

[불법전매쟁점] 전매제한위반 불법전매 계약의 무효 하급심 판결: 대전지방법원 2018. 5.

9. 2017가합104228 판결



종래 대법원 판결을 전제하면서도 대법원 판결과 달리 주택법상 전매제한규정이 단순한 단속규정이 아닌 효력규정에 해당하고 가사 전매제한규정을 단속규정에 해당한다고 보더라도 당사자가 통정하여 단속규정을 위반하는 법률행위를 한 경우에는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위가 될 수 있기 때문에(대법원 1993. 7. 27. 선고 93다2926판결) 주택법상 전매제한규정을 위반한 전매계약은 민법 103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위로서 무효라고 판결한 하급심 판결문을 참고로 그대로 인용합니다. 상급법원에서 최근 사회적 분위기를 감안하면 기존의 판례를 변경할 여지는 있는지, 아니면 기존 판결의 입장을 그대로 유지할지 등등 그 귀추가 주목됩니다.

2) 살피건대, 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호는 분양가상한제 적용주택 및 그 주택의 입주자로 선정된 지위를 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간이 지나기 전에 전매하거나 전매를 알선하는 행위를 할 수 없다고 정하고 있는바, 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호가 효력규정이 아닌 단속규정에 불과하다고 볼 여지가 없는 것은 아니나(대법원 2005. 9. 15. 선고 2005다34612 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다40295 판결 참조), 아래와 같은 사정들을 종합하면 위 규정은 전매금지기간 내에 체결된 전매계약의 사법상 효력을 부정하는 강행규정에 해당한다고 봄이 타당하다.

가) 주택조합 구성원으로서 주택을 공급받을 수 있는 지위 등을 양도한 경우에 적용되는 구 주택법 제39조는 제2항에 '사업주체 등이 주택 공급을 신청할 수 있는 지위를 무효로 하거나 이미 체결된 공급계약을 취소할 수 있다'는 내용을 규정하고 있는 반면, 분양가상한제 적용주택의 입주자로 선정된 지위를 양도한 경우에 적용되는 구 주택법 제41조의2에는 위와 같은 규정이 없다. 다만 구 주택법 제41조의2 제3항은 '제1항을 위반하여 주택의 입주자로 선정된 지위의 전매가 이루어진 경우, 사업주체가

배수인에게 이미 납부된 입주금과 이에 대한 이자를 지급한 경우에 해당 입주자로 선정된 지위를 취득한 것으로 본다'라고 규정하고 있으나 이는 수분양자가 구 주택법 제41조의2 제1항을 위반한 경우에 사업주체로 하여금 주택의 입주자로 선정된 수분양자의 지위를 상실시킬 수 있도록 하는 규정, 즉 수분양자와 전매수인의 계약이 아니라 사업주체와 수분양자 사이의 계약 효력을 좌우하는 규정으로 볼 수 있다. 따라서 구 주택법 제41조의2 제3항이 있다고 하여 반드시 구 주택법 제41조의2 제1항을 '효력규정'이 아닌 '단속규정'으로 볼 필요는 없다.

나) 구 주택법 제38조의2에 따른 분양가상한제는 주택분양가 자율화 이후 분양가가 상승하여 부동산 투기가 과열되고 중산·서민층의 주거비 부담이 증가함에 따라 이를 막기 위하여 도입된 제도이고, 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호에 따른 주택의 전매제한은 위와 같은 폐단의 발생을 억제하고, 주택의 공급 질서를 유지하기 위해 도입된 것이다. 생각건대, 전매금지기간 내 전매행위가 일어나는 경우에는 대상 부동산의 시가가 그 적정 가치를 초과하여 상승하게 되어 해당 부동산은 물론 주변 부동산의 가격도 왜곡되는 결과가 나타날 수 있는바, 이와 같은 경우에 전매계약의 사법상 효력을 인정한다면, 분양권 전매를 통한 이익(속칭 프리미엄)을 노리는 사람들이 대거 분양신청에 응함으로써 주택의 실수요자들이 주택을 분양받을 수 있는 기회를 박탈당하고, 이로 인하여 실수요자는 주택을 구입함에 있어 프리미엄 상당액까지 추가로 부담하게 되므로, 부동산 투기를 진정시켜 중산·서민층의 주거비 부담 증가를 막고 주택의 공급 질서를 유지하려는 분양권 전매제한 제도의 목적을 달성할 수 없게 된다.

다) 구 주택법 제41조의2 제1항에 반하여 전매금지기간 중에 전매계약을 체결한 경우에는 구 주택법 제96조 제2호에 따라 3년 이하의 징역형 또는 3천만 원

이하의 벌금형을 선고받을 수 있다. 그러나 ① 전매금지기간 중 전매계약은 통상 이 사건에서와 같이 그 중개를 업으로 하는 자들을 통해 암암리에 이루어지고, 입주자로 선정된 자가 분양계약서, 위임장, 권리포기각서 등 수분양권 행사에 있어 필요한 각종 서류를 최초 전매수인에게 교부한 다음 전매금지기간이 종료된 후 위 서류를 마지막으로 소지한 자에게 분양계약에 따른 권리·의무를 승계하는 방식으로 이루어져 이를 적발하는 것이 상당히 어려운 점, ② 구 주택법 제41조의2 제1항에 위반하여 전매계약을 체결한 것이 적발되더라도 여러 차례 전매행위를 하거나 전매행위를 중개한 것이 아닌 이상 3천만 원 이하의 벌금형을 선고받을 가능성이 높은 반면, 전매계약을 통하여 소위 프리미엄 명목으로 적게는 수천만 원에서 많게는 수억 원의 이익을 얻을 수 있는 점에 비추어 보면, 위와 같은 처벌규정만으로는 분양권 전매제한 제도의 목적을 달성할 수 없을 것으로 보인다. 또한 전매도인, 전전매도인들이 형사법적 처벌의 대상이 되는 분양권 불법전매를 통하여 막대한 이익을 얻었음에도 민사법적으로 전매계약의 효력을 인정하여 줌으로써 그들이 불법을 통하여 얻은 이익을 보유할 수 있도록 하는 것은 국민의 법감정에 반할 뿐만 아니라 사회 정의의 관점에서도 부당하다고 할 것이다. 한편, 정부는 소위 뺏다방 단속 등을 통하여 전매금지기간 중의 수분양권 전매를 금지시키려 노력하고 있으나 위와 같은 이유로 정부의 단속이 효과를 발휘하지 못하고 있는바, 구 주택법 제41조의2 제1항을 '효력규정'으로 해석한다면 분양권 불법전매 행위가 상당히 감소될 것으로 예상된다.

라) 전매금지기간 중 체결된 전매계약의 효력을 소급하여 부정할 경우, ① 전매금지기간 중 전매계약을 체결한 전매수인이 전매금지기간 이후 위와 같은 사정을 알지 못하는 전전매수인과 전전매계약을 체결하여 전전매수인 명의의 소유권이전등기

가 마쳐진 경우, ② 전매금지기간 중 전매계약에 따라 소유권이전등기를 마친 전매수인이 이를 다시 매도하여 제3자가 소유권이전등기를 마친 경우 등에 있어 소유권이전등기가 모두 원인무효가 됨으로써 거래의 안전이 위협받는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 위와 같은 문제는 소급효를 제한하여 향후 체결되는 불법전매의 사법상 효력만을 부정하는 방식(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결 참조)으로 해결할 수 있을 것으로 보이고, 이 사건과 같이 전매금지기간 내에 전매계약이 체결된 후 아직 소유권이전등기가 마쳐지지 않은 경우에는 아래와 같은 이유로 전매계약의 사법상 효력을 부정하더라도 거래의 안전을 크게 해한다고 보기 어려울 것이다.

(1) 피고와 사업주체가 체결한 아파트 분양계약서(갑 제1호증) 제17조에 의하면 분양권 전매는 사전에 사업주체의 승인을 얻어야 한다고 되어 있으므로 사업주체의 사전 승인이 있어야 그 양도의 효력을 사업주체에게 주장할 수 있다. 그런데 전매금지기간 중의 수분양권 전매는 사업주체의 승인 없이 이루어지는 것이 대부분이므로 전매계약의 사법상 효력 유무와 무관하게 전매수인은 사업주체에게 전매계약의 효력을 주장할 수 없다. 따라서 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호를 효력규정으로 보더라도 거래의 안전을 해하는 문제가 발생하지 않는다.

(2) 전매계약의 효력을 부정하면 프리미엄 명목으로 지급한 돈의 반환 문제가 발생하는데, 전매금지기간 중 전매계약의 중개를 업으로 하는 자들의 중개를 통해 전매계약을 체결한 경우에는 전매계약이 여러 차례 체결되더라도 계약에 참여한 자들의 인적사항을 알 수 없도록 하는 경우가 많아 매도인의 인적사항을 확인할 방법이 없어 사실상 부당이득반환청구권을 행사할 수 없는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 이와 같은 위험은 전매계약을 체결하는 자가 스스로 초래한 것이므로 보호할 가치가

상당히 낮다고 볼 수 있다.

3) 따라서 이 사건 수분양권양도계약은 강행규정인 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호에 반하여 전매금지기간 중에 체결된 것이므로, 피고의 나머지 주장에 대하여 더 살펴 볼 필요 없이 무효라고 할 것이다[가사 견해를 달리하여 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호를 효력규정이 아닌 단속규정으로 본다고 하더라도 당사자가 통정하여 단속규정을 위반하는 법률행위를 한 경우에는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위가 될 수 있는바(대법원 1993. 7. 27. 선고 93다2926 판결 참조), 위 제1항에서 인정한 바와 같이 ① 입주자 모집 공고에 전매금지기간 중의 전매를 금지한다는 내용이 명확하게 기재되어 있었던 사실, ② 이 사건 수분양권양도계약이 피고가 입주자로 당첨되어 분양계약을 체결한 직후 모델하우스 현장에서 수분양권을 전문적으로 중개하는 자를 통하여 체결된 사실에 비추어 보면, 원고와 피고가 통정하여 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호에 반하는 법률행위를 한 것으로 볼 수 있고, 여기에 앞서 제3.나.2)항에서 살펴본 사정을 더하여 보면, 이와 같은 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 구 주택법 제41조의2 제1항 제2호가 단속규정에 불과하다고 보더라도, 이 사건 수분양권양도계약은 민법 제103조 소정의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 효력이 없다고 할 것이다.]

첨부: 대전지방법원 2018. 5. 9. 2017가합104228 판결

불법전매, 미등기전매, 계약취소, 민사소송, 손해배상, 형사처벌, 조사대응

T. 02-591-0657 E. [kkh@kasanlaw.com](mailto:kkh@kasanlaw.com) H. [www.kasanlaw.com](http://www.kasanlaw.com)