

## 입찰참가자격제한처분취소

[서울고등법원 2022. 9. 1. 2022누35826]



### 【전문】

【원고, 피항소인】 명승파워넷 주식회사 (소송대리인 법무법인 유로 담당변호사 김화철)

【피고, 항소인】 한국전력공사 (소송대리인 변호사 이정민)

【제1심판결】 서울행정법원 2022. 1. 7. 선고 2021구합58431 판결

【변론종결】 2022. 7. 7.

### 【주문】

】

1. 제1심판결을 취소한다.
2. 원고의 청구를 기각한다.
3. 소송총비용은 원고가 부담한다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2020. 7. 7. 원고에 대하여 한 입찰참가자격제한처분(6개월)을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2020. 7. 7. 원고에 대하여 한 입찰참가자격제한처분(6개월)을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2020. 7. 7. 원고에 대하여 한 입찰참가자격제한처분(6개월)을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

【청구취지 및 항소취지】 1. 청구취지 피고가 2020. 7. 7. 원고에 대하여 한 입찰참가자격제한처분(6개월)을 취소한다. 2. 항소취지 주문과 같다.

### 【이유】

#### 】1. 처분의 경위

가. 원고는 2006. 11. 6. 전기공사업 등을 목적으로 설립된 회사이다.

원고는 피고가 발주하여 2017. 4. 13. 공고한 서울 은평구 진흥로 일대 '청운간 취약설비 보강공사'(이하 '이 사건 공사'라 한다) 입찰에 참가하여 낙찰자로 선정되었고, 2017. 5. 10. 피고와 공사금액을 401,125,680원(부가세 포함, 다만 이 공사금액은 2018. 3. 21. 475,102,189원으로 증액되었다), 공사기간을 2017. 5. 11.부터 2017. 7. 9.까지로 한 도급계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)을 체결하였다.

나. 원고는 2017. 5. 11. 착공 후 피고에게 알리거나 피고로부터 승인을 받지 않고 이 사건 공사 중 지중 토목(굴착) 공사 부분을 유림전력 주식회사(이하 '유림전력'이라 한다)에 하도급 하였다(이하 '이 사건 하도급'이라 한다).

경북북지방경찰청은 2019. 5. 17. 이 사건 하도급이 구 전기공사업법(2021. 4. 20. 법률 제18096호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제42조 제4호, 제14조 제1항에 위반된다고 보고, 원고와 그 대표자 소외 1 및 유림전력 등을 서울남부지방검찰청에 기소의견으로 송치하면서, 같은 날 산업통상자원부장관 등에 그 취지를 통보하였다.

산업통상자원부장관은 위 통보를 받은 뒤 2019. 6. 18. 피고에게 이를 통보하였다.

라. 이에 피고는 '원고가 발주관서인 피고의 승인 없이 이 사건 공사를 하도급 하였다'(이하 '제1 처분사유'라 한다)는 이유로 2020. 7. 7. 공공기관의 운영에 관한 법률(이하 '공공기관운영법'이라 한다) 제39조 제2항, 공기업·준정부기관 계약사무규칙(이하 '계약사무규칙'이라 한다) 제15조, 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 '국가계약법'이라 한다) 제27조 제1항 제3호, 구 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행규칙(2021. 7. 6. 기획재정부령 제859호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 국가계약법 시행규칙'이라 한다) 제76조 [별표 2] 제2호 제5항 (라)목에 따라 원고에 대하여 6개월 간의 입찰참가자격제한처분('이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

마. 원고는 이 사건 처분에 불복하여 2020. 7. 16. 중앙행정심판위원회에 심판을 청구하였으나, 2021. 2. 23. 기각 결정을 받았다.

바. 피고는 제1심 진행 과정에서 '원고가 피고로부터 도급받은 전기공사인 이 사건 공사를 발주자인 피고에게 서면 통지하지 않은 채, 유림전력에 하도급 주었다'는 이유로 구 전기공사법 제14조 제1항, 제3항을 위반하여 결국 국가계약법 제27조 제1항 제3호에 해당한다는 처분사유(이하 '제2 처분사유'라 한다)를 추가하였고, 당심에서 '원고가 이 사건 공사의 대부분을 유림전력에 하도급' 함으로써 국가계약법 제27조 제1항 제3호, 국가계약법 시행규칙 제76조 [별표 2] 제2호 제5항 (가)목을 위반하였다는 처분사유(이하 '제3 처분사유'라 한다)를 추가하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 2, 3, 5, 6호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

## 2. 이 사건 처분의 적법 여부

### 가. 원고의 주장

#### 1) 처분사유의 부존재

##### 가) 제1 처분사유에 관하여

국가계약법 제27조 제1항 제3호의 '발주관서의 승인 없이 하도급을 한 자' 부분은 그 문언상 관계 법령을 위반함을 전제로 하고 있으므로, 관계 법령에서 발주관서의 승인 없이는 하도급을 할 수 없도록 명시적으로 규정되어 있는 경우에 한하여 적용된다고 보아야 한다.

그런데 이 사건 공사에 적용되는 전기공사법상 하도급을 하는 경우 발주관서의 승인을 얻도록 하는 규정이 없으므로, 원고가 이 사건 하도급을 할 때 피고로부터 승인을 받지 않았더라도 위 국가계약법 규정에 위반된다고 할 수 없다.

따라서 위 국가계약법 규정의 위반을 근거로 한 이 사건 처분은 위법하다.

##### 나) 제2 처분사유에 관하여

이 사건 공사 중 이 사건 하도급 부분은 분리하여 시공하여도 이 사건 공사의 완성에 지장을 주지 않고, 수급인인 원고가 하수급인을 지도·조정하여 전기공사법 시행령 제10조 제1, 2호에 규정된 요건을 모두 충족하였는바, 이 사건 하도급은 구 전기공사법 제14조 제1항 단서에 따라 허용되는 경우에 해당한다.

이와 같이 이 사건 하도급이 구 전기공사법에 위반되지 않는 이상, 국가계약법 제27조 제1항 제3호에 위반된다고 볼 수 없다.

그리고 비록 원고가 유림전력에 이 사건 하도급을 한 사실을 피고에게 통지하지 않았으나, 국가계약법 제27조 제1항 제3호에서는 '하도급통지의무위반의 경우'를 제외하고 있으므로 입찰참가자격 제한의 사유가 될 수 없다.

다) 제3 처분사유에 관하여

제3 처분사유는 '원고가 이 사건 공사의 전부 또는 주요 부분의 대부분을 1인(유림전력)에게 하도급 하였다'는 것으로, '원고가 발주관서의 승인 없이 유림전력에게 이 사건 하도급을 주었다'는 제1 처분사유와 기본적 사실관계가 동일하지 않으므로, 처분사유로 추가될 수 없다.

그리고 이 사건 공사 하도급의 실질은 원고가 고가의 굴착 장비를 갖추고 있지 않아 원고의 관리·감독 아래 유림전력의 인력과 장비를 사용하여 이 사건 공사 중 굴착 공정을 진행한 것이므로, 이 사건 공사의 전부 또는 주요 부분의 대부분을 1인에게 하도급 한 경우에 해당하지도 않는다.

라) 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 경우에 해당하지 않는다는 주장(제1 내지 3 처분사유에 공통됨)

공공기관운영법 제39조 제2항 및 회계사무규칙 제15조는 국가계약법 제27조가 정한 개별 요건에 해당할 뿐 아니라, '공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백'한 경우에만 입찰참가자격제한대상이 될 수 있다고 규정하고 있고, 국가계약법 규정과 달리 그러한 경우에도 '입찰참가자격을 제한할 수 있다'고 하여 처분 재량을 인정하고 있다.

따라서 설령 원고가 국가계약법 제27조 제1항 제3호의 사유에 해당한다고 하더라도, 유림전력이 토목 굴착에 필요한 전문 장비 및 인력을 보유하고 있는 회사인 점, 원고가 이 사건 하도급을 통해 이 사건 공사를 아무런 하자 없이 순조롭게 완료한 점 등에 비추어 보면, 원고가 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 결국 이 사건 처분은 위법하다.

2) 재량권의 일탈·남용

이 사건 하도급이 이 사건 공사에서 분리시공 가능한 부분인 점, 이 사건 공사가 안전하게 준공된 점, 원고가 이 사건 하도급 공정을 관리·감독한 점, 이 사건 처분으로 인하여 원고의 존립이 위태로워질 수 있는 점 등을 종합하여 볼 때 이 사건 처분은 그로 인하여 달성하고자 하는 공익보다 원고가 입게 될 피해가 훨씬 커 비례의 원칙에 위반된다.

그리고 이 사건 처분은 이 사건 하도급이 일반적인 공사에서 이루어지는 하도급과 본질적인 차이가 없음에도 위법하다고 취급하는 것으로서 평등의 원칙에 위반된다.

나. 관계 법령

별지 기재와 같다.

다.

인정사실

1) 피고는 2017. 4. 13. 이 사건 공사에 관하여 아래 글상자 기재와 같은 주요 내용의 입찰공고를 하였다.

1. 공사명: 청운간 취약설비 보강공사2. 공사개요 가. 추정금액: 686,391,306원(추정가격 + 사급자재비 + 부가가치세) 나. 추정가격: 435,845,484원(부가가치세 별도) 다.

공사내용: 특고압 가공선로 지중화 ※ 별첨 특기시방서를 필히 열람·숙지바람 ※ 공사유형(복합배전공사): 무정전 8%, 지중 92%(중략)○ 입찰참가자격 가. 입찰공고일 전일 현재 법인등기부상 본점의 소재지를 서울특별시에 둔 업체(단, 본점 소재지는 계약체결일까지 계속 유지하여야 함) 나. 전기공사업법에 의한 전기공사업 등록업체이고 아래 해당 공사유형을 만족한 업체공사유형별입찰참가자격복합배전공사무정전 + 지중무정전공사 시공인증업체(무정전전공 4명 보유업체)로서 지중배전전공 3명 보유업체(단, 2명은 겸임가능)○ 기타사항 가. 입찰자는 공사입찰유의서, 전자입찰유의서, 공사계약일반조건, 계약특수조건, 적격심사기준 등 본 공사에 관한 제반사항을 완전히 숙지하고 입찰에 응하여야 합니다.

(2) 위 입찰공고에는 아래 글상자와 같은 특수조건이 첨부되었다.

○ 하도급거래 공정화를 위한 계약 특수조건제2조(하도급의 제한 등) ① 전기공사의 수급인 등은 전기공사업법 제14조 및 동법 시행령 제10조에 정한 바에 따라 공정별로 분리하여 시공하여도 전체 전기공사의 완성에 지장을 주지 아니하는 부분에 한하여 시공관리책임자를 지정한 경우에만 하도급을 할 수 있다.

이때, 수급한 전기공사를 하도급 주고자 하는 때에는 미리 당해 공사 발주자의 서면 승인을 받아야 하고, 건설공사의 경우는 관련 법령에 정하는 바에 따라 통지하거나 승인을 받아야 한다.

제3조(하도급의 승인) 전기공사의 수급인은 도급받은 공사를 제3자에게 하도급 하고자 할 때 또는 하수급 및 기타 하도급 조건을 변경하고자 할 때에는 다음 각 호의 사항을 명확히 하여 미리 당해 공사 발주자의 서면 승인을 받아야 한다.

이때 발주자는 하도급 승인신청이 전기공사업법 제14조, 동법 시행령 제10조 및 관련 법령의 기준에 적합할 경우 이를 승인한다.

(이하 생략) 제7조(계약의 해제 및 해지) 계약담당직원은 수급인이 제3조의 규정을 위반하였을 때에는 당해 계약의 전부 또는 일부를 해제 또는 해지할 수 있다.

(3) 원고와 그 대표자 사내이사 소외 1은 2019. 10. 28. 서울남부지방법검찰청에서 이 사건 하도급과 관련한 전기공사업법 위반의 점에 관하여 각 혐의없음(증거불충분)의 불기소처분을 받았다.

그 불기소이유는 아래와 같다.

○ 피의자 소외 1은 전기공사를 업으로 하는 피의자 원고의 대표로서, ① 2017. 5. 10. 피고 서울지역본부로부터 이 사건 공사를 수주받은 사실, ② 피의자 소외 1이 유림전력의 대표인 소외 2에게 이 사건 공사의 일부를 하도급(하도급 업체가 시공한 공사대금 중 하도급 업체가 원청으로부터 받는 공사대금의 비율) 70%로 산정하여 하도급한 사실, ③ 소외 2는 이 사건 공사를 포함한 27건의 공사를 불법으로 하도급 받은 것과 관련하여 현재 수사 중인 사실, ④ 피의자 소외 1은 위와 같이 이 사건 공사를 일부 하도급 하였음에도 발주청인 피고에 하도급 신고를 하지 않은 사실은 각 인정된다.

- 피의자 소외 1은, 이 사건 공사가 '지중 토목(이른바 굴착), 케이블 매설, 외선 철거, 고압장비 설치, 불량공사 재진단'의 5개 공정으로 구분되고, 이 사건 하도급은 그중 굴착 공사 부분을 일부 하도급한 것으로서 공정별로 분리하여 시공하여도 전체 전기공사의 완성에 지장을 주지 않는 하도급에 해당하고, 시공책임자로 피의자 원고 소속 소외 3을, 현장소장으로 같은 소속 소외 4를 각 지정하여 유림전력의 공사를 감독하였기 때문에 전기공사업법 시행령 제 10조에 따라 허용되는 것이라고 주장한다.
- 소외 2는 경찰에서 이 사건 공사가 불법 하도급이라는 취지로 진술하였고, 유림전력의 직원 소외 5, 소외 6, 소외 7의 경찰에서의 각 진술이 소외 2의 위 진술에 부합한다.
- 그러나 소외 2는 이후 검찰에서 이 사건 공사는 굴착공사만을 하도급 받은 것이고, 통상 일괄 하도급의 경우 하도급 업체 직원을 원청에 형식상 채용시킨 후 원청의 감독 없이 하도급 받은 공사를 진행하나, 이 사건 공사는 원청인 피의자 원고에서 감독을 하였다고 진술하였고, 경찰에서는 하도급 신고를 하지 않았고 공사의 일부라도 하도급 하는 것은 위법이라고 생각하여 불법이라고 진술한 것일 뿐이며, 유림전력 직원들은 본인들이 진행하였던 굴착공사에 대하여만 알 뿐 이 사건 공사의 전체 공정에 대해서는 알지 못하여 위와 같이 진술한 것으로 보인다고 한다.
- 피의자 원고의 직원 소외 9, 소외 10의 각 진술이 피의자 소외 1의 주장에 부합하는 점, 피의자 원고에서 일용 인건비와 안전관리비가 대부분 지출된 점, 유림전력의 공무차장 소외 8은 소외 3이 현장에서 공사를 감독하였다고 진술하고, 감리보고서상으로도 소외 3이 작업책임자로 기재되어 있는 점, 이 사건 공사를 감독한 피고 직원 소외 11 굴착공사가 이 사건 공사에서 가장 중요한 부분이나, 유림전력에서는 굴착공사 외에 다른 공정은 할 수 있는 여건이 안 되고, 다른 공정은 굴착공사와는 관계가 없다고 진술하는 점 등을 종합하면, 피의자 소외 1이 이 사건 공사의 일부를 하도급하고도 신고하지 않았고, 경찰에서 일부 관련자들이 불법 하도급이라고 진술한 사정만으로는, 이 사건 공사 중 굴착공정을 분리 시공하는 경우 전체 공사에 지장을 준다거나 피의자 원고에서 하도급 업체에 공사관리감독을 일임하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이 사건 공사가 전기공사업법상 허용되지 않는 하도급이라고 볼 만한 증거가 없다.

[인정근거] 갑 제4, 6호증, 을 제1호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

라. 판단

#### 1) 처분사유의 부존재 주장에 관한 판단

##### 가) 제1 처분사유에 관하여

- (1) 침익적 행정행위의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 그 행정행위의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석해서는 안 되며, 그 입법 취지와 목적 등을 고려한 목적론적 해석이 전적으로 배제되는 것은 아니라고 하더라도 그 해석이 문언의 통상적인 의미를 벗어나서는 안 된다(대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388 판결 등 참조). 한편, 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다.

그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 우선으로 하여야 하고, 다만 그 문언의 통상적 의미를 벗어나지 아니하는 범위 내에서는 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 활용할 수 있다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2014다223025 판결 등 참조).

(2) 살피건대, 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 국가계약법 제27조 제1항 제3호에서 "발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자" 부분이 원고가 주장하는 바와 같이 전기공사업법 등 관련 법령을 위반하였음을 전제로 하고 있다고 볼 수는 없다.

① 국가계약법 제27조 제1항 제3호는 입찰 참가자격을 제한할 수 있는 부정당업자 중의 하나로 "「건설산업기본법」, 「전기공사업법」, 「정보통신공사업법」, 「소프트웨어 진흥법」 및 그 밖의 다른 법률(이하 '관련 법령'이라 한다)에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반(하도급통지의무위반의 경우는 제외한다)하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자"를 들고 있다.

② 일반적으로 "및"이라는 표현은 '그리고', '그 밖에', '또'와 같은 의미로 같은 종류의 말들을 열거하면서 연결할 때 쓰이는데, 위 호에서 '관련 법령에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반'하였다는 부분이 "하도급한 자"만을 꾸미는 말인지, 아니면 "하도급한 자" 다음에 "및"이라는 표현으로 연결된 부분인 "발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자"까지 꾸미는지가 문제된다.

③ 관련 법령 가운데 건설산업기본법 제29조 제2항 제1호, 정보통신공사업법 제31조 제3항, 소프트웨어 진흥법 제51조 제5항에서는 각각 수급인이 도급받은 공사를 하도급 하는 경우 발주관서로부터 '승인' 내지 '서면 승낙'을 받아야 한다는 취지의 별도 조항이 있는바, 이러한 별도 조항에 위반된 경우에는 그 자체로 '관련 법령상 하도급에 관한 제한규정을 위반하여 하도급한 자'에 해당한다.

다시 말해, 관련 법령에서 발주관서로부터의 승인을 받아야 한다는 취지의 조항이 있는데 이를 위반한 경우 그 자체로 부정당업자에 해당하므로, 그와 별도로 다시 '발주관서의 승인 없이'라는 요건을 중복되게 추가하여 이를 부정당업자로 열거할 필요는 없다고 볼 것이다.

따라서 위 호에서 '관련 법령에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반'하였다는 부분이 "하도급한 자"뿐 아니라 "발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자"까지 꾸미는 것이라고 해석할 수는 없다.

④ 위 호에서 '발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자' 부분을 해석함에 있어서, 수급인이 발주관서와 사이의 계약상 하도급의 승인을 받을 의무를 위반하여 하도급을 하거나 하도급조건을 변경한 경우에도 해당 수급인에게 재재를 가할 필요성이 인정되는 점을 고려할 때 계약상 하도급의 승인을 받을 의무를 위반한 경우가 배제된다고 볼 수는 없다.

이러한 면에서도, 위 부분이 반드시 관련 법령에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반하였음을 전제로 하고 있다고 제한적으로 해석하기는 어렵다.

이에 대하여 원고는, 국가계약법 시행규칙 별표 2 제2호(개별기준) 제5항에서 '발주기관의 승인 없이 하도급한 자'에 대한 제재기간을 일률적으로 규정하고 있는바, 이는 관계 법령에 위반된 경우만을 상정한 것이라고 보아야 하고, 그보다 위반의 정도가 가벼운 계약상 의무를 위반한 경우는 여기에 포함되지 않는다고 주장하나, 위 국가계약법 시행규칙 별표에서의 제재기간이 법령 위반의 경우와 계약상 의무 위반의 경우를 구별하여 규정하지 않았다는 사정만으

로, 국가계약법 제27조 제1항 제3호에서의 '발주기관의 승인 없이 하도급한 자' 부분이 관계 법령을 위반하였음을 전제로 하고 있다고 해석할 수는 없다.

(3) 그런데 앞서 인정한 사실 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들을 종합하면, 원고는 발주자(피고)의 서면 승인을 받아야 한다는 이 사건 계약상 의무를 위반하고 이 사건 하도급을 하였는바, 이로써 국가계약법 제27조 제1항 제3호를 위반하였다고 봄이 타당하다.

① 위에서 살펴본 바와 같이 국가계약법 제27조 제1항 제3호에서 "발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자" 부분이 원고가 주장하는 바와 같이 전기공사업법 등 관련 법령을 위반하였음을 전제로 하고 있다고 볼 수는 없고, 계약상 의무를 위반한 경우도 포함하고 있다고 볼 것이다.

② 그런데 앞서 인정한 바와 같이, 이 사건 공사에 관한 입찰공고에는 특수조건(을 제1호증의 4)으로 "전기공사의 수급인은 수급한 전기공사를 하도급 주고자 할 때에는 미리 공사 발주자의 서면 승인을 받아야 한다"고 명시되어 있고, 이는 이 사건 계약의 특수조건으로 편입되었다고 봄이 타당하다.

이에 대하여 원고는, 이 사건 계약서에 첨부된 특기시방서(을 제1호증의 5)에는 수급인이 관련 법령의 규정에 따라 하도급 할 수 있다는 취지로만 규정되어 있으므로, 위 입찰공고 당시의 특수조건이 이 사건 계약에 편입되었다고 볼 수 없다는 취지로 주장한다.

그러나 원고도 이 사건 공사의 입찰에 참여할 당시 그 입찰공고에 첨부된 위 특수조건을 인식하였을 것인바, 그 특수조건이 이 사건 계약에 편입될 것임에 합의하였다고 봄이 상당한 점, 입찰공고 당시 첨부된 위 특수조건은 이 사건 공사의 특수성을 고려하여 수급인이 하도급을 하는 경우 피고의 승인을 받을 것을 명시하고 있는 반면, 위 특기시방서는 하도급 거래에 관한 일반적인 사항만이 기재된 양식에 불과한 것으로 보이는 점 등을 고려할 때 위 입찰공고에 첨부된 특수조건이 이 사건 계약에 실제로 편입되었다고 봄이 타당하다.

원고의 위 주장은 받아들이지 않는다.

③ 그럼에도 원고는 이 사건 하도급을 함에 있어서, 피고에게 통지를 하거나 승인을 받은 바 없다.

#### 나) 제2 처분사유에 관하여

앞서 인정한 사실과 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 피고가 제출한 증거들만으로 제2 처분사유가 인정된다고 보기는 어렵다.

원고의 이 부분 주장은 이유 있다.

(1) 구 전기공사업법 제14조 제1항 단서에서는 '공사업자는 대통령령으로 정하는 경우에는 도급받은 전기공사의 일부를 다른 공사업자에게 하도급 줄 수 있다'는 취지로 규정되어 있다.

그리고 전기공사업법 시행령 제10조에서는 위와 같이 공사업자가 전기공사의 일부를 하도급 할 수 있는 요건으로 '도급받은 전기공사 중 공정별로 분리하여 시공하여도 전체 전기공사의 완성에 지장을 주지 아니하는 부분을 하도급

하는 경우'이고 또한 '수급인이 구 전기공사업법 제17조에 따른 시공관리책임자를 지정하여 하수급인을 지도·조정'해야 한다는 취지로 규정하고 있다.

(2) 이 사건 공사는 특고압 가공 배전선로를 지중화하는 복합배전공사로, ㉠ 굴착, ㉡ 케이블매설, ㉢ 기존 전주 철거, ㉣ 고압장비 설치, ㉤ 불량여부 점검의 5단계로 진행되었는데, 그 공사 과정에서 종래 전기의 흐름을 그대로 유지하여 정전이 발생하지 않도록 함을 그 내용으로 하여 공사의 난이도가 상당하였고, 정전사고 등이 발생할 경우 상당한 피해가 예상되어, 전기공사업 등록업체로서 무정전공사 시공인증업체에게만 입찰참가자격이 부여되었다.

(3) 이 사건 하도급은 위에서 살펴본 이 사건 공사의 다섯 단계 중 첫 번째 단계인 굴착 공사를 하도급 함을 그 내용으로 하였다.

(4) 원고와 피고 사이의 이 사건 공사대금이 475,102,189원(부가세 포함, 2018. 3. 21. 증액된 금액임)이고, 건설공사 하도급 심사기준 제2조 제1호에 따른 하도급부분금액은 401,125,680원(이 사건 계약 당시 공사금액과 동일함)인데, 이 사건 하도급 공사대금이 280,787,965원에 이르러 이 사건 공사 중 상당한 비중을 차지하고 있기는 하다.

그러나 이 사건 하도급 공사내용이 토지의 '굴착'이어서 그 자체로 '분리하여 시공하였을 때 전체 전기공사의 완성에 지장을 주지 않는 경우'에 해당하지 않는다고 단정하기 어렵다.

또한 원고는 이 사건 하도급 공사 과정에서 정전의 발생 등에 대비하여 공사현장에 인력과 장비를 투입한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 피고가 제출한 증거만으로 이 사건 하도급이 구 전기공사업법 제14조 제1항 단서 및 전기공사업법 시행령 제10조의 요건을 충족하지 못하였다고 단정하기는 어렵다.

(5) 한편, 구 전기공사업법 제14조 제3항에서는 "공사업자는 제1항 단서에 따라 전기공사를 하도급 주려면 미리 해당 전기공사의 발주자에게 이를 서면으로 알려야 한다"고 규정하고 있고, 원고는 피고에게 이 사건 하도급 사실을 어떠한 형태로도 사전에 통지한 바 없으며 이와 같은 통지의무 위반으로 인하여 구 전기공사업법 제46조 제1항 제6호에 따라 100만 원의 과태료 처분을 받은 사실은 당사자 사이에 다툼이 없다.

그러나 국가계약법 제27조 제1항 제3호에서는 관계 법령을 위반하여 하도급을 준 부정당업자에 관하여 "하도급통지의 무위반의 경우는 제외한다"고 명시하고 있는바, 원고가 위와 같이 구 전기공사업법상 통지의무를 이행하지 않았다는 사정으로 인하여 위 조항의 부정당업자에 해당한다고 볼 수는 없다.

이에 관하여 피고는, 발주자가 수급인으로부터 구 전기공사업법 제14조 제3항에서의 통지를 받은 다음 구 전기공사업법 제15조에 의하여 하수급인의 변경이나 하도급계약을 해지할 수 있는바, 구 전기공사업법 제14조 제3항에서의 통지는 실질적으로 '승인을 받을 것'을 요구하는 것이라고 하나 이는 위 각 조항의 내용상 받아들일 수 없다.

#### 다) 제3 처분사유에 관하여

(1) 이 사건 처분서(갑 제1호증)에 기재된 제1 처분사유는 원고가 "발주기관의 승인 없이 유림전력에 하도급 하였다"는 것이고, 피고가 당심에서 추가한 제3 처분사유는 "원고가 이 사건 공사의 대부분을 유림전력에 하도급하였다"는 것



으로, 모두 원고가 유림전력에 이 사건 하도급을 주었다는 내용을 기초로 하고 있어 기본적 사실관계가 동일하다고 볼 수 있는바, 처분사유로 추가하는 것이 허용된다고 봄이 타당하다.

(2) 나아가 이 사건 하도급이 이 사건 공사의 '대부분 또는 주요 부분의 대부분을 1인에게 하도급'한 경우에 해당하는지 살피건대, 피고가 제3 처분사유의 근거규정으로 들고 있는 국가계약법 시행규칙 별표 2 제2호(개별기준) 제5항 (가)목에서는 수급인이 수급받은 공사 중 "전부 또는 주요부분의 대부분을 1인에게 하도급"한 경우 그 입찰참가자격 제재기간을 1년이라고 규정하고 있는데, 이는 국가계약법 제27조 제1항 제3호에 해당하여 입찰참가자격을 제한하는 경우 그 제재기간의 기준을 정한 것으로 볼 것이지, 달리 입찰참가자격을 제한할 수 있는 별도의 요건을 규정하였다고 보기는 어렵다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 있다.

라) 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 경우에 해당하지 않는다는 주장에 관하여 공공기관운영법 제39조 제2항 및 같은 조 제3항의 위임에 따라 기획재정부령으로 제정된 계약사무규칙 제15조는 입찰참가자격 제한의 요건을 '공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 경우'로 규정하고 있다.

그런데 ① 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 공사는 난이도가 상당하고 정전사고 등이 발생할 경우 큰 피해가 발생할 우려가 있어, 전기공사업 등록업체로서 무정전공사 시공인증업체에게만 입찰참가자격이 부여되었는바, 실제 공사의 진행에 있어서도 어떤 업체가 이를 수행하는지가 중요한 요소였고 피고에 의한 공사의 관리·감독이 필요했다고 보이는 점, ② 수급인인 원고로서는 이 사건 계약의 특수조건에 따라 발주자인 피고로부터 승인을 받았어야 했음에도 피고의 승인 없이 이 사건 하도급을 한 점, ③ 결과적으로 이 사건 공사가 무난히 마쳐졌다고 보이기는 하나, 발주자인 피고가 이 사건 하도급에 관하여 공사업자의 선정이나 하도급 공사의 진행에 관한 관리·감독을 전혀 실시하지 못하였는바 이 사건 계약이 적정하게 이행되었다고 평가할 수는 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 원고가 피고의 승인 없이 이 사건 하도급을 한 행위는 공공기관운영법 제39조 제2항, 계약사무규칙 제15조에서 정한 '공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것이 명백한 경우'에 해당한다고 봄이 타당하다.

따라서 원고의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

마) 소결

그렇다면, 원고의 이 사건 각 처분사유 부존재 주장 가운데 제2, 3 처분사유 부분은 이유 있으나, 제1 처분사유에 관한 부분은 이유 없다.

## 2) 재량권의 일탈·남용 주장에 관한 판단

가) 관련 규정 및 법리

(1) 국가계약법 제27조 제1항 제3호는 '각 중앙관서의 장은 건설산업기본법, 전기공사업법, 정보통신공사업법, 소프트웨어 진흥법 및 그 밖의 다른 법률에 따른 하도급에 관한 제한규정을 위반(하도급통지의무위반의 경우는 제외한다)하여 하도급한 자 및 발주관서의 승인 없이 하도급을 하거나 발주관서의 승인을 얻은 하도급조건을 변경한 자에 대하여 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 한다.

‘고 규정하고 있다.

그 위임에 따른 구 국가계약법 시행령 제76조 제2항 제1호는 ‘국가계약법 제27조 제1항 제1호부터 제4호까지 및 제7호·제8호의 어느 하나에 해당하는 자에 대해서는 즉시 1개월 이상 2년 이하의 범위에서 입찰참가자격을 제한해야 한다.

’는 취지로 규정하면서, 같은 조 제3항에서 입찰참가자격 제한의 기간에 관한 사항을 기획재정부령으로 정하도록 하고 있다.

그 위임에 따른 구 국가계약법 시행규칙 제76조 [별표 2] 제2호 제5항에서는 국가계약법 제27조 제1항 제3호에 해당하는 발주기관의 승인 없이 하도급한 자에 대한 제재기간을 6개월로 정하고 있다.

(2) 제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유로 된 위반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 개인이 입게 될 불이익을 비교·형량하여 판단하여야 한다.

이 경우 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고, 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 한다.

따라서 위 처분기준에 적합하다고 하여 곧바로 당해 처분이 적법한 것이라고 할 수는 없는 것이지만, 위 처분기준이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 아니하거나 위 처분기준에 따른 제재적 행정처분이 그 처분사유가 된 위반행위의 내용 및 관계 법령의 규정 내용과 취지에 비추어 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유가 없는 한 선불리 그 처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 재량권을 남용한 것이라고 판단해서는 안 된다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결, 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010두13142 판결 등 참조).

나) 구체적 판단

앞서 인정한 사실에 앞서 든 증거들과 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 위 관련 규정과 법리에 비추어 보면, 원고가 주장하는 유리한 사정을 모두 감안하더라도, 이 사건 처분이 비례의 원칙 내지 평등의 원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용하였다고 볼 수는 없다.

따라서 원고의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

(1) 이 사건 공사가 특고압 가공 배전선로를 지중화함을 그 내용으로 하여 난이도가 상당하였고, 정전 사고 등을 방지할 필요가 있어 발주자인 피고의 관리·감독이 매우 중요하였다.

이에 이 사건 계약에도 특수조건으로 원고가 이 사건 공사 중 일부를 하도급 하는 경우 피고로부터 승인받을 것을 명시하고 있었다.

이와 같이 원고가 이 사건 하도급을 함에 있어서 피고의 승인을 받아야 함은 이 사건 공사의 안전한 이행을 확보하기 위한 것으로서 뚜렷한 공익 목적이 있었다 할 것이고, 그러한 공익의 필요성이 이 사건 처분으로 인하여 원고가 입게 되는 불이익에 비하여 결코 작다고 보기 어렵다.

(2) 국가계약법 제27조 제1항 제3호의 ‘발주관서의 승인 없이 하도급을 한 자’에 해당하여 입찰참가자격이 제한되어야 하고, 그 기간은 구 국가계약법 시행령 제76조 제2항과 제3항, 구 국가계약법 시행규칙 제76조 [별표 2] 제2호 제5항에 따라 6개월인바, 원고에게 6개월간 입찰참가자격을 제한한 이 사건 처분이 과중하다고 보기는 어렵다.

- (3) 구 국가계약법 시행규칙 제76조 [별표 2]에서 정한 '부정당업자의 입찰참가자격 제한기준'이 그 자체로 헌법 또는 법률에 합치되지 아니하거나 위 처분기준에 따른 제재적 행정처분이 그 처분사유가 된 위반행위의 내용 및 관계 법령의 규정 내용과 취지에 비추어 현저히 부당하다고 인정할 만한 합리적인 이유는 보이지 않는다.
- (4) 앞서 인정한 바와 같이 공사의 위험성 등으로 인하여 이 사건 공사에 관하여 피고의 관리·감독이 반드시 필요하였음에도 원고가 피고의 승인 없이 이 사건 하도급을 한 이상, 원고가 주장하는 바와 같이 이 사건 하도급이 분리시공 가능하였거나, 결과적으로 이 사건 공사가 안전하게 준공되었다는 사정 등만으로 이 사건 처분이 지나치게 가혹하다고 볼 수는 없고, 일반적인 공사에서 이루어지는 하도급 공사와 달리 취급하여 평등의 원칙에 반한다고 볼 수도 없다.

### 3. 결론

그렇다면 원고의 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인데, 제1심판결은 이와 결론을 달리하여 부당하므로, 피고의 항소를 받아들여 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

판사 함상훈(재판장) 권순열 표현덕