

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2004다49693(본소) 건물명도

2004다49709(반소) 이익금

원고(반소피고), 피상고인 겸 상고인

원고

소송대리인 변호사 최철

피고(반소원고), 상고인 겸 피상고인

피고

원 심 판 결 서울중앙지방법원 2004. 8. 5. 선고 2003나56198(본소), 2004나14443(반소) 판결

판 결 선 고 2006. 3. 9.

주 문

원심판결 중 반소의 투자금반환 청구 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의부로 환송한다.

피고(반소원고)의 상고와 원고(반소피고)의 나머지 상고를 모두 기각한다.

본소의 상고기각 부분에 대한 상고비용은 원고(반소피고)가 부담한다.

이 유

상고이유를 본다.

1. 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)의 상고이유에 관하여

가. 본소에 대하여

명도청구에 있어서 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다)가 목적부동산을 점유하고 있다는 데 대한 입증책임은 원고에게 있는 것이어서, 원고가 피고의 점유사실을 입증하지 못하였다는 이유로 원고의 청구를 기각한 원심의 조치가 처분권주의에 위배된다고 할 수는 없는 것이므로, 원심의 조치에 원고가 상고이유로 주장하는 바와 같이 처분권주의를 위배한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 반소 중 투자금반환 청구 부분에 대하여

(1) 원심의 인정 사실 및 판단

원심은 그 채용증거들을 종합하여, 피고가 1996. 8. 13. 원고로부터 원심판결 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)을 임대보증금 2억 원, 월 차임 1,000만 원에 임차하는 계약을 체결하고 시설비(권리금) 명목으로 1억 8,000만 원을 추가로 지급한 후 이 사건 부동산을 점유하면서 단란주점 등을 운영하였으나 1997. 11.까지 15개월간의 임료 1억 5,000만 원의 지급을 연체한 사실, 원고와 피고는 1998. 12. 3. 이 사건 부동산에서 공동으로 단란주점과 노래방을 운영하기로 하는 동업약정을 체결하였는데, 그 동업조건은 피고의 투자금은 피고가 원고에게 지급한 위 3억 8,000만 원으로 하고, 원고의 투자금은 위 연체임료 1억 5,000만 원과 추가로 시설비용 1억 5,000만 원을 투자하여 합계 3억 원으로 하되, 운영은 원고가 책임지고 비용은 공동부담하여 수익금 분배는 50 : 50으로 하기로 정한 사실, 그 후 원고는 1999. 1. 15.경부터 위 동업계

약에 따라 이 사건 부동산에서 단란주점과 노래방 영업을 하였는데, 피고에게 동업계약의 수익금으로 1999. 2.경 450만 원, 1999. 3.경 100만 원을 각 지급한 후 1999. 4. 이후로는 영업부진을 이유로 수익금 배분을 하지 아니한 채, 일시 휴업을 하기도 하였지만 현재까지 계속 단란주점 등 영업을 해 온 사실, 피고는 2004. 6. 7. 위 동업계약에서 탈퇴한다면서 그 투자금 및 이익분배금의 반환을 구하는 이 사건 반소를 제기한 사실, 피고는 이 사건 제1심판결 선고 이후 위 투자금 중 일부로서 2억 원을 원고로부터 반환받은 사실 등을 인정한 다음, 위 인정 사실에 터 잡아 반소 중 피고의 투자금 반환 청구에 대하여, 원고와 피고 사이의 위 동업관계는 민법상의 조합에 해당하고 위 조합 관계는 2004. 6. 7. 피고가 탈퇴함으로써 종료되어 잔존자와 탈퇴자 사이에 탈퇴로 인한 계산을 하여야 할 것인데, 이 사건에서 피고의 탈퇴 당시 조합재산이 동업계약 당시보다 감소되었다고 볼 자료가 없으므로, 원고는 피고에게 동업계약에서 인정한 투자금 중 이미 반환된 2억 원을 제외한 나머지 1억 8,000만 원을 지급할 의무가 있다는 이유로, 명시적 일부청구로서 투자금 500만 원의 지급을 구하는 이 부분 반소청구를 전부 인용하였다.

(2) 당원의 판단

그러나 이 부분 원심의 판단은 아래와 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

2인 조합에서 조합원 1인이 탈퇴하면 조합관계는 종료되지만 특별한 사정이 없는 한 조합이 해산되지 아니하고, 조합원의 합유에 속하였던 재산은 남은 조합원의 단독소유에 속하게 되어 기존의 공동사업은 청산절차를 거치지 않고 잔존자가 계속 유지할 수 있는 것임은 원심이 판시한 바와 같다(대법원 1999. 5. 11. 선고 99다1284 판결, 1999. 3. 12. 선고 98다54458 판결 등 참조).

그런데 이때 탈퇴자와 잔존자 사이에 탈퇴로 인한 계산을 함에 있어서는 특단의 사정이 없는 한 민법 제719조 제1항, 제2항의 규정에 따라 “탈퇴 당시의 조합재산상태”를 기준으로 평가한 조합재산 중 탈퇴자의 지분에 해당하는 금액을 금전으로 반환하여야 할 것이고(대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19208 판결, 1998. 10. 27. 선고 98다15170 판결 등 참조), 이러한 계산은 사업의 계속을 전제로 하는 것이므로 조합재산의 가액은 단순한 매매가격이 아닌 “영업권의 가치를 포함하는 영업가격”에 의하여 평가하되(대법원 1997. 2. 14. 선고 96다44839 판결 참조), 당해 조합원의 지분비율은 조합청산의 경우에 실제 출자한 자산가액의 비율에 의하는 것과는 달리 “조합내부의 손익분배 비율”을 기준으로 계산하여야 하는 것이 원칙이다.

이 사건에서 원심이 인정한 사실관계와 기록을 검토하여 보건대, 이 사건 동업관계에서 원고와 피고가 투자한 재산은 임차보증금이나 연체차임 등 금전적 가치가 고정적으로 유지되는 재산 외에 권리금이나 시설비용과 같이 그 금전적 가치가 유동적인 재산도 포함되어 있는바, 당초 1998. 12. 동업약정을 맺은 후 피고가 동업으로 인한 조합관계에서 탈퇴의사를 표시한 2004. 6. 사이에 5년 6개월이나 시차가 있고 그 동안 원고가 계속 영업을 하여 왔음에 비추어 출자시와 탈퇴시 간에 조합재산의 영업적 가치에 상당한 변화가 있을 것임은 경험칙 상 넉넉히 추단할 수 있으므로, 피고의 탈퇴로 인한 계산을 함에 있어서도 마땅히 동업약정에 의해 형성된 조합재산(영업권의 가치 포함)을 탈퇴 당시를 기준으로 평가하여야 할 뿐 아니라 지분 비율 또한 손익분배비율에 따라 조합재산의 50%를 탈퇴자인 피고에게 반환하여야 한다고 보아야 할 것인데도, 원심은 탈퇴 당시의 조합재산의 가액에 대하여 전혀 심리하지 아니한 채 만연히 탈퇴 당시 조합재산이 동업계약 당시보다 감소되었다고 볼 자료가 없다고 속단하고, 또한 그

지분비율도 손익분배비율에 의하지 않고 피고의 투자금 전액을 반환할 의무가 원고에게 있다고 인정하였으니, 그 판결에는 필시 조합원의 탈퇴에 따른 지분정산방법에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 미진함으로써 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 취지의 이 부분 원고의 상고논지는 이유 있다.

나아가, 원고가 피고의 연체차임 1억 5,000만 원을 동업재산으로 투자함으로써 조합은 피고에 대하여 동액의 채권을 가지게 되었고, 그 후 피고가 탈퇴함으로써 조합재산이 모두 원고의 단독소유로 된 결과 위 채권은 다시 원고에게 귀속되었다 할 것이므로, 원고는 그 채권을 자동채권으로 하여 피고에 대한 지분 상당의 조합재산 반환채무와 대등액에서 상계할 수 있을 것이고, 만일 원고가 피고에 대해 또 다른 채권을 가지고 있다면 그 역시 마찬가지로 상계할 수 있음은 물론이라 할 것이니, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장 또한 이유 있다 하겠다.

2. 피고의 상고이유에 관하여

기록에 의하여 검토하여 보면, 원고가 위 동업계약에 따른 영업으로 매월 4,500만 원의 순수익을 올렸음을 전제로 월 2,250만 원씩의 이익금의 분배를 구하는 피고의 이 부분 반소청구에 대하여, 피고의 주장을 뒷받침할 증거가 부족하다는 이유로 이를 배척한 원심의 조치는 정당한 것으로 넉넉히 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 입증책임의 법리를 오해하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 잘못이 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 반소의 투자금반환 청구에 대한 원고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원으로 환송하기로 하며, 피

고의 상고와 원고의 나머지 상고를 모두 기각하고, 본소의 상고기각 부분에 대한 상고 비용은 원고가 부담하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 강신욱 _____

 대법관 고현철 _____

주심 대법관 양승태 _____

 대법관 김지형 _____