

공인중개사법상 중개행위의 의미와 공인중개사의 책임

— 권리금계약을 중심으로 —

The Meaning of Brokerage and Liability of Licensed Real Estate Agent Regarding the Licensed Real Estate Agents Act

— Centered on Premium Contract —

엄 복 현*

Eom, Bok-Hyun

목 차

- | | |
|------------------------|------------------------|
| I. 서론 | III. 권리금계약에 있어서 공인중개사의 |
| II. 권리금계약이 공인중개사법상 중개행 | 책임 |
| 위에 포함되는지 여부 | IV. 결론 |

공인중개사를 통하여 부동산거래를 할 때 공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인에게 손해가 발생한 경우 중개의뢰인을 보호하기 위하여 공인중개사법은 중개행위의 의미(제2조), 공인중개사의 주의

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2020..21.111>

투고일: 2020. 7. 31. / 심사외일: 2020. 8. 7. / 게재확정일: 2020. 8. 18.

* 서울북부지방법원 국선전담변호사, 법학박사

Court-Appointed Attorney, Seoul Northern District Court, Ph.D. in Law

출고에 대하여 유익한 심사의견을 주신 익명의 심사위원들께 깊은 감사를 드립니다.

의무(제25조), 공인중개사의 책임(제30조) 등에 관하여 규율하고 있다. 한편, 부동산거래 중 상가임차권과 관련된 거래에 있어서는 권리금계약이 필수적으로 수반되고 있다. 우리 판례는 권리금계약이 공인중개사법상 중개행위에 해당하지 않는다고 전제한 뒤, 권리금계약으로 인해 중개의뢰인에게 손해가 발생한 경우 중개의뢰인은 공인중개사에게 공인중개사법상 손해배상책임을 주장할 수는 없고 민법상 손해배상책임만 주장할 수 있다는 입장이다.

그러나 권리금계약은 상가임차권계약 등에 있어서 필수적으로 수반되는 계약이고, 상가임차권계약에 있어서 권리금에 관한 내용이 빠지는 경우는 거의 없다. 또한 공인중개사의 중개대상물에 대한 확인·설명의무에서 권리금에 관한 사항이 빠진다고 보기도 어렵다. 뿐만 아니라 상가임차권계약시 공인중개사가 권리금계약에 관한 사항도 당연히 함께 다루고 있다. 이와 같은 점을 고려하면 권리금에 관한 사항은 공인중개사법상 중개행위에 포함된다고 보는 것이 타당하다.

권리금에 관한 사항이 공인중개사법상 중개행위에 포함된다면, 공인중개사가 권리금계약에 있어서 고의 또는 과실로 중개의뢰인에게 손해를 입힌 경우, 중개의뢰인은 공인중개사에게 공인중개사법상 손해배상책임을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 공인중개사가 공제에 가입한 한국공인중개사협회에 대해서도 공제금을 청구할 수 있게 된다. 실질적으로 많은 분쟁이 발생하는 상가임차권계약 및 권리금계약에서 중개의뢰인을 더욱더 확실히 보호할 수 있다.

[주제어] 공인중개사, 중개행위, 중개대상물, 권리금, 권리금계약, 손해배상 책임

I. 서론

부동산거래는 우리의 일상생활과 매우 밀접한 거래이고, 또한 매우 빈번하게 이루어지고 있는 거래이다. 특히, 부동산거래의 규모나 중요성은 동산거래보다 매우 크며, 부동산거래를 위해서는 법률지식 등 다양한 전문지식이 요구된다. 그렇기 때문에 일반인들은 부동산거래를 할 때,

전문적인 자격을 갖춘 공인중개사를 통하여 부동산거래를 한다. 한편, 공인중개사를 통하여 부동산거래를 하면서 공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인에게 손해가 발생한 경우 중개의뢰인을 보호하기 위하여 공인중개사법은 중개행위의 의미(제2조 등), 공인중개사의 주의의무(제25조 등), 공인중개사의 책임(제30조) 등에 관하여 규율하고 있다. 우리 판례는 공인중개사법을 적용할 수 없는 중개행위에 대해서는 민법상의 규정에 따라 공인중개사에게 책임을 물을 수 있도록 함으로써 중개의뢰인의 보호에 힘쓰고 있다.

부동산거래 중 상가임차권과 관련된 거래에 있어서 권리금계약이 필수적으로 수반되고 있다. 공인중개사를 통하여 상가임차권에 관련된 거래를 할 때, 공인중개사는 권리금계약에 관한 것도 상가임차권양도계약과 함께 중개한다. 그러나 우리 판례는 권리금계약이 공인중개사법상 중개행위에 해당하지 않는다고 전제한 뒤, 권리금계약으로 인해 중개의뢰인에게 손해가 발생한 경우 중개의뢰인은 공인중개사에게 공인중개사법상 손해배상책임을 주장할 수는 없고 민법상 손해배상책임만 주장할 수 있다는 입장이다. 이와 같은 판례의 태도가 과연 타당한지 의문이다.

이하에서는 먼저 공인중개사법상 중개행위의 의미와 권리금계약의 의미에 대해 살펴보고, 권리금계약과 관련된 판례의 내용을 검토하기로 한다. 이를 토대로 권리금계약이 공인중개사법상 중개행위에 포함될 수 있는지, 공인중개사가 권리금계약에 있어서도 공인중개사법상 책임을 부담하게 되는지를 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 권리금계약이 공인중개사법상 중개행위에 포함되는지 여부

1. 부동산중개계약 일반론

1.1 부동산중개의 의미

‘중개’의 사전적 의미는 ‘제삼자로서 두 당사자 사이에 서서 일을 주선함’이다.¹⁾ 민법개정안에 의하면 “중개는 당사자 일방이 상대방에 대하여 계약체결의 소개 또는 주선을 의뢰하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다”라고 규정하고 있다.²⁾ 실제 거래관계에서 중개는 부동산, 혼인, 대출 등 다양한 영역에서 나타나고 있지만, 우리 민법은 중개에 대한 규정을 두고 있지는 않다. 위와 같이 다양한 영역에서 나타나는 중개 중 부동산거래에 관련된 것을 부동산중개라고 할 수 있다.

민법에 부동산중개에 관한 규정은 없지만 공인중개사법에서 부동산중개에 관한 규정을 두고 있다. 공인중개사법 제2조 제1호에 의하면 “‘중개’라 함은 제3조에 따른 중개대상물에 대하여 거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것을 말한다.”고 규정되어 있는데, 여기서 공인중개사법 제3조는 ‘토지, 건축물 그 밖의 토지의 정착물, 그밖에 대통령령으로 정하는 재산권 및 물건’이라고 규정되어 있다.

이를 종합하여 보면 부동산중개란 ‘토지 등의 중개대상물에 대한 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것’을 의미한다.

1) 네이버 국어사전 참조, <<https://ko.dict.naver.com/#/entry/koko/8dea78d2bcbb4301a6bccf55c2dd0125>>, 검색일: 2020.7.31.

2) 법무부 민법개정자료발간팀, 2004년 법무부 민법개정안 채권편·부록, 법무부, 2012, 509쪽.

1.2 부동산중개계약의 의미와 법적성질

공인중개사법 제2조 제2호에 의하면 ““공인중개사”라 함은 이 법에 의한 공인중개사자격을 취득한 자를 말한다.”고 규정되어 있고, 같은 조 제3호에 의하면 ““중개업”이라 함은 다른 사람의 의뢰에 의하여 일정한 보수를 받고 중개를 업으로 행하는 것을 말한다.”고 규정되어 있다. 이를 종합하여 보면 부동산중개계약이란 ‘중개의뢰인이 중개업자에게 토지 등의 중개대상물에 대한 권리의 득실변경에 관한 계약체결을 소개하고 알선할 것을 의뢰하고, 중개가 완성되어 계약이 체결되는 경우 보수를 지급할 것을 약정하는 계약’으로 정의할 수 있다.

부동산중개계약은 중개의 대상이 상행위를 내용으로 하는지 여부에 따라 상사중개와 민사중개로 구분된다. 상법상의 중개인은 상행위의 중개를 영업으로 해야 하므로 중개인이 기본적 상행위와 보조적 상행위의 중개를 하는 경우에만 상법상의 중개인이 되고, 기타 법률행위의 중개행위를 하는 경우에는 민사중개인이 된다. 일반적인 부동산중개계약은 상행위에 해당하지 않는 부동산거래를 내용으로 하기 때문에 민사중개에 해당한다.³⁾

민법상 중개계약에 대한 규정이 없다는 점에서 중개계약은 비전형계약의 일종인데, 민법상의 전형계약과 비교하면 다음과 같은 차이가 있다. 중개인의 행위는 특별한 사정이 없는 한 유상이라는 점에서 무상위임이 원칙인 민법상 위임계약과 구별되고, 중개인이 소정의 성과를 얻었을 때에만 보수를 청구할 수 있다는 점에서 고용계약과 구별된다. 또한 중개인은 거래에 대해서 일정한 권한이 주어지고 있지만, 원칙적으로 거래를 완성(계약의 성립)시키는 의무를 지지 않는 것에서 도급계약과 구별된다.⁴⁾ 이로 인해 중개계약의 법적성질에 대해 위임계약설, 도급계

3) 정정일, “부동산 중개계약에 대한 소고”, 법학논집 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 29쪽.

4) 법무부 민법개정자료발간팀, 앞의 책, 500쪽.

약설, 혼합계약설, 특수한 위임계약설 등 다양한 견해가 있으며,⁵⁾ 판례는 중개계약을 위임계약으로 보고 있다.⁶⁾

비록 민법상 위임계약은 무상이 원칙이지만 거래관행에 따라 유상의 위임계약이 인정될 수 있다는 점, 부동산중개업자가 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다는 점 등을 고려할 때, 부동산중개계약은 민법상 전형계약 중 위임계약에 가장 유사한 것으로 생각된다.⁷⁾ 부동산중개계약을 위임계약으로 파악한다면, 민법상 위임계약에 관한 규정들을 그 성질상 허용되는 한도에서 적용할 수 있다. 한편, 공인중개사법에서 부동산중개계약에 대한 구체적인 내용을 규정하고 있는데, 공인중개사법은 민법상 위임계약에 대한 특별법으로서 부동산중개계약에 있어서 민법에 우선하여 적용되어야 한다.⁸⁾

2. 중개행위의 의미와 판단기준

2.1 공인중개사법상 중개행위의 의미

앞에서 살펴본 것처럼 민법에는 중개의 의미에 대한 명확한 규정이

5) 각 학설에 대한 상세한 내용은 김대명/이대운, “공인중개사법상 부동산중개계약에 관한 연구”, 법학연구 제34집, 한국법학회, 2009, 420-430쪽; 김철호/송형국, “부동산중개계약의 특질에 관한 연구”, 부동산학보 제54권, 한국부동산학회, 2013, 131-135쪽 참조.

6) 대법원 2012. 4. 12. 선고 2011다107900 판결

7) 김봉수, “공인중개사의 중개행위로 인한 책임판단”, 민사법학 제80호, 한국민사법학회, 2017, 165쪽. 이무선, “공인중개사법상 ‘중개계약’ 규정의 문제점과 개선방향”, 홍익법학 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 256쪽. 정정일 교수의 경우 부동산중개계약을 민법의 계약편에 신설하는 방안이 가장 합리적이지는 않지만, 굳이 민법상 전형계약 중 하나로 분류하자면 위임계약으로 봄이 타당하다고 한다(정정일, 앞의 논문, 31, 32쪽). 이재웅, 김영규 교수도 부동산중개계약에는 일반적인 위임계약의 유형으로 받아들일 수 없는 여러 특질들이 있지만, 부동산중개계약은 민법상 위임계약의 일종이라고 한다(이재웅/김영규, “개업공인중개사의 주의의무에 대한 고찰”, 법학연구 제21집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2018, 102, 104쪽).

8) 김봉수, 앞의 논문, 166쪽.

없고, 공인중개사법 제2조 제1호, 제3조가 중개에 관하여 규정하고 있다. 공인중개사법 제2조 제1호, 제3조에 규정된 중개의 의미를 고려할 때, 공인중개사법상 중개행위는 ‘토지, 건축물 그 밖의 토지의 정착물, 그 밖에 대통령령으로 정하는 재산권 및 물건에 대하여 거래당사자간의 매매·교환·임대차 그 밖의 권리의 득실변경에 관한 행위를 알선하는 것’을 의미한다. 이에 더하여 개업공인중개사는 민사집행법에 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). 법인인 개업공인중개사의 업무범위는 조금 더 넓은데, 법인인 개업공인중개사는 상업용 건축물 및 주택의 임대관리 등 부동산의 관리대행, 부동산의 이용·개발 및 거래에 관한 상담, 개업공인중개사를 대상으로 한 중개업의 경영기법 및 경영정보의 제공, 상업용 건축물 및 주택의 분양대행, 그 밖에 중개업에 부수되는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무까지도 할 수 있다(공인중개사법 제14조 제1항).

2.2 중개행위 여부의 판단기준에 관한 판례

판례는 기본적으로 공인중개사법 제2조 제1호, 제3조에 근거하여 중개행위를 판단하고 있다. 그러나 판례는 공인중개사의 책임에 관한 공인중개사법 제30조를 적용함에 있어서 공인중개사법 제30조의 ‘중개행위’는 중개업자의 행위 중 반드시 공인중개사법 제2조 제1호 소정의 ‘중개’에 속하는 것만이 이에 해당한다고 좁게 해석할 이유는 없다고 실시하면서,⁹⁾ 중개행위의 범위를 공인중개사법 제2조 제1호, 제3조의 규정보다 넓히고 있다.

판례가 일반적으로 실시하고 있는 중개행위의 판단기준에 관한 내용은 다음과 같다.

9) 대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결

“어떠한 행위가 중개행위에 해당하는지는 거래당사자의 보호에 목적을 둔 법 규정의 취지에 비추어 볼 때, 중개업자가 진정으로 거래당사자를 위하여 거래를 알선·중개하려는 의사를 갖고 있었느냐고 하는 중개업자의 주관적 의사를 기준으로 판단할 것이 아니라, 중개업자의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되는지에 따라 판단하여야 한다. 따라서 매매계약을 알선한 중개업자가 단순히 계약의 체결만을 알선하는 데 그치지 아니하고 계약 체결 후에도 중도금 및 잔금의 지급, 목적물의 인도 및 소유권이전등기의 경로 등과 같은 거래당사자의 계약상 의무의 실현에 관여함으로써 계약상 의무가 원만하게 이행되도록 주선할 것이 예정되어 있는 경우에, 그러한 중개업자의 행위는 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위로서 중개행위의 범주에 포함된다.”¹⁰⁾

구체적으로 우리 판례에서 공인중개사법 제2조 제1호, 제3조의 중개의 의미를 넘어서서 중개행위로 인정된 경우를 살펴보면 다음과 같다.¹¹⁾

첫째, 중개행위와 관련하여 공인중개사의 범죄행위가 개입된 경우에 중개행위에 해당한다고 판시하였다.¹²⁾

둘째, 경매 또는 공매대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득을 알선하

10) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012다42154 판결

11) 상세한 내용은 주경태, “공인중개사법 제30조 제1항에서 정한 ‘중개행위’의 의미와 중개행위를 함에 있어 주의의무”, 판례연구 제28집, 부산판례연구회, 2017, 55-104쪽 참조.

12) 부동산 매매계약 체결을 중개하고 계약체결 후 계약금 및 중도금 지급에도 관여한 부동산 중개업자가 잔금 중 일부를 횡령한 경우, 공인중개사법 제30조 제1항이 정한 ‘중개업자가 중개행위를 함에 있어서 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 경우’에 해당한다 본 사례(대법원 2005. 10. 7. 선고 2005다32197 판결), 중개업자인 갑이 자신의 사무소를 을의 중개행위의 장소로 제공하여 을이 그 사무소에서 임대차계약을 중개하면서 거래당사자로부터 종전 임차인에게 임대차보증금의 반환금을 전달하여 달라는 부탁을 받고 금원을 수령한 후 이를 횡령한 경우, 갑은 공인중개사법 제30조 제2항에 따라 거래당사자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 본 원심의 판단을 수긍한 사례(대법원 2000. 12. 22. 선고 2000다48098 판결) 등이 있다.

는 것도 중개행위에 해당한다고 판시하였다.¹³⁾

셋째, 임대차계약을 알선한 중개업자가 계약 체결 후에도 보증금의 지급, 목적물의 인도, 확정일자 취득 등과 같은 거래당사자의 계약상 의무의 실현에 관여함으로써 계약상 의무가 원만하게 이행되도록 주선할 것이 예정되어 있는 때에는 그러한 중개업자의 행위는 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위로서 중개행위의 범주에 포함된다고 판시하였다.¹⁴⁾

위와 같이 공인중개사법 제30조를 적용함에 있어서 판례는 중개행위를 공인중개사법 제2조 제1호, 제3조의 의미보다 넓게 파악하여 공인중개사의 책임을 넓게 인정하고 있다. 즉, 공인중개사법 제30조를 적용함에 있어서 어떠한 행위가 중개행위에 해당하는지는 중개업자가 진정으로 거래당사자를 위하여 거래를 알선·중개하려는 의사를 갖고 있었느냐고 하는 중개업자의 주관적 의사를 기준으로 판단할 것이 아니라, 중개업자의 행위를 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되는지에 따라 판단하여야 한다고 실시하면서, 객관적으로 보아 사회통념상 거래의 알선·중개를 위한 행위라고 인정되면 모두 중개행위로 보고 있다.

또한 중개행위의 존속시점과 관련해서도 계약체결시 중개행위가 종료되는 것이 아니라 경우에 따라서 예를 들어, 공인중개사가 계약상 의무실현에 관여한 경우라면 계약체결 이후에도 중개행위는 계속된다

13) 경매는 목적물의 강제환가라는 특징이 있기는 하나 본질적으로 매매의 성격을 지니고 있는 것이어서, 거래당사자의 보호에 목적을 둔 공인중개사법 규정과 보증보험 또는 공제제도의 취지를 감안하면, 결국 공인중개사법 제14조 제2항 소정의 '경매 대상 부동산에 대한 권리분석 및 취득의 알선'을 위한 행위도 사회통념상 거래의 알선, 중개를 위한 행위라고 인정되기에 충분하므로 공인중개사법 제30조 제1항의 '중개행위'에 해당한다고 해석함이 타당하다고 본 사례(대법원 2007. 4. 12. 선고 2005다40853 판결).

14) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다102940 판결; 대법원 2007. 2. 8. 선고 2005다55008 판결 등.

고 보고 있다.

2.3 소결

일반적으로 부동산중개란 ‘토지 등의 중개대상물에 대한 권리의 득실 변경에 관한 행위를 알선하는 것’을 의미하고, 중개의뢰인이 중개업자에게 중개를 의뢰할 때 중개행위가 시작되며, 거래당사자 사이에 계약이 체결되어 중개가 성사된 때 중개행위가 종료된다고 볼 수 있다. 그러나 중개업자는 고객과 물건을 확보한 후 이를 원하는 거래당사자간에 계약 체결을 성사시키기 위해 많은 준비와 설득을 거쳐 중개를 완성하고, 계약이 체결된 후 계약에 따른 이행이 마쳐질 때까지 관여할 때도 많다. 전자의 중개행위를 본래적 의미의 중개행위라고 한다면, 후자를 가리켜 ‘중개와 관련된 행위’라고 할 수 있다. 위와 같은 중개와 관련된 행위도 중개행위로 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

중개업자는 중개를 성사시키기 위해 중개와 관련된 행위에도 관여하거나 개입하는 경우가 많은데, 이러한 경우에도 본래적 의미의 중개행위가 종료되었다는 이유로 중개업자가 중개의뢰인에게 아무런 책임도 지지 않는 것은 타당하지 않다. 그렇기 때문에 앞에서 살펴본 바와 같이 대법원은 중개의 의미를 객관적으로 판단하면서, 공인중개사가 계약상 의무실현에 관련한 경우라면 계약 체결 이후에도 중개행위는 계속된다고 하여 중개행위의 범위를 넓히고 있다. 위와 같은 판례의 태도는 중개의뢰인의 보호라는 공인중개사법의 입법목적과 공인중개사의 책임과 그에 대한 보장을 명문화한 공인중개사법 제30조를 고려할 때, 타당한 것으로 생각된다.¹⁵⁾

15) 김봉수, 앞의 논문, 169쪽. 다만, 위 논문에 따르면 판례의 태도에 일응 찬성하면서도 판례와 같이 중개행위를 파악할 경우 중개행위의 범위가 지나치게 넓어질 수 있다는 우려를 표시하고 있다. 따라서 중개와 관련된 행위를 중개행위로 보기 위해서는 중개와 관련된 행위가 공인중개사 자신의 이익을 위한 것이야 한다는 추가요건이 필요하다

3. 권리금계약의 의의

권리금 및 권리금계약의 의미는 상가건물 임대차보호법(이하 ‘상가임대차법’이라 한다)에서 규정하고 있다. 상가임대차법 제10조의3 제1항에 의하면 “권리금이란 임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가를 말한다.”고 규정하고 있으며, 같은 조 제2항에 의하면 “권리금 계약이란 신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 말한다.”고 규정하고 있다.

위와 같은 법규정에 비추어 보면, 권리금계약이란 ‘영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치를 양도하거나 이용하도록 하고 그에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약’이라고 정의할 수 있다.

한편, 상가임대차법에 의하면 권리금과 권리금계약에 있어서 다음과 같은 차이점이 있음을 알 수 있다. 권리금은 임대인 또는 임차인에게 지급될 수 있지만, 권리금계약은 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 의미한다. 즉, 임대인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약은 권리금계약에 해당하지 않는다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 권리금계약은 상법상 영업양도계약에 해당할 수 있으며,¹⁶⁾ 임차권양도계약과 수반되

고 한다. 만약 중개와 관련된 행위가 공인중개사 자신의 이익을 위해서가 아니라 중개 의뢰인의 이익을 위해 호의로 행해진 경우에는 중개행위로 볼 수 없다고 한다(김봉수, 위의 논문, 170-172쪽).

16) 상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 의미한다.

는 경우가 많을 수 있음을 알 수 있다.

임차권양도 또는 영업양도계약에 수반되는 권리금계약은 우리나라 뿐만 아니라 세계적으로 보편적으로 인정되는 계약의 한 유형이다. 상가에 대한 매물을 살펴보면, 임대차에 관련된 내용 뿐만 아니라 권리금이 꼭 포함되어 있다. 이는 우리나라 뿐만이 아니라 미국, 영국, 프랑스에서도 마찬가지이다.¹⁷⁾

4. 권리금계약이 중개행위에 포함되는지 여부

4.1 판례의 태도

공인중개사법 제30조를 적용할 때 중개행위의 범위를 공인중개사법 제2조 제1호, 제3조의 규정보다 넓히고 있는 판례의 입장과 권리금계약은 상가임차권양도계약에 반드시 수반되는 계약이라는 점에 비추어 보면, 권리금계약은 중개행위에 포함되는 계약인 것처럼 보인다. 그러나 판례는 권리금계약은 중개행위에 포함되지 않는 계약이고 실시한다.

판례는 ‘공인중개사법 제2조 제1호, 제3조, 같은 법 시행령 제2조의 규정을 종합하여 보면, 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 가치

또한, 상법상의 영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 이전하는 채권계약을 의미한다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결).

권리금계약에는 영업과 관련된 유형·무형의 재산적 가치를 양도하고 그에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약도 있다. 이와 같은 점에서 권리금계약 중 일부는 상법상 영업양도계약에 해당할 수도 있다.

17) 해외의 사례에 대한 예시는 김영두, “권리금계약의 의의와 법률관계”, 재산법연구 제35권 제4호, 한국재산법학회, 2019, 8, 9쪽 참조.

의 양도에 대하여 이른바 “권리금” 등을 수수하도록 중개한 것은 공인중개사법이 규율하고 있는 중개행위에 해당하지 않는다’고 한다.¹⁸⁾ 위와 같은 대법원 판례의 태도에 따라 하급심들도 권리금계약은 중개행위에 해당하지 않는다는 논지를 현재도 유지하고 있다.¹⁹⁾

다만, 최근에는 예외적인 경우에 권리금계약체결을 알선하는 것이 중개행위에 포함되는 것처럼 실시한 판례도 있다. 판례는 ‘임차권양도 계약에 수반되어 체결되는 권리금계약은 임차권양도계약과는 별개의 계약이지만 위 두 계약의 체결 경위와 계약 내용 등에 비추어 볼 때, 권리금계약이 임차권양도계약과 결합하여 전체가 경제적·사실적으로 일체로 행하여진 것으로서, 어느 하나의 존재 없이는 당사자가 다른 하나를 의욕하지 않았을 것으로 보이는 경우에는 그 계약 전부가 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있다고 보아야 한다’고 하면서, 위와 같은 계약의 경우에 있어서 중개업자가 고의나 과실로 이러한 의무를 위반하여 의뢰인에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 공인중개사법 제30조 제1항에 따라 이를 배상할 책임이 있다고 판시하였다.²⁰⁾

임차권의 양도는 애초부터 중개행위에 포함되는데, 권리금계약과 임차권양도계약이 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있는 경우에는 임차권양도와 불가분의 관계로 붙어 있는 권리금계약의 경우에도 임차권의 양도와 함께 중개행위에 포함되므로, 공인중개사가 의뢰인에게 재산상 손해를 발생하게 한 때 공인중개사법상 책임을 부담한다는 것이다.

결론적으로 판례의 태도는 권리금계약체결을 알선하는 것이 중개행

18) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005도6054 판결

19) 부산고등법원 2017. 9. 27. 선고 2016나58393 판결; 부산지방법원 2016. 11. 24. 선고 2015가합7322 판결 등.

20) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016다261175 판결

위에 해당하지 않는다는 것이다. 예외적인 경우에 권리금계약체결을 알선하는 것이 중개행위에 포함될 수 있는 것처럼 보이기도 하나, 이는 권리금계약이 애초부터 중개행위에 포섭되는 임차권양도계약과 불가분의 관계로 묶여 있기 때문인 것에 불과하다. 즉, 임차권양도계약이 중개행위에 포함되기 때문에 그에 불가분의 관계로 붙어 있는 권리금계약에도 임차권양도계약에 따른 공인중개사법상의 효과가 미치는 것에 불과할 뿐 권리금계약이 예외적으로 중개행위에 해당될 수 있다는 의미는 아니다.

4.2 판례의 입장에 대한 검토

권리금계약체결을 알선하는 것이 중개행위에 포함되지 않는다는 판례의 태도는 다음과 같은 측면에서 찬동하기 어렵다.

첫째, 공인중개사법상 공인중개사의 의무 중 가장 큰 의무는 바로 중개대상물의 확인·설명의무이다(공인중개사법 제25조). 공인중개사법 제25조 제1항에 의하면 ‘개업공인중개사는 중개를 의뢰받은 경우에는 중개가 완성되기 전에 해당 중개대상물의 상태·입지 및 권리관계, 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 확인하여 이를 해당 중개대상물에 관한 권리를 취득하고자 하는 중개의뢰인에게 성실·정확하게 설명하고, 토지대장 등본 또는 부동산종합증명서, 등기사항증명서 등 설명의 근거자료를 제시하여야 한다.’고 규정하고 있다. 동법 시행령 제21조 제1항 제2호에 의하면 ‘소유권·전세권·저당권·지상권 및 임차권 등 중개대상물의 권리관계에 관한 사항’은 공인중개사가 동법 제25조 제1항의 규정에 따라 확인·설명하여야 하는 사항으로 규정되어 있다.

공인중개사법 제25조에서 규정하고 있는 중개업자의 확인·설명의무의 대상에 관한 내용은 예시적인 것으로서, 결국 중개업자의 확인·설

명 의무의 범위는 구체적인 계약마다 다양할 수밖에 없다.²¹⁾ 공인중개사의 확인·설명 의무의 대상과 범위와 관련하여 상가임차권양도계약에 있어서 권리금은 실무상 필수적으로 수반되는 부분인 점, 상가임차권과 관련된 거래에서 권리금이 양당사자에게 갖는 의미 등을 종합적으로 고려한다면, 권리금은 상가임차권 관련 계약에서 공인중개사의 확인·설명 의무의 대상과 범위에 해당한다고 보아야 한다. 뿐만 아니라 권리금은 상가임차권을 중개대상물로 하는 중개행위에서 배제하기 어려운 요소이므로 권리금도 중개대상물로 보아야 한다.

상가임차권 중개와 관련하여 추후 공인중개사에게 과실이 있는 것으로 밝혀졌을 때, 권리금에 대한 부분은 중개행위에 해당하지 않아 공인중개사법상 책임을 물을 수 없고, 나머지 임차권양도에 대한 부분만 공인중개사법상 책임을 물을 수 있다는 것은 불합리한 것으로 생각된다.²²⁾

둘째, 앞서 살펴 보았듯이 판례는 중개행위의 범위를 객관적으로 보아 사회통념상 중개행위로 볼 수 있는 것으로 넓히고 있고, 그 시점도 경우에 따라 계약체결시로 끝나는 것이 아니라 계약체결 이후까지로 넓히고 있다. 권리금계약은 상가임차권양도에 있어서 필수적으로 수반

21) 변우주, “부동산 거래에서 중개업자의 설명의무의 범위 - 일본의 宅地建物取引業法과 비교하여 -”, 민사법의 이론과 실무 제21권 제1호, 민사법의이론과실무학회, 2017, 349쪽.

22) 후술하겠지만 공인중개사에게 공인중개사법상 손해배상책임을 청구할 수 없다고 하더라도 민법상 위임계약에 근거하여 손해배상책임을 청구할 수는 있다. 한편, 개업공인중개사는 대부분 한국공인중개사협회에서 운영하는 공제에 가입하고 있는데, 권리금계약이 공인중개사법상 중개행위에 해당하게 되어 공인중개사가 공인중개사법상 책임을 부담하게 될 경우 중개의뢰인은 공제계약에 따라 한국공인중개사협회에 대해서도 공제금지급을 청구할 수 있다(공인중개사법 제30조, 동법 시행령 제26조). 그러나 권리금계약이 공인중개사법상 중개행위에 해당하지 않아 공인중개사가 공인중개사법상 책임을 부담하지 않고 단지 민법상 책임만을 부담하게 될 경우에는 중개의뢰인은 한국공인중개사협회에 대해 공제금지급을 청구할 수 없다. 이와 같이 중개의뢰인의 보호에 있어서 차이가 발생하게 된다.

되는 것이고, 상가임차권양도에 있어서 권리금에 관한 부분은 빠지지 않는다. 경우에 따라서는 권리금계약과 상가임차권양도계약이 하나의 계약처럼 취급될 때도 상당하다. 이러한 점을 종합하여 보면 권리금계약은 객관적으로 보아 사회통념상 중개행위에 해당한다고 볼 수 있다.

무엇보다 판례가 위와 같이 중개행위의 범위를 넓히는 것은 공인중개사법상으로 중개의뢰인을 보호하기 위함인 것으로 보이는데,²³⁾ 위와 같은 목적이라면 상가임차권양도에 있어서 필수적으로 수반되는 권리금계약을 굳이 중개행위에서 배제할 이유도 없다.

셋째, 권리금계약체결을 알선하는 것을 중개행위로 보지 않는 기존의 판례와 다르게 최근 판례는 권리금계약과 임차권양도계약이 비록 별개의 계약이라고 하더라도 그 계약 전부가 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있을 경우 예외적으로 권리금계약도 임차권양도계약에 포함하여 중개행위에 해당한다고 보고 있다. 그러나 위와 같은 예외를 인정하는 판례의 태도는 상가임차권양도에 있어서 권리금이 빠지지 않는 현실, 권리금계약이 상가임차권양도계약에 필수적으로 수반되는 사실 등을 고려하면, 실질적으로 권리금계약을 중개행위에 포함되는 계약으로 보겠다는 것과 크게 다르지 않다. 굳이 위와 같이 예외 아닌 예외를 설정하기보다는 권리금계약의 알선이 중개행위에 해당한다고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

따라서 권리금계약은 공인중개사법상 중개행위에 포함된다고 보는 것이 타당하다.²⁴⁾

23) 후술하듯이 중개의뢰인은 공인중개사에게 공인중개사법상 책임을 추궁할 수 없더라도 민법상 책임을 추궁할 수도 있기 때문에, 민법상으로 중개의뢰인을 보호하기에 충분하다면 굳이 공인중개사법상 중개행위의 범위를 넓힐 필요가 없다.

24) 김봉수, 앞의 논문, 169쪽 각주 26.

Ⅲ. 권리금계약에 있어서 공인중개사의 책임

1. 중개행위와 관련된 공인중개사의 손해배상책임 일반론

1.1 공인중개사법상 책임

개업공인중개사는 중개행위를 하는 경우 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다(공인중개사법 제30조 제1항).

한편, 개업공인중개사는 업무를 개시하기 전에 동법 제30조 제1항에 따른 손해배상책임을 보장하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보증보험 또는 동법 제42조에 따른 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다(동법 제30조 제3항). 이를 위해 대부분의 개업공인중개사는 한국공인중개사협회에서 운영하는 공제에 가입하고 그 증서를 비치·교부하고 있다. 개업공인중개사는 의무적으로 보증보험이나 공제에 가입하여야 하는데, 부동산중개사고가 발생하면 그 금액이 매우 클 수도 있기 때문에²⁵⁾ 이와 같은 의무적 공제가입제도는 타당한 것으로 생각된다.

중개의뢰인은 개업공인중개사의 중개행위로 손해를 입었을 때 공인중개사법 제30조에 근거하여 개업공인중개사에게 손해배상을 청구할 수도 있고, 개업공인중개사가 공제에 가입한 한국공인중개사협회에 손해배상금의 지급을 청구할 수도 있다(동법 시행령 제26조 제1항).

또한, 공인중개사법 제30조에 따른 손해배상책임의 성격이 계약책임에 한정되는 것인지 아니면 불법행위책임도 포함하는지 문제가 된다. ‘공인중개사법 제30조 제3항에 근거하여 한국공인중개사협회가 운영하는 공제제도 역시 중개업자가 그의 불법행위 또는 채무불이행으로 인하여 거래당사자에게 부담하게 되는 손해배상 책임을 보증하는 보증보험

25) 정정일, 앞의 논문, 44쪽.

적 성격을 가진 제도'라는 판례²⁶⁾의 입장에 비추어 볼 때, 공인중개사법상 공인중개사의 책임은 중개행위와 관련된 채무불이행책임과 불법행위책임을 모두 포함하는 것으로 생각된다.²⁷⁾ 다만, 공인중개사법 제30조 제1항에서 재산상의 손해를 배상할 책임이 있다고 규정한 점에서 공인중개사법상 책임이 불법행위책임을 포함한다고 하더라도 손해배상의 범위에서 위자료에 대한 부분은 인정될 수 없다.

1.2 민법상 책임

앞서 살펴보았듯이 부동산중개계약은 그 성질상 위임계약에 해당하므로, 개업공인중개사가 중개행위를 함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상 손해를 끼친 경우, 민법 제390조 채무불이행 책임 또는 민법 제750조 불법행위책임도 부담하게 된다.²⁸⁾

1.3 양 책임의 관계

공인중개사의 중개행위로 인하여 중개의뢰인에게 손해가 발생한 경우 중개의뢰인은 자신의 선택에 따라 공인중개사법에 의해 손해배상을 청구할 수도 있고, 민법에 의해 손해배상을 청구할 수도 있다. 다만, 공인중개사법 제30조 제1항에 따라 손해배상을 청구하게 되는 경우 동법 제30조 제3항, 동법 시행령 제26조에 따라 한국공인중개사협회에 대해서도 공제금을 청구할 수 있기 때문에 중개의뢰인의 보호를 위해서는 공인중개사법에 의해 손해배상을 청구하는 것이 더 유리할 것으로 생각된다.

26) 대법원 1995. 9. 29. 선고 94다47261 판결

27) 김봉수, 앞의 논문, 179쪽.

28) 공인중개사의 민법상 책임에 대한 상세한 내용은 정정일, 앞의 논문, 39-43쪽 참조.

공인중개사가 공인중개사법상 중개대상물이 아닌 것을 중개하다가 중개의뢰인에게 고의 또는 과실로 손해를 입히게 된 경우(대표적으로 권리금계약에 관한 것을 상정할 수 있다) 중개의뢰인은 공인중개사에게 민법상 위임관계에 기초하여 채무불이행책임이나 불법행위책임을 주장할 수 있다. 이 경우에는 공인중개사법상 중개대상물이 아닌 것을 중개한 것이므로 공인중개사에 대하여 공인중개사법에 기초한 손해배상책임을 주장할 수는 없다. 공인중개사에게 민법상 책임을 청구하는 경우에는 한국공인중개사협회에 대하여 손해배상금의 지급을 청구할 수는 없다.

또한, 공인중개사에게 공인중개사법상 책임을 묻는다는 주장은, 공인중개사가 중개업자로서 중개대상물의 권리관계를 조사·확인할 의무를 제대로 이행하지 않았다는 것으로서, 여기에는 중개업자의 고의·과실로 인한 채무불이행책임 또는 불법행위책임을 묻는 주장이 포함되어 있음이 분명하므로, 중개의뢰인이 민법상 책임을 주장하지 않았어도 이에 대해 판단이 가능하다.²⁹⁾

29) 부산고등법원 2017. 9. 27. 선고 2016나58393 판결. 사실관계를 요약하면 다음과 같다. 원고는 피고 공인중개사의 중개로 권리금계약을 체결하였는데, 피고 공인중개사의 과실로 인해 손해를 입게 되었다. 이에 대해 원고는 피고 공인중개사를 상대로 공인중개사법상 책임을 추궁함과 동시에 피고 공인중개사가 공제에 가입되어 있는 피고 한국공인중개사협회를 상대로 공제금 지급을 청구하였다.

법원은 피고 공인중개사가 권리금계약에서 중개한 목적물은 공인중개사법의 중개대상물에 해당하지 않는 권리금이 분명하므로, 이에 대해서는 공인중개사법이 적용되지 않는다고 하였다. 따라서 공인중개사법이 적용됨을 전제로 한 원고의 주장(공인중개사에 대한 공인중개사법상 손해배상청구, 한국공인중개사협회에 대한 공제청구)은 모두 배척하였다.

그러나 원고가 피고 공인중개사에 대하여 공인중개사법 책임을 묻는 주장은, 공인중개사가 중개업자로서 중개대상물의 권리관계를 조사·확인할 의무를 제대로 이행하지 않았다는 것으로, 여기에는 중개업자의 고의·과실로 인한 불법행위책임을 묻는 주장이 포함되어 있음이 분명하다고 전제한 뒤, 민법상 책임을 판단하고 이를 인정하였다. 다만, 피고 공인중개사에게 공인중개사법상 책임이 아닌 민법상 책임이 인정되는 사안이므로, 한국공인중개사협회에 대한 공제 청구는 인정하지 않았다.

2. 권리금계약에 있어서 공인중개사 책임의 특징

2.1 판례의 태도

앞에서 살펴보았듯이 우리 판례는 권리금 등을 수수하도록 중개한 것은 공인중개사법이 규율하고 있는 중개행위에 해당하지 않는다고 한다.³⁰⁾ 또한, 권리금계약은 임대차계약이나 임차권양도계약 등에 수반되어 체결되지만 임대차계약 등과는 별개의 계약이라고 한다.³¹⁾ 따라서 공인중개사가 권리금계약을 중개하다가 고의 또는 과실로 중개의뢰인에게 손해를 입히게 되더라도 공인중개사법 제30조의 책임은 부담하지 않는다.³²⁾

그러나 공인중개사와 중개의뢰인 사이에는 민법상 위임의 성격을 갖는 중개계약이 체결되어 있고, 중개대상물이 공인중개사법상 중개대상물에 해당하지 않는다고 하더라도 공인중개사는 중개의뢰인에게 선관주의의무를 부담하고 있다. 따라서 공인중개사가 위와 같은 주의의무를 위반하여 중개의뢰인에게 손해를 입힌 경우 공인중개사는 중개의뢰인에게 민법상 채무불이행 또는 불법행위책임을 부담하게 된다. 그러므로 만약 권리금계약에 있어서 공인중개사의 고의 또는 과실로 중개의뢰인에게 손해가 발생한다면, 중개의뢰인은 공인중개사에게 민법상 손해배상책임을 추궁할 수 있다. 단, 이 경우 중개의뢰인은 공인중개사가 공제에 가입되어 있는 한국공인중개사협회를 상대로 공제금청구는 불가능하다.³³⁾

30) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005도6054 판결

31) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016다261175 판결; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결

32) 앞서 살펴보았듯이 하급심도 위와 같은 대법원 판례의 태도에 따라 권리금계약과 관련하여 특별한 사정이 없는 한 공인중개사에 대한 공인중개사법상 책임을 인정하지 않는다(부산고등법원 2017. 9. 27. 선고 2016나58393 판결; 부산지방법원 2016. 11. 24. 선고 2015가합7322 판결 등).

다만, 권리금계약에 대해서도 공인중개사법상 손해배상책임을 추궁할 수 있는 예외적인 경우가 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 바로 권리금계약이 임차권양도계약과 결합하여 전체가 경제적·사실적으로 일체로 행하여진 것으로서, 어느 하나의 존재 없이는 당사자가 다른 하나를 의욕하지 않았을 것으로 보이는 경우로서 그 계약 전부가 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있다고 판단된 경우이다. 이 경우에 중개업자가 고의나 과실로 상가건물의 권리관계 등에 관한 자료를 확인·설명하여야 할 의무를 위반하여 의뢰인에게 재산상의 손해를 발생하게 하였다면, 공인중개사는 중개의뢰인에게 공인중개사법상 책임을 부담한다고 판시하였다.³⁴⁾

권리금계약과 관련된 공인중개사의 책임에 대한 판례의 태도를 정리하면 다음과 같다. 공인중개사는 중개의뢰인에게 공인중개사법상 책임을 부담하지 않고, 민법상 책임만 부담하며, 중개의뢰인은 한국공인중개사협회에 공제금 청구를 할 수 없다. 예외적으로 공인중개사법상 중개대상물에 해당하지 않는 권리금계약과 공인중개사법상 중개대상물에 해당하는 임차권계약 등이 하나의 계약인 것과 같은 불가분의 관계에 있는 경우 공인중개사는 권리금계약에 대해서도 공인중개사법상 책임을 부담한다.

2.2 판례의 태도에 대한 검토

위와 같은 판례의 태도는 권리금계약을 공인중개사법상 중개행위에서 배제한 것에서 비롯된다. 권리금계약의 알선이 공인중개사법상 중개행위에 해당하지 않으므로 공인중개사법의 규정을 적용할 수 없기 때문이다.

33) 부산고등법원 2017. 9. 27. 선고 2016나58393 판결

34) 대법원 2017. 7. 11. 선고 2016다261175 판결

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 권리금계약의 알선을 공인중개사법상 중개행위에서 배제하는 것은 권리금계약이 필수적으로 수반되는 상가임차권계약의 현실을 도외시하였다는 점, 공인중개사의 확인·설명 의무의 대상과 범위에는 권리금에 관한 것도 포함될 수 있는 점, 상가임차권 거래에서 권리금이 갖는 중요성 등을 고려할 때 타당하지 않은 것으로 생각된다.

위와 같은 약점을 극복하고자 판례는 권리금계약의 알선이 공인중개사법상 중개행위에 포함되지 않는다고 하더라도 공인중개사법을 적용할 수 있는 예외를 설정하였다. 그러나 대부분의 상가임차권계약에서 권리금계약이 필수적으로 수반된다는 점을 고려하면, 실질적으로 예외가 원칙처럼 적용되어 대부분의 권리금계약의 알선에 공인중개사법을 적용할 수 있는 것으로 생각된다. 그렇다면 오히려 예외 아닌 예외를 설정하기 보다는 권리금계약의 알선을 공인중개사법상 중개행위로 인정하는 것이 더 타당할 것으로 생각된다.

다만, 권리금계약의 알선이 공인중개사법상 중개행위에 해당되어야 한다는 본 논문의 결론과 무관하게 권리금계약의 알선이 공인중개사법상 중개행위에 해당하지 않는다는 전제 하에서는 중개의뢰인을 두텁게 보호하기 위해 위와 같은 예외를 설정하는 판례의 태도에 찬성하는 바이다.

IV. 결론

부동산거래의 중요성, 규모, 전문성 등으로 인해 일반인들은 공인중개사를 통해 부동산거래를 하게 된다. 일반인의 입장에서 공인중개사를 통하여 부동산거래를 진행하였는데 공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 손해를 입게 된다면, 공인중개사에게 그 책임을 묻는 것은 당연하다. 우리 법은 공인중개사의 고의 또는 과실 있는 중개행위로 인해 손해

를 입은 중개의뢰인을 보호하기 위해 민법 외에도 공인중개사법을 규정하여 공인중개사에게 공인중개사법상 손해배상책임을 청구할 수 있도록 하고 있다. 공인중개사의 중개행위가 공인중개사법상의 중개행위에 해당한다면 중개의뢰인은 공인중개사법상 공인중개사에게 손해배상책임을 청구함과 동시에 공인중개사가 공제에 가입된 한국공인중개사협회에 대해서도 공제금을 청구할 수 있다. 그러나 공인중개사의 중개행위가 공인중개사법상의 중개행위에 해당하지 않는다면 중개의뢰인은 공인중개사에게 민법상 손해배상책임만을 청구할 수 있다.

우리 판례는 공인중개사법상 중개행위의 범위를 공인중개사법 문언의 규정보다 조금 더 넓게 해석하고 있다. 그렇다고 하더라도 권리금에 관한 사항은 공인중개사법상 중개행위에 해당하지 않는다는 입장이다. 이에 따라 권리금에 관하여 공인중개사의 고의 또는 과실이 있더라도 중개의뢰인은 공인중개사에게 민법상 손해배상책임만을 청구할 수 있을 뿐이다.

그러나 권리금계약은 상가임차권계약 등에 있어서 필수적으로 수반되는 계약이고, 상가임차권계약에 있어서 권리금에 관한 내용이 빠지는 경우는 거의 없다. 또한 공인중개사의 중개대상물에 대한 확인·설명의 무에서 권리금에 관한 사항이 빠진다고 보기도 어렵다. 뿐만 아니라 상가임차권계약시 공인중개사가 권리금계약에 관한 사항도 당연히 함께 다루고 있다. 이와 같은 점을 고려하면 권리금에 관한 사항도 공인중개사법상 중개행위에 포함된다고 보는 것이 타당하다.

권리금에 관한 사항이 공인중개사법상 중개행위에 포함된다면, 공인중개사가 권리금계약에 있어서 고의 또는 과실로 중개의뢰인에게 손해를 입힌 경우, 중개의뢰인은 공인중개사에게 공인중개사법상 손해배상책임을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 공인중개사가 공제에 가입한 한국공인중개사협회에 대해서도 공제금을 청구할 수 있게 된다. 실질적으로 많은 분쟁이 발생하는 상가임차권계약 및 권리금계약에서 중개의뢰인

을 더욱더 확실히 보호할 수 있게 된다. 공인중개사를 통한 상가임차권 계약시 공인중개사가 권리금에 관한 계약도 함께 진행하는 거래현실, 공인중개사의 중개대상물에 대한 확인·설명의무, 중개행위를 폭넓게 해석하는 판례의 태도, 중개의뢰인에 대한 보호 등을 종합적으로 고려할 때, 권리금에 관한 사항도 공인중개사법상 중개행위에 포함하여 공인중개사의 손해배상책임을 판단해야 할 것이다.

참고문헌

1. 학술지

- 김대명, “공인중개사법상 중개업자의 확인·설명의무”, 법학연구 제41집, 한국법학회, 2011, 385-410쪽.
- 김대명/이대운, “공인중개사법상 부동산중개계약에 관한 연구”, 법학연구 제34집, 한국법학회, 2009, 413-442쪽.
- 김봉수, “공인중개사의 중개행위로 인한 책임판단”, 민사법학 제80호, 한국민사법학회, 2017, 155-196쪽.
- 김상명, “부동산중개계약에 관한 연구(1)”, 법학연구 제25집, 한국법학회, 2007, 143-163쪽.
- _____, “부동산중개계약에 관한 연구(2)”, 법학연구 제26집, 한국법학회, 2007, 91-113쪽.
- 김영두, “권리금계약의 의의와 법률관계”, 재산법연구 제35권 제4호, 한국재산법학회, 2019, 1-29쪽.
- 김철호/송형국, “부동산중개계약의 특질에 관한 연구”, 부동산학보 제54권, 한국부동산학회, 2013, 124-137쪽.
- 변우주, “부동산 거래에서 중개업자의 설명의무의 범위 -일본의 宅地建物取引業法과 비교하여-”, 민사법의 이론과 실무 제21권 제1호, 민사법의이론과실무학회, 2017, 341-374쪽.
- 이무선, “공인중개사법상 ‘중개계약’ 규정의 문제점과 개선방향”, 홍익법학 제17권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2016, 249-278쪽.
- 이재웅/김영규, “개업공인중개사의 주의의무에 대한 고찰”, 법학연구 제21집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2018, 97-130쪽.
- 정정일, “부동산 중개계약에 대한 소고”, 법학논집 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 25-49쪽.

주경태, “공인중개사법 제30조 제1항에서 정한 ‘중개행위’의 의미와 중개행위를 함에 있어 주의의무”, 판례연구 제28집, 부산판례연구회, 2017, 55-104쪽.

2. 기타

법무부 민법개정자료발간팀, 2004년 법무부 민법개정안 채권편·부록, 법무부, 2012.

[Abstract]

The Meaning of Brokerage and Liability of Licensed Real Estate Agent Regarding the Licensed Real Estate Agents Act – Centered on Premium Contract –

Eom, Bok-Hyun*

The Supreme Court presupposes that the premium contract does not constitute an object of brokerage under the Licensed Real Estate Agents Act. The Supreme Court argued that in the case of damages to a brokerage client in a premium contract, the brokerage client cannot claim liability for damages under the Licensed Real Estate Agents Act, but can only claim liability under civil law.

However, the premium contract is an essential contract in a commercial lease contract, and in the case of a commercial lease contract, the contents of the premium are rarely omitted. Also, it is difficult to say that the matters related to the premium are omitted from the obligation for a real estate agent to check and explain the brokerage. In addition, when it comes to a commercial lease contract, a real estate agent also deals with the premium contract. Considering these points, it is reasonable to consider that the matters related to the premium to be included in the object of brokerage under the Licensed Real Estate Agents Act.

If the matters relating to the premium are included in the object of brokerage under the Licensed Real Estate Agents Act, if the real estate agent intentionally or negligently damages the brokerage client, the brokerage client can not only claim the real estate agent to be liable for

* Court-Appointed Attorney, Seoul Northern District Court, Ph.D. in Law

damages under the Licensed Real Estate Agents Act. It is also possible to claim a deduction for the Korea Association of Realtors. It is possible to protect brokerage clients more and more in commercial lease contracts and premium contracts in which substantial disputes arise.

[Key Words] Licensed Real Estate Agent, Brokerage, Object of Brokerage, Premium, Premium Contract, Damage Compensation Liability