

부동산 이중매매의 효력

- 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009다23283
판결(소유권말소등기)에 대한 비판적 검토 -

박 인 환*

목 차

I. 재판의 경위	1. 대법원 판례 이론(반사회적 무효론)
1. 사실관계 및 제1심 판결	2. 판례이론의 문제점
2. 원심(항소심)판결의 요지(서울남부지 방법원 2009. 2. 19. 선고, 2008나905 판결)	3. 대안적 이론들
3. 대법원 판결의 요지(파기환송)	4. 소 결
II. 부동산 이중매매의 효력	III. 대법원 판결에 대한 비판적 검토
	IV. 결 론

I. 재판의 경위

1. 사실관계 및 제1심 판결

① 피고는 소외 재단법인 소유의 서울 동작구 상도동 1 토지 117㎡에 대하여, 위 재단법인으로부터 승낙 받은 사용권에 기하여 그 지상에 건물을 소유하고 있던 중 위 건물의 지붕과 담장이 위 1 토지에 인접한 같은 동 3 토지를 침범하고 있어 위 3 토지 소유자로부터 그 침범한 부분을 1973년 8월 20일 매수하고, 이를 같은 동 2 대지 17㎡(이하 ‘이 사건 토지’라고 한다)로 분할하여 1973년 10월 26일 소유권이전등기를 경료하였다.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

② 원고는 1978년 3월 30일 피고로부터 위 1 토지와 이 사건 토지 양 지상에 있던 위 건물을 매수하면서 위 1 토지에 대한 사용권도 양수하는 한편 이 사건 토지를 매수하고, 위 건물에 대하여 1978년 4월 10일 소유권보존등기를 마쳤으나, 이 사건 토지에 관하여는 피고와 소외 재단법인 간의 법적 분쟁이 있어 소유권이전등기를 미루고 다만 등기권리증만 교부받아 소지하고 있었다.

③ 피고 재건축조합은 아파트를 재건축하기로 하고 필요한 부지마련을 위하여 이 사건 토지 등 그 일대 토지의 소유자들과 매수협의를 하던 중 등기부상 이 사건 토지의 소유자로 등기된 피고에게 2004년 5월 13일 및 2005년 4월 22일 이 사건 토지 매수에 관한 협의를 위한 공문을 발송하였으나, 위 공문이 반송되어 피고와 협의를 하지 못하고 있었다.

④ 그러던 중 소외인이 2005년 3월 24일 위 재단법인과 사이에 그의 동생 명의로 소유하고 있던 4 토지와 위 재단법인 소유의 위 1 토지를 교환하고, 1 토지를 2005년 5월 16일 피고 재건축조합에게 매도하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

⑤ 그 후 며칠 지나지 않은 시점에 위 소외인은 원고의 처로부터 이 사건 토지가 그녀의 것이고 그녀가 위 토지의 등기권리증도 소지하고 있다는 사실을 들었고, 그 며칠 후 피고 조합의 사무장도 위 소외인으로 부터 원고의 처의 위와 같은 말을 전해 듣게 되었다.

⑥ 한편 위 재단법인이 위 소외인과 사이에 위 교환계약 협의를 하면서 위 1 지상에 있던 원고의 건물을 철거해주는 조건으로 교환계약을 체결하기로 하고, 원고에게 위 건물을 35,000,000원에 매도할 것을 제의하였으나 원고는 대금으로 1억 원을 지급할 것을 요구함에 따라 위 협상이 결렬되었다(그 후 위 재단법인은 원고를 상대로 위 건물의 철거를 구하는 소를 제기하여 승소판결을 받은 후 철거집행을 하였으나, 원고는 다시 위 1 지상에 컨테이너를 설치하여 계속 거주하였다).

⑦ 그런데 이러한 사실을 피고 재건축조합 측이 알고, 또한 그 사무장

이 이 사건 토지 및 1 토지를 둘러보던 중 당시 원고 및 그의 처가 생활하고 있던 위 토지들 지상의 건물을 발견하고 위 건물을 매도할 것을 제의하였으나 원고가 역시 과도한 대금지급을 요구하자 피고 재건축조합 측은 위 건물매수를 포기한 적이 있었다.

⑧ 피고 재건축조합의 사무장은 소외인으로부터, 원고측이 이 사건 토지의 권리증도 소유하고 있다는 등의 말을 전해 듣고도 원고 및 그의 처에게 위 말의 진위를 확인하지 아니한 채, 그즈음 연락이 닿은 피고에게 이 사건 토지를 매도할 것을 제의하였다.

⑨ 그 후 피고는 위 제의에 승낙하여 2005년 6월 4일 매매대금 3,600만 원으로 정하여 피고 재건축조합 측에 이 사건 토지를 이중매도하고 서울중앙지방법원 동작등기소 2005년 8월 2일 접수 제34276호로 피고 재건축조합 앞으로 소유권이전등기를 경료해 주었다.

⑩ 당시 피고 재건축조합의 사무장은 피고로부터 이 사건 토지에 관한 등기권리증을 분실하였다는 말을 듣고 더 이상 등기권리증의 교부를 요구하지 아니하였고, 피고가 이 사건 토지를 어떻게 사용하고 있는지 그 내용, 이 사건 토지 지상의 건물 소유자인 원고로부터 이 사건 토지에 관한 자료를 받아왔는지 등 피고가 이 사건 토지의 진정한 소유자인지 여부를 더 나아가 확인하지 아니하였다.

⑪ 피고는 위 이중매도로 인하여 배임죄로 기소되어 징역 6월형을 선고 받고 그 형이 확정되었는데, 형사재판 과정에서 피고는 원고를 피공탁자로 하여 피고 재건축조합으로부터 받은 매매대금 3,600만 원을 공탁하였다

위와 같은 사안에 대하여, 1978년 3월 30일자 이 사건 토지에 대해서 먼저 피고와 매매계약을 체결하였던 제1매수인인 원고는, 그 후 약 27년 이 경과한 2005년 6월 4일 제2매수인인 피고 재건축조합이 피고와 체결한 이 사건 토지의 매매계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는

이중매매계약으로서 민법 제103조에 의하여 무효이고 따라서 피고 재건축조합 명의의 위 소유권이전등기는 원인무효의 등기라고 주장하면서, 이 사건 이중매매의 제2매수인인 피고 재건축조합을 상대로 매도인인 피고를 대위하여 위 소유권이전등기의 말소등기를 청구하고, 피고를 상대로 해서는 위 1978년 3월 30일자 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 청구하고, 이와 함께 원고는 피고의 배임행위와 이중매매를 적극 교사한 피고 재건축조합의 불법행위로 인한 정신적 피해에 대하여, 피고들을 상대로 위자료청구소송을 제기하였다.

그런데 제1심¹⁾은 이 사건 이중매매는 피고의 배임행위에 대한 피고 재건축조합의 적극가담행위가 있었다고 볼 수 없으므로 무효가 아니라는 이유로 위 소유권말소등기 및 소유권이전등기청구에 대해서는 원고 패소 판결을 선고하였다. 그러나 위자료청구에 대해서는 형사상 배임죄로 처벌을 받은 피고에 대해서만 원고승소, 피고 재건축조합에 대해서는 피고패소 판결을 선고하였다.

위와 같은 제1심 판결에 대하여 원고와 피고가 각자 불복 항소 하였으며, 원고는 이 사건 원심(항소심)에서도, 피고가 원고에게 이 사건 토지를 매도하고서도 피고 재건축조합에게 이를 이중매도 하여 배임행위를 하였고 피고 재건축조합은 이에 적극 가담하여 그 명의로 소유권이전등기를 경료하였으므로 피고 명의의 소유권이전등기는 사회질서에 반하는 법률행위에 의한 것으로 무효라고 주장하였다. 그러나 피고는 원고에게 이 사건 토지를 매도한바 없고, 피고 재건축조합은 피고의 이중매도사실을 전혀 알지 못하였다고 주장하였다.

1) 서울남부지방법원 2007. 12. 12. 선고, 2006가단56408 판결.

2. 원심(항소심)판결의 요지(서울남부지방법원 2009. 2. 19. 선고, 2008나905 판결)

원심은, 위 사안에 대하여, 피고가 1978년 3월 30일경 원고에게 이 사건 토지를 이미 매도하였음에도 2005년 6월 4일경 아직 위 토지의 소유권등기 명의가 자신에게 남아있음을 기화로 피고 재건축조합에게 이중매도 하였다는 사실을 전제로, 이 사건의 쟁점을 위 이중매도 당시 피고 재건축조합이 피고의 이중매도 사실을 알았는지 및 이에 적극 가담했는지 여부라고 판단하였다.

또한 원심은 “이중양도의 반사회성을 인정하기 위해서는 제2양수인이 양도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극 가담하는 것이 필요하다 할 것인데, 이때에는 제2양수행위의 상당성과 특수성 및 제2양도계약의 성립과정, 경위, 양도인과 제2양수인의 관계 등을 고려하여 판단하여야 한다²⁾.”고 하면서 종전의 대법원 판결이 제시한 바 있는, 매도인의 배임행위에 대한 제2매수인의 적극가담 여부에 대한 판단기준을 그대로 인용하였다.

이에 따라 원심은, 피고 재건축 조합으로서 이 사건 토지를 매수하기에 앞서 현장을 확인한 결과 그 지상의 건물을 원고가 소유하면서 점유 사용하고 있는 사정을 알고 있었던 점, 그리고 위 소외인으로부터 들어서 원고 측이 이 사건 토지의 소유권을 주장하고 있고 그 등기관리증을 소지하고 있음을 알게 되었던 점, 그러나 원고가 그 전에 위 건물에 관한 위 재단법인 측 및 피고 재건축조합 측과의 매도협상에서 과도하게 높은 금액을 그 대가로 요구하는 바람에 위 각 협상이 모두 결렬된바 있었고, 원고가 또한 위 재단법인으로부터 위 건물의 철거소송을 당해 패소하여 그 집행을 당하고도 다시 컨테이너를 설치하여 위 1 토지 및

2) 대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77101 판결 등 참조.

이 사건 토지로부터의 퇴거를 강하게 거부하고 있어서, 아파트 재건축사업을 추진하면서 매수절차를 조속히 진행할 필요가 있었던 피고 재건축조합으로서 원고를 매수협상의 상대방으로 하여서는 피고를 상대방으로 하는 경우에 비하여 그 매수과정이 쉽게 진행되지 않을 것을 예상하였음을 추지할 수 있고, 피고 또한 이중으로 매도함으로써 경제적 이득을 취할 수 있어서, 피고들의 경제적 이익이 서로 맞아떨어졌던 점, 피고 재건축조합은 위 소외인으로부터 위와 같은 소문을 전해 듣고도 원고나 그의 처로부터 위 소문의 진위를 확인하거나 피고로부터 위 토지의 등기권리증을 원고가 소지하고 있는지와 그 이유, 이 사건 토지를 원고가 사용하고 있는 이유 및 피고가 원고에게 매도한 적이 없다면 그가 원고로부터 이 사건 토지에 관한 지료를 징수하고 있는지 등 피고가 위 토지의 진정한 소유자인지 여부를 전혀 확인하지 아니한 채 등기명의자라는 사실만으로 피고와 곧바로 매매계약을 체결한 점 등을 종합해 보면, 피고와 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결할 당시 피고 재건축조합으로서 비록 피고가 이 사건 토지의 등기명의자이긴 하나 그가 이미 이를 원고나 그의 처에게 매도하여 그 소유권이전등기의무를 지고 있는 자임을 인지하였음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

이에 더하여 원심은, 피고 재건축조합이 상대적으로 비협조적인 원고와의 쉽지 않을 매수협상을 피하고 이 사건 토지의 매수를 조속히 진행하고자 등기명의자인 피고에게 접근하여 이 사건 토지의 이중매도를 권유하여 이루어진 이 사건 매매계약은, 피고 재건축조합이 피고의 배임행위에 협력하여 적극 가담한 것이라 볼 수밖에 없어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위로서 민법 제103조에 의하여 무효라고 판단하였다.

결국 원심은, 위와 같은 판단을 전제로, 피고 재건축조합 명의의 위 소유권이전등기는 원인무효의 등기이고, 이 사건 토지에 관하여 원고가 피고에 대한 소유권이전등기청구권자로서 피고를 대위하여 구하는 이

사건에 있어서, 피고 조합은 피고에게 그 명의의 소유권이전등기의 말소 절차를 이행할 의무가 있고, 피고는 원고에게 위와 같이 1978년 3월 30일 매매를 원인으로 한 소유권이전등기 절차를 이행할 의무가 있다고 한 것이다.

한편 원고의 피고들에 대한 위자료 청구에 대해서는, 원심은, 피고뿐만 아니라 피고 재건축조합의 위자료책임도 인정하면서, “비록 이 사건 토지에 관한 피고 재건축조합 명의의 이전등기가 말소되고, 피고가 원고에 대하여 위 매매를 원인으로 한 소유권이전등기의무를 부담하여 결과적으로 원고의 재산적 손해가 회복되는 것이긴 하나, 피고의 배임행위와 피고 재건축조합의 가담행위로 인하여 이 사건 토지가 피고 재건축조합 앞으로 이전등기가 되는 바람에 그 후 지금까지 원고가 그 소유권을 행사하지 못함으로 인하여 정신적 고통을 받아 왔음을 외면할 수 없다.”고 판시하였다.

위와 같이 이 사건 이중매매에 있어서, 피고의 배임행위에 대한 피고 재건축조합의 적극가담을 부인한 제1심 판결을 파기하고 피고 재건축조합의 적극가담을 인정한 원심판결에 대해서는, 다시 피고 재건축조합이 상고를 하였다.

3. 대법원 판결의 요지(파기환송)

위 사건에 대하여, 대법원은 다시 항소심판결을 파기하고 원심으로 환송하게 되는데, 동 대법원 판결은 부동산 이중매매의 경우 제2양수인의 매매가 민법 제103조의 공서양속에 위반하는 반사회적 법률행위로서 무효인지 여부를 판단함에 있어서, 그 동안 대법원 판결에서 다소 막연하게 보였던 ‘매도인의 배임행위와 이에 대한 제2매수인의 적극 가담행위’라는 판단기준을 조금 더 구체적으로 제시하였다는 데 나뉘므로 의미가 있을 것이다.³⁾

우선 대법원은, “어떠한 부동산에 관하여 소유자가 양도의 원인이 되는 매매 기타의 계약을 하여 일단 소유권 양도의 의무를 짐에도 다시 제3자에게 매도하는 등으로 같은 부동산에 관하여 소유권 양도의 의무를 이중으로 부담하고 나아가 그 의무의 이행으로, 그러나 제1의 양도채권자에 대한 양도 의무에 반하여, 소유권의 이전에 관한 등기를 그 제3자 앞으로 경료하여 이를 처분한 경우에, 소유자의 그러한 제2의 소유권 양도 의무를 발생시키는 원인이 되는 매매 등의 계약이 소유자의 위와 같은 의무위반행위를 유발시키는 계기가 된다는 것만을 이유로 이를 공서양속에 반하여 무효라고 할 것이 아니”라고 밝히고 있다.

또한 “그것이 공서양속에 반한다고 하려면, 다른 특별한 사정이 없는 한 상대방에게도 그러한 무효의 제재, 보다 실질적으로 말하면 나아가 그가 의도한 권리취득 자체의 좌절을 정당화할만한 책임귀속사유가 있어야 한다.”고 전제하면서 제2매수인의 권리(소유권)취득 자체의 좌절을 정당화할 만한 책임귀속사유를 들고 있다.

이에 따라 제2매수인에게 그와 같은 책임귀속사유가 있는지를 판단함에 있어서는, “그가 당해 계약의 성립과 내용에 어떠한 방식으로 관여하였는지(당원의 많은 재판례가 이 문제와 관련하여 제시한 ‘소유자의 배임행위에 적극 가담하였는지’ 여부라는 기준은 대체로 이를 의미한다)를 일차적으로 고려할 것이고, 나아가 계약에 이른 경위, 약정된 대가 등 계약내용의 상당성 또는 특수성, 그와 소유자의 인적 관계 또는 종전의 거래상태, 부동산의 종류 및 용도, 제1양도채권자의 점유 여부 및 그 기간의 장단과 같은 이용현황, 관련 법규정의 취지·내용 등과 같이 법률행위가 공서양속에 반하는지 여부의 판단에서 일반적으로 참작되는 제반 사정을 여기서도 종합적으로 살펴보아야 할 것이다.”⁴⁾

3) 대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77101 판결, 대법원 1994. 3. 11. 선고, 93다55289 판결, 대법원 1981. 12. 22. 선고, 81다카197 판결 등 참조.

4) 대법원 1975. 11. 25. 선고, 75다1131 판결; 대법원 1976. 4. 27. 선고, 75다1783

라고 하였다.

이와 함께 종전의 확립된 대법원판결의 취지와 마찬가지로, “법률행위로 인한 부동산물권변동에 등기를 요구하는 민법 제186조의 입법취지에 비추어 보면, 제2의 양도채권자가 소유자가 같은 부동산에 대하여 이미 다른 사람에 대하여 소유권양도의무를 지고 있음을 그 채권 발생의 원인이 되는 계약 당시에 알고 있었다는 것만으로 당연히 위와 같은 책임귀속이 정당화될 수는 없다.”고 하였다.⁵⁾

위와 같은 법리를 전제로, 대법원은, “이 사건 매매계약 체결의 경위, 매도인인 피고와 제2매수인인 피고 재건축조합의 관계, 피고의 태도 등을 종합하면, 피고 재건축조합은 피고로부터 그가 원고에게 이 사건 토지를 이미 매도하였다는 사실을 고지 받지 못한 것으로 보이고, 이 사건 매매계약 전에 위 재단법인이나 피고 재건축조합이 원고에게 이 사건 토지가 아니라 위 1 토지 지상의 건물을 매도할 것을 제의한 사실이 있다거나, 피고 재건축조합이 소외인으로부터 ‘원고 등이 이 사건 토지의 소유자임을 자처하면서 그 등기권리증을 소지하고 있다고 주장한다’는 사실을 전해 들었다고 하더라도, 그러한 사정 및 내용만으로는 바로 피고 재건축조합이 원고가 이 사건 토지를 피고로부터 이미 매수한 사실까지 알았다고 보기는 어렵다.”고 하였다.

또한 “앞서 본 법리에 비추어 보면, 설령 피고 재건축조합이 이 사건 매매계약 체결 전에 원고가 이 사건 토지의 소유자라고 주장하고 있는 사실 또는 원고가 피고로부터 이 사건 토지를 매수한 사실을 알고 있었다고 하더라도, 이 사건 토지의 종류와 용도, 피고 재건축조합이 이 사건 토지를 취득하는 목적, 이 사건 매매계약의 내용 등에 비추어 보면 그러

판결; 대법원 1982. 2. 9. 선고, 81다1134 판결 등도 참조.

5) 종래에도 대법원은, 제2매수인의 배임에 대한 적극가담행위는 제2매수인이 제1매수인에게 목적물이 매도된다는 것을 안다는 것만으로는 부족하다고 판결하였다(대법원 1994. 3. 11. 선고, 93다55289 판결, 대법원 1981. 12. 22. 선고, 81다카197 판결 등 참조).

한 사정만으로는 피고 재건축조합이 법률상 소유자로 추정되는 등기부상 명의자인 피고로부터 이 사건 토지를 매수한 행위가 피고의 배임행위에 적극 가담함으로써 공서양속에 반하는 법률행위에 해당한다고 인정하기에는 부족하다.”고 판단하였다.

이에 따라 대법원은, 이 사건 매매계약을 피고 재건축조합이 피고의 배임행위에 적극 가담하여 체결된 것으로 무효라고 판단하고 피고 재건축조합에 대하여 이 사건 토지에 관한 소유권이전등기의 말소 및 불법행위로 인한 손해배상을 명한 원심판결을 파기하였다.

결국 대법원은, 같은 사안에 대하여, 원심이 이 사건 토지에 대한 피고 재건축조합의 제2매수행위가 피고의 배임행위에 적극 가담한 행위로서 무효라고 판단한 것을 뒤집고, 피고 재건축조합이 원고가 피고로부터 먼저 이 사건 토지를 매수한 사실을 알고 있었다고 하더라도 피고 재건축조합의 제2매수행위가 피고의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 것이 아니므로 반사회적 법률행위에 해당하지 않는다고 판단한 것이다.

이 사건 대법원 판결은, 종래에 부동산 이중매매의 효력과 관련하여 확립된 판례와 마찬가지로, 부동산의 이중매매가 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하여 무효가 되기 위해서는 매도인(소유자)의 배임행위와 함께 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담해야 한다는 것을 다시 확인하고, ‘제2매수인의 적극가담’이라는 판단기준을 보다 구체적으로 밝혀서 ‘제2매수인의 책임귀속사유’라는 개념을 처음으로 제시한 것이 종래의 판례와 다른 특징이라면 특징이라고 하겠다.

본 논문은 위와 같은 대법원 판결에 대한 비판에 앞서, 그 동안 부동산 이중매매의 효력에 대하여 확립된 것으로 보이는 우리 판례이론 및 이에 관한 학설 등을 차례로 살펴본 다음 사건을 피력하고자 한다.

Ⅱ. 부동산 이중매매의 효력

부동산 이중매매의 효력과 관련한 법적 문제는 부동산의 매도인(소유자)이 당해 부동산을 먼저 매수인 갑(제1매수인)에게 매도하고도 그 소유권이전등기를 하지 않고 있는 상태에서 이를 다른 매수인 을(제2매수인)에게 매도한 다음 그 소유권이전등기를 을(제2매수인) 앞으로 해주었을 경우 그 효력을 어떻게 볼 것인가 하는 문제이다.

우리 민법은 부동산 물권변동과 공시방법(등기)의 관계에 있어서 형식주의(성립요건주의)를 채택하고 있으므로 부동산의 물권변동은 등기하여야 그 효력이 발생한다(민법 제186조). 따라서 부동산을 이중으로 매매하더라도 제1매수인과 제2매수인 사이에 매매계약 체결의 시간적 선후와는 상관없이 먼저 소유권이전등기를 마친 매수인이 그 소유권을 취득하게 된다. 또한 채권의 상대성에 따라 제1매수인과 제2매수인 사이에 매도인에 대한 채권자로서의 우열은 인정할 수 없으나, 물권의 배타성과 일물일권주의 원칙상 1개의 동일한 부동산에 2개의 소유권이 인정될 수 없고 결국 제1매수인과 제2매수인 사이에는 먼저 등기를 마친 자가 배타적인 물권으로서 그 소유권을 취득하게 된다. 다시 말하면 부동산의 이중매매도 유효하게 취급되는 것이 원칙이다.

위와 같이 이중매매가 유효하여 제2매수인이 부동산의 소유권을 취득하게 되면 제1매수인에 대한 매도인의 채무(소유권이전등기의무)는 이행불능인 상태에 빠지게 된다.⁶⁾ 따라서 매도인의 소유권이전등기의무가 매도인의 귀책사유로 이행불능이 되면 제1매수인은 매매계약을 해제할 수 있고, 매매계약이 해제되면 매도인과 제1매수인은 서로 원상회복의무를 지게 되는데, 이 경우 매도인은 제1매수인에게 중도금 이상의 매매대금을 받았다면 그 돈을 받은 날로부터 이자를 가산하여 반환하

6) 대법원 1968. 8. 30. 선고, 68다1218 판결, 대법원 1965. 7. 27. 선고, 65다947 판결 등 참조.

게 된다(민법 제546조, 제548조). 물론 제1매수인은 매도인에게 손해배상을 청구할 수도 있으며 이러한 경우 그 손해배상은 전보배상이 될 것이다(민법 제551조, 제390조). 결국 부동산 이중매매가 유효한 경우 불의의 피해를 본 제1매수인과 채무불이행자인 매도인 사이의 법률관계는 위와 같은 방식으로 처리되는 것이 보통이라 하겠다.

그러나 제2매수인이 당해 부동산이 이미 다른 사람(제1매수인)에게 매도된 사실을 알고 있으면서도 매도인의 배임행위에 가담하여 이중으로 매매계약을 체결하고 제1매수인보다 먼저 소유권이전등기를 마친 경우 제1매수인을 배제하고 제2매수인에게 소유권을 인정하는 것은, 경우에 따라 우리 민법 제103조(선량한 풍속 기타 사회질서)와 관련하여 문제가 될 수 있다는 것이 우리 대법원 판례와 다수설의 견해이다.

1. 대법원 판례 이론(반사회적 무효론)

부동산 이중매매의 효력에 대한 대법원 판례의 이론은 거의 확고한 것으로 보이는데, 이를 요약하면 다음과 같다.⁷⁾

① 제2매수인이, 매매 목적 부동산이 이미 제1매수인에게 매도되었다는 사실을 알았다고 하더라도(나아가서 매도인의 배임행위를 알았다고

7) 박영규, “부동산 이중매매에 관한 이론 비판”, 법률행정논집 제8권(서울시립대학교 법률행정연구소, 2001), 104쪽 이하 참조. 이러한 대법원판례의 이론은 1969. 11. 25. 선고, 66다1565 판결에서 처음 인정되었다고 하는데, 그 사안은 ‘매도인이 그의 토지를 먼저 가야국민학교에 매도하고, 가야국민학교는 이를 학교 교정으로 사용하였는데, 이러한 사실을 잘 아는 제2매수인이 매도인에게 이중매도 할 것을 요구하였으나 이에 응하지 않자 이중매도는 민형사상 아무 문제가 없고 만일 문제가 되면 자기가 전부 책임을 지겠다는 등 감언이설로 매도인을 적극 기만하여 위 토지를 이중매수 한’ 경우로서, 대법원은 위 사안의 경우 이중매매는 사회정의 관념에 위배된 반사회적 법률행위로서 무효라고 판결한 이래 수차례에 걸쳐 같은 취지의 판결을 함으로써 반사회적 무효론의 확고한 판례이론을 구성하고 있다고 한다. 김준호, “반사회적 부동산이중매매에 관한 판례이론”, 고시계 제35권 제2호(고시계사, 1990. 2.), 86쪽 참조.

하더라도) 그것만으로 이중매매계약이 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하여 무효가 되는 것은 아니다.⁸⁾

② 그러나 제2매수인이 목적 부동산이 이미 제1매수인에게 매도되었다는 사실을 알고, 이중으로 매도할 것을 권유하는 등 매도인의 배임행위에 적극 가담하여 제2매매를 한 경우에는 그 매매계약은 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하므로 무효이다.⁹⁾

다시 말하면, 이중매매의 반사회성을 인정하기 위해서는 제2매수인이 매도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담하는 것이 필요하고,¹⁰⁾ 또한 이때에는 제2매매계약의 상당성과 특수성 및 제2매매계약의 성립과정, 경위, 매도인과 제2매수인의 관계 등을 고려해서 판단해야 한다는 것이다.¹¹⁾

결국 판례이론의 핵심은, 이중매매의 효력이 무효라고 할만한 ‘제2매수인의 적극가담’ 행위를 어떻게 판단할 것인가 하는 문제이다. 이에 대해서는, 단순한 이중양도의 권유는 이에 해당하지 않으며 적어도 제2양수인이 양도인의 배임행위에 공모 내지 협력하거나 양도사실(소유권이전의무의 존재사실)을 알면서 제2양도행위를 요청하거나 유도하여 계약에 이르게 하는 정도가 되어야 한다는 견해가 있다.¹²⁾

8) 대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77101 판결, 대법원 1995. 2. 10. 선고, 94다2534 판결, 대법원 1981. 1. 13. 선고, 80다1034 판결 참조; 이러한 면에서 대법원도 원칙적으로는 이중매매가 유효한 것으로 인정하고 있다고 본다.

9) 대법원 1983. 4. 26. 선고, 83다카57 판결, 대법원 1977. 1. 11. 선고, 76다2083 판결 참조.

10) 대법원 2009. 3. 26. 선고, 2006다47677 판결 등 참조.

11) 대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77101 판결 등 참조. 그 밖에도 판례는 부자지간의 증여나 형제지간의 매매 등 당사자들의 관계, 제1매수인이 점유, 사용하고 있는 등 부동산의 현황, 매매대금의 완납 등 여러 가지 요소를 함께 고려하고 있는 것으로 보인다. 대법원 1982. 2. 9. 선고, 81다1134 판결, 대법원 1978. 1. 24. 선고, 77다1804 판결, 대법원 1995. 3. 17. 선고, 94다48721 판결, 대법원 1980. 6. 10. 선고, 80다569 판결 등 참조.

또한 이중매매를 무효로 본 판례를 분석하여, 대체로 제2매수인의 행위가 정의 관념에 반하는 ‘윤리적 비난가능성’이 있는지에 그 중점을 두고 있다는 견해도 있다.¹³⁾ 그 밖에 판례의 사안을 구체적으로 분석하여, 매도인을 기망하거나 매도인의 공박한 사정을 이용한 경우, 매도인에게 양도받을 수 없게 되자 매도인과 관련된 제3자를 사주하여 양도받은 경우 및 제2양수인의 적극가담은 타인과의 양도사실을 알면서 양도를 요청하는 것으로 넉넉하다고 본 경우¹⁴⁾ 등 ‘제2매수인의 적극 가담’을 인정하는 판례의 유형에 대하여 다양한 해석이 시도되고 있다.¹⁵⁾

③ 판례이론에 의하면, 제2매수인의 이중매매가 반사회질서 행위로 무효인 경우 제1매수인은 자신이 직접 제2매수인에게 소유권이전등기의 말소를 구할 수는 없으나, 제1매수인은 자신의 매도인에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여, 매도인을 대위하여 제2매수인을 상대로 등기의 말소를 청구할 수 있다.¹⁶⁾ 이어서 제1매수인은 매도인을 상대로 매매계약에 기하여 소유권이전등기를 청구할 수 있음은 당연하다.

④ 다만 위와 같은 경우에도, 제2매수인 앞으로 이루어진 등기가 확정판결에 기한 것이라면, 이 확정판결이 당연무효이거나 재심의 소에 의하여 그 판결이 취소되기 전에는, 제1매수인은 매도인에 대한 소유권이전

12) 지원립, 민법강의(홍문사, 2009), 206쪽; 대법원 1994. 3. 11. 선고, 93다55289 판결, 대법원 1988. 9. 27. 선고, 84다카2267 판결, 대법원 1981. 12. 22. 선고, 81다카197 판결 참고.

13) 김준호, 앞의 논문, 89쪽 이하.

14) 대법원 1981. 12. 22. 선고, 81타가197 판결 참조, 동 판결에 의하면 ‘적극 가담하는 행위는 타인과의 매매사실을 알면서 (이중)매도를 요청하여 매매계약에 이르는 정도로 족하다’라고 하여, 다른 판례에 비하여 적극 가담의 의미를 상당히 완화하여 해석한 것처럼 보인다.

15) 황경웅/유충호, “부동산 이중양도의 반사회질서에 대한 판단 기준”, 법학논문집 제34권 제2호(중앙대학교 법학연구소, 2010), 108쪽 이하.

16) 대법원 1983. 4. 26. 선고, 83다카57 판결 참조.

등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 제2매수인을 상대로 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다.¹⁷⁾

⑤ 제2매수인의 이중매매가 무효인 경우 제2매수인으로부터 부동산을 전득한 자의 등기는 무권리자로부터 취득한 것이 되어 전득자의 선의 여하에 불문하고 무효의 등기이다. 다시 말하면 부동산의 이중매매가 반사회적 법률행위에 해당하는 경우에는 이중매매계약은 절대적으로 무효이므로, 당해 부동산을 제2매수인으로부터 다시 취득한 제3자(전득자)는 설사 제2매수인이 당해 부동산의 소유권을 유효하게 취득한 것으로 믿었더라도(전득자가 선의라도) 이중매매계약이 유효하다고 주장할 수 없게 된다.¹⁸⁾

이러한 경우 전득자는 원칙으로 돌아가서 제2매수인(전매인)에게 민법 제570조 소정의 담보책임을 물을 수 있을 것이며, 또한 전득자가 등기부취득시효의 요건을 갖추게 되면 일정한 경우 보호될 수 있을 것이다.

한편, 국내의 학설도 대부분 대법원 판례와 같은 반사회적 무효론을 지지하고 있는 것으로 보인다.¹⁹⁾ 그밖에 반사회적 무효론을 바탕으로 하면서도, 제1매수인의 입장에서 이중매매의 반사회성이 인정되기 위한 시기에 대하여, 매도인이 제1매수인으로부터 계약금 외 중도금까지만 지급받아도 반사회성을 인정할 수 있다는 견해와 매도인이 잔금까지 매매대금을 완급 받고 나아가서 점유를 이전 받아 사실상의 소유자로서 점유, 사용하는 객관적 사실이 있어야 반사회성을 인정할 수 있다는 견해가 있다.

17) 대법원 1988. 2. 23. 선고, 87다카777 판결 참조.

18) 대법원 2008. 3. 27. 선고, 2007다82875 판결, 대법원 1996. 10. 25. 선고, 96다 29151 판결, 대법원 1985. 11. 26. 선고, 85다카1580 판결 등 참조.

19) 박운직, 민법총칙(박영사, 2002), 216쪽; 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의(신조사, 2008), 170쪽; 김준호, 민법강의(법문사, 2007), 233쪽; 송석수, 신민법강의(박영사, 2008), 133쪽; 지원림, 앞의 책, 205쪽.

매도인이 중도금까지만 지급받아도 반사회성을 인정할 수 있다는 견해는, 부동산 이중매매에 관한 형법상의 배임죄의 구성요건과 관련하여 다수설과 판례를 근거로 한 것으로 보인다.²⁰⁾ 이 견해에 의하면, 매도인이 제1매수인으로부터 중도금을 지급받았으면 제1매수인이 계약의 이행에 착수한 것으로 그 때부터 매도인은 일방적으로 매매계약을 해제할 수 없고(민법 제565조 제1항 참조), 잔금지급과 동시에 제1매수인이 소유권을 취득할 수 있도록 소유권이전등기에 협력할 의무가 있게 된다. 또한 이러한 등기협력의무는 등기관리자인 제1매수인의 소유권취득을 위한 사무의 일부이므로 매도인이 중도금을 지급받은 후에 이중매매를 하게 되면 그 때부터 배임죄가 성립하고, 민법상 반사회적 법률행위로서 무효가 된다고 한다.²¹⁾

이에 반하여 매도인이 매매대금을 완불 받고 점유를 이전 받아 사실상의 소유자로 부동산을 사용하는 객관적인 사실이 있어야 반사회성이 인정된다는 견해는, 부동산 매매의 경우 잔금 지급과 등기에 필요한 서류를 교부하는 때에 물건행위가 행해지고, 이때에 제1매수인이 물건적 기대권을 취득하게 되는바 물건적 기대권에 기한 등기청구권은 물건적 청구권으로서 단순한 채권적 청구권과는 다르므로 매도인이 잔금까지 지급 받고 등기에 필요한 서류를 교부한 이후에 이중매매가 이루어진 경우에만 무효가 된다고나, 이중매매가 절대적 무효가 되기 위해서는 제2매수인 및 전득자에 비해 현행법상 제1매수인의 지위가 채권자일 뿐이라는 점을 감안하면, 제1매수인은 적어도 소유자에 준하는 정도의 의식과 또 객관적으로 해당 부동산에 대하여 소유자에 준하여 권리를 행사하는 정도에 이르러야 한다면서 제1매수인이 대금을 완급하고 점유

20) 부동산 이중매매의 경우 배임죄의 실행의 착수시기와 관련한 형사 판례로는 다음과 같은 것이 있다. 대법원 2010. 4. 29. 선고, 2009도14427 판결, 대법원 2003. 3. 25. 선고, 2002도7134 판결, 대법원 1985. 1. 29. 선고, 84도1814 판결, 대법원 1983. 4. 26. 선고, 82도49 판결 등 참조.

21) 김준호, 앞의 논문, 92쪽; 황경웅 외 1인, 앞의 논문, 102쪽; 지원림, 앞의 책, 205쪽.

에 이른 시점부터 이중매매의 반사회성이 문제된다고 한다.²²⁾

또한 판례의 사례를 분석하여, “부동산 이중매매를 무효로 본 판례의 사안의 대부분은, 제1매수인이 토지를 매수하여 그 대금을 완불한 다음 이를 인도받아 그 토지를 학교교정, 공회당, 교회, 건물의 부지, 유지(溜池)로 사용한 경우로서, 요컨대 부동산이 이미 타인에게 매각되었다는 사실을 제3자가 쉽게 알 수 있는 경우”라고 하는 견해도 있다.²³⁾

2. 판례이론의 문제점

이러한 대법원 판례의 이론과 다수설(반사회적 무효론)에 대해서는, 아래와 같이 여러 가지 문제점들이 지적되고 있는데 이를 간단히 살펴보기로 한다.²⁴⁾

2.1 제2매수인의 ‘적극 가담’이라는 판단 기준의 모호성

판례가 제시하고 있는 매도인의 배임행위에 대한 ‘제2매수인의 적극 가담’이라는 개념은 실제의 적용에 있어서는 반드시 명확하지 않고 이론적으로도 어떤 경우가 이에 해당하는지를 가리기가 어렵다. 판례도 어떤 경우에는 제2매수인의 가담 정도가 미약한데도 이중매매를 무효라고 하는 반면, 다른 경우에는 비교적 적극적으로 가담하였다고 보이는데도 무효가 아니라고 하는 등 구체적인 사례에서는 일관성을 유지하지

22) 김상현, “반사회적 부동산이중양도에서 전득자의 보호”, 일감부동산법학 제4호(건국대학교 법학연구소, 2009), 168쪽

23) 김준호, 앞의 논문, 89쪽.

24) 반사회적 무효론에 대한 문제점 제시는 주로 아래의 논문의 내용을 참고한 것이다. 김준호, 앞의 논문, 87쪽 이하; 박영규, 앞의 논문, 20쪽 이하; 이현석, “부동산 이중매매에 관한 입법론적 고찰”, 재산법연구 제27권 제1호(한국재산법학회, 2010), 433쪽 이하; 윤진수, “반사회적 부동산 이중양도에 있어서 전득자의 지위”, 법조통권 제504호(법조협회, 1998. 9.), 150쪽 이하.

못하고 있는 것으로 보인다. 결국 ‘적극가담인가, 소극가담인가’ 하는 제2매수인의 가담의 정도를 기준으로, 이중매매의 무효와 유효를 가리는 것은 쉬운 일이 아니며 타당하지도 않다.²⁵⁾

또한 판례의 이론처럼 제2매수인의 단순 악의(제1매매계약의 존재 및 매도인의 배임행위에 대한 인식)의 경우와 배임행위에 적극 가담한 경우를 구별할 필요성이 있는가에 대한 의문을 제기하는 견해도 있다.²⁶⁾

2.2 민법 제746조(불법원인급여)와의 관계

판례의 반사회적 무효론에 따르면, 제2매수인의 매매계약은 민법 제103조 소정의 공서양속위반으로 무효이므로 매도인이 제2매수인에게 부동산 소유권을 넘겨준 것은 민법 제746조의 불법원인급여에 해당하여 매도인은 원칙적으로 제2매수인을 상대로 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없게 된다.²⁷⁾ 그렇게 되면 제1매수인도 매도인을 대위하여 제2매수인에게 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 없다는 모순되는 결론에 이르게 된다. 다시 말하면 판례는 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인을 상대로 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 하지만, 원칙적으로 채권자대위권의 행사를 위한 ‘피대위권리(매도인의 제2매수인에 대한 소유권이전등기말소청구권)’가 존재하지 않음에도 불구하고, 이중매매에 있어서 채권자인 제1매수인이 채무자인 매도인을 대위하여 소유권이전등기의 말소청구권을 행사한다는 모순에 이르게

25) 그러다 보니 ‘제2양수인의 적극가담’만으로 이중매매의 반사회성을 판단할 것이 아니라 반사회성 인정기준의 재정립을 주장하면서, 적극가담과 같은 제2양수인에 대한 고려요소 외 양도인에 대한 고려요소, 제1양수인에 대한 고려요소 등을 종합하여 결정해야 한다는 견해도 있다; 김상현, 앞의 논문, 165쪽 이하.

26) 이현석, 앞의 논문, 434쪽.

27) 대법원(전원합의) 1979. 11. 13. 선고, 79다483 판결 등에 의하면, 매도인은 제2매수인에게 부당이득반환청구를 할 수 없음은 물론 소유권에 기한 물권적 청구권도 행사할 수 없게 된다.

되는 것이다.

이 점에 대해서는, 이중매매의 경우 불법원인급여 규정이 적용되지 않는다고 하는 견해²⁸⁾ 등 여러 가지 학설이 제시되고 있지만, 판례와 반사회적 무효론을 전제로 하는 한 충분히 수긍하기는 어렵다고 할 것이다.²⁹⁾

2.3 매도인이 제2매수인으로부터 받은 매매대금의 반환 문제

판례이론에 의하면, 반사회적 이중매매의 경우 제1매수인은 매도인을 대위하여 제2매수인을 상대로 소유권이전등기의 말소를 구하고, 다시 소유권등기가 회복되는 매수인을 상대로 제1매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구함으로써 원래의 매매계약의 목적을 달성하게 된다고 한다. 그러나 판례에 의하더라도 제1매수인은 당해 부동산의 소유권을 취득함으로써 계약목적이 달성된다고 볼 수 있지만 매도인과 제2매수인 사이의 이중매매계약에 따라 매도인이 교부받은 매매대금은 어떻게 할

28) 김준호, 앞의 논문, 94쪽.

29) 윤진수, 앞의 논문, 151쪽. 이에 대해서는 판례의 입장을 지지하는 견지에서, “반사회적 이중매매의 무효를 제1매수인이 주장할 수 있음은 의문이 없는데, 그가 무효를 주장함으로써 도출하려는 결과는 이중매매의 목적인 부동산의 소유권취득이고 소유권을 취득하기 위해서는 우선 제2매수인 명의의 등기를 말소해야 하지만 그 부동산의 소유자가 아닌 제1매수인으로서 제2매수인 명의의 등기를 말소할 수 없다. 이러한 경우 제1매수인으로서 소유권취득의 전제가 되는 제2매수인 명의의 등기의 말소를 구하는 방법으로 매도인을 대위함이 허용되어야 한다. 물론 매도인의 말소청구가 허용되지 않지만 위 대법원 전원합의체 판결(1979. 11. 13. 선고, 79다483 판결)에서 금지하고자 하는 것은 반사회적 행위를 한 매도인이 부당이득에 갈음하여 물권적 청구로서 등기의 말소를 구함이라고 한정해야 할 것이고, 그렇다면 매도인의 반사회성과 무관한 제1매수인에게까지 그 금지가 미치지 않는다.”고 하면서 “위 판결에 의하여 매도인의 말소등기청구권의 <존재>가 부정되는 것이 아니라 그 <행사>가 제한될 뿐이라고 새겨야 할 것이다.”라는 주장도 있다: 지원림, 앞의 책, 214-215쪽.

것인지 언급이 없다(위 매매대금은 매도인의 입장에서 볼 때 민법 제741조의 부당이득이 된다면 원칙적으로 제2매수인에게 반환되어야 할 것이나, 민법 제746조의 불법원인급여물이 된다면 반환하지 않아도 될 것이다).

이에 대하여는 이중매매가 사회질서에 반하여 무효인 경우에 특별한 사정이 없는 한 당사자 쌍방이 모두 민법 제742조(비채변제)의 요건에 따라 그 반환을 청구할 수 있다는 견해가 있고³⁰⁾ 반면에 민법 제746조의 취지에 비추어 제2매수인은 매도인을 상대로 매매대금의 반환을 구할 수 없으며, 이에 따라 제1매수인의 소유권등기말소 청구에 대하여 동시 이행의 항변권도 행사할 수 없다는 견해도 있다.³¹⁾ 그러나 제2매수인이 매도인에게 매매대금의 지급을 구할 수 없다는 견해를 취하게 되면, 배임행위자인 매도인에게 원래의 매매대금뿐만 아니라 또 다른 이중매매의 대금도 부당하게 귀속되는 결과를 초래한다는 점에서 더 큰 문제가 있다고 본다(매도인은 이미 제1매수인으로부터도 매매대금을 지급받았다는 점을 상기하면 더욱 그렇다).

2.4 기판력과 관계

판례이론에 의하면, 제2매수인이 매도인을 상대로 당해 부동산의 소유권이전등기청구 소송을 제기하여 승소의 확정판결을 받거나 화해조서에 기하여 그 소유권이전등기를 경료한 경우에는, 비록 이중매매라고 하더라도, 확정판결 등의 기판력으로 인하여 매도인 자신이 위 소유권이전등기의 말소를 구할 수 없을 뿐만 아니라 제1매수인이 매도인을 대위하여 말소를 구할 수도 없다는 문제점이 발생한다.³²⁾

30) 송덕수, 앞의 책, 137쪽.

31) 지원림, 앞의 책, 209쪽.

32) 대법원 1988. 2. 23. 선고, 87다카777판결 참조.

이때 매도인과 제2매수인 사이의 이중매매가 공서양속에 반하여 무효라는 것만으로는 위 확정판결 등이 당연무효가 되거나 재심사유에 해당한다고 보기도 어렵다. 결국 제2매수인이 매도인과 짜고 판결이나 화해조서 등에 의해서 그 소유권이전등기를 경료한 경우에도 제1매수인을 보호하지 못하고 법을 악용한 제2매수인의 소유권이 확정된다는 것은 정의 관념에도 현저히 반한다는 것이다.³³⁾

2.5 선의의 전득자의 지위

판례이론과 같이 이중매매가 공서양속에 위반되어 무효라면, 제2매수인으로부터 부동산을 양수한 전득자가 등기를 마쳤어도 그 전득자는 제1매수인에 대해서는 자기의 소유권을 주장하지 못하게 된다.³⁴⁾ 다시 말하면 이중매매에 기한, 그 보다 후순위에 있는 선의의 제3자(전득자) 명의의 소유권이전등기도 모두 무효가 된다는 것이다.

이는 이중매매의 문제를 절대적 무효사유인 ‘공서양속 위반’으로 보는 한 당연한 결론이라 할 수 있다. 민법 제103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’(공서양속)에 위반하는 법률행위, 즉 반사회적 법률행위는 이른바 절대적 무효로서 누구나, 누구에 대해서도 무효를 주장할 수 있기 때문이다.

그러나 이에 대한 비판으로, 반사회적 이중매매가 절대적 무효라고 하는 판례의 이론은, 거래의 안전을 중대하게 위협할 뿐만 아니라 형평에도 어긋날 뿐만 아니라 원래 제1매수인도 등기하기 전까지는 매도인에 대하여 채권을 가지고 있는데 불과하고 아직 소유자라고는 할 수 없는데, 이와 같이 채권자에 불과한 제1매수인이 이미 등기를 갖추고 있는 선의의 전득자에 우선할 별다른 이유가 없다는 견해가 있다. 흔히

33) 윤진수, 앞의 논문, 151쪽; 이현석, 앞의 논문, 435쪽.

34) 대법원 1996. 10. 25. 선고, 96다29151 판결 등 참조.

우리 민법이 등기의 공신력을 인정하지 않는 것은 거래의 안전이라는 동적인 안전보다는 진정한 권리자의 보호라는 정적인 안전을 중시하기 때문이라고 설명하지만, 부동산 이중매매의 경우 과연 제1매수인과 같은 단순한 채권자가 등기까지 마친 선의의 전득자에 우선할 수 있는지 매우 의심스럽다는 견해가 그것이다.³⁵⁾

부동산 이중매매에 있어서, 우리 판례이론과 같이, 제2매수인의 ‘적극 가담’이라는 지극히 주관적인 행태에 따라 이중매매가 절대적으로 무효가 되고 후순위 전득자(특히 선의의 전득자)에게도 그 등기의 무효를 주장할 수 있다는 것은, 안 그래도 등기의 공신력을 인정하지 않는 우리 민법 체계 하에서 부동산 거래의 안전을 심각하게 위협하는 것이라 할 것이며, 이러한 점에서도 판례이론에는 쉽게 동의하기 어렵다.

3. 대안적 이론들

위와 같은 부동산 이중매매에 관한 판례이론(반사회적 무효론)을 극복하기 위하여, 특히 제2매수인으로부터 부동산을 양도받아 등기까지 갖춘 선의의 제3자인 전득자를 보호하기 위하여 판례를 대체하기 위한 여러 가지 대안 이론들이 등장하게 되었다.³⁶⁾

물론 종래에도 이러한 경우 선의의 전득자를 보호하기 위해서는 물권 행위의 무인성 이론에 의하여 등기의 공신력이 없는데서 오는 결함을 다소라도 보완하는 방향으로 모색해야 한다는 견해와 등기의 효력과 관련하여 제한적이나마 등기의 공신력을 인정해야 한다는 견해가 있었다. 또 한편 일본의 판례 이론을 도입하여, 실체상 권리관계에 부합하지 않는 불실등기라 하더라도 그러한 불실등기가 경료된 데 대하여 진실한

35) 윤진수, 앞의 논문, 151쪽.

36) 보다 자세한 내용은 윤진수, 위의 논문, 152쪽 이하; 박영규, 앞의 논문, 103쪽 이하; 김상현, 앞의 논문, 173쪽 이하; 이현석, 앞의 논문, 438쪽 이하 참조.

권리자가 관여 내지 승인하였거나 또는 이러한 불실등기가 경료된 사실을 알면서도 이를 묵인하고 있었던 경우에, 이러한 등기가 유효한 것으로 믿고 이해관계를 맺은 제3자가 있으면, 허위표시에 있어서의 선의의 제3자 보호에 관한 일본 민법 제94조 제2항(우리 민법 제108조 제2항에 해당)을 유추적용 하여 진실한 권리자는 무효를 주장하지 못하는데, 선의의 전득자는 이러한 이론에 의하여 보호되어야 한다는 견해도 있었다.³⁷⁾

그러나 여기에서는 지금까지도 많은 논의가 계속되고 있을 뿐만 아니라 부동산 이중매매와 관련하여 판례이론을 대체하는 대표적인 학설이라고 할만한, 이른바 ‘사해행위 취소론’과 ‘불법행위로 인한 원상회복론’을 간략하게 살펴보기로 한다.

3.1 사해행위 취소론

사해행위취소론은, 이중매매에 있어서 제1매수인에 대한 소유권이전 등기의무가 있는 매도인이 무자력인 경우, 민법 407조의 채권자취소권 규정에 의하여, 제1매수인은 채권자로서 제2매수인을 상대로 이중매매가 사해행위라도 주장하여 그 취소를 구할 수 있으며, 이중매매가 취소되어 소유권이 매도인에게 복귀한 때에는 다시 매도인을 상대로 소유권이전을 청구할 수 있다는 이론이다. 이 견해에 의하면 이중매매가 채권자(매도인)에 대한 사해행위로 인정되어 취소된다고 하더라도, 사해행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득자가 그 행위 또는 전득 당시 채권자를 해함을 몰랐을 때는 적용되지 않으므로 선의의 전득자를 보호할 수

37) 이러한 견해들에 대한 비판으로는 윤진수, 앞의 논문, 152쪽 이하 참조. 윤진수 교수의 주장에 의하면, 대법원 1996. 10. 25. 선고, 96다29151 판결이 부동산의 이중양도가 반사회적 법률행위에 해당하여 무효인 경우 금반언 내지 신의칙의 원칙상 통정허위표시의 경우와 같이 선의의 제3자에 대해서는 무효를 주장할 수 없다는 견해를 채택할 수 없음을 명백히 하였다는 데 의미가 있다고 한다; 윤진수, 앞의 논문, 149쪽.

있다는 것이다.³⁸⁾

그러나 이 견해는 채권자취소권제도의 취지는 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 것이고, 소유권이전등기청구권과 같이 특정물채권을 보전하기 위하여 채권자취소권을 행사할 수는 없으므로 부동산의 제1매수인은 자신의 소유권이전등기청구권 보전을 위하여 매도인과 제2매수인 사이에 이루어진 이중양도행위에 대하여 채권자취소권을 행사할 수 없다는 비판이 있다.

결국 민법 제407조가 사해행위의 취소와 원상회복은 모든 채권자의 이익을 위하여 효력이 있다고 규정하고 있어 특정 채권자만을 위한 채권자취소권은 인정되지 않으며, 채권자의 채권이 이중매매로 인한 부동산 가액 상당의 손해배상채권(금전채권)이라고 하여도 이는 사해행위 이전에 발생한 채권이 아니므로 사해행위취소권을 행사할 수 있는 피보전채권에 해당하지 않고, 결국 이중매매의 경우에는 사해행위취소권이 인정될 여지가 없다는데 문제가 있는 것으로 보인다.³⁹⁾

3.2 불법행위로 인한 원상회복론

이 견해는 반사회적 무효론의 경우 제1매수인이 소유권을 회복할 수 있는 방법으로서 채권자대위권의 행사나 채권자취소권의 행사는 그 실효성이 적다는 전제하에, 반사회적 이중매매는 제2매수인이 제1매수인의 매도인에 대한 채권을 침해한 것으로 이는 제1매수인에 대하여 불법행위를 구성한다는 것이다(제3자의 채권침해이론).⁴⁰⁾

그리고 제2매수인의 채권침해로 인한 불법행위의 효과로서 일반적이

38) 김중환, “부동산 이중매매의 반사회성”, 저스티스 제10권 제1호(한국법학원, 1972), 9쪽.

39) 이현석, 앞의 논문, 443쪽. 판례도 같은 입장이다. 대법원 1999. 4. 27. 선고, 98다 56690 판결 등 참조.

40) 윤진수, 앞의 논문, 161쪽 이하. 윤교수는 이 견해를 취하는 대표적인 학자로 보인다.

니 금전배상이 아니라 원상회복으로서 제1매수인이 제2매수인에게 직접 그 소유권이전등기의 말소를 청구할 수 있다고 한다. 또한 그 원상회복청구권은 제2매수인 또는 그와 동일시 할 수 있는 특정인에게만 주장할 수 있는 대인적인 채권이므로 원상회복으로서 제2매수인에게 소유권이전등기의 말소를 구할 수 있으나, 선의의 제3자에게는 주장할 수 없으므로 선의의 전득자를 보호할 수 있다는 것이다.⁴¹⁾

이 견해에 대해서는 손해배상의 방법으로 금전배상을 원칙으로 하고 있는 민법 제763조, 제394조의 해석상 불법행위로 인한 원상회복책임을 인정하는 것은 무리라는 의견이 있다.⁴²⁾ 또한 “불법행위에 기한 원상회복 이론은 한 마디로 채권의 특성 등 현행법 원리에 입각하지 않고 제1매수인을 일정한 이중매매로부터 보호해야 한다는 그릇된 목표설정을 한 다음 무리한 이론전개를 하고 있는 것으로 평가되고, 악의의 제2매수인으로부터 악의로 전득한 자도 제1매수인에 대해 불법행위자로 제2매수인과 같은 원상회복책임을 진다고 하는 견해도 역시 채권의 상대적 효력이라는 관점에서 볼 때 따르기 어렵다.”는 비판도 제기되고 있다.⁴³⁾

4. 소 결

위에서 본 바와 같이, 부동산 이중매매의 효력과 관련하여, 오래 기간 판례에 의하여 확립되고 다수설에 의하여 지지를 받고 있는 이른바 민법 제103조의 반사회적 무효이론은, 물건변동에 있어서 형식주의를 채택하고 있는 현행법 체계에서, 외형상 등기를 갖춘 물권자인 제2매수인에

41) 이현석, 앞의 논문, 444쪽 이하, 이현석 교수도 이 견해에 찬동하고 있는 것으로 보인다.

42) 지원립, 앞의 책, 215쪽. 한편 대법원 1997. 3. 28. 선고, 96다10638 판결은 법률에 다른 규정이 있거나 당사자가 다른 의사표시를 하는 등 특별한 사정이 없는 이상 불법행위자에 대하여 원상회복청구는 할 수 없다고 판시하였다.

43) 박영규, 앞의 논문, 124쪽 이하.

우선하여, 제2매수인보다 먼저 매매계약을 체결하였지만 채권자에 불과한 제1매수인을 다소 무리하게 보호하려다 보니 논리적으로 모순되고 현실적 적용에 있어서도 여러 가지 문제점을 나타내고 있다. 또한 이러한 판례 이론의 모순과 현실적 문제를 극복하기 위하여 나름으로 이를 대체하기 위한 여러 학설들이 제시되고 있으나 어느 학설에 의하더라도 현행법 체계와의 충돌을 피할 수 없고, 법규와 제도의 지나친 유추해석과 확장해석을 통하여 문제를 해결하려고 한다는 점에서 불완전하기는 마찬가지다.

그러다 보니 이러한 문제를 입법론적으로 해결하려 하거나,⁴⁴⁾ 선의의 전득자에 대한 보호에 중점을 두고 부동산 이중양도에 있어서 반사회성 인정기준을 완화하는 쪽으로 판례의 재정립이 필요하다고 하거나,⁴⁵⁾ 판례의 이론을 정면으로 부정하면서 제2매수인이 적극 가담한 이중매매 계약도 원칙적으로 유효하다는 주장도 있다.⁴⁶⁾

한편, 이러한 부동산 이중매매의 문제에 대해서, 외국의 학설이나 판례는 전혀 다른 방법으로 접근하고 있는 것도 유의할 만하다.⁴⁷⁾

우선 일본의 경우, 처음 판례는 1961년 제1매수인에게 복수하기 위하여 매도인과 제2매수인이 체결한 이중매매는 일본 민법 제90조(우리 민법 제103조에 해당)에 의하여 무효라고 판시한 적이 있었으나, 1968년 이래 일본의 판례와 통설은 제2매수인이 적극 가담한 이중매매의 경우에도 일본 민법 제90조의 공서양속위반으로 무효라고 하지는 않고, 제2매수인을 일정한 경우에 ‘배신적 악의자’로 파악하여 거래의 안전을 보

44) 이현석, 앞의 논문, 445쪽, 이현석 교수는 불법행위로 인한 원상회복론을 지지하는 입장에서 독일 민법과 같이 손해배상의 방법으로 원상회복이 가능하도록 관련 민법 규정을 개정하여야 한다고 주장한다.

45) 김상현, 앞의 논문, 179쪽.

46) 강태성, “이중매매의 법률관계”, 재산법연구 제22권 제1호(한국재산법학회, 2005), 8쪽, 32쪽; 박영규, 앞의 논문, 119쪽.

47) 이에 관한 자세한 내용은 강태성, 앞의 논문, 2쪽 이하; 이현석, 앞의 논문 436쪽 이하 참조.

호 하고 있다고 한다.

프랑스에서도 1968년 3월 22일 파기원(破棄院) 판결 이후 제2매수인이 제1매수인의 존재를 알면서 제2매매계약을 체결하는 것은 프랑스 민법 제1382조의 *faute*(고의·과실)를 구성하는 것으로 되어 불법행위가 성립하고 그 효과로서 원상회복이 이루어진다고 한다. 또한 독일의 판례와 통설도 이중매매의 경우 독일 민법 제138조 제1항(우리 민법 제103조 해당)의 공서양속위반으로 무효라고 하지 않고, 독일 민법 제826조의 ‘선량한 풍속을 위반한 고의적 가해’에 의한 불법행위책임이 성립하는 것으로 보아 원상회복의 문제로 처리한다고 한다. 다시 말하면 이중매매의 문제는 제1매수인의 특정물채권을 침해한 제2매수인에게 제1매수인이 채권침해를 이유로 불법행위책임을 추궁하게 된다는 것이다(독일 민법에 의하면 손해배상의 방법은 원상회복이 원칙이다).

그런데 부동산 이중매매의 경우, 외국의 경우와 대비하여 이론적으로 보일만큼, 유독 우리 대법원 판례와 학계에서는 민법 제103조를 바로 적용하여 지금까지 ‘반사회적 무효론’을 고집하는 이유는 무엇일까.

연혁적으로 보아 이는 아마도 일찍부터 ‘부동산 이중매매’에 대해서, 형사적으로 형법 제355조 제2항의 배임죄를 적용하는데 따른 민사적 대응이 아닐까 하는 생각이 든다. 부동산 이중매매의 경우 형사법적으로는 매도인에게 타인의 사무를 처리하는 자로서의 임무(제1매수인이 소유권이전등기를 하는데 협력할 의무)를 위배한 배신행위로 보아 배임죄의 죄책을 지우고 있는데, 이와 같은 입장에서 민사법적으로도 이중매매 계약의 효력을 부인하는 것이 궁극적으로 법이 추구하는 ‘정의관념’에 부합한다고 보는 듯하다.

다시 말하면, 판례나 다수설은 이중매매의 경우 매도인이 제2매수인에게 소유권이전등기를 해 줌에 따라 제1매수인이 소유권을 취득하지 못하게 되는 것은 결코 바람직한 결과가 아니며, 제1매수인이 제2매수인보다 먼저 계약했기 때문에 제1매수인을 반드시 보호해야 한다는 일종

의 편견에 지배되고 있는 것이 아닌지 모르겠다.

이에 따라 매도인이 배임죄의 주체가 되는 시점, 즉 매도인이 제1매수인으로부터 중도금까지 지급받은 시점에 맞추어, 그 이후 매도인이 이중매매를 하게 되면 그 때부터 제1매수인에 대한 관계에서 형사적으로 배임행위가 성립되고, 여기에 제2매수인이 적극 가담한 것이라면 배임죄의 공범이 성립되는 것 말고도 민사적으로 그 이중매매는 정의 관념에 반하는 반사회적 법률행위로서 무효가 된다는 견해도 있는 것으로 보인다.⁴⁸⁾

결론적으로 말하면, 이제 채권자에 불과한 제1매수인을 물건적 합의와 공시방법까지 갖춘 제2매수인에 비하여 더 보호해야 된다는 관념에 기초한 판례와 통설의 이론은, ‘계약은 지켜져야 한다.’는 채권법의 원리(계약의 구속력)를 잘못 이해한 데서 출발한 것이 아닌가 한다. 이중매매로 인한 매도인의 제1매수인에 대한 매매계약의 불이행이나 제2매수인의 채권침해 문제에 대해서는, 제1매수인의 매도인 및 제2매수인에 대한 손해배상청구권 등 우리 민법이 예정하고 있는 기본적인 구제수단으로 해결하는 것이 타당하다고 본다.

따라서 부동산 이중매매의 경우 민법 제103조를 적용하는 것은 원칙적으로 잘못된 것이다. 사적자치와 계약자유 의 원리 하에 자유경쟁이 용인되는 우리 민법 질서 안에서 부동산의 이중매매는 비록 그것이 매도인의 배임행위와 제2매수인의 적극 가담행위로 인하여 윤리적 비난가능성이 있다고 하더라도 더 이상 매매계약으로서의 효력 자체를 부정하는 것은 타당하지 않다.⁴⁹⁾

나아가서 일부 학계에서 부동산 이중매매를 민법 제103조의 반사회

48) 김준호, 앞의 논문, 92쪽.

49) 형사법적으로도 부동산 이중매매의 경우 배임죄를 적용하는 데 반대하는 견해가 적지 않다: 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에 미치는 부정적 영향”, 법학연구 제51권 제2호(부산대학교 법학연구소, 2010), 319쪽 이하.

적 법률행위로 보아 절대적 무효로 판단하면서 다시 제3의 전득자의 보호 수단을 강구한다는 것도 스스로 논리모순이라고 지적하지 않을 수 없다. 우리 법제가 민법 제104조의 불공정한 법률행위와 마찬가지로 민법 제103조의 반사회적 법률행위를 절대적 무효로 하고, 전득자 등 선의의 제3자를 보호하지 않기로 한 것은, 이러한 경우 거래에 있어서 동태적 안전보다 정태적 안전을 보호하려는 입법자의 결단에 따른 것이다(무능력자의 법률행위에 대한 취소의 효과 등을 규율하고 있는 무능력자제도의 입법취지 또한 마찬가지이다).

부동산 이중매매의 경우 비록 제2매수인의 적극 가담행위가 있었다고 하더라도 더 이상 민법 제103조를 적용하여서 안 된다는 결론은, 대법원 판례에 대한 비판과 함께 아래에서 더 자세히 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 대법원 판결에 대한 비판적 검토

이 사건 대법원 판결도 종래의 판례 이론과 마찬가지로, 부동산 이중매매에 관한 반사회적 무효설을 그대로 따르고 있다는 점에는 별다른 특색이 없는 것으로 보인다. 위 제 I 에서 검토한 바와 같이, 이 사건은 제2매수인인 피고 재건축조합이 매도인인 피고와 이 사건 토지 매매계약을 체결함에 있어서 피고와 제1매수인인 원고 사이의 매매계약이 먼저 있었다는 사실을 알았는지, 피고 재건축조합이 피고의 이중매매로 인한 배임행위에 적극 가담했는지 여부가 쟁점이었다.

이 사건 원심은, 종래의 판례 이론과 마찬가지로, 이중매매의 반사회성을 인정하기 위해서는 제2매수인이 매도인의 배임행위를 아는 것만으로는 부족하고 나아가 배임행위를 유인, 교사하거나 이에 협력하는 등 적극 가담하는 것이 필요하고, 이때에는 제2매수행위의 상당성과 특수성 및 제2매매계약의 성립과정, 경위, 매도인과 제2매수인의 관계 등을

고려하여 판단하여야 한다고 전제한 다음, 피고 재건축조합이 이 사건 토지를 사용하고 있는지 여부, 위 토지의 등기권리증을 원고가 소지하고 있는지와 그 이유, 위 토지를 원고가 사용하고 있는 이유 및 피고가 원고에게 매도한 적이 없다면 그가 원고로부터 지료를 징수하고 있는지 등 피고가 진정한 소유자인지 여부를 전혀 확인하지 아니한 채 등기명의자라는 사실만으로 피고와 곧바로 매매계약을 체결한 점 등을 고려하여, 이 사건 이중매매계약 당시 피고 재건축조합으로서는, 피고가 위 토지의 등기명의자이긴 하나 이미 이를 원고나 그의 처에게 매도하여 그 소유권이전등기의무를 지고 있는 자임을 알고 있었다고 인정하였다. 또한 피고 재건축조합이 상대적으로 비협조적인 원고와의 쉽지 않을 매수협상을 피하고 위 토지의 매수를 조속히 진행하고자 등기명의자인 피고에게 접근하여 이중매도를 권유하여 이루어진 이 사건 매매계약은, 피고 재건축조합이 피고의 배임행위에 협력하여 적극 가담한 것으로 민법 제103조에 의하여 무효라고 판단하였다(피고는 이 사건 이중매매로 인하여 형사적으로 배임죄의 처벌을 받은 적이 있다).

이에 대하여 대법원은, ‘제2매수인의 적극가담’에 관한 원심의 판단을 정면으로 뒤집고, 피고 재건축조합이 원고가 피고로부터 먼저 이 사건 토지를 매수한 사실을 알고 있었다고 하더라도 피고 재건축조합의 이중매매가 피고의 배임행위에 적극 가담하여 이루어진 것이 아니므로 반사회적 법률행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

그러나 이 사건 대법원 판결은, 아래에서 보는 바와 같이 여러 가지 문제가 있다.

우선 대법원판결은 종래의 판례 이론과 마찬가지로, 부동산의 이중매매가 민법 제103조의 반사회적 법률행위에 해당하여 무효가 되기 위해서는, 매도인의 배임행위와 함께 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담해야 한다는 것을 확인하면서, 이에 덧붙여 종래의 ‘제2매수인의 적극가담’이라는 판단기준을 보다 구체적으로 밝히면서 ‘제2매수인의

책임귀속사유'라는 개념을 따로 제시하고 있다.

여기서 '제2매수인의 책임귀속사유'란, 이중매매에 대한 무효의 제재, 즉 제2매수인이 의도한 소유권취득의 좌절을 정당화할 만한 책임귀속사유를 뜻하는데, 이러한 제2매수인의 책임귀속사유를 판단하는 기준으로서, 제2매수인이 당해 계약의 성립과 내용에 관여한 방식과 계약에 이른 경위, 약정된 대가 등 계약내용의 상당성 또는 특수성, 그와 소유자의 인적 관계 또는 종전의 거래상태, 부동산의 종류 및 용도, 제1양도채권자의 점유 여부 및 그 기간의 장단과 같은 이용현황, 관련 법규정의 취지·내용 등을 제시하고 있다. 그러나 대법원이 제2매수인의 '책임귀속사유'라고 하면서 제2매수인의 '적극가담'에 대하여 종래의 판례보다는 좀 더 세부적인 기준을 제시하고 있는 것처럼 보이지만, 이 사건과 같이 구체적으로 그 기준을 적용하여 '적극가담' 여부를 판단하기에는 오히려 더 혼란을 주고 있다.⁵⁰⁾

또한 이 사건 대법원판결이, 과거 제2매수인의 '적극가담' 여부에 대한 판단기준으로 제시되었던 제2매매계약의 상당성과 특수성, 계약의 성립과정, 경위, 매도인과 제2매수인의 관계 등에 부가하여 종전의 거래상태, 부동산의 종류 및 용도, 제1매수인의 점유 여부 및 그 기간의 장단과 같은 이용현황 등을 세부적으로 더 제시하고 있는 것으로 보이지만 이 역시 과거부터 적용되던 기준을 단순히 종합한 데 불과한 것이다.

50) 종래에는 원심판결이 들고 있는 바와 같이, 제2매수인의 '적극가담'의 판단기준으로 제2매수행위의 상당성과 특수성 및 제2매매계약의 성립과정, 경위, 매도인과 제2매수인의 관계 등을 제시하거나(대법원 2008. 2. 28. 선고, 2007다77101 판결 참조), 토지매수의 동기, 목적, 이중매매의 경위, 매매대금, 그들 사이의 관계 등을 제시한 사례도 있다(대법원 1994. 10. 14. 선고, 94다22231 판결 참조). 반면에 이중매매에 있어서 매도인의 범죄행위에 적극 가담하여 사회정의 관념에 반하는 반사회적 법률행위로서 그 매매가 무효가 되는 경우의 이른바 적극 가담하는 행위는 타인과의 매매사실을 알면서 매도를 요청하여 매매계약에 이르는 것으로 족하다는 판결도 있다(대법원 1981. 12. 22. 선고, 81다카197 판결, 대법원 1978. 1. 24. 선고, 77다776 판결 등 참조).

일례로, 이 사건에서는 이중매매 당시 피고 재건축조합이 피고에게 등기권리증을 요구하지 않았거나 피고가 이 사건 토지를 (27년 이상의 장기간 동안) 점유하고 있는 원고로부터 이 토지 임료 등을 지급받아 왔는지 여부를 조사하는 등의 방법으로 피고가 진정한 소유자인지 여부를 확인하지 아니하였다고 하더라도 피고 재건축조합의 적극가담으로 보기 어렵다고 하였으나, 과거 유사한 이중매매의 사례에서, 토지를 매수하려는 당사자는 토지의 현황을 점검하여 보는 것이 경험칙상 당연하다는 것을 전제로 하여, 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담하였다고 인정한 경우도 없지 않다.⁵¹⁾

더구나 이 사건 대법원판결이 참조하고 있는 판례(대법원 1982. 2. 9. 선고, 81다1134 판결)는, 아버지가 먼저 원고에게 매도한 토지를 아들이 수증의 의사표시만으로 증여받은 사안에 있어서, 부자간에 증여행위가 이루어지고 아들인 피고가 증여목적물이 이미 원고에게 매도되어 원고로부터 등기독촉을 받고 있는 사정을 잘 알면서 이를 증여 받았다면 증여자와 수증자의 신분관계, 선매수인인 원고의 처지에 대한 피고의 지정 정도 등을 고려하여 피고가 그 아버지의 배임행위에 적극 가담한 것으로 인정한 경우로서 오히려 이 사건 판결의 취지와는 반대가 아닐까 한다. 그러한 면에서, 오히려 원심이 피고 재건축 조합의 ‘적극 가담’을 부인하는 제1심 판결을 파기하고 종래 대법원의 판단기준에 따라 피고 재건축 조합의 ‘적극 가담’을 인정한 것이 더 설득력이 있어 보인다.

물론 이 사건 대법원 판결이, 보다 구체적이고 세부적인 기준을 제시함으로써 부동산 이중매매의 경우 민법 제103조에 따라 원천적으로 무효가 되는 범위를 가급적 줄여보자는 취지에서 나온 것이라면 어느 정도

51) 대법원 1995. 5. 26. 선고, 94다28307 판결 참조(이 사건은 제1매수인이 장기간 해당 토지를 유지로 사용한 사안이다). 한편, 대법원 1994. 10. 14. 선고, 94다22231 판결도 “부동산을 매수하려는 당사자는 직접 현장을 확인해 보거나 등기부, 지적도면 등에 의해 위치, 상황 등을 점검하여 보는 것이 경험칙상 당연하다”고 판시하면서 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극 가담한 것으로 인정하고 있다.

이해가 되기도 한다(이 사건 대법원판결은 원심판결과 달리 제2매수인의 ‘적극가담’을 인정하지 않고 있다). 그러나 이런 방식으로 부동산 이중매매의 경우 민법 제103조를 적용하면서 구체적인 사안에 따라 세분화된 제2매수인의 ‘적극가담’의 판단기준을 제시한다고 하더라도, 위에서 살펴 본 부동산 이중매매에 관한 판례이론의 여러 가지 문제점이 근본적으로 해결되지는 않을 것이며 오히려 적용상의 혼란만 가중시키게 될 것이다(대법원이 제시하는 ‘제2매수인의 책임귀속사유’라는 새로운 기준에 의하더라도, 이 사안과 같이 제1심부터 상고심에 걸쳐서 심급마다 제2매수인의 ‘적극가담’ 여부에 대한 판단이 엇치락뒤치락하는 일이 줄어들 것으로 보이지 않는다).

또한 이러한 대법원 판례이론과 다수설은, 민법 제103조가 ‘법률행위’가 ‘전체적으로 또는 일반적으로’ 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 그 법률행위를 무효라고 선언하고 있는 것이 아니라, 원칙적으로 ‘법률행위의 내용(법률행위의 목적)’이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우에 그 법률행위를 무효로 규정하고 있는 점을 간과하고 있는 것이 아닌지 의문이다. 즉 종래의 대법원 판례이론과 다수설은, 일정한 경우 부동산 이중매매는 ‘전체적으로 또는 일반적으로’ ‘사회질서에 반하는 법률행위’에 해당하므로 무효라고 한다. 그러나 민법 제103조는 ‘전체적으로 또는 일반적으로’ ‘사회질서에 반하는 법률행위’가 아니라 ‘사회질서에 반하는 내용의 법률행위’ 즉 법률행위의 내용(목적)이 사회질서에 반하는 경우에 그 법률행위를 무효로 한다는 규정이다.

여기서 말하는 법률행위의 내용(목적)이란, 법률행위의 ‘일반적 성립요건’의 하나로서, 행위자가 그의 법률행위에 의하여 발생시키려고 하는 법률효과를 이르는 것이다. 또한 행위자가 법률행위에 의하여 일정한 효과를 원한다는 것은, 그 법률행위의 요소를 이루는 의사표시에 의하는 것이므로 법률행위의 내용(목적)은 결국 의사표시의 목적 즉 효과의사의 내용에 의하여 정해진다. 예컨대 매매계약에 있어서는, 재

산권의 이전과 대금의 지급이라는 매도인과 매수인 사이에 발생한 채권 채무관계의 내용이 바로 매매계약이라는 법률행위의 내용이고 목적인 것이다.⁵²⁾

한편, 우리 민법 제103조는, 법률행위의 ‘일반적 유효요건’과 법률행위의 내용(목적)과 관련한 ‘일반규정’이다. 다시 말하면, 법률행위가 유효하기 위해서는 ‘법률행위의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 않아야 한다.’는 것이다. 이에 반하여 어떤 법률행위가 반사회적 법률행위로 평가되어 무효로 되는 것은, 원칙적으로 당해 ‘법률행위의 내용(목적)’이 사회질서에 위반할 경우를 말한다. 그렇다면 이 사건 대법원 판결이 세부적 기준으로 들고 있는 ‘법률행위의 성립과정이나 경위, 목적물의 종류와 용도, 상태, 이용현황’ 등은 법률행위의 내용이 아니므로 원칙적으로 법률행위의 무효 여부를 판단하는 기준이 될 수 없다고 본다.⁵³⁾

52) 박윤직, 앞의 책, 207쪽.

53) 한편, 민법 제103조의 적용범위에 관하여, 대법원은 ‘민법 제103조에 의하여 무효로 되는 반사회질서행위는, 법률행위의 목적인 권리의무내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되는 경우뿐만 아니라 그 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라고 하여도, 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠게 되는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우를 포함한다.’고 판시하고 있으나, 그 판례들은 ‘부동산 이중매매’에 관한 것이 아니라 주로 ‘법률행위의 성립과정에서 강박이나 사기 등 불법적인 방법이 사용된 경우’에 관한 것으로, 이는 위 요건에 해당하지 않으며 의사표시의 하자나 의사의 흠결을 이유로 그 효력을 논할 수는 있지만, 반사회질서의 법률행위로서 무효는 아니라고 한다(대법원 1984. 12. 11. 선고, 84다카1402 판결, 대법원 1996. 4. 26. 선고, 94다34432 판결, 대법원 1996. 10. 11. 선고, 95다1460 판결, 대법원 1996. 12. 23. 선고, 95다40038 판결, 대법원 1999. 7. 23. 선고, 96다21706 판결, 대법원 2002. 9. 10. 선고, 2002다21509 판결 등 참조). 그 밖에 위 요건에 해당하는 사례로는, 행정기관에 제출한 진정서의 취하를 조건으로 거액의 금전적 대가를 약정한 경우(대법원 2000. 2. 11. 선고, 99다56833 판결), 윤락행위의 권유 또는 알선 목적의 대출을 알면서도 연대보증계약을 체결한 경우(대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009다37251 판결), 보험계약자가 다수의 보험계약

법률행위의 일종인 계약의 경우에도, 양 당사자(채권자와 채무자) 사이의 계약의 구체적 내용(채권채무의 내용)이 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위반할 때 비로소 그 계약은 소위 공서양속에 반하는 법률행위로서 무효가 된다. 예를 들면, 살인청부계약, 도박계약, 부첩관계유지계약, 대리모계약, 이른바 ‘노예계약’, 밀수계약, 매춘계약, 뇌물계약, 윤락계약 등과 같이 계약의 내용(계약으로 달성하려는 목적 또는 계약으로 인하여 발생하는 채권채무의 내용) 그 자체로서 무효인 ‘사회질서위반 계약’이 있을 수 있으며, 매매계약에 있어서도 구체적인 내용으로 인신매매, 장기 등 신체 일부의 매매, 마약매매, 금제품매매 등 무효인 매매계약이 있을 수 있을 것이다. 즉 이러한 계약은 그 ‘계약의 내용’ 자체가 공서양속에 위반되므로 무효인 것이다.

이러한 기준에서 검토해 보면, 부동산 이중매매도 일반의 매매계약과 마찬가지로, 이로 인하여 발생하는 채권채무의 내용 즉 ‘해당 부동산 소유권의 이전과 대금의 지급’이라는 ‘계약의 내용’ 자체는 사회질서에 위반되는 것이 아니다(실제로 타인 소유의 부동산 내지 타인의 권리로 유효하게 매매의 대상이 될 수 있음을 상기하면 된다.). 또한 민법 제103조의 적용범위의 확장문제와 관련하여 대법원 판례가 적시하고 있는, ‘법률행위의 내용 자체는 반사회질서적인 것이 아니라 하더라도 법률적으로 이를 강제하거나 그 법률행위에 반사회질서적인 조건 또는 금전적 대가가 결부됨으로써 반사회질서적 성질을 띠는 경우 및 표시되거나 상대방에게 알려진 법률행위의 동기가 반사회질서적인 경우’에도 해당하지 않는다.⁵⁴⁾

따라서 부동산 이중매매의 경우, 비록 제2매수인이 매도인의 배임행위에 적극가담 하였다고 하더라도 원칙적으로 민법 제103조를 적용해서

을 통하여 보험금을 부정취득 할 목적으로 보험계약을 체결한 경우(대법원 2005.

7. 5. 선고, 2005다23858 판결) 등이 있다.

54) 위 주 50)에서 소개한 각 대법원 판례 참조.

는 안 될 것이다(제2매수인의 ‘적극가담’이란 매매계약의 내용이 아니라 계약의 성립과정이나 체결경위에 지나지 않는다).

IV. 결 론

위에서 살펴 본 바와 같이, 부동산 이중매매의 경우 설사 매도인의 이중매도가 배임행위에 해당하거나 제2매수인의 부동산 매수가 매도인의 배임행위에 대한 적극 가담에 의한 것이라고 하더라도, 원칙적으로 법률행위의 효력 요건에 관한 ‘일반규정’인 민법 제103조를 적용해서는 안 된다고 본다. 즉 매도인과 제2매수인 사이의 부동산 이중매매는 다른 일반적인 매매계약과 마찬가지로 언제나, 원칙적으로 유효하다. 그런 의미에서 오랜 기간 자리를 잡아온 부동산 이중매매에 관한 판례이론도 이제 수정되어야 할 것이다.

물론 부동산 이중매매가 유효하여 제2매수인이 부동산의 소유권을 취득하게 되면 제1매수인에 대한 매도인의 소유권이전등기의무는 채무불이행(이행불능)이 되고 매매계약의 이행을 기대하던 제1매수인은 불의의 손해를 입게 된다. 위와 같이 매도인의 채무불이행으로 불의의 피해를 입게 된 제1매수인은, 매도인과의 관계에서는 일반의 채무불이행 및 그로 인한 손해배상, 제2매수인과의 관계에서는 경우에 따라서 제3자의 채권침해 및 손해배상 문제로 처리해도 무리가 없다고 본다(대법원 판례의 ‘반사회적 무효론’은 채권자에 불과한 제1매수인을 과다하게 보호해서 제2매수인뿐만 아니라 그 전득자 앞으로 넘어간 당해 부동산의 소유권을 제1매수인이 다시 취득할 수 있도록 이론 구성을 하고 있다는 점에서 제1매수인에 대한 당해 부동산의 가액배상 보다는 원상회복에 주안점을 두고 있다).

한편 부동산 이중매매의 경우에도 일반 법률행위와 마찬가지로, (이

중)매매에 있어서 동기의 불법이나, 조건의 불법이 있는 경우에는 그에 맞추어 (이중)매매계약의 효력을 결정하면 될 것이다(경우에 따라서는 대법원 판례가 인정하는 이른바 ‘동기의 불법’ 또는 민법 제151조 제1항의 ‘불법조건’의 문제로 해결될 수 있을 것이다).

또한 이중매매(제2의 매매계약)가 민법 제104조의 불공정한 법률행위에 해당하거나 제108조의 허위표시에 해당하는 경우, 제110조의 사기나 강박에 의한 법률행위에 해당하는 경우에는 각 그 요건에 맞추어 효력을 판단하면 될 것이다(불공정한 법률행위에 의한 무효는 절대적 무효이나, 허위표시에 의한 무효는 선의의 제3자에게 대항하지 못한다. 또한 사기나 강박에 의한 법률행위의 취소도 선의의 제3자에게 대항하지 못한다). 그 밖에 부동산 이중매매가 민법 제407조의 채권자취소권 규정에 의하여, 제1매수인에 대한 사해행위로서 제1매수인이 이를 취소할 수 있을 것인가 논란이 될 수 있지만, 앞서 살펴본 바와 같이 채권자취소권제도는 채권자의 특정물채권을 보전하기 위한 것이 아니라 채무자의 책임재산을 보전하기 위한 것이므로 채권자취소권이 인정될 여지는 없다고 하겠다.

결론적으로 민법 제103조는, 그 성격상 이른바 ‘일반조항’임에는 틀림없으나, 법률행위의 경위나 수단, 당사자 사이의 관계 등을 포함하는 추상적인 의미의 ‘법률행위의 사회적 타당성’을 규정하고 있는 것이 아니라, 구체적으로 ‘법률행위의 목적(내용)의 사회적 타당성’을 규정하고 있다는 점을 강조해 두고자 한다(일본 민법 제90조도 우리 민법 제103조와 같은 내용으로 규정하고 있다).⁵⁵⁾

55) 이와 관련하여, 최근 민법개정위원회에서 민법 제103조에 대한 개정안을 준비하면서, 판례가 인정하는 ‘동기의 불법’ 및 ‘방법의 불법’도 포섭할 수 있도록 동 조문에서 법률행위의 ‘내용’ 부분을 삭제하고, “선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 위반하는 법률행위는 무효이다.”라는 방식으로 개정해야 한다는 견해가 있으나, 이는 자칫하면 재판에 있어서 이른바 ‘일반조항으로의 도피’ 현상을 더욱 확대시키고 법적 안정성과 거래의 안전을 크게 해칠 우려가 있으므로 타당하지 않다고 본다; 지원림,

(투고일 2011년 6월 30일, 심사일 2011년 8월 8일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 부동산 이중매매, 제2매수인의 적극가담, 민법 제103조, 반사회적 법률 행위, 반사회적 무효이론, 계약의 무효, 선의의 제3자 보호, 부동산거래의 안전

“계약 및 법률행위법 개정의 방향과 내용－민법개정위원회 제1, 2기 제1분과위원회의 결과보고”, 민법 개정작업의 현황과 향후의 과제 정립을 위한 학계 및 실무계 대토론회 자료집(한국민사법학회, 2011년도 하계정기학술대회(1), 2011. 6.), 11쪽 참조.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 2002.
 김준호, 민법강의, 법문사, 2007.
 김형배/김규완/김명숙, 민법학강의, 신조사, 2008.
 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2008.
 지원림, 민법강의, 홍문사, 2009.

2. 논문

- 강태성, “이중매매의 법률관계”, 재산법연구 제22권 제1호, 한국재산법학회, 2005.
 김상현, “반사회적 부동산이중양도에서 전득자의 보호”, 일감 부동산법학 제4호, 건국대학교 법학연구소, 2009.
 김준호, “반사회적 부동산이중매매에 관한 판례이론”, 고시계 제35권 제2호, 고시계사, 1990. 2.
 김증한, “부동산 이중매매의 반사회성”, 저스티스 제10권 제1호, 한국법학원, 1972.
 박영규, “부동산 이중매매에 관한 이론 비판”, 법률행정논집 제8권, 서울시립대학교 법률행정연구소, 2001.
 윤진수, “반사회적 부동산 이중양도에 있어서 전득자의 지위”, 법조통권 제504호, 법조협회, 1998. 9.
 이현석, “부동산 이중매매에 관한 입법론적 고찰”, 재산법연구 제27권 제1호, 한국재산법학회, 2010.
 주지홍, “부동산이중매매에 있어서 배임죄 적용 결과 민사법질서에

미치는 부정적 영향”, 법학연구 제51권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2010.

지원림, “계약 및 법률행위법 개정의 방향과 내용-민법개정위원회 제1,2기 제1분과위원회의 결과보고”, 민법 개정작업의 현황과 향후의 과제 정립을 위한 학계 및 실무계 대토론회 자료집, 한국민사법학회, 2011년도 하계정기학술대회(1), 2011. 6.

황경웅/유충호, “부동산 이중양도의 반사회성에 대한 판단 기준”, 법학논문집 제34권 제2호, 중앙대학교 법학연구소, 2010.

[Abstract]

The Validity of the Double Sale of Real Estate

In-Hwan Park*

When the owner of real estate makes a sales contract with a purchaser, he should complete the registration of transfer of ownership for the purchaser according to the condition of the contract. This means that the seller must not fail to perform his juristic duty for the purchaser. If the seller of real estate who once has made a contract with one purchaser makes the same contract with another purchaser and completes the registration of transfer of ownership for the second purchaser, as occasion calls, the latter contract with the second purchaser is null and void. This is the kind of case which is just related with the problem of the double sale of real estate. In Korea, almost all judicial precedents have declared that the second contract in the double sale of real estate may become void in order to protect the first purchaser, if circumstances require. For instance, when the second purchaser incites the owner not to carry out the sales contract of real estate with the first purchaser or participates in the owner's breach of contract with the first purchaser actively, thus, from the owner, he buys the same real estate for himself with a fraudulent measure, the second purchaser's contract, that is, the latter contract is null. What is more, the nullity of contract is absolute in its nature, so, according to this principle, even the innocent third person who is connected with the continuous transaction of the real estate afterward,

* Professor of Law School, Konkuk University, Attorney.

can not oppose the first purchaser.

This theory is called the principle of nullity of juristic act against social order. And the theory of judicial precedents is based on Article 103 of the Civil Law, thus, by the theory, sometimes the double sale of real estate may be juristic act against social order. Since early time, many scholars have almost the same views as judicial precedents. But now a day, it was revealed there were many problems in the common views and judicial precedents. First of all, the principle interferes the transaction safety of real estate seriously. Therefore some scholars assert different views from common views about the double sale of real estate to protect the innocent third person, but it is not enough to solve the problems mentioned above.

This study discourses upon the basic solution of the problems to keep the safe of transaction of the real estate. In conclusion, I'd like to say the following things; always the double sale of real estate is not juristic act against social order, and is not under Article 103 of the Civil Law, the double sale of real estate is not occasionally invalid but always valid, therefore, now such a doctrine as the judicial precedents ought to be abolished.

Key Words : Double Sale of Real Estate, Active Participation of Second Purchaser, Article 103 of Civil Law, Juristic Act Against Social Order, Principle of Nullity of Juristic Act Against Social Order, Nullity of Contract, Protection of Innocent Third Person, Transaction Safety of Real Estate