

## 건설기술진흥법상의 부실벌점 구성요건에 대한 입증책임



정병호<sup>1)</sup>  
한국CM협회 건설산업연구센터 센터장, yhc@cmak.or.kr

최근 부실벌점이 건설업계에서 커다란 이슈가 되고 있다. 벌점의 집행 건수가 피부로 느낄 정도로 급증하고 있기 때문이다. 그러나 현재 운영하고 있는 부실벌점제도의 집행과정이 적법한 절차에 의하여 운영되고 있는지에 대하여는 법리적으로 많은 의문이 있다. 여기서 말하는 적법한 절차란 부실벌점의 부과가 행정처분 그 중에서도 행정처분에 해당하느냐와 행정처분에 해당된다면 이러한 처벌이 법치주의 원칙에 따라 적법한 절차에 의해 운영되고 있는지를 살펴보고자 한다.

행정벌(Verwaltungsstrafe)은 행정법상 의무위반의 행위에 대하여 통치권에 의거한 제재를 가하는 것을 말한다. 행정벌이 부과하여지는 의무위반의 행위를 ‘행정범’이라고 하며, 이에 대하여 행정벌을 과하는 절차를 ‘행정처벌’이라고 한다. 이러한 행정벌 중에는 형법 제41조 형의 종류에 해당하는 것을 내용으로 하는 것과 과태료와 같이 형법상 형벌을 내용으로 하지 않는 것이 있다.<sup>2)</sup>

행정벌은 행정강제 및 제재 수단의 하나이다. 이는 국민이 공법상의무를 이행하지 아니한 경우, 그 의무를 이행하도록 강제하는 것 이외에 일정한 과벌을 행하는 것을 말한다. 이와 같은 행정벌은 일반적으로 당사자의 공법상 의무불이행이 행정질서의 위반에 해당할 경우에 부과되는 것으로서 그

행정질서 위반에 대한 응보적 처벌임과 동시에 행정질서의 확보를 위한 일반예방적 목적의 처벌이라고 할 것이다. 행정벌을 포함한 행정강제의 수단은 그 어느 것이든 행정청이 타 기관의 힘을 빌리지 아니하고 일반통치권에 의거하여 강제수단을 행사할 수 있다는 점에서 행정청의 공권력 행사이다.<sup>3)</sup>

따라서 행정상 강제와 제재는 권력적, 침익적 성질을 가지므로 법치행정의 원리에 따라 명시적 근거가 있어야 하고 법의 일반원칙에 의한 제한을 받는 것이다. 또한 헌법상 적법절차의 원리는 국가의 모든 공권력 행사에 적용되므로 행정벌의 부과에서도 적법절차라는 한계를 위반할 수 없다.<sup>4)</sup>

이러한 법 원칙에 비추어 건설기술진흥법 제53조(건설공사 등의 부실 측정)에서 규정하고 있는 벌점이 행정처분에 해당하는지 살펴보면, “국토교통부장관, 발주청과 인·허가기관의 장은 공사감리 또는 건설공사를 성실하게 수행하지 아니함으로써 부실공사가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우 부실의 정도를 측정하여 벌점을 주어야 한다.” 고 하면서 입찰 시 그 벌점에 따라 불이익을 주도록 하고 있으며 나아가 이를 공개하도록 하고 있다. 또한 같은 조 제4항을 통하여 부실 정도의 측정기준, 불이익 내용, 벌점의 관리 및 공개 등에 필요한 사항은 대통령령으로 위임하고 있다.

1) 건설법무학박사 / PMP  
2) 법학의 이해 황근수 / 한국학술정보 / 2007. 1. 2  
3) 행정질서벌의 법적 쟁점 김재호, 김해룡 / 한국토지공법학회 토지공법연구 제78집 2017년 5월  
4) 헌재 192. 12. 24, 92헌가8.

이러한 건설기술진흥법의 규정은 위에서 살펴본 법원칙에 비추어 행정처분에 그 중에서도 권력적, 침익적 성질을 가지는 행정처분에 해당한다고 보아야 한다.

판례를 보아도 “행정소송의 대상이 되는 행정처분은, 행정청 또는 그 소속기관이나 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 공공기관이 국민의 권리의무에 관계되는 사항에 관하여 공권력을 발동하여 행하는 공법상의 행위를 말하며...”<sup>5)</sup> 라고 행정처분 범위의 원칙을 제시하면서 “행정청 또는 그 소속기관이나 권한을 위임받은 공공기관의 행위” 만이 행정처분에 해당한다는 단서를 두고 있다.

또한 “건설기술관리법, 같은 법 시행령 및 시행규칙의 관련 규정들에 의하면, ①발주청은 부실벌점을 받은 자에 대하여 그 부실벌점에 따라 입찰 시 불이익을 주어야 하고, ②건설기술용역업자의 용역능력 평가 및 건설업자의 시공능력 평가를 할 때 부실벌점을 고려하여야 하며, ③또한 입찰참가 자격의 사전심사를 하는 때와 다른 법령에 의한 불이익을 주는 경우 부실벌점을 적용할 수 있고, 이 경우 누계 평균부실벌점이 1점 이상 2점 미만인 경우에는 0.2점을 감점하여야 하므로, 이 사건 각 벌점부과 처분은 원고들의 권리의무에 직접적인 변동을 초래하는 행정소송법 제2조의 처분에 해당 한다”<sup>6)</sup>고 하여 행정처분에 해당함을 명확히 하고 있다.

결론적으로 건설기술진흥법(구 건설기술관리법)에 따른 행정처분 즉 벌점을 부과하려면 행정청은 법치행정의 원리에 따라 명시적 근거를 제시하여야 하고 법의 일반원칙을 따라야 한다.

여기서 말하는 법의 일반원칙이란 ‘행정형벌에 관하여는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우 이외 형법총칙을 적용한다.’<sup>7)</sup>을 말하며 구체적으로 구성요건에 대한 입증책임<sup>8)</sup>의 문제로 귀결된다. 법원에서도 ‘행정처분의 위법을 주장하여 그 처분의 취소를 구하는 소위 항고소송에 있어서는 그 처분이 적법하였다고 주장하는 행정청에게 그가 주장하는

적법사유에 대한 입증책임이 있다.’<sup>9)</sup>고 하여 행정청의 입증 책임을 명확히 하고 있다.

건설기술진흥법에서 정한 벌점부과의 구성요건은 ‘성실하게 수행하지 아니함으로써 부실공사가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우’ 이다. 또한 동법시행령 제87조 제5항에서 부실 정도의 측정기준, 불이익 내용, 벌점의 공개 대상·방법·시기·절차 및 관리 등을 위하여 벌점관리기준을 정하고 그 안에 구체적인 벌점내용의 구성요건과 점수를 별표로 명시하고 있다.

따라서 행정청이 벌점을 부과하려면 법의 일반원칙에 따라 부과대상자가 시행령 별표에서 규정한 구성요건에 해당한다는 입증은 하여야 하며 그에 더하여 법에서 규정한 ‘성실하게 수행하지 아니하였음’과 그 결과로 ‘부실공사가 발생하였거나 발생할 우려가 있음’도 입증하여야 한다.

그러나 현장에서는 이러한 구성요건과 입증에 대한 검토 없이 벌점을 부과하는 경우가 관행적으로 나타나고 있다. 단순히 현장에서 나타난 현상만을 발견하고 그에 근거하여 벌점을 부과하는 것이다. 이는 행정청 공무원의 법집행능력 수준의 미숙함과 벌점부과 대상자인 사업자, 기술인의 권리의식 부재가 원인으로 보인다. 법치주의 원칙에 비추어 대단히 우려하여야 할 현상이다.

필자가 경험한 구체적 사례를 소개하면 시행령 별표 2.1 항의 “그 밖에 확인검측의 누락 또는 검측업무의 지연으로 인하여 계획공정에 차질이 발생한 경우”에 해당한다고 벌점 1점을 부과한 경우이다. 현장점검 과정에서 가설 동바리의 체결부속 일부가 관련규정을 충족하지 못하는 것을 발견하였다는 것이 그 이유이다.

이러한 경우 행정청은 법치주의 원칙에 따라 ‘검측업무의 지연’이 있었는지 그 결과로 ‘계획공정에 차질이 발생’ 하였는지를 입증하여야 하며, 나아가 법에서 규정한 ‘성실하게 수

5) 대법원 2015. 12. 23 선고 2015두50627 판결 [벌점부과처분취소청구의소]

6) 대구지방법원 2008. 6. 11. 선고 2007구합3062 판결

7) 행정쟁송법 강의 서진배 차수봉 / 발간연도 : 2008.03.17 / 출판사 : 한국학술정보

8) 소송상 권리 또는 법률관계의 존부를 판단함에 있어 입증책임이 있는 당사자의 일방이 입을 불이익을 입증책임(증명책임, 거증책임) 이라한다.

9) 대법원 1985. 1. 22 선고 84누515 판결 [준공처분취소]

행하지 아니하였음'과 그 결과로 '부실공사가 발생하였거나 발생할 우려가 있음'도 입증하여야 한다.

그러나 벌점을 부과하겠다는 행정청의 관련서류 살펴보면 단지 가설 동바리의 체결부속 일부가 관련 규정을 충족하지 못하고 있다는 것 이외에 아무런 설명이 없었고 현장을 확인해보니 공정은 오히려 계획보다 빨리 진행되고 있었다.

'잠자고 있는 권리는 보호받지 못한다.' 라는 법언이 있다. 즉, 주장하지 않는 권리는 보호받지 못한다는 뜻이다. 필자가 생각하는 건설업계의 문제 중 하나는 자신의 권리를 주장하는 것을 주저하는 것이다. 물론 드러내고 말하기 어려운 여러 이유가 있음은 잘 알고 있다. 아직도 건설업계에 뿌리 박혀있는 전근대적인 '갑을'문화도 한몫을 하고 있다고 보인다. 그러나 이제는 건설업계 스스로가 본인이 행사할 수 있는 권리를 명확히 행사하는 문화를 만들어 가길 바란다. 나아가 행정청은 법치행정의 원칙에 입각하여 벌점을 부과 하려면 그 구성요건에 대한 입증책임이 본인에게 있음을 명심 하길 기대한다.

## 참고문헌

1. 행정쟁송법 강의 서진배 차수봉 / 발간연도 : 2008.03.17 / 출판사 : 한국학술정보
2. 구육서 / 행정판례평선 (개정판) / 한국행정판례연구회 / 박영사 / 2016.10.15