

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2021도17722 가. 공인중개사법위반
나. 주택법위반

피 고 인 피고인 1 외 1인

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인 기획 담당변호사 김성현 외 1인(피고인 모두를 위하여)

원 심 판 결 의정부지방법원 2021. 12. 9. 선고 2020노2705 판결

판 결 선 고 2024. 7. 25.

주 문

원심판결 중 피고인들에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 의정부지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 쟁점 공소사실의 요지

피고인 1은 남양주시에 있는 ○○○ 부동산중개사무소를 피고인 2의 명의로 개설하

여 실질적으로 운영하는 사람이고, 피고인 2는 공인중개사 자격을 취득한 후 위 부동산중개사무소에서 대표로 일하는 사람이다.

개업공인중개사등은 관계 법령에서 알선 등이 금지된 부동산의 분양 등과 관련 있는 증서의 매매를 중개하거나 매매를 업으로 하여서는 아니 된다.

남양주 △△신도시 '□□□아파트(이하 '이 사건 아파트'라 한다)'는 수도권 택지 중 해당 지구면적의 50% 이상 개발제한구역을 해제하여 조성된 공공택지로 분양가 상한제가 적용되고, 분양가 상한제 적용주택 및 그 주택의 입주자로 선정된 지위는 대통령령으로 정하는 기간이 지나기 전에는 그 주택 또는 지위를 전매할 수 없으므로 2016. 6. 14.부터 2017. 6. 13.까지 분양권을 전매하거나 전매를 알선할 수 없다.

피고인들은 아래와 같이 공소외 1 등 5명 명의의 5채의 이 사건 아파트 분양계약서 등의 전매를 알선한 후 중개수수료를 지급받았다.

이로써 피고인들은 공모하여 관계 법령에서 알선 등이 금지된 부동산의 분양 등과 관련 있는 증서의 매매를 중개하였다.

가. (동·호수 1 생략) 중개

피고인들은 2016. 6. 14. 이 사건 아파트의 모델하우스 앞에서, (동·호수 1 생략) 분양권 명의자 공소외 2로부터 분양계약서 등을 건네받아 이를 분양권 매수자 공소외 3에게 건네주고, 위 공소외 3으로부터 웃돈으로 1,000만 원을 받아 위 공소외 2에게 지급한 후 위 공소외 3으로부터 중개수수료로 200만 원을 지급받았다.

나. (동·호수 2 생략) 중개

피고인들은 2016. 6. 15. 위와 같은 장소에서, (동·호수 2 생략) 분양권 명의자 공소외 1로부터 아파트 분양계약서 등을 건네받아 이를 분양권 매수자 공소외 4에게 건네

주고, 위 공소외 4로부터 웃돈으로 1,000만 원을 받아 이를 위 공소외 1에게 지급한 후 위 공소외 4로부터 중개수수료로 200만 원을 지급받았다.

다. (동·호수 3 생략) 중개

피고인들은 2016. 6. 16. 위와 같은 장소에서, 분양권 매수자 공소외 5에게 공소외 6 명의의 (동·호수 3 생략) 아파트 분양계약서 등을 건네주고, 위 공소외 5로부터 웃돈 2,100만 원을 받아 위 공소외 6에게 건네준 후 위 공소외 6으로부터 100만 원, 위 공소외 5로부터 200만 원을 중개수수료로 각 지급받았다.

라. (동·호수 4 생략) 중개

피고인들은 2016. 6. 16. 위와 같은 장소에서, (동·호수 4 생략) 분양권 명의자 공소외 7로부터 분양계약서 등을 건네받아 분양권 매수자 공소외 8에게 이를 건네주고, 위 공소외 8로부터 웃돈으로 3,000만 원을 받아 이를 위 공소외 7에게 지급한 후 공소외 8로부터 중개수수료로 200만 원을 지급받았다.

마. (동·호수 5 생략) 중개

피고인들은 2016. 6. 16. 위와 같은 장소에서, (동·호수 5 생략) 분양권 명의자 공소외 9(이하 위 분양권 명의자들을 모두 합하여 '공소외 2 등'이라고 한다)로부터 분양계약서 등(이하 위 분양계약서 등을 모두 합하여 '이 사건 분양계약서 등'이라고 한다)을 건네받아 이를 분양권(이하 위 분양권을 모두 합하여 '이 사건 분양권'이라고 한다) 매수자 공소외 10에게 건네주고, 위 공소외 10으로부터 웃돈으로 3,000만 원을 받아 이를 위 공소외 9에게 지급한 후 위 공소외 9로부터 100만 원, 위 공소외 10으로부터 200만 원을 중개수수료로 각 지급받았다.

2. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 이유 등으로 쟁점 공소사실에 대하여 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

가. 피고인들이 쟁점 공소사실 기재와 같이 공모하여 주택법에서 양도·알선을 금지하는 분양권의 매매를 각 중개하면서 이 사건 분양계약서 등을 공소외 2 등으로부터 건네받아 분양권 매수자에게 전달한 사실이 인정된다.

나. 이 사건 분양계약서 등은 구 공인중개사법(2016. 12. 2. 법률 제14334호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공인중개사법'이라 한다) 제48조 제3호, 제33조 제5호의 '관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서'에 해당한다고 보는 것에 문언상·논리상 무리가 없고, 위 조문에서 말하는 증서를 주택법 제65조 제1항 제2호의 '입주자저축 증서' 등으로 한정하여 해석할 이유가 없다.

다. 위 각 분양계약서 등은 각 분양권과 일체로서 매매의 대상이 되었다고 평가함이 상당하므로, 결국 위 피고인들은 위 각 분양계약서 등의 매매를 중개하였다고 할 수 있다.

3. 대법원의 판단

원심의 판단은 그대로 받아들이기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

가. 관련 법리

1) 형벌법규, 특히 어떤 행정목적의 달성을 위하여 규제하고 그 행정목적의 실현을 담보하기 위하여 그 위반을 처벌하는 행정형벌법규의 경우에는 법문의 엄격한 해석이 요구되므로, 부동산의 투기억제를 위한 규제의 필요성만으로 구 공인중개사법 제33조 제5호의 '증서 등'에 증서와 존재형태가 전혀 다른 분양권을 포함시키는 해석은 용인할 수 없고, 따라서 아파트 분양권에 대한 매매를 알선하는 행위는 같은 법조 제5호

에서 정한 '관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매를 중개하는 행위'에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 1990. 4. 27. 선고 89도1886 판결 등 참조).

2) 구 공인중개사법 제2조 제1호는 "중개라 함은 제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다."라고 규정하고, 제3조는 중개대상물로 '1. 토지, 2. 건축물 그 밖의 토지의 정착물, 3. 그 밖에 대통령령이 정하는 재산권 및 물건'을 규정하고 있다. 위 제3조 제2호에 규정된 '건축물'에는 기존의 건축물뿐만 아니라 장차 건축될 특정의 건축물도 포함되므로, 아파트의 특정 동·호수에 대하여 피분양자가 선정되거나 분양계약이 체결된 후에는 그 특정 아파트가 완성되기 전이라 하여도 이에 대한 매매 등 거래를 중개하는 것은 '건축물'의 중개에 해당한다(대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도62 판결, 대법원 2020. 6. 25. 선고 2019도3757 판결 등 참조). 따라서 이를 같은 법 제33조 제5호에 의하여 개업공인중개사등이 하여서는 안 되는 '관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매 등을 중개하는 행위'를 한 것으로 보아서는 안 된다(대법원 1990. 2. 13. 선고 89도1885 판결 등 참조).

나. 원심판결 이유와 기록에 따르면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

1) 이 사건 아파트 분양절차에 따라, 피분양자로 당첨된 공소외 2 등은 2016. 6. 9.경 이 사건 아파트의 해당 동·호수를 각 배정받았다.

2) 공소외 2 등은 2016. 6. 14.부터 2016. 6. 16.까지 이 사건 아파트 공급자인 공소외 11 회사와 사이에 이 사건 아파트 공급계약을 체결하였고, 계약금은 아래와 같이 분양권 매수자들이 마련한 돈을 공소외 2 등 명의로 공소외 11 회사에게 입금하는 방

법으로 납부되었다.

3) 피고인들은 그 무렵 이 사건 아파트 모델하우스 앞에서 이 사건 분양권을 거래할 사람을 모집하고 분양권을 매수할 사람들에게 공소외 2 등 명의로 공급자인 공소외 11 회사에게 납부할 계약금과 공소외 2 등에게 줄 옷돈을 미리 준비하도록 한 다음 위 공소외 11 회사에게 공소외 2 등이 납부하여야 할 계약금을 대납하고, 공소외 2 등에게는 분양권 매수자들로부터 받은 옷돈을 건네주고 분양권 매수자들에게는 공소외 2 등으로부터 받은 이 사건 분양계약서 등을 건네주는 방법으로 분양권 명의자 공소외 2 등과 분양권 매수자들 사이의 이 사건 분양권 매매 계약을 알선하였으며, 이에 따라 중개수수료를 지급받았다.

다. 위와 같은 사실을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인들이 이 사건 분양계약서 등을 분양권 명의자 공소외 2 등으로부터 건네받아 분양권 매수자에게 전달한 것은 결국 아파트 분양권에 대한 매매를 알선하는 과정의 일환으로 볼 여지가 많다. 그런데 구 공인중개사법 제33조 제5호의 '증서 등'에 증서와 존재형태가 전혀 다른 분양권을 포함시키는 해석은 할 수 없을 뿐만 아니라, 이 사건과 같이 장차 건축될 건축물로서 동·호수가 특정된 아파트 분양권의 매매를 알선하는 행위는 구 공인중개사법의 중개 대상물인 건축물을 중개한 것으로 볼 것이지 위와 같은 아파트 분양권의 매매 과정에서 '분양계약서 등'이 분양권 매수자에게 함께 전달되는 측면만을 부각하여 이를 구 공인중개사법 제33조 제5호의 '관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매'를 중개한 것으로 보아서는 안 된다.

그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로 쟁점 공소사실에 대하여 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였는바, 이러한 원심의 판단에는 구 공인중개사법 제33조 제5

