

부동산중개수수료에 대한 비판적 고찰

A Critical Study on Brokerage Commission in Business Affairs of Licensed Real Estate Agents and Report of Real Estate Transactions Act

김 대 명 (Kim, Dae-Myeong)*

目次

- I. 들어가는 말
- II. 공인중개사법상 중개수수료 체계
- III. 중개수수료에 대한 쟁점과 비판
- IV. 맺음말

I. 들어가는 말

공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(이하 “공인중개사법”이라 한다) 제2조 제3호에서는 부동산중개업을 “다른 사람의 의뢰에 의하여 일정한 보수¹⁾를 받고 중개를 업으로 행하는 것”으로 규정하고 있다. 중개수수료의 개념에 대하여는 공인중개사법에 직접 규정하고 있지는 않지만, 중개업자가 중개의뢰인으로부터 중개의뢰를 받고 행한 중개행위의 반대급부적 성격의 금전적 보상을 가리키는 것으로 볼 수 있다.

공인중개사법 제32조에는 “중개업자는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 수수료를 받는다”(제1항)고 규정하고, 중개업자가 받을 수 있는 중개수수료의 한도를 시·도 조례와 국토해양부령으로 정하도록 하면서(제3항), 그 제한범

* 대구과학대학 부동산과 교수, 법학박사

1) 법률 제7638호, 2005. 7.29, 전부개정되기 전의 부동산중개업법에서는 ‘중개수수료’라는 용어를 사용하고 있었으나, 개정 법률에서는 ‘보수’라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 개정 법률 제32조에서는 여전히 중개수수료라는 용어를 사용함으로써 그 용어가 통일되어 있지 않다. 사건으로는 중개계약에 의한 중개행위의 반대급부로 받는 대가임을 고려해 볼 때, 중개수수료라는 용어보다는 “중개보수”라고 하는 것이 바람직스럽다고 생각한다.

위를 초과하는 수수료를 받는 행위를 금지하는 한편(같은 법 제33조 제3호), 그 위반행위에 대하여 형사적(같은 법 제49조 제1항)·행정적 제재(같은 법 제38조 제2항)를 가하는 시스템을 취하고 있다.²⁾ 그러나 중개수수료 청구권의 발생근거가 되는 중개계약의 개념에 대하여 공인중개사법에서는 명확한 규정이 없을 뿐만 아니라, 계약관계를 규율하는 일반법인 민법에서도 중개계약에 관한 규정은 없다.³⁾ 따라서 실무에서는 중개수수료와 관련된 다양한 유형의 분쟁이 발생하고 있다.

이 연구에서는 중개업자들로부터 많은 논란이 제기되고 있는 공인중개사법상의 중개수수료에 관한 규정을 비판적으로 정리하고, 이와 관련한 판례를 중심으로 중개수수료 청구와 관련한 몇 가지 다툼이 있는 쟁점사항을 검토함으로써, 앞으로 중개수수료에 관한 제도개선이 어떠한 방향으로 나아가야 할 것인지를 제시하고자 한다.

II. 공인중개사법상 중개수수료 체계

공인중개사법은 중개수수료에 관하여 거래가액에 요율을 적용하는 방식을 채택하고 있다. 그리고 중개수수료를 산출하기 위한 요율을 적용함에 있어서 중개대상물의 종류를 주택인 중개대상물과 주택이외의 중개대상물로 구분하여 달리 규정하고 있으면서, 특히 주택인 중개대상물의 경우에 한하여 거래유형별로 적용요율의 상한 범위를 달리 규정하면서 구체적인 적용요율은 특별시·광역시·도의 조례에 위임하고 있다. 그러나 주택이외의 중개대상물에 대한 중개시장은 주택중개시장과 비교하여 일반적으로 시장범위가 좁고, 폐쇄적이며 중개대상물의 가격이 높은 특징을 지니고 있다. 하지만 중개과정상의 내용을 살펴보면, 양자간의 중개활동의 내용은 크게 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 주택이외의 중개대상물에

2) 공인중개사법 제33조 제3호에서는 “사례·증여 그 밖의 어떠한 명목으로도 제32조 제3항의 규정에 의한 수수료 또는 실비를 초과하여 금품을 받는 행위”를 금지행위로 규정하고 있으면서, 같은 법 제38조 제2항 제9호에서 중개업자가 “제33조 각호에 규정된 금지행위를 한 경우”를 제량적 등록취소사유로, 그리고 같은 법 제49조 제1항 제10호에서는 같은 법 제33조 제3호의 금지행위를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형으로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.

3) 2004년 입법예고된 민법중 개정법률(안)에서는 중개계약을 민법상 전형계약으로 신설하고 있으며, 이에 관해서는 김대명·이대운, “부동산중개계약에 관한 연구”, 「법학연구」 제34집, 한국법학회, 2009 참조.

대한 중개보수체계를 주택과 달리 거래금액에 따른 별도의 요율체계를 두지 않는다면 소비자의 부담으로 이어질 가능성도 있을 뿐만 아니라, 수요와 공급에 따른 부동산 시장가격이 이미 존재함에도 굳이 주택과 주택이외의 중개대상물로 구분하여 수수료를 책정하는 것이 바람직한 것인지 고려해 볼 필요가 있다.

또한 공인중개사법 제3조에 따른 중개대상물의 범위 중 토지, 임목, 광업재단, 공장재단이 주택이외의 중개대상물임에는 명확하지만, 중개대상물인 건축물의 경우에는 단순히 “중개대상물인 건축물 중 주택의 면적이 2분의 1이상인 경우에는 제1항(주택인 중개대상물)의 규정을 적용하고, 주택의 면적이 2분의 1미만인 경우에는 제4항(주택외의 중개대상물)의 규정을 적용한다”(공인중개사법 시행규칙 제20조 제6항)는 규정만 두고 있을 뿐이어서, 주택과 주택이외로 구분하는 기준을 공부부를 기준으로 할 것인가, 사실상의 용도를 기준으로 할 것인가가 문제된다. 이와 관련하여 현행 공인중개사법은 명확한 규정을 두고 있지 않으나, 공인중개사법이 중개수수료에 관한 규정을 통하여 중개수수료에 관한 불명확성을 제거하고자 한 입법목적에 고려해 볼 때, 공부상 용도를 기준으로 판단하는 것이 타당할 것이다. 예를 들어 오피스텔의 경우 건축법령상 일반업무시설로 그 용도가 분류되어 있는 바, ‘주택외의 중개대상물’에 해당되는 중개수수료를 적용하게 된다. 다만, 대법원 판례⁴⁾가 다른 법률의 해석과 관련하여 사실상의 용도를 기준으로 주택인가 여부를 판단하고 있는 점을 고려하여 실무상 혼란을 방지하기 위해서는 향후 법 개정시에 이를 명확히 하는 입법이 필요하다.

1. 주택인 중개대상물에 대한 중개수수료

주택(부속토지 포함)의 중개에 대한 수수료와 실비의 한도 등에 관하여 필요한

4) 상속세법 제11조의 2의 규정에 의한 주택상속공제대상인 주택인가 여부는 공부상 주택으로 등재되어 있는가 여부에 의하여 판단할 것이 아니라 실질적으로 주거용 건물로 사용되고 있는 가 여부에 의하여 판단함이 주택상속공제를 인정할 입법취지에 비추어 상당하다(대법원 1987.6.23. 선고 86누536 판결). 주택임대차보호법은 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적으로 제정된 것으로서 여기에서의 주거용 건물이라 함은 임대목적물의 공부상의 표시만을 기준으로 할 것이 아니라 그 입차의 목적, 건물의 위치와 구조 등에 의한 실지용도에 따라서 정하여야 하고, 또 하나의 건물에서 주거용으로 사용되는 부분과 비주거용 부분이 아울러서 함께 임대차의 목적이 되는 경우에도 구체적인 경우에 따라 그 주된 목적을 고려하여 합목적적으로 결정하여야 한다(대법원 1987.3.24. 선고 86다카823 판결).

사항은 국토해양부령이 정하는 범위 안에서 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정하며(공인중개사법 제32조 제3항 전단), 이 경우 중개업자는 중개대상물의 소재지와 사무소의 소재지가 다른 경우에는 그 사무소의 소재지를 관할하는 시·도의 조례로 정한 기준에 따라 수수료 및 실비를 받아야 한다(같은 법 시행규칙 제20조 제3항).

국토해양부령인 공인중개사법 시행규칙에서는 “주택의 중개에 대한 수수료는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 그 일방으로부터 받을 수 있는 한도는 매매·교환의 경우에는 거래금액의 1천분의 9 이내로 하고, 임대차 등의 경우에는 거래금액의 1천분의 8 이내로 한다(규칙 제20조 제1항).”고 규정하여, 중개대상물의 거래유형별로 적용요율의 상한 범위를 달리하고 있다.

주택인 중개대상물에 대한 중개수수료율을 조례에 위임하는 것에 대한 타당성이 문제될 수 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 “구 중개업법 제20조 제3항(현행 공인중개사법 제32조 제3항 전단)은 부동산중개업자가 받을 수수료 및 실비의 한도라고 하는 구체적 사항을 특정하여 이를 국토해양부령에 위임하고 있으나, 수수료를 정하는 기준이나 그 한도의 상한과 하한은 이를 정하지 않고 있다. 그러나 일반적으로 중개수수료는 부동산거래 뿐만 아니라 다른 거래에서도 대체로 거래가액에 대한 일정한 비율을 기준으로 하여 정하는 것이 거래관행임에 비추어 볼 때 국토해양부령에 규정될 내용이, 결국 중개대상물의 거래가액에 따른 일정 비율에 의하여 수수료를 정하는 것이고, 이에 따라 필요한 경우 그 기준을 중심으로 하여 상한 내지 하한을 구체적으로 정하게 될 것임을 위 범조항으로부터 누구라도 예측할 수 있다고 하겠다.⁵⁾ 또한 건전한 부동산 거래질서를 확립하고 국민의 재산권을 보호한다는 부동산중개업법의 입법취지에 비추어 그때 그때의 전반적인 경제사정 및 부동산시장의 상황에 따라 수수료를 적절히 현실화할 필요가 있기 때문에 법률로 그 상한과 하한을 정하는 것보다는 국토해양부령으로 상황에 맞게 유동적으로 거래 종류와 거래가격에 따라 일정비율의 범위내로 정하는 것이

5) 그러나 이러한 판시내용은 ‘수수료의 범위’를 구체적으로 조례로 정할 것은 공인중개사법과 국토해양부령에서 예측가능하다는 것이지, 중개수수료 금액의 한도와 역누진 방식의 요율적용까지 예측가능하다는 것으로 까지 판시한 것으로 해석할 근거는 없어 보인다. 그렇다면 중개수수료한도제와 역누진방식의 요율제는 헌법재판소의 합헌결정과는 별도로 그 위헌 가능성이 검토될 수 있을 것으로 생각한다.

더 합리적이라고 보여진다. 그러므로 구 중개업법 제20조 제3항(현행 공인중개사법 제32조 제3항 전단)이 수수료의 한도를 위임하면서 수수료를 정하는 기준이나 그 상한과 하한을 정하지 않았다고 하여 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다”고 판시하였다.⁶⁾

헌법 제75조는 이러한 위임입법의 근거와 그 범위 및 한계⁷⁾를 제시하고 있는데, 이러한 위임의 한계로서 헌법상 제시되고 있는 ‘구체적으로 범위를 정하여’라 함은 법률에 이미 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 법 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 그리고 이와 같은 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라지고, 특히 형사처벌을 동반하는 처벌법규의 위임은 중대한 기본권의 침해를 가져오므로 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.⁸⁾

헌법재판소 결정의 소수의견이 지적하고 있는 바와 같이 현행 공인중개사법 제32조 제3항이 부동산중개수수료를 정하는 기준이나 그 상한과 하한에 대한 아무런 언급 없이 수수료의 한도를 국토해양부령에 위임⁹⁾하고 있기 때문에 위 규

6) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2000헌마642, 2001헌바12(병합) 결정

7) 김철용 외, 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판소, 1996; 박영도, 위임입법에 관한 연구, 한국법제연구원, 1999 참조

8) 헌법재판소 2003. 6. 26, 선고 2002헌바3 결정

9) 공인중개사법 제32조 제3항이 수수료의 한도에 대하여 국토해양부령에 위임을 하면서 국토해양부령으로 하여금 그 위임받은 사항을 조례에 포괄적인 재위임을 하도록 함으로써 포괄적 재위임금지의 원칙에 위반하였는지 여부에 대해서, 헌법재판소는 “재위임이라 함은 법률의 위임을 받은 대통령령이나 부령이 위임된 사항에 대하여 그 전부 또는 일부를 다시 하위법령에 위임하는 것을 의미하는데, 법 제20조 제3항(현행 공인중개사법 제32조 제3항)은 법률에서 직접 지방자치단체의 조례에 수수료의 구체적인 액수를 정하도록 위임하고 있으므로 재위임이라고 할 수 없다”고 판시하고 있다. 그러나 국민의 기본권과 직접 관련있는 사항에 대해서는 입법자가 법률로 정해야 한다는 점을 고려해 볼 때, 중개수수료에 관한 사항은 위임을 하지 말아야 하는 부분임에 틀림없고, 부득이 위임을 하더라도 그것은 더욱

정만 가지고는 국토해양부령에 규정될 수수료의 한도에 대하여 대강이라도 예측하는 것이 불가능하고, 이것은 공인중개사법 제1조의 제정목적 규정과 다른 관련법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하더라도 마찬가지이다. 그러므로 공인중개사법 제32조 제3항이 부동산중개수수료의 한도에 관하여 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 국토해양부령에 위임하고 있는 것은 죄형법정주의 내지 포괄위임금지 규정에 위반된다. 형벌, 특히 징역형은 각종 자격의 제한이 따르고 인신의 자유를 박탈하는 형벌로서 다른 어떤 기본권의 제한 수단보다도 처벌되는 자의 자유를 침해하며, 집행 후에도 그의 인격적 가치나 사회생활에 심각한 영향을 미치기 때문에 형벌 이외의 다른 제재 수단으로도 입법 목적을 달성할 수 있는 경우에는 그 방법을 사용하여야 하는 것이다.

생각건대, 조례를 통하여 구체적인 부동산중개수수료를 규제하는 것이 각 지역별 특성을 반영하여 변화하는 시장에 대처하고자 한다는 취지 자체가 문제가 있다고 본다. 왜냐하면 지역별 특성이 중개수수료 산출에 반영되어 있다고 볼 수는 없기 때문이다.¹⁰⁾ 오히려 대통령령을 통해 전국적으로 일률적으로 규제를 하거나, 법무사법 등¹¹⁾에서와 같이 입법자가 보수를 일방적으로 규정하거나 감독기관이 획일적으로 정하지 않고 기본권행사의 주체인 중개업자들이 자신들의 업무에 대하여 사회적·경제적 사정을 참작하여 적정한 보수를 정하도록 위임함으로써 기본권을 제한받는 기본권주체의 의사가 우선적으로 반영되도록 하는 방법을

엄격한 요건을 갖추어야 할 것이라고 생각한다.

- 10) 1984년 부동산중개업법 제정 당시 중개수수료는 서울특별시·직할시·도의 조례로 정하도록 법률로써 위임되었으며 서울특별시는 내무부장관과 협의하는 절차를 밟도록 하였다. 그러나 각 시·도별 중개수수료 요율체계는 부동산중개업법 제정 당시 행정자치부의 조례 제정 준칙안이 시달되었고, 2000년도 부동산중개업법 개정시에도 건설교통부의 조례개정 표준안이 16개 시·도의 광역자치단체로 하달되어 이를 근거로 조례를 각기 제정·공포하였다. 법률로 위임된 조례의 요율체계와 수수료 한도액은 사실상 표준안을 토대로 전국이 획일적으로 제정되어 부동산시장의 지역적 특색을 반영하였다고 보기는 어렵다.
- 11) 법무사의 보수를 규제하는 입법의 변천과정을 보면, 보수의 규제는 1954년 처음 법무사(사법서사)제도가 시행된 때부터 도입되었고, 보수에 관한 사항은 대법원규칙으로 정하다가 1973년 개정법에 와서 대통령령으로, 1986년 개정법에서는 법무부령으로 정하도록 개정되었으며, 보수규정을 위반하는 경우에는 일관되게 업무정지, 과태료, 견책 등의 징계처분뿐 아니라 형사처벌(벌금 내지 징역)까지 두어 강력하게 규제하여 왔다. 그러다가 1990년 법무사법에서는 종래 감독기관에서 정하던 보수기준을 사업자단체인 대한법무사협회의 회칙으로 정하도록 하고 위반에 대한 제재는 그대로 둔 채, 형벌에서 징역형을 없애고 벌금형만 유지하여 처벌을 완화하였다. 1999년 개정 전의 변호사법은 제19조에서 '변호사의 보수기준은 대한변호사협회가 이를 정한다.'고 규정했었으나 그나마도 1999. 2. 5. 개정 후 현행은 변호사의 보수에 대한 상한을 폐지하여 자유롭게 당사자가 그 보수에 관한 약정을 할 수 있도록 하고 있다.

택하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다.

2. 주택이외의 중개대상물에 대한 중개수수료

주택이외의 중개대상물의 중개에 대한 수수료는 국토해양부령으로 정하며(법 제32조 제3항 후단). 국토해양부령인 시행규칙에서는 “주택 외의 중개대상물에 대한 중개수수료는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 거래금액의 1천분의 9 이내에서 중개의뢰인과 중개업자가 서로 협의하여 결정한다(같은 법 규칙 제20조 제4항).”고 하여 중개대상물의 거래유형과 관계없이 적용요율의 상한 범위를 동일하게 규정하고 있다.

한편 공인중개사법은 중개업자 상호간의 자율적인 경쟁을 유도하여 중개수수료의 인하라는 효과를 도모하고자 하는 입법목적에 배경으로, 주택인 중개대상물의 경우와는 달리 주택 외의 중개대상물에 대하여는 같은 법 시행규칙 제20조 제4항의 규정에 따른 중개수수료 요율의 범위 안에서 실제 자기가 받고자 하는 중개수수료의 상한요율을 같은 법 제17조 및 시행규칙 제10조 제2호의 규정에 따라 사무소안의 보기 쉬운 곳에 게시하여야 하는 중개수수료·실비의 요율 및 한도액표에 명시하여야 하며, 이를 초과하여 중개수수료를 받아서는 아니된다(규칙 제20조 제7항)고 규정하고 있다. 그러나 중개수수료에 대한 중개업자간의 경쟁이 이루어질 경우에는 오히려 경쟁의식으로 인하여 중개업자간의 공동중개행위와 같은 협조적 행위는 상당히 감소될 것으로 보이고, 그리고 법정중개수수료제도가 존재하는 현행법 하에서는 중개업자간의 가격담합을 가져올 수도 있으므로 그 실효성에 의문이 있다¹²⁾.

3. 중개수수료의 산정방법

중개수수료 산정에 있어서는 거래가액에 소정의 요율을 곱하여 산출한 금액과 한도액을 비교하되, 한도액을 초과하는 경우에는 한도액 범위내에서 거

12) 한병영, “부동산거래중개 법정보수제의 개선방안”, 「신토지공법」 제1권, 한국토지공법학회, 도서출판 학회사, 2006, 127면.

래당사자 쌍방으로부터 각각 받게 된다. 이 때의 거래가액이라 함은 거래계약서에 명기된 중개대상물의 거래가격을 의미하는 것으로 해석하여야 할 것이며, 이에 관해 공인중개사법 시행규칙 제20조 제5항에서는 “임대차 중 보증금 외에 차임이 있는 경우에는 월 단위의 차임액에 100을 곱한 금액을 보증금에 합산한 금액을 거래금액으로 한다. 다만, 본문의 규정에 따라 합산한 금액이 5천만원 미만인 경우에는 본문의 규정에 불구하고 월 단위의 차임액에 70을 곱한 금액과 보증금을 합산한 금액을 거래금액으로 한다(제1호)”¹³⁾ 그리고 “교환계약의 경우에는 교환대상 중개대상물 중 거래금액이 큰 중개대상물의 가액을 거래금액으로 한다(제2호)”¹⁴⁾고 규정하고 있을 뿐, 여타의 거래 유형에 관해서는 명확한 규정이 없어 실무상 혼란이 있을 수 있다.

예를 들어 분양권 전매의 경우에는 총분양가액을 기준으로 할 것인지, 기납입금액을 기준으로 할 것인지 논란이 있을 수 있다. 이에 대하여 대법원은 기납입금액을 기준으로 하는 것이 거래가액을 판단하는 일반적인 거래관행과 상식에 부합한다고 판시하고 있으나,¹⁵⁾ 중도금이 여러 차례에 걸쳐서 지급된다는 점을 감안하면 불합리한 점이 있다고 보여진다.

한편 “동일한 중개대상물에 대하여 동일 당사자간에 매매를 포함한 둘 이상의 거래가 동일 기회에 이루어지는 경우에는 매매계약에 관한 거래금액만을 적용한다(같은 법 시행규칙 제20조 제5항 제3호)”는 규정을 두어 이중으

13) 여기서 100이라는 숫자는 상가임대차보호법상 월세를 전세 보증금으로 환산하는 방식인 바, 이 방식을 중개업법령에 도입하게 된 것이며, 곱하기 70으로 다시 하는 것은 서민들이 주로 이용하는 월세 부동산에 대해서 중개수수료 부담을 줄이기 위한 방안으로 마련하게 된 것이다.

14) 소개업자의 중개에 의하여 교환계약이 성립되었을 경우 그 보수지급에 관하여 특약이나 관습이 있을 때에는 그에 의할 것이나 특약도 없고 관습도 없을 때 그 보수액산출의 표준이 되는 거래액의 산출은 매매에 관한 규정이 준용되어야 할 교환계약의 성질에 비추어 상호이전할 재산권의 합산가격이나 금전이 보충지급되는 경우의 금전을 기준으로 할 것이 아니라 특단의 사유없는 한 상호이전 할 금전 이외의 재산권의 평가액(금전으로 보충지급이 있는 경우에는 그 보충지급을 받는 편이 이전할 재산권의 평가액)에 의하여야 할 것이다(대법원 1964.9.8. 64다272). 그러나 이 판례는 중개대상물의 종류에 따라 중개수수료 산출을 달리하는 현행 공인중개사법상 주택인 중개대상물과 주택이외의 중개대상물을 서로 교환한 경우에도 적용될 수 있을 것인지 명확하지 않다.

15) 아파트 분양권의 매매를 중개한 경우에 있어서 거래가액이라 함은 당사자가 거래당시 수수하게 되는 총 대금(즉, 통상적으로 계약금, 기 납부한 중도금, 프리미엄을 합한 금액일 것이다)을 거래가액이라고 보아야 할 것이므로(이렇게 해석하는 것이 일반적인 거래관행과 상식에도 부합한다), 이와 달리 장차 건물이 완성되었을 경우를 상정하여 총 분양대금과 프리미엄을 합산한 금액으로 거래가액을 산정하여야 한다는 취지로 부동산중개업자가 중개수수료 산정에 관한 지방자치단체의 조례를 잘못 해석하여 법에서 허용하는 금액을 초과한 중개수수료를 수수한 경우는 법률의 착오에 해당하지 않는다(대판 2005.5.27, 2004도62).

로 중개수수료를 수수하는 것을 금지하고 있다. 이 규정은 현재 중개계약 체결상 중개수수료에 관한 명확한 합의가 이루어지지 않고 있다는 점을 감안하여 국토해양부령이 직접 중개수수료의 제한을 가하고 있는 것으로 생각된다. 그러나 매매 이외의 다른 거래에 대한 중개수수료를 중개업자가 받을 것인지는 중개업자와 중개의뢰인의 자율에 맡기는 것이 합리적이며, 설사 자율적인 합의가 이루어지지 않는 것이 현실이라고 하더라도 이를 직접적으로 규제할 것이 아니라, 중개계약에 관한 규정의 보완을 통하여 소비자의 중개수수료 부담을 완화하는 것이 바람직할 것이다.

Ⅲ. 중개수수료에 대한 쟁점과 비판

1. 중개수수료청구권의 요건

중개수수료에 관하여 공인중개사법 제32조 제1항에서는 “중개업자는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 수수료를 받는다. 다만, 중개업자의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인간의 거래행위가 무효·취소 또는 해제된 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

이 규정에 따르면 중개수수료청구권의 요건은, 첫째 중개업자와 중개의뢰인간에 중개계약관계가 존재할 것, 둘째 중개업무가 존재할 것, 셋째 중개업자의 고의·과실로 인하여 거래행위가 무효·취소 또는 해제되지 않을 것이라고 하는 세가지로 이루어져 있음을 알 수 있다.¹⁶⁾

1) 중개계약관계가 존재할 것¹⁷⁾

16) 중개수수료청구권의 요건으로 중개계약의 존재, 중개계약의 유효, 중개완성, 인관관계의 존재, 중개업자를 드는 견해(강해규 외, 「부동산중개론」, 형설출판사, 2004, 239-241면), 중개계약의 존재, 거래계약의 성립을 요건으로 드는 견해(이태교, 「부동산중개론」, 부연사, 1999, 381면) 등이 있다

17) 한편 Christian H. Kalin, 「International Real Estate Handbook」(NJ: John Wiley & Sons, 2004). p.7의 내용을 근거로 오늘날 중개업자의 업무는 단순한 중개로부터 중개의뢰인의 부동산 포트폴리오 구성은 물론 포괄적인 컨설팅 서비스(overall consulting service)에 이르기까지 확장되고 있어, 중개업무가 필연적으로 중개계약에 의해서만 개시되는 것은 아니라는 견해가 있다(김학환, “부동산중개수수료청구권의 쟁점 검토”, 「대한부동산학회지」 Vol. 27 No.2, 대한부동산학회, 2009: 143면).

중개수수료는 중개의뢰인으로부터 받을 수 있는 것으로서 중개의뢰인이 아닌 자에게는 중개수수료를 청구할 수 없는 것이다.¹⁸⁾ 그렇다면 중개수수료청구권은 중개의뢰인과 중개업자간의 유효한 중개의뢰계약(정지조건부 쌍무계약)의 체결에 의해 발생한다고 보아야 한다. 따라서 중개계약관계가 해지되면 당연히 중개수수료청구권도 상실된다.¹⁹⁾ 즉 중개업자의 중개수수료청구권은 중개계약과 동시에 중개완성을 정지조건으로 하여 발생 내지 성립하는 것이다. 판례도 이와 관련하여 “부동산중개계약은 비록 유상계약이지만 계약의 체결에 의하여 급부와 반대급부에 대하여 강제적 이행청구권이 발생하지 않는다는 점에서 순수한 쌍무계약이라고는 말할 수 없다. 그러나 중개업자의 급부가 의뢰인의 마음에 들어 거래가 성립할 때에는 중개업자의 진력에 대하여는 보수를 지불할 의무를 발생시킴과 동시에 중개업자도 그 진력에 당하여 신의칙에 따른 의무가 있는 점에서 볼 때는 쌍무계약이라고 말할 수 있다. 그러므로 부동산중개계약은 편무계약에 가까운 특수한 쌍무계약이며, 조건부 쌍무계약이라고 말할 수 있다”고 판시하고 있다.²⁰⁾ 다

18) 이와 관련하여 실무에서 임대계약기간 만료 전에 해당 계약의 임차인이 중개수수료를 부담하는 중개의뢰인의 범위에 포함되는지 여부가 문제되는 바, 임대차계약기간이 만료되기 전의 임차인(이하 “전 임차인”이라 함)이 임대차계약기간이 만료되기 전에 위 계약을 해지하고자 중개업자에게 종전의 임대차계약과 동일한 중개대상물에 대하여 새로운 임대차 계약에 대한 중개를 의뢰하는 경우에도, 전 임차인은 위 중개대상물을 계속 임대할 것인지, 임대보증금과 차입은 얼마로 할 것인지, 임대기간은 얼마로 할 것인지 등에 대한 임대조건을 제시할 수 있는 권한이 없다 할 것이고, 새로운 임대차 계약에 대한 중개의뢰는 새로운 임대차 계약에 대한 임대조건을 결정할 수 있는 임대인에 의하여 확정적으로 이루어진다 할 것이며, 설사 전 임차인이 중개업자에게 종전의 임대차계약과 동일한 중개대상물에 대하여 새로운 임대차 계약에 대한 중개를 의뢰하였다고 하더라도 이는 새로운 임대차계약의 중개의뢰에 관한 정보를 중개업자에게 알리는 행위라고 할 것이어서, 임차인이 임대차계약기간이 만료되기 전에 중개업자에게 새로운 임대차 계약에 대한 중개를 의뢰하는 경우, 임차인은 공인중개사법 제32조제1항에 따른 중개수수료를 부담하는 중개의뢰인에 해당하지 않는다고 할 것이다. 또한 임차인과의 임대차계약이 정상적으로 종료된 경우에도 임대인은 어차피 새로운 임차인과 임대차계약체결을 위하여 중개수수료를 지불하여야 하므로, 임차인이 중개수수료를 부담하여야 한다고 볼 수 없다(서울지방법원 민사9부 1998.7.1 선고, 97나55316). 다만 전 임차인이 임대인을 대신해 중개수수료를 부담하는 것은 당사자간 사적 관계로 봐야 하므로 양 당사자가 서로 협의해 정할 사항이다. 따라서 임대차계약 기간이 아직 많이 남아 있는 상태에서 임차인이 집주인에게 양해를 구하고 직접 새 임차인을 구하는 경우는 기존 임차인이 묵시적으로 중개수수료를 부담할 의사를 표시한 것으로 해석하는 것이 옳을 것이다.

19) 판례는 중개계약관계를 민법상 위임관계와 유사한 것으로 보면서(대판 1992.2.11. 선고 91다36239), 건물임대중개의 완료를 조건으로 중개료 상당의 보수를 지급받기로 하는 내용의 계약과 같은 유상위임계약인 중개계약에 있어서는 시기여하에 불문하고 중개완료 이전에 중개계약이 해지되면 당연히 그에 대한 보수청구권을 상실하는 것으로 중개계약당시에 예정되어 있어 특별한 사정이 없는 한 해지에 있어서 불리한 시기란 있을 수 없으므로, 수임인의 사무처리 완료전에 위임계약을 해지한 것만으로 수임인에게 불리한 시기에 해지한 것이라고 볼 수는 없어 중개인은 임대중개 의뢰를 받은 건물전체에 대한 중개가 가능하였음을 전제로 기대중개료 상당의 손해배상청구를 할 수 없다(대판 1991.4.9., 90다18968; 대판 2000.6.9., 98다64202)고 한다.

20) 서울고법 1994.12.15, 94구12069

만 중개수수료청구권은 중개완성 전에도 양도가 가능하고 압류의 대상이 될 수 있을 뿐만 아니라 전부명령의 대상이 될 수 있다.

낙성계약인 중개계약의 성립은 중개업자와 중개의뢰인 사이에 청약과 낙약의 의사표시가 존재하여야 한다. 구두든 서면이든 불문하며, 중개계약시 보수지급에 관한 약정이 없더라도 관계없다.²¹⁾ 따라서 청약과 승낙 즉시 거래계약을 체결한 경우에도 유효한 중개계약이 성립된 상태에서 거래계약의 체결이 이루어진 것으로 볼 수 있을 것이다. 즉 중개의뢰인과 구체적인 중개계약이 없는 상황에서 거래상대방을 알선하더라도 중개의뢰인이 중개업자의 알선에 따라 거래계약을 체결한다면 거래계약체결 시점에서 중개계약이 성립되고 중개완성이 된 것으로 보아야 하므로 중개수수료를 청구할 수 있을 것이다.

2) 중개업무가 존재할 것

일반적으로 중개계약의 목적은 거래계약의 체결이라고 할 수 있다. 따라서 중개업자는 자신의 중개업무로 인하여 거래계약이 체결되지 않으면 중개수수료를 청구할 수 없는 것이다. 따라서 일반적인 중개계약은 중개의뢰인이 여러 명의 중개업자에게 동일한 목적물에 대한 거래의 알선을 의뢰할 수 있으며, 의뢰받은 여러 중개업자 중 1인의 알선에 의하여 거래가 성사된다면 의뢰인과 여타 중개업자들 사이에서 형성된 중개계약관계는 당사자간에 특별한 약정이 없으면 그때부터 자동 해지되는 것이라 볼 수 있으므로 중개를 완성하지 못한 다른 중개업자들은 중개행위에 대한 보수를 청구할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 이는 중개계약이 도급적 성격이 있음을 부정할 수는 없다는 것이다(서울지법 1984.4.25., 83나2098).

공인중개사법 제26조 제1항에는 “중개업자는 중개가 완성된 때에는……거래계약서를 작성하여……”라고 규정되어 있다. 중개가 완성된 때라 함은 거래당사자 쌍방간에 거래계약 체결에 관한 의사표시가 합치된 때로써 거래계약이 성립된 때를 의미한다. 따라서 부동산거래계약 체결(거래계약서 작성) 시점에 중개가 완성

21) 중개업자가 중개를 완성시킨 경우에는 비록 중개수수료지급에 관한 약정을 하지 않았다 하더라도 상법상의 상인의 보수청구권을 행사하여 중개의뢰인에게 중개수수료를 청구할 수 있다고 보아야 한다. 이 경우에 중개수수료금액이 상당한 범위 내의 보수에 해당되는가의 여부에 대하여는 직권으로라도 증거조사를 하여 심리판단해야 한다(대판 1968.7.24. 선고 68다955; 대판 1995.4.21. 선고 94다36643).

되는 것으로 볼 수 있으며, 또한 중개를 완성한 당해 중개업자가 중개수수료 청구권을 행사할 수 있을 것이나, 당해 거래계약의 성립에 기여한 정도, 거래정황 등을 참작하여 당사자간 합의나 민사적인 방법에 의해 청구권 여부가 판단되어야 할 것으로 본다.

부동산중개행위는 중개업자가 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것으로서 원칙적으로 중개업자는 중개대상물에 대한 계약서의 작성업무 등 계약 체결까지 완료되어야 비로소 중개의뢰인에게 중개수수료를 청구할 수 있는 것이다. 다만 중개업자가 계약의 성립에 결정적인 역할을 하였음에도 중개행위가 그의 책임 없는 사유로 중단되어 최종적인 계약서 작성 등에 관여하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 민법 제686조 제3항, 상법 제61조의 규정 취지나 신의성실의 원칙 등에 비추어 볼 때 그 중개업자는 중개의뢰인에 대하여 이미 이루어진 중개행위의 정도에 상응하는 중개수수료를 청구할 권한이 있다(부산지법 2007.1.25. 선고 2005나10743 판결). 마찬가지로 중개인의 부동산중개활동이 쌍방의 제시가격차이로 일시 중단된 상태에서 중개의뢰인들이 직접 만나 절충끝에 매매계약을 체결한 경우에는 민법 제686조, 제673조의 취지 및 거래상의 신의칙에 비추어 그 중개활동에 상응한 보수를 청구할 수 있고, 나아가 그 보수액은 당초 약정액(그 정함이 없는 경우에는 조례상의 중개료 한도액)과 중개인이 중개에 소요한 시간 및 그 노력의 정도, 계약의 성립으로 중개의뢰자가 얻게 된 이익 등의 제반사정을 참작하여 정할 것이다(부산지법 1987.9.24. 87나516 판결).

그러나 중개업자가 부동산의 매도인을 위하여 거래상대방을 소개하는 등 노력을 하였으나 중개업자가 알선한 상대가 아닌 제3의 인물과 거래를 한 경우 중개행위와 거래계약과는 인과관계가 인정되지 않으므로 중개업자에게 중개수수료청구권이 인정되지 않는다(대판 1977.11.22, 선고 77다1889).

3) 중개업자의 귀책사유에 의해 거래행위가 무효·취소 또는 해제되지 않을 것 거래계약체결이 된 이후에도 중개업자의 고의 또는 과실로 거래계약이 무효·취소 또는 해제된 경우에는 중개수수료청구권이 배제된다. 따라서 이 요건은 중

개수수료청구권의 적극적 요건이 아니라 소극적 요건에 해당한다. 따라서 이 경우 이미 수령한 중개수수료는 부당이득으로 반환하여야 할 것으로 해석하는 것이 타당하다.²²⁾

4) 소결

중개업자는 중개를 업으로 하는 상법상의 상인에 해당하므로 당사자간에 특별한 약정을 하지 않더라도 중개업자는 상법상의 상인의 보수청구권을 행사하여 중개수수료를 청구할 수 있다라고 하는 해석은 중개수수료청구권의 성립요건에 관한 문제를 단순히 상법 또는 중개계약의 성질과 관련하여 민법의 위임계약에 관한 규정을 준용 내지 유추적용하는 입장이다. 그러나 현행 공인중개사법은 제32조 제1항에서 중개수수료에 관한 규정을 직접 규정하고 있으므로 이 규정에 입각한 법리구성을 할 필요가 있다.

2. 무등록중개업자의 중개수수료청구권

공인중개사법 제32조에 따르면 중개의뢰인으로부터 중개수수료를 받을 수 있는 자는 중개업자²³⁾임을 분명히 하고 있다. 그러나 중개사무소 개설등록을 하지 않은 자가 중개의뢰인으로부터 중개의뢰를 받아 중개행위를 완성한 경우 약정한 중개수수료를 받을 수 있을 것인지, 중개의뢰인이 약정한 중개수수료를 임의로 지급하였을 경우 이를 부당이득 내지 불법원인급여로 반환청구할 수 있는 것인지가 문제된다.

22) 매매계약이 중개업자의 중개물건의 확인, 설명의무를 게을리한 과실로 인하여 성립되었다가 그 후 해제된 경우, 중개업자는 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(대구지법 1987.10.30. 86가합1663 판결).

23) 공인중개사법 제2조 제2호에서는 “공인중개사라 함은 이 법에 의한 공인중개사자격을 취득한 자를 말한다”고 규정하고 있고, 같은 조 제4호에서는 “중개업자라 함은 이 법에 의하여 중개사무소의 개설등록을 한 자를 말한다”고 하여 공인중개사와 중개업자는 구별하고 있다. 즉 공인중개사라고 하더라도 중개사무소 개설등록을 하지 않았다면 중개업자가 아니다. 이러한 관점에서 “무등록중개업자”라는 표현은 적절치 못하며, 엄밀히 말하면 “중개사무소 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 영위한 자”라고 하여야 할 것이다.

1) 자연채무로 보는 견해²⁴⁾

이 견해에 따르면 공인중개사법이 무등록으로 중개업을 영위하는 것을 금지하고는 있으므로 무등록자에게는 중개수수료청구권이 발생하지 않지만, 무등록자가 중개의뢰인으로부터 중개수수료를 받는 것을 금지하고 있지는 않기 때문에 무등록자가 이미 받은 중개수수료는 부당이득이나 민법상 불법원인급여에도 해당한다고 볼 수 없어, 반환하지 않아도 되는 것으로 해석하게 된다.²⁵⁾

2) 무등록자와 중개의뢰인간의 중개계약은 무효라는 견해

구 부동산중개업법(2005. 7. 29. 법률 제7638호 공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률로 전부 개정되기 전의 것)은 부동산중개업을 건전하게 지도·육성하고 부동산중개업무를 적절히 규율함으로써 부동산중개업자의 공신력을 높이고 공정한 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여함을 입법 목적으로 하고 있으므로(법 제1조), 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정의 효력은 이와 같은 입법 목적에 비추어 해석되어야 한다. 그런데 공인중개사 자격이 없는 자가 부동산중개업 관련 법령을 위반하여 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정에 따라 수수료를 받는 행위는 투기적·탈법적 거래를 조장하여 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있다. 또한 부동산중개업 관련 법령의 주된 규율대상인 부동산이 그 거래가격이 상대적으로 높은 점에 비추어 전문성을 갖춘 공인중개사가 부동산거래를 중개하는 것은 부동산거래사고를 사전에 예방하고, 만약의 경우 사고가 발생하더라도 보증보험 등에 의한 손해전보를 보장할 수 있는 등 국민 개개인의 재산적 이해관계 및 국민생활의 편익에 미치는 영향이 매우 커서 이에 대한 규제가 강하게 요청된다. 이러한 사정을 종합적으로 고려하여 보면, 공인중개사 자격이 없어 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 한 자에게 형사적 제재를

24) 자연채무란 소구력(訴求力)이 없는 채무, 즉 채무자가 채무를 자발적으로 이행하면 수령할 수는 있으나, 채무자가 변제하지 않았을 때에는 소(訴)로써 그 실현을 구할 수 없는 채무를 말한다. 이 견해는 무등록자와 중개의뢰인이 체결한 중개계약도 유효하기 때문에 무등록자에게도 중개수수료청구권은 발생하지만, 무등록중개업을 금지하는 법의 취지상 행사할 수 없을 뿐이다라는 점을 전제로 하고 있다.

25) 강혜규 외, 앞의 책, 241면.

가하는 것만으로는 부족하고 그가 체결한 중개수수료 지급약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있고, 따라서 중개사무소 개설등록에 관한 구 부동산중개업법 관련 규정들은 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당한다(대법원 2010.12.23. 선고 2008다 75119 판결). 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 자격 요건을 갖추지 못한 자가 한 부동산 중개수수료 약정은 무효이다.²⁶⁾

공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률은 부동산중개업을 건전하게 지도, 육성하고 공정하고 투명한 부동산 거래질서를 확립함으로써 국민경제에 이바지함을 입법 목적으로 하고 있다. 공인중개사 아닌 자가 부동산 중개를 하고 중개수수료를 받기로 한 약정의 효력은 이와 같은 입법 목적에 맞추어 해석되어야 할 것이다. 뿐만 아니라, 공인중개사의 자격 없이 중개업을 하거나 중개사무소의 개설등록을 하지 않고 중개업을 한 자가 중개를 하고 수수료를 받는 행위는 물론 위와 같은 금지규정 위반행위에 의하여 얻은 중개수수료 상당의 이득을 그대로 보유하게 하는 것은 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있고, 또한 부동산 중개업 관련 법령의 주된 규율대상인 부동산의 거래가격이 높고 부동산 중개업소의 활용도 또한 높은 실정에 비추어 부동산 중개행위는 국민 개개인의 재산적 이해관계 및 국민생활의 편의에 미치는 영향이 매우 커 이에 대한 규제가 강하게 요청된다고 할 것이다. 이러한 입법 목적을 달성하기 위해서는 공인중개사의 자격 없이 중개업을 하거나 중개사무소의 개설등록을 하지 않고 중개업을 한 자에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하고, 의뢰인과의 중개수수료 약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있으므로, 부동산 중개업자의 자격 요건에 관한 위와 같은 규정²⁷⁾들은 그러한 자

26) 변호사 아닌 자가 승소를 조건으로 그 대가로 소송당사자로부터 소송물 일부를 양도받기로 한 약정은 강행법규인 구 변호사법 제78조 제2호에 위반되는 반사회적 법률행위로서 무효라고 한 대판 1990. 5. 11. 선고 89다카10514, 의료인이나 의료법인 등 비영리법인이 아닌 자의 의료기관 개설을 원칙적으로 금지하고 있는 의료법 제30조 제2항은 강행법규로서 이에 위반하여 이루어진 약정은 무효라고 본 대판 2003. 4. 22. 선고 2003다2390 등 참조.

27) 법은, 법에 의하여 중개사무소의 개설등록을 한 자를 '중개업자'로 정의하면서(제2조 제4호), 중개업을 영위하려는 자는 중개사무소를 두고자 하는 지역을 관할하는 시장, 군수, 구청장에게 중개사무소의 개설등록을 하여야 하고, 공인중개사 또는 법인이 아닌 자는 중개사무소의 개설등록을 신청할 수 없다고 규정하고(제9조 제1, 2항), 제9조 제1항의 규정에 의하여 중개사무소의 개설등록을 할 수 있는 자

격이 없는 자가 한 중개계약에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 등 관련 법령에서 정한 자격 요건을 갖추지 못한 자가 한 부동산 중개계약은 무효이다 (청주지법 2009.3.19. 선고 2008가단3749 판결).²⁸⁾

3) 소결

자연채무로 보는 견해는 무등록자와 중개의뢰인간에 체결한 중개계약도 사법상 유효하다라는 점을 전제로 하고 있다. 그러나 공인중개사법 제32조 제1항의 규정에 따르면 중개수수료청구권의 주체를 “중개업자”로 명확히 규정하고 있으므로 무등록자는 중개업자가 아니라는 점을 고려해 볼 때, 무등록자와 중개의뢰인간의 중개계약은 처음부터 무효이며, 따라서 무등록자에게 중개의뢰인이 임의로 지불한 중개수수료는 부당이득으로서 당연히 반환청구의 대상이 되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

3. 법정한도 초과 중개수수료 약정의 효력

공인중개사법은 제32조에서는 중개수수료의 범위와 한도 등에 관해서 규정하고 있고, 같은 법 제33조 제3호에서는 법 제32조의 규정에 따른 중개수수료를 초과하여 수수하는 행위를 금지행위로 규정하면서, 법 제33조 제3호에 해당하는 행위를 같은 법 제38조 제2항에서는 재량적 등록취소사유로, 그리고 같은 법 제49조 제1항에서는 1년이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처할 수 있도록

의 기준에 관하여, 다른 법률의 규정에 의하여 부동산 중개업을 할 수 있는 경우가 아닌 한, 공인중개사가 중개사무소를 개설하고자 하는 경우에는 당해 공인중개사가 법 제34조 제1항의 규정에 따른 실무교육을 받았을 것, 건축물대장에 기재된 건물에 중개사무소를 확보할 것을 요구하고(법 제9조 제3항, 같은 법 시행령 제13조), 공인중개사가 되려는 자는 특별시장, 광역시장, 도지사, 특별자치도지사가 시행하는 공인중개사 자격시험에 합격할 것을 요구하고(법 제4조 제1항), 중개업자의 금지행위를 규정하며(제33조), 중개업자에게 공정하게 업무를 처리할 의무 및 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 안 될 의무를 부과하고(제29조), 중개업자는 중개 업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 중개수수료를 지급받도록 규정하며(제32조 제1항), 중개사무소의 개설등록 취소사유(제38조), 중개업자 업무의 정지처분 사유(제39조), 공인중개사의 자격취소 사유(제35조)를 규정하고, 법 제9조의 규정에 의한 중개사무소의 개설등록을 하지 않고 중개업을 한 자는 3년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제48조 제1호).

28) 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결 참조.

규정하고 있다. 이와 관련하여 중개의뢰인과 중개업자간에 체결되는 중개계약에서 법정 한도를 초과하여 중개수수료를 지급하기로 하는 약정을 한 경우 그 효력이 문제된다.

1) 판례의 입장

(1) 대법원 1976. 11. 23. 76다405 판결

서울특별시 또는 도의 조례 소정의 기준과 한도액을 초과하여 소개영업의 요금을 정하지 못하게 하였고,²⁹⁾ 또 소개영업자가 명목여하를 불문하고 소정 요금 이외의 금품을 요구하거나 수취하는 행위를 금지하고 있는 바,³⁰⁾ 이들 법조문들은 소개영업의 보수약정 중 법소정의 한도액을 초과 하는 부분에 대한 사법상의 효력을 부정하고 보수약정의 사법상의 효력을 법소정의 최고액까지로 제한함으로써 국민생활의 편익을 증진하고자 함에 그 목적이 있는 것이므로 위 법 조문들은 이른바 강행법규에 속하는 것으로서 소정 최고액을 초과하는 약정부분은 무효로 보아야 한다.

(2) 대법원 2001. 3. 23. 2000다70972 판결

부동산중개업법(법률 제5957호, 1999. 7. 1 시행)상 중개업자는 중개의뢰인으로부터 소정의 수수료 또는 실비를 초과하여 금품을 받거나 그 외에 사례·증여 기타 어떠한 명목으로라도 금품을 받는 행위가 금지되어 있고 이에 위반하여 금품을 수수한 중개업자에 대하여는 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있고 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있기는 하나 위 법에 위 규정에 위반한 금품수수행위의 효력이나 수수된 금품의 처리에 대하여는 아무런 규정이 없을 뿐만 아니라, 위 법은 “부동산중개업자의 공신력

29) 소개영업법(법률 제1134호, 1962. 10. 4 시행) 제4조 (요금기준의 공정) ① 소개영업의 요금에 관한 기준과 한도는 서울특별시 또는 도의 조례로써 정한다. ② 소개영업자는 전항의 기준과 한도를 초과하여 요금을 정하지 못한다.

30) 소개영업법(법률 제1134호, 1962. 10. 4 시행) 제5조 (금지행위) 소개영업자는 다음에 계기한 행위를 하거나 교사할 수 없다. 1. 피소개인의 의사에 반한 소개행위 2. 사위적 언행이나 방법을 쓰는 행위 3. 명목의 여하를 불문하고 소정요금이외의 금품을 요구하거나 수취하는 행위

을 높이고 공정한 부동산거래질서를 확립”하여 국민의 재산권 보호에 기여함을 목적으로 하고 있는 점을 종합하여 보면, 위 금지규정은 단속규정에 불과하고 효력규정은 아니라고 할 것이다.³¹⁾

(3) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2000다54406,54413 판결³²⁾

부동산중개업법 제20조에 의하면, 중개업자는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 수수료를 받을 수 있고(제1항), 위 수수료의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령이 정하는 범위 내에서 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정하도록 규정하고 있으며(제3항), 구 부동산중개업법시행규칙(2000. 7. 29. 건설교통부령 제250호로 개정되어 2000. 10. 1.부터 시행되기 전의 것) 제23조의2 제1항에 의하면, 부동산중개업법 제20조 제3항의 규정에 의한 수수료는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되 그 한도는 매매·교환의 경우에는 거래가액에 따라 0.15%(위 개정 후에는 0.2%)에서 0.9% 이내로 하도록 규정되어 있고, 한편 부동산중개업법 제15조 제2호는 중개업자가 같은 법 제20조 제3항의 규정에 의한 수수료를 초과하여 금품을 받거나 그 외에 사례·증여 기타 어떠한 명목으로라도 금품을 받는 행위를 할 수 없도록 금지하고, 위와 같은 금지행위를 한 경우 등록관청이 중개업등록을 취소할 수 있으며(같은 법 제22조 제2항 제3호), 위와 같은 금지규정을 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바(같은 법 제38조 제2항 제5호), 부동산중개업법이 ‘부동산중개업자의 공신력을 높이고 공정한 부동산 거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여함’을 목적으로 하고 있는 점(같은 법 제1조), 위 규정들이 위와 같은 금지행위의 결과에 의하여 경제적 이익이 귀속되는 것을 방

31) 이 사건의 원심판결(서울고법 2000. 11. 10. 선고 99나58619 판결)도 “부동산중개업법상의 초과중개수수료 수수금지규정은 단속규정에 불과하고 효력규정은 아니라 할 것이므로, 비록 위 금지규정을 위반하여 소정의 수수료를 초과한 금품을 받았다고 하더라도 그것이 반사회적 행위 또는 불공정한 행위 기타 법률상의 무효사유에 해당되지 않는 한 그것만으로는 무효라고 할 수 없고, 달리 위 금품 수수 행위를 무효로 볼 만한 사정이 없다”고 판시하였다.

32) 이 사건의 원심인 서울고법 2000. 8. 29. 선고 99나53313, 53140(병합) 판결은 중개수수료의 법정한도를 초과하여 수수하는 것을 금지하는 규정은 단속규정으로서 이미 지급한 중개수수료의 반환을 구할 수는 없다고 판시하여 그 초과부분의 반환청구를 기각하였는 바, 이 사건의 대법원 판결은 원심을 과기환송하고 종전의 대법원 판례(대판 2001. 3. 23. 2000다70972)를 변경하면서 대법원의 소부에서 판결을 행하여 판례저촉상태를 초래하였다.

지하려는 데에도 그 입법 취지가 있다고 보이는 점, 그와 같은 위반행위에 대한 일반사회의 평가를 감안할 때 위와 같은 금지행위 위반은 반사회적이거나 반도덕적으로 보아야 할 것인 점, 위반행위에 대한 처벌만으로는 부동산중개업법의 실효를 거둘 수 없다고 보이는 점 등을 종합하여 보면, 위와 같은 규정들은 부동산중개의 수수료 약정 중 소정의 한도액을 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한함으로써 국민생활의 편의를 증진하고자 함에 그 목적이 있는 것이므로 이른바, 강행법규에 속하는 것으로서 그 한도액을 초과하는 부분은 무효라고 보아야 한다.

(4) 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결³³⁾

중개수수료의 한도를 정하는 한편 이를 초과하는 수수료를 받지 못하도록 한 부동산중개업법(2005. 7. 29. 법률 제7638호 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래 신고에 관한 법률’로 전문 개정되기 전의 것) 및 같은 법 시행규칙 등 관련 법령 또는 그 한도를 초과하여 받기로 한 중개수수료 약정의 효력은 이와 같은 입법목적에 맞추어 해석되어야 한다. 그뿐 아니라, 중개업자가 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과하여 수수료를 받는 행위는 물론 위와 같은 금지규정 위반 행위에 의하여 얻은 중개수수료 상당의 이득을 그대로 보유하게 하는 것은 투기적·탈법적 거래를 조장하여 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있고, 또한 구 부동산중개업법 등 관련 법령의 주된 규율대상인 부동산의 거래가격이 높고 부동산중개업소의 활용도 또한 높은 실정에 비추어 부동산 중개수수료는 국민 개개인의 재산적 이해관계 및 국민생활의 편의에 미치는 영향이 매우 커 이에 대한 규제가 강하게 요청된다.³⁴⁾ 그렇다면, 앞서 본 입법

33) 소개영업법 당시 대법원(대판 1976. 11. 23. 76다405)이 일관되게 강행규정으로 판시하여 왔음에도, 부동산중개업법 제정 이후 대법원(대판 2001. 3. 23. 2000다70972)은 중전의 판례와는 다르게 단속규정에 불과하다고 판시하여, 이에 따른 하급심의 판례들이 나오던 차에, 대법원(대판 2002. 9. 4. 선고 2000다54406,54413)이 중전의 견해를 다시 변경하여 강행규정이라고 판시하면서도 이를 전원합의체 판결로 하지 않음으로써 판례저축 상태를 초래하였다. 이 후 대법원의 견해가 변경된 것과 마찬가지로의 상태가 계속되어 오던 중, 대법원(대판 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체)의 판결로 강행규정성을 명확히 하면서 그 동안의 판례저축 상태를 해소하였다.

34) 이러한 시각은 헌법재판소의 2002. 6. 27. 2000헌마642에서 엿볼 수 있는 바, 헌법재판소는 “법정수수료제도가 추구하는 경제적 공익은 결국 국민전체의 경제생활의 안정이라 할 것이어서 대단히 중요하다고 하지 않을 수 없고, 이는 부동산중개업자의 사익에 비하여 보다 우월하다”고 하면서 “법정수수료제도는 부동산중개업자의 직업수행의 자유나 신체의 자유를 합리적 근거 없이 필요이상으로 지나치게

목적 달성을 위해서 고액의 수수료를 수령한 부동산 중개업자에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하고 구 부동산중개업법 등 관련 법령에 정한 한도를 초과한 중개수수료 약정에 의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있으므로, 부동산 중개수수료에 관한 위와 같은 규정들은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다. 이와는 달리, 위 금지규정은 단속규정에 불과하고 효력규정은 아니라고 봄으로써 그 한도를 초과한 수수료 약정의 사법상 효력이 부정되는 것이 아니라는 취지로 판시한 대법원 2001. 3. 23. 선고 2000다 70972 판결은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 변경하기로 한다.

2) 소결

중개의뢰인과 중개업자간에 체결되는 중개계약에서 법정 한도를 초과하여 중개수수료를 지급하기로 하는 약정을 한 경우 그 효력 여부는 공인중개사법에 제 33조 제3호에서 규정하고 있는 금지규정을 단속규정으로 볼 것인가 아니면 강행규정으로 볼 것인가의 문제이다.

대법원 판결에서는 거의 대부분이 법령의 규정과 매치되는 내용의 법률행위의 사법상의 효과가 다투어진 경우이고, 이를 부인(무효화)하여 다시 범위반 이전의 상태로 되돌림이 마땅한 규정을 이른바 강행규정 또는 효력규정이라고 하고, 그렇지 않은 규정을 단속규정 또는 단순한 단속규정이라고 하고 있는 것으로 파악되고, 최근의 판례들에서는 강행규정(효력규정)이라는 용어를 단속규정과 대비하여 사용하는 경향인 것으로 보인다.³⁵⁾

강행규정과 단속규정의 구별에 관하여 다양한 견해가 있지만, 대체로 강행규정

제한하는 것이라 할 수 없다"고 판시하고 있다. 그러나 부동산중개서비스를 마치 공공재로 보는 시각은 문제가 있는 바, 중개수수료를 교통, 수도, 전기, 통신 등 요금과 같이 공공재적 성격이 있다고 볼 수는 없다.

35) 박준용, "법정한도초과 부동산중개수수료 약정의 효력 : 강행규정과 단속규정의 구분 및 그 효과", 「판례연구」 20집, 부산판례연구회, 2009, 580면.

은 당사자의 의사로 적용을 배제할 수 없고, 그 사법상의 효력에 미치는 영향도 배제할 수 없는 규정을, 단속규정은 이에 대비되는 개념으로 규정의 방식이 금지를 명하는 것으로서 당사자의 의사로 적용을 배제할 수는 없으나, 그 위반행위의 사법상 효력이 부정되지 않는 규정을 가리키는 것으로 볼 수 있다. 즉 강행규정이거나 단속규정이거나의 문제는 규정에 위반한 행위를 무효로 돌리는 것이 옳은가라는 점이 판단기준으로 작용하고 있는 것으로 이해된다.

그렇다면 법정중개수수료를 초과하여 지급하기로 한 약정의 효력을 무효로 돌리는 것이 옳은가이다. 첫째, 법정한도를 초과하여 수수한 중개업자에게 행정적·형사적 제재를 가하는 것만으로는 초과수수료를 지급한 국민(중개의뢰인)이 입은 손해의 전보가 이루어지지 않고, 초과수수료의 반환청구를 인정하여야만 가능하다는 점, 둘째 초과수수료와 관련하여 실제 소송으로 이어지는 대부분이 법정중개수수료 한도액을 지나치게 초과하는 경우인 것으로, 이러한 경우는 중개의뢰인과 중개업자간의 신의성실의 원칙과 형평의 원칙에 비추어 보더라도 초과수수료를 반환토록 하는 것이 상당하다는 점, 셋째 중개수수료에 관한 규제 및 위반행위에 대한 제재가 법령의 연혁추이를 볼 때, 지속적으로 강화되고 있는 추세라는 점 등을 종합적으로 고려해 본다면 법정중개수수료를 초과하여 지급하기로 한 약정은 강행규정에 위반한 약정으로서 무효화시키고 초과수수된 금액을 부당이득으로 반환토록 하는 것이 옳다고 생각한다.

IV. 맺음말

부동산중개업자는 공인중개사법 제32조 제1항에 따라 중개의뢰인으로부터 중개수수료를 받게 되는 바, 중개수수료청구권과 관련하여 실무에서는 다양한 유형의 많은 분쟁이 일어나고 있다. 이 연구에서는 현행 공인중개사법상의 중개수수료 체계에 관한 내용을 비판적으로 정리하였고, 중개수수료와 관련한 몇 가지 쟁점사항에 관하여 학설과 판례의 입장을 토대로 고찰하였다.

첫째, 중개수수료청구권의 성립요건과 관련한 법리구성에 있어서는 기존의 해석론과는 달리 공인중개사법 제32조 제1항에 직접 근거한 법리구성을 모색하여

중개수수료청구권이 구체적 사안에 적용될 때 탄력적으로 적용될 수 있음을 시사하였고, 둘째, 무등록자의 보수청구권에 관해서는 기존의 해석인 자연채무라는 견해와는 달리 무등록자의 중개수수료청구권은 처음부터 성립되지 않는다는 점을 들어 이미 수수한 중개수수료를 반환하여야 한다는 점을 제시하였으며, 셋째, 법정중개수수료를 초과하여 지급하기로 한 약정의 효력에 관해서는 강행규정위반으로서 무효임을 다시 한번 재확인하였다.

중개수수료청구와 관련한 몇 가지 쟁점에서도 알 수 있듯이 부동산중개수수료에 대한 제한 및 그 위반행위에 대한 지속적이고도 점차 강화되고 있는 각종 규제에도 불구하고, 현실적으로는 중개수수료청구권의 성립 내지 발생과 관련해서 많은 분쟁이 일어나고 있고, 이는 부동산거래의 실정과 관련 법령의 규정 사이에 상당한 정도의 괴리가 상존하고 있을 뿐만 아니라 지금까지의 법령에 의한 제한 및 그 위반행위에 대한 제재라는 규율방식이 그다지 성공적이지 못하였음을 방증하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 근본적으로는 부동산중개업을 포함한 부동산업 전반에 걸친 제도개선을 통한 법과 현실 사이의 괴리의 해소가 절실하게 필요한 것으로 판단되고, 입법론상으로는 부동산중개수수료에 대한 규제를 당사자간의 자유로운 의사 및 업계의 자율에 맡기는 방향으로의 전환을 모색하는 것이 바람직할 것이다.

참 고 문 헌

- 강해규 외, 「부동산중개론」, 형설출판사, 2004.
- 김대명·이대운, “부동산중개계약에 관한 연구”, 「법학연구」 제34집, 한국법학회, 2009.
- 김상용, 「미국부동산법론」, 삼지원, 1986.
- 김철용 외, 「위임입법의 한계에 관한 연구」, 헌법재판소, 1996.
- 김학환, “부동산중개수수료청구권의 쟁점 검토”, 「대한부동산학회지」 Vol. 27 No.2, 대한부동산학회, 2009.

- 문영기, 「부동산중개론」, 부연사, 2009.
- 박영도, 「위임입법에 관한 연구」, 한국법제연구원, 1999.
- 박준용, “법정한도초과 부동산중개수수료 약정의 효력 : 강행규정과 단속규정의 구분 및 그 효과”, 「판례연구」 20집, 부산판례연구회, 2009.
- 법무부, 「민법(재산편)개정자료집」, 2004.
- 서진형, 「공인중개사법론」, 부연사, 2008.
- 서진형, 「최신 부동산중개론」, 부연사, 2008.
- 손경환, 「월세 중개수수료 개선방안 연구」, 국토연구원, 2006.
- 손경환·지대식·김승중, 월세 중개수수료 개선방안 연구, 국토연구원, 2006.
- 이재웅, “부동산중개계약의 부존재와 부동산중개업자의 보수청구권”, 「부동산정책연구」 제1집 제1호, 한국부동산정책학회, 2000.
- 이정숙, 부동산 중개수수료 규제제도의 개선방안에 관한 연구, 전북대학교 법무대학원 석사학위논문, 2009.
- 이창석 외, 「부동산중개론」, 형설출판사, 2004.
- 이태교, 「부동산중개론」, 부연사, 1999.
- 한병영, “부동산거래중개 법정보수제의 개선방안”, 「신토지공법」 제1권, 한국토지공법학회, 도서출판 학회사, 2006.
- 황정근, “법정한도초과 부동산중개수수료 약정의 효력”, 「민사재판의 제문제」 제15권, 한국사법행정학회, 2006.