서울고등법원

제 7 행 정 부

판 결

사건	2016누669 입찰참가자격제한처분취소
원고,항소인	주식회사 엘지유플러스
피고,피항소인	국방부장관
제1심판결	서울행정법원 2013. 9. 6. 선고 2012구합12303 판결
환송전판결	서울고등법원 2014. 9. 17. 선고 2013누27069 판결
환송판결	대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두13072 판결
변론종결	2016. 10. 6.
판결선고	2016. 11. 17.

주 문

1. 원고의 항소를 기각한다.

2. 항소제기 이후의 소송총비용은 원고가 부담한다.

청 구 취 지 및 항 소 취 지

제1심판결을 취소한다. 피고가 2012. 4. 10. 원고에게 한 3개월(2012. 4. 27.부터 2012. 7. 26. 까지)의 입찰참가자격제한처분을 취소한다.

이 유

1. 제1심판결의 인용

이 법원이 이 사건에 관하여 설시할 이유는, 제2항에서와 같이 제1심판결 중 일부 내용을 변경하거나 추가하는 외에는 제1심판결 이유와 같으므로, 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조 본문에 의하여 이를 인용한다.

2. 변경추가하는 부분

가. 제1심판결문 제2쪽 밑에서 제9행의 '원고'를 '엘지데이콤'으로 고친다.

나. 제1심판결문 제4쪽 제14행부터 제5쪽 제1행까지 부분을 아래와 같이 고친다.

『(5) 재량권의 일탈·남용 여부

(가) 아래와 같은 이유로 원고에게 국가계약법 시행규칙 제76조 제4호에서 정한 감경사유가 있음에도 피고는 이를 전혀 고려하지 않았거나 감경사유에 해당하지 않는다고 오인한 나머지 감경하지 않은 채 이 사건 처분을 하였으므로, 이 사건 처분은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.

① 합병 전 회사의 위반행위를 이유로 합병 후 존속회사에 대하여 입찰참가자격 제한처분을 하는 경우 합병 전 회사의 위반행위 후 그 회사가 합병되었다는 사정은 원칙적으로 국가계약법 시행규칙 제76조 제4호에서 정한 감경사유에 해당한다.

② 설령 합병사실이 국가계약법 시행규칙 제76조 제4호에서 정한 감경사유에 해당하지 않는다고 하더라도, 이 사건 금전수수의 동기, 내용 및 횟수뿐만 아니라 합병이 이루어진 동기와 경위, 원고와 엘지데이콤의 관계, 원고와 엘지데이콤의 영업 내용의 유사성, 엘지데이콤의 사업부문 매출이 원고의 전체 매출에서 차지하는 비중 등 다양한 사정을 참작하면 원고에게 위 감경사유가 있다고 봄이 상당하다.

(나) 또한 원고가 소속 직원들의 위법행위를 방지하기 위한 노력을 지속적으로 해 온 점, 이 사건 처분으로 원고는 국가, 지방자치단체, 공공기관 등이 발주하는 모든 공사 입찰에 참여할 수 없거나 낙찰되더라도 계약을 체결할 수 없는 등 막대한 손해를 입게 되는 점, 이 사건 처분으로 국방은 물론 공공분야 통신서비스에 심각한 장애와 혼란이 초래되는 점, 원고가 그동안 국방영역의 통신발전에 기여한 점, 부정당업자 제재에 있어 입찰참가자격제한처분의 기계적인 적용에 대한 반성적 고려로 과징금을 도입하는 법령 개정이 진행 중인 점, 뇌물공여의 액수 및 기간 등에 비추어 볼 때 형평의 관념상 원고에 대한 제재기간이 주식회사 케이티의 경우에 비하여 지나치게 장기인 점 등을 고려

할 때, 이 사건 처분은 원고에게 지나치게 가혹하여 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다.』

다. 제1심판결문 제14쪽 제10행부터 제15쪽 제12행까지 부분을 아래와 같이 고친다.

『(4) 합병 전 회사의 법 위반행위를 이유로 합병 후 존속회사에 대하여 제재처분을 할 수 있는지 여부

(가) 회사합병이 있는 경우에는 피합병회사의 권리·의무는 사법상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고, 그의 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 모두 합병으로 인하여 존속한 회사에게 승계되는 것으로 보아야 한다(대법원 2004. 7. 8. 선고 2002두1946 판결 참조).

(나) 아래와 같은 사정들을 위 법리에 비추어 보건대, 엘지데이콤의 이 사건 금품수수 행위를 이유로 엘지데이콤을 흡수합병한 원고에 대하여 제재처분을 할 수 있다고 봄이 타당하다.

① 국가정보통신사업자가 되기 위해서는 해당지역 회선구성 능력, 구간별 지중화 비율, 유지·보수 능력을 갖추어야 하고, 관련 인허가를 취득해야 하는 등 인적·물적 설비를 갖추어야 하는데, 원고는 2010. 1. 1. 엘지데이콤을 흡수합병하면서 엘지데이콤의 인적·물적 설비 및 허가와 관련된 지위를 모두 승계하였다.

② 입찰참가자격 제한처분이 성질상 이전을 허용하지 않는 일신전속적인 것이라고 볼 수 없다.

③ 만약 합병 전 회사의 법 위반행위가 합병 후 존속회사에 승계되지 않는다고 본다면 법 위반행위를 한 회사가 흡수합병을 통해 제재처분을 무력화할 여지가 있어 입찰참가자격제한 제도의 실효성을 확보할 수 없다.

④ 원고는 식품위생법 제61조, 공중위생법 제11조의4 등의 규정들을 들어 제재처분의 근거법률에서 제재처분의 효과 또는 제재사유의 승계를 명시적으로 규정한 경우에만 합병 전 회사의 법 위반행위를 이유로 합병 후 존속회사에 대하여 제재처분을 할 수 있다고 주장한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 회사합병이 있는 경우에는 합병 전 회사의 권리·의무는 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 모두 합병 후 존속 회사에게 승계되는 것이므로, 원고가 드는 이러한 규정들은 모두 위와 같은 법리를 명문화한 주의적 규정에 불과하다.

⑤ 원고는 식품위생법 제78조, 석유 및 석유대체연료사업법 제8조, 도시가스사업법 제7조의2, 게임산업진흥에 관한 법률 제37조 제1항 등의 규정들을 들어 합병 후 존속회사가 합병 전 회사의 법 위반행위에 관하여 선의인 경우에는 제재사유의 승계를 인정하여서는 안 된다고 주장한다. 그러나

원고가 드는 이러한 규정들은 합병 당시 이미 제재처분이 내려졌거나 제재처분 절차가 진행 중인 경우를 전제로 한 것일 뿐만 아니라 일반적인 합병의 경우와는 달리 선의의 승계인으로 하여금 제재사유에 대한 책임을 면하도록 하는 예외적 규정이라고 봄이 상당하다. 국가계약법이 위와 같은 규정을 명시적으로 두고 있지 않은 이상 피고로서는 원고에 대한 입찰참가자격제한 여부를 결정함에 있어 원고가 엘지데이콤을 합병할 당시 이 사건 금품수수를 알고 있었는지 여부를 고려할 이유가 없었다.

⑥ 원고는, 상법 제530조의 10은 회사분할 시 신설회사 또는 존속회사는 분할하는 회사의 권리와 의무를 분할계획서가 정하는 바에 따라서 승계하도록 규정하고 있는데, 이때 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무라 할 것인바, 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없고, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다는 법리(대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결 참조)를 들어 회사합병의 경우 합병 후 존속회사가 승계하는 것은 회사분할의 경우와 마찬가지로 합병 전 회사의 권리와 의무라 할 것인바, 합병 전 회사의 합병 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐이므로, 특별한 규정이 없는 한 합병 후 존속회사에 대하여 합병 전 회사의 법 위반행위를 이유로 제재처분을 할 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 분할과 합병은 법인격의 승계라는 면에서 법적 성격이 완전히 다르므로 법인격 합일로 인하여 합병 전 회사의 법인격이 합병 후 존속회사에서 그 동일성이 유지되는 합병의 경우를 회사 분할의 경우와 같다고 볼 수는 없고, 회사합병이 있는 경우에는 피합병회사의 권리의무는 사법상의 관계나 공법상의 관계를 불문하고 그 성질상 이전을 허용하지 않는 것을 제외하고는 모두 합병으로 인하여 존속한 회사에 승계되는 것이므로 합병 전 회사의 법위반행위로 인한 제재조치가 당연히 예정된 경우에는 그 예정된 제재조치를 받을 의무 또한 합병 후 존속회사에 승계된다고 할 것이므로 원고의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(5) 재량권의 일탈·남용 여부

(가) 관련 법리

제재적 행정처분이 사회통념상 재량권의 범위를 일탈하였거나 남용하였는지 여부는 처분사유인 위

반행위의 내용과 당해 처분행위에 의하여 달성하려는 공익목적 및 이에 따르는 제반 사정 등을 객관적으로 심리하여 공익 침해의 정도와 그 처분으로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 비교·형량하여 판단하여야 하고, 이 경우 제재적 행정처분의 기준이 부령의 형식으로 규정되어 있더라도 그것은 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 지나지 아니하여 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 없고, 당해 처분의 적법 여부는 위 처분기준만이 아니라 관계 법령의 규정 내용과 취지에 따라 판단되어야 하므로, 위 처분기준에 적합하다 하여 곧바로 당해 처분이 적법한 것이라고 할 수는 없지만, 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 섣불리 그 처분이 재량권의 범위를 일탈하였거나 재량권을 남용한 것이라고 판단해서는 안 된다(대법원 2007. 9. 20. 선고 2007두6946 판결 참조).

국가계약법 제27조 제1항은 '각 중앙관서의 장은 경쟁의 공정한 집행 또는 계약의 적정한 이행을 해칠 염려가 있거나 기타 입찰에 참가시키는 것이 부적합하다고 인정되는 자에 대하여 2년 이내의 범위에서 대통령령이 정하는 바에 따라 입찰참가자격을 제한하여야 한다.'라고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 국가계약법 시행령 제76조는 '입찰·낙찰 또는 계약의 체결·이행과 관련하여 관계공무원에게 뇌물을 준 경우'를 입찰참가자격 제한사유의 하나로 규정하면서(제1항 제10호), 입찰참가자격의 제한에 관한 기간, 동 기간의 가감 그 밖에 필요한 사항은 기획재정부령으로 정하도록 규정하고 있다(제2항), 국가계약법 시행규칙 제76조 제1항은 입찰참가자격 제한의 세부기준을 별표 2에 위임하고 있고, 이에 따라 별표 2 제12호는 '1천만 원 이상 1억 원 미만의 뇌물을 준 자(다목)'에 대하여는 6월로, '1천만 원 미만의 뇌물을 준 자(라목)'에 대하여는 3월로 각 입참참가자격제한 기간의 상한을 규정하고 있다. 한편, 같은 조 제4항은 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 별표 2의 해당 호에서 정한 기간을 2분의 1의 범위 안에서 감경할 수 있도록 규정하고 있다.

(나) 합병 전 회사의 법 위반행위 후 그 회사가 합병되었다는 사정이 국가계약법 시행규칙 제76조 제4항에서 정한 감경사유에 해당하는지 여부

아래와 같은 사정을 종합하면, 합병 전 회사의 위반행위를 이유로 합병 후 존속 회사에 대하여 입찰참가자격 제한처분을 하는 경우 합병 전 회사의 위반행위 후 그 회사가 합병되었다는 사정은 국가계

약법 시행규칙 제76조 제4항에 따라 자격 제한기간의 감경 여부를 결정하는 참작사유에 불과할 뿐이고, 합병되었다는 사정 자체만으로 국가계약법 시행규칙 제76조 제4항에서 정하고 있는 감경사유에 해당한다고 볼 수는 없다. 따라서 이와 다른 전제에 선 원고의 주장은 이유 없다.

① 국가계약법 시행규칙 제76조 제4항에서는 '각 중앙관서의 장은 부정당업자에 대한 입찰참가자격을 제한하는 경우 자격제한기간을 그 위반행위의 동기·내용 및 횟수 등을 고려하여 별표 2의 해당 호에서 정한 기간의 2분의 1의 범위 안에서 감경할 수 있다.'고만 규정하여 감경사유를 특정하지는 않고 있고, 다만 그 자격제한기간을 감경할 수 있는 요소로 '위반행위의 동기, 내용 및 횟수' 등을 예시하고 있을 뿐이다.

② 합병 전 회사의 위반행위를 이유로 합병 후 존속회사에 대하여 입찰참가자격 제한처분을 하는 경우 합병 전 회사의 사업부문에 한정되지 아니하고 합병 후 존속회사의 전 사업부문에 걸쳐 입찰참가자격이 제한되는 효과가 생기나, 이러한 결과는 회사가 합병된 경우뿐만 아니라 하나 이상의 사업부문을 가지는 회사가 그 중 하나의 사업부문에서 입찰참가자격 제한처분의 원인이 되는 위반행위를 한 경우에도 마찬가지로 발생하는 현상이다.

③ 합병 전 회사가 위반행위를 저지른 후 합병 후 존속회사에 합병되어, 합병 후 존속회사에 대하여 합병 전 회사의 위반행위를 이유로 입찰참가자격 제한처분을 하는 경우에도 합병 전 회사의 위반행위의 동기, 내용 및 횟수뿐만 아니라 합병이 이루어진 동기와 경위, 합병 전 회사와 합병 후 존속회사의 관계, 합병 전 회사와 합병 후 존속회사의 영업 내용의 유사성, 합병 전 회사의 사업부문 매출이 합병 후 존속회사의 전체 매출에서 차지하는 비중 등의 다양한 사정을 합병 후 존속회사에 대한 입찰참가 자격 제한기간을 정할 때 그 고려요소로서 참작하여, 처분청이 그러한 사정을 참작한 결과 제한기간을 감경할 필요가 있다고 판단할 때에 감경하면 충분하다.

(다) 기타 재량권의 일탈·남용 여부

1) 인정사실

앞서 든 증거들 및 갑 제2, 26, 27호증, 을 제10, 11호증의 각 기재 및 변론 전체 취지에 의하면 다음의 각 사실을 인정할 수 있다.

① 엘지데이콤의 직원 C는 2006. 5. 10.부터 2008. 2. 19.까지 총 5회에 걸쳐 A에게 3군 사령부의 회선임대 업무와 관련하여 엘지데이콤의 편의를 봐달라는 취지의 부탁을 하면서 합계 900만 원

의 뇌물을 공여하였다.

② 엘지데이콤은 1990년 PC통신 천리안 서비스를 개시한 이후 2000년 LG그룹으로 편입되었으며 주로 국제전화, 시외전화, 데이터망서비스, 전용회선 서비스 사업 등을 해 온 회사이고, 엘지파워콤은 한국전력공사에서 통신사업부문이 분리되어 설립된 회사로서 2003년 LG그룹으로 편입되었으며 주로 초고속인터넷서비스, 전기통신회선임대사업, 인터넷 전화, IPTV 서비스 사업 등을 해 온 회사이다. 한편, 원고는 엘지텔레콤이라는 상호로 휴대전화 서비스 사업 등을 해 오던 회사였다.

③ 원고는 2010. 1. 1. 엘지데이콤과 엘지파워콤을 흡수합병하였다(이하 '이 사건 합병'이라 한다)

④ 합병 당시를 기준으로 엘지데이콤의 사업부문 매출이 원고의 전체 매출에서 차지하는 비중이 약 26%에 해당한다.

⑤ 원고가 제출한 '원고의 2016년 7월부터 9월까지 기간 예정 공공입찰 현황'에 의하면 원고가 참여하는 대부분의 공공입찰은 인터넷서비스, 전용회선, 인터넷전화 등에 관한 것으로 엘지데이콤 또는 엘지 파워콤의 사업부문에 집중되어 있다.

⑥ 원고의 2012년부터 2015년까지의 자산총계 및 매출액은 다음과 같다(단위 : 백만 원), 2012년 2013년 2014년 2015년

	2012년	2013년	2014년	2015년
자산총계	11,088,696	11,775,047	12,012,660	11,950,998
매출액	10,904,634	11,450,300	10,999,828	10,795,218

⑦ 피고는 이 사건 처분을 하기에 앞서 2012. 3. 8. 원고에게 의견 제출을 안내하였고, 원고는 합병 전 회사의 위반행위를 이유로 한 제재의 위법 여부, 재량권 일탈·남용 등에 관하여 의견을 제출하였다.

⑧ 피고는 2012. 4. 5. 2012년 제3차 부정당업자 제재심의회를 개최하여 원고에게 발언 기회를 보장하였다.

⑨ 한편 주식회사 케이티(이하 '케이티'라 한다)의 직원 4명은 2006. 3.경부터 2010. 3.경까지 총 4회에 걸쳐 A에게 합계 14,040,812원의 뇌물을 공여하였고, 피고는 위 뇌물공여를 이유로 케이티에 대하여 6개월의 임찰참가자격제한처분을 하였다. 당시 3군 사령부의 전체 회선임대계약에 있어

서 케이티의 점유율이 약 80%에, 원고의 점유율이 약 15%에 각 달하였다.

2) 판단

위 인정사실 및 앞서 든 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들에 비추어 보면, 원고가 주장하는 모든 사정들을 참작하더라도 원고에게 국가계약법 시행규칙 제76조 제4항에 따라 제한기간을 감경할 필요가 있다고 인정하기 부족하고, 국가를 당사자로 하는 계약의 질서를 유지하여야 할 공익상의 필요가 이 사건 처분에 의하여 원고가 입게 될 불이익에 비하여 결코 가볍다고 볼 수 없으므로, 피고가 국가계약법 시행규칙 제76조 제1항 별표 2 제12호 라목에 따라 원고에 대하여 3개월의 입찰참가 자격제한을 한 이 사건 처분이 원고에게 지나치게 가혹하여 재량권의 범위를 일탈·남용한 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 원고의 이 부분 주장도 이유 없다.

① 국가계약법에서 부정당업자의 입찰참가자격을 제한하는 취지는 공정한 입찰 및 계약질서를 어지럽히는 행위를 하는 자에 대하여 일정기간 동안 입찰참가를 배제함으로써 국가를 당사자로 하는 계약의 성실한 이행을 확보함과 동시에 국가가 입게 될 불이익을 미연에 방지하기 위한 것이다.

② 앞서 본 바와 같이 엘지데이콤의 직원 C는 2006년부터 2007년까지 총 5회에 걸쳐 A에게 3군사령부의 회선임대 업무와 관련하여 엘지데이콤의 편의를 봐달라는 취지의 부탁을 하면서 합계 900만 원의 뇌물을 공여하였고, 엘지데이콤은 C의 뇌물공여에 대하여 상당한 주의와 감독을 다하지 못하였으며, 위 뇌물수수기간 동안 엘지데이콤은 월 평균 135,000,000원의 회선임대수익을 올렸다. 뇌물공여는 범죄행위에 해당하고 그 공여기간도 2년에 이르므로 그 위법의 정도가 가볍지 아니하다.

③ 엘지데이콤은 합병 전부터 원고와 같은 LG그룹 계열회사로서 상호 긴밀한 관계에 있었고, 엘지데이콤의 사업부문 매출이 원고의 전체 매출에서 차지하는 비중이 약 26%에 이르므로 그 비중이 작다고 볼 수도 없다.

④ 또한 사업부문의 특성상 합병 전 엘지텔레콤은 정부가 발주하는 공공사업을 수주하는 일이 거의 없을 것으로 보이고, 오히려 공공사업은 엘지데이콤이나 엘지파워콤의 사업부문에서 수주할 일이 많을 것으로 보인다.

⑤ 이 사건 합병은 엘지데이콤의 직원 C의 위반행위가 종료된 지 약 2년 후에 이루어졌다. 원고는 이 사건 합병 시점이 아직 A에 대한 수사가 이루어지기 전이었고, C가 2008. 5.경 사망한 점 등을

들어 원고가 엘지데이콤을 합병할 당시 이 사건 금품 수수행위를 전혀 알 수 없었다고 주장하나, 원고가 주장하는 사정만으로는 원고가 선의였음을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 오히려 원고는 국내 통신시장에서의 경쟁력을 강화하기 위하여 이 사건 합병을 추진한 것이어서 설령 엘지데이콤의 법 위반행위를 알고 있었다고 하더라도 합병을 감행하였을 것으로 보인다.

⑥ 원고는 이 사건 처분 이전부터 의견제출 및 청문절차를 통하여 합병 전 회사인 엘지데이콤의 위반행위를 이유로 원고에 대하여 제재처분을 하는 것은 자기 책임의 원칙, 신뢰보호의 원칙 및 비례의 원칙 등에 반하여 위법하다는 취지의 주장을 계속 해왔으며, 이에 따라 피고는 이 사건 처분을 함에 있어 합병 전 회사의 위반행위를 이유로 한 제재의 가부 및 그 범위에 관하여 충분히 검토한 것으로 보인다.

⑦ 현행 국가계약법 제27조의2 제1항은 입찰참가자격 제한에 갈음하여 과징금을 부과할 수 있는 경우로 '부정당업자의 위반행위가 예견할 수 없음이 명백한 경제여건 변화에 기인하는 등 부정당업자의 책임이 경미한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우(제1호)', '입찰참가자격 제한으로 유효한 경쟁입찰이 명백히 성립되지 아니하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우(제2호)'를 규정하고 있는데, 위 규정은 이 사건 처분 이후에 신설된 규정으로 이 사건의 경우에 적용할 수 없으며, 설령 위 규정에 따르더라도 엘지데이콤의 이 사건 뇌물수수 행위는 입찰참가자격 제한에 갈음할 수 있는 과징금 부과 대상에 해당하지 않는 것으로 보인다.

⑧ 원고는 이 사건 처분으로 인하여 국가, 지방자치단체, 공공기관 등이 발주하는 모든 공사 입찰에 참여할 수 없게 되어 약 1,900억 원의 손해를 입게 될 것이라고 주장하나, 원고의 주장이 사실이라 하더라도 이 사건 처분에 따른 원고의 손실 규모가 앞서 본 원고의 자산 및 매출 규모에 비추어 지나치게 크다고 볼 수는 없다.

⑨ 피고는 국가계약법 시행규칙 제76조 제1항 별표 2 제12호 다목에 따라 케이티에 대하여 6개월의 입찰참가자격 제한처분을 한 것으로, 위반행위의 내용 및 정도에 비추어 원고에 대한 제재처분이 케이티의 경우에 비하여 지나치게 무겁다고 보기 어렵다.』

3. 결론

그렇다면 원고의 이 사건 청구는 이유 없어 이를 기각할 것인바, 제1심판결은 이와 결론을 같이하여 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 윤성원(재판장) 유헌종 김관용