

# 광 주 고 등 법 원

## 제 1 행 정 부

### 판 결

사 건 2020누12628 공인중개사 등록취소처분 취소청구  
원고, 항소인 A  
피고, 피항소인 B  
제 1 심 판 결 광주지방법원 2020. 11. 5. 선고 2019구합15790 판결  
변 론 종 결 2021. 4. 8.  
판 결 선 고 2021. 6. 10.

### 주 문

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 피고가 2019. 12. 24. 원고에 대하여 한 공인중개사 등록취소처분을 취소한다.
3. 소송총비용은 피고가 부담한다.

### 청구취지 및 항소취지

주문과 같다.

### 이 유

## 1. 처분의 경위

가. 원고는 공인중개사로서 광주 동구 C에 'D'라는 상호로 중개사무소를 개설·등록하였다.

나. 원고는 2019. 6. 27. 광주지방법원으로부터 아래와 같은 주택법위반, 공인중개사법위반의 범죄사실로 벌금 300만 원의 약식명령을 발령받았고, 위 약식명령은 그 무렵 확정되었다(광주지방법원 2019고약5246, 이하 '이 사건 약식명령'이라 한다).

### 범죄사실

누구든지 대통령령으로 정하는 기간이 지나기 전에는 투기과열지구에서 건설·공급되는 주택의 입주자로 선정된 지위 및 분양가상한제 적용주택 및 그 주택의 입주자로 선정된 지위를 전매하거나 이의 전매를 알선할 수 없다.

광주 동구 아파트는 분양가상한제가 적용되어 주택공급계약 체결이 가능한 날인 2016. 12. 13.부터 1년간 분양권 전매가 금지되어 있다.

피고인은 광주 동구 C에 'D'라는 상호로 개설등록한 개업공인중개사이다.

피고인은 광주 동구 아파트 F호 분양권에 대하여 2017. 05. 29. 나주시 G에 있는 'H' 사무실에서 I(분양권 당첨자)이 J(최종 매수자)에게 현금 2,800만원을 받고 전매하는 과정을 알선하고, J로부터 알선수수로 100만원을 받았다.

이로써 피고인은 분양가상한제 적용주택으로 그 전매금지기간 중임에도 불구하고 이를 위반하여 입주자로 선정된 지위 또는 주택의 전매를 알선한 것과 동시에 탈세 등 관계법령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산투기를 조장하였다.

다. 피고는 2019. 12. 24. 원고가 구 공인중개사법(2016. 12. 2. 법률 제14334호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공인중개사법'이라 한다) 제33조를 위반하여 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받았다는 사유로 같은 법 제10조 제1항 제11호, 제38조 제1항 제3호에 따라 원고에 대하여 중개사무소 개설등록을 취소한다는 처분을 하였다(이하 '이 사건 처분'이라 한다).

[인정 근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 원고의 주장

### 가. 처분사유 부존재

1) 원고는 '구 공인중개사법 제33조 제5호 위반' 행위로 약식명령이 확정되었음에도 피고는 처분사전통지서에 처분의 원인사실을 '구 공인중개사법 제33조 제7호 위반'으로 기재하였고, 이 사건 처분서에는 '구 공인중개사법 제33조 위반'으로 기재하였다. 이 사건 처분은 그 법적근거 규정이 이 사건 약식명령의 처벌규정과 상이하여 위법하고, 법령을 잘못 적용한 위법이 있다.

2) 원고는 이 사건 약식명령에서 주택법위반죄와 공인중개사법위반죄에 해당하고 두 죄가 상상적 경합 관계에 있어 두 죄 중 형이 더 무거운 주택법위반죄에 정한 형으로 처벌받았다. 따라서 원고가 공인중개사법위반죄로 300만 원의 벌금형을 선고받았다고 단정할 수 없다.

### 나. 재량권 일탈·남용

구 공인중개사법 제38조 제2항 제9호는 구 공인중개사법 제33조 각 호에 규정된 금지행위를 한 경우 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제39조 제1항 제11호는 같은 법 제38조 제2항 각 호의 하나에 해당하는 경우 6개월의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다고 규정하여 같은 법 제38조 제1항의 필요적 등록취소사유와 달리 규정하고 있다. 이에 따르면, 원고의 위반행위에 대한 피고의 행정처분은 재량행위에 해당하고, 원고가 이 사건 전에는 어떠한 위법을 저지른 사실이 없는 점, 원고와 같은 위반행위를 한 다른 공인중개사들과의 형평 등에 비추어 보면, 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다.

### 3. 관계 법령

별지 기재와 같다.

### 4. 판단

#### 가. 처분사유 부존재 주장에 관한 판단

##### 1) 첫 번째 주장에 관한 판단

갑 제1, 2호증의 각 기재에 의하면, 이 사건 약식명령의 적용법령에 구 공인중개사법 제33조 제5호라고 기재되어 있고, 처분사전통지서에 처분의 원인이 되는 사실로 구 공인중개사법 제33조 제7호 위반이라고 기재되어 있는 사실은 인정된다. 그러나 위 약식명령의 적용법령의 기재는 위 약식명령의 해당 범죄사실의 내용(... 동시에 탈세 등 관계법령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한 된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산투기를 조장하였다)에 비추어 보면, 구 공인중개사법 제33조 제7호의 오기라고 봄이 타당하다.

한편 갑 제2호증의 기재에 의하면, 위 처분사전통지서에는 '광주지방검찰청으로부터 300만 원의 벌금형'이라고 기재되어 있는 사실이 인정되는바, 원고로서는 원고가 이 사건 약식명령으로 벌금 300만 원을 선고받아 이 사건 처분이 이루어졌다는 사실을 충분히 알 수 있었을 것으로 보이므로, 원고가 주장하는 사정만으로 이 사건 처분이 위법하게 된다고 볼 수 없다.

##### 2) 두 번째 주장에 관한 판단

가) 구 공인중개사법 제38조 제1항 제3호는 개업공인중개사가 같은 법 제10조 제1항 제11호에 해당하는 경우 중개사무소의 개설등록을 취소하도록 규정하고, 같은

법 제10조 제1항 제11호는 '이 법을 위반하여 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 3년이 경과되지 않은 자'의 경우 등록의 결격사유에 해당하는 것으로 규정하고 있다(이하 '이 사건 조항'이라 한다).

나) 원고가 2019. 6. 27. 공인중개사법위반죄와 주택법위반죄의 상상적 경합으로 벌금 300만 원의 약식명령을 발령받아 그 무렵 확정된 사실은 앞서 본 바와 같다.

다) 형법 제40조의 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우로서, 행위의 개수를 고려하여 법정형이 가장 중한 죄에 정한 1개의 형으로 처벌한다는 것일 뿐이다. 따라서 형법 제40조가 적용되었다고 하더라도 법정형이 가장 중한 죄만으로 처벌하고 나머지 죄로는 처벌하지 않는다는 의미는 아니므로(대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결의 취지 참조), 원고는 공인중개사 등록의 결격사유의 요건 중 '이 법을 위반하여 벌금형의 선고를 받고 3년이 경과되지 아니한 자'에는 해당한다고 볼 수 있다.

라) 그러나 위 인정 사실 및 거시 증거에 변론 전체의 취지를 종합하여 알 수 있는 다음과 같은 사정 등에 비추어 보면, 원고가 '이 법을 위반하여 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 3년이 경과되지 아니한 자'에 해당한다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.

① 중개사무소 개설등록취소처분은 침익적 행정처분이고, 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 그 의미가 불명확한 경우 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 해석·적용하여서는 아니 된다(대법원 2019. 2. 21. 선고 2014두12697 판결 등 참조). 특히 이 사건 조항에 따른 중개사무소 개설등록취소처분은 그 요건이 충족되면 행정청의 재량을 허용하지 않는 기속행위라고 할

것이므로, 더욱 그러하다.

② 원고의 경우 구 공인중개사법 제33조 제7호 및 구 주택법(2016. 12. 2. 법률 제14344호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 주택법'이라 한다) 제64조 제1항 제2호를 위반하는 행위를 저질러, 구 공인중개사법 제48조 제3호 및 구 주택법 제101조 제2호에 의하여 처벌받되, 다만 형법 제40조에 의하여 법정형이 더 중한 구 주택법이 정한 형으로 처벌받은 것으로 하여 선고형이 벌금 300만 원으로 정해졌다.

③ 구 공인중개사법위반죄의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금이고, 구 주택법위반죄의 법정형은 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금으로 규정하고 있다.

④ 구 공인중개사법 제10조의2는 '형법 제38조에도 불구하고 제48조 및 제49조에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 벌금형을 선고하는 경우에는 이를 분리 선고하여야 한다'라고 규정하고 있는 반면, 공인중개사법위반죄와 상상적 경합관계에 있는 죄에 대하여 형의 선고를 받은 경우에 이 사건 조항을 어떻게 적용할 것인지에 관하여는 규정하고 있지 않다.

이 사건과 같이 공인중개사법위반죄와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄의 법정형이 더 중하여 그 죄에서 정한 형으로 처벌을 받게 되어 공인중개사 등록의 결격사유의 하한인 300만 원의 벌금형을 선고 받은 경우에는 원고가 이 사건 조항에서 말하는 '이 법을 위반하여 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 자'에 해당한다고 함부로 단정할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

구 공인중개사법위반죄의 벌금형의 상한(2,000만 원)보다 구 주택법위반죄의 벌금형의 상한(3,000만 원)이 훨씬 큰 점, 원고의 구 공인중개사법위반의 범행 횟수,

범행 내용, 그로부터 얻은 수익, 범죄 전력 등에 비추어 보면, 원고가 구 공인중개사법 위반의 단순 일죄로 기소되었다면 300만 원 미만의 벌금형을 선고받았을 개연성이 높다. 특히 원고와 함께 구 공인중개사법위반죄와 구 주택법위반죄의 상상적 경합으로 벌금 300만 원의 약식명령을 받은 피고인들 중 일부는 정식재판을 청구하였고, 정식재판에서 벌금이 250만 원으로 감액되었는바, 중개사무소 개설등록취소가 지나치게 가혹하다는 위와 같은 사정이 고려된 것으로 보인다.

#### 나. 소결론

따라서 이 사건 처분은 처분사유가 존재하지 아니하므로, 원고의 나머지 주장에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 위법하여 취소되어야 한다.

#### 5. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심판결은 이와 결론이 달라 부당하므로, 이를 취소하고 원고의 이 사건 청구를 인용한다.

재판장            판사            최인규

                  판사            도우람

                  판사            김동관

별지

## 관계 법령

### ■ 구 공인중개사법(2016. 12. 2. 법률 제14334호로 개정되기 전의 것)

#### 제10조(등록의 결격사유 등)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 중개사무소의 개설등록을 할 수 없다.

11. 이 법을 위반하여 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 3년이 경과되지 아니한 자

#### 제10조의2(벌금형의 분리 선고)

형법 제38조에도 불구하고 제48조 및 제49조에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범(競合犯)에 대하여 벌금형을 선고하는 경우에는 이를 분리 선고하여야 한다.

#### 제33조(금지행위)

개업공인중개사등은 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니된다.

5. 관계 법령에서 양도·알선 등이 금지된 부동산의 분양·임대 등과 관련 있는 증서 등의 매매·교환 등을 중개하거나 그 매매를 업으로 하는 행위

7. 탈세 등 관계 법령을 위반할 목적으로 소유권보존등기 또는 이전등기를 하지 아니한 부동산이나 관계 법령의 규정에 의하여 전매 등 권리의 변동이 제한된 부동산의 매매를 중개하는 등 부동산투기를 조장하는 행위

#### 제38조(등록의 취소)

① 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 중개사무소의 개설등록을 취소하여야 한다.

3. 제10조 제1항 제2호 내지 제6호·제11호·제12호의 규정에 의한 결격사유에 해당하게 된 경우. 다만, 동항 제12호의 규정에 의한 결격사유에 해당하는 경우로서 그 사유가 발생한 날부터 2월 이내에 그 사유를 해소한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다.

9. 제33조 각 호에 규정된 금지행위를 한 경우

#### 제39조(업무의 정지)

① 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6월의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 이 경우 법인인 개업공인중개사에 대하여는 법인 또는 분사무소별로 업무의 정지를 명할 수 있다.



11. 제38조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우

② 제1항의 규정에 의한 업무의 정지에 관한 기준은 국토교통부령으로 정한다.

#### **제48조(벌칙)**

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제9조의 규정에 의한 중개사무소의 개설등록을 하지 아니하고 중개업을 한 자
2. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 중개사무소의 개설등록을 한 자
3. 제33조 제5호 내지 제7호의 규정을 위반한 자

#### **■ 구 주택법(2016. 12. 2. 법률 제14344호로 개정되기 전의 것)**

##### **제64조(주택의 전매행위 제한 등)**

① 사업주체가 건설·공급하는 주택 또는 주택의 입주자로 선정된 지위(입주자로 선정되어 그 주택에 입주할 수 있는 권리·자격·지위 등을 말한다. 이하 같다)로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 10년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간이 지나기 전에는 그 주택 또는 지위를 전매(매매·증여나 그 밖에 권리의 변동을 수반하는 모든 행위를 포함하되, 상속의 경우는 제외한다. 이하 같다)하거나 이의 전매를 알선할 수 없다. 이 경우 전매제한기간은 주택의 수급 상황 및 투기 우려 등을 고려하여 대통령령으로 지역별로 달리 정할 수 있다.

2. 분양가상한제 적용주택 및 그 주택의 입주자로 선정된 지위. 다만, 「수도권정비계획법」 제2조제1호에 따른 수도권(이하 이 조에서 "수도권"이라 한다) 외의 지역으로서 투기과열지구가 지정되지 아니하거나 제63조에 따라 지정 해제된 지역 중 공공택지 외의 택지에서 건설·공급되는 분양가상한제 적용주택 및 그 주택의 입주자로 선정된 지위는 제외한다.

##### **제101조(벌칙)**

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제64조제1항을 위반하여 입주자로 선정된 지위 또는 주택을 전매하거나 이의 전매를 알선한 자  
끝.