

## 손해배상등

[서울고법 2008. 7. 15. 2007나56380]



### 【판시사항】

법무사가 아닌 사람이 경매대행계약에 따라 수수료를 지급받기로 한 약정이 무효라고 한 사례

### 【판결요지】

법무사 사무소 직원이 자신의 독자적인 책임과 계산하에 경매 대상 부동산의 낙찰을 희망하는 사람들을 위하여 경매과정에서 주도적으로 관여하는 등 경매입찰을 사실상 대리하여 주고 그 수수료 명목으로 돈을 지급받은 사안에서, 법무사가 아닌 사람이 경매대행계약에 따라 수수료 명목으로 돈을 지급받기로 한 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 법률행위에 해당하여 무효라고 한 사례.

### 【참조조문】

법무사법 제1조, 제3조 제1항, 제19조, 제73조 제2항, 제74조 제1항 제1호, 변호사법 제109조 제1호, 민법 제103조

### 【전문】

【원고, 피항소인 겸 항소인】

【피고, 항소인 겸 피항소인】

【피고, 피항소인】

【제1심판결】 서울동부지법 2007. 5. 4. 선고 2006가합10758 판결

【변론종결】2008. 5. 27.

【주문】

】

1. 제1심판결 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 패소 부분을 취소한다.  
피고 1은 원고에게 48,670,000원 및 이에 대하여 2006. 8. 22.부터 2008. 7. 15.까지 연 5%, 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 각 비율에 의한 금액을 지급하라.
2. 원고의 피고 1에 대한 나머지 항소 및 피고 2에 대한 항소를 각 기각한다.
3. 원고와 피고 1 사이에서 생긴 소송총비용 중 5%는 원고가, 나머지 95%는 피고 1이 각 부담하고, 피고 2에 대한 항소비용은 원고가 부담한다.
4. 제1항의 금액 지급 부분은 가집행할 수 있다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 원고에게, 피고 1은 131,612,460원, 피고 2는 피고 1과 각자 위 금액 중 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라.2. 항소취지 가. 원 고 제1심판결 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 1은 73,669,997원(항소장의 131,612,460원은 착오 기재로 보인다), 피고 2는 피고 1과 각자

95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라. 나. 피고 1 제1심판결 중 피고 1의 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 원고에게, 피고 1은 131,612,460원, 피고 2는 피고 1과 각자 위 금액 중 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라.2. 항소취지 가. 원 고 제1심판결 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 1은 73,669,997원(항소장의 131,612,460원은 착오 기재로 보인다), 피고 2는 피고 1과 각자 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라. 나. 피고 1 제1심판결 중 피고 1의 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 원고에게, 피고 1은 131,612,460원, 피고 2는 피고 1과 각자 위 금액 중 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라.2. 항소취지 가. 원 고 제1심판결 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 1은 73,669,997원(항소장의 131,612,460원은 착오 기재로 보인다), 피고 2는 피고 1과 각자 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라. 나. 피고 1 제1심판결 중 피고 1의 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 원고에게, 피고 1은 131,612,460원, 피고 2는 피고 1과 각자 위 금액 중 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라.2. 항소취지 가. 원 고 제1심판결 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 1은 73,669,997원(항소장의 131,612,460원은 착오 기재로 보인다), 피고 2는 피고 1과 각자 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라. 나. 피고 1 제1심판결 중 피고 1의 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 원고에게, 피고 1은 131,612,460원, 피고 2는 피고 1과 각자 위 금액 중 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라.2. 항소취지 가. 원 고 제1심판결 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 1은 73,669,997원(항소장의 131,612,460원은 착오 기재로 보인다), 피고 2는 피고 1과 각자 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라. 나. 피고 1 제1심판결 중 피고 1의 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 원고에게, 피고 1은 131,612,460원, 피고 2는 피고 1과 각자 위 금액 중 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라.2. 항소취지 가. 원 고 제1심판결 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 1은 73,669,997원(항소장의 131,612,460원은 착오 기재로 보인다), 피고 2는 피고 1과 각자

95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라. 나. 피고 1 제1심판결 중 피고 1의 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 청구를 기각한다.

【청구취지 및 항소취지】1. 청구취지 원고에게, 피고 1은 131,612,460원, 피고 2는 피고 1과 각자 위 금액 중 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라.2. 항소취지 가. 원 고 제1심판결 중 다음에서 지급을 명하는 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소한다. 원고에게, 피고 1은 73,669,997원(항소장의 131,612,460원은 착오 기재로 보인다), 피고 2는 피고 1과 각자 95,670,000원 및 위 각 금액에 대한 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날부터 갚는 날까지 연 20%의 비율에 의한 금액을 지급하라. 나. 피고 1 제1심판결 중 피고 1의 패소 부분을 취소하고, 그에 해당하는 원고의 피고 1에 대한 청구를 기각한다.

## 【이유】

### 】 1. 인정 사실

가. 피고 1은 2004. 6.경 원고, 소외 1 및 소외 2(이하 이들을 통틀어 '원고 등'이라고 한다)에게 법원에서 경매되는 별지 목록 기재 건물(이하 '마평동 상가'라고 한다)을 낙찰받아 이를 전매하면 1인당 50,000,000원 정도의 수익을 남길 수 있다고 하면서, 원고 등을 위하여 경매절차를 대행해 주겠다고 제의하여, 그 무렵 원고 등과 사이에 마평동 상가에 관한 경매대행계약(이하 '1차 경매대행계약'이라고 한다)을 체결하였다.

나. 그 후 피고 1은 2004. 6. 15. 마평동 상가에 관하여 경매대행 수수료 30,600,000원, 유치권해결비용 45,000,000원, 명도비용 15,000,000원, 총투자대비예상수익 168,980,000원으로 기재된 투자내역서를 작성하여 원고 등에게 교부하였다.

다.

원고는 2004. 6. 17.부터 2004. 7. 2.까지 사이에 합계 50,980,000원, 소외 1은 2004. 6. 16.부터 2004. 7. 2.까지 사이에 합계 65,000,000원, 소외 2는 2004. 6. 16.부터 2004. 7. 2.까지 사이에 합계 53,000,000원을 피고 1의 처인 피고 2 명의의 국민은행 계좌(계좌번호 생략)로 송금하였다.

라. 그 후 원고 등은 2005. 3. 23. 원고가 같은 날 대영상호저축은행으로부터 대출받은 700,000,000원(변제기 2006. 3. 23., 이자 연 12%)과, 원고 등이 같은 날 소외 3으로부터 차용한 200,000,000원(변제기 2005. 9. 23., 이자 100,000,000원에 대하여는 월 2%, 나머지 100,000,000원에 대하여는 월 3%) 등으로 마평동 상가의 경락대금 910,000,000원을 납부하였다.

마. 피고 1은 2005. 3. 21. 마평동 상가를 낙찰받음에 있어 총 융자금액에 대한 이자의 25%를 부담하기로 하는 내용의 이행약정서를 작성하여 이를 원고에게 교부하였다.

바. 소외 1과 소외 2는 2006. 7. 19. 원고에게 마평동 상가와 관련하여 소외 1과 소외 2가 피고 1에게 비용 등을 지급함으로써 인하여 발생한 피고들에 대한 손해배상채권을 양도(이하 '이 사건 채권양도'라고 한다)하면서 그 양도통지에 관한 대리권을 수여하였고, 이에 원고가 소외 1과 소외 2를 대리하여 2005. 7. 25. 피고들에게 위 채권양도의 통지서를 발송하여 그 무렵 위 통지서가 피고들에게 각 도달하였다.

사. 한편, 피고 1은 2004. 6.경 원고에게 서울 강서구 공항동 소재 건물(이하 '공항동 건물'이라고 한다)에 대한 경매절차를 대행하여 주겠다고 제의하여, 그 무렵 원고와 사이에 공항동 건물에 관한 경매대행계약(이하 '2차 경매대행계약'이라고 한다)을 체결하고, 원고에게 명도비용으로 10,000,000원, 경매대행 수수료로 7,000,000원을 각 요구하여, 원고가 피고 1에게 2004. 6. 8. 7,000,000원, 2004. 6. 17. 10,000,000원을 각 피고 2 명의의 위 국민은행 계좌로 송금하였으며, 원고는 공항동 건물을 283,000,000원에 낙찰받았다.

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2호증, 갑 제3호증의 1 내지 4, 갑 제4 내지 8호증, 갑 제11호증의 1, 2의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 피고 1에 대한 청구에 관한 판단

### 가. 당사자들의 주장

#### (1) 원고의 주장

(가) 피고 1이 1차 경매대행계약에 따라 원고 등으로부터 유치권해결비용으로 45,000,000원과 명도비용으로 15,000,000원을 지급받고, 2차 경매대행계약에 따라 원고로부터 명도비용 10,000,000원을 지급받았으나 이를 지출하지 아니하였으므로, 피고 1은 민법 제684조, 제685조에 의하여 원고에게 위 각 비용 합계 70,000,000원을 반환할 의무가 있다.

(나) 법무사가 아니면서 법무사법, 법무사보수에 관한 규정에서 정한 한도를 초과하는 보수를 받기로 하는 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하므로 그 한도를 초과하는 범위 내에서 무효이다.

따라서 피고 1은 원고에게 부당이득반환으로서 1차 경매대행 수수료 30,600,000원 중 적정 수수료 9,100,000원(경락대금 910,000,000원의 1%)을 초과한 21,500,000원과 2차 경매대행 수수료 7,000,000원 중 적정 수수료 2,830,000원(경락대금 283,000,000원의 1%)을 초과한 4,170,000원 합계 25,670,000원(21,500,000원 + 4,170,000원)을 지급할 의무가 있다.

(다) 피고 1은 위 2005. 3. 21.자 이행약정에 기하여 원고에게, ① 위 대출금 700,000,000원에 대한 대출일인 2005. 3. 23.부터 변제기인 2006. 3. 23.까지의 이자 83,769,855원의 25% 상당액인 20,942,460원(20,942,463원인데 계산상의 착오로 보인다), ② 위 차용금 200,000,000원에 대한 차용일인 2005. 3. 23.부터 완제일인 2006. 3. 28.경까지의 이자 및 지연손해금 60,000,000원의 25% 상당액인 15,000,000원, 합계 35,942,460원(=20,942,460원 + 15,000,000원)을 지급할 의무가 있다.

(2) 피고 1의 주장

(가) 1, 2차 경매대행계약은 피고 1이 법무사 소외 4 사무소의 직원 자격으로 원고 등과 체결한 것이지 피고 1 개인 자격으로 체결한 것이 아니므로, 원고의 청구에 응할 수 없다.

(나) 피고 1이 원고에게 20,000,000원을 공탁하였으므로 위 금액을 공제하여야 한다.

나. 계약 당사자의 확정

먼저 1, 2차 경매대행계약의 당사자에 관하여 본다.

계약을 체결하는 행위자가 타인의 이름으로 법률행위를 한 경우에 행위자 또는 명의인 가운데 누구를 계약의 당사자로 볼 것인가에 관하여는, 우선 행위자와 상대방의 의사가 일치한 경우에는 그 일치한 의사대로 행위자 또는 명의인을 계약의 당사자로 확정하여야 할 것이고, 행위자와 상대방의 의사가 일치하지 않는 경우에는 그 계약의 성질·내용·목적·체결 경위 등 그 계약 체결 전후의 구체적인 제반 사정을 토대로 상대방이 합리적인 사람이라면 행위자와 명의자 중 누구를 계약당사자로 이해할 것인가에 의하여 당사자를 결정하여야 한다( 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결 등 참조).

갑 제12호증의 기재와 제1심 증인 소외 5의 증언에 의하면, 피고 1이 2003. 12.경부터 2004. 7.경까지 사이에 법무사 소외 4의 명의로 경매건설팅 업무를 수행한 사실을 인정할 수 있으나, 다른 한편, 갑 제3호증의 1 내지 4, 갑 제4, 5, 8, 12호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고 등은 1, 2차 경매대행계약과 관련된 모든 비용을 피고 1의 처인 피고 2의 위 국민은행 계좌로 송금한 사실, 피고 1은 원고에게 자신의 명의로 마평동 상가와 관련한 융자금의 이자 중 25%를 부담하겠다는 이행약정서(갑 제8호증)를 작성하여 준 사실을 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 원고 등과 피고 1 사이에 피고 1을 1, 2차 경매대행계약의 당사자로 하는 것에 대한 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하므로, 피고 1의 위 주장은 이유 없다.

다.

비용반환청구 부분에 대한 판단

(1) 청구원인에 대한 판단

피고 1에게, 원고 등이 1차 경매대행계약에 따라 마평동 상가 유치권해결비용으로 45,000,000원, 그 명도비용으로 15,000,000원을 각 지급하고, 원고가 2차 경매대행계약에 따라 공향동 건물 명도비용으로 10,000,000원을 지급한 사실은 앞서 본 바와 같다.

한편, 피고 1은, 마평동 상가를 명도받는 과정에서 임차인들이 시설투자를 하였음을 이유로 명도를 거부하여 소외 6, 소외 7에게 각 3,000,000원, 소외 8에게 8,000,000원, 소외 9에게 5,000,000원을 각 지급하였고, 공향동 건물의 경우는 5명의 임차인들에게 각 2,000,000원씩 합계 10,000,000원을 지출하였다고 주장하나, 이에 부합하는 제1심 증인 소외 10의 증언은 이를 믿지 아니하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그렇다면 피고 1은 원고에게 민법 제684조, 제685조에 의하여 마평동 상가 관련 유치권해결비용 45,000,000원 및 명도 비용 15,000,000원과 공항동 건물 관련 명도비용 10,000,000원, 합계 70,000,000원 및 이에 대한 지연손해금을 원고에게 반환할 의무가 있다.

## (2) 피고 1의 주장에 대한 판단

피고 1은, 1, 2차 경매대행계약은 경매대행계약 체결 당시 예상한 비용을 원고 등이 부담하되, 실제 비용이 예상 비용을 초과하든 미달하든 그 위험과 이익을 피고 1에게 귀속시키기로 한 일종의 공동투자계약으로서, 원고 등은 직접 현장을 방문하는 등 충분한 검토 끝에 유치권해결비용, 명도비용을 원고 등이 부담하기로 하는 조건하에 1, 2차 경매대행계약을 체결한 것이므로, 피고 1이 유치권해결비용, 명도비용을 실제 지출하지 아니하였다 하더라도 이를 원고에게 반환할 의무가 없다고 주장한다.

그러나 1, 2차 경매대행계약이 피고 1의 주장과 같은 내용의 계약이라는 점에 부합하는 을 제1호증의 기재와 제1심 증인 소외 10의 증언은 이를 믿지 아니하고, 을 제2호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고 1의 위 주장은 이유 없다.

## 라. 경매수수료반환 청구에 관한 판단

### (1) 관련 규정

(가) 구 법무사법(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 일부 개정되기 전의 것)

- 제1조 : 이 법은 법무사제도를 확립하여 국민의 법률생활의 편익을 도모하고 사법제도의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다.
- 제3조 제1항 : 법무사가 아닌 자는 제2조에 규정된 사무를 업으로 하지 못한다.
- 제19조 : 법무사는 그 업무에 관하여 위임인으로부터 소정의 보수를 받고, 그 업무에 관하여 제1항의 규정에 의한 보수 외에는 명목의 여하를 불문하고 위임인으로부터 금품을 받지 못하며, 제1항의 규정에 의한 보수의 기준에 관한 사항은 대한법무사협회 회칙으로 정한다.
- 제73조 제2항 : 제19조 제3항의 규정에 의한 보수기준을 초과하여 보수를 받거나 제19조 제2항의 규정에 위반하여 보수 외의 명목으로 금품을 받은 자는 100만 원 이하의 벌금에 처한다.
- 제74조 제1항 제1호 : 법무사가 아닌 자가 제3조의 규정에 위반한 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

(나) 법무사 보수표(2003. 9. 13. 시행)

- 부동산 단위로 다음의 금액을 초과하지 않는 범위 내에서 난이도, 응찰횟수, 낙찰 여부, 부동산의 가격, 정보제공, 입찰에 소요된 노력 등을 감안하여 위임인과의 합의로 정한다.
- 재산취득에 관한 상담 : 권리분석, 현황 내지 공부 등의 조사, 적정매수 가격의 제시, 정보제공 등을 포함하며, 목적물의 감정가격이 5,000만 원을 초과하는 경우에는 기본 보수 300,000원에 1억 원 초과에서 3억 원까지는 400,000원에 1억 원 초과액의 7/1,000에 해당하는 금액을 더한 금액을 가산하고, 10억 원 초과에서 20억 원까지는 5,500,000원에 10억 원 초과액의 4/1,000에 해당하는 금액을 더한 금액을 가산한다.
- 매수(입찰) 신청만 대리 : 공부의 열람, 확인 등을 포함하며, 목적물의 감정가격이 5,000만 원을 초과하는 경우에는 기본 보수 200,000원에 1억 원 초과에서 3억 원까지는 45,000원에 1억 원 초과액의 8/10,000에 해당하는 금액을 더한 금액을 가산하고, 10억 원 초과에서 20억 원까지는 645,000원에 10억 원 초과액의 5/10,000에 해당하는 금액을 더한 금액을 가산한다.

(다) 구 변호사법(2005. 1. 27. 법률 제7357호로 일부 개정되기 전의 것)

- 제109조 제1호 : 변호사가 아니면서 금품·향응 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 소송사건·비송사건·가사조정 또는 심판사건·행정심판 또는 심사의 청구나 이의신청 기타 행정기관에 대한 불복신청사건, 수사기관에서 취급중인 수사사건 또는 법령에 의하여 설치된 조사기관에서 취급중인 조사사건 기타 일반의 법률사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률관계 문서작성 기타 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

## 2) 판 단

갑 제2호증, 을 제2호증의 각 기재에 의하면, 피고 1은 형식상으로는 법무사 소외 11의 사무원의 지위에 있었지만, 실제로는 소외 11의 지도·감독을 받지 않고 자신의 독자적인 책임과 계산하에 경매 대상 부동산의 낙찰을 희망하는 사람들을 위하여 거의 모든 경매과정에 주도적으로 관여하여 경매입찰을 사실상 대리하여 주고 그 수수료 명목으로 돈을 지급받아 온 사실, 마평동 상가의 감정가격은 1,224,700,000원인 사실을 인정할 수 있고, 피고 1에게, 원고 등이 1차 경매대행 수수료로 30,600,000원을, 원고가 2차 경매대행 수수료로 7,000,000원을 각 지급한 사실은 앞서 본 바와 같다.

그렇다면 1, 2차 경매대행 수수료를 법무사 보수표에 의한 보수로 산정할 경우, 마평동 상가는 재산취득 상담의 보수가, 기본료 300,000원에 경매대상 목적물의 감정가격이 10억 원 초과에서 20억 원까지에 해당하는 가산금 6,398,800원  $\{5,500,000\text{원} + 898,800\text{원}(10\text{억 원 초과액 } 224,700,000\text{원} \times 4/1,000\text{원})\}$ 을 더한 6,698,800원  $(300,000\text{원} + 6,398,800\text{원})$ 이고, 매수(입찰) 신청만의 대리의 보수가, 기본료 200,000원에 경매대상 목적물의 감정가격이 10억 원 초과에서 20억 원까지에 해당하는 가산금 757,350원  $\{645,000\text{원} + 112,350\text{원}(10\text{억 원 초과액 } 224,700,000\text{원} \times 5/10,000)\}$ 을 더한 957,350원  $(200,000\text{원} + 757,350\text{원})$ 이 되어 합계 7,656,150원  $(6,698,800\text{원} + 957,350\text{원})$ 이 되고, 공향동 건물은 재산취득 상담의 보수가, 기본료 300,000원에 경매대상 목적물의 감정가격이 1억 원 초과에서 3억 원(공향동 상가의 감정가격을 알 수 없으므로 경락대금으로 계산하기로 한다)까지에 해당하는 가산금 1,681,000원

{400,000원 + 1,281,000원(1억 원 초과액 183,000,000원 × 7/1,000)}을 더한 1,981,000원(300,000원 + 1,681,000원)이고, 매수(입찰) 신청만의 대리의 보수가, 기본료 200,000원에 경매대상 목적물의 감정가격이 1억 원 초과에서 3억 원까지에 해당하는 가산금 191,400원(45,000원 + 146,400원(1억 원 초과액 183,000,000원 × 8/10,000))을 더한 391,400원(200,000원 + 191,400원)이 되어 합계 2,372,400원(1,981,000원 + 391,400원)이 된다.

법무사법은 법무사제도를 확립하여 국민의 법률생활의 편익을 도모하고 사법제도의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 하고 있으므로, 법무사보수기준제는 국민으로 하여금 예측가능한 적정한 비용으로 쉽게 법률서비스를 이용할 수 있도록 함으로써 법무사법의 입법 목적에 기여하려는 데 있는 점, 위에서 본 바와 같이 법무사가 경매대행을 할 경우에는 그 보수가 1차 경매대행의 경우는 7,656,150원을, 2차 경매대행의 경우는 2,372,400원을 각 초과하지 못하는 점, 피고 1과 원고 등 사이의 1, 2차 경매대행계약이 변호사법 제109조 제1호에 해당하는 점 등에 비추어 볼 때, 법무사가 아닌 피고 1이 1, 2차 경매대행계약에 따라 각 수수료 명목으로 돈을 지급받기로 한 약정은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 법률행위에 해당하여 무효라고 할 것이다.

따라서 피고 1은 원고에게, 원고 스스로 1차 경매대행의 보수로서 적정하다고 인정하는 9,100,000원을 초과하여 지급한 21,500,000원(30,600,000원 - 9,100,000원), 2차 경매대행의 보수로서 적정하다고 인정하는 2,830,000원을 초과하여 지급한 4,170,000원(7,000,000원 - 2,830,000원)의 합계 25,670,000원(21,500,000원 + 4,170,000원)을 부당이득금으로 반환할 의무가 있다.

#### 바. 약정금 청구에 관한 판단

##### (1) 인정 사실

원고가 2005. 3. 23. 대영상호저축은행으로부터 700,000,000원을 대출받고, 원고 등이 같은 날 소외 3으로부터 200,000,000원을 차용한 사실 및 피고 1이 2005. 3. 21. 마평동 상가와 관련한 총융자금액에 대한 이자의 25%를 부담하기로 하는 내용의 이행약정서를 작성하여 원고에게 교부한 사실은 앞에서 본 바와 같고, 갑 제7, 10호증의 각 기재에 의하면, 위 대출금 700,000,000원에 대한 2005. 3. 23.부터 변제기인 2006. 3. 23.까지의 이자는 합계 83,769,855원이고, 위 차용금 200,000,000원에 대한 2005. 3. 23.부터 변제기인 2005. 9. 23.까지의 이자는 합계 40,000,000원{12,000,000원(100,000,000 × 0.02 × 6개월) + 18,000,000원(100,000,000원 × 0.03 × 6개월)}인 사실을 인정할 수 있다.

그러나 나아가 피고 1이 마평동 상가와 관련한 융자금에 대한 이자뿐만 아니라 변제기 이후의 지연손해금까지 부담하기로 약정하였다는 점에 관하여는 이를 인정할 증거가 없다.

##### (2) 피고 1의 주장에 대한 판단

피고 1은, 위 이행약정서(갑 제8호증)는 형식적으로 작성하여 준 것이고, 위 피고는 2005. 3.경 원고 등이 이자비용을 빌려주면 마평동 상가를 매도하여 이를 반환하겠다고 하여 원고 등에게 2005. 7. 27.부터 2006. 12. 23.까지 사이에 15,000,000원, 2006. 1. 23. 10,000,000원, 합계 25,000,000원을 대여하였다고 주장한다.



그러나 을 제1호증의 기재만으로는 이를 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고 1의 위 주장은 이유 없다.

### (3) 소결론

그렇다면 피고 1은 원고에게 위 2005. 3. 21.자 이행약정에 기하여 위 대출금 700,000,000원 및 차용금 200,000,000원에 대한 각 이자 합계 123,769,855원(83,769,855원 + 40,000,000원)의 25% 상당액인 30,942,463원(123,769,855원 × 0.25, 원 미만 버림)을 지급할 의무가 있다.

### 사. 피고 1의 공탁금 공제 주장에 대한 판단

갑 제14, 15호증의 각 기재에 의하면, 원고가 피고 1을 사기죄로 고소하자, 피고 1은 원고와의 합의를 위하여 원고에게 20,000,000원을 제공하였으나 원고가 수령을 거절하였음을 이유로 2007. 2. 15. 20,000,000원을 인천지방법원 2007년 금제522호로 공탁한 사실을 인정할 수 있고, 원고가 이를 출급한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없으므로, 피고 1의 공제 주장은 이유 있다.

### 아. 소결론

따라서 피고 1은 원고에게, 1, 2차 경매대행계약에 따라 지급받은 유치권해결 및 명도비용 70,000,000원, 1, 2차 경매대행 수수료 중 25,670,000원, 2005. 3. 21. 약정을 원인으로 이자 30,942,463원, 합계 106,612,463원(70,000,000원 + 25,670,000원 + 30,942,463원 - 공탁금 20,000,000원) 및 이에 대하여 원고가 구하는 이 사건 소장 부분 최종 송달일 다음날인 2006. 8. 22.부터 피고 1이 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁함이 상당한 날로서 제1심 인용금액인 57,942,463원에 대하여는 제1심판결 선고일인 2007. 5. 4.까지, 당심 추가 인용 금액인 48,670,000원(106,612,463원 - 57,942,463원)에 대하여는 당심판결 선고일인 2008. 7. 15.까지 각 민법에서 정한 연 5%, 그 다음 날부터 갚는 날까지 소송촉진 등에 관한 특례법에서 정한 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 4. 피고 2에 대한 청구

### 가. 원고의 주장

피고 2는 피고 1과 공동으로 원고 등을 기망하여, ① 마평동 상가 유치권해결비용 명목으로 45,000,000원, 명도비용 명목으로 15,000,000원, 공항동 건물의 명도비용 명목으로 10,000,000원을 각 편취하였고, ② 경매대행 수수료는 경락대금의 1%를 받는 것이 관행임에도, 마평동 상가의 경락대금 910,000,000원의 1%인 9,100,000원을 초과한 30,600,000원을 받아 그 차액 21,500,000원, 공항동 건물의 경락대금 283,000,000원의 1%인 2,830,000원을 초과한 7,000,000원을 받아 그 차액인 4,170,000원을 각 편취하였으므로, 피고 1과 각자 원고에게 마평동 상가 관련 손해배상금 81,500,000원(45,000,000원 + 15,000,000 + 21,500,000원), 공항동 건물 관련 손해배상금 14,170,000원, 합계 95,670,000원(81,500,000원 + 14,170,000원)을 지급할 의무가 있다.

나. 피고 2의 주장

피고 2는 마평동 상가와 공향동 건물의 경매에 관여한 일이 없다.

다.

판 단

공동불법행위가 성립하려면 행위자들 사이에 행위 공동의 인식이 필요한 것은 아니지만, 객관적으로 보아 피해자에 대한 권리침해가 공동으로 행하여지고 그 행위가 손해발생에 대하여 공통의 원인이 되었다고 인정되는 경우라야 한다( 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2723 판결 등 참조).

원고 등이 유치권해결비용 등을 피고 2의 국민은행 계좌로 송금한 사실은 위에서 본 바와 같으나, 위 인정 사실만으로는 피고 2가 1, 2차 경매대행계약의 체결 및 그 이행에 관여하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 원고의 피고 2에 대한 청구는 이유 없다.

5. 결 론

그렇다면 원고의 피고 1에 대한 청구는 위 인정 범위 내에서 이유 있어 인용되어야 하고, 나머지 청구는 이유 없어 기각되어야 하며, 원고의 피고 2에 대한 청구는 이유 없어 기각되어야 한다.

피고 1에 대한 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 원고의 항소를 일부 받아들여 당심 추가 인용 금액에 해당하는 원고 패소 부분을 취소하고, 피고 1에 대하여 위 금액의 지급을 명하며, 피고 1에 대한 제1심판결 중 나머지 부분 및 피고 2에 대한 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하다.

원고의 피고 1에 대한 나머지 항소와 피고 2에 대한 항소 및 피고 1의 항소를 각 기각한다.

[[별 지] 목 록 생략]

판사 조경란(재판장) 박미리 박남천