

공인중개사법상 중개보수 관련 조항에 대한 헌법적 고찰

-헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정의 평석-

A Constitutional Study on the Provisions Related to Brokerage Fees in the Real Estate Brokerage Act

-Annotation of the Constitutional Court Decision 2016.
5. 26. Sentence, 2015HunMa248-

이 희 훈*

Lee, Hie-Houn

목 차

- | | |
|--|---------|
| I. 들어가는 말 | III. 평석 |
| II. 공인중개사법상 중개보수 한도조항
등에 대한 헌법재판소의 견해 | IV. 맺음말 |

먼저 부동산을 거래하는 사람들은 공인중개사법의 중개보수 지급시
기 규정에서 위임하고 있는 어떤 집행행위에 의하여 부동산 중개보수
를 청구할 수 있는 것이 아니고, 동 규정에 의하여 직접 부동산의 중개
보수를 청구할 수 있다. 따라서 동 규정은 헌법소원심판의 직접성 요건

투고일 : 2018. 12. 31. / 심사외뢰일 : 2019. 1. 31. / 게재확정일 : 2019. 2. 12.

* 선문대학교 법·경찰학과 교수

Associate Professor of Law and Police at SunMoon University

을 갖추었다고 판시한 헌법재판소의 견해는 타당하다.

다음으로 공인중개사법상 중개보수 한도조항은 공공복리를 실현하기 위한 것으로 그 입법 목적은 정당하다. 그리고 동 규정에 의하여 공인중개사들의 부동산 중개개업을 포기하게 만드는 정도는 아니므로, 과잉금지의 원칙에 위반되지 않는다고 판시한 헌법재판소의 견해는 타당하다. 그리고 우리나라에서 부동산에 대한 투기적 수요를 방지하기 위하여 법정 보수요율을 초과하여 금품을 받은 공인중개업자에게 변호사 등의 다른 전문직과 다르게 형사처벌을 부과할 수 있도록 공인중개사법에 규정한 것은 평등권과 형벌체계상의 정당성이나 균형성을 상실한 것이 아니라고 판시한 헌법재판소의 견해는 타당하다.

끝으로 공인중개사법의 중개보수 위임조항에서 부동산 중개보수에 대하여 해당 부동산 거래금액에 대한 일정한 비율을 기준으로 그 상한과 하한을 정할 것이라는 점을 누구나 쉽게 예측할 수 있고, 급변하는 부동산 시장의 상황에 따라서 신속하고 적절하게 대응할 수 있도록 국토교통부령이나 시와 도의 조례로 정하도록 한 것과 동법의 중개보수 지급시기조항에서 대통령령에 위임한 중개보수의 지급시기는 부동산 거래계약이 성립된 이후부터 완료되기 전까지 구체화될 것이라는 점을 충분히 예측할 수 있다는 점에서 동법의 중개보수 지급시기조항은 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 않는다고 판시한 헌법재판소의 견해는 타당하다.

[주제어] 공인중개사법, 중개보수 한도·위임·지급시기조항, 형사처벌 조항, 헌법소원 심판의 직접성, 과잉금지의 원칙, 포괄위임금지의 원칙

I. 들어가는 말

채○영은 1985년에 부동산 공인중개사(이하에서 “공인중개사”로 줄임)의 자격을 취득하고 2015년 1월 30일에 공인중개사 사무소의 개설등록을 한 사람이고, 정○은 2014년 11월 26일에 공인중개사의 자격을 취득하고 2015년 1월 14일에 공인중개사 사무소의 개설등록을 한 사람이다.

이들은 공인중개사의 중개보수의 한도를 정하고 있는 공인중개사법(2014년 1월 28일에 법률 제12374호로 개정된 것) 제32조 제4항¹⁾ 및 제33조 제3호²⁾ 중에서 중개보수에 관한 부분과 공인중개사법 시행규칙(2014년 7월 29일에 국토교통부령 제115호로 개정된 것) 제20조 제1항³⁾ 및 공인중개사법 시행규칙(2015년 1월 6일에 국토교통부령 제173호로 개정된 것) 제20조 제4항⁴⁾과 [별표 3]의 조항⁵⁾(이하에서 이러한 조항들을 “중개보수 한도조항”으로 줄임. 다만 이 가운데 공인중개사법 제32조 제4항 중에서 중개보수에 관한 부분을 “중개보수 위임조항”으로 줄임)

-
- 1) 공인중개사법(2014. 1. 28. 법률 제12374호로 개정된 것) 제32조 제4항에서는 “주택(부속토지를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 중개에 대한 보수와 제2항에 따른 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령이 정하는 범위 안에서 특별시·광역시·도 또는 특별자치도(이하 ‘시·도’라 한다)의 조례로 정하고, 주택 외의 중개대상물의 중개에 대한 보수는 국토교통부령으로 정한다.”라고 규정되어 있었다.
 - 2) 공인중개사법(2014. 1. 28. 법률 제12374호로 개정된 것) 제33조 제3호에서는 “개업 공인중개사 등은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다. … 3. 사례·중여 그 밖의 어떠한 명목으로도 제32조에 따른 보수 또는 실비를 초과하여 금품을 받는 행위”라고 규정되어 있었다.
 - 3) 공인중개사법 시행규칙(2014. 7. 29. 국토교통부령 제115호로 개정된 것) 제20조 제1항에서는 “공인중개사법 제32조 제4항에 따른 주택의 중개에 대한 보수는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 그 일방으로부터 받을 수 있는 한도는 매매·교환의 경우에는 거래금액의 1천분의 9 이내로 하고, 임대차 등의 경우에는 거래금액의 1천분의 8 이내로 한다.”라고 규정되어 있었다.
 - 4) 공인중개사법 시행규칙(2014. 7. 29. 국토교통부령 제115호로 개정된 것) 제20조 제4항에서는 “공인중개사법 제32조 제4항에 따라 주택 외의 중개대상물에 대한 중개보수는 다음 각 호의 구분에 따른다. 1. 건축법 시행령 별표 1 제14호 나목 2)에 따른 오피스텔(다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우에 한정한다): 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 별표 3의 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 개업 공인중개사가 서로 협의하여 결정한다.”라고 규정되어 있었다.
 - 5) 공인중개사법 시행규칙(2015. 1. 6. 국토교통부령 제173호로 개정된 것) [별표 3] 조항에서는 “오피스텔 중개보수 요율(제20조 제4항 관련) - 1) 매매·교환 시의 상한 요율: 1천분의 5, 2) 임대차 등의 상한 요율: 1천분의 4”라고 규정되어 있었다.

이 공인중개사의 중개업무의 난이도, 복잡성, 소요되는 시간 등을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 부동산 거래금액에 대한 요율의 상한을 정하여 중개보수를 규제하고 있으므로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반되어 자신들의 헌법상 직업수행의 자유를 침해하고, 해당 보수가 자율화된 변호사 등과 합리적인 이유 없이 자신들의 공인중개사의 보수에 대하여 차별 취급을 하여 평등권을 침해하여 위헌적 규정이며, 이 중에서 중개 보수 위임조항은 중개보수를 정하는 대략의 기준을 특정하지 않고 국토교통부령에 위임하여 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 자신들의 기본권을 침해하여 위헌적 규정이라고 주장하면서, 2015년 3월 12일에 권리구제형 헌법소원심판을 청구하였다.

그리고 이들은 공인중개사법상 중개보수 한도조항이 위헌이므로, 공인중개사법(2005년 7월 29일에 법률 제7638호로 전부 개정된 것) 제35조 제1항 제4호⁶⁾와 동법 제33조 제3호 가운데 중개보수에 관한 부분과 동법 제36조 제1항 제7호⁷⁾ 중에서 동법 제33조 제3호 가운데 중개보수에 관한 부분 및 공인중개사법(2014년 1월 28일에 법률 제12374호로 개정된 것) 제38조 제2항 제9호⁸⁾ 중에서 제33조 제3호 가운데 중개보수에 관한 부분과 동법 제39조 제1항 제14호⁹⁾ 중에서 동법 제33조 제3호 가운

-
- 6) 공인중개사법(2005. 7. 29. 법률 제7638호로 전부개정된 것) 제35조 제1항에서는 “시·도지사는 공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 한다. … 4. 이 법을 위반하여 징역형의 선고를 받은 경우”라고 규정되어 있었다.
- 7) 공인중개사법(2005. 7. 29. 법률 제7638호로 전부개정된 것) 제36조 제1항 제7호에 의하면 “시·도지사는 공인중개사가 소속공인중개사로서 업무를 수행하는 기간 중에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6월의 범위 안에서 기간을 정하여 그 자격을 정지할 수 있다. … 7. 제33조 각 호에 규정된 금지행위를 한 경우”라고 규정되어 있었다.
- 8) 공인중개사법(2014. 1. 28. 법률 제12374호로 개정된 것) 제38조 제2항 제9호에서는 “등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다. … 9. 제33조 각 호에 규정된 금지행위를 한 경우”라고 규정되어 있었다.
- 9) 공인중개사법(2014. 1. 28. 법률 제12374호로 개정된 것) 제39조 제1항 제14호에서는

데 중개보수에 관한 부분(이하 이러한 조항들을 “행정제재조항”으로 줄임) 역시 위헌적 규정이라고 주장하면서, 2015년 3월 12일에 권리구제형 헌법소원심판을 청구하였다.

또한 이들은 공인중개사법(2005년 7월 29일에 법률 제7638호로 전부 개정된 것) 제49조 제1항 제10호¹⁰⁾ 중에서 동법 제33조 제3호 가운데 중개보수에 관한 부분(이하에서 “형사처벌조항”으로 줄임)은 공인중개사법상 중개보수 한도조항의 위헌성에 의하여 역시 위헌적 규정이고, 과태료와 같은 행정제재만으로도 충분히 해당 입법의 목적을 달성할 수 있으므로 형벌체계의 정당성이나 균형성을 상실하여 헌법에 위반되며, 보수가 자율화된 변호사 등의 경우에 형사처벌조항이 없다는 점과 동법(2014년 1월 28일에 법률 제12374호로 개정된 것) 제32조 제3항¹¹⁾ (이하에서 “중개보수 지급시기조항”으로 줄임)이 대략의 기준을 그 법률 규정 자체에서 특정하지 않고 모두 대통령령에 위임하여 포괄위임금지 원칙에 위반되어 위헌적 규정이라고 주장하면서, 2015년 3월 12일에 권리구제형 헌법소원심판을 청구하였다.

이하에서는 먼저 채○영과 정○이 헌법재판소에 제기한 이 사건에 대한 권리구제형 헌법소원심판에서의 공인중개사법상 중개보수와 관련된 여러 조항들에 대한 헌법재판소 재판관들의 다수의 견해와 소수의 견해를 요약하여 제시한다(이하 II). 다음으로 본 헌법재판소의 판례에

“등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6월의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 이 경우 법인인 개업공인중개사에 대하여는 법인 또는 분사무소별로 업무의 정지를 명할 수 있다. … 14. 그 밖에 이 법 또는 이 법에 의한 명령이나 처분을 위반한 경우”라고 규정되어 있었다.

10) 공인중개사법(2005. 7. 29. 법률 제7638호로 전부개정된 것) 제49조 제1항 제10호에서는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다. … 10. 제33조 제1호 내 지 제4호의 규정을 위반한 자”라고 규정되어 있었다.

11) 공인중개사법(2014. 1. 28. 법률 제12374호로 개정된 것) 제32조 제3항에서는 “제1항에 따른 보수의 지급시기는 대통령령으로 정한다.”라고 규정되어 있었다.

대한 평석 부분으로, 채○영과 정○이 헌법재판소에 제기한 이 사건의 권리구제형 헌법소원심판에서 먼저 본 사건의 공인중개사법상중개보수 지급시기조항이 헌법소원심판의 청구요건 중에서 직접성 요건을 충족하는지 여부에 대하여 살펴본다(이하 III-1). 다음으로 이러한 공인중개사법상 중개보수 한도조항이 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반되지 않으므로 채○영과 정○의 직업수행의 자유를 침해하지 않는다고 판시한 헌법재판소 재판관 전원의 의견에 대해서 고찰한다(이하 III-2). 그리고 동법의 형사처벌조항이 평등권과 형벌체계상의 정당성과 균형성에 위반되지 여부에 대하여 검토한다(이하 III-3). 또한 본 헌법소원심판에서 이러한 공인중개사법상 중개보수 위임조항과 중개보수 지급시기조항이 헌법상 포괄위임금지의 원칙에 위반되는지 여부에 대하여 고찰한다(이하 III-4). 끝으로 맺음말 부분에서는 이상에서 살펴본 주요 내용들을 요약·정리하여 제시한다(이하 IV).

II. 공인중개사법상 중개보수 한도조항 등에 대한 헌법재판소의 견해

1. 공인중개사법상 행정제재조항과 중개보수 지급시기조항의 직접성 충족 여부

1.1 공인중개사법상 행정제재조항의 직접성 충족 여부

본 2015헌마248 결정에서 공인중개사법상 행정제재조항에 대하여 헌법재판소의 8인의 재판관 전원은 “벌칙이나 과태료 조항의 전제가 되는 구성요건의 조항이 별도로 규정되어 있는 경우에 벌칙이나 과태료 조항에 대해서는 채○영과 정○이 그 법정형 또는 행정질서벌이 체계정당성

의 원칙에 어긋난다거나 또는 과다하다는 등 그 자체가 위헌임을 주장하고 있지 않는 한, 권리구제형 헌법소원심판의 요건 중에서 ‘직접성’ 요건을 인정할 수 없다.¹²⁾ 이러한 법리는 행정제재조항의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 살피건대, 채○영과 정○은 공인중개사법상 행정제재조항의 고유한 위헌성을 다투는 것이 아니라, 이에 전제되는 동법의 중개보수 한도조항이 위헌이어서 동법의 행정제재조항도 당연히 위헌이라고 주장하는 것에 불과하므로, 동법의 행정제재조항은 채○영과 정○의 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않는다.”라고 판시하였다.¹³⁾

1.2 공인중개사법상 중개보수 지급시기조항의 직접성 충족 여부

1.2.1 6인 재판관들의 중개보수 지급시기조항의 직접성 충족 견해

본 2015헌마248 결정에서 공인중개사법상 중개보수 지급시기 조항에 대하여 이진성·김창중 2인의 헌법재판소 재판관들을 제외한 6인의 헌법재판소 재판관들은 “채○영과 정○이 법률조항 자체에서 비롯된 포괄 위임금지 원칙의 위반을 다룰 뿐만 아니라, 공인중개사법상 중개보수 지급시기조항이 없다면 약정에 의할 수 있고 약정이 없을 경우에 일반 법리에 따라 계약의 체결 시 동법의 중개보수를 청구할 수 있다는 점에서, 동법의 중개보수 지급과 관련한 기본권의 제한 그 자체는 법률에서 발생된다고 할 것이고, 그로 인한 자유의 제한인 법적 지위의 변동 가능성을 부정하기 어렵다.¹⁴⁾ 따라서 동법의 중개보수 지급시기조항으로 인한 채○영과 정○의 기본권 침해의 직접성은 인정된다.”라고 판시하

12) 헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌마424 결정.

13) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 헌법재판소판례집, 제28권 1집 (하권), 헌법재판소, 2016, 403쪽. 필자도 이러한 8인의 헌법재판소 재판관 전원 의견의 견해에 특별한 이견(異見) 없이 동의하므로, 본 논문의 III번의 평석 중에서 이 부분은 생략한다.

14) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌마122 결정; 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2006헌마170 결정; 헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2011헌마827 결정.

였다.¹⁵⁾

1.2.2 2인 재판관들의 중개보수 지급시기조항의 직접성 결여 견해
이진성·김창중 2인의 헌법재판소 재판관들은 본 2015헌마248 결정에서 공인중개사법상 중개보수 지급시기 조항에 대하여 “법률조항 자체가 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 자기의 기본권을 침해받아야 한다. 집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 원칙적으로 당해 법률의 직접성은 부인된다.¹⁶⁾ 즉, 법률조항이 당사자 사이의 약정이나 다른 법률 또는 법리에 따라 인정되는 지급시기와 다른 내용을 직접 규정하는 경우라야 직접성이 인정되어 비로소 채○영과 정○의 기본권을 제한한다고 할 수 있다. 본 사건의 중개보수 지급시기조항은 중개보수의 지급시기를 채○영과 정○에게 불리한 특정의 시기로 규정하고 있지 아니하고 ‘보수의 지급시기는 대통령령으로 정한다.’라고 규정하여 중립적으로 위임하고 있을 뿐이어서 그 자체로 채○영과 정○의 기본권을 제한하는 내용을 포함하고 있지 아니하다. 이 조항으로부터 위임받은 시행령을 보아야 비로소 기본권을 제한하는지의 여부를 판단할 수 있다. 이는 채○영과 정○이 법률조항 자체에서 비롯된 포괄위임금지의 원칙에 대한 위반을 다투는지 여부와 무관하고 이와는 별개로 권리구제형 헌법소원심판의 청구 요건 중에서 직접성 인정 여부의 문제일 뿐이다. 따라서 공인중개사법상 중개보수 지급시기조항에 대한 권리구제형 헌법소원심판의 청구는 채○영과 정○의 기본권 침해의 직접성이 없어 부적법하므로 각하하여야 한다.”라는 소수의 반대 의견을 제시하였다.¹⁷⁾

15) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 403쪽.

16) 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2011헌마475 결정.

2. 공인중개사법상 중개보수 한도조항의 위헌성 여부

공인중개사법상 중개보수 한도조항에 대하여 헌법재판소의 8인 전원의 재판관들은 “우리나라에서 공인중개사들이 공인중개사법에 의한 법정중개보수를 초과하여 받는 폐단이 계속하여 끊임없이 사라지지 않고 관련 분쟁들이 빈발하고 있고, 이러한 폐단의 방지를 위하여 법원은 부동산 중개보수 관련 규정에서 정한 한도를 초과하는 부동산 중개보수 약정은 강행규규 에 대한 위반으로서 민법상 무효다.¹⁸⁾ 2005년 7월 29일에 법률 제7638호로 ‘공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률’이 전부 개정되어 동법 제14조 제2항에 의하여 개업 공인중개사는 부동산 중개업무 이외에도 민사집행법에 의한 경매 및 국세징수법 그 밖의 법령에 의한 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선과 매수신청 또는 입찰신청의 대리를 할 수 있게 되어, 이를 통해 동법률의 개정 전과 비교하여 부동산 중개보수 이외에도 별도의 수입을 얻을 수 있는 점과 최근에 주거용 설비를 갖춘 일정한 오피스텔에 대하여 중개보수의 상한요율이 하향조정이 되었지만,¹⁹⁾ 이는 그동안 가구 변동의 추이와 관련 법령의 개정 상황 및 주거취약 계층의 부동산 중개보수의 부담 등을 반영한 것으로서 주택에 준하여 별도의 중개보수의 상한요율을 정한 취지가 인정되고 그 정도가 과도하다고 보기 어려운 점에 비추어 볼 때, 공인중개사법상 중개보수 한도조항이 과잉금지원칙에 위반되어 채○영과 정○의 직업수행의 자유 및 평등권을 침해하지 않는다.”라고 판시하였다.²⁰⁾

17) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 412쪽.

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

19) 과거에는 거래유형에 관계없이 거래금액의 1천분의 9 이내였으나, 매매·교환의 경우 1천분의 5 이내, 임대차 등의 경우 1천분의 4 이내로 개정되었다.

20) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 405-406쪽.

3. 공인중개사법상 형사처벌조항의 위헌성 여부

3.1 7인의 재판관들의 공인중개사법상 형사처벌조항의 합헌 견해

공인중개사법상 형사처벌조항에 대하여 헌법재판소의 7인의 재판관들은 “공인중개사와 같이 법무사 및 감정평가사의 경우에도 별도의 보수 내지 수수료 체계를 가지고 있고 그 위반 시에는 형사처벌을 행하고 있는 점²¹⁾과 법무사 및 감정평가사의 보수 내지 수수료와 비교하더라도 법이 정한 중개보수 한도 자체는 특별히 낮다고 보기 힘들고 그 업무형태와 보수 및 수수료를 규율하는 입법목적과 국민생활 및 국민경제에 미치는 영향 등을 고려한 것으로서 그 합리성을 인정할 수 있는 점 등을 종합하여 살펴볼 때, 공인중개사법상 형사처벌조항은 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위반된다거나 형벌체계상의 정당성과 균형성을 상실하고 있다고 할 수 없다.”라고 판시하였다.²²⁾

3.2 1인 재판관의 공인중개사법상 형사처벌조항의 위헌 견해

1인의 이정미 헌법재판소 재판관은 공인중개사법상 형사처벌조항에 대하여 “공인중개사법 제38조 제2항 제9호에 의하면 등록관청은 동법 소정의 요율을 초과하여 중개보수 등의 금품을 받은 경우에 공인중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있고, 동법 제10조 제1항 제8호에 의하면 그 등록이 취소되는 경우에 3년간 공인중개사무소의 개설등록을 할 수 없다. 그런데 공인중개사무소 등록의 취소와 3년간 영업의 제한은 해당 공인중개사법을 위반한 자에게 막대한 경제적 손실을 입히게 되고, 이러

21) 법무사법 제19조, 제73조 제2항, 대한법무사협회 회칙, 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률 제35조, 제37조 제5항, 제43조 제7호, 감정평가업자의 보수에 관한 기준 참조.

22) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 406쪽.

한 방법은 충분히 그 의무이행을 확보할 수 있는 효과적인 수단이다. 그 의무이행확보수단으로는 이 외에도 부동산 중개보수의 한도를 초과하여 취득한 이득의 몇 배에 상당하는 과태료 내지 과징금을 부과하는 방법이나 또는 그 위반의 정도에 따라 형사처벌과 연계하지 아니하고 공인중개사의 자격을 취소하는 방법 등을 생각해볼 수 있다. ... 변호사 등의 경우에는 그 해당 용역제공의 대가라고 할 수 있는 보수의 기준을 종전에는 대부분 그 자격증 소지자로 구성된 협회가 주무장관의 허가나 인가 내지 승인을 얻어서 정하도록 법률로 위임하고 있었고, 이를 위반할 경우에 행정상의 제재 또는 형사처벌을 하도록 규정하고 있었지만, 1999년 2월 5일에 전문직종의 보수 자유화 정책에 따라 자율적으로 보수를 정하도록 하였고, 종전의 제재 규정은 폐지되었다. 그럼에도 불구하고 부동산 시장에 중개용역을 제공하는 부동산 중개업의 경우에만 여전히 공인중개사법에 법정보수제도를 존속시키고 있고, 그 위반행위에 대하여 형사처벌까지 행하는 것은 그 법정보수제도의 입법의 목적을 수긍한다고 하더라도 과도하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 공인중개사법상 형사처벌조항은 형벌체계상의 정당성이나 균형성을 상실하여 헌법에 위반된다.”라고 소수의 반대의견을 제시하였다.²³⁾

4. 공인중개사법상 중개보수 위임조항과 중개보수 지급시기조항의 위헌성 여부

4.1 6인의 재판관들의 공인중개사법상 중개보수 위임조항과 중개보수 지급시기조항의 포괄위임금지 원칙의 합헌 견해

본 2015헌마248 결정에서 공인중개사법상 중개보수 지급시기 조항에 대하여 이정미·강일원 2인의 헌법재판소 재판관들을 제외한 6인의 헌

23) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 405쪽, 410-412쪽.

법재판소 재판관들은 “일반적으로 중개보수는 부동산거래 뿐만 아니라 다른 거래에서도 대체로 거래금액에 대한 일정한 비율을 기준으로 하여 정하는 것이 거래관행임에 비추어 볼 때, 공인중개사법상 중개보수 위임 조항에서 국토교통부령에 규정될 내용이 중개대상물의 거래금액에 따른 일정비율에 의하여 보수를 정하는 것이고, 이에 따라 필요한 경우에 그 기준을 중심으로 하여 상한 내지 하한을 구체적으로 정하게 될 것임을 동 조항으로부터 누구라도 예측할 수 있다. 또한 부동산중개업을 건전하게 육성하여 국민경제에 이바지한다는 법의 입법취지에 비추어 그때그때의 전반적인 경제사정 및 부동산 시장의 상황에 따라 보수를 적절히 현실화할 필요가 있기 때문에 법률로 그 상한과 하한을 정하는 것보다는 국토교통부령으로 상황에 맞게 유동적으로 거래 종류와 거래금액에 따라 일정비율의 범위내로 정하는 것이 보다 합리적이다. 따라서 동법의 중개보수 위임조항은 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다. ... 공인중개사법 제1조에 의하면 동법의 중개보수 지급시기조항은 부동산 중개보수의 지급시기에 대한 통일성을 제고하여 법률행위에 대한 국민의 예측가능성을 높이고, 소비자 보호와 국민경제에 이바지하고자 신설되었다. 또한 동법 제2조 제1호는 ‘중개’를 중개대상물에 대하여 거래당사자 간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 말선하는 것이라고 정의하고 있고, 동법 제26조 제1항은 개업 공인중개사가 부동산 중개대상물에 관하여 부동산 중개가 완성된 때에는 부동산 거래 계약서를 작성하여 부동산 거래 당사자에게 교부하고 그 사본을 보존하여야 한다고 규정하고 있으며, 동 법 제31조 제1항은 개업 공인중개사가 거래의 안전을 보장하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부동산 거래 계약의 이행이 완료될 때까지 계약금이나 중도금 또는 전금을 개업 공인중개사 등의 명의로 금융기관 등에 예치하도록 부동산 거래당사자에게 권고할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 동법 조항들과 함께 부동산 거래 역시 사적자치를 원칙으로 하는 민법의 일반 법리가 적용되는

점과 동법 제29조와 동법 제34조의 2 조항에 의하여 중개보수 지급시기 조항의 수범자는 개업 공인중개사로서 부동산 거래에 관한 전문 자격사 이면서 거래 당사자의 재산을 보호하고 거래 사고 방지의 역할을 수행하고 있는 점을 고려할 때, 대통령령에 규정될 중개보수의 지급시기는 사적자치의 원칙을 존중하면서 거래계약이 성립하고 그 이행이 완료되기까지의 일련의 과정을 범위로 하여 그 시기가 구체화될 것이라는 점을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이다. 따라서 공인중개사법상 중개보수 지급시기조항은 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 채○영과 정○의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.²⁴⁾

4.2 2인의 재판관들의 공인중개사법상 중개보수 위임조항과 중개보수 지급시기조항의 포괄위임금지 원칙의 위헌 견해

2인의 이정미·강일원 헌법재판소 재판관들은 공인중개사법상 중개보수 위임조항 및 중개보수 지급시기조항에 대하여 “부동산 중개에 따른 법정보수의 한도는 공인중개사법상 중개보수 위임조항에서 국토교통부령에 위임하고 있는바, 공인중개사들이 공인중개사법상 법정 중개보수 요율을 초과하여 부동산 중개보수를 받는 행위에 대해서 형사처벌을 규정하고 있으므로, 동법의 형사처벌 법규의 구성요건에 해당하는 법정 중개보수 요율의 위임은 그 위임입법의 한계가 엄격히 준수되어야 한다. ... 부동산 중개보수요율은 긴급한 개정의 필요성이나 입법기술상의 문제에 비추어 보더라도 그 내용을 법률에서 규정하지 못할 이유를 찾아보기 어렵다. 이렇듯 동법의 중개보수 위임조항은 부동산 중개보수를 정하는 기준이나 그 상한과 하한에 대한 아무런 언급 없이 그 중개보수의 한도를 국토교통부령에 위임하고 있기 때문에 이러한 규정만을 가지고는 국토교통부령에 규정될 중개보수의 한도에 대하여 대강이라

24) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 406-408쪽.

도 예측하는 것이 불가능하고, 이것은 동법 제1조에서 ‘이 법은 공인중개사의 업무 등에 관한 사항을 정하여 그 전문성을 제고하고 부동산중개업을 건전하게 육성하여 국민경제에 이바지함을 목적으로 한다.’라는 목적 규정과 다른 관련 법 조항의 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하더라도 마찬가지이다. 그러므로 동법의 중개보수 위임조항이 부동산 중개보수의 한도에 관하여 보다 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 국토교통부령에 위임하고 있는 것은 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 채○영과 정○의 기본권을 침해한다. ... 동법의 중개보수 지급시기 조항은 법률행위에 대한 국민의 예측가능성을 높이고, 통일성을 제고하기 위해서 신설된 것이지만, 보수의 지급시기에 관하여 아무런 기준을 제시하지 않은 채 전적으로 대통령령에 그 기준을 맡기고 있어 문제된다. ... 대통령령에서 확정적으로 구체적인 특정의 시점을 중개보수의 지급시기로 정할 것인지, 아니면 일반 민법의 법리상 개업 공인중개사와 중개의뢰인 간의 약정이 우선하되 그러한 약정이 없을 때를 대비하여 구체적인 시점을 정할 것인지를 예측하는 것이 어렵다. 더 나아가 이러한 약정이 없을 때의 중개보수 지급시기에 관하여 특별한 시점을 그 중개보수의 지급시기로 정할 것인지 아니면 만약 정하였다면 중개보수의 계약 체결 시로 될 것인지 또는 잔금 지급 시로 될 것인지 아니면 여러 시점으로 나뉠 것인지 등을 구체적으로 예측하기는 더더욱 어렵다고 할 것이다. 결국 동법의 중개보수 지급시기조항은 동법의 중개보수의 지급시기에 관하여 위임의 필요성이 인정되지 않고 또한 그 구체적인 범위를 정하지 아니한 채, 포괄적으로 동법의 대통령령에 입법을 위임하고 있으므로 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 채○영과 정○의 기본권을 침해한다.”라고 소수의 반대의견을 제시하였다.²⁵⁾

25) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 408-410쪽.

Ⅲ. 평석

1. 공인중개사법상 중개보수 지급시기조항의 직접성 충족에 대한 검토

권리구제형 헌법소원을 제기하기 위한 공권력의 행사에 의해 기본권 주체의 기본권 침해는 그 침해를 야기한 공권력 행사 그 자체로 인하여 헌법소원심판을 청구한 자에게 직접 발생하는 침해이어야 한다. 따라서 헌법소원심판의 대상인 공권력의 행사 이외에도 다른 공권력의 행사나 법률 규정에 의한 구체적인 집행행위가 매개되어 기본권 주체의 권리나 자유가 부당하게 제한되거나 의무를 부당하게 부과하거나 법적 지위를 부당하게 박탈했을 때에는 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추지 못한 것이 된다. 즉, 이에 해당 법률이나 법률 규정이 어떤 구체적인 집행행위에 의하여 기본권 주체의 기본권을 침해할 때에는 헌법소원심판의 직접성 요건이 결여된 것으로 된다.

그리고 법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권 침해의 직접성의 요건’을 요구하는 이유는 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로, 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 특히, 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 ‘재량행위’인 경우에 법령은 집행기관에게 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐, 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권 침해의 직접성이 인정될 여지가 없다.²⁶⁾

26) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2003헌마3 결정.

이에 대해 헌법재판소는 지난 1996년에 94헌마213 결정에서 “법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는바, 이러한 집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위 규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부정된다. 즉, 법률 또는 법률조항이 구체적인 집행행위를 예정하고 있는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다. 그러나 국민에게 행위의무 또는 금지의무를 부과한 후, 그 위반행위에 대한 제재로서 형벌이나 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에 그 형벌이나 행정벌의 부과를 기본권 침해의 직접성 요건에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없다. 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 금지의무를 직접 부담하는 것이기 때문이다. 한편 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위 규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부정되는바, 풍속영업법 제2조 제6호는 구체적인 내용을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있어 그 자체로 직접 노래연습장업자의 기본권을 침해하고 있지 않으므로, 기본권 침해의 직접성의 요건은 흠결되어 부적법하다.”라고 판시하였다.²⁷⁾ 그러나 헌법재판소는 2002년에 99헌마480 결정에서 “전기통신사업법 제53조 제1항, 제2항, 같은 법 시행령 제16조에 관하여 이 조항들은 서로 불가분의 관계를 가지면서 전체적으로 이른바 불온통신의 내용을 확정하고 이를 금지하는 규정으로서, 전기통신을 이용하는 자들에게 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신을 하지 말 것을 명하고 있다. 따라서 전기통신 이용자들은 어떠한 집행행위에 의하여 비로소 그러한 불온통신의 금지의무를 지게 되는 것이 아니라, 이 조항들 자체에 의하여 직접 위와 같은 의무를 부담하게 된다고 할 것이므로, 이 조항들은 기본권

27) 헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 94헌마213 결정.

침해의 직접성의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.”라고 판시하여²⁸⁾ 법률의 수권조항과 시행령조항이 서로 불간분의 관계에 있고 전체적으로 하나의 내용을 규율하고 있고, 법률의 수권조항과 시행령조항을 분리해서는 당해 규율조항의 전체 내용을 파악하기 어려울 때에는 당해 법률의 수권조항과 시행령조항 모두에 대해 기본권 침해의 직접성을 인정하였다.

즉, 어떤 법률이나 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 되기 위해서는 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접 기본권을 침해받아야 하고, 여기서 말하는 기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의해 직접 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다.²⁹⁾

생각건대, 채○영과 정○은 공인중개사법의 중개보수 지급시기조항이 없다면 부동산 중개보수에 대하여 해당 부동산 중개의뢰인 측과 공인중개사 간의 약정에 의할 수 있고, 만약 이러한 약정이 없을 경우에는 일반적인 법리에 따라서 부동산 거래의 계약 체결 시에 해당 부동산의 중개보수를 청구할 수 있다는 점에 비추어 볼 때,³⁰⁾ 부동산을 거래하는 사람들은 동법 중개보수 지급시기조항에서 위임하고 있는 어떠한 집행행위에 의하여 비로소 그러한 부동산 중개보수를 청구할 수 있는 것이 아니라, 동법 중개보수 지급시기조항 자체에 의하여 직접 부동산 중개보수를 청구할 수 있는 의무를 부담하게 되는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 공인중개사법의 중개보수 지급시기조항에 의하여 부동산 중개보수 지급과 관련한 채○영과 정○의 직업의 자유 등의 기본권 제한 그 자체는 동법의 중개보수 지급시기조항 자체에서 발생되어, 본 사건의

28) 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정.

29) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2006헌마688 결정.

30) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 403쪽.

동법의 중개보수 지급시기조항이 헌법소원심판의 청구요건 중에서 직접성 요건을 충족한다고 보는 것이 타당하다.

이에 동법의 중개보수 지급시기조항이 헌법소원심판의 청구요건 중에서 직접성 요건을 충족한다고 본 6인의 헌법재판소 재판관들의 다수의견에 동의한다.

2. 공인중개사법상 중개보수 한도조항의 위헌성 검토

공인중개사법상 중개보수 한도조항에 의하여 공인중개사인 채○영과 정○은 동법 동 조항이 정하는 부동산 중개보수의 한도를 초과하는 수수료를 받지 못하므로, 동법 동 조항은 공인중개사인 채○영과 정○의 헌법상 직업의 자유를 제한하고 있다. 그리고 이러한 전제 하에서 동법 동 조항은 공인중개사인 채○영과 정○의 부동산중개업 자체를 금지하는 것은 아니므로, 이들의 헌법상 직업결정의 자유에 대한 제한의 문제로 볼 것이 아니라, 동법 동 조항에서 규정하고 있는 일정 한도 이상의 부동산 중개 수수료를 받고 부동산 중개업을 할 자유인 직업수행의 자유를 제한하는 것으로 보는 것이 타당하다.

한편 헌법상 직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이므로, 직업수행의 자유에 대해서는 공공복리 등의 공익적 이유로 비교적 넓게 해당 법률로 규제하는 것이 가능하다.³¹⁾ 다만 이러한 직업수행의 자유를 제한할 때에도 당연히 헌법 제37조 제2항에서의 과잉금지의 원칙은 준수되어야 한다. 따라서 이하에서는 본 사건의 공인중개사법상 중개보수 한도조항이 헌법상 과잉금지의 원칙³²⁾에 위반되어 공인중개사인 채○영과 정○의 헌법상 직

31) 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 결정; 헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 96헌마109 결정; 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 95헌바18 결정.

32) 이러한 과잉금지의 원칙에 대해 자세한 것은 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 352-354쪽; 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013, 437-442쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016,

업수행의 자유를 침해하는지에 대하여 검토하겠다.³³⁾

먼저 공인중개사법상 중개보수 한도조항의 입법 목적의 정당성 부분에 대하여 살펴보겠다. 공인중개사법 제1조에서 “공인중개사의 업무 등에 관한 사항을 정하여 그 전문성을 제고하고 부동산중개업을 건전하게 육성하여 국민경제에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정하고 있는 바, 이에 비추어 볼 때 동법에서 중개보수 한도조항을 규정한 입법의 목적은 공인중개사의 전문성을 살리고 부동산의 중개보수를 법정화하여 부동산의 공정한 거래질서를 확립하고 국민의 재산권을 보호하며 국민생활과 국민 경제의 안정 및 발전에 기여하는 등 헌법 제37조 제2항에서 기본권의 정당화 제한 사유 중 하나인 공공복리를 실현하기 위한 것이라고 하겠다. 부동산은 그 거래가격이 매우 높은 편이고, 그 거래가격에 비례하는 부동산 수수료율의 높고 낮음은 거래 당사자에게 주는 부담이 상당히 크며, 대다수의 국민이 부동산 중개업소를 통하여 주거지를 구하고 있는 부동산의 거래실정에 비추어 볼 때, 부동산 중개업이 국민 경제에 미치는 영향은 매우 크다. 따라서 공인중개사법에서 부동산 중개보수에 대하여 한도조항을 두어 부동산 중개수수료를 규제할 필요가 있으므로, 동법 동 조항의 입법의 목적은 정당하다.

다음으로 공인중개사법상 중개보수 한도조항에 대하여 수단의 적합성 원칙에 비추어 볼 때 만약 부동산 중개수수료를 동법에서 규정해 놓지 않고 중개의뢰인과 중개인 사이의 계약에 의해서만 자유롭게 결정하도록 한다면, 중개인으로서는 보다 많은 수수료를 제시하는 자에게만 부동산 거래를 알선하게 될 것인바, 이렇게 많은 수수료를 줄 수 없는 국민들은 부동산 시장에 접근하는 길이 막히게 되어 경제력이 많은 자만이 부동산 시장에 접근하게 되는 문제가 발생할 수 있다. 따라서 우리나라

952-963쪽; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015, 275-278쪽; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 379-384쪽; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 456-470쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 297-299쪽; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010, 410-415쪽.

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

라 부동산의 불충분한 공급실정에 비추어 볼 때, 최소한의 부동산 시장에 접근하는 기회는 보다 많은 국민에게 되도록 넓게 부여할 수 있도록 해 주어야 할 것이고, 부동산 중개업무는 그 형태가 대체로 정형화되어 있으므로, 부동산 중개수수료를 어느 정도 일률적으로 정하는 것이 필요하고 또 가능하다는 점에서, 동법 동 조항에서 부동산 중개 수수료율의 한도를 정하고 있는 수단은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요하며 조금이라도 동법 동 조항의 입법 목적에 기여하고 있으므로 적합하다.

그리고 공인중개사법상 중개보수 한도조항에 대하여 피해의 최소성 원칙에 비추어 볼 때, 부동산 중개수수료를 법률로 규율할 것인지 여부 및 규율한다면 그 한도를 어느 정도로 할 것인지 여부는 우리나라의 경제상황, 부동산거래현황, 소득 및 물가수준 등을 감안하여 결정되어야 할 것이다. 동법 동 조항에 의하면 주택의 중개에 대한 보수와 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령이 정하는 범위 안에서 시·도의 조례로 정하도록 규정하여 국민의 주거생활에 직접 영향을 주는 주택에 대하여만 엄격하게 거래가액에 따라 수수료율을 법정하고 있다. 그리고 주택 이외의 중개대상물의 중개에 대한 보수는 공인중개사법 시행규칙(2014년 7월 29일에 국토교통부령 제115호로 개정된 것) 제 20조 제4항에 의하여, 공인중개사법 제32조 제4항에 따라 주택 외의 중개대상물에 대한 중개보수는 건축법 시행령 별표 1 제14호 나목 2)에 따른 오피스텔의 경우에는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 별표 3의 요율 범위에서 중개보수를 결정한다. 가. 전용면적이 85제곱미터 이하일 것, 나. 상·하수도 시설이 갖추어진 전용입식 부엌, 전용수세식 화장실 및 목욕시설을 갖출 것, 그리고 제1호 이외의 경우에는 중개의뢰인 쌍방으로부터 각각 받되, 거래금액의 1천분의 9 이내에서 중개의뢰인과 개업 공인중개사가 서로 협의하여 결정하도록 규정하고 있고, 공인중개사법 시행규칙(2015년 1월 6일에 국토교통부령 제173호로 개정된 것) [별표 3] 조항에 의하여 오피스텔 중개보수 요율에서 매매·교환 시의

상한 요율은 1천분의 5이며, 임대차 등의 상한 요율은 1천분의 4로 규정하고 있는 것이 현저히 자의적이거나 현저하게 낮은 부동산 중개수수료를 책정한 것이라 볼 사정이 없다. 따라서 공인중개사법상 중개보수 한도조항은 공인중개사인 채○영과 정○의 헌법상 직업수행의 자유를 필요 이상으로 지나치게 제약하여 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반되는 것은 아니라고 보는 것이 타당하다.

이에 동법의 중개보수 한도조항은 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반되는 것은 아니라고 본 헌법재판소 8인의 재판관들 전원의 의견에 동의한다.

3. 공인중개사법상 형사처벌 조항의 위헌성 검토

부동산 중개의 업무는 변호사 등의 업무와 직역 및 처리업무의 성격에 있어서 크게 다르고, 그 수수료 또는 보수가 국민 경제에 미치는 영향에도 차이가 크다. 입법자가 변호사 등의 전문 직종의 보수 자율화의 분야에서 부동산 중개의 업무를 제외하는 입법을 함으로써 변호사 등의 경우와는 달리 공인중개사들에게 공인중개사법상 법정보수 제도의 실효성을 확보하기 위하여 법정 보수요율을 초과하여 금품을 받은 공인중개업자에게 행정상의 제재를 가하거나 형사처벌을 행하더라도 변호사 등에 비하여 자의적인 차별에 해당하는 것으로 볼 수 없다. 그리고 공인중개사법상 법정 중개보수제도를 두고 있는 목적은 국민들에게 부동산시장에 접근할 수 있는 광범위한 기회를 부여하고, 공정한 부동산 거래질서를 확립하여 국민의 재산권 보호에 기여함과 아울러 국민생활과 국민경제의 안정 및 발전에 기여하는 데 있으며, 법정 중개보수를 초과하여 금품을 받은 개업 공인중개사에 대하여 형사처벌을 하도록 규정한 것은 이러한 입법의 목적을 달성하기에 적합한 수단이 된다.

그리고 개업 공인중개사로 하여금 법정중개보수 이상의 금품을 받지 못하도록 하기 위하여 행정상의 불이익을 부과하는 것에 그칠 것인지 또는 형사상의 처벌을 가하는 정도로 제재를 강화할 것인지는 일차적으로 입법자의 재량적인 정책판단에 맡겨져 있다. 또한 동법의 법정중개보수제도가 추구하는 경제적 공익은 결국 국민전체의 경제생활의 안정이라 할 것이어서 대단히 중요하다고 하지 않을 수 없고, 이는 개업 공인중개사의 사익에 비하여 보다 우월하다. 따라서 동법의 형사처벌조항은 형벌체계상의 정당성이나 균형성을 상실한 것은 아니라고 보는 것이 타당하다.³⁴⁾

이에 동법의 형사처벌조항이 평등권과 형벌체계상의 정당성과 균형성에 위반되지 않는다고 본 7인의 헌법재판소 재판관들의 다수 의견에 동의한다.

4. 공인중개사법상 중개보수 위임조항과 중개보수 지급시기조항의 위헌성 검토

우리나라 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 동 조항의 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그리고 이러한 위임의 구체성·명확성 내지 예측가능성의 유무는 당해 조항의 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 조항의 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단해야 하고, 위임된 사항의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.³⁵⁾

34) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 405-406쪽.

그리고 헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있어, 현실 사회의 가변성과 역동성에 의해 법률에서 모든 것을 규정해 놓을 수 없기 때문에 현실 사회에서의 복잡하고 다양한 상황의 변화와 예측 불가능한 상황의 발생은 법집행자로 하여금 신속하게 대응 내지 대처할 수 있도록 할 필요가 있기 때문에 법률에서 대통령령과 총리령 및 부령으로의 위임입법을 행하는 것을 헌법에서 인정하는 규정을 두고 있다.³⁶⁾

이렇듯 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 둬으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하는 것을 뜻한다.³⁷⁾ 그리고 이러한 위임입법의 구체성과 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라지지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성과 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성과 명확성의 요건이 완화되어야 한다.³⁸⁾

35) 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2012헌마515 결정.

36) 정종섭, 앞의 책, 169쪽.

37) 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정.

38) 헌법재판소 1991. 2. 11. 선고 90헌가27 결정; 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 · 52(병합) 결정.

즉, 우리나라 헌법은 제75조에서 위임입법의 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있고, 헌법 제95조에서 대통령령의 경우와는 달리 ‘구체적으로 범위를 정하여’라는 제한을 규정하고 있지는 않지만, 부령의 제정 및 개정 절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 법률의 위임에 의한 부령의 경우에도 법률의 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이다. 따라서 법률로 부령에 위임하는 경우라도 적어도 법률의 규정에 의하여 부령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정함으로써 누구라도 당해 법률로부터 부령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여야 할 것인바, 이에 따라 법률이 어떤 사항에 대하여 대통령령 등에 위임할 경우에는 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 가능한 한 구체적이고 명확하게 법률에 규정함으로써, 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 원칙이 헌법상 ‘포괄위임금지의 원칙’이다.³⁹⁾

이러한 헌법상 포괄위임금지의 원칙에 비추어 볼 때, 공인중개사법상 중개보수 위임조항은 개업 공인중개사가 받을 중개보수의 한도라고 하는 구체적 사항을 특정하여 이를 국토교통부령이나 그러한 국토교통부령이 정하는 범위 내에서 시·도의 조례로 정하도록 위임하고 있지만, 부동산 중개보수를 정하는 기준이나 그 한도의 상한과 하한은 규정하지 않고 있다. 그러나 일반적으로 중개보수는 부동산거래 뿐만 아니라 다른 거래에서도 대체로 거래금액에 대한 일정한 비율을 기준으로 하여 정하는 것이 거래관행임에 비추어 볼 때, 국토교통부령이나 그러한 국토교통부령이 정하는 범위 내에서 시·도의 조례에 규정될 내용이 해당 부동산 중개대상물의 거래금액에 따른 일정비율에 의하여 보수를 정하고, 이에

39) 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2004헌가15 결정.

따라 필요한 경우에 그 기준을 중심으로 하여 부동산 중개보수의 상한 내지 하한을 구체적으로 규정하게 될 것임을 동법의 동 조항으로부터 그 누구나 쉽게 예측할 수 있다. 또한 부동산중개업을 건전하게 육성하여 국민경제에 이바지한다는 공인중개사법의 입법취지에 비추어 그때 그때의 전반적인 경제사정 내지는 부동산 시장의 상황에 따라 다양하게 대처하여야 한다는 필요성과 지역적 특수성 및 유동성 등의 이유에 의하여 공인중개사법이라는 법률 자체에서 부동산 중개보수요율의 상한과 하한을 정하는 것보다는 국토교통부령이나 그러한 국토교통부령이 정하는 범위 내에서 시·도의 조례로 그 상황에 맞게 유동적으로 그 거래의 종류와 그 거래의 금액에 따라 일정비율의 범위 내로 정하도록 하는 것이 타당하다. 따라서 채○영과 정○의 공인중개사법상 부동산 중개보수의 한도를 국토교통부령이나 그러한 국토교통부령이 정하는 범위 내에서 시·도의 조례로 정하도록 위임하면서 해당 중개보수를 정하는 기준이나 그 상한과 하한의 범위를 공인중개사법상 중개보수 위임조항에 규정해 놓지 않았더라도 이것을 포괄위임금지의 원칙에 위반되는 것은 아니라고 보는 것이 타당하다. 그리고 공인중개사법상 중개보수 지급시기조항이 위임하는 대상은 부동산 중개보수의 지급 여부나 그 범위 등과는 무관하며, 부동산 중개 의뢰인으로부터 받는 보수의 지급시기에 한정되어 있고, 그것의 불이행이 형사처벌 등과 연계되어 있지 아니하므로, 그 위임에 있어서 그 구체성과 명확성의 요구는 형사처벌 법규 등에 비하여 다소 완화된다고 할 수 있다. 공인중개사법상 중개보수의 지급시기는 중개보수요율과 같이 세부적·기술적 특성이 강하다고 보기 어렵다고 할 것인바, 대통령령에 규정될 중개보수의 지급시기는 부동산 거래계약이 성립하고 그 이행이 완료되기까지의 범위 안에서 구체화될 것이라는 점을 충분히 예측할 수 있으므로, 동법의 중개보수 지급시기조항은 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 않는다고 보는 것이 타당하다.⁴⁰⁾

이에 동법의 중개보수 위임조항과 중개보수 지급시기조항이 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 않는다고 본 6인의 헌법재판소 재판관들의 다수 의견에 동의한다.

IV. 맺음말

먼저 공인중개사법의 중개보수 지급시기조항이 없다면 부동산 중개보수에 대하여 해당 부동산 중개의뢰인 측과 공인중개사 간의 약정에 의할 수 있고, 만약 이러한 약정이 없을 경우에는 일반적인 법리에 따라서 부동산 거래의 계약 체결 시에 해당 부동산의 중개보수를 청구할 수 있다는 점에 비추어 볼 때, 부동산을 거래하는 사람들은 동 규정에서 위임하고 있는 어떠한 집행행위에 의하여 비로소 그러한 부동산 중개보수를 청구할 수 있는 것이 아니라, 동 규정 자체에 의하여 직접 부동산 중개보수를 청구할 수 있는 의무를 부담하게 되는 것으로 보는 것이 타당하므로, 본 사건의 동법의 중개보수 지급시기조항이 헌법소원심판의 청구요건 중에서 직접성 요건을 충족한다고 본 6인의 헌법재판소 재판관들의 다수 의견에 동의한다.

다음으로 공인중개사법상 중개보수 한도조항은 부동산 중개업을 건전하게 육성하면서 이와 함께 부동산 중개업무를 적절히 규제하여 공인중개사들의 전문성을 확보하여 이들 직종에 대한 공신력을 높이고 부동산 거래의 공정하고 건전한 질서를 확립하여 국민 경제의 안정과 발전에 이바지하기 위한 헌법 제37조 제2항의 기본권의 정당화 제한 사유 중에서 공공복리의 측면을 실현하기 위한 것으로 입법 목적은 정당하다. 그리고 동법의 중개보수 한도조항에서 공인중개사들이 중개하는 거래 부동산의 종류와 물건의 거래가격에 따라 부동산 중개보수를 일정 비율

40) 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정, 헌법재판소, 앞의 책, 405-408쪽.

이하로 한정하여 제한하는 것에 의하여 공인중개사들의 부동산 중개업무라는 직업수행의 자유를 현저하게 위축시키거나 장애를 초래하여 공인중개업을 포기하게 만드는 결과를 초래할 정도는 아니므로, 동법의 중개보수 한도조항은 헌법상 과잉금지의 원칙에 위반되는 것은 아니라고 본 8인의 헌법재판소 재판관들 전원의 의견에 동의한다.

그리고 우리나라에서 상시적으로 부동산에 대한 투기적 수요가 있어서 늘 투기적 위험성이 있는 부동산의 현실에 비추어, 부동산 중개 보수에 대하여 정부가 자유방임적 형태를 취하게 될 때 부동산의 거래질서가 심하게 교란되어 국민의 재산권을 침해하고 국가 경제 질서의 대혼란이 발생할 수 있는 문제점을 해결하고, 공인중개사법상 법정보수 제도의 실효성을 확보하기 위하여 법정 보수요율을 초과하여 금품을 받은 공인중개업자에게 변호사 등의 다른 전문 자격사들과 달리 상시적으로 국가의 감독과 통제를 행하기 위하여 형사처벌조항을 둔 것이 평등권에 위반되거나 또는 형벌체제상의 정당성이나 균형성을 상실한 것은 아니라고 본 7인의 헌법재판소 재판관들의 다수 의견에 동의한다.

끝으로 일반적으로 중개보수는 그 종류를 불문하고 대체적으로 해당 거래금액에 대한 일정한 비율을 기준으로 하여 정하는 것이 거래관행인바, 국토교통부령이나 그러한 국토교통부령이 정하는 범위 내에서 시·도의 조례에서 부동산 중개보수의 상한 내지 하한을 구체적으로 규정하게 될 것임을 공인중개사법의 중개보수 위임조항에서 그 누구나 쉽게 예측할 수 있고, 공인중개사법의 입법 목적상 그때그때의 전반적인 경제사정 내지는 부동산 시장의 상황에 따라 유연하게 대처할 수 있게 하며, 지역적 특수성과 유동성 등에 의하여 공인중개사법이라는 법률 자체에서 부동산 중개보수요율의 상한과 하한을 정하는 것보다는 국토교통부령이나 그러한 국토교통부령이 정하는 범위 내에서 시·도의 조례로 그 상황에 맞게 유동적으로 그 거래의 종류와 그 거래의 금액에 따라 일정비율의 범위 내로 정하도록 하는 것이 타당하다. 그리고 공인중개사

법상 중개보수 지급시기조항이 위임하는 대상은 부동산 중개 의뢰인으로부터 받는 보수의 지급시기에 한정되어 있고, 대통령령에 규정될 중개보수의 지급시기는 부동산 거래계약이 성립하고 그 이행이 완료되기까지의 범위 안에서 구체화될 것이라는 점을 충분히 예측할 수 있으므로, 동법의 중개보수 지급시기조항은 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 않는다고 본 6인의 헌법재판소 재판관들의 다수 의견에 동의한다.

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2016.
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015.
한수용, 헌법학, 법문사, 2011.
허영, 한국헌법론, 박영사, 2015.
헌법재판소, 헌법재판소판례집, 제28권 1집 (하권), 헌법재판소, 2016.
홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010.

2. 판례

- 대법원 2007. 12. 20. 선고 2005다32159 전원합의체 판결.
헌법재판소 1991. 2. 11. 선고 90헌가27 결정.
헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정.
헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌마80 결정.
헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49·52(병합) 결정.
헌법재판소 1996. 2. 29. 선고 94헌마213 결정.
헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 96헌마109 결정.
헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 95헌바18 결정.
헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌마122 결정.
헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정.
헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2000헌마642·2001헌바12(병합) 결정.

- 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2003헌마3 결정.
- 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2004헌가15 결정.
- 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2006헌마170 결정.
- 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2006헌마688 결정.
- 헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2011헌마827 결정.
- 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2011헌마475 결정.
- 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2012헌마515 결정.
- 헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌마424 결정.
- 헌법재판소 2016. 5. 26. 선고 2015헌마248 결정.

[Abstract]

A Constitutional Study on the Provisions Related to Brokerage Fees in the Real Estate Brokerage Act

—Annotation of the Constitutional Court Decision
2016. 5. 26. Sentence, 2015HunMa248—

Lee, Hie-Houn*

First of all, real estate agents may not claim real estate brokerage maintenance under any of the enforcement actions delegated by the provision of payment time of brokerage fees under the real estate brokerage act, but may request real estate brokerage maintenance directly according to these provisions. Therefore, the constitutional court's view is valid that such a provision is equipped the direct requirements of the constitutional court's appeal.

The next, the provision of limit of brokerage fees under the real estate brokerage act is to realize public welfare and the purpose of the legislation is just. And the constitutional court's view that these provisions do not cause authorized brokers to give up their real estate brokerage business is valid.

Moreover, the constitutional court's view is valid that the provision of the real Estate brokerage act to impose criminal penalties on authorized

* Associate Professor of Law and Police at SunMoon University

brokers who received money over the proportion of legal compensation fees to prevent speculative demand for real estate in Korea, unlike other professions such as lawyers and so on, does not result in the loss of their right to equality and the legitimacy or balance of the penal system.

Finally, it is easy to predict that the government will set the upper and lower delegation on the amount of real estate transactions based on a given percentage of the relevant real estate transaction amount in the provision of limit of brokerage fees under the real estate brokerage act. In addition, it can be easily predicted that the stipulations of the Land, Infrastructure and Transport Ministry or the municipal and provincial ordinances to respond quickly and appropriately to the rapidly changing real estate market, and the provision of payment time of brokerage fees under the real estate brokerage act delegated to the presidential decree can be specified from the time of establishment of the real estate transaction contract until completion. Therefore, the Constitutional Court's view is valid that these provisions do not violate the principle of Forbidden General Delegation.

[Key Words] Real Estate Brokerage Act, Provisions of Limit, Delegation and Payment Time of Brokerage Fees, Provision of Criminal Punishment, Directness of the Constitutional Court's Appeal, Principle of Balancing Test, Principle of Forbidden General Delegation