연구총서 20-A-07

행정기관의 범죄조사권 현황분석 및 개선방안 연구

Criminal Investigation of Administrative Agencies: Analysis of the Current Status and Improvement Measures

이천현·이권철·이정민·이주희

KIC
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

한국형사정책연구원

머리말

「행정조사 기본법」은 행정기관의 행정조사에 관한 기본원칙, 행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통사항에 대하여 규정하고 있습니다. 그러나 동법의 적용을 받는 행정기관은 행정조사의 일 유형으로서 법위반사실 확인을 위한 조사활동을 수행하고 있을 뿐만 아니라, 동법의 적용이 배제되는 공정거래위원회, 금융위원회, 증권선물위원회, 국세청 등 행정기관들은 개별 관련 법률에서 별도로 각 관련 법령에서 범죄행위에 대한 다양한 조사권을 행사할 수 있도록 규정하고 있습니다.

법위반 사실 확인을 위한 행정조사는 사실상 범죄 수사와 동일한 성격을 가지고 있음에도 불구하고 「행정조사 기본법」에서 규정하고 있는 기본적인 내용을 제외하고 그 조사의 실효성이나 행정 편의주의적인 관점에서 피조사자에 대한 절차적 보장이 이루어지지 않은 채 사실상 강제적으로 수행되고 있다고 할 수 있습니다. 또한, 「행정조사 기본법」의 적용을 받지 않는 공정거래위원회 등의 행정기관은 관련 법령에 최소한의 행정조사 근거 규정만을 두고서 행정조사라는 명분을 가지고 실질적인 범죄수사와 동일한 범죄조사권을 행사하고 있습니다. 심지어 이와 같은 행정기관의 조사에 불응하는 경우 등에는 과태료로 뿐만 아니라 형벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있기도 하지만 범죄수사에 준하는 정도의 절차적 통제장치는 법률에 제대로 마련되어 있지 않은 상황에 있습니다.

현대사회에서는 정보통신기술의 발달, 법령위반 행위에 대한 조직적 은폐 행위의 진화 등에 따라 행정기관의 법집행에 상당한 어려움을 초래하고 있기도 하지만, 조사대상자의 권리의식도 강화되어 행정기관의 행정조사권 발동에 대한 적법절차의 요구 등 권리보호에 대한 요구가 강해지고 있는 상황에 있습니다.

이에 이 연구에서는 조사에 있어서 실질적인 강제조사권을 행사하고 있는 행정기관의 법 위반행위 혐의자에 대한 범죄조사권에 대한 종합적이고 체계적인 현황을 비교분석하고, 그에 대한 문제점을 파악하여 이에 대한 개선방안을 제시하였습니다.

이 연구가 행정기관의 법위반행위 조사권 행사와 관련하여, 조사의 효율성 측면에

대한 고려만이 아니라 조사혐의자의 권리보호라는 새로운 패러다임 구축에 도움이 될 수 있기를 바랍니다. 마지막으로 이 연구에 참여해 주신 이권철 교수님(백석대), 이정민 교수님(단국대), 이주희 교수님(청주대)과 법률 검색에 도움을 주신 김태훈 연구원께 감사드립니다.

2020년 12월

연구진을 대표하여

선임연구위원 이천현

목 차

국문요약 ····· 1

제1장 이천현

서 론 ····· 7

제1절 연구 목적 ····· 9

제2절 연구범위 및 방법 ····· 11

제2장 이천현

행정기관의 행정조사에 관한 고찰 ····· 13

제1절 행정조사의 의의 ····· 15

1. 행정기관의 행정조사 ····· 15

가. 행정조사의 의의와 성격 ····· 15

나. 행정조사의 방법 ····· 19

다. 행정조사 절차 ····· 23

라. 행정조사와 권리구제 ····· 26

2. 구별: 감사(감찰) ····· 29

가. 회계검사와 감찰 ····· 29

나. 외부감사와 자체감사 ····· 29

다. 감사방법 및 결과의 처리 ····· 30

라. 감사방해 등에 대한 제재 ····· 31

제2절 행정기관의 범죄조사법(위반행위 조사) ····· 31

1. 일반 행정기관의 위반행위 조사 ····· 31

2. 특별 행정기관의 위반행위 조사 ····· 32
3. 구별: 행정기관의 질서위반행위조사 ····· 33
4. 구별: 특별사법경찰의 조사활동 ····· 35
제3절 행정조사와 범죄수사 ····· 37

제3장 이천현
행정기관의 범죄조사권 현황분석 ····· 39

제1절 현황 비교검토 ····· 41
1. 일반 행정기관의 위반행위 조사권 ····· 41
가. 일반적 형태의 조사권 규정 ····· 41
나. 범죄수사에 준하는 조사 ····· 47
다. 특별한 행정조사 규정 ····· 58
2. 특별 행정기관의 위반행위 조사권 ····· 60
가.「행정조사 기본법」적용배재 근거 ····· 60
나. 특별행정기관의 위반행위 조사권 ····· 61
제2절 행정기관의 범죄조사권 관련 문제상황 ····· 96
1. 행정조사와 영장주의 ····· 96
가. 대물적 강제처분과 영장주의 ····· 96
나. 학설 대립 ····· 97
다. 판례의 입장 ····· 98
라. 행정조사에서의 영장주의의 한계 ····· 101
2. 행정조사와 진술거부권 ····· 102
가. 형사절차와 진술거부권 ····· 102
나. 행정조사와 진술거부권 ····· 105
3. 행정조사와 수사의 구분 불명확성 ····· 110
가. 한계의 불명확성 ····· 110
나. 한계의 불명확성과 행정응원 ····· 113

제4장 이주희(제1절) · 이권철(제2절) · 이정민(제3절)

주요국가의 행정기관의 범죄조사권 현황 분석 ····· 115

제1절 독일 ····· 117
1. 서론 ····· 117
2. 독일의 행정기관의 행정조사에 관한 제도 현황 ····· 118
가. 행정조사에 관한 기본원칙 ····· 118
나. 관련자들의 협력의무에 의한 행정조사 원칙의 보완 ····· 121
다. 개별 법률에서의 행정조사와 협력의무:
근로시간법(ArbZG)과 파산법(InsO)의 경우 ····· 124
3. 행정조사 관련자의 협력의무와 형사절차상의 자기부죄 금지의
원칙과의 충돌 ····· 127
가. 형사절차 및 질서위반금 부과 절차상의 자기부죄 금지의 원칙
····· 127
나. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙과의 충돌 사례 129
4. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌에 관한 독일 연방
헌법재판소의 결정과 그 한계 ····· 131
가. 파산채무자 결정(Gemeinschuldnerbeschluss der BVerf)
····· 131
나. 파산채무자 결정의 한계 ····· 132
5. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌 해소를 위한
해석론 ····· 135
가. 논의의 출발점 ····· 135
나. 관리·감독 목적의 행정과 질서위반금 부과 및 형사처벌
목적의 사법의 구별 필요성 ····· 136
다. 행정과 사법의 구별기준으로서 수사절차 개시에 관한 일반
원칙의 적절성 검토 ····· 138
라. 행정과 사법의 결정적 기준으로서의 최초의 혐의
(Anfangsverdacht)의 존재 ····· 139
마. 유럽 인권 재판소의 결정 ····· 140
6. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌 해소를 위한
입법론 ····· 141
가. 독일 파산법상의 증거사용금지 규정과 문제점 ····· 141

나. 문제 해결을 위한 입법론 ····· 143
7. 보론: 독일 조세기본법상의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙을 둘러싼 논쟁 ····· 144
가. 조세기본법상 세무조사의 이중적 기능과 납세자의 협력의무와 자기부죄 금지 원칙의 충돌 상황 ····· 144
나. 납세자의 협력의무와 자기부죄 금지 원칙의 충돌 해소를 위한 증거사용금지 규정 ····· 146
다. 조세기본법상 협력의무 이행에 의한 자기부죄로부터 납세자를 보호하기 위해 제시된 다양한 해결방안들 ····· 147
8. 결론 ····· 149
제2절 미국 ····· 151
1. 서론 ····· 151
2. 행정기관의 범죄조사권에 대한 제도(입법) 현황 ····· 152
가. 행정조사 (Administrative Investigation) ····· 152
나. 행정기관의 독립적 수사권 ····· 154
다. 병행조사(Parallel Investigation) ····· 158
3. 행정기관의 범죄조사권에 대한 논의현황 ····· 159
가. 영장주의의 변화 ····· 159
나. 행정조사와 범죄수사의 구별 ····· 168
다. 병행조사의 문제 ····· 170
라. 자기부죄거부특권(Privilege against sefl-incrimination) ····· 175
마. 변호인 참여권 및 조력받을 권리 ····· 180
4. 요약 및 시사점 ····· 180
가. 요약 ····· 180
나. 시사점 ····· 182
제3절 일본 ····· 184
1. 서론 ····· 184
2. 행정기관의 법위반 사실 조사제도 현황 ····· 186
가. 범칙조사와 행정조사의 입법현황 ····· 186
나. 행정기관의 조사수단 선택문제 ····· 194
다. 행정기관의 행정조사과정 ····· 195
라. 행정기관의 행정조사권한 비교 ····· 197
마. 행정조사의 범죄수사 자료 이용 ····· 199

바. 행정절차법 적용 제외 ····· 200
3. 행정기관의 법위반 사실 조사에 대한 논의 ····· 201
가. 행정조사의 법적통제로서 영장주의 ····· 201
나. 행정조사 법적통제로서 자기부죄거부특권 ····· 204
다. 소결 ····· 206
라. 행정조사 통제로서 제3자 입회 ····· 207
마. 행정조사의 절차적 통제 ····· 208
바. 행정조사의 권리구제 ····· 210
4. 요약 및 시사점 ····· 213

제5장 이천현

행정기관의 법 위반행위 조사권 개선방안 ····· 219

제1절 법 위반행위에 대한 행정조사의 정당성 ····· 221
1. 법 위반행위에 대한 행정조사의 정당성 ····· 221
2. 법 위반행위에 대한 행정조사의 제한 ····· 223
제2절 각 개별법령상의 제도 정비 ····· 230
1. 규정 체계 강화방안 ····· 230
가. 조사권 행사 요건 명확화 ····· 230
나. 조사권 행사 방법 구체화 ····· 232
다. 보고규정과 조사 규정 분리 규정 ····· 236
라. 제재규정의 합리화 ····· 238
2. 절차보장 강화방안 ····· 240
가. 진술 관련 규정의 개선 ····· 240
나. 증표제시 등 절차규정 보완 ····· 244
다. 변호인 등의 조력을 받을 권리 ····· 249
라. 행정조사와 실력행사 ····· 252
제3절 특별 행정기관의 행정조사 개선 ····· 254
1. 근로감독관 조사업무 ····· 254
2. 금융위원회 등의 조사업무 ····· 255
3. 공정거래위원회 등의 조사업무 ····· 256

4. 국세청 ····· 257
5. 참고: 선거관리위원회 ····· 257

제6장 이천현
결 론 ····· 261

참고문헌 ····· 267

Abstract ····· 275

표 차례

[표 2-1-1] 행정조사와 즉시강제 ····· 16
[표 2-1-2] 행정조사의 기본원칙 ····· 18
[표 2-1-3] 감사의 유형 ····· 30
[표 2-1-4] 감사방해 등에 대한 제재 ····· 31
[표 2-2-1] 행정조사 유형 ····· 31
[표 2-2-2] 행정조사기본법 적용 제외 ····· 32
[표 2-2-3] 행정조사와 질서위반행위조사 ····· 35
[표 2-3-1] 행정조사와 범죄수사 ····· 37
[표 3-1-1] 복권법 위반행위와 제재(형벌) ····· 49
[표 3-1-2] 근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항 ····· 63
[표 3-1-3] 근로감독관의 사업장 지도감독 관련 법령 ····· 64
[표 3-1-4] 근로감독관의 직무 관련 법률 규정 현황 ····· 66
[표 3-1-5] 금융위원회 소관 조사 관련 법률 현황 ····· 69
[표 3-1-6] 보험업법 등 개별법률 현황 ····· 71
[표 3-1-7] 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」 주요 내용 ····· 73
[표 3-1-8] 자본시장법상의 임의조사권 및 강제조사권 ····· 76
[표 3-1-9] 「자본시장조사 업무규정」 주요 내용 ····· 77
[표 3-1-10] 금융감독기관의 조사권과 수사권(자본시장법) ····· 78
[표 3-1-11] 조사행위 방해 등에 관한 제재(자본시장법) ····· 79
[표 3-1-12] 외부감사법의 내용 ····· 80
[표 3-1-13] 공정거래위원회 소관 조사 현황 ····· 81
[표 3-1-14] 조사행위 방해 등에 관한 제재(공정거래법) ····· 83
[표 3-1-15] 관련 법령상의 공정거래위원회의 조사권 ····· 84
[표 3-1-16] 조사행위 방해 등에 관한 제재(관련 법령)(1) ····· 85
[표 3-1-17] 조사행위 방해 등에 관한 제재(관련 법령)(2) ····· 87
[표 3-1-18] 공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙 ····· 89
[표 3-1-19] 「디지털 증거의 수집·분석 및 관리 등에 관한 규칙」 내용 ····· 90
[표 3-1-20] 국세청 소관 조사 관련 법률 현황 ····· 91

[표 3-1-21] 세무조사와 조세범칙조사의 차이 ····· 95
[표 4-2-1] 주요행정기관의 범죄수사권 및 근거법령 ····· 157
[표 4-3-1] 공정거래법상 조사권한 (행정조사 · 범칙조사) ····· 193
[표 4-3-2] 행정조사권한 비교 ····· 198
[표 5-2-1]「폐기물관리법」규정 비교 ····· 231
[표 5-2-2]「도시 및 주거환경정비법」규정 비교 ····· 231
[표 5-2-3] 조사 방법의 규정방식 ····· 232
[표 5-2-4]「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」규정 비교 ····· 235
[표 5-2-5] 고용보험법 규정 ····· 237
[표 5-2-6]「축산계열화사업에 관한 법률」상의 행정조사 방해 등 행위와 제재 ····· 239
[표 5-3-1] 선거관리위원회의 조사권 ····· 257

국문요약

1. 행정기관의 법 위반행위에 대한 조사

법위반 사실 확인을 위한 행정조사는 사실상 범죄 수사와 동일한 성격을 가지고 있음에도 불구하고 그 조사의 실효성이나 행정 편의주의적인 관점에서 피조사자에 대한 절차적 보장이 - 「행정조사 기본법」상의 내용 이외에는 - 이루어지지 않은 채 사실상 강제적으로 수행되고 있다. 또한, 「행정조사 기본법」의 적용을 받지 않는 공정거래위원회 등의 행정기관은 – 관련 법령에 최소한의 행정조사 근거 규정만을 두고서 - 행정조사라는 명분을 가지고 실질적인 범죄수사와 동일한 범죄조사권을 행사하고 있다. 이와 같은 행정기관의 법위반 사실 확인을 위한 행정조사에 불응하는 경우 등에는 과태료나 형벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있지만 행정조사에 대하여는 범죄수사에 준하는 정도의 절차적 통제장치는 법률에 제대로 마련되어 있지 않은 상황이다.

이에 이 연구에서는 조사에 있어서 실질적인 강제조사권을 행사하고 있는 행정기관의 법 위반행위 혐의자에 대한 범죄조사권에 대한 종합적이고 체계적인 현황을 비교분석하고, 그에 대한 문제점을 파악하여 이에 대한 개선방안을 제시하였다.

2. 법 위반행위에 대한 행정조사 억제

우리나라 행정 법률에 규정된 대부분의 법 위반행위에 대하여는 행정상의 조치나 제재(허가취소, 영업정지, 개선명령, 과징금, 과태료 등) 뿐만 아니라 형벌(징역 또는 벌금)도 부과하도록 하는 이중적 규제체계를 갖추고 있기 때문에, “법 위반행위”에 대한 행정조사권 행사에는 필연적으로 - 행정상의 조치 · 제재 이외에 – 형사절차로의 연결성이 묵시적 · 명시적으로 포함되어 있다. 따라서 법 위반행위에 대한 이원적 제재 체계를 구축하고 있는 우리의 실정법 체계하에서는 “법 위반행위”에 대한 행정조사권 행사는 - 극히 자의적인 행정권력 행사로서 – 그 정당성을 인정받기 어려울 것이다.

요컨대 법 위반행위에 대한 행정조사는 추후 형사처벌로 이어질 수 있는 - 피조사자의 기본권을 심대하게 침해할 수 있는 – 잠재적 가능성이 있는 조사활동으로서 극히 최소화되어야 한다. 조사활동 즉 수사활동은 수사기관(일반 수사기관 및 특별사법경찰)이 담당해야 할 영역이다. 이와 관련한 모법적인 입법례는 「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률」(제21조)과 「고용정책 기본법」(제38조)을 들 수 있다.

다만, 법 위반행위에 대한 행정조사가 형사절차와 연계되지 않는 단순한 행정조사의 경우에는 논란의 여지가 없을 것이다.

부득이하게, 수사기관에 고발이나 수사의뢰 등의 행정목적 필요성 때문에, 법 위반행위에 대한 조사를 인정하는 경우에도 행정기관은 법 위반행위에 해당하는지 여부에 대한 형식적인 사실관계를 확인하는 정도에 그쳐야 하고, 그 조사 방법도 관계 공공기관 등에 대한 자료제출요청에 의한 조사활동 정도의 최소한도로 그쳐야 할 것이다.

한편 법 위반행위에 대한 행정조사의 입법에 있어서 또 하나 고려해야 할 점은 행정공무원에 대하여 매우 많은 영역에서 “특별사법경찰권”이 부여되어 있다는 것이다. 이들이 법 위반행위에 대한 조사활동을 – 수사절차를 통해 – 할 수 있도록 하여야 한다.

3. 각 개별법령상의 제도 정비

(1) “이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때”에 조사권을 행사할 수 있도록 규정하는 것은 지양되어야 한다. 조사권 행사의 범위를 구체화하여 규정할 필요가 있다. 이것은 그 범위가 – 형벌을 부과하기 위한 조사를 포함하여 - 무한히 확대될 수 있는 극히 추상적이고 자의적인 개념 요소로서 관계 공무원에 대한 지나치게 과도한 조사권을 부여하고 있는 것이기 때문이다. 「폐기물관리법」의 개정(2019년) 사례가 참고가 될 수 있다.

(2) 개별 행정법률에서는 조사 방법에 대하여 구체적으로 규정하고 있다. 그러나, 조사의 구체적인 방법에 대한 규정이 없거나 비체계적으로 규정하는 경우가 있다(「아동복지법」 제66조 등). 조사권을 규정할 경우 그 조사 방법에 대하여 구체적이고 체계적으로 규정할 필요가 있다.

한편, 피조사자의 기본권 보호를 위하여, 조사권 행사를 위한 방법을 일차적으로

피조사자의 기본권에 비교적 침해가 덜 되는 방법인 “관계 물품 · 서류 제출명령”을 규정하고, 그것으로 소기의 목적을 달성하기 어려운 경우(1차적 조사방법 거부 등)에 2차적으로 “현장 조사”를 규정하는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.

⑶ 보고 및 조사는 행정조사 방법으로서 차이만 있고 본질적으로는 동일한 형태의 조사임에도 불구하고 이를 구분하여 규정하는 경우가 있다(고용보험법 등). 양자는 실질적으로 동일하기 때문에 보고 · 조사 규정을 통합적으로 규정할 필요가 있다. 행정조사와 관련한 기본원칙(사전통지, 조사결과 통지 등)이 보고에 해당하는 경우에는 적용되지 않는 것으로 입법 또는 해석되기(또는 해석 될 수 있기) 때문이다.

⑷ 대부분의 법률에서는 행정조사권 행사의 방해 등의 행위에 대한 제재로서 ‘과태료’를 부과도록 규정하고 있다. 그러나 이에 대한 제재로서 중한 형벌을 규정하는 경우가 있다. 행정조사의 성격과 목적을 고려해 볼 때, 행정조사 협력의무에 대한 위반은 단순한 보고의무의 불이행이나 자료제출 의무의 위반에 해당하는 것으로 과도한 형벌 부과는 그 정당성을 인정하기 어렵기 때문에 – 특별한 이유가 없다면 - 행정조사 방해 등의 행위에 대한 형사제재는 과태료로 전환하는 것이 타당할 것이다.

⑸ 진술거부권은 헌법상의 권리로서(제12조 제2항), 특히 법 위반행위 조사와 관련한 행정조사의 경우에는 그 조사과정에서의 진술이 형사상 불리한 경우로 작용할 개연성이 매우 높기 때문에 헌법상의 진술거부권을 침해할 우려가 매우 크다. 따라서 법 위반행위 조사와 관련한 질문권은 삭제하거나 극히 제한적으로 인정할 필요가 있고, 그것을 인정하는 경우에도 그에 대한 재재를 두지 않는 것이 바람직하다. 또한 제재규정을 두는 경우에도 “정당한 사유”가 있는 경우에는 제재를 받지 않도록 명문으로 규정할 필요가 있다.

⑹ 증표제시의무를 반드시 사업장 등 출입조사에 한정하여 인정할 이유는 없다고 생각된다. 행정조사와 관련하여 기본적으로 피조사자와의 대면 절차가 있는 경우에는 이를 제시하도록 규정할 필요가 있다. 그리고 증표제시의무 규정이 없는 경우는 보완이 필요하다. 그리고 조사목적 등을 기재한 문서의 제시의무는 – 절차적 보장을 위하여 – 모든 법령에 규정할 필요가 있다.

또한 각 개별 법률에 「행정조사 기본법」에 규정되어 있는 내용을 부분적으로 규정하는 것 보다는 또는 「행정조사 기본법」 보다 후퇴하는 규정을 두는 것 보다는 “…에

따른 질문 또는 조사의 내용·절차·방법 등에 관하여 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는 「행정조사 기본법」에서 정하는 바를 따른다"라고 명문으로 규정하는 방식을 취하는 것이 타당하다고 생각된다.

⑺ 변호인의 조력을 받을 권리는 모든 조사영역에 규정할 필요가 있다. 특히 특별행정기관의 – 각 개별 법령에서 규정하고 있는 - 행정조사는 범죄 수사에 준하는 정도의 권한을 행사하고 있는 영역이라 할 수 있고 이에 따라 국민의 기본권 침해 우려가 매우 크기 때문에 조사 단계에서부터 피조사자의 방어권을 충분히 보장할 필요가 있기 때문이다. 행정조사의 거부 등의 행위에 대하여 제재를 부과하도록 규정하고 있는 현행법 체계하에서는 변호인등의 조력을 받을 권리까지 인정하지 않는 것은 타당하지 않다. 그리고 피조사자의 권리보호 측면에서 고시에 규정하고 변호인 조력권 규정은 '법률'에 상향조정할 필요가 있고, 그 인정도 제한적으로 인정하고 있는 범위를 모든 검사·조사 과정으로 확대할 필요가 있다.

⑻ 행정조사의 절차적 보장은 형사절차상의 강제수사(압수·수색)에 비해 매우 미약하기 때문에 조사권 방해 행위 등에 대하여 강제조사(수사)와 같은 정도의 침해를 허용하는 것은 인정될 수 없다. 따라서 조사 상대방의 조사 거부에 대한 물리력 행사는 엄격히 금지되어야 한다.

4. 특별 행정기관의 행정조사 개선

⑴ 금융위원회, 공정거래위원회 등의 법위반행위조사는 행정조사를 통해 형사소추로 이어지는 준사법적 성격을 갖고 있지만 형사절차에 준하는 엄격한 절차적 규정은 마련되어 있지 않다. 피조사자에 대한 절차적 권리보장 규정은 – 고시가 아닌 - 법률에 규정할 필요가 있다.

⑵ 근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무 수행(조사권 행사)과 관련하여, 피조사자의 절차적 보장에 관한 특별한 규정이 마련되어 있지 않다. 그 절차에 관한 세부적 규정을 법령으로 마련할 필요가 있다.

그리고 근로감독관의 직무 관련 개별 법률에서의 규정 내용과 관련하여서도, 조사권 발동 요건을 보다 구체화 할 필요가 있고, 조사자의 절차적 보장에 관한 특별한 규정이 마련되어야 하고, '진술 거부'나 '거짓 진술'에 대한 제재규정의 재검토가 필요하다.

⑶ 금융위원회의 불공정 거래조사는 특히 결과적으로 형사절차로 이어질 수 있는 개연성이 매우 높은 활동이기 때문에, 특히 이 영역에서는 수사활동으로 진행되어야 하고, 행정절차로 진행되는 경우에도 수사활동에 준하는 정도의 절차보장 규정이 마련되어야 한다. 또한 금융위원회의 직무 관련 개별 법률이 가지고 있는 절차적 보장 규정의 미비 점 등이 개선되어야 한다.

⑷ 행정기관은 아니지만 선거관리위원회의 선거범죄 조사관련 규정은 향후 공정거래위원회 등 특별 행정기관의 조사활동에 대한 개선에 참고가 될 수 있을 것이다.

서 론

이 천 현

제1장

서 론

제1절 | 연구 목적

「행정조사 기본법」은 행정의 공정성 · 투명성 및 효율성을 높이고, 국민의 권익을 보호함을 목적으로 행정기관의 행정조사에 관한 기본원칙 · 행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통사항을 규정하고 있다. 그러나 「행정조사 기본법」의 적용을 받는 행정기관이 행정조사의 일 유형으로서 법위반사실 확인을 위한 조사활동을 수행하고 있을 뿐만 아니라, 동법의 적용이 배제되는 공정거래위원회, 금융위원회, 증권선물위원회, 국세청 등 행정기관들은 각 관련 법령에서 범죄행위에 대한 다양한 조사권을 행사할 수 있도록 개별 관련 법률에서 별도로 규정되어 있다.

법위반 사실 확인을 위한 행정조사는 사실상 범죄 수사와 동일한 성격을 가지고 있음에도 불구하고 그 조사의 실효성이나 행정 편의주의적인 관점에서 피조사자에 대한 절차적 보장이 - 「행정조사 기본법」상의 내용 이외에는 - 제대로 이루어지지 않은 채 사실상 강제적으로 수행되고 있다. 또한, 「행정조사 기본법」의 적용을 받지 않는 공정거래위원회 등의 행정기관은 – 관련 법령에 최소한의 행정조사 근거 규정만을 두고서 - 행정조사라는 명분을 가지고 실질적인 범죄수사와 동일한 범죄조사권을 행사하고 있다. 특히 증권선물위원회는 불공정거래 조사를 위한 강제조사권(압수 · 수색)을 가지고 있을 뿐만 아니라, 국세청과 공정거래위원회에 대하여는 전속고발권도 부여하고 있다. 이러한 행정기관의 조사에 불응하는 경우 등에는 과태료 뿐만 아니라, 예를 들어 자본시장법에서는 형벌을 부과할 수 있도록 규정하고 있기도 한다(법 제426조 제2항, 제445조 제48호 참조). 그러나 범죄수사에 준하는 정도의 절차적 통제장치

는 법률에 제대로 마련되어 있지 않은 상황이다.

한편, 현대사회에서는 정보통신기술의 발달, 법령위반 행위에 대한 조직적 은폐 행위의 진화 등에 따라 행정기관의 법집행에 상당한 어려움을 초래하고 있기는 하지만, 조사대상자의 권리의식도 강화되어 행정기관의 행정권 발동에 대한 적법절차의 요구 등 권리보호에 대한 요구가 강해지고 있는 상황이다.

행정기관의 범죄조사권 행사에 대하여는 사실상 강제조사 또는 수사에 준하는 정도의 조사가 이루어짐에도 불구하고 – 수사기관의 수사에 준하는 - 조사 혐의자에 대한 권리보호에 매우 취약하다는 문제점 등이 지속적으로 제기되고 있다.

행정조사에서는 영장주의, 진술거부권, 변호인 조력권, 의견진술권, 자료접근권, 영장주의 등 조사 대상자의 방어권·참여권 보장이 매우 미흡할 뿐만 아니라, 조사권의 남용·중복조사 등 과잉조사, 조사권을 통해 취득한 증거의 증거능력 문제 등 운용상의 문제점도 제기되고 있다.

행정기관은 이러한 행정조사에 기반하여 과징금 등 행정제재를 부과할 수 있는 권한이 가지고 있는데, 이것은 형사처벌에 맞먹는 경제적 타격을 가지고 있을 뿐만 아니라 그 행정제재는 특히 형사처벌과 연동되어 있다. 우리나라 대부분의 법률에서는 하나의 법령 위반행위에 대하여는 행정제재(과징금 등)와 동시에 형벌을 부과하도록 하는 이중적 제재체계를 갖추고 있다는 특성이 있기 때문이다. 예를 들어, 공정거래위원회의 조사의 목적은 기본적으로 행정제재 부과를 목적으로 이루어지지만, 고발에 의하여 형사절차로 이행될 개연성이 높고 조사절차 중 수집한 자료는 언제든지 형사소송절차에서 증거로 사용될 수 있다.

이에 이 연구에서는 조사에 있어서 실질적인 강제조사권을 행사하고 있는 행정기관의 법 위반행위 혐의자에 대한 범죄조사권에 대한 종합적이고 체계적인 현황을 비교분석하고, 그에 대한 문제점을 파악하여 이에 대한 개선방안을 제시하고자 한다. 행정기관의 조사권 행사와 관련하여, 조사의 효율성 측면에 때한 고려만이 아니라 조사혐의자의 권리보호라는 새로운 패러다임 구축에 대한 검토가 필요하다.

제2절 | 연구범위 및 방법

이 연구는 총 6장으로 구성되었다.

제2장에서는 행정기관의 행정조사에 관한 일반적 사항에 대하여 고찰하였다. 행정조사의 의의에 대하여 상세히 살펴보고, 이 가운데 법 위반행위 조사(범죄조사)에 관한 내용을 개괄적으로 소개하였다. 이와 함께 감찰, 질서위반행위조사, 특별사법경찰의 조사활동 등과의 차이와 함께 행정조사와 범죄조사의 차이에 대하여 설명하였다.

제3장에서는 행정기관의 범죄조사권에 대한 입법현황에 대한 비교분석을 시도하였다. 현행 약 1,500여개의 법률 가운데 일반행정기관과 특별행정기관이 가지고 있는 법 위반행위 조사를 규정한 법률에 대한 세부적이고 체계적으로 비교검토함과 동시에 거기에서 나타나는 문제점을 검토하였다. 특히 이와 관련하여 문제가 되고 영장주의, 진술거부권 및 행정조사와 수사의 불명확성 문제를 중점적으로 검토하였다.

제4장에서는 독일, 미국, 일본 등 주요국가의 행정조사제도에 대하여 조사하였다. 각 국가의 행정조사에 관한 입법 현황, 이를 둘러싼 논쟁 등을 기술하고 이에 관한 시사점을 적시하였다.

제5장에서는 위에서의 연구를 바탕으로 행정기관의 법 위반행위 조사권 개선방안을 제시하였다. 법 위반행위 조사권 정당성에 대한 문제제기와 함께 문제점을 제거하기 위한 입법방향과 방안을 제시하였을 뿐만 아니라 피조사자의 절차적 기본권 보장을 위한 현행 행정조사를 규정한 법령의 개선방안을 구체적으로 제시하였다.

제6장에서는 이상의 논의를 요약·정리한다.

이 연구는 문헌 연구를 중심으로 수행되었다. 국내·외 문헌, 정부부처의 보도자료, 언론자료, 판례 등을 수집, 분석하였다. 비교법적 연구는 독일, 미국, 일본 세 개 국가를 중심으로 수행하였다.

행정기관의 행정조사에 관한 고찰

이 천 현

제2장

행정기관의 행정조사에 관한 고찰

제1절 | 행정조사의 의의

1. 행정기관의 행정조사

가. 행정조사의 의의와 성격

1) 행정조사의 의의

"행정조사"란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자(법인·단체 또는 그 기관이나 개인)에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다(행정조사기본법 제2조 제1호 및 제4호). 여기에서 "행정기관"이란 법령 등(법령, 조례, 규칙)에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다(동법 제2조 제2호).

우리나라에서는 2007년에 - 행정조사의 공정성, 투명성 및 효율성을 확보하고 동시에 행정조사의 절차적 정당성을 학보하기 위하여 - 행정조사의 원칙·방법·절차 등을 명확히 하기 위해 「행정조사 기본법」[1]이 제정되었다. 「행정조사기본법」은 "행정기관이 실시하여 온 행정조사는 조사요건이 포괄적으로 되어 있고, 절차규정이 미흡하며, 조사활동에 대한 통제장치가 제대로 마련되어 있지 아니하여 조사의 투명성과 예측가능성이 낮아 조사대상이 되는 기업 등에게 적지 아니한 부담을 주어 왔다는

1) 법률 제8482호 (2007.5.17. 제정, 2007.8.18. 시행)

지적에 따라 행정조사에 관한 원칙·방법 및 절차 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 절차적 정의를 실현하는 한편, 행정조사의 공정성·투명성 및 효율성을 확보함으로써 행정조사의 대상이 되는 기업 등에게 행정조사에 대한 부담을 덜어주고 국민의 권익을 보호"하기 위한 것이다.[2)]

행정부 각 부처는 매년 '행정조사운영계획'을 수립하여 국무조정실장에게 제출하도록 규정하여 국무조정실장은 행정조사 실태 등을 확인·점검하도록 하고 있다(법 제6조 제1항, 제29조 제1항). 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다(법 제4조 제4항).

2) 행정조사의 성격

(1) 행정조사와 입법조사·사법조사

행정조사는 조사주체가 행정기관이라는 점에서 입법기관이나 사법기관에 의한 입법조사(국정조사, 국정감사 등)나 사법조사(증인신문, 증거조사)와는 구별된다.[3)]

(2) 행정조사와 행정상 즉시강제

행정조사는 – 법적 행위를 행하기 위한 준비적·보조적 활동으로서 - 직접 법적 효과를 발생하지 않는 사실행위가 주를 이룬다는 점에서 법적 행위인 행정행위와 구별된다.[4)]

또한 행정조사 자체가 행정상 필요한 구체적인 결과를 실현시키는 것이 아니며 상대방의 거부행위에 대해 직접적인 실력행사를 할 수 없다는 점에서 행정의사의 강제적 실현을 목적으로 하며 실력행사를 요소로 하는 '행정상 즉시강제'와는 구별된다.[5)]

[표 2-1-1] 행정조사와 즉시강제

구분	행정조사	행정상 즉시강제
목적	행정목적을 위하여 정보·자료를 수집하는 준비적·보조적 작용으로서 조사 목적	직접 개인의 신체·재산에 대한 실력을 가하여 행정상 필요한 상태의 실현을 목적으로 하는 작용

2) 행정조사기본법안(정부) 제안이유(의안번호: 174198, 제안일자: 2006-04-06) 참조.
3) 「행정조사 기본법」은 행정조사의 주체를 '행정기관'으로 규정하고 있다(법 제2조 제1호).
4) 김남진·김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2020, 487면 참조.
5) 이성일, 행정조사의 법제현황과 시사점, 전국경제인연합회(CER-2002-08), 2002, 3면.

구분	행정조사	행정상 즉시강제
수단	벌칙 등 불이익 처분에 의해 간접적으로 행정조사 실효성 확보	직접적인 실력행사를 통해 일정한 상태를 실현
성질	권력적 작용 + 비권력적 작용(이설 있음)	권력적 작용
예시		- 강제진찰 · 치료(감염병예방법 제42조) - 물건의 폐기(식품위생법 제72조, 약사법 제71조 제2항)
근거법령	행정조사 기본법	행정절차법

※ 자료: 이성일, 행정조사의 법제현황과 시사점, 전국경제인연합회(CER-2002-08), 2002, 3면; 김남진 · 김연태, 행정법 I , 법문사, 2020, 487~488면(수정 · 보완)

3) 행정조사의 한계

(1) 법률유보의 원칙

행정조사는 - 그 성질을 기준으로 할 때 - 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사로 구분할 수 있다. 권력적 행정조사란 행정기관의 일방적인 명령 · 강제를 수단으로 하는 행정조사(경찰관직무집행법 제3조에 따른 불심검문, 법 위반행위 조사 등)를 말하고, 비권력적 행정조사는 명령이나 강제를 수반하지 않는 행정조사(여론조사, 통계조사 등)를 말한다.[6]

권력적 행정조사는 국민의 자유와 재산에 대한 제한을 수반하는 것이므로 법적 근거가 있어야 한다. 「행정조사 기본법」도 "행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다"고 규정하여(법 제5조), 원칙적으로 행정조사의 법적 근거를 요구하고 있다. 이에 현재 개별 행정법령에서는 행정조사를 규정하는 경우 그 행정조사에 관한 근거규정을 두고 있다.

한편 비권력적 행정조사, 즉 임의조사는 국민의 자유와 재산에 대한 직접적 침해를 가져오는 것이 아니므로 법적 근거를 요하지 않는다.[7][8] 「행정조사 기본법」 제5조 단서에서도 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 법령

6) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 747~748면.
7) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 748~749면 참조.
8) 비권력적 행정조사라 할지라도 행정조사의 대상이 개인정보(프라이버시) 등인 경우에는 기본적으로 당사자의 동의 또는 법률적 근거가 있어야 한다(박균성, 행정법론(상), 박영사, 2020, 565면). 「개인정보 보호법」에서도 정보주체 동의 등 개인정보 수집 · 이용 등에 대한 엄격한 제한을 하고 있다(법 제15조, 제16조 등 참조).

상의 근거를 갖지 않아도 실시할 수 있다고 규정하고 있다.

(2) 기본원칙

행정조사는 원칙적으로 그에 관한 법적 근거를 필요로 할 뿐만 아니라 행정법 일반원칙상의 한계가 있다(행정조사 기본법 제4조 등).

[표 2-1-2] 행정조사의 기본원칙

구분	내용	근거규정 (행정조사 기본법)
비례의 원칙 (목적부합성의 원칙)	행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.	제4조 제1항
조사대상자 선정의 목적 부합성	행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.	제4조 제2항
공동조사 원칙 및 중복조사 금지	행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.	제4조 제3항, 제14조, 제15조
예방중심 조사원칙	행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.	제4조 제4항
비밀보호	다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.	제4조 제5항
목적외 이용 제한	행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.	제4조 제6항

※「행정조사 기본법」 제4조

4) 「행정조사 기본법」과 개별적 행정조사 근거 법령과의 관계

「행정조사 기본법」은 행정조사에 적용되는 공통적인 기본원리와 행정조사 방법 및 절차를 규정한 것이고(일반법으로서의 성격), 개별적인 행정조사에 관한 내용(법적 근거)은 각 개별 법률에서 규정하고 있다. 「행정조사 기본법」에서 행정기관은 - 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우 외에는 - "법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다"고 규정하고 있기 때문이다(법 제5조).

「행정조사 기본법」은 - 행정조사의 원칙 · 방법 · 절차 및 실체적 · 절차적 한계 등을

규정하고 있는 법률로서 - "행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법으로 정하는 바에 따른다"고 규정하고 있다(법 제3조 제1항).

예를 들어, 「폐기물관리법」 제39조 제1항은 행정조사(보고 · 검사 등)에 관한 근거를 규정하고 있다. 즉 행정조사의 주체는 "환경부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장"이고, 그 목적 · 범위는 "폐기물의 안전한 처리와 적정관리를 위해 필요한 범위"이며, 행정조사 방법으로는 각 호의 자(법 제39조 제1항 제1호~제16호) 등에게 "보고하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계 공무원에게 사무소나 사업장, 「관세법」 제154조에 따른 보세구역 등에 출입하여 관계 서류나 시설 또는 장비 등을 검사"할 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 행정조사 절차로서는 "제1항에 따른 검사를 하려는 경우에는 검사 7일 전까지 검사일시, 검사목적 및 검사내용 등을 포함한 검사계획을 검사대상 사업자에게 통지하여야"하고(법 제39조 제3항. 다만, 긴급히 검사할 필요가 있거나 사전에 알리면 검사목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니한다), "출입 · 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다"고 규정하고 있다(법 제39조 제2항). 이러한 「폐기물관리법」상의 규정은 행정기관에 대하여 행정조사권 부여 및 행정조사의 방법에 관한 구체적인 법적 근거가 된다. 반면 행정조사의 원칙, 기준, 절차 등에 관하여는 구체적인 규정을 마련하고 있지 않다(다만, 사전통지와 증표제시에 관한 내용은 규정하고 있음). 따라서 「폐기물관리법」에 따른 행정조사는 행정조사의 한계, 절차 등에 관한 「행정조사 기본법」의 적용을 받게 된다.[9]

한편, 「행정조사 기본법」의 적용제외 대상이 되는 법률은 – 당연히 - 당해 개별법령에서 정하는 규정에 따라 행정조사가 이루어지게 된다. 즉 이들 법률에 따른 행정조사는 「행정조사 기본법」상의 행정조사의 원칙, 기준, 절차 등에 관한 내용의 적용을 받지 않는다.

나. 행정조사의 방법

「행정조사 기본법」에는 행정조사의 방법으로서 출석 · 진술요구, 보고요구 · 자료

9) 오준근, "행정조사제도의 법리적 논의 · 입법동향의 평가와 개선방안에 관한 연구", 공법연구 제45집(2009), 371~372면 참조.

제출요구, 현장조사, 문서열람, 시료채취 등을 규정하고 있다(법 제2조 제1호 참조).

1) 출석 · 진술 요구

출석 · 진술 요구는 조사대상자에게 지정된 특정 일시에 출석하여 진술할 것을 요구하는 것이다. 조사대상자에게 출석 · 진술을 요구하는 때에는 일시와 장소, 출석요구의 취지, 출석하여 진술하여야 하는 내용, 제출자료, 출석거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항을 기재한 '출석요구서'를 발송하여야 한다(법 제9조 제1항).

조사대상자는 지정된 출석일시에 출석하는 경우 업무 또는 생활에 지장이 있는 때에는 행정기관의 장에게 출석일시를 변경하여 줄 것을 신청할 수 있으며, 변경신청을 받은 행정기관의 장은 행정조사의 목적을 달성할 수 있는 범위 안에서 출석일시를 변경할 수 있다(법 동조 제2항). 조사대상자가 출석요구서에 기재된 내용을 이행하지 아니하여 행정조사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 제외하고는 조사원은 조사대상자의 1회 출석으로 당해 조사를 종결하여야 한다(법 동조 제3항).

출석 · 진술 요구와 관련하여서는, 다른 조사방법과는 달리 출석요구서에는 조사의 목적이나 사유를 기재하도록 하지 않고 단지 출석요구의 취지라고만 규정하고 있으며, 또한 현장조사와는 달리 시간적 제한에 관한 규정을 두고 있지 않아 야간조사 등이 행해질 수 있다는 우려가 제기되고 있다.[10]

2) 보고요구 및 자료제출 요구

보고요구 및 자료제출 요구는 필요한 정보나 자료를 수집을 위한 조사대상자의 임의 제출 형태의 자료 확보방법이다.

보고요구 및 자료제출 요구에도 보고요구서 및 자료제출요구서 발송이 필요하다. 즉 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하는 때에는 일시와 장소, 조사의 목적과 범위, 보고하여야 하는 내용, 보고거부에 대한 제재(근거법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 포함된 '보고요구서'를 발송하여야 한다(법 제10조 제1항). 또한, 조사대상자에게 장부 · 서류나 그 밖의 자료를 제출하도

10) 김영조, "행정조사기본법의 문제점과 개선방안", 공법학연구 제8권 제3호(2007/8), 97면.

록 요구하는 때에는 제출기간, 제출요청사유, 제출서류, 제출서류의 반환 여부, 제출거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 '자료제출요구서'를 발송하여야 한다(법 동조 제3항).

3) 현장조사(출입조사)

현장조사는 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 것을 말한다(법 제11조 제1항).[11]

현장조사를 하기 위해서는 '현장출입조사서' 등을 발송하여야 한다. 즉 조사원이 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 행정기관의 장은 조사목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용, 제출자료, 조사거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 "현장출입조사서 또는 법령 등에서 현장조사시 제시하도록 규정하고 있는 문서"를 조사대상자에게 발송하여야 한다(법 제11조 제1항).

한편, 현장조사에는 두 가지의 절차상의 한계가 있다. 첫째는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다(법 동조 제2항).[12] 둘째는, 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다(법 동조 제3항).

4) 시료채취

시료채취는 어떤 물질이나 생물의 조성성분·품질·성능 등을 알아보기 위하여 시험·검사·분석용으로 그 본보기를 수거하는 일을 말한다.[13]

---

11) 현장조사는 조사 방법 및 조사 대상, 조사 내용 등 조사 범위의 포괄성, 불확정성에서 다른 조사유형과 구별되는 특성이 있다고 한다(강수진, "공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계", 형사법의 신동향 통권 제37호(2012·12), 14면. "현장조사는 그 목적이 특정한 자료나 특정인을 조사하기 위한 전제가 되는 조사인 경우가 많고, 현장조사를 하는 과정에서 그 범위가 확대될 가능성이 높기 때문에 조사 범위가 다른 조사유형보다 불확정적이고 포괄적일 가능성이 크다").

12) 다만, ① 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함한다)가 동의한 경우, ② 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우, ③ 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령 등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우 등은 야간에도 현장조사 가능하다(법 동조 제2항 단서).

13) 대법원 2019.5.16. 선고 2017두45698 판결; 세무용어사전 참조 (https://txsi.hometax.go.kr/docs/customer/dictionary/view.jsp?word=&word_id=6050)(최종방문: 2020.11.02.)

조사원이 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 하는 경우에는 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 한다(법 제12조 제1항). 행정기관의 장은 위에 따른 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 한다(법 제12조 제2항).[14]

5) 자료등의 영치

'영치'란 소유자 등이 임의로 제출한 물건이나 유류한 물건에 대하여 점유를 취득하는 것을 말한다.[15]

조사원이 현장조사 중에 자료 · 서류 · 물건 등(이하 "자료등"이라 함)을 영치하는 때에는 조사대상자 또는 그 대리인을 입회시켜야 한다(법 제13조 제1항). 조사원이 자료등을 영치하는 경우에 조사대상자의 생활이나 영업이 사실상 불가능하게 될 우려가 있는 때에는 조사원은 자료등을 사진으로 촬영하거나 사본을 작성하는 등의 방법으로 영치에 갈음할 수 있다. 다만, 증거인멸의 우려가 있는 자료등을 영치하는 경우에는 그러하지 아니하다(법 제13조 제2항).[16]

6) 기타

시료채취와 자료등의 영치는 현장조사와 관련한 조사 수법이라 할 수 있다. 그리고 개별 법률에서는 출입검사 시에 질문 등을 할 수 있도록 규정하는 경우가 일반적인데(예를 들어 산지관리법 제44조의2 제1항 등 참조), 「행정조사 기본법」에는 이에 관한 구체적인 규정을 두고 있지는 않다.[17]

---

14) 시료채취로 발생한 손실을 시료채취 당시의 시장가격으로 보상하여야 하며, 시료를 채취할 때에 조사대상자에게 손실보상 청구에 관한 정보를 알려 주어야 한다(법 시행령 제7조 제1항). 손실보상을 받으려는 조사대상자는 손실의 원인이 된 시료채취가 있었던 날부터 90일 이내에 ① 손실액과 그 명세 및 산출방법, ② 손실에 관한 증명서류를 첨부하여 손실보상청구서를 관계 행정기관의 장에게 제출하여야 한다(법 시행령 제7조 제2항).

15) 신동운, 신형사소송법[제12판], 법문사, 2020, 163, 186면

16) 조사원이 영치를 완료한 때에는 영치조서 2부를 작성하여 입회인과 함께 서명날인하고 그중 1부를 입회인에게 교부하여야 하고(법 제13조 제3항), 행정기관의 장은 ① 영치한 자료등을 검토한 결과 당해 행정조사와 관련이 없다고 인정되는 경우, 또는 ② 당해 행정조사의 목적의 달성 등으로 자료등에 대한 영치의 필요성이 없게 된 경우에는 이를 즉시 반환하여야 한다(법 제13조 제4항).

17) 김영조, "행정조사기본법의 문제점과 개선방안", 공법학연구 제8권 제3호(2007/8), 98면 참조.

한편 「행정조사 기본법」에는 조사 방식으로서 공동조사(법 제14조),[18] 중복조사금지(법 제15조),[19] 정보통신수단 활용 행정조사(법 제28조),[20] 자율신고제도(법 제25조 제1항)[21] 등을 규정하고 있다.

다. 행정조사 절차

1) 조사의 사전통지

행정조사는 원칙적으로 서면 사전통지를 하여야 한다. 즉 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 출석요구서 등(출석요구서(제9조), 보고요구서 · 자료제출요구서(제10조) 및 현장출입조사서(제11조)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다(법 제17조 제1항 본문). 다만, ① 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우, ②「통계법」 제3조제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우, 또는 ③ 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사(제5조 단서)의 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다(법 제17조 제1항 단서).

---

18) 행정기관의 장은 ① 당해 행정기관 내의 2 이상의 부서가 동일하거나 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우, 또는 ② 서로 다른 행정기관이 대통령령으로 정하는 분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 행정조사를 실시하는 경우에는 공동조사를 하여야 한다(법 제14조 제1항). 위의 사항에 대하여 행정조사의 사전통지를 받은 조사대상자는 관계 행정기관의 장에게 공동조사를 실시하여 줄 것을 신청할 수 있고(법 제14조 제2항), 이러한 공동조사를 요청받은 행정기관의 장은 이에 응하여야 한다(법 제14조 제3항).

19) 정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사 하여서는 아니 되고(다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 예외로 함), 행정조사를 실시할 행정기관의 장은 행정조사를 실시하기 전에 다른 행정기관에서 동일한 조사대상자에게 동일하거나 유사한 사안에 대하여 행정조사를 실시하였는지 여부를 확인할 수 있다(법 제15조 제1항 · 제2항).

20) 행정기관의 장은 인터넷 등 정보통신망을 통하여 조사대상자로 하여금 자료의 제출 등을 하게 할 수 있고, 이 경우에는 조사대상자의 신상이나 사업비밀 등이 유출되지 아니하도록 제도적 · 기술적 보안조치를 강구하여야 한다(법 제28조 제1항 · 제2항).

21) 행정기관의 장은 법령등에서 규정하고 있는 조사사항을 조사대상자로 하여금 스스로 신고하도록 하는 제도를 운영할 수 있고, 조사대상자가 이에 따라 신고한 내용이 거짓의 신고라고 인정할 만한 근거가 있거나 신고내용을 신뢰할 수 없는 경우를 제외하고는 그 신고내용을 행정조사에 갈음할 수 있다(법 제28조 제1항 · 제2항).

행정기관의 장이 출석요구서등을 조사대상자에게 발송하는 경우 출석요구서 등의 내용이 외부에 공개되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다(법 제17조 제2항). 이는 조사대상자의 명예나 신용을 실추시키는 것을 방지하기 위한 목적이라 할 수 있다.[22]

2) 의견제출

조사대상자는 사전통지(제17조)의 내용에 대하여 행정기관의 장에게 의견을 제출할 수 있다(법 제21조 제1항). 행정기관의 장은 조사대상자가 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 행정조사에 반영하여야 한다(법 제21조 제1항·제2항).

3) 조사의 연기신청과 조사원 교체신청

조사대상자에게는 조사 연기신청권이 인정되고 있다. 즉 출석요구서등을 통지받은 자가 ① 천재지변, ② 화재나 그 밖의 재해로 인하여 사업장의 운영이 불가능한 경우, ③ 자료제출요구를 받은 경우(법 제10조 제2항)와 현장조사(법 제11조 제1항)의 경우 장부 및 관련 서류가 권한이 있는 기관에 의하여 압수 또는 영치된 경우, 또는 ④ 조사대상자가 개인인 경우 그 개인이 질병이나 장기 출장 등으로 인하여 조사가 곤란하다고 판단되는 경우 등 으로 인하여 행정조사를 받을 수 없는 때에는 당해 행정조사를 연기하여 줄 것을 행정기관의 장에게 요청할 수 있다(법 제18조 제1항). 이 연기요청을 하고자 하는 자는 연기하고자 하는 기간과 사유가 포함된 연기신청서를 행정기관의 장에게 제출하여야 한다(법 제18조 제2항).

한편, 조사대상자에게는 조사원 교체신청권이 인정되고 있다. 즉 조사대상자는 조사원에게 공정한 행정조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되는 경우에는 행정기관의 장에게 당해 조사원의 교체를 신청할 수 있다(법 제22조 제1항). 교체신청은 그 이유를 명시한 서면으로 행정기관의 장에게 하여야 하고, 교체신청을 받은 행정기관의 장은 즉시 이를 심사하여야 한다(법 제22조 제2항·제3항). 행정기관의 장은 교체신청이 타당하다고 인정되는 경우에는 다른 조사원으로 하여금 행정조사를 하게

22) 김영조, 앞의 논문, 104면 참조.

하여야 한다(법 제22조 제4항).

4) 조사대상 선정기준 열람신청

조사대상자는 조사대상 선정기준에 대한 열람을 행정기관의 장에게 신청할 수도 있다(법 제18조 제2항). 이것은 선정기준의 공정성·투명성을 확보하고, 상대방의 자발적인 협력을 유도하기 위한 것이라 할 수 있다.[23] 행정기관의 장은 조사대상 선정기준 열람신청을 받은 때에는 ① 행정기관이 당해 행정조사업무를 수행할 수 없을 정도로 조사활동에 지장을 초래하는 경우, 또는 ② 내부고발자 등 제3자에 대한 보호가 필요한 경우를 제외하고 신청인이 조사대상 선정기준을 열람할 수 있도록 하여야 한다(법 제18조 제3항).

5) 제3자에 대한 보충조사

행정조사는 일정한 경우에 한하여 - 조사의 직접 상대방인 조사대상자 이외에 - 제3자에 대한 보충조사가 인정된다. 즉 행정기관의 장은 조사대상자에 대한 조사만으로는 당해 행정조사의 목적을 달성할 수 없거나 조사대상이 되는 행위에 대한 사실여부 등을 입증하는 데 과도한 비용 등이 소요되는 경우로서 ① 다른 법률에서 제3자에 대한 조사를 허용하고 있는 경우, 또는 ② 제3자의 동의가 있는 경우에는 제3자에 대하여 보충조사를 할 수 있다(법 제19조 제1항).

제3자에 대한 보충조사를 실시하는 경우에는 조사개시 7일 전까지 보충조사의 일시·장소 및 보충조사의 취지 등을 제3자에게 서면으로 통지하여야 하고(법 제19조 제2항), 제3자에 대한 보충조사를 하기 전에 그 사실을 원래의 조사대상자에게 통지하여야 한다(법 제19조 제3항).[24] 원래의 조사대상자는 제3항에 따른 통지에 대하여 의견을 제출할 수 있다(법 제19조 제4항).

6) 조사대상자의 권익보호를 위한 절차

행정조사와 관련하여서는 다음과 같은 조사대상자의 권익보호를 위한 절차가 규정

---

23) 김영조, 앞의 논문, 104면 참조.

24) 다만, 제3자에 대한 보충조사를 사전에 통지하여서는 조사목적을 달성할 수 없거나 조사목적의 달성이 현저히 곤란한 경우에는 제3자에 대한 조사결과를 확정하기 전에 그 사실을 통지하여야 한다(법 제19조 제3항 단서).

되어 있다.

첫째는, 조사원은 사전에 발송된 사항에 한하여 조사대상자를 조사하여야 한다(법 제23조 제1항 전단). 그러나 사전통지한 사항과 관련된 추가적인 행정조사가 필요할 경우에는 조사대상자에게 추가조사의 필요성과 조사내용 등에 관한 사항을 서면이나 구두로 통보한 후 추가조사를 실시할 수 있다(법 제23조 제1항 후단).

둘째, 관계 전문가의 조력을 받을 수 있다. 즉 조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다(법 제23조 제2항).

셋째, 행정조사의 과정을 녹음·녹화를 할 수 있다. 즉, 조사대상자와 조사원은 조사과정을 방해하지 아니하는 범위 안에서 행정조사의 과정을 녹음하거나 녹화할 수 있다(법 제23조 제3항 제1문). 이 경우 녹음·녹화의 범위 등은 상호 협의하여 정하여야 하고(법 제23조 제3항 제2문), 녹음·녹화에 관한 사실을 사전에 당해 행정기관의 장에게 통지하여야 한다(법 제23조 제4항).

7) 조사결과의 통지

행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정한 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하도록 규정하고 있다(법 제24조).

이것은 행정조사에서 수집된 정보는 행정결정에 직접적으로 영향을 미치므로 행정조사의 결과를 행정결정 전에 알려주도록 함으로써 상대방으로 하여금 방어준비를 할 수 있는 기회를 주기 위한 것이다.[25]

라. 행정조사와 권리구제

1) 행정조사에 대한 구제

적법한 행정조사로 재산상 특별한 손해를 입은 자는 손실보상을 청구할 수 있다. 다만, 현재 이에 관한 일반법은 없는 상태이고, 개별법률에서 이에 관한 내용을 규정하

25) 김영조, 앞의 논문, 106~107면 참조.

고 있는 경우가 있다(예를 들어, 토지보상법 제27조 제4항·제5항 참조).[26]

위법한 행정조사(권력적 조사처분)에 대하여는 그 취소·변경을 구하는 행정쟁송이 가능하다. 다만 이를 위해서는 행정조사의 처분성이 인정되어야 하며 소의 이익이 인정될 수 있도록 행정조사 상태가 계속되어야 한다.[27] 또한, 위법한 행정조사로 손해를 입은 자는 국가나 지방자치단체에 대하여 국가배상법에 따른 국가배상을 청구할 수 있다.[28]

2) 위법한 행정조사와 행정행위의 효력

행정조사는 필요한 정보·자료를 수집하는 준비적 작용으로서 조사 그 자체를 목적으로 하지만, 행정조사가 위법한 경우에 그 행정조사에 의해 수집된 정보에 기초하여 행정결정이 이루어진 경우 그 행정결정이 위법한 것으로 되는지 문제가 된다. 행정조사를 통해 획득한 정보가 정확하지 않은 경우 그 정보에 기초하여 내려진 행정행위는 당연히 위법하므로, 문제가 되는 것은 행정조사를 통해 획득한 정보가 내용상으로는 정확하지만 행정조사가 실체법적 또는 절차법적 한계를 넘어 위법한 경우이다.[29]

이에 대하여는 절차의 적법성 보장이라는 관점에서 위법한 조사로 수집된 정보에 기초하여 내려진 행정결정은 위법하다는 적극설,[30] 행정조사는 법령에서 행정행위의

---

26) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 762면 참조.

27) 대법원 2011.3.10. 선고 2009두 23617, 23624 (“부과처분을 위한 과세관청의 질문조사권이 행해지는 세무조사결정이 있는 경우 납세의무자는 세무공무원의 과세자료 수집을 위한 질문에 대답하고 검사를 수인하여야 할 법적 의무를 부담하게 되는 점, 세무조사는 기본적으로 적정하고 공평한 과세의 실현을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 행하여져야 하고, 더욱이 동일한 세목 및 과세기간에 대한 재조사는 납세자의 영업의 자유 등 권익을 심각하게 침해할 뿐만 아니라 과세관청에 의한 자의적인 세무조사의 위험마저 있으므로 조세공평의 원칙에 현저히 반하는 예외적인 경우를 제외하고는 금지될 필요가 있는 점, 납세의무자로 하여금 개개의 과태료 처분에 대하여 불복하거나 조사 종료 후의 과세처분에 대하여만 다툴 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다.”)

28) 홍정선, 위의 책, 762면; 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2020, 579~580면 참조.

29) 김영조, 앞의 논문, 110면(동 견해는 이와 관련하여 다양한 견해가 대립하고 있고, 확립된 판례이론이 있는 것도 아니며, 위법한 행정조사에 기초한 행정처분이 위법이 되지 않는다고 한다면 「행정조사 기본법」의 실효성이 없어지기 때문에, 행정조사가 위법한 경우 이를 기초로 한 행정처분도 위법이 된다는 것을 명문으로 규정할 필요가 있다고 한다(동, 11면 참조)).

30) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 761~762면(이 견해는 행정조사가 반드시 어떠한 행정결정에 필수적으로 요구되는 것이 아니고 단지 예비적인 작용이라 하여도 마찬가지라고 한다); 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2020, 579면.

전제요건으로 규정하고 있는 경우를 제외하고는 별개의 제도라 볼 수 있으므로 조사의 위법이 바로 행정행위를 위법하게 만들지는 않는다는 소극설,[31] 적어도 법이 요구하는 요건을 무시하여 조사로 볼 수 없을 정도의 위법한 행정조사에 기초하여 행정처분이 행해졌을 경우에는 행정처분이 위법하다는 등의 절충설[32] 등이 대립하고 있다. 판례는 적극설을 취하고 있다.[33]

〈서울행정법원 2020.6.18. 선고 2019구합70520 판결〉[34]

[사건개요]
병원을 개설하여 운영하고 있는 의사 A는 보건복지부로부터 – 의료급여법 제32조 제2항 및 국민건강보험법 제97조 제2항에 근거한 – 의료급여비용 적정 청구 여부 등에 관한 현지조사(2016.12.5.～7.)를 받았다. 이 현지조사 결과 보건복지부장관은 구 의료급여법 제28조 제1항 제1호에 따라 187일의 의료급여기관 업무정지 처분을 하였고(2019.5.1.), 이어 담당 지자체(경주시장)은 구 의료급여법 제23조에 따라 2078만 9670원의 의료급여비용을 환수한다고 통보하였다(2019.6.21.).

[소송제기]
A는 현지조사에 따른 행정처분은 절차적으로 위법하다고 주장하였다. 즉 현지조사는 보건복지부 소속 공무원의 방문 없이 건강보험심사평가원 소속 직원들에 의해서만 실시되어 조사 권한 없는 자에 의해 이뤄진 위법한 조사 등을 그 이유로 들었다.

[재판결과]
재판 과정에서, 보건복지부는 2016년 11월 현지조사 실시를 위해 보건복지부 소속 공무원 B와 건강보험심사평가원 소속 직원으로 이뤄진 현지조사팀(B는 반장, 건강보험심사평가원 선임자를 팀장으로 편성)을 구성하였으나, 현지조사가 실시된 기간((2016.12.5.～7.)에는 현지조사팀 반장(보건복지부 소속 공무원) B씨는 이 사건 병원을 방문하지 않은 것으로 인정되었다.
이에 법원은 보건복지부 소속 공무원이 실제 참여하지 않고 심사평가원 직원만으로 이루어진 의료급여기관에 대한 현지조사는 위법한 행정조사에 해당하고 이 현지조사에서 취득된 자료는 증거로 쓸 수 없다고 하여, 이 사건 각 처분은 위법하다고 판단하였다.
* 의료법(제61조 제1항 · 제2항)에서는 행정조사권 행사 주체를 "관계 공무원"으로 규정하고 있지만, 의료급여법(제32조 제2항)과 국민건강보험법(제97조 제2항)에서는 그 주체를 보건복지부 "소속 공무원"으로 규정하고 있다.

---

31) 박윤흔 · 정형근, 최신행정법강의, 박영사, 2009, 542면.
32) 김남진 · 김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2020, 492면.
33) 대법원 2016.12.15. 선고 2016두47659 판결; 대법원 2014.6.26. 선고 2012두911 판결; 대법원 2016.12.27. 선고 2014두46850 등 참조. 다만, 행정조사 절차의 하자가 경미한 경우에는 위법하지 않다고 본다(대법원 2009.1.30. 선고 2006두9498. "이 사건 토양오염실태조사가 감사원에 의해 실시되었다는 사정이 이 사건 토양정밀조사명령을 위법하게 하는 하자에 해당한다고 볼 수는 없다").
34) 출처: 의협신문 2020-07-16 〈보건복지부 공무원 없이 진행된 현지조사 "위법"〉(https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=135367)(최종방문: 2020.12.22.); 데일리메디 2020-07-20 〈복지부 공무원 없이 심평원 직원의 현지조사 "위법"〉(http://www.dailymedi.com/detail.php?number=858383)(최종방문: 2020.12.22.); 청년의사 2020-12-01 〈복지부 공무원 빠진 현지조사에 연이어 '위법' 판결〉(https://www.docdocdoc.

2. 구별: 감사(감찰)

"감사"란 법령이나 계약 등에 의거 임명된 감사인이 어떤 조직 또는 조직구성원의 운영 · 활동 등이 일정한 기준에 부합되는지를 제반 정보 · 기록 등의 증거자료에 입각하여 조사 · 확인 · 분석 · 검증하고 그 결과에 따라 시정 등을 하는 체계적인 과정을 말한다.[35] 즉 감사는 조직 내부에서의 자체 감찰활동이라는 점에서, 행정기관이 대외적으로 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하는 행정조사와 구별된다.

가. 회계검사와 감찰

감사는 공공영역에서는 내용적으로 회계감사와 감찰로 구분할 수 있다.[36] 회계검사(audit)는 행정기관 등의 회계기록을 검토 · 검증하는 행위로서 수입과 지출, 재산(물품 · 국유재산 · 권리 등을 포함)의 취득 · 보관 · 관리 및 처분 등에 대한 검사를 말한다(감사원법 제22조 및 제23조 참조). (직무)감찰(inspection)은 행정기관 등의 사무와 공무원 등의 직무 및 이와 관련된 행위에 대하여 조사 · 평가 등의 방법으로 법령상, 제도상 또는 행정상의 모순이나 문제점을 적출하여 이를 시정, 개선하기 위한 행정사무감찰과 공무원 등의 위법 · 부당행위를 적발하여 이를 바로잡기 위한 대인감찰을 말한다(감사원법 제24조, 직무감찰규칙 제2조 참조).

회계검사와 직무감찰은 본질적으로 결합하여 수행되는 업무이다.[37]

나. 외부감사와 자체감사

행정기관에 의한 (공공)감사는 "외부감사"와 "자체감사"로 구분된다. 외부감사는 감사원 감사(감사원 → 전 공공기관), 중앙행정기관 감사(행정안전부 등 → 지방자치단체), 시·도의 종합감사(시·도 → 시·군·구) 등을 말한다. 반면에 자체감사는 각급 행정기관 등 전 공공기관의 장이 당해 기관, 그 소속기관 · 산하기관에 대하여 자체적으로

---

co.kr/news/articleView.html?idxno=2005167)(최종방문: 2020.12.22.).

35) 행정안전부, 인권중시 · 감사신뢰도 제고를 위한 감사(감찰) 단계별 실무매뉴얼, 2018.12., 3면.

36) 조형석, 회계검사와 직무감찰 통합수행, 감사연구원, 2017, 53면.

37) 이에 관한 상세한 내용은 조형석, 위의 보고서, 57~69면 참조.

실시하는 감사를 말한다(공공기관 → 자체 본부·소속기관·산하기관).[38]

[표 2-1-3] 감사의 유형

구분	외부감사		자체감사
	감사원감사	중앙행정기관 감사 등	
법적 근거	• 「헌법」 • 「감사원법」	• 「지방자치법」	• 「공공감사에 관한 법률」 • 「공공기관의 운영에 관한 법률」
	• 「공공감사기준」 • 「직무감찰규칙」 • 「중앙행정기관 및 지방자치단체 자체감사기준」	• 「지방자치단체에 대한 행정감사규정」	• 「중앙행정기관 및 지방자치단체 자체감사기준」 • 「공기업 · 준정부기관 감사기준」 * 각 기관 자체감사기준
기능 · 임무	• 공공부문 외부감사 • 국가 전체 행정개선, 국가회계질서 · 공직기강 확립	• 지방자치단체 외부감사 • 지방자치단체 행정개선, 국가회계질서 · 공직기강 확립	• 기관 소관 업무 내부감사 • 소관업무에 대한 개선, 기관장 지휘 · 감독 지원
감사대상	• 전 공공기관(중앙행정기관, 지방자치단체, 공공기관)	• 지방자치단체	• 전 공공기관 자체 • 그 소속 · 산하 기관

※ 1. 국회는 「헌법」 및 「국정감사 및 조사에 관한 법률」에 따라 국정감사 수행
2. 지방의회는 「지방자치법」에 따라 지방자치단체를 대상으로 하는 감사 수행
3. 대통령의 친인척 등 대통령과 특수한 관계에 있는 사람의 비위행위에 대한 감찰은 「특별감찰관법」에 의함
4. 자료: 행정안전부, 위의 실무매뉴얼, 5면(수정).

다. 감사방법 및 결과의 처리

감사는 서류 제출에 의하여 상시 실시하는 서면감사와 필요한 경우에 직원을 현지에 파견하여 조사 · 확인하는 실지감사로 나눌 수 있다(감사원법 제46조, 공공감사법 제20조 및 제21조). 서면 · 실지감사에 필요한 경우 ① 관계자 등의 출석 · 답변의 요구, ② 관계 서류 · 장부 및 물품 등의 제출 요구, ③ 금고 · 창고 · 장부 및 물품 등의 봉인 요구, ④ 금융거래의 내용에 관한 정보 또는 자료의 제출 요구 등을 할 수 있다(감사원법 제27조, 공공감사법 제20조, 지방자치법 제171조의2 등 참조).

감사 결과 처분요구의 종류는 징계 · 문책, 시정, 주의, 개선, 권고, 고발 등이다(감사원법 제31조~제35조, 공공감사법 제23조 제2항 참조).

38) 행정안전부, 위의 실무매뉴얼, 5면.

라. 감사방해 등에 대한 제재

감사 방해행위 등에 대하여는 다음과 같은 제재가 부과된다.

[표 2-1-4] 감사방해 등에 대한 제재

	감사원법	공공감사법
감사방해	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	과태료 500만원
감사 거부 또는 자료 제출요구 불응		
금융거래 정보 · 자료 제출요구 불응		-
협조 불응(감사대상 기관 외의 자)		-

※ 감사원법 제41조 제1항, 공공감사법 제41조

제2절 | 행정기관의 범죄조사법(위반행위 조사)

1. 일반 행정기관의 위반행위 조사

각 행정기관은 – 기본적으로 「행정조사기본법」에 근거하여 - 다양한 목적으로 개인이나 법인에 대하여 각종 행정조사를 실시하고 있다. 행정조사는 그 목적에 따라 유형별로 분류하면 다음과 같이 위반(행위)확인, 사실확인, 실태조사, 관리감독 등 네 가지로 구분해 볼 수 있다.[39]

[표 2-2-1] 행정조사 유형

유형	내용	예시
위반확인	조사대상자의 법 또는 규제 위반사실을 확인하여 그 위반자에게 제재 또는 의무이행 확보 등 행정처분 실시하기 위한 조사	• 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제64조
사실확인	행정처분 등의 전단계로 단순한 사실확인을 위한 조사	• 산업재해보상보험법 제91조의6
실태조사	행정계획의 수립, 정책입안 등을 위한 전반적인 동향 및 실태파악을 위한 조사	• 통계법 제5조의3 • 다문화가족지원법 제4조

39) 이성일, 행정조사의 법제현황과 시사점, 전국경제인연합회(CER-2002-08), 2002, 5면; 장민선 · 박훈민, 불합리한 행정조사 정비방안 연구, 한국법제연구원, 2017, 26~32면 참조.

유형	내용	예시
관리감독	행정기관이 관리감독차원에서 피감독사자의 전반적 업무상황을 파악하기 위한 조사	• 공인노무사법 제25조 • 건설산업진흥법 제38조

※ 자료: 전국경제인연합회, 위의 글, 5면; 장민선 · 박훈민, 위의 글, 26~32면 참조.

이 가운데 "조사대상자의 법 또는 규제 위반사실을 확인하여 그 위반자에게 제재 또는 의무이행 확보 등 행정처분 실시하기 위한 조사"가 위반(행위) 확인을 위한 조사라 할 수 있다. "위반(행위) 확인조사"가 수사 전단계로서의 기능으로서 작용할 수 있다. 즉 이것은 수사기관에 의한 수사를 위한 증거의 (사전)수집으로서 기능할 수 있고 발생한 범죄에 대한 수사기관 사회통제를 앞당기는 효과를 낳을 수 있다. 행정조사가 범죄혐의를 밝히기 위한 수사로 이어질 수 있는 구조적 가능성을 가지고 있기 때문이다.[40]

2. 특별 행정기관의 위반행위 조사

한편 「행정조사 기본법」은 당해 법률의 적용제외 범위를 규정하고 있다(법 제3조 제2항). 근로감독관(사법경찰권 있음), 국세청, 금융감독기관(금융위원회, 사법경찰권 있음), 공정거래위원회 등의 위반행위 조사권이 이에 해당한다.

[표 2-2-2] 행정조사기본법 적용 제외

구분	적용 제외 범위(내용)	근거규정
국가안전보장 · 통일 및 외교에 관한 사항	행정조사 사실이나 조사내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항	법 제3조 제2항 제1호
	국가안전보장과 관련된 정보분석을 목적으로 수집되거나 작성된 정보(「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조제3항의 정보에 관한 사항)	법 제3조 제2항 제3호
국방 및 안전에 관한 사항	군사시설 · 군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항	법 제3조 제2항 제2호
	「병역법」 · 「예비군법」 · 「민방위기본법」 · 「비상대비자원관리법」에 따른 징집 · 소집 · 동원 및 훈련에 관한 사항	
근로감독관의 직무에 관한 사항	「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항	법 제3조 제2항 제4호

40) 이에 관하여는 임철희, "준법감시, 내부조사 그리고 형사증거법", 형사정책연구 제30권 제1호 (2019 · 봄호), 204면~206면 참조.

구분	적용 제외 범위(내용)	근거규정
조세 · 형사 · 행형 및 보안처분에 관한 사항	「조세범처벌절차법」 등에 따른 조세 · 형사 · 행형 및 보안처분에 관한 사항	법 제3조 제2항 제5호
금융감독기관의 감독 · 검사 · 조사 및 감리에 관한 사항	「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 등에 따른 금융감독기관의 감독 · 검사 · 조사 및 감리에 관한 사항	법 제3조 제2항 제6호
공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항	「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 등에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항	법 제3조 제2항 제7호

※「행정조사기본법」 제3조 제2항

국세청, 금융위원회, 공정거래위원회 등의 위반행위 조사권은 -「행정조사 기본법」 적용이 배재되기 때문에 - 각 관련 법령에서 조사행위에 관한 독자적인 규정들이 마련되어 있고, 이 또한 수사기관에 의한 수사를 위한 증거의 (사전)수집으로서 기능할 수 있다.

다만, 위와 같은「행정조사 기본법」 제외 대상에 해당하는 경우에도,「행정조사 기본법」 제4조(행정조사의 기본원칙), 제5조(행정조사의 근거) 및 제28조(정보통신수단을 통한 행정조사)는 적용한다(동법 제2조 제3항).[41]

3. 구별: 행정기관의 질서위반행위조사

행정기관이 '과태료를 부과'하기 위한 조사는 - 행정조사가 아니라 - 질서위반행위 조사이다. 이에 관한 근거법률로서는「질서위반행위규제법」이 있다.

「질서위반행위규제법」은 과태료가 의무이행확보수단으로서의 기능을 효과적으로 수행할 수 있도록 하려는 취지에서 2007년에 제정되었고,[42] 이로 인해 개별 법령에서 통일되지 못하고 있던 과태료의 부과·징수 절차를 일원화하는 등 과태료의 재판과 집행절차가 정비되었다.[43]

---

41) 이와 관련하여「행정조사 기본법」 제외 대상에 해당하는 경우에「행정조사 기본법」 제4조(행정조사의 기본원칙) 가운데 조사대상자의 선정, 공동조사의 원칙 및 중복조사의 금지에 관한 규정을 구체화하여 규정하고 있는 제8조(조사대상의 선정), 제14조(공동조사) 및 제15조(중복조사의 제한)도 적용되는지 여부에 대한 문제가 있다(김영조, 앞의 논문, 108면 각주 46)).

42) 법률 제8725호 (2007.12.21. 제정, 2008.6.22. 시행)

43) 채향석, 사례로 알아보는 행정명령, 148면, 166~167면 참조 (www.gyeongnam.go.kr/board/download.gyeong)(최종방문: 2020.11.20.).

「질서위반행위규제법」의 적용대상이 되는 것은 "행정질서벌로서의 과태료"(행정청이 법률 또는 조례상의 의무 위반에 대하여 부과하는 금전적 제재)에 한정된다. 동법의 적용이 제외되는 과태료는 ① 사법(私法)상 · 소송법상 의무를 위반하여 부과하는 과태료(사법상 · 소송법상의 과태료)[44]와 ② 징계벌로서의 과태료(법률에 따른 징계사유에 해당하여 부과하는 과태료)[45]이다(질서위반행위규제법 제2조 제1호). 이는 성질상 행정청의 과태료 부과 처분으로 보기 어렵거나 개인 또는 기관·단체의 자율적 판단을 존중할 필요가 있는 경우에 해당한다.

"질서위반행위 조사" 방식은 행정조사와 유사하지만 질서위반행위조사 개시에 관한 요건(질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때)이 행정조사에 비해 비교적 엄격하게 규정되어 있다. 조사거부 등에 대한 제재 또한 과태료를 규정하고 있다.

「질서위반행위규제법」

제22조(질서위반행위의 조사) ① 행정청은 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.

1. 당사자 또는 참고인의 출석 요구 및 진술의 청취
2. 당사자에 대한 보고 명령 또는 자료 제출의 명령

② 행정청은 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때에는 그 소속 직원으로 하여금 당사자의 사무소 또는 영업소에 출입하여 장부 · 서류 또는 그 밖의 물건을 검사하게 할 수 있다.

③ 제2항에 따른 검사를 하고자 하는 행정청 소속 직원은 당사자에게 검사 개시 7일 전까지 검사 대상 및 검사 이유, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 통지하여야 한다. 다만, 긴급을 요하거나 사전통지의 경우 증거인멸 등으로 검사목적을 달성할 수 없다고 인정되는 때에는 그러하지 아니하다.

④ 제2항에 따라 검사를 하는 직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

⑤ 제1항 및 제2항에 따른 조치 또는 검사는 그 목적 달성에 필요한 최소한에 그쳐야 한다.

제23조(자료제공의 요청) 행정청은 과태료의 부과 · 징수를 위하여 필요한 때에는 관계 행정기관, 지방자치단체, 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공기관(이하 "공공기관등"이라 한다)의 장에게 그 필요성을 소명하여 자료 또는 정보의 제공을 요청할 수 있으며, 그 요청을 받은 공공기관등의 장은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다.

---

44) 「민법」, 「상법」 등 사인(私人) 간의 법률관계를 규율하는 법 또는 「민사소송법」, 「가사소송법」, 「민사집행법」, 「형사소송법」, 「민사조정법」 등 분쟁 해결에 관한 절차를 규율하는 법률상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위(동법시행령 제2조 제1항)

45) 「공증인법」 · 「법무사법」 · 「변리사법」 · 「변호사법」 등 기관 · 단체 등이 질서 유지를 목적으로 구성원의 의무 위반에 대하여 제재를 할 수 있도록 규정하는 법률에 따른 징계사유에 해당하여 과태료를 부과하는 행위(동법시행령 제2조 제2항)

제57조(과태료) ① 제22조제2항에 따른 검사를 거부 · 방해 또는 기피한 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
② 제1항에 따른 과태료는 제22조에 따른 행정청이 부과 · 징수한다.

한편, '질서위반행위조사'는 (행정적) 제재를 부과하기 위한 일련의 조사활동을 하는 것이기 때문에 그 조사 절차에 있어서는 행정조사에서의 절차에서와 다소 차이가 있다. 즉 질서위반행위조사와 관련한 조사 절차에 있어서는 기본적으로 사전통지와 의견제출만을 인정하고 있고 그 밖의 것은 인정하고 있지 않다(질서위반행위규제법 제16조 참조).

[표 2-2-3] 행정조사와 질서위반행위조사

구분	행정조사	질서위반행위조사(과태료 부과)
근거법령	「행정조사 기본법」	「질서위반행위규제법」
조사주체	행정기관	행정기관
사전통지	제17조	제16조 제1항
의견제출	제21조	제16조 제2항
조사연기신청	제18조	×
조사원겨체신청	제22조	×
선정기준열람	제18조 제2항 · 제3항	×
제3저 보충조사	제19조	×
이의제기	×	제20조~제21조

4. 구별: 특별사법경찰의 조사활동

특별사법경찰제도는 특정한 분야에서 업무를 담당하고 있는 행정공무원들의 전문적 지식을 활용하고 일반 사법경찰관리의 수사의 한계를 극복하기 위하여 일정한 범위에서 사법경찰권을 부여하여 수사활동을 할 수 있도록 하는 제도를 말한다.[46)47)]

「(개정) 형사소송법」(법률 제16924호, 2020.2.4. 일부개정, 2022.1.1. 시행) 제245조의10에서는 "삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관, 그 밖에 특별한 사항에 관하여 사법

46) 김용섭 · 이경구 · 이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 박영사, 2016, 15면.
47) 특별사법경찰관리제도에 관하여는 김용주, "행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정", 경찰학연구 제14권 제4호(2014), 80~85면 참조 바람.

경찰관리의 직무를 행할 특별사법경찰관리와 그 직무의 범위는 법률로 정한다"고 규정하고 있다(동조 제1항). 이를 위하여 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」(이하 "사법경찰직무법"이라 한다)이 제정되어 있다.[48] 동법은 제정 이후 약 100여 차례 개정을 통해 특별사법경찰관리 및 그 직무의 범위가 매우 확대되었다. 특별사법경찰관리[49]는 그 권한의 범위가 업무별로 제한되어 있다는 점에서 일반사법경찰관리와 구분되지만, 일단 그 권한에 속하는 사항에 관하여는 일반사법경찰관리와 동일한 지위와 권한을 갖는다.[50]

특정한 분야에서 특별사법경찰권을 부여받은 행정공무원은 기본적으로 ① 소속기관의 공무원과 ② 특별사법경찰이라는 이중적 신분을 갖게 된다. 따라서 이들 공무원은 그 소속기관의 공무원로서 행정조사를 실시할 수도 있으며, 특별사법경찰의 신분으로서 - 검사의 지휘를 받으며 - 수사를 진행할 수도 있다.

행정공무원이 소속기관의 공무원 신분으로서 행정조사를 실시하는 경우에는 - 그 공무원은 수사기관이 아니므로 - 법적 근거에 따른 범위 내에서 행정조사권을 행사함에 있어서 수사에서 요구되는 절차(영장, 진술거부권 고지 등)에 구속되지 않고 광범위하게 조사를 할 수 있게 된다. 이 때의 활동은 수사와 전혀 무관한 행정조사일 뿐이다.

반면에 행정공무원이 특별사법경찰 신분으로서 조사를 실시하는 경우에는 그것은 수사가 된다. 이들은 모든 수사에 관하여 검사의 지휘를 받아야 하고((개정)형사소송법 제245조의10 제2항) 진술거부권의 고지, 영장주의, 변호인의 조력권 등 형사소송법상의 절차에 따라야 한다.

---

48) 동법은 1956년에 제정・시행되었다(법률 제380호, 1956.1.12. 제정・시행).

49) 관할 지검 검사장의 지명을 받은 7급 이상의 행정공무원은 특별사법경찰관의 직무를, 관할 지검 검사장의 지명을 받은 8급・9급 행정공무원은 특별사법경찰리의 직무를 수행한다(사법경찰직무법 제5조 참조).

50) 신동운, 신형사소송법[제12판], 법문사, 2020, 13면.

제3절 | 행정조사와 범죄수사

행정조사는 객관적 사실을 발견하기 위한 조사활동이라는 점에서 공통적이다. 즉 행정조사는 국가의 행정을 위한 객관적 사실을 발견하기 위하여 자료 및 정보를 수집하는 조사활동이며, 수사는 범죄혐의 유무를 확정하기 위한 실체적 진실을 밝히는 조사활동이라는 점에서 동일한 측면이 있다.[51] 이에 따라 행정조사는 행정제재의 부과나 수사기관에의 고발 등을 위한 정보나 자료의 수집이 기능하기 때문에 이러한 행정조사가 수사와 본질적으로 구별되지 않는다는 한계가 있다.[52]

반면, 행정조사와 수사는 그 목적과 절차 등에 있어서 차이가 있다. 행정조사는 - 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위한 것으로서 - 법령 등의 위반에 대한 처벌보다는 법령 등을 준수하도록 유도하는 데 중점이 있다(행정조사기본법 제4조 제4항). 반면에 수사는 - 범죄혐의가 있다고 사료되는 때에 그 혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동[53]으로서 - 법령 등의 위반에 대한 처벌이 주목적이다. 이에 따라 수사의 경우에는 - 헌법 및 형사소송법에 따라 - 진술거부권의 고지, 영장주의, 변호인의 조력권, 증거법칙 등 엄격한 절차적 통제가 이루어진다.

[표 2-3-1] 행정조사와 범죄수사

구분	행정조사	범죄수사
개시요건	(당해) 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정되는 경우	범죄혐의가 있는 경우
목 적	법령등 준수 유도	법령등 위반에 대한 처벌
주 체	일반 행정기관(행정청)	수사기관
조사권(수사권)	- 임의조사(출석·진술, 보고·자료제출, 현장조사, 자료등의 영치, 제3자에 대한 보충조사 등)	- 임의수사(피의자신문, 참고인조사 등) - 강제수사(압수·수색, 체포·구속 등)

51) 백상진, "수사절차와 관련된 행정절차의 통제방안에 관한 연구", 한국경찰학회보 제18권 제1호(2016), 113면.
52) 이근우. "행정조사의 형사법적 한계설정", 고려법학 제72호(2014), 363면.
53) 대법원 1999.12.7. 선고 98도3329 판결.

구분	행정조사	범죄수사
사법적 통제절차	- 법원통제 받지 않음 - 증표제시(현장조사시), 조사 사전통지, 조사결과의 통지 등	- 법원의 사전영장 발부 - 미란다 원칙
조사(수사)대상자의 권리	- 진술거부권 불인정 - 사전통지에 대한 의견제출 - 조사원 교체신청 - 법률전문가 등의 입회 · 의견진술	- 진술거부권 인정 - 변호인 조력권 - 압수 · 수색 · 검증참여권
조사거부에 대한 제재	- 형벌(징역 또는 벌금), 과태료 등의 부과를 통한 간접강제	- 직접적 실력강제(수사상 강제처분)

※ 자료: 이성일, 행정조사의 법제현황과 시사점, 전국경제인연합회(CER-2002-08), 2002, 21면 참조

이러한 행정조사와 범죄수사의 차이점은 - 상술한 바와 같이 - 행정조사가 수사기관에 의한 수사를 위한 증거의 (사전)수집으로서 기능할 수 있는 구조적 가능성 때문에 피조사자의 권리보장의 한계상황을 노정시키게 된다. 위반확인 목적 행정조사의 경우, 행정조사권이 - 진술거부권이 인정되지 않은 상황 하에서 - 피조사자에 대한 형벌 등을 통한 강제된 협조나 동의를 전제로 용이하게 사용될 수 있고, 피조사자는 수사기관의 수사가 아니라는 근거로 그 권리를 보장받지 못한 상태에서 조사를 받는 위험에 노출될 수 있다.

행정기관의 범죄조사권 현황분석

이 천 현

제3장

행정기관의 범죄조사권 현황분석

제1절 | 현황 비교검토

1. 일반 행정기관의 위반행위 조사권

현행 약 1,500여개의 법률에서는 대부분 행정조사에 관련한 규정을 두고 있다. 이와 같은 행정조사 가운데 직접적으로 법 위반행위 확인을 위한 조사를 규정하고 있는 법률은 약 30여개에 가깝다.[54] 이를 규정 방식에 따라 분류해 보면 다음과 같다.

가. 일반적 형태의 조사권 규정

1) 법 위반행위 확인을 위한 조사

(1) "법의 위반행위 확인"조사

일반적으로 행정기관의 법 위반행위에 대한 조사권을 규정하는 입법형태는 그 조사권 발동요건을 "이 법의 위반행위를 확인"하기 위하여 필요한 경우 또는 "이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하는지를 확인"하기 위하여 필요한 경우 형태로 규정하고 있고, 그 조사 방법으로서는 "서류 · 장부 · 물건 제출명령"과 "사업장 출입조사(장부 등 조사)"를 규정한다.

예를 들어, 「재해구호법」이 경우 조사 요건을 "이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하는지를 확인하기 위하여 필요하다고 인정하면"이라고 규정하고 있다(법 제22

54) 법제처 국가법령정보센터(https://www.law.go.kr/main.html)에서 검색 수행

조 제1항). 동 법에서는 행정제재 이외에 형벌을 규정(제34조)하고 있기 때문에 법 위반행위 확인에는 당연히 형벌규정 위반행위 확인조사도 포함된다고 할 수 있다.

(예시)「재해구호법」

제22조(검사 등) ① 행정안전부장관은 의연금품의 모집 또는 접수행위가 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하는지를 확인하기 위하여 필요하다고 인정하면 모집자나 모집종사자에게 관계 서류 · 장부 또는 그 밖의 사업보고서를 제출하게 하거나 소속 공무원으로 하여금 모집자의 사무소 · 모금장소 등에 출입하여 장부 등을 검사하게 할 수 있다.
② 제1항에 따라 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

제36조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
6. 제22조제1항에 따른 관계 서류 등의 제출명령에 따르지 아니하거나 관계 공무원의 출입 · 검사를 거부 · 기피 또는 방해한 자

「장사 등에 관한 법률」(이하 "장사법"이라 한다)에서는 "이 법에서 정하고 있는 사항의 이행 또는 위반 여부의 확인을 위하여 필요하다고 인정하면"이라고 규정하고 있다. "이 법에서 정하고 있는 사항의 이행"과 "이 법에서 정하고 있는 위반 여부의 확인"과의 차이가 무엇인지 의문이다. 동 법에서는 현장조사(서류 · 물건 조사), 보고명령 등을 규정하고 있다(법 제37조 제1항).

(예시)「장사 등에 관한 법률」

제37조(검사 및 보고) ① 시장등은 장사시설의 안전관리 · 보건위생 · 운영실태를 점검하거나 이 법에서 정하고 있는 사항의 이행 또는 위반 여부의 확인을 위하여 필요하다고 인정하면 관계 공무원에게 법인묘지 · 사설화장시설 · 사설봉안시설 · 사설자연장지 또는 장례식장에 출입하여 서류나 그 밖의 물건을 검사하게 하거나 법인묘지 · 사설화장시설 · 사설봉안시설 · 사설자연장지의 설치 · 조성자 또는 장례식장영업자에게 필요한 보고를 하게 할 수 있다.
② (생략)
③ 제1항에 따라 법인묘지 등에 출입하는 공무원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

제42조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다. 다만, 제35조제1항에 따라 과징금(과징금으로 갈음할 수 있는 업무정지 또는 영업정지 처분을 포함한다)을 부과받은 자의 경우에는 그러하지 아니하다.
13. 제37조제1항 및 제2항에 따른 관계 공무원의 검사를 거부 · 방해 · 기피한 자 또는 필요한 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자

「의료법」의 경우에는 '보고와 업무검사'(법 제61조 제1항)에 관한 규정에서 '법 위반사실을 확인'하기 위한 경우라는 문언없이, 즉 조사(보고와 업무보고)에 관한 명확한 법적 근거 없이 조사 방법만을 규정하고 있다.

(예시)「의료법」

제61조(보고와 업무 검사 등) ① 보건복지부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 의료기관 개설자 또는 의료인에게 필요한 사항을 보고하도록 명할 수 있고, 관계 공무원을 시켜 그 업무 상황, 시설 또는 진료기록부 · 조산기록부 · 간호기록부 등 관계 서류를 검사하게 하거나 관계인에게서 진술을 들어 사실을 확인받게 할 수 있다. 이 경우 의료기관 개설자 또는 의료인은 정당한 사유 없이 이를 거부하지 못한다.

② 제1항의 경우에 관계 공무원은 권한을 증명하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등이 기재된 조사명령서를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다. 〈개정 2011. 8. 4.〉

③ 제1항의 보고 및 제2항의 조사명령서에 관한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

제61조의2(자료제공의 요청) ① 보건복지부장관은 이 법의 위반 사실을 확인하기 위한 경우 등 소관 업무를 수행하기 위하여 필요한 경우에는 의료인, 의료기관의 장, 「국민건강보험법」에 따른 국민건강보험공단 및 건강보험심사평가원, 그 밖의 관계 행정기관 및 단체 등에 대하여 필요한 자료의 제출이나 의견의 진술 등을 요청할 수 있다.

② 제1항에 따른 자료의 제공 또는 협조를 요청받은 자는 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

제89조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

4. 제61조제1항에 따른 검사를 거부 · 방해 또는 기피한 자(제33조제2항 · 제10항 위반 여부에 관한 조사임을 명시한 경우에 한정한다)

제92조(과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.

3. 제61조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 검사를 거부 · 방해 또는 기피한 자(제89조제4호에 해당하는 경우는 제외한다)

그런데 이와 관련된 제재규정을 보면 법 제61조의 기능을 확인할 수 있다. 즉 법 제89조 제4호에서는 "제61조제1항에 따른 검사를 거부 · 방해 또는 기피한 자(제33조제2항 · 제10항 위반 여부에 관한 조사임을 명시한 경우에 한정한다)"에 대하여는 '1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금'에 처하도록 규정하고 있다. 이 내용을 볼 때, 행정조사의 일환으로 법 제33조 제2항 및 동조 제10항 위반여부에 대한 조사, 즉 수사를 한다는 점을 알 수 있다. 법 제33조제2항을 위반하여 의료기관을 개설하거나 운영하는 자에 대하여는 '10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금'에 처하고(법 제87조), 법 제33조제10항을 위반하여 의료기관을 개설 · 운영하는 의료법인등이 다른 자

에게 그 법인의 명의를 빌려주는 경우에는 '10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금'에 처하고 있기 때문이다(법 제87조의2 제2항 제2호).

한편, 「의료법」에서는 - 법 제61조(보고와 업무 검사 등) 규정에 의한 의료기관 개설자 또는 의료인에 대한 조사권을 규정하고 있는 것 이외에 – 추가적으로 제61조의2(자료제공의 요청)를 규정하고 있다(2019.8.27. 신설). 이것은 제61조에서 규정한 조사를 위한 보완적인 규정으로 생각되지만, 규정이 "이 법의 위반 사실을 확인하기 위한 경우 등 소관 업무를 수행하기 위하여 필요한 경우"로 과도하게 확대되어 규정되어 있다.

(2) 한계

이와 같은 규정방식에서는 통상적으로 그 조사 공무원에 대하여는 권한을 표시하는 증표 제시의무를 규정하고 있고, 조사권 행사의 방해 등에 대하여는 '과태료'를 부과하는 것이 일반적이다. 여기에 속하는 법률로서는 또한 「협동조합기본법」(제111조), 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」(제54조), 「소비자기본법」(제77조) 등을 들 수 있다.

이와 같은 형태의 조사권을 규정하는 경우는 행정조사권의 범위가 과도하게 넓게 규정되어 있다는 문제가 있다. "이 법을 위반하는지를 확인하기 위하여 필요"하다고 인정되는 경우라는 과도한 권한 부여도 문제가 될 뿐 아니라, 이러한 규정방식에 따르게 되면 우리의 행정 법규의 위반행위에 대하여는 행정제재 이외에 형벌을 규정하고 있기 때문에 그러한 행정조사는 당연히 형벌규정 위반행위 확인조사와 직접적으로 연결될 수 밖에 없는 상황에 있다는 점에서 문제라 할 수 있다.

「의료법」의 경우에는 – 상술한 바와 같이 - 조사(보고와 업무보고) 관한 명확한 법적 근거 없이 조사 방법만을 규정하고 있다(법 제61조 제1항). 그리고 심지어는 그 조사의 방해행위 등에 대하여는 형벌을 부과하도록 규정하고 있는 것은 문제라 할 수 있을 것이다.

2) 법 시행을 위하여 필요한 조사

(1) "법의 시행을 위하여 필요한 경우"의 조사

행정기관의 조사권 행사 요건을 가장 포괄적으로 규정하는 방식이라 할 수 있는 것은 "이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때"라고 규정하는 경우이다.

예를 들어, 「축산계열화사업에 관한 법률」에 따르면, “이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때”에 조사권을 행사할 수 있도록 규정함과 동시에 자료 등 제출명령, 현장조사, 자료의 영치, 이해관계인 등의 출석·의견진술 등 다양한 형태의 조사방법을 규정하고 있다(법 제29조의3 제1항~제3항). 이 경우에도 역시 공무원의 증표 제시 의무를 규정하고 있다(법 제29조의3 제4항).

동법에서는 – 이처럼 포괄적 조사권 발도요건을 규정하면서도 - 조사권 행사 방해 등의 행위에 대하여는 ‘형벌’도 규정하고 있다. 다만, 「행정조사 기본법」에 정하는 바에 따른다는 규정(법 제29조의3 제5항)을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라 조사권의 남용금지 규정(법 제29조의4)과 조사 등의 연기 신청 규정(법 제29조의5)도 별도로 규정하고 있다.

(예시) 「축산계열화사업에 관한 법률」

제29조의3(위반행위의 조사 등) ① 농림축산식품부장관은 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 처분을 할 수 있다.
1. 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 출석 및 의견의 청취
2. 계약농가, 계열화사업자 또는 계열화사업자의 임직원에 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고, 그 밖에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치

② 농림축산식품부장관은 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 소속 공무원으로 하여금 계약농가, 계열화사업자의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부·서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료, 그 밖에 농림축산식품부령으로 정하는 자료나 물건을 조사하게 할 수 있으며, 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술을 듣게 할 수 있다.

③ 제2항에 따라 조사를 하는 공무원은 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 계약농가, 계열화사업자 또는 계열화사업자의 임직원에 대하여 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치를 할 수 있다.

④ 제2항에 따라 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하여야 한다.

⑤ 제2항 및 제3항에 따른 질문 또는 조사의 내용·절차·방법 등에 관하여 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는 「행정조사 기본법」에서 정하는 바를 따른다.

제29조의4(조사권의 남용금지) 조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다.

제29조의5(조사 등의 연기신청) ① 제29조의3제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 농림축산식품부장관으로부터 처분 또는 조사를 받게 된 계약농가, 계열화사업자 또는 계열화사업자의 임직원이 천재지변, 그 밖에 농림축산식품부령으로 정하는 사유로 인하여 처분을 이행하거나 조사를 받기가 곤란한 경우에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관에게 처분 또는 조사를 연기하여 줄 것을 신청할 수 있다.

② 농림축산식품부장관은 제1항에 따라 처분 또는 조사의 연기신청을 받은 때에는 그 사유를 검토하여 타당하다고 인정되는 경우에는 처분 또는 조사를 연기할 수 있다.

제35조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

6. 제29조의3제1항제2호 또는 같은 조 제3항에 따른 보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자
7. 제29조의3제2항에 따른 조사 시 폭언 · 폭행, 고의적인 현장진입 저지 · 지연 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자
8. 제29조의3제2항에 따른 조사 시 자료의 은닉 · 폐기, 접근거부 또는 위조 · 변조 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자

제37조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 한 계열화사업자에게는 5천만원 이하의 과태료를 부과한다.
13. 제29조의3제1항제1호를 위반하여 정당한 사유 없이 출석을 하지 아니한 자

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 위반행위를 한 계약농가에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.
2. 제29조의3제1항제1호를 위반하여 정당한 사유 없이 출석을 하지 아니한 자

또한 「고용보험법」의 내용을 보면 "이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정"되는 경우의 내용을 볼 수 있다. 즉 단순히 행정목적 달성을 위한 것 뿐만 아니라 범죄행위 확인(부정수급[55]의 조사)도 포함되어 있음을 알 수 있다.

(예시) 「고용보험법」

제109조(조사 등) ① 고용노동부장관은 피보험자의 자격 확인, 부정수급의 조사 등 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정하면 소속 직원에게 피보험자 또는 수급자격자를 고용하고 있거나 고용하였던 사업주의 사업장 또는 보험사무대행기관 및 보험사무대행기관이었던 자의 사무소에 출입하여 관계인에 대하여 질문하거나 장부 등 서류를 조사하게 할 수 있다.
② 고용노동부장관이 제1항에 따라 조사를 하는 경우에는 그 사업주 등에게 미리 조사 일시 · 조사 내용 등 조사에 필요한 사항을 알려야 한다. 다만, 긴급하거나 미리 알릴 경우 그 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.
③제1항에 따라 조사를 하는 직원은 그 신분을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.
④고용노동부장관은 제1항에 따른 조사 결과를 그 사업주 등에게 서면으로 알려야 한다.

제118조(과태료) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업주, 보험사무대행기관의 대표자 또는 대리인 · 사용인, 그 밖의 종업원에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.
6. 제109조제1항에 따른 질문에 답변하지 아니하거나 거짓으로 진술한 자 또는 조사를 거부 · 방해하거나 기피한 자

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피보험자, 수급자격자 또는 지급되지 아니한 실업급여의 지급을 청구하는 자에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.
2. 제109조제1항에 따른 질문에 답변하지 아니하거나 거짓으로 진술한 자 또는 검사를 거부 · 방해하거나 기피한 자

55) 부정수급에 해당하는 경우, 즉 사업주와 공모하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원금 또는 급여를 받은 자와 공모한 사업주는 각각 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해진다(법 제116조 제1항 참조).

(2) 한계

이와 같은 형태의 조사권을 규정하는 경우는 - 상술한 - "이 법을 위반하는지를 확인하기 위하여 필요"하다고 인정되는 경우보다 더 과도한 권한 부여가 문제가 된다. "이 법의 시행을 위하여 필요"하다고 인정되는 경우는 법 위반여부확인을 포함하여 모든 법 관련 사항에 대한 조사권 행사가 가능할 수 있기 때문이다.

한편, 「축산계열화사업에 관한 법률」에서 법 제29조의3 제1항과 동조 제2항의 관계가 불분명하다. 제29조의3 제1항이 경우에는 "처분"이라고 하고 있고, 동조 제2항의 경우에는 "조사"라고 하고 있으나, 양자의 차이가 무엇인지 의문이다. 양자는 그 내용에 있어서 차이가 없음에도 불구하고 양자를 구분하고, 증표제시의무(제29조의3 제4항)와 「행정조사 기본법」 적용규정(동조 제5항)은 단지 동조 제2항(및 제3항)에 국한하고 있다는 점에서 피조사자(처분대상자)의 기본권 침해 우려가 있다(이와 유사한 문제는 「고용보험법」(제108조 및 제109조)에서도 찾아 볼 수 있다).

또한 이와 관련하여 보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고 또는 자료나 물건을 제출(제29조의3 제1항 제2호, 동조 제3항 위반)한 행위에 대하여 "3년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금"를 부과하는 것은 타 입법례에 비교하여 지나치게 중한 법정형이라 할 수 있다.

나. 범죄수사에 준하는 조사

1) 법 위반행위(범죄)를 한 것으로 인정되는 경우

"법의 위반행위를 확인"을 위하여 필요한 경우에 비해 한 발 더 나아간 상황, 즉 법 위반행위(범죄)를 한 것으로 인정되는 경우에도 행정조사를 할 수 있도록 규정하는 경우도 있다.

예를 들어, 「전기사업법」에서는 "제21조제1항에 따른 금지행위를 한 것으로 인정되는 경우"에 필요한 조사를 할 수 있다고 규정하고 있다(법 제22조 제1항).

(예시)「전기사업법」

제22조(사실조사 등) ① 산업통상자원부장관은 공공의 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 인정되거나 전기사업자등이 제21조제1항에 따른 금지**행위를 한 것으로 인정되는 경우**에는 전기위원회 소속 공무원으로 하여금 이를 확인하기 위하여 필요한 조사를 하게 할 수 있다.
② 산업통상자원부장관은 제1항에 따른 조사를 위하여 필요한 경우에는 전기사업자등에게 필요한 자료나 물건의 제출을 명할 수 있으며, 대통령령으로 정하는 바에 따라 전기위원회 소속 공무원으로 하여금 전기사업자등의 사무소와 사업장 또는 전기사업자등의 업무를 위탁받아 취급하는 자의 사업장에 출입하여 장부 · 서류나 그 밖의 자료 또는 물건을 조사하게 할 수 있다.
③ 산업통상자원부장관은 제2항에 따른 조사를 하는 경우에는 조사 7일 전까지 조사 일시, 조사 이유 및 조사 내용 등을 포함한 조사계획을 조사대상자에게 알려야 한다. 다만, 긴급한 경우나 사전에 알리면 증거인멸 등으로 조사목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
④ 제2항에 따라 출입 · 조사하는 자는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 하며, 조사 시 그 조사의 일시 · 목적 등을 기록한 서류를 관계인에게 내주어야 한다.

제108조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.
1. 제22조제2항에 따른 자료나 물건의 제출명령 또는 장부 · 서류나 그 밖의 자료 또는 물건의 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자

이와 같이 "제21조제1항에 따른 금지행위"[56]는 형벌 부과대상 행위이기 때문에, 이 것을 "한 것으로 인정되는 경우"에 조사를 인정하는 것은 수사를 인정하는 것과 다를 바가 없다고 할 수 있다. 범죄수사를 행정조사 형태로 수행하는 것을 인정하는 것으로서 타당하지 않은 입법이라 할 수 있을 것이다.

한편, 「지역사랑상품권 이용 활성화에 관한 법률」(이하 "지역사랑상품권법"이라 한다)에서는 "이 법을 위반하는 행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요할 때"라고 규정하고 있다(법 제17조 제1항). 그러나 동법에서는 법 위반행위에 대한 '형벌'규정은 존재하지 않기 때문에(동법 에서는 벌칙조항으로서 제20조(과태료) 규정 1개 뿐이다), 이와 같은 규정은 별다른 문제가 있다고 하기 어려울 것이다.

「지역사랑상품권 이용 활성화에 관한 법률」

제17조(위반행위의 조사 등) ① 지방자치단체의 장은 이 법을 위반하는 행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 판매대행점 및 가맹점에 그 업무에 관하여 보고하게 하거나 자료의 제출, 그 밖에 필요한 명령을 할 수

56) 「전기사업법」 제101조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과(倂科)할 수 있다.
2. 제21조제1항에 따른 금지행위를 한 자

있으며, 소속 공무원으로 하여금 그 사무소에 출입하여 장부 · 서류 등을 검사하게 할 수 있다.
② 제1항에 따라 출입 · 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고, 이를 관계인에게 내보여야 한다.

제20조(벌칙) ② 제17조에 따른 위반행위 조사 등을 거부 · 방해 또는 기피한 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.

2) 구체적인 조문(형벌규정) 관련 위반행위 조사

형벌 부과 대상행위를 구체적으로 열거하면서 이에 대한 위반행위 조사를 인정하는 법률이 있다.

예를 들어, 「복권 및 복권기금법」(이하 "복권법"이라 한다)에서는 특별자치시장 등은 "제5조 및 제6조제1항 · 제3항 · 제4항의 위반행위에 대한 조사"를 할 수 있다고 규정하고 있다(법 제33조의3 제1항). 제5조 및 제6조제1항 · 제3항 · 제4항의 위반행위에 대한 제재로서는 '형벌'을 규정하고 있기 때문에, 이에 대한 위와 같은 직접적인 조사규정을 두를 것은 수사를 인정하는 것과 다를 바가 없다.[57]

(예시) 「복권 및 복권기금법」

제33조의3(시장·군수·구청장의 복권판매 관련 위반행위 조사) ① 특별자치시장 · 특별자치도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장(구청장은 자치구의 구청장을 말하며, 이하 "시장 · 군수 · 구청장"이라 한다)은 제5조 및 제6조제1항 · 제3항 · 제4항의 위반행위에 대한 조사를 할 수 있다.
② 시장 · 군수 · 구청장은 제1항에 따른 조사를 하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 복권을 판매하는 자에게 복권 관계 서류 · 장부 · 사업보고서 등의 자료 또는 그 사본의 제출을 요구하거나 관계 공무원으로 하여금 복권을 판매하는 시설 및 장소에 출입하여 그 설비, 장부, 그 밖의 서류를 조사하게 할 수 있다.
③ 제2항에 따라 출입 · 조사를 하는 관계 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 보여 주어야 한다.

제36조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.
7. 제33조의3제2항을 위반하여 자료나 그 사본을 제출하지 아니하거나 관계 공무원의 출입 · 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자

[표 3-1-1] 복권법 위반행위와 제재(형벌)

위반행위(법조 위반)	형벌(제재)	조문
영리 목적으로 복권위원회가 정한 복권액면가액이 아닌 가격으로 최종 구매자에게 복권을 판매하는 행위(제5조 제1항 위반)	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	제34조 제3항 제1호

57) 동법에서는, 특히 이와 관련한 위반행위에 대한 행정조치(제재)에 관한 규정은 존재하지 않는다.

위반행위(법조 위반)	형벌(제재)	조문
청소년에 대한 복권 판매 행위(제5조 제3항 위반)	1천만원 이하의 과태료	제36조 제1항 제1호
체결하지 아니하고 영리 목적으로 온라인복권을 판매하는 행위(제6조 제1항 위반)	1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금	제34조 제3항 제2호
지정받은 판매장소 외의 장소에서 온라인복권을 판매하는 행위(제6조 제3항 위반)		제34조 제3항 제4호
영리를 목적으로 최종구매자를 위하여 온라인복권 구매를 대행하는 행위(제6조 제4항 위반)		제34조 제3항 제5호

이러한 예는 「국가기술자격법」에서도 볼 수 있다. 동법에서는 - "1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금"에 처해지는 - 국가기술자격증의 대여 및 대여 알선행위(법 제26조 제3항 제1호)에 대하여, 그 범죄 확인을 위한 조사를 위하여 국가기술자격 취득자를 고용하고 있거나 고용하였던 사업주의 사업장에 출입하여 관계인에 대한 질문검사나 장부 등 서류를 조사할 수 있도록 규정하는 것은 수사활동을 해당하는 것이라 할 수 있다.

국가기술자격 취득자를 고용하고 있거나 고용하였던 사업주는 주부부처나 고용노동부 피감독기관이라 볼 수도 없다.

(예시) 「국가기술자격법」

제15조의3(국가기술자격증 대여 및 대여 알선 조사) ① 주무부장관 또는 고용노동부장관(이하 이 조에서 "주무부장관등"이라 한다)은 국가기술자격증의 대여 및 대여 알선 금지를 규정한 제15조제2항의 위반 여부에 대한 조사가 필요한 경우에는 소속 직원(다른 법률에 따라 국가기술자격 취득자를 관리하는 업무를 주무부장관등으로부터 위임·위탁받은 기관의 직원을 포함한다)으로 하여금 국가기술자격 취득자를 고용하고 있거나 고용하였던 사업주의 사업장에 출입하여 관계인에게 질문하거나 장부 등 서류를 조사하게 할 수 있다.
② 주무부장관등은 제1항의 조사를 위하여 필요한 경우 관계 중앙행정기관·지방자치단체, 그 밖의 공공단체에 국가기술자격 취득자의 취업상황 및 소속 사업장에 관한 자료 제출을 요청할 수 있다.
③ 주무부장관등이 제1항에 따라 조사를 하는 경우에는 그 사업주 등에게 미리 조사 일시, 조사 내용 등 필요한 사항을 알려야 한다. 다만, 긴급한 경우 또는 미리 알리면 그 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.
④ 제1항에 따라 조사를 하는 직원은 그 신분을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 보여주어야 한다.
⑤ 주무부장관등은 제1항에 따른 조사 결과를 그 사업주 등에게 서면으로 알려야 한다.

제26조의2(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.
1. 제15조의3 및 제24조의4에 따른 조사를 정당한 사유 없이 거부·방해·기피하거나 거짓의 진술서 또는 자료를 제출한 자

한 개의 조문 내에서 형벌부과 대상행위(금지행위)를 규정함과 동시에 그 금지행위 위반 여부에 대한 조사권을 부여하는 형태로 규정하는 법률도 있다. 예를 들어, 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제15조에서는 동조 제1항과 제2항에 금지행위를 규정하면서 동조 제3항에서는 이에 대한 위반행위 조사권을 규정하고 있다.

법 제15조 제1항 및 제2항에 규정된 금지행위를 하는 경우에는 - 5억원 이하의 과징금을 부과할 수 있는 것 외에도(법 제38조 제2항) - "2년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금"에 처해진다(법 제41조 제3호).

이것은 형벌 부과와 관련한 실체법적 규정 및 그에 관한 수사 규정을 동시에 규정한 것과 같다고 할 수 있다. 다만, 동 법률에서는 이에 관한 조사권 행사가 광고판매대행자 또는 방송사업자에 대한 "자료제출 요구권"으로 한정되어 있다(법 제15조 제3항).

(예시) 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」

제15조(광고판매대행자 등의 금지행위) ① 광고판매대행자는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.
1. 정당한 사유 없이 방송사업자의 방송프로그램 기획, 제작, 편성 등에 영향을 미치는 행위
2. 정당한 사유 없이 특정 방송사업자 또는 광고대행자에 대하여 광고판매를 거부, 중단 또는 해태하거나 거래조건을 차별하는 행위
3. 「방송법」과 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 방송광고 외의 광고를 판매하는 행위
4. 정당한 사유 없이 제16조제2항에 따른 광고대행수수료를 지급하지 아니하는 행위
5. 제17조제1항에 따른 광고판매대행사업의 회계를 다른 사업과 구분하지 아니하는 행위
6. 우월적 지위를 이용하여 방송사업자 또는 광고대행자에게 부당한 계약을 강요하는 행위

② 방송사업자는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다.
1. 방송광고의 판매를 목적으로 광고판매대행자의 경영 등에 부당하게 간섭하는 행위
2. 정당한 사유 없이 광고판매대행자의 방송광고판매위탁을 거부, 중단하거나 거래조건을 차별하는 행위
3. 정당한 사유 없이 제16조제1항에 따른 수탁수수료를 지급하지 아니하는 행위

③ 방송통신위원회는 제1항 또는 제2항에 따른 금지행위의 위반 여부에 관한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 광고판매대행자 또는 방송사업자에게 자료의 제출을 요청할 수 있다. 이 경우 자료제출을 요청받은 자는 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.

④ 제1항 및 제2항에 따른 행위의 세부 유형 및 기준은 대통령령으로 정한다.

제44조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.
3. 제15조제3항 또는 제36조에 따른 자료제출을 거부 · 방해 또는 기피하거나 거짓으로 자료를 제출한 자

한편, 「아동복지법」의 경우 "법 제17조의 금지행위[58]를 위반할 우려가 있는 장소"

58) 제17조 금지행위 위반행위는 형벌 부과대상이다(법 제71조 제1항).

에 대한 현장조사를 규정하고 있다(법 제66조 제1항). “법 제17조의 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소”는 범죄 장소이기 때문에 이곳에 출입하여 필요한 조사나 질문을 하는 것은 수사 절차로 볼 수 밖에 없다.

특히, 동법에서는 조사의 구체적인 방법에 대한 규정 없이 단지 – 질문 이외에 - “필요한 조사”라고만 규정하고 있어 어떠한 조사를 할 수 있는지에 대한 구체적인 근거를 전혀 제시하고 있지 않다(법 제66조 제1항). 또한 동법에서는 이러한 조사권 행사 방해 등의 행위에 대하여는 형벌(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)을 부과하도록 규정하고 있다(법 66조 제2항 제7호).

(예시)「아동복지법」

제66조(조사 등) ① 보건복지부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 필요하다고 인정할 때에는 관계 공무원이나 전담공무원으로 하여금 아동복지시설과 아동의 주소 · 거소, 아동의 고용장소 또는 제17조의 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소에 출입하여 아동 또는 관계인에 대하여 필요한 조사를 하거나 질문을 하게 할 수 있다.
② 제1항의 경우 관계 공무원 또는 전담공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

제71조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
7. 제66조제1항에 따른 조사를 거부 · 방해 또는 기피하거나 질문에 대하여 답변을 거부 · 기피 또는 거짓 답변을 하거나, 아동에게 답변을 거부 · 기피 또는 거짓 답변을 하게 하거나 그 답변을 방해한 자

이러한 사정은「노인복지법」도 유사하다. 즉 “법 제39조9의 금지행위[59]를 위반할 우려가 있는 장소”에 대한 출입조사를 할 수 있다. 다만, 이 법률에서는 -「아동복지법」과는 달리 -「행정조사 기본법」에 따른다는 규정(법 제39조의11 제4항)이 별도로 규정되어 있다.

「노인복지법」에서는 행정조사 위반에 대한 제재규정에 한계가 있다. 즉 법 제39조의11 제1항(현장조사) 위반에 대한 제재 규정이 없다(이와는 달리「아동복지법」에서는 형벌규정을 두고 있음(법 제71조 제2항 제7호). 반면에 제39조의11 제2항에 따른 조사 – 이것은 “실종노인의 발견을 위하여 필요한 때”에 이루어지는 조사로 한정적임

59) 제39조의9 금지행위 위반행위는 형벌 부과대상이다(법 제55조의2, 제55조의3 제1항 제2호, 제55조의4 제1호).

- 에 대하여는 제재규정을 두고 있다(법 제55조의4 제2호, 제61조의2 제1항).

(비교)「노인복지법」

제39조의11(조사 등) ① 보건복지부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 필요하다고 인정하는 때에는 관계공무원 또는 노인복지상담원으로 하여금 노인복지시설과 노인의 주소 · 거소, 노인의 고용장소 또는 제39조의9의 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소에 출입하여 노인 또는 관계인에 대하여 필요한 조사를 하거나 질문을 하게 할 수 있다.
② 경찰청장, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 실종노인의 발견을 위하여 필요한 때에는 보호시설의 장 또는 그 종사자에게 필요한 보고 또는 자료제출을 명하거나 소속 공무원으로 하여금 보호시설에 출입하여 관계인 또는 노인에 대하여 필요한 조사 또는 질문을 하게 할 수 있다.
③ 제1항 및 제2항의 경우 관계공무원, 노인복지상담원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 보건복지부령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 노인 또는 관계인에게 내보여야 한다.
④ 제1항 및 제2항에 따른 조사 또는 질문의 절차 · 방법 등에 관하여는 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는「행정조사 기본법」에서 정하는 바에 따른다.

제55조의4(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.
2. 위계 또는 위력을 행사하여 제39조의11제2항에 따른 관계 공무원의 출입 또는 조사를 거부하거나 방해한 자

제61조의2(과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
1. 제39조의11제2항에 따른 명령을 위반하여 보고 또는 자료제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고하거나 거짓 자료를 제출한 자

3) 범죄 신고 · 인지에 의한 조사

법 위반행위 혐의가 있음을 알게 된 경우, 법 위반행위의 신고가 있는 경우 또는 그에 대한 인지를 한 경우 등에 조사를 할 수 있도록 규정하는 경우도 있다. 이러한 행정조사(사실조사)는 거의 수사와 유사한 형태로 규정하고 있다고 할 수 있다.

(1) 예를 들어,「전기통신사업법」에서는 "신고나 인지에 의하여 제50조제1항을 위반한 행위가 있다고 인정하면 소속 공무원에게 이를 확인"하기 위하여 필요한 경우 조사를 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제51조 제1항). 제50조제1항 각 호의 금지행위(제50조제1항제5호의 행위 중 이용약관과 다르게 전기통신서비스를 제공하는 행위 및 같은 항 제5호의2의 행위는 제외한다)를 위반한 자에 대하여는 '3억원 이하의 벌금'에 처하도록 규정하고 있기 때문이다(법 제99조).

그 조사 방법은 사업장 출입조사(장부 · 서류 · 자료 · 물건 조사, 법 제51조 제2항), 필요한 자료 · 물건의 제출명령(법 제51조 제5항 전단)[60]이 규정되어 있다. 그 밖에

출석요구나 질문권은 규정하고 있지 않다.

한편, 이러한 조사와 관련하여서는 - 절차적 규정으로서 - 세 가지 형태를 규정하고 있다. 즉 ① 조사를 하려면 조사 7일 전까지 조사기간 · 이유 · 내용 등에 대한 조사계획을 해당 전기통신사업자에게 알려야 하고(긴급한 경우나 사전에 통지하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 예외, 법 제51조 제3항), ② 사업장에 출입하여 조사하는 사람은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 보여주어야 하며(법 제51조 제4항 전단), ③ 사업장 출입조사를 할 때에는 해당 사무소나 사업장의 관계인을 참여시켜야 한다(법 제51조 제4항 후단).

사업장 출입조사(장부 · 서류 · 자료 · 물건 조사, 법 제51조 제2항)를 거부 · 방해 또는 기피한 자에게는 5천만원 이하의 과태료를 부과되고(법 제104조 제1항), 필요한 자료 · 물건의 제출명령이나 자료 · 물건 일시 보관(법 제51조 제5항)을 거부 또는 기피하거나 이에 지장을 주는 행위를 한 자에 대하여는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다(법 제104조 제5항).

법 위반행위의 신고 또는 그에 대한 인지를 한 경우 등에 조사는 수사절차에 의해 수행되어야 한다. 특히 이와 관련한 공무원에게는 「전기통신사업법」 중 전기통신설비에 관한 범죄에 대하여 특별사법경찰권을 가지고 있기 때문이다(사법경찰직무법 제5조 제23호, 제6조 제20조 나목)

「전기통신사업법」

제51조(사실조사 등) ① 방송통신위원회는 신고나 인지에 의하여 제50조제1항을 위반한 행위가 있다고 인정하면 소속 공무원에게 이를 확인하기 위하여 필요한 조사를 하게 할 수 있다.
② 방송통신위원회는 제1항에 따른 조사를 위하여 필요하면 소속 공무원에게 전기통신사업자의 사무소 · 사업장 또는 전기통신사업자의 업무를 위탁받아 취급하는 자(전기통신사업자로부터 위탁받은 업무가 제50조와 관련된 경우 그 업무를 취급하는 자로 한정한다. 이하 이 조에서 같다)의 사업장에 출입하여 장부, 서류, 그 밖의 자료나 물건을 조사하게 할 수 있다.
③ 방송통신위원회는 제1항에 따라 조사를 하려면 조사 7일 전까지 조사기간 · 이유 · 내용 등에 대한 조사계획을 해당 전기통신사업자에게 알려야 한다. 다만, 긴급한 경우나 사전에 통지하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

60) 제출된 자료나 물건을 폐기 · 은닉 · 교체하는 등 증거인멸을 할 우려가 있는 경우에는 그 자료나 물건을 일시 보관할 수 있다(법 제51조 제5항 후단). 보관한 자료나 물건이 보관한 자료나 물건을 검토한 결과 해당 조사와 관련이 없다고 인정되는 경우 또는 해당 조사 목적의 달성 등으로 자료나 물건을 보관할 필요가 없어진 경우에 해당하면 즉시 반환하여야 한다(법 제51조 제6항).

④ 제2항에 따라 전기통신사업자의 사무소 · 사업장 또는 전기통신사업자의 업무를 위탁받아 취급하는 자의 사업장에 출입하여 조사하는 사람은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 보여주어야 하며, 조사를 할 때에는 해당 사무소나 사업장의 관계인을 참여시켜야 한다.
⑤ 제2항에 따라 조사를 하는 소속 공무원은 전기통신사업자 또는 전기통신사업자의 업무를 위탁받아 취급하는 자에 대하여 필요한 자료나 물건의 제출을 명할 수 있고, 제출된 자료나 물건을 폐기 · 은닉 · 교체하는 등 증거인멸을 할 우려가 있는 경우에는 그 자료나 물건을 일시 보관할 수 있다.
⑥ 방송통신위원회는 보관한 자료나 물건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 즉시 반환하여야 한다.
1. 보관한 자료나 물건을 검토한 결과 해당 조사와 관련이 없다고 인정되는 경우
2. 해당 조사 목적의 달성 등으로 자료나 물건을 보관할 필요가 없어진 경우

(2) 정보통신망법의 경우도 기본적으로 「전기통신사업법」의 내용과 유사하다. 이 법에 위반되는 사항을 발견하거나 혐의가 있음을 알게 된 경우 또는 이 법의 위반에 대한 신고를 받은 경우 등에 조사를 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제64조 제1항).

조사권은 이원적 구조로 되어 있다. 즉 기본적으로 "관계 물품 · 서류 제출명령"을 규정하고 있고(법 제64조 제1항), 이와 같은 자료를 제출하지 않는 경우나 또는 '이 법을 위반한 사실이 있다고 인정'되는 경우에 한하여 관계인의 사업장에 출입하여 업무상황, 장부 또는 서류 등을 검사하도록 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제64조 제3항).[61] 그 밖에 과학기술정보통신부장관 등은 위의 자료의 제출 요구 및 검사 등을 위하여 인터넷진흥원의 장에게 기술적 자문을 하거나 그 밖에 필요한 지원을 요청할 수 있다(법 제64조 제10항). 이 법률에서도 그 밖에 출석요구나 질문권은 규정하고 있지 않다.

한편, 이러한 조사와 관련하여서는 - 절차적 규정으로서 - 여섯 가지 형태를 규정하고 있다. 즉 ① 관계 물품 · 서류 등의 제출 또는 열람을 요구할 때에는 요구사유, 법적 근거, 제출시한 또는 열람일시, 제출 · 열람할 자료의 내용 등을 구체적으로 밝혀 서면(전자문서를 포함한다)으로 알려야 하고(법 제64조 제6항), ② 제3항에 따른 검사를 하는 경우에는 검사 시작 7일 전까지 검사일시, 검사이유 및 검사내용 등에 대한 검사계획을 해당 정보통신서비스 제공자에게 알려야 하며(법 제64조 제7항), ③ 제3항에 따라 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 하고(법 제64조 제8항 전단), ④ 출입할 때 성명 · 출입시간 · 출입목적 등이

61) 이와 같은 구조로 규정되어 있는 입법례는 「선박안전법」(제75조 제2항)에서도 찾아 볼 수 있다.

표시된 문서를 관계인에게 내주어야 하며(법 제64조 제8항 후단), ⑤ 그 조사 결과(조사 결과 시정조치명령 등의 처분을 하려는 경우에는 그 처분의 내용을 포함한다)를 해당 정보통신서비스 제공자에게 서면으로 알려야 한다(법 제64조 제9항). 그 밖에 ⑥ "자료 등의 제출 요구, 열람 및 검사 등은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 하여야 하며 다른 목적을 위하여 남용하여서는 아니 된다"라고 규정되어 있다.

이와 같은 경우에도 그 조사는 수사절차에 의해 수행되어야 한다. 이와 관련한 공무원에게는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 중 영리목적의 광고성 정보에 관한 범죄에 대하여 특별사법경찰권을 가지고 있기 때문이다(사법경찰직무법 제5조 제23호, 제6조 제20조 라목).

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」

제64조(자료의 제출 등) ① 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보통신서비스 제공자(국내대리인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 관계 물품·서류 등을 제출하게 할 수 있다.

1. 이 법에 위반되는 사항을 발견하거나 혐의가 있음을 알게 된 경우
2. 이 법의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우

2의2. 이용자 정보의 안전성과 신뢰성 확보를 현저히 해치는 사건·사고 등이 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 경우

3. 그 밖에 이용자 보호를 위하여 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

② (생략)

③ 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 정보통신서비스 제공자가 제1항 및 제2항에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 이 법을 위반한 사실이 있다고 인정되면 소속 공무원에게 정보통신서비스 제공자, 해당 법 위반 사실과 관련한 관계인의 사업장에 출입하여 업무상황, 장부 또는 서류 등을 검사하도록 할 수 있다.

④~⑤ (생략)

⑥ 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회가 제1항 및 제2항에 따라 자료 등의 제출 또는 열람을 요구할 때에는 요구사유, 법적 근거, 제출시한 또는 열람일시, 제출·열람할 자료의 내용 등을 구체적으로 밝혀 서면(전자문서를 포함한다)으로 알려야 한다.

⑦ 제3항에 따른 검사를 하는 경우에는 검사 시작 7일 전까지 검사일시, 검사이유 및 검사내용 등에 대한 검사계획을 해당 정보통신서비스 제공자에게 알려야 한다. 다만, 긴급한 경우나 사전통지를 하면 증거인멸 등으로 검사목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그 검사계획을 알리지 아니한다.

⑧ 제3항에 따라 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 하며, 출입할 때 성명·출입시간·출입목적 등이 표시된 문서를 관계인에게 내주어야 한다.

⑨ 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 자료 등을 제출받거나 열람 또는 검사한 경우에는 그 결과(조사 결과 시정조치명령 등의 처분을 하려는 경우에는 그 처분의 내용을 포함한다)를 해당 정보통신서비스 제공자에게 서면으로 알려

야 한다.
⑩ 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 제1항부터 제4항까지의 규정에 따른 자료의 제출 요구 및 검사 등을 위하여 인터넷진흥원의 장에게 기술적 자문을 하거나 그 밖에 필요한 지원을 요청할 수 있다.
⑪ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 자료 등의 제출 요구, 열람 및 검사 등은 **이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위**에서 하여야 하며 다른 목적을 위하여 남용하여서는 아니 된다.

(3) 위와 대비될 수 있는 것으로는 「개인정보 보호법」을 들 수 있다. 이 법률 또한 조사권 행사 요건 및 방법에 대하여 동일하게 규정하고 있다(법 제63조 제1항). 조사권 행사와 관련하여서는 증표 제시 규정만 두고 있다는 점에서 큰 차이가 있다(법 제63조 제2항 제2문).

다만, 제출·수집한 서류·자료 등을 이 법에 따른 경우를 제외하고는 제3자에 대한 제공이나 일반 대한 공개를 금지하고 있고(법 제63조 제8항),[62] 정보통신망을 통하여 제출·수집된 자료를 전자화한 경우 개인정보·영업비밀 유출방지 조치를 하도록 규정하고 있다(법 제63조 제9항).

「개인정보 보호법」

제63조(자료제출 요구 및 검사) ① 보호위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보처리자에게 관계 물품·서류 등 자료를 제출하게 할 수 있다.
1. 이 법을 위반하는 사항을 발견하거나 혐의가 있음을 알게 된 경우
2. 이 법 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우
3. 그 밖에 정보주체의 개인정보 보호를 위하여 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
② 보호위원회는 개인정보처리자가 제1항에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 이 법을 위반한 사실이 있다고 인정되면 소속 공무원으로 하여금 개인정보처리자 및 해당 법 위반사실과 관련한 관계인의 사무소나 사업장에 출입하여 업무 상황, 장부 또는 서류 등을 검사하게 할 수 있다. 이 경우 검사를 하는 공무원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.
③ 관계 중앙행정기관의 장은 소관 법률에 따라 개인정보처리자에게 제1항에 따른 자료제출을 요구하거나 개인정보처리자 및 해당 법 위반사실과 관련한 관계인에 대하여 제2항에 따른 검사를 할 수 있다.
④~⑦ (생략)
⑧ 보호위원회와 관계 중앙행정기관의 장은 제1항 및 제2항에 따라 제출받거나 수집한 서류·자료 등을 이 법에 따른 경우를 제외하고는 제3자에게 제공하거나 일반에 공개해서는 아니 된다.
⑨ 보호위원회와 관계 중앙행정기관의 장은 정보통신망을 통하여 자료의 제출 등을 받은 경우나 수집한 자료 등을 전자화한 경우에는 개인정보·영업비밀 등이 유출되지 아니하도록 제도적·기술적 보완조치를 하여야 한다.

62) 동법에는 이러한 의무위반에 대한 처벌규정이 별도로 마련되어 있지 않다는 한계가 있다.

> 제75조(과태료) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.
> 10. 제63조제1항에 따른 관계 물품 · 서류 등 자료를 제출하지 아니하거나 거짓으로 제출한 자
> 11. 제63조제2항에 따른 출입 · 검사를 거부 · 방해 또는 기피한 자

(4) 한편, 「해운법」 제31조의2 제1항은 동 법률 위반 사실에 대하여 신고규정[63]을 두고 있다. 그리고 이와 연동하여, 즉 "제31조의2에 따른 위반행위 신고사항에 관하여 확인이 필요한 경우"에는 해양수산부장관은 조사권(자료 제출 · 보고, 사업장 출입조사)을 행사할 수 있도록 규정하고 있다(법 제50조 제1항 7호의2, 동조 제2항 제5호의2).

신고자가 위반행위 사실에 관한 신고를 할 경우 그 신고자나 신고자가 제출한 자료에 대한 기초조사를 넘어서 자료 제출 · 보고요구나, 사업장 출입조사(장부 · 서류 · 물건 조사)는 수사행위로서 타당하지 않다고 생각된다. 신고 대상행위는 형벌 부과대상이기 때문이다(법 제57조의2 제2호 참조). 단순한 기초조사를 통해 범죄혐의가 있는 경우 수사기관에 고발하는 것이 타당하다.

(5) 이와 같은 규정 형태는 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」(제36조)과 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」(제13조) 에서도 찾아볼 수 있다.

다. 특별한 행정조사 규정

일부 법률에서는 행정조사에 관한 근거 규정을 두고 있지만 그 조사의 주체를 "일반경찰기관"로 규정하고 있는 경우가 있다.

예를 들어, 「총포 · 도검 · 화약류 등의 안전관리에 관한 법률」 제44조는 "총포 등의 제조소 등에 대한 출입 · 검사 · 질문"에 대하여 규정하고 있으면서, 그 행사 주체를 "허가관청"이라고 규정하고 있다(동조 제1항, 제3항). 동법에서 허가관청은 경찰청장 등이다(법 제6조, 제6조의2, 제9조, 제12조, 제18조). 이 경우는 경찰기관이 사법경찰(수사기관)으로서의 경찰이 아닌 행정경찰로서의 경찰로 활동하는 것이라 할 수 있다. 따라서 관련 조사권 관련 규정 내용이 일반적인 행정조사와 다를 바가 없다.

---

63) 누구든지 제28조제1항 각 호에 해당하는 자가 제28조제1항, 제29조의2제1항 · 제2항 및 제31조를 위반하거나 화주가 제29조의2제1항 · 제2항 및 제31조를 위반한 사실을 인지한 때에는 해양수산부장관 또는 해양수산부장관이 정하여 고시하는 법인이나 단체에 신고할 수 있다(제31조의2 제1항).

다만, 경찰이 이러한 행정조사활동을 통해 실질적인 동법 위반행위에 대한 수사를 할 우려가 있다는 점에서 문제될 수 있다. 또한 그 조사에 대한 방해 등의 행위에 대한 제재가 지나치게 과도하다는 문제가 있다.

「총포 · 도검 · 화약류 등의 안전관리에 관한 법률」

제44조(출입 · 검사 등) ① 허가관청은 재해 예방 또는 공공의 안전유지를 위하여 필요하다고 인정되면 관계 공무원으로 하여금 총포 · 도검 · 화약류 · 분사기 · 전자충격기 · 석궁의 제조소 · 판매소 또는 임대소, 화약류저장소, 화약류의 사용장소, 그 밖에 필요한 장소에 출입하여 장부 · 서류나 그 밖에 필요한 물건을 검사하게 하거나 관계자에 대하여 질문을 하도록 할 수 있다.
② 제1항에 따라 출입 · 검사에 종사하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계자에게 보여주어야 한다.
③ 허가관청은 재해 예방이나 공공의 안전유지를 위하여 필요하다고 인정되면 제조업자, 판매업자, 임대업자, 총포 · 도검 · 화약류 · 분사기 · 전자충격기 · 석궁의 수출입의 허가를 받은 자, 총포 · 도검 · 분사기 · 전자충격기 · 석궁의 소지허가를 받은 자, 화약류저장소설치자 또는 화약류사용자 등에 대하여 필요한 보고를 하게 할 수 있다.
④ (생략)

제72조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.
6. 제44조제1항에 따른 출입 또는 검사를 거부 · 기피 또는 방해하거나 거짓 진술을 한 자

제74조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.
5. 제32조제2항, 제40조제2항 또는 제44조제3항 · 제4항에 따른 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고를 한 자

이것은 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」에서도 찾아 볼 수 있다. 다만, 동법에서는 행정조사의 주체를 명확하게 경찰기관을 규정하고 있다. 즉 "경찰청장이나 지방경찰청장"에 대하여 특별히 필요한 경우 영업자등에 대하여 조사를 할 수 있다고 규정하고 있다(제18조 제1항). 이것은 사행행위영업을 하는 자에 대한 허가권자가 경찰청장 또는 지방경찰청장이기 때문이다(법 제4조 참조).[64]

「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」

제18조(출입 · 검사) ① 경찰청장이나 지방경찰청장은 특별히 필요한 경우 영업자 및 사행기구제조 · 판매업자(이하 "영업자등"이라 한다)에 대하여 필요한 보고를 하게 하거나, 관계 공무원으로 하여금 영업소에 출입하여 영업자등이 지켜야 할 사항의 준수 상태, 영업시설, 사행기구, 관계 서류나 장부 등을 검사하게 할 수 있다. 이 경우 인터넷 등 정보통신망을 이용한 사행행위

64) 또한 「풍속영업의 규제에 관한 법률」 제9조(풍속영업소에의 출입 · 검사)도 동일하다.

영업에 관하여도 검사할 수 있다.
② 제1항에 따라 영업소에 출입하여 검사하는 관계 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

제30조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
12. 제18조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자 및 관계 공무원의 출입·검사나 그 밖의 조치를 거부·방해 또는 기피한 자

2. 특별 행정기관의 위반행위 조사권

「행정조사 기본법」의 적용이 배제되는 국세청, 금융위원회, 공정거래위원회 등의 위반행위 조사권과 관련한 사항은 각 관련 법령에서 조사행위에 관한 독자적인 상세한 규정들이 마련되어 있다.

다만, 「행정조사 기본법」상의 행정조사의 기본원칙(제4조)과 행정조사의 근거(제5조)는 모든 행정조사가 지켜야 할 최소한의 기본원칙을 정한 것으로서 모든 특별행정기관의 행정조사에도 적용되어야 할 내용이고, 정보통신수단을 통한 행정조사 규정(제28조)도 정보통신기술의 발달에 따라 모든 행정조사에 적용해도 무방하기 때문에 모든 특별 행정기관의 행정조사에 적용되도록 규정하고 있다(법 제3조 제2항).

가. 「행정조사 기본법」 적용배재 근거

제3조(적용범위) ① 행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법으로 정하는 바에 따른다.
② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.
1. 행정조사를 한다는 사실이나 조사내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 국가안전보장·통일 및 외교에 관한 사항
2. 국방 및 안전에 관한 사항 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항
가. 군사시설·군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항
나. 「병역법」·「예비군법」·「민방위기본법」·「비상대비자원 관리법」에 따른 징집·소집·동원 및 훈련에 관한 사항
3. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조제3항의 정보에 관한 사항
4. 「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항
5. 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항
6. 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항
7. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」, 「방문판매 등에 관한 법률」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」 및 「할부거래에 관한 법률」에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항

③ 제2항에도 불구하고 제4조(행정조사의 기본원칙), 제5조(행정조사의 근거) 및 제28조(정보통신수단을 통한 행정조사)는 제2항 각 호의 사항에 대하여 적용한다.

통상적 행정조사는 국민의 안전과 복지증진 등을 위한 정부활동과 관련된 정책수립이나 업무수행을 위해 필요한 정보·자료를 수집하는 활동임에 비하여 조세·금융·공정위 관련 행정조사의 경우는 국민의 납세의무, 금융 및 경제질서 등을 교란하는 행위에 대한 제재와 관련한 조사절차로서 독자적 법체계를 갖는 것이 바람직하다는 것이었다. 이 경우에는 특히 상시적인 조사활동이 필요하므로 행정조사기본법이 정한 절차, 예컨대, 사전조사계획의 수립, 정기조사의 원칙 등을 적용할 경우 조사대상이 훼손되어 조사목적의 달성이 어렵게 된다는 점을 감안할 필요가 있었다.[65]

"금융감독위원회의 조사의 경우 금융사고는 국민경제에 미치는 파급효과가 지대하기 때문에 금융안전시스템의 확보를 위해 상시적인 조사활동이 필요하고 금융기관의 건전성 검사나 불공정 증권거래조사 등은 예측할 수 없는 금융환경의 변화로 사전에 조사계획을 수립하기 곤란하고 금융기관에 대한 조사사실이 알려질 경우 대규모 자금유출사태, 증권가격의 폭락 등 경제에 미치는 부작용이 심각할 수도 있다. 그리고 공정거래위원회의 조사는 심결을 전제로 이루어지는 준사법적 조사의 성격을 지니고 있고 불공정거래행위, 기업결합위반 등 공정거래법 위반행위에 대대 공정위의 고발이 없으면 검찰이 공소를 제기할 수 없는 등 조사의 특수성이 있으며(공정거래법 제71조), 공정위 소관 조사에 관하여는 별도의 공정거래관련 법령에 조사요건, 절차 등을 구체적으로 규정하고 있다. 또한 노동부 조사는 우리나라가 ILO협약 제81호(공업 및 상업부문에서 근로감독에 관한 협약)에 가입하고 있고, 본 법률과 협약의 내용이 사전통지 조항 등에서 상충되어 적용제외에 포함시킨 것은 불가피한 측면이 없지 않다."

※ 김재광, 위의 글, 501면

나. 특별행정기관의 위반행위 조사권

- 「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항 (근로감독관, 특별사법경찰권)
- 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항 (금융위원회·금융선물위원회·금융감독원, 특별사법경찰권·강제조사권)
- 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항 (공정거래위원회, 특별사법경찰권 없음(강제조사권 있음), 전속고발권)
- 조세에 관한 사항 (국세청, 특별사법경찰권 없음(강제조사권 있음), 전속고발권)

65) 김재광, "행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰", 단국대 법학논총 제33권 제2호(2009), 500~502면 참조.

1) 근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항

제101조(감독 기관) ① 근로조건의 기준을 확보하기 위하여 고용노동부와 그 소속 기관에 근로감독관을 둔다.
② 근로감독관의 자격, 임면(任免), 직무 배치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.
제102조(근로감독관의 권한) ① 근로감독관은 사업장, 기숙사, 그 밖의 부속 건물을 현장조사하고 장부와 서류의 제출을 요구할 수 있으며 사용자와 근로자에 대하여 심문(尋問)할 수 있다.
② 의사인 근로감독관이나 근로감독관의 위촉을 받은 의사는 취업을 금지하여야 할 질병에 걸릴 의심이 있는 근로자에 대하여 검진할 수 있다.
③ 제1항 및 제2항의 경우에 근로감독관이나 그 위촉을 받은 의사는 그 신분증명서와 고용노동부장관의 현장조사 또는 검진지령서(檢診指令書)를 제시하여야 한다.
④ 제3항의 현장조사 또는 검진지령서에는 그 일시, 장소 및 범위를 분명하게 적어야 한다.
⑤ 근로감독관은 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령 위반의 죄에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관의 직무를 수행한다.
제103조(근로감독관의 의무) 근로감독관은 직무상 알게 된 비밀을 엄수하여야 한다. 근로감독관을 그만 둔 경우에도 또한 같다.
제104조(감독 기관에 대한 신고) ① 사업 또는 사업장에서 이 법 또는 이 법에 따른 대통령령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관이나 근로감독관에게 통보할 수 있다.
② 사용자는 제1항의 통보를 이유로 근로자에게 해고나 그 밖에 불리한 처우를 하지 못한다.
제105조(사법경찰권 행사자의 제한) 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령에 따른 현장조사, 서류의 제출, 심문 등의 수사는 검사와 근로감독관이 전담하여 수행한다. 다만, 근로감독관의 직무에 관한 범죄의 수사는 그러하지 아니하다.
제106조(권한의 위임) 이 법에 따른 고용노동부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 지방고용노동관서의 장에게 위임할 수 있다.

(1) 근로감독관의 직무

"근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항"은 「행정조사 기본법」의 적용 제외 대상이다.

「근로기준법」 제101조는 "근로조건의 기준을 확보하기 위하여 고용노동부와 그 소속 기관에 근로감독관을 둔다"고 규정하여 근로감도관 설치 근거를 마련하고 있고, 그의 직무와 그 집행에 필요한 구체적인 사항은 「근로감독관집무규정」(고용노동부훈령 제291호, 2019.8.30. 일부개정, 2019.9.1. 시행)에서 규정하고 있다.[66]

「근로감독관집무규정」에 따르면, 근로감독관은 노동관계법령과 그 하위규정의 집행을 위한 업무(사업장 근로감독, 신고사건의 접수 및 처리, 각종 인·허가 및 승인, 취업규칙 등 각종 신고의 접수·심사 및 처리, 과태료 부과) 뿐만 아니라 노동관계법령

66) 「산업안전보건법」 및 「진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률」을 담당하는 근로감독관의 직무집행에 필요한 사항은 별도로 「근로감독관 집무규정(산업안전보건)」(고용노동부훈령 제305호, 2020. 1. 15., 일부개정, 2020.1.16. 시행)에 별도로 규정하고 있다.

위반의 죄에 대한 수사 등 사법경찰관의 직무 등을 수행한다(근로감독관집무규정 제2조 제1항). 여기에서 "노동관계법령"이란 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」 제6조의2 제1항에서 정한 법률(고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률은 제1장의2의 적용과 위반사항 조치에 관한 업무에 한정한다)과 그 하위법령을 말한다(근로감독관집무집행규정 제2조 제2항). 따라서 노동 관계법령은 「근로기준법」, 「최저임금법」 등 16개 법률이다(사법경찰직무법 제6조의2 제1항).

요컨대 위의 16개 법률 및 그 하위법령이 근로감독관의 근로감독 업무 범위에 있다고 할 수 있다.

[표 3-1-2] 근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항

근로감독관 직무	직무 관련 법률
1. 노동관계법령과 그 하위규정의 집행을 위한 다음 각 목의 업무 - 제11조에 따른 사업장 근로감독 - 제33조에 따른 신고사건의 접수 및 처리 - 각종 인·허가 및 승인 - 취업규칙 등 각종 신고의 접수·심사 및 처리 - 과태료 부과 2. 노동관계법령 위반의 죄에 대한 수사 등 사법경찰관의 직무 3. 노동조합의 설립·운영 등과 관련한 업무 4. 노사협의회의 설치·운영 등과 관련한 업무 5. 노동동향의 파악, 노사분규 및 집단체불의 예방과 그 수습지도에 관한 업무 6. 「근로복지기본법」에 따른 우리사주조합의 설립·운영 및 사내근로복지기금의 설립·운영 등과 관련한 업무 7. 삭제 〈2011. 12. 23.〉 8. 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」에 따른 건설근로자 퇴직공제사업의 운영 등과 관련한 업무 9. 「파견근로자보호 등에 관한 법률」에 따른 파견사업의 적정한 운영과 파견근로자의 근로조건 보호·차별시정 등과 관련한 업무 10. 「근로자퇴직급여 보장법」에 따른 퇴직급여제도의 설정 및 운영에 관한 업무 11. 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에 따른 고용에서의 남녀평등, 성별에 따른 근로조건 차별 시정 등과 관련한 업무 12. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」에 따른 기간제 및 단시간근로자의 근로조건 보호·차별시정 등과 관련한 업무 13. 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제1장의2(고용상연령차별금지)의 적용과 위반사항 조치에 관한 업무	1. 「근로기준법」 2. 「최저임금법」 3. 「남녀고용평등법」 4. 「임금채권보장법」 5. 「산업안전보건법」 6. 「진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률」 7. 「노동조합 및 노동관계조정법」 8. 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 9. 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」 10. 「근로복지기본법」 11. 「건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률」 12. 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 13. 「근로자퇴직급여 보장법」 14. 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 15. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 16. 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」

근로감독관 직무	직무 관련 법률
14. 「임금채권보장법」에 따른 근로자의 임금채권보장에 관한 업무 15. 그 밖에 노동관계법령의 운영과 관련하여 고용노동부장관이 지시하는 업무	
근로감독관집무규정 제2조 제1항	근로감독관집무규정 제2조 제2항, 사법경찰직무법 제6조의2 제1항

(2) 근로감독관의 조사권한

근로감독관의 직무와 관련한 조사권 발동과 관련하여서는 사업장 지도감독(행정조사)과 사법경찰관리로서의 법령위반 조사(수사)로 구분해 볼 수 있다.

① 사업장 지도감독(행정조사)

근로감독관의 행정적 직무는 '사업장 지도감독'이다. 이것은 사업장 근로감독(근로감독관집무규정 제11조~제23조), 사업장 노무관리지도(동 규정 제24조~제25조), 체불임금 청산지도(동 규정 제27조~제27조의2), 노동동향 파악 및 노사분규 예방(동 규정 제29조~제32조) 및 신고사건 처리(동 지침 제33조~제43조의2)[67]로 구분해 볼 수 있다.[68] 근로감독관의 사업장 지도감독과 관련한 법령은 13개로 규정되어 있다(동 지침 제21조 참조).

[표 3-1-3] 근로감독관의 사업장 지도감독 관련 법령

구분	법률
개별근로관계법 (10개)	• 근로기준법 • 최저임금법 • 남녀 고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 • 임금채권보장법 • 근로복지기본법 • 건설근로자의 고용 개선 등에 관한 법률 • 파견근로자 보호 등에 관한 법률 • 근로자퇴직급여보장법 • 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률 • 고용상 연령차별 금지 및 고령자 고용 촉진에 관한 법률

67) 고소·고발사건 및 범죄인지 사건은 수사절차로 진행된다(동 지침 제34조, 제61조 등 참조).
68) 이에 관한 상세한 내용은 김근주·박은정·전형배, 근로감독제도의 정책적 개선방안, 한국노동연구원, 2018, 25면 이하; 김기우·노상헌·조임영·오상호, 근로감독제도 개선방안 - 우리나라와 외국의 단체협약시정제도 운영사례를 중심으로, 한국노총 중앙연구원, 2017, 16면 이하 참조 바람.

구분	법률
집단노사관계법 (3개)	• 노동조합 및 노동관계 조정법 • 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 • 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률

※「근로감독관집무규정」 제21조 관련 "[별표 3] 개별근로관계법 위반사항 조치기준" 및 "[별표 4] 집단노사관계법 위반사항 조치기준" 참조.

근로감독관의 사업장 지도감독 가운데 '사업장 근로감독'이 노동관계법령 위반 여부 점검과 관련된 것이다. "사업장 근로감독"(사업장감독)이란 감독관이 근로조건의 기준을 확보하기 위하여 사업장, 기숙사 그 밖의 부속건물에 임검하여 노동관계법령 위반 여부를 점검하고 법 위반사항을 시정하도록 하거나 행정처분 또는 사법처리하는 일련의 과정을 말한다(근로감독관집무규정 제11조).

근로감독관은 사업장 지도감독을 위하여 다음과 같은 권한을 행사할 수 있다. 즉 ① 근로관계인 출석요구권이 있다. 이것은 - 법률에 명문으로 규정하고 있지는 않지만 - 심문권(근로기준법 제102조 제1항) 행사를 위하여 필요한 권한이라 할 수 있다. 피의자 · 참고인 등 관계인의 출석을 요구할 때에는 피의자에 대하여는 담당 감독관 명의로 출석요구서를 발부하여야 한다. 여기에는 출석할 때에 지참하도록 하는 서류가 표시된다(동 규정 제8조). ② 근로관계인에 대한 보고요구권이 있다. 사업장 또는 관계인에 대하여 보고를 요구할 때에는 담당감독관 명의의 보고요구서를 발부하여야 한다(근로기준법 제102조 제1항, 규정 제9조). ③ 사업장 현장조사권이 있다. 근로감독관은 사업장, 기숙사 기타 부속건물에 대하여 현장조사를 할 수 있다. 근로감독관은 현장조사 일시, 장소 및 범위를 명시한 현장조사서를 근로감독관 신분증명서와 함께 관계인에게 제시하여야 한다(동법 제102조 제1항, 제4항). ④ 사용자 및 근로자 심문권이 있다. 즉 근로감독관은 사용자와 근로자에 대하여 심문(尋問)할 수 있다(법 제102조 제1항).

제102조에 따른 근로감독관 또는 그 위촉을 받은 의사의 현장조사나 검진을 거절, 방해 또는 기피하고 그 심문에 대하여 진술을 하지 아니하거나 거짓된 진술을 하며 장부 · 서류를 제출하지 아니하거나 거짓 장부 · 서류를 제출한 경우에는 "500만원 이하의 과태료"를 부과한다(근로기준법 제116조 제1항 제3호).

② 사법경찰관리로서의 법령위반 조사(수사)

근로감독관에게는 특별사법경찰권이 부여되어 있다. 즉 근로감독관은 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령[69] 위반의 죄에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관의 직무를 수행한다(근로기준법 제102조 제5항, 사법경찰직무법 제6조의2).[70]

이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령에 따른 현장조사, 서류의 제출, 심문 등의 수사는 검사와 근로감독관이 전담하여 수행한다(동법 제105조).[71]

근로감독관의 사법경찰관의 직무에 관한 상세한 내용은 「근로감독관집무규정」 제4장(제44조~제62조)에 규정하고 있다. 사법경찰관리로서의 법령위반 조사는 '수사'이기 때문에 이들의 활동은 기본적으로 형사소송법상의 수사에 관한 내용이 그대로 적용된다(근로감독관집무규정 제46조 등 참조).

(3) 근로감독관의 직무 관련 법률의 개별적 검토

근로감독관의 근로감독 업무 범위와 관련된 16개의 법률에 규정되어 있는 조사권의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

[표 3-1-4] 근로감독관의 직무 관련 법률 규정 현황

구분	법률	조사권한	절차규정	위반제재
직접적으로 근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 사무 관장 규정을 두는 경우	근로기준법	- 현장조사(장부·서류 제출 명령, 심문)(제102조 제1항)	- 현장조사시 증표 및 현장조사서 제시(동조 제3항)	500만원 이하 과태료(현장조사 거절·방해·기피, 심문에 대한 진술 거부·거짓 진술, 장부·서류의 미제출·허위 제출) (제116조 제1항 제3호)
	최저임금법	- 사업장 출입검사(장부·서류 제출요구, 물건 검사, 관계인에 대한 질문) (제26조 제1항)	출입검사시 증표 제시 (동조 제3항)	100만원 이하 과태료(근로감독관의 요구·검사의 거부·방해·기피 또는 질문에 대하여 거짓 진술) (제31조 제1항 제3호)

69) 16개의 법률(사법경찰직무법 제6조의2 제1항).

70) 지방고용노동청, 지방고용노동청 지청 및 그 출장소에 근무하며 근로감독, 노사협력, 산업안전, 근로여성 보호 등의 업무에 종사하는 8급·9급의 국가공무원 중 그 소속 관서의 장의 추천에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청검사장이 지명한 자는 제1항의 범죄에 관하여 사법경찰리의 직무를 수행한다(사법경찰직무법 제6조의2 제2항).

71) 물론 근로감독관의 직무에 관한 범죄의 수사는 일반사법경찰관도 그 권한을 행사할 수 있다(근로기준법 제105조 단서).

구분	법률	조사권한	절차규정	위반제재
	산업안전보건법	- 사업장 출입검사(관계인 질문, 부·서류·물건 검사, 관계 서류 제출요구) - 기계·설비등에 대한 검사 - 보고·출석 명령 (제155조 제1항~제3항)	- 출입검사시 증표 제시(동조 제4항) - 현장조사서(성명, 출입시간, 출입 목적 등이 표시된 문서) 제시(동조 제4항)	1천만원 이하 과태료(근로감독관의 검사·점검·수거의 거부·방해·기피) (제175조 제4항 제8호)
관련 사무 관장을 '고용노동부장관'으로 규정하고 있는 경우	남녀고용평등법	- 보고명령 - 관계 서류 제출명령 - 사업장 출입조사(관계인 질문, 관계 서류 검사) (제31조 제1항, 제31조의2)	모든 경우 증표 제시(동조 제2항)	300만원 이하 과태료(보고·관계 서류 제출 거부 또는 거짓으로 보고·제출, 검사의 거부·방해·기피) (제39조 제3항 제6호·제7호)
	임금채권보장법	- 사업장 출입조사(관계 서류 검사 또는 관계인에 대한 질문) (제24조 제1항)	출입검사시 증표 제시(동조 제2항)	500만원 이하 과태료(공무원의 질문에 대한 답변 거부, 검사의 거부·방해·기피) (제30조 제1항 제3호)
	진폐예방법	- 필요한 사항 보고의무 - 출석답변의무 (제31조)	(법률에 규정 없음) *「근로감독관 집무규정(산업안전보건」 제14조 제3항에 규정	300만원 이하 과태료(보고·출석·답변의 거부·방해·기피·거짓된 보고) (제36조 제3항)
	근로복지기본법	(고용노동부장관) - 장부·서류·그 밖의 물건 검사 - 보고·자료제출 명령 (제93조 제1항)	- 모든 경우 증표 제시(동조 제3항) - 조사 7일전 사전통지(동조 제4항) - 조사결과 조사대상자에 대한 통지(동조 제5항)	200만원 이하 과태료(미보고·거짓 보고, 명령 불이행, 검사의 거부·방해·기피) (제99조 제3항 제2호)
		(국가·지방자치단체) - 관계인 질문 - 관련 장부·서류의 조사·검사 (제93조 제1항·제2항)		100만원 이하 과태료(미보고·거짓 보고, 자료 미제출·거짓 자료제출, 검사의 거부·방해·기피) (제99조 제4항 제8호)
	파견근로자 보호 등에 관한 법률	- 보고명령 - 사업장 출입조사(장부·서류·물건 검사, 관계인 질문) (제38조 제1항·제2항)	- 출입검사시 증표 제시(동조 제3항)	300만원 이하 과태료(검사 거부·방해·기피) (제46조 제5항 제7호)
	고령자보험법	- 보고명령 - 사업장 출입조사(장부·서류·물건 검사) (제23조 제1항·제2항)	- 사업장 출입조사시 증표 제시(동조 제4항) - 사업장 출입조사시 사전통지(동조 제3항) - 조사결과 조사대상자에 대한 통지(동조 제5항)	500만원 이하 과태료(출입·검사의 거부·방해·기피) (제24조 제2항 제5호)

구분	법률	조사권한	절차규정	위반제재
기타	노동조합 및 노동관계조정법	-	-	-
	교원노조법	-	-	-
	근로자참여법	-	-	-
	건설근로자법	-	-	-
	퇴직급여법	-	-	-
	공무원노조법	-	-	-
	기간제법	-	-	-

근로감독관의 조사업무에 관하여 각 법률에서는 규정 방식을 달리하고 있다. 즉, "고용노동부장관은 「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 이 법의 시행에 관한 사무를 관장하도록 한다"라고 규정하는 경우(예를 들어 최저임금법 제26조 제1항)도 있고, "고용노동부장관은 이 법 시행을 위하여 필요한 경우에는 … 검사하도록 할 수 있다"라고 규정하는 경우도 있다(예를 들어, 남녀고용평등법 제31조 제1항). 한편으로는 근로감독관의 조사에 관한 규정이 전혀 없는 경우도 있다(예를 들어, 노동조합 및 노동관계조정법 등 8개 법률).

조사권의 내용에 대하여는 대부분 보고명령이나 사업장 출입조사(장부·서류·물건 검사, 관계인 질문) 등을 규정하고 있지만 "보고·출석 명령" 규정을 명문으로 명확하게 규정하는 경우도 있다(예를 들어, 산업안전보건법 제155조 제3항).

조사 절차와 관련하여서는 대부분의 법률에서는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다는 규정을 두고 있는 정도에 그치고 있다. 다만, 일부 법률에서는 사업장 출입조사에 대한 사전통지제도와 조사결과에 대한 조사대상자에 대한 통지제도를 명문으로 규정하고 있는 법률이 있다(예를 들어, 고령자보험법 제23조 제5항 등).

한편 조사권 행사와 관련한 위반행위에 대한 제재내용에도 법률 간에 다소 차이가 있다. 이에 대하여 모든 법률이 과태료를 부과하고 있다는 점에서는 공통되지만, 그 액수나 제재 행위태양에 있어서는 차이를 보이고 있다. 특히 '진술 거부'나 '거짓 진술'을 제재 행위유형으로 직접적으로 규정하는 경우가 있다(예를 들어, 최저임금법 제31조 제1항 제3호).

2) 금융감독기관의 감독 · 검사 · 조사 및 감리에 관한 사항

(1) 금융감독기관

(통합) 금융감독기관으로서는 - 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」(이하 "금융위원회법"이라 한다)[72]에 근거하여 - 금융위원회가 설치되어 있다. 즉 금융위원회법에 따르면, 자본시장의 관리 · 감독 및 감시 등에 관한 사항 등의 사무를 수행하기 위하여 금융감독기관으로서 "금융위원회"가 설치되어 있다(법 제17조 등 참조).

증권 · 선물의 특수성을 고려하여 이에 관한 것을 별도로 심의 · 의결할 수 있도록 금융위원회에는 "증권선물위원회"가 있다(금융위원회법 제19조~제22조).[73] 그리고 금융위원회나 증권선물위원회의 지도 · 감독을 받아 금융기관에 대한 검사 · 감독 업무 등을 수행하기 위하여 "금융감독원"을 설립되어 있다(금융위원회법 제24조~제50조)

금융위원회 소관 조사 관련 법률 현황은 다음 〈표 3-1-5〉와 같다.

[표 3-1-5] 금융위원회 소관 조사 관련 법률 현황

업무구분	근거조항
금융검사(감독)	• 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제17조, 제37조, 제38조 • 「금융지주회사법」 제51조 • 「은행법」 제44조, 제48조 • 「보험업법」 제133조 • 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제43조, 제53조, 제252조, 제256조, 제261조, 제266조, 제281조, 제292조, 제419조 • 「여신전문금융업법」 제53조의2, 제66조 • 「상호저축은행법」 제23조 • 「농업협동조합법」 제162조 • 「수산업협동조합법」 제169조 • 「산림조합법」 제123조 • 「신용협동조합법」 제83조 • 「전자금융거래법」 제39조 • 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제45조

72) 동 법률의 당초 법명은 「금융감독기구의 설치 등에 관한 법률」(법률 제5490호, 1997.12.31. 제정, 1998.4.1. 시행)이었으나, 2008년 2월 동법 개정(법률 제8863호, 2008.2.29. 일부개정 · 시행)으로 법명이 현재와 같이 개정되었다. 이를 통해 재정경제부의 금융정책기능과 금융감독위원회의 감독정책기능을 통합하여 통합 금융감독기관인 '금융위원회'가 설치된 것이다.

73) 증권선물위원회의 주요 기능은 ① 자본시장의 불공정거래 조사, ② 기업회계의 기준 및 회계감리에 관한 업무, ③ 금융위원회 소관 사무 중 자본시장의 관리 · 감독 및 감시 등과 관련된 주요 사항에 대한 사전 심의, ④ 자본시장의 관리 · 감독 및 감시 등을 위하여 금융위원회로부터 위임받은 업무, ⑤ 그 밖에 다른 법령에서 증권선물위원회에 부여된 업무 등이다(금융위원회법 제19조).

업무구분	근거조항
	• 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 제12조, 제18조의9
불공정거래 조사	• 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제426조, 제47조
(회계)감리	• 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제26조

※ 금융위원회법 제38조; 금융기관검사및제재에관한규정 제3조 제1호; 정무위원회 전문위원 김원모, "행정조사 기본법 일부개정법률안(김종석의원 대표발의: 의안번호 제18708호) 검토보고, 2019.8., 12~13면

(2) 금융 검사(감독)

금융감독원은 금융위원회나 증권선물위원회의 지도·감독을 받아 금융기관에 대한 검사를 수행한다(금융위원회법 제18조, 제23조, 제37조).

검사는 금융감독(금융회사 및 금융시장의 건전성과 안정성을 확보하기 위한 일련의 규제 및 지도 행위) 조치에 의한 제도적 규제 및 지도사항의 이행상태를 현장 점검·확인하고 필요한 경우 제재(금융회사 및 그 임직원에 대한 징계, 과징금 등 행정제재 등)를 부과하는 행위를 말한다(법 제41조~43조 참조).[74]

「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」

제38조(검사 대상 기관) 금융감독원의 검사를 받는 기관은 다음 각 호와 같다.
1. 「은행법」에 따른 인가를 받아 설립된 은행
2. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 금융투자업자, 증권금융회사, 종합금융회사 및 명의개서대행회사(名義改書代行會社)
3. 「보험업법」에 따른 보험회사
4. 「상호저축은행법」에 따른 상호저축은행과 그 중앙회
5. 「신용협동조합법」에 따른 신용협동조합 및 그 중앙회
6. 「여신전문금융업법」에 따른 여신전문금융회사 및 겸영여신업자(兼營與信業者)
7. 「농업협동조합법」에 따른 농협은행
8. 「수산업협동조합법」에 따른 수협은행
9. **다른 법령에서 금융감독원이 검사를 하도록 규정한 기관**
10. 그 밖에 금융업 및 금융 관련 업무를 하는 자로서 대통령령으로 정하는 자

① 금융위원회법

금융감독원의 검사와 관한 기본법이라 할 수 있는 금융위원회법에서는 이에 관한 권한을 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 금융감독원장은 업무 수행에 필요하다고 인정할 때에는 검사대상기관(법 제38조 각 호의 기관 또는 다른 법령에 따라 금융감독원에

74) 금융감독원, 상호금융 검사업무 안내서, 2019, 6면.

검사가 위탁된 대상 기관)에 대하여 업무 또는 재산에 관한 보고, 자료의 제출, 관계자의 출석 및 진술을 요구할 수 있다(법 제40조 제1항).

이와 같은 검사를 하는 자는 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 내보여야 한다(법 제40조 제2항).

이러한 검사 불응에 대한 제재규정은 별도로 규정하고 있지 않다.

② 보험업법 등 개별법률

금융감독원장의 검사대상기관과 관련된 개별법령에서도 위의 금융위원회법의 규정과 별도로 개별적으로 그 검사에 대한 권한을 규정하고 있다.

[표 3-1-6] 보험업법 등 개별법률 현황

법률	조사권한	절차규정	위반제재
금융위원회법	- 보고 요구 - 자료 제출요구 - 관계자의 출석 및 진술 요구 (제40조 제1항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제2항)	없음
보험업법	- 보고 요구 - 자료 제출요구 - 관계자의 출석 및 진술 요구 (제133조 제3항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제4항)	1억원 이하 과태료(검사의 거부 · 방해 · 기피) (제209조 제1항 제15호) * 발기인 등인 경우: 2천만원 이하 과태료(동조 제4항 제38호)
은행법	- 보고 요구 - 자료 제출요구 - 관계자의 출석 및 진술 요구 (제48조 제2항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제4항)	1억원 이하 과태료(검사의 거부 · 방해 · 기피) (제69조 제1항 제7호의5) * 은행의 임원등 등인 경우: 2천만원 이하 과태료(동조 제5항 제5호)
신용협동조합법	- 보고 요구 - 자료 제출요구 - 관계자의 출석 및 진술 요구 (제83조 제3항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제4항)	2천만원 이하 과태료(검사의 거부 · 방해 · 기피) (제101조 제1항 제7호)
여신전문금융업법	- 보고 요구 - 자료 제출요구 - 관계자의 출석 및 진술 요구 (제53조의2 제3항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제2항)	5천만원 이하 과태료(자료제출 · 관계인 출석 · 의견진술 요구에 불응) (제72조 제1항 제10호의3)
상호저축은행법	- 보고 요구 - 자료 제출요구 - 관계자의 출석 및 진술 요구 (제23조 제2항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제3항)	5천만원 이하 과태료(검사의 거부 · 방해 · 기피, 보고 · 자료제출 · 출석 · 진술 요구에 불응 또는 거짓 보고 등) (제40조 제1항 제10호)

법률	조사권한	절차규정	위반제재
			(상호저축은행중앙회) 3천만원 이하 과태료(보고 · 자료제출 · 출석 · 진술 요구에 불응 또는 거짓 보고 등) (제40조 제2항 제6호)
농협협동조합법	(규정 없음)*	(규정 없음)*	조합등 또는 중앙회의 임원 등: 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 (감독기관의 감독 · 검사의 거부 · 방해 · 기피) (제171조 제17호)
수산업협동조합법	- 업무 · 재산상황에 관한 보고 (제169조 제6항)	(규정 없음)	조합등 또는 중앙회의 임원 등: 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 (보고 부실 또는 사실 은폐) (제171조 제17호)
금융지주회사법	- 보고 요구 - 자료 제출요구 - 관계자의 출석 및 진술 요구 (제51조 제2항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제3항)	(규정 없음)
산림조합법	(규정 없음)**	(규정 없음)	(규정 없음)
전자금융거래법	- 자료 제출 - 관계인의 출석 요구 (제39조 제3항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제4항)	5천만원 이하 과태료(검사 · 자료제출 · 출석요구 · 조사의 거부 · 방해 · 기피) (제51조 제1항 제3호)
신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률	- 자료 제출 - 관계자의 출석 · 의견진술 요구 (제45조 제4항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제5항)	5천만원 이하 과태료(검사 · 요구의 거부 · 방해 · 기피) (제52조 제2항 제7호)
대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률	- 재산에 관한 보고 - 자료 제출 - 관계자의 출석 · 의견진술 요구 (제12조 제5항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제6항)	5천만원 이하 과태료(검사 불응, 검사 방해) (제21조 제1항 제11호) 1천만원 이하 과태료(보고 · 자료 제출 거부 또는 거짓 보고 · 자료제출) (제21조 제2항 제9호)
중소기업은행법	- 보고서 제출 - 업무상황 또는 장부 · 서류 · 물건 검사 (제48조 제1항)	- 모든 경우 증표 제시 (동조 제2항)	(규정 없음)
한국수출입은행법	- 보고서 제출 - 업무상황 또는 장부 · 서류 · 물건 검사 (제41조 제1항)	(규정 없음)	(규정 없음)

* 다만, "농림축산식품부장관은 제1항에 따른 직무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하면 금융위원회에 조합이나 중앙회에 대한 검사를 요청할 수 있다"라고만 규정하고 있음(농협협동조합법 제162조 제2항)

** 다만, "산림청장은 제1항에 따른 직무(감독)를 수행하기 위하여 조합과 중앙회를 검사할 수 있으며, 필요하다고 인정할 때에는 금융감독원장에게 조합과 중앙회에 대한 검사를 요청할 수 있다"라고만 규정하고 있음(산림조합법 제123조 제3항)

「보험업법」 등 대부분의 경우 금융위원회법의 내용과 매우 흡사하게 규정하고 있다. 그러나 조사권에 내용을 구체적으로 규정하고 있지 않은 법률도 있다(예를 들어, 농협협동조합법, 산림조합법 등).

그리고 조사와 관련한 절차규정으로서 증표 제시 규정이 대부분의 법률에 규정되어 있으나, 이것을 규정하고 있지 않은 법률도 있다(예를 들어, 수산업협동조합법 등).

조사 불응 등에 대한 제재규정은 과태료 규정이 일반적이지만, 이마저도 없는 경우도 있고(예를 들어, 중소기업은행법), 형벌규정(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)을 두는 경우도 있다(예를 들어, 수산업협동조합법 제171조 제17호).

이처럼 감독(검사) 경우에도 관련 법률에는 광범위한 검사권한이 부여되어 있으나, 현장조사시 증표제시 규정만이 법률에 규정되어 있을 뿐이다.[75] 다만 절차적 사항은 금융위원회고시인 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」[76] 등에 규정하고 있을 뿐이다.[77]

[표 3-1-7] 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」 주요 내용

구분	주요 내용	비고
일반	검사업무의 운영원칙 (제4조)	
	검사원의 권한 및 의무 (제6조)	
조사절차	제8조의2 검사의 사전통지 제8조의3 금융기관 임직원의 조력을 받을 권리 제9조 자료제출 요구 등 제10조 권익보호담당역 제13조 검사결과의 보고 제14조 검사결과의 통보 및 조치	

(3) 자본시장법과 불공정거래 조사

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 "자본시장법"이라 한다)에서는 금융감독기관의 불공정거래 조사에 관한 규정을 하고 있다. 불공정거래 조사란 증권시장의 공정성을 저해하는 불공정거래 행위를 단속하기 위하여 위법행위자와 위법사실을 적출하여 형사상, 행정상의 조치를 하는 일련의 활동을 말한다(법 제426조 제5항, 법시행령 제376조 제1항, 「자본시장조사 업무규정」 제24조~제30조 참조).[78]

---

75) 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제27조, 「은행법」 제48조 등 참조.
76) 금융위원회고시 제2020-20호 (2020.5.13. 개정・시행)
77) 정무위원회 전문위원 김원모, 위의 검토보고, 11~12면.
78) 금융감독원, 2013년 금융감독제도, 2013, 271면.

① 금융위원회(증권선물위원회)

자본시장법에서는 금융위원회(증권시장·파생상품시장의 불공정거래조사의 경우 등 특정한 규정 위반 사항에 대한 조사[79]의 경우에는 증권선물위원회)에 대한 임의조사권과 강제조사권을 규정하고 있다.

㉮ 임의조사권

임의조사권은 ① 투자자 보호를 위하여 필요한 경우에 이루어지는 보고·자료제출 또는 조사(법 제131조 등)과 ② 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 사항이 있는 경우에 이루어지는 보고·자료제출 또는 조사(법 제426조) 두 가지 형태로 구분해 볼 수 있다.

a) 투자자 보호를 위한 조사

금융위원회는 투자자 보호를 위하여 필요한 경우에는 보고·자료제출 또는 조사를 실시할 수 있다. ① 증권신고의 신고인, 증권의 발행인·매출인·인수인, 그 밖의 관계인에 대하여 참고가 될 보고 또는 자료의 제출이나 조사(법 제131조 제1항), ② 공개매수자, 공개매수자의 특별관계자, 공개매수사무취급자, 그 밖의 관계인에 대하여 참고가 될 보고 또는 자료의 제출이나 조사(법 제146조 제1항), ③ 주식등의 대량보유 등의 보고서(제147조제1항 또는 제4항)를 제출한 자, 그 밖의 관계인에 대하여 참고가 될 보고 또는 자료의 제출이나 조사(법 제151조 제1항), ④ 의결권권유자, 그 밖의 관계인에 대하여 참고가 될 보고 또는 자료의 제출이나 조사(법 제158조 제1항), ⑤ 사업보고서 제출대상법인, 그 밖의 관계인에 대하여 참고가 될 보고 또는 자료의 제출이나 조사(법 제164조 제1항)가 이에 해당한다.

투자자 보호를 위한 위의 조사를 하는 자는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다(법 제131조 제2항, 제146조 제1항, 제151조 제1항,

79) 제172조(내부자의 단기매매차익 반환), 제173조(임원 등의 특정증권등 소유상황 보고), 제174조(미공개중요정보 이용행위 금지), 제176조(시세조종행위 등의 금지), 제178조(부정거래행위 등의 금지), 제178조의2(시장질서 교란행위의 금지), 제180조(공매도의 제한), 제180조의2(순보유잔고의 보고) 및 제180조의3(순보유잔고의 공시)의 규정을 위반한 사항에 조사를 말한다(법 제426조 제1항 및 제3항).

제158조 제1항, 제164조 제1항).

b) 위반행위 조사

금융위원회(증권선물위원회)는 – 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 사항이 있거나 투자자 보호 또는 건전한 거래질서를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 - 위반행위의 혐의가 있는 자, 그 밖의 관계자에게 참고가 될 보고 또는 자료의 제출, 즉 ① 조사사항에 관한 사실과 상황에 대한 진술서의 제출, ② 조사사항에 관한 진술을 위한 출석, 또는 ③ 조사에 필요한 장부·서류, 그 밖의 물건의 제출을 요구할 수 있다(법 제426조 제1항 및 제2항 제1호~제3호). 또한, 금융위원회는 위와 같은 조사를 함에 있어서 필요하다고 인정되는 경우에는 금융투자업자, 금융투자업관계기관 또는 거래소에 대통령령으로 정하는 방법에 따라 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수도 있다(법 제426조 제4항).

그 밖에 증권선물위원회에 대하여 - 제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조, 제178조의2, 제180조부터 제180조의3까지의 규정을 위반한 사항의 조사에 필요하다고 인정되는 경우에 - ① 조사에 필요한 장부·서류, 그 밖의 물건의 제출을 요구(법 제426조 제2항 제3호)에 따라 제출된 장부·서류, 그 밖의 물건의 영치 및 ② 관계자의 사무소 또는 사업장에 대한 출입을 통한 업무·장부·서류, 그 밖의 물건의 조사도 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제426조 제3항 제1호·제2호).

이러한 (임의)조사 거운데, "관계자의 사무소 또는 사업장에 대한 출입을 통한 업무·장부·서류, 그 밖의 물건의 조사"(법 제426조 제3항 제2호)에 따라 조사를 하는 자는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계자에게 내보여야 한다(법 제426조 제7항).

㉯ 강제조사권

증권선물위원회는 특정한 위반행위(법 제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조, 제178조의2, 제180조부터 제180조의3까지의 규정을 위반한 경우)를 조사하기 위하여 필요한 경우에는 조사공무원[80]에게 강제조사, 즉 위반행위의 혐의가 있는 자를 심문하거나 물건을 압수 또는 사업장 등을 수색하게 할 수 있다(법 제427조 제1항).

---

80) 여기에서 '조사공무원'이란 금융위원회 소속 공무원 중에서 증권선물위원회 위원장의 제청에 의하여 검찰총장이 지명하는 자를 말한다(법 제427조 제1항, 동법시행령 제378조 참조).

조사공무원이 압수 또는 수색을 하는 경우에는 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 압수·수색영장이 있어야 하고(법 제427조 제2항), 동 법에 규정된 압수·수색과 압수·수색영장에 관하여는 형사소송법 중 압수·수색과 압수·수색영장의 집행 및 압수물 환부(還付) 등에 관한 규정이 준용된다(법 제427조 제4항). 그리고 조사공무원이 심문·압수·수색을 하는 경우에는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계자에게 내보여야 하고(법 제427조 제3항), 조사공무원이 영치·심문·압수 또는 수색을 한 경우에는 그 전 과정을 기재하여 입회인 또는 심문을 받은 자에게 확인시킨 후 그와 함께 기명날인 또는 서명하여야 한다(법 제427조 제5항 1문).[81]

[표 3-1-8] 자본시장법상의 임의조사권 및 강제조사권

구분		기관	내용		규정
임의조사	제131조 제1항 등	금융위원회	보고·자료제출 또는 조사 - 증표제시 의무(제431조 제2항 등)		제131조, 제146조 제1항, 제151조 제1항, 제158조 제1항, 제164조 제1항
	제426조	금융위원회·증권선물위원회	보고·자료제출, 조사 (제426조 제1항)	진술서의 제출 요구	제426조 제2항 제1호
				진술을 위한 출석 요구	동조 제2항 제2호
				장부·서류, 그 밖의 물건의 제출 요구	동조 제2항 제3호
			(필요한 경우) 금융투자업자, 금융투자업관계기관 또는 거래소에 대한 자료제출 요구		동조 제4항
		증권선물위원회	제출된 장부·서류, 그 밖의 물건의 영치		동조 제3항 제1호
			관계자의 사무소 또는 사업장에 대한 출입을 통한 업무·장부·서류, 그 밖의 물건의 조사(현장조사) - 증표제시 의무(제426조 제7항)		동조 제3항 제2호
		금융감독원	장부·서류 등 조사		동조 제1항
강제조사 (제427조)		증권선물위원회 (조사공무원)	위반행위 혐의자 심문 - 증표제시 의무(제427조 제3항)		제427조 제1항
			압수·수색 - 검사의 청구에 의한 영장 필요(제427조 제2항) - 증표제시 의무(제427조 제3항)		제427조 제1항 (동조 제2항)

* 금융위원회는 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제4조 제1항의 규정에 따른 "금융거래정보등의 제공요구권"도 가지고 있음

81) 이 경우 입회인 또는 심문을 받은 자가 기명날인 또는 서명을 하지 아니하거나 할 수 없는 때에는 그 사유를 덧붙여 적어야 한다(법 제427조 제5항 2문).

(4) 임의조사 및 강제조사 권한의 남용 금지

자본시장법 제427조의2 제1항은 "조사공무원 및 제426조에 따라 조사업무를 수행하는 금융감독원 소속 직원(이하 '조사원'이라 한다)은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다"고 규정하고 있다.

이에 금융위원회는 조사원의 조사권 남용을 방지하고 조사절차의 적법성을 보장하기 위한 구체적 기준인 「자본시장조사 업무규정」 고시하고 있다(금융위원회고시 제2020-4호, 2020.1. 16. 일부개정 · 시행)

[표 3-1-9] 「자본시장조사 업무규정」 주요 내용

구분	내용	비고
일반(총칙)	정보차단장치 구축 (제2조의2)	
	조사시 유의사항 (제6조)	
조사절차 및 방법	제6조 조사의 실시 등 제7조 조사명령서 등 제8조 조사의 방법 제9조 출석요구 제10조 진술서 제출요구 제11조 장부등의 제출요구 제12조 물건등의 영치 제13조 현장조사 제14조 금융투자업자, 금융투자업관계기관 및 거래소에 대한 자료제출요구 제15조 금융기관에 대한 거래정보등 요구 제16조 제보인등 진술의 청취 제17조 문답서의 작성 제17조의2 진술서 및 문답서의 열람·복사 제17조의3 조사과정의 영상녹화 제17조의4 대리인의 조사과정 참여 제18조 준용규정	
조사결과 등에 대한 조치		

(5) 금융감독원 조사역과 조사공무원

금융감독원은 - 자본시장법 제438조 제4항 및 동법 시행령 제387조 제3항(별표20)에 따라 – 금융위원회로부터 조사권한(강제조사 제외)을 위탁받고 있다. 따라서 "금융감독원 소속 조사역"은 법 제427조에 따른 강제조사 이외에 법 426조 등 임의조

사권한을 갖고 있다.

반면, 상술한 바와 같이, 법 제427조에 따른 강제조사는 증권선물위원회 위원장의 제청에 의하여 검찰총장의 지명을 받은 금융위원회 소속 공무원만이 할 수 있도록 규정되어 있다(법 제427조 제1항, 동법시행령 제378조).

한편, 2015년 8월 사법경찰직무법 개정(법률 제13456호, 2015.8.11. 일부개정 · 시행)으로 금융분야 조사 업무를 담당하는 금융감독원 직원 등의 신분에 변화를 맞게 된다. 즉 자본시장 불공정거래행위 조사 · 단속 등에 관한 사무에 종사하는 금융위원회 소속 공무원 및 금융위원회 위원장의 추천을 받은 금융감독원 직원에게 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 규정된 범죄에 대한 사법경찰권이 부여되었다.

「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」

제5조(검사장의 지명에 의한 사법경찰관리) 다음 각 호에 규정된 자로서 그 소속 관서의 장의 제청에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청검사장이 지명한 자 중 7급 이상의 국가공무원 또는 지방공무원 및 소방위 이상의 소방공무원은 사법경찰관의 직무를, 8급 · 9급의 국가공무원 또는 지방공무원 및 소방장 이하의 소방공무원은 사법경찰리의 직무를 수행한다.

49. 금융위원회에 근무하며 자본시장 불공정거래 조사 · 단속 등에 관한 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 국가공무원

제7조의3(금융감독원 직원) ① 금융감독원 또는 그 지원이나 출장소에 근무하는 직원으로서 금융위원회 위원장의 추천에 의하여 그 근무지를 관할하는 지방검찰청 검사장이 지명한 사람 중 다음 각 호의 직원은 관할 구역에서 발생하는 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 규정된 범죄에 관하여 사법경찰관의 직무를 수행하고, 그 밖의 직원은 그 범죄에 관하여 사법경찰리의 직무를 수행한다.

1. 4급 이상의 직원
2. 금융위원회 위원장이 사법경찰관의 직무를 수행하는 것이 적절하다고 인정하여 사법경찰관으로 추천한 5급 직원

② 금융위원회 위원장은 제1항에 따른 추천을 할 때에는 금융감독원 원장의 의견을 들어야 한다.

요컨대, 금융감독기관의 조사기관은 다음과 같이 정리된다.

[표 3-1-10] 금융감독기관의 조사권과 수사권(자본시장법)

구분		내용
행정조사(임의조사)		금융감독원 직원(금융위원회 위탁)
수 사	강제조사	조사공무원(금융위원회 소속 공무원)
	수 사	특별사법경찰관리로서의 금융감독원 직원
		특별사법경찰관리로서의 금융위원회 소속 공무원

(6) 제재

(임의)조사에 대한 불응에 대한 제재의 내용은 다음과 같다.

[표 3-1-11] 조사행위 방해 등에 관한 제재(자본시장법)

구분		내용		불응에 대한 제재	규정
임의조사	제131조 제1항 등	보고 · 자료제출 또는 조사		(보고 · 제출명령, 요구 불응 등) 3천만원 이하 과태료	제449조 제3항 제8호
	제426조	보고 · 자료제출, 조사 (제426조 제1항)	진술서의 제출 요구	(요구 불응) 3년 이하 징역 또는 1억원 이하 벌금	제445조 제48호
			진술을 위한 출석 요구		
			장부 · 서류, 그 밖의 물건의 제출 요구		
		(필요한 경우) 금융투자업자, 금융투자업관계기관 또는 거래소에 대한 자료제출 요구		-	-
		제출된 장부 · 서류, 그 밖의 물건의 영치		-	-
		관계자의 사무소 또는 사업장에 대한 출입을 통한 업무 · 장부 · 서류, 그 밖의 물건의 조사(현장조사)		-	-
		장부 · 서류 등 조사		-	-
강제조사 (제427조)		위반행위 혐의자 심문			
		압수 · 수색			

(7) 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」과 (회계) 감리

「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」(이하 "외부감사법"이라 한다)에 따르면, 증권선물위원회는 재무제표 및 감사보고서의 신뢰도를 높이기 위하여 '감리'를 실시하고 있다. 감리는 감사인이 제출한 감사보고서 또는 회사가 제출한 재무제표에 대하여 회계감사기준 또는 회계처리기준의 준수 여부에 대한 감리하는 '감사보고서 감리'와 (법 제26조 제1호 · 제2호), 감사인의 감사업무에 대한 품질관리기준의 준수 여부에 대한 감리 및 품질관리수준에 대한 평가인 '품질관리 감리'가 있다(법 제26조 제3호). 외부감사법상의 감리 권한은 증권선물위원회에 있지만, 증권선물위원회 이를 금융감독원(또는 한국공인회계사회)에 위탁하고 있다.

감리결과 법규 위법사항이 발견되면 그 불법성에 따라 행정조치나 검찰 고발 · 통보 등의 조치를 취하게 된다(법 제29조~제31조, 제35조 등 참조).

감리를 위하여, 증권선물위원회는 필요한 경우 회사 또는 관계회사와 감사인에게

자료의 제출, 의견의 진술 또는 보고를 요구하거나, 금융감독원장에게 회사 또는 관계회사의 회계에 관한 장부와 서류를 열람하게 하거나 업무와 재산상태를 조사하게 할 수 있다(법 제27조 제1항 1문).

이 경우 회사 또는 관계회사에 대한 업무와 재산상태의 조사는 업무수행을 위한 최소한의 범위에서 이루어져야 하며, 다른 목적으로 남용해서는 아니 되고(법 제27조 제1항 2문), 회사 또는 관계회사의 장부와 서류를 열람하거나 업무와 재산상태를 조사하는 자는 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 보여 주어야 한다(법 제27조 제2항).

또한, 증권선물위원회는 이 법에 따른 업무를 수행하기 위하여 필요하면 한국공인회계사회 또는 관계 기관에 자료의 제출을 요청할 수 있고, 이 경우 요청을 받은 기관은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다(법 제27조 제4항).

회사의 업무집행지시자 등(「상법」 제401조의2 제1항 및 제635조 제1항에 규정된 자), 그 밖에 회사의 회계업무를 담당하는 자, 감사인 또는 그에 소속된 공인회계사나 감사업무와 관련된 자(법 제20조 제4호)가 정당한 이유 없이 자료제출 등의 요구 · 열람 또는 조사(제27조 제1항)를 거부 · 방해 · 기피하거나 거짓 자료를 제출한 경우에는 "3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금"에 처하게 된다(법 제42조 제6호).

[표 3-1-12] 외부감사법의 내용

내용	근거규정	제재
자료 제출 요구	제27조 제1항	자료제출 등의 요구 · 열람 또는 조사를 거부 · 방해 · 기피하거나 거짓 자료 제출*: 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 (제42조 제6호)
의견의 진술 · 보고 요구		
(금융감독원장) 장부 · 서류 열람, 업무 · 재산상태 조사 - 증표지시 의무(제27조 제2항)		
(필요한 경우) 한국공인회계사회 또는 관계기관에 자료제출 요구	제27조 제4항	-

* 이 경우에는 형벌 이외에도 회사에 임원의 해임 또는 면직 권고, 6개월 이내의 직무정지, 일정 기간 증권의 발행 제한, 회계처리기준 위반사항에 대한 시정요구 및 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있음(법 제29조 제1항 제4호)

3) 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항

공정거래위원회의 소관 조사 현황은 다음과 같다.

[표 3-1-13] 공정거래위원회 소관 조사 현황

구분	조사명		근거조항
법률 위반행위 조사	1	공정거래법 위반 여부 조사	공정거래법 제49조, 제50조
	2	하도급법 위반 여부 조사	하도급법 제22조, 제27조
	3	가맹사업법 위반 여부 조사	가맹사업법 제32조의3, 제37조
	4	방문판매법 위반 여부 조사	방문판매법 제43조, 제57조
	5	약관법 위반 여부 조사	약관법 제20조
	6	전자상거래법 위반 여부 조사	전자상거래법 제26조, 제39조
	7	표시광고법 위반 여부 조사	표시광고법 제16조
	8	할부거래법 위반 여부 조사	할부거래법 제35조, 제47조
	9	대규모유통업법 위반 여부 조사	대규모유통업법 제29조, 제38조
	10	대리점법 위반 여부 조사	대리점법 제27조
서면실태조사	1	하도급 분야 서면실태조사	하도급법 제22조의2
	2	가맹 분야 서면실태조사	가맹사업법 제32조의2
	3	유통 분야 서면실태조사	대규모유통업법 제30조
	4	대리점 분야 서면실태조사	대리점법 제27조의2
	5	특수판매 분야 실태조사	방문판매법 제43조의2

※ 1. 공정거래위원회 소관 법률인 「대규모유통업법」 및 「대리점법」에 따른 법률위반행위조사는 「행정조사 기본법」의 적용제외대상으로 규정되어 있지 않음(행정조사기본법 제3조 제2항 제7호 참조)
2. 자료: 정무위원회 전문위원 김원모, 위의 검토보고서, 17~18면.

(1) 공정거래위원회의 조사권(공정거래법)

공정거래위원회는 법 위반행위에 대한 직권 조사권을 가지고 있다. 즉 공정거래위원회는 공정거래법 규정에 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다(법 제49조 제1항).

공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 ① 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 출석 및 의견의 청취(법 제50조 제1항 제1호),[82] ② 감정인의 지정 및 감정의 위촉(법 제50조 제1항 제2호),[83] ③ 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고, 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치(법 제50조 제1항 제3호),[84] ④ 사업자 또는 사업

82) 당사자등을 출석하게 하여 의견을 듣고자 하는 경우에는 사건명, 상대방의 성명, 출석일시 및 장소등의 사항을 기재한 출석요구서를 발부하여야 한다(법시행령 제55조 제1항).
83) 감정인의 지정은 사건명, 감정인의 성명, 감정기간, 감정의 목적 및 내용등의 사항을 기재한 서면으로 하여야 한다(법시행령 제55조 제2항).

자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부·서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건의 조사(법 제50조 제2항), ⑤ 지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술 청취(법 제50조 제2항), ⑥ 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치(법 제50조 제3항) 등을 할 수 있다. 또한, 일정한 경우[85] 금융기관의 특정점포의 장에게 금융거래정보의 제출을 요구할 수 있다(법 제50조 제5항)

공정거래위원회의 조사권 행사와 관련하여서는 다음과 같은 제한 요소가 법률에 규정되어 있다.

(a) 현장출입조사(법 제50조 제2항에 의한 조사)를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하여야 한다(법 제50조 제4항).

(b) 금융거래정보의 제출요구(법 제50조 제5항에 의한 조사)는 조사를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다(법 제50조 제6항).

(c) 공정거래위원회로부터 처분 또는 조사(법 제50조 제1항 내지 제3항)를 받게 된 사업자 또는 사업자단체가 천재·지변 그 밖에 대통령령이 정하는 사유로 인하여 처분을 이행하거나 조사를 받기가 곤란한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 공정거래위원회에 처분 또는 조사를 연기하여 줄 것을 신청할 수 있다(법 제50조의3).

(d) 조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다(법 제50조의2).

(e) 공정거래위원회가 조사를 한 경우에는 그 결과(조사결과 시정조치명령등의 처

---

84) 원가 및 경영상황에 관한 보고 기타 필요한 자료의 제출명령은 사건명, 제출일시, 보고 또는 제출자료등을 기재한 서면으로 하여야 한다. 다만, 공정거래위원회의 회의에 출석한 사업자등에 대하여는 구두로 할 수 있다(법시행령 제55조 제3항).

85) 법 제15조(탈법행위의 금지)를 위반하여 제9조(상호출자의 금지등) 제1항의 적용을 면탈하는 행위를 한 상당한 혐의가 있는 자의 조사와 관련하여 금융거래정보에 의하지 아니하고는 그 탈법행위 여부를 확인할 수 없다고 인정되는 경우 또는 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호를 위반한 상당한 혐의가 있는 공시대상기업집단에 속하는 회사의 조사와 관련하여 금융거래정보에 의하지 아니하고는 자금 등의 지원 여부를 확인할 수 없다고 인정되는 경우(법 제50조 제5항).

분을 하고자 하는 경우에는 그 처분의 내용을 포함)를 서면으로 당해사건의 당사자에게 통지하여야 한다(법 제49조 제3항).

이처럼 공정거래위원회에는 광범위한 법률위반행위 조사권이 부여되어 있으나, '법률'에서는 현장조사시 증표제시, 결과통보, 조사권 남용금지 등의 일반적인 규정을 두고 있을 뿐이다.

공정거래위원회의 조사권 행사에 대하여 불응하는 경우 등에는 다음과 같은 제재가 부과된다.

[표 3-1-14] 조사행위 방해 등에 관한 제재(공정거래법)

내용	불응에 대한 제재	규정
당사자, 이해관계인 또는 참고인의 출석 및 의견의 청취(법 제50조 제1항 제1호)	정당한 사유없이 출석을 하지 아니한 자: 1천만원 이하 과태료	제69조의2 제1항 제5호
감정인의 지정 및 감정의 위촉(법 제50조 제1항 제2호)	허위 감정: 1억원 이하 벌금	제68조 제5호
원가 및 경영상황에 관한 보고, 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명령, 제출된 자료나 물건의 영치(법 제50조 제1항 제3호)	보고 또는 필요한 자료나 물건을 제출하지 아니하거나 거짓의 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자: 2년 이하 징역 또는 1억 5천만원 이하 벌금	제67조 제9호
사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부 · 서류, 전산자료 · 음성녹음자료 · 화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건의 조사(법 제50조 제2항) - 증표제시 의무(제50조 제4항)	• 조사 시 폭언 · 폭행, 고의적인 현장진입 저지 · 지연 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자: 3년 이하 징역 또는 2억원 이하 벌금(병과가능)	제66조 제1항 제11호, 동조 제2항
지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술 청취(법 제50조 제2항) - 증표제시 의무(제50조 제4항)	• 자료의 은닉 · 폐기, 접근거부 또는 위조 · 변조 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자: 2년 이하 징역 또는 1억 5천만원 이하 벌금	제67조 제10호
사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 조사에 필요한 자료나 물건의 제출 명령, 제출된 자료나 물건의 영치(법 제50조 제3항)	보고 또는 필요한 자료나 물건을 제출하지 아니하거나 거짓의 보고 또는 자료나 물건을 제출한 자: 2년 이하 징역 또는 1억 5천만원 이하 벌금	제67조 제9호
금융기관에 대한 금융거래정보 제출 요구(법 제50조 제5항) - 전원회의 및 소회의 관장사항에 규정된 회의의 의결을 거쳐야 함(법 제50조 제5항) - 최소한도 요구(법 제50조 제6항)	• 직권남용 금융거래정보 제출 요구: 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금	제69조 제1항
	• 금융거래정보 제출거부: 1천만원 이하 과태료	제69조의2 제1항 제8호

※ 1. 조사권의 남용금지(법 제50조의2).
2. 당해사건의 당사자에게 조사결과의 서면 통지(법 제49조 제3항).

(2) 관련 법령상의 공정거래위원회의 조사권

공정거래위원회 조사권 관련 소관 법률에는 각각 위반행위에 대한 조사권의 내용을 규정하고 있다. 즉 각 법령에서는 법 위반행위 조사에 관한 법적 근거를 규정함과 동시에 공정거래법의 조사권 내용(법 제50조 등)을 준용하도록 규정하고 있다.

그러나, 법 위반행위 조사에 대한 법적 근거도 규정하고 있지 않은 법률도 있고(예를 들어, 포시광고법, 대리점법), 공정거래법 준용규정에서도 차이가 발생한다. 즉 공정거래법 제50조 모든 규정 및 동법 제50조의2를 준용하는 법률도 있고(예를 들어, 하도급법 제27조 제2항), 공정거래법 제50조 제1항부터 제4항까지만 준용하는 법률도 있다(예를 들어, 전자상거래법 제39조 제2항). 특히, 후자의 경우에는 - 공정거래법 제50조의2 준용 규정이 없는 경우로서 - 조사권 남용금지 규정이 없는 상황을 초래하게 된다.

한편, 예를 들어 가맹사업법 제32조의3 제4항은 "조사를 한 경우에는 그 결과(조사결과 시정조치 명령 등의 처분을 하고자 하는 경우에는 그 처분의 내용을 포함한다)를 서면으로 해당 사건의 당사자에게 통지하여야 한다"라는 조사결과 통지규정을 별도로 두고 있다. 그런데 이와 같은 규정을 두고 있지 않은 경우도 있다(예를 들어, 하도급법 등)

[표 3-1-15] 관련 법령상의 공정거래위원회의 조사권

법률	위반행위 조사 근거	준용규정	추가적 절차규정
공정거래법	제50조, 제50조의2	-	- 조사권 남용금지 규정 (제50조의2)
하도급법	제22조 제2항	공정거래법 제50조, 제50조의2 준용(제27조 제2항)	- 조사결과 통지규정 ×
가맹사업법	제32조의3 제2항	공정거래법 제50조 제1항 내지 제4항 준용(제37조 제1항)	**- 조사결과 통지규정 (제32조의3 제4항)** - 조사권 남용금지 규정(공정거래법 제50조의2) ×
방문판매법	제43조 제1항	공정거래법 제50조 제1항부터 제4항까지 준용(제57조 제2항)	**- 조사결과 통지규정 (제43조 제3항)** - 조사권 남용금지 규정 ×
약관법	제20조 제1항	(규정 없음)*	- 증표 제시 규정(제20조 제2항) - 조사결과 통지규정 × - 조사권 남용금지 규정 ×
전자상거래법	제26조 제1항	공정거래법 제50조 제1항부터 제4항까지 준용(제39조 제2항)	**- 조사결과 통지규정 (제26조 제3항)** - 조사권 남용금지 규정 ×

법률	위반행위 조사 근거	준용규정	추가적 절차규정
표시광고법	**(우측의 준용 규정만 있음)**	공정거래법 제50조제1항부터 제4항까지, 제50조의2 준용(제16조 제2항)	- 조사결과 통지규정 ×
할부거래법	제35조 제1항	공정거래법 제50조 제1항부터 제4항까지 준용(제47조 제2항)	**- 조사결과 통지규정 (제35조 제3항)** - 조사권 남용금지 규정 ×
대규모유통업법	제29조 제2항	공정거래법 제50조제1항부터 제4항까지, 제50조의2 준용(제38조 제3항)	**- 조사결과 통지규정 (제29조 제3항)**
대리점법	**(우측의 준용 규정만 있음)**	공정거래법 제50조제1항부터 제4항까지, 제50조의2 준용(제27조 제2항)	- 조사결과 통지규정 ×

* 동법에서는 "공정거래위원회는 … 약관이 이 법에 위반된 사실이 있는지 여부를 확인하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다"라는 규정만 있음(제20조 제1항)

한편 조사권 행사와 관련한 제재의 내용에 있어서도 차이가 있다.

예를 들어, 정당한 사유없이 불출석한 경우에 부과되는 과태료 금액이 (사업자 · 사업자 단체의 경우) 1천만원부터 1억원까지 큰 차이를 나타내고 있으며, 그 불출석의 경우 "2회 이상"의 요건을 규정하고 있는 경우도 있다(예를 들어, 가맹사업법 제43조 제1항 제2호). 이러한 사정은 "보고 또는 필요한 자료나 물건을 제출하지 아니하거나 거짓의 보고 또는 자료나 물건을 제출"의 경우에도 유사한 사정이다(공정거래법의 경우에는 이에 대하여 형벌을 규정하고 있음(법 제67조 제9호)).

허위 감정의 경우에는 하도급법의 경우에는 3천만원 이하의 벌금을 규정하고 있으나 대규모유통업법의 경우에는 1억원 이하의 벌금으로 규정하고 있다.

[표 3-1-16] 조사행위 방해 등에 관한 제재(관련 법령)(1)

조사권 내용 (위반행위)	공정거래법	하도급법	가맹사업법	방문판매법	약관법
출석 · 의견청취(법 제50조 제1항 제1호) 위반: 정당한 사유없이 불출석	1천만원 이하 과태료 (§69의2① Nr.5)	사업자 · 사업자 단체: 1억원 이하 과태료	5천만원 이하 과태료 (§43① Nr.2)	사업자 · 사업자 단체: 3천만원 이하 과태료	
		그 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§30의2① Nr.1)	* 정당한 사유 없이 2회 이상 불출석	그 임원 · 종업원 등: 500만원 이하 과태료 (§66① Nr.1)	

조사권 내용 (위반행위)	공정거래법	하도급법	가맹사업법	방문판매법	약관법
감정인 지정 · 감정위촉 (법 제50조 제1항 제2호) 위반: 허위감정	1억원 이하 벌금 (§68 Nr.5)	3천만원 이하 벌금 (§30③)	-	-	-
보고명령, 자료 · 물건 제출명령(법 제50조 제1항 제3호) 위반: 보고 미이행, 자료 · 물건 불제출, 거짓 보고, 거짓 자료 · 물건 제출)	2년 이하 징역 또는 1억 5천만원 이하 벌금 (§67 Nr.9)	사업자 · 사업자단체: 1억원 이하 과태료 그 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§30의2① Nr.2)	1억원 이하 과태료 (§43① Nr.3)	사업자 · 사업자단체: 3천만원 이하 과태료 그 임원 · 종업원 등: 500만원 이하 과태료 (§66① Nr.2)	
사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부 · 서류, 전산자료 · 음성녹음 자료 · 화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건의 조사(법 제50조 제2항)	• 조사 시 폭언 · 폭행, 고의적인 현장진입 저지 · 지연 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자: 3년 이하 징역 또는 2억원 이하 벌금(병과가능) (§66① Nr.11, §66②) • 자료의 은닉 · 폐기, 접근거부 또는 위조 · 변조 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피한 자: 2년 이하 징역 또는 1억 5천만원 이하 벌금(§67 Nr.10)	• 조사의 거부 · 방해 · 기피 - 사업자 · 사업자단체: 2억원 이하 과태료 - 그 임원 · 종업원 등: 5천만원 이하 과태료(§30의2②)	• 조사의 거부 · 방해 · 기피: 1억원 이하 과태료(§43① Nr.4)	• 조사의 거부 · 방해 · 기피 - 사업자 · 사업자단체: 5천만원 이하 과태료 - 그 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§66① Nr.3)	
지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술 청취(법 제50조 제2항)					
사업자 · 사업자단체 등에 대한 자료 · 물건 제출 명령(법 제50조 제3항) 위반: 보고 · 자료 · 물건 미제출, 거짓 보고, 거짓 자료 · 물건 제출	2년 이하 징역 또는 1억 5천만원 이하 벌금 (§67 Nr.9)	사업자 · 사업자단체: 1억원 이하 과태료 그 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§30의2① Nr.2)	1억원 이하 과태료 (§43① Nr.3)	사업자 · 사업자단체: 3천만원 이하 과태료 그 임원 · 종업원 등: 500만원 이하 과태료 (§66① Nr.2)	

조사권 내용 (위반행위)	공정거래법	하도급법	가맹사업법	방문판매법	약관법
금융기관에 대한 금융거래정보 제출 요구(법 제50조 제5항)	• 직권남용 금융거래정보 제출 요구: 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금 (§69①) • 금융거래정보 제출거부: 1천만원 이하 과태료(§69의2 ① Nr.8)	(없음)			

[표 3-1-17] 조사행위 방해 등에 관한 제재(관련 법령)(2)

조사권 내용 (위반행위)	전자상거래법	표시광고법	할부거래법	대규모유통업법	대리점법
출석 · 의견청취(법 제50조 제1항 제1호) 위반: 정당한 사유없이 불출석	사업자 · 사업자단체: 3천만원 이하 과태료 그 임원 · 종업원 등: 500만원 이하 과태료 (§45② Nr.1)	사업자 등: 1억원 이하 과태료 법인 등의 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§20② Nr.6)	1천만원 이하 과태료 (§33③ Nr.12) * 정당한 사유 없이 2회 이상 불출석	1억원 이하 과태료 (§41① Nr.3)	공급업자: 1억원 이하 과태료 (§32① Nr.2) * 정당한 사유 없이 2회 이상 불출석
감정인 지정 · 감정위촉(법 제50조 제1항 제2호) 위반: 허위감정	-	-	-	1억원 이하 벌금 (§39②)	-
보고명령, 자료 · 물건 제출명령(법 제50조 제1항 제3호) 위반: 보고 미이행, 자료 · 물건 불제출, 거짓 보고, 거짓 자료 · 물건 제출)	사업자 · 사업자단체: 3천만원 이하 과태료 그 임원 · 종업원 등: 500만원 이하 과태료 (§45② Nr.2)	사업자 등: 1억원 이하 과태료 법인 등의 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§20② Nr.7)	1천만원 이하 과태료 (§33③ Nr.13)	1억원 이하 과태료 (§41① Nr.4)	1억원 이하 과태료 (§32① Nr.2)
사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및	• 조사의 거부 · 방해 · 기피: - 사업자 · 사업자단체: 5천	• 조사의 거부 · 방해 · 기피: - 사업자 등: 2억원 이하 과	• 조사의 거부 · 방해 · 기피: 1천만원 이하 과태료	• 조사의 거부 · 방해 · 기피: 2억원 이하 과태료	• 조사의 거부 · 방해 · 기피: 2억원 이하 과태료

조사권 내용 (위반행위)	전자상거래법	표시광고법	할부거래법	대규모유통업법	대리점법
경영상황, 장부 · 서류, 전산자료 · 음성녹음자료 · 화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건의 조사 (법 제50조 제2항)	만원 이하 과태료 - 그 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§66① Nr.3)	태료 - 법인 등의 임원 · 종업원 등: 5천만원 이하 과태료 (§20①)	(§33③ Nr.14)	(§41① Nr.5)	(§32① Nr.1)
지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술 청취(법 제50조 제2항)					
사업자 · 사업자단체 등에 대한 자료 · 물건 제출 명령(법 제50조 제3항) 위반: 보고 · 자료 · 물건 미제출, 거짓 보고, 거짓 자료 · 물건 제출	사업자 · 사업자단체: 3천만원 이하 과태료	사업자 등: 1억원 이하 과태료	1천만원 이하 과태료 (§33③ Nr.13)	1억원 이하 과태료 (§41① Nr.4)	1억원 이하 과태료 (§32① Nr.2)
	그 임원 · 종업원 등: 500만원 이하 과태료 (§45② Nr.2)	법인 등의 임원 · 종업원 등: 1천만원 이하 과태료 (§20② Nr.7)			
금융기관에 대한 금융거래정보 제출 요구(법 제50조 제5항)					

(3) 행정조사와 관련한 세부 고시

공정거래위원회의 사건의 조사 등의 처리절차에 관한 세부사항에 대하여는 공정거래위원회 고시인 「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」(공정거래위원회고시 제2019-15호, 2019.12.27. 일부개정 · 시행), 「공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙」([공정거래위원회고시 제2018-20호, 2018.12.6. 일부개정 · 시행] 및 「디지털 증거의 수집·분석 및 관리 등에 관한 규칙」(공정거래위원회고시 제2018-4호, 2018.4.3. 제정 · 시행)에서 규정하고 있다.

① 「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」

공정거래법, 표시 · 광고법, 하도급법, 약관법, 방문판매법, 전자상거래 소비자보호법, 가맹사업법, 할부거래법, 대규모유통업법, 대리점법, 기타 위원회 소관 법 관련사

항에 의하여 공정거래위원회의 회의 및 그 운영과 사건의 조사·심사, 심의·결정·의결 및 그 처리절차에 관한 세부사항 등을 정하고 있다(동 규칙 제1조).

② 「공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙」

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제55조의2(사건처리 절차 등)규정에 의거하여, 공정거래위원회 소속공무원이 공정거래위원회 소관 법률에 따라 실시하는 현장조사의 방법과 절차, 그 밖의 조사에 관하여 필요한 사항을 정하고 있다(동 규칙 제1조).

[표 3-1-18] 공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙

구분	내용	비고
일반	조사권 남용금지	
	비밀엄수의무	
조사절차	제5조 조사계획의 수립 제6조 조사공문 등의 교부 제7조 피조사업체의 출입 제8조 조사장소 제9조 조사의 범위 제10조 조사공무원의 자세 제11조 자료 등의 수집·영치 제12조 진술조사 등 제13조 변호인의 조사과정 참여 제14조 조사과정 및 사건심사의 기록 제15조 조사시간 및 기간 제16조 조사종료시 조치사항 제17조 조사결과의 보고	

③ 「디지털 증거의 수집·분석 및 관리 등에 관한 규칙」

공정거래위원회 소관 법령의 규정에 의한 공정거래위원회의 조사에서 컴퓨터용 디스크와 그 밖에 이와 유사한 디지털 저장매체로부터 디지털 증거를 수집, 운반, 분석, 현출 및 관리하는 절차와 그 과정에서 준수하여야 할 사항 등을 규정하고 있음(제1조).[86]

86) 동 규칙은 효율적인 포렌식 업무 수행을 위해 포렌식 표준업무절차 및 단계별 준수사항, 사건부서와 협업체계 등 기본적 사항에 대한 규정 필요하였고, 공정위 포렌식에 대해 외부에서 느끼는 불신과 불안감을 차단·해소하기 위해서는 관련 제도 정비를 통한 투명성·예측가능성의 제고의 중요성이 제기되면서, 2018년 4월에 포렌식 업무를 종합적·세부적으로 규정하고 있는 새로운 규칙이 제정되기에 이르렀다. 이에 따라 종래 「공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙」(공정거래위원회고시 제2016-1호, 2016.2.4. 제정·시행)에서 제2조, 제18조~제24조 등 포렌식 관련 8개 조항이 삭제되었다(동 지침 제정이유 참조).

특히, 디지털조사분석관이 현장에서 범위를 정하여 이미징 방식으로 자료를 수집한다는 원칙과 영치 등 예외를 규정하고 있고(동 지침 제12조), 피조사업체 방어권 보장을 위해 자료수집 과정에 피조사업체 참관과 수집자료 사본 요구권을 부여하고 있다(동 지침 제13조).

[표 3-1-19] 「디지털 증거의 수집·분석 및 관리 등에 관한 규칙」 내용

구분	내용	비고
총칙	• (목적) 공정위 포렌식 조사 관련 디지털 증거 수집부터 폐기까지의 절차와 각 단계별 준수사항 등을 규정하기 위함(제1조) • (기본원칙) 포렌식의 정당성, 디지털 증거의 무결성 등 담보를 위해 포렌식 주체, 도구·방법, 절차, 정보보호 등 기본적 사항 규정(제3조) • (디지털조사분석관 자격·의무) 전문성 확보 등을 위해 자격요건을 설정하는 한편, 정보보안 등과 관련하여 엄격한 의무 명시(제6·7조)	
지원요청 및 처리	• (지원요청·처리) 사건부서에서 디지털 증거 수집·분석 등을 요청하고 디지털과는 최대한 협조할 의무 규정(제9·10조) • (사전협의) 내실있는 포렌식 지원을 위해 증거수집·분석대상 등에 대해 사전에 사건부서와 디지털과가 협의토록 제도 마련(제11조)	
수집 및 운반	• (자료수집) 디지털조사분석관이 현장에서 범위를 정하여 이미징 방식으로 자료를 수집한다는 원칙과 영치 등 예외 규정(제12조) • (피조사업체 참관 등) 피조사업체 방어권 보장을 위해 자료수집 과정에 피조사업체 참관과 수집자료 사본 요구권 부여(제13조) • (지원결과 공유) 조속한 사건처리 일정 마련 등을 위해 현장에서 수집한 자료 등 포렌식 지원결과를 사건부서에 통보(제14조)	
등록 및 분석	• (등록 등) 수집·운반된 수집자료를 디지털포렌식시스템에 등록, 삭제파일 복구, 암호 해제, 자료선별 등 프로세스 진행(제16·17조) • (분석·결과통보) 사전에 분석할 내용 등에 대해 사건부서와 협의하고 분석 완료되면 분석결과를 사건부서에 통보(제18·19조)	
관리 및 폐기	• (관리) 자료보안을 위해 정보관리담당관 지정·운영 및 증거분석후 관련자료를 보관실에만 별도 보관하고 접근을 엄격히 제한(제19조) • (폐기) 보관실 자료는 공공기록물관리법에 따라 등록일부터 5년동안 보관하되 소송진행 등의 경우 확정판결까지 보존(제20조)	

4) 국세청에 의한 조사

금융위원회(금융감독원)이나 공정거래위원회의 법위반행위 조사에 대하여는 - 형사절차로 이어질 개연성이 높은 활동임에도 불구하고 - 엄격한 절차적 규정이 법률에 마련되어 있지 않다.

반면 국세청의 조세범칙사건조사활동에 대하여는 법률, 즉 「조세범 처벌절차법」[87]에서 별도로 규정하고 있다.

[표 3-1-20] 국세청 소관 조사 관련 법률 현황

업무구분	근거조항
사실확인	●「국세기본법」 제81조의6 ●「국세징수법」 제27조 ●「법인세법」 제122조 ●「부가가치세법」 제74조 ●「소득세법」 제170조 ●「개별소비세법」 제26조 ●「상속증여세법」 제84조 ●「교통 · 에너지 · 환경세법」 제22조 ●「증권거래세법」 제17조 ●「인지세법」 제11조 ●「자산재평가세법」 제31조 ●「부당이득세법」 제6조 ●「국제조세조정에 관한 법률」 제4조 ●「주세법」 제52조
법률위반확인	●「조세범처벌절차법」 제8조

※ 정무위원회 전문위원 김원모, "행정조사기본법 일부개정법률안(김종석의원 대표발의: 의안번호 제18708호) 검토보고, 2019.8., 55면.

(1) 세무조사와 조세범칙조사

국세청의 조세에 관한 조사활동은 순수한 과세절차의 일환이라 할 수 있는 '세무조사'와 형사처벌로 이어질 수 있는 개연성이 높은 '조세범칙조사'로 이원화되어 있다고 할 수 있다.

① 의의

"(일반)세무조사"란 각 세법에 규정하는 질문조사권 또는 질문검사권에 근거하여 조사공무원이 납세자의 국세에 관한 정확한 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위하여 조사계획에 의해 세무조사 사전통지 또는 세무조사 통지를 실시한 후 납세자 또는 납세자와 거래가 있다고 인정되는 자 등을 상대로 질문하고, 장부 · 서류 · 물건 등을 검사 · 조사하거나 그 제출을 명하는 행위를 말한다(조사사무처리규정 제3조 제1호 및 제18호). 이에 대하여 "조세범칙조사"란 「조세범 처벌법」 제3조부터 제16조까지의 죄에 해당하는 위반행위 등을 확정하기 위하여 조사계획을 수립하고 조세범칙행위 혐의자나 참고인을 심문, 압수·수색, 범칙처분하는 등 조사집행과 관련된 조사사무를

87) 법률 제16108호 (2018.12.31. 개정, 2019.1.1. 시행)

말한다(조세범처벌절차법 제2조, 제3호, 조사사무처리규정 제3조 제4호 및 제19호).

② 근거

세무조사는 각 세법에 규정하는 질문조사권 등에 근거하고 있다. 예를 들어, 「법인세법」 제122조에서는 "법인세에 관한 사무에 종사하는 공무원은 그 직무수행에 필요한 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자[88]에 대하여 질문하거나 해당 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 조사하거나 그 제출을 명할 수 있다. 이 경우 직무상 필요한 범위 외에 다른 목적 등을 위하여 그 권한을 남용해서는 아니 된다"고 규정하고 있다.

반면 조세범칙조사는 -「조세범 처벌법」에서 규정하는 조세범칙행위를 확정하기 위한 조사로서 -「조세범 처벌절차법」에 따라 진행된다(법 제1조 참조). 「조세범 처벌절차법」에서는 조세범칙사건의 조사 및 그 처분에 관한 사항을 규정하고 있다.[89]

③ 목적 및 성격

세무조사는 납세자의 국세에 관한 정확한 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위한 조사활동으로서 단순한 행정절차라 할 수 있다.

반면에, 조세범칙조사는 조세범칙행위를 확정하기 위한 조사활동이기 때문에 그 성격에 대하여는 다툼이 있다. 조세범칙조사는 통고처분이나 고발을 목적으로 하는 것으로서 종국적으로는 과세목적의 철저를 기하려고 하는 것이기 때문에 그 본질적 성격은 행정절차라는 견해와[90] 「조세범 처벌절차법」상의 특칙들은 조세범죄에 대한 국가형벌권을 간이·신속하게 실현하기 위한 특별규정으로서 조세범칙조사의 성격은 형사소송의 특별절차라는 견해가 있다.[91][92]

---

88) 납세의무자 또는 납세의무가 있다고 인정되는 자, 원천징수의무자, 지급명세서 제출의무자 및 매출·매입처별 계산서합계표 제출의무자, 제109조제2항제3호에 따른 경영 또는 관리책임자, 제1호에 해당하는 자와 거래가 있다고 인정되는 자, 납세의무자가 조직한 동업조합과 이에 준하는 단체, 기부금영수증을 발급한 법인 (동조 제1호~제7호).

89) 지방세와 관련한 범칙사건 조사에 관하여는 「지방세기본법」제3절 범칙행위 처벌절차(제113조~제126조)에 -「조세범 처벌절차법」과 기본적으로 동일한 내용을 - 규정하고 있다.

90) 강구진, "제재세와 조세범에 관한 일고찰", 서울대 법학 제24권 제2·3호(1983), 234면 등.

91) 신동운, "조세범칙사건의 처리절차", 서울대 법학 제39권 2호(1998), 130면 등.

92) 후자에 따르면 조세범칙조사는 비록 세무공무원에 의해 행해지지만 형사소송의 특별절차인 만큼 형사절차상의 수사의 기본원칙들이 그대로 적용된다고 하는 반면, 전자에 따르면 조세범칙조사는 행정절차이기 때문에 형사절차상의 수사 기본원칙들을 반드시 따를 필요는 없게 된다. 예를 들어, 조세범칙행위 혐의자를 심문하는 경우(조세범 처벌절차법 제8조)에, 후자의 견해에 따르면 형사소송법상의 진술거부권 고지의무규정(법 제200조 제2항)에 따라 이를 고지하여야

④ 조사권자

세무조사는 각 세법에 근거하여 모든 세무공무원이 할 수 있다. 즉 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장으로부터 특정 납세자에 대한 세무조사의 명령을 받은 세무공무원은 모두 세무조사를 할 수 있다(조사사무처리규정 제3조 제5호).

조세범칙조사는 「조세범 처벌절차법」 제2조 제4호에 규정된 세무공무원에 한하여 실시 할 수 있다. 즉 「조세범 처벌절차법」 제2조제4호에 따라 근무지를 관할하는 지방검찰청의 검사장으로부터 세무공무원으로 지명받은 자로서 지방국세청장 또는 세무서장으로부터 특정의 조세범칙행위 혐의자 또는 참고인에 대한 조세범칙조사의 명령을 받은 세무공무원만이 조세범칙조사를 할 수 있다(조세범 처벌절차법 제2조 제4호 가목·나목, 조사사무처리규정 제3조 제6호).

조세범칙조사 세무공무원은 "근무지를 관할하는 지방검찰청의 검사장으로부터 세무공무원으로 지명받은 자"이기는 하지만, 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」(이하 "사법경찰직무법"이라 한다)에 의해 특별사법경찰권이 부여되어 있지 않다는 특징이 있다.

⑤ 조사방법과 한계

일반세무조사의 경우 그 방법은 통상적으로 ① 질문권과 ② 장부·서류 또는 그 밖의 물건을 조사 및 제출명령권을 규정하고 있다(법인세법 제122조, 소득세법 제170조 제1항, 상속세 및 증여세법 제84조 등). 이러한 세무조사와 관련하여서는 각 세법에서는 "직무를 위하여 필요한 범위 외에 다른 목적 등을 위하여 그 권한을 남용해서는 아니 된다"라는 규정만을 두고 있다(법인세법 제122조, 소득세법 제170조 제2항, 상속세 및 증여세법 제84조 등). 그 밖의 절차적 사항은 「조사사무처리규정」(국세청훈령 제2379호, 2020.7.10. 일부개정·시행)에서 규정하고 있다(동 규정 제49조~제69조의3 참조).

조세범칙조사의 경우에는 -「국세기본법」 제81조의10에 따라 장부·서류 등의 일시 보관(임의조사) 이외에 - 「조세범 처벌절차법」에서는 그 조사공무원에게 대물적 강제

하지만, 전자의 견해에 따르면 「조세범 처벌절차법」에는 진술거부권 고지의무규정이 없기 때문에 이를 고지하지 않아도 위법이 아니게 된다(이에 관한 상세한 내용은 이천현, 형사정책역량강화를 위한 조세범처벌절차법 개정방안 연구, 법무부 용역보고서, 한국형사정책연구원, 2009, 19~20면 참조). 현행 「조사사무처리규정」에서는 조세범칙조사공무원에게 조세범칙행위 혐의자 등을 심문하기 전에 진술거부권을 고지하도록 규정하고 있다(동규정 제87조의2).

처분권을 인정하고 있다. 즉 세무공무원은 조세범칙조사를 하기 위하여 필요한 경우에는 조세범칙행위 혐의자 또는 참고인을 심문하거나 압수 또는 수색할 수 있다(조세범 처벌절차법 제8조). 이 경우 압수 또는 수색을 할 때에는 사건 관계자를 참여하게 하여야 하며(조세범 처벌절차법 제8조, 동법시행령 제7조), 근무지 관할 검사에게 신청하여 검사의 청구를 받은 관할 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다(조세범 처벌절차법 제9조).[93] 압수 또는 수색과 압수·수색영장에 관하여는 「형사소송법」 중 압수 또는 수색과 압수·수색영장에 관한 규정이 준용된다(동법 제10조). 한편, 조사공무원은 조세범칙행위 혐의자 등을 심문하기 전에 진술거부권을 고지하여야 한다(조사사무처리규정 제87조의2).

그 밖의 상세한 절차적 사항은 「조사사무처리규정」 제70조 이하에서 규정하고 있다.

⑥ 조사결과 처리

세무조사 결과에 따라 제세의 결정 또는 경정을 하게 되지만, 조세범칙조사의 경우에는 조세범칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 무혐의 처분 및 압수의 해제 조치를 하고(조세범 처벌절차법 제13조, 제19조), 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 통고처분이나 고발을 하게 된다(법 제13조, 제15조, 제16조).

⑦ 조사 기피 등에 대한 제재

「국세기본법」에서는 세법의 질문·조사권 규정에 따른 세무공무원의 질문에 대하여 거짓으로 진술하거나 그 직무집행을 거부 또는 기피한 자에 대하여는 "2,000만원 이하의 과태료"를 부과·징수한다고 규정하고 있다(법 제88조).[94] 이 경우는 명백하게 조세범칙조사와 구별되어 있어서 허위진술에 대한 처벌규정이 가능할 수 있을 것으로 생각된다.

---

93) 다만, 조세범칙행위가 진행 중인 경우 또는 조세범칙행위 혐의자가 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 있어 압수·수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우에는 해당 조세범칙행위 혐의자 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 자에게 그 사유를 알리고 영장 없이 압수 또는 수색할 수 있다(동법 제9조 제1항 단서). 이 경우에는 압수 또는 수색한 때부터 48시간 이내에 관할 지방법원판사에게 압수·수색영장을 청구하여야 하고(법 제9조 제2항), 압수·수색영장을 발부받지 못한 경우에는 즉시 압수한 물건을 압수당한 자에게 반환하여야 한다(법 제9조 제3항).

94) 이러한 규정은 종래 「(旧)조세범처벌법」에 규정되어 있었다(구법 제17조 제5호). 그러나 동 규정은 2018년 12월 동법 개정(법률 제16108호, 2018.12.31. 일부개정, 2019.1.1. 시행)으로 삭제되고, 「국세기본법」으로 이관되었다.

조세범칙조사의 경우에는 – 그것은 형사절차와 관련된 강제조사로서 - 진술거부권이 인정되기 때문에 이를 위반한 경우에도 처벌의 대상이 되지 않는다(조사사무처리규정 제87조의2 참조).

[표 3-1-21] 세무조사와 조세범칙조사의 차이

구분	세무조사	범칙조사
근 거	각 세법상의 질문조사권	조세범처벌절차법, 형사소송법
목 적	조세채권 확보를 위한 재산상태조사	조세범죄행위를 확정을 위한 조사
성 격	행정절차	형사소송의 특별절차(이견 있음)
조사자	조사담당 일반 세무공무원	관할 지방검찰청 검사장의 지명을 받은 세무공무원
조사방법	임의조사	강제조사(심문, 압수 · 수색)
조사결과 처분	납세고지	무협의, 통고처분, 고발
조사기피 등에 대한 제재	과태료	불처벌
불복 방법	이의신청, 심사 · 심판청구	통고처분 불이행

※ 안대희, 조세형사법, 법문사, 2005, 829~830면; 고성춘, 조세형사법, 삼일인포마인, 2013, 529면 참조.

(2) 조세범칙조사 대상의 선정

조세범칙조사는 조세범칙행위 혐의자를 처벌하기 위하여 증거수집 등이 필요한 경우 또는 연간 조세포탈 혐의금액 등이 대통령령으로 정하는 금액 이상인 경우(법시행령 제6조)에 해당하는 자에 대해서 실시하여야 한다(조세법 처벌절차법 제7조 제1항).

그러나 이 경우 이외에도 일반세무조사 과정에서 조세범칙혐의를 입증할 필요가 있는 경우에는 - 세무조사가 아닌 - 조세범칙조사를 개시할 필요가 있는 경우가 있다. 이에 대하여 「조사사무처리규정」 제2조에서 규정하고 있다.

「조사사무처리규정」

제76조(조세범칙조사 대상의 선정) ② 조사관서장은 일반세무조사 과정에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유를 발견한 경우로서 조세범칙혐의를 입증할 필요가 있는 경우에는 조세범칙조사를 개시할 수 있다.

1. 조세범칙혐의 물건을 발견하였으나, 납세자가 장부·서류 등의 임의제시 요구에 동의하지 아니하는 경우
2. 사업장 등에 이중장부 등 범칙증빙 물건이 은닉된 혐의가 뚜렷하여 압수·수색 또는 일시보관이 필요한 경우
3. 탈세사실을 은폐할 목적으로 장부·서류 등을 파기하여 증거를 인멸하거나 조사기피·방해 또는

거짓 진술을 함으로써 정상적인 조사가 불가능하다고 판단되는 경우
4. 「처벌법」 제10조에 따른 세금계산서 발급의무 위반 등의 사실을 발견한 경우
5. 그 밖에 「처벌법」 제3조부터 제16조까지의 죄에 해당하는 위반행위의 수법, 규모, 내용 등의 정황으로 보아 세법질서의 확립을 위하여 조세범으로 처벌할 필요가 있다고 판단되는 경우

조사관서장이 조세범칙조사를 실시하고자 하는 경우에는 「조세범처벌법」 제3조에 해당하는 조세범칙사건(조세포탈사건)은 조세범칙조사심의위원회의 심의를, 그 밖의 조세범칙사건은 조사관서장의 승인을 받아야 한다(조세범처벌절차법 제7조 제2항 본문).[95] 이와 같은 범칙위원회의 심의절차는 일반세무조사의 자의적인 조세범칙조사로의 전환을 억제하기 위한 것으로 생각된다.

(3) 평가

조세범칙사건에 대한 조사절차는 – 금융위원회 등 다른 특수 행정기관의 조사와 비교하여 – 비교적 체계화되어 있다고 할 수 있다. 절차에 관하여 「조세범처벌절차법」, 「국세기본법」 등 독립된 법령을 두어 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 절차적 내용(절차적 · 사법적 통제)이 체계화 되어 있기 때문이다.

금융위원회, 공정거래위원회 등의 경우에는 사건의 조사 등의 처리절차에 관한 세부사항에 대하여 고시로 규정하고 있을 뿐이다.

제2절 | 행정기관의 범죄조사권 관련 문제상황

1. 행정조사와 영장주의

가. 대물적 강제처분과 영장주의

헌법 제12조 제3항은 "체포 · 구속 · 압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다"고 규정하고 있고,

95) 다만, 조세포탈사건 중 조세범칙행위가 진행 중인 경우 또는 조세범칙행위 혐의자가 도주하거나 증거를 인멸할 우려가 있어 압수 · 수색영장을 발부받을 시간적 여유가 없는 경우에 해당하는 경우에는 같은 범칙위원회의 심의를 거치지 아니할 수 있다(동법 제7조 제2항 단서).

헌법 제16조는 "모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다"고 규정하여 압수·수색 등에 대한 영장주의를 규정하고 있다. 영장주의는 헌법상 신분이 보장되고 직무활동의 독립성이 담보되는 법관(헌법 제106조, 제103조)이 발부한 영장을 제시하지 않고는 압수·수색 등 강제처분을 하지 못한다는 것을 의미하는 것으로서, 법치국가의 사법질서 확립을 위해서는 수사절차에서의 사법통제가 반드시 필요한 것임을 선언한 것이다.[96]

나. 학설 대립

이에 행정조사의 방법으로서 규정되어 있는 사업장 등의 출입조사의 경우에도 국민의 기본권을 침해하는 것으로서 행정조사에 대하여도 영장주의가 적용되는지에 대하여 논란이 있다. 예를 들어, 행정기관이 "강제로 특정 사업장에 출입하여 압수·수색을 통하여 특정한 자료 등의 점유를 강제로 취득"하려고 하는 경우에 영장주의가 적용되는지 문제가 된다.[97]

원칙적 긍정설이 주를 이루고 있다, 예를 들어, "영장주의는 형사사법권의 남용을 억제·방지하려는 데에 그 본래 취지가 있었던 것이기는 하나 행정조사로 국민의 권익침해 가능성도 형사사법권 행사 못지 않으므로 행정조사가 형사소추절차가 아니라는 이유만으로 영장주의를 배제할 수 없으므로 영장을 필요로 하나 영장을 기다려서는 적시에 적정한 조사를 할 수 없는 경우에는 예외가 인정된다"는 견해,[98] 행정조사도 "상대방의 신체나 재산에 직접 실력을 가하는 것인 한 그리고 행정조사 결과가 형사책임의 추궁과 관련성을 갖는 한 사전영장주의는 원칙적으로 적용"되어야 하고, 다만 긴급을 요하는 불가피한 경우에는 예외가 인정된다는 견해[99] 등이 있다.

그 밖에 "행정조사의 성격, 조사의 필요성, 기타의 권익보호제도의 존재 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 한다"는 견해(개별적 결정설)가 있다.[100]

---

96) 신동운, 신동운, 신형사소송법[제12판], 법문사, 2020, 93면; 헌법재판소 2012.6.27. 선고 2011헌가36 전원재판부.
97) 백상진, 앞의 논문, 116면 참조.
98) 김동희, 행정법Ⅰ, 2020, 513면.
99) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 751면; 백상진, 앞의 논문, 116면.
100) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2020, 381~382면 참조.

다. 판례의 입장

1) 행정조사와 영장주의

판례는 수사기관의 강제처분이라 할 수 없는 행정조사의 성격을 가지는 것은 영장주의가 적용되지 않는다고 한다.

[대법원 2013.9.26. 선고 2013도7718 판결]

"관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, '국제우편물 수입통관 사무처리'(2011. 9. 30. 관세청고시 제2011-40호) 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 '수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙'(2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) 등과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다."

따라서, 범죄수사의 일환으로 이루어지는 행정공무원의 압수・수색에는 당연히 영장이 필요하다고 한다.

[대법원 2016.7.27. 선고 2016도6295 판결]

"수출입물품 통관검사절차에서 이루어지는 물품의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 것으로서 이를 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 세관공무원은 압수·수색영장 없이 이러한 검사를 진행할 수 있다. 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지하거나 보관하는 물품을 수사기관에 임의로 제출한 경우에는 비록 소유자의 동의를 받지 않았더라도 수사기관이 강제로 점유를 취득하지 않은 이상 해당 물품을 압수하였다고 할 수 없다. 그러나 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정한 수출입물품을 개봉하여 검사하고 그 내용물의 점유를 취득한 행위는 위에서 본 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 조사를 하는 경우와는 달리, 범죄수사인 압수 또는 수색에 해당하여 사전 또는 사후에 영장을 받아야 한다."

2) 직접강제와 영장주의

판례는 – 더 나아가 - 강제처분에는 물리적 강제력을 행사하는 경우(직접강제)에만 적용된다고 한다. 즉 형벌에 의한 불이익을 부과(규정)함으로써 심리적 · 간접적으로 강제하는 경우에는 강제처분이라 할 수 없기 때문에 영장주의가 적용되지 않는다고 한다. 그리고 "의무부담 또는 기본권제한을 법관이 발부한 영장에 의하도록 하는 것이 가능하지도 않다"고 한다.[101)102)]

[헌법재판소 2004.9.23. 선고 2002헌가17·18(병합) 전원재판부]

"범죄의 피의자로 입건된 사람들에게 경찰공무원이나 검사의 신문을 받으면서 자신의 신원을 밝히지 않고 지문채취에 불응하는 경우 형사처벌을 통하여 지문채취를 강제하는 구 경범죄처벌법 제1조 제42호(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)가 영장주의의 원칙에 위반되는지 여부(소극)

이 사건 법률조항은 수사기관이 직접 물리적 강제력을 행사하여 피의자에게 강제로 지문을 찍도록 하는 것을 허용하는 규정이 아니며 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로 지문채취를 강요하고 있을 뿐이다. 물론 이러한 방식 역시 자유의지에 반하여 일정한 행위가 강요된다는 점에서는 헌법에 규정되어 있는 체포·구속·압수·수색 등과 유사하다고 할 수 있으나, 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부를 결정한다는 점에서 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적임을 전제로 하므로 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 위와 같은 경우와는 질적으로 차이가 있다. 물리적 강제력을 행사하는 경우 뿐 아니라, '상대방에게 의무를 부담하게 하는 경우'가 강제처분에 포함된다고 하거나 '상대방의 의사에 반하여 실질적으로 법익 또는 기본권을 침해하는 처분'이면 강제처분에 해당된다고 보기도 하며, 이에 따르면 이 사건 법률조항에 의한 지문채취의 간접적인 강요 역시 강제처분으로 볼 수도 있다. 그러나 수사절차에서 발생하는 의무부담 또는 기본권제한의 경우 그 범위가 광범위하여 명확한 기준을 제시해준다고 볼 수 없고, 모든 의무부담 또는 기본권제한을 법관이 발부한 영장에 의하도록 하는 것이 가능하지도 않다. 예를 들면, 음주운전단속을 위하여 이루어지는 호흡측정기에 의한 음주측정을 일일이 사전영장에 의하도록 요구할 수는 없다."

---

101) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2002헌가17 · 18(병합) 전원재판부

102) 헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌가11 전원재판부(도로교통법 제41조 제2항, 제107조의2 제2호 중 주취운전의 혐의자에게 주취여부의 측정에 응할 의무를 지우고 이에 불응한 사람을 처벌하는 부분이 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위배되는지 여부(소극)).

이러한 입장은 행정청이 직접 대상물에 실력을 가하는 행정강제의 일종인 '행정상 즉시강제'에 관한 판례에서 확인해 볼 수 있다.[103][104]

[헌법재판소 2002.10.31. 선고 2000헌가12 전원재판부]

"관계행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 한 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(2001. 5. 24. 법률 제6473호로 개정되기 전의 것) 제24조 제3항 4호 중 게임물에 관한 규정 부분(이하 "이 사건 법률조항"이라 한다)이 영장주의에 위배되는지 여부(소극)

행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다. 이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서도 다시 행정상의 장해가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적을 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다.

영장주의가 행정상 즉시강제에도 적용되는지에 관하여는 논란이 있으나, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

만일 어떤 법률조항이 영장주의를 배제할 만한 합리적인 이유가 없을 정도로 급박성이 인정되지 아니함에도 행정상 즉시강제를 인정하고 있다면, 이러한 법률조항은 이미 그 자체로 과잉금지의 원칙에 위반되는 것으로서 위헌이라고 할 것이다.

이 사건 법률조항은 앞에서 본바와 같이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한

---

103) 헌법재판소 2002.10.31. 선고 2000헌가12 전원재판부.

104) 헌법재판소 2006.7.27. 선고 2005헌마277 전원재판부(마약류사범인 청구인에게 마약류반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 한 것이 영장주의에 반하는지 여부(소극)); 헌법재판소 2012.12.27. 선고 2010헌마153 전원재판부(구치소장이 검사의 요청에 따라 청구인과 배우자의 접견녹음파일을 제공한 행위가 영장주의가 적용되지는 여부(소극)); 헌법재판소 2012.4.24. 선고 2012헌마302 결정(형사재판에 계속 중인 사람에 대하여 출국을 금지할 수 있다고 규정한 출입국관리법(2011. 7. 18. 법률 제10863호로 개정된 것) 제4조 제1항 제1호가 영장주의에 위배되는지 여부(소극)).

다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없다."

라. 행정조사에서의 영장주의의 한계

1) 행정공무원의 영장신청권

행정기관의 행정조사의 방법으로서의 영업장의 출입조사와 관련하여서는 영장주의에 관한 내용을 규정하고 있는 법률은 없다. 따라서, 설사 현실적으로 영장이 필요한 상황이 전개되더라도 일반 공무원이 행정조사를 실시한 경우에는 그에게 영장신청권이 없다는 문제가 있다.[105] 다시 말해서, 영장주의 적용과 관련하여 일정한 행정조사를 하는 경우 (원칙적으로) 영장을 필요로 한다는 견해나 행정조사 결과가 형사책임의 추궁과 관련성이 있는 경우 영장을 받아야 한다는 견해 등을 따르게 될 경우에도 현재의 행정법령의 해석상으로는 불가능하다는 것이다.[106] 일반 공무원에게는 영장신청권이 없기 때문이다. 따라서 행정조사에서의 영장주의 문제는 해석론이 아닌 입법론으로서의 논의가 전개되어야 한다.

다만, 특별한 경우 이에 관한 내용을 규정하고 있는 법률이 있다. 예를 들어, 「조세범처벌절차법」 제9조 제1항에서는 "세무공무원이 제8조에 따라 압수 또는 수색을 할 때에는 근무지 관할 검사에게 신청하여 검사의 청구를 받은 관할 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장이 있어야 한다"고 규정하고 있다. 그러나 이 경우는 세무공무원은 - 특별사법경찰권을 가지고 있지는 않지만 - 그의 일련의 행위는 행정조사(세무조사)가 아니라 조세범칙조사로서 활동하는 것이라는 특성이 있다. 관세법 제296조에도 이와 유사한 규정이 규정되어 있다. 이 경우도 세관공무원은 행정공무원으로서 관세조사가 아닌 관세범조사 활동을 하는 것이라는 특성이 있다. 만약 관세공무원이 특별사법경찰관리로서 수사를 진행한다면 그것은 당연히 행정조사가 아니기 때문에 압수·수색을 한다면 영장을 필요로 할 것이다.[107]

---

105) 백상진, 앞의 논문, 115면.

106) 이재구·이호용, "수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서", 한양대 법학논총 제35집 제2호(2018), 431~432면.

107) 관세공무원에게는 - 세무공무원과는 달리 - 특별사법경찰권이 부여되어 있다(사법경찰직무법 제5조 제17호).

2) 행정조사의 실효성

원칙적으로 행정조사를 시작하는 경우에 영장을 필요로 한다고 한다면 행정조사의 실효성이나 현실적 실현가능성에 한계가 있을 수 있다. 모든 행정조사에 영장을 필요로 한다고 할 경우 행정조사의 목적인 공익추구 및 보호를 실효적으로 할 수가 없을 뿐만 아니라 그로 인한 행정조사에 수반되는 인원 및 예산(행정공무원의 인력 · 업무량, 수사기관 등의 인력 · 업무량 등)을 고려해 볼 때 현실 가능성도 기대하기 어려울 것이다. 또한, 영장을 신청하는 경우 그 대상이나 피의사실 등이 특정되어야 하는데 행정조사는 그 특성상 이러한 것들이 특정되어 있지 않기 때문에 영장을 발부받을 수도 없다는 한계가 있다.[108]

한편, 형사소추와의 관련성이 있는 행정조사의 경우 영장을 발부받아야 한다고 하는 경우에도, 법령 위반사건을 조사하면서 위법사항이 발견될 경우 단순히 행정적 조치 또는 통고처분으로 종결할 것인지 아니면 수사기관에 고발을 할 것인지는 조사가 진행되어 결과가 나와야 알 수 있는 것이다. 즉 행정조사 시작단계에서부터 형사소추 여부를 사전에 확정하기 어렵기 때문에 형사소추 목적 여부로 영장요부를 판단한다는 것도 매우 어렵다는 한계가 있다.[109]

이러한 특성을 고려한다면 행정조사의 범주에 법 위반행위 조사를 규정하고 있는 현행법의 태도에 대한 본질적인 고민이 필요하다.

2. 행정조사와 진술거부권

가. 형사절차와 진술거부권

1) 의의

헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 … 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정하여 형사책임에 관하여 자신에게 불이익한 진술을 강요당하지 아니할 권리, 즉 진술거부권을 기본권으로 보장하고 있다. 그리고 「형사소송법」도 수사절차에서 피의자를 위한 진술거부권(법 제244조의3)과 공판절차에서 피고인의 진술거

108) 이재구 · 이호용, 앞의 논문, 432면 참조.
109) 이재구 · 이호용, 위의 논문, 430~431면 참조.

부권(법 제266조의8 제8항, 제283조의2)을 규정하고 있다. 진술거부권은 피고인 또는 피의자와 검사 사이에 무기평등(무기평등)을 도모하여 공정한 재판의 이념을 실현하려는 데 있다.[110]

2) 진술거부권

헌법 제12조 제2항은 '모든 국민'에게 진술거부권을 보장하고 있으므로 그 주체에는 제한이 없다. 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속중인 자뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장되며, 형사절차뿐 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서도 보장된다.[111]

진술거부권은 대상은 "진술"이다. 진술이란 언어적 표출 즉, 생각이나 지식, 경험사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미하는 것으로서, 진술인 이상 구두에 의한 진술뿐만 아니라 서면에 기재된 진술(자술서 제출)도 포함된다. 그러나 지문이나 족형의 채취, 신체의 측정, 사진촬영, 호흡측정 등은 신체의 물리적, 사실적 상태를 그대로 드러내는 행위에 불과한 것으로서 진술이 아니기 때문에 여기에 진술거부권이 미치지 않는다.[112]

진술거부권의 적용대상은 형사상 자기에게 불리한 진술이다(헌법 제12조 제2항). 따라서 민사책임이나 행정상의 책임과 관련하여 자기에게 불리한 진술은 거부할 수 없다.[113] 그러나 형사책임과 관련된 것이라면 "범죄사실 자체"뿐만 아니라 "간접사실이나 "범죄사실 발견에 단서를 제공하는 사항에 관한 진술"도 진술거부권의 대상이 된다.[114]

---

110) 헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌가11 결정 참조.
111) 헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌가11 결정 참조.
112) 신동운, 신형사소송법[제12판], 법문사, 2020, 32~33면; 헌법재판소 1997.3.27. 선고 96헌가11 결정 참조.
113) 다만, 진술거부권에 대하여 헌법 제12조 제2항이 "형사상 자기에게 불리한 진술"이라고 규정하고 있으나, 형사소송법에서는 '자기에게 불리'한 것인 여부는 묻지 않고 '일체의 진술'을 거부할 수 있다고 규정하고 있다(법 제244조의3 제1항 제1호 참조). 따라서 형사소송법상의 진술거부권은 불이익 진술은 물론 이익이 되는 진술도 거부할 수 있다(이주원, 형사소송법, 2020, 38면).
114) 신동운, 신형사소송법[제12판], 법문사, 2020, 33면.

3) 진술거부권의 고지

피의자 또는 피고인이 진술거부권을 현실적으로 행사하려면 진술자가 자신에게 그러한 권리가 있음을 알아야 한다. 이에 형사소송법은 피의자 및 피고인에 대한 진술거부권 고지를 명문으로 규정하고 있다(법 제244조의3, 제283조의2). 수사기관에 의한 진술거부권 고지 대상이 되는 피의자 지위는 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자 지위가 인정되는 시기(수사기관이 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때)에 인정된다.[115] 즉 아직 수사가 개시되지 않아 피의자의 지위에 있지 않은 경우 진술거부권를 고지할 의무가 없다.[116]

4) 진술거부권 보장 효과

피의자 또는 피고인의 진술거부권을 침해하여 강요에 의하여 얻은 자백은 임의성이 없으므로 그 증거능력이 부정된다(형사소송법 제308조의2). 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않고 얻은 진술도 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부정된다.[117]

진술거부권 행사를 사실인정에서 피고인에게 불리한 간접증거로 사용하는 것은 허용되지 않으며, 진술거부 자체가 구속사유로서의 증거인멸의 염려를 판단하는 자료로 사용되는 것도 허용되지 않는다.[118]

한편 범죄사실의 단순한 부인은 - 죄를 반성하거나 후회하고 있지 않다는 인격적 비난요소로 보아 - 가중적 양형의 조건으로 삼는 것은 결과적으로 피고인에게 자백을 강요하는 것이 되어 허용될 수 없다. 다만 그것이 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작될 수 있다.[119]

---

115) 대법원 2015.10.29. 선고 2014도5939 판결.
116) 대법원 2011.11.10. 선고 2011도8125 판결.
117) 대법원 1992.6.23. 선고 92도682 판결.
118) 신동운, 신형사소송법[제12판], 법문사, 2020, 35면; 이주원, 형사소송법, 박영사, 2020, 40면; 이은모, 형사소송법, 박영사, 2012, 97면.
119) 대법원 2001.3.9. 선고 2001도192 판결.

나. 행정조사와 진술거부권

1) 의미

행정조사와 관련하여서는 현행 「행정조사 기본법」이나 행정조사를 규정하고 있는 개별 행정법률에서는 진술거부권에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 따라서 헌법 제12조 제2항에 의해 국민의 기본적 권리로서 보장되는 진술거부권이 행정조사에서도 인정되는지 여부와 이것이 인정된다면 나아가 조사기관이 진술거부권을 고지해야 할 의무가 있는지도 문제된다.

행정조사에서 진술거부권이 인정된다고 할 경우, 조사대상자에게 진술거부 등 조사불응에 대하여 처벌 규정을 두는 경우나 신고의무를 규정하는 경우 이것이 진술거부권을 침해하는 것인지 문제될 수 있다.

2) 진술거부권 인정여부

(1) 학설

대부분의 행정법률에서는 행정조사의 방법으로서 보고요구, 자료제출요구 및 사업장 출입조사 등을 규정하고 있고 이러한 행정조사에 응하지 않는 경우에는 일정한 제재를 부과하고 있다.[120] 이와 같은 제재규정을 기반으로 한 행정조사(보고 · 진술강제)를 통하여 수집한 자료가 후에 이어지는 형사절차에서 증거로 활용될 경우에는 - 결과적으로 - 실질적으로는 수사절차와 다를 바 없음에도 불구하고 행정조사의 외관을 가지고 증거를 취득한 것으로서, 사실상 헌법 및 형사소송법에서 보장한 진술거부권을 침해하는 결과를 초래하게 된다. 이러한 경우에 대하여 현행 「행정조사 기본법」이나 개별 행정법규에서는 명시적 규정이 없고, 헌법 제12조 제2항에서는 '형사상' 불리한 진술거부를 규정하고 있기 때문에, 행정조사에서도 진술거부권이 인정되는지에 대해 논란이 있다.[121]

---

120) 예를 들어, 「화물자동차 운수사업법」에서는 운수사업자의 위법행위 확인 등을 위하여 필요한 경우 보고요구, 자료제출요구 및 사업장 출입조사(검사 · 질문)를 할 수 있다고 규정하고 있고(법 제61조 제1항), 이를 위반하는 경우(보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 경우, 서류를 제출하지 아니하거나 거짓 서류를 제출한 경우 또는 검사를 거부 · 방해 또는 기피한 경우)에는 500만원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있다(법 제70조 제2항 제24호~제26호).

121) 백상진, "수사절차와 관련된 행정조사의 통제방안에 관한 연구", 한국경찰학회보 제18권 제1

이에 대하여 행정조사의 경우 전적으로 진술거부권이 인정되지 않는다는 견해는 찾아보기 어렵고, ① "헌법 제12조 제2항은 순수한 형사절차에 대한 규정으로서 행정절차는 행정상의 합리적인 규제 및 공공복리 등을 추구하는 것으로서 형사책임을 직접 묻는 것이 아니기 때문에 순수한 행정절차에는 진술거부권에 관한 규정이 적용될 여지가 없으나 행정조사가 형사상 책임추궁을 위한 자료 수집을 위한 것으로 그 질문이 행정조사와 형사절차의 양 목적을 위해 행사되는 경우는 진술거부권이 인정된다고 한다는 견해"와,[122] ② "헌법 제12조 제2항에서 보장하고 있는 진술거부권의 취지를 고려해 볼 때 문언상 '형사상'의 의미를 형식적 의미로 해석할 것이 아니라 실질적 의미로 파악하는 것이 바람직하므로 형식적으로는 행정절차나 국회 등에서의 조사·질문이라 하더라도 실질적으로 형사책임의 추급을 당할 우려가 있다면 진술거부권은 인정되어야 한다"는 견해[123][124] 등이 있다. 후자는 형사책임 추급 우려만 있어도 진술거부권을 인정하고 있기 때문에 전자보다는 더 적극적인 견해라 할 수 있을 것이다.

(2) 판례의 입장

헌법재판소는 교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 「도로교통법」 제50조 제2항, 제111조 제3호의 진술거부권(헌법 제12조 제2항) 침해 여부에 대하여, "진술거부권은 형사절차에서만 보장되는 것은 아니고 행정절차이거나 국회에서의 질문 등 어디에서나 그 진술이 자기에게 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니할 국민의 기본권으로 보장된다"고 하였다.[125]

호(2016), 120면.

122) 박윤흔·정형근, 최신행정법강의(상), 박영사, 2009, 542면(정한중, "행정조사와 진술거부권 고지의무", 외법논집 제38권 제2호(2014), 60면 재인용)

123) 이근우, "행정조사의 형사법적 한계설정", 고려법학 제72호(2014), 379면; 백상진, 앞의 논문, 121면(이 견해에 따르면, 예를 들어, 법에서 규정하고 있는 진술이나 신고 의무가 형사적 책임 추급과 관련이 없는 경우(법인세법 제122조 등) 진술거부권은 문제가 되지 않지만, 공정거래법 제50조13에 규정된 위반행위의 조사는 형사증거로 사용될 수 있으므로 실질적으로 형사절차에 해당되므로 – 피조사자의 방어권을 수사개시의 단계가 아닌 행정조사의 개시단계부터 보호할 필요가 있으므로 - 이 경우에는 진술거부권이 인정되는 것이 타당하다는 것이다(백상진, 앞의 논문, 122면)).

124) 정한중, 앞의 논문, 62면(이 견해는, '진술자의 인식'을 중시하여 '피조사자가 자기의 진술로 인하여 앞으로 형사절차에서 형사상 책임을 질 가능성'이 있다고 생각한다면 진술거부권을 인정하여야 한다고 한다).

125) 헌법재판소 1990.8.27. 선고 89헌가118 전원재판부〔한정합헌〕

헌법재판소 1990.8.27. 선고 89헌가118 전원재판부[한정합헌]

"이러한 진술거부권은 형사절차에서만 보장되는 것은 아니고 행정절차이거나 국회에서의 질문 등 어디에서나 그 진술이 자기에게 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니할 국민의 기본권으로 보장된다. 따라서 현재 형사피의자나 피고인으로서 수사 및 공판절차에 계속 중인 자 뿐만 아니라 교통사고를 일으킨 차량의 운전자 등과 같이 장차 형사피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자에게도 그 진술내용이 자기의 형사책임에 관련되는 것일 때에는 그 진술을 강요받지 않을 자기부죄(自己負罪) 거절의 권리가 보장되는 것이다. 또한 진술거부권은 형사상 자기에게 불리한 내용의 진술을 강요당하지 아니하는 것이므로 고문 등 폭행에 의한 강요는 물론 법률로서도 진술을 강제할 수 없음을 의미한다. 그러므로 만일 법률이 범법자에게 자기의 범죄사실을 반드시 신고하도록 명시하고 그 미신고를 이유로 처벌하는 벌칙을 규정하는 것은 헌법상 보장된 국민의 기본권인 진술거부권을 침해하는 것이 된다."

그러나 본 건 도로교통법 제50조 제2항(차량의 교통사고로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴한 운전자 등에게 사고가 난 곳, 사상자 수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도, 그 밖의 조치상황 등을 경찰관에게 신고하도록 규정) 및 제111조 제3호(동법 제50조 제2항에 규정된 신고를 하지 않을 경우에 20만원 이하의 벌금이나 구류의 형으로 처벌하도록 규정)는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로서 헌법에 위배되지 아니한다고 하였다.[126)127)]

(3) 진술거부권의 제한

진술거부권도 그 본질적인 내용을 침해하지 않는 한 법률에 의한 제한이 가능하다는 점에 유의할 필요가 있다. 따라서 모든 행정조사에 있어서 진술과 관련된 모든 의무규정이 – 설사 형사책임 추급의 우려가 있는 경우라 할지라도 - 일률적으로 진술거부권를 침해하기는 어려운 한계가 있다

126) 헌법재판소 1990.8.27. 선고 89헌가118 전원재판부[한정합헌]

127) 또한 대법원 2014.2.27. 선고 2013도15500 판결 참조("도로교통법 제54조 제2항 본문에 규정된 신고의무는, 교통사고가 발생한 때에 이를 지체 없이 경찰공무원 또는 경찰관서에 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관한 적절한 조치를 취하게 함으로써 도로상의 소통장해를 제거하고 피해의 확대를 방지하여 교통질서의 유지 및 안전을 도모하는 데 입법취지가 있다. 이와 같은 도로교통법상 신고의무 규정의 입법취지와 헌법상 보장된 진술거부권 및 평등원칙에 비추어 볼 때, 교통사고를 낸 차의 운전자 등의 신고의무는 사고의 규모나 당시의 구체적인 상황에 따라 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위하여 당사자의 개인적인 조치를 넘어 경찰관의 조직적 조치가 필요하다고 인정되는 경우에만 있는 것이라고 해석하여야 한다. 그리고 이는 도로교통법 제54조 제2항 단서에서 '운행 중인 차만 손괴된 것이 분명하고 도로에서의 위험방지와 원활한 소통을 위하여 필요한 조치를 한 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있어도 마찬가지이다").

[참고: 헌법재판소 2005.12.22. 선고 2004헌바25 전원재판부]

"정치자금법 제31조 제1호 중제22조 제1항의 허위기재 부분과제24조 제1항의 허위보고 부분은 궁극적으로 정치자금의 투명성을 확보하여 민주정치의 건전한 발전을 도모하려는 것으로서 그 입법목적이 정당하고, 위 조항들이 규정하고 있는 정치자금에 대한 정확한 수입과 지출의 기재·신고에 의하여 정당의 수입과 지출에 관하여 정확한 정보를 얻고 이를 검증할 수 있게 되므로, 이는 위 입법목적과 밀접한 관련을 갖는 적절한 수단이다. 또한, 정치자금에 관한 사무를 처리하는 선거관리위원회가 모든 정당·후원회·국회의원 등의 모든 정치자금 내역을 파악한다는 것은 거의 불가능에 가까우므로 만일 불법 정치자금의 수수 내역을 기재하고 이를 신고하는 조항이 없다면 '정치자금의 투명성 확보'라는 정치자금법 본연의 목적을 달성할 수 없게 된다는 점에서 위 조항들의 시행은 정치자금법의 입법목적을 달성하기 위한 필수불가결한 조치라고 할 것이고, 달리 이보다 진술거부권을 덜 침해하는 방안을 현실적으로 찾을 수 없다. 마지막으로, 위 조항들을 통하여 달성하고자 하는 정치자금의 투명한 공개라는 공익은 불법 정치자금을 수수한 사실을 회계장부에 기재하고 신고해야 할 의무를 지키지 않은 채 진술거부권을 주장하는 사익보다 우월하다. 결국, 정당의 회계책임자가 불법 정치자금이라도 그 수수 내역을 회계장부에 기재하고 이를 신고할 의무가 있다고 규정하고 있는 위 조항들은 헌법 제12조 제2항이 보장하는 진술거부권을 침해한다고 할 수 없다."

3) 진술거부권의 고지

(1) 견해의 대립

행정조사의 경우 진술거부권이 인정되는 경우 그것의 실질적인 행사를 위해서 조사자가 진술자에게 진술거부권을 고지할 의무가 인정되는지, 인정된다면 언제 그것을 고지해야 하는지 논란이 있을 수 있다. 이에 관한 논의는 – 형사책임 추급 가능성이 있는 경우 진술거부권의 인정을 전제로 - 진술거부권 고지의 시점에 관한 것으로 집중된다.[128]

128) 예를 들어, 행정상의 제재(영업정지 등 행정조치, 과징금 또는 과태료 부과 등)와 전적으로 관련된 규정 위반에 대한 행정조사의 경우에는 – 형사절차로 이행되는 것이 아니기 때문에 – 진술거부권 및 진술거부권 고지가 인정될 여지가 없다(이재구·이호용, "수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁정 – 실무자의 관점에서", 한양대 법학논총 제35집 제2호(2018), 425면 참조).

첫째는, 진술거부권 고지시기를 조사자를 기준으로 하여야 한다는 견해가 있다. "법령 위반행위 확인을 위한 행정조사의 경우에, 조사대상자는 언제 행정조사가 고발 등을 통해 형사절차로 이행될지를 알 수 없는 위치에 있으므로, 권력적 행정조사를 포함한 일반적인 행정조사에서도 조사자가 피조사자에 대하여 구체적 진술이나 보고를 하게 하는 경우에, 조사자가 그 행정조사 시에 피조사자의 진술 등이 형사절차에서 증거로 사용될 수 있다는 것을 인식하거나 인식할 수 있었을 때에는 그 조사개시 전 피조사자에게 진술을 거부할 수 있음을 고지하여야 한다"는 견해이다,[129]

둘째는, 법령위반여부를 위한 행정조사를 개시할 때 진술거부권을 고지하여야 한다는 견해이다. "조사자도 행정조사의 개시단계에는 단순히 통고처분으로 사건을 종결할지 혹은 고발권을 행사할지는 알 수가 없고, 조사 중에 비로소 형사절차로의 이행의 가능성을 인식하여 진술거부권을 고지했다고 하더라도 이미 증거가 상당히 확보된 상태이며, 조사 종료 후에도 불법의 정도나 당해사건의 형사처벌의 필요성 등을 종합적으로 고려하여 통고처분으로 종결될 수도 있기 때문에, 고발권 행사여부의 이러한 유동성을 고려하지 않고 고발 이전의 단계를 단순히 행정조사의 과정이라 여겨 진술거부권을 고지하지 않는다면 피조사자의 권익 및 방어권 보장이 위태롭게 될 수 있으므로 행정형벌규정의 위반여부를 위한 조사를 개시할 때 진술거부권을 고지하는 것이 타당하다"는 견해이다.[130]

첫째 견해는 피조사자의 기본권 보장에 취약하고, 두 번째 견해는 전속고발권을 가지고 있는 행정기관의 조사의 경우에는 적합할 수 있지만, 모든 행정조사에 이를 인정하기 어렵다는 한계가 있다.

(2) 진술거부권의 고지의 한계

진술거부권은 - 헌법 제12조 제2항에 규정되어 - 국민의 기본적 권리로 보장되지만 진술거부권을 고지받을 권리는 그렇지 않다. 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출된다고 할 수는 없고,

---

129) 정한중, 앞의 논문, 63면(이 견해는, 조사자의 인식 여부는, 전속고발권을 가진 기관의 고발사건을 조사하는 조사자는 당연히 인식하였다고 볼 수 있고, 이러한 사건의 조사는 아니지만 그 조사자가 소속된 기관에서 자주 고발이나 수사의뢰를 하였는지 등 여러 사정을 종합하여 조사당시를 기준으로 사후적으로 판단하여야 한다고 한다).

130) 백상진, 앞의 논문, 124면; 이재구・이호용, 앞의 논문, 423~425면.

이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다.[131]

[대법원 2014.1.16. 선고 2013도5441 판결]

"구 공직선거법(2013.8.13. 개정 이전의 것)은 제272조의2에서 선거범죄 조사와 관련하여 선거관리위원회 위원·직원이 관계자에게 질문·조사를 할 수 있다고 규정하면서도 진술거부권의 고지에 관하여는 별도의 규정을 두지 않았고, 수사기관의 피의자에 대한 진술거부권 고지를 규정한 형사소송법 제244조의3 제1항이 구 공직선거법상 선거관리위원회 위원·직원의 조사절차에 당연히 유추적용된다고 볼 수도 없다. … (중략) … 결국 구 공직선거법 시행 당시 선거관리위원회 위원·직원이 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문을 하면서 미리 진술거부권을 고지하지 않았다고 하여 단지 그러한 이유만으로 그 조사절차가 위법하다거나 그 과정에서 작성·수집된 선거관리위원회 문답서의 증거능력이 당연히 부정된다고 할 수는 없다."

다시 말해서, 행정조사와 관련한 진술거부권 고지 문제는 – 진술거부권 인정 여부와는 별개로 - 해석론이 아닌 입법으로서 해결해야 할 문제라 할 수 있다.

3. 행정조사와 수사의 구분 불명확성

가. 한계의 불명확성

일반 행정기관에 의한 법 위반행위에 대한 행정조사나 특별 행정기관에 의한 행정조사의 경우에는 그 내용이 행정조사에 해당하는지 또는 수사에 해당하는지 구분이 불명확한 경우가 많다.

이러한 예를 대표적으로 보여주는 비교 사례가 [2010고합11 판결]과 [2013고단3067 판결]이다(하급심).[132]

[2010고합11 판결]에서는 금융감독원 조사역이 시세조종행위 등 혐의자를 금융감독원에 출석시켜 피고인이 주가조작행위를 하였는지 물으면서 문답서를 작성 받았으

131) 대법원 2014.1.16. 선고 2013도5441 판결.

132) 이 사례에 대하여 소개를 하고 있는 연구로는 원대성, "금융감독원 불공정거래 조사 과정에서 발생한 피조사자의 절차적 권리 보장의 문제", 연세글로벌 비즈니스 법학연구(YGBL) 제10권 제2호(2018.12), 45면 이하; 홍지은, "특별사법경찰의 행정조사와 수사: 진술서 작성 및 자료제출 요구를 중심으로", 범죄수사학연구 통권 제10호(2020), 113면 이하; 이정수, "금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토", 법학평론 제5권(2015.2), 289면 이하; 남궁주현, "현실매매에 의한 시세조종행위의 성립요건에 관한 고찰", 한국증권법학회 제171회 정기세미나(2011.08) 발표문, 1면 이하 등이 있다.

며, 피고인과 전화통화하면서 피고인이 시세조종 행위를 하였는지 등을 추궁하고 녹취록을 작성한 사안에 대하여, 이것은 그에게 인정되는 출석요구권 행사(자본시장법 제426조 제2항, 행정조사)가 아니라 그에게 부여되지 않은 심문권 행사(자본시장법 제427조 제1항, 수사)에 해당하므로 작성된 문답서 및 녹취록은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 하였다.[133]

[서울중앙지법 2011.1.28. 선고 2010고합11판결](요약)[134]

"금융감독원장에게 위탁된 자본시장법 제426조상의 조사업무를 수행하는 금융감독원 '조사역'은 그 권한이 '장부 등의 조사권'(제1항)과 '진술서의 제출, 출석, 장부 등의 제출 요구권'(제2항)만이 인정되고 특별사법경찰관리가 아니므로 수사행위를 할 수 있는 권한이 없다.

위의 조사역은 - 피고인을 조사한 실질적인 내용을 고려해 볼 때[135] - 피고인을 '관계자'로 보고 조사사항에 관한 증언을 위한 출석을 요구하여 그로부터 증언을 받은 것이 아니고, 자본시장법 위반행위의 혐의가 있는 '혐의자'로 보고 심문행위를 하였다고 봄이 상당하다.

금융감독원 조사역에게 자본시장법 제427조제1항의 심문할 수 있는 권한이 없는 이상 피고인을 출석시키거나 전화통화 등의 방법으로 조사하는 행위는 권한 없는 기관의 수사행위에 해당하고, 그 과정에서 작성된 문답서 및 녹취록은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 봄이 상당하다."

반면에 [2013고단3067 판결]에서는 금융감독원 조사역이 시세조종혐의자들을 금융감독원에 출석시켜 시세조종혐의에 관하여 자세히 물으면서 그 조사내용을 문답서의 형태로 작성한 사안에 대하여, 금융감독원 조사역은 조사사항에 관한 증언을 위한 출석 등을 요구할 권한이 있기 때문에(자본시장법 제426조 제2항) 그의 조사 활동은

133) 서울중앙지법 2011.1.28. 선고 2010고합11 판결. 동 판결은 2심(서울고등법원 2012.1.13. 선고 2011노433 판결)에서도 원심을 유지하였고, 대법원(대법원 2012.11.29. 선고 2012도1745 판결)에서 확정되었다(원대성, 앞의 논문, 49면 각주 28)).

134) 홍지은, 앞의 논문, 114~115면의 내용을 참조하여 정리한 것임.

135) 법원이 인정한 사실은 "① 종로경찰서는 2008.8.5. 금융감독원에 이 사건 은행 주식매매가 시세조종행위인지 여부 등에 대해 수사협조를 요청한 사실, ② 금융감독원 조사역은 2009.7.21. 피고인을 혐의자로 보고 금융감독원에 출석시켜 문답서를 작성받으면서 피고인이 주가조작행위를 하였는지 추궁한 사실, ③ 위 조사역은 2009.8.7. 피고인과 전화통화하면서 피고인이 시세조종 행위를 하였는지, 대표이사의 관여가 있었는지에 대해 추궁하고 녹취록을 작성한 사실"이다(홍지은, 앞의 논문, 114면에서 인용).

- 수사행위가 아닌 - 행정조사로 볼 수 있기 때문에 그 문답서는 진정성립이 인정되고 특신상황도 인정된다고 하여 증거능력을 인정하였다.[136]

> [서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결](요약)[137]
> "금융감독원 조사역은 시세조종의 조사를 위하여 관계자에게 진술서의 제출, 조사사항에 관한 증언을 위한 출석 등을 요구할 권한이 있다(자본시장법 제426조 제2항). 자본시장법 제426조 제2항은 위 조사권한의 하나로 관계자에게 '조사사항에 관한 증언을 위한 출석'을 요구할 수 있도록 규정하고 있기 때문에 금융감독원 조사역은 시세조종에 관하여 증권선물위원회가 시정명령 등의 조치를 취할 수 있도록, 이에 필요한 조사활동의 일환으로 시세조종 혐의자를 금융감독원에 출석시켜 시세조종 혐의에 관하여 자세히 따져 물으면서 그 조사내용을 문답서의 형태로 작성할 수 있는 권한이 있다.
> 금융감독원 조사역의 조사 활동은 - 제반 사정을 종합해 볼 때[138] - 수사행위로 볼 수 없기 때문에 문답서는 형사소송법 제313조 제1항 소정의 수사기관 이외의 자가 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류에 해당하고, 그 과정에서 작성된 문답서는 진정성립이 인정되고 특신상황도 인정되어 증거능력이 인정된다."

우리나라 현행법 체계하에서는 - 어떤 법 위반행위에 대하여는 행정적 제재와 형사제재를 동시에 규정하고 있기 때문에 - 법 위반행위와 관련한 조사행위는 행정조사 성격과 수사행위 성격을 동시에 갖는 것이 일반적일 수 있다. 따라서 이와 같은 경우에는, 즉 조사행위에 형사절차로서의 성격을 조금이라도 갖는 것이라면 행정조사가 아닌 수사행위로 보아 피조사자의 기본권이 보장되도록 할 필요가 있다.[139][140]

---

136) 서울중앙지방법원 2013.12.5. 선고 2013고단3067 판결.

137) 홍지은, 앞의 논문, 115~116면의 내용을 참조하여 정리한 것임.

138) 법원이 인정한 사실은 "① 위 규정은 '증언을 청취할 권한'이 있음을 전제로 그와 같은 증언을 청취하기 위해 관계자를 금융감독원에 출석하도록 요구할 권한이 있다는 절차 규정으로 봄이 상당한 점, ② 금융감독원에서는 법원 · 국회에서와 같은 방식에 의한 증언절차는 마련되어 있지 않은 것으로 보이고 구 자본시장법 제426조 제2항이 2013.5.28. 법률 제11845호로 개정되면서 '조사사항에 관한 증언을 위한 출석' 부분이 '조사 사항에 관한 진술을 위한 출석'으로 변경된 것은 '증언'이라는 문구가 적절하지 않아 '진술'이라는 문구로 바로잡은 것으로 보이는 점, ③ 통상 법원에서는 증인에 대하여 신문의 형태로 증언을 청취하는데, 신문의 사전적 의미와 심문의 사전적 의미 간의 별다른 차이가 없는 점, ④ 심문의 사전적 의미에 비추어 심문을 바로 수사행위라고 보기는 어려운 점, ⑤ 각종 법령은 수사기관이 아닌 자에게 일정한 조사사항에 관하여 당사자를 심문할 권한을 부여하고 있는 점" 등이다(홍지은, 앞의 논문, 115~116면에서 인용).

139) 이정수, "금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토", 법학평론 제5권(2015.2), 289면, 302면.

140) [2013고단3067 판결] 사건은 일반 사인의 시세조종행위에 관한 것으로 - 금융위원회는 사실상

나. 한계의 불명확성과 행정응원

「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하 "감염병예방법"이라 한다)에서는 감염병환자등이 발생한 경우 감염병의 차단과 확산 방지 등을 위하여 감염병환자등의 발생 규모를 파악하고 감염원을 추적하는 등의 활동, 즉 역학조사에 관하여 규정하고 있고(법 제18조 제1항), 역학조사에 대하여 정당한 사유 없이 역학조사를 거부·방해·회피하는 행위, 거짓으로 진술하거나 거짓 자료를 제출하는 행위, 고의적으로 사실을 누락·은폐하는 행위에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(법 제2조 제17호, 제18조 제1항, 제18조 제3항, 제79조 제1호).

코로나19의 확산의 주요 원인으로 지목된 신천지 측으로부터 제출받은 신도 등 명단에 대해 일부 지방자치단체 등에서 신뢰성의 문제를 제기되자, 신천지 측에서 제출한 신도 등 명단에 대한 자료 검증을 위하여 2020.3.5.에 경기도 과천에 있는 신천지 교회 본부에 대해 행정조사를 진행하였다. 행정조사에는 중앙사고수습본부 특별관리전담반과 중대본 역학조사팀과 함께 대검찰청의 포렌식 분석 관련 인력·기술·장비가 투입되었다.[141] 대검 포렌식팀의 지원은 - 신천지 본부 자료를 복구·분석해 신도·시설 현황이 삭제되거나 누락됐는지 여부 등에 대한 검증을 위한 것으로 - 강제수사가 아닌 감염병예방법에 따른 방역당국의 조사에 필요한 인원·장비를 갖춘 전문기관으로써 대검이 "행정응원" 형식으로 협조하는 성격을 갖는 것이었다.[142]

이처럼 행정응원을 통한 행정조사를 하게 된 배경에는 검찰이 형사처벌을 목적으로 한 압수·수색하여 획득한 자료를 정부에 임의로 제출하는 것은 공무상 비밀누설죄와 개인정보보호법 위반에 해당될 수 있다는 우려가 있고, 감염병예방법상 방역 당국이 영장 없이 방역 관련 자료를 확보할 수 있도록 한 만큼 그런 수단을 우선 활용하는 것이 강제수사(압수·수색)보다 효율적이라는 점을 고려한 것이라고 한다.[143]

아무런 행정처분권을 가지고 있지 않기 때문에 - 그에 대한 조사는 형사소추를 위한 수사에 해당한다는 점을 부인하기도 어려운 점이 있다(이정수, 앞의 논문, 289면).

141) 조선일보 2020-03-05 〈정부, 신천지 교회 본부 檢포렌식 투입 행정조사〉(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/03/05/2020030501946.html)(최종방문: 2020.11.20.); 한국경제 2020-03-05 〈'3각 공조'로 신천지 본부 전격 행정조사〉(https://www.hankyung.com/society/article/2020030598731)(최종방문: 2020.11.20.).

142) 위의 조선일보 2020-03-05 기사; 위의 한국경제 2020-03-05; 한겨레 2020-03-05 〈검찰, 정부의 '신천지 행정조사'에 포렌식팀 지원〉(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/931250.html)(최종방문: 2020.11.20.).

이것은 행정기관이 수사기관과 협조하여 - 엄격한 절차에 따라야 하는 수사절차에 의한 것보다는 - 행정조사를 범죄혐의의 입증을 용이하게 하기 위한 수단으로 활용할 수 있는 가능성을 보여주는 것이라 할 수 있다.[144]

사실 행정응원의 경우도 기본적으로는 그 법적 근거를 필요로 한다고 할 수 있을 것이다. "행정응원"은 당해 행정청이 독자적인 직무수행이 어려운 경우 다른 행정청에 지원(원조)을 요청하는 것으로서(행정절차법 제7조 및 제8조), 그 근거를 법률로서 규정하고 있는 것이 일반적이기 때문이다. 예를 들어, 「경찰직무응원법」(제1조), 「소방기본법」(제11조), 「재난 및 안전관리 기본법」(제44조) 등에 행정응원 근거규정을 독자적으로 규정하는 경우가 있고, 「노인장기요양보험법」(제61조 제3항), 「수입식품 안전관리 특별법」(제25조 제2항), 「식품위생법」(제22조 제2항)과 같이 행정조사 수행에 있어서 필요한 경우 행정응원을 요청할 수 있도록 규정하는 경우가 있다.

「식품위생법」

제22조(출입 · 검사 · 수거 등) ① 식품의약품안전처장(대통령령으로 정하는 그 소속 기관의 장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 식품등의 위해방지 · 위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 다음 각 호의 구분에 따른 조치를 할 수 있다.

1. 영업자나 그 밖의 관계인에게 필요한 서류나 그 밖의 자료의 제출 요구
2. 관계 공무원으로 하여금 다음 각 목에 해당하는 출입 · 검사 · 수거 등의 조치
   가. 영업소(사무소, 창고, 제조소, 저장소, 판매소, 그 밖에 이와 유사한 장소를 포함한다)에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 식품등 또는 영업시설 등에 대하여 하는 검사
   나. 가목에 따른 검사에 필요한 최소량의 식품등의 무상 수거
   다. 영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람

② 식품의약품안전처장은 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장이 제1항에 따른 출입 · 검사 · 수거 등의 업무를 수행하면서 식품등으로 인하여 발생하는 위생 관련 위해방지 업무를 효율적으로 하기 위하여 필요한 경우에는 관계 행정기관의 장, 다른 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장에게 행정응원(行政應援)을 하도록 요청할 수 있다. 이 경우 행정응원을 요청받은 관계 행정기관의 장, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

③ 제1항 및 제2항의 경우에 출입 · 검사 · 수거 또는 열람하려는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

④ 제2항에 따른 행정응원의 절차, 비용 부담 방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

---

143) 위의 한국경제 2020-03-05; 연합뉴스 2020-03-05 〈신천지 행정조사로 새 국면…검찰 강제수사 가능성 열려있어(종합)〉(https://www.yna.co.kr/view/AKR20200305144051004)(최종방문: 2020.11.20.).

144) 홍지은, "특별사법경찰의 행정조사와 수사: 진술서 작성 및 자료제출 요구를 중심으로", 범죄수사학연구 통권 제10호(2020), 111면.

주요국가의 행정기관의 범죄조사권 현황 분석

이주희(제1절) · 이권철(제2절) · 이정민(제3절)

제4장

주요국가의 행정기관의 범죄조사권 현황 분석

제1절 | 독일

1. 서론

독일은 우리나라와 마찬가지로 기본적으로 행정기관의 조사와 수사기관의 수사를 구별하고 있다. 그러므로 독일의 경우 행정기관에게 수사기관과 같은 범죄조사권을 부여하고 있는 명문 규정은 찾아보기 어렵다. 범죄에 대한 수사는 행정의 영역이 아닌 사법의 영역인 것이다.[145]

그렇다고 해서 행정기관에 의한 범죄 사실의 수사가 절대적으로 불가능하다고는 말할 수 없다. 독일의 행정조사에 관한 기본적인 사항을 규정하고 있는 행정절차법 규정에 의하면 행정관청은 필요한 경우 행정절차에 참여한 자들(이하 관련자 또는 관련자들이라 함)에게 정보를 요구할 수 있다. 또한 그 밖의 개별 법률에서도 행정조사에 관한 규정과 함께 필요한 경우 관련자들에게 정보를 요구할 수 있도록 하고 있다. 이때 행정관청의 요구를 받은 관련자들은 정보를 제공할 의무(Auskunftspflicht) 및 행정조사에 협력할 의무(Mitwirkungspflicht)를 부담하게 된다. 이러한 정보제공 및

145) 독일에서 행정관청에게 행정조사권과 범죄수사권을 모두 인정하고 있는 법률로는 조세기본법(Abgabenordnung)이 있다. 조사기본법의 경우에는 세무조사(Steuerfahndung)에 관한 제208조 제1항 제1호 및 제2호에서 과세관청(Finanzbehörde)은 행정관청이자 수사기관으로서 행정절차상의 행정조사권과 형사절차상의 범죄수사권을 모두 활용할 수 있도록 하고 있다. 이를 세무조사의 이중적 기능이라고 한다. 하지만 다른 한편 그러한 경우에도 과세 절차 및 형사절차에서 납세자 및 과세관청의 권리와 의무는 해당 절차에 적용되는 규정을 기반으로 한다는 것을 분명히 하고 있다(조세기본법 제393조 제1항 참조). 조세기본법의 특수성과 문제점에 대해서는 보론으로 후술하도록 한다(이하 7).

협력의무의 이행을 통해 관련자들의 범죄사실에 관한 정보가 행정관청의 손에 들어가게 될 뿐만 아니라 이러한 정보를 기초로 하여 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차가 개시될 수 있는 것이다.

이와 관련하여 독일에서는 행정조사에 대한 협력의무와 그로 인한 형사절차상의 진술거부권의 충돌이라는 측면이 특히 문제시되고 있다. 주지하는 바와 같이 형벌을 부과하기 위한 형사절차 및 질서위반금을 부과하기 위한 절차에서 피의자는 자신의 유죄 입증에 대한 적극적 협력을 거부할 포괄적인 권리를 갖게 된다(자기부죄 금지의 원칙). 대표적인 것이 진술거부권이다. 그런데 이러한 진술거부권이 바로 행정조사를 위한 정보제공 및 협력의무에 의해 침해됨으로써 통상의 피의자에 비해 행정조사에 참여한 관련자들은 그 법적 지위가 상당히 약화된다는 것이다.

이와 같은 독일의 법적 상황 및 논의 상황을 고려하여 이하에서는 먼저 독일의 행정조사에 관한 법적·제도적 현황에 관하여 살펴보고자 한다. 이어서 행정조사 관련자들의 정보제공 및 협력의무와 형사절차상의 진술거부권 내지 자기부죄 금지의 원칙이 어떻게 충돌하는지 그리고 그 해결방안은 무엇인지에 관하여 해석론적 관점과 입법론적 관점에서 검토해 보고자 한다. 마지막으로 독일의 논의로부터 어떠한 법적·제도적 시사점을 도출해 낼 수 있을지에 관하여 결론을 갈음하여 서술하고자 한다.

2. 독일의 행정기관의 행정조사에 관한 제도 현황

가. 행정조사에 관한 기본원칙

전술한 바와 같이 우리나라의 경우 행정조사와 관련하여 「행정조사기본법」이 제정, 시행되고 있다. 행정조사의 기본원칙, 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정한 단일법이 마련되어 있는 것이다. 우리나라와는 달리 독일에는 행정조사에 관한 단일법이 존재하지 않는다. 따라서 독일의 행정조사는 관련된 개별법령에 따라 실시된다는 것은 이미 여러 차례 소개된 바와 같다.[146]

그러나 이러한 개별법령과는 별개로 독일 행정절차법 제24조는 Untersuchungsgrundsatz,

---

146) 최환용·장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안연구, 한국법제연구원, 2016, 74면 이하; 김성태, "통신법상의 행정조사", 행정법연구 제17권(2007), 179면.

즉 조사원칙이라는 제목으로 행정관청이 수행하는 행정조사의 기본원칙에 관하여 규정하고 있다. 행정관청은 행정절차법 제24조에 규정되어 있는 조사원칙에 근거하여 법 적용시 그 근거가 되는 사실관계를 직권으로 조사할 의무를 부담하게 된다. 이러한 조사원칙은 행정절차의 기본원칙으로 이해되고 있다.[147]

1) 행정관청의 직권 조사의무

행정절차법 제24조 제1항에 따라 행정관청은 직권으로 사실관계를 조사하여야 한다. 이때 조사의 종류와 범위는 행정관청 스스로 결정한다. 즉 관련자들의 주장이나 신청 또는 제출한 증거에 구속되지 않는다. 또한 행정관청은 법률상 관련자들에게 유리한 상황을 포함하여 개별 사례마다 중요한 모든 상황을 고려하여야 한다.

이러한 행정절차법상의 행정조사원칙이 적용되는 범위는 상당히 넓다고 할 수 있다. 행정행위의 발부 뿐만 아니라 공법상 계약의 체결을 목적으로 하는 일반 행정절차의 경우에도 행정관청은 행정조사를 하여야 한다. 나아가 단순 고권적 행위(schlicht-hoheitliches Handeln) 및 행정심판 절차(Widerspruchsverfahren)도 행정조사원칙의 적용을 받게 된다.[148]

그렇다면 행정관청이 직권에 의한 행정조사 의무를 위반한 경우 어떻게 처리되는가? 행정절차법 제24조에 규정되어 있는 조사원칙은 행정이란 공익을 위한 것이라는 사고에 기초하고 있다고 할 수 있다.[149] 그러므로 행정작용과 관련된 사실관계에 대한 직권 조사는 법치국가 원칙 그리고 그로부터 도출된 행정의 적법성 원칙의 구체적 결과인 것이다.[150] 따라서 행정관청의 조사의무 위반은 적법절차를 준수하지 않은 절차상 하자(Verfahrensfehler)에 해당되고 그러한 경우 국가배상책임(Amtshaftung)이 발생하게 될 것이다.[151]

---

147) Zaumseil, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren, VR, 2012, S. 325.

148) Siegmund/Marwinski, Allgemeine Grundsätze, Subjekte und Ablauf des Verwaltungsverfahrens, in: Brandt/Sachs (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2003, S. 63.

149) Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, S. 518.

150) Siegmund/Marwinski, a.a.O., S. 62; Engelhardt, in: Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1999, § 24 Rn. 10.

151) BGH, NJW 1989, 99; Ritgen, in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG, 9. Aufl., 2010, § 24 Rn. 26.

2) 행정관청의 직권 조사의무의 내용 및 범위

조사원칙에 따라 행정관청에게 직권으로 사실관계를 조사할 의무가 있다고 할 때, 행정조사의 목적은 법 적용의 전제가 되는 올바른 사실관계를 확정하는 것이라고 할 수 있다. 이를 위해 행정관청은 개별법상의 요건심사를 위한 필요한 정황들을 모두 고려하여야 한다. 여기에는 개별 사례와 관련된 구체적 사실뿐만 아니라 행정절차의 전제가 되는 법적 요건의 충족과 관련된 일반적 사실도 모두 포함된다.

또한 관련자에게 유리한 정황 뿐만 아니라 행정관청에게 불리한 정황까지도 모두 포괄적으로 조사해야 할 것이다. 이러한 점에서 결국 구체적으로 어디까지 조사할 것인가는 문제가 되는 행정영역 및 행정작용에 적용되는 실제적·절차적 규범에 따라 결정될 수 밖에 없을 것이다. 만약 행정조사의 범위를 결정하게 될 규범의 해석에 관하여 서로 다른 견해가 존재할 경우 반드시 지배적인 견해 또는 기존에 수용 내지 채택했던 견해에 반드시 구속될 필요는 없다. 구체적인 상황에 따라 합리적인 견해에 따라 규범을 해석하여 조사하는 것으로 충분하다고 할 것이다.

3) 행정관청의 직권 조사의무의 한계

독일의 경우 행정관청의 직권적 조사의무의 한계에 관한 명시적인 법규정은 존재하지 않는다. 따라서 그 한계는 행정절차법 제24조의 해석을 통해 설정되어야 할 것이다. 그에 관한 해석론을 살펴보면, 먼저 행정조사는 그 개념 내재적으로 조사의 대상에 있어서 제한을 받게 된다. 즉 행정조사는 의심의 여지가 없는 명백한 사실, 행정관청이나 법원에 의해 이미 확정된 사실, 경험칙 그리고 행정관청에 의해 이미 진실로 판단된 사실은 처음부터 조사의 대상에서 제외된다.[152] 행정관청의 조사의무는 행정작용을 하는 데 있어 중요한 사실관계에 대한 의문이 들 때 발생하며, 조사를 통해 그러한 의문이 사라질 때 종결된다고 할 수 있다.[153]

다음으로 행정관청의 조사의무는 활용가능한 조사방법에 의하여 제한을 받게 된다. 말하자면 행정관청은 법적으로 허용되고 위법하지 않은 조사 수단의 범위 내에서 의무에 합당한 재량 행사를 통해 적절한 수단을 선택해야 한다.[154] 도청이나 도촬과

---

152) Siegmund/Marwinski, a.a.O., S. 66 ff.; Ritgen, a.a.O., § 24 Rn. 11.
153) Ritgen, a.a.O., § 24 Rn. 10; Siegmund/Marwinski, a.a.O., S. 70.
154) Siegmund/Marwinski, a.a.O., S. 70; Ritgen, a.a.O., § 24 Rn. 2.

같은 불법한 수단을 사용할 수 없다는 것은 말할 필요도 없을 것이다.[155] 나아가 행정조사를 금지하는 규정이 존재하는 경우에도 행정조사는 불가능하다. 예컨대, 과세정보, 계좌정보, 개인정보 또는 사회보장 관련 정보에 관한 보호 규정이 존재할 경우가 이에 해당할 수 있다.

또한 행정관청의 직권적 조사의무는 행정의 효율성이라는 측면에서 제한될 수 있다. 이것은 조사에 대한 기대가능성(Zumutbarkeit)과 관련된 것으로, 행정조사의 대상이 된 사실관계가 복잡하고 그로 인해 상당한 비용의 발생이 예상되는 경우 그 모든 부담을 행정관청이 짊어지는 것은 불가능하다고 할 것이다. 예를 들면, 최소한 행정조사를 통해 계획되지 않은 공무원 투입 등 기타 비용을 부담해야 하는 경우에는 행정관청의 직권적 조사의무는 기대가능성이라는 한계에 도달한 것이라고 할 수 있다.[156]

나. 관련자들의 협력의무에 의한 행정조사 원칙의 보완

1) 행정관청의 행정조사와 관련자들의 협력의무 간의 관계

행정절차법 제24조에 의하면 행정 결정을 내리기 위한 사실적·법적 근거의 수집은 행정관청의 일이다. 직권 조사 의무는 오로지 행정관청을 대상으로 하는 것이다. 이에 따라 행정관청이 조사의 대상, 방법, 정도 등에 관하여 결정한다는 것은 전술한 바와 같다.

그러나 행정관청의 직권 조사는 행정절차에 참여하는 사인들의 협력의무(Mitwirkungspflicht)에 의해 보완된다. 국가가 모든 정보를 보유하고 있는 것은 아니라는 점에서 외부 정보에 의존해야 할 필요성이 존재하기 때문이다. 행정조사의 경우 이러한 외부 정보의 주요 공급자가 행정절차에 관련된 자들이라는 것은 당연하다고 할 수 있다. 행정조사의 대상이 되는 사실관계는 주로 관련자들의 활동 영역에서 발생하는 것이기 때문이다. 말하자면 행정관청이 의사결정을 내리기 위한 절차를 개시하였으나 그에 필요한 정보가 존재하지도 않고 또한 행정 내부에서 조직적 수단적

155) Engelhardt, a.a.O., § 24 Rn. 131 ff.; Ritgen, a.a.O., § 24 Rn. 17.

156) Eckhoff, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht: Die Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmässigen Vollzug des Einkommensteuerrechts, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1999, S. 511.

수단을 활용하여 얻을 수도 없는 경우 비로소 사인으로부터 정보를 획득할 수 있는 것이다.[157]

이에 행정절차법 제26조 제2항은 "관련자들은 사실관계 조사에 협력해야 한다(1문). 관련자들은 특히 알려진 사실과 증거에 관하여 진술해야 한다(2문)."라고 규정함으로써 행정조사에 행절절차 관련자들이 참여할 수 있도록 하고 있다. 관련자에게 일종의 협력의무를 부과하는 것이다. 하지만 이러한 경우에도 관련자들은 협력만 할 뿐 사실관계를 조사할 수는 없다.

관련자가 자신에게 부과된 협력의무를 다 하지 않은 경우에 대하여 행정절차법은 침묵하고 있다. 분명한 것은 행정절차법 자체는 협력의무를 이행하지 않은 자에 대하여 행정상의 제재를 부과하도록 규정하고 있지 않다는 점이다. 관련자의 협력의무를 강제하지 않는 이유에 대하여 1973년 독일 연방정부 초안에 있는 입법취지는 관련자에게 행정절차에 있어서 자신의 입장을 악화시키거나 기타 부담을 져야 하는 사정의 석명을 강제할 수는 없다고 밝히고 있다.[158]

다만 관련자의 협력의무는 행정조사를 보완하는 의미와 함께 행정조사와 관련하여 법적 증거가 될 수 있다.[159] 증거자료(Beweismittel)라는 제목 하에 행정절차법 제26조는 제1항에서 "행정관청은 의무적 재량에 의하여 사실관계의 조사에 필요한 사고의 증거를 채용한다. (1) 행정관청은 특히 모든 양태의 정보를 수집한다. (2) 행정관청은 특히 관련자로부터 청취하고 증인이나 감정인을 참고인으로 하거나 관련자 및 증인의 서면으로 진술을 수집한다. (3) 행정관청은 특히 문서와 기록의 제출을 구한다. (4) 행정관청은 실지 검증을 행한다."라고 규정하고 있기 때문이다. 따라서 행정관청은 관련자가 자신의 협력 의무를 거부할 경우 이를 의사결정 과정에서 관련자에게 불리한 증거로 활용할 수 있는 것이다.[160] 행정 결정을 내릴 때 어떤 증거를 사용할 것인지에 대한 판단은 행정관청의 재량에 달려있다고 할 수 있다.

---

157) Spiecker gen. Döhmann, Die informationelle Inanspruchnahme des Bürgers im Verwaltungsverfahren: Der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 24 VwVfG, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2007, S.1.

158) Gesetzesentwurf der Bundesregierung/VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 50(김세규, 행정법상 직권탐지원칙에 관한 연구, 동아대학교 석사학위논문, 2001, 8면에서 재인용).

159) Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, 2009, § 90 AO Rn. 29.

160) Siegmund/Marwinski, a.a.O., S. 73.

2) 관련자들의 협력의무에 관하여 규정하고 있는 개별 법률들

행정관청의 직권 조사의 경우 행정절차 참여하는 사인들에게 협력 의무를 부과하고 있는 독일 법률은 무수히 많다. 이는 행정절차법 제26조 제2항은 3문에서 "본 조문에서 규정한 것 이외의 사실관계 조사에 대한 협력 의무는 개별 법률에 특별히 예정되어 있는 경우에만 가능하다."고 규정하고 있기 때문이다. 현재 관련자들의 협력의무에 관한 규정들은 특히 근로시간법(Arbeitszeitgesetz)[161], 파산법(Insolvenzordnung)[162], 조세법(Abgabenordnung)[163], 재활용 및 폐기물법(Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz)[164], 식품 및 소비재법(Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz)[165], 식당법(Gaststättengesetz)[166]과 같이 거의 모든 생활영역에 걸쳐 상당한 통제력을 발휘하는 경제행정법 영역에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 개별 법률에 규정되어 있는 협력의무의 내용 역시 정보제공의무(Auskunftspflicht), 기록의무(Aufzeichnungspflicht), 증빙자료 작성 의무(Dokumentationspflicht) 및 제출 의무(Vorlagepflicht) 등에 이르기까지 상당히 다양하다.

나아가 개별 법률들은 협력의무 불이행에 대해 행정적 강제수단을 취하고 있지 않은 행정절차법과는 달리 관련자들이 의무를 이행하지 않은 경우 질서위반금 부과 또는 감치명령과 같은 제재수단을 활용할 수 있도록 하고 있다.[167] 이러한 강제수단을 무기삼아 관련자들에게 행정적 의사결정에 필요한 정보들을 행정관청에게 제공함으로써 행정의 업무 수행을 지원하도록 하는 것이라고 할 수 있다.[168]

---

161) § 17 ArbZG.
162) § 97 InsO.
163) § 90 AO.
164) § 40 AbfG.
165) § 41 LMBG.
166) § 22 GastG.
167) 관련자의 협력의무 이행 강제를 위한 제재수단은 이에 그치지 않는다. 예컨대, 독일 통신법의 경우에는 협력의무에 관하여 규정하고 있는 제127조 제10항에서 본조의 명령을 실현하기 위하여 행정집행법에 따라 500,000유로 이하의 이행강제금(Zwangsgeld)을 부과할 수 있다고 규정하고 있다(김성태, 앞의 논문, 183면 이하 참조).
168) 예컨대, 근로보호를 위한 법 영역에서 질서위반금 부과를 통해 강제되는 협력의무의 유형에 대해서는 Rixen, in: Ignor/Rixen, Handbuch für Arbeitsstrafrecht, 2002, Rn. 913ff.

다. 개별 법률에서의 행정조사와 협력의무: 근로시간법(ArbZG)과 파산법(InsO)의 경우

행정관청의 행정조사와 그에 대한 관련자의 협력의무가 구체적으로 어떻게 규정되고 있는가를 알기 위해서는 그에 관한 개별 법률을 살펴볼 수 밖에 없다. 하지만 바로 앞에서 언급한 바와 같이 행정조사와 협력의무에 관한 규정을 두고 있는 개별 법률들은 상당히 많다는 점에서 이를 다 살펴보는 것은 사실상 불가능하다. 이하에서는 경제행정법 영역에 속하는 법률 중에서 근로시간법과 파산법의 관련 규정을 살펴보기로 한다.

근로시간법을 선택한 이유는 지금까지 설명한 행정관청의 행정조사와 관련자의 협력의무간의 관계 그리고 그 의무 위반에 대한 제재 부과의 구조를 비교적 간단하면서도 명확하게 보여주고 있기 때문이라고 할 수 있다. 파산법의 경우는 뒤에서 살펴보게 될 관련자의 협력의무와 형사절차상의 자기부죄 금지의 원칙의 충돌에 관한 논의가 파산법을 중심으로 발전되어 온 측면이 있기 때문이라고 하겠다.

1) 근로시간법(ArbZG)

제17조 감독관청

(1) 주법에 따른 관할 관청(감독관청)은 본 법 및 본 법에 기초하여 제정된 법령의 준수 여부를 감독한다.
(2) 감독관청은 본 법과 본 법에 기초하여 제정된 법령에서 규정하고 있는 의무의 이행을 위하여 사용자가 취해야 할 조치들을 명할 수 있다.
(3) 연방 공공 서비스 뿐만 아니라 공법에 따른 연방기업, 기관 및 재단의 경우 감독 관청의 임무와 권한은 관할 연방 부처 또는 관할 연방 부처에 의해 지정된 기관에 의해 행사된다; 이는 제15조 제1항 및 제2항에 따른 권한의 경우에도 동일하게 적용된다.
(4) 감독관청은 본 법 및 본 법에 기초하여 제정된 법령의 시행을 위해 필요한 정보를 사용자에게 요구할 수 있다. 또한 감독관청은 제1조 제1항 내지 제3항 및 제21조의 a 제6항에서 규정하고 있는 근로시간 관련 자료 및 단체협약 또는 근로계약서를 제출하거나 또는 열람을 위하여 송부할 것을 요구할 수 있다.
(5) 감독관청으로부터 감독 권한을 위탁받은 자는 영업시간 및 근무시간 동안 근로장소에 출입할 수 있다: 이 시간 외 또는 근로장소가 주거지인 경우 감독관청은 공공 안전 및 질서 유지를 위한 긴급한 위험 예방을 위해서만 소유자의 동의 없이 출입할 수 있다. 사용자는 작업장 출입을 허용해야만 한다. 이러한 경우 주거의 불가침(기본법 제13조)은 제한된다.
(6) 정보제공 의무자는 의무자 본인 또는 민사소송법 제383조 제1항 제1호 내지 제3호에 규정된 혈연관계에 있는 자 중 한 명이 기소 또는 질서위반법 부과 절차에 처하게 될 위험이 있는 질문에 대한 답변을 거부할 수 있다.

제22조 질서위반금 부과

(1) 다음 각 호에 해당하는 경우 사용자는 고의 또는 과실로 질서위반행위를 저지른 것이다.

[1. 내지 9. 생략]
10. 제17조 제4항에 반하여 정보를 제공하지 않거나 불완전 또는 부정확하게 제공한 경우, 문서를 제출하지 않거나 불완전하게 제출한 경우, 제17조 제5항 제2문에 반하여 출입을 허용하지 않은 경우
(2) 제1호 내지 제7호, 제9호, 제10호에 해당하는 질서위반행위에 대해서는 5000유로 이하의 질서위반금이 부과될 수 있으며, 제1호 및 제8호에 해당하는 질서위반행위에 대해서는 2000유로 이하의 질서위반금이 부과될 수 있다.

근로시간법 제17조 제1항과 제3항은 본 법에 규정되어 있는 근로시간 준수 여부에 대한 감독이라는 행정목적을 위한 정보제공 요구권자가 누구인지에 관하여 규정하고 있다. 해당 규정에 따르면 주법에 따른 관할 관청(감독관청) 및 관할 연방 부처 또는 관할 연방 부처에 의해 지정된 기관이 정보의 제공을 요구할 수 있는 권한을 가진다. 감독관청의 정보제공 요구에 따라 정보를 제공할 의무가 있는 자는 근로자를 채용한 사용자가 된다.

사용자는 정보제공 외에 다른 협력의무도 부담한다. 이러한 협력의무의 범위에 대해서는 근로시간법 제17조 제4항 제2문 및 제5항에서 규정하고 있다. 여기에는 근로시간 관련 자료 및 단체협약 또는 근로계약서 등 서류 제출 및 송부 의무 그리고 근로장소의 출입을 허용할 의무[169] 등이 해당된다.

근로기준법은 정보제공을 포함한 협력의무의 이행을 강제하기 위하여 질서위반금이라는 강제수단을 사용하도록 한다. 동법 제22조에 의하면 정보제공을 포함한 협력의무의 불이행 또는 불완전 이행은 질서위반행위에 해당한다. 이러한 질서위반행위에는 질서위반금이 부과되며, 그 금액은 15,000유로 이하이다.

169) 여기서 출입이란 법조문에서 사용된 독일어 "betreten und besichtigen"을 해석한 것이다. 이것은 범죄에 대한 강제수사의 일종인 수색을 의미하는 "durchsuchen"과는 구별되는 것이다. 전자가 일정한 장소 내에 들어가 그곳에 체재하며 장소내부를 피상적으로 둘러보는 것을 의미한다면, 후자는 관계인이 외부에 공개하지 않으려 숨겨둔 무언가를 발견할 목적으로 장소 내에 있는 사람이나 물건을 체계적으로 뒤져 찾는 것을 말한다(손재영, "경찰관직무집행법 제7조에 따른 위험방지를 위한 출입에 있어서 '출입'의 개념", 공법연구 제39권 제2호, 2010, 1면). 따라서 사용된 독일어 단어 그대로 '들어가 둘러봄'이라고 직역할 수도 있으나 그보다는 출입이라고 하는 것이 좀 더 자연스러울 뿐 아니라 그 의미도 잘 전달된다는 판단하에 출입이라고 번역하였다.

2) 파산법(InsO)

파산법 제97조 채무자의 정보제공의무 및 협력의무

(1) 채무자는 파산법원, 파산관리인, 채권자 위원회 및 법원의 명령이 있는 경우 채권자 회의에 절차와 관련된 사실관계에 관한 정보를 제공하여야 한다. 또한 채무자는 범죄 또는 질서위반행위로 기소될 가능성이 있는 사실도 공개하여야 한다. 그러나 채무자가 제1문에 의해 제공한 정보를 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차에서 채무자 또는 형사소송법 제52조 제1항에 규정된 혈연관계에 있는 자에게 사용하기 위해서는 채무자의 동의가 있어야만 한다.
(2) 채무자는 파산관리자의 임무 수행에 협력하여야 한다.
(3) 채무자는 법원의 명령에 따라 자신의 정보제공 및 협력의무를 이행하여야 한다. 또한 채무자는 이러한 의무 이행에 반하는 행동을 하여서는 안된다.

제98조 채무자의 의무 이행을 위한 강제

(1) 진실대로 진술을 하도록 할 필요가 있는 경우, 파산법원은 채무자에게 자신의 지식과 양심에 따라 요구받은 정보를 정확하고 완전하게 제공했다는 것을 선서에 갈음하여 조서에 보증하도록 한다. 이러한 경우 민사소송법 제478조 내지 480조 및 483조가 준용된다.
(2) 법원은 다음과 같은 경우 채무자를 청문절차에 강제구인할 수 있고 감치 명령을 내릴 수 있다.
1. 채무자가 정보제공, 선서에 갈음한 보증, 파산관리인의 임무 수행에 대한 협력을 거부한 경우
2. 채무자가 자신의 정보제공 및 협력의무의 이행을 회피하고자 한 경우, 특히 회피를 위한 준비를 한 경우
3. 자신의 정보제공 및 협력의무에 반하는 채무자의 행위를 방지하기 위하여 필요한 경우, 특히 파산재산(Insolvenzmasse)의 확보를 위해 필요한 경우
(3) 감치 명령에 대해서는 민사소송법 제904조 내지 906조, 909조, 910조 및 913조가 준용된다.

파산법 제97조 제1항 제1문에 따르면, 파산관리인, 파산법원 및 채권자위원회는 파산채무자에게 정보의 제공을 요구할 권한을 가진다. 정보제공 요구를 받은 채무자는 파산절차와 관련된 모든 사실관계에 대한 정보를 제공하여야 한다.

파산이라는 암울한 위기상황을 최대한 효율적으로 타개하기 위해서는 채무자의 협조가 절대적으로 필요하다는 점에서 채무자가 제공할 정보의 범위가 상당히 넓다고 할 수 있다. 이와 관련하여 파산법 제97조는 제1항은 제2문에서 범죄 또는 질서위반행위에 관한 정보도 공개해야 한다고 명시하고 있다. 나아가 기존의 해외 자산 상황, 현재 거래관계, 행사가능한 채권(Forderungen) 및 환취권·별제권(Aus- und Absonderungsrechte)의 유무, 진행 중인 이의절차에 관한 것도 포함된다.[170]

채무자에게는 정보제공 의무 외에 협력의무도 존재한다(파산법 제97조 제2항). 즉 정보요구권자의 질문에 대한 진술에 그치지 않고 적극적 행위까지 하여야 한다. 예컨대, 채무자는 필요한 서류를 제출하여야 하고 파산관리인이 자신의 계좌를 들여다

170) Wienberg, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2001, § 97 Rn. 16f.; App, in: Klaus Wimmer (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum InsO, 2002, § 97 Rn. 11f.

볼 수 있도록 해야 한다.[171]

만일 채무자가 정보제공이나 협력을 거부한 경우 법원은 파산법 제98조 제2항에 의해 감치(Haftbefehl)를 명할 수 있다. 감치에 대해서는 독일 민사소송법 규정을 준용하도록 한다. 그러나 채무자의 협력의무 불이행에 대한 불이익은 여기에 그치지 않는다. 파산법 제98조 제1항은 채무자에게 자신이 제공한 정보가 진실하다는 것을 법정 선서에 갈음하여 보증하도록 하고 있다. 그런데 채무자가 형사처벌에 대한 두려움 때문에 관련 사실관계에 대하여 침묵하거나 부정확한 정보를 제공할 경우에는 독일 형법 제154조 또는 제156조에 의해 처벌될 수 있다. 결국 파산법 제97조 제1항은 채무자에게 진실된 정보 제공을 요구하고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이에 반하여 허위의 정보를 제공하거나 정보를 은폐할 경우 채무자는 형사처벌을 받을 수 있다.

3. 행정조사 관련자의 협력의무와 형사절차상의 자기부죄 금지의 원칙과의 충돌

가. 형사절차 및 질서위반금 부과 절차상의 자기부죄 금지의 원칙

독일의 개별 법률에서 규정하고 있는 협력의무가 효과적인 행정 목적 달성을 위해 필요하다는 것에 대해서는 기본적으로 논쟁의 여지가 없다고 할 것이다. 그러나 관련자의 협력의무가 존재하는 것은 통상적인 형사절차(Strafverfahren) 또는 질서위반금 부과 절차(Bußgeldverfahren)와 비교할 때 피고인의 권리가 상당히 제한될 위험이 있다는 것을 말해주고 있다고 할 수 있다. 즉 동일한 사실관계와 행정조사의 목적 뿐만 아니라 형사처벌을 위해서 조사될 경우, 관련자는 행정절차상의 협력의무를 통해 자기 자신의 유죄를 입증해야 하는 위험을 감수하게 되는 것이다.

이것은 형사법의 기본원칙이라고 할 수 있는 자기부죄 금지의 원칙(nemo-tenetur-Grundsatz) 내지 진술거부권(Schweigerecht)의 관점에서 볼 때 문제가 아닐 수 없다. 독일에서 범죄혐의에 대한 피고인의 진술거부권 행사는 형사절차 및 질서위반금 부과 절차에서 법치국가 원칙에 속하는 것으로 받아들여지고 있다. 그 누구도 자기 자신의 형사처벌에 협력할 의무는 없는 것이다.

---

171) AG Duisburg, NZI 2000, 606.

사실 독일의 경우 자기부죄 금지의 원칙이나 진술거부권은 형사소송법(Strafgesetzbuch)이나 질서위반법(Ordnungswidrigkeitenrecht) 그 어디에도 명시적으로 규정되어 있지는 않다. 하지만 해당 법률에 규정되어 있는 진술거부권에 대한 고지의무(Belehrungspflicht)[172]로부터 간접적으로 도출할 수 있다. 뿐만 아니라 진술거부권은 헌법적 지위를 가지고 있다. 독일 연방 헌법재판소(BVerfG)과 대법원(BGH)의 판례에 따르면 자기부죄 금지의 원칙은 법치주의(독일 기본법 제20조 제3항)[173] 및 인간 존엄성 존중(독일 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항)[174]으로부터 도출된다. 현재 자기부죄 금지의 원칙에 관한 규정은 독일이 1973년 비준한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)[175] 및 주 헌법에서 찾아볼 수 있다. 예컨대 Brandenburg주 헌법 제52조 제5항은 "아무도 자기 자신이나 법률상 가까운 사람에 대해 법적으로 증언하도록 강요당하지 않는다"라고 규정하고 있다.[176]

또한 진술거부권은 유럽 인권 협약(European Court of Human Rights; ECHR)에 의해서도 보장되고 있다고 볼 수 있다. 진술거부권이 해당 조약에 명시적으로 규정되어 있는 것은 아니다. 그러나 유럽 인권 재판소(Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EGMR)의 견해에 따르면 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽 인권 협약은 제6조에서 공정한 재판에 대한 권리를 규정하고 있으며, 진술거부권은 바로 공정한 재판이라는 개념의 핵심적 요소에 해당한다고 볼 수 있다.[177]

피고인의 진술거부권은 무엇보다 자신의 범죄혐의에 관한 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차에서 스스로에게 불리한 진술을 하는 것과 관련이 있다. 하지만 타인의 범죄에 관한 절차에서 증인 신문시 행한 진술이 스스로에게 불리하거나 이를 통해 형사소추의 위험에 처하게 될 때에도 진술거부권의 행사가 인정된다(독일 형사소송법 제55조, 독일 민사소송법 제384조). 이것은 진술거부권이 자기부죄로부터의 보호라는 사고에 기초하고 있다는 것을 전적으로 보여주는 것이라고 하겠다.

---

172) §§ 36 I 2, 243 IV 1 StPO 및 § 55 OWiG 참조.
173) BGHSt 31, 308; NJW 1983, 2272; BGHSt 34, 46 외 다수.
174) BVerfGE 38, 105 및 113; NJW 1975, 103; BGH, NJW 1992, 1463 및 1465.
175) BGBl II 1973, 1533.
176) Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg(GVBl Brandenburg) I, 298.
177) § 26 II 3 BDO, § 116 S. 2 BRAO.

나. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙과의 충돌 사례

그렇다면 형사법상의 자기부죄 금지의 원칙 그리고 그에 기초하고 있는 진술거부권은 행정조사에 있어서의 협력의무와 어떻게 충돌하고 있는 것일까? 이것을 두 개의 사례를 통해 살펴보면 다음과 같다.

먼저 아무런 제한도 없이 자기부죄로부터 보호받는 경우를 독일 도로교통법 제24조의 a에 규정되어 있는 알코올 농도 측정을 예로 들어 보기로 한다. 도로교통법 제24조의 a에 의하면 음주 상태에서 자동차를 운전한 자는 질서위반행위를 범한 것이 된다. 그런데 독일의 경우 음주운전 여부와 관련하여 1998년 이전에는 혈중 알코올 농도를 기준으로 하였으나 1998년 법 개정 이후에는 호흡 알코올 농도를 측정하여 판단하고 있다.

이때 음주운전 혐의를 받고 있는 당사자가 경찰이 요구하는 호흡 알코올 테스트를을 거부하고 있다고 가정해 보자. 질서위반금 기타 강제수단을 이용하여 협력을 요구할 수 있는가? 자기부죄 금지의 원칙에 따르면 호흡 알코올 농도 측정에 대한 당사자의 협력을 강요해서는 안 된다고 할 것이다.[178] 호흡 알코올 농도의 입증은 당사자가 자발적으로 호흡 알코올 테스트에 응했을 때에만 가능다고 할 수 있다. 자기부죄 금지의 원칙상 당사자는 자신에 대한 형사처벌에 대한 협력을 거부할 수 있는 것이다.

음주운전을 입증하기 위한 증거수집을 위해 남아 있는 유일한 방법은 혈액 샘플을 채취하는 것 뿐이다. 법원이 발부한 영장에 의해 혈액 샘플을 채취할 경우에도 당사자는 여기에 협력할 의무는 없다. 다만 수인의무(Duldunspflicht)가 존재할 뿐이다. 다른 형사절차상의 강제조치의 경우에도 마찬가지이다. 피의자 또는 피고인은 자신의 범죄혐의를 입증할 증거자료를 스스로 제출할 의무는 없지만 영장에 의한 압수·수색 등은 수인해야 한다.

이제 각종 행정법에 규정되어 있는 정보제공 및 협력 의무가 자기부죄 금지 원칙을 어떻게 제한하고 있는지를 보여주는 사례를 살펴보자. 한 병원의 직원이 근로시간법 준수를 관리·감독하는 행정관청에 근로시간이 제대로 지켜지지 않은 것을 신고하였다. 이에 관할 감독관청은 병원 경영진에게 신분을 밝히고 직원의 신고 내용과 관련된 정보의 제공을 요구하였다. 또한 직원들의 근로시간에 관한 자료, 단체협약 및 모든

178) Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 2001, § 24a Rn. 16.

근무일정표도 제출할 것을 요구하였다. 실제로 해당 병원에서는 직원이 신고한 것처럼 휴식시간이 제대로 지켜지지 않았다. 이는 근로시간법 제22조 상의 질서위반행위에 해당할 뿐 아니라[179] 경우에 따라서는 근로시간법 제23조에서 규정하고 있는 범죄가 될 수 있다.[180]

병원장은 감독관청의 정보제공 및 자료제출 요구를 거부할 수 있을까? 앞에서 살펴본 독일 근로시간법에 의하면 사용자는 감독관청의 요구가 있는 경우 요구한 정보를 제공하여야 할 뿐 아니라 적극적으로 협력하여야 한다. 이러한 의무를 이행하지 않거나 불완전하게 이행한 경우에는 15,000유로 이하의 질서위반금 제재를 받게 된다.

이제 병원장은 일종의 딜레마 상황에 처하게 된다. 일단 병원장은 질서위반금의 부과라는 불이익을 감수하고 정보제공 및 협력의무를 불이행하는 쪽을 선택할 수 있다. 이러한 경우 자신이 저지른 범죄 또는 질서위반행위에 대한 입증자료를 스스로 제공하는 일은 발생하지 않는다. 그러나 병원장은 감독관청의 요구대로 행정조사를 위해 필요한 정보를 제공하고 자료를 제출할 수도 있다. 이로써 질서위반금 부과라는 강제조치는 피해갈 수 있지만 자신의 위법행위에 대한 유죄 입증자료를 자신의 손으로 제출하는 셈이 되는 것이다.

이처럼 행정조사의 관련자는 정보제공 및 협력 의무를 부담한다는 점에서 자기부죄금지의 원칙에 따라 형사처벌을 피해갈 수 있는 가능성이 통상적인 질서위반금 부과절차 또는 형사절차에 비해서 상당히 제한되고 있는 것이다. 즉 행정조사 관련자들의 경우 피고인의 지위는 통상적인 피고인들보다 열악하다고 할 수 있다.

---

179) 독일 근로시간법은 제22조 제1항 제1호 내지 제7호를 통해 사용자가 고의 또는 과실로 해당 법률상의 근로시간 관련 규정을 위반한 경우 질서위반행위에 해당하며, 이에 대해서는 15,000유로 이하의 질서위반금을 부과하도록 하고 있다. 이러한 질서위반행위에는 예컨대, 근로시간법에서 규정한 근로시간의 초과하여 근무를 하게끔 한 경우, 휴식시간을 부여하지 하지 않은 경우, 최소 휴식시간을 부여하지 않거나, 단축된 휴식시간을 다른 시간을 통해 보상하지 않은 경우, 일요일 또는 공휴일에 근무를 하게 한 경우, 일요일에 근무를 하게 하고 그에 대한 대체휴일을 부여해 주지 않은 경우 등이 있다.

180) 독일 근로시간법 제23조는 제1항에서 "제22조 제1항 제1호 내지 3호, 제5조 내지 7호를 고의로 위반함으로써 근로자의 건강 또는 노동력을 위험하게 한 경우 또는 이러한 위반행위를 지속적으로 반복한 경우에는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형을 부과"하고, 제2항에서 "과실로 제1항 제1호에 해당하는 행위를 한 경우에는 6개월 이하의 자유형 또는 180일수의 벌금형을 부과"하도록 규정하고 있다.

4. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌에 관한 독일 연방 헌법재판소의 결정과 그 한계

가. 파산채무자 결정(Gemeinschuldnerbeschluss der BVerf)

독일에서 개별 행정법상의 정보제공 및 협력의무와 형사법상의 자기부죄 금지의 원칙과의 충돌 문제가 최초로 사법적 판단의 대상이 된 것은 1981년으로 거슬러 올라간다.[181] 출발점이 된 것은 파산법원에서 개최된 청문회에서 증언을 거부하면서 파산범죄(Konkursvergehen)에 대한 혐의로 수사를 받고 있다고 주장한 한 사업가의 헌법소원 제기였다. 그는 청문회에서 제기되는 질문에 대하여 진실에 부합하는 진술을 함으로써 형사처벌을 받게 될 것을 두려워하고 있었다. 이에 파산법원은 진술획득을 위해 감치를 명하였다.

이러한 헌법소원 제기에 대하여 연방 헌법재판소는 우선 강제적인 정보제공 의무는 독일 기본법에 의해 보호되는 일반적 인격권의 침해라는 것을 분명히 하였다. 또한 자기부죄 금지의 원칙은 법치국가 원칙에 따른 형사절차의 기본원칙일 뿐만 아니라 인권 존중이라는 지도이념에 기초한 법치국가의 기본적 입장이라는 것을 강조하였다.

그럼에도 불구하고 연방 헌법재판소는 파산절차에 있어서의 무제한적인 정보제공 의무에 대해서는 별다른 이의를 제기하지 않았다. 파산채무자의 경우 그의 권리는 그가 가지고 있는 정보에 의존하고 있는 채권자의 권리에 의해 제한된다는 점에서 통상적인 피고인과 동일한 권리를 보장할 수는 없다는 것이다.

하지만 결과적으로 연방 헌법재판소는 파산채무자가 파산절차에서 정보를 제공함으로써 유죄판결 또는 그와 유사한 제재를 받게 될 경우 이것은 파산채무자의 기본권과 양립할 수 없다고 판단하였다. 왜냐하면 비형사절차에서 강제된 자기부죄가 형사절차에서 당사자에게 불리하게 작용된다면 이것은 형사절차에서 보장된 진술거부권이 "기만적인(illusorisch)" 것이 되기 때문이다. 이러한 문제에 대한 해결책으로서 연방 헌법재판소는 자신에게 불리한 진술에 대해서는 형법상의 증거사용금지(Verwertungsverbot)가 적용되는 방식으로 파산법을 보완할 것을 주문하였다.[182] 증

181) Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, Dis. Diss. Düsseldorf 2000, S. 45ff.
182) BVerfGE 56, 37 (51); NJW 1981, 1431.

거사용금지에 의하면 자기에게 불리한 진술은 당사자의 의사에 반하여 오용(zweckentfremdet)되어서도 안되며 기소 여부를 결정할 때에 근거 자료로 사용해서도 안 된다.

이처럼 독일 연방 헌법재판소는 증거사용금지라는 수단을 동원하여 파산법상의 정보제공 및 협력 의무와 형사절차상의 자기부죄 금지의 원칙의 양립가능성을 타진한 것이라고 할 수 있다. 이러한 취지의 결정을 독일에서는 Gemeinschuldnerbeschluss der BVerf, 즉 파산채무자 결정이라고 부른다.[183] 현재 연방 헌법재판소에 의해 발전된 증거사용금지는 입법자에 의해 채택되어 현행 파산법에 명시적으로 도입되어 있다.[184] 앞에서 살펴본 파산법 규정 중에서 제97조 제1항 제3문이 여기에 해당한다. 이에 따르면 "채무자가 제1문에 의해 제공한 정보를 형사절차 또는 질서위반금 부과절차에서 채무자 또는 형사소송법 제52조 제1항에 규정된 혈연관계에 있는 자에게 사용하기 위해서는 채무자의 동의가 있어야만 한다."

나. 파산채무자 결정의 한계

1) 협력의무 불이행에 대한 강제조치가 부과되는 경우 vs. 부과되지 않는 경우

안타깝지만 연방 헌법재판소의 결정으로 모든 문제가 해결되지는 않은 것 같다. 독일 대법원 및 다른 법원의 판례는 협력 의무를 불이행에 대해 강제조치가 부과되는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 다른 결론을 내리고 있기 때문이다. 예컨대, 망명신청자가 청문 과정에서 행한 진술의 경우 독일 연방 대법원은 이러한 진술은 불법입국에 관한 형사절차에게 당사자에게 불리하게 사용할 수 있다고 본다.[185] 망명절차에 대한 관련자의 협력은 강요되지 않는다는 점에서 증거사용금지는 적용되지 않는다는 것이다. 나아가 망명을 신청한 당사자가 진술을 거부할 경우 망명 신청이 받아들여질

183) BVerfGE 56, 37; NJW 1981, 1431, dazu Schäfer, Das Opfer steht in dritter Reihe Ein Beitrag zur Frage der administrativen Viktimisation, in: Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag, 1982, S. 11; Dingeldey, Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, NStZ 1984, 529; Streck, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zum strafrechtlichen Verwertungsverbot bei Aussagen des Gemeinschuldners und seine Auswirkungen im Steuerstrafrecht, StV 1981, 362.

184) Bittmann/Rudolph, Das Verwendungsverbot gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, wistra 2001, 81.

185) BGHSt 36, 328; NJW 1990, 1426; NStZ 1990, 186; OLG Düsseldorf, NStZ 1992, 349.

가능성이 줄어들게 됨으로써 발생하는 이해관계의 상충 역시 오로지 신청인 자신과 관련된 것이라는 점도 증거사용금지의 적용을 부정하는 논거로 사용되고 있다.

또한 문제가 되는 것은 독일 민사소송법 제807조에 규정되어 있는 선서에 갈음하는 보증의 경우이다. 선서에 갈음하는 보증으로 인해 당사자의 범죄 또는 질서위반행위가 드러난 경우 당사자의 진술을 증거로 사용할 수 있는지 여부가 문제되는 것이다. 이에 대해 대법원은 증거사용금지의 적용을 인정하고 있다.[186] 선서에 갈음하는 보증이 문제 되는 강제집행의 채권자-채무자 간 이해 충돌 상황과 파산절차에서의 채권자-채무자 간 이해 충돌 상황이 유사하다는 점에서 연방 헌법재판소의 파산채무자 결정에 따라 증거사용금지를 긍정한 것이라고 하겠다.[187] 결국 독일 대법원의 판례에 따르면 연방 헌법재판소가 채택한 증거사용금지를 통해 보장된 형사법상의 자기부죄금지의 원칙은 자기부죄에 대한 행정법상의 강제가 사실적인 성질의 것의 아니라 법적인 성질을 가지며, 행정관청의 강제조치에 의해 관철될 수 있는 경우에 한하여 인정된다고 할 수 있다.

2) 구두 형식의 정보제공 의무 vs. 그 외의 서면 형식의 협력의무

연방 헌법재판소의 이른바 파산채무자 결정은 증거사용금지의 적용 범위가 행정조사 관련자의 "진술"에 제한된다는 점에서도 문제가 있다고 할 수 있다. 하지만 앞에서 살펴본 바와 같이 관련자의 협력의무의 내용은 행정관청이 던지는 질문에 대한 진술, 즉 구두의 형식으로 답변하는 정보제공의무로 끝나지 않는다. 이 밖에도 관련자는 기록의무, 증빙자료 작성 의무 및 제출 등의 협력의무들도 부담한다. 관련자의 협력의무는 진술에 의한 정보제공의무와 그 외의 방법, 특히 서면 형식에 의한 협력의무(또는 정보제공의무)로 구분된다고 할 수 있다. 양자의 구별은 전술한 행정절차법 제26조를 비롯하여 근로시간법 및 파산법의 관련규정에 의해서도 뒷받침된다. 예컨대, 행정절차법 제26조의 조문을 보면 제 2항에서 "관련자들은 사실관계 조사에 협력해야 한다(1문). 관련자들은 특히 알려진 사실과 증거에 관하여 진술해야 한다(2문)."고 규정함으로써 양자를 구별하고 있음을 알 수 있다.

---

186) BGHSt 37, 340; NJW 1991, 2844; NStZ 1991, 338.
187) Dingeldey, a.a.O., 529 및 531 참조.

그러므로 이와 같은 법률 규정에 따르면 진술의 형식이 아닌 서면 형식으로 제공된 정보는 얼마든지 행정조사 관련자에 대한 범죄혐의로 개시된 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차에서 증거로 사용될 가능성이 있는 것이다. 파산채무자 결정에 의한 증거사용금지도 이러한 경우 별 도움이 될 수 없다. 이 결정에 따라 증거로 사용될 수 없는 것은 구두로 제공된 진술이라고 보아야 하기 때문이다.

이러한 서면 형식의 포괄적인 협력의무와 관련하여 연방 헌법재판소는 아직까지 자기부죄 금지의 원칙의 관점에서 아무런 이의를 제기하지 않고 있다.[188] 연방 헌법재판소는 대부분의 행정법률에서 협력의무자의 문제가 입법자에 의해 이미 다른 방식으로 해결되고 있다고 보고 있는 것이다.[189] 여기서 의미하는 다른 방식이란 행정조사 관련자에게 정보제공 거부권(Auskunftsverweigerungsrecht)을 부여하고 있는 것을 말한다. 즉 관련자에게 정보제공 의무를 강제하고 있는 경우 관련자는 질문에 대한 답변을 통해 스스로 형사처벌 또는 질서위반금 부과의 위험에 처하게 될 때에는 정보제공을 거부할 수 있도록 하는 것이다. 실제로 대부분의 법률에는 "정보를 제공할 의무를 부담하는 자는 질문에 대한 답변으로 인해 자기 또는 민사소송법 제383조 제1항 제1호 내지 제3호에 규정된 혈연관계에 있는 자가 기소 또는 질서위반법에 따른 절차 개시의 위험에 처하게 될 때에는 정보제공을 거부할 수 있다"라는 형식의 규정이 도입되어 있다. 예를 들면, 위에서 살펴본 근로시간법의 경우에도 제17조 제6항에서 이와 같은 취지의 정보제공 거부권을 규정하고 있음을 확인할 수 있다.

하지만 이러한 판례의 입장은 형사절차의 현실과 상당히 동떨어져 있다는 점에 대해 더 이상의 설명이 필요하지 않다고 본다. 우선 바로 앞에서 살펴본 것처럼 행정조사 관련자의 협력의무를 구두 진술에 의한 정보제공 의무와 서면 형식의 협력의무로 분류할 때 연방 헌법재판소가 지적하고 있는 정보제공 거부권이란 주로 구두 진술에 의한 정보제공 의무에 적용된다고 볼 수 있다. 따라서 관련자는 정보제공 거부권을 행사하여 서면 형식의 협력을 피해갈 수 없는 것이다.

그런데 특정한 문서의 경우에는 그 성질상 진술력을 갖게 되므로 그러한 문서의 제출은 피고인의 자백과 마찬가지로 유죄의 증거가 될 수 있다. 유죄의 증거가

188) 예컨대, BVerfG, NJW 1982, 563; BVerfGE 55, 144 = NJW 1981, 1087; BVerfG, DÖV 1984, 7 참조.

189) BVerfGE 56, 37 (46); NJW 1981, 1431.

이미 문서를 통해 제공됨으로써 관련자는 통상의 피고인들이 누리는 자백 보너스(Geständnisbonus)를 더 이상 누릴 수 없게 되는 것이다. 이러한 점에서 행정조사의 관련자들은 다른 피고인들에 비해 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차에서 열악한 지위에 서게 된다고 하겠다.[190] 해당 절차에서 제출된 문서는 증거로 사용될 것이다. 검사는 이를 피고인 신문 과정에서 사용할 수 있다. 또한 이것에 기초하여 추가 수사를 개시하는 것 역시 가능할 것이다. 따라서 연방 헌법재판소가 제시한 해결책은 행정조사 관련자의 협력의무로 인해 침해되는 자기부죄 금지의 원칙보장하기에는 불충분하다고 하겠다.

5. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌 해소를 위한 해석론

가. 논의의 출발점

지금까지 살펴본 것처럼 행정조사를 위한 관련자의 협력의무에 의해 형사절차상 보장된 자기부죄 금지의 원칙 그리고 그에 기초하여 인정된 진술거부권은 상당한 제한을 받고 있다. 이 문제를 해결하기 위해 연방 헌법재판소는 파산채무자 결정을 통해 증거사용금지라는 방법을 동원하였다. 이에 의하면 행정관청이 자신의 정보제공 요구 권한을 행사하여 행정조사 관련자로부터 획득한 정보가 범죄와 관련된 경우 해당 형사범죄는 형사소추의 대상이 될 수 없다.[191]

증거사용금지라는 해법을 통해 일정 부분 자기부죄 금지의 원칙이 보장되고 있다는 사실은 부정할 수 없다고 하겠다. 만일 그러한 가능성마저 인정되지 않았다면 자기부죄 금지의 원칙은 본질적으로 오로지 핵심형법에 대해서만 효력을 발휘하게 되었을 것이다. 하지만 증거사용금지에 의해 보호되는 범위는 생각보다 넓지 않다. 특히 서면 형식의 협력의무, 즉 법률상의 기록의무, 증빙자료 작성 의무 및 제출 의무의 경우 증거사용금지가 적용되지 않는다. 서면 형식으로 제공된 정보는 그와 관련된 범죄에

190) 이러한 문제를 해결하기 위한 방안으로 증거사용금지의 명문화를 제안하고 있는 대표적인 문헌으로는 Rogall, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO, 2001, Vorb. § 133 Rn. 146.

191) LG Stuttgart, NZI 2001, 498; NStZ-RR 2001, 282; wistra 2000, 439; Gössel, Über das Verhältnis von Beweisermittlungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244 II StPO, NStZ 1998, 126.

대한 기소의 근거자료가 될 뿐만 아니라 형사절차 및 질서위반금 부과 절차에서 증거로 사용될 수 있는 것이다.

이러한 문제에 대하여 상급법원의 판례는 현재까지 아무런 비판도 제기하지 않고 있다. 이것은 자기부죄의 가능성이 있다고 해서 개인의 협력의무를 배척하게 되면, 국가의 정당한 관리·감독이라는 행정 목적의 달성 여부가 사인에 의해 좌우될 것이라는 실질적 고려에 따른 것이라고 할 수 있다.[192]

주지하는 바와 같이 행정관청은 정보 및 정보 획득의 기회 없이는 자신의 관리·감독 권한을 제대로 행사하기 어렵다. 획득한 정보를 활용하여 구체적인 인식가능성을 확보한 경우에야 비로소 효과적인 행정법적 관리·감독이 가능해진다. 그런 만큼 행정조사에서 행정관청이 관련자들에게 필요한 정보를 요구할 수 있는 권한을 행사하고 그에 따라 관련자들이 정보를 제공하고 적극적으로 협력하는 것은 중요한 의미를 갖는다고 하겠다.

하지만 이것은 어디까지나 행정영역에서 통용되는 이야기라고 할 수 있다. 행정목적을 위해 획득된 정보를 가지고 관련자에 대한 형사기소 또는 질서위반법에 따른 처벌이 문제될 경우에는 상황이 달라진다. 그러므로 행정조사 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌의 문제를 해결하기 위한 독일의 해석론은 바로 이러한 두 가지의 상황을 어떻게 구별할 것인가에 관한 것이라고 할 수 있다.

나. 관리·감독 목적의 행정과 질서위반금 부과 및 형사처벌 목적의 사법의 구별 필요성

행정 목적을 위한 행정관청의 행위가 위법행위에 대한 제재를 위한 사법 절차에 편입될 경우, 관련자가 행사할 수 있는 권리를 정보제공 거부권, 즉 행정관청에 질문에 대한 구두 진술에 의한 답변 거부권으로 국한해서는 안 될 것이다. 이제 행정조사에 참여한 관련자에게는 피의자로서의 모든 권리가 보장되어야 한다. 특히 행정관청은 관련자에게 혐의에 대한 진술 여부가 그의 의사에 달려있다는 것을 고지하여야 한다.[193] 이와 함께 관련자는 더 이상 적극적인 협력의무를 부담하지 않아도 된다. 피의

192) Rogall, a.a.O., § 133 Rn. 146.
193) 만약 행정관청이 이러한 고지의무를 이행하지 않을 경우 그 이후 획득한 진술은 증거사용금지

자(Beschuldigte)으로서 포괄적인 묵비권과 문서 제출 거부권을 모두 행사할 수 있는 것이다. 형사소송법 또는 질서위반법 상의 수사절차로의 전환과 함께 법적 상황 및 행정조사에 있어서의 행정관청과 관련자의 법적 지위와 근본적으로 달라지게 되는 것이라고 볼 수 있다.

하지만 이러한 관점은 실무에서 거의 고려되지 않고 있다. 행정조사에 관하여 규정하고 있는 개별 법률은 한편으로 공익을 위한 관리·감독에 관해서 규정하고 있지만 다른 한편으로 그러한 법률을 위반하는 행위에 대해서는 형벌 또는 질서위반금을 부과한다는 점에서 부수형법으로서의 성격도 가지고 있다. 특히 행정법률에 대한 위반행위가 범죄가 아니라 질서위반행위로 규정되어 있는 경우 결과적으로 행정관청은 자신의 관리·감독 권한에 기초하여 질서위반금을 부과하는 것이 되는 것이다.

예를 들어, 앞에서 살펴본 근로시간법의 경우 감독관청은 공공안전과 질서에 대한 위험을 방지하기 위하여 근로시간법의 준수 여부를 감시, 확인, 관철할 수 있다.[194] 또한 근로시간법은 감독관청에게 사업주가 해당 법률에서 규정하고 있는 질서위반 구성요건 규정을 위반하는 경우 행정불법(Verwaltungsunrecht)으로써 사후적으로 질서위반금으로 처벌할 수 있도록 하고 있다.[195] 이러한 두 가지의 권한 행사 모두 근로시간법상 감독관청에게 부여된 관리·감독 권한에 의한 것이라는 점에 대해서는 이견이 없을 것이다. 하지만 전자가 공익을 위한 예방적·행정적 목적과 관련된 행위인 반면에 후자는 질서위반행위에 대한 제재라고 하는 사법적 목적을 달성하기 위한 사후적·억압적 행위라는 점에서 차이가 있다. 또한 전자의 경우 감독관청은 행정적 감독기관이지만, 후자의 경우에는 사법적 소추기관이 된다는 점에서도 그 차이가 존재한다.

이러한 점에서 동일한 행정관청이 관련자에게 질문을 던지고 필요한 자료를 요구하는 것은 그의 정당한 권한 행사라고 하더라도 그 행위의 성격이 무엇이냐에 따라서 구별하여야 할 것이다. 만일 행정관청의 정보 요구가 질서위반금 부과를 위한 사법적인 성격의 것이라면, 행정조사와 관련된 원칙들은 더 이상 적용되지 않는다고

가 적용되어 재판 과정에서 증거로 사용되어서는 안될 것이다.

194) Baeck/Deutsch, Arbeitszeitgesetz: ArbZG, 1999, § 17 Rn. 21.

195) 앞에서도 설명한 바와 같이, 독일 근로시간법 제22조 질서위반금 규정에 따르면 제1항 제1호 내지 제7호에서 근로시간 미준수의 구체적인 사례들을 질서위반행위로 규정한 다음 제2항에서 이에 대해서는 15,000유로 이하의 질서위반금을 부과하도록 하고 있다(위의 Ⅲ.2. 참조).

보는 것이 타당하다고 할 것이다. 이제 행정조사 관련자는 피의자으로서의 지위(Beschuldigteneigenschaft)를 획득하는 것이기 때문이다. 그 결과 관련자의 정보제공 거부권은 모든 적극적인 수사 참여를 거부할 수 있는 포괄적인 권리로 확대되어 보장되어야 한다.

다. 행정과 사법의 구별기준으로서 수사절차 개시에 관한 일반 원칙의 적절성 검토

그러나 언제 행정조사의 관련자에게 수사의 대상이 되는 피의자로 그 지위가 전환되는지를 판단하는 것은 쉽지 않은 일이다. 범죄나 질서위반행위의 존재에 대한 판단 근거가 언제나 명확한 것은 아니기 때문이다. 이러한 상황에서 피의자 지위의 발생 시점, 즉 수사절차의 개시 시점에 관한 일반 원칙들을 살펴보는 것은 도움이 될 수 있을 것이다.

수사절차 개시에 관한 일반 원칙에 따르면 피의자의 지위는 최초의 혐의(Anfansverdacht)의 존재라는 객관적인 기준만으로는 결정되지 않는다. 수사절차가 개시되었는지를 판단할 때에는 특정인에 대한 절차를 시작하겠다는 소추기관의 의사활동(Willensakt)도 함께 고려하여야 한다.[196] 그러므로 행정조사 관련자는 수사기관 또는 행정관청의 의사 결정에 따라 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차가 형식적으로 개시될 때 피의자가 된다고 할 수 있다.

수사절차의 개시와 관련하여 독일의 대법원 판례 역시 이와 유사한 입장을 취하고 있다.[197] 수사절차 개시에 관하여 판단할 때 객관적 표지와 주관적 표지를 모두 요구하고 있는 것이다. 판례에 따르면 수사절차 개시에 대한 객관적 판단 표지로서 누군가에게 형벌 또는 질서위반금을 부과하기 위하여 소추기관이 일정한 조치를 취할 것을 요구한다. 즉 피의자의 지위는 수사절차 개시조치(Einleitungsverfügung)의 형태로 확인가능한 소추기관의 의사 활동에 의해 근거지워지는 것이다. 그리고 수사절차 개시 여부를 판단하기 위한 주관적 표지에 해당하는 소추기관의 의사활동은 형사처벌

196) Schoreit, in: Karlsruher Kommentar-StPO, 1999, § 157 Rn. 1.
197) BGHSt 10, 8; NJW 1957, 230; BGHSt 38, 214 (228); NJW 1992, 1463; NStZ 1992, 294; BGH, NStZ 1997, 398.

또는 질서위반금 부과를 목표로 행해진, 외부에서 인식가능한 실질적인 조치를 취할 때 인정될 수 있는 것이라고 본다.[198]

라. 행정과 사법의 결정적 기준으로서의 최초의 혐의(Anfangsverdacht)의 존재

하지만 외부에서 인식가능한 소추기관의 실질적인 조치라는 기준에 의한 수사절차 개시 여부에 대한 일반 원칙 역시 행정조사의 관련자의 경우 발생하는 자기부죄 금지 원칙의 침해 문제를 해결하는 데는 그리 효과적이지 않은 것 같다. 이것은 전술한 바와 같이 개별 행정법률의 경우 하나의 행정관청이 감독기관과 소추기관의 역할을 동시에 수행하게 된다는 데에서 그 이유를 찾을 수 있다. 감독기관 및 소추기관의 이중 관할(Doppelzuständigkeit als Aufsichts- und Verfolgungsbehörde)로 인하여 정보에 대한 요구가 아직 행정 목적의 범위 내에서 이루어진 것인지 아니면 이미 질서위반행위와 관련된 제재 목적으로 이루어진 것인지가 불확실하다. 행정법률에 따른 감독권은 보통 행정절차에서 행사되지만 실제로는 종종 질서위반과 관련한 사실관계의 확인을 목적으로 이루어지기도 하기 때문이다. 더구나 행정관청이 취하는 조치는 외형적으로 볼 때 중립적이라는 점에서 공무원의 조사가 과연 어떤 절차와 관련된 것인지 외부에서 인식하기란 어렵거나 불가능하다고 하겠다.

이러한 상황의 특수성을 고려할 때 행정조사의 관련자에 대한 피의자로서의 권리는 그가 저질렀다고 의심되는 질서위반행위 또는 범죄에 대한 실질적인 근거들이 존재하는 시점부터 광범위하게 보장될 필요가 있다고 볼 수 있다. 이에 따라 언제 수사절차가 개시되었다고 볼 것인지 그리고 언제 피의자의 지위가 발생하는지에 관한 일반 원칙들은 수정이 불가피하다고 할 것이다.

먼저 소추기관의 의사 활동이라는 주관적 표지는 소추기관 스스로 개시처분을 내리는 것을 조심스러워 한다는 점에서 수사개시의 기준으로 삼기에 부적절하다고 하겠다. 또한 인식가능한 소추기관의 실질적인 조치라는 객관적 표지 역시 이러한 조치가 외형적으로 중립적인 경우 적용이 쉽지 않다는 점에서 적절하다고 볼 수 없다. 그러므

198) BGH, NStZ 1997, 398.

로 수사절차가 개시되어 행정조사의 관련자가 피의자로서의 지위를 획득하게 되는 시점은 오로지 범죄 또는 질서위반행위에 대한 실질적 근거가 존재하고 있는지 여부, 즉 최초의 혐의가 존재하고 있는지 여부라고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

이처럼 최초의 혐의가 인정될 경우 행정조사의 관련자가 참여하는 절차의 성격도 변화하게 된다는 것은 두말할 필요도 없다. 이제 행정조사의 관련자는 정보제공 거부권이 아니라 자기부죄 금지의 원칙에 의해 보호된다. 형사절차상 통상적인 피의자에게 보장되는 권리를 아무런 제한 없이 포괄적으로 행사할 수 있는 것이다. 소추기관은 이러한 사실을 고지해야 한다. 아울러 자발적으로 제출받지 못한 자료에 대한 압수·수색 등의 강제조치 역시 일반적인 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차에서와 마찬가지로 형사소송법 및 질서위반법에 따라 이루어져야 한다. 이로써 '행정조사 관련자의 피의자로서의 지위가 통상적인 피의자의 지위보다 열악하다'라는 말은 더 이상 통용될 수 없게 될 것이다.

마. 유럽 인권 재판소의 결정

범죄 또는 질서위반행위에 대한 최초의 혐의가 존재할 때 수사절차가 개시된 것으로 보자는 입장은 유럽 인권 재판소(EGMR)의 결정에 의해 뒷받침된다고 할 수 있다.. 유럽 인권 재판소가 진술거부권과 자기부죄 금지의 원칙을 유럽 인권 협약 제6조 제1항에 규정되어 있는 공정한 재판이라는 개념의 핵심을 구성하는 기본원칙으로 인정하고 있다는 것은 전술한 바와 같다. 특히 1984년 결정에서 재판소는 유럽 인권 협약 제6조의 규정이 형사절차 뿐만 아니라 질서위반금 부과 절차에도 적용된다는 것을 분명히 하였다.[199] 질서위반금 부과 절차의 당사자는 유럽 인권 협약 제6조에서 의미하는 피고인(Angeklagte)과 동일하게 취급해야 한다는 것이다.

유럽 인권 재판소는 이에 그치지 않고 공정한 재판의 원칙 및 자기부죄 금지의 원칙의 의미를 더더욱 확대해 나가고 있다. 예컨대, 1996년 결정에서 재판소는 피의자의 진술거부권이 비형법적인 협력의무에 의해 침해되어서는 안 된다는 것을 분명히 하였다.[200] 나아가 재판소는 2001년 결정에서 자기부죄 금지의 원칙이 문서 제출의

199) EGMR, NJW 1985, 1273; dazu Lampe, in: Karlsruher Kommentar-OWiG, 2000, § 46 Rn. 7ff.
200) EGMR, ÖJZ 1998, 32.

경우에까지 확대 적용될 수 있다고 보았다.[201]

해당 결정의 재판청구인은 스위스인이었다. 1987년 투자 컨설턴트의 서류를 검토하면서 조세회피 혐의가 제기되자 스위스의 지방세위원회는 그에 대한 소송을 개시하였다. 이 과정에서 재판청구인은 모든 중요한 서류를 제출하도록 거듭 요구받았다. 그가 자기부죄 금지를 이유로 제출 요구를 거부하자 질서위반금이 부과되었다.

이 사건의 특징은 문제가 된 과세 절차가 사후세 부과 및 조세회피, 양자 모두에 관한 것이라는 점이다. 스위스는 정보에 대한 요구가 오로지 과세의 목적, 즉 행정목적을 위한 것이었다고 주장하였다. 말하자면 재판청구인의 협력은 형사소추를 위한 것이 아니라 오로지 사후세를 확정하기 위함이었다는 것이다.

그러나 유럽 인권 재판소는 청구를 인용하여 유럽 인권협약 제6조 제1항에서 보장하고 있는 권리가 침해되고 있다고 판시하였다. 재판소는 문서의 제출은 오로지 조세의 확정을 위해서만 강제되어야 한다고 보았다. 그러나 여기서 중요한 것은 문서를 제출할 경우 비과세 원천으로부터 발생하는 재판청구인의 모든 추가 소득이 조세회피에 해당되어 수사의 대상이 될 수 있다는 점이었다. 이러한 경우 해당 문서는 관계자의 의사에 반하여 강제 수단을 통해 획득되어서는 안되는 증거자료가 되는 것이다.

6. 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌 해소를 위한 입법론

가. 독일 파산법상의 증거사용금지 규정과 문제점

독일에는 행정조사의 관련자에게 요구되는 광범위한 협력의무로 인한 자기부죄 금지 원칙의 침해를 입법적으로 해결하려는 시도 역시 존재한다. 이러한 입법론은 주로 파산법을 중심으로 전개되고 있다. 이것은 파산법의 경우 1981년 연방 헌법재판소의 파산채무자 결정의 영향으로 증거사용금지 규정을 명문화하였음에도 불구하고 여전히 불만족스러운 부분이 존재한다는 것에서 출발하고 있다고 하겠다.

파산법에서 제기되는 문제가 도대체 무엇이냐를 알기 위해서 다시 한번 관련 규정을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 제97조에 따르면 채무자는 파산관리인 기타 채권자들에게 절차와 관련한 사실관계에 관한 정보를 제공하여야 한다(제1항 제1문). 정보제공

201) EGMR, NJW 2002, 499.

의무의 범위는 상당히 넓어서 채무자는 파산과 관련되어 있는 한 본인이 스스로 저지른 범죄 사실까지도 공개해야 할 정도이다(제1항 제2문). 그러나 수사기관은 채무자의 범죄 관련 정보를 증거로 사용해서는 안 된다. 제97조는 "채무자가 제공한 정보를 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차에서 사용하기 위해서는 채무자의 동의가 있어야 한다(제1항 제3문)"고 규정함으로써 증거사용을 금지하고 있는 것이다.

파산법 제97조의 규정만을 놓고 보면 상당히 이상적인 구조를 취하고 있다고 할 수 있다. 파산절차에서 채무자에게 요구되는 협력의무와 채무자에 대해 형사절차가 개시될 경우 보장되어야 하는 자기부죄 금지가 양립 가능한 것처럼 보인다. 하지만 파산법의 경우에도 정보제공 요구권자, 검찰 또는 제3자가 문서의 형태로 획득한 정보에 대해서는 증거사용금지가 적용되지 않는다.[202] 예를 들자면 채무자가 협력의무를 이행하기 위해 제출한 대차대조표를 검토한 결과 회계부정의 혐의가 발견된 경우 그에 대한 수사는 아무런 장애물 없이 개시될 수 있는 것이다.

이처럼 검사는 어떤 범죄가 발생했는지 파악할 수 있는 유리한 고지를 점한 것이라고 할 수 있다. 검사는 영장에 의한 압수·수색을 하지 않아도 채무자의 해외 계좌를 들여다 볼 수 있고, 어떤 서류가 문제가 된 범죄에 사용된 것인지 알 수 있다. 물론 검사는 채무자가 제공한 정보와는 무관하게 범죄에 대한 혐의를 발견했다고 주장할 수 있다. 하지만 결정적 단서를 제공한 것이 채무자가 제출한 문서라는 것은 부정하기 어려울 것이다. 이러한 수사방식을 감안할 때 파산법 제97조에서 규정하고 있는 증거사용금지는 기대한 것과는 달리 파산채무자를 보호해 주지 못한다고 하겠다.[203]

심지어 채권자의 고소를 통해 파산채무자에 대한 수사절차가 개시하는 경우도 있을 수 있다. 독일 민사소송법 제299조에 의하면 채권자는 파산서류를 열람할 수 있으며, 채무자가 제공한 정보에 기초하여 작성된 파산서류의 내용을 토대로 하여 고소가 이루어질 수 있다. 정보의 역기능적인 전달(dysfunktionalen Weitergabe von Auskünften)이 이루어지고 있는 것이다. 이를 통해 파산채무자의 정보가 파산법에서 규정하고 있는 채권자 보호라는 목적을 넘어서 형사절차에서 악용되고 있다고 할 수 있다.

---

202) Passauer, in: MünchKomm-InsO, 2002, § 97 Rn. 17.

203) Weyand, Zur „Verwendung" von Angaben des Schuldners für strafrechtliche Zwecke, ZInsO 2001, 108 및 109.

나. 문제 해결을 위한 입법론

파산법에서 추구하고 있는 채권자 보호와 헌법상 지위를 가지고 있는 자기부죄 금지의 원칙 사이의 긴장을 해소하기 위해 일부에서는 채무자가 강제적으로 제공한 정보는 파산서류에서 삭제함으로써 수사기관이 이러한 정보에 관하여 알 수 없도록 하자고 제안한 바 있다.[204] 실제로 Stuttgart 지방법원은 파산법 제97조 제1항 제3문에 규정된 사용금지에 관한 결정에서 채무자가 제공한 정보를 조사 서류에서 삭제하도록 결정하기도 하였다.[205] 하지만 이러한 방법은 현행법에 관련 규정이 존재하지 않는 이상 관철시키기 어렵다고 할 것이다.[206]

명문의 규정은 존재하지 않지만 독일 판례를 통해 기본법상의 기본 원칙으로 인정된 자기부죄 금지의 원칙을 진지하게 고려한다면, 이러한 법적 상황이 계속 유지되어서는 안 된다고 하겠다. 검찰은 행위자가 가지고 있는 지식(Täterwissen)의 아니라 정해진 규칙(de lege artis)에 따라 수사하여야 한다. 따라서 파산법을 개정하여 채무자가 제공한 정보는 파산서류에서 삭제되도록 해야 할 것이다. 이와 함께 파산관리인에게는 법률상 비밀유지 의무를 부담하도록 하고 기소된 채무자의 동의 없이는 증인으로 진술할 수 없도록 할 필요가 있다고 본다. 파산에 이르게 된 경제적 상황이 형사소송에서 문제가 될 경우 이는 파산관리인이 아니라 독립적인 전문가에 의해 채무자가 제공한 정보와는 상관없이 검증될 수 있을 것이다.

나아가 파산법원, 채권자 위원회, 채권자 회의를 상대로 자신의 범죄행위를 밝혀야 하는 채무자의 의무는 삭제하는 방향으로 개정되는 것이 바람직할 것이다. 파산관리인에게 업무와 관련된 범죄행위를 공개하는 것은 파산절차의 목적에 해당하는 파산의 종결 및 채권자 보호를 위해 불가피하다고 볼 수 있다. 하지만 그 외의 사람들을 상대로 공개하는 이유는 분명치 않다고 하겠다.

---

204) Uhlenbruck, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002, 401 및 405.
205) LG Stuttgart, NZI 2001, 498; NStZ-RR 2001, 282; wistra 2000, 440.
206) Richter, Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 I ff. InsO, wistra 2000, 440.

7. 보론: 독일 조세기본법상의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙을 둘러싼 논쟁

가. 조세기본법상 세무조사의 이중적 기능과 납세자의 협력의무와 자기부죄 금지 원칙의 충돌 상황

다른 행정법률들과 마찬가지로 조세기본법(AO) 역시 독일 행정절차법 제26조 제항에서 규정하고 있는 납세자의 협력의무를 제90조에서 재차 강조하고 있으며, 과세관청(Finanzbehörde)이 과세와 관련된 사실관계를 파악하는데 있어 필요한 것으로 간주되고 있다.[207] 이러한 납세자의 협력의무는 조세기본법 제85조에서 강조하고 있는 법 앞의 평등(Gleichheit vor dem Gesetz) 이념의 실현을 의미하는 적법한 과세를 실현하기 필수불가결한 것이라고 할 수 있다.[208]

하지만 납세자의 협력의무의 필요성에 대해서는 논쟁의 여지가 없다고 하더라도 그 범위를 어디까지 인정할 것인가는 과세절차에서 많은 문제를 야기한다.[209] 과잉금지 원칙(Übermaßverbot)에 따라 과세관청은 가능한 한 시민의 사생활 영역에 대한 침해를 최소화하는 가운데 협력의무를 합리적 범위 내로 제한하여야 한다.[210] 그러나 조세 부담의 증가, 간접세에서 직접세로의 전환, 납세의무의 확대 등으로 인해 과세관청의 입장에서는 납세자의 경제적 관계를 비롯하여 사생활을 포괄적으로 알아야 할 필요성이 점차 커지고 있다.[211]

특히 조세법의 영역에서는 세무조사(Steuerfahndung)의 이중적 기능으로부터 특별한 문제가 발생한다. 즉, 서론의 앞부분에서 잠시 언급한 바와 같이[212] 과세관청은 행정관청이자 수사기관으로서 행정절차상의 행정조사권 및 형사절차상의 범죄수사권을 모두 행사할 수 있는 것이다.[213] 이에 과세관청은 개별 사례에 따라 유리한 절차의

---

207) Wittmann, Mitwirkungspflicht und Aufklärungspflicht in der AO, StuW 1987, 41ff.; Rüster, Der Steuerpflichtige im Grenzbereich zwischen Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, 1989, S. 7.

208) Streck, Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht: Grundfragen des Steuerstrafrechts heute, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1983, S. 217, 236.

209) Grupp, Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, VerwArch 80, 1989, S. 44ff.; Teske, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten und der Beweisverfahren im Besteuerungsverfahren und im Steuerstrafverfahren, Diss. Köln 1987, S. 43ff.

210) BVerfGE 19, 342, 348; 30, 292, 316.

211) Reiß, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, Habil. Bonn 1987, S. 20ff.

212) 위의 Ⅰ. 참조.

유형을 선택할 수 있을 뿐만 아니라 관련자에게 그 어떤 설명을 하지 않고도 합목적적 사고에 의거하여 절차의 유형을 변경할 수 있다.[214] 동일한 사실관계가 동시에 조세행정의 목적 및 형사처벌을 위해서 조사되는 것이다. 그 결과 세무조사 절차에서 관련자는 협력의무를 통해 자기 자신의 유죄를 입증하는 위험을 감수하게 된다.[215] 이것은 형사절차상의 자기부죄 금지 원칙에 대한 심각한 침해라고 하지 않을 수 없을 것이다.

조세법상의 협력의무와 형사절차상의 자기부죄 금지의 원칙와의 충돌은 예를 들면, 구체적으로 일반적인 협력의무의 구체화라고 할 수 있는 회계장부 작성 및 기록 의무(Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten)와 관련하여 발생한다고 할 수 있다. 이와 관련된 규정으로는 제143조와 제144조가 있으며, 제143조는 기업가(Unternehmer)에게 상품의 입하(Wareneingangs)를 기록할 의무를 부과하는 한편 제144조는 도매업자(Großhändler)에게 상품의 출하(Warenausgangs)를 기록할 의무를 부과한다. 이것은 판매자와 구매자 간의 거래관계를 통제하기 위한 것이라고 할 수 있다.[216] 제143조를 위반하든, 제144조를 위반하든 상관없이 규정 위반에 대한 법적 효과는 동일하다. 기록을 제출하지 않거나 기록은 하였지만 불완전 또는 불확실한 경우에는 과세표준이 추정된다.[217] 또한 기록의무가 있는 자에게는 질서위반금이 부과된다.[218]

이러한 기록의무는 과세절차상 요구되는 협력의무의 일환이기는 하지만 이것은 동시에 이후 문제가 되는 조세범죄(Steuerstraftat) 또는 조세질서위반행위(Steuerordnungswidrigkeit)에 대한 증거 자료를 자기 손으로 제출하는 것이 된다. 말하지만 자신의 조세위반행위가 유죄라는 것을 스스로 입증하는 셈이다.[219] 이와 같은 부정적 결과를 놓고 볼 때 회계장부 작성 및 기록의무를 비롯하여 조세기본법상의 협력의무에 관한 규정의 적법성(Legitimität)에 대하여 의구심이 들 수 밖에 없다고 할 것이다.

---

213) § 208 I 1 Nr. 1 및 2 AO 참조.
214) Mösbauer, Steuerfahndung im Rechtsstaat, DStZ 1986, 341; Reiß, 각주 67) S. 236;
215) Mösbauer, a.a.O., 341.
216) BT-Dr VI/1982, S. 125 zur Begr. der Neufassung des § 144 IV 2 AO von 1987.
217) § 162 I 1 i.V. mit II 2 AO.
218) § 379 I Nr. 2 AO.
219) Reiß, a.a.O., S. 235ff.

나. 납세자의 협력의무와 자기부죄 금지 원칙의 충돌 해소를 위한 증거사용금지 규정

그러나 동일한 사실관계가 동시에 과세를 위한 행정조사 및 형사처벌을 위한 수사의 대상이 될 수 있도록 만든 것은 입법상의 미비가 아니다. 사실 조세기본법상 과세절차와 조세위반행위에 대한 형사절차의 병행 가능성과 그로 인해 발생하는 문제점들은 (조세형법을 포함한) 조세기본법이 성문화될 당시부터 이미 입법자에게 잘 알려져 있었다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 당시의 입법자는 두 가지 절차의 병행 가능성을 명문화한 것이다.[220]

다만 입법자는 납세자의 협력의무와 자기부죄 금지 원칙의 충돌을 해결하기 위하여 제393조 제2항에서 증거사용금지(Verwertungsverbot)를 명문으로 인정하는 방법을 택하였다. 해당 규정에 의하면 "검찰 또는 법원이 형사절차가 개시되기 이전에 또는 형사절차의 개시를 알지 못한 상황에서 납세자가 조세법상의 의무 이행을 위해 과세관청에게 공개한 과세 근거 자료(Steuerakten)으로부터 사실 또는 증거자료를 획득하게 된 경우 조세범죄가 아닌 범죄에 대한 형사절차에서 사용할 수 없다. 다만 형사소추에 대한 중대한 공익이 존재하는 범죄(제30조 제4항 제5호)의 경우에는 그러하지 아니하다."[221]

현재 도입되어 있는 증거사용금지는 앞에서 살펴본 연방 헌법재판소에서 제시한 증거사용금지보다 그 적용범위가 확대되어 있다. 1981년 결정의 경우 증거사용금지는 구두의 형태로 이루어진 진술 증거만을 그 대상으로 한 반면, 조세기본법상의 증거사용금지는 서면 형태의 증거에까지 확대 적용되도록 하고 있는 것이다. 하지만 이러한 규정만으로는 협력의무를 부담하는 관련자를 자기부죄로부터 보호하기에 충분하다고 할 수 없다. 무엇보다 해당 규정의 규정에 의하면 증거사용금지는 협력의무

---

220) § 403 RAO 1919, § 438 RAO 1931 참조.

221) 해당 조문의 독일어 원문을 그대로 제시하면 다음과 같다: § 393 Verhältnis des Strafverfahrens zum Besteuerungsverfahren (2) Soweit der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht in einem Strafverfahren aus den Steuerakten Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart hat, dürfen diese Kenntnisse gegen ihn nicht für die Verfolgung einer Tat verwendet werden, die keine Steuerstraftat ist. Dies gilt nicht für Straftaten, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht.

를 부담하는 관련자의 사기 또는 횡령, 배임과 같은 일반 범죄에 대해서만 적용될 수 있을 뿐이다. 조세포탈, 조세회피와 같은 조세범죄의 경우는 해당되지 않는 것이다. 더욱이 형사소추에 대한 강력한 공익이 존재하는 중대한 범죄의 경우에는 증거사용금지를 부정함으로써 그 적용범위가 상당히 축소되고 있기 때문이다.

다. 조세기본법상 협력의무 이행에 의한 자기부죄로부터 납세자를 보호하기 위해 제시된 다양한 해결방안들

1) 과세절차와 형사절차의 시간적 분리

이처럼 불만족스러운 법적 상황을 바탕으로 과세절차와 형사절차의 병행으로 인해 발생하는 충돌을 피하거나 아니면 그로 인한 불이익들을 감소시키기 위해 많은 해결책들이 논의되고 있다. 그 가운데 하나는 현재 동시에 진행되는 두 개의 절차의 진행순서를 시적적으로 분리하여 형사절차가 진행되는 동안 과세절차를 중단시키는 것이다. 이를 통해 세무조사에 협력해야 하는 관련자에게 불리하게 작용하는 행정절차로부터 형사절차로의 전환을 방지하고 자기부죄 금지를 보장할 수 있다고 본다.[222]

이러한 해결방안의 장점은 명확하다. 양 절차의 시간적 분리(zeitliche Entzerrung)는 서로 법원칙들로부터 야기되는 충돌의 발생을 방지할 수 있다. 또한 세무조사의 이중적 기능, 즉 과세관청이 행정절차상의 행정조사권과 형사절차상의 범죄수사권을 동시에 행사하는 것은 권력분립의 원칙과 양립불가능하다는 것을 보여주고 있다는 점에서 의의가 있다고 할 수 있다. 그러나 과세절차와 형사절차의 병행 가능성을 긍정하는 현행법의 태도와 맞지 않는다는 점에서 관철되기는 어려울 것이다. 조세기본법 제393조는 과세절차와 조세범죄에 대한 형사절차가 기본적으로 병행될 수 있다는 사고를 전제로 하고 있다는 것을 잊어서는 안 될 것이다.

2) 납세자의 협력거부권 인정

또 다른 견해는 과세절차상 협력의무를 부담하는 납세자의 법적 지위에 관한 새로운 해서을 통해 양 절차의 병행으로 인해 발생하는 불이익을 완화해 보고자 한다.

---

222) Rengier, BB 1985, 720, 722f.; Seer, StB 1987, 128, 131f.

해당 주장은 무엇보다 조세기본법 제393조 제1항 제2문에 주목한다. 본 조문은 "과세절차에서 납세자에 대한 강압적 조치(제328조)는 이로 인해 납세자 스스로 자신이 저지른 조세범죄 또는 조세질서위반행위에 대한 유죄를 입증해야 하는 경우에는 허용되지 않는다."고 규정되어 있다.[223] 이처럼 법적으로 의무 이행을 강제할 수 없다는 것은 의무의 성격 자체를 변경한다는 것이고 따라서 납세자는 협력거부권을 갖게 된다고 보는 것이다.[224]

이 견해는 특히 외부감사 과정에서 조세범죄에 대한 혐의가 발견되어 과세절차상의 행정조사와 조세범죄에 대한 수사가 동시에 진행되고 있음에도 불구하고 피의자에게 이에 대한 아무런 고지를 하지 않은 경우 형사절차상 보장되는 피의자의 방어권이 더 이상 침해되지 않는다는 점에서 타당하다고 할 것이다.[225] 그럼에도 불구하고 해당 견해를 적절한 해결책으로 수용하는 것은 쉽지 않는 것이 사실이다. 현행 조세기본법은 납세자가 세무조사에 대한 협력을 거부할 경우 불리한 과세기준을 추정한다는 불이익이 가해진다.[226] 그런데 해당 견해가 주장하는 것처럼 납세자가 자신의 협력거부권을 행사하게 되면 당연히 이러한 불이익이 가해져서는 안 된다. 하지만 이로써 조세법 위반행위에 대한 혐의로 인해 피의자가 된 납세자가 다른 정직한 납세자보다 유리하게 취급된다는 또 다른 문제에 직면하게 되는 것이다.

3) 증거사용금지의 확대 적용

납세자의 협력의무의 이행으로 인한 자기부죄의 위험을 피하기 위해 제시되고 있는 또 다른 해결방안은 증거사용금지를 확대 적용하자는 것이다.[227] 물론 앞에서 살펴본 바와 같이 조세기본법 제393조 제2항은 증거사용금지를 명시적으로 조세범죄 이외의 범죄에 대한 형사절차로 제한하고 있다. 하지만 그렇다고 하더라도 과세절차와 형사절차의 병행으로 인해 발생하는 불이익을 회피하도록 하는 증거사용금지의 기능은 조세범죄의 형사절차에도 그대로 유지되어야 한다는 것이다. 왜냐하면 형사법상의

223) 이때 제328조의 강압적 조치는 이행강제금(Zwangsgeld), 대체집행(Ersatzvornahme), 직접 강제(unmittelbarer Zwang)를 의미한다.
224) Stürner, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1761.
225) Reiß, a.a.O., S. 270.
226) § 162 II 1 AO.
227) Reiß, a.a.O., S. 236.

자기부죄 금지의 원칙은 조세기본법 제393조의 실정법적인 한계를 뛰어넘어 증거사용금지를 인정할 수 있기 때문이다.

이러한 주장을 뒷받침하는 근거로서 제시되고 있는 것이 바로 전술한 연방 헌법재판소의 파산채무자 결정이다. 1981년 이 결정 이후 자기부죄로부터의 보호는 헌법상의 원칙으로 이해되고 있으며, 해당 결정이 제시한 이익형량의 방법에 따라 과세절차상의 세무조사의 이익보다 자기부죄 금지의 원칙에 우위를 인정할 경우 증거사용금지의 확대 적용을 인정할 수 있다는 것이다.

8. 결론

가. 주지하는 바와 같이 행정조사에 관한 우리나라와 독일의 법적 현황은 일정한 차이가 있다. 가장 큰 차이점은 독일의 경우 우리나라의 행정조사기본법과 같은 단일 법률이 존재하지 않는다는 것이다. 물론 독일 행정절차법에서 행정조사에 관한 규정들을 두고 있기는 하지만 그것은 관련 기본원칙에 관한 내용을 담고 있는데 그치고 있다. 그 외에 구체적인 행정조사에 관한 사항, 예컨대, 행정조사를 수행하는 행정관청, 행정조사 관련자들의 협력의무의 유형과 내용, 협력의무 불이행시 강제수단 등은 각각의 개별 법률에서 규정하고 있다.

나. 행정관청의 행정조사를 둘러싸고 발생할 수 있는 여러 가지 법적 쟁점 중에서 독일에서는 특히 범죄수사와 관련하여 조사 관련자의 협력의무와 피의자의 진술거부권 내지 자기부죄 금지의 원칙과의 충돌이 문제시되고 있다. 행정조사의 경우 행정관청은 관련자에게 필요한 정보를 요구할 수 있고 관련자는 이러한 요구에 협력할 의무가 있다. 그런데 행정조사 관련자가 부담해야 하는 협력의무의 범위가 상당히 넓다고 할 수 있다. 따라서 이러한 협력의무를 통해 다양한 정보들이 행정관청에게 전달되고, 이를 바탕으로 관련자의 범죄 혐의가 드러나 형사절차 또는 질서위반금 부과 절차가 개시될 경우 피의자는 자기 손으로 자기의 유죄를 입증할 증거를 제공한 셈이 되는 것이다. 이것은 피의자의 진술거부권을 침해하는 동시에 자기부죄 금지의 원칙에 반하는 것으로 형사법상 피의자의 방어권을 어떻게 보장할 것인가를 두고 논의가 이루어지고 있다.

다. 독일 연방 헌법재판소는 1981년 이른바 파산채무자 결정을 통해 채무자가 파산절차에 있어서의 협력의무의 이행으로 정보를 제공함으로써 유죄판결 또는 이와 유사

한 제재를 받게 될 경우 이는 피의자의 기본권, 즉 형사절차상 보장된 진술거부권과 양립할 수 없다고 보았다. 그리고 이에 대한 해결책으로서 증거사용금지를 제시하였다. 이에 의하면 행정관청이 자신의 정보제공 요구 권한을 행사하여 행정조사 관련자로부터 획득한 정보가 범죄와 관련된 경우 해당 형사범죄는 형사소추의 대상이 될 수 없다. 하지만 연방 헌법재판소가 제시한 해결책인 증거사용금지는 무엇보다 구두에 의한 정보제공의 경우에만 적용될 뿐 그 외에 서면 형식으로 이행되는 여러 협력의무에 대해서는 적용되기 어렵다는 점에서 그 한계가 있다고 할 것이다.

라. 행정조사 관련자의 협력의무와 자기부죄 금지의 원칙의 충돌의 문제를 해결하기 위한 독일의 해석론은 주로 관리·감독 목적으로 행정조사가 실시되는 행정절차가 언제 형벌이나 질서위반금 부과 목적의 사법절차가 전환되느냐에 초점을 맞추고 있다고 할 수 있다. 형사절차나 질서위반금 부과 절차가 개시되는 순간 행정조사 관련자는 피의자로 그 지위가 변화되고 따라서 형사절차상 보장되는 모든 권리, 즉 포괄적인 묵비권 및 문서 제출 거부권 등을 행사할 수 있기 때문이다. 형사절차의 시작점이라고 할 수 있는 수사개시와 관련하여 독일 형사소송법상의 일반 원칙은 외부에서 인식가능한 소추기관의 실질적인 조치라는 기준을 제시하고 있다고 할 수 있다. 하지만 행정절차에서 행사되는 감독권은 종종 질서위반행위와 관련된 사실관계의 확인을 목적으로 한다는 점, 행정관청의 조치는 겉으로 보기에는 중립적이라는 점에서 과연 어떠한 절차와 관련된 것인지 판단하기가 쉽지 않다는 점 등을 고려할 때 범죄 또는 질서위반행위에 대한 실질적 근거가 존재하고 있는지 여부, 즉 최초의 혐의가 존재하고 있는지 여부에 따라서 수사개시 시점을 판단하는 것이 타당하다는 견해가 존재한다.

마. 독일의 입법론은 주로 파산법을 중심으로 전개되고 있다. 파산법의 경우 1981년 연방 헌법재산소의 파산채무자 결정 이후 증거사용금지를 명문으로 도입하였지만 전술한 바와 같이 증거사용금지는 기본적으로 행정관청이 문서의 형태로 획득한 정보에 대해서는 적용되지 않기 때문이다. 현재 이 문제를 해결하고 피의자의 자기부죄 금지 원칙을 보장하기 위한 입법론으로는 채무자가 강제로 제공한 정보를 파산서류에서 삭제하는 방안, 파산법원이나 채권자위원회 등을 상대로 자신의 범죄를 밝혀야 하는 채무자의 의무를 삭제하는 방안 그리고 파산관리인에게 비밀유지 의무를 부담하도록 하고 기소된 채무자의 동의 없이는 증인으로 진술할 수 없도록 하는 방안 등이 논의되고 있다.

바. 보론으로 조세법 영역에서 이루어지고 있는 논의 상황에 대해 살펴보았다. 다른 행정법률과 달리 독일 조세기본법은 과세관청(Finanzbehörde)에게 행정관청이자 수사기관으로서 행정절차상의 행정조사권과 형사절차상의 범죄수사권을 모두 활용할 수 있도록 명문으로 규정하고 있기 때문이다(세무조사의 이중적 기능). 그러므로 조세기본법상 협력의무 이행에 의한 자기부죄로부터 조세범죄의 혐의를 받고 있는 납세자를 보호하기 위하여 과세절차와 형사절차를 시간적으로 분리하는 방안, 납세자의 협력거부권을 인정하는 방안, 조세기본법상의 증거사용금지 규정(조세기본법 제393조 제2항)을 확대 적용하는 방안 등이 주장되고 있다.

제2절 | 미국

1. 서론

미국의 행정기관이 범죄수사에 관여하는 경우는 크게 3가지로 나누어 볼 수 있다. 먼저 행정조사를 통해 입수한 증거를 범죄수사에 활용하는 방식이다. 행정조사를 통하여 입수한 자료를 범죄수사에 활용하는 것에 대하여 1910년대 연방대법원의 합헌 판결 이후 영장주의의 성립과 제한의 면에서 논의가 지속적으로 이루어져 왔다. 두 번째 유형은 행정기관이 독립적인 범죄수사권을 행사하는 경우이다. 주로 연방정부의 행정기관이 범죄수사권을 가지고 있으며, 경찰과 거의 같은 수준의 수사 권한을 부여받은 기관도 존재하고, 부분적인 수사권을 행사하는 조직을 운영하는 등 다양하고 폭넓게 수사권을 인정하고 있다. 이런 행정기관은 각각 독립적으로 연방 법률에 규정된 대상 사건에 대하여 독립적인 권한을 가지고 수사를 진행할 수 있다. 마지막 유형은 하나의 사안에 대하여 행정조사와 범죄 수사가 동시 혹은 연속하여 독립적으로 이루어지는 병행조사 방식이다. 병행 수사는 조사관과 수사관이 동시에 개입하므로 피조사자 자신이 범죄혐의로 수사의 대상이 되었는지를 인식하고 있는가 하는 점이 중요한 쟁점으로 논의되어 왔다.

이처럼 행정기관이 범죄 수사에 개입하는 경우에 피조사자는 어떤 헌법적 권리를 보장받아야 하는가 하는 점이 오랜 기간 판례를 통해 축적됐다. 본 장에서는 이와

관련하여 다음과 같은 사안을 검토해 보고자 한다. 먼저, 행정조사에 대한 영장주의 원칙의 적용 여부, 적용되는 경우 영장 발부 기준의 수준, 그리고 영장주의 원칙을 위반하여 수집된 증거의 효력을 살펴본다. 영장과 관련하여 추가적으로 제삼자가 보관하고 있는 자료를 행정기관이 행정조사를 통해 입수하는 경우에 연방수정헌법 제4조를 위반하는가에 대한 논의와 행정조사와 범죄 수사의 구분 기준에 대한 법원의 입장도 살펴본다. 또한, 병행 수사의 적법성 인정 기준과 자기부죄거부특권과 변호인 참여권의 인정 여부에 대한 논의현황을 살펴본다.

2. 행정기관의 범죄조사권에 대한 제도(입법) 현황

가. 행정조사 (Administrative Investigation)

행정기관이 법률에 의하여 수권된 처분 혹은 기타 권한의 행사를 위해서는 필요한 정보를 적시에 입수하여야 한다. 정보의 입수를 위한 조사의 방식은 매우 다양할 수 있으나, 연방행정절차법 (Administrative Procedure Act)이 언급하고 있는 행정조사의 수단은 일반적으로 소환장 발부권(Subpoena), 출입검사권(Inspection) 및 자료제출(보고서) 요구권(Requirement of report)이라 할 수 있다.

1) 소환장 발부

행정기관의 소환장발부권은 법원에 의한 사법적 소환과 구별된 행정적 소환(Administrative Subpoena)을 위한 제도이다. 소환장 발부권은 행정기관이 증인의 진술을 청취하기 위하여 출석을 요구하거나, 증언과 더불어 특정 자료의 지참을 요청할 수 있는 권리이다. 문서 및 자료 자체의 제출을 요청하는 것이 아니라 증인이 소환될 때 필요한 기록물을 지참하도록 하는 점에서 자료제출 요구권과 차이가 있다. 문서 및 자료 등의 기록물이란 행정기관의 요청에 따라 일정한 양식에 의해서 정보의 정리 혹은 가공을 한 것을 의미하며, 이러한 점에서 자료제출 요구권에서 말하는 자료와 그 형식이 다르다고 볼 수 있다.[228]

228) 김영조, "미국행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰", 토지공법연구 제21집(2004), 164면.

연방행정절차법은 법률에 의하여 허가된 소환장의 경우 행정기관의 신청에 의하여 발부되는 것이 원칙이지만, 다른 절차 규정에서 요구하는 경우에는 증거의 일반적인 관련성 및 합리적 범위에 대한 적시가 있는 경우에 발부가능하다고 규정하고 있다. 또한 집행의 과정에서 법원은 합리적인 시간에 증인의 출석 혹은 증거나 자료의 생성을 명령해야 하며, 명령에 응하지 않는 경우에는 법정모욕죄의 정한 형벌에 처해진다.[229] 즉, 소환장의 집행은 행정기관에 의해서 강제되지 않으며 법원에 의해 이루어진다. 그러나 법률에 의해서 행정기관이 소환불응에 대한 제재를 내릴 수 있도록 규정되어 있는 경우에는 행정기관이 제재할 수 있다.[230]

주(州) 차원의 소환장발부제도 역시 연방행정절차법에서 마련한 규정과 유사하다. 미네소타 주의 경우에도 법적인 근거를 통하여 행정기관에게 소환장 발부권을 인정하고 있다. 소환장의 집행은 지방법원(district courts)을 통해 이루어지고, 행정기관은 소환불응에 대한 제재를 내릴 수 없다.[231] 다만, 연방과는 다르게 소환불응은 법원모욕죄는 물론,[232] 경한 범죄(misdemeanor)로 처벌될 수 있다.[233]

2) 출입검사

행정기관이 행정규제의 준수여부에 대한 확인을 위하여 주택 및 사업장에 출입하여 필요한 사항을 조사하고 정보를 수집하는 것을 의미한다. 출입검사는 크게 세가지 기준에 의하여 분류할 수 있는데 먼저, 규제 목적을 중심으로 대상시설의 물리적 제조건을 규제하기 위하여 수행하는 검사와 특정 영업활동을 규제하는 수단으로서의 검사로 분류될 수 있다. 또한 조사권의 발동에 따라서 제3자의 민원제기로 인하여 행해지는 민원검사(Complaint Inspection)와 일정 지역 또는 특정영업이 일정기간의 경과에 의해 검사대상으로 인정되어 수행되는 지역적 검사(Area Inspection) 및 정기적 검사(Periodic Inspection)로 구분 된다. 마지막으로 지역적 검사와 정기적 검사 등을 수행하는 경우 전체 검사의 계획이 체계적으로 수립되고 운영되는 정형적 검사

229) 5 U.S. Code § 555(d)
230) 5 U.S. Code § 558(b)
231) Minn. Stat. §388.23, subd. 2.; Deborah K. McKnight, Administrative Subpoenas, Information Brief, Minnesota House of Representatives Research Department, November 2006, p.2. (https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/adminsup.pdf)(최종방문: 2020.10.18.)
232) Minn. Stat. §270C.32, subd. 7.
233) Minn. Stat. §388.23, subd. 5.

(Routine Inspection)와 민원의 해소를 위하여 일시적으로 수행되는 민원검사와 같이 비정형적(Non-routine)으로 이루어지는 검사로 구분하는 경우도 있다.[234]

3) 보고서 요구

보고서 요구권이란 행정기관이 개인이나 단체 혹은 회사가 생성 혹은 보관하고 있는 정보를 요구하는 권한을 의미한다. 소환은 소환장에 기재된 특정 개인에 대해서만 적용되는 것인데 반해 자료제출의 요구는 해당 단체 혹은 필요한 자료의 생성 및 보관에 관련된 개인에게 요청할 수 있다. 즉, 자료제출을 요구하는 경우는 작성자 및 보관자를 별도로 특정하지 않는 경우가 일반적이다. 또한 소환장을 발부하여 자료의 제출을 요구하거나 출석 증언을 요구하는 경우에는 명시적 법률적 근거가 있어야 하고 그 방식도 법률의 절차에 따라야 한다. 그러나 자료제출 요구권을 행사하는 경우에는 별도의 명시적 법률규정이 필요하지 않다.

행정기관의 요구에 불응하는 경우 강제하는 방법은 개별법령에 따라 차이가 있으나, 일반적으로 과태료의 부과를 통해 강제하는 방법이 사용된다. 예를 들면, 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC)가 요구한 보고서의 제출을 거부하는 개인에게 FTC는불이행 확인통지를 하고 이 통지를 수령한 이후 30일이 지났음에도 불이행이 지속되는 경우에는 과태료가 부과된다.[235]

나. 행정기관의 독립적 수사권

연방차원의 행정기관이 독립적인 수사권을 갖는데 수사권을 부여하는 방식에 따라 3가지로 나눌 수 있으며, 독립적인 수사권을 갖는 대부분의 행정기관은 기본적으로 영장 청구 및 집행권, 체포권, 무기소지권 등을 보유하여 행사할 수 있으나, 경우에 따라서는 권한의 일부가 부여되지 않는 경우가 있다.

1) 법무부장관의 권한부여

법무부장관이 일정한 경우에 수사권이 필요한 행정기관에 해당 권한을 부여할 수

234) 김영조, 앞의 논문, 163면 참조.
235) 김민배, "미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차", 한국산업보안연구 제9권 제2호 (2019), 65면.

있다. 감찰관법 § 6(f)(2)의 규정은 수사권한을 부여하면서 적합성 요건으로 세가지를 제시하고 있으며, 권한이 남용되거나 오용되지 않도록 적절한 관리 절차가 존재할 것을 요구하고 있다.

> 2. 법무부장관은 동 항의 세부규정에 따른 법률집행 관련 권한을 다음 각 목에 대한 최초결정 후에만 허용할 수 있다.
> 가. 해당 감찰관실의 권한부족으로 이 법에 의하여 규정된 책임의 수행이 심각하게 위협을 받고 있는 경우
> 나. 타 법률 집행 기관으로부터 가용한 지원을 필요로 하는 권한에 비해 불충분한 경우
> 다. 관련 권한의 적정한 행사를 보장할 수 있는 적절한 내부 보호조항과 관리 절차가 존재하는 경우

이 방식으로 권한을 부여받은 행정기관은 국립문서기록관리청, 암트랙, 평화봉사단, 연방준비위원회 및 소비자금융보호국, 재단법인 국가 및 지역사회 봉사단, 미국수출입은행, 국가과학재단, 연방주책금융공사, 증권거래위원회, 아프카니스탄 재건을 위한 특별 감찰관 등이다.

2) 감찰관법에 의한 부여

범죄수사권에 대한 포괄적인 승인과 더불어 감찰관법은 §6(f)(1)을 통하여 구체적인 압수수색과 체포 및 긴급체포, 무기소지 등의 권한을 규정하고 있다. 동 조항을 통하여 구체적인 권한을 인정받는 주체는 주로 행정기관 산하 감찰부서의 특수요원 혹은 범죄수사관이며, 이과 같은 권한을 부여하는 조문의 내용은 다음과 같다.

> (f)(1) 이 법에 의해 부여된 권한에 추가하여 제3조에 의거해 임명된 감찰관, 직무감찰 담당 감찰관보 및 감찰관보에 의해서 감독받는 “특수요원”은 법무부 장관에 의해서 다음 각 목의 권한을 부여받는다.
> (A) 이 법 또는 다른 법령에 의거하거나 특별히 법무부 장관에 의해서 부여된 공적인 임무수행 시 총기를 소지할 수 있다.
> (B) 위 감찰관, 감찰관보 또는 특수요원의 면전에서 범법행위가 발생하였거나 미국 법률에 규정된 중대범죄를 범했거나 중대범죄가 진행 중이라고 믿을 수 있는

합리적인 이유가 있는 경우 이 법 또는 다른 법령에 의거하거나 특별히 법무부 장관에 의해서 부여된 공적인 임무수행 시 영장없이 체포할 수 있다.

(C) 위법행위가 발생하였다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우, 미국 당국에 의해 발부되는 체포, 수색 또는 압수 영장을 청구하고 집행할 수 있다.

감찰관법은 §6(f)(3)조항을 통하여 수사권을 부여받는 행정기관을 열거하고 있으며, 다음의 25개 기관은 § 6(f)(2)에서 규정하고 있는 적합성요건에 대한 법무부장관의 최초 결정 없이 수사를 위한 권한을 부여받는다.

상무부, 교육부, 에너지부, 보건부, 국토안보부, 주택도시개발부, 내무부, 법무부, 노동부, 대변인실, 교통부, 재무부, 보훈처, 국제개발협력처, 환경보호처, 연방예금보험공사, 연방재난관리처, 조달청, 국립항공우주청, 원자력규제위원회, 인사관리처, 철도퇴직연금 위원회, 중소기업청, 사회보장행정처, 테네시발전공사

3) 행정기관의 법률규정

마지막 유형은 감찰관법이 아닌 관련 법률에서 행정기관의 범죄수사권을 규정하고 있는 경우로, 감찰관법에서 부여하는 권한과 유사하게 각 행정기관이 수사권과 이에 따른 구체적 권한을 부여 받는 방식이다. 수사권을 부여받는 기관은 해당 행정기관의 감찰관인 경우가 다수이다. 예를 들면, 농무부는 미연방법률 "7 U.S.C.A. § 2270 (감찰관의 권한)"에서 다음과 같이 수사권을 부여하고 있다.

2008년 식품영양법을 포함하되 이에 국한되지 않는 법령위반의 중대범죄 혐의 또는 의심이 가는 사항에 대한 조사를 수행하는 농무부 감찰관실에 근무하는 모든 사람 및 농무부 장관 또는 농무부 기관이 관리하고 농무부 감독관이 지정한 사람은 다음을 수행할 수 있다.

(1) 중대범죄를 저질렸거나 저질러지고 있다고 믿을만한 "상당한 이유"가 있는 경우, 영장 없이 긴급체포를 할 수 있다.

(2) 중대한 위법사항 발생했다고 믿을만한 "상당한 이유"가 있는 경우, 체포·수색 또는 압수 영장을 청구하고 집행할 수 있다.

(3) 총기를 소지할 수 있다.

또한, 각 행정기관 고유의 수사담당을 지정하고 그 부서에 수사권을 인정하는 경우도 존재한다. 이와 관련된 예로는 국세청을 들 수 있는데, "26 U.S.C.A. § 7608, I.R.C. § 7608" 규정에 의하여 다음과 같은 수사권을 보유하고 있다.

(1) 총기 소지
(2) 수색 및 체포 영장의 집행과 소환장의 집행
(3) 중대범죄가 저질러졌거나 저질러지고 있다고 믿을 만한 합리적 근거가 있는 경우 영장 없는 긴급체포
(4) 임무의 수행과 관련하여 재산의 압수

[표 4-2-1] 주요행정기관의 범죄수사권 및 근거법령

소속 행정 기관[236]	수사 조직	범죄 수사 주체	주요 업무	범죄수사 근거법령	수색 근거법령	체포 권한 근거법령	무기소지 권한 근거법령
농무부	감사국	특수요원	농무부가 수행하는 사업·운영·직원과 관련된 중대 범죄행위에 대한 수사, 예를 들면, ①보조금, 가격지원, 혜택 및 보험에 대한 사기 ②정부의 재산 및 재정에 대한 중대 절도 ③ 뇌물 및 강요 ④밀수 ⑤공중보건 및 안전 ⑥ 직원에 대한 폭행 및 상해 등	7 U.S.C. 2270	7 U.S.C. 2270	7 U.S.C. 2270	7 U.S.C. 2270
재무부 - 국세청	범죄수사국	범죄 수사관	국세청 법령의 위반행위 및 관련 재정범죄에 대한 수사 일반	26 U.S.C. 7608	26 U.S.C. 7608	26 U.S.C. 7608	26 U.S.C. 7608
교육부	감사국	특수요원	①교육부의 사업 및 운영의 과정에서 발생하는 사기와 남용의 예방과 발견에 관련된 모든 수사 활동 ②직원의 부정행위에 대한 수사	§4(a)(1) 감찰관법	§6(f)(1)(C) 감찰관법	§6(f)(1)(B) 감찰관법	§6(f)(1)(A) 감찰관법
에너지부	보안운영국	특수요원	위반행위에 대해 원자력 에너지법, 기타 관련 미국법령, 행정명령 및 법무부 지침에 따른 수사 일반	-	-	42 U.S.C. 2201	42 U.S.C. 2201
국무부	외교안보국	특수요원	여권과 비자 관련 부정행위에 대한 수사	22 U.S.C. 2709 22 U.S.C. 4802 22 U.S.C. 3927	22 U.S.C. 2709(a)(2)	22 U.S.C. 2709(a)(2)	22 U.S.C. 2709(b)(3)

236) 미연방회계감사원 (https://www.gao.gov/special.pubs/gao-07-223sp/law_enforcement_survey_table.html) (최종방문: 2020.10.20.)

소속 행정 기관[236]	수사 조직	범죄 수사 주체	주요 업무	범죄수사 근거법령	수색 근거법령	체포 권한 근거법령	무기소지 권한 근거법령
국제 개발청	감사국	특수요원	① 구매와 계약 상 사기에 대한 수사 ② 직원 등의 중대한 비행에 대한 수사	감찰관법	·국토안보법 §812 ·법무부장관 지침 ·§6(e) 감찰관법	·국토안보법 §812 ·법무부장관 지침 ·§6(e) 감찰관법	
환경 보호청	감사국	범죄 수사관	① 환경보호청의 계약, 보조금, 기타 지원협정에 따른 수행 및 지불 과정에서 발생한 범죄행위에 대한 수사 ② 환경보호청 직원 및 사업과 관련된 범죄행위와 컴퓨터 범죄행위에 대한 수사 ③ 환경보호청의 네트워크에 대한 침입 및 공격, 컴퓨터 오용 및 지적재산권 침해 행위에 대한 수사	감찰관법 §2(1)	§6(f)(1)(C) 감찰관법	§6(f)(1)(B) 감찰관법	§6(f)(1)(A) 감찰관법
우편청	감사국	특수요원	① 우편청이 소유하거나 관리하는 자산, 우편물의 이용 및 기타 범죄에 관련된 법령의 집행 ② 우편청의 운영에 침해를 발행하는 위반행위를 규정하는 기타 법령의 집행	5 U.S.C App. 8G(a)(2); 18 U.S.C.3061	18 U.S.C. 3061	18 U.S.C. 3061	
식품 의약청	범죄수사국	범죄 수사관	① 연방 식품의약화장품법률 위반, 부정거래방지법 및 기타 관련 법률 위반의 형사사건 수사 ② 기소를 위한 증거수집	21 U.S.C. 372(e)	21 U.S.C. 372(e)(2)		
항공우주국	감사국	범죄수사관	① 항공우주국에 영향을 미치는 사안에 대한 형사· 민사·행정적 수사 및 조사 ② 부정행위와 범죄 등에 대한 발견 및 예방	감찰관법 2(1)&(2), (3)(d)(1), 4(a)(1)&(2), 6(a)(2)&(e)	감찰관법 §6(f)(1)(c)	감찰관법 §6(f)(1)(B)	감찰관법 §6(f)(1)(A)

다. 병행조사(Parallel Investigation)

병행조사란 민사사건 또는 행정사건의 조사와 형사사건의 수사를 동시에 혹은 인접한 시간데 독립적으로 수행하는 것을 의미한다. 따라서 범죄수사가 행정조사보다 반드시 우월하지는 않은 형태의 조사를 의미한다. 범죄수사를 담당하는 특수요원이 반드시 주도권을 지지는 않으며, 따라서 특수요원은 행정조사를 담당하는 담당관에게 조사와 관련된 명령을 내릴 수 없다. 그러나 실무에서는 행정조사를 담당하는 조사관

과 범죄수사를 담당하는 특수요원이 긴밀히 협조하고 의논한다. 특수요원의 입장에서는 범죄수사로 진행될 가능성이 있기 때문에 증거능력의 확보차원에서 행정조사관의 조사행위에 대해 주시하고 사전에 협의하는 경우가 다수 발견되는 것으로 알려져 있다. 이 과정에서 행정조사를 수행하는 담당관의 조사행위가 일부 제한될 수 있다. 예를 들어 국세청의 병행조사에서 행정조사를 담당하는 징수담당관(Revenue Officer) 혹은 감사관(Auditors)이 행정조사과정에서 이후 범죄수사에 악영향을 미칠 수 있는 행위를 최소화하기 위하여 특수요원(Special Agent)과 긴밀히 협조하여야 한다. 예를 들면, 피조사자와의 접촉이나 피조사자에게 불리한 자료의 입수를 위한 행위, 세금징수와 관련하여 민사적인 문제의 해결을 위하여 조정절차 등을 수행하는 경우에는 특수요원의 승인이 필요하다.[237]

병행조사와 유사한 개념인 합동조사는 범죄수사를 담당하는 요원이 우월적 지위에서 수사를 이끌어가고 행정조사를 담당하는 요원은 이를 지원하는 형태로 운영된다는 점에서 병행조사와 다른 특징을 보인다. 조세행정의 영역을 예로 들면, 국세청(Internal Revenue Service) 산하 세무범죄수사국의 특수요원이 수사를 총괄하고, 행정조사를 하는 징수담당관 혹은 감사관이 증인신문, 세금환금 및 재정자료에 대한 검토, 회계 및 감사자료의 제공 등 수사에 필요한 지원을 제공한다. 합동조사는 행정조사관이 참여하기는 하지만 참여범위는 단순한 보조 및 지원의 수준이며 조사의 자체는 범죄수사에 주된 초점을 두고 범죄수사 요원의 주도하에 이루어진다.[238]

3. 행정기관의 범죄조사권에 대한 논의현황

가. 영장주의의 변화

1) 영장주의 원칙의 성립

1960년대 후반 이전에는 연방 수정헌법의 관련 규정에 따라 행정조사의 경우에도 영장이 필요한가에 대해 회의적이었다. 가장 대표적인 판례인 Frank v. Maryland

237) IRM section 5.1.5.2 (8) (revised as of August 31, 2010).

238) Mark K. Sellers, Esq., Introduction to the Internal Revenue Services's "Parallel" Investigations, Insights, Autumn, 2013, pp.10~15.(http://www.willamette.com/insights_journal/13/autumn_2013_2.pdf)(최종방문: 2020.10.18.).

판례를 통해 연방대법원은 연방수정헌법 제4조를 행정조사에까지 확대하는 것을 불허하였다. 쥐가 창궐하는 원인 및 장소에 대하여 조사를 진행하던 볼티모어시의 보건위생 조사관은 Frank의 주택 주변에 쥐가 출몰하고 있다는 증거를 확보하고 수색영장 없이 Frank의 주택지하실 조사에 대한 허가를 요청하였다. 이를 거부하자 볼티모어시는 Frank를 조례 위반을 이유로 유죄 판결하고 벌금형을 부과하였다.[239] 이에 대해 연방대법원은 영장 없이 행한 주택위생 조사 거부를 이유로 내려진 유죄판결은 연방수정헌법에서 규정하는 적법절차를 위반한 것이 아니라고 판시하였다.[240] 법원이 제시한 현실적 근거로는 보건위생 조사에 대하여 수용하는 지역적 분위기가 상당기간 동안 존재했고, 조사대상 주택의 점유자에게 형사소추가 급박하게 진행될 예정이 없었으며, 전통적인 영장 발부요건을 고집하면 도시위생 기준을 충족시킬 수 없다는 점 등이다.[241]

그러나 지속적인 산업발전으로 인하여 도시의 위생이 불결해지고 도시 주거환경이 열악해 지면서 도시의 보건위생을 유지하기 위한 행정조사의 필요성이 인정되었다. 다만, 이에 따라 주거에 대한 행정조사의 빈도수가 높아졌고 조사를 통한 사생활 침해에 대한 염려가 급증하면서 행정조사 과정에서 사생활의 보호와 행정조사를 통한 행정목적 달성 사이에 어떻게 균형을 이룰 것인가에 관하여 지속적인 논의가 이루어졌다. 이와 같은 흐름 속에서 연방대법원은 Camara v. Municipal Court 판결에 의하여 Frank 판례를 변경하였다.[242] 이 사건에서 법원은 개인에 대한 수색은 적법하게 발부된 영장에 의해서 수행되어야 한다는 제4조의 헌법이념은 범죄수사의 대상이 되는 피의자뿐만 아니라 행정조사의 피조사자에게도 적용되는 것이라고 밝히면서, 범죄수사의 피의자에게 주어졌던 권리를 행정조사에도 인정되어야 하는 것으로 범위를 확대하였다. 따라서 적법하게 발부된 영장에 의한 조사가 요구되며 영장발부의 요건에는 "상당한 이유"가 존재해야 한다고 하였다. 그러나 행정조사에서 요구되는

---

239) 당시 볼티모어시 조례는 "보건위생국장은 주택이나 그 주택의 지하 또는 담장 등에 위생 관련 불법행위가 존재한다고 의심할 만한 사유가 있으면 주간에 그 출입을 요구할 수 있으며 주택의 소유자 혹은 점유자가 조사대상의 개방 혹은 임의 조사를 거부하거나 지연시킨 경우에는 각각의 거부행위에 대해 20달러의 과료에 처한다"고 규정하고 있었다(Frank v. Maryland, 359 U.S. 360 (1959)).

240) Frank v. Maryland, 359 U.S. 360 (1959).

241) Id. at 366-73.

242) Camara v. Municipal Court, 387 U.S 523 (1967).

상당한 이유는 헌법위반의 여부 판단에 있어서 여전히 가장 중요한 기준이 되지만, 공공의 안전을 위하여 이루어지는 것으로 형사사건에서 요구되는 수준의 엄격한 상당성을 요구하지는 않는다고 보았다.[243] 즉, "상당한 이유(Probable cause)" 기준을 일정 수준 완화하여 적용됨으로써 개인 재산에 대한 최소한의 공공적 침해를 정당화하기 위한 일종의 절충점이라 할 수 있다. 따라서 행정조사에 있어서 영장주의 원칙이 다소 완화되었다고 볼 수 있다.[244] 실제 Camara 사건에서 연방대법원은 개인 재산에 대한 사생활 보호의 법익이 정부의 행정이익보다 크다고 판단하고, 점유자의 동의 없이 사유재산에 대한 영장없는 조사를 허용하고 영장없는 조사를 거부하는 피조사자를 처벌하는 법률은 헌법위반임을 밝혔다.[245]

개인의 주거에 대한 행정조사의 영장주의는 이와 같이 Camara 사건에서 인정되고 같은 해에 See 판례를 통해 적용범위를 확장하여 상업시설에 대하여도 적용되는 것으로 발전되었다.[246] 본 사안에서 연방대법원은 Camara 판결과 유사하게 영장없이 화재조사관이 자신의 창고에 출입하려 하자 이를 거부한 이유로 유죄판결을 받은 사안을 검토하였다. 법원은 행정조사에 대한 동의가 없는 상태라면 거주자와 마찬가지로 사업자도 영장 없이 방문하여 이루어지는 행정조사를 겪지 않고 자신의 개인

---

243) Id. at 538.

244) Camara Court에서 "행정조사 과정에서 실시한 수색은 본질적으로 개인적인 것이 아닐 뿐만 아니라 범죄의 증거를 발견하기 위해 실시된 것도 아니기 때문에, 사생활에 대하여 제한적으로 침해하고 있다"고 하며 "완화"된 상당한 이유(Probable Cause) 기준의 적용을 주장하고 있다. 이는 두 가지로 해석될 수 있는데 (1) 수색의 목적이 범죄에 관한 것이 아닐 때에는 완화된 상당한 이유의 기준이 적절하다는 해석과, (2) 범죄수사를 위한 수색보다는 행정조사 수색이 덜 침해적이므로 완화된 상당한 이유의 기준이 적절하다는 해석이다. 그런데 (1)의 해석은 옳지 않다. 왜냐하면, (1)의 해석을 따르면, 범죄의 혐의가 있는 경우에는 수색영장 발부에 엄격한 상당한 이유의 기준으로 판단하고, 일반시민에 대한 행정조사는 완화된 기준으로 판단한다는 것이다. 이는 수색영장이 일반의 사생활을 침해하는 본질적 성격이 있다는 것을 고려할 때, 범죄혐의자를 수색하는 영장에 대해 더 엄격하게 판단한다면 범죄자가 일반시민보다 더 큰 헌법적 보호를 받는다는 것을 의미한다(W. LaFave, Search and Seizure, at 606 (2nd ed. 1987)). 한편, 다른 시각으로 Camara Court의 판단을 비판하는 주장이 있다. 행정조사 수색이 범죄조사 수색보다 덜 침해적이라는 것이 어떤 근거에서 도출된 것인가에 대한 질문이며, 동시에 범죄수사 과정에서 실시하는 수색보다 행정조사 상의 수색이 더욱 침해적일 수도 있다는 것을 인정하는 주장이라고 할 수 있다(Scott E. Sundby, A Return to Fourth Amendment Basics: Undoing the Mischief of Camara and Terry, 72 Minn. L. Rev. 383 (1988)) (https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3311&context=mlr)(최종방문: 2020.10.18.).

245) Id. at 531.

246) See v. City of Seattle, 387 U.S. 541 (1967).

부동산에 자유롭게 출입할 수 있는 헌법 권리가 있음을 판시하였다. Camara와 See 판결 및 이후의 판례들을 통해 나타난 행정조사의 영장주의는 다음의 세 가지 요건을 만족하는 경우에 인정될 수 있는 것으로 정리하는 견해가 있다. 첫째, 행정조사는 최소한의 침해를 발생시키는 방식으로 중대한 보건 및 안전을 위한 목적을 위해 수행되는 것이어야 한다. 둘째, 행정조사에 대한 정부의 재량권은 행정조사가 자의적·차별적이거나 공격적이지 않도록 제한되어야 한다. 실천적으로는 재량권의 제한에 있어 영장발부의 수준만큼 효과가 있는 법령 혹은 규제가 존재해야 한다는 것을 의미한다. 셋째, 행정조사가 반드시 필요한 상황이 존재하여야 한다.[247]

2) 영장주의의 완화

Camara와 See 판례를 통해서 완화된 기준이기는 하지만 여전히 영장주의를 강조하던 법원은 이후 거듭되는 사안에서 영장주의 적용의 대상이 되는 상업시설의 범위에 예외를 제시하였다. 정부의 면밀한 감독과 규제가 적용되던 사업소에 대하여 영장없는 조사를 허용하는 법령의 합헌성을 인정한 것이다. 먼저, 이익형량의 측면에서 오랫동안 정부의 감독과 규제가 이루어진 산업에 대한 행정조사에는 행정목적의 달성이 프라이버시 보호보다 우선적으로 추구되어야 하는 가치이기 때문에 정부의 행정이익을 보다 높이 평가하였다. 또한 사생활의 보호에 대한 기대(expectation of privacy)에 새롭게 주목하였다. 영장은 사생활의 보호를 위해 마련된 것인데 이미 조사의 대상에게 사생활 보호에 대한 기대수준이 낮은 경우라면 영장주의 원칙이 완화되거나 예외로 취급되어야 한다는 것이다. 정부의 규제가 매우 면밀하게 이루어진 산업을 운영하는 과정에서는 법률 및 정부에 의해 사업운영과 관련된 자료의 생성 및 보관이 요구된다는 것을 알고 있으며, 필요시 정부에 의하여 조사될 수 있다는 것에 대해서 암묵적으로 동의했다고 보는 것이다.

이와 같은 논리의 적용은 주류(酒類)산업이나 총기산업 사업소에 대한 영장 없는 조사로 발생한 사안의 심사로부터 시작되었다. Colonnade 판결에서 연방대법원은 주류산업 규제의 역사를 검토한 결과, 주류산업은 오랫동안 정부의 면밀한 감독과

247) Eve Brensike Primus, Disentangling Administrative Searches, 111 COLUM. L. REV. 254, 255-57 (2011)(https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=articles) (최종방문: 2020.10.18.).

조사를 받아왔기 때문에 See 판결에서 확인된 영장주의 원칙이 적용되지 않다고 판시하였다. 법원에 따르면 의회는 주류산업과 같이 정부 허가 산업에 대한 조사에 있어서 정부의 행정이익을 고려하여 상당성 기준의 설정에 대한 광범위한 재량을 갖고 있고 이 재량권으로부터 영장없는 행정조사를 허용하는 입법을 할 수 있는 것이다.[248] 총기 산업에 대한 영장없는 행정조사가 쟁점이 된 Biswell 판결에서도 법원은 See의 경우와 동일하게 판단하였다.[249] 이 사안에서 연방대법원은 총기 거래를 규제하는 정부의 이익을 심사하면서 "관련법령이 적절하게 집행되고 조사가 효과적으로 수행된다면 영장없는 조사는 합리적인 행위이며 연방수정헌법 제4조를 위반하지 않는다"고 판시하였다.[250] 이어서 Biswell의 프라이버시 보호에 대해서는 "포괄적으로 규제되는 사업에 종사하기로 결정하고 연방정부의 허가를 취득할 때 이미 거래 기록, 판매 대상인 총기류 및 탄환 등이 추후에 실질적인 행정조사의 대상이 된다는 점을 인식하였다"고 보며, 따라서 판매상이 자신의 사업에 대한 프라이버시를 기대하는 수준은 최소한에 그친다고 판단하였다.[251] 이 두 판결에 의해 정부에 의해 규제를 받거나 오랫동안 감독을 받는 산업에 대하여 관련 법률이 영장없는 행정조사를 승인하는 규정하고 있는 경우에는 가능하다는 점이 분명해졌고, 이는 Camara와 See에서 확립된 원칙의 예외를 인정하는 것이었다.

영장없는 행정조사가 가능한 산업의 유형은 무엇인가에 대한 구체적인 가이드라인 제시 없이 사안별 심사를 진행하던 법원은 Barlow 사례에서 영장없는 행정조사의 확대 경향에 제동을 걸었다. 이 사례에서 쟁점이 된 사안은 노동부(U.S. Department of Labor)가 노동환경의 안정성 및 보건성을 향상시키기 위해 마련한 기준의 강제를 위해 직업안전보건청(Occupational Safety and Health Administration, OSHA)이 수행하는 행정조사 과정에서 과연 영장없는 조사가 가능한가의 여부였다. 이 행정조사는 Colonnade와 Biswell 사례에서 쟁점이 된 것과는 다르게 특정한 유형의 산업체만을 대상으로 하는 것이 아니라 사업주와 근로자의 관계 하에 이루어지는 모든 사업장을 대상으로 하는 것이었다. Colonnade-Biswell 원칙이 적용될 수 있는지 판단하면서

248) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72 (1970).
249) United States v. Biswell, 406 U.S. 311 (1972).
250) Id. at 316.
251) Id.

연방대법원은 기존의 사례에서와 마찬가지로 사생활 보호에 대한 기대와 정부의 행정이익을 검토하였다. 먼저 Barlow의 사업장은 오랜 기간 정부가 면밀하게 규제하는 산업의 유형에 해당하는 것이 아니라는 점을 적시하고, 주(州) 사이 상업적 거래에 영향을 미치는 사업장을 운영한다는 사실만으로는 행정조사에 암묵적인 동의가 존재했다고 보기 어렵다고 판단하였다. 즉, 프라이버시에 대한 Barlow의 기대수준이 낮아진 것이 아니라고 보았다. 다음으로 영장 없는 행정조사에 대하여 정부의 행정이익 측면에서 행정조사는 효율적 집행을 위하여 피조사자가 알 수 없도록 긴급하게 수행되어야 하는 필요성은 인정되지만, 대부분의 사업장은 OSHA의 조사에 대하여 동의하는 경향이 있기 때문에 동의하지 않는 경우에는 추후에 영장을 발부받아 제시되어야 한다고 주장하여 영장 없는 행정조사가 불가결한 경우가 아니라고 판단하였다.[252]

이와는 반대로 정부의 면밀한 규제와 조사가 필요한 산업에 대하여는 정부의 행정목적 달성을 위한 필요성의 증대 및 사생활 보장에 대한 기대의 완화를 인정하였다. Dewey 사건을 통해 연방대법원은 "연방 광산의 안전 및 보건에 관한 1977년 법률(Federal Mine Safety and Health Act of 1977)"의 의거한 영장없는 행정조사의 위헌성을 판단하였다. 본 사안에서 연방소유의 광산에 대해 영장없는 행정조사를 허용하는 법령은 합헌임을 판시하였다. 합헌의 근거로 먼저, 대상 사업장은 정부의 규제가 필요한 영역의 산업을 경영하는 곳으로 개인의 주택에 대한 조사가 아니라 사업장에 대한 조사는 입법부의 재량권이 광범위하게 인정될 수 있고, 사업주는 사업장이 정부의 정기적인 행정조사의 대상이 되는 것을 이미 인지하고 있으며, 해당 법령은 영장없는 행정조사를 허용하면서 동시에 영장을 대체할 만한 적절한 절차를 마련하고 있다는 점을 제시하였다.[253] 이와 유사한 논리로 정부의 면밀한 규제의 대상이 되는 산업으로 영장주의의 예외가 인정되는 산업의 유형은 중고품거래,[254] 전당포업,[255] 화물운송[256] 등이 있다.

영장없는 행정조사의 합헌성 요건에 관하여 가장 주목할 만한 판례는 New York v. Burger 라고 볼 수 있다.[257] 자동차 폐차장에 대한 영장없는 행정조사를 허용한

252) Marshall v. Barlow's Inc. 436 U.S. 307 (1978).
253) Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594 (1981).
254) Peterman v. Coleman, 764 F.2d 1416 (11th Cir. 1985).
255) Cash Inn of Dade, v. Metropolitan Dade City, 938 F.2d 1239 (11th Cir. 1991).
256) U.S. v. Maldonado, 356 F.3d 130 (1st Circuit.2004)

규정을 두고 있는 뉴욕시의 조례에 대하여 연방대법원은 기존의 판례에서 제시된 원칙을 재확인하면서 동시에 구체적인 요건을 추가로 제시하였다.[258] 즉, 해당 산업이 정부의 면밀한 규제 대상이고 사업주의 프라이버시에 대한 기대 수준은 완화되어야 한다는 기존의 기준에 (1)영장 없는 조사는 정부의 중요한 행정이익에 기여하는 것이어야 하고, (2)그 행정이익을 달성하기 위해 필요한 것이어야 하며, (3)영장 없는 조사를 용인하는 법률은 영장을 대체할 만한 다른 보호조치를 제공해야 한다는 요건을 추가하였다.[259]

영장없는 행정조사의 적법성이 꾸준히 인정되어 왔고, 911 테러 이후에는 더욱 강화되었다. 긴급한 상황에서는 비록 그 상황이 경찰에 의해 발생했다고 하더라도 영장없는 조사가 위법하지 않다는 판결이 등장했다.[260] 그러나 최첨단으로 발전한 과학기술이 개인의 일상생활과 밀접하게 연결되는 현실의 특성은 이와 같은 경향에 제한을 설정하게 되었다. 예컨대, 영장없는 행정조사가 디지털 정보의 증거능력을 담보하지는 않는다. 연방대법원은 휴대전화의 주변 혹은 외부에 대한 발견은 영장의 예외사유인 "일반적인 발견(Plain View) 원칙"에 의해 가능하나 휴대전화 속에 저장된 디지털 정보는 일상의 사생활을 의미하므로 사생활에 대한 기대의 완화를 인정할 수 없기 때문에 영장에 의한 조사가 요구된다.[261]

3) 영장주의원칙을 위반하여 수집된 증거의 효력

형사절차에서는 원칙적으로 연방수정헌법 제4조의 영장주의 원칙을 위반하여 입수된 증거는 배제된다.[262] 그러나 행정조사과정에서 영장주의 원칙을 위반하여 수집된 증거는 특별한 사정이 없는 한 증거능력이 있다. 연방대법원은 기본적으로 형사소송 이외의 절차에 관하여는 위법수집증거배제의 원칙이 적용되지 않는다는 태도를 분명히 밝히고 있다.[263] 또한, 여러 판례를 통하여 적용배제를 밝히고 있는데, 기소 대배심

257) New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).
258) Id. at 702-03.
259) 영장을 대체할 만한 다른 보호조치의 예로는 조사대상의 권리자에게 조사 예고를 하거나, 조사의 범위를 한정하거나, 조사관의 재량권을 제한하는 등의 조치를 들 수 있다(William F. Funk/Sidney A. Shapiro/Russell L. Weaver, Administrative Procedure and Practice, Problems and Cases, 5th Edicion, 2014, p.651).
260) Kentucky v. King, 563 U.S. 452 (2011)
261) Reily v. California,573 US 373 (2014); 최환용 · 장민선, 국민중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2016, 72면 참조.
262) Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).

절차에 있어서는 법집행과정에서 특별한 역할을 담당하고 있고 전통적으로 유연하고 당사자주의가 아닌 본질적 특성이 위법수집증거배제원칙을 적용하게 되면 위험해진다는 이유로 위법수집증거배제원칙을 배제하고 있고,[264] 세금 관련된 절차와[265] 출입국 절차[266]에서도 역시 배제원칙이 적용되지 않는다고 판시하였다.

4) 제3자 문제

행정조사에서 행정기관이 입수하는 정보가 사업장 내부의 정보가 아니라 사업장을 이용하는 고객에 관한 개인정보인 경우도 존재한다. 이 경우는 본인의 의사에 반하여 자기의 개인정보가 제삼자를 통해 행정기관에 제출되는 것이다. 이때 과연 행정조사를 통하여 행정기관이 입수한 정보 혹은 증거 입수의 적법성에 대하여 개인이 항변할 수 있는지의 문제가 논의되었다. 이 쟁점은 먼저 United v. Miller 사건에서 등장하였다. 고객에게 통지하지 말고 고객의 은행거래정보를 제출하라는 소환장을 발부받은 호텔이 소환의 내용대로 기록물을 제출하자, 해당 고객이 연방수정헌법 제4조 위반을 이유로 기록의 삭제를 요구하였다. 연방대법원은 비록 정보를 제공할 때 정보가 제한된 목적으로만 사용되고 정보취급자는 이와 같은 신뢰를 저버리지 않을 것이라는 가정 하에 개인정보주체가 자신의 정보를 제공한다고 하더라도, 연방수정헌법 제4조는 제삼자에게 제공되어 제삼자를 통해 행정기관에 전달되는 정보의 입수를 금지하지 않는다고 설명하며 제4조 위반사항이 아니라고 판시하였다.[267] 이어서 연방대법원은 Miller 판결 이후 Smith v. Maryland 사건에서 또 다른 구체적인 합헌이유를 제시하였다. 본 사안에서는 발신전화번호의 제출이 문제되었는데, 연방대법원은 발신자가 전화를 걸 때 이미 통신회사에 자신의 발신정보를 보낸다는 점을 인식하고 있기 때문에 발신정보가 보호될 것이라는 사생활에 대한 기대(expectation of privacy)가 없다고 보았다.[268] 이와 같은 판례의 입장으로 인해 개인이 제3자에게 제공한 정보가 행정조사를 통해 행정기관이 입수되는 경우, 개인이 연방수정헌법 제4조를 통한 권리구제를

263) Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott, 524 U.S. 357 (1998).
264) United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974).
265) United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976).
266) INS v. Lopez Mendoza, 468 U.S. 1032 (1984).
267) United v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).
268) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979).

받는 것은 거의 불가능하게 되었다. 결국, 사업체가 행정조사를 통한 정보의 제공에 이의를 제기하고 고객의 정보에 대한 보호를 주장해야 하는데, 사업체가 개인정보주체를 위해 이런 수고를 마다하지 않을 것인지에 대한 기대를 하기 어렵다는 점에서 비판을 받고 있다.[269]

그러나 연방대법원의 개별의견에서 향후 이에 대한 새로운 논의의 가능성이 감지되었다. United States v. Jones 사건에서 Sotomayor 대법관은 디지털시대에는 제3자를 통해 개인의 정보를 행정기관이 입수하는 것에 대한 근거를 달리 생각해야 한다고 주장하고 있다. 즉, 과학기술의 발전으로 인해 일상생활에서 생성된 자신에 대한 거대한 양의 정보, 예를 들면, 발신번호와 문자메시지의 내용, 방문한 웹사이트 기록, 이메일 주소 등을 제3자에게 제공하고 있는데 이와 같은 정보를 영장없이 행정기관이 입수하는 것에 대하여 일반인이 용인할 것인가에 대해서 의문을 제시하였다. 또한 프라이버시의 선결조건으로서 비밀성요소를 요구하는 것을 멈추어야 연방수정헌법 제4조에 의한해 보호될 수 있다고 주장하였다. 즉, 제3자에게 제공한 정보는 사생활에 대한 기대가 없거나 매우 낮다고 판단하여 영장없는 행정조사가 적법하다는 것이 현재의 논리인데, 과학기술의 시대를 맞아 제3자에 대하여 제공하는 정보가 비밀성이 없어서 사생활에 대한 기대가 인정되지 않는다고 하는 주장이 과연 적절한지에 대해 논의가 필요하다고 하였다.[270]

행정조사 과정에서 제3자를 통한 정보 입수에 대한 논의는 향후 연방대법원에서 지속될 것이고, 이를 통해 관련 원칙이 지속적으로 다듬어져 갈 것으로 보인다. 그러나 이에 대한 주(洲)의 입법례가 혼동을 보이고 있는 것으로 예측하면 향후 논의가 안정되기까지는 장기간의 시간이 소요될 것으로 보일 것으로 예상하고 있다.[271]

---

269) 이와 같은 문제점으로 인하여 본 판결은 학계로부터 비판을 받고 있는데, 일부 학자들은 과도하게 정치적 입장에서 판결을 내려 잘못된 판례로 인식되고 있는 "the Lochner of search and seizure law"와 동일한 수준의 판례로 여기고 있다고 한다. Orin Kerr, the Case for the Third-Party Doctrine, 107 Mich, L. Rev. 561 (2009) 참조(https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1348&context=mlr)(최종방문: 2020.10.18).

270) United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012).

271) G.S. Hans, Curing Administrative Search Decay, 24 B.U.J.SCI. & TECH. L. 12, (2018) (https://www.bu.edu/jostl/files/2018/03/1-Hans-Online-version.pdf)(최종방문: 2020.10.18); Eve Brensike Primis, Disentangling Administrative Searches, 111 Colum. L. Rev. 254, (2011)(https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=articles)(최종방문: 2020.10.18); Christopher Slobogin, Govenmental Dragnets, 73 L. & Contemp. Probs. 107 (2010)(https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1578

나. 행정조사와 범죄수사의 구별

행정조사와 범죄수사를 구분하는 기준에 대한 초기 연방대법원 판례들은 화재의 발화원인에 대한 수색과 관련이 있다. 먼저, Tyler 사건에서는 화재공무원이 화재의 원인을 찾기 위해서 행정조사의 영장을 사용하는 것은 가능하지만, 방화가능성을 염두에 두고 관련 증거의 수집을 위해 실시한 수색은 형사법적인 측면에서 요구되는 엄격한 상당한 이유(Probable Cause) 심사를 통과한 수색영장이 있어야 한다고 판시하였다.[272] 또한, Clifford 사건에서도 동일한 기준을 제시하였다. 화재조사관이 발화의 원인을 조사하던 중 지하에서 방화에 관련된 증거들을 발견하고 수색을 심화하였는데, 이는 범죄혐의에 대한 수색으로서 형사법적 수색영장이 필요한 수색이기 때문에 영장 없이 추가로 실시한 수색은 위법하다고 판단하였다.[273]

이 두 판례가 말하고자 하는 것을 종합적으로 보면, 화재의 원인 파악이라는 행정조사의 기본 목적을 위해서는 행정조사를 통해 수색할 수 있지만, 기본 목적을 달성한 이후 즉 화재원인 파악 이후의 추가조사는 범죄 수사에 해당하며 이를 위해서는 엄격한 수준의'상당한 이유'에 근거한 수색영장이 필요하다는 것이다. 이와 같은 논지에서는 결국 행정조사의 수색과 범죄수사의 수색 사이의 구분을 짓는 기준은 수색의 목적이 된다.

한편, 행정조사와 범죄수사의 구분 기준과 관련하여 수색 목적의 판단에 비판을 받은 판례는 New York v. Burger[274]으로 본 사안에서 폐차부품 수집장에 대한 영장없는 조사를 허용하는 뉴욕주의 법령에 의하여 조사관이 조사를 진행하려고 방문하여 뉴욕주에서 법령으로 요구하는 서류의 제시를 요구하였다. 피조사자는 해당서류를 구비하지 못하였기 때문에 제시할 수 없다고 답하였으나, 조사관들이 수색을 진행하여 수 대의 자동차와 부품 등 도난품을 발견하였다. 이를 근거로 피조사자를 체포하였고 이후 장물취득죄로 기소되었다.

연방대법원은 정부가 실시한 행정조사가 적법하며 조사의 목적을 위한 수색과정에서 범죄혐의에 대한 증거를 입수하는 경우 그 증거는 증거능력이 있다고 판시하였다.

&context=lcp)(최종방문: 2020.10.18).

272) Michigan v. Tyler, 436 U.S. 499 (1978).

273) Michigan v. Clifford, 464 U.S. 287 (1984)

274) New York v. Burger, 482 U.S. 691(1987).

이에 대하여 연방대법원 내부에서 반대의견이 설득력 있게 제시되었고 여러 학자가 동의하였다. 반대의견의 주요 내용은 본 사안에서 조사관이 한 수색은 그 본질이 범죄에 대한 수색이라는 점이다. 반대의견에 따르면, 법령에서 요구하는 자료의 제출을 요청받은 피조사자가 해당 자료가 없다고 했다면 그 이후 실시한 수색은 행정조사의 목적을 달성하기 위한 것이 아니고 범죄혐의를 입증할 증거를 발견하기 위한 수색이며, 따라서 범죄수사에서 요구되는 엄격한 기준의 영장이 필요한 경우인데 사안에서는 영장없이 수색을 진행하였기 때문에 위법이라는 것이다.[275]

또한, 연방대법원의 논리는 행정주체가 특정 목적이 있고 행정조사의 수색이 그 목적달성에 이바지하는 것이기만 하면 특정 수색을 통하여 구체적인 행정적 결과가 도출되지 않을 때도 그 수색이 합헌이라는 의미이고, 이는 행정조사의 목적이 형사법적 목적과 매우 자주 중첩된다는 점에서 매우 위험하다고 주장하였다.[276] 반대의견을 제시한 Brennan 대법관의 논거인 '수색에 있어서 행정조사의 목적과 형사법적 목적의 모호성'은 이미 기존 판례에서도 그 문제점이 인식되고 있었다.[277] 그중 United States v. LaSalle National Bank[278] 사건에서는 특정 법령의 위반이 본질상 행정적인 측면과 형사법적 측면을 동시에 가지고 있다는 점을 명확히 하였다. 본 사건에서 국세청(IRS) 특수요원이 납세규정(Internal Revenue Code) 위반의 사안을 수사하면서 납세자의 토지신탁을 맡은 LaSalle National Bank에 소환장을 송부하였으나, 해당 은행은 특수요원의 수사가 본질적으로 범죄수사라고 주장하며 소환장을 통해 요청하는 자료송부를 거부하였다. 연방대법원은 이 사안에 대하여 국세청 납세규정은 민사 혹은 행정적 성질과 형사적 성질이 동시에 존재하는 것이라고 판단하였다. 즉, 악의적 목적의 기망적 세금환급청구는 행정적 혹은 형사적인 처벌의 결과로 이어질 수 있는 것이다.[279] 이후 하급법원은 조사관의 주관적 동기보다는 객관적 합리성을 기준으로 삼아 판례를

---

275) Donna Mussio, Drawing the Line Between Administrative and Criminal Searches; Defining the "Objective of the Search" in Environmental Inspections, 18 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 185(1990) 참조(https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1500&context=ealr) (최종방문: 2020.10.18).

276) Burger, 482 U.S. at 728 (Brennan, J., dissenting).

277) United States v. Acklen, 690 F.2d 70 (6th Cir. 1982) 참조.

278) United States v. LaSalle National Bank, 437 U.S. 298 (1978).

279) 연방대법원은 이 목적을 판단할 때 수사담당자의 주관적 동기는 판단의 요소가 아니며, 소환에 반대하는 당사자가 행정기관의 소환장 발부에 유효한 행정적 목적이 없음을 입증해야 한다고 판시하였다(United States v. LaSalle National Bank, 437 U.S. 298 (1978)).

구성하였다. 수색범위가 합목적적으로 제한되었고 수색방식이 합리적이라면 이는 행정조사 상의 수색으로 인정하여 형사법적 범죄수사에 필요한 엄격한 수준의 영장 발부가 필요하지 않다는 입장이 지속적으로 유지되어 왔다.[280]

다. 병행조사의 문제

1) 병행조사 자체의 합헌성

병행조사의 초기에는 범죄수사와 행정조사 사이에 정보교환이 자유롭게 이루어졌다. 두 개의 절차가 중첩되어 진행된다고 해도 피조사자의 헌법적 권리를 침해하는 것은 아니라는 견해가 확립되어 있었다.[281] 그러나 병행조사의 과정에서 나타나는 오남용의 문제로 인하여 지속적으로 비판과 법적 쟁점이 발생하면서 판례가 축적되어 왔고, 점차 행정기관의 실무와 절차를 개선하게 되었다. 병행조사가 수행되던 초기에 병행조사의 합헌성을 심사하는 사안에서 연방대법원은 병행조사 자체는 헌법을 위반하지 않는다는 입장을 견지해 왔다.[282] 1912년 연방대법원은 하나의 위법행위에 대하여 행정조사와 범죄수사가 병행하는 절차는 그 자체로 헌법을 위반하지 않는다고 판시하였고,[283] 이후 U.S. v. Kordel 사건에서 범죄수사와 행정조사가 분리되어 수행되어야 한다면 법집행의 효율성이 사라지고 그 과정이 매우 바보스럽게 보일 것이라고 주장하면서 병행조사의 합헌성을 거듭 인정하였다. 행정조사에서 입수된 증거는 적법절차를 위반하지 않았거나 사법절차의 측면에서 적절한 기준에 미치지 못하는 바가 아니면 형사재판에서 증거로 제시될 수 있음을 언급하였다. 그러나 병행조사의 기본적인 합헌성을 인정한 본 사안에서도 법원은 형사소추를 유일한 목적으로 수행한 행정조사가 아니며, 행정조사 과정에서 징수담당관이 피고인에게 조사의 결과에 따라 향후 형사소추가 발생할 가능성이 있음을 고지하였다는 사실을 강조하였다.[284] 즉,

---

280) United States v. Nechey, 827 F.2d 1161 (7th Cir. 1987); United States v. Gel Spice, 773 F.2d 427 (2d Cir. 1985); United States v. Acklen, 690 F.2d 70 (6th cir. 1982) 등 참조.
281) Christian Babich, Parallel Proceedings: The Government's Double-team Approach and the Degradation of Constitutional Protections, Lewis & Clark Law Review; Fall 2007, Vol. 11 Issue 3, p.753-780(https://law.lclark.edu/live/files/9562-lcb113art6babichpdf)(최종방문: 2020.10.18.).
282) SEC v. Dresser, 628 F.2d 1368 (D.C. Cir. 1980).
283) Standard Sanitary Mfg. Co. v. United States, 226 U.S. 20, 52 (1912)
284) United States v. Kordel, 397 U.S. 1, 11 (1970)

병행조사의 합헌성은 기본적으로 인정하지만, 행정조사의 기본적 목적을 뒤로 하고 범죄수사를 위한 증거수집을 수월하게 할 목적만을 위하여 진행되었다면 헌법위반이며, 피조사자가 행정조사를 받는 과정에서도 범죄수사가 이미 개시되어 형사소추의 가능성이 있음에도 불구하고 이를 고지하지 않은 경우라면 사안에 따라 헌법위반이 될 수 있음을 제시한 것이다.

2) 적법한 병행조사

United States v. Robson 사건에서는 국세청이 감사를 진행하면서 피조사자에게 조사의 결과에 따라 향후 기소될 수도 있다는 사실을 고지하지 않았다. 그러나 법원은 조사관의 불고지가 악의적인 의도로 이루어지지 않은 점에 주목하였다. 또한 행정조사의 과정에서 피조사자가 형사소추의 가능성을 완전히 배제된 단순히 행정적인 측면의 조사였다고 믿도록 조사관이 적극적으로 유도한 것이 드러나지 않았다는 점을 강조하였다. 따라서 조사관은 행정조사의 결과 향후 형사소추가 진행될 수도 있다는 점을 고지해야 할 의무가 없다고 판단하여, 이와 같은 단순 불고지는 헌법위반이 아니라고 하였다.[285] 즉, 기소가 예정되어 있거나 범죄혐의를 두고 수사기관이 협력하고 있지 않은 상황에서 행정조사의 담당관이 적극적으로 기망하지 않았다면 그 행정조사를 통해 입수한 정보는 적법하며, 따라서 증거능력이 인정된다.

증권거래위원회(SEC)와 법무부가 회계조작에 대한 조사를 하는 과정에서 피조사자는 증권거래위원회의 행정조사에 법무부가 병행조사를 하고 있다는 사실을 알지 못한 채 증권거래위원회의 조사에 협조하였다. 이 과정에서 피조사자의 변호인은 증권거래위원회의 조사관에게 형사소추의 진행 여부에 대하여 구체적으로 문의하였다. 문의에 대해 답변하지 않는 것이 기관의 정책이라며 직접적인 답변을 하지 않았다.[286] 법무부는 조사를 진행하는 초기부터 이미 기소를 염두에 두고 있다는 것을 말하지 않은 채, 다만 변호인에게 "양식 1662"를 참고하도록 하였다. 해당 양식은 행정조사에서 입수된 정보는 형사절차에서 사용될 수 있다는 사실을 기술하고 있었다. 항소심에서 재판부는 행정기관이 범죄조사의 존재 자체를 숨기려고 납세자에게 적극적으로 호도

285) U.S v. Robson, 477 F.2d 13 (9th Cir. 1973)
286) U.S. v. Stringer, 521 F.3d 1189 (9th Cir. 2008).

해서는 안 되지만, 피조사자가 기소의 가능성을 알고 있다면 피조사자에게 범죄수사 가능성에 대해 고지해야 할 의무는 없다고 판시하였다. 본 사안에서 재판부는 (a) 증권거래위원회의 행정조사가 범죄수사 정보의 입수를 유일한 목적으로 수행된 것은 아니며 범죄수사가 시작되기 2주전에 이미 행정조사가 시작되었고, (b) 증권거래위원회의 조사과정에서 조사의 성격이 범죄혐의에 대한 수사를 배제한 단순 행정조사라고 피조사자가 믿게 할 만한 적극적인 행위나 기망은 발견되지 않았고, (c)증권거래위원회의 조사관은 피조사자에게 "양식 1662"을 제공하였는데 이는 연방수정헌법 제5조의 권리를 적시하고 있으며, 동시에 증권거래위원회의 조사결과는 연방검찰청의 검사가 접근 가능한 경우가 흔히 있다는 사실을 고지했다는 사실을 판단의 주요 근거로 제시하고 있다.[287]

3) 위법한 병행조사

(1) 적극적 기망

국세청 산하 세무범죄수사국의 특수요원(Special Agents)이 범죄수사를 수행하면서 이를 숨기고 단순한 정기 행정조사로 위장하여 범죄수사에 관련된 Lipshitz의 특정 서류와 기록을 입수하였다. 법원은 피고인의 인지와 동의 없이 광범위한 정보를 입수하고 납세자의 장부와 기록에서 필요한 정보를 추출한 것은 피고인의 부지(不知)를 이용하거나 기망(欺罔)하여 입수한 것과 다름없어 연방수정헌법 제4조 및 제5조를 위반하는 것이며, 국민의 헌법적 권리를 보장하기 위하여 이와 같은 침해에 대해 주의 깊게 살피는 것이 법원의 책무라고 주장하였다.[288]

Rand 사건에서 피조사자는 자사의 주가를 부적절하게 조작하기 위하여 자사의 항암제에 관한 광고행사를 주최하였고 이에 대한 범죄혐의가 드러나 조사를 받게 되었다. 주가조작에 관하여는 일반적으로 증권거래위원회(Securities and Exchange Committee, SEC)가 검찰청과 공동조사를 정기적으로 수행하는데, 이 사건에는 제약회사가 불법행위의 의심을 받고 있어 식품의약국(Food and Drug Administration)이 참여하여 병행조사가 이루어졌다. 첫 번째 쟁점은 형사절차가 곧 개시된다는 점을

287) Id.
288) United States v. Lipshitz, 132 F. Supp. 519 (E.D.N.Y. 1955)

정부기관이 알고 있었으나 피조사자에게 고지하지 않은 것이고 또 다른 쟁점은 피조사가 행정조사를 받는 동안 자신이 제출한 자료와 관련하여 형사소추를 진행하지 않겠다고 검찰이 피조사자를 안심시킨 사실이다. 이에 대하여 법원은 정부가 형사소추가 예정된 것을 알리지 않은 것과 면책약속을 한 것은 피조사자를 안심시켜 행정조사의 과정에서 유죄입증에 유리한 정보를 제출하도록 한 것이고, 따라서 연방수정헌법 제5조를 위반하였다고 판시하였다. 제5조 위반에 대하여 정부 측은 이미 행정조사의 과정에서 피조사자가 자기부죄거부특권을 행사할 수 있었음에도 하지 않은 것이라 주장하였다. 그러나 법원은 이에 대하여 형사절차가 개시될 것이라는 점을 알지 못하고 있는 상태에서 피조사자가 유죄입증이 가능한 정보에 대해 조심할 것을 기대하는 것은 현실적이지 않으며, 만약 이러한 사안에서도 피조사자가 제출한 정보를 채택하여 유죄판결하고 형벌을 부과한다면 자기부죄거부특권의 불행사를 처벌하는 매우 극단적으로 부당한 처사가 될 것이라고 판시하였다.[289]

(2) 피조사자의 오인 혹은 부지 이용

Katzenbach 사건에서 피조사자는 국세청 징수담당관이 행정조사를 하고 있으며 자신은 행정조사 상 필요한 진술을 하는 것으로 알고 있었으나 실제는 징수담당관이 아니고 조세포탈 범죄수사를 수행하는 특수요원(Special Agent)이었다는 점을 주장하며 증거의 증거능력을 부정하였다. 사실관계를 구체적으로 살펴보면, 조사과정에서 조사관은 자신이 특수요원이라고 소개하였으나 이는 단순한 직함의 소개일 뿐 향후 특수요원이 행하는 조사에서 범죄혐의가 발견되면 형사소추될 수 있다는 점을 고지한 것은 아니었다. 피조사자 역시 특수요원이 수사를 진행한다는 것은 인식하였으나 행정조사를 담당하는 요원으로 오인하였다. 따라서 자신의 사건이 향후 범죄로 진행될 것이라는 것을 알지 못하였다. 또한 조사과정에서 자신이 답변하고 싶지 않은 질문에 대하여 답변하지 않을 수 있는지에 대해 문의하였다. 그러나 특수요원은 명확한 답변 없이 그대로 심문을 진행하였고, 제출의무가 없음을 고지하지 않고 장부 및 기록물을 입수하였다. 연방순회법원은 본 사안에 대해서 범죄혐의에 대한 수사가 진행된다는 점을 피조사자가 알지 못한 상황, 피조사자에 대한 특수요원의 기망 및 피조사자의

289) United States v. Rand, 308 F. Supp. 1231 (N.D. Ohio 1970).

무지를 이용한 것을 근거로 피조사자의 헌법적 권리가 침해되었다고 판단하였다.[290]

(3) 소극적 기망

범죄수사가 예정되어 있고 범죄수사기관과 연계하여 행정조사를 진행하는 경우에 피조사자가 형사소추 가능성에 대한 문의를 하였는데 조사관이 답변하지 않아 피조사자가 단순행정조사로 신뢰하는 경우에도 위법한 행정조사가 된다. 이와 관련하여 Tweel의 사례를 살펴보면, Tweel의 회계사가 국세청이 근로소득세 환급에 대한 행정조사 초기에 자신의 의뢰인에 대한 행정조사에 국세청 특수요원의 참여여부에 대한 문의를 하였다. 만약 특수요원이 참여한다면 단순한 행정조사가 아니라 범죄수사이기 때문에 의뢰인인 Tweel에게는 매우 중요한 사안이었다. 국세청 조사관은 이에 대하여 특수요원은 참여하지 않는다고 답변하였고, 참여여부에 대한 답변은 그 자체로서는 사실이었다. 그러나 행정조사는 형사소추를 목적으로 법무부 산하 조직범죄수사국(Organized Crime and Racketeering Section of the Justice Department)이 의뢰하였고 이를 국세청이 진행하는 것이었다. 조사관이 이 사실을 의도적으로 밝히지 않아 회계사는 범죄수사가 아닌 단순 행정조사라고 믿었고, 이와 같은 신뢰 하에 의뢰인의 납세관련 자료를 취합하고 자발적으로 관련 기록물을 작성하여 행정조사요원에게 제출하였다.

이와 같이 선의로 제출된 자료를 근거로 검찰은 Tweel을 기소하였고, 법원은 탈세 및 기타 범죄에 대한 유죄판결을 하였다. 이에 반발하여 Tweel은 국세청 조사관의 소극적 기망에 의해 입수된 모든 증거는 위법하게 수집된 증거이며 따라서 그 증거의 채택은 위헌이라고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 국세청 조사관의 침묵을 기만으로 규정하여 연방수정헌법 제4조를 위반한 것으로 판단하였다. 따라서 입수된 증거는 모두 채택할 수 없다고 판시하였다. 본 판결에서 법원은 "국세청이 범한 이 놀라운 행위를 결코 용납할 수 없다. 우리의 납세제도는 납세자의 신뢰에 기반한 것이고, 납세자도 정부의 납세관련 법집행과 징수행위에 동일한 신뢰를 기대할 수 있어야 한다"고 주장하며 법원은 국세청의 문제가 되는 수사행위를 매우 강하게 비판하였다.[291]

Guerrina 사건에서는 피조사자가 행정조사를 받는 과정에 범죄수사관이 뒤늦게

290) Smith v. Katzenbach, 351 F.2d 810 (D.C. Cir. 1965)
291) United States v. Tweel, 550 F.2d 297 (5th Cir. 1977)

조사에 참여한 경우에 피조사자의 문의가 없었던 이유로 수사관의 참여 및 형사소추 가능성에 대한 고지를 하지 않은 것이 적법한가에 대한 판단이 이루어졌다. 구체적으로 사례를 살펴보면, 피조사자는 조세포탈의 범죄혐의로 인해 국세청 징수담당관에 의한 조사를 받고 있었다. 피조사자는 자신의 행정조사에 대해 동의하였고 조사를 위해 자발적으로 서류 등을 제출하였다. 담당관이 Guerrina의 사무실에서 혐의와 관련된 서류 및 기록을 조사하는 도중에 범죄수사를 담당하는 특수요원이 도착하여 서류 조사를 수행하였다. 그러나 자신이 범죄수사를 위해 합류한다는 사실을 피조사자에게 고지하지 않았다.

일반적으로 행정조사를 통해 입수한 정보는 적법하게 범죄수사관에게 전달될 수 있으나, 본 사안에서 법원은 정부가 범죄혐의를 받고 있는 시민을 기망하여 헌법이 보장하는 권리를 포기하도록 한 것이라고 판단하였다. 즉, 피조사자는 범죄피의자로서 연방수정헌법 제5조의 권리를 고지받지 못했을 뿐만 아니라, 조사는 향후 범죄수사로 이어질 수 있다는 점을 고지받지 못하였다는 사실에 주목하였다. 따라서 정부기관의 행위는 불법수색 및 불법압수가 되고 해당 서류의 증거능력은 배제되었다. 법원의 판단에 의하면 의도의 존재 여부와는 상관없이 만약 정부가 기망적 행위를 한다고 인정된다면 피조사자(피의자)의 권리포기를 적법하게 하는 요건인 자의성을 인정받지 못하게 된다.[292]

라. 자기부죄거부특권(Privilege against sefl-incrimination)

영장주의를 규정하고 있는 연방수정헌법 제4조와 더불어 행정기관의 조사에 관하여 적용 여부에 대한 논의가 다루어진 것은 제5조의 규정이다. 적법절차의 원칙 및 일사부재리 원칙을 천명하고 있는 동 조문이 중요하게 규정하고 있는 것은 "어느 누구도 어떤 형사사건에서도 자기에게 불리한 증언을 강요받지 않는다"라는 자기부죄거부특권이다.[293] '형사사건'을 제한적으로 해석하지 않고 광의로 해석하여 행정조사에서도 인정되고 있다. 따라서 행정기관 내 범죄 수사 조직이 범죄혐의에 대해 수사를 하면 형사사건에 해당하기 때문에 바로 적용할 수 있고, 행정조사를 하는 경우와

292) United States v. Guerrina, 112 F. Supp. 126 (E.D. Pa. 1953)
293) U.S. Const. Amend V.

병행 수사를 할 때도 피조사자는 이 권리를 행사할 수 있다. 이하에서는 행정조사에서 본 특권의 인정에 쟁점이 되는 사안들을 차례로 살펴본다.

1) 어느 누구도("no person"): 권리행사의 주체

(1) 법인 및 단체의 포함여부

먼저, 누구도 자기에게 불리한 증언을 강요받지 못한다는 조문에서 과연 "누구(person)"라는 개념이 개인만을 의미하는가 아니면 법인 및 단체 등도 포함되는가에 대한 문제가 제기되었다. 만약 법인 및 단체 등을 포함한다고 한다면, 행정기관이 행정조사를 하는 경우 조사받는 법인 등이 자체적으로 자기부죄거부특권을 행사할 수 있을 것이다. 그러나 연방대법원의 판례에 따르면 법인의 경우는 물론이고, 단체의 경우에도 이를 주장할 수 없다. 법원은 개인은 시민으로서 헌법적 권리를 행사할 수 있는 존재임에 반해 기업 등 법인은 주(州)에 의해 생성되는 것이라는 점에 기반하고 논리를 전개하고 있다. 즉, 개인은 그 자체로서 자기부죄거부특권을 누리는 존재이지만, 법인은 주의 면허 혹은 등록에 의해서 생성되고 이후 주에 의해서 관리되기 때문에 법인은 자기부죄거부특권을 주장하며 주가 요청하는 자료의 생성 및 제출에 대해 거부하는 것은 인정될 수 없으며,[294] 주(州)가 자치권을 행사하는 과정에서 주(州)가 기업의 가맹점 모집과정 및 계약체결의 권한남용 등에 대해 조사할 수 없다면 그것은 비정상적으로 이례적이라고 판시하였다.[295] 이후 판례에서도 연방헌법 제정자의 의도는 제5조의 적용범위를 개인으로 한정하고 기관 혹은 단체로까지 확대할 수는 없다는 점을 명확히 하였다.[296] 이와 같은 견해에 따라 노동조합[297] 및 3인으로 구성된 법률사무소에[298] 대해서도 자기부죄거부특권을 인정하지 않는 일관적인 입장을 견지하였다.

---

294) Wilson v. United States, 221 U.S. 361
295) Hale v. Henkel, 201 U.S. 43 (1906)
296) United States v. White, 322 U.S. 694 (1944)
297) United States v. White, 322 U.S. 694 (1944)
298) Bellis v. United States, 417 U.S. 85 (1974)

(2) 법인 및 단체의 임직원의 해당여부

행정기관이 법인 혹은 단체에 대하여 자료 등의 작성 및 제출을 요구하는 경우에도 결국은 그 요청행위에 응하는 주체는 개인이다. 따라서 그 기관을 대표하여 자료 등을 제출하는 의무를 지는 임직원인 "자연인"이 과연 자기부죄거부특권을 행사할 수 있는지의 여부가 문제된다. 미연방대법원은 이 경우에 설사 자기 자신의 범죄혐의에 대한 내용이 포함된 자료라고 할지라도 증언 혹은 자료의 제출을 거부할 수 있는 자기부죄특권을 누릴 수 없다고 판시하였다.

Wilson v. United States의 판례에 의하면, 기업체 임직원은 연방수정헌법 제5조에 의해 개인적인 도서, 장부 혹은 서류에 대해서는 본인의 의사에 반하여 강제적으로 제출할 의무를 지지 않는다. 그러나 이 특권은 그 임직원이 보관하고 있는 기업의 장부에 까지 확대되는 것은 아니다. 따라서 임직원이 작성하였거나 서명을 했기 때문에 만약 장부가 제출되면 자신이 범죄혐의를 받게 될 가능성이 존재한다 하더라도 자기부죄특권을 행사하여 그 장부 또는 서류의 제출을 거부하는 것은 인정되지 않는다.[299]

2) "형사사건(criminal case"): 대상사건의 범위

제5조는 자기부죄거부특원의 적용대상을 "형사사건"으로 규정하고 있다. 엄격하게 해석하면 행정조사에는 제5조가 적용될 수 없는 것으로 해석할 가능성도 있으나, 미연방대법원은 연방수정헌법 제5조가 추구하는 헌법적 가치의 구현 대상을 넓게 보고 해당 조문의 의미를 넓게 해석하여 그 적용을 긍정하고 있다. 즉, 행정조사를 통해 입수한 정보가 장래에 형사절차에서 유죄의 증거로 사용될 수 있다면 형사절차에서와 동일하게 행정조사에서도 자기부죄특권의 적용이 가능하다.[300] 예를 들어 교통위반단속 관련 비위행위의 혐의가 있는 경찰공무원에 대한 주 검찰총장의 행정조사에서 해당 경찰공무원은 제5조의 자기부죄거부특권을 유효하게 주장할 수 있고,[301] 교도서 제소자의 징계에 있어서도 마찬가지로 특권이 인정되여 행정조사에 대한 제5조의 적용가능성에 대한 긍정적 입장을 분명히 하였다.[302]

---

299) Wilson v. United States, 221 U.S. 361(1911)
300) 안상현, "미국에서의 행정기관의 개인정보 수집 관련 법제", 월간법제 2009권 10호(2009), 52면.
301) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967)
302) Lefkowitz v. Turley, 414 U.S. 70, 77 (1973)

3) 자기에게 불리한("against himself"): 불이익의 대상

자신이 보관하는 서류의 제출로 인해 자기가 아닌 제3자가 형사처벌이 될 위험이 있는 경우에 제출하는 자는 자기부죄거부특권을 주장하며 제출을 거부할 수 없다. 공인회계사가 보관하고 있는 고객의 납세 기록 제출요구에 대하여 제5조의 특권을 주장하며 거부한 사건에 대하여 연방대법원은 자기 자신에게 불리한 경우가 아니라는 이유로 그 주장을 받이들이지 않았다. 강요는 자기 자신에게 불리한 진술 혹은 기록의 제출을 요청받은 경우에 문제가 되는 것이지 타인의 정보에 대한 제출 요청에는 해당하지 않는다는 것이다.[303]

4) 강요("Be compelled"): 진술 및 작성의 강제성 판단

(1) 법정기록(required records)

법령에 의해 생성 및 보관이 강제되어 있는 기록이라면 제출 요구에 대하여 자기부죄거부특권을 주장할 수 없다. 이와 같은 법정기록에 대한 특권의 적용배제는 Shapiro 사건에서 시작되었다고 볼 수 있다. 세계 제2차대전의 상황에 대한 대처를 위해 긴급물가통제법은 매매와 관련된 일정한 사항을 기록하도록 규정하고 있으며, 동법에 의해 해당 기록은 가격을 담당하는 행정기관의 조사대상이었다. 청과물 도매상인 사피로를 소환한 물가통제 관료는 사피로에게 행정청에 출석하여 매매기록을 작성하도록 요청하였고, 사피로는 자신이 작성한 기록을 근거로 긴급가격통제법 위반의 유죄판결을 받았다. 이 사건에서 연방대법원은 해당 기록물은 공적 기록의 성격을 지닌 것이라는 점을 우선적으로 밝히면서, 긴급물가통제법이 사피로에게 기록하도록 강제한 매매정보는 법률에 의해 행정적 규제 및 제한의 대상으로서 적합성이 인정되는 것이라는 점에서 자기부죄특권의 대상이 되지 않는다고 판시하였다.[304]

이후 이와 같은 연방대법원의 입장은 지속적으로 유지되어 법정기록원칙(Required Record Doctrine)으로 확립되었다.[305] 그러나, 근래에 들어 이와 같은 법정기록원칙이 보강되어야 한다는 견해가 나타나고 있다. 즉 다음의 다섯 가지 요소를 충족하는

303) Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976)
304) Shapiro v, United States, 335 U.S. 1. (1948)
305) United States v, Kahriger, 345 U.S. 22. (1953); Lewis v. United States, 348 U.S. 419. (1955)

경우에 행정기관이 법정기록을 요구하는 경우 자기부죄거부특권을 주장할 수 없다고 하여 특권의 적용배제에 관해 더욱 엄격한 기준을 제시하고 있다.

- 법정기록의 대상이 되는 행위에 대한 일반적 규제 권한을 정부가 보유하고 있어야 하고,
- 법정기록은 규제의 목적과 합리적인 관련성이 있어야 하며,
- 법정기록과 그 행위를 규율하는 규정은 모두 구체적으로 명시되어 있어야 할 뿐만 아니라,
- 규제되는 행위를 하기로 결정한 사람은 그 행위를 규율하는 규정을 따르고 법정기록이 유지되는 한 적법하게 그 행위를 할 수 있어야 하고,
- 그 행위를 규율하는 규정을 준수하고 법정기록을 수행하는 사람은 그 행위에 대해 자신이 규제의 대상이 되기 전에는 자기부죄를 염려할 필요가 없어야 한다.[306]

(2) 이미 작성된 기록의 제출

제출 대상인 기록의 작성시기와 관련되어 이미 작성된 기록의 제출 요청을 받는 경우, 자기부죄거부특권을 주장할 수 있는지의 여부에 대한 법적 판단이 요구되었다. 연방대법원은 자기부죄거부는 증언에 있어서 강제되지 않을 것을 보장하는 것이고, 행정기관이 제출을 요구하는 경우 이를 작성하는 것을 강제할 수 없다는 것을 의미한다는 점을 강조하였다. 따라서 자료를 작성하는 것은 진술하는 것과 유사한 수준으로 볼 수 있으며 자기에게 불리한 내용을 자신의 의사에 반하여 작성하도록 강제하는 것은 연방수정헌법 제5조 규정을 위반하는 행위이나, 이미 작성된 서류의 제출을 요구하는 것은 제5조에서 말하는 증언의 "강요"에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하여 자기부죄거부특권의 대상이 되지 않음을 명확히 하였다.

Doe 사례에서 카운티 및 시(市)가 발주하는 공공계약에 부정행위를 한 혐의를 받고 있는 Doe는 자신이 운영하는 사업체에 대한 일정기록을 지참하여 출석하라는 소환장을 받았다. 이에 대해 소환명령은 제5조 규정의 위반이라며 자기부죄거부특권을 주장한 사건에서 연방대법원은 기록의 작성이 임의로 행한 것이라면 강요가 존재하지

306) Stephen Saltzburg, The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination. The University of Chicago Law Review, 53(1), (1986), p.36. (https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4441&context=uclrev) (최종방문: 2020.10.18)

않았다고 볼 수 있으며, 자기가 보관하고 있었다는 사실은 기록의 작성이 강제되었는지를 판단하는 기준이 될 수 없다는 입장을 분명히 하였다.[307]

마. 변호인 참여권 및 조력받을 권리

행정기관이 범죄수사를 하는 경우에는 일반 경찰의 수사와 같이 변호인의 참여권과 조력을 받을 권리가 인정되고, 병행조사의 경우에도 행정기관이 범죄수사를 하는 시점부터 동일한 권리가 피의자에게 인정된다고 볼 수 있다. 또한, 행정조사를 받는 경우에도 행정조사절차법에 의하여 피조사자도 형사절차에 준하는 변호인의 참여권 및 조력을 받을 권리가 인정된다. 행정기관의 소환을 요청받은 사람은 변호사, 또는 기관이 승인하는 경우에는 변호사와 동등한 자격을 갖춘 변호인으로부터 대리 혹은 조언을 받을 권리를 부여받으며, 기관의 조사과정에 출석하는 경우 당사자는 변호인 혹은 적법하게 자격을 갖춘 변호사와 동행할 수 있다.[308]

4. 요약 및 시사점

가. 요약

미국의 경우 행정기관의 범죄조사는 세가지 유형으로 행사된다. 첫째, 행정조사를 통하여 이루어지는데 행정조사를 통해 입수한 정보는 범죄수사 및 기소 등 형사절차에서 이용이 가능하다. 연방행정절차법은 행정기관에게 소환, 출입검사, 자료제출 요구의 권한을 부여하고 있으며, 출입검사의 경우 영장의 필요여하 및 예외 등에 대한 논의가 있다.

두번째는 행정기관이 독립적인 수사권을 가지는 경우는 크게 3가지이며, 감찰관법은 25개 연방행정기관에 독립적 수사권을 수여하고 있고, 구체적인 법률규정을 통하여 압수수색, 체포, 무기소지 등의 권한을 부여하고 있다. 법무부장관은 개별 행정기관의 감찰관실이 감찰관법에서 규정하는 일정한 조건에 해당하는 경우 수사와 관련된 권한을 부여할 수 있다. 또한 개별 행정기관에 대한 연방법률에서 수사권을 인정받고

307) United States v. Doe, 465 U.S. 605 (1984)
308) 5 U.S.C § 555(b)

있다. 법률규정에 따라 행정기관의 감찰관 혹은 특수요원 등은 긴급체표, 압수수색, 체포, 총기소지 등의 권한을 인정받는다.

마지막은 실무에서 효율성의 측면에서 활용하는 병행조사 방식이다. 이는 행정기관의 행정조사와 행정기관 혹은 수사기관의 범죄수사를 동시 또는 연속적으로 수행하는 방식이다. 범죄수사를 담당하는 수사관이 반드시 우월적인 지위에서 수행되는 것은 아니지만, 행정조사 과정에서 향후 범죄수사에 미칠 악영향을 최소화하기 위해 수사관과 조사관 사이에 긴밀한 협의가 이루어진다. 행정조사와 범죄조사가 병행하여 이루어지는 특성으로 인해 피조사자(피의자)의 헌법적 권리의 보장이 주된 쟁점이 되어 왔다.

미국행정기관의 범죄조사권과 관련하여 논의되고 있는 것은 크게 영장주의, 병행조사 및 자기부죄거부특권이다. 범죄수사의 피의자에게 인정된 연방수정헌법 제4조의 영장주의를 행정조사까지 확대하는 문제는 초기에는 불허되었으나, 행정조사의 필요성이 높아지고 이에 따른 권리침해의 우려가 높아져 행정조사의 사생활 침해와 행정목적의 달성 사이에 판례의 입장은 조금씩 변화를 해 왔다. 영장이 필요하지만 엄격한 의미의 상당한 이유가 필요한 것은 아니고, 사생활의 측면에서 개인에 대한 행정조사와 사업체 등에 대한 행정조사는 성격이 다른 이유로 영장주의가 차등적으로 적용되는 모습을 보였다. 정부가 오랜동안 면밀하게 규제하는 산업의 유형은 행정조사를 통한 행정목적 달성의 필요성 측면과 사생활 보호에 대한 기대가 완화된다는 측면에서 영장없는 행정조사가 가능한 특별한 산업영역으로 인정되었다. 영장주의 원칙을 위배하여 위법적으로 수집된 증거는 형사절차에서 적용되는 위법수집증거배제원칙이 적용되지 않는다. 제3자가 생성보관하고 있는 정보를 행정조사를 통하여 수사기관이 입수 활용하는 방식은 위헌이 아니라는 연방대법원 판례에도 불구하고, 정보를 관리하는 제3자를 통한 개인정보의 보호 측면에서 비판의 대상이 되었고, 향후 이에 대한 논의가 지속될 전망이다.

병행조사에 관하여 연방대법원은 하나의 위법행위에 행정조사와 범죄수사가 동시에 이루어지는 것은 그 자체로는 위헌이 아니고, 향후 범죄수사 가능성에 대한 단순 불고지도 위헌이 아니라고 판단하였다. 형사소추 가능성에 대한 질문에 명확한 답을 하지 않은 경우에도 가능성을 설명하는 자료를 제시한 경우에는 마찬가지로 위법한 병행조사가 아니지만, 단순한 정기 행정조사로 위장하는 적극적 기망이나 피조사자의

오인 혹은 부지를 이용하는 경우, 형사소추 가능성에 대한 문의에 답변하지 않아 단순 행정조사로 인식하거나 뒤늦게 범죄수사관이 행정조사에 참여하였으나 그 참여와 형사소추 가능성을 고지하지 않은 경우 등은 위법한 병행조사로 이 과정에서 수집된 증거의 증거능력은 부정되었다.

자기부죄거부특권이 행정기관의 조사에 관하여 인정될 것인가의 문제에서는 행정조사에서도 인정된다는 것을 명확히 하였고, 법인 및 단체의 경우 및 대표자의 경우에는 부정되면, 자신이 보관하는 서류의 제출로 자기가 아닌 제3자가 처벌의 위험이 있는 경우에도 인정되지 않는다. 법으로 기록 및 보관이 강제되어 있거나, 이미 작성된 기록의 제출의 경우에는 자기부죄거부특권을 행사할 수 없다. 형사소추의 경우와 마찬가지로 피조사자는 변호인의 참여 및 조력을 받을 권리가 인정된다.

나. 시사점

미국의 입법례와 논의과정에 대한 검토를 통해 행정기관의 행정조사 및 범죄수사에 대한 정책적 시사점을 살펴보면 다음과 같다. 행정기관의 행정조사 혹은 범죄수사의 과정에서 조사목적 혹은 내용이 범죄혐의에 대한 것이 명확하거나 추가적인 형사고발의 가능성이 높은 경우로 전환될 가능성을 염두에 두고 피조사자의 기본적 권리를 확보하는 방향으로 정비되어야 한다. 먼저, 피조사자에게 그 내용을 고지하여 피조사자의 기본권 방어를 위한 장치를 마련해야 한다. 법 위반의 사실에 대한 행정조사를 진행하면서 진술거부권을 고지하지 않고 추후에 전속고발권의 행사로 수사 개시 시점에 진술거부권을 고지받게 되면 피조사자가 방어권 측면에서 어려운 상황에 처하게 된다. 따라서 행정조사 개시 이전 사전통지되어야 할 필요성이 있다. 입법론적으로는 행정법규에 개별적으로 규정하기 보다는 「행정조사기본법」에 진술거부권 고지의무에 관한 규정을 마련하고 「행정조사 기본법」 제17조에 규정되어 있는 조사의 사전통지 내용에 진술거부권을 추가하는 것이 적절하다고 본다.[309]

이와 더불어 변호인의 참여권 규정에 대한 검토가 요구된다. 「행정조사 기본법」 제23조 제2항은 조사대상자가 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가

309) 이재구·이호용, "수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서", 한양대 법학논총 제35집 제2호(2018), 425면.

로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 먼저, 내용적인 측면에서 관계 전문가 보다는 변호인의 조력을 받을 권리로 강화하는 방향이 적절하다. 현재의 「행정조사기본법」은 행정조사를 통해 형사 소추를 당할 수 있는 가능성을 염두에 두지 않고 있다. 관련되 사건과 이에 대한 미연방대법원의 판례에서 살펴본 바와 같이 행정조사와 범죄수사의 구분이 쉽지 않은 경우가 많다. 이를 고려하면, 피조사자의 권리를 보다 강력하게 보호할 필요가 있다고 본다. 절차의 측면에서도 개선이 필요하다. 「행정조사기본법」 상 조사의 사전통지 규정에 통지대상 내용으로 이 관계인 참여에 대한 내용을 포함하고 있지 않다. 권리의 행사를 위해 사전 통지내용에 포함하는 방안에 대한 고려가 필요하다.

영장주의 원칙의 기준에 대한 재고가 필요하다. 우리 대법원의 경우 행정조사의 목적 혹은 성격을 주로 판단하여 수사기관의 강제처분이 아닌 경우에는 특별한 사정이 없으면 위법하지 않으나,[310] 범죄수사를 목적으로 하거나 범죄수사를 위한 압수 또는 수색에 해당하면 사전 또는 사후에 영장을 받아야 하고 그렇지 않은 경우는 위법한 것으로 판시하고 있다.[311] 즉, 행정조사의 목적이나 성질이 범죄혐의에 대한 수사에 해당하는지의 여부를 주요 판단의 기준으로 설정하고 있다. 그러나 영장 없는 조사의 적법성을 그 목적으로만 판단하는 것은 다소 단편적이다. 많은 경우 행정조사 본연의 목적과 범죄수사의 목적을 분명하게 구분하기 어려우며 두 목적이 혼재하는 경우도 많기 때문이다. 따라서 ①행정목적과 개인적 법익 침해 사이의 이익형량, ②사생활에 대한 기대수준 등 판단의 요소를 보다 다양하게 추가 설정하여 여러 각도에서 영장주의 원칙의 적용 필요성을 살펴볼 필요가 있다.

마지막은 영장주의 원칙의 예외 영역을 설정하는 것이다. 피조사자의 기본권 보장의 심화와 더불어 행정적 목적 달성이라는 공공선이 조화롭게 이루어져야 한다는 의미에서 행정조사 혹은 범죄수사권의 행사에 합리적인 범위 내에서 효율성을 제고하여야 한다. 이런 의미에서 영장주의의 예외영역으로 특별규제산업 영역을 입법화하는 것을 고려할 필요가 있다. 미국의 경우, 판례에서 언급된 바와 같이 행정조사를 통하여 긴급한 행정적 목적 달성을 추구하고 사생활의 보호 침해 가능성이 높지 않은 경우에

310) 대법원 2013.9.26. 선고 2013도7718 판결.
311) 대법원 2017.7.18. 선고 2014도8719 판결.

는 규제의 영역을 지정하여 영장 발부나 동의 없이 조사를 실시할 수 있도록 구체적으로 법령으로 허용하고 있다. 이와 같은 산업영역을 특별규제산업영역으로 지정하여 영장주의의 예외를 두는 것이다. 행정영역이 매우 다양하고 개별 행정영역마다 특유한 성질이 있으므로 일반적이고 획일화된 법리를 두는 것이 어려우며 규제가 밀접하게 이루어지는 현실적 측면을 고려하면 이에 대한 검토의 필요성이 인정될 수 있다고 본다. 물론, 설정의 기준과 범위의 확정, 피조사자의 예측가능성과 향후 형사소추의 가능성에 대한 권리의 보호, 조사실시의 정규성 및 확실성 등에 대한 구체적인 부분에 대한 논의가 선행되어야 할 것이다.[312]

제3절 | 일본

1. 서론

일본에서 행정기관이 법위반 사실을 조사한다고 할 때, 범칙조사와 행정조사를 하게 된다. 범칙조사는 행정기관이 형사고발을 할 목적으로, 범죄에 해당한다고 판단한 범칙사건을 대상으로 행하는 조사를 말한다. 한편, 형사상 범죄에 해당하지는 않지만, 법위반 사실에 대해 행정처분, 예를 들어 과징금부과처분 등을 하기 위해 정보수집 활동을 하는 행정조사가 있다.

일본에서 본격적으로 행정기관이 범죄조사를 한 것은 조세영역이었다. 지금도 역시 탈세에 범칙조사[313]가 시행되고 있으며, 이러한 범칙조사가 인정된 대표적인 법으로 국세통칙법[314], 금융상품거래법[315] 공정거래법[316]을 들 수 있다.

이러한 범칙조사와 행정조사는 조사대상자의 권리·이익과 저촉될 가능성이 있고,

312) 최정희, "미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구", 한국법학회 법학연구 제19권 제4호(2019), 374면.

313) 국세통칙법(国税通則法) 제11장에 국세관계의 범칙사건의 조사 및 처분에 관한 절차가 규정되어 있다. 이 절차는 국세범칙단속법에 의해 규정되어 있었으나, 2017년 개정으로, 국세범칙단속법은 폐지되고, 국세통칙법에 편입되었다.

314) https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf/(최종방문: 2020.10.17.)

315) https://www.fsa.go.jp/sesc/aboutsesc/about_law.htm#hansokujiken(최종방문: 2020.10.17.)

316) https://www.jftc.go.jp/dk/seido/hansoku.html(최종방문: 2020.10.17.)

조사대상자가 조사에 응하지 않는 경우에 어떤 강제를 하게 된다면, 이를 강제조사라고 하고, 그렇지 않고 임의에 맡기게 된다면 이를 임의조사라고 할 수 있다. 실제로 행정기관의 강제조사는 범죄 수사와 비슷한 기능, 수색, 압수 등을 하게 되고, 이는 관할 재판소의 허가장이 필요하다. 이외에도 행정기관은 질문, 검사, 현장조사(立入検査)[317], 문서제출명령, 출석명령 등을 통해 행정조사를 하게 된다.

한편, 특별한 범주의 정보를 국가가 강제적으로 수집하는 경우, 조사대상자의 권리와 법익에 대한 침해가 될 수 있다.[318] 예를 들면, 자기부죄의 정보나 사상·신념에 관한 정보와 같이 정보 그 자체의 성질에 따라 헌법이 보장하는 권리가 될 수도 있고, 다른 한편으로 정보 그 자체의 제공은 가능하지만, 정보수집 과정이 절차상 문제가 되는 경우도 있을 수 있다. 또한 조사대상자가 직접적인 이해의 상대방이 되는 경우도 있지만, 상대방은 아니지만 요구되는 정보의 실질적 이익을 가지는 실질적 당사자가 되는 경우도 있다. 예를 들면, 신문사나 종교단체에 대한 조사가 표현의 자유나 종교의 자유와 관계가 있을 수도 있고, 프라이버시나 영업의 자유와 같은 권리[319]가 연관되는 경우도 있다. 특히 행정조사 중 허가장 없이 진행되는 현장조사의 경우, 헌법상 주거의 자유, 프라이버시권, 자기부죄의 권리 등을 제한 내지 침해할 수 있으므로 문제가 되고 있다. 따라서 실무상 형사절차인 수색 및 압수, 검증과의 차이에 대한 논란도 있다. 이러한 행정조사가 규정된 대표적인 법으로는 국세통칙법, 소득세법, 증권거래법, 공정거래법, 도시계획법, 하천법, 수도법, 소방법, 대기오염방지법, 폐기물처리법, 자연환경보전법, 생활보호법, 아동복지법[320] 등이 있다. 이러한 사정으로, 소득세법이나 공정거래법 위반 등의 사례에서는 행정조사절차와 형사절차의 경합도 발생하였으며, 행정조사절차에서 취득한 증거가 형사절차에 사용되는지 여부도 문제가 되고 있다.

---

317) 현장조사는 임검(臨檢)과 동일한 의미로 쓰이고 있다. 임검은 형사법상 검증과 동일한 의미로 쓰이고 있다. 그리고 관세법 제121조, 공정거래법 제120조 등에서 임검과 수색의 개념을 구별하여 쓰고 있으므로, 임검 내지 현장조사의 원래 의미는 사업장 등으로 '들어간 후'에 '검사'대상 장부서류 등을 준비, 제시하게 하여 그것을 검사하는 행위라고 볼 수 있다. 현장조사가 실무상 수색의 개념을 포함한다고 해석된다면, 그 취지가 명확해지는 용어로 바꾸어야 한다(笹倉宏紀, 「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11, 28-29면 참조).

318) ① 헌법상 보장되는 권리: 자기부죄거부특권(일본 헌법 제38조), 프라이버시 권리(일본 헌법 제13조) ② 법률상 보장되는 권리: 변호사와 의뢰인간의 비밀유지의무, 의사와 환자 간의 비밀유지) ③ 민감정보: 기업비밀이나 프라이버시 정보(曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 214면 참조).

319) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 210면 참조.

320) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 273면 참조.

이에 본문에서는 행정기관의 법위반 사실 조사제도 현황에 대해 살펴보고(2), 다음으로 일본에서 행정기관의 법위반 사실 조사에 대한 논의, 예를 들면 영장주의, 자기부죄권리, 제3자의 참여권 등에 대한 논의를 살펴본다(3). 마지막으로, 요약 및 시사점(4)을 정리한다.

2. 행정기관의 법위반 사실 조사제도 현황

가. 범칙조사와 행정조사의 입법현황

범칙조사는 법위반 사실이 의심되는 경우, 형사고발을 위해 행정기관이 하는 조사이다. 형사고발을 해야 하기 때문에 더 강력한 증거 내지 정보수집이 요구되었고, 이에 대한 절차의 적법화를 위해 국세통칙법, 금융상품거래법, 공정거래법에서는 이를 법제화하였다. 한편, 이들 법에서도 행정조사[321]가 존재한다. 이러한 행정조사는 행정목적 달성을 위해, 예를 들어 세금부과나 과징금부과, 과태료 부과를 위해 하게 된다. 그러나 범칙조사와 행정조사는 행정기관이 법위반 사실을 조사한다는 면에서 중복되는 부분이 많고, 형사절차와의 중복 및 형평성, 법익침해가 문제되는 경우가 많다. 다음에서 대표적으로 범칙조사제도가 법제화되어 있는 국세통칙법, 금융거래법, 공정거래법의 범칙조사와 행정조사의 입법현황을 살펴본다.

1) 국세통칙법

2017년 10월 정부세제조사회에서 국세범칙 조사절차에 대해 경제사회 구조변화에 대응한 검토를 해야 한다는 문제제기가 있었다. 이메일, 전자문서 데이터 외부 서버 보관 등으로 탈세 혐의자의 고의나 탈세 금액 입증에 필요한 객관적 증거수집이 힘들어졌다는 지적이 있었기 때문이다. 이에 증거수집 절차를 정비화하고 현대어화하는 관점에서 국세통칙단속법이 폐지되고, 국세범칙조사절차에 대한 규정이 2018년 4월 1일 국세통칙법에 편입되어 시행되었다.[322]

---

321) 아직도 행정조사 개념과 법적 지위에 대해 학설이 통일되었다고 말하기는 힘들다. 행정조사의 개념과 법적 지위에 대해 학설이 통일되었다고 말하기 힘들다(藤原静雄, 「行政調査論の現状と課題」, 筑波ロージャーナル5号, 2009/3, 178면 참조).

322) https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf 122면 참조.(최근 방문일:2020.10.17.)

(1) 국세범칙조사의 취지

국세에 관한 범칙사건은 증거조사가 일반 형사사건과 상당히 다르다는 점, 증거에 대한 가치판단도 특별한 세무적 지식과 경험을 요구한다는 점, 간접국세에 관한 범칙사건에 대해 통고절차가 가능하다는 점, 과세사건에 종사하고, 납세의무자와 접촉하고 있는 세무직원에게 그 조사와 처분을 하게 하는 것이 효율적일뿐 아니라, 증거은폐를 방지하고 신속하고 적정한 처분을 가능케 한다는 점에서 형사소송법과 다른 범칙조사 절차를 정한 것이다.[323]

(2) 국세범칙조사의 목적

국세통칙법 제11장 범칙조사권은 국세에 관한 형사적 제재를 위한 것이고, 국세통칙법 제7장의 2 국세의 조사는 국세부과 내지 징수가 적정히 이루어지는지를 조사하기 위해 인정되는 것으로, 범죄수사를 위해 인정되는 것이 아니다.[324]

(3) 국세범칙조사절차의 성격

국세통칙법 제11장의 국세범칙조사 절차는 형식적으로 행정절차이지만, 실질적으로는 고발을 전제로 하고 있기 때문에 형사절차에 가까운 성질이 있다. 간접국세에 대한 통고처분은 행정처분으로 볼 수 있고, 이에 대해 이행이 강제되는 것은 아니다. 다만, 통고처분에 따라 취지를 이행한 경우 범칙사실에 대한 공소권은 소멸하며, 그 사건에 대해 범칙자는 처벌되지 않기 때문에 실질적으로 통고처분은 확정판결과 거의 동일한 효과를 발생시킨다.[325] 한편, 통고처분을 이행하지 않는 경우 고발로 형사절차로 이행되기 때문에 간접국세에 관한 범칙사건에 관한 규정도 직접국세에 관한 규정도 형사절차를 전제로 한 규정이다.

(4) 범칙조사규정

국세통칙법 제11장에 범칙사건의 조사 및 처분에 대해서 규정하고 있다. 구체적으

323) https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf 124면 참조.(최근방문일:2020.10.17.)
324) https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf 125면 참조.(최근방문일:2020.10.17.)
325) https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf 125-126면 참조.(최근방문일:2020.10.17.)

로, 제1절에서 범칙사건의 조사(제131~제154조), 제2절에서 범칙사건의 처분(제155조~160조)에 대해서 규정하고 있다.[326]

탈세 정보를 수집하게 되면, 임의조사로서 질문, 검사, 영치(제131조 제1항), 조회(제131조 제2항)를 하거나 강제조사를 하려면, 재판관이 발하는 허가장(제132조)으로 임검, 수색, 압수(제132조 제1항)를 한다. 범칙사건 조사에 관한 규정으로 신분증 휴대(제140조), 영치 또는 압수절차(제143조~제145조), 감정 등 촉탁(제147조), 처분 중 출입금지(제149조), 조서작성(제152조), 조사의 관할(제153조), 관할구역외 직무의 집행(제154조)이 있다.

이외에도 강제조사에 관한 규정으로 접속 서버 보관 데이터 등 압수(제132조 제2항), 통신사무에 대한 압수(제133조), 전자적 통신 기록의 보전요청(제134조), 전자적 기록 매체의 압수를 대신하는 처분(제136조), 개봉 등 필요한 처분(제137조), 피처분자에 대한 협력요청(제138조), 허가장 제시(제139조), 경찰의 원조(제141조), 소유자 등 참여(제142조), 야간집행제한(제148조), 집행을 중지하는 경우 처분(제150조), 수색증명서 교부(제151조)가 있다.

납세자가 직접 신고하는 직접국세의 경우, 법 위반 사실이 있다고 사료되는 경우, 세무서 직원이 고발을 하고(제155조), 이에 따라 영치물건 등 인계(제159조 제2항)하여 검찰에 고발한다. 한편 간접국세의 경우, 조사를 마친 후, 통보나 보고를 한다(제156조). 이에 따라 통고처분[327](제157조)을 하고, 통지를 한다(제160조). 불이행이나 불능인 경우 세무서장 등이 검찰에 고발한다(제153조). 다음 단계는 형사소송법에 의한 형사소송법 규정에 따른다.[328]

(5) 행정조사

국세통칙법에서는 제7장의 2(제74조의 2~제74조의 13의4)에 규정되어 있다. 국세

326) https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=337AC0000000066 (최종방문: 2020.10.17.)

327) 간접국세에서 범칙사건의 특수성을 고려하여, 행정기관인 국세국장 또는 세무서장이 재판에서 선고될 벌금 또는 과태료에 상당하는 금액, 몰수에 해당하는 물품을 납부해야 한다는 취지를 범칙자에게 통고하고, 범칙자의 이행에 따라, 형벌권을 실현한 것과 같은 효과를 나타내는 것이다. 그리고 통고 불이행의 경우 일정한 사유가 있는 경우 고발에 따라 형사절차로 이행한다. https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf 125면 참조. (최종방문: 2020.10.17.)

328) https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf 123면 참조. (최종방문: 2020.10.17.)

청 직원의 소득세에 관한 질문검사권[329](제74조의 2), 상속세 등에 관한 질문검사권(제74조의 3), 주세에 관한 질문검사권(제74조의 4), 담배세에 관한 질문검사권(제74조의 5), 항공기연료세에 관한 질문검사권(제74조의 6), 제출물건의 유치(제74조의 7), 납세 의무자에 대한 조사의 사전 통지 등(제74조의 9)[330], 사업자에 대한 협력요청(제74조의 12), 신분증명서 휴대(제74조의 13), 정보관리(제74조의 13의2, 제74조의13의 3, 제74조의13의 4)에 대해 규정하고 있다.[331]

2) 금융상품거래법

(1) 범칙조사

금융상품거래법 제9장 제210조~제226조에서 범칙사건 조사에 관해 규정하고 있다.[332] 증권거래위원회 직원은 유가증권 매매 기타 거래 또는 파생상품 거래 등 금융상품 거래에서 공정을 해하는 거래가 발견되면 범칙혐의자 또는 참고인에게 출두하게 하여, 질문하고, 소지하고 있는 물건을 검사하고, 임의로 제출한 물건을 영치할 수 있다(제210조 제1항). 또한 관공서 또는 공사의 단체에 조회하여 필요한 사항에 대해 보고하게 할 수 있다(제210조 제2항). 한편, 강제조사를 하려면, 재판관이 발하는 허가장으로 임검, 수색, 압수(제211조)를 한다. 범칙사건에 관한 규정으로, 통신사무에 대한 압수(제211조의 2), 전자적 통신 기록 보전요청(제211조의 3), 전자적 기록 매체의 압수를 대신하는 처분(제211조의 4), 야간집행제한(제212조), 허가장 제시(제213조), 신분증명(제214조), 임검, 수색 또는 압수에 필요한 처분(제215조), 협력요청(제215조의 2), 처분 중의 출입금지(제216조), 책임자 등 참여(제217조), 경찰의 원조(제218조), 조서의 작성(219조), 영치목록 등 작성(제220조), 영치물건 등의 조치(제221

---

329) 일단 확정된 세액을 변경시켜 불이익을 주는 행정처분의 발동이라는 점에서 납세자 기본권 침해 가능성이 많아 논란이 많은 행정조사이다(曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 273면 참조).

330) 사전통지사항은 조사개시일시, 조사장소, 조사목적, 조사대상이 되는 세목, 조사기간, 조사대상이 되는 장부 기타 물건 등이다(국세통칙법 제74조의9). 다만, 위법 또는 부당한 행위를 용이하게 하고, 정확한 과제표준 또는 세액 등 파악을 곤란하게 할 가능성이 있거나 기타 국세에 관한 조사의 적정한 수행에 지장을 주는 가능성이 있다고 인정될 경우에는 사전통지는 필요하지 않는다(국세통칙법 제74조의10).

331) https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=337AC0000000066 (최종방문:2020.10.17.)

332) https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=323AC0000000025 (최종방문: 2020.10.17.)

조), 영치 물건 등의 환부(제222조), 이전한 압수한 기록 매체의 교부(제222조의 2), 감정 등의 촉탁(제222조의 3), 증권거래위원회의 보고(제223조)가 있다. 재무국 직원의 범칙조사는 증권거래위원회의 승인을 얻어 하게 된다(제224조). 재무국 직원은 범칙사건 조사시 필요한 때에는 관할구역 외의 직무집행을 할 수 있고(제225조), 증권거래위원회는 범칙사건 조사에 따라 범죄의 심증을 얻은 경우, 고발하고, 영치한 물건, 압수한 물건 또는 기록명령부 압수물건이 있는 때에는 영치목록, 압수목록, 또는 기록명령부압수목록과 함께 인계하고, 고발 후에는 형사소송법 규정에 따라 압수로 간주한다(제226조).[333]

(2) 행정조사

금융상품거래법에서 제177조 과징금 조사는 허위사실 유포나 위계, 시세조정, 내부자거래 등과 같은 부정한 거래에 대해 할 수 있다. 과징금 조사도 범칙조사와 같이, 참고인에게 출두하게 하여 질문을 하고, 의견 내지 보고를 하게 할 수 있다(제177조 제1항 제1호). 사건관계인에게 장부나 그 외 물건의 제출을 명하고 제출물건을 임치할 수 있다(제177조 제1항 제2호). 사건관계인의 영업소 기타 필요한 장소에 들어가서 장부 등 물건을 검사할 수 있다(제177조 제1항 제3호). 이러한 거래조사는 금융시장에서 공정성, 투명성을 확보하고, 투자자를 보호하고자 불공정거래의 가능성이 있을 경우, 신속하고 효율적인 감시를 위해 실시하는 것이다.[334]

3) 공정거래법

공정거래법[335]은 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하여 시장경제질서를 유지하는 것을 목적으로 하고 사적 독점, 부당한 거래 제한, 불공정한 거래를 규제하고 있다. 공정거래법의 운용은 주로 공정거래위원회가 맡고 있다. 공정거래위원회는 공정거래법을 집행하여 공정거래법 위반을 억제하기 위해 위반행위에 대한 조치로, 시정조치 명령을 발하는 권한이 있고 위법한 카르텔에 대한 조치로, 과징금 납부를 명하는 권한도 있다. 시정조치와 과징금 납부는 행정절차를 거쳐 부과되는 것이다. 공정거래

---

333) https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=323AC0000000025 (최종방문: 2020.10.17.)
334) https://www.fsa.go.jp/sesc/news/c_2013/2013/20130830-5/01.pdf 1면 참조. (최종방문: 2020.10.17.)
335) 원래 법률명은 "사적독점금지 및 공정거래확보에 관한 법률" 「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」이다. 이하 '공정거래법'이라 한다.

법 위반 사실 수집은 기본적으로 공정거래위원회에서 한다. 한편, 일정한 독점금지위반 행위에 대해서는 형벌규정이 있고, 이는 공정거래위원의 고발에 의해 형사절차화 된다. 이렇게 공정거래법 위반을 억지하기 위한 법집행 수단으로 행정절차와 형사절차가 경합적으로 존재하고 있다.[336]

(1) 공정거래위원회의 범칙조사권 도입 배경

공정거래위원회가 공정거래법 위반에 대한 전속고발권을 가지고 있었는데, 범칙조사권 신설 이전에는 증거수집수단으로 통상적인 행정조사권만 인정되어 간접강제에 따른 행정조사수단만으로는 충분한 증거수집이 불가능한 것이 아니냐는 문제제기가 있었다.

또한 공정거래법 제47조 제4항에는 이러한 행정상 정보수집이 "범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 안된다."라는 명문규정이 있다. 즉, 공정거래법위반에서 수사가 시작되어 형사소송법이 적용되면, 그 전제가 되는 증거는 수사기관이 형사소송법에서 정하는 수색 등으로 얻어야 한다. 수색은 판사가 발부하는 영장에 의하여야 한다.[337] 따라서, 전속고발후, 형사절차에서도 행정조사권이 "범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 안된다."라는 규정으로, 행정조사로 얻은 자료는 그대로 형사절차로 사용할 수 없고, 다시 검찰에서 수색· 압수해서 사용해야 한다는 번잡스러운 구조였다. 한편, 결과적으로 행정조사에서 얻은 자료가 형사절차로 사용되게 된 경우에 조사대상이 되는 사건관계인의 절차적인 권리와의 관계에도 문제가 있었다.[338] 이러한 문제를 해결하기 위해 2005년 범칙조사권이 신설되었다.

(2) 범칙조사

공정거래법 제12장에서는 경쟁을 실질적으로 제한하는 가격 카르텔, 공급제한 카르텔, 시장분할협정, 입찰담합, 공동 보이콧, 사적 독점 등 기타 위반행위로 국민 생활에 광범위한 영향을 미친다고 보여지는 악질적이고 중대한 법위반 행위에 대해 범칙조사를 규정하고 있다.[339]

---

336) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 293면 참조.
337) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 294면 참조.
338) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 299면 참조.
339) https://www.jftc.go.jp/dk/seido/hansoku.html (최종방문: 2020.10.17.)

공정거래위원회 직원은 범칙사건(제89조~제91조)을 조사한다. 공정거래위원회 직원은 조사를 위해, 필요한 때에는 범칙혐의자 또는 참고인에게 출두를 명해, 질문하거나, 소지한 물건을 검사하거나, 임의로 제출을 명해 영치할 수 있다(제101조). 강제조사를 하려면, 재판관이 발하는 허가장으로 임검, 수색, 압수(제102조)를 한다. 범칙사건 조사에 관한 규정으로, 우편물 압수(제103조), 전자적 기록의 보전 요청(제103조의 2), 전자적 기록매체의 압수에 대신하는 처분(제103조의 3), 야간집행제한(제104조), 허가장 제시(제105조), 신분의 증명(제106조), 임검·수색·압수에 필요한 처분(제107조), 전자적 기록에 관한 처분시 협력 요청(제107조의 2), 처분 중 출입금지(제108조), 책임자 참여(제109조), 경찰의 원조(제110조), 조서의 작성(제111조), 영치목록·수색목록 작성·등본 교부(제112조), 영치물건·압수물건의 보관(제113조), 영치물건·압수물건 반환(제114조), 이전한 압수한 기록매체의 교부(제114조의 2), 감정 등의 촉탁(제114조의 3), 조사결과 공정거래위원회에 보고(제115조)가 있다. 공정거래위원회는 범칙사건의 조사 결과 제74조 제1항의 규정에 따라 고발하는 경우, 영치물건, 압수물건 또는 기록명령부 압수물건이 있는 때에는 영치목록, 압수목록 또는 기록명령부압수목록과 함께 인계(제116조)하여야 한다. 범칙조사는 통상의 심사부와 독립된 범칙심사부가 담당한다. 범칙조사 결과, 범죄사실 심증을 얻은 경우에는 고발을 한다.[340]

(3) 행정조사

법위반 사실이 있다고 인정되는 경우, 기업이나 사무실에 가서 현장조사를 하거나 증거가 되는 거래 기록 등 자료를 조사한다. 필요에 따라서 관계자를 부르거나 사정청취 등 위반에 관한 사실을 조사한다. 공정거래법 제47조 규정에 따른 현장조사는 벌칙(제94조)에 의해 담보되는 간접강제규정이다. 현장조사에 있어서 현장조사 책임자에 대해 신분증을 보여주고(제47조), 사건명, 법위반 사실 요지, 관계법령 등이 기재된 고지서를 교부한다(심사규칙 제20조).[341]

---

340) 자세하게 https://www.jftc.go.jp/dk/seido/hansoku.html 참조.(최종방문:2020.10.17.)

341) https://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng_5th/mtng_5-2-3.pdf (최종방문: 2020.10.17.)

(4) 공정거래법상 행정조사와 범칙조사 비교

공정거래위원회는 행정조사와 범칙조사를 할 수 있다. 행정조사는 간접강제조사이지만, 범칙조사는 직접강제조사이다. 직접강제조사는 공정거래법 제102조에 의한 허가장을 요한다. 범칙조사에서 특히 인정되는 것은, 수색, 임검, 압수, 개봉이다. 다음은 공정거래법상 행정조사와 범칙조사를 비교한 표이다.[342]

[표 4-3-1] 공정거래법상 조사권한 (행정조사 · 범칙조사)

<table>
<tr><th>구분</th><th colspan="2">행정조사</th><th colspan="2">범칙조사</th></tr>
<tr><td>조사형태</td><td>임의조사
(법에 명시적 근거규정 없음)</td><td>간접강제조사
(상대가 정당한 이유없이 거절하는 경우 벌칙 적용)</td><td>임의조사
(상대가 응하지 않는 경우 강제수단 없음)</td><td>직접강제조사</td></tr>
<tr><td>권한의 행사자</td><td>-</td><td>위원회로부터 심사관의 지정을 받은 자
(법47조2항)</td><td colspan="2">위원회로부터 범칙사건 조사직원의 지정을 받은 자(법101조)</td></tr>
<tr><td>허가장의 요부</td><td>-</td><td>-</td><td>-</td><td>필요(법102조)</td></tr>
<tr><td rowspan="8">처분·권한</td><td>출석의뢰</td><td>출석명령
(법47조1항1호)</td><td>출석의뢰
(법101조1항)</td><td>-</td></tr>
<tr><td>임의청취</td><td>심문
(법47조1항1호)</td><td>질문
(법101조1항)</td><td>-</td></tr>
<tr><td>보고의뢰</td><td>보고명령
(법47조1항1호)</td><td>관공서등의 보고
(법101조2항)</td><td>-</td></tr>
<tr><td>제출의뢰</td><td>제출명령
(법47조1항3호)</td><td>임의제출물건영치
(법101조1항)</td><td>압수
(법102조·103조)</td></tr>
<tr><td>물건영치</td><td>물건유치
(법47조1항4호)</td><td rowspan="2">소지품등검사
(법101조1항)</td><td rowspan="2">임검·수색
(법102조)</td></tr>
<tr><td>임의임장(臨場)</td><td>현장조사
(법47조1항4호)</td></tr>
<tr><td>-</td><td>-</td><td>-</td><td>개봉 등
(법107조)</td></tr>
<tr><td>-</td><td>-</td><td colspan="2">처분 중 출입 금지
(법108조)</td></tr>
<tr><td>신분의 증명</td><td>-</td><td>증명서휴대,
제시의무
(법47조3항)</td><td colspan="2">증표휴대·제시의무
(질문, 검사, 영치, 임검, 수색, 압수시:법106조)</td></tr>
</table>

342) https://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/kaisaijokyo/mtng_21st/mtng_21-9.pdf (최종 방문: 2020.10.17.)

구분	행정조사		범칙조사	
경찰관의 원조	-	-		가능 (법110조)

나. 행정기관의 조사수단 선택문제

행정기관은 여러 조사방법 가운데 하나를 선택할 수 있다. 먼저 질문, 제출명령, 현장조사 등 임의적 행정조사인 경우, 법률 근거 없이 행정기관의 재량[343]으로, 임의조사를 해야 할지 강제조사를 해야 할지 선택하고, 강제조사 중에서도 어떤 조사수단을 취해야 하는지에 대한 선택을 한다.[344] 이러한 행정기관의 조사방법 내지 조사수단의 선택 문제는 행정기관의 재량과 관련이 있다.

1) 현장조사와 문서제출명령간의 선택

현장조사와 문서제출명령은 기능적 차이가 있는데, 기능적 차이에 따라 합리적인 조사수단을 선택하는 것은 행정기관의 재량이다. 먼저 기능적 차이를 살펴보면, 첫째 현장조사는 정보의 1차적 선택을 조사기관이 갖지만, 문서제출명령은 서류의 선택, 평가를 조사대상자가 할 수 있다. 둘째, 현장조사는 물리적 침입의 과정에서 프라이버시 침해를 동반하기 쉽지만, 후자는 그렇지 않다. 셋째, 현장조사는 불시 조사가 가능하고, 조사대상자에 의한 증거은닉 가능성이 없지만, 후자는 그렇지 않다. 넷째, 현장조사는 조사대상이 물적 구조물인 경우 등에서는 후자에 대체할 수 없는 수단이 된다. 다섯째, 위법한 행정조사에 대한 사법적 구제수단도 양자에 있어서는 차이가 있다.[345] 행정기관은 이러한 기능적 차이를 인지한 후에, 합리적인 조사수단을 선택하여야 하고, 이러한 선택의 재량을 남용하지 말아야 한다.

2) 현장조사 선호

일본에서는 행정조사수단으로서는 현장조사가 많이 사용되고 있고, 문서제출명령은 법률상 수권되고 있는 경우에도 그다지 많이 이용되고 있지 않는 듯 같다. 한편,

343) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 226면 참조.
344) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 226면 참조.
345) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 226면 참조.

현장조사가 실시되는 상황에서 그것이 법률에 기반한 간접강제 현장조사인지, 순수한 임의 현장조사인지가 명확하지 않은 경우가 많아 이것이 행정조사를 둘러싼 법률관계를 애매하게 하는 원인이 되고 있다. 이에 공정거래위원회의 조사수단을 예로 들어 물건제출명령 → 승낙에 의한 현장조사 → 강제에 의한 현장조사 순으로 인권침해 가능성이 적은 수단부터 순차적으로 비례성 원칙에 맞게 행정조사를 선택해야 한다.[346]

다. 행정기관의 행정조사과정

행정조사 수단을 비례성 원칙에 맞게 선택하는 것도 중요하지만, 행정조사는 시작 단계부터 마지막까지 행정조사과정, 즉 절차적 문제도 중요하다. 행정조사가 행정기관의 정보수집활동이라면, 조사범위의 선정도 중요하다. 조사범위는 조사목적과 관련성[347]이 있어야 한다. 또한 적법하게 수집할 수 있는 정보에 대한 행정조사라고 해도, 조사과정에 있어서 사인의 권리·이익을 침해하면 안된다. 특히 침해적 성질이 강한 행정조사는 조사목적과 범위의 사전 통지나 조사이유개시, 신분증 휴대 등 적법한 절차 준수가 필요하다.[348]

1) 행정기관의 사전통지

(1) 사전통지

행정조사를 수권하는 법률 중, 행정조사에 앞서, 사전통지를 해야 한다고 규정한 경우가 많다. 예를 들면, 도시계획법 제25조 제2항 "전항의 규정에 따라 타인의 토지에 들어가는 자는, 들어가기 전 3일 전까지, 그 취지를 토지의 점유자에게 통지하지 않으면 안된다."라고 규정하고 있다. 이 외에도 소득세법, 자연환경보전법, 토지수용법, 하수도법에서도 사전통지제도를 두고 있다.[349]

한편, 최고재판소에서는 세무직원의 질문검사권 행사의 요건에 대해서 "질문검사

346) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 228면 참조.
347) 법령상 장부서류의 검사가 허용된다고 하여 그 자리에 있는 모든 장부를 뒤져서 검사하는 것은 허용되지 않는다(笹倉宏紀, 「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11, 28면 참조).
348) 대표적인 경우가 세법상 질문검사권이다. 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 216면 각주36) 참조.
349) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 273면 참조.

의 필요가 있고, 그것과 상대방의 사적 이익과의 형량에서 사회통념상 상당한 정도이며, 권한 있는 세무직원의 합리적 선택에 맡겨져 있다."라는 기본적 입장에서 검사는 "실시의 일시·장소의 사전통지, 조사 이유 및 필요성의 개별적, 구체적인 고지도 질문검사를 행하는 법률상 일률적 요건이 아니다."라고 판시하여, 사전통지가 없는 조사의 적절성을 승인하였다. 사전통지의 여부는 조사의 목적이나 기능에 비추어 판단되어야 할 것이다. 수질오염방지법에 근거한 수질검사나 대기오염방지법에 근거한 현장검사 등, 사전통지를 함으로써 사업자가 위반을 은닉할 염려가 있는 경우도 있으며, 그러한 경우에는 사전통지는 조사의 실효성을 없애는 것이 될 것이다. 그러나 많은 행정조사의 경우, 사전통지는 조사의 충실을 돕는다. 조사대상자가 미리 자료를 준비할 시간을 보장하며, 조사효율을 촉진한다. 사전통지와 유사한 것으로서, 조사목적이나 조사이유의 개시의 요청이 있다. 상대방을 납득 시키기 위한 조사를 하기 위해서, 조사실시자 단계에서 조사 목적이나 조사 이유의 개시가 불가결하며, 이러한 것도 행정조사가 적법하게 이루어지기 위한 절차적 요건으로 이해될 것이다.[350]

(2) 사전통지가 없는 행정조사의 한계

사전통지가 없는 행정조사는 특별히 정당한 이유가 없는 한 세무직원의 적정한 재량 행사로 볼 수 없다. 신고납세주의는 납세자가 자발적인 납세를 하도록 전제로 하고 있기 때문에 납세자의 자주적 태도를 최대한 존중할 필요가 있다. 사전통지는 납세자의 자주적인 조사협력을 얻기 위한 중요한 요소이다. 그런데 사전통지가 없다면 자주적인 협력을 얻기 힘들 수 있다.[351]

사전통지는 납세자에게 조사준비를 시키고 납세자 형편이 좋은 시간에 조사를 하도록 하는 것이기 때문에 쓸데없는 조사거부를 감소시킨다. 사전통지의 단점으로 사전통지를 하면 납세자가 서류를 폐기하거나 위조할 수가 있다는 견해가 있으나, 이런 우려는 추상적인 것으로, 실제로 사전통지가 있는 조사의 90%가 실제 조사에서 특별히 지장이 없었다고 보고되었기 때문에 그런 견해를 지지하기는 힘들다. 또한 서류파기나 위조 등이 판명나면 독자적으로 이들을 처벌해야 하는 것으로 그런 예외적 사례를 이유로 하여 사전통지를 부정하는 것은 본말전도라 할 수 있다. 따라서 사전통

350) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 274면 참조.
351) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 336면 참조.

지가 없는 것을 정당화하는 특별한 사정이 없는 한 사전통지가 없는 조사는 위법이 된다.[352]

2) 세무조사의 조사이유 개시

세무조사는 '객관적 필요성'이 있고서야 인정되는 것이기 때문에 일반적으로 이유 없는 세무조사는 있을 수 없다. 세무직원의 원칙적으로 조사이유를 납세자에게 개시하여야 한다. 이때 조사이유를 어느 정도 상세하게 적시하는지가 문제될 수 있다. 여기에서 요구되는 조사이유 개시란 해당조사의 진짜 이유이다. 즉 개별적 필요성에 의거하여 개시된 조사라면 해당 개별조사를 필요하다고 생각한 근거와 이유, 몇가지 합리적 근거로 조사대상으로 정해진 것이라면 그 지정된 근거와 이유를 세무직원이 개시해야 한다는 것이다.[353]

3) 신분증 휴대, 제시

소득세법, 도시계획법, 하천법, 수도법, 소방법, 대기오염방지법, 폐기물처리법, 자연환경보전법, 생활보호법, 아동복지법, 증권거래법, 공정거래법 등에서는 조사관의 신분을 증명하는 증명서를 휴대하고, 관계인이 청구하면 제시한다는 신분증 휴대, 제시 규정이 있다.[354] 이러한 신분증 휴대, 제시 규정도 강제행정조사의 적정한 절차를 위해 필요한 제도이지만, 모든 행정조사에 규정되어 있는 것은 아니다.

라. 행정기관의 행정조사권한 비교

일본에서 행정조사를 규정하고 있는 대표적인 법(소득세법, 증권거래법, 공정거래법)에서의 행정조사권한을 비교해 보기로 한다. 소득세법, 증권거래법, 공정거래법의 행정조사는 정당한 이유없이 거절하는 경우, 벌칙조항이 있는 간접강제조사의 형태를 띠고 있다. 소득세법과 증권거래법에는 출석명령 규정이 없음에 반해, 공정거래법에는 출석명령 조항이 있다. 현장조사시 증권거래법과 공정거래법과는 달리, 소득세법에서는 사전통지를 원칙으로 한다. 세무조사의 경우, 납세자 및 관여 세무사에 대한

352) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 337면 참조.
353) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 338면 참조.
354) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 273면 참조.

사전통지를 한다. 조사사항이나 피의 사실 등의 고지규정은 없다. 그러나 증권거래법은 증권검사에 관한 기본지침에 따라, 검사착수시에, 검사대상 책임자에 검사명령서 및 검사증표를 제시하고, 검사의 권한 및 목적, 검사 협력 의뢰, 검사 모니터 개요, 의견신청제도 개요를 설명한다. 공정거래법에서는 현장조사시 심사규칙 제20조에 따라, 법규정에 위반하는 피의사실, 요지, 관련 법조 등을 관계자에게 교부한다. 행정조사시 제3자 입회와 관련하여, 소득세법에서는 세무사의 입회는 허용한다(稅理士法 제2조). 세무사 이외의 제3자 입회를 허용할지에 관해서는 조사관의 합리적 재량에 따른다. 증권거래법에서는 임직원에 대한 청문시, 다른 임직원의 동석요청이 있는 경우에, 검사에 지장이 없는 경우에 한해 인정한다. 동석이 인정되지 않는 경우는 합리적 이유를 검사 대상자에게 설명하여야 한다(증권검사에 관한 기본지침). 청문에 대해서 정확한 사실 파악에 지장이 생길 우려가 있기 때문에 임직원 이외의 제3자의 입회나 녹음은 원칙적으로 인정하지 않는다고 보아야 할 것이다. 공정거래법은 우리나라와 달리 변호사입회는 허용되지 않는다. 진술조서의 작성과 관련하여, 소득세법에서는 이러한 규정이 없으나, 공정거래법의 경우만 심문조서를 작성하여야 한다(심사규칙 제11조). 임의진술 녹취의 경우에는 필요에 따라 진술조서를 작성한다(심사규칙 제13조). 증권거래법에서는 검사대상 책임자 등으로부터 사실관계 확인을 위해 필요한 사실관계 및 경위를 기재한 서면에 검사대상자의 인식을 기재하게 한다(증권검사에 관한 기본지침). 다음은 이러한 행정조사권한을 비교한 표이다.[355]

[표 4-3-2] 행정조사권한 비교

구분	소득세법	증권거래법	공정거래법
조사형태	간접강제조사	간접강제조사	간접강제조사
출석명령	규정 없음	규정없음	출석명령(법47조 1항)
검사·현장조사	질문, 장부서류 기타 물건 검사(법234조) 현황에 따라서 조사가 중요한 사안 등 사전에 통지를 하는 것이 적당하지 않다고 인정되는 것을 제외하고, 사전통지	검사(법59조) 원칙으로 무예고, 증권검사에 관한 기본지침에 따라 검사명령서, 검사증표 제시, 절차에 관한 설명	현장조사(법47조1항4호) 모든 조사 무예고, 현장조사하는 경우 심사지침에 따라, 위반사실 문서 교부

355) https://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/kaisaijokyo/mtng_28th/mtng_28-2.pdf (최종방문20.10.17.)

구분	소득세법	증권거래법	공정거래법
제3자의 입회	세무사 입회는 허용.	임직원에 대한 청문시, 다른 임직원의 동석요청이 있는 경우에는 검사에 지장이 없는 경우에 한해 인정	변호사입회 허용안됨
질문검사·심문	질문검사(법234조)	검사(법59조)	심문(법47조1항1호)
보고	규정없음	보고(법59조)	보고(법47조1항1호)
제출명령·유치 등	규정없음	보고(법59조)	제출명령·유치 (법47조1항3호)
제출물건의 열람·등사	규정없음	규정없음	사건 심사에 특히 지장이 생길 우려를 제외하고, 제출물건 열람·등사 허용 (심사규칙 18조)
처분시 증거개시등	행정절차법 적용제외 (국세통칙법 74조의 2)	행정절차법에 따른 "청문"필요 과징금사안 사전심판	신청이 있는 때, 기타 필요한 때 공정거래위원회가 인정한 사실을 기초로 필요한 증거에 대해 설명(심사규칙 제25조)

마. 행정조사의 범죄수사 자료 이용

일본에서 행정기관의 행정조사는 "범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 안된다,"라고 규정한 조항이 많다. 대표적인 경우, 공정거래법에서 "범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 안된다."라고 규정되어 있다. 범죄수사의 경우에는 강력한 수사권이 인정됨과 동시에 영장주의나 자기부죄거부권 등의 헌법상 제한이 있기 때문이다. 원래 행정조사는 그것을 수권하는 법률의 목적 범위 내에서만 행사되는 것이기 때문에, 범죄수사의 자료를 수집하기 위해 행정조사를 하는 것은 목적을 일탈하는 조사로서, 허용되지 않는 것이다.[356]그러므로 통상의 행정조사에서는 헌법상 절차보장, 예를 들면 영장주의나 자기부죄거부특권이 적용되지 않는다고 행정수사와 범죄수사를 구별한다.[357]

조세법학에서, 헌법 제38조의 취지에 비추어, 형사절차에서 행정조사 자료의 이용을 배제해야 한다고 해석하는 학설이 유력하다.[358] 행정조사절차에서 헌법상 보장을

356) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 277면 참조.
357) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 276면
358) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 277면 참조.

극히 한정적으로 해석하고 있는 법리를 전제로 한다면, 이 같은 해석도 부정할 수 없는 것이다. 그러나 원리적으로 생각해 본다면, 이 규정은 직접적으로는 행정조사권이 당해 행정목적 범위내에서 행사해야 한다는 당연한 것을 규정하는 것이고, 이용의 가부는 별개의 문제라고 해석할 수도 있다.[359] 최고재판소는 법인세법상 질문검사권으로 "취득·수집된 증거자료가 후에 범칙사건의 증거로서 이용되는 것을 상정해도, 그것이 바로, 질문 또는 검사의 권한이 범칙사건 조사 내지는 수사를 위한 수단으로서 행사된 것으로는 되지 않는다."라고 판시하였다.[360]

기업의 법위반행위에 대해서 행정처분과 형벌이 동시에 발동되는 경우, 행정조사와 형사수색에서 수집된 증거의 범위도 중첩되는 부분이 많다. 이러한 경우, 형식적인 형사·행정절차준별론만으로는 현실의 법집행 요청에 응답하지 못한다. 그러므로 일정한 요건 하에 양 절차의 상호관련을 인정하면서, 증거에 대해서도 상호이용의 가능성을 인정하는 편이 현실적이라고 볼 수도 있다.

바. 행정절차법 적용 제외

일본에서 행정절차법(行政手続法)이 1993년 제정되었고, 1994년 시행되었지만, 행정조사 절차에 관해서는 규정하고 있지 않다. 행정절차법 제3조 제1항 제14호에서 '보고 또는 물건 제출을 명하는 처분 기타 그 직무 수행상 필요한 정보의 수집을 직접 목적으로 하는 처분 및 행정지도'를 적용 제외하였다. 또한 현장조사 같은 사실상 행위에 대해서도 행정절차법 2조 4호 ㅓ에서 적용 제외되었기 때문에 행정절차법에서 행정조사는 제외된다고 보아야 한다. 이러한 이유에 대해, 행정조사의 절차적 통제의 필요성을 부정하는 취지가 있었던 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 그 이유에 대해, 행정조사가 다양하기 때문에 일률적인 규정에 들어맞지 않는 경우가 있기 때문에, 적용 제외 된 것으로 보고 있다.[361]

---

359) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 277면 참조.
360) 最二小決平成16・1・20刑集58巻1号26頁。
361) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 281면 참조.

3. 행정기관의 법위반 사실 조사에 대한 논의

가. 행정조사의 법적통제로서 영장주의

범칙조사에서 재판장의 허가장을 얻어 집행하는 경우는 이 논의에서 제외할 수 있다. 허가장 없는 범칙조사 및 행정조사는 상대방의 동의를 얻는 것이 통상적이지만, 조사거부의 경우에는 강제할 필요성이 있다. 이러한 점에서 현행법은 형벌에 의한 간접강제를 하고 있다. 한편 행정기관이 조사를 한다면, 최종적으로는 상대방의 신체·재산에 직접적 실력행사를 하지 않으면 안된다. 그렇다면, 어떠한 경우에 조사기관은 실력을 행사할 수 있는지 그 절차는 어떠해야 하는지가 문제시 될 수 있다. 이 경우 영장이 필요한가에 대한 문제가 대두된다.[362] 즉, 헌법 제35조[363]는 영장주의를 원칙으로 하고 있지만, 이 헌법상 보장이 행정조사에도 미치는지에 대한 논의이다.

1) 영장주의의 근거

일본 헌법 제35조 주거불가침 규정에서 공적 개입으로부터 사인의 프라이버시를 보장한다면, 개입 목적이 형사목적인지, 행정목적인지를 불문하고, 프라이버시의 성질상 사후적 구제에 어울리지 않는 것을 생각해 보면, 주거에 들어와 검사하는 것은 실력행사로 강제하는 것이 원칙으로 영장이 필요하다는 것이 설득적이다. 즉, 실력으로 강제적으로 진입하여 검사하는 것은 원칙적으로 영장이 필요하다고 볼 수 있다.[364]

그러나 영장을 얻어 현장조사의 목적을 달성하기 곤란한 긴급한 필요가 있는 경우, 국민의 생명・건강 등을 보호할 목적의 현장조사[365], 프라이버시 보호의 다른 적절한

---

362) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 215-216면 참조.

363) 제35조 누구든지, 그 주거, 서류 및 소지품에 대해서, 침입, 수색 및 압수를 받지 않을 권리는 제33조 경우를 제외하고는 정당한 이유에 근거하여 발부된, 수색할 장소 및 압수할 물건이 명시된 영장이 없으면 하지 못한다(第三十五条　何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない). 여기서 정당한 이유는 수색과 압수에 대한 사실상 근거를 말하며, 구체적으로, 피의자가 죄를 저질렀다고 사료된다는 것을 전제로, 압수해야 할 물건이 있다는 것을 인정할 만한 상황이 있으며, 압수에 관해서는 그 목적물이 증거로 사료된다는 점이다(笹倉宏紀, 「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11, 26면 참조).

364) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 222면 참조.

365) 예를 들면, 검사용 식품 수거나 소방법에 따른 방화설비 점검 같은 것을 들 수 있다. 笹倉宏紀, 「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11, 28면 참조.

대체 절차가 법률에 의해 지켜진다면 영장없이 가능할 것이다.[366]

2) 현장조사 영장주의에 대한 비판

첫째, 영장주의는 행정기관에 새로운 부담으로 작용될 것이라는 비판이 있다. 이러한 비판에 대해, 현장조사는 임의적 협력을 얻기 때문에, 검사 거부의 경우만 영장을 받으면 영장사무는 그다지 증가하지 않고, 불시 검사가 필요한 경우는 사전에 영장에 기초하여 현장검사를 강행하는 편이 오히려 더 바람직하다는 주장이 설득적이다. 그리고 공해 방지를 위한 행정이나 식품이나 의약품 규제의 영역에서는 국민의 생명과 건강 등을 보호하기 위한 목적으로, 영장 없이 강제 현장조사가 인정되는 경우도 많기 때문에 새로운 부담이 되지는 않을 것이다.

둘째, 종종 정기적·정형적으로 이루어지는 행정 현장검사에 대해서 영장을 요구해도 형사절차와 같은 엄격한 발급요건을 요구할 수는 없기 때문에, 결국 법원의 판단도 형식적이게 되고, 무의미하게 되지 않을까하는 비판이다. 이에 대해, 영장발급요건이 형사절차의 경우와 다른 것은 어쩔 수 없는 현상이고, 경우에 따라서, 현장검사의 근거로서 행정조사계획의 합리성이 확인될 수도 있다. 그러나 이 경우에 대해서도 당해 행정기관과 별도의 제3기관으로서 법원이 그 합리성을 확인하는 것에 의미가 있다고 볼 것이다. 프라이버시의 권리가 사후적 구제에 어울리지 않는 성질을 가졌기 때문에 사전 사법개입이 정당화 되는 것이고, 여기에서는 누가 행정조사의 합리성을 판단하는 것이 오히려 중요하다고 말할 수 있다. 가장 이상적인 것은 영장주의의 적용을 준형사절차에 한정하는 것이다. 현행법상 즉시강제 현장조사나 간접강제 현장조사는 이에 포함될 것이다. 영장주의는 적용하되, 영장주의의 예외를 비교적 넓게 인정하는 것이 현실적으로 타당할 것이다.[367]

3) 헌법 제35조의 관점에서 본 공정거래법의 행정조사

헌법 제35조가 정하는 영장주의 취지는 공권력 개입시, 개인의 프라이버시를 보호하는 것이다. 공정거래위원회의 현장조사권이 강제현장조사를 수권한 것으로 해석된다면, 원칙적으로 영장이 필요하다는 해석도 성립될 것이다. 그러나 공정거래법상

366) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 222면 참조.
367) 동지의 견해로, 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 226면 참조.

조사권은 간접강제에 그친다고 해석된다. 그러한 점에서 헌법 제35조 위반 문제는 발생하지 않는다고 생각할 수 있을 것이다. 그러나 간접강제에 그치는 경우에는 조사의 실효성 문제가 남을 수 있다.

4) 질문검사권에 관한 판결과 해석

"헌법 제35조 제1항 규정은 본래, 주로 형사책임 추급의 절차에 있는 강제에 대해서, 그것이 사법권에 의한 사전 억제하에 두는 것을 보장하는 취지이지만, 당해 절차가 형사책임추급을 목적으로 하는 것이 아니라는 이유만으로, 그 절차에 모든 강제를 당연히 보장 밖에 있다고 판단하는 것은 상당하지 않다."[368] 영장주의가 형사절차 이외에도 적용될 가능성을 일반론으로서는 인정하면서, 세무직원의 질문검사권이 ① 오로지 공평하고 확실한 과세 및 징세를 목적으로 하고 있으며, 형사책임 추급을 목적으로 하는 절차가 아니라는 점, ②형사책임추급을 위한 자료 취득수집에 직접 연결되는 작용을 일반적으로 하지 않는 점, ③과세·징세절차에 관계된 자의 사업에 관한 장부, 기타 물건만을 대상으로 하고 있다는 점, ④그 실효성을 확보하기 위한 강제성(검사(檢査)기피죄에 따른 처벌, 1년 이하의 벌금 또는 20만엔 이하의 벌금, 현재 1년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금)이 직접적이며 물리적인 강제로 동일시되어야 할 정도는 아니라는 점, ⑤목적(공익상의 필요성)과 수단적 균형이 유지되고 있다는 의미에서 합리성을 인정할 수 있다는 점을 들고 있다.[369]

이를 일반적으로 말하자면, 오로지 행정상 목적으로, 형사책임을 추급하기 위한 자료의 취득·수집에 직결되지 않으며, 간접강제이며, 검사제도의 필요성과 강제의 합리성이 있는 경우를 이유로, 영장이 필요하지 않다고 판시하였던 것이다.[370]

실무상은 행정기관이 하는 행정조사라고 해도, 오직 형사책임을 추급하기 위한 자료수집에 연결되는 조사, 즉 범칙조사인 경우에는, 법원의 허가장이 필요하다.

그러나 헌법 제35조가 보장하는 주거의 불가침은 사인의 프라이버시 보장을 목적으로 하는 것이고, 개인의 프라이버시는 본래 침해목적과 관계없이 보호되어야 하는 것이다. 그리고 일단 프라이버시가 침해된 경우 사후적 구제에는 한계가 있는 것을

368) 最大判昭和47·11·22刑集26巻9号554頁。
369) 笹倉宏紀,「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11, 26면 참조.
370) 最大判昭和47·11·22刑集26巻9号554頁。

생각한다면, 미국처럼 행정상 현장검사에도 원칙적으로 영장주의 원칙을 취하는 것도 일리가 있을 것이다.

한편, 간접강제의 대표적인 소득세법상 질문검사권은 상대방의 저항을 배제하여 조사를 실시하는 것이 아니다. 조사거부에 의해 정보를 얻을 수 없는 경우에는 추계(推計)과세 등의 수단이 행정청에 있기 때문에 조세행정상 중대한 지장은 없다. 간접강제이기 때문에 영장주의의 적용을 부정하고 있다. 즉, 실력저항을 배제하고도 정보수집의 필요성이 높은 조사, 형사상 책임 추급을 목적으로 하는 조사는 여기에 해당할 것인데, 이러한 행정조사에서는 법제도상 강제조사가 수권되어야 하고, 다른 한편 강제조사의 남용을 방지하기 위해 영장주의를 취해야 할 것이다.

이와 같은 시점에서 행정목적이라고 해도 실력강제조사에서는 원칙적으로 영장이 필요하고, 인신보호를 위한 긴급한 필요성이 있는 경우 등 일정한 요건 하에서만 예외로서 영장 없는 실력강제조사(이 경우에는 법적 성질은 즉시강제)가 허용된다고 하는 해석을 할 수 있다.[371]

나. 행정조사 법적통제로서 자기부죄거부특권

1) 자기부죄거부특권의 내용

자기부죄거부특권은 불이익 진술 강요금지와 강요당한 불이익 진술 증거금지라는 두 가지 보장내용을 담고 있다. 일본에서는 수사기관에 의한 자백 강요금지가 중심이라는 식의 이해가 널리 퍼져 있다. 그러나 행정조사에서는 범죄수사와 같이 수사기관의 구속을 빌미로 한 진술의 사실상 강요는 문제가 되지 않고, 목적과 수단의 균형이 유지되는 한 법률상 강제는 그 자체적으로 금기해야하는 상황이 아니기 때문에 형사절차상 증거금지라는 보장내용이 지켜져야 한다. 그런데 지금까지 이 점에 관해 충분히 의식하고 있었다고는 볼 수는 없었다.[372]

둘째, 자기부죄거부특권과 묵비권간의 차이가 충분히 인지되고 있지 않다. 전자는 '자기가 형사상 책임을 지게 될 우려가 있는 사항에 대해 진술을 강요당하지 않는' 권리이며, 그 이외의 사항에 대한 진술 의무를 면하는 근거가 되지는 않는다. 이에

371) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 275-276면 참조.
372) 笹倉宏紀, 「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11. 29면 참조.

비해 묵비권은 '개개 질문에 대해 진술을 거부할 수 있다'는 것을 토대로 '시종일관 침묵'할 수 있는 권리(형사소송법 제311조 제1항)이다.

행정상 진술의무에서 묵비권행사를 인정할 수 있는지에 대해서 논의가 있지만, 조세 신고 와 같은 경우를 생각해 보면, 일반적으로는 있을 수 없다. 이러한 상황을 전제로 한 후에 행정제재부과를 위한 조사과정에서 특히 묵비를 인정해야 하는지를 생각해야 한다.

셋째, 유럽사법재판소 판례가 유럽경쟁법상 법인에 대해 부과되는 행정제재금과의 관계에서 법인의 진술거부권행사를 승인한 것에 대해 일본에서도 이러한 논의가 종종 채용되고 있다. 다만 그 판례는 자기부죄거부특권과는 일단 구별되는 "방어권 보장"이라는 견지에서 '규제당국이 증명하는 책임을 져야하는 위반행위가 있었음을 사업자가 자인하게 되는 회답을 강제해서는 안된다'는 결론을 도출한 것이며, 권리보장을 받는 근거, 권리 수호 주체, 권리 대상이 되는 사항 등에 비추어 보아 헌법 제38조 제1항의 자기부죄거부특권의 해석으로 그대로 받아들이기는 힘들다.[373]

2) 자기부죄거부특권의 관점에서 본 독점금지법의 행정조사

헌법 제38조가 정하는 자기부죄거부특권의 보장에서 본다면, 문제시 되어야 하는 것은 정보의 성질이고 절차의 성질은 아닌 것이다. 따라서 행정조사절차에서 수집한 정보가 추후 형사절차에서도 이용될 가능성이 있다고 한다면, 이 경우에는 자기부죄거부특권을 수용할 수 있다고 해석할 수 있다.

미국에서는 원칙적으로 행정절차에서도 자기부죄거부특권은 적용되는 것으로 보고 있는데, 단, 법인의 경우 부정하거나, 행정상 필요에 따라 기장을 의무화한 기록에 대해서는 자기부죄거부특권이 미치지 않는 것으로 해석하여, 행정규제의 필요성과 조화를 이루고 있다.[374]

이상과 같이 형사·행정 절차분별론의 입장에 있는 합헌론은 현실적인 법집행 필요성에 충분히 부합하지 않고, 대상이 된 기업이나 개인의 인권을 충분히 배려했다고도 볼 수 없다. 동일 법위반사실에 있어서도 원칙적으로 헌법상 절차보장이 미친다는

---

373) 笹倉宏紀, 「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11. 29-30면 참조.
374) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 296면 참조.

것을 전제로 일정한 요건하에서 양 절차의 상호관련성을 인정하고, 증거에 대해서도 상호이용 가능성을 인정하는 것이 실질적이며 바람직하다.

이러한 관점에 관하여는 독점금지법의 행정조사에 관한 제47조 제4항이 문제될 수 있다. 행정조사권은 "범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 안된다."라고 명문으로 규정되어 있기 때문이다. 이 규정은 형사절차에서 행정조사자료의 이용을 일체 배제한 규정으로 해석하는 경우가 대부분일 것이다. 그러나 오히려 이 규정을 행정조사권이 해당 행정 목적의 범위내에서 행사되어야 하는 당연한 것을 규정한 것으로 보고, 이용 여부는 별개의 문제로 해석할 수도 있는 것이다.[375]

물론 자기부죄정보나 프라이버시 정보같이 민감한 정보에 대해서는 각 정보의 성질에 따라 특별한 이용제한이 정해져야 한다. 한편, 행정절차에서 얻은 자료를 형사절차에서도 이용할 수 있는 제도를 일반적으로 도입하는 것은 경계해야 할 것이다. 그러나 적어도 검토대상으로 한 기업의 법 위반행위의 규제 측면에서는 법규제의 실효성을 높이기 위해 행정절차 정비를 조건으로 일정한 범위 내에서 두 절차의 상호관련을 인정하는 법시스템이 필요하다고 할 수 있다.[376]

다. 소결

행정조사가 헌법 제35조(영장주의), 헌법 제38조(자기부죄거부특권)에 위반되는지 여부가 문제될 수 있다. 왜냐하면, 법위반 사실에 대한 형사권 발동의 전제에는 행정기관의 고발이 필요하고, 행정기관은 형사적 처벌이 필요하다는 판단을 하기 위해서 필요한 정보를 행정조사로 입수해야 하기 때문이다. 이는 행정조사권이 형사 목적에서도 이용되는 것을 전제로 한 것이기 때문에 헌법 제35조 및 헌법 제38조 위반이 될 수 있기 때문이다.[377]

이에 대해 통설은 주로 2가지 논점에서 반론하고 있다. 첫째, 행정기관의 조사권은 어디까지나 행정처분 발동의 전제가 되는 자료수집을 위해 인정된 것으로, 어쩌다가 결과적으로 형사고발까지 이르는 경우가 있기 때문에 조사권 성질이 달라지는 것은

375) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 297면 참조.
376) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 297면 참조.
377) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 295면 참조.

아니다. 둘째, 실제 운용에서도 행정조사에서 얻은 자료를 그대로 검찰청에 넘기지는 않는다.

이상의 반론은 헌법 제35조, 제38조가 기본적으로는 형사절차에 대한 제한이라는 점을 전제로, 행정절차와 형사절차를 분별함으로써 위헌론을 회피하려는 것이라 할 수 있다. 그러나 동일 위반사실에 대해 행정절차와 형사절차가 발동되는 경우에는 양 절차를 관념적으로 분별하는 것만으로는 문제가 해결되지 않은 것으로 보인다. 오히려 양 절차의 효율적인 운용에 따라 실효적인 절차를 마련하려고 한다면, 예를 들어 공정거래위원회와 검찰청간의 협력체제(이를 위해 1991년 1월 공정거래위원회와 검찰청 양자가 참가하는 고발문제협의회가 설치됨)를 구축하는 것도 필요하다.

라. 행정조사 통제로서 제3자 입회

1) 제3자 입회

세무조사를 둘러싼 법적 분쟁의 하나로 제3자 입회를 둘러싼 문제가 있다. 납세자측이 민주상공회 사무직원의 입회를 요구하고, 세무직원측에서는 이를 거부하여 양자간의 대립으로 조사가 곤란해지는 경우이다.

신고납세주의 하에서 납세자 본인이 기장하고 신고한다면, 원칙적으로 세무조사는 납세자 본인에게 행하고, 납세자 본인 이외에는 세무조사에 입회할 필요가 없다. 그러나 세무사 기타 제3자가 기장하고 신고사무를 도와주는 경우에 그들의 동석을 요구하는 것이 납세자에게 이익이 되는 것이고, 세무조사의 효율성도 높일 수 있다.

세무사법 제34조는 납세자에게 사전통지를 하여 조사를 행하는 경우, 관여세무사에게도 조사일시를 사전에 통지하는 것을 의무화하고 있다. 이는 관여 세무사의 조사시 입회를 보장하는 취지로 보인다.[378] 세무사 이외의 제3자가 기장하고 신고사무를 한 경우, 납세자가 이들의 도움으로 받고자 입회를 요구하는 경우, 제3자의 입회를 인정하는 것은 적정한 재량행사라고 할 수 있다.[379]

---

378) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 339면 참조.
379) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 339면 참조.

2) 변호사 입회, 녹음 및 녹화

범죄수사와는 달리 구속을 배경으로 하는 자백 강요를 둘러싼 문제는 행정조사에서 기본적으로 존재하지 않는다. 그러나 그 점을 제외하면 변호사 입회나 녹음 및 녹화에 관한 이해득실이 있을 수 있다는 지적은 행정조사에서도 타당할 것이다.

변호사의 입회나 녹음이나 녹화나 정도의 차이는 있겠지만, 실시를 하면 지금보다 법정에서 이루어지는 증인심문에 가까운 포멀한 형태로 변화될 것이다. 그것은 한편으로 조사대상자의 권리보호에 도움이 된다. 한편, 행정조사의 청취내용을 증거화하지 않고 끝난다든지, 허위진술죄에 걸리는 리스크를 지지 않고 진술할 수 있다는 인포멀한 이점은 없어진다는 단점이 있다. 행정기관 입장에서 보면 진술증거 획득이 곤란해지고, 그 결과 객관적 증거가 더욱 중시될 수도 있다. 그러나 행정조사에서 이러한 사정청취에 대해, 의뢰인의 이익이 되는 자세가 저항적이 아닌 타협적인 경우라면, 오히려 진술증거 획득이 쉬워질 가능성도 있다. 만일 타협이 된다면, 행정기관이 재량을 발휘하거나, 리니언시(과징금 면제)제도를 활용하여 최적화된 해답을 구할 수도 있을 것이다.[380]

마. 행정조사의 절차적 통제

1) 유형에 따른 절차적 통제

(1) 임의조사의 절차적 통제

임의조사인 경우 특별한 법률적 근거가 필요하지 않는 것처럼 되어 있어 절차적 통제도 특히 검토할 필요가 없는 것처럼 보이지만, 실제로 순수한 임의조사와 형벌 등의 담보가 있는 간접강제조사간의 구별이 어려운 경우가 있다. 예를 들면, 소득세법상 질문·검사는 정당한 이유 없이 거부하면 형벌이 발동할 가능성이 있는 간접강제조사이지만, 실무상 거기에 선행하여 순수한 임의조사가 선행되는 경우가 많다. 조사를 받은 측에서는 세무직원의 조사청구가 법률이 정한 간접강제 조사인지, 임의조사인지 명확하지 않은 채 조사에 임하게 된다.

---

380) 笹倉宏紀, 「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/11. 30면 참조.

이러한 경우를 전제로 한다면 임의조사에 대한 절차적 통제로서, 첫째 임의조사라는 것을 상대방에게 전할 의무가 있다고 해야 할 수도 있다. 둘째, 소득세를 확정하기 위해 은행에 대한 조사 등을 하는 경우와 같이 조사의 상대방(은행)과의 관계에서는 순수하게 임의조사라고 해도, 거기에 있는 정보의 실질적 이익을 가진 납세자는 모르는 채 이루어지는 경우는 문제가 된다. 이러한 경우에는 실질적인 조사대상의 동의를 얻지 않는다는 의미에서 "임의조사"라고 말할 수 없기 때문에, 본인으로부터 정보를 얻는 것만으로 행정상 목적을 달성할 수 없는 사정이 있고, 특별한 법률의 근거가 있을 때에만 제3자 조사[381]를 할 수 있을 것이다. 셋째 개인정보보호조례는 지방공공단체가 개인정보를 수집하는 경우를 제한하는 것으로, 개인정보는 원칙적으로 본인으로부터 수집해야 한다는 점, 사상이나 신념에 관한 정보나 사회적 차별의 원인이 되는 정보 등을 원칙적으로 수집해서는 안 된다고 정하고 있다. 이들 제한은 임의조사에도 적용되는 제한이다.[382]

(2) 강제조사의 절차적 통제

강제조사는 기본권 침해가 수반되는 수단이기 때문에 절차적 통제가 더욱 중요하다. 첫째 일본에서 행정조사수단으로 널리 활용되고 있는 질문, 현장조사에 대해, 행정조사의 적정화라는 시점에서 기본적인 절차원칙을 생각해 볼 수 있다. 먼저 ①질문, 검사를 위해 출입시에 원칙적으로 조사 일시, 목적, 조사범위를 알리는 사전통지가 필요하고, ②조사시에도 조사이유와 조사목적을 개시할 필요가 있다. ③또한 행정조사 목적으로 출입할 때에는 조사관 신분을 증명하는 신분증을 휴대하고 제시할 필요가 있다. 사전통지는 그것을 함에 따라 증거은닉의 위험이 있는 경우 등 특별한 사정이 있는 경우 불필요하다. 특별한 사정의 존재는 행정청이 증명하는 것으로 한다.[383] 둘째, 조사수단 선택에 관해서 일정한 원칙을 정할 수 있다. 즉 조사대상자의 권리이익을 보호한다는 측면에서 조사수단의 선택은 비례성 원칙에 따라 적용되어야 하며, 일반론적으로 말하면 임의조사 → 문서제출・증인출장명령 → 간접강제 현장조사 순으로 선택되어야 한다.

---

381) 일본에서는 "反面調査"라고 한다.
382) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 282면 참조.
383) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 283면 참조.

셋째, 정보를 최종적으로 수집할 필요성이 높은 경우에는 강제조사가 수권되어야 하며, 강제조사를 행하기 위해서 원칙적으로 판사가 발부하는 허가장이 필요하다. 이 점은 입법에서 명확하게 하는 것이 바람직하나, 현행 법령에서 허가장 규정이 없는 강제조사는 즉시강제로 이해할 수 있는 경우를 제외하고, 헌법해석으로 영장을 요구해야 하는 것으로 보인다.

한편, 사업장에 들어갈 때에는 사인의 주택과는 달리, 프라이버시 이익이 그 정도로 고려할 필요는 없고, 정형적으로 이루어지는 현장검사인 경우, 영장을 요구하는 것이 어떤 의미를 가지는지에 대한 의문이 있기 때문에, 사업장의 정형적인 현장검사에서는 허가장이 필요없다는 견해도 있다.[384] 또한 생명, 건강, 안전을 보호하기 위해 긴급을 요하는 경우에는 허가장이 불필요하며, 즉시강제로서의 현장조사가 인정된다.

넷째, 형사상 책임 추급을 목적으로 하는 형사조사와 행정조사의 관계를 입법으로 정리하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 기본적인 방향은 양자 구별을 기본으로 하면서, ①행정조사절차에서도 그 정보의 성질상 헌법 제38조나 헌법 제35조의 적용이 필요한 경우에는 그 적용을 인정하고, ②일정한 요건하에서 양 절차의 상호관련성을 인정하고, 증거에 대해서도 상호이용 가능성을 인정하는 것이 바람직하다.

다섯째, 생명·건강·안전 등을 보호하는 행정영역에서는 행정규제에 따라 보호받는 이익을 지니는 자에 따른 조사신청과 그에 응답하는 절차를 정리할 필요가 있다.[385]

바. 행정조사의 권리구제

위법한 행정조사는 거부할 수 있다. 그러나 조사의 적법성에 대해서 행정기관과 조사대상자와 판단이 다른 경우에는 조사대상자는 행정조사 금지소송, 행정조사명령 취소소송이나 행정조사 무효소송, 국가배상소송을 할 수 있다. 강제적인 현장조사의 경우, 프라이버시 이익이 사후적 구제에 맞지 않는다면 행정조사 금지소송도 인정될 수 있다. 그러나 현실에서는 불시에 검사가 일어나기 때문에, 예고 없는 현장검사가 위법이라고 해도, 형사소송 또는 국가배상소송으로 사후적으로 위법성을 확인하는 방법밖에 없다. 여기에 사법구제의 한계가 있고, 그 때문에 사전 사법개입(영장주의)가

384) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 283면 참조.
385) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 283-284면 참조.

요구되는 것이다. 사법적 권리구제의 기준은 조사권한의 유무, 조사범위의 적절성, 조사수단의 준수, 조사부담의 합리성 등이 될 것이다. 위법한 문서제출명령 등에 대해서는 취소소송이 가능하다고 해석된다.[386] 그러나 남용될 경우, 행정규제의 실효성을 잃을 가능성도 있다.

1) 취소소송

행정조사가 증인출석명령이나 문서제출명령 형식으로 이루어지는 경우에 조사 하자에 대한 시정은 조사명령의 취소소송이 될 것이고, 조사 하자가 긍정된다면 조사명령은 취소될 것이다. 그러나 지금까지 조사명령의 취소소송을 긍정한 판례는 없다. 시의회특별조사위원회가 발한 기록제출 · 증인출석명령이 행정처분에 해당되는 것을 인정하면서 ①조사거부에 대해 벌칙을 과하는 형사절차에서 조사의 위법성을 다툴 수 있다는 점, ②형사소송절차와 행정소송절차에서의 판결 간의 모순이 나올 수 있다는 점, ③지방의회의 조사권 행사를 존중할 필요가 있다는 등을 지적하여 취소소송을 부적법하다고 하였다.[387]

2) 국가배상소송

현실의 행정조사 대부분은 일과성(一過性)의 사실행위로 행해진다. 그때문에 행정조사에 하자 내지 위법이 있다면, 위법성은 사후적으로 국가배상소송으로 다투게 된다. 유명한 판례로, 세무조사직원이 세무조사를 위해 점포내로 무단으로 들어간 사건이 있었다. 이 행위의 위법성이 인정되어 국가배상청구 소송이 이루어졌고, 국가배상이 인정되었다.[388]

세무조사를 위해 피조사자의 점포겸 작업장에 들어간 국세조사관이 피조사자의 부재를 확인할 목적으로 피조사자의 의사에 반하여 같은 점포내 안쪽문 고리를 걷어

386) 하지만 조사명령 취소소송을 긍정한 예는 보이지 않고 역으로 지방자치법 100조에 기한 조사위원회가 발한 조사명령에 대해 취소소송을 부정한 판례가 있다(静岡地裁昭和56年12月4日刑集32巻12号2205頁; 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 229-230면 참조).

387) 静岡地裁昭和56・12・4刑集32巻12号2205頁. 이에 대해 그러나 이런 견해가 오늘날 또한 타당한지에 대한 의문은 있다는 견해로, 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 302면 참조.

388) 最高裁昭和63·12·20第3小法廷判決; 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 302, 321면 참조.

내고 작업장으로 들어간 행위에 대해, 위법이라 하여 국가가 3만엔을 지불하라는 원심판결을 유지하고 상고를 기각하였다.

이 사건은 부재중 가정 내로 무단으로 들어간 사례로서, 특수한 사례이지만 질문검사권 행사의 한계를 보여주는 중요한 사례이다.[389]

3) 행정조사 위법과 후속처분의 취소소송

행정조사 하자가 후속처분의 위법성을 가져다주느냐에 대한 논의는 세무조사의 위법과 과세처분 위법과의 관계로 살펴볼 수 있다. 이 점에 관해 판례는 ①세무조사의 위법과 과세처분의 위법을 구별하는 견해, ②세무조사의 위법과 과세처분의 위법을 구별하면서도 세무조사의 위법성이 공서양속에 반하는 등의 중대한 위법성에 이르는 경우에는 과세처분도 위법이 된다는 견해, ③중대한 위법성을 지닌 세무조사에 의해 수집된 자료는 과세처분의 자료로 사용할 수 없다는 견해 등으로 나뉜다.

과세처분의 적법성은 처분이 과세요건에 합치되는 한, 세무조사에 어떠한 위법성이 있더라도 과세처분은 위법이 안된다는 결론이다. 그러나 한편으로는 과세처분 사전절차인 과세조사에 중대한 하자가 있을 경우에는 적정절차를 중시하는 입장에서, 세무조사가 위법하다면 과세처분도 위법하다는 결론이 된다.

그런데 행정절차법은 불이익처분이나 신청에 대한 처분을 할 경우에는 원칙적으로 이유의 제시나 심사기준 설정 · 공표 등 절차를 준수하도록 하고, 최고재판소는 적정절차를 중시하는 관점에서 이들 절차에 위반된 경우에는 원칙적으로 처분도 위법이 된다는 판례법리를 형성해 왔다.[390] 다만, 행정절차법상의 사전절차는 처분의 상대방의 절차적 권리로서 보장되어 온 것에 반해, 세무조사는 과세처분의 전제 자료를 수집하기 위해 직권으로 이루어지는 것이기 때문에 행정절차법의 법리가 그대로 적용되지 않는 것도 이유가 있다. 오히려 상황적으로 범죄 입건자료를 수집하는 수사와 유죄 인정 간의 관계와 비슷하여, 이런 점에서 형사소송법에서 위법수집증거배제법칙 적용이 연상되는 상기 ②내지 ③의 견해가 도출될 수 있다.[391]

---

389) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 321면 참조.
390) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 303면 참조.
391) 曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019, 304면 참조.

4. 요약 및 시사점

가. 일본에서 행정기관의 범죄조사권은 범칙조사에 규정되어 있다. 범칙조사는 행정기관이 형사고발을 할 목적으로, 범죄에 해당한다고 판단한 범칙사건을 대상으로 행하는 조사를 말한다. 범칙조사가 규정된 대표적인 법으로 국세통칙법, 금융상품거래법, 공정거래법이 있다. 범칙조사는 법위반 사실이 의심되는 경우, 형사고발을 해야 하기 때문에 일반적인 행정조사보다 더 강력한 증거내지 정보수집이 요구되었다. 그러므로 임의조사로서 질문, 검사, 영치도 규정되어 있지만, 재판관이 발부하는 허가장으로 임검, 수색, 압수를 하도록 하는 규정을 두고 있다.

나. 과거와 달리 정보와 자료가 전자자료로 저장되는 점을 고려하여, 범칙조사에서도 행정기관의 강제조사에 관한 규정으로 접속 서버 보관 데이터 등 압수, 통신사무의 압수, 전자적 통신 기록의 보전요청, 전자적 기록 매체의 압수를 대신하는 처분, 개봉 등 필요한 처분 등이 규정되어 있다. 한편, 허가장 제시, 경찰의 원조, 소유자 등 참여, 야간집행제한, 수색증명서 교부, 신분증명, 영치물건 환부 등은 범칙사건 조사에 관한 대표적 규정이다.

다. 법위반 사실에 대한 조사 중 형사적 제재를 위한 조사가 범칙조사라면, 과태료나 과징금 부과 등 행정적 제재를 위한 조사가 행정조사이다. 행정조사 역시 행정기관의 정보수집활동으로, 질문, 검사, 현장조사, 문서제출명령, 출석명령 등이 대표적이다.

라. 범칙조사와 행정조사는 행정기관이 법위반 사실을 조사한다는 면에서 중복되는 부분이 많고, 형사절차와의 중복 및 형평성, 법익침해가 문제되는 경우가 많다. 그러므로 행정기관은 정보수집을 위해 여러 행정조사 방법 가운데 비례성 원칙에 따라 합리적인 조사수단을 선택해야 한다. 예를 들어, 현장조사보다는 문서제출명령이 같은 목적을 달성하기 위해 덜 침해적이다. 그러므로 기본권 침해 가능성이 적은 수단부터 순차적으로 비례성 원칙에 맞게 행정조사를 선택하는 것이 바람직하다. 즉 문서제출명령, 임의적 현장조사, 강제적 현장조사 순으로 선택하여야 할 것이다. 그러나 실제 일본에서는 현장조사가 많이 사용되고 있다.

마. 행정기관이 법위반 사실을 조사할 때 조사과정 및 조사절차가 중요하다. 가장 먼저 해야 하는 조사범위의 선정은 조사목적과 관련성이 있어야 한다. 조사과정에서

는 조사범위나 조사이유 등을 사전에 통지하여야 한다. 일본의 행정기관 조사에는 사전통지가 규정되어 있는 것과 없는 것이 있는데, 사전통지가 없는 경우, 오히려 자발적인 협력을 얻기 힘들 수 있다.

바. 일본의 소득세법, 증권거래법, 공정거래법에서 보듯이, 행정조사의 조사형태는 정당한 이유없이 거절하는 경우 벌칙조항이 있는 간접강제형태의 행정조사가 많다.

사. 일본에서 행정기관의 행정조사는 "범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석해서는 안된다,"라고 규정한 조항이 많은데, 공정거래법이 대표적이다. 원래 행정조사는 그것을 수권하는 법률의 목적 범위 내에서만 행사되는 것이기 때문에, 범죄수사의 자료를 수집하기 위해 행정조사를 하는 것은 목적을 일탈하는 조사로서, 허용되지 않는다고 해석할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 헌법 제35조(영장주의)와 헌법 제38조(자기부죄거부특권)가 기본적으로 형사절차에 대한 제한이라는 전제로, 행정절차와 형사절차를 분별하려고 하는 시도로 볼 수 있다. 일본의 판례에서는 "법인세법상 질문검사권으로 취득·수집된 증거자료가 후에 범칙사건의 증거로서 이용되는 것을 상정해도, 그것이 바로, 질문 또는 검사의 권한이 범칙사건 조사 내지는 수사를 위한 수단으로서 행사된 것으로는 되지 않는다."라는 판시가 있다. 따라서 일본에서는 행정조사로 얻은 자료를 그대로 검찰청에 직접 넘기지는 않는다고 한다. 즉 공정거래위원회가 행정조사의 결과, 범죄혐의가 있다고 판단하면, 전속고발로 고발을 하여 수사가 진행되면, 그 전제가 되는 증거는 수사기관이 수색·압수영장을 청구하여 영장을 발부받아 증거를 수집하는 것이다.

아. 이에 비해 범칙조사는 범죄의 심증을 얻은 경우, 고발하고, 영치한 물건, 압수한 물건 또는 기록명령부 압수 물건이 있는 때에는 영치목록, 압수목록, 기록명령부 압수목록과 함께 인계하고, 고발 후에는 형사소송법 규정에 따라 압수로 간주한다.

자. 행정조사는 간접강제조사이지만, 범칙조사는 직접강제조사이다.

차. 헌법 제35조가 정하는 영장주의 취지는 공권력 개입시, 개인의 프라이버시를 보호하는 것이다. 공정거래위원회의 현장조사권이 강제현장조사를 수권한 것으로 해석된다면, 원칙적으로 영장이 필요하다는 해석도 성립될 것이다. 그러나 공정거래법상 조사권은 간접강제로 해석된다. 그러한 점에서 헌법 제35조 위반 문제는 발생하지 않는다고 생각할 수 있을 것이다. 그러나 간접강제에 그치는 경우에는 조사의 실효성

문제가 남을 수 있다.

카. 행정조사절차에서 수집한 정보가 추후 형사절차에서도 이용될 가능성이 있다고 한다면, 이 경우에는 자기부죄거부특권을 수용할 수 있다고 해석할 수 있다. 미국에서는 원칙적으로 행정절차에서도 자기부죄거부특권은 적용되는 것으로 보고 있는데, 단, 법인의 경우 부정하거나, 행정상 필요에 따라 기장을 의무화한 기록에 대해서는 자기부죄거부특권이 적용되지 않는 것으로 해석하고 있다.

타. 동일 위반사실에 대해 행정절차와 형사절차가 발동되는 경우에는 양 절차를 관념적으로 분별하는 것만으로는 문제가 해결되지 않는다. 오히려 양 절차의 효율적인 운용에 따라 실효적인 공정거래법 규칙을 실현하려고 한다면, 공정거래위원회와 검찰청간의 협력체제가 필요하게 되고, 행정절차에서 얻은 자료를 형사절차에서도 이용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 그렇다고 해서 모든 행정절차에서 얻은 자료를 형사절차에서도 이용할 수 있는 제도를 일반적으로 도입하는 것은 경계해야 할 것이다. 그러나 적어도 기업의 법 위반행위의 규제의 실효성을 높이기 위해 행정절차 정비를 조건으로, 일정한 범위 내에서 두 절차의 상호관련을 인정하는 법시스템이 필요하다고 할 수 있다.

파. 공정거래위원회의 전속고발제도가 있는 경우, 공정거래법상 조사권은 간접강제조사에 그치고, 형사사건 고발에 충분한 증거를 수집하기 위해서는 그 자체로 한계가 있기때문에 고발을 전제로 한 조사의 경우에는 일반 행정조사권과는 별도의 범칙조사절차를 인정하여, 법원이 발부하는 허가장에 기한 강제조사권을 부여해야 한다는 것이 범칙조사도입의 배경이다. 그러므로 범칙조사는 직접강제조사이다. 직접강제조사는 공정거래법 제102조에 의한 허가장을 요한다. 범칙조사에서 특히 인정되는 것은, 수색, 임검, 압수, 개봉이다.

하. 일본 헌법 제35조 주거불가침 규정에서 공적 개입으로부터 사인의 프라이버시를 보장한다면, 개입 목적이 형사목적인지, 행정목적인지를 불문하고, 프라이버시의 성질상 사후적 구제에 어울리지 않는 것을 생각해 보면, 주거에 들어와 검사하는 것은 실력행사로 강제하는 것이 원칙으로 영장이 필요하다는 것이 설득적이다. 즉, 실력으로 강제적으로 진입하여 검사하는 것은 원칙적으로 영장이 필요하다고 볼 수 있다. 그러나 영장을 얻어 현장조사의 목적을 달성하기 곤란한 긴급한 필요가 있는

경우, 국민의 생명·건강 등을 보호할 목적의 현장조사, 프라이버시 보호의 다른 적절한 대체 절차가 법률에 의해 지켜진다면 영장없이 가능할 것이다.

거. 프라이버시의 권리가 사후적 구제에 어울리지 않는 성질을 가졌기 때문에 사전 사법개입이 정당화 되는 것이고, 여기에서는 누가 행정조사의 합리성을 판단하는 것이 오히려 중요하다고 말할 수 있다. 가장 이상적인 것은 영장주의의 적용을 준형사절차에 한정하는 것이다. 현행법상 즉시강제 현장조사나 간접강제 현장조사는 이에 포함될 것이다. 영장주의는 적용하되, 영장주의의 예외를 비교적 넓게 인정하는 것이 현실적으로 타당할 것이다.

너. 질문검사권에 대한 판례에서, 당해 절차가 형사책임추급을 목적으로 하는 것이 아니라는 이유만으로, 그 절차에 모든 강제를 당연히 보장 밖에 있다고 판단하는 것은 상당하지 않다. 영장주의가 형사절차 이외에도 적용될 가능성을 일반론으로서는 인정하였다.

더. 간접강제의 대표적인 소득세법상 질문검사권은 상대방의 저항을 배제하여 조사를 실시하는 것이 아니다. 조사거부에 의해 정보를 얻을 수 없는 경우에는 추계(推計)과세 등의 수단이 행정청에 있기 때문에 조세행정상 중대한 지장은 없다. 간접강제이기 때문에 영장주의의 적용을 부정하고 있다.

러. 자기부죄거부특권과 묵비권간의 차이가 충분히 인지되고 있지 않다. 전자는 '자기가 형사상 책임을 지게 될 우려가 있는 사항에 대해 진술을 강요당하지 않는' 권리이며, 그 이외의 사항에 대한 진술 의무를 면하는 근거가 되지는 않는다. 이에 비해 묵비권은 '개개 질문에 대해 진술을 거부할 수 있다'는 것을 토대로 '시종일관 침묵'할 수 있는 권리이다.

머. 신고납세주의 하에서 납세자 본인이 기장하고 신고한다면, 원칙적으로 세무조사는 납세자 본인에게 행하고, 납세자 본인 이외에는 세무조사에 입회할 필요가 없다. 그러나 세무사 기타 제3자가 기장하고 신고사무를 도와주는 경우에 그들의 동석을 요구하는 것이 납세자에게 이익이 되는 것이고, 세무조사의 효율성도 높일 수 있다.

버. 변호사의 입회나 녹음이나 녹화나 정도의 차이는 있겠지만, 실시를 하면 지금보다 법정에서 이루어지는 증인심문에 가까운 포멀한 형태로 변화될 것이다. 그것은 한편으로 조사대상자의 권리보호에 도움이 된다. 한편, 행정조사의 청취내용을 증거

화하지 않고 끝난다든지, 허위진술죄에 걸리는 리스크를 지지 않고 진술할 수 있다는 인포멀한 이점은 없어진다는 단점이 있다.

서. 소득세법 상 질문·검사는 정당한 이유 없이 거부하면 형벌이 발동할 가능성이 있는 간접강제조사이지만, 실무상 거기에 선행하여 순수한 임의조사가 선행되는 경우가 많다. 따라서 순수한 임의조사와 간접강제조사를 구별하기 힘든 경우가 많다. 그러므로 임의조사라는 것을 상대방에게 알려주어야 한다.

어. 정보를 최종적으로 수집할 필요성이 높은 경우에는 강제조사가 수권되어야 하며, 강제조사를 행하기 위해서 원칙적으로 판사가 발부하는 허가장이 필요하다.

저. 행정조사가 증인출석명령이나 문서제출명령 형식으로 이루어지는 경우에 조사 하자에 대한 시정은 조사명령의 취소소송이 될 것이고, 조사 하자가 긍정된다면 조사명령은 취소될 것이다.

처. 세무조사직원이 세무조사를 위해 점포내로 무단으로 들어간 사건에서 행정조사에 대한 위법성이 인정되어 국가배상청구 소송이 이루어졌고, 국가배상이 인정되었다.

커. 과세처분의 적법성은 처분이 과세요건에 합치되는 한, 세무조사에 어떠한 위법성이 있더라도 과세처분은 위법이 안된다는 결론이다. 그러나 한편으로는 과세처분 사전절차인 과세조사에 중대한 하자가 있을 경우에는 적정절차를 중시하는 입장에서, 세무조사가 위법하다면 과세처분도 위법하다는 결론을 내릴 수 있다.

행정기관의 법 위반행위 조사권 개선방안

이 천 현

제5장

행정기관의 법 위반행위 조사권 개선방안

제1절 | 법 위반행위에 대한 행정조사의 정당성

1. 법 위반행위에 대한 행정조사의 정당성

행정조사는 조사대상자에게 수인의무가 부과되고 조사대상자의 기본권을 침해할 수 있기 때문에 법률에 명시적인 근거와 구체적인 내용이 규정되어 있어야 한다. 다시 말해서, 행정조사를 규정할 때에는 조사대상자에게 조사의 범위를 예측 가능하게 하고, 행정조사를 수행하는 행정기관에게는 그 한계를 명확하게 제시하기 위하여 행정조사의 주체, 목적, 조사 대상, 범위 및 방법 등을 구체적으로 규정하여야 한다. 이에 행정조사에 관한 일반법인 「행정조사기본법」은 - 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 경우는 예외로 하고 - 행정기관은 법령등에서 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있도록 하고 있다(법 제5조). 이와 같은 구체적이고 명확한 개별 법률에서의 행정조사 규정을 근거로 구체적인 조사절차 등은 「행정조사기본법」에 따르게 되는 것이다.[392] 또한 행정조사는 그 주된 목적(속성)에 부합하는 범위 내에서 규정되어야 한다. 즉 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다(행정조사기본법 제4조 제4항). 이 점에서 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌에 목적을 두고 있는 수사와 본질적으로 차이가 있다.

그런데 현행 다수의 행정법률에서는 행정기관에 의한 "법 위반행위"에 조사를 "행

392) 국회 법제실, 2019년도 법제이론과 실제, 2019, 606~607면.

정조사"라는 이름으로 규정하여 운영해 오고 있다. 즉 우리 각 행정법령에서는 행정조사의 범위를 무한히 확대하여 "법 위반행위"에 대한 행정조사권을 규정하면서도 피조사자의 방어권 등 기본권을 보장할 수 있는 별도의 제도적 장치 없이 '행정조사'에 터잡아 실질적 수사가 이루어지고 있다고 할 수 있다. 이러한 점이 행정조사 관련한 영장주의 또는 진술거부권 문제를 촉발시켜 논의되고 있으나, 근본적인 해법제시 없이 여전히 피조사자의 기본권 침해 문제는 계속되고 있다. 피조사자의 기본권을 침해할 여지가 있는 영역, 즉 형사절차로 연계될 가능성이 있는 영역에서의 '법 위반행위'에 대한 행정조사의 경우 그것이 설사 사실상 수사절차와 다름없는 조사라 하더라도 – 현재와 같이 - 지속될 수 밖에 없는 이유는 그 한계의 불명확성, 일반 공무원의 영장신청권의 부재, 특정 행정영역에서의 전문 행정인력을 이용한 일정 범위의 조사필요성 등의 현실적인 문제와 함께 행정의 효율성 및 공익 추구라는 관념적 필요성 때문이다.[393]

우리나라 행정 법률에 규정된 대부분의 법 위반행위에 대하여는 행정상의 조치나 제재(허가취소, 영업정지, 개선명령, 과징금, 과태료 등) 뿐만 아니라 형벌(징역 또는 벌금)도 부과하도록 하는 이중적 규제체계를 갖추고 있기 때문에, "법 위반행위"에 대한 행정조사권 행사에는 필연적으로 - 행정상의 조치・제재 이외에 – 형사절차로의 연결성이 묵시적・명시적으로 포함되어 있다. 다시 말해서, "법 위반행위"에 대한 행정조사 결과는 궁극적으로는 조사대상자의 형사책임을 묻기 위하여 활용될 수 있는 가능성을 잠재적으로 가지고 있다는 것이다. 이것은 결국 행정조사의 외관을 갖고 있지만 실질에 있어서는 수사와 동일한 기능을 하는 것으로서 조사대상자의 기본권을 침해하는 결과로 이어진다.[394] 특히, 행정기관에게 형사소추를 위한 고발권을 부여하고 있는 경우(공정거래위원회, 국세청 등) 이들의 조사행위는 행정조사로 이루어지기 때문에 행정조사를 통해 수집된 증거 자료 들이 추후 형사절차에 유입되는 상황에 처하게 되어 피조사자의 기본권에 대한 중대한 도전이 있게 된다.[395]

따라서 법 위반행위에 대한 이원적 제재 체계를 구축하고 있는 우리의 실정법 체계

---

393) 백상진, "수사절차와 관련된 행정조사의 통제방안에 관한 연구", 한국경찰학회보 제18권 제1호(2016), 126~127면 참조.
394) 김용섭・이경구・이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 박영사, 2016, 21면 참조.
395) 이근우, "행정조사의 형사법적 한계설정", 고려법학 제72호(2014.3), 377면 참조.

하에서는 “법 위반행위”에 대한 행정조사권 행사는 - 극히 자의적인 행정권력 행사로서 - 그 정당성을 인정받기 어려울 것이다. 그것은 행정조사의 법률유보원칙과 그 목적(속성)과도 일치하지 않는다.

2. 법 위반행위에 대한 행정조사의 제한

법 위반행위에 대한 행정조사는 추후 형사처벌로 이어질 수 있는 - 피조사자의 기본권을 심대하게 침해할 수 있는 - 잠재적 가능성이 있는 조사활동으로서 극히 최소화되어야 한다. 그러나 조사활동 즉 수사활동은 수사기관(일반 수사기관 및 특별사법경찰)이 담당해야 할 영역이다.

예를 들어, 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제15조에서는 동조 제1항과 제2항에 ‘금지행위’를 규정하면서 동조 제3항에서는 이에 대한 위반행위 조사권을 규정하고 있다. 이것은 조사권 행사 자체가 형사처벌을 위한 조사활동으로 이해될 수 밖에 없는 구조를 가지고 있다고 할 수 밖에 없다. 법 제15조 제1항 및 제2항에 규정된 금지행위를 하는 경우에는 “2년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”에 처해지기 때문이다(법 제41조 제3호).[396] 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제15조 제3항에서 규정된 내용은 삭제하고 과징금 부과 규정(법 제38조)에 두는 방법을 생각해 볼 수도 있을 것이다.

이와 같은 상황은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 등에서도 더 극단적으로 나타난다.

(예시) 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」

제36조(자료제출 요구 및 검사) ① 방송통신위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위치정보사업자등에게 관계 물품 · 서류 등 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.

1. 이 법에 위반되는 사항을 발견하거나 혐의가 있음을 알게 된 경우
2. 이 법 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우
3. **그 밖에 위치정보의 보호를 위하여 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우**

② 방송통신위원회는 위치정보사업자등이 제1항에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 이 법을 위반한 사실이 있다고 인정되면 소속 공무원으로 하여금 위치정보사업자등의 사업장 등에 출입하여 업무상황, 관계 물품 · 서류 및 시설 · 장비 등을 검사하게 할 수 있다. 이 경우 제16조 제4항을 준용한다.

396) 법 제15조 제1항 및 제2항의 금지행위를 위반하는 경우 - 형벌 이외에 - 과징금을 부과할 수 있다(법 제38조 제2항).

「전기통신사업법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「개인정보보호법」 또는 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」에서와 같이 법에 위반되는 사항을 발견하거나 혐의가 있음을 알게 된 경우 또는 이 법의 위반에 대한 신고를 받은 경우 등에 대하여 행정조사를 할 수 있도록 규정하고 있다.

"법에 위반 사항을 발견한 경우", "법 위반 혐의가 있음을 알게 된 경우" 또는 "법의 위반에 대한 신고를 받은 경우" 등은 - 행정조사 요건이 아니라 - 명백히 수사 절차가 진행되어야 할 요건이다. 이 경우에는 직접 조사권을 발동하여 조사를 할 것이 아니라 수사기관에 고발(또는 수사의뢰)하도록 하여야 할 것이다. 이와 같은 규정방식은 지양되어야 한다.

물론 법 위반행위에 대한 행정조사가 형사절차와 연계되지 않는 단순한 행정조사의 경우에는 논란의 여지가 없을 것이다.

예를 들어, 「방송법」 제76조의3 제1항은 방송사업자 등에 대한 금지행위를 규정하고 있고, 동조 제3항에서는 "금지행위를 하였거나 제3자로 하여금 이를 하도록 하였는지에 대한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우" 자료제출요청 및 사무소 등 출입·조사를 규정하고 있다. 동법 제85조의2도 이와 동일한 형태로 규정하고 있다. 그러나 동 법률에서 법 제76조의3 제1항(금지행위) 및 제85조의2 제1항(금지행위) 위반에 대한 형벌규정이 존재하지 않는다. 따라서, 방송통신위원회의 피감독기관인 방송사업자 등에 대하여 시정조치(제76조의3 제2항)나 과징금 부과(제85조의2 제2항 또는 제3항)를 위한 법 위반행위 조사는 허용될 수 있을 것이다.

「방송법」

제76조의3(보편적 시청권 보장을 위한 조치 등) ① 방송사업자 및 중계방송권자등은 제76조제3항의 규정에 따른 일반국민의 보편적 시청권을 보장하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 이 조에서 "금지행위"라 한다)를 하거나 제3자로 하여금 이를 하도록 하여서는 아니 된다.

1.~4. (생략)

② 방송통신위원회는 금지행위를 하였거나 제3자로 하여금 이를 하도록 한 방송사업자 및 중계방송권자등에 대하여 금지행위의 중지 등 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 방송통신위원회는 시정조치를 명하기 전에 당사자에게 기간을 정하여 의견진술의 기회를 주어야 한다. 다만, 당사자가 정당한 사유 없이 이에 응하지 아니하는 때에는 그러하지 아니한다.

③ 방송통신위원회는 금지행위를 하였거나 제3자로 하여금 이를 하도록 하였는지에 대한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 방송사업자 및 중계방송권자등에게 자료제출을 요청할 수 있고, 소속 공무원으로 하여금 방송사업자 및 중계방송권자등

의 사무소 또는 사업장에 출입하여 조사를 하게 할 수 있다.
④ 방송통신위원회는 방송사업자 및 중계방송권자등이 정당한 사유 없이 제2항의 규정에 따른 시정조치를 이행하지 아니하는 때에는 해당 중계방송권의 총계약금액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다.
⑤ 제3항의 규정에 따라 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.
⑥ 금지행위의 세부적인 유형 및 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제85조의2(금지행위) ① 방송사업자 · 중계유선방송사업자 · 음악유선방송사업자 · 전광판방송사업자 · 전송망사업자(이하 "방송사업자등"이라 한다)는 사업자 간의 공정한 경쟁 또는 시청자의 이익을 저해하거나 저해할 우려가 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 "금지행위"라 한다)를 하거나 제3자로 하여금 이를 하게 하여서는 아니 된다.
1.~8. (생략)
② 방송통신위원회는 방송사업자등이 금지행위를 한 경우 해당 사업자에게 금지행위의 중지, 계약조항의 삭제 또는 변경, 금지행위로 인하여 시정조치를 명령받은 사실의 공표 등 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제1항제7호에 해당하는 때에는 과학기술정보통신부장관에게 그 사실을 통보하여야 한다.
③ 방송통신위원회는 공정거래위원회와 협의하여 방송사업자등이 금지행위를 한 경우 해당 사업자에게 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 사업의 미개시나 사업 중단 등으로 인하여 매출액이 없거나 매출액 산정이 어려운 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 5억원 이하의 금액을 과징금으로 부과할 수 있다.
④ 방송통신위원회는 금지행위의 위반 여부에 관한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 방송사업자등에게 자료의 제출을 요청할 수 있다.
⑤~⑥ (생략)

법 위반행위 조사와 관련하여 가장 이상적으로 규정하고 있는 예로서는 「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률」을 들 수 있다. 동법에서는 법 위반행위 조사 규정에 그 목적을 명확히 행정적 목적에 한정하여 그 조사권 행사를 할 수 있도록 규정하고 있다. 동법에서도 법 위반행위에 대한 형벌규정(법 제36조~제39조)이 있음에도 불구하고 이에 관한 위반사실 확인을 위한 조사는 규정하고 있지 않다는 것이다.

「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률」

제21조(위반행위의 조사 등) ① 국토교통부장관은 제22조 · 제24조 · 제25조 또는 제40조에 따른 시정조치, 영업정지, 임직원의 해임 또는 징계의 요구, 등록취소, 과태료 부과 등을 위하여 조사가 필요한 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 처분이나 그 밖의 필요한 조사를 할 수 있으며, 소속 공무원으로 하여금 부동산개발업자(부동산개발업자로부터 업무를 위탁받아 처리하거나 대행하는 자를 포함한다. 이하 같다)의 사무소 또는 사업장에 출입하여 그 업무 및 경영상황을 조사하게 하거나 장부 · 서류, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자료나 물건을 조사하거나 검사하게 할 수 있다.
1. 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 출석요구 및 의견의 청취
2. 부동산개발업자에 대하여 경영상황에 대한 보고, 그 밖에 필요한 자료나 물건의 제출 명령

② 제1항에 따라 조사 또는 검사를 하는 공무원은 대통령령으로 정하는 바에 따라 부동산개발업자 또는 그 임직원에 대하여 조사 또는 검사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명할 수 있다.
③ 제18조제4항은 제1항 및 제2항에 따라 조사 또는 검사를 하는 공무원에 대하여 준용한다.
④ 국토교통부장관은 제1항 및 제2항에 따라 조사 또는 검사를 한 경우에는 그 결과(조사 또는 검사 결과 시정조치 명령 등의 처분을 하려는 경우에는 그 처분의 내용을 포함한다)를 조사 또는 검사를 받은 부동산개발업자에게 서면으로 통지하여야 한다.
⑤ (생략)

한편, 「고용정책 기본법」에서도 "법 위반 사실의 확인"을 위한 조사를 인정하고 있지만 그 범위를 "고용관리 및 고용조정의 지원과 관련하여"로 제한하고 있다(그 내용은 형벌부과와 무관한 내용이다).

「고용정책 기본법」

제38조(보고 및 검사) ① 고용노동부장관은 고용정보의 수집·제공, 고용관리 및 고용조정의 지원 등과 관련하여 필요하다고 인정하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업주와 이 법에 따른 지원을 받았거나 받으려는 자에게 고용관리의 현황, 지원금의 사용 명세, 지원의 적합 여부 등 필요한 사항을 보고하게 할 수 있다.
② 고용노동부장관은 고용관리 및 고용조정의 지원과 관련하여 법 위반 사실의 확인 등이 필요하다고 인정하면 관계 공무원에게 사업주의 사무소 또는 사업장에 출입하여 관계자에게 질문하게 하거나 서류를 검사하게 할 수 있다.
③ 고용노동부장관은 제2항에 따라 검사하려면 해당 사업주에게 검사일시와 검사내용 등 검사에 필요한 사항을 미리 알려야 한다. 다만, 긴급히 처리할 필요가 있거나 미리 알릴 경우 그 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.
④ 제2항에 따라 검사를 하는 관계 공무원은 그 신분을 표시하는 증명서를 지니고 이를 관계자에게 보여주어야 한다.
⑤ 고용노동부장관은 제2항부터 제4항까지의 규정에 따라 검사를 한 경우에는 해당 사업주에게 그 결과를 서면으로 알려야 한다.

다만, 예를 들어, 수사기관에 고발이나 수사의뢰 등의 행정목적 필요성 때문에, 법 위반행위에 대한 조사를 그것이 형사절차와의 관련성이 있다고 할지라도 전적으로 금지할 수는 없을 것이다. 그러나 이 경우에도 행정기관은 법 위반행위에 해당하는지 여부에 대한 형식적인 사실관계를 확인하는 정도에 그쳐야 하고, 그 조사 방법도 관계 공공기관 등에 대한 자료제출요청에 의한 조사활동 정도의 최소한도로 그쳐야 할 것이다. 예를 들어, 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에서는 국민권익위원회는 취업제한의 위반(제82조 위반)[397] 여부를 확인하기 위하여 공공

397) 비위면직자 등의 취업제한 위반의 죄(제82조 위반)에 대하여는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제89조).

기관에 범죄경력자료 등의 자료의 제출을 요구할 수 있다고 규정하고 있다(법 제82조의2). 즉 기초 사실관계 확인을 위하여 공공기관에 자료 제출 요청권만을 인정하고 있다.

「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」

제82조의2(자료 제출 요구) 위원회는 제82조에 따른 취업제한의 위반 여부를 확인하기 위하여 「형의 실효 등에 관한 법률」 제2조제5호가목에 따른 범죄경력자료 등 대통령령으로 정하는 자료의 제출을 요구할 수 있다. 이 경우 요구를 받은 해당 공공기관의 장은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

물론 감독권이 있는 감독기관에 의한 피감독기관에 대한 조사활동도 그 관계상 일정한 범위에서의 조사활동을 인정할 수 밖에 없지만, 그 주된 목적이 형사처벌의 대상이 되는 범죄입증을 위한 조사활동에 맞추어져서는 안될 것이다.

이와 같은 맥락에서 「행정조사 기본법」의 내용에 대한 검토도 필요하다. 「행정조사 기본법」 제7조는 행정조사의 수시조사[398]를 할 수 있는 사유를 ① 법률에서 수시조사를 규정하고 있는 경우, ② 법령등의 위반에 대하여 혐의가 있는 경우, ③ 다른 행정기관으로부터 법령등의 위반에 관한 혐의를 통보 또는 이첩받은 경우, ④ 법령등의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우, ⑤ 그 밖에 행정조사의 필요성이 인정되는 사항으로서 대통령령으로 정하는 경우로 규정하고 있다(법 제7조 제1호~제5호). 이 가운데 ②, ③ 및 ④의 내용은 사실상 수사와 동일한 형태의 조사이다. 우리나라의 행정법률에는 법령등의 위반 행위에 대하여는 행정제재 뿐만 아니라 형사처벌도 동시에 규정하고 있기 때문이다. 따라서, ②, ③ 및 ④의 내용은 법령 위반행위의 예방을 위하여 또는 행정적 목적이나 행정적 제재 목적을 위한 조사로 제한되도록 할 필요가 있다.[399][400]

---

398) 행정조사는 법령등 또는 행정조사운영계획으로 정하는 바에 따라 정기적으로 실시함을 원칙으로 한다(법 제7조).

399) 김용섭 · 이경구 · 이광수, 앞의 책, 58면.

400) 김종석 의원이 대표 발의한 「행정조사 기본법 일부개정법률안」(의안번호 제18708호, 제안일자: 2019-02-20)에서는 수시조사 요건에서 법 제7조 제1호~제5호의 내용을 삭제하고 대신에 "행정기관이 조사대상자의 법령위반 행위의 확인을 위하여 긴급하게 실시하는 경우로서 정기적으로 실시하여서는 그 목적을 달성하기 어려운 경우"을 신설하는 안을 제시하고 있다(안 제7조 제6호 신설). 수시조사의 무분별한 실시를 방지하고자 '긴급성'을 요건으로 추가하고 있다. 긴급성 요건의 불명확성 때문에 동 내용이 실질적인 의미가 있을지 의문이다.

한편 법 위반행위에 대한 행정조사의 입법에 있어서 또 하나 고려해야 할 점은 행정공무원에 대하여 매우 많은 영역에서 “특별사법경찰권”이 부여되어 있다는 것이다. 그리고 「(개정) 형사소송법」 제245조의10 제3항에 따르면 “특별사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 한다”라고 규정하고 있다.

예를 들어, 「고용보험법」에서는 피보험자의 자격 확인, 부정수급의 조사 등 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정하면 조사를 실시할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이 경우 행정조사권을 발동하는 것은 타당하지 않다. 고용노동부와 그 소속 기관에 근무하며 「고용보험법」에 따른 실업급여, 육아휴직 급여, 출산전후휴가 급여등의 부정수급에 관한 사무에 종사하는 자에게는 특별사법경찰권이 부여되어 있기 때문이다(사법경찰직무법 제5조 제51호, 제6조 제48호). 범죄행위 확인(부정수급[401]의 조사) 부분은 – 행정조사가 아니라 - 수사활동으로 조사가 이루어질 수 있도록 할 필요가 있다.

「고용보험법」

제109조(조사 등) ① 고용노동부장관은 피보험자의 자격 확인, 부정수급의 조사 등 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정하면 소속 직원에게 피보험자 또는 수급자격자를 고용하고 있거나 고용하였던 사업주의 사업장 또는 보험사무대행기관 및 보험사무대행기관이었던 자의 사무소에 출입하여 관계인에 대하여 질문하거나 장부 등 서류를 조사하게 할 수 있다.
②~④ (생략)

「여객자동차 운수사업법」의 경우를 보면, “이 법의 위반 여부에 대한 확인이 필요한 경우” 또는 “필요하다고 인정”되는 경우 조사권을 부여하고 있어 관계공무원에게 무한한 조사권을 부여하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 여기에서도, 예를 들어, 「여객자동차 운수사업법」 제79조 제1항 제1호에서의 “이 법의 위반 여부에 대한 확인이 필요한 경우” 삭제하고(다만, 행정조치를 위한 것이라면 그 구체적 내용을 적시하여 규정할 필요는 있음), 그것은 – 관계 공무원(여객자동차 운수사업 및 화물자동차 운수사업의 단속 사무에 종사하는 4급부터 9급까지의 지방공무원)에게는 특별사법경찰권이 부여

401) 부정수급에 해당하는 경우, 즉 사업주와 공모하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원금 또는 급여를 받은 자와 공모한 사업주는 각각 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해진다(법 제116조 제1항 참조).

되어 있기 때문에(사법경찰직무법 제5조 제39호 및 제6조 제36호) - 수사절차를 통해 진행될 필요가 있다.[402]

「여객자동차 운수사업법」

제79조(보고·검사 등) ① 국토교통부장관 또는 시 · 도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 여객자동차 운수사업자에게 그 사업에 관한 사항이나 자동차의 소유 또는 사용에 관한 사항에 대하여 보고하거나 서류를 제출하도록 명할 수 있다.

1. **이 법의 위반 여부에 대한 확인**이 필요하거나 민원 등이 발생한 경우
2. 이 법에 따른 허가 · 신고 · 인가 또는 승인 등의 업무를 적정하게 수행하기 위하여 필요한 경우
3. 제23조, 제33조, 제44조, 제49조의5에 따른 개선명령을 하기 위하여 필요한 경우
4. 제51조제2항에 따라 보조 또는 융자를 받은 자가 그 자금을 적정하게 사용하는지의 여부에 대하여 확인이 필요한 경우
5. 제51조의2와 제51조의3에 따른 유가보조금과 천연가스 연료보조금의 지급과 관련하여 확인이 필요한 경우
6. 제78조에 따른 협의 · 조정 시 적정성을 확인하기 위하여 필요한 경우
7. 교통사고 대응 및 예방 또는 이용자의 교통안전을 위하여 필요한 경우
8. 그 밖에 여객자동차 운수사업 관련 정책수립을 위하여 필요한 경우

② 국토교통부장관 또는 시 · 도지사는 **필요하다고 인정하면** 소속 공무원으로 하여금 여객자동차 운수사업자 또는 운수종사자의 장부 · 서류, 그 밖의 물건을 검사하게 하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있다.

③ (생략)

특별사법경찰권을 부여받은 행정공무원은 소속기관의 공무원과 특별사법경찰이라는 이중적 지위에 기반하여 행정조사와 수사의 두 가지 조사방식을 사용할 수 있다. 즉 이들의 권한 사용은 형식적인 행정조사를 통하여 실질적인 수사활동으로 갈 우려가 있다. 따라서, 특히 특별사법경찰권이 부여되어 있는 업무영역에서의 법 위반행위 조사를 위한 행정조사 활동은 매우 제한적인 방식으로 인정할 필요가 있다.[403]

---

402) 이러한 상황은 「의료법」의 경우에도 마찬가지이다. 의료법 상의 범죄에 관하여는 그 소속 공무원에게 특별사법경찰권이 부여되어 있다(사법경찰직무법 제52조 제21호 나목, 제6조 제18호 나목).

403) 「자본시장조사 업무규정」에서는 이와 같은 이중적 지위 악용 방지를 위해 제2조의2(정보차단장치 구축)에서 "금융위위원장 및 금융감독원장은 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」 제5조제49호 및 제7조의3에 따른 사법경찰관리의 수사업무와 조사부서 업무간 부당한 정보교류를 차단하기 위하여 업무 및 조직의 분리, 사무공간 및 전산설비 분리 등의 조치를 하여야 한다"고 규정하고 있다(2019년 5월 신설(금융위원회고시 제2019-16호, 2019.5.3. 일부개정 · 시행). 이것은 현행 행정조사 제도를 전제로 하는 것으로서 그 실효성에 의문이 있다.

제2절 | 각 개별법령상의 제도 정비

1. 규정 체계 강화방안

가. 조사권 행사 요건 명확화

예를 들어, 「철도의 건설 및 철도시설 유지관리에 관한 법률」의 경우를 보면, 국토교통부장관은 "이 법을 시행하기 위하여 필요하면" 조사(보고 · 검사)를 실시할 수 있도록 규정하고 있다(법 제40조 제1항). 단순히 "이 법을 시행하기 위하여 필요"한 경우라는 것은 그 범위가 - 형벌을 부과하기 위한 조사를 포함하여 - 무한히 확대될 수 있는 극히 추상적이고 자의적인 개념 요소로서 관계 공무원에 대한 지나치게 과도한 조사권을 부여하고 있다고 할 수 있다.[404]

「철도의 건설 및 철도시설 유지관리에 관한 법률」
제40조(보고 · 검사 등) ① 국토교통부장관은 이 법을 시행하기 위하여 필요하면 사업시행자에게 철도건설사업에 관하여 필요한 보고를 하게 하거나 자료 제출을 명할 수 있으며, 소속 공무원에게 사업시행자의 사무실 · 사업장 또는 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 철도건설사업에 관한 업무를 검사하게 할 수 있다. ②~③ (생략)
제47조(과태료) ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다. 2. 제40조제1항에 따른 보고 또는 자료 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 한 자 및 검사를 거부 · 방해 또는 기피한 자

「축산계열화사업에 관한 법률」에서도 이와 동일하게 "이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때"에 조사권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다(법 제29조의3 제1항~제3항). 이와 같이 조사권 행사의 범위를 매우 불명확하게 규정하고 있으면서도 그 위반에 대한 제재는 심지어 형벌(3년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금)을 규정하고 있다(법 제35조 제1항 제6호 참조).

---

404) 최환용 · 장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2016, 154~155면; 이근우, "행정조사의 형사법적 한계설정", 고려법학 제72호(2014), 366면.

따라서 이와 같이 매우 불명확하게 조사권을 행사할 수 있도록 규정하는 입법례는 지양되어야 한다. 조사권 행사의 범위를 구체화하여 규정할 필요가 있다.

예를 들어, 「폐기물관리법」의 경우를 보면, 종래(2019년 법 개정 이전)에는 조사권 발동의 요건을 "이 법의 시행에 필요한 범위에서" 라고 규정하고 있었지만, 2019년 11월 법개정(법률 제16614호, 2019.11.26. 일부개정, 2020.5.27. 시행)을 통해 이를 보다 구체화하였다.

[표 5-2-1] 「폐기물관리법」 규정 비교

폐기물관리법 [법률 제10389호, 2010.7.23, 일부개정]	폐기물관리법 [법률 제16614호, 2019.11.26, 일부개정]
제39조(보고 · 검사 등) ① 환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법의 시행에 필요한 범위에서 환경부령으로 정하는 바에 따라 관계인에게 보고하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계 공무원에게 사무소나 사업장, 「관세법」 제154조에 따른 보세구역 등에 출입하여 관계 서류나 시설 또는 장비 등을 검사하게 할 수 있다. ②~③ (생략)	**제39조(보고 · 검사 등)** ①환경부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 폐기물의 안전한 처리와 적정관리를 위해 필요한 범위에서 환경부령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 자나 기관 또는 단체에 보고하게 하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계 공무원에게 사무소나 사업장, 「관세법」 제154조에 따른 보세구역 등에 출입하여 관계 서류나 시설 또는 장비 등을 검사하게 할 수 있다. 1.~16. (생략) ②~③ (동일)

이와 같은 행정조사 범위의 구체화 작업은 「도시 및 주거환경정비법」에서도 찾아볼 수 있다. 종래에는 "업무의 감독상 필요한 때"라고 추상적으로 규정되어 있던 행정조사 요건을, 2019년 8월 법개정을 통해(법률 제16493호, 2019.8.20. 일부개정, 2019.11.21. 시행) 보다 구체적으로 세분화하여 규정하고 있다. 동시에 사전통지 규정과 조사결과통지 규정도 마련하였다(법 제107조 제3항, 제5항).

[표 5-2-2] 「도시 및 주거환경정비법」 규정 비교

도시 및 주거환경정비법 [법률 제14567호, 2017.2.8, 전부개정]	도시 및 주거환경정비법 [법률 제16493호, 2019.8.20, 일부개정]
제107조(정비사업전문관리업자에 대한 조사 등) ① 국토교통부장관 또는 시·도지사는 정비사업전문관리업자에 대하여 업무의 감독상 필요한 때에는 그 업무에 관한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출, 그 밖의 필요한 명령을 할 수	**제107조(정비사업전문관리업자에 대한 조사 등)** ① 국토교통부장관 또는 시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 정비사업전문관리업자에 대하여 그 업무에 관한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출, 그 밖의 필요한 명

도시 및 주거환경정비법 [법률 제14567호, 2017.2.8, 전부개정]	도시 및 주거환경정비법 [법률 제16493호, 2019.8.20, 일부개정]
있으며, 소속 공무원에게 영업소 등에 출입하여 장부·서류 등을 조사 또는 검사하게 할 수 있다. ② 제1항에 따라 출입·검사 등을 하는 공무원은 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 내보여야 한다.	령을 할 수 있으며, 소속 공무원에게 영업소 등에 출입하여 장부·서류 등을 조사 또는 검사하게 할 수 있다. 1. 등록요건 또는 결격사유 등 이 법에서 정한 사항의 위반 여부를 확인할 필요가 있는 경우 2. 정비사업전문관리업자와 토지등소유자, 조합원, 그 밖에 정비사업과 관련한 이해관계인 사이에 분쟁이 발생한 경우 3. 그 밖에 시·도조례로 정하는 경우 ②~⑤ (생략)

나. 조사권 행사 방법 구체화

1) 조사 방법의 구체화 및 체계화

개별 행정법률에서는 조사 방법에 대하여 구체적으로 규정하고 있다. 입법 현황을 보면 네 가지 형태로 대별해 볼 수 있다. 즉 ① 보고, 장부 · 서류 등 검사만을 규정하는 경우, ② 현장조사 만을 규정하는 경우, ③ ① 및 ②를 모두 규정하면서 현장조사에서 질문을 규정하지 않은 경우, 그리고 ④ ① 및 ②를 모두 규정하면서 현장조사에서 질문을 포함하여 규정하는 경우 등이다.

[표 5-2-3] 조사 방법의 규정방식

구분	내용	법령(조문)
1	(1) 보고, 장부 · 서류 등 검사	「협동조합기본법」 제11조 제2항
2	(2) 현장조사 - 장부 · 서류 등 검사 - 관계인에 대한 질문	「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제54조 제2항
3	(1) 보고, 장부 · 서류 등 검사 (2) 현장조사 - 장부 · 서류 등 검사	「전기사업법」 제22조 제1항
4	(1) 보고, 장부 · 서류 등 검사 (2) 현장조사 - 장부 · 서류 등 검사 - 관계인에 대한 질문	「축산계열화사업에 관한 법률」 제29조의3 제2항, 제3항

그러나, 조사의 구체적인 방법에 대한 규정이 없거나 비체계적으로 규정하는 경우가 있다.

예를 들어, 「아동복지법」의 경우 조사의 구체적인 방법에 대한 규정 없이 단지 – 질문 이외에 - "필요한 조사"라고만 규정하고 있어 어떠한 조사를 할 수 있는지에 대한 구체적인 근거를 전혀 제시하고 있지 않다(법 제66조 제1항). 그럼에도 불구하고 이러한 조사권 행사 방해 등의 행위에 대하여는 형벌(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)을 부과하도록 규정하고 있다(법 66조 제2항 제7호).

(예시) 「아동복지법」

제66조(조사 등) ① 보건복지부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 필요하다고 인정할 때에는 관계 공무원이나 전담공무원으로 하여금 아동복지시설과 아동의 주소 · 거소, 아동의 고용장소 또는 제17조의 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소에 출입하여 아동 또는 관계인에 대하여 필요한 조사를 하거나 질문을 하게 할 수 있다.

제71조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

7. 제66조제1항에 따른 조사를 거부 · 방해 또는 기피하거나 질문에 대하여 답변을 거부 · 기피 또는 거짓 답변을 하거나, 아동에게 답변을 거부 · 기피 또는 거짓 답변을 하게 하거나 그 답변을 방해한 자

조사권을 규정할 경우 그 조사 방법에 대하여 구체적으로 규정할 필요가 있다. 대부분의 법률에서는 그에 대하여 명확하게 규정하고 있다.

예를 들어, 「복권 및 복권기금법」에서는 위반행위에 대한 조사권을 규정하면서(동법 제33조의3 제1항) 이와 관련한 조사 방법을 구체적으로 적시하여 규정하고 있다(동조 제2항).

(예시) 「복권 및 복권기금법」

제33조의3(시장·군수·구청장의 복권판매 관련 위반행위 조사) ① 특별자치시장 · 특별자치도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장(구청장은 자치구의 구청장을 말하며, 이하 "시장 · 군수 · 구청장"이라 한다)은 제5조 및 제6조제1항 · 제3항 · 제4항의 위반행위에 대한 조사를 할 수 있다.

② 시장 · 군수 · 구청장은 제1항에 따른 조사를 하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 복권을 판매하는 자에게 복권 관계 서류 · 장부 · 사업보고서 등의 자료 또는 그 사본의 제출을 요구하거나 관계 공무원으로 하여금 복권을 판매하는 시설 및 장소에 출입하여 그 설비, 장부, 그 밖의 서류를 조사하게 할 수 있다.

③ (생략)

한편, 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」에서는 “금지행위의 위반 여부에 관한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 광고판매대행자 또는 방송사업자에게 자료의 제출을 요청할 수 있다”고 규정하여(법 제15조 제3항) 그 세부 내용을 시행령에 위임하는 형태를 취하는 경우도 있다.[405]

한편, 「건축사법」의 경우에는 비체계적이고 불명확하게 조사 방법에 관한 규정을 하고 있다. 즉 법 제30조 제1항에서는 “보고 · 자료제출 요구” 및 “업무 · 회계상황 조사, 장부 · 서류 검사”만을 규정하고 있는데, 이와 관련한 절차 조항인 동조 제2항 후단에서는 “사무소 등에 출입하여 조사 또는 검사”를 하는 공무원에 대한 증표제시의 무를 규정하고 있다.

(예시) 「건축사법」

제30조(보고 · 조사 등) ① 국토교통부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 건축사사무소개설자에게 필요한 사항을 보고하게 하거나 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 소속 공무원으로 하여금 업무 상황 또는 회계 상황을 조사하게 하거나 장부 또는 그 밖의 서류를 검사하게 할 수 있다.
1. 이 법의 위반 여부에 대한 확인이 필요한 경우
2. 건축사업무 수행과 관련하여 건축주 등 이해관계를 가지는 자와 분쟁이 발생한 경우
② 제1항에 따라 국토교통부장관이 보고 또는 자료의 제출을 요구하거나 조사 또는 검사를 하고자 하는 경우 「행정조사 기본법」 제17조에 따른 사전통지를 하여야 하고, 사무소 등에 출

405) 동법 시행령에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

제10조의2(금지행위 조사 관련 자료제출) ① 방송통신위원회는 법 제15조제3항에 따라 광고판매대행자 또는 방송사업자에게 업무 및 경영상황에 관한 장부 · 서류, 전산자료 · 음성녹음자료 · 화상자료 등의 제출을 요청할 수 있다.
② 방송통신위원회는 제1항에 따라 자료제출을 요청하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 서면으로 통지하되, 15일 이상의 제출기한을 두어야 한다.
1. 금지행위 관련 사건명과 사건번호
2. 제출요청 사유
3. 자료를 제출할 자
4. 제출할 서류, 물건 등 자료
5. 제출기한과 장소
6. 제출방식
7. 제출자료의 반환 여부
8. 자료제출 요청에 응하지 않는 경우 제재 내용 및 해당 제재의 근거 법령 · 조항
③ 광고판매대행자 또는 방송사업자는 제1항에 따라 자료제출을 요청받은 경우에는 제2항제5호의 제출기한까지 해당 자료를 방송통신위원회에 제출해야 한다.
④ 제1항에 따라 자료의 제출을 요청받은 광고판매대행자 또는 방송사업자는 천재지변 또는 이에 준하는 사유로 제출기한까지 자료를 제출할 수 없는 경우에는 방송통신위원회에 제출기한의 연기를 요청할 수 있으며, 방송통신위원회는 30일의 범위에서 그 제출기한을 연기할 수 있다.

입하여 조사 또는 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 보여주어야 한다.

조사권을 규정할 경우 그 조사 방법에 대하여 구체적이고 체계적으로 규정할 필요가 있다.

「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」의 경우, 금융감독원 직원의 조사와 관련한 출석요구권(자본시장법 제426조 제2항 제2호) 행사의 해석과 관련하여 논란이 있었고,[406] 이에 2013년 5월 동법 개정(법률 제11845호, 2013.5.28. 일부개정, 2013.8.29. 시행)을 통해 관련 규정이 개정된 바 있다.

[표 5-2-4] 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 규정 비교

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 [법률 제8863호, 2008.2.29. 타법개정]	자본시장과 금융투자업에 관한 법률 [법률 제11845호, 2013.5.28. 일부개정]
제426조(보고 및 조사) ① 금융위원회(제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조 및 제180조를 위반한 사항인 경우에는 증권선물위원회를 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 사항이 있거나 투자자 보호 또는 건전한 거래질서를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 관계자에게 참고가 될 보고 또는 자료의 제출을 명하거나 금융감독원장에게 장부·서류, 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다. ② 금융위원회는 제1항에 따른 조사를 위하여 관계자에게 다음 각 호의 사항을 요구할 수 있다. 1. 조사사항에 관한 사실과 상황에 대한 진술서의 제출 2. 조사사항에 관한 증언을 위한 출석 3. 조사에 필요한 장부 · 서류, 그 밖의 물건의 제출 ③~⑧ (생략)	**제426조(보고 및 조사)** ① 금융위원회(제172조부터 제174조까지, 제176조, 제178조 및 제180조를 위반한 사항인 경우에는 증권선물위원회를 말한다. 이하 이 조에서 같다)는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 사항이 있거나 투자자 보호 또는 건전한 거래질서를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 위반행위의 혐의가 있는 자, 그 밖의 관계자에게 참고가 될 보고 또는 자료의 제출을 명하거나 금융감독원장에게 장부·서류, 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다. ② 금융위원회는 제1항에 따른 조사를 위하여 위반행위의 혐의가 있는 자, 그 밖의 관계자에게 다음 각 호의 사항을 요구할 수 있다. 1. 조사사항에 관한 사실과 상황에 대한 진술서의 제출 2. 조사사항에 관한 진술을 위한 출석 3. 조사에 필요한 장부 · 서류, 그 밖의 물건의 제출 ③~⑧ (생략)

2) 조사권의 이원적 구조화

조사권 행사를 위한 방법을 일차적으로 피조사자의 기본권에 비교적 침해가 덜 되는 방법인 "관계 물품 · 서류 제출명령"을 규정하고, 그것으로 소기의 목적을 달성하

406) 서울중앙지법 2011.1.28. 선고 2010고합11 판결 참조(이 보고서 제3장 참조).

기 어려운 경우(1차적 조사방법 거부 등)에 2차적으로 “현장 조사”를 규정하는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.

모든 조사권 행사를 위한 방법을 전사적으로 규정하여 필요한 도구를 조사자의 필요에 따라 그 때 그때 활용하도록 재량을 주는 것 보다는 피조사자의 기본권을 최소한 침해 되는 방식으로 먼저 조사를 진행하도록 구조화하는 것이 피조사자의 기본권 보호를 위해 타당하기 때문이다.

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」

제64조(자료의 제출 등) ① 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보통신서비스 제공자(국내대리인을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 관계 물품·서류 등을 제출하게 할 수 있다.
1.~3. (생략)
② (생략)
③ 과학기술정보통신부장관 또는 방송통신위원회는 정보통신서비스 제공자가 제1항 및 제2항에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 이 법을 위반한 사실이 있다고 인정되면 소속 공무원에게 정보통신서비스 제공자, 해당 법 위반 사실과 관련한 관계인의 사업장에 출입하여 업무상황, 장부 또는 서류 등을 검사하도록 할 수 있다.
④~⑪ (생략)

예를 들어, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 조사권은 이원적 구조로 되어 있다. 즉 기본적으로 “관계 물품·서류 제출명령”을 규정하고 있고(법 제64조 제1항), 이와 같은 자료를 제출하지 않는 경우나 또는 ‘이 법을 위반한 사실이 있다고 인정’되는 경우에 한하여 관계인의 사업장에 출입하여 업무상황, 장부 또는 서류 등을 검사하도록 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제64조 제3항).[407]

다. 보고규정과 조사 규정 분리 규정

대부분의 법률에서는 보고·조사 규정을 통합적으로 규정하고 있으나, 예를 들어, 「고용보험법」의 경우에는 보고규정(제108조)과 조사규정(제109조)을 별도로 구별하여 규정하고 있다. 보고 규정(제108조)에서는 사업주 등에 대한 “보고·서류제출·출석 요구”(제108조 제1항)와 피보험자 등에 대한 “보고·서류제출·출석 요구”(제108

407) 이와 같은 구조로 규정되어 있는 입법례는 「선박안전법」(제75조 제2항)에서도 찾아 볼 수 있다.

조 제1항)를 규정하고 있다. 그리고 조사규정(제109조)에서는 사업주 사무소에 대한 “출입조사(관계인 질문, 서류 조사)”를 규정하고 있다.

이러한 보고 및 조사는 – 동일하게 - 피보험자의 자격 확인이나 부정수급의 조사 등 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정되는 경우이다. 그런데 행정조사 방법으로서 차이만 있고 본질적으로는 동일한 형태의 조사임에도 불구하고 이를 구분하여 규정하는 것은 타당하지 않다. 행정조사와 관련한 기본원칙(사전통지, 조사결과 통지 등)이 보고에 해당하는 경우(제108조에 해당하는 경우)에는 적용되지 않는 것으로 입법 또는 해석되기(또는 해석 될 수 있기) 때문이다.

[표 5-2-5] 고용보험법 규정

보고규정	조사규정
제108조(보고 등) ① 고용노동부장관은 필요하다고 인정하면 피보험자 또는 수급자격자를 고용하고 있거나 고용하였던 사업주, 보험료징수법 제33조에 따른 보험사무대행기관(이하 "보험사무대행기관"이라 한다) 및 보험사무대행기관이었던 자에게 피보험자의 자격 확인, 부정수급(不正受給)의 조사 등 이 법의 시행에 필요한 보고, 관계 서류의 제출 또는 관계인의 출석을 요구할 수 있다. ② 이직한 사람은 종전의 사업주 또는 그 사업주로부터 보험 사무의 위임을 받아 보험 사무를 처리하는 보험사무대행기관에 실업급여를 지급받기 위하여 필요한 증명서의 교부를 청구할 수 있다. 이 경우 청구를 받은 사업주나 보험사무대행기관은 그 청구에 따른 증명서를 내주어야 한다. ③ 고용노동부장관은 피보험자, 수급자격자 또는 지급되지 아니한 실업급여의 지급을 청구하는 사람에게 피보험자의 자격 확인, 부정수급의 조사 등 이 법의 시행에 필요한 보고를 하게 하거나 관계 서류의 제출 또는 출석을 요구할 수 있다	**제109조(조사 등)** ① 고용노동부장관은 피보험자의 자격 확인, 부정수급의 조사 등 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정하면 소속 직원에게 피보험자 또는 수급자격자를 고용하고 있거나 고용하였던 사업주의 사업장 또는 보험사무대행기관 및 보험사무대행기관이었던 자의 사무소에 출입하여 관계인에 대하여 질문하거나 장부 등 서류를 조사하게 할 수 있다. ② 고용노동부장관이 제1항에 따라 조사를 하는 경우에는 그 사업주 등에게 미리 조사 일시·조사 내용 등 조사에 필요한 사항을 알려야 한다. 다만, 긴급하거나 미리 알릴 경우 그 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 제1항에 따라 조사를 하는 직원은 그 신분을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다. ④ 고용노동부장관은 제1항에 따른 조사 결과를 그 사업주 등에게 서면으로 알려야 한다.

「축산계열화사업에 관한 법률」에도 이와 유사한 형태로 규정하고 있다. 즉 제29조의3 제1항이 경우에는 “처분”, 동조 제2항의 경우에는 “조사”라고 하고 있다. 양자는 그 내용에 있어서 차이가 없음에도 불구하고 양자를 구분하고, 증표제시의무(제29조의3 제4항)와 「행정조사 기본법」 적용규정(동조 제5항)은 단지 동조 제2항(및 제3항)

에 국한하고 있다는 점에서 피조사자(처분대상자)의 기본권 침해 우려가 있다.

이러한 법률들은 보고규정과 조사 규정을 통합적으로 규정하여 모든 절차가 「행정조사 기본법」이 적용될 수 있도록 하여야 한다.

라. 제재규정의 합리화

모든 행정법률에는 행정조사권 행사의 방해 등의 행위에 대하여는 다양한 형태로 제재를 부과하고 있다. 대부분의 법률에서는 이에 대한 제재로서 '과태료'를 부과도록 규정하고 있다. 행정조사는 기본적으로 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두고 있고(행정조사기본법 제4조 제4항), 단순한 보고의무의 불이행이나 자료제출 의무의 위반에 대하여는 과태료를 부과하는 것이 바람직하기 때문이다.[408]

이와는 달리 일부 법률에서는 행정조사 방해 등의 행위에 대하여 형벌을 부과하는 경우도 있고, 제재규정을 두고 있지 않는 경우도 있다.

예를 들어, 「노인복지법」에서는 ① 제39조의9의 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소에 대한 출입조사(제39조의11 제1항)와 ② 실종노인의 발견을 위하여 필요한 때에 이루어지는 출입조사(제39조의11 제2항)를 규정하고 있다. 그러나, 제39조의11 제2항에 따른 조사 방해 등에 대하여는 제재규정을 두고 있으나(제61조의2 제2항 제1호),[409] 제39조의11 제1항에 따른 조사 방해 등에 대하여는 제재 규정이 없다. 이와 유사한 성격의 법률인 「아동복지법」에서는 - 「노인복지법」 제39조의11 제1항과 동일한 형태를 규정하고 있는 - 법 제66조 제1항에 따른 출입조사 방해 등에 대하여 형벌규정을 두고 있다(법 제71조 제2항 제7호).[410]

「축산계열화사업에 관한 법률」에서는 행정조사 방해 등의 행위에 대한 제재 내용이

---

408) 국회 법제실, 2019년도 법제이론과 실제, 2019, 609면.

409) 법 제39조의11 제2항에 따른 명령을 위반하여 보고 또는 자료제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고하거나 거짓 자료를 제출한 자에 대하여는 "200만원 이하의 과태료"를 부과한다(법 제61조의2 제2항 제1호).

410) 제66조제1항에 따른 조사를 거부·방해 또는 기피하거나 질문에 대하여 답변을 거부·기피 또는 거짓 답변을 하거나, 아동에게 답변을 거부·기피 또는 거짓 답변을 하게 하거나 그 답변을 방해한 자에 대하여는 "1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금"에 처한다(법 제71조 제2항 제7호).

중하게 규정되어 있다. 즉 행정조사와 관련한 보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고 또는 자료나 물건을 제출(제29조의3 제1항 제2호, 동조 제3항 위반)한 행위에 대하여 "3년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금"를 부과하도록 규정하고 있다.

[표 5-2-6] 「축산계열화사업에 관한 법률」상의 행정조사 방해 등 행위와 제재

위반행위 내용	제재내용	조문
보고 또는 필요한 자료나 물건의 제출을 하지 아니하거나 거짓으로 보고 또는 자료나 물건을 제출(제29조의3 제1항 제2호, 동조 제3항 위반)	3년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금	제35조 제1항 제6호
조사(제29조의3 제2항에 따른) 시 폭언 · 폭행, 고의적인 현장진입 저지 · 지연 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피	3년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금	제35조 제1항 제7호
조사(제29조의3 제2항에 따른) 조사 시 자료의 은닉 · 폐기, 접근거부 또는 위조 · 변조 등을 통하여 조사를 거부 · 방해 또는 기피	3년 이하의 징역 또는 1억 5천만원 이하의 벌금	제35조 제1항 제8호
(계열화사업자) 정당한 사유 없이 불출석(제29조의3 제1항 제1호 위반)	5천만원 이하의 과태료	제37조 제1항 제13호
(계약농가) 정당한 사유 없이 불출석(제29조의3 제1항 제1호 위반)	1천만원 이하의 과태료	제37조 제3항 제2호

「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」의 경우에는 행정조사 방해 등의 행위에 대한 제재 이보다 더 중하게 규정되어 있다. 즉 "제18조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자 및 관계 공무원의 출입 · 검사나 그 밖의 조치를 거부 · 방해 또는 기피한 자"에 대하여는 "5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금"에 처하도록 하고 있다(동법 제30조 제1항 제12호).[411]

한편, 「의료법」의 경우에는 – 특이하게 - "조사 목적"에 따라 행정조사 방해 등의 행위에 대한 제재내용을 달리하고 있다. 즉 법 제33조 제2항 · 제10항 위반[412] 여부에

411) 조사 주체(경찰기관)가 동일한 경우에 해당하는 「총포 · 도검 · 화약류 등의 안전관리에 관한 법률」의 경우에도 제44조 제1항에 따른 출입 또는 검사를 거부 · 기피 또는 방해하거나 거짓 진술을 한 자에 대하여 "3년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금"에 처한다고 규정하고 있다(법 제72조 제6호).

412) 법 제33조제2항을 위반하여 의료기관을 개설하거나 운영하는 자에 대하여는 '10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금'에 처하고(의료법 제87조), 법 제33조제10항을 위반하여 의료기관을 개설 · 운영하는 의료법인등이 다른 자에게 그 법인의 명의를 빌려주는 경우에는 '10년 이하의 징역이나 1억원 이하의 벌금'에 처한다(동법 제87조의2 제2항 제2호).

관한 조사임을 명시한 경우에 그 검사를 거부·방해·기피한 때에는 '1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금'에 처하고(법 제89조 제4호), 그 밖의 경우에는 200만원 이하의 과태료를 부과하도로 규정하고 있다(법 제92조 제2항 제3호).

「의료법」

제89조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역이나 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
4. 제61조제1항에 따른 검사를 거부·방해 또는 기피한 자(제33조제2항·제10항 위반 여부에 관한 조사임을 명시한 경우에 한정한다)

제92조(과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.
3. 제61조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 검사를 거부·방해 또는 기피한 자(제89조제4호에 해당하는 경우는 제외한다)

행정조사의 성격 및 목적과 행정조사 협력의무에 대한 위반은 단순한 보고의무의 불이행이나 자료제출 의무의 위반에 해당하는 것으로 과도한 형벌 부과는 그 정당성을 인정하기 어렵다. 기본적으로 – 특별한 이유가 없다면 - 행정조사 방해 등의 행위에 대한 제재의 내용은 과태료로 전환하는 것이 타당할 것이다.

2. 절차보장 강화방안

가. 진술 관련 규정의 개선

보고의무의 불이행이나 자료제출 의무의 위반 등과 달리 진술거부(또는 거짓 진술)에 대한 제재는 신중하게 규정할 필요가 있다.

진술거부권은 – 상술한 바와 같이 – 헌법상의 권리로서(제12조 제2항), 특히 법위반행위 조사와 관련한 행정조사의 경우에는 그 조사과정에서의 진술이 형사상 불리한 경우로 작용할 개연성이 매우 높기 때문에 헌법상의 진술거부권을 침해할 우려가 매우 크다.

따라서 기본적으로는 행정조사의 방법으로서 "진술요구"는 규정하지 않는 것이 타당하다. 행정기관이 행정상 필요한 경우 – 피조사자의 진술에 의존할 것이 아니라 - 보고나 자료등의 제출을 통해 사실관계를 명확하게 하는 것이 중요하기 때문이다.

사실 개별 법률에서는 진술요구권을 규정하지 않는 경우도 많다(전기사업법 제22조 제2항, 협동조합기본법 제111조 제2항, 소비자기본법 제77조 제1항, 재해구호법 제22조 제1항).

(예시)「전기사업법」

제22조(사실조사 등) ② 산업통상자원부장관은 제1항에 따른 조사를 위하여 필요한 경우에는 전기사업자등에게 필요한 자료나 물건의 제출을 명할 수 있으며, 대통령령으로 정하는 바에 따라 전기위원회 소속 공무원으로 하여금 전기사업자등의 사무소와 사업장 또는 전기사업자등의 업무를 위탁받아 취급하는 자의 사업장에 출입하여 장부·서류나 그 밖의 자료 또는 물건을 조사하게 할 수 있다.

제108조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 300만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제22조제2항에 따른 자료나 물건의 제출명령 또는 장부·서류나 그 밖의 자료 또는 물건의 조사를 거부·방해 또는 기피한 자

만약, 진술요구 규정을 두는 경우라 할지라도 진술거부(또는 거짓 진술)에 대한 제재 규정은 두지 않는 것이 타당하다. 이와 같은 입법례도 쉽게 찾아 볼 수 있다. 예를 들어,「여객자동차 운수사업법」에서는 여객자동차 운수사업자 등의 장부·서류·물건 검사 이외에 "관계인에 대한 질문권"을 규정하면서 그 진술과 관련한 제재는 규정하고 있지 않다(법 제79조 제1항, 제94조). 또한「의료법」(제61조 제1항, 제89조)의 경우도 마찬가지이다.

(예시)「여객자동차 운수사업법」

제79조(보고·검사 등) ② 국토교통부장관 또는 시·도지사는 필요하다고 인정하면 소속 공무원으로 하여금 여객자동차 운수사업자 또는 운수종사자의 장부·서류, 그 밖의 물건을 검사하게 하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있다.

제94조(과태료) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다

12. 제79조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자.
13. 제79조제1항에 따른 서류 제출을 하지 아니하거나 거짓 서류를 제출한 자.

그리고 만약 진술요구 및 제재규정을 두는 경우에도 "정당한 사유"가 있는 경우에는 제재를 받지 않도록 규정할 필요가 있다.[413] 여기에서의 정당한 사유란 당해 진술이

추후 형사절차에서 불리하게 작용될 우려가 있는 등의 사유가 해당될 수 있을 것이다. 예를 들어, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」에서는 질문 등에 대하여 "타당한 사유가 없으면 응하여야 한다"고 규정하면서(법 제66조 제3항), 명령 · 검사 · 질문 등에 대하여 "타당한 사유 없이" 응하지 아니한 경우 제재를 부과하도록 규정하고 있다(법 제70조 제1항 제10호).

(예시) 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」

제66조(조사 등) ② 보건복지부장관은 이 법에서 정하고 있는 사항의 이행 또는 위반 여부의 확인을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 관계 공무원으로 하여금 감독대상기관 또는 그 사무소 등에 출입하여 그 시설 또는 장비, 관계 장부나 서류, 그 밖의 물건을 검사하게 하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있으며, 시험에 필요한 시료(試料)를 최소분량으로 수거하게 할 수 있다. 이 경우 관계 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 보여주어야 한다.
③ 감독대상기관 또는 그 종사자는 제1항 및 제2항에 따른 명령 · 검사 · 질문 등에 대하여 타당한 사유가 없으면 응하여야 한다.

제70조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
10. 제54조제3항을 위반하여 보건복지부장관의 명령 · 검사 · 질문 등에 대하여 타당한 사유 없이 응하지 아니한 감독대상기관 또는 그 종사자

대법원에서도 "새마을금고 임직원이 감독기관의 검사를 받으면서 해당 검사원의 질문에 거짓으로 진술한 경우를 처벌하도록 하는 새마을금고법의 규정이 자신의 형사책임에 관한 진술을 거짓으로 하는 경우에도 적용되는 것인지 여부"에 대하여 "(범)죄로 처벌받을 수도 있는 사항에 관한 질문을 받고 거짓 진술을 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 적용되지 않는다"고 한 바가 있다.[414]

[대법원 2015.5.28. 선고 2015도3136 판결]

"구 새마을금고법(2014. 6. 11. 법률 제12749호로 개정되기 전의 것) 제85조 제2항 제9호(이하 '처벌규정'이라 한다),[415] 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특

413) 국회 법제실, 2019년도 법제이론과 실제, 2019, 609면.
414) 대법원 2015.5.28. 선고 2015도3136 판결
415) 구 새마을금고법(2014. 6. 11. 법률 제12749호로 개정되기 전의 것) 제85조 제2항 제9호(이하 '이 사건 처벌규정'이라 한다)는 "새마을금고나 새마을금고중앙회의 임직원 또는 청산인이 감독기관의 검사를 거부 · 방해 또는 기피하거나 해당 검사원의 질문에 거짓으로 진술한 경우 3년 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있고, 위와 같은 질문을 하기 전에 진술거부권을 고지하여야 한다는 규정은 따로 두고 있지 않다.

정경제범죄법'이라 한다) 제2조 제1호, 제12조 제2항, 제4항[416]을 헌법상 보장된 진술거부권에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 처벌규정은 적어도 새마을금고의 임직원이 장차 특정경제범죄법에 규정된 죄로 처벌받을 수도 있는 사항에 관한 질문을 받고 거짓 진술을 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 적용되지 않는다. 이러한 경우까지 항상 처벌규정으로 처벌될 수 있다고 본다면, 이는 실질적으로 장차 형사피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자로 하여금 수사기관 앞에서 자신의 형사책임을 자인하도록 강요하는 것과 다르지 않기 때문이다.

원심이, 피고인이 만약 검사원 공소외 1의 질문에 대하여 '대출과 관련하여 공소외 2 등으로부터 금전적인 사례를 받은 사실이 있다'는 취지의 대답을 하였다면 이는 그 자체로 특정경제범죄법 제5조의 수재 등의 죄를 자인하는 진술이 되고 나아가 실질적으로 형사책임 추급을 위한 자료로 사용될 것이라는 등의 이유에서, 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같은 검사원의 질문에 대하여 사실대로 대답하지 아니하였다고 하더라도 이 사건 처벌규정에 해당하지 않는다고 판단한 것은 정당하다."

요컨대 법 위반행위 조사와 관련한 질문권은 삭제하거나 극히 제한적으로 인정할 필요가 있고, 그것을 인정하는 경우에도 그에 대한 재재를 두지 않는 것이 바람직하다. 또한 제재규정을 두는 경우에도 "정당한 사유"가 있는 경우에는 제재를 받지 않도록 명문으로 규정할 필요가 있다.

(예시)「아동복지법」

제66조(조사 등) ① 보건복지부장관, 시 · 도지사 또는 시장 · 군수 · 구청장은 필요하다고 인정할 때에는 관계 공무원이나 전담공무원으로 하여금 아동복지시설과 아동의 주소 · 거소, 아동의 고용장소 또는 제17조의 금지행위를 위반할 우려가 있는 장소에 출입하여 아동 또는 관계인에 대하여 필요한 조사를 하거나 질문을 하게 할 수 있다.
② (생략)

제71조(벌칙) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
7. 제66조제1항에 따른 조사를 거부 · 방해 또는 기피하거나 질문에 대하여 답변을 거부 · 기피

416) 새마을금고는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법'이라 한다) 제2조 제1호의 "금융회사 등"에 해당하고, 특정경제범죄법 제12조 제2항은 "금융회사 등의 장이나 감사 또는 검사의 직무에 종사하는 임직원 또는 감독기관의 감독업무에 종사하는 사람은 그 직무를 수행할 때 금융회사 등의 임직원이 그 직무에 관하여 이 법에 규정된 죄를 범한 정황을 알았을 때에는 지체 없이 수사기관에 알려야 한다."고 규정하고 있으며, 같은 조 제4항은 "정당한 사유 없이 제2항을 위반한 사람은 200만 원 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있다.

> 또는 거짓 답변을 하거나, 아동에게 답변을 거부 · 기피 또는 거짓 답변을 하게 하거나 그 답변을 방해한 자

예를 들어, 「아동복지법」에서는 "질문에 대하여 답변을 거부 · 기피 또는 거짓 답변"을 하는 경우에 대하여 형벌을 부과하도록 규정하고 있다(법 제71조 제7호). 위의 경우 "질문에 대하여 답변을 거부 · 기피 또는 거짓 답변" 내용을 삭제하는 것이 타당하고, 동 내용이 필요하다고 하다면 "정당한 사유 없이"라는 요건이 추가적으로 규정될 필요가 있다.

한편, 「국세기본법」에서는 세법의 질문 · 조사권 규정에 따른 세무공무원의 질문에 대하여 거짓으로 진술하거나 그 직무집행을 거부 또는 기피한 자에 대하여는 "2,000만원 이하의 과태료"를 부과 · 징수한다고 규정하고 있다(법 제88조). 이 경우(세무조사)는 명백하게 형사처벌로 이어질 수 있는 '조세범칙조사'와는 구별되어 있어서 허위진술에 대한 처벌규정이 가능할 수 있을 것으로 생각된다.

나. 증표제시 등 절차규정 보완

1) 증표제시의무

「행정조사 기본법」에서는 "… 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다"고 규정하고 있다(법 제11조 제3항). 즉 조사원에 대하여 현장조사의 경우 증표제시의무를 규정하고 있다. 이것은 (권력적) 행정조사의 경우에는 피조사자는 관계법령에 의하여 작위 · 수인의무를 부담하고 또한 사생활이 침해되는 등 불이익을 받게 되므로 조사절차에 있어서 행정조사를 행하는 공무원이 조사권한을 가지고 있음을 명백히 할 필요가 있기 때문이다.[417] 증표의 제시는 행정조사의 요건을 이루는 것이고 증표의 제시로 피조사자는 작위 · 수인의무를 지게 된다.[418]

다만, 「행정조사 기본법」에서는 '현장조사'에 한정하여 증표의 제시의무를 규정하고 있다는 점에서 한계가 있다.

---

417) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 751면.
418) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 751면.

한편, 대부분의 행정법률에서는 – 행정조사와 관련한 절차적 규정은 거의 두고 있지 않으면서도 – 조사 공무원의 증표제시의무를 별도로 규정하고 있다. 증표 제시가 침익적 행정조사와 관련된 핵심적 절차라는 점에서 이를 명백히 하기 위하여 각 개별 법률에 "명문"으로 규정한 것이라 할 수 있이다.[419]

「공중위생관리법」

제9조(보고 및 출입 · 검사) ① 특별시장 · 광역시장 · 도지사(이하 "시 · 도지사"라 한다) 또는 시장 · 군수 · 구청장은 공중위생관리상 필요하다고 인정하는 때에는 공중위생영업자에 대하여 필요한 보고를 하게 하거나 소속공무원으로 하여금 영업소 · 사무소 등에 출입하여 공중위생영업자의 위생관리의무이행 등에 대하여 검사하게 하거나 필요에 따라 공중위생영업장부나 서류를 열람하게 할 수 있다.
②~④ (생략)
⑤ 제1항 및 제2항의 경우에 관계공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지녀야 하며, 관계인에게 이를 내보여야 한다.
⑥ (생략)

그러나 각 행정법률에서 규정하고 있는 증표제시의무의 범위에 대하여 다소 차이가 있다. 예를 들어, 「청소년 보호법」의 경우에는 동법 제43조 제1항에서 "소속 공무원으로 하여금 청소년유해매체물 및 청소년유해약물등의 유통과 청소년의 청소년유해업소 고용 및 출입 등에 관련된 장부, 서류, 장소, 그 밖에 필요한 물건을 검사 · 조사하게 할 수 있으며, 대통령령으로 정하는 장소에서 당사자 · 이해관계인 또는 참고인의 진술을 듣게 할 수 있다"고 규정하면서, 동조 제3항에서는 "제1항에 따라 업무를 수행하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 보여주어야 한다"고 규정하여 증표제시의무의 범위를 – 현장조사로 제한하지 않고 – 모든 조사활동에 적용되도록 규정하고 있다. 한편, 증표제시의무 규정이 없는 경우도 있다. 예를 들어, 「방송광고판매대행 등에 관한 법률」 제15조 제3항에서는 금지행위 위반 여부에 관한 사실관계 조사를 위한 자료제출요구권을 규정하고 있으면서 이와 관련한 증표제시의무 규정은 없다. 이것은 법 제15조 제3항이 조사 방법으로서 "자료제출요구권"만을 규정한 것에 기인한 것이라고 생각된다. 이와 같은 차이는 -「행정조사 기본법」 제11조 제3항의 규정이 있음에도 불구하고 – 각 배별법률에 증표제시의무를 규정하는

419) 국회 법제실, 2019년도 법제이론과 실제, 2019, 608면.

의미를 부여할 수 있다고 생각된다. 증표제시의무를 반드시 사업장 등 출입조사에 한정하여 인정할 이유는 없다고 생각된다. 행정조사와 관련하여 기본적으로 피조사자와의 대면 절차가 있는 경우에는 이를 제시하도록 규정할 필요가 있다.

2) 현장출입 조사서(문서) 제시 의무

신분을 나타내는 증표의 제시의무와 함께 관계 문서도 조사 관계인에게 제시하도록 규정하는 경우도 있다. 예를 들어, 「산업안전보건법」 제155조 제4항에서는 "그 신분을 나타내는 증표를 지니고 관계인에게 보여 주어야 하며, 출입 시 성명, 출입시간, 출입 목적 등이 표시된 문서를 관계인에게 내주어야 한다"고 규정하고 있다.

「산업안전보건법」
제155조(근로감독관의 권한) ④ 근로감독관은 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 시행하기 위하여 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 장소에 출입하는 경우에 그 신분을 나타내는 증표를 지니고 관계인에게 보여 주어야 하며, 출입 시 성명, 출입시간, 출입 목적 등이 표시된 문서를 관계인에게 내주어야 한다.
「식품위생법」
제22조(출입 · 검사 · 수거 등) ③ 제1항 및 제2항의 경우에 출입 · 검사 · 수거 또는 열람하려는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

「행조사기본법」에서는 출입조사를 실시하는 경우 조사목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용, 제출자료, 조사거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항 등을 기재한 현장출입조사서를 조사대상자에게 '발송'하도록 규정하고 있는 것에 불과하기 때문에(법 제11조 제1항), 이와 같이 조사목적 등을 기재한 문서의 제시의무는 – 절차적 보장을 위하여 – 모든 법령에 규정될 필요가 있다고 생각된다.

3) 기타 절차 관련 규정

각 개별 행정법률에서는 증표제시규정과 행정조사와 관련한 절차에 관한 그 밖의 규정을 두는 경우가 있다.

첫째, 사전통지규정이다. 예를 들어, 「건축사법」의 경우에는 "「행정조사 기본법」 제17조에 따른 사전통지"를 하여야 한다고 규정하고 있고(제30조 제2항), 「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」에서는 - 「행정조사 기본법」 제17조와 동일하게 - "조사 7일 전까지 조사 기간 · 이유 · 내용 등을 포함한 조사계획"을 알려야 한다고 규정하고 있다(제20조 제3항). 반면, 「채용절차 공정화에 관한 법률」에서는 사전 통지 '기한'에 관한 내용 없이 단지 "미리" 통지하도록 규정하고 있다(제14조 제3항). 「채용절차 공정화에 관한 법률」과 「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」에서 규정하는 사전 통지 예외가 「행정조사 기본법」(제17조 단서) 보다는 축소되어 있다는 점에 특징이 있다.[420] 그러나 「채용절차 공정화에 관한 법률」의 내용('미리')은 「행정조사 기본법」 제17조의 규정('조사 7일 전까지')에 비해 후퇴하는 것이라 할 수 있고, 위에서 소개한 세 개의 법률 모두 다 통지 하여야(또는 알려주어야) 한다고만 규정하고 있을 뿐 그 방식에 대하여는 전혀 언급이 없어 문제라 할 수 있다.[421]

「건축사법」

제30조(보고 · 조사 등)

② 국토교통부장관이 보고 또는 자료의 제출을 요구하거나 조사 또는 검사를 하고자 하는 경우 「행정조사 기본법」 제17조에 따른 사전통지를 하여야 하고, 사무소 등에 출입하여 조사 또는 검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 보여주어야 한다.

「클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률」

제20조(사실조사 및 시정조치)

③ 과학기술정보통신부장관은 제1항에 따라 조사를 하는 경우 조사 7일 전까지 조사 기간 · 이유 · 내용 등을 포함한 조사계획을 해당 클라우드컴퓨팅서비스 제공자에게 알려야 한다. 다만, 긴급한 경우나 사전에 통지하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

「채용절차 공정화에 관한 법률」

제14조(보고 및 조사)

③ 고용노동부장관은 제2항에 따른 조사를 하려면 미리 조사 일시, 조사 이유 및 조사 내용 등의 조사계획을 조사 대상자에게 알려야 한다. 다만, 긴급히 조사하여야 하거나 사전에 알리면 증거인멸 등으로 조사목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

---

420) 「행정조사 기본법」에서는 사전통지 예외로서 ① 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우, ② 「통계법」 제3조제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우, 또는 ③ 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우 세 가지를 규정하고 있다(제17조 제1항 단서).

421) 「행정조사 기본법」에서는 사전통지를 "서면"으로 하도록 명확하게 규정하고 있고, 그 예외에 해당하는 경우에는 "구두"로 통지하도록 규정하고 있다(제17조 제1항 단서).

둘째, 조사결과의 통지 규정이다. 예를 들어 「고용정책 기본법」 제38조 제3항 "고용노동부장관은 제2항부터 제4항까지의 규정에 따라 검사를 한 경우에는 해당 사업주에게 그 결과를 서면으로 알려야 한다"고 규정하고 있다. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제64조 제9항의 경우도 동일하다. 그것도 「행정조사 기본법」 제24조의 규정('행정조사이 결과를 확정한 날로부터 7일 이내에')에 비해 후퇴하는 것이라 할 수 있다.

셋째, 조사권의 남용금지 규정이다. 예를 들어, 「축산계열화사업에 관한 법률」 제29조의4는 "조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다"라고 규정하고 있다. 동 규정은 「행정조사 기본법」 제4조 제1항과 동일한 규정이다. 이러한 내용은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제64조 제11항에서도 찾아 볼 수 있다.

넷째, 조사 등의 연기 신청 규정이다. 예를 들어, 「축산계열화사업에 관한 법률」 법 제29조의5 제1항은 "천재지변, 그 밖에 농림축산식품부령으로 정하는 사유[422]로 인하여 처분을 이행하거나 조사를 받기가 곤란한 경우에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관에게 처분 또는 조사를 연기하여 줄 것을 신청할 수 있다"고 규정하고 있다. 이 규정도 「행정조사 기본법」 제18조 제1항과 유사한 규정이다. 다만 양 법률은 그 연기 사유에 차이가 있다는 점에서 그 존재이유가 있을 수 있다.[423]

다섯째, 사업장 출입조사시 관계인 참여 규정이다. 예를 들어, 「전기통신사업법」 제51조 제4항은 "사업장에 출입하여 조사하는 사람은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 보여주어야 하며, 조사를 할 때에는 해당 사무소나 사업장의 관계인을

422) 여기에 해당하는 사유는 ① 인수·합병, 화의 또는 법정관리신청, 파산 및 그 밖에 이에 준하는 절차가 진행되고 있는 경우, ② 권한 있는 기관에 장부·증거서류가 압수 또는 영치되어 있는 경우, 또는 ③ 화재, 자연재해 등으로 인하여 계열화사업자의 계열화사업 운영에 중대한 장애가 발생한 경우이다(축산계열화사업에 관한 법률 시행규칙 제40조 제1항).

423) 「행정조사 기본법」에서의 연기 사유는 ① 화재나 그 밖의 재해로 인하여 사업장의 운영이 불가능한 경우, ② 법 제10조제2항에 따라 자료제출요구를 받은 경우와 법 제11조제1항에 따른 현장조사의 경우 장부 및 관련 서류가 권한이 있는 기관에 의하여 압수 또는 영치(領置)된 경우, 또는 ③ 조사대상자가 개인인 경우 그 개인이 질병이나 장기 출장 등으로 인하여 조사가 곤란하다고 판단되는 경우이다(행정조사기본법 시행령 제11조 제1항).

참여시켜야 한다"고 규정하여 현장 조사 시에 사업장 관계인의 참여를 인정하고 있다. 이러한 규정은 「행정조사 기본법」에 규정되어 있지 않는 내용이다.

이상과 같이 위와 같이 각 개별 법률에 「행정조사 기본법」에 규정되어 있는 내용을 부분적으로 규정하는 것 보다는 또는 「행정조사 기본법」 보다 후퇴하는 규정을 두는 것 보다는 - 「축산계열화사업에 관한 법률」 제29조의3 제5항에서와 같이 - "제2항 및 제3항에 따른 질문 또는 조사의 내용 · 절차 · 방법 등에 관하여 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는 「행정조사 기본법」에서 정하는 바를 따른다"라고 명문으로 규정하는 방식을 취하는 것이 타당하다고 생각된다.

다만, 「행정조사 기본법」에서 보다 절차적 보장을 강화하는 내용을 규정하는 것은 당연히 각 개별법률에 별도로 규정하여야 할 것이다. 예를 들어, 「축산계열화사업에 관한 법률」상의 사업장 출입조사시 관계인 참여권 보장을 들 수 있다. '사업장 출입조사시 관계인 참여권 보장'은 「행정조사 기본법」에 규정하는 것이 보다 타당할 것이다.

다. 변호인 등의 조력을 받을 권리

「행정조사 기본법」 제23조 제2항에서는 "조사대상자는 법률 · 회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다"고 규정하고 있다. 따라서 동법의 적용을 받는 일반 행정기관에 의한 행정조사의 경우에는 – 기본적으로 – 변호인 등의 조력을 받을 권리가 인정된다고 할 수 있다. 다만, 변호인 등의 조력을 받을 권리가 수동적인 형태로 규정되어 있는 점은 개선될 필요가 있다고 생각된다. 더 나아가 장기적으로는 특히 현장조사의 경우에는 변호인 등의 조력을 받을 권리를 "고지"하도록 하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다고 생각된다.

성격이 다소 다르기 하지만, 예를 들어, 「공직선거법」에서는 현장조사의 경우에 "변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알리고, 문답서에 이에 대한 답변을 기재"하도록 규정하고 있고, "피조사자가 변호인의 조력을 받으려는 의사를 밝힌 경우 지체 없이 변호인으로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 하여야 한다"고 규정하고 있다(법 제272조의2 제7항 · 제8항).

한편, 「행정조사 기본법」이 적용되지 않는 특별 행정기관의 조사권 행사와 관련하

여서는 변호인 등의 조력권이 문제된다.

「국세기본법」에서는 세무조사 및 조세범칙조사에 대하여 변호사 등의 조력을 받을 권리를 규정하고 있다. 종래에는 세무조사의 경우에만 변호인 조력권이 인정되었지만 2018년 동법 개정(법률 제16097호, 2018.12.31. 일부개정, 2020.1.1. 시행)으로 「조세범 처벌절차법」에 따른 조세범칙조사에도 변호인 조력권이 인정되었다.

「국세기본법」

제81조의5(세무조사 시 조력을 받을 권리) 납세자는 세무조사(「조세범 처벌절차법」에 따른 조세범칙조사를 포함한다)를 받는 경우에 변호사, 공인회계사, 세무사로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.

한편 금융위원회 등의 조사권 행사와 관련하여서도 변호인 조력권이 인정되고 있다. 즉 검사·조사와 관련한 고시인 「자본시장조사 업무규정」과 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」이 있다. 즉 「자본시장조사 업무규정」에서는 "조사원은 혐의자의 신청이 있는 경우 변호사로서 혐의자의 대리인을 제10조 및 제17조에 의한 조사절차를 포함한 조사과정에 참여하게 할 수 있다"고 규정하고 있다(동 규정 제17조의4 제1항). 동 규정은 2017년에 변호인 참여 불허 사건[424]이 터지면서 후속적인 조치로서 2019년 8월 동 규정 개정시(금융위원회고시 제2019-16호, 2019.5.3. 일부개정, 2019.8.4. 시행)에 신설된 것이다. 한편 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」에서도 변호인 조력권이 인정되고 있다(동 규정 제8조의3 제1항).[425]

「자본시장조사 업무규정」

제17조의4(대리인의 조사과정 참여) ① 조사원은 혐의자의 신청이 있는 경우 변호사로서 혐의자의 대리인(이하 대리인이라 한다)을 제10조 및 제17조에 의한 조사절차를 포함한 조사과정에 참여하게 할 수 있다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

---

424) 자본시장법 위반(불공정거래) 혐의로 2017년 10월 금융감독원 출석조사에 A씨의 변호사 입회가 불허되었고, 이 사안은 금감원장과 금감원 조사국 검사역 및 팀장을 상대로 헌법소원까지 제기되었다(2017헌마1345). 이에 금융위원회는 동 조항을 신설하게 되었다(법률신문 2019-12-19 〈'조사과정 변호사 입회 금지' 논란 금감원 상대 헌법소원 각하〉(https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=158118)(최종방문: 2020.11.20.).

425) 동 규정은 2011년 12월 동 규정 개정시(금융위원회고시 제2011-24호, 2011.12.29. 일부개정, 2012.3.1. 시행)에 도입되었다.

1. ~5. (생략)
② 증거 인멸·조작, 공범의 도주, 참고인 신체나 재산에 대한 침해 우려가 존재하는 등 후속 조사나 검찰 수사에 현저한 지장을 초래할 것으로 예상되는 경우에는 제1항의 규정에도 불구하고 조사원은 대리인의 참여 없이 조사의 개시 및 진행을 할 수 있다.
③ 제1항 각 호 어느 하나 또는 제2항에 해당하는 사유를 이유로 대리인의 참여를 제한한 경우 조사원은 그 구체적 사유를 문답서 또는 별도 서류에 기재하고, 자본시장조사심의회 및 증선위에 안건을 상정할 때 안건의 보조자료에 그 사유를 기재하여야 한다.

「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」

제8조의3(금융기관 임직원의 조력을 받을 권리) ① 현장검사 과정에서 검사를 받는 금융기관 임직원은 문답서 및 확인서 작성시 변호사 또는 기타 전문지식을 갖춘 사람으로서 감독원장이 정하는 사람(이하 이 조에서 "조력자"라 한다)의 조력을 받을 수 있다.
② 검사원은 문답서 및 확인서 작성시 검사를 받는 금융기관 임직원과 조력자의 주요 진술내용을 충분히 반영하여 작성하고, 검사 기록으로 관리하여야 한다.
③ 제1항에 의한 조력의 절차·방법·범위는 감독원장이 정하는 바에 따른다.
[본조신설 2011. 12. 29.]

그러나, 금융위원회 등의 조사권 행사와 관련한 변호인 조력권이 - 법률이 아닌 - 고시로 규정하고 있다는 한계가 있다. 그리고 「자본시장조사 업무규정」에서 변호인의 조력권이 인정되는 조사의 범위를 "제10조 및 제17조에 의한 조사절차를 포함한 조사과정"이라고 규정하고 있는데, 이것이 의미하는 것이 제10조(진술서 제출요구) 및 제17조(문답서의 작성)의 조사로 한정되는 것인지 아니면 모든 조사를 포함하는 것인지 불명확하다. 한편 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」에서는 변호인 조력권이 인정되는 조사를 "현장검사 과정"으로 극히 제한적으로 규정하고 있다는 한계가 있다. 다만 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정 시행세칙」에 "대회의에 출석한 당사자와 참고인은 변호사의 조력을 받을 수 있(다)"고 하는 규정이 있다(동 시행세칙 제57조 제6항).

공정거래위원회의 조사권 행사와 관련하여서도 변호인 조력권이 인정되고 있다. 즉 「공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙」에서는 "변호인을 조사 전 과정(진술조서나 확인서 작성 포함)에 참여하게 하여야 한다"고 규정하고 있다(동 규정 제13조 제1항).[426] 이러한 규정은 「자본시장조사 업무규정」에 비해 보다 적극적으로 규정하고 있다는 데에 특징이 있다. "조사 전 과정"에 "참여하게 하여야 한다"라고 규정하고 있기 때문이다. 여기도 또한 변호인 조력권이 - 법률이 아닌 - 고시로 규정하고 있다는 한계가 있다.[427]

426) 동 규정은 「자본시장조사 업무규정」 제정 당시(공정거래위원회고시 제2016-1호, 2016.2.4. 제정 · 시행)부터 규정되어 있던 것이다.
427) 공정거래법은 2020년 법 개정시(법률 제17799호, 2020.12.29. 전부개정, 2021.12.30. 시행)에 변호인 조력권이 도입되었다(제83조 참조).

「공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙」

제13조(변호인의 조사과정 참여) ① 조사공무원은 피조사업체의 신청이 있는 경우 원칙적으로 피조사업체가 선임(피조사업체 소속변호사 포함)한 변호사 등 변호인을 조사 전 과정(진술조서나 확인서 작성 포함)에 참여하게 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 피조사업체의 변호인 참여요청이 조사의 개시 및 진행을 지연시키거나 방해하는 것으로 판단되는 경우
2. 조사공무원의 승인 없이 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우
3. 피조사업체를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우
4. 신문내용을 촬영, 녹음, 기록하는 경우. 다만, 기록의 경우 피조사업체에 대한 법적 조언을 위해 변호인이 기억환기용으로 간략히 메모를 하는 것은 제외한다.
5. 기타 제1호 내지 제4호 이외의 경우로서 조사목적 달성을 현저하게 어렵게 하는 경우

② 제1항의 규정에도 불구하고, 증거인멸 우려 등의 사유로 조사의 시급을 요하는 부당한 공동행위 조사와 관련하여서는 피조사업체의 변호인 참여요청과 관계없이 조사의 개시 및 진행을 할 수 있다.

반면, 근로감독관의 감독업무 수행과 관련하여서는 변호인 조력권 등에 관한 규정이 없다.

변호인의 조력을 받을 권리는 모든 조사영역에 규정할 필요가 있다. 특히 특별행정기관의 – 각 개별 법령에서 규정하고 있는 - 행정조사는 범죄 수사에 준하는 정도의 권한을 행사하고 있는 영역이라 할 수 있고 이에 따라 국민의 기본권 침해 우려가 매우 크기 때문에 조사 단계에서부터 피조사자의 방어권을 충분히 보장할 필요가 있기 때문이다. 행정조사의 거부 등의 행위에 대하여 제재를 부과하도록 규정하고 있는 현행법 체계하에서는 변호인등의 조력을 받을 권리까지 인정하지 않는 것은 타당하지 않다.

그리고 피조사자의 권리보호 측면에서 고시에 규정하고 변호인 조력권 규정은 '법률'에 상향조정할 필요가 있고, 그 인정도 제한적으로 인정하고 있는 범위를 모든 검사·조사 과정으로 확대할 필요가 있다.

라. 행정조사와 실력행사

각 행정 법령에서는 조사대상자가 조사를 거부 또는 방해하는 경우에 대하여는 제재(형벌 또는 과태료)를 가하도록 규정하고 있다. 이 경우에 당해 제재규정에 따른 제재를 가하는 이외에 당해 공무원이 직접 실력을 행사하여 행정조사를 할 수 있는지

가 문제된다.

첫째, 강제조사의 방해를 배제하는 범위 안에서 제한적으로 실력행사를 할 수 있다는 긍정설이 있다. 강제조사의 성격상 강제조사의 방해를 배제하는 것은 강제조사의 범위 안에 들어온다고 보는 것이 합리적인이라는 것이다.[428]

둘째, 부정설이 있다. 실정법이 조사를의 거부 또는 방해에 대하여 직접적 강제수단을 규정하지 않고 별도의 제재 규정(벌칙이나 기타 불이익 처분 등)을 두고 있는 취지는 조사의 실효성을 간접적으로 확보하려는 것에 있다고 보아야 할 것이므로 행정기관은 상대방의 신체나 재산에 대한 직접적인 실력 행사를 할 수 없다는 견해이다(다수설).[429]

셋째, 예외적 긍정설이 있다, 이 견해는 조사거부에 대하여 벌칙규정 등을 두고 있는 경우에는 그 벌칙 등에 의하여만 간접적으로 강제될 수 있을 뿐 실력행사는 원칙적으로 인정되지 않는다고 견해이다. 다만, 행정조사의 필요성이 급박하고, 조사를 강행하지 않을 경우 일반국민의 생명・신체에 위험을 초래할 가능성이 많고, 다른 조사 수단이 없는 경우에는 예외적으로 실력행사가 인정되어야 한다고 한다.[430]

국민의 신체나 재산에 대한 실력행사는 명문의 근거가 있어야 한다. 긍정설과 같이 조사 상대방의 조사 거부에 대하여 벌칙 등이 규정되어 있다는 것(위법)을 근거로 실력 행사를 긍정하는 것은, 당해 행정 공무원에게 행정조사권(임의조사권) 뿐만 아니라 강제수사권을 부여한 것과 같은 결론에 이르게 한다. 행정조사의 절차적 보장은 형사절차상의 강제수사(압수・수색)에 비해 매우 미약하기 때문에 조사권 방해 행위 등에 대하여 강제조사(수사)와 같은 정도의 침해를 허용하는 것은 인정될 수 없다.[431]

---

428) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020, 760면. 이 견해는 명문으로 강제할 수 없음을 규정하고 있는 경우에 한하여 실력행사를 부정한다(예를 들어, 경찰관 직무집행법 제3조 제2항, 제7항).

429) 김동희, 행정법Ⅰ, 박영사, 2019, 514면; 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2020, 571면; 김남진・김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2020, 491면; 김용주, "행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정", 경찰학연구 제14권 제4호(2014), 96면. 행정실무에서도 실력을 행사하여 행정조사를 강제하지는 않는다고 한다(김영조, 행정조사기본법의 문제점과 개선방안", 공법학연구 제8권 제3호(2007/8), 115면 각주 71) 참조).

430) 김영조, 앞의 논문, 115면; 이재구・이호용, 앞의 논문, 436면(이 견해는 물리력 행사요건으로서 ① 현재 피조사자의 사익보다는 행정조사를 통해 확보해야 할 공익의 필요성이 더 커야 하고, ② 바로 조사를 하지 않으면 증거인멸 등으로 향후 조사가 어려워야 하는 급박한 상황이며, ③ 행정조사외의 다른 수단이 없어야 하고, ④ 신분증 제시나 관복 착용 등 공무수행중임을 명시하여야 하며, ⑤ 대물적 행정조사에 한하고, ⑥ 조사결과에 대한 행정적 제재 규정이 있는 경우에 한하여 인정해야 한다고 한다).

431) 이근우, "행정조사의 형사법적 한계설정", 고려법학 제72호(2014), 84면 참조.

따라서 물리력 행사는 엄격히 금지되어야 하고 단지 그 조사 방해행위 등에 대하여는 그에 따른 제재만을 부과하여야 한다.[432]

위의 예외적 긍정설에 속하는 한 견해는 개별 행정법규보다는 「행정조사 기본법」에 예외적으로 물리력을 행사할 수 있는 근거 규정을 마련하자는 입법적 제안을 하기도 한다.[433] 그러나 통상적으로 위와 같이 법 위반행위에 대하여 긴급하게 대처해야 할 상황이 있는 업무 담당 공무원에게 특별사법경찰권이 부여되어 있기 때문에 물리력 행사가 필요한 경우에는 영장신청을 통한 직무집행이 가능할 것이다. 일부 상황을 기반으로 일반법인 「행정조사 기본법」에 물리력 행사 사용가능성을 열러 주어 대응하는 것은 타당하지 않다.

제3절 | 특별 행정기관의 행정조사 개선

1. 근로감독관 조사업무

근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무 수행(조사권 행사)과 관련하여, 피조사자의 절차적 보장에 관한 특별한 규정이 마련되어 있지 않다. 예를 들어, 「근로기준법」 상에는 근로감독관의 조사 권한에 대한 규정을 두고 있지만(법 제102조 제1항), 이와 관련 절차규정으로서는 현장조사에 있어서 신분증명서와 현장조사서를 제시하여야 한다는 규정(법 제102조 제3항) 이외에는 특별한 내용이 규정되어 있지 않다. 그 절차에 관한 세부적 규정을 법령으로 마련할 필요가 있다.

조사권 행사 등에 관한 세부적인 내용을 규정하고 있는 「근로감독관집무규정」에서조차도 '출석 요구' 및 '보고 요구'와 관련한 규정(규정 제8조 및 제9조) 이외에는 피조사자의 절차적 보장에 관한 어떠한 규정도 하고 있지 않다. 심지어 법령에 명확한

---

432) 이에 조사원의 실력행사를 금지하는 규정을 「행정조사 기본법」에 마련하자는 견해도 있다(김영조, 앞의 논문, 115면).

433) 이재구 · 이호용, 앞의 논문, 436면(이 견해는 예를 들어, 폐수 방류 현장을 목격한 공무원의 사업장 출입조사가 방해받게 되면 적시에 폐수방류를 저지할 수 없어 사회적 피해가 크고 증거인멸이 되어 제재를 가할 수 없는 경우가 발생한다고 한다).

근거 없이 「근로감독관집무규정」에서 “출석요구권”을 규정하고 있다(동 규정 제8조).[434]

또한, 제102조에 따른 근로감독관의 현장조사에서 그 심문에 대하여 진술을 하지 아니하거나 거짓된 진술을 하는 경우에는 “500만원 이하의 과태료”를 부과하도록 규정하고 있다(근로기준법 제116조 제1항 제3호). 동 규정에 – 상술한 바와 같이(제5장 제1절) – 재검토가 필요하다.

근로감독관의 직무 관련 개별 법률에서의 규정 내용도 동일한 문제점이 있기 때문에 그에 대한 개선이 필요하다(이 보고서 제3장 제1절 참조). 즉, 조사권 발동 요건을 보다 구체화 할 필요가 있고, 조사자의 절차적 보장에 관한 특별한 규정이 마련되어야 하고, ‘진술 거부’나 ‘거짓 진술’에 대한 제재규정의 재검토가 필요하다.

2. 금융위원회 등의 조사업무

금융위원회에는 관련 법률에는 광범위한 검사 및 조사권한이 부여되어 있으나, 관련 법률에서는 단지 현장조사시 증표제시 규정만이 법률에 규정되어 있을 뿐이고, 그 절차적 사항은 금융위원회고시인 「금융기관 검사 및 제재에 관한 규정」과 「자본시장조사 업무규정」 등에서 규정하고 있을 뿐이다.

금융위원회의 법위반행위조사는 행정조사를 통해 형사소추로 이어지는 준사법적 성격을 갖고 있지만 형사절차에 준하는 엄격한 절차적 규정은 마련되어 있지 않다. 피조사자에 대한 절차적 권리보장 규정은 – 고시가 아닌 - 법률에 규정할 필요가 있다.[435] 이러한 점은 「조세범처벌절차법」이 참조가 될 수 있을 것이다.

특히 불공정 거래조사는 결과적으로 형사절차로 이어질 수 있는 개연성이 매우 높은 활동이기 때문에, 특히 이 영역에서는 수사활동으로 진행되어야 하고, 행정절차로 진행되는 경우에도 수사활동에 준하는 정도의 절차보장 규정이 마련되어야 한다.

한편, 금융위원회의 직무 관련 개별 법률에 대한 개선도 필요하다. 「보험업법」 등 대부분의 경우 「금융위원회법」의 내용과 매우 흡사하게 규정하고 있다. 그러나 조사

434) 다만, 근로감독관의 업무 범위에 속하는 「산업안전보건법」 제155조 제3항은 “근로감독관은 이 법 또는 이 법에 따른 명령의 시행을 위하여 관계인에게 보고 또는 출석을 명할 수 있다”라고 명확하게 규정하고 있다.

435) 정무위원회 전문위원 김원모, “행정조사기본법 일부개정법률안(김종석의원 대표발의: 의안번호 제18708호) 검토보고, 2019.8., 14~16면.

권에 내용을 구체적으로 규정하고 있지 않은 법률도 있다(예를 들어, 농협협동조합법, 산림조합법 등). 그리고 조사와 관련한 절차규정으로서 증표 제시 규정이 대부분의 법률에 규정되어 있으나, 이것을 규정하고 있지 않은 법률도 있다(예를 들어, 수산업협동조합법 등). 조사 불응 등에 대한 제재규정은 과태료 규정이 일반적이지만, 이마저도 없는 경우도 있고(예를 들어, 중소기업은행법), 형벌규정(3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금)을 두는 경우도 있다(예를 들어, 수산업협동조합법 제171조 제17호).[436]

3. 공정거래위원회 등의 조사업무

공정거래위원회의 경우도 금융위원회와 사정이 똑같다. 피조사자에 대한 절차적 권리보장 규정은 – 고시가 아닌 - 법률에 규정할 필요가 있다. 다만, 공정거래법의 경우에는 2020년 5월 법개정(법률 제17290호, 2020.5.19. 일부개정, 2021.5.20. 시행)을 통해 공정거래위원회 조사의 적법절차를 강화하고, 조사 권한의 재량을 축소하며, 사건처리의 투명성을 제고하는 등의 전반적인 법집행 절차의 정비가 이루어졌다. ① 심의·의결 단계에서 조사공무원이 현장조사를 하거나 당사자의 진술을 듣는 경우 당사자의 방어권을 침해할 우려가 있으므로, 조사공무원 또는 당사자의 신청에 의하여 전원회의 및 소회의가 필요하다고 인정하는 경우를 제외하고는 심의·의결 단계에서 조사공무원이 현장조사를 하거나 당사자로부터 진술을 청취하는 것을 금지하였고(제50조), ② 조사공무원은 조사를 하는 경우에 조사를 받는 사업자 등의 정규 근무시간 내에 조사를 진행하도록 하고, 교부된 조사공문에 기재된 조사기간 내에 조사를 종료하는 것을 원칙으로 하는 규정을 신설하였으며(제50조의5 신설), ③ 조사와 관련된 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 의견제출권 및 진술권을 법률에 명문화하였다(제52조 제3항 신설).

한편, 공정거래위원회 소관 법률인 「대규모유통업법」[437] 및 「대리점법」[438]에 따른 법률위반행위조사는 「행정조사 기본법」의 적용제외대상으로 규정되어 있지 않다(행정조사기본법 제3조 제2항 제7호 참조). 이에 대한 보완이 필요하다. 위의 법률은

436) 상세한 내용은 이 보고서 제3장 제1절 내용 참조 바람.
437) 법률 제11086호 (2011.11.14. 제정, 2012.1.1. 시행)
438) 법률 제13614호 (2015.12.22. 제정, 2016.12.23. 시행)

각각 -「행정조사 기본법」 제정(2007.5.17. 제정) 이후인 - 2011년과 2015년에 제정된 법률이기 때문에 반영되지 못한 것으로 생각된다.

4. 국세청

조세범칙사건에 대한 조사절차는 -「조세범처벌절차법」,「국세기본법」 등 독립된 법령을 두어 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 절차적 내용(절차적 · 사법적 통제)이 체계화 되어 있기 때문에 - 금융위원회 등 다른 특수 행정기관의 조사와 비교하여 더 체계화되어 있다고 할 수 있다.

다만, 예를 들어,「조사사무처리규정」에 규정되어 있는 진술거부권 고지 규정(동 규정 제87조의2)은 법률로 상향입법할 필요가 있을 것이다.

5. 참고: 선거관리위원회

행정기관은 아니지만 선거관리위원회의 선거범죄 조사관련 규정은 향후 공정거래위원회 등 특별 행정기관의 조사활동에 대한 개선에 참고가 될 수 있을 것이다.

「공직선거법」에서는 각급선거관리위원회(읍 · 면 · 동선거관리위원회를 제외) 위원 · 직원에 대하여 선거범죄에 관한 조사권(행정조사), 즉 ① 현장출입 조사권(질문조사 및 자료제출요구권, 법 제272조의2 제1항), ② 증거물품수거권(법 제272조의2 제2항), ③ 동행 · 출석요구권(법 제272조의2 제4항), ④ 통신자료 연람 · 자료 제출요구권(법 제272조의3)을 규정하고 있다.

[표 5-3-1] 선거관리위원회의 조사권

구분	내용		특이사항	위반 제재
장소출입 조사권 - 질문조사권 - 자료제출요구권 (제272조의2 제1항)	선거범죄에 관하여 그 범죄의 혐의가 있다고 인정되거나, 후보자 등이 제기한 그 범죄의 혐의가 있다는 소명이 이유있다고 인정되는 경우 또는 현행범의 신고를 받은 경우에는 그 장소에 출입하여,	관계인에 대하여 질문 · 조사	진술거부권 및 변호인조력을 받을 권리 고지 필요	
		관련서류 기타 조사에 필요한 자료 제출 요구	-	1년 징역/200만원 벌금(제256조 제5항 제12호)

구분	내용		특이사항	위반 제재
증거물품수거권 (제272조의2 제2항)	선거범죄 현장에서 선거범죄에 사용된 증거물품으로서 증거인멸의 우려가 있다고 인정되는 때에는 조사에 필요한 범위 안에서 현장에서 이를 수거		-	
동행 · 출석요구권 - 질문조사권 (제272조의2 제4항)	선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문 · 조사하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 선거관리위원회에,	동행요구	-	300만원 과태료 (제256조 제6항 제2호)
		출석요구	-	100만원 과태료 (제256조 제8항 제6호)
통신자료 연람 · 제출요구권 (제272조의3)	정보통신망을 이용한 이 법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 정보통신서비스제공자에게 정보통신서비스 이용자의 이용 관련 자료의 열람이나 제출을 요청		판사 승인 필요	

동시에, 이와 관련하여, 「공직선거법」에서는 절차적 제한요건을 명확하게 규정하고 있다. 즉,

첫째, 각급선거관리위원회위원 · 직원이 제1항의 규정에 의한 장소에 출입하거나 질문 · 조사 · 자료의 제출을 요구하는 경우에는 관계인에게 그 신분을 표시하는 증표를 제시하고 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 한다(법 제272조의2 제6항).

둘째, 제1항에 따라 피조사자에 대하여 질문 · 조사를 하는 경우 질문 · 조사를 하기 전에 피조사자에게 진술을 거부할 수 있는 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알리고, 문답서에 이에 대한 답변을 기재하여야 한다(법 제272조의2 제7항)..

셋째, 피조사자가 변호인의 조력을 받으려는 의사를 밝힌 경우 지체 없이 변호인(변호인이 되려는 자를 포함한다)으로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 하여야 한다(법 제272조의2 제8항).

이와 같은 규정은 2013년 8월 「공직선거법」 개정(법률 제12111호, 2013.8.13. 개정, 2013.8.13. 시행)으로 "선거범죄 조사 전에 피조사자에게 진술을 거부할 수 있는 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알리도록 함으로써 피조사자의 기본권을 보장"하기 위하여 신설된 것이다.[439]

439) 동법 개정이유 참조(국가법령정보센터 참조)

이와 같은 특성에 따라, 행정조사 위반에 대한 제재의 내용에는 질문조사에 대한 제재는 규정하고 있지 않다.

즉, 법 제272조의2 제항은 “누구든지 제1항의 규정에 의한 장소의 출입을 방해하여서는 아니되며 질문·조사를 받거나 자료의 제출을 요구받은 자는 이에 응하여야 한다”라고 규정하고 있지만, 이와 관련한 제재 규정에서는 “제272조의2제3항(제8조의8제11항에서 준용하는 경우를 포함한다)을 위반하여 출입을 방해하거나 자료제출요구에 응하지 아니한 자 또는 허위의 자료를 제출한 자”에 한하여 1년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(법 제256조 제5항 제12호).

그 밖에 동행요구(제272조의2 제4항)에 응하지 않은 경우에는 300만원 이하의 과태료(법 제261조 제6항 제2호), 출석요구(제272조의2 제4항)에 정당한 사유없이 응하지 않은 경우에는 100만원 이하의 과태료(법 제261조 제6항 제2호)를 부과하도록 규정하고 있다(법 제261조 제8항 제6호).

결 론

이 천 현

제6장

결 론

1. 법 위반행위에 대한 행정조사

우리나라 행정 법률에 규정된 대부분의 법 위반행위에 대하여는 행정상의 조치나 제재(허가취소, 영업정지, 개선명령, 과징금, 과태료 등) 뿐만 아니라 형벌(징역 또는 벌금)도 부과하도록 하는 이중적 규제체계를 갖추고 있기 때문에, "법 위반행위"에 대한 행정조사권 행사에는 필연적으로 - 행정상의 조치·제재 이외에 - 형사절차로의 연결성이 묵시적·명시적으로 포함되어 있다. 따라서 법 위반행위에 대한 이원적 제재 체계를 구축하고 있는 우리의 실정법 체계하에서는 "법 위반행위"에 대한 행정조사권 행사는 - 극히 자의적인 행정권력 행사로서 - 그 정당성을 인정받기 어려울 것이다.

요컨대 법 위반행위에 대한 행정조사는 추후 형사처벌로 이어질 수 있는 - 피조사자의 기본권을 심대하게 침해할 수 있는 - 잠재적 가능성이 있는 조사활동으로서 극히 최소화되어야 한다. 조사활동 즉 수사활동은 수사기관(일반 수사기관 및 특별사법경찰)이 담당해야 할 영역이다. 이와 관련한 모법적인 입법례는 「부동산개발업의 관리 및 육성에 관한 법률」(제21조)과 「고용정책 기본법」(제38조)을 들 수 있다.

다만, 법 위반행위에 대한 행정조사가 형사절차와 연계되지 않는 단순한 행정조사의 경우에는 논란의 여지가 없을 것이다.

부득이하게, 수사기관에 고발이나 수사의뢰 등의 행정목적 필요성 때문에, 법 위반행위에 대한 조사를 인정하는 경우에도 행정기관은 법 위반행위에 해당하는지 여부에 대한 형식적인 사실관계를 확인하는 정도에 그쳐야 하고, 그 조사 방법도 관계 공공기관 등에 대한 자료제출요청에 의한 조사활동 정도의 최소한도로 그쳐야 할 것이다.

한편 법 위반행위에 대한 행정조사의 입법에 있어서 또 하나 고려해야 할 점은 행정공

무원에 대하여 매우 많은 영역에서 “특별사법경찰권”이 부여되어 있다는 것이다. 이들이 법 위반행위에 대한 조사활동을 – 수사절차를 통해 – 할 수 있도록 하여야 한다.

2. 각 개별법령상의 제도 정비

⑴ “이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때”에 조사권을 행사할 수 있도록 규정하는 것은 지양되어야 한다. 조사권 행사의 범위를 구체화하여 규정할 필요가 있다. 이것은 그 범위가 – 형벌을 부과하기 위한 조사를 포함하여 - 무한히 확대될 수 있는 극히 추상적이고 자의적인 개념 요소로서 관계 공무원에 대한 지나치게 과도한 조사권을 부여하고 있는 것이기 때문이다. 「폐기물관리법」의 개정(2019년) 사례가 참고가 될 수 있다.

⑵ 개별 행정법률에서는 조사 방법에 대하여 구체적으로 규정하고 있다. 그러나, 조사의 구체적인 방법에 대한 규정이 없거나 비체계적으로 규정하는 경우가 있다(「아동복지법」 제66조 등). 조사권을 규정할 경우 그 조사 방법에 대하여 구체적이고 체계적으로 규정할 필요가 있다.

한편, 피조사자의 기본권 보호를 위하여, 조사권 행사를 위한 방법을 일차적으로 피조사자의 기본권에 비교적 침해가 덜 되는 방법인 “관계 물품・서류 제출명령”을 규정하고, 그것으로 소기의 목적을 달성하기 어려운 경우(1차적 조사방법 거부 등)에 2차적으로 “현장 조사”를 규정하는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.

⑶ 보고 및 조사는 행정조사 방법으로서 차이만 있고 본질적으로는 동일한 형태의 조사임에도 불구하고 이를 구분하여 규정하는 경우가 있다(고용보험법 등). 양자는 실질적으로 동일하기 때문에 보고・조사 규정을 통합적으로 규정할 필요가 있다. 행정조사와 관련한 기본원칙(사전통지, 조사결과 통지 등)이 보고에 해당하는 경우에는 적용되지 않는 것으로 입법 또는 해석되기(또는 해석 될 수 있기) 때문이다.

⑷ 대부분의 법률에서는 행정조사권 행사의 방해 등의 행위에 대한 제재로서 ‘과태료’를 부과도록 규정하고 있다. 그러나 이에 대한 제재로서 중한 형벌을 규정하는 경우가 있다. 행정조사의 성격과 목적을 고려해 볼 때, 과 행정조사 협력의무에 대한 위반은 단순한 보고의무의 불이행이나 자료제출 의무의 위반에 해당하는 것으로 과도한 형벌 부과는 그 정당성을 인정하기 어렵기 때문에 – 특별한 이유가 없다면 - 행정조

사 방해 등의 행위에 대한 형사제재는 과태료로 전환하는 것이 타당할 것이다.

⑸ 진술거부권은 헌법상의 권리로서(제12조 제2항), 특히 법 위반행위 조사와 관련한 행정조사의 경우에는 그 조사과정에서의 진술이 형사상 불리한 경우로 작용할 개연성이 매우 높기 때문에 헌법상의 진술거부권을 침해할 우려가 매우 크다. 따라서 법 위반행위 조사와 관련한 질문권은 삭제하거나 극히 제한적으로 인정할 필요가 있고, 그것을 인정하는 경우에도 그에 대한 재재를 두지 않는 것이 바람직하다. 또한 제재규정을 두는 경우에도 "정당한 사유"가 있는 경우에는 제재를 받지 않도록 명문으로 규정할 필요가 있다.

⑹ 증표제시의무를 반드시 사업장 등 출입조사에 한정하여 인정할 이유는 없다고 생각된다. 행정조사와 관련하여 기본적으로 피조사자와의 대면 절차가 있는 경우에는 이를 제시하도록 규정할 필요가 있다. 그리고 증표제시의무 규정이 없는 경우는 보완이 필요하다. 그리고 조사목적 등을 기재한 문서의 제시의무는 – 절차적 보장을 위하여 – 모든 법령에 규정할 필요가 있다.

또한 각 개별 법률에 「행정조사 기본법」에 규정되어 있는 내용을 부분적으로 규정하는 것 보다는 또는 「행정조사 기본법」 보다 후퇴하는 규정을 두는 것 보다는 "…에 따른 질문 또는 조사의 내용·절차·방법 등에 관하여 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는 「행정조사 기본법」에서 정하는 바를 따른다"라고 명문으로 규정하는 방식을 취하는 것이 타당하다고 생각된다.

⑺ 변호인의 조력을 받을 권리는 모든 조사영역에 규정할 필요가 있다. 특히 특별행정기관의 – 각 개별 법령에서 규정하고 있는 - 행정조사는 범죄 수사에 준하는 정도의 권한을 행사하고 있는 영역이라 할 수 있고 이에 따라 국민의 기본권 침해 우려가 매우 크기 때문에 조사 단계에서부터 피조사자의 방어권을 충분히 보장할 필요가 있기 때문이다. 행정조사의 거부 등의 행위에 대하여 제재를 부과하도록 규정하고 있는 현행법 체계하에서는 변호인등의 조력을 받을 권리까지 인정하지 않는 것은 타당하지 않다. 그리고 피조사자의 권리보호 측면에서 고시에 규정하고 변호인 조력권 규정은 '법률'에 상향조정할 필요가 있고, 그 인정도 제한적으로 인정하고 있는 범위를 모든 검사·조사 과정으로 확대할 필요가 있다.

⑻ 행정조사의 절차적 보장은 형사절차상의 강제수사(압수·수색)에 비해 매우 미

약하기 때문에 조사권 방해 행위 등에 대하여 강제조사(수사)와 같은 정도의 침해를 허용하는 것은 인정될 수 없다. 따라서 조사 상대방의 조사 거부에 대한 물리력 행사는 엄격히 금지되어야 한다.

3. 특별 행정기관의 행정조사 개선

⑴ 금융위원회, 공정거래위원회 등의 법위반행위조사는 행정조사를 통해 형사소추로 이어지는 준사법적 성격을 갖고 있지만 형사절차에 준하는 엄격한 절차적 규정은 마련되어 있지 않다. 피조사자에 대한 절차적 권리보장 규정은 – 고시가 아닌 - 법률에 규정할 필요가 있다.

⑵ 근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무 수행(조사권 행사)과 관련하여, 피조사자의 절차적 보장에 관한 특별한 규정이 마련되어 있지 않다. 그 절차에 관한 세부적 규정을 법령으로 마련할 필요가 있다.

그리고 근로감독관의 직무 관련 개별 법률에서의 규정 내용과 관련하여서도, 조사권 발동 요건을 보다 구체화 할 필요가 있고, 조사자의 절차적 보장에 관한 특별한 규정이 마련되어야 하고, '진술 거부'나 '거짓 진술'에 대한 제재규정의 재검토가 필요하다.

⑶ 금융위원회의 불공정 거래조사는 특히 결과적으로 형사절차로 이어질 수 있는 개연성이 매우 높은 활동이기 때문에, 특히 이 영역에서는 수사활동으로 진행되어야 하고, 행정절차로 진행되는 경우에도 수사활동에 준하는 정도의 절차보장 규정이 마련되어야 한다. 또한 금융위원회의 직무 관련 개별 법률이 가지고 있는 절차적 보장 규정의 미비 점 등이 개선되어야 한다.

⑷ 행정기관은 아니지만 선거관리위원회의 선거범죄 조사관련 규정은 향후 공정거래위원회 등 특별 행정기관의 조사활동에 대한 개선에 참고가 될 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

강구진, “제재세와 조세범에 관한 일고찰”, 서울대 법학 제24권 제2·3호(1983).

강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 형사법의 신동향 통권 제37호(2012·12).

고성춘, 조세형사법, 삼일인포마인, 2013.

국회 법제실, 2019년도 법제이론과 실제, 2019.

금융감독원, 2013년 금융감독제도, 2013.

금융감독원, 상호금융 검사업무 안내서, 2019.

김근주·박은정·전형배, 근로감독제도의 정책적 개선방안, 한국노동연구원, 2018.

김기우·노상헌·조임영·오상호, 근로감독제도 개선방안 - 우리나라와 외국의 단체협약시정제도 운영사례를 중심으로, 한국노총 중앙연구원, 2017.

김남진·김연태, 행정법Ⅰ, 법문사, 2020.

김민배, “미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차”, 한국산업보안연구 제9권 제2호 (2019).

김성태, “통신법상의 행정조사”, 행정법연구 제17권(2007).

김세규, 행정법상 직권탐지원칙에 관한 연구, 동아대학교 석사학위논문, 2001.

김영조, “미국행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰”, 토지공법연구 제21집(2004).

김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제8권 제3호(2007/8).

김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 박영사, 2016.

김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정”, 경찰학연구 제14권 제4호(2014).

김재광, “행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰”, 단국대 법학논총 제33권 제2호(2009).

남궁주현, “현실매매에 의한 시세조종행위의 성립요건에 관한 고찰”, 한국증권법학회 제171회 정기세미나(2011.08) 발표문.

박균성, 행정법강의, 박영사, 2020.
박균성, 행정법론(상), 박영사, 2020.
박윤흔 · 정형근, 최신행정법강의, 박영사, 2009.
백상진, “수사절차와 관련된 행정절차의 통제방안에 관한 연구”, 한국경찰학회보 제18권 제1호(2016).
손재영, “경찰관직무집행법 제7조에 따른 위험방지를 위한 출입에 있어서 ‘출입’의 개념”, 공법연구 제39권 제2호(2010).
신동운, “조세범칙사건의 처리절차”, 서울대 법학 제39권 2호(1998).
신동운, 신형사소송법[제12판], 법문사, 2020.
안대희, 조세형사법, 법문사, 2005.
안상현, “미국에서의 행정기관의 개인정보 수집 관련 법제”, 월간법제 2009권 10호(2009).
오준근, “행정조사제도의 법리적 논의 · 입법동향의 평가와 개선방안에 관한 연구”, 공법연구 제45집(2009).
원대성, “금융감독원 불공정거래 조사 과정에서 발생한 피조사자의 절차적 권리 보장의 문제”, 연세글로벌 비즈니스 법학연구(YGBL) 제10권 제2호(2018.12).
이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학 제72호(2014).
이성일, 행정조사의 법제현황과 시사점, 전국경제인연합회(CER-2002-08), 2002.
이은모, 형사소송법, 박영사, 2012.
이재구 · 이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 – 실무자의 관점에서”, 한양대 법학논총 제35집 제2호(2018).
이정수, “금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토”, 법학평론 제5권(2015.2).
이주원, 형사소송법, 박영사, 2020.
이천현, 형사정책역량강화를 위한 조세범처벌절차법 개정방안 연구, 법무부 용역보고서, 한국형사정책연구원, 2007.
임철희, “준법감시, 내부조사 그리고 형사증거법”, 형사정책연구 제30권 제1호(2019 · 봄호)
장민선 · 박훈민, 불합리한 행정조사 정비방안 연구, 한국법제연구원, 2017.
정무위원회 전문위원 김원모, “행정조사기본법 일부개정법률안(김종석의원 대표발의:

의안번호 제18708호) 검토보고, 2019.8.

정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38권 제2호(2014).

조형석, 회계검사와 직무감찰 통합수행, 감사연구원, 2017.

채향석, 사례로 알아보는 행정명령(www.gyeongnam.go.kr/board/download.gyeong) (최종방문: 2020.11.20.).

최정희, “미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구”, 한국법학회 법학연구 제19권 제4호(2019).

최환용 · 장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원, 2016

행정안전부, 인권중시 · 감사신뢰도 제고를 위한 감사(감찰) 단계별 실무매뉴얼, 2018.12.

홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2020.

홍지은, “특별사법경찰의 행정조사와 수사: 진술서 작성 및 자료제출 요구를 중심으로”, 범죄수사학연구 통권 제10호(2020).

데일리메디 2020-07-20 〈복지부 공무원 없이 심평원 직원의 현지조사 “위법”〉 (http://www.dailymedi.com/detail.php?number=858383)(최종방문: 2020.12.22.).

법률신문 2019-12-19 〈‘조사과정 변호사 입회 금지’ 논란 금감원 상대 헌법소원 각하〉 (https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=158118)(최종방문: 2020.11.20.).

세무용어사전 참조(https://txsi.hometax.go.kr/docs/customer/dictionary/view.jsp?word=&word_id=6050) (최종방문: 2020.11.02.).

의협신문 2020-07-16 〈보건복지부 공무원 없이 진행된 현지조사 “위법”〉 (https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=135367) (최종방문: 2020.12.22.).

청년의사 2020-12-01 〈복지부 공무원 빠진 현지조사에 연이어 ‘위법’ 판결〉 (https://www.docdocdoc.co.kr/news/articleView.html?idxno=2005167) (최종방문: 2020.12.22.).

2. 국외문헌

[독일문헌]

App, Michael, in: Klaus Wimmer (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum InsO, Hermann Luchterhand Verlag, 2002.

Badura, Peter, Das Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, De Gruyter, 2002.

Baeck, Ulrich/Deutsch, Markus, Arbeitszeitgesetz: ArbZG, C.H. Beck Verlag, 1999.

Bittmann, Folker/Rudolph, Carolin, Das Verwendungsverbot gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, wistra 2001.

Dingeldey, Thomas, Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, NStZ 1984.

Eckhoff, Rolf, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht: Die Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmässigen Vollzug des Einkommensteuerrechts, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1999.

Engelhardt, Gerd, in: Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Luchterhand (Verlag), 1999.

Gössel, Karl Heinz, Über das Verhältnis von Beweisermittlungsverbot und Beweisverwertungsverbot unter besonderer Berücksichtigung der Amtsaufklärungsmaxime der §§ 160, 244 II StPO, NStZ 1998.

Grupp, Klaus, Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, VerwArch 80, 1989.

Hentschel, Peter, Straßenverkehrsrecht, München C.H.BECK, 2001.

Lampe, Joachim in: Karlsruher Kommentar-OWiG, C.H.BECK, 2000.

Mark K. Sellers, Esq., Introduction to the Internal Revenue Services's "Parallel" Investigations, Insights, Autumn, 2013.(http://www.willamette.com/insights_journal/13/autumn_2013_2.pdf)(최종방문: 2020.10.18.).

Mösbauer, Heinz, Steuerfahndung im Rechtsstaat, DStZ 1986.

Passauer, Michael, in: MünchKomm-InsO, C.H.Beck, 2002.

Reiß, Wolfram, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, Habil. Bonn 1987.

Richter, Hans, Auskunfts- und Mitteilungspflichten nach §§ 20, 97 I ff. InsO, wistra 2000.

Ritgen, Klaus, in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG, 9. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2010.

Rixen, Stephan, in: Ignor/Rixen, Handbuch für Arbeitsstrafrecht, Richard Boorberg Verlag 2002,

Rogall, Klaus, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO, Carl Heymanns Verlag, 2001.

Rüster, Susanne, Der Steuerpflichtige im Grenzbereich zwischen Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, Göttingen, 1989.

Schäfer, Herbert, Das Opfer steht in dritter Reihe Ein Beitrag zur Frage der administrativen Viktimisation, in: Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag, De Gruyter, 1982.

Schoreit, Armin, in: Karlsruher Kommentar-StPO, C.H.BECK, 1999.

Siegmund, Manfred/Marwinski, Ralf, Allgemeine Grundsätze, Subjekte und Ablauf des Verwaltungsverfahrens, in: Brandt/Sachs (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, C.F. Müller, 2003.

Söhn, Hartmut, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Otto Schmidt, 2009.

Spiecker gen. Döhmann, Die informationelle Inanspruchnahme des Bürgers im Verwaltungsverfahren: Der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 24 VwVfG, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2007.

Stalinski, Dirk, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, Diss. Düsseldorf 2000.

Streck, Michael, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zum strafrechtlichen Verwertungsverbot bei Aussagen des Gemeinschuldners und seine Auswirkungen im Steuerstrafrecht, StV 1981.

Streck, Michael, Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht: Grundfragen des Steuerstrafrechts heute, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1983.

Stürner, Rolf, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1761.

Teske, Doris, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten und der Beweisverfahren im Besteuerungsverfahren und im Steuerstrafverfahren, Diss. Köln 1987.

Uhlenbruck, Wilhelm, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter im Insolvenzverfahren, NZI 2002.

Weyand, Raimund, Zur „Verwendung“ von Angaben des Schuldners für strafrechtliche Zwecke, ZInsO 2001.

Wienberg, Rüdiger, in: Hess/Weis/Wienberg, Insolvenzordnung: InsO, C.F. Müller, 2001.

Wittmann, Rolf, Mitwirkungspflicht und Aufklärungspflicht in der AO, StuW 1987.

Zaumseil, Peter, Der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren, VR, 2012.

[미국문헌]

Christian Babich, Parallel Proceedings: The Government's Double-team Approach and the Degradation of Constitutional Protections, Lewis & Clark Law Review; Fall 2007, Vol. 11 Issue 3.(https://law.lclark.edu/live/files/9562-lcb113art6babichpdf)(최종방문: 2020.10.18.).

Christopher Slobogin, Govenmental Dragnets, 73 L. & Contemp. Probs. 107 (2010)(https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1578&context=lcp)(최종방문: 2020.10.18)

Deborah K. McKnight, Administrative Subpoenas, Information Brief, Minnesota House of Representatives Research Department, November 2006. (https://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/adminsup.pdf)(최종방문: 2020.10.18.)

Donna Mussio, Drawing the Line Between Administrative and Criminal Searches; Defining the “Objective of the Search” in Environmental Inspections, 18 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 185(1990)(https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1500&context=ealr)(최종방문: 2020.10.18.)

Eve Brensike Primis, Disentangling Administrative Searches, 111 Colum. L. Rev. 254, (2011)(https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=articles)(최종방문: 2020.10.18.).

Eve Brensike Primus, Disentangling Administrative Searches, 111 COLUM. L. REV. 254, 255-57 (2011).(https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1407&context=articles)(최종방문: 2020.10.18)

G.S. Hans, Curing Administrative Search Decay, 24 B.U.J.SCI. & TECH. L. 12, (2018).(https://www.bu.edu/jostl/files/2018/03/1-Hans-Online-version.pdf)(최종방문: 2020.10.18)

Orin Kerr, the Case for the Third-Party Doctrine, 107 Mich, L. Rev. 561 (2008)(https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1348&context=mlr)(최종방문: 2020.10.18).

Parallel Proceedings: The Government's Double-team Approach and the Degradation of Constitutional Protections, Lewis & Clark Law Review; Fall 2007, Vol. 11 Issue 3.

Scott E. Sundby, A Return to Fourth Amendment Basics: Undoing the Mischief of Camara and Terry, 72 Minn. L. Rev. 383 (1988).(https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3311&context=mlr)(최종방문: 2020.10.18.).

Stephen Saltzburg, The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination. The University of Chicago Law Review, 53(1), (1986).(https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4441&context=uclrev)(최종방문: 2020.10.18.)

William F. Funk/Sidney A. Shapiro/Russell L. Weaver, Administrative Procedure and Practice, Problems and Cases, 5th Edicion, 2014.

미연방회계감사원 (https://www.gao.gov/special.pubs/gao-07-223sp/law_enforcement_survey_table.html) (최종방문: 2020.10.20.)

[일본문헌]

藤原静雄,「行政調査論の現状と課題」, 筑波ロージャーナル5号, 2009/3.

笹倉宏紀,「行政調査」, 法律時報 vol85, 日本評論社, 2013/1.
曽和俊文, 『行政調査の法的統制』, 弘文堂, 2019.
https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=323AC0000000025 (최종방문: 2020.10.17.)
https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=323AC0000000025 (최종방문: 2020.10.17.)
https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=337AC0000000066 (최종방문: 2020.10.17.)
https://www.fsa.go.jp/sesc/aboutsesc/about_law.htm#hansokujiken (최종방문: 2020.10.17.)
https://www.fsa.go.jp/sesc/news/c_2013/2013/20130830-5/01.pdf (최종방문: 2020.10.17.)
https://www.jftc.go.jp/dk/seido/hansoku.html (최종방문: 2020.10.17.)
https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kohon/tuusoku/pdf/11.pdf(최종방문: 2020.10.17.)
https://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/kaisaijokyo/mtng_21st/mtng_21-9.pdf (최종방문: 2020.10.17.)
https://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/kaisaijokyo/mtng_28th/mtng_28-2.pdf(최종방문: 2020.10.17.)
https://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng_5th/mtng_5-2-3.pdf (최종방문: 2020.10.17.)

Abstract

Criminal Investigation of Administrative Agencies: Analysis of the Current Status and Improvement Measures

Lee, Cheonhyun · Lee, Kwoncheol · Lee, Jungmin · Lee, Joohee

1. administrative investigation against “violation of the law”

There is a dual regulatory system mostly against violations of the laws in Korean administrative laws. In other words, not only administrative measures or sanctions (permission cancellation, business suspension, improvement orders, administrative money penalty, administrative fine for negligence etc.) but also criminal penalties (imprisonment or fines) are imposed on violations of the law. The exercise of administrative investigation right by administrative agencies against “violation of the law” includes implicit and explicit connectivity to criminal procedure inevitably in addition to administrative measures and sanctions. Therefore, under our actual legal system, which has a dual sanction system for violations of the law, the exercise of administrative investigation rights against “law violations” - as extremely arbitrary exercise of administrative power - will be hard to justify.

In short, administrative investigations against violations of the law should be minimized as a potential investigation activity that could violate seriously the basic rights of persons under investigation and could lead them to criminal punishment in the future.

Investigation activity, that is criminal investigation activity, is an area that investigative agencies (general investigative police and special investigative

police) should be in charge of. Examples of relevant legislation include the「 ACT ON THE MANAGEMENT AND PROMOTION OF REAL ESTATE DEVELOPMENT BUSINESS」(Article 21) and the「FRAMEWORK ACT ON EMPLOYMENT POLICY」(Article 38). However, there will be no room for controversy in the cases of a simple administrative investigation that the administrative investigation against the violation of the law is not linked to the criminal procedure.

Inevitably, due to the necessity of administrative purposes such as accusation or investigation request to the investigative agency, even if the administrative investigation against violation of the law is admitted, the administrative agency must only check the formal factual relationship as to whether it is a violation of the law. Also, administrative investigation method should be limited to the minimum degree of investigation activity by request for data submission to related public institutions.

On the other hand, another point to consider in legislation for administrative investigations on violations of the law is that administrative public officials are granted "special judicial police rights" in many areas. They should be able to investigate against violations of the law through criminal investigation procedures.

2. System improvement in each individual law

(1) Provisions for the exercise of the right to investigate "when it is deemed necessary for the enforcement of this Act" should be avoided. Also, it is necessary to specify the scope of the exercise of the right to investigate. This is because the scope of the right to investigateis an extremely abstract and arbitrary conceptual element that can give excessively excessive investigation power to the administrative officials concerned - including investigations to impose criminal penalties. An example of the revision (2019) of the「WASTE MANAGEMENT

ACT」 can be used as a reference.

(2) Individual administrative laws specifically stipulate the method of administrative investigation. However, there are cases in which there are no regulations on the specific method of administrative investigation or the regulations are unsystematic (for example, Article 66 of the 「CHILD WELFARE ACT」). In the case of stipulating the right of administrative investigation, it is necessary to stipulate the investigation method in a specific and systematic manner.

On the other hand, in order to protect the basic rights of persons under investigation, as a method for exercising the right to investigate, the "order to submit related goods and documents", which is a method that is relatively less infringing on the basic rights of persons under investigation, should be prescribed primarily. And, it is necessary to seek a plan to stipulate "field investigation" secondarily only in cases where it is difficult to achieve the intended purpose by "order to submit related goods and documents"(refusal of the primary investigation method, etc.).

(3) "Reports" and "Investigations" are only different as administrative investigation methods, and although they are essentially the same type of investigation, there are cases where they are classified separately (「EMPLOYMENT INSURANCE ACT」 etc.). Since both are substantially the same, it is necessary to stipulate the "reports" and "investigation" regulations in an integrated manner. This is because the basic principles related to administrative investigations (prior notice, notice of investigation results, etc.) are legislated or interpreted (or can be interpreted) as not applicable in the case of "reports".

(4) Most laws stipulate that "administrative fine for negligence" be imposed as sanctions against acts such as interfering with the exercise of administrative investigation rights. However, there are cases where severe criminal penalties are stipulated as sanctions. Considering the nature and purpose of the administrative investigation, the violation of the obligation to cooperate in an administrative

investigation corresponds to a failure to comply with the obligation to report or to submit data, and the imposition of excessive criminal penalties is difficult to recognize. Therefore - if there is no specific reason - it would be reasonable to convert criminal sanctions for acts such as obstruction of administrative investigations into administrative fine for negligence.

(5) In the case of an administrative investigation related to the investigation of violations of the law, there is a high possibility that the statement in the administrative investigation process will be used in criminal procedure, and there is a high possibility that it violates the "right to refuse to make a statement" (「CONSTITUTIONAL LAW」 Article 12 (2)). Therefore, the "right to question" related to the administrative investigation of violations of the law needs to be deleted or extremely limited. Even if it is admitted restrictively, it is advisable not to prescribe sanctions against the exercise of the right to remain silent. In addition, even if there are sanctions regulations, it is necessary to stipulate them in a clear form so that they are not subject to sanctions if there are "justifiable reasons".

(6) There is no reason to believe that the "obligation to present a certificate" is limited to the "field investigation". In relation to administrative investigations, if there is a procedure for face-to-face with persons under investigation, it is necessary to stipulate certificate to be presented. In addition, if there is no provision of the "obligation to present a certificate", supplementation is necessary. In addition, the "obligation to present documents" stating the purpose of investigation - to ensure procedural guarantees - needs to be stipulated in all laws.

In addition, rather than partially stipulating the contents stipulated in the 「FRAMEWORK ACT ON ADMINISTRATIVE INVESTIGATIONS」 in each individual law, or setting a rule that retreats from the 「FRAMEWORK ACT ON ADMINISTRATIVE INVESTIGATIONS」, it is reasonable to take the following method: "… subject to the provisions of the 「FRAMEWORK ACT ON ADMINISTRATIVE INVESTIGATION

S」 except for the matters prescribed in this Act regarding questions or investigations related to the contents, procedures, and methods."

(7) The "right to the assistance of a lawyer" needs to be defined in all areas of administrative investigation. In particular, administrative investigations of special administrative agencies - as stipulated by individual laws - can be said to be an area in which the authority equivalent to criminal investigations is exercised. Accordingly, there is a very high concern for infringement of the basic rights of the people. This is because it is necessary to sufficiently guarantee the right of the persons under investigation.

Under the current legal system that stipulates imposing sanctions on acts such as refusal of administrative investigations, it is not reasonable to not recognize the "right to receive assistance from lawyers". In addition, in terms of protection of the rights of the persons under investigations, the "right to receive assistance from lawyers" stipulated in the "public notice" needs to be adjusted upward to the "law". And it is necessary to expand the scope of the rights, which is limitedly recognized, to all inspection and investigation processes.

(8) Procedural guarantees for administrative investigations are very weak compared to compulsory investigations in criminal proceedings (seizure and search), so it cannot be admitted to allow infringement to the same extent as compulsory investigations (criminal investigations) against acts that hinder investigation rights. Therefore, the exercise of force for refusal of administrative investigation by the other party should be strictly prohibited.

3. Improvement of administrative investigation by special administrative agencies

(1) Despite the fact that investigations of violations by the Financial Services Commission or Fair Trade Commission etc. have a quasi-judicial nature that leads to criminal prosecution through administrative investigations, strict procedural

regulations similar to criminal procedures have not been established. Provisions for guaranteeing procedural rights for the examinee need to be stipulated in not the “public notice” but the “law”.

(2) In relation to the performance of the labor inspector’s duties (exercise the right to investigate) pursuant to Article 101 of the 「Labor Standards Act」, no special provisions have been made on the procedural guarantee of the persons under investigations. There is a need to prepare detailed regulations on the law.

With regard to the provisions of the labor inspector’s duties-related individual laws, it is necessary to further specify the requirements for invoking his right to investigate, and special provisions regarding the procedural guarantee of the persons under investigations must also be prepared. In addition, sanctions against “rejection of statements” or “false statements” need to be reviewed.

(3) The Financial Services Commission’s investigation of unfair trade is a highly likely activity that can lead to criminal proceedings as a result. Therefore, especially in this area, investigations should be proceed not administrative investigations but criminal investigations. Even if it is conducted as an administrative procedure, provisions for guaranteeing the procedure equivalent to that of the criminal investigation activity must be prepared. In addition, deficiencies in the provisions of procedural guarantees in individual laws related to the duties of the Financial Services Commission should be improved.

(4) Although it is not an administrative agency, the Election Commission’s regulations related to the investigation of election crimes (「PUBLIC OFFICIAL ELECTION ACT」) may serve as a reference for improving the investigation activities of special administrative agencies such as the Fair Trade Commission.

연구총서 20-A-07

행정기관의 범죄조사권
현황분석 및 개선방안 연구

발　　행 | 2020년 12월
발 행 처 | 한국형사정책연구원
발 행 인 | 한 인 섭
등　　록 | 1990. 3. 20. 제21-143호
주　　소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114
전　　화 | (02)575-5282/5283
홈페이지 | www.kic.re.kr
정　　가 | 10,000원
인　　쇄 | (주)계문사 02-725-5216
I S B N | 979-11-89908-77-5 93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.