

碩士學位論文

不動產仲介契約制度의 改善方案

Improvements in Real Estate Listing Contract System



濟州大學校大學院

法 學 科

康 龍 岩

2006年 6月

碩士學位論文

不動產仲介契約制度의 改善方案

Improvements in Real Estate Listing Contract System



濟州大學校大學院

法 學 科

康 龍 岩

2006年 6月

不動産仲介契約制度의 改善方案

指導教授 韓 三 寅

康 龍 岩

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

2006年 6月

康龍岩의 法學 碩士學位 論文을 認准함



JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

審査委員長 _____ 印

委 員 _____ 印

委 員 _____ 印

濟州大學校大學院

2006年 6月

Improvements in Real Estate Listing Contract System

Kang, Yong Am

(Supervised by Professor Dr. Han, Sam In)

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

2006. 6.



Department of Law
GRADUATE SCHOOL
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

目 次

SUMMARY	iii
第1章 序論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍 및 方法	3
1. 研究의 範圍	3
2. 研究의 方法	3
第2章 不動産仲介契約의 法理	4
第1節 不動産仲介契約의 意義와 特徵	4
1. 不動産仲介契約의 概念	4
2. 不動産仲介契約의 當事者	6
3. 不動産仲介契約의 特徵	7
第2節 不動産仲介契約의 比較法的 考察	10
1. 沿革	10
2. 主要 國家의 立法例	13
3. 不動産仲介契約制度의 發展過程	21
第3節 不動産仲介契約의 類型과 法的 性質	25
1. 不動産仲介契約의 類型	25
2. 不動産仲介契約의 法的 性質	31
第3章 不動産仲介契約의 法律關係	39
第1節 不動産仲介契約의 成立	39
1. 不動産仲介意思의 合意	39

2. 不動産仲介契約의 不要式性	40
第2節 不動産仲介契約의 效力	41
1. 不動産仲介業者의 權利	41
2. 不動産仲介業者의 義務 및 賠償責任	51
3. 不動産仲介依頼人の 權利와 義務	67
第4章 不動産仲介契約制度의 問題點과 改善方案	70
第1節 問題點	70
1. 不動産仲介契約의 實態上 問題點	70
2. 現行 制度上 問題點	71
3. 整理	76
第2節 改善方案	77
1. 不動産仲介契約制度의 改善方案	77
2. 改正民法案(仲介契約 導入案)의 檢討	83
3. 整理	86
第5章 結論	89
參考文獻	92



SUMMARY

Improvements in Real Estate Listing Contract System

Kang, Yong Am

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

Generally, the real estate has a greater economic value and complicated legal relations unlike other goods. Therefore, in a real estate transaction, one requires assistance from an expert, that is, a listing activity by a real estate agent to lead such transaction to success.

Against such background, a real estate listing contract system is in place in the nation that allows only real estate agents equipped with the expertise such as the licensed real estate agent to broker real estates. However, the current real estate listing agreement system has problems in that it does not allow real estate agents such as the licensed real estate agent, an expert in the real estate business, to play their role fully.

In other words, cited as the problem is the possibility of a dispute over legal relations caused by failure for the real estate listing contract to be in

writing mandatorily, unambiguousness in legal nature arising from non-typicality of contracts and the possibility of paltriness, and illegal and law-evading acts due to an unrealistic cuts in listing fees.

These problems not only act as an impediment to a sound development of a real estate listing contract system but also adversely affect the overall social and economic aspects.

In order to correct such problems, a system is required to be in place that makes the real estate listing contract typical and mandatorily written and steps to secure the effect of supporting this system are needed. And the nonrealistic real estate listing fee should be made realistic by a drastic upward adjustment of the current rates by making reference to major foreign countries' examples. What is desirable is that the legal cap on the real estate listing should be scrapped with the rate left to the discretion of the parties to a real estate listing contract.

Since the real estate has a great value in terms of goods and the effect of a change in real estate market on the society and economy is also enormous, the nation has established a variety of real estate policies and enforced related legislations. Considering the social and economic weight of the real estate, it can be said the real estate listing contract which plays a pivotal role in real estate transaction activities is a system that has social and public nature strongly that can not stay within the scope of a private contract any longer. Thus, it can not be denied that supplementing the real estate listing contract system is an urgent task.

Therefore, the purpose of this study is to find ways of remedying the problems after checking to see what problems are involved in the current real estate listing contract system by inquiring all matters relating the real estate listing contract in-depth.

This paper consists of 5 chapters. chapter 1 is introduction and chapter 2 is about jurisprudence of real estate listing agreement, including the concept of real estate listing agreement, history, comparative review and types and legal properties of real estate listing agreement. chapter 3 legal relation of real estate listing agreement and chapter 4 will suggest how to improve real estate listing agreement, the subject of the paper. Chapter 5 will summarize what has been discussed in the paper and propose interpretation and legislation to improve real estate listing agreement.



第1章 序論

第1節 研究의 目的

일반적으로 부동산은 다른 재화와 달리 그 경제적 가치가 크고 공시제도 및 등기제도에 의해 권리가 보호되는 등 법률관계가 단순하지 않은 것이 보통이다. 더구나 부동산이 가지고 있는 지리적 위치의 고정성이라는 특성은 부동산 시장을 추상화 내지 국지화 시키고 부동산에 관한 정보활동을 필연적으로 요구한다. 따라서 부동산을 거래의 객체로 하는 경우에는 부동산에 관한 정보를 보유하고 부동산활동을 전문으로 하는 자의 조력이 대부분 필요하게 된다. 특히 부동산의 거래 행위에 있어서 거래 당사자의 거래계약을 성사시키기 위한 부동산중개업자의 역할은 부동산이 가지고 있는 공공성으로 인하여 사회·경제 전반에 미치는 영향이 적지 않다. 이러한 배경하에 우리나라에서는 그 전문성을 갖춘 자격자만이 중개업무를 담당하도록 하는 공인중개사제도를 두고 있으며, 최근에는 관계 법률의 명칭을 변경¹⁾하여 공인중개사의 업무범위를 확대하는 한편, 부동산 거래 신고의무를 부과함으로써 그 책임과 업무의 공공성을 가중하였다. 이러한 입법의 태도는 공인중개사의 역할에 대한 필요성과 중요성을 강조한 것으로서 긍정적인 의미를 갖는다.

그러나 공인중개사 역할의 필요성과 중요성이 강조되는 수준만큼, 공인중개사 등의 중개업자가 전문가적인 역할을 발휘하기에는, 현행 부동산중개계약제도의 현실적 여건이 매우 열악하다고 하지 않을 수 없다. 즉 일반부동산중개계약 체결형태의 대부분이 구두계약임에 따른 법률관계의 불명확성, 전속중개계약 활성화를 저해하는 제도적 한계, 현실과 괴리된 중개보수의 수준, 불충분한 손해배상책임보장, 그리고 중개계약의 비전형성 등의 문제가 깔려 있다. 부동산중개계

1) 종래의 '부동산중개업법'에서 '공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률'로 명칭을 바꾸었다(일부개정 2005. 12. 7 법률 7710호).

약의 비서면화는 부동산중개의뢰인과 중개업자 상호간의 권리·의무에 대한 한계를 불분명하게 함으로써, 추후 계약이행이 원만하지 않을 경우 분쟁발생의 소지가 될 수 있다. 또한 분쟁이 발생하게 되는 경우에는 입증의 곤란으로 그 분쟁이 쉽게 해결 되지 않을 뿐만 아니라, 분쟁해결에 소요되는 기간이 장기화됨으로써 사회적 비용을 증가시키는 문제를 야기한다. 또한 부동산중개계약제도가 발달한 주요 외국에서 활성화 되고 있는 전속중개계약은 중개의뢰인과 중개업자 모두를 보호할 수 있는 우수한 계약제도임에도 불구하고 체결의 임의성으로 인해 널리 활용이 되지 못하고 있는 실정이다. 그리고 부동산중개계약의 중요한 요소라고 할 수 있는 부동산중개보수의 비현실적 수준은, 중개수수료의 음성적·탈법적 수수를 조장함으로써 중개의뢰인으로 하여금 양질의 중개서비스를 제공받지 못하게 하는 등 부동산중개계약제도의 건전한 발전을 가로막을 뿐만 아니라, 나아가 사회·경제적인 측면에도 부정적인 영향을 미치게 된다. 또한 부동산중개보수에 대응하는 개념으로서 중개업자가 부담하는 중개업무상의 손해배상책임보장 범위가 현실을 반영하지 못하고 있는 점도 시급히 개선해야 할 사항이다. 그 밖에 부동산중개계약의 비전형화는 부동산중개계약의 불명확한 법적성질로 인해 법리에 관한 해석의 여지를 남기게 되는 문제가 있다.

부동산은 그 재화의 가치가 일반적으로 크고 부동산시장의 변화가 사회·경제에 미치는 영향 또한 막대하기 때문에 우리나라에서는 각종의 부동산정책의 수립과 그와 관련된 수많은 입법을 시행해 오고 있다. 이와 같이 부동산이 차지하고 있는 사회적·경제적 비중을 감안 한다면, 부동산거래활동에 있어서 중추적인 역할을 담당하고 있는 부동산중개계약제도를, 더 이상 사적인 계약의 범주에만 머무르게 할 수는 없다고 할 것이므로 부동산중개계약제도를 사회성과 공공성이 강하게 내포된 제도로 보완할 필요가 있다고 하겠다. 이에 본 연구는 부동산중개계약에 관한 제반 사항들을 상세히 고찰함으로써 현행 부동산중개계약제도가 안고 있는 문제점이 무엇인지를 검토한 후 그 문제점에 대한 개선방안을 모색하고자 하는데 그 목적을 둔다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

1. 研究의 範圍

본 연구의 범위는 현행법상 규정된 부동산중개계약의 유형과 중개보수 등에 관한 실태상·제도상의 문제 및 중개계약의 비전형성 문제 등의 검토와 그에 대한 개선방안을 제시하는 것으로 한다. 이를 위하여 본 논문은 모두 5장으로 구성되며 제1장은 서론, 제2장은 부동산중개계약제도의 연혁 및 주요국가의 입법례를 통한 비교법적 고찰의 전개와, 부동산중개계약의 유형 및 법적 성질의 검토를 중심으로 하는, 부동산중개계약의 법리를 그 내용으로 하고, 제3장은 부동산중개계약의 성립과 효력에 관한 부동산중개계약의 법률관계를, 이어서 제4장에서는 부동산중개계약제도의 문제점과, 본 논문의 주제인 부동산중개계약제도의 개선방안을 제시한 후, 끝으로 제5장 결론에서는 부동산중개계약제도의 개선방안에 대한 지금까지의 논의를 요약하고, 부동산중개계약제도의 개선을 위하여 요구되는 입법론을 제시하고자 한다.

2. 研究의 方法

본 논문의 연구는 부동산중개계약과 관련된 국내외 단행본 서적과 일반논문, 석사와 박사학위논문, 하급심과 대법원판결, 정부간행물 및 각종 보고서 등의 문헌연구를 통하여 현행 부동산중개계약제도의 문제점을 검토·분석하고 그에 대한 현실적 개선방안과 바람직한 입법론을 전개하고자 한다.

第2章 不動産仲介契約의 法理

第1節 不動産仲介契約의 意義와 特徵

1. 不動産仲介契約의 概念

부동산이란 토지 및 그 정착물을 말한다(민법 제99조). 이러한 부동산은 위치가 고정되어 있고 공급에 한계가 있는 등 부동산만이 가지고 있는 여러 가지 특성으로 인하여 일반적인 재화와 달리 비교적 경제적 가치가 크고 법률관계가 복잡하게 형성되어 있는 경우가 많다. 따라서 부동산을 매매 등 거래 대상으로 하는 경우에는 전문성을 갖춘 중개업자의 역할이 대부분 필요하게 된다.

부동산중개에 있어서의 중개는 ‘공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률(이하 ‘공인중개사법’이라 한다)’ 제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다(동법 제2조 제1호). 즉 부동산중개는 부동산이라고 하는 중개대상물에 대한 당사자간의 매매 기타 법률행위의 완성을 위하여 노력하는 사실행위이다.

부동산중개계약(Real Estate Listing Contract)의 정의에 관하여서는 학자에 따라 조금씩 다른 견해를 보이고 있다. 미국의 Lillian Doris는 ‘중개업자가 중개의뢰인으로부터 부동산의 매각·구입·교환·임대차 등의 의뢰를 받아 이를 자신의 장부에 기장하는 행위 및 위임된 권한을 총칭하는 광의의 표현’이라고 정의²⁾하고 있으며, J. S. Gross는 ‘부동산중개업자가 소유자를 대리하여 부동산의 판매 또는 임대를 행하는 권리’ 그 자체라고 정의³⁾하고 있다. 또한 Alfred A.

2) Lillian Doris, *The Real Estate Office Secretary Hand book*, Prentice-Hall, Inc, Englewood Cliffs, N.J., 1966. pp.154~155.

3) J.S. Gross, *Illustrated Encyclopedia Dictionary of Real Estate Terms*, Prentice-Hall, Inc, Englewood Cliffs, N.J. 1969. p.279.

Ring과 Jerome Dasso는 ‘부동산의 매매 또는 임대차에 있어서 본인이 부동산중개업자를 고용하는 구두나 서면계약’이라고 정의⁴⁾하고 있다.

따라서 일반적으로 부동산중개계약이란 중개의뢰인이 부동산의 매매 또는 교환 등의 법률행위에 대한 알선을 중개업자에게 의뢰하고, 그 목적인 중개완성에 대하여 중개업자에게 보수의 지급을 약속하는 합의라고 할 수 있다.⁵⁾ 이러한 부동산중개계약은 민법에 규정되어 있지 않으므로 민법상 비전형계약으로 분류된다. 일찍이 부동산중개계약제도가 정착된 미국에서는 좁은 의미로 부동산중개계약을 리스팅(Listing)으로 파악하고 있는데 이를 부연하면, ‘부동산소유자가 부동산중개업자로 하여금 특정한 조건에 따라 부동산을 매도 또는 임대하도록 권한을 부여하는 양 당사자 사이의 구두 또는 문서계약’을 말한다. 그리고 넓은 의미의 부동산중개계약은 매도나 매수에 관한 의뢰를 위임받는 행위 모두를 포함한다. 즉 공인중개사법상 중개는 권리취득 중개의뢰인으로부터의 중개를 포함하는 것으로 협의의 부동산중개계약(Listing)보다 넓은 개념으로 볼 수 있다.⁶⁾

우리나라에서의 부동산중개계약은 중개완성조건부 보수발생형 중개계약으로 많이 이루어진다. 즉 중개완성이라는 부동산중개업자의 급부를 조건으로 중개의뢰인의 보수지급이라는 반대급부가 행해지는 쌍무계약의 형태로 이루어진다. 과거 우리나라 소개영업법하에서의 부동산중개계약은 중개활동의 의무가 없는 일방적 계약이었으나, 현행 공인중개사법상의 부동산중개계약은 부동산거래계약의 성립에 대하여 부동산중개업자와 중개의뢰인 양당사자가 신의칙상 요구되는 의무를 모두 부담하는 쌍방적 계약의 특수한 성격을 가진다.⁷⁾

이러한 공인중개사법상 부동산중개계약이 성립되기 위해서는 몇 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 중개의 목적물은 공인중개사법이 규정하고 있는 중개대상물이어야 한다. 즉 토지·건물 기타 토지의 정착물·입목·공장재단·광업재단만이 중개대상물이다(동법 제3조). 둘째, 거래당사자 사이의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 행위의 알선이어야 한다(동법 제2조 제1호). 셋째,

4) Alfred A. Ring, and Jerome, Dasso, *Real Estate*, 9th ed., Prentice-Hall, Inc, Englewood Cliffs, N.J., 1981, p.118.

5) 부동산중개계약을 부동산중개의뢰계약으로 파악하는 견해도 있다(김상명, “부동산중개업자의 민사책임에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제21집, 한국토지공법학회, 2004. 3, p.140.).

6) 황영두, “부동산중개계약의 효력에 관한 연구”, 창원대학교대학원 석사학위논문, 2002, p.5.

7) 이종원, “부동산중개의뢰계약제도에 관한 연구”, 건국대학교대학원 석사학위논문, 1985, p.23.

권리변동에 관한 거래행위의 알선이어야 한다. 알선은 거래당사자가 의욕하는 거래가 성립되도록 도와주고 주선하는 행위를 말한다. 즉 부동산 중개활동을 통한 중개행위는 거래 당사자들의 법률행위를 도와주는 사실행위인 것이며 그러한 사실행위를 하겠다는 계약이 바로 부동산중개계약인 것이다.⁸⁾ 여기서 어떠한 행위가 중개행위에 해당하는지의 여부는, 부동산중개업자가 진정으로 거래당사자를 위하여 거래를 알선(good offices)하려고 하는 의지가 있었느냐 없었느냐 하는 부동산중개업자의 주관적 의사에 의하여 결정되는 것이 아니라, 부동산중개업자의 중개행위를 객관적으로 파악하여 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 볼 수 있는지의 여부에 따라 결정을 하여야 한다.⁹⁾

2. 不動産仲介契約의 當事者

1) 不動産仲介依頼人

부동산중개의뢰인은 부동산중개업자에게 중개의 용역을 제공해주도록 요구하는 자를 말한다. 권리의 이전에 관한 중개의뢰인은 매매의 경우 매도인이며 교환의 경우에는 양 당사자이고, 임대차의 경우에는 임대인을 말한다. 그리고 권리를 취득하는 경우에 있어서 중개의뢰인은 매수인 또는 임차인을 말한다.

2) 不動産仲介業者

부동산중개업자란 현행 공인중개사법에 의해 '다른 사람의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 중개를 업으로 행하는 자'를 말한다(동법 제2조 제4호). 현재 우리나라에는 공인중개사·중개인·중개법인 등 3종류의 부동산중개업자가 있다.

공인중개사는 공인중개사법에 의하여 공인중개사자격증을 취득한 자를 말하며(동법 제2조 제2호), 사무소개설등록 1년 전 이내에 소정의 사전교육을 이수하고 부동산중개사무소를 개설 등록하여 부동산중개업을 영위할 수 있다.

중개인이란 법인 및 공인중개사가 아닌 자로서 부동산중개업을 영위하는 자를 말한다. 중개인은 1985년 공인중개사제도 시행 이전에 부동산중개업을 영위하

8) 황영두, 전계논문, p.5.

9) 대판 1995. 9. 29. 94다47261 ; 대판 1999. 7. 23, 98도1914.

던 자로서 별도의 자격취득 절차 없이 기득권을 인정받은 중개업자이다. 이들 중개인은 공인중개사 및 중개법인의 경우와 달리 부동산거래정보망을 통하여 중개하는 경우를 제외하고는 중개행위에 대한 업무범위가 중개업 사무소 개설 등록지 시·도로 제한된다.

중개법인의 경우에는 자본금 5천만원 이상의 상법상 회사이어야 한다(동법 시행령 제13조 제2호). 중개사무소 개설등록의 기준을 보면, 법인의 경우는 대표자 및 임원의 반수 이상은 공인중개사이어야 한다. 또한 임원은 개설등록 1년 전에 사전교육을 받아야 한다. 그리고 중개법인의 업무범위는 ①상업용 건축물 및 주택의 임대관리 등 부동산의 관리대행, ②부동산의 이용·개발 및 거래에 관한 상담, ③중개업자를 대상으로 한 중개업의 경영기법 및 경영정보의 제공, ④대통령령이 정하는 주택 및 상가의 분양대행, ⑤그 밖에 중개업에 부수되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무 등이다(동법 제14조).

3. 不動産仲介契約의 特徵

1) 民事仲介契約으로서 不動産仲介契約과 商事仲介契約

상법의 적용을 받는 상사중개계약에 대하여, 민법의 적용을 받는 중개를 민사중개계약이라고 한다.¹⁰⁾ 그러나 우리 민법은 민사중개에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않기 때문에 중개의 대상과 관련하여 민사중개와 상사중개의 한계가 불분명하다.¹¹⁾ 따라서 민사중개의 법률관계 해석에 관하여는 판례나 학설에 따를 수 밖에 없는 실정이다. 그러므로 부동산중개계약도 그 법적 성질을 어떻게 해석할 것인가가 논의의 대상이 되는 것이다.

독일 상법은 부동산중개에 관하여 그 중개가 상사중개인에 의하여 행해지는 경우에도 상사중개에 관한 규정을 적용하지 않는다고 정함으로서 부동산중개의 성격을 민사중개로 분류, 민법의 적용을 명문화하고 있다(독일 상법 제93조 제2항). 일본에서도 부동산거래가 상행위로 되는 경우에도 그 중개행위는 불특정의 반복적·대량적 거래를 매개하는 상사중개와는 성질을 달리하기 때문에 민사중개라고 보는 것이 통설과 판례의 입장이라고 한다.¹²⁾

10) 황영두, 전계논문, pp.8~11.

11) 이병규, “민사중개인과 상사중개인의 비교”, 『부동산법학의 제문제』, 박영사, 1992, p.389.

우리나라 중개업의 효시라고 할 수 있는 고유의 거간은 민사거간의 지위와 역할을 담당하였다.¹³⁾ 공인중개사법에서도 중개의 대상을 부동산에 대한 상인간의 거래로 특별히 규정하고 있지 않으므로 부동산중개계약은 상법상의 중개계약이 아님이 분명하다고 하겠다. 따라서 상법상 상사중개에 대한 규정이 적용될 여지가 없다. 즉 부동산중개는 상인이 아닌 자의 부동산거래를 알선하는 것으로 부동산중개에 관한 법률행위의 해석은 공인중개사법에서 근거가 없을 경우 민법이 일반법으로 적용된다. 그러나 부동산중개업자 자체는 상인으로서 상법상의 적용을 받으며 부동산중개업과 관련된 법적 효력을 갖는다.¹⁴⁾

좁은 의미의 중개는 상법 제93조에서 정한 중개인의 행위를 말하며 위탁자를 위하여 중개하는 행위가 상행위인 경우에, 그것을 영업으로 하는 자를 상사중개인이라 한다. 반면, 상행위 이외의 혼인·취직·부동산 매매 등의 행위를 중개하는 자를 민사중개인이라 하는데 민사중개인도 상법 제4조나 제46조에 의하여 상인의 자격을 갖는다.¹⁵⁾ 다만 부동산중개의뢰인과 부동산중개업자의 관계에 있어서는 상행위의 중개가 아닌 한, 상사중개의 규정은 배제되고 민사중개 관계를 발생하게 된다.¹⁶⁾

상사중개계약은 법률행위가 아닌 사무위탁으로서 위임계약이며 따라서 민법의 일반규정이 적용된다(민법 제680조). 다만 공평한 거래의 확립을 위해 상법은 제95조 내지 제99조 및 제100조 제2항에서 몇 가지의 특칙을 두고 있다. 즉, 당사자 사이의 분쟁을 피하기 위해 쌍방에 대한 건품보관의무, 증거보전을 위한 계약서교부의무 및 중개인의 장부작성의무, 유통촉진을 위한 성명 상호묵비의무 및 거래를 확실하게 하기 위한 중개인의 이행책임 등을 부과하고, 계약서의 교부·교환 후에 중개료를 청구할 권리를 가지며 중개료는 특약이 없으면 당사자 쌍방이 똑같이 부담한다. 상법 제93조에서는 상사중개인을 타인간의 상행위 중개를 영업으로 하는 자로 규정하고 있으며, 상법상의 중개인은 상법 제46조 제11항과 제93조 내지 제100조의 상사중개업에 관한 규정이 적용된다. 민사중개계약과는 달리 상사중개계약에서는 일방적 중개계약과 쌍방적 중개계약을 구별한다. 외국

12) 황영두, 전계논문, p.9.

13) 문영기 외, 『신부동산중개계약론』, 기공사, 1982, p.60.

14) 강해규 외, 『부동산중개론』, 형설출판사, 2001, p.119.

15) 대판 1968. 7. 24, 68다955.

16) 김기수, 『한국민사중개계약론』, 법문사, 1973, p.11.

의 입법례를 보면 독일이나 오스트리아와 같이 민사중개인과 상사중개인을 제도적으로 구별하여 입법화한 경우도 있고, 스위스나 이탈리아처럼 민사중개인과 상사중개인의 구별이 없이 단순히 중개인에 관한 규정만을 둔 경우도 있다.¹⁷⁾ 우리 상법상의 중개인제도는 중세의 상관습법에 그 역사적 연혁을 가지는 것이고 독일과 일본을 거쳐 계수된 것이다.¹⁸⁾

민법과 상법의 구분 한계는 시대적 수요에 따라 변한다. 민법상의 법률제도 내지 법률관계였던 것이 상법의 적용을 받게 되고 상법의 법률제도와 법률원칙이었던 것이 점차 보편화·생활화되어 민법에서 채용되는 경우도 있다.¹⁹⁾ 따라서 중개에 있어서도 처음부터 엄격하게 민사중개와 상사중개를 구분하였던 것은 아니라고 보여진다. 다만 민사중개와 상사중개의 가장 근본적인 차이는 중개의 대상이다. 즉 상사중개의 대상은 상행위이고 민사중개의 대상은 상행위 이외의 모든 법률행위이다. 상사중개인의 대상인 상행위는 그 거래의 당사자 쌍방에게 상행위가 되는 경우는 물론 당사자 일방에게만 상행위가 되는 경우도 포함된다. 따라서 상사중개인은 반드시 상인으로부터 중개의 위탁을 받아야 하는 것은 아니고 비상인으로부터 중개의 위탁을 받을 수도 있다. 또한 상사중개인은 반드시 중개를 영업으로 하며 민사중개인은 중개를 영업으로 할 필요가 없다. 영업이란 중개의 수수료를 받을 목적으로 중개행위를 계속적이고 반복적으로 행하는 것을 말하는데, 민사중개인이 그 중개를 영업으로 하면 역시 상인이 된다.

민사중개인은 원칙적으로 중개의뢰를 받은 일방 당사자에게만 이익이 되도록 중개행위를 해야 한다. 그러나 상법 제100조 제2항에 따르면 중개인의 보수에 관하여 양 당사자가 균분 부담하여야 하므로 중개인은 객관적이고 공평한 거래의 매개인으로써 양 당사자 모두를 위해 중개행위를 하여야 한다. 따라서 민사중개인도 양 당사자로부터 중개의뢰를 받았으면 양 당사자의 이익을 위해서 공평하고 중립적인 자세로 업무처리를 하여야 한다.²⁰⁾

부동산중개계약을 일반적으로 민사중개계약이라고 하지만 부동산중개업자가 대부분 영업을 목적으로 하는 상인임을 감안하면 수수한 민사중개계약이라고 하

17) 이병규, 전제논문, p.388.

18) 임홍근, “중개계약의 특수구조”, 월간고시, 1986, 10, p.33.

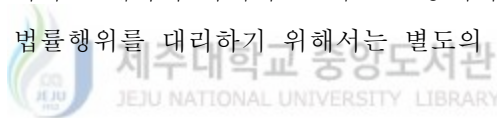
19) 강위두, 『상법총칙(상법강의I)』, 형설출판사, 1990, p.14.

20) 이병규, 상제논문, p.392.

는 데는 의문이 있으며 의뢰인과 중개인 사이의 관계를 위임으로 처리하고자 하는 이론도 역시 위임의 이론만으로는 설명할 수 없는 부동산중개계약의 특징상 재검토의 여지가 있는 것이다. 이러한 점에서 부동산중개계약은 그 독자성이 있다고 할 것이다.²¹⁾

2) 不動産仲介契約과 代理

부동산중개업자가 행하는 중개행위는 중개의뢰인의 법률행위를 돕는 사실행위로써 중개의뢰인의 법률행위를 대리하는 대리행위와 구분된다. 대리는 원칙적으로 법률행위를 행하는 당사자의 입장에 서지만, 부동산중개는 거래의 당사자들이 원만히 법률행위를 할 수 있도록 도와주는 사실행위인 것이다. 따라서 부동산중개활동이라는 사실행위를 하기 위한 부동산중개계약은 대리계약과는 엄격히 구별된다. 물론 부동산중개업자가 부동산거래계약에 대한 대리권을 중개의뢰인으로부터 위임 받아 당연히 대리행위를 할 수는 있다. 그러나 부동산중개계약 그 자체는 대리권을 수여하는 계약이 아니다. 그러므로 중개의뢰인을 대리하여 부동산거래계약을 하는 법률행위를 대리하기 위해서는 별도의 대리권수여 계약이 필요한 것이다.²²⁾



第2節 不動産仲介契約의 比較法的 考察

1. 沿革

우리나라에서 최초로 중개행위에 관여한 자는 고려시대 객주와 거간으로 보는 것이 보통이며, 일반적으로 부동산중개업의 연혁을 거간에서 찾는다.²³⁾ 객주

21) 소성규, “부동산중개계약에 관한 고찰”, 「부동산법학의 제문제」, 박영사, 1992, p.385.

22) 황영두, 전계논문, p.12.

23) 김기수, 전계서, p.19.

는 일종의 위탁매매인이며 거간은 객주와 달리 상품이나 토지·가옥 등의 거래에서 대가를 받고 흥정을 붙이는 일을 전문으로 하는 자를 말한다. 이들은 오늘날의 중개업자와 비슷하다.

거간의 발전적 연혁에 대해서는 세 가지의 견해가 있다. 첫째, 거간이 객주에 의하여 발생되었다는 객주기원설이 있고 둘째, 외국인과의 교역을 중개하는 역할로서 출발하였다는 교역기원설과 셋째, 자연경제시대의 증여·공납 등 개별적 물자유통시기에 있어서도 거간의 역할이 있었다는 물자유통기원설이 있다. 거간의 연혁적 고찰은 거간의 활동을 중심으로 검토하여야 하며, 특히 일반적인 거간의 연혁은 물자유통설에서 찾아야 한다. 조선 말까지는 거간의 활동과 영업구역이 자유로워서 전국적으로 약 1백개의 사무소에 5백여명의 가쾌²⁴⁾가 활동했다고 한다. 그 후로 개인 재산에 대한 소유권 의식의 발달과 상업의 성행으로 거간이 무질서하게 늘어나게 되자 이에 대한 규제가 필요하게 되었다. 그 결과 1890. 5. 5. ‘객주거간규칙’이 제정되었으며 이것을 중개업제도의 효시로 본다.²⁵⁾

거간의 종류는 활동 영역별로 다양한 모습을 보이고 있다. 조선시대에는 객주집에 전속되어 사무처리를 하여주고 구전을 받는 내거간과 객주집 밖에서 통근하는 독립된 외거간이 있었다. 내거간은 동사거간과 노력거간으로 나누어지며 동사거간은 주인과 같이 출자하여 조합적 관계를 유지하면서 상업으로 발생하는 이윤의 축적 등 주인의 기업에 일익을 담당하였고 노력거간은 단순히 노력만 제공하는 역할을 담당하였다. 개성상인 중에는 중국으로부터 수입되는 화물을 중개하는 당화거간과 금전을 중개하는 환전거간이라 불리는 거간도 있었다. 그리고 당시의 어용상인인 육의전과 소비자 그리고 관아와의 사이에 개입하여 중개를 담당했던 여립군이 있었다.²⁶⁾ 또한 농산물 중 미곡의 거래와 관련하여 나타난 거간의 모습도 있었는데 그 중 두감고는 곡물의 두량을 맡아서 하는 자이며 감고는 시장에서 미곡을 거래할 때 이를 승량하고 그 수수료로서 미곡을 받는 자였다고 한다. 미곡의 거래와 관련하여서는 거매라는 거간도 있었는데 은율지방의 시장에서 활동하며 미곡의 매매를 중개하고 매수인으로부터 구전을 받았다고 한

24) 일명 ‘집주름’ 또는 ‘가거간’이라고 불렸으며 가옥의 거간을 전문적으로 하였다.

25) 소성규, 『부동산중개계약론』, 부연사, 1998, p.20.

26) 그러나 ‘여립군’이라는 용어는 그 후 뜻이 변화하여 ‘상점 앞에서 손님을 끌어 들어오게 하여 상점주인으로부터 얼마간의 수수료를 받는 보잘 것 없는 자’ 정도의 폄하된 의미로 사용된다.

다. 그밖에 농민이 쌀가게에 와서 쌀을 매도하는 경우에 흥정을 붙여주고 구전으로 약간의 쌀을 받는 승간군이라는 거간의 모습도 있었다.²⁷⁾ 도시화가 이루어진 경성이나 평양에서는 부동산의 거래, 즉 가옥의 매매나 전당 그리고 임대차의 중개를 전문으로 하는 ‘가쾌’가 있었는데 이를 ‘가거간’ 또는 ‘집주름’이라 불렀다. 조선 개국 502년을 기준으로 그 이전에는 아무런 절차를 밟지 않고도 가쾌가 될 수 있었으나, 이후에는 한성부의 인허를 받을 것을 요하였고 한성부에서는 출원에 의하여 그의 신분을 조사한 뒤에 상당하다고 인정되는 자에 한하여 인허를 하였다고 한다. 그러나 1910년 한일합방 이후에는 이러한 제한이 폐지되어 자유롭게 영업을 하게 되었다. 이들 가쾌가 영업행위를 하는 구역에는 특별한 제한이 없었고, 그의 중개에 의하여 가옥의 매매나 임차 그리고 전당 등이 성립한 경우에는 매매증서 등에 증인으로서 연서하고 또한 보증의 책임을 부담하였다고 한다.²⁸⁾ 가거간 또는 가쾌들이 모여서 영업활동을 하던 사무소를 ‘복덕방’이라고 불렀는데 이는 ‘생기복덕’에서 유래한 말이다. 즉 집을 매수하는 사람은 그 집에서 복과 덕이 발원하고 충만하여 가정이 무병장수하고 자손만대로 화평이 지속되기를 기원했고, 그와 같이 생기복덕하는 집을 거래하는 장소가 바로 ‘복덕방’이었던 것이다.

거간의 기능은 매우 중요하여 ‘객주의 신용과 화물위탁은 거간의 힘에 달렸고 거간은 영업에 불가결한 것으로 객주영업 개시에는 제일 먼저 거간을 선택함에 마음을 써야한다’고 할 정도였다. 초기에는 객주의 서기가 행하는 부수행위로 거간의 업무가 이루어 졌으나 나중에는 거간규칙에 의하여 전업으로 발전되었다. 거간의 영업구역에는 제한이 없었고 임차·전당 등의 성립시에는 증인으로서 서명 및 보증의 책임을 부담하였다. 거간은 동산과 부동산의 거래는 물론 금전의 임차 또는 전당을 매개하기도 하였고 나아가 선박과 어음을 거래하기도 하였다. 또한 거간은 사생활 전반에 걸친 중개업자의 지위를 가지고 있었다. 조선말기까지는 공법과 사법의 관념적 구별이 없었기 때문에 거간의 역할 또한 공법과 사법이 혼재된 상황에서 이루어졌다.²⁹⁾ 일제강점기 이전에는 서양식 상법이 우리나라에 계수되기 전이어서 민사와 상사가 미분리 상태에 있었다. 따라서 사적 생활

27) 조선인의 상업, 조선총독부조사자료 제11집, 1924, p.118.

28) 윤대성, 『한국전세권법연구』, 삼지원, 1988, p.69.

29) 김기수, 전계서, pp.48~52.

의 전반에 걸쳐 중개의 역할은 거간이 담당하였다. 거간은 독립된 상업기관이 아니라 객주 등에 부수한 보조적 기관이었으나 거간의 활동무대는 다른 상업주체보다 훨씬 광범위하였다.

조선후기에 들어와 상업활동이 번성해지면서 거간의 인가제도가 나오게 되었는데 업종의 구별이 없었기 때문에 여러 가지 복잡한 중개업무를 포괄하는 지위에 있었다. 또한 거간은 정부의 관료였다. 즉 조선시대의 중개인은 공인의 지위에서 매도인과 매수인 양자의 공평한 이익을 보호하는 역할을 담당했던 것이다. 그러나 19세기이후 상업이 발달하고 영업이 자유화되면서 관부어용의 상업체제가 점차 붕괴되고 각종 영업이 전문화 되어 갔다. 1893년 이후부터는 한성부에서 신원을 조사한 후 상당한 절차를 밟은 자에 한하여 거간인가증인 첩장을 발급하였다. 그러나 1910년 한일합병조약 이후에는 일본인의 거래활동을 보호하기 위하여 거간의 인가제는 폐지되고 자유영업화가 되었다.³⁰⁾

2. 主要 國家의 立法例

부동산중개계약제도는 나라마다 독특한 역사적배경과 민족적 특성 또는 사회적·경제적 환경에 따라 차이를 가질 수 밖에 없다.³¹⁾ 즉 나라마다 사상과 이념이 서로 다르고 경제적 발전정도나 정부정책 등의 차이로 인해 부동산에 대한 인식과 부동산중개계약에 관한 제도가 일반적으로 동일하지 않다고 할 것이다. 그러나 부동산중개계약의 법리는 유사하다고 보아야 할 것이므로 부동산중개제도에 관한 주요 국가의 입법례를 살펴 비교함으로써 우리나라의 부동산중개계약제도의 명암을 보다 객관적으로 조명해 볼 수 있을 것이다.

1) 西歐圈

(1) 美國

미국에서는 부동산거래시 부동산중개업자와 중개의뢰인이 일반중개계약, 전속중개계약, 전임중개계약(독점대리권중개계약), 공동중개계약, 순가중개계약 등의 계약제도를 두고 있다. 통상 부동산 소유자가 부동산을 매각할 때는 부동산회

30) 소성규, 전계서, pp.24~27.

31) 김기수, 전계서, p.8.

사 또는 부동산중개사와 부동산매각대행계약(listing agreement)을 맺는다. 이러한 리스팅계약을 하면 중개업자들이 정보를 서로 공유하고 교환하는 거래정보망인 MLS(Multiple Listing Service)를 조직적으로 운영하여 신속하고 정확한 부동산 거래를 도모하고 있다. MLS에 참가하지 않은 부동산회사나 부동산중개사는 독자적으로 리스팅계약을 체결한 물건만 판매할 수 있으나 MLS에 참가한 부동산중개사 등은 거래정보망에 등록된 모든 물건을 거래할 수 있기 때문에 빠른 시일 내에 거래를 성사시킬 가능성이 높다.

미국의 부동산중개계약서에는 매도인이 부동산의 정보(건물의 하자·보증금·가격 등)에 대한 보증을 하며 MLS의 모든 업무(특히 수수료 및 건물에 대한 정보를 잘못 설명함으로 인해 발생한 손해액)와 관계가 있다는 내용을 중개업자에게 밝힌다.³²⁾ 또한 에스크로(Escrow)업이 발달되어 있는데, 에스크로는 에스크로회사, 변호사, 상업은행, 권원보증회사 등이 제3자의 중립적인 입장에서 부동산거래에 관한 모든 서비스를 제공하는 것을 말한다. 미국에 있어서의 대부분의 부동산 거래는 이러한 에스크로를 통해서 이루어지고 있다.³³⁾ 에스크로는 특히 부동산거래 계약시 수수되는 계약금과 계약 이후 잔금 지급시까지의 불안한 계약자의 지위를 보증함으로써 거래 당사자는 물론 중개업자의 업무상 위험을 덜어 주는 기능을 한다. 주택임대차의 경우 우리나라와 달리 주택소유자는 주택임대차계약서에 세입자에게 추천서(일종의 신원보증서)의 제출을 요구한다.³⁴⁾

중개보수료의 결정은 특약으로 가능하고 부동산의 종류와 부동산중개계약에 따라 그 액수가 다르지만 매도인이 매매금액의 약 4% 내지 6%를 지급하는 것이 보통이다. 매수인은 중개보수료를 지급하지 않고 연방주택도시개발성(HUD)에서 정한 변호사료, 권원조사비, 감정평가료, 보험료, 세금 및 부담금의 배분액 그리고 에스크로 요금 등을 지불해야 한다. 특히 중개업자와 매도의뢰인이 독점매도권계약(exclusive right to sell listing contract)을 체결한 경우에는 매도인 본인

32) 김학환, “중개계약 및 체크리스트제도 도입에 따른 문제점과 전망”, 『월간공인중개사』, 부동산연구사, 1999. 11, p.14.

33) 강해규 외, 전계서, p.62.

34) 집주인은 주택을 임차하여 사용할 세입자가 착실한 사람인지 궁금하고, 신뢰할 수 있는지 확인하기 위해 세입자의 직장 고용인과 이전에 거주하던 집주인의 추천서를 받고자 한다. 또한 집세는 8개월 내지 1년치를 계약과 동시에 미리 받는다. 그리고 계약 기간 만료 전에 이사를 할 경우에는 계약기간 만료 90일전에 주인에게 통지하여야 한다는 의무조항을 통상적으로 명시한다.

이 직접 매수자를 찾아서 부동산을 매각하였더라도 중개업자에게 지급하기로 약정한 수수료를 지불해야만 한다. 다만 독점대리권계약(exclusive agency listing contract)을 체결한 경우에는 중개수수료를 지불하지 않는다.³⁵⁾

(2) 英國

영국의 부동산중개계약은 개인계약(private treaty)과 경매(auction)로 나뉘어 있고, 경매는 경매인인 적산사(Chartered Surveyor)의 사무소, 공설경매장 또는 미리 지정한 장소에서 한다. 영국에서 부동산중개계약은 대리인을 통하여 부동산을 거래하는 형태로 이루어지며 부동산중개계약은 전속중개계약이 원칙이다. 여러 중개업자에게 중복하여 의뢰하는 일반중개계약과 그리고 독점중개계약도 가능하지만 적산사(Chartered Surveyor)는 이러한 계약은 취급하지 않는다. 개인계약은 대리(agency)의 거래형태로 이루어지나, 매도인의 대리인만으로 중개하는 경우와 매도인과 매수인이 각각 대리인을 세워서 다수의 중개업자에 의해 거래하는 경우가 있다.

부동산중개사 자격은 왕립측량사협회(RICS ; Royal of Charered Surveyor)에서 부여하고 있는데, 적산사(Chartered Surveyor)는 토지 적산을 비롯하여 평가와 중개업무까지 담당하고 있다. 부동산중개업무를 수행하는 적산사는 그 자격의 취득이 상당히 어렵다.³⁶⁾ 부동산중개는 적산사 또는 측량사가 하며, 계약서 작성은 보통 매도인과 매수인이 각각 솔리시터(Solicitor)라 불리는 변호사를 세워서 한다. 솔리시터 제도는 토지거래의 공평성 확보 방법으로 영국에서 자리를 잡고 있다.

부동산중개사의 중개업무는 주택의 매각 또는 임대차의 중개, 상업과 공업용 부동산의 매각 또는 임대, 토지에 관한 대리인, 부동산·골동품 가축 등의 경매 업무 등이다. 중개보수는 중개업자와 의뢰인이 계약에 의해 자유롭게 정할 수 있지만 관행상 매도인은 금액에 따라 매매대금의 2% 내지 5%이며 매수인은 1.5%

35) 강해규 외, 전제서, p.64.

36) 적산사의 자격취득의 방법은 여러가지다. 첫째, 대학교나 단과대학에서 왕립측량사협회가 인정하는 부동산학과와 전문교육을 이수하는 것으로, 여기에는 전일제 과정 또는 샌드위치 과정이 있는데, 이 경우에는 시험이 면제된다. 둘째, 왕립측량사협회가 인정하지 않는 대학에서 졸업할 경우 왕립측량사협회가 요구하는 시험에 합격해야 한다.

내지 3%를 지불한다. 그리고 임대차는 초년도 임대료의 10%이며 부동산관리의 경우 총임대료의 5%, 월정수금액의 7.5%, 농장은 수금액의 10%이다.

(3) 프랑스

부동산중개계약은 일반위탁과 전속위탁의 두 가지 형식으로 정하여져 있으며 1970년에 제정되고 1974년부터 시행된 부동산거래업법에 의해 서면계약으로 체결하도록 정하고 있다. 이 법에 의해 부동산중개업자는 ‘프로페셔널 카드’라는 면허를 취득해야 한다. 부동산중개업자는 부동산의 구매·매각·임대에 있어 중개인이나 대리인으로서 행동한다. 파리 등 대도시에서는 중개업·관리업·개발업 등으로 분류되어 전문화되고 있으나, 지방도시에서는 분화되지 않고 일반부동산업자가 모든 업무를 겸하고 있다.³⁷⁾ 프랑스에서는 공증인이 중요한 역할을 하고 있는데, 부동산매매계약서는 공증인의 면전에서 작성하고 공정증서의 형식을 취해야 하며 공정증서가 없으면 등기부에 등기가 되지 않는다. 프랑스는 토지와 건물이 일체가 된 복합부동산을 주로 거래하며 도시의 경우 나대지만 거래되는 경우는 거의 찾아 볼 수 없다.

중개보수는 매도인과 매수인이 각각 절반씩 부담하는 것이 원칙이지만 물건의 종류와 의뢰경로에 따라 보수규정이 복잡하여 매도인이 전액 부담할 때도 있고 매도인과 매수인이 특약으로 부담비율을 달리 정하기도 한다. 표준보수액은 쌍방이 부담하도록 되어 있는데, 파리지내의 경우는 주택매매가의 7%, 파리 교외는 매매가의 8%, 아파트지구는 매매가의 10%이며 상업용 건물은 일률적으로 10%, 임대차 건물도 일률적으로 임대료의 10%, 파리의 공동주택 관리수수료는 평균 연임료의 7%이다.

(4) 獨逸

독일에서 처음으로 부동산중개업이 법적으로 인정된 것은 1460년 Konstanz에서 부터였고 그 후 1685년에 Frankfurt, 1701년에 Hamburg, 그 후에는 거의 대부분의 도시에 확대되게 되었다. 독일에서 사법상의 중개업법이 처음으로 제정된 것은 1790년의 프로이센 일반판트법에서 비롯되었으며 1861년에는 독일 일반상법

37) 강해규 외, 전계서, p.71.

전에 규정되었고 민법전에 규정된 것은 19세기 작센민법전에서 부터였다. 그리고 민사중개인과 상사중개법이 구별된 것은 역사적으로 1900년 독일상법전(HGB)이 제정되면서 부터이다.³⁸⁾

독일 민법의 부동산중개계약은 부동산중개인에게 중개의무가 없고 중개계약이 성립될 경우 부동산중개의뢰인은 부동산중개계약에 의하여 합의된 중개보수의 지불의무를 가진다는 것이 특징이다.³⁹⁾ 독일의 부동산중개업자는 토지나 주택, 영업용 점포의 매매 또는 임대를 중개한다. 영업용 부동산에 대해서는 본래의 중개업무를 훨씬 넘어 넓은 의미에서의 서비스업도 행하고 있다. 부동산중개사의 자격을 얻기 위해서는 RDM(Bunderverband Ring Dertscher Makler e. v.)이라고 하는 부동산 전문업자협회의 회원이 되어야 한다.⁴⁰⁾

부동산 거래에 따른 절차는 계약서 작성, 시·군·면에 매매계약의 신고, 토지감정위원회에 신고, 등기 등으로 이루어지며 이러한 거래절차의 모든 국면에는 공증인이 관여하도록 함으로써 거래의 공정, 사무절차의 신속성을 확보하고 있다. 독일의 부동산중개계약은 부동산중개업자연맹에서 설정한 약관을 원용하여 작성하도록 회원에게 의무를 부여하고 있다. 관공서 규정상 중개보수는 주택매매의 경우 매도인이나 매수인이 각각 3.33%를 부담하도록 규정하고 있다.

부동산중개계약에 관하여 독일은 민법의 채무법 제7장 제8절에 민사중개계약에 관한 규정을 두고 있는 바, 주로 중개보수청구권에 관한 내용이다. 독일민법 제652조는 중개보수청구권의 발생에 관하여 ‘계약체결을 위한 기회의 소개 또는 계약의 주선에 대하여 중개료를 약속한 사람은 계약이 중개업자의 소개 또는 주선으로 인하여 성립한 경우에만 중개료를 지급할 의무를 진다. 계약이 정지조건부로 체결되는 때에는 조건이 성취된 때에만 중개료를 청구할 수 있다. 중개업자가 지출한 비용은 특약이 있는 경우에만 상환을 청구할 수 있다. 이는 계약이 성립하지 아니하는 경우에도 또한 같다’라고 규정하고 있다. 그리고 동법 제653조는 중개료에 대해 ‘제반사정에 비추어 보수를 지급해야만 중개업자에게 위탁된 급부를 기대할 수 있는 때에는 보수의 지급은 묵시적으로 합의된 것으로 본다.

38) 소재선, “독일민법상 중개계약”, 『경희법학』 제36권 제1호, 경희대법학연구소, 2001. 8, p.146.

39) 김기수, “부동산중개업자와 그 중개계약에 대하여”, 『사법행정』 제106호, 한국사법행정학회, 1969. 10, p.37.

40) 김여원, “부동산중개사고예방에 관한 연구”, 건국대학교대학원 석사학위논문, 2001, p.15.

보수액의 정함이 없는 때에는 공정의 보수규정이 있으면 규정상의 보수가, 그 규정이 없으면 통상의 보수가 약정된 것으로 본다'라고 규정하여 민사중개인의 보수를 다소 두텁게 보호하고 있는 것으로 보인다. 또한 동법 제654조에서는 중개 보수청구권 등의 상실에 대하여 '중개업자가 계약내용에 반하여 상대방을 위해서도 활동하는 때에는 중개료 및 비용상환의 청구권은 배제된다'라고 규정하여 신의성실의무와 신의칙에 반하는 중개행위를 하는 경우에는 중개보수청구권을 박탈하고 있다.⁴¹⁾

2) 東洋圈

(1) 日本

일본에서는 일반중개계약·전속중개계약·전임전속중개계약 등 3종류의 중개계약제도를 두고 있지만 대부분 전속중개계약을 체결한다. 부동산중개업자는 중개계약이 체결될 경우 5일 이내에 건설대신이 지정한 부동산유통기구에 물건을 등록하고 2주에 1회 이상 부동산중개의뢰자에게 업무처리상황을 보고하는 등 거래계약 성립을 위하여 최선을 다하는 책임중개를 지향하고 있다.

일본의 부동산중개제도는 1952. 6. 10. 법률 제176호로 택지건물취인업법이 제정되면서부터 법제화가 되었다.⁴²⁾ 1980년도에는 택지건물거래업법의 개정을 통하여 중개의뢰계약에 관한 법규를 신설하였다(택지건물거래업법 제43조의2, 동법 시행규칙 제15조의 7). 그 내용은 ①중개의뢰계약의 서면화 ②중개의뢰계약형식의 제시(일반중개의뢰계약, 전속중개의뢰계약) ③표준중개의뢰계약 약관의 도입으로 대별할 수 있다.⁴³⁾ 이 법규를 신설하기 이전에는 민법전 내에도 민사중개에 관한 규정이 따로 없었던 관계로 구두에 의해 중개계약이 이루어지는 경우, 구두계약의 법률적 불명확성으로 인하여, 중개의뢰인과 중개업자인 택지건물거래업자 사이에 많은 분쟁이 발생하였다.⁴⁴⁾ 따라서 일본의 경우 사회적으로 부동산중개계약제도가 정착한 때는 부동산중개계약제도가 법제화되고 부동산중개업계의 부동산정보유

41) 양창수 역, 『신판 독일민법전』, 박영사, 2001, p.357.

42) 택지건물취인업법은 1957. 5. 27. 법률 제131호로 택지건물취인주임(우리나라의 '공인중개사'와 비슷함)제도를 도입하여 부동산전문가를 양성하고 있으며 1964년에는 영업등록제에서 면허제를 채용함으로써 영업개시를 엄격하게 하고 있다.

43) 宅地建物取引業法令研究會(編), 『不動産の標準媒介契約約款』, 住宅新報社, 1982, p.180.

44) 明石三郎, 『不動産仲介契約の研究(増補)』, 一粒社, 1981, p.1.

통기구가 활성화되기 시작한 1980년대 초반부터라고 보여 진다. 이를 통해 일본은 부동산거래에 있어서 문서위주의 유통제도가 뿌리를 내리게 되었으며 미국의 MLS(Multiple Listing Service)의 영향을 받아 1990년부터는 부동산거래정보망인 REINS(Real Estate Information Network System)가 시행되었다. 이 시스템의 시행에 힘입어 협회의 회원이 등록한 물건을 컴퓨터로 거래할 수 있게 되었다. 다만 이러한 부동산거래정보망이 일본 건설성의 주도로 만들어짐에 따라 부동산중개업계의 주장이 충분히 반영되지 못하였다는 평가를 받고 있다.⁴⁵⁾

중개업자의 업무내용은 택지와 건물의 매매와 교환, 택지·건물의 매매, 교환, 임대와 대리·매개를 행하는 일 이외에 부동산컨설턴트, 건축설계대리, 수도배관설계의 공사대리, 토지의 형질과 면적, 건물의 구조에 관한 제반서류의 작성 등이다. 중개보수는 매매·교환의 경우 거래가액의 3% 내지 5%이며 매매·교환의 대리에 관한 보수액은 계산방식에 따라 산출된 중개보수액의 2배까지 청구할 수 있다. 임차의 매개에 대한 보수액과 임차의 대리에 관한 보수액은 쌍방으로부터 받는 보수액의 합계액으로 하되 그 합계액은 차임 1개월분에 상당하는 금액이내로 한다.



(2) 臺灣

대만은 중국인 특유의 재산관리방식에 따라 본래 중개업이라는 직업이 없었으나 1980년 이래 활성화되기 시작하여 1989년에 처음으로 부동산중개조례를 마련했다. 중개책임자가 되기 위한 필기시험에 응시하기 위한 자격으로는 대학을 졸업하고 실무경력 1년 이상, 전문대학을 졸업하고 실무경력 2년 이상, 고등학교 졸업 후 실무경력 3년 이상이 되어야 한다. 또 중개보조원이 되기 위한 시험제도도 두고 있는데 이 시험에 응시하기 위해서는 고등학교 졸업 후 실무경력이 1년 이상일 것을 요구하고 있다. 업무영역은 부동산 알선중개·부동산 매매·위탁계약수리·부동산임대 등이며 중개수수료는 매도인이 부담하고 수수료의 요율체제는 3단계로 되어 있다.⁴⁶⁾

45) 부동산경제신문, 1990. 5. 23. p.2.

46) 김여원, 전계논문, p.16.

3) 舍意

우리나라의 현행 부동산중개계약 제도를 조명해 보기 위하여 주요국가의 입법례를 살펴본 결과, 각국이 가지고 있는 고유한 특성에 따라 부동산중개계약 제도가 조금씩 차이를 알 수 있다. 미국의 경우, 통상 부동산 소유자가 부동산을 매각할 때, 부동산회사 또는 부동산중개사와 부동산매각 대행계약(listing agreement)을 맺고, 이러한 리스팅 계약을 바탕으로 중개업자들이 정보를 서로 공유하고 교환하는 거래정보망을 조직적으로 운영하여, 신속·정확한 부동산 거래를 도모하고 있는 것은, 선진화된 부동산중개시스템으로서 매우 바람직하다. 또한 미국의 부동산중개계약서에는 매도인이 부동산의 정보(건물의 하자, 보증금, 가격 등)에 대한 보증하도록 하고 있는데, 이는 고의적으로 거래대상물건의 하자를 숨기고자 하는 매도인에게 하자담보책임을 묻는다는 점에서 효과적인 제도라고 할 수 있다.

영국의 경우에는 중개수수료를 자율화하여 당사자의 자유로운 의사에 의해 결정하도록 하고 있다. 이는 계약자유의 원칙에도 부합하는 제도로서 중개활동의 난이도에 따라 노력의 차등이 있을 수 밖에 없는 점 등을 감안할 때 매우 합리적이다. 이러한 영국의 중개수수료제도는 지나치게 낮은 수수료율⁴⁷⁾로 획일적 규제를 하고 있는 현행 중개보수제도의 개선점을 시사하고 있다.

프랑스에서 채택하고 있는 부동산중개계약의 서면화제도는 부동산중개계약의 내용과 효력을 명확히 하는데 큰 도움이 된다. 이와 같은 프랑스의 부동산중개계약 서면화제도는 중개업자와 의뢰인간에 체결되는 부동산중개계약이 통상 구두로 이루어짐에 따라 발생하는 입증곤란 등의 문제점을 미연에 방지하는 제도로써 매우 바람직하다.

독일의 경우에는 독일 민법전에 부동산중개계약이 규정되어 있음으로 인해 부동산중개계약의 법적 성질을 명확하게 할 수 있는 장점이 있다. 우리나라에서도 최근, 민법전에 중개계약을 도입하는 내용의 개정안이 입법예고 된 것은 이러한 독일 민법전의 영향을 받은 것으로 보인다.

일본의 경우 택지건물거래업법에서 부동산중개계약의 서면화를 의무사항으로

47) 공인중개사법 제32조 제3항, 동법시행규칙 제20조에서 토지의 경우 중개대상물 거래 가격의 0.9%이하, 주택의 경우는 0.5%이하로 규제하고 있다.

규정해 둔 것은 통상의 부동산중개계약이 구두로 이루어짐에 따라 법률관계가 명확하지 않고 분쟁이 자주 발생하는 문제를 예방하는데 매우 효과적으로 기여하고 있다. 부동산중개계약을 의뢰인이 원할 경우에 한하여 서면으로 체결하도록 함으로써 계약의 서면화가 거의 이루어 지지 않고 있는 우리나라의 부동산중개 계약 현실에 비추어 볼 때 이러한 부동산중개 계약서면의 의무화 제도는 하루속히 도입할 필요가 있다.

부동산중개수수료율에 관한 주요 외국의 수준은 우리나라의 현행 부동산중개수수료율과 비교해 볼 때 그 차이가 매우 큼을 알 수 있다. 우리나라에서도 지나치게 낮게 책정된 현행 부동산중개수수료율을 현실화하여 보다 충실한 중개서비스가 이루어 질 수 있도록 유도하는 것이 필요하다고 하겠다.

살펴본 바와 같이 주요 외국의 부동산중개계약제도는 일찍이 선진화되어 매우 합리적으로 운용되고 있음을 보여 주고 있다. 이와 같이 선진외국의 발달한 부동산중개계약제도는 현행 우리나라 부동산중개계약제도의 문제점과 개선점을 동시에 시사하고 있다.

3. 不動產仲介契約 制度의 發展過程

1) 紹介營業法下의 不動產仲介契約

일제강점기인 1922년에 조선인의 부동산거래를 단속·관리하기 위한 목적으로 경기도령 제10호로 소개영업취체규칙을 공포·시행했으나 민사중개에 내재하는 법적 문제점을 해결하지 못한 채 그대로 지속되어 오다가 1961. 9. 23. 법령 제 726호로 소개영업법이 제정되었다. 최초의 소개영업법은 혼인의 중매와 고용자의 소개까지 가능하도록 하였다(소개영업법 제2조). 그러나 돈을 받고 혼인을 중매하는 것은 공서양속에 반하며 또한 당시의 직업안정법상 직업소개는 공익사업으로 인식되었으므로 혼인의 중매와 유료의 직업소개는 인정하지 않았다. 이에 따라 1962. 9. 3. 법률 제1134호로 소개영업법이 개정되면서 혼인의 중매와 고용자 등의 소개에 관한 내용은 소개영업법에서 삭제되었다.

소개영업법제하에서의 소개영업자들은 부동산외에 동산까지 중개의 대상으로 하였고 관할관청에 영업신고만 하면 누구나 영업을 가능했으므로 소개영업을 하

고자 하는 자는 관할 구청장·시·읍·면장에게 신고 후 바로 영업을 할 수 있었다(동법 제3조). 이와 같은 제도는 소개영업에 대한 진입을 용이하게 함으로써 소개영업자의 수적 팽창을 가져왔다. 1970년, 전국의 소개영업자는 20,218명, 1976년에는 24,963명, 1978년에는 35,450명, 1980년에는 38,146명으로 급증하였다.⁴⁸⁾ 전문성의 검증없이 양산된 대부분의 소개영업자들은 거래계약 대상물건에 대한 권리관계의 하자가 발견되어도 책임을 지지 않았고 현장안내 정도에 그치는 낮은 수준의 서비스를 제공하는데 불과했다.⁴⁹⁾

2) 不動産仲介業法下の 不動産仲介契約

60년대부터 시작된 경제개발계획의 추진과 대대적인 국토개발에 따라 도시화가 가속되면서 급격한 택지의 수요를 불러왔다. 택지의 급격한 수요는 지가의 급등을 가져왔고 부동산투기 등의 사회적 부작용을 야기하였다. 이에 따라 정부에서는 효율적이고 공정한 부동산거래질서를 확립하기 위하여 부동산거래에 대한 통제와 단속의 불가피성을 인식하기에 이르렀다.

1961. 9. 23. 법령 제726호로 소개영업법이 제정·시행된 이후 소개영업법이 안고 있는 문제점을 개선하기 위하여 1975년 의원입법, 1978년 부동산거래중개업법(안) 및 1979년 부동산중개업법(안) 등을 거쳐 1983. 12. 30. 공인중개사제도를 중심으로 한 부동산중개업법이 제정(법률 제3676호)되었다. 부동산중개업법은 국민의 재산권보호라는 공법적 측면과 중개업자와 중개의뢰인간의 부동산중개계약상 손해배상책임이나 중개수수료 관련 내용들의 사법적 측면이 혼재하고 있었다.

최초의 부동산중개업법은 거래사고방지와 거래질서 확립을 위한 내용들을 중심으로, 부동산중개업을 허가제로 규정하고, 공인중개사제도를 부분적으로 도입하는 등, 부동산중개업자의 공신력을 높이는데 중점을 두었다. 궁극적으로 부동산중개업법은 부동산중개업자에 대한 적절한 규율을 통하여 건전한 부동산거래질서를 확립하고, 나아가 국민의 재산권을 보호하고자 함에 그 목적을 두었다.

동법의 주요골자를 살펴보면 다음과 같다. (1)부동산중개업을 하고자 하는 자는 시장·군수·구청장의 허가를 받도록 하고 있다(제4조). (2)공인중개사제도를

48) 김기수, “부동산중개업법제정의 배경에 관한 고찰”, 『법학논총』 제2집, 한양대법학연구소, 1985, p.46.

49) 황영두, 전계논문, p.20.

확립하여 공인중개사자격을 가진 중개업자는 전국을 영업지역으로 하고 그 이외의 중개업자는 그 영업소가 소재하는 시·군·구에서만 영업을 하도록 한다(제8조, 제9조). (3)중개업자는 허가관청의 관할구역 안에 영업소를 두되 원칙적으로 2개이상의 영업소를 둘 수 없도록 한다(제11조). (4)공정한 중개가 되도록 하기 위하여 중개업자가 중개의뢰를 받은 때에는 그 중개대상물건의 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 등을 확인하여 그 권리를 취득하고자 하는 자에게 이를 성실, 정확하게 설명하도록 한다(제17조). (5)중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 입힌 때에는 그 손해를 배상하도록 하고 이를 보증하기 위하여 재정보증인을 선임하거나 보증보험가입 또는 공탁을 하도록 한다(제19조). (6)중개업자의 자질향상 및 품위유지와 중개업에 관한 제도의 개선 등을 자율적으로 수행하게 하기 위하여 부동산중개업협회를 설립토록 한다(제37조).

이와 같이 부동산중개업법은 공인중개사제도를 신설하는 등의 규정 등을 들으로써 그 동안 무질서하게 방치되었던 부동산거래 질서를 바로 잡는데 많은 기여를 하였다고 할 수 있다. 다만 부동산중개업법은 시행상 드러난 문제점들을 보완하기 위하여 1984년 시행된 이래로 2000년까지 무려 여덟 번이나 개정을 하게 된다. 이와 같이 빈번하게 개정을 하였음에도 불구하고 부동산중개업법이 안고 있는 문제점들을 보완하는 데는 미흡했다는 평가를 받아왔다. 특히 부동산중개업법이라는 명칭을 가지고는 마지막 개정되었던, 2000년 1월에 공포되고 동년 7월 29일부터 시행되었던 다음과 같은 규정들은 법제정 취지와는 거리가 먼 무분별한 개정이었다는 비판을 받았다. 첫째, 중개인의 영업구역을 특별시·광역시·도의 관할 구역으로 범위를 확대한 내용이다. 이것은 전문성이 공식적으로 검증되지도 않은 중개인에게 영업구역만 확대해 주는 불합리한 개정이었다(동법 제9조 제1항). 둘째, 중개대상물에 대한 확인·설명사항을 확대하여 입지여건 및 내부상태까지 기재하도록 하는 체크리스트제도를 도입했다(동법 제19조의2 신설). 그러나 이것은 부동산중개업자가 현실적으로 모두 파악하기에는 곤란한 부분까지를 나열한 것으로서, 지나치게 부동산중개업자의 책임을 가중시켰을 뿐만 아니라, 도입된 체크리스트가 토지에 대해서는 거의 관련이 없는 항목들로 이루어져 있는 등의 문제로 인하여 실효성을 확보하지 못하였다. 셋째, 중개사무소의 명칭

사용제한을 폐지했는데 이는 부동산중개업자에 대한 불신이 높은 현실여건을 도외시 한 것으로써 무자격자들도 자격자인양 버젓이 영업활동을 하도록 조장하는 결과를 초래하였다.

3) 公認仲介士法上の 不動産仲介契約

여러 차례의 개정에도 불구하고 부동산중개제도의 현실개선에 미흡했던 부동산중개업법은 2005. 12. 7. 법률 제7710호로 공포된 공인중개사법으로 대체 되었다. 그 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 중개업자에게 소속되는 사용인의 신고의무를 신설하였다. 즉, ‘중개업자는 소속공인중개사 또는 중개보조원을 고용하거나 해고한 때에는 건설교통부령이 정하는 바에 따라 등록관청에 신고하여야 한다’(동법 제15조 제1항)는 규정을 둬으로써 아무런 규제를 받지 않고 무책임하게 중개행위를 하는 소속 불명의 중개보조원들을 어느 정도 통제할 수 있게 되었다.

둘째, 사무소의 명칭사용에 대한 의무조항이 신설되었다. 즉, ‘중개업자는 그 사무소의 명칭에 “공인중개사사무소” 또는 “부동산중개”라는 문자를 사용하여야 한다’(동법 제18조 제1항). 그리고 ‘중개업자가 아닌 자는 “공인중개사사무소”, “부동산중개” 또는 이와 유사한 명칭을 사용하여서는 아니 된다’(동법 제18조 제2항). 또한 ‘등록관청은 제1항 및 제2항의 규정을 위반한 사무소의 간판 등에 대하여 철거를 명할 수 있다. 이 경우 그 명령을 받은 자가 철거를 이행하지 아니하는 경우에는 행정대집행법에 의하여 대집행을 할 수 있다’(동법 제18조 제3항). 라고 규정함으로써 무자격자들의 불법 중개업소를 정비함으로써 불법적인 부동산중개계약을 차단하는데 도움이 될 것으로 보여 진다. 그러나 사무소의 명칭에 ‘공인중개사’ 또는 ‘부동산중개업자’라는 문자를 사용하도록 하는데 그칠 것이 아니라 자격증 소지자의 실명을 반드시 사용하도록 법제화할 필요가 있다. 그래야만 책임중개의 실효성을 거둘 수 있을 것이다.

셋째, 부동산거래신고의무의 신설이다. 즉, ‘매도자와 매수자인 거래당사자는 토지 또는 건축물의 매매에 관한 거래계약서를 작성한 경우 부동산의 실제 거래가격 등 대통령령이 정하는 사항을 거래계약의 체결일로부터 30일 이내에 당해 토지 또는 건축물 소재지의 관할 시장·군수 또는 구청장에게 공동으로 신고하여

약' 하고(동법 제27조 제1항), 중개업자가 거래계약서를 작성·교부한 때에는 당해 중개업자가 신고를 하여야 하도록 규정하였다(동법 제27조 제2항). 이 규정을 토대로 부동산의 실제거래가액이 투명하게 드러남에 따라 세원이 확보되는 것은 물론 사회적으로 문제가 되고 있는 부동산투기를 근본적으로 차단하는 데에도 일조를 할 것으로 기대하고 있다. 이와 더불어 2005. 12. 29. 법률 제7764호로 개정된 부동산등기법 제41조 제1항 제9호의 규정에 따라 부동산의 실제거래가액을 부동산등기신청서에 기재하도록 하였다. 그러나 이와 같이 부동산 실제 거래가액을 부동산등기부에 기재토록 하는 경우에는, 자칫 부동산등기의 공시력과 추정력을 악용하여, 부동산거래가액을 의도적으로 조작하려는 탈법행위가 조장될 우려가 있다.

넷째, 경·공매 입찰신청의 대리를 가능하게 함으로써 부동산중개업자의 중개계약업무에 관한 영역을 확대하였다. 즉, '중개업자는 민사집행법에 의한 경매 및 국세징수법 그 밖의 법령에 의한 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선과 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 할 수 있다'라고 규정(동법 제14조 제2항)함으로써 종래 변호사·법무사에게만 허용되던 동 업무를 중개업자도 가능하도록 하였다. 이는 공인중개사 등의 업무내용에 비추어 볼 때 좀 더 일찍 도입이 되었어야 할 규정이며 타당한 입법이다.

第3節 不動産仲介契約의 類型과 法的 性質

부동산중개계약은 계약조건과 내용 그리고 계약 당사자의 권리와 의무에 따라 각양각색으로 이루어지지만 앞에서 살펴본 주요 국가의 부동산중개계약제도, 특히 미국·일본의 부동산중개계약제도 등을 참고하여 다음과 같이 몇 가지 유형으로 분류할 수 있다.

1. 不動産仲介契約의 類型

1) 一般仲介契約(Open Listing Contract)

일반중개계약이란 한 사람의 중개의뢰인이 여러 부동산중개업자에게 의뢰한 후 먼저 거래를 성사시킨 부동산중개업자에게 보수를 지불하는 형태의 부동산중개계약으로서 공인중개사법 제22조에 규정되어 있다. 일반중개계약은 특별한 형식없이 중개의뢰인의 중개 청약과 중개업자의 승낙으로 이루어지는 불요식 낙성계약으로서 통상 구두로 체결되므로 중개계약당사자, 특히 중개의뢰인의 입장에서 선호하는 계약유형이다. 형식에 구속을 받지 않고 구두로 간편하게 이루어진다는 점에서는 긍정적이라고 하겠으나 계약 당사자가 중개계약에 따라 반드시 부동산거래계약을 성사시켜야 하는 강제적인 의무와 책임이 없는 관계로 대부분의 경우 부동산중개업자에게는 불리한 중개계약이라고 할 수 있다. 즉 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 의뢰한 후에도 스스로 거래 상대방을 찾아서 부동산중개업자를 배제시킨 채 직접 거래계약을 체결할 수 있으며, 이러한 경우 중개의뢰인은 중개업자에게 중개수수료를 지불할 의무가 없다. 그리고 다수의 부동산중개업자 중 누구든지 먼저 부동산거래계약을 성립시킨 자 만이 중개보수청구권을 가진다.⁵⁰⁾

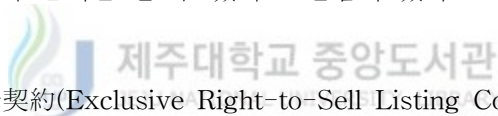


2) 專屬仲介契約(Exclusive Agency Listing Contract)

전속중개계약은 특정한 중개업자와, 반드시 법령상 정해진 표준계약서에 의하여 체결하도록 함으로써, 대부분 불특정 다수의 중개업자와, 비서면화로 이루어지는 일반중개계약의 단점을 상당부분 보완해 주는 중개계약의 유형이라고 할 수 있다. 부동산중개업법 제4차 개정(1993. 12. 27 법률 제4628호)에 의하여 처음 도입되었으며, 현행 공인중개사법 제23조에 규정되어 있다. 전속중개계약의 표준약관상 부동산중개의뢰인은, 특정한 부동산중개업자에게만 중개의뢰를 하도록 하고 있음에 따라, 중개계약 기간 중에 부동산중개의뢰인이 다른 부동산중개업자를 통하여 부동산거래계약을 체결하게 되더라도, 전속중개계약상의 중개업자는 중개의뢰인으로부터 전속중개계약으로 정한 중개수수료를 받을 수 있다. 즉, 부동산중개의뢰인은 그 부동산중개계약의 전속중개계약 기간 중에 다른 부동산중개업자에게 중복하여 중개의뢰를 해서는 안된다는 의무를 부담하고 있다. 그러므로

50) 이증수, “부동산중개계약에 관한 연구”, 영남대학교대학원 석사학위논문, 2002, p.20.

부동산중개의뢰인이 다른 부동산중개업자를 통하여 거래를 성사시킨 경우에도, 중개에 관하여 전속적 권한을 부여받은 부동산중개업자에게 보수지급의무를 부담하게 되는 것이다. 전속중개계약을 체결할 때 유효기간에 관한 규정을 두지 아니한 경우에는 해지가 없는 한 불확정적인 전속중개계약이 유효하게 존재한다고 보는 것이 다수설이다.⁵¹⁾ 전속중개계약은 부동산중개업자에게 중개권을 독점적으로 부여하는 점에서 후술하는 독점중개계약과 같다. 그러나 중개의뢰인이 직접 거래를 성사시킨 경우에는 중개수수료를 중개업자에게 지급하지 않아도 되는 점에서, 중개의뢰인이 직접 거래를 성사시키는 경우에도 중개수수료를 중개업자에게 지급해야 하는 독점중개계약과는 다르다. 이러한 전속중개계약은 부동산거래정보망에 중개대상물을 등록함으로써 빠른 시간 내에 거래를 성사 시킬 수 있을 뿐만 아니라 부동산중개업자에게는 약정한 중개계약기간 동안 중개보수가 안정적으로 보장된다는 장점도 있지만, 일반중개계약과는 달리 한 부동산중개업자에게만 중개를 의뢰하기 때문에 그 중개업자가 실력이 없거나 불성실한 경우에는, 중개의뢰인에게 불측의 손해를 줄 수 있다는 단점이 있다.



3) 獨占仲介契約 (Exclusive Right-to-Sell Listing Contract)

독점중개계약은 부동산 중개에 있어서 독점적인 권리를 특정 부동산중개업자에게 부여하는 계약의 방식을 말한다. 일단 독점중개계약이 체결되면 약정기간 중에는 거래계약을 누가 성립시켰는가에 관계없이 독점중개계약을 약정한 부동산중개업자가 그 중개수수료를 받게 된다. 이를 독점매도권중개계약 이라고도 한다. 중개의뢰인이 다른 중개업자를 통하지 않고 자신이 직접 부동산을 거래하였다더라도 독점중개계약을 체결한 부동산중개업자에게는 약정한 중개수수료를 지급해야 하는 의무가 발생한다. 즉 이 독점중개계약은 약정한 부동산중개업자에게만 중개권한이 부여되어 있어 약정한 부동산중개업자 이외의 다른 자에게는 중개가 허용되지 않는 독점적 성질을 가진다.⁵²⁾ 따라서 대부분의 부동산중개업자는 이 독점중개계약을 선호한다. 독점중개계약의 장점은 부동산중개업자의 적극적 중개를 고취시켜 중개대상물에 대한 충분한 조사와 확인, 적극적인 광고활동 그리고

51) 강해규 외, 전거서, p.138.

52) 김기수, 전계논문, p.53.

다른 부동산중개업자와의 긴밀한 협조 등으로 부동산중개업의 기업화를 촉진하는데 도움을 주는 방식이라고 할 수 있다. 또한 이 방식은 부동산중개업자에게 보수청구권이 확실히 보장되므로 인해 부동산중개업자의 독창적인 중개활동과 판매기술 개발 촉진을 유도할 것이며 궁극적으로 부동산중개업의 발전에 기여하게 될 것이다. 다만 부동산중개의뢰인이 중개기술, 지식 및 신뢰도의 함량이 부족한 부동산중개업자와 중개계약을 체결한 경우 부동산중개의뢰인은 시간과 비용의 낭비를 초래할 염려가 높다. 그리고 부동산중개의뢰인은 부동산중개업자가 어떠한 노력을 얼마만큼 하고 있는지 다른 부동산중개업자와 비교할 수 없다는 단점이 있다. 그러므로 이 제도의 도입은 부동산중개업자의 기업화·과학화된 중개기술과 전문적인 지식 그리고 높은 공신력이 갖춰진 환경하에서만 가능하다고 할 수 있다.

4) 共同仲介契約(Multiple Listing Contract)

공동중개계약은 독점·전속중개계약의 형태를 변형 내지 보완한 것으로 부동산중개업자단체 또는 다수의 부동산중개업자들이 공동으로 활동하는 조직에 중개의뢰를 하는 방식을 말한다. 미국의 공동중개계약은 전속중개계약과 독점중개계약의 발전된 모습으로 부동산중개의뢰인이 부동산의 처분권을 부동산중개업자에게 완전히 이전하는 내용의 계약을 체결한다. 이러한 의미에서 보면 여기서 말하는 공동중개계약은 1인의 중개의뢰인이 다수의 부동산중개업자에게 공동으로 중개를 의뢰함으로써 성립되는 수인의 공동중개계약과 구분된다. 이 계약에 의할 경우 부동산중개업자들은 중앙의 리스팅(Listing)사무국을 신설하여 사무국의 대표자와 중개의뢰인이 중개계약을 맺고 회원인 부동산중개업자와 공동의 노력으로 거래가 성사될 수 있도록 한다. 거래 성립시 중개수수료의 일정범위(5~10% 정도)는 리스팅사무국의 경비에 충당되고 나머지는 매매한 부동산중개업자와 리스팅한 부동산중개업자에게 귀속된다. 이 계약은 의뢰인이 하나의 중개업자와만 중개계약을 체결하더라도 그 중개업자가 부동산거래정보망인 MLS(Multiple Listing System)의 회원인 경우에는 의뢰인에게 추가로 비용을 요구하지 않고 다수의 중개업자가 공동중개를 하는 구조로 되어 있다. 따라서 중개가 성사된 경우 다수의 중개업자에게 중개수수료가 분배된다는 특징을 갖는다. 이는 부동산중

개업의 조직화와 능률화를 위하여 선진국에서는 가장 이상적인 방식으로 알려지고 있으나⁵³⁾ 공동중개계약에 참여하는 구성원의 자질이 높은 수준이어야 한다는 점이 전제가 된다.

우리나라의 경우 대한공인중개사협회와 한국공인중개사협회에서 운영하는 부동산거래정보망을 통하여 각 지역별로 사이버상 부동산정보교류 네트워크를 구축, 여러 부동산중개업자에 의하여 공동중개계약이 가능하도록 하고 있으나 그 활용도가 아직은 미미한 상태이다. 그러한 이유는 부동산중개의뢰자가 자신의 신상 및 재산상 개인정보의 노출을 꺼려 부동산거래정보망에 등록하는 것을 원치 않는 경우는 물론, 부동산중개업자들도 독점중개계약 내지 전속중개계약이 활성화되어 있지 않은 현실적 여건하에서는, 결과적으로 부동산물건의 정보만 노출하게 될것을 우려하여 우량물건의 등록을 회피하고 있기 때문이다.

5) 純價仲介契約(Net Listing Contract)

순가중개계약은 부동산중개업자가 부동산의 매도 또는 임대의뢰인이 제시한 중개의뢰가격을 초과하여 거래계약을 체결하는 경우, 그 초과금액을 부동산중개업자의 중개수수료로 인정하는 계약방식을 말한다. 이 계약 방식은 부동산중개의뢰인에게 별도의 부동산중개수수료 지급 부담을 주지 않고, 부동산중개업자의 능력에 따라 수수료가 정해지는 효과가 있으므로, 중개업자의 적극적인 중개노력을 유도할 수 있다는 점에서는 매우 효과적인 제도라고 할 수 있다. 따라서 사실상 거래가 용이하지 않거나 신속하게 거래를 하고자 하는 경우, 부동산중개의뢰인들이 선호하는 제도이기도 하다. 그러나 이 제도에 의하여 중개계약이 체결될 경우 자칫하면 중개수수료가 지나치게 과다하게 되어, 거래 성사의 장애요인으로 작용할 수 있을 뿐만 아니라, 부동산중개업자가 개인 수익의 증대의욕만 앞세울 경우, 부동산가격의 거품이 조장되어 건전한 부동산거래 질서를 교란할 우려가 높다는 문제점을 안고 있다.

현행 공인중개사법에서는 일정 수준의 수수료 또는 실비를 초과하여 금품을 받거나 그 외에 사례·증여 기타 어떠한 명목으로도 금품을 받는 행위를 금지행위로 정하고 있다(동법 제33조).⁵⁴⁾ 따라서 현행 법제도하에서는 순가중개계약이

53) 이창석, 『신부동산학개론』, 형설출판사, 1997, p.483.

54) 대판, 1999. 2. 9, 98도3116 ; 대판 1990. 11. 13, 90도1054.

성립할 여지가 없으나, 부동산거래의 신속한 체결을 바라는 부동산중개의뢰인과, 지나치게 낮게 책정되어 있는 현행 중개수수료율로 인해 영세성을 벗어나지 못하고 있는 부동산중개업자 모두의 필요에 의해, 현실적으로는 빈번하게 이루어질 가능성이 높다.

6) 含意

일반중개계약의 경우 부동산중개계약에 있어 가장 보편적으로 이루어지는 계약의 유형이다. 그러나 계약의 체결이 대부분 구두로 이루어짐에 따라, 사후 계약의 불이행으로 인해 당사자간에 분쟁이 발생할 경우, 입증의 곤란 등 법률관계가 명확하지 못한 문제점을 안고 있다. 따라서 일본의 경우와 같이 계약의 서면화를 의무사항으로 규정한다면 효과적인 제도의 보완이 될 것이다.

현행법상 전속중개계약은 반드시 표준계약서에 의하여 체결하도록 하고 있기 때문에 중개의뢰인과 중개업자간의 법률관계를 명확히 하여 분쟁을 사전에 예방할 수 있으며, 수수료 확보 가능성이 중개계약기간 동안 안정적으로 보장됨에 따라, 중개대상물에 대한 정보를 광범위하게 개방하여 다른 중개업자와 협동 작업을 하는 것이 가능하다. 따라서 부동산 거래에 따른 시간과 비용을 절약할 수 있는 장점이 있으므로 중개업자와 중개의뢰인 모두에게 유용한 계약형태라고 할 수 있다.⁵⁵⁾

선진화된 주요 외국에서 활용되고 있는 독점중개계약과 공동중개계약은, 전속중개계약의 변형된 형태라고 볼 수 있다. 이러한 제도들은 합리성을 갖춘 바람직한 제도라고 할 수 있으나 정책적·제도적 기초가 확립되어야만 활성화 될 수 있는 제도이다. 중개계약제도의 선진화를 위해서, 또한 부동산중개계약의 선택의 폭을 넓히기 위해서, 우리나라에서도 이러한 제도들을 도입할 필요가 있다.

순가중개계약은 일률적으로 수수료율을 규제하고 있는 현행제도상 성립할 여지가 없으나 계약자유 원칙에 입각할 경우에는 타당성이 인정된다고 하겠다. 그러므로 수요가 제한적이어서 일반인들의 능력으로는 거래를 성사시키기 어려운 특수 부동산물건의 경우에는 제한적으로나마 허용할 필요가 있다.

현행 공인중개사법에서는 부동산중개계약의 유형을 전속중개계약과 일반중개

55) 이상욱, “부동산중개계약에 관한 연구”, 영남대학교대학원 석사학위논문, 2002, p.22.

으로만 한정해 놓음으로써 부동산중개계약의 유형선택에 대한 폭을 제한하고 있을 뿐만 아니라 중개의뢰인이 원할 경우에 한하여 계약서를 작성할 수 있도록 규정하고 있음에 따라 실효성이 충분하지 못하다(동법 제22조 및 제23조 참조). 이와 같은 입법은 아직까지 선진화 되어 있지 못한 우리나라 부동산중개계약의 현실적 한계에서 비롯되었다고 할 수 있다. 그러나 부동산중개계약제도의 현실적 한계의 극복은 결국 제도적 장치에 의존할 수 밖에는 없다고 할 것이므로 선진화된 제도를 참고하여 현행 부동산계약제도의 개선에 필요한 입법을 보완하는 등의 노력을 시급히 전개하여야 할 것이다.

2. 不動産仲介契約의 法的 性質

1) 契約의 樣態

부동산중개계약은 우리나라의 계약법상 전형계약으로 규정되어 있지 않으며 계약당사자들의 자유로운 의사에 따라 다양한 특성을 가지고 있다. 첫째, 부동산중개계약은 유상계약이다. 중개를 업으로 하는 부동산중개업자가 중개의뢰인으로 부터 일정한 수수료를 받으므로 중개계약은 유상계약이 원칙인 것이다. 물론 당사자 합의에 의해 무상계약도 가능하다. 상법에는 '당사자 중 그 1인의 행위가 상행위인 때에는 전원에 대하여 본법을 적용 한다'라고 규정하고 있으며, 자기 명의로 상행위를 하는 자나 점포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 않아도 상인으로 본다(상법 제3조 내지 제5조). 따라서 부동산중개업자를 상인으로 보는 것은 타당하며 상인의 행위는 영업을 위하여 하는 것으로 추정되므로 중개업자의 중개행위는 상행위에 포함된다. 판례도 부동산중개업자를 상인으로 판단하여 상인보수청구권을 인정하고 있다(상법 제47조, 제61조).⁵⁶⁾

둘째, 부동산중개계약도 당사자 쌍방이 서로 채무를 부담하고 그들의 채무가 서로 대가적 의미를 가지므로 쌍무계약이다. 부동산중개업자의 중개완성의무와 중개의뢰인의 중개수수료 지급의무가 상호 교차하는 계약인 것이다. 따라서 민사중개계약은 동시이행의 항변권과 위험부담문제가 발생한다(민법 제667조, 제536

56) 대판 1968. 7. 24, 68다955 ; 대판 1995. 4. 21, 94다36643.

조 내지 제538조 참조). 쌍무계약의 양 당사자는 서로 채무를 부담하고 있으며 이러한 채무 상호간에는 의존관계가 형성되어 있다. 이러한 채무 상호간의 의존관계를 채무의 건련성이라고 한다. 부동산중개계약도 이러한 건련성이 요구되므로 부동산중개계약의 성립과 그 계약의 이행과는 존속상 건련성이 있어야 한다.⁵⁷⁾ 그런데 현행 일반중개계약은 부동산중개업자가 반드시 중개를 완성해야 할 의무가 없는 것이 특징이며, 부동산중개업자가 부동산거래계약을 요구하더라도, 부동산중개의뢰인이 부동산중개업자의 요구를 반드시 받아 들어서 부동산거래계약을 체결해야 한다는 의무 또한 없으므로, 편무계약이라는 주장이 대두된다. 그러므로 부동산중개계약은 유상계약이기는 하나, 계약의 체결에 따른 급부와 반대급부에 대하여 강제적으로 이행청구권이 발생하지 않는다는 점에서 보면, 순수한 쌍무계약이라고 말할 수 없다. 그러나 부동산중개업자의 급부가 중개의뢰인의 희망사항과 같을 경우, 즉 중개업자의 중개행위라는 급부에 의하여 부동산중개의뢰인이 원하는 부동산거래계약이 성립될 경우, 중개의뢰인은 중개보수를 중개업자에게 지급해야 하는 반대급부 의무가 존재하므로, 이러한 점에서 본다면 부동산중개계약을 쌍무계약이라고 볼 수 있다.⁵⁸⁾ 따라서 부동산중개계약은 ‘편무계약에 가까운 특수한 쌍무계약’ 또는 ‘조건부 쌍무계약’이라고 할 수 있다.

쌍무계약인지의 여부는 계약의 효과로서 발생하는 채무 자체를 대상으로 하여 쌍방 당사자가 서로 대가적 의무인 채무를 부담하는지의 여부에 따라 판단한다. 또한 동시이행의 항변권(민법 제536조)과 위험부담의 법리(민법 제537조, 제538조)는 비록 쌍무계약에만 적용되는 것이라 할지라도, 쌍무계약상 채무상호간의 의존관계에 관한 문제이므로, 쌍무계약에 있어서도 쌍방채무가 서로 변제기가 다른 경우라든가, 채무의 성질과 내용에 따라 위와 같은 법리가 적용되지 않는다고 해서 쌍무계약의 성질을 부정할 것은 아니다.⁵⁹⁾ 그러므로 부동산중개계약은 넓게 보아 쌍무계약에 속한다고 할 것이다.⁶⁰⁾ 쌍무계약의 불이행의 효과에 대해 독일 민법은 제325조와 제326조에서 쌍무계약불이행의 효과로서, 상대방에게 손해배상청구권이나 계약해제권을 인정하고 있으며, 프랑스 민법도 제1184조에서

57) 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2003, p.60.

58) 강해규 외, 전거서, p.134.

59) 서울고판 1994. 12. 15, 94구12069.

60) 소성규, “부동산중개계약에 관한 판례의 동향”, 『부동산학연구4』, 한국부동산 분석학회, 1998, p.208.

쌍무계약 불이행의 효과로서 상대방에게 계약해제권을 인정하고 있다.⁶¹⁾

셋째, 부동산중개계약은 낙성계약이다. 낙성계약은 당사자 사이에 의사표시가 일치하기만 하면 계약이 성립하는 것이며 그밖에 다른 형식이나 절차를 필요로 하지 않는 계약을 말한다. 즉 당사자간 의사표시의 합치만을 계약성립의 요건으로 하는 것을 말하며 의사주의적 법률행위에 있어서 가장 기본적으로 순수한 형태라고 할 수 있다.⁶²⁾ 부동산중개계약이 성립되기 위해서는 반드시 중개업자 또는 중개의뢰인의 청약과 상대방의 승낙이 존재해야 하지만, 중개계약 성립을 위해서는 다른 형식이나 절차가 필요한 것이 아니므로 부동산중개계약은 낙성계약으로 본다.

넷째, 부동산중개계약은 불요식계약이다. 부동산중개계약의 성립은 부동산중개업자와 중개의뢰인간에 구두상으로도 계약이 체결되며, 특별한 형식이나 양식을 갖추어야 되는 것은 아니므로 통상 부동산중개계약은 구두계약으로 하는 경우가 많다. 이러한 불요식의 성격으로 말미암아 부동산중개계약은 일반적으로 비전형의 구두계약으로 체결되고 있다. 이에 따른 문제점에 관해서는 앞에서 설명한 바와 같다. 문제점의 보완 차원에서 공인중개사법 제22조에서는 중개의뢰인의 요구가 있을 경우, 일정한 사항을 정한 부동산중개계약서를 작성할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 동법 제23조에서는 전속중개계약을 체결할 경우 표준계약서를 의무적으로 사용하도록 하고 있으며, 이러한 표준계약서는 법정서식으로 정하고 있다. 전속중개계약이 일단 체결되면 부동산중개업자에게 부동산거래에 대한 업무를 전속시킨다는 의미이므로, 계약 기간 내에 다른 중개업자를 통하여 거래가 완성되더라도 전속중개계약을 체결한 부동산중개업자에게 법정수수료를 지불해야 한다. 그러나 이 전속중개계약의 작성도 강제성은 없다. 즉 전속중개계약을 체결한다고 해서 부동산중개계약이 요식계약이 되는 것이 아니며, 서면화하지 않은 중개계약일지라도 그 효력은 부정되는 것이 아니므로 부동산중개계약은 불요식계약인 것이다.

다섯째, 부동산중개계약은 민법전에 규정되어 있지 않은 비전형계약이다. 그리하여 부동산중개계약에 대하여 우리나라에서는 민법상 위임계약의 규정을 유추 적용하는 것이 학설과 판례의 입장이다.⁶³⁾ 이에 대해 부동산중개계약을 하나

61) 박준서, 『주석민법 채권각칙 I』, 한국사법행정학회, 1999, p.271.

62) 김형배, 『채권각론(계약법)』, 박영사, 2001, p.84.

의 독특한 무명계약으로 파악하는 견해도 있다.⁶⁴⁾

여섯째, 부동산중개계약은 혼합계약이다. 2개 이상의 전형계약의 내용이 혼합하거나 1개의 전형계약의 내용과 전형계약 이외의 내용이 혼합된 계약을 혼합계약 또는 혼성계약이라고 한다. 부동산중개계약은 민법상 도급계약과 위임계약이 혼합한 형태의 혼성계약의 일종으로 볼 수 있다. 즉 부동산중개계약은 중개의뢰인의 부동산거래에 대한 사무를 처리하는 중개행위를 목적으로 하지만, 중개수수료청구권은 중개가 완성되어야 행사할 수 있는 것으로써 일의 완성을 조건으로 하는 도급계약과 유사하다.

우리나라의 일반적인 부동산중개계약에서는 중개의뢰인이 여러 명의 부동산중개업자에게 동일한 부동산에 대한 거래의 알선을 동시에 의뢰할 수 있으며, 여러 명의 부동산중개업자 중 1인의 알선에 의하여 매매가 성사되면, 다른 부동산중개업자와 중개의뢰인 사이에 형성되었던 부동산중개계약의 관계는, 특별한 의사가 없는 한 그때부터 자동 해지되는 것이라 볼 수 있다. 이것은 중개보수의 지급이 부동산중개계약의 도급적 성격에 기준을 정하고 있기 때문이다. 이러한 해석으로 말미암아 일반중개계약의 경우에 중개를 완성하지 못한 여타의 부동산중개업자는, 중개를 완성한 부동산중개업자보다 더 많은 시간과 비용을 소비했다 해도 중개수수료를 청구할 수 없는 것으로 본다.⁶⁵⁾ 생각건대 부동산중개계약의 성질을 위임계약과 유사한 것으로 본다면, 중개가 완성되지 않았더라도 중개의뢰인은 신의칙에 입각하여 부동산중개업자의 노력에 따른 실비와 제반 경비는 지불하는 것이 당연하다.

2) 學說 및 判例

(1) 都給契約 類似說

도급이란 당사자 일방(수급인)이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방(도급인)이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제655조). 또한, 낙성·유상·쌍무계약이며 보수는 후급이 원칙이고 하도급도 가능하다. 부동산중개계약은 부동산의 거래계약이 성립된 경우에만 중개

63) 김형배, 전계서, p.84.

64) 김기수, 전계논문, p.44.

65) 서울지판 1984. 4. 25. 83나2098.

수수료를 지불하기로 약정하는 경우가 대부분인데, 이때에는 일의 완성을 보수 지급의 요건으로 한다는 점에서는 도급과 같다. 그러나 도급계약은 일의 완성 결과 하자발생에 따라 그 보수를 감액할 수 있다는 점에서 부동산중개계약과 구별된다.⁶⁶⁾ 특히 도급은 일의 완성의무가 있지만 부동산중개계약은 일의 완성의무가 없다. 또한 도급계약은 일의 완성결과를 도급인이 수령해야 하나, 부동산중개계약은 중개의뢰인이 부동산중개업자가 소개한 거래 상대방과 반드시 거래할 의무는 없다. 부동산거래계약이 체결되면 보수청구권이 생기는 관습상 성공보수를 조건으로 하는 계약의 형태가 바로 부동산중개계약이라고 할 수 있다. 그리고 이러한 부동산중개계약은 의뢰인이 중개업자에게 중개사무의 처리를 맡기는 위임의 형태로 이루어진다고 하여, 판례는 부동산중개계약을 도급형 위임계약이라고 판시하고 있다.⁶⁷⁾

(2) 委任契約 類似說

위임계약은 당사자의 일방(위임인)이 상대방(수임인)에 대하여 사무의 처리를 위탁하는 계약(민법 제680조)으로서 무상 편무계약이 원칙이지만 실제로는 소송 위임처럼 유상 쌍무계약이 많다. 수임인은 약간의 범위 내에서 자유재량의 여지를 지니고 있으며 위임인과는 일종의 신임관계를 가진다. 부동산중개업자와 의뢰인 사이에 체결하는 부동산중개계약은 위임계약의 성격이 강하다. 그러나 독일민법 제652조이하에서는 민사중개계약에 대하여 ‘선관주의 의무’가 있다고 보지 않고 ‘신의칙 의무’가 있다고 하며 민사중개계약은 중개의뢰인과 제3자가 스스로 거래계약을 체결함으로 그 민사중개계약의 법률적 성질은 위임계약이 아니라고 한다. 독일 부동산중개계약과 위임계약은 타인의 사무처리를 목적으로 한다는 점에서 유사성을 인정할 수 있다. 그러나 위임계약은 유상을 원칙적으로 하지 않는다는 점에서 유상을 원칙적으로 하는 부동산중개계약과 구별된다. 다만 최근의 대법원 판례에서는 부동산중개가 무상으로 이루어진 경우에 대하여, ‘부동산중개업법 제17조 제1항은 중개업자가 중개의뢰를 받은 경우에는 당해 중개대상물의 상태·입지·권리관계·법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 기타 대통령령이 정하는 사항을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자

66) 소성규, 전계논문, p.359.

67) 서울지판 1984. 4. 25, 83나2098.

하는 중개의뢰인에게 서면으로 제시하고 성실하고 정확하게 설명하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 동법 제19조 제1항은, 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래 당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있는 바, 부동산중개계약에 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 부동산중개업법이 위 조항의 적용 범위를 특별히 제한하지 않고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 중개의뢰인이 중개업자에게 소정의 수수료를 지급하지 아니하였다고 해서 당연히 소멸되는 것이 아니다⁶⁸⁾라고 함으로써 부동산중개가 무상으로 이루어지는 경우에도 위임의 예를 들어 부동산중개계약의 권리관계가 성립됨을 인정하고 있다.⁶⁹⁾

그러나 부동산중개업자가 중개행위에 많은 시간과 비용을 투입하고 노력했다고 해도 거래계약이 성립하지 않으면, 특약이 있는 경우를 제외하고는 보수를 청구할 수 없다는 점에서 위임계약과 차이가 있다. 이 경우 만약 부동산중개계약을 위임계약으로 보면, 부동산중개업자는 위탁자인 중개의뢰인의 요망에 따라 선관주의 의무에 입각하여 최선을 다한 이상, 소기의 부동산거래계약이 성립하지 않았다 하더라도 부동산중개업자는 보수를 청구할 수 있다고⁷⁰⁾ 해석할 수 있다.

(3) 雇傭契約 類似說

고용이란 당사자 일방(노무자)이 상대방(사용자)에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 보수를 지급할 것을 약정하는 계약으로 낙성·유상·쌍무 계약이다(민법 제664조). 고용의 경우 보수는 노무급부 후에 지급하며 보수가 단 위기간으로 정하여진 때에는 각 단위기간의 경과 후에 지급한다(독일 민법 제614조). 고용계약과 부동산중개계약은 노무에 대한 대가를 지불한다는 점에서는 같다. 다만 고용계약은 제공된 노무에 의한 일의 완성여부나 일정한 결과의 성부는

68) 대판 2002. 2. 5, 2001다71484.

69) 한삼인, 『새롭게 쓴 판례민법 제3판』, 법률행정연구원, 2003, p.999.

70) 소성규, “부동산중개업자의 보수청구권”, 『한양법학』 제3집, 한양대법학연구소, 1992, p.375.

고려하지 않는다는 점에서 계약의 성립을 조건으로 보수를 지급하는 부동산중개계약과 구별된다. 또한 고용계약에서는 피고용인은 고용인을 위해 전속적으로 노무를 제공하지만, 부동산중개계약은 다수의 중개의뢰인을 위하여 동시에 중개행위를 한다는 점에서 다르다.

(4) 懸賞廣告契約 類似說

현상광고는 광고자가 어느 행위를 한 자에게 일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한 응모자가 그 광고에 정한 행위를 함으로써 성립하는 계약으로서 유상·편무·요물계약이다(민법 제675조). 불특정 다수인에게 요지시키는 의사 표시인 광고행위는 청약이며 지정행위의 완료가 승낙이다. 현상광고는 광고로 지정된 행위의 완성을 목적으로 한다는 점에서는 부동산중개계약과 같으나, 그 청약을 불특정 다수인에게 광고의 방법으로 한다는 점에서 중개행위와 구별된다. 또한 현상광고는 지정된 행위의 완료 전까지는 계약 자체가 성립조차 되지 않는다는 점에서 계약 후 일의 완성을 위해 노력해 나가는 부동산중개계약과는 다르다. 다만 지정된 행위가 완료되기 전까지는 계약자체가 성립하지 않는 현상광고의 모습은, 중개가 성립되지 않을 경우 중개를 위하여 많은 노력을 기울였다고 하더라도 아무런 노력의 대가를 받을 수 없는 일반중개계약의 법리와 매우 유사하다.

(5) 判例

대법원은 부동산중개업자의 의무에 관하여 ‘부동산중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계는 민법상의 위임관계와 같으므로 중개업자는 중개의뢰의 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 관한 사항도 포함되어 있다고 할 것이므로, 중개업자는 선량한 관리자

의 주의와 신의성실로써 매도 등 처분을 하려는 자가 진정한 권리자와 동일인인지의 여부를 부동산등기부와 주민등록증 등에 의하여 조사·확인할 의무가 있다.'라고 판결을 하면서 부동산중개계약상 중개업자와 중개의뢰인간의 법률관계는 민법상 위임과 같은 것으로 파악하고 있다.⁷¹⁾

3) 私見

살펴 본 바와 같이 부동산중개계약은 그 법적 성질이 도급·위임·고용·현상광고 등과는 다른 독자적 특질을 가지고 있음을 알 수 있다. 그러나 민법상 비전형계약인 부동산중개계약의 법적 성질을 논하자면 민법상 전형계약의 법적 성질을 유추할 수 밖에 없다. 그러한 관점에서 볼 때 부동산중개계약은 그 법적 성질이 가장 유사한 민법상 위임의 범주에 들어간다고 하겠다. 판례도 부동산 중개업자와 중개의뢰인간의 법률관계를 민법상 위임과 같은 것으로 보고 있다. 다만 부동산중개계약이 민법상 전형계약과는 다른 독자성을 가지고 있는 점을 감안하여 부동산중개계약의 고유한 특질을 살릴 새로운 계약형태의 입법이 필요하다고 하겠다. 입법예고된 개정민법안 중 민사중개계약 도입안은 이러한 필요에 어느정도 부응한 것으로 보인다.

71) 대판 1993. 5. 11, 92다55350.

第3章 不動産仲介契約의 法律關係

第1節 不動産仲介契約의 成立

1. 不動産仲介意思의 合意

부동산중개계약이 성립하기 위해서는 일반적인 계약의 모습과 다름없이 중개에 관한 당사자간의 합의가 필요하다. 부동산중개계약에 관한 합의는 내용적으로 일치해야 하는 객관적 합치여야 하며, 동시에 중개의뢰인과 중개업자 상호간에 의사표시가 결합해서 계약을 성립시키려는 의지의 결합인 주관적 합치를 필요로 한다.⁷²⁾ 즉 부동산중개의뢰인은 중개업자에게 중개의뢰의 목적을 제시하여 중개해 줄 것을 청약하고, 중개업자는 이에 대한 승낙을 함으로서 부동산중개계약은 성립한다. 부동산중개계약에 관한 중개의뢰인의 청약은 이에 대응하는 중개업자의 승낙과 결합하여 부동산 중개계약을 성립시킬 것을 목적으로 하는 일방적·확정적 의사표시이다. 이러한 청약은 장차 계약의 당사자가 될 특정인이 하여야 하고, 중개의뢰에 관한 청약자가 누구이냐가 그 청약의 의사표시 속에 명시적으로 표시되어야 한다. 이러한 의미에서 자동판매기의 설치와 같이 청약자가 누구인지를 명시적으로 표시하지 않고도 청약이 가능한 경우와는 구별된다. 또한 부동산중개계약에 관한 의뢰인의 청약은 상대방, 즉 중개업자라는 특정인이 있어야만 그 의사표시가 유효하다. 따라서 영업용 노선버스가 정류소에서 정차하여 승객을 기다리는 것과 같이 불특정 다수를 향한 청약도 유효한 청약으로 되는 경우와 구별된다. 중개의뢰인의 중개청약에 대하여 중개업자가 승낙을 하게 되면 곧 부동산중개계약은 성립되므로 중개의뢰인의 중개청약은 부동산중개계약의 내용을 결정할 수 있을 정도의 사항을 포함하는 것이 필요하다.

중개의뢰인의 중개청약에 관한 효력은 의사표시의 효력발생시기에 관한 일반

72) 박윤직, 전계서, p.34.

원칙 즉, 도달주의의 원칙에 따라 중개업자에게 그 의사표시가 전달된 때에 발생한다(민법 제111조). 중개업자의 승낙은 중개의뢰인의 청약과 합치됨으로써 부동산중개계약을 성립하게 하는 효력을 가지고 있다. 민법은 의사표시의 효력발생시기에 관하여 도달주의를 취하고 있으나 격지자 사이의 계약의 성립에 관하여는 도달주의의 예외로서 발신주의를 취하고 있다(민법 제 531조). 그러나 통상의 부동산중개계약은 중개의뢰인이 중개업자의 사무소를 방문하여 청약을 하고 중개업자가 승낙을 함으로써 이루어지는 것이 일반적인 모습이다.

2. 不動産仲介契約의 不要式性

부동산중개계약은 중개의뢰인의 청약과 중개업자의 승낙, 즉 당사자간의 합의만으로 성립하는낙성계약이므로 별도의 방식을 요하지 않고서도 유효하게 계약이 성립한다. 따라서 구두 또는 서면에 의해서 중개계약은 성립한다. 그러므로 부동산중개계약의 종류 중 가장 흔하게 이루어지는 일반중개계약의 경우 특별한 방식없이 주로 구두에 의하여 계약이 체결되는 것이 보통이다. 다만 이러한 계약의 불요식성은 계약의 이행단계에서 야기되는 입증의 곤란성 등으로 인해 당사자간에 분쟁이 자주 발생하는 문제를 가지고 있다. 이의 보완을 위하여 공인중개사법 제22조 및 제23조에서는 부동산중개계약을 일반중개계약 또는 전속중개계약에 의하여 체결하는 경우 중개의뢰인의 요구에 의하여 계약서를 작성할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 일반중개계약 또는 전속중개계약은 중개의뢰인의 요구가 있는 경우에 한하여 체결될 수 있는 것이므로 계약서를 작성한다고 하여 계약의 요식성을 뜻하는 것은 아니다.

第2節 不動産仲介契約의 效力

‘약속은 지켜져야 한다’는 법언처럼 계약은 일단 성립하면 부득이한 사유가 발생하거나 불가항력적인 경우가 아닌한 성실히 이행되어야 한다. 부동산중개계약은 특수한 쌍무계약으로서 그 효력이 발생하려면 계약내용이 확정적이어야 하고 실현가능성이 있어야 하며 적법, 타당해야 한다. 따라서 특정되지 않은 중개대상물의 거래를 위하여 중개계약을 체결하거나 미등기전매 등 강행법규를 위반하는 사항을 내용으로 하는 중개계약은 효력이 없다. 또한 부동산중개계약에 있어서 중개의뢰인과 부동산중개업자의 권리와 의무 그리고 책임문제는 부동산중개계약의 형태와 내용에 따라 다르게 나타난다⁷³⁾.

1. 不動産仲介業者의 權利

1) 不動産仲介業者의 報酬請求權

부동산중개보수라 함은 부동산중개업자의 중개행위에 대해 중개의뢰인이 지불하는 반대급부를 의미하며 부동산중개수수료와 실비가 있다. 부동산중개수수료는 부동산중개업자의 서비스에 대한 대가이고, 실비는 특정한 경우 중개대상물에 대한 권리관계의 확인에 소요되는 비용을 뜻한다. 부동산중개업자는 중개업무에 관하여 부동산중개업자의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인 사이의 거래행위가 무효나 취소 또는 해제된 경우가 아니면 중개의뢰인으로부터 소정의 수수료를 받는다. 그러나 부동산중개계약의 내용과 형태에 따라 부동산중개수수료가 달라야 정상적인 것이지만 현행 공인중개사법은 부동산중개수수료를 일률적으로 정하고 있는 것이 문제점으로 지적되고 있다. 부동산중개계약은 중개의뢰인과 부동산중개업자 사이의 계약으로서 구두계약이든 서면계약이든 그 형식을 불문하고 불요식계약이다. 또 부동산중개업자는 상인의 자격을 갖기 때문에 부동산중개수수료는 상인의 보수이다. 따라서 부동산중개계약에서 유상계약이라는 내용을 명시하지 않았더라도 부동산중개업자의 중개수수료청구권은 인정된다(상법 제61

73) 황영두, 전계논문, p.53.

조).⁷⁴⁾ 중개수수료는 공인중개사법 제32조 제3항 및 동법 시행규칙 제20조에 규정한 한도 내에서 다른 특약이 없으면 거래당사자 쌍방이 각각 부담해야 한다.

부동산중개업자가 중개의뢰인에게 중개수수료를 청구하기 위해서는 다음 몇 가지 요건을 충족하여야 한다.

첫째, 중개의뢰인과 부동산중개업자 사이에 부동산중개계약이 존재해야 한다. 부동산중개계약은 명시적·묵시적 계약도 가능하며 구두계약이든 서면계약이든 그 형식여부를 불문하고 가능하다.

둘째, 부동산중개계약이 유효해야 한다. 기간을 정한 계약은 그 기한이 도래한 때부터 그 효력을 잃는 것으로(민법 제152조 제2항), 부동산중개계약의 기간이 종료될 경우에는 계약의 효력이 상실된다. 그러나 구두계약의 관행으로 주로 이루어지는 일반중개계약의 경우에는 부동산중개계약의 기간을 정하는 경우가 드물다. 이와 같이 부동산중개계약의 존속기간을 따로 정하지 않은 경우에, 다른 부동산중개업자에게 중개를 의뢰하여 거래를 완성한 경우 등 중개의뢰인의 거래의사가 더 이상 지속되는 것으로 보기 어려운 때에는, 중개계약의 기한이 종료된 것으로 보아야 할 것이다⁷⁵⁾.

셋째, 부동산중개업자에 의해 중개가 완성되어야 한다. 중개의 완성시점은 거래계약서의 작성시점이 아니라 거래당사자가 거래조건에 합의하고 계약을 하기로 합의한 시점으로 봐야 한다. 전속중개계약의 경우 계약기간 내에 다른 부동산중개업자를 통해서 거래가 완성되어도 부동산중개의뢰인은 당초 전속중개계약을 체결한 부동산중개업자에게 약정한 중개수수료를 지불해야 한다. 또한 부동산중개업자에 의해 부동산거래계약이 성립되면 그 후에 거래당사자의 사정으로 합의 해제되거나 채무불이행 또는 이행불능 등의 이유로 취소되는 경우가 발생해도 부동산중개업자는 중개의뢰인에 대하여 당연히 중개수수료의 청구권을 가진다. 다만 부동산중개업자의 고의나 과실로 인하여 부동산거래계약이 무효로 되거나 취소 또는 해제된 경우 부동산중개업자의 중개수수료청구권은 부정되며(공인중개사법 제32조 제1항), 만약 부동산거래계약서 작성시 중개수수료를 이미 받았다면 중개의뢰인에게 받은 중개수수료를 반환하여야 한다.

74) 대판 1968. 7. 24, 68다955 ; 대판 1995. 4. 21, 94다36643.

75) 황영두, 전게논문, p.54.

넷째, 중개행위와 거래계약의 성립 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 중개업자의 알선으로 만난 상대방과 부동산소유자가 직접 거래계약을 체결한 경우 해당 거래계약은 부동산중개업자의 알선에 의한 것이므로 부동산중개업자에게 중개수수료청구권이 인정된다.⁷⁶⁾ 물론 부동산중개업자의 중개행위는 계약체결에 있어서 협력적 원인으로 작용하면 충분하고 유일한 원인이나 주된 원인으로 작용할 필요는 없다고 보아야 한다.

다섯째, 중개수수료청구권자는 공인중개사법 제2조에서 정한 부동산중개업자이어야 한다. 공인중개사법상의 부동산중개업자가 아닌 무등록중개업자는 부동산의 거래를 알선하여 거래계약을 완성시켰더라도 중개수수료청구권은 발생하지 않는다. 독일 민법 제652조의 전단은 ‘계약의 체결을 위한 사정의 지시 또는 계약의 주선에 관하여 중개료를 약속한 자는 개인의 지시 또는 주선으로 인하여 거래계약이 성립한 때에만 중개료를 지급할 의무를 진다’고 규정한다. 즉 중개료청구권은 유효한 부동산중개계약의 성립과 중개업자의 급부 실현 그리고 중개업자의 중개로 인한 거래계약의 성립 및 중개업자의 급부와 거래계약체결 사이의 인과관계 존재 등의요건을 구비하여야 할 뿐만 아니라, 중개의뢰인은 중개업자의 중개행위를 인식하고 있어야 한다.⁷⁷⁾

민사위임에는 당연히 수임인의 보수청구권이 발생하지 않는다(민법 제686조 제1항). 그러나 보수의 약정이 있는 경우와 법률에 보수지급의 규정이 있는 경우, 수임인이 상인으로서 영업범위 내에서 위임사무를 처리한 경우, 거래관행상 수임인에게 보수청구권이 인정되는 경우에는 유상위임으로 본다. 보수청구권은 위임관계에 있는 계약당사자 사이에만 발생하며 권한 있는 복수위임상의 수임인도 위임인에게 직접 보수청구권을 가진다. 위임에 대한 보수청구권은 사무처리에 대한 대가를 요구할 수 있는 권리를 말한다. 원칙상 위임은 수임인이 기대한 목표를 달성하지 못했더라도 수임인이 성실히 사무를 처리한 때에는 보수를 지불해야 한다.⁷⁸⁾ 그러나 부동산중개업자의 경우 부동산거래계약을 성사시킬 것을 조건으로 부동산중개계약을 한다면 아무리 많은 노력을 해도 부동산거래계약이 성사되지 않는다면 그 대가를 청구할 수 없다는 결론에 이른다.⁷⁹⁾ 여기서 부동산중개

76) 부산지판 1987. 9. 2, 87나516.

77) 김용담, “독일민법상의 중개료청구권”, 『재판자료』 제10집, 1981. 9, p.707.

78) 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2000, p.577.

계약이 위임과 다른 독특한 법적 성격을 가지고 있다는 것을 알 수 있다. 부동산 중개계약상 보수액에 대한 약정이 없으면 중개의뢰인은 중개업자에게 거래관행에 비추어 상당한 금액을 지불해야 한다. 중개수수료의 결정은 중개 대상물의 종류와 부동산중개계약의 성격에 따라 달라지며 업무의 내용에 따라 달라질 수도 있다. 또한 주택(부속토지를 포함한다)의 경우 중개수수료율은 각 시·도의 조례로 정하기 때문에 각 시·도마다 중개수수료가 달라질 수도 있다. 즉 공인중개사법 제32조에 따라 주택(부속토지를 포함한다)에 대한 중개수수료 및 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령이 정하는 범위 내에서 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정하고, 주택외의 중개대상물의 중개에 대한 수수료는 건설교통부령으로 정한다.

공인중개사법시행규칙 제20조 제1항에서는 주택의 중개에 대한 수수료는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 그 일방으로부터 받을 수 있는 한도를 매매·교환의 경우에는 거래금액의 1천분의 9 이내, 임대차 등의 경우에는 거래금액의 1천분의 8 이내에서 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정하도록 규정해 놓았으며, 주택 외의 중개대상물에 대한 중개수수료는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 거래금액의 1천분의 9 이내에서 중개의뢰인과 중개업자가 서로 협의하여 결정하도록 하고 있다(동조 제4항). 또한 거래금액의 계산방식에 대해서는 임대차 중 보증금 외에 차임이 있는 경우 월 단위의 차임액에 100을 곱한 금액을 보증금에 합산한 금액으로 거래금액을 정하며(동조 제5항 제1호), 교환계약의 경우에는 교환대상 중개대상물 중 거래금액이 큰 중개대상물의 가액을 거래금액으로 하고(동조 제5항 제2호), 동일한 중개대상물에 대하여 동일 당사자 간에 매매를 포함한 둘 이상의 거래가 동일 기회에 이루어지는 경우에는 매매계약에 관한 거래금액만을 적용한다(동조 제5항 제3호). 그리고 중개대상물인 건축물 중 주택의 면적이 2분의 1 이상일 경우에는 거래금액의 1천분의 9 이내로 하고, 임대차 등의 경우에는 거래금액의 1천분의 8 이내로 하며, 주택의 면적이 2분의 1 미만인 경우에는 중개수수료를 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 거래금액의 1천분의 9 이내에서 중개의뢰인과 중개업자가 서로 협의하여 결정하도록 규정하고 있다(동조 제6항).

79) 대판 1956. 4. 12, 4280민상81.

이러한 부동산중개수수료율에 대한 공인중개사법령상의 규정은, 시·도 조례로 정하도록 했던 주택이외의 중개대상물에 대한 수수료율을 건설교통부령으로 정하도록 한 점 등외에는 종전 부동산중개업법의 내용과 크게 달라진 점이 없다. 다만 임대차(월세)에 관하여 (보증금 + 월세 × 100) × 수수료율의 산식에 의하도록 한 것은 어느 정도 현실을 반영한 것이라고 볼 수 있다.

부동산중개수수료의 지급시기는 부동산중개업자와 중개의뢰인간의 약정에 의한다. 만약 약정이 없으면 부동산거래계약 성립시 그 절반을 지급하고 잔금 지급시 나머지 절반을 지급한다. 현행 민법 제686조 제2항은 위임의 보수를 고용이나 도급과 같이 후급을 원칙으로 하며 수임인은 위임사무를 완료한 후에야 보수를 청구할 수 있도록 하고 있다. 또한 기간으로 위임의 보수를 정한 경우에는 그 기간을 경과한 후에 보수를 청구할 수 있다. 위임계약에서는 무상위임, 유상위임에 관계없이 수임인에게 비용선급청구권과 필요비상환청구권 그리고 손해배상청구권 등이 인정된다.⁸⁰⁾

생각건대 중개의 완성은 부동산의 거래계약의 성립 그 자체이므로 부동산중개수수료의 지급시기는 부동산 거래계약 성립시로 봄이 합당하다. 그리고 부동산중개계약 체결 후 중개의뢰인이 부동산중개업자의 소개로 알게 된 거래당사자와 공모하여 부동산중개업자를 배제한 채 직접거래를 성립한 경우에는, 신의칙에 비추어 그 거래행위에 부동산중개업자의 노력이 얼마나 영향을 미쳤느냐에 따라 그에 상응하는 보수청구권이 발생한다고 본다. 또한 부득이 한 사유로 부동산중개계약이 해제 또는 중단 후에 중개의뢰인과 상대방간에 직접 거래가 이루어진 경우에도 중개업자에게는 중개활동에 상응하는 보수청구권이 있다.⁸¹⁾ 다만 부동산중개업자가 보수를 받기 위해서는 중개의뢰인이 당해 중개대상물에 대해 부동산중개업자에게 중개를 의뢰했다는 것을 증명해야 하며, 중개대상물건을 현장에서 안내했다는 사실 등과 부동산중개업자를 통해 거래당사자들이 그 중개대상물에 대한 정보를 얻게 되었고, 나아가 부동산중개업자의 노력을 바탕으로 부동산거래계약이 합의점에 도출되었다는 사실이 객관적으로 확인되어야 한다. 이 때 보수산정의 기준은 중개활동을 하기에 이르게 된 사정, 목적물 발견의 경위와 그 중개의 난이도, 중개에 소요된 기간과 그 기간에 투여한 유·무형의 노력정도,

80) 이은영, 전계서, p.578.

81) 박봉규, “부동산소개업자의 보수청구권”, 『사법논집』 제5집, 법원행정처, 1974, p.409.

그에 따라 중개의뢰인이 얻게 되는 직·간접의 이익, 그 밖의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 결정한다. 그러나 구두계약으로 부동산중개계약을 해둔 상태에서는 거래당사자들이 거짓진술을 할 경우 보수청구권의 입증방법이 곤란한 문제가 발생할 수 있다.

특히 중개보수를 면하기 위해 부동산중개의뢰인이 직접거래를 하는 경우에는 고의로 부동산중개계약의 완성을 방해한 것이 된다. 이러한 방해행위는 중개계약을 일방적으로 해지한 경우와 중개계약을 해지하지 않은 경우로 나누어 볼 수 있다. 문제가 되는 것은 중개계약을 일방적으로 해지한 경우인데, 이에 대하여 일본에서는 학설이 다양하게 나뉘어져 있다. 즉 부동산중개계약에 의한 보수청구권은 중개의뢰에 대한 목적달성, 즉 소기의 계약의 성립을 정지조건으로 하는 권리라고 하여, 의뢰인이 중개업자를 배제하면 고의로 정지조건의 성취를 방해한 것으로 보아 민법 제150조(조건성취, 불성취에 대한 반신의행위)에 기인한 보수청구권을 인정하고자 하는 민법 제150조 적용설, 직접 거래의 경우에 중개업자의 보수청구권의 근거로서, 상인의 영업의 범위 내에서 타인을 위하여 한 행위에 대하여 중개업자에게 보수청구권을 인정하여야 한다는 상법 제61조(상인의 보수청구권)적용설, 부동산중개계약에 관하여 법률상 규정은 없으나 오래 전부터 내려온 관행을 중시하자는 관습적용설, 부동산중개업자의 중개행위와 계약성립과의 사이에 상당인과관계가 있을 경우, 중개계약 또는 상법 제61조에 기하여 중개업자는 의뢰인에게 그의 공헌도에 상응한 보수를 청구할 수 있다고 하는 상당인과관계설, 민법 제689조(위임의 상호해지의 자유) 2항에 의하여 중개계약에 의하여 물건과 상대방을 소개한 후에 중개계약을 해지하고 직접 거래된 경우 중개업자는 불리한 시기에 해제한 것으로 취득하여야 할 보수를 손해로 배상청구할 수 있다는 민법 제689조 제2항 적용설, 민법 제686조 제3항에 의하여 그 이행의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다는 민법 제686조 제3항 적용설, 중개업자에게 중개를 의뢰한 경우 반증이 없는 한 상당한 보수를 지불한다는 의사가 있었던 것으로 추인한 것이라는 당사자의 의사예측적용설, 민법 제673조(완성전의 도급인의 해제권)의 취지에 의하여 중개업자에게 손해배상청구권을 인정하자는 민법 제673조 준용설, 중개계약을 해제하지 않고 당사자의 직접거래에 의하여 매매를 성립시켰기 때문에 중개업자가 채무의 이행을 하지 않았던 경우는 민법 제537조

(채무자위험부담주의)를 적용하여 중개업자가 반대급부를 청구할 수 있다고 하는 민법 제537조 적용설 등이 있다.⁸²⁾

생각건대 중개보수청구권은 중개의뢰의 목적 달성, 즉 거래계약의 성립을 정지조건으로 하는 권리이므로 중개보수를 면하기 위해 부동산중개의뢰인이 직접 거래를 함으로써 고의로 부동산중개계약의 완성을 방해한 경우에는, 부동산중개업자에게 민법 제150조에 기초한 보수청구권을 인정해야 한다. 이에 대해서는 독일과 스위스에서도 동일하게 해석하고 있다(독일 민법 제162조, 스위스 채무법 제156조). 신의칙에 반하여 거래의 성취를 방해한 행위는 그 요건으로서, 조건성취를 방해하는데 대한 일반적인 인식만 있으면 족하다는 것이 통설이다. 물론 중개의뢰인이 거래 상대방과 직접 거래를 하였더라도 그 거래 상대방이 부동산중개업자의 소개로 알게 된 자가 아닌 경우에는, 전속중개계약이나 독점계약이 아닌 한 부동산중개업자에게 중개수수료를 지불하지 않아도 된다.

부동산중개수수료청구권은 부동산중개업자의 청구권 실행으로 중개수수료를 받은 경우에 소멸되며, 부동산중개업자의 고의나 과실로 인하여 거래계약이 무효 또는 취소 그리고 해제된 경우에도 중개수수료청구권이 소멸한다. 이때 부동산중개업자는 이미 수령한 중개수수료가 있는 경우 이를 반환해야 한다.⁸³⁾

그리고 소멸시효가 완성되면 중개수수료청구권은 소멸한다. 공인중개사법이 중개수수료청구권의 소멸시기에 대해 명시하지 않고 있으므로 중개수수료청구권 소멸시효에 관해서는 민법상 규정이 적용된다. 민법 제162조 제1항, 동법 제163조 제5호의 규정에 의할 경우, 채권은 10년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성되며 변호사·변리사·공증인·공인회계사 및 법무사의 직무에 관한 채권의 소멸시효는 3년이다. 따라서 부동산중개계약은 변호사 등의 업무와 유사한 위임계약의 법리가 대부분 적용되므로 부동산중개수수료청구권의 소멸시효는 3년으로 보아야 할 것이다.⁸⁴⁾

또한 부동산중개사무소 개설등록이 취소되거나 폐업신고를 원인으로 중개사무소 등록의 효력이 상실된 경우에는 등록이 실효된 이후의 중개행위가 되므로 중개가 완성되어도 중개수수료청구권이 발생하지 않는다. 단, 부동산거래계약의

82) 소성규, 전계서, 1998. pp.123~137.

83) 대구지판 1987. 10. 30, 86가합1663.

84) 강해규 외, 전계서, p.243.

완성 이후에 중개사무소 개설등록이 취소된 경우라면 이미 발생한 중개수수료청구권은 존속한다. 그리고 부동산거래계약이 체결되기 전에 부동산중개계약이 해지된 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 알선이나 중개행위에 대한 대가로서 중개수수료를 청구할 수 없다. 판례는 건물 임대차계약의 완성을 조건으로 보수를 지급하기로 한 중개계약은 유상위임계약으로 시기여하를 불문하고 중개완성 이전에 부동산중개계약이 해지되면 부동산중개업자의 보수청구권은 상실된다고 한다.⁸⁵⁾

중개보수에 관하여 공인중개사법 제32조 제2항은, 부동산중개업자가 의뢰받은 중개대상물의 권리분석, 감정평가 등 현황을 확인 조사하기 위하여 교통비, 숙박비 등의 여비, 제증명발급비용과 열람수수료 등의 경비가 소요된 경우 부동산중개업자는 그 상당 금액을 중개의뢰인에게 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 현실적으로는 부동산중개업자가 중개의뢰인에 대하여 실비를 청구하는 경우는 드물고 대체로 중개수수료만 청구하고 있는 실정이다. 그 이유 중에 하나는 실비를 산정해 놓은 법정 실비 인정액이 턱없이 낮고, 또한 의뢰인들이 실비를 청구하는 중개사무소를 기피하는 경향을 보이기 때문이다. 법적·기술적·경제적으로 하자가 없는 부동산거래를 중개해야 하는 부동산중개업자로서는 당연히 의뢰받은 물건에 대하여 조사하고 확인할 의무가 있는 것이며 이를 위하여 비용이 소요되는 것 또한 당연하다. 따라서 중개의뢰인에게 실비에 대한 지급의무를 부여하는 방안도 고려할만 하다. 이와 더불어 중개대상물확인에 소요되는 실비에 대한 지불시기는 후불이 아니라 부동산중개계약 당시에 선급하는 것으로 하여야 할 것이다. 이는 만약 확인결과 하자가 발생하여 거래계약까지 이르지 못할 경우, 의뢰인은 그 확인 실비에 대한 비용을 지불하지 않으려는 심리가 강하게 작용하므로, 이러한 폐단을 사전에 차단하기 위해서는 중개대상물 확인 의뢰시 예상되는 실비에정액을 상호 약정에 따라 지급하고, 그 차액에 대해서는 추후 정산하는 방법에 의하는 것이 바람직 하다.

부동산중개계약을 체결한 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 부동산중개에 대한 법정중개수수료만 지급하면서 많은 시간과 비용이 발생하는 부수적인 업무를 요구하고 있는 것이 보통이다. 따라서 부동산중개업자가 부동산중개계약상의 의

85) 대판 1991. 4. 9, 90다18968.

무외에 부수적인 업무를 대행하면서 소요되는 제반비용은 부동산중개계약의 성립시는 물론 중개에 따른 부동산거래가 이루어지지 않더라도 중개의뢰인이 필수적으로 부담하도록 해야만 할 것이다.

2) 同時履行抗辯權

쌍무계약에 의하여 각 당사자가 부담하는 채무는 서로 대가적 의미를 가지고 관련되어 있으므로, 그 내용의 실행인 이행에 있어서 자기의 채무는 이행하지 않고서 상대방의 이행만을 청구하는 것은 공평의 관념과 신의칙에 반한다. 이에 따라 민법 제536조에서는 동시이행항변권을 인정하고 있으며 그 성립요건으로서, 첫째, 대가적 의미 있는 채무가 존재해야 하고, 둘째, 상대방의 채무가 변제기에 있어야 하며, 셋째, 상대방이 채무의 이행 또는 그 제공을 하지 않고서 이행을 청구하였을 것을 요한다.⁸⁶⁾ 따라서 부동산중개계약도 중개완성과 보수지급이라는 쌍방의 채무가 있으므로 동시이행항변권이 인정된다. 동시이행항변권을 가지는 자는 상대방의 청구권 작용을 저지하게 되며 자기채무의 이행지체를 저지하게 된다. 또한 상대방에게 동시이행항변권이 붙은 채권을 자동채권으로 하여 상계하지 못한다.⁸⁷⁾ 부동산중개업자에게 동시이행항변권이 인정되는 것은 부동산중개계약의 쌍무계약적 성질에 기초한 것이다.

3) 協力要求權

부동산중개업자가 중개완성을 위하여 중개의뢰인에게 협조를 필요로 하는 경우 부동산중개업자에게는 중개의뢰인에 대한 협력요구권이 있다. 권리를 이전할 중개의뢰인은 현장조사를 위해 부동산중개업자의 요청이 있을 경우 중개대상물에 출입하여 조사와 확인을 할 수 있도록 협조해야 하며 부동산중개업자의 질문에 신의칙상 위반되지 않도록 답변해야 한다. 또한 부동산중개업자는 중개의뢰인에게 중개대상물에 대한 등기필증, 인감증명서, 주민등록등초본, 인감, 등기부등본, 건축물관리대장·토지대장 등 부동산 거래에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다. 부동산중개업자는 공인중개사법 제25조의 규정에 따라 중개대상물에 대

86) 박윤직, 전계서, p.63.

87) 유 정, 『민법 조문 및 판례』, 형설출판사, 2002, p.570.

한 확인·설명을 위해 필요한 경우에는 매도의뢰인 또는 임대의뢰인 등에게 당해 중개대상물의 상태에 관한 자료를 요구할 수 있다. 협력요구권은 중개계약의 효력으로부터 비롯된 것이므로 중개업자가 자료를 요구할 수 있는 상대방은 부동산소유자가 아니라 중개의뢰인으로 보아야 한다. 이러한 협력요구권은 중개의뢰인이 중개완성 단계에서 필요한 자료제출 등의 협력을 하지 않음으로써 중개완성이 불가능하게 된 경우이므로 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 중개수수료를 지급해야 할 의무가 발생한다. 따라서 중개의뢰인에 대한 중개업자의 협력요구권은 사실상 강제되는 것이라고 보아야 한다.

4) 不動産仲介契約解止權과 解除權

부동산중개계약에 관한 계약해지권은 중개의뢰인과 부동산중개업자 양 당사자 모두에게 존재한다. 부동산중개계약은 위임계약과 유사한 것으로 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있는 점에 비추어 볼 때 부동산중개계약 역시 부동산중개업자나 중개의뢰인은 언제든지 상대방에게 최고 없이도 해지할 수 있다고 한다. 다만 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에 계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상해야 한다(민법 제689조).

‘불리한 시기’에 관하여 판례는 건물 임대차계약의 완성을 조건으로 보수를 지급하기로 한 중개계약은 유상위임계약으로 시기여하를 불문하고 중개완성이전에 부동산중개계약이 해지되면 부동산중개업자의 보수청구권은 상실되고 부동산중개계약 당시에 예정한 특별한 사정이 없는 한 해지에 있어서의 불리한 시기란 없다고 판시하고 있다.⁸⁸⁾ 그러나 중개대상물의 확인과 현장조사와 권리분석, 투자수익분석, 시가조사, 서류검토, 개발이용가능성 조사, 광고, 안내문 발송, 현장안내 등 구체적인 중개행위가 시작되면 많은 비용과 시간이 투입되므로 중개의뢰인의 해지시기는 부동산중개업자의 활동여부에 따라 불리한 시기가 있다고 보아야 한다. 또한 부동산중개계약을 해지한 후에 상당한 기간이 경과하지 않았는데도 불구하고 중개의뢰인이 부동산중개업자가 알선했던 상대방과 거래계약을 체결한 경우 부동산중개업자는 중개의뢰인에 대하여 부동산중개계약의 해지로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 판례는 부동산중개계약에서 상대방이 불리한

88) 대판 1991. 4. 9, 90다18968.

시기에 부동산중개계약을 해지한 때에는 그 해지가 부득이한 사유에 의한 것이 아닌 한, 그로 인한 손해를 배상하여야 하나, 그 배상의 범위는 위임이 해지되었다는 사실로부터 생기는 손해가 아니라 적당한 시기에 해지되었더라면 입지 아니하였을 손해에 한한다고 판시하고 있다.⁸⁹⁾

위임계약은 신뢰관계를 바탕으로 하기 때문에 주관적 사정에 의한 경우라도 신뢰관계가 깨지면 이른바 무사유 해지가 인정된다. 다만 이러한 해지의 자유는 연혁상 무상위임을 전제로 하여 마련된 것이므로 유상위임인 경우에는 이 규정을 제한적으로 해석하는 것이 바람직하다. 이에 관해서 유상위임의 경우에는 해지권 불이행의 특약이 있는 것으로 의제하자는 견해와 입법론상 해지제한을 지지하는 견해가 있다. 부동산중개계약의 해제에 관하여 부동산중개계약시 특별히 해제권을 보유한 경우에는 그 해제권 발생 사유에 따라 부동산중개계약 당사자에게 계약해제권이 발생한다. 계약의 해제는 유효하게 성립한 계약관계를 당사자의 일방적 의사표시에 의하여 해소시키는 것을 말한다. 계약으로부터 성립한 미이행채무는 소멸하고 이미 이행된 급부는 원상으로 회복되어야 한다. 일방적 의사표시에 의하여 계약관계를 해소할 수 있는 해제권은 당사자 사이의 계약으로 유보될 수 있다. 따라서 약정해제를 유보하는 부동산중개계약도 가능하다. 이러한 약정해제는 당사자 일방의 채무불이행이 있는 경우에 인정되는 법정해제와 구별된다.⁹⁰⁾ 약정해제는 중대한 계약위반 또는 채무불이행을 전제로 하지 않는다. 따라서 약정해제에서는 손해배상이 수반되지 않는 것이 원칙이다. 법정해제의 공통된 원인은 채무불이행이다.⁹¹⁾ 따라서 부동산중개계약의 일방당사자가 계약상 의무를 이행하지 않는 경우에는 당연히 법정해제권이 발생한다. 즉 계약법상의 일반이론이 부동산중개계약에도 그대로 적용된다.

2. 不動産仲介業者의 義務 및 賠償責任

1) 不動産仲介業者의 義務

(1) 仲介對象物에 대한 確認・說明義務

89) 대판 2000. 6. 9, 98다64202.

90) 김형배, 전계서, p.195.

91) 김준호, 『민법강의』, 법문사, 2004, p.1259.

부동산중개업자는 공인중개사법 제25조이하에서 정한 바에 따라 중개를 의뢰 받은 경우에는 중개가 완성되기 전에 당해 중개대상물의 상태·입지 및 권리관계 그리고 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항, 그 밖에 대통령령이 정하는 사항의 사항을 확인하여 이를 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 성실·정확하게 설명하고 토지대장·등기부등본 등 설명의 근거자료를 제시하여야 한다(동법 제25조 제1항). 부동산중개업자의 확인·설명 의무의 근거에 관하여 판례는 민법상 위임의 법률관계를 원용하고 있다.⁹²⁾

부동산중개업자는 중개대상물에 관하여 거래가 완성된 때에는 필요한 사항을 확인하여 거래계약서를 작성해야 하며 거래금액 등 거래내용을 허위로 기재해서는 안된다(동법 제26조). 공인중개사법시행령 제21조 제1항에 의하여 부동산중개업자에게 부여된 확인·설명 의무 사항은 다음과 같다. ①중개대상물의 종류·소재지·지번·지목·면적·용도·구조 및 건축연도 등 중개대상물에 관한 기본적인 사항(제1호) ②소유권·전세권·저당권·지상권 및 임차권 등 중개대상물의 권리관계에 관한 사항(제2호) ③거래예정금액, 중개수수료 및 실비의 금액과 그 산출내역(제3호) ④토지이용계획, 공법상의 거래규제 및 이용제한에 관한 사항(제4호) ⑤수도·전기·가스·소방·열공급·승강기 및 배수 등 시설물의 상태 (제5호) ⑥벽면 및 도배의 상태(제6호) ⑦일조·소음·진동 등 환경조건(제7호) ⑧도로 및 대중교통수단과의 연계성, 시장·학교와의 근접성 등 입지조건(제8호) ⑨중개대상물에 대한 권리를 취득함에 따라 부담하여야 할 조세의 종류 및 세율(제9호) 중개대상물의 종류·소재지·지목·면적·구조·용도·방향·건축연도를 확인할 경우에는 토지대장 등의 공부 및 현황조사를 통하여 확인하여야 하며 현황 및 공부와 일치하지 않을 경우에는 일치하지 않는다는 내용을 확인하고 설명해야 한다.

그러나 부동산중개업자가 중개대상물의 현황을 조사함에 있어 측량까지 하여 확인 설명할 의무까지는 없고⁹³⁾ 현황과 공부의 불일치여부는 부동산중개업자의 현장조사 과정에서 발견될 정도의 사항에 한정된다고 보아야 한다. 소유권·전세권·저당권·지상권·임차권 등 당해 중개대상물에 대한 권리관계는 부동산등기부 등을 통해서 확인해야 한다. 또한 건물의 임차인으로부터 전대차의 중개의뢰

92) 대판 1993. 5. 11, 92다55350.

93) 서울고판 1996. 4. 12, 95나46199.

를 받은 부동산중개업자는 원임대인의 승낙이나 동의 여부 그리고 전대차 기간 등을 파악하여야 하며, 건물을 전차하고자 하는 중개의뢰인이 이를 사용함에 있어서 권리상의 하자는 없는지 등의 여부를 선량한 관리자의 주의로써 확인하고, 그 내용을 정확하게 설명하여야 한다.⁹⁴⁾ 다만, 부동산중개업자는 중개대상물에 근저당이 설정된 경우에 그 채권최고액을 조사 확인하여 설명하면 족하고, 실제의 피담보채무액까지 조사 확인하여 설명할 의무까지는 없다.⁹⁵⁾

그리고 거래예정금액, 중개수수료 및 실비금액을 확인·설명서에 기재하여야 하며 또한 그 산출내역도 기재하여야 한다. 거래예정금액은 부동산거래계약서에 기재된 실거래가액을 의미하며 중개수수료 및 실비는 법정 요율 범위내의 금액만 기재하여야 한다. 공법상 이용제한 및 거래규제에 관한 사항도 이를 정확히 파악하여 기재하여야 하는데 공법상 이용제한이란 행정법규상의 제한을 의미하며, 당해 부동산을 특정용도로 사용할 수 없다거나 또는 특정 용도로만 사용해야 한다는 등의 일반적인 이용제한을 의미한다.⁹⁶⁾ 중개의뢰인이 중개대상물인 대지가 당시 환지예정지로 지정되어 있었음을 알고 있었고, 일반적으로 토지구획정리사업이 시행되는 경우 종전 토지가 일정비율로 감보되는 것이 상례인 점 등에 비추어 보면, 비록 부동산중개업자가 일일이 제시 설명하지 아니하였다 하더라도, 그러한 사정만으로 의뢰인에 대하여 위 매매를 중개함에 있어 요구되는 의무를 이행하지 아니하였다거나 그에게 어떠한 과실이 있었다고 볼 수 없다.⁹⁷⁾ 또한 부동산중개업자가 주유소 용지로서 중개대상물인 농지의 매매를 중개하였고 매매계약 당시에 위 농지면적 중 전용이 가능한 면적에 관하여 취득 중개의뢰인에게 고지하지 않은 것은 사실이나, 중개대상물인 농지가 석유판매업의 허가를 받을 수 있는 지역에 있고 다만, 그 전용면적이 1천 제곱미터 미만으로 제한되는 것에 불과한 경우 부동산중개업자에게 이러한 사항까지 조사하여 취득중개의뢰인에게 설명할 의무는 없다.⁹⁸⁾

중개대상물의 구체적인 사항 중 수도·전기·가스·소방·열공급설비·오수·폐수·쓰레기처리시설 등의 상태는 현장확인을 통하여 정확하게 기재하여야 하

94) 서울지판 1995. 10. 13, 94가합107632.

95) 대판 1999. 5. 14, 98다30667.

96) 서울고판 1995. 7. 6, 95나2298.

97) 서울고판 1990. 7. 10, 90나1283.

98) 서울고판 1995. 7. 6, 95나2298.

며 도로 및 대중교통수단과의 연계성, 시장·학교 등과의 접근성, 지형 등 입지 여건, 일조·소음·진동·악취 등 환경조건도 확인·설명사항에 포함된다. 중개 대상물의 내벽과 외벽의 도색 및 도배상태의 확인은 중개의뢰인의 자료제출이나 부동산중개업자의 직접조사에 의해 확인이 가능하다. 그러나 만약 권리이전 중개의뢰인이 중개대상물 내부의 출입거부 및 자료제출 요구에 불응할 경우에는 그러한 사실에 대한 내용도 기재하여야 한다. 그 밖에 중개대상물에 대한 취득관련 조세에 관해 개략적인 사항을 설명하고 세율을 기재하여야 한다. 즉 취득세·등록세·농어촌특별세·교육세·인지세·부가가치세·면허세 등에 대해 설명하고 기재를 하여야 하지만 정확한 부과금액까지는 설명하거나 기재할 필요는 없다. 그리고 중개대상물에 관하여 공시되지 않은 중요시설과 물건의 소유에 관한 사항을 파악하는 것은 토지에 정착된 물건이나 부착물 가운데 토지소유권 이전으로 인하여 종물로서 거래대상물에 포함되는 것은 무엇인지 분명히 하는데 의의가 있다. 이러한 중개대상물 확인·설명의무는 거래당사자를 보호함과 동시에 부동산중개업자의 중개행위에 따른 책임소재를 분명히 하는 데 유용하다.

중개대상물에 대한 확인·설명의무와 관련하여 그 내용의 확인과 설명을 함에 있어 요구되는 부동산중개업자의 의무를 생각해 볼 수 있다. 즉 성실하고 정확한 설명의무, 확인·설명서상의 서명·날인의무, 사본보관의무, 법정서식 사용의무, 작성한 확인·설명서를 거래 당사자에게 교부할 의무 등이 그것이다. 부동산중개업자의 중개대상물 확인·설명사항은 공인중개사법시행규칙 제16조에서 정한 별지서식 제20호로 표준화 되어있다. 그러나 동 서식은 공동주택 등 건물을 중개대상물로 하는 경우에 치중하고 있어서 토지를 중개대상물로 하는 경우에 적합한 확인·설명서식을 따로 마련할 필요가 있다.

부동산중개업자의 중개대상물 확인·설명의무는 중개의뢰인으로부터 중개의뢰를 받은 때부터 발생하고 부동산중개업자의 확인·설명의무가 만료되는 시점은 부동산거래계약서를 작성한 때라고 보아야 한다. 확인·설명의무의 만료시점은 부동산중개업자의 손해배상책임을 판단하는 중요한 기준이 된다. 이와 관련하여 부동산중개업자는 계약체결일 이후의 거래목적물에 관한 제한물권 등의 상황변동을 별도로 확인하여 중개의뢰인에게 설명할 의무는 없다고 판시한 판례가 있다.⁹⁹⁾ 중개업자가 중개대상물에 대한 확인·설명 의무를 게을리 한 과실로 인

하여 중개의뢰인에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해에 대하여 배상할 책임이 있다.¹⁰⁰⁾ 그러나 중개대상물 확인·설명서를 작성하여 교부하지 않았더라도 중개대상물에 대하여 구두로 정확하게 확인·설명을 한 경우에는 부동산중개업자에게 민사상의 손해배상책임이 없다고 보아야 한다.¹⁰¹⁾

(2) 不動產去來의 申告義務

현행 공인중개사법 제27조에서는 종전의 부동산중개업법에는 없던 부동산거래신고제도를 규정하고 있다. 즉, 부동산거래 계약서를 작성한 때에는 거래계약의 체결일로부터 30일 이내에 부동산의 실제거래가액 등을 당해 거래대상 물건 소재지의 관할 시장·군수·구청장에게 신고하도록 규정하고 있는데 매도인 및 매수인이 직접거래를 했을 경우에는 당사자가 공동으로, 중개업자가 거래계약서를 작성·교부한 때에는 중개업자가 의무적으로 신고를 하도록 하였다. 신고된 내용 중 부동산의 실제거래가액은 2006. 6. 1.부터 부동산등기부에 기재된다(부동산등기법 제41조 제1항 제9호). 이와 같은 제도를 신설한 것은 탈세의 방지 및 부동산투기를 근절하고 건전한 부동산 거래 질서를 확립하고자 하는 정책적 목적으로부터 비롯된 것으로 보인다. 이에 따라 취득세, 등록세 내지 양도소득세 등 관련 세금의 납부를 줄이기 위하여 중개의뢰인들의 요청에 따라 공공연하게 자행되어 왔던 이중계약서 작성 등의 부적절한 관행을 상당부분 방지할 수 있을 것으로 예상된다.

(3) 信義誠實義務

부동산중개계약을 체결하는 경우 부동산중개업자는 신의성실의 원칙에 입각하여 권리의 행사와 의무의 이행을 함에 있어 신의에 좇아 성실히 하여야 한다.¹⁰²⁾ 민법상 신의성실의 원칙은 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는

99) 서울지판 1999. 12. 10, 99가합3332.

100) 대구지판 1987. 10. 30, 86가합1663 ; 서울지판 1996. 4. 2, 95가합113894.

101) 서울고판 1998. 10. 27, 98나18942.

102) 민법 제2조 제1항의 신의성실의 원칙은 로마법의 채권관계에서 발전한 법리로써, 그 근본사고방식은 여러 면에서 권리남용의 법리와 공통점을 가지고 있다. 즉 신의성실에 반하는 권리행사는 권리남용이 되고, 신의성실에 반하는 의무의 이행은 의무불이행의 책임을 진다.

방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는, 민법 전반에 걸쳐는 추상적 규범이다.¹⁰³⁾ 그러나 부동산중개에 관한 전문직업인으로서 품위유지의무와 더불어 신의와 성실으로써 공정하게 중개행위를 하여야 함을 명시하고 있는 공인중개사법 제29조 제1항은, 부동산중개업자의 특유한 신의성실의무를 구체적으로 강조하고 있는 강행규정이다. 즉 부동산중개업자는 부동산중개계약상의 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 의무가 있다.¹⁰⁴⁾ 따라서 부동산중개업자는 중개업무를 수행하는 과정에 있어서 중개의뢰인의 의뢰내용에 반하지 않도록 중개의뢰인을 위하여 성실하게 중개업무에 임해야 한다. 신의칙을 위반한 권리의 행사가 권리의 남용으로 되거나 불법행위로 되는 것처럼, 신의칙에 위반된 의무의 이행도 의무불이행으로서 채무불이행 기타의 위법행위를 구성한다.¹⁰⁵⁾

이와 같이 명문의 규정으로 부동산중개업자에게 신의성실의무를 부과하고 있는 것은 부동산거래에 관한 전문지식이 상대적으로 부족한 중개의뢰인을 보호하기 위한 것이며, 또한 거래당사자들이 보이기 쉬운 이익의 대립 국면을 중립적이고도 공정하게 처리해야 하는 중개자로서의 역할을 다하여야 함을 강조하고 있는 것으로서, 이는 중개인이 당연히 갖추어야 할 의무라고 할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 만약 부동산중개업자가 중개대상물에 대한 중대한 사항에 대하여 거짓된 언행을 하거나 고의로 중개의뢰인의 판단을 흐리게 하는 등 신의성실의무를 위반하였다면, 계약의 해지사유가 되어 보수청구권을 상실하게 될 수 있으며, 나아가 손해배상 책임도 발생할 수 있다. 그러나 과연 어떠한 행위가 부동산중개업자의 신의성실의무에 위배되는지의 여부는 사회통념을 기준으로 판단할 수 밖에 없을 것이다. 그러므로 부동산중개업자의 신의성실의무의 한계를 특정하는 것은 용이하지가 않다. 판례는 매수인의 권리를 보호하기 위해 매도인을 속여 소유권이전등기에 필요한 인감증명서를 교부받은 중개업자의 행위에 대해서, 이를 부동산중개업자에게 부여된 신의성실의무를 넘어선 것으로 판단하고 있다.¹⁰⁷⁾

103) 대판 1991. 12. 10, 91다3802.

104) 대판 1999. 5. 14, 98다30667.

105) 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 1992, p.114.

106) 임홍근, “중개업에 관한 연구” 『성균관법학(창간호)』, 성균관대학교 비교법학연구소, 1987. p.227.

107) 대판 1992. 11. 24, 92도319.

(4) 秘密維持義務 等

부동산중개업자를 비롯한 중개보조원, 소속 공인중개사 등은 공인중개사법 제29조 제2항에서 정한 바에 따라 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다. 부동산중개업자 등이 그 직을 떠난 후에도 또한 같다. 당사자가 어떤 사실에 대해 비밀로 하여 줄 것을 요청했는지 여부와는 관계없이 비밀을 지켜야 하며, 그 비밀의 보호이익이 누구에게 귀속되는지 여부를 불문한다. 즉 어떤 사실이 타인에게 알려짐으로 인하여 당사자의 이익에 반하는 결과가 예상되는 비밀은 부동산중개업자가 누설해서는 안 되는 것이다. 그러나 당사자가 비밀로 해둘 것을 요청하더라도 중개대상물에 대한 하자나, 거래 상대방이 알고 있다면 거래를 하지 않을 정도의 중대한 사실은 중개업자가 지켜야 할 비밀에 속하지 않는다고 보아야 한다. 이는 거래상대방에게 알리지 않음으로써 상대방에게 부당한 피해가 발생할 수 있기 때문이다.

부동산중개업자는 등록된 인장을 사용해야 하는 인장사용의무가 부여되어 있다. 이러한 등록 인장사용 의무에 관한 사항은 중개업무의 전반에 걸쳐있다. 중개의뢰인과의 중개계약서를 작성하는 때는 물론이며 거래계약서에 대한 서명·날인, 중개대상물 확인·설명서에 대한 서명·날인, 중개수수료영수증에 대한 서명·날인의 경우에는 반드시 등록된 인장을 사용해야 한다. 또한 부동산중개업자는 중개업무상 공정의를 다하여야 한다. 즉 중개행위를 함에 있어 공정하게 업무를 수행해야 하며 중개의뢰인 쌍방에게 모두 공정한 중개행위를 해야 한다. 즉 부동산중개업자는 직접 중개를 의뢰받은 중개의뢰인 뿐만 아니라 거래의 상대방에게도 최대한 공정한 중개행위를 해야 하며, 이러한 공정 의무는 중개업자가 중개의뢰인 일방이 아닌 중개의뢰인 쌍방으로부터 중개수수료를 교부받는 근거를 제공한다. 거래계약서의 작성의무는 부동산중개업자가 직접 수행해야 하는 중요한 의무이며 다수의 부동산중개업자가 거래계약에 참여하게 되면 계약서를 공동으로 작성하여 함께 서명·날인해야 한다.

(5) 民法上の 善管注意義務와 公認仲介士法上の 注意義務

민법 제681조의 규정에 의하면 수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다. 이때 선관주의의무는 보통의 주의력을

가진 행위자가 구체적인 상황에서 통상 가져야 할 주의의 정도를 말하는 것이다.¹⁰⁸⁾ 부동산중개계약을 위임의 일종으로 파악하고 있는 학설과 판례의 입장에서 볼 때, 부동산중개업자는 민법 제681조에 의해 선량한 관리자의 주의로써 의뢰받은 중개업무를 처리해야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, 동시에 공인중개사법 제29조에 의하여 신의와 성실로써 공정하게 중개행위를 하여야 할 의무를 부담하고 있다. 성실의무가 부동산중개업자의 의식적 배신행위로부터 중개의뢰인을 보호하는 역할을 수행하는데 반해, 선관주의의무는 주로 중개업자의 과실에 의한 배신행위로부터 중개의뢰인을 보호하는 역할을 한다. 이 의무의 위반은 추상적 경과실로 되며 자기의 주의능력에 상응하는 주의를 요구하는 의무(이 의무의 위반은 구체적 경과실이라고 한다)와 구분되는 개념이다. 이와 같은 부동산중개업자의 주의의무는, 부동산거래에 관한 전문적인 지식과 경험을 기초로 중개의뢰인으로부터 사무를 위임받아 그것을 영업으로 하고 있는 경우이므로 당해 사무에 관한 주지의 전문가를 표준으로 하는 고도의 주의의무라 하겠다.¹⁰⁹⁾

다만 부동산중개계약상 선관주의의무는, 위임계약상의 선관주의의무와는 조금 다르다. 위임계약상 선관주의의무는, 수임자에게 신임관계에 기한 일종의 채무성이 부여된 것이지만 부동산중개계약상 중개업자에게 부여된 선관주의의무는 부동산중개업자가 부동산거래의 전문가로서 고도의 주의력이 요청된다는 점에서 당연히 부여된 의무라 할 것이다.¹¹⁰⁾ 부동산중개업자의 선관주의 의무에 관한 판례를 보면, 부동산중개업자로서 매도의뢰인을 잘 알지 못하는 경우, 필요할 때에는 등기권리증의 소지여부나 그 내용을 확인 조사하여야 할 주의의무가 있으며 부동산 등기부와 주민등록증 등에 의하여 진정한 권리자와 동일인지의 여부를 확인할 의무가 있다고 한다.¹¹¹⁾ 물론 등기의 공신력을 인정하지 않고 있는 우리나라의 현실에서는 등기와 실제적인 법률관계가 일치하지 않는 경우가 많다. 이러한 부실등기를 신뢰한 자를 보호하기 위해서 한계는 있지만, 외관을 신뢰한 자를 보호하는 이론과 선의의 제3자 보호규정 등이 있다.¹¹²⁾ 또한 부동산중개업자

108) 대판 1985. 3. 26, 84다카1923.

109) 이재웅, “부동산거래와 부동산중개업자의 민사책임에 대한 고찰”, 국제부동산학회 통권13호, 1998. 12, p.241.

110) 대판 1999. 5. 14, 98다30667 ; 대판 1993. 5. 11, 92다55350.

111) 대판 1993. 5. 11, 92다55350.

112) 안수홍, “부동산공시제도의 문제점과 개선방안” 『월간공인중개사』, 부동산연구사,

가 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 관리자의 주의로 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 부동산중개업자의 의무에 위반된다고 할 것이다.¹¹³⁾ 그리고 부동산중개업자가 중개의뢰인에게 재산상의 피해가 예상되는 사항을 알리지 않은 행위나 중개의뢰인이 합리적인 선택을 할 수 있도록 미리 알려주어야 하는 사항을 알리지 않은 경우에도 선관주의의무의 위반으로 볼 수 있다.¹¹⁴⁾ 그러나 부동산중개업자에게 부과되는 선관주의의무는 고도의 전문적인 감정인이나 법률전문가로서의 책임까지 요구하는 것은 아니라고 본다. 따라서 상황이 매우 특별하여 부동산중개업자의 통상적인 능력으로는 알 수 없었던 원인으로 인하여 중개의뢰인에게 피해가 발생했을 경우에는, 그 중개업자에게 선관주의의무를 위반한 책임을 물을 수는 없다고 보아야 할 것이다.¹¹⁵⁾ 다만 부동산중개업자의 주의의무는 부동산중개계약에 기인한 의무이기 때문에 부동산중개업자가 이 의무에 위반한 경우에는 계약상 채무불이행으로서 손해배상책임을 부담하게 된다.

또한 부동산중개업자와 직접적인 부동산중개계약의 관계에 있지 아니한자인 제3자에 대한 주의의무는, 부동산 거래에 관한 전문적 지식과 경험을 가지는 부동산중개업자로서의 신뢰와 그의 개입에 의해서 거래의 과오가 없을 것으로 기대하는, 사회적 요청에 그 근거를 두고 있다. 이러한 부동산중개업자의 제3자에 대한 주의의무 위반행위는 직접적인 계약관계가 없으므로 부동산중개업자가 부담하는 책임은 계약책임이 아니라 불법행위책임이 될 것이다. 여기서 채무불이행 책임은 계약책임으로 가해자(피고)가 입증책임을 지고, 불법행위책임에 관해서는 피해자(원고)가 입증책임을 지는 것이므로 부동산중개업자에 대한 책임추궁에는 채무불이행책임을 묻는 경우가 많다.¹¹⁶⁾ 그리고 부동산중개업자가 법령상의 각종 의무를 위반하면 사안에 따라 행정책임 내지 형사책임을 저야 하는 경우도 있다.

2000. 1, p.42.

113) 대판 1999. 5. 14, 98다30667.

114) 대판 1997. 11. 28, 96다22365 ; 서울고판 1990. 5. 23, 90나10577.

115) 대판 1985. 3. 26, 84다카1923 ; 대판 2000. 5. 12, 2000다59.

116) 부산지판 1991. 9. 3, 91가합3164.

(6) 專屬仲介契約上 義務

공인중개사법 제23조의 규정에 따라 전속중개계약을 체결하는 경우에는 공인중개사법상 부동산중개업자의 일반적인 의무 이외에 특별한 의무가 발생한다. 첫째, 표준계약서를 사용해야 한다(동법 제23조 제2항). 즉, 부동산중개업자는 전속중개계약을 체결하고자 하는 때에는 건설교통부령이 정하는 표준계약서를 사용하고, 이를 3년동안 보존하여야 한다. 둘째, 정보를 공개할 의무가 발생한다(동법 제23조 제3항). 부동산중개업자는 전속중개계약을 체결한 경우 지체없이 부동산거래정보망에 중개대상물에 대한 정보를 공개하거나, 대통령령이 정하는 방법인, '정기간행물의 등록에 관한 법률'에 의하여 일간신문에 1회 이상 광고하여, 정보를 공개하여야 한다 다만, 중개의뢰인이 정보를 공개하지 아니할 것을 요청한 경우에는 이를 공개하여서는 아니 된다. 중개업자가 정보를 공개한 경우에는 지체없이 공개한 내용을 문서로 중개의뢰인에게 통지해야 한다. 여기서 부동산거래정보망이란 건설교통부장관이 지정한 거래정보사업자가 설치 운영하는 부동산거래정보망을 의미한다. 현재 대한공인중개사협회와 한국공인중개사협회에서 자회사 형태로 정보통신주식회사를 설립, 부동산거래정보망을 운영하고 있다. 셋째, 업무처리상황의 통지의무가 발생한다. 전속중개계약을 체결한 중개업자는 중개의뢰인에게 문서로서 2주일에 1회 이상 업무처리상황을 통지하여야 한다(동법 시행규칙 제14조).

2) 不動産仲介業者의 損害賠償責任

부동산중개의뢰인에 대하여 부동산중개업자가 부담하는 책임의 근거는 중개계약에 기초한 부동산중개업자와 위탁자인 부동산중개의뢰인 사이에 특별한 신뢰관계가 존재한다는 데 있다.¹¹⁷⁾ 부동산중개업자의 손해배상책임에 관하여는 요건·범위·책임의 보장제도 등을 생각해 볼 수 있다.

(1) 不動産仲介業者의 損害賠償責任 要件

부동산중개업자는 다음과 같은 요건이 성립하면 중개의뢰인에게 손해배상책임을 진다.

117) 李載雄, “不動産仲介契約の研究”, 日本國立神戸大學校大學院 博士學位論文, 1995. p.207.

첫째, 부동산중개업자 등의 행위로 인한 손해이어야 한다. 부동산중개업자는 물론이고 부동산중개업자의 사용인 또는 법인의 이사의 행위에 대해서도 손해배상책임이 적용된다.

둘째, 중개행위로 인한 손해이어야 한다. 부동산중개업자가 행하는 중개행위에 의해 발생한 손해를 말하며, 중개가 아닌 행위로 인한 손해는 손해배상의 범위에서 제외된다. 어떠한 행위가 중개행위에 포함되느냐 하는 문제는 중개업자의 행위를 객관적으로 보아서 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되는지의 여부에 따라 결정한다. 부동산중개업자가 거짓으로 부동산소유자에게 매매대금을 전달한다면서 매수의뢰인으로부터 금전을 편취한 것도 중개행위의 범위에 포함되어 손해배상을 해야 한다.¹¹⁸⁾ 부동산중개업자의 중개행위에 대한 책임은 중개완성으로 종료된다. 즉 부동산중개업자는 거래계약이 체결되면 중개의 의무가 완성되며 그 이후에 중도금, 잔금지불에 대해서는 책임이 없다.

셋째, 고의 또는 과실로 인한 손해이어야 한다. 고의란 자신의 행위로 인하여 일정한 결과가 발생할 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태를 의미한다. 이 행위에는 작위와 부작위가 모두 포함된다. 영업허가를 받을 수 없는 점포를 중개하면서 영업허가를 받는데 아무런 지장이 없는 것처럼 중개의뢰인을 기망하여 점포임대차계약을 체결한 경우에도 부동산중개업자의 고의가 인정된다.¹¹⁹⁾ 과실이란 자신의 행위로 인해 일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있었어야 함에도 불구하고 주의를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고서 어떤 행위를 하는 심리상태를 말한다. 부동산중개업법상 과실책임은 중대한 과실이 아닌 경과실(추상적 경과실)이라도 족하다고 본다. 그러나 부동산중개업자로서 통상의 주의를 기울여 신의와 성실로 중개행위를 하였음에도 불구하고, 중개업자의 전문적 능력으로도 알 수 없는 은폐된 하자 등의 원인으로 손해가 발생한 때에는 부동산중개업자에게 손해배상책임을 물을 수 없다고 하여야 한다. 판례도 '과실은 통상적인 사람을 기준으로 하여 마땅히 이행해야 할 의무를 태만히 하였거나 또는 이행해야 할 의무를 이행하지 아니한 경우를 가리키는 것이나, 과실로 볼 수 있는 그러한 사정들이 불가항력적 이었다면 거기에 과실이 있다고 할 수 없다'고 판시하고 있다.¹²⁰⁾

118) 대판 1995. 9. 29, 94다47261.

119) 인천지판 1998. 9. 29, 98가소136155.

넷째, 거래당사자에 대한 손해이어야 한다. 거래당사자는 권리의전 중개의뢰인과 권리취득 중개의뢰인을 말한다. 그러나 거래당사자가 아닌 제3자에게 손해가 발생한 경우에는 공인중개사법상 손해배상의무가 없으며 이에 대해서는 민법상 불법행위에 의한 책임을 물을 수 있다. 다시 말해 ‘거래당사자에게 발생한 손해액’이란 부동산중개업자의 중개행위에 고의 또는 과실이 없었다면 중개의뢰인이 지급하지 않아도 될 비용을 지급한 경우에 그 지급한 비용을 의미하는 것이다.¹²¹⁾

다섯째, 재산상의 손해이어야 한다. 부동산중개업자의 잘못으로 중개의뢰인에게 정신적인 손해가 발생한 경우에도 재산상의 손해가 아니면, 부동산중개업자에게 공인중개사법 제30조 제1항의 손해배상책임을 물을 수 없고, 민법상 불법행위 책임만 물을 수 있다. 부동산중개계약은 위임계약과 유사하므로 위임인의 정신적 고통은 그 재산상의 손해가 배상이 이루어짐으로서 회복된다고 보아야 하고, 위임인이 재산적 손해에 대한 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 수임인이 부동산중개업자가 그와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다.¹²²⁾ 계약의 일방 당사자가 상대방의 이행을 믿고 지출한 비용인 이른바 신뢰이익의 손해도, 그러한 지출 사실을 상대방이 알았거나 알 수 있었고, 또 그것이 통상적인 지출비용의 범위 내에 속한다면, 그에 대하여도 이행이익의 한도 내에서 배상을 청구할 수 있다.¹²³⁾

여섯째, 확정된 손해이어야 한다. 손해배상을 받을 수 있는 손해는 손해가 발생될 것이라고 예상되는 것만으로는 손해배상책임을 부과되지 않고, 확정된 손해에 한정된다고 보아야 한다. 불법행위나 채무불이행으로 인한 손해배상청구권이거나 부당이득 반환청구권을 논함에 있어 현실적으로 손해가 발생하였는지의 여부는 사회통념에 비추어 객관적이고 합리적으로 판단해야 한다.¹²⁴⁾

일곱째, 부동산중개업자의 행위와 중개의뢰인의 손해 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 인과관계라 함은 어떤 원인(선행사실)이 있으면 필연적으로 어떤

120) 대판 1979. 12. 26, 79다1843.

121) 대판 1987. 10. 13, 87다카1345.

122) 대판 1996. 12. 10, 96다36289.

123) 대판 1992. 4. 28, 91다29972 ; 대판 1999. 2. 9, 98다49104.

124) 대판 1998. 4. 24, 97다28568.

결과(후행사실)를 발생케 하는 관계, 즉 일정한 결과는 일정한 원인이 없으면 발생되지 않았을 것이라는 관계를 말한다.

여덟째, 부동산중개업자의 불법행위로 인한 손해이어야 한다. 위법한 행위라 함은 객관적 행위가 타인의 권리 또는 이익을 침해함으로써 법률에 반하거나 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 것이라 할 것이다. 따라서 공인중개사법 제30조 각항에서 정한 부동산중개업자의 손해배상책임은 민사상 불법행위책임의 범위에 포함되는 것으로 볼 수 있다.

(2) 損害賠償責任의 範圍

손해배상책임의 범위에 관하여 우선 과실상계에 관한 문제를 생각해 볼 수 있다. 즉, 부동산중개업자의 주의의무 위반 등을 이유로 중개의뢰인이 손해배상을 청구하면, 부동산중개업자는 중개의뢰인의 과실을 주장하여 책임을 경감할 수 있으나 하는 것이 과실상계의 문제라고 할 수 있다. 예를 들어 등기부동본의 확인여부 등 간단한 절차에 따라 누구나 쉽게 파악할 수 있는 사실을 확인해 보지 않아서 발생한 손해정도는 중개의뢰인에게도 책임이 있는 것이다. 즉 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 모든 것을 전적으로 의존할 것이 아니라 대상 부동산에 대한 권리관계를 확인하는 정도는 스스로 하여야 함에도 불구하고 이를 게을리한 것은 재산상 손해발생의 한 원인이 되었다고 할 것이므로 부동산중개업자가 배상할 손해액을 정함에 있어 중개의뢰인의 과실을 참작해야 할 것이다.¹²⁵⁾ 판례는 중개의뢰인의 과실을 폭넓게 인정하고 있는데 경우에 따라 중개의뢰인의 과실을 50%이상 인정한 판례도 있다.¹²⁶⁾ 그러나 과실상계의 문제는 중개의뢰인이 부동산거래에 대해 전문적인 지식과 풍부한 경험을 가지고 있는 경우와 그렇지 못한 경우를 구분하여 살펴보아야 할 것이다. 지식과 경험이 부족한 중개의뢰인이 중개업자를 신뢰하고 중개를 의뢰한 경우에는 과실상계를 인정하지 않는 것이 타당하다는 견해가 있다.¹²⁷⁾

그리고 부동산중개업자는 자기의 중개사무소를 다른 사람의 중개행위의 장소

125) 강일원, “부동산관련 전문가 책임에 관한 연구”, 중앙대학교대학원 석사학위논문, 1999, p.96.

126) 서울지판 1993. 10. 13, 93나26280 ; 수원지판 1994. 1. 28, 93나2770.

127) 소성규, 전거서, p.185.

로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 이것은 무등록중개업자가 중개업자의 중개사무소를 이용하여 중개행위에 나서는 것을 방지하기 위해 규정된 것이며, 중개업자가 자기의 중개사무소를 다른 사람의 중개행위의 장소로 제공함으로써 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는, 중개업자의 고의 또는 과실을 묻지 않고 손해배상책임을 부과하고 있다. 그러나 이는 현실적으로 문제가 있다. 생각건대 부동산중개업자가 중대한 과실로 장소를 제공한 경우와 최소한 자신의 사무소 내에서 중개행위가 일어나고 있다는 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 손해배상책임을 지우는 것이 타당하다고 본다.

또한 공인중개사법 제15조 제2항에서 규정한 바에 따라 부동산중개업자가 고용한 소속 공인중개사 및 중개보조원의 업무상 행위는 그를 고용한 부동산중개업자의 행위로 본다. 그러므로 사용인이 중개업무를 보조하는 과정 중 업무범위 내에서 고의 또는 과실로 거래당사자나 기타의 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 그를 고용한 부동산중개업자의 고의나 과실 여부에 관계없이 부동산중개업자에게도 손해배상책임을 지우는 것이다. 민법상 사용자책임은 일종의 중간적 책임이지만 공인중개사법상 중개업자의 책임은 무과실책임으로서의 고용자 책임이다.

부동산중개업자에게 무과실책임을 인정하는 것은 사용인이 충분한 재력을 가지고 있지 못한 경우가 많아 배상책임능력의 측면에서 미흡한 점을 감안한 까닭이다. 그러므로 부동산중개업자에게 무과실 책임을 부여하는 것은 중개의뢰인인 거래당사자를 제도적으로 보호하기 위한 것이다. 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 사용인이 그 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 경우, 사용인의 선임감독에 주의를 다하였거나 주의를 다하여도 불가항력으로 손해가 발생했다는 것을 입증하지 못하면 책임을 진다.¹²⁸⁾ 사용인이 업무상 거래당사자나 제3자에게 입힌 손해에 대해서 부동산중개업자가 책임을 지지만 사용인의 책임이 면제되는 것은 아니다. 사용인의 행위가 고의나 과실 등의 불법행위요건을 갖추면 사용인도 별도의 불법행위책임을 지게 된다.

이와 같이 민법상 사용자의 배상책임과 공인중개사법 제15조 제2항의 사용인에 대한 중개업자의 배상책임은 경합된다. 따라서 민법상의 사용자의 배상책임은

128) 유 정, 전게서, p.720.

사용자가 피용자의 선임 및 그 사무 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 면책된다. 그러나 중개업자는 피용자인 사용인의 업무에 상당한 주의를 한 경우라도 배상책임을 면할 수 없다. 그러나 사용자인 중개업자가 손해배상을 한 경우에는 피용자인 사용인에게 고의 또는 중대한 과실이 있는 범위 내에서 구상권을 행사할 수 있어야 한다. 피용자인 사용인 즉 중개보조원의 고의·과실에 따른 손해 보전을 담보하기 위해서는 미국의 중개보조원(salesperson)과 같이 중개보조원 제도를 전문 자격화할 필요가 있다. 또한 중개업자가 중개보조원을 고용할 때에는 중개보조원의 고의·과실에 따른 손해를 전보하기 위하여 중개보조원에게 담보 또는 신용증을 설정케 할 필요가 있다.¹²⁹⁾

(3) 公認仲介士法上の 賠償責任과 民法上の 賠償責任

국민의 재산을 보호하는 막중한 책임이 부여된 부동산중개업자는 민법상 고의 또는 과실로 거래당사자에게 손해를 발생시킬 경우 그 책임을 져야 한다(민법 제750조). 민법상 손해배상이란 일정한 사실에 의하여 타인에게 입힌 손해를 전보하고 손해가 발생하지 않은 것과 똑같은 상태로 원상 복구시키는 것이다. 손해배상청구권의 발생원인은 손해담보계약에 의한 경우도 있지만 대부분이 위법행위인 채무불이행과 불법행위에 기인한다(민법 제390조 이하, 제750조 이하). 민법에는 손해배상청구권에 관한 일반규정은 없고 채무불이행과 불법행위의 경우에 각각 그 성립요건, 배상범위, 배상방법 등이 정해져 있다. 고의에 의한 불법행위로 손해가 발생했다면 이에 대해 징벌적 손해배상을 인정하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 원고가 불법행위책임과 계약책임 중에서 선택적으로 청구할 수 있는 경우에도 징벌적 손해배상을 청구할 수 있도록 하자는 주장이 있다.¹³⁰⁾

129) 이창석, “부동산중개업법의 개정과 중개제도의 발전방향,” 『월간공인중개사』, 부동산연구사, 1999. 6, p.21.

130) 징벌적 손해배상이란 ‘가해자가 불법행위를 행함에 있어서 악의적인 경우에 인정되는 배상’을 말하는 것으로써 고의의 비행자와 과실의 비행자를 구별하기 위하여 인정되는 것이다. 19세기 중엽에 보통법(common law)상으로 그 법리가 인정된 이후 적용범위도 점차적으로 확대되고 있다. 최근 미국에서는 계약위반이 악의적이기 때문에 불법행위 내지 신뢰관계의 위반으로 되는 경우에는 불법행위로 단정하여 징벌적 손해배상을 부과하는 판례가 늘어나고 있다[윤정환, “징벌적 손해배상”, 『민법의 과제와 현대법의 조명(홍천룡교수회갑기념논문집)』, 1997, p.301.].

부동산중개업자와 중개의뢰인과의 관계는 위임계약관계이므로 우선적으로는 계약법에 의해 처리되어야 하지만, 부동산중개업자가 위임계약상의 채무의 범위를 벗어나서 중개의뢰인에게 피해를 입힌 경우, 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 불법행위책임을 물을 수 있다.¹³¹⁾

민법 제681조에 의해 수임인인 부동산중개업자는 선량한 관리자의 주의로써 의뢰받은 업무를 처리해야 하며, 사무처리 과정에서 고도의 주의를 기울이는 것은 급부의 구성부분이 된다.¹³²⁾ 따라서 부동산중개업자는 자신에게 책임 있는 사유로 의뢰받은 중개업무를 제대로 처리하지 못한 경우에는 민법상 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다.¹³³⁾ 이와 같이 민법상 손해배상의 방법이 열려 있음에도 불구하고 공인중개사법상에 손해배상책임을 명문으로 규정하고 있는 이유는, 중개의뢰인의 재산상의 피해를 방지하고 아울러 부동산중개업자의 공신력을 높이고자 하는데 그 목적이 있다고 하여야 할 것이다.

(4) 損害賠償責任의 保障制度

부동산중개업자의 손해배상책임 보장을 위하여는 보증보험 등의 제도가 있다. 보증보험이란 부동산중개업자의 손해배상의 보장을 목적으로 부동산중개업자와 보증보험회사가 체결하는 보험계약으로 이른바 타인을 위한 손해보험계약이다.¹³⁴⁾

부동산중개업자가 부동산중개업 등록을 하기 위해서는 보증보험증서나 공제증서를 반드시 제출해야만 등록이 가능하며 업무를 개시할 수 있다. 부동산중개업의 개시에 있어서 개인사무소의 경우에는 보증 설정금액을 5천만원 이상으로 가입하여야 하며 중개법인의 경우에는 1억원 이상 보증보험에 가입하여야 한다. 그리고 분사무소 마다 5천만원씩 추가로 증액해야 한다. 공제제도는 공인중개사법에 의해 건설교통부장관으로부터 인가를 받은 부동산중개업의 관계 협회에서 시행하는 것으로, 거래당사자에게 부담하게 되는 손해배상책임을 보증하는 보증보험적 성격을 가진 제도라고 보아야 할 것이다.¹³⁵⁾ 공제제도는 현재 대한공인중

131) 김동훈, “부동산관련 전문직의 민사책임”, 『부동산법학』 제5집, 한국부동산법학회, 1999, p.79.

132) 김형배, 전계서, p.658.

133) 김동훈, 상계논문, p.79.

134) 대판 1999. 3. 9, 98다61913.

개사협회와 한국공인중개사협회 두 단체에서 운영하고 있다. 한국공인중개사협회(중전 전국부동산중개업협회)가 운영하는 공제제도에 관하여 판례는, ‘동 제도는 중개업자가 그의 불법행위 또는 채무불이행으로 인하여 거래 당사자에게 부담하게 되는 손해배상 책임을 보증하는 보증보험적 성격을 가진 제도라고 보아야 할 것이므로, 그 공제약관에 공제 가입자인 중개업자의 고의로 인한 사고의 경우까지 공제금을 지급하도록 규정되었다고 하여 이것이 공제제도의 본질에 어긋난다거나 고의·중과실로 인한 보험사고의 경우 보험자의 면책을 규정한 상법 제659조의 취지에 어긋난다고 볼 수 없다’ 라고 하였다.

공제가입은 보증보험과 선택적으로 가입할 수 있으며, 부동산중개업자에 의하여 중개가 완성된 때에는 거래당사자에게 보증금액, 보증보험회사 또는 공제사업을 행하는 자, 보증기간을 설명하고 관련 증서 사본을 교부해야 한다.¹³⁶⁾ 이것은 중개의뢰인에게 부동산중개업자의 책임성을 공표하는 것이다.

3. 不動産仲介依頼人の 權利와 義務

1) 去來對象物 確認·說明 要求權 等

부동산중개계약이 체결될 경우, 부동산중개의뢰인은 부동산중개업자가 성실히 계약내용을 이행할 것을 기대한다. 그러므로 부동산중개업자는 공인중개사법 제25조에서 규정한 바에 따라 부동산중개가 완성되면 중개대상물 확인·설명서를 작성하여 서명·날인하고 양 당사자에게 교부하여야 한다. 또한 중개대상물에 대해 조사한 내용을 성실히 설명할 의무를 진다. 부동산의 권리를 취득하는 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 중개대상물에 대한 확인·설명을 요구할 수 있는 권리가 있고 일반중개계약이든, 전속중개계약이든 부동산중개계약을 구두로 하지 않고 서면으로 작성할 것을 부동산중개업자에게 요구할 수 있다. 그러나 부동산중개업자가 중개의뢰인의 이러한 서면작성 요구에 반드시 응해야 하는 것은 아니다. 실제로는 부동산중개업자들이 중개의뢰인들에게 서면작성을 요구하지만 오히려 이를 번거롭게 여기는 중개의뢰인들로 인해 부동산중개계약의 서면화는 제

135) 대판 1995. 9. 29, 94다47261.

136) 대판 1995. 9. 29, 94다47261.

한적으로 이루어지고 있다.

중개의뢰인은 부동산거래계약이 완성될 경우 거래계약서는 물론 중개대상물 확인·설명서와 영수증 등 중개완성으로 인한 부동산거래 관련서류를 교부해 주도록 부동산중개업자에게 요구할 수 있다. 이에 대해 부동산중개업자는 공정하게 작성한 서류들을 양 당사자에게 교부해야 하며 이를 위반할 경우에는 공인중개사법 제39조 제1항의 규정에 저촉되어 처벌을 받을 수도 있다.

또한 부동산중개업자에게는 부동산 매매의 경우 매도인의 신분증과 등기부등본, 인감증명서, 인감도장, 주민등록등본 등을 통하여 등기부상의 소유자와 거래계약서에 서명·날인하는 매도인이 동일인지의 여부를 확인한 후 이를 매수인에게 고지할 의무가 있다. 따라서 권리취득 중개의뢰인은 자신의 중개의뢰에 따른 부동산거래계약서를 작성하게 되는 경우, 부동산거래계약서에 매도인으로 서명·날인하는 자와 실제 부동산소유자가 동일인인지 그 확인을 부동산중개업자에게 요구할 수 있다.

그 밖에 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 부동산거래계약서의 검인신청을 요구할 수 있다. 이러한 중개의뢰인의 검인신청 요구가 있을 경우 부동산중개업자는 반드시 거래계약서에 대한 검인을 신청해야 한다. 그러나 실제로 부동산중개업자에게 부동산거래계약서의 검인신청을 요구하는 경우는 매우 드물다. 대부분의 경우 거래 당사자들은 취득세, 등록세, 양도소득세 등 부동산거래에 기초한 세금부담 때문에 쌍방간 합의에 따라 실제의 거래가액보다 낮은 금액이 기재된 계약서(이른바 다운계약서)를 따로 작성하여 그 계약서에 검인을 받기 때문이다.

2) 協力義務

부동산중개업자가 중개대상물을 확인하고 거래를 희망하는 상대방을 안내할 경우, 중개의뢰인은 의뢰한 중개대상물을 보여줄 의무가 있으며 중개대상물에 대한 부동산중개업자의 질문에 대답할 의무가 있다고 보아야 한다. 또한 중개대상물인 부동산에 대하여 부동산중개업자가 관련서류를 제출할 것을 요청하는 경우에도 이에 성실히 임해야 한다. 물론 강제성은 없지만 중개의뢰인의 비협조로 인한 손해에 대해서는 그 책임을 부동산중개업자에게 물을 수 없으며, 관련서류의

발급에 소요되는 실비는 중개의뢰인이 지급해야 한다. 이와같이 부동산중개의뢰인에게 협력의무를 지우는 것은, 신뢰를 바탕으로 체결된 부동산중개계약을 성실히 이행하기 위한 과정에서 당연히 요구되는 것이기도 하려니와 거래 상대방에게 정확한 정보를 제공해야 할 계약 당사자로서의 책무도 있기 때문이다.

3) 仲介報酬 支給義務 等

부동산중개계약이 완성된 경우 부동산중개의뢰인은 부동산중개업자에게 약정한 중개보수를 지급하여야 한다. 이는 유상·쌍무계약의 성격을 가지고 있는 부동산중개계약의 성질상 중개의뢰인에게 부여된 당연한 의무라고 할 것이다. 특히 전속중개계약을 체결하고 중개의뢰인이 그 계약사항을 위반하였을 경우, 중개의뢰인은 공인중개사법시행규칙 제14조에서 정한 바에 따라 전속중개권 침해에 대한 위약금을 부동산중개업자에게 지급해야 할 의무가 있다. 즉 중개의뢰인이 전속중개계약의 유효기간 내에 다른 부동산중개업자에게 중개를 의뢰하여 거래한 경우에는 중개수수료에 해당하는 금액을 중개업자에게 지급해야 한다. 또한 전속중개계약의 유효기간 내에 중개의뢰인 스스로 발견한 상대방과 거래한 경우에도 중개수수료의 50%범위 내에서 부동산중개업자의 소요된 비용을 지급하여야 한다. 이 때 지급되는 비용은 사회통념에 비추어 상당하다고 인정되는 비용에 한정된다. 이는 전속중개계약상의 계약책임으로써 비록 부동산중개업자가 중개의 완성을 하지 못했다고 하더라도 중개완성을 위해 노력한 대가는 지급해야 하므로 중개수수료의 50%범위 내에서 ‘사회통념에 비추어 상당하다고 인정되는 비용’을 지급하도록 규정하고 있는 것이다. 여기서 ‘사회통념에 비추어 상당하다고 인정되는 비용’이란 중개대상물의 거래를 위한 각종 중개활동에 직접적으로 소요되는 비용을 말하며, 중개사무소 유지비나 인건비 등 간접비용은 포함되지 않는다고 본다.¹³⁷⁾

137) 강해규 외, 전게서, p.154.

第4章 不動産仲介契約制度의 問題點과 改善方案

第1節 問題點

1. 不動産仲介契約의 實態上 問題點

현행 공인중개사법 제22조에서는 일반중개계약의 경우를 규정하고 중개의뢰인은 중개의뢰내용을 명확하게 하기 위하여 필요한 경우 중개업자에게 중개대상물의 위치 및 규모, 거래예정가격, 중개수수료, 중개업자와 중개의뢰인이 준수하여야 할 사항 등을 기재한 일반중개계약서의 작성을 요청할 수 있도록 하고 있다. 또한 동법 제23조에서는 중개의뢰인이 중개대상물의 중개를 의뢰함에 있어서 특정한 중개업자를 정하여 그 중개업자에 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 전속계약을 체결할 수 있도록 규정하고 있다. 전속중개계약을 체결하는 경우에는 건설교통부령이 정하는 표준계약서에 의하여야 하며, 중개업자는 체결된 전속중개계약 계약서를 건설교통부령이 정하는 기간 동안 보존하여야 한다. 그리고 전속중개계약을 체결한 경우 중개업자는 부동산거래정보망 또는 일간신문에 당해 중개대상물에 관한 정보를 공개하여야 한다. 다만, 중개의뢰인이 비공개를 요청한 경우에는 이를 공개하여서는 아니된다.

이와 같이 공인중개사법상 부동산중개계약의 유형을 마련해 놓고 있으나 부동산중개계약의 실태는 제도적 취지와는 동떨어진 모습을 보이고 있다. 즉 일반중개계약은 통상 서면이 아닌 구두로 이루어 지고 있고, 전속중개계약은 그 존재 자체를 대부분의 중개의뢰인이 잘 모르고 있을 뿐만 아니라 안다고 하더라도 전속계약서의 작성을 번거롭게 생각하는 중개의뢰인의 기피로 널리 활용되지 못하고 있다.

또한 부동산중개보수에 관하여 공인중개사법령은 상한선을 정해 놓고 엄격히 규제하고 있다. 그러나 이처럼 정해 놓은 중개보수의 상한선은 그 수준이 지나치

게 낮게 설정되어 있어 이를 어기는 사례가 종종 발생하고 있는 것이 현실이다. 그리고 관행적으로 이루어지는 중개보수의 수수형태는 독특하다. 즉 부동산중개계약이 체결된 후 중개보수를 받는 시기는 부동산거래계약체결 시점이 아니라 통상 부동산거래 잔금 완불시가 된다. 이와 같은 관행은 일반적으로 미리 중개보수를 지급할 경우 중개업자가 거래계약의 완료를 위하여 노력을 게을리 할지도 모른다는 중개의뢰인의 염려로부터 비롯된다. 사실상 중개업자의 의무와 책임은 부동산거래계약의 체결로 완수되는 것임에도 불구하고 중개의뢰인들은 거래계약의 완성까지를 중개업자의 서비스 영역으로 생각하고 있는 것이다. 따라서 부동산거래당사자간의 거래계약 불이행으로 인하여 그 계약이 해제되는 경우에는, 중개보수청구권의 법적 실현은 별론으로 하고라도 거의 대부분의 경우 중개업자는 중개의뢰인으로부터 중개수수료를 받지 못하고 있는 실정이다.

2. 現行 制度上 問題點

현행 제도상으로 인정된 부동산중개계약의 유형은 공인중개사법 제22조에 규정된 일반중개계약과 동법 제23조에 규정된 전속중개계약 두 종류이다. 이하에서는 두 유형의 부동산중개계약과 부동산중개계약의 중요한 요소가 되는 중개보수 그리고 그에 대응하는 중개업자의 손해배상책임 등에 관하여 제도적으로 문제가 되는 점 등을 살펴보고자 한다.

1) 一般仲介契約의 問題點

부동산중개계약에 있어서 가장 보편적으로 이루어지고 있는 일반중개계약의 문제점으로서의 첫째, 부동산중개의뢰인이 다수의 부동산중개업자에게 동시에 의뢰하는 것이 가능함으로 인해 발생하는 문제점을 들 수 있다. 즉 중개의뢰인으로부터 중개의뢰를 받은 수인의 부동산중개업자가 중개계약에 따른 이행을 위하여 많은 비용과 시간을 소요했다고 하더라도 그 중 1인의 부동산중개업자가 먼저 중개를 완성하거나 중개의뢰인이 직접 거래상대방과 거래계약을 체결하게 되면, 나머지 부동산중개업자들의 경우에는 결과적으로 노력을 한 만큼 손해가 발생한다는 불합리한 점이 있는 것이다.¹³⁸⁾ 따라서 이러한 중개방식은 중개의뢰인에게

있어서는 어느 한 부동산중개업자에게 얼마이지 않는 자유를 보장해 주지만, 부동산중개업자에게는 중개수수료를 취득할 수 있는 기회가 희박하여 부동산의 거래성립을 위한 시간의 할애와 비용의 자발적 지출을 기피하게 된다.

둘째, 법률적 분쟁의 발생이 속출할 수 있다는 문제점이 있다. 즉 중개계약을 서면화·공식화하지 않은 관계로 사후 분쟁의 발생 가능성에 대처하지 못하고 당사자간 분쟁이 발생할 경우에는 입증의 곤란으로 책임소재가 불분명하다.

셋째, 중개의뢰인이 다수의 부동산중개업자에게 중개의뢰를 하는 경우에는 그의 부동산물건이 무질서하게 공개되고 사적인 정보가 각 중개사무소에 유출됨으로 인해 사기사건 등의 범죄에 노출되기 쉬운 문제가 있다.

넷째, 책임중개·적극중개가 이루어지지 않는다는 문제점이 있다. 즉 중개의뢰인은 통상 불특정 다수의 중개업자를 상대로 하여 중개계약을 체결하기 때문에 이로 인해 중개 보수에 대해 확신을 갖지 못하게 되는 부동산중개업자는 당연히 적극적인 책임중개에 나서지 않게 된다.

따라서 일반중개계약의 이러한 문제점들은 결과적으로 중개의뢰인에게 불이익을 가져다 주고 나아가 부동산중개업의 건전한 발전을 저해하는 장애요인으로 작용하고 있다. 그러므로 이러한 일반중개계약은 중개의뢰인이나 부동산중개업자 모두에게 결코 유용하지 못한 중개방식이라고 할 수 있다.

2) 專屬仲介契約의 問題點

현재 우리 법제하에서는 일반중개계약이 보편적으로 행해지고 있으나, 일반중개계약제도가 갖는 현실적 한계로 인하여 부동산거래사고는 물론 법률관계가 복잡하게 얽히는 등의 문제가 속출함에 따라, 이러한 문제를 개선하고 발전시키고자 미국 등 선진국에서 채택하고 있는 전속중개계약제도를 부동산중개업법 제 4차 개정(1997. 12. 27. 법률 제4628호)시에 도입하여 현재에 이르고 있다(공인중개사법 제23조). 그러나 아직까지도 전속중개계약은 부동산중개계약의 낮익은 모습으로 정착되지 못하고 있다. 그 원인이 되는 문제점으로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

첫째, 입법은 되어 있으나 대부분의 중개의뢰인들이 전속중개계약의 존재를

138) 황영두, 전계논문, p.31.

잘 모르고 있으며, 또한 알고 있다고 해도 반드시 계약서를 작성해야 하는 등의 절차가 번거롭다는 이유를 들어 이의 이용을 꺼린다는 점이다. 또한 전속중개계약시 반드시 작성해야 하는 표준계약서 내용 중 계약의무 위반에 대해서는 중개의뢰인에게만 위약금을 지불하도록 규정되어 있어 계약상 불평등의 문제를 안고 있다. 뿐만아니라 부동산중개의뢰인은 특정한 부동산중개업자와 전속중개계약을 체결하게 되는 경우, 다른 중개업자에게 중개의뢰를 하여 거래가 성사되더라도 그 특정한 중개업자에게 전속계약상 약정된 중개수수료를 지급해야 하는 구속을 받게 된다.

둘째, 부동산거래정보망의 취약성을 들 수 있다. 공인중개사법 제23조 제3항에 따라 전속중개계약을 체결하는 경우에는 반드시 부동산거래정보망 등에 중개대상물에 관한 정보를 공개하도록 하고 있다. 이와 같이 부동산거래정보망에 정보를 공개하도록 하는 것은 중개의뢰인이 단 하나의 중개업자와만 중개계약을 체결하게 되는 전속중개계약상의 특성 때문이다. 따라서 부동산중개업자가 부동산거래정보망에 정보를 공개하지 않는다면 전속중개계약은 그 의미를 상실하게 된다. 그런데 우리나라의 부동산거래정보망 현실은 전속중개계약의 실효성을 뒷받침하기에는 매우 취약한 환경에 놓여 있다. 부동산거래정보망이 취약하게 되면, 자체 정보 수집력이 미약한 영세 중개업자들은 다양하고 전문적인 중개서비스를 제공할 수 없게 된다. 즉 전속중개계약은 단 하나의 중개업자 능력에만 의존하는 제도이므로 당해 중개업자가 능력을 제대로 갖추지 못하거나 또한 능력을 갖추고 있더라도 부동산거래정보망이 갖추어져 있지 않다면, 신속·정확한 부동산거래를 성사시키기 어렵게 되는 것이다.

셋째, 부동산거래정보망의 확충에 필요한 제도적 미비의 문제점을 들 수 있다. 공인중개사법 제24조 제1항 및 제2항에 의할 경우 건설교통부장관은 부동산거래정보망을 설치·운영할 자를 지정할 수 있도록 하고 이 지정을 받을 수 있는 자는 전기통신사업법상의 부가통신사업자 중 건설교통부령이 정하는 요건을 갖춘 자로 한정하고 있다. 이러한 요건에 의하여 지정을 받은 부동산거래정보망사업자로서는 한국공인중개사협회 등이 있으나 협회 회원들은 부동산거래정보망에 가입해야 할 의무가 없고, 또한 부동산거래정보망에 공개되는 정보에 대한 신뢰성의 부족과 홍보·교육 등의 미비로 인하여, 부동산거래정보망에 가입하는 중

개업자들의 숫자가 많지 않은 것이 현실이다. 부동산거래정보망에 등록되는 정보가 신뢰를 얻지 못하는 주된 이유는, 부동산물건의 정보공개시 그 정보가 도용당할 것을 우려하는 부동산중개업자들이 매우 제한된 정보만 공개하고 있다는 점을 들 수 있다. 제한된 정보의 공개는 결과적으로 정보로서의 기능을 다하지 못하고 나아가 그 정보를 이용하고자 하는 자에게 정보가치에 대한 신뢰를 주지 못하게 된다. 이외에 부동산거래정보망의 활성화를 위한 인프라의 구축 등 정부의 적극적인 지원이 뒤 따르지 못하고 있는 현실도 문제로 지적되고 있다. 이처럼 부동산거래정보망에 대한 중개업자의 소극적인 태도와 소비자의 불신 그리고 부동산거래정보망의 확충을 위한 정부의 제도적인 지원의 미비 등은 전속중개계약제도가 폭 넓게 활용 되지 못하고 있는 중요한 하나의 원인이 되고 있는 것이다.

넷째, 전속중개계약에 관한 규정이 임의적이라는 점이다. 즉 부동산중개의뢰인이 전속중개계약서의 작성을 요구한다고 하여도 부동산중개업자가 반드시 이 계약 체결의 요구를 수용해야 한다는 강제성이 없으므로, 전속중개계약 체결에 관한 공인중개사법 제23조의 규정은 임의규정에 불과하다. 그러므로 중개의뢰인의 입장에서는 특별히 중개의뢰인에게 유리할 것도 없는 전속중개계약을 체결하기 위하여 굳이 표준계약서의 작성 등 계약상 일정한 절차를 밟으려 하지 않게 되는 것이다. 따라서 부동산거래정보망 등이 잘 갖추어져 있어 신속한 거래가 기대되는 여건이 충족된 경우가 아니라면, 중개의뢰인의 적극적인 요구에 의하여 전속중개계약이 체결되는 경우는 흔하지 않고, 대부분의 경우 전속중개계약은 안정적인 중개활동을 원하는 부동산중개업자의 권유에 의하여 체결되고 있다.

3) 不動産仲介手数料의 適正性 및 損害賠償責任保障의 擴大 問題

현행 공인중개사법 제32조 제3항은 부동산중개수수료에 관하여 주택(부속토지를 포함한다)의 중개에 대한 수수료와 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 건설교통부령이 정하는 범위 안에서 특별시·광역시 또는 도의 조례로 정하고, 주택 외의 중개대상물의 중개에 대한 수수료는 건설교통부령으로 정하도록 규정하고 있다. 이에 따라 동법 시행규칙 제20조 제1항의 규정에 의할 경우 중개수수료는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 그 일방으로부터 받을 수 있는 한도는

매매·교환의 경우에는 거래금액의 1천분의 9 이내로 하고, 임대차 등의 경우에는 거래금액의 1천분의 8이내로 제한된다. 또한 현행 공인중개사법 제33조 3호, 제49조 제1항에서는 중개수수료율을 거래대금의 최고 0.9%로 한정해 놓고 그 요율을 초과하여 어떠한 명목으로도 대가를 받아서는 안된다고 규정해 두었다. 만약 이 규정을 위반할 시에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형으로 처벌하는 등 엄격한 제재를 가하고 있다.

이와 같은 중개수수료율의 상한선은 앞에서 살펴본 주요국가의 입법례와 비교해 볼 때 유례없이 그 수준이 낮은 것으로서 현실성이 매우 부족하다고 할 것이다. 비현실적인 중개수수료율은 중개업자들의 경영난을 초래하게 되고 이를 면하기 위해 중개업자들은, 탈법 등 음성적인 방법으로 수입을 도모하는 사례가 적지 않은 것이 현실이다. 또한 수수료율의 상한선을 두고 일률적으로 규제를 한다면 중개의 난이도가 일정하지 않은 경우, 중개업자들은 손쉬운 중개업무에만 매달릴 뿐 정작 의뢰인의 능력으로는 처리하기 곤란하여 중개업자의 도움이 필요한 대상물에 대해서는 관심을 두지 않게 될 것이다. 이와 같이 비현실적인 중개보수 수준으로부터 비롯될 수 있는 문제점들은 부동산중개계약제도의 건전성을 해칠뿐만 아니라 나아가 부동산거래질서를 교란함으로써 사회·경제적인 부작용을 야기하게 될 우려가 있다.

중개보수가 부동산중개업자의 중개업무에 대한 대가라는 점에서 부동산중개업자의 중개업무에 대한 손해배상책임보장의 문제도 함께 생각해 볼 수 있다. 공인중개사법 제30조에서는 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는, 그 손해를 배상할 책임이 있음을 규정하고 있다. 손해배상책임을 보장하기 위하여 중개업자는 부동산중개업 등록시 개인사무소의 경우에는 5천만원 이상, 법인의 경우에는 1억원 이상의 보증설정금액을 내용으로 하는 보증보험 또는 공제에 가입을 하도록 하고 있다(동법 시행령 제24조 제1항). 그러나 이러한 보증설정금액 수준은 통상 거래되는 부동산가액의 규모를 감안할 때 현실을 제대로 반영하고 있다고 보기 어렵다.

4) 不動産仲介契約의 非典型性 問題

부동산중개계약은 일반적으로 매우 빈번하게 이루어지는 계약임에도 불구하고 민법상 전형계약의 한 유형으로 자리를 잡지 못하고 있음에 따라 그 법적 성질을 밝힘에 있어 학설과 판례에 의존하고 있다. 그러므로 학설과 판례의 변천에 따라 부동산중개계약의 법적 성질도 변동될 수 있는 것이며, 부동산중개계약의 법적 성질의 가변성은 결과적으로 부동산중개계약상의 법률관계를 불안정하게 할 염려가 있다.

3. 整理

이상과 같이 부동산중개계약 실태상의 문제점과 현행 부동산중개계약제도상의 문제점에 관하여 살펴 보면서 실태상의 문제점은 결국 제도상의 문제점으로부터 비롯된 것임을 알 수 있다. 공인중개사법에 규정된 일반중개계약은 일반적으로 가장 빈번하게 이루어지고 있는 중개계약의 한 유형임에도 불구하고 일반중개계약은 거의 대부분의 경우 관행적으로 구두에 의하여 체결되고 있다. 이러한 관행적 계약체결의 모습은 법률관계에 관한 입증문제가 발생하였을 경우, 근거가 불명확기 때문에 분쟁으로 발전할 가능성이 매우 높다. 또한 특정한 중개업자에게만 중개의뢰를 한 것이 아니기 때문에 중개업자간 과당경쟁으로 인해 부동산거래질서가 교란되는 등의 문제도 야기될 수 있다.

전속중개계약은 일찍이 제도를 도입한 선진외국에서 널리 활용되고 있는 계약체도로써 중개의뢰인과 중개업자 모두에게 유익한 중개계약의 유형이라고 할 수 있다. 그러나 부동산거래정보망 취약 등의 문제는 전속중개계약의 활성화를 위축시키고 있으며, 전속중개계약의 체결을 중개의뢰인의 요구가 있을 경우에만 가능한 것으로 규정해 놓음으로써 널리 활용되지 못하고 있다.

현행 부동산중개수수료율은 부동산중개계약제도를 두고 있는 주요 외국의 예를 보더라도 지나치게 낮게 책정되어 있음을 알 수 있다. 현실을 반영하지 못한 중개수수료율은 부동산중개업자로 하여금 질 높은 중개서비스를 중개의뢰인에게 제공할 수 없게 할 뿐만 아니라 음성적·탈법적인 방법에 의존하여 부족한 수입분을 보전하고자 할 것이다. 이는 결국 중개의뢰인을 해하는 결과가 될 것이며 나아가 건전한 부동산거래질서를 어지럽히는 원인이 될 수 있다.

그 밖에 부동산중개계약제도와 관련하여 문제가 되는 것은 부동산중개업자의 손해배상책임보장 금액 범위가 비현실적이라는 점이다. 비현실적인 손해배상책임 보장은 부동산거래를 하고자 하는 중개의뢰인을 불안하게 하고, 부동산중개업자의 공신력을 약화시켜 부동산거래시장의 건전한 발전을 저해하게 될 것이다. 또한 부동산중개계약의 비전형성은 법적 성질을 불명확하게 하는 문제점이 있다. 즉 부동산중개계약의 법적 성질이 명확하지 않게 될 경우, 법률효과 또한 불명확하게 되어 계약당사자의 권리·의무에 불리한 영향을 줄 가능성이 있는 것이다.

第2節 改善方案

1. 不動產仲介契約制度의 改善方案

1) 仲介契約書 作成의 義務化와 契約內容의 標準化

부동산중개 실무현장에서 가장 빈번하게 이루어지고 있는 중개계약의 형태가 일반중개계약임은 이미 살펴본 바와 같다. 그런데 대부분의 일반중개계약이 구두로 체결됨에 따라 발생하는 문제점을 보완하기 위해서는, 무엇보다 먼저 중개계약의 서면화가 필요하다. 공인중개사법 제22조에서는 일반중개계약의 경우 계약서를 작성할 수 있도록 규정하고 있으나, 중개의뢰인이 요구할 경우에 한하여 작성할 수 있게 함으로써, 계약서 작성의 실효성을 확보하지 못하고 있다. 또한 공인중개사법 제23조에서 규정하고 있는 전속중개계약제도도 일반중개계약이 가지고 있는 단점을 보완하는 우수한 제도이지만, 계약서의 작성을 중개의뢰인이 필요로 하는 경우에 한정함으로써, 일반중개계약의 경우와 마찬가지로 중개계약서 작성의 실효성을 거두지 못하고 있는 실정이다. 따라서 일반중개계약 또는 전속중개계약의 체결시에는 부동산중개계약서의 작성을 의무화하는 것이 필요하다.

그 방법론으로서의 부동산거래신고의무제도와 연계하는 것을 생각해 볼 수 있다. 현행 공인중개사법 제27조에서는 부동산거래신고의무를 규정하고 있다. 즉 중개업자를 통하여 부동산을 거래하는 경우에는 부동산중개업자가, 중개업자를

거치지 않고 당사자 간에 직접거래를 하는 경우에는 양 당사자가 해당 관서에 부동산의 거래에 관한 사항을 의무적으로 신고하도록 규정하고 있다. 이와 같이 부동산 거래신고의무를 부과하고 있는 것은 부동산거래의 투명성을 제고함으로써 부동산 투기거래를 방지하고 나아가 건전한 부동산 거래질서를 확립하자는 취지에서 비롯되었다(전문개정 2005. 7. 29 법률 7638호 개정이유 참조). 부동산 중개업자의 중개로 인하여 부동산거래신고서를 작성하는 경우에는 부동산의 실제거래가액을 기재하는 외에 중개업자에 대한 사항 및 중개수수료 등에 관한 사항 등을 필수적으로 기재하도록 하고 있다. 부동산중개수수료 등을 기재하는 경우에는 그 증빙을 위해서라도 부동산중개계약서의 첨부는 필요하다고 할 것이다. 그러므로 부동산거래신고서에 부동산중개계약서를 필수 첨부서면으로 할 것을 법제화한다면 부동산중개계약의 의무적 서면화는 자연스럽게 이루어지게 될 것이다.

부동산중개계약의 서면화는 부동산중개계약의 건전한 발전을 위해서 매우 중요하면서도 현실에 있어서는 대부분의 경우 중개의뢰인들의 무관심 내지 기피로 인해 거의 이루어 지지 않고 있다. 그러므로 부동산중개계약서를 의무적으로 작성하게 함으로써 계약 당사자간의 권리·의무 관계를 명확히 하고, 계약 내용의 불명확성으로 인해 야기되는 불필요한 분쟁을 미연에 방지하도록 하여야 한다.

덧붙여 부동산중개계약을 서면화하고 그 계약서의 작성을 의무화하기 위해서는 계약내용의 적정한 표준화가 마련되어야 한다. 즉 중개업자와 중개의뢰인간에 권리·의무가 균형을 잃지 않도록 하는 표준약관을 정하여야 한다. 전속중개계약의 경우 공인중개사법시행규칙 제21조에서 정한 표준계약서 서식(별지 제15호 서식)의 내용을 보면, 중개의뢰인이 위약했을 경우에는 위약금에 관한 조항이 있으나, 중개업자에 관해서는 위약금에 대한 조항이 없는 점 등은 계약내용의 불균형을 이루는 것으로서 개선되어야 할 사항이다.

2) 不動産仲介手数料率の改善과 損害賠償責任保障의 擴大

부동산거래에 있어서 거래대상물에 따라서는 복잡한 법률관계 기타 부동산 자체가 안고 있는 문제점 등으로 인하여 수요에 대한 선호도가 떨어지고 수요자가 극히 제한되는 경우가 있다. 이러한 거래대상물을 중개하기 위해서는 중개업자의 많은 노력과 큰 기회비용을 요하며 다년간의 경험을 바탕으로 한 중개노하

우를 보유하고 있어야 한다. 그러나 현행 공인중개사법 제33조에서는 수수료율의 상한선을 일률적으로 제한해 놓고 이를 위반하는 경우에는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처하도록 하는 등 무거운 처벌규정을 두고 있다. 심지어 중개의뢰인이 중개가 완성된 것에 대하여 사례의 뜻으로 물품을 교부하는 경우에도 그 가액이 법정 수수료를 넘어서는 경우에는 과다수수료로 처벌이 가능하도록 규정하고 있다(동법 제33조 제3호).

중개수수료의 과다는 부동산가액의 상승을 초래할 우려가 있고 중개의뢰인들의 경제적 부담을 가중시키는 원인이 될 수 있으므로 적절한 수준으로 규제하는 것은 필요할 수 있겠으나, 현행 중개수수료율은 선진제국에 비하여 볼 때 지나치게 낮게 책정되어 있어 현실을 반영하지 못하고 있다. 이와 같이 비현실적인 중개수수료율로 인하여 초래되는 문제점에 관해서는 앞에서 살펴본 바와 같다. 따라서 선진제국 등의 예를 참조하여 현행 중개수수료율을 현실화 시킬 필요가 있다. 또한 일반인 혹은 전문성과 경험이 부족한 중개업자의 능력으로는 성사시키기 어려운 부동산거래를 오랜 경험과 남다른 노력으로 성사시킨 경우, 정해진 중개수수료외에 성공보수비를 추가 지급하기로 한 부동산중개계약 당사자 간의 약정은 적법한 것으로 인정할 필요가 있다. 거래를 성사시키기 위하여 쏟은 중개업자의 노력과 다년간 축적된 경험은 그 자체가 이미 소요된 비용이라고 볼 때에 그 대가로서 성공보수비를 지급받는 것은 당연하다고 할 것이다. 많은 노력과 전문성을 요하는 중개와 일반적으로 단순하게 이루어지는 중개의 보수를 차별화하는 것은 형평의 원칙에 비추어 보아도 타당하다. 변호사의 성공사례비가 통상적으로 용인되는 이유도 같은 맥락으로 파악된다.

부동산중개업자가 법정수수료를 초과하는 금액을 중개수수료로 받은 경우에 대하여 판례는 '부동산중개업자가 부동산중개업법 제20조 제3항(공인중개사법 제33조 제3호)의 규정에 의한 수수료를 초과하여 금품을 받거나 그 외에 사례·증여 기타 어떠한 명목으로도 금품을 받을 수 없도록 규정하고 있고, 금지행위를 할 경우 등록관청이 부동산중개업등록을 취소할 수 있으며(동법 제22조 제2항 제3호), 위와 같은 금지행위를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 바(동법 제38조 제2항 제5호), 공인중개사법이 부동산중개업자의 공신력을 높이고 공정한 부동산 거래질서를 확립하여 국민의

재산권보호에 기여함을 목적으로 하고 있는 점, 위 규정들이 위와 같은 금지행위의 결과에 의하여 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하려는 데에도 그 입법취지가 있다고 보여지는 점, 그와 같은 위반행위에 대한 일반사회의 평가를 감안할 때 위와 같은 금지행위 위반은 반사회적이거나 반도덕적으로 보아야 할 것인 점, 위반행위에 대한 처벌만으로는 공인중개사법의 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 무효'이므로, 초과 수수료는 당연히 반환하여야 함을 밝히고 있다.¹³⁹⁾

그러나 이와는 달리 공인중개사법상 법정수수료 제한은 일종의 단속규정으로 계약의 효력에는 영향이 없으므로 당연무효가 되지 않는다는 대법원의 판례도 있어 주목된다. 이 판결은 '부동산중개의뢰인이 사기를 당했거나 그 내용을 모르는 상태에서 중개료를 많이 지급했다고 보기 어렵다'는 이유로 법정수수료보다 많은 중개수수료를 부동산중개업자가 받았다 할지라도 부동산중개계약은 유효하며, 그 초과부분은 반환할 의무가 없다는 것이다. 또한 공인중개사법이 부동산중개업자의 공신력을 높이고 공정한 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여함을 목적으로 하고 있는 점을 종합하여 보면, 공인중개사법상 금지규정은 단속규정에 불과하고 효력규정은 아니라는 것이다. 즉 '당사자 자유의사에 의해 지급한 중개수수료는 반환할 의무가 없다'고 판시하고 있다.¹⁴⁰⁾ 다시 말해 부동산중개업자와 중개의뢰인 사이의 부동산중개계약 체결을 함에 있어 당사자에게는 자유로운 계약을 허용해주어야 하며 초과 중개수수료의 지급은 자연채무의 일종으로 반환청구의 대상이 될 수 없다는 주장이다.¹⁴¹⁾

이와 같이 부동산중개업자가 중개의뢰인으로부터 법정수수료를 초과하여 받은

139) 대판 2002. 9. 5, 2000다54413, 54406 ; 대판 1987. 5. 26, 85다카1146.

140) '비록 법정수수료의 14배가 되는 금액을 받은 사실은 인정되지만 원고들이 궁박, 경솔, 무경험으로 인하여 이를 지급하였다고 볼 아무런 자료가 없고 기록에 나타난 금원의 지급경위 등에 비추어 금액의 크기만으로 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반된다고도 볼 수 없으므로 반사회적 행위 또는 불공정한 행위에 해당한다는 이 상고 이유부분도 받아들일 수 없다'[대판 2001. 3. 23, 2000다70972].

141) 정계근 외, 『부동산중개업법 및 실무』, 경영문화원, 1984, p.71.

금액 부분에 대하여 이를 중개의뢰인에게 반환해야 하는지 또는 아닌지에 대한 대법원의 판단이 엇갈리고 있는 점 등을 감안해 보더라도, 수 많은 부동산중개업자들을 범법자로 만들 가능성이 농후한 현행의 비현실적인 법정수수료율은, 개선의 여지가 있다고 하겠다.

최근 부동산중개수수료 상한선 법규 규제제한을 두고 대한공인중개사협회에서 위헌이라고 주장하는 것에 대해 헌법재판소에서는 공익을 우선시 한다는 취지로 합헌 결정을 내린 바 있다. 그러나 헌법재판소 재판관 9명 중 윤영철 재판장을 비롯한 재판관 4명은 ‘부동산중개업법상 중개수수료 한도액 제한규정은 부동산중개업자의 기본권제한과 과잉금지의 원칙에 위반 된다’는 반대의견을 제시하면서 ‘부동산중개업자에게 정당하고 합리적인 보수청구를 인정해야한다’는 의견을 밝힌 바 있는데 이는 매우 고무적인 견해라 할 것이다.¹⁴²⁾

부동산중개업자의 손해배상책임보장에 관한 문제점의 개선 방안으로는 현행 손해배상책임의 보장범위를 대폭 확대하는 것을 생각할 수 있다. 즉 부동산의 현실적 거래가액 수준을 감안하여 중개의뢰인이 적극적으로 보호될 수 있는 범위까지 손해배상책임을 보장할 필요가 있다. 손해배상책임의 보장이 확고할 때 중개의뢰인들은 중개업자를 더욱 신뢰하게 되고 나아가 부동산중개계약제도의 건전한 발전에도 기여하게 될 것이다.

3) 專屬仲介契約의 活性化 提高

일반중개계약의 경우에는 그 계약이 서면화로 이루어진다고 해도 중개업자간 과당경쟁 및 중개업자의 책임의식 부족 등의 문제가 여전히 남게 되므로, 업자간에 불필요한 과당경쟁을 지양하고, 책임중개를 도모하는데 효과적인 전속중개계약을 활성화 하는 것이 필요하다.

다만 전속중개계약의 활성화를 위해서는 첫째, 부동산거래정보망의 확충이 선행되어야 한다. 전속중개계약제도는 단 하나의 중개업자에게만 중개의뢰를 하는 제도이므로 그 중개업자가 부동산거래정보에 대하여 어둡다면, 그러한 중개업자를 믿고 전속중개계약을 체결하는 중개의뢰인은 피해를 보게 될 것이다. 부동산거래정보망의 활성화를 위해서는, 부동산정보에 대한 통합관리시스템을 구축하

142) 헌재결정 2000. 10. 24. 2000헌마624.

여 소비자가 보다 다양한 정보를 한꺼번에 볼 수 있도록 하는 부동산정보유통기구의 설립이 필요하다. 전속중개계약이 널리 활용되고 있는 미국·일본 등의 국가에는 부동산거래정보망이 잘 갖추어 진 것으로 유명한데 특히 미국의 홈스토아닷컴(homestore.com)의 경우에는 다른 정보망들과 연합하여 가장 많은 매물 정보를 제공하고 있으며, 일본의 경우에는, 일본의 건설성과 부동산근대화유통센터가 공동으로 설계·개발한 부동산유통표준정보시스템(REINS)을 갖추어 놓고 중개업자의 업무처리 방법을 지원하기 위한 가격산정 매뉴얼 등을 책정·보급하고 있다.

둘째, 전속중개계약이 활성화되기 위해서는 부동산거래정보망의 활용에 대한 실효성의 확보 방안이 마련될 필요가 있다. 즉 부동산중개업에 종사하는 공인중개사들은 부동산거래정보망에 의무적으로 가입하게 하여 부동산중개를 의뢰받은 물건의 등록을 하게 하여야 할 것이다. 물론 이를 위해서는 중개대상물 특히 중개매물의 등록을 통해 불이익을 받는 일이 없도록 중개계약의 전속성을 강화하는 방안이 뒷받침 되어야 할 것이다.

셋째, 중개업이 현대화·기업화되지 못한 환경에서는 전속중개계약이 발전할 수 없다. 따라서 경영기법의 현대화와 전문화를 기대할 수 있는 중개업소의 대형화를 유도해야 한다. 중개업소의 대형화는 국가의 중개법인에 대한 지원책으로 효과를 볼 수 있을 것이다. 즉 국가에서는 제도적인 뒷받침으로 중개법인의 겸업범위를 확대하여 부동산의 직거래는 물론 부동산의 이용과 개발에 대한 범위를 확대하되, 그 업무에 종사하는 자는 전원 공인중개사로만 구성하도록 하여 전문성과 책임성을 제고하도록 하는 것이 필요하다.

넷째, 일정규모 이상의 부동산 거래시에는 전속중개계약을 의무화할 필요성이 있다. 즉 비교적 다액인 일정규모 이상의 부동산의 거래를 중개할 경우에는 의무적으로 전속중개계약을 체결하게 함으로써 중개업자의 책임중개를 강화하고 나아가 중개의뢰인을 보호할 필요성이 있다. 앞에서 살펴 본바와 같이 계약내용의 적정한 표준화를 바탕으로 한다면 중개업자와 중개의뢰인을 함께 보호할 수 있는 대안이 될 것이다.

다섯째, 전속중개계약에 대한 교육과 홍보가 필요하다. 전속중개계약이 우수한 장점을 가진 훌륭한 중개계약제도임에도 불구하고 일반인들은 그 존재조차

모르고 있는 경우가 많다. 그러므로 중개계약을 체결하고자 하는 중개의뢰인들이 쉽게 이해하고 접근할 수 있도록 홍보물 제작 등을 통해 일반에게 널리 알릴 필요가 있다. 또한 전속중개계약의 장점을 살리기 위해서는 중개업자들의 전문성이 제고되어야 한다. 전문성을 제고하기 위해서는, 중개업자들의 업무에 실질적으로 도움이 되는 보수교육 등을 정기적으로 실시할 필요가 있다.

4) 仲介契約의 典型化와 類型化 擴大

살펴 본 바와 같이 부동산중개계약은 민사중개계약이면서도 민법상 전형계약의 범주에 들어가지 않는 비전형계약임에 따라 법적 성질을 밝히는데 학설과 판례에 의존하고 있다. 법적 성질을 명확히 하기 위해서는 중개계약을 민법상 전형계약으로 편입할 필요가 있다. 중개계약을 민법상 전형계약으로 편입시킴으로써 부동산중개계약 당사자간 의사의 흠결시 전형계약의 규정들을 보충하여 적용할 수 있을 것이다. 또한 전형계약은 지도형상적 기능을 갖고 있기 때문에 약관의 불공정을 판단하는데 전형계약을 일반적 기준으로 할 수 있다.¹⁴³⁾ 부동산중개계약의 서면화와 함께 마련되어야 할 계약내용의 표준화는 이러한 전형계약의 지도형상적 기능을 필요로 한다고 하겠다. 따라서 민법상 전형계약의 범주에 중개계약이 편입되는 것이 바람직하다. 입법예고 된 민법개정안에 중개계약 도입안이 포함된 것은 긍정적이다.

또한 현행 공인중개사법은 부동산중개계약에 관하여 일반중개계약과 전속중개계약 두 유형만을 규정하고 있으나, 이외에 선진국에서 활용되고 있는 공동중개계약 또는 독점중개계약 등의 제도도 도입하여 이를 유형화할 필요가 있다. 부동산중개계약의 다양한 유형화는 부동산중개계약 당사자간에 선택의 폭을 넓힐 것이며 거래별 특성에 맞는 수요에 부응하게 될 것이다.

2. 改正民法案(仲介契約 導入案)의 檢討

입법예고 된 민법개정안(2004. 6. 14. 법무부공고 제25호)은 중개계약에 관한 4개

143) 이병준, “민법상 전형계약으로서의 중개계약과 중개인의 책임”, 『법학연구』 제42권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2001. 12. p.264.

의 조항¹⁴⁴⁾을 두고 있다. 이는 중개가 사회적으로 널리 실행되고 있는 거래임에도 이를 규율하는 사법상의 일반원칙이 없는 실정이므로 이를 규율하기 위하여, 중개인의 보수 및 비용 청구권의 발생, 보수청구권의 금액 및 상실 등을 내용으로 하는 중개계약에 관한 규정을 신설한 것으로 보인다. 즉 중개계약을 현행 민법상 전형적인 계약유형의 범주에 편입시키겠다는 것이다.

매우 간단한 몇 개의 조문을 통하여 개정안은 중개계약의 유형을 확정하고, 중개계약으로부터 발생하는 당사자의 주된 의무의 내용을 정하려고 한 것으로 보인다. 따라서 개정안은 기존에 다른 법률들에서 문제되었던 규정들을 포괄하는 입법을 만들지 않고 단지 중개계약의 기본틀만을 제공하는데 만족하고 있다. 그러나 민사중개계약으로서의 부동산중개계약은 현대인들의 경제활동에 매우 중요한 위치를 차지하고 있다. 따라서 부동산중개계약의 체결시에 그 효력에 대하여 부동산중개업자와 중개의뢰인 사이의 권리와 의무를 명확하게 하지 않으면 안된다. 그러한 의미에서 향후 민법상 전형계약으로 편입되더라도 더욱 보완해 나갈 필요가 있다.

민법개정시안을 보면, 제3편 채권편 제13절 중개계약에 대하여 몇 개의 조문을 신설하여 위임에 부수하여 중개계약을 명시하고 있다. 민사중개를 민법개정시안 제692조 위임에 부수해서 제692조의 2, 3, 4, 5의 신설을 추진하여 삽입함으로써 중개의 의의와 중개료청구권과 보수청구권의 금액과 상실 그리고 준용규정을 포함하고 있다.

144) 제692조의2(중개의 의의) 중개는 당사자 일방이 상대방에 대하여 계약체결의 소개 또는 주선을 의뢰하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.

제692조의3(보수청구권 등) ①중개에 관하여 보수를 약정한 경우에는 중개인은 그 소개 또는 주선에 의하여 계약이 성립한 경우에만 보수를 청구할 수 있다.

②중개인이 중개에 관하여 지출한 비용은 특별한 약정이 있는 경우에 한하여 계약의 성립여부에 관계없이 그 상환을 청구할 수 있다.

제692조의4(보수청구권의 금액 및 상실) ①중개에 관하여 약정한 보수가 부당하게 과다한 경우에는 법원은 적당히 감액할 수 있다.

②중개인이 계약에 위반하여 의뢰인의 상대방을 위하여 행위하거나 신의성실에 반하여 그 상대방과 보수를 약정한 경우에는 중개인은 의뢰인에 대하여 보수나 비용상환을 청구할 수 없다.

제692조의5(준용규정) 제681조 내지 제683조 및 제689조 내지 제692조의 규정은 중개에 준용한다.

먼저 개정시안 제692조의 2는 중개의 의의에 대해 “중개는 당사자 일방이 상대방에 대하여 계약체결의 소개 또는 주선을 의뢰하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다.”고 하여 중개계약의 성립에 대해 규정하고 있다.

그리고 개정시안 제692조의 3에서는 중개료청구권 등에 관하여, “제1항, 중개에 관하여 보수를 약정한 경우에는 중개인은 그 소개 또는 주선에 의하여 계약이 성립한 경우에만 보수를 청구할 수 있다. 제2항, 중개인이 중개에 관하여 지출한 비용은 특별한 약정이 있는 경우에 한하여 계약의 성립여부에 관계없이 그 상환을 청구할 수 있다.”고 명시함으로써 중개인의 보수와 실비를 구분하였고, 당사자 약정에 대하여 강조하고 있다. 제1항의 규정은, 중개에 관하여 보수를 약정한 경우에는 중개인의 소개나 주선에 의하여 계약이 성립한 경우에만 보수를 청구할 수 있도록 함으로써 중개계약이 무상이나 유상에 의하여 이루어질 수 있음을 나타내고 있다. 그러나 중개인이 중개에 관하여 지출한 비용은 특별한 약정이 있는 경우에 한하여 청구할 수 있도록 한 제2항의 규정은 불합리하다. 특별한 약정이 없더라도 중개를 위하여 지출한 비용의 근거가 명확할 경우 중개의뢰인은 중개업자에게 비용에 상당하는 금액을 지급해야 할 것이다.

또한 개정시안 제692조의 4에서는 보수청구권의 감액 및 상실에 대하여 “제1항, 중개에 관하여 약정한 보수가 부당하게 과다한 경우에는 법원은 적당한 액으로 감액할 수 있다. 제2항, 중개인이 계약에 위반하여 의뢰인의 상대방을 위하여 행위를 하거나 신의성실에 반하여 그 상대방과 보수를 약정한 경우에는 중개인은 의뢰인에 대하여 보수나 비용상환을 청구할 수 없다.”라고 규정함으로써 계약 자유의 원칙의 제한과 신의칙을 천명하고 있다.

특히 개정시안 제692조의 5는 준용규정에 관하여, 위임계약에 관한 민법 제681조 내지 제683조 및 689조 내지 제692조의 규정은 중개에 준용하도록 하였다.¹⁴⁵⁾ 민법 개정시안은 이와 같은 준용규정을 통하여 중개인에 대해 위임계약의 선관주의의무를 중개계약에 대하여 준용하도록 하고 있으며, 중개의뢰인의 승낙이나 부득이한 경우가 아니면 재중개를 제한하고 있다. 또한 중개의뢰인과 중개인간의 계약해지에 관하여 각 당사자가 언제든지 해지할 수 있도록 하는 위임계약을 준용한다. 다만 당사자 일방이 부득이한 사유 없이 상대방의 불리한 시기에

145) 법무부, “민법개정시안”, 민법개정특별분과위원회, 2001. 11. 24, p.41.

계약을 해지한 때에는 그 손해를 배상해야 한다.

중개의뢰의 관계는 당사자의 사망·파산·중개인의 금치산 선고 등으로 종료한다는 내용도 위임계약에 관한 규정을 준용한다. 특히 중개의뢰의 종료는 그 종료의 사유를 상대방에게 통지하거나 상대방이 이를 안 때가 아니면 이로써 상대방에게 대항하지 못한다고 함으로써 통지의무를 강조하고 있다. 이러한 위임계약의 준용규정은 상당히 타당성이 있다고 보여 진다.

그러나 민법 제683조의 수임인의 보고의무와 제684조의 수임인의 취득물의 인도, 이전의무, 제685조의 수임인의 금전소비의 책임, 제686조의 수임인의 보수청구권, 제687조의 수임인의 비용선급청구권, 제688조의 수임인의 비용상환청구권 등은 준용하지 않고 있음을 주의할 필요가 있다.

개정안은 중개계약에 대하여, 위임계약에 관한 규정이 준용될 수 있음을 명시적으로 규정함으로써, 기존의 중개계약이 현재의 다수설 및 판례의 입장과 같이 위임계약에 준하는 것으로 볼 수 있고, 또한 그 논의를 입법적으로 해결할 수 있도록 한 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 다만 위임은 상호 언제든지 해지할 수 있는 자유가 있으므로 중개인의 보수청구권을 불안정하게 할 수 있게 한다. 이에 관하여 비단 학설과 판례로서 중개인의 보수청구권을 보장한다 하더라도 법규내지 약관이 없는 상황에서는 그 보수청구권의 보장은 불완전하다고 볼 수 있다.

3. 整理

현행 공인중개사법에서는 일반중개계약과 전속중개계약에 관하여서만 규정하고 있으나 중개계약의 다양성을 위하여 독점중개계약 등 선진국에서 활용되고 있는 다른 중개계약제도도 입법을 하는 것이 바람직하다. 가장 많이 활용되고 있는 일반중개계약제도는 다만 특별한 형식에 얽매이지 않는다는 점 때문에 선호하고 있을 뿐, 권리관계의 명확성이라든지 계약제도의 실효성 측면에서는 매우 취약하다. 따라서 부동산거래질서의 확립과 중개업자 및 중개의뢰인을 함께 보호할 수 있는 제도로서 중개계약서면 작성의 의무화를 생각해 볼 수 있다. 계약자유의 원칙상 방식의 자유를 강제하는 것은 논란이 있을 수 있으나 부동산이 사

회에 미치는 영향력 등을 감안한다면 부동산 중개계약제도 또한 공공성을 갖는다고 보아야 할 것이므로 그러한 의미에서 중개업자의 중개를 통하여 부동산이 거래되는 경우에는, 의무적으로 중개계약서를 작성할 필요가 있다. 그리고 작성되는 중개계약서는 중개의뢰인과 중개업자 양 당사자 어느 한 쪽에 치우치지 않도록, 내용상 형평을 유지하도록 된 표준계약서에 의하는 것이 바람직하다.

현행 공인중개사법은 중개업자를 통하여 부동산이 거래된 경우 그 실제거래가액 등을 부동산 중개업자가 의무적으로 해당 관서에 신고를 하도록 규정하고 있다. 이와 함께 의뢰인이 중개업자를 통하여 부동산의 거래를 하고자 하는 경우에는 반드시 중개계약서를 의무적으로 첨부하도록 함으로써 중개계약서의 작성의무가 자동적으로 이루어지게 할 필요가 있다.

또한 선진국에서 보편적으로 활용되고 있는 전속중개계약을 활성화할 필요가 있다. 일반중개계약의 경우 그 계약이 서면화로 이루어진다 해도 중개업자간 과당경쟁 및 중개업자의 책임의식 부족 등의 문제가 여전히 남게 되므로, 업자간에 불필요한 과당경쟁을 지양하고 책임중개를 도모하기 위해서는, 전속중개계약을 활성화 하는 것이 효과적이기 때문이다. 다만 전속중개계약이 활성화 되기 위해서는 홍보와 교육 그리고 부동산거래정보망의 확충 등 제도적 기반의 구축이 선행되어야 함은 물론이다.

이 밖에 공인중개사법은 중개계약에 관하여 일반중개계약과 전속중개계약 두 유형만을 규정하고 있으나 선진국에서 활용되고 있는 공동중개계약 또는 독점중개계약 등의 제도도 매우 유용한 제도이므로 이를 도입하여 제도적으로 유형화할 필요가 있다. 중개계약의 다양한 유형화는 중개계약 당사자간에 선택의 폭을 넓힐 것이며 거래별 특성에 맞는 수요에 부응하게 될 것이다.

그리고 현실을 반영하고 있지 못한 중개수수료율의 개선 없이는 중개계약제도의 건전한 발전을 기대하기가 어려우므로 중개수수료율을 현실에 맞게 대폭적으로 상향 조정을 하는 것이 바람직하며, 이에 대응하여 중개업자의 손해배상책임의 보장이 실질적으로 가능하도록 그 범위를 확대할 필요가 있다.

입법예고 된 개정민법안은 중개계약의 유형을 확정하고 중개계약으로부터 발생하는 당사자의 주된 의무의 내용을 정하려고 한 것으로, 특히 중개계약을 독자적인 계약유형으로 규정하고 있음에도 불구하고 그 개념정의에서 위임계약에 매

우 유사하게 규정하고 있을 뿐만 아니라 중개계약에 맞지 않는 부분을 제외하고는 대부분은 위임계약에 관한 규정들을 준용하고 있다. 이와 같이 규정한 것은 현재 학설의 대립은 있지만 대부분의 개별 중개계약들의 법적성질을 위임계약으로 보고 보충적으로 위임계약에 관한 규정을 적용하려는 우리 학설과 판례의 입장을 따른 입법으로 보인다.¹⁴⁶⁾ 그러나 민법개정안에 들어간 중개계약 관련 조항은 전형계약의 초석을 마련했다는 점에서, 또한 중개계약의 법적성질을 보다 분명히 했다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 뿐, 부동산중개계약의 독특한 성질을 보충할 여지는 여전히 남아있다고 하겠다.



146) 이병준, 전제논문, p.258.

第5章 結論

현행 부동산중개계약제도는 소개영업법으로부터 부동산중개업법으로 또한 부동산중개업법에서 현재의 공인중개사법으로 근거법령의 변천을 거듭하면서 괄목할 만한 발전을 해온 것이 사실이다. 그러나 제도적 현실은 여전히 개선의 여지를 안고 있다.

부동산중개계약 제도의 문제점에 관해서는 앞에서 살 펴 본 바와 같이 각 계약의 유형에 따라 나타나는 양상이 동일하지 않으며, 그에 대한 개선방안 또한 각 계약 유형에 따라 다른 특징을 갖는다. 중개계약에 있어 가장 보편적으로 활용되고 있는 일반중개계약에 대해서는 공인중개사법 제22조에, 또한 선진국에서 주로 활용되고 있는 전속중개계약은 동법 제23조에 명문으로 규정되어 있다. 이와 같은 규정은 중개계약의 유형화라고 하는 현실적 요청이 어느 정도 반영된 결과라고 보여 진다. 그러나 일반중개계약과 전속중개계약은 중개의뢰인이 요구할 경우에 한하여 계약서를 작성할 수 있도록 함으로써, 일반중개계약의 경우에는 여전히 구두계약에 의해서 이루어지는 것이 대부분이고, 입증이 곤란한 중개계약의 내용 해석을 중심으로 중개의뢰인과 중개업자간에 분쟁이 발생할 소지가 남아 있는 점도 크게 달라진 것이 없다. 뿐만 아니라 진일보한 제도라고 할 수 있는 전속중개계약제도 또한 중개의뢰인들의 무관심과 기피, 그리고 부동산거래 정보망의 미비 등의 문제로 활성화되지 못하고 있다. 이러한 부동산중개계약제도의 문제외에 비현실적인 부동산중개보수의 수준과, 중개업자의 손해배상책임보장의 불충분 등도 건전한 부동산중개계약제도의 발전을 저해하는 원인으로 작용할 수 있음을 보았다.

이와 같은 부동산중개계약제도가 안고 있는 문제점들은 결국 제도적인 바탕의 미비로부터 비롯된 것이므로, 부동산중개계약제도의 개선을 위해서는 직접적 관련 법규인 공인중개사법의 보완이 필요하다고 하겠다. 따라서 부동산중개계약제도의 개선방안으로서 요구되는 몇가지 입법론을 제시하고자 한다.

첫째, 부동산중개계약 당사자간의 법률관계를 명확히 하기 위하여 부동산중

개계약서의 작성의무를 법제화할 필요가 있다. 방법론으로서는 부동산중개계약서를 부동산거래신고서의 필수 첨부서면으로 규정하면 될 것이다.

둘째, 부동산중개계약의 유형을 확대할 필요가 있다. 현행 공인중개사법은 일반중개계약과 전속중개계약 두 가지 계약유형만을 규정하고 있는데, 그 외에 주요 외국에서 활용되고 있는 공동중개계약 또는 독점중개계약제도의 유형도 명문으로 규정함으로써, 그러한 제도가 가지고 있는 장점을 살려 나갈 필요가 있다.

셋째, 중개수수료율의 상한선을 현재보다 대폭 상향 조정하는 것이 필요하다. 현행 중개수수료율은 중개대상물의 종류와 중개의 난이도 등을 불문하고 거래대상 부동산가액의 0.9% 이내로 규제되고 있다. 이러한 중개수수료율은 선진화된 부동산중개제도를 두고 있는 주요외국의 중개수수료율이 평균 3%~5%임을 감안해 볼 때 지나치게 낮은 수준임을 알 수 있다. 이처럼 현실을 반영하지 못한 중개수수료율은 부동산중개업자들로 하여금 음성적·탈법적인 수단을 통해 중개보수를 보전하게 하는 부작용을 야기할 수 있다. 따라서 불합리하게 낮게 책정된 중개수수료율은 건전한 부동산거래질서를 교란하게 하는 하나의 원인이 될 수 있으므로, 부동산중개계약제도를 두고 있는 주요 외국의 경우 등을 참고하여 현행 중개수수료율을 현실적 수준으로 개선할 필요가 있다.

넷째, 부동산중개업자의 손해배상책임 보장범위를 확대하여야 한다. 부동산중개업자의 중개보수를 현실화하는 만큼 부동산중개업자의 손해배상책임 또한 보장하여야 한다. 그러나 부동산중개업자의 손해배상책임을 보장하기 위한 현행 보증설정금액은 현실적인 부동산거래가액을 감안할 때 중개의뢰인을 보호하는 수준에 현저히 미치지 못하고 있다. 그러므로 현행 보증설정금액의 하한선을 현실에 맞도록 상향 조정할 필요가 있다.

다섯째, 전속중개계약의 활성화를 위한 제도적 환경을 마련하여야 한다. 전속중개계약은 부동산중개업자로 하여금 안정적으로 중개활동에 전념케 하고 부동산거래정보망이 갖추어진 경우 중개의뢰인에게도 매우 효과적인 부동산중개계약 제도이다. 그러나 현행 전속중개계약은 그 바탕이 되는 부동산거래정보망의 취약성 그리고 중개의뢰인의 요구가 있는 경우에 한하여 체결할 수 있도록 된 법규 등으로 인하여 널리 활성화 되지 못하고 있다. 따라서 무엇보다 먼저 신뢰할 수 있는 부동산거래정보망의 확충을 위하여 국가차원의 전국적인 부동산정보유통기

구를 설립하여야 한다. 또한 전속중개계약의 실효성을 위하여 부동산중개업자의 부동산거래정보망의 가입을 의무화 할 필요가 있다. 그리고 일정가액 이상의 부동산중개대상물에 대한 중개계약은, 책임중개를 강화하기 위하여 의무적으로 전속중개계약에 의하도록 법제화하는 것이 바람직하다. 그 밖에 부동산중개업자의 전문성 제고와 양질의 서비스를 제공하기 위하여 부동산중개업의 대형화와 법인화 유도 기타 전속중개계약의 활성화를 뒷받침하기 위한 제반 입법이 요구된다.

공인중개사법상의 입법론외에 입법예고 된 민법개정안 중 민사중개계약에 관한 규정도 보완되어야 할 것으로 생각한다. 즉 민법개정안 중 중개계약 도입안은 중개계약을 민법상 전형계약으로 편입했다는 데 큰 의미가 있다고 하겠으나, 위임에 부수하여 몇 개의 신설 조문만으로써 중개계약을 명시하고 있는 점은 부동산중개계약의 독특한 법적 성질을 반영하기에 부족한 감이 있다. 따라서 부동산중개계약을 위임계약과 유사한 법률관계로만 파악하는 것이 아니라 민법상 전형계약의 복합적인 성질을 가진 부동산중개계약의 고유한 독자성이 부각될 수 있는 입법의 보완이 필요하다.



參 考 文 獻

【國內文獻】

<單行本>

- 강위두, 『상법총칙(상법강의 I)』, 형설출판사, 1990.
- 강해규 외, 『부동산중개론』, 형설출판사, 2001.
- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2003.
- 김상용, 『민사법연구(2)』, 법원사, 1997.
- 김주수, 『채권각론』, 삼영사, 1997.
- 김준호, 『민법강의』, 법문사, 2004.
- 김형배, 『채권총론』, 박영사, 1999.
- _____, 『채권각론(계약법)』, 박영사, 2001.
- 윤대성, 『한국전세권법연구』, 삼지원, 1988.
- 박준서, 『주석민법 [채권각칙 I]』, 한국사법행정학회, 1999.
- 소성규, 『부동산중개계약론』, 부연사, 1998.
- 양창수 역, 『신판 독일민법전』, 박영사, 2001.
- 유 정, 『민법 조문 및 판례』, 형설출판사, 2002.
- 윤대성, 『한국민사법제사연구』, 창원대학교 출판부, 1997.
- 이은영, 『채권각론』, 박영사, 2000.
- 한삼인, 『새롭게 쓴 판례민법 제3판』, 법률행정연구원, 2003.

<論文>

- 강일원, “부동산관련 전문가책임에 관한 연구”, 중앙대학교대학원 석사학위논문, 1999.
- 김기수, “부동산중개업법 제정의 배경에 관한 고찰”, 『법학논총』 제2집, 한양대법학연구소, 1985.
- _____, “부동산중개업자와 그 중개계약에 대하여”, 『사법행정』 제106호, 한국사법행정학회, 1969.
- _____, “부동산중개계약의 정형화론”, 『부동산법학』 제1집, 한국부동산법학회, 1987.
- 김동훈, “부동산관련 전문직의 민사책임”, 『부동산법학』 제5집, 한국부동산법학회, 1999.
- 김상명, “부동산중개업제도의 개선에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제19집, 한국토지공법학회, 2003.
- _____, “부동산중개업자의 민사책임에 관한 연구”, 『토지공법연구』 제21집, 한국토지공법학회, 2004.
- 김상찬·김상명, “부동산 거래사고의 방지방안에 관한 연구”, 『한국법학연구』 제18집, 한국법학회, 2005.
- 김여원, “부동산 중개사고 예방에 관한 연구”, 건국대학교대학원 석사학위논문, 2001.
- 김용담, “독일민법상의 중개료청구권”, 재판자료제10집, 『외국사법연구논집(3)』, 법원행정처, 1981.
- 김학환, “중개계약 및 체크리스트제도 도입에 따른 문제점과 전망”, 『월간공인중개사』, 부동산연구사, 1999.
- 남기중, “부동산중개제도의 개선방안에 관한 연구”, 한양대학교대학원 석사학위논문, 1990.
- 박범수, “한국부동산유통시장의 문제점과 그 개선방향”, 『부동산법학의 제문제』, 박영사, 1992.
- 소성규, “부동산중개계약에 관한고찰”, 『부동산법학의 제문제』, 박영사, 1992.

- _____, “부동산중개업자의 보수청구권”, 『한양법학』 제3집, 한양대법학연구소, 1992.
- _____, “부동산중개계약에 관한 판례의 동향”, 『부동산학연구4』, 한국부동산분석학회, 1998.
- 소재선, “독일민법상 중개계약”, 『경희법학』 제36권 제1호, 경희대법학연구소, 2001.
- 안수홍, “부동산공시제도의 문제점과 개선방안”, 『월간공인중개사』, 부동산연구사, 2000.
- 윤정환, “징벌적 손해배상”, 『민법의 과제와 현대법의 조명(홍천룡교수화갑기념논문집)』, 1997.
- 윤호진, “부동산거래정보망의 활성화 방안에 관한 연구”, 동국대학교대학원 석사학위논문, 2004.
- 이병규, “민사중개인과 상사중개인의 비교”, 『부동산법학의 제문제』, 박영사, 1992.
- 이병준, “민법상 전형계약으로서의 중개계약과 중개인의 책임”, 『법학연구』 제42권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2001.
- 이상욱, “부동산중개계약에 관한 연구”, 영남대학교대학원 석사학위논문, 2002.
- 이재웅, “부동산거래와 부동산중개업자의 민사책임에 대한 일고찰”, 국제부동산학회, 1998.
- 이정배, “우리나라 부동산중개업시장의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 서강대학교대학원 석사학위논문, 2000.
- 이종술, “부동산민사중개계약에 관한 연구”, 건국대학교대학원 석사학위논문, 1986.
- 이증수, “부동산중개계약에 관한 연구”, 영남대학교대학원 석사학위논문, 2002.
- 이창석, “각국별 부동산중개업제도에 관한 비교연구”, 『논총집』, 강남대학교, 1994.
- _____, “부동산중개업법의 개정과 중개제도의 발전방향”, 『월간공인중개사』, 부동산연구사, 1999.
- 이호일, “부동산중개업법의 문제점 및 개선방안”, 『부동산법학의 제문제』, 박

- 영사, 1992.
- 임홍근, “중개계약의 특수구조”, 월간고시, 1986. 10.
- _____, “중개업에 관한 연구”, 『성균관법학』, 창간호, 성균관대학교비교법학 연구소, 1987.
- 전응석, “부동산중개계약의 거래형태별 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 한남 대학교대학원 석사학위논문, 1999.
- 한상익, “부동산중개계약에 관한 연구”, 한양대학교대학원 석사학위논문, 1985.
- 한창우, “조선시대 민사중개의 특징”, 『부동산법학의 제문제』, 박영사, 1992.
- 황금성, “부동산정보와 중개활동에 관한 연구”, 한양대학교대학원 석사학위논문, 1986.
- 황영두 “부동산중개계약의 효력에 관한 연구”, 창원대학교대학원 석사학위논문, 2002.



<日本>

- 明石三郎, 『不動産仲介契約の研究(増補)』, 一粒社, 1981.
- 李載雄, “不動産仲介契約の研究”, 日本國立神戸大學校大學院 博士學位論文, 1995.
- 宅地建物取引業法令研究會(編), 『不動産の標準媒介契約約款』, 住宅新報社, 1982.

<美國>

- Alfred A. Ring, and Jerome, Dasso, *Real Estate, 9th ed.*, Prentice-Hall, Inc,

- Englewood Cliffs, N.J., 1981.
- J.S. Gross, *Illustrated Encyclopedia Dictionary of Real Estate Terms*,
Prentice-Hall, Inc, Englewood Cliffs, N.J., 1969.
- Lillian Doris, *The Real Estate Office Secretary Hand book*, Prentice-Hall,
Inc, Englewood Cliffs, N.J., 1966.
- Lindman, Bruce, *Real Estate Brokerage Management*, Prentice-Hall, Inc,
Englewood Cliffs, N.J., 1988.

