

## 손해 배상(기)

[서울고등법원 2011. 8. 25. 2010나123181]



### 【전문】

【원고, 피항소인】

【피고, 항소인】

【제1심판결】 서울중앙지방법원 2010. 11. 5. 선고 2010가합24935 판결

【변론종결】2011. 6. 23.

【주문】

】

1. 제1심 판결 중 피고 한국공인중개사협회에 대하여 아래에서 지급을 명하는 금원을 초과하는 피고 한국공인중개사협회의 패소부분을 취소하고, 그 취소부분에 해당하는 원고들의 청구를 각 기각한다.

피고 한국공인중개사협회는 원고 1에게 피고 1(대법원판결의 원심공동피고 1)과 각자 50,000,000원, 원고 2에게 50,000,000원 및 위 각 금원에 대하여 2010. 6. 1.부터 2011. 8. 25.까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.

2. 피고 1, 2(대법원판결의 피고 1)의 각 항소 및 피고 한국공인중개사협회의 나머지 항소를 모두 기각한다.

3. 원고 1과 피고 1, 2 사이의 항소비용은 피고 1, 2가, 원고들과 피고 한국공인중개사협회 사이의 소송총비용은 이를 10분하여 그 1은 원고들이, 나머지는 피고 한국공인중개사협회가 각 부담한다.

【청구취지】1. 원고 1에게, 피고 1, 2는 각자 158,000,000원, 피고 한국공인중개사협회(이하 '피고 협회'라 한다)는 피고 1과 각자 위 금원 중 50,000,000원 및 각 이에 대하여 2005. 7. 23.부터 이 사건 청구취지변경신청서 최종 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.2. 원고 2에게, 제1심 공동 피고 3은 218,000,000원, 피고 협회는 제1심 공동피고 3과 각자 위 금원 중 50,000,000원 및 위 이에 대하여 2005. 10. 22.부터 이 사건 청구취지변경신청서 최종 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.

【청구취지】1. 원고 1에게, 피고 1, 2는 각자 158,000,000원, 피고 한국공인중개사협회(이하 '피고 협회'라 한다)는 피고 1과 각자 위 금원 중 50,000,000원 및 각 이에 대하여 2005. 7. 23.부터 이 사건 청구취지변경신청서 최종 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.2. 원고 2에게, 제1심 공동 피고 3은 218,000,000원, 피고 협회는 제1심 공동피고 3과 각자 위 금원 중 50,000,000원 및 위 이에 대하여 2005. 10. 22.부터 이 사건 청구취지변경신청서 최종 송달일까지는 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 계산한 금원을 각 지급하라.

【이유】

【1. 제1심 판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는, 제1심 판결 제3면 제8행의 "위 피고들과 각자"를 " 피고 1과 각자"로 고치고, 제9면 밑에서 제4, 5행의 괄호 부분을 삭제하며, 아래 2.항 기재 판단을 추가하고 그에 따라 제1심 판결 제11면 '라. 소결론' 기재 내용 중 피고들에 대한 부분을 아래 '2. 라. 소결론' 기재 내용으로 고치는 이외에는 제1심 판결의 이유와 같으므로 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

## 2. 추가판단사항

### 가. 피고 1의 주장과 판단

(1) 피고 1은, 자신은 이 사건 1 분양계약과 관련하여 중개대상물에 대한 확인·설명서의 작성 및 교부, 계약서의 작성 등 중개업자로서의 업무를 하거나 중개수수료를 지급받지 않았던 점, 이 사건 1 분양계약 체결 장소도 피고 1의 중개 사무소가 아닌 새진중건의 사무실이며, 원고 1은 계약금 및 잔금을 직접 새진중건에 지급한 점, 원고 2를 위하여 이 사건 2-1 분양계약을 중개한 제1심 공동피고 3이 분양계약서에 중개업자로서 서명·날인한 반면 피고 1은 이 사건 1 분양계약서에 중개업자로서 날인하지 않았던 점 등에 비추어 피고 1은 이 사건 1 분양계약과 관련하여 단순한 정보 전달과 홍보, 안내만을 담당한 보조자적 지위에 있었을 뿐이고, 이러한 사정을 고려하면 과실상계를 함에 있어서 제1심 공동피고 3의 중개대상물 확인·설명 의무 위반과 관련한 원고 2의 과실보다 원고 1의 과실이 더 크므로 피고 1의 책임은 제1심 공동피고 3의 손해배상책임보다 상당히 경감하여 청구금액의 20%만을 인정하는 것이 합리적이라고 주장한다.

(2) 살피건대, 이 사건 중개행위에 대하여 적용되는 구 부동산중개업법(2005. 7. 29. 법률 제7638호 '공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률'로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라 한다) 제2조 제1호는 '중개라 함은 제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다'고 규정하였고, 중개행위에 해당하는지 여부는 중개업자의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 할 것인바, 갑 제1호증의 4, 갑 제2호증, 갑 제15호증의 각 기재와 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음의 사정 즉, 피고 1을 포함하여 새진아파트 인근에서 영업하는 공인중개사무소들이 여러 건의 새진아파트 분양계약을 중개하는 과정에서 중개대상물의 권리관계에 관한 확인·설명 의무를 제대로 이행하지 아니하여 다수의 수분양자들이 계약 목적물의 소유권을 취득하지 못하는 손해를 입게 된 점, 피고 1, 2는 자신들이 '이 사건 1 분양계약 체결 당시 계약장소에 입회하여 조합장 소외 1의 확인각서 원본과 새진중건의 대표이사 소외 2의 주민등록증과 인감증명을 확인하였고 잔금 1억 5천만 원을 새진건설 사무실에서 지급하고 함께 동행하여 공증사무실에서 공증하였다'는 취지의 확인서(갑 제2호증)를 작성하여 원고를 포함한 새진아파트 분양으로 손해를 본 수분양자들에게 교부해준 점, 피고 1의 중개보조원인 피고 2 역시 이 사건 제1심 법원에 이 사건 1 분양계약을 대행하였음을 인정하는 취지의 답변서를 제출한 점, 피고 1은 이 사건 1 분양계약의 중개수수료로 원고 1로부터 80만 원을 지급받은 점 등을 고려하여 볼 때 피고 1은 자신의 중개보조원인 피고 2와 함께 단순한 보조자의 입장에서가 아니라 이 사건 1 분양계약의 중개행위를 실질적으로 수행하였다고 봄이 상당하고, 이와 같이 판단하는 이상 이 사건 1 분양계약서에 피고 1이 중개업자로서 서명·날인하지 아니하였다거나 계약 체결 장소가 피고 1의 중개사무소가 아니라는 등의 사정이 있다고 하여 당위적으로 원고 1의 과실을 더 크게 평가하여야 한다는 주장은 받아들일 수 없다.

### 나. 피고 2의 주장과 판단

(1) 피고 2는, 자신은 원고 1이 분양 목적물을 확인할 당시 안내만 했을 뿐 독자적으로 중개행위 등에 관여할 수 없는 단순 사무보조원에 불과하여 중개행위의 결과에 대하여 책임을 부담하지 않거나 피고 2의 과실이 인정된다고 하더

라도 손해배상액은 상당부분 감액되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 구법 제6조 제5항( 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률 제15조 제2항)이 중개업자가 고용한 공인중개사 및 중개보조원의 업무상 행위는 그를 고용한 중개업자의 행위로 본다고 규정하고 있다고 하여 위 조항이 부동산중개업자가 고용한 중개보조원이 고의 또는 과실로 거래당사자에게 재산상 손해를 입힌 경우에 중개업자만이 손해배상책임을 부담하는 취지라고 이해할 수 없고 중개보조원도 불법행위자로서 거래당사자가 입은 손해를 배상할 책임이 있으며( 대법원 2006. 9. 14. 선고 2006다29945 판결 참조), 중개보조원은 중개의뢰인과 사이에 직접적인 위탁관계가 없는 경우라고 하더라도 부동산중개에 관한 전문 직업인의 개입을 신뢰하여 거래를 하기에 이른 거래상대방에 대하여 신의성실의 원칙상 목적부동산의 하자, 권리자의 진위, 대리관계의 적법성 등에 대하여 각별한 주의를 기울여야 할 업무상의 주의의무를 부담한다고 보아야 하고( 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결 참조), 이러한 중개보조원의 업무상의 주의의무는 중개업자의 관여 없이 독자적으로 중개행위를 하는 경우에만 인정되는 것이 아니라 중개업자와 함께 실질적으로 중개행위를 하는 경우에도 인정되는 의무라고 보아야 한다.

이 사건으로 돌아와 보건대, 앞서 본 대로 피고 1의 중개보조원인 피고 2는 원고 1이 분양 목적물을 확인할 수 있도록 현장을 안내하는 정도에 그친 것이 아니라 피고 1과 함께 이 사건 1 분양계약 체결 당시 계약장소에 입회하여 조합장 소외 1의 확인각서 원본 등 이 사건 분양계약 체결에 필요한 서류를 확인하거나 잔금 지급, 분양계약서 공증 등에도 직접 관여하였고, 스스로 이 사건 제1심 법원에 이 사건 1 분양계약을 대행하였음을 인정하는 취지의 답변서를 제출한 점 등에 비추어 볼 때 피고 2는 실질적으로 이 사건 1 분양계약의 중개행위를 하였다고 봄이 상당하므로 피고 1과 공동불법행위자로서 위와 같은 주의의무 위반으로 인하여 원고 1이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것이다.

한편, 공동불법행위책임은 가해자 각 개인의 행위에 대하여 개별적으로 그로 인한 손해를 구하는 것이 아니라 그 가해자들이 공동으로 가한 불법행위에 대하여 그 책임을 추궁하는 것이므로, 공동불법행위로 인한 손해배상책임을 범위는 피해자에 대한 관계에서 가해자들 전원의 행위를 전체적으로 함께 평가하여 정하여야 하고, 그 손해배상액에 대하여는 가해자 각자가 그 금액의 전부에 대한 책임을 부담하는 것이며, 가해자의 1인이 다른 가해자에 비하여 불법행위에 가공한 정도가 경미하다고 하더라도 이러한 사정이 가해자들 내부에서 부담하는 부분의 비율을 판단하는 기준은 될 수 있을지언정 피해자에 대한 관계에서 그 가해자의 책임 범위를 제한하는 사유로 인정할 수는 없다( 대법원 2005.10.13. 선고 2003다24147 판결 참조). 결국 피고 2의 위 주장은 받아들일 수 없다.

- (2) 다음으로, 피고 2는, 원고 1은 이 사건 소와는 별도로 새진아파트 재건축조합 대표 소외 1 외 1명을 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였는데, 항소심인 이 법원 2010나57901 사건에서 화해권고결정이 확정되어 이 사건과 동일한 원인으로 입은 손해의 배상을 받았으므로 이 부분 금액은 이 사건 손해배상액에서 공제되어야 하고, 원고 1은 이 사건 1 분양계약을 통하여 2011. 5. 현재까지 약 6년 동안 분양 목적물을 무상으로 사용·수익하여 왔고 이 사건 부동산을 명도할 때까지 계속 사용, 수익할 것이 예상되므로, 이로 인하여 원고가 얻은 차임 상당 부당이득은 손익상계되어야 한다고 주장한다.

살피건대, 갑 제15호증의 기재에 의하면 원고 1을 포함한 새진아파트 수분양자들이 재건축조합장 등을 상대로 제기한 손해배상청구사건의 항소심인 2010나57901 사건에서는 원고들이 항소를 모두 취하하는 내용의 화해권고결정이 확정된 사실이 인정되고, 한편, 손해배상액의 산정에 있어 손익상계가 허용되기 위해서는 손해배상책임의 원인이 되는 행위로 인하여 피해자가 새로운 이득을 얻었고, 그 이득과 손해배상책임의 원인인 행위 사이에 상당인과관계가 있어야 하는바, 설령 피고 2의 주장과 같이 원고 1이 분양 목적물에 권원 없이 거주함으로써 차임 상당의 이득을 얻었다고 하더라도, 이를 가리켜 피고의 불법행위로 인하여 발생한 이득이라 할 수는 없으므로 손익상계의 대상이 되지 아니할 뿐 아니라( 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결, 대법원 2010.11.11. 선고 2009다83629 판결 등 참조), 새진아파트 재건축조합원들이 원고 1을 상대로 분양 목적물을 정당한 권원 없이 점유하여 부당이득을 취하였음을 이유로 서울중앙지방법원 2009가합38402호로 건물명도 등 청구의 소를 제기하여 위 법원이 원고 1에게 23,136,448원 및 그 지연손해금의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실을 인정할 수 있으므로, 피고 2의 위 주장도 받아들일 수 없다.

다.

#### 피고 협회의 주장과 판단

##### (1) 중개행위의 부존재 주장

피고 협회는, 분양계약이 체결된 이후에야 장차 건축될 특정의 건물에 해당될 뿐 분양계약이 체결되기 전 단계에서의 분양계약의 목적물은 부동산중개업법 제3조 제2호의 중개대상물 중 건물에 포함된다고 할 수 없다고 주장하므로 살피건대, 장차 건축될 아파트는 완성되기 전이라도 동, 호수가 특정되어 거래되는 경우에는 건물에 해당한다고 할 것이고 분양계약까지 이루어진 이후에서야 특정이 된다고 볼 것은 아닌바, 이 사건 1 분양계약의 목적물은 새진아파트 13차 101호로서 장차 건축될 아파트이기는 하나 이미 동, 호수가 특정되어 분양계약이 체결된 것이므로 구법 제3조 제2호의 중개대상물 중 건물에 포함된다고 할 것이고, 피고 협회가 근거로 드는 판례( 대법원 2005. 5. 27. 선고 2004도62 판결 등)는 특정한 아파트에 입주할 수 있는 권리가 아니라 아파트에 대한 추첨기일에 신청을 하여 당첨이 되면 아파트의 분양예정자로 선정될 수 있는 지위를 가리키는 데에 불과한 입주권과는 달리 아파트의 특정 동, 호수에 대한 피분양자가 선정되거나 분양계약이 체결된 후에는 그 특정아파트가 완성되기 전이라 하여도 이에 대한 매매 등 거래를 중개하는 것은 건물의 중개에 해당한다고 판시한 것으로, 그 실시 내용을 보더라도 반드시 분양계약이 체결된 이후의 부동산 거래만이 중개행위의 대상이 되는 것이라고 판단한 것이라고 이해할 수는 없으므로, 피고 협회의 위 주장은 이유 없다.

##### (2) 소멸시효 완성 주장

피고 협회는, 새진아파트 재건축조합측이 원고들의 분양권을 인정하지 아니하여 분양 목적물의 소유권을 취득할 수 없게 된 2006. 7.경 공제사고가 발생하였고, 그때로부터 2년이 경과한 이후에 이 사건 소가 제기되었으므로 소멸시효가 완성되었다고 주장하므로 살피건대, 부동산중개 관련 법령에 의하여 피고 협회가 운영하는 공제사업은 중개업자가 그의 불법행위 또는 채무불이행으로 인하여 거래당사자에게 부담하게 되는 손해배상책임을 보증하는 보증보험적 성격을 가진 제도이므로, 공제사고가 발생한 것인지 여부가 객관적으로 분명하지 아니한 등의 이유로 그 공제금 청구권자가 공제사고의 발생 사실을 확인할 수 없는 사정이 있는 경우에는 공제금청구권자가 공제사고의 발생을

알았거나 알 수 있었던 때로부터 공제금청구권의 소멸시효가 진행한다고 해석하여야 하는바( 대법원 2010.11.11. 선고 2010다69209 판결 참조), 원고들이 새진아파트 재건축사업의 토지 소유자들을 상대로 소유권이전등기소송을 제기한 때가 아니라 위 소송에서 패소판결이 선고되고 확정됨으로써 원고들이 분양대금을 지급하고도 분양받은 새진아파트에 대한 소유권을 취득할 수 없게 된 2010. 2. 25.에야 비로소 공제사고의 발생을 알았거나 알 수 있었다고 봄이 상당하므로, 이 사건 소가 그때부터 2년이 지나기 전에 제기되었음이 역수상 분명한 이상 피고 협회의 위 주장도 이유 없다.

### (3) 공제금에 대한 지연손해금 주장

피고 협회는, 이 사건 소장 부분을 송달받음으로써 비로소 원고들로부터 공제금 지급 청구를 받았는데 소송 진행 중에는 공제금의 액수가 확정되지 않아 공제금의 지급이 불가능하므로 소 제기를 통하여 공제금 지급을 구하는 경우 공제금 미지급에 따른 지연손해금 청구가 인용되어서는 안 되고, 피고 1, 제1심 공동피고 3의 공제가입금액은 각 5천만 원이므로, 피고 협회가 보상하는 금액은 지연손해금을 포함하더라도 공제가입금액을 초과할 수는 없다고 주장한다.

살피건대, 피고 협회가 운영하는 공제제도는 중개업자가 그의 불법행위 또는 채무불이행으로 인하여 거래당사자에게 부담하게 되는 손해배상책임을 보증하는 보증보험적 성격을 가진 제도이므로, 부동산중개업자인 공제가입자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 경우 그 중개의뢰인은 중개업자와 피고 협회 사이에 체결된 공제계약에 따라 이른바 타인을 위한 손해보증보험계약의 피보험자와 같은 지위에서 직접 피고 협회에 공제금의 지급을 청구할 수 있는바( 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다47261 판결, 대법원 2002. 2. 8. 선고 2001다39602 판결 등 참조), 중개업자가 거래당사자에게 손해배상채무의 원금뿐 아니라 그 이행을 지체하여 발생하는 지연손해금도 공제가입금액을 초과하지 않는 한 모두 그 지급을 청구할 수 있고(이 사건에서는 손해배상채무의 원금만으로도 공제가입금액을 초과한다), 거래당사자가 피고 협회에 대하여 직접 공제금을 청구할 수 있는 이상 그 청구권의 이행지체로 인한 사법상의 효과도 당연히 발생한다고 해석하여야 하므로 공제금청구채권 및 이에 대한 지체책임으로 인하여 부담하는 지연손해금을 합한 금액이 공제가입한도로 제한되는 것은 아니라고 할 것이지만, 한편, 공제금지급청구권의 내용은 공제계약에 따라 정해지므로 이행지체 여부 역시 공제계약과 피고 협회의 공제금지급절차를 고려하여 정함이 상당하다고 할 것인바, 피고 협회의 공제약관(올라 제1호증) 제12조 제1항은 '공제사고로 인하여 재산상 손해를 입은 자는 손해액을 입증하는 서류를 구비하여 협회에 공제금 지급을 직접 청구할 수 있습니다', 제2항은 '협회는 청구된 서류 내용의 진위를 검토하고 심사보상위원회의 심의를 거쳐 공제가입금액 한도 내에서 공제가입회원의 과실비율에 해당하는 금액을 공제금으로 지급합니다'로 정하고 있고, 피고 협회의 공제규정(올라 제5호증) 제19조는 공제금 지급청구를 받은 날로부터 60일 이내에 공제금을 지급하면 되는 것으로 규정하고 있는 점에 비추어 볼 때, 피고 협회가 공제금지급청구를 받은 날로부터 60일이 경과하면 지체책임을 진다고 보아야 하므로, 피고 협회의 위 주장은 원고들이 피고 협회에 이 사건 소장 부분 송달을 통해 공제금지급을 청구한 날로부터 60일이 경과하면 지체책임을 부담한다고 인정하는 범위에서만 이유가 있다.

라. 소결론

그렇다면 피고 1, 2는 원고 1에게 각자 79,000,000원 및 이에 대하여 원고 1이 분양대금을 지급한 다음날인 2005. 7. 23.부터 위 피고들이 그 이행의무의 존부와 범위에 관하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 제1심 판결 선고일인 2010. 11. 5.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을, 피고 협회는 원고 1에게 피고 1과 각자, 원고 2에게 제1심 공동피고 3과 각자 각 5천만 원 및 위 각 금원에 대하여 공제금지급을 구하는 내용의 이 사건 소장부분이 피고 협회에 송달된 2010. 4. 1.부터 60일이 경과한 2010. 6. 1.부터 피고 협회가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 당심 판결 선고일인 2011. 8. 25.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율로 계산한 지연손해금을 각 지급할 의무가 있다.

3. 결 론

그렇다면 피고 1, 2에 대한 제1심 판결은 정당하므로 위 피고들의 항소는 이유 없어 이를 각 기각하고, 원고들의 피고 협회에 대한 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 이를 인용하고 나머지 청구는 이유 없어 이를 각 기각할 것인바 이와 결론을 일부 달리한 제1심 판결 중 위 인정 금원을 초과하여 지급을 명한 피고 협회의 패소부분은 부당하므로 이를 취소하고 그 취소부분에 해당하는 원고들의 청구를 각 기각하며, 피고 협회의 나머지 항소는 이유 없어 이를 각 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이종석(재판장) 이영훈 정현명