

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2018두47561 영업정지처분취소
원고, 상고인 구성건설 주식회사
소송대리인 법무법인(유한) 세종
담당변호사 김용담 외 3인
피고, 피상고인 경상북도지사
원 심 판 결 대구고등법원 2018. 5. 18. 선고 2018누2323 판결
판 결 선 고 2020. 1. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 사안의 개요와 쟁점

가. 원심이 인용한 1심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 다음과

같은 사정들을 알 수 있다.

1) 천일종합건설 주식회사(본래 상호가 '구성건설 주식회사'였으나 2014. 3. 25. 현재 상호로 변경등기를 마쳤다, 이하 '천일종합건설'이라 한다)는 토목건축공사업, 조경공사업, 전기공사업, 부동산매매·임대업 등을 영위하는 법인인데, 2013. 11. 13. 건설공제조합에 건설업 등록기준에 필요한 출자증권 356좌(토목건축공사업 255좌, 조경공사업 131좌)의 출자금 492,269,680원을 예치하였다.

2) 회생절차가 진행 중이던 천일종합건설은 2013. 10. 28. 회생법원으로부터 기업 매각을 통한 변제계획을 인가받고, 2014. 2. 17. 회생절차종결 결정을 받은 다음, 2014. 2. 18. 천일종합건설의 전체 사업분야 중 토목건축공사업, 조경공사업 부분을 분할하여 원고(본래 상호가 '영성개발 주식회사'였으나 2014. 3. 25. 현재 상호로 변경등기를 마쳤다)에게 합병하기로 분할합병계약을 체결하였고, 2014. 3. 25. 분할합병 및 상호변경등기를 마쳤다.

3) 위 분할합병으로 원고가 천일종합건설의 건설공제조합에 대한 출자증권 356좌의 권리도 포괄승계하였는데, 건설공제조합은 천일종합건설의 회생절차로 인해 천일종합건설로부터 융자금을 일부 환수하지 못한 피해가 발생하였다는 이유로 원고에게 출자증권의 명의개서와 보증가능금액확인서 발급을 이행하지 아니하였다. 이에 원고는 건설공제조합을 상대로 2015. 11. 25. 대구지방법원 2015가합207338호로 출자예치금 반환청구의 소를 제기하였고, 소송 계속 중이던 2016. 5. 27. 재판외 합의가 성립되어 2016. 6. 3. 건설공제조합으로부터 출자예치금 환급금으로 515,000,000원을 지급받음과 동시에 위 소를 취하하였다.

4) 위 2016. 5. 27.자 합의에서 원고와 건설공제조합은 '건설공제조합이 원고에게 출

자예치금 환급금 515,000,000원을 일정 조건 하에 지급하되, 건설공제조합이 이를 지급하기 위하여 천일종합건설 명의로 된 원고의 출자지분을 취득하고, 취득 즉시 건설공제조합이 발급한 천일종합건설 명의의 보증가능금액확인서는 실효된다'고 약정하였다.

5) 원고는 2016. 6. 3. 건설공제조합으로부터 위 출자예치금 환급금을 지급받은 다음, 같은 날 전문건설공제조합에 출자증권 56좌의 출자금 50,589,728원을 예치하였다. 그 후 원고는 2016. 6. 14. 전문건설공제조합에 출자금 574,824,720원을 추가로 예치하고, 같은 날 전문건설공제조합으로부터 토목건축공사업에 대하여 12억 원, 조경공사업에 대하여 7억 원의 각 보증가능금액확인서를 발급받았다.

6) 피고는 '원고가 2016. 6. 3. 건설공제조합으로부터 위 출자예치금 환급금을 지급받음으로써 원고와 건설공제조합 사이의 2016. 5. 27.자 합의에 따라 천일종합건설 명의의 기존 보증가능금액확인서는 실효되었고, 그에 따라 원고는 2016. 6. 3.부터 원고가 전문건설공제조합에 새로 출자를 하여 원고 명의로 보증가능금액확인서를 새로 발급받은 날의 전날인 2016. 6. 13.까지 11일간 보증가능금액확인서를 구비하지 못함으로써 건설산업기본법(이하 '법'이라 한다) 제10조, 구 건설산업기본법 시행령(2016. 8. 4. 대통령령 제27440호로 개정되기 전의 것, 이하 '시행령'이라 한다) 제13조 제1항 제1의2호에서 정한 건설업 등록기준에 미달하였다'는 사유로, 2017. 3. 6. 원고에 대하여 법 제83조 제3호 본문에 의하여 영업정지 4개월을 명하는 이 사건 처분을 하였다.

나. 이 사건의 쟁점은 원고의 일시적인 건설업 등록기준 위반이 법 제83조 제3호 본문에 의한 영업정지처분의 대상이 될 수 있는지 여부이다.

2. 관련 법리

가. 비례의 원칙

비례의 원칙은 법치국가 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리로서, 모든 국가작용에 적용된다. 따라서 행정목적의 달성하기 위한 수단은 목적달성에 유효·적절하고, 가능한 한 최소침해를 가져오는 것이어야 하며, 아울러 그 수단의 도입에 따른 침해가 의도하는 공익을 능가하여서는 안 된다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등 참조). 특히 처분상대방의 의무위반을 이유로 한 제재처분의 경우 의무위반의 내용과 제재처분의 양정(量定) 사이에 엄밀하게는 아니더라도 대략적으로라도 비례 관계가 인정되어야 하며, 의무위반의 내용에 비하여 제재처분이 과중하여 사회통념상 현저하게 타당성을 잃은 경우에는 재량권 일탈·남용에 해당하여 위법하다고 보아야 한다(대법원 2019. 9. 9. 선고 2018두48298 판결 등 참조).

나. 건설산업기본법령의 관련 규정 내용

1) 법 제9조는 건설업을 하려는 자는 기술능력, 자본금, 시설 및 장비, 그 밖에 필요한 사항에 관하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 건설업 등록기준을 갖추어야 한다고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 시행령 제13조 제1항은 건설업자가 갖추어야 할 등록기준으로 '별표 2의 규정에 의한 기술능력·자본금·시설 및 장비를 갖추는 것'(제1호), '국토교통부장관이 지정하는 금융기관 등이 다음 각 목의 기준에 따라 발급하는 보증가능금액확인서를 제출할 것'(제1의2호) 등을 규정하고 있다.

2) 법 제83조 제3호 본문은 '건설업자가 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달한 사실이 있는 경우' 국토교통부장관은 그 건설업자의 건설업 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다고 규정하는 한편, 제83조 제3호 단서는 '다만, 일시적으로 등록기준에 미달하는 등 대통령령으로 정하는 경우는 예외로 한다.'

라고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 시행령 제79조의2는 건설업 등록기준을 미달하였으나 등록말소 등 처분을 하지 않는 경우로 '별표 2에 따른 기술능력에 해당하는 자의 사망·실종 또는 퇴직으로 인하여 등록기준에 미달되는 기간이 50일 이내인 경우'(제1호), '제13조 제1항 제1호에 따른 자본금기준에 미달한 경우 중 법원의 회생개시결정으로 회생절차가 진행 중인 경우, 회생계획의 수행에 지장이 없다고 인정되는 경우로서 법원으로부터 회생절차의 종결 결정을 받고 회생계획을 수행 중인 경우, 금융채권자협의회에 의한 공동관리절차 개시 의결에 따라 그 절차가 진행 중인 경우, 건설업 등록을 한 날부터 1년 이내에 자본금기준에 미달하는 기간이 50일 이내인 경우의 어느 하나에 해당하는 경우'(제3호) 등을 규정하고 있다.

3) 법 제84조는 그 위반행위의 종류와 위반 정도에 따른 건설업 등록말소 또는 영업정지의 기준, 영업정지의 기간 등 그 밖에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 그 위임에 따라 시행령 제80조 제1항은 "법 제84조의 규정에 의한 위반행위의 종별과 정도에 따른 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액은 [별표 6]과 같다."라고 규정하고, 제2항 본문은 "국토교통부장관은 위반행위의 동기·내용 및 횟수, 위반행위와 관련된 공사의 특성 및 입찰방식 등을 고려하여 제1항에 따른 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액의 2분의 1의 범위에서 이를 가중 또는 감경할 수 있다."라고 규정하는 있다. 한편 시행령 [별표 6] '영업정지 및 과징금의 부과기준'(이하 '제재처분기준'이라 한다)은 '1. 일반기준'에서 '위반행위의 정도, 동기 및 그 결과 등을 고려하여 제2호의 개별기준에 따른 영업정지 및 과징금의 2분의 1 범위에서 그 기간이나 금액을 가중하거나 감경할 수 있다.'라고 규정하고, '2. 개별기준'에서 '건설업의 등록기준에 미달한 경우'에 대한 영업정지기간을 6개월로 규정하는 등 위반행위별로 영업정지기간을

규정하고 있다.

다. 건설산업기본법 제83조 제3호 단서의 정당한 해석

1) 이처럼 법이 건설업자가 갖추어야 할 등록기준을 정하고, 그 등록기준에 미달하는 경우 건설업자에 대하여 등록말소 또는 1년 이내의 영업정지라는 중대한 제재처분을 하도록 규정한 것은, 건설업자들로 하여금 일정한 등록기준을 갖추도록 강제하고 등록기준을 갖추지 못한 건설업자가 건설시장에서 활동하지 못하도록 함으로써 건설공사의 적정한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모하려는 데에 그 입법취지가 있다 (법 제1조, 제3조 참조).

나아가 법 제83조 제3호 본문이 건설업자가 건설업 등록기준에 미달한 경우를 건설업자에 대한 등록말소 또는 1년 이내의 영업정지 사유로 규정하면서도, 제83조 제3호 단서가 '일시적으로 등록기준에 미달하는 등 대통령령으로 정하는 경우는 예외로 한다'고 규정한 것은, 법 제83조에 의한 등록말소 또는 1년 이내의 영업정지가 건설산업기본법이 규정한 여러 종류의 제재처분들 중에서도 가장 강도가 높은 제재수단에 해당하는 점을 고려하여, 건설업 등록기준에 일시적으로 경미하게 미달한 건설업자에 대해서는 법 제83조에 의한 제재처분을 하지 않도록 함으로써 헌법상 비례의 원칙을 구현하기 위한 것이라고 볼 수 있다.

2) 헌법상 비례의 원칙의 구현이라는 측면에서 이러한 건설산업기본법령 관련 규정들의 내용과 체계, 입법취지 등을 종합하여 보면, 시행령 제79조의2 각 호는 법 제83조 제3호 단서의 위임 취지에 따라 법 제83조 제3호 본문에 의한 제재처분의 대상이 되지 않는 경우를 구체화하여 예시적으로 규정한 것이라고 봄이 타당하다.

모법(법 제83조 제3호 단서)의 위임조항의 취지에 부합하는 모든 상황 즉 '일시적으

로 등록기준에 미달하는 등'에 불과하여 건설업자에 대한 등록말소 또는 1년 이내의 영업정지의 사유로 삼을 수 없는 예외적 사정들을 빠짐없이 예상하여 이를 시행령에 규정하는 것은 현실적으로 매우 어렵거니와 다음과 같은 사정을 고려할 필요가 있기 때문이다.

시행령 제13조 제1항은 건설업 등록기준으로 '기술능력·자본금·시설 및 장비를 갖추 것' 외에도 '금융기관 등의 보증가능금액확인서 제출'을 규정하고 있다. 그런데 시행령 제79조의2 각 호는 건설업자에 대한 등록말소 등의 예외사유로 '일시적으로 기술능력과 자본금 기준에 미달한 경우'만을 규정하고 있을 뿐, '금융기관 등의 보증가능금액확인서를 일시적으로 갖추지 못한 경우'에 대해서는 이를 예외사유로 규정하고 있지 않다. 그러나 이를 가리켜, '금융기관 등의 보증가능금액확인서 제출'이라는 등록기준을 갖추지 못한 그 어떠한 경우에도 반드시 법 제83조 제3호 본문에 의한 제재처분의 대상으로 삼고자 하는 입법 의사가 구현된 것이라고 평가하기는 어렵다. 시행령 제정자가 의도하지 않았던 규율의 공백으로 보는 것이 타당하다. '금융기관 등의 보증가능금액확인서 제출'이라는 등록기준이 다른 건설업 등록기준과는 본질적으로 구별되는 성격이나 비중을 지니고 있는 등 양자를 서로 달리 취급하여야 할 뚜렷한 근거를 찾을 수 없기 때문이다.

이와 달리 시행령 제79조의2 각 호를 법 제83조 제3호 본문에 의한 제재처분의 대상이 되지 않는 경우를 한정적으로 열거한 것으로 본다면, 건설업 등록기준에 일시적으로 경미하게 미달한 경우임에도 단순히 시행령 제79조의2 각 호에 열거된 경우에 해당하지 않는다는 이유만으로 법 제83조 제3호 본문 및 시행령 [별표 6] 제재처분기준에 의하여 2분의 1 범위에서 감경을 하는 경우에도 3개월 이상, 6개월 이하를 영업정

지기간으로 하는 중한 제재처분을 받아야 한다는 결과가 된다. 건설업 등록기준에 일시적으로 경미하게 미달한 경우에도 이처럼 3개월 이상, 6개월 이하의 영업정지처분을 하는 것은 의무위반의 내용과 제재처분의 양정 사이에 대략적으로라도 비례 관계가 인정되어야 한다는 헌법상 비례의 원칙에도 부합하지 않을 가능성이 높다.

3) 따라서 시행령 제79조의2 각 호는 법 제83조 제3호 단서의 위임 취지에 따라 법 제83조 제3호 본문에 의한 제재처분의 대상이 되지 않는 경우를 구체화하여 예시적으로 규정한 것이므로, 시행령 제79조의2 각 호에 해당하지 않더라도 건설업자가 건설업 등록기준에 일시적으로 경미하게 미달한 것으로 볼 수 있는 경우에는 법 제83조 제3호 단서에 의하여 등록말소 또는 1년 이내의 영업정지라는 제재처분의 대상에서 제외된다고 해석함이 정당하다. 이로써 하위법령은 최대한 헌법과 모법에 합치되도록 해석하여야 한다는 법령해석의 원칙에도 부합하게 된다.

3. 이 사건에 관한 판단

가. 위와 같은 사실관계에 기초하여 앞서 본 건설산업기본법령의 내용과 법리에 따라 판단한다.

1) 원고가 천일종합건설의 토목건축공사업, 조경공사업 부분을 분할·합병함으로써 건설업자가 된 후로 금융기관 등의 보증가능금액확인서를 구비하지 못하여 건설업 등록기준을 위반한 기간은 11일에 불과하다.

2) 원고가 11일간 보증가능금액확인서를 구비하지 못했던 것은 원고의 재정상태가 나빠지거나 신용등급이 하락하여 건설공제조합이 보증가능금액확인서를 해지하였기 때문에 아니라, 건설공제조합이 천일종합건설의 부실로 발생한 피해를 천일종합건설에 대한 회생절차에서 인가된 변제계획의 내용과 달리 원고에게서 보전받기 위한 의도로

원고에게 출자증권의 명의개서와 보증가능금액확인서의 재발급을 거부하면서 비롯된 것이다.

3) 위와 같이 원고가 보증가능금액확인서를 구비하지 못하여 건설업 등록기준에 미달한 기간이 매우 짧고, 건설공제조합의 잘못된 업무처리에 주된 원인이 있는 반면 그에 관하여 원고에게는 귀책사유나 비난가능성이 크다고 보기 어렵다면, 이는 '건설업자가 건설업 등록기준을 일시적으로 경미하게 위반한 경우'에 해당하는 것으로 봄이 타당하다. 따라서 법 제83조 제3호 단서에 의하여 등록말소 또는 1년 이내의 영업정지라는 제재처분의 대상이 될 수 없다.

나. 그런데도 원심은, 원고의 경우 단순히 시행령 제79조의2 각 호에 열거된 경우에 해당하지 않는다는 이유만으로 법 제83조 제3호 본문 및 시행령 [별표 6] 제재처분기준에 의하여 영업정지 4개월을 명한 이 사건 처분이 적법한 처분이라고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 헌법상 비례의 원칙과 법 제83조 제3호 단서에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장

대법관

안철상

대법관 박상옥

대법관 노정희

주 심 대법관 김상환