

공인중개사법상 확인·설명제도에 관한 연구*

A Study on the Confirmation and Explanation Duty
to Transaction Subjects of Licensed Real Estate Agents

장 동 훈 (Jang, Donghoon)**
양 선 희 (Yang, Sunhee)***

< Abstract >

This paper provides a legal analysis of residential real estate agents' duty to provide confirmation and explanation to parties to a transaction. The authors conduct a legal analysis of real estate agents' duties by interpreting relevant legal provisions and 7 comparatively recent court cases. The amended Act Governing Business Affairs of Licensed Real Estate Agents and the Enforcement decree of the Act obligate real estate agents to provide confirmatory and explanatory services regarding the property being transacted. Current state, location and ownership rights regarding the property must be provided. Restrictions on transactions and property usage are also part of the Acts and subordinate statutes. These legal provisions do not reflect market realities and are therefore unreasonable. Furthermore, existing laws are not sufficient to solve complicated and diverse problems present in actual real estate market transactions. In such situations, court decisions signal the government's desire to establish a standard for real estate broker responsibilities as well as for the rights and responsibilities of parties to a transaction. Through case analyses, the authors conclude that Korean courts place a heavier responsibility on real estate brokers as evidenced by the ever-stricter standards of real estate practice. Modern contract law exhibits a trend toward strengthening standards of professional responsibility, but excessive regulation can discourage real estate brokerage, which is a loss to the national economy. The authors propose various corrective measures for reducing the excessive burden placed on real estate brokers in the hopes of reinvigorating the real estate transaction market and national economy.

주 제 어 : 설명·확인업무, 공인중개사의 의무, 법령준수, 고객보호, 부동산거래시장 활성화
key word : Confirmation and Explanation, Duty of Licensed Real Estate Agents, Compliance of Law, Client Protection, Activating the Real Estate Transaction Market

I. 서론

부동산거래는 권리관계가 복잡하고 부동산이 지니

고 있는 개별성¹⁾으로 인하여 해당 부동산에 대한 객관적인 자료와 현장답사를 통한 시설물 상태, 주변 환경 등 정확한 정보를 바탕으로 계약을 체결하여야만 재산

* 본 논문은 2015년도 서일대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었습니다.

** 서일대학교 부동산금융법률과 교수, sukhalsa@seoil.ac.kr (주저자)

*** 동국대학교 일반대학원 법학과 박사과정, sun7shin@hanmail.net (교신저자)

1) 같은 아파트 단지 내에서 동일지형, 동일면적을 가진 필지(筆地)가 있다고 하더라도 그 지리적 위치의 특수성으로 각 필지는 학교, 시장, 버스정류장 등과의 거리, 전망, 일조 등에서 각각 차별화되는 요인을 가지게 된다(김행중, 「부동산학개론」, 청목출판사, 2012, p.80).

상의 피해를 방지할 수 있다.

부동산이 갖고 있는 고가성, 내구성, 금융부채와의 연계성 등의 특성 때문에,²⁾ 개업공인중개사³⁾는 계약 체결 전에 중개대상물에 대한 확인·설명을 통하여 취득하고자 하는 부동산에 대한 정확한 정보를 제공하여 거래사고를 방지하고 합리적이고 적절한 가격조정을 통하여 부동산거래를 촉진하는 역할을 담당하고 있다.

이와 같은 역할을 제대로 수행하도록 하는 방법의 하나로 공인중개사법⁴⁾ 제25조는 공인중개사의 중개대상물의 확인·설명의무를 규정하고 있다. 이로써 권리취득의뢰인은 개업공인중개사가 제공하는 정보를 신뢰하여 거래계약을 체결할 수 있게 된다. 공인중개사법은 개업공인중개사의 적극적인 업무와 책임을 강조하는 취지에서 중개대상물의 확인·설명의무를 법정의무로 하고 있다.

설명의무의 근거로서 통설과 판례는 민법 제2조⁵⁾의 신의성실의 원칙을 들고 있다. 신의성실의 원칙은 거래 당사자 사이의 신뢰와 충실을 요구함으로써 사적자치의 영역에서 무제한적 자유방임으로 인한 협상의 궤도 이탈을 막고 계약이 순조롭게 진행되는 역할을 한다.⁶⁾ 즉, 상대방의 정당한 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하면 안 된다는 추상적 법원칙을 선언하고 있다. 이처럼 법률관계에서 각자는 상대방이 자기에 대하여 가지고 있는 신뢰를 배신하지 않도록 성의를 가지고 행동하여야 한다는 원칙이 신의성실의 원칙이다.⁷⁾

설명의무를 법규정에 명시한 경우로는 상법 제638조의3 제1항, 약관의규제에관한법률 제3조 제3항, 자본시장과금융투자업에관한법률 제47조 제1항, 보험업법 제95조의2, 상호저축은행법 제14조, 공인중개사법 제25조 제1항⁸⁾ 등이 있으며, 여신전문금융업법 제

18조의 거래조건의 주지의무도 같은 취지의 조항이다. 이처럼 설명의무가 법규정에 명시되어 있는 경우에 있어서 설명의무 위반으로 인한 손해배상책임은 법조문에 근거하여,⁹⁾ 예컨대 공인중개사법 제25조의 중개대상물의 확인·설명의무를 위반한 경우에는 공인중개사법 제30조에 손해배상책임을 규정과 민법 제750조 이하의 불법행위책임 규정이 적용된다.

공인중개사법 제23조 제2항의 규정에 따른, 전속중개계약을 체결하는 경우에 동법 시행규칙 제14조 관련 (서식 제15)에 의한 표준계약서를 사용하도록 함으로써, 전속중개계약서에 정하여진 약관에 따라 의뢰인과 개업공인중개사와의 분쟁을 미연에 방지할 수 있다.

부동산거래와 같이 '약관'에 의한 정형화된 계약은 대개 사업자가 작성하는 부합계약인 경우가 많아서 약관의규제에관한법률이 전면적으로 적용된다.¹⁰⁾ 동법에 따르면, 동법의 적용을 받는 "사업자"란 계약의 한쪽 당사자로서 상대 당사자에게 약관을 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 말한다(제2조 제2호). 부동산중개사의 업무는 매도인과 매수인의 거래를 중개하는 것이지만 이는 사업행위의 양태를 말할 뿐 공인중개사는 역시 '사업자'에 해당한다. 따라서 개업공인중개사는 약관의규제에관한법률 제3조에 따라 약관의 중요한 내용을 설명하여야 한다. 그러나 공인중개사법은 이와 같이 계약의 내용에 편입될 약관의 중요내용을 설명하는 것과 별개로 거래대상이 되는 부동산에 대하여 설명하여야 한다. 이는 부동산거래가 매우 중요한 재산상 거래행위일뿐만 아니라 그 내용이 복잡하고 이해관계자가 많아 고객보호의 필요성이 절실하기 때문이다. 또한 공인중개사의 확인·설명의무의 이행 여부를 둘러싼 구체적 사례에서 대법원은 개업공인중개사의 확인·설명의무에 대하여 엄격한 태도를 취하고 있어 설명의무가 강화되는 경향은 계속될 것으로

2) 정희남 외, "부동산산업의 경제적 파급효과 및 육성방안 연구", 국토연구원, 2014, p.44.

3) 「공인중개사법」 개정시 '중개업자'라는 용어는 '개업공인중개사'로 변경되었다(공인중개사법 제2조 제4호).

4) 「공인중개사의 업무 및 부동산거래에 관한 법률」은 「공인중개사법」과 「부동산거래신고에 관한 법률」로 분리·개정되었다(2014년 1월 28일 공포, 2014년 7월 29일 시행, 법률 제12374호). 따라서 구법에 의한 판례는 구법명칭을 그대로 인용하였다.

5) 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다(민법 제2조 제1항).

6) 어수용, "계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호", 「재산법연구」 제27권 제3호, (사)한국재산법학회, 2011, p.94.

7) 지원림, 「민법강의」 제13판, 홍문사, 2015, p.44.

8) 개업공인중개사는 중개를 의뢰받은 경우에는 중개가 완성되기 전에 당해 중개대상물의 상태·입지 및 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항, 그 밖에 대통령령이 정하는 사항을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 성실·정확하게 설명하고, 토지대장 등본 또는 부동산종합증명서, 등기사항증명서 등 설명의 근거자료를 제시하여야 한다.

9) 김중국, "설명의무의 법적지위", 「경희법학」 제42권 제2호, 경희법학연구소, 2007, p.195.

10) 지원림, 위의 책, pp.1304-1305.

전망된다.

우리나라는 부동산의 권리관계를 공시하도록 등기 제도를 두고 있으나, 부동산등기의 공신력이 인정되지 않기 때문에 등기부를 믿고 거래한 선의의 상대방은 보호되지 않는다. 이와 같은 이유로 개업공인중개사는 권리의 실제관계를 확인한 후 진정한 소유자와 부동산 거래를 체결해야함에도 불구하고 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률의 강화, 변호사법, 법부사법 등의 직역규제로 정보접근이 어려워,¹¹⁾ 부동산 거래의 안전성이 확보되지 못하는 불안감으로 거래가 위축되는 결과를 초래할 수 있다.

본 연구에서는 ‘중개대상물의 확인·설명제도’의 실정법조항에 대한 해석 등을 통하여 개업공인중개사의 적정한 설명의무에 대한 기준을 제시해 보고자 한다. 아울러 권리하자와 관련한 사고의 예방, 거래대금 및 소유권 이전과 관련한 사고를 예방하거나 결과적으로 개업공인중개사의 업무상 부담을 완화하는 보완적 방법으로 권원보험(title insurance)제도와 에스크로우(escrow)제도가 거론되고 있으나 이는 별도 주제로 다룰 방대한 문제이므로 후속연구에 미룬다.

II. 이론적 고찰 및 선행연구

1. 부동산중개의 이해

1) 중개의 의의 및 법적성질

중개(仲介)¹²⁾라 함은 제3조의 중개상물에 대하여 거래당사자간¹³⁾ 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 업으로 하는 것을 말한다.¹⁴⁾ 중개행위는 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선하는 것이라고 규정하고 있어, 중개행위는 당사자 사이에 매매 등 법률행위가 용이하게 성립할 수 있도록 조력하고 주선하는 사실행위이다.¹⁵⁾

부동산중개란 타인 간의 법률행위인 계약의 체결을 위하여 노력하는 행위로서 시장의 시세, 상대방의 신용상태를 알아보고 대상물의 감정, 성질 등 그 전문적 자료를 준비하여 중개의뢰인인 당사자가 의욕하는 일을 이룰 수 있도록 거래를 원활하게 하는 것을 말한다.¹⁶⁾

개업공인중개사는 영리를 목적으로 하는 상인이다(상법 제4조). 민사중개인이 상법상 중개인이라고 하기는 어려워 중개업에 관한 상법의 규정이 당연히 적용되는 것은 아니나 민사중개인도 중개의 인수를 영업으로 하면 상법상 상인이기 때문이다.¹⁷⁾ 이는 개업공인중개사에게 상법상 중개에 관한 규정(제93조-제100조)이 적용되지 않을지라도¹⁸⁾ 상법 제46조 제11호의 규정에 해당하는 당연상인으로서 상법총칙이나 상

11) 부동산등기부등본을 열람하여 등기부상에 등재되어 있는 권리관계 등을 확인·조사하거나 그 내용을 그대로 보고서 등의 문서에 기재하는 행위를 변호사법 제109조 제1호에서 말하는 법률사무 취급행위로 볼 수 있는지 여부가 문제된 사안에서 법원은 보험회사 및 인터넷 포털사이트 운영회사와 제휴 협약을 체결하고 이들 회사의 의뢰를 받은 부동산에 관하여 부동산등기부등본을 열람한 뒤 등기부 내용을 변경 없이 옮겨 적는 형식의 보고서를 작성하고, 이와 관련된 권리조사를 한 행위가 변호사법 제109조 제1호에서 말하는 ‘법률사무’에 해당하지 않는다고 한 바 있다(서울중앙지법 2006.04.21. 선고 2006고합88 판결).

12) 일반적으로 ‘중개’란 어떤 자가 다른 당사자 사이에 일이 이루어지도록 힘쓰는 것을 말한다. 중개하는 법률행위가 상인간 또는 상인과 또는 상인과 비상인간의 거래, 즉 상행위인 경우(상법 제46조 제11호)에는 당사중개라고 하며 중개인(상법 제93조 이하), 중개대리상(상법 제87조 후단) 등이 이에 해당한다. 중개계약은 영업적 행위인 성질을 가지는 것이므로 유상계약일 것을 요하며, 그 성질은 위임이다(김철호 외, 『부동산중개실무』, 도서출판법문사, 2015. p.45).

13) 매매에서는 매도인과 매수인, 임대차에서는 임대인과 임차인이다. 공동중개시 중개의뢰받지 않은 거래당사자에 대해서도 배상책임이 있는지에 대해 “중개의뢰관계가 없는 중개업자도 중개업자가 부담하는 주의의무의 상대방은 의뢰인에 한정되지 않으며, 거래상대방 당사자에 대해서도 업무상 일반적 주의의무를 부담하고, 중개업자가 의뢰인 이외의 거래당사자에게 성실의무와 설명의무를 위반한 경우에는 업무상 일반적 주의의무에 대한 불법행위에 의한 손해배상책임을 부담하게 된다”라고 하며, 공동불법행위자로서 연대하여 과실로 인한 손해를 배상할 책임이 있다”고 한 서울고등법원 2007. 5. 31. 선고 2006나50187 판결.

14) 「공인중개사법」 제2조 제1호.

15) 대법원 2006. 5. 11. 선고 2003두14888 판결.

16) 이창석, 『최신전정판 부동산학개론』, 형설출판사, 2013, p.496.

17) 최준선, 『상법총칙·상행위법』 제9판, 삼영사, 2015, p.328.

18) 일부조항은 그 적용이 가능할 수 있다는 견해로는 최준선, 위의 책, p.329.

행위에 관한 상법규정이 적용된다.¹⁹⁾ 상인에게서는 엄격 책임이 인정되고 그것이 더 강화되어 가는 것이 추세이므로 개업공인중개사의 책임도 약화될 것으로 기대할 수 없는 상황이다.

중개업이란 다른 사람의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 중개를 업으로 행하는 것을 말한다.²⁰⁾ 중개업에 해당하려면 우선 중개의뢰인의 의뢰에 의하여 개업공인중개사가 거래당사자 쌍방으로부터 의뢰를 받았을 때(쌍방중개)뿐만 아니라, 일방당사자의 의뢰에 의하여(일방중개) 알선하는 경우에도 중개행위²¹⁾에 해당된다.²²⁾ 또한 부동산에 대한 거래계약을 중개하였더라도 중개보수를 현실적으로 받지 않았다면 적법한 중개업에 해당한다고 할 수 없어 무등록중개행위로서의 처벌대상이 아니다.²³⁾

중개를 '업'으로 한다는 것은 중개를 직업적으로 행하는 것을 말한다. 이는 불특정 다수인을 대상으로 계속적·반복적으로, 영리를 목적으로 중개행위를 하는 것을 의미하는 것으로 일시적으로 우연히 1회 중개를 한 경우에는 중개를 '업'으로 한 것으로 볼 수 없다.²⁴⁾

2) 중개대상물의 범위

법정중개대상물은 개업공인중개사만이 고유하게 취급하여 중개업을 할 수 있는 대상물건을 말한다. 중개대상물은 오로지 개업공인중개사만이 직업적으로 중개업을 할 수 있는 고유업무로 일반인이 업으로 하는 경우에는 무등록중개업자로 3년 이하의 징역 또는

2천만 원 이하의 벌금형으로 처벌된다.²⁵⁾ 그러므로 법정중개대상물은 개업공인중개사와 무등록중개업자(일반인)을 구분하는 기준이 되기도 한다.

공인중개사법 제3조에 규정된 중개대상물의 범위는 토지, 건축물 그 밖의 토지의 정착물, 그 밖에 대통령령이 정하는 재산권 및 물건이다. 그 밖에 대통령령이 정하는 재산권 및 물건은 입목에 관한 법률에 따른 입목, 공장 및 광업재단 저장법에 따른 공장재단 및 광업재단이다(동법 시행령 제2조).

중개대상물인 건물은 반드시 현존하는 건축물 뿐만 아니라 장래에 건축될 건물, 즉 아파트의 동·호수에 대한 피분양자로 선정되거나 분양계약이 체결된 후의 '분양권'은 중개대상물인 건물에 포함된다.²⁶⁾

중개대상물이 되기 위한 요건으로는 법정중개대상물에 속하는 물건이어야 한다. 어업재단·항만운송사업재단·항공기·자동차·선박·권리금²⁷⁾ 등은 중개대상물이 아니며, 거래가 불가능한 국·공유재산, 법률의 규정에 의하여 물건변동이 일어나 중개행위의 개입여지가 없는 경매, 공매, 공용수용, 상속 등은 중개대상이 될 수 없다.

2. 현행법의 해석론

1) 확인·설명제도의 기능

부동산은 규격화 및 표준화가 어렵고 다양한 법령과 이에 수반한 제한을 받기 때문에 일반인은 대상물건에

19) 류시창, 「상법총칙·상행위법」, 법문사, 2013, p.194.

20) 「공인중개사법」 제2조 제3호.

21) 중개행위에 해당하는지 여부는 거래당사자의 보호에 목적을 둔 법 규정의 취지에 비추어 볼 때 중개업자가 진정으로 거래당사자를 위하여 거래를 알선·중개하려는 의사를 갖고 있었느냐 하는 중개업자의 주관적 의사를 기준으로 판단할 것이 아니라, 중개업자의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되는지 아닌지에 따라 판단하여야 한다고 밝힌 대법원 2005. 10. 7. 선고 2005다32197 판결.

22) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다47261 판결.

23) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006도4842 판결; 대법원 2011. 5. 13. 선고 2010도16970 판결.

24) 대법원 1998. 8. 9. 선고 88도998 판결.

25) 김철호 외, 앞의 책, p.59.

26) 특정 동·호수에 대하여 피분양자가 선정되거나 분양계약이 체결되지는 아니하였더라도, 장차 예정된 동·호수의 추첨이 분양 대상으로 정하여져 있는 세대들을 특정 피분양자에 대한 분양 목적물로 확정하여 주는 절차에 불과하고 피분양자가 아파트를 분양받는 것 자체는 당연히 보장되는 것으로 되어 있을 뿐만 아니라, 대상 아파트 전체의 건축이 완료됨으로써, 분양 대상이 될 세대들이 객관적으로 존재하여, 분양 목적물의 현실적인 제공 또한 가능한 상태에 이르렀다면, 분양 대상물이 상당히 구체화되었다고 할 것이므로, 이에 대한 거래를 중개하는 것 또한 「공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률(구)」이 중개대상물로 정한 '건축물의 중개'에 해당한다고 볼이 상당하다고 판시한 대법원 2013. 1. 24. 선고 2010다16519 판결. 또 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도62 판결 참조.

27) 영업용 건물의 영업시설·비품 등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 노하우 또는 점포위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치(이른바 권리금)는 중개대상물이라 할 수 없으므로, 그러한 유·무형의 재산적 가치의 양도에 대하여 이른바 '권리금' 등을 수수하도록 중개한 것은 중개행위에 해당하지 아니한다고 밝힌 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005도6054 판결.

대한 조사가 어려운 상황이다. 중개대상물의 확인·설명제도²⁸⁾는 개업공인중개사가 전문가적인 시각으로 정확한 정보를 체크해 나감으로써 거래계약이 원활하게 이루어지게 한다.

중개대상물의 확인·설명제도는 첫째, 중개의뢰인이 거래계약을 체결하기 전에 개업공인중개사로부터 자신의 취득 또는 임차하기를 원하는 부동산에 대하여 정확한 정보를 듣고 거래계약을 할 수 있도록 지원해 주고 둘째, 거래계약 체결 전에 당해 중개대상물에 대하여 확인·설명하게 함으로써, 거래과정에서 분쟁이 발생할 경우 중개의뢰인의 책임을 확정함으로써 개업공인중개사의 책임한계를 분명히 하고자 함에 있다. 셋째, 중개대상물의 확인·설명 서비스, 거래계약서의 작성 및 그 계약의 증인 역할 서비스를 제공하고 그 대가로 중개의뢰인에게 중개보수를 청구하는 것이다.²⁹⁾

일반재에 비하여 고가인 부동산은 국민의 일상생활의 기반이 되는 중요한 자산으로 안전한 거래가 선결되어야 하며, 중개대상물의 확인·설명제도를 통해서 잘못된 판단으로 인한 거래사고를 예방하려는 데 그 목적이 있다.

2) 확인·설명 의무의 범위

개업공인중개사가 확인·설명하여야 할 사항은 당해 중개대상물의 상태·입지 및 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용 제한사항, 그 밖의 대통령령이 정하는 사항이다(공인중개사법 제25조 제1항). 그 밖에 대통령령이 정하는 사항은 ① 중개대상물의 종류·소재지·지번·지목·면적·용도·구조 및 건축연도 등 중개대상물에 관한 기본적인 사항, ② 소유권·전세권·저당권·지상권 및 임차권 등 중개대상물의 권리관계에 관한 사항, ③ 거래예정금액·중개보수 및 실비의 금액과 그 산출내역, ④ 토지이용계획, 공법

상의 거래규제 및 이용제한에 관한 사항, ⑤수도·전기·가스·소방·열공급·승강기 및 배수 등 시설물의 상태, ⑥ 벽면 및 도배의 상태, ⑦ 일조·소음·진동 등 환경조건, ⑧ 도로 및 대중교통수단과의 연계성, 시장·학교와의 근접성 등 입지조건, ⑨ 중개대상물에 대한 권리를 취득함에 따라 부담하여야 할 조세의 종류 및 세율이다(동법 시행령 제21조 제1항).³⁰⁾

이 규정의 성격을 예시규정으로 볼 것이나 열거규정으로 볼 것이냐에 따라 개업공인중개사가 확인·설명해야 할 사항의 범위가 달라지게 된다. 대법원은 “부동산중개업자는 비록 그가 조사·확인하여 의뢰인에게 설명할 의무를 부담하지 않는 사항이더라도 의뢰인이 계약체결 여부를 결정하는 데 중요한 자료가 되는 사항에 관하여 그릇된 정보를 제공하여서는 안 되고, 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 관리자의 주의로 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 중개업자의 의무에 위반된다”³¹⁾고 판시한 취지에 비추어 보면, 예시규정으로 해석하여야 할 것이다. 따라서 공인중개사법 제25조 제1항 및 동법 시행령 제21조 제1항에 명시적으로 규정된 사항이 아니더라도 당해 중개대상물의 거래상 중요사항이라고 볼 수 있는 이상 확인·설명하여야 할 사항의 범위에 속하는 것으로 보아야 한다.³²⁾

3) 확인·설명 의무의 시기 및 방법

개업공인중개사의 중개대상물의 확인·설명 의무는 ‘개업공인중개사가 의뢰받은 경우에 중개가 완성되기 전’에 하여야 한다(공인중개사법 제25조 제1항)고 규정하고 있는데, 거래내용이나 변동에 대하여 계약체결

28) 중개대상물의 확인·설명 의무제도는 1983. 12. 30. 「부동산중개업법」이 제정되면서 공정한 부동산중개 업무를 수행하기 위한 의무조항으로 명문화하였다. 또한 1984. 4. 26. 「부동산중개업법 시행규칙」 제정시에 건물과 토지에 대한 중개대상물 확인·설명서(I), 입목·광업재단·공공재단에 대한 중개대상물 확인·설명서(II)양식을 도입하였다.

29) 정희남 외, “부동산 중개품질 향상방안 연구”, 국토연구원, 2007, p.22.

30) 미국의 주법은 상세한 규정을 두고 있다. 예컨대 화학물질인 라돈에 노출될 위험의 가능성, 1978년 이전 건축된 건물의 경우 페인트 도색으로 인한 납성분 잔류가능성, 에너지성능, 건축법규위반사실 등을 설명하여야 한다는 식이다(Sandi Towers-Romero, *The Essentials of Florida Real Estate Law*, Carolina Academic Press, 2007, pp.95-97).

31) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다42836 판결.

32) 중개대상물에 근저당이 설정된 경우 부동산중개업자는 채권최고액만을 조사·확인해서 의뢰인에게 설명하면 족하고, 실제의 현재 채무액까지 설명해 주어야 할 의무는 없다. 그러나 부동산중개업자가 실제의 피담보채무액에 관한 그릇된 정보를 제대로 확인하지도 않은 채 진실인 것처럼 의뢰인에게 그대로 전달하여 이를 믿고 상대방과 계약을 체결하였다면 선량한 관리자의 주의로 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 의무에 위반된다고 판시한 대법원 1999. 5. 14. 선고 98다30667 판결.

이후에도 확인·설명 의무가 지속되는지에 관해 실무상 논란 끝에 대법원 2007. 2. 8. 선고 2005다55008 판결이 선고되면서 나름의 기준을 제시하였다.

대법원은 “임대차계약을 알선한 중개업자가 임대차 계약 체결 이후에도 보증금의 지급, 목적물의 인도, 확정일자 취득 등과 같은 거래당사자의 계약상 의무의 실현에 관여함으로써 계약상 의무가 원만하게 이행되도록 주선할 것이 예정되어 있는 때에는 그러한 중개업자의 행위는 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위로서 중개행위의 범주에 포함된다고 봄이 상당하다”라고 판결하였다.³³⁾

대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다102940 판결은 개업공인중개사의 확인·설명 의무가 구체적인 계약에 따라 계약체결 이후에도 지속될 수 있다는 판결의 취지를 그대로 유지한다는 데 의미가 있다.

원고의 의리를 받은 공인중개사인 피고는 임대차 계약 체결 이후에도 원고의 잔금지급 및 전세권 설정에 관여하면서 계약의 원만한 이행 및 원고의 임대차보증금 반환채권 보전을 도모할 것이 예정되어 있었다고 보이고, 이러한 행위는 원·피고 사이의 중개계약 본지에 따른 중개행위에 포함된다고 할 것이다. 그런데 원고와 임대차계약을 체결한 임대인인 소외인은 임대차계약을 체결하기 바로 전에 계약금만 지급하고 아파트를 매수하였으므로 매매대금에서 원고로부터 받을 보증금과 특약한 근저당권 채권최고액 합계 1억 2,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 따로 마련하지 못하는 경우 아파트의 소유권 취득이 어려운 상황이었고, 피고는 계약 체결 과정에서 매매계약서를 확인하여 그와 같은 사정을 알고 있었음에도 아직 소외인 명의의 소유권이전등기가 마쳐지기도 전에 당초 정한 지급기일에 앞서 임대차보증금 잔금을 지급하도록 주선하였으며, 소외인의 배신행위나 제3자의 선순위 권리취득을 확실히 방지할 수 있도록 소외인의 소유권이전등기와 원고의 전세권 설정등기 신청을 같은 법무사에게 위임하도록 하는 등의 방법으로 임대차계약에서 특약한

대로 소유권이전등기 후 바로 전세권등기가 이루어지도록 조치하지 아니하였고, 오히려 선순위 근저당권의 유무나 채권최고액을 확인할 수 없고 전입신고를 마친 다음날 비로소 대항력이 발생하여 임대차보증금 담보 방법으로 상대적으로 불확실한 전입신고 및 확정일자 취득이라는 주택임대차보호법이 정한 임차인 보호 조치를 취하도록 원고에게 권고하였으며, 소외인은 이를 틈타 약정을 위반하여 채권최고액이 1억 5,600만 원인 근저당권 설정등기를 마쳤고, 그 결과 원고는 보증금 중 일부를 회수하지 못하는 손해를 입었다.

이는 공인중개사법 제30조 제1항이 정한 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실을 인정하여 손해배상책임을 인정하였다.

그러나 대법원 판결에도 불구하고 확인·설명 의무의 시간적인 범위에 대해서 분쟁의 소지는 계속될 가능성이 크다. 개업공인중개사는 계약체결로서 중개업자가 종료되었다고 생각하는 반면, 중개의뢰인은 잔금을 수수하는 등 거래가 완결될 때까지 개업공인중개사의 의무가 계속되는 것이 당연하다고 생각하고 있어 바라보는 시각이 서로 다르기 때문이다. 계약체결만으로 개업공인중개사의 관여가 그치는 경우는 드물고, 잔금을 수수하는 등 거래가 종결되는 시점에서 중개보수가 지급되는 것이 통상적인 중개현실에서 개업공인중개사의 책임범위가 오해될 수 있는 여지도 충분하다.

중개대상물에 대한 조사·확인 은 개업공인중개사가 중개대상물에 대한 셀링포인트³⁴⁾를 찾아 매수·임차의뢰인에게 정확한 정보를 설명함으로써 거래계약 체결을 하기 위함이며, 조사 방법으로는 공부상 자료 또는 현장답사를 통하여 진행되며 매도(임대)의뢰인에게 중개대상물의 상태에 관한 자료를 요구할 수 있다.³⁵⁾

공부상 확인은 당해 부동산의 토지대장·임야대장, 건축물대장, 지적도·임야도, 부동산종합증명서, 등기사항증명서, 토지이용계획확인서 등에 의하여 사실관계와 권리관계 및 공법상의 제한사항³⁶⁾ 등을 조사·확인하며, 공부상 확인이 불가능한 정보와 공부상

33) 임대차계약 체결 이후에도 임차인의 중도금, 잔금 지급의무와 임대인의 임차목적물에 대한 소유권이전등기 경료의무, 잔금 지급시까지 등기부상 하자가 발생하지 않도록 할 의무 등이 맞물려 존재하고, 위와 같은 의무가 제대로 이행되지 않을 경우 중개업자가 알선한 임대차계약의 유지여부가 달라질 수 있어 중개업자의 관여는 임대차계약 체결과 동시에 종료하는 것이 아니라 잔금 지급시까지 계속 예정되어 있었던 것으로 보인다면, 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인한 중개업자의 손해배상책임을 인정하였다.

34) 셀링포인트(Selling Point)란 당해 중개대상물이 가지는 여러 가지 특징 중에서 매수의뢰인에게 만족을 주는 특징을 말하며 판매소구점이라고도 한다. 중개대상물에 대한 조사·확인 과정에서 장점을 파악하여 확인·설명시에 집중적으로 부각하면, 매수의뢰인의 구매의욕을 자극하여 거래계약을 체결하는데 도움이 된다. 그러나 장점만을 강조하고 단점을 묵비한다든가, 장점이 훨씬 크다고 과장하여 매수인이 왜곡된 판단을 하게하는 때에는 설명의무 위반이 될 수 있다.

35) 「공인중개사법」 제25조 제2항.

확인이 가능하다 하더라도 실제상의 내용과 일치하는가의 여부 및 주변의 시세, 토질, 도로상황 등은 현장답사를 통하여 조사·확인한다.³⁷⁾

개업공인중개사는 확인·설명을 위하여 '상태에 관한 자료 등' 필요한 경우에는 권리를 이전하고자 하는 매도·임대의뢰인에게 당해 중개대상물의 상태에 관한 자료를 요구할 수 있으며, 만약 매도(임대)의뢰인이 자료요구에 불응한 경우에 개업공인중개사는 그러한 사실을 매수의뢰인·임차의뢰인에게 설명하고, 중개대상물확인·설명서에 기재하여야 한다.³⁸⁾

개업공인중개사는 중개가 완성되어 거래계약서를 작성하는 때에는 공인중개사법 제25조 제1항의 규정에 의한 확인·설명사항을 서면으로 작성하여 거래당사자에게 교부하고 3년간 그 사본을 보존하여야 하며,³⁹⁾ 상기 규정에 의한 확인·설명서에는 개업공인중개사(법인인 경우에는 대표자를 말하며, 법인에 분사무소가 설치되어 있는 경우에는 분사무소의 책임자를 말한다)가 서명 및 날인하되, 당해 중개행위를 한 소속 공인중개사가 있는 경우에는 소속공인중개사가 함께 서명 및 날인하여야 한다.⁴⁰⁾ 이는 개업공인중개사의 책임을 분명하게 하기 위한 것으로 분쟁에 대비하여 손해배상책임에 대한 증빙서류의 가치를 가지고 있다. 중개대상물확인·설명서에는 "공인중개사법 제25조 제3항 및 동법 시행령 제21조에 따라 거래당사자는 개업공인중개사로부터 위 중개대상물에 관하여 확인·설명을 듣고, 개업공인중개사가 작성·교부하는 본 확인·설명서를 수령합니다"라는 내용이 기재되어 있고 매도인(임대인), 매수인(임차인)의 서명 또는 날인을 받음으로써 중개대상물확인·설명서의 수령 여부를 입증할 수 있는 증거가 되므로 정확하게 작성되어야 한다.⁴¹⁾

3. 선행연구

중개대상물의 확인·설명제도에 관한 선행연구는 공인중개사법의 법률개정에 관한 연구를 중심으로 수행되어왔다.

신해창(2009)은 주요국의 중개대상물 확인·설명제도와의 비교를 통하여 외국제도와와의 우리나라의 설명제도에 대한 문제점 분석 및 확인·설명서 서식내용의 개선을 모색하였다.

하홍수(2009)는 권리관계사항 중심으로 중개대상물확인·설명서의 양식을 개선하여 확인·설명 의무 위반에 따른 중개사고의 발생을 최소화 할 수 있는 방안을 연구하였다.

김대명(2011)은 개업공인중개사에 대한 공신력의 제고와 책임을 분명히 하여 중개사고에 따른 개업공인중개사의 손해배상책임의 범위를 명확히 할 것을 제시하였다.

강희목(2014)은 개업공인중개사에 대한 실무교육 시간의 확대를 통하여 중개대상물확인·설명서 작성에 필요한 지식함양에 기여할 수 있도록 하였다.

부동산 중개시에 소비자의 보호와 중개거래질서 확립을 위하여 제도적 보완이 필요하였고, 이에 전문 자격제도로 전면 개정된 공인중개사법은 개업공인중개사의 지위와 권한, 업무에 중요한 변화를 요구하고 있다. 중개사고의 대부분이 중개대상물의 확인·설명 의무 위반에 따른 것으로 이는 소송으로 이어지는 등 개업공인중개사 뿐만 아니라 소비자의 재산상 피해로 이어지는 등 공인중개사의 고도의 전문성과 책임을 요구하고 있는 현실에서 법령연구 뿐만 아니라 판례분석을 통하여 사례를 연구함으로써 중개사고를 방지할 수 있도록 하였다.

또한 부동산거래시에 안전성 확보를 위한 법제도적 개선방안을 제시하는 등 본 연구를 통하여 부동산 거

36) 「공법」상의 이용제한은 당해 부동산의 '사용·수익권능'에 대한 제한을 말하며, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 용도지역·지구·구역 등에 의한 행위제한이 대표적이며 각종 개별법에 의한 이용제한이 있다.

37) 법정지상권, 유치권·분묘지권 등과 같이 등기를 요하지 않는 권리는 공부상으로 확인이 불가능하고, 「주택임대차보호법」에 의하여 보호대상이 되는 미등기임차인의 유무도 현장답사를 통하여 조사·확인하여야 한다. 또한 우리나라는 등기부의 공신력이 인정되지 않으므로 현장을 방문하여 탐문이나 질문을 통해서 등기부상의 소유자와 실제상의 소유자의 일치여부(실제권리관계)도 확인하여야 한다.

38) 「공인중개사법」 시행령 제21조 제2항. 개업공인중개사는 자료를 요구한 날짜와 시간 등을 기재하여야 하며, 자료요구에 대하여 매도(임대)의뢰인이 불응한 경우에는 그 사실도 함께 기재하여 추후 분쟁에 대비하여야 한다.

39) 「공인중개사법」 제 25조 제3항.

40) 「공인중개사법」 제 25조 제4항.

41) 김철호 외, 앞의 책, p.3.

래의 활성화와 부동산업의 투명성 제고를 위한 대안을 제시한 점이 차별성이라고 할 수 있다.

III. 확인·설명의무 위반사례 및 효과

1. 다가구주택의 선순위 임차보증금등 실제권리 관계 설명 소홀 (대법원 2012. 1. 26. 선고 2011다63857 판결)

1) 사건 개요

원고 甲은 2009. 1. 6. 피고 乙의 중개로 채권채고액 합계 2억 3,200만 원의 각 근저당이 설정되어 있는 총 13세대가 입주할 수 있는 이 사건 다가구 주택 중 301호에 관하여 임대차보증금을 7,000만 원으로 정하여 이를 임차하기로 임대차계약을 체결하였다. 피고 乙은 원고에게 당시 이 사건 다가구 주택의 부동산 등기부에 기재된 근저당권에 관하여는 채권최고액을 고지하고 이를 임대차계약서의 특약사항에 기재하였으나, 이 사건 다가구 주택에 당시 거주하던 다른 임차인의 임대차보증금 액수, 임대차계약의 시기와 종기 등에 관한 사항을 확인하여 원고에게 설명하지 않았고 그 근거자료를 제시하지도 않았으며, 원고에게 교부한 중개대상물 확인·설명서의 '실제 권리관계 또는 공시되지 아니한 물건의 권리 사항'란에도 이를 전혀 기재하지 아니한 사실, 그 후 이 사건 다가구 주택에 관하여 경매절차가 개시되었으며, 위 경매절차에서 이 사건 다가구 주택의 소액임차인, 근저당권자, 확정일자 받은 임차인 등이 배당을 받았으나 원고는 이들보다 후순위에 있어 임대차보증금 반환채권에 관하여 배당을 받지 못하였고, 임대인으로부터도 임대차보증금을 반환받지 못하였다.

2) 판례 검토

다가구주택의 임대차계약을 중개하는 과정에서 임차인에게 확인·설명하여야 하는 대상 중에는 다가구 주택 내에 거주하는 다른 임차인의 기존 임대차내역 즉 보증금액수, 임대차기간 등이 포함한다고 하는 취지의 첫 대법원판결로, 다가구주택은 호실별로 구분하

여 등기가 된 다세대주택과는 달리 법적으로 건물전체가 하나의 부동산이고, 경매과정에서 선순위가 될 수 있는 기존의 다른 임차인의 보증금이 결국에는 보증금배당에 영향을 받을 수 밖에 없다는 점에서 보자면 확인·설명대상임을 부인할 수 없는 점에서 타당한 판결이다.

중개업자⁴²⁾는 다가구주택 일부에 대한 임대차계약을 중개하면서 임차의뢰인이 임대차계약이 종료된 후에 임대차보증금을 제대로 반환받을 수 있는지 판단하는데 필요한 다가구주택의 권리관계 등에 관한 자료를 제공하여야 하므로, 임차의뢰인에게 부동산등기부상에 표시된 중개대상물의 권리관계 등을 확인·설명하는데 그쳐서는 아니 되고, 임차의뢰인에게 다가구주택 내에 이미 거주해서 살고 있는 다른 임차인의 임대차계약내역 중 개인정보에 관한 부분을 제외하고 임대차보증금, 임대차의 시기와 종기 등에 관한 부분의 자료를 요구하여 이를 확인한 다음 임차의뢰인에게 설명하고 자료를 제시하여야 하므로, 고의나 과실로 이러한 의무를 위반하여 임차의뢰인에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 이를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.

2. 진정한 권리자인지 여부 조사·확인 의무 위반 (대법원 2007. 11. 15. 선고 2007다44156 판결)

1) 사건 개요

피고1은 서울 강남구 개포동 1빌딩에서 부동산중개업을 하는 사람이고, 피고2는 서울 강남구 개포동 2빌딩에서 부동산중개업을 하는 사람이며, 피고3은 중개업자인 피고2의 중개보조원이다.

피고1은 부동산 중개업자로 이 사건 아파트의 소유자라고 칭하는 위장매도인(이 아파트는 소외1의 소유)으로부터 매도 의뢰를 받았다. 이 당시 이 사건 아파트에는 임차인인 소외 2가 거주하고 있었다. 중개업자 피고2의 사무실에서 근무하는 중개보조원 피고3은 원고로부터 아파트 매수를 의뢰받고, 이 사건 아파트가 매물로 나왔다는 소식을 접하고, 원고와 함께 피고1의 사무실을 방문하였다.

피고1은 원고 등이 사무실로 찾아온다는 소식을 듣고 위장매도인으로부터 건네받은 소외1명의로 주민등록증이 행정안전부에 등록된 유효한 주민등록증임을

42) 「공인중개사의 업무 및 거래신고에 관한 법률(구)」에 의한 용어를 수정하지 않고 판결문대로 인용함.

확인하였고, 피고1의 사무실에서 피고3과 원고는 이 사건 아파트의 등기부등본과 위장매도인이 소지하고 있던 소외 1명인의 주민등록증을 통하여 아파트의 소유관계를 확인하였다.

원고는 피고들의 중개로 위장매도인과 이 사건 아파트 매매계약을 체결하였다(이때 위장매도인은 소외1명인의 통장을 개설하였고, 원고는 중도금까지 이 통장으로 계좌이체 함). 중도금 지급 이후 위장매도인과 연락이 닿지 않게 되자 피고1은 진정한 소유자인 소외 1을 만나 아파트를 매도하려고 한 사실이 없음을 확인함으로써 위장매도인의 사기에 의한 계약금과 중도금 편취행위임이 드러났다.

이 사건은 부동산중개업자인 피고들의 중개로 아파트를 매수한 원고가 피고들이 부동산 거래를 중개함에 있어 매도인의 소유권의 유무를 확인할 주의의무를 다하지 아니하여 원고가 소유자임을 사칭하는 사람과 아파트를 7억 6,000만 원에 매수하는 매매계약을 체결하고 소유자를 자칭하는 사람에게 매매대금 중 4억 600만 원을 지급하여 동액 상당의 손해를 입게 되었다고 주장하면서 민법 제760조, 공인중개사법 제30조 제1항 등의 손해배상을 구하는 사안이다.

2) 판례 검토

부동산중개업자에게 부동산매매에 관한 중개행위를 의뢰하는 사람은 부동산중개업자의 지식과 경험을 신뢰하여 부동산중개를 의뢰하는 것이 일반적이므로 부동산중개업자는 위탁자에 대하여 위임계약에 따른 선량한 관리자로서의 주의의무를 부담함은 물론 그 중개행위를 함에 있어서는 목적부동산의 하자나 관리자의 진위 등에 관해서 조사하고 이를 확인하는 등 매수인으로 하여금 예상 밖의 손해를 입지 않도록 충분히 유의해야 할 업무상의 일반적인 주의의무가 있다.

더욱이 소유자를 사칭하는 사람과 사이에 매매 등에 의해 대금을 편취당하는 사안도 현실적으로 적지 않고, 이와 같은 사안에서는 일반적으로 타인의 등기부등본, 주민등록증 등을 부정하게 입수하여 부동산소유자의 인감이나 인감증명서 등을 위조하는 등 범행이 매우 교묘하게 짜 맞추어지므로 그와 같은 행위를 간과하기도 곤란하다.

그러므로 그 서류 등에 형식적인 불비가 없다는 점이나 사칭자의 언동에 현혹되어서는 아니 되므로 부동산중개업자가 부동산의 소유자라고 칭하는 사람으로

부터 부동산의 매도의뢰를 받는 경우에 자칭 소유자와 전혀 면식이 없는 때에는 자칭 소유자라는 사람의 주민등록증 등의 서류를 조사하거나 확인하는 것만으로는 충분하지 않고, 소유권의 귀속에 관해 의문을 품을 여지가 없는 특별한 사정이 없는 한 등기권리증을 확인하거나 소유자의 주거지나 근무지 등에 연락하거나 그곳에 가서 확인하는 등으로 소유권의 유무를 조사하고 확인하여야 한다.

중개의뢰를 받은 중개업자는 중개물건의 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 등을 확인하여 중개의뢰인에게 설명할 의무가 있음을 명시하고 있으며, 그 권리관계 중에는 중개대상물의 관리자에 관한 사항도 포함되어 있으므로 중개업자는 선량한 관리자의 주의와 신의성실로써 매도등 처분을 하려는 자가 진정한 관리자와 동일인인지 여부를 조사하고 확인할 의무를 부담하고 있다(대법원 1992. 2. 11. 선고 91다3629 판결, 대법원 1993. 5. 11. 선고 55350 판결)

따라서 이러한 주의의무를 다하지 않아 그 결과 위탁자에게 손해를 입게 한 때에는 불법행위로서 민법 제750조의 불법행위자로서 손해를 배상할 책임이 있다고 판결하였다.

3. 대지권 별도등기에 대한 확인·설명 누락

(서울동부지방법원 2010. 6. 18. 선고 2010나 189 판결)

1) 사건 개요

원고는 2007. 3. 13. 공인중개사인 피고 1의 중개에 따라 박○○ 소유의 이 사건 아파트에 관한 임대차계약(이하 '이 사건 임대차계약'이라고 한다)을 체결하고, 이에 따라 박○○에게 임대차보증금을 모두 지급하였으며, 2007. 4. 2. 임대차계약서에 확정일자를 받았고 2007. 4. 30. 주민등록 전입신고도 마쳤다.

피고 1은 2007. 3. 13. 이 사건 아파트의 등기부등본을 전산출력하여 원고에게 보여주면서 이 사건 아파트에 관하여는 OO은행 명의의 2003. 11. 28.자 근저당권과 전임차인에 대한 1억 원의 임대차보증금 반환채무 외에는 다른 제한물권이 설정되어 있지 않다고 설명하면서, 같은 취지가 담긴 중개대상물 확인·설명서를 작성·교부하였는데, 사실은 이 사건 아파트의 부지인이 사건 토지에 관하여 2000. 7. 27. 채무자 OO시장 주식회사, 채권최고액 90억 원의 근저당권설정등기가

마쳐졌고, 2003. 7.경 이 사건 토지 위에 이 사건 아파트가 속한 주상복합 집합건물이 신축되어 2003. 7. 25. 각 구분소유 건물 부분에 관하여 각 소유권보존등기가 마쳐졌는데, 그 중 이 사건 아파트에 관하여 2003. 11. 28. 대지권의 표시 등기가 마쳐지면서 이 사건 토지에 관하여는 “별도등기가 있다”는 취지가 이 사건 아파트의 등기부 중 표제부에 기재되었음에도, 이에 관하여 피고 1은 별도의 설명을 하지 아니하였다.

피고 1은 아파트에 관한 임대차계약의 중개를 의뢰 받았으므로 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(구) 제25조 제1항, 같은 법 시행령 제21조 제1항의 규정에 따라 소유권·전세권·저당권·지상권 및 임차권 등 중개대상물의 권리관계에 관한 사항 등을 확인하여 이를 중개대상물에 관한 임차권을 취득하고자 하는 원고에게 성실·정확하게 설명할 의무가 있음에도 불구하고, 이 사건 아파트의 대지권의 목적인 이 사건 토지에 관하여 별도등기가 있다는 부분을 간과하는 바람에 원고에게 이 점에 관하여 아무런 설명도 하지 않았고, 이로 말미암아 원고는 배당절차에서 이 사건 토지의 근저당권보다 배당순위에서 밀려 배당을 적게 받는 재산상 손해를 입었다.

2) 판례 검토

아파트에 관한 임대차계약 체결을 중개함에 있어 아파트 표제부의 대지권의 표시란에 대지권의 대상인 토지에 대하여 “별도등기 있음”이라고 기재되어 있었음에도, 토지에 대한 별도등기를 확인하여 임차인에게 설명하지 않았는데, 그 후 대상 아파트에 관한 부동산 경매절차에서 대지권에 관한 경락대금이 선순의 근저당권자에 배당되면서 임차인이 임대차보증금을 일부 돌려 받지 못하게 되었을 경우, 중개대상물의 확인·설명 의무 위반으로 말미암아 발생한 손해를 배상할 책임이 있으나, 공인중개사의 책임비율은 70%로 정한 판결이다.

4. 임대차보증금으로 저당권말소 약속위반에 따른 확인·설명 위반 (울산지방법원 2007. 8. 31. 선고 2006가단 52531 판결)

1) 사건 개요

피고인 중개업자는, 임대인 甲과 임차인 乙간에 보

증금 8,500만원(계약금 4백만원, 중도금 4,100만원, 잔금 4천만원)으로 하는 임대차계약을 중개하였다. 계약체결 당시 임대차목적물에는 채권최고액 7,150만원(실제 피담보채무액은 금5,500만 원)으로 된 근저당권설정등기가 경료되어 있었는데, 잔금 4천만 원을 받아 근저당권을 말소하기로 했다. 그런데 중도금지급기일 직전에 임차인은 당초 임대차계약체결할 때의 약속과 달리 잔금 4천만 원을 모두 지급받더라도 근저당권을 말소할 수 없다는 이야기를 임대인으로부터 듣게 되자, 대신 잔금 4천만 원 중 3천만 원은 위 대출금 5,500만 원의 변제에 사용하며, 나머지 대출금 2,500만 원은 잔금지급일로부터 3개월 내에 변제하여 근저당권을 말소하기로 하고, 이러한 이행을 담보하기 위하여 임대인으로부터 현금보관증을 작성, 제출받기로 새롭게 합의하게 된다. 이 과정에서 피고는 임차인으로부터 자문을 받게 되자, ‘현금보관증은 차용증보다 더 효력이 있다’, ‘가족들과 상의하여 알아서 판단하라’는 취지로 답해주었다.

하지만, 임대인은 약속과 달리 지급받은 잔금으로 전혀 대출금을 변제하지 않았는데, 잔금 지급장소에는 중개업자가 입회하지 못했다. 그 후 이 저당권이 실행되었고, 임차인은 보증금 중 4,600만 원만 배당받았다.

2) 판례 검토

임대차계약의 체결 당시 이미 임차목적물에 근저당권이 설정되어 있는 경우, 공인중개사는 잔금지급 이후 근저당권이 말소되지 아니할 경우 그 근저당권의 실행으로 인해 임차보증금을 보호받지 못할 위험성이 있음을 충분히 설명하고 그러한 법률관계를 확인하는 서면을 작성하여야 하며, 그 위험성에 대한 대비책으로 임차보증금이 근저당권의 피담보채무의 상황에 사용되는 등의 조치가 제대로 이루어지는지에 관하여 확인하거나, 임차인으로 하여금 잔금을 임대인 측에게 직접 전달하지 말고 예치하거나 또는 잔금지급일을 연기 하더라도 근저당권의 말소와 동시에 지급하도록 하는 등 그 임차보증금의 보호를 위한 여러 법적 조치 내지 위험대비책 등을 적극적으로 조언할 업무상 주의의무가 있으며, 임대차계약에 있어 불측의 손해를 입지 않도록 법률적 조언을 하고 임대인측이 계약사항을 제대로 이행하는지 확인하여야 한다. 그럼에도 불구하고 임차인에게 별다른 법률적 효력이 없는 현금보관증만 받으면 된다는 등의 말로 임차인의 판단을 그르치게

했다. 또 잔금지급장소에도 입회하지 않아 그 잔금이 약정대로 대출금변제에 사용되는지도 확인하지 않는 등 임차인으로 하여금 아무런 안전도치 없이 임차보증금을 모두 지급하도록 하였다. 그로 인해 말소하기로 약정된 근저당권이 실행됨에 따라 임차인의 임차보증금 중 상당액의 손해를 입게 되었으므로, 이를 배상하여야 할 의무가 있다고 판결하였다.

다만, 위 사안에서 임차인도 공인중개사의 말을 막연히 믿고 특약사항을 변경한 점 등 손해를 입게 된 데에 임차인의 과실도 원인이 된 점 등을 고려하여, 공인중개사의 책임을 50%로 제한하였다.

결국 이 판결은, 잔금으로 근저당권을 말소하거나 대출금을 변제하는 약속이 이루어진 사안에서는 중개업자에 대해 단순히 저당권의 존재나 액수와 같은 피상적인 권리관계를 확인시켜 줄 의무를 넘어서, 약속한대로 지급받은 잔금이 저당권 말소에 사용되는지 중개업자가 확인하거나, 아니면 그 위험성에 대해 임차인에게 충분히 설명해야 할 의무가 있다고 하여, 중개업자의 임차인 보호의무를 보다 강조하고 있다.

5. 공인중개사법상 확인·설명 위반에 따른 효과

중개업 종사자 수의 증가와 함께 중개의뢰인의 보호를 위하여 전문자격사로서의 공인중개사의 책임을 넓게 인정하려는 것이 대법원의 입장으로, 중개대상물의 확인·설명 의무와 책임에 대한 인식을 높여 중개사고를 예방하고 거래질서 확립에 기여하도록 주문하고 있다.

1) 손해배상책임

‘개업공인중개사는 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다’고 공인중개사법 제30조에 손해배상책임을 규정하고 있으며, 이 법에 의한 손해배상책임은 개업공인중개사(고용인의 고의 과실로 개업공인중개사가 책임을 지는 경우를 포함)에게 적용되며, 일반인에게는 이 법 제30조에 의한 배상책임이 아닌 민법 제750조 이하의 불법행위책임 규정이 적용된다.

개업공인중개사와 중개의뢰인의 법률관계는 민법상의 위임관계와 같으므로 민법 제681조의 수임인의 선관의무에 따라, 개업공인중개사는 중개의뢰의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 의뢰받은 중개업무를 처리하여야 할 의무가 있을 뿐 아니라, 공인중개사법 제29조 제1항에 의하여 신의와 성실로써 공정하게 중개행위를 하여야 할 의무를 부담하고 있다. 이를 위반한 경우에는 민법상 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 규정하고 있어, 중개대상물의 확인·설명의 무 위반으로 인한 손해배상책임은 민법과 공인중개사법상 손해배상책임 모두를 물을 수 있다.

개업공인중개사의 설명의무위반을 이유로 한 손해배상책임을 인정한 판례에 의하면, “부동산계약에 따른 중개업자의 확인·설명 의무와 이에 위반한 경우의 손해배상 의무는, 이와 성질이 유사한 민법상 위임계약에 있어서 무상위임의 경우에도 수임인이 수임사무의 처리에 관하여 선량한 관리자의 주의를 기울일 의무가 면제되지 않는 점과 위 조항의 적용 범위를 특별히 제한하지 않고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 중개의뢰인이 중개업자에게 소정의 수수료를 지급하지 아니하였다고 해서 당연히 소멸되는 것이 아니다”라고 판시하여⁴³⁾ 무상중개에 있어서도 손해배상책임을 인정하였다.

2) 행정처분

개업공인중개사가 공인중개사법 제25조 제3항의 규정을 위반하여 중개대상물확인·설명서를 교부하지 아니하거나 보존하지 아니한 경우, 공인중개사법 제24조 제4항 규정을 위반하여 중개대상물확인·설명서에 서명 및 날인을 하지 아니한 경우에는 6월의 범위 안에서 그 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다.⁴⁴⁾ 또한 소속공인중개사가 공인중개사법 제25조 제1항의 규정을 위반하여 성실·정확하게 중개대상물의 확인·설명을 하지 아니하거나 설명의 근거자료를 제시하지 아니한 경우, 공인중개사법 제25조 제4항의 규정을 위반하여 중개대상물확인·설명서에 서명 및 날인을 하지 아니한 경우에는 6월의 범위 안에서 기간을 정하여 그 자격의 정지처분을 할 수 있다.⁴⁵⁾

43) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다71484 판결.

44) 「공인중개사법」 제39조 제1항 제7호.

45) 「공인중개사법」 제36조 제1항.

3) 행정질서벌(과태료)

공인중개사법 제25조 제1항을 위반하여 성실·정확하게 중개대상물의 확인·설명을 하지 아니하거나 설명의 근거자료를 제시하지 아니한 경우에는 500만원 이하의 과태료를 부과하고 있다.⁴⁶⁾ 이는 2014. 5. 21. 공인중개사법 개정으로 업무정지 처분사유에서 과태료 처분사유로 규정하여 변경되었다.

IV. 공인중개사법상 확인·설명제도의 개선 방안

1. 중개계약서의 서면화

공인중개사법은 일반중개계약(Open Listing)⁴⁷⁾과 전속중개계약(Exclusive Agency Listing)⁴⁸⁾에 대하여 규정을 두고 있다.

법 제22조는 ‘중개의뢰인은 개업공인중개사에게 중개계약의 내용을 명확하게 하기 위한 일반중개계약서의 작성을 요청할 수 있다’라고 일반중개계약에 대한 법규정을 두고 있지만, 이러한 일반중개계약서의 작성요청을 받은 경우라도 개업공인중개사에게 일반중개계약서의 작성의무에 대한 규정이 없어 실질적으로 중개의뢰인 보호에 미흡하여 법개정이 요구되는 부분이다.

불특정·다수의 개업공인중개사에게 구두로 이루어지는 중개의뢰계약을 유형화·표준화하여 표준양식으로 중개계약서의 작성을 의무화하면 중개계약 단계부터 거래계약의 체결시까지 체계화할 수 있으므로, 의뢰내용을 명확하게 확정하여 차후 분쟁의 발생을 차단하고 거래의 안전을 도모하여, 부동산 중개업을 전문화시키는 기능을 담당하게 된다.⁴⁹⁾ 또한 매도(임대)의뢰인으로부터 중개대상물에 대한 여러 가지 정보를

자연스럽게 파악하게 되어 정보를 쉽고 정확하게 수집할 수 있으므로 책임의 소재가 분명해져 부동산중개의 법적 안정화는 물론 건전한 부동산 유통구조의 정립과 전속중개계약제도의 확대에 기여할 것이다.

전속중개계약제도는 개업공인중개사의 과다경쟁으로 인한 피해를 방지하고 중개의 전문화를 위하여, 1993년 공인중개사법 제4차 개정 때 도입되었다.

전속중개계약을 체결한 때에는 법정서식인 전속중개계약서의 작성을 의무화하고, 부동산거래정보망 또는 일간신문에 당해 중개대상물의 정보를 공개⁵⁰⁾하도록 하여 거래가 원활하게 이루어져 개업공인중개사로부터 책임중개서비스를 받을 수 있다.

전속중개계약의 활성화를 위해서는 일정규모 이상의 중개대상물에 대해서는 전속중개계약을 의무화하고 일반중개계약을 서면으로 체결할 경우 거래비용의 절감효과를 홍보하는 등 다양한 제도의 도입이 필요하다.

2. 미 공시권리 조사·확인 업무의 실질화

개업공인중개사는 소유권·전세권·저당권·지상권 및 임차권 등 당해 중개대상물의 권리관계에 관한 사항을 확인·설명하고, 중개대상물확인·설명서 ⑨ 실제권리관계 또는 공시되지 않은 물건의 권리 사항에 기재하여야 한다.

공인중개사법 시행규칙 제16호〔별지 제20호서식, 별지 제20의2서식〕의 내·외부시설물의 상태, 벽면 및 도배상태, 환경조건 등은 해당분야 전문가가 아니면 확인하기 어려운 내용을 포함하고 있어, 개업공인중개사가 직접 중개대상물의 구조적 문제점이나 결함을 조사·검토하기는 어려움이 있어 이로 인한 분쟁이 발생하므로 객관적으로 검증할 수 있는 시스템적인 개선이 필요하다.

개업공인중개사는 등기부등본에 공시되지 않은 권리관계에 대해서는 매도(임대)의뢰인이 고지한 정보를

46) 「공인중개사법」 제51조 제12항 제1의2호.

47) 「공인중개사법」 제22조.

48) 중개의뢰인은 중개대상물의 중개를 의뢰함에 있어서 특정한 개업공인중개사를 정하여 그 개업공인중개사에 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 계약을 체결할 수 있다(공인중개사법 제23조 제1항).

49) 미국의 모든 주에서는 중개업법(Law of Agency)으로 부동산중개업자(Realtor)에게 대리인으로서의 법적 지위를 인정하고 있고, 대리의 기능·대리인과 의뢰인(principal)의 의무·대리의 금지·쌍방거래 시 문제점 등을 정의하고 있다. 예컨대, 뉴욕 주의 Real Property Law에는 체결 전에 계약내용을 비롯해 계약체결에 따라 의뢰자에게 귀속할 권리의무의 서면에 의한 설명의무가 있으며, 중개업자의 조사·설명무는 합리적으로 보아서 의뢰인 및 상대방에게 불리하다고 인정되는 사항 중에서 중개업자의 전문영역 내의 것으로 한정하고 있다(지대식 외, “부동산거래 선진화를 위한 제도개선 방안 연구”, 국토연구원, 2012, p.99).

50) 「공인중개사법」 제23조 제3항.

매수(임차)의뢰인에게 제공하는 한계가 있으며, 만약 잘못 제공된 정보로 인하여 중개사고 발생한 경우 손해배상책임을 면할 수 없다.

앞에서 살펴본 판례에 의하면, 개업공인중개사는 다가구주택의 선순위 임차인들의 보증금 액수, 전입신고일자, 확정일자 등 실제관리관계사항도 설명할 의무가 있으나, 주민등록법 시행규칙 제14조(주민등록전입세대의 열람)⁵¹⁾는 계약자의 위임을 받은 경우에만 전입세대 열람이 가능하다. 개업공인중개사가 중개사무소개설등록증 및 부동산계약서를 제시한 경우에는 주민등록전입세대권을 부여하여, 공시되지 아니한 권리관계 조사·확인할 수 있도록 법개정이 필요하다.

또한 등기되지 아니하여 나타나지 않은 권리관계로 인한 임차인의 피해를 막기 위한 방법으로 선순위 임차인 권리관계 내용을 확인·설명서에 추가·보완할 수 있도록 하며, 중개대상물확인·설명서에 미공시사항 및 시설물의 하자에 대한 담보책임이 권리이전 의뢰인에게 있음을 문구로서 분명히 명시해 주거나 서명 등을 받을 수 있도록 함으로써 권리취득 의뢰인 등이 개업공인중개사에게 이러한 책임을 전가하지 않도록 그 책임소재를 분명히 하여 분쟁의 소지가 없도록 서식을 개선하여야 할 것이다.

부동산시장과 금융시장 간의 연계성이 커지면서 권리관계가 더욱 복잡해지고 있어, 저당권이 설정된 부동산 매매시에는 근저당권 뿐만 아니라 포괄근저당 유무, 채무의 범위, 채권최고액 중 실제 채무액 등을 조사할 수 있어야 한다. 개업공인중개사가 매도인의 동의를 받아 은행 등 금융기관에 사실관계조치를 요청하면 그 정보를 제공해주는 제도적인 장치가 필요하다. 또한 계약체결전에 매도인에게 피담보채권확인서를 서면으로 발급받아 매수인에게 제공하고 매매계약이 체결된 사실을 저당권 설정은행에 통보하면 추가대출을 중지하는 등 상호협조체계가 필요하다.

개업공인중개사는 중개대상물의 확인·설명을 위하여 필요한 경우에는 중개대상물의 매도의뢰인·임대의뢰인과 지상권설정자, 전세권설정자, 저당권설정자 등 권리이전의뢰인에게 중개대상물의 상태에 관한 자료를 요구할 수 있으나 임의규정으로 형식적이다.

자료요구사항에 미 공시권리관계를 추가하고 자료 제출시 서면으로 제출하도록 그 양식을 제도화 한다면 중개대상물확인·설명서 내용의 출처가 객관화될 것이다. 이에 매도(임대)의뢰인의 자료제출제도를 의무화하고 개업공인중개사의 자료조사권, 자료요구권 등이 법적으로 확보되는 장치가 마련되어야 한다.

3. 부동산거래의 안정성 확보

미국·영국 등 영미법계는 부동산거래과정에서 개업공인중개사 이외에도 매수인의 입장에서 대상물건을 정밀 조사할 수 있는 제반 구조가 갖춰져 있다. 특히, 에스크로회사, 변호사, 권원보험회사 등의 제3자가 중립적인 입장에서 부동산거래에 관한 모든 사무수속 서비스를 제공하는 제도인 에스크로우제도⁵²⁾가 있다. 이에 따라 계약서는 변호사가, 거래의 안전성 확보는 에스크로우회사, 건물에 대해서는 홈인스펙터(주택진단사)와 같이 거래과정에 참여하는 전문가의 역할분담을 통하여 개업공인중개사의 책임범위가 완화되는 효과와 더불어 부동산거래사고를 미연에 방지하고 거래과정의 투명성도 확보할 수 있다.⁵³⁾

우리나라는 2000.7.29. 부동산중개업법 제8차 개정을 통해 입법화 되었는데, 부동산거래에 있어서 에스크로우는 계약금 등의 반환채무이행의 보장으로 규정되어 있고, 전자상거래에서는 결제대금예치⁵⁴⁾로 규정하고 있다.⁵⁵⁾

한편 개업공인중개사가 업무상 부동산거래의 당사

51) 주민등록법 시행규칙 제14조 제1항 제4호~제6호.

52) 에스크로란 중립적인 제3자 또는 기관이 쌍방대리인의 자격으로 매매에 관련된 보증금이나 보증 또는 그것에 해당하는 재산과 서류 일체를 계약조건이 종료될 때까지 보관하는 것을 의미한다. 따라서 에스크로우는 매도인 및 매수인 양측을 보호하고, 부동산거래와 관련되어 있는 금융업자, 변호사, 개업공인중개사 및 그 이해 당사자 간의 이해관계 등 부동산거래와 관련하여 발생하는 모든 업무를 제3자의 입장에서 공정하게 실행하는 역할을 수행한다(김영근 외, 「부동산업경영론」 전정판 2011. p.320). 우리나라에서는 이에 해당하는 업무를 중개사가 수행하는 것이 실정이나, 미국의 경우에는 escrow-agent를 따로 두고 있다(Daniel F. Hinkel, *Practical Real Estate Law*, 5th ed., Thomson, 2008, pp.467-468).

53) 지대식 외, 앞의 연구보고서, p.100.

54) 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」 제13조 제2항(신원 및 거래조건에 대한 정보의 제공)은 '통신판매업자는 소비자가 계약체결 전에 재화등에 대한 거래조건을 정확하게 이해하고 실수나 착오 없이 거래할 수 있도록 결제대금예치(제10호)등의 사항을 표시·광고하거나 고지하여야 하며, 계약이 체결되면 계약자에게 결제대금예치(제10호)등이 기재된 계약내용에 관한 서면을 재화등을 공급할 때까지 교부하여야 한다'고 규정하고, 제10호에서 '소비자가 구매의 안전을 위하여 원하는 경우에는 재화등을 공급받을 때까

자에 대하여 배상책임을 지게 되는 경우에 대비하는 여러 제도들에 대하여도 그 효용성을 평가하고 개선방안을 모색하는 것이 앞으로의 과제이다. 현행 공인중개사법 시행령 제24조 제1항은 법인인 개업공인중개사는 2억 원(분사무소를 두는 경우에는 분사무소마다 1억 원 이상을 추가로 설정), 법인이 아닌 개업공인중개사는 1억 원 이상에 해당하는 금액을 보장하는 보증보험⁵⁶⁾ 또는 공제에 가입하거나 공탁을 하도록 하고 있으나, 보증보험회사가 보험중개사의 채권자에게 보상한 후 보험계약자인 중개사에게 구상권을⁵⁷⁾ 행사할 수 있다는 점, 공제금이 소액일 수 있는 점에서 한계가 있다.⁵⁸⁾

한편 미국에서 널리 이용되는 권원보험(title insurance)⁵⁹⁾은 부동산등기부에 기재된 사실에 대하여 공신력을 인정하지 않는 현재의 우리나라 등기제도의 미비점을 보완하기 위하여 부동산거래시 별도로 권원보험에 가입하도록 함으로써 등기부기재사실을 믿고 거래한 자를 보호하는 방안이 될 수 있다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

권원보험은 일반적인 손해보험과는 달리, '위험인수'가 아닌 '위험예방'이 주된 목적이기 때문에, 권원의 하자를 철저히 조사한 다음 권원보험계약을 체결한다.⁶²⁾ 등기의 공신력을 인정하지 않는 우리나라에서⁶³⁾ 거래의 안전성 확보를 위해서는 필요한 제도이다. 그러나 우리나라 보험사들이 상품화에 나섰다가 공제제도와 경쟁력 등의 문제로 소극적 태도를 보이고 있다. 거래당사자로서는 기존의 부동산 거래비용

외에 보험료를 추가로 부담해야 한다는 문제로 활성화 되지 못하고 있다.

부동산시장의 거래안정과 투명성을 높이기 위해서는 중개대상물확인·설명서 제도의 개선 뿐 아니라, 에스크로우제도와 권원보험과 같은 제도의 활용방법을 다각적으로 검토할 필요가 있다.

4. 사전 공시제도 도입을 통한 매수인 보호

부동산 매수인은 계약금과 중도금을 지급하였더라도 잔금을 지급하기 전까지는 부동산 소유권이전등기에 필요한 서류를 제공받지 못하고, 이 상태에서 매도인이 부동산을 다른 사람에게 이중매매하거나 담보로 제공하는 등의 불안정한 지위에 놓이게 됨에 따라 매매계약을 체결한 후 소유권이전등기 전까지의 부동산 매수인을 보호하기 위한 제도 개선의 노력은 여전히 필요하다.

매매대금의 대부분을 지급한 상태에서 부동산 소유권이전등기가 다른 사람에게 이전된 것은 아닌지, 매도인이 부동산을 담보로 제공하여 근저당이 설정되거나 매도인의 채권자에 의하여 (가)압류가 이루어졌는데도 그 근저당권이나 (가)압류의 말소와 매매대금 지급의 동시이행을 주장하지 못하고,⁶⁴⁾ 나머지 매매대금을 지급하는 것은 아닌지를 부동산 매수인이 걱정하는 것은 당연해 보인다.

지 제3자에게 그 재화등의 결제대금을 예치하는 것'으로 규정하고 있다. 결제대금예치와 관련하여 제24조(소비자피해보상보험계약등), 제42조(벌칙)등의 규정을 두고 있다.

55) 지대식 외, 앞의 연구보고서, p.104.

56) 2014. 3. 11. 개정상법에서는 보증보험에 관한 근거조항을 신설하였는데, 보증보험자의 책임을 "보증보험계약의 보험자는 보험계약자가 피보험자에게 계약상의 채무불이행 또는 법령상의 의무불이행으로 입힌 손해를 보상할 책임이 있다."고 규정하고(제726조의5), "보증보험계약에 관하여는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 보증채무에 관한 「민법」의 규정을 준용한다."고 하여 그 기능을 분명히 하였다. 또한 보험계약자의 사기, 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에도 이에 대하여 피보험자에게 책임이 있는 사유가 없으면 보험금지급이 이루어지므로(제726조의2 제2항), 피해거래자보호를 실현하여 부동산 거래 활성화에 기여할 수 있다.

57) 여기서 보험자가 중개사의 채권자에 대하여 보험금을 지급한 후 중개사에게 행사하는 권리를 '구상권'이라고 표현한 것은 보증보험을 민법상 보증으로 파악한 경우의 표현이다. 만일 보증보험을 보험으로 파악한다면 '보험자대위권'이 된다(장덕조, 「보험법」제2판, 법문사, 2015, p.426).

58) 지대식 외, 위의 연구보고서, p.101.

59) 미국의 부동산공시제도는 레코딩시스템과 토크스시스템이 있지만 실질적으로 공신할 수 없고 공시도 불충분하므로 권원보험 가입이 당연시되며 2014년 한해 동안 권원보험소송만 120여건 이상의 사례가 보고되었다(Jerel J. Hill, et al, "Recent developments in title insurance law", 50 Tort Trial & Ins. Prac. L.J. 2015, p.612).

60) 지대식 외, 위의 연구보고서, p.108.

61) 2001년 12월 미국계 투자사인 리먼브라더스사가 총600억 원에 서울 서린동 한효빌딩(연면적 8,367평)을 매입하는 과정에서 부동산보장보험인 권원보험에 가입함으로써 본격적으로 도입되었다(정우형, "부동산 권원보험의 도입과 향후과제", 「부동산학연구」 제8집 제1호, 한국부동산분석학회, 2002, p.102).

62) Deborah Flynn, *Real Estate Law*, West Publishing Company, 1986, p.164.

63) 지원림, 앞의 책, pp.466-467.

이러한 매수인의 보호를 위해서는 ‘매매계약이 체결되었다는 사실’에 관한 정보를 대외적으로 알리는 공시제도를 도입하여야 한다.⁶⁵⁾ 이때 소유권 등기명의 변경신청이나 압류, 담보권 설정등기의 신청 등이 있는 경우에 사전공시를 신청한 매수인에게 이를 바로 알려주는 SMS 알리미 서비스제도와 결합하는 방안도 검토해 볼 수 있다.

부동산 매매계약을 체결한 이후 매도인이 이중매매를 하거나 압류 또는 담보설정을 한 경우에는 매수인은 그러한 사실을 SMS 알리미 서비스를 통하여 바로 알게 됨으로써 매매 잔대금과 동시이행항변을 주장하거나, 일정한 경우에는 매매계약을 해제하고 그 부동산에 관한 보전처분의 신청 등의 조치를 취할 수도 있을 것이다.

‘매매계약이 체결되었다는 사실’자체에 관한 정보가 대외적으로 알려지기만 하여도, 매수인은 부동산에 관한 매매계약이 체결되었다는 사실을 매도인 이외의 다른 사람에게도 알릴 수 있어서 매수인으로서의 지위와 동시이행항변권 등의 권리를 사실상 보호받을 수 있게 된다. 또한, 그 부동산을 매수하려는 다른 사람도 매수인의 등기신청이 접수되기 이전에도 매수하고자 하는 부동산에 어떠한 거래가 진행되고 있는지 알 수 있게 되어 이중매매로 인한 피해를 예방할 수 있게 될 것이다.⁶⁶⁾

V. 결론

가계에서 차지하는 부동산자산의 중요성, 중개시장과 부동산거래의 신뢰성·투명성·안정성에 대한 사회적 요구가 증가하고 있고, 부동산거래 제도를 선진화함에 있어서는 종전의 낡은 관행을 지양하고 바람직한 관행이 자리 잡도록 지원하고 유도하는 일이 중요하다.

현대사회의 거래계약에 있어서는 판매되는 상품이나 서비스에 대하여 고객에게 충분히 설명하여 고객이

계약의 체결여부와 내용을 선택할 수 있도록 하는 설명의무가 보편적인 것이 되고 있으며 일정 거래영역에서는 정보제공의무라는 이름으로 법률상 강제되고 있다. 부동산거래에서도 이와 같은 경향을 무시할 수 없다.

공인중개사법은 중개대상물에 관한 확인·설명사항에 대한 범위를 법정화하여, 개업공인중개사에게 확인·설명사항에 대한 서면제시 및 성실·정확하게 설명하여야 할 의무를 규정하고 있다. 개업공인중개사가 중개대상물에 관하여 사실과 다르게 설명한 경우 이에 대한 손해배상책임이 인정되므로 중개대상물의 정확한 확인은 중개활동의 기초가 된다.

이에 본 연구는 중개대상물의 확인·설명제도에 대한 공인중개사법 규정의 해석상 제기되는 문제와 관련 판례를 검토하여 개선방안을 도출하였다.

첫째, 인식부족과 제도적 여건의 미비로 구두에 의해 이루어지고 있는 중개계약은 중개대상물확인·설명서의 책임의 대상이 불분명하므로, 법적 안정성확보를 위하여 중개계약의 서면화를 의무화하고 전속중개제도의 활성화를 위한 법제도적 도입을 제안하였다.

둘째, 임대인의 진술에 의지하여야 하는 미공시 권리관계, 예컨대 포괄근저당, 다가구주택의 임대차현황 등에 대해서 개업공인중개사의 조사·확인시 그 정보를 제공받을 수 있는 법률의 개정이 필요하다. 또한 권리이전 중개의뢰인의 자료제출제도를 의무화하고 개업공인중개사의 자료조사권, 자료요구권이 확보되는 제도를 정립할 필요가 있다.

셋째, 부동산시장의 거래안정과 투명성을 높이기 위해서는 중개대상물확인·설명서 제도의 개선 뿐 아니라, 에스크로우제도와 권원보험을 활용하는 방안을 모색하여야 하지만 이 문제들은 후속연구로 미루었다.

넷째, 우리나라의 부동산 거래 관행상 매매계약 체결 이후 계약금과 중도금이 지급되었음에도, 매수인은 잔금을 지급하여야 매도인으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류를 받을 수 있어, 그 기간 동안 매도인의 이중매매 등을 걱정해야 하는 불안정한 지위에 놓이게 된다. 이에 매수인의 보호를 위한 방안으로 매매계약

64) 매매부동산에 대하여 매도인의 세금채납으로 인한 압류등기가 되어 있는 이상 원칙적으로 매도인은 아무 부담 없는 완전한 소유권을 매수인에게 이전하여야 할 의무가 있고, 이는 매수인의 매매대금 지급의무와 동시이행관계에 있다(대법원 1967. 7. 11. 선고 67다813 판결).

65) 매수인의 보호를 위해서 여러 나라가 각자의 고유한 제도를 두고 있고, 우리나라도 가등기제도를 규정하고 있으나, 등기실무상으로 담보가등기의 형태로 운용되고 있고, 국민정서상 매도인은 짧은 기간 내에 이루어지는 본등기 전에 가등기를 하는 것에 흔쾌히 동의하지 않으며, 매수인도 추가 비용을 들이면서까지 가등기하는 것을 부담스럽게 생각하고 있다. 등기 사전공시제도는 대법원이 등기와 관련해 부동산에 관한 모든 정보를 제공함으로써 국민의 편익을 도모하겠다는 취지이다.

66) 김상철 외, “부동산 등기제도의 개선 방안에 관한 연구”, 대법원 사법정책연구원, 2015, pp.166-167.

체결사실에 관한 정보를 접수·관리하고, 대외적으로 알리는 사전 공시제도의 도입이 필요하다. 사전공시는 적은 비용으로 신속하게 부동산 매수인의 지위를 보호하여 피해를 방지하는 역할을 할 것이다.

본 연구가 부동산 중개시장의 투명성과 신뢰성을 제고하여 부동산중개사와 거래당사자의 이해관계를 합리적으로 조정하는데 기여할 수 있기를 기대하며, 사회경제 여건변화에 따른 다양한 부동산정책수립과 부동산 중개시장의 안정을 위하여 적절한 장치의 마련에 깊은 관심과 끊임없는 연구가 필요할 것이다.

논문접수일	: 2015년 8월 11일
논문심사일	: 2015년 8월 23일
게재확정일	: 2015년 9월 23일

참고문헌

1. 김대명, “공인중개사법상 중개업자의 확인, 설명의무”, 「법학연구」 제41권 단일호, 한국법학회, 2011
2. 김상철 외, 「부동산 등기제도의 개선 방안에 관한 연구」, 대법원 사법정책연구원, 2015, pp. 166-167
3. 김영곤 외, 「부동산업경영론」 전정판 2011, p. 320
4. 김종국, “설명 의무의 법적지위”, 「경희법학」 제42권 제2호, 경희법학연구소, 2007, p. 195
5. 김철호 외, 「부동산중개실무」, 도서출판법론사, 2015
6. 김행중, 「부동산학개론」, 청목출판사, 2012, p. 80
7. 류시창, 「상법총칙·상행위법」, 법문사, 2013, p.194
8. 신해창, “중개대상물 확인·설명제도에 대한 연구”, 경남대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2009
9. 어수용, “계약체결과정에서의 설명의무와 선택권의 보호”, 「재산법연구」 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011. p.94
10. 이창석, 「최신전정판 부동산학개론」, 형설출판사, 2013. p. 496
11. 장덕조, 「보험법」, 법문사, 2015, p. 426
12. 정우형, “부동산 권원보험의 도입과 향후과제”, 「부동산학연구」 제8집 제1호, 한국부동산분석학회, 2002, p.102
13. 정희남 외, “부동산 중개품질 향상방안 연구”, 국토연구원, 2007, p.22
14. 정희남 외, “부동산산업의 경제적 파급효과 및 육성방안 연구”, 국토연구원, 2014, p.44
15. 지대식 외, “부동산거래 선진화를 위한 제도개선 방안 연구”, 국토연구원, 2012
16. 지원림, 「민법강의」 제13판, 홍문사, 2015
17. 최준선, 「상법총칙·상행위법」 제9판, 삼영사, 2015
18. 하홍수, “중개대상물 확인·설명 의무 위반에 따른 중개사고 연구 : 판례분석을 중심으로”, 건국대학교 부동산대학원, 석사학위논문, 2009
19. 법제처 www.moleg.go.kr
20. Daniel F. Hinkel, *Practical Real Estate Law*, 5th ed., Thomson, 2008, pp.467-468
21. Deborah Flynn, *Real Estate Law*, West Publishing Company, 1986, pp.164
22. Jerel J. Hill, et al, “Recent developments in title insurance law”, 50 Tort Trial & Ins. Prac. L.J. 2015, pp. 612
23. Sandi Towers-Romero, *The Essentials of Florida Real Estate Law*, Carolina Academic Press, 2007, pp. 95-97