

## 수익금·수익금등

[광주고등법원 2016. 11. 25. 2014나11528(본소), 2014나11504(반소)]



### 【전문】

【원고(반소피고), 피항소인 겸 항소인】 원고(반소피고) (소송대리인 법무법인 케이씨엘 담당변호사 서우성)

【피고(반소원고), 항소인 겸 피항소인】 피고(반소원고)

【피고, 피항소인】 피고 (소송대리인 법무법인(유한) 바른길 담당변호사 정갑주 외 1인)

【제1심판결】 광주지방법원 2014. 5. 1. 선고 2012가합8095(본소), 2012가합12469(반소) 판결

【변론종결】 2016. 11. 11.

### 【주문】

】

1. 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 지급을 명하는 돈을 초과하는 원고(반소피고) 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.

원고(반소피고)는 피고(반소원고)에게 126,885,909원과 그중 ① 98,818,478 원에 대하여는 2012. 12. 12.부터 2016. 11. 25.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을, ② 나머지 28,067,431원에 대하여는 2016. 7. 7.부터 2016. 11. 25.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

2. 원고(반소피고)의 피고(반소원고)에 대한 나머지 항소와 피고에 대한 항소 및 피고(반소원고)의 항소를 모두 기각한다.

3.가. 가지급물 반환 신청에 따라, 피고(반소원고)는 원고(반소피고)에게 109,527,367원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 2016. 11. 25.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라. 나. 원고(반소피고)의 나머지 가지급물 반환 신청을 기각한다.

다. 위 가항은 가집행할 수 있다.

4.가. 원고(반소피고)와 피고(반소원고) 사이에 생긴 소송총비용(가지급물 반환 신청비용 포함)은 본소와 반소를 합하여 그중 2/3는 원고(반소피고)가, 나머지 1/3은 피고(반소원고)가 각 부담하고,

나. 원고(반소피고)와 피고 사이에 생긴 항소비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당시에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당시에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에

해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당시에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당시에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당시에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당시에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율

로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에

해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당시에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당시에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당시에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당시에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

【청구취지, 항소취지 및 가지급물 반환 신청취지】1. 청구취지가. 본소피고(반소원고)와 피고는 연대하여 원고(반소피고, 이하 '원고'라고만 한다)에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라(원고는 당심에 이르러 본소 청구취지를 감축하였다).나. 반소 원고는 피고(반소원고)에게 380,223,833원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율

로 셈한 돈을 지급하라(피고(반소원고)는 당심에 이르러 반소 청구취지를 감축하였다).2. 항소취지가. 원고(1) 제1심판결 중 본소에 관한 부분을 취소한다. 피고들은 연대하여 원고에게 252,865,055원과 이에 대하여 2012. 12. 1.부터 이 사건 2016. 11. 9.자 준비서면 부분이 송달된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.(2) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각한다.나. 피고(반소원고) 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 아래에서 추가로 지급을 명하는 부분에 해당하는 피고(반소원고) 패소 부분을 취소한다. 원고는 피고(반소원고)에게 182,948,774원과 이에 대하여 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 이 사건 제1심판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.3. 가지급물 반환 신청취지피고(반소원고)는 원고에게 215,777,536원과 이에 대하여 2014. 6. 14.부터 이 법원의 판결이 선고된 날까지는 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율로 셈한 돈을 지급하라.

## 【이유】

### 1. 본소 청구 중 피고에 대한 부분에 관한 판단

#### 가. 원고 주장의 요지

원고는 2011. 5. 31. 피고들과 광주 서구 (주소 생략)에 있는 지하 1층, 지상 8층 건물(이하 '이 사건 건물'이라 한다)의 3~8층에서 '○○한의원'과 '△△한방병원'(이하 통칭하여 '이 사건 한방병원'이라 하고, 개별 의료기관을 특정하는 경우에는 그 상호를 사용한다)을 개설하여 공동으로 운영하기로 하는 내용의 동업계약(이하 '이 사건 동업계약'이라 한다)을 체결하였다.

따라서 이 사건 동업계약의 당사자인 피고는 피고(반소원고)와 연대하여 동업 기간 중 발생한 수익금과 이 사건 동업계약에 따라 설립된 조합(이하 '이 사건 조합'이라 한다)의 잔여 재산 가액 중 원고가 구하는 돈을 지급하여야 한다.

#### 나. 판단

갑 제1, 9, 10호증, 을 제1, 6, 8호증(이하 가지번호가 있는 서증은 원칙적으로 가지번호를 포함한다).

다만 가지번호가 있는 서증 중 일부를 특정할 필요가 있는 경우에는 가지번호를 사용한다)의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실들을 종합할 때, 제출된 증거만으로는 피고가 이 사건 동업계약의 당사자라고 인정하기 어렵다.

따라서 피고가 이 사건 동업계약의 당사자임을 전제로 한 원고의 피고에 대한 본소 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(1) 처분문서인 이 사건 동업계약서(갑 제1호증)의 '당사자란'에는 원고와 피고(반소원고)의 성명과 주소 및 주민등록번호가 적혀 있고, 그 옆에 원고와 피고(반소원고)의 인장이 찍혀 있다.

또 이 사건 동업계약서의 본문에서는 이 사건 동업계약에 따른 권리와 의무의 주체가 원고와 피고(반소원고)임을 명확하게 나타내고 있다.

비록 이 사건 동업계약서의 하단에 피고 명의로 개설된 계좌의 번호가 적혀 있고 그 옆에 피고의 인장이 찍혀 있기는 하나, 이 사건 동업계약서의 전체적인 형식과 내용에 비추어 볼 때, 이러한 사정이 이 사건 동업계약의 당사자를 원고와 피고(반소원고)로 인정하는 데 방해가 되는 정황에 해당한다고 보기는 어렵다.

(2) 이 사건 동업계약에 따라 이 사건 건물의 3층, 7층 및 8층에는 '○○한의원'이, 이 사건 건물의 4~6층에는 '△△한방병원'이 개설·운영되었다.

그런데 최초 사업자등록과 의료기관 개설신고 및 허가가 '○○한의원'의 경우 원고 명의로, '△△한방병원'의 경우 피고(반소원고) 명의로 이루어졌다.

(3) 이 사건 건물에 관하여는 광주지방법원 2011타경10394호로 임의경매절차가 진행되었는데, 당시 원고와 피고(반소원고)의 명의로 유익비상환청구권 등을 이유로 한 유치권 신고가 이루어졌다.

한편, 소외 1, 소외 2 및 소외 3은 2012. 4. 13. 위 경매절차를 통하여 이 사건 건물의 소유권을 취득하게 되자 2012. 5. 21. 원고 및 피고(반소원고)와 유치권이나 임대차 문제에 관하여 합의하였는데, 당시 피고는 그 합의 당사자에 포함되지 않았다.

(4) 피고가 행정원장이라는 직함을 사용하면서 이 사건 한방병원의 운영에 상당한 정도로 관여하였던 사실이 인정되기는 한다.

그러나 이는 피고가 이 사건 동업계약의 당사자인 피고(반소원고)의 남편으로서 이 사건 한방병원의 운영에 대하여 피고(반소원고)와 실질적으로 동일한 이해관계를 갖고 있는 데서 비롯되었을 여지가 충분하다.

## 2. 본소 청구 중 피고(반소원고)에 대한 부분 및 반소 청구에 관한 판단

### 가. 인정되는 사실

(1) 피고(반소원고)는 한방병원을 개설·운영하기 위해서 2011. 3. 11.경 소외 4와 이 사건 건물의 4~6층에 관하여 임차보증금은 40,000,000원, 차임은 월 5,500,000원으로 한 임대차계약을 체결하고, 그 무렵부터 내부 시설공사, 의료장비 설치 등 한방병원을 개설하기 위한 준비 작업을 하였다.

(2) 원고는 2011. 5. 31.경 피고(반소원고)와 이 사건 한방병원의 공동 운영에 관하여 아래와 같은 내용의 이 사건 동업계약을 체결하였다.

· 이 사건 한방병원의 제반 시설 투자비용 합계를 1,000,000,000원으로 산정하고, 제반 투자를 시행하며 경영에 있어 지분 구조를 명시한다.

· 피고(반소원고) 80%(800,000,000 투자), 원고 20%(200,000,000 투자)로 하여 경영함에 있어 위 지분 구조에 의해 비용을 공제(월간 예상 세금적립 및 월별 가정산, 연말에 결산하여) 후에 확정하여 수익을 배분한다.

· 6월 1일자부터 계약이 이행됨에 따라 원고에게는 매월 말일 NET 10,000,000원을 선 지급하고, 추후 연말 정산 직후 수익금액의 20%에서 선지급한 금액을 뺀 나머지 수익금을 배당하기로 한다.

· 병원 개설에 있어서는 초기 1년은 피고(반소원고), 후 1년은 원고 순으로 하여 중간 예납 세금의 과도한 부담을 감소시킬 수 있도록 서로 협조하기로 한다.

· 투자 성격은 주식형 지분 투자로 하고 향후 지분에 대한 재산권을 타인에게 양도할 수 있으며 지분 가치의 상승과 하락은 경영 성과에 따르는 것으로 인지한다.

이 사건 한방병원의 운영에 관련된 제반 사항 및 재무제표는 문서화하여 서로 공유하기로 한다.

(3) 원고는 2011. 6. 3.에 130,000,000원, 6. 9.에 70,000,000원, 합계 200,000,000원을 출자함으로써 이 사건 동업계약에 따른 자신의 출자의무를 모두 이행하였다.



(4) 원고는 2011. 6. 1. 자신 앞으로 사업자등록을 마친 후 이 사건 건물의 3층, 7층 및 8층에서 '○○한의원'을 운영하였고, 피고(반소원고)는 2011. 6. 2. 자신 앞으로 사업자등록을 마친 후 이 사건 건물의 4~6층에서 '△△한방병원'을 운영하였다.

(5) 앞서 본 것처럼 원고와 피고(반소원고)는 이 사건 한방병원 운영을 위해서 기존에 임차인을 피고(반소원고)로 하여 임대차계약이 체결되어 있었던 이 사건 건물의 4~6층 이외에 3층, 7층 및 8층이 추가로 필요하게 되었다.

이에 따라 원고와 소외 4 사이에는 계약 체결일을 '2011. 3. 11.'로 소급하여 임차보증금은 40,000,000원, 차임은 월 5,500,000원으로 한 임대차계약서가 작성되었으나 임차보증금이 추가로 지급되지는 않았다.

결국 이 사건 한방병원의 임차보증금은 40,000,000원, 차임은 월 11,000,000원(=이 사건 건물의 3층, 7층 및 8층 월 차임 5,500,000원 + 이 사건 건물의 4~6층 월 차임 5,500,000원)이 되었다.

(6) 피고(반소원고)는 2012. 7. 30. 내용증명우편으로 원고에게 '원고의 약정 위반, 동업자로서의 신뢰 관계 상실, 공동 경영에 반하는 행동 등을 이유로 이 사건 동업계약에 따른 피고(반소원고)의 지분 80%를 매각하기로 결정하였다.

'는 내용의 통지를 하였고, 원고와 피고(반소원고) 사이에는 이 사건 동업계약의 지분 비율이나 약정 위반의 주체 등을 둘러싼 분쟁이 깊어졌다.

원고는 2012. 8. 3. 피고들을 상대로 하여 이 사건 동업계약에 따른 수익금 등의 지급을 구하는 이 사건 본소를 제기하였고, 이에 대하여 피고(반소원고)는 2012. 9. 24. 제1심 법원에 제출한 답변서를 통하여 원고가 이 사건 동업계약에 따른 수익금 명목으로 138,403,484원을 더 받아갔다고 반박하였다.

나아가 피고(반소원고)는 2012. 11. 19. 원고에게 '신뢰 관계의 파탄 등을 이유로 2012. 11. 30.을 기하여 이 사건 동업계약을 해지하고 동업 관계에서 탈퇴하겠으니 미지급된 수익금과 정산금을 지급하여 달라.'는 내용이 담긴 내용증명우편을 보냈고, 이 내용증명우편은 그 무렵 원고에게 도달하였다.

(7) 피고(반소원고)는 원고와의 별다른 협의 없이 2012년 12월 초순경 이 사건 건물의 4~6층에서 퇴거한 후 12. 10. '△△한방병원'에 대한 폐업신고를 하였고, 그 무렵부터 피고와 함께 광주 서구 □□동에서 '□□한의원'을 운영하고 있다.

한편, 원고는 2013. 12. 31.까지 '○○한의원'을 계속 운영하였으나 피고(반소원고)의 퇴거 이후 '△△한방병원'이 있었던 이 사건 건물의 4~6층에서 한방병원 영업을 하지는 않았다.

[인정 근거] 기록상 명백하거나 다툼 없음, 갑 제1, 2, 6, 15, 21, 34, 35호증, 을 제1, 3, 6, 12호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지

나. 동업 기간 중 발생한 수익금 관련 청구에 관한 판단

(1) 당사자 주장의 요지

(가) 원고

원고와 피고(반소원고)는 자신들의 실제 출자가액 비율에 따라 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금을 나누기로 약정하였다.

이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금은 합계 1,080,532,128원(=총 매출액 1,995,022,987원 - 총 비용액 914,490,859원)인데, 이를 원고와 피고(반소원고)의 출자가액 비율(42.2% : 57.8%)에 따라 나누면, 원고는 그중 455,984,558원을, 피고(반소원고)는 나머지 624,547,570원을 받아야 한다.

그런데 원고는 290,800,000원을 받는 데 그쳤으므로, 그 차액인 165,184,558원을 추가로 받아야 한다.

(나) 피고(반소원고)

원고와 피고(반소원고)는 20% : 80%의 비율에 따라 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금을 나누기로 약정하였다.

이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금은 합계 857,907,613원(=총 매출액 1,995,022,987원 - 총 비용액 1,137,115,374원)인데, 이를 원고와 피고(반소원고)가 약정한 손익 분배 비율에 따라 나누면, 원고는 그중 171,581,523원을, 피고(반소원고)는 나머지 686,326,090원을 받아야 한다.

그런데 피고(반소원고)는 553,428,822원을 받는 데 그쳤으므로, 그 차액인 132,897,268원을 추가로 받아야 한다.

(2) 판단

(가) 수익금의 분배 비율

- 1) 갑 제1호증의 기재에 의하면, 이 사건 동업계약에서는 ① 이 사건 한방병원의 제반 시설 투자 비용을 1,000,000,000원으로 산정하면서 원고가 그중 20%를, 피고(반소원고)가 나머지 80%를 투자하고, ② 이와 같은 지분구조에 따라 비용 공제 후 확정된 수익을 원고와 피고(반소원고) 사이에 나누며, ③ 원고에게 매월 말일 10,000,000원을 미리 지급하되 연말 정산 직후 수익금의 20%에서 미리 지급된 돈을 뺀 나머지 수익금을 추가 배당하도록 정하고 있는 사실이 인정된다.

앞서 인정한 사실에 의하면, 이 사건 조합의 조합원인 원고와 피고(반소원고)는 이 사건 한방병원의 운영에 따른 수익금을 20% : 80%의 비율로 나누기로 약정하였다고 봄이 옳다.

그리고 비록 이 사건 동업계약에 따른 원고와 피고(반소원고)의 출자가액 비율과 손익 분배 비율이 일치하기는 하나, 그러한 사정만으로 원고와 피고(반소원고)가 실제 출자가액 비율에 따라 수익금을 나누기로 약정하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

- 2) 한편, 조합원이 당초 약정된 투자 비율에 따른 출자를 이행하지 않은 경우, 다른 조합원이 그 조합원을 상대로 하여 미이행 출자금에 대한 지연손해금이나 출자의무의 불이행으로 말미암아 발생한 손해의 배상을 청구할 수 있음은 별론으로 하고, 특별한 약정이 없는 한 당초에 약정된 손익 분배 비율이 실제 출자가액 비율로 변경된다고 볼 수는 없다(대법원 1993. 5. 25. 선고 92다5744, 92다5751 판결 등 참조).

이 사건의 경우 아래에서 자세히 판단하는 것처럼, 피고(반소원고)가 이 사건 동업계약에 따른 출자의무를 일부 이행하는 데 그친 사실이 인정되기는 한다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 이와 같은 사정만으로 원래 원고와 피고(반소원고) 사이에 약정된 손익 분배 비율이 실제 출자가액 비율로 변경되었다고 볼 수는 없고, 그 밖에 손익 분배 비율의 변경 사실을 인정할 만한 증거가 발견되지 않는다.

- 3) 결국 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금은 약정 손익 분배 비율인 20% : 80%의 비율에 따라 원고와 피고(반소원고) 사이에 나누어져야 한다.

(나) 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금의 액수

1) 총 매출액

이 사건 동업 기간 중 발생한 매출액이 합계 1,995,022,987원인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다(원고는 당심에 이르러 원무일지를 확인한 결과 총 매출액이 2,162,488,580원으로 파악되었다고 주장하면서도 총 매출액이 1,995,022,987원임을 전제로 피고(반소원고)에 대한 청구금액을 산정하고 있다).

2) 총 지출액

가) 판단의 범위

피고(반소원고)는 이 사건 동업 기간 중 비용 명목으로 지출된 돈의 액수가 합계 1,137,115,374원이라고 주장한다.

이에 대하여 원고는 피고(반소원고)가 주장하는 비용에는 피고에게 임금 명목으로 지급된 돈을 포함하여 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금 가운데 피고(반소원고)에게 분배된 222,624,518원이 포함되어 있으므로 이를 공제하여야 한다고 주장한다.

따라서 이하에서는 피고(반소원고)가 비용 명목으로 지출하였다고 주장하는 1,137,115,374원에 피고(반소원고)에게 분배된 이 사건 동업 기간 중의 수익금이 포함되어 있는지에 대하여 판단한다.

나) 피고에게 지급된 돈 중 임금으로 처리된 102,000,000원에 대하여

① 피고(반소원고)가 2011. 6. 30.~2012. 4. 30. 피고에게 현금 또는 계좌 이체의 방법으로 합계 102,000,000원을 지급하고 이를 피고에 대한 임금으로 처리하여 이 사건 동업 기간 중 발생한 비용에 포함시킨 사실은 당사자 사이에 다툼이 없거나 변론 전체의 취지에 의하여 이를 인정할 수 있다.

② 그런데 갑 제8호증, 을 제4호증의 2, 을 제34호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 피고(반소원고)가 피고에 대한 임금으로 처리한 102,000,000원은 그 실질이 피고(반소원고)에게 지급된 이 사건 동업 기간 중의 수익금에 해당한다고 봄이 옳고, 을 제36호증의 기재는 이와 같은 판단에 방해가 되지 않는다.

㉗ 원고 또는 피고(반소원고)와 피고 사이에 작성된 근로계약서가 존재하지 않는다.

특히 피고가 이 사건 한방병원의 근로자로서 누구로부터 업무 지시를 받고 구체적으로 어떠한 업무를 담당하였는지 불분명할 뿐 아니라 이 사건 동업계약의 당사자도 아닌 피고에게 원고가 매달 미리 분배받은 수익금과 동일한 액수인 10,000,000원이 지급된 점(2012년 2월에는 12,000,000원이 지급되었다) 역시 쉽게 이해하기 어렵다.

④ 피고는 2011. 7. 1.~10. 20. 피고(반소원고)와 함께 이 사건 한방병원 중 '△△한방병원'의 공동사업자로 등록되어 있었다.

또 피고는 2012. 6. 30. 서광주세무서장에게 위 기간 동안 '△△한방병원'을 피고(반소원고)와 공동으로 운영하면서 98,513,573원의 사업소득을 얻었다고 신고한 후 이에 따른 사업소득세를 납부하였다.

그런데 이러한 사정은 피고가 이 사건 한방병원의 근로자에 불과하였다는 사실과 쉽게 양립하기 어렵다.

이에 대하여 피고는 금융기관의 요구에 따라 대출금 회수의 불이익을 피하기 위해서 형식적으로 '△△한방병원'의 사업자를 피고들의 공동 명의로 하였을 뿐이라고 주장하나, 그러한 주장 사실을 뒷받침할 만한 객관적인 증거가 없다.

㉔ 피고는 이 사건 한방병원이 개업한 이후인 2011. 11. 28.까지도 인테리어업 등을 사업 목적으로 하는 주식회사 ◇◇◇(이하 '◇◇◇'라 한다)의 대표이사로 재직하였다.

반면 피고가 그 주장에 의할 때 자신의 고용주 중 한 명이 되는 원고로부터 겸업을 승낙받았다고 인정할 만한 증거는 발견되지 않는다.

이러한 사정 역시 피고를 이 사건 한방병원의 근로자로 보기 어려운 정황에 해당한다.

㉕ 피고(반소원고)는 자신의 동업자인 원고와 아무런 사전 협의도 없이 피고에게 102,000,000원에 이르는 거액의 돈을 지급하였고, 원고에게 사후적으로나마 피고를 고용하였다고 알리지 않았다.

그런데 피고에게 지급된 돈의 액수에 비추어 볼 때, 만약 피고가 이 사건 한방병원의 근로자로 고용된 것이 사실이라면, 피고(반소원고)의 위와 같은 행동은 선뜻 이해하기 어렵다.

㉖ 피고(반소원고)는 2011. 6. 30.~2012. 4. 30. 지급된 102,000,000원 이외에 2011. 8. 31.에도 피고에게 10,000,000원을 지급하였다.

그런데 2011. 8. 31. 지급된 10,000,000원의 경우 피고(반소원고) 측이 작성한 장부상 이 사건 한방병원의 비용이 아니라 피고(반소원고)에 지급된 이 사건 동업 기간 중의 수익금으로 정리되었다.

㉗ 피고는 피고(반소원고)와 부부라는 특수한 신분관계가 있고 이 사건 동업계약의 체결은 물론이고 그 이행 과정에서 피고(반소원고)와 실질적으로 동일한 이해관계를 갖고 있었다.

따라서 피고가 이 사건 한방병원의 운영에 상당한 정도로 관여한 것은 고용과는 무관한 피고(반소원고)의 부탁 등에 따라 아내인 피고(반소원고)의 사업을 돕고자 하는 마음에서 비롯되었을 여지가 충분하다.

다) 원고의 나머지 주장에 대하여

제출된 증거만으로는 앞서 인정한 102,000,000원 이외에 피고(반소원고)가 이 사건 동업 기간 중 비용 명목으로 지출하였다고 주장하는 1,137,115,374원에 피고(반소원고)에게 분배된 수익금이 포함되어 있다고 인정하기에 부족하다.

라) 계산 결과

결국 이 사건 동업 기간 중 피고(반소원고)가 비용 명목으로 지출한 돈의 액수는 합계 1,035,115,374원 (=1,137,115,374원 - 102,000,000원)이 된다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 102,000,000원의 공제를 주장하는 범위 내에서 이유 있다.

(다) 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금의 정산 결과

1) 원고와 피고(반소원고)에게 분배되어야 할 수익금 액수

가) 원고

191,981,522원 [= 총 수익금 959,907,613원 (=1,995,022,987원 - 1,035,115,374원) × 0.2, 이하 원 미만은 버림]

나) 피고(반소원고)

767,926,091원(=총 수익금 959,907,613원 - 원고에게 분배되어야 할 수익금191,981,522원)

2) 이미 분배된 수익금 액수

가) 원고

원고가 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금 가운데 290,800,000원을 분배받은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

나) 피고(반소원고)

① 피고(반소원고)는 이 사건 동업 기간 중의 수익금 명목으로 분배받은 돈의 액수가 554,236,462원(=피고(반소원고)에게 입금된 496,316,888원 + 장부 등에 누락된 67,919,574원 - 장부상 피고(반소원고)에게 분배된 수익금으로 잘못 정리된 피고에 대한 임금 10,000,000원)이라고 주장한다.

이에 대하여 원고는 피고(반소원고)에게 입금된 496,316,888원과 장부 등에 누락된 67,919,574원을 더한 564,236,462원에 피고(반소원고) 측이 작성한 장부상 비용 명목으로 잘못 처리된 피고에게 임금 명목으로 지급된 102,000,000원을 추가한 666,236,462원이 피고(반소원고)에게 이미 분배된 이 사건 동업 기간 중의 수익금이라고 주장한다.

② 그런데 앞서 판단한 것처럼, 피고(반소원고)가 이 사건 동업 기간 중 비용 명목으로 지출하였다고 주장하는 1,137,115,374원 가운데 피고에게 임금 명목으로 지급된 102,000,000원은 피고(반소원고)에게 분배된 이 사건 동업 기간 중의 수익금으로 보아야 한다.

반면 피고(반소원고)가 장부상 잘못 정리되었다면서 공제를 주장하는 피고에 대한 임금 10,000,000원은 장부에 정리된 대로 피고(반소원고)에게 분배된 이 사건 동업 기간 중의 수익금으로 인정함이 옳다.

③ 결국 피고(반소원고)가 이 사건 동업 기간 중의 수익금 가운데 이미 분배받은 돈의 액수는 666,236,462원(=피고(반소원고)에게 입금된 496,316,888원 + 장부 등에 누락된 67,919,574원 + 장부상 피고에 대한 임금으로 잘못 정리된 102,000,000원)이 된다.

이를 지적하는 원고의 이 부분 주장은 이유 있고, 피고(반소원고)의 이 부분 주장은 이유 없다.

3) 계산

가) 원고

98,818,478원(=이미 분배된 수익금 290,800,000원 - 약정 손익 분배 비율에 따른 수익금 191,981,522원)을 더 분배받음

나) 피고(반소원고)

101,689,629원(=약정 손익 분배 비율에 따른 수익금 767,926,091원 - 이미 분배된 수익금 666,236,462원)을 분배받지 못함

(3) 소결론

(가) 원고는 이 사건 동업 기간 중 약정 손익 분배 비율에 따른 수익금 191,981,522원보다 98,818,478원이 더 많은 290,800,000원을 분배받음으로써 법률상 원인 없이 98,818,478원 상당의 이득을 얻었다.

따라서 원고는 자신이 초과하여 분배받은 수익금에 대하여 정당한 권리를 갖고 있는 다른 조합원인 피고(반소원고)에게 부당이득금 98,818,478원과 이에 대하여 그 반환을 구하는 뜻이 담긴 이 사건 반소장 부분이 원고에게 송달된 다음 날인 2012. 12. 12.부터 원고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 법원의

판결 선고일인 2016. 11. 25.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법' 구 '소송촉진 등에 관한 특례법 제3조제1항 본문의 법정이율에 관한 규정'(2015. 9. 25. 대통령령 제26553호로 개정되기 전의 것)에서 정한 연 20%의 각 비율로 셈한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(나) 한편, 피고(반소원고)가 이 사건 동업 기간 중 분배받지 못한 약정 손익 분배 비율에 따른 수익금 101,689,629원에서 원고에게 잘못 분배된 98,818,478원을 공제한 2,871,151원의 경우 원고가 그 금액 상당의 부당이득을 취득한 사실이 없다.

따라서 피고(반소원고)로서는 원고 개인의 재산이 아니라 원고와 피고(반소원고)의 합유 대상인 이 사건 조합의 재산에서 추가로 분배받아야 한다.

그런데 아래에서 판단하는 것처럼 이 사건 조합은 2012. 11. 30. 해산되었으므로, 피고(반소원고)가 이 사건 동업 기간 중의 수익금 가운데 분배받지 못한 2,871,151원은 원고와 피고(반소원고) 사이에 이 사건 조합의 잔여 재산을 분배하는 과정에서 고려한다.

다.

동업관계 종료에 따른 청산 관련 청구에 관한 판단

#### (1) 당사자 주장의 요지

##### (가) 원고

이 사건 조합은 피고(반소원고)의 해산청구에 따라 2012. 11. 30. 해산되었고, 이 사건 동업계약에 따른 출자는 현금출자만이 인정될 뿐 현물출자가 포함될 수 없다.

설령 견해를 달리하여 이 사건 동업계약에 따른 출자에 현물출자를 포함하더라도 피고(반소원고)의 출자액은 273,950,970원[=제1심이 인정한 출자액 389,093,970원 - 소외 5에게 지급된 인테리어 공사비 13,300,000원 - ◇◇◇에 지급된 인테리어 공사비 중 5,843,000원(제1심이 인정한 132,440,000원에서 원고가 인정하는 126,597,000원을 공제한 돈이다) - 고주파 자극기 구입비 96,000,000원]에 불과하다.

한편, 이 사건 조합의 잔여 재산 가액은 725,741,679원(=의료기기 비품 등 동산의 잔존 가액 106,811,182원 + 원고 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 64,272,818원 + 피고(반소원고) 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 28,608,649원 + 피고(반소원고)의 미이행 출자액 526,049,030원)이다.

따라서 이 사건 조합의 잔여 재산 가액 725,741,679원에서 원고가 이 사건 동업기간 중의 수익금 명목으로 추가로 받아야 할 112,555,666원을 공제한 613,186,013원을 원고와 피고(반소원고)의 출자 비율(42.2% : 57.8%)에 따라 나누면 원고는 258,764,497원을 받아야 한다.

그런데 원고는 171,084,000원(=의료기기 비품 등 동산의 잔존 가액 106,811,182원 + 원고 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 64,272,818원)을 받는 데 그쳤으므로, 그 차액인 87,680,497원을 추가로 받아야 한다.

##### (나) 피고(반소원고)

#### 1) 주위적 주장

피고(반소원고)는 2012. 11. 30. 이 사건 조합 관계에서 탈퇴하였으므로, 원고와 피고(반소원고) 사이의 정산은, 원고가 피고(반소원고)에게 피고(반소원고)의 탈퇴 당시 조합재산 상태를 기준으로 평가한 이 사건 조합의 재산 중 약정 손

익 분배 비율에 따라 산정된 피고(반소원고)의 지분에 상당하는 금액을 반환하는 방법에 의하여야 한다.

한편, 피고(반소원고)가 이 사건 조합 관계에서 탈퇴한 '2012. 11. 30.' 당시 정산의 대상이 되는 이 사건 조합의 잔여 재산 가액은 571,374,386원(=의료기기 비품 등 동산의 잔존 가액 194,202,150원 + 원고 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 64,272,818원 + 피고(반소원고) 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 28,608,649원 + 인테리어 및 수리공사 부분의 잔존가치 중 미상각 잔액 95,000,000원 + 원고가 초과하여 분배받은 이 사건 동업기간 중의 수익금 119,218,477원 + 피고(반소원고)의 미이행 출자금 202,969,560원 - 피고(반소원고)가 추가 분배받아야 할 이 사건 동업기간 중의 수익금 132,897,268원)이다.

따라서 이 사건 조합의 잔여 재산 가액 571,374,386원을 약정 손익분배 비율(20% : 80%)에 따라 나누면 피고(반소원고)는 457,099,509원을 받아야 한다.

그런데 피고(반소원고)는 231,578,209원(=피고(반소원고) 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 28,608,649원 + 피고(반소원고)의 미이행 출자금 202,969,560원)을 받는 데 그쳤으므로, 그 차액인 225,521,300원을 추가로 받아야 한다.

## 2) 예비적 주장

설령 원고의 주장처럼 이 사건 조합이 2012. 11. 30. 해산되었다고 하더라도, 이 사건 동업계약에 따른 출자에는 현금출자뿐 아니라 현물출자도 당연히 포함되고, 피고(반소원고)는 별지 기재 '피고(반소원고)의 출자액' 중 '피고(반소원고) 주장 출자액'란에 적힌 것처럼 합계 597,838,080원을 출자하였다.

그런데 원고와 피고(반소원고) 사이에 정산되어야 할 이 사건 조합의 잔여 재산 가액은 368,404,826원(=의료기기 비품 등 동산의 잔존 가액 194,202,150원 + 원고 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 64,272,818원 + 피고(반소원고) 명의로 개설된 동업 계좌의 잔액 28,608,649원 + 인테리어 및 수리공사 부분의 잔존가치 중 미상각 잔액 95,000,000원 + 원고가 초과하여 분배받은 이 사건 동업기간 중의 수익금 119,218,477원 - 피고(반소원고)가 추가 분배받아야 할 이 사건 동업기간 중의 수익금 132,897,268원)이다.

따라서 이 사건 조합의 잔여 재산 가액 368,404,826원을 원고와 피고(반소원고)의 출자 비율(25.09% : 74.91%)에 따라 나누면 피고(반소원고)는 275,935,214원을 받아야 한다.

그런데 피고(반소원고)는 자신의 명의로 개설된 계좌의 잔액인 28,608,649원을 받는 데 그쳤으므로, 그 차액인 247,326,565원을 추가로 받아야 한다.

## (2) 선행 쟁점에 대한 판단

(가) 이 사건 조합 관계의 종료 원인

1)민법 제716조에서 규정하는 임의 탈퇴라 함은 특정 조합원이 장래에 향하여 조합원으로서의 지위를 벗어나는 것으로서, 이 경우 조합 자체는 나머지 조합원에 의해 동일성을 유지하며 존속한다.

결국 탈퇴는 잔존 조합원이 동업사업을 계속 유지·존속함을 전제로 한다.

반면 민법 제720조에서 규정하는 해산청구는 조합이 소멸하기 위하여 그의 목적인 사업을 수행하기 위한 적극적인 활동을 중지하고, 조합재산을 정리하는 단계에 들어가는 것이다.

그런데 조합 당사자 사이의 불화·대립으로 말미암아 신뢰관계가 깨어지고 특정 조합원의 탈퇴나 제명으로도 조합 업무의 원활한 운영을 기대할 수 없게 된 상황에서 특정 조합원이 다른 조합원에게 해지통고를 한 것이라면, 이는 조합

의 소멸을 동반하는 조합의 해산청구로 볼 수 있다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다29714 판결 등 참조).

- 2) 앞서 인정한 사실에 의하면, ① 원고와 피고(반소원고)는 2011. 5. 31.경 이 사건 건물의 3~8층에서 이 사건 한방병원을 공동으로 운영하기로 하는 내용의 이 사건 동업계약을 체결하였고, 이에 따라 원고와 피고(반소원고)는 2011년 6월 초순경부터 이 사건 건물의 3층, 7층 및 8층에서 '○○한의원'을, 이 사건 건물의 4~6층에서 '△△한방병원'을 공동으로 운영한 사실, ② 그러나 2012년 하반기에 들어서 원고와 피고(반소원고) 사이에는 이 사건 동업계약의 준수 여부나 피고(반소원고)의 지분 매각 등을 둘러싼 분쟁이 깊어졌고, 급기야 원고가 2012. 8. 3. 피고들을 상대로 하여 이 사건 동업계약에 따른 수익금 등의 지급을 구하는 이 사건 본소를 제기한 사실, ③ 그러자 피고(반소원고)는 2012. 11. 19. 내용증명우편으로 원고에게 신뢰 관계의 파탄 등을 이유로 2012. 11. 30.자로 이 사건 동업계약을 해지하고 동업 관계에서 탈퇴하겠으니 미지급된 수익금과 정산금을 지급하여 달라고 요구한 사실 및 ④ 피고(반소원고)는 원고와의 별다른 협의 없이 2012년 12월 초순경 이 사건 건물의 4~6층에서 퇴거한 후 2012. 12. 10. '△△한방병원'에 대하여 폐업신고를 해 버렸고, 비록 원고는 2013. 12. 31.까지 '○○한의원'을 운영하기는 하였으나 피고(반소원고)의 퇴거 이후 '△△한방병원'이 있었던 이 사건 건물의 4~6층에서 한방병원 영업을 하지는 않은 사실을 알 수 있다.

이와 같은 이 사건 동업계약에서 정한 사업의 내용, 원고와 피고(반소원고) 사이에 발생한 분쟁의 경위 및 내용, 2012. 11. 30. 이후 이 사건 한방병원의 운영 형태 등을 종합할 때, 피고(반소원고)가 2012. 11. 19.경 원고에게 이 사건 동업계약을 해지하고 동업 관계에서 탈퇴하겠다고 통고한 것을 두고 향후 이 사건 동업계약에서 정한 사업이 계속 유지·존속됨을 전제로 자신은 탈퇴하겠다는 의사를 표시한 경우에 해당한다고 볼 수 없고, 원고와 피고(반소원고) 사이의 불화·대립으로 말미암아 상호간의 신뢰관계가 파괴됨으로써 이 사건 한방병원의 원활한 운영을 기대할 수 없는 상태에 이르렀다고 판단한 피고(반소원고)가 동업사업 자체를 종료할 것을 전제로 하여 원고에게 해산청구를 하였다고 봄이 옳다.

- 3) 결국 이 사건 조합은 피고(반소원고)의 해산청구에 따라 2012. 11. 30. 해산되었다.

따라서 피고(반소원고)가 이 사건 조합 관계에서 탈퇴하였음을 전제로 한 피고(반소원고)의 주위적 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

#### (나) 잔여 재산 분배 청구의 허용 여부

- 1) 조합이 해산된 경우 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 이상 조합원들에게 분배할 잔여 재산과 그 가액은 청산절차가 종료된 때에 확정된다.

따라서 원칙적으로 청산절차가 종료되지 않은 상태에서 잔여 재산의 분배를 청구할 수는 없고, 다만 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고 잔여 재산의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 밟을 필요가 없이 각 조합원은 자신의 잔여 재산 분배 비율의 범위 내에서 그 분배 비율을 초과하여 잔여 재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 바로 잔여 재산의 분배를 청구할 수 있다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다2807 판결 등 참조).

- 2) 갑 제29~31호증의 각 기재, 제1심 법원의 주식회사 중앙감정평가법인에 대한 감정축탁결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 이 사건 조합이 해산된 '2012. 11. 30.' 당시 이 사건 한방병원에는 원고와 피고(반소원고) 사이의 분쟁의 대상이 된 의료기기, 비품, 집기 등 동산(이하 '이 사건 동산'이라 한다)이 남아 있었던 사실, ② 이 사건 동산의



‘2012. 11. 30.’ 당시 잔존가액은 194,202,150원이었고, 그중 상당수가 피고(반소원고)가 △△한방병원을 운영한 이 사건 건물의 4층에 설치되어 있었던 사실, ③ 피고(반소원고)는 2012년 12월 초순경 이 사건 동산을 이 사건 한방병원에 그대로 둔 채 이 사건 한방병원에서 퇴거하였고, 원고는 2013. 12. 31.까지 ‘○○한의원’을 운영하였으나 이 사건 건물의 4~6층은 사용하지 않은 사실, ④ 원고는 2013년 11월경부터 피고(반소원고)에게 이 사건 건물의 임대차 기간이 만료되어 가니 이 사건 동산의 처분권 등을 위임해 달라고 요청하거나 자신이 이 사건 동산을 처분하고 그 대금을 동업 계좌에 보관하겠다는 취지의 통지를 하였으나 피고(반소원고)는 이에 대하여 아무런 답변을 하지 않은 사실 및 ⑤ 원고는 2013. 12. 31.경 이 사건 한방병원에서 퇴거한 후 이 사건 동산 중 일부를 중고가에 매도하고 그 나머지를 그대로 보관하였던 사실이 인정된다.

- 3) 앞서 인정한 사실을 통하여 알 수 있는 이 사건 조합의 해산을 전후한 이 사건 동산의 이용 관계와 이 사건 동산 중 일부의 처분 경위 등에 비추어 볼 때, 제출된 증거만으로는 이 사건 조합이 해산된 ‘2012. 11. 30.’ 당시 이 사건 동산이 원고에게 귀속되었다고 볼 수 없고, 이 사건 조합의 해산 당시 이 사건 동산의 가액 등을 감안할 때 이 사건 조합의 경우 그 해산 이후로도 이 사건 동산의 적정한 처분이라는 잔무가 남아 있었다.

그런데 원고와 피고(반소원고)가 2016. 7. 6. 열린 이 법원의 제9차 변론준비기일에서 이 사건 동산이 이 사건 조합의 해산 당시 원고에게 귀속되지 않은 것으로 판단될 경우 이 사건 조합의 잔여 재산에 대한 분배 명목으로 2016. 7. 6.자로 원고에게 귀속되는 것으로 합의한 사실은 이 법원에 현저하다.

결국 이 사건 조합의 청산절차는, 원고와 피고(반소원고)의 합의를 통하여 이 사건 동산에 대한 최종적인 처분이 이루어진 2016. 7. 6. 종료되었다(이 사건 동산의 적정한 처분 이외에 이 사건 조합의 다른 잔무가 남아 있었다고 인정할 만한 증거는 발견되지 않는다). 따라서 원고와 피고(반소원고)는 청산절차가 종료된 ‘2016. 7. 6.’ 당시를 기준으로 한 이 사건 조합의 잔여 재산에 대하여 분배 비율을 초과하여 잔여 재산을 보유하고 있는 상대방에 대하여 잔여 재산의 분배를 청구할 수 있다.

#### (다) 현물출자의 허용 여부

앞서 인정한 사실을 통하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 제출된 증거만으로는 이 사건 동업계약에서 현금출자만을 인정하고 현물출자는 금지하였다고 인정하기에 부족하다.

따라서 현물출자가 이 사건 동업계약에 따른 출자에 포함되지 않음을 전제로 한 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

- 1) 민법 제703조 제2항에서는 조합원이 금전 기타 재산 또는 노무로 출자할 수 있다고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 동업계약에서는 이 사건 한방병원의 제반 시설 투자비용을 합계 1,000,000,000원으로 산정하면서 피고(반소원고)가 그중 80%에 해당하는 800,000,000원을, 원고가 나머지 20%에 해당하는 200,000,000원을 투자하도록 규정하고 있을 뿐 명시적으로 현물출자를 금지하고 있지 않다.

- 2) 피고(반소원고)는 원고와 이 사건 동업계약을 체결하기 이전인 2011. 3. 11.경 한방병원을 개설·운영하기 위해서 이 사건 건물의 4~6층을 임차하고 그 무렵부터 내부 시설공사, 의료장비 설치 등 한방병원을 개설하기 위한 준비 작업을 하였고, 원고는 이와 같은 준비 작업이 진행 중이던 2011. 5. 31.경 피고(반소원고)와 이 사건 동업계약을 체결하였

다.

한편, 이 사건 동업계약이 체결된 직후인 2011. 6. 1.과 6. 2.에 이 사건 한방병원이 개원할 수 있었던 점에 비추어 볼 때, 피고(반소원고)는 이 사건 동업계약이 체결되기 전에 이미 이 사건 한방병원의 개원에 필요한 물적 설비를 상당한 정도로 갖추어 놓았다고 판단된다.

그런데 이와 같이 피고(반소원고)가 이 사건 한방병원의 개원 준비를 주도하면서 이 사건 한방병원을 위한 물적 설비를 갖추어 놓았으면서도 그 과정에서 부담한 비용을 자신의 지분 산정에 전혀 반영하지 않기로 하였다는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

3) 이 사건 동업계약에 '투자 성격은 주식형 지분 투자로 한다.

'는 문구가 적혀 있는 사실은 인정되나, 그러한 사정만으로 원고와 피고(반소원고)가 현금출자만을 인정하기로 약정하였다고 보기 어렵다.

오히려 앞서 본 문구는 원고와 피고(반소원고)가 각자의 지분을 제3자에게 처분할 수 있고, 그 지분의 가치가 경영 성과에 따라 증감할 수 있다는 점을 나타내기 위해서 사용된 것에 불과하다고 보인다.

(3) 잔여 재산 분배 청구에 대한 판단

(가) 원고와 피고(반소원고)의 출자액

1) 원고

원고가 이 사건 동업계약에 따라 2011. 6. 3. 130,000,000원, 6. 9. 70,000,000원, 합계 200,000,000원을 출자한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

2) 피고(반소원고)

가) 판단의 범위

원고와 피고(반소원고)는 별지 '피고(반소원고)의 출자액' 중 '제1심 인정 출자액'란의 합계액인 389,093,970원을 기초로 하여, ① 원고는 그중 소외 5에 대한 인테리어 공사비 13,300,000원과 ◇◇◇에 대한 인테리어 공사비 132,440,000원 중 5,843,000원을 피고(반소원고)의 출자액에서 공제하여야 한다고 주장하고, ② 피고(반소원고)는 별지 '피고(반소원고)의 출자액' 중 '피고(반소원고) 주장 출자액'란 기재와 같이 위 389,093,970원에 208,744,110원을 추가하여야 한다고 주장한다.

따라서 이하에서는 원고와 피고(반소원고)가 당심에서 최종적으로 다투는 피고(반소원고)의 출자액에 한하여 판단한다.

나) 소외 5에게 지급된 공사대금에 대하여

앞서 인정한 사실과 갑 제8, 16호증, 을 제2호증의 1, 제3호증의 4~6의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 종합할 때, 제출된 증거만으로는 피고(반소원고)가 자신의 부담 하에 이 사건 한방병원의 공사대금 명목으로 소외 5에게 13,300,000원을 지급하였다고 인정하기에 부족하다.

오히려 위 13,300,000원은 피고(반소원고)와 도급계약을 체결한 ◇◇◇가 자신이 담당하는 이 사건 한방병원의 공사 중 일부를 소외 5에게 하도급한 후 그 공사대금으로 명목으로 지급한 것으로 보인다.

따라서 소외 5에게 지급된 13,300,000원을 피고(반소원고)의 출자액에서 제외하여야 한다는 원고의 주장은 이유 있다.

①◇◇◇는 이 사건 한방병원 개원을 위한 인테리어 및 수리공사와 간판 및 조명공사를 주도적으로 진행하였고, 피고는 ◇◇◇의 대표이사이다.

그런데 소외 5는 2011년 4월경 피고의 지시에 따라 이 사건 건물에서 목공공사 등을 진행하였고, 그 계약 체결이나 이행 과정 등에 피고(반소원고)가 관여하였다고 인정할 만한 증거는 발견되지 않는다.

②피고는 2011. 4. 12.~5. 17. 3회에 걸쳐 이 사건 동업 계좌가 아닌 자신 명의의 계좌를 이용하여 소외 5에게 합계 10,300,000원을 이체하였다.

그리고 소외 5는 2011. 6. 15. 공사대금 명목으로 3,000,000원을 받았는데, 당시 작성된 영수증 역시 피고(반소원고)가 아닌 피고에게 교부된 것으로 보인다.

③피고가 작성한 ◇◇◇의 2011년 매출수익분석표 중 지출 항목에는 소외 5에게 이 사건 한방병원과 관련하여 16,500,000원을 지급하였다고 적혀 있다.

다) ◇◇◇에 지급된 공사대금에 대하여

① 갑 제8, 9호증, 을 제2, 3, 8, 24~26호증의 각 기재 및 영상과 변론 전체의 취지에 의하면, ㉠◇◇◇는 피고(반소원고)와 구두로 체결한 도급계약에 따라 2011년 4월경부터 이 사건 한방병원의 인테리어 및 수리공사와 간판 및 조명공사를 수행한 사실, ㉡◇◇◇는 이 사건 한방병원 공사와 관련하여 합계 149,215,000원[=간판 및 실내외 보수공사 12,100,000원 + 이 사건 건물의 3층, 7층 및 8층의 인테리어 등 공사 132,440,000원 + 실내 싸인물(현판 등)의 장식 공사 4,675,000원]의 세금계산서를 발행한 사실, ㉢피고는 ◇◇◇의 대표이사이자 피고(반소원고)의 남편으로서 이 사건 한방병원의 개설 및 운영에 상당한 정도로 관여한 사실, ㉣ 2011. 4. 20.~5. 24. 피고 명의의 계좌에서 ◇◇◇ 명의의 계좌로 합계 234,000,500원이 이체되었고, 그 외에 ◇◇◇가 원고나 피고(반소원고)로부터 이 사건 한방병원의 공사대금을 따로 받지는 않은 사실 및 ㉤ 원고와 피고(반소원고)는 2012. 5. 21. 경매절차를 통하여 이 사건 건물의 소유권을 취득한 소외 1, 소외 2 및 소외 3과 이 사건 건물에 부착된 시설물 등의 가치를 140,000,000원으로 평가하기로 합의한 사실이 인정된다.

② 앞서 인정한 사실에 의하면, 비록 피고(반소원고)와 ◇◇◇ 사이에 이 사건 한방병원의 공사에 관하여 작성된 도급계약서가 존재하지 않아 약정된 공사대금을 특정하기는 어려우나 2011. 4. 20.~5. 24. 피고 명의의 은행계좌에서 ◇◇◇ 명의의 계좌로 이체된 합계 234,000,500원 중 적어도 ◇◇◇ 발행의 세금계산서에 의하여 객관성이 어느 정도 뒷받침되는 149,215,000원은 피고(반소원고)가 이 사건 한방병원의 공사대금으로 부담한 비용이라고 판단된다.

③ 그러나 2011. 4. 20.~5. 24. 피고 명의의 계좌에서 ◇◇◇ 명의의 계좌로 이체된 합계 234,000,500원 중 149,215,000원을 초과하는 부분의 경우 이 사건 한방병원의 공사대금으로 지급되었다고 단정하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

㉦피고는 ◇◇◇의 대표이사였으므로 피고 명의의 계좌에서 ◇◇◇ 명의의 계좌로 이체된 돈에는 이 사건 한방병원의 공사대금과는 무관한 돈이 포함되어 있을 가능성이 높다(피고 명의 계좌에서 ◇◇◇ 명의 계좌로 이체된 돈의 경우 그 이체 사유가 따로 남아 있지 않다).

㉔ 을 제25호증의 1의 기재만으로는 ◇◇◇가 2011. 4. 10.~7. 22. 매입한 페인트 등 각종 자재가 오로지 이 사건 한방병원의 공사를 위하여 사용되었다고 인정하기 어렵고, 을 제27호증의 기재 역시 그 객관성을 뒷받침할 만한 증거가 부족하다.

㉔ 결국 제1심이 피고(반소원고)의 출자액으로 인정한 ◇◇◇에 대한 공사대금 132,440,000원에서 5,843,000원을 공제하여야 한다는 원고의 주장은 이유 없고, 적어도 82,158,000원을 추가로 인정하여야 한다는 피고(반소원고)의 주장은 16,775,000원을 추가로 인정하는 범위 내에서 이유 있다.

라) 고주파 자극기 구입비에 대하여

㉑ 갑 제11호증, 을 제4, 16, 32호증, 을 제5호증의 1의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ㉑ 피고(반소원고)는 ☆☆☆캐피탈 주식회사와 2011. 7. 8. 고주파 자극기 2대(제조번호 09T061508, 11T010302)에 관하여 취득원가를 110,000,000원으로 정하여 매월 3,467,090원의 리스료를 36개월 동안 지급하기로 하는 내용의 시설대여(리스)계약을, 2011. 8. 5. 고주파 자극기 1대(제조번호 11T010402)에 관하여 취득원가를 55,000,000원으로 정하여 매월 1,563,500원의 리스료를 36개월 동안 지급하기로 하는 내용의 시설대여(리스)계약을 체결한 사실, ㉒ 앞서 본 고주파 자극기 3대 중 1대는 일시적으로 사용되다가 반환되었고, 나머지 2대가 이 사건 조합 관계가 종료될 때까지 계속 사용되었는데, 그 리스료는 2011. 7. 11.~2012. 7. 11. 매월 피고(반소원고) 명의로 개설된 동업 계좌에서 이체된 사실, ㉒ 피고(반소원고)는 이 사건 동업기간 중의 매출, 지출 및 수익금 분배 내역 등을 정리하면서 위와 같이 이체된 리스료 상당의 돈을 자신에게 분배된 수익금에 포함시킨 사실 및 ㉒ 피고(반소원고)는 2012. 8. 3. 개인 재산으로 이 사건 한방병원에 설치된 고주파 자극기 2대에 대한 잔존 리스료를 모두 납부하였고, 이에 따라 ☆☆☆캐피탈 주식회사와 체결된 리스계약이 종료된 사실이 인정된다.

㉒ 앞서 인정한 사실에 의하면, 피고(반소원고)는 자신의 부담으로 이 사건 한방병원에서 사용된 고주파 자극기 2대의 리스료를 모두 지급함으로써 고주파 자극기 2대가 이 사건 조합의 재산으로 귀속되도록 하였으므로, 그 구입비 96,000,000원을 피고(반소원고)의 출자액에 포함시켜야 한다(원고는 고주파 자극기 2대의 구입비가 96,000,000원이라는 사실에 대해서는 다투고 있지 않다). 따라서 고주파 자극기 구입비를 피고(반소원고)의 출자액에서 제외하여야 한다는 원고의 주장은 이유 없다.

마) 나머지 신규 의료장비, 비품, 집기 등 구입비에 대하여

㉑ 피부장비 구입비

을 제3호증의 22, 을 제28호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ▽▽▽라는 상호로 의료기기 도·소매업에 종사하는 소외 6은 2011년 5월경 피고(반소원고)에게 피부장비를 납품하였고, 피고(반소원고)는 피고 명의 계좌에서 이체하는 방법으로 2011. 5. 31. 소외 6에게 피부장비 대금 4,543,320원을 지급한 사실 및 위 피부장비는 이 사건 한방병원의 피부실에서 사용된 사실을 인정할 수 있다.

앞서 인정한 사실에 의하면, 소외 6이 납품한 피부장비의 구입비 4,543,320원은 피고(반소원고)의 출자액에 포함시키는 것이 옳다.

따라서 이를 지적하는 피고(반소원고)의 주장은 이유 있다(더욱이 원고는 2014. 1. 22.자 준비서면을 통하여 위 4,543,320원을 피고(반소원고)의 출자액으로 인정하였다).

② 전화기 구입비

을 제3호증의 17, 을 제29호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 엘지유플러스 ◎◎대리점에서 팀장으로 근무하는 소외 7은 2011년 5월경 피고(반소원고)에게 전화기 45대를 공급하였고, 피고(반소원고)는 피고 명의 계좌에서 이체하는 방법으로 2011. 6. 27. 엘지유플러스에 대금 770,000원을 지급한 사실 및 위 전화기는 이 사건 한방병원에서 사용된 사실을 인정할 수 있다.

앞서 인정한 사실에 의하면, 엘지유플러스가 납품한 전화기 45대의 구입비 770,000원은 피고(반소원고)의 출자액에 포함시키는 것이 옳다.

따라서 이를 지적하는 피고(반소원고)의 주장은 이유 있다(더욱이 원고는 2014. 1. 22.자 준비서면을 통하여 위 770,000원을 피고(반소원고)의 출자액으로 인정하였다).

③ 전자시스템 구입·설치비

㉔ 피고(반소원고)는 당심에서 이 사건 한방병원의 전자시스템 구입·설치비 11,000,000원을 '신규 의료장비, 비품, 집기 등 구입비' 항목에 추가하여 자신의 출자액으로 인정하여야 한다고 주장한다.

㉕ 그러나 기록에 의하면, ㉔ 피고(반소원고)는 제1심에서 전자시스템 구입·설치비 11,000,000원을 '개업비, 약제 및 소모품 구입비, 운영비 등' 항목에 포함시켜 그와 같은 명목으로 함께 68,385,110원을 출자하였다고 주장한 사실(원고가 2013. 12. 6. 제출한 준비서면 6쪽 이하 참조) 및 ㉕ 제1심은 피고(반소원고)가 주장한 '개업비, 약제 및 소모품 구입비, 운영비 등' 명목의 출자액 68,385,110원 중 타월, 뜸기, 뜸쭉, 정보환, 숙지황 구입비 합계 4,256,350원과 휴지, 커피, 컵 구입비 중 379,600원, 합계 4,635,950원을 제외한 나머지 63,749,160원을 피고(반소원고)의 출자액으로 인정한 사실이 명백하다.

㉖ 결국 피고(반소원고)가 당심에서 주장하고 있는 전자시스템 구입·설치비 11,000,000원은 제1심이 피고(반소원고)의 출자액으로 인정한 금액에 이미 포함되어 있다.

따라서 피고(반소원고)의 이 부분 주장은 전자시스템 구입·설치비를 중복하여 자신의 출자액으로 인정하여 달라는 셈이 되므로 받아들일 수 없다.

바) 개업비, 약제 및 소모품 구입비, 운영비 등에 대하여

① 피고(반소원고)는 자신이 부담한 타월, 뜸기, 뜸쭉, 정보환, 숙지황 등의 구입비 합계 4,256,350원을 이 사건 한방병원의 '개업비, 약제 및 소모품 구입비, 운영비 등' 항목에 추가하여 자신의 출자액으로 인정하여야 한다고 주장한다.

② 을 제3호증의 19~21, 33, 39, 40의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ㉗ 피고(반소원고)는 2011. 5. 18. '◁◁◁◁'라는 상호로 타월 등의 도·소매업에 종사하는 소외 8에게 타월대금으로 1,446,500원을 지급한 사실, ㉕ 피고는 2011. 5. 25.과 5. 30. '▷▷▷▷'이라는 상호로 쑥뜸보조용품의 소매업에 종사하는 소외 9에게 쑥뜸대금으로 합계 1,769,350원을 지급한 사실 및 ㉕ 피고는 2011. 5. 31. ♡♡신약 주식회사에 정보환대금으로 561,000원을, 6. 2. 주식회사 ♡♡제약에 한약재대금으로 480,000원을 지급한 사실이 인정되기는 한다.

③ 그러나 앞서 채택한 증거에 의하면, 위 ㉗~㉙항 거래와 관련하여 그 거래명세서나 세금계산서에는 거래의 상대방이 피고들이 이 사건 동업계약을 체결하기 전에 원래 운영하였던 □□한의로원으로 적혀 있는 사실을 알 수 있는데, □□한의원은 이 사건 한방병원이 개원한 이후인 2011년 10월 하순경까지 계속 영업하였다.

또 비록 위 ㉗항 거래와 관련하여 그 거래명세서에 '△△한방병원'이라는 기재가 있고, 위 ㉙항 거래와 관련하여 그 세금계산서상 공급받는 자의 주소에 이 사건 한방병원의 소재지가 적혀 있기는 하나, 위 ㉗, ㉙항 거래는 모두 이 사건 동업계약이 체결되기 이전에 이루어졌다.

나아가 위 ㉙항 거래의 경우 그 세금계산서상 공급받는 자의 주소에 □□한의원의 소재지가 적혀 있다.

이러한 사정들을 종합할 때, 앞서 인정한 사실과 을 제30호증의 기재만으로는 위 ㉗~㉙항 거래가 오로지 이 사건 한방병원을 위해서 이루어진 것이라고 단정하기에 부족하고, 그중 이 사건 한방병원을 위한 거래 부분을 특정할 수 없다.

따라서 위 ㉗~㉙항의 거래액을 피고(반소원고)의 출자액에 추가하여야 한다는 피고(반소원고)의 주장은 받아들일 수 없다.

사) 사업소득세에 대하여

① 피고(반소원고)는 자신의 개인 재산에서 이 사건 한방병원의 사업소득세 합계 105,208,800원(=원고 앞으로 부과된 5,280,650원 + 피고(반소원고) 앞으로 부과된 61,489,150원 + 피고 앞으로 부과된 38,439,000원)을 납부하였으므로 이를 자신의 출자액에 포함시켜야 한다고 주장한다.

② 갑 제40호증, 을 제5호증의 53~57, 을 제34, 35호증의 각 기재, 을 제33호증의 일부 기재, 이 법원의 서광주세무서에 대한 과세정보 제출명령 회신 결과 및 변론 전체의 취지에 의하면, ㉗피고(반소원고)는 2012. 5. 31. 원고 앞으로 부과된 2011년도 종합소득세 및 지방소득세 합계 5,280,650원을 자신의 비용으로 납부한 사실, ㉙피고(반소원고)는 2012. 7. 2.~9. 10. 이 사건 한방병원의 운영에 따른 2011년 종합소득세 및 지방소득세로 56,431,020원, 중간예납 세액으로 5,058,130원, 합계 61,489,150원을 납부한 사실, ㉙피고는 2012. 7. 2.~9. 17. 2011년 종합소득세 및 지방소득세로 합계 90,695,800원을 납부하였는데 그중 38,439,003원이 이 사건 한방병원 중 △△한방병원의 공동사업자로 신고된 기간(2011. 7. 1.~10. 20.) 동안의 사업소득에 관한 것인 사실을 인정할 수 있다.

③ 앞서 인정한 사실에 의하면, 피고(반소원고)와 피고 앞으로 부과된 2011년 이 사건 한방병원의 사업소득세 합계 99,928,150원(=피고(반소원고) 61,489,150원 + 피고 38,439,003원 중 피고(반소원고)가 구하는 38,439,000원)은 원래 이 사건 조합의 재산에서 지급되어야 하는데 피고(반소원고)가 자신의 부담으로 지급하였으므로 위 99,928,150원을 피고(반소원고)의 출자액으로 보아야 한다.

④ 그러나 원고 앞으로 부과된 종합소득세 및 지방세 5,280,650원의 경우 이 금액은 원고가 이 사건 동업계약에 따라 이 사건 한방병원을 운영하기 이전인 2011. 1. 1.~5. 31. '원고한의원'을 운영하면서 얻은 사업소득도 반영되어 산정된 것인데, 제출된 증거만으로는 위 5,280,650원 중 이 사건 한방병원의 운영에 따른 사업소득에 대한 종합소득세 및

지방세의 액수를 특정할 수 없다.

따라서 피고(반소원고)가 장차 원고에게 5,280,650원 상당의 구상금 채권 등을 행사하는 것은 별론으로 하고, 피고(반소원고)가 원고를 대신하여 납부한 5,280,650원을 이 사건 동업계약에 따른 피고(반소원고)의 출자액으로 볼 수는 없다.

- ⑤ 결국 이 사건 한방병원의 사업소득세로 납부된 105,208,800원을 피고(반소원고)의 출자액에 추가로 포함시켜야 한다는 피고(반소원고)의 주장은 위 99,928,150원을 추가로 인정하는 범위 내에서 이유 있다.

아) 인건비 등에 대하여

- ① 피고(반소원고)는 2011. 6. 30. 이 사건 한방병원의 월세 및 인건비 명목으로 지출된 합계 19,807,640원 중 807,640원이 동업 계좌에서 지급되었음을 인정할 만한 증거가 없으므로, 807,640원이 피고(반소원고)가 개인 재산에서 지급된 것으로 보아 이를 자신의 출자액에 추가하여야 한다고 주장한다.

- ② 그러나 이 사건 동업기간 중 발생한 현금성 자산의 사용처가 전부 밝혀지지 않는다고, 807,640원에 불과한 소액의 돈을 이 사건 조합의 재산이 아닌 피고(반소원고)의 개인 재산에서 지급하여야 할 별다른 사정이 발견되지 않은 점을 감안할 때, 피고(반소원고)가 주장하고 있는 사정만으로 위 807,640원이 피고(반소원고)의 개인 재산에서 지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고(반소원고)의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

자) 계산 결과

결국 이 사건 조합이 해산될 때까지 피고(반소원고)가 출자한 금액은 별지 '피고(반소원고)의 출자액' 중 '당심 인정 출자액'란 기재와 같이 합계 497,810,440원이 된다.

(나) 이 사건 조합의 잔여 재산

#### 1) 예금 채권

- ① 원고와 피고(반소원고)는 이 사건 동업계약에 따른 입출금 관리를 위한 동업 계좌로 원고 명의로 개설된 하나은행 계좌[(계좌번호 1 생략), 이하 '원고 명의 계좌'라 한다]와 피고(반소원고) 명의로 개설된 하나은행 계좌[(계좌번호 2 생략), 이하 '피고(반소원고) 명의 계좌'라 한다]를 사용한 사실 및 ② 이 사건 조합이 해산된 2012. 11. 30. 당시 원고 명의 계좌의 잔액이 64,272,818원이고, 피고(반소원고) 명의 계좌의 잔액이 28,608,649원인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

#### 2) 의료기기 등 동산

가) 피고(반소원고)는 이 사건 조합이 해산된 '2012. 11. 30.' 당시 이 사건 동산의 잔존 가액이 194,202,150원이고 그 전부가 원고에게 귀속되었다고 주장하나, 앞서 판단한 것과 같은 이유로 피고(반소원고)의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

나) 한편, 이 사건 동산의 2016. 6. 15. 당시 가치가 106,811,182원인 사실은 당사자 사이에 다툼이 없고, 이와 같은 이 사건 동산의 가치는 앞서 판단한 이 사건 조합의 청산절차가 종료된 시점인 '2016. 7. 6.'에도 비슷하게 유지되었을 것으로 판단된다.

3) 인테리어 및 수리 공사의 잔존 가액

가) 피고(반소원고)는 이 사건 조합 관계가 종료될 당시 이 사건 한방병원의 인테리어 및 수리 공사 부분의 잔존 가액 95,000,000원을 이 사건 조합의 잔여 재산에 포함하여야 한다고 주장한다.

나) 갑 제29호증, 을 제8호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 원고와 피고(반소원고)는 2012. 5. 17. 경매절차를 통하여 이 사건 건물의 소유권을 취득한 소외 1, 소외 2 및 소외 3과 '임차인의 지출로 증가된 이 사건 한방병원의 가치를 140,000,000원으로 평가한다.

원고와 피고(반소원고)는 2012. 7. 14.까지는 무상으로 이 사건 3~8층을 사용하고, 위 기한까지 새로운 임차인을 구하지 못할 경우 월 차임 10,000,000원을 지급하되, 위 140,000,000원에서 14개월 동안 월 10,000,000원씩 공제한다.

만약 14개월이 지나도록 새로운 임차인을 구하지 못할 경우에는 이 사건 건물의 종물을 그대로 놔두고 아무런 조건 없이 퇴거한다.

'는 내용의 합의를 한 사실 및 ② 원고는 2013. 12. 31.까지 ○○한의원을 운영하였고, 그 때까지 이 사건 건물 4~6층에는 피고(반소원고)가 사용한 의료기기 등이 그대로 남겨져 있었던 사실이 인정된다.

다) 앞서 인정한 사실에 의하면, 원고와 피고(반소원고)가 이 사건 건물의 소유자인 소외 1, 소외 2 및 소외 3으로부터 유익비 명목으로 인정받았던 140,000,000원 상당의 채권은 이 사건 한방병원의 월 차임과 상계되어 소멸하였음이 계산상 분명하고, 달리 이 사건 한방병원의 인테리어 및 수리공사의 잔존 가액이 이 사건 조합의 청산절차가 종료될 때까지 남아 있었다고 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 피고(반소원고)의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4) 피고(반소원고)의 미이행 출자금

가) 원고는, 피고(반소원고)가 이 사건 동업계약에 따라 800,000,000원을 출자하여야 함에도 273,950,970원만을 출자하였으므로 이 사건 조합의 잔여 재산에 피고(반소원고)에 대한 526,049,030원(=800,000,000원 - 273,950,970원) 상당의 출자이행청구권 또는 피고(반소원고)의 채무불이행이나 불법행위를 이유로 한 526,049,030원 상당의 손해배상채권이 포함되어야 한다고 주장한다.

또 원고는 피고(반소원고)가 2011. 6. 30.까지 출자의무를 이행하기로 약정하였으므로, 미이행 출자금 526,049,030원에 대하여 그 이행기 다음 날인 2011. 7. 1.부터 이 사건 조합이 해산된 2012. 11. 30.까지 민법에서 정한 연 5%의 비율로 셈한 10,959,354원 상당의 지연손해금 채권이 이 사건 조합의 잔여 재산에 포함되어야 한다고 주장한다.

나) 먼저 출자이행청구권이 해산된 이 사건 조합의 잔여 재산에 포함되는지에 대하여 판단한다.

조합원이 동업계약 등에 따라 출자의무를 부담하기로 약정하였으나 이를 이행하지 않은 경우 다른 모든 조합원은 그 조합원에 대하여 출자이행청구권을 갖게 되고 이는 조합의 재산을 이루게 된다.

그러나 민법 제724조 제2항에서는 조합이 해산될 경우 조합의 잔여 재산은 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 분배하도록 규정하고 있는데, 이때 출자가액이란 각 조합원이 약정에 따라 출자의무를 부담하는 명목상의 출자가액을 의미하는 것이 아니라 현실로 출자한 실제 출자가액을 의미한다(대법원 1980. 8. 12. 선고 79다1315 판결 등 참조). 여기에다가 조합원은 동업사업이 계속 유지·존속함을 전제로 그 원활한 수행을 뒷받침하기 위하여 출자의무를 부담하는 것으로서 조합재산을 정리하는 단계에 들어간 해산된 조합을 위한 출자는 본질적으로 허용될 수 없는 점을 더



하여 볼 때, 조합원이 출자의무를 이행하지 않은 상태에서 조합이 해산되어 청산만이 문제될 경우 다른 조합원들은 그 조합원에 대하여 더 이상 출자이행청구권을 행사할 수는 없고, 따라서 출자이행청구권은 해산된 조합의 잔여 재산에 포함될 수 없다.

따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

다) 다음으로 출자의무의 불이행을 이유로 한 손해배상채권이 해산된 이 사건 조합의 잔여 재산에 포함되는지에 대하여 판단한다.

조합원의 출자의무는 동업사업이 계속 유지· 존속함을 전제로 하는 것이고 해산된 조합을 위한 출자는 본질적으로 허용될 수 없다.

따라서 조합원이 출자의무를 이행하지 않은 상태에서 조합이 해산되었다면 조합원의 출자의무는 사실상의 장애로 말미암아 이행불능의 상태에 빠지게 되었다고 봄이 옳다.

그런데 앞서 인정한 것처럼 이 사건 조합은 피고(반소원고)의 해산청구에 따라 2012. 11. 30. 해산되었으므로, 피고(반소원고)가 이 사건 동업계약에 따라 출자하여야 할 800,000,000원 중 이미 출자한 497,810,440원을 공제한 나머지 302,189,560원을 출자할 의무는 2012. 11. 30.에 이르러 이행불능의 상태에 빠졌다.

한편, 이 사건 조합은 이 사건 동업계약이 체결된 날부터 1년 6개월이 지나 해산되었고, 다른 조합원인 원고는 이 사건 한방병원의 운영이 개시된 직후 자신의 출자의무를 모두 이행하였다.

또 비록 이 사건 동업계약이 체결될 당시에는 이 사건 건물에 관하여 임의경매절차가 진행 중이었으나 2012. 4. 13. 매각이 이루어졌을 뿐 아니라 원고 및 피고(반소원고)는 2012. 5. 21. 이 사건 건물의 새로운 소유자인 소외 1, 소외 2 및 소외 3과 이 사건 건물 중 3~8층의 유치권이나 임대차 문제에 관하여 원만한 합의에 이르렀다.

그 밖에 피고(반소원고)가 출자의무를 이행하지 않을 수밖에 없었던 어떠한 객관적인 장애 사유가 발견되지 않는다.

따라서 피고(반소원고)의 출자의무가 이행불능의 상태에 빠지게 된 데에는 피고(반소원고)에게 고의 또는 과실이 있었다고 인정할 수 있다.

결국 피고(반소원고)는 이행불능으로 인한 손해배상의무를 부담하고, 이때 피고(반소원고)가 배상하여야 할 손해액은 특별한 사정이 없는 한 자신이 이행하지 않은 출자액인 302,189,560원 상당이라고 봄이 옳다.

따라서 채무불이행을 이유로 한 피고(반소원고)에 대한 526,049,030원 상당의 손해배상채권이 이 사건 조합의 잔여 재산 포함되어야 한다는 원고의 주장은 위 302,189,560원 상당의 손해배상채권을 인정하는 범위 내에서 이유 있다.

라) 한편, 제출된 증거만으로는 피고(반소원고)의 출자의무 불이행이 불법행위를 구성한다고 인정하기에 부족하고, 피고(반소원고)의 출자의무 이행기가 '2011. 6. 30.'로 정하여졌다고 인정할 만한 증거가 발견되지 않는다.

따라서 불법행위를 이유로 한 손해배상채권이나 지연손해금 채권에 관한 원고의 주장은 받아들일 수 없다.

## 5) 계산 결과

결국 이 사건 조합의 청산절차가 종결된 2016. 7. 6. 당시 이 사건 조합의 잔여 재산의 가액은 합계 501,882,209원[=예금 채권 92,881,467원(=원고 명의 계좌 64,272,818원 + 피고(반소원고) 명의 계좌 28,608,649원) + 이 사건 동산 106,811,182원 + 이행불능을 이유로 한 피고(반소원고)에 대한 손해배상채권 302,189,560원]이 된다(이 사건 조합의 채무를 인정할 만한 증거는 없다).

(다) 이 사건 조합의 잔여 재산에 대한 정산 결과

1) 원고와 피고(반소원고)에게 분배되어야 할 잔여 재산의 액수

가) 피고(반소원고)에게 분배되어야 할 수익금

앞서 판단한 것처럼, 피고(반소원고)는 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금 중 2,871,151원을 지급받지 못하였다.

따라서 501,882,209원 상당의 이 사건 조합의 잔여 재산 중 2,871,151원은 원고와 피고(반소원고)의 실제 출자가액 비율과 상관없이 그 전액이 피고(반소원고)에게 분배되어야 한다.

나) 출자가액 비율에 따른 잔여 재산 분배

앞서 인정한 것처럼, 이 사건 동업계약에 따라 원고는 200,000,000원을, 피고(반소원고)는 497,810,440원을 출자하였으므로, 이 사건 조합의 잔여 재산 중 피고(반소원고)에게 분배되어야 할 수익금을 공제한 나머지 499,011,058원(=501,882,209원 - 2,871,151원) 상당의 잔여 재산은 원고와 피고(반소원고)의 실제 출자가액 비율(28.66% : 71.34%)에 따라 분배되어야 한다.

이와 같은 분배 원칙에 따라 이 사건 조합의 잔여 재산 499,011,058원을 분배하면 원고는 143,016,569원(=499,011,058원 × 0.2866)을, 피고(반소원고)는 355,994,489원(=499,011,058원 - 143,016,569원)을 분배받아야 한다.

2) 이미 분배된 잔여 재산

가) 501,882,209원 상당의 이 사건 조합의 잔여 재산 중 원고에게 171,084,000원(=원고 명의 계좌 64,272,818원 + 이 사건 동산 106,811,182원)이, 피고(반소원고)에게 28,608,649원이 이미 분배된 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

나) 한편, 이 사건 조합의 잔여 재산 중 피고(반소원고)에 대한 302,189,560원 상당의 손해배상채권 중 86,607,527원(=302,189,560원 × 0.2866) 상당의 채권은 원고에게 귀속되었고, 나머지 215,582,033원(=302,189,560원 - 86,607,527원) 상당의 채권은 피고(반소원고)에게 귀속되었다.

그런데 피고(반소원고)는 자신에게 귀속된 215,582,033원 상당의 손해배상채권에 대하여 채권자이자 채무자의 지위에 있으므로 민법 제507조에서 정한 혼동의 효과에 따라 피고(반소원고)에게 귀속된 215,582,033원 상당의 손해배상채권은 소멸하였고, 그 결과 피고(반소원고)는 215,582,033원을 분배받은 셈이 된다.

다) 결국 이 사건 조합의 잔여 재산 중 ① 원고는 171,084,000원을 실제로 분배받고, 86,607,527원 상당의 피고(반소원고)에 대한 손해배상채권을 취득하였으며, ② 피고(반소원고)는 244,190,682원(=28,608,649원 + 215,582,033원)을 실제로 분배받았다.

### 3) 계산 결과

#### 가) 원고

이 사건 조합의 잔여 재산 중 114,674,958원(=이미 분배된 이 사건 조합의 잔여 재산액 171,084,000원 + 피고(반소원고)에 대한 손해배상채권액 86,607,527원 - 실제 출자가액 비율에 따른 이 사건 조합의 잔여 재산 분배액 143,016,569원)을 더 분배받음

#### 나) 피고(반소원고)

이 사건 조합의 잔여 재산 중 114,674,958원(=이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금 중 미지급된 2,871,151원 + 실제 출자가액 비율에 따른 이 사건 조합의 잔여 재산 분배액 355,994,489원 - 이미 분배된 이 사건 조합의 잔여 재산액 244,190,682원)을 분배받지 못함

### (4) 소결론

(가) 원고는 이 사건 조합의 잔여 재산 중 실제 출자가액 비율에 따른 분배액 143,016,569원보다 28,067,431원이 더 많은 171,084,000원을 실제로 분배받았으므로 잔여 재산의 분배를 청구한 피고(반소원고)에게 자신이 실제로 분배받은 잔여 재산 중 28,067,431원과 이에 대하여 이 사건 조합의 청산절차가 종료된 다음 날인 2016. 7. 7.부터(피고(반소원고)는 이 사건 반소장 부분이 송달된 다음 날부터 지연손해금이 발생한다고 주장하나, 이 사건 조합은 2016. 7. 6. 청산절차가 종료되었으므로 원고의 피고(반소원고)에 대한 잔여 재산 분배 의무는 그 다음 날인 2016. 7. 7.부터 이행 지체에 빠지게 된다) 원고가 이행의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당하다고 인정되는 이 법원의 판결 선고일인 2016. 11. 25.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법', 구 '소송촉진 등에 관한 특례법 제3조제1항 본문의 법정이율에 관한 규정'(2015. 9. 25. 대통령령 제26553호로 개정되기 전의 것)에서 정한 연 20%의 각 비율로 셈한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

(나) 한편, 피고(반소원고)가 이 사건 조합의 잔여 재산 중 분배받지 못한 114,674,958원에서 원고로부터 지급받게 되는 28,067,431원을 공제한 86,607,527원의 경우, 원고는 그 상당액을 실제로 분배받은 것은 아니라 피고(반소원고)에 대한 86,607,527원 상당의 손해배상채권을 취득하였을 뿐이다.

따라서 피고(반소원고)로서는 원고에게 원고의 개인 재산에서 86,607,527원을 지급하여 달라고 구할 수는 없고, 단지 원고가 취득한 86,607,527원 상당의 손해배상채권을 자신에게 귀속시킬 것을 구할 수 있다.

그런데 잔여 재산 분배의 방법으로 원고의 피고(반소원고)에 대한 86,607,527원 상당의 채권을 피고(반소원고)에게 귀속시키면 민법 제507조에서 정한 혼동의 효과에 따라 피고(반소원고)에게 귀속된 86,607,527원 상당의 손해배상채권은 소멸하게 되고, 그 결과 피고(반소원고)는 86,607,527원을 추가로 분배받은 셈이 된다.

따라서 피고(반소원고)는 원고에게 86,607,527원과 이에 대한 지연손해금의 지급을 구할 수 없다.

### 4. 가지급물 반환 신청에 관한 판단

피고(반소원고)가 제1심판결의 가집행선고에 터 잡아 원고를 상대로 하여 광주지방법원 2012카합1386호로 채권가압류 신청을 하였다가 2014. 6. 13. 원고의 해방공탁금 중 215,777,536원을 수령한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

한편, 앞서 판단한 것처럼, 원고는 피고(반소원고)가 해방공탁금을 수령한 2014. 6. 13. 당시에는 이 사건 조합의 잔여 재산 가액 중 일부를 피고(반소원고)에게 지급할 의무가 없었고, 다만 이 사건 동업 기간 중 발생한 수익금 중 약정 손익 분배 비율을 초과하여 분배받은 수익금 상당의 부당이득금 98,818,478원과 이에 대한 2012. 12. 12. 이후 발생한 지연손해금을 피고(반소원고)에게 지급할 의무를 부담하고 있었다.

그런데 피고(반소원고)가 수령한 215,777,536원이 위 부당이득금 98,818,478원과 이에 대하여 가지급금이 지급된 2014. 6. 13.까지의 지연손해금을 합산한 106,250,169원[=원금 98,818,478원 + 지연손해금 7,431,691원(=98,818,478원 × 0.05 × (1년 + 184일/365일))]을 109,527,367원(=215,777,536원 - 106,250,169원) 초과함은 계산상 분명하다.

따라서 피고(반소원고)는 원고에게 109,527,367원과 이에 대하여 피고(반소원고)가 가지급물을 수령한 다음 날인 2014. 6. 14.부터 피고(반소원고)가 가지급물 반환 의무의 존재 여부나 범위에 관하여 항쟁함이 타당한 이 판결 선고일인 2016. 11. 25.까지는 민법에서 정한 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법'에서 정한 연 15%의 각 비율로 셈한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

## 5. 결론

원고는 피고(반소원고)에게 126,885,909원(=98,818,478원 + 28,067,431원)과 그중 ① 98,818,478원에 대하여는 2012. 12. 12.부터 2016. 11. 25.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 셈한 지연손해금을, ② 나머지 28,067,431원에 대하여는 2016. 7. 7.부터 2016. 11. 25.까지 연 5%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 20%의 각 비율로 셈한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

결국 원고의 피고들에 대한 본소 청구는 이유 없으므로 이를 모두 기각하고, 피고(반소원고)의 반소 청구는 앞서 인정한 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 그 나머지 청구는 이유 없으므로 이를 기각하여야 한다.

제1심판결 중 본소에 관한 부분은 이와 결론을 같이하여 정당하나 반소에 관한 부분은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하다.

따라서 원고의 피고(반소원고)에 대한 항소를 일부 받아들여 제1심판결의 반소에 관한 부분 중 앞서 인정한 돈을 초과하여 지급을 명한 원고 패소 부분을 취소하고, 위 취소 부분에 해당하는 피고(반소원고)의 반소 청구를 기각하며, 원고의 피고(반소원고)에 대한 나머지 항소와 피고에 대한 항소 및 피고(반소원고)의 항소는 이유 없으므로 이를 모두 기각한다.

한편, 원고의 가지급물 반환 신청은 위 제4항에서 인정한 범위 내에서 이유 있으므로 이를 인용하고, 나머지 신청은 이유 없으므로 이를 기각한다.

[별지 생략]

판사 구회근(재판장) 손철우 양영희