

# 서울고등법원

## 제 11 행정부

### 판 결

사 건 2011누41375 건설업등록말소처분취소  
원고, 피항소인 ○○○  
대표이사 ○○  
소송대리인 법무법인 ○○○  
피고, 항소인 ○○○  
소송수행자 ○○○  
제 1 심 판 결 수원지방법원 2011. 10. 27. 선고 2011구합9172 판결  
변 론 종 결 2012. 4. 4.  
판 결 선 고 2012. 5. 16.

### 주 문

1. 피고가 한 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

### 청구취지 및 항소취지

1. 청구취지

피고가 2011. 7. 26. 원고에게 한 건설업등록 말소처분을 취소한다.

## 2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 원고가 한 청구를 기각한다.

# 이 유

## 1. 처분 경위

가. 원고는 2002. 8. 22. 건설산업기본법 제9조 제1항에 따라 건축공사업을 업종으로 한 건설업 등록을 마친 회사인데, 2009. 7. 7. 피고로부터 건설업등록기준 중 기술능력 기준 미달을 이유로 영업정지 3월(2009. 7. 17. ~ 2009. 10. 16.) 처분(이하 '중전 처분' 이라고 한다)을 받았다.

나. 피고는 2011. 7. 26. 원고에게 "주기적 신고 미이행에 따라 시정명령을 하였으나 이를 이행하지 않았다"는 이유로 건설산업기본법 제83조 제6호에 따라 건설업등록을 말소하는 처분을 하였다. 피고는 그 무렵 2011. 7. 26.자 처분에서 든 처분 사유가 잘못된 것을 발견하고, 2011. 8. 9. 원고에게 2011. 7. 26.자 처분 내용을 '등록기준미달 (자본금, 기술인력)에 따른 등록말소'로 변경하였다(이하 2011. 8. 9.자 처분 내용 정정에 따라 처분 내용이 변경된 2011. 7. 26.자 처분을 '이 사건 처분'이라고 한다).

【인정근거 : 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1, 갑 제3호증, 을 제2호증의 기재, 변론 전체의 취지】

## 2. 이 사건 처분의 적법 여부

### 가. 원고가 한 주장

이 사건 처분은 아래와 같은 이유로 위법하다.

### 1) 절차적 흠 주장

원고는 이 사건 처분서를 송달받지 못하였고 소송을 제기하기 위하여 모사전송 방법으로 처분서 사본을 받았을 뿐이다. 이 사건 처분은 행정절차법 제14조에 따라 적법하게 송달되지 않았다. 또한, 원고가 모사전송의 방법으로 받은 이 사건 처분에는 법적 근거와 처분 내용이 구체적으로 제시되어 있지 않았다.

### 2) 기술인력 부족 사유가 발생하지 않았다는 주장

이 사건 처분 사유 중 기술인력이 부족했다는 사유는 건설기술자의 일방적 퇴직으로 말미암아 한때 발생한 것이므로 건설산업기본법 제83조 제2호 단서 및 건설산업기본법 시행령 제79조의2 제1호에서 정한 일시적인 등록기준 미달에 해당하여 건설업 등록 말소사유에 해당하지 않는다.

### 3) 재량권 일탈·남용 주장

이 사건 처분은 위반일시 이후 상당한 기간이 경과한 후에 이루어진 점, 위반경위에 비추어 지나치게 과중한 점 등에 비추어 보면, 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다.

#### 나. 관계 법령

별지 관계 법령 기재와 같다.

#### 다. 절차적 흠 주장에 관한 판단

1) 행정절차법 제14조 제1항은 "송달은 우편·교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법에 의하되 송달받을 자(대표자 또는 대리인을 포함한다. 이하 같다)의 주소·거소·영업소·사무소 또는 전자우편주소로 한다. 다만, 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다"고 규정하고 있고, 제2항에서는 "교부에 의한 송달은

수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 행하며, 송달받은 장소에서 송달받은 자를 만나지 못한 때에는 그 사무원·피용자 또는 동거자로서 사리를 분별할 지능이 있는 자에게 이를 교부할 수 있다"고 규정하고 있으며, 제4항에서는 "다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다. 1. 송달받을 자의 주소등을 통상의 방법으로 확인할 수 없는 경우 2. 송달이 불가능한 경우"로 규정하고 있다.

2) 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 1, 2, 3, 갑 제3호증, 을 제2호증의 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 아래 사실이 인정된다.

① 피고는 2011. 7. 26. 원고에게 주기적 신고 미이행으로 시정명령을 하였으나, 이를 이행하지 않았다는 이유로 건설산업기본법 제83조 제6호에 따라 등록말소처분을 하고 건설산업기본법 제85조의3에 따라 건설산업종합정보망에 공고하겠다는 내용을 담은 처분서를 작성하였다.

② 원고의 본점 소재지는 '■■■■'였으나, 2008. 4. 13. '■■■■■■'로 변경되었고, 그에 따라 2008. 4. 22. 위 장소를 본점 소재지로 하는 변경등기가 마쳐졌다.

③ 피고는 2011. 7. 26. 위 처분 후 그 처분서를 원고의 변경된 본점 소재지가 아니라 변경되기 전의 본점 소재지(이하 '종전 본점 소재지'라고 한다)로 우편송달하였으나 반송되었고, 다시 원고 대표이사 주소지로 송달하였으나 반송되었다. 피고는 그 후 위 처분의 내용을 행정절차법 제14조 제4항에 따라 공고하는 방법으로 송달하였다.

④ 피고는 2011. 8. 9. 원고에 대한 2011. 7. 26.자 처분 내용을 당초 '주기적 신고 미이행에 따른 등록말소'로 하였던 것을 '등록기준미달(자본금, 기술인력)에 따른 등록말소'로 변경하면서 근거 법령으로 '건설산업기본법 제83조 제2호, 건설업관리지침

제7장 제2호 나목'을 들었으며, 건설산업기본법 제85조의3에 따라 그 내용을 공고하였다. 피고는 그 무렵 위 변경 내용을 다시 원고의 종전 본점 소재지, 원고 대표이사 주소지로 송달하였으나 반송되었고, 그 후 처분 내용을 행정절차법 제14조 제4항에 따라 공고하는 방법으로 송달하였다.

⑤ 원고는 그 무렵 건설산업종합정보망에서 이 사건 처분이 있었던 사실을 알았고, 2011. 8. 5. 무렵 피고에게 요청하여 2011. 7. 26.자 처분서의 사본(갑 제3호증)을 모사전송의 방법으로 송부받고, 2011. 8. 11. 이 사건 소를 제기하였다.

2) 위에서 인정한 사실에 따르면, 피고는 이 사건 처분서를 원고 본점 소재지로 송달하지 못하였고, 원고 대표이사의 주소지로도 송달하지 못하였다. 또, 행정절차법 제14조 제4항에 따른 송달은 '송달받을 자의 주소 등을 통상의 방법으로 확인할 수 없는 경우' 또는 '송달이 불가능한 경우'에 할 수 있는 송달 방법인데, 피고는 원고의 변경된 본점 소재지로 우편송달을 하지도 않았으므로, 행정절차법 제14조 제4항에 따라 송달 역시 그 요건을 갖추지 못하였다. 따라서 이 사건 처분은 나머지 절차적 흠주장을 살필 필요 없이 송달의 효력이 발생하지 않아 위법하다.

이에 대하여, 피고는 원고가 건설산업종합정보망에 공고된 내용을 보고 이 사건 처분 내용을 알게 되었고, 갑 제3호증을 모사전송의 방법으로 송부받은 이상 이 사건 처분서는 적법하게 송달된 것으로 볼 수 있다고 주장한다. 그러나 피고는 원고에게 처분 사유를 변경하기 전의 2011. 7. 26.자 처분서의 사본만을 보냈을 뿐 아니라, 송달이 부적법한 이상 그 후 처분 사실을 알렸다고 하더라도 처분의 효력은 발생하지 않으므로(대법원 1994. 1. 11. 선고 93누21705 판결 등 참조), 위 주장을 받아들이기 어렵다.

피고는 또한, 이 사건 처분서를 2011. 8. 25. 원고의 본점 소재지로 발송하여

2011. 8. 29. 송달되었으므로, 이 사건 처분의 흠은 치유된 것이라는 취지로 주장하므로 이에 관하여 본다. 행정처분 흠의 치유는 늦어도 행정처분에 대한 불복 여부의 결정 및 불복신청을 할 수 있는 상당한 기간 내에 하여야 하므로, 소가 제기된 이후에는 흠의 치유가 인정될 수 없다. 이 사건 처분서가 송달되지 않은 형식적 흠이 있다는 주장을 담은 소장이 2011. 8. 18. 피고에게 송달된 후(기록상 명백한 사실), 피고가 이 사건 처분서를 원고의 본점 소재지로 송달하였으므로, 이 사건 처분의 흠이 치유되었다고 볼 수 없다.

이 부분 피고 주장도 이유 없다.

#### **라. 기술인력 부족 사유가 없다는 주장에 관한 판단**

1) 건설산업기본법 제10조 및 건설산업기본법 시행령 제13조 제1항 제1호 [별표 2]에 의하면, 건설공사업의 경우 건설기술관리법에 의한 건축분야의 건축기사 또는 건축기사의 중급기술자 이상인 자 중 2인을 포함한 건축분야 건설기술자 5인 이상을 보유하여야 한다고 규정하고 있는 한편, 건설산업기본법 제83조 제2호 및 건설산업기본법 시행령 제79조의2 제1호에는 건설업자가 법 제10조의 규정에 의한 건설업 등록기준에 미달하는 때에는 건설업자의 건설업 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다고 규정하면서, 다만 위 기술능력에 해당하는 자의 사망·실종 또는 퇴직으로 인하여 등록기준에 미달하는 기간이 50일 이내인 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 여기서 '퇴직으로 인하여 등록기준에 미달하는 기간이 50일 이내인 경우는 그러하지 아니하다'는 의미는 위 규정의 문언 및 취지 등을 고려할 때, 기술능력에 해당하는 자의 사망·실종 또는 퇴직으로 인한 등록기준 미달의 경우 최대 50일 이내의 기간 이내에는 등록기준 미달로 보지 않겠다는 내용에 해당할 뿐

원고 주장과 같이 '건설기술자가 퇴직하여 등록기준 미달사유가 발생하였을 때 그 퇴직일로부터 그 퇴직자를 대체할 건설기술자를 채용할 때까지의 기간이 50일 이내이면 제재사유로 보지 아니한다'는 의미라고 볼 수는 없다.

2) 갑 제2호증의 1, 2, 을 제1호증의 기재와 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 2009. 9. 1. 기준으로 ◎◎◎, ●●●, ◇◇◇, ○○○, ▲▲▲ 등 5인의 건설기술자를 보유하고 있다가 그 중 ○○○이 2009. 9. 13.에, ●●●이 2009. 10. 8.에, ◇◇◇가 2009. 11. 21.에 퇴직하였으나 그 퇴직에 따라 부족하게 된 인원을 보충하기 위하여 2009. 10. 26. ◆◆◆을, 2009. 11. 22. ◎◎◎를, 2009. 12. 30. ○○을 건설기술자로 채용한 사실이 인정된다. 따라서 원고의 영업정지 기간이 끝난 후인 2009. 10. 17.부터 ○○이 채용된 2009. 12. 30. 이전까지 74일의 기간은 등록기준인 기술인력 5인에 미달하는 기간에 해당하고, 그 기간은 건설산업기본법 시행령 제79조의2 제1호에서 정한 일시적인 미달기간에 해당하는 50일을 24일 초과한다. 원고에게 기술인력 미달 위반사유가 인정된다. 이 부분 원고 주장은 이유 없다.

#### 마. 재량권 일탈·남용 주장에 관한 판단

이 사건 처분은 원고가 한 위반 정도에 비추어 지나치게 무거워 그 재량권을 일탈·남용하였다고 판단된다. 따라서 이 사건 처분은 이 점에 있어서도 위법하다. 그 이유는 다음과 같다.

① 원고에게 기술인력 부족 사유가 인정되기는 하나, 원고는 영업정지 기간 내에 동시 또는 순서대로 기술인력이 퇴사하면서 후임자를 찾으려 하였으나 찾지 못하여 기술인력 기준을 충족하지 못하게 되었을 뿐 달리 관련 규정을 어기려는 고의가 있었다고 볼 수 없다. 따라서 위반행위의 동기에 참작할 사유가 있다.

② 피고는 원고가 기술인력 부족 위반을 한 기간이 2009. 9. 13.부터 2009. 12. 29.까지인 것을 전제로 이 사건 처분을 하였으나, 위반기간은 2009. 10. 17.부터 2009. 12. 29.까지 74일로서 건설산업기본법 시행령 제79조의2 제1호에서 일시적인 미달기간으로 정한 50일을 24일 초과할 뿐이다. 따라서 위반행위 정도가 약하다.

③ 피고는 원고가 건설업관리지침(2010. 11. 10. 국토해양부 예규 제2010-175호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제7장 2. 나. (1) 법 제83조 제2호(건설업등록기준 미달)에 해당되는 건설업자로서 기술능력, 자본금, 시설장비 및 보증가능금액확인서 등 동일한 사유에 해당하는 등록기준의 미달로 최근 3년 이내 제재처분을 받은 사실이 있는 때에 해당하여 등록말소처분을 하였다고 주장한다. 그러나 건설업관리지침은 국토해양부 예규에 불과할 뿐 아니라 건설업관리지침 제7장 2. 나. (1) 단서에서는 '다만, 다른 특별한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다'고 하여 특별한 사유가 있을 때는 등록말소처분을 하지 않을 수 있도록 규정하고 있다. 앞에서 본 위반행위의 동기, 위반행위의 정도 등을 고려할 때, 원고에게는 건설업관리지침 제7장 2. 나. (1) 단서가 적용될 수 있다[건설업관리지침 제7장 3. 가. (1) (나)에서는 영업정지기간을 1/2까지 감경할 수 있는 감경사유의 하나로 법령해석상 착오로 건설산업기본법령을 위반하여 위반내용에 대하여 시정을 완료한 경우로서 정상을 참작할 필요가 있는 때를 들고 있는데, 그 규정이 영업정지에 관한 것이기는 하나 등록말소처분을 경감할 특별한 사유를 해석하는 데 참고할 수 있을 것이다].

④ 피고는 이 사건 처분 당시 원고에게 자본금 부족과 기술인력 부족 사유가 발생하였는데, 자본금 부족은 영업정지 처분 사유에 해당하고(건설산업관리법 시행령 제80조 관련 [별표 6] 4. 가.에 따르면 영업정지 6개월 대상에 해당한다), 기술인력 부족 사



유는 등록말소처분에 해당하였으나, 영업정지 처분의 실익이 없어 자본금 부족을 고려하지 않고 이 사건 처분을 하였다고 주장하고(2012. 5. 4.자 보충서면 참조) 있다.

⑤ 이 사건 처분의 재량권 일탈·남용 여부를 판단할 때 자본금 부족 사유를 고려해야 한다고 하더라도, 건설업관리지침 제7장 1. 가.에서는 '건설산업기본법 제82조, 제83조, 제99조, 제100조 등의 규정에 의한 영업정지, 과태료 등 제재처분은 위반행위별로 하여야 한다'고 규정하므로 자본금 부족 사유로 말미암아 등록말소처분을 하여야 할 것은 아닐 뿐만 아니라, 2009년 자본금 부족 사유는 종전 처분 때문에 영업을 하지 못한 것에 원인이 있고, 그 후 자본금이 보충된 이상(다툼 없는 사실), 이 사건 처분은 그 위반 정도에 비추어 지나치게 무겁다.

#### 바. 소결론

이 사건 처분은 어느 모로 보나 위법하다.

### 3. 결론

제1심 판결은 정당하다. 피고가 한 항소를 기각한다.

재판장      판사      김의환      \_\_\_\_\_

                         판사      김태호      \_\_\_\_\_

                         판사      이형근      \_\_\_\_\_

## 관계 법령

### ■ 행정절차법

#### 제14조(송달)

- ① 송달은 우편·교부 또는 정보통신망 이용 등의 방법에 의하되 송달받을 자(대표자 또는 대리인을 포함한다. 이하 같다)의 주소·거소·영업소·사무소 또는 전자우편주소(이하 "주소등"이라 한다)로 한다. 다만, 송달받을 자가 동의하는 경우에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다.
- ② 교부에 의한 송달은 수령확인서를 받고 문서를 교부함으로써 행하며, 송달하는 장소에서 송달받을 자를 만나지 못한 때에는 그 사무원·피용자(피용자) 또는 동거자로서 사리를 분별할 능력이 있는 자에게 이를 교부할 수 있다.
- ③ 생략
- ④ 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 송달받을 자가 알기 쉽도록 관보·공보·게시판·일간신문중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.
  1. 송달받을 자의 주소등을 통상의 방법으로 확인할 수 없는 경우
  2. 송달이 불가능한 경우

### ■ 건설산업기본법

#### 제9조 (건설업의 등록등)

- ① 건설업을 영위하려는 자는 국토해양부장관에게 대통령령이 정하는 업종별로 등록을 하여야 한다. 다만, 대통령령이 정하는 경미한 건설공사를 업으로 하려는 경우에는 그러하지 아니하다.

#### 제10조 (건설업의 등록기준)

제9조 제1항에 따른 건설업의 등록기준이 되는 기술능력·자본금(개인인 경우에는 자산평가액을 말한다. 이하 같다)·시설 및 장비와 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

#### 제83조 (건설업의 등록말소 등)

국토해양부장관은 건설업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 때에는 그 건설업자(제9호의 경우 중 하도급한 때에는 그 수급인을 포함한다)의 건설업의 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제1호의2·제3호·제5호부터 제7호까지 또는 제11호에 해당하는 때에는 건설업의 등록을 말소하여야 한다.

2. 제10조의 규정에 의한 건설업의 등록기준에 미달한 사실이 있는 때. 다만, 일시적으로 등

록기준에 미달되는 등 대통령령이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

**제85조의3(등록말소 등의 공고)**

① 국토해양부장관은 제81조, 제82조, 제82조의2, 제83조 및 제101조에 따라 건설업자에 대하여 시정명령, 영업정지, 등록말소 또는 과태료 부과처분 등을 하면 국토해양부령으로 정하는 바에 따라 그 내용을 공고하고, 공고 사실을 본인에게 알려야 한다.

**■ 건설산업기본법 시행령**

**제13조 (건설업의 등록기준)**

① 법 제10조에 따른 건설업의 등록기준은 다음 각 호와 같다.

1. 별표 2의 규정에 의한 기술능력·자본금(개인인 경우에는 건설업에 제공되는 자산의 평가액을 말한다. 이하 같다)·시설 및 장비를 갖추 것

**제79조의2 (일시적인 등록기준미달)**

법 제83조 제2호 단서에서 "대통령령이 정하는 경우"라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 제13조 제1항 제1호의 규정에 의한 기술능력에 해당하는 자의 사망·실종 또는 퇴직으로 인하여 등록기준에 미달되는 기간이 50일 이내인 경우

[별표 2] 건설업의 등록기준 (제13조 관련)

업종	기술능력	자본금 (개인인 경우 영업용 자산평가액)		시설·장비
		법인	개인	
건축 공사업	건설기술관리법에 의한 건축분야의	법인	5억원 이상	사무실
	건축기사 또는 건축분야의 중급기술자 이상인 자 중 2인을 포함한 건축분야 건설기술자 5인 이상		10억원 이상	

**제80조 (영업정지 또는 과징금 부과기준등)**

① 법 제84조 규정에 의한 위반행위의 중별과 정도에 따른 영업정지의 기간 또는 과징금의 금액은 별표 6과 같다.

[별표 6] 영업정지 및 과징금의 부과기준

4. 법 제83조 중 영업정지처분을 하는 경우의 위반행위별 영업정지기간

위반행위  
근거법조문  
영업정지기간

가. 법 제10조에 따른 건설업의 등록기준에 미달하는 경우  
법 제83조제3호  
6개월

■ 건설업관리지침(2010. 11. 10. 국토해양부 예규 제2010-175호로 개정되기 전의 것)

제7장 건설산업기본법 위반자에 대한 제재기준

1. 영업정지 또는 과태료 등 중복 제재 금지

가. 건설산업기본법 제82조, 제83조, 제99조, 제100조 등의 규정에 의한 영업정지, 과태료 등 제재처분은 위반행위별로 하여야 하며, 이미 처분한 동일한 위반행위에 대하여 다시 처분 하여서는 아니된다.

2. 영업정지 또는 과징금부과 결정기준

나. 법 제83조의 규정에 의한 위반행위 중 다음의 경우에는 등록말소처분을 한다. 다만, 다른 특별한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

(1) 법 제83조 제2호(건설업등록기준 미달)에 해당되는 건설업자로서 기술능력, 자본금, 시설·장비 및 보증가능금액확인서 등 동일한 사유에 해당하는 등록기준의 미달로 최근 3년 이내 제재처분을 받은 사실이 있는 때

3. 제재처분내용(기간 및 금액등)에 대한 결정기준

가. 영업정지기간의 결정기준 : 영 제80조 별표6에서 정한 기간 중 그 2분의1 범위 안에서 감경 또는 가중은 다음에 의하여 결정할 수 있다. 다만, 다른 특별한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

(1) 감경사유

(나) 위반동기 : 법령해석상의 착오로 건설산업기본법령을 위반하여 위반내용에 대하여 시정을 완료한 경우로서 정상을 참작할 필요가 있는 때

<끝>