

서울동부지방법원 2023. 4. 20 선고 2018가합107426(본소), 2019가합110436(반소) 판결
[조합청산 등 청구의 소 · 소유권이전등기]

전 문

원고(반소피고) A

소송대리인 변호사 김재년

피고(반소원고) 주식회사 B

소송대리인 법무법인 루츠

담당변호사 장대근

변 론 종 결 2023. 3. 16.

판 결 선 고 2023. 4. 20.

주 문

1. 원고(반소피고)의 본소청구 및 피고(반소원고)의 반소청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용 중 본소로 인하여 생긴 부분은 원고(반소피고)가, 반소로 인하여 생긴 부분은 피고(반소원고)가 각 부담한다.

N

청 구 취 지

본소: 피고(반소원고, 이하 ‘피고’라 한다)는 원고(반소피고, 이하 ‘원고’라 한다)에게 400,000,000원

및 이에 대하여 2022. 9. 28. 자 청구취지 및 청구원인 변경신청서 부분 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

반소: 원고는 피고에게 2,116,869,750원 및 이에 대하여 2021. 9. 13. 자 반소 청구취지 및 청구원인 변경신청서 송달일 다음날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.

이 유

본소와 반소를 함께 본다.

1. 기초사실

가. 원고와 피고의 공동사업 개시 및 1차 동업약정

1) 원고는 2016. 4. 15. 피고와 사이에, 서울 송파구 C(이하 ‘이 사건 토지’라 한다) 지상 상가 건물을 그 소유자로부터 공동으로 임차하여 호텔로 리모델링 공사를 한 후 이를 운영하여 발생한 수익을 배분하기로 하고, 이를 위해 원고가 700,000,000원, 피고가 600,000,000원을 각 투자하기로 하는 내용의 동업약정(이하 ‘이 사건 1차 동업약정’이라 한다)을 체결하였다.

2) 그러나 이 사건 토지 및 그 지상 상가 건물의 당시 소유자인 D와 사이에 건물 임대차계약 체결이 무산되자, 원고와 피고는 매수자를 원고로 하여 이 사건 토지와 그 지상 건물을 직접 매수하여 용도변경을하기로 하였다. 이에 원고는 2016. 9. 26. D와 사이에 이 사건 토지와 그 지상 건물을 4,200,000,000원에 매수하기로 하는 내용의 매매계약을 체결하고, D에게 계약금 420,000,000원을 지급하였다. 위 매매계약에는 ‘계약 후 인허가(관광숙박시설)가 안 될 경우, 본 계약은 원상무효로 하고 계약금을 반환한다’는 특약사항을 두었다.

나. 토지 매수 및 원고와 피고의 2차 동업약정

1) 위 지상 건물의 용도변경이 불허되자, 원고와 피고는 위 지상 건물을 철거하고 이 사건 토지에

숙박시설 건물을 신축하여 사업을 계속해 나가기로 하였다. 이에 원고는 2016. 11. 29. D와 사이에 위 지상 건물을 제외한 이 사건 토지만을 매매 목적물로 하고 매매대금을 4,000,000,000원으로 감액하는 내용의 토지 매매계약(이하 '이 사건 매매계약'이라 한다)을 체결하고, 종전에 이미 지급한 계약금 420,000,000원을 이 사건 매매계약의 계약금으로서 지급한 것으로 하며 잔금 3,580,000,000원은 2017. 1. 16.까지 지급하는 것으로 정하였다.

2) 위와 같이 사업 내용이 변경됨에 따라, 원고와 피고는 다시 2016. 12. 6. 공동사업에 관한 약정(이하 '이 사건 2차 동업약정'이라 한다)을 하였다. 그 주요 내용은 아래와 같다.

갑(원고)과 을(피고)은 이 사건 토지 매입개발(관광숙박시설)에 관하여 다음과 같이 협약한다.

제1조 (생략)

제2조(투자금 및 권한)

1. 이 사건 토지를 매입, 개발하는 데 있어 원고는 7억 원을, 피고는 6억 원을 투자하기로 하 되, 추가로 필요한 금액은 서로 협의하여 정하기로 한다.
2. 업무편의상 갑(원고)의 명의로 소유권이전등기를 하되 을(피고)도 공유자로서 갑(원고)과 동일한 권한을 가지며, 을(피고)이 원할 경우 갑(원고)은 이 사건 토지에 대하여 매매예약가등기를 해주기로 한다.
3. 갑(원고)과 을(피고)은 서로 합의하고 그 내용이 합의서로 작성되지 않는 경우에는 이 사건 토지를 대상으로 한 어떠한 행위(매각, 근저당권 설정 등등)도 할 수 없다.

제3조 (투자금 사용용도)

모든 투자금은 갑(원고) 명의의 E 통장에 예치하되 이 건 사업 외에는 어떠한 용도로도 사용할 수 없으며, 사용할 때에는 상호간의 동의를 얻어야 하고 영수증 등 증빙자료를 첨부하여 지출장부를 기록하고 이를 공개하기로 한다.

제4조 (호텔 운영관리 및 역할분담)

1. 을(피고)은 호텔시설, 운영, 마케팅, 인사관리 등 운영관리를 총괄하기로 한다.
2. 갑(원고)은 법무, 세무, 자금계획(은행대출, 투자금 유치) 등 경영지원의 역할 및 재무관리를 담당하며, 매일 매출 매입 장부를 기록하여 을(피고)이 언제든지 볼 수 있도록 한다.

3. 을(피고)은 운영지출액이 1,000만 원 미만일 때에는 갑(원고)의 동의 없이 사용할 수 있으나, 증빙자료를 첨부하여 기록하기로 하되 1,000만 원 이상 지출 시에는 갑(원고)의 동의하에 지출하기로 한다.

4. 매월 지출경비에서 을(피고)에게 2016년 10월부터 호텔오픈준비 및 운영관리 인건비로 400만 원을 지급하고, 그 외에 기타 운영, 관리하는 데 필요한 부분은 상호간에 협의하여 처리하기로 한다.

제5조 (운영수익의 배분)

월매출에서 호텔운영비 및 제세공과금을 공제한 이익금에서 갑(원고)과 을(피고)이 제2조 투자금에 대한 연 12%를 확정수익으로 배당받고, 연 12%를 공제한 나머지 금액에 대해서는 각각 1/2씩 배분한다. 매월정산금액은 다음달 10일에 지급받기로 한다.

제6조~제11조 (생략)

3) 원고는 주식회사 E(이하 'E'이라고만 한다)으로부터 원고 소유의 서울 서대문구 F 토지 및 지상 숙박시설(이하 'F 부동산'이라 한다)과 이 사건 토지를 담보로 3,497,000,000원을 여신한도로 하는 기업일반시설자금대출을 받고(그중 F 부동산을 담보로 한 대출금액이 962,000,000원이라는 것에 당사자간 다툼이 없다), 2017. 1. 18. 이 사건 토지에 관하여 원고 명의로 이 사건 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다. 그리고 원고는 같은 날 이 사건 토지에 관하여 2017. 1. 18. 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 3,042,000,000원, 채무자 원고, 근저당권자 E으로 하는 근저당권 설정등기도 마쳤다.

4) 원고는 E으로부터 이 사건 토지와 F 부동산을 담보로 1,500,000,000원을 여신한도로 하는 기타 재정 시설자금 대출을 받고, 2017. 4. 4. 이 사건 토지에 관하여 2017. 4. 4. 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 1,800,000,000원, 채무자 원고, 근저당권자 E으로 하는 근저당권 설정등기를 마쳤다.

다. 이 사건 토지 지상 건물 철거 및 숙박시설 신축공사

1) 원고는 2017. 2. 27. 피고의 실질적 대표인 G이 선정한 시공사인 주식회사 H(이하 'H'이라고

한다)과 사이에, 이 사건 토지 지상 숙박시설 신축을 위한 골조공사, 공통 및 가설공사에 관하여 계약금액 520,000,000원(부가세 별도), 준공예정일 2017. 10. 30.(골조공사 기간은 2017. 4. 13.부터 2017. 8. 12.까지 4개월)로 정한 공사도급계약을 체결하였다(이하 이 사건 토지 지상에 신축하는 숙박시설을 ‘이 사건 건물’이라 하고, 이를 신축하기로 하는 위 공사를 ‘이 사건 공사’라 한다).

2) 이 사건 2차 동업약정 제4조 제4항에 따라 매월 지출경비에서 4,000,000원을 피고에게 지급하기로 한 것에 더하여, 원고와 피고는 2017. 5. 19. 원고가 2017. 5.부터 완공일까지 피고에게 월 10,000,000원(부가세 별도)을 지급하고 피고가 이 사건 공사의 건축인테리어에 관한 시공 관리감리를 하는 것으로 약정(이하 ‘이 사건 용역비 약정’이라 한다)하였다.

3) H은 철거 및 토목공사가 완료된 2017. 5.경부터 이 사건 공사를 시작하였다. H이 공사비를 추가로 요구함에 따라, 원고와 H은 2017. 5. 12. 기존 계약금액 520,000,000원에 더하여 골조공사(공통 및 가설) 추가 공사비로 100,000,000원을 증액하고 ‘H은 추후 어떠한 이유로도 공사대금의 증액을 요구할 수 없으며, 계약이행보증증권을 발행하여 3일 이내에 제출’하기로 합의하였다.

4) 그럼에도 H은 2017. 8.경 공사비 50,000,000원(부가세 별도)의 증액을 추가로 요청하였고, 2017. 10. 초경에는 위 50,000,000원을 포함하여 213,000,000원의 증액을 요청하였다. 피고는 2017. 10. 25. H에게 피고의 자금으로 28,000,000원을 따로 대여해주기도 하였다. 그러나 2017. 10. 말경 H의 하도급업체가 임금 체불을 이유로 농성하는 등의 사정으로 이 사건 공사는 중단되었다.

5) H은 2017. 11. 8. 원고에게 ‘하도급업체에 대한 대금 체납을 원인으로 공사가 지연되어 공사비 관련 협의를 여러 차례 하였으나 계속된 협의 결렬로 공사 중지를 알린다. 피고가 2017. 11. 2.부터 H의 동의 없이 골조공사 작업자를 임의로 투입하여 시행하고 있고, 이는 시공사를 배제한 불법 시공으로 간주될 수 있다’는 취지의 내용증명을 발송하였다. 감리업무를 맡은 주식회사 I도 2017. 11. 10. 원고에게 ‘일시적인 공사 중단의 조속한 해결을 바라고, 합법적인 공사관계자 및 기술자가 공사를 진행하여 주길 바라며 향후 공사 진행시까지 감리업무를 중단한다’는 내용의 공문을 보냈다.

6) 원고와 피고는 원고 명의로 2017. 11. 9. H에게 ‘원고는 H에게 공사계약에 따른 기성금을 모두

지급하였으나, H은 이를 하도급 골조업체에 지급하지 아니하여 골조업체의 인건비를 체납하였다. 그로 인해 2017. 10. 30.부터 다음날까지 인부들이 현장에서 시위를 벌이기까지 하였다. 그러나 H은 인건비 체납 문제는 해결할 의지를 보이지 않고 있고, 이미 계약상 준공예정일도 초과하였으며, 그럼에도 합리적 이유 없이 공사금액의 증액을 요구하고 있다. 이에 H의 귀책사유를 원인으로 2017. 2. 27. 체결한 공사계약의 해지를 통지한다'는 내용증명을 발송하였다.

7) 원고는 2017. 11. 30. 피고에게 '앞으로 원고와 상의 없이 현재 진행하고 있는 공사에 대한 모든 민, 형사상 책임은 피고의 실제 대표인 G에게 있음을 알린다. 불법적이고 편법적인 공사를 중단하고 적법한 절차에 의해 공사를 진행할 것을 요구한다'는 카카오톡 메시지를 보냈다.

8) 피고는 2017. 11. 말경 내지 12. 초경 이 사건 건물 8층까지의 골조공사를 마쳤다.

라. 원고와 피고의 3차 동업약정 및 원고의 계약 해지 통보

1) 원고와 피고는 2018. 1. 4. 이 사건 1, 2차 동업약정이 유효함을 전제로 이를 수정, 보완하는 내용의 다음과 같은 3차 약정(이하 '이 사건 3차 동업약정'이라 하고, 이 사건 1, 2, 3차 동업약정을 통칭하여 '이 사건 동업약정'이라 한다)을 하였다. 그중 주된 내용은 아래와 같다.

제2조 (3차 협약서의 권한)

1차 협약서 및 2차 약정서와 관련하여 위 3차 협약서와 문구 및 해석의 차이가 발생할 시 3차 협약서를 우선적으로 적용함을 원칙으로 한다.

제3조 (갑과 을의 권리와 의무)

1. 갑(원고)은 을(피고)이 위 목적부동산의 개발(건물신축) 및 운영등 전반적인 경영을 함에 있어서 을(피고)이 지정하는 제3자에게 위탁경영을 한다.

2. 건물준공 후 건물의 보존등기는 을(피고)의 명의로 하되, 을(피고) 법인의 주식중 10%는 갑(원고)에게 양도한다.

3. E에서 대출하는 시설자금통장은 공동통장으로 하고, 이 통장의 관리는 을(피고)이 지정한 J가 관리한다.

4. 갑(피고)은 제3자에게 지분매각시 개발원가로 한다.

2) 원고는 2018. 1. 15. 피고가 소개한 주식회사 K(이하 'K'이라 한다)과 사이에 이 사건 공사에

관하여 계약금액 550,000,000원, 준공예정일 2018. 4. 30.로 정한 공사도급계약을 체결하였다(이하 ‘이 사건 추가 공사계약’이라 한다).

3) 감리업무를 맡은 주식회사 I는 2018. 3. 30. 원고에게 ‘현장대리인의 부재로 시공사로부터 2018. 3. 26.경 공사중단요청이 있어 알린다. 현장대리인을 조속히 배치하여 공사를 진행하길 바라고, 배치 전까지는 공사를 중단하여 불이익을 받지 않도록 협조 바란다’는 내용의 공문을 보냈다.

4) 원고는 2018. 3. 29. 피고 대표이사 L에게 ‘공사가 원만히 진행되도록 원고가 피고에게 월 1,540만 원의 수수료를 지급하고 있었는데, 1차 공사 중단에 이은 2차 공사 중지 요청을 받았으므로, 피고는 더 이상 공사 완공 능력이 없음을 통보한다. 공사 업체 관계자로부터 현저한 불법 사실을 알게 되었고, 이에 피고에게 여러 번 의문을 제기하고 확인 및 불법시공 금지를 요구하였으나 피고는 믿어달라고만 하였다. 이에 피고와의 모든 계약을 해지하고 공동통장 지급정지 및 공사중지를 통보한다’는 취지의 계약 해지 통보(이하 ‘이 사건 동업약정 해지 통보’라 한다)를 내용증명우편으로 발송하였고, 그 무렵 피고에게 도달하였다.

마. 이 사건 동업약정 해지 통보 이후 경과

1) 원고는 2018. 4. 2.경 이 사건 공사 현장에 용역업체 직원들을 대동하여 피고 직원들을 퇴거시켰다.

2) 피고는 2018. 5. 1. 이 사건 2차 동업약정 제2조 제2항에서 정한 매매예약에 기반 가등기청구권을 피보전권리로 하여 이 사건 토지에 관하여 처분금지가처분 결정(서울동부지방법원 2018카합10192호)을 받았다.

3) 원고는 2018. 6. 29. 피고에 대하여 이 사건 본소를 제기하여, 소장 부분의 송달로써 피고에게 이 사건 동업약정에 대한 해산청구의 의사표시(이하 ‘이 사건 해산청구’라 한다)를 하였다.

4) 원고는 2018. 12.경 이 사건 공사를 마무리하고 송파구청에 사용승인을 신청하였으나, 이 사건 건물이 건축허가를 받은 도면과 다르게 시공되어 있다는 내용의 민원이 여러 차례 제기되어 일부 재공사를 실시한 후 2019. 4. 18.경 사용승인을 받았다.

5) 피고는 2019. 4. 28. 이 사건 건물에 원고의 동의 없이 들어가 철제 시설물을 설치한 후 자물쇠를

걸어 원고가 이 사건 건물에 출입을 하지 못하도록 하였고, 그 무렵부터 이 사건 건물을 직접 점유하였다.

6) 원고는 2019. 5. 10. 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다. 그리고 이 사건 토지에 관하여 기존에 설정되어 있던 각 근저당권에 이 사건 건물을 공동담보로 추가하여, 2019. 5. 10. 이 사건 건물에 관하여 같은 날 근저당권 추가설정계약을 원인으로 공동근저당권 설정등기를 마쳤다.

7) 이 사건 토지 및 건물에 관하여 2019. 12. 20. 임의경매가 개시되었고, 임의경매절차에서 M(원고의 형이다)과 N이 2022. 6. 3. 이 사건 토지 및 건물을 각 1/2 지분씩 공유하는 것으로 하여 매각대금을 완납하였다.

【인정 근거】다툼 없는 사실, 갑 제1 내지 6, 8 내지 12, 14 내지 23, 25 내지 27호증, 을 제1 내지 28, 33 내지 37, 42 내지 44호증의 각 기재(가지번호 있는 것은 각 가지번호 포함, 이하 같다), 변론 전체의 취지

2. 판단의 전제

가. 이 사건 동업약정의 법적 성격

1) 조합은 2인 이상이 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제703조 제1항). 법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 하고, 합유자의 권리는 합유물 전부에 미친다(민법 제271조 제1항).

2) 앞서 본 기초사실 및 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 이 사건 동업약정은 원고와 피고가 각 약정된 투자금을 출자하여 이 사건 토지 지상에 숙박시설을 신축한 후 이를 공동으로 운영하여 수익을 배분하는 사업을 추진하기로 하고, 원고는 은행 대출, 투자금 유치 등 재무관리를 담당하고 피고는 이 사건 공사의 관리, 감독 및 호텔 운영관리를 담당하는 것을 주된 내용으로 한다. 그렇다면 원고와 피고는 상호 출자하여 공동사업을 경영하기로 하는 이 사건 동업약정을 함으로써 민법 제703조의 조합관계를 구성한 것으로 볼 수 있으므로, 원고와 피고가 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 이를 합유하는 관계가 성립되고, 합유자인 원고와 피고의 권리는 합유물 전부에 미친다.

나. 원고와 피고의 동업관계의 종료 여부

1) 관련 법리

동업계약과 같은 조합계약에 있어서는 조합의 해산청구를 하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐이지 일반계약에 있어서처럼 조합계약을 해제 또는 해지하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담지울 수는 없다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94다7157 판결 등 참조). 그리고 민법 제716조에 의한 조합의 탈퇴라 함은 특정 조합원이 장래에 향하여 조합원으로서의 지위를 벗어나는 것으로서, 이 경우 조합 자체는 나머지 조합원에 의해 동일성을 유지하며 존속하는 것이므로 결국 탈퇴는 잔존 조합원이 동업사업을 계속 유지존속함을 전제로 하는 것인 반면, 민법 제720조에 의한 조합의 해산청구는 조합이 소멸하기 위하여 그의 목적인 사업을 수행하기 위한 적극적인 활동을 중지하고, 조합재산을 정리하는 단계에 들어가는 것이다. 조합 당사자 간의 불화대립으로 인하여 신뢰관계가 깨어지고 특정조합원의 탈퇴나 제명으로도 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없게 된 상황에서 특정조합원이 다른 조합원에게 해지통고를 한 것이라면 이는 조합의 소멸을 동반하는 조합의 해산청구로 볼 수 있다(대법원 1996. 3. 26. 선고 94다46268 판결, 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007다48370, 48387 판결, 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다29714, 29721 판결 참조).

한편, 민법 제720조는 조합원은 부득이한 사유가 있는 때에 조합의 해산을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 ‘부득이한 사유’라고 함은 경제계의 사정변경에 따른 조합 재산상태의 악화나 영업부진 등으로 조합의 목적달성이 매우 곤란하다고 인정되는 객관적인 사정이 있거나 조합 당사자 간의 불화와 대립으로 신뢰관계가 파괴됨으로써 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없는 경우를 말한다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007다48370, 48387 판결 등 참조).

2) 구체적 판단

가) 원고의 이 사건 동업약정 해지 통보가 적법한지 여부

원고가 2018. 3. 29. 피고 대표이사 L에게 이 사건 공사와 관련하여 피고에게 귀책사유가 있음을 주된 원인으로 하여 이 사건 동업계약 해지 통보를 하는 한편, 그에 따른 경제적 손실에 대한 민형사상 책임을 묻겠다는 뜻을 밝혔음은 앞서 기초사실에서 본 바와 같다.

그러나 위 법리에 비추어 보면, 이 사건 동업약정과 같은 조합계약에 있어서는 조합의 해산청구를

하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐, 일반 계약에서처럼 조합계약을 해제 또는 해지하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담시킬 수는 없는 것이므로, 원고가 이 사건 동업약정 해지 통보로써 이 사건 동업약정을 해지하고 피고에게 그로 인한 원상회복이나 손해배상을 구할 수는 없다.

나) 이 사건 동업약정 해지 통보가 조합의 해산청구로서 적법한지 여부(1) 다만, 위에서 본 법리에 따르면 조합 당사자 간의 불화대립으로 인하여 신뢰관계가 깨어지고 특정조합원의 탈퇴나 제명으로도 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없게 된 상황에서 특정조합원이 다른 조합원에게 해지통고를 한 것이라면 이는 조합의 소멸을 동반하는 조합의 해산청구로 볼 수 있다.

(2) 이 사건의 경우, 원고의 이 사건 동업약정 해지 통보가 민법 제720조의 해산청구로서 적법한지 살피건대, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 여러 사정들을 종합하여 보면, 원고가 이 사건 동업약정 해지 통보를 한 2018. 3. 29.경 당시 조합의 목적달성이 매우 곤란하다고 인정되는 객관적인 사정이 있다거나 그 밖에 원고와 피고 사이의 불화와 대립으로 신뢰관계가 파괴되어 조합업무의 원활한 운영을 기대할 수 없는 경우에 이르렀다고 볼 수 없으므로 민법 제720조 소정의 ‘부득이한 사유’가 존재한다고 보기 어렵다.

2017. 10. 말경 H과의 분쟁이 있는 이후 원고가 2017. 11. 30.경 피고에게 항의성 카카오톡 메시지를 보내기도 하였으나, 이후 원고와 피고는 이 사건 공사 및 사업의 진행에 관하여 원만히 추가 합의에 이르러 2018. 1. 4. 이 사건 3차 동업약정을 하였다.

이 사건 3차 동업약정에서는 이 사건 건물 준공 후 그 건물의 소유권보존등기는 피고의 명의로 하되 피고의 주식 중 10%를 원고에게 양도하기로 하였는바, 이는 원고와 피고가 이 사건 건물의 신축공사가 마무리된 이후에도 조합관계를 종료하는 것이 아니라 오히려 존속시킨다는 점을 더욱 분명히 하는 한편, 합유재산인 이 사건 토지가 원고 명의로 소유권이전등기가 되어 있는 것에 상응하여 새로운 합유재산이 될 이 사건 건물은 피고 명의로 소유권보존등기를 마치는 것으로 합의하였다고 보인다.

이 사건 3차 동업약정 이후 원고와 피고는 협의하여 K을 이 사건 공사의 새로운 시공사로 선정하고 2018. 1. 15. 이 사건 추가 공사계약을 체결하여 잔여 공사를 진행하였다.

원고는 그로부터 불과 2개월여 후 피고에게 이 사건 동업약정 해지 통보를 하였다. 원고는 이 사건 동업약정 해지 통보의 주된 사유로, 이미 H과의 공사계약 당시에도 공사 중단이 있었는데 K로부터도 재차 공사 중단 요청이 있었다는 점과, 이 사건 공사에 참여한 업체 관계자로부터 피고의 각종 불법 시공, 불법 설계변경 등의 위법행위를 알게 되었다는 점을 들고 있다. 그러나 H와의 공사계약을 해지한 이후로 원고와 피고는 다시 원만히 이 사건 3차 동업약정을 하여 공사업체를 변경하였음은 앞서 본 바와 같다. 또한, 원고는 피고가 주도해서 공사한 부분에 불법적으로 시공되거나 설계가 변경된 부분이 많았다고 주장하나 이를 뒷받침할 구체적인 증거는 제시되지 않았다.

원고와 피고는 공동사업을 위한 조합관계에 있고, 공사의 관리, 감독에 관한 역할은 피고가 담당하기로 하였으므로, 원고는 이 사건 추가 공사계약에 따른 공사가 중단된 사정과 관련하여 피고와 논의를 하였어야 할 것으로 보임에도 원고가 이 사건 동업약정 해지 통보 전 피고와 그와 같은 논의를 하였다고 볼 만한 증거는 없다. 오히려 원고는 일방적인 이 사건 동업약정 해지 통보 후 며칠 뒤인 2018. 4. 2.경 이 사건 공사 현장에서 피고 측 직원들을 퇴거시켰다.

반면, 이 사건 동업약정 해지 통보가 있기 며칠 전인 2018. 3. 21.경에도 피고의 실질적 대표인 G과 J는 원고와 함께 E에서 공사대금 명목으로 추가 대출을 받는 것과 관련한 협의를 진행하기도 하였다.

(3) 따라서 2018. 3. 29.경 이루어진 이 사건 동업약정 해지 통보에 의해 원고의 조합 해산청구가 적법하게 이루어졌다고 보기도 어렵다.

다) 이 사건 해산청구가 적법한지 여부

그러나 앞서 본 기초사실에 더하여 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 원고가 이 사건 동업약정 해지 통보를 하였다는 사정만으로 그때까지 원고와 피고 사이에 동업관계를 계속하기 어려운 부득이한 사유가 있었다고 인정할 수는 없으나, 다른 한편 원고로서는 이 사건 3차 동업약정에도 불구하고 이 사건 공사가 재차 중단됨으로 인해 피고에 대한 불신이 쌓였다고 보이는 점, 마찬가지로, 원고는 일방적으로 이 사건 동업약정 해지 통보를 한 직후 이 사건 공사 현장에서 피고 측 직원들을 퇴거시켰고, 피고를 배제한 채 단독으로 이 사건 공사를 진행하였으며, 피고 측의 G, J 등을 상대로 형사 고소를 하였는바, 이로 인해 피고로서도 원고에 대한

불신이 심화되었다고 보이는 점, 이에 피고 또한 2018. 5. 1. 이 사건 토지에 관하여 처분금지가처분 결정을 받기도 하였던 점 등을 종합하여 보면, 이와 같은 상황에서 원고가 2018. 6. 29. 피고를 상대로 이 사건 본소를 제기함으로써 서로간의 신뢰관계가 깨어져 더 이상 조합업무의 원만한 운영을 기대할 수 없는 상태에 이르게 되었다고 보이므로, 민법 제720조 소정의 '부득이한 사유'가 있는 것으로 볼 수 있다.

라) 소결론

따라서, 원고의 이 사건 해산청구가 포함된 이 사건 소장 부분이 피고에게 도달하였음이 기록상 명백한 2018. 7. 6.에 비로소 원고와 피고의 이 사건 동업약정에 따른 조합관계가 해산으로 종료되었다고 판단된다.

3. 원고의 본소청구에 관한 판단

가. 본소 청구원인의 요지

1) 피고는 다음과 같이 이 사건 동업약정을 위반하였다.

가) 출자의무 불이행

이 사건 동업약정의 주요 내용은 원고와 피고가 최초 각 출자금 외에는 공동사업수행에 소요되는 비용을 각 1/2씩 출자하고 공동사업으로 인해 수익이 발생할 경우 역시 이를 각 1/2씩 배분하는 것이다. 그러나 사업 진행 과정에서 당초 계획한 1,300,000,000원을 상회하는 비용이 소요되었음에도, 원고만 F 부동산을 담보로 962,000,000원을 대출받고 지인들로부터 2,052,586,275원을 차용하여 총 3,014,586,275원을 추가로 출자하였을 뿐 피고는 출자의무를 이행하지 아니하였다.

나) 피고의 불법적인 공사진행

원고가 이 사건 용역비 약정에 따라 피고에게 공사 시공 감리 등에 관한 용역비까지 별도로 지급해주었음에도, 이 사건 공사 진행 과정에서 최초 시공자인 H이 공사대금 문제로 공사를 중단한 바 있고, 그 후 피고는 종합건설업 면허가 없음에도 무단으로 공사를 진행하여 감리업체의 지적을 받았으며, K과의 이 사건 추가 공사계약 체결 후에도 피고가 K에게 도면과 상이한 불법적인 공사를

지시함에 따라 K이 공사를 거부하자 피고가 K에 대해 공사도급계약 해지를 통보하면서 K의 현장소장 등을 공사 현장에서 퇴거시키고 다시 피고가 직접 공사를 진행하여 감리업체의 지적을 받는 등 피고는 불법적으로 공사를 진행하였다. 이는 향후 이 사건 건물의 사용승인을 불가능하게 하고 숙박시설로 사용하여 수익을 발생시킨다는 이 사건 동업약정의 목적에 반하는 것이므로, 피고는 이로써 이 사건 동업약정을 위반한 것이다.

2) 피고는 원고가 나머지 공사를 완료하고 사용승인을 받은 직후인 2019. 4. 28.경 이 사건 건물의 출입문을 손괴하고 무단으로 침입한 후 원고의 점유를 배제한 채 이 사건 건물에 대한 불법 점유를 개시하였다. 이로 인해 원고는 임의경매로 이 사건 건물의 소유권을 상실한 2022. 6. 3.까지 이 사건 건물을 사용, 수익하지 못하여 그 차임상당액의 손해를 입었다. 따라서 피고는 원고에게 이를 배상할 의무가 있다.

3) 위와 같은 피고의 채무불이행 및 불법행위로 인해 원고는 출자금 합계 3,714,586,275원 상당의 손해와 위 불법점유 기간 동안 차임 상당액의 손해를 입었다. 이에 원고는 그 일부 청구로서 피고에 대해 400,000,000원의 지급을 구한다.

나. 판단

1) 피고의 이 사건 동업약정 위반을 전제로 한 주장에 관한 판단

가) 출자의무 불이행 주장

(1) 원고는, 이 사건 동업약정 상 원고와 피고는 최초의 각 출자금 외에 공동사업수행에 소요되는 비용을 각 1/2씩 추가 출자할 의무가 있음을 전제로, 원고만 추가 출자의무를 이행하였을 뿐 피고는 추가 출자의무를 이행하지 아니하여 이 사건 동업약정을 위반하였다고 주장한다.

(2) 그러나 앞서 본 기초사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 원고와 피고는 이 사건 동업약정에서 정한 바에 따라 서로 협의한 결과 원고가 이 사건 공사 및 사업 수행에 필요한 자금을 마련하기로 약정하였다고 봄이 타당하고, 이와 달리 피고에게 당연히 추가 사업자금에 대하여 원고와 동일하게 출자할 의무가 있다고 보기 어려우므로, 피고가 이 사건 동업약정상의 출자의무를 불이행하였다고 볼 수 없다.

원고와 피고는 이 사건 2차 동업약정 제2조 제1항에서 원고가 7억 원, 피고가 6억 원을 각 투자하기로 하면서, 추가로 필요한 투자금은 장래 서로 협의하여 정하기로 약정하였다.

그리고 이 사건 2차 동업약정 제4조에서는 원고와 피고의 역할을 분담하면서, 원고가 “자금계획(은행대출, 투자금 유치) 등 경영지원의 역할 및 재무관리”를 담당하기로 약정하였다.

이에 따라 원고와 피고는 실제로 이 사건 토지를 원고 명의로 매수하여 소유권이전등기를 마친 다음 이 사건 토지를 담보로 금융기관에서 대출을 받음과 동시에, 원고 소유의 F 부동산을 공동 담보로 제공하여 대출을 받는 한편, F 부동산을 담보로 한 대출금에 대한 이자는 원고와 피고의 공동자금에서 납부하고 이 사건 건물 신축 후에는 F 부동산을 담보로 한 대출금을 변제하고 그 담보를 해제하기로 하는 등, 추가로 필요한 투자금에 관하여는 원고와 피고가 서로 협의하여 마련하였다.

그 밖에도 H이 공사비 증액을 요구하였을 때도 원고와 피고가 협의하여 H에게 추가 공사비를 인정하는 것으로 정하였고, 원고와 피고는 이 사건 용역비 약정을 별도로 체결함으로써 원고는 피고가 제공하는 용역에 관하여 추가 비용을 매월 지급하였다.

한편, 원고는 이 사건 동업약정에서 수익을 각 1/2씩 배분하기로 정하였으므로 추가 비용도 원고와 피고가 각 1/2씩 출자할 의무가 있다는 취지로 주장하면서 민법 제711조를 근거로 들고 있다. 그러나 민법 제711조는 손익분배의 비율에 관한 규정으로서 출자의 비율과는 직접적인 관련이 없을 뿐만 아니라, 위 조항은 임의규정으로서 조합원들은 합의로 이와 다른 내용을 정할 수 있는데, 앞서 본 바와 같이 원고와 피고는 최초 출자금 이외에 추가로 필요한 금액은 “서로 협의하여” 정하기로 이 사건 동업약정에서 약정하였고 실제로 상호 협의에 따라 자금을 마련해온 사정이 인정되므로, 어느 관점에서 보더라도 민법 제711조를 근거로 한 원고의 주장은 받아들이기 어렵다.

(3) 따라서 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 불법공사 주장

(1) 원고는 또 피고가 이 사건 용역비 약정에 따라 공사 관리, 감독에 대한 용역비까지 별도로 지급받았음에도 불법적으로 공사를 진행하여 두 차례 공사가 중단되고 감리업체로부터 지적을 받았는바, 이러한 불법적인 공사진행은 이 사건 건물의 사용승인을 불가능하게 함으로써 이를 숙박시설로 사용, 수익한다는 이 사건 동업약정의 목적에 반하는 것이어서 결국 피고가 이 사건

동업약정을 위반하였다는 취지로 주장한다.

(2) 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하면, 이 사건 2차 동업약정과 이 사건 용역비 약정에 따라 피고는 원고와의 동업관계에서 이 사건 건물의 신축공사가 원활히 진행되도록 관리, 감독하고 공사 완료 이후에는 호텔 시설의 운영 관리를 총괄하기로 약정하였던 점, 원고는 이 사건 용역비 약정에 따라 피고에게 총래 약정한 월 4,000,000원(부가세 별도)에 더하여 월 10,000,000원(부가세 별도)을 용역비로 매월 추가 지급하였던 점, 그러나 이 사건 공사 진행 과정에서 최초 시공업체인 H과 분쟁이 발생하여 2017. 10. 말경 공사가 한 차례 중단되었고, 새로이 K과 이 사건 추가 공사계약을 체결하였으나 2018. 3. 말경 공사가 다시 중단되었던 점, 각 공사 중단 시마다 감리업체는 건축주인 원고에게 합법적인 공사관계자가 공사를 진행해야 함을 지적한 점 등의 사정이 인정되기는 한다.

그러나 한편, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합적으로 고려하면, 피고가 이 사건 동업약정에 따른 의무를 위반하여 이 사건 공사를 불법적으로 진행하였다고 보기 어렵다.

최초 시공업체인 H과의 분쟁은 공사대금 증액 및 하도급업체 인건비 지급 문제에서 비롯된 것으로 보이는데, 원고와 피고가 H과 사이에 최초 공사도급계약에 따라 약정된 공사대금에다가 100,000,000원을 증액하여 주기로 하는 추가 약정을 하면서 더 이상의 증액은 요구할 수 없음을 명시하였음에도 H은 그 후로도 2억여 원의 추가 공사대금을 요구하였고, 이에 피고가 원고와는 별도로 H에게 28,000,000원을 대여해주기도 하였던 사정 등에 비추어 보면, H과의 분쟁 및 이에 따른 최초 공사 중단이 피고의 귀책사유에서 비롯된 것이라고 단정하기는 어렵다. H의 공사 중단 이후 원고와 피고가 2017. 11. 9.경 H에 대하여 공사도급계약 해지 통지를 하였던 점을 아울러 고려하면 더욱 그러하다.

더욱이 H과의 분쟁 및 공사 중단 이후 피고가 이 사건 공사를 진행한 것으로 보이기는 하나, 그 후 원고와 피고는 다시 사업 진행에 대해 원만히 협의하여 이 사건 3차 동업약정을 하고, 새로이 K과 이 사건 추가 공사계약을 체결함으로써 공동 사업을 계속 진행하였다.

원고는 피고가 K에게 불법적인 공사 시공을 지시하여 K이 이를 거부함에 따라 공사가

중단되었다고 주장하나, 오히려 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지에 의하면 K은 건설업 등록증을 대여하기 위해 섭외된 업체로 보이므로, K과 이 사건 추가 공사계약을 체결한 건축주인 원고 또한 건설업 등록증 대여를 통한 불법 시공의 책임으로부터 자유롭다고 볼 수는 없다.

또한, 원고는 피고가 원고를 배제하고 단독으로 공사를 진행한 부분이 설계도면과 달라 불법 시공에 해당한다거나 이로 인해 하자가 발생하였다고 주장한다. 그러나 원고가 제출한 증거들만으로는 원고와 피고가 각자 단독으로 공사를 진행한 부분이 어디인지를 특정할 수 없을 뿐만 아니라, 설계도면과 다르게 공사가 되었다면 해당 부분은 누가 공사를 진행한 것인지, 그리고 하자가 발생하였다고 주장하는 부분 또한 누가 공사를 진행한 것인지 모두 알기 어렵다.

(3) 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

2) 피고의 불법점유에 따른 손해배상 청구에 관한 판단

가) 원고는 피고가 이 사건 건물 사용승인일 직후인 2019. 4. 28.경 종래 원고가 점유하고 있던 이 사건 건물에 무단으로 침입하여 원고의 점유를 배제한 채 피고가 이 사건 건물을 단독으로 점유하고 있는 것은 불법점유이므로, 피고는 원고에 대하여 불법행위를 원인으로 한 차임 상당의 손해배상을 할 의무가 있다고 주장한다.

나) 살피건대, 법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 하며, 합유자의 권리는 합유물 전부에 미치는 것인바(민법 제271조 제1항), 원고와 피고는 이 사건 동업약정으로써 민법상 조합관계를 구성하였고, 원고와 피고가 이 사건 동업약정에 따라 신축한 이 사건 건물은 2017. 11. 말경 내지 같은 해 12. 초경에 8층 골조공사까지 마무리되었음은 앞서 본 바와 같다.

그렇다면 이 사건 건물은 아무리 늦어도 골조공사가 마무리된 2017. 12. 초경에는 그 구조와 형태 등이 건축허가의 내용과 사회통념상 동일하다고 인정되는 정도에 이르도록 축조되었다고 할 것이므로, 원고와 피고는 조합체로서 그 무렵 이 사건 건물을 합유로 원시취득한 것으로 볼 수 있다[합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 그 소유권보존등기가 실질관계에 부합하지 않는 원인무효의 등기이므로(대법원 2017. 8. 18. 선고 2016다6309 판결 참조), 원고가 2019. 5. 10. 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기를 마쳤다고 하여 당연히 이로써

원고가 단독으로 이 사건 건물을 원시취득하는 것이 아니고, 오히려 이는 원인무효의 등기로써 다른 합유자는 등기명의인인 합유자를 상대로 소유권보존등기 말소청구의 소를 제기하는 등의 방법으로 그 원인무효의 등기를 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청할 수 있다(위 대법원 2016다6309 판결 참조)].

다) 한편, 원고와 피고의 조합관계는 원고의 이 사건 해산청구가 피고에게 도달한 2018. 7. 6. 해산으로 종료되었음은 앞서 본 바와 같다. 그러나 ① 합유는 조합체의 해산 또는 합유물의 양도로 인하여 종료하고, 그 경우에 합유물의 분할에 관하여는 공유물의 분할에 관한 규정을 준용하며(민법 제271조), ② 부득이한 사유가 있는 때에는 각 조합원은 조합의 해산을 청구할 수 있고(민법 제720조), 조합이 해산한 때에는 잔여재산은 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 분배하며(민법 제724조), ③ 조합이 해산된 경우에도 청산절차를 거쳐 조합재산을 조합원에게 분배하지 아니하는 한 조합재산은 계속하여 조합원의 합유이고 청산이 종료할 때까지 조합은 존속하는 것이다(대법원 1992. 10. 9. 선고 92다28075 판결 등 참조).

따라서 원고와 피고를 조합원으로 하는 조합체가 해산되었다고 하더라도, 조합의 해산에 따르는 청산절차에서 조합재산인 이 사건 건물에 대한 잔여재산 분배가 이루어지지 않는 한, 이 사건 건물은 M과 N이 임의경매에 따른 매수에 의하여 이를 법률상 취득하기 전까지는 원고와 피고의 합유로 남아 있었다고 할 것이다(원고도 변경 전 본소 청구취지 및 청구원인에서, 이 사건 건물이 조합의 잔여재산임을 전제로 원고와 피고의 출자비율에 따른 잔여재산 분배를 주장하였다).

라) 그렇다면 피고가 2019. 4. 28.경 이 사건 건물에 대한 점유를 개시하였다고 하더라도, 원고의 이 사건 해산청구에도 불구하고 이 사건 건물은 여전히 원고와 피고의 합유물에 해당한다고 할 것인바, 합유자 중 1인인 피고가 나머지 합유자인 원고와 협의 없이 배타적으로 합유물을 점유함으로써 발생하는 손해배상채권 내지 부당이득반환채권은 조합체가 해당 조합원에 대하여 가지는 조합채권에 해당하여 조합원 전원에게 합유적으로 귀속할 뿐, 조합원 개인에게 귀속된다고 볼 수 없다(대법원 1999. 6. 25. 선고 97다16367 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도14268 판결의 취지 참조). 따라서 원고로서는 조합관계를 벗어난 개인의 지위에서 그 손해의 배상을 구할 수 없다고 보아야 한다.

마) 결국 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

다. 소결론

따라서 원고의 본소청구는 이유 없다.

4. 피고의 반소청구에 관한 판단

가. 반소 청구원인의 요지

1) 원고는 이 사건 동업약정에 따라 피고 명의로 토지매매예약 가등기 설정을 마치지 않았고, H과 공모하여 공사비를 올리는 등 개인적인 이익 추구를 하고 피고를 협박하여 공사를 지연시키려고 하였으며, 원고의 초기 투자금 700,000,000원을 제 때 입금하지 않았고, K과 공모하여 2018.

4. 2. 피고 측 직원을 이 사건 공사현장에서 퇴거시키고 피고를 이 사건 사업에서 일방적으로 배제시켰으며, 이후 피고 측 직원 등에게 공갈, 협박을 하여 벌금형을 선고받기도 하였으며, 피고 측 G 등을 사문서위조 등 혐의로 고소하여 무고하였고, 피고를 이 사건 공사 현장에서 퇴거시킨 후 독자적으로 기존 시공 내역을 임의로 철거, 파손하였으며, 피고를 배제한 채 면허대여업체인 K과 이 사건 공사를 진행하여 불법 공사를 시행함에 따라 사용승인 단계에서 지적을 받기도 하였고, 원고는 면허대여업체인 K과 공사를 진행하여 벌금형을 선고받기도 하였고, 제대로 공사를 진행하지 아니하여 이 사건 건물에 많은 하자가 발생하였으며, 원고는 이 사건 3차 동업약정에 따라 피고 명의로 이 사건 건물에 관한 소유권보존등기를 마칠 의무가 있었음에도 이를 전부 차지할 목적으로 원고 본인 명의로 등기를 마쳤고, 피고가 2019. 4. 28.경 이 사건 건물을 점유하자 원고는 용역업체를 동원하여 이 사건 건물을 손괴하고 무단으로 주거에 침입하는 등의 불법행위를 저질렀으며, ⑪ 원고는 형, 지인과 공모하여 대여금 무변론 판결을 받아 이 사건 건물에 대한 임의경매절차에서 허위로 배당요구를 하였고, ⑫ 그 외에도 원고는 형과 지인을 동원하여 이 사건 건물을 임의경매절차에서 매수하고, 그 이후로도 피고에 대하여 협박, 상해 등의 불법행위를 지속하고 있다.

2) 위와 같은 원고의 이 사건 동업약정 위반(채무불이행) 및 불법행위로 인해 피고는 아래와 같은

손해를 입었으므로, 피고는 원고에 대하여 합계 2,116,869,750원 및 그 지연손해금 상당의 손해배상을 구한다.

원고는 피고가 이 사건 1차 동업약정에 따라 지급한 투자금 600,000,000원을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

원고는 피고에게 지급하기로 약정하였던 용역비를 2018. 2.부터 지급하지 아니하였으므로, 미지급 용역비로서 99,920,000원(= 월 4,400,000원 × 2018. 2.부터 경매개시결정이 된 2019. 12. 20.까지 22개월 20일) 및 165,000,000원(= 월 11,000,000원 × 2018. 2.부터 건물 완공된 2019. 4.까지 15개월)을 지급할 의무가 있다.

원고와 피고는 이 사건 2차 동업약정에서 이 사건 건물 매각 시 매각금액을 8,000,000,000원으로 정하였는바, 이는 위 금액을 예상수익으로 산정한 것이다. 이 사건에서 감정평가 결과 5,582,560,500원의 감정가격이 산정되었는바, 일응 위 금액이 이 사건 토지 및 건물을 매입하고 건축하는 데 소요된 비용이라고 할 수 있다. 그렇다면 피고가 이 사건 건물을 통한 숙박 사업으로 얻을 수 있는 예상수익은 1,208,719,750원 $\{=(8,000,000,000\text{원} - 5,582,560,500\text{원}) \div 2\}$ 이라고 할 수 있다. 피고는 원고의 이 사건 동업약정 위반으로 인하여 위와 같은 예상수익을 얻지 못한 손해를 입었으므로, 원고는 피고에게 위 예상수익 상당액의 손해를 배상할 의무가 있다.

피고는 원고가 2018. 3. 말경 일방적으로 이 사건 동업약정 해지 통보를 하고 공동 경비 통장을 사용하지 못하게 함에 따라 2018. 3. 30. 별도로 공사대금 5,500,000원을 지출하였다. 또한 그 이후에도 원고가 일방적으로 공사를 진행한 부분에 위법 건축 부분이 있어서 피고가 2019. 12.경 이를 다시 철거하고 재시공하는 데에 합계 38,500,000원을 지출하였다. 원고는 이 사건 동업약정 위반 및 불법 시공으로 인한 손해로서 위 각 공사대금을 지급할 의무가 있다.

나. 판단

1) 피고가 주장하는 원고의 이 사건 동업약정 위반 내지 불법행위의 주된 내용은 이 사건 동업약정에 따라 공동사업을 추진하는 과정에서의 개별적인 분쟁에 관한 것에 불과하고, 그 밖에 피고가 제출한 증거들만으로는 원고가 이 사건 동업약정을 위반하였다거나 불법행위를 하였다고 인정하기에

부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

2) 나아가, 피고가 주장하는 반소 청구원인의 주된 내용은 이 사건 동업약정 파탄에 대해 주된 책임이 있는 원고가 일방적으로 이 사건 동업약정을 종료시키고, 이 사건 건물에 대하여는 피고 명의로 소유권보존등기를 마치기로 하였음에도 원고가 이를 이행하지 아니한 채 결국 임의경매가 실행되게 함으로써 가장 중요한 조합재산인 이 사건 건물을 잃게 되었다는 점으로 보인다.

그러나 공동사업의 계속이 현저히 곤란하게 된 이상 신뢰관계의 파괴에 책임이 있는 당사자라고 하여도 조합의 해산청구권은 인정된다(대법원 1993. 2. 9. 선고 92다21098 판결 참조). 따라서 설령 피고 주장과 같이 원고에게 이 사건 동업약정 파탄의 주된 귀책사유가 원고에게 있다고 하더라도, 위 법리에 비추어 보면 원고에게도 조합의 해산청구권은 인정되는 것인바, 2018. 6. 29. 이 사건 소장 부분의 송달로써 이루어진 원고의 이 사건 해산청구로 인해 원고와 피고의 이 사건 동업약정에 따른 조합관계가 해산으로 종료되었음은 앞서 본 바와 같다.

이와 같이 해산청구 등에 의하여 조합관계가 종료된 경우 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 이상 청산절차를 밟는 것이 통례로서(대법원 1995. 2. 24. 선고 94다13749 판결 참조), 청산절차를 통해 현존사무 종결, 조합채권의 추심 및 조합채무의 변제 등을 거쳐 조합의 전체 잔여재산의 내역과 그 정당한 분배비율 및 조합원 각자의 현재의 잔여재산 보유내역 등을 확정하는 다음 잔여재산을 조합원들에게 분배하게 된다. 따라서 이 사건에서도 원고와 피고의 조합이 해산된 이상, 피고는 해산에 따른 청산으로서 그 출자가액에 비례하여 잔여재산의 분배를 구할 수 있다.

3) 따라서, 설령 피고의 이 사건 반소청구를 조합 해산 따른 잔여재산 분배청구로 선행하여 살피더라도, 조합이 해산된 경우 당사자 사이에 별도의 약정이 없는 이상 조합원들에게 분배할 잔여재산과 그 가액은 청산절차가 종료된 때에 확정되는 것이므로 원칙적으로 청산절차가 종료되지 아니한 상태에서 잔여재산의 분배를 청구할 수는 없고, 다만 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고 잔여재산의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 밟을 필요 없이 각 조합원은 자신의 잔여재산 분배비율의 범위 내에서 그 분배비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 잔여재산의 분배를 청구할 수 있다(대법원 1995. 2. 24. 선고 94다13749 판결, 대법원 2000. 4. 21. 선고 99다35713 판결 등 참조). 나아가 이러한 분배청구가 가능하기 위해서는 조합의 전체

잔여재산의 내역과 그 정당한 분배비율 및 조합원 각자의 현재의 잔여재산 보유내역 등이 먼저 확정될 수 있어야 한다(대법원 2005. 12. 8. 선고 2004다30682 판결, 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다29714, 29721 판결 참조).

그러나 위 법리에 비추어 보면 이 사건의 경우, 조합의 전체 잔여재산의 내역과 그 정당한 분배비율, 조합원 각자의 현재의 잔여재산 보유내역 등에 관하여 확인할 수 있는 아무런 자료가 없고 달리 이를 인정할 증거도 없으므로, 잔여재산의 분배청구로서도 피고의 이 사건 반소청구는 받아들이기 어렵다고 판단된다.

4) 따라서 피고의 반소청구 역시 이유 없다.

5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 본소청구 및 피고의 이 사건 반소청구를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 정 완, 판사 김찬미, 판사 박선임