

서울고등법원 2020. 1. 17 선고 2018나2071633 판결 [부당이득금반환]

전 문

원고, 항소인 1. A

2. 망 B의 소송수계인 C

원고들 소송대리인 변호사 이정락

피고, 피항소인 1. D

2. E

3. F

4. G

피고들 소송대리인 법무법인 지금, 담당변호사 최지선

제1심판결 서울북부지방법원 2018. 11. 8. 선고 2016가합2455 판결

변론종결 2019. 11. 29.

판결선고 2020. 1. 17.

주 문

1. 원고들의 항소 및 당심에서 교환적으로 변경한 예비적 청구를 모두 기각한다.
2. 항소 제기 이후의 소송비용은 원고들이 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 주위적으로, 피고 D은 원고 A에게 16,805,554원, 원고 C에게 27,475,724원, 피고 E, F, G은 원고 A에게 각 11,203,703원씩, 원고 C에게 각 18,317,149원씩 및 위 각 돈에 대하여 2009. 9. 25.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라.

예비적으로, 피고 D은 원고 A에게 21,006,943원, 원고 C에게 16,805,554원, 피고 E, F, G은 원고 A에게 각 14,004,629원씩, 원고 C에게 각 11,203,703원씩 및 위 각 돈에 대하여 2009. 9. 25.부터 이 사건 소장 부분 송달일까지는 연 5%의, 그 다음 날부터 다 갚는 날까지는 연 15%의 각 비율로 계산한 돈을 지급하라(원고들은 당심에서 H이 수령한 동업이득금 전부에 대한 I, B의 동업이익분배비율이 각 15분의 2임을 전제로 한 동업이익분배청구 또는 부당이득반환청구로 예비적 청구원인을 교환적으로 변경하였으나, 청구금액은 제1심의 예비적 청구금액을 그대로 유지하였다).

이 유

1. 기초사실

이 부분에 관한 이 법원의 판결 이유는, 제1심판결 16쪽 별지 '부동산 지분변동내역' 중 '1996. 6. 30.'을 '1999. 6. 30.'로, 4쪽 7줄의 '2008. 6.경까지'를 '2008. 5.경까지'로, 5쪽 3줄의 '원고 U과 C'을 '원고 C과 소외 U'로 각 고치는 외에는 제1심판결 이유 제1항(기초사실)의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

2. 원고들의 주장 요지

가. 주위적 주장

이 부분에 관한 이 법원의 판결 이유는, 제1심판결 6쪽 17줄의 '지급한'을 '지급받은'으로, 7쪽 18줄의 T를 'B'으로 각 고치는 외에는 제1심판결 이유 부분 제2항의 가.(5쪽 9줄부터 8쪽 15줄까지) 부분의 기재와 같으므로, 민사소송법 제420조 본문에 따라 이를 인용한다.

나. 예비적 주장

- 1) 이 사건 동업계약 이후 H, I, B은 동업재산에 대한 공유지분의 변경이 되면 그와 같은 비율로 동업지분을 변경해 왔고, 2000. 8. 16. 이후의 동업지분은 H 12분의 8, I, B 각 12분의 2이며, 그 동업지분에 따라 수익을 분배하였다.
- 2) 그 후 동업자 중 I이 사망하였으나, 이 사건 동업계약의 취지를 살리고자 H, B과 I의 상속자들이 I의 동업자 지위를 상속인들이 그대로 승계하기로 합의하였다.
- 3) H은 이 사건 임대차계약이 시작된 1999. 11. 10.부터 이 사건 부동산의 인도집행이 종료된 2009. 9. 24.까지 임차인 O으로부터 동업이득금 명목으로 다른 동업자들 몰래 동업재산에 대한 추가 임대료(1999년 월 850만 원, 2000년 990만 원, 2001년 1,000만 원, 2002년부터 2004년까지 월 1,500만 원, 2005년부터 2009년까지 월 1,750만 원)를 수령하였음에도, 자신의 동업지분비율인 12분의 8을 초과하여 전부 취득함으로써 다른 동업자들 지분에 해당하는 금액 상당을 법률상 원인 취득하였으므로, 이를 원고들에게 부당이득 또는 동업이익으로써 반환하여야 한다. H이 받은 동업이득금 중 원고들의 동업지분에 해당하는 금액을 산정하면, 별지 원고들 동업지분비율에 따른 금액 기재와 같이 원고 A은 68,699,999원이고, 원고 C은 137,399,999원이다. 다만 원고들은 제1심의 예비적 청구취지 금액 범위에서 청구하였는바, 원고 A의 청구금액은 63,020,831원이고, 원고 C의 청구금액은 50,416,665원이다.
- 4) H은 원고 A에게 위 63,020,831원(= 21,249,999원 + 41,770,832원)을 지급할 의무가 있는데,

H이 사망하여 피고들이 H의 채무를 상속하였으므로, 원고 A에게 각 법정 상속분에 따라, 피고 D은 21,006,943원O 63,020,831원 $\times 3 \div 9$)을, 나머지 피고들은 각 14,004,629원(= 63,020,831원 $\times 2 \div 9$) 및 위 각 돈에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

5) H은 원고 C에게 위 50,416,665원(= 16,999,999원 + 33,416,666원)을 지급할 의무가 있는데, H이 사망하여 피고들이 H의 채무를 상속하였으므로, 원고 C에게 각 법정상속분에 따라, 피고 D은 16,805,554원(= 50,416,665원 $\times 3 \div 9$)을, 나머지 피고들은 각 11,203,703원(= 50,416,665원 $\times 2 \div 9$) 및 위 각 돈에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

3. 주위적 청구에 관한 판단

가. 원고 A의 주위적 청구 중 I 사망 이후 공유지분을 근거로 한 부당이득반환청구에 관한 판단
민법 제271조 제1항은 '1법률의 규정 또는 계약에 의하여 수인이 조합체로서 물건을 소유하는 때에는 합유로 한다. 합유자의 권리는 합유물 전부에 미친다.'라고 규정하고 있고, 민법 제704조는 "조합원의 출자 기타 조합재산은 조합원의 합유로 한다."라고 규정하고 있으므로, 동업을 목적으로 한 조합이 조합체로서 또는 조합재산으로서 부동산의 소유권을 취득하였다면, 민법 제271조 제1항의 규정에 의하여 당연히 그 조합체의 합유물이 된다. 다만, 그 조합체가 합유등기를 하지 아니하고 그 대신 조합원들 명의로 각 지분에 관하여 공유등기를 하였다면, 이는 그 조합체가 조합원들에게 각 지분에 관하여 명의신탁한 것으로 보아야 한다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2000다30622 판결 참조).

위 인정사실에 의하면, I이 B, H과 이 사건 동업계약을 체결하고 동업을 목적으로 K 토지 및 건물을 매수하여 각 1/3 지분씩 공유하는 것으로 소유권이전등기를 마쳤으므로, K 토지 및 건물은 H, I, B 3인의 동업재산으로서 그 조합체의 합유물로 봄이 타당하고, 위와 같은 공유등기는 이 사건 동업의 조합체가 그 조합원인 I, B, H에게 명 의신탁한 것으로 보아야 한다. 따라서 비록 I이 사망하여 조합을 탈퇴하였음에도 그 상속인인 원고 A과 L 등이 I의 위 지분에 관하여 각 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마쳤다고 하더라도, 그 조합재산은 남은 조합원인 B, H을 조합원으로 하는

조합체의 합유이고, 위와 같은 명의신탁관계가 위 조합체와 원고 A 사이에 그대로 존속한다고 봄이 상당하다(대법원 1981. 6. 23. 선고 80다2809 판결 참조)[원고 A로서는 H의 상속인인 피고들과 B의 상속인들을 상대로 자신의 피상속인 I이 사망하여 위 조합에서 탈퇴했음을 이유로 그 사망(탈퇴) 당시 조합재산 가운데 I의 동업지분비율에 해당하는 돈 중 자신의 상속지분에 해당하는 금액의 반환을 구할 수 있을 뿐이다(민법 제717조, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다41529 판결 참조)].

결국 원고 A의 주위적 청구 중 I의 사망 이후부터 2009. 9. 24.까지 K 토지 및 건물의 공유자였음을 전제로 한 부당이득반환청구 부분은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

나. 원고 A의 나머지 주위적 청구 및 원고 C의 주위적 청구에 관한 판단

1) 원고 A의 나머지 주위적 주장 및 원고 C의 주위적 주장은, H, I, B의 이 사건 동업계약에 따른 수익분배비율이 이 사건 부동산의 공유 지분 비율과 동일하고, H이 O으로부터 받은 동업이득금 중 절반은 K 토지 및 건물에 대한 임대료인데, K 토지 및 건물은 H, I, B이 각 3분의 1 지분씩 공유하고 있으므로, I, B은 K 토지 및 건물에 대한 임대료의 각 3분의 1을 분배받을 권리가 있고, I이 사망하여 조합에서 탈퇴한 이후에는 B이 2분의 1을 분배받을 권리가 있음을 전제로 한다.

2) 그러나 이 사건 변론에 드러난 다음의 사정들에 비추어 보면, 원고가 제출한 증거들만으로 I, B의 K 토지 및 건물에 대한 동업수익분배비율이 각 3분의 1이라고 인정하기 어려우므로, 이와 다른 전제에 선 원고 A의 나머지 주위적 주장 및 원고 C의 주위적 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 받아들일 수 없다.

가) 이 사건 동업 계약에 의하면, 동업재산은 K 토지 및 건물만이 아니라 J 토지 및 건물까지 포함한 이 사건 부동산이고, 이는 앞서 본 바와 같이 조합체의 합유로 보아야 한다. H, I, B은 이 사건 동업계약에서 수익분배비율을 H, I 각 12분의 5, B 12분의 2로 정하였을 뿐 그밖에 수익분배비율을 기재한 서류를 작성한 적이 없는 것으로 보인다.

나) 원고들의 주장은 J 토지 및 건물의 수익분배비율(H 100%)과 K 토지 및 건물의 수익분배비율(H, I, B 각 3분의 1)이 다름을 전제하고 있는데, 동업재산을 구성하는 부동산별 소유 지분에 따라 해당 부동산별 수익을 분배하기로 하였다는 등의 특별한 사정을 인정할 아무런 자료가 없는 이 사건에서

동업 수입의 분배비율은 전체 동업재산에 대한 동업지분비율로 봄이 타당하다.

다) 원고들의 주장처럼 이 사건 부동산의 공유지분이 변동되었고, 변동된 공유지분대로 H, I, B의 동업지분비율이 변동되었다고 하더라도, 동업자들 사이에 별도의 약정이 없는 이상 동업지분비율은 동업재산 전체에 대한 것이지, 동업재산을 구성하는 부동산별로 다른 동업지분비율을 인정하기는 어렵다.

4. 예비적 청구에 관한 판단

가. 원고들의 예비적 주장은, 동업재산인 이 사건 부동산의 공유지분비율에 따라 동업지분비율이 변경되었고, 변경된 동업지분비율은 H 12분의 8, I, B 각 12분의 2이며, H이 이 사건 임대차계약을 체결하면서 I, B 몰래 임차인인 O으로부터 이 사건 부동산에 대한 주가 임대료의 실질을 갖는 동업이득금을 따로 지급받기로 약정한 후 동업지분비율을 초과한 동업이득금을 지급받았음을 전제로 하고 있다.

나. 앞서 든 증거들 및 갑 제4, 7, 8, 9, 26, 34호증의 각 기재, 당심 증인 O의 증언(뒤에서 믿지 아니하는 부분 제외)에 변론 전체의 취지를 종합하면, ① O이 2007. 6. 21. 세무조사를 받으면서 H에게 동업이득금을 지급한 사실이 확인되자, H이 이에 관하여 '임차권 매도를 막기 위해 아들 E을 형식상 동업자로 등재하고, 영업실적에 관계없이 고정이득금이라는 명목으로 2004년 월 800만 원, 2005년 월 1,000만 원, 2006년 월 1,550만 원 상당의 사실상 임대료를 수령하였다'는 취지의 확인서를 세무공무원에게 작성·제출한 사실, ② H 등이 위 세무조사 이후 X에 대한 임대료 수입을 월 약 1,900만 원으로 신고한 사실, ③ H 외 6인이 O, Y(세무조사 후 O이 내세운 X의 명의상 사업자)을 상대로 제기한 건물인도 등 청구의 소(서울중앙지방법원 2009가단28057, 이하 '관련 건물인도 등 소송'이라 한다)에서 H은 2008. 6. 이후 동업이득금과 2008. 12. 이후 임대료 미지급을 원인으로 동업계약 및 임대차계약을 해지하였음을 주장하면서 이 사건 부동산의 인도와 2008. 5.분 미지급 동업이득금 700만 원과 H이 대납해준 세금 2,600만 원 합계 3,300만 원, 나머지 미지급

동업이득금 및 임대료의 지급을 청구하였고, 위 소송절차에서 O이 H 외 6인에게 건물을 인도하고, H에게 5,000만 원을 지급하기로 하는 내용의 2009. 7. 10.자 강제조정결정이 확정된 사실, ④ I, B이 H과 함께 이 사건 임대차계약 체결 전인 1999. 6.경 종전 임차인으로부터 이 사건 부동산에 설치된 주방시설 등을 인수한 사실들을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 비추어 보면, H이 I, B을 배제한 채 임차인과 이 사건 임대차계약과 별개의 동업계약을 체결하여 실질이 임대료임에도 임대료의 5배 이상에 해당하는 금액을 동업이득금이라는 명목으로 동업자들에게 분배하지 않고 이를 부당하게 취득한 것은 아닌지 의문이 들기도 한다.

다. 그러나 한편, 앞서 본 증거들과 을 제1부터 6호증의 각 기재, 당심 증인 O의 일부 증언(뒤에서 믿지 아니하는 부분 제외) 및 변론 전체의 취지를 종합하면, ① 이 사건 임대차계약의 임차인 명의를 H의 아들 E과 O의 동서인 Z로 하였고, O이 운영한 X은 처음에는 E, AA 명의로 사업자등록을 하였다가 E, AB 명의로 사업자 등록을 변경한 사실, ② 당심 증인 O은 최초 계약서 작성할 때 H이 외삼촌들인 I, B에게 "삼촌들은 세만 받아먹고, 나와 O하고 동업계약을 할 테니까 삼촌들 그렇게 아세요"라고 말했다고 증언한 사실, ③ 이 사건 임대차 계약 후 1년간은 H이 이 사건 부동산에 대한 임대료 중 100만 원을, I은 임대료 중 25만 원을, B은 임대료 중 25만 원을 각자 O으로부터 지급받은 사실, ④ 이 사건 임대차계약 체결 1년 후에 임대료를 월 300만 원으로 100% 인상하여 H은 200만 원, I, B은 각 50만 원씩 각자 O으로부터 직접 받았고, 이후 각자 지급받을 금액을 올려달라고 요구하여 B은 O으로부터 100만 원을 받기도 하였고, H은 220만 원을 지급받은 사실, ⑤ H과 O은 동업계약서를 작성하지 않았다가 세무관계 등으로 필요하게 되자 2007년경 E, AB 명의로 동업계약서를 소급하여 작성 하였고, 2007. 10. 15. H과 O 명의의 동업계약서를 다시 작성하였는데, 여기에 O이 H에게 실제 영업 이익에 관계없이 1,750만 원을 지급하기로 하는 내용이 포함되어 있는 사실, ⑥ H은 2008. 7. 23. O에게 동업이득금 미지급을 원인으로 동업계약의 해지를 통고한 사실, ⑦ 원고 A이 O으로부터 받은 동업이득금을 다른 동업자에게 분배하지 않고 횡령하였다는 혐의로 H을 고소한 사건(이하 '횡령 고소사건'이라 한다)에서 O은 1999. 11. 10. 이 사건 부동산과 V 지상 건물에 대하여 각 임대차계약을 체결한 후 2009. 9.경까지 이 사건

부동산에서는 'X'이라는 상호로, V 지상 건물에서는 'AC'이라는 상호로 영업을 하였고, H이 동업 형식이 아니면 세를 주지 않겠다고 하여 AC, X 모두 통틀어 55(O)대 45(H)의 비율로 동업하기로 하였으며, H에게만 지급한 돈은 K 토지 및 건물의 구분소유자에게 지급한 임대료와는 별도로 동업이득금 명목으로 지급하였다는 취지로 진술한 사실, ⑧ O이 H을 상대로 'X'의 영업과 관련하여 특수한 동업계약을 체결하고 영업이득금을 지급하였는데, 부당하게 과다하다고 주장하면서 그 일부의 반환을 구하는 소를 제기하였으나(서울북부지방법원 2016가합22, 이하 '관련 동업이득금 반환 소송'이라 한다), 패소판결을 선고받은 사실을 인정할 수 있다.

라. 위 인정사실 및 이 사건 변론에 드러난 다음의 사정들을 종합하여 보면, 원고들이 제출한 증거들만으로 H이 I, B 몰래 O으로부터 동업이득금을 받았다거나 원고들의 수익분배비율이 또분의 2라거나 그 동업이득금의 실질이 전부 이 사건 부동산에 대한 임대료라고 인정하기에 부족하고, 오히려 I, B은 H이 O으로부터 임대료와 별개의 동업이득금을 받는 것을 알면서, 이를 최소한 묵인하였다고 봄이 상당하다(따라서 설령 동업이득금의 실질이 전부 이 사건 부동산에 대한 임대료였다 하더라도 H이 이를 전부 받는 것을 I, B이 묵인한 이상 H이 법률상 원인 없이 부당이득을 취득하였다거나 I, B에게 분배해 줄 의무가 있다고 볼 수 없다). 따라서 원고들의 예비적 주장도 받아들이지 아니한다.

1) 이 사건 동업계약은 약 40여 년 전에 체결되었고, 이 사건 동업계약의 당사자들인 H, I, B 모두 사망하였으며, 원고들 및 피고들은 모두 그 상속인들로서 이 사건 동업계약상의 수익분배비율이나 이 사건 임대차계약 및 H의 동업이득금 등에 명확하게 알지 못하는 것으로 보이고, 이를 알 수 있는 객관적 자료도 없었다. 원고들은 O의 진술을 주요 근거로 횡령 고소사건이나 관련 소송 및 이 사건 소를 제기한 것으로 보이나, O 또한 임대료 외에 동업이득금 명목으로 H에게만 따로 지급한 돈이 그것이 사실상 임대료라고 주장할 뿐, H, I, B의 구체적 동업 내용이나 수익분배비율 등에 관해서까지 알고 있었던 것으로 보이지는 않는다.

2) 이 사건 동업계약 이후 동업지분비율이 변경된 점에 대해서는 당사자 사이에 다툼이 없으나, 동업지분비율이 기재된 서류는 이 사건 동업 계약서(갑 제2호증)가 유일하고, 그 후 변동된

이익분배비율에 관하여는 이를 기재한 아무런 객관적인 서류가 없다.

3) 원고들도 동업지분비율에 관한 주장을 계속 반복해 왔다. 원고들은 횡령 고소사건에서는 J 토지 및 건물이 동업재산에서 제외된 것을 전제로 K 토지 및 건물에 대한 I, B의 동업지분비율이 각 3분의 1이라고 주장했고, 이는 이 사건 주위적 주장과 같다. 원고들은 이 사건 제1심에서 예비적 주장으로서 이 사건 부동산이 동업재산이기는 하나 J 토지 및 건물은 H이 전부 동업지분을 가지는 걸 전제로 하되, K 토지 및 건물에 대한 동업지분비율은 이 사건 동업계약에서 정한 바에 따라 I이 12분의 5, B이 12분의 2라고 주장하였고, 당심에 이르러서는 다시 이 사건 부동산 전부에 대한 LB의 동업지분비율이 모두 12분의 2라고 주장을 변경하였다.

4) 횡령 고소사건에서 H이 K 토지 및 건물의 임대료에 대한 I, B의 분배비율을 각 12분의 2로 진술한 점은 인정되나, 이는 원고들과 마찬가지로 J 토지 및 건물을 동업재산에서 제외하거나 J 토지 및 건물에 대하여는 자신이 수익을 100% 독점함을 전제로 한 것이어서, 원고들의 예비적 주장이 전제하는 J 토지 및 건물까지 동업재산에 포함한 전체 동업지분비율이 얼마인지에 대해서도 이를 그대로 원용할 수 있다고 보기는 어렵다.

5) 원고들의 주장대로 H이 O으로부터 받은 동업이득금이 이 사건 부동산에 대한 임대료라면, 이 사건 임대차계약 체결 당시 이 사건 부동산의 임대료는 임차보증금 1억 5,000만 원에 월 1,000만원(150만 원 + 850만 원)이 되는데, 이 사건 임대차계약 체결 당시 이 사건 부동산의 임대료 시세가 그 정도에 이른다는 점에 관하여 아무런 객관적인 증거도 없다[O은, 원고들이 피고들을 상대로 H이 이 사건 부동산 2층 건물의 임대수입 중 일부를 I, B의 동업지분에 따라 분배하지 않았다고 주장하면서 제기한 부당이득반환 청구의 소(서울북부지방법원 2016가단124204, 서울북부지방법원 2017나35517, 대법원 2018다268644, 이하 '관련 부당이득반환소송'이라 한다)에서는 이 사건 임대차계약에서 정한 임대료가 조금 낮은 수준이라고 진술하였고, 이 법정에서는 현저히 낮은 금액이라는 취지로 진술하였을 뿐이다].

6) 원고들의 주장에 의하더라도 이 사건 동업계약 체결 후 이 사건 임대차계약 체결 전까지 I, B은 H과 함께 20여 년간 이 사건 부동산에서 식당을 운영하거나 임대사업을 해 왔고, 이 사건 임대차계약 이후 1년 만에 임대료를 100% 인상한 점, 이 사건 임대차계약 체결 이후 자신들의 임대료를 O으로부터

직접 수령하였을 뿐 아니라 개별적으로 인상을 요구하기도 하였던 점 등을 감안할 때, L B은 이 사건 부동산을 임대한 경험이 있었을 뿐 아니라 이 사건 부동산의 임대수익에 상당한 관심을 가졌던 것으로 보이고, 이 사건 부동산에 대한 적정한 임대료가 어느 정도인지 알 수 있었으며, 적어도 이 사건 임대차계약을 체결함에 있어 이를 알아본 후 이 사건 임대차계약을 체결하였다고 봄이 상당하다. 그런데 H이 I, B을 속여 이 사건 부동산의 적정 임대료가 월 1,000만 원임에도 이를 월 150만 원에 계약하였다는 것은 납득하기 어렵다.

7) 최초 이 사건 임대차계약서를 작성할 때 H이 외삼촌들인 I, B에게 "삼촌들은 세만 받아먹고, 나와 O하고 동업계약을 할 테니까 삼촌들 그렇게 아세요"라고 말하였고, 이 사건 임대차계약서에 H의 아들인 E이 임차인으로 기재되어 있었던 데서 드러나듯이, H은 O으로부터 임대료와 별도로 동업과 관련하여 돈을 받는다는 사정을 알려준 것으로 볼 수 있다. 따라서 I, B은 H이 O으로부터 별도로 받은 동업이득금이 말 그대로 임대료가 아니거나 그 실질이 임대료라 하더라도 그 수수사실을 알았다고 보는 것이 자연스럽다.

8) I(그의 사망 이후에는 L), B이 횡령 고소 사건의 고소 전까지 10년이 넘는 동안 이 사건 부동산의 동업이득금이나 임대료에 대하여 이의를 제기한 적이 없었다는 점은 I, B이 이를 적어도 묵인하였음을 뒷받침하는 사정으로 볼 수 있다. H의 동업지분이 I, B보다 훨씬 컸던 것은 원고들도 인정하고 있고, H이 이 사건 임대차계약 무렵에는 이 사건 동업에 관한 사무를 사실상 대부분 처리해 왔던 점, H이 아들을 공동사업자로 등록함으로써 O의 영업으로 인한 채무부담의 위험을 부담하게 되는 점, H이 조카인 점 등에 비추어 볼 때 동업이득금이 원고들의 주장대로 실질이 임대료라 해도 외삼촌인 I, B으로서는 조카인 H이 동업지분비율을 초과한 수익분배를 받아가는 것을 용인했을 가능성이 충분하다.

9) H이 O의 세무조사에서 동업이득금이 사실상 임대료라는 확인서를 제출하고, 그 후 동업이득금을 임대료에 포함하여 세무신고한 것으로 보이나, H과 O이 동업계약을 일응 체결하여 아들을 공동사업자로 등록까지 한 것으로 보이는 점, O이 횡령 고소사건에서 이 사건 부동산 뿐 아니라 V 건물을 통틀어 동업계약을 체결하여 동업이득금을 지급하였다는 취지로 진술하였을 뿐 아니라 이는 K 건물의 임대료와는 무관하다고 진술하였던 점, O이 관련 동업이득금 반환소송에서 H과의 특수한

동업계약을 주장하면서 임대료가 야님을 전제로 동업이득금의 반환을 주장한 점, 이 사건 임대차계약 당시의 적정 임대료가 동업이득금까지 포함한 1,000만 원이라고 인정할 아무런 근거가 없는 점 등에 비추어 보면, H이 O으로부터 받은 동업이득금 전부가 그 실질에 있어 이 사건 부동산에 대한 임대료라고 단정할 수도 없다.

10) 또한 이 부분에 관한 당심 증인 O의 일부 증언은 다음과 같은 사유로 믿기 어렵다.

가) O은 관련 부당이득반환소송에서는 2017. 12. 20. 항소심 증인으로 출석하여 관련 건물인도 등 소송의 강제조정결정에 따라 O에게 지급할 의무가 있는 5,000만 원을 H에게 전혀 지급하지 않았다고 증언한 반면, 당심에서는 2010. 7. 또는 같은 해 8.경 3,200만 원을 지급하였다는 취지로 증언하였고, 관련 부당이득소송에서는 이 사건 임대차계약에서 정한 임대료가 주변 시세보다 조금 낮은 수준이라고 증언한 반면, 이 법정에서는 현저히 낮은 금액이라는 취지로 증언하는 등 그 진술에 일관성이 없다.

나) O은, 횡령 고소사건에서 1999. 11. 10. 이 사건 부동산과 V 건물에 대하여 각 임대차계약을 체결한 후 2009. 9.경까지 이 사건 부동산에서는 'X'이라는 상호로, V 건물에서는 'AC'이라는 상호로 자신이 영업을 한 것처럼 진술하였으나, 이 법정에서는 V 건물은 자신과 무관하게 아들이 임차하여 AC을 운영한 것처럼 증언하였고, 또한 횡령고소사건에서 H에게만 지급한 동업이득금 명목의 돈은 K 건물의 다른 구분소유자인 I, B에게 지급한 임대료와 별개라고 진술하였으며, 관련 동업이득금 반환 소송에서는 임대료가 야님을 전제로 특수한 동업계약에 따른 동업이득금이라고 주장한 반면, 이 법정에서는 동업이득금이 실제로는 임대료라고 증언하는 등 그 진술에 일관성이 없다.

5. 결론

그렇다면 원고들의 주위적 청구 및 당심에서 변경한 예비적 청구는 모두 이유 없으므로 기각하여야 한다. 원고들의 주위적 청구를 기각한 제1심판결은 정당하고, 따라서 원고들의 항소 및 당심에서 변경한 예비적 청구는 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여(제1심의 예비적 청구는 당심에서 이루어진 청구의 교환적 변경으로 취하되어 이에 대한 제1심판결 부분은 실효되었다), 주문과 같이

판결한다.

재판장 판사 심준보 판사 김갑석 판사 김재령

별지

원고들 동업지분비율에 따른 금액

[표]

년도	이 모 르게 받은 년도별 월 추가임료 (단위;원)	추가임료액(동업이득금)을 수령한 기간 및 금액	원고들이 반환받 을 금액의 계산	
		금액 (계산 근거)	원고 	원고
1999	8,500,000	1999.11.10. ~ 2000.1.10. (2개월) 17,000,000원(8,500,000원 × 2개월)	23,783,333원 (570,800,000원 × 2/12 × 1/4)	47,566,666원 (570,800,000원 × 2/12 × 1/2)
2000	9,900,000	2000.1.10. ~ 2001.1.10. (12개월) 118,800,000원(9,600,000원 × 12개월)		
2001	10,000,000	2001.1.10. ~ 2002.1.10. (12개월) 120,000,000원(10,000,000원 × 12개월)		
2002	15,000,000	2002.1.10. ~ 2003.1.10. (12개월) 180,000,000원(15,000,000원 × 12개월)		
2003	15,000,000	2003.1.10. ~ 2003.11.10. (9개월) 135,000,000원(15,000,000원 × 9개월)		
		(2003. 11. 21. 사망)		
		합계 567,200,000원		
2004	15,000,000	2003.11.10. ~ 2004.1.10. (2개월) 30,000,000원(15,000,000원 × 2개월) 2004.1.10. ~ 2005.1.10. (12개월) 186,000,000원(15,500,000원 × 12개월)	44,916,666원 (1,078,000,000원 × 2/12 × 1/4)	89,833,333원 (1,078,000,000원 × 2/12 × 1/2)
2005 ~ 2009	17,500,000	2005.1.10. ~ 2009.9.10. (56개월) 868,000,000원(17,500,000원 × 56개월)		
		(2009.9.24. 임대차계약 해지)		
		합계 1,084,000,000원	원고 합계 : 68,699,999원	원고 합계 : 137,399,999원