



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

碩士學位論文

不動產 去來事故의 防止와
그 救濟方案에 관한 研究

指導教授 韓三寅

濟州大學校 大學院

法學科

成德根

2012年 2月

不動産 去來事故의 防止와 그 救濟方案에 관한 研究

指導教授 韓三寅

成德根

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함

2012년 2월

成德根의 법학 석사학위 논문을 인준함

심사위원장 _____(인)

위 원 _____(인)

위 원 _____(인)

제주대학교 대학원

2012년 2월

A Research on Remedies and Preventive
Measures for Accidents and Mistakes of
Real Estate Transaction

Sung Deok Geun

(supervised by Professor Han Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the
requirement for the degree of Master of Law

2012. 2

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

A Research on Remedies and Preventive Measures for Accidents and Mistakes of Real Estate Transaction

by Sung Deok Geun

-Abstract-

Real estate transaction is one of inevitable activities not only in the realm of economy but also in that of society and production. Especially, real estate transaction is of great importance economically and socially, it needs to be devoted to national economic activities through ensuring its rationality, transparency and stability. However, it is not achieved to stabilize the price and equilibrate the demand and supply of real estate. The rules concerning real estate are extremely complicated and have excessive limit and restriction in consequence of complex social environment. There have been many accidents and mistakes in real estate transaction by reason of rigid rules, defective institutions resulting from historical, social interests, and inequitable practice of trading. This study focuses on establishing the cause and problem of accidents and mistakes of real estate transaction, and providing precautions and remedies against these accidents and mistakes.

Firstly, the current public announcing system is defective because real estate register and general register have duality, registry officials have just formal screening authority, principle of public confidence is not applied to real estate register. Consequently it is not easy to verify and prevent the unreliable or mendacious register. And it is also impossible to protect those who had a belief and made a transaction on the appearance of the register in good faith. In order to unify the register, it is necessary to establish an agency tentatively named Real Estate Register Office under the judicature. It is also inevitable to empower the registry officials to substantially verify and prevent the unreliable register. After the previous measures are performed, it is possible to adopt the principle of public confidence into real estate register so as to pursue the stability of transaction. Before that, the adoption of title insurance is needed to

provide a remedy to those who are in good faith but suffer from losses.

Secondly, according to the current practice of transaction, making a normal 10 percent down payment when real estate transaction contract are signed, a buyer hands over an approximate 40 percent part payment before the due date, settles the balance generally a month after the contract. and apply for register with relevant documents received from a seller. However, a buyer is exposed to a risk beyond the reach of the law during the period between the contract and the completion of register. Though it is appropriate for the parties of a contract to complete their burden at the same time on the basis of equity and the principle of good faith because buying is an onerous contract, this idea is not actualized. The transaction needs a belt and braces approach through employing escrow system in which all the payment and relevant documents are kept and distributed by a neutral third party until the register is completed.

Thirdly, the obligation of real estate agents to verify and explain should be strengthened. The obligation of them, which comes from the law and their expertise, requires them to account for whether any other claim exists on the property. The range of this explanation includes restrictions regarding transaction or usage according to relevant regulations as well as other claims which are not announced publicly through visiting the place where the property is. The explanation and certificate must be given to clients on the basis of completing the obligation. However the standard property form which brokers are using doesn't provide clear range of the duty to fulfill the obligation. And it also has other problems including almost similar form regardless of various kinds of transaction. The defects must be improved in this regard, and the revision of relevant laws is needed to clear the duty of real estate agents.

Fourthly, the liability of the parties of real estate transaction must be expended. There are the factors of the risk coming from the parties of a contract: a lack of expertise regarding property, careless and inexperience with regard to the transaction, negligence of the duty of declaration and false and exaggerated advertisements resulting from sellers, claiming to cancel a contract or avoiding to settle the balance spring from buyers on the principle of *rebus sic stantibus*. It is proper to say the ultimate remedy depends on the parties. Therefore occasionally in need of help from experts, the parties should fulfill the fiduciary duty under the principle of utmost good faith. Modifying

various laws and regulations is required. And real estate agents' obligation should be established to implement the fiduciary duty under the principle of utmost good faith on the ground of their expertise. Research and legislation need to be done to increase the stability and transparency of the transaction and to improve the system as well. With these omni-directional efforts, a number of accidents and mistakes can be prevented, which is the motivation and purpose of this thesis.

目 次

第1章 序 論	1
第1節 研究의 背景 및 目的	1
第2節 研究의 範圍 및 方法	2
I. 연구의 범위	2
II. 연구의 방법	3
第2章 不動産 去來事故의 一般的 考察	4
第1節 不動産 去來事故의 意義	4
I. 부동산 거래의 개념	4
II. 부동산 거래의 특수성	5
III. 부동산 거래사고의 의의	6
第2節 不動産 去來事故의 原因	7
I. 법·제도적 원인	7
II. 사회·경제적 원인	11
III. 기타의 원인	13
第3節 不動産 去來事故의 實態와 類型	20
I. 부동산 거래사고의 실태	20
II. 부동산 거래사고의 유형	23
第3章 不動産 去來段階別 事故 分析	32

第1節 契約의 成立段階에서의 去來事故	32
I. 계약당사자의 착오	32
II. 사기·강박	34
III. 대리권의 흠결	37
IV. 중개업자의 귀책사유	39
第2節 契約의 履行段階에서의 去來事故	42
I. 채무불이행과 계약해제 관련사고	42
II. 목적물의 이용제한으로 인한 거래사고	44
III. 위약금 관련사고	46
第3節 契約의 完了段階에서의 去來事故	47
I. 권리취득 불가능으로 인한 사고	47
II. 목적물의 인수나 이용의 불가능으로 인한 사고	48
III. 법률적 하자로 인한 사고	51
第4節 不動産 去來事故의 問題點	51
I. 거래제도상의 문제	51
II. 등기제도상의 문제	55
III. 거래관행상의 문제	57
IV. 중개관행상의 문제	58
第4章 不動産 去來事故의 防止 및 救濟方案	61
第1節 不動産 去來事故에 대한 防止方案	61
I. 등기관의 실질적 심사주의	61
II. 등기부와 대장의 일원화	62
III. 정보제공 및 확인·설명의무의 강화	63

IV. 권리분석사제도의 도입.....	66
V. 감독관청의 감독강화.....	70
第2節 主要國家의 不動產 去來事故의 責任保障制度.....	70
I. 미국.....	71
II. 영국.....	72
III. 일본.....	72
IV. 시사점.....	74
第3節 不動產 去來事故의 救濟方案.....	75
I. 공제제도의 강화.....	75
II. 에스크로우(Escrow)제도의 활성화.....	79
III. 권원보험제도의 도입.....	83
IV. 재판 외의 분쟁해결제도(ADR)의 도입.....	84
V. 매도인의 담보책임 및 손해배상제도의 적극 활용.....	89
第5章 結 論.....	106
■ 参 考 文 獻.....	109

第1章 序論

第1節 研究의 背景 및 目的

일반적으로 부동산은 다른 재화와는 달리 그 경제적 가치가 클 뿐 아니라 사회성 공공성이 강조되며, 공시제도라는 등기제도에 의해 권리가 보호되는 등 그 법률관계가 복잡하게 이루어지는 것이 보통이다. 그리고 부동산이 지니고 있는 자연적 특성인 부동성(不動性)·부증성(不增性)·개별성(個別性) 등의 특수성으로 말미암아 부동산 시장을 추상화·국지화시킴으로써 부동산에 관한 입장활동 및 정보제공을 필연적으로 요구하게 된다. 따라서 부동산이 거래시장에서 거래의 객체가 되는 경우에는 부동산에 관한 정보를 보유하고 부동산 중개활동을 전문으로 하는 중개업자의 중개·알선 등의 조력을 대부분 필요로 하게 된다.

부동산거래에서 양당사자의 거래계약을 성립시키기 위한 중개업자의 역할은 부동산이 지니고 있는 공공성과 사회성으로 말미암아 개인적인 문제뿐만 아니라 사회적·국가적으로 중요한 영향을 미치게 된다.

그리고 부동산은 인간의 생존에 필수적인 요소임과 동시에 개인이 소유하고 있는 주된 재산으로서의 가치를 부여하고 있다. 현대 사회에서 한 나라의 부의 근원이며 개인으로 볼 때는 가장 큰 재산이라고 할 수 있는 부동산은 사유재산제를 채택하고 있는 모든 국가에서 끊임없이 거래활동이 이루어지고 있다.

이와 같이 부동산의 거래활동이 활발해짐에 따라서 부동산기획단이나 일부 중개업자의 고의나 과실, 매도인의 하자고지의무의 고의적 불이행 등 중개활동에 의한 부동산 거래사고의 피해가 증가하고 있으며, 특히 토지거래에 있어서 많은 공법상 규제와 법리를 오인하여 선의의 피해가 발생하기도 한다.

그리고 정부의 부동산투기 억제정책, 각종 부동산 관련 세제 등의 영향과 전반적인 불경기로 인하여 부동산 시장의 침체기 때에도 부동산 거래관련 사고는 지속적으로 발생·증가하고 있다. 또한 피해규모에 있어서도 대형화되고, 거래수법에 있어서도 지능화, 조직화, 광역화되는 등 거래관련 사고로 물질적인 피해뿐만 아니라 정신적 피해 등으로 인하여 당사자들의 개별적인 차원을 넘어 사회적 문

제로 확대되고 있다.

그동안 부동산 거래사고에 대한 학계의 지속적인 연구는 물론, 정부에서도 여러 가지 대책을 강구하였지만 여전히 거래사고는 줄어들지 않고, 오히려 그 수법은 더욱 교묘해지고 있는 실정이다. 그 원인은 무엇일까? 거래사고 발생원인에 대한 정확한 인식이 부족하기 때문이라고 생각한다.

따라서 본 연구에서는 부동산 거래사고를 미연에 방지할 수 있도록 하기 위하여, 우선 부동산 거래의 기초이론과 관련 판례들을 통하여 거래사고의 유형 및 발생 원인에 대하여 살펴보고, 그 유형과 사례를 분석함으로써 거래사고를 사전에 예방할 수 있는 방법을 모색해 보기로 한다. 나아가, 부동산 거래사고 구제방안을 현실에 맞도록 법·제도적 개선방안을 고찰해 보기로 한다. 또한 주요 국가의 부동산 거래사고의 책임보장제도들을 살펴보고 그럼에도 불구하고 발생하는 사고에 대해서 피해보전을 제도적으로 할 수 있는 방법 등을 제시하여 공정하고 투명한 부동산 거래질서를 확립하고, 나아가 국민의 재산권보호에 기여함을 목적으로 한다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

I. 연구의 범위

본 연구에서는 부동산 거래사고에 대한 일반적 고찰과 거래사고 유형에서 계약의 과정을 계약의 성립단계, 계약의 이행단계, 계약의 완료단계의 3단계로 구분하여 사례와 판례들을 분석함으로써 실제로 발생하고 있는 사고에 대하여 사전에 예방하는데 초점을 두었다.

그리고 부동산 거래사고에 관련된 구제방안을 연구하기 위해서는 우리나라의 부동산 거래시장의 현실과 부동산 등기제도 등의 법·제도적인 미비점을 충분히 검토하고, 이미 시행되고 있는 거래사고 구제제도에 대해 고찰해본 후 그에 대한 법적·제도적 문제점과 개선방안에 대하여 연구해 보았다.

본 연구의 범위는 현재 부동산 거래의 계약단계부터 완료단계까지 거래를 진행하는 과정에서 여러 가지로 연관된 것들 중에서 법적·제도적 원인, 사회적 원

인, 개인적 원인을 중점 연구 범위로 하였다.

그리고 본 논문의 구성범위는 다음과 같이 하였다. 제1장 서론에서는 본 논문의 연구의 배경과 목적, 범위와 방법을 설명하였고, 제2장에서는 부동산 거래사고의 일반적 고찰과 거래사고의 실태와 현황을 살펴보았으며, 제3장에서는 거래사고의 단계별 분석에서 계약의 성립단계, 이행단계, 완료단계에 따라 분류하여 이와 연관된 사례와 판례를 검토하였다. 제4장에서는 부동산 거래사고의 방지방안과 그 구체방안에 대하여 좀더 구체적으로 검토하기 위하여 거래사고의 문제점들을 세밀하게 분석하고, 주요 국가의 부동산 거래사고 책임보장제도에 대하여 고찰했으며, 거래사고 방지방안에서는 법적·제도적 원인, 거래 당사자 원인, 중개업자 원인, 감독관청의 감독강화측면에서 살펴본 후 그 구체방안으로서 기존 제도들의 문제점들에 대한 검토와 개선방안을 제시하였고, 제5장 결론에서는 본 논문의 연구결과를 종합적으로 요약하여 마지막 결론을 맺었다.

II. 연구의 방법

본 연구는 현행 부동산 거래제도와 거래사고에 따른 사고원인의 내재성, 그에 따른 부동산 거래사고의 사례, 관련 통계, 사고 원인이 어디에 있으며 그 피해영향은 어떤 측면에 얼마만큼 미치는지를 살펴본 후 국민의 재산권을 보호하고 건전한 부동산 거래질서의 기반을 조성하는 데에 그 목적을 둬으로써 부동산 거래사고를 사전에 방지하고자 하였다.

따라서 본 연구의 방법은 부동산 거래사고에 관련된 선행 연구논문과 학위논문, 정기간행물, 학술지 등을 중심으로 한 문헌연구에 의한 이론적인 접근방법과 실제로 발생한 부동산 거래사고 관련 판례를 분석·검토하는 실증적 연구방법을 병행하였다.

第2章 不動産 去來事故의 一般的 考察

第1節 不動産 去來事故의 意義

I. 부동산 거래의 개념

부동산 거래라 함은 부동산활동에서 재산에 대한 권리변동, 즉 권리의 취득·변경·소멸을 일으키는 법률행위의 총칭이라고 정의될 수 있다.¹⁾ 그리고 민법의 규정에 의하면 매매는 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제563조). 따라서 거래는 법률행위이고, 법률행위의 가장 일반적인 모습이 매매라 할 수 있다. 특히 일반상품 거래와는 달리 부동산 거래는 이전해야 할 재산권이 주로 물건이므로 물건변동의 효력이 발생되기 위해서는 공시방법인 등기를 경료해야 하는 특징이 있으며, 이행의 문제를 남기는 채권행위와도 다르다.²⁾ 그리고 부동산 거래에는 매매, 교환, 임대차, 저당권설정 등 여러 가지 유형이 있으나 그 중 가장 보편적이고 일반화된 소유권의 이전이 수반되는 매매가 부동산 거래의 중심이 된다고 할 수 있다. 따라서 매매과정에서 가장 중요한 요소가 매매계약의 체결이므로 이를 중심으로 부동산 거래의 성립과정과 절차를 살펴보면 다음과 같은 단계를 거치게 된다.

첫단계로, 부동산의 처분 또는 취득의 필요성 인식, 제2단계로, 거래가격 결정 또는 자금의 준비, 제3단계로, 매도 또는 매입의사의 결정, 제4단계로, 중개의뢰 또는 직접 거래활동, 제5단계로, 부동산의 종합적 평가활동 및 권리분석 활동, 제6단계로, 매매의 의사표시, 제7단계로, 매매합의의 조정, 제8단계로, 매매계약의 체결, 제9단계로, 계약조건의 이행, 마지막 제10단계로, 잔금의 납부 및 소유권이 전등기 및 명도 등의 이행절차를 거치게 된다.³⁾

1) 김영진, 「부동산학총론」, 법문사, 2000, 334-334면.

2) 한삼인, 「민법일반이론」, 보명BOOKS, 2009, 262면.

3) 이창석, 「부동산학개론」, 형설출판사, 2007, 534면.

II. 부동산 거래의 특수성

부동산 거래는 다른 일반적인 거래와 비교하여 다음의 특수성을 지닌다.⁴⁾

첫째, 부동산은 여타 재화와 비교했을 때 물리적 이질성이 강하다. 즉, 구획·형질·지적 등 개별 부동산의 물리적 특성이 모두 달라 사실상 동일한 물건은 거의 없기 때문에 동산처럼 소비자보호를 위한 규격화 및 표준화가 대단히 어려운 것이 사실이다. 둘째, 일반적으로 법적 규제가 많으며 복잡하다. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 건축법, 농지법, 도로법, 자연공원법, 산지관리법 등 토지이용규제가 수반되는 법률만 70여개에 달하고,⁵⁾ 이에 수반된 행위규제 내용 역시 수백 가지에 달하여 일반인뿐만 아니라 전문가도 모든 내용을 파악하기 어려운 것이 현실이다. 셋째, 권리관계가 복잡하다. 부동산의 권리는 소유권, 점유권, 임차권, 저당권 등 다양한 권리로 구성되어 있고, 거래되는 대부분의 부동산이 금융기관에 저당권이 설정되어 있는 등 권리관계가 동산에 비해 월등히 복잡하다. 또한 등기부에 기재된 사항이 실제 권리관계와 일치되지 않는 경우도 많고, 등기의 공신력도 없기 때문에 다양한 분쟁이 거래관계에서 발생하고 있다. 넷째, 거래조건이 복잡한 경우도 많다. 공사완료 전의 거래, 공유물의 거래, 토지이용규제 해제조건부 거래(가령, 토지거래허가구역에서의 허가 조건부 거래), 근저당 해제조건부 거래, 담보설정 및 용자조건부 거래 등 다양한 조건을 수반하는 거래가 많다. 다섯째, 부동산은 생활의 기반이며 거래 가격이 일반적으로 고가이다. 따라서 일반인이 거래경험이 많지 않고, 일단 거래사고가 발생하면 피해규모가 크고, 피해 당사자 뿐만 아니라 사회적 문제가 되기도 하며, 완전한 회복도 어렵고, 그 기간도 장기적이라고 볼 수 있다. 여섯째, 수요·공급이 비탄력적이다. 부동산의 자연적 특성인 부동성(不動性), 부증성(不增性), 개별성(個別性) 등으로 말미암아 수요와 공급이 원활하지 못하다.⁶⁾ 일곱째, 매매목적물이 토지인 경우, 실제의 경계와 지적도상 경계가 다를 경우, 그 토지의 경계를 정하는 기준이 무엇인지가

4) 이재웅, 「중개사고 예방법 및 사례분석」, 부연사, 2001, 23면.

5) 정희남 외, 「토지이용규제 정보화 추진방안」, 국토연구원, 2005, 19면; 정희남 외, 「지역지구제 행위규제 분석연구(II)」, 국토연구원, 2003, 151면.

6) 김영진, 전게서, 107-112면.

문제되는 경우가 많다.⁷⁾ 이 경우 판례는 지적공부상의 경계에 의하여 소유권의 범위가 확정된 토지를 매매한 것으로 보아야 한다고 판시하고 있다.⁸⁾

이러한 이유 때문에 부동산 거래는 계약 당사자 간, 중개업자와 중개의뢰인 사이에 많은 분쟁이 발생하게 되는 주요 원인이 되고 있다.

Ⅲ. 부동산 거래사고의 의의

사유재산제도를 채택하는 국가에서의 부동산 거래활동은 끊임없이 지속되고 있으며 경제활동뿐만 아니라 사회활동이나 생산활동에 있어 불가결한 것으로서 그러한 부동산 거래활동으로 인한 사회적·경제적 영역에서 비중이 점차 증가되고 있는 실정이다. 또한 이로 인한 파생적 활동이 무수히 따르므로 부동산 거래의 안정성은 후속행위인 사회·경제적인 활동의 안정화에 많은 도움이 될 수 있을 것이다.⁹⁾ 이러한 부동산 거래는 본원적으로 인간과 부동산과의 조화 및 관계 개선이 요청되는 것이나 거래과정에 있어서 불의의 거래사고가 발생하여 오히려 그 관계가 악화되는 경우도 많다.¹⁰⁾

종래의 부동산 거래사고라 하면 타인의 부동산 소유권을 사취하거나, 사취당하는 등의 협의의 의미로 여겨왔으나, 최근의 개념은 “거래대상인 부동산에 하자가 있었으나 거래과정에서 사전에 발견하지 못하고 그대로 거래가 완결되는 것”으로 파악되며,¹¹⁾ 이에 따른 부동산 거래사고의 개념을 정리하면, “대상 부동산의 사법상 권리관계가 부진정 또는 불안정하거나 공법상의 제반 규제 등으로 인하여 거래 당초에는 예상하지 못했던 불가능한 거래나, 불완전한 거래 등으로 나타나 인간과 대상 부동산간의 관계악화현상”이라고 할 수 있다.¹²⁾ 더나가 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률(이하 “공인중개사법”이라 함)에서는 ‘중개’라 함은 제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자간의 매

7) 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 235-236면.

8) 대법원 1997.2.28. 선고 96다49339 판결; 대법원 1996.7.9. 선고 95다55597 판결.

9) 이재수, “부동산중개사고의 유형별 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 석사학위논문, 2011, 11-15면.

10) 김연순, “부동산 거래사고의 원인과 대책에 관한 연구”, 성균관대학교 행정대학원 석사학위논문, 2005, 40면; 이재수, 상계논문, 12면.

11) 김영진, 전제서, 78면.

12) 정미애, “부동산 거래사고에 관한 법적 연구”, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2009, 9면.

매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다(동법 제2조)고 규정하고 있다. 따라서 부동산 중개사고란 부동산 중개업자의 업무 수행과정에서 중개업자의 고의나 과실로 인하여 중개의뢰인에게 재산상의 손해가 발생하는 것을 의미한다.¹³⁾ 따라서 중개사고는 거래사고의 일부로서 중개업자의 중개로 성사된 부동산 거래에서 거래사고가 발생한 경우라도 그 거래사고에 중개업자의 고의나 과실이 개입되지 않았다면 중개사고라고 볼 수 없다.¹⁴⁾ 이와 관련하여 판례는 중개사고는 중개업자의 중개행위로 인해 발생하는 것이나 공인중개사법 제2조 제1호에 한정하지 않고, 거래당사자의 보호에 목적을 둔 법규정에 비추어 중개한 자의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선, 중개를 위한 행위라고 인정되는지에 따라 결정하여야 한다고 판시하고 있다.¹⁵⁾

第2節 不動産 去來事故의 原因

사회구조가 점차 세분화·다원화되면서 이를 관리하기 위한 행정시스템의 기술이 발달하고, 부동산의 가치는 더욱 증대하고 있으나 부동산권리와 관련된 분쟁으로 인한 권리의 위험성은 오히려 증가하고 있는 실정에 있다. 부동산 거래 사고의 원인으로 첫째, 제도적 원인으로 부동산 등기제도상의 미비점, 등기와 지적공부의 이원화 등이며, 둘째, 사회·경제적 원인은 경제발전에 편승한 부동산 투기의 만연, 토지이용에 대한 규제 강화로 인한 진정한 권원관계의 파악 미비 등이 있으며, 셋째, 기타의 원인으로는 당사자들의 부동산 관련지식의 부족, 경솔과 무경험, 악의의 사기나 사술, 중개업자의 불법행위 등이 있다.¹⁶⁾

I. 법·제도적 원인

부동산 거래사고를 야기하는 제도적 요인은 등기의 공신력 결여, 등기공무원의

13) 김성숙, “부동산 중개 거래사고의 분석과 대처방안에 관한 연구”, 전주대학교 행정대학원 석사학위논문, 2008, 11면.

14) 김재관, “부동산 거래의 안정성제고 방안에 관한 연구”, 서울시립대학교 도시과학대학원 석사학위논문, 2005, 7면.

15) 대법원 2000.12.22. 선고 2000다48098 판결; 대법원 1995.9.29. 선고 94다4726 판결.

16) 김천향, 「부동산권원조사론」, 법문사, 1997, 159면.

형식적 심사주의, 등기원인증서의 공증부재, 등기와 지적공부의 이원화, 부동산 권리분석사제도의 불비 등이 있다. 그 중 부동산 권리의 위험성을 가져오는 요인 중 가장 큰 내용은 등기와 관련한 위험성이다.

등기는 물권변동을 정확하고 신속하게 공시함으로써 부동산 거래의 안전을 도모하고 권리를 보호하는데 목적이 있다. 부동산 거래사고는 대부분 부동산 등기와 관련되어 발생되고 있다. 등기제도는 근대 법제도가 창안한 부동산 거래안전을 위한 부동산 공시제도로서 궁극적으로 부동산 거래의 안전과 신속이라는 양립하는 문제의 조화를 그 이상(理想)으로 하고 있다. 그러나 우리나라 등기제도는 등기부의 공신력 결여로 다음과 같은 권리하자의 원인이 상존하고 있다.¹⁷⁾

우리나라의 등기제도의 특징은 형식주의, 물적 편성주의, 공동신청주의, 형식적 심사주의, 등기부와 공부의 이원화, 등기의 공신력 결여 등을 들 수 있다. 이 중에서 권리의 위험성을 초래하는 원인으로 공신력의 결여와 형식적 심사주의를 주요 특징으로 볼 수 있다.¹⁸⁾

(1) 등기의 공신력 결여

우리나라의 부동산 등기제도는 독일 법체계를 따르고 있으나, 등기의 공신력을 인정하지 않고 있다. 등기의 공신력이란 부동산 등기를 신뢰하여 거래한 자가 있는 경우에 비록 그 등기가 진실한 권리관계에 합치하지 않은 것이더라도 그 자의 신뢰가 보호되는 등기의 효력을 말한다. 공신의 원칙을 인정하면 거래의 안전은 보호되는 반면 진정한 권리자는 기득의 권리를 상실하게 된다.¹⁹⁾

즉 등기의 효력에 있어서 등기의 외양을 신뢰한 자를 보호하는 공신의 원칙을 인정하지 않고 있다는 것이 우리나라 현행 등기제도의 특징이다. 예를 들면, 갑 소유의 부동산을 을이 서류를 위조하여 소유권 이전을 한 후, 병이 등기부를 믿고 구입하였다면 우리나라는 형식적 심사주의로 공신력을 부여하지 않기 때문에 병은 소유권을 취득하지 못한다. 갑과 을 간의 거래 자체가 무효가 되어 을과 병 간의 거래는 자동적으로 무효가 된다. 따라서 물건의 배타적 성질을 인정하기 위

17) 김영진, 전제서, 78-81면.

18) 이재수, 전제논문, 19-24면.

19) 최돈호, 「부동산등기법 강의」, 법률출판사, 2001, 223면.

해서 고안된 것이 공시제도이며, 일반적으로 부동산 물건에 관하여는 등기를 함으로써 공시의 효력이 생긴다.²⁰⁾

물권의 공시방법은 물권의 현상을 공시해서 물권을 거래하는 자를 보호하기 위한 것으로서 결국은 부동산 거래의 동적 안전을 도모하기 위한 것이다. 따라서 등기된 권리는 존재하고 말소된 권리는 소멸하였다고 추정한다. 그러나 이러한 공시제도의 특징으로 인하여 등기와 실질적인 권리관계가 항상 부합한다고 볼 수는 없으며 등기를 신뢰한 선의의 제3자가 불측의 손해를 입을 수 있다.

그래서 공시방법을 신뢰해서 거래한 자가 있는 경우에 비록 그 공시가 진실한 권리관계와 일치하고 있지 않더라도 마치 그 공시된 대로 권리가 존재하는 것처럼 다루어서 그 자의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있으며 이것이 공신의 원칙이다. 등기제도가 공신의 원칙을 인정할 경우에 물권거래의 동적 안전을 보호할 수 있게 되어 등기를 신뢰하고 거래한 자는 항상 보호할 수 있게 된다. 그러나 우리나라는 현재 공시의 원칙만을 인정하고 공신의 원칙은 인정하지 않고 있다.

따라서 등기와 부동산의 실제권리관계가 일치하지 않을 경우 등기를 신뢰한 자는 보호를 받을 수 없어 불측의 손해를 입을 가능성이 크다고 볼 수 있다.²¹⁾

(2) 등기관 의 형식적 심사주의

현행 등기에 관한 실체법적 규정은 매우 미흡하다고 지적할 수 있다. 즉 등기제도에 관한 기본법은 민법의 부동산 물권변동에 관한 규정(민법 제186~187조)과 부동산등기법이다. 그런데 부동산등기법은 형식적·절차적 법률에 지나지 않고, 그 규정은 대부분이 절차적 규정이어서 실체법적 규정은 불과 수 개조에 지나지 않는다. 그렇다고 실체법인 민법에서 등기에 관한 실체법적 규정이 제대로 갖추어져 있는 것도 아니다. 즉, 등기공무원에게 형식적 심사권만 인정하면서도 프랑스 법체계의 공정증서와 같은 보완장치를 갖추고 있지 못하다. 이와 같은 제도상의 결함은 일본의 법제를 그대로 계수한 결과라고 볼 수 있다. 그러나 일본의 경우²²⁾ 부동산등기상의 문제점을 개선하고 있으나 우리나라의 경우에는 근본

20) 김영진, 전제서, 78-79면.

21) 김상찬, 「물권법」, 제주대학교출판부, 2010, 38면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2009, 436-437면.

적인 개정작업 없이 오늘에 이르고 있다.²³⁾

민법 제186조는 ‘부동산에 관한 법률행위로 인한 부동산 물권변동은 당사자 간의 법률행위 이외에 등기라는 공시방법을 갖추었을 때 효력이 발생하는 이른바 형식주의를 채택하고 있다. 등기의 효력에 관한 실체법상의 규정 미비는 거래현실에서 그 효력에 관련된 분쟁을 증가시킬 것이며, 이는 곧 소송으로 이어져 경제적으로 불이익을 초래한다.²⁴⁾

한편, 권리의 위험성을 초래하는 근본적 요인으로 형식적 심사주의를 들 수 있다. 형식적 심사주의는 등기공무원의 등기신청에 대해 등기절차법상의 적법여부만을 심사케 하는 것이다. 이에 반해 실질적 심사주의는 등기공무원으로 하여금 등기신청의 실질적 원인의 존부와 그 효력을 심사케 하는 것이다.

현행 부동산등기법은 등기관에 대한 심사권한에 관하여 형식적 심사권 밖에 주어지지 않는다. 부동산등기법 제29조는 등기공무원이 등기신청을 부적법한 것으로서 각하할 수 있느냐에 관하여 한정적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 심사의 방법은 서면심리를 원칙으로 하고 있으며, 실체법상의 사항에 관한 조사도 그 실질적 진정성에 관해 외형적·소극적인 판단만을 한다. 그러므로 등기공무원은 등기신청의 실질적인 원인관계의 존부와 효력에 관한 적극적인 심사를 할 권한은 없고, 다만 등기신청에 관한 모든 사항을 절차적·형식적·소극적으로 심사할 수 있을 뿐이다. 이러한 형식적 심사주의는 등기절차의 신속을 기할 수 있다는 장점은 있으나 부동산 거래의 안전을 꾀할 수 없다는 단점이 있다.

따라서 우리나라 등기공무원의 형식적 심사제도는 허위의 등기나 부실등기의 성립을 방지하는데 한계가 있어 부동산 법률관계에서 많은 사고가 발생할 우려가 있다.²⁵⁾

(3) 등기부와 공부의 이원화와 정보의 불일치

22) 1960년에 법률 제14호로 부동산등기법을 개정하여 등기부와 대장의 일원화를 기하였다. 또한 공부의 안정성을 위하여 표제부등기제도의 창설, 등기공무원의 실질적 심사권의 인정, 지적도를 비치케 함으로써 부동산권리관계의 혼란을 방지하고 있다.

23) 정우형, “부동산 등기보험에 관한 소고”, 「감정평가논집」 제10집, 2000, 167면.

24) 최승영, “우리나라 부동산 등기제도의 개선방안에 관한 연구”, 「민사법연구」 제12집, 대한민사법학회, 2004, 225면.

25) 이선오, “부동산권원보험 생활화에 관한 연구”, 성균관대학교 경영대학원, 석사학위논문, 2007, 56면.

부동산등기부는 부동산에 관한 물권변동을 공시하는 장부로서 사유재산권의 보호 및 거래의 안전을 도모하기 위한 것이다. 대장은 부동산 자체의 현황을 명확히 파악하기 위한 장부로서 원래 조세의 부과 및 징수를 목적으로 하는 것이다. 따라서 모두 동일한 부동산의 현황을 표시하는 것인 만큼 그것은 정확하여야 하고, 또한 두 장부의 기재가 반드시 일치하여야 함은 당연하다. 그러나 현실적으로 등기와 공부의 표시가 상이한 경우가 나타나며, 이에 따라 많은 불편과 사고의 위험이 드러나고 있다.²⁶⁾

따라서 이러한 사실을 모르고 등기부상에 표시된 부동산의 현황만 믿고 거래한 제3자는 손해를 입을 수 있다. 등기부와 대장의 불일치가 주로 나타나는 것은 건물의 경우가 주가 된다.²⁷⁾ 이는 건축물대장이 토지대장이나 임야대장과는 달리 법률에 의거 강제 실행되는 것이 아니기 때문에 생기는 불완전성에서 기인된다고 볼 수 있다. 그리고 토지의 경우 실제로는 2011년 10월 기준 등록필지수는 국토해양부가 조사한 결과에 의하면 전국 총 토지 약 3천7백60만 필지이며 이중 사정, 미복구, 미등기된 토지는 71만 필지가 있으며, 이미 등기된 토지 중에서도 토지대장과 건축물대장이 일치하지 않은 경우도 상당수 있다.²⁸⁾

II. 사회·경제적 원인

부동산 거래사고를 유발시킬 수 있는 원인 중에는 시대적·사회적인 혼란으로 인한 부동산 거래사고가 빈번히 일어나는 경우가 있다. 또한 부동산정책이나 거래관행이 합리적·합법적으로 적용되지 못하고 오히려 혼란의 틈바구니 속에서 개인의 편익과 부의 축적을 위한 불법적인 행동으로 부동산 거래사고가 발생하기도 한다. 시대적인 사회의 혼란에 따른 불법이나 사기로 부동산거래에 많은 문제점이 발생되기도 한다.²⁹⁾ 다른 한편 경제적 환경이 급변하게 됨으로 인해 일부

26) 고덕철, “부동산거래의 안전성 제고방안 -판례 및 설문분석을 중심으로-”, 강원대학교 대학원 부동산학과 박사학위논문, 2011, 20면.

27) 정미애, 전계논문, 89-90면.

28) 이계연 외, 「건설교통부 ,토지조사부 자료」, 2002, 129면; 국토해양부 국토해양통계누리(www.mltm.go.kr); 황현, “부동산 거래사고와 권리보험 역할에 관한 연구”, 강원대학교 대학원 박사학위논문, 2006, 59면.

29) 김연순, “부동산 거래사고의 원인과 대책에 관한 연구”, 성균관대학교 행정대학원 석사학위논문, 2005, 71면.

부동산거래에서 실수요적인 거래행위라기 보다는 오히려 재산증식이라는 미명하에 투기로 악용되기도 하였다.³⁰⁾

따라서 부동산 거래는 투기와 탈세·불법의 온상이 되기도 하였으며, 이로 인한 병폐가 많이 발생하기도 하였다.³¹⁾

(1) 지가의 불안정

우리나라는 일제 식민지에서 해방된 이후에 남북한 전쟁, 60년대 초 4.19 및 5.16혁명에 이르는 정치적 불안정 등으로 사회질서가 매우 혼란한 시기를 경험하였다. 이러한 과정 중에서 60년대 말부터 급속한 경제성장정책은 토지의 엄청난 수요를 요구했으며, 농촌의 도시화에 힘입어 지가는 급속도로 상승했다. 또한 토지가격의 상승으로 인한 부의 증식을 피할 수 있는 기회가 되기도 했다. 80년대 경제성장의 산물로 재력이 축적되자 재테크의 수단으로 부동산 거래가 성행하기 시작했으며, 또한 토지가격은 지속적으로 상승하여 타재화로서는 지가상승을 따르지 못할 정도로 폭등하였다. 그 후 90년대 후기에는 IMF라는 경제위기로 지가가 잠시 하락하여 거래가 감소하기도 하였으나 그럼에도 불구하고 거래사고는 줄어들지 않고 있다.³²⁾

(2) 사회 환경의 혼란

우리나라는 1950년 한국전쟁 당시에 수많은 부동산 소유자의 생사불명과 등기부를 비롯한 많은 공문서가 소실되기도 하였다. 그로 말미암아 소유자가 불분명한 부동산, 행방불명자의 부동산 또는 미등기된 상속재산, 사정, 미복구 토지 등 관리가 소홀히 되거나 방치된 부동산이 많이 생겨나게 되었으며, 이러한 형태의 부동산에서 현재까지도 거래사고는 계속 발생하고 있는 실정이다.³³⁾

(3) 토지이용 규제 강화

1960년대 후반기에 들어서서 근대화를 향한 산업화의 추진으로 국토개발의 필

30) 황현, 전계논문, 61-63면.

31) 정미애, 전계논문, 14면; 김연순, 전계논문, 72면.

32) 고덕철, 전계논문, 24면.

33) 정미애, 전계논문, 14면.

요성이 증대 되었고 부동산의 사회성과 공공성이 강조되면서, 이러한 토지의 이용을 여러 가지로 규제가 가해지기 시작했고, 특히 1970년대 중반 이후에 부동산 투기 현상이 심화되자 이른바 8·8조치(1978년)와 택지소유상한에 관한 법률(1980년)³⁴⁾, 개발이익환수에 관한 법률(1989년), 토지초과이득세법(1989년)³⁵⁾등을 제정하여 토지의 공개념 차원에서 획기적인 규제조치를 취하게 되었다. 또한 국토이용관리법³⁶⁾을 제정하여 토지거래허가제 등 토지거래에 관한 엄격한 규제를 가했으며, 도시계획법³⁷⁾이나 건축법, 농지법 등도 적극적으로 규제를 강화하기 시작했다³⁸⁾.

그리고 최근에 있어서도 부동산 가격의 급등을 억제하려는 많은 정책들이 발표되고 있다. 이러한 부동산 관련 법률의 규제조치는 종래보다도 거래절차 및 토지이용, 소유권취득 등이 훨씬 복잡해지고, 많은 변화를 가져왔다. 그리고 규제조치와 관련하여 법률적·정치적으로 부동산거래 관련자들의 전문적인 지식이 동시에 요구되었다. 이러한 상황은 전문지식이 없는 당사자에게 거래사고의 원인이 되고 있다.

Ⅲ. 기타의 원인

부동산 거래사고의 위험성을 야기하는 법·제도적 원인과 사회·경제적 원인 외에 기타 원인으로써 행위 주체별로 살펴보면 매도인의 귀책사유, 매수인의 귀책사유, 중개업자의 귀책사유, 제3자에 의한 거래사고 등으로 나누어 볼 수 있다.³⁹⁾

(1) 매도인의 귀책사유

첫째, 하자고지의무 위반이다. 실무에서 가장 많이 접하게 되는 하자고지의무 위반에 따른 거래사고는 당사자가 대상 부동산에 대하여 알고 있는 하자를 상대

34) 헌법재판소 1999.4.29 선고 94헌바37외66건 병합. 위헌결정으로 폐지.

35) 법률 제5586호, 1998.12.28, 폐지.

36) 법률 제6655호, 2002.2.4, 폐지, 국토의계획및이용에관한법률로 대체.

37) 법률 제6655호, 2002.2.4, 폐지, 국토의계획및이용에관한법률로 대체.

38) 하홍수, “중개대상물 확인설명의무의 위반에 따른 중개사고 연구 -관례분석을 중심으로-”, 건국대학교 대학원 석사학위논문, 2009, 59면.

39) 고덕철, 전제논문, 47면.

방에게 알려주어야 할 의무가 있음에도 여러 가지 이유로 거래 상대방이나 또는 중개업자에게 고지를 하지 않고 계약을 완결 후 사후에 발견되는 거래사고이다. 이는 민법상 손해배상 책임뿐만 형법상 부작위에 의한 사기죄가 성립될 수 있다.⁴⁰⁾ 이처럼 사기죄는 적극적으로 상대방을 기망하여 성립될 수도 있지만 부동산 거래과정에서 권리변동에 따른 하자를 숨기는 등의 부작위에 의한 방법으로 성립되는 경우도 있다⁴¹⁾.

둘째, 허위·과장행위이다. 부동산거래시 매도인이나 임대인 등 권리자에 의한 허위 및 과장행위가 성행하고 있다. 이러한 행위는 상가분양시 분양업무 대행사에서 많이 발생하고 있으며, 최근 공정거래위원회에서 발표한 상가 허위·과장 광고의 실태조사에 의하면 90%가량이 허위 및 과장광고였고, 그 일반적 유형은 수익보장과 재산가치를 부풀리는 방법이었다.⁴²⁾ 이런 유형의 거래사고는 특히 기획부동산에 의해서 많이 발생하고 있다.⁴³⁾

셋째, 거래대금 횡령이다. 매도인 및 임대인에 의한 거래대금 횡령사고는 거래계약이 완결된 이후 당사자의 특약이나 사정변경에 따라 계약이 해제된 경우 계약금 등은 즉시 반환해야 하는데 이를 거부하는 경우이다.⁴⁴⁾

넷째, 부동산 이중매매이다. 매도인에 의해서 주로 이루어지는 이중매매는 배임죄가 성립될 수 있으며, 관례에서도 배임죄에 있어서 재산상 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해발생의 위험을 초래한 경우도 포함하는바, 부동산의 매도인으로서 매수인에 대하여 그 앞으로의 소유권이전등기절차에 협력할 의무 있는 자가 그 의무에 위배하여 같은 부동산을 매수인 이외의 제3자에게 이중으로 매도하고 제3자 앞으로 소유권이전청구권 보전을 위한 가등기를 마쳐 주었다면, 이는 매수인에게 손해발생의 위험을 초래하는 행위로서 배임죄를 구성한다고 판시하고 있다.⁴⁵⁾

(2) 매수인의 귀책사유

40) 대법원 1986.9.9 선고 86도956 판결.

41) 고덕철, 전제논문, 48-51면.

42) 최광석, 「부동산 지키는 법 키우는 법」, 청림출판사, 2007, 125면.

43) 한국소비자원, “부동산중개 관련 소비자보호 방안연구”, 소비자분쟁국, 2006, 5면.

44) 대법원 2004.3.12. 선고 2004도134 판결.

45) 대법원 2008.7.10. 선고 2008도3766 판결.

첫째, 고의적인 계약불이행이다. 고의적 계약불이행은 일단 매매나 임대차계약이 체결된 이후 중도금 또는 잔대금을 지급하기 전에 사정변경을 이유로 계약을 이행하지 아니하는 경우이며, 이 경우에 매수인이나 임차인이 계약금을 지급하였다면 민법 제565조에 따라 당사자 일방이 이행에 착수 할 때까지 계약금을 교부한 매수인(임차인)은 이를 포기함으로써 계약을 해제할 수 있다. 이러한 유형의 거래사고는 주로 부동산 가격이 폭등하는 시기나 또는 폭락하는 시기에 많이 발생되고 있다.

둘째, 미등기 전매행위이며, 이를 방지하기 위해 조세포탈 또는 법령의 제한을 회피할 목적으로 소유권이전등기 의무를 이행하지 아니한 자를 처벌하기 위한 ‘부동산등기 특별조치법’이 마련되어 있다.⁴⁶⁾

셋째, 부동산 명의신탁이다. 부동산 명의신탁이란 신탁자와 수탁자간의 약정에 의하여 대외적으로 소유명의를 수탁자에게 부여하고 대내적으로는 부동산의 권리자인 신탁자가 실질적 소유권을 가지도록 하는 것을 말한다.⁴⁷⁾ 그러나 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률⁴⁸⁾의 제정으로 인해 누구든지 부동산에 관한 물권을 명의신탁약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기하여서는 아니된다(동법 제3조). 그럼에도 불구하고 부동산 거래과정에서 명의신탁은 탈세 및 재산은닉의 수단으로 이용되고 있으며, 이로 인한 거래사고가 종종 발생되고 있다.

(3) 중개업자의 귀책사유

중개업자는 중개의뢰를 받은 경우 중개가 완성되기 전에 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 성실·정확하게 설명할 의무를 부담하도록 하고 있다(공인중개사법 제25조). 뿐만 아니라 판례에서도 중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계는 위임관계와 같다고 하면서 중개업자는 선량한 관리자의 주의로 의뢰받은 중개업무를 처리할 의무가 있을 뿐만 아니라 신의와 성실로 공정하게 중개행위를 할 의무가 있음을 명시하고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 이와 같은 의무를 무시하고 고의로 공인중개사법을 위반하여 의뢰인들에게 피해를 주는 경우가

46) 고덕철, 전제논문, 51-52면.

47) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2011, 94면; 김상찬, 전제서, 261면.

48) 법률 제4944호, 1995.3.30. 제정.

49) 대법원 2007.11.15. 선고 2007다44156 판결.

종종 있다.⁵⁰⁾ 처분권한 등 위임받은 사실이 없는데 매도인으로부터 위임받았다고 매수인을 기망하여 매매대금을 편취한 경우와⁵¹⁾ 의뢰인에게 각종 규제사항 즉 건축이 불가능하고 토지거래허가구역임을 숨기고 건축에 아무 문제가 없다고 기망하여 대금을 편취한 경우,⁵²⁾ 입주권을 매수할 능력이 없으면서 00 지역의 신축아파트 입주권을 매입하면 단기간에 많은 이익금을 얻을 수 있다고 기망하였고, 00 지역의 임야에 투자하여 전매로 거액의 이익금을 남길 수 있다고 의뢰인을 기망하여 4,000만원을 교부받아 편취한 경우⁵³⁾ 등 중개업자의 불법행위로 인한 피해사례도 많이 있다.

(4) 제3자에 의한 거래사고

1) 대리인 측면

대리란 타인(대리인)이 본인의 이름으로 상대방에게 의사표시(법률행위)를 하거나 또는 상대방의 의사표시를 수령함으로써, 거기에서 발생하는 법률효과를 직접 본인에게 귀속시킬 수 있는 것을 대리(제도)라 한다.⁵⁴⁾ 대리제도는 그 성격상 경제활동의 진전·발달과 함께 사적자치의 확장을 담당한다. 대리인이 부동산 거래 활동에서 가장 문제가 되는 것은 대리인의 진정성이 문제가 되는 경우이다.⁵⁵⁾ 예를 들면 본인의 처분권한을 위임받지 않았음에도 가족이나 친분관계를 내세워 정당한 대리권을 위임받은 것이라 거짓으로 중개업자나 거래당사자를 기망하는 수법으로 이용하는 경우이다.⁵⁶⁾ 판례에서도 대리인이라고 주장하며 중개의뢰를 하는 경우 적법한 대리인지 여부를 위임장, 인감증명서 등의 방법으로 조사·확인할 의무가 있다고 할 것임에도, 이를 게을리 한 중개업자는 그로 인하여 의뢰인(원고)이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.⁵⁷⁾ 고하여 대리인을 사칭하는 경우가 실무에서는 흔히 볼 수 있으며, 이 때 중개업자에게까지 책임을 부담토록 하고

50) 김재관, 전계논문, 46면.

51) 대구지방법원 1995.4.12. 선고 94가단62212 판결.

52) 서울민사지방법원 1994.4.27. 선고 94가단19943 판결.

53) 서울지방법원 남부지원 1993.11.17. 선고 92가합14350 판결.

54) 한삼인, 전게서, 382면.

55) 고덕철, 전계논문, 33면.

56) 윤현중, “부동산 거래단계별 리스크요인 분석에 관한 연구”, 전주대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 105-105면.

57) 대법원 2008.3.13. 선고 2007다73611판결.

있으며, 또한 매매계약체결 당시 매도인을 보조하여 계약서와 영수증에 날인한 데 불과한 사람에게 매도인이 중도금이나 잔금수령권까지 있는 매매계약체결에 관한 대리권을 묵시적으로 수여한 것으로 볼 수 없다고 하여 무권대리인에게 책임을 묻고 있다.⁵⁸⁾

2) 매도인 사칭에 의한 거래사고

최근 주민등록증 등 신분증의 위조기술이 발달되고, 부동산중개업자 등의 거래를 성사시키려는 중개거래상의 심리 내지 허점을 교묘하게 이용하여 이른바 진정한 소유자인 매도인을 사칭하여 부동산거래를 하는 사기 사건이 자주 발생되고 있다. 그런데 매도인 사칭에 의한 부동산 거래사고의 피해는 직접적으로 그 계약 상대방인 매수인이 되겠지만, 그 거래를 중개한 중개업자 등에게도 피해가 발생하여 피해의 범위가 확산되는데에 문제가 더 크다 하겠다. 특히 매도인 사칭 중개사고에서는 중개업자는 매도인이 진정한 권리자인지 이른바 진정성 확인에 대한 주의의무의 범위와 한계, 진정성을 확인하는 방법, 그러한 중개사고의 예방을 위한 제도개선 방안 등 여러 가지 문제가 발생되고 있다.⁵⁹⁾ 이와 같은 매도인 사칭 중개사고와 관련 판례를 검토해 보면 다음과 같다.⁶⁰⁾

1) 사실관계

(가) A는 1989년 3월 경 토지(광주 광산구 소촌동 139, 같은 동 50, 같은 동 58의 1 합계 481평)의 소유자인 동생 B가 서울에서 거주하며 의사로서 근무하고 있어 관리가 소홀한 것을 이용하여 이를 처분하여 그 대금을 편취할 것을 마음 먹고 부동산중개업자 갑에게 매매의 알선을 부탁하였다.⁶¹⁾

(나) 갑은 매수의뢰인 X로부터 주거지로 약 500평 정도를 매수하고 싶으니 이를 알선하여 달라고 부탁받은 바 있어서, 같은 해 4월 6일 사칭자 A와 이 사건

58) 대법원 1993.6.11. 선고 93다7938판결.

59) 김학환, “매도인 사칭 중개사고에 관한 판례검토 -하급심 판결을 중심으로-”, 『부동산중개학회지』 제2집, 2010.12, 44-47면.

60) 대법원 1993.5.11. 선고 92다55350 판결.

61) 이하 판례의 사안에 대하여 중개업자는 갑, 을, 병, 정으로(법무사 등도 포함)표시하고, 진정한 소유자를 사칭한 자는 A, 진정한 소유자는 B, 매수인은 X, X1 등으로 통일하여 표시하였으며, 모두 손해배상청구소송사건이므로 매수인은 원고, 중개업자는 피고이다(김학환, 전제논문, 47면).

토지의 현장을 답사하여 본 후 매수의뢰인 X 등의 거주지인 부산에 연락하여 X 등이 토지를 둘러보고 평당 230,000원에 매입하려 하였으나 흥정이 되지 아니하였다.

(다) 다시 같은 달 8일에 X가 전화로 250,000원이면 계약하겠다고 X 등의 거주지인 부산에서 광주에 와서 계약을 하려면 시간이 걸리니 갇이 돈을 융통하여서라도 X 등을 대리하여 계약을 체결하여 주면 추후 이를 정산하여 주겠다고 하여 이에 동의하고 매수인들을 대리하여 A와 이 사건 토지에 관한 매매계약을 체결하게 되었다.

(라) 계약체결시 A는 자신의 사진을 붙여 위조한 B의 주민등록증을 제시하면서 마치 자신의 B인 것처럼 행세하였는데, 갇은 이를 모르고 A로부터 위조된 주민등록증을 제시받고서 그 주민등록상의 사진과 A의 얼굴이 일치하는 것만을 확인하고, 제시받은 주민등록증의 위조여부 및 A이 위 대지를 매도할 권한을 가진 진정한 권리자로서 그 등기권리증을 소지하고 있는지의 여부 등에 대한 확인을 제대로 하지 아니하였다.

(마) 갇은 A를 토지의 소유자인 B로 오인하여, A와의 사이에 매매대금 120,250,333원(평당 250,000원씩)으로 하되, 계약금 19,000,000원은 같은 날, 중도금 40,000,000원은 같은 해 5월8일, 잔금 61,250,000원은 같은 달 23일에 소유권이 전등기에 필요한 서류를 교부받음과 동시에 각각 지급하기로 약정하고 그 매매계약서상의 매수인란은 공란으로 남겨둔 채로 그 자리에서 계약금 19,000,000원을 우선 자신의 돈으로 지급하여 매매계약을 체결하였다.

(바) 그 후 X는 갇이 A와 이미 작성하여 놓은 계약서의 매수인란을 X1외라고 기재하고 X1 명의의 날인을 하고 계약금 19,000,000원을 갇에게 지급하였고, A는 중도금지급기일인 같은 해 5월 8일 중개업자 갇의 입회하에 매수인들로부터 중도금 40,000,000원을 교부받아 합계 금 59,000,000원을 수령하였다.

(사) 그러나 잔대금지급기일이 가까워지자 A는 도피하여 버렸고, 매수인들이 토지의 매매대금 중 계약금과 중도금으로 지급한 59,000,000원의 회수가 어렵게 되자 중개업자 갇의 과실에 기한 손해배상청구를 하였다.⁶²⁾

62) 김학환, 전제논문, 48면.

2) 판결요지

이 사안에서 중개업자 갑은 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36239 판결에 따라 진정한 권리자와 동일인지의 여부를 판단함에 있어 부동산등기부와 주민등록증을 조사 확인하였으므로 주의의무를 다하였다고 주장하였으나, 대법원은 그 판결이 중개업자에게 그러한 의무가 있음을 실시한 것에 불과하고, 부동산등기부와 주민등록증만을 조사·확인하면 중개업자로서의 주의의무를 다한 것이 되어 의뢰인에 대한 손해배상책임이 면책된다는 취지는 아니라는 점을 실시하고 다음과 같이 판시하였다.⁶³⁾

부동산중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계는 민법상의 위임관계와 같으므로 중개업자는 중개의뢰인의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 의뢰받은 중개업무를 처리하여야 할 의무가 있을 뿐 아니라 구 부동산중개업법(1989.12.30. 법률 제4153호로 개정되기 전의 것) 제16조에 의하여 신의와 성실로써 공정하게 중개행위를 하여야 할 의무를 부담하고 있는바, 같은 법 제17조 제1항은 중개의뢰를 받은 중개업자는 중개물건의 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 등을 확인하여 중개의뢰인에게 설명할 의무가 있음을 명시하고 있고, 위 권리관계 중에는 중개대상물의 권리자에 대한 사항도 포함되어 있다고 할 것이므로, 중개업자는 선량한 관리자의 주의와 신의성실로써 매도 등 처분을 하려는 자가 진정한 권리자와 동일인인지의 여부를 부동산등기부와 주민등록증에 의하여 조사·확인할 의무가 있다. 등기권리증은 소유권이전등기단계에서 뿐 아니라 그 이전의 거래에 있어서도 당사자 본인의 증명이나 처분권한의 유무의 확인 등을 위하여 중요한 자료가 되는 것이므로 중개업자로서는 매도의뢰인이 알지 못하는 사람인 경우 필요한 때에는 등기권리증의 소지 여부나 그 내용을 확인 조사하여 보아야 할 주의의무가 있다고 판시하고 있다.

3) 시사점

중개업자는 중개업무와 관련하여 선량한 관리자의 주의와 신의성실로써 매도 등 처분하려는 자가 진정한 권리자와 동일인지의 여부를 부동산등기권리증, 부동

63) 이 판례에 대한 평석으로는 홍성무, “부동산중개업자의 의뢰인에 대한 주의의무”, 「대법원판례해설」 통권 제19-1호, 법원도서관, 1993.12, 179면 이하.

산등기부등본, 주민등록증 등을 정확하게 확인하여 거래사고의 예방에 만전을 기해야 할 것이다.

第3節 不動産 去來事故의 實態와 類型

I. 부동산 거래사고의 실태

부동산 거래활동에서 부동산 자체에 어떤 하자가 있는 경우에 이를 사전에 발견하지 못하고 거래가 완결되는 것을 부동산 거래사고라는 것은 앞에서 살펴본 바와 같다. 여기서 부동산 거래사고는 법률적 활동에서 발생하는 사고뿐만 아니라 경제적·기술적 활동에서 발생하는 사고까지 포함하는 개념이다.⁶⁴⁾ 종래에는 부동산 거래사고의 의미를 타인의 소유권을 사취하거나 이른바 법률적 활동에서 발생하는 사고로 국한하여 좁은 의미로 해석하여 왔으나, 오늘날에는 경제적·기술적 측면까지 포함하는 넓은 개념으로 해석하고 있다.⁶⁵⁾

1. 일반적 거래사고 실태

부동산 거래는 경제활동뿐만 아니라 사회활동이나 생산활동에 필요 불가결한 활동이 하나이며, 많은 부분에서 파생적 활동을 수반하게 되며, 법률관계가 극히 복잡하고 단계적 절차로 행해지기 때문에 거래를 둘러싼 분쟁이 빈발할 수밖에 없는 실정이다.

이러한 부동산 거래는 본원적으로 사고가 발생하여 관계가 악화되는 경우가 많다. 현대 사회는 구조가 세분화, 다원화 되면서 이를 관리하기 위한 행정시스템의 기술이 발달하고 부동산의 가치는 더욱 증대되고 있으나 거래시스템의 불완전성 내지는 제도의 미비로 인한 분쟁, 특히 거래계약 체결 이후 발생하는 사고에 대한 분쟁이 끊이지 않고 있다.

아래 <표-1>의 한국공인중개사협회 자료에 의하면 최근 5년간 접수된 공제

64) 황현, 전계논문, 63-73면.

65) 김영진, 전계서, 78면.

금 청구건수는 보상심의위원회로의 청구가 688건, 21,046,009,000원에 이르며, 협회를 연대피고로 한 소송으로의 청구는 999건, 78,792,786,000원으로 총 1,687건 99,838,795,000원에 이르고 있다. 이는 2008년도 총 291건, 14,854,145,000원이 청구되었던 것에 비하면 2년이 지난 2010년도에는 총 357건, 28,223,378,000원이 청구되어 공제금 지급청구 건수는 22%, 청구금액은 245% 증가하였다.⁶⁶⁾

<표-1> 최근 5년간 공제금 청구현황

(2010. 12. 31. 현재, 단위 ; 건, 천원)

연도	소송청구		직접청구(보상청구)		계	
	건수	금액	건수	금액	건수	금액
2006	154	9,129,647	207	5,719,314	361	14,848,961
2007	171	9,609,922	168	4,900,000	339	14,509,922
2008	160	11,153,213	128	3,700,932	291	14,854,145
2009	235	23,563,341	107	3,838,047	342	27,401,388
2010	279	25,336,662	78	2,886,716	357	28,223,378
계	999	78,792,785	688	21,045,009	1690	99,838,795

자료 : 한국공인중개사협회 2006-2010 거래사고 접수 자료

<표-2> 부동산거래사고 유형별 실태

구분	2008	2009	2010	합계	
				건수	%
부동산 범죄	57	39	41	137	20
중개보조원 사고	46	35	51	132	19
중개대상물 확인·설명 의무위반	65	53	74	269	40
대리권 흠결	13	23	22	58	9
이행과정의 사고	34	22	2	58	9
중개사의 책임특약	6	7	4	17	3
소계	221	179	194	671	100

자료 : 한국공인중개사협회 2008-2010 거래사고 접수 자료

2. 유형별 거래사고 실태

부동산 거래사고의 실태는 <표-2> 에서 보는바와 같이 중개대상물 확인·설명

66) 임동진·정재호, “부동산 거래안전성 제고방안 연구”, 「부동산정책연구」 제12집 제1호, 2011.6, 131-132면.

의무 위반이 40%로 가장 많았고, 부동산 범죄가 20%, 이행과정의 사고가 9%순으로 나타났다. 따라서 중개업자가 중개대상물 확인·설명 의무만 정확하게 확인하여 작성하고, 거래당사자에게 성실하게 설명했다면 거래사고의 상당부분을 줄일 수 있었을 것으로 판단된다.

한편, 2004년~2006년까지 한국소비자원에 접수된 부동산 관련 소비자불만상담 1,709건을 분석한 결과를 보면 <표 3>에서 보는 바와 같이 첫째 거래계약, 계약금(위약금) 반환 관련 불만이 21.7%(370건)로 가장 많이 차지하고, 둘째 중개사고로 인한 손해배상 관련 불만이 21.4%(366건), 부동산거래 광고 관련 불만이 10.9%(186건), 면적상이 등 중개대상물의 하자 관련 불만이 6.4%(109건)등으로 나타났다. 상담접수건(11,709건)중 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 야기하여 배상책임을 부담할 여지가 있다고 볼 수 있는 것은 약 57.3%(980건)로 추정된다.

<표 3> 부동산 거래 관련 소비자 불만상담 유형⁶⁷⁾ (단위: 건, %)

유형		건수			
		계	2006	2005	2004
공 제 금 청 구 관 련 불 만	거래계약, 위약금 및 계약금 반환 관련	370(21.6)	132	112	126
	경매, 사기 등 손해배상 관련	366(21.4)	90	127	149
	면적상이 등 대상물 하자	109(6.4)	45	32	32
	소유자상이, 계약하자 등	68(4.0)	43	19	6
	중개인의 불법행위 관련	44(2.6)	14	24	6
	세금 관련	23(1.3)	9	10	4
	소계	908(57.3)	333	324	323
매매광고 관련 불만		186(10.9)	12	22	152
감정평가, 시세확인 등 비용청구불만		87(5.1)	32	38	17
부동산 투자 권유 관련 불만		69(4.0)	8	10	51

67) 한국소비자원, 「부동산중개공제의 문제점 및 개선방안」, www.kca.go.kr, 분쟁조정1국 거래조사팀, 2007.

매매가격 관련 불만	61(3.6)	13	16	32
절차불이행, 연락두절 등	19(1.1)	8	6	5
관리비 및 이사 관련	22(1.3)	11	9	2
기타	285(16.7)	102	93	90
합계	1,709(100)	519	518	672

II. 부동산 거래사고의 유형

부동산 거래사고의 유형은 사고발생 원인의 관점에서 파악하는 것으로써 결과적으로 어떠한 침해형태로 나타나는가 하는 관점에서 살펴볼 수 있다. 즉 법률적, 경제적, 기술적, 거래적(유통적) 하자는 각각의 침해별 형태로 나타낼 수 있을 것이다. 따라서 거래사고를 거래상 하자의 존재가 어떤 측면에 기인하느냐에 따라서 법률적 측면의 거래사고, 경제적 측면의 거래사고, 기술적 측면의 거래사고, 거래적 측면의 거래사고로 분류하여 그 내용을 고찰할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾

첫째, 법률적 측면의 거래사고는 부동산과 관련된 공·사법적 측면에서 문제가 되는 유형의 사고이다. 즉 협의의 권리관계를 중심으로 하여 광의의 권리관계 등에 대한 조사·판단 등이 미진하여 거래 당사자에게 불측의 손해를 가져오는 경우이다.⁶⁹⁾ 또한 부동산 이용이 불가능한 경우 등도 있으며, 공법 즉 부동산과 관련된 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법, 건축법, 농지법 등과 관련된 거래사고가 나타날 수 있다. 부동산 공법상의 법률적인 사고의 경우 예를 들면, 허가제로 인한 거래절차의 착오, 지역·지구제의 내용에 대한 판단착오, 건축규정의 미확인으로 인한 건축계획의 차질, 농지취득의 제한 등 기타 관련 공법들의 적극적인 규제 및 이용제한으로 인하여 진정한 목적 수행의 차질이나 포기를 유발하여 부동산 거래사고로 발전하기도 한다.

둘째, 경제적 측면의 거래사고는 부동산 거래시 매매가격의 합리적이지 못하고 일방이 과도한 손실을 보는 경우이다. 거래대상 부동산에 대한 합리적이고 적정

68) 이교하, “에스크로우 제도 및 확인·설명제도를 통한 부동산 거래사고 예방에 관한 연구”, 한남대학교 대학원 박사학위논문, 2009, 86면; 정미애, 전제논문, 21면.

69) 김천향, 전제서, 157면.

한 가격에 대한 판단은 일반인이 납득할 수 있는 객관적인 가격이어야 한다. 거래 가격이 비합리적이고 불법적으로 형성될 수밖에 없는 원인으로 우리나라 부동산 거래시장의 특성에서 찾아볼 수 있다. 즉 국지적인 시장성과 부동산 거래정보가 비공개적으로 이루어지고 있으며, 거래대상 부동산이 제각기 개별성을 지니고 있고, 부동산 거래시장이 선진화나 조직적이지 못하고 부동산 거래시장이 수요와 공급의 비탄력적이기 때문이다.

셋째, 기술적 측면의 거래사고로는 거래대상 부동산의 자체의 문제점으로 야기되는 고정성이나 곤란성, 일체성 등으로 인해 야기될 수 있는 거래사고이다. 그리고 거래대상 부동산 자체의 기술적인 한계로 인하여 발생하는 부동산 거래사고이다. 즉 토지의 비효율적인 사용, 건축물의 부실 및 비적정 규모로 인한 손실, 노후화로 인한 하자 등은 기술적인 해결의 한계를 보여주는 것이다.

넷째, 거래적 또는 유통적 측면의 거래사고의 유형은 부동산의 경제적인 측면과 밀접하게 연관되는 사고이다. 부동산이 매매의 목적으로 시장에 의뢰되면 당연히 표준적인 거래시간에 매매가 되어야 하는 것이 사회적, 개인적 요청이다.⁷⁰⁾ 매매계약의 시간차는 매도인에게는 정신적, 금전적인 피해를 가져올 수 있고, 개인적인 필요성에 의해 부동산 시장에 매매가 의뢰되어 적당한 시기에 계약이 성립되어야 하지만 부동산시장에는 여러 가지 요인으로 시간적인 간격이 생길 수밖에 없어서 이로 인한 거래사고도 유발되는 것이다. 부동산의 거래에 소요되는 기간은 국가와 지역에 따라 다르지만 주택의 경우 미국에서는 약 3개월, 일본은 약 4개월로 되어 있으며, 우리나라는 아직 조사된 바는 없으나 위의 경우와 비슷할 것으로 생각된다.⁷¹⁾

또한, 거래적 측면의 거래사고가 발생하는 사례를 살펴보면, 매매가격이 불균형인 경우, 당사자들의 시행착오, 매매정보의 비공개, 대상 부동산의 하자 등으로 인해 당사자들은 합리적인 매매가격의 접근이 지연되고, 또한 거래절차의 지연으로 인해 발생 가능한 사고 등이다.⁷²⁾

70) 김친향, 전계서, 159면.

71) 김영진, 전계서, 78면.

72) 김부영, “부동산 중개사고와 손해배상 책임에 관한 연구 :중개대물의 확인·설명 의무 위반을 중심으로”, 전남대학교 행정대학원 석사학위논문, 2005, 16-18면.

1. 법률적 측면의 거래사고

(1) 권리의 취득불가능

어떤 권리의 취득을 목적으로 하는 부동산활동에 있어 권리의 전부 또는 일부를 적법하게 취득할 수 없게 되는 거래사고의 유형이다. 이러한 거래사고는 정상적인 거래계약 후에 취득 불가능의 상태로 권리관계가 조작되는 일도 있고, 사기에 의한 부동산의 거래에서 비롯되어 원인무효에 의한 취득불능으로 나타나는 것도 있다. 이는 대상 부동산의 소유권 등에 어떤 하자가 있었거나, 권리의 취득 과정에 법률상의 하자가 있는 경우에 발생된다. 주로 부동산등기의 공신력 결여가 주요 원인이 되는 경우이다. 그리고 때로는 공법상 필요한 확인절차를 잘못 파악 하였거나, 필요한 절차를 거치지 않음으로서 권리의 취득이 원활하지 않는 경우도 있다.⁷³⁾

권리의 취득 불가능한 경우를 살펴보면, 매매계약한 대상 부동산의 등기가 위조되거나 권리취득 원인행위의 무효 또는 취소 등의 문제로 매수자의 완전한 권리취득에 제한을 받는 경우가 대표적인 경우이다. 이는 등기상의 하자로 매수자는 사법부나 등기공무원에 대한 손해배상청구권이 인정되고 있으나 우리나라는 등기의 공신력 결여와 형식적 심사주의를 채택하고 있으므로 국가를 상대로 한 피해보상은 거의 불가능한 실정이다.⁷⁴⁾

(2) 인수의 불가능

부동산 거래에 있어서 등기부상 소유권을 취득하였지만 현실적으로 목적물의 전부 또는 일부를 인수할 수 없게 되는 거래사고의 유형이다.⁷⁵⁾

이를 세 가지로 나누어 보면, 첫째, 대상 부동산의 소유권 이전등기가 어려운 경우, 둘째, 대상 부동산의 점유자가 유치권(민법 제320조)이나 점유권을 행사하는 경우, 셋째, 기타 불법적으로 점유를 당하는 경우 등이 있다.

나아가 소유권 등의 권리는 취득하였으나 그 부동산이 불법 점유되어 있는 등

73) 김영진, 전제서, 79면.

74) 김창현, “부동산 거래사고 예방에 관한 연구”, 고려대학교 정책대학원 석사학위논문, 2006, 100면.

75) 방경식·장희순, 「부동산학총론」, 부연사, 2011, 393면.

의 사유로 현실적인 인수가 원활하지 않는 경우도 있으며, 등기부상 미등기된 권리의 출현으로 매수자가 인수에 곤란을 겪거나 불가능한 경우가 존재할 수 있다. 예를 들어 유치권이나 법정지상권 분묘기지권 경작권⁷⁶⁾ 등의 관습법상 인정되는 물권의 경우이다.⁷⁷⁾

이와 같은 경우 형식상으로 권리의 인수는 가능하나 실질적으로 권리의 인수에는 심각한 장애를 주거나 불가능하게 할 수 있다. 특히 유치권은 기점유자가 대상 부동산의 가치증가에 기여한 보상(유익비)을 요구하거나 유지 및 관리의 보상(필요비) 등을 요구하면서 지속적인 점유를 행사할 때에는 매수자는 인수 지연 및 경제적 손실로 인한 피해를 볼 수밖에 없다. 따라서 부동산 거래시 이와 같은 권리의 인수가 의심될 때에는 전문가의 도움을 받거나, 관계기관에 확인하여 사전에 발견하거나 사고 가능성에 대비하는 인식을 갖는 것이 이러한 거래사고를 최소화하는 방법이 될 것이다.

(3) 이용의 불가능

부동산 거래에 있어서 소유권 등의 취득에는 아무 문제가 없으나 목적물의 이용이 불가능한 거래사고의 유형이다. 즉 권리는 취득하였으나 공·사법상의 규제나 제한으로 인하여 소기의 이용이 불가능하거나 순조롭지 않은 경우이다.⁷⁸⁾

1980년대부터 정부는 부동산 투기의 방지라는 명목으로 부동산 관련 법률의 규제를 강화하면서, 즉 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도시개발법, 도시 및 주거환경정비법, 건축법, 농지법, 부동산등기 특별조치법 등이 토지의 이용 개발 측면보다는 규제와 제한에 중점을 두고, 또한 토지공개념을 도입하여 부동산의 보유나 거래과정에 2중, 3중의 규제와 제한을 가하였고 이로 인하여 거래 당사자들은 권리의 취득 후 이용에 많은 문제점이 발생되고 있다.⁷⁹⁾

(4) 부동산 등기부상의 표시 면적과 실제 면적이 다른 경우

대상 부동산의 등기부상의 표시면적과 실제 면적이 크게 차이가 남으로 인하

76) 대법원 1981.2.24. 선고 80다2811 판결.

77) 박윤직, 전계서, 18면; 김상찬, 전계서, 22면.

78) 김영진, 전계서, 79면.

79) 방경식·장희순, 전계서, 393면.

여 발생하는 거래사고의 유형이다.

현행 부동산등기부는 부동산에 관한 물권변동을 공시하는 장부로서 사유재산권의 보호 및 거래안전을 도모하기 위한 것이고, 대장(토지대장, 건축물대장 등)은 부동산 자체의 현황을 명확히 파악하기 위한 장부로서 원래 조세의 부과 및 징수를 목적으로 하는 것이다. 따라서 동일한 부동산에 대해 두 장부의 기재가 반드시 일치되어야 함에도 불구하고 현실적으로 등기와 공부의 관리에 관한 담당기관이 다르고, 따라서 등기와 공부상의 부동산 표시가 상이한 경우가 발생하여 많은 불편을 초래하고 있다. 즉, 등기부와 대장사이에 불일치가 있는 경우 이러한 사실을 모르고 등기부 상에 표시된 부동산의 현황만을 믿고 거래한 거래당사자는 불측의 손해를 입을 수밖에 없다.

실제로 2011년 기준, 국토해양부가 등록필지수를 조사한 결과에 의하면 전국 총토지 3,760만 필지 중 사정, 미복구 등으로 71만 필지는 미등기토지로 되어 있으며, 이미 등기된 토지 중에서도 토지대장, 건축물대장과 등기부가 서로 일치하지 않는 경우도 있는 것으로 파악되었다.⁸⁰⁾

(5) 공용징수나 징발의 대상이 된 부동산의 취득

대상 부동산이 토지수용법⁸¹⁾에 의한 수용이나 징발법에 의한 징발의 대상이 되어 있는 경우에 그러한 사실을 알지 못하고 소유권을 취득함으로써 발생하는 거래사고의 유형이다. 즉 수용의 대상이 된 경우에는 조만간 그 권리를 잃게 되고, 징발의 대상이 된 경우에는 이용이 불가능하거나 순조롭지 않는 경우가 있다. 그 원인은 수용 등의 대상을 사전에 공시하는 수단이 불완전하기 때문이다.⁸²⁾

그리고 산업화가 급속도로 진행되는 과정에서 대량의 공업용지나 주거용지를 필요로 하게 되었고, 또한 각종 도시기반시설 등 사회간접시설이 급속도로 진행이 이루어졌다. 이에 토지의 수용이 빈번하게 이루어지는데 도시계획사업은 사업시행 전에 고시를 의무화하고 있어서 대상 부동산 거래시 조금만 주의를 기울이

80) 정승호, 「부동산 권리분석 이론」, 부연사, 2004, 629-630면.

81) 법률 제6656호, 2002.2.4, 폐지.

82) 김영진, 전계서, 79면.

면 충분히 수용여부를 확인할 수 있다. 그러나 도시계획의 변경예정지역이나 도시계획 이외의 지역에서는 그 수용여부를 사전에 인지하기란 극히 어렵다. 또한 투기적인 거래를 막고자 철저히 보안을 유지하고 있어서 실제 거래 전에 확인하기도 어렵다. 따라서 이러한 대상이 되는 물건의 거래는 종종 사고로 이어지는 경우가 많다.⁸³⁾

(6) 부적법한 건물 등의 취득

일정한 건물 등이 건축법 기타 법률상 적법하지 않고 현재 또는 미래에 불리한 요인이 내포되어 있음에도 그 사실을 알지 못하고 건물 등 부동산을 취득함으로써 발생하는 거래사고의 유형이다.⁸⁴⁾

건물을 취득함에는 그 목적물이 건축법을 비롯하여 도로법, 소방법, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등 기타의 제 규제법령에 저촉됨이 없이 적법한가의 여부를 조사, 확인하는 등 거래에 신중을 기해야 한다. 이러한 유형의 거래사고가 일단 발생하면 부적법한 부분의 보완이나 개·보수 또는 사용제한을 비롯하여 심지어는 철거당하는 경우까지 있어서 사전에 반드시 확인이 필요한 경우이다.⁸⁵⁾

예를 들면, 건축법상 불법건축물 여부, 최소대지면적, 일조권, 건폐율, 용적률 등 여러 가지 요소가 확인 대상이며, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 미관지구, 고도제한지구, 지구단위계획구역, 개발제한구역 등에서도 제한규정이 존재한다. 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률상의 제한, 소방법상의 제한, 학교보건법상의 제한 등 무수히 많은 개발행위 관련 제한규정이 사유재산의 권리를 제한하고 있으므로 매수자는 대상목적물에 대한 제한규정을 사전에 관계전문가의 도움이나, 허가청에 확인을 하여 자신의 거래 목적에 부합되는지 여부를 철저히 확인하여야 할 것이다.⁸⁶⁾

(7) 과다하거나 불합리한 세금부담

조세의무자(매수인 등)가 세법의 부지 등 기타의 원인에 의하여 과다한 세금을

83) 방경식·장희순, 전게서, 393-394면.

84) 이교하, 전계논문, 90-91면.

85) 방경식·장희순, 상게서, 394면.

86) 윤현중, 전계논문, 101면.

부담하는 경우이다. 때로는 매도인의 미납액에 대한 납세의무를 본의 아니게 매수인이 승계하게 되는 경우도 있다. 그러나 한편으로는 이와 같은 조세의 부담은 실제 부담보다도 더 많게 매매대금으로 전가시킴으로 인해 상당부분 부동산거래 가격의 상승을 유발시키는 요인이 되어 거래에 어려움을 초래하기도 한다.⁸⁷⁾

2. 경제적 측면의 거래사고

경제적 거래사고는 부동산 거래시 대상 부동산의 매매가격이 불합리하게 반영되는 경우로써 대상 부동산의 거래가격뿐만 아니라 임대료 등의 부적정한 경우를 말한다. 이처럼 매매가격 등이 합리적이지 못하고 왜곡되는 경우가 발생하는데 그 원인으로서는 다음과 같은 부동산 시장의 특성에서 찾아볼 수 있다.⁸⁸⁾ 첫째, 국지적인 시장성을 갖고 있다. 즉 부동산의 지리적 특성인 고정성으로 인해 공간적 적용범위가 일부지역에 국한되는 특징이 있다. 둘째, 거래의 비공개성이다. 부동산 거래시 세금부담이나 기타 관행으로 개인의 정보를 최소한으로만 공개 또는 노출시키려고 한다. 셋째, 대상물이 비표준성을 갖고 있다. 거래 대상 부동산, 특히 토지의 경우에는 개별성이 강해서 규격화가 불가능하다. 이러한 특성으로 대체성이나 수급조절이 원만하지 못하다. 즉 부동산 가격은 비탄력적이기 때문이다. 넷째, 시장이 비조직적이다. 부동산 시장의 운영형태가 제한적이고, 제약이 심해 유통거래에 대한 정보가 비공개적으로 흐르고, 또한 부동산 시장의 조직화를 어렵게 하고 있다.⁸⁹⁾

3. 기술적 측면의 거래 사고

기술적 측면의 거래사고의 원인은 대상 부동산 자체의 문제점으로 야기될 수 있는 경우이다. 즉 대상 부동산의 고정성이나 복잡성 등으로 인하여 발생가능한 부동산 거래사고이다. 즉 토지의 비효율적인 사용, 건축물의 부실 및 비적정 규

87) 윤현중, 전제논문, 109면.

88) 이교하, 전제논문, 91면.

89) 고덕철, 전제논문, 18면.

모로 인한 손실, 집단개발의 장애 등은 기술적인 해결의 한계를 보여주는 것이다. 그리고 기술적 측면에서의 건물은 수명이 정해져있기 때문에 시간의 경과에 따른 노후화, 자연재해 등의 원인으로 건물에 하자가 발생하게 되는 경우이다.⁹⁰⁾

부동산이 기술적 측면에 하자가 발생하여 나타나는 거래사고의 유형에는 건물의 견고성, 내구연수 등에 대한 판단을 잘못된 경우, 설계·설비 등에 하자가 있는 경우, 기타 물리적·기능적인 하자가 있는 경우 등이다.⁹¹⁾

4. 유통적 측면의 거래사고

유통적(거래적) 측면의 사고유형은 부동산의 경제적 가치평가와 밀접하게 연관되어지는 사고 유형이다. 부동산이 거래의 목적으로 시장에 출품되면 당연히 표준적인 거래시간에 매각이 되어야만 하는 것이 사회적·개인적 요청이다.⁹²⁾ 매매의 시간차는 대상 부동산의 매도인에게 막대한 정신적, 금전적인 피해를 가져올 수 있다. 매도인은 개인적인 필요성에 의해 부동산 매매시장에 대상 부동산의 매각을 의뢰한다. 의뢰된 중개대상물은 적당한 시기에 매매되어야 하지만 부동산 시장은 여러 가지 요인으로 시간적인 간격이 생길 수밖에 없어서 이로 인한 거래사고가 발생하는 경우이다. 부동산의 거래적인 원인으로 발생 가능한 몇 가지 유형을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 매매가격이 부적정한 경우, 즉 매도인이나 매수인이 각자의 입장만을 고려한 나머지 매각이 가능한 가격보다 상이한 가격을 제시한 연유로 매매가 지연되는 경우이다. 둘째, 당사자들이 시장환경을 착오한 경우, 즉 가격이 폭등하는 시기의 매매가격이나, IMF시기와 같이 가격이 폭락하는 시기의 시장상황을 정확히 인지하지 못하는 경우이다.⁹³⁾

셋째, 매매정보의 비공개, 즉 유사부동산과 매매가격이나 조건을 비교·분석을 하려고 해도 정보의 비공개 등의 이유로 객관적인 상황을 확인하기가 곤란하여 발생하는 경우이다. 넷째, 대상 부동산의 하자 등으로 인해 당사자들은 합리적인

90) 이교하, 전제논문, 92-93면.

91) 김영진, 전제서, 81면.

92) 김천향, 전제서, 160면.

93) 이현우, “부동산 거래사고의 실태와 법·제도적 개선방안에 관한 연구”, 한양대학교 도시대학원 석사학위 논문, 2010, 51-52면.

매매가격의 접근이 지연되고 또한 거래절차의 지연으로 발생하는 경우 등이 있다.⁹⁴⁾

94) 김창현, 전제논문, 107면.

第3章 부동산 去來段階別 事故 分析

第1節 契約의 成立段階에서의 去來事故

I. 계약당사자의 착오

우리 민법에서 착오란 의사와 표시의 불일치를 표의자가 모르고 하는 의사표시를 말한다. 즉, 객관적 사실에 대한 인식에 잘못이 있는 것을 일반적으로 착오라 한다.⁹⁵⁾ 동기의 착오가 법률행위의 중요부분의 착오에 해당함을 이유로 표의자가 법률행위를 취소하려면, 그 동기가 당해 의사표시의 내용으로 삼을 것을 상대방에게 알리고, 의사표시가 해석상 법률행위의 내용으로 되어 있다고 인정되면 충분하며, 당사자들 사이에 별도로 그 동기를 의사표시의 내용으로 삼기로 하는 합의까지 이루어질 필요는 없다. 그러나 그 법률행위 내용의 착오는 보통 일반인이 표의자의 입장에 섰더라면 그와 같은 의사표시를 하지 않았다고 여겨질 정도로 그 착오가 <표 4>에서와 같이 중요한 부분에 관한 것이어야 한다. 예컨대, 토지의 현황과 경계에 관한 착오(농지인 줄 알았는데 대부분 하천부지인 경우)는 중요부분의 착오로 인정할 수 있어 취소할 수 있으며,⁹⁶⁾ 토지의 면적, 지목, 현황 등에 관한 착오에서 매수 토지 또는 주택의 실제 면적이 계약상의 면적과 다소 차이가 있는 때에는 중요부분의 착오라 할 수 없다.⁹⁷⁾ 이와 관련한 대법원 판례에서는 건물에 대한 매매계약 체결 직후, 건물이 건축선을 침범하여 건축된 사실을 알았으나 매도인이 법률전문가의 자문에 의해 준공검사가 완료된 건물이므로 매수인이 건물이 철거되지 않으리라고 믿는 것은 매매계약과 관련하여 동기의 착오라고 할 것이지만, 한편 매도인이 적극적인 행위에 매수인이 착오에 빠지게 된 점, 매수인이 그 건물이 일부가 철거되지 아니할 것이라고 믿게 된 경위 등 제반사정에 비추어보면 착오는 매수인이 중대한 과실에 기한 것이라고 할 수 없다.⁹⁸⁾

95) 일반적으로 착오는 법률상 고려되지 않으나, 민법상의 착오는 법률상 고려되는 착오라는 점에서 차이가 있다(한삼인, 전계서, 343면).

96) 대법원 1974.4.23. 선고 74아5467 판결.

97) 대법원 1956.2.23. 선고 4288민상558 판결.

<표 4> 착오의 중요부분에 대한 분류⁹⁹⁾

목적물의 착오	목적의 동일성	일반적으로 중요부분의 착오에 해당한다(예: 농지인줄 알고 매입하였으나 상당부분이 하천을 이루고 있거나 집을 지을 수 있는 토지인줄 알았으나 그렇지 않은 경우).
	물건의 성질과 내역	일반적으로 동기의 착오이나, 그것이 거래의 중요한 의미를 가지고 또한 표시된 때에만 중요부분의 착오가 된다(예: 광구의 품질이 좋은 줄 알았는데 그렇지 않은 경우 등).
	물건의 수량과 가격	일반적으로 착오의 문제가 되지 않으나, 거래상 중요한 것으로 되는 경우만 중요부분의 착오에 해당한다.
	법률상태	2심에서 승소판결이 있는 것을 모르고 화해한 것과 같은 경우, 중요부분의 착오가 된다.
사람의 착오	사람의 동일성	임대차, 증여 등에서 중요부분의 착오가 된다. 그러나 현실매매와 같은 경우에는 상대방이 누구인가는 의미가 없으므로 중요부분의 착오가 되지 않는다.
	사람의 신분, 경력, 재산상태 등	객관적으로 중요한 의미를 가지는 경우, 중요부분의 착오가 된다.
법률행위의 성질에 관한 착오	차임을 지급하는 임대차를 무상의 사용대차로 잘못 안 것과 같은 경우는 중요부분의 착오이다.	

이와 같이 착오가 표의자의 중대한 과실로 인했을 때에는 취소하지 못한다. 여기서 ‘중대한 과실’이라 함은 표의자의 직업, 행위의 종류, 목적 등에 비추어 보통 요구되는 주의가 현저히 결여되는 것을 의미한다.¹⁰⁰⁾ 한편 다른 판례에서도 거래 당사자 사이의 권리의 득실변경에 관한 행위의 알선을 업으로 삼고 있어 고도의 직업적인 주의의무를 부담하고 있는 부동산중개업자의 지위나 중개행위를 함에 있어 고의 또는 과실로 거래 당사자에게 재산상의 손해를 받게 할 때에는 그 손해를 배상하도록 한 구 부동산중개업법 제19조의 규정에 비추어 보면, 부동산중개업자에게 중개를 의뢰하여 매매 등의 계약을 체결하는 일반인으로서

98) 대법원 1997.9.30. 선고 97다26210 판결.

99) 정미애, 전계논문, 35면; 김연순, 전계논문, 51면; 이현우, 전계논문, 59-60면.

100) 대법원 2003.4.11. 선고 2002다70884 판결.

는 부동산중개업자가 전문적인 지식과 경험을 가진 것으로 신뢰하고 그의 개입에 의한 거래 조건의 지시, 설명에 과오가 없을 것이라고 믿고 거래하는 것이라는 점, 매수인이 중개업자의 말을 믿어 착오에 빠지게 되었지만 중개업자가 착오에 빠지게 된 과정에 명확하게 당해 점포를 지적하지 아니하였던 매도인의 잘못도 개입되어 있는 점, 중개인을 통하여 하는 매매 거래에 있어 언제나 매수인 측면에서 매매 목적물을 현장에서 확인하여야 할 의무까지 있다고 할 수 없을 뿐만 아니라 매매 당사자에게 중개업자가 매매 목적물을 혼동한 상태에 있는지의 여부까지 미리 확인하거나 주의를 촉구할 의무까지는 없다고 할 것인 점 등 매매 중개와 계약 체결의 경위 및 부동산 매매 중개업의 제반 성질에 비추어 볼 때, 매수인이 다른 점포를 매매계약의 목적물이라고 오인한 과실이 중대한 과실이라고 단정하기 어렵고, 매수인과 매도인 쌍방을 위하여 중개행위를 한 중개업자 스스로 매매계약의 목적물을 다른 점포로 오인한 채 매수인에게 알려 준 과실을 바로 매수인 자신의 중대한 과실이라고 평가할 수도 없다고하여 부동산중개업자가 다른 점포를 매매 목적물로 잘못 소개하여 매수인이 매매 목적물에 관하여 착오를 일으킨 경우, 매수인에게 중대한 과실이 없다고 판시하고 있다.¹⁰¹⁾

II. 사기·강박

우리나라 부동산거래 중에서 특히 사회적으로 부도덕적이고, 윤리를 벗어난 거래사고로 사기·강박에 의한 거래를 지적할 수 있으며, 이는 개인적으로나 사회적으로 비난받을 수 있는 행위일 뿐만 아니라 그 피해가 날로 심각해 가고 있는 실정이다.¹⁰²⁾

1. 매매 사기 사례

101) 대법원 1997.11.28. 선고 97다32772,32789 판결.

102) 정미애, 전제논문, 36면; 고미자, “부동산 거래사고의 예방대책에 관한 연구”, 군산대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 28-29면; 고덕철, 전제논문, 54-56면.

A는 1995년 5월 16일 허가명의인의 피고인 김포시 사우동 384의1에 있는 금수강산 공인중개사 사무실에서 C의 중개에 의하여 B로부터 김포시 사우동 857 삼보아파트를 매매대금 1억1천500만원에 매수하기로 하고, 계약금 800만원은 계약당일에, 중도금 3,000만원은 1999년 5월 21일에, 잔금 7,700만원은 같은 해 6월 30일에 지급하기로 하는 계약을 체결하였다. A는 계약당시 B와 C가 이 아파트에 관한 부동산권리증서(등기필증)를 보여 주면서 이를 전매하는 것이라고 하고, 등기부등본 등을 확인하지 않았고, B에게 1999년 5월 16일 계약금 800만원과, 같은 달 20일 중도금 3,000만원을 지급하였다. 그 후 B와 C는 행방불명되었고, 위 B라는 사람의 인적사항 및 전화번호는 모두 허위임이 밝혀졌다.

A는 매도인인 B가 부동산권리증서를 보여주는 것을 믿고 그의 인적사항을 제대로 확인하지 아니한 채 이 사건 부동산을 매수하였다. 결국 이 부동산의 정당한 권리자인지의 여부를 제대로 확인하지 아니함으로써 계약금 및 중도금을 편취 당하였다.

한편, 피해자인 A뿐만 아니라 거래를 중개한 금수강산 공인중개사사무소의 대표인 피고도 부동산매매계약서상에 중개업자로 기재되어 그의 인감이 날인되어 있었기 때문에 금수강산 공인중개사사무소의 허가명의인으로서 위 C로 하여금 사무실을 중개 장소로 사용하게 한 잘못이 있어(구 부동산중개업법제19조 제2항) 피해자에 대한 손해배상을 부담하게 되었다.¹⁰³⁾

2. 매수인의 대출사기

매도인 A는 1억4천만 원에 전세권이 있는 아파트를 매매하기로 하고 중개사무소에 의뢰하였다. 공인중개사의 중개로 매수인과의 사이에서 매매대금 2억 6천 500만원으로 매매계약을 체결하였다. 계약금 500만원은 계약당일 지급하고, 중도금 1억 4천만원은 2개월 후에 전세보증금채무를 매수인이 인수하는 것으로 충당하며, 잔금 1억 2천만원은 3개월 후 매수인 앞으로 소유권 이전등기와 함께 매수인이 S은행에서 대출받아 온라인으로 매도인에게 입금하기로 하였다. 계약내용대로 매도인은 잔금을 지급받기 위하여 매수인이 부탁에 따라 매수인 앞으로 소

103) 강병기 외, 「부동산거래사례 및 분석과 예방」, 형설출판사, 2002, 56면.

유권이전등기를 경료해 주었다.

그러나 매수인은 소유권이전등기를 마치자 당일 S은행이 아닌 H은행에서 금 2억 원을 대출받으면서 채권최고액 2억 4천만 원으로 하는 근저당설정등기를 경료 하였다. 그럼에도 불구하고 매수인은 잔금을 지급하지 않고 차일피일 미루다가 잠적하였다. 결국 매수인은 계약금 500만원을 지급하고 2억원을 대출받았으므로 1억 9천500만원을 가지고 잠적한 것이다.

이는 전형적인 부동산 사기사건의 하나라고 볼 수 있는데, 매도인은 거래 경험의 부족과 급히 처분하려는 마음에서 신중하게 생각하지 못했기 때문에 빚어진 결과이다. 물론 중개사무소에 의뢰하였지만 중개업자로서도 원칙적으로 계약이행에 관한 부분은 당사자의 문제이기 때문에 책임질 사항은 아니다. 또한 매수인이 사기전과가 있는지, 계약이행을 할 의사가 없는지 여부도 특별한 사정이 없는 한 알 수 없다.

매도인은 사기당한 것을 알고 내용증명으로 계약 해제의 의사표시를 하면서, 부동산처분금지가처분신청을 하고 곧바로 소유권이전등기 말소등기청구소송을 제기하였다.

소송결과 매수인이 잔금을 지급하지 않은 상태이므로 승소하여 소유권 등기를 회복하였다. 그러나 매수인이 이미 그 아파트를 담보로 대출받은 채무에 대해서는 매매계약이 무효가 되고 매수인 앞으로 된 소유권이전등기가 말소되었다고 해서 소멸되는 것은 아니다. 매매계약이 해제되면 매매계약은 소급하여 무효로 되지만, 제3자의 권리를 침해하지 못하기 때문이다. 따라서 매수인에게 대출을 해 주고 근저당권설정을 한 H은행의 근저당권은 유효한 것이 된다. 매도인 앞으로 소유권이전등기가 회복되자 H은행은 근저당권을 실행하여 경매신청을 하였다. 결국 경매가 개시되어 2억 7,000만원에 낙찰 되었고, 낙찰대금은 채권자인 전세권자와 근저당권자인 H은행이 우선 배당받아 매도인인 소유자에게는 잔액이 없어 배당을 받지 못하게 되었다. 매도인으로서의 매매계약을 한 번의 잘못 체결로 평생 절약하여 구입한 아파트를 남의 손에 넘기게 되었다.

따라서 부동산을 처분할 때는 특별한 사정이 없는 한 잔금을 수령하면서 소유권이전등기에 필요한 서류도 동시이행으로 하여야 한다.¹⁰⁴⁾

104) 정미애, 전계논문, 38면; 이현우, 전계논문, 60-61면.

Ⅲ. 대리권의 흠결

실무에서는 부동산거래 계약시 본인의 위임을 받은 대리인과 계약을 하는 경우가 많으며 통상 공인중개사는 위임인인 중개의뢰인을 위하여 신의성실의 원칙에 입각하여 중개를 하여야 하므로 비록 타인의 위임장을 위조·행사한 자에게 기망 당하였다 하여도 본인의 위임사실은 인감증명서와 인감도장 등에 의해서 확인할 수 있으므로 이를 게을리 한 경우에는 대법원판례에 의하면 공인중개사에게도 책임을 부담시키고 있는 실정이다.¹⁰⁵⁾

1. 민법 제125조의 표현대리 성립과 관련된 사례

민법 제125조의 표현대리¹⁰⁶⁾에 해당하기 위해서는 상대방은 선의·무과실이어서 하므로 상대방에게 과실이 있다면 제125조의 표현대리를 주장할 수 없다. 대법원 판례에서 원고는 1994년 8월 2일 피고로부터 이 사건 오피스텔을 대금 87,682,647원 분양받기로 하는 계약을 피고를 대리한 소외 한진건설 주식회사의 과장인 소외 A와 체결하고 같은 날 계약금으로 액면금 3,000만원의 당좌수표 1매를 A를 통하여 피고에게 지급하고, 한편 원고는 중개업자 B에게 위 분양계약금 및 중도금, 잔금으로 합계 금 8,250만원을 교부하여 피고에게 지급하도록 하였으나 B는 위 계약금 이외의 나머지 돈을 피고에게 지급하지 않았다.

B는 피고 소유의 오피스텔은 분양업무를 대리하고 있던 소외 한진건설주식회사에게 오피스텔의 분양희망자를 중개하여 주고 그 대가로 위 회사로부터 수수료만을 지급받기로 하였다. 그리고 분양계약서의 작성 및 분양대금의 수납은 위 회사에서 직접 관리하여 왔던 점(원심의 한진건설주식회사에 대한 사실조회 결과)과 원고가 B에게 수차례 지급한 매매대금에 대한 영수증이 피고나 위 회사의 명의로 발행되지 아니하고 B 명의로 발행되었으며 B는 오피스텔을 분양받고자

105) 대법원 2008.3.13. 선고 2007다73611 판결.

106) 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니한다(민법 제125조).

하는 자가 있으면 그를 오피스텔 내에 있는 회사 분양사무소로 데리고 가서 분양대금을 지급하고 피고 명의의 계약서를 작성하여 받아 오는 방식을 취하였다.

한편, 피고는 B에게 오피스텔에서 분양사무실을 차려놓고 분양계약권과는 구별되는 피고 측의 분양업무를 중개하도록 하고 B가 임의로 분양사업본부의 대표이사라는 명함을 사용하게 하였다.¹⁰⁷⁾

중개업자가 회사에 오피스텔의 분양희망자를 중개하여 주고 그 대가로 회사로부터 수수료만을 지급받기로 하였고 분양계약서의 작성 및 분양대금 수납은 회사에서 직접 관리하였으며, 중개업자는 오피스텔을 분양받고자 하는 자가 있으면 그를 오피스텔 내에 있는 회사 분양사무소에 데리고 가서 분양대금을 지급하고 회사 명의의 계약서를 작성하여 받아오는 방식을 취하였다. 또한 상대방의 매매계약서도 그러한 방식에 의하여 작성되었다면, 상대방이 중개업자에게 지급한 매매대금에 대한 영수증이 회사의 명의로 발행되지 아니하고 중개업자 명의로 발행된 경우, 오피스텔을 분양받으려는 상대방으로서는 본인에게 중개업자의 대리권 유무를 확인하여 보았더라면 그가 단순한 중개인에 불과하고 오피스텔의 매매대금을 수령할 대리권이 없다는 점을 쉽게 알 수 있었을 것이다. 그럼에도 불구하고 이를 게을리 한 과실이 있고, 나아가 본인이 중개업자에게 오피스텔의 분양중개를 부탁한 것을 가지고 오피스텔 분양에 관련한 어떤 대리권을 수여한 것이라고 볼 수도 없다고 보아 민법 제125조의 표현대리에 해당하지 않는다고 본 원심판결을 인용하였다.

따라서 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 원인되는 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로 특별한 사정이 없는 한, 매수명의자를 대리하여 매매계약을 체결하였다 하여 곧바로 대리인이 매수인을 대리하여 매매계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다.¹⁰⁸⁾ 그리고 판례도 같은 입장이다.¹⁰⁹⁾

2. 무권대리

107) 정미애, 전제논문, 39-40면.

108) 정미애, 상계논문, 40면.

109) 대법원 1997.3.25. 선고 96다51271 판결; 박승일, “부동산 거래사고의 예방대책에 관한 연구”, 동국대학교 경영대학원 석사학위논문, 2008, 65-67면.

(1) 사례1. 종중으로부터 토지를 매입한 경우 그 효력

종중 재산의 관리 및 처분 방법에서 종중재산 중 종중소유의 재산은 종중원의 총유에 속하는 것이므로 그 관리 및 처분에 관하여 먼저 종중 규약에 정하는 바가 있으면 이에 따라야 하고, 그 점에 관한 종중 규약이 없으면 종중 총회의 결의에 의하여야 하므로 대표자에 의한 종중 재산의 처분이라고 하더라도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 한 행위는 무효이다¹¹⁰⁾.

(2) 사례2. 처가 남편을 대리한 경우¹¹¹⁾

부부간의 서로 일상가사대리권이 있다고 하더라도 일반적으로 처가 남편이 부담하는 사업상의 채무를 남편과 연대하여 부담하기 위하여 남편에게 채권자와의 채무부담약정에 관한 대리권을 수여한다는 것은 극히 이례적인 일이라 할 것이고, 채무자가 남편으로서 처의 도장을 쉽사리 입수할 수 있었으며 채권자도 이러한 사정을 쉽게 알 수 있었던 점에 비추어 보면, 채무자가 채권자를 자신의 집 부근으로 오게 한 후 처로부터 위임을 받았다고 하여 처 명의의 채무부담약정을 한 사실만으로는 채권자가 남편에게 처를 대리하여 채무부담약정을 할 대리권이 있다고 믿은 점을 정당화 할 수 있는 객관적인 사정이 있다고 할 수 없다.¹¹²⁾

IV. 중개업자의 귀책사유

부동산은 거래 자체가 상대방이나, 또는 제3자에 의해 행하여지는 경우가 많으므로 잠재적인 위험성을 내포하고 있다. 따라서 거래당사자가 타인의 중개를 거치지 않고 직접 거래를 한다는 것은 사고를 발생할 수 있는 위험성이 높으므로 현행법상 부동산 전문가인 공인중개사에 의해 거래가 많이 이루어지고 있으며, 따라서 중개업자에 의한 부동산 거래사고도 빈번히 발생하고 있는 실정이다.¹¹³⁾

110) 대법원 2000.10.27. 선고 2000다22881 판결.

111) 대법원 1997.4.8. 선고 96다54942 판결.

112) 정미애, 전계논문, 41면.

113) 고미자, 전계논문, 20-21면; 정미애, 전계논문, 42-43면; 이재수, 전계논문, 67-68면; 김부영, 전계논문, 12-13; 김재관, 전계논문, 46면.

특히, 공인중개사법에서는 중개대상물에 대한 확인·설명은 중개행위에 있어 가장 중요한 부분으로 중개업자의 확인·설명서를 작성하여 거래당사자 쌍방에게 교부하도록 하고 있다(동법 제25조).

중개업자는 중개를 의뢰받은 경우에 중개가 완성되기 전에 중개대상물에 대한 기본적인 사항 등을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 의뢰인에게 성실·정확하게 설명하고, 토지대장·등기부등본 등 설명의 근거 자료를 제시하지 아니하거나, 중개대상물 확인·설명서를 교부하지 않거나, 3년간 보관하지 않는 경우와 확인·설명서에 서명·날인하지 아니 할 경우에는 중개업자의 경우 6월 이하의 업무정지에, 소속공인중개사인 경우 6월 이하의 자격정지에 처하여 질 수 있다(동법 시행령 제21조).

중개실무에서는 부동산에 근저당이 설정된 목적물의 매매나, 임대차를 중개하는 경우가 많다, 이 경우 문제는 중개업자가 의뢰인에게 근저당에 관한 확인·설명을 어디까지 해야 의무를 다했다고 볼 수 있는가 하는 점이다.

대법원은 근저당에 대한 확인·설명 의무의 한계, 근저당의 존재에 대하여 설명하였으나 실제 피담보채무액에 대한 잘못된 설명으로 인하여 의뢰인에게 손해를 준 경우 대법원 판례의 입장은 채권최고액까지 설명하면 되고 실제 채무액까지 조사·확인하여 설명할 의무는 없다는 입장이다.¹¹⁴⁾

1. 중개대상물 확인·설명의무의 위반¹¹⁵⁾

“부동산중개업자는 중개대상 물건에 근저당이 설정된 경우에는 그 채권최고액을 조사·확인하여 의뢰인에게 설명하면 족하고, 실제의 피담보채무액까지 조사·확인하여 설명할 의무까지는 있다고 볼 수 없으나, 부동산중개업자가 이에 그치지 않고 실제의 피담보채무액에 관한 그릇된 정보를 제대로 확인하지도 않은 채 마치 그것이 진실인 것처럼 의뢰인에게 그대로 전달하여 의뢰인이 그 정보를 믿고 상대방과 계약에 이르게 되었다면, 부동산중개업자의 그러한 행위는 선량한

114) 대법원 1999.5.14. 선고 98다30667 판결; 김준현·서우현, 「최신 부동산 중개사고 사례연구」, 한국공인중개사협회, 2008, 107-108면.

115) 대법원 1992.2.11. 선고 91다36239 판결; 대법원 2002.8.27. 선고 2000다44904 판결.

관리자의 주의로 성실하게 중개행위를 하여야 할 의무에 위반된다고 할 것이다.”
고 판시하였다.

피고가 원고와 소외 이모 사이의 원심 판시 임대차계약을 중개함에 있어, 이모로부터 중개대상물인 이 사건 부동산에 채권최고액 금 20,000,000원의 근저당권이 설정되어 있으나 일부 변제되어 피 담보채무액은 금 12,000,000원 정도 남아 있을 뿐이라는 말을 듣고 이를 제대로 확인하지 아니한 채 원고에게 그와 같이 설명하면서 아무 염려 없으니 이모와 임대차계약을 체결하라고 권고하여, 원고가 이를 믿고 이모와 원심 판시 임대차계약을 체결하여 그 판시와 같은 손해를 입은 사안에서 실무에서는 채무자 등을 통하여 실제 채무액까지 조사하여 설명할 때에는 정확하게 설명하여야 한다. 따라서 설명할 의무가 없는 사항이라면 그 사실을 분명히 알려주고 확인방법을 알려주는 것이 바람직한 중개라고 할 수 있다.¹¹⁶⁾

2. 공법상 이용제한의 미확인 또는 불고지

매수인이 대지를 구입하여 신축건물을 건축할 목적으로 중개업자에게 의뢰하여 벼가 심어져 있는 농지를 소개받고, 중개업자는 용도가 관리지역이고 도로 옆에 있는 토지이므로 벼 수확 후 건축이 가능하다고 하여 8,800 만원에 매매계약을 체결하고, 매매대금을 모두 지불하고 농지전용신청을 하였으나, 군사시설보호구역으로 건축이 불가하여 손해가 발생한 경우와¹¹⁷⁾ 용도지역은 자연녹지지역이지만 기반시설 등의 미비로 건축이 불가능하고, 토지거래허가지역임에도 불구하고 이를 숨기고 건축허가 등에 아무런 문제가 없는 것처럼 하여 매매계약을 체결하여 사고가 발생 하였다.¹¹⁸⁾

3. 포괄근저당의 채무확인 소홀¹¹⁹⁾

116) 김재관, 전제논문, 50면.

117) 청주지방법원 충주지원 2006.3.21 선고 2006가단3984 판결.

118) 서울민사지방법원 1994.4.27. 선고 94가단19943 판결.

119) 의정부지방법원 200.2.15. 선고 2004가단33872 판결.

공인중개사가 아파트에 대한 매매계약을 중개하여 2003년 3월 11일에 1억 7,150만원으로 매매계약을 체결하고, 국민은행의 채권최고액 1억 5,600만 원의 근저당 중 피담보채무액이 1억 2,000만원을 잔금과 상계하여 매수인이 인수하는 조건으로 계약금과 잔금을 지불하고 소유권이전등기를 한 후, 피담보채무를 인수하려고 은행에 찾아갔으나 근저당이 포괄근저당이어서 매도인의 기존 신용카드에 의한 2,000만원의 신용대출채무가 있어 이를 변제하지 않으면 채무인수가 불가능하고 경매가 실행될 수 있어 매수인이 신용대출 원금 및 이자, 신용카드 사용채무 등 31,141,140원을 대위변제하여 손해가 발생한 바, 공인중개사가 계약 체결시 매도인의 대리인으로부터 근저당권의 피담보채무액이 1억 2,000만원 뿐이라는 말을 듣고 설명한 경우, 이와 같이 ‘공인중개사법’에서는 중개사고가 발생하는 경우 중개업자의 고의나 과실에 따라 손해배상 청구를 할 수 있도록 규정하고 있지만 피해자의 입장에서는 손해배상청구를 하더라도 본인의 과실비율에 따라 보상금의 일부분이 과실상계되기 때문에 주의를 해야 한다. 따라서 위의 판례와 같이 중개사고가 발생한 경우 일반인이 재판과정에서 과실비율에 따른 손해액을 감수하여야 하므로 부동산거래시 공인중개사의 확인·설명만을 전적으로 신뢰하지 말고 본인도 직접 확인해야 할 주의의무의 이행에 소홀함이 없어야 한다는 점을 시사하고 있다.¹²⁰⁾

第2節 契約의 履行段階에서의 去來事故

I. 채무불이행과 계약해제 관련사고

부산 북구지역에 위치한 9개 회사 소속 무주택 근로자들이 각 회사별로 주택조합을 결성·연합하여 1998년 10월 4일 설립한 부산지역 근로자주택조합(이하 ‘조합’이라 한다)이 상가 건물을 건립하여 분양하였는데, A가 1990년 4월 16일 상가 건물 중 지하층 447.18㎡를 분양받아 그 중 285.7㎡를 B에게 전매하였고, B는 1991년 12월 6일 위 지하층 중 매수부분에 상응하는 285.7㎡/447.18㎡ 지분에 관하여 그 명의로 소유권이전등기를 경료 하였다.

¹²⁰⁾ 한국공인중개사협회, 전게서, 19면.

B를 비롯한 상가건물의 수분양자들은 1990년 10월경 C가 조합으로부터 상가 건물 중 3, 4층을 분양받아 그곳에 소비조합형식의 판매점을 개설하려는 계획을 추진하자 그 판매점에서 취급하는 업종이 자신들의 기존 업종과 중복되어 영업에 타격을 받게 될 것을 우려하여 위 3, 4층 부분을 공개입찰의 방식에 의하지 아니하고 특혜 분양하였을 뿐만 아니라 업종을 중복되게 분양함으로써 영세 상인들의 생존을 위협한다고 관계기관에 호소하는 등 집단민원을 일으켰다.

이에 조합측은 신속한 조합아파트 및 이 사건 상가건물이 준공검사를 받기에 급급한 나머지 준공검사에 장애가 되는 민원의 소지를 없애려고 B를 비롯한 기존의 분양자들을 상대로 1990년 11월 16일 이 사건 상가 건물 중 3, 4층을 분양함에 있어서, 지하 및 1, 2층의 영업을 활성화될 수 있도록 지하 및 1, 2층과는 전혀 겹침이 되지 않은 품목만 선정하여 분양하겠으며, 향후 10년간 지하 및 1, 2층이 영업권에 지장이 없도록 적극 보호하겠다는 내용의 각서를, 또 같은 해 12월 12일 향후 상가를 분양함에 있어 이 사건 상가건물 내 3, 4층에서는 지하층 및 1, 2층 내의 기존 점포에 지정된 영업품목과 중복되는 것은 절대 하지 않겠다는 내용의 각서를 각각 작성·교부함으로써 B등과 사이에 기존의 영업권 보호에 관한 약정을 하였다(이하 '이 사건 약정'이라 한다).¹²¹⁾

조합측은 이 사건 약정을 전후하여 위 3, 4층을 분양받을 C에게 직접 또는 조합회의를 통하여 지하층 및 1, 2층의 점포에 지정된 영업품목과 중복되지 아니하는 업종만을 취급·운영 할 것을 수차 고지하여 그 약속 하에, 1990년 12월 15일 C에게 상가건물 중 301호 점포 447.18㎡(이하 이 사건 '해당점포'라 한다)를 분양하였고 C는 1991년 9월 18일 그 명의로 소유권이전 등기를 경료한 후 같은 해 12월경 유통체인업체인 신성유통주식회사에 이를 임대하였다.

B는 1990년 11월경 이미 분양받은 지하층 점포에 슈퍼마켓을 열어 현재까지 같은 영업을 계속하고 있는 반면, 신성유통 또한 C로부터 이 사건해당 점포를 임차한 다음 그 곳에 슈퍼마켓을 개설함으로써 그 취급업종과 품목이 B의 그것과 중복되었다. C가 임차인인 신성유통으로 하여금 이 사건 해당 점포에서 B와 동일한 업종을 개설·운영 하게 함으로 조합 측으로서 C와의 사이에 체결된 분양계약을 해제할 수 있는 권리를 취득하였고, B는 조합 측에 대하여 이 사건 약

121) 김부영, 전계논문, 57면.

정상의 채무불이행에 따른 손해배상채권을 취득하였으므로, 그 손해배상채권을 보전하기 위하여 무자격자인 조합을 대위하고 C에 대하여 이 사건 해당점포에 관한 분양계약을 해제하여 발생한 동 점포의 반환청구권을 피보전권리로 하여 이 사건 해당점포에 대한 처분금지가처분을 소구한 바, 과연 전제 조건으로써 조합측이 C의 계약위반을 이유로 분양계약을 해제할 권리가 있는가 하는 점이 쟁점이다.

이러한 문제 역시 실무에서는 종종 문제가 된다. 최근 분양하는 상가의 경우에는 대부분이 중복영업 내지 동종영업을 금지하는 특약을 하고 상가를 분양하고 있기 때문이다.¹²²⁾

채무불이행을 이유로 매매계약을 해제할 수 있는 주된 채무와 그렇지 못한 부수적 채무와의 구별기준을 제시한 다음 상가의 일부 층을 먼저 분양하면서 그 수분양자에게 장차 나머지 상가의 분양에 있어 동일 상가 내에 기존 업종과 중복되지 않는 업종을 지정하여 기존 수분양자의 영업권을 보호하겠다고 약정한 경우에는 그 약정에 기한 영업권 보호를 분양계약의 주된 채무로 보는 것이 상당하는 이유로 그 불이행을 이유로 분양계약을 해제 할 수 있는 것으로 보았다.¹²³⁾

II. 목적물의 이용제한으로 인한 거래사고

B는 여유자금으로 안정적인 수익이 기대되는 부동산을 구입하고자 하였다. 아무래도 숙박업이 적합할 것으로 판단되어 계획을 세우고 그에 적합한 부동산을 구입하기 위하여 공인중개사인 A에게 중개의뢰를 하였다. A공인중개사로부터 인천광역시 소재의 물건을 소개받아 살펴보니 대지면적도 넓고 마음에 들어 계약을 체결하였다. 계약금은 5,000만원으로 정하고 계약체결과 동시에 계약금 전액을 지불하였다.

이 건물은 2층으로 되어 있고 이미 숙박업을 하고 있는 건물이었다. B는 이 건물을 매입한 후, 앞으로 고층으로 증축할 생각도 가지고 있었다. 그런데 이 토

122) 정미애, 전제논문, 46-47면.

123) 대법원 1997.4.7. 자 97마575 결정.

지는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률상 준주거지역에 해당하고 동시에 최고고도지구로 지정된 토지였다.

매도인 C보다도 매수인 B가 오히려 서둘러 계약을 했기 때문에 매도인으로부터 자세한 설명을 듣지 못했다. 다만 공인중개사 A로부터 최고고도지구라는 설명과, 건축물의 높이에 대한 제한이 있다는 설명만 들었다. 계약이 체결되고 난 후에야 매수인이 땅은 넓은데 왜 2층밖에 안 지었을까 하는 생각을 하면서, 매수인 자신도 장차 여기에 적어도 5층 정도의 모델수준으로 건축하려던 계획이 가능한지에 대한 의문이 생기기 시작하였다.¹²⁴⁾

자세히 알아보니 그 땅에는 최고고도지구로 지정되어 있고, 그 최고고도의 높이는 2층까지만 건축할 수 있다는 사실을 알게 되었다. 매수인 B는 아무래도 잘못 매입했다는 생각을 하고 해제를 요구하였다. 매도인 C는 당연히 해제를 거부하면서 계약금을 몰수 하겠다고 나섰고, 공인중개사 A에게 제대로 설명을 해주지 않은 것을 문제 삼고자 했으나 A는 토지이용계획확인서까지 첨부하며 최고고도지구라는 건축물 높이에 대한 제한을 설명했으므로 과실이 없다고 항변하면서 중개업자로서 의무를 다했다고 주장하였다.

결국 매도인이 계약금 5,000만원 중에서 2,000만원을 반환하고 해제를 하자는 A의 중재제의를 수용하여 결국 2~3일 만에 3,000만원을 손해 봤다.

따라서 정확한 정보(지식) 없이 부동산을 거래하다 보면 이런 문제에 봉착하여 경제적·정신적 손해를 보는 경우가 적지 않기 때문에 자세히 확인한 후 계약을 체결해야 할 것이다.¹²⁵⁾

또한 최고고도지구라는 것은 도시의 환경과 경관을 보호하고 과밀방지를 위하여 건축물 높이의 최고한도를 정할 필요가 있는 지구로서 구체적인 높이의 제한은 해당 지방자치단체의 도시계획조례 등에서 규정하고 있기 때문에 이는 일률적으로 말 할 수는 없다.¹²⁶⁾

따라서 매수인 B는 인천광역시 도시계획조례를 확인하여 몇 층까지 건축 할 수 있는지를 면밀히 검토하고 계약을 체결했다더라면 이러한 손해는 없었을 것이

124) 한국공인중개사협회, 전계논문, 119-123면.

125) 이재수, 전계논문, 51-55면.

126) 이현우, 전계논문, 44-45면.

다.¹²⁷⁾

Ⅲ. 위약금 관련사고

매도인과 매수인 사이에 1998년 6월 6일 M아파트를 매매대금 3억원, 계약금 3,600만원을 지급하기로 하는 매매계약이 성립되었다. 그러나 매수인이 미처 계약금을 준비하지 못하였는데, 그 이유는 6월 6일부터 7일까지 연휴로 은행에서 현금을 인출하지 못하기 때문이다. 그래서 특약으로 은행이 영업을 재개하는 8일 10시경에 계약금을 지급하기로 하고, 일단 그때까지는 매수인이 매도인에게 계약금을 지급하였다가 다시 되돌려 받아 보관하는 방식으로 처리하기로 하고, 계약금 상당액의 현금보관증을 작성하여 매도인에게 교부하였다.

계약 당시, 만약 매도인이 계약을 위반하였을 때는 계약금의 배액을 배상하고, 매수인이 위반하였을 때는 계약금을 포기하여 반환받지 아니하기로 위약금에 관한 약정을 하였다. 그러나 매수인이 실제 약속한 계약금을 지급하지 아니함으로써 계약을 위반하였다.

이 사안에서 당사자 사이에 실제로 계약금이 지급되지 않았다. 이와 같이 계약금에 대한 지급약속만하고 실제 계약금은 지급하지 않은 경우에도 계약금을 포기하여 이를 위약금으로 지급하기로 한 약정을 이행할 의무가 있는지가 문제가 된다.

이와 유사한 사안은 실무에서도 많이 발생한다. 예컨대 매매계약금으로 1,000만원을 지급하기로 약정하였으나 실제로는 500만원만 지급하고 있는 경우에는 매수인이 해약하고자 하는 경우 500만원을 더 지급하여야 할 것인지, 또 위와 같이 위약금 약정을 한 경우에 매도인이 500만원을 더 청구할 수 있는지가 문제된다.

결론적으로 계약금을 약정한 계약은 실제 계약금이 수수되지 않았더라도 유효하게 성립된다고 볼 수 있다.¹²⁸⁾ 따라서 위 위약금 약정이 실제 수수되지 않은 계약금을 기초로 한 것이었다고 하더라도 이 또한 유효하다고 보아야 할 것이다.

127) 정미애, 전계논문, 48-50면.

128) 이현우, 전계논문, 55-56면.

다만 여기서 매매대금 3억원에 대하여 관례상 지급되는 10%를 약간 넘어 지급한 부분에 대하여 초과부분의 몰수가 문제될 수 있다.¹²⁹⁾ 그러나 10%를 초과하더라도 계약의 목적, 내용, 위반한 사정 등 제반 사정을 고려하여 과도한 것으로 볼 수 없는 한 문제가 되지 아니한다.¹³⁰⁾

第3節 契約의 完了段階에서의 去來事故

I. 권리취득 불가능으로 인한 사고

자기 소유의 부동산을 매매하거나 임대차하는 것은 자유이나 일정한 경우에는 거래가 제한되는 경우가 있다. 이는 계약자유 원칙에 반하는 것이기 때문에 허용될 수 없는 것이 아닌가 하는 문제가 있지만 일정한 경우에는 규제 할 필요가 있는 경우도 있다. 따라서 부동산에 대한 거래를 할 때는 거래가 제한되는 부동산인지를 관계법규 등을 잘 살펴보고 난 후에 하여야 한다.¹³¹⁾

A는 공장을 운영할 목적으로 공장부지를 찾던 중 이미 공장허가를 받아 놓은 토지가 매물로 나와 있는 것을 알게 되었다. 그 토지는 공동명의로 토지로 지목은 답이며 공유자 중의 1인인 B가 제조업을 할 목적으로 사업계획승인과 농지전용허가를 받아 놓은 상태였다.

A는 자신이 목적에 부합하는 물건이라고 판단한 후 계약을 체결하고 중도금과 잔금까지 지급하였다. 잔금을 지급하고 토지에 대한 소유권이전등기와 공장허가 명의를 변경하려고 하였으나 여기서 문제가 발생했다.

B는 이 토지에 공장설립허가를 받으면서 중소기업창업자금을 지원받은 것으로 밝혀졌다. 중소기업창업 지원법에 의하면 이미 사업계획승인(공장설립허가 등)을 받은 창업자가 국토이용계획의 변경결정 또는 토지거래계약허가를 의제 받은 경우에는 창업자의 파산 등을 제외하고는 5년 이내에는 당해 토지 및 공장건축물을 다른 사람에게 전매하거나 임대해서는 안되며, 사업계획의 승인을 받은 자가

129) 정미애, 전계논문, 50-51면.

130) 대법원 1999.10.26. 선고 99다48160 판결.

131) 고미자, 전계논문, 17면.

승인을 받은 공장용지의 공사를 착공하지 아니하고 다른 사람에게 양도한 경우에는 사업계획승인을 취소하도록 되어 있음을 알게 되었다(중소기업창업 지원법 제37조 및 제24조).

따라서 A는 이 토지에 대한 소유권을 이전받는 것이 불가능함을 알고 내용증명우편을 보내 계약해제의 의사표시를 하면서, 이미 지불한 계약금과 중도금 및 계약과 관련하여 발생한 위약금 및 부대비용을 배상하여 달라고 요구하였다.

그러나 매도인 B는 보유 재산은 그 토지밖에 없었으며, 더욱이 그 토지에는 이미 가압류와 근저당이 설정되어 있어 매수인인 A가 권리구제를 받기도 용이하지 않은 상태였다.

그리고 이와 같은 매매계약을 체결하고 난 후에 비로소 거래에 대한 제한이 있음을 알게 되어 매수인이 손해를 입는 사례도 적지 않다.¹³²⁾ 특히 토지의 경우에는 토지거래허가구역으로 지정된 경우에는 거래계약 체결 전에 허가여부를 확인 후 이행하는 것이 바람직하다.¹³³⁾ 만약 허가구역내에서 허가없이 계약을 체결한 경우, 관례는 그 계약의 효력을 유동적 무효라고 보기 때문에 허가를 받게 되면 계약은 소급해서 유효하게 되지만, 허가를 받지 못하고 있는 동안은 유동적 무효가 되고, 불허가가 되면 계약은 확정적 무효로 된다.¹³⁴⁾ 따라서 매도인과 매수인은 계약상의 권리에 기한 청구권이 발생하지 않는다.¹³⁵⁾

II. 목적물의 인수나 이용의 불가능으로 인한 사고

1. 건축이 금지되는 경우

어느 토지의 건물의 소유주가 종전부터 향유하고 있던 경관이나 조망, 조용하고 쾌적한 종교적 환경 등이 그에게 하나의 생활이익으로서의 가치를 가지고 있다고 객관적으로 인정된다면 법적인 보호의 대상이 될 수 있는 것이므로, 인접대지위에 건물의 건축 등으로 그와 같은 생활이익이 침해되고 그 침해가 사회통념

132) 김연순, 전계논문, 65-66면.

133) 고미자, 전계논문, 17면.

134) 대법원 1995.12.26. 선고 93다59526판결.

135) 방경식·장희순, 전게서, 393면.

상 일반적으로 용인할 정도를 넘어선다고 인정되는 경우에는 위 토지 등의 소유자는 그 소유권에 기하여 건물의 건축금지 등 방해의 제거나 예방에 의하여 필요한 청구를 할 수 있다.¹³⁶⁾

또한 건축법 등 관계 법령에 일조방해에 관한 직접적인 단속법규가 있다면 동법규에 적합한지 여부가 사법상 위법성을 판단함에 있어서 중요한 판단자료가 될 것이지만, 이러한 공법적 규제에 의하여 가능한 한 보증하려는 것으로서 특별한 사정이 없는 한 일조권 보호를 위한 최소한도의 기준으로 봄이 상당하고, 구체적인 경우에 있어서는 어떠한 건물신축이 건축 당시의 공법적 규제에 형식적으로 적합하다고 하더라도 현실적인 일조방해의 정도가 현저하게 커 사회 통념상 수인한도를 넘은 경우에는 위법행위로 평가될 수 있다.¹³⁷⁾

2. 농지전용허가를 받지 못한 경우

A는 마을에서 약 400m 떨어진 계곡 상단부에 위치한 농업진흥지역 밖의 3필지 농지를 소유하고 있다. 이 농지에 건설자재야적장을 설치하고자 A는 농지전용허가를 신청하였다.

농지관리위원장은 이 농지가 경지정리, 수리시설 등 생산기반이 정비되어 있지 아니하고, 건축자재야적장설치에 따른 피해방지계획이 수립되어 있으며, 용수의 취수로 인하여 농업 및 생활환경에 예상되는 피해는 적으나, 지역 및 주민 정서상 자연환경 훼손에 따른 피해 우려로 주민의 집단반발이 예상된다고 하였다.

그러나 허가청에서는 이 농지가 농업진흥구역 밖의 농지로서 일부 농지가 휴경상태에 있는 관계로 농지보전가치는 다소 떨어지나, 농지의 전용으로 인하여 상·하 농지간의 단절을 가져오고, 사업계획서상 상·하단에 옹벽계획은 있으나 사업부지가 경사진 지대로서 대규모의 절·성토가 이루어질 경우 토사의 유출 등이 수반되어 인근 농경지의 농업경영에 피해가 예상되고, 사업시행시 공사차량의 왕래 및 분진 등의 발생으로 인근 농지의 농업경영과 쾌적한 농촌생활환경의 유지에 피해가 예상된다는 이유로 농지전용 불허가처분을 한 사례의 경우이다. 따라

136) 대법원 1991.7.27. 선고 98다47528 판결.

137) 대법원 1999.1.26. 선고 98다23850 판결.

서 농지전용(이용)목적으로 취득하고자 할 때에는 사전에 확인하는 것이 매우 중요하다.¹³⁸⁾

3. 대지권이 없는 아파트

대지권이란 아파트와 같은 집합건물의 구분소유자가 전유부분을 소유하기 위하여 갖는 대지사용권을 말하며, 대지사용권은 대부분 대지에 대한 소유권이 보통이겠지만, 임차권이나, 지상권, 전세권인 경우도 있다.¹³⁹⁾

부동산 등기법에서는 대지권은 전유부분과 분리해서 처분 할 수 없도록 하고 있다. 그러나 신축아파트 중에는 대지권등기가 설정되어 있지 않은 것이 가끔 발견된다. 특히 경매물건 중에는 ‘대지권 없음’으로 표시된 아파트소유자가 건물(전유부분)만 가지고 있고 토지에 대한 권리는 없기 때문에 타인의 토지에서 건물을 가지고 있는 것과 같다.

전유부분과 대지권은 분리처분이 불가능한데도 불구하고 대지권이 없는 아파트가 경매로 나오는 것은 처음부터 아파트소유자에게 대지에 대한 권리가 없거나, 대지에 대한 권리는 가지고 있지만 등기부가 정리되지 않아서 대지권등기가 아직 되지 않은 상태로 있는 경우가 있다. 경매로 대지권 없는 아파트가 나온 경우는 등기부상 건물만 등기가 되어 있고 대지권이 등기되지 않은 상태에서 담보로 제공되었다가 경매된 경우가 있다.

따라서 대지권이 없는 아파트는 가격이 저렴하고 경매에서도 유찰되는 경우가 많다. 우선 대지권이 없으면 대지권을 가지고 있는 자에게 본인의 의사에 관계없이 아파트를 매도청구 당하게 되어 소유권을 잃게 되는 위험이 있고, 또한 아파트의 소유권을 상실당하지 않으려면 반대로 대지권을 취득하여야 한다. 대지권은 통상 건물(아파트)가격의 20%~30%가 되기 때문에 추가비용이 필요하고, 아파트만 경매로 구입한 경우에는 아파트와 매도청구권을 무기로 비싼 가격을 요구하여 대지권 취득을 포기하여야 하는 경우도 많다.

138) 박승일, “부동산 거래사고의 예방대책에 관한 연구”, 동국대학교 경영대학원 석사학위논문, 2002, 57-58면; 정미애, 전제논문, 55면.

139) 하성훈, “집합건물의 대지권에 관한 연구 -대지권미등기와 관련한 문제점과 그 개선방향-”, 제주대학교 대학원 석사학위논문, 2009, 43-44면.

그리고 대지권 없는 아파트를 구입하여 대지권을 취득한다고 하더라도 구입자는 전 소유자 명의의 대지권등기가 되어 있지 않으므로 전 소유자를 대위하여 취득하고자 하는 자는 전 소유자 앞으로 등기를 경료한 후 본인 앞으로(단, 대위 등기 가능)다시 등기를 해야 하기 때문에 2번의 등기를 하여야 하는 절차상의 비용부담이 있게 됨도 유의하여야 한다.¹⁴⁰⁾

Ⅲ. 법률적 하자로 인한 사고

서울시 송파구 C씨는 좀더 넓은 아파트로 가기위해 지하철역에서 멀지 않고 송파구와도 가까운 경기도 성남시 은행동 현대아파트 105,79㎡(32평형)를 구입하기로 하고 경매에 참여하였다. 주변사람들의 얘기를 참고삼아 법원에 가서 집행관의 임대차보고서를 비롯하여 각종 서류를 열람해 본 후 법원 감정가격은 1억 2,000만원인 물건을, 김씨는 1억 3,000만원에 낙찰 받았다. 1억 6,500만원인 주변의 시세보다 약 3,000만원이나 싼 가격이었다.

그러나, 낙찰 받은 후 그 아파트에 방문해 보니 선순위 임차인이 있는 것이었다. 임차보증금은 7,000만원, 법원에 임대차서류가 제출되지 않은 상태였다. C는 법률전문가의 자문을 받아 보았지만 임차보증금을 배상해야 할 부담을 지게 되었다. 결국 C는 보증금 1,350만원을 손해보고 경락을 포기하고 말았다.

따라서 사전에 선순위 임차인 등이 있는지를 입장활동을 통해 확인하였더라면 피할 수 있는 사고사례이다.¹⁴¹⁾

第4節 不動産 去來事故의 問題點

I. 거래제도상의 문제

소유권이전등기에 앞선 매매대금 선 지급방식의 우리나라 거래관행은 현재 우

140) 박승일, 전계논문, 73-75면; 하성훈, 전계논문, 73면.

141) 이용석·김병량, “부동산 거래사고의 방지방안에 관한 연구”, 「지역연구」 제29집 제524호, 단국대학교 지역연구소, 2009.12, 14-15면.

리나라의 부동산거래 현실에서 다음과 같은 거래 당사자 일방이, 즉 매수인 등은 불측의 손해를 입을 위험성이 있다.

1. 매매계약의 동시이행 미확보

매매는 낙성·쌍무·유상·불요식의 전형계약이다. 따라서 매도인의 재산권이전 의무 및 인도의무와 매수인의 대금지급의무는 원칙적으로 동시이행관계에 있다.¹⁴²⁾ 그리고 이전할 재산권이 물권이면 공시방법(등기·인도)을 갖추어야 하고, 채권의 양도일 때에는 채무자에게 양도사실을 통지하는 등 대항요건을 갖추어야 한다.¹⁴³⁾ 그러나 매수인이 매매대금을 완불한 후 매도인으로부터 소유권이전등기 서류를 교부받아 등기소에 이전등기를 신청하여 매수인 앞으로 소유권이전등기가 완료되는 시점까지는 법의 보호를 받지 못하는 공백이 생긴다. 이 기간 동안에 매도인이 부동산을 제3자에게 근저당권을 설정하거나, 소유권이전등기를 하여도 매수인으로서 이를 막을 방법이 없어 매수인의 매매대금 완불에도 불구하고 매매부동산에 관한 매수인 앞으로의 소유권이전등기가 완료되기까지는 불확실한 상태에 놓이게 된다.¹⁴⁴⁾ 또한 이와 같은 법의 공백기간에 매도인의 채권자 등 제3자가 부동산을 가압류, 가처분하는 경우에는 매수인으로서 매매대금을 완불한 부동산의 소유권을 고스란히 상실하거나 그 피해를 부담할 수밖에 없다. 실제로 이러한 피해사례는 우리 주변에서 종종 발생하고 있다.¹⁴⁵⁾

2. 부동산 권리분석의 미진

부동산에 대한 매매계약을 체결하는 자는 법률상 안전하고 하자 없는 물건에 대한 권리취득을 바라고 있다. 매수인은 부동산의 권리분석을 어느 정도 확인하고 난 후, 매매계약을 체결하는 것이 부동산거래 사고를 줄일 수 있다. 부동산의

142) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009, 1210-1211면; 한삼인, 전계 계약법, 25-260면.

143) 한삼인, 상계 계약법, 260면.

144) 박종연, “현행 부동산 매매방식의 중대한 문제점과 개선방안”, 「법률신문」 제3274호, 법률신문사, 2004.6.14, 15면.

145) 송호열, “부동산거래사고의 원인과 방지대책에 관한 고찰”, 「토지법학」 제20권, 한국토지법학회, 2004. 12, 71면; 이현우, 전계논문, 43면; 정미애, 전계논문, 73-74면; 이교하, 전계논문, 94면.

권리분석은 크게 협의, 광의, 최광의의 세 가지로 나누고 있으나,¹⁴⁶⁾ 일반적으로 실무에서는 협의의 권리관계의 권리분석이 그 중심을 이루고 있다. 이와 같이 부동산의 권원을 조사하기에는 상당히 광범위하여 매수인이 전부 파악하기에는 힘들다.

협의의 권리분석은 부동산등기법에 따라 등기할 수 있는 권리관계를 말한다. 등기능력이 있는 민법상의 권리는 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 등기된 임차권, 등기된 부동산환매권 등이고, 민사특별법상의 권리는 광업권·조광권(광업법 제10조, 제47조, 제52조), 어업권(수산업법 제16조 제2항), 입목권(입목에 관한법률 제3조) 등을 들 수 있다.

광의의 권리분석은 협의의 권리관계에 부동산의 법률 가치를 포함하여 분석하는 것이다. 즉 협의의 권리분석은 매매활동의 측면에서 권리관계의 진실성을 확인하는데 중심을 이루고 있는 반면, 광의의 권리분석은 부동산의 법률 가치를 포함하는 것이다.¹⁴⁷⁾

등기능력 없는 권리분석은 물권으로서의 등기능력이 없는 권리를 포함하는 것과 같다. 유치권, 법정지상권,¹⁴⁸⁾ 분묘기지권,¹⁴⁹⁾ 채석권, 온천권,¹⁵⁰⁾ 광천권 등이거나 임차권으로서 등기하지 아니한 것과 대항력을 갖추지 못한 부동산임대차(민법 제621조, 주택임대차보호법 제3조) 등을 들 수 있다.

이 밖에 부동산의 상태 또는 사실관계, 등기를 요하지 않은 권리를 포함하여 분석하는 것을 광의의 권리분석이라 하고, 이는 권리관계의 진실성 및 그 내용을 파악할 수 있지만, 부동산의 상태 또는 사실관계, 등기능력 없는 권리관계는 최광의의 권리분석을 통해 파악할 수 있는 것이다. 사실관계는 도로관계, 부동산 세계관계, 경계 등 표시관계 등이고, 등기를 요하지 않는 권리관계는 민법 제187조의 상속·공용징수·판결·경매 등이 있다.¹⁵¹⁾

공법상의 권리분석은 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도시개발법, 건축법, 도시 및 주거환경정비법, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률,

146) 공인중개사법에서도 협의의 권리분석을 규정하고 있다(공인중개사법 제25조).

147) 김연순, 전계논문, 70-71면.

148) 대법원 1960.9.29. 4292민상944 판결; 대법원 1983.7.26. 선고 83다카419, 420 판결.

149) 대법원 1959.5.28. 4291민상257 판결; 대법원 1973.2.26. 선고 72다2454 판결.

150) 대법원 1970.5.26. 69다1239 판결; 대법원 1972.8.29. 선고 72다1243 판결.

151) 방경식·장희순, 전게서, 382-392면.

주택법, 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법, 산지관리법, 수도권정비계획법, 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률 등이다. 사실의 하자분석으로서는 자연공원법, 토지면적의 공부상의 차이, 지목의 현황과 실제와의 차이, 경계표시, 지세, 지형 방위의 사실상의 차이, 조세공과금 등이다.¹⁵²⁾

3. 부동산 공시제도의 복잡성

우리나라 부동산 공시제도는 한마디로 매우 복잡하다.¹⁵³⁾ 부동산공시에 관련된 법으로서 물적 공시는 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률, 권리적 공시는 부동산등기법, 가치적 공시는 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률로 3원화되어 있으며, 행정기관으로서는 토지 및 건축물대장은 시·군·구청장이 관리하며, 권리적 공시는 대법원 등기과, 지가공시는 국토해양부 지적제도과 등으로 3원화되어 있다. 물적 공시를 위한 공부는 14종,¹⁵⁴⁾ 권리공시에 관련된 물적 장부는 부동산등기법시행규칙 제15조에 의하면, 부동산등기부, 공동인명부, 신청서편철부, 폐쇄등기부, 접수장, 도면편철장, 공동담보목록편철장, 이의신청서류편철장, 신탁원부편철장, 신청서 기타 부속서류편철장, 결정원본편철장, 이의신청서류편철장, 등기필증통지부, 각종통지부, 신청서 기타 부속서류송부부, 기타문서접수장, 열람신청서류편철장, 제증명신청서류편철장, 등기부책보존부, 과세자료송부부 등이다. 여기에 지가공시에 관련된 장부를 포함하면 35종이 넘는다.

이처럼 공적장부가 복잡하게 다원화됨으로 인해 장부상호간 등록내용의 불일치, 부처별 협조에 의한 업무처리의 비효율성, 필지정보 확인을 위한 과다비용 소요, 정보이용 및 관리의 불편성 등이 있는 것으로 나타났다. 그리고 권리분석을 위한 각종 공부서류는 다음과 같다.¹⁵⁵⁾

부동산의 권리관계: 토지 및 건물 등기부등본, 부동산 공법상의 제한사항: 토지이용계획확인원, 도시계획확인: 용도지역(도시지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경

152) 하홍수, 전계논문, 37-38면.

153) 이법관, “우리나라 부동산공시제도의 실태와 문제점에 관한 연구”, 「부동산 권리분석업법의 필요성과 제도방향」 (부동산 권리분석사제도에 관한 발표자료), 대한부동산권리분석사협회, 2002.11.27, 8면.

154) 토지대장, 지적도, 임야대장, 경계점좌표등록부, 공유지연명부, 대지권등록부, 일람도, 지번색인표, 측량부, 측량결과표, 결번대장, 지적공부등록현황집계표 등이다.

155) 정미애, 전계논문, 75-77면; 이교하, 전계논문, 98면.

보전지역)확인, 지구지역(주차장정비, 고도 방화지구 등)확인, 개발제한구역, 군사 보호시설 등 저촉여부, 재개발·재건축에 해당여부(구획정리사업), 도시계획선에 저촉여부(도시계획도로), 지적도(임야도): 지적형태에 관한 사항, 토지대장(임야대장): 면적·지목 등 사실에 관한 사항, 토지의 소재·지번·지목·소유자의 주소·성명·주민등록번호표시, 토지의 변화된 발자취(이력서)표시, 건축물대장: 건물의 소재·번호·종류·구조·면적·소유자 성명주소 등 표시, 건물의 전유·공유부분의 면적 등 표시, 공시지가 확인원(토지가격 확인) :공시지가는 세금부과(양도소득세, 상속세, 증여세, 등 국세와 지방세 및 각종 부담금)와 공공용지의 수용을 위한 토지가격 보상시 기준이 되는 가격이다. 1990년도에 처음 발표하여 매년 1회씩 모든 필지에 대하여 발표되고 있다. 임야도: 지번·지목·경계·축적, 경계점좌표등록부: 지번·좌표·도면번호·부호 등이다.¹⁵⁶⁾

이와 같이 공시제도의 복잡화는 공시된 정보를 이용하는데 많은 비용이 소요될 수밖에 없다. 부처별로 산재된 부동산의 정보를 활용하기 위해서는 소관청과 등기소를 방문해야 하거나, 여러 웹사이트를 방문하여 다양한 정보와 장부를 열람 또는 교부받아야 함으로 시간적·금전적으로 많은 비용이 소요될 수밖에 없다.

II. 등기제도상의 문제

1. 등기의 공신력 결여

진실한 권리관계와 권리외관이 불일치할 때, 그 외관대로 상대방을 보호하여야 한다는 공신의 원칙이 부동산등기법에 결여¹⁵⁷⁾되어 있어 매매계약사고의 주원인이 되고 있다. 즉 등기를 신뢰하고 거래한 자는 그 등기와 진정한 권리·의무가 부합하지 않는 경우에도 그 등기가 실질적인 권리관계에 부합한다고 믿고 거래를 한 때에는 그 신뢰를 보호하여야 한다는 것이 부동산 물권의 공신의 원칙임에도 불구하고 우리나라에서는 등기의 추정력만 인정하고, 등기의 공신력은 인

156) 고덕철, 전계논문, 20면; 김재관, 전계논문, 98-99면; 이재수, 전계논문, 104면.

157) 공신의 원칙이 동산만 인정되고, 부동산에서는 공신의 원칙을 인정하지 않고 있다. 즉 등기의 공신력이 인정되지 않는다(민법 제249조)(김상용, 「물권법」, 법문사, 2003, 72면).

정하지 않고 있다.

부동산 등기의 공신력을 부여하지 않는 이유는 현재 등기부의 등기표시가 불완전하여 진실한 거래관계와 일치하지 않고, 법·제도적으로 정비해야 할 여러 가지가 있기 때문이다.¹⁵⁸⁾

즉 대장과 등기부의 이원화, 동일인임을 증명하는 인감증명제도의 부실, 등기필증 멸실의 경우에 확인서면에 의한 등기신청의 허용 등에 의하여 등기와 진실한 거래관계가 일치할 수 없는 가능성이 많기 때문이다. 또한 등기공무원의 형식적 심사주의로 인하여 진실과 부합하지 않는 등기가 행하여질 가능성도 크기 때문이다.¹⁵⁹⁾

2. 등기관 의 형식적 심사주의

등기관의 등기신청서류에 관하여는 형식적 심사주의와 실질적 심사주의가 대립하고 있다. 전자는 등기절차상의 적법성 여부만을 심사하는 것이고, 후자는 등기절차상의 적법성 여부는 물론, 등기신청의 실질적 이유 내지 원인의 존부와 효력까지도 심사하는 주의이다.

현행 부동산등기법은 등기관의 심사권한에 관하여 형식적 심사권한 밖에는 주어지지 않는다. 물론 등기를 신청할 때는 등기원인을 증명하는 서면을 제출할 것을 요구하고 있기 때문에(부동산등기법 제40조) 실체법상의 등기사항도 심사의 대상으로 하고 있으나 등기관이 등기신청을 부적법한 것으로 각하하여야 할 경우를 한정적으로 규정(부동산등기법 제29조)하고 있을 뿐만 아니라 그 방법은 서면심사를 원칙으로 하고 있다. 그러므로 등기관에게 실질적 심사권을 인정하고 있는 것으로는 볼 수 없다.¹⁶⁰⁾ 따라서 등기관의 형식적 심사주의에 의하여 실질적 심사주의를 거치지 않음으로써 이를 신뢰하여 거래한 경우 사고의 원인이 되고 있다.

형식적인 심사주의를 채택하여 발생하는 매매계약 사고는 통상 전문적 토지사가

158) 황현, 전계논문, 56-57면.

159) 김형배, 「민법학 강의」, 신조사, 2008, 329면; 고덕철, 전계논문, 19면; 이현우, 전계논문, 75-76면.

160) 다만, 구분건물의 등기에서는 표시사항에 관해서는 등기관에게 건물의 실태를 조사케 함으로써 부분적으로나마 실질적 심사주의가 채택되고 있다(부동산등기법 제56조의 2).

단에 의해 행해지고 있는 경우가 많다.¹⁶¹⁾

3. 등기원인증서의 공증의 부재

등기원인증서라 함은 부동산 소유권이전 등의 등기신청시 필요한 서류 중 물건변동의 원인이 되는 증서를 말한다. 등기원인증서에는 매매계약서, 교환계약서, 증여계약서, 근저당설정계약서 등이 있고, 등기신청시 수반되는 부속서류로 인감증명서, 주민등록등본 등이 있으나 이러한 서류들을 위조 또는 변조될 수 있으며, 형식적 심사주의하에서는 진위구별이 현실적으로 매우 어렵고, 따라서 이로 인한 사고가 발생되고 있다.¹⁶²⁾

특히 등기원인증서의 공증은 대부분 선진국에서 필수요건으로 채택하고 있어 공신력의 유지에 기여하고 있다. 현재 우리나라에서는 현실적으로 등기의 공신력을 인정하지 않는 점에서 부동산등기원인무효확인소송절차에서 필요로 하는 등기원인 서류는 공증이 부재함으로써 등기원인증서의 입증에는 상당한 어려움이 뒤따르고 있을 뿐만 아니라, 부동산 거래사고에서도 하나의 원인으로 되고 있다.¹⁶³⁾

III. 거래관행상의 문제점

현재 우리나라에서 토지, 건물 등 부동산의 매매계약을 이행하는 방식을 보면 대개 매매계약일에 매매계약서를 작성하고서 매수인이 매도인에게 일정한 계약금(대개 매매대금의 10%)을 먼저 지급하고, 도중에 중도금(대개 매매대금의 40%)을 지급하고, 계약일로부터 1개월 정도 될 무렵에 잔금(대개 매매대금의 50%)을 지급하면서, 매수인이 잔금 지급과 동시에 매도인으로부터 부동산 매도용 인감증명서, 등기필증 등 소유권이전에 필요한 구비서류를 교부받아(동시이행) 등기소에 신청하는 것이 관행으로 되어 있다.

161) 황현, 전계논문, 57-58면.

162) 고덕철, 전계논문, 20면.

163) 백봉기, “우리나라의 부동산권리분석활동의 실태와 문제점”, 「부동산권리분석업법의 필요성과 제정방향」(부동산권리분석사제도에 관한 발표자료), 대한부동산권리분석사협회, 2002. 11, 23-27면.

그런데 여기에서 중요한 것은 계약금 및 중도금을 지급하고 잔금 지급까지 완료하여 등기가 접수될 때까지 매수인은 법의 보호를 받지 못하는 현재의 거래관행과 제도에 문제가 있다. 이러한 현재의 부동산 매매계약의 이행방식은 쌍무계약에 관하여 동시이행을 원칙으로 하는 민법상의 법원칙에 근본적으로 위배될 뿐만 아니라, 매매잔금 지급시로부터 소유권 이전등기가 완료되기까지의 기간 동안 매수인을 법의 보호에서 제외되어 중대한 법적 공백이 생겨 법과 제도의 보완이 시급하다.¹⁶⁴⁾

부동산 매매계약의 법적 성질을 보면, 매도인은 매수인에게 부동산의 소유권을 이전하고, 매수인은 매도인에게 매매대금을 지급할 의무를 상호간에 부담하는 계약으로서 민법상 이른바 쌍무계약에 해당한다. 쌍무계약의 이행에 관하여 민법은 계약당사자 쌍방은 각기 자신의 채무를 상대방에게 동시이행으로 할 것을 규정하고 있다(민법 제536조). 민법상의 위 동시이행의 의무는 부동산의 소유권을 이전하여야 할 의무이지 그 전단계인 소유권이전서류를 교부하여야 할 의무가 아니다. 다시 말하면, 적어도 ‘매수인의 매매대금 지급이 완료되는 시점에 매수인 앞으로의 소유권 이전등기가 완료되어 있어야’ 한다는 것이다.

결국 현재의 부동산 매매관행은 매수인으로 하여금 소유권이전등기에 앞서 매매대금을 먼저 지급하게 하는 것으로 동시이행이 아니라 선 이행하게 하고 있는 것이므로, 이는 민법상 쌍무계약의 동시이행의 원칙을 근본적으로 위배하고 있는 것이다.¹⁶⁵⁾ 따라서 후술하는 바와 같이 에스크로우제도를 활성화 시켜 거래의 안전을 도모하여야 할 것이다.

IV. 중개관행상의 문제

1. 허위 또는 과장된 확인 설명

공인중개사법에서는 당해 중개대상물의 거래상의 중요사항에 관하여 거짓된 언행 그 밖의 방법으로 중개의뢰인의 판단을 그르치게 하는 행위를 금지하고 있

164) 박중연, 전계신문, 15면.

165) 송호열, 전계논문, 71면.

다(법 제33조 제4호). 그러나 매매나, 임대차 등 거래과정에서 중개업자가 계약을 무리하게 성사시킬 목적으로 중개대상물건에 대해 장점만 과장되게 부풀려 설명하고 하자에 대해서는 소극적이거나 고지를 소홀히 함으로써 의뢰인에게 피해 및 분쟁을 발생하게 하는 경우가 많다. 판례에서도 중개업자는 의뢰인에게 선량한 관리자의 주의와 신의성실로써 중개대상물에 대하여 설명할 의무가 있다¹⁶⁶⁾고 하며, 이 경우 의뢰인이 중개업자에게 수수료를 지급하지 아니하였다고 해서 당연히 책임이 소멸되는 것은 아니다¹⁶⁷⁾라고 판시하여 중개업자는 무상의 중개행위에도 책임을 인정하고 있다.¹⁶⁸⁾

2. 중개업자의 거래대금 편취 및 횡령

이는 중개업자나 중개보조원 등이 의뢰인으로부터 매매나 임대차계약을 위임받아 처리하고 대금을 수령한 후 이를 당사자에게 교부하지 않고 횡령하거나 유용하는 경우이다. 매매계약을 체결한 후 계약금 및 중도금 지급에도 관여한 중개업자가 대금 중 일부를 횡령한 경우 구 부동산중개업법 제19조 제1항이 정한 ‘중개업자가 중개행위를 함에 있어서 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 경우’에 해당한다¹⁶⁹⁾고 판시하여 중개업자에게 손해배상책임을 인정하고 있으며, 중개업자가 임대차중개계약 후 거래당사자로부터 종전 임차인에게 임대차보증금의 반환을 전달하여 달라는 부탁을 받고 금원을 수령한 후 이를 횡령한 경우도 구 부동산중개업법 제19조 제2항에 따라 거래당사자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다¹⁷⁰⁾고 판시하고 있다.

3. 부동산 투기조장 행위

이는 중개업자가 탈세 등 관계법령을 위반하여 소유권보존등기 또는 이전등기

166) 대법원 2007.11.15. 선고 2007다44156 판결; 대법원 1993.5.11. 선고 92다55350 판결.

167) 대법원 2002.2.5. 선고 2001다71484 판결.

168) 김부영, 전제논문, 31-33면.

169) 대법원 2005.10.7. 선고 2005다32197 판결.

170) 대법원 2000.12.22. 선고 2000다48098 판결.

를 하지 않은 부동산의 매매를 중개하거나, 관계법령의 규정에 의하여 전매 등 권리변동이 제한된 부동산을 중개하는 행위이다(공인중개사법 제48조 제3호, 제33조 제7호). 이에 하급심 판례에서도 양도나 전대가 금지된 임차권을 중개하였다면 부동산 투기를 조장하였다¹⁷¹⁾고 판시하고 있으며, 거래의 중개를 의뢰한 자와 직접 거래를 한 중개업자에게 투기행위로 보고 있다.¹⁷²⁾

171) 수원지방법원 성남지원 2009.2.19. 선고 2008고정255 판결.

172) 춘천지방법원 원주지원 1990.11.28. 선고 90고단346 판결.

第4章 不動産 去來事故의 防止 및 救濟方案

第1節 不動産 去來事故에 대한 防止方案

I. 등기관의 실질적 심사주의

등기부에는 진실한 부동산의 권리관계에 부합하지 않는 허위의 등기를 방지하기 위해서는 등기관이 등기신청서 및 진정한 권리자임을 심사할 수 있는 실질적 조사권이 부여되어야 한다는 것은 끊임없이 요구되어 왔다. 적어도 표제부의 등기에 관해서만은 등기관에게 실질적 조사권을 부여하여야 할 것이다. 여기서 표제부의 등기란 등기용지 중 표제부에 기재하는 부동산의 표시 즉, 부동산의 주소·지번·지목·면적 등에 관한 등기로서 ‘표제부의 등기’라고 한다.¹⁷³⁾ 구체적으로 부동산의 표시에 관한 등기신청이 있을 경우, 등기관은 필요한 때에는 부동산이 현황에 대한 조사를 할 수 있고, 소유자 기타 관계인에게 문서의 제출을 요구하거나 질문을 할 수 있도록 한다.¹⁷⁴⁾

그리하여 신청서에 기재된 부동산의 표시에 관한 사항이 등기관의 조사결과와 부합하지 않을 때에는 거부할 수 있도록 한다면 등기부와 대장과의 불일치 문제도 어느 정도 해소할 수 있다고 판단된다.¹⁷⁵⁾

그리고 등기의 공신력을 인정하면 선의의 제3자를 보호하고, 나아가서는 거래의 안전을 확보할 수는 있으나, 다른 한편으로는 진정한 권리자가 희생될 수도 있다는 단점을 내포하고 있다. 따라서 등기에 공신력을 인정하려면 등기에 공신력을 인정함으로써 일어나는 진정한 권리자의 정적 안전의 희생을 예방하고, 만일 그러한 희생이 발생한다면 그 손해를 배상할 제도적 장치가 필요하다. 그 사전 예방적 방법으로서 부동산 자체의 등기상의 표시가 현실의 부동산과 일치하기 위

173) 최돈호, 전제서, 114면.

174) 고덕철·이화동, “부동산거래사고의 실태분석 -하급심 법원관례를 중심으로-”, 「부동산학보」 제38집, 한국부동산학회, 2009.8, 123면; 고미자, 전제논문, 51면.

175) 이교하, 전제논문, 98-99면.

한 부동산 공부의 정비, 진정한 권리자가 등기와 실체관계가 부합하지 않음을 안 때에는 등기에 대한 이의 또는 경정의 절차 및 등기관에게 실질적 심사권을 인정한다는 등의 조치가 필요하다.¹⁷⁶⁾

II. 등기부와 대장의 일원화

등기부와 우리나라의 토지등록·공시제도는 토지에 대한 물리적인 현황을 공시하는 측량·수로조사 및 지적에 관한 법률과 소유권 및 권리관계를 공시하는 부동산등기법으로 구분되어 운영하고 있다. 등기제도는 무형적인 권리관계를 공시하여 거래의 안전을 도모하고 국민의 재산권을 보호하며, 지적제도는 실체적 권리의 대상인 토지의 구체적인 범위를 명확하게 결정해 주는 제도로, 양 제도는 상호의존적이고 유기적인 관계에 있다.¹⁷⁷⁾ 이와 같이 양 제도는 지극히 밀접한 관계가 있기 때문에 양자 사이에 그 표시상의 불일치가 생기지 아니하도록 등기부상의 표시를 대장에 등록되어 있는 부동산의 표시와 일치하도록 여러 조치를 취하고 있다.¹⁷⁸⁾ 이러한 조치를 취하고 있음에도 불구하고 대장의 변경사항을 등재하려면 원칙적으로 신청에 의하지만 신청이 없을 때에는 직권등록이 가능한데 대하여 등기는 언제나 신청에 의하게 되어 있고, 또 현실적으로 등기소에서 간혹 변경통지가 누락되는 일도 있고, 대장소관청에서도 그 통지서에 의하여 대장 정리를 해야 하는데 이를 소홀히 하는 경우도 있어 실제 대장의 표시와 일치하지 아니한 등기가 발생한다.¹⁷⁹⁾

타인 명의의 등기 방지를 위해 양자를 한 개의 공부로 통합시키는 것이 바람직 할 것이다.¹⁸⁰⁾ 즉 대장제도를 등기제도 속에 포함시키는 것이다. 즉, 현재의 등기부의 표제부는 대장이 가지고 있었던 목적과 기능을 하게 되어 부동산의 등기부상의 표시와 대장상의 그것이 언제나 일치하는 것이 되고, 양자 사이에 불일치는 생길 여지가 없게 될 것이다.¹⁸¹⁾ 이러한 개선을 위해서는 자연히 표제부 등

176) 김재관, 전계논문, 96면.

177) 김재관, 상계논문, 98-99면.

178) 고미자, 전계논문, 50-51면.

179) 이재수, 전계논문, 104면.

180) 이용석·김병량, 전계논문, 15면.

181) 정미애·김동현, “부동산 거래사고 방지를 위한 개선방안”, 「전자통신」 제4권 제1호, 한국전자통신학회,

기 이른바 표시에 관한 등기를 함에 있어서 등기의 객체인 부동산을 정확히 파악해야 하므로 등기관도 정확한 지적도·임야도·건물소재지 지번 등을 갖추고 토지, 건물의 현장에 가서 조사해야 한다는 문제와 막대한 비용과 인원을 동원해야 하는 문제점이 있으므로 부동산의 현황을 어떻게 정확하게 파악하고 표시하느냐는 앞으로 깊이 연구할 과제라 하겠다.¹⁸²⁾

III. 정보제공 및 확인·설명의무의 강화

1. 중개대상물 확인·설명서 개선방안

중개사고는 중개대상물의 ‘물리적 하자’보다는 ‘권리관계’에 대한 하자, 즉 중개대상물에 대한 정확한 조사·확인과 설명이 이루어지지 않는데서 주로 발생하고 있다. 따라서 중개대상물 확인·설명서의 ‘권리관계’부분에 대하여는 가압류·가처분 등의 보전처분, 국세 등 체납처분, 각종 제한물권, 미공시 물권인 법정지상권, 유치권 등이 충분히 설명되고 이것이 기록으로 남을 수 있도록 ‘권리관계’중심으로 양식의 개선이 필요하다.¹⁸³⁾

실무현장에서 공인중개사 등 중개업자가 직접 중개대상물의 구조적 문제점이나 결함을 조사·검토를 하기에는 한계가 있다. 그럼에도 불구하고 현재의 확인·설명서 양식을 살펴보면 바닥이나 벽면상태 등 건축물의 내·외부의 상태, 진동이나 소음 등 실제적으로 당해분야에 전문가가 아니면 확인하기 어려운 내용을 포함하고 있다.

따라서, 공인중개사법 시행규칙 제16조(중개대상물의 확인·설명서의 서식)의 각 호 별지서식(제20호 서식, 제20호의 2서식)에 있는 극히 주관적이고 감정적이며 애매한 문구인 정상, 부족함, 양호, 불량, 깨끗함, 보통임, 풍부함, 미미함, 심한 편임 등은 중개의뢰인 등 거래당사자들에게 혼란과 분쟁을 야기 시키고 확인·설명서 제도를 불신하게 만들어 확인·설명의무 위반 중개사고를 발생시키는 원인

2010.7. 45-46면.

182) 이재수, 전계논문, 105면.

183) 이교하, 전계논문, 103-104면.

이 되므로 동법시행규칙 제20호 및 제20호의 2서식의 ④내·외부시설물의 상태(건축물), ⑤벽면 및 도배상태, ⑥환경조건, ⑦입지조건 및 관리에 관한 사항 기재항목을 삭제하거나 내용을 객관적으로 검증될 수 있는 것으로 현실화시켜야 한다.¹⁸⁴⁾

2. 중개업자에게 공부 등 열람권 부여

공인중개사법에서는 공인중개사에게 중개대상물에 관한 소유권, 저당권, 임차권 등의 권리관계에 관한 사항을 중개의뢰인에게 성실·정확하게 설명하고, 그 사항을 서면으로 작성하여 교부할 의무를 부담하도록 규정하고 있다(동법 제25조 및 시행령 제21조). 이를 실무상 세분하여 설명하면 다음과 같다.

첫째, 주택에 있어서 임차인이 거주하는 경우 또는 실제 거주하지 않으면서 주민등록상 주소만 옮겨놓은 경우에, 이러한 주택을 중개의뢰시에 중개업자는 ‘공인중개사법’에 의하여 주민등록표를 열람하거나 그 등본 또는 초본을 교부받아 확인하고, 그에 따른 권리관계나 임대차 등 사실관계를 매수 등 의뢰인에게 설명해야 할 의무가 있는데, 현행 주민등록법 제29조 및 동법 시행령 제47조에 의하면 중개업자에게는 열람 및 교부받을 권한이 구체적으로 명시되어 있지 않다. 다만 주민등록법 시행령 제47조 제4항 별표2에 의하면 주민등록표를 열람하거나 그 등본 또는 초본을 교부받을 권한이 있는 자로서 “부동산 또는 이에 준하는 것에 관한 권리의 설정·변경·소멸에 관계되는 자”로 규정되어 있어 해석상 중개업자는 이에 해당된다고 생각한다.¹⁸⁵⁾ 그러나 당해 행정관서에서는 명문의 규정이 없다는 이유로 열람 및 교부신청을 거부하고 있다. 따라서 주민등록법 시행령 제47조 제4항 별표2에 “채권·채무관계 등 정당한 이해관계가 있는 자의 범위”에 중개업자를 명시하여 의뢰인들에게 정확한 확인·설명을 하여 사고예방에 만전을 기할 수 있도록 법률개정이 필요하다고 생각한다.

둘째, 부동산거래에 있어서 대부분 근저당설정 등을 통하여 대출을 받고 이루어지는 것이 보통이다. 이때 채권최고액 등은 공시되지만 구체적으로 이자, 일부

184) 김부영, 전계논문, 75-76면.

185) 하홍수, 전계논문, 74-75면.

상환한 경우 현재 잔존 채무액 등은 당해 금융기관에 직접 확인하여야 하는데 금융기관에서는 개인정보보호라(금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조)는 이유로 열람을 거부하고 있다. 따라서 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률 제4조를 개정하여 거래당사자에게 정확하게 정보제공 및 확인·설명하여 거래사고 방지에 만전을 기할 수 있도록 빠른 시일 내에 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 개정되어야 한다고 생각한다.¹⁸⁶⁾

3. 현장답사에 의한 조사·확인 강화

각종 공부에 나타나지 않은 사항도 계약이나 거래사고에 중요한 영향을 미치므로 중개업자는 다음과 같은 사항 등은 현장답사를 통하여 조사·확인하여야 한다.¹⁸⁷⁾

(1) 공부와 현황의 일치여부

첫째, 권리관계의 진정성 확인이 요청된다. 등기부 공신력이 인정되지 않으므로 현장답사와 의뢰인 및 이해관계자 등의 면담을 통하여 실제권리자 여부 등을 조사·확인한다. 둘째, 공부상 내용과 실제내용의 부합여부가 문제가 된다. 토지(소재지·면적·지목 등), 건물(면적·용도·구조 등), 입목, 공장재단·광업재단(재단 목록의 기재내용) 등의 공부상 내용과 실제 현황의 일치 여부 등을 조사·확인한다.¹⁸⁸⁾

(2) 공부상 기재되지 않은 주요 사항

첫째, 토지에 관한 주요 조사·확인사항을 검토하여야 한다. 경계·지형·지세·토질·도로사항 등 공부상 기재되지 않은 주요한 사항 등을 조사·확인한다. 둘째, 건물에 관한 주요 조사·확인사항으로는, 건물의 부대시설과 방향, 건물의 외관상 구조와 특징 및 기능상의 문제점, 불법·무허가 중·개축여부 등을 조사·확인한다.

186) 하홍수, 전계논문, 13-14면.

187) 이교하, 전계논문, 45면.

188) 하홍수, 전계논문, 13면.

셋째, 입목에 관한 주요 조사·확인사항으로는 입목의 생육상태, 수종, 수령 등을 조사·확인한다. 넷째, 공장재단·광업재단에 관한 주요 조사·확인사항으로는 공장 재단·광업재단은 재단목록상의 내용과 실제의 현황을 대조하여 일치여부를 조사·확인한다.

다섯째, 내·외부 시설상태의 확인으로는 건물의 방향·부대시설·벽면상태·편익시설상태 등은 매도의뢰인의 고지사항을 기준으로 현장 확인한다.

여섯째, 입지여건, 환경조건의 확인으로는 도로의 인접여부, 전철역 유무, 상권형성의 정도, 장애의 발전가능성 등의 현황을 조사·확인하여 지역여건을 분석하여야 한다. 일곱째, 실제 권리관계와 미공시 중요시설, 물건의 확인으로 등기부상 확인되지 않는 실제 권리관계(주택 및 상가의 임차권·법적지상권·유치권·점유권·특수지역권·채석권·분묘기지권 등) 및 공부상 공시되지 아니한 중요 부속물·종물 등도 매도(임대)의뢰인의 고지사항을 기준으로 현장을 조사·확인하여야 한다.

여덟번째, 이용제한과 거래규제의 확인으로는 토지이용계획확인서에는 모든 공법상 이용제한·거래규제 사항이 나타나는 것은 아니므로, 현장을 답사하여 토지이용계획확인서에 기재되지 아니한 공법상의 이용제한(예 접도구역 등)이나 거래규제에 관한 사항도 조사·확인한다.¹⁸⁹⁾

IV. 권리분석사제도의 도입

1. 권리분석사제도의 의의

부동산 권리분석이라는 용어는 미국의 부동산권원조사에서 유래되었다고 볼 수 있다. 미국의 경우 부동산의 소유권이전 및 저당부동산에 대한 보험제도가 활성화 되어 있어 보험인수시 권리에 대한 하자유무를 판단·확인하여 보험가입 여부를 보험사가 결정해야 하며, 업무 중에서 가장 중요한 첫 작업이 대상 부동산에 대한 정확한 권리분석업무이기 때문에 부동산 권리분석 역시 권원보험(Title Insurance)과 함께 발달되었다. 미국의 권원보험 역사가 약 120년 정도라고 할

189) 이재수, 전계논문, 91-92면; 국토해양부 부동산정보통합포털사이트(<http://www.onnara.go.kr>)에서 공부에서 확인할 수 없는 상황을 조사·확인한다; 고덕철, 전계논문, 21면.

수 있으니 권리분석역사 역시 그 정도의 역사를 가졌다고 볼 수 있다.¹⁹⁰⁾

따라서 권리분석이라는 용어는 학자에 따라 여러 가지로 표현되고 있는데 부동산 권리분석이란 부동산의 권리가 발생한 원인이나 그것이 입증되어지는 수단이라고 하기도 하고, 어느 학자는 부동산에 관한 적법한 소유권 및 권리이며, 부동산의 소유권을 증명하는 모든 요소의 결합이라고도 하였다.¹⁹¹⁾

대부분 미국의 부동산 학자들에 의해 정의된 용어를 다른 학자들이 변형시킨 것이라 할 수 있으나 가장 보편적인 용어로 동산권리분석(Real Estate analysis)이란 부동산 거래사고 방지를 위해 대상부동산에 대한 권리관계의 연속성을 추적함으로써 “권리관계의 진정성”과 “법률적 가치”를 실질적으로 조사·확인·판단하여 부동산의 매매, 금융, 교환, 개발 등 모든 부동산 거래활동을 안전하게 하기 위한 일련의 권리상의 하자 유무를 확인하는 작업이라고 할 수 있다.¹⁹²⁾

여기서 권리관계의 진정성이란 권리관계에 하자가 없는 것을 말한다. 따라서 권리관계의 하자에 대한 치유가 된 상태를 “권리의 진정성”이라 할 수 있다. 부동산에 대한 하자 및 사고의 유형은 대상 부동산의 거래의 종류에 따라 상이하다.¹⁹³⁾

한편, “법률적 가치”란 목적 부동산이 법률(예; 공법상 용도지역·지구·구역제 등)상 얻을 수 있는 실질적 이익이나 가치라고 할 수 있다. 예컨대 용도지역에 따라 토지는 도시지역과 관리지역, 농림지역과 자연환경보전지역으로 분류되는데 그 효용가치나 이용가치에 따라 상당한 차이가 있다. 또한 부동산에 대한 점유시 점유자가 주장할 수 있는 유치권 및 지상권의 지상물매수청구권(민법 제283조) 등은 각종 법률에 의하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 법적 경제적 가치가 달라지게 된다. 그리고 제도 도입의 필요성이 있다고 하는 것은 부동산 중개사고 예방을 위하여 부동산 권리분석은 부동산의 법률적 가치보다는 ‘권리의 진정성’을 밝히는 것이 더 중요하다고 생각한다.¹⁹⁴⁾

190) 고미자, 전계논문, 48면; 황현, 전계논문, 150면; 이현우, 전계논문, 72면; 방경식·장희순, 「부동산학총론」, 부연사, 395면 이하.

191) 이재수, 전계논문, 92-95면.

192) 정승호, 전계서, 17면.

193) 고덕철·이학동, 전계논문, 124-125면.

194) 정미애·고동현, “부동산 거래사고 방지를 위한 개선방안”, 「전자통신」 제4권 제1호, 2007.7, 44면

2. 권리분석사제도 도입의 필요성

부동산 거래를 안전하게 하는 것은 부동산 거래활동에 있어서 가장 근본적이고 중요한 것이다. 특히, 거래당사자가 되는 일반인은 부동산에 관한 전문지식이나 복잡한 공법상, 사법상의 규제와 권리관계를 일일이 다 알 수 없기 때문에 이러한 측면을 보완해 줄 대행전문기관이 제도적으로 필요한 것이다. 부동산 권리분석제도는 권리관계에 존재하는 하자를 발견함으로써 부동산거래의 불안요인을 사전에 제거할 수 있고, 따라서 하자있는 등기의 발생도 사전에 예방할 수 있다는 점에서 부동산 거래분야에 이 제도의 도입이 절실히 요청된다.¹⁹⁵⁾

한편, 공인중개사법 제25조에 의하면 중개업자는 대상물건에 대한 확인·설명의 의무가 있지만 근본적으로 중개업자는 중개 그 자체가 본연의 업무일 뿐만 아니라 실질적으로 중개의뢰인이 통상 복수의 중개업자에게 중개의뢰를 하고 있으며, 중개물건에 대하여 계약체결 가능성도 확정적인 것이 아닌 상태에서 중개물건을 확인·설명한다는 것은 어려움이 있고, 또한 권리분석 등에 대해서도 정밀성이 의심된다.¹⁹⁶⁾

앞에서 검토한 바와 같이 부동산 활동과 권리관계 사이에는 불가분의 관계가 있어 공법상의 규제에 의한 불의의 사고를 빚는 경우가 허다하고, 이러한 법률적 측면의 거래사고는 곧 경제적 측면의 거래사고와도 직결되는 것이다.

미국의 경우에는 부동산 권리대행업체 및 권리보호업이 활발하게 보급되어 권리보증이 거부된 부동산은 시장성을 상실하게 되어 아예 매물로서의 등장이 거부되어 거래사고를 미연에 방지하고 있다.

우리나라에서도 부동산 거래사고를 미연에 방지한다는 취지하에 공인된 권리분석제도를 조속히 도입하여 실시할 필요성이 있다.¹⁹⁷⁾ 권리분석제도는 급증하는 부동산 거래사고의 피해를 예방하기 위한 조치로 그에 맞는 전문지식을 가지고 국가자격시험에 합격한 자를 거래물건에 관한 권리사항의 진실한 관계나 실제사항과 부합하는지를 분석·평가하게 하여 하자사항의 사전발견으로 원만한 거래를

195) 정미애·김동현, 전계논문, 44-45면.

196) 이재수, 전계논문, 9292-95면.

197) 김현동, “부동산거래사고의 예방대책에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 석사학위논문, 2004, 107-108면.

도와주는 제도이므로 권리분석사제도는 도입의 필요성이 있다.

권리분석사제도 도입의 필요성을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 부동산등기에는 공신력이 없기 때문에 등기내용을 신뢰할 수 없다. 둘째, 부동산권리에는 등기를 요하지 않는 관습법상의 권리가 있다. 셋째, 부동산권리에는 사법 및 공법상의 규제가 있기 때문에 이를 모르고 거래한 자는 불측의 손해를 볼 수 있다. 넷째, 국가나 공공단체가 행한 재산처분행위를 사후에 분석할 필요성이 제기되는 경우가 있다. 다섯째, 토지의 최우효이용을 위한 토지이용에 대한 공법상의 규제의 제법률이 부동산활동에 미치는 영향을 분석할 필요가 있다. 여섯째, 등기능력은 있으나 미등기된 권리관계 또는 등기능력이 없는 권리관계의 분석이 필요하다. 일곱째, 부동산중개활동의 과정에서 제기될 수 있는 제반 권리관계의 사고방지를 위하여 권리분석이 필요하다.¹⁹⁸⁾

따라서 부동산 거래활동에 있어서 권리관계의 진정성과 법률적 가치를 정확하게 분석·판단하는 일은 매우 중요하다¹⁹⁹⁾

3. 권리분석사제도의 기대효과

첫째, 등기의 공신력 부재에 따른 위험을 최소화 할 수 있다. 둘째, 관습법상의 분묘기지권, 법정지상권, 등기되지 않은 임차권 등의 권리에 관한 사고를 예방할 수 있다. 셋째, 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등 각종 공법상 규제사항을 철저히 분석하여 이용의 불능 등에 대한 사전예방을 통하여 경제적 이용가치 및 법률상 행위제한 등을 사전에 파악할 수 있다. 넷째, 등기의 공증제도나 등기공무원의 실질적 심사권이 없는 제도를 보완하는 효과를 기대할 수 있다. 다섯째, 부동산의 자금유동화에 따른 권리분석으로 안전한 보호를 할 수 있다.²⁰⁰⁾

결론적으로 부동산 권리분석사제도는 우리나라 부동산등기법상이나 공인중개사법상 부동산 거래시 권리관계의 미비점을 보완하여 중개사고를 최소화 하는 것에 그 효과를 기대하는 것이다.²⁰¹⁾

198) 김영진, 전게서, 218면.

199) 고덕철·이학동, 전게논문, 124-125면.

200) 이현우, 전게논문, 72-75면.

201) 이재수, 전게논문, 92-93면.

V. 감독관청의 감독강화

중개업자는 선관주의 의무 및 확인·설명 의무 등 종합적으로 기능을 다할 때 많은 사고를 예방할 수 있다고 생각한다. 판례도 중개업자에게 선관주의 의무뿐만 아니라 고도의 직업적인 주의의무를 부담해야 한다고 한다.²⁰²⁾ 특히 감독관청은 공인중개사법에 규정된 다음과 같은 내용 등에 감독을 철저히 하여 거래사고 예방에 소홀함이 없도록 하여야 할 것이다.²⁰³⁾

현 공인중개사법(법률 제10663호, 2011.5.9)에 의하면 국토해양부장관, 시·도지사 및 등록관청은 일정한 경우 중개업자 또는 거래정보사업자에 대하여 그 업무에 관한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출 그밖에 필요한 명령을 할 수 있으며, 소속 공무원으로 하여금 중개사무소에 출입하여 장부·서류 등을 조사 또는 검사하게 할 수 있다(동법 제37조)고 규정하고 있다. 또한 공인중개사의 자격취소(동법 제35조), 무허가 중개업을 금지하는 중개사무소개설등록제도(동법 제39조), 공인중개사의 자격정지(동법 제36조), 등록의 취소(동법 제38조), 업무의 정지(동법 제39조), 거래신고의무(동법 제27조), 특히 중개업자에게 중개대상물 확인·설명 의무(동법 제25조)의 규정을 두어 광범위하게 거래대상 부동산에 대하여 조사·분석을 하도록 규정하고 있다. 따라서 감독관청은 중개업자들이 공인중개사법의 규정 등 제반 규정들을 준수하고 있는지를 철저히 감독하여 거래사고 예방에 만전을 기해야 한다고 생각한다.

第2節 主要國家의 不動産 去來事故의 責任保障制度

미국, 영국, 일본의 부동산중개제도를 비교한 결과에 따르면 이들 세 나라가 공통적으로 중개의뢰계약서의 작성, 계약내용의 서면화, 상세한 체크리스트제도를 운용하고 있고, 이를 통해 충분하고 정확한 정보를 제공하고 있음을 알 수 있다.²⁰⁴⁾

202) 대법원 1997.11.28. 선고 97다32772,32789 판결.

203) 김재관, 전계논문, 15-17면.

미국의 중개업자는 부동산 거래과정에서 변호사, 에스크로우회사, 권원회사, 금융기관, 주택검사회사 등 다양한 전문기관들의 협조를 받아 중개서비스를 제공하기 때문에 업무영역이 넓고 세분화되어 있는데 비해, 영국과 일본의 중개업은 부동산개발업과 밀접하게 결합되어 있으며 미국보다는 부동산서비스업이 덜 분화되어 있다. 영국은 부동산중개서비스 전달 과정에서 소송대리인의 역할이 큰데 비해 일본은 중개업자의 역할이 중요한 비중을 차지하고 있다.²⁰⁵⁾

I. 미국

미국은 부동산의 자체위험을 권원보험회사와 부동산권리조사회사에서 처리한다. 이러한 권원보험제도는 미국에서의 전통적 권리보호 방법인 권원조사제도와 관련하여 권원보험회사와 권원요약자 및 부동산 양도취급인들 사이에 업무영역 침범 및 이해관계로 마찰이 있었으나, 권원보험제도로서의 상호 유익성이 입증되므로 해서 1920년대 이후 크게 번창하였다.²⁰⁶⁾

보통 중개인은 매매대금을 입금할 최소한 1개 이상의 은행계좌를 가지고 있어야 하는데 이것을 신탁계정 또는 보관계정이라고 한다. 중개인은 이러한 계정에 관해 누구로부터 무슨 이유에서 지급받았는지, 무슨 이유로 누구에게 지급하였는지를 정확하게 기록하여 보관하여야 한다. 신탁계정에 있는 금액은 중개인이 파산하거나 불리한 재판을 받았을 경우에도 집행대상이 되지 아니한다. 따라서 중개인은 자신의 현금을 신탁계정에 넣을 수 없으며, 신탁 받은 금액을 신탁계정 이외의 다른 곳에 보관할 수 없다. 이렇게 매매대금의 인수와 관련하여 미국은 에스크로우제도를 통하여 중개회사 명의로 신탁계정을 설치하여 계약금 등을 관리하는 방식으로 위험에 대처하고 있다.²⁰⁷⁾

204) 정지욱·서진영, “부동산거래사고에 대한 민형사책임과 보장제도”, 「부동산중개학회지」 제1집 제524호, 2010.10, 112-115면.

205) 서순탁, “부동산중개제도의 국제비교 -미국, 영국, 일본을 중심으로-”, 「감정평가논집」 제10집, 한국감정평가협회 감정평가연구원, 2000, 111-122면.

206) 김상용, “미국의 권원조사 및 권원보험에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1985, 132면.

207) Lindeman JB, *Real Estate Brokerage Management(4th ed)*, prentice Hall, 1998, pp, 111-112.

II. 영국

영국에서는 부동산 거래과정의 위험을 부동산거래과정에서 중개업자가 맡고, 계약서 작성 및 등기, 금융문제는 소송대리인이 맡음으로서 해소하고 있다. 거래사고를 방지하기 위하여 계약금을 법이 정하는 금융기관(은행, 우체국)에 중개회사 또는 중개인의 명의로 독립된 구좌를 개설하여 예치하도록 하고 있으며, 매수자나 매도자를 위한 보험제도가 발달되어 있다. 이러한 시스템은 거래사고 예방에 크게 기여하고 있는 것으로 판단된다. 또한 소비자의 불만을 다루기 위하여 공정하고 독립적인 옴부즈만(Ombusman for Estate Agents: OEA)제도를 도입 시행하고 있는데 매도인과 매수인은 무료로 이용할 수 있다.²⁰⁸⁾

III. 일본

일본에서는 부동산중개와 관련한 거래를 보증하기 위하여 두 가지 제도, 즉 영업보증금제도와 변제업무제도를 두고 있으며 부동산중개와 관련된 업을 영위하려는 자(택지건물거래업자)는 의무적으로 이 두 가지 가운데 하나를 선택해야 한다.²⁰⁹⁾

1. 영업보증금제도

영업보증금제도는 다음과 같은 목적을 위하여 제도화 되어 있다. 첫째, 택지건물거래업자에게 영업보증금을 공탁하게 함으로써 그 업무의 적정한 운영을 도모함과 동시에 택지건물거래업자의 신용을 증대 시킨다. 둘째, 의뢰인이 택지건물거래업자와의 거래에서 만일 손해를 받더라도 영업보증금으로 변제하게 함으로써 의뢰인에게 신뢰를 줄 수 있다.

2. 변제업무제도

208) RICS, *Manual of Estate Agency: law & Practice*, Rics, 1998, pp. 58-68.

209) 정지욱·서진영, 전개논문, 113면.

변제업무제도란 택지건물거래업보증협회가 그 사원으로부터 변제업무보증금 분담금을 납부 받고 그 납부액에 상당하는 변제업무보증금을 공탁소에 공탁하며, 그 사원과 택지건물거래업에 관한 거래를 한 자(그 자가 사원으로 되기 전에 거래한 자를 포함)가 그 거래로 인하여 받은 손해를 변제업무보증금에서 변제하는 제도이다.²¹⁰⁾

3. 영업보증금제도와 변제업무제도의 관계

영업보증금제도와 택지건물거래업보증협회가 하는 변제업무제도는 다 같이 택지건물거래업자와 택지건물거래업에 관한 거래로 인한 손해를 받은 자에게 보전하기 위한 제도이다. 그러나 영업보증금제도는 개개의 택지건물거래업자가 스스로 영업보증금을 공탁소에 공탁하고, 택지건물거래업자와 택지건물거래업에 관한 거래를 하여 손해를 받은 자는 택지건물거래업자가 공탁한 영업보증금에서 환부를 받는 데 반하여(개인보증의 원칙), 택지건물거래업보증협회가 하는 변제업무제도는 택지건물거래업협회가 그 사원인 택지건물거래업자로부터 변제업무보증금 분담금을 납부받은 후에 납부액에 상당하는 변제업무보증금을 공탁하고, 그 사원인 택지건물거래업자와 택지건물거래업에 관한 거래를 하여 손해를 받은 자가 그 택지건물거래보증협회가 공탁한 변제업무보증금에서 환부 받는 것이다(단체보증의 원칙).

택지건물거래업자는 이 두 제도 중 어느 하나를 선택해야 한다. 다시 말해 택지건물거래업자는 본점 및 지점마다 비율에 따라 계산한 금액의 합계액을 영업보증금으로 공탁하거나, 또는 택지건물거래업보증협회의 사원으로 되어 본점 및 지점마다 비율에 따라 계산한 금액의 합계액을 변제업무보증금 분담금으로 협회에 납부해야 한다. 택지건물거래업자 가운데 약 10%가 영업보증금을 공탁하고, 약 90%가 택지건물거래업보증협회에 가입하고 있다.²¹¹⁾

210) 김대환 외, “부동산 중개사고의 손해배상을 위한 공제요율제도 개선 방안”, 「부동산연구」 제20권 제1호, 2010.6, 335-339면.

211) 정지욱·서진영, 전계논문, 112-115면.

4. 지정보증기관과 지정보관기관

일본은 사후 거래안전 보증으로 영업보증금제도 및 변제업무제도 외에 지정보증기관과 지정보관기관을 두어 계약금 보증 및 보관사업 등을 수행하고 있다. 지정보증기관이란 국토교통대신의 지정을 받아 계약보증금 등 보증사업을 하며 지정신청자는 주식회사이어야 한다. 지정보증기관은 택지건물거래업자와의 사이에 보증위탁계약을 체결하고, 택지건물거래업자의 계약보증금 등 반환채무를 연대하여 보증하는 업무를 행하며 지정보증기관은 원칙적으로 계약보증금 등 보증사업 이외의 사업을 영위할 수 없다.

지정보관기관이란 국토교통대신의 지정을 받아 계약보증금 등의 보관사업을 하며, 지정보관기관의 지정기준 및 겸업제한은 지정보증기관과 동일하다. 지정보관기관은 택지건물거래업자와의 사이에 계약보증금 등 기타 계약을 체결하고, 택지건물거래업자를 대리하여 계약보증금 등을 수령하며, 택지건물거래업자가 수령한 계약보증금 등에 상당하는 금액을 보관하는 업무를 행한다.²¹²⁾

IV. 시사점

소비자 피해보상차원에서 일본은 보증·변제 중심의 사후적인 피해보상에 치중하고 있는 반면, 미국과 영국은 에스크로우제도 등 부동산 거래사고를 사전에 방지할 수 있는 제도를 갖고 있다. 부동산 자체위험과 부동산 사기 위험을 해소하기 위해서는 부동산 공시제도의 개선이 요구된다. 이와 더불어 권원보험 및 거래계약이행보증제도를 활성화시킴으로써 이러한 위험을 상당히 해소할 수 있을 것으로 판단된다.

향후 사전적 위험해소방안을 통해 부동산 거래 위험을 해소 하면서 부동산 거래사고를 줄이는 방향이 타당할 것으로 보인다. 부동산중개의뢰계약서의 필수적인 사용과 이에 첨부된 체크리스트의 범용화가 부동산 거래과정의 위험을 줄일 수 있으며, 에스크로우제도의 활성화는 거래계약이행과 관련된 위험을 감소시킬

212) 不動産取引研究會, 「宅地建物取引の知識」, 住宅新報社, 1998, 96-122面.

수 있을 것이다. 일본의 경우처럼, 지정보증기관이나 지정보관기관 등을 통한 거래약이행제도의 활성화에 대하여 검토해 볼 필요가 있다.²¹³⁾

第3節 不動産 去來事故의 救濟方案

I. 공제제도의 강화

1. 공제금 지급(손해배상책임)의 성립요건

현 「공인중개사법」에 의하여 중개업자에게 손해배상을 받기 위해서는 먼저 동법에 의한 부동산중개사무소 개설등록을 한 중개업자이어야 한다(동법 제30조). 중개사무소 개설등록을 하지 않은 무등록 중개업자의 중개행위에 의해 거래당사자에게 손해가 발생한 경우에는 동법에 의한 손해배상을 받을 수 없고, 중개사무소 개설등록을 한 중개업자일지라도 중개업과 관계없는 행위로 손해를 발생하게 한 경우에도 동법에 의한 손해배상을 받을 수 없으며, 「민법 제750조」의 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다’는 규정에 따라 손해배상을 받아야 할 것이다. 즉 중개업자의 중개행위로 손해가 발생하여야 한다.²¹⁴⁾

그리고 중개업자의 사용인이 중개업무와 관련된 행위를 하였거나, 중개사무소를 타인에게 중개행위의 장소로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에도 그 손해를 배상할 책임이 있다(동법 제30조 제2항). 마지막으로 거래당사자간 구체적인 손해가 발생하여야 하며 여기에는 정신적인 손해는 배상책임의 대상이 되지 않는다. 손해발생의 구체적인 입증책임은 손해발생을 주장하는 거래당사자(중개의뢰인)가 부담한다.²¹⁵⁾

중개의뢰인이 손해배상금으로 보증보험금·공제금 또는 공탁금을 지급받고자

213) 구동회 외, “공제제도 개선을 통한 부동산 거래의 안전성 제고방안”, 국토해양부 제출 최종보고서, 한국감정평가연구원, 2002, 67면.

214) 김대환, 전계논문, 339-346면.

215) 김홍기, “개정공인중개사의 업무 및 부동산거래 신고에 관한 법령”, 국토해양부 토지관리과, 2007, 37면.

하는 경우에는 그 중개의뢰인과 중개업자간의 손해배상 합의서·화해조서 또는 확정된 법원의 판결문 사본, 그 밖에 이에 준하는 효력이 있는 서류를 첨부하여 보증기관에 손해배상금의 지급을 청구하여야 한다.²¹⁶⁾

중개업자는 보증보험금·공제금 또는 공탁금으로 손해배상을 한 때에는 15일 이내에 보증보험 또는 공제에 다시 가입하거나 공탁금 중 부족하게 된 금액을 보전하여야 한다(공인중개사법 시행령 제26조).²¹⁷⁾

(1) 공제약관상 공제금 지급대상

공인중개사협회가 지급하는 손해의 범위는 중개가 완성되어 거래계약서를 작성한 날을 기준으로 공제가입자가 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 공제사고에 대해서만 공제금을 지급하며, 한국공인중개사협회 공제약관 제2조 제2항에 따르면 협회가 보상하는 금액은 공제 가입금액을 한도로 하고 협회가 보상하는 손해의 범위는 공제에 가입한 회원이 부동산중개행위를 함에 있어서 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 금액 중 공제가입회원의 과실비율에 해당하는 금액으로 한다.²¹⁸⁾

(2) 공제제도의 책임범위 및 기간

공인중개사협회의 공제책임은 대한민국 안에서 생긴 공제사고에 대하여만 지급하는 책임을 지고, 공제기간이 시작되는 날 0시부터 공제기간 마지막 날 24시에 종료된다.²¹⁹⁾

(3) 공제금의 청구와 지급

중개의뢰인이 손해배상금으로 보증보험금·공제금 또는 공탁금을 지급받고자 하는 경우에는 보증기관에 당해 중개의뢰인과 중개업자간의 손해배상합의서·화해조서 또는 확정된 법원의 판결문 사본, 그 밖에 이에 준하는 효력이 있는 서류를 첨부하여 손해배상금의 지급을 청구하면 보증 설정기관은 서류의 적정성 여

216) 이현우, 전계논문, 8-12면.

217) 김대환 외, 전계논문, 339-345면.

218) 이재수, 전계논문, 87-91면.

219) 한국공인중개사협회 공제약관 제5조.

부를 심사하고 정당하다고 판단될 경우 보증 설정금액 한도 내에서 손해배상 금액만큼 지급하게 된다.²²⁰⁾

손해발생액이 보증 설정금액을 초과할 경우, 일차적으로 보증 설정기관에서 손해액을 지급받고 나머지는 민사상으로 중개업자에게 추가로 지급청구를 할 수 있다. 손해배상을 한 보증 설정기관은 손해발생의 원인제공자인 중개업자에게 구상권을 행사할 수 있으며, 중개업자가 보증보험금·공제금 또는 공탁금으로 손해배상을 한 때에는 15일 이내에 보증보험 또는 공제에 다시 가입하거나 공탁금 중 부족하게 된 금액을 보전하여야 한다(공인중개사법 시행령 제26조 제2항).

(4) 소멸시효

손해배상책임에 대한 기간을 동법에 규정하고 있지 않기 때문에 손해배상에 관한 「민법」에 의하면 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하거나 불법행위를 한 날로부터 10년(소멸시효)을 경과하면 시효로 인하여 소멸한다. 그리고 중개업자가 손해배상에 대한 보증을 공탁한 경우에는 중개업자가 폐업 또는 사망한 날부터 3년 이내에는 이를 회수할 수 없다. 다시 말하면 중개업자가 폐업 또는 사망한 날로부터 3년 이내에는 공탁으로 손해배상을 받을 수 있지만, 3년이 경과하여 공탁금을 회수하였다면 동법에 의하여 배상을 받을 수 없고 사법적으로 배상을 받아야 할 것이다.

공제금에 대한 대법원 판례²²¹⁾는 공제는 손해배상 책임을 보증하는 보증보험적인 성격을 가진 제도이고, 그 성질이 상호보험과 유사함으로 「상법」 제 644조(보험사고의 객관적 확정 효과) ‘보험계약당시에 보험사고가 이미 발생하였거나 또는 발생할 수 없는 것인 때에는 그 계약은 무효로 한다. 그러나 당사자 쌍방과 피보험자가 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.’의 규정을 유추 적용하여 「상법」 제662조(소멸시효) ‘보험금액의 청구권과 보험료 또는 적립금의 반환청구권은 2년간, 보험료의 청구권은 1년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성한다.’고 하여 단기소멸시효 2년이 적용되어야 한다고 판시하고 있다.

220) 김재관, 전계논문, 116-118면.

221) 대법원 1995.3.28. 선고 94타47094 판결.

2. 공제금 범위(손해배상책임제도)의 개선방안

중개사고 발생에 따른 피해에 대하여 중개의뢰인에게 손해배상을 충분하게 하기 위해서 일차적으로 보증보험금 또는 공제금의 상한을 상향조정할 필요가 있다. 그러나 어느 정도 인상할 것인가가 문제이다. 소비자 보호를 강화한다는 입장에서 가급적 현재 부동산가액 수준에 근접하도록 상향조정하는 것이 바람직할 것이다. 반면에 공급자인 중개업자 측면에서 볼 때, 부동산중개업의 영세성으로 인해 무리한 보증금액의 상향조정은 부동산중개업을 위축시킬 수 있으며, 또한 소비자에게 전가될 소지도 크다는 점을 고려하여 신중하게 인상폭을 결정하여야 할 것이다.²²²⁾

그러나, 손해배상책임의 보장금액을 법인인 중개업자의 경우 2억원 이상, 공인중개사인 중개업자는 1억원 이상으로 규정(동법 제30조 및 시행령 제24조)하고 있는 현실은 부동산 가격의 현실을 살펴 볼 때 손해보장금액은 사고 발생시의 최고한도를 보장해야 한다는 측면에서 턱없이 부족하기 때문에 보증 설정금액 이상의 중개사고 발생시에는 충분한 보상이 될 수 없으므로 중개의뢰인의 피해는 불가피하다. 따라서 손해배상의 현실화를 위한 한도액 인상 수준은 적어도 개인과 법인 구별 없이 2억원 이상으로 인상해서 피해구제에 좀더 현실적이 될 수 있도록 해야 한다. 이때에도 1억원에 대한 보증 설정보험료(1억원의 0.5%)는 중개업자가 부담하고, 한국공인중개사협회에서 1억원에 대한 보증보험을 추가로 가입하여 협회회원의 부담을 감소시켜주며, 거래의 안전성을 보장해 주어야 한다.

또한, 법원의 판결문 내용이 100% 중개업자의 과실로 인정되지 않고 중개대상물에 대한 기본적인 사항을 파악할 주의의무를 이행하지 않았다는 의뢰인의 과실을 약 20%~50%정도 보는 것이 판례²²³⁾의 입장이다. 따라서 현재 거래되는 부동산가격에 턱없이 부족한 보증 설정금액을 최소 2억으로 상향조정하여 중개사고로 인한 중개의뢰인의 피해를 최소화해야 할 것이다.²²⁴⁾

222) 김대환 외, 전계논문, 339면.

223) 대법원 1993.5.11. 선고 92다55350 판결.

224) 정미애, 전계논문, 94-96면.

II. 에스크로우(Escrow)제도의 활성화

우리나라의 에스크로우제도는 「공인중개사법」과 동법 시행령의 에스크로우제도와 관련된 근거규정(공인중개사법 시행령 제27조, 제31조)에 따라 2004년 1월 전국부동산중개업협회²²⁵⁾는 미국에서 에스크로우와 모기지서비스 사업을 하고 있는 스튜어트 미국본사와 한국독립법인인 스튜어트코리아와 에스크로우 사업전반에 대해 업무협약을 맺고 협회 소속 지정 중개업소를 이용하면 부동산의 거래금액과 무관하게 전액을 보장 받을 수 있도록 하는 에스크로우제도를 도입하여 이와 관련된 업무를 취급하기 시작하였다.²²⁶⁾

그러나 2006년 이용률의 저조로 수익성이 없다고 판단한 스튜어트코리아가 철수하면서 에스크로우제도는 부동산거래에서 거의 활용되지 않고 있는 상황이며 이에 참여하였던 금융기관도 에스크로우제도에 대한 정보안내 등 거의 업무를 하지 않고 있는 실정이다.

부동산 에스크로우제도와 권원보험제도를 도입하여 시행하고 있는 미국을 비롯한 선진국에서는 부동산과 관련된 거래사고에 대한 예를 거의 찾아보기 힘들 정도로 에스크로우제도는 거래사고를 예방할 수 있는 훌륭한 제도라고 할 수 있다.²²⁷⁾

따라서, 부동산시장의 개방에 따른 선진화된 부동산중개서비스를 제공하기 위해서는 에스크로우제도와 권원보험제도를 정착시키되 이러한 제도를 우리 실정에 맞게 합리적으로 도입하여 정착시키는 이른바 한국형 에스크로우제도와 권원보험제도의 개발이 요구된다. 등기의 공신력이 인정되지 않는 우리의 등기제도는 각종 거래사고의 위험에 노출되어 있고 거래단계가 계약금→중도금→잔금의 과정을 거치는 동안, 매수자는 매도인에 비해서 많은 위험을 감수하여야 함에도 불구하고 매수인의 보호 장치가 전혀 고려되어 있지 않아 공평의 이념에 문제가

225) 전국부동산중개업협회, 1986년 설립된 전국부동산중개업협회는 2006년 1월1일 한국공인중개사 협회로 명칭을 변경하여 2007년 10월 17일 이원화 되어 있던 대한공인중개사협회와 통합하여 한국공인중개사협회로 명칭을 변경 하였다.

226) 이교하, “에스크로우 제도 및 확인·설명제도를 통한 부동산 거래사고 예방에 관한 연구”, 한남대학교 대학원 석사학위논문, 2009, 69-71면.

227) 우병철, “에스크로우제도 정착을 위한 선결과제: 공인중개사의 의견조사를 중심으로”, 단국대학교 경영대학원 석사학위논문, 2006, 24면.

있다.²²⁸⁾

그리고 에스크로제도와 권원보험제도가 정착되지 않은 이유는 외국의 절차와 방법을 그대로 답습한 결과 부동산거래와 관련된 우리의 법제도와 그동안의 거래관행 등이 고려되지 않은 이유도 있으나 부동산 중개활동은 여러 업무가 혼합되어 있으므로 이 제도에 따른 부동산 종합서비스가 다양한 전문기관들과 상호 연계하여 원스톱 서비스로 순차적으로 제공될 수 있는 전산화된 정보시스템 등의 기반이 구축되지 않은 상황에서 이를 정착시키려는 시도는 많은 어려움이 있었던 것으로 보인다.

이와 같은 에스크로제도와 권원보험제도가 정착되면 부동산거래의 안전이 보장되고 부동산자금의 출처와 흐름이 모두 노출됨에 따라 성실한 납세의무를 이행하게 되는 한편, 거래의 투명성이 보장되는 결과, 부동산시장을 혼란에 빠뜨려왔던 투기세력이 흔히 이용하는 미등기전매행위, 다운(Down)계약서나 업(Up)계약서의 작성으로 실거래가와 신고가액을 다르게 기재하는 이중계약서의 문제 등 부동산거래와 관련된 위법, 편법적 요소들을 근원적으로 차단하여 부동산 거래질서의 확립이라는 공인중개사제도의 근본취지에 부응하는 한편 부동산가격의 안정화와 더불어 부동산시장의 투명화 및 전문화, 정보화에 크게 기여 할 것으로 기대된다.²²⁹⁾

1. 신뢰성 있는 운영주체의 필요성

에스크로제도가 도입된 이후 국내 부동산거래시장에 정착하지 못한 가장 커다란 이유는 적지 않은 별도의 수수료를 부담시키거나 그 동안의 거래관행에 변화가 없다보니 새로운 변화에 대한 거부감이 작용하여 크고 작은 거래사고가 끊임없이 발생하고 있음에도 불구하고 제도의 도입을 시도해보려는 보다 적극적인 운영주체가 없었기 때문으로 분석된다.

이를 적극적으로 추진하여야 할 주체에 대하여 에스크로 업무상 상당한 규모의 자금이 필요하게 되므로 에스크로 업무를 담당할 주체에 대한 신뢰성이 제

228) 이재수, 전계논문, 97면.

229) 김수길·김상찬, “미국법상 부동산거래 유통의 보호에 관한 연구”, 「법학연구」 제19집, 한국법학회, 2005.10, 143-146면.

도를 정착시키는데 가장 중요한 문제이므로 초기에는 정부나 지자체, 정부 산하 기관에서 그 업무를 담당하여 공공성을 부여하는 것이 바람직하다²³⁰⁾는 견해와 서비스의 신뢰와 브랜드가치를 통한 마케팅, 그리고 효율적인 업무수행을 위해서 은행과 권원보험회사 등 관련업체의 업무제휴를 통해 에스크로우 전문법인을 설립하는 것이 바람직하다는 견해가 있으나, 위 두 가지의 견해에 따라 에스크로우의 운영주체를 새로이 설립하게 된다면 설립을 위한 제도적장치의 마련과 설립으로부터 정상적인 업무수행 능력이 정착되기까지 상당한 시간이 소요될 것으로 보인다.²³¹⁾

도입초기 이를 운영할 주체에 대하여 아무런 제한을 두지 않아 자유경쟁체제에 의하여 에스크로우회사나 권원보험회사를 설립하여 업무를 취급할 수 있도록 하였으나 시행초기 제도의 정착에 따른 혼란을 막기 위해서는 자유경쟁에 의해 별도의 독립된 기관을 설립할 것이 아니라 주도적으로 업무를 운영할 주체가 일원화되어야 할 필요가 있다.²³²⁾

따라서 부동산거래는 극히 일부 직거래가 이루어지는 경우를 제외하고는 부동산중개업소의 중개활동에 의해 이루어지므로 에스크로우와 권원보험의 정착에 따른 부동산종합서비스의 제공 등 업무의 운영주체는 전국의 부동산중개업자들로 구성된 네트워크를 통하여 한국공인중개사협회가 주도적인 역할을 수행한다면 가장 효율적일 것으로 판단된다.

그 첫 번째 이유로는 별도의 독립된 기관을 설립해서 운영하는 경우, 이에 다른 운영비 등을 고려하면 에스크로우제도가 정착되지 못한 가장 커다란 이유로지적되었던, 즉 적지 않은 수수료의 부담이 불가피할 것으로 보여지므로 수수료 부담을 최소화하기 위한 방안을 모색하여야 할 필요가 있다. 에스크로우와 권원보험제도는 거래사고의 사전예방이라는 측면과 발생 할 수도 있는 거래사고에 대한 손해배상을 보장하기 위한 제도로 현재 협회에서 운영하고 있는 공제사업과 중복이 되는 부분도 있다.²³³⁾

더구나, 대부분의 부동산중개업자가 손해배상의 보장방법으로 한국공인중개사협

230) 이교하, 전계논문, 67면.

231) 김연순, 전계논문, 83면.

232) 이재수, 전계논문, 98-99면.

233) 송호열, 전계논문, 84-87면.

회의 공제에 가입하고 있으므로 공제에 적용된 재원을 바탕으로 에스크로우제도의 운영주체로서 공제사업과 연계하여 이를 재원으로 운영을 하게 되면 어떤 주체보다 운영에 따른 수수료의 부담을 낮출 수 있다.²³⁴⁾

2. 제도정착을 위한 정부차원의 정책적지원의 필요성

최근 수년간 우리나라 부동산의 가격은 경제 성장과 더불어 전국적으로 상승했다. 따라서 부동산 에스크로우제도의 도입과 정착은 거래질서의 투명성 확보로 거래사고를 예방하고 탈세를 방지하여, 건전한 부동산 거래질서의 확립에 기여하게 될 것으로 기대한다. 그리고 에스크로우제도의 조기정착을 위하여 이 제도를 이용하여 부동산거래를 하는 경우, 한시적으로 정부차원에서 취·등록세나 양도소득세의 일부를 감면해주는 등의 조치를 해주게 된다면 보다 빠른 시간 내에 이 제도가 정착될 수 있을 것이다.²³⁵⁾

3. 정부차원의 대국민 홍보 강화

에스크로우제도나 권원보험은 우리의 거래관행에 비추어 아직은 생소한 분야이므로 도입 준비부터 철저한 연구와 환경 분석이 요구된다. 에스크로우가 중개시스템의 한 분야로 정착되기까지 중개업자는 물론 소비자의 상당한 인식전환이 필요할 것이다. 그러므로 제도가 도입되고 시행되기 전에 에스크로우제도 도입의 필요성 및 효과에 대한 보다 적극적인 대국민 홍보가 필요한 상태이다.²³⁶⁾ 그렇게 함으로써 제도의 도입에 대한 거부반응이나 부작용을 최소화 할 수 있기 때문이다. 특히, 이 제도를 도입함으로써 발생될 소비자들의 추가비용에 대한 연구 및 이를 활성화시키기 위한 홍보가 가장 큰 쟁점으로 나타나고 있다. 따라서 어떻게 하면 비용을 최소화하고, 우리 실정에 맞게 도입해야 할까에 초점을 맞추어야 하고, 소비자들에 대하여는 그 추가비용의 당위성에 대한 긍정적인 여론의 형성과 인식전환이 매우 중요하다고 생각한다.²³⁷⁾

234) 김영진, 전게서, 220-221면.

235) 이교하, 전게논문, 160-162면.

236) 정미애·김동현, 전게논문, 44면.

237) 이재수, 전게논문, 101-012면.

Ⅲ. 권원보험제도의 도입

1. 권원보험의 의의

권원보험이란 부동산 거래시 발생할 수 있는 서류위조, 사기, 숨은 하자 등 위험요소에 보험금을 지급함으로써 안전을 담보하는 부동산 권리보험이다. 또한 권원의 하자로 인하여 피보험자가 입게되는 손실을 보험금으로 담보하는 손해보험의 일종이다.²³⁸⁾

권원보험은 권원보험증서 발행 이전에 존재한 부동산권원의 하자나, 우선적 순위에 있는 우선특권이나, 부동산의 부담으로 인하여 그 부동산의 매수인 또는 모기지권리자가 안전한 권원을 취득할 수 없거나, 안전한 권원의 행사가 방해를 받으므로 인하여 매수인이나 모기지권리자가 입는 손해를 보험금으로 보전할 것을 내용으로 하는 매수인 또는 모기지권리자와 권원보험회사간의 손해보험 계약이다.²³⁹⁾

2. 권원보험의 기능

미국의 부동산법은 전통적인 영미부동산법의 법 원리를 많이 유지하면서, 또 부동산권리의 공시제도로써 매우 불완전한 레코딩 시스템을 일반적인 공시제도로 운영하면서도 부동산거래는 신속하고 안전하게 이루어지고 있다. 그것은 부동산전문가의 참여에 의하여 부동산거래가 이루어지고 있고, 권원조사제도와 권원보험제도에 의하여 권원보호가 이루어지고 있기 때문이다. 다시 말하면 미국에서는 권원의 등기가 아닌 권원(title)을 증명하는 서면을 편철·비치하는 방법의 레코딩 시스템을 일반적인 부동산권리의 공시제도로 운영하고 있으나, 레코딩 시스템이 갖고 있는 부동산권리의 공시제도로써의 불완전성을 권원조사제도와 권원보험제도가 이를 보완함으로써 부동산거래는 안전하게 이루어지고 있다.²⁴⁰⁾ 그래

238) 황현, 전계논문, 15-16면.

239) 이현우, 전계논문, 12-13면; 이선오, 전계논문, 27-30면

240) 송호열, 전계논문, 87-88면.

서 권원보험제도는 부동산등기제도 내지 부동산물권공시제도가 불완전한 나라에서 부동산거래의 안전과 저당권의 유통을 위해 기술적·실용적인 측면에서 매우 유용한 제도로 평가된다.²⁴¹⁾

3. 도입의 필요성

등기제도는 근대법이 창안한 부동산 안전거래를 위한 부동산 공시제도로서 궁극적으로 부동산 거래의 안전과 신속이라는 양립하는 문제의 조화를 그 이상(理想)으로 하고 있다. 우리나라의 등기제도에 관한 법률로는 실제적 등기법이라고 할 수 있는 민법과 형식적·절차적 등기법이라 할 수 있는 부동산등기법을 기본으로 하고 있다. 부동산등기법에 근거한 현행 부동산등기제도의 특징을 살펴보면, 형식주의, 물적 편성주의, 공동신청주의, 형식적 심사권, 공부의 이원화, 등기의 공신력 부재 등 여러 가지 특징이 있다.²⁴²⁾

앞에서 검토한 바와 같이 등기공무원의 형식적 심사주의, 공부의 이원화, 등기의 공신력 부재 등 현행 등기제도의 여러 가지 문제점들을 법적, 제도적으로 보완하기 전단계로서 권원보험제도는 등기의 외관을 신뢰하여 거래한 제3자를 보호할 수 있는,²⁴³⁾ 반드시 필요한 제도라 생각한다.²⁴⁴⁾

IV. 재판 외의 분쟁해결제도(ADR)의 도입

1. 분쟁의 의의

우리나라는 압축성장과 목적 또는 성과를 중시하는 사회분위기 속에서 다양한 분쟁현상²⁴⁵⁾이 나타나고 있어 이의 해결기제를 만들어 내는 것이 사회의 건전한

241) 김수갈·김상찬, 전계논문, 141-142면.

242) 황현, 전계논문, 147-149면.

243) 김연순, 전계논문, 85면.

244) 정미애, 전계논문, 66-67면; 이재수, 전계논문, 96-97면; 이선오, 전계논문, 27-30면.

245) 분쟁의 개념은 각 학문분야에 따라 다양하게 정의되고, 사전적으로 여러 사회단위 사이에 성립되고 있는 균형관계를 동요, 혼란시키는 행동으로 정의되고 있으나, 일반적으로 분쟁은 복수의 주체가 서로 상대방의 존재를 의식하고, 어떤 쟁점에 관해 자신이 취하고 있는 상태가 양립불가 의 관계에 있다고 인식하며 자기가 취하고 있는 상태를 달성하기 위하여 행하는 활동상의 마찰·갈등의 상태를 말한다(한국지방행

발전에 중요한 요소가 된다.²⁴⁶⁾ 사회에서 발생하는 분쟁은 다양한 형태로 구분될 수 있다. 먼저 분쟁의 성격에 따라 당사자 간의 이익에 대한 갈등이나 아니면 기존의 법적 권리에 대한 침해인가에 따라 이익분쟁과 권리분쟁으로 구분할 수 있고, 이러한 분쟁의 성격에 따라 이익분쟁과 권리분쟁의 해결방식에 차이가 있다.²⁴⁷⁾

2. 분쟁해결과 ADR제도

사람들의 사회생활을 영위하는 과정에서 필연적으로 분쟁이 발생하게 된다. 사소한 말다툼에서부터 심각한 사건에 이르기까지 시대의 변화에 따라 다양한 분야에서 다양한 분쟁이 발생하고 있다. 이러한 분쟁은 법률적인 것도 있지만, 법과는 직접적인 관련이 적은 사실적인 것도 있다. 대체로 법률적인 분쟁과 그 외의 분쟁의 차이는, 후자가 법적 판단을 필요로 하지 않는 단순한 것으로서 당사자 사이에 비교적 간단히 해결될 수 있는 것임에 비하여, 전자는 법률적인 판단 작용에 의하여 문제가 해결되는 것이다. 이러한 분쟁은 이해관계인 간의 상호교섭에 의해 해결되지 못하는 경우에는 중립적인 제3자의 개입이 필요하게 된다.²⁴⁸⁾

이 경우 분쟁해결방법은 크게 3가지로 나누어 볼 수 있다. 분쟁 당사자가 일방적으로 결정하는 방식, 분쟁 당사자가 일정한 단계에서 쌍방의 협의로 해결하는 방식, 그리고 제3자인 조정인·중재인·알선인·고충처리위원·옴부즈만·행정기구·법원 등이 관여하여 해결하는 방식이다.²⁴⁹⁾ 여기서 제3자의 관여에 의한 대표적인 분쟁해결방식이 소송제도이다. 모든 분쟁을 법에 의하여 재판절차를 통하여 해결한다고 하면 법관인력의 부족과, 그에 따른 재판의 질 저하로 결국 재판에 불만을 갖게 될 것이다. 이러한 소송의 불완전성을 보완하고, 분쟁을 원만히 해결할

정연구원, 「지방자치단체간 분쟁조정방안」, 1994, 66면).

246) 함영주, “집단소송법안의 입법형식에 대한 검토”, 「민사소송」 제9권 제1호, 한국민사소송법학회 2005, 87-88면.

247) 김홍영·박은정, 「분쟁의 실패와 조정과정」, 노사정위원회 연구보고서, 2004, 4-6면.

248) 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 2004.2, 160-161면.

249) 송상현 외, “재판에 의하지 아니한 분쟁해결방법”, 「인권과정의」 통권 215호, 대한변호사협회, 1994, 8면.

수 있도록 고안된 것이 ADR제도이다.²⁵⁰⁾

3. ADR(Alternative Dispute Resolution)의 개념

사인(私人) 간 혹은 국제적인 거래관계에서 분쟁이 있을 경우, 전통적인 분쟁 해결방법은 변호사를 통해 법원에 소송을 제기하는 것이다. 이러한 사법적 쟁송 절차는 당사자에게 비용의 증가를 초래할 뿐만 아니라, 법원에 대하여도 업무 과중이라는 부담을 주는 측면에서 사법적 해결만이 최선의 방법이 아니다. 이와 달리 분쟁당사자들의 합의를 기초로 하여 분쟁을 해결하는 것을 ADR제도라 한다. 즉, ADR제도는 전통적 재판절차를 대체함을 뜻하고 있다.²⁵¹⁾

4. ADR의 특성

분쟁해결에 있어서 주종을 이루는 메커니즘은 민사소송이라 할 수 있으나, 이는 분쟁해결의 장기화, 과도한 소송비용, 재판절차의 복잡성, 그리고 경미한 분쟁에 대한 재판절차의 부적합성 때문에, 신속·저렴하고 누구나 이해하기 쉬우며, 효과적인 처리절차로서 ADR제도의 필요성이 제기되었다. 기존 소송제도의 한계를 극복하고자 대두된 ADR의 특성을 살펴보면 다음과 같다.²⁵²⁾

(1) 비공식성

ADR의 특징으로서는 비공식성을 들 수 있다. 이것은 소송절차가 지니고 있는 형식성을 완화하여 보다 유연하고 간편한 절차를 도입함으로써 접근의 용의성과 절차의 신속화, 비용의 저렴화를 도모한다. 소송은 강제적 분쟁해결방식이기 때문에 절차면의 형식성이 엄격히 요구되는데 반하여, ADR은 당사자가 그 자발적

250) 강유신, “ADR의 발전방안에 관한 연구 -조정, 중재를 중심으로-”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2011, 7면 이하; 김동욱, “주민관련분쟁 해결수단으로서의 ADR 활용 및 제도화 방안”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2008, 6면 이하; 김상찬·정지용, 전계논문, 93-94면; 최옥환, 전계논문, 17-18면.

251) 김경배, “조정합의 성립의 결정요인에 관한 실증적 연구”, 경희대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 11면.

252) 홍성규, 「국제상사중재: 이론과 실제」, 두남, 2002, 114-118면; 김상찬, 전계논문, 110-111면; 최옥환, 전계논문, 22-25면.

인 의사에 기하여 절차를 선택하는 것이기 때문에 임의적 분쟁해결방법으로서 절차설정의 자유도가 높다고 할 수 있다.²⁵³⁾

(2) 범형성의 기능

이는 실체적 기준의 비법화(非法化)의 경향을 말한다. 비법화는 분쟁해결의 원만성을 강조하는 것으로 법보다는 조리 또는 상식에 의한 해결, 즉 국민의 정서 내지는 상식을 이용하는 해결방식이다. 즉, ADR에 있어서는 실체법 이외의 규범에 기준을 구하는 것도 가능하고, 또 법적 기준에 대해서도 그 해석이나 적용이 한층 탄력화 할 가능성도 있다.²⁵⁴⁾

(3) 탈사법화(脫司法化)

탈사법화는 직업법관이 아닌 비법률가인 시민에 의해 분쟁해결을 시도하는 것을 의미한다. 해당 사안과 관련한 전문가에 의해 그 분야의 전문성이 활용되고 사회의 상식을 반영할 수 있다는 것이다.²⁵⁵⁾ 즉 법률절차에 관여하는 사람이 특수한 전문분야의 비법률가로서 전문적 지식과 경험을 활용하여 분쟁을 적절히 처리하는 것이 가능하다.²⁵⁶⁾

(4) 민간화

ADR에 있어서는 민간기관이 그 주체로서 광범위한 참여가 인정되고 있다. 이것은 재판이 국가에서 설립한 공공제도라는 점과 대조적이다. 현재 미국이나 일본의 경우 각 변호사회에 의한 중재센터나 공업소유권중재센터를 비롯하여 교통사고 분쟁센터, 소비생활용품 PL센터 등 각종의 민간형분쟁해결처리기관이 다수 설치되어 있다.²⁵⁷⁾

253) 강유신, 전계논문, 66-69면.

254) 김상찬, “ADR의 이념과 개혁방향”, 「법과 정책」 제10권, 제주대학교 사회과학연구소, 2004.8, 104-106면.

255) 전병서, 「민사소송법」, 법문사, 2002, 33면.

256) 김동욱, 전계논문, 10-11면.

257) 남진권, “건설분쟁에 있어서의 소송외적 분쟁해결제도의 효율적 운영방안에 대한 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 2008, 13면.

(5) 절차의 신속성

소송의 경우에는 절차가 복잡하고 다른 사건과의 일정조정의 필요하며 시간이 비교적 장기인데 비해, ADR은 그 절차가 간편하고 유연하여 사건의 폭주에 따른 영향이 적기 때문에, 하나 내지 소수의 절차에 초점을 맞추어 집중적으로 처리하는 것이 가능하다.²⁵⁸⁾

(6) 소결

재판외분쟁해결제도 내지는 대체적분쟁해결제도인 ADR은 관계분야의 전문적인 지식과 풍부한 경험을 가진 사람들에 의하여 분쟁을 해결할 수 있고, 소송보다 비교적 절차진행이 신속하고 경제적이어서 시간과 비용을 절약할 수 있다. 또한 절차의 진행이 비공개적이어서 기업비밀이나 개인의 프라이버시가 보호될 수 있으며, 분쟁해결 후에도 당사자 간에 재판에서처럼 적대적이 아닌 우호적인 관계가 지속될 가능성이 높다는 장점을 가지고 있다. 또한 분쟁은 다양한 성격을 가지고 있어 기존의 법이나 행정, 정치 등 기존 하나의 제도만으로는 해결할 수 없는 복합적이고, 가변적이며, 예측이 어려운 성격을 지니고 있는 경우도 있다. 따라서 소송사건에 관한 ADR을 활성화하기 위하여 다양한 ADR 프로그램을 개발하고, 또한 근거법률을 제정하고, 당사자의 의사에 부합하는 적절한 ADR의 제도를 제공할 수 있도록 하는 방안을 모색할 때 본 제도는 정착될 수 있고, 이러한 제도 등은 부동산 거래사고에서도 유용하게 활용될 수 있다고 생각한다.²⁵⁹⁾

5. 한국공인중개사협회에 분쟁조정위원회제도의 도입

과거 1989년 부동산중개업법에서는 중개업무에 관하여 재산상의 손해를 입은 자의 분쟁을 조정·처리하기 위하여 분쟁조정위원회를 한국공인중개사협회에 설치·운영할 수 있도록 하였고, 분쟁조정위원회가 분쟁의 조정·처리의 요청을 받은

258) 송상현, 전계논문, 8면; 최옥환, 전계논문, 24-25면.

259) 김상찬, “대체적분쟁해결제도에 관한 비교법적 연구”, 「법학연구」 제16집, 한국법학회, 2004, 11, 326-328면; 강유신, 전계논문, 72면.

때에는 공정하고 신속하게 처리하여야 한다고 규정하고 있었다(동법 제35조의 3).

그러나 이 규정은 1993. 12. 27 부동산중개업법 개정으로 삭제되었다. 분쟁조정 위원회를 협회에 두는 대신 시·군·구 허가관청의 소속하에 두도록 하였기 때문이다.²⁶⁰⁾

중개업의 등록관청인 시·군·구의 분쟁조정위원회가 규제라 인식되어 폐지되었으나, 분쟁조정위원회를 종래와 같이 중개업 등록관청(시·군·구)에 설치하는 것보다는 부동산 거래관련 업무와 거래사고에 따른 배상업무에 많은 경험과 전문지식을 가진 한국공인중개사협회 내에 분쟁조정위원회를 두어 활용한다면 좋은 분쟁해결기구로 정착될 수 있다고 생각한다. 그리고 우리와 가까운 일본의 분쟁해결제제도도 참고할 필요가 있다고 본다.²⁶¹⁾

V. 매도인의 담보책임 및 손해배상제도의 적극 활용

1. 매도인의 담보책임 강화

(1) 의의

매도인의 담보책임이란, 매매의 목적인 권리(재산권)에 흠결이 있어서 매도인이

260) 중개업분쟁조정위원회의 설치 및 기능 (제37조의3)

①중개업무에 관한 분쟁을 조정·처리하기 위하여 허가관청소속하에 중개업분쟁조정위원회(이하“위원회”라 한다)를 둔다.

②위원회는 당사자의 일방 또는 쌍방의 신청에 의하여 중개업자와 중개의뢰인, 중개업자와 제3자간의 분쟁을 심사조정한다.

③위원회는 위원장 1인을 포함한 7인 이내의 위원으로 구성한다.

④위원회의 위원장은 시장·군수 또는 구청장이 되고, 위원은 다음 각호의 1에 해당하는 자 중 위원장이 임명 또는 위촉한 자가 된다.

1.교육법에 의한 대학에서 조교수이상의 직에 있거나, 있었던 자로서 부동산관련분야를 전공한자.

2.판사·검사·군법무관 또는 변호사의 자격이 있는 자.

3.시·군 또는 구 소속의 5급 이상 공무원으로서 부동산중개업을 담당하는 직에 있는 자.

4.부동산중개업 및 관련분야에 관한 학식과 경험이 풍부한 자.

⑤공무원이 아닌 위원의 임기는 3년으로 하되, 연임할 수 있다.

⑥위원회의 회의는 위원장이 소집하고, 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

⑦위원회의 운영에 관하여 필요한 사항은 시·군 또는 구의 조례로 정한다.

261) 일본에서는 부동산에 관한 고충 및 분쟁을 해결하고 원활한 거래를 추진하기 위하여 재단법인 부동산적정추진기구(REITO)를 두어 운영하고 있다. 이 재단법인은 변호사, 교수, 건축사, 감정평가사 등의 학식과 경험이 풍부한 자를 위촉하여 공정하고 중립적인 입장에서 부동산 거래를 둘러싼 분쟁을 처리하는 특정분쟁안전처리사업을 실시하고 있다(김준현·서우원, 전게서, 31면).

권리의 전부나 일부를 이전할 수 없는 경우, 또는 매도한 물건에 하자가 있는 경우에 매도인 매수인에 대하여 부담하는 일정한 책임을 통틀어 일컫는 말이다.²⁶²⁾ 민법에서는 제570조 내지 제584조에서 매도인의 담보책임을 규정하고 있다.

(2) 법적성질

1) 권리에 하자가 있는 경우

매도인이 매수인에게 이전한 권리에 흠결이 있는 경우, 매도인의 담보책임은 완전한 급부의무를 이행하지 않은 것에 대한 책임이다. 그러나 채무불이행책임은 과실책임인데 비해, 권리의 하자로 인한 매도인의 담보책임은 무과실책임이라는 점에서 순수한 채무불이행책임으로 보는 데는 한계가 있다.²⁶³⁾

2) 물건에 하자가 있는 경우

물건의 하자로 인한 담보책임(하자담보책임)의 법적 성질에 관한 견해의 대립은, 매도인에게 흠 없는 물건의 급부의무가 있다고 보아야 할 것인지 여부에서 비롯된다. 바꿔 말하면, 매도인의 의무이행을 면하기 위해서는 목적물의 ‘있는상태’ 대로 이행하기만 하면 되는 것인지, 아니면 목적물의 ‘있어야 할 상태’ 대로 이행해야 하는 것인지에 따라 매도인의 하자담보책임을 둘러싼 법적 성질은 견해가 나뉜다. 그리하여 후자의 경우라면, 채무불이행책임으로 새기게 되고, 전자의 경우라면 법적책임으로 이해하게 된다.²⁶⁴⁾

(3) 하자의 개념

매도인에게 담보책임을 부담시키기 위해서는 목적물에 하자가 있어야 한다. 종래의 통설적 견해는 매도인의 하자담보책임의 요건으로서의 하자는 목적물에 물질적 흠결이 있는 경우라고 정의하며 결점으로 인정할 것인가 아닌가의 여부는 일반적으로는 그 종류의 것으로서 보통 갖고 있어야 할 품질, 성능을 표준으로 하여 판단하여야 한다고 했다. 그리고 매도인이 견본 또는 광고에 의하여 목적물

262) 한삼인, 전제 계약법, 268면.

263) 송덕수, 전제서, 1231면; 지원림, 전제서, 1354-1356면.

264) 한삼인, 상제서, 269면.

이 특수한 품질이나 성능을 갖고 있음을 표시한 때에는 그 특수한 표준에 따라 결점의 유무를 결정하여야 할 것이라고 해석하고 있다.²⁶⁵⁾ 최근의 유력설인 채무불이행책임설의 입장에서 하자개념은 종래의 통설과는 달리 하자의 개념을 당사자가 합의 하거나 전제한 「계약상의 용도에의 계약부적합성」이라고 정의하고 있다. 한편 객관적 하자개념에 의하여서는 하자의 개념을 통일적으로 설명하기 어렵다고 하여 하자개념을 다음과 같이 구성한다. 먼저 하자란 당사자가 합의하거나 묵시적으로 전제한 목적물의 품질 또는 성능의 결여로 정의하고, 물건이 통상적으로 가져야 할 품질·성능의 결여와 같은 객관적 하자의 경우에는 양 당사자 의사의 합의에 의해 정해진 품질이나 성능이 결여된 경우는 아니지만 양 당사자의 사이에 계약의 전제로서 묵시적 합의가 있다고 할 수 있기 때문에 이를 주관적 하자라 마찬가지로 의사책임으로서의 성질을 가지는 하자라고 한다. 둘째, 양 당사자 사이에 물건이 통상적으로 갖는 품질이나 성능을 넘는 특수한 품질이 있다는 명시적·묵시적 합의가 없었다면, 매수인이 특수한 품질이나 성능이 있다고 매도인에게 기대한 경우라 할지라도 이는 동기의 착오에 불과하여 민법 제109조에 의한 계약취소가 문제가 된다고 한다. 그리고 특정물에 하자담보책임이 인정된다는 점에 대하여는 이론이 없다. 다만 우리 민법의 하자담보책임의 규정을 해석해 보았을 때 가축과 같은 특정한 동산에 한정하고 있지 않으므로 부동산에 있어서도 하자담보책임에 관한 제580조의 규정이 적용된다고 해석되고 있다. 이는 대륙법계국가에 있어서 공통된 원칙이라고 할 수 있다.²⁶⁶⁾ 따라서 대표적인 특정물이라고 할 수 있는 부동산(토지, 건물)의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 일반적으로 제580조가 적용된다고 할 수 있는데 이러한 경우는 흔하지 않을 것이다.²⁶⁷⁾ 왜냐하면 건물의 경우에는 건축관련 특별법에 의하여 규제되고 있으므로 실제로 민법의 규정이 적용되는 경우는 드물기 때문이다.²⁶⁸⁾

265) 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2011, 148면.

266) 독일민법은 토지매매의 경우에 하자담보책임이 발생한다는 점을 명시하고 있다. 즉, 「토지의 매도인이 매수인에 대하여 토지의 일정한 면적을 보증한 때에는 보증한 성질과 함께 그 면적을 담보한다. 그러나 매수인은 보증한 면적의 하자가 중대하고 계약의 이행이 그 이익이 되지 아니하는 경우에 한하여 하자로 인한 해제를 청구할 수 있다」고 규정하고 있다(독일민법 제468조).

267) 그러나 토지의 경우 최근 아파트단지의 재건축이 활발해지면서, 부지를 조성하면서 폐기물을 매립한 경우가 발견되는 일이 잦아지고 있어서, 이를 둘러싼 하자담보책임의 분쟁이 빈발하고 있다(대법원 2004.7.22. 선고 2002다51586 판결).

268) 아파트 분양계약에서의 분양자의 하자담보책임에 관하여는 매도인의 하자담보책임에 관한 민법 제580조의 규정이 배제되고 수급인의 하자담보책임에 관한 민법 제667조 내지 제671조의 규정이 준용되고 있

(4) 매수인의 선의·무과실

매수인은 하자의 존재에 대하여 선의·무과실인 때에만 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 있다(민법 제580조 제1항 단서). 따라서 매도인은 매수인의 하자인식에 대한 고의·과실을 입증하면 그 책임을 면한다. 그런데 우리 민법은 대다수의 비교법과는 달리 하자인식의 판단시점을 명시하지 않았고, 또한 현대의 비교법에서는 흔하지 않게 매수인의 무과실²⁶⁹⁾까지 요구하여 형평에 반하는 것이 아닌가라는 의문과, 나아가 매도인의 악의에도 불구하고 매수인에게 과실이 있으면 책임이 배제되는지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않아 해석상 의문을 남기고 있다.²⁷⁰⁾

(5) 매도인의 귀책사유

매도인의 하자담보책임을 무과실책임이라는 점에는 학설이 거의 일치하고 있으며, 이는 채무불이행책임설의 입장에서도 마찬가지이다. 이 경우 우리 민법에서 매도인의 하자담보책임을 요건으로서 매도인의 귀책사유는 요하지 않는다고 할 것이다. 그러나 우리나라의 민법의 규정에는 매도인의 하자담보책임을 효과로서 계약해제와 손해배상만을 규정하고 있다. 종래 대륙법의 전통적인 무과실책임으로서의 대금감액청구권이 규정되어 있지 않기 때문에 우리 민법의 매도인의 담보책임을 그 효과로서 손해배상과 관련하여 무과실의 대금감액청구권이 과실책임으로서의 손해배상책임에 포함될 수 있는지의 여부가 문제가 되며, 이로 인해 우리 민법상의 매도인의 하자담보책임에서 그 요건으로서 매도인의 귀책사유의 인정 여부는 매도인의 담보책임을 해석론에 있어서 중요한 문제라고 할 수 있다.²⁷¹⁾

다(김대정, “아파트분양계약의 사법상의 법률관계”, 「한독법학」 제13호, 한독법률학회, 2002, 552면 이하).

269) 우리 민법상 과실까지 포함시키는 규정은 현재의 세계적 입법추세에 비추어 볼 때 이례적이라고 한다. 독일 개정민법·유럽계약법원칙은 매수인의 인식외에 불인식에 대한 중과실을 책임배제사유로 규정하고 있다고 한다(사동천, “최근 국제적 동향에서 바라 본 우리 민법상의 매도인의 하자담보책임에 관한 연구”, 「민사법학」 제24호, 한국민사법학회, 2003, 20-21면).

270) 나순경, “매도인의 하자담보책임에 관한 연구 -현행규정의 문제점과 개선방안을 중심으로-”, 중앙대학교 대학원 석사학위논문, 80-82면.

271) 한삼인, 전계 계약법, 275-280면; 지원림, 전계서, 1224-1230면.

(6) 권리행사기간

민법은 매수인의 계약해제권 및 손해배상청구권 등은 매수인이 목적물의 하자를 발견한 때로부터 6개월 내에 행사하여야 한다(민법 제582조)고 규정하고 있다. 일반적으로 이 기간을 제척기간이라고 하는데 이설이 없다.²⁷²⁾

(7) 매도인의 하자담보책임의 효과

우리 민법은 매도인의 하자담보책임의 효과로서 매수인에게 ①계약해제권과 ②손해배상청구권을 부여하고 있으며, 종류매매의 계약해제권과 손해배상청구권에 갈음하는 ③완전물급부청구권도 매수인에게 인정하고 있다. 이러한 민법의 내용은 연혁에서 살펴본 로마법의 영향으로 비교적 동일성을 유지하고 있는 근대 서구 대륙법계 또는 영미법의 입법례에서 정하고 있는 매도인의 담보책임의 효과와는 차이가 있다.²⁷³⁾

(8) 손해배상

우리의 민법에 있어 현행 담보책임에 대한 비판은 모두 손해배상청구권에 집중되어 있다고 볼 수 있다. 이는 매도인의 하자담보책임의 본질적 효과로 인정되는 대금감액청구권이 규정되어 있지 않아 통상적으로 과실책임의 효과로서 인정되는 손해배상청구권이 무과실책임인 하자담보책임의 효과로서 규정되어 있어 해석상의 혼란을 가져오기 때문이다.²⁷⁴⁾ 그리고 현대사회에서 매매목적물의 하자로 인한 손해는 단지 증가성의 파괴를 확산된 형태로 나타나기 때문에 매도인과 매수인간의 이해의 합리적 조정이라는 관점에서 그 만큼 더 손해배상청구권에 관심이 집중될 수밖에 없게 되었다는 사정 또한 손해배상 청구권에 대한 불만을 가중시켰다고 볼 수 있다. 따라서 좁게는 하자손해에 대한 배상으로부터 넓게는 확대손해에 대한 배상으로까지 해석될 수 있는 매도인의 담보책임의 효과로서

272) 박윤직, 전계 채권각론, 149-150면; 지원립, 전게서, 1358면.

273) 나순경, 전계논문, 90-91면.

274) 독일의 하자담보책임법은 손해배상청구권을 매매목적물의 계약체결시 매도인이 보증한 성질을 결여하고 있거나 또는 매도인의 하자를 악의적으로 묵시한 경우에 인정하여 이를 과실책임으로 구성하고 있다(독일 개정민법 제280조 제1항).

손해배상청구권에 대해 각 학설들은 심한 차이를 보이고 있다.²⁷⁵⁾

(9) 추후보완청구권

1) 하자보수청구권

현행 민법에는 하자보수청구권에 대한 규정은 없지만, 채무불이행책임설에 의하면 하자 있는 물건을 인도한 매도인은 그의 완전물급부 의무를 다하지 않았으므로 그 하자가 보완 가능한 경우에 그를 보완해 줄 의무가 있다고 해석한다.²⁷⁶⁾

2) 완전물급부청구권

종류물매매에 있어서 특정된 목적물에 하자가 있을 때에는 매수인은 계약의 해제 또는 손해배상을 청구하지 아니하고 하자없는 물건을 청구할 수 있다(민법 제581조 제2항).

(10) 대금감액청구권

현행 민법에는 매도인의 하자담보책임의 본질적 효과라고 할 수 있는 대금감액청구권에 관한 규정이 없다. 그러나 이는 실질적으로는 계약의 일부해제에 해당하는 것으로서 일부타인의 권리매매·수량지정매매에서 수량부족 또는 일부멸실 등의 경우에 인정된다.²⁷⁷⁾

(11) 매도인의 하자담보책임의 요건에 관한 개선방안

1) 하자의 개념과 하자의 기준시점에 대한 개선방안

우리 민법은 위에서 살펴본 바와 같이 매도인의 하자담보책임의 요건으로서 하자의 개념에 관한 아무런 언급도 하고 있지 않다. 기존의 우리민법상 해석에 있어서 하자란 매매의 목적물이 거래통념상 기대되는 객관적 성질·성능을 결여하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질을 결여한 것이라고 정의함으로써 객관적·주관적 하자 개념을 취해왔으나, 근래에는 하자란 물건의 교환가치나 사용가

275) 나순경, 전계논문, 2007, 95-96면.

276) 나순경, 전계논문, 104-105면.

277) 한삼인, 전계 계약법, 275-276면.

치를 하락시키는 일체의 불완전성을 말하며, 궁극적으로는 물건의 계약부적합성 내지는 용도부적합성을 갖지 못한 경우에 하자가 있다고 설명함으로써 하자를 계약적합성의 문제로 파악하여 국제적 논의와 일치하는 듯한 견해가 제기되고 있다는 것은 살펴본 바와 같다. 하자개념은 원칙적으로 계약부적합성의 문제로 파악하는 것이 타당하다고 생각되며, 계약부적합 개념으로서의 하자란 “매매의 목적물이 합의된 성질·성능에 부적합하거나, 통상적 사용 또는 계약에 전제된 사용에 부적합하거나, 당사자가 예정 또는 보증한 성질에 부적합한 것” 이라고 정의할 수 있을 것이다. 나아가 매매한 경우에 구체적으로 하자 개념에 포함시킬 수 있는 것이 무엇인가를 따져볼 필요가 있으며, 위에서 소개한 개정 독일민법 제434조의 구체적인 하자 개념을 입법으로 받아들이는 것도 타당하다고 생각된다. 이와 아울러 하자의 존재시기에 대해 우리 민법은 규정하지 않고 있다. 이에 대해서는 목적물의 인도 또는 위험이전시에 계약적합성을 결한 경우로 명확히 규정하여야 할 것이다.²⁷⁸⁾

2) 하자담보책임의 요건으로서 매수인의 무과실에 관한 개선방안

앞에서 살펴본 바와 같이 현행민법은 매도인에게 하자담보책임을 묻기 위해서는 매수인의 선의·무과실이 요구된다고 규정하고 있다. 매수인이 선의를 요구하는 것은 하자담보책임의 성질상 당연한 것이라고 할 수 있다. 그런데 매수인의 무과실까지 요구하는 것은 납득하기 어렵다. 즉 매수인이 과실이 있으면, 매도인은 완전면책 되기 때문에 이는 매수인의 보호에 소홀 하다는 문제점이 있다. 판례는 이러한 매수인의 과실을 극히 제한적으로 인정하는 태도를 취하다가 최근에는 정면으로 과실상계의 법리를 적용하는 입장을 취하고 있다. 이러한 문제점들을 해결하기 위해서는 하자담보책임의 요건으로서 매수인의 무과실은 제한적으로 규정하든지, 아니면 중대한 과실로 규정해야 한다고 생각한다. 즉, 계약체결시에 매수인의 물품의 부적합(lack of conformity)을 모를 수 없었던 경우에 매도인의 면책을 규정한 CISG 제35조 제3항의 규정이나, 독일민법 제442조의 매수인이 「중대한 과실」로 인하여 하자를 모른 경우에 한하여 매도인의 면책을 인정하는 규정이 좋은 참고가 될 수 있을 것이다.²⁷⁹⁾

278) 나순경, 전제논문, 89-90면.

279) 나순경, 상계논문, 90-91면.

2. 손해배상제도의 적극 활용

중개업자에게는 중개의뢰인에게 중개대상 물건의 확인·설명의무를 부담하는 등 고도의 선량한 관리자의 주의의무를 부담²⁸⁰⁾하고 있다(공인중개사법 제25조). 이를 위반하는 경우에 중개업자는 채무불이행으로 인한 손해배상 책임과 6월이하의 업무정지를 당하게 된다(동법 제39조 제1항 제5호). 또한 부동산 거래당사자 사이의 권리관계의 득실변경에 관한 행위의 알선·중개를 업으로 하는 고도의 직업적인 주의의무를 부담²⁸¹⁾하고 있는 중개행위를 함에 있어 고의 또는 과실로 거래당사자에게 재산상의 손해를 받게 할 때에는 그 손해를 배상하여야 할 책임이 있다(동법 제30조 제1항). 그리고 중개업자는 자기의 중개사무소를 다른 사람의 중개행위의 장소로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 따라서 중개업자의 주의의무 위반 등 채무불이행책임으로 인한 손해배상 책임과 중개업자 등의 고의 또는 과실로 인한 불법행위로 인한 손해배상 책임 등을 살펴보고자 한다.²⁸²⁾

(1) 채무불이행으로 인한 손해배상책임

1) 채무불이행 책임

채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니하였을 때에는 채무자는 채무불이행 책임을 진다(민법 제390조 본문). 그러나 채무자가 고의나 과실 없이 채무를 이행할 수 없는 때에는 채무자는 채무불이행 책임을 지지 아니한다(민법 제390조 단서). 이와 같이 채무불이행이란 채무자의 고의 또는 과실로 인하여 채무의 내용에 좇은 이행이 없는 경우를 말한다.²⁸³⁾

중개업자와 중개의뢰인 사이에는 중개사의 알선·중개의 완성행위와 의뢰인은

280) 대법원 2007.11.15. 선고 2007다44156 판결; 대법원 1993.5.11. 선고 92다55350 판결.

281) 대법원 1997.11.28. 선고 97다32772,32789 판결.

282) 이재수, 전계논문, 87-91; 김재관, 전계논문, 116-119면; 이현우, 전계논문, 5-12면; 김부영, 전계논문, 57-65면; 정미애, 전계논문, 61-64면.

283) 권윤직, 「채권총론」, 박영사, 2009, 74-76면; 지원림, 전계서, 2009, 980면.

이에 대하여 보수를 지급할 의무를 부담하는 계약관계가 존재한다. 이러한 중개업자와 중개의뢰인과의 계약관계를 어떻게 파악할 것인가 대하여 위임계약설, 준위임계약설, 특수한 위임계약설, 특수한 무명계약설 등이 있다. 그러나 중개의뢰계약을 특수한 위임계약으로 보는 입장에서는 중개업자의 고의 또는 과실로 중개의뢰인에게 손해가 발생하는 경우에 민법 제681조(수임인의 선관의무)의 규정을 준용하여 적용할 수 있을 것이다. 민법 제681조는 수임인은 위임의 본지에 좇아 선량한 관리자의 주의 즉, 선관주의를 가지고 위임사무를 처리할 의무를 부담한다는 취지이다. 여기서 말하는 선관주의 의무란 ‘수임인의 직업, 지위 등에 기초하여 통상인을 기준으로 요구되는 의무’를 말한다. 이는 특정한 개인에게 요구되는 주의의무인 ‘자기재산에 있어서와 동일한 주의의무’를 말하는 것이 아니라 일반적으로 요구되는 주의의무를 말한다.²⁸⁴⁾

채무불이행에 관하여 우리 민법은 이행지체, 이행불능, 불완전 이행의 3 가지 유형을 규정하고 있다.²⁸⁵⁾ 그러나 중개업자의 책임에 있어서 중개사와 중개의뢰인과의 계약, 즉 일반 중개의뢰 계약에 있어서는 이행지체와 이행불능은 별로 문제가 되지 않는다. 그러나 독점중개계약,²⁸⁶⁾ 공동중개계약,²⁸⁷⁾ 전속중개계약²⁸⁸⁾이 있는 경우에 약정기간 동안에 중개를 완성하지 못하는 경우에 중개사에게 책임이 있는 지가 문제가 된다. 이에 대하여 부동산 중개계약은 특수한 위임계약으로써 당사자간의 특약이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 중개의뢰인은 중개업자에게 이행지체 또는 이행불능의 책임을 물을 수 없다.²⁸⁹⁾

따라서 중개업자의 채무불이행 책임에 있어서 주로 문제가 되는 것은 불완전 이행 즉, 중개의뢰인으로부터 수임한 내용에 대하여 채무자인 중개업자가 이를

284) 김상용, 「불법행위법」, 법문사, 1997, 638-639면.

285) 지원립, 전게서, 978-979면.

286) 독점중개계약(exclusive-right to-sell listing)이란 중개의뢰인이 특정한 중개사에게 일정 기간당해중개 대상물의 중개에 대한 독점권을 인정하는 중개계약 형태이다. 이는 누구에 의하든 당해 의뢰물건의 매매 등이 이루어져 물권의 득실변경이 일어난 경우 중개의뢰인은 중개의뢰 계약을 한 중개사에게 반드시 중개 보수를 지급하여야 하는 중개계약의 유형을 말한다.

287) 공동중개의뢰계약(multiple listing service : MLS)란 독점중개계약의 형태에 중개사간 중개의뢰 부동산의 정보공유를 통하여 중개완성을 기하는 중개계약의 종류이다. 즉, 다수의 중개사가가 입되어있는 부동산 거래정보망을 통하여 사실상 공동으로 중개활동이 이루어지는 중개계약의 형태를 말한다. 이에 대하여 보수청구권은 단체의 운영비를 제외한 나머지는 중개의뢰를 받은 중개사와 거래를 성사시킨 중개사가 절반씩 나눈 것이 일반적이다.

288) 전속중개계약(exclusive agency listing)은 중개의뢰인이 중개대상물의 중개를 의뢰함에 있어서 특정한 중개사를 정하여 그 중개사에게 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 계약을 말한다.

289) 김부영, 전계논문, 57-58면.

이행하였으나 그것이 ‘채무의 내용에 좇은 이행’이 되지 못하는 경우이다. 그리고 채무불이행의 영역으로 인정되고 있는 부수의무 위반의 경우에 문제가 된다. 여기서 부수의무란 계약의 당사자 간에 급부실행 의무뿐만 아니라 계약의 명시적 인 내용이나 법률의 규정 또는 신의칙이 요구하는 바에 따라 상대방이 그 계약의 체결에 의하여 달성하고자 하는 목적의 실현에 필요한 일정한 형태의 의무를 말한다. 이러한 부수의무는 계약의 목적에 따라 구체적으로 결정되어야 하나 대체적으로 확인·설명 의무, 안전배려 의무, 보호 의무 등이 있으나 중개업자에게는 주로 중개대상물의 확인·설명 의무를 말한다(공인중개사법 제25조).²⁹⁰⁾

(2) 채무불이행에 의한 손해배상의 범위

채무자의 채무불이행 책임을 지게 되는 요건으로 주관적 요건과 객관적 요건을 들 수 있다. 즉 채무불이행으로 이행강제권, 손해배상청구권이 발생하려면 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않고 있다는 사실 내지 객관적 상태가 있는 것만으로는 부족하고, 그 밖에 주관적 요건이 필요하다.²⁹¹⁾ 객관적 요건으로 채무자의 채무불이행이 위법할 것이 요구되어 진다. 주관적 요건으로 채무불이행이 되기 위해서는 채무자의 유책사유 즉, 고의 또는 과실이 있어야 한다.

우리 민법은 이행불능에 관해서만 귀책사유가 필요함을 규정하고 있으나 민법 제390조(채무불이행과 손해배상), 민법 제544조(이행지체와 해제), 민법 제546조(이행불능과 해제), 이행지체와 불완전이행에 있어서도 귀책사유가 필요하다는데 다른 이론이 없다. 이러한 두 가지 요건이 갖추어져야만 채무자에게 채무불이행 책임을 물을 수가 있다. 채무불이행에 있어서 고의 또는 과실이 없었음을 채무자(중개업자)가 부담하여야 한다.²⁹²⁾ 즉 채무불이행에 있어서 입증책임은 채무자인 중개업자가 부담하게 된다. 따라서 중개업자는 중개의뢰인에게 성실하게 중개대

290) 중개업자가 중개의뢰를 받은 경우에는 당해 중개대상물의 내·외부상태, 수도·전기·가스·소방·열공 급 설비, 오수·폐수·쓰레기 처리시설 등의 상태, 도로 및 대중교통 수단과의 연계성, 시장·학교 등과의 근접성, 지형 등 입지여건, 일조·소음·진동·악취 등 환경조건, 소유권·전세권·저당권·지상권·임차권 등 당해 중개대상물에 대한 권리관계에 관한 사항, 공법상 거래 또는 이용제한사항, 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득함에 따라 부담하여야 할 조세에 관한 개략적인 사항, 거래 예정가격과 공시되지 아니한 중요시설·물건의 소유에 관한 사항 등을 성실하고 정확하게 설명하여야 한다(공인중개사법 제25조 및 동법 시행령 제21조).

291) 박윤직, 전계 채권총론, 77-79면.

292) 서울지방법원 남부지원 2002. 2. 11. 선고 99가합11831 판결; 대구지방법원 1987.10.30. 선고 86가합 1663 판결.

상품에 대하여 확인·설명하였음을 입증하지 못하는 한 책임을 면하기 어렵다.²⁹³⁾

중개업자가 중개물건의 확인·설명의무를 게을리하여 매매계약이 해제된 경우의 책임을 보면, “매매계약이 중개사의 중개물건 확인·설명의무를 게을리 한 과실로 인하여 성립되었다가 그 후 해제된 경우, 중개사는 매수인으로부터 매매중개행위에 대한 수수료를 받을 수 없으므로 매수인으로부터 이미 수령한 수수료를 반환하여야 하고, 또 매수인에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시하여²⁹⁴⁾ 중개업자에게 손해배상 책임을 묻고 있다.²⁹⁵⁾

중개업자 및 이행보조자의 책임을 검토하면, 민법 제391조(이행보조자의 고의, 과실)는 “채무자의 법정대리인이 채무자를 위하여 이행하거나 채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자의 고의나 과실을 채무자의 고의나 과실로 본다.”고 규정함으로써 이행보조자의 고의나 과실이 있는 이행행위에 대하여 그 책임을 채무자에게 귀속시키는 것일 뿐만 아니라 채무자를 기준으로 하여 이행보조자의 고의·과실 유무를 정하고 있다.²⁹⁶⁾ 여기서 이행보조자란 중개업자의 소속공인중개사 및 중개보조원을 들 수 있다(공인중개사법 제15조). 따라서 중개업자가 고용한 소속공인중개사 및 중개보조원의 업무상 행위는 그를 고용한 중개업자의 행위로 보게 되어 이행보조자의 고의나 과실은 중개사의 고의나 과실로 간주된다(동법 제15조).²⁹⁷⁾

채무불이행에 대한 구제방법으로는 현행법상 강제이행과 손해배상의 두 가지가 있다. 그런데 강제이행을 하더라도 손해가 있는 경우에 채권자는 손해배상을 청구할 수 있으며(민법 제389조 제4항), 강제이행을 할 수 없거나 이행을 하는 것이 채권자에게 이익이 없는 경우에는 채무불이행은 전적으로 손해배상의 방법에 의해 구제된다(민법 제390조). 채권이 계약에 의하여 생긴 경우에 채권자는 계약을 해제할 수 있으나(민법 제544조 내지 546조), 해제를 하더라도 손해가 있으면 그 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이렇게 볼 때 채무불이행의 효과 중에서 가장 중요한 것은 손해배상의 청구라고 할 수 있다.²⁹⁸⁾

293) 중개업자에게 중개대상물에 관하여 권리를 취득하게 되는 중개의뢰인에게 성실하고 정확하게 설명할 작위의무를 부담하게 하고 있다(공인중개사법 제25조).

294) 대구지방법원 1987. 10. 30. 선고 86가합1663판결.

295) 김부영, 전계논문, 59면.

296) 김형배, 「채권각론」, 법원사, 1998, 173면.

297) 이재수, 전계논문, 44면.

채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하기 위해서는 채무불이행과 손해 간에 상당한 인과관계가 존재하여야 한다는 것이 통설과 판례이다.²⁹⁹⁾ 이는 배상하여야 할 범위는 채무불이행과 인과관계 있는 손해라고 보며, 공평한 손해분담이라는 이상에 따라 책임원인과 결과 사이에 경험칙상 상당한 조건관계가 있는 경우로 배상범위를 한정하고자 하는 것이다.³⁰⁰⁾ 채무자가 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었는가의 여부는 채무의 이행기를 기준으로 결정한다. 또한 채무불이행의 경우 채무자가 배상하여야 할 금액을 미리 당사자 간에 계약으로 정하여 두는 ‘손해배상액의 예정’이 가능하다(민법 제398조 제1항, 배상액의 예정). 이는 손해의 발생 및 그 액의 입증의 혼란을 배제하고 다툼을 예방하며 채무의 이행을 확보하려는데 그 목적이 있다. 그리고 배상액의 예정은 일정액의 금전으로써 하는 것이 보통이지만, 금전 이외의 것으로 약정한 경우에도 배상액의 예정에 관한 규정이 준용된다(민법 제398조 제5항). 그리고 위약금은 채무불이행의 경우에는 채무자가 채권자에게 지급할 금전이라는 점에서는 손해배상의 예정과 동일하지만, 위약금의 성질은 반드시 손해배상액의 예정에 한하지 않으며 위약벌(罰)의 성격을 가지는 경우도 있다. 이에 대하여 민법은 위약금을 손해배상액의 예정으로 추정하고 있다(민법 제398조 제4항).³⁰¹⁾

(3) 불법행위로 인한 손해배상책임

1) 불법행위책임

민법은 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 이를 배상하도록 하고 있다. 이런 불법행위는 가해자와 피해자 사이의 손해의 전보를 둘러싼 이익조절의 문제이고 실제 사회에서 일어나는 불법행위의 유형은 매우 다양하므로, 모든 불법행위를 규정하는 것은 불가능하여 대체로 일반적·추상적 규정을 두는 방식을 취하나 특수한 유형의 불법행위에 대하여는 판례를 통하여 입법화되는 것이 일반적인 한 과정이다.³⁰²⁾ 민법 제750조에서 일반불법행위에 대

298) 김부영, 전계논문, 60면.

299) 대법원 2007.12.13. 선고 2007다18959 판결.

300) 지원팀, 전게서, 1682면.

301) 지원팀, 상게서, 1072면.

한 일반규정을 두고 있으며 민법 제755조 내지 제760조에서 특수불법행위에 대한 개별규정을 두어 규율하고 있다. 중개업자 등의 전문가의 과오로 인한 책임문제는 의료과오, 변호과오, 언론과오를 중심으로 불법행위책임을 묻는 것이 일반적인 현상이다. 특히 현대사회의 발전에 따라 특수불법행위의 경우 발생한 손해에 대한 책임을 명확하게 물을 수 없는 경우가 발생할 수 있으므로 이에 대한 위험책임론 등의 새로운 이론들이 연구되어야 할 필요성이 있다.³⁰³⁾

2) 일반불법행위

일반불법행위는 가해자의 고의 또는 과실에 의한 가해행위로 인하여 타인에게 손해가 발생한 경우에 성립한다. 민법은 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제750조)”고 규정함으로써 불법행위로 인한 손해배상 책임을 묻기 위해서는 가해자의 고의 또는 과실, 가해자의 책임능력의 존재, 가해행위의 위법성, 가해행위에 대하여 손해가 발생하여야 하며,³⁰⁴⁾ 가해자의 행위와 발생한 손해 사이에 상당 인과관계가 있어야 한다.³⁰⁵⁾ 민법 제750조에서 말하는 불법행위의 성립요건으로서의 과실은 추상적 경과실(經過失)을 의미한다. 즉, 추상적 경과실은 가해 행위자가 사회생활에 있어서 그 가해 행위자가 속하는 신분, 사회적 또는 경제적 지위에 있는 평균인 내지 보통인에게 요구되는 주의의무를 게을리 하여 타인에게 손해를 발생하는 경우를 말한다.³⁰⁶⁾

이와 같이 불법행위의 성립요건이 갖추어지면 피해자는 가해자에 대하여 당해 불법행위에 대한 손해배상 청구권을 취득하게 된다. 민법은 손해배상에 관하여 채무불이행으로 인한 손해배상 책임에서 규정하고 이를 불법행위로 인한 손해배상 책임에 준용하고 있다(민법 제763조·제393조·제399조). 즉, 민법은 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 불법행위로 인한 손해배상책임에 관하여 통일주의를 취하고 있다. 채무불이행으로 인한 손해배상에는 재산적 손해와 함께 정신적 손

302) 김상용, 전게서, 10면.

303) 김부영, 전계논문, 61면; 송덕수, 전게서, 1419-1424면.

304) 박윤직, 전계 채권각론, 386-388면.

305) 지원립, 전게서, 1623-1625면.

306) 김상용, 전게서, 42면; 박윤직, 상게서, 389면.

해도 배상하여야 한다는 규정을 두고 있지 않으나, 불법행위로 인한 손해배상에 있어서는 재산적 손해는 물론 정신적 손해도 배상하여야 하는 것으로 규정하고 있다(민법 제751조·제752조). 이것은 공제금 지급 범위³⁰⁷⁾와는 다른 것이다.³⁰⁸⁾

3) 특수불법행위

민법 제750조에서 규정하는 일반 불법행위의 요건을 갖추지 않고 있다하더라도 불법행위 책임을 지게 되는 경우가 있다. 특수불법행위는 일반 불법행위와는 달리 가해자의 고의 또는 과실의 입증책임이 피해자에게서 가해자로 전환되거나, 인과관계의 입증책임의 정도를 완화하거나, 불법행위의 성립요건을 가해자의 고의 또는 과실 대신 새로운 요건으로 대체하거나 대표자 또는 기관을 통한 불법행위의 경우 등 일반불법행위의 성립요건과는 다른 특수성이 인정된 불법행위의 유형을 특수불법행위라고 한다.³⁰⁹⁾ 민법에서 규정하고 있는 특수불법행위에는 책임무능력자의 감독자 책임(민법 제755조), 사용자 책임(민법 제756조), 도급인의 책임(민법 제757조), 공작물 등의 점유자·소유자의 책임(민법 제758조), 공동불법행위(민법 제760조), 법인의 불법행위책임(민법 제35조)을 규정하고, 인격권의 침해로 인한 불법행위책임(민법 제750조 내지 제752조)을 특수불법행위 책임의 한 유형으로 설명하고 있다. 이 가운데서 책임무능력자의 감독자 책임, 사용자 책임, 공작물 등의 점유자·소유자의 책임 및 동물 점유자의 책임은 모두 책임을 무겁게 한 것이며, 공작물 등의 소유자의 책임을 제외하고는 모두 고의 또는 과실의 입증책임을 전환한 이른바 중간책임이다.³¹⁰⁾

그리고 공동불법행위자의 책임에 관한 규정은 연대책임을 부여함으로써 약간은 다른 모습으로 그 책임을 무겁게 하고 있다. 이러한 특수불법행위의 유형은 사회가 발전할수록 더욱 다양한 모습으로 나타나게 될 것이다. 특수불법행위의 핵심은 입증곤란의 구제에 있다고 할 수 있다.³¹¹⁾

307) 공인중개사법에서는 중개업자는 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다하여 '재산상의 손해' 임을 명문으로 규정하고 있다(동법 제30조 제1항).

308) 김부영, 전계논문, 62면.

309) 김상용, 전게서, 683면.

310) 지원립, 전게서, 1629-1656면.

311) 지원립, 전게서, 1647-1651면.

또한 과실의 추정을 인정하여야 할 경우도 있다. 예컨대, 권원 없이 타인의 재산을 소비한 자, 공중에 대하여 위험한 사업에 종사하는 자, 특히 타인의 생명·재산에 대하여 책임 있는 지위에 있는 자 등이 가해자인 경우에는 피해자가 가해자의 고의·과실을 입증한다는 것이 매우 곤란한 경우가 많다. 따라서 이러한 경우에는 가해자가 고의·과실이 없음을 반증하는 때에만 책임을 면할 수 있도록 하는 것이 공평하다. 특히 중개업자의 불법행위책임과 관련하여 입증책임의 전환 또는 과실의 추정에 대한 논의가 계속되고 있다. 즉 채무불이행의 경우에는 계약 당사자 사이의 법률관계를 중심으로 책임을 구성하게 되므로 원칙적으로 제3자에 대한 책임을 인정할 여지가 없을 것이나 불법행위의 경우에는 가해자의 고의 또는 과실로 인한 손해발생이 당사자에 그치는 것이 아니라 제3자에게까지 확대되는 경우가 있다. 이에 관하여 민법은 제756조에서 “타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하여 제3자에 대한 손해배상의 책임을 규정하고 있다.³¹²⁾

또한 중개업자에 있어서도 직업적 업무의 일환으로 자신의 전문분야의 정보를 제공하게 되는 자는 계약관계가 없는 경우에도 직접적인 정보 접촉관계에 있는 자 뿐만 아니라 그것을 넘어 예상될 수 있으며, 보호받을 자격이 있는 일정한 제3자에게도 그 정보의 잘못으로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.³¹³⁾ 이에 대하여 공인중개업사법 제15조 제2항은 “소속공인중개사 및 중개보조원의 업무상 행위는 그를 고용한 중개사의 행위로 본다.”고 규정하여 중개업자의 사용자 책임을 인정하고 있다(민법 제756조).³¹⁴⁾

4) 공동불법행위

하나의 손해발생에 관하여 수인의 사람이 공동으로 불법행위를 하여 타인에게 손해를 주는 경우를 ‘공동불법행위’라 하며(민법 제760조), 각인의 행위가 각각 독립하여 일반불법행위 요건을 갖춘 경우를 말한다. 이 경우 각인의 불법행위가

312) 박윤직, 전계 채권각론, 412-430면.

313) 최홍섭, “전문가의 제3자에 대한 정보책임”, 『재산법연구』 제11권 제1호, 한국재산법학회, 1994, 12, 162면.

314) 김부영, 전계논문, 62-64면.

객관적으로 서로 관련되어 손해의 원인을 이루어야 하지만 행위자들의 공모 내지 의사의 공통에 대한 인식은 필요치 않는다.³¹⁵⁾

수인의 중개업자가 공동사무소를 운영하는 경우 이러한 공동불법행위가 문제된다. 이에 대하여 다른 전문가의 책임을 보면, 변호사법 제48조의5 제2항³¹⁶⁾에서는 “합동법률사무소의 채무에 대하여는 모든 구성원이 균분하여 책임을 진다”고 규정하고 있으며, 합동법무사의 책임에 대하여 법원은 ‘합동법무사사무소의 구성원인 법무사들이 위촉된 부동산 등기 사무를 처리함에 있어서 실제로 그 구성원 법무사 중 누가 사무를 처리하든 관계없이 구성원인 법무사 중 1인이 등기신청 대행업무를 처리하면서 다른 법무사를 서류상 작성 명의인으로 기재한 경우라 하더라도 서류상 작성 명의인인 법무사는 합동사무소에 위촉되어 같은 법무사와 공동으로 처리하여야 할 업무를 위임한 셈이므로 법무사의 공동 불법책임을 인정하는 것으로’ 판시하였다.³¹⁷⁾ 이와 같이 공동불법행위자들간의 책임관계는 부진정 연대책무이고, 공동불법행위자 중 1인이 전부의 배상을 한 경우에는 다른 자에 대하여 본래 부담하였을 책임의 비율에 따라서 구상권을 가지며, 그 부담부분은 원칙적으로 평등하다. 따라서 중개업자간 합동사무소를 설치하여 운영하는 경우에 준용되며(공인중개사법 제13조 제6항), 중개업자들간 공동중개행위를 하는 경우에 있어서 일부가 타에게 불법행위로 인하여 손해를 발생케 하는 경우에도 역시 공동불법행위 책임을 지게 된다.³¹⁸⁾

5) 공인중개사법상의 손해배상책임

공인중개사법 제30조 제1항은 ‘중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다’고 규정하고, 동법 제30조 제2항은 ‘중개업자는 자기의 중개사무소를 다른 사람의 중개행위의 장소로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상

315) 박윤직, 전계 채권각론, 426-430면.

316) 법률 제7357호, 2005.1.27. 부칙 제6조의 규정.

317) 대법원 1999. 4. 27. 선고 98다36238 판결; 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다35771 판결; 대법원 1996. 5. 14. 선고 95다45767 판결; 대법원 1995. 7. 14. 선고 94다26387 판결.

318) 김부영, 전계논문, 64면.

의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다'고 규정하고 있으며, 동법 제30조 제3항은 '중개업자는 손해배상책임을 보장하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 보증보험 또는 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다'고 규정하고 있다. 이에 대하여 동법 시행령 제24조 제1항은 중개사가 손해배상책임을 보장하기 위한 보증을 설정하여야 하는 금액은 법인인 중개업자는 2억원 이상 다만, 분사무소를 두는 경우에는 분사무소마다 1억원 이상을 추가로 설정하여야 하고, 법인이 아닌 중개업자는 1억원 이상의 보증보험 또는 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다고 규정하고 있다. 이러한 규정들은 중개업자의 불법행위 및 채무불이행시에 의뢰인들이 일차적인 구제방안이며, 공제금만으로 완전구제가 안될시는 민사소송을 통하여 구제를 받아야 할 것이다.³¹⁹⁾

319) 이재수, 전계논문, 87-90면; 김재관, 전계논문, 116-117면; 이현우, 전계논문, 5-9면; 정미애, 전계논문, 60-64면.

第5章 結 論

부동산 거래는 경제활동뿐만 아니라 사회활동, 생산활동 등에 있어서 필요불가결한 활동의 하나라고 할 수 있다. 특히 부동산 거래는 사회적·경제적 비중이 매우 높고, 중요하기 때문에 거래의 합리성·투명성·안정성이 확보되어 국민경제활동 등에 기여할 수 있어야 한다. 그러나 빠른 속도의 산업화·도시화 및 경제성장은 부동산 수요·공급의 불균형과 가격상승을 초래하고, 수요의 증가와 함께 거래의 빈도도 높아지고 있다. 특히 부동산 거래는 복잡한 법적 규제와 이용제한, 후진적인 거래관행, 구두 중심의 중개의뢰 관행, 일반 국민의 거래경험과 전문지식 부족 등으로 거래 당사자와 중개업자간에 정확한 물건에 대한 정보교류의 부족과 의뢰인이 진정한 권리자인지를 확인하는데 많은 문제점이 있는 것이 현실이다. 이러한 문제 등으로 거래사고도 끊임없이 증가되고 있으며, 특히 부동산은 경제적 규모와 가치가 큰 상품이라 거래사고가 발생되면 개인적 문제뿐만 아니라 사회적·국가적으로도 많은 문제점이 발생된다. 이러한 점에 착안하여 이 논문은 부동산 거래사고의 원인 및 유형을 분석하고, 이를 토대로 하여 부동산 거래사고의 방지 및 그 구제방안을 모색하는데 그 목적을 두었다.

이하에서 앞에서 논의한 연구의 결과를 부동산 거래사고의 구제방안을 중심으로 종합하여 요약하면 다음과 같다.

첫째, 현행 법적·제도적 문제점으로 부동산등기부와 공부의 이원화, 등기공무원의 형식적 심사주의, 등기의 공신력 부재 등으로 인하여 부실등기나 허위등기에 대한 예방이 미흡하고, 등기를 신뢰하여 거래한 자를 보호하지 못해 부동산의 거래안전을 해치는 등의 많은 문제점을 야기하므로 부동산 공부청(가칭)을 사법부 산하에 신설하여 부동산 공시제도를 일원화하고, 등기관에게 실질적 심사권을 부여하여 부실등기를 예방하고, 이러한 요건들이 갖추어진 다음에 등기의 공신력을 인정하여 거래의 동적안정을 도모해야 할 것이다. 다만 그 전단계로서 권원보험제도를 도입하여 선의의 피해자가 발생했을 때 구제수단으로 활용해야 할 것으로 생각한다.

둘째, 거래관행상의 문제 및 이행과정상의 문제점으로 부동산 거래에서 매매계

약은 계약서작성이 완료되면 매수인은 통상 매매대금의 10%를 선 지급하고, 계약일과 잔금 지급기일 사이 중도금(매매대금의 약 40%)을 지급하며, 계약일로부터 약 한 달 후에 잔금을 지급하여 매도인으로부터 소유권이전 관련서류를 교부 받고 법원에 등기를 신청하는 것이 지금까지의 거래관행이다. 그러나 매수인은 계약일로부터 등기가 완료될 때까지 법의 보호를 받을 수 없는 공백이 생겨 위험에 노출된다. 특히 매매는 유상계약이므로 당사자 쌍방이 서로 대가적 의미의 급부를 동시이행 해야 공평의 관념과 신의칙에 부합하는데 이를 훼손하고 있다. 따라서 이를 보완하고, 거래의 안전을 위하여 계약일로부터 등기가 완료될 때까지 제3의 기관(에스크로우 회사 등)에서 대금 및 이에 관련된 서류 일체를 보관 하게 하고 등기가 완료되면 에스크로우 회사는 매도인에게 매매대금을 지급하는 에스크로우제도의 활성화를 위한 입법이 신속하게 이루어져야 할 것으로 생각한다.

셋째, 거래 당사자들의 주의의무의 문제점으로 부동산 거래관련 제법규들에 대한 전문지식의 부족, 거래에 대한 경솔·무경험, 매도인의 하자고지의무 위반과 허위 및 거짓·과장된 행위, 사술 또는 문서위조 등을 통한 사기, 매수인의 계약체결 후 사정변경 등을 내세워 계약의 해제를 요구하거나 거래대금의 이행을 회피하는 경우이다. 결국 부동산 거래사고의 궁극적 예방은 당사자들의 귀책사유에 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 당사자들의 신의칙과 선관주의로 거래에 임해야 함과 동시에 필요에 따라서는 전문가의 도움도 필요하다 할 것이다.

넷째, 공인중개사측면의 문제점으로 공인중개사는 부동산 전문가로서 뿐만 아니라 법적의무로써 중개가 완성되기 전에 당해 중개대상물의 권리관계, 법령의 의한 규제 및 이용제한사항, 미공시권리관계 등을 확인한 후 이를 바탕으로 중개대상물에 대하여 정확하게 확인·설명하여야 하는데 중개업자는 거래과정에서 계약을 무리하게 성사시킬 목적으로 중개대상물건에 대해 장점만 과장되게 부풀리거나, 단점이나 하자에 대해서는 소극적이거나 고지를 소홀리 함으로써 의뢰인에게 피해 및 분쟁을 발생하게 하는 경우가 있다. 그리고 중개과정에서 당사자 중 어느 일방을 대리하여 중개하는 경우 그 거래대금을 편취하는 경우도 있다. 이러한 경우에도 위 둘째의 문제해결제도처럼 에스크로우제도를 활용하면 자연스럽게 예방이 될 수 있다고 생각한다.

다섯째, 현행 공제금은 통상의 부동산 거래금액에 비해 너무 적다고 생각한다. 즉 개인인 중개업자 1억 원, 법인인 중개업자 2억 원을 이들 모두 적어도 2억 원으로 통일하여 구제의 범위를 좀더 확대시켜야 할 것으로 생각한다.

끝으로 부동산 거래의 안전성, 투명성, 신뢰성 제고를 위하여 끊임없는 연구와 그에 따른 제도개선, 시대에 부합하는 입법을 통하여 당사자와 전문가인 공인중개사, 그리고 감독관청이 함께 노력한다면 많은 거래사고를 미연에 방지할 수 있다고 생각한다.

參 考 文 獻

1. 國內文獻

<단행본>

- 강병기, 「부동산 거래사고사례 및 분석과 예방」, 형성출판사, 2002.
- 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2009.
- _____, 「채권총론」, 박영사, 2009.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2011.
- _____, 「물권법」, 박영사, 2011.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 2003.
- _____, 「채권각론」, 법문사, 2006.
- _____, 「불법행위법」, 법문사, 1997.
- 김상찬, 「물권법」, 제주대학교출판부, 2010.
- 김영곤→오준석·이창석·정상철, 「부동산업경영론」, 형성출판사, 2002.
- 김영진, 「부동산학 총론」, 범론사, 2000.
- 김천향, 「부동산 권원조사론」, 범론사, 1997.
- 김태훈, 「부동산 권리분석론」, 범론사, 2001.
- _____, 「부동산학사전」, 부연사, 2000.
- 김학환, 「부동산중개업법 유권해석 및 판례」, 부연사, 2002.
- 김형배, 「민법학 강의」, 신조사, 2008.
- _____, 「채권각론」, 법원사, 1998.
- 문영기, 「부동산중개론」, 부연사, 2007.
- 민태욱, 「부동산 사법의 이론과 실제」, 부연사, 2003.
- 방경식·장희순, 「부동산학총론」, 부연사, 2011.
- 변동식, 「부동산 공법의 실무와 이해」, 부연사, 2003.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009.

- 이계연·정동혁·정승호, 「부동산 권리보험과 권리분석」, 부연사, 2002.
- 이성근, 「부동산금융론」, 주택문화사, 2000.
- _____, 「에스크로우제도의 모든 것」, 부연사, 2000.
- 이재웅, 「중개사고예방법 및 사례분석」, 부연사, 2001.
- 이창석, 「부동산학개론」, 형성출판사, 2007.
- 임용순, 「부동산 법령과 판례」, 덕산출판, 2005.
- 유석주, 「부동산등기법」, 삼조사, 2007.
- 정승호, 「부동산 권리분석 이론」, 부연사, 2004.
- 정희남 외 4인, 「토지이용규제 정보화 추진방안」, 국토연구원, 2005.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2009.
- 최광석, 「부동산 지키는 법 키우는 법」, 청림출판사, 2007.
- 최돈호, 「부동산등기법 강의」, 법률출판사, 2001.
- 한국공인중개사협회, 「부동산중개 이론과 실무」, 한국공인중개사협회, 2006.
- _____, 「중개대상물 확인·설명서 작성법」, 한국공인중개사협회, 2007.
- _____, 「부동산중개실무 상담사례 및 판례」, 한국공인중개사협회, 2008.
- _____, 「최신 부동산 중개사고 사례 연구」, 한국공인중개사협회, 2008.
- 한삼인, 「민법일반이론」, 보명BOOKS, 2009.
- _____, 「계약법」, 화산미디어, 2011.
- _____, 「새롭게 쓴 판례민법」, 법률행정연구원, 2003.

<논문>

- 고덕철, “부동산거래의 안전성 제고방안 -판례 및 설문분석을 중심으로 -”, 강원대학교 대학원 박사학위논문, 2011.
- 김상용, “미국의 권원조사 및 권원보험에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1985.

- 김창현, “부동산 거래사고 예방에 관한 연구”, 고려대학교 정책대학원 석사학위논문, 2006.
- 김현동, “부동산 거래사고의 예방대책에 관한 연구”, 한양대학교 대학원 석사학위논문, 2004.
- 도경수, “부동산사기죄에 관한 연구”, 건국대학교 부동산대학원 석사학위논문, 2004.
- 박승일, “부동산 거래사고의 예방대책에 관한 연구”, 동국대학교 경영대학원 석사학위논문, 2008.
- 윤현중, “부동산거래단계별 리스크요인 분석에 관한 연구”, 전주대학교 대학원 박사학위논문, 2010.
- 이교하, “에스크로우제도 및 확인·설명제도를 통한 부동산거래사고에 관한 연구”, 한남대학교 대학원 박사학위논문, 2009.
- 이재수, “부동산거래사고의 유형별 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2011.
- 정미애, “부동산 거래사고에 관한 법적 연구”, 단국대학교 행정법무대학원 석사학위논문, 2009.
- 정중근, “부동산거래범죄의 대응방안에 관한 연구”, 강남대학교 대학원 박사학위논문, 2009.
- 황 현, “부동산거래사고와 권리보험 역할에 관한 연구”, 강원대학교 대학원 박사학위논문, 2006.
- 고덕철, “부동산거래에 따른 범죄유형과 대책방안 연구”, 「부동산학보」 제33집, 한국부동산학회, 2008.
- 고덕철·이학동, “부동산거래사고의 실태분석 -하급심 법원판례를 중심으로-”, 「부동산학보」 제38집, 한국부동산학회, 2009. 8.
- 구동희, “공제제도 개선을 통한 부동산거래의 안정성 제고방안”, 「최종보고서」, 한국감정평가연구원, 2002.
- 김상명, “부동산중개계약에 관한 연구”, 「법학연구」 제25집, 한국법학회, 2007. 2.
- 김상명·김상찬, “부동산거래사고의 방지방안에 관한 연구”, 「법학연구」 제18집, 한국법학회, 2005. 6.

- _____, “부동산중개업자의 민사책임에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제21집, 한국토지공법학회, 2004. 3.
- 김상묵, “부동산등기제도의 문제점과 개선방안”, 「법학연구」 제26집, 한국법학회, 2007. 5.
- 김상찬, “대체적분쟁해결제도에 관한 비교법적 연구”, 「법학연구」 제16집, 한국법학회, 2004. 11.
- _____, “ADR의 이념과 개혁방향”, 「법과정책」 제10호, 제주대학교 사회과학연구소, 2004. 8.
- _____, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004. 2.
- 김수길·김상찬, “미국법상 부동산거래 유통의 보호에 관한 연구”, 「법학연구」 제19집, 한국법학회, 2005. 10.
- 김준현·서우현, 「최신 부동산 중개사고 사례연구」, 한국공인중개사협회, 2008.
- 김학환, “부동산 거래사고 유형과 예방을 위한 개선방안”, 국토해양부, 2007.
- _____, “매도인 사칭 중개사고에 관한 판례검토: 하급심판결을 중심으로”, 「부동산중개학회지」 제2집, 2010. 12.
- 박종연, “현행 부동산 매매방식의 중대한 문제점과 개선방안”, 「법률신문」, 제3274호, 2004. 6. 14. 15면.
- 백봉기, “우리나라의 부동산권리분석활동의 실태와 문제점”, 「부동산권리분석업법의 필요성과 제정방향」(부동산권리분석사제도에 관한 발표자료), 대한부동산권리분석사협회, 2002. 11.
- 서순탁, “부동산중개제도의 국제비교 -미국, 영국, 일본을 중심으로-”, 「감정평가논집」 제10집, 한국감정평가협회 감정평가연구원, 2000. 2.
- 송호열, “부동산거래사고의 원인과 방지대책에 관한 고찰”, 「토지법학」 제20권, 한국토지법학회, 2004. 12.
- 윤일식, “부동산거래사고의 예방 및 구제책에 관한 연구”, 「토지법학」 제9집, 한국토지법학회, 1993. 12.
- 이성근, “부동산거래 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 「부동산정책연구」 제3집 제1호, 한국부동산정책학회, 2002. 3.

- 정신교, “부동산거래사기죄의 형법적 고찰”, 「부동산학보」 제34집, 한국부동산학회, 2008. 8.
- 정우형, “부동산 등기보험에 관한 소고”, 「감정평가논집」 제10집, 한국감정평가원, 2000. 2.
- 조재영, “부동산거래의 안전성보장을 위한 방안”, 「부동산학보」 제32집, 한국부동산학회, 2008. 2.
- 지광준, “부동산거래사고의 예방과 대책”, 「한·중 사회경제발전과 정책」, 경남대학교출판부, 2004.
- 정문선, “부동산범죄에 관한 연구”, 「비교법학」 제4집, 전주대학교 비교법학연구소, 2004. 2.
- 최승영, “우리나라 부동산 등기제도의 개선방안에 관한 연구”, 「민사법연구」 제12집 제1호, 대한민사법학회, 2004. 6.
- 최홍섭, “전문가의 제3자에 대한 정보책임”, 「재산법연구」 제11권 제1호, 한국재산법학회, 1994. 12.
- 한삼인, “등기의 공신력과 거래안전”, 「법조」 제57권 제11호, 법조협회, 2008. 11.
- 홍성무, “부동산중개업자의 의뢰인에 대한 주의의무”, 「법원판례해설」 제19권 제1호, 법원도서관, 1993. 12.

2. 外國文獻

(1) 일본

- 福田平, “不動産と詐欺”, 「不動産法大係VI」, 青林書院新社, 1975.
- 不動産取引研究會, 「住宅建物取引の知識」, 住宅新報社, 1998.
- 甲中啓一, 「住宅・土地産業の經營戰略」, 住宅新報社, 1982.
- 川井健, 「専門家の責任」, 日本評論社, 2008.
- 建設省不動産課, 吉野伸, 「重要事項説明の實踐實務」, 住宅新報社, 1997.

村田捻雄, 「米和不動産用語辞典」, 住宅新報社, 1993.

(2) 미국

Huber. W, California Real Estate Principles 10th ed., Educational
Textbook Company, Inc. 2004.

Sandy Sadw, All about ESCROW and Real Estate Closings, 6th
ed., Escrow Publishing Co., 1999.

J. Dasso and D. James, Ring Real Estate, Prentice Hall. 1995.