) ③ 제3조 제1항·제2항·제5항 또는 제4조 제2호를 위반하여 그 신고를 거짓으로 한 자에게는 다음 각 호의 구분에 따른 금액의 과태료를 부과한다.
1. 부동산을 매매한 경우: 해당 부동산에 대한 취득세(취득세가 비과세·면제·감경되는 경우에는 비과세·면제·감경되지 아니하는 경우에 납부하여야 할 취득세의 상당액을 말한다)의 3배 이하에 상당하는 금액
 2. 부동산을 취득할 수 있는 권리를 매매한 경우: 해당 권리 취득가액의 100분의 5 이하에 상당하는 금액

바와 같이 주택법 제41조의2 제1항 및 동법 제96조 제2호 및 제3호는 주택의 전매행위 제한과 위반에 따른 벌칙으로 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있음을 규정하고 있다.

그러나 상기한 바와 같은 제재규정에도 불구하고 분양권 불법전매가 계속해서 행해지고 있다는 것은 그와 같은 제재가 제재로서의 역할을 제대로 하고 있지 않다는 반증이기도 하다. 상황이 그러하므로 그와 같은 불법행위에 대한 의식의 전환 및 도덕적 의식의 함양은 상당한 시일이 소요되므로 우선적으로 그와 같은 불법행위가 사회의 모든 계층에 굳건히 뿌리를 내리기 전에 근본적인 치유법과 더불어 다시는 재발되지 않도록 엄중한 제재를 가할 필요가 있다고 본다. 우선적으로 아파트로 대표되는 주택이 분양되는 모든 모델하우스에 상시적으로 단속반을 투입·배치하여 ‘뗏다방’이 소비자 및 잠재적 불법행위 관여자와의 연결고리를 사전에 단절시킬 필요가 있다. 입법적 개선방안으로는 분양권 불법전매행위를 행한 공인중개사의 등록취소를 임의적 취소(공인중개사법 제38조 제2항)가 아닌 필요적·의무적 취소로 규정할 필요가 있고, 공인중개사법 제36조 제1항 제7호의 자격 정지의 사유를 제35조 제1항(자격의 취소) 제5호로 변경 및 신설할 필요가 있다. 불법행위를 위한 자격이 아닌 적법행위를 행하는 자격이 되도록 하여야 하며, 그와 같은 계획적이며 고의성 있는 사기성·투기성 범죄행위를 행하는 중개업자는 영원히 중개관련 업무에서 배제시킬 필요가 있다. 만약 그렇지 않다면 종래와 마찬가지로 그와 같은 불법행위는 계속해서 - 더욱 광범위하게 - 자행될 것이며 결국 그러한 불법행위로 인한 손해는 최종매수인이 감수해야 하는 상황에 다다르게 될 것이기 때문이다.

3. 분양권 불법전매에 관련된 공무원에 대한 중징계의 필요성

국가공무원법 제61조와⁶²⁾ 제63조는⁶³⁾ 공무원의 청렴의 의무와 품위

유지의 의무를, 그리고 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 부패방지권익위법) 제7조는⁶⁴⁾ 공직자의 청렴의무를 규정하고 있다. 국민에 대한 봉사자로서의 공무원이 갖는 그 위상과 지위는 민간기업을 포함한 사경제주체의 그것과 비교할 때 국민의 공무원에 대한 신뢰와 그 중요성은 지대하다 할 것이고 그러하기에 국가공무원법과 부패방지권익위법에 상술한 바와 같이 청렴의 의무와 품위 유지의 의무를 규정하였다고 생각한다. 그와 같은 공무원에 대한 신뢰는 그 직업이 주는 안정감도 아니고 복리후생도 아니다. 바로 공무원이 공정하게 업무를 처리하고 부패하지 않고 올바른 위상을 가져야 국가가 제대로 운용되고 국가라는 정치적 통일체 및 공동체 속에 살고 있는 국민의 안정 및 안전과 국가의 발전이 그와 같은 토대위에 형성되기 때문이라고 본다.

최근 세종시 공무원들 중 많게는 2,000~3,000명 정도가 전술한 불법적 관행인 분양권 불법전매에 관련된 의혹이 있어 현재 수사가 진행되고 있다.⁶⁵⁾ 만약 관련 기사의 보도 내용처럼 국민에 대한 봉사자이며 청렴의 의무와 품위 유지의 의무를 지는 공무원이 분양권 불법전매에 관여한

62) 국가공무원법 제61조(청렴의 의무) ① 공무원은 직무와 관련하여 직접적이든 간접적이든 사례·증여 또는 향응을 주거나 받을 수 없다. ② 공무원은 직무상의 관계가 있든 없든 그 소속 상관에게 증여하거나 소속 공무원으로부터 증여를 받아서는 아니 된다.

63) 국가공무원법 제63조(품위 유지의 의무) 공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니 된다.

64) 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제7조(공직자의 청렴의무) 공직자는 법령을 준수하고 친절하고 공정하게 직무하여야 하며 일체의 부패행위와 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 된다.

65) 대표적으로는 “세종시 공무원들 아파트 불법 전매 의혹에…檢 수사 착수”, (동아일보, 2016.5.12.); “검찰, 세종시 공무원의 아파트 분양권 불법전매 의혹 수사”, (조선비즈, 2016.5.12.); “검찰 세종시 분양권 불법전매 수사착수…수사대상 공무원 최소 1천여명 훌쩍”, (한겨레, 2016.5.12.); “검찰, 세종시 공무원 아파트 불법전매 관련 부동산업자 10명 입건”, (세계일보 2016.5.17.); “세종시 분양권 불법전매에 공무원 연루 정황 드러나”, (한겨레 2016.7.16.).

것이 사실로 밝혀질 경우 그 파장은 상당할 것이다. 함께 공직에 있는 다른 공무원들뿐만 아니라 공무원 및 공직에 대하여 상당한 신뢰를 주고 있던 국민들이 느끼는 배신감은 이루 형언할 수 없을 정도일 것이다. 과거에 행해졌던 공무원 비리사건에 관한 언급은 차치하더라도 최근 보도되는 내용이 사실이라면 공무원들이 중개업자와 결탁하여 분양권에 프리미엄을 붙여서 분양권 전매제한 기간 내에 실정법상 금지된 분양권 불법전매인 미등기 전매 및 복등기를 행하였다는 것이다.

공무원이 불법으로 재산을 취득한 재물 등의 몰수 또는 추징과 관련하여 부패방지권익위법 제86조는 동법 제7조의2(공직자의 업무상 비밀이용 금지)⁶⁶⁾의 죄를 범한 자 또는 그 정을 아는 제3자가 제7조의2의 죄로 인하여 취득한 재물 또는 재산상의 이익은 이를 몰수 또는 추징함을 규정하고 있으나 동 조항은 ‘업무처리 중 알게 된 비밀을 이용한’ 경우로 한정하고 있다. 또한 공무원범죄에 관한 몰수특례법에는 몰수대상재산에 대한 보전처분에 관한 규정을 두고 있으나 그 적용대상이 되는 특정공무원범죄에 전술한 불법행위인 분양권 불법전매로 공무원이 취득한 불법재산에 대하여 동 특례법에 기한 보전절차를 취할 수 없기에 그 불법재산의 몰수 또는 추징을 할 수 없는 현실이다. 그러므로 전술한 바와 같은 불법적 관행이 공직사회에서 재발되지 않도록 하기 위해서는 품위유지 의무 위반에 따른 징계절차와⁶⁷⁾ 더불어 불법행위로 인한 수익의 전부를 몰수 및 추징할 수 있도록 동 특례법의 특정공무원범죄에 불법적인 분양권 전매행위를 포함시킬 필요가 있다고 본다.

66) 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제7조의2(공직자의 업무상 비밀이용 금지) 공직자는 업무처리 중 알게 된 비밀을 이용하여 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 하여서는 아니 된다.

67) 공무원 비리사건 처리규정 제4조에 따라 수사기관이 범죄사건 결과를 통보하면 당해 사건과 관련된 공무원에 대한 징계가 행해진다. 징계는 총 6단계로 파면, 해임, 강등, 정직 등 중징계와 감봉, 견책 등 경징계가 있다.

V. 결론

미세한 담의 균열이 결국 담의 붕괴를 초래하듯이 불법의 정도가 경한 것으로 평가되는 상대적으로 경미한 범죄가 상황에 따라서는 담의 붕괴를 초래하는 미세한 균열과 같은 역할을 하기도 한다. 그와 같은 것으로 평가되는 것이 바로 미등기 전매를 포함한 불법전매이다. 사람이 삶을 영위하는 과정에서 필요로 하는 기본적 세 가지 요소 중 하나가 바로 형태는 다양할 지라도 아파트로 대표되는 주택이다. 우리나라 주택 시장에서 아파트의 비중은 점차 증가하고 있고 많은 국민들이 다양한 이유로 아파트에 살고자 하는 욕망을 가지고 있다. 그러한 인간 생활의 기본적 요소인 주택은 국민들의 삶에 있어서 필수불가결한 것이고 그러한 필수불가결한 요소의 부재로 인하여 국민이 고통 받지 않도록 하는 것이 바로 국가의 의무라고 생각한다. 그러나 그러한 기본적인 삶의 요소인 주택의 수요와 공급이 이루어지는 주택시장에서 삶의 기본요소에 대한 불법이 횡행하고 있고 더욱이 그러한 불법행위가 일부 지역 및 일부 사람들에게 한정된 것이 아닌 다수의 지역과 사람들에게 의해서 관행적인 불법행위가 행해지고 있다는 것이다. 특히 전술한 바와 같이 다수의 공무원에 의하여 그와 같은 불법적인 분양권 전매가 행해졌다면 이미 담의 균열상태는 미세한 단계를 넘어선 것으로 보인다.

공무원의 분양권 불법전매를 한 개인의 일탈적 행위로 보아서는 안 된다. 설령 그와 같은 행위가 언론에서 보도되는 바와 다르게 소수에 한정되었을 지라도 이를 계속해서 방치할 경우 주택시장을 교란하는 단계를 넘어서서 주택시장과 관련된 정부의 정책에 대한 국민의 불신을 초래할 것이고 결국 국가에 대한 국민의 신뢰의 붕괴를 초래하게 될 것이다. 그러므로 그와 같은 행위를 한 주체에 대하여는 엄중한 법의 처벌이 필요하고 그와 같은 행위의 잠재적 행위자로 하여금 미등기전매와 같은 불법전매를 전혀 생각하지 못하게끔 하도록 하는 단호한 행정적

조치와 더불어 엄정하면서도 엄중한 법의 집행이 필요하다고 본다. 물론 개인의 재산권 행사에 대한 투자의 개념을 공익과 연관시킨 정의를 따르더라도 그 재산권 행사는 최대한 보장되어야 하며 본질적인 부분의 침해는 지양되어야 함은 당연하다. 그러나 헌법 제23조 제2항에서 천명하고 있듯이 그러한 재산권의 행사는 공공복리 적합성 역시 물론 고려되어야 한다. 법과 원칙이 준수 및 존중되고 사회적 정의와 공정한 사회의 가치가 일반 국민의 시각에서 보편적으로 실현되는 사회, 사회의 근본가치와 토대를 훼손하는 불법행위에 대하여 그에 따른 책임을 공평하게 묻는 사회, 그리고 자신의 이익뿐만 아니라 지역사회, 넓게는 사회 전체에 이익이 되는 투기가 아닌 투자를 행하는 사회, 바로 그러한 사회가 우리가 함께 살고 있고 살아 가야 할 바람직한 사회의 모습이 아닐까 한다. 전술한 국민법의식 조사에서 드러난 바와 같이 국민의 법 준수 의식의 저하와 국가 및 정부에 대한 국민의 신뢰감의 훼손 및 그의 심각성을 고려할 때 불법행위자의 불법행위에 기한 경제적 이익의 보장과 그의 재산권의 실현 및 보장을 고려할 필요성과 당위성은 없다고 본다.

참고문헌

1. 단행본

이창석, 부동산학개론, 형설출판사, 2007.

이창석/박용광/김용구/이주홍/정윤/이정현/권기운/이동찬, 전략경영시대의 CEO 부동산컨설팅업, 형설출판사, 2004.

현대호/김명아, 2015 국민법의식 조사 연구(2015-07), 한국법제연구원, 2015.

2. 학술지

고덕철/이학동, “부동산거래에 따른 범죄유형과 대책방안 연구 -부동산 사기범죄를 중심으로-”, 부동산학보 제33집, 한국부동산학회, 2008, 59-83쪽.

김대용, “우리나라 부동산정책 변화에 대한 검토 및 시사점 -역대 정부별 주택정책을 중심으로-”, 주택금융월보 제106호, 한국주택금융 공사, 2013, 4-19쪽.

손경환/이수옥, “부동산정책의 역사적 평가”, 응용경제 제9권 제2호, 한국응용경제학회, 2009, 71-91쪽.

정신교, “부동산투기범죄의 형사법적 고찰”, 부동산법학 제39호, 한국부동산학회, 2009, 202-213쪽.

정신교/정중근/이창석, “부동산범죄의 유형과 법·제도적 대응방안”, 부동산학보 제36집, 한국부동산학회, 2009, 137-154쪽.

정창영, “부동산투기의 원인과 성격에 관한 연구”, 산업과 경영 제10권 제1호, 연세대학교 산업경영연구소, 1992, 123-136쪽.

최막중, “부동산정책의 정공법 전환을 위한 이슈와 과제”, 토지연구 제14권 제3호, 한국토지주택공사, 2003, 47-58쪽.

3. 학위논문

이태교, “한국의 토지투기에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 박사학위논문, 1985.

4. 보고서

송경희/이인혁, “부동산 정책의 방향과 대응방안”, 금융연구 시리즈 제11호, 하나금융경영연구소, 2009.

[Abstract]

A Study on the Harmful Effect of Illegal Reselling for Exclusive Purchase Rights for Apartments and Legislative Improvements

Lee, Jae-Hak*

Article 23, Section 1 of Constitution of the Republic Korea states that the right of property of all citizens shall be guaranteed. Section 2 states that the exercise of property rights shall conform to the public welfare. And Article 37, Section 2 states that the freedoms and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for public welfare and even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or right shall be violated. That is, the exercise of property rights of all citizen shall be guaranteed and must be done to conform to the public welfare. Some examples of such exercises of property rights are the prize winning for exclusive purchase rights for apartments in a cheaper cost and to resale to enjoy profit. But the exclusive purchase rights for apartments-related laws now regulate the period for reselling the rights to prevent a short term of speculative demand. But the various resale to violate the regulations has been done and doing until now. According to media reports, such illegal resale for the exclusive purchase rights for apartments has been done by many government officials to keep Duty of Integrity and Duty to Maintain

* Principal Researcher, Konkuk University Institute of Legal Studies, Ph.D. in Law

Dignity. This is why an illegal unregistered resale for the exclusive purchase rights for apartments must be invalidated and prohibited. Also licensed real estate agents and real estate agencies to violate related regulations must be revoked qualification and registration. After all, such an unlawful act for the exclusive purchase rights for apartments will result in a broken faith for the State among all citizens and damage an immeasurable faith for the State. Considering such evil influences, such an unlawful act for reselling housing and exclusive purchase rights for apartments must be necessarily prohibited and left as it is no more.

[Key Words] Right of property, Public welfare, Reselling the exclusive purchase rights for apartments, Unregistered reselling, Double registration, Speculative demand, Duty of integrity, Duty to maintain dignity