

부동산 중개보수와 공매 대상 부동산 취득의 알선

- 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017다243723 판결 -

이 성 진*

〈국문초록〉

중개보수 최고한도 제한 규정을 위반한 약정의 경우, 그 약정 자체가 반사회적인 것으로 해석되지 않는 한 중개보수 최고한도까지는 부분적으로 유효하고 다만 그 최고한도를 초과하는 부분만 무효로 해석하는 것은 타당하다고 생각한다. 입법론적으로 공인중개사법에서도 이자제한법 제2조 제3항과 같이, “중개보수 최고한도를 초과하는 부분은 무효로 한다.”고 입법하여 중개보수 최고한도를 위반한 약정의 효력을 명확히 할 수 있을 것이다. 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 별개의 청구권으로서, 중개보수 최고한도를 초과한 금품에 대하여 부당이득반환청구권이 있다고 해서 그것만으로 불법행위의 성립이 방해되지 않는다고 할 것이다.

「매수신청대리인 등록 예규」 보수표를 살펴보면, 경매 대상 부동산의 상담 및 권리분석과 매수신청대리에 관한 보수는 그 보수표에 정해져 있지만, 알선에 대한 보수는 정해져 있지 않다. 따라서 경매 대상 부동산의 알선은 공인중개법상 중개에 해당하는 것으로서 그에 대한 보수는 중개보수 제한 규정의 적용을 받는다고 본다.

그러나 공매의 경우, 경매처럼 매수신청대리인 등록에 관한 규정이나 공매 대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선이나 매수신청대리의 업무에 대한 보수 제한 규정이 없다. 공매 대상 부동산 취득의 알선은 경매 대상 부동산 취득의 알선이나 매매를 알선하는 것과 그 행위적 측면에서 차이가 없다고 본다. 그래서 경매나 공매 대상 부동산의 알선은 공인중개사법상 중개에 해당하고 중개보수 제한 규정의 적용을 받는다고 할 것이다.

주제어 : 개업공인중개사, 중개, 중개보수, 중개계약, 공매

• 투고일 : 2022.04.10. / 심사일 : 2022.04.20. / 게재확정일 : 2022.04.23.

* 대구가톨릭대학교 부동산학과 교수, 법학박사 / 경북대학교 법학연구원 연구위원

I. 서론

계약자유 원칙상 중개계약 당사자인 중개의뢰인과 개업공인중개사 사이의 자유로운 교섭과 합의 과정을 통해 중개보수를 제약 없이 약정할 수 있지만, 공인중개사법은 과도한 중개보수로 인한 중개의뢰인의 재산권 보호 등을 위하여 중개보수 최고한도를 제한하고 있다.¹⁾ 이러한 중개보수 제한은 부동산 투기 근절이나 건전한 부동산중개업 육성과 국민경제의 이바지를 목적으로 하는 공인중개사법의 목적에도 부합한다고 할 것이다.²⁾ 즉 개업공인중개사가 법령에 정한 한도를 초과하여 중개보수를 받는 행위와 중개보수 제한 규정을 위반하여 얻은 중개보수 상당의 이득을 그대로 보유하게 하는 것은 투기적·탈법적 거래를 조장하여 부동산거래질서의 공정성을 해할 우려가 있다.³⁾ 최근에는 주택가격 상승에 따른 중개보수의 증가로 국민의 금전적 부담이 증가함에 따라, 주택에 대한 중개보수의 한도를 낮추고 중개보수 한도 산정기준을 합리적으로 조정하기 위하여 중개보수에 관한 개정이 있었다.⁴⁾

부동산 중개보수 제한 규정은 개업공인중개사의 여러 가지 업무 중에서 중개업무에 한정되어 적용된다. 그래서 중개업무의 인정 범위에 따라 중개보수 제한 규정의 적용 여부도 달라진다. 결국, 중개업무 범위에 대한 해석은 개업공인중개사와 그 상대방인 업무의뢰인 사이에 상당히 중요할 수밖에 없다. 특히 근래에 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선을 한 개업공인중개사의 행위가 중개보수 제한 규정의 적용을 받는 중개업무에 해당하는지에 대한 대법원 2021. 7. 29. 선고 2017다243723 판결(이하 ‘대상판결’이라고 함)이 있었다. 이에 대하여 대상판결은 공매대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선에는 중개보수 제한 규정이 적용된다고 판시하였다.

이러한 대상판결의 타당성 여부를 그 이유 등을 중심으로 연구하고자 한다.

- 1) 헌법재판소는 공인중개사법상 중개보수 제한 규정이 직업수행의 자유 및 평등권을 침해하지 않는다고 한다(헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정). 이러한 헌법재판소 결정에 반대하는 견해(임숙녀, 부동산 중개수수료 결정체계에 관한 고찰, 토지공법연구 제80집, 한국토지공법학회, 2017, 343면)도 있다.
- 2) 공인중개사법 제1조(목적) 이 법은 공인중개사의 업무 등에 관한 사항을 정하여 그 전문성을 제고하고 부동산중개업을 건전하게 육성하여 국민경제에 이바지함을 목적으로 한다.
- 3) 이회훈, 공인중개사법상 중개보수 관련 조항에 대한 헌법적 고찰 -헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정의 평석-, 일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 151~152면; 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결.
- 4) 중개보수 한도 등에 관한 공인중개사법 시행규칙 제20조 제1항 등의 개정이 2021년 10월 19일(시행일 2021년 10월 19일; 국토교통부령 제902호)에 있었다.

우선 <Ⅱ. 대상판결>에서 대상판결의 사실관계, 원심과 대법원 판단을 기술한다. <Ⅲ. 부동산 중개보수>에서는 부동산 중개보수 개념과 중개보수 제한 규정 및 이러한 규정을 위반한 경우에 대하여 검토한다. <Ⅳ. 경매·공매와 중개보수>에서는 개업공인중개사 업무 범위와 중개업무 등에 대한 검토를 바탕으로 공매대상 부동산 취득의 알선에 대한 중개보수 제한 규정 적용 여부를 고찰한다. 이와 같은 연구를 통하여 공인중개사의 중개업무 범위와 중개보수 제한 규정에 대한 문제점 등을 함께 연구하여 올바른 해석론과 해결방안 및 입법론을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 대상판결

1. 사실관계 정리

원고는 공인중개사인 피고로부터 공매 대상 토지에 대해서 취득의 알선 등을 받고 그 대가로 소정의 보수를 지급하기로 약정하였다. 이에 따라 원고는 피고가 취득을 알선한 공매 대상 토지의 입찰에 참가하여 일부 토지에 대해서는 매각결정까지 받았으나, 나머지 토지에 대해서는 원고가 공매보증금을 납부하지 않아 이후 공매절차에 참가할 수 없었다.

원고는 공인중개사인 피고가 보수 제한 규정에 정한 보수 한도를 초과하여 보수를 받았다는 주장을 포함하여 포괄적으로 피고가 원고로부터 중개업무에 대한 과도한 보수를 받은 부분을 반환해야 한다고 주장하고 있다.⁵⁾

5) 대상판결의 1심 법원 판결(서울중앙지방법원 2016. 10. 21. 선고 2016가단5043080 판결)에 의한 자세한 사실관계는 다음과 같다. (i) 피고는 2014. 6. 10. 소외인과 함께 화성시 토지(이하 '이 사건 화성 토지'라 한다)에 관하여 전자입찰을 신청하기 위하여 피고의 사무실로 함께 방문한 원고를 처음 보게 되었고, 원고와 소외인은 위 토지에 대하여 10억 3,800만 원에 입찰하여 낙찰받았으나, 계약금(낙찰금액의 10%)을 한국자산관리공사에 납부하지 못하여 낙찰이 취소되었는데, 소외인은 2014. 9. 15. 피고에게 다른 공장부지를 소개하여 달라고 요구하였으나, 피고는 이 사건 화성 토지 낙찰 건에 관하여 약속받은 5,000만 원도 받지 못한 관계로 소외인의 요구를 거절하였다. (ii) 소외인은 피고에게 컨설팅 비용으로 1억 5,000만 원을 주겠다고 하며 1건을 더 해달라고 요구하였는데, 피고가 입찰금액의 1%를 수수료로 달라고 하여 이에 동의하였고, 피고는 이 사건 파주 토지를 소개하여 주면서 현장 답사, 시세 확인 등을 거쳐 31억 3,700만 원에 입찰하자고 제안하였으며, 소외인과 원고도 이에 동의하여 원고는 2014. 10. 10. 낙찰예정금액의 1%인 3,137만 원을 선불 수수료 명목으로 피고에게 송금하였다. (iii) 그런데 위 송금 후 소외인은 급한 일이 생겼으며 위 돈의 반환을 요구하여 피고는 1,200만 원을 반환하였고, 추가로 600만 원을 반환하였으며,

2. 원심 판단⁶⁾

원고는 피고가 공인중개사법의 중개수수료 제한을 초과하여 이 사건 각 부동산에 관한 중개수수료를 지급받았으므로, 법정수수료를 초과하여 지급받은 돈은 부당이득으로 원고에게 반환하여야 한다고 주장한다.

그러나 공인중개사법에서 정한 ‘중개’라 함은 같은 법 제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 ‘거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것(같은 법 제2조 제1호)’을 말하는바, 피고가 원고를 위하여 이 사건 각 부동산에 관하여 거래당사자간의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선한 것이 아니라 공매대상인 이 사건 각 부동산에 관한 권

원고는 입찰 당일인 2014. 10. 15. 입찰 마감 10분 전에 낙찰금액의 9%만 입금하는 바람에 1차 입찰에 실패하였으며, 2차 입찰 당일인 2014. 10. 20. 낙찰금액인 2억 7,370만 원의 10%를 한국자산관리공사 입찰보증금 계좌에 입금시켰는데, 이 사건 파주 토지에 유치권자가 있어 이를 해소시키기 위하여 대출을 알아보는 과정에서 다른 사람이 낙찰받게 되었다. (iv) 이 사건 화성 토지에 이어 이 사건 파주 토지까지 원고와 소외인의 계약금 미납으로 낙찰이 취소되자 피고는 소외인에게 ‘더 이상 거래를 할 의향이 없으니 지급받은 돈 3,137만 원 중 반환하고 남은 돈인 1,337만 원을 반환하겠다’는 의사를 밝히자 소외인은 1건만 더 소개해 달라고 요구하여 피고는 이 사건 상주 토지를 소개하였고, 원고로부터 7,000만 원의 수수료를 지급받기로 하였으며, 피고가 원고로부터 지급받은 3,137만 원 중 소외인이 반환받아 간 1,800만 원 부분에 관하여 원고가 자신이 채워주겠다고 하며 2014. 11. 12. 피고에게 2,000만 원을 송금하였는데, 원고는 2014. 11. 17. 이 사건 상주 토지에 대하여 15억 7,700만 원에 낙찰받았으나, 또다시 계약금을 납부하지 않아 결국 낙찰이 취소되었다. (v) 이 사건 상주 토지의 낙찰이 위와 같이 취소되자 피고는 더 이상 원고와 거래할 수 없다고 판단하여 원고에게 그동안 소요된 경비를 제외한 나머지를 정산하자고 요구하였는데, 원고는 마지막으로 1건만 더 해달라고 사정하면서 남아있는 수수료를 포함하여 8,000만 원의 지급을 약속하면서 그 증빙으로 위 금액 상당의 영수증을 작성하였고, 그에 따라 피고는 원고에게 이 사건 서울 토지를 소개하여 주었으며, 원고는 2014. 11. 24. 10억 1,700만 원에 이 사건 서울 토지를 낙찰받게 되었다. (vi) 이 사건 서울 토지가 위와 같이 낙찰됨에 따라 원고는 피고에게 남아있는 수수료 3,337만 원에 추가로 4,663만 원을 더하여 총 8,000만 원의 수수료를 지급하여야 하나, 2014. 12. 8. 1,000만 원, 같은 달 16. 600만 원, 같은 달 19. 400만 원 총 2,000만 원만을 피고에게 지급하였고, 이후 이 사건 서울 토지에 대한 잔금 대출이 원고의 2억 원에 달하는 세금채납으로 인하여 진행되지 못하는 바람에 원고는 잔금을 지급하지 못하여 낙찰이 취소되고 원고가 기지급한 입찰보증금 1억 170만 원은 국고로 귀속되게 되었다. (vii) 원고는 피고를 횡령 혐의로 고소하였으나, 검찰은 2015. 10. 8. ‘고소인(원고)이 보충 진술 당시 중개수수료가 아닌 입찰승인금과 대출경비 명목으로 피의자(피고)에게 돈을 주었다고 주장하였으나, 대질조사에서 화성물건(이 사건 화성토지)을 제외한 나머지 3건의 공매중개에 대하여 자신의 요구로 진행된 사실과 함께 중개수수료 명목으로 지급한 사실을 인정하였다. 또한 피의자에게 중개의뢰한 공매가 성사되지 않았음에도 그동안 지급한 수수료의 중간정산요구 없이 나중에 정산할 생각으로 계속 공매중개를 요구하면서 요구한 수수료를 지급한 사실을 인정하고 있다’라는 이유로 혐의없음의 불기소처분을 하였다.

6) 서울중앙지방법원 2017. 6. 7. 선고 2016나69347 판결.

리분석 및 취득의 알선을 한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

3. 대법원 판단

[1] 공인중개사법은 ‘중개’의 개념에 관하여 제2조 제1호에서 “제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선하는 것”이라고 정하고 있다. 이러한 중개에는 중개업자가 거래의 쌍방 당사자로부터 중개 의뢰를 받은 경우뿐만 아니라 일방 당사자의 의뢰로 중개대상물의 매매 등을 알선하는 경우도 포함된다.

[2] 공인중개사법 제32조 제1항 본문은 “개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 보수를 받는다.”라고 정하고 있고, 제32조 제4항과 같은 법 시행규칙 제20조 제1항, 제4항은 중개대상물별로 공인중개사가 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 받을 수 있는 보수의 한도를 정하고 있다. 부동산 중개보수 제한에 관한 위 규정들은 중개보수 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당한다. 따라서 공인중개사법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개보수 약정은 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다.

[3] 공인중개사가 중개대상물에 대한 계약이 완료되지 않을 경우에도 중개행위에 상응하는 보수를 지급하기로 약정할 수 있다. 이 경우 당사자의 약정에서 보수액을 산정하는 구체적인 기준을 정하지 않았으면 중개의뢰 경위, 중개사건 처리 경과와 난이도, 중개에 들인 기간과 노력의 정도, 의뢰인이 중개로 얻는 구체적 이익, 중개대상물의 가액, 그 밖에 변론에 나타난 여러 사정을 고려하여 보수를 정해야 하고, 약정에서 특정 보수액이 정해졌다면 신의성실의 원칙, 형평의 원칙 등을 고려하여 합리적이라고 인정되는 범위 내의 보수만을 청구할 수 있다. 이러한 보수는 계약이 완료되었을 경우에 적용되었을 부동산 중개보수 제한에 관한 공인중개사법 제32조 제4항과 같은 법 시행규칙 제20조 제1항, 제4항에 따른 한도를 초과할 수는 없다고 보아야 한다.

[4] 부동산 중개보수 제한에 관한 공인중개사법 제32조 제4항과 같은 법 시행규칙 제20조 제1항, 제4항의 규정들(이하 ‘보수 제한 규정’이라 한다)은 공매 대상 부동산 취득의 알선에 대해서도 적용된다고 봄이 타당하다. 이유는 다음과 같다.

① 공매는 목적물의 강제환가라는 특징이 있기는 하나 본질적으로 매매의

성격을 지니고 있으므로 실질적인 내용과 효과에서 공매 대상 부동산의 취득을 알선하는 것은 목적물만 차이가 있을 뿐 공인중개사법 제2조 제1항에서 정하는 매매를 알선하는 것과 차이가 없다. 따라서 공매에 대해서 보수 제한 규정을 비롯하여 매매에 관하여 적용되는 거래당사자 보호에 관한 규정을 배제할 이유가 없다.

② 공인중개사법 제32조 제1항은 중개보수 청구의 대상을 ‘중개’가 아닌 ‘중개업무’로 정하고 있고, 법체계상 하위규정에 위치한 보수 제한 규정도 ‘중개업무’를 전제로 한 규정으로 볼 수 있다. 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결은 공인중개사법상 손해배상이나 보증보험 관련 조항에 규정된 ‘중개행위’의 개념을 ‘중개’와 구분하고, 그중 ‘중개행위’에 해당하는지 여부는 거래당사자의 보호에 목적을 둔 법규정의 취지에 비추어 공인중개사의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선, 중개를 위한 행위라고 인정되는지 여부에 따라 결정해야 한다고 유연하게 해석하고 있다. 이러한 법리는 중개보수 관련 조항에 규정되어 있는 ‘중개업무’의 해석에도 그대로 적용할 수 있다.

③ 공인중개사법 제14조는 ‘개업공인중개사가 국세징수법 그 밖의 법령에 의한 공매 대상 부동산에 대하여 권리분석, 취득의 알선 및 매수신청대리 등을 할 수 있다.’고 정하고 있고(제2항), 그에 관한 요건 등을 대법원규칙으로 정하도록 하고 있다(제3항). 그 위임에 따라 공인중개사의 매수신청대리인 등록 등에 관한 규칙 제17조 제1항 등에서는 공매 대상 부동산에 관한 ‘권리분석’과 ‘매수신청대리’에 대한 보수에 관하여 법정 한도를 정하고 있는데 ‘취득의 알선’에 대한 보수에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 만일 공매 대상 부동산 취득의 알선에 관하여 보수 제한 규정이 적용되지 않는다고 본다면, 공인중개사가 취득의 알선에서 나아가 매수신청대리까지 한 경우에는 법령상 보수 제한을 받는 것에 비해 취득의 알선에 그치는 경우에는 오히려 제한 없이 보수를 받을 수 있다는 부당한 결론에 이르게 된다.

Ⅲ. 부동산 중개보수

1. 중개보수 개념

공인중개사법상 중개란 토지, 건축물 그 밖의 토지의 정착물, 대통령령으로

정하는 재산권 및 물건⁷⁾에 대하여 거래당사자 사이의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다(공인중개사법 제2조 제1호·제3조).⁸⁾ 대상판결은 공인중개사법상 중개에는 중개업자가 거래의 쌍방 당사자로부터 중개 의뢰를 받은 경우뿐만 아니라 일방 당사자의 의뢰로 중개대상물의 매매 등을 알선하는 경우도 포함된다고 판시하였다. 중개행위는 거래당사자 사이에 매매 또는 임대차 등의 계약 성립을 목적으로 조력하고 주선하는 사실행위에 해당하는 것이므로,⁹⁾ 일방 당사자에 의한 중개 의뢰만이 있더라도 이러한 중개행위가 이루어질 수 있다. 결국, 대상판결에서 판시한 것과 같이 쌍방 당사자뿐만 아니라 일방 당사자의 중개 의뢰를 통하여 개업공인중개사는 중개대상물의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선·중개할 수 있다.

위와 같은 중개에 대한 업무 수행의 대가로서 개업공인중개사는 중개의뢰인으로부터 보수를 받게 된다. 즉 개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 보수를 받는데, 이를 중개보수라고 한다. 그리고 다른 사람의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 중개를 업으로 행하는 것을 중개업이라고 한다(공인중개사법 제2조 제3호).¹⁰⁾ 그래서 중개보수는 중개업 성립을 위한 하나의

7) 대통령령으로 정하는 재산권 및 물건에 따른 중개대상물에는 토지, 건축물 그 밖의 토지의 정착물, 임목에 관한 법률」에 따른 임목, 「공장 및 광업재단 저당법」에 따른 공장재단 및 광업재단이 있다(공인중개사법 시행령 제2조).

8) 공인중개사법 제2조 제1호는 ‘중개라 함은 제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다.’라고 규정하고, 제3조는 중개대상물로 ‘1. 토지, 2. 건축물 그 밖의 토지의 정착물, 3. 그 밖에 대통령령이 정하는 재산권 및 물건’을 규정하고 있다. 위 제3조 제2호에 규정된 ‘건축물’에는 기존의 건축물뿐만 아니라 장차 건축될 특정의 건물도 포함되므로, 아파트의 특정 동·호수에 대하여 피분양자가 선정되거나 분양계약이 체결된 후에는 그 특정 아파트가 완성되기 전이라 하여도 이에 대한 매매 등 거래를 중개하는 것은 ‘건물’의 중개에 해당한다(대법원 2020. 6. 25. 선고 2019도3757 판결).

9) 중개행위는 당사자 사이에 매매 등 법률행위가 용이하게 성립할 수 있도록 조력하고 주선하는 사실행위라 할 것이다. 따라서 변호사법 제3조에서 규정한 법률사무는 거래당사자의 행위를 사실상 보조하는 업무를 수행하는 데 그치는 구 부동산중개업법 제2조 제1호 소정의 중개행위와는 구별되는 것이고, 일반의 법률사무에 중개행위가 당연히 포함되는 것이라고 해석할 수 없다. 이와 같은 법리는 구 부동산중개업법이 중개업자에게 부동산중개와 관련하여 매매계약서 등을 작성하거나 중개대상물에 대한 확인·설명 의무를 부과하고 있기 때문에, 부동산중개업자가 중개업무와 직접적으로 연관관계에 있고 구 부동산중개업법에서 부과한 작위의무를 이행하는 과정에서 변호사의 직무와 일부 관련이 있는 위와 같은 업무를 행할 수 있다고 하여 달리 볼 것은 아니다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2003두14888 판결).

10) 부동산중개업이란 부동산 상행위 간에 일어나는 계약 체결을 도와주고 전문적인 지식을 활용하여 조언해 주는 일을 말한다(이무선, 공인중개사법상 ‘중개계약’규정의 문제점과 개

요건이 되기도 한다.

한편 개업공인중개사와 중개의뢰인 사이의 중개계약은 도급계약의 성질을 가지고 있으므로 중개행위가 완성된 경우에만 중개보수청구권이 발생한다고 볼 수 있다.¹¹⁾ 그러나 개업공인중개사가 중개대상물에 대한 계약이 완료되지 않을 경우에도 중개행위에 상응하는 보수를 지급하기로 약정할 수 있다고 보아야 할 것이다.¹²⁾ 대상판결도 이와 같은 점을 분명히 밝히고 있다. 다만 중개대상물에 대한 계약 미완료시의 보수는 신의칙이나 형평의 원칙을 고려하여 합리적인 범위 내에서 고려되어야 하고, 중개대상물에 대한 계약이 완료되었을 경우에 적용될 중개보수 최고한도를 초과할 수 없다고 한다.

대상판결에서 사용하고 있는 ‘중개보수’ 용어와 관련하여, 구(舊) 부동산중개업법¹³⁾에서는 ‘중개수수료’라는 용어가 사용되었다.¹⁴⁾ 현행 공인중개사법은 ‘중개보수’라는 용어를 사용하고 있다.¹⁵⁾ 그러나 대상판결 이전의 대법원판례와 많은 문헌에서는 여전히 ‘중개보수’라는 용어보다는 ‘중개수수료’라는 용어가 사용되고 있다.¹⁶⁾ 특별한 사정이 없으면 현행 법령에서 사용되고 있는 용어를 판결문이나 문헌에 사용하는 것이 타당할 것이다. 그리고 중개의뢰인이 개업공인중개사에게 지급하는 금전이 이들 사이의 중개계약¹⁷⁾에 따른 중개행위의 반

선방향, 홍익법학 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 254면).

- 11) 서진형, 부동산중개제도의 법적 과제 - 공인중개사법을 중심으로 -, 토지법학 제24권 제1호, 한국토지법학회, 2008, 375면.
- 12) 국민권익위원회는 실제 거래계약까지 성사되지 못한 경우, 중개물의 소개·알선 등에 들어가는 수고비를 받지 못했다는 중개사들의 불만을 해결하기 위해 알선 횟수 등을 고려해 실비보상 한도 내에서 중개·알선 중개보수를 지급하는 근거를 마련하도록 했다(박민, 미국 중개보수 분할의 국내 시사점 연구, 부동산경영 제23집, 한국부동산경영학회, 2021, 243면).
- 13) 2005년 전부개정되기 전의 부동산중개업법을 말함.
- 14) 김동련, 공인중개사법상 중개보수의 문제점과 개선방안, 일감부동산법학 제9호, 건국대학교 법학연구소, 2014, 53면.
- 15) 공인중개사법 제2조의2(공인중개사 정책심의위원회) 제1항 제3호 ‘중개보수’ 변경에 관한 사항, 제17조(중개사무소등록증 등의 게시) 개업공인중개사는 중개사무소등록증·‘중개보수’표 그 밖에 국토교통부령으로 정하는 사항을 해당 중개사무소 안의 보기 쉬운 곳에 게시하여야 한다. 제22조(일반중개계약) 제3호 거래예정가격에 대하여 제32조에 따라 정한 ‘중개보수’, 제32조(‘중개보수’ 등) ①개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로 부터 소정의 보수를 받는다. 다만, 개업공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인간의 거래행위가 무효·취소 또는 해제된 경우에는 그러하지 아니하다.
- 16) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결; 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결; 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86525 판결 등.
- 17) 중개계약은 우리민법상 전형계약에 속하지 않지만, 독일과 스위스민법에서는 전형계약에 속한다(소재선, 독일민법상 중개계약의 기본구조에 관한 소고-본 계약과 중개계약의 관계에 따른 보수청구권의 문제를 중심으로-, 가천법학 제8권 제3호, 가천대학교 법학연구소,

대급부인 대가임을 고려해 볼 때, ‘중개수수료’라는 용어보다는 ‘중개보수’라는 용어를 사용하는 것이 적확하다.¹⁸⁾ 그래서 대상판결이 ‘중개수수료’가 아닌 현행 공인중개사법상의 ‘중개보수’라는 용어를 사용하고 있는 점은 옳바르다고 할 것이다.¹⁹⁾

2. 중개보수 규제 법령

「부동산중개업법」이 1983년 12월 30일에 제정(시행일 1984년 4월 1일)되었다. 이 법은 부동산중개업자의 공신력을 높이고 중개업자를 적절히 규율하여 건전한 부동산거래질서 확립과 국민 재산권을 보호하기 위하여 부동산중개업을 신고제에서 허가제로 전환하고, 공인중개사제도를 부분적으로 도입하였다. 이후 몇 차례의 개정과 함께 2005년 7월 29일에 부동산거래의 신고에 관한 사항을 규정하기 위하여 법률의 제명이 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률(시행일 2006년 1월 30일)」로 개정되었다. 2014년 1월 28일에는 부동산 거래신고에 관한 내용을 삭제하면서, 「공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률」의 제명이 현행 「공인중개사법」으로 개정되었다. 이와 더불어 중개보수 지급 시기를 대통령령으로 정하도록 하였다.²⁰⁾

현행 공인중개사법에는 공인중개사 자격시험(제4조),²¹⁾ 중개사무소의 개설등록(제9조), 일반중개계약(제22조)이나 전속중개계약(제23조), 부동산 중개행위로 인한 손해배상책임(제30조) 등에 관한 공·사법적인 규정들을 두고 있다. 특히 개업공인중개사²²⁾의 중개보수에 관한 규정(제32조)도 두고 있다.²³⁾

2015, 3면).

18) 김대명·이대운, 부동산중개수수료에 대한 비판적 고찰, 부동산경영 제3권, 한국부동산경영학회, 2011, 39면도 ‘중개보수’라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 한다.

19) 한병영, 부동산거래중개 법정보수제의 개선방안, 토지공법연구 제28집, 한국토지공법학회, 2005, 95면.

20) 부동산 중개제도와 관련하여 1961년 9월 23일(법률 제726호)로 소개영업법이 제정되었지만, 이 법은 일제강점기 시기의 소개영업규칙을 모방하여 종전과 동일한 신고제로 관례에 따라 운영되었다. 그 이후 민사중개 규율 보완을 위해 1962년 9월 3일 개정되었고, 1970년 2월 26일(대통령령 제4673호)에는 그 시행령이 제정되었다(조원용, 부동산 중개수수료를 법제화 필요성에 관한 일고찰, 부동산법학 제19집 제1호, 한국부동산법학회, 2015, 126면; 정은희, 부동산 중개 수수료 현실화에 관한 연구, 단국대학교 석사학위논문, 2005, 19면).

21) 1983년에 「부동산중개업법」이 제정되어 중개업의 전문화를 위해 새로운 자격제도로서 공인중개사 제도가 도입되었다(이용우, 21세기 부동산중개제도 선진화를 위한 문제점과 개선방안: 설문조사 결과를 중심으로, 부동산연구 제10권, 한국부동산연구원, 2000, 130면).

22) 개업공인중개사란 공인중개사법에 의하여 중개사무소의 개설등록을 한 자를 말한다(공인중개사법 제2조 제4호). 중개업을 영위하려는 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라

개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 보수를 받지만, 개업공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인 사이의 거래행위가 무효·취소 또는 해제된 경우에는 보수를 받을 수가 없다(공인중개사법 제32조 제1항). 그리고 중개보수 지급 시기는 개업공인중개사와 중개의뢰인 간의 약정에 따르지만, 이러한 약정이 없는 때에는 중개대상물 거래대금 지급이 완료된 날에 중개보수를 지급하여야 한다(공인중개사법 시행령 제27조의2). 한편 개업공인중개사는 중개의뢰인으로부터 중개대상물의 권리관계 등의 확인 또는 계약금 등의 반환채무이행 보장에 소요되는 실비를 받을 수 있다(공인중개사법 제32조 제2항).

그리고 중개보수 한도는 중개대상물을 주택과 주택 이외의 것으로 구별하여 다르게 규정되어 있다.²⁴⁾ 주택(부속토지를 포함)의 중개에 대한 보수와 위 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정하는 범위 안에서 특별시·광역시·도 또는 특별자치도의 조례로 정한다.²⁵⁾ 반면에 주택 외의

중개사무소(법인의 경우에는 주된 중개사무소를 말한다)를 두려는 지역을 관할하는 시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장과 특별자치도 행정시의 시장을 말한다)·군수 또는 구청장에게 중개사무소의 개설등록을 하여야 한다(동법 제9조 제1항). 개업공인중개사는 3종류로 구별된다(이성복, 부동산 중개보수 규제에 관한 연구, 부동산분석 제5권 제2호, 한국감정원, 2019, 62면). 개인인 개업공인중개사, 법인인 개업공인중개사, 공인중개사법 부칙 제6조 제2항(법률 제7638호, 2005. 7. 29.)에 따른 개업공인중개사가 있다.

- 23) 공인중개사법 제32조(중개보수 등) ① 개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 보수를 받는다. 다만, 개업공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인간의 거래행위가 무효·취소 또는 해제된 경우에는 그러하지 아니하다. ② 개업공인중개사는 중개의뢰인으로부터 제25조 제1항에 따른 중개대상물의 권리관계 등의 확인 또는 제31조에 따른 계약금 등의 반환채무이행 보장에 소요되는 실비를 받을 수 있다. ③ 제1항에 따른 보수의 지급시기는 대통령령으로 정한다. ④ 주택(부속토지를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 중개에 대한 보수와 제2항에 따른 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정하는 범위 안에서 특별시·광역시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 조례로 정하고, 주택 외의 중개대상물의 중개에 대한 보수는 국토교통부령으로 정한다.
- 24) 소개영업 요금의 기준과 한도액에 관한 조례준칙(1980년 6월 1일 제정)을 통해 부동산 중개보수가 최초로 명문화되었다고 한다(조원용, 앞의 논문, 126면).
- 25) 주택의 중개에 대한 보수는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 그 일방으로부터 받을 수 있는 한도는 아래 표(신설 2021. 10. 19.)와 같으며, 그 금액은 시·도의 조례로 정하는 요율 한도 이내에서 중개의뢰인과 개업공인중개사가 서로 협의하여 결정한다(공인중개사법 시행규칙 제20조).

< 주택 중개보수 상한요율 >

거래내용	거래금액	상한요율	한도액
1. 매매·교환	5천만원 미만	1천분의 6	25만원
	5천만원 이상 2억원 미만	1천분의 5	80만원

중개대상물의 중개에 대한 보수는 국토교통부령으로 정한다.²⁶⁾

3. 중개보수 최고한도 초과

(1) 강행법규 위반

중개보수는 언급한 바와 같이 공인중개사법령에 의해 그 최고한도가 규율되고 있다. 그래서 개업공인중개사는 사례·증여 그 밖의 어떠한 명목으로도 중개보수 최고한도를 초과하여 금품을 받지 않아야 한다(공인중개사법 제33조 제1항 제3호).²⁷⁾ 그러나 일부 개업공인중개사는 편법으로 중개보수를 컨설팅비

2. 임대차 등	2억원 이상 9억원 미만	1천분의 4	
	9억원 이상 12억원 미만	1천분의 5	
	12억원 이상 15억원 미만	1천분의 6	
	15억원 이상	1천분의 7	
	5천만원 미만	1천분의 5	20만원
	5천만원 이상 1억원 미만	1천분의 4	30만원
	1억원 이상 6억원 미만	1천분의 3	
	6억원 이상 12억원 미만	1천분의 4	
	12억원 이상 15억원 미만	1천분의 5	
	15억원 이상	1천분의 6	

- 26) 공인중개사법 시행규칙 제20조 ④ 법 제32조제4항에 따라 주택 외의 중개대상물에 대한 중개보수는 다음 각 호의 구분에 따른다. 1. 「건축법 시행령」 별표 1 제14호나목2)에 따른 오피스텔(다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우에 한정한다): 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 별표 2의 요율 범위에서 중개보수를 결정한다. 가. 전용면적이 85제곱미터 이하 일 것 나. 상·하수도 시설이 갖추어진 전용입식 부엌, 전용수세식 화장실 및 목욕시설(전용수세식 화장실에 목욕시설을 갖춘 경우를 포함한다)을 갖춘 것 2. 제1호 외의 경우: 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 거래금액의 1천분의 9 이내에서 중개의뢰인과 개업공인중개사가 서로 협의하여 결정한다.

공인중개사법 시행규칙 제20조 제4항의 별표 2(개정 2021. 10. 19.)는 아래 표와 같다.

< 오피스텔 중개보수 요율 >

구 분	상한요율
1. 매매·교환	1천분의 5
2. 임대차 등	1천분의 4

- 27) 공인중개사 자격이 없는 자가 중개사무소 개설등록을 하지 아니한 채 부동산중개업을 하면서 체결한 중개수수료 지급약정은 구 공인중개사법에 반하여 무효이다(대법원 2016. 6. 23 선고 2016다206505 판결; 김학환, 부동산중개수수료청구권의 쟁점 검토, 대한부동산학회지 제27권 제2호, 대한부동산학회, 2009, 146면). 그러나 공인중개사 자격이 없는 자가

등의 명목으로 받기도 한다.²⁸⁾ 이는 중개보수 최고한도를 초과하여 금품을 받은 경우에 해당할 수 있으며, 중개보수 최고한도를 위반하여 금품을 받은 자는 형사적 처벌과 행정적 제재를 받을 수 있다.²⁹⁾

다만 공인중개사법령에는 중개보수 제한 규정을 위반한 약정의 효력이나 수수된 금품의 처리에 대하여는 별도의 규정을 두지 않고 있다. 그래서 이러한 부분에 대한 분쟁이 지속해서 발생하고 있다. 이러한 분쟁의 원인은 결국 중개보수 제한 규정이 효력규정인지 아니면 단속규정인지의 문제로 귀결된다.³⁰⁾ 법 규정을 위반한 행위의 사법상 효력의 유효 또는 무효를 명문으로 규정하고 있다면 이러한 명문 규정에 따르면 될 것이다.³¹⁾ 그러나 어떤 규정이 효력규정인지 단속규정인지에 대하여 명문 규정이 없을 때에는 해당 법규의 입법 취지, 법규정의 목적이나 보호법익 등에 의하여 판단할 수밖에 없다.³²⁾

우연한 기회에 단 1회 타인 간의 거래행위를 중개한 경우 등과 같이 ‘중개를 업으로 한’ 것이 아니라면 그에 따른 중개보수 지급약정은 유효하다고 할 것이다. 다만 이때의 중개보수 약정이 부당하게 과다하여 민법상 신의성실 원칙이나 형평 원칙에 반한다고 볼만한 사정이 있다면 상당하다고 인정되는 범위 내로 감액된 보수액만을 청구할 수 있다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다86525 판결).

28) 중개보수를 둘러싼 중개의뢰인과 개업공인중개사 사이에 많은 분쟁이 발생하고 있으며, 일부 개업공인중개사는 편법적으로 중개보수를 컨설팅비 등의 명목으로 지급 받는다고 한다(조원용, 앞의 논문, 132면).

29) 중개보수 최고한도를 위반한 경우, 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있으며(공인중개사법 제49조(벌칙) 제1항 제10호), 6개월의 범위 안에서 공인중개사 자격이 정지될 수 있다(공인중개사법 제36조(자격의 정지) 제1항 제7호).

30) 사법상의 계약 기타 법률행위가 일정한 행위를 금지하는 구체적 법규정에 위반하여 행하여진 경우에 그 법률행위가 무효인가 또는 법원이 법률행위 내용의 실현에 대한 조력을 거부하거나 기타 다른 내용으로 그 효력이 제한되는가의 여부는 당해 법규정이 가지는 넓은 의미에서의 법률효과에 관한 문제의 일환으로서, 다른 경우에서와 같이 여기서도 그 법규정의 해석 여하에 의하여 정하여진다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결).

31) 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제11조(허가구역 내 토지거래에 대한 허가) 제1항에 의하면, 토지거래허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전하거나 설정(대가를 받고 이전하거나 설정하는 경우만 해당한다)하는 계약(예약을 포함한다)을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 그럼에도 불구하고 허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약의 효력에 대하여, 이 법 제11조 제6항은 효력이 발생하지 아니한다고 규정하고 있다. 즉 허가 없이 체결한 토지거래허가구역의 토지거래계약 효력에 대하여 명문으로 무효라고 규정함으로써, 이에 관련된 위반행위를 금지하는 규정은 효력규정인 것으로 이해된다.

32) 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2021, 222면. 효력규정과 단속규정의 구별에 관한 일반적인 원칙을 정립하기 어렵고 이에 대한 학술적 논의가 부족한 실정으로 인해서, 학설은 법규의 종류, 성질, 입법목적 등을 고려해서 판단하여야 한다는 일반적인 논의에 그치고 있다고 볼 수 있다(김수정, 효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색, 민사법학 제85호, 한국민사법학회, 2018, 7면).

강행법규와 임의법규, 효력규정과 단속규정의 관계를 다음과 같이 이해할 수 있다. 즉 실정법규정은 강행법규와 임의법규로 나누어지고, 강행법규는 다시 효력규정과 단속규정으로 나누어진다. 효력규정은 이를 위반한 행위의 사법상의 효과를 부정하는 규정을 말한다. 그러나 단속규정은 일정한 행위의 단속 또는 제한이나 금지를 위한 것으로서, 이 규정을 위반하더라도 형사적 처벌이나 행정적 제재를 받을 뿐이며 그 행위의 사법상의 효과가 인정되는 것을 말한다.³³⁾

위와 같이 강행법규에는 효력규정뿐만 아니라 단속규정도 포함된다고 설명하기도 하지만, 단속규정은 강행법규와는 구별하여 사용하는 것이 편리하다는 견해도 있다.³⁴⁾ 대상판결도 중개보수 최고한도 제한 규정을 강행법규라고 표현하고 있으나 이는 효력규정의 의미가 있는 것으로 이해된다. 즉 대상판결은 위 견해와 같이 단속규정을 강행법규와 구별하여 사용하고 있다고 할 것이다.³⁵⁾ 이와 달리 강행법규와 단속법규를 구별하여 대비시킨 뒤 후자를 다시 이에 위반하는 행위를 무효로 하는 효력규정과 법률행위를 무효로 하지 않고 단지 처벌 등 불이익을 가하는 단순한 단속규정으로 나누는 견해³⁶⁾가 있다. 그리고 실정법규정을 사법규정과 공법규정으로 나눈 뒤 전자를 강행법규와 임의법규로 나누는 견해도 있다.³⁷⁾ 판례는 법 규정 위반행위에 대하여 명문의 정함이 있다면 당연히 이에 따라야 할 것이고, 그러한 정함이 없는 때에는 종국적으로 그 금지규정의 목적과 의미에 비추어 그에 반하는 법률행위의 무효 기타 효력 제한이 요구되는지를 검토하여 효력규정인지 또는 단속규정인지를 구별할 수 있다고 한다.³⁸⁾

33) 송덕수, 앞의 책, 223면.

34) 곽윤직·김재형, 민법총칙, 박영사, 2013, 275면.

35) 판례는 사법상의 효력을 부정할 때는 강행법규(강행규정) 또는 효력규정이라고 하고, 그러지 않을 때는 단속규정 또는 단순한 단속규정이라고 표현하고 있다(송덕수·김병선, 민법 핵심판례 220선, 박영사, 2021, 19면).

36) 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007, 215면; 김상용·전경운, 민법총칙, 화산미디어, 2018, 411면.

37) 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2021, 531면.

38) 특히 금지규정이 이른바 공법에 속하는 것인 경우에는, 법이 빈번하게 명문으로 규정하는 형벌이나 행정적 불이익 등 공법적 제재에 의하여 그러한 행위를 금압하는 것을 넘어서 그 금지규정이 그러한 입법자의 침묵 또는 범혼결에도 불구하고 사법의 영역에까지 그 효력을 미쳐서 당해 법률행위의 효과에도 영향이 있다고 할 것인지를 신중하게 판단하여야 한다. 그리고 그 판단에 있어서는, 당해 금지규정의 배경이 되는 사회경제적·윤리적 상황과 그 추이, 금지규정으로 보호되는 당사자 또는 이익, 그리고 반대로 그 규정에 의하여 활동이 제약되는 당사자 또는 이익이 전형적으로 어떠한 성질을 가지는지 또 그 이익 등이 일반적으로 어떠한 법적 평가를 받는지, 금지되는 행위 또는 그에 기한 재화나 경제적 이익의 변동 등이 어느 만큼 반사회적인지, 금지행위에 기하여 또는 그와 관련하

대상판결은 부동산 중개보수 최고한도 제한에 관한 공인중개사법령은 중개보수 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하기 때문에, 공인중개사법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개보수 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효라고 판시하고 있다. 대상판결 이전의 대법원 전원합의체 판결³⁹⁾에서도 (i) 중개보수 최고한도를 초과한 고액의 중개보수를 수령한 부동산 중개업자에게 행정적 제재나 형사적 처벌을 가하는 것만으로는 부족하다는 점, (ii) 중개보수 최고한도를 초과한 중개보수 약정에 의한 경제적 이익의 귀속을 방지할 필요가 있는 점, (iii) 부동산 중개보수에 관한 공인중개사법령들은 중개보수 약정 중 소정의 최고한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하는 점 등을 이유로 중개보수 최고한도를 초과하는 부동산 중개보수 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효라고 판시한 바가 있다.

위 대법원 전원합의체 판결 이전에는 부동산 중개보수 최고한도 제한 규정을 효력규정으로 이해한 판결과 단속규정으로 이해한 판결이 공존하고 있었다. 즉 대법원 2002. 9. 4. 선고 2000다54406, 54413 판결은 위반행위에 대한 일반 사회의 평가를 감안할 때 중개보수 최고한도를 위반한 중개보수 약정은 반사회적이거나 반도덕적으로 보아야 한다는 이유 등으로 중개보수 최고한도를 제한하는 규정은 강행법규에 속하며 그 최고한도를 초과하는 부분은 무효라고 판시한 바가 있다. 그러나 대법원 2001. 3. 23 선고 2000다70972 판결은 중개보수 최고한도를 제한하는 규정은 단속규정에 불과하고 효력규정은 아니라고 봄으로써 그 한도를 초과한 수수료 약정의 사법상 효력이 부정되지 않는다고 판시하였다.⁴⁰⁾ 이 후자의 판결은 중개보수 최고한도 제한 규정을 단속규정으로 보았으나, 위 대법원 전원합의체 판결로 인해 판례는 효력규정으로 통일적인 판단을 하고 있다.⁴¹⁾

여 일어나는 재화 또는 경제적 이익의 변동 등이 당사자 또는 제3자에게 가치는 의미 또는 그들에게 미치는 영향, 당해 금지행위와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 기타 관계 법상황 등이 종합적으로 고려되어야 한다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2008다75119 판결).

39) 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결.

40) 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결은 이 판결의 견해와 배치된 위 대법원 2001. 3. 23 선고 2000다70972 판결은 그 배치되는 범위 내에서 변경된다고 판시하였다.

41) 대법원 2011. 4. 21. 선고 2009다97079 전원합의체 판결은 분양전환가격 산정기준에 관한 구 임대주택법 등 관련 법령의 규정들이 강행법규에 해당하여, 그 규정들에서 정한 산정기준에 의한 금액을 초과한 분양전환가격으로 체결된 분양계약은 그 초과하는 범위 내에서 무효라고 판시하였다. 그리고 대법원 1985. 11. 26. 선고 85다카122 전원합의체 판결은

언급한 바와 같이 학설이나 판례는 대체로 금지법규를 위반한 법률행위의 효력에 관한 명문 규정이 없는 경우에는 그 금지법규의 입법 취지나 목적 등을 고려하여 효력규정이나 단속규정으로 해석하여야 한다고 한다. 다만 금지법규를 위반한 법률행위의 효력을 유효한 것으로 인정하는 단속규정으로 해석하는 것은 공법상으로 금지하고 사법상으로는 허용하는 일종의 모순이라고도 볼 수 있다.⁴²⁾ 그래서 금지법규를 위반한 법률행위의 효력은 부정된다는 원칙의 정립과 함께 특별한 사정이 있으면 그 효력이 예외적으로 인정될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 즉 금지법규는 원칙적으로 효력규정이지만, 예외적으로 단속규정인 것으로 해석될 수 있다.

따라서 중개보수 최고한도 제한 규정은 원칙적으로 효력규정에 해당하며, 이를 단속규정으로 취급할 특별한 사정을 발견하기는 어렵다고 본다. 중개보수 최고한도 제한 규정을 위반하면 형사적 처벌이나 행정적 제재가 가해지므로 그 사법상 효력도 무효로 보는 것이 타당할 것이다. 다만 대상판결과 위 전원 합의체 판결 등에서 중개보수 최고한도 제한을 위반한 중개보수 약정의 초과 부분에 대해서만 무효라고 하는 것은 일부무효의 법리(민법 제137조 단서⁴³⁾)를 적용한 것이다.⁴⁴⁾ 중개보수 최고한도 제한 규정을 위반한 약정의 경우, 그 약정 자체가 반사회적인 것으로 해석되지 않는 한 중개보수 최고한도까지는

상호신용금고법 제17조 제1항 및 제2항의 차입행위 등 채무부담제한에 관한 규정은 단순한 단속법규가 아니라 효력법규로서 이에 위반한 채무부담행위는 무효라고 보아야 한다고 판시하였다. 이와 같이 대법원 전원합의체 판결은 종전에 단속규정으로 본 규정을 효력규정으로 판단하는 경향이 있다고 볼 수 있다(곽윤직·김재형, 앞의 책, 278면).

42) 곽윤직·김재형, 앞의 책, 279면.

43) 민법 제137조(법률행위의 일부무효) 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다.

44) 민법 제137조는 임의규정으로서 법률행위 자치의 원칙이 지배하는 영역에서 그 적용이 있다. 그리하여 법률행위의 일부가 강행법규인 효력규정에 위반되어 무효가 되는 경우 그 부분의 무효가 나머지 부분의 유효·무효에 영향을 미치는가의 여부를 판단함에 있어서는, 개별 법령이 일부무효의 효력에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따르고, 그러한 규정이 없다면 민법 제137조 본문에서 정한 바에 따라서 원칙적으로 법률행위의 전부가 무효가 된다. 그러나 같은 조 단서는 당사자가 위와 같은 무효를 알았더라면 그 무효의 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정되는 경우에는, 그 무효 부분을 제외한 나머지 부분이 여전히 효력을 가진다고 정한다. 이때 당사자의 의사는 법률행위의 일부가 무효임을 법률행위 당시에 알았다면 의욕하였을 가정적 효과의사를 가리키는 것으로서, 당해 효력규정을 둔 입법 취지 등을 고려할 때 법률행위 전부가 무효로 된다면 그 입법 취지에 반하는 결과가 되는 등의 경우에는 여기서 당사자의 가정적 의사는 다른 특별한 사정이 없는 한 무효의 부분이 없더라도 그 법률행위를 하였을 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2011다9068 판결).

부분적으로 유효하고 다만 그 최고한도를 초과하는 부분만 무효로 해석하는 것은 타당하다고 생각한다.⁴⁵⁾

이자제한법 제2조 제1항과 「이자제한법 제2조 제1항의 최고이자율에 관한 규정」에 의하면 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 20%이다.⁴⁶⁾ 대법원판례는 계약상의 이자로서 위 최고이자율을 초과하는 부분은 무효이며, 채무자가 위 최고이자율을 초과하는 이자를 임의로 지급한 경우에는 초과 지급된 이자 상당 금액은 원본에 충당된다고 판시하고 있다.⁴⁷⁾ 판례가 이자제한법상 제한 최고이자율을 초과한 부분을 무효로 보는 직접적인 근거는 이자제한법 제2조 제3항의 “계약상의 이자로서 제1항에서 정한 최고이자율을 초과하는 부분은 무효로 한다.”는 규정이다.

입법론적으로 공인중개사법에서도 이자제한법 제2조 제3항과 같이, “중개보수 최고한도를 초과하는 부분은 무효로 한다.”고 입법하여 중개보수 최고한도를 위반한 약정의 효력을 명확히 할 수 있을 것이다.

(2) 민법 제750조 불법행위 성립

부동산 중개보수 최고한도 규정을 위반한 약정의 경우, 그 최고한도까지의 약정의 효력은 유효하다고 앞에서 고찰하였다. 그래서 그 최고한도를 초과하는 부분의 금품을 개업공인중개사가 받는 것이 민법 제750조 불법행위에 해당하느냐는 의문스럽다. 대법원판례는 개업공인중개사가 중개보수 최고한도를 초과하는 약정을 체결한 뒤, 중개보수 최고한도를 초과하는 금전을 받는 경우, 특별한 사정이 없으면 민법 제750조의 불법행위에 해당한다고 볼 수 없다고 한다. 그래서 개업공인중개사의 기망이나 협박 등의 위법한 행위가 존재하는 등의 특별한 사정이 있다면 개업공인중개사의 상대방은 그에게 이를 이유로 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다고 한다.⁴⁸⁾

45) 최창렬, 부동산 중개계약에서의 보수청구권에 관한 소고, 가천법학 제8권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2015, 260면; 이재웅·김영규, 중개의뢰인의 개업공인중개사 배제에 따른 중개보수청구권에 대한 고찰 - 일본 판례의 분석을 중심으로 -, 법학논총 제42권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2018, 242면.

46) 이자제한법 제2조 제1항은 금전대차에 관한 계약상의 최고이자율은 연 25퍼센트를 초과하지 아니하는 범위 안에서 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다.

47) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2020다289989 판결; 대법원 2015. 1. 15. 선고 2014다223506 판결.

48) 부동산 중개수수료 약정과 같이 당사자 사이에 자유로이 처분할 수 있는 법익인 재산권에 관한 계약이 체결되어 일방 당사자가 상대방에게 계약상의 의무의 이행으로서 일정한 금부를 행하고 상대방이 이를 수령한 경우, 상대방의 위와 같은 금부의 수령행위는 타방 당사자의 자유로운 의사에 기한 금부에 의한 것으로서 그 당사자의 동의를 받은 행위라 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 이를 위법한 행위라고 볼 수는 없으므로 계약상의

생각건대, 개업공인중개사는 공인중개사 자격을 취득하여 중개사무소 개설 등록을 한 자로서 공인중개사법령에서 규정하고 있는 중개보수 제한 규정의 내용이나 입법 취지 등을 정확히 잘 이해하고 있는 자에 해당한다. 그리고 개업공인중개사는 전문직업인으로서 지녀야 할 품위를 유지하고 신의와 성실로써 공정하게 중개 관련 업무를 수행하여야 한다(공인중개사법 제29조). 공인중개사법에 명문으로 규정되어 있지 않지만, 판례는 개업공인중개사에게 선관의무를 인정하고 있다.⁴⁹⁾ 또한, 공인중개사법 제33조 제1항은 몇 가지 개업공인중개사의 금지행위를 열거하고 있다.⁵⁰⁾ 특히 제3호에서는 사례·증여 그 밖의

급부를 이행한 당사자가 위와 같은 급부에 의하여 재산상 손해가 발생하였다고 하여 상대방에 대하여 불법행위를 이유로 손해배상을 구할 수는 없을 것이고, 다만 그 계약이 상대방의 기망이나 협박 등의 위법한 행위에 의해 체결된 경우에 한하여 이를 원인으로 하여 그 급부 상당의 손해배상을 구할 수 있을 뿐이다. 이러한 법리는 그 계약이, 일정한 내용의 법률행위를 금지하면서 이에 위반한 법률행위에 대해서는 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 위반하여 무효가 되는 경우에도 마찬가지라고 할 것이고, 이와 달리 당사자 사이의 자유로운 의사에 기하여 체결된 계약이 강행법규에 위반하였다는 사정만으로 위 계약에 기한 급부의 수령행위가 계약 상대방에 대한 위법행위로 그 성질이 바뀌는 것은 아니라고 할 것이다. 그럼에도 원심은 피고 1이 원고와 부동산 중개수수료 약정을 체결함에 있어 기망이나 협박 등의 위법한 행위를 하였는지는 묻지 아니한 채, 다만 위 피고가 원고로부터 한도를 초과하는 중개수수료를 지급받음으로써 강행법규인 '공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률' 제33조 제3호를 위반하였고, 이러한 행위는 공서양속 내지 사회질서에 위반된다는 사정만으로 원고에 대하여 위법한 행위가 된다고 보아 원고의 피고 1에 대한 주위적 청구인 불법행위에 기한 손해배상청구를 인용하였고, 이를 전제로 피고 2에 대한 공제금 지급 청구도 인용하고 말았으니, 이러한 원심의 판단에는 앞에서 본 바와 같은 불법행위의 성립요건인 위법성에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 따라서 이 점을 지적하는 피고들의 상고이유의 주장은 이유 있다(대법원 2009. 10. 15 선고 2008다77108 판결).

- 49) 정정일, 부동산 중개계약에 대한 소고, 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 34면. 부동산중개업자는 비록 그가 조사·확인하여 의뢰인에게 설명할 의무를 부담하지 않는 사항이더라도 의뢰인이 계약체결 여부를 결정하는 데 중요한 자료가 되는 사항에 관하여 그릇된 정보를 제공하여서는 안되고, 그릇된 정보를 제대로 확인하지도 않은 채 마치 그것이 진실인 것처럼 의뢰인에게 그대로 전달하여 의뢰인이 그 정보를 믿고 상대방과 계약에 이르게 되었다면, 부동산중개업자의 그러한 행위는 선량한 관리자의 주의로 신의를 지켜 성실하게 중개행위를 하여야 할 중개업자의 의무에 위반된다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다42836 판결).

- 50) 공인중개사법 제33조(금지행위) ① 개업공인중개사등은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니된다. 1. 제3조에 따른 중개대상물의 매매를 업으로 하는 행위 2. 제9조에 따른 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 영위하는 자인 사실을 알면서 그를 통하여 중개를 의뢰받거나 그에게 자기의 명의를 이용하게 하는 행위 3. 사례·증여 그 밖의 어떠한 명목으로도 제32조에 따른 보수 또는 실비를 초과하여 금품을 받는 행위 4. 해당 중개대상물의 거래상의 중요사항에 관하여 거짓된 언행 그 밖의 방법으로 중개의뢰인의 판단을 그르치게 하는 행위 5. 관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매·교환 등을 중개하거나 그 매매를 업으로 하는 행위 6. 중개의뢰인과 직접 거래를 하거나 거래당사자 쌍방을 대리하는 행위 7. 탈세 등 관계 법

어떠한 명목으로도 중개보수 최고한도를 초과하여 금품을 받는 것을 금지하고 있다. 그래서 개업공인중개사가 중개보수 최고한도 규정을 위반한 약정을 체결하고 그 최고한도를 초과한 금품을 받는 것은 고의 또는 과실로 그 상대방에게 손해를 입히는 상황에 해당하며, 특별한 사정이 없으면 민법 제750조 불법행위가 성립한다고 보는 것이 타당하다. 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 별개의 청구권으로서, 중개보수 최고한도를 초과한 금품에 대하여 부당이득반환청구권이 있다고 해서 그것만으로 불법행위의 성립이 방해되지는 않는다고 할 것이다.⁵¹⁾

IV. 경매 · 공매와 중개보수

1. 개업공인중개사 업무 범위

개인인 개업공인중개사는 기본적으로 중개업을 영위하면서, 다른 업무도 수행할 수 있다. 공인중개사법에는 개인인 개업공인중개사의 겸업 제한에 대해서는 별도의 규정이 없다. 다만 중개대상물의 매매를 업으로 하는 행위 등 공인중개사법 제33조에서 금지하고 있는 행위와 다른 법률에서 특별히 금지하거나 일정한 행위를 금지하는 행위에 대해서는 개인인 개업공인중개사가 그 업무를 수행할 수 없다.

공인중개사법은 법인인 개업공인중개사의 겸업 제한 규정을 두고 있다. 법

령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산 투기를 조장하는 행위 8. 부당한 이익을 얻거나 제3자에게 부당한 이익을 얻게 할 목적으로 거짓으로 거래가 완료된 것처럼 꾸미는 등 중개대상물의 시세에 부당한 영향을 주거나 줄 우려가 있는 행위 9. 단체를 구성하여 특정 중개대상물에 대하여 중개를 제한하거나 단체 구성원 이외의 자와 공동중개를 제한하는 행위

- 51) 금전을 대여한 채권자가 고의 또는 과실로 이자제한법을 위반하여 최고이자율을 초과하는 이자를 받아 채무자에게 손해를 입힌 경우에는 특별한 사정이 없는 한 민법 제750조에 따라 불법행위가 성립한다고 보아야 한다. 최고이자율을 초과하여 지급된 이자는 이자제한법 제2조 제4항에 따라 원본에 충당되므로, 이와 같이 충당하여 원본이 소멸하고도 남아 있는 초과 지급액은 이자제한법 위반행위로 인한 손해라고 볼 수 있다. 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 별개의 청구권으로서, 제한 초과이자에 대하여 부당이득반환청구권이 있다고 해서 그것만으로 불법행위의 성립이 방해되지 않는다. 나아가 채권자와 공동으로 위와 같은 이자제한법 위반행위를 하였거나 이에 가담한 사람도 민법 제760조에 따라 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다(대법원 2021. 2. 25. 선고 2020다230239 판결).

인인 개업공인중개사는 다른 법률에 규정된 경우를 제외하고는 중개업과 (i) 상업용 건축물 및 주택의 임대관리 등 부동산의 관리대행 (ii) 부동산의 이용·개발 및 거래에 관한 상담 (iii) 개업공인중개사를 대상으로 한 중개업의 경영기법 및 경영정보의 제공 (iv) 상업용 건축물 및 주택의 분양대행 (v) 그 밖에 중개업에 부수되는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무, 그리고 「민사집행법」에 의한 경매 및 「국세징수법」 그 밖의 법령에 의한 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선과 매수신청 또는 입찰신청의 대리에 관해서만 겸업을 할 수 있다.⁵²⁾ 따라서 법인인 개업공인중개사는 위의 업무 이외의 다른 업무를 영위할 수가 없다. 법인인 개업공인중개사가 겸업 제한 규정을 위반하면 등록관청은 개업공인중개사가 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다 (공인중개사법 제38조 제2항).

따라서 개인 또는 법인인 개업공인중개사 모두 대상판결의 사안인 공매 대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선을 할 수가 있다.

2. 중개보수 제한

(1) 중개업무

개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 중개보수를 받으며, 이 중개보수는 공인중개사법령상 최고한도를 초과하여서는 안 된다(공인중개사법 제32조·제33조). 중개업무에 해당하는 업무 수행의 대가로서 보수의 약정에만 중개보수 제한 규정이 적용되고, 중개업무에 해당하지 않는 업무에는 중개보수 제한 규정이 적용되지 않는다고 할 것이다. 그래서 이른바 분양대행 업무는 중개업무에 해당하지 않으므로, 분양대행의 보수는 중개보수 최고한도의 제한을 받지 않는다고 본다.⁵³⁾ 또한 공인중개사법 제38조 제1항 제7호는 ‘업무정지기간 중에 중개업무를 하는 경우’를 중개사무소의 개설등록 취소사유

52) 공인중개사법 제14조 제1항·제2항. 개업공인중개사가 「민사집행법」에 의한 경매대상 부동산의 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 하고자 하는 때에는 대법원규칙으로 정하는 요건을 갖추어 법원에 등록을 하고 그 감독을 받아야 한다(공인중개사법 제14조 제3항).

53) 대법원 1999. 7. 23. 선고 98도1914 판결. 영업용 건물의 영업시설·비품 등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 노하우 또는 점포위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치는 같은 법 제3조, 같은 법 시행령 제2조에서 정한 중개대상물이라고 할 수 없으므로, 그러한 유·무형의 재산적 가치의 양도에 대하여 이른바 “권리금” 등을 수수하도록 중개한 것은 구 부동산중개업법이 규율하고 있는 중개행위에 해당하지 아니하고, 따라서 같은 법이 규정하고 있는 중개수수료의 한도액 역시 이러한 거래대상의 중개행위에는 적용되지 아니한다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005도6054 판결).

로 규정하고 있다. 즉 공인중개사가 업무정지기간 중에 중개업무를 하는 것은 중개사무소 개설등록 취소사유에 해당한다.⁵⁴⁾ 그래서 업무정지기간 중에 있는 공인중개사의 어떠한 행위가 중개업무에 해당하는지에 따라 중개사무소 개설등록 취소 여부도 달라진다.⁵⁵⁾ 따라서 대상판결과 같이 공매 대상 부동산 취득의 알선이 중개업무에 해당한다면, 업무정지기간 중에 이루어진 이와 같은 행위는 중개사무소 개설등록 취소사유에 해당할 뿐만 아니라 그 행위에 대한 보수는 중개보수 제한 규정의 적용을 받는다고 할 것이다.

공인중개사법 제2조 제1호에 따르면, ‘중개’라 함은 제3조에 따른 중개대상물에 대하여 거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다고 규정하고 있다. 그래서 중개업무는 이러한 중개에 수반된 업무를 말하며, 중개업무 행위에 해당하는지는 중개업자의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되는지에 따라 판단할 수 있다고 본다.⁵⁶⁾ 그래서 ‘중개업무’의 범위는 다소 확대될 수 있다.⁵⁷⁾ 이와 같은 의미로서 대상판결도 공인중개사법 제30조 제1항⁵⁸⁾에서의 ‘중개행위’의 개념을 유연하게 해석할 수 있다는 기존의 판례⁵⁹⁾의 법리를 ‘중개업무’의 해석에도 그대로 적용할 수 있다고 한다.⁶⁰⁾

(2) 경매와 보수

부동산경매는 채권자의 신청으로 개인과 개인 또는 개인과 기관 간의 채권·채무에 있어서 채권의 충족을 위하여 국가 즉, 이를 관장하는 법원이 채무자 또는 제3자의 부동산을 강제적으로 매각하여 채권자에게 채권의 목적을 실

54) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017두40372 판결.

55) 특별한 사정이 없으면 선행처분인 공인중개사의 업무정지처분과 후행처분인 중개사무소의 개설등록 취소처분 사이에 선행처분의 후행처분에 대한 구속력으로 인해 선행처분에서의 하자가 후행처분에 승계되지 않는다(김용섭, 2019년 행정법(Ⅰ) 중요판례평석, 인권과 정의 제488호, 대한변호사협회, 2020, 84면).

56) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2017두40372 판결.

57) 엄복현, 공인중개사법상 중개행위의 의미와 공인중개사의 책임 - 권리금계약을 중심으로 -, 일감부동산법학 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2020, 120면.

58) 공인중개사법 제30조(손해배상책임의 보장) ①개업공인중개사는 중개행위를 하는 경우 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

59) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결.

60) 판례의 중개행위에 대한 확장적 해석은 공인중개사법상 중개업무의 규정에 비하여 지나치게 넓으며 추상적이라는 문제가 있다는 지적이 있다(김봉수, 공인중개사의 중개행위로 인한 책임판단-대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다4154 판결-, 민사법학 제80호, 한국민사법학회, 2017, 170면).

현해주는 민사집행법상 강제집행의 한 방법을 말한다. 공매는 국세징수법에 근거하여 한국자산관리공사가 위탁기관을 대리하여 일반인을 대상으로 부동산을 매각하는 절차를 말한다.⁶¹⁾

개인 또는 법인인 개업공인중개사 모두 「민사집행법」에 의한 경매 및 「국세징수법」 그 밖의 법령에 의한 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선과 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 할 수 있다(공인중개사법 제14조 제2항).⁶²⁾ 경매의 경우, 개업공인중개사가 경매대상 부동산의 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 하고자 하는 때에는 대법원규칙인 「공인중개사의 매수신청대리인 등록 등에 관한 규칙(이하 ‘매수신청대리인 등록 규칙’이라고 함)」으로 정하는 요건을 갖추어 법원에 등록하고 그 감독을 받아야 한다. 다만, 개업공인중개사가 경매에서 매수신청대리인이 되고자 하는 경우에만 매수신청대리인 등록을 하는 것이므로,⁶³⁾ 경매대상 부동산에 대한 권리분석이나 취득의 알선만을 하는 경우에는 이와 같은 등록을 할 필요는 없다.

그리고 매수신청대리인의 보수와 관련하여, 「매수신청대리인 등록 규칙」 제17조 제1항은 개업공인중개사는 매수신청대리에 관하여 위임인으로부터 예규에서 정한 보수표⁶⁴⁾의 범위 안에서 소정의 보수를 받을 수 있으며, 보수 이외

61) 이재삼, 부동산 공매와 경매의 실행에 있어서 쟁점사항에 대한 비교법적 연구, 부동산경매연구 제2권 제2호, 한국부동산경매학회, 2021, 6면; 이석근·임윤수·장희현, 부동산경·공매론, 21세기사, 2021, 14·156면; 한경우, 부동산 경매·공매의 이론과 실제, 법률출판사, 2014, 36면.

62) 다만 공인중개사법 부칙 제6조 제2항(법률 제7638호, 2005. 7. 29.)에 따른 개업공인중개사는 경매 및 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선과 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 할 수 없으므로, 매수신청대리인 등록도 할 수 없다(공인중개사법 부칙 제6조 제2항).

63) 공인중개사법 제14조 제3항은 개업공인중개사가 제2항의 규정에 따라 「민사집행법」에 의한 경매대상 부동산의 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 하고자 하는 때에는 대법원규칙으로 정하는 요건을 갖추어 법원에 등록을 하고 그 감독을 받아야 한다고 규정하고 있다. 또한 「매수신청대리인 등록 규칙」 제4조는 매수신청대리인이 되고자 하는 개업공인중개사는 중개사무소(법인인 개업공인중개사의 경우에는 주된 중개사무소를 말한다)가 있는 곳을 관할하는 지방법원의 장에게 매수신청대리인 등록을 하여야 한다고 규정하고 있다.

64) 「공인중개사의 매수신청대리인 등록 등에 관한 예규(이하 ‘매수신청대리인 등록 예규’라고 함) 제15조(매수신청대리 보수 및 실비) ① 규칙 제17조 제1항의 매수신청대리 등 보수표는 별지 제9호 양식과 같다.

[별지 제9호 양식]

매수신청대리 등 보수표

(1)상담 및 권리분석 보수

①보수 : 50만원의 범위 안에서 당사자의 합의에 의하여 결정한다.

의 명목으로 돈 또는 물건을 받거나 예규에서 정한 보수 이상을 받아서는 아니된다고 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 따라서 개업공인중개사의 매수신청대리 업무의 보수는 중개보수 제한 규정처럼 그 최고한도 이하의 범위 내에서 당사자 합의에 의하여 결정된다.⁶⁶⁾

②주의사항

- 4개 부동산 이상의 일괄매각의 경우에는 3개를 초과하는 것부터 1부동산 당 5만원의 범위 안에서 상한선을 증액할 수 있다(예를 들어, 5개 부동산의 일괄매각의 경우 3개를 초과하는 2개 때문에 60만원까지로 보수의 상한선 범위가 증액될 수 있음).
- 개별매각의 여러 물건을 함께 분석하는 경우에는 1부동산당 5만원의 범위 안에서 상한선을 증액할 수 있다.
- 위 보수에 대하여 위임계약 체결 전에 위임인에게 미리 설명하여야 하며, 이를 사건카드에 반드시 기록하여야 한다.

(2)매수신청대리 보수

(가)매각허가결정이 확정되어 매수인으로 된 경우

①보수 : 감정가의 1% 이하 또는 최저매각가격의 1.5% 이하의 범위 안에서 당사자의 합의에 의하여 결정한다.

②주의사항

- 위 보수에 대하여 위임계약 체결 전에 위임인에게 미리 설명하여야 하며, 이를 사건카드에 반드시 기록하여야 한다.

(나)최고가매수신고인 또는 매수인으로 되지 못한 경우

①보수 요율 : 50만원의 범위 안에서 당사자의 합의에 의하여 결정한다.

②주의사항

- 위 보수에 대하여 위임계약 체결 전에 위임인에게 미리 설명하여야 하며, 이를 사건카드에 반드시 기록하여야 한다.

(3)실비

①보수 : 30만원의 범위 안에서 당사자의 합의에 의하여 결정한다.

②주의사항

- 실비는 매수신청대리와 관련하여 발생하는 특별한 비용(원거리 출장비, 원거리 교통비 등)으로써 개업공인중개사는 이에 관한 영수증 등을 첨부하여 청구하여야 한다.
- 매수신청대리와 관련하여 발생하는 통상의 비용(등기사항증명서 비용, 근거리 교통비 등)은 위 보수에 당연히 포함된 것으로 보고 별도로 청구하지 않는다.
- 실비에 대하여 위임계약 체결 전에 위임인에게 미리 설명하여야 하며, 이를 사건카드에 반드시 기록하여야 한다.

65) 「매수신청대리인 등록 규칙」 제17조 제2항은 개업공인중개사는 예규의 보수표와 보수에 대하여 이를 위임인에게 위임계약 전에 설명하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 제5항은 보수의 지급시기는 매수신청인과 매수신청대리인의 약정에 따르며, 약정이 없을 때에는 매각대금의 지급기한일로 한다고 규정하고 있다.

66) 서울동부지방법원 2015. 4. 13 선고 2014가단24540,2014가단24557(반소) 판결은 “매수신청대리인 등록을 하지 아니한 채 매수신청대리인의 업무를 한 자에게는, 변호사법에 의한 형사적 제재를 가하는 것만으로는 부족하고 그가 체결한 매수신청대리 수수료 지급약정에

(3) 경매·공매 대상 부동산 권리분석 및 취득의 알선

경매·공매 대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선이란 경매·공매 대상 부동산에 대하여 필요한 자료를 전시하고 그 권리관계나 거래 또는 이용 제한 사항 등을 확인·설명해 주거나 그 경제적 가치에 관하여 정보를 제공하고 조언하는 등의 방법으로 경매·공매절차에 개입하지 않고 그 취득을 도와주는 것으로 이해될 수 있다.⁶⁷⁾ 그리고 경매·공매 대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선은 실질적으로 매매에 관한 행위를 알선하는 것과 같은 의미를 가지므로 공인중개사법상 중개에 해당한다고 볼 수 있다. 판례도 경매 대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선은 사회통념상 거래의 알선 또는 중개를 위한 행위라고 인정되기에 충분하다고 한다.⁶⁸⁾

또한 「매수신청대리인 등록 예규」 보수표를 살펴보면, 경매 대상 부동산의 상담 및 권리분석과 매수신청대리에 관한 보수는 그 보수표에 정해져 있지만, 알선에 대한 보수는 정해져 있지 않다. 따라서 경매 대상 부동산의 알선은 공인중개법상 중개에 해당하는 것으로서 그에 대한 보수는 중개보수 제한 규정의 적용을 받는다고 본다.

의한 경제적 이익이 귀속되는 것을 방지하여야 할 필요가 있다고 할 것이므로, 매수신청대리인 등록에 관한 위와 같은 규정들은 매수신청대리인 등록을 하지 아니한 채 체결한 매수신청대리 수수료 지급약정의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당한다고 보아야 한다.”고 판시하였다. 이에 따르면 매수신청대리인 등록을 하지 아니하고 체결된 매수신청대리 보수지급 약정은 강행법규에 위반된 것으로서 무효가 된다.

67) 경매절차는 거래당사자 간의 거래행위에 의하여 목적물을 취득하는 절차가 아니라 집행법원이 소유자의 의사에 반하여 목적물을 강제로 환가하는 절차이어서 거기에는 부동산중개업법 제2조 제1호 소정의 ‘중개’가 개입할 여지가 전혀 없으므로, 구 부동산중개업법 시행령(2000. 6. 7. 대통령령 제16837호(2000. 7. 29. 시행)로 개정되기 전의 것) 제19조의2 제2호에서 말하는 ‘경매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선’의 개념은 이를 ‘중개’에 있어서의 그것과 유사한 것으로 보아 의뢰인을 위하여 입찰을 대리하는 등 경매대상 부동산의 취득을 위하여 법원에서 행하는 경매절차에 구체적으로 개입하여 적극적인 활동을 하는 것까지를 포괄하는 개념으로 이해할 수는 없다(대법원 2001. 4. 13. 선고 2001도790 판결).

68) 경매 대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선 행위가 중개업법 제2조 제1호의 ‘중개’ 그 자체에 해당되는 것은 아니라 하여도 실질적인 내용은 결국 중개업자가 중개대상물에 관하여 행하는 중개업법 시행령 제22조 제1항 소정의 ‘거래의 알선’과 전혀 다를 바 없고 다만 목적물에 있어서만 차이가 있을 뿐이며, 경매는 목적물의 강제환가라는 특징이 있기는 하나 본질적으로 매매의 성격을 지니고 있는 것이어서, 거래당사자의 보호에 목적을 둔 위 법규정과 보증보험 또는 공제제도의 취지를 감안하면, 결국 중개업법 제9조의2 제6호 소정의 ‘경매 대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선’을 위한 행위도 사회통념상 거래의 알선, 중개를 위한 행위라고 인정되기에 충분하므로 중개업법 제19조 제1항의 ‘중개행위’에 해당한다고 해석함이 타당하다 할 것이다(대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결).

한편 공매의 경우, 경매처럼 매수신청대리인 등록에 관한 규정이나 공매 대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선이나 매수신청대리의 업무에 대한 보수 제한 규정이 없다. 따라서 공매대상 부동산에 대한 이와 같은 업무의 보수 약정에 중개보수 제한 규정이 적용될 수 있는지 문제된다고 할 것이다.

(4) 검토

대상판결은 3가지 이유를 근거로 공매 대상 부동산 취득의 알선에 대해서도 중개보수 제한 규정이 적용될 뿐만 아니라, 매매에 관하여 적용되는 거래당사자 보호에 관한 규정도 적용된다고 판시하였다. 그 3가지 이유는 다음과 같다.

(i) 공매는 목적물의 강제환가라는 특징이 있기는 하나 본질적으로 매매의 성격을 지니고 있으므로 실질적인 내용과 효과에서 공매 대상 부동산의 취득을 알선하는 것은 목적물만 차이가 있을 뿐 공인중개사법 제2조 제1항에서 정하는 매매를 알선하는 것과 차이가 없다. (ii) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결은 공인중개사법상 손해배상이나 보증보험 관련 조항에 규정된 ‘중개행위’의 개념을 ‘중개’와 구분하고, 그중 ‘중개행위’에 해당하는지 여부는 거래당사자의 보호에 목적을 둔 법규정의 취지에 비추어 공인중개사의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선, 중개를 위한 행위라고 인정되는지 여부에 따라 결정해야 한다고 유연하게 해석하고 있다. 이러한 법리는 중개보수 관련 조항에 규정되어 있는 ‘중개업무’의 해석에도 그대로 적용할 수 있다. (iii) 공인중개사법 제14조는 ‘개업공인중개사가 국세징수법 그 밖의 법령에 의한 공매 대상 부동산에 대하여 권리분석, 취득의 알선 및 매수신청대리 등을 할 수 있다.’고 정하고 있고(제2항), 그에 관한 요건 등을 대법원규칙으로 정하도록 하고 있다(제3항). 그 위임에 따라 「공인중개사의 매수신청대리인 등록 등에 관한 규칙」 제17조 제1항 등에서는 공매 대상 부동산에 관한 ‘권리분석’과 ‘매수신청대리’에 대한 보수에 관하여 법정 한도를 정하고 있는데 ‘취득의 알선’에 대한 보수에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 만일 공매 대상 부동산 취득의 알선에 관하여 보수 제한 규정이 적용되지 않는다고 본다면, 공인중개사가 취득의 알선에서 나아가 매수신청대리까지 한 경우에는 법령상 보수 제한을 받는 것에 비해 취득의 알선에 그치는 경우에는 오히려 제한 없이 보수를 받을 수 있다는 부당한 결론에 이르게 된다.

생각건대, 공매 대상 부동산 취득의 알선은 경매 대상 부동산 취득의 알선이나 매매를 알선하는 것과 그 행위적 측면에서 차이가 없다고 본다. 그래서 경매나 공매 대상 부동산의 알선은 공인중개사법상 중개에 해당하고 중개보수

제한 규정의 적용을 받는다고 할 것이다. 따라서 대상판결의 결론에 찬동한다. 다만 대상판결의 위 3가지 이유 중 (iii)은 부당하다고 본다. 즉 위 (iii)에서 대상판결은 “위임에 따라 「공인중개사의 매수신청대리인 등록 등에 관한 규칙」 제17조 제1항 등에서는 공매 대상 부동산에 관한 권리분석과 매수신청대리에 대한 보수에 관하여 법정 한도를 정하고 있는데”라고 판시하였다.

그러나 언급한 바와 같이, 공인중개사법 제14조 제3항은 “개업공인중개사가 제2항의 규정에 따라 「민사집행법」에 의한 경매대상 부동산의 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 하고자 하는 때에는 대법원규칙으로 정하는 요건을 갖추어 법원에 등록을 하고 그 감독을 받아야 한다.”고 규정하여, 경매대상 부동산의 경우에 관해서만 규정하고 있다. 그래서 「국세징수법」 그 밖의 법령에 의한 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선과 매수신청 또는 입찰신청의 대리에 대한 매수신청대리인 등록이나 매수신청대리에 대한 보수의 법정 한도를 규정하고 있지 않다. 즉 공매에 관해서는 경매와 달리, 공매 대상 부동산의 매수신청대리인 등록은 불필요하며, 공매 대상 부동산의 권리분석 및 알선, 매수신청대리 업무에 대한 보수 제한 규정이 없다고 할 것이다. 따라서 이와 달리 부정확한 내용을 판시하고 이를 전제로 한 (iii)의 이유는 부당하다고 본다.

V. 결론

중개보수 최고한도 제한 규정을 위반한 약정의 경우, 그 약정 자체가 반사회적인 것으로 해석되지 않는 한 중개보수 최고한도까지는 부분적으로 유효하고 다만 그 최고한도를 초과하는 부분만 무효로 해석하는 것은 타당하다고 생각한다. 입법론적으로 공인중개사법에서도 이자제한법 제2조 제3항과 같이, “중개보수 최고한도를 초과하는 부분은 무효로 한다.”고 입법하여 중개보수 최고한도를 위반한 약정의 효력을 명확히 할 수 있을 것이다. 부당이득반환청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 서로 별개의 청구권으로서, 중개보수 최고한도를 초과한 금품에 대하여 부당이득반환청구권이 있다고 해서 그것만으로 불법행위의 성립이 방해되지는 않는다고 할 것이다.

「매수신청대리인 등록 예규」 보수표를 살펴보면, 경매 대상 부동산의 상담 및 권리분석과 매수신청대리에 관한 보수는 그 보수표에 정해져 있지만, 알선에 대한 보수는 정해져 있지 않다. 따라서 경매 대상 부동산의 알선은 공인중

개법상 중개에 해당하는 것으로서 그에 대한 보수는 중개보수 제한 규정의 적용을 받는다고 본다.

그러나 공매의 경우, 경매처럼 매수신청대리인 등록에 관한 규정이나 공매 대상 부동산의 권리분석 및 취득의 알선이나 매수신청대리의 업무에 대한 보수 제한 규정이 없다. 공매 대상 부동산 취득의 알선은 경매 대상 부동산 취득의 알선이나 매매를 알선하는 것과 그 행위적 측면에서 차이가 없다고 본다. 그래서 경매나 공매 대상 부동산의 알선은 공인중개사법상 중개에 해당하고 중개보수 제한 규정의 적용을 받는다고 할 것이다. 따라서 대상판결의 결론은 타당하지만, 대상판결의 위 3가지 이유 중 (iii)은 부당하다고 할 것이다.

[참고문헌]

- 강태성, 민법총칙, 대명출판사, 2021.
- 김상용·전경운, 민법총칙, 화산미디어, 2018.
- 송덕수·김병선, 민법 핵심판례 220선, 박영사, 2021.
- 송덕수, 민법총칙, 박영사, 2021.
- 이영준, 민법총칙, 박영사, 2007.
- 이석근·임운수·장희현, 부동산 경·공매론, 21세기사, 2021.
- 한경우, 부동산 경매·공매의 이론과 실제, 법률출판사, 2014.
- 김대명·이대운, 부동산중개수수료에 대한 비판적 고찰, 부동산경영 제3권, 한국부동산경영학회, 2011.
- 김동련, 공인중개사법상 중개보수의 문제점과 개선방안, 일감부동산법학 제9호, 건국대학교 법학연구소, 2014.
- 김봉수, 공인중개사의 중개행위로 인한 책임판단-대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다 4154 판결-, 민사법학 제80호, 한국민사법학회, 2017.
- 김수정, 효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색, 민사법학 제85호, 한국민사법학회, 2018.
- 김용섭, 2019년 행정법(Ⅰ) 중요판례평석, 인권과 정의 제488호, 대한변호사협회, 2020.
- 김학환, 부동산중개수수료청구권의 쟁점 검토, 대한부동산학회지 제27권 제2호, 대한부동산학회, 2009.
- 박 인, 미국 중개보수 분할의 국내 시사점 연구, 부동산경영 제23집, 한국부동산경영학회, 2021.
- 서진형, 부동산중개제도의 법적 과제 - 공인중개사법을 중심으로 -, 토지법학 제24권 제1호, 한국토지법학회, 2008.
- 소재선, 독일민법상 중개계약의 기본구조에 관한 소고-본 계약과 중개계약의 관계에 따른 보수청구권의 문제를 중심으로-, 가천법학 제8권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2015.
- 엄복현, 공인중개사법상 중개행위의 의미와 공인중개사의 책임 - 권리금계약을 중심으로 -, 일감부동산법학 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2020.
- 이무선, 공인중개사법상 ‘중개계약’규정의 문제점과 개선방향, 홍익법학 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2016.

- 이성복, 부동산 중개보수 규제에 관한 연구, 부동산분석 제5권 제2호, 한국감정원, 2019.
- 이용우, 21세기 부동산중개제도 선진화를 위한 문제점과 개선방안: 설문조사 결과를 중심으로, 부동산연구 제10권, 한국부동산연구원, 2000.
- 이재삼, 부동산 공매와 경매의 실행에 있어서 쟁점사항에 대한 비교법적 연구, 부동산경매연구 제2권 제2호, 한국부동산경매학회, 2021.
- 이재웅 · 김영규, 중개의뢰인의 개업공인중개사 배제에 따른 중개보수청구권에 대한 고찰 - 일본 판례의 분석을 중심으로-, 법학논총 제42권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2018.
- 이희훈, 공인중개사법상 중개보수 관련 조항에 대한 헌법적 고찰 -헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정의 평석-, 일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019.
- 임숙녀, 부동산 중개수수료 결정체계에 관한 고찰, 토지공법연구 제80집, 한국토지공법학회, 2017.
- 정은희, 부동산 중개 수수료 현실화에 관한 연구, 단국대학교 석사학위논문, 2005.
- 정정일, 부동산 중개계약에 대한 소고, 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- 조원용, 부동산 중개수수료를 법제화 필요성에 관한 일고찰, 부동산법학 제19집 제1호, 한국부동산법학회, 2015.
- 최창렬, 부동산 중개계약에서의 보수청구권에 관한 소고, 가천법학 제8권 제4호, 가천대학교 법학연구소, 2015.
- 한병영, 부동산거래중개 법정보수제의 개선방안, 토지공법연구 제28집, 한국토지공법학회, 2005.

[Abstract]

Real Estate Brokerage Fee Agreement and
Mediation on Real Estate of the Public Auction

Lee, Sung-Jin*

The purpose of LICENSED REAL ESTATE AGENTS ACT is to prescribe the business affairs of licensed real estate agents in order to enhance the expertise of licensed real estate agents and foster the real estate brokerage business in a sound manner, thereby contributing to the national economy. The term brokerage means mediation of sale, exchange, lease, and other gain, loss and transfer of titles between parties to a transaction concerning the objects of brokerage.

A practicing licensed real estate agent is entitled to receive from clients, fixed compensation concerning brokerage business: Provided, That the same shall not apply where a transaction between clients is invalidated, rescinded, or canceled by his/her intention or negligence. Matters necessary for the limit, etc. on the compensation for brokerage of a house (including its appertinent land; hereafter in this paragraph the same shall apply) and the actual expense prescribed in paragraph (2) shall be prescribed by Municipal Ordinance of the Special Metropolitan City, Metropolitan City, Do or Special Self-Governing Province (hereinafter referred to as "City/Do") within the range prescribed by Ordinance of the Ministry of Land, Infrastructure and Transport; and the commission of brokerage of an object other than a house, by Ordinance of the Ministry of Land, Infrastructure and Transport.

In the case of a contract that violates the limit on the maximum limit of brokerage fees, unless the contract itself is interpreted as anti-social, it is partially valid up to the maximum limit of brokerage fees, but only the portion exceeding the maximum limit is considered valid. There are no regulations on the registration of a purchase application agent or restrictions on

* Professor, Daegu Catholic University

remuneration for the work of an agent for purchase application or for mediation of right analysis and acquisition of real estate subject to public sale. Mediation for the acquisition of real estate subject to a public sale is considered to be no different from mediation for the acquisition or sale of real estate subject to auction in terms of its behavior. Therefore, mediation of real estate subject to auction or public sale falls under the Real Estate Brokerage Act and is subject to restrictions on brokerage fees.

Keywords : practicing licensed real estate agent, brokerage, brokerage fee, listing contract, public auction