

반사회적 부동산이중양도에서 전득자의 보호

김 상 현*

목 차

- | | |
|------------------------|-------------------|
| I. 서 론 | Ⅲ. 새로운 법리로의 대체가능성 |
| Ⅱ. 판례이론의 보완적 접근 | 1. 불법행위에 기한 원상회복론 |
| 1. 학계의 동향 | 2. 사해행위 취소론 |
| 2. 새로운 접근 -반사회성인정기준의 재 | 3. 소결 |
| 정립- | Ⅳ. 결 론 |

I. 서 론

부동산이중양도¹⁾란 양도인이 특정부동산에 대하여 양수인(제1양수인)에게 양도하기로 하는 계약을 체결하였음에도 불구하고 제1양수인의 소유권이전등기가 완료되기 전에 다른 양수인(제2양수인)과 양도계약을 체결하고, 제2양수인에게 소유권이전등기를 경료시켜 준 경우를 말한다. 이 경우에 판례는 제2양수인이 양도인의 배임행위에 적극가담²⁾

* 국립 부경대학교 대학원 법학과 Post-Doc., 법학박사

- 1) 부동산의 이중매매라는 용어가 판례를 비롯해 여러 문헌에서 쓰이고 있지만, 뒤의 처분행위가 반드시 매매에 국한되지 아니하고, 증여인 경우도 있으므로 이를 아우를 수 있는 이중양도라는 용어가 더 적절하다고 생각되어 본 논문에서는 이중양도라는 용어를 사용하기로 한다.
- 2) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77101 판결; “이중매매의 반사회성을 인정하기 위해서는 제2매수인이 매도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고, 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극 가담하는 것이 필요하다 할 것인데,

한 경우에는 사회정의의 관념에 반함³⁾을 이유로 민법 제103조 사회질서 위반행위로서 이를 무효라고 하고 있다. 이러한 판례이론은 부동산 거래 질서의 확립과 안정, 나아가 사회정의 실현을 그 지향점으로 하고 있다. 그러나 제1양수인의 원상회복방법,⁴⁾ 제2양수인이 양도인을 상대로 한 확정판결에 기하여 소유권이전등기를 한 경우 기판력 저촉의 문제⁵⁾ 등

이때에는 제2매매행위의 상당성과 특수성 및 제2매매계약의 성립과정, 경위, 매도인과 제2매수인의 관계 등을 고려하여 판단하여야 한다.” (같은 취지, 대법원 1976. 4. 27. 선고 75다1783 판결; 대법원 1981. 1. 13. 선고 80다1034 판결; 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다2534 판결 등).

3) 대법원 1981. 12. 22. 선고 81다카197 판결.

4) 제2양수인의 적극가담으로 이중양도행위가 민법 제103조 위반행위로서 무효라면 민법 제746조에 대한 현행판례에 의해 제1양수인은 해당 부동산의 원상회복이 불가능하다. 즉 판례는 제746조에서 규정하고 있는 불법의 의미를 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서 위반행위와 동일하게 이해하므로(대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다1782 판결; 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결; 대법원 2004. 9. 3. 선고 2004다27488, 27495 판결 등 참조), 제2양수인의 적극가담에 의한 반사회적 이중양도행위에 따른 급여는 민법 제746조의 불법원인급여가 되어, 양도인은 제2양수인에게 이중양도행위가 법률상 무효임을 내세워 부당이득반환청구를 할 수 없고, 또 소유권에 기한 반환청구도 할 수 없어서 결국 그 반사회적 효과로서 급여한 물건의 소유권은 급여를 받은 상대방에게 귀속하게 된다(대법원 전원합의체 1979. 11. 13. 선고 79다483 판결; 대법원 1989. 9. 29. 선고 89다카5994 판결; 대법원 1999. 6. 11. 선고 99도275 판결 등 참조). 그 결과 제1양수인이 양도인을 대위하여 제2양수인의 등기말소를 청구할 피대위채권이 존재하지 않기 때문에 제1양수인을 보호하기 위하여 인정되는 이러한 이론구성은 그 자체가 모순된다. 이러한 모순점을 해결하려는 방편으로 판례는 명의신탁 등 다른 사안에서 이른바 불법성비교론을 차용(대법원 1993. 12. 10. 선고 93다12947 판결; 대법원 1997. 10. 24. 선고 95다49530 판결; 대법원 1999. 9. 17. 선고 98도2036 판결; 대법원 전원합의체 2007. 2. 15. 선고 2004다50426 판결 등 참조)하고 있으나 그 타당성에 대해서는 의문이다.

5) 제2양도행위에 있어서 양도인이 소유권이전등기를 위한 확정판결 내지 제소전 화해조서의 작성 등을 통하여 기판력을 발생시키게 되면 그러한 기판력의 저촉으로 인하여 양도인이 제2양수인의 소유권이전등기말소를 청구할 수 없음은 물론이고, 제1양수인이 양도인을 대위하여 그와 같은 청구를 하는 것 역시 허용되지 않기 때문에 제2양수인은 소유권을 확정적으로 취득한다(대법원 1996. 6. 25. 선고 96다8666 판결; 대법원 1999. 2. 24. 선고 97다46955 판결; 대법원 2000. 7. 6. 선고 2000다11584 판결; 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002다57140 판결 등 참조). 따라서 제2양수인이 양도인을

과 관련하여 문제점이 지적되고 있다. 특히 본 논문에서 다루고자 하는 전득자 보호에 대한 문제에 대해서 판례는 “반사회적 이중양도행위로 순차적으로 경료된 소유권이전등기는 전득자의 선의, 악의에 관계없이 무효”⁶⁾ 라고 하여 악의의 전득자는 물론이고 선의의 전득자도 보호되지 못한다. 이는 이중양도의 문제를 민법 제103조 위반으로 보는 한 당연한 귀결이라 할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 결과는 거래의 안전을 중대하게 위협할 뿐만 아니라 제1양수인은 현행법상 등기하기 전까지는 채권자일 뿐이고, 이미 등기까지 갖춘 전득자는 엄연한 소유권자로서 이에 제1양수인이 우선할 이유가 없다는 법리적인 문제점과 아울러 선의의 전득자도 보호받을 길이 없다는 것은 법감정상 받아들이기 어렵다.

본 논문에서는 이러한 문제의식에 기초하여 우선, 판례이론을 전제로 하여 이러한 문제점을 개선해 보는 방향으로 고찰해 본 다음, 이러한 판례이론을 뛰어넘어 새로운 법리로의 대체가능성을 검토해 보고자 한다.

Ⅱ. 판례이론의 보완적 접근

1. 학계의 동향

전득자보호 문제에 대해서, 다수의 견해는 판례와 같이 반사회적 이중양도행위의 절대적 무효성을 강조하면서 등기의 공신력을 인정하지 않는 한, 전득자를 보호하는 것은 불가능하다는 입장이다.⁷⁾ 그러나 일각

상대로 한 확정판결에 기하여 소유권이전등기를 한 경우, 기판력을 이유로 제1양수인이 양도인을 대위하여 제2양수인의 등기말소를 청구하지 못하게 되어 판례이론의 주목적인 제1양수인의 보호가 달성될 수 없게 된다는 문제점이 있다.

6) 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다29151 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다82875 판결 등 참조.

7) 최민근, “부동산이중매매의 반사회성의 기준시론”, 『현대민법학의 제문제』, 박영사,

에서는 선의의 전득자보호의 필요성을 인정하면서 이를 위한 법리구성을 시도하고 있다. 즉 등기의 공신력을 예외적으로 인정하자는 견해,⁸⁾ 물건행위의 무인성을 인정하자는 견해,⁹⁾ 반사회적 이중양도행위에 있어서 무효의 효과는 제1양수인에 대한 관계에 있어서 그 법률행위가 반사회성을 띤다고 보아야 하기 때문에, 제1양수인이 무효를 주장할 수 있는 이른바 상대적 무효라고 하면서 제3자의 소유권취득은 유효하다고 하는 견해,¹⁰⁾ 나아가 상대적 무효론에 서면서 민법 제108조 제2항을 유추적용 할 수 있다는 견해¹¹⁾도 주장되고 있다.

그러나 물건행위의 무인성을 인정하자는 견해에 대해서는 물건행위의 무인성을 인정할 것인가가 우선 문제될 뿐만 아니라 상대적 무인론을 따른다면 반사회적 이중양도에 있어서는 채권행위 뿐만 아니라 물건행위도 무효가 되는 경우가 거의 대부분일 것이니 결과적으로 전득자 역시 선의라도 보호받을 수 없는 결과가 초래되어 별로 실효성이 없을 것¹²⁾이라는 비판을 면할 수 없다. 그리고 반사회적 이중양도행위에 있어서 무효의 효과는 제1양수인에 대한 관계에 있어서 그 법률행위가 반사회성을 띤다고 보아야 하기 때문에, 제1양수인이 무효를 주장할 수 있는 이른바 상대적 무효라고 하면서 제3자의 소유권취득은 유효하다고 하는

1981, 108면; 정상현, “부동산이중매매의 법률관계”, 『판례연구』 제19집(1), 서울지방법 변호사회, 2005, 187-188면; 서현무, “부동산의 이중양도: 반사회성 판단의 기준과 제1양수인의 보호방안”, 『판례연구』, 전주지방법원, 1998, 177면 등.

8) 김응렬, “부동산의 2중매매에 관한 고찰: 약의취득자를 중심으로”, 『사법논집』 제15집, 법원도서관, 1984, 26-31면.

9) 김증한, “이중매매의 반사회성”, 『법정』 제19권 제9호, 법정사, 1964, 7면 이하; 김현태, “반사회적 이중매매의 경우 전개될 수 있는 법률관계”, 『민사법학의 제문제: 소봉 김용한교수 화갑기념』, 박영사, 1990, 146면.

10) 권용우, 『민법총칙』, 법문사, 2000, 351-353면; 이용훈, “반사회적 이중양도와 불법원인급여”, 『민사법의 제문제』, 박영사, 1985, 34면.

11) 고상용, “부동산의 이중매매와 제1매수인의 보호”, 『민법학특강』, 법문사, 1995, 355면; 홍성재, 『부동산물권변동론』, 법문사, 1992, 333면.

12) 윤진수, “부동산의 이중양도와 원상회복”, 『민법논고 I』, 박영사, 2007, 326면; 정상현, 앞의 논문, 187면.

견해는 부동산이중양도계약이 민법 제103조에 위반하는 법률행위임을 인정하면서도, 이를 절대적 무효가 아닌 상대적인 무효로 보는 근거가 명확하지 않다.¹³⁾ 또한 민법 제108조 제2항을 유추적용 할 수 있다는 견해에 대해서는 “제103조 위반은 절대적 무효로서 그 만큼 제1양수인을 강력하게 보호하겠다고 하는 것인데, 다른 제3자에 대하여는 그로 인한 무효를 주장할 수 없다고 한다면 이는 두 번째의 양도행위를 제103조 위반으로 보는 것 자체에 문제점이 있다는 것밖에 되지 않고”¹⁴⁾, “선의의 전득자를 보호하기 위하여 부득이하게 제108조 2항을 유추적용하는 것은 일정한 근거의 제시로서 의미가 있다고 할 것이지만, 그 역시 예외적 해석의 하나일 뿐”¹⁵⁾이라는 비판이 있다.

생각건대, 반사회적 부동산이중양도행위를 절대적 무효라고 하고 있는 이상, 전득자는 언제나 보호될 수 없을 것이다. 이것은 반사회적 무효론의 실질이 제1양수인만을 보호하기 위한 이론인 이상 등기의 공신력을 인정치 않는 우리 법제로는 전득자보호 문제는 해결될 수 없는 것이다. 이러한 상황에서 전득자를 보호하고자 하는 이론구성은 반사회적 무효론 전체를 부정하는 것밖에 되지 않는다. 따라서 판례의 분석을 통해 반사회성인정을 제한하는 측면에서 접근하는 것이 전득자보호의 문제를 다소나마 해소할 수 있는 실질적인 방법론이 될 수 있을 것이다.

2. 새로운 접근 -반사회성 인정기준의 재정립-

가. 반사회성 판단의 시기

(1) 법원의 입장

13) 정상현, 앞의 논문, 187면.

14) 윤진수, “반사회적 부동산 이중양도에 있어서 전득자의 지위”, 「민법논고 I」, 박영사, 2007, 399면 참조.

15) 정상현, 앞의 논문, 187면.

판례는 부동산이중양도의 반사회성을 판단하는 시기에 대해서 명확히 밝히고 있지는 않고 있다. 다만 제2양도행위를 무효라고 판시한 사례 중 무효의 이유 가운데 “제1매수인이 매도인에게 잔대금을 모두 지급하지는 못하였으나 매도인으로부터 위 잔대금을 차용한 것으로 하되 잔대금은 모두 지급한 것으로 약정하였다는 점을 들어 차용금 변제 문제는 별론으로 하고 잔대금지급의무는 소멸되어 전부 이행되었다”¹⁶⁾고 하고, 하급심 판결 중에 “제1매수인이 중도금만 지급한 상황에서 행하여진 제2매매를 무효가 아니”¹⁷⁾라고 하고 있는 반면에, 양도담보에 관한 사안에서 대법원은 “양도담보 설정자가 채무원리금을 다 변제하지 못하고 있는 상황에서 양도담보권자가 담보목적물을 현저히 저렴한 가격에 제3자에게 처분한 것이 무효”¹⁸⁾라고 하고 있고, 하급심 판결 중에는 “제1매수인이 중도금만 지급한 상황에서 행해진 제2의 매매는 무효”¹⁹⁾라고 한 것도 있다. 그리고 제1양수인의 점유여부에 대해서는 제2양도행위가 무효라고 한 판례 중 상당수는 제1양수인이 목적물을 점유하고 있는 경우였고,²⁰⁾ 제1양수인이 목적물의 점유를 취득하여 장기간 사용한 후에 제2양도행위가 있었던 경우였다.²¹⁾

16) 대법원 1981. 12. 22. 선고 81다카197 판결.

17) 청주지방법원 1987. 4. 9. 선고 86가합221 판결: 그러나 이 판결에서 무효의 직접적인 이유는 제2양수인이 매도인에게 이중매도를 권유하거나 이중매매에 적극 가담하였다고 볼 증거가 없다는 데 있어, 매매대금이 완제되지 않았다는 사실까지 고려하였는지는 불분명하다.

18) 대법원 1979. 7. 24. 선고 79다842 판결; 대법원 1984. 6. 12. 선고 82다카672 판결.

19) 서울고등법원 1981. 8. 28. 선고 80나930 판결.

20) 특히 목적물이 공공의 목적 또는 여러 사람을 위한 용도로 사용되고 있을 때에는 대체로 제2양도행위가 무효라고 판단하고 있다(대법원 1969. 11. 25. 선고 66다1565 판결; 대법원 1972. 4. 28. 선고 72다343 판결; 대법원 1970. 10. 23. 선고 70다2038 판결; 대법원 1973. 6. 26. 선고 72다2293 판결; 대법원 1977. 2. 22. 선고 75다226, 227 판결; 대법원 1977. 1. 11. 선고 76다2083 판결; 1981. 12. 22. 선고 81다카197 판결; 대법원 1978. 1. 24. 선고 77다1804 판결; 대법원 1978. 1. 24. 선고 77다766 판결; 대법원 1979. 6. 12. 선고 79다476 판결; 대법원 1983. 4. 26. 선고 83다카57 판결 등).

(2) 학계의 동향

학계는 제2양도계약이 무효가 되기 위해서는 제1양도계약의 체결상태가 어느 정도 진행되어야 하는지에 대하여 단지 계약의 체결과 계약금의 지불만으로는 양도인의 배임행위를 인정할 수 없으며, 양도인에게 대금을 완불하고 점유를 이전 받아 사실상의 소유자로서 점유, 사용하는 객관적 사실이 있어야 하는 것으로 보는 견해²²⁾와 반사회적 이중양도행위가 반드시 형사법규에 저촉되는 범죄행위에 국한되는 것은 아니지만 범죄를 내용으로 하는 행위는 대체로 정의 관념에 반하고, 판례 역시 양도인의 배임행위와 그러한 배임행위에 제2양수인이 적극 가담할 것을 요건으로 하고 있음에 비추어 이중양도행위의 무효성을 판단하기 위한 기준으로서는 배임죄의 성립여부가 참고가 되어야 할 것이라고 하면서, 형법상의 학설과 판례에 따라 제1양수인이 양도인에 대하여 중도금을 지급하고 난 이후의 이중양도행위는 배임죄가 성립되고, 따라서 민법상 반사회적 법률행위로서 무효가 된다는 견해가 있다.²³⁾

21) 그러나 단순히 제1양수인이 장기간 점유하고 있던 사실을 제2양수인이 알았다는 것만으로 제2양도행위가 무효인 것은 아니라는 판례도 있다(대법원 1981. 1. 13. 선고 80다1034 판결; 대법원, 1983. 12. 13. 선고 83다카1347 판결; 대법원, 1989. 11. 28. 선고 89다카14295, 14301 판결 등). 그러나 제1양수인의 점유에 관하여 언급하고 있지 않은 것도 있으며, 제2양수인이 목적물의 인도를 받았다 하더라도 제2양도행위가 무효라는 취지로 판시하고 있는 것도 있다(대법원 1977. 4. 26. 선고 76다2419 판결). 따라서 판례가 목적물을 제1양수인이 점유하고 있다는 것이 제2양도행위가 무효가 되기 위한 필요조건으로 보고 있지는 않다고 판단된다.

22) 김용한, “부동산의 이중매매에 있어서의 문제점”, 「고시연구」, 고시연구사, 1987. 1, 86-89면; 최민근, 앞의 논문, 106면; 손기식, “이중매매와 반사회질서의 법률행위”, 「대법원판례해설」 제12호, 법원도서관, 1990. 11, 183면; 이은영, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 377면; 김중환, 앞의 논문, 7면 이하.

23) 서현무, 앞의 논문, 147면; 김준호, “반사회적 부동산이중매매에 관한 판례이론”, 「한국민사법학의 현대적 전개」, 박영사, 1991, 313-315면.

(3) 소결

부동산거래에 있어서 계약금만을 교부한 단계에서는 민법 제565조 제1항에 의해 매도인은 어느 일방에 대하여 계약해제를 할 수 있으므로 이중양도로 인한 법률문제는 발생의 여지가 없다. 그러나 매매계약이 중도금이상을 교부한 단계까지 진행되었다고 하면 비록 매수인이 교부한 금액을 포기하고 계약을 해제한다고 하더라도 이는 인정되지 않는다.²⁴⁾ 따라서 기본적으로 중도금이상을 교부한 단계에서부터 이중양도의 반사회성을 논할 수 있을 것이다. 그런데 판례는 제1양도계약이 중도금이상을 지급한 경우에 제2양도행위의 반사회성을 판단한다는 것만 분명할 뿐 제1양수인의 대금완급의 사실, 제1양수인이 점유사실은 사안에 따라 달리 평가하고 있는 것으로 파악된다.

생각건대, 제2양도행위가 절대적 무효가 되기 위해서는 제2양수인 및 전득자에 비해 현행법상 제1양수인의 지위가 채권자일 뿐이라는 점을 감안하면 제1양수인은 적어도 소유자에 준하는 정도의 의식과 또 객관적으로 해당 부동산에 대하여 소유자에 준하여 권리를 행사하고 있는 정도에 이르러야 한다고 판단된다. 그리고 실제로 중도금을 지급한 후에 양수인이 목적 부동산이 자기의 것이라는 의식이 희박하고, 대금을 완급하고 목적 부동산을 점유하고 난 후에야 비로소 자기의 것이라고 하는 것이 일반적 관념이다. 따라서 제1양수인이 대금을 완급하고 점유에 이른 시점부터 제2양도계약의 반사회성이 문제된다고 새겨할 것이다.²⁵⁾

24) 대법원, 1977. 1. 25. 선고 76다1886 판결; 대법원, 1993. 7. 27. 선고 93다11968 판결; 대법원, 2000. 2. 11 선고 99다62074 판결 등.

25) 김상현, “부동산이중양도의 반사회성 판단기준에 관한 연구”, 「부동산학보」 제34집, 한국부동산학회, 2008. 8, 189면.

나. 양도인에 대한 고려요소

양도인과 관련하여 고려되는 요소를 지금까지의 판례를 분석해 보면, 첫째, 양도인이 제2양도를 하게 된 동기가 제1양수인에 대한 의무를 면탈하려는 데 있는 것인가의 여부이다. 즉 양도인의 제1양수인에 대한 의무면탈이 제2양도의 동기가 된 때에는 판례는 제2양수인은 특별한 사정이 없는 한 양도인의 배임행위에 적극 가담한 것이 되어 무효라고 하고 있다.²⁶⁾ 둘째, 제1양도사실에 대한 양도인의 주관적 인식여부이다. 주로 피상속인의 제1양도 사실을 모르는 상속인이 이중양도 한 경우인데 이에 대해 판례는 이를 반사회적 행위라고 인정한 판결도 있으며,²⁷⁾ 부인하는 판결도 있다.²⁸⁾ 셋째, 양도인이 제2양수인과 특별한 관계가 있는지의 여부이다. 즉 양도인과 제2양수인이 형제관계인 경우,²⁹⁾ 부자관계인 경우³⁰⁾에는 구체적인 제2양도행위의 경위에 관하여 언급하지 않고서도 제2양수인이 배임행위에 적극 가담하였다고 인정하고 있다. 나아가 양도인과 제2양수인을 실질적으로 동일인격체로 평가할 수 있는 경우에도 또한 마찬가지이다.³¹⁾

이상에서 살펴본 바, 양도인과 제2양수인 사이에 신분관계 등 특별한 관계가 있거나 양도인과 제2양수인이 거의 동일인격체에 가까운 경우에는 판례와 같이 제1양수인이 제2양도행위의 효력을 부인할 수 있다고

26) 대법원 1989. 3. 28. 선고 87다카2372 판결.

27) 대법원 1975. 11. 25. 선고 75다1311 판결.

28) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다22231 판결.

29) 대법원 1978. 1. 24. 선고 77다1804 판결: “저수지의 유지를 등기의무자인 형으로부터 동생이 증여받은 사안에서 형으로부터 동생이 증여받을 만한 사정이 없으므로 이는 통정허위표시이고 아니더라도 동생이 형의 배신행위에 적극 가담하였으므로 동생의 소유권취득은 어느 모로 보나 무효이다”.

30) 대법원 1980. 5. 27. 선고 80다565 판결; 대법원 1982. 2. 9. 선고 81다1134 판결 등.

31) 대법원 1989. 10. 24. 선고 88다카22299 판결; 대법원 1991. 10. 22. 선고 91다26072 판결.

새겨야 할 것이다. 그러나 양도인이 제1양수인에 대한 의무면탈의 목적으로 제2양도를 한 경우나 양도인이 제1양도 사실을 모르고 제2양도를 한 경우에 판례의 태도는 납득하기 어려운 점이 있다. 즉 전자의 경우에 분명히 대부분의 판례들에서 공통적으로 이중양도가 무효가 되는 요건으로서 제2양수인의 적극가담이 있어야 한다고 하고 있고, 그 정도에 있어서도 제1양도사실을 안다는 것만으로는 부족하고, 적어도 양도사실을 알고도 제2양도를 요청, 유도, 권유하여 계약에 이르러야 한다³²⁾고 하였음에도 불구하고 양도인의 제1양수인에 대한 의무면탈만 인정되면 제2양수인의 적극가담 여부는 고려하지 않는다는 것은 자기모순이다. 그리고 후자의 경우에는 민법 제103조에 위반에 대한 당사자의 주관적 인식이 필요한가의 문제와 직결된다. 통설은 법률행위의 당사자가 법률행위의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다는 것까지 인식할 필요는 없으나, 적어도 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 판단케 하는 기초사정의 존재는 인식하였어야 한다고 한다.³³⁾ 그러나 그 인식의 정도에 대하여서는 의견이 갈리는데, 즉 선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 기초사정이나 부가사정을 과실로 인식하지 못한 경우는 인식한 경우와 마찬가지로 볼 것이라는 견해³⁴⁾와 선량한 풍속 기타 사회질서 위반의 사정을 인식한 것과 동일하게 비난, 제재를 가할 수 있는 일반 국민으로서 조금만 통상의 주의를 기울였더라면 알 수 있었을 현저한 부주의 즉 중과실의 경우로 제한하자는 견해³⁵⁾가 있다.

생각건대, 단순한 경과실이 있음에 불과한 경우까지 법률행위를 무효

32) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다55289 판결; 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다362 판결; 대법원 2002. 9. 6. 선고 2000다41820 판결 등.

33) 민일영, 민법주해Ⅱ, 1992, 221면; 이영준, 「한국민법론[총칙편]」, 박영사, 2005, 207면; 김상용 외, 「민법총칙」, 법원사, 2004, 456면; 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2007, 162면; 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007, 231면.

34) 민일영, 앞의 책, 221면; 이영준, 앞의 책, 221면.

35) 최진수, “반사회적 이중양도에 있어서 주관적 요건의 요부 및 전득자의 보호여부”, 「실무논단」, 서울지방법원, 1998. 12, 12면.

화하여 이행청구 등의 법적 보호를 거절함은, 유효한 법률행위의 효과를 의욕한 법률행위의 당사자에게 가혹한 제재라고 여겨지고, 계약이 이행되어 전전양도된 경우에는 전득자가 보호되지 않아 거래의 안전을 해하기 때문에 중과실을 요하는 것이 합리적이다. 그렇다면 이중양도가 반사회적 행위로서 무효가 되려면 제1양도사실은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 판단케 하는 기초사정으로서 양도인이 인식하거나, 인식하지 못한 경우에는 인식하지 못한 데에 중과실이 있어야 할 것이다. 따라서 제2양수인의 적극가담이 있었더라도 양도인이 제1양도의 사실을 인식하지 못하는데 중과실이 없는 한 이를 반사회적 행위로서 무효라고 할 수는 없을 것이다.³⁶⁾

다. 제1양수인에 대한 고려요소

제1양수인에 관련하여 반사회성 판단의 고려요소로서는 전술하였듯이 대금을 완급하고 또한 목적 부동산을 점유하고 난 후에야 비로소 자기의 것이라고 하는 것이 일반적 관념이라는 점에 비추어 제1양수인이 대금을 완급하고 점유에 이른 시점부터 제2양도계약의 반사회성이 문제된다고 새겨야할 것이다. 나아가 제1양수인이 가처분 및 가등기제도 등 애초에 반사회적 이중양도행위를 막을 수 있는 법적 방법을 알 수 있었는지에 대한 것도 고려해야 한다. 이는 특히 선의의 전득자가 존재하는 경우에 소유권귀속의 구체적 타당성을 기할 수 있는 요소가 될 수 있을 것이다. 더불어 제2양도행위가 무효라고 한 판례 중 상당수는 제1양수인이 목적물의 점유를 취득하여 장기간 사용한 후에 제2양도행위가 있었던 경우로³⁷⁾ 파악되는데, 이러한 판례의 태도는 선의의 전득

36) 김상현, 앞의 논문, 191-192면 참조.

37) 대법원 1969. 11. 25. 선고 66다1565 판결; 대법원 1970. 10. 23. 선고 70다2038 판결; 대법원 1972. 4. 28. 선고 72다343 판결; 대법원 1973. 6. 26. 선고 72다2293 판결; 대법원 1977. 2. 22. 선고 75다226, 227 판결; 대법원 1977. 1. 11. 선고 76다20

자가 존재하는 경우³⁸⁾에는 동의하기 어렵다. 이는 제1양수인이 점유를 취득하고 장기간 등기를 해야 함에도 불구하고 이를 해태한 것이라고 볼 수 있는 것인데 이러한 경우에까지 현행법이 요구하는 등기까지 갖춘 그리고 이중양도사실을 전혀 모르는 선의의 전득자보다도 우선해서 제1양수인을 보호할 필요는 없다고 생각된다. 물론 반사회적 이중양도행위가 절대적 무효이고, 우리 민법은 등기의 공신력을 인정하고 있지 않으므로 전득자에게 이전된 소유권이전등기는 무효라는 반론이 있겠지만 등기의 공신력을 인정하고 있지 않기 때문에 더더욱 선의의 전득자를 보호하는 이론구성 내지 고려요소가 필요하다고 생각된다. 따라서 양도인이 제1양수인에게 인도한 시기와 제2양수인에게 등기가 이전된 시기 사이의 시간적 간격도 고려되어야 할 것이다.³⁹⁾

라. 제2양수인에 대한 고려요소

지금까지 판례를 종합해 보면, 이중양도가 무효가 되기 위해서는 그 전제조건으로 제2양수인은 양도인이 이미 제1양수인과의 사이에 양도계약을 체결하였다는 사실, 또는 별도의 명의신탁자나 양도담보설정자 등이 존재한다는 사실을 알고 있을 것을 요하지만, 제2양수인이 선행의 양도사실을 알고 있었다는 것만으로 제2양도행위가 무효가 아니고, 적

83 판결; 대법원 1978. 1. 24. 선고 77다1804 판결; 대법원 1978. 1. 24. 선고 77다766 판결; 대법원 1979. 6. 12. 선고 79다476 판결; 대법원 1981. 12. 22. 선고 81다카197 판결; 대법원 1983. 4. 26. 선고 83다카57 판결 등; 그러나 단순히 제1양수인이 장기간 점유하고 있던 사실을 제2양수인이 알았다는 것만으로 제2양도행위가 무효인 것은 아니라는 판례로는 대법원 1981. 1. 13. 선고 80다1034 판결, 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1347 판결, 대법원 1989. 11. 28. 선고 89다카14295, 14301 판결 등이 있다.

38) 대법원 1977. 2. 22. 선고 75다226 판결; 대법원 1979. 7. 24. 선고 79다942 판결; 대법원 1984. 6. 12. 선고 82다카672 판결; 대법원 1996. 10. 25. 선고 96다29151 판결 등

39) 김상현, 앞의 논문, 192~193면 참조.

어도 그 매도사실을 알고도 매도를 요청하거나 유도하여 계약에 이르는 정도⁴⁰⁾가 되어야 이른바 적극가담이 있었다고 보는 것으로 판단된다.⁴¹⁾

생각건대, 오늘날 자본주의 경제체제에 있어서 개인의 이익추구를 위하여 제1양도계약의 존재를 알고 있는 제2양수인이 양도인과의 계약을 성사시키기 위해서는 양도인을 유인, 요청, 설득, 권유하는 것이 일반적인 현상이라 할 수 있다. 따라서 제2양수인이 잘못된 정보로 기망하거나 또는 강박한 경우에 있어서는 적극가담이 있었던 경우로 하여 그 반사회성을 인정하는 것이 옳지만, 그 외의 경우에 있어서는 유효한 양도행위로서 인정해야 할 것이다. 또한 제2양수인의 적극가담만으로 반사회성을 판단할 것이 아니라 앞서 전술한 양도인 및 제1양수인에 대한 고려요소들을 종합하여 결정해야 할 것이다.⁴²⁾

Ⅲ. 새로운 법리로의 대체가능성

1. 불법행위에 관한 원상회복론

부동산의 이중양도행위가 이른바 제3자 채권침해에 의한 불법행위에

40) 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다55289 판결; 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다362 판결; 대법원 2002. 9. 6. 선고 2000다41820 판결(이 사안은 근저당권에 관한 사안으로서 이미 매도된 부동산에 관하여 체결한 근저당권설정계약이 반사회적 법률행위로서 무효가 되기 위하여는 “근저당권자가 다른 사람에게 그 목적물이 매도된 것을 알고도 근저당권설정을 요청하거나 유도하여 계약에 이르는 정도가 되어야” 근저당권자가 매도인의 배임행위에 적극 가담한 행위로 볼 수 있다고 하고 있다) 등.

41) 물론 대법원 1981. 12. 22. 선고 81다카197 판결 및 대법원 1994. 3. 11. 선고 93다55289 판결에서는 이른바 적극가담행위는 “타인과의 매매사실을 알면서 매도를 요청하여 매매계약에 이르는 정도로 충분하다” “고 하고 있으나 이를 지금까지의 판례의 입장이라고 하기에는 무리가 있다.

42) 김상현, 앞의 논문, 193-194면 참조.

해당한다는 것은 학계의 통설적 입장이다.⁴³⁾ 최근 판례도 실질적으로 인정하고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 판례는 그 효과로서 원칙적으로 금전배상만을 인정⁴⁵⁾하고 있는 반면, 이 견해는 그 효과로서 제1양수인은 제2양수인에 대해 직접 원상회복청구권을 행사할 수 있다고 한다. 이 점에서 이 견해의 특이성이 있다. 이 견해에 의하면 불법행위책임 성립의 판단기준으로서 다소 불분명한 판례의 적극가담의 기준 보다는 제2양수인이 악의이기만 하면 원칙적으로 제1양수인에 대하여 책임을 부담한다고 해야 할 것이고,⁴⁶⁾ 양도인과 제2양도인 사이의 양도계약은 제2양도인이 악의 이더라도 유효하며,⁴⁷⁾ 민법 제103조는 적용되지 않는다.⁴⁸⁾ 그리고 제2

43) 박윤직, 「채권총론」, 박영사, 2006, 65면; 권오승, “부동산의 이중양도”, 「민법의 쟁점」, 법원사, 1990, 47면, 49-52면; 김준호, 앞의 책, 990면 등.

44) 부동산이중양도에 관한 사안은 아니지만 “제3자가 채권자를 해한다는 사정을 알면서도 법규에 위반하거나 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반하는 등 위법한 행위를 함으로써 채권자의 이익을 침해하였다면 이로써 불법행위가 성립한다고 하지 않을 수 없고” 라고 한다. (대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다9446 판결).

45) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결: “민법 제763조에 의하여 불법행위에 준용되는 민법 제394조는 다른 의사표시가 없으면 손해는 금전으로 배상한다고 규정 함으로써 이른바 금전배상의 원칙을 규정하고 있으므로, 법률에 다른 규정이 있거나 당사자가 다른 의사표시를 하는 등 특별한 사정이 없는 이상 원상회복청구는 할 수 없다 할 것이다”(같은 취지, 대법원 1994. 3. 22. 선고 92다52726 판결; 대법원 1996. 7. 30. 선고 94다32122 판결 등)

46) 윤진수, “부동산 이중양도의 경제적 분석”, 「민법논고 I」, 박영사, 2007, 384~385면.

47) 윤진수, “부동산의 이중양도에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1993, 240면; 이에 대하여, 소유권취득을 유효하게 제2양수인이 하였다고 하면서, 불법행위가 성립한다고 하는 것은 명백한 가치충돌 이라고 하면서, “제2매수인의 매매계약이 유효하고 그에 따라 소유권을 취득하였다면 적법한 것인데 왜 그로 인하여 제3자에게 위법한 가해행위로 인한 불법행위책임을 져야 하는가라는 비판이 있다(박영규, “부동산 이중매매에 관한 이론 비판”, 「법률행정논집」 제8권, 서울시립대학교 법률행정연구소, 2001, 2, 125면).

48) 윤진수(1993), 위의 논문, 232면; 그러나 이론적으로 민법 제103조를 적용하는 것이 불가능하지는 않다고 하면서도(같은 논문 195면), 판례가 양도인과 제2양수인 사이의 양도행위가 반사회적인 것으로 무효라는 데 대하여는 근본적인 의문이 있다고 하면서, “제1양수인을 보호하기 위해서라면 그를 위한 적당한 방법을 강구하면 족한 것이지 굳이 위 양도행위를 반사회적이라고 하여 무효라고 볼 필요는 없는 것”(같은

양수인이 제2양도계약 체결 당시 제1양수인에 대한 양도사실을 알았다면 직접적 고의가 존재하며, 고의에 의한 가해행위는 원칙적으로 위법하므로 제1양수인으로부터 취득할 수 없었다는 특별한 사정이 없는 한 불법행위가 성립한다.⁴⁹⁾ 그리고 이러한 불법행위가 성립하면 그 손해배상으로서 우리 민법상 손해배상의 방법은 금전배상이 원칙이지만, 이들은 강행규정이 아닌 점, 제1양수인을 완전하게 보호한다는 점, 절차상으로 편리한 점, 목적물은 제2양수인보다 제1양수인에게 더 가치가 있다는 점⁵⁰⁾ 등을 이유로 제1양수인은 제2양수인에 대하여 원상회복으로서 그 소유권 이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 한다.⁵¹⁾ 그러나 이러한 원상회복청구권은 채권적인 것에 불과하므로 제2양수인으로부터의 전득자에 대해서는 그가 선의인 한 대항하지 못하고,⁵²⁾ 또한 원상회복청구의 본질이 채권적인 손해배상청구권의 형식으로서 전소의 소송물과 다르기 때문에 기판력 저촉의 문제로부터 벗어날 수 있다⁵³⁾고 한다.

논문 196면)이라고 하고 있다.

49) 윤진수(1993), 위의 논문, 255면, 260면; 그러나 제2양수인에게 단지 과실이 있는 경우에는 불법행위가 성립하지 않는다고 한다(같은 논문, 265면).

50) 제2양수인이 제1양도사실을 알았던 경우에는 제1양수인과 거래하는 것이 양도인과 거래하는 것보다 어려울 이유가 없고, 그럼에도 불구하고 양도인과 거래한 것은 제1양수인이 요구할 가격을 지급할 의사가 없기 때문이므로, 이러한 경우 목적물은 제2양수인보다 제1양수인에게 더 가치가 있다는 것을 원상회복의 근거를 들고 있다(윤진수(1993), 위의 논문, 247면). 그러나 이에 대해, 제2양수인이 제1양도에 따른 양도대금보다 많은 대금을 지급할 용의가 있더라도 제1양수인이 양도를 원치 않는 경우에는 제2양수인 목적물을 그로부터 양수할 수 없으며, 이 경우 언제나 제1양수인에게 더 가치가 있다고 말할 수는 없다고 하면서, 보다 근본적으로는 목적물이 누구에게 더 가치가 있는가, 또는 누구에게 귀속시키는 것이 보다 경제적 관점에서 객관적으로 보다 효율적인가 하는 데에 따라 법적 효력을 결정할 수 없는 것이다. 또한 목적물에 관하여 매매계약이 체결되었으나 소유권이 아직 이전되지 않은 상태에서 매수를 원하는 제2양수인으로 하여금 반드시 제1양수인으로부터 양수하도록 요구할 법적 근거도 없다는 비판이 있다(박영규, 앞의 논문, 126면).

51) 윤진수(2007), 앞의 논문, 405-407면 참조.

52) 윤진수(2007), 앞의 논문, 330면; 따라서 제2양수인으로부터의 전득자도 악의인 경우에는 그도 악의의 제2양수인과 동일하게 불법행위책임을 부담하게 된다고 한다.

2. 사해행위 취소론

이 견해에 의하면, 양도인이 무자력이 아닌 경우⁵⁴⁾에도 그리고 특정 물채권의 보전을 위해서도⁵⁵⁾ 제1양수인은 양도인과 제2양수인 사이의 제2의 양도계약이 제1양수인에 대한 사해행위라고 주장하여 그 취소를 구할 수 있을 뿐만 아니라, 제2의 양도계약이 일단 취소되어 양도인에게

53) 윤진수(1993), 앞의 논문, 76-77면 참조.

54) 이에 대하여 판례의 확고한 입장은 “채무자의 재산처분행위가 사해행위가 되기 위해서는 그 행위로 말미암아 채무자의 총재산의 감소가 초래되어 채권의 공동담보에 부족이 생기게 되어야 하는 것, 즉 채무자의 소극재산이 적극재산보다 많아져야 하는 것”(대법원 2001. 10. 12. 선고 2001다32533 판결; 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004다58963 판결; 대법원 2006. 2. 10. 선고 2004다2564 판결 등) 이라고 하여 채무자는 무자력이어야 한다. 학계의 통설도 마찬가지이다(김옥곤, “채권자취소권의 요건론 재고”, 「저스티스」 제33권 제4호(통권 제58호), 한국법학원, 2000, 103면; 배성호, “채권자취소권에 있어서 특정물채권의 피보전채권성”, 「인권과 정의」 제332호, 대한변호사협회, 2004, 77면; 김형배, 앞의 책, 1012면).

55) 이에 대하여서도 판례는 “부동산을 양도받아 소유권이전등기청구권을 가지고 있는 자가 양도인이 제3자에게 이를 이중으로 양도하여 소유권이전등기를 경료하여 줌으로써 취득하는 부동산 가액 상당의 손해배상채권은 이중양도행위에 대한 사해행위취소권을 행사할 수 있는 위와 같은 피보전채권에 해당한다고 할 수 없다고 할 것”이며, 또한 “채권자취소권을 특정물에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 행사하는 것은 허용되지 않으므로 부동산의 제1양수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 양도인과 제3자 사이에서 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다고 할 것”(대법원 1999. 4. 27. 선고 98다56690 판결; 같은 취지로 대법원 1996. 9. 20. 선고 95다1965 판결)이라고 하여 채권자취소권을 총채권자를 위하여 공동담보인 채권무자의 책임재산을 보전하기 위한 제도로 이해하고, 취소채권자 자신의 특정채권만의 보전을 위하는 채권자취소권은 인정하지 않고 있다. 그러나 학계의 다수의견은 특정물의 인도청구권이나 소유권이전등기청구권을 가지는 채권자라도 채무자가 그 목적물을 제3자에게 처분함으로써 그 채권은 손해배상청구권으로 변할 수 있기 때문에, 채무자가 제3자에게 목적물을 처분함으로써 무자력이 되는 때에는 그 행위를 취소할 수 있다고 해야 할 것이라고 한다(장희석, “채권자취소권에 의하여 보호되는 피보전채권의 성립시기 등”, 「판례연구」 제11집, 부산판례연구회, 2000, 110-111면; 배성호, 앞의 논문, 89면; 김옥곤, 앞의 논문, 91-94면; 박영규, 앞의 논문, 121면 등).

복귀한 때에는 다시 양도인을 상대로 소유권의 이전을 구할 수 있다고 한다. 그 근거로서, 특정물채권의 보호를 위하여 채권자대위권의 전용이 인정되는 것과 마찬가지로, 채권자취소권에도 특정물채권의 보전이라고 하는 기능을 승인하여야 하고, 금전의 지급을 구하는 채권자취소권소송에 있어서는 사실상 우선변제가 이루어져 민법 제407조를 사문화하는 것과 같은 결과를 초래하고 있으므로, 특정물채권의 보전을 위하여 이 제도가 기능할 수 있음을 부정할 수 없고, 특정물채권에 대한 우선변제권을 인정하는 것이 현실적 관점에서도 취소소송을 제기하는 등 노력을 다한 취소채권자를 아무 것도 하지 않은 다른 채권자 보다 두텁게 보호하게 될 뿐만 아니라 금전채권의 경우에 우선변제를 인정하는 것과 균형을 이루게 되어 타당하다는 견해⁵⁶⁾와, 기본적으로 이중양도를 반사회적 행위로 평가하기에 지나친 면이 있고, 민법전은 거래 현실에서 다양하게 발생하는 반가치적 행위의 효력을 부정하는 규정을 고루 갖추지 못한 점을 고려하면, 이중양도를 사해행위에 상당하는 행위로 평가하는 것이 적절하며, 채권자취소권에 의한 해결을 할 경우, 취소나 원상회복은 상대적인 효과가 발생하여 선의의 전득자를 보호할 수 있으며, 나아가 현대사회의 거래의 신속을 감안하여 제척기간을 두고 있는 점 등이 장점이라고 하는 견해⁵⁷⁾가 있다. 그리고 이 견해는 무자력 요건에 대해, 반드시 채무자의 무자력을 요건으로 해야 한다는 주장은 이중양도의 문제를 반드시 제103조에 의해 무효화시키는 것을 강요하는 결과로서, 이 주장은 채권자취소권에 의한 규율을 억제하려는 판례의 태도와 맥을 같이

56) 홍춘의, “부동산의 이중매매와 제1매수인의 보호”, 「김기수교수화갑기념 부동산법학의 제문제」, 박영사, 1992, 245-247면 참조; 또한 이 견해는 이 경우에 채무자인 양도인이 무자력이 아니라도 무방하다고 한다.

57) 강신웅, “부동산이중양도에 관한 판례의 법리적 검토”, 「인권과 정의」 제367권, 대한변호사협회, 2007. 3, 39면; 이중양도를 반사회적으로 평가하는 것은 절대적 무효라는 파괴력 때문에 지나치며, 제103조에 의한 처리를 강요하는 것은 민법전의 단순성에 비추어 설득력이 없다고 한다.

하는 것으로 부당하다고 한다. 또한 우리의 채권자취소권의 요건규정에는 채권자취소권을 반드시 공동담보를 위하여 행사하여야 한다고 말하지 않고 있기 때문에 채권자취소권의 규정은 책임재산 확보의 효과가 발생하면 족한 것이며, 이 효과규정을 근거로 역추론적 해석을 통하여 채권자취소권을 반드시 책임재산 확보를 위해서만 행사하도록 요건을 엄격하게 풀이할 필요성이 없으며,⁵⁸⁾ 따라서 특정채권이든 공동담보를 위한 것이든 채권자취소권을 행사하도록 허용함이 옳고, 다만 그 행사의 효과로서 공동담보의 확보에 공헌한 것으로 이해하면 충분하다고 한다.⁵⁹⁾ 그리고 기판력 저축의 문제는 앞서 반사회적 법률행위론의 보완이론과 마찬가지로 진정명의회복을 위한 소유권이전등기로서 해결할 수 있다고 한다.⁶⁰⁾

3. 소 결

이상에서 살펴본 바, 불법행위에 기한 원상회복론과 사해행위 취소론은 제1양수인을 보호할 수 있고, 제2양수인도 응징할 수 있으며, 동시에 선의의 전득자도 보호할 수 있다는 면에서 반사회적 무효론이 추구하는 바(제1양수인의 보호)와 해결해야 할 바(선의의 전득자 보호) 등을 비교적 간명하게 해결하고 있다는 점에서 설득력이 있다. 그러나 불법행위에 기한 원상회복론은 이중양도행위를 적법한 행위가 아닌 위법한 행위로

58) 이 견해는 덧붙여서, 공동담보를 위하여 채권자취소권을 행사하도록 제약을 가하는 것은 거래안전을 보호하기 위함이고, 그 밖의 뚜렷한 이유를 찾을 수 없다고 하면서, 제2양수인은 제1양수인의 특정채권을 해한 자이므로 거래안전이란 보호막으로 그 지위를 보장할 필요가 없다고 한다. 이는 자기행위의 법적 효과를 인정받지 못할 만큼 신의와 임무배반에 관여하였기 때문이라고 한다(강신웅, 앞의 논문, 39면).

59) 또한 채권자 취소권을 행사한 효과는 일반적인 법리, 즉 양도인에게 제1양수인 외에 다른 채권자가 병존한 경우에는 채권자평등의 원칙에 의해, 다른 채권자가 없는 경우에는 제1양수인 등이 보호받는 길을 강구하면 된다고 한다(강신웅, 위의 논문, 40면).

60) 강신웅, 위의 논문, 41면.

취급하고, 제1양수인에게 법적 근거가 희박한 원상회복청구권을 인정함으로써, 그리고 사해행위 취소론은 명문으로 규정하고 있는 채무자(양도인)의 무자력 요건을 필요에 의해 배척함으로써, 그 이론구성이 현행 법 질서로부터 괴리되어 있다는 점에서 이 이론들이 갖고 있는 장점에도 불구하고 받아들이기 어렵다.⁶¹⁾

IV. 결 론

지금까지 고찰해 본 바, 반사회적 부동산이중양도에서 전득자의 보호 문제는 판례가 취하고 있는 반사회적 무효론을 취하고 있는 이상 전혀 해결될 수 없다. 이는 거래의 안전을 중대하게 위협하게 되는 결과를 초래한다. 뿐만 아니라 현행법상 제1양수인은 등기하기 전까지는 채권자일 뿐이고, 이미 등기까지 갖춘 전득자는 엄연한 소유권자로서 제1양수인이 우선할 이유가 없다는 법리적인 문제점도 지적된다. 특히 전득자가 선의라면 법감정상으로도 문제가 있다. 본 논문에서는 이러한 문제점의 해소를 위해 우선, 반사회성인정을 제한하는 측면에서 반사회성 판단의 시점과 각 당사자에 대한 고려요소의 재해석을 시도해 보았다. 그 결과, 이중양도의 반사회성을 판단하는 시점은 제1양수인이 대금을 완급하고 점유에 이른 시점부터 제2양도계약의 반사회성이 문제된다고 새겨할 것이다. 왜냐하면 중도금을 지급한 후에 양수인이 목적 부동산이 자기의 것이라는 의식이 희박하고, 대금을 완급하고 또한 목적 부동산을 점유하고 난 후에야 비로소 자기의 것이라고 하는 것이 일반적 관념이기 때문이다. 이러한 요건을 전제로 양도인은 제1양도사실은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 판단케 하는 기초사정으로서 양도인이 인식하거나, 인식하지 못한 데에 중과실이 있어야 반사회성을 논할 수

61) 김상현, “부동산이중양도의 법리 재고”, 「법학연구」 제32집, 한국법학회, 2008, 11, 141면 참조.

있으며, 제1양수인은 가치분 및 가등기제도 등 애초에 이중양도행위를 막을 수 있는 법적 방법의 인식과 양도인이 제1양수인에게 인도한 시기와 제2양수인에게 등기가 이전된 시기사이의 시간적 간격도 고려되어야 할 것이다. 또한 제2양수인의 적극가담의 모습으로써, 잘못된 정보로 기망하거나 또는 강박한 경우에 있어서는 적극가담이 있었던 경우에는 그 반사회성을 인정할 수 있겠지만, 그 외의 경우에 있어서는 유효한 양도행위로서 인정해야 할 것이다. 다음으로, 판례이론을 배제하고 대체 법리로서 주장되고 있는 불법행위에 기한 원상회복론과 사해행위 취소론을 검토해 보았다. 그 결과, 제1양수인을 보호하면서도 동시에 선의의 전득자도 보호할 수 있도록 하는 이론구성의 방향은 어느 정도 설득력이 있으나, 그 이론구성에 있어서는 현행법 질서로부터 벗어난 구성이라는 점에서 받아들이기 어렵다. 결국, 반사회적 부동산이중양도에서 전득자의 보호는 현실적으로 반사회성인정기준을 완화하는 쪽으로 판례의 재정립이 필요하다. 물론 궁극에는, 판례이론의 법리상, 법감정상 여러 문제점과 오늘날 자본주의 자유경쟁체제가 정착되고, 부동산 거래에 대한 일반인들의 법의식이 고양된 점에 비추어 부동산이중양도행위는 사적자치의 원리 안에서 적법한 행위로서 규율하여야 할 것이다.

주제어 : 전득자보호, 부동산이중양도, 반사회적 행위, 절대적 무효, 채권자대위권

[Abstract]

Protection of the Subsequent Purchaser of the Antisocial Duplication Transfer of Real Estate

Sang-Hyun Kim*

In the duplication transfer of real estate, when the 2nd grantee positively participates in an act in violation of the transferee's duty, the judicial precedent cites it's an absolute nullity as an antisocial action in the article 103 of the Civil Law. And that absolute nullity is the illegal caused wage in the article 746 of the Civil Law. Additionally, despite acquired the real estate instinctively by the 2nd grantee, that judgment says the 1st grantee borrows the theory of a comparison of the illegality, and then is able to recuperate the status quo of that real estate as exercising the right of the obligee subrogation. These legal principles have many problems. First, the subsequent purchaser will not be able to be protected in either case. Even though the 1st grantee had an opportunity which he could demand the provisional registration or disposition, he didn't make full use of them. But it's not just and rational that he is always protected earlier than the subsequent purchaser who acquires the right above all, because the subsequent purchaser didn't have any chances which were similar to the one, the 1st grantee had. Second, the theory of the judicial precedent selected the exercising the right of the obligee subrogation which is the way to recuperate the status quo of that real estate for

* Post-Doc., Pukong National University Graduate School.

1st grantee. So if the 2nd grantee received the transfer registration by the judgment, it would be in conflict with the res judicata(res adjudicata). Ultimately, the 1st grantee could fall into the self contradiction which is he couldn't recover that real estate. Third, the theory of the judicial precedent referred the theory of a comparison of the illegality to solve the contrariety of the code of the illegal caused wage. But I wonder indeed the 2nd grantee is the one who acted more illegal than the transferee did. The alternative legal principles are giving the application against the theory of the judicial precedent. Those principles are the theory of the abatement of the application of the article 746 in the Civil Law, the theory of the right to avoid of the obligee, the theory of the infringement of the obligatory right and so on. Each of them does not accord the requisite which the regulations in force requests. And it's difficult to find the alternative legal principles against the theory of the precedent in the analysis. The most fundamental issue of the theory of the judicial precedent is that it is totally preoccupied with protecting the 1st grantee, so it treats the duplication transfer action as an antisocial action. It's based on that the conception of the registration was weak in the past. Relatively, it sought the concrete validity for protecting the 1st grantee who is a social underprivileged. However, in the economic structure of the capitalism it's the general state that the 2nd grantee, who's known the existence of the release between the 1st grantee and the transferee, lures, instigates, requests, prevails, solicits, urges, or deceives for achieving the contract with the transferee. And those should be allowed for the pursuit of the personal profit. Also, the theory of the judicial precedent should be abrogated because the general public enhances the lawful awareness related to the real estate(the provisional registration and disposition). Therefore if the duplication transfer of real estate is fit on the requisite of the right to

avoid of the obligee or the right of the obligee subrogation, it should be dealt with the liability of the compensation for damages on the unlawful act according to the requisite of those. At the beginning, those kind of treatment can break down the lawful stability of the first grantee who banked on the established precedent. We will be able to get the effect, the court pulls up the lawful awareness of the public. In other words, it will be able to be of a help toward keeping the general principle on the business of the real estate under the regulations in force.

Key Words : protection of the subsequent purchaser, the duplication transfer contract of real estate, an antisocial action, absolute nullity, rescission right of obligee