

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2014두45956 영업정지처분취소  
원고, 피상고인 세광종합건설 주식회사  
소송대리인 법무법인 여울  
담당변호사 한명수 외 3인  
피고, 상고인 충청남도지사  
소송대리인 법무법인(유한) 동인  
담당변호사 신성호 외 3인  
원 심 판 결 대전고등법원 2014. 10. 30. 선고 2014누10781 판결  
판 결 선 고 2016. 8. 29.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송한다.

이 유

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

1. 건설산업기본법(이하 '법'이라 한다)은 건설업자가 건설업의 등록기준에 미달한 사실이 있는 경우 국토교통부장관은 그의 건설업 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다고 규정하면서(제83조 제3호), 그 위반행위의 종류와 위반 정도에 따른 건설업 등록말소 또는 영업정지의 기준, 영업정지의 기간 등 그 밖에 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다(제84조).

이에 따라 구 건설산업기본법 시행령(2016. 2. 11. 대통령령 제26979호로 개정되기 전의 것, 이하 '시행령'이라 한다) 제80조 제1항은 "법 제84조의 규정에 의한 위반행위의 종별과 정도에 따른 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액은 [별표 6]과 같다."라고 규정하고 있다. [별표 6]은 '1. 일반기준'에서 "위반행위의 정도, 동기 및 그 결과 등 다음 사유를 고려하여 제2호의 개별기준에 따른 영업정지 및 과징금의 2분의 1 범위에서 그 기간이나 금액을 가중하거나 감경할 수 있다."라고 규정하면서, '법령해석상의 착오 등으로 위반행위를 한 후 시정을 완료한 경우로서 정상을 참작할 필요가 있는 경우'와 '최근 3년 이내에 제재(시정명령 및 과태료 부과는 제외한다)처분을 받은 사실이 없는 경우'를 감경 사유로, '해당 위반행위로 인하여 타인(위반행위를 한 해당 건설업자와 그 소속 직원 및 근로자는 제외한다)을 사망하게 하거나 1억 원 이상의 물적 피해를 발생하게 한 사실이 있는 경우'와 '해당 위반행위가 제재처분대상 건설업자의 고의 또는 위반행위를 은폐·조작하기 위하여 발생한 경우'를 가중 사유로 각 규정하고, 감경 또는 가중 사유에 해당하는 경우 각 사유마다 영업정지 기간에서 1개월씩 감경 또는 가중한다고 규정하고 있다. 그리고 '2. 개별기준'에서 이 사건 처분사유인 '건설업의 등록기준에 미달한 경우'에 대한 영업정지의 기간을 6개월로 규정하는 등 위반행위 별로 영업정지의 기간을 정하고 있다.

한편 시행령 제80조 제2항 본문은 "국토교통부장관은 위반행위의 동기·내용 및 횡수, 위반행위와 관련된 공사의 특성 및 입찰방식 등을 고려하여 제1항에 따른 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액의 2분의 1의 범위에서 이를 가중 또는 감경할 수 있다."고 규정하고 있다.

2. 가. 원심판결 이유에 의하면, 다음 각 사실을 알 수 있다.

(1) 원고는 토목건축공사를 업종으로 하여 건설업등록을 한 법인인데, 원고의 신용등급이 하락하여 종전에 건설공제조합으로부터 발급받은 보증가능금액확인서상의 보증가능금액이 법 제10조, 시행령 제13조 제1항 제1호의2에 따른 건설업 등록기준에서 요구하는 금액에 미달하게 되었다.

(2) 이에 피고는 2013. 10. 29. 법 제83조 제3호 등에 따라 원고에게 영업정지 5개월의 처분(이하, '이 사건 처분'이라 한다)을 하였는데, 이는 시행령 제80조 제1항 [별표 6] '2. 개별기준'이 '건설업의 등록기준에 미달한 경우'에 대한 영업정지 기간으로 규정된 6개월에서 일반기준의 감경사유인 '최근 3년 이내에 제재처분을 받은 사실이 없는 경우'에 해당한다는 이유로 1개월을 감경한 것이다.

나. 원심은 이러한 사실관계를 인정한 다음, 시행령 제80조 제1항 [별표 6]이 정한 '1. 일반기준'의 감경·가중은 시행령 제80조 제2항의 감경·가중 규정과는 별개의 책임을 전제로, 위 [별표 6]에 규정된 감경 사유에 해당하여 영업정지 기간을 감경하였더라도 다시 같은 조 제2항에 따라 거듭 감경할 수 있다고 판단하였다. 나아가 원심은, 이 사건에서 원고가 건설업 등록기준에 미달하게 된 것은 원고의 신용등급이 하락함으로써 인한 것이지 원고가 적극적인 위반행위를 실행해서가 아닌 점, 신용등급 하락은 이전 경영진의 방만한 경영으로 인한 것인 점, 원고는 [별표 6]이 규정한 감경 사유인

'최근 3년 이내에 제재처분을 받은 사실이 없는 경우'보다 더 긴 기간인 17년 동안 건설산업기본법 위반으로 제재를 받은 전력이 없는 점 등의 사정은 시행령 제80조 제2항이 정한 감경 사유 중 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'에 해당한다고 볼 여지가 있다고 판단한 다음, 피고가 시행령 제80조 제1항 [별표 6]에 따른 감경만을 하였을 뿐 추가로 제80조 제2항에 따른 감경을 고려하지 않은 것은 '감경 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경 사유에 해당하지 않는다고 오인한 경우'에 해당한다는 이유를 들어, 이 사건 처분에 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 판단하였다.

3. 그러나 이러한 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍할 수 없다.

가. 행정청이 건설산업기본법 및 그 시행령의 규정에 따라 건설업자에 대하여 영업정지 처분을 함에 있어 건설업자에게 영업정지 기간의 감경에 관한 참작 사유가 존재하는 경우, 행정청이 그 사유까지 고려하고도 영업정지 기간을 감경하지 아니한 채 시행령 제80조 제1항 [별표 6] '2. 개별기준'이 정한 영업정지 기간대로 영업정지 처분을 한 때에는 이를 위법하다고 단정할 수 없으나, 위와 같은 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 그 사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 영업정지 기간을 감경하지 아니하였다면 그 영업정지 처분은 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 할 수 밖에 없다(대법원 2012. 12. 26. 선고 2012두18660 판결 참조).

나. 시행령 제80조 제1항은 [별표 6]으로 '위반행위의 중별과 정도에 따른 영업정지의 기간'을 정하도록 하고 있으나, [별표 6]은 단순히 개별 위반행위에 대한 영업정지 기간만을 정하고 있지 아니하고 '감경·가중의 사유와 기준'도 아울러 정하고 있으므로, [별표 6]의 감경·가중 규정이 시행령 제80조 제1항의 영업정지 기간의 산정방법을 규정한 것인지 아니면 같은 조 제2항의 감경·가중 기준을 구체화한 것인지가 문제된

다.

그런데 시행령 제80조 제1항 [별표 6]이 "위반행위의 정도, 동기 및 그 결과 등 다음 사유를 고려하여 제2호의 개별기준에 따른 영업정지 및 과징금의 2분의 1 범위에서 그 기간이나 금액을 가중하거나 감경할 수 있다."라고 하면서 열거하고 있는 개별적인 감경·가중 사유들은 같은 조 제2항이 감경·가중 기준으로 제시하고 있는 '위반행위의 동기·내용 및 횡수' 등을 반영한 것으로 보이고, 시행령 제80조의 취지가 [별표 6]에 따라 '위반행위의 정도·동기·결과' 등을 고려하여 감경을 한 후 이와 다르다고 보기 어려운 '위반행위의 동기·내용·횡수' 등의 사유로 다시 감경하도록 한 것이라고 해석되지 아니한다. 그리고 시행령 제80조의 연혁을 보더라도, 종전 구 건설산업기본법 시행령(2012. 11. 27. 대통령령 제24204호로 개정되기 전의 것) 제80조 제1항 [별표 6]은 감경·가중 사유를 규정하지 아니한 채 위반행위의 내용에 따른 영업정지의 기간만을 정하고, 국토교통부 예규인 건설업관리규정이 위 시행령 제80조 제2항의 감경·가중의 기준을 구체화하여 감경 사유와 가중 사유를 세부적으로 규정하고 있었는데, 위 시행령이 2012. 11. 27. 대통령령 제24204호로 개정되면서 건설업관리규정에 있던 감경·가중 사유 부분이 일부 수정되어 제80조 제1항 [별표 6]에 규정되면서 위 별표의 감경·가중과 같은 조 제2항의 감경·가중이 형식적으로 별개의 감경·가중 제도처럼 보이게 된 것에 불과하다.

이러한 사정들을 종합해 보면, 시행령 제80조 제1항 [별표 6]은 제2항의 감경 기준인 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'를 구체화하여 이에 해당하는 개별적인 감경 사유를 규정한 것이라고 보아야 하므로, 위 [별표 6]에 따라 '위반행위의 동기·내용 및 횡수' 등이 고려되어 감경이 이루어진 이상 이에 해당하는 사정들에 대하여 같은 조 제2항에

따른 감경이 고려되지 않았다고 볼 수는 없다. 따라서 행정청이 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'에 관한 참작 사유에 대하여 [별표 6]에 따른 감경만을 검토하여 영업정지의 기간을 정하였다 하더라도 그 처분이 '감경 사유가 있음에도 이를 전혀 고려하지 않거나 감경 사유에 해당하지 않는다고 오인한 경우'로서 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당한다고 볼 수 없다.

다. 이러한 법리를 앞서 본 사실관계에 비추어 살펴보면, 원심이 위 제2항의 감경 사유에 해당할 수 있다고 본 사정들은 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'와 관련되는 것들로서, 피고가 원고에게 위 [별표 6]을 적용하여 원고의 영업정지 기간을 6개월에서 5개월로 감경한 이상, 피고는 시행령 제80조 제2항의 감경 기준 중 '위반행위의 동기·내용 및 횡수'를 고려하였다고 보아야 하므로, 피고가 '감경 사유를 전혀 고려하지 않았거나 감경 사유에 해당하지 않는다고 오인한 경우'에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 원심이 든 위 사정들을 모두 고려하더라도 영업정지 5개월을 명한 이 사건 처분이 위반행위의 동기·내용 및 횡수 등을 고려하도록 한 시행령 제80조 제2항에 비추어 지나치게 무거운 것으로서 재량권 일탈·남용에 해당한다고 보기도 어렵다.

라. 그럼에도 원심은 이와 다른 전제에서, 그 판시와 같은 이유만을 들어 이 사건 처분이 위법하다고 판단하였으니, 이러한 원심의 판단에는 건설산업기본법 시행령상 영업정지 기간의 감경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

#### 4. 결론

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

재판장      대법관      이인복

                  대법관      김용덕

주 심      대법관      김소영

                  대법관      이기택