



1. 빌려준 돈, 금전소비대차 vs 투자의 구별

- (1) 투자 - 이익을 얻기 위하여 어떤 일이나 사업에 자본 등 생산요소를 투입하는 것으로 그 목표이익의 발생여부는 기본적으로 그 일이나 사업의 성패에 좌우되는 경우는 경우
- (2) 금전소비대차 - 돈을 일정 기간 동안 사용하는 대가로 당연히 발생하는 이자와 원금반환을 전제로 하는 경우, 예를 들어, 사업의 성패와 무관하게 받은 금액과 일정 금액을 이자명목으로 지급하기로 약정한 경우

2. 동업관계는 민법상 조합

동업관계는 민법상 조합계약관계에 해당합니다. 민법 제703조 (조합의 의의) "조합은 2인 이상이 금전 기타 재산 또는 노무를 상호출자하여 공동사업을 경영할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다." 따라서 동업종료에도 민법상 조합규정이 적용됩니다.

동업자(조합원)는 기간을 정하지 않은 경우 언제든지 자유롭게 조합에서 탈퇴할 수 있습니다(민법 제716조 제1항 전단). 다만, 부득이한 사유 없이 조합의 불리한 시기에 탈퇴하지는 못한다(제716조 제1항 후단)는 제한을 받습니다. 조합의 존속기간을 정한 경우에도 부득이한 사유가 있으면 탈퇴할 수 있습니다(민법 제716조 제2항).

3. 동업 파탄과 잔여재산 분배를 통한 투자금 회수

2인 동업계약에서 동업자 1인이 탈퇴하면 동업조합관계는 곧바로 종료됩니다. 다만, 조합 자체는 해산되지 않고, 남아있는 동업자가 단독으로 기존 공동사업을 청산절차를 거치지 않고 계속 유지할 수 있습니다. 동업자는 동업관계가 깨지는 시점에서 동업자산을 평가해서 청산하면 됩니다. 남는 돈도 청산해야 하지만, 남는 빚도 청산해야 합니다.

민법 제719조 ①탈퇴한 조합원과 다른 조합원간의 계산은 탈퇴당시의 조합재산상태에

의하여 한다. ②탈퇴한 조합원의 지분은 그 출자의 종류여하에 불구하고 금전으로 반환할 수 있다. 민법 제724조 ②잔여재산은 각 조합원의 출자가액에 비례하여 이를 분배한다.

동업조합에서 탈퇴한 동업자는 다음과 같이 잔여재산분배를 청구할 수 있습니다. "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. 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 2013다 29714 판결)

동업자에 대한 손해배상청구는 원칙적으로 할 수 없습니다. "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 없고(대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다29714, 29721 판결), 조합계약상의 채무불이행의 경우에도 조합계약의 종료에 따른 청산을 구함은 별론으로 하고 채무불이행으로 인한 손해의 배상을 청구할 수는 없다(대법원 1983. 5. 24. 선고 82다카1667 판결).

조합관계가 종료되어 조합에 합유적으로 귀속된 채권의 추심이나 채무의 변제 등의 사무가 완료되지 아니한 상황이라면 그 청산절차를 거쳐야 함이 원칙이고, 조합의 잔무로서 처리할 일이 없고 잔여재산의 분배만이 남아 있을 때에는 따로 청산절차를 밟을 필요 없이 자신의 잔여재산 분배비율의 범위 내에서 그 분배비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 잔여재산의 분배를 청구할 수 있을 뿐이고, 상대방에게 공동사업약정의 부당파기를 원인으로 한 손해배상을 청구할 수는 없다(서울고등법원 2015. 11. 6. 선고 2014나52362 판결)."

정리하면, 동업 종료 당시 동업조합의 채권을 받거나 채무를 변제하는 등 동업조합이 운영해오던 사업관계의 뒷정리(청산사무)를 조합명의로 마치고, 남은 총 재산을 정리한 잔여재산을 동업비율로 분배해야 합니다. 동업자는 위와 같은 잔여재산분배청구 이외에는 동업자 상대방의 채무불이행을 이유로 하는 동업계약의 해제 또는 해지 및 원상회복청구 또는 손해배상청구 등을 할 수 없습니다. 다만 불법행위에 대한 손해배상청구는 가능함

니다.

**4. 동업자 본인명의 통장이더라도 사업용 통장에서 동업자금을 임의로 인출하여
사적으로 사용하면 횡령죄 책임**

2 명 이상이 출자해 공동사업을 하는 동업관계는 민법상 조합계약에 해당하고,
공동사업으로 발생한 동업재산은 개인재산과 구별되는 조합재산으로 동업계약에 따라
정산해야 합니다. 동업자라고 해도 정산 전에 조합재산을 임의로 사용하면 **횡령**에
해당합니다.

대법원은 동업자 사이에 손익분배의 정산이 되지 않은 상태에서 동업자 중 동업재산을
분배하는 1 인이 그 일부를 자신 또는 제 3 자를 위하여 임의로 사용한 경우, 그를
동업재산을 보관하는 지위에 있는 보관자로 보아 횡령죄로 봅니다(대법원 2000 도 3013
판결). 또한, 정산절차가 아니라 동업자에게 통지한 것만으로는 횡령죄 책임을 피할 수
없습니다(대법원 92 도 387 판결).

5. 동업청산으로 배당소득이 아닌 사업소득: 대법원 2015. 12. 23. 선고 2012 두 8977 판결

상가건물의 분양·매매·임대사업에 관한 동업계약을 해지하여 동업관계에서 탈퇴하면서 그 지분의 청산으로 공동소유인 조합재산 미분양 상가의 일부를 공유물분할등기의 형식으로 이전 받은 사안입니다. 국세청과 하급심은 수익분배의 성격이 있는 것에 해당하므로 배당소득으로 보고 종합소득세 과세대상으로 보았습니다. 그러나 대법원은 다음과 같은 이유로 배당소득이 아닌 사업소득에 해당한다고 판결하였습니다.

"어느 조합원이 조합체에서 탈퇴하면서 지분의 계산으로 일부 조합재산을 받는 경우에는 마치 합유물의 일부 양도가 있는 것처럼 그 개별 재산에 관한 합유관계가 종료하므로(민법 제 274 조 제 1 항), 이와 같은 지분의 계산은 세법상 탈퇴한 조합원과 공동사업을 계속하는 다른 조합원들이 조합재산에 분산되어 있던 지분을 상호 교환 또는 매매한 것으로 볼 수 있다.

그런데 공동사업을 목적으로 한 조합체가 조합재산인 부동산을 양도함으로써 얻는 소득은, 그것이 사업용 재고자산이라면 사업소득이 되며(구 소득세법 제 87 조, 제 43 조) 사업용 고정자산으로서 양도소득세 과세대상이라면 양도소득이 된다(구 소득세법 제 118 조).

탈퇴한 조합원이 다른 조합원들에게 잔존 조합재산에 관한 자신의 지분을 양도하고 일부 조합재산을 받음으로써 얻는 소득의 성질도 이와 다르지 않으므로, 탈퇴 당시 조합재산의 구성내역에 따라 탈퇴한 조합원의 사업소득 또는 양도소득 등이 된다고 할 것이다."

"한편 조합체가 공동사업을 통하여 얻는 일정한 소득금액은 각 조합원의 지분 또는 손익분배비율에 따라 분배되어 조합원들 각자에게 곧바로 귀속되고 개별 조합원이 직접 납세의무를 부담하므로 개별 조합원들이 조합체로부터 수익분배를 받는다고 할 수 없으며, 어느 조합원이 탈퇴하면서 지분의 계산으로 일부 조합재산을 받는 경우에도 그로 인한 소득은 곧바로 탈퇴한 조합원에게 귀속할 뿐이다. 따라서 탈퇴한 조합원이 탈퇴 당시 지분의 계산으로 얻는 소득은 배당소득에 해당한다고 할 수 없다."

이와 같은 법리를 전제로, 대법원은 동업관계를 청산하면서 그 지분의 계산으로 재고자산인 부동산을 받았다면 이로 인한 소득이 있다 하더라도 사업소득이 될 수 있을 뿐 배당소득이 될 수 없다고 판시하였습니다.

6. 기술개발자와 동업으로 특허권 공유 BUT 동업관계 종료 시 특허권원상복구

- 불가, 동업 정산은 계약해제로 인한 원상복구 아닌 민법상 조합 규정 적용:

[서울중앙지방법원 2019. 10. 4. 선고 2018가합527553 판결](#)

판결이유 - 동업계약, 조합계약의 해제 및 원상회복청구 불가, 조합청산으로 해결해야

합

원고는 특허발명을, 피고는 투자 유치를 통한 자금을 각 출자하여 공동으로 신규 회사를 설립하여 운영하기로 하는 내용의 동업계약을 체결한 것으로 민법상의 조합계약에 해당한다. 그런데 민법상 조합관계에 있어서 조합원은 조합의 해산청구를 하거나 조합으로부터 탈퇴를 하거나 또는 다른 조합원을 제명할 수 있을 뿐, 일반계약에 있어서처럼 조합계약을 해제하고 상대방에게 그로 인한 원상회복의 의무를 부담시킬 수는 없다(대법원 1994. 5. 13. 선고94다7157 판결 참조). 따라서 동업계약을 해제하면서 그 원상회복 명목으로 자신이 출자한 이 사건 각 특허권의 공유지분의 반환을 청구하는 것은 허용될 수 없다.

지재권분쟁, 침해대응/감정, 형사/민사소송, 손해배상, One-Stop 대응, A~Z 수행

T. 02-591-0657 E. kkh@kasanlaw.com H. www.kasanlaw.com