

대구고등법원 2021. 11. 3 선고 2020나26417(본소), 2020나26424(반소) 판결

[사해행위취소 · 부당이득금반환]

재판경과

대구고등법원 2021. 11. 3 선고 2020나26417(본소), 2020나26424(반소) 판결

대구지방법원 2020. 11. 20 선고 2020가합418 판결

전 문

원고(반소피고), 항소인 겸 피항소인A

소송대리인 변호사 오문기

피고(반소원고), 피항소인 겸 항소인B

피고, 피항소인C

피고들 소송대리인 변호사 은상길

변론 종결 2021. 9. 29.

판결 선고 2021. 11. 3.

제1심판결 대구지방법원 2020. 11. 20. 선고 2020가합418(본소), 2020가합425(반소) 판결

주 문

1. 제1심판결 중 본소에 관한 피고(반소원고) B 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고(반소피고)의 본소 청구를 기각한다.

2. 제1심판결 중 반소에 관하여 아래에서 지급을 명하는 피고(반소원고) B 패소 부분을 취소한다.

- 원고(반소피고)는 피고(반소원고) B에게 10,961,731원 및 이에 대하여 2021. 1. 28.부터 2021. 11. 3.까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.
3. 원고(반소피고)의 피고(반소원고) B, 피고 C에 대한 항소와 피고(반소원고) B의 나머지 항소를 모두 기각한다.
4. 원고(반소피고)와 피고(반소원고) B 사이의 소송 총 비용은 본소, 반소를 통틀어 그 중 70%는 원고(반소피고)가 부담하고, 30%는 피고(반소원고) B가 부담한다. 원고(반소피고)와 피고 C 사이의 항소비용은 원고(반소피고)가 부담한다.
5. 제2항의 금전지급명령 부분은 가집행할 수 있다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

- 가. 본소: 피고(반소원고, 이하 '피고'라 한다) B은 원고(반소피고, 이하 '원고'라 한다)에게 159,741,675원 및 이에 대하여 2017. 2. 7.부터 2017. 8. 28.까지는 연 5%, 그 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라. 피고 B와 피고 C 사이에 별지 '건축허가의 표시' 기재 건축허가에 관하여 2017. 6. 22. 체결된 건축주명의변경계약은 159,741,675원의 범위 내에서 취소한다. 피고 C는 원고에게 159,741,675원 및 이에 대하여 이 사건 판결 확정일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율로 계산한 돈을 지급하라.
- 나. 반소: 원고는 피고 B에게 94,950,758원 및 그중 45,925,000원에 대하여는 이 사건 반소장 부분 송달일 다음 날부터 2019. 5. 31.까지는 연 15%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 12%의, 나머지 49,025,758원에 대하여는 이 사건 반소청구변경신청서 부분 송달일 다음 날부터 다 갚는 날까지 연 12%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

2. 항소취지

가. 원고: 제1심판결 중 본소에 관한 원고 패소 부분을 취소하고, 제1심판결을 본소 청구취지 기재와 같이 변경한다(원고는 당심에서 청구를 감축하였다).

나. 피고 B: 제1심판결 중 본소에 관한 피고 B 패소 부분을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 본소 청구를 기각한다. 제1심판결 중 반소 부분을 취소하고, 반소 청구취지 기재와 같은 판결을 구한다.

이 유

1. 기초사실

가. 원고는 2016. 9. 12.경 피고 B와 사이에, 아래와 같은 '상호 이행 합의서'(갑 제1호증)를 작성하고, 대구 수성구 D 대 299.4m²(이하 '이 사건 토지'라 한다)를 매수하여 그 지상의 기존 건축물을 철거하고 새로운 건물을 신축한 후 신축건물의 임대 또는 매매로 인한 이익을 반분하는 사업(이하 '이 사건 사업'이라 한다)을 하는 내용의 계약(이하 '이 사건 동업계약'이라 한다)을 체결하였다.

상호 이행 합의서

1. 이 사건 토지의 채무자는 피고 B으로 하고, 원고는 위 채무에 대해 피고 B과 연대하여 책임을 지고, 위 토지에 건축하는 모든 사항들(철거, 설계 및 감리, 인허가, 민원업무, 그리고 준공시까지의 모든 건축공사 등)은 원고가 전적으로 책임을 진다.
2. 이 사건 토지에 건축하는 건축비는 평당 320만 원으로 정하며, 향후 정산기로 하되 피고 B은 우선 1억 원을 건축비로 준비하며, 이 자금으로 공사를 시작하되, 향후 필요한 건축공사 자금은 원고가 융통하여 준공시까지 책임지기로 하며, 피고 B은 이에 적극적으로 협조토록 한다.
3. 이 사건 토지에 준공 후 토지대금 7억 9,000만 원과 피고 B이 준비한 공사비 1억 원과 기타비용을

우선 제외하고, 이후에 나머지 건축비를 정산하도록 한다.

4. 위 3항의 기타비용: 은행이자(토지매입대금), 부동산 중개수수료, 취·등록세, 양도세, 부가가치세 등 제반비용

5. 이 사건 토지에 건축준공 후 임대 및 매매 시에는 원고와 피고 B의 상호 합의 하에 하도록 하며, 위 3항의 모든 경비와 비용을 제외한 금액은 원고와 피고 B이 공정하게 50:50으로 배분하도록 한다.

나. 피고 B은 2016. 9. 8.경 E과 사이에, 피고 B이 당시 이 사건 토지의 소유자인 E으로부터 이 사건 토지를 7억 9,000만 원에 매수하기로 하는 아래와 같은 매매계약(이하 '이 사건 토지 매수'라 한다)을 체결하였다(을가 제2호증).

○ 매매대금: 790,000,000원

○ 계약금: 20,000,000원은 계약 시에 지불하고 영수함

○ 중도금: 580,000,000원은 2016. 9. 13. 지불하고 영수함

○ 잔금: 190,000,000원은 2017. 1. 31.에 지불하기로 한다.

[특약사항]

3. 본 토지의 기존 대출금과 추가발생 대출금 100%를 매도인에게 계약금 및 중도금(2016. 9. 8. 지급된 금액 포함)으로 지급하고, 매도인은 본 물건의 담보제공에 적극 협조토록 한다.

4. 공사허가 및 준공은 매수인으로 하되, 매도인은 토지사용승낙서를 계약과 동시에 작성해준다.

8. 준공과 동시에 잔금 지급하기로 한다.

이 사건 토지에 관하여, 대구지방법원 등기국 2016. 9. 13. 접수 제149390호로 2016. 9. 13.자 근저당권설정계약을 원인으로 한 채권최고액 780,000,000원, 채무자 피고 B, 근저당권자 F조합인 근저당권설정등기가 마쳐졌다(갑 제9호증의 1).

다. 피고 B은 2016. 10. 10. 대구 수성구청장으로부터, 이 사건 토지 지상에 연면적 508.05㎡인 철근콘크리트 단독(다가구)주택 8가구(이하 '이 사건 계획건물'이라 한다)를 신축하는 것에 관한 건축허가를 받았다(갑 제2호증).

원고는 2016. 10. 14. 피고 B과 사이에, 원고가 피고 B으로부터 이 사건 계획건물 신축공사(이하 '이 사건 공사'라 한다)를 공사대금 5억 6,000만 원, 준공예정일 2017. 1. 31.로 정하여 도급받기로 하는

계약(갑 제3호증, 이하 '이 사건 공사계약'이라 한다)을 체결하였다. 원고는 2016. 9.경부터 이 사건 공사에 착수하였으나 2017. 1.경 이 사건 계획건물 중 2층까지 콘크리트 타설이 완료되고 3층 골조공사 중 일부가 완료된 상태에서 공사를 중단하였다.

피고 B은 2016. 9. 13.부터 2016. 12. 5.까지 원고에게 이 사건 공사대금으로 합계 111,050,000원을 지급하였다.

라. 이 사건 계획건물의 공사중단 무렵 원고와 피고 B 사이에 오간 문서의 내용은 아래 ①, ②, ③ 기재와 같다.

① 피고 B이 2016. 12. 28. 원고에게 보낸 내용증명은, '원고의 이 사건 공사 이행지체 및 이행불능에 따라 동업계약을 해제하고, 공사대금 정산내역서 및 영수증 제출을 요청하며, 이 사건 공사 현장 인수 방안을 검토하여 답변을 달라'는 것이다(갑 제6호증의 1).

② 원고가 2017. 1. 2. 피고 B에게 보낸 내용증명은, '이 사건 공사의 일시지체는 원고의 책임 있는 사유로 인한 것이 아니고, 이 사건 공사의 비용조달을 위한 대출이 피고 B의 책임 있는 사유로 인하여 무산되었으며, 원고는 빠른 시일 안에 이 사건 계획건물을 완공하겠다'는 것이다(갑 제6호증의 2).

③ 피고 B이 2017. 2. 7. 원고에게 보낸 해지통고서의 내용은, '이 사건 동업계약은, 원고가 일방적으로 공사를 중단하여 원고의 이행불능으로 인하여 자동해지되었고, 원고는 2017. 1. 25. 피고 B에게 이 사건 공사를 포기하겠다는 의사를 표시하였으며, 원고의 공사비는 추후 공인된 건설감정을 통해 공정하게 정산될 것이다'는 것이다(갑 제6호증의 3).

마. 원고는 2017. 2. 7. 이후 이 사건 공사에 더 이상 관여하지 아니하였고, 피고 B은 2017. 3.경부터 이 사건 공사를 재개하였으며, 2017. 4.경부터는 피고 C가 이 사건 계획건물의 신축공사를 시행하였다.

바. E은 2017. 4. 30. 피고 C와 사이에, E이 피고 C에게 이 사건 토지를 7억 9,000만 원에 매도하는 아래와 같은 매매계약을 체결하였고(을나 제1, 2호증), 2017. 6. 20. 피고 C 앞으로 이 사건 토지에 관하여 위 매매계약을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳐주었다.

○ 매매대금: 790,000,000원

○ 잔금: 790,000,000원은 2017. 6. 15.에 지불한다.

[특약사항]

1. 피고 B(전 매수계약자)은 2017. 1. 31. 계약불이행으로 그 매매계약이 2017. 2. 1.자로 해지되었음을 확인한다.

2. 잔금의 일부 금융권 대출(600,000,000원)은 매수인의 승계로 대체한다.

3. 막대금 190,000,000원은 2017. 6. 15. 지급한다.

사. 피고 B은 2017. 6. 22.경 피고 C와 사이에, 이 사건 계획건물의 건축허가에 관한 건축주명의를 피고 B에서 피고 C로 변경하는 계약(이하 '이 사건 건축주변경계약'이라 한다)을 체결하였고, 피고 B은 같은 날 대구 수성구청장에게 건축주명의 변경신고를 하였으며, 대구 수성구청장은 2017. 6. 27. 위 신고를 수리하였다(갑 제8, 15호증).

피고 C는 2017. 7.경 이 사건 계획건물을 완공하여 2017. 7. 24. 사용승인을 받고, 2017. 7. 31. 그 앞으로 소유권보존등기를 마쳤으며, 2020. 4. 2. 이 사건 토지 및 건물을 소외 G, H에게 매도하고 2020. 4. 7. 이들 앞으로 그 소유권이전등기를 마쳐주었다(갑 제14호증, 제16호증의 1, 2).

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3호증, 제6호증의 1, 2, 3, 제8, 10, 14, 15호증, 제16호증의 1, 2, 을가 제2호증, 제8호증의 1 내지 8, 제10호증, 을나 제1, 2호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2. 원고와 피고 B 사이의 본소 및 반소 부분

가. 원고의 본소 청구원인

1) 조합탈퇴로 인한 지분반환 청구(주위적 청구) 이 사건 동업계약은 원고와 피고를 조합원으로 하여 이 사건 사업을 하기로 하는 조합계약이다. 원고는 2017. 2. 7.경 조합체를 탈퇴하였는바, 피고 B은 원고에게 민법 제719조의 잔여재산 분배로서 159,741,657원[= 탈퇴 당시 조합체의 순재산 319,483,350원(적극재산 976,882,000원 - 소극재산 657,398,650원) × 원고 지분비율 1/2] 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다[원고는 당심에서 조합 탈퇴로 인한 지분환급금 청구의 범위 내로 금전지급청구를 감축하여, 조합 해산으로 인한 출자금 반환 주장을 철회하였다].

2) 공사대금 청구(예비적 청구) 원고의 조합 탈퇴에 따른 잔여재산분배 청구가 인정되지 않더라도, 피고 B은 이 사건 공사계약에 따라 원고에게, 선급금 정산 후의 기성금 잔액인 55,830,000원(= 이 사건 공사가 중단된 시점의 이 사건 계획건물 기성고에 따른 공사대금 166,880,000원 - 피고 B이

지급한 선급금 111,050,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고 B의 반소 청구원인

1) 조합탈퇴로 인한 채무이행 청구 이 사건 동업계약은 원고와 피고를 조합원으로 하여 이 사건 사업을 하기로 하는 조합계약이다. 원고의 조합 탈퇴 당시 조합체의 순재산은 -13,923,463원(= 적극재산 780,803,463원 - 소극재산 766,800,000원)이므로, 원고는 탈퇴조합원으로서 잔존조합원인 피고 B에게 탈퇴당시의 조합체의 채무 중 원고의 분담부분 6,961,731원(= 위 13,923,463원 × 원고 지분비율 1/2)을 지급할 의무가 있다.

2) 부당이득반환 청구 원고는 피고 B으로부터 이 사건 공사대금 116,550,000원을 지급받고도 그중 48,980,000원만을 이 사건 공사를 위하여 사용하고 나머지 67,570,000원(= 116,550,000원 - 48,980,000원)을 개인적으로 유용하였는바, 원고는 피고 B에게 위 67,570,000원 및 그 지연손해금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

3) 불법행위로 인한 손해배상 청구 원고는 이 사건 토지를 E로부터 매수할 당시 직접 그 매매가액을 실제보다 낮춘 이른바 '다운계약서'를 작성하여 거래신고하였음에도 이후 관할관청에 위 '다운계약서' 작성 관련 민원을 제기하였고, 이 사건 토지의 매수인인 피고 B 앞으로 과태료가 부과되었으며, 그로 인하여 피고 B은 합계 12,024,000원(= 납부한 과태료 8,000,000원 + 과태료를 줄이기 위한 변호사 선임비용 2,200,000원 + 위 과태료에 대한 가산금 1,824,000원)의 손해를 입게 되었다.

또한 원고가 이 사건 공사를 무단으로 중단하여 이 사건 계획건물의 완공이 지연되었고, 그로 인하여 피고 B은 2017. 2.부터 이 사건 계획건물 완공시까지의 이자비용 상당인 15,356,758원의 손해를 입게 되었다.

따라서 원고는 피고 B에게 불법행위로 인한 손해배상으로 27,380,758원(= 12,024,000원 + 15,356,758원) 및 그 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

다. 원고의 탈퇴에 기한 본소 및 반소 청구 부분(본소 기각, 반소 일부 인용)

1) 법리 2인 조합에서 조합원 1인이 탈퇴하면 조합관계는 해산됨이 없이 종료되어 청산이 뒤따르지 아니하며 조합원의 합유에 속한 조합재산은 남은 조합원의 단독소유에 속하고, 탈퇴자와 남은 자

사이에 탈퇴로 인한 계산을 하여야 한다(대법원 1999. 3. 12. 선고 98다54458 판결 등 참조).

탈퇴자와 잔존자 사이에 탈퇴로 인한 계산은 특단의 사정이 없는 한 민법 제719조 제1항, 제2항에 따라 '탈퇴 당시의 조합재산상태'를 기준으로 평가한 조합재산 중 탈퇴자의 지분에 해당하는 금액을 금전으로 반환하여야 하고, 조합원의 지분비율은 '조합 내부의 손익분배 비율'을 기준으로 계산하여야 한다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다41529 판결 등 참조).

2인 조합에서 조합원 1인이 탈퇴하는 경우, 조합의 탈퇴자에 대한 채권은 잔존자에게 귀속되므로 잔존자는 이를 자동채권으로 하여 탈퇴자에 대한 지분 상당의 조합재산 반환채무와 상계할 수 있다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다49693, 49709 판결 등 참조).

탈퇴한 조합원은 탈퇴 당시의 조합재산을 계산한 결과 조합의 재산상태가 적자가 아닌 경우에 지분을 환급받을 수 있다. 따라서 탈퇴 조합원의 지분을 계산할 때 지분을 계산하는 방법에 관해서 별도 약정이 있다는 등 특별한 사정이 없는 한 지분의 환급을 주장하는 사람에게 조합재산의 상태를 증명할 책임이 있다(대법원 2021. 7. 29. 선고 2019다207851 판결 등 참조).

2) 원고의 탈퇴 여부(긍정) 앞서 인정한 사실, 위 인용증거, 을가 제33호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 ①, ② 기재 사실 내지 사정을 종합하면, 원고는 2017. 2. 7.경 조합체에서 탈퇴하였다고 봄이 타당하다.

① 원고와 피고는 2017. 12. ~ 1.경 이 사건 공사 중단에 대한 귀책사유의 소재, 동업계약의 유지 여부를 놓고 이견을 보이다가, 피고 B이 2017. 2. 7. 원고에게 발송하고, 원고가 이를 수령한 무렵부터는 원고는 더 이상 이 사건 계획건물의 신축공사에 관여하지 아니하였다.

② 피고 B은, 원고가 이 사건 공사 과정에서 부담한 공사대금채무 등을 변제하고 2017. 3.경부터 공사를 재개하여, 조합체의 사업을 계속하였다.

3) 탈퇴 당시 조합체 보유 적극재산 (766,880,000원) 가) 이 사건 토지의 매수대금 상당 채권 (600,000,000원)

앞서 본 바와 같이 피고 B은 이 사건 동업계약 후 2016. 9. 8.경 이 사건 토지의 소유자인 E과 사이에 이 사건 토지 매수계약을 체결하고 아직 소유권이전등기를 마치지 않았는데, 원고가 탈퇴한 2017. 2. 7. 당시 조합체가 이 사건 토지매수대금 중 6억 원을 E에게 지급한 상태인 사실은 당사자 사이에

다툼이 없다.

따라서 조합체는 원고가 탈퇴할 당시 E에 대하여 6억 원 상당의 매매대금 반환채권을 보유하고 있었다.

나) 건축중이던 이 사건 계획건물의 가액(166,880,000원)

(1) 당사자의 주장

원고의 주장은, 제1심 감정결과에 의하면 이 사건 계획건물을 신축하는 데 소요되는 총 공사비가 1,161,017,000원이고, 원고의 탈퇴일 현재 이 사건 공사의 기성고 비율은 32.46%이므로, 당시 이 사건 계획건물 가액은 376,882,000원($= 1,161,017,000\text{원} \times 32.46\%$)이라는 것이다.

피고 B의 주장은, 이 사건 공사계약이 정한 이 사건 계획건물의 신축공사대금은

560,000,000원이고, 원고의 탈퇴 당시 이 사건 공사의 기성고 비율은 29.80%이므로, 이 사건 계획건물의 가액은 166,880,000원($= 560,000,000\text{원} \times 29.80\%$)이라는 것이다.

(2) 판단

앞서 본 바와 같이 피고 B은 2016. 10. 10. 그 명의로 이 사건 계획건물 신축허가를 받고, 2016. 10. 14. 원고와 사이에, 피고 B이 원고에게 이 사건 계획건물을 공사대금 5억 6,000만 원에 도급주는 내용으로 이 사건 공사계약을 체결하였는데, 원고는 2016. 9.경 이 사건 공사에 착수하여 2017. 1.경 이 사건 계획건물 중 2층까지 콘크리트 타설이 완료되고 3층 골조공사 중 일부가 완료된 상태에서 공사를 중단하였다.

이 사건 동업계약에 의하여 원고와 피고를 조합원으로 하는 조합체가 결성된 점, 이 사건 조합의 목적인 이 사건 사업은 이 사건 토지를 매수하여 기존 건축물을 철거하고 이 사건 계획건물을 신축하여 임대 또는 매도하여 얻은 이익을 반분하는 것인 점 등을 종합하면, 피고 B과 원고는 조합체의 업무집행사원으로서 관청으로부터 건축허가, 사업승인 등을 받기 위하여 형식적으로 이 사건 공사계약을 체결한 것으로 봄이 타당하므로, 피고 B이 개인적으로 원고에게 이 사건 공사를 도급준 것이 아니라고 할 것이다.

살피건대, 위 인용증거, 제1심 감정인 I의 감정결과 및 감정보완 결과, 당심의 감정인 I에 대한 사실조회 결과, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 ①, ②, ③ 기재 사실 내지 사정을 종합하면,

조합체가 원고의 탈퇴 당시(2017. 2. 7.) 보유하고 있던 건축중 상태의 이 사건 계획건물의 가액은 166,880,000원(= 이 사건 공사계약이 정한 공사대금 560,000,000원 × 기성고 비율 29.80%)이라고 봄이 타당하다.

① 이 사건 공사계약이 정한 공사대금 560,000,000원은, 원고과 피고 B이 예상한 실제 공사비라고 인정된다. 원고의 탈퇴 당시 건축중이던 이 사건 계획건물의 기성고 비율(전체 공사비 가운데 완성된 부분에 소요되는 차지하는 비율)은 29.80%이고, 이 사건 공사계약이 정한 공사대금은 560,000,000원이다.

② 원고는 피고 B으로부터 공사대금으로 합계 111,050,000원을 지급받았고, 피고 B은 원고가 공사 중단 이전에 이 사건 공사와 관련하여 하수급업체 등에 대하여 부담한 공사대금채무 등으로 합계 57,398,650원, 2017. 6. 9. 미지급 설계비로 7,000,000원을 변제하였다. 원고의 탈퇴 당시 이 사건 계획건물의 공사를 위하여 소요된 비용은 위 합계액 175,448,650원(= 111,050,000원 + 57,398,650원 + 7,000,000원)의 범위 내에 있을 것으로 보인다.

③ 제1심감정인은, 이 사건 공사계약의 설계도면을 기준으로 하여 산정한 통상의 공사비를 기준으로 비율을 산출할 경우 감정시점(2017. 1.)의 기성고 비율이 얼마인지 감정하였으므로, 제1심감정결과에 의하여 조합체가 실제로 지출한 공사비를 정확히 알 수는 없다.

다) 소결

원고의 탈퇴 당시(2017. 2. 7.) 조합체가 보유한 적극재산은 합계 766,880,000원(= 이 사건 토지의 매매대금 반환채권 600,000,000원 + 이 사건 계획건물의 가액 166,880,000원)이다.

4) 탈퇴 당시 조합체 보유 소극재산 (788,803,463원) 가) 피고 B에 대한 대출금 상당 채무(6억 원) 당사자 사이에 다툼 없는 사실, 을가 제2, 제36호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고 B은 2016. 9. 8. E에게 이 사건 토지 매수의 계약금으로 개인 돈 2,000만 원을 지급하고, 2016. 9. 13. 금융기관으로부터 한도액 6억 원의 대출을 받아 그중 5억 8,000만 원을 E에게 지급한 사실이 인정된다.

피고 B은 조합체를 대신하여 위 합계 6억 원을 지출하였다고 봄이 타당하므로, 조합체는 원고의 탈퇴 당시 조합원 B에게 위 6억 원을 변상할 의무가 있었으므로, 위 채무는 조합체가 보유한 소극재산이다.

나) 피고 B에 대한 공사비용 상당 채무 (57,398,650원)

원고는 2017. 1. 이전에 조합체의 공사업무를 집행하기 위하여 소외인들에 대하여 공사비용 합계 57,398,650원(= 비계공사대금 3,000,000원 + 철근공사대금 5,000,000원 + 형틀공사대금 41,000,000원 + 콘크리트타설 공사대금 2,500,000원 + 산업재해보상보험료 5,898,650원)을 지급할 채무를 부담하였는데, 피고 B이 2017. 3.경 이후 위 57,398,650원을 변제한 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

원고는 업무집행조합원으로서 조합체를 대리하여 이 사건 공사를 하기 위하여 공사비용 채무를 부담하였고, 피고 B은 조합체를 대신하여 위 공사비용 합계 57,398,650원 지출하였다고 봄이 타당하므로, 조합체는 피고 B에 대하여 위 57,398,650원을 변상할 의무가 부담한다고 할 것이니, 위 채무는 원고의 탈퇴 당시 조합체가 보유한 소극재산이다.

다) 피고 B에 대한 설계비 상당 채무 (700만 원)

을가 제24, 27호증, 제34호증의 2의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, 피고 B은 2016. 9. J(건축사무소 M)에게 이 사건 계획건물 신축설계업무를 1,000만 원에 도급 주었고, 2017. 6. 9. 미지급 설계비 700만 원을 계좌이체하여 지급한 사실이 인정된다.

피고 B은 조합체를 대신하여 위 700만 원을 지출하였다고 봄이 타당하므로, 조합체는 조합원 피고 B에 대하여 위 700만 원을 변상할 의무가 있으므로, 위 채무는 원고의 탈퇴 당시 조합체가 보유한 소극재산이다.

라) 피고 B에 대한 공사비용, 대출이자 상당 채무 (116,404,813원)

피고 B이 2016. 9. 13.부터 2016. 12. 5.까지 원고에게 이 사건 공사의 대금으로 합계 111,050,000원을 지급한 사실은 앞서 본 것과 같고, 을가 제15호증의 2, 제36호증의 기재에 의하면, 피고 B이 이 사건 토지에 관한 담보대출금의 2016. 12.분, 2017. 1.분 이자로 합계 5,354,813원을 지출한 사실이 인정된다.

조합체는 이 사건 사업을 하기 위하여 위와 같은 비용을 지출하여야 하는데, 피고 B이 조합체를 대신하여 위 합계 116,404,813원(= 피고 지출 공사대금 111,050,000원 + 공사중단 전 대출금 이자 5,354,813원)을 지출하였다고 봄이 타당하므로, 조합체는 조합원 피고 B에 대하여 위 금액을

변상할 의무가 있다고 할 것이니, 위 채무는 원고의 탈퇴 당시 조합체가 보유한 소극재산이다.

마) 피고 B에 대한 과태료 상당 채무 (800만 원)

갑 제5호증의 1, 을가 제25, 37호증, 제38호증의 1, 2, 제39, 40호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하면, ① 피고 B은 2016. 11. 18. E과 사이에, 피고 B이 E으로부터 이 사건 토지를 735,000,000원에 매수하는 내용의 매매계약을 작성한 사실, ② 피고 B은 2016. 12. 16. 대구 수성구청장에게 위 매매계약을 합의하여 계약취소하기로 하는 내용의 부동산거래계약해제 신고서를 제출한 사실, ③ 원고는 2017. 6. 19. 대구 수성구청장에게 위 매매계약서가 실제 매매가액보다 매매대금을 낮게 작성한 이른바 '다운계약서'에 해당한다는 민원신고를 하였고, 대구 수성구청장은 2017. 8. 10. 피고 B에게 거래가격 거짓신고를 이유로 12,640,000원의 과태료 부과통지를 하고, 2018. 5. 10. 대구지방법원의 과태료 재판 결과 및 대구지방검찰청의 집행위탁에 따라 과태료 8,000,000원의 부과통지를 한 사실이 인정된다.

조합체는 이 사건 사업을 하기 위하여 부동산거래신고를 하여야 하므로 위 과태료도 부담하여야 하는데, 피고 B은 조합체를 대신하여 위 과태료를 지출하였다고 봄이 타당하므로, 조합체는 조합원 피고 B에 대하여 위 금액을 변상할 의무가 있다고 할 것이니, 위 채무는 원고의 탈퇴 당시 조합체가 보유한 소극재산이다.

바) 기타

피고 B의 주장은, 피고 B이 변호사 선임비용 2,200,000원, 과태료 가산금 1,824,000원을 추가로 지출하였는데, 이는 조합체의 채무라는 것이다.

피고 B이 제출한 증거로는, 피고 B이 조합체의 사무집행을 위하여 변호사 선임비용 2,200,000원, 과태료 가산금 1,824,000원을 지출하였음을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 피고 B의 주장은 이유 없다.

사) 소결

위와 같이 원고의 탈퇴 당시 조합체가 보유한 소극재산은 피고 B에 대한 채무액 합계 788,803,463원(= 이 사건 토지의 매매대금 관련채무 600,000,000원 + 하수급업체에 대한 공사대금 등 채무 57,398,650원 + 설계비 채무 7,000,000원 + 공사대금, 대출이자 등 선급비용

정산채무 116,404,813원 + 과태료 채무 8,000,000원)이다.

5) 원고와 피고의 각 주장에 대한 판단 원고의 탈퇴 당시 조합체의 순재산은 -21,923,463원(= 적극재산 766,880,000원 - 조합원 피고 B에 대한 채무 788,803,463원)으로 조합원에게 분배할 잔여재산이 존재하지 않았으므로, 원고의 지분반환 주장은 이유 없다.

원고가 탈퇴할 당시 이 사건 동업계약에 의하여 조합체의 적극재산과 소극재산에 대하여 원고가 보유 또는 부담한 지분은 각 1/2인데, 조합체의 소극재산(피고 B에 대한 채무)이 적극재산을 21,923,463원 만큼 초과하였으므로, 원고는 조합체의 소극재산(피고 B에 대한 채무) 중 1/2인 10,961,731원(= 21,923,463원 × 원고 지분 1/2)을 부담하고, 따라서 원고는 잔존조합원인 피고에게 위 부담금을 지급할 의무가 있으므로, 피고의 주장은 위 인정범위 내에서 이유 있다.

라. 원고의 본소 중 공사대금청구(예비적 주장) 부분(기각)

1) 원고의 주장 피고 B은 이 사건 공사계약에 따라 원고에게, 선급금 정산 후의 기성금 잔액인 55,830,000원(= 이 사건 공사가 중단된 시점의 이 사건 계획건물 기성고에 따른 공사대금 166,880,000원 - 피고 B이 지급한 선급금 111,050,000원) 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

2) 판단 앞서 본 바와 같이 이 사건 동업계약에 의하여 원고와 피고를 조합원으로 하는 조합체가 결성된 점, 이 사건 조합의 목적인 이 사건 사업은 이 사건 토지를 매수하여 기존 건축물을 철거하고 이 사건 계획건물을 신축하여 임대 또는 매도하여 얻은 이익을 반분하는 것인 점 등을 종합하면, 피고 B과 원고는 조합체의 업무집행사원으로서 관청으로부터 건축허가, 사업승인 등을 받기 위하여 형식적으로 이 사건 공사계약을 체결한 것으로 봄이 타당하므로, 피고 B이 개인적으로 원고에게 이 사건 공사를 도급준 것이 아니라고 할 것이므로, 원고의 주장은 이유 없다.

설령 원고의 주장을, 원고가 피고 B이 아니라 조합체에 대하여 공사대금채권을 가지므로 잔존조합원인 피고 B에 대하여 위 채권을 행사한다는 것으로 설행하더라도, 앞서 본 것과 같이 원고가 피고 B으로부터 지급받은 선급금 111,050,000원, 피고 B이 하수급업체에 지급한 공사대금 57,398,650원, 설계비 7,000,000원의 합계액이 175,448,650원으로서 원고의 탈퇴 당시 이 사건 계획건물의 기성고 가액인 166,880,000원을 초과하는바, 원고가 조합체로부터 지급받을 미지급

공사대금채권이 존재한다고도 볼 수 없으므로, 원고의 주장은 이유 없다.

마. 피고의 반소 중 부당이득반환청구 부분 (기각)

1) 피고의 주장 원고는 피고 B으로부터 이 사건 공사대금 116,550,000원을 지급받고도 그중 48,980,000원만을 이 사건 공사를 위하여 사용하고 나머지 67,570,000원(= 116,550,000원 - 48,980,000원)을 개인적으로 유용하였는바, 원고는 피고 B에게 67,570,000원 및 그 지연손해금을 부당이득으로 반환할 의무가 있다.

2) 판단 앞서 본 바와 같이 피고 B와 원고는 조합체의 업무집행사원으로서 관청으로부터 건축허가, 사업승인 등을 받기 위하여 형식적으로 이 사건 공사계약을 체결한 것으로 봄이 타당하므로, 피고 B이 개인적으로 원고에게 이 사건 공사를 도급준 것이 아니라고 할 것이므로, 피고의 주장은 이유 없다.

바. 피고의 반소 중 손해배상청구 부분(기각)

1) 과태료 부과 및 민원신고 관련 부분(기각) 가) 피고의 주장

원고는 이 사건 토지를 E으로부터 매수할 당시 직접 그 매매가액을 실제보다 낮춘 이른바 '다운계약서'를 작성하여 거래신고하였음에도 이후 관할관청에 위 '다운계약서' 작성 민원을 제기하였고, 이 사건 토지의 매수인인 피고 B 앞으로 과태료가 부과되었으며, 그로 인하여 피고 B은 합계 12,024,000원(= 납부한 과태료 8,000,000원 + 과태료를 줄이기 위한 변호사 선임비용 2,200,000원 + 위 과태료에 대한 가산금 1,824,000원)의 손해를 입게 되었으므로, 원고는 피고 B에게 위 손해를 배상할 의무가 있다.

나) 판단

앞서 본 것과 같이 피고 B은 원고의 동업 탈퇴 전 E과 사이에 이 사건 토지의 매매가격을 실제보다 낮춘 매매계약서를 작성하였고, 이로 인하여 관할관청으로부터 과태료 800만 원을 부과받았다.

원고가 위법행위를 관청에 신고한 것은 적법하고, 피고 B이 과태료 채무를 부담한 것은

업무집행조합원으로서 조합체의 사무를 처리함으로 인하여 입은 손해이므로, 피고 B은 원고가

아니라 조합체에 대하여 과태료 상당의 구상채권을 취득하였고, 원고는 조합체가 피고 B에 대하여

부담하는 채무 중 조합체의 적극재산을 초과하는 부분의 1/2을 변제할 의무가 있으므로, 결과적으로

피고 B에게 손해가 발생하였다고 할 수 없으니, 피고 B의 손해배상 주장은 이유 없다.

2) 동업 탈퇴 후 피고가 부담한 대출이자 관련 부분(기각) 가) 피고의 주장

원고는 이 사건 공사를 중단하고 조합체를 탈퇴하여 이 사건 계획건물의 완공이 지연되었고, 그로 인하여 피고 B은 2017. 2.부터 이 사건 계획건물 완공시까지의 이자비용 상당인 15,356,758원의 손해를 입게 되었으므로, 원고는 피고 B에게 위 손해를 배상할 의무가 있다.

나) 판단

을가 제35호증의 1, 2, 제36호증의 각 기재에 의하면, 피고 B이 2017. 2.부터 2017. 7.까지 이 사건 토지의 매수 과정에서 부담한 담보대출금 6억 원의 대출이자로 합계 10,756,758원을 지출한 사실, 피고 B은 2017. 1. 25. E과 사이에, 이 사건 토지 매수계약에 따라 2017. 1. 31.까지 지급하여야 하는 잔금 1억 9,000만 원의 지급하지 못하면 매월 80만 원을 E에게 지급하기로 약정하였고, 2017. 2. 28.부터 2017. 6. 15.까지 E에게 합계 520만 원을 지급한 사실이 인정된다.

살피건대, 위 인용증거, 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 아래 ① 내지 ④ 기재 사실 내지 사정을 종합하면, 원고가 조합체를 탈퇴한 것은 위법하지 않고, 피고 B이 원고가 조합체를 탈퇴한 이후 이 사건 사업을 하기 위한 비용을 지출하더라도, 그 지출비용은 원고가 공동으로 부담할 것이 아니라, 피고 B 혼자 부담하여야 하므로, 피고 B의 손해배상 주장은 이유 없다.

① 이 사건 동업계약은 조합계약이므로, 원고는 조합체를 탈퇴하기 전까지만 이 사건 동업계약이 정한 의무를 이행할 의무가 있다.

이 사건 동업계약에 의하면, 원고는 이 사건 계획건물의 신축비용에 관하여 원고는 피고 B이 우선 마련한 1억 원 이외의 나머지 건축자금을 조달할 책임이 있으나, 원고도 이에 적극적으로 협조할 의무가 있고, 이 사건 토지의 매매잔금 1억 9,000만 원은 원·피고가 공동으로 조달할 의무가 있다.

② 피고 B이 2016. 12. 28. 원고에게 보낸 문서(갑 제6호증의 1)는, 원고가 공사자금을 조달하지 못하여 15일간 공사가 중단되었고 향후 사업이 원활하게 진행될 가능성이 희박하므로 동업약정을 해제하고 그 정산방안을 협의하자는 취지이다. 원고와 피고 B은 2016. 12.~ 2017. 1. 사이에 문서, 문자메시지 등으로 이 사건 공사를 계속할지 여부, 공사를 누가 인수할지 여부, 정산의 조건 등에 관하여 협의하였다.

③ 이 사건 동업계약에 의하면, 조합체는 이 사건 토지를 담보로 피고 명의로 대출을 받아 매매대금을

마련하기로 하였고, 이 사건 계획건물이 완공되더라도 이를 매매 및 임대하여 원·피고가 각자 투입한 비용을 정산한 뒤 남은 이익을 분배하기 전에는 위 대출금 이자가 계속 발생할 것이 예정되어 있다. 이 사건 토지 매수잔금의 지급이 지체되더라도, 피고 B의 잔금지급의무와 E의 소유권이전등기 및 인도의무는 서로 동시이행관계에 있으며, 이 사건 토지 매수계약은 이 사건 계획건물의 준공 시 잔금을 지급하도록 하고 잔금일을 조정할 수 있도록 정하고 있다.

④ 조합계약으로 조합의 존속기간을 정하지 아니한 각 조합원은 언제든지 탈퇴할 수 있으므로(민법 제716조 제1항), 특별한 사정이 없는 한 원고가 조합체를 탈퇴하는 것은 위법하지 않다. 원고가 조합체를 탈퇴한 후 조합체의 적극재산과 소극재산은 잔존 조합원인 피고 B에게 귀속되고, 원고는 더 이상 조합체를 위하여 사무를 집행할 의무가 없게 되었으므로, 피고 B이 원고의 동업 탈퇴 이후 조합체의 사무를 처리하는 비용으로 이자 또는 이 사건 토지매수대금을 지출하였더라도 이는 잔존조합원으로서 조합체의 사무를 처리한 것일 뿐 원고의 의무를 대신 이행한 것이 아니다.

사. 소결론

원고가 주장한 본소 청구원인은 모두 이유 없다.

원고는 조합 탈퇴 당시 조합체가 피고 B에 대하여 부담하고 있던 채무 중 1/2인 10,961,731원(= 21,923,463원 × 원고 지분 1/2) 및 이에 대하여 탈퇴 후로서 피고 B의 이행청구일 다음 날인 2021.

1. 28.부터 원고가 그 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 항쟁하는 것이 타당한 당심판결 선고일인 2021. 11. 3.까지는 민법이 정한 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 '소송촉진 등에 관한 특례법'이 정한 연 12%의 각 비율로 정한 지연손해금을 지급할 의무가 있으므로, 피고 B의 반소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있고, 나머지는 이유 없다.

3. 원고의 본소 중 피고 C에 대한 청구 부분(기각)

가. 원고의 주장

피고 B은 2017. 6. 22. 채무초과 상태에서 피고 C와 사이에, 이 사건 건축주변경계약을 체결하여 피고 B의 유일한 재산인 이 사건 계획건물에 관한 건축주명의를 피고 C에게 이전하였는바, 이는 피고 B의 책임재산을 감소하게 하는 사해행위에 해당하고, 피고 C는 피고 B과 통모한 악의의 수익자이다. 이 사건 계획건물은 완공 후 제3자에게 소유권이 이전되어 그 소유권을 피고 B에게 반환하는 것이

불가능하므로, 이 사건 건축주변경계약은 원고 피보전채권 가액인 159,741,657원의 범위 내에서 취소되어야 하고, 피고 C는 원상회복으로서 위 159,741,657원 및 그 지연손해금을 가액배상할 의무가 있다.

나. 판단

앞서 본 것과 같이 원고가 피고 B에 대하여 원고 주장과 같은 피보전채권을 가진다고 볼 수 없으므로, 원고의 피고 C에 대한 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

4. 결론

원고의 피고들에 대한 본소 청구는 이유 없어 기각하고, 피고 B의 반소 청구는 위 인정범위 내에서 이유 있어 인용하고 나머지는 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 일부 달리하여 부당하므로, 피고 B의 항소를 일부 받아들여 주문과 같이 판결한다.

재판장판사진성철

판사권형관

판사김규화

별지