

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2020두48260 입찰참가자격제한요청처분 취소청구의 소  
원고, 피상고인 지에스건설 주식회사  
소송대리인 법무법인(유한) 태평양  
담당변호사 박태준 외 3인  
피고, 상고인 공정거래위원회  
소송대리인 법무법인 에이치  
담당변호사 방경희 외 2인  
원 심 판 결 서울고등법원 2020. 8. 13. 선고 2019누41906 판결  
판 결 선 고 2023. 2. 2.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

## 1. 제1 상고이유에 대하여

가. 항고소송의 대상인 '처분'이란 "행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(행정소송법 제2조 제1항 제1호)"을 말한다. 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 관련성, 법치행정의 원리와 그 행위에 관련된 행정청이나 이해관계인의 태도 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결, 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두50324 판결 등 참조).

나. 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(2022. 1. 11. 법률 제18757호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제26조 제2항에 의하면, "공정거래위원회는 제3조 제1항부터 제4항까지 및 제9항, 제3조의4, 제4조부터 제12조까지, 제12조의2, 제12조의3, 제13조, 제13조의2, 제14조부터 제16조까지, 제16조의2 제7항 및 제17조부터 제20조까지의 규정을 위반한 원사업자 또는 수급사업자에 대하여 그 위반 및 피해의 정도를 고려하여 대통령령으로 정하는 벌점을 부과하고, 그 벌점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 경우에는 관계 행정기관의 장에게 입찰참가자격의 제한, 「건설산업기본법」 제82조 제1항 제7호에 따른 영업정지, 그 밖에 하도급거래의 공정화를 위하여 필요한 조치를 취할 것을 요청하여야 한다."라고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령」(2021. 1. 12. 대통령령 제31393호로 개정되기 전의 것, 이하 '시행령'이라 한다) 제17조 제1항은 "법 제26조 제2항에 따라 공정거래위원회가 부과하는 벌점의 부과기준은 별표 3과 같다."라고 규정하고 있고, 같은 조 제2항은 "법 제26

조 제2항에서 '대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 경우'란 별표 3 제1호 라목에 따른 누산점수가 다음 각 호의 구분에 따른 점수를 초과하는 경우를 말한다."라고 규정하면서, 각 호에서 '입찰참가자격의 제한 요청: 5점'(제1호), 「건설산업기본법」 제82조 제1항 제7호의 사유에 따른 영업정지 요청: 10점'(제2호)이라고 규정하고 있다.

다. 위에서 본 항고소송의 대상인 처분에 관한 법리와 관련 법령의 체계 및 내용 등에 비추어 피고가 2019. 4. 23. 법 제26조 제2항 후단에 따라 관계 행정기관의 장에게 한 원고에 대한 입찰참가자격의 제한을 요청한 결정이 항고소송의 대상이 되는 처분인지 살펴본다.

법 제26조 제2항은 입찰참가자격제한 요청의 요건을 시행령으로 정하는 기준에 따라 부과한 별점의 누산점수가 일정 기준을 초과하는 경우로 구체화하고, 위 요건을 충족하는 경우 피고는 법 제26조 제2항 후단에 따라 관계 행정기관의 장에게 해당 사업자에 대한 입찰참가자격제한 요청 결정을 하게 되며, 이를 요청받은 관계 행정기관의 장은 특별한 사정이 없는 한 그 사업자에 대하여 입찰참가자격을 제한하는 처분을 하여야 하므로, 사업자로서는 입찰참가자격제한 요청 결정이 있으면 장차 후속 처분으로 입찰참가자격이 제한될 수 있는 법률상 불이익이 존재한다. 이 때 입찰참가자격제한 요청 결정이 있음을 알고 있는 사업자로 하여금 입찰참가자격제한처분에 대하여만 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 직접 입찰참가자격제한 요청 결정의 적법성을 다툴 수 있도록 함으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결하도록 하는 것이 법치행정의 원리에도 부합한다. 따라서 피고의 입찰참가자격제한 요청 결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 보아야 한다.

라. 원심이 같은 취지에서 피고의 이 사건 입찰참가자격제한 요청 결정이 항고소송

의 대상이 되는 처분에 해당한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항고소송의 대상이 되는 처분에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 2. 제2 상고이유에 대하여

가. 시행령 제17조 제1항의 [별표 3] '별점의 부과기준'은 3. 가.항에서 유형별 별점의 경감점수를 규정하면서, 그 1)항에서 '원사업자가 직전 1년 동안 계속하여 하도급거래에서 법 제3조의2에 따른 표준하도급계약서를 사용한 경우(수급사업자에게 뚜렷하게 불리하도록 내용을 수정하거나 특약을 추가하는 경우는 제외한다): 2점'이라고 규정하고 있다(이하 '이 사건 별점 경감규정'이라 한다).

나. 원심은 판시와 같은 이유로 원고는 이 사건 별점 경감규정에서 정한 별점 경감사유에 해당하므로, 결국 입찰참가자격제한 요청의 요건(별점 누산점수 5점 초과)에 해당하지 않는다는 이유로 이 사건 입찰참가자격제한 요청 결정은 위법하다고 판단하였다.

다. 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 이 사건 별점 경감규정의 해석과 적용 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

## 3. 결론

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

재판장            대법관            김선수

주 심      대법관      박정화

            대법관      오경미