

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2020두47892 입찰참가자격제한 및 영업정지 요청 결정 취소 청구의 소  
원고, 피상고인 한화시스템 주식회사  
소송대리인 변호사 이상훈 외 6인  
피고, 상고인 공정거래위원회  
소송대리인 법무법인 인본  
담당변호사 김종규 외 3인  
원 심 판 결 서울고등법원 2020. 8. 13. 선고 2019누54377 판결  
판 결 선 고 2023. 4. 27.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유 및 기록에 따르면, 다음의 사실을 알 수 있다.

1) 피고는 2014. 11. 5.경부터 2017. 7. 20.경까지 구 한화에스앤씨 주식회사(2017. 10. 1.경 분할신설된 동일한 상호의 회사와 구별하여 이하 '구 한화에스앤씨'라 한다)에 대하여 하도급법위반행위를 이유로 시정명령(2회), 경고(1회) 및 과징금부과(3회)를 하였으며, 그에 따른 벌점으로 합계 11.75점이 부과되었다.

2) 구 한화에스앤씨는 2017. 9. 26. 에이치솔루션 주식회사(이하 '에이치솔루션'이라 한다)로 상호를 변경한 후 2017. 10. 1.경 분할신설회사인 한화에스앤씨 주식회사(이하 '한화에스앤씨'라 한다)와 존속회사인 에이치솔루션으로 분할하기로 하여 2017. 10. 10. 분할등기 및 한화에스앤씨의 설립등기를 마쳤고, 원고는 2018. 8. 1. 한화에스앤씨를 흡수합병하였다.

3) 구 한화에스앤씨의 분할계획서에는 "분할되는 회사의 일체의 적극·소극재산과 공법상의 권리·의무를 포함한 기타의 권리·의무 및 재산적 가치가 있는 사실관계(인허가, 근로관계, 계약관계, 소송 등을 포함한다)는 분할대상 사업 부문에 관한 것이면 분할신설회사에게 귀속되는 것을 원칙으로 한다.", "분할되는 회사의 사업과 관련하여 분할기일 이전의 행위 또는 사실로 인하여 분할기일 이후에 발생·확정되는 채무 또는 분할기일 이전에 이미 발생·확정되었으나 이를 인지하지 못하는 등의 여하한 사정에 의하여 분할계획서에 반영되지 못한 채무(공·사법상의 우발채무(소송, 과징금, 과태료, 벌금, 조세추징금, 가산세, 가산금 등을 포함하나 이에 한하지 않음), 기타 일체의 채무를 포함한다)에 대해서는 그 원인이 되는 행위 또는 사실이 분할대상 사업 부문에 관한 것이면 분할신설회사에게 귀속한다."라고 정하였고, 구 한화에스앤씨의 5개 사업 부문 중 '신사업투자 및 일반지분투자'를 제외한 나머지 전 사업 부문이 분할신설회사에 이전되었다.

4) 피고는 2019. 8. 26. 원고에 대하여 '구 한화에스앤씨가 최종적으로 시정조치 등을 받은 2017. 7. 20.로부터 3년간 역산하여 부과된 벌점 합계 11.75점에서 경감사유에 따른 1.0점을 제외하더라도 누산점수가 10.75점에 해당함'을 이유로 관계 행정기관의 장에게 입찰참가자격제한 및 영업정지를 요청하기로 결정하였다.

나. 이 사건의 쟁점은 피고의 입찰참가자격제한 및 영업정지 요청 결정이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하는지(상고이유 제1점), 구 한화에스앤씨에 부과된 벌점이 원고에 승계되었음을 이유로 위와 같은 입찰참가자격제한 및 영업정지 요청 결정을 할 수 있는지(상고이유 제2점) 여부이다.

## 2. 관계 법령의 규정 내용

가. 구 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 (2022. 1. 11. 법률 제18757호로 개정되기 전의 것, 이하 '하도급법'이라 한다) 제26조 제2항에 따르면, "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 규정하였다. 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 3]과 같다."라고 규정하였고, 시행령 제17조 제2

항은 "법 제26조 제2항에서 '대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 경우'란 [별표 3] 제1호 (라)목에 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)으로 규정하였다.

나. 상법은 회사분할 시 분할하는 회사의 채권자를 보호하기 위하여, 분할로 인하여 설립하는 신설회사와 존속회사는 분할 전의 회사 채무에 관하여 연대책임을 지는 것을 원칙으로 하였으나(제530조의9 제1항), 회사분할 시 당사자들의 회사분할 목적에 따른 자산 및 채무 배정의 자유를 보장하기 위하여 소정의 특별의결 정족수에 따른 결의를 거친 경우에는 신설회사가 분할하는 회사의 채무 중에서 출자한 재산에 관한 채무만을 부담할 것을 정할 수 있다고 규정하였고(제530조의9 제2항), 신설회사 또는 존속회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계하도록 규정하였다(제530조의10).

### 3. 상고이유 제1점에 대하여

가. 하도급법 제26조 제2항은 입찰참가자격제한 등 요청의 요건을 시행령으로 정한 기준에 따라 부과한 별점의 누산점수가 일정 기준을 초과하는 경우로 구체화하고, 위 요건을 충족하는 경우 피고는 하도급법 제26조 제2항 후단에 따라 관계 행정기관의 장에게 해당 사업자에 대한 입찰참가자격제한 등 요청 결정을 하게 되며, 이를 요청받은 관계 행정기관의 장은 특별한 사정이 없는 한 그 사업자에 대하여 입찰참가자격제한 등의 처분을 하여야 하므로, 사업자로서는 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 있으면 장차 후속 처분으로 입찰참가자격이 제한되고 영업을 정지될 수 있는 등의 법률상 불

이익이 존재한다. 이때 입찰참가자격제한 등 요청 결정이 있음을 알고 있는 사업자로 하여금 입찰참가자격제한처분 등에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 직접 입찰참가자격제한 등 요청 결정의 적법성을 다툴 수 있도록 함으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결하도록 하는 것이 법치행정의 원리에도 부합하므로, 공정거래위원회 입찰참가자격제한 등 요청 결정은 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다(대법원 2023. 2. 2. 선고 2020두48260 판결 참조).

나. 원심은 같은 취지에서 피고의 입찰참가자격제한 등 요청 결정(이하 '이 사건 처분'이라 한다)이 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에 처분에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하였거나 판례위반 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

#### 4. 상고이유 제2점에 대하여

##### 가. 원심 판단

원심은, 하도급법을 위반한 분할전회사와 분할신설회사의 법인격이 동일하다고 볼 수 없고, 원고가 하도급법위반행위를 한 사업자인 구 한화에스앤씨의 법률상 지위를 승계하였다고 보기도 부족하다는 이유로, 이 사건 처분이 위법하여 취소되어야 한다고 판단하였다.

##### 나. 대법원 판단

그러나 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거에 따라 인정되는 아래의 사정에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 수증하기 어렵다.

1) 하도급법령에서 시정조치 유형별로 미리 정해놓은 객관적 기준에 따라 별점이 정형적으로 부과되도록 예정되어 있다는 점에서 피고에게 별점의 부과 여부나 그 범위에

관하여 실질적으로 재량의 여지가 있다고 보기는 어렵다. 또한, 위 별첨이 시행령 제17조 제2항에서 정하는 기준을 초과하는 경우에는 피고에게 관계 행정기관의 장을 상대로 입찰참가자격의 제한 요청 등을 할 의무가 발생한다.

2) 이러한 별점 부과 및 입찰참가자격제한 요청 등의 법적 성격에 비추어 보면, 하도급법에 따른 별점은 시정조치나 과징금부과 처분에 따르는 부수적인 법적 효과에 해당함과 동시에 별점 합계가 일정한 기준을 초과할 경우 피고의 법령상 의무로 규정된 입찰참가자격제한 요청 등의 법적 요건에도 해당한다. 따라서 하도급법에 따른 별점 부과를 단순한 사실행위에 불과하다고만 볼 수는 없고, 공법상 지위 내지 의무·책임이 구체화된 경우라고 볼 여지가 크다. 원심이 들고 있는 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결은 과징금이 부과되기 전 단순한 사실행위로서의 위반행위만 존재하는 상황에서 회사분할 후 분할신설회사에 과징금 부과처분이 가능한지에 관한 사안이므로 사실관계가 다른 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

3) 특히 구 한화에스앤씨는 직전 3년 동안의 별점 합계가 4.25점에 불과하여 하도급법이 정한 입찰참가자격제한 요청의 요건(별점 5점) 혹은 영업정지 요청의 요건(별점 10점)에 모두 미치지 못하는 상태였다가, 2017. 7. 20. 총 3건의 과징금 및 이에 따른 별점 7.5점을 부과 받음으로써 비로소 이 사건 처분의 법적 요건을 충족하게 되었고, 그로부터 불과 두 달여 만에 상호변경·회사분할은 물론 그에 따른 분할등기 및 분할신설회사의 설립등기까지 모두 마치게 되었다. 즉 원고 측의 회사분할은 별점 누적으로 인한 후속 처분인 이 사건 처분 및 그에 따른 공법상 의무 내지 책임의 발생이 임박한 상태에서 이루어졌다.

4) 구 한화에스앤씨의 분할계획서에 따르면 구 한화에스앤씨의 5개 사업 부문 중

'신사업투자 및 일반지분투자'를 제외한 나머지 전 사업 부문이 분할신설회사에 이전되었는데, 피고가 구 한화에스엔씨에 대하여 한 시정조치 또는 과징금부과와 관련된 사업 부문은 모두 분할신설회사인 한화에스엔씨에 승계된 사업 부문이다. 결국 위 회사 분할의 실질 및 분할계획서의 취지에 따르더라도, 구 한화에스엔씨에 부과된 벌점은 분할되는 회사의 공법상 의무 또는 이와 관련한 재산적 가치가 있는 사실관계에 해당하므로, 분할신설회사인 한화에스엔씨에 귀속된 후 이를 흡수합병한 원고에게 승계되었다고 봄이 타당하다.

5) 하도급법에 따른 벌점 부과 및 벌점 누적을 이유로 한 이 사건 처분은 시정조치 또는 과징금부과의 대상이 된 사업 부문과 관련하여 공법상 법률관계를 형성한다는 점에서 해당 사업과 분리하여 따로 평가하기 어렵고, 이 사건 처분과 관련된 공법상 의무가 그 성질상 이전이 허용되지 않는다거나 일신전속적인 것이라고 볼 수도 없다.

6) 만약 하도급법위반행위로 제재처분을 받은 회사가 그 제재처분에 부수되는 벌점이 누적됨에 따라 입찰참가자격제한 요청 등의 법적 요건까지 모두 충족하여 후속 처분이 임박하였음에도 회사분할을 하였다는 이유만으로 피고가 해당 사업 부문을 승계한 분할신설회사에 대하여 후속 처분을 할 수 없다고 한다면, 회사분할을 통하여 기존에 부과 받은 벌점 및 이에 따르는 후속 처분을 무력화할 여지가 있어 벌점 부과 제도의 실효성을 확보할 수 없게 된다.

다. 그럼에도 원심은 판시와 같은 이유만으로 이 사건 처분이 위법하여 취소되어야 한다고 보았는바, 이러한 원심의 판단에는 하도급법상 벌점의 승계 여부에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

## 5. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      민유숙

                  대법관      조재연

                  대법관      이동원

주    심      대법관      천대엽