

# 죄형법정주의에 입각한 건설기술 진흥법 제85조(벌칙) 고찰

김은배<sup>1</sup> · 이현수<sup>1</sup> · 박문서\* · 손보식<sup>2</sup>  
<sup>1</sup>서울대학교 건축학과 · <sup>2</sup>남서울대학교 건축공학과

## Analyzing Article 85(Penalty) in the Construction Technology Promotion Act based on the Principle of Legality

Kim, Eunbae<sup>1</sup>, Lee, Hyun-Soo<sup>1</sup>, Park, Moonseo\*, Son, Bosik<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Department of Architecture and Architectural Engineering, Seoul National University

<sup>2</sup>Department of Architectural Engineering, Namseoul University

**Abstract :** Since May 23, 2014, the Construction Technology Promotion Act has been effect through the entire reform of the Act. Despite the extensive reform, the previous penalty articles remain intact. According to the article 85 ①, especially, if a service provider or an engineer has caused death or injury by violating the duty of good faith and by damaging the principal parts of facilities, the person should be sentenced for lifetime imprisonment or imprisonment for no less than three years. The article has been controversial in its clarity and adequacy. This study is to verify the characteristics and the scope of the article and to suggest the theoretical backgrounds by analyzing the article based on the principle of legality, which enables to set forth the possibility to improve the article. To achieve the goal, the provision has been analyzed in accordance with the basic laws in Korea including the constitutional law and the criminal law, the related cases have been collected, and the comparison of the relevant acts has been executed. The detailed discussion about the articles in laws and acts on construction and the long-term and integrated study are expected to vitalize through this research.

**Keywords :** Construction Technology Promotion Act, Penalty Provisions, Principle of Legality, Administrative Law, Criminal Law

## 1. 서론

### 1.1 연구의 배경 및 목적

#### 1.1.1 연구의 배경

오랜 기간 건설감리와 CM업역에 적용되던 (구)건설기술관리법이 2013년 5월 22일 전부개정을 거쳐 2014년 5월 23일부터 건설기술 진흥법(이하 건진법)으로 그 효력이 발생되게 되었다. 본법은 제정 초기 주로 감리 산업의 진흥과 그 규제를 목적으로 하였던 바, 한국의 사회구조와 건설 산업의 환경 변화로 인한 수차례의 개정을 거친 후 최근에 새로운 명칭을 가진 법률로 전면적인 개정이 이루어진 것이다. (구)건설기술관

리법 하에서 총 8장, 45조로 이루어졌던 법체계는 그 기본적인 골격은 유지하되, 기술자 육성 및 기술용역업자 등의 단체 및 공제조합에 관한 장 등의 내용을 추가하고 전체적인 법체계를 재구성하여 총 8장, 91조로 법률의 전부가 개정되었다.

그런데, 본법 세부조항 중 1995년에 개정된 벌칙 조항에 대하여 그 조항의 적용범위, 과잉여부 등이 꾸준히 논란이 되어 왔지만, 이번 전면개정에서는 특별한 변경이 없이 그 효력이 지속되게 되었다. 특히 건진법 제85조(개정 전 건설기술관리법 제41조)에는 사람의 신체에 발생한 중한 결과에 대하여 상당히 무거운 형벌인 무기징역 혹은 3년 이상의 유기징역형을 구형할 수 있는 조항이 포함되어 있다. 이에 대하여 법적용 타당성 담보 여부의 판단기준 중 하나인 과잉성 측면뿐만 아니라, 벌칙조항의 기술관련 행정법예외의 포함 여부의 정당성 등 법체계 및 법리적 측면에서의 재고 여부 및 개선 여지가 논란이 되어 왔다(Kim 2005).

하지만, 점차 다변화, 복합화되는 현대 한국사회의 현실에 대응하기 위해 행정기능과 영역의 확대 현상이 두드러지

\* Corresponding author: Park, Moonseo, Department of Architecture and Architectural Engineering, Seoul National University, Seoul, Korea  
E-mail: mspark@snu.ac.kr  
Received December 12, 2014; revised August 10, 2015  
accepted December 8, 2015

게 나타나고 있고, 이는 건설 행정 분야에서도 예외는 아니다. 이에 따라, 건설 관련 행정 법규상의 처벌 규정 또한 더욱 증가되는 현상을 보이고 있다. 그리하여, 실제 행위에 비해 과도한 처벌이라는 일부의 의견에도 불구하고 관련 처벌에 관한 내용을 포함하는 조항이 각종 법률에 중복적으로 나타나는 실정이다(Kang 2006). 이러한 규제는 부실공사 및 그에 수반되는 인적·물적 피해를 막자는 그 취지를 달성하기 보다는 그 과잉성으로 인해 새로운 사고 및 우수한 인력의 유입을 막아 장기적으로 건설업 발전을 저해한다는 의견이 있다(Kim 2005). 위와 같이 본 법의 여러 처벌 조항을 비롯하여 특히 본 연구에서 심층적으로 다루게 될 건진법 제85조에 대해서는 몇몇 정책토론회나 세미나 등에서 파편적으로 문제점이 제기되지만 하였고, 관련 논문과 판례의 수는 매우 부족한 실정이다(Kim 2005). 따라서 본 연구에서는 이러한 배경의 이해 하에 건진법의 벌칙 조항 중 제일 첫 조항인 제85조에 대하여 관련 법률과 판례 및 연관 법규의 검토 등을 통하여 해당 조항의 명확성, 적정성 등을 분석하였다.

### 1.1.1 연구의 목적

본 연구에서는 건설업계와 법조계 일각에서 비판이 가해지고 있는 건진법 제85조 벌칙조항 중 제1항을 법이론과 현행 법규정을 바탕으로 고찰하여, 본 조의 죄형법정주의 위반 여부 등에 대하여 분석을 가함으로써 본 조항의 특징 및 개선점 등을 토론할 수 있는 이론적 배경 제시를 목적으로 한다.

## 1.2 연구의 범위 및 방법

본 연구 범위는 건진법 제85조 제1항 제28조 제1항을 위반하여 「건설산업기본법」 제28조에 따른 하자담보책임기간에 다리, 터널, 철도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설물의 구조에서 주요 부분에 중대한 손괴(損壞)를 일으켜 사람을 다치거나 죽음에 이르게 한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다의 분석이다.

본 조항의 분석을 위해 먼저 이론적 고찰을 행하였다. 즉, 제28조 제1항<sup>1)</sup> 내용의 범위가 명확한지와 제85조에 규정된 위법행위의 범위가 명확한지, 또 동 조문에 규정된 부과 가능한 형벌의 경중이 적정한지를 죄형법정주의 이론에 입각해 분석하였다.

또한, 건진법 해당 조항을 헌법, 형법 등 상위·기본법에 비추어 분석하였고, 관련 판례, 헌법례 등 연관 사례를 수집하였다.

마지막으로, 국내외 법률 중 유사한 사항을 규율하는 법률과의 비교를 수행하였다.

## 2. 관련 법률 및 법이론

연구대상 조항은 건진법의 한 조항이며, 내용은 벌칙에 관한 것이다. 건진법은 행정법의 일종이고, 벌칙 조항은 죄형법정주의 등 형법 관련 이론과 형법총칙 조항의 적용범위 안에 속한다. 이에 본 연구에서는 행정법의 성격, 적용범위와 죄형법정주의 및 형법 이론 중 본 조항의 분석에 직접적인 영향을 미치는 관련 이론을 분석·정리하였다.

### 2.1 행정법 및 행정벌

#### 2.1.1 행정법과 건설기술 진흥법

행정법이란 행정조직, 행정작용 및 행정구제에 관한 국내 공법이다(Park 2014). 특히, 건설기술 진흥법은 건설기술 진흥 및 건설기술자 육성과 기술용역 발전을 위한 국가행정기관의 활동을 주로 규율하기 위한 법으로 개발행정법의 일종이다(Park 2013). 따라서 법의 일반원칙<sup>2)</sup>을 지켜야 함은 물론, 법의 작용과 집행은 공적인 부분에 국한되어야 한다(Park 2014).

#### 2.1.2 행정벌과 행정형벌

행정벌이란 행정법상의 의무 위반행위에 대하여 제재로서 가하는 처벌이다. 행정벌은 의무 위반에 대한 제재를 직접적인 목적으로 하지만 간접적으로는 의무자에게 심리적 압박을 가함으로써 행정법상의 의무이행 확보의 기능을 가진다(Park 2014). 본 연구 대상 조항은 징역형을 규정하고 있으므로, 행정벌에 속한다. 따라서 죄형법정주의 등 형사법과 형사벌에 대한 형법총칙규정이 행정법 및 행정형벌에도 원칙적으로 적용된다(Park 2014, Park 2004).

### 2.2 죄형법정(罪刑法定)주의

#### 2.2.1 정의 및 한국법률에서의 구현

2.1에서 살펴보았듯이 연구대상 법조항은 실질적으로 형법의 성격을 띠고 있다. 현대 법치국가의 법률에 적용되는 여러 원칙 중 가장 중요한 것으로 죄형법정주의가 있다. 죄형법정주의는 특히 국가 형벌권의 구체적인 발현인 형법의 해석과 그 적용에 있어서 그 중요도가 커진다. 죄형법정주의에 대해서는 여러 정의가 있으나, 본 연구에서는 다음과 같은 정의를 채택하였다. 즉, 죄형법정주의란 ‘어떤 행위가 범죄로 되고, 그 범죄에 대해서 어떤 형벌을 과할 것인가는 행위 이전에 성문의 법률로 규정되어 있어야 한다는 원칙’이다(Shin et al. 2009).

1) 건설기술용역업자와 그 건설기술용역 업무를 수행하는 건설기술자는 관계법령에 따라 성실하고 정당하게 업무를 수행하여야 한다.

2) 일반적으로 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙, 비례의 원칙을 뜻한다(Park 2004).

Table 1. Principle of legality in Korean laws

Principle of Legality in Korean Constitutional Law	Principle of Legality in Korean Criminal Law
Article 12 ① All citizens shall enjoy personal liberty. No person shall be arrested, detained, searched, seized or interrogated except as provided by Act. No person shall be punished, placed under preventive restrictions or subject to involuntary labor except as provided by Act and through lawful procedures. Article 13 ① No citizen shall be prosecuted for an act which does not constitute a crime under the Act in force at the time it was committed, nor shall he be placed in double jeopardy.	Article 1 (Criminality and Punishability of Act) ① The criminality and punishability of an act shall be determined by the law in effect at the time of the commission of that act. ② When a law is changed after the commission of a crime, such act thereby no longer constitutes a crime under the new law, or the punishment therefor under the new law becomes less severe than under the previous law, the new law shall apply. ③ When a law is changed after the sentence for a crime committed under the previous law has become final and such act thereby no longer constitutes a crime, the execution of the punishment shall be remitted.

이 원칙은 한국 법체계의 최고 위치를 차지하는 대한민국 헌법(이하 헌법)에 그 적용이 명시되어 있다. 즉, 헌법 제12조 1항은 ‘모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’라고 규정하여 죄형법정주의가 국가의 형벌권에 미침을 구체적으로 명시하고 있다(Ministry of Government Legislation 2014).

또한, 형법을 살펴보면, 그 첫 조문인 제1조에서 범죄의 성립과 처벌은 죄형법정주의 이론에 따라야 함을 명확하게 하고 있다(Table 1).

본 연구에서는 죄형법정주의 원칙과 관련된 법이론을 소개하고, 이 원칙이 건진법 제85조에 적절하게 반영되었는가를 검토하였다.

### 2.2.2 죄형법정주의의 내용

죄형법정주의는 일반적으로 법률주의 또는 관습형법금지 원칙, 소급효금지의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석금지의 원칙을 내용으로 한다. 그러나 이 이외에 실질적 법치국가원리로서의 적정성의 원칙도 죄형법정주의의 내용이 된다(Lee 2009).

성문법률주의는 관습형법금지의 원칙이라고도 불리며, 죄와 벌은 성문의 법률에 의하여 규정되어야 한다는 뜻이다.

소급효금지의 원칙은 형벌불소급의 원칙이라고도 일컬어지며, 범죄와 형벌은 행위 시의 법률에 의하여 결정되어야 한다는 뜻으로, 과거로 거슬러 올라가서 범죄를 규정하거나 처벌을 할 수 없다는 원칙이다.

명확성의 원칙은 범죄의 구성요건과 그 법적 결과를 명확하게 규정하여야 한다는 의미이다. 일부 법이론 학자의 견해에 따르면 죄형법정주의의 제1원칙인 성문법률주의에 포함된 원칙으로 설명되기도 한다(The Law Journal 2006).

유추해석금지의 원칙은 법률해석과 적용에 관하여 자의가 허용되어서는 안 된다는 의미이다.

마지막으로 적정성의 원칙이 있다. 이는 과잉금지의 원칙이라고도 하는데, 형벌법규적용은 필요불가결하여야 하고,

죄형은 그 균형이 적절히 유지되어야 한다는 의미이다. 즉, 개인의 신체적, 재산상의 자유를 억압하는 성질을 가진 형벌권 발현은 그 죄에 상응하는 정도에서 그쳐야 하며, 과도한 형벌은 형벌의 목적—그것이 응보든 교화든 예방이든 간에—에 부합되지 않는다(Ministry of Justice 2011).

Table 2. Sub-principles in the Principle of legality

Principles	Origin (Ancient Roman Empire)
The Written or Statute Law	Lex Scripta
The Prohibition of Retroactive Effect	Lex Praevia
The Principle of certainty	Lex Certa
The Principle of Strict Interpretation	Lex Stricta

(Merriam-Webster 1993)

본 연구에서는 특히 ① 명확성의 원칙, ② 유추해석금지의 원칙, 그리고 ③ 적정성의 원칙이 건진법 제85조 제1항에서 지켜지고 있는지에 대하여 분석하였다.

## 2.3 형법 및 형법이론

### 2.3.1 형법 총칙

현행 형법은 총 372조의 조문으로 구성되어 있으며, 이 중 제86조까지가 제1편, 총칙이며, 나머지 조항을 제2편으로 하여 각칙이라 부른다(Ministry of Government Legislation 2014). 총칙에는 형법의 적용범위, 죄, 형, 기간이 정해져 있으며, 범죄를 구성하는 각 행위가 어떤 것이며, 형벌을 부과할 때 공통적으로 적용되는 형의 종류와 경중 그리고 각 형의 기간 계산에 대한 기준이 정해져 있다. 특히 제8조(총칙의 적용)에는 ‘본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.’라고 정하여, 내용상 형법에 준하는 법령에 형법의 총칙이 적용되도록 하였다.

2.2.1에서 서술하였듯이, 본 연구의 대상인 건진법은 행정법에 속하나, 동 법의 내용 중 벌칙규정은 행정법에 속하는 바, 내용상 형법의 성질을 띠고 있고 이에 형법 총칙이 적

용된다는 것에 이견이 없다(Park 2001). 따라서 형법 총칙의 조문들과 형법 총칙 조문을 있게 한 형법 총론의 관련 이론들을 고찰해야 할 필요성이 제기되었다.

### 2.3.2 범죄(犯罪)

범죄란 구성요건(構成要件)에 해당하고 위법(違法)하고 책임(責任)있는 행위이다(Lee 2009). 즉, 어떤 구체적인 사실이 법률에서 범죄라고 정한 범주에 포함되면서(구성요건해당성), 이 행위가 법률상 허용되지 않는 성질을 가지고(위법성), 행위자에게 비난을 가할 수 있을 때(책임), 그 행위는 형법상의 범죄가 된다(Lee 2009).

본 연구에서는 해당 조문에 규정된 내용이 구성요건 해당성을 명확히 표현하고 있는지의 여부를 검토하였다.

### 2.3.3 인과관계(因果關係)와 객관적 귀속(客觀的 歸屬)

인과관계란 발생한 결과가 행위자의 행위에 의한 것이라는 일정한 연관이 있어야 한다는 이론이다(Lee 2009). 이에 대해 여러 학설이 있지만, 특히 판례에서는 상당인과관계설이 주를 이룬다. 즉, 경험칙상 상당한 조건, 결과에 상당한 조건이면 인과관계가 있다고 인정하고 있다.

객관적 귀속은 인과관계가 인정되는 결과를 행위자의 행위에 객관적으로 귀속시킬 수 있는가를 확정하는 이론이다. 이는 규범적, 법적인 문제로서, 형법의 목적과 목표에 따라 그 해석이 되어야 할 문제라는 주장이 있다(Lee 2009). 주로 이용되는 판단기준은 위험의 창출 또는 증가, 위험의 실현, 객관적 지배가능성, 규범의 보호목적 등이다.

본 연구에서는 법률의 해석자가 해당 조문을 구체적인 사실에 적용할 경우, 인과관계와 객관적 귀속의 문제를 논리적으로 적용할 수 있을지의 여부를 검토하였다.

### 2.3.4 고의(故意)와 미필적 고의

어떠한 구체적인 사실이 범죄를 구성하는 행위로 인식이 되려면 적어도 행위자에게는 자신의 행동을 인식하고, 또한 그 행동을 실현하려는 의사가 있어야 한다는 것이 대다수의 의견이다(The Law Journal 2006). 예를 들자면, 형법 제164조에는 ‘불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물을 소훼한 자’라고 정해져 있는데, 이 조항을 적용하기 위해서는 행위자가 자기가 불을 지르고 있다는 것을 인식하고, 불을 붙여서 소훼하겠다는 실현 의지가 있어야 하는 것이다. 이러한 인식과 의사를 합쳐서 고의라 부르며, 특히 인식과 의사 모두 명확한 경우 확정적(確定的) 고의라고 표현한다.

한편, 결과발생의 대상은 확정적으로 인식하였으나 결과발생 자체를 확실히 의욕하지는 않은 경우 이것을 고의로 볼 것인가 하는 문제가 논란의 대상이다(The Law Journal 2006). 이를 위해 미필적(未畢的) 고의의 개념이 논의되었고, 현재

다수의 학자가 지지하는 용인설이 판례에서도 주류이다. 즉, 미필적 고의를 인정하기 위해서는 결과발생의 확정적 인식과 함께 행위자가 구성요건적 결과발생을 가능하다고 생각하고, 이를 용인해야 한다는 것이다(Lee 2009). 위 방화의 경우, 불을 붙인다는 행위는 확정적으로 인식하되, 불이 나서 건조물이 소훼되어도 할 수 없다는 정도의 의사가 있으면 고의를 인정할 수 있다는 결론이다.

### 2.3.5 형벌(刑罰)

형법 제41조부터 제50조까지는 형벌에 대하여 그 종류와 경중을 규정하고 있다. 본 조문에 포함된 징역형에 대하여 고찰해 보면, 징역(懲役)은 자유형(自由刑)의 일종으로 수형자를 일정 장소에 구치하여 정역(定役)에 복무하게 하는 형벌이다(Lee 2009). 징역형은 그 기간의 한정유무에 따라 무기징역과 유기징역으로 나뉘는데, 무기징역은 종신형(終身刑)이나 20년 경과 후 가석방이 가능하다(형법 제72조 1항). 현재 실질적 사형폐지국가인 한국에서 사실상의 법정최고형 역할을 하고 있다. 유기징역은 최소 1개월 이상 30년 이하이며, 만일 가중이 되면 최고 50년까지 가능하다.

### 2.3.6 결과적 가중범(結果的 加重犯)

결과적 가중범이란 고의에 기한 기본범죄에 의하여 행위자가 예견하지 않았던 중한 결과가 발생한 때에 그 형이 가중되는 범죄를 말한다(Lee 2009). 결과적 가중범에서 과실로 인한 중한 결과에 대해 단순한 과실범보다 무겁게 벌하는 까닭은 중한 결과가 고의적인 기본범죄에 전형적으로 내포된 잠재적인 위험의 실현이란 점에서 단순한 과실범의 결과야기보다 행위반가치가 크다는 점에 있다(Kim 2014). 우리 형법은 기본범죄가 고의적인 경우에 한해 결과적 가중범의 성립을 인정하고 있기 때문에 기본범죄행위 역시 고의적이어야 한다(Kim 2014). 그리고, 중한 결과를 행위자의 행위의 결과로 귀속시키자면 행위와 결과 사이에 인과관계와 객관적 귀속관계가 인정되어야 한다는 것이 다수의 의견이다(Lee 2009, Kim 2014). 중한 결과는 중간원인을 거치지 않고 기본범죄행위와 그 결과로부터 직접 야기된 것이어야 한다. 이를 직접성의 원칙이라 한다(Kim 2014).

본 연구의 대상 조항인 건진법 제85조 제1항도 ‘사람을 다치거나 죽음에 이르게 한 자’라는 표현을 씀으로써 결과적 가중범에 대해서 규정하고 있다. 따라서 형법의 결과적 가중범에 대한 이론과 판례가 적용된다.

## 3. 건설기술 진흥법 제85조 제1항 분석

2장에서 살펴 본 바와 같이, 본 조항은 행정벌 조항으로서 형식상으로 행정법, 실질적으로는 형법에 속하므로 죄형법정주의와 형법총칙의 제 규정에 합치되어야 한다. 본 장에서는

해당 조항이 죄형법정주의의 원칙 중 명확성-유추해석금지의 원칙과 적정성의 원칙이라는 주요 원칙에 합치된 조항인지를 집중적으로 분석하였다. Table 2는 해당 조항의 전문이다. 먼저 '제28조 제1항'의 내용을 살펴본 후, 전체 조항을 구성요건 부분, 형벌 및 형량 부분으로 세분화하여 각 해당되는 이론과 사례를 적용해 검토하였다.

Table 3. Article 85(Penalty) in the Construction Technology Promotion Act

Construction Technology Promotion Act Provision 85(Penalty)	Any person who, by violating the duty in Article 28 ① and damaging principal parts of facilities including bridges, tunnels, railways, and others defined by President's executive orders during the warranty period according to the 「Framework Act on the Construction Industry」 Article 28, has caused death or injury to another person shall be punished by lifetime imprisonment or imprisonment for no less than three years.
---	--

### 3.1 건설기술 진흥법 제28조 1항

#### 3.1.1 해당 조항의 분석

건진법 제85조에서 규정한 불법행위의 첫째는 동 법 제28조 제1항의 위반이다. 이에 본 연구에서는 먼저 해당 조항을 분석하였다. 제28조 1항에서는 '건설기술용역업자와 그 건설기술용역 업무를 수행하는 건설기술자는 관계 법령에 따라 성실하고 정당하게 업무를 수행하여야 한다.'라고 규정하고 있다. 건설기술용역업자와 건설기술자에 대한 정의는 동 법 제2조(정의) 조항<sup>3)</sup>에 명확히 규정되어 있다.

제28조 1항에서 특히 문제가 되는 부분은 '성실하고 정당한 업무의 수행'이다. 2.1에서 보았듯이 본 조항의 표현이 죄형법정주의, 특히 그 중 명확성의 원칙을 지키고 있는지를 분석할 필요가 있다. 성실(誠實)의 사전적 정의는 정성스럽고 참됨이며, 정당(正當)의 정의는 이치에 맞아 옳바르고 마땅함이다(The National Institute of Korean Language 1999). 실제로 법을 적용하는 경우에는, 이러한 추상적인 개념의 구체적이고 명확한 해석을 위해 법이론 중 가장 중요한 이론 중 하나인 신의성실(信義誠實)의 원칙을 참고할 필요가 있다. 신의성실의 원칙이란 사회공동생활의 일원으로서 상대방의 신뢰를 배반하지 않도록 성의를 가지고 행동함을 의미한다(Park 2010). 즉, 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나, 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 규범이다

3) "건설기술자"란 「국가기술자격법」 등 관계 법률에 따른 건설공사 또는 건설기술용역에 관한 자격, 학력 또는 경력을 가진 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람을 말한다. 또한, "건설기술용역업자"란 건설기술용역을 영입의 수단으로 하려는 자로서 제26조에 따라 등록한 자를 말한다(Ministry of Government Legislation 2014).

(대법원 2003.4.22. 선고 2003다2390 판결).

#### 3.1.2 본 조항 관련 판례

법이론적인 해석은 다소 추상성을 띤 바, 해당 조항의 구체적인 적용 사례를 살펴보기 위해서 판례를 참고하였다. 아쉽게도 동 법 제28조 제1항이 직접적으로 적용된 판례는 아직 없다. 다만, 건설산업기본법의 규정에 대한 대법원과 헌법재판소의 판단을 통해 향후 동 조항이 실제로 적용될 경우의 법원의 판단 기준을 유추해 볼 수 있다.

첫 번째 판례는 1999년에 선고된 99도2309 판례로, 건설산업기본법 제95조 제1호 조문의 표현 중 '부당한 이득'과 '공정한 가격결정'이 쟁점이 되었으나, 법원은 해석을 통해 구성요건을 확정할 수 있을 정도로 명확하고, 건설업계라는 한정된 분야에서 특별히 요구되는 질서유지를 위한 조항으로 명확성의 원칙에 반하지 아니하고, 나아가 헌법 상의 평등의 원칙에도 반하지 않는다고 판단하였다(Ministry of Government Legislation 2014).

두 번째 판례로는 2004년 선고된 헌재결정례 2003헌바25, 2003헌바37(병합)이 있다. 본 헌법재판소 결정례에서는 건설산업기본법 제83조 단서 중 제1호 부분의 '부당한 방법'이 명확성을 지키지 못하였는지가 쟁점이 된 바, 헌법재판소는 해당 사건 법률조항에 규정된 '부당한 방법'의 개념이 약간의 모호함에도 불구하고 법률해석을 통하여 충분히 구체화될 수 있고, 이로써 행정청과 법원의 자의적인 법 적용을 배제하는 객관적인 기준을 제공하고 있으므로 법률의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 결론을 내렸다(Ministry of Government Legislation 2014).

#### 3.1.3 소결론

건진법 제85조 제1항의 분석을 위해서 해당 조문에 기술된 동 법 제28조 제1항의 내용을 분석하였다. 그 결과 해당 조문의 내용 중 '성실하고 정당한 업무 수행'에 관한 해석에 있어서 그 명확성이 확보될 수 있는지의 문제가 제기되었고, 이를 법이론적 방법과 해당 유사 판례 및 헌법례를 통하여 검토하였다. 성실함과 정당성의 경우 법이론의 대전제인 신의성실의 원칙을 따르고, 또 사회공동체 구성원 사이에 형성된 신뢰와 성의를 바탕으로 충분히 구체화될 수 있다는 것이 결론이었다. 대법원과 헌법재판소도 해당 판례를 통하여 이를 정확하게 판시하고 있다. 참고로, 본 조항의 위반 여부가 법률적 쟁점이 될 경우, 본 조항은 2.3에서 살펴보았듯이 행정벌의 일종이기에 그 입증의 부담<sup>4)</sup>은 위반을 주장하는 측이 부담해

4) 입증책임(立證責任)이라고도 하며, 소송에서 자기에게 유리한 사실을 주장하기 위해 법원을 설득할 만한 증거를 제출하는 책임을 의미한다. 현재 대한민국 소송법 체계에서는 형사소송은 검사, 민사소송은 원고에게 입증책임이 있다(Park et al, 2010).

야 하며, 따라서 소추하는 측(이 경우 검사)이 당해 건설기술 용역업자나 건설기술자가 불성실하거나 부당하게 업무를 수행하였음을 설득시킬 수 있는 증거를 제출하여야 한다. 따라서 해당 용역업자나 기술자는 특별히 관계 법령에 어긋남이 없을 경우, 증거가 채택되기 전까지는 성실하고 정당하게 업무를 수행한 것으로 추정된다(Chung 2012, Lee 2011).

### 3.2 건설기술 진흥법 제85조 1항

#### 3.2.1 해당 조항의 구성요건

본 조항의 경우 그 해당되는 죄를 묻기 위해서는 크게 세 가지의 구성요건이 행위에 포함되어야 한다. 표2의 조문을 다시 보면, 첫째 제28조 제1항의 위반이 있어야 하며, 둘째 다리, 터널, 철도, 그 밖에 대통령령으로 정하는 시설물의 구조에서 주요 부분에 중대한 손괴를 일으켜야 하고, 셋째 사람을 다치거나 죽음에 이르게 하여야 한다.

3.1에서 보았듯이 제28조 제1항의 위반은 성실, 정당 의무의 위반이다. 이 경우 쟁점이 될 수 있는 부분은 관계 법령의 위반이나 불성실 혹은 부당함이 과실로 인한 경우에도 본 조항을 적용할 수 있는가이다. 이 쟁점의 경우 법률은 제86조에 업무상 과실로 인한 경우를 따로 규정하여 그 해석에 있어서의 혼동의 여지를 제거하였다. 즉, 제86조에 '업무상 과실로 제85조제1항의 죄를 범하여 사람을 다치거나 죽음에 이르게 한 자는 10년 이하의 징역이나 금고 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다'라고 규정하여 제85조가 적용되는 경우는 고의로 위반한 경우에 국한됨을 확실히 하였다.

다음으로 '주요부분에 중대한 손괴'인데, 이 경우 손괴에 대한 고의가 반드시 필요한가의 문제가 쟁점이 될 수 있다. 첫 번째 쟁점인 성실, 정당과 비교하였을 때, 주요부분에 중대한 손괴는 물리적으로 충분히 측정이 가능한 점에서 차이가 있다. 즉, 사람의 행위가 주된 대상이 아니라 시설물의 주요 부분인지, 또한 손괴가 일어났는지의 여부가 해당 조항의 적용 여부를 결정한다고 봐야 한다. 따라서 손괴가 일어나면 족하지, 그 손괴에 대한 고의성의 유무는 본 조항의 적용 여부 검토 시 고려할 필요가 없다고 봐야 할 것이다. 즉, 주요 부분에 손괴를 일으킬 고의가 있었다더라도 실제 손괴가 없을 경우, 본 조항의 적용 대상이 되지 않는다고 봐야 한다. 같은 이유로, 손괴가 일어나지 않았지만, 사람의 사상이 발생한 경우에도 본 조항이 적용되지 않는다고 해석하여야 할 것으로 생각한다. 이 경우, 처벌의 요구가 있을 시에는 일반 형법이나 기타 법률 중 구성요건해당성을 충족하는 규정이 있는지를 찾아야 할 것이다.

마지막으로, 사람을 다치거나 죽음에 이르게 한 결과가 있어야 한다. 이는 2.3.6에서 설명한 결과적 가중범의 전형적인 구성요건이다. 따라서 건설기술용역업자와 건설기술자의

의무위반, 주요부분에 중대한 손괴가 인명 피해에 직접적인 연관이 없을 경우, 해당 조항의 구성요건해당성을 충족시키지 못할 것으로 생각한다. 다만, 우리나라 판례는 경우에 따라서는 행위자의 행위와 중한 결과의 발생 사이가 충분히 예견 가능하다고 판단하면, 그 인과관계와 귀속을 다소 넓게 인정하는 경향이 있다(Ministry of Government Legislation 2014)<sup>5)</sup>.

#### 3.2.2 해당 조항의 형벌 및 형량

본 조항의 내용 중 가장 빈번하게 논란이 되었던 부분이다. 본 조항의 위반한 죄에 대한 형벌은 무기 또는 3년 이상의 징역이다. 앞서 2.3.5에서 살펴보았듯이, 무기징역은 기한이 없이 정역에 복무하게 하는 매우 중한 형이다. 다만, 20년이 경과한 후 가석방을 통해 사회로의 귀환을 허용하고 있다. 또한, 유기 징역의 경우 특별한 가중 사유가 없을 경우 최고 30년을 넘지 못하도록 규정되어 있다(Ministry of Government Legislation 2014).

본 조문은 1995년 건설관련 대형 사고가 발생한 직후, 건설 현장 및 시설물의 경우 사고가 발생하면 그 결과가 국가적 재해로 간주될 정도로 클 수 있다는 것을 감안하여 그 양형을 중하게 만든 것으로 판단된다. 또한 당시 사고에 따른 책임 소재를 명확하게 특정하기 힘든데 따른 악화된 여론에 의해서 더욱 더 형량이 증가되었던 것으로 생각한다. 이후 해당 조항의 형벌의 경우 특정한 업무에 종사하는 용역업자 혹은 기술자가 일반적이지 않은 환경에서 행하는 업무상의 행위의 결과로 인하여 받는 처벌로는 너무 중한 것이 아닌가 하는 의견이 지속적으로 제기된 바 있다(Kim 2005, Korea Land Daily 2014). 또한, 형법각칙에 규정된 여러 범죄 중 그 형벌이 무기 또는 3년 이상인 다른 죄와 비교하였을 때, 그 형량이 너무 과한 것 아닌가 하는 지적도 가능하다.<sup>6)</sup>

5) 가장 대표적인 판례로 1994년에 선고된 대법원 판례 93도3612가 있다. 본 사건은 흉기에 찔린 피해자가 그 자리에서 사망하지는 않았지만, 급성신부전증 증세로 입원한 후 의사의 지시를 무시하였다가 사망한 사건이다. 판례는 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 다른 사실이 개재되어 그 사실이 치사의 직접적인 원인이 되었다고 하더라도 그와 같은 사실이 통상 예견할 수 있는 것에 지나지 않는다면 살인의 실행행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계가 있는 것으로 보아야 한다고 판시하면서, 피고인에게 살인죄를 선고하였다(Ministry of Government Legislation 2014).

6) 형법 각칙 중 해당 죄 - 내란죄, 내란목적살인죄, 외환의 죄(유치, 여적죄, 모병이적죄, 간첩죄 등), 범죄단체 조직죄, 폭발물사용죄, 특수공무방해죄, 현주(공용)건조물방화죄, 폭발성물건파열죄, 가스전기방류, 공급방해죄, 현주(공용)건조물일수죄, 기차 등 전복죄, 교통방해치사상죄, 음용수혼독지사상죄, 통화위조죄, 살인죄, 존속살해죄, 상해치사, 폭행치사죄, 존속유기(체포, 감금)치사죄, 약취유인살인/치사죄, 강간상해치상, 강간살인치사죄, 인질상해치상, 인질살해치사죄, 특수강도죄, 강도상해치상, 강도살인치사죄, 강도강간죄, 해상강도죄 등

### 3.2.3 소결론

건진법 제85조 제1항의 죄에 해당하기 위해서는 건설용역업자와 건설기술자는 성실, 정당 의무를 위반하고 있다는 인식과 의사(고의)가 있어야 하고, 물리적으로 시설물의 구조의 주요 부분에 중대한 손괴가 발생하면서 그의 직접적인 결과로 사람의 신체에 해가 발생해야 한다. 손괴와 사람의 사상은 그 결과의 발생이 있으면 본 조항의 적용이 즉각 가능하다. 따라서 행위자의 주관적 요소는 고의성을 요구하므로, 본 조항의 적용 가능성이 좁아진다. 하지만, 결과가 발생하면 적용성이 다시 넓어지면서 처벌 가능성이 증가한다고 볼 수 있다. 결론적으로 해당 조항의 구성요건해당성은 '주요 부분의 중대한 손괴' 부분에서 다소 해석의 모호성이 존재하지만, 그것이 죄형법정주의를 위반할 정도라고는 볼 수 없다 하겠다.

형량의 경우, 행위 결과가 중하여 그에 따라 무거운 형량을 부과할 수 있도록 정한 것으로 이해할 수 있으나, 건설기술자에 대한 무거운 처벌을 통해 2.1.2와 2.2.2에 언급된 행정벌 및 형벌의 취지가 달성될 수 있을지는 의문이 있다고 할 수 밖에 없다. 또한, 건설기술의 연구개발 촉진, 수준 향상, 품질 및 안전의 확보라는 건진법의 자체의 달성 목적<sup>7)</sup>에 부합할 수 있는 벌칙 조항인지도 명확하지 않다.

## 4. 비교법적 관점 분석

본 조항과 유사한 내용을 포함한 국내외 각종 관련법을 비교 분석하였다. 국내법은 거의 모든 경우에 동일한 형량을 적용토록 규정된 조항이 있음을 발견하였다.

### 4.1 국내 관련 법률 비교

건진법과 유사한 분야를 규율하는 행정법을 위주로 하여 해당 벌칙 조항의 비교분석을 행하였다(Table 4). 건축이나 건설관련 주요 법률에 유사한 조항들이 벌칙으로 규정되어 있으며 부과되는 형벌의 양 또한 모두 같음을 알 수 있다.

7) 건설기술 진흥법 제1조에 규정된 동 법의 목적은 다음과 같다. 이 법은 건설기술의 연구·개발을 촉진하여 건설기술 수준을 향상시키고 이를 바탕으로 관련 산업을 진흥하여 건설공사가 적정하게 시행되도록 함과 아울러 건설공사의 품질을 높이고 안전을 확보함으로써 공공복리의 증진과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

Table 4. Comparison of Penalty Provisions in the Related Acts

Act	Provisions	Penalty
Framework Act on the Construction Industry Article 93 ②	Contractors or engineers who have caused death or injury to another person	Lifetime imprisonment or imprisonment for no less than three years
Building Act Article 106 ②	Designers, Contractors, Workers, and Supervisors who have caused death or injury to another person	Lifetime imprisonment or imprisonment for no less than three years
Housing Act Article 94 ②	Designers, Contractors, Supervisors and Structural Engineers who have caused death or injury to another person	Lifetime imprisonment or imprisonment for no less than three years
Special Act on the Safety Control of Public Structures Article 39 ②	A person in charge of Safety Control, by violating the safety regulations or neglecting the safety checks, who have caused death or injury to another person	Lifetime imprisonment or imprisonment for no less than three years
Engineering Industry Promotion Act Article 46	Identity theft, or brokerage of the action or violation of the duty of credibility	Imprisonment for no more than one year or fine for no more than 10,000,000 won
Engineering Technology Promotion Act Article 27	Violation of the duty of credibility	Imprisonment for no more than one year or fine for no more than 5,000,000 won

건설업과 직접 연관은 없으나 기타 산업 관련 행정법의 벌칙 중 본 조항과 유사점을 가진 예는 다음 표 5와 같다. 특이점은 특정 산업 종사자나 사용자에 국한되지 않고 결과에 대해 벌을 가하며, 형량의 차이가 크다.

Table 5. Comparison of the Other Administrative Acts

Act	Provisions	Penalty
Nuclear Safety Act Article 113 ①	A person, by destroying Nuclear reactor, who has caused death or injury to another person, or has damaged the property, or disorder the public safety	Death penalty · Lifetime imprisonment or imprisonment for no less than three years
Nuclear Safety Act Article 114 ②	A person who has caused death by wrongfully controlling or handling nuclear substance, nuclear reactor, and nuclear ray generator <sup>8)</sup>	Imprisonment for no less than three years [Effect: Nov 22. 2014]
Occupational Safety and Health Act 66.2	Employers who violate the safety and health measures duties thus cause the death of a worker	Imprisonment for no more than 10 years or fine for no more than 100 million won
High-pressure Gas Safety Control Act 38	Any person who causes the death of a person	imprisonment without prison labor for not more than ten years or by a fine not exceeding 150 million won

8) 상해를 입은 경우에 대한 규정은 없다.

법무부에서 2011년 형법을 개정하면서 발간한 형법 개정의 기본목표에서는 각종 형사특별법을 형법전으로 흡수·통합하는 것을 기본 방향으로 삼고 있으며, 형법의 역할을 과거의 응보적 성격에서 벗어나 재사회화 수단으로 확대하고, 양형의 투명성과 예측가능성을 확보하여 범죄를 예방하고 궁극적으로는 범죄로부터 자유로운 사회를 조성하는 것임을 분명히 하고 있다(Ministry of Justice 2011).

#### 4.2 해외 관련 법률 비교

미국, 일본, 영국, 독일, 덴마크 등의 국가에서는 건설업종 사자들을 가중 처벌하는 내용을 규정한 건설관련 특별법이 존재하지 않는다(Kim 2005). 입찰 담합과 입찰 참가제한에 대하여 일본, 독일 등에 특별법이 존재하나, 모두 벌금형으로 처벌하고 있다. 뇌물공여에 대하여 독일과 일본에 조항이 있으나, 형법을 바로 적용하고 있다(Kang 2006).

#### 4.3 소결론

검토 대상이 된 건진법 제85조 조항과 유사한 조항이 건설 관련 각 행정법에 별칙으로 규정되어 있으며, 동법 해당 조항의 입법취지와 유사한 이유로 삽입된 것으로 파악된다. 이에, 시설물 안전에 대한 우려 불식과 대형 인명 사고의 근절 없이는 본법 해당 조항을 포함한 각 행정법 조항들의 대규모 개정을 주장하거나 기대하는 것이 쉽지는 않은 것으로 분석되었다. 그러나 형법 개정의 기본 방향 및 해외 관련 법률 분석을 통해 볼 때, 장기적으로는 산재한 행정벌칙 조항들을 형법전으로 통합하는 개정안이 필요한 것으로 판단된다. 즉, 현행 형법에도 규정되어 있는 과실차사상죄, 손괴차사상죄, 상해차사죄 등을 사안에 따라 적용한다면 굳이 행정법에 벌칙을 독립적으로 규정할 필요가 없어질 것이다.

### 5. 결론

건설기술 진흥법의 벌칙조항 중 제85조를 중심으로 본 조항의 적정성과 과잉성 위반 여부를 고찰한 결과는 다음과 같다. 첫째, 본법 제28조 1항의 용어 사용은 죄형법정주의를 위반하지 않았고, 그 해석이 사회통념 상의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다. 둘째, 본법 제85조의 ‘시설물의 주요 부분에 중대한 손괴(損壞)부분은 명확성의 원칙에 부합하여, 범죄의 구성요건해당성의 판단을 방해하지 않는다. 셋째, 본조의 입법취지와 관련 법률과의 비교 및 그 결과(死傷)의 중함 정도 등을 고려했을 때, 본 조에서 정한 법정형의 경중은 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다.

다만, 해당 법률의 입법취지가 건설기술연구개발을 통한 산업진흥, 품질향상, 안전확보 그리고 국민경제 발전에 이바지하는 건설기술의 진흥임을 감안하고, 법무부의 형법 개정

의 기본 방향(통합과 예방적 기능 강화), 해외 관련법과의 비교 등을 고려할 때, 각 행정형벌 조문은 형법전으로 일원화하여 국가형벌권의 기능을 합리화하고 그 남용을 막는 방향으로의 법률 개정 검토가 필요하다.

본 연구에서는 해당 조문을 해석함에 있어 해당 벌칙 규정의 적용 사례가 부족하였던 이유로 법리적인 이론을 위주로 적용하였다. 따라서 실제 사고가 생겼을 때의 적용 여부에 대한 고찰이 부족한 점이 있었다. 향후에는 본 법률의 제정(1987년), 벌칙 조항의 개정(1995년) 전후의 관련사고 및 인명 피해 현황을 조사하여 해당 법률 조항과의 관계를 분석하는 연구가 더 필요하다.

본 연구를 통해, 향후 우리나라의 건설용역업 및 건설산업 전체를 규율하는 법률 내의 각 세부조항에 대한 논의가 더욱 활성화되기를 바라며, 이를 통해 기타 벌칙 규정 및 관련 법률이 체계화, 선진화되기를 기대한다.

### 감사의 글

본 연구는 국토교통부 도시건축연구사업의 연구비지원(15AUDP-B087012-02)에 의해 수행되었습니다.

### References

Chung, Y. H., Lee, S. B., Park, H. J., and Cho, H. J. (2012). "Characteristics of the Duty of care of a Good Manager according to the Construction Manager's Task," *Korean Journal of Construction Engineering and Management*, KICEM, 13(1), pp. 36-43.

Kang, W. S. (2006). The improvement schemes of construction related punishable provision in Korea, Construction Economy Research Institute of Korea (CERIK), Seoul, Korea.

Kim, H. (2005). "Criminal Liability of Construction Engineers," *Journal of Korea Society of Civil Engineers*, 53(5), pp. 47-50.

Kim, I. S. and Suh B. H. (2014). *Criminal Law—a general part*, 12th ed., Pakyoungsa, Seoul, pp. 336-342.

Korea Land Daily (2014). "The Reform of Construction Technology Management Act," <<http://www.ikld.kr>> (Apr. 11, 2014)

Lee, J. S. (2011). *Criminal Law*, 7th ed., Pakyoungsa, Seoul.

Lee, S. B. (2011). "A study on the Ethics Characteristics according to Service and Practice of Construction Manager," *Korean Journal of Construction*



- Engineering and Management*, KICEM, 12(1), pp. 97-106.
- Merrian-Webster's Inc. (1993). Merrian-Webster's Collegiate Dictionary, Merrian-Webster's Inc., Springfield, MA, USA.
- Ministry of Government Legislation. <<http://www.law.or.kr>>
- Ministry of Justice (2011). *A statement of proposal for revision of several provisions in the Criminal Law*, Korea Ministry of Justice, Gwacheon, p. 4.
- Ministry of Land, Transport and Maritime Affairs (2012). *An Authoritative Interpretation of Framework Act on the Construction Industry*, Construction Economy, Seoul, pp. 305-369.
- Park, J. H. (2001). "Administrative punishment in the narrower and the wider perspective," *SNU Law*, 41(4), p. 286.
- Park, K. S. (2014). *Introduction to Administrative Law*, 2nd ed., Pakyungsa, Seoul.
- Park, K. S. (2013). *Administrative Law*, 10th ed., Pakyungsa, Seoul.
- Park, S. Y. (2004). *Introduction to Law*, Donghyun, Seoul.
- Park, S. K. et al. (2010). *Jurisprudence*, Pakyungsa, Seoul.
- Ryu, J. T. (2002). "System of administrative penalty," *Lawyers Association Journal*, 51(12), p. 34.
- Shin, D. U. et al. (2009). *(Law School) Criminal Law*, Pakyungsa, Seoul, pp. 38-104, 673-730.
- The National Institute of Korean Language (1999). *Standard Korean Dictionary*, Doosandong, Seoul.
- The Law Journal (2006). *Criminal Law*, The Law Journal, Seoul, pp. 49, 53-54, 127.

---

**요약 :** 최근 (구)건설기술관리법이 전면개정되어 2014년 5월 23일부터 건설기술 진흥법으로 새롭게 발효되었다. 동 법의 전면개정에도 불구하고, 기존 법률의 벌칙 조항 대부분은 변경이 없이 존치되었다. 특히 동 법 제85조 제1항에는 건설기술용역업자와 건설기술자가 성실, 정당 업무 의무를 위배하여 구조물의 주요 부분을 손괴하여 그 결과로 사람의 신체를 상하게 하거나 생명을 잃게 하였을 경우, 무기 혹은 3년 이상의 징역에 처하는 중한 형벌을 규정하고 있다. 본 조항의 경우 그 명확성 및 형벌의 경중의 적정성에 대하여 논란이 계속되어 왔다. 본 연구는 해당 조항의 특징과 그 적용범위를 명확히 하고, 본 조의 죄형법정주의 위반 여부 등에 대하여 분석을 가함으로써 본 조항의 개선점 등을 토론할 수 있는 이론적 배경 제시를 그 목적으로 한다. 이를 위해, 건설기술 진흥법 해당 조항을 행정법, 형법 등 상위·기본법에 비추어 분석하였고, 관련 판례, 헌법재판 등 연관 사례를 수집하였으며, 기타 국내의 법률 중 유사한 사항을 규율하는 법률과의 비교를 수행하였다. 본 연구를 통해, 향후 우리나라의 건설용역업 및 건설산업 전체를 규율하는 법률 내의 각 세부조항에 대한 논의가 더욱 활성화되기를 기대하며, 향후 기타 벌칙 규정 및 관련 법률의 체계화, 선진화 등을 위한 중장기적이고 통합적인 연구가 지속되어야 할 것으로 판단된다.

**키워드 :** 건설기술 진흥법, 벌칙규정, 죄형법정주의, 행정법, 형법

---