

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2013다28728 대여금등
원고, 상고인	태림주택종합관리 주식회사 소송대리인 법무법인(유한) 로고스 담당변호사 임수식 외 2인
피고, 피상고인	동원데자뷰아파트 입주자대표회의 소송대리인 법무법인 정언 담당변호사 김치련
원 심 판 결	서울남부지방법원 2013. 2. 21. 선고 2012나9589 판결
판 결 선 고	2014. 7. 24.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 상고이유 제1점에 관하여

변호사 아닌 자가 법률사무의 취급에 관여하는 것을 금지함으로써 변호사제도를 유지하고자 하는 변호사법 제109조 제1호의 규정 취지에 비추어 보면, 위 법조에서 말하는 '대리'에는 본인의 위임을 받아 대리인의 이름으로 법률사건을 처리하는 법률상의 대리뿐만 아니라, 법률적 지식을 이용하는 것이 필요한 행위를 본인을 대신하여 행하거나, 법률적 지식이 없거나 부족한 본인을 위하여 사실상 사건의 처리를 주도하면서 그 외부적인 형식만 본인이 직접 행하는 것처럼 하는 등으로 대리의 형식을 취하지 않고 실질적으로 대리가 행하여지는 것과 동일한 효과를 발생시키고자 하는 경우도 당연히 포함된다(대법원 1999. 12. 24. 선고 99도2193 판결, 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002도2725 판결 등 참조).

원심판결 및 원심이 일부 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 ① 이 사건 아파트의 관리수탁업체인 원고가 무이자로 소송비용 일체를 대납하는 방법으로 피고가 이 사건 아파트 하자보수보증업체를 상대로 제기하는 하자보수보증금 청구소송을 진행하기로 한 사실, ② 당시 원고와 피고가, 원고의 요청에 따라 피고가 위 소송 관련 서류에 날인함과 아울러 원고가 제시한 변호사 성공보수비를 인정하여 변호사선임계를 작성하고, 원고가 대납하는 소송비용에 관하여 판결금이 입금되면 지급하되 패소시에는 피고에게 그 지급을 청구하지 아니하며, 위 소송이 종결되면 피고가 원고에게 하자보수시공권, 시공사 선정 계약권 및 관리위수탁 재계약을 보장하여 주되, 이러한 사항들을 위반할 경우 판결금의 35%를 위약금으로 지급하기로 약정한 사실, ③ 이후 이러한 약정에 따라 원고가 소송비용 일체를 대납하여 진행된 위 소송이 항소심에서 조정에 갈음하는 결정이 확정됨으로써 종결된 사실 등을 인정한 다음, 원고가 소송비용을 부

담하고 사실상 변호사를 선임하여 하자보수보증금 청구소송을 제기하고 그 진행을 주도하였다고 보아, 이와 같이 원고가 피고의 하자보수보증금 청구소송에 관여한 행위는 변호사법 제109조 제1호에서 금지하는 '대리'에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

2. 상고이유 제2점에 관하여

변호사법 제109조 제1호는 강행법규로서 같은 법조에서 규정하고 있는 이익취득을 목적으로 하는 법률행위는 그 자체가 반사회적 성질을 띠게 되어 사법적 효력도 부정된다 할 것이다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1802 판결, 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다98843 판결 등 참조). 그리고 변호사법 제109조 제1호를 위반하여 소송 사건을 대리하는 자가 소송비용을 대납한 행위는 그 성격상 대리를 통한 이익취득 행위에 불가결하게 수반되는 부수적 행위에 불과하므로, 위와 같이 대납하는 소송비용을 소송 종료 후에 반환받기로 하는 약정은 특별한 사정이 없는 한, 이익취득 약정과 일체로서 반사회질서의 법률행위에 해당하여 무효라고 보아야 하고 이 부분만을 따로 떼어 그 효력을 달리한다고 볼 것은 아니다.

원심이 같은 취지에서, 원고가 대납하는 소송비용을 피고가 소송 종료 후 반환하기로 하는 약정 및 피고가 하자보수공사를 도급주지 않거나 이 사건 관리계약의 존속을 보장하지 않는 경우 위약금을 지급하기로 하는 약정이 모두 반사회질서의 법률행위로서 무효라고 판단하여, 대납한 소송비용을 대여금으로 구하는 원고의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 변호사법 위반과 반사회질서 법률행위의

무효 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

3. 상고이유 제3, 4점에 관하여

원심판결 및 원심이 인용한 제1심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 **소외인이** 피고의 대표자로 선임되자 원고가 그 대표성을 인정하지 아니하는 등으로 원고와 피고의 신뢰관계가 파탄에 이르렀다는 점 등을 들어, 원고의 선관주의의무 위반을 이유로 한 피고의 이 사건 관리계약 해지가 적법하다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

그리고 원심판결 이유에 '이 사건 관리계약 해지 이전의 관리수수료가 지급되지 않았다'는 주장에 대한 구체적·직접적인 판단이 기재되어 있지 아니하나, 앞서 본 바와 같이 원심이 이 사건 관리계약 해지 이전부터의 원고의 선관주의의무 위반을 이유로 원고의 주된 주장을 배척한 이상, 이러한 판결 이유의 전반적인 취지에 비추어 원고의 이 부분 주장도 배척되었음을 알 수 있다. 따라서 원심판결에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하고 판단을 누락하거나 이유모순 내지 석명권 불행사 등의 위법이 없다.

4. 결론

그러므로 상고를 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장

대법관

양창수

대법관 고영한

주 심 대법관 김창석

대법관 조희대