

서울고등법원

제 7 행정부

판 결

사 건	2015누40158 업무정지처분취소
원고, 항소인	A
피고, 피항소인	1. 서울특별시 OO구청장 소송수행자 ○○○
피 고	2. 서울특별시 OO구 대표자 구청장 ○○○
제 1 심 판 결	서울행정법원 2015. 3. 20. 선고 2014구합19490 판결
변 론 종 결	2015. 11. 12.
판 결 선 고	2015. 12. 10.

주 문

1. 원고의 피고 서울특별시 OO구청장에 대한 항소를 기각한다.
2. 원고가 당심에서 추가한 피고 서울특별시 OO구에 대한 청구를 기각한다.
3. 항소제기 이후의 소송비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지

1. 원래의 청구취지

피고 서울특별시 OO구청장이 2014. 10. 27. 원고에 대하여 한 업무정지처분을 취소한다.

2. 당심에서 추가된 청구취지(행정소송법 제10조 제2항)

피고 서울특별시 OO구는 원고에게 12,000,000원 및 이에 대하여 2015. 4. 24.부터 이 사건 제1심 판결선고일까지는 연 5%의, 그 다음날부터 다 갚는 날까지는 연 20%의 각 비율에 의한 금원을 지급하라.

항 소 취 지

제1심판결의 취소 및 청구취지 제1항 기재와 같은 판결을 구하다.

이 유

1. 업무정지처분 취소청구에 대한 판단¹⁾

가. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 부분에 관하여 설시할 이유는 원고의 당심에서의 주장에 대하여 아래와 같이 추가 판단을 하는 이외에 제1심판결 이유와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 그대로 인용한다.

나. 추가 판단

1) 원고는 당심에서 다음과 같이 주장한다.

1) 공인중개사법 제38조 제1항 제10호에 의하면 최근 1년 동안 업무정지를 3회 이상 받은 경우 가중적 제재처분으로 등록취소를 할 수 있음을 규정하고 있고, 이 사건 변론종결일을 기준으로 할 때 이 사건 처분의 업무정지기간이 도과된 후 1년이 지나지 아니하였으므로 소의 이익이 있다.

가) 근거법령의 위헌성

(1) 현행 공인중개사법은 공인중개사가 중개대상물을 제대로 확인하고 설명하지 아니한 행위에 대하여 업무정지처분을 하는 것이 과잉금지원칙에 반하여 기본권 침해 소지가 있다는 반성적 고려 하에 이를 과태료 부과 대상으로 개정하였는데, 그 부칙(2014. 5. 21.) 제3조(이하 '이 사건 부칙 조항'이라고 한다)는 개정 법률 시행 전에 발생한 사유로 인한 경우에는 종전의 규정에 따르도록 하고 있으므로, 이는 위반행위의 위법성에 비하여 과도한 제재처분을 규정한 것으로 헌법에 위배된다.

(2) 구 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 시행규칙(2012. 6. 27. 국토해양부령 제488호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 시행규칙'이라고 한다) 제25조 제1항 [별표 2] 제6호(이하 '이 사건 시행규칙 조항'이라고 한다)는 모법인 구 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제39조 제1항이 업무정지처분을 임의적으로 하도록 규정하고 있음에도 불구하고 필요적으로 업무정지처분을 하도록 규정하고 있으므로 위임입법의 한계를 일탈하였다.

나) 원고의 위반행위와 임차인의 손해 간의 인과관계 부존재

임차인 B는 이 사건 건물에 대한 배당절차에서 선순위 근저당권 및 전세권 등의 존재로 애초에 임대차보증금 중 일부를 배당받지 못할 수밖에 없어 그로 인한 손해는 원고가 실제 권리관계 또는 공시되지 않은 물건의 권리사항에 관하여 확인·설명의무를 다하지 않은 행위로 인한 것이 아니므로, 이 사건 처분은 위법하다.

2) 위 각 주장에 대한 이 법원의 판단은 다음과 같다.

가) 근거법령의 위헌 여부에 대하여

(1) 구 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제25조 제1항이 공인

중개업자로 하여금 임차의뢰인에게 중개대상물에 관하여 성실하고 정확한 확인·설명을 할 의무를 부과하고 있는 것은 부동산 시장에서 중요한 역할을 담당하는 부동산중개업을 건전하게 지도·육성하여 부동산중개업의 공신력을 높이기 위함이고, 이에 따라 공정한 부동산 거래질서를 확립하여 국민의 재산권을 보호하기 위한 차원에서 중개업자 등에게 위와 같은 의무를 부과하고 있는 것이므로 그 입법의 목적은 정당하다.

(2) 이 사건 부칙 조항의 위헌성에 관하여 보건대, 구 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제39조 제1항 제5호는 공인중개업자가 위와 같은 중개대상물의 확인·설명의무를 위반한 경우 6개월 이내의 범위에서 업무정지처분을 할 수 있도록 규정하고 있는데, 새로 개정된 현행 공인중개사법 제51조 제2항 제1호의2가 위와 같은 의무 불이행에 대하여 업무정지가 아닌 과태료를 부과하도록 규정한 점을 감안해 보면 그와 같은 제재처분의 수위가 위반행위의 위법성에 비하여 무겁다고 볼 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 이 사건 시행규칙 조항에서 업무정지 기간을 3개월로 정하고 있어 기본권이 한시적으로 제한될 뿐인 점, 이 사건 시행규칙 제25조 제2항에서 "등록관청은 위반행위의 동기·결과 및 횡수 등을 참작하여 업무정지기간의 2분의 1 범위 안에서 가중 또는 감경할 수 있다."고 규정하여 위반행위의 태양에 따라 구체적 타당성을 도모하고 있는 점, 무엇보다도 공인중개업자가 중개대상물의 권리관계나 이용제한사항에 대하여 잘못되거나 부정확한 정보를 제공할 경우 이 사건과 같이 임차인이 예측 불가능한 손해를 입을 수 있는 등 부동산 법률관계와 관련하여 여러 가지 복합적인 문제를 야기할 수 있으므로 이를 강하게 제재할 필요성이 있는 점 등의 사정을 고려하면, 이 사건 부칙 조항이 헌법에 위배될 정도로 과도한 제재처분에 해당한다고 볼 수는 없다. 그리고 입법자가 위와 같이 법률을 개정한 것은 중개대상물에 관한 확

인·설명의무를 불이행한 데 대하여 업무정지처분을 하는 것이 과도한 제재처분이라는 반성적인 고려에 의한 것이라기보다는 공인중개업자에게 위와 같은 의무를 부과하여 부동산중개업의 공신력을 높이고자 하는 제도의 취지는 유지시키되 업무정지로 인하여 발생할 소비자의 불편을 최소화할 목적에서 영업 자체를 정지하는 대신 경제적 불이익을 가하는 방법으로 제재수단을 변경한 것으로 이해되고, 이 사건 부칙 조항은 개정 법률 시행 전에 있었던 기존의 위반행위에 대하여 관계법령의 변경으로 인하여 생길 수 있는 혼선을 방지하고 법적 안정성을 도모하기 위한 입법적 고려를 반영한 것이므로, 입법자의 재량에 속하는 사항에 해당한다. 따라서 위와 같은 입법자의 의사에 따라 마련된 이 사건 부칙 조항이 헌법에 위배된다고 할 수는 없다.

(3) 이 사건 시행규칙 조항에 관하여 보건대, 이는 업무정지 기준을 정해 놓은 것일 뿐이고 필요적으로 업무정지 처분을 하도록 규정한 것으로 해석되지 않는다. 그리고 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고, 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 하는데(대법원 1995. 10. 17. 선고 94두14148 전원합의체 판결 등 참조), 이 사건 시행규칙 조항은 이러한 취지에 따라 행정청 내부의 기준을 정해 놓은 것일 뿐이므로, 거기에 무슨 위임입법의 한계 이탈 문제가 발생할 이유도 없다. 이 부분 주장 역시 받아들이지 않는다.

나) 원고의 위반행위와 임차인의 손해 간의 인과관계에 대하여

구 공인중개사의 업무 및 부동산 거래신고에 관한 법률 제25조 제1항, 제39조 제1항 제5호에 의하면, 업무정지처분을 함에 있어서는 중개업자가 중개대상물의 확인·설

명의무를 이행하지 아니하거나 설명의 근거자료를 제시하지 않으면 족하고, 이로 말미암아 확인·설명 의무의 상대방이 된 임차인의 손해가 실제로 발생할 것을 요하지 않는다. 나아가 위 인정의 사실관계에 의하면 이 사건의 경우 인과관계가 없다고 단정하기도 어렵다. 따라서 이 부분 주장 또한 이유 없다.

3. 원고가 당심에서 추가한 청구에 대한 판단

원고는 OO구청장의 이 사건 처분이 위법하고 이로 인하여 원고가 업무활동을 제대로 영위하지 못함으로써 1,200만 원의 손해를 보았으므로 피고 서울특별시 OO구는 원고에게 그 손해를 배상할 의무가 있다고 주장한다.

그러나 OO구청장의 이 사건 처분이 적법한 것임은 앞에서 판단한 바와 같으므로, 이 사건 처분의 위법을 전제로 하는 원고의 이 부분 청구도 역시 받아들일 수 없다.

4. 결 론

그렇다면 원고의 피고 서울특별시 OO구청장에 대한 영업정지처분 취소청구는 이유 없어 기각할 것인데, 이에 대한 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로 이에 대한 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각한다. 그리고 원고가 당심에서 추가한 피고 서울특별시 OO구에 대한 손해배상 청구 또한 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장	판사	황병하
	판사	유헌종

판사 김관용