

不動産仲介契約에 관한 判例의 動向

소성규*

I. 論議의 目的 및 限定	6. 不動産仲介契約은 기본적으로 典型契約의 어디에도 속하지 않는 特殊한 類型의 契約 내지는 無名契約
II. 不動産仲介業의 意義	
III. 不動産仲介契約의 性質	IV. 不動産仲介業者의 注意義務
1. 民事仲介	V. 不動産仲介業者의 報酬請求權
2. 有償契約	VI. 仲介對象物과 業務에 관한 禁止事項
3. 雙務契約	1. 仲介對象物
4. 諾成·不要式契約	2. 業務에 관한 禁止事項
5. 不動産仲介契約과 民法上 典型契約의 區別	VII. 結論

I. 論議의 目的 및 限定

부동산중개계약이란 토지와 건물 기타 토지의 정착물의 매매 또는 교환의 중개계약 즉, 부동산매매 등의 알선을 중개업자에게 의뢰하는 계약을 말한다. 다시 말하면 의뢰인이 중개업자에게 토지, 건물 기타 토지의 정착물에 대한 매매, 교환, 임대차 기타 권리의 득실변경에 관한 행위에 대한 중개행위를 의뢰하고 그 목적인 중개완성에 대하여 보수를 지급할 것을 약속하는 합의를 말한다. 부동산중개계약은 민법이 예정하고 있는 계약의 유형이 아닌 비전형계약이다.¹⁾ 따라서 부동산을 매매, 교환하고자 하는 의뢰자와 부동산

* 대전대학교 법학과 조교수, 법학박사

1) 부동산중개계약에 관한 상세한 논의는 소성규, 부동산중개계약론(부연사, 1998), 참조.

중개업자 사이에는 서로의 이익을 위한 분쟁이 끊이지 않고 있다.

여기서 부동산중개업을 건전하게 지도·육성하고 부동산중개업무를 적절히 규율함으로써 부동산중개업자의 공신력을 높이고 공정한 부동산거래질서를 확립하여 국민의 재산권을 보호하기 위하여 부동산중개업법이 1983. 12. 30. 법률 제3676호로 제정되었다. 그러나 부동산중개업에 대한 판례의 집적이나 법률이론은 크게 발전하지 못하고 있는 것 같다.

이에 본고에서는 다소 미흡하기는 하지만 대법원 판례 전산화 작업의 일환으로 대법원이 보유하고 있는 하급심을 포함한 판례를 중심으로 부동산중개계약에 대한 우리나라 법원의 동향을 살펴보고자 한다.

II. 不動產仲介業의 意義

부동산중개계약의 전제라고 할 수 있는 부동산중개업이 성립되기 위해서는 토지, 건물, 기타 토지의 정착물, 기타 대통령령이 정하는 재산권 및 물건에 관하여 거래 당사자간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 알선, 중개행위를 업으로 하는 것이 필요하다. 여기서 기타 권리에 포함되는 것으로서 판례²⁾는 저당권 등 담보물권도 포함되고, 따라서 타인의 의뢰에 의하여 일정한 수수료를 받고 저당권의 설정에 관한 행위의 알선을 업으로 하는 경우에도 중개업의 범위에 포함시키고 있다.

여기서 반복·계속성이나 영업성이 없이 우연한 기회에 타인간의 거래행위를 중개한 것에 불과한 경우가 중개업에 해당하는지에 관하여 판례³⁾는 반복·계속성이나 영업성이 없는 거래행위는 중개업에 해당하지 않는다는 일반론에는 일치하고 있다. 그러나 반복·계속성, 영업성의 판단은 개별 구체적인 사례에 비추어 그 행위의 목적이나 규모, 횟수, 기간, 태양 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하고 있다. 따라서 영업성이 없이 우연한 기회에 타인의 거래행위를 중개하고 수수료를 받았다고 하여 이것을 가지고 알선, 중개를 하였다고는 보지는 않는다. 또한 반복·계속성, 영업성을 판단함에 있어 반드시 반복, 계속적으로 중개행위를 영업으로 하지 않았다 하더라도, 항상 간판을 내걸고 있는 상태에서 우연한 기회에 타인의 거래행위를 중개하고 수수료를 받았다면, 간판을 내걸고 있는 상태는 객관적으로 보아 영업의 표시로서 이 경우는 계속해서

2) 대판 1996. 9. 24, 96도1641 ; 대판 1991. 6. 25, 91도485.

3) 대판 1996. 9. 24, 96도1641 ; 대판 1991. 7. 23, 91도1274 ; 대판 1991. 7. 23, 91도1274 ; 대판 1988. 8. 9, 88도998.

중개행위를 하고 있는 것으로 보고 있다.

생각건대, 우리나라 부동산중개업법상 중개업자가 할 수 있는 업무범위는 土地, 建物 기타 土地의 定着物, 기타 大統領令이 정하는 財産權 및 物件에 대하여 거래 당사자간의 賣買·交換·賃貸借 기타 權利의 得失·變更에 관한 행위를 斡旋하는 경우로 한정하고 있다(동법 2조 1호). 특히 法人인 仲介業者는 商業用建築物 및 住宅의 賃貸管理 등 不動産의 權利代行, 不動産의 利用 및 開發에 관한 指導 및 相談, 仲介業者를 대상으로 한 仲介業의 經營技法 및 經營情報의 提供, 기타 仲介業에 부수되는 업무로서 大統領令이 정하는 業務(주택건설촉진법상 사업계획승인대상이 아닌 주택 및 상가, 주택건설촉진법의 규정에 의한 입주자 모집결과 신청자수가 공급하는 수에 미달하는 경우의 주택 및 상가의 분양대행, 경매 또는 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선, 중개의뢰인의 의뢰에 따른 도배, 이사업체의 소개 등 주거이전에 부수되는 용역의 알선, 동법 시행령 19조의 2)도 겸업할 수 있도록 하고 있다(동법 9조의 2).

이러한 부동산중개업자의 알선과 분양대행정도의 업무영역의 한정은 우리나라 부동산 중개업에 대한 폐쇄성을 의미한다. 이는 일본이 부동산중개업자의 업무범위를 상당히 넓게 인정하고 있는 것과 대비된다.⁴⁾ 즉 日本은 『① 宅地 또는 建物の 賣買, ② 宅地 또는 建物の 交換, ③ 宅地 또는 建物の 賣買, 交換 또는 賃貸의 代理, ④ 宅地 또는 建物の 賣買, 交換 또는 賃貸의 仲介』를 할 수 있도록 하고 있다(日本宅地建物去來業法 2조 2호). 이러한 일본법과의 업무영역의 차이로 말미암아 우리나라 부동산시장이 개방되었을 경우 문제점은 실로 크지 않을 수 없다. 따라서 우리나라 부동산중개업도 현행의 업무영역의 한정보다는 업무영역을 확대하여 외국의 부동산시장 개방에 대비하여야 할 것이다. 그리고 업무영역을 확대함으로써 발생하는 문제를 해결하기 위하여 소비자보호규정을

4) 각국의 부동산중개업자의 업무범위는 다음과 같다(자료 : 전국부동산중개업협회, 부동산중개제도 개선방안 공청회, 1998. 4. 24, 29쪽).

	부동산 알 선 중 개	부동산 매 매	부동산 교환	위탁 계약 대리	임대료 수 납	부동산 금융 대부 서비스	약속 어음의 매매 교환	국공유지 매입및 임차 서비스	부동산 임대	경매 (부동산· 골동품·가 축등)	부동산 관리	부동산 개발	부동산 컨설팅	부동산 감정 평가
한 국	○										△			
일 본	○	○	○	○					○		○	○	○	
대 만	○	○		○					○					
미 국	○	○	○	○	○	○	○	○	○		○	○	○	○
캐나다	○					○					○	○		○
호 주	○								○		○		○	
영 국	○	○		○					○	○	○	○	○	○
프랑스	○										○	○		
독 일	○										○			

○ : 현재 허용행위, △ : 제한적인 허용

마련하는 것이 필요할 것이다. 이와 아울러 업무영역에 따른 자격요건도 달리 취급하는 것이 이상적일 것이다. 즉 부동산중개업, 부동산매매업, 부동산개발업 등 각각에 적합한 자격요건을 두는 것이 바람직할 것이다.

Ⅲ. 不動產仲介契約의 性質

1. 民事仲介

不動產仲介契約의 法的 性質에 대하여는 다양한 논의가 있지만 일반적으로는 民事仲介라고 하고 있으며, 우리나라 判例⁵⁾ 또한 같은 입장을 취하고 있다. 왜냐하면 商事仲介로 되기 위해서는 중개의 대상인 거래가 적어도 일방 당사자를 위한 商行為로 되어야 한다. 그러나 통상적으로 중개업자가 행하는 중개의 대상인 부동산거래는 상행위로 되지 않기 때문이다.⁶⁾

민사중개에는 부동산매매의 중개이외에 雇用과 婚姻의 仲介가 있다. 그러나 현행법상 상사중개에 대해서는 상법 제93조 이하에서 규정하고 있지만, 민사중개에 대해서는 아무런 규정이 없다.

독일민법 제652조 내지 제656조에 있어서는 고용과 혼인의 중개를 포함하여 민사중개 일반에 대한 규정이 있다. 스위스채무법 제412조 내지 제418조에 있어서는 동일한 중개 계약을 규정한다. 독일에서는 상법 제93조에서 특히 부동산에 관한 행위의 중개에 대해서는 상사중개인이 이것을 하는 경우에도 본장(상사중개인)의 규정을 적용하지 않는다고 하여 부동산중개는 민사중개에 관한 민법에 따를 취지를 규정하고 있다

독일상법 제93조는 부동산거래의 중개와 상품, 유가증권의 거래 등의 중개를 구별하고 있다. 전자에 대해서는 상사중개인이 행하는 경우에도 상법 제8장 즉 상사중개인에 관한 규정을 적용하지 않고, 독일민법의 중개계약의 규정(독일민법 652조 이하)에 의할 것이라고 하고 있다. 이것은 부동산거래가 불특정물의 반복, 대량거래를 중개하는 상사중개와는 성질이 다르기 때문에 견품보관의무(상법 95조), 결약서고부의무(상법 96조), 장부작성의무(상법 97조) 등을 의무로서 중개인에게 부과하는 것은 타당하지 않다고 해석하기 때문일 것이다. 따라서 부동산중개인은 그것이 상사중개인일지라도 이러한 의무는 부과되지 않는다.

5) 서울고판 1994. 12. 15, 94구12069.

6) 이재웅, "전속중개계약의 법률관계에 대하여", 대한부동산학회지, 통권 제14권, 1996, 129쪽.

우리나라는 독일상법 제93조와 같은 규정은 없다. 다만, 『타인간의 상행위의 중개를 영업으로 하는 자를 중개인이라 한다』(상법 93조)는 규정이 있을 뿐이다. 중개업자가 부동산거래를 한다고 하여 그것이 곧 상행위인 것은 아니다. 상행위로 되는 경우에도 대량의 불특정한 동산의 거래를 중개하는 상사중개와는 그 취지를 달리 한다. 따라서 이것은 민사중개라고 하는 것이 통설이며 판례의 태도이다. 그러나 이것을 상사중개업으로써 상법의 적용이 있는 것으로 판시한 것도 있다.⁷⁾ 그러나 이러한 판결의 의미는 民事仲介業이지만 商法을 準用하는 의미로 해석하고 있는 것이다. 학설 또한 부동산중개업에 대해서 중개행위인 점에 공통성이 있는 이상 상법의 중개업의 규정을 유추적용하여도 좋다고 해석하고 있다.⁸⁾ 그러나 상사중개에 관한 규정을 전면적으로 적용하는 것은 무리이다. 다만 상사중개에 관한 규정 중 『당사자간에 계약이 성립된 때에는 중개인은 지체없이 각 당사자의 성명 또는 상호, 계약년월일과 그 요령을 기재한 서면을 기명날인 한 후 각 당사자에 교부하여야 한다』(상법 96조 1항)라든가, 『중개인은 제96조의 절차를 종료하지 아니하면 보수를 청구하지 못한다』(상법 100조 1항) 등의 규정은 不動產仲介契約의 解釋에도 參考가 될 만하다.⁹⁾

2. 有償契約

계약의 쌍방 당사자가 서로 대가적인 의미를 가지는 출연(경제적 손실) 내지 출재를 하느냐 않느냐에 의하여(바꾸어 말하면, 서로 대가적 의미가 있는 재산상의 이득을 얻느냐 아니냐에 의하여), 有償契約과 無償契約으로 구별된다. 不動產仲介契約은 無償의 特約이 없는 한 有償契約이라고 해석하여야 할 것이다.

3. 雙務契約

계약에 의하여 각 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하느냐 않느냐에 따라, 雙務契約과 片務契約으로 나누어진다. 여기서 부동산중개계약이 쌍무계약인지, 편무계약인지가 문제이다. 부동산중개계약에 관하여 學說·判例는 委任의 일종, 準委任, 委任類似, 都給的 委任, 委任類似特殊型 등 여러 가지로 해석하고 있다. 그러나 부동산중개계약은 비록 유상계약이지만 계약의 체결에 의하여 급부와 반대급부에 대하여 강제적 이

7) 日大阪高判 1968. 3. 12. 23, 高民集 第24卷, 198面.

8) 西原寬一, 商行為法(法律學全集)(有斐閣, 1960), 287面.

9) 소성규, "부동산중개계약에 관한 고찰", 부동산법학의 제문제, 석하김기수교수화갑기념논문집, 1992, 361쪽.

행청구권이 발생하지 않는다는 점에서 순수한 쌍무계약이라고는 할 수 없다. 그러나 중개업자의 급부가 의뢰인의 마음에 들어 거래가 성립할 때에는 중개업자의 진력에 대하여는 보수를 지불할 의무를 발생시킴과 동시에 중개업자도 그 진력에 대하여信義則에 따른 의무가 있는 점에서 볼 때는 雙務契約이라고 할 수 있다. 여기서 우리나라 判例¹⁰⁾는 不動產仲介契約을 『片務契約에 가까운 특수한 雙務契約』 내지는 『條件附 雙務契約』이라고 하고 있다. 즉 쌍무계약인지 여부는 계약의 효과로서 성립하는 채무 자체를 대상으로 하여 쌍방 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는지 여부에 의하여 판단하는 것이고, 동시이행의 항변권과 위험부담의 법리는 비록 쌍무계약에만 적용되는 것이라 할지라도 쌍무계약의 채무상호간의 의존관계 즉 채무의 건련성이 채무의 이행 및 소멸 방향에서 나타나는 내용의 쌍무계약의 효력에 관한 문제이므로, 쌍무계약에 있어서도 쌍방 채무가 서로 변제기가 다른 경우라든가 채무의 성질, 내용에 따라서 이러한 법리가 적용되지 아니할 경우도 있는 것이어서 부동산중개계약에 있어 이러한 법리가 적용되지 않는다고 하여 쌍무계약인 성질을 부정하여야 할 것은 아니라고 하고 있다.

결국 부동산중개계약은 넓게 보아 쌍무계약에 속하는 것이라 보아야 할 것이다. 그리고 판례도 구체적인 범위를 한정함이 없이 단순히 쌍무계약에 해당하는지의 여부만을 묻는 경우에는 雙務契約이라고 判示하고 있다.

4. 諾成·不要式契約

계약은 당사자의 합의만으로 성립하느냐, 또는 그 밖에 특별한 법률사실이 있어야만 성립하느냐(즉 당사자의 합의 외에 당사자의 일방이 물건의 인도 기타의 급부를 하여야만 성립하는 계약)에 의하여, 諾成契約·要物契約으로 구별된다.

부동산중개계약은 역시 낙성계약이며 불요식계약이다. 따라서 부동산중개계약에서 관행적으로 작성하게 되는 일체의 서류는 부동산중개계약의 성립요건이 아니다. 중개수수료 등과 같은 것은 분쟁을 예방하기 위한 편의상의 서류에 불과한 것이다.

부동산중개계약은 낙성계약이기 때문에 원칙적으로 의뢰자가 업자에게 중개의뢰를 하고, 이것을 업자가 승낙한 경우에 성립하는 것으로 보아야 한다. 이 경우 중개인과 의뢰인 사이의 중개계약은 어느 시점에서 성립하는가에 대하여 ① 중개인이 매매의 의사 있음을 전하고, 의뢰인이 중개를 의뢰한 경우, ② 중개인이 매매의 물건 또는 상대방을 의뢰자에게 소개한 경우 즉 토지·가옥의 도면을 보이고 현장안내를 하여 상대방에게 면회시키는 등의 행위가 있었던 경우, ③ 중개인이 중개의 교섭에 들어간 경우, ④ 매매가 성립하고 중개에 성공한 경우 등이 있을 수 있을 것이다.

10) 서울고판 1994. 12. 15, 94구12069.

부동산중개계약은 불확정적인 내용을 가진 특수한 계약이므로 ①의 단계에서 중개계약이 성립하고 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 賣却委任에서는 목적물은 신청한 경우 특정하고 있기 때문에 ①의 단계에서, 買入委任에서는 목적물이 특정하는 ②의 단계에서 중개계약이 성립한다고 하는 견해도 있으나, 중개계약은 낙성계약이기 때문에 위와 같이 구별할 필요는 없을 것이다.¹¹⁾

5. 不動産仲介契約과 民法上 典型契約의 區別

부동산중개계약이란 고용과 혼인의 중개와 더불어 민사중개로서 상사중개와는 구별된다. 현행법상 상사중개에 대해서는 상법 제93조 이하에서 규정하고 있지만 민사중개에 대해서는 아무런 규정이 없다.

이러한 부동산중개계약에서 중개업자는 중개계약을 하였다 하더라도 매매, 임대차 등 거래를 성립시킬 의무를 갖고 있지 않음은 물론이고 중개할 자격은 부여되지만 채무로서 중개해야 한다는 의무는 생기지 아니한다. 즉 상대방을 구하기 위하여 적극적으로 진력할 의무는 없다. 중개업자는 좋은 상대를 발견하였을 때 이를 소개하고 그 결과 계약성립을 향하여 당사자간을 충실하게 매개하면 족하다. 이점에서 통상의 위임, 고용, 도급 등과 다르다. 위임에서는 수임자는 사무를 적극적으로 처리하여야 할 의무를 부담하고, 고용에서는 지시받은 대로 노무를 급부할 의무가 있고, 도급에서는 일을 완성할 의무가 있다. 그러나 중개업자는 중개계약이 성립한 이상 의뢰인에 대하여 중개의뢰의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 의뢰받은 중개업무를 처리하여야 할 의무를 부담하는 것이고, 따라서 적극적으로 진력할 의무는 없다 하더라도 진력하지 않는 것이 진력하지 않는 일이 실령 적극적으로 의뢰인에게 불리하게 작용할 때에는 선관주의의무위반으로 되는 경우가 있을 수 있고, 좋은 상대를 발견하였을 때 이를 소개하고 매매성립을 향하여 당사자간을 성실하게 매개할 의무는 있으며, 또한 공정하게 중개행위를 하여야 하고, 의뢰자의 이익에 반하는 행동을 할 수 없고, 비밀을 준수할 의무를 부담하고, 임의로 시작한 중개활동을 의뢰자의 손해가 되는데도 제멋대로 중지하는 것은 허용되지 아니한다. 중개업자의 위와 같은 선관주의의무위반은 채무불이행으로 인한 손해배상의무를 발생시킨다. 부동산중개업법은 중개업자가 지켜야 할 의무에 대하여 이와 같은 선관주의의무의 내용으로서 제15조, 제16조, 제16조의2, 제17조 등을 두어 여러 가지 금지행위, 공정한 업무처리 의무, 비밀을 지킬 의무, 중개대상물의 확인·설명 의무 등을 규정하고 있고, 제19조에서는 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래 당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다.

11) 明石三郎, 不動産仲介契約の研究(一粒社, 1981), 22面.

한편 의뢰인은 중개업자가 소개하는 상대방이 주문한 대로인 사람이라고 하더라도 이를 거부하여 거래하지 아니할 자유가 있다. 즉 중개업자의 급부를 수령할 의무는 없다. 다만 상대가 의뢰인의 마음에 들어 계약이 성립할 때에 보수를 지불할 의무가 있을 뿐이다. 반면에 중개업자는 아무리 진력하여도 계약이 성립하지 아니하면 보수를 청구할 수 없고, 특약이 없는 한 특히 의뢰받아 활동한 것 이외의 것에 관해서는 그 비용도 청구할 수 없다. 이점에서 위임과 다르고 현상광고 및 도급과 유사하지만 이미 낙성적 중개계약이 성립하고 있는 점에서 요물계약인 현상광고와는 다르고 도급의 수급인은 일 완성의 의무가 있는데 대하여 중개업자는 그 의무조차 없고 도급에서는 완성된 일을 도급인이 수령할 의무가 있지만 중개의뢰인은 도급에서는 완성된 일을 도급인이 수령할 의무가 있지만 중개의뢰인은 중개업자가 소개하는 물건이나 상대방에 관하여 거래하여야 할 의무를 부담하지 않는 점에서 도급과 크게 다르다.

또한 의뢰인은 동일물건에 대하여 수인의 중개업자에게 동시에 중개를 의뢰할 수 있고, 그 중에서 의뢰인이 선택하여 매매계약을 체결할 수 있으며, 의뢰인 및 중개인은 거래계약체결이전에는 언제라도 중개계약을 해지할 수 있는 자유를 가지고 있다.¹²⁾

이러한 측면에서 부동산중개계약은 위임, 도급, 고용, 현상광고 등과 다른 독자적인 특질을 가지고 있다.

6. 不動產仲介契約은 기본적으로 典型契約의 어디에도 속하지 않는 特殊한 類型的 契約 내지는 無名契約

不動產仲介契約에 대하여 우리나라에서는 종래부터 民法上 委任의 규정을 적용하는 것이 學說·判例의 태도이었다.¹³⁾ 다만 구민법은 물건의 매매나 임대차와 같은 법률행위의 처리를 위탁하는 것을 본래의 위임이라 하고(구민법 643조), 법률행위가 아닌 사무의 처리의 위탁을 목적으로 하는 경우에는 이를 준위임이라 구별하였기 때문에(구민법 656조) 부동산매매의 중개행위와 같은 것은 사실행위이기 때문에 준위임이라고 할 수 있었을 것이다. 그러나 현행민법은 그러한 구별을 하지 않고 널리 사무처리의 위탁을 위임으로 하고 있으므로 우리나라 판례가 지적하고 있는 바와 같이 부동산중개계약은 준위임이라고 볼 수는 없다.

그러나 日本에서 學說과 判例는 일반적으로 不動產仲介契約을 準委任으로 해석하고 있

12) 서울고판 1994. 12. 15, 94구12069.

13) 박윤직, 채권각론(박영사, 1996), 483쪽 ; 김기수, "부동산중개계약의 정형화론-부동산중개업법의 보완을 위하여-", 부동산법학(I), 한국부동산법학회, 1987, 44쪽 ; 대판 1993. 5. 11, 92다55350 ; 대판 1992. 2. 11, 91다36239.

다.¹⁴⁾ 일본에서 부동산중개계약을 준위임으로 하는 논거는 보수청구권에 대하여 위임의 경우에는 무상이 원칙이지만, 중개계약은 유상이 통상적이라는 것이다. 그리고 유상위임의 경우에도 상당한 보수청구권이 인정되는 경우도 있지만 부동산매매이외의 계약에 있어서 보수청구권은 관습상 성공보수가 있고, 매도인이 계약체결에 이르지 않는 한 원칙적으로 보수청구권이 없는 등 위임의 규정을 적용시키기에는 부적당한 경우가 있기 때문이라고 한다. 이렇게 준위임으로 해석함으로써 부동산중개계약의 독자성을 인정하는 견해¹⁵⁾도 나타나게 된 것이다.

獨逸은 商法에 商事仲介人에 대한 규정이 있다(독일상법 93-104조). 한편 민법은 독립한 전형계약으로서 중개계약(Maklervertrag)을 규정하고 있다(독일민법 652-656). 규정의 위치상 중개계약은 도급계약(Werkvertrag) 다음에 있다. 그 다음이 현상광고(Auslobung)이고, 위임(Auftrag)은 그 다음 절이다. 따라서 중개계약을 위임의 일종으로 보는 것 보다는 도급에 가깝다고 한다. 그러나 이것은 동법의 위임이 무상임에 반해서, 중개계약은 유상이기 때문일 것이다. 뿐만 아니라 중개계약의 내용에 의해서는 위임의 규정을 보충적으로 적용하여야 할 것이라고 하고 있다.¹⁶⁾

民事仲介契約과 달리 商事仲介契約에서는 一方的仲介契約과 雙方的仲介契約을 구별하여 수탁자인 중개인이 적극적으로 중개할 의무를 부담하지 않고 계약이 성립하면 보수를 청구하는 일방적 중개계약에 대해서는 民法上 都給契約에 준하는 契約,¹⁷⁾ 都給에 유사한 獨自的인 契約,¹⁸⁾ 都給契約이 아닌 특수한 契約,¹⁹⁾ 이념적 또는 개념적인 분류로서는 수급이 가지만 구별의 실익은 없다고 본다고 하는 견해²⁰⁾ 등이 있다. 그러나 수탁자가 적극적으로 중개할 의무가 있는 것인 쌍방적 중개계약에서는 민법상 위임계약으로 보고 있다.²¹⁾

생각건데, 당사자간의 신뢰관계를 기초로 한 위임의 규정은 일반적으로 중개계약에 적용하여야 할 점이 많다. 예컨대, 『위임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다』(민법 681조)라든가, 『수임인은 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하고 위임이 종료한 때에는 지체없이 그 전말을 보

14) 我妻榮, 債權各論(中二)(岩波書店, 1984), 663面 ; 川村俊雄, “不動產仲介契約”, 現代契約法大系, 有斐閣, 1983, 274面.

15) 明石三郎, 前掲書, 2面.

16) Staudingres Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(12. Aufl., 1980), Vorbem. zu § 652 Rdnr. 3ff.

17) 서돈각, 제삼전정 상법강의(상)(법문사, 1985), 190쪽 ; 이병태, 전정 상법(상)(법원사, 1991), 263쪽 ; 이원석, 신상법(상)(법지사, 1984), 187쪽 ; 정무동, 전정판 상법강의(상)(박영사, 1984), 204쪽.

18) 손주찬, 전정증보판 상법(상)(박영사, 1984), 208쪽.

19) 일방적중개계약은 도급계약에 유사하지만 계약의 성부는 위탁자가 자유로이 결정할 수 있는 것이므로 특수한 계약으로 볼 수 밖에 없다. 서정갑, 상법총칙·상행위법(일신사, 1986), 257쪽.

20) 정희철, 상법학(상)(박영사, 1989), 187쪽.

21) 이병태, 앞의 책, 263쪽.

고하여야 한다』(민법 683조) 등이 그것이다. 그러나 보수청구권에 대하여 위임의 경우에는 『수임인은 특별한 약정이 없으면 위임인에 대하여 보수를 청구하지 못한다』(민법 686조 1항)고 하여 무상이 원칙임을 밝히고 있다. 그러나 중개계약은 유상이 통상적이다. 또한 유상위임의 경우 『수임인이 위임사무를 처리하는 중에 수임인의 책임없는 사유로 인하여 위임이 종료된 때에는 수임인은 이미 처리한 사무의 비율에 따른 보수를 청구할 수 있다』(민법 686조 3항)고 하여 상당한 보수청구권이 인정된다. 부동산 매매의 중개에 있어서 보수청구권은 관습상 성공보수가 인정되고 있다. 그리고 매매가 계약체결에 이르지 않는 한 원칙적으로 보수청구권은 없는 등 위임의 규정을 적용시키는 것이 부적당한 경우도 있다. 또한 부동산중개계약이 민사중개계약이라고 하지만 통상 보수청구권을 가지고 있는 경우가 많은 실정이므로 비영리행위를 대상으로 하는 민법상 위임의 규정만에 의거하는 것은 그 타당성을 결하고 있다. 따라서 굳이 民法上 典型契約 가운데 어느 계약의 성질을 많이 가지고 있느냐고 본다면 都給型委任²²⁾이라고 할 수도 있을 것이다. 그러나 이 또한 정확한 표현은 아니다. 따라서 부동산중개계약은 기본적으로 典型契約의 어디에도 속하지 않는 특수한 유형의 계약내지는 無名契約이라고 보아야 할 것이다.²³⁾ 즉, 종래의 판례·학설에 의하면 중개의뢰를 받은 업자는 매매 등을 성립시킬 의무를 부담하지 않는 것은 물론 계약 상대방을 찾아 적극적으로 계약체결에 이르도록 할 의무를 반드시 부담하고 있는 것도 아니다. 또한 의뢰자 쪽에서는 업자가 알선한 상대방과 계약을 체결할 의무를 부담하지 않기 때문에 계약체결이 되지 않는 한 보수를 지급할 의무도 없다. 더욱이 통상 양 당사자는 언제라도 중개계약을 해제할 자유도 있다. 또한 의뢰자는 동일 물건에 대하여 다른 업자에게 중복하여 의뢰할 수도 있다. 반면에 의뢰를 받은 업자는 의뢰자를 위하여 뿐만 아니라 의뢰자의 상대방을 위하여도 진력할 수 있다. 이와 같이 부동산중개계약은 순수한 쌍무계약이라고 하기는 어렵고 『업자의 중개에 의해서 매매 등의 계약이 성립할 것을 정지조건으로 의뢰자가 업자에게 보수를 지급할 취지를 약정하는 계약』이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 우리나라의 判例도 『片務契約에 가까운 특수한 雙務契約 또는 條件附 雙務契約』이라고 하고 있는 것이다.

IV. 不動產仲介業者의 注意義務

부동산중개계약의 법적 성질은 전형계약의 어디에도 속하지 않는 특수한 유형의 계약

22) 소성규, 앞의 논문, 359쪽 : 서울지판 1984. 4. 25, 83나2098.

23) 宅地建物取引業法令研究會, 不動産去來の標準媒介契約約款(住宅新報社, 1982), 61面.

내지는 무명계약으로 파악하여야 할 것이다. 그런데 우리나라 판례의 대부분²⁴⁾은 부동산 중개업자의 주의의무와의 관계에서는 부동산중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계를 民法上的의 委任關係와 같다고 보고, 민법 제681조에 의하여 仲介業者는 중개의뢰의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 중개업무를 처리하여야 할 의무가 있다고 파악하고 있다. 이는 부동산중개계약의 한 단면만을 파악하고 있는데 불과한 것이다.

한편 부동산중개업법은 중개업자가 지켜야 할 의무에 대하여 이와 같은 선관주의의무의 내용 내지 단속규정으로서 여러 가지 금지행위(동법 15조), 공정한 업무처리(동법 16조), 비밀을 지킬의무(동법 16조의 2), 중개대상물의 확인·설명의무(동법 17조) 등을 규정하고, 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래 당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다(동법 19조)고 규정하고 있다.²⁵⁾

여기서 부동산중개업자의 주의의무에서 우리나라 판례가 주로 다루고 있는 것은 『권원에 관한 사항』과 『권리의 하자에 관한 사항』이 주종을 이루고 있다. 특히 『권원에 관한 사항』에서는 중개업자의 중개대상물에 대한 확인·설명의무의 내용과 정도에 대하여 판시하고 있다. 부동산중개업법 시행령 제22조는 중개업자가 확인·설명하여야 할 사항(다만, 중개업자가 중개대상물에 대하여 필요한 자료를 전시하고 그에 관한 정보 및 조언을 제공하는 등 거래의 알선만을 하는 경우에는 제1호 내지 제3호의 사항만을 확인·설명할 수 있다)을 1. 중개대상물의 소재지·지목·면적·구조·건축년도 등 당해 중개대상물에 관한 기본적인 사항, 2. 소유권·전세권·저당권·지상권·임차권 등 당해 중개대상물에 대한 권리관계에 관한 사항, 3. 공법상 이용제한 및 거래규제에 관한 사항, 4. 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득함에 따라 부담하여야 할 조세에 관한 개략적인 사항, 5. 거래 예상금액과 공시되지 아니한 중요시설·물건의 소유에 관한 사항 등으로 규정하고 있다. 그러나 판례의 대부분은 『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 관리자의 주의와 신의성실로써 매도 등 처분을 하려는 자가 진정한 권리자와 동일인인지의 여부를 부동산등기부와 주민등록증 등에 의하여 조사확인할 의무가 있다』고 판시하고 있다. 즉 중개업자의 권원의 확인에서 단지 부동산등기부를 확인하였다든지, 현지에 가서 답사를 하였다든지 하는 것만으로는 불충분하고, 그밖에 토지소유자의 자택이나 근무처 등에 전화로 연락을 하여 본다든가 하는 방법으

24) 대판 1993. 5. 11, 92다55350 ; 대판 1992. 2. 11, 91다36239 ; 서울지판 1993. 10 13, 93나26280 ; 서울지판(동부) 1994. 6. 1, 93가단41427 ; 수원지판 1994. 1. 28, 93나2770.

25) 부동산중개업자의 주의의무에 대한 상세한 논의는 소성규, “부동산중개업자의 주의의무”, 한양법학 제4·5(통합)집, 한양법학연구회, 1994, 341 - 367쪽 참조.

로 진정한 소유자를 구체적으로 확인하도록 판시하고 있다. 즉 판례²⁶⁾는 『중개업자가 부동산소유자가 누구인지를 물어보았더니 친정어머니의 명의로 되어 있다 라는 말에 더 이상의 사실을 확인하지 않은 것을 중개업자의 과실로 파악하고 있다』. 또한 부동산거래에서 당해 거래의 당사자가 진정한 소유자인지 아닌지(거래당사자의 동일성), 진정한 대리권을 수여받고 있는지 아닌지(대리권의 유무, 내용) 등 권리자의 진위에 관하여 조사하여 그것을 중개의뢰인에게 설명하여야 할 의무가 있는 것으로 판시하고 있다.²⁷⁾ 그러면 어느 정도로 확인·설명하여야 하는가에 대하여는 상당히 고도의 주의의무, 즉 주의의무의 적극성을 요구하고 있다.²⁸⁾ 이는 중개의뢰인을 보호하기 위해서이다

그리고 『권리의 하자에 관한 사항』에서 중개업자는 중개대상물의 동일성, 제한물권, 법령에 의한 제한, 부담 등의 유무 및 내용을 조사하여 그것을 설명할 것을 요구하고 있다. 즉 중개업자는 중개업자로서 의뢰를 받은 경우에는 중개대상물의 소재지, 지목, 면적, 구조, 건축년도 등 당해 중개대상물에 관한 기본적인 사항과 소유권, 전세권, 저당권, 지상권, 임차권 등 당해 중개대상물에 대한 권리관계에 관한 사항, 공법상 이용제한 및 거래규제에 관한 사항 등을 확인하여 당해 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 서면으로 제시하고, 성실 정확하게 설명하여야 함에도 불구하고, 이를 게을리하여 아무런 확인조치 없이 건물의 지하식당과 주택을 소개하였고, 또한 일부 담보권 등이 누락된 등기부등본을 확인하지 않는 것에 대해 중개업자의 과실을 인정하고 있다.²⁹⁾ 또한 수시로 변화가능성이 많은 등기부등본의 확인 조사를 게을리한 것에 대해서도 중개업자의 과실을 인정하고 있다.³⁰⁾ 『권리의 하자에 관한 사항』에서도 역시 부동산중개업자의 적극성을 요구하고 있다.

한편 고객이 중개업자의 제반 주의의무위반을 이유로 손해배상을 청구하는 경우, 중개업자는 고객의 과실을 주장하여 자기의 책임을 경감할 수 있는지 여부가 민법상 과실상계와 관련하여 문제이다.

우리나라 판례는 고객이 전문적 지식과 경험을 가졌는지 여부를 묻지 않고, 과실상계를 인정하는 경향에 있다.³¹⁾

생각건대, 고객이 전문적 지식과 경험을 가지고 있는 경우와 일반적인 고객의 경우로 나누어 고찰하는 것이 바람직할 것이다. 즉 고객이 부동산중개업자라든가 부동산거래에 대해서 전문적 지식·경험을 가지고 있는 경우에는 과실상계를 인정하는 것이 타당할 것

26) 서울지판 1993. 10. 13, 93나26280.

27) 서울지판(동부) 1994. 6. 1, 93가단41427.

28) 수원지판 1994. 1. 28, 93나2770 ; 부산지판 1991. 9. 3, 91가합3164.

29) 대전지법 1993. 12. 16, 93가합1330.

30) 대구지판 1987. 10. 30, 86가합1663 서울지판(남부) 1993. 10. 26, 93가단32006.

31) 고객의 과실을 40%, 50% 인정한 판례가 있다. 예를 들면, 서울지판 1993. 10. 13, 93나26280 ; 서울지판(동부) 1994. 6. 1, 93가단41427 ; 수원지판 1994. 1. 28, 93나2770 ; 서울지판(남부) 1993. 10. 26, 93가단32006.

이다.³²⁾ 왜냐하면 이 경우에는 통상인에 비하여 부동산의 법률관계의 조사 및 그방법에도 정통하고 더욱이 용이하게 조사할 수 있는 경우가 많기 때문에 이러한 자의 과실을 고려하는 것이 공평하기 때문이다. 그러나 고객이 일반적인 통상인인 경우에는 과실상계를 인정하지 않는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 부동산거래에 대해서 일반인이 전문적인 지식과 경험을 가지고 이것을 업무로 하고 있는 중개업자에 대해서 보수를 지불하고 이것을 의뢰하는 것은 그것에 의해서 부동산거래에 과오가 없을 것을 기대하기 때문이다. 업자를 신뢰하고 그것 이상 스스로 조사하지 않더라도 부득이 하기 때문에 과실이라고는 할 수 없다. 예를 들면, 일반적인 고객이 등기부를 조사하지 않더라도 과실은 없다는 것이다. 일본에서는 원칙적으로 일반적인 고객인 경우 과실상계는 인정하지 않는다. 다만, 예외적으로 일반인에 대해서 과실상계가 인정된 사례가 있다.³³⁾ 또한 중개업자의 사업규모가 영세한 개인 영업적 업자의 경우에는 의뢰인이 그것에 상응한 각오를 하고서 의뢰를 하여야 할 것이라고 하여 과실상계를 인정한 사례도 있다.³⁴⁾ 그러나 경영규모에 의해서 중개업자의 주의의무에 차이가 있다고 보는 것은 문제가 있다.

우리나라 不動産仲介業法은 고객의 보호를 위하여 損害賠償責任(동법 19조), 共濟制度(동법 35조의 2), 仲介紛爭調停委員會(동법 37조의 3 이하) 제도를 두고 있다. 여기서 판례는 消費者保護라는 차원에서 不動産仲介業者의 注意義務를 상당히 강화하여 소비자를 보호하고 있다. 그러나 현행 공제제도는 거래계약 체결전 단계에서 중개업자의 고의·과실이 있는 경우에 고객을 보호하고 있어 공제제도의 본래의 구실을 다하기에는 한계가 있다. 특히 중개분쟁조정위원회는 허가관청의 소속하에 두도록 하고 있어, 활성화되지 않고 있다. 따라서 이에 대한 제도적 뒷받침이 따라야 할 것이다.³⁵⁾

V. 不動産仲介業者의 報酬請求權

중개업자나 의뢰자 모두에게 중요한 문제중의 하나는 바로 중개업자의 보수청구권 문제이다. 실제 부동산거래를 둘러싸고 많이 발생하고 있다. 그러나 중개업자의 보수청구권과 관련된 판례는 그리 많지 않은 것 같다. 부동산중개계약을 둘러싼 우리나라의 상황을 잘 말해주는 하나의 단면이라 할 수 있다.

32) 日名高屋高判 1961. 3. 31, 高民集 14卷 3號, 213面 ; 日大板地判 1982. 9. 22, 判例タイムズ 486號, 109面(5號의 過失相計 인정) ; 日大板地判 1971. 10. 9, 判例タイムズ 274號, 269面.

33) 日東京地判 1984. 11. 28, 判例時報 1163號, 73面.

34) 日東京高判 1975. 11. 27, 判例時報 808號, 59面.

35) 소성규, 앞의 책, 186쪽.

부동산중개업자의 보수청구권과 관련하여 다루어지는 법률적 문제로는 無許可仲介業者의 報酬請求權, 非仲介依頼者에 대한 報酬請求權, 直接去來와 仲介業者의 報酬請求權, 複數仲介業者의 報酬配分比率, 不動産仲介報酬額과 報酬支拂時期 등이 있다.³⁶⁾

이러한 문제가운데에서 우리나라 판례가 다루는 부분은 『부동산중개계약의 법적 성질을 위임으로 파악하고, 그것이 유상계약이든 무상계약이든 당사자 쌍방의 특별한 대인적 신뢰관계를 기초로 한 위임계약의 본질상 각 당사자는 언제든지 이를 해지할 수 있고, 그로 말미암아 상대방이 손해를 입은 일이 있어도 그것을 배상할 의무를 부담하지 않는 것이 원칙이며, 다만 상대방이 불리한 시기에 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 손해이다. 그리고 건물임대중개의 완료를 조건으로 중개료 상당의 보수를 지급받기로 하는 내용의 계약과 같은 유상위임계약에서는 시기여하에 불문하고 중개완료이전에 계약이 해지되면 당연히 그에 대한 보수청구권은 상실된다』³⁷⁾고 판시하고 있다. 이는 특별한 사정이 없는 한 해지에 있어서의 불리한 시기란 있을 수 없으므로, 수임인의 사무처리 완료전에 위임계약을 해지한 것만으로 수임인에게 불리한 시기에 해지한 것이라고 볼 수는 없다는 것이다. 따라서 중개인은 임대중개를 받은 건물전체에 대한 중개가 가능하였음을 전제로 기대중개료 상당의 손해배상은 청구할 수 없다는 취지이다.

생각건대, 중개의뢰인의 행위가 신의에 반하는 경우에는 중개업자의 보수청구권을 인정하여야 할 것이다. 예를 들면, 중개의뢰인이 중개업자를 부당하게 배제하였든가, 특별한 사정이 없는 한 중개계약해지의 사유가 중개업자에게 귀책될 수 없는 경우 등이다. 구체적으로 중개업자가 중개계약에 의거하여 중개의뢰인에게 중개대상물을 소개하였으나, 당시에는 매매당사자 사이에 협의를 이루지 못하고, 그후 중개업자를 배제하여 매매당사자가 결탁하여 매매를 성립시킨 경우라든지, 중개의뢰인이 중개수수료를 면하기 위하여 고의로 중개업자를 배제하고 계약상대방과 결탁하여 매매계약을 성립시킨 경우에는 중개업자의 보수청구권을 인정하여야 할 것이다. 중개업자의 중개행위와 중개의뢰인 사이의 인과관계가 인정되기 때문이다. 여기서 인과관계의 요건이 문제이지만, 중개업자의 중개행위가 계약체결에 있어 유일 또는 주된 원인이 아니었다 하더라도, 그 행위가 본질적인 것, 즉 중개업자가 계약체결을 위해 본질적인 급부, 다시 말해 중개의뢰인의 계약체결의사를 불리일으킨 급부를 제공하였다는 것을 요건으로하여 중개업자의 기여도에 따라 보수를 인정하여야 할 것이다. 즉 중개업자가 기울인 노력과 시간, 중개의 난이도, 기타 제반사항을 고려하여 기여도에 따라 중개업자의 보수를 인정하는 것이 타당하다고

36) 상세한 것은 소성규, “부동산중개업자의 보수청구권”, 한양법학 제3집, 한양법학연구회, 1992, 375 - 419쪽 참조.

37) 대판 1991. 4. 9. 90다18968.

본다. 이러한 취지에서 매매계약작성이라는 계약성립의 최종단계에는 관여하지 않았지만 결국 중개업자의 중개행위의 결과로서 이루어진 것이라고 보아, 그 중개행위에 대한 상당한 수수료를 인정한 판례도 있다.³⁸⁾ 그리고 부동산중개계약의 법적 성질을 도급적 위임으로 파악하고, 수인의 중개업자 중 1인의 알선, 중개에 의하여 매매가 성립된 때에는 다른 중개업자의 보수청구권은 자동소멸된다는 판례³⁹⁾도 있다.

VI. 仲介對象物과 業務에 관한 禁止事項

1. 仲介對象物

부동산중개업법은 부동산중개업자들이 중개할 수 있는 대상으로 토지, 건물, 기타 토지의 정착물, 입목에 관한 법률에 의한 입목, 광업재단저당법에 의한 광업재단, 공장저당법에 의한 공장재단(동법 3조, 시행령 2조)으로 열거하고 있다.

중개대상물과 관련하여 우리 판례가 문제시하고 있는 점은 주로 아파트 당첨권에 대한 매매알선을 중개대상물 위반이라고 할 수 있느냐 하는 점이다. 이에 대하여 판례⁴⁰⁾는 중개대상물인 건물을 반드시 반드시 기존의 건축된 건물만이 아니라 장래 건축될 건물도 포함하고 있어, 아파트의 특정 동, 호수에 대한 피분양자로 선정되거나 분양계약이 체결된 후에 특정아파트에 대한 매매를 중개한 경우는 부동산중개업법 소정의 중개대상물인 건물을 중개한 것으로 보고 있다. 그러나 매매나 전대의 중개를 한 입주권은 특정한 아파트에 입주할 수 있는 권리가 아니라 아파트에 대한 추천기일에 신청을 하여 당첨이 되면 아파트의 분양예정자로 선정될 수 있는 지위에 있는 것은 중개대상물인 건물에 해당하지 않는다고 보고 있다.⁴¹⁾ 그러므로 준공미필의 공동주택은 중개대상물에 포함된다.⁴²⁾

2. 業務에 관한 禁止事項

부동산중개업법은 중개업자가 금지하여야 할 사항을 다음과 같은 7가지를 규정하고 있

38) 서울지판(동부) 1987. 2. 20, 86가2801.

39) 서울지판 1984. 4. 25, 83나2098.

40) 대판 1990. 4. 27, 89도1886 ; 대판 1990. 2. 13, 89도1885.

41) 대판 1991. 4. 23, 90도1287.

42) 토관 58307 - 705, '96. 11. 22.

다(동법 15조), 즉 ① 당해 중개대상물의 거래상의 중요사항에 관하여 거짓된 언행 기타의 방법으로 중개의뢰인의 판단을 그르치게 하는 행위, ② 동법 제20조 3항의 규정에 의한 수수료 또는 실비를 초과하여 금품을 받거나 그 외에 사례·증여 기타의 명목이라도 금품을 받는 행위, ③ 동법 제3조의 규정에 의한 중개대상물의 매매를 업으로 하는 행위, 부동산의 분양·임대 등과 관련있는 증서 등의 매매·교환 등을 중개하거나 그 매매를 업으로 하는 행위, ④ 탈세를 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산 투기를 조장하는 행위, ⑤ 동법 제4조의 규정에 의한 허가를 받지 아니하고 중개업을 영위하는 자인 사실을 알면서 그를 통하여 중개를 의뢰받거나 그에게 자기의 명의를 이용하게 하는 행위 등이다.

여기서 판례는 상가전부를 매도할 때 사용하려고 매각조건 등을 기재하여 인쇄해 놓은 양식에 매매대금과 지급기일 등 해당사항을 기재하는 분양계약서는 상가의 매매계약서일 뿐 부동산중개업법 제15조 4호의 소정의 부동산 임대·분양 등과 관련이 있는 증서라고는 볼 수 없는 것으로 판시하고 있다.⁴³⁾

그리고 판례는 부동산중개업법상 소정의 수수료를 초과하여 사례금 명목으로 금원을 교부받은 행위를 부동산중개업상 유죄로 인정하고 있다.⁴⁴⁾ 이 경우 부동산중개업법은 1년 이하의 징역 또는 1000만원이하의 벌금에 처하게 된다(동법 38조 2항). 실무상에 있어서는 각종의 명목하에 수수료를 초과하여 보수를 받는 사례가 많으리라 생각된다. 경우에 따라서는 부당하게 고액의 보수를 요구하는 경우도 있을 것이다. 상대적으로 공정보수액이 낮은 현실을 감안해 볼 때, 이러한 경우가 대부분일 것이다.

생각건대, 건교부령이 정한 보수액을 초과하였다는 사실만을 가지고 중개업자의 유죄를 결정하는 것으로는 불충분하고, 거기에 부당성을 갖고 있는지의 여부에 의해서 판단하여야 한다고 본다. 구체적으로 어느 정도까지가 부당한 것인가는 사회통념에 의해 판단할 수 밖에 없다. 실제로 건교부령이 정한 보수액을 초과하여 금원을 받았는지 여부를 문제시하지 말고, 초과하여 받는 행위의 반사회적인 태양을 금지하여야 할 것이다.

Ⅶ. 結 論

不動產仲介契約을 둘러싼 判例를 類型化하여 보면 ① 부동산중개업의 정의에 관련된

43) 대판 1993. 5. 25, 93도773.

44) 대판 1990. 11. 13, 90도1054.

판례, ② 부동산중개업의 면허에 관련된 판례, ③ 중개대상물에 관련된 판례, ④ 부동산 중개계약의 법적 성질에 관련된 판례, ⑤ 부동산중개업자의 주의의무에 관련된 판례, 부동산중개업자의 보수청구권에 관련된 판례, ⑥ 업무에 관한 금지사항에 관련된 판례, 공제업무에 관련된 사항, ⑦ 기타 사항으로 분류할 수 있다. 그러나 그 판례의 수는 아주 미미한 실정이다. 아마 법적인 해결보다는 인정 내지는 조정의 의하여 해결되는 경우가 많기 때문일 것이다. 이는 우리 국민의 不動產仲介業을 보는 시각을 말해주기도 하는 부분이다. 또한 변호사법 등과 달리 부동산중개업법이 不動產仲介業者를 위한 保護法이 아니라 不動產仲介業者를 規制하는 法律이기 때문일 것이다. 따라서 부동산중개계약에 관한 많은 판례의 집적과 그에 따른 이론의 발전이 조화될 수 있도록 학계와 실무의 부단한 노력이 필요한 시점이다.