

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2017두66541 공급자등록취소 무효확인 등 청구  
원고, 피상고인 엘에스전선 주식회사  
소송대리인 변호사 류용호 외 1인  
피고, 상고인 한국수력원자력 주식회사  
소송대리인 법무법인(유한) 율촌  
담당변호사 곽상현 외 2인  
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 9. 22. 선고 2017누38050 판결  
판 결 선 고 2020. 5. 28.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

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

## 1. 사건의 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면, 다음과 같은 사정들을 알 수 있다.

(1) 원고는 2004년경부터 2010년경 사이에 피고가 실시한 원자력 발전용 케이블 구매입찰에서 다른 업체들과 물량배분 비율을 정하고, 투찰가격을 공동으로 결정하는 등 담합행위를 하였고, 이를 이유로 2014. 1. 10.경 공정거래위원회로부터 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 따라 과징금 부과처분을 받았다.

(2) 피고는 2014. 4. 15. 원고에 대하여 위와 같은 입찰담합행위를 이유로 「공공기관의 운영에 관한 법률」(이하 '공공기관운영법'이라 한다) 제39조 제2항에 따라 2년의 입찰참가자격제한처분을 하였다.

(3) 피고는 2014. 9. 17. 다시 원고에 대하여 부정당업자 제재처분을 받았다는 이유로 피고의 내부 규정인 '공급자관리지침' 제7조 제3호, 제31조 제1항 제11호에 근거하여 '공급자등록 취소 및 10년의 공급자등록제한 조치'를 통보하였다(이하 '이 사건 거래제한조치'라 한다).

나. 이 사건 쟁점은, 이 사건 거래제한조치가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는지 여부이다.

## 2. 관련 규정과 법리

가. 처분성 판단기준

(1) 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용"을 말한다(행정소송법 제2조 제1항 제1호).

(2) 행정청의 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지는 추상적·일반적으로 결정할

수 없고, 구체적인 경우에 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익 사이의 실질적 견련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 참조). 어떠한 처분에 법령상 근거가 있는지, 행정절차법에서 정한 처분 절차를 준수하였는지는 본안에서 당해 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이지, 소송요건 심사단계에서 고려할 요소가 아니다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두60617 판결 참조). 행정청의 행위가 '처분'에 해당하는지가 불분명한 경우에는 그에 대한 불복방법 선택에 중대한 이해관계를 가지는 상대방의 인식가능성과 예측가능성을 중요하게 고려하여 규범적으로 판단하여야 한다(대법원 2018. 10. 25. 선고 2016두33537 판결 참조).

#### 나. 피고의 법적 지위

(1) 행정절차에 관한 일반법인 행정절차법은 행정청을 "행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관", "그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)"이라고 정의하고 있고(제2조 제1호), 행정소송법도 "이 법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다."라고 규정하고 있다(제2조 제2항).

(2) 공공기관운영법 제39조는 공기업·준정부기관은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 사람·법인 또는 단체 등에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있고(제2항), 그에 따른 입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항은 기획재정부령으로 정하도록 규정하고 있다(제3항).

그 위임에 따른 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」 제15조는 기관장은 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백하다고 판단되는 자에 대해서는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 제27조에 따라 입찰참가자격을 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같이 공공기관운영법 제39조 제2항과 그 하위법령에 따른 입찰참가자격 제한 조치는 '구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사'로서 행정처분에 해당한다. 공공기관운영법은 공공기관을 공기업, 준정부기관, 기타공공기관으로 구분하고(제5조), 그중에서 공기업, 준정부기관에 대해서는 입찰참가자격제한처분을 할 수 있는 권한을 부여하였다.

(3) 피고는 「한국전력공사법」에 의하여 설립된 공법인인 한국전력공사가 종래 수행하던 발전사업 중 수력·원자력 발전사업 부문을 전문적·독점적으로 수행하기 위하여 2000. 12. 23. 법률 제6282호로 제정된 「전력산업 구조개편 촉진에 관한 법률」에 의하여 한국전력공사에서 분할되어 설립된 회사로서, 한국전력공사가 그 주식 100%를 보유하고 있으며, 공공기관운영법 제5조 제3항 제1호에 따라 '시장형 공기업'으로 지정·고시된 '공공기관'이다. 피고는 공공기관운영법에 따른 '공기업'으로 지정됨으로써 공공기관운영법 제39조 제2항에 따라 입찰참가자격제한처분을 할 수 있는 권한을 부여받았으므로 '법령에 따라 행정처분권한을 위임받은 공공기관'으로서 행정청에 해당한다.

#### 다. 피고의 공급자관리지침의 법적 성질

(1) 행정기관이 소속 공무원이나 하급행정기관에 대하여 세부적인 업무처리절차나 법령의 해석·적용 기준을 정해 주는 '행정규칙'은 상위법령의 구체적 위임이 있지 않는 한 그 조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없다. 행정규칙이 이를 정한 행정기관의 재량에 속하는 사항에 관한 것인 때에는

그 규정 내용이 객관적 합리성을 결여하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 이를 존중하는 것이 바람직하다. 그러나 행정규칙의 내용이 상위법령이나 법의 일반원칙에 반하는 것이라면 법치국가원리에서 파생되는 법질서의 통일성과 모순금지 원칙에 따라 그것은 법질서상 당연무효이고, 행정내부적 효력도 인정될 수 없다. 이러한 경우 법원은 해당 행정규칙이 법질서상 부존재하는 것으로 취급하여 행정기관이 한 조치의 당부를 상위법령의 규정과 입법 목적 등에 따라서 판단하여야 한다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결 등 참조).

(2) 피고는 피고가 조달하는 기자재, 용역 및 정비공사, 기기수리의 공급자에 대한 관리업무 절차를 규정함을 목적으로 '공급자관리지침'을 제정·운영하고 있다. 2012. 8. 31. 개정된 '공급자관리지침'에 의하면, 피고의 입찰에 참여하기 위해서는 입찰서 제출 마감 전일까지 해당분야 공급자로 등록하여야 한다(제6조 제2항). 등록된 업체가 '부정당업자로 제재를 받은 경우' 등에는 관련부서의 요청 또는 등록관리를 주관하는 부서(본사 품질보증실 또는 사업소 품질부소)가 직권으로 등록을 취소하고(제31조 제1항 제12호), 다만 1년 이내에 취소사유를 없앨 수 있는 경우에는 1년 이내의 기간을 정하여 등록의 효력을 정지할 수 있다(제31조 제1항 단서). 제31조 제1항 제12호의 규정에 따라 등록이 취소된 업체는 그 취소의 통보를 받은 날부터 10년간 다시 등록 신청을 할 수 없고, 주관부서는 그 기간 동안 해당 업체 또는 품목에 대한 등록신청서 접수를 다시 할 수 없다(제7조 제3호). 등록취소가 피고 운영상 심각한 영향을 초래할 우려가 있다고 판단한 경우 특수계약심의위원회를 통해 제한적으로 등록취소기간을 조정할 수 있다(제31조 제3항).

(3) 공공기관운영법이나 그 하위법령은 공기업이 거래상대방 업체에 대하여 공공기

관운영법 제39조 제2항 및 「공기업·준정부기관 계약사무규칙」 제15조에서 정한 범위를 뛰어넘어 추가적인 제재조치를 취할 수 있도록 위임한 바 없다. 따라서 피고의 공급자관리지침 중 등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한 조치에 관한 규정들은 공공기관으로서 행정청에 해당하는 피고가 상위법령의 구체적 위임 없이 정한 것이어서 대외적 구속력이 없는 행정규칙이라고 보아야 한다.

### 3. 이 사건 거래제한조치가 행정처분에 해당하는지 여부

가. 앞서 본 사실관계를 관련 규정과 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 자신의 '공급자관리지침'에 근거하여 등록된 공급업체에 대하여 하는 '등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한 조치'는 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사인 '처분'에 해당한다고 보아야 한다. 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

(1) 피고의 공급자관리지침은 피고가 공공기관이라는 우월적 지위에서 일방적으로 제정·운용하는 내부 규정으로서, 그것에 따른 거래제한 조치도 피고가 등록된 공급업체의 법적 지위를 일방적으로 변경·박탈하는 고권적 조치라고 보아야 한다.

(2) 계약당사자 사이에서 계약의 적정한 이행을 위하여 일정한 계약상 의무를 위반하는 경우 계약해지, 위약벌이나 손해배상액 약정, 장래 일정 기간의 거래제한 등의 제재조치를 약정하는 것은 상위법령과 법의 일반원칙에 위배되지 않는 범위에서 허용되며, 그러한 계약에 따른 제재조치는 법령에 근거한 공권력의 행사로서의 제재처분과는 법적 성질을 달리한다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2010다83182 판결).

그러나 공공기관의 어떤 제재조치가 계약에 따른 제재조치에 해당하려면 일정한 사유가 있을 때 그러한 제재조치를 할 수 있다는 점을 공공기관과 그 거래상대방이 미리 구체적으로 약정하였어야 한다. 공공기관이 여러 거래업체들과의 계약에 적용하기 위

하여 거래업체가 일정한 계약상 의무를 위반하는 경우 장래 일정 기간의 거래제한 등의 제제조치를 할 수 있다는 내용을 계약특수조건 등의 일정한 형식으로 미리 마련하였다고 하더라도, 「약관의 규제에 관한 법률」 제3조에서 정한 바와 같이 계약상대방에게 그 중요 내용을 미리 설명하여 계약내용으로 편입하는 절차를 거치지 않았다면 계약의 내용으로 주장할 수 없다.

(3) 피고는, 원고가 피고에게 등록 또는 등록갱신을 하면서 제출한 '청렴계약 및 공정거래 이행각서'를 통해 경쟁입찰에서 담합 등 행위를 할 경우 불이익 조치를 감수하겠다는 의사표시를 하였으므로 이 사건 거래제한조치는 거래당사자간 합의에 근거한 계약에 따른 제제조치로 보아야 한다는 취지로 주장한다. 이러한 피고의 주장은 상고심에 이르러 처음으로 제기하는 주장임이 기록상 명백하므로 원심판결에 대한 적법한 상고이유가 될 수 없다.

(4) 나아가 살펴보더라도, 피고가 든 '청렴계약 및 공정거래 이행각서'에는 "경쟁입찰에서 담합 등 공정한 입찰질서 및 거래를 방해하는 행위를 하지 않습니다. ... 위 사항을 위반할 경우에는 한수원(주)의 입찰참가자격의 취소, 낙찰취소, 계약의 해제 또는 해지 및 입찰참가자격의 제한 등의 조치를 감수할 것이며, 한수원(주)의 조치와 관련하여 손해배상을 청구, 소송 등에 의한 어떠한 이의도 제기하지 않을 것임을 확약합니다."라고 기재되어 있을 뿐, 피고의 '공급자관리지침'의 규정 내용이나 '10년의 거래제한조치'에 관한 내용이 포함되어 있지 않다. 따라서 이러한 이행각서의 기재만으로 피고가 자신의 공급자관리지침 중 등록취소 및 그에 따른 일정 기간의 거래제한 조치에 관한 규정들을 설명하여 원고와의 계약내용으로 편입하는 절차를 거쳤다고 인정하기에는 부족하다. 따라서 피고의 공급자관리지침에 근거한 이 사건 거래제한조치를 계약에

따른 제재조치라고 볼 수는 없다.

(5) 피고가 원용하고 있는 대법원 2014. 12. 24. 선고 2010다83182 판결 등은 계약 특수조건 등의 계약조항에 거래제한조치가 포함되어 있었을 뿐만 아니라, 해당 공공기관이 공공기관운영법 제39조 제2항에 따른 입찰참가자격제한처분을 별도로 하지 않았거나, 하였더라도 계약에 따른 거래제한조치의 기간이 6개월 또는 2년에 불과하여 공공기관운영법 제39조 제2항에서 정한 2년의 상한을 초과하지는 않았던 사안에 대한 것이어서, 피고가 행정규칙에 근거하여 10년의 거래제한조치를 한 이 사건과는 사안이 다르다.

나. 같은 취지에서 원심은, 이 사건 거래제한조치가 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다고 판단하였다. 나아가 원심은 행정청인 피고가 이미 공공기관운영법 제39조 제2항에 따라 2년의 입찰참가자격제한처분을 받은 원고에 대하여 다시 법률상 근거 없이 자신이 만든 행정규칙에 근거하여 공공기관운영법 제39조 제2항에서 정한 입찰참가자격제한처분의 상한인 2년을 훨씬 초과하여 10년간 거래제한조치를 추가로 하는 것은 제재처분의 상한을 규정한 공공기관운영법에 정면으로 반하는 것이어서 그 하자가 중대·명백하다고 판단하였다.

이러한 원심 판단은 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 항고소송의 대상적격 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 4. 결론

그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      안철상

              대법관      박상옥

              대법관      노정희

주 심      대법관      김상환