

## 대법원 2022. 2. 17. 선고 중요판결 요지

### 민 사

2016다278579(본소), 2016다278586(반소) 수익금(본소), 수익금등(반소) (사)  
파기환송(일부)

[2인 조합인 이 사건 조합이 해산되고 잔여업무가 없는 상태에서 수익금 반환 및 잔여재산분배를 구하는 사건]

◇조합의 일부 조합원이 약정한 출자의무를 이행하고 있지 않은 상태에서 조합이 해산되어 그 잔여업무가 남아 있지 않고 잔여재산의 분배 절차만이 남아 있는 경우 미이행 출자 부분 상당액을 손해배상채권으로 인정하여 잔여재산분배의 '잔여재산'으로 포함시킬 수 있는지 여부(소극)◇

조합의 일부 조합원이 당초 약정한 출자의무를 이행하고 있지 않은 상태에서 조합의 해산사유가 발생하여 해산이 이루어진 경우 그 잔여업무가 남아 있지 않고 다만 잔여재산의 분배 절차만이 남아 있을 때에는 조합원 사이에 별도의 약정이 없는 이상, 그 이행되지 아니한 출자금 채권을 추심하거나 청산절차를 거치지 않고도 각 조합원은 자신이 실제로 출자한 가액 비율의 범위 내에서 그 출자가액 비율을 초과하여 잔여재산을 보유하고 있는 조합원에 대하여 잔여재산의 분배 절차를 진행할 수 있다(대법원 2018. 8. 30. 선고 2016다46338, 46345 판결, 대법원 2019. 7. 25. 선고 2019다205206, 205213 판결 등 참조). 이때 잔여재산은 특별한 사정이 없는 한 각 조합원이 실제로 출자한 가액에 비례하여 이를 분배하여야 할 것인데(대법원 1980. 8. 12. 선고 79다1315 판결, 대법원 1992. 4. 24. 선고 92다2509 판결 등 참조), 일부 이행되지 아니한 출자금이 있더라도 이를 고려하지 않고 잔여재산의 범위를 확정된 다음 각 조합원이 실제로 출자한 가액에 비례하여 이를 분배함이 타당하다. 그리고 이러한 기준에 따라 잔여재산분배 절차를 진행하는 이상 다른 조합원들은 출자의무를 이행하지 아니한 조합원에게 더 이상 출자의무의 이행을 청구할 없다고 보아야 한다.

☞ 원고와 피고 甲으로 구성된 이 사건 조합은 피고 甲이 약정한 출자의무 중 일부를 이행하지 않은 상태에서 해산되었음. 이후 원고와 피고 甲이 서로 상대방을 상대로 수익금 반환 및 잔여재산분배를 구하는 사안

☞ 원심은, 이 사건 조합이 해산되어 청산절차가 종료되었고, 그 잔여업무가 남아 있지

않아 잔여재산분배를 할 수 있다고 판단한 후, 피고 甲의 미이행 출자 부분 상당액을 원고의 피고 甲에 대한 손해배상채권으로 인정하여 이 사건 조합의 ‘잔여재산’에 포함시켰으나, 위 손해배상채권은 피고 甲의 출자로 인정하지 아니하고 그동안의 원고와 피고 甲의 출자비율에 따라 잔여재산을 분배함

☞ 대법원은, 조합의 일부 조합원이 당초 약정한 출자의무를 이행하고 있지 않은 상태에서 조합의 해산이 이루어진 경우 그 잔여업무가 남아 있지 않고 다만 잔여재산의 분배 절차만이 남아 있을 때에는 조합원 사이에 별도의 약정이 없는 이상, 일부 이행되지 아니한 출자금이 있더라도 이를 고려하지 않고 잔여재산의 범위를 확정하는 다음 각 조합원이 실제로 출자한 가액에 비례하여 이를 분배하여야 함에도 원심이 미이행 출자 부분 상당액을 손해배상채권으로 인정하여 잔여재산에 포함시킨 잘못이 있다는 이유로 원심을 파기환송함

#### 2019다217421 차별구제 (사) 파기환송(일부)

[신체적 장애가 있는 원고들이 시외버스와 광역형 시내버스에 저상버스를 도입하지 않고, 휠체어 탑승설비를 장착하지 않은 것이 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」에서 금지하는 정당한 편의제공 의무 위반의 차별행위라고 주장하면서, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제46조에 따라 위자료의 지급과 제48조 제2항에 따라 차별행위의 시정을 위한 적극적 조치를 청구한 사안]

◇1. 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」에 따른 손해배상 및 적극적 조치 청구소송에서도 소 적법 요건으로서 당사자 사이에 구체적인 권리의무에 관한 분쟁이 존재하여야 하는지(적극), 2. 적극적 조치 청구소송에서 피고의 방어권 행사에 지장이 없을 정도로 청구취지를 특정하여야 하는지(적극), 3. 피고 甲, 乙이 휠체어 탑승설비를 제공하지 않은 것이 정당한 편의제공 의무 위반의 차별행위에 해당하는지(적극), 4. 법원이 차별행위의 시정을 위한 적극적 조치 판결을 할 때 비례의 원칙을 준수하여야 하는지(적극), 5. 현행 장애인차별금지법령의 해석상 교통사업자에게 장애인을 위한 정당한 편의로 ‘저상버스’를 제공할 의무가 인정되는지(소극), 6. 피고 甲, 乙이 휠체어 탑승설비를 제공하지 않은 것과 관련하여 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도도 지도·감독 의무를 소홀히 하여 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」이 금지하는 차별행위를 하였다고 볼 수 있는지(소극)◇

1. 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’이라 한다)은 제4조 제1항에서 같은 법이 금지하는 차별행위의 유형들을 규정하고, 제6조에서 누구

든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다고 선언하고 있다. 제46조 제1항 본문은 누구든지 같은 법 규정을 위반하여 타인에게 손해를 가하면 손해배상책임을 진다고 규정하고, 제48조 제2항은 법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등(이하 모두 합하여 '적극적 조치'라 한다)의 판결을 할 수 있다고 규정하고 있다.

장애인차별금지법 제46조 제1항에 따른 손해배상 및 제48조 제2항에 따른 적극적 조치 청구소송에서도 소의 적법요건으로서 당사자 사이에 구체적 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁이 존재하여야 한다. 법원은 구체적인 사안별로 여러 사정을 종합하여 위와 같은 분쟁이 존재하는지를 판단하되 '비장애인'이 아니라 '장애인'의 입장에서 사안을 바라보는 감수성을 잃지 않아야 한다. 구체적 권리 또는 법률관계에 관한 분쟁의 존재를 지나치게 엄격하게 요구함으로써 장애인이 이러한 권리보호의 자격을 인정받기 위해 무익한 노력을 하지 않도록 주의할 필요도 있다.

2. 장애인차별금지법 제4조 제1항 제3호는 '정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우'를 금지하는 차별행위로 규정하고, 제19조 제4항, 제8항, 장애인차별금지법 시행령 제13조 제1항, 제2항, 교통약자법 시행령 [별표 1], [별표 2]는 교통사업자로 하여금 장애인을 위한 정당한 편의로 버스에 휠체어 탑승설비를 제공하도록 규정하고 있다. 또 장애인차별금지법 제4조 제3항 제1호는 '금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등' 정당한 사유가 있는 경우에는 차별로 보지 아니한다고 규정하고, 제47조 제2항은 차별로 보지 않는 정당한 사유가 있었다는 점은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방이 증명하여야 한다고 규정하고 있다.

위 관련 법령의 규정 내용에 따르면, 교통사업자는 장애인을 위한 정당한 편의로 버스에 휠체어 탑승설비를 제공할 의무가 있고, 그 의무를 위반하는 것은 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등 정당한 사유가 있었다는 점을 증명하지 못하는 이상 장애인차별금지법에서 금지하는 차별행위에 해당한다.

한편 차별로 보지 않는 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등 정당한 사유가 있었는지 여부는 구체적인 사안별로 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 이때 장애인차별금지법의 입법목적에 비추어 금지된 차별행위를 하지 않음에 있어 일정한 재정 부담이 따른다는 이유만으로 정당한 사유를 쉽게 인정할 것은 아니다. 누구든지 '과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정'에 이르지 않는 범위에서 최대한 성실하게 차별금지 의무를 이행하여야 한다.

3. 가. 1) 장애인차별금지법은 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제

할 수 있도록 제46조 제1항에서 차별행위를 한 자에 대한 손해배상 청구권을 인정하고, 제48조 제2항에서 법원은 피해자의 청구에 따라 적극적 조치 판결을 할 수 있다고 규정하고 있다. 나아가 제48조 제3항은 법원은 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에는 그 이행 기간을 밝히고 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어지는 기간에 따라 일정한 배상을 명할 수 있도록 민사집행법 제261조의 간접강제에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 이러한 각 규정의 내용과 적극적 조치 판결 제도를 도입한 입법취지 등에 비추어 보면, 적극적 조치 청구 소송을 담당하는 법원으로서는 피고가 차별행위를 하였다고 인정하는 경우 원고의 청구에 따라 차별행위의 시정을 위한 적극적 조치 판결을 하는 것을 전향적으로 고려하여야 하고, 그 적극적 조치의 내용과 범위 등을 구체적으로 결정할 때 폭넓은 재량을 가진다고 할 것이다.

2) 다만, 비례의 원칙은 법치국가 원리에서 파생되는 헌법상의 기본원리로서 모든 국가작용에 적용되는 것이므로(대법원 2019. 9. 9. 선고 2018두48298 판결 참조), 법원이 적극적 조치 판결을 할 때에도 원고와 피고를 비롯한 모든 이해관계인들의 공익과 사익을 종합적으로 비교·형량하여야 한다. 사인(私人)인 피고에게 재정 부담을 지우는 적극적 조치 판결을 할 때는 피고의 재정상태, 재정 부담의 정도, 피고가 적극적 조치 의무를 이행할 경우 국가나 지방자치단체 등으로부터 받을 수 있는 보조금을 비롯한 인적·물적 지원 규모, 상대적으로 재정 부담이 적은 대체 수단이 있는지, 피고가 차별행위를 하지 않기 위해 기울인 노력의 정도 등도 아울러 고려하여야 한다.

4. 가. 장애인차별금지법 제19조 제4항, 제8항, 장애인차별금지법 시행령 제13조 제2항은 교통사업자가 장애인에게 제공하여야 하는 정당한 편의의 내용은 교통약자법 시행령 [별표 2](이하 '이 사건 별표'라 한다)에서 정한 바에 따른다고 규정하고 있다. 이 사건 별표는 교통약자법 제10조 제1항의 위임에 따라 이동편의시설의 설치 대상시설별로 설치하여야 하는 이동편의시설의 종류를 열거하면서, 교통사업자가 시외버스와 시내버스(좌석형)에 설치하여야 하는 이동편의시설로 안내방송, 문자안내판, 목적지 표지, 휠체어 탑승설비, 교통약자용 좌석 및 장애인접근가능표시 등을 열거하고 있다.

나. 위와 같은 관련 법령의 규정 체계 및 법령상 명시적인 근거 없이 정당한 편의제공 의무를 구체적으로 인정하는 것은 신중할 필요가 있는 점 등을 고려해 보면, 교통사업자가 제공하여야 하는 정당한 편의의 내용은 원칙적으로 이 사건 별표에서 열거한 바에 따라 정해진다고 보는 것이 타당하다. 그런데 이 사건 별표는 승하차 편의를 위해 휠체어 탑승설비를 설치하도록 규정하였을 뿐 저상버스의 도입에 관한 규정은 없다. 또한 기록에 비추어 보면 고속 주행 구간이 상대적으로 많은 시외버스나 광역형 시내버스에 바닥이

낮은 저상버스를 도입하는 것은 안전성이 우려된다는 지적도 있다. 따라서 그 도입 여부에 관한 입법상 논의의 필요성 여부는 별론으로 하더라도 현행 법령의 해석상으로는 이 사건 피고 버스회사들과 같이 시외버스나 광역형 시내버스를 운행하는 교통사업자에게 저상버스를 제공할 의무까지 인정하기는 어렵다.

5. 장애인차별금지법 제1장 '총칙' 편의 제4조 제1항은 금지하는 차별행위의 유형으로 '장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우'(제1호), '장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우'(제2호), '정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우'(제3호) 등을 규정하고 있다.

제2장 '차별금지' 편의 제19조는 '이동 및 교통수단 등에서의 차별금지'라는 제목으로 '교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.'(제1항)는 조항에서부터 '교통사업자 및 교통행정기관은 장애인이 이동 및 교통수단 등을 장애인 아닌 사람과 동등하게 이용하여 안전하고 편리하게 보행 및 이동을 할 수 있도록 하는 데 필요한 정당한 편의를 제공하여야 한다.'(제4항)는 조항을 두고 있는데, 위 규정들은 제4조 제1항에서 열거한 차별행위 유형에 따른 차별금지의무의 내용 등을 이동 및 교통수단 등의 영역에서 구체화한 조항이라고 할 것이다.

위와 같은 관련 법령의 규정 내용과 체계에 따르면 이동 및 교통수단 등 영역에서 장애인차별법이 금지하는 차별행위에 해당하기 위해서는 위 제4조 제1항과 제19조의 각 항에서 열거한 차별행위의 유형에 포섭될 수 있어야 한다.

☞ 신체적 장애가 있는 원고들이 '피고 버스회사들이 시외버스와 광역형 시내버스에 저상버스를 도입하지 않고, 휠체어 탑승설비를 장착하지 않은 것이 장애인차별금지법에서 금지하는 정당한 편의제공 의무 위반의 차별행위에 해당하고, 피고 대한민국, 서울특별시, 경기도 역시 피고 버스회사들의 차별행위를 방지하기 위한 지원과 감독을 소홀히 하였으므로 이 역시 차별행위에 해당한다'고 주장하면서, 장애인차별금지법 제46조에 따라 위자료의 지급과 제48조 제2항에 따라 차별행위의 시정을 위한 적극적 조치를 청구한 사안임

☞ 원심은, 원고들의 피고 버스회사들에 대한 휠체어 탑승설비 관련 적극적 조치 청구만 인용하고 나머지 청구는 모두 기각하였음. 즉 원심은 피고 버스회사들이 휠체어 탑승설비를 제공하지 않은 것은 정당한 편의제공 의무를 위반한 차별행위에 해당하고 이를 시

정할 필요성도 인정된다는 이유로, 피고 버스회사들에 원고들이 이용할 수 있도록 휠체어 탑승설비를 제공하라는 적극적 조치 판결을 하였음. 그러나 피고 버스회사들에 대한 휠체어 탑승설비 관련 위자료 청구는 피고 버스회사들이 차별행위에 관한 고의 또는 과실 없음을 증명하였다는 이유로, 피고 버스회사들에 대한 저상버스 관련 청구, 피고 대한민국 등에 대한 저상버스 및 휠체어 탑승설비 관련 청구는 피고들이 정당한 편의제공 의무를 위반한 것으로 볼 수 없다는 이유로 모두 기각하였음. 이에 피고 버스회사들과 원고들이 각 패소부분에 불복하여 상고(부대상고)하였음

☞ 대법원은, 원고들과 피고 버스회사들 사이에 구체적 권리의무에 관한 분쟁이 존재하고, 적극적 조치의 청구취지도 특정되었다고 판단한 후, 장애인차별금지법의 해석상 피고 버스회사들은 원고들에게 정당한 편의로 휠체어 탑승설비를 제공할 의무가 있고, 피고 버스회사들이 이를 제공하지 않은 데 차별로 보지 않은 정당한 사유가 있었다고 볼 수도 없다고 판단하였음. 그러나 대법원은, 피고 버스회사들이 운행하는 노선 중 원고들이 향후 탑승할 구체적·현실적인 개연성이 있는 노선, 피고 버스회사들의 자산·자본·부채, 현금 보유액이나 향후 예상영업이익 등 재정상태, 휠체어 탑승설비 제공 비용을 마련하기 위한 운임과 요금 인상의 필요성과 그 실현 가능성, 피고 버스회사들이 휠체어 탑승설비를 제공할 경우 국가나 지방자치단체 등으로부터 받을 수 있는 보조금을 비롯한 인적·물적 지원 규모 등을 심리하여 이를 토대로 이익형량을 하지 아니한 채 피고 버스회사들에 즉시 모든 버스에 휠체어 탑승설비를 제공하도록 명한 원심판결은 적극적 조치 판결에 관한 재량의 범위를 벗어나 위법하다고 판단하였음. 아울러 대법원은, 현행 장애인차별금지법령은 승하차 편의를 위해 휠체어 탑승설비를 설치하도록 규정하였을 뿐 저상버스의 도입에 관한 규정은 없는 점 등에 비추어 보면, 교통사업자에게 저상버스 제공 의무까지 인정하기는 어렵다고 판단하였음

☞ 원고들은 피고 대한민국 등이 「교통약자의 이동편의 증진법」에 따라 피고 버스회사들이 이동편의시설인 휠체어 탑승설비를 설치하도록 지도·감독하는 것을 소홀히 하고, 장애인차별금지법 제8조 제2항에 따라 피고 버스회사들이 정당한 편의를 제공할 수 있도록 필요한 기술적·행정적·재정적 지원을 하고, 제19조 제5항에 따라 피고 버스회사들이 차별행위를 하지 않도록 홍보, 교육, 지원, 감독할 의무도 다하지 않아 피고 버스회사들의 차별행위를 야기하였으므로, 피고 대한민국 등도 차별행위를 한 것으로 보아야 한다고 주장하였음. 그러나 대법원은, 이동 및 교통수단 등 영역에서 장애인차별법이 금지하는 차별행위에 해당하기 위해서는 장애인차별금지법 제4조 제1항과 제19조의 각 항에서 열거한 차별행위의 유형에 포섭될 수 있어야 하는데, 원고들이 주장하는 사유만으로

는 위 차별행위의 유형에 포섭되지 않는다는 이유로, 피고 대한민국 등에 대한 청구를 기각한 원심의 결론을 수긍하였음

**2019다300095(본소), 300101(반소) 건물명도(본소), 보증금반환(반소) (타) 상고 기각**

**[임대인이 아닌 신탁부동산의 수탁자로부터 부동산 소유권을 취득한 자에 대하여 임대차보증금의 반환을 구하는 사안]**

◇신탁등기의 대항력◇

신탁법은 신탁재산의 독립성을 제3자에게도 대항할 수 있도록 신탁재산의 공시에 관한 독자적인 규정을 두고 있다. 구 신탁법(2011. 7. 25. 법률 제10924호로 전부개정되기 전의 것) 제3조 제1항은 “등기 또는 등록하여야 할 재산권에 관하여는 신탁은 그 등기 또는 등록을 함으로써 제3자에게 대항할 수 있다.”라고 정하고 있고, 구 부동산등기법(2007. 5. 17. 법률 제8435호로 개정되기 전의 것) 제123조, 제124조는 신탁의 등기를 신청하는 경우에는 ① 위탁자, 수탁자 및 수익자 등의 성명, 주소, ② 신탁의 목적, ③ 신탁재산의 관리 방법, ④ 신탁종료의 사유, ⑤ 기타 신탁의 조항을 기재한 서면을 그 신청서에 첨부하도록 하고 있고, 그 서면을 신탁원부로 보며 다시 신탁원부를 등기부의 일부로 보고 그 기재를 등기로 본다고 정하고 있다. 따라서 신탁계약의 내용이 신탁등기의 일부로 인정되는 신탁원부에 기재된 경우에는 이로써 제3자에게 대항할 수 있다(대법원 2004. 4. 16. 선고 2002다12512 판결 참조).

☞ 오피스텔에 관한 신탁계약의 위탁자로부터 오피스텔을 임차하고 확정일자를 받은 피고가 반소로서, 공매로 오피스텔을 취득한 원고를 상대로 임대차보증금의 반환을 청구한 사안임

☞ 신탁계약상 수탁자의 사전 승낙 아래 위탁자 명의로 신탁부동산을 임대하도록 약정하였고, 이러한 약정이 신탁원부에 기재되어 임차인에게도 대항할 수 있으므로, 임대인인 위탁자를 상대로 임대차보증금의 반환을 구할 수 있을 뿐 수탁자나 수탁자로부터 부동산을 취득한 원고를 상대로는 그 반환을 구할 수 없다고 보아 피고의 반소청구를 기각한 사례임

**2021다218083 임금 (타) 파기환송**

**[퇴직금 산정과 관련하여 계속근로기간의 기산점이 언제인지가 문제된 사건]**

◇시용기간이 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함되는지 여부(긍정)◇

시용이란 본 근로계약 체결 이전에 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하기 위해 일정기간 시험적으로 고용하는 것을 말한다. 근속기간 중에 직종 등 근로제공의 형태가 변경된 경우와 마찬가지로, 시용기간 만료 후 본 근로계약을 체결하여 공백 기간 없이 계속 근무한 경우에도 시용기간과 본 근로계약기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간으로 보아야 한다(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결 등 참조).

☞ 원고는 1999. 12. 1.부터 1개월간 피고의 수습사원으로 근무한 후 2000. 1. 1. 피고의 임시직 근로자로 채용되었음. 피고는 2000. 1. 11. 보수규정을 개정하여, 1999. 12. 31. 이전 입사자에 대해서는 종전처럼 5년 이상 근속 시 퇴직금 누진제를 적용하되 2000. 1. 1. 이후 입사자에 대해서는 퇴직금 단수제를 적용하기로 하였음. 원고는 2018. 3. 31. 퇴직하면서 2000. 1. 1. 입사자임을 전제로 퇴직금 단수제를 적용하여 계산한 퇴직금을 지급받자, '입사일이 1999. 12. 1.이므로 퇴직금 누진제가 적용되어야 한다'는 등으로 주장하며 피고에게 퇴직금 차액 지급을 청구함

☞ 원심은 원고의 수습기간 근무와 임시직 근로자로서의 근무 사이에 근로관계의 계속성이 인정되지 않는다는 이유 등을 들어, 원고가 2000. 1. 1. 입사하였다고 판단하고 청구를 기각하였음. 그러나 대법원은, 제반 사정상 원고의 수습사원 근무기간은 시용기간에 해당한다고 보이며 시용기간 역시 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함되므로 원고의 입사일은 1999. 12. 1.이라고 판단하여, 원심판결을 파기환송함

## 2021다275741 손해배상(기) (사) 상고기각

**[선행소송에서 한 상계 항변의 자동채권과 동일한 채권에 기하여 제기된 소의 적법여부가 문제된 사건]**

◇1. 선행소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소 또는 반소로 제기하는 것이 중복제소에 해당하는지 여부(소극), 2. 선행소송의 제1심에서 상계 항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계 항변을 철회한 경우, 그 자동채권과 동일한 채권에 기하여 별도로 제기한 소가 재소금지 원칙에 반하는지 여부(소극)◇

상계의 항변을 제출할 당시 이미 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기하여 계속 중인 경우, 사실심의 담당재판부로서는 전소와 후소를 같은 기회에 심리·판단하기 위하여 이부, 이송 또는 변론병합 등을 시도함으로써 기판력의 저축·모순을 방지함과 아울러 소송경제를 도모함이 바람직하나 그렇다고 하여 특별한 사정이 없는 한 별소

로 계속 중인 채권을 자동채권으로 하는 소송상 상계의 주장이 허용되지 않는다고 볼 수는 없다(대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다4050 판결 등 참조). 마찬가지로 먼저 제기된 소송에서 상계 항변을 제출한 다음 그 소송계속 중에 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도의 소나 반소로 제기하는 것도 가능하다.

한편 민사소송법 제267조 제2항은 “본안에 대한 종국판결이 있는 뒤에 소를 취하한 사람은 같은 소를 제기하지 못한다.”라고 정하고 있다. 이는 소취하로 그동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용해지고 다시 동일한 분쟁을 문제 삼아 소송제도를 남용하는 부당한 사태를 방지할 목적에서 나온 제재적 취지의 규정이다(대법원 2021. 5. 7. 선고 2018다259213 판결 등 참조). 그런데 상대방이 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론준비기일에서 진술 또는 변론을 한 뒤에는 상대방의 동의를 받아야 효력을 가지는 소의 취하와 달리 소송상 방어방법으로서의 상계 항변은 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고, 그 경우 법원은 처분권주의의 원칙상 이에 대하여 심판할 수 없다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 등 참조). 따라서 먼저 제기된 소송의 제1심에서 상계 항변을 제출하여 제1심판결로 본안에 관한 판단을 받았다가 항소심에서 상계 항변을 철회하였더라도 이는 소송상 방어방법의 철회에 불과하여 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 원칙이 적용되지 않으므로, 그 자동채권과 동일한 채권에 기한 소송을 별도로 제기할 수 있다.

☞ 원고(도급인)는 피고(수급인)가 원고를 상대로 제기한 공사대금 청구소송(선행소송)의 제1심에서 공사 하자에 관한 손해배상채권을 자동채권으로 하여 상계 항변을 하였다가, 선행소송 항소심 계속 중 위 상계 항변의 자동채권과 동일한 채권에 기하여 공사의 하자보수에 갈음한 손해배상을 청구하는 이 사건 소를 제기한 다음 위 상계 항변을 철회하였고, 선행소송은 피고 승소로 확정되었음

☞ 대법원은, 이미 선행소송에서 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 자동채권으로 하는 상계 항변을 하였다거나 그 자동채권과 같은 채권에 기하여 이 사건 소를 별도로 제기하는 것도 허용되고, 원고가 선행소송 제1심에서 상계 항변에 관한 본안판단을 받은 다음 그 항소심에서 상계 항변을 철회하였더라도 이로 인하여 하자보수에 갈음한 손해배상채권을 소구할 수 없게 되는 것도 아니라고 판단하여 상고기각함

**특 별**

2019두55835 택시운송사업면허 취소처분 취소 청구 (아) 파기환송

[「택시운송사업의 발전에 관한 법률」 제12조 제2항 위반을 이유로 한 택시운송사업 면허취소 처분의 적법성 유무가 문제된 사건]

◇ 「택시운송사업의 발전에 관한 법률」 제12조 제2항에 규정된 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람’의 의미◇

가. 「택시운송사업의 발전에 관한 법률」(이하 ‘택시발전법’이라 한다) 제12조 제2항은 택시운송사업자로부터 택시운수종사자를 보호함은 물론 「여객자동차 운수사업법」(이하 ‘여객자동차법’이라 한다)상의 명의이용행위에게까지 이르지 않더라도 택시업계의 구조적 요인에 기인하는 위험으로부터 택시를 이용하는 일반 공중의 이익을 저해할 수 있는 일반택시운송사업의 운영 행태를 금지하고자 하는 취지에서 마련되었다. 택시운수종사자의 근로시간과 임금은 단순히 택시운송사업자나 택시운수종사자의 사적 이익에만 관련되는 것이 아니라, 사회 공공의 안전이나 택시를 이용하는 일반 공중의 이익과 직결되는 문제이다. 만일 택시운수종사자가 장시간 저임금 노동에 시달린다면 과로 상태에서 안전운전이 보장될 수 없음은 물론이고, 운송수입을 늘리려는 의도에서 과속·난폭운전, 단거리 탑승거부, 합승 등의 위반행위가 늘어나 택시운송질서가 무너질 수 있기 때문이다. 따라서 택시발전법 제12조 제2항을 해석할 때에는 택시운수종사자의 의사나 이익뿐만 아니라 일반 공중의 이익까지 고려하여야 한다.

나. 1) 택시발전법 제12조 제2항의 문언에다가 택시를 이용하는 일반 공중의 이익까지 보호하려는 택시발전법 제12조 제2항 등 관련 규정들의 입법취지 등을 종합하여 보면, 택시발전법 제12조 제2항의 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람(형식상의 근로계약에도 불구하고 실질적으로는 소속 택시운수종사자가 아닌 사람을 포함한다)’이란 ‘택시운송사업자와 사이의 근로계약 체결 여부와 무관하게 그로부터 택시 영업에 관한 사항을 일괄 위임받아 택시를 운행하면서 그에게 일정 기간 단위로 택시 영업에 상응하는 일정 금액을 지급·납입하는 사람’으로 해석할 수 있다. 그리고 택시운송사업자로부터 택시를 제공받아 운전한 택시운수종사자가 택시발전법 제12조 제2항에서 정한 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람’에 해당하는지 여부는 택시 운행에 따른 이익·손실 위험이 누구에게 귀속되었는지, 택시운송사업자가 택시의 안전운행에 필요한 지휘·감독을 실질적으로 수행하였는지 등과 같은 택시의 실질적인 운행·관리 실태를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

이를 구체적으로 살펴보면, 택시운송사업자가 차고지에서의 차량 배차 등을 통하여 택시운수종사자의 운전 시간·강도를 전반적으로 관리·감독하였는지, 택시운송사업자가 택시운행기록장치 등을 통해 택시운수종사자의 과속·난폭운전 등 안전운행수칙 위반행

위가 있었는지를 정기적으로 확인하여 취업규칙, 단체협약 등에서 정한 바에 따라 필요한 징계조치 등을 하였는지, 택시운송사업자가 택시운수종사자로 하여금 여객자동차법 제25조 제1항에 따른 운수종사자 교육을 받는 데에 필요한 조치를 하고 그에 따라 택시운수종사자가 제때 교육을 이수하였는지, 택시운송사업자가 택시운수종사자와 계약을 체결하기에 앞서 그가 여객자동차법 제24조 제1항 각 호에 따른 운전업무 종사자격을 갖추면서 제24조 제3항 각 호에 따른 결격사유는 없는지를 실질적으로 확인하는 절차를 거쳤는지, 택시운송사업자가 여객자동차법 제22조 제1항 제1호, 제2호에 따른 운수종사자 명단·현황을 제때 통보하였는지 등의 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

2) 한편 택시발전법 제12조 제2항, 제18조 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제21조 [별표2] 2. 개별기준 나.목의 규정 문언과 체계를 종합하면, 택시운송사업자가 소속 택시운수종사자가 아닌 사람 한 명에게 1대의 택시만을 제공하였더라도 이는 택시발전법 제12조 제2항을 위반한 것으로서 택시발전법 제18조 제1항 제2호에 따른 제재처분의 처분사유에 해당한다고 보아야 한다. 다만 위와 같은 경우에 행정청이 해당 운송사업자의 택시운송사업 면허 전부를 취소하는 처분을 하였다면 행정청이 비례의 원칙을 위반하여 그 재량의 한계를 일탈·남용하였는지를 살펴 그 처분의 정당성 여부를 판단하면 될 것이다.

☞ 택시운송사업자인 원고가 자신이 보유하고 있는 택시를 택시기사에게 제공하고 이를 운행하도록 하였는데, 피고는 원고가 소속 택시운수종사자가 아닌 사람들(이하 ‘이 사건 운전자들’)에게 택시를 제공하였다면서 택시발전법 제12조 제2항 위반을 이유로 택시운송사업 면허취소처분을 하였음

☞ 적어도 이 사건 운전자들 중 일부는 택시발전법 제12조 제2항에서 정한 ‘소속 택시운수종사자가 아닌 사람’에 해당한다고 볼 여지가 충분하므로 처분사유가 모두 부정될 것은 아니라고 보아, 원고의 취소 청구를 인용한 원심판결을 파기한 사례