



## 공인중개사법상 부동산중개계약에 관한 연구

Study on the Real Estate Listing Contract in Business Affairs of Licensed Real Estate Agents and Report of Real Estate Transactions Act

---

저자 (Authors)	김대명, 이대운 Kim Dae-Myeong, Lee Dae-Woon
출처 (Source)	<a href="#">법학연구 34</a> , 2009.5, 413-442 (30 pages) <a href="#">Law Review 34</a> , 2009.5, 413-442 (30 pages)
발행처 (Publisher)	<a href="#">한국법학회</a> Korean Law Association
URL	<a href="http://www.dbpia.co.kr/Article/NODE01225133">http://www.dbpia.co.kr/Article/NODE01225133</a>
APA Style	김대명, 이대운 (2009). 공인중개사법상 부동산중개계약에 관한 연구. 법학연구, 34, 413-442.
이용정보 (Accessed)	1.221.50.*** 2016/10/10 17:16 (KST)

---

### 저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다.

이 자료를 원저작자와의 협의 없이 무단게재 할 경우, 저작권법 및 관련법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

### Copyright Information

The copyright of all works provided by DBpia belongs to the original author(s). Nurimedia is not responsible for contents of each work. Nor does it guarantee the contents.

You might take civil and criminal liabilities according to copyright and other relevant laws if you publish the contents without consultation with the original author(s).

# 공인중개사법상 부동산중개계약에 관한 연구

## Study on the Real Estate Listing Contract in Business Affairs of Licensed Real Estate Agents and Report of Real Estate Transactions Act

김 대 명\* · 이 대 운\*\*

Kim, Dae-Myeong · Lee, Dae-Woon

### 목 차

- I. 서론
- II. 부동산중개계약의 개념과 법적 성질
- III. 부동산중개계약의 유형
- IV. 부동산중개계약제도의 개선방향
- V. 결론

### 국문요약

부동산이 지니는 고정성 내지 개별성이라는 특수성은 부동산 시장을 추상화시킴으로써, 부동산의 거래에 있어서는 다른 재화와는 달리 부동산시장의 정보를 잘 알고 있는 전문직업인인 중개업자의 조력을 대부분 필요로 하게 된다. 이러한 중개업자의 역할을 법적으로 근거지우는 것이 바로 부동산중개계약이다.

현행 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제22조에서는 “중개의뢰인은 중개의뢰내용을 명확하게 하기 위하여 필요한 경우 중개업자에게 …… 기재한 중개계약서의 작성을 요청할 수 있다.”는 일반중개계약에 관한 규정을, 같은 법 제23조에서는 “중개의뢰인은 중개대상물의 중개를 의뢰함에 있어서 특정한 중개업자를 정하여 그 중개업자에 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 계약을 체결할 수 있다.”는 전속중개계약에 관한 규정을 각각 두고 있다.

접수일자 : 2009. 4. 8.

수정일자 : 2009. 4. 11.

심사완료 : 2009. 4. 25.

\* 법학박사 · 대구과학대학 부동산과 교수

\*\* 박사과정수료 · 대구과학대학 부동산과 전임강사

그러나 실무에서는 법 제22조와 제23조의 규정은 활용되고 있지 않을 뿐만 아니라, 중개업자와 중개의뢰인간의 법률관계가 명확하지 못하여 부동산 중개사고가 빈번하게 발생하는 것이 부동산중개업계의 현실이다. 이 논문에서는 부동산중개계약의 개념, 법률적 성질 및 유형별 특성에 대해 검토함으로써 중개계약제도의 개선방향을 제시하고 있다.

주제어 : 중개, 부동산중개, 중개업, 부동산중개계약, 부동산중개업, 중개계약, 일반중개계약, 전속중개계약

## I. 서론

오늘날 대부분의 국가들은 계약자유의 원칙에 따라 부동산에 대한 소유권과 사용권 등 부동산과 관련된 각종 권리들을 사인이 자유롭게 거래할 수 있도록 법제화하고 있다. 그러나 부동산이 지니고 있는 지리적 위치의 고정성이라는 특수성은 부동산시장을 추상화·국지화시킴으로써 부동산에 관한 입장활동을 필연적으로 요구하게 되고, 부동산이 거래의 객체가 되는 경우에는 일반인보다 부동산시장의 정보를 잘 알고 있는 전문직업인인 중개업자의 조력을 대부분 필요로 하게 된다.

부동산거래에서 양당사자의 거래계약을 성립시키기 위한 중개업자의 역할은 부동산이 지니고 있는 공공성과 사회성으로 말미암아 개인적·사회적·국가적으로 중요한 영향을 미치게 된다. 그러나 중개업자와 중개의뢰인간에 이루어지는 부동산중개계약이 서면화·정형화되지 않음에 따라 이들간의 법률관계가 명확하지 못하여 부동산거래사고가 빈번하게 발생하는 것이 오늘날 부동산거래계의 현실이다. 따라서 부동산중개계약을 서면화·표준화·다양화·전형화하여 현실적으로 활용될 수 있는 방안이 강구될 필요가 있다.

이 논문에서는 부동산중개계약의 개념, 법률적 성질 및 유형별 특성에 대해 검토함으로써 그 해석론에 따른 중개계약제도의 개선방향을 제시하고자 한다.

## II. 부동산중개계약의 개념과 법적 성질

### 1. 부동산중개와 부동산중개계약의 개념

(1) 부동산중개

공인중개사의 업무 및 부동산거래신고에 관한 법률(이하 “공인중개사법”이라 한다)에서는 중개(intermediation, brokerage)의 개념에 관하여 “중개라 함은 제3조의 규정에 의한 중개대상물<sup>1)</sup>에 대하여 거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다.”고 규정하고 있다(제2조 제1호). 그러나 법 제16조 제2항, 제25조 제1항, 제30조 제1항 등 여러 조항에 산재되어 있는 중개행위의 개념이나 범위에 관하여는 따로 명시적인 규정을 두지 않고 있을 뿐 아니라, 수차례에 걸친 공인중개사법의 개정 과정에서 중개업에 부수되는 중개업 외의 업무가 중개법인의 업무에 추가됨에 따라 중개행위를 매개로 한 여러 조항의 합리적인 해석을 위하여는 중개행위의 개념을 다소 유연하게 해석하여야 할 필요가 있다.<sup>2)</sup> 그리고 중개행위에 해당하는지 여부를 구체적으로 판단함에 있어서는 국민(거래당사자를 의미하는 것으로 해석됨)의 재산권 보호에 목적을 둔 공인중개사법의 취지에 비추어 볼 때 중개업자가 진정으로 거래당사자를 위하여 거래를 알선·중개하려는 의사를 갖고 있었느냐 하는 중개업자의 주관적 의사에 의하여 결정할 것이 아니라 중개업자의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되는지 여부에 의하여 결정하여야 할 것이다.<sup>3)</sup>

(2) 부동산중개계약

부동산중개업자는 부동산의 매매·교환, 그리고 임대차 등 부동산거래관계에서 전문적인 지식과 경험을 가지고 있기 때문에, 거래당사자들은 부동산거래에 관련된 업무를 통상적으로 부동산중개업자에게 의뢰하게 된다. 이 경우 부동산중개업무를 수행하는 부동산중개업자와 중개의뢰인 사이에는 부동산거래업무의 처리를

1) 공인중개사법 제3조에 따르면 중개대상물과 부동산의 개념적 범위는 반드시 일치하는 것은 아니다.  
 2) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결.  
 3) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결; 대법원 2007. 2. 8. 선고 2005다55008 판결; 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다65562 판결; 대법원 2005. 10. 7. 선고 2005다32197 판결; 대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도5271 판결; 대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다48098 판결; 대법원 1999. 7. 23. 선고 98도 1914 판결; 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다47261 판결 등 참조.

위탁받아 수행하고 그 대가로 보수를 지급하기로 하는 합의를 하게 되는데, 이를 부동산중개계약(Real Estate Listing Contract)이라 한다.<sup>4)</sup> 즉 중개의뢰인이 공인중개사법 제3조 규정에 의한 중개대상물에 관하여 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 중개업자에게 알선·중개를 의뢰하고 그 중개완성에 대하여 중개업자에게 보수를 지급할 것을 약정하는 행위를 부동산중개계약이라고 할 수 있다.<sup>5)</sup>

중개업자와 중개의뢰인을 당사자로 하는 부동산중개계약은 거래를 매개하는 중개행위의 특성상 권리의전의뢰인 뿐만 아니라 권리취득의뢰인과의 체결될 수 있으며,<sup>6)</sup> 그 형식과 내용도 다양하게 이루어질 수 있다.

## 2. 부동산중개계약의 변천

### (1) 관습법상의 거간(居間)<sup>7)</sup>계약

우리나라에도 고유한 부동산중개의 관습이 이어져 왔으며, 근대자본주의 성립 과정에서 각종 거래의 교섭에는 거간이라는 중개역할을 담당하는 자가 있었다. 거간 중에 특히 가옥을 주로 거래하면서 중개활동을 했던 자를 “가쾌(家儉)”라 칭하였으며, 가옥의 매매나 임대를 위해 의뢰인의 위탁을 받고 거래당사자 중간에서 그 소유권의 보증<sup>8)</sup>이나 하자에 대한 공동책임을 지고 의뢰인으로부터 상당한 신뢰를 받으면서 부동산거래를 성사시키는 중요한 위치에 있었다.<sup>9)</sup>

4) 황영두, “부동산중개계약의 계약책임에 관한 연구”, 박사학위논문, 창원대학교 대학원, 2006, 3면.

5) 김상명, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 「법학연구」, 제25집, 한국법학회, 2007, 2, 147면.

6) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다47261 판결.

7) 거간(居間)은 흥정을 붙여주고 구문(口文 또는 口錢: 중개수수료)을 받는 것을 업으로 삼는 사람을 의미하며, “주름”이라고도 하고 중국에서는 중개하는 거간이라는 뜻으로 “쾌(儉)” 또는 “아쾌(牙儉)”라고 하였다. 가쾌(家儉)라 함은 “집을 중개하는 거간”을 의미하게 된다(황영두, 앞의 논문, 53-54면 참조).

8) 가옥의 매매 등 거래계약이 성립하면 매매계약서 등에 연서를 하였으며, 이는 오늘날과 같은 의미에서의 보증책임을 아니라, 부동산거래가 누구와 누구사이에 이루어진 것이며, 언제 어디서 이루어졌는지에 대한 증인으로서의 입회인과 비슷한 성격의 책임을 의미하는 것으로 이해된다.

9) 1890년에는 거간의 성행이 너무 활성화되어 거래질서가 문란해지자 규제의 필요성이 제기됨으로써 일안(日案) 제16호로 “객주거간규칙”을 제정하여 거간의 난립을 막았고, 1893년부터는 거간인가증이 있어야 영업을 할 수 있도록 강화하였다. 그러나 일제는 1910년부터 거간인가제를 폐지하고 거간업을 자유영업으로 할 수 있도록 했으며 1922년 경기도령 제10호로 “소개영업취체규칙”을 제정하여 관할 경찰서장의 허가를 받아야만 소개영업을 할 수 있도록 규제하였다. 결국 고유한 전통을 가진 우리의 거간은 법률적 정통성을 확보하지 못하고 왜곡되었다고 볼 수 있다.

거관계약은 관습에 의하면 부동산거래에 대한 위탁을 받아도 타인간의 부동산 거래를 성립시켜야 할 의무는 없지만, 거간(우리 고유의 중개업자로 이해할 수 있을 것임)의 노력에 의해 거래가 체결되면 구문(口文)을 받을 권리가 발생하는 소위 오늘날의 일반중개계약의 형태로 이루어졌다.

부동산거래의 봉건사회의 오랜 관습과 사회제도 한계 및 신분사회의 제한으로 거관계약은 계약영역의 위치를 잡지 못했다. 그리고 조선시대에는 민법과 상법이 별도로 세분화되지 못했기 때문에 거관계약을 상사와 민사로 나누어 체계적으로 법제화하기가 어려웠다고 생각된다. 즉 민사중개계약으로서의 부동산중개계약에 대한 법률개념의 정립과 부동산중개업자로서의 거간에 대한 신뢰성과 책임성에 대해서 법제화되지 못했으며, 따라서 중개의뢰인의 보호문제도 법체계 안에서 고려되지 못했던 것이다.<sup>10)</sup>

## (2) 민사중개와 상사중개의 구별(분화)

우리 고유의 거간제도에 있어서는 전당업자와 일반인 사이에서 대부관계를 중개하기도 하고 토지나 가옥의 거래에 개입하는 과정에서 상업적 관계가 아닌 민사적인 거간의 역할과 지위도 가지고 있는 것으로 이해된다. 즉 거간은 상사중개와 아울러 민사중개의 영역에서도 널리 이루어지고 있었던 것으로 보인다.

중개행위라는 것이 민사중개와 상사중개에서 유사한 면이 있다고는 하지만, 민사중개와 상사중개는 중개의 대상이나 영업활동 등에서 구별된다. 첫째, 민사중개와 상사중개를 구분할 수 있는 가장 기본적인 것은 중개의 대상이다. 우리나라에 있어서 상사중개의 경우 그 대상은 상법 제46조에서 규정하고 있는 기본적 상행위이며 그 거래의 당사자 쌍방에게 상행위가 되는 경우뿐만 아니라 당사자 일방에게만 상행위가 되는 경우도 포함된다. 따라서 상사중개는 반드시 상인으로부터 중개의뢰를 받아야 하는 것은 아니고 비상인으로부터 중개의뢰를 받을 수도 있다. 이에 반해 민사중개의 대상은 상행위 이외의 모든 법률행위로서 부동산중개, 혼인중개, 직업소개 등 그 범위가 매우 넓다고 할 것이다. 둘째, 상사중개는 영업적으로 행해지는 것이지만, 민사중개는 반드시 영업적으로 행하지 않을 수도 있다. 다만, 민사중개인이 중개를 영업으로 하면 상인의 지위를 가지게 되어 상인으로서의 보수청구권을 행사할 수는 있을 것이다.<sup>11)</sup> 우리 상법 제5조(의제상인)도 “점

10) 황영두, 앞의 논문, 59면 참조.

포 기타 유사한 설비에 의하여 상인적 방법으로 영업을 하는 자는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다.”고 규정하고 있다.

### (3) 소개영업법상의 소개계약

1961. 9. 23. 법률 제726호로 제정된 소개영업법 제2조에 따르면 “소개영업이라 함은 일정한 요금을 받고 ① 부동산, 동산 등의 매매, 대차의 소개 ② 혼인의 중매 ③ 고용자등의 소개행위를 업으로 하는 것을 말한다.”고 규정하고 있어, 소개인이 부동산 이외의 동산 기타 재산권에 관한 소개와 더불어 민사소개에 대해 광범위하게 활동할 수 있었다.<sup>12)</sup> 그리고 같은 법 제3조에 따르면 관할구청장, 시·읍·면장에게 영업신고만으로 누구든지 광범위한 소개영업이 가능하였다. 따라서 부동산의 권리분석이나 물건의 하자에 대한 조사활동도 미흡했으며 또한 소개업자에 대한 책임도 엄격하지 못했다.

소개업자와 소개의뢰인 사이에 체결하는 소개계약은 오늘날의 위임형 민사중개계약과는 다른 고용형 민사중개계약의 성질을 지녔던 것으로 볼 수 있다. 즉 소개업자에게 부동산을 소개해야 할 의무가 뒤따르지 않는 형태의 계약이었다. 소개의뢰인의 지시에 의해 움직이는 수동적인 입장에서 단순한 부동산소개업무를 수행했기 때문에 고용계약의 의무만 가진 소개영업자는 능동적인 소개활동의무를 부담하지 않는 것이다. 그러므로 사무처리의 영역도 협소하고 단순한 서비스, 즉 고용형태에 불과하여 부동산에 대해 능동적으로 확인하고 조사해야하는 의무는 없었다고 보여진다.<sup>13)</sup>

결과적으로 소개계약은 계약체결에 의해 소개영업자가 아무런 채무를 부담하지

11) 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2005, 268면; 대법원 1968. 7. 24. 선고 68다955 판결; 같은 취지의 판례로 대법원 1977. 11. 22. 선고 77다1889 판결; 대법원 1995. 4. 21. 선고 94다36643 판결; 1998. 6. 22. 독일 개정 상법(HGB) §1 ① Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.(이 법에서 상인이라 함은 상업을 영위하는 자이다). ② Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in Kaufmännischer Weise Eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.(모든 영업은 그 방식과 범위에서 볼 때 상인적 방법으로 조작된 거래활동을 요구하는 한 상업이다)의 입장에서 민사중개인의 상인성을 인정하고 있다.

12) 그러나 1962. 9. 3. 법률 제1134호로 개정된 소개영업법 제2조는 “소개영업이라 함은 일정한 요금을 받고 부동산이나 동산 기타 재산권에 관한 소개행위를 업으로 하는 것을 말한다”고 규정하여, 소개영업의 범위에서 혼인의 중매나 고용자등의 소개를 제외하였다.

13) 김기수, 「한국민사중개계약론」, 법문사, 1973, 119면.

않음으로써 소개서비스의 불충실이 있게 되어 소개의뢰인의 권리보호에 미흡한 후진적인 형태의 계약이라고 할 수 있다.

#### (4) 부동산중개업법 및 공인중개사법상의 중개계약

소개영업자의 책임을 강화하고 국민의 재산을 보호하고 부동산거래질서를 확립하기 위해 소개영업법을 개정하지 않고 부동산중개업법(제정 1983. 12. 30 법률 제3676호)으로 대체입법을 하였다.

부동산중개업법을 제정할 당시에는 중개계약에 관한 규정을 두지는 않았으며, 1993. 12. 27. 법률 제4628호로 개정된 부동산중개업법 제16조의3 제1항에서 “중개의뢰인은 중개대상물의 중개를 의뢰함에 있어서 특정한 중개업자를 정하여 그 중개업자에 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 계약(“전속중개계약”)을 체결할 수 있다.”고 하여 처음으로 중개계약에 관한 명문의 규정을 두었다. 그리고 2000. 1. 28 법률 제6236호로 개정된 부동산중개업법 제16조의3(종전 제16조의3은 제16조의4로 이동)에서는 “중개의뢰인은 중개의뢰내용을 명확하게 하기 위하여 필요한 경우 중개업자에게 …… 기재한 중개계약서의 작성을 요청할 수 있다.”는 규정을 신설하여 구두에 의한 일반중개계약을 서면화하여 중개업자의 권리와 의무를 명확히 함으로써 중개수수료 등 중개업자와 의뢰인간의 분쟁소지를 줄이고자 하였다. 한편 부동산거래신고제도의 도입과 더불어 부동산중개업법이 2005. 7. 29. 법률 제7638호로 개정되면서 법명이 “공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률”로 변경되면서, 일반중개계약에 관한 종전의 부동산중개업법 제16조의3을 제22조로, 전속중개계약에 관한 종전의 부동산중개업법 제16조의4를 제23조로 이동하여 규정하였을 뿐 그 내용에는 변함이 없다.

소개영업법에서 부동산중개업법으로의 전환은 부동산중개계약의 성질을 고용계약 유사형태로 파악하던 소개계약에서 신뢰관계에 의해 이루어지는 위임계약과 유사한 형태로 파악하는 것으로 변화되었다는 점에서 의의가 있다.<sup>14)</sup> 즉 위임계약의 형태로 변화됨으로써 선관주의의무 등 부동산중개업자의 책임성이 강화되었다는 점에서 상당히 발전된 형태라고 할 수 있다.

### 3. 부동산중개계약의 법적 성질

14) 황영두, 앞의 논문, 72면.

(1) 민사중개계약

부동산중개는 공인중개사법 제2조 제1호에서 “제3조의 규정에 의한 중개대상물에 대하여 거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다.”고 규정하는 바와 같이 중개대상이 되는 거래가 상인간의 상거래를 대상으로 하는 것이 아니므로, 상사중개가 아니라 혼인알선, 직업소개 등과 함께 민사중개에 해당한다.<sup>15)</sup> 따라서 부동산중개계약은 민사중개의 일종인 부동산중개업무에 관한 부동산중개업자와 중개의뢰인 사이의 합의이므로 민사중개계약에 해당한다.

우리의 현행 상법 제6장에서는 중개업에 관한 규정을 두고 있으며, 제93조에서는 “타인간의 상행위의 중개를 영업으로 하는 자를 중개인이라 한다.”고 규정<sup>16)</sup>하고 있지만, 이는 상사중개업에 관한 규정으로서 부동산중개업자가 부동산중개행위를 업으로 행한다고 하더라도 그것은 민사중개업이지 상사중개업은 아니라고 할 것이다. 민사중개업이 상행위로 되는 경우에도 다량의 불특정된 동산의 거래를 중개하는 상사중개업과는 그 취지를 달리 한다.<sup>17)</sup> 따라서 상법상의 중개업에 관한 규정을 부동산중개업무에 전면적으로 적용할 수는 없을 것이나, 민사중개인도 상법상의 상인의 자격을 갖는 이상 민사중개인에 해당하는 부동산중개업자에게 상법상의 상인의 권리와 의무에 관한 총칙적 규정<sup>18)</sup>과 상사중개업에 관한 일부 규정<sup>19)</sup>을 제한적으로 적용할 수는 있을 것이다.<sup>20)</sup> 이러한 관점에서 부동산중

15) 부동산중개가 민사중개에 해당한다는 점은 이론의 여지가 없는 것으로 보인다(정인성, “한국부동산중개제도의 발전방안에 관한 연구”, 「사회과학논총」, 제11집, 전주대사회과학연구소, 1995, 206면; 소성규, “부동산중개계약에 관한 판례의 동향”, 「부동산학연구」, 제4집, 한국부동산분석학회, 1998, 206면; 김상명, “부동산중개업자의 민사책임에 관한 연구”, 「토지공법연구」, 제21집, 한국토지공법학회, 2004, 140면 참조).

16) 따라서 기본적 상행위(상법 제46조)와 보조적 상행위(상법 제47조)의 중개를 하는 경우에만 상법상의 중개인이 되고 기타의 법률행위의 중개행위를 하는 경우에는 민사중개인이 된다.

17) 김상명, 앞의 논문, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 155면.

18) 대법원 1995. 4. 21. 선고 94타36643 판결은 부동산중개업자에게 상인성을 인정하여 상법 총칙의 규정을 적용하고 있다.

19) 상법 제100조 제1항에서는 “중개인은 상법 제96조의 절차를 종료하지 아니하면 보수를 청구하지 못한다”고 규정하고 있으며, 이 규정과 유사한 취지의 하급심판례로는 “부동산중개행위는 중개업자가 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 기타 권리의 득실·변경에 관한 행위를 알선하는 것으로서 원칙적으로 중개업자는 중개대상물에 대한 계약서의 작성업무 등 계약 체결까지 완료되어야 비로소 중개의뢰인에게 중개수수료를 청구할 수 있는 것이다(부산지법 2007. 1. 25. 선고 2005나10743 판결; 상고).

개계약은 일반적으로 민사중개계약이라고 하지만 상인에 해당하는 부동산중개업자의 지위에서 보면 순수한 민사중개계약이라고 하기에는 다소 의문이 있어 부동산중개계약의 독자적인 성격을 검토할 필요가 있을 것이다.

독일민법(BGB)은 제10절 중개계약(Mäklervertrag)이란 표제하에 제652조부터 제656조까지 중개계약에 관한 일반규정(제652조부터 제655조까지)과 사업자와 소비자 사이의 소비대차중개계약(제655조의a부터 제655조의e까지), 혼인중개계약(제656조)에 관한 규정을 두고 있고, 독일상법 제93조 제2항은 “부동산중개에 대해서는 상사중개인에 의해 이루어지는 중개라 할지라도 상사중개에 관한 규정을 적용하지 않는다.”는 규정을 두고 있으므로, 부동산중개는 민사중개에 관한 민법의 규정을 적용하게 된다. 이와는 달리 민사중개계약에 관하여 일반적 규정을 두고 있지 않은 우리 민법하에서 민사중개계약의 법률관계에 대한 해석은 상사중개계약과는 차이점이 있기 때문에 관련 법률의 적용과 중개계약의 법리해석에서 달라질 수밖에 없을 것이다. 즉 민사중개계약에 해당하는 부동산중개계약의 경우 공인중개사법의 적용을 받되, 공인중개사법에 흠결이 있는 경우에는 판례나 학설에 따를 수밖에 없을 것이다.

## (2) 유상·쌍무계약

중개를 업으로 하는 부동산중개업자가 중개의뢰인으로부터 일정한 수수료를 받으므로 부동산중개계약은 유상계약이 원칙이다. 물론 중개의뢰인과 부동산중개업자간의 합의에 의해 무상계약도 가능하므로, 당사자간에 무상으로 하겠다는 특약이 없는 한 유상계약으로 해석하여야 한다. 부동산중개계약을 유상계약으로 이해하는 한 부동산중개계약이 성립한 후에 부동산중개업자가 부동산거래계약의 성립을 완성하지 못했다라도 공헌도와 기여도 그리고 인과관계에 따라 일정한 보수를 지급할 의무가 중개의뢰인에게 있게 된다.<sup>21)</sup>

20) 소성규, “부동산중개계약에 관한 고찰”, 『부동산법학의 제문제』, 석하김기수교수회갑기념논문집, 1992, 361면; 김상명, 앞의 논문, “부동산중개업자의 민사책임에 관한 연구”, 141면 참조.

21) 중개업자가 계약의 성립에 결정적인 역할을 하였음에도 중개행위가 그의 책임 없는 사유로 중단되어 최종적인 계약서 작성 등에 관여하지 못하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 민법 제686조 제3항, 상법 제61조의 규정 취지나 신의성실의 원칙 등에 비추어 볼 때 그 중개업자는 중개의뢰인에 대하여 이미 이루어진 중개행위의 정도에 상응하는 중개수수료를 청구할 권한이 있다(부산지법 2007. 1. 25. 선고 2005나10743 판결 : 상고; 같은 취지 서울지법 동부지원 1987. 2. 20. 선고 86가단2801 판결 : 항소).

부동산중개계약은 비록 유상계약이지만 계약의 체결에 의하여 급부와 반대급부에 대하여 강제적 이행청구권이 발생하지 않는다는 점에서는 순수한 쌍무계약이라고 할 수 없을 것이다. 그러나 중개업자의 급부(예컨대 중개의뢰인이 요구하는 중개대상물에 대하여 마음에 들게 알선, 주선하는 행위)가 의뢰인의 마음에 들어 거래가 성립할 때에는 중개업자의 진력에 대하여는 보수지급의무를 발생시킴과 동시에 중개업자도 그 진력에 당하여 신의칙에 따를 의무가 있는 점에서 볼 때는 쌍무계약이라고 말할 수 있다. 즉 부동산중개계약은 편무계약에 가까운 특수한 쌍무계약이며, 조건부쌍무계약이라고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

한편 동시이행의 항변권과 위험부담의 법리는 비록 쌍무계약에만 적용되는 것이라 할지라도 쌍무계약의 채무상호간의 의존관계, 즉 채무의 견련성은 채무의 이행 및 소멸 방향에서 나타나는 내용의 쌍무계약의 효력에 관한 문제로서, 쌍무계약에 있어서도 쌍방의 채무가 서로 변제기가 다른 경우라든가 채무의 성질, 내용에 따라서는 이러한 법리가 적용되지 아니할 경우도 있는 것이므로 부동산중개계약에 있어서 이러한 법리가 적용되지 않는다고 하여, 부동산중개계약의 쌍무계약적 성질을 부정하여야 할 것은 아니다. 쌍무계약인지 여부는 계약의 효과로서 성립하는 채무 자체를 대상으로 하여 쌍방 당사자가 서로 대가적 의미를 가지는 채무를 부담하는지 여부에 의하여 판단하는 것이기 때문이다.<sup>23)</sup>

### (3) 중개계약의 독자성

우리 민법은 민사중개계약에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않기 때문에 부동산중개계약의 법리구성에 대한 논란이 계속되어 오고 있고, 판례와 학설도 혼란을 거듭하고 있다고 볼 수 있다. 부동산중개계약의 법리해석의 기준을 민법상 전형계약에서 찾을 것인가, 여러 계약의 요소들이 혼재되어 있는 혼합계약이라는 점에서 찾을 것인가, 아니면 다른 계약과 다른 독자적인 계약으로 정립할 것인가와 관련하여 다양한 견해가 대립되고 있는 것이다. 이와 같은 논의는 민사중개계약의 일반규정을 민법에 입법화하려는 이 시점에 있어서 상당한 의의를 가진다고 할 수 있다.

22) 서울고등법원 1994. 12. 15, 94구12069 판결.

23) 김상명, 앞의 논문, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 159면 참조.

1) 전형계약설

가. 위임계약유사설

부동산중개업자와 중개의뢰인 사이의 법률관계를 어떻게 파악할 것인가에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있지만, 통설과 판례의 입장은 부동산중개업자에게 선량한 관리자의 주의의무가 존재한다는 이유에서 전형계약인 위임계약과 유사한 계약으로 파악하고 있다.<sup>24)</sup> 대법원 판례에 의하면 “부동산 중개업자와 중개의뢰인과의 법률관계는 민법상의 위임관계와 같으므로 민법 제681조에 의하여 중개업자는 중개의뢰의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 의뢰받은 중개업무를 처리하여야 할 의무가 있을 뿐 아니라 부동산중개업법 제16조(공인중개사법 제29조)에 의하여 신의와 성실로써 공정하게 중개행위를 하여야 할 의무를 부담하고 있는바, 부동산중개업법 제17조(공인중개사법 제25조) 제1항은 중개의뢰를 받은 중개업자는 당해 중개대상물의 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 기타 대통령령이 정하는 사항을 확인하여 중개의뢰인에게 설명할 의무가 있음을 명시하고 있고 위 권리관계 중에는 당해 중개대상물의 권리자에 관한 사항도 포함되어 있다고 할 것이므로, 중개업자는 선량한 관리자의 주의와 신의·성실로써 매도 등 처분을 하려는 자가 진정한 권리자와 동일인인지의 여부를 부동산등기부와 주민등록증 등에 의하여 조사 확인할 의무가 있다 할 것이고”<sup>25)</sup>, 그리고 “등기권리증은 소유권이전등기 단계에서 뿐 아니라 그 이전의 거래에 있어서도 당사자 본인의 증명이나 그 처분권한의 유무의 확인 등을 위하여 중요한 자료가 되는 것이므로 중개업자로서는 매도의뢰인이 알지 못하는 사람인 경우 필요할 때에는 등기권리증의 소지 여부나 그 내용을 확인 조사하여 보아야 할 주의의무가 있다고 할 것이다.”<sup>26)</sup>고 판시하면서 손해배상책임에 있어서 부동산중개업자와 중개의뢰인의 법률관계를 민법상의 위임관계로 보고 있다.<sup>27)</sup>

한편 부동산중개계약을 위임계약으로 이해하는 한 위임이 당사자 사이의 신뢰관계를 기초로 하는 계약이기 때문에 수임인이 부담하는 선량한 관리자의 주의의

24) 황영두, 앞의 논문, 82면.

25) 대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36239 판결.

26) 대법원 1993. 5. 11. 선고 92다55350 판결.

27) 그러나 당사자간 신뢰관계를 기초로 한 위임의 규정을 중개계약에도 적용할 수 있다고 하면서도, 부동산중개계약에서 보수청구권은 유상이 통상적이므로, 민법상 특수한 위임으로 보는 것이 타당하다”는 견해도 있다(김상명, 앞의 논문, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 159면).

무는 무상의 중개행위에도 적용된다고 볼 수 있다.<sup>28)</sup>

통설과 판례가 부동산중개계약을 위임계약과 가장 유사한 계약으로 해석하는 것은 부동산중개업자가 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다는 점과 부동산중개업자가 부동산을 거래하는 사무의 처리라는 점에서 유사한 것으로 보기 때문이다. 이렇게 부동산중개계약을 위임계약과 유사한 계약으로 파악하게 되면 부동산중개업자 보다는 중개의뢰인을 폭넓게 보호할 수 있다는, 즉 부동산거래사고에 있어서 부동산중개업자에게 계약책임을 많이 지울 수 있다는 장점이 있게 된다. 그러나 계약법상의 정의나 부동산중개계약의 쌍무성을 고려해 볼 때 지나치게 부동산중개업자의 계약책임부분을 강조하는 것은 옳지 못할 뿐만 아니라, 중개계약의 고용계약 내지 도급적 성격을 간과하게 되어 불합리한 결과를 초래하게 된다.

따라서 부동산중개계약은 전형계약의 하나로 파악할 것이 아니라, 독자적인 계약형태의 하나로 파악할 필요성이 제기된다.

#### 나. 도급계약유사설

부동산중개계약은 부동산거래계약의 체결이라는 부동산중개의 완성을 결과로 하여 보수를 지급한다는 측면에서는 민법상 도급계약과 유사한 면이 있다.<sup>29)</sup> 즉 부동산중개계약은 부동산중개업자가 보수청구권을 행사하기 위해서는 일의 완성을 조건으로 하는 조건부 계약인 것이다.

이러한 중개계약의 도급적 성격을 인정할 경우에는 민법상 도급계약에 관한 규정들이 부동산중개계약에도 적용될 수 있을 것이다. 그런데 손해배상의 문제에서 부동산중개계약을 도급계약으로 파악하면 중개업자의 중개행위로 중개의뢰인에게 손해를 가해도 중개업자의 책임으로 배상하게 되며, 그러한 중개행위를 지시한 중개의뢰인의 책임이 되는 것은 아니게 되어 중개업자에게 과도한 책임을 묻는 결과를 초래하게 된다. 다만 중개의뢰인의 고의나 중대한 과실에 의한 지시로 중개한 결과, 거래의 상대방이나 제3자에게 손해가 발생했을 때에는 중개의뢰인에게 그 책임을 물을 수 있을 것이다.<sup>30)</sup>

28) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2008, 1246면; 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다71484 판결.

29) 소성규, 앞의 논문, “부동산중개계약에 관한 고찰”, 359면은 중개완성을 목적으로 하는 도급적 성격도 아울러 가지고 있다는 측면에서 부동산중개계약은 ‘도급적 위임계약’으로 파악하고 있다. 같은 취지의 판례로는 서울지법 1984. 4. 25. 83나2098 판결.

30) “도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없다. 그러나 도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 때에는 그러하지 아니하다”(민법 제757조 도급인의 책임).

한편 도급계약은 수급인의 입장에서는 일의 완성의무가 있으며, 도급인의 입장에서는 일의 완성결과를 수령해야 한다는 점에서, 중개업자는 중개의뢰인을 위해서 신의를 가지고 성실하게 중개행위를 행할 뿐 반드시 부동산거래계약을 성립시켜야 할 적극적인 의무를 부담하지 않을 뿐만 아니라 중개의뢰인도 부동산중개업자가 소개한 거래 상대방과 반드시 거래할 의무가 없는 부동산중개계약과는 구별된다.

#### 다. 고용계약유사설

부동산중개계약은 부동산중개업자가 중개행위라는 노무를 제공하고 계약의 상대방인 중개의뢰인이 중개보수를 지급할 것을 약정하는 계약이므로, 민법 제655조 내지 제663조의 고용계약과 유사한 점이 있다.

중개계약을 노무제공을 목적으로 하는 고용계약의 형태로 파악하면 비록 부동산거래계약의 성립이 이루어지지 않더라도 일정한 노무를 제공한 것으로도 충분히 보수청구를 할 수 있고, 또한 부동산거래계약의 완성이라는 조건의 성취와는 무관하게 보수를 청구할 수 있다고 해석된다.<sup>31)</sup> 즉 노무공급형 내지 고용형 중개계약에서는 부동산거래계약의 체결여부와는 관계없이 부동산중개업자가 직접 거래계약서를 작성하지 않았다고 하더라도 중개완성을 위해 노력한 중개업자의 공헌도에 따라 중개보수가 주어지며 이러한 경우에는 고용계약의 법리가 부동산중개계약에 준용될 수 있을 것이다.

그러나 고용계약은 제공된 노무에 의한 일의 완성여부나 일정한 결과의 성부는 보수지급에 있어서 고려하지 않으며, 피고용인은 고용인을 위해 전속적으로 노무를 제공한다는 점에서 계약의 성립을 조건으로 보수를 지급하고 다수의 중개의뢰인을 위하여 동시에 중개행위를 제공하는 부동산중개계약과는 구별된다.

#### 라. 현상광고계약유사설

현상광고는 광고자가 어느 행위를 한 자에게 일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한 자가 그 광고에 정한 행위를 완료함으로써 그 효력이 생기는 계약이며(민법 제675조), 일반중개계약의 경우 다수의 부동산중개업자에게 동시에 부동산거래에 대한 중개의뢰를 한 후 가장 먼저 거래계약을 성립시킨 중개업자가 중개수수료를 받고 거래계약을 성립시키지 못한 나머지 중개업자는 아무리 많은

31) 황영두, 앞의 논문, 78면.

비용과 노력을 했더라도 중개수수료를 청구할 수 없는 형태이므로 그 범위내에서는 유사한 면이 있다. 즉 현상광고계약과 일반중개계약은 일방의 계약자가 요구하는 일정한 조건에 맞는 결과를 먼저 달성하면 그 대가를 지급하는 점에서 서로 유사한 면이 있는 것이다.<sup>32)</sup>

그러나 현상광고계약과 부동산중개계약은 청약과 승낙의 대상, 보수지급의 측면에서 서로 다른 면이 있다고 보여진다. 즉 청약과 승낙의 대상에 있어서 현상광고계약은 무작위로 불특정다수인에게 청약의 의사표시를 행하지만, 부동산중개계약은 청약자와 승낙자가 부동산중개계약체결시에 특정되어 있다. 그리고 민법 제676조 제2항에 따르면 현상광고계약에서는 다수가 동시에 현상광고에서 지정된 행위를 완료한 경우에 서로 균등한 비율로 보수를 받을 수 있고, 다만 보수가 그 성질상 분할할 수 없거나 광고에 1인만이 보수를 받을 것으로 정한 때에는 추첨에 의하여 결정하도록 규정하고 있으나, 부동산중개계약은 그 보수를 균분할 수 없고 먼저 거래계약을 성립시킨 중개업자가 보수를 받게 된다.<sup>33)</sup>

또한 민법 제677조에서는 광고있음을 알지 못하고 광고에 정한 행위를 완료한 경우에도 현상광고에 관한 규정을 준용하도록 규정하고 있는 바, 이는 부동산중개업자가 거래계약서를 작성·교부하였다 하더라도 중개계약이 존재하지 않으면 중개수수료를 청구할 수 없는 부동산중개계약과 차이가 있다.<sup>34)</sup> 그리고 민법 제678조에서 규정하고 있는 우수현상광고와 관련해서도 부동산중개계약의 내용이 제3자가 알 수 있는 상태로 공시되지 않는다는 점으로 인하여 부동산중개계약과는 다른 부분이 있다.

## 2) 혼합계약설

혼합계약설은 부동산중개계약이 전형계약의 요소들을 조금씩 가지고 있는 특유

32) 황영두, 앞의 논문, 86면; “광고에 정한 행위를 완료한 자가 수인인 경우에는 먼저 그 행위를 완료한 자가 보수를 받을 권리가 있다(민법 제676조 제1항).

33) 다만 이 경우에도 법리상으로는 중개활동에 참여한 중개업자 여러 명이 보수의 분배에 관해 미리 상호 합의한 내용이 있다면 합의내용에 의해 분배할 수 있을 것이다.

34) 예컨대 부동산을 매매하는 매도인과 매수인이 부동산매매계약에 대해 합의를 하고 나서 중개사무소를 찾아와 단지 “매매계약서”의 작성만을 중개업자에게 부탁하는 경우에는 중개계약이 체결된 관계가 아니며, 또한 중개활동으로 인해서 거래가 이루어진 것이 아니므로 중개보수를 지급하지 않아도 된다. 따라서 중개대상물 확인·설명서의 발급을 요구할 수도 없고, 나아가 거래사고시에는 공제나 보증보험금의 지급을 요구할 수도 없고 차후에 손해배상청구도 할 수 없다(황영두, 앞의 논문, 87면).

한 형태의 계약이라는 점을 강조하는 입장이다. 예컨대 부동산중개계약을 위임계약과 도급계약의 혼합계약이라고 하면서, 부동산중개계약의 법리를 “도급적 위임계약”으로 구성하여 중개계약의 해석시에 민법상 도급계약과 위임계약의 규정을 유추적용하여 사안에 따라 합목적적인 법리해석을 하는 입장이다. 그리고 부동산중개계약의 내용을 전부 전형계약의 내용에서 찾을 수 없고, 전형계약에 속하지 않는 내용을 포함하고 있다는 입장도 혼합계약설에 해당한다.

### 3) 독자성설

부동산중개계약은 그 특징상 다양한 형태의 계약을 할 수 있으며, 전형계약의 내용과 또 다른 전형계약의 내용을 동시에 가지고 있을 수도 있다. 그러나 부동산중개는 민법상 고용과 혼인의 중개와 더불어 민사중개로서 상사중개와는 구별되고, 현행법상 부동산중개계약에서 중개업자는 중개계약을 하였다 하더라도 매매, 임대차 등 거래를 성립시킬 적극적인 의무를 가지고 있지 않음은 물론이고 중개할 자격은 부여되지만 채무로서 중개를 하여야 한다는 의무는 생기지 않으므로, 중개의뢰인의 상대방을 구하기 위하여 적극적으로 노력할 의무가 없다는 점에서 통상 위임, 도급 등 민법상 전형계약과는 다르다고 할 수 있다.<sup>35)</sup>

우리나라의 부동산중개계약은 다른 계약들과 비교했을 때, 독자적인 모습을 가지고 있다. 지금까지는 위임계약이나 도급계약의 법리를 차용하여 부동산중개계약의 법리해석에 활용하여 왔지만, 부동산중개계약의 고유한 법리에 어긋나는 부분이 많아서 독립적인 전형계약으로 정할 필요성이 제기되었고, 이에 법무부의 2002. 11. 24. 일자 민법개정시안<sup>36)</sup>에서는 여행계약(안 제674조의 2)과 중개계약(안 제692조의 2)을 민법의 전형계약에 포함시키고 있는 것이다.

그러나 민법개정안에서는 쌍무중개계약을 기본유형으로 하고 있으며 중개계약에 관한 규정을 다른 전형계약과 구별하여 하나의 독자적인 계약유형으로 명시하고 있지만, 중개계약에 관한 상세한 조문을 규정하지 아니하고 대부분의 규정을 위임계약에 준용하도록 하고 있어서 위임계약의 특수한 유형으로 규정하고 있는 것처럼 보인다.<sup>37)</sup> 이는 형식적으로 볼 때에는 중개계약의 독자성을 인정하는 모

35) 김상명, 앞의 논문, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 161면 참조.

36) 개정시안의 구체적 내용에 관해서는 법무부, 「민법(제산편)개정자료집」, 2004. 11. 참조

37) 그 이유는 학설의 대립은 있지만 판례와 다수설이 중개계약의 법적 성질을 “도급적 위임계약”으로 보고 있으므로, 중개계약에서 정하지 못한 부분에 대해서는 보충적으로 위임계약에 관한 규

습처럼 보이지만 실질적인 내용은 위임계약의 일종으로 규정되어 있다. 따라서 부동산중개계약의 근간이 되는 민법개정안의 중개계약의 모습은 구체적으로 보면 독자적인 중개계약의 형태로 상정된 것으로 보기는 어렵다고 할 수 있다.<sup>38)</sup>

#### (4) 낙성계약

부동산중개계약은 낙성계약이므로 원칙적으로 중개의뢰자가 중개업자에게 중개대상물건의 중개의뢰를 하고 이것을 중개업자가 승낙을 하는 경우에 성립한다. 이 경우 중개업자와 중개의뢰인 사이의 중개계약은 구체적으로 어느 시점에 성립하는가가 문제된다.

매도중개계약의 경우에는 부동산의 소유자가 보다 유리한 조건으로 매도하고 싶은 심정으로 특정의 중개업자와 매도에 관한 (정보수집 차원의) 교섭을 가진 후에 다시 제3의 중개업자와 부동산중개계약을 체결한 경우 최초 중개업자와 중개계약이 성립하였는가 여부<sup>39)</sup>, 또한 부동산소유자가 중개의뢰의 의사표시를 한 것이 아니라 중개업자가 먼저 중개에 대한 청약을 하여 소유자가 승낙을 한 경우 소유자와 중개업자간에 중개계약이 성립하였는가 여부<sup>40)</sup> 등이 문제될 수 있을 것이다. 그리고 매수중개계약의 경우에는 매수하고자 하는 대상부동산이 부동산중개계약의 성립 시점에 특정되거란 매우 드물다. 따라서 매수희망부동산의 조건을 명확히 하여 처음부터 부동산중개계약을 체결하는 경우 또한 드물다.

일반적으로 매도중개계약의 경우에는 중개의뢰인이 매매·교환·임대차 그 밖의 중개대상 물건에 대하여 중개업자에게 효과의사를 표시하는 경우에 중개계약이 성립되었다고 보아야 할 것이고, 매수중개계약의 경우에는 어떤 조건에 부합하는 부동산이 발견되면 매수하겠다는 의사를 밝히고 그 매수업무를 위탁하겠다는 의사표시를 하면 부동산중개계약은 성립되었다고 본다. 그러나 매수중개계약의 경우에는 매수희망부동산의 조건이 처음부터 명확하기 어려우므로 중개업자가

정을 적용하려는 의도로 파악된다.

38) 황영두, 앞의 논문, 247면.

39) 이 경우는 구두에 의한 중개계약도 가능하므로 최초 중개업자와 중개계약이 체결되었다고도 할 수 있을 것이다. 중개계약서가 없다면 중개의뢰사실을 입증하기가 곤란하기 때문에 서면화되지 않은 매도중개계약은 성립되었다고 보기 어려울 것이다.

40) 이 경우에는 중개계약의 성립은 인정되나 소유자 입장에서는 보수지급에 대한 명시적인 약속이 없었다는 점을 근거로 중개보수의 지급을 거절할 것이다. 그러나 무상중개계약이라는 특약이 없는 한 유상중개계약이라고 보아야 하므로 중개업자는 중개보수를 청구할 수 있을 것이다.

중개대상물건을 중개의뢰인에게 알선하는 경우(예를 들어 이미 접수된 매도희망 부동산 등에서 도면과 관련서류를 보이고 현장안내를 하는 등 알맞은 부동산을 제시하는 경우)에 중개계약이 구두계약에 의해 성립된 것으로 보아야 할 것이다.

### (5) 불요식계약

부동산중개계약은 낙성계약이므로 실무에서는 일반적으로 구두에 의한 계약으로 진행되는 경우가 많으므로 중개계약서를 작성하지 않는 경우가 대부분이다. 부동산중개계약이 서면화되지 않음으로 인해서 중개업자로서는 중개활동에 진력을 다하고도 중개수수료를 받지 못하는 경우도 많다. 이는 지역에 기반을 두고 신용이나 신뢰를 바탕으로 영업을 하는 중개업자로서는 중개의뢰인과의 소송을 통하여 중개수수료 문제를 해결한다는 것 자체가 영업상 손실로 이어질 수 있다는 우려로 법적인 대응을 하지 못하는 경우가 대부분이기 때문으로 해석된다.

관행적으로 작성하게 되는 일체의 서류는 부동산중개계약의 성립요건이 아니라 부동산중개계약 이후에 분쟁이 발생하는 때에 증거자료로 활용하기 위한 편의상의 서류에 불과하다.<sup>41)</sup> 다만, 공인중개사법 제22조에서는 “중개의뢰인은 중개의뢰 내용을 명확하게 하기 위하여 필요한 경우에는 중개업자에게 일정한 사항을 기재한 일반중개계약서의 작성을 요청할 수 있다.”고 규정하고, 같은 법 제23조에서는 “중개의뢰인은 중개대상물의 중개를 의뢰함에 있어서 특정한 중개업자를 정하여 그 중개업자에 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 계약을 체결할 수 있다.”(제1항), “전속중개계약은 국토해양부령이 정하는 계약서(전속중개계약서)에 의하여야 하며, 중개업자는 전속중개계약을 체결한 때에는 당해 계약서를 국토해양부령이 정하는 기간(3년) 동안 보존하여야 한다.”(제2항)고 규정하여 중개계약의 서면화를 기하고 있다.

그러나 공인중개사법 제22조의 “일반중개계약서”는 작성을 요청할 수 있을 뿐이고, 특히 공인중개사법 제23조 제2항의 전속중개계약의 경우에는 전속중개계약을 체결할 때에는 전속중개계약서에 의하도록 하면서 작성의무위반시에는 업무정지 3월의 사유로 규정하고는 있으나, 전속중개계약서를 작성하지 않은 경우에도 전속중개계약의 성립이 부정되는 것은 아니고 제재의 대상이 될 뿐이라는 점에서 전속중개계약도 불요식계약에 해당하며, 전속중개계약의 체결 자체가 강제되지

41) 김상명, 앞의 논문, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 160면.

못함에 따라 그 실효성에도 의문이 제기될 수밖에 없는 현실이다.

### Ⅲ. 부동산중개계약의 유형

부동산중개계약의 형태는 분류방법에 따라 부동산중개업자와 중개의뢰인 사이에 다양하게 나타날 수 있다. 부동산중개계약의 유형을 다양하게 분류하는 이유는 중개와 관련된 계약자들의 권리와 의무가 각각 계약내용에 따라 다르며 채무의 내용에 따라 계약책임도 달라지는 것이기 때문이다. 이 논문에서는 일반적으로 논의되고 있는 범위내에서 검토하기로 한다.

#### 1. 일반중개계약(Open Listing Contract)

일반중개계약이란 한 사람의 중개의뢰인이 여러 부동산중개업자에게 의뢰한 후 먼저 거래를 성사시킨 부동산중개업자에게 보수를 지불하는 형태의 계약을 말한다. 중개의뢰인은 중개의뢰내용을 명확하게 하기 위하여 필요한 경우에는 중개업자에게 중개대상물의 위치 및 규모, 거래예정가격, 거래예정가격에 대한 중개수수료, 그 밖에 중개업자와 중개의뢰인이 준수하여야 할 사항을 기재한 일반중개계약서의 작성을 요청할 수 있다(법 제22조).

일반중개계약의 경우에 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 의뢰한 후에도 스스로 거래의 상대방을 찾아서 부동산중개업자를 배제시킨 채 직접 계약을 체결할 수도 있으며, 중개의뢰인의 일방적인 의사표시로 중개계약을 자유롭게 해지할 수도 있고,<sup>42)</sup> 또한 다수의 중개업자에게 동시에 중개를 의뢰할 수도 있다. 이러한 경우에는 다수의 부동산중개업자 중 누구든지 먼저 거래계약을 성립(중개완성)시킨 중개업자만이 보수청구권을 가지므로, 중개업자의 중개활동이 반드시 중개완성과 중개보수로 연결되어지는 것은 아니다.<sup>43)</sup>

42) 건물임대중개의 완료료 조건으로 중개료 상당의 보수를 지급받기로 하는 내용의 계약과 같은 유사위임계약에 있어서는 시기여하에 불문하고 중개완료 이전에 계약이 해지되면 당연히 그에 대한 보수청구권을 상실하는 것으로 계약 당시에 예정되어 있어 특별한 사정이 없는 한 해지에 있어서의 불리한 시기란 있을 수 없으므로, 수임인의 사무처리 완료 전에 위임계약을 해지한 것만으로 수임인에게 불리한 시기에 해지한 것이라고 볼 수는 없어 중개인은 임대중개 의뢰를 받은 건물 전체에 대한 중개가 가능하였음을 전제로 기대중개료 상당의 손해배상청구를 할 수 없다(대법원 1991. 4. 9. 선고 90다18968 판결).

43) 이러한 관점에서 일반중개계약의 경우 중개업자는 중개활동의무를 부담하지 않는다는 견해가 있

따라서 중개업자로서는 중개계약을 체결해도 신의성실에 따른 중개활동의 의무를 부담할 뿐 반드시 거래계약을 성사시켜야 하는 의무와 책임은 없기 때문에, 일반중개계약을 한 중개업자는 책임성을 가지고 적극적인 중개에 전력을 다하지 않게 되는 문제점을 지니고 있다.

## 2. 전속중개계약(Exclusive Agency Listing Contract)

전속중개계약이란 중개대상물의 중개를 의뢰할 때 중개의뢰인이 특정한 부동산 중개업자를 정하여 그 중개업자에 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 계약으로서 중개의뢰인이 스스로 발견한 거래의 상대방과의 거래계약은 허용되는 형태를 말한다. 중개의뢰인은 중개대상물의 중개를 의뢰함에 있어서 특정한 중개업자를 정하여 그 중개업자에 한하여 당해 중개대상물을 중개하도록 하는 계약을 체결할 수 있다(법 제23조 제1항). 따라서 중개의뢰인의 전속중개계약 체결요구를 중개업자가 반드시 수용해야 한다는 강제성이 없으므로 전속중개계약체결에 관한 법 제23조 규정은 임의규정에 불과하다. 다만, 전속중개계약을 체결하면 중개의뢰인과 중개업자에게 여러 가지 특별한 의무가 발생하게 된다.<sup>44)</sup>

전속중개계약의 경우 중개의뢰인은 전속중개계약의 유효기간내에 다른 중개업자와 중개계약을 원칙적으로 체결할 수 없지만 법률로 금지하는 규정은 없다. 다만, 중개의뢰인이 전속중개계약의 유효기간 내에 다른 중개업자에게 중개를 의뢰하여 거래계약이 체결된 경우라든가, 전속중개계약의 유효기간 내에 중개업자의 소개에 의하여 알게 된 상대방과 중개업자를 배제하고 거래당사자간에 직접 거래한 경우(중개업자가 계약서 작성에 참여하지 않았다고 하더라도)에는 전속중개계약을 체결한 중개업자의 중개활동에 대한 중개보수를 지급할 의무가 발생할 뿐만 아니라 신의성실의무 위반에 의한 손해배상책임도 부담해야 한다. 그러나 전속중개계약의 유효기간 내에 중개의뢰인이 스스로 발견한 상대방과 거래한 경우에는 중개보수를 지급할 필요는 없고 중개수수료의 50퍼센트에 해당하는 금액의 범위 안에서 중개업자가 중개행위를 함에 있어서 소요된 비용(사회통념에 비추어 상당하다고 인정되는 비용)<sup>45)</sup>을 지불하여야 한다. 그리고 일반중개계약의 경우에는 거

으나, 중개계약을 쌍무계약으로 해석하는 한 중개업자에게 적극적인 중개활동의무가 있다고 보아야 한다.

44) 구체적인 내용은 공인중개사법 시행규칙 별지 제15호서식(전속중개계약서) 참조.

45) 중개대상물의 거래를 위한 각종 중개활동에 직접적으로 소요되는 비용을 말하며, 중개사무소 유지

래계약의 체결 전에 중개계약을 일방적으로 해지할 수 있지만, 전속중개계약은 유효기간<sup>46)</sup>을 합의에 의해 결정하므로 일방적인 해지는 불가능하다고 볼 수 있다. 만약 중개업자에게 불리한 시기에 계약을 해지함으로써 손해가 발생하였다면 손해를 배상하여야 한다.

전속중개계약을 체결한 중개업자의 입장에서는 전속중개계약서 사용의무(법 제 23조 제2항), 정보를 공개할 의무(법 제23조 제3항), 중개업자가 정보를 공개한 경우에는 지체 없이 공개한 내용을 문서로 중개의뢰인에게 통지해야 할 의무, 업무 처리상황의 통지의무, 중개대상물 확인·설명의무와 성실한 이행의무 등을 부담하게 된다.

이와 같이 전속중개계약은 중개업자에게는 중개권이 확보되어 위상을 확고히 하며, 중개의뢰인의 입장에서는 여러 중개업자를 찾아다니지 않고 책임 있는 중개서비스를 받을 수 있는 장점이 있다. 그러나 한 중개업자에게만 중개를 의뢰하기 때문에 일반중개계약과는 달리 정보를 다수의 중개업자가 공유할 수 없으며, 중개업자가 중개계약기간 동안 신의성실로 중개서비스를 제공하지 않고 중개의뢰인의 사정을 이용하여 중개업자의 이익을 추구하는 수단으로 이용하게 되면 오히려 중개의뢰인에게 매우 부당한 결과를 초래하게 될 수 있다는 단점이 있다.

### 3. 독점중개계약(Exclusive Right to Sell Listing Contract)

독점중개계약은 부동산중개에 있어서 독점적인 권리를 특정 부동산중개업자에게 부여하는 계약의 방식을 말한다. 따라서 중개업자에게 중개권을 독점적으로 부여하는 점에서 보면 전속중개계약과 동일하다고 볼 수 있다(이 점에서 전속중개계약의 장·단점은 독점중개계약의 경우에도 동일하게 적용된다). 그러나 독점중개계약이 체결되면 약정기간에는 거래계약을 누가 성립시키는가에 관계없이 독점중개계약을 체결한 부동산중개업자가 중개수수료를 받게 되는 반면, 전속중개계약의 경우에는 의뢰인이 스스로 발견한 상대방과 직접 거래계약을 체결한 경우 중개수수료를 받을 수 없다는 점에서 차이가 있다. 따라서 독점중개계약은 유효기간 동안만큼은 약정한 부동산중개업자 이외의 어떠한 자에 의한 매각도 허용되

비나 인건비 등 간접비용은 포함되지 않는다. 그러나 어떠한 부분의 비용을 구체적으로 인정해 줄 것이냐의 여부는 논란의 대상이 될 것이며 결국은 법관의 판단에 따를 수밖에 없을 것이다.

46) 유효기간에 관한 규정을 두지 아니한 경우에는 해지가 없는 한 불확정적인 전속중개계약이 유효하게 존재한다고 보아야 한다(강해규, 「부동산중개론」, 형설출판사, 2001, 138면).

지 않는 성질을 지닌다. 우리나라에서는 법률적으로 도입하지 않은 상태이며 실무에서도 극히 제한적으로 체결되는 계약형태이다.<sup>47)</sup>

독점중개계약은 중개의뢰인의 중개보수에 대한 강한 이행채무가 적용되는 만큼 중개업자도 중개의뢰인을 위한 중개활동의무를 보다 강하게 요구하게 된다. 따라서 중개업자가 불성실하게 중개활동을 한다면, 위반하는 경우에는 중개의뢰인이 즉시 중개계약의 해지를 주장할 수 있는 등 다른 형태의 부동산중개계약과는 달리 더 엄격한 계약책임이 있다고 해석된다.

이러한 계약유형은 부동산중개업자에게 보수청구권이 확실히 보장되므로 독자적인 중개판매기법에 의하여 적극적으로 중개활동을 할 수 있으며 부동산중개업의 발전에 기여할 수 있을 것으로 판단되나, 신뢰성 있는 부동산중개업자의 기업화·과학화·전문화가 전제되지 않으면 정착되기 어려울 것으로 판단된다.

#### 4. 공동중개계약(Multiple Listing Contract)

공동중개계약은 전속중개계약과 독점중개계약의 발전된 모습으로 부동산중개업자 단체 또는 다수의 중개업자들의 공동중개활동에 중개의뢰하는 형태를 말한다. 그러나 우리나라 현실에서는 이와 같은 의미의 공동중개계약은 사실상 행해지기 어려우므로 전속 내지 독점중개계약체결시 중개의뢰인이 다른 중개업자의 중개활동참여를 허용하는 특별한 의사표시를 행하는 방식으로 정의내리는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>48)</sup> 미국의 공동중개계약처럼 중개업자들은 중앙의 리스팅 사무국을 신설하여 사무국의 대표자와 중개의뢰인이 중개계약을 맺고 회원인 부동산중개업자와 공동의 노력으로 거래가 성사될 수 있도록 하는 것은<sup>49)</sup> 우리나라의 경우 공인중개사협회가 그 기능을 수행하여야 할 것이나, 아직은 활성화될 단계에 이르렀다고 보여지지는 않는다.

공동중개계약의 경우에는 특별한 약정이 없으면 공동중개계약과 관련한 책임은 중개활동에 참여한 중개업자 모두의 책임으로 해석하는 것이 타당하며, 이 경우 중개업자의 책임에서 한 사람의 중개업자가 중개한 경우보다 2배의 업무보증을 보장받을 수 있게 될 것이다. 또한 부동산중개업의 조직화와 능률화를 위하여 가

47) 황영두, 앞의 논문, 132면.

48) 이 경우 공인중개사법 제23조 규정에 따른 전속중개계약을 체결한 경우에는 정보공개의무가 중개업자에게 주어지므로 공동중개계약의 성격을 아울러 지닌다고 볼 수 있을 것이다.

49) 김상명, 앞의 논문, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 152면.

장 이상적인 방식으로 알려지고 있으나, 다만 공동중개계약에 참여하는 구성원의 자질이 높은 수준이어야 한다는 점이 전제가 된다.<sup>50)</sup>

## 5. 순가중개계약(Net Listing Contract)

순가중개계약은 중개의뢰인이 제시한 중개의뢰가격을 초과하여 받는 금액에 대해 이를 부동산중개업자의 중개수수료로 인정하는 계약방식을 말한다. 부동산중개계약을 위임계약과 유사한 것으로 이해하는 한 계약자유와 사적자치의 원칙을 근간으로 하는 민사계약의 원리상 충분히 허용될 수 있는 형태의 중개계약이다.

순가중개계약을 허용하는 것이 타당한 이유는 첫째, 순가중개계약의 체결을 금지하는 것은 계약자유 원칙에 어긋나며, 둘째 의뢰인에게 별도의 중개수수료 지급 부담을 주지 않고 중개업자의 능력에 따라 수수료가 정해지는 효과가 있어 중개업자의 적극적인 중개 노력을 유도할 수 있다는 점에서 보면 부동산거래시장에서 매우 유용하게 활용되고 있는 유형이기도 하며, 셋째 순가중개계약을 금지하는 법률규정이 현재는 존재하지 않으며, 넷째 순가중개계약으로 발생하는 중개수수료 금액이 법정중개수수료 초과가 될 지, 아니면 더 적을 것인지 단정할 수 없다는 것이다.<sup>51)</sup>

순가중개계약이 체결될 경우 자칫하면 중개 수수료가 지나치게 과다하게 되어 거래 성사의 장애요인으로 작용할 수 있을 뿐 아니라 부동산중개업자가 개인 수익의 증대의욕만 앞세울 경우 부동산가격의 거품이 조장되고 건전한 거래 질서를 교란할 우려가 높다는 문제점을 안고 있는 것은 사실이다. 우리 대법원은 중개수수료의 한도를 정하는 한편 이를 초과하는 수수료를 받지 못하도록 한 공인중개사법 제33조 등 관련 법령의 규정들은 중개수수료 약정 중 소정의 한도를 초과하는 부분에 대한 사법상의 효력을 제한하는 이른바 강행법규에 해당하고, 따라서 구 부동산중개업법 등 관련 법령에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개수수료 약정은 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효라고 판시하고 있다.<sup>52)</sup>

50) 이창석, 「부동산학개론」, 형설출판사, 2004, 483면.

51) 현행 공인중개사법 제33조 제2호에서는 일정 수준의 수수료 또는 실비를 초과하여 금품을 받거나 그 외에 사례·중여 기타 어떠한 명목으로도 금품을 받는 행위를 금지행위로 정하고 있고, 같은 법 제38조 제2항 제9호는 위와 같은 금지행위를 한 경우 등록관청이 중개업등록을 취소할 수 있도록 규정하는 한편, 같은 법 제49조 제1항 제10호는 위와 같은 금지규정을 위반한 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으나, 이 규정이 순가중개계약의 체결을 금지하는 규정이라고 해석할 수는 없다.

【중개계약의 유형별 특성】<sup>53)</sup>

구 분	일반중개계약	전속중개계약	독점중개계약
중개계약 전속권	×	○	○
중개업자 활동의무	×	○	○
위약금조항	×	○	○
소유자 직접거래	○	○	×
계약 유효기간	△	○	○
중복의뢰	○	×	×
중개의뢰방식	구두의뢰	서면의뢰	서면의뢰

#### IV. 부동산중개계약제도의 개선방향

##### 1. 부동산중개계약의 서면화

오늘날 계약자유의 원칙이 사회질서에 의해 제한되는 범위가 점차 확대되어가고 있음을 감안할 때, 부동산중개계약의 서면화는 계약의 분쟁을 사전에 방지하는 데 있어서 매우 중요한 과제다.<sup>54)</sup>

일반중개계약의 경우 일반적으로 가장 빈번하게 이루어지고 있는 중개계약의 한 유형임에도 불구하고 서면화 되지 않은 관계로 사후 분쟁의 발생 가능성에 대처하지 못하고 당사자간 분쟁이 발생할 경우에는 입증의 곤란으로 책임소재가 불분명하다. 즉 일반중개계약(보통 구두계약)은 부동산중개계약 당사자의 권리와 의무가 명확하지 않고 법적 분쟁이 발생하면 근거자료가 미비하여 불리한 입장에 있는 자가 거짓 진술을 할 경우에 진실규명이 어렵다는 문제점이 있다.

전속중개계약의 경우에도 공인중개사법 제23조 제2항에 의하면 전속중개계약은 국토해양부령이 정하는 계약서를 작성하도록 의무화하고 있으나, 전속중개계약의 체결여부가 임의적인 사항으로 되어 있다. 따라서 실무상 중개의뢰인의 적극적인

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

53) 최봉현, “부동산의 전속중개계약 및 거래정보망 합리화 방안”, 박사학위논문, 강원대학교 대학원, 2007, 48면.

54) 독일 민법 제313조의 부동산매매계약과 그리고 같은 법 제518조의 증여계약의 규정에서는 공정증서로 작성하여야 한다고 규정하고 있으며, 프랑스민법 제1341조도 계약의 목적물이 일정액 이상의 가치가 있는 경우에는 증서의 작성을 요구한다.

요구에 의하여 전속중개계약이 체결되는 경우는 흔하지 않고, 대부분의 경우 안정적인 중개활동을 원하는 부동산중개업자의 권유에 의하여 체결되고 있어 전속중개계약서가 작성되는 사례는 드물다고 볼 수 있다.

부동산중개계약이 서면화되면 부동산중개업자와 중개의뢰인이 부동산중개계약을 체결할 때부터 양 당사자간의 법률관계가 명확해지고, 부동산중개계약의 내용이 공개적으로 드러나게 되므로, 그 후에 자기에게 유리한 방향으로 진술을 바꾸거나, 부동산중개계약의 내용에 대한 의사표시를 철회하는 등 부동산중개계약상의 채무이행을 회피하는 것도 예방할 수 있게 된다. 또한 중개의뢰인은 부동산중개업자에게 서면화된 중개계약의 효력을 주장하여 부동산중개업자에게 중개활동을 하도록 강제할 수 있고, 그에 따른 의무와 책임을 명확하게 물을 수 있게 된다.

입법론적으로는 공인중개사법 제25조 제1항이 “중개업자는 중개대상물에 관하여 중개가 완성된 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 거래계약서를 작성하여 거래당사자에게 교부하고 대통령령이 정하는 기간 동안 그 사본을 보존하여야 한다.”고 규정하고 있는 바, 거래계약서를 작성·교부하는 때에 부동산중개계약서를 첨부하여 교부하도록 함으로써 자연스럽게 중개계약이 서면화되도록 할 필요가 있다. 또한 부동산중개계약에 의한 분쟁발생시에 소송상 부동산중개계약서를 제출하지 않는 자에게 거증책임을 지우는 것도 부동산중개계약의 서면화를 정착시키는 데 기여할 것으로 본다. 나아가 투명한 부동산거래와 법률적 계약책임의 명확화를 위해 계약책임으로 손해배상청구를 담보하기 위해서는 부동산중개계약에 있어서 계약의 서면화를 법제화하는 것도 고려할 사항이다.

## 2. 부동산중개계약의 표준화

부동산중개계약을 서면화하고 그 계약서의 작성을 의무화하기 위해서라도 중개계약내용의 적절한 표준화작업은 이루어져야 한다.

일반중개계약의 경우 공인중개사법 시행규칙 별지 제14호<sup>55)</sup>에서는 “중개업자는 중개대상물의 거래가 조속히 이루어지도록 성실히 노력하여야 한다.”고 규정하고, 중개의뢰인은 “중개대상물의 거래에 관한 중개를 다른 중개업자에게도 의뢰할 수 있고, 중개업자가 중개대상물의 확인·설명 의무를 이행하는데 협조하여야 한다.”

55) 2000. 7. 29 건설교통부령 제250호에서 “중개계약서”라는 제목으로 신설되었으나, 2005. 12. 30 건설교통부령 제487호에서 “일반중개계약서”로 일반중개계약의 표준서식임을 명확히 하였다.

고 규정하고 있을 뿐 중개업자와 중개의뢰인의 권리와 의무에 관한 구체적인 조항을 두지 않고 있다. 뿐만 아니라 전속중개계약의 경우에도 같은 법 시행규칙 별지 제15호<sup>56)</sup>에서 중개의뢰인의 계약의무 위반에 대해 중개의뢰인에게만 위약금을 지불하도록 규정되어 있을 뿐 중개업자의 의무위반에 대한 위약금 조항이 없는 계약상 불평등의 문제를 안고 있다.

따라서 현재 공인중개사법 시행규칙에서 규정하고 있는 일반중개계약서와 전속중개계약서의 표준서식을 보다 구체화하여 중개업자와 중개의뢰인의 권리와 의무의 내용을 보다 명확하게 하고, 계약당사자간의 불평등의 문제를 해소시키는 등 중개계약내용의 적정한 표준화를 이루어 중개업자와 중개의뢰인을 함께 보호할 수 있도록 하여야 할 것이다. 나아가 독점중개계약, 공동중개계약 등 다양한 형태의 중개계약에 대한 표준서식도 함께 규정함으로써 다양한 형태의 중개계약 체결에 따른 분쟁발생에 대비하여야 한다.

### 3. 부동산중개계약의 다양화

현행 제도상으로 인정된 부동산중개계약의 유형은 공인중개사법 제22조에 규정된 일반중개계약과 같은 법 제23조에 규정된 전속중개계약 두 종류이다.

일반중개계약은 중개의뢰인이 통상 불특정다수의 중개업자를 상대로 하여 중개계약을 체결하기 때문에 중개의뢰인으로부터 중개의뢰를 받은 수인의 부동산중개업자가 중개계약에 따른 이행을 위하여 많은 비용과 시간을 소요했다고 하더라도 그 중 1인의 부동산중개업자가 먼저 중개를 완성하거나 중개의뢰인이 직접 거래 상대방과 거래계약을 체결하게 되면 나머지 부동산중개업자들의 경우에는 결과적으로 노력을 한 만큼 손해가 발생한다는 불리한 점이 있다. 이로 인해 중개보수에 대해 확신을 갖지 못하게 되는 부동산중개업자는 당연히 적극적인 책임중개에 나서지 않게 된다. 또한 중개의뢰인에게 최대한 자율성을 인정할 수 있지만 중개업자에게는 중개완성으로 인한 중개수수료 취득기회가 희박하여 거래물건의 제시

56) 1994. 6. 10 건설부령 제555호에서 “표준계약서”라는 제목으로 신설되었으며, 이 당시에는 중개의뢰인의 위약금을 중개의뢰인이 지불하여야 할 법정중개수수료에 해당하는 금액을 지불하도록 하였다. 이후 이 서식은 2000. 7. 29 건설교통부령 제250호에서 “전속중개계약서”로 제목을 변경하면서, 중개의뢰인의 위약금을 중개의뢰인이 지불하여야 할 중개수수료에 해당하는 금액으로 하여 “법정”이라는 표현을 삭제하였다. 이는 위약금을 법정중개수수료에서 약정중개수수료로 명확히 한 것으로 해석된다.

와 거래의 성립을 위한 시간과 비용의 자발적 지출을 기피하는 단점이 있다.

전속중개계약은 특정한 중개업자와 반드시 법령상 정해진 서식에 의하여 체결하도록 함으로써 대부분 불특정 다수의 중개업자와 구두로 이루어지는 일반중개계약의 단점을 상당부분 보완해 주는 중개계약 유형이라고 할 수 있다. 그러나 일반중개계약과는 달리 특정한 부동산중개업자에게만 중개를 의뢰하기 때문에 그 중개업자가 능력이 없거나 불성실한 경우에는 중개의뢰인에게 불측의 손해를 줄 수 있다. 이를 보완하기 위해서는 부동산거래정보망과 같은 정보공유제도의 활성화가 필수적이다. 그러나 우리나라의 부동산거래정보망의 현실은 전속중개계약의 실효성을 뒷받침하기에는 매우 취약한 환경에 놓여 있다. 따라서 부동산거래정보망의 활성화를 위한 인프라의 구축 등 정부의 적극적인 지원이 뒤 따라야 할 것으로 판단된다.

부동산중개계약의 효력에 있어서 양 당사자에게 의무와 권리도 동시에 부여되어 그 한계가 명확해 지는 전속중개계약이 일반중개계약 보다는 합리적이고 명확한 중개계약이라 할 수 있다. 따라서 부동산중개계약상 권리와 의무가 불명확한 일반중개계약을 지양하고 양 당사자간 상호 신뢰를 바탕으로 성실하게 책임과 의무를 다할 수 있고, 하나의 중개업자에게만 중개활동과 중개행위를 의뢰하는 전속중개계약에 의한 부동산거래가 이루어지도록 하는 실질적인 방안이 강구되어야 한다. 입법론적으로는 일정 규모 이상의 부동산 거래시에는 전속중개계약을 의무화할 필요성이 있다. 즉 비교적 다액인 일정 규모 이상의 부동산거래를 중개할 경우에는 의무적으로 전속중개계약을 체결하게 함으로써 중개업자의 책임중개를 강화하고 나아가 중개의뢰인을 보호할 필요성이 있다. 그리고 선진국에서 활용되고 있는 공동중개계약 또는 독점중개계약 등의 제도도 도입하여 이를 유형화할 필요가 있다. 중개계약의 다양한 유형화는 중개계약 당사자간에 선택의 폭을 넓힐 것이며 거래별 특성에 맞는 수요에 부응하게 될 것이기 때문이다.

한편 순가중개계약의 경우에도 부동산중개계약제도의 건전성을 확보하고 나아가 부동산거래질서를 확립하기 위해서라도 허용하되, 너무 과도한 중개보수를 받는 경우에는 소송을 통하여 감액청구를 할 수 있도록 하거나, 정해진 중개수수료 이외에 성공보수비를 추가로 지급하기로 하는 중개계약 당사자간의 약정은 적법한 것으로 인정할 필요가 있다.

#### 4. 부동산중개계약의 전형화

부동산중개계약이 민법상 전형계약의 한 유형으로 자리를 잡지 못하고 있음에 따라 그 법적 성질을 밝힘에 있어 학설과 판례에 의존할 수밖에 없고, 학설과 판례의 변화에 따라 중개계약의 법적 성질도 변동될 수 있는 것이며, 중개계약의 법적 성질의 가변성은 결과적으로 중개계약상의 법률관계를 불안정하게 할 염려가 있게 된다.

현재 부동산중개계약의 해석론에서는 고용계약의 모습을 보이면서 도급의 형태로 해석하고 사무처리라는 이유와 선관주의 의무라는 이유 등으로 위임계약에 준한다고 해석을 하고 있다. 부동산중개계약은 그 성질상 각종 전형계약의 요소들을 조금씩 지니고 있을 뿐만 아니라, 부동산중개계약의 유형에 따라 다양한 형태로 다양한 권리와 의무관계가 형성된다고 볼 수 있다. 따라서 다양한 법률관계를 가지는 부동산중개계약을 어떤 전형계약 하나의 법리로 해석한다는 것은 합리적이지 못하다. 그러므로 부동산중개계약을 새로운 독자적인 전형계약의 법률관계로 모색할 필요가 있고, 이러한 관점에서 법무부의 민법개정안에 중개계약에 관한 규정을 신설하는 것은 시사하는 바가 크다.

입법론적으로도 상사중개계약과 민사중개계약을 계약법에 함께 명문으로 규정해 두고, 상사중개의 경우에는 중개계약의 특성에 맞는 세부규정을 적용하여 해석하고, 민사중개의 경우에는 민사중개계약의 특질을 잘 살피서 세부규정을 적용하고 있는 스위스 채무법의 입장을 참고하여 우리 민법도 중개계약에 관한 일반원칙을 규정하고, 공인중개사법에는 부동산중개계약에 관한 세부규정을 규정함으로써 계약법의 통일화<sup>57)</sup>가 필요하다.

### V. 결론

오늘날 대부분의 나라들이 계약자유 원칙에 따라 부동산에 대한 소유권과 사용권 등 부동산과 관련된 각종 권리들을 사인이 자유롭게 거래할 수 있도록 법적

57) 황영두, 앞의 논문, 10면은 부동산중개계약법도 국제사회에서 모법적인 법체제를 창출해 내고 계약법의 범주 안에서 국제적으로 부동산거래가 일관된 부동산중개계약의 체계에 의해 이루어지는 시스템을 갖추어야 한다는 측면에서 중개계약의 전형화에 관한 논의를 계약법의 통일화의 문제로 보고 있다.

화하고 있다. 부동산중개계약의 형태를 보면 민법의 사적자치의 원칙을 그 기본이념으로 하여 공서양속에 반하지 않는 한 다양한 모습으로 부동산중개계약이 이루어지고 있다. 부동산중개계약은 중개대상물에 관하여 중개의뢰인은 중개업자에게 중개를 의뢰하고, 그 중개완성에 대하여 중개의뢰인은 중개업자에게 보수를 지급할 것을 약정하는 비전형계약을 말한다. 따라서 부동산중개계약은 계약법상 전형계약으로 규정되어 있지 않으므로 계약당사자인 중개업자와 중개의뢰인간의 사적자치의 원칙에 따라 자유로운 의사에 따라 다양한 특성을 가지고 있는 종류의 중개계약을 체결할 수 있다.

부동산중개계약은 민사중개계약이며, 양 당사자간에 무상으로 하겠다는 특약이 없는 한 원칙적으로 유상계약으로 해석되고 부동산중개계약의 체결에 의하여 급부와 반대급부에 대하여 강제적으로 이행을 청구할 수 없는 점에서는 순수한 쌍무계약이라고 할 수 없지만 중개업자의 급부이행의무가 신의칙에 따라 신의성실하게 이행할 의무와 대가관계에 있는 중개의뢰인의 보수지급의무를 발생시킨 점에서 양 당사자간의 의무는 동시이행관계가 존재하는 쌍무계약이라고 해석된다. 그리고 부동산중개계약은 낙성·불요식계약으로서 중개업자에게 중개대상물의 확인·설명 의무를 강화하는 고도의 주의의무가 요구된다는 점에서 민법상 위임과는 다른 독자적인 형태의 계약으로 보는 것이 옳을 것이다.

공인중개사법상 부동산중개계약에 있어서는 서면에 의한 전속중개계약을 의무적으로 체결하도록 하여 중개업자에게 부동산중개계약의 체결에 따른 계약책임을 강화할 수 있는 제도적 보완이 필요하며, 건전한 부동산중개계약제도의 정착을 위해서라도 부동산거래정보망의 활성화와 중개보수의 현실화는 무엇보다도 우선적으로 해결되어야 하는 선결과제이며, 이에 대한 중개업자와 중개의뢰인의 인식 전환이 필요하다고 생각된다.

부동산거래와 중개에 관한 문제점들은 행정규제법만으로는 해결할 수 없는 영역이며, 국민들의 가치관의 변화와 부동산거래계약과 부동산중개계약의 당사자 등 계약자의 계약책임의 범위와 한계에 대한 민사법적 범리구성 등이 유기적으로 결합해야 해결될 수 있다. 부동산중개업자와 중개의뢰인 사이의 계약책임에 대한 분쟁이 예방되고 부동산중개계약의 양 당사자의 권익이 동등하게 보호되는 방안이 모색되고, 부동산중개계약의 계약책임에 대한 새로운 범리해석의 기초가 마련되어 계약정의를 이룩하고, 나아가 계약법의 일반원칙과 합리성에 적합한 부동산중개계약이 형성되어 정착되기를 기대한다.

## 참고문헌

- 강해규, 「부동산중개론」, 형설출판사, 2001.
- 김기수, 「한국민사중개계약론」, 법문사, 1973.
- 김상명, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 「법학연구」, 제25집, 한국법학회, 2007. 2.
- 김상명, “부동산중개계약에 관한 연구(2)”, 「법학연구」, 제26집, 한국법학회, 2007. 5.
- 김상명, “부동산중개업자의 민사책임에 관한 연구”, 「토지공법연구」, 제21집, 한국토지공법학회, 2004.
- 법무부, 「민법(재산편)개정자료집」, 2004. 11.
- 서진형, 「최신 부동산중개론」, 부연사, 2008.
- 소성규, “부동산중개계약에 관한 고찰”, 「부동산법학의 제문제」, 석하김기수교수 화갑기념논문집, 1992.
- 소성규, “부동산중개계약에 관한 판례의 동향”, 「부동산학연구」, 제4집, 한국부동산분석학회, 1998.
- 소재선, “독일민법상 중개계약”, 「경희법학」, 제36집 제1권, 2001.
- 양창수 역, 「독일민법전(총칙·채권·물권)」, 박영사, 2005.
- 이대운 외, 「공인중개사법령 및 중개실무」, 고시연구원, 2008.
- 이재웅, “부동산중개계약의 부존재와 부동산중개업자의 보수청구권”, 「부동산정책연구」, 제1집 제1호, 한국부동산정책학회, 2000. 3.
- 이창석, 「부동산학개론」, 형설출판사, 2004.
- 이형규, “민사중개인과 상사중개인의 비교”, 「부동산법학의 제문제」, 석하김기수 교수화갑기념논문집, 1992.
- 정인성, “한국부동산중개제도의 발전방안에 관한 연구”, 「사회과학논총」, 제11집, 전주대사회과학연구소, 1995.
- 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2005.
- 최봉현, “부동산의 전속중개계약 및 거래정보망 합리화 방안”, 박사학위논문, 강원대학교 대학원, 2007.
- 황영두, “부동산중개계약의 계약책임에 관한 연구”, 박사학위논문, 창원대학교 대학원, 2006.

## ABSTRACT

### Study on the Real Estate Listing Contract in Business Affairs of Licensed Real Estate Agents and Report of Real Estate Transactions Act

Kim, Dae-Myeong · Lee, Dae-Woon

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 transaction to success.

The purpose of this thesis study is to contribute the protection of citizens property and secure the developing dealing order through the developing method offering by grasp of the problems on the contraction system between the brokers and reliances.

This paper consists of 5 chapters. Chapter 1 is introduction and chapter 2 is about concept of real estate listing contract, including the history of real estate listing contract. Chapter 3 types of real estate listing contract and chapter 4 will suggest how to improve real estate listing contract, the subject of the paper. Chapter 5 will summarize what has been discussed in the paper.

Finally, this study hope to help the development of the real estate listing contract in Business Affairs of Licensed Real Estate Agents and Report of Real Estate Transactions Act.

\* Key words : listing, brokerage, real estate listing contract, real estate brokerage, listing contract, open listing contract, exclusive agency listing contract