

행정조사의 공법상 한계에 관한 연구

연 구 자 : 사단법인 한국공법학회
연 구 책 임 자 : 전 학 선 (한국외국어대학교 교수)
공 동 연 구 원 : 김 재 광 (선문대학교 교수)
임 현 (고려대학교 교수)
김 재 선 (부산대학교 교수)

제 출 문

법원행정처장 귀하

본 보고서를 귀 기관으로부터 의뢰받은 「행정조사의 공법상 한계에 관한 연구」의 최종보고서로 제출합니다.

2019. 11.

사 단 법 인 한국 공 법 학 회

내용 목차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적 및 필요성	3
I. 연구의 목적	3
II. 연구의 필요성	4
제2절 연구의 범위와 내용	6
I. 연구의 범위	6
II. 연구의 내용	6
제2장 행정조사제도	9
제1절 행정조사의 의의	11
I. 행정조사의 개념	11
II. 행정조사의 유형	13
III. 행정조사와 다른 개념과의 구별	16
제2절 행정조사의 법적 근거	23
I. 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사의 법적 근거	23
II. 일반법적 근거	23
III. 개별법적 근거	23
제3절 행정조사의 공법상 한계 검토	25
I. 적법절차원칙의 인정 여부	25
II. 진술거부권의 인정 여부	26
III. 법치행정의 원칙 및 행정법의 일반원칙	28
IV. 행정조사와 실행행사	31
V. 위법한 행정조사와 행정행위의 효력	33
제4절 행정조사의 현행법 규율내용 검토	36

I. 행정조사기본법	36
II. 국세기본법	38
III. 공정거래법	46
IV. 소결	49
제5절 요약	52
 제3장 행정조사와 영장주의 적용가능성	57
제1절 이론적 검토	59
I. 행정조사와 형사수사의 구별	59
II. 현행법상 영장주의의 법적 근거	71
제2절 영장의 법적 성질	73
I. 영장의 의의 및 유형	73
II. 영장의 내용	77
III. 영장주의의 행정절차에의 적용 여부	80
IV. 헌법재판소에 의한 영장주의 위배 결정	82
제3절 행정조사에 대한 영장주의 적용가능성	84
I. 논의의 배경	84
II. 행정조사와 영장주의 관련 논의	85
III. 판례의 입장	88
IV. 소결 및 평가	89
제4절 행정영장 도입가능성	91
I. 기존 영장주의 도입논의에 관한 비판적 접근	91
II. 행정영장 도입 논의	92
 제4장 행정조사의 공법상 한계에 관한 비교법적 고찰	95
제1절 개설	97
제2절 미국의 경우	98

I. 미국 행정조사제도 개관	98
II. 미국 행정조사와 공법상 한계 논의	100
III. 위법한 행정조사의 효과	114
IV. 요약 및 소결	116
제3절 독일의 경우	119
I. 독일 행정조사제도 개관	119
II. 독일 행정조사와 공법상 한계 논의	132
III. 위법한 행정조사의 효과	134
IV. 요약 및 소결	135
제4절 프랑스의 경우	137
I. 프랑스의 영장제도	137
II. 프랑스의 행정조사제도	138
제5절 일본의 경우	155
I. 일본 행정조사제도 개관	155
II. 일본 행정조사와 공법상 한계 논의	179
III. 위법한 행정조사의 효과	188
IV. 요약 및 소결	191
 제5장 행정조사의 현안과 쟁점 분석	199
제1절 행정조사기본법 및 개별법령에서의 행정조사제도 분석	201
I. 행정조사기본법상 행정조사제도	201
II. 개별법상 행정조사제도	204
제2절 행정조사의 헌법상 한계로서 헌법상 적법절차원칙 적용여부 및 적용범위	206
I. 행정조사와 적법절차	206
II. 행정조사와 영장주의	206
III. 행정조사와 진술거부권	207
제3절 행정조사의 행정법적 한계로서 법치행정의 원리 및 행정법의 일반원칙	208

제4절 위법한 행정조사의 효력	209
제5절 행정조사에 대한 사법적 통제방안	210
I. 행정쟁송	210
II. 행정상 손해전보	211
 제6장 결론	 213
 참고문헌	 218

제1장
서론



제1절 연구의 목적 및 필요성



I. 연구의 목적

현대 국가에 있어서는 사회복지국가를 지향하면서 행정부의 권한과 역할이 확대되고 있다. 행정부의 권한이 확대되면서 행정작용이 활발하게 나타나고 있고, 이에 따라 행정조사의 활용이 증대되고 있다.

우리나라는 2007년 행정조사기본법을 제정하여 행정조사에 관한 기본적이고 필수적인 사항을 법제화하였다. 행정조사기본법은 정책수립 등을 위하여 행정기관이 실시하여 온 행정조사가 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 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 보호하려는 목적으로 제정되었다.

행정 역할의 확대에 의해 정책결정 및 행정작용의 결정을 위한 사전적·준비적 활동으로서 행정조사의 활용이 증가되고 있고, 또한 비범죄화 경향 등으로 인해 형사제재가 행정제재로서 바뀌는 등 행정조사의 중요성이 증대되고 있는 것이 사실이다.

그러나 행정조사를 함에 있어서 법률에 근거를 두고 있으나, 행정조사기본법을 제정할 당시의 취지인 행정조사에 대한 부담 경감과 국민의 권익보호가 충분하지 못하게 되는 상황에 이르렀다. 즉 행정조사의 범위는 어디까지이며, 행정조사를 하는데 있어서 공법적인 문제, 예를 들어 적법절차원리 및 영장주의 등에 위배되는 것은 아닌지 하는 문제점이 나타나고 있다.

이에 행정조사가 국민들의 권익을 보호하고자 하는 점에서 행정조사기본법이 제정되어 시행되어 왔으나, 이에 대한 통제기준이 명확하지 못하다는 비판이 제기되고 있다.

따라서 행정조사에 있어서 공법상 한계에 관한 검토를 통해 행정조사제도의 입법적 개선방안을 제시하고, 학계의 논의와 재판실무의 개선에 기여하는 것을 연구의 목적으로 한다.

II. 연구의 필요성

행정부 역할의 확대에 의해 정책결정 및 행정작용의 결정을 위한 사전적·준비적 활동으로서 행정조사의 활용이 증가되고 있고, 비범죄화 경향 등으로 인해 형사제재의 행정제재로서의 변화가 나타나는 등 행정조사의 중요성이 증대되고 있다.

2017년 3월 기준으로 규제정보화시스템(RIS)에 등록된 행정조사는 26개 부처 690건에 달하는 것으로 나타나고 있다.

유형	현황(건)				
소관기관	국토부	환경부	고용부	농식품부	기타
	163(23.6%)	98(14.2%)	56(8.1%)	49(7.1%)	324
조사방법 (기본법)	현장조사	자료제출	출석요구	시료채취	기타
	332(48.1%)	281(40.7%)	7(1.0%)	6(0.9%)	64
조사목적 (자체분량)	관리·감독	위법사항 확인	통계·현황조사	처분요건 확인	기타
	249(36.0%)	193(27.9%)	169(24.4%)	15(2.1%)	64

또한 2017년 5월-6월 중 실시된 부처별 행정조사 전수조사 및 실체점검 결과에 의하면 27개 부처, 273개 법률 등에 근거하여 595건의 행정조사가 실시되었다.¹⁾

그러나 행정조사의 중요성 및 빈번한 활용에 비하여 행정조사의 공법상 한계에 관한 법적 근거 및 사법적 통제기준은 충분하지 못한 상황이다. 헌법 제12조에 규정된 적법 절차원리는 공권력에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리로서, 1987. 10. 29. 공포된 9차 개정헌법에서 처음으로 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리로 채택되

1) 장민선·박훈민, 불합리한 행정조사 정비방안 연구, 한국법제연구원, 2017. 7, 33면.

었는데, 그 의미는 누구든지 합리적이고 정당한 법률의 근거와 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색을 당하지 아니함은 물론, 형사처벌 및 행정벌과 보안처분, 강제노역 등을 받지 아니한다고 이해되는바, 이는 형사절차상의 제한된 범위 내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되든 아니든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 한다(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바196).

즉 적법절차원리는 형사절차에 한정되지 않고 행정의 영역에도 적용된다고 보고 있으나, 적법절차원리의 내용이 행정조사에 어떠한 정도로 적용되는지에 대해서는 현행 법과 판례 모두 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다. 즉 적법절차원리의 내용인 영장주의, 진술거부권, 변호인의 조력권 등의 적용여부 및 적용범위에 관한 구체적이고 명확한 기준설정이 필요하다.

또한 행정조사의 행정법적 한계로서 법치행정원리(행정조사의 법적 근거), 비례성 원칙 등 행정법의 일반원칙 등에 관한 검토 역시 필요하다. 즉, 행정조사의 적정하고 명확한 공법상 한계의 설정을 통해 행정조사제도의 운영과 그에 대한 통제의 명확성을 확보하고 상대방의 권익보호를 충실히 할 것이 요구된다. 따라서 본 연구는 행정조사의 한계와 공법상의 제 원칙 내지 헌법상의 원칙들이 행정조사에 어떻게 적용되는 여부가 불분명한 상태이므로 이를 명확하게 하기 위하여 필요한 연구라 할 수 있다.

제2절 연구의 범위와 내용



I. 연구의 범위

본 연구는 행정조사의 효력 및 사법적 통제방안에 대한 논의를 체계화할 것이다.

행정조사의 효력에 관한 논의는 견해가 나뉘지고 있다. 위법한 행정조사에 근거한 행정결정의 효력 및 행정조사를 통해 수집한 증거의 형사절차에서의 증거능력 등이 면밀하게 검토됨으로써, 실제 사례에 있어 명확한 기준이 제시되는 것이 필요하다. 따라서 미국과 독일, 프랑스, 일본 등 외국의 행정조사 입법례 또는 실제 사례 등을 조사하여 외국에서의 행정조사의 효력과 한계에 관하여 조사하였다. 즉, 행정조사의 다양한 쟁점들과 관련된 비교법적 검토를 통하여 우리 법제에의 시사점을 도출하였다.

또한 행정조사제도의 개선방안을 제시하였다. 행정조사제도의 공법상 한계에 관한 다양한 쟁점에 대한 분석과 비교법적 검토를 통하여 현행 행정조사제도의 개선방안을 제시하였다. 따라서 본 연구의 결과는 행정조사제도의 학문적 논의를 풍부하게 하고, 입법적·사법적 개선을 위한 자료로서 활용될 수 있을 것이다.

II. 연구의 내용

－ 행정조사에 있어 헌법상 적법절차원리의 적용여부 및 적용범위 등을 구체화하기 위해서는 행정조사의 개념을 명확히 하고, 형사수사 등 관련된 다른 개념과의 관계가 정립될 필요가 있다. 따라서 행정조사의 개념과 다른 관련 개념과의 비교·검토하였다.

－ 행정조사에 대한 일반법인 행정조사기본법은 행정조사를 “행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동”으로 정의하고 있다(제2조).

－ 행정조사는 권력적 성격의 유무에 따라 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사로 구분되고, 대상에 따라 대인적 조사, 대물적 조사, 대가택 조사로 구분된다. 대인적 조사에는 출석, 진술요구, 보고요구, 자료제출요구 등이 있고(행정조사기본법 제9조), 대물적 조사에는 현장조사, 시료채취 등이 있다(행정조사기본법 제11조, 제12조).

－ 행정조사와 다른 개념과의 구별이 필요한데, 권력적 행정조사와 즉시강제의 구별이 어려울 수 있으나, 행정조사는 일반적으로 조사 그 자체를 목적으로 하는 것이 아니라 일정한 행정작용의 사전적·보조적 과정으로 이루어지는 것이므로 급박한 위험의 제거를 통하여 행정목적의 달성과하고자 하는 즉시강제와 차이가 있다. 또한 형사수사는 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제기와 유지여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동을 말하는 것으로, 행정조사와 형사수사는 그 조사의 목적, 범위, 주체 등에서 차이가 있고, 나아가 조사주체의 조직 법적 독립성, 양자를 규율하는 바탕이 되는 법률, 위법한 조사의 결과물에 대한 증거능력, 조사의 결과물에 대한 공개여부 등에 있어서도 차이가 있다.

－ 행정조사의 법적 근거에 관하여 검토하였다. 행정조사가 행정조사 상대방의 권익에 미치는 영향을 고려하면, 원칙적으로 법적 근거가 요구되며, 우리 법제는 행정조사에 대한 일반법으로서 행정조사기본법을 두고 있고, 그 외 많은 개별법령에서 행정조사에 관한 사항을 규율하고 있다. 행정조사에 관한 개별법상 근거로는 국세기본법상 세무조사(제81조의4), 경찰관직무집행법상 불심검문(제3조), 공정거래법상 위반행위의 조사(제50조), 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률상의 사업준비를 위한 토지의 조사(제9조) 등을 들 수 있다. 이처럼 다양한 개별법에서 행정조사에 대한 규율을 하고 있으며, 일반법인 행정조사기본법의 적용범위 밖에 있는 법률들이 상당수 있다(행정조사기본법 제3조 제2항). 따라서 개별법상 행정조사 상대방의 절차적 권리의 보장 정도에 차이가 있는데, 행정조사에 필수적으로 요구되는 절차조항들이 정비될 필요가 있다.

－ 행정조사의 적법성을 확보하기 위해서는 공법상 한계가 준수되어야 한다.

행정조사의 공법상 한계를 검토하기 위해서는 먼저 헌법상 한계로서 적법절차원리(영장주의, 진술거부권, 변호사 조력권)의 적용여부 및 적용범위의 문제가 논의되어야

한다. 또한 행정조사의 행정법적 한계로서 법치행정의 원리(행정조사의 법적 근거), 비례성 원칙 등 행정법의 일반원칙 등을 검토하였다.

－ 행정조사에 대한 현행법의 규율내용을 검토하였다. 현행법상 행정조사제도의 법령상 규율내용에 대한 분석을 통해 3.에서 살펴 본 적법절차원칙과 법치행정원리 및 행정법의 일반원칙 등이 현행 행정조사제도에 있어 어떻게 구현되고 있는지 비판적 검토를 수행하였다.

－ 또한 행정조사의 효력 및 형사절차에서의 증거능력, 행정조사의 사법적 통제 등을 검토하였다.

－ 이와 더불어 미국과 독일, 일본 및 프랑스에서의 행정조사에 관하여 조사하였다.

제2장

행정조사제도



제1절 행정조사의 의미



I. 행정조사의 개념

종래 행정조사 개념에 대해서는 독자성 부정설, 권력적 조사설, 비권력적 조사 포함설 등이 주장되었다.

첫째, 독자성 부정설은 행정조사라는 의미 자체를 부정하는 것은 아니지만, 행정조사를 권력작용, 실력행사로 보는 한 그것은 즉시강제에 포함되는 것으로 밖에 볼 수 없고, 따라서 별도로 행정조사에 적용되는 법리의 독자성을 인정하지 아니하는 견해이다.

둘째, 권력적 조사설은 행정조사의 독자성을 인정하면서도 상대방의 동의나 협력에 근거한 조사는 특별히 법으로 통제할 필요성이 없다는 인식하에 비권력적 조사를 제외한 권력적 조사, 즉 공권력의 발동에 기한 강제적 조사만을 행정조사로 정의하는 입장이다.

셋째, 비권력적 조사 포함설은 행정조사를 권력적 조사에만 국한하지 아니하고 비권력적 조사를 모두 포함하여 일체의 조사 작용으로 개념화하는 견해이다. 이 입장에서는 보통 행정조사를 ‘행정기관이 필요한 정보·자료 등을 수집하는 일체의 행정활동 또는 적정하고도 효과적인 행정을 위해 행정기관이 개인에 관한 자료·정보를 수집하는 사실 행위와 법적 행위의 합성적 행위로서의 조사 작용’으로 정의한다.

생각건대, 비권력적 조사 포함설이 타당하다. 논거는 다음과 같다. 첫째, 독자성 부정설은 행정조사를 권력적 조사에 국한하고 있는 점, 그리고 행정상 즉시강제와 행정조사의 차이점을 경시하고 있는 점에서 문제가 있다. 행정조사의 법리를 고찰함에 있어서는 영장주의의 적용문제 등 행정상 즉시강제의 법리와 함께 고찰할 수 있는 영역도 있지만, 진술거부권의 문제, 행정조사절차 등 행정상 즉시강제의 법리와는 별도로 고찰하여야 할 부분도 많다는 점에서 행정조사를 종래의 행정상 즉시강제의 일종으로 보는 것은 타당하지 않다. 특히 행정조사의 기능이 오늘날처럼 광범위하게 작용하고 행정조

사로부터 국민의 기본권이 침해될 가능성이 한층 높은 현대 상황에 비추어 볼 때, 행정 조사는 행정상 즉시강제와는 별도로 독립적인 행정법학의 연구대상으로 하는 것이 타당하다.

둘째, 권력적 조사설이 행정조사의 독자성을 인정하면서도 권력적 조사만을 행정조사로 보는 것은 종래 권력적 작용으로서의 행정상 즉시강제의 일부로서 행정조사를 검토하였던 종래의 행정법이론의 틀을 벗어나지 못한 입장으로 보인다. 이 견해를 취하는 입장에서는 비권력적 조사까지 행정조사의 개념에 포함시킨다면 그 범위가 너무 광범위하고 그 성격도 다양해지므로 통일적 법리의 형성이 어려울 뿐만 아니라 그러한 개념을 확립할 필요성도 없어질 것이라고 한다. 그러나 권력적 조사이든 비권력적 조사이든 모두 궁극적인 행정작용의 적정한 수행을 위한 자료·정보의 수집활동이라는 점, 행정의 실효성 확보를 위한 것이라는 점에서 차이가 없으므로, 양자를 모두 포함하여 행정조사로서 파악하는 것이 보다 논리적이라고 할 것이다. 또한 행정조사는 그 성질이 권력적이나 비권력적이냐의 여부, 강제나 임의나 보다 그와 관련된 개인의 프라이버시 보호가 더 중요한 문제라는 점을 고려한다면, 이 견해는 문제가 있다고 생각된다. 또한 비권력적 조사도 조사의 상황, 강제의 태양에 따라서는 실질상 권력적 조사와 다를 바 없이 운영될 수도 있다는 점에서 비권력적 조사를 행정조사의 개념에서 처음부터 제외시키는 것은 타당하다고 할 수 없다. 판례·학설상 행정조사의 법리가 많이 논의되고 있는 미국이나 일본의 경우도 행정조사를 반드시 권력적 조사에 한정하고 있지 않다는 점도 참고할 만하다. 다만, 권력적 조사가 비권력적 조사에 비하여 특히 개인의 권리를 침해할 우려가 많다는 점에서 법적으로는 권력적 조사가 주로 문제가 된다는 점을 부인하는 것은 아니다.

이러한 취지를 반영하여 행정조사기본법은 "행정조사"를 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다고 규정하였다(제2조제1호).

II. 행정조사의 유형

행정조사의 유형으로는 첫째, 행정행위의 형식과 사실행위의 형식에 따른 구분, 둘째, 강제성 존재 여부에 따른 분류, 셋째, 권력적 요소의 존재 여부에 따른 구분, 넷째, 직접조사와 간접조사에 따른 구분, 다섯째, 대상에 따른 구분, 여섯째, 조사목적에 따른 구분 등이 있다. 실무적으로는 강제성 존재 여부에 따른 분류(강제조사, 임의조사, 간접강제조사(준강제조사))가 주로 논의되고 있다.

1. 행정행위의 형식과 사실행위의 형식에 따른 구분

가. 행정행위의 형식을 취하는 경우

행정행위의 형식을 취하는 경우로는 보고서요구명령, 장부·서류제출명령, 출두명령 등을 들 수 있다.

나. 사실행위의 형식을 취하는 경우

사실행위의 형식을 취하는 경우로는 질문, 출입검사, 실시조사, 진찰, 검진, 앙케이트 조사 등을 들 수 있다.

2. 강제성 존재 여부에 따른 분류

가. 강제조사

강제조사는 조사대상자의 의사와는 무관하게 행정기관의 일방적인 명령이나 강제를 수단으로 행하여지는 조사를 말한다. 세무공무원이 조사의 방해를 실력으로 배제할 수 있는 조사가 이에 속한다. 강제조사는 조세범칙조사에서 행하여지는 것으로 법원의 압수수색영장에 의하여 이루어진다.

나. 임의조사

임의조사는 조사대상자의 협력성 및 자발성을 특징으로 하는 조사를 말한다. 예컨대,

세무조사 중 조사의 방해를 실력으로 배제할 수 없고 납세자의 동의가 있어야만 시행할 수 있는 임의조사가 이에 속한다.

임의조사에 조사에 불응한 납세자에 대하여 어떠한 제재도 하지 않는 순수한 임의조사와 조사에 불응한 납세자에 대하여 과태료 부과 등 처벌을 하는 간접강제조사로 나누는 견해²⁾도 있으나, 간접강제조사는 강제조사와 임의조사의 중간에 위치하는 것으로 보아야 하므로 임의조사와는 구별하는 것이 타당하다.

다. 간접강제조사(준강제조사)

간접강제조사(준강제조사)는 강제조사와 임의조사의 중간에 해당하는 것으로 볼 수 있는데, 임의조사이지만 간접강제적 성격을 띠는 조사를 말한다. 그 예로는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(공정거래법) 제69조의2 제1항 제5호 내지 제8호의 경우처럼 조사를 거부하거나 방해하는 행위에 대하여 과태료를 부과하는 경우에는 임의조사로 보기보다는 강제조사에 준하여 다루는 것이 바람직하다고 본다.³⁾

3. 권력적 요소의 존재 여부에 따른 구분

가. 권력적 조사

권력적 조사로는 국세청의 세무조사, 공정거래위원회의 위반행위에 대한 조사 등을 들 수 있다.

나. 비권력적 조사

2) 김용섭·이경구·이광수, 「행정조사의 사법적 통제방안 연구」(박영사, 2016), 64면

3) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 18~19면

4. 직접조사와 간접조사에 따른 구분

가. 직접조사

직접조사는 직접적으로 사람의 신체 또는 재산 등에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하는 행정조사를 말한다. 답변이 강요된 질문을 한다거나 가택 또는 신체에 대한 수색을 하는 것 등은 직접조사의 예이다.⁴⁾

직접조사는 신속하고 비교적 정확하게 행정조사의 목적을 달성할 수 있는 반면에, 직접적인 실력의 행사를 그 수단으로 하므로 그만큼 기본권에 대한 침해의 우려가 크다.⁵⁾

나. 간접조사

간접조사는 사람이 신체 또는 재산에 실력을 행사함이 없이 일정한 사항에 대한 보고 또는 자료를 제출하게 하거나 검사를 함으로써 하는 행정조사를 말한다. 이 경우에 행정기관에 의한 보고서제출요구 또는 검사에 대한 거부나 방해행위에 대하여 일정한 벌금을 과하여 간접적으로 관계인을 강제함으로써 행정조사의 목적을 달성하는 것이다.

이러한 행정조사는 일응 조사대상자의 자율적인 이행의 여지가 부여되므로 국민의 자유에 대한 보다 더한 보장을 기대할 수 있다.

5. 대상에 따른 구분

가. 대인적 조사

대인적 조사는 사람의 신체에 실력을 가함으로써 하는 행정조사를 말한다. 불심검문이 대표적인 예이다.

4) 이상규, 「신판 신행정법론(상)」(법문사, 1993), 563면

5) 이상규, 앞의 책, 563면

나. 대물적 조사

대물적 조사란 개인의 물건에 실력을 가함으로써 하는 행정조사를 말한다. 장부의 검사, 물건의 검사·수거, 시설물에 대한 조사 등은 대물적 조사의 예에 속한다.

다. 대가택조사

대가택조사란 개인의 주거나 영업소 등에 출입하여 강제적으로 일정한 상태 등을 조사하는 것을 말한다. 가택출입, 토지에의 출입·조사 등이 그 예이다.

6. 조사목적에 따른 구분⁶⁾

가. 개별적 조사

개별적 조사란 법률이 정하는 개별적·구체적 목적을 위하여 행하는 자료수집활동을 말한다. 예를 들어 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」제27조에 따라 토지 또는 물건조서를 작성하기 위하여 토지 등에 출입하여 조사하는 활동과 식품위생법 제17조에 따라 영업소 등에 출입하여 식품 등 또는 영업시설 등을 검사하는 활동이 이에 속한다.

나. 일반적 조사

일반적 조사란 일반적인 행정정책의 수립을 목적으로 하는 조사를 의미한다. 통계법에 의한 통계조사가 대표적인 예이다.

III. 행정조사와 다른 개념과의 구별

행정조사와 다른 개념과의 구별로는 첫째, 행정조사와 행정상 즉시강제와의 구별, 둘째, 행정조사와 행정단속과의 구별, 셋째, 행정조사와 범죄수사와의 구별 등을 살펴

6) 정하중, 「행정법개론」제8판(법문사, 2013), 493면

보고자 한다.

1. 행정조사와 행정상 즉시강제와의 구별

가. 행정상 즉시강제의 의미

일반적으로 행정상 즉시강제는 급박한 행정상의 장애를 제거할 필요가 있는 경우에 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란할 때에 즉시 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상의 필요한 상태를 실현하는 작용으로 정의되고 있다.⁷⁾

행정상 즉시강제가 가능한 것은 “급박한 행정상의 장애를 제거할 필요가 있는 경우에 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때”와 “성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란할 때” 등 두 가지 경우이다. 전자를 협의의 행정상 즉시강제로, 후자를 광의의 즉시강제로 보는 견해가 있다.⁸⁾ 그리고 이러한 구분을 행정상 즉시강제와 행정조사와의 접점에서 일정한 의미를 지닌다고 보는 견해도 제기되고 있다.⁹⁾ 즉 “협의의 행정상 즉시강제가 전제하는 상황은 공익에 대한 급박한 위험발생인데, 이러한 급박한 위험발생 상황에서 행정기관으로서는 행정조사와 행정상 즉시강제 작용을 함께 실행할 수 있음에도 불구하고, 기존의 협의의 행정상 즉시강제 개념 파악에서는 행정조사의 측면이 충분히 고려되지 못했다. 그 결과 협의의 행정상 즉시강제에서는 의무에 부합하는 상태의 실현이라는 측면이 지나치게 강조되어 결과적으로 영장주의를 무의미하게 만들 위험이 있고, 이러한 위험은 행정상 즉시강제에서 행정조사의 측면을 구분하려고 하였던 기존의 논의와 무관하지 않다”고 지적한다.

나. 행정조사와 행정상 즉시강제와의 구별

행정조사는 종래에는 행정상의 즉시강제의 테두리 속에서 다루어졌던 탓으로 독자적

7) 박균성·김재광, 「경찰행정법」제4판(박영사, 2019), 418면

8) 이기춘, “행정상 즉시강제에 관한 연구 - 즉시강제이론의 재구성 재론”『공법연구』제39집제4호, 한국공법학회, 2011, 294~295면

9) 한웅희, “행정조사와 영장주의”『행정조사에 대한 헌법적 관점에서의 사법적 통제』, 한국공법학회·대법원 헌법연구회 2019년 공동학술대회(2019. 6. 15) 발제문, 9면

인 개념 구성을 보지 못하였던 것이나, 근래에 와서 행정상 즉시강제의 개념에 대한 재검토를 통하여 행정조사의 개념이 행정상 즉시강제로부터 분리되어 부각되게 되었다.¹⁰⁾ 즉 행정상 즉시강제와 구별되는 행정조사의 독자성을 인정하고, 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사를 행정조사에 포함시켜 논의하는 것이 일반적이다.¹¹⁾

행정조사와 행정상 즉시강제는 그 목적과 내용을 달리하는 별개의 것이다.¹²⁾ 첫째, 행정상의 즉시강제는 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 행사하여 행정상 필요한 구체적인 결과를 실현시키는 것을 목적으로 하는데 대하여, 행정조사는 그 자체가 목적이 아니라 행정작용을 위한 자료를 얻기 위하여 하는 준비적·보조적 수단으로서의 성질을 가진다.¹³⁾¹⁴⁾

둘째, 행정상 즉시강제는 직접적인 실력행사를 통하여 스스로 일정한 상태를 실현시키는 것인데 대하여, 행정조사는 영장에 의하는 경우 외에는 달리 일반적으로 직접적인 실력행사가 아니라 행정벌 등의 방법에 의하여 행정조사를 수인시키는 것이라고 보는 견해도 있다.¹⁵⁾

셋째, 행정상 즉시강제는 권력적인 집행작용인데 대하여, 행정조사에는 권력적, 비권력적 조사작용이라는 점에서 서로 구별된다. 즉 행정상 즉시강제는 권력적 사실행위로서 스스로 일정한 상태를 실현시킴에 반하여, 행정조사에는 비권력적 행위도 포함되고 법률에 근거가 있을 경우 단지 간접적인 강제만이 가능하다는 차이점이 존재한다고 보는 것이 일반적이다.¹⁶⁾

따라서 행정조사는 설혹 행정상 즉시강제와 밀접하게 결부되어 행하여지는 경우가 있다고 하더라도, 그것은 어디까지나 행정상 즉시강제의 전제적 또는 부수적 수단으로 작용하는 데에 불과하다. 다시 말하면, 행정상 즉시강제는 행정조사와 같은 시점에서 행하여지는 경우에도, 마치 접수와 수리가 서로 시점상으로 보아 중첩된 경우와 같이

10) 이상규, 앞의 책, 559면

11) 박균성·김재광, 앞의 책, 338면

12) 이상규, 앞의 책, 559면

13) 이상규, 앞의 책, 559면

14) 한웅희, 앞의 발제문, 10면

15) 이상규, 앞의 책, 559면

16) 한웅희, 앞의 발제문, 10면

서로 별개의 행위이며, 행정조사의 결과 확인된 사실에 입각하여 행해지는데 불과하다.¹⁷⁾

행정조사에서 ‘긴급히 조사를 행할 특별한 사정’, ‘강제적인 수단의 상당성’ 등의 경우에 강제력을 인정하게 된다면, 행정조사는 행정상 즉시강제와 매우 유사하게 된다.¹⁸⁾ 그것은 행정조사 내에 포함되어 있는 권력적 강제조사는 기존의 행정상 즉시강제에서의 강제로부터 출발되었고, 행정상 즉시강제에서 강제력 사용의 쟁점은 행정조사에서의 강제력 사용 쟁점과 같은 맥락에서 논의된다고 보는 견해도 있다.¹⁹⁾

2. 행정조사와 행정단속과의 구별

가. 행정단속의 의미

행정단속이란 실정 행정법령 위반의 혐의나 의심이 존재하는 경우 그것을 해명하기 위한 조사조치를 취하고 위반사실 확인의 경우 필요하면 그 중단을 위한 즉시강제로 나아갈 수 있는 행정활동으로서, 사전예방목적을 위해 행해지는 실질적 의미의 경찰작용을 말한다.²⁰⁾

실정법상 단속은 불심검문, 현행범체포, 긴급체포 등에 대응하는 의미로 사용되기도 하는데(가령 출입국관리법상 강제퇴거조치의 일환으로 이루어지는 단속), 이 역시 강화상 행정조사와 행정상 즉시강제 형태의 행정활동에 포섭시킬 수 있다고 본다.²¹⁾

나. 행정조사와 행정단속과의 구별

권력적 및 비권력적 조사를 모두 포함하고 있는 행정조사와 달리 행정단속인 경우 그 동기가 위법사실의 확인에 있기 때문에 설사 단속상대방의 임의적 협력에 기초하여 행해진다고 하더라도 필연적으로 발생한 위축효과로 인하여 침익적 행정조사의 성격을

17) 이상규, 앞의 책, 559면

18) 한웅희, 앞의 발제문, 10면

19) 한웅희, 앞의 발제문, 10면

20) 이기춘, “행정법상 행정단속에 관한 연구”『법학논총』제33(1)집, 전남대학교 법학연구소, 2013, 307면; 한웅희, 앞의 발제문, 12면

21) 한웅희, 앞의 발제문, 12면

갖게 되고, 위법사실의 확인이 있을 경우 자료수집이나 물건의 폐기 등의 통제작용까지 할 수 있으므로 강제적 성격을 보유한다고 본다.²²⁾²³⁾

3. 행정조사와 범죄수사와의 구별

가. 범죄수사의 의의

범죄수사는 범죄자의 범죄 혐의의 유무를 밝혀내서 기소하기 위하여 용의자를 찾아 내고 범죄의 증거를 수집해서 보관하는 수사기관의 활동을 말한다. 즉 범죄수사는 사안의 진상을 해명하고 국가 형벌권의 적정한 행사를 위하여 주로 범죄사실 및 범인의 특징에 주안점을 두고 피의자 또는 제3자에게 신문하는 것이 기본이다. 이러한 범죄수사에 있어서도 임의수사가 원칙적인 형태이다.²⁴⁾

나. 행정조사와 범죄수사와의 구별

행정조사와 범죄수사는 첫째, 국가임무를 위한 준비적·보조적 활동이라는 점과 둘째, 객관적 사실을 발견하기 위한 조사활동이라는 점에서 공통점을 갖는다.²⁵⁾

그러나 범죄수사(형사수사)는 조사목적과 범위, 조사대상의 특정, 조사주체의 제한, 조사과정에서의 절차준수, 증거능력 등의 측면에서 행정조사에 비해 더 엄격한 절차이다.²⁶⁾

그런데 이른바 행정질서벌의 과도한 행정형벌화현상과 행정조사의 규제기능·수사기능 강화현상으로 인해 행정조사와 범죄수사(형사수사)의 구별이 상대화되고 있어 행정조사와 영장주의 쟁점이 더 문제될 소지가 커지고 있다.²⁷⁾ 행정조사 중 법규이행 여부를 확인하기 위한 조사와 행정처분(특히 그 중에서도 제재처분)에 필요한 사실확인을 위한 조사의 경우, 조사목적과 범위, 조사대상의 특정 측면에서 형사수사와의 구별이

22) 한웅희, 앞의 발제문, 12면

23) 이기춘, “행정법상 행정단속에 관한 연구”, 307~308면

24) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 13면

25) 박균성·김재광, 앞의 책, 338면

26) 한웅희, 앞의 발제문, 13면

27) 한웅희, 앞의 발제문, 13면

상대적일 수 있다는 견해가 제기되고 있다.²⁸⁾

한편 위법한 행정조사로 인하여 수집된 행정자료의 신빙성을 부정할 수 있는 수단이 제대로 마련되어 있지 않은 것이 문제이다. 헌법 및 형사소송법상 ‘불법수집 증거의 증거력 부인’의 원칙이 인정된다. 이 원칙은 행정법의 경우에도 마찬가지로 적용되어야 한다는 것이 다수의 학설이다. 판례도 이에 따른 것으로 보인다. 그 예로는 수입물품의 신고가격이 유사물품에 관한 극소수 관세법칙사건의 조사과정에서 밝혀낸 거래가격과 차이가 난다는 이유만으로 신고가격을 부인할 수는 없다고 한 사례를 들 수 있다.²⁹⁾ 설사 범죄혐의가 인정되는 피의자라고 할지라도 출석을 거부하거나 출석 후에 있어서는 퇴거하는 것이 허용된다. 무엇보다 불출석 그 자체가 체포의 이유가 되지 않는 데 반해, 행정조사 중에는 조사를 거부하게 되는 경우에 실력 행사를 정당화하거나 일정한 형벌이나 과태료를 통해서 조사에 불응하지 못하고 강제하는 측면이 있다. 그런데 형사사건의 수사에 있어서는 피의자 신문 시 진술거부권이 고지되는데 반해 행정조사에 있어서는 원칙적으로 형사사건의 수사와 다르다는 이유로 진술거부권을 고지하지 않아도 무방한 것으로 보고 있다. 아울러 피의자 신문조사의 경우에는 다 읽어보고 자신의 진술이 제대로 기술되어 있는지를 확인하고 서명날인을 하는 데 반해, 행정조사의 경우에는 이와 같은 절차를 마련하고 있지 않는 경우가 일반적이므로 녹취를 가능하게 하거나 형사수사절차로 전환되는 경우 등 일정한 경우에는 투명성의 요청을 확보하거나 변호사의 입회를 허용하는 방안 등이 모색될 필요가 있다는 견해도 제시되고 있다.³⁰⁾

행정조사기본법 제23조 제2항은 “조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제3항은 “조사대상자와 조사원은 조사과정을 방해하지 아니하는 범위 안에서 행정조사의 과정을 녹음하거나 녹화할 수 있다. 이 경우 녹음·녹화의 범위 등은 상호 협의하여 정하여야 한다.”고 규정하고 있다.

행정실무에 있어서는 행정법령상의 위반행위에 대한 행정상 단속을 통하여 확보된 자료를 향후 수사기관에서 형사소추를 위한 증거자료로 활용하고 있으나, 이러한 문제

28) 한웅희, 앞의 발제문, 13면

29) 대판 2007. 12. 27, 2005두17188

30) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 14면

점을 극복하기 위해서 위험방지를 위한 행정조사와 형사소추를 위한 범죄수사를 엄격히 구분하여 행정조사에 의하여 확보된 자료는 과태료나 허가 또는 면허의 취소사유 등 행정상 제재를 부과하는데 활용하고, 나아가 형사절차에서 증거자료로 사용되지 않도록 할 필요가 있다.³¹⁾

31) 송진경, “압수, 수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고”『법과 정책』제20집 제3호(2014), 123면; 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 14면

제2절 행정조사의 법적 근거



I. 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사의 법적 근거

권력적 행정조사는 국민의 자유와 재산에 대한 제한을 수반하므로 법적 근거가 있어야 한다.

비권력적 행정조사는 원칙상 법률의 근거가 없어도 가능하다고 보아야 할 것이다. 특히 상대방의 동의하에 행하여지는 행정조사에 있어서는 ‘동의를 불법을 조각한다’는 법원칙에 비추어 법적 근거가 없어도 된다. 다만, 비권력적 행정조사라도 조사의 대상이 개인정보 등이어서 조사 자체로서 국민의 권리를 침해하는 경우에는 개인의 동의에 의하지 않는 한 법적 근거가 있어야 한다. 조사대상자 없이 정보를 수집하는 행정조사는 원칙상 법률의 근거를 요하지 않는다.

II. 일반법적 근거

행정조사기본법상 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다(제5조).

III. 개별법적 근거

일반적으로 행정조사의 실정법적 근거의 예로서 제시하는 통계법 제26조, 식품위생법 제22조의 경우는 직접 범죄 혹은 범칙행위와의 관련을 맺고 있지 않은 일상적인 행정조사를 의미한다고 할 수 있다. 그러나 「경찰관직무 집행법」 제3조,³²⁾ 「풍속영업의 규

32) 범죄수사를 위한 소지품검사는 경찰관직무집행법의 범위를 벗어난다고 보아야 한다. 이재상·조균석, 「형사소송법」

제에 관한 법률」제9조, 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」제44조, 국세징수법 제25조부터 제27조까지, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(공정거래법) 제49조 제1항, 제50조 제5항의 경우에는 이미 실정법상으로도 일상적인 행정조사로 파악할 수 있는 범위를 넘어서 광범위한 수권이 행하여지고 있다.³³⁾

개별법령에 규정된 행정조사방법으로는 불심검문이나 신체수색, 참고인·감정인 등에 대한 질문 등 대인적 조사방법, 문서·장부·물건 등 증거자료의 수집 등 대물적 방법, 대가택조사 등이 있다. 개인의 신체나 재산에 물리력을 행사하는 강제적 조사와 벌금이나 과태료 등 심리적 강제수단에 의존하는 간접강제조사의 방법도 있다. 아울러 비권력적인 정보탐문과 인터넷검색 등도 있다.

제11판(박영사, 2017), 208면

33) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 33면

제3절 행정조사의 공법상 한계 검토



정조사는 행정작용의 적정성 확보를 위하여 불가결한 것이지만, 프라이버시권, 영업의 자유, 재산권 등 개인이나 기업의 기본권을 침해할 우려도 큰 만큼 엄격한 한계 내에서만 허용되어야 할 것이다.

행정조사의 공법상 한계와 관련하여 첫째, 적법절차원칙의 인정 여부, 둘째, 진술거부권의 인정 여부, 셋째, 법치행정의 원칙 및 행정법의 일반원칙, 넷째, 행정조사와 실력행사, 다섯째, 위법한 행정조사와 행정행위의 효력 등에 대해 살펴보기로 한다. 영장주의에 대해서는 제3장에서 별도로 다루고 있으므로 여기에서는 생략하기로 한다.

I. 적법절차원칙의 인정 여부

적법절차원칙이란 개인의 권익을 제한하는 모든 국가작용은 적법절차(due process)에 따라 행하여져야 한다는 원칙이다. 적법절차원칙은 헌법 제12조, 행정절차법에서 확인되고 있으며 법치국가원리, 기본권보장규정, 정의의 원칙으로부터 도출된다.

행정조사에 있어서 헌법상의 적법절차조항의 적용 여부와 관련하여 논란이 제기되고 있다. 행정조사 전반에 적법절차원칙이 적용된다고 보는 긍정설, 그 적용이 없다고 보는 부정설, 절충적 관점에서 그 타당성을 논하는 절충설³⁴⁾ 등이 그것이다. 헌법재판소는 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한되지 아니하고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다고 하여 긍정설을 취하고 있다(헌재 1992. 12. 24, 92헌가8등³⁵⁾; 대판 2014. 6. 26, 2012두911).

“헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당되

34) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 23면

35) “...헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반원칙에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성 뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야...”.

는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체법적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것이므로 헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미하고, 따라서 형사소송법 제331조 단서 규정과 같이 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다.”

행정절차법은 적법절차원칙을 구체화한 법률이다. 행정절차법에 규정이 없는 경우에도 행정권 행사가 적정한 절차에 따라 행해지지 아니한 경우에는 그 행정권 행사는 적법절차원칙 위반으로 위헌·위법이다(대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 전원합의체 판결).

행정조사는 적법한 절차에 따라 행해져야 한다. 행정조사기본법은 조사의 사전통지, 조사의 연기신청, 제3자에 대한 보충조사, 의견제출, 조사원 교체신청, 조사권 행사의 제한, 조사결과와 통지 등 행정조사에 관한 절차를 규정하고 있다.³⁶⁾

II. 진술거부권의 인정 여부

1. 진술거부권의 헌법적 보장

헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하고 있다.

‘진술거부권=묵비권’은 미국 헌법상의 自己負罪禁止(Private against Selfincrimination) 원리에서 나온 것으로 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리를 말한다. 이 기본권은 형사피의자나 형사피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가적 이익보다 우선적으로 보호함으로써 인간의 존엄성과 생존가치를 보

36) 박균성·김재광, 앞의 책, 340면

장하고 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하려는데 있다(헌재 1990. 8. 27, 89헌가118).

헌법재판소는 진술거부권은 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 繫屬中인 자뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장되며, 형사절차뿐 아니라 행정절차 등에서도 보장된다. 또한 진술거부권은 고문 등 폭행에 의한 강요는 물론 법률로써도 진술을 강요당하지 아니함을 의미한다고 판시하였다(헌재 1997. 3. 27, 96헌가11).

2. 행정조사에 있어서 진술거부권의 인정 여부

행정조사에 있어서 진술거부권의 인정 여부와 관련하여 당사자에 대하여 일정한 보고·신고의무, 나아가 업무상 일정한 장부기재의무를 두고 있고, 별도의 진술거부권의 고지의무에 관한 규정을 두고 있지 않은 부분과 행정조사의 일환으로 행하여지는 자료제출명령, 출석요구와 이를 통한 진술 강제가 진술거부권에 관한 헌법 제12조 제2항 후단 위반은 아닌가 하고 문제제기를 하는 견해가 있다.³⁷⁾

행정조사에 진술거부권이 적용될 것인가와 관련하여 행정조사 중 일반적인 질문의 경우에는 진술거부권이 적용되지 않지만, 질문이 행정조사와 형사책임추급의 양 목적으로 행사되는 경우에는 진술거부권이 적용된다고 보아야 한다.³⁸⁾ 예를 들어, 정치자금법이나 공직선거법에서 규율하는 질문이나 조사, 장소 출입, 자료의 제출, 물품의 수거는 광의의 행정조사행위라고 할 수 있고, 그 본질은 형사소송 절차의 수사행위와 다르지 않다는 견해가 있다.³⁹⁾ 즉 해당 행위들을 통하여 수집된 자료 역시 범죄혐의에 대한 수사 자료로 사용된다는 점에서 위와 같은 행정조사는 단지 행정상 제재가 아니라 형사절차를 예정하고 있는 행정행위라고 할 수 있다. 따라서 이러한 행위들에 대해서는 헌법상 기본원리인 적법절차의 원리가 당연히 적용되어야 하며, 형사절차를 예정하고 있는 조사행위로서, 수집된 자료가 형사절차의 증거자료가 된다는 점에서 형사소송법상 증거법칙 및 진술거부권, 변호인의 조력권 등이 적용되고 보장될 필요가 있다.⁴⁰⁾

37) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 29면

38) 김재광, “행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰”『법학논총』제33권 제2호(2009), 507면; 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 29면

39) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 150면

40) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 150면

III. 법치행정의 원칙 및 행정법의 일반원칙

1. 법치행정의 원칙

법치행정의 원칙이란 행정권도 법에 따라 행해져야 하며(행정에 대한 법의 지배), 만일 행정권에 의해 국민의 권익이 침해된 경우에는 이의 구제를 위한 제도가 보장되어야 한다는 것(행정통제제도 또는 행정구제의 확립)을 의미한다.⁴¹⁾ ‘행정에 대한 법의 지배’는 법률의 법규창조력의 원칙, 법우위의 원칙, 법률유보의 원칙을 포함한다.⁴²⁾

법치행정의 원칙에 따라 행정조사활동에 있어 법률의 근거를 요하는 법률유보원칙과 법적 한계의 문제인 법우위원칙을 준수하여야 한다. 법우위는 모든 행정활동에 요구되는 원칙이므로 행정조사라고 해서 예외는 아니다. 따라서 행정조사는 법령의 규정에 위반되어서는 아니된다. 아울러 행정활동을 함에 있어 법률의 근거를 필요로 하는가 여부가 법률유보의 문제인데, 행정조사의 경우에도 법률의 근거가 필요한가의 문제와 관련하여서는 강제조사의 경우에는 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 임의조사, 즉 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 법령의 근거 없이 할 수 있음을 규정하고 있다(행정조사기본법 제5조).⁴³⁾

2. 행정법의 일반원칙

행정법의 일반원칙이란 현행 행정법질서의 기초를 이룬다고 생각되는 일반 법원칙을 말한다. 이에겐 평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 부당이득결부금지의 원칙, 신의성실의 원칙 등이 있다.

행정조사와 관련한 행정법의 일반원칙으로 중요한 것은 비례의 원칙, 평등의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등이다.

41) 박균성·김재광, 앞의 책, 10면

42) 박균성, 앞의 책, 13면

43) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 35면

가. 비례의 원칙

비례의 원칙이란 과잉조치금지의 원칙이라고도 하는데, 행정작용에 있어서 행정목적과 행정수단 사이에는 합리적인 비례관계가 있어야 한다는 원칙을 말한다. 비례의 원칙은 적합성의 원칙, 필요성의 원칙(최소침해의 원칙), 협의의 비례원칙(상당성의 원칙)을 포함한다.

행정조사는 행정목적 달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 행정조사의 수단에 여러 가지가 있는 경우에 상대방에게 가장 적은 침해를 가져오는 수단을 사용하여야 한다. 조사수단의 선택, 조사의 인적 범위, 조사의 물적 범위, 조사의 시간적 한계 등에 대하여 별다른 규정이 없는 현행법령의 해석상 이 비례의 원칙이 중요한 제한기준이 될 것이다.

또한 행정조사의 수단에 여러 가지가 있는 경우에 상대방에게 보다 큰 침해를 가져올 수 있는 수단은 보충적으로만 사용되어야 한다. 가령 적극적 조사는 신청서 심사과 같은 소극적 조사만으로는 정확한 자료를 취득하기가 곤란한 경우에만 허용된다고 할 것이고, 강제조사는 해당 행정조사를 통하여 확보하고자 하는 자료 또는 정보를 임의적 방법 등 다른 방법에 의하여서는 효과적으로 수집하기 어렵다고 인정되는 경우에 한하여 보충적으로만 행하여져야 한다. 이 원칙은 최소침해의 원칙과도 관련이 있다고 할 것이다.

나. 평등의 원칙

평등의 원칙이란 불합리한 차별을 하여서는 안된다는 원칙을 말한다. 따라서 합리적인 이유가 있어서 다르게 취급하는 것은 평등원칙 위반이 아니다. 합리적 이유 없는 차별취급은 두 경우로 나누어진다. 하나는 합리적 이유 없이 동일한 사항을 다르게 취급하는 경우이고, 다른 하나는 사정이 달라 차별취급이 정당화될 수는 있지만 비례원칙에 위반하여 과도하게 차별취급을 하는 경우이다. 즉 평등원칙은 동일한 것 사이에서의 평등뿐만 아니라 상이한 것에 대한 차별의 정도에서의 평등을 포함한다.⁴⁴⁾

행정조사의 실시에서 합리적인 사유 없이 조사대상자를 차별하는 것은 평등의

44) 박균성·김재광, 앞의 책, 25면

원칙에 반한다. 특히 세무조사에 있어서 조사대상자의 선정 및 조사의 정도와 관련하여 평등원칙의 위반 여부가 문제된다.

다. 부당결부금지의 원칙

부당결부금지의 원칙이란 행정기관이 행정권을 행사함에 있어서 그것과 실체적인 관련이 없는 반대급부를 결부시켜서는 안된다는 원칙을 말한다.

행정권의 행사와 그에 결부된 반대급부 사이에 실체적 관련성이 있어야 하며 실체적 관련성이 없는 경우에 그 행정권 행사는 부당결부금지의 원칙에 반한다. 부당결부금지의 원칙은 행정조사에 있어서 실질적 관련성이 없는 목적을 위해서 조사활동이 이루어져서는 안되므로 그 원칙의 적용이 있게 된다.

행정조사는 그 권한을 법령상의 목적의 범위 안에서만 허용되는 것이며 그 이외의 목적을 위하여 행사되어서는 안된다. 조사가 부당한 목적으로 행사되는 것을 방지하기 위하여는 수권법령상의 목적은 엄격하게 해석할 필요가 있다.

현행법령을 살펴보면, 행정조사의 근거규정에는 조사의 목적을 구체적으로 명시하는 규정은 거의 없고 단지 ‘필요한 경우에는 조사할 수 있다’라는 형식으로부터 규정하고 있는 것이 대부분이다. 이런 경우에는 수권법령 전체의 목적, 조사근거규정의 취지 등을 고려하여 조사목적은 확정할 수밖에 없을 것이다.

목적부합의 원칙상 행정조사는 수권법령상의 조사목적 이외의 목적을 위하여 행해져서는 안된다. 행정조사를 범죄수사의 목적이나 정치적 목적으로 이용하는 것은 위법하다. 미국의 경우에도 행정조사가 형사목적으로 이용되는 경우 문제가 많이 되나, 특히 세무조사영역에서 납세자의 형사책임의 추구를 유일한 목적으로 발하여진 소환영장은 위법이라는 부적절목적의 원칙(improper purpose doctrine)이 기본원리로 되어 있으며, 그 밖에 조사관의 개인적 원한, 정치적 의도, 제재수단의 대체 등과 같은 다른 의도에 기한 조사도 부당한 목적에 기한 조사로 보고 있다. 다만, 조사의 목적이 부당하다는 것을 조사대상자가 입증하는 것은 용이하지 않은 것이 보통이다.

우리의 판례에서도 조사목적의 타당성을 검토함에 있어서 행정기관의 판단을 우선시

켜 조사의 목적을 넓게 인정하는 판시를 한 예가 있다.⁴⁵⁾ “노동조합법 제30조, 같은 법시행령 제9조의2에 의하면 행정관청은 당해 노동조합에 대하여 진정 등이 있는 경우와 분규가 야기된 경우뿐 아니라 노동조합의 회계, 경리상태나 그 밖의 운영에 대하여 지도할 필요가 있는 경우에도 노동조합의 경리상황 기타 관계서류를 제출하게 하여 조사할 수 있도록 규정되어 있으므로 행정기관이 그와 같은 업무지도의 필요성이 있다고 판단되면 관계서류 등의 제출을 요구하여 조사할 수 있다고 하여야 할 것이고, 설사 노동조합의 회계, 경리상태나 기타 운영에 대하여 지도할 필요가 있는 경우에 해당되지 않는다고 하더라도 행정관청이 그와 같이 판단하여 조사하기로 한 이상 노동조합은 이에 응하여야 할 것이다.”

IV. 행정조사와 실력행사

강제조사 중 조사상대방이 조사를 거부하는 경우에 벌칙을 가할 수 있다고 규정하고 있지만, 실력행사에 관한 명문의 근거규정이 없는 경우에 이 벌칙 등의 제재를 가하는 외에 직접 실력을 행사할 수 있을 것인가 하는 문제가 생긴다. 이에 대하여는 긍정설, 부정설 및 예외적 긍정설이 대립되고 있다.⁴⁶⁾

1. 긍정설

조사대상자의 거부가 있는 경우에 처벌이나 불이익처분 등의 제재를 규정하고 있는 것은 조사대상자의 저항이 위법임을 전제로 한 것이라고 해석하여 조사공무원은 조사대상자의 신체나 재산에 실력을 가할 수 있다고 한다.⁴⁷⁾ 소수설이라고 할 수 있다. 이러한 소수설에 따르면 권력적 조사를 직접강제조치와 간접강제조치로 나눌 필요가 없을 것이다.

45) 대판 1992. 4. 10, 91도3044

46) 박균성·김재광, 앞의 책, 340면

47) 김남철, 「행정법강론」제4판(박영사, 2018), 498면; 홍정선, 「행정법원론(상)」(박영사, 2015), 356면

2. 부정설

현행법령이 조사를 거부·방해하거나 기피하는 자에 대하여 직접적 강제수단을 규정하지 않고 벌금, 과료 등의 별도의 벌칙규정을 두고 있는 이상, 이는 조사의 실효성을 간접적으로 확보하려는데 그 취지가 있다고 보아야 하고, 또한 이러한 벌칙 외에 실력행사를 별도로 인정하면 인권침해의 가능성이 높다는 점 등을 논거로 실력행사는 불가능하다고 한다.⁴⁸⁾ 현재의 다수설이라고 할 수 있다.

3. 예외적 긍정설(개별적 판단설, 실질적 판단설)

이 학설은 행정조사가 벌칙에 의하여 담보되어 있는 경우에는 원칙적으로는 실력을 행사할 수는 없지만, 예외적으로 일정한 실체적 요건을 갖추고 있고 그 밖의 절차적 규정을 마련하고 있는지를 개별적·실질적으로 검토하여 실력을 행사할 수 있는 경우가 있다고 해석하는 입장이다.

예외적으로 실력행사가 허용되기 위하여는 ① 급박성 ② 생명·신체의 위험 ③ 행정과정의 진행상 해당 조사가 필수적일 것 ④ 다른 조사수단의 가능성의 유무 ⑤ 사생활의 침해 여부 등의 실체적 요건을 충족하여야 하고, 그 밖에 영장은 요하지 않는다고 하더라도 사전통지, 구두통고, 시간규제규정 등 절차적 규정을 두고 있어야 한다.

4. 사건

생각건대, 국민의 신체나 재산에 대한 실력행사에는 명문의 근거가 있어야 하므로 부정설이 타당하다.⁴⁹⁾

조사의 거부 등에 대하여 벌칙이 규정되어 있는 경우에는 다음과 같은 이유에서 원칙적으로 실력에 의한 강제는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

먼저 현행헌법 아래에서는 행정상의 강제집행의 예에서 보듯이 일반적으로 행정주체의 자력구제수단은 한정적인 경우에만 법률상 허용된다고 할 수 있다. 또 행정조사를

48) 김동희, 「행정법 I」(박영사, 2015), 504면; 박균성, 앞의 책, 378면

49) 박균성·김재광, 앞의 책, 340면

행정상 즉시강제와 구분하여 논의하는 입장에서는 행정조사에는 원칙적으로 상대방에 대한 직접적 실행행사는 인정되지 않는다고 보아야 하기 때문이다. 그리고 다른 입법례에 따르면 상대방의 저항을 배제하는 것과 같은 실행행사가 당연히 허용된다고 할 때에는 오히려 벌칙에 의한 담보수단이 취해지지 않는다는 것도 고려하여야 한다. 이런 점에 비추어 조사거부 등에 대하여 벌칙규정을 두고 있는 경우에는 그 벌칙에 의하여 간접적으로만 강제될 수 있을 뿐 실행행사는 원칙적으로 인정되지 않는다고 보아야 한다. 따라서 공무원이 실력으로 상대방의 저항을 배제하고 조사를 강행하는 경우는 위법한 행정조사가 된다.

다만 현행법령의 해석상 이와 같은 결론이 모든 경우에 타당할 것인가 하는 데는 의문이 없지 않다. 그것은 이상의 여러 가지를 고려하여 입법을 하였다고는 볼 수 없기 때문이다. 행정목적달성을 위한 수단으로써 자료수집은 현대에 있어서 불가결하다는 점을 고려할 때, 일정한 경우에는 실행행사가 불가피하다고 새겨야 할 경우도 있을 수 있다. 이런 점에 비추어 벌칙규정이 있는 경우에도 ① 행정조사의 필요성이 급박하고, ② 조사를 강행하지 않을 경우 일반공공의 생명·신체에 위험을 초래할 가능성이 많고, ③ 다른 조사수단이 없을 것 등의 요건이 충족되는 경우에는 실행행사가 인정될 수 있다고 볼 수도 있기 때문이다. 물론 이러한 요건의 충족 여부는 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 그리고 이와 같이 예외적으로 실력을 행사하여 조사목적 실현한 경우에는 벌칙규정은 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

입법정책적으로는 각 행정조사별로 실행행사의 필요성을 세밀하게 검토하여 실행행사의 여부를 명문으로 규정하는 것이 바람직할 것이다. 현재와 같이 충분한 검토를 거치지 아니하고 조사의 실효성을 단순히 벌칙에 의존하는 태도는 지양되어야 할 것이다.

V. 위법한 행정조사와 행정행위의 효력

행정조사가 위법한 경우에 그 행정조사에 의해 수집된 정보에 기초하여 내려진 행정결정이 위법한 것으로 되는가가 문제로 된다.

행정조사를 통하여 획득한 정보가 내용상으로는 정확하지만 행정조사가 실체법상 또

는 절차법상 한계를 넘어 위법한 경우이다. 현재 학설은 대립하고 있다.

1. 적극설

적극설은 행정조사와 행정결정은 하나의 과정을 구성하는 것이므로 적정절차의 관점에서 행정조사에 중대한 위법사유가 있는 때에는 이를 기초로 한 행정결정도 위법하게 된다는 견해이다.⁵⁰⁾ 즉 절차의 적법성보장의 원칙에 비추어 행정조사가 위법한 경우에 해당 조사를 기초로 한 행정결정은 위법하다는 것이다.⁵¹⁾

2. 소극설

소극설은 행정조사가 법령에서 특히 행정행위의 전제요건으로 규정되어 있는 경우를 제외하고는 양자는 서로 별개의 제도로 볼 수 있는 것이고, 따라서 이 경우 조사의 위법이 행정행위를 위법하게 만들지 않는다는 견해이다.⁵²⁾

3. 절충설

절충설은 행정조사와 행정처분은 하나의 과정을 구성하는 것이므로 적정절차의 관점에서 행정조사에 중대한 위법사유가 있는 때에는 이를 기초로 한 행정행위도 위법한 행위로 된다는 견해(김동희), 적어도 법이 요구하는 요건을 무시하여 조사로 볼 수 없을 정도의 위법한 행정조사에 기초하여 행정처분이 행해졌을 경우에는 행정처분의 위법을 초래한다고 보는 견해(김남진) 등이 있다.

4. 판례

판례는 원칙상 적극설을 취하고 있다. 다만, 행정조사절차의 하자의 정도가 중대하지 않고 경미한 경우에는 위법사유가 되지 않는 것으로 본다.⁵³⁾

50) 김동희, 앞의 책, 502면

51) 박균성, 앞의 책, 381면

52) 박윤훈, 「최신행정법강의」(박영사, 2009), 634면

53) 대판 2006. 6. 2. 2004두12070; 대판 2009. 1. 30. 2006두9498; 대판 2016. 12. 15. 2016두47659; 대판

5. 소결

행정조사에 의해 수집된 정보가 행정결정의 기초가 된 경우에 해당 행정조사를 행정 결정을 하기 위한 절차라고 볼 수 있고, 절차의 하자를 독자적 취소사유로 보는 것이 타당하므로 적극설이 타당하다. 다만, 경미한 절차의 하자는 취소사유가 되지 않는다.

제4절 행정조사의 현행법 규율내용 검토



I. 행정조사기본법

1. 행정조사의 기본원칙

행정조사의 기본원칙에 대해서는 법 제4조에서 규정하고 있다. 공공기관이 규제하는 영역이 확대됨에 따라 각종 행정기관이 기업 등을 대상으로 다양한 행정조사를 실시하고 있으나, 행정조사에 대한 기본원칙이 없어 행정편의에 따라 행정조사가 이루어지는 경향이 있다.

조사범위의 최소화, 조사목적의 적합성, 중복조사의 제한, 예방위주의 행정조사, 조사결과에 대한 이용제한 등 행정기관이 행정조사를 함에 있어서 준수하여야 할 기본적인 사항을 규정하고 있다.

2. 행정조사방법의 구체화 및 행정조사의 사전통지

행정조사방법의 구체화 및 행정조사의 사전통지에 대해서는 법 제9조부터 제11조까지 및 법 제17조에서 규정하고 있다.

행정기관이 출석·자료제출 등을 요구하거나 현장조사를 하는 경우 조사의 사유·대상·내용 등을 사전에 통지하지 아니하여 자의적인 행정조사가 이루어 질 수 있고, 조사대상자도 행정조사의 내용을 예측하기 곤란한 문제가 있다.

행정기관이 조사대상자에게 출석·보고·자료제출 등을 요구하거나 현장조사를 실시하는 경우에는 반드시 조사목적·조사범위 등이 기재된 서면요구서를 조사개시 7일전까지 조사대상자에게 발송하도록 하였다.

행정조사의 대상자에게 조사내용 등을 미리 통지하게 함으로써 행정조사의 투명성과 예측가능성이 높아지고, 조사대상자의 협력을 유도할 수 있어 행정조사의 효율성이 높아질 것으로 기대된다.

3. 공동조사의 실시 및 중복조사의 제한

공동조사의 실시 및 중복조사의 제한에 대해서는 법 제14조 및 법 제15조에서 규정하고 있다.

여러 기관의 행정조사가 중첩되는 분야의 경우에도 각 기관별로 별도의 행정조사가 이루어짐에 따라 중복조사로 인한 조사대상자의 부담이 가중되고 있다.

하나의 행정기관에서 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 각각 행정조사를 하는 경우와 서로 다른 행정기관이 동일한 조사대상자에게 각각 행정조사를 하는 경우로서 대통령령이 정하는 분야에 대하여는 공동조사를 실시하도록 하고, 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보하는 경우를 제외하고는 동일한 사안으로 동일한 대상자에게 중복조사를 할 수 없도록 하였다.

공동조사를 활성화하고 중복조사를 규제함으로써 조사대상이 되는 기업 등의 부담이 경감될 것으로 기대된다.

4. 행정조사의 대상자에 대한 권익보호

행정조사의 대상자에 대한 권익보호에 대해서는 법 제18조 및 법 제21조 내지 법 제23조에서 규정하고 있다.

행정조사의 대상자가 행정조사의 과정에서 자신의 권익을 보호할 수 있는 제도적인 장치를 마련할 필요가 있다. 행정조사가 진행되는 동안 행정조사의 대상자는 변호사 등을 입회시키거나 조사과정을 녹음 또는 녹화할 수 있도록 하고, 행정기관이 사전에 통지한 사항에 대하여 의견을 제출하거나 조사일시에 대하여 연기신청 등을 할 수 있도록 하였다. 행정조사를 받는 동안 변호사 등을 입회할 수 있도록 함으로써 조사대상자의 권익에 대한 보호가 강화되고, 행정조사에 대한 의견제출 등의 기회를 부여함으로써 행정조사의 효율성과 신뢰성이 높아질 것으로 기대된다.

5. 자율신고제도의 도입 및 자율관리에 대한 혜택의 부여 등

자율신고제도의 도입 및 자율관리에 대한 혜택의 부여 등에 대해서는 법 제25조 내지 법 제27조에서 규정하고 있다.

정보기술(Information Technology)의 발달로 민간과 정부 간의 정보유통이 가속화 되고, 기업 등에 대한 감시체계가 고도화되어 규제의 준수에 대한 기업의 의식이 높아 지고 있으나, 행정기관 주도로 이루어지고 있는 행정조사의 관행은 조사대상자가 스스로 행정조사에 관한 사항 등을 신고할 수 있는 환경의 조성을 저해할 수 있는 문제점이 있다.

조사대상자가 조사내용을 스스로 신고하도록 하고, 신고한 조사내용에 대하여는 행정조사에 갈음할 수 있도록 하는 자율신고제도 등을 도입하며, 성실한 자율신고자에게는 행정조사를 감면해 주는 등 동기를 부여할 수 있도록 하였다.

정보화 등 시대적 환경변화에 맞추어 행정조사 운영체계를 개편함으로써 국민이 참여하는 행정을 구현하고, 행정조사사항에 대한 자발적인 신고 등을 통하여 조사대상자의 자율성을 신장하며, 행정조사 대상자의 부담이 경감될 것으로 기대된다.

II. 국세기본법

국세기본법은 제81조의4(세무조사권 남용 금지), 제81조의5(세무조사 시 조력을 받을 권리), 제81조의7(세무조사의 통지와 연기신청), 제81조의8(세무조사 기간), 제81조의9(세무조사 범위 확대의 제한), 제81조의10(장부등의 보관 금지), 제81조의11(통합조사의 원칙), 제81조의12(세무조사의 결과 통지), 제81조의13(비밀 유지) 등을 규정하고 있다.

국세기본법에 따라 과세행정기관은 ‘세무조사’를 행하는데, 이와 같은 세무조사에 관하여는 행정조사기본법이 적용되지 아니한다. 국세기본법상 행정조사에 관한 사항이 규정된 부분은 ‘제7장의2 납세자의 권리’이다. 이처럼 국세기본법이 세무조사를 받는 납세자의 권리에 관한 규정을 둔 것은 세무조사를 행사하는 행정기관의 권한행사의 한

계를 규정한 것으로 매우 적절하고 타당하다.⁵⁴⁾

국세기본법의 경우 행정조사기본법과 기본적으로는 대동소이하다. 개별분야에서 필요한 행정조사에 관한 행정권 행사의 한계에 관한 기본적 사항 특히 조사의 주체, 조사의 대상, 조사의 수단, 조사의 방법 및 절차 등에 관한 사항이 구체화되어 있지 아니하다. 이 점에서 행정조사기본법의 예외를 설정한 구체적인 의의가 발견되지 않는다는 비판이 있다.⁵⁵⁾

1. 세무조사권 남용 금지

가. 규정내용

세무조사권 남용 금지에 대해서는 제81조의4가 규정하고 있다. 제1항은 “세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사(조세법 처벌절차법)에 따른 조세법칙조사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 제2항은 재조사 사유를 규정하고 있다. 제3항은 “세무공무원은 세무조사를 하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 장부등의 제출을 요구하여야 하며, 조사대상 세목 및 과세기간의 과세표준과 세액의 계산과 관련 없는 장부등의 제출을 요구해서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 제3항은 2017년 12월 19일 신설되었다. 제4항은 “누구든지 세무공무원으로 하여금 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정한 세무조사를 저해하는 행위를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의4는 행정조사기본법 제4조제1항의 행정조사권 남용에 대응하는 규정이다. 제4조제1항은 “행정조사는 조사목적 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.

54) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 55면

55) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 56면

2. 세무조사 시 조력을 받을 권리

가. 규정내용

세무조사 시 조력을 받을 권리에 대해서는 제81조의5에서 규정하고 있다. “납세자는 세무조사(「조세법 처벌절차법」에 따른 조세법칙조사를 포함한다)를 받는 경우에 변호사, 공인회계사, 세무사로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.”

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의5는 행정조사기본법 제23조제2항에 대응하는 규정이다. 제23조제2항은 “조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

3. 세무조사의 통지와 연기신청

가. 규정내용

제81조의7은 세무조사의 통지와 연기신청에 대해 규정하고 있다. 제1항은 “세무공무원은 세무조사를 하는 경우에는 조사를 받을 납세자(납세자가 제82조에 따라 납세관리인을 정하여 관할 세무서장에게 신고한 경우에는 납세관리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 조사를 시작하기 15일 전에 조사대상 세목, 조사기간 및 조사 사유, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 통지(이하 이 조에서 “사전통지”라 한다)하여야 한다. 다만, 사전통지를 하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 제2항은 “사전통지를 받은 납세자가 천재지변이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 조사를 받기 곤란한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 세무관서의 장에게 조사를 연기해 줄 것을 신청할 수 있다”고 규정하고 있다. 제3항은 “제2항에 따라 연기신청을 받은 관할 세무관서의 장은 연기신청 승인 여부를 결정하고 그 결과를 조사 개시 전까지 통지하여야 한다”고 규정

하고 있다.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의7은 행정조사기본법 제17조(조사의 사전통지)와 제18조(조사의 연기신청)에 대응하는 규정이다. 먼저 제17조제1항은 “행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 “출석요구서등”이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 다음 각 호(1. 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우, 2. 「통계법」 제3조 제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우, 3. 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우)의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “행정기관의 장이 출석요구서등을 조사대상자에게 발송하는 경우 출석요구서등의 내용이 외부에 공개되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 다음으로 제18조제1항은 “출석요구서등을 통지받은 자가 천재지변이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 인하여 행정조사를 받을 수 없는 때에는 당해 행정조사를 연기하여 줄 것을 행정기관의 장에게 요청할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “제1항에 따라 연기요청을 하고자 하는 자는 연기하고자 하는 기간과 사유가 포함된 연기신청서를 행정기관의 장에게 제출하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 제3항은 “행정기관의 장은 제2항에 따라 행정조사의 연기요청을 받은 때에는 연기요청을 받은 날부터 7일 이내에 조사의 연기 여부를 결정하여 조사대상자에게 통지하여야 한다.”고 규정하고 있다.

4. 세무조사 기간

가. 규정내용

세무조사 기간에 대해서는 제81조의8에서 규정하고 있다. 제1항 본문은 “세무공무

원은 조사대상 세목·업종·규모, 조사 난이도 등을 고려하여 세무조사 기간이 최소한이 되도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 제1항 단서는 예외사유를 광범위하게 규정하고 있다. 제2항은 “세무공무원은 제1항에 따라 세무조사 기간을 정할 경우 조사대상 과세기간 중 연간 수입금액 또는 양도가액이 가장 큰 과세기간의 연간 수입금액 또는 양도가액이 100억원 미만인 납세자에 대한 세무조사 기간은 20일 이내로 한다”고 규정하고 있다. 제3항은 제2항의 예외사유를 규정하고 있다. 제5항은 “세무공무원은 제4항에 따른 세무조사의 중지기간 중에는 납세자에 대하여 국세의 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위한 질문을 하거나 장부등의 검사·조사 또는 그 제출을 요구할 수 없다”고 규정하고 있다. 제5항은 2017년 12월 19일에 신설되었다.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의8에 대해서는 행정조사기본법이 침묵하고 있다. 다만, 행정조사기본법 제4조제1항이 포괄적으로 대응되는 조항이다. 제4조제1항은 “행정조사는 조사목적의 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.

5. 세무조사 범위 확대의 제한

가. 규정내용

세무조사 범위 확대의 제한에 대해서는 제81조의9에서 규정하고 있다. 제1항은 “세무공무원은 구체적인 세금탈루 혐의가 여러 과세기간 또는 다른 세목까지 관련되는 것으로 확인되는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 조사진행 중 세무조사의 범위를 확대할 수 없다”고 규정하고 있다. 제2항은 “세무공무원은 제1항에 따라 세무조사의 범위를 확대하는 경우에는 그 사유와 범위를 납세자에게 문서로 통지하여야 한다”고 규정하고 있다.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의9에 대해서는 행정조사기본법이 침묵하고 있다. 다만, 행정조

사기본법 제4조제1항이 포괄적으로 대응되는 조항이다. 제4조제1항은 “행정조사는 조사목적 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.

6. 장부 등의 보관 금지

가. 규정내용

장부등의 보관 금지에 대해서는 제81조의10에서 규정하고 있다. 제1항은 “세무공무원은 세무조사〔조세법 처벌절차법〕에 따른 조세법칙조사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 목적으로 납세자의 장부등을 세무관서에 임의로 보관할 수 없다”고 규정하고 있다. 제2항은 예외사유를 규정하고 있다.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의10에 대해서는 행정조사기본법이 침묵하고 있다.

7. 통합조사의 원칙

가. 규정내용

통합조사의 원칙에 대해서는 제81조의11에서 규정하고 있다. 제1항은 “세무조사는 납세자의 사업과 관련하여 세법에 따라 신고·납부의무가 있는 세목을 통합하여 실시하는 것을 원칙으로 한다”고 규정하고 있다. 제2항은 통합조사의 예외사유를 규정하고 있다. 제2항은 2017년 12월 19일에 신설되었다.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의11은 행정조사기본법 제4조제3항에 대응하는 규정이다. 제4조제3항은 “행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.”고 규정하고 있다.

8. 세무조사의 결과 통지

가. 규정내용

세무조사의 결과 통지에 대해서는 제81조의12에서 규정하고 있다. “세무공무원은 세무조사를 마쳤을 때에는 그 조사를 마친 날부터 20일(제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 40일) 이내에...조사결과를 납세자에게 설명하고, 이를 서면으로 통지하여야 한다”.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의12는 행정조사기본법 제24조에 대응하는 규정이다. 제24조는 “행정기관의 장은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.”

9. 비밀 유지

가. 규정내용

세무조사에 대한 비밀유지에 대해서는 제81조의13이 규정하고 있다. 제1항 본문은 “세무공무원은 납세자가 세법에서 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 국세의 부과·징수를 위하여 업무상 취득한 자료 등(이하 "과세정보"라 한다)을 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의 용도로 사용해서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 제1항 단서는 광범위한 예외사유를 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 제4항은 “과세정보를 알게 된 사람은 이를 타인에게 제공 또는 누설하거나 그 목적 외의 용도로 사용해서는 아니 된다”고

56) 1. 지방자치단체 등이 법률에서 정하는 조세의 부과·징수 등을 위하여 사용할 목적으로 과세정보를 요구하는 경우, 2. 국가기관이 조세쟁송이나 조세법 소추(訴追)를 위하여 과세정보를 요구하는 경우, 3. 법원의 제출명령 또는 법원이 발부한 영장에 의하여 과세정보를 요구하는 경우, 4. 세무공무원 간에 국세의 부과·징수 또는 질문·검사에 필요한 과세정보를 요구하는 경우, 5. 통계청장이 국가통계작성 목적으로 과세정보를 요구하는 경우, 6. 「사회보장기본법」 제3조 제2호에 따른 사회보험의 운영을 목적으로 설립된 기관이 관계 법률에 따른 소관 업무를 수행하기 위하여 과세정보를 요구하는 경우, 7. 국가행정기관, 지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관이 급부·지원 등을 위한 자격의 조사·심사 등에 필요한 과세정보를 당사자의 동의를 받아 요구하는 경우, 8. 「국정감사 및 조사에 관한 법률」 제3조에 따른 조사위원회가 국정조사의 목적을 달성하기 위하여 조사위원회의 의결로 비공개회의에 과세정보의 제공을 요청하는 경우, 9. 다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우

규정하고 있다(제4항). 법 제81조의13은 세무조사에 대한 비밀유지의 광범위한 예외사유를 정하고 있는 점이 특징이다.

나. 행정조사기본법과의 관계

국세기본법 제81조의13에 대해서는 행정조사기본법이 침묵하고 있다.

10. 국세기본법상 세무조사에 관한 평가

세무조사에 관한 국세기본법의 규정 중 제81조의3(세무조사권 남용금지), 제81조의4(세무조사에 있어서 조력을 받을 권리), 제81조의6(세무조사의 사전통지와 연기신청), 제81조의7(세무조사에 있어서의 결과통지), 제81조의9(비밀유지) 등의 규정은 그 취지 및 내용면에서 행정조사기본법의 내용과 거의 유사하다는 평가를 받고 있다.

세무조사는 법적 조사가 아닌 한 납세자의 협조와 동의를 전제로 하는 간접강제방식으로 이루어진다. 조사과정에서 충분한 설명과 이해를 바탕으로 납세자의 협력을 이끌어 내야 하는 것이다. 그러나 실무상 강요에 의한 납세자의 형식적 동의하에 절차가 무시된 채 광범위한 자료의 수집이 이루어지는 사례가 있으며 납세자의 권익보호를 위한 절차적 규정들이 마련되어 있지만, 현실적으로 잘 준수되고 있다고 평가하기는 힘들다는 비판이 있다.⁵⁷⁾

조사권의 남용으로부터 납세자의 권익을 보호하기 위해서는 조사자와 납세자인 조사대상자가 대등한 관계에서 조사가 이루어질 수 있도록 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되어야 하고, 위법한 세무조사에 대한 구제수단이 사전적·사후적으로 다양하게 인정되어야 한다.⁵⁸⁾

57) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 78면

58) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 78면

III. 공정거래법

공정거래법은 제49조(위반행위의 인지·신고등), 제50조(위반행위의 조사 등), 제50조의2(조사권의 남용금지), 제50조의3(조사 등의 연기신청)에 대해 규정하고 있다.

공정거래법에 따라 공정거래위원회는 법률 위반사항에 대한 조사를 하며, 공정거래위원회에 조사권한을 부여한다. 조사권한에는 직권조사권한 및 신고에 따른 조사권한이 모두 포함된다. 조사권한에 대해서는 “이 법에 위반한 혐의가 있다고 인정될 때, 필요한 조사를 할 수 있다.”고 규정되어 매우 포괄적으로 설정되어 있다는 평가를 받고 있다.⁵⁹⁾

공정거래법이 규정하는 행정조사에 관한 규정은 행정조사기본법뿐만 아니라 국세기본법이 규정하는 경우에 비하여 행정조사의 대상이 되는 개인과 기업에 매우 불리하게 설정되어 있다는 평가를 받고 있다.⁶⁰⁾

그럼에도 불구하고 이 법률은 행정조사기본법의 적용예외가 되도록 되어 있어 공정거래위원회는 조사를 함에 있어 행정조사기본법의 규정을 준수할 필요가 없다. 따라서 공정거래법에 조사의 공정성 및 투명성을 담보할 법적 정치를 확대할 필요가 있다는 지적이 제기되고 있다.⁶¹⁾

1. 위반행위의 인지·신고등

가. 규정내용

위반행위의 인지·신고등에 대해서는 제49조가 규정하고 있다. 제1항은 “직권으로 필요한 조사를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 제3항은 “조사를 한 경우에는 그 결과(調査結果 是正措置命等의 처분을 하고자 하는 경우에는 그 처분의 내용을 포함한다)를 서면으로 당해사건의 당사자에게 통지하여야 한다”고 규정하고 있다.

59) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 56면

60) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 56면

61) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 56면

나. 행정조사기본법과의 관계

공정거래법 제49조에 대해서는 행정조사기본법이 침묵하고 있다.

2. 위반행위의 조사 등

가. 규정내용

위반행위의 조사 등에 대해서는 제50조에서 규정하고 있다. 제1항은 “사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고, 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명”할 수 있도록 규정하고 있다. 제2항은 “소속공무원[제65조(權限의 위임·委託)의 규정에 의한 위임을 받은 기관의 소속공무원을 포함한다]으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부·서류, 전산 자료·음성녹음자료·화상자료 그 밖에 대통령령이 정하는 자료나 물건을 조사하게 할 수 있으며, 대통령령이 정하는 바에 의하여 지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술을 듣게 할 수 있”도록 규정하고 있다. 제3항은 “조사를 하는 공무원은 대통령령이 정하는 바에 따라 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에 대하여 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 제4항은 “조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시”하도록 규정하고 있다. 제9항은 “금융거래정보를 제공받은 자는 그 자료를 타인에게 제공 또는 누설하거나 그 목적 외의 용도로 이를 이용하여서는 아니된다”고 규정하고 있다.

나. 행정조사기본법과의 관계

공정거래법 제50조는 행정조사기본법 제5조(행정조사의 근거)에 대응하는 규정이다. 제5조는 “행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

3. 조사권의 남용금지

가. 규정내용

조사권의 남용금지에 대해서는 제50조의2에서 규정하고 있다. “조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다.”

나. 행정조사기본법과의 관계

공정거래법 제50조의2는 행정조사기본법 제4조제1항의 행정조사권 남용에 대응하는 규정이다. 제4조제1항은 “행정조사는 조사목적의 달성에 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다.

4. 조사 등의 연기신청

가. 규정내용

조사 등의 연기신청에 대해서는 제50조의3에서 규정하고 있다. 제1항은 “공정거래위원회로부터 처분 또는 조사를 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 있”도록 규정하고 있다.

나. 행정조사기본법과의 관계

공정거래법 제50조의3은 행정조사기본법 제18조(조사의 연기신청)에 대응하는 규정이다. 제18조제1항은 “출석요구서등을 통지받은 자가 천재지변이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 인하여 행정조사를 받을 수 없는 때에는 당해 행정조사를 연기하여 줄 것을 행정기관의 장에게 요청할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제2항은 “제1항에 따라 연기요청을 하고자 하는 자는 연기하고자 하는 기간과 사유가 포함된 연기

신청서를 행정기관의 장에게 제출하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 제3항은 “행정기관의 장은 제2항에 따라 행정조사의 연기요청을 받은 때에는 연기요청을 받은 날부터 7일 이내에 조사의 연기 여부를 결정하여 조사대상자에게 통지하여야 한다.”고 규정하고 있다.

5. 공정거래법상 행정조사에 관한 평가

공정거래법상 조사는 형사소추로 이어질 수 있음에도 이에 관한 규정은 국세기본법이 규정하는 경우에 비하여 조사자의 권한은 강화시키는 반면, 조사대상자의 권익을 보호하는 데에는 매우 미흡하다는 평가를 받고 있다.⁶²⁾

공정거래위원회의 고시인 조사절차에 관한 규칙에 규정된 조사절차상 조사대상자의 권익보호를 위한 사항을 한층 강화하여 법률로써 규정할 필요가 있다.⁶³⁾

IV. 소결

세무조사, 공정거래법 위반행위에 대한 조사 등과 같이 특수한 조사절차가 필요한 영역의 경우에도 행정조사기본법에 규정된 기본원칙은 적용된다. 이 경우 사전통지제도의 운용, 조사대상자의 권익보호를 위한 법적 장치의 운용 등과 같이 행정조사기본법에 규정된 표준적 절차와 권익보호장치를 직접 조사대상법률에 규정함이 필요하다. 국민의 기본권의 침해 여지가 높은 영역일수록 행정조사기본법의 정신이 스며들도록 할 필요가 있으므로 행정조사기본법의 적용제외에서 세무조사와 공정거래위원회의 조사 등을 제외할 필요가 있다는 견해가 제기되고 있다.⁶⁴⁾

행정조사기본법 제정과정에서 가장 커다란 쟁점 중의 하나가 적용범위 제한에 따른 법제정의 실효성 저하문제였다. 행정조사기본법은 원칙적으로 모든 행정기관의 행정조사에 동법의 규정을 적용하되, 외교·안보에 관한 사항, 형사·행형에 관한 사항, 조세

62) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 95면

63) 이에 대해 구체적인 방안으로는 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 95면 참조

64) 김용섭·이경구·이광수, 앞의 책, 57면

· 금융·공정거래위원회 관련 행정조사 등 특수성이 있는 인정되는 행정조사에 대하여는 적용을 제외하였다. 이 중에서 조세·금융·공정거래위원회 관련 행정조사가 행정조사기본법의 작용대상에서 제외되어 기업의 부담경감 효과가 미미하다는 지적이 여야를 불문하고 강하게 제기되었다.

통상적 행정조사는 국민의 안전과 복지증진 등을 위한 선의의 정부활동과 관련된 정책수립과 업무수행을 위해 필요한 정보·자료를 수집하는 활동임에 비하여 조세·금융·공정거래위원회 관련 행정조사의 경우는 국민의 납세의무, 금융 및 경제질서 등을 교란하는 행위에 대한 제재와 상시적인 조사활동이 필요하므로 행정조사기본법이 정한 절차, 예컨대, 사전조사계획의 수립, 정기조사의 원칙 등을 적용할 경우 조사대상이 훼손되어 조사목적의 달성이 어렵게 된다는 점을 감안하면, 조세·금융·공정거래위원회 관련 행정조사에 대해서는 적용제한을 하는 것이 타당한 측면도 없지 않다. 그것은 현행 조세·금융·공정거래위원회 관련 행정조사에는 별도의 법체계에서 조사요건, 조사절차 등에 관하여 비교적 상세하게 규정하고 있고, 행정조사기본법상의 행정조사의 기본원칙(제4조), 행정조사의 근거(제5조)는 권한남용금지, 조사의 목적부합성, 목적의 사용금지, 법령에 근거한 행정조사 등은 모든 행정조사가 지켜야 할 최소한의 기본원칙 등에 관한 규정으로 조세·금융·공정거래위원회 관련 행정조사에도 적용될 수 있는 사항이며, 정보통신수단을 통한 행정조사(제28조)의 규정도 정보통신기술의 발달에 따라 전자화된 의사전달 수단을 받아들이는 것으로서 모든 행정조사에 적용해도 무방하기 때문에 적용범위에서 제외하여도 행정조사기본법의 제정목적을 크게 훼손하는 것은 아니라고 볼 것으로서 모든 행정조사에 적용해도 무방하기 때문에 적용범위에서 제외하여도 행정조사기본법의 제정목적을 크게 훼손하는 것은 아니라고 볼 여지도 없지 않다. 또한 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 공정거래위원회 조사는 심결을 전제로 이루어지는 준사법적 조사의 성격을 지니고 있고 불공정거래행위, 기업결합위반 등 공정거래법 위반행위에 대해 공정위의 고발이 없으면 검찰이 공소를 제기할 수 없는 등 조사의 특수성이 있으며, 공정위 소관 조사에 관하여

는 별도의 공정거래관련 법령에 조사요건, 조사절차 등을 구체적으로 규정하고 있다.

그러나 사실 한국에서 행정조사라고 하면 세무조사를 연상할 정도로 세무조사는 행정조사의 대표적인 예인 바, 행정조사기본법의 적용범위에 세무조사를 제외시키게 되는 경우, 행정조사기본법의 제정목적이 훼손받을 것이 명확하므로(특히 기업체의 경우), 세무조사를 제외한 것은 비판의 여지가 있다. 물론 세무조사는 국가재정수입 확보를 위한 필수적 수단으로서 국세기본법과 국세징수법 등 별도의 법체계에서 사전통지, 조사대상자의 권리, 이의신청 등 조사 및 구제절차를 상세히 마련하고 있으므로 제외하는 것이 타당하다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 세무조사에 관한 국세기본법의 규정 중 제81조의3(세무조사권 남용금지), 제81조의4(세무조사에 있어서 조력을 받을 권리), 제81조의6(세무조사의 사전통지와 연기신청), 제81조의7(세무조사에 있어서의 결과통지), 제81조의9(비밀유지) 등의 규정은 그 취지 및 내용면에서 행정조사기본법의 내용과 거의 유사하기 때문에 국세청의 세무조사 실시에 부담을 크게 가중시키는 것은 아니라고 볼 수 있다.⁶⁵⁾

65) 김재광, “行政調查基本法 立法過程上 主要 爭點에 關한 考察” 2008. 5. 24. 臺灣 東亞行政法學會 제8회 國際學術大會 발제문, 108~110면

제5절 요약



(1) 종래 행정조사 개념에 대해서는 독자성 부정설, 권력적 조사설, 비권력적 조사 포함설 등이 주장되었다. 권력적 조사이든 비권력적 조사이든 모두 궁극적인 행정작용의 적정한 수행을 위한 자료·정보의 수집활동이라는 점, 행정의 실효성확보를 위한 것이라는 점에서 차이가 없으므로, 양자를 모두 포함하여 행정조사로서 파악하는 것이 보다 논리적이라고 할 것이다. 판례·학설상 행정조사의 법리가 많이 논의되고 있는 미국이나 일본의 경우도 행정조사를 반드시 권력적 조사에 한정하고 있지 않다. 따라서 비권력적 조사 포함설이 타당하다.

(2) 행정조사의 유형으로는 첫째, 행정행위의 형식과 사실행위의 형식에 따른 구분, 둘째, 강제성 존재 여부에 따른 분류, 셋째, 권력적 요소의 존재 여부에 따른 구분, 넷째, 직접조사와 간접조사에 따른 구분, 다섯째, 대상에 따른 구분, 여섯째, 조사목적에 따른 구분 등이 있다. 실무적으로는 강제성 존재 여부에 따른 분류(① 강제조사, ② 임의조사, ③ 간접강제조사(준강제조사))가 주로 논의되고 있다. 강제조사는 조사대상자의 의사와는 무관하게 행정기관의 일방적인 명령이나 강제를 수단으로 행하여지는 조사를 말한다. 임의조사는 조사대상자의 협력성 및 자발성을 특징으로 하는 조사를 말한다. 간접강제조사(준강제조사)는 강제조사와 임의조사의 중간에 해당하는 것으로 볼 수 있는데, 임의조사이지만 간접강제적 성격을 띠는 조사를 말한다.

(3) 행정조사와 다른 개념과의 구별로는 첫째, 행정조사와 행정상 즉시강제와의 구별, 둘째, 행정조사와 행정단속과의 구별, 셋째, 행정조사와 범죄수사와의 구별 등을 살펴보았다.

행정조사는 종래에는 행정상의 즉시강제의 테두리 속에서 다루어졌던 탓으로 독자적인 개념 구성을 보지 못하였던 것이나, 근래에 와서 행정상 즉시강제의 개념에 대한 재검토를 통하여 행정조사의 개념이 행정상 즉시강제로부터 분리되어 부각되게 되었다. 행정조사와 행정상 즉시강제는 그 목적과 내용을 달리하는 별개의 것이다. 행정조사는 설혹 행정상 즉시강제와 밀접하게 결부되어 행하여지는 경우가 있다고 하더라도,

그것은 어디까지나 행정상 즉시강제의 전제적 또는 부수적 수단으로 작용하는 데에 불과하다.

권력적 및 비권력적 조사를 모두 포함하고 있는 행정조사와 달리 행정단속인 경우 그 동기가 위법사실의 확인에 있기 때문에 설사 단속상대방의 임의적 협력에 기초하여 행해진다고 하더라도 필연적으로 발생한 위축효과로 인하여 침익적 행정조사의 성격을 갖게 되고, 위법사실의 확인이 있을 경우 자료수집이나 물건의 폐기 등의 통제작용까지 할 수 있으므로 강제적 성격을 보유한다고 본다.

행정조사와 범죄수사는 첫째, 국가임무를 위한 준비적·보조적 활동이라는 점과 둘째, 객관적 사실을 발견하기 위한 조사활동이라는 점에서 공통점을 갖는다. 그러나 범죄수사(형사수사)는 조사목적과 범위, 조사대상의 특정, 조사주체의 제한, 조사과정에서의 절차준수, 증거능력 등의 측면에서 행정조사에 비해 더 엄격한 절차이다. 행정실무에 있어서는 행정법령상의 위반행위에 대한 행정상 단속을 통하여 확보된 자료를 향후 수사기관에서 형사소추를 위한 증거자료로 활용하고 있으나, 이러한 문제점을 극복하기 위해서 위험방지를 위한 행정조사와 형사소추를 위한 범죄수사를 엄격히 구분하여 행정조사에 의하여 확보된 자료는 과태료나 허가 또는 면허의 취소사유 등 행정상 제재를 부과하는데 활용하고, 나아가 형사절차에서 증거자료로 사용되지 않도록 할 필요가 있다.

(4) 권력적 행정조사는 국민의 자유와 재산에 대한 제한을 수반하므로 법적 근거가 있어야 한다. 비권력적 행정조사는 원칙상 법률의 근거가 없어도 가능하다고 보아야 할 것이다. 행정조사기본법상 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다(제5조).

일반적으로 행정조사의 실정법적 근거의 예로서 제시하는 통계법 제26조, 식품위생법 제22조의 경우는 직접 범죄 혹은 범칙행위와의 관련을 맺고 있지 않은 일상적인 행정조사를 의미한다고 할 수 있다. 그러나 「경찰관직무 집행법」제3조, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」제9조, 「총포·도검·화약류 등의 안전관리에 관한 법률」제44조, 국세징수법 제25조부터 제27조까지, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(공정거래법) 제49조

제1항, 제50조 제5항의 경우에는 이미 실정법상으로도 일상적인 행정조사로 파악할 수 있는 범위를 넘어서 광범위한 수권이 행하여지고 있다.

(5) 행정조사는 행정작용의 적정성 확보를 위하여 불가결한 것이지만, 프라이버시권, 영업의 자유, 재산권 등 개인이나 기업의 기본권을 침해할 우려도 큰 만큼 엄격한 한계 내에서만 허용되어야 할 것이다.

행정조사의 공법상 한계와 관련하여 첫째, 적법절차원칙의 인정 여부, 둘째, 진술거부권의 인정 여부, 셋째, 법치행정의 원칙 및 행정법의 일반원칙, 넷째, 행정조사와 실효행위, 다섯째, 위법한 행정조사와 행정행위의 효력 등에 대해 살펴보기로 한다. 영장주의에 대해서는 제3장에서 별도로 다루고 있으므로 여기에서는 생략하였다.

적법절차원칙의 인정 여부와 관련하여 행정조사 전반에 적법절차원칙이 적용된다고 보는 긍정설, 그 적용이 없다고 보는 부정설, 절충적 관점에서 그 타당성을 논하는 절충설 등이 그것이다. 헌법재판소는 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한되지 아니하고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다고 하여 긍정설을 취하고 있다(헌재 1992. 12. 24, 92헌가8등; 대판 2014. 6. 26, 2012두911). 행정조사는 적법한 절차에 따라 행해져야 한다. 행정조사기본법은 조사의 사전통지, 조사의 연기신청, 제3자에 대한 보충조사, 의견제출, 조사원 교체신청, 조사권행사의 제한, 조사결과통지 등 행정조사에 관한 절차를 규정하고 있다.

행정조사에 있어서 진술거부권의 인정 여부와 관련하여 당사자에 대하여 일정한 보고·신고의무, 나아가 업무상 일정한 장부기재의무를 두고 있고, 별도의 진술거부권의 고지의무에 관한 규정을 두고 있지 않은 부분과 행정조사의 일환으로 행하여지는 자료제출명령, 출석요구와 이를 통한 진술 강제가 진술거부권에 관한 헌법 제12조 제2항 후단 위반은 아닌가 하고 문제제기를 하는 견해가 있다. 행정조사에 진술거부권이 적용될 것인가와 관련하여 행정조사 중 일반적인 질문의 경우에는 진술거부권이 적용되지 않지만, 질문이 행정조사와 형사책임추급의 양 목적으로 행해지는 경우에는 진술거부권이 적용된다고 보아야 한다. 헌법상 기본원리인 적법절차의 원리가 당연히 적용되어야 하며, 형사절차를 예정하고 있는 조사행위로서, 수집된 자료가 형사절차의 증거자료가 된다는 점에서 형사소송법상 증거법칙 및 진술거부권, 변호인의 조력권 등이 적용되

고 보장될 필요가 있다.

법치행정의 원칙에 따라 행정조사활동에 있어 법률의 근거를 요하는 법률유보원칙과 법적 한계의 문제인 법우위원칙을 준수하여야 한다. 행정조사와 관련한 행정법의 일반 원칙으로 중요한 것은 비례의 원칙, 평등의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등이다. 행정조사는 행정목적 달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 행정조사의 수단에 여러 가지가 있는 경우에 상대방에게 가장 적은 침해를 가져오는 수단을 사용하여야 한다. 조사수단의 선택, 조사의 인적 범위, 조사의 물적 범위, 조사의 시간적 한계 등에 대하여 별다른 규정이 없는 현행법령의 해석상 이 비례의 원칙이 중요한 제한기준이 될 것이다. 행정조사의 실시에 있어서 합리적인 사유 없이 조사대상자를 차별하는 것은 평등의 원칙에 반한다. 특히 세무조사에 있어서 조사대상자의 선정 및 조사의 정도와 관련하여 평등원칙의 위반 여부가 문제된다. 행정조사는 그 권한을 법령상의 목적의 범위 안에서만 허용되는 것이며 그 이외의 목적을 위하여 행사되어서는 안된다. 조사가 부당한 목적으로 행사되는 것을 방지하기 위하여는 수권법령상의 목적은 엄격하게 해석할 필요가 있다.

(6) 강제조사 중 조사상대방이 조사를 거부하는 경우에 벌칙을 가할 수 있다고 규정하고 있지만, 실력행사에 관한 명문의 근거규정이 없는 경우에 이 벌칙 등의 제재를 가하는 외에 직접 실력을 행사할 수 있을 것인가 하는 문제가 생긴다. 이에 대하여는 긍정설, 부정설 및 예외적 긍정설이 대립되고 있다. 국민의 신체나 재산에 대한 실력행사에는 명문의 근거가 있어야 하므로 부정설이 타당하다.

(7) 행정조사가 위법한 경우에 그 행정조사에 의해 수집된 정보에 기초하여 내려진 행정결정이 위법한 것으로 되는가가 문제로 된다. 행정조사를 통하여 획득한 정보가 내용상으로는 정확하지만 행정조사가 실체법상 또는 절차법상 한계를 넘어 위법한 경우이다. 현재 학설은 적극설, 소극설, 절충설 등으로 대립하고 있다. 판례는 원칙상 적극설을 취하고 있다. 다만, 행정조사절차의 하자의 정도가 중대하지 않고 경미한 경우에는 위법사유가 되지 않는 것으로 본다. 행정조사에 의해 수집된 정보가 행정결정의 기초가 된 경우에 해당 행정조사를 행정결정을 하기 위한 절차라고 볼 수 있고, 절차의 하자를 독자적 취소사유로 보는 것이 타당하므로 적극설이 타당하다.

(8) 행정조사기본법은 행정조사의 기본원칙에 대해서는 법 제4조에서 규정하고 있다. 공공기관이 규제하는 영역이 확대됨에 따라 각종 행정기관이 기업 등을 대상으로 다양한 행정조사를 실시하고 있으나, 행정조사에 대한 기본원칙이 없어 행정편의에 따라 행정조사가 이루어지는 경향이 있다. 조사범위의 최소화, 조사목적의 적합성, 중복 조사의 제한, 예방위주의 행정조사, 조사결과에 대한 이용제한 등 행정기관이 행정조사를 함에 있어서 준수하여야 할 기본적인 사항을 규정하고 있다.

국세기본법은 제81조의4(세무조사권 남용 금지), 제81조의5(세무조사 시 조력을 받을 권리), 제81조의7(세무조사의 통지와 연기신청), 제81조의8(세무조사 기간), 제81조의9(세무조사 범위 확대의 제한), 제81조의10(장부등의 보관 금지), 제81조의11(통합조사의 원칙), 제81조의12(세무조사의 결과 통지), 제81조의13(비밀 유지) 등을 규정하고 있다. 이들 규정은 그 취지 및 내용면에서 행정조사기본법의 내용과 거의 유사하다는 평가를 받고 있다. 세무조사는 법적 조사가 아닌 한 납세자의 협조와 동의를 전제로 하는 간접강제방식으로 이루어진다. 조사과정에서 충분한 설명과 이해를 바탕으로 납세자의 협력을 이끌어 내야 하는 것이다. 그러나 실무상 강요에 의한 납세자의 형식적 동의하에 절차가 무시된 채 광범위한 자료의 수집이 이루어지는 사례가 있으며 납세자의 권익보호를 위한 절차적 규정들이 마련되어 있지만, 현실적으로 잘 준수되고 있다고 평가하기는 힘들다는 비판이 있다. 조사권의 남용으로부터 납세자의 권익을 보호하기 위해서는 조사자와 납세자인 조사대상자가 대등한 관계에서 조사가 이루어질 수 있도록 조력을 받을 권리가 실질적으로 보장되어야 하고, 위법한 세무조사에 대한 구제수단이 사전적·사후적으로 다양하게 인정되어야 한다.

공정거래법은 제49조(위반행위의 인지·신고등), 제50조(위반행위의 조사 등), 제50조의2(조사권의 남용금지), 제50조의3(조사 등의 연기신청)에 대해 규정하고 있다. 공정거래법상 조사는 형사소추로 이어질 수 있음에도 이에 관한 규정은 국세기본법이 규정하는 경우에 비하여 조사자의 권한은 강화시키는 반면, 조사대상자의 권익을 보호하는 데에는 매우 미흡하다는 평가를 받고 있다. 공정거래위원회의 고시인 조사절차에 관한 규칙에 규정된 조사절차상 조사대상자의 권익보호를 위한 사항을 한층 강화하여 법률로써 규정할 필요가 있다.

제3장
행정조사와 영장주의
적용가능성



제1절 이론적 검토



I. 행정조사와 형사수사의 구별

1. 행정조사⁶⁶⁾

가. 행정조사의 의미

행정조사의 개념에 대하여 다양한 견해들이 있는 바, 일반적으로 행정조사란 행정기관이 사인으로부터 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하기 위하여 행하는 일체의 행정작용을 말한다고 할 수 있다.⁶⁷⁾ 우리나라에서는 2007년 5월 17일 행정조사기본법이 제정(2007. 8. 18. 시행)되어 시행되고 있는데, 행정조사기본법에서는 행정조사를 ‘행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동’으로 정의하고 있다(행정조사기본법 제2조 제1호).

행정조사는 행정상 즉시강제와 구별된다고 볼 수 있는데, 개인의 신체나 재산에 실력을 행사를 하여 강제성을 가진다는 점에서는 즉시강제와 같은 면이 있으나 행정상 즉시강제는 권력적 사실행위로 보는 반면 행정조사는 비권력적 사실행위로 이해하는데 차이가 있고 행정조사는 그 자체가 행정상 필요한 구체적인 결과를 실현시키는 것이 아니고 행정에 필요한 자료를 수집이라든가 조사를 하는데 목적이 있는 반면 행정상 즉시강제는 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 행사하여 직접 행정에 필요한 상태를 실현시키는 것을 목적으로 한다는 데에 차이가 있다. 또한 행정조사는 일반적으로 긴급성이 없고 모든 행정조사가 반드시 강제적인 것은 아니라는 점에서 행정상 즉시강제와 구별되기도 한다.

행정조사의 개념에 권력적 행정조사만을 포함시키는 견해⁶⁸⁾도 있었으나 2007년 행

66) 전학선, 행정조사와 사법부의 행정부 지원, 유럽헌법연구 제15호, 2014. 6, 292면 이하.

67) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2013, 350면.

68) 김동희 행정법(I), 박영사, 1999, 421면.

정조사기본법이 제정되어 이에 바탕을 두고 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사를 모두 행정조사에 포함하고 있다.⁶⁹⁾ 행정조사에 비권력적 행정조사도 포함시켜야 된다고 보는데, 그 이유는 행정조사는 권력적이든 비권력적이든 행정에 필요한 정보를 수집하는 활동이라는 점에 중점이 있는 행정작용이고, 권력적 행정조사가 비권력적 행정조사보다 국민의 권익을 침해할 가능성이 많은 점은 사실이지만 권력적인 것이든 비권력적인 것이든 모든 행정조사에 있어서는 개인의 프라이버시보호, 기업의 영업의 자유의 보호라는 관점에서 법적 통제를 가할 필요성이 있기 때문이라고 할 수 있다.⁷⁰⁾

나. 적용범위

행정조사기본법 제3조는 적용범위에 관하여 규정하고 있다. 행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사기본법으로 정하는 바에 따르도록 하고 있다. 그러나 행정조사를 한다는 사실이나 조사내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 국가안전보장·통일 및 외교에 관한 사항이나 국방 및 안전에 관한 사항으로 군사시설·군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항·병역법·향토예비군설치법·민방위기본법·비상대비지원 관리법에 따른 징집·소집·동원 및 훈련에 관한 사항은 행정조사기본법을 적용하지 않도록 하고 있으며, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조 제3항의 정보에 관한 사항·근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항, 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항, 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 표시·광고의 공정화에 관한 법률, 하도급거래 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 방문판매 등에 관한 법률, 전자상거래 등에서 소비자보호에 관한 법률, 약관의 규제에 관한 법률 및 할부거래에 관한 법률에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항에도 적용을 하지 않도록 하고 있다. 그럼에도 불구하고 행정조사의 기본원칙(제4조), 행정조사의 근거(제5조), 정보통신수단을 통한 행정조사(제28조) 부분은 예외없이 적용하도록 하고 있다.

행정조사기본법의 적용이 배제되는 영역의 경우에 대한 전반적인 재검토가 있어야

69) 김동희, 행정법(I), 박영사, 2013, 496면.

70) 박균성, 행정법강의, 박영사, 2012, 373-374면.

한다. 행정조사기본법 제3조가 규정한 적용제외영역은 너무 넓게 설정되어 있다. 각각의 영역 하나 하나마다 과연 적용제외가 불가피한 영역이었는가를 검토하고 그러하지 아니한 경우에는 행정조사기본법의 적용대상이 되도록 법제정비가 있어야 한다.⁷¹⁾

다. 행정조사의 방법

행정조사의 방법으로 출석·진술요구(제9조), 보고요구와 자료제출요구(제10조), 현장조사(제11조), 시료채취(제12조), 자료 등의 영치(제13조)가 있다.

(1) 출석·진술요구(제9조)

행정기관의 장이 조사대상자의 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 사항이 기재된 출석요구서를 발송하여야 한다. 그리고 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. 만약 출석한 조사대상자가 출석요구서에 기재된 내용을 이행하지 아니하여 행정조사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 제외하고는 조사는 조사대상자의 1회 출석으로 당해 조사를 종결하여야 한다.

(2) 보고요구와 자료제출요구(제10조)

행정기관의 장은 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하는 때에는 일시와 장소, 조사의 목적과 범위, 보고하여야 하는 내용, 보고거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 포함된 보고요구서를 발송하여야 한다.

행정기관의 장은 조사대상자에게 장부·서류나 그 밖의 자료를 제출하도록 요구하는 때에는 제출기간, 제출요청사유, 제출서류, 제출 서류의 반환 여부, 제출거부에 대한

71) 오준근, 행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구, 토지공법연구 제45집, 2009, 8, 377면.

제재(근거 법령 및 조항 포함), 그밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 자료제출요구서를 발송하여야 한다.

(3) 현장조사(제11조)

조사원이 가택·사무실 또는 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), 그밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령 등에서 현장조사 시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하여야 한다. 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다. 다만, 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함한다)가 동의한 경우, 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우, 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령 등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우에는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에도 할 수 있다. 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다.

(4) 시료채취(제12조)

조사원이 조사목적의 달성을 위하여 시료채취를 하는 경우에는 그 시료의 소유자 및 관리자의 정상적인 경제활동을 방해하지 아니하는 범위 안에서 최소한도로 하여야 한다. 행정기관의 장은 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 한다.

(5) 자료 등의 영치(제13조)

조사원이 현장조사 중에 자료·서류·물건 등을 영치하는 때에는 조사대상자 또는 그 대리인을 입회시켜야 한다. 조사원이 자료 등을 영치하는 경우에 조사대상자의 생활이나 영업이 사실상 불가능하게 될 우려가 있는 때에는 조사원은 자료 등을 사진으로 촬영하거나 사본을 작성하는 등의 방법으로 영치에 갈음할 수 있다. 다만, 증거인멸의 우려가 있는 자료 등을 영치하는 경우에는 그러하지 아니하다. 조사원이 영치를 완료한

때에는 영치조서 2부를 작성하여 입회인과 함께 서명날인하고 그중 1부를 입회인에게 교부하여야 한다. 행정기관의 장은 영치한 자료 등을 검토한 결과 당해 행정조사와 관련이 없다고 인정되는 경우라든가 당해 행정조사의 목적의 달성 등으로 자료 등에 대한 영치의 필요성이 없게 된 경우에는 이를 즉시 반환하여야 한다.

라. 행정조사절차

(1) 개별조사계획의 수립(제16조)

행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제17조에 따른 사전통지를 하기 전에 개별조사계획을 수립하여야 한다. 개별조사계획에는 조사의 목적·종류·대상·방법 및 기간, 그밖에 대통령령으로 정하는 사항(조사의 근거, 조사원의 구성, 조사대상자의 선정기준, 조사거부 시 제재의 내용 및 근거)이 포함되어야 한다. 다만, 행정조사의 시급성으로 행정조사계획을 수립할 수 없는 경우에는 행정조사에 대한 결과보고서로 개별조사계획을 갈음할 수 있다.

(2) 조사의 사전통지(제17조)

행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 출석요구서, 보고요구서·자료제출요구서 및 현장출입조사서를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우, 통계법 제3조 제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다. 행정기관의 장이 출석요구서등을 조사대상자에게 발송하는 경우 출석요구서등의 내용이 외부에 공개되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

(3) 조사대상 선정기준 및 열람신청(제18조)

조사대상자에게 조사대상 선정 기준에 대한 열람 신청권이 있다. 이는 조사대상자로 하여금 본인이 어떤 이유로 대상자로 선정되었는지를 알 수 있도록 하여 선정 기준의

공정성·투명성을 확보하고, 이를 통하여 상대방을 설득하고 자발적인 협력을 유도하기 위한 것이다.⁷²⁾

행정기관의 장은 열람신청을 받은 때에는 행정기관이 당해 행정조사업무를 수행할 수 없을 정도로 조사활동에 지장을 초래하는 경우라든가 내부고발자 등 제3자에 대한 보호가 필요한 경우가 아니면 신청인이 조사대상 선정기준을 열람할 수 있도록 하여야 한다.

이는 조사대상자로 하여금 본인이 어떤 이유로 조사대상자로 선정되었는지를 알 수 있도록 하여 선정기준의 공정성·투명성을 확보하고, 이를 통하여 상대방을 설득하고 자발적인 협력을 유도하기 위한 것으로,⁷³⁾ 선정기준의 공정성에 대한 논란을 잠재우기 위해서는 선정기준을 사전에 공표하는 것이 바람직하다는 견해도 있다.⁷⁴⁾ 즉 행정조사에 대한 예측가능성을 확보하고 선정기준의 공정성·투명성을 더욱 확실하게 보장하기 위해서는 행정기관이 조사업무를 수행할 수 없을 정도로 조사활동에 지장을 초래하는 경우 등 일정한 경우를 제외하고는 선정기준을 원칙적으로 사전에 공표하도록 하자는 것이다.⁷⁵⁾

(4) 조사의 연기신청(제18조)

출석요구서 등을 통지받은 자가 천재지변이나 화재, 그 밖의 재해로 인하여 사업장의 운영이 불가능한 경우, 행정조사기본법 제10조 제2항에 따라 자료제출요구를 받은 경우와 동법 제11조 제1항에 따른 현장조사의 경우 장부 및 관련 서류가 권한이 있는 기관에 의하여 압수 또는 영치된 경우, 조사대상자가 개인인 경우 그 개인이 질병이나 장기 출장 등으로 인하여 조사가 곤란하다고 판단되는 경우로 인하여 행정조사를 받을 수 없는 때에는 당해 행정조사를 연기하여 줄 것을 행정기관의 장에게 요청할 수 있다. 연기요청을 하고자 하는 자는 연기하고자 하는 기간과 사유가 포함된 연기신청서를 행정기관의 장에게 제출하여야 한다. 행정기관의 장은 행정조사의 연기요청을 받은 때에는 연기요청을 받은 날부터 7일 이내에 조사의 연기 여부를 결정하여 조사대상자에게 통지하여야 한다.

72) 김신, 행정부담 감축을 위한 행정조사의 개선에 관한 연구, 한국행정연구원, 2013. 12. 21면.

73) 김재광, 행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰, 법학논총 제33권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 506면.

74) 김광수, 행정조사기본법에 대한 진술, 국회정무위원회 공청회자료, 2006. 11. 24. 16면.

75) 김영조, 행정조사기본법의 문제점과 개선방안, 공법학연구 제8권 제3호, 2007. 8. 112면.

(5) 제3자에 대한 보충조사(제19조)

행정기관의 장은 조사대상자에 대한 조사만으로는 당해 행정조사의 목적을 달성할 수 없거나 조사대상이 되는 행위에 대한 사실 여부 등을 입증하는 데 과도한 비용 등이 소요되는 경우로서 다른 법률에서 제3자에 대한 조사를 허용하고 있는 경우라든가 제3자의 동의가 있는 경우에는 제3자에 대하여 보충조사를 할 수 있다. 행정기관의 장은 제3자에 대한 보충조사를 실시하는 경우에는 조사개시 7일 전까지 보충조사의 일시·장소 및 보충조사의 취지 등을 제3자에게 서면으로 통지하여야 한다.

행정기관의 장은 제3자에 대한 보충조사를 하기 전에 그 사실을 원래의 조사대상자에게 통지하여야 한다. 다만, 제3자에 대한 보충조사를 사전에 통지하여서는 조사목적 을 달성할 수 없거나 조사목적의 달성이 현저히 곤란한 경우에는 제3자에 대한 조사결과를 확정하기 전에 그 사실을 통지하여야 한다. 원래의 조사대상자는 통지에 대하여 의견을 제출할 수 있다.

(6) 조사거부(제20조)

행정기관의 장이 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 행정조사를 실시하고자 하는 경우 조사대상자는 문서·전화·구두 등의 방법으로 당해 행정조사를 거부할 수 있다. 행정조사에 대하여 조사대상자가 조사에 응할 것인지에 대한 응답을 하지 아니하는 경우에는 법령 등에 특별한 규정이 없는 한 그 조사를 거부한 것으로 본다. 행정기관의 장은 조사거부자의 인적 사항 등에 관한 기초자료는 특정 개인을 식별할 수 없는 형태로 통계를 작성하는 경우에 한하여 이를 이용할 수 있다.

(7) 의견제출(제21조)

조사대상자는 사전통지의 내용에 대하여 행정기관의 장에게 의견을 제출할 수 있다. 행정기관의 장은 조사대상자가 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 행정조사에 반영하여야 한다.

(8) 조사원 교체신청(제22조)

조사대상자는 조사원에게 공정한 행정조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되

는 경우에는 행정기관의 장에게 당해 조사원의 교체를 신청할 수 있다. 교체신청은 그 이유를 명시한 서면으로 행정기관의 장에게 하여야 한다. 교체신청을 받은 행정기관의 장은 즉시 이를 심사하여야 한다. 행정기관의 장은 교체신청이 타당하다고 인정되는 경우에는 다른 조사원으로 하여금 행정조사를 하게 하여야 한다. 행정기관의 장은 교체신청이 조사를 지연할 목적으로 한 것이거나 그 밖에 교체신청에 타당한 이유가 없다고 인정되는 때에는 그 신청을 기각하고 그 취지를 신청인에게 통지하여야 한다.

(9) 조사권 행사의 제한(제23조)

조사원은 행정조사기본 제9조부터 제11조까지에 따라 사전에 발송된 사항에 한하여 조사대상자를 조사하되, 사전통지한 사항과 관련된 추가적인 행정조사가 필요할 경우에는 조사대상자에게 추가조사의 필요성과 조사내용 등에 관한 사항을 서면이나 구두로 통보한 후 추가조사를 실시할 수 있다. 조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다. 조사대상자와 조사원은 조사과정을 방해하지 아니하는 범위 안에서 행정조사의 과정을 녹음하거나 녹화할 수 있다. 이 경우 녹음·녹화의 범위 등은 상호 협의하여 정하여야 한다. 조사대상자와 조사원이 제3항에 따라 녹음이나 녹화를 하는 경우에는 사전에 이를 당해 행정기관의 장에게 통지하여야 한다.

(10) 조사결과의 통지(제24조)

행정기관의 장은 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.

(11) 중복조사금지(제15조)

정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사 하여서는 아니 된다. 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다. 행정조사를 실시할 행정기관의 장은 행정조사를 실시하기 전에 다른 행정기관에서 동일한 조사대상자에게 동일하거나 유사한 사안에 대하여 행정조사를 실시하였는지

여부를 확인할 수 있다. 행정조사를 실시할 행정기관의 장이 사실을 확인하기 위하여 행정조사의 결과에 대한 자료를 요청하는 경우 요청받은 행정기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 관련 자료를 제공하여야 한다.

중복조사금지는 개별법에서 규정하고 있는 경우도 있는데, 국세기본법에서는 세무공무원은 조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우, 거래상대방에 대한 조사가 필요한 경우, 2개 이상의 과세기간과 관련하여 잘못이 있는 경우, 국세기본법 제65조 제1항 제3호(제66조 제6항과 제81조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 필요한 처분의 결정에 따라 조사를 하는 경우, 그밖에 제1호부터 제4호까지와 유사한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에 해당하는 경우가 아니면 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 재조사를 할 수 없도록 하고 있다.

2. 형사수사

수사한 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동이라 할 수 있다.⁷⁶⁾ 따라서 공소제기 전에 공소제기 여부를 결정하기 위한 수사기관의 활동뿐만 아니라 공소를 제기한 후에 행하는 공소유지를 위한 보강수사나 공소취소 여부를 결정하기 위한 수사기관의 활동도 수사에 포함된다. 이러한 수사활동이 연속적으로 이루어지는 과정을 수사절차라고 하고, 형사절차는 수사에 의하여 개시되므로 수사는 형사절차의 1단계라고 할 수 있다.⁷⁷⁾

수사는 범죄혐의가 있다고 사료되는 때에 개시되는 수사기관의 활동이므로 범죄의 유무를 알아보기 위하여 행하는 수사기관의 조사활동인 내사와는 구분된다. 수사의 대상인 피의자는 헌법과 형사소송법이 부여하는 피의자의 권리를 충분히 행사할 수 있는데 대하여, 내사의 대상자인 피내사자는 단순한 혐의자 내지 용의자에 불과하여 이러한 권리를 행사하는데 일정한 제한을 받는다. 따라서 피내사자는 증거보전을 청구할 수 없으며, 진정에 기하여 이루어진 내사사건에서 내사종결처분이 내려지더라도 진정인은 고소사건의 고소인과 달리 재정신청을 청구할 수도 없다. 이는 내사사건의 종결처리는

76) 대법 1999. 12. 7. 98도3329.

77) 이은모, 형사소송법, 박영사, 2015, 165면.

수사기관의 내부적인 사건처리방식에 지나지 않기 때문이다. 이 경우 진정인이 재정신청을 청구하기 위해서는 정식으로 고소·고발을 한 후 검사의 불기소처분을 기다려서 이를 대상으로 하여야 한다.⁷⁸⁾

3. 행정조사와 수사의 차이

가. 목적상의 차이

행정조사는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위한 목적으로 하는 활동이라 할 수 있다. 여기서 행정기관이란 법령 및 조례·규칙에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다(행정조사기본법 제2조 제2호).

이에 반해 수사는 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소제기 및 유지 여부를 결정함을 목적으로 한다. 공소제기 전에는 피의사건의 진상파악, 공소제기 여부의 결정, 공소제기 및 유지를 위한 준비, 사안의 진상해명을 위한 자료의 수집·보전 등이 주된 내용을 이루지만, 공소제기 후에는 공소의 유지 및 수행을 위한 준비 활동, 공소의 취소 여부를 결정하기 위한 범죄혐의 유무에 대한 판단이 주된 내용을 이룬다.⁷⁹⁾

따라서 행정조사는 정책결정이나 그 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료 수집하기 위한 목적인데 반하여, 수사는 범죄혐의의 유무를 명백히 하여 공소제기 및 유지 여부를 결정함을 목적으로 한다는데 차이가 있다.

나. 주체의 차이

행정조사를 할 수 있는 기관은 행정기관이다. 여기서 행정기관이란 법령 및 조례·규칙에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다(행정조사기본법 제2조 제2호).

수사의 주체는 수사기관이 된다. 수사기관이란 법률상 수사의 권한이 인정되는 국가

78) 이은모, 전게서, 166면.

79) 임동규, 형사소송법, 법문사, 2019, 124면.

기관을 말한다.⁸⁰⁾ 우리 형사소송법에는 수사기관으로 검사와 사법경찰관리를 인정하고 있는데, 구체적으로는 검사는 범죄혐의가 있다고 사료되는 때에는 범인, 범죄사실과 증거를 수사하여야 하며(형사소송법 제195조), 사법경찰관은 범죄의 혐의가 있다고 인식하는 때에는 범인, 범죄사실과 증거에 관하여 수사를 개시·진행하여야 하고(형사소송법 제196조 제2항), 사법경찰관이 수사의 보조를 하여야 한다(형사소송법 제196조 제5항).

따라서 행정조사는 법령 및 조례·규칙에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인이 주체가 될 수 있으나, 수사는 주체가 검사와 사법경찰관리가 된다는데 차이가 있다.

다. 행정조사기관과 수사기관의 중첩⁸¹⁾

조사권한과 수사권한을 모두 가지고 있는 행정기관의 경우 조사와 수사의 구별의 직접적인 실익은 해당 업무를 어느 부서에서 담당할지 그리고 영장의 발부 필요성 여부와 직접적으로 문제된다.

영장이 없더라도 피조사자가 조사에 흔쾌히 응한다면 문서나 자료 등을 직접 조사할 수 있지만, 피조사자가 조사에 임의로 응하지 않는 경우에는 영장이 없이는 강제적으로 이를 입수하거나 파악할 수 없게 된다.

피조사자의 자발적인 동의 내지 승인 여부에 따라서 중요자료의 입수가 가능한 경우인가, 아니면 자발적인 동의 내지 승인을 기대하기 어려운 상황(자료)인가를 기준으로 현실적으로는 조사의 방식으로 행할 것인지, 수사가 개시될 것인지 실무상의 구별이 이루어진다고 할 수 있다.

(1) 조사권과 수사권을 모두 갖고 있는 기관의 경우

처음 신고를 받거나 대상을 인지하였을 경우, 해당 사건에 대하여 중요하거나 결정적인 증거가 될 수 있는 부분을 먼저 파악하게 된다.

80) 이창현, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2018, 202면.

81) 최증재 외, 부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구, 특허청, 2018, 217-219면.

임의적인 참고인 조사, 임의적인 자료 제출만으로도 혐의 사실을 소명하는데 충분하다고 여겨지는 경우라면 조사과에서 조사를 행하는 것으로 충분할 수 있다. 그러나 참고인 조사나 관계인 진술 확보 이외에, 회사나 사무실 내에 있는 구체적인 서류나 문서, 특히 디지털 정보의 확보가 혐의 사실을 확인하는 것이 혐의사실을 입증하는 데에 무엇보다도 중요하고 결정적인 부분이 될 수도 있는데, 해당 기관의 권한과 피조사자 또는 피조사대상인 회사의 상황에 따라 다르겠으나 영장을 발부받아 압수 또는 수색하지 아니하는 한, 피조사자의 평온하고 자발적인 동의나 승인을 얻기가 어렵다.

조사기관의 권한의 범위와 관련하여 실제적인 차이가 있는데, 공정거래위원회나 금융감독원의 경우에는 특정 사안만이 아니라 시장의 반독점행위나 불공정거래행위 등에 대하여 지속적이고 계속적인 업무감시가 가능한 조직이다. 식품의약품안전처와 같은 경우에도 제조업체에서 다양한 제품을 만들고 있다면, 신고가 접수된 안전 외에도 향후 다른 제품에 관하여 행정조사가 개시될 수 있는 가능성이 있다.

즉, 공정거래위원회, 금융감독원, 식품의약품안전처와 같은 기관은 피조사업체나 해당 산업 분야에 대한 상시적인, 연속적인 감독 가능성을 보유하고 있다.

계속적으로 사업을 수행하는 회사의 경우에는 당해 사건이 아니라 하더라도 행정기관으로부터 지속적인 관리나 관찰의 대상이 될 수 있으므로, ‘상대적으로 자발적인 동의’에 의한 조사에 협조가 용이한 편이다.

반대로, 특정 사건이 문제될 수 있지만, 그 조사 내지 검사가 일시적, 개별적인 사건에 대한 조사에 해당되는 것이라면, 피조사자나 피조사대상인 회사의 경우 지속적인 관리나 관찰이 대상이 될 수 있다는 우려나 두려움이 없고, 원하지 않는 조사에 대한 임의적이거나 자발적인 동의나 적극적인 협조를 기대하기가 어렵게 된다.

특히 시간적 여유를 얻게 된 피조사자가 수사가 개시되기 이전에 조사 단계에서 자료의 폐기나 은닉을 시도할 가능성도 배제하기 어렵다. 따라서 아예 처음부터 임의조사가 아닌, 강제수사의 단계로 개시되는 것이 보다 효율적이라고 여겨지게 되고, 실제로 대부분의 경우 조사과보다는 수사과에 업무가 집중되는 경향이 있다.

조사과와 수사과가 한 기관 내에 별개의 과로 존재하고 있는 경우, 조사로 개시할지

수사로 개시 할지의 여부는 결국 신고가 접수되거나 인지한 조사과와 수사과의 기초 인지사실을 토대로 하여 과장 간의 협의 내지 업무 조절 방식으로 이루어질 영역으로 파악된다. 따라서 조사과와 수사과의 업무 분담은 개별 사례별로 이를 구체화하면 될 것이고 미리 내규 등으로 정할 필요까지는 없는 부분으로 여겨진다.

(2) 조사권만 갖고 있는 기관의 경우

조사권만 가지고 있고 영장을 발부받아 수사할 권한이 없는 행정기관의 경우, 피조사자가 임의적으로 자료 제출이나 진술 등의 동의를 하지 않는 경우라면, 이를 거친 후에 고발 등의 절차를 거쳐서 영장을 발부받을 수 있는 수사기관에 의한 강제 수사 단계로 나아가게 될 것이다.

현실적으로 조사기관에서는 임의적인 조사만 가능하므로, 피조사자의 혐의사실을 입증하는 데에 필요한 자료의 확보가능성이나 조사결과의 실효성 확보 가능성이 적다는 한계에 부딪힌다.

II. 현행법상 영장주의의 법적 근거

1. 헌법적 근거

영장에 관해서는 헌법에서 규정을 하고 있다. 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”라고 하여 신체의 자유와 관련하여 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 영장을 필요로 한다고 규정하고 있고, 제16조에서는 주거의 자유와 관련하여 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 영장을 필요로 한다고 규정하고 있다.

2. 법률적 근거

법률에서 영장을 규정하고 있는 것은 형사소송법이 기본이라 할 수 있다. 형사소송법은 피고인의 구인 또는 구금에 있어서의 영장(제73조), 압수·수색영장(제113조) 등이 있다.

형사소송법 이외에도 개별법에서 영장에 관하여 규정을 두고 있다.

법명	조문
5·18민주화운동 진상규명을 위한 특별법	제30조(압수·수색 영장 청구의뢰)
가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법	제13조(송치 시의 가정폭력행위자 처리), 제24조(소환 및 동행영장), 제25조(긴급동행영장)
공무원범죄에 관한 몰수 특례법	제9조의3(몰수·추징 집행을 위한 검사 처분)
관세법	제296조(수색·압수영장)
국가보안법	제18조(참고인의 구인·유치)
국제형사법 공조법	제10조(외국으로의 송환을 위한 구속), 제17조(검사 등의 처분)
국회법	제26조(체포동의 요청의 절차)
군사법원법	제113조(구속영장의 발부), 제148조(임의제출물 등의 압수), 제153조(압수·수색영장)
대통령기록물 관리에 관한 법률	제17조(대통령지정기록물의 보호)
디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률	제8조(디엔에이감식시료채취영장) ⁸²⁾
마약류 불법거래 방지에 관한 특례법	제76조(검사의 처분)
범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률	제10조의3(몰수·추징의 집행을 위한 검사의 처분)
범죄인 인도법	제19조(인도구속영장의 발부), 제26조(긴급인도구속영장에 의한 구속)
소년법	제13조(소환 및 동행영장), 제14조(긴급동행영장)
소송촉진 등에 관한 특례법	제23조의2(재심)
정당법	제24조(당원명부)
정치자금법	제8조(후원회의 회원)
조세법 처벌법	제9조(압수·수색영장)
지방세기본법	제115조(압수·수색영장)
징발법	제7조(징발 집행절차)
치료감호 등에 관한 법률	제6조(치료감호영장)
클라우드컴퓨팅 발전 및 이용자 보호에 관한 법률	제27조(이용자 정보의 보호)

82) 헌법재판소는 제8조에 대하여 2018. 8. 30. 헌법불합치결정을 하였다.(2016헌마344)

제2절 영장의 법적 성질



I. 영장의 의의 및 유형

1. 영장의 의의

영장이란 사람 또는 물건에 대하여 강제처분의 명령 또는 허가를 내용으로 하여 법관이 발부하는 서류를 말한다.

영장주의의 본질은 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색 등 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다. 즉 강제수사의 요부 판단권한을 수사의 당사자가 아닌 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관에게 유보하는 것이다.⁸³⁾

영장주의는 구속개시 시점에 있어서 신체의 자유에 대한 박탈의 허용만이 아니라 그 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 정지 또는 실효시킬 것인지 여부의 결정도 오직 법관의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미한다.

영장주의와 관련하여 우리 헌법은 ‘검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장’으로 규정하고 있다. 따라서 영장을 발부받기 위해서는 검사의 신청이 있어야 하고 법관의 발부가 있어야 한다. 그러나 반드시 모든 경우에 검사의 신청이 있어야 하는 것은 아니다. 헌법재판소는 영장주의와 관련하여 “헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 ‘검사의 신청’에 의할 것을 규정한 취지는 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 데에 있는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정함으로써 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있으므로, 공판단계에서 법원이 직권에 의하여 구속영장을 발부할 수 있음을 규정한 구 형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항 및 제73조 중 “피고인을 … 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다

83) 헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36.

는 부분은 헌법 제12조 제3항에 위반되지 아니한다.”고 하여 공판단계에서 검사의 신청 없이도 영장발부가 가능하다고 보고 있다.⁸⁴⁾

헌법재판소는 영장주의를 강제처분에만 적용하고 있다. 예를 들어 마약류 관련 수형자에 대하여 마약류반응검사를 위하여 소변을 받아 제출하게 한 것은 권력적 사실행위에 해당한다고 하면서 ‘헌법 제12조 제3항의 영장주의는 법관이 발부한 영장에 의하지 아니하고는 수사에 필요한 강제처분을 하지 못한다는 원칙으로 소변을 받아 제출하도록 한 것은 교도소의 안전과 질서유지를 위한 것으로 수사에 필요한 처분이 아닐 뿐만 아니라 검사대상자들의 협력이 필수적이어서 강제처분이라고 할 수도 없어 영장주의의 원칙이 적용되지 않는다.’고 하였다.⁸⁵⁾

영장주의 위반과 관련하여 헌법재판소는 형식적으로 영장주의에 위반되어서는 안 되고, 형식적으로 영장주의에 위반되지 않더라도 입법형성권을 남용하였다면 헌법에 위반된다는 것이다. 즉 입법자는 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어서 헌법적 특별규정인 영장주의를 준수하는 범위 내에서 우리 사회의 법 현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준 등을 종합적으로 검토한 다음 구체적인 사정에 따라서 다양한 정책적인 선택을 할 수 있는 것이므로, 우선 형식적으로 영장주의에 위배되는 법률은 곧바로 헌법에 위반된다고 할 것이고, 나아가 형식적으로는 영장주의를 준수하였더라도 실질적인 측면에서 입법자가 합리적인 선택범위를 이탈하는 등 그 입법형성권을 남용하였다면 그러한 법률은 자의금지원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 보아야 한다는 것이다.⁸⁶⁾

2. 영장의 유형

영장의 유형에는 체포영장, 구속영장, 압수·수색영장 등이 있다.

(1) 체포영장

피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 정당한 이유 없이 형사

84) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등.

85) 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277.

86) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5.

소송법 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 검사는 관할지방법원판사에게 청구하여 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있고, 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원판사의 체포영장을 발부받아 피의자를 체포할 수 있다. 다만, 다액 50만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 해당하는 사건에 관하여는 피의자가 일정한 주거가 없는 경우 또는 정당한 이유 없이 형사소송법 제200조의 규정에 의한 출석요구에 응하지 아니한 경우에 한한다. 체포영장 청구를 받은 지방법원판사는 상당하다고 인정할 때에는 체포영장을 발부한다. 다만, 명백히 체포의 필요가 인정되지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다. 체포영장의 청구를 받은 지방법원판사가 체포영장을 발부하지 아니할 때에는 청구서에 그 취지 및 이유를 기재하고 서명·날인하여 청구한 검사에게 교부한다.

검사가 체포영장의 청구를 함에 있어서 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장을 청구하였거나 발부받은 사실이 있는 때에는 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유를 기재하여야 한다(형사소송법 제200조의2).

체포영장의 청구서에는 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다(형사소송규칙 제95조).

1. 피의자의 성명(분명하지 아니한 때에는 인상, 체격, 그 밖에 피의자를 특정할 수 있는 사항), 주민등록번호 등, 직업, 주거
2. 피의자에게 변호인이 있는 때에는 그 성명
3. 죄명 및 범죄사실의 요지
4. 7일을 넘는 유효기간을 필요로 하는 때에는 그 취지 및 사유
5. 여러 통의 영장을 청구하는 때에는 그 취지 및 사유
6. 인치구금할 장소
7. 법 제200조의2제1항에 규정한 체포의 사유
8. 동일한 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 전에 체포영장을 청구하였거나 발부받은 사실이 있는 때에는 다시 체포영장을 청구하는 취지 및 이유

9. 현재 수사 중인 다른 범죄사실에 관하여 그 피의자에 대하여 발부된 유효한 체포 영장이 있는 경우에는 그 취지 및 그 범죄사실

(2) 구속영장

피고인을 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다(형사소송법 제73조). 구속영장에는 피고인의 성명, 주거, 죄명, 공소사실의 요지, 인치 구금할 장소, 발부년월일, 그 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 할 취지를 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인하여야 한다. 피고인의 성명이 분명하지 아니한 때에는 인상, 체격, 기타 피고인을 특정할 수 있는 사항으로 피고인을 표시할 수 있다. 피고인의 주거가 분명하지 아니한 때에는 그 주거의 기재를 생략할 수 있다(형사소송법 제75조).

구속영장의 청구서에는 다음 각 호의 사항을 기재하여야 한다.

1. 형사소송규칙 제95조제1호부터 제6호까지 규정한 사항
2. 형사소송법 제70조제1항 각 호에 규정한 구속의 사유
3. 피의자의 체포여부 및 체포된 경우에는 그 형식
4. 형사소송법 제200조의6, 형사소송법 제87조에 의하여 피의자가 지정한 사람에게 체포이유 등을 알린 경우에는 그 사람의 성명과 연락처

(3) 압수·수색영장

공판정 외에서 압수 또는 수색을 함에는 영장을 발부하여 시행하여야 한다(형사소송법 제113조). 압수·수색영장에는 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건, 발부년월일, 유효기간과 그 기간을 경과하면 집행에 착수하지 못하며 영장을 반환하여야 한다는 취지 기타 대법원규칙으로 정한 사항을 기재하고 재판장 또는 수명법관이 서명날인 하여야 한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다(형사소송법 제114조).

II. 영장의 내용

1. 사전영장

영장주의는 원칙적으로 사전영장을 의미한다. 그러나 사전영장에 대한 예외로 현행 범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다(헌법 제12조 제3항).

사후영장에 의한 영장주의의 완화는 초동수사의 긴급성과 중한 범죄에 대한 효율적 범죄투쟁의 필요성 때문에 인정되고 있다. 그러나 아무리 긴급을 요하고 범죄의 혐의가 분명하다고 하더라도 사후적으로 법관의 영장을 필요로 한다는 점에서 사후영장에도 영장주의의 정신이 관철되고 있다고 하겠다.⁸⁷⁾

헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”라고 규정함으로써, 사전영장주의에 대한 예외를 명문으로 인정하고 있다. 이와 달리 헌법 제16조 후문은 “주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 규정하고 있을 뿐 영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 않다.

그러나 헌법 제16조에서 영장주의에 대한 예외를 마련하지 아니하였다고 하여, 주거에 대한 압수나 수색에 있어 영장주의가 예외 없이 반드시 관철되어야 함을 의미하는 것은 아닌 점, 인간의 존엄성 실현과 인격의 자유로운 발현을 위한 핵심적 자유영역에 속하는 기본권인 신체의 자유에 대해서도 헌법 제12조 제3항에서 영장주의의 예외를 인정하고 있는데, 이러한 신체의 자유에 비하여 주거의 자유는 그 기본권 제한의 여지가 크므로, 형사사법 및 공권력 작용의 기능적 효율성을 함께 고려하여 본다면, 헌법 제16조의 영장주의에 대해서도 일정한 요건 하에서 그 예외를 인정할 필요가 있다.⁸⁸⁾

87) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014, 229면.

88) 헌재 2018. 4. 26. 2015헌바370.

2. 일반영장금지원칙

법관이 발부하는 영장은 그 내용이 특정되어야 하고, 일반영장 발부는 금지된다. 이는 범죄사실이 특정되어야 한다는 것이고, 피의자 및 인치구금 장소 등도 특정되어야 한다는 것이다.

헌법재판소는 통신비밀보호법 제5조 제2항 중 ‘인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신’에 관한 부분 헌법소원 사건에서 “패킷감청의 방식으로 이루어지는 인터넷회선 감청은 수사기관이 실제 감청 집행을 하는 단계에서는 해당 인터넷회선을 통하여 흐르는 불특정 다수인의 모든 정보가 패킷 형태로 수집되어 일단 수사기관에 그대로 전송되므로, 다른 통신제한조치에 비하여 감청 집행을 통해 수사기관이 취득하는 자료가 비교할 수 없을 정도로 매우 방대하다”고 하면서, “불특정 다수가 하나의 인터넷회선을 공유하여 사용하는 경우가 대부분이므로, 실제 집행 단계에서는 법원이 허가한 범위를 넘어 피의자 내지 피내사자의 통신자료뿐만 아니라 동일한 인터넷회선을 이용하는 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 모두 수집·저장된다. 따라서 인터넷회선 감청을 통해 수사기관이 취득하는 개인의 통신자료의 양을 전화감청 등 다른 통신제한조치와 비교할 바는 아니다. 따라서 인터넷회선 감청은 집행 및 그 이후에 제3자의 정보나 범죄수사와 무관한 정보까지 수사기관에 의해 수집·보관되고 있지는 않는지, 수사기관이 원래 허가받은 목적, 범위 내에서 자료를 이용·처리하고 있는지 등을 감독 내지 통제할 법적 장치가 강하게 요구된다. 그런데 현행법은 관련 공무원 등에게 비밀 준수 의무를 부과하고, 통신제한조치로 취득한 자료의 사용제한(법 제12조)을 규정하고 있는 것 외에 수사기관이 감청 집행으로 취득하는 막대한 양의 자료의 처리 절차에 대해서 아무런 규정을 두고 있지 않다. 현행법상 전기통신 가입자에게 집행 통지는 하게 되어 있으나 집행 사유는 알려주지 않아야 되고, 수사가 장기화되거나 기소중지 처리되는 경우에는 감청이 집행된 사실조차 알 수 있는 길이 없도록 되어 있어(법 제9조의2), 더욱 객관적이고 사후적인 통제가 어렵다. 또한 현행법상 감청 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 법원으로부터 허가를 받은 범죄와 관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위하여도 사용이 가능하므로(법 제12조 제1호) 특정인의 동향 파악이나 정보수집을 위한 목적으로 수사기관에 의해 남용될 가능성도 배제하기 어렵다. 인터넷회선 감청과 동일하거나 유사한 감청을 수사상 필요에 의해 허용하면서도,

관련 기본권 침해를 최소화하기 위하여 집행 이후에도 주기적으로 경과보고서를 법원에 제출하도록 하거나, 감청을 허가한 판사에게 감청 자료를 봉인하여 제출하도록 하거나, 감청자료의 보관 내지 파기 여부를 판사가 결정하도록 하는 등 수사기관이 감청 집행으로 취득한 자료에 대한 처리 등을 객관적으로 통제할 수 있는 절차를 마련하고 있는 입법례가 상당수 있다. 이상을 종합하면, 이 사건 법률조항은 인터넷회선 감청의 특성을 고려하여 그 집행 단계나 집행 이후에 수사기관의 권한 남용을 통제하고 관련 기본권의 침해를 최소화하기 위한 제도적 조치가 제대로 마련되어 있지 않은 상태에서, 범죄수사 목적을 이유로 인터넷회선 감청을 통신제한조치 허가 대상 중 하나로 정하고 있으므로” 기본권을 침해한다고 하여 헌법불합치 결정을 하였다.⁸⁹⁾

3. 법관에 의한 발부

형사절차에 있어서의 영장주의란 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니 된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다.

헌법재판소는 헌법 제12조 제3항이 영장의 발부에 관하여 “검사의 신청”에 의할 것을 규정한 취지는 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 데에 있는 것이 아니라 수사단계에서 영장의 발부를 신청할 수 있는 자를 검사로 한정함으로써 검사 아닌 다른 수사기관의 영장신청에서 오는 인권유린의 폐해를 방지하고자 함에 있으므로, 공판단계에서 법원이 직권에 의하여 구속영장을 발부할 수 있음을 규정한 구 형사소송법(1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 것) 제70조 제1항 및 제73조 중 “피고인을 … 구인 또는 구금함에는 구속영장을 발부하여야 한다.” 부분은 헌법 제12조 제3항에 위반되지 않는다고 하였다.⁹⁰⁾

89) 헌재 2018. 8. 30. 2016헌마263.

90) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등.

III. 영장주의의 행정절차에의 적용 여부

영장주의가 행정절차에도 적용되는가가 문제될 수 있다.

이와 관련하여 헌법재판소는 전투경찰 순경에 대한 징계처분인 영창과 관련하여 “헌법 제12조 제3항에서 규정하고 있는 영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 할 때 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안 된다는 원칙으로(헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302), 형사절차가 아닌 징계절차에도 그대로 적용된다고 볼 수 없다”고 하여 영장주의는 행정절차에는 적용되지 않는다고 하였다.⁹¹⁾ 그러나 이 사건에서 5인의 재판관은 “헌법 제12조 제3항은 ‘검사의 신청에 의하여’라고 규정하고 있어 형사절차상의 체포·구속만을 염두에 두고 있는 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 위 규정의 취지는 모든 영장의 발부에 검사의 신청이 필요하다는 것이 아니다. 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 크고, 이에 따라 법관의 사전적 통제의 필요성이 강하게 요청되기 때문에, 위 규정은 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조한 것이다. 아울러 위 규정에는 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정하여 다른 수사기관의 무분별한 영장 신청을 막고자 하는 취지도 포함되어 있다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등 참조). 따라서 위 문언만으로 헌법 제12조 제3항이 형사절차 이외의 국가권력 작용에 대하여 영장주의를 배제하는 것이라 볼 수는 없다. 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데 있다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5 참조). 신체의 자유를 침해하는 강제처분은 형사절차 이외의 국가권력 작용에서도 얼마든지 일어날 수 있다. 근래에는 특히 행정목적 달성을 위한 인신구속이 빈번하게 이루어지고 있고, 전투경찰순경에 대한 영창처분도 그와 같은 종류 중 하나이다. 공권력의 행사로 인하여 신체를 구속당하는 국민의 입장에서는, 그러한 구속이 형사절차에 의한 것이든, 행정절차에 의한 것이든 신체의 자유를 제한당하고 있다는 점에서는 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없다. 오히려 신체의 구속에 대한 절차가 구체적으로 형사소송법에 규정되어 있는 형사절

91) 헌재 2016. 3. 31. 2013헌바190.

차와 달리, 행정절차에서는 그러한 규제가 상대적으로 덜 갖춰져 있어 신체의 자유에 대한 침해가 더 심각하게 발생할 수도 있다. 따라서 행정절차에 의한 구속에 대하여 영장주의가 적용되지 않는다고 해석할 경우 국민의 기본권 보장에 공백이 발생하게 된다. 헌법재판소는, 헌법 제12조에 규정된 ‘신체의 자유’는 수사기관 뿐만 아니라 일반 행정기관을 비롯한 다른 국가기관 등에 의하여도 직접 제한될 수 있으므로, 헌법 제12조 소정의 ‘체포·구속’ 역시 포괄적인 개념으로 해석해야 한다고 하면서, 모든 형태의 공권력행사기관이 ‘체포’ 또는 ‘구속’의 방법으로 ‘신체의 자유’를 제한하는 사안에 대하여는 체포·구속적부심사청구권을 규정한 헌법 제12조 제6항이 적용된다고 하였다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104 참조). 그렇다면 헌법 제12조 제3항의 ‘체포·구속’도 수사기관 뿐만 아니라 그 밖의 모든 형태의 공권력행사기관이 행하는 ‘체포’ 또는 ‘구속’을 포함한다고 보는 것이 논리적으로 일관된 해석이다. 인신구속의 경우 구속 사유의 충족 여부, 구속 절차의 하자 여부 등에 대하여 중립적인 법관의 판단을 받는 것이 적법절차의 가장 핵심적인 내용이고, 나머지 절차적 사항들은 그에 비하면 상대적으로 부수적이거나 경미하다고 볼 수 있다. 따라서 행정절차에 의한 구속을 규정하는 법률의 위헌 여부를 심사하면서, 영장주의 위배 여부를 판단하지 않은 채 일반적인 적법절차원칙의 위배 여부만을 판단하는 것은 가장 핵심적인 사항에 대하여 판단하지 않는 것이 되어 충분한 심사라고 보기 어렵다. 결국 영장주의는 단순히 형사절차에서의 체포·구속에 대한 헌법상의 원칙이 아니라, 그 형식과 절차를 불문하고 공권력의 행사로 국민의 신체를 체포·구속하는 모든 경우에 지켜야 할 헌법상의 원칙 내지 원리라고 보는 것이 타당하다(대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결 참조). 따라서 행정기관이 체포·구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 경우에도 원칙적으로 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용된다고 보아야 한다.”고 하였다.

헌법재판소는 헌법 제12조 해석과 관련하여 종전에는 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 하였으나,⁹²⁾ 판례를 변경하여 헌법 제12조 제4항 본문의 문언 및 헌법 제12조의 조문 체계, 변호인 조력권의 속성, 헌법이 신체의 자유를 보장하는 취지를 종합하

92) 헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430.

여 보면 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사법절차에서 이루어진 구속뿐 아니라, 행정절차에서 이루어진 구속까지 포함하는 개념이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서 구속을 당한 사람에게도 즉시 보장된다고 보고 있다.⁹³⁾

따라서 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 행정절차상의 ‘구속’에도 변호인의 조력을 받을 권리가 적용될 수 있다고 본다면, 헌법 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여서도 ‘구속’의 경우에는 영장주의가 적용된다고 보는 것이 타당하다고 본다.

이미 헌법재판소가 2015. 9. 24. 2012헌바302 사건(전투경찰대 설치법 제5조 등 위헌소원)에서 5명의 재판관이 반대의견을 제시한 바와 같이 영장주의가 행정절차에도 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다.

헌법 제16조에서는 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여 압수·수색에 있어서도 영장주의를 규정하고 있다. 헌법 제16조의 경우에도 압수나 수색의 경우 반드시 형사절차로 제한하여야 할 필요는 없으며, 국민의 기본권 보장과 관련하여 행정절차에도 적용된다고 보아야 할 것이다.

IV. 헌법재판소에 의한 영장주의 위배 결정

헌법재판소는 지금까지 영장주의 위반으로 몇몇 사건에서 위헌결정을 하였다.

예를 들어 유신헌법 상의 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호가 영장주의에 위배된다고 하였고,⁹⁴⁾ 수사기관이 법관에 의하여 발부된 영장 없이 일부 범죄 혐의자에 대하여 구속 등 강제처분을 할 수 있도록 규정하고 있을 뿐만 아니라, 그와 같이 영장 없이 이루어진 강제처분에 대하여 일정한 기간 내에 법관에 의한 사후영장을 발부받도록 하는

93) 헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346.

94) 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132.

규정도 마련하지 아니함으로써, 수사기관이 법원에 의한 구체적 판단을 전혀 거치지 않고서도 임의로 불특정한 기간 동안 피의자에 대한 구속 등 강제처분을 할 수 있도록 하고 있는 구 인신구속 등에 관한 임시특례법 제2조 제1항은 영장주의에 위배된다고 하였으며,⁹⁵⁾ 구속집행정지결정에 대한 검사의 즉시항고를 인정하는 형사소송법 조항은 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 정지할 필요가 있다는 법원의 판단보다 우선시킬 뿐만 아니라, 사실상 법원의 구속집행정지결정을 무의미하게 할 수 있는 권한을 검사에게 부여한 것이라는 점에서 헌법 제12조 제3항의 영장주의원칙에 위배된다고 하였다.⁹⁶⁾

또한 보석허가결정에 대하여 검사의 즉시항고를 허용하여 그 즉시항고에 대한 항고심의 재판이 확정될 때까지 그 집행이 정지되도록 한 형사소송법 규정이 영장주의에 위배되고,⁹⁷⁾ 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 하는 형사소송법 규정은 영장주의에 위배된다고 하였다.⁹⁸⁾

헌법재판소는 지금까지 영장주의 위반으로 위헌결정을 한 경우 대부분 형식적 영장주의에 위반된다고 하여 위헌결정을 하였고, 실질적인 측면에서 입법자가 합리적인 선택범위를 일탈하는 등 그 입법형성권을 남용하여 법률이 자의금지원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 한 경우는 없다. 이는 헌법재판소가 영장주의를 매우 엄격하게 적용하고 있는 것이라 할 수 있다.⁹⁹⁾

95) 현재 2012. 12. 27. 2011헌가5.

96) 현재 2012. 6. 27. 2011헌가36.

97) 현재 1993. 12. 23. 93헌가2.

98) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8.

99) 전학선, 체포영장 집행과 주거 수색 제한, 외법논집 제43권 제1호, 2019. 2, 128면.

제3절 행정조사에 대한 영장주의 적용가능성



I. 논의의 배경

앞서 검토한 바와 같이 행정조사는 형사조사와 유사하면서 차이가 있으므로 영장주의 적용여부에 관하여도 학설과 판례의 대립이 나타나고 있다. 특히 행정조사의 경우, 행정청이 정책결정 또는 직무수행에 필요한 정보 또는 자료 수집을 위하여 실시하는 사전적·보조적 과정으로 그 실체적 양태(현장조사, 문서열람, 보고요구, 자료제출요구 등)가 다양하고 조사과정에서 권력적 또는 비권력적 행정행위가 다양하게 나타난다.¹⁰⁰⁾ 이러한 행정조사 과정에서 이루어지는 일련의 행위(“현장조사, 자료제출요구 등”)는 일반적으로 침익적 처분 또는 수익적 처분제한의 기준이 되므로 실질적으로 당사자의 의사에 반하여 이루어지게 되며, 이 경우 기본권 침해가 나타날 가능성이 높아진다. 이에 따라 2007년 제정된 행정조사기본법은 행정조사에 관한 절차적·실체적 한계를 규정하고 있다. 그러나 행정조사기본법은 개별 행정조사의 절차와 방법을 구체적으로 규율하지 않고 있으며, 특정 행정영역(조세, 금융감독, 공정거래 등)에 관한 적용을 배제¹⁰¹⁾하여, 여전히 행정조사는 주로 개별법의 규정을 따라 실행되고 있다.¹⁰²⁾

이에 따라 행정조사에서의 피조사자의 기본권을 보장하기 위하여 헌법상 적법절차의 원칙 및 형사소송법상 보장수단(“영장주의, 진술거부권, 변호인 조력권”)의 적용여부가 논의된다. 우리 헌법재판소¹⁰³⁾에 따르면 적법절차의 원칙은 형사절차 뿐만 아니라 “입법, 행정 등” 모든 공권력 작용에 적용되며, 그 범위도 절차상·실체상 적법성으로 판단되었으므로 원칙적으로 행정조사에서도 영장주의가 적용된다고 해석할 수 있다. 그러나 행정조사에 대한 영장주의 적용여부에 관하여 헌법재판소는 행정조사의 구체적 정

100) 오준근, “행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구”, 토지공법연구, 제45집, 2009, 364-367면. 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학, 제72권, 2014, 353-354면.

101) 행정조사기본법 제3조.

102) 행정조사기본법 외에도 개별법 영역(세무, 공정거래, 토지보상, 관세, 도로교통 등)에서 개별 행정조사를 규율하고 있는데 대표적으로 국세기본법상 세무조사(제81조의4), 공정거래법상 행정조사(제50조), 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 토지보상법)상의 사업준비를 위한 토지의 조사(제9조) 등이 이에 해당한다.

103) 헌재 1992.12.24., 92헌가8.

황(강제력 활용 여부)에 따라 달라지는 것¹⁰⁴⁾으로 판단하고 있으므로 모든 행정조사에서 영장주의가 일반적으로 적용된다고 보기는 어렵다.

이에 따라 행정조사에서 영장주의의 적용여부에 관한 판단은 일반론으로는 행정조사가 갖는 본질적인 성격을 기준으로 판단하여야 하며, 구체적으로는 개별 행정조사의 법규·목적·방법 등을 검토¹⁰⁵⁾하여 다양한 범위에서 이루어지는 행정조사의 대상·유형을 개별화하여 규율하여야 할 것으로 생각된다.

II. 행정조사와 영장주의 관련 논의

1. 논의의 개관

형사조사와 행정조사의 구별이 명확하지 않은 상황에서 행정조사에서의 영장주의 적용여부에 관하여는 긍정설, 부정설, 절충설로 구분된다. 그러나 행정조사에서 영장주의를 전적으로 인정하거나 부정하는 긍정설 또는 부정설 보다는 대부분의 경우, 두 가지 관점을 절충하는 입장을 취하고 있다. 다만, 절충설의 경우에도 행정조사의 결과가 형사절차로 이어지는 경우와 영장주의 도입논의를 관련시킨 학설과, 행정조사의 결과가 형사절차로 이어지는지 여부에 관심을 두지 않고 행정조사 그 자체가 갖는 법적 성격을 기준으로 평가하는 학설로 구분할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 이에 따라 본 장에서는 행정조사에서 영장주의 도입논의를 크게 형사절차와 관련된 영장주의 논의와 형사절차와 무관한 영장주의 논의로 구분하여 논의하고자 한다.

104) 예컨대 헌법재판소는 “(지문채취의 경우) 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 경우와는 질적으로 차이가 있으므로” 영장이 필요하지 않다고 판단하였다. 헌재 2002.4.25., 2001헌마200.

105) 행정조사의 목적으로 “단순 실태조사, 감독권한 행사, 처분을 위한 확인, 법령위반여부에 대한 조사”로 분류할 수 있다. 오준근, ““행정조사”의 공법이론적 재검토”, 공법연구, 제31집 제3호, 2003, 537면.

또한, 행정조사의 수행주체가 준사법적 독립기관(“공정거래위원회, 증권거래위원회, 금융감독위원회, 국가인권위원회”)의 경우 조사권한을 달리 볼 수 있다는 견해도 있다. 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학, 제72권, 2014, 360면.

106) 한웅희, 압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의, 한양대학교 대학원, 법학박사학위논문, 2017, 128-130면.

2. 형사절차와 관련된 영장주의 논의

행정조사와 형사조사로 연결되는 경우 영장주의 도입이 필요하다는 견해이다. 즉, 행정조사의 결과 형사적 증거가 발견되는 경우, 형사조사로서의 측면이 강조되어 형사절차법에서 요구하고 있는 영장주의의 도입이 필요하다는 견해이다.¹⁰⁷⁾ 하지만 행정조사에서의 영장주의가 요청된다 할지라도 구체적인 경우에는 학설에 따라 입장을 달리하고 있다. 예컨대 신체 또는 재산에 실력을 가하게 되는 행정조사가 궁극적으로 형사처벌될 수 있는 가능성을 전제한 경우, 사전영장주의가 적용된다.

다음으로, 당해 행정조사의 방법상 권리침해 정도에 따라 달리 판단된다는 견해에 따르면, 일상적 행정조사(제품검사, 시설검사, 위생검사 등)의 경우에는 당사자의 권리침해 정도가 경미하므로 영장주의 적용을 배제하며, 그 근거로 경찰관 직무집행법상 불심검문에서 침해되는 권리침해 정도가 경미하다는 점이 주장된다.¹⁰⁸⁾ 반면 침해되는 위험 정도가 큰 경우, 영장주의가 적용되어야 한다는 견해이다.

다음으로, 행정조사에 대하여도 영장주의를 원칙으로 하되, 예외적인 경우(긴급을 요하는 경우 또는 사전영장주의의 적용 예외를 인정하는 경우)에는 영장주의의 적용이 배제된다는 견해이다.¹⁰⁹⁾ 이 경우 영장주의의 배제는 헌법 제12조 제3항에 근거하므로 영장 없는 행정조사로 수집된 증거는 형사법절차에서도 배제된다는 입장이다.

다음으로, 권력적 행정조사의 경우와 형사소추로 이어지는 경우 모두 영장주의가 적용되지만, 예외적으로 긴급을 요하는 경우 또는 성질상 영장주의 적용이 어려운 경우 등에는 영장주의가 인정될 수 없다는 견해 등이다.¹¹⁰⁾

3. 형사절차와 무관한 영장주의 논의

한편, 행정조사의 결과가 형사절차로 이어지는지와 관련없이 행정조사의 특성을 반영하여 영장주의 적용여부를 결정할 수 있다는 견해의 경우에도 대체로 절충적 입장을

107) 홍정선, 행정법원론, 박영사, 2016, 702면.

108) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2017, 507면.

109) 장태주, 「행정법개론(9판)」, 법문사, 2011, 590-591면.

110) 김남철, 「행정법강론」, 박영사, 2014, 444면.

취하고 있다.

우선, 행정조사의 결과가 형사절차로 이어지는지와 무관하게 원칙적으로 영장을 받
부받아야 하며 예외적 상황으로 긴급한 상황이 발생하여 영장을 발령하여 행정조사를
실시할 경우 그 목적달성이 어려운 경우에는 예외적으로 영장주의가 적용되어야 한
다는 견해가 있다.¹¹¹⁾ 이 견해는 원칙적으로 행정조사의 영장주의가 필요하다는 입장을
강조하고 있으며, 그 예외사유를 제한적으로 해석하고 있는 것으로 이해된다.

다음으로, 원칙적으로 행정조사를 위하여 영장이 요구되지만 행정목적달성을 위하여
불가피한 경우 예외적으로 강제조치가 가능하다고 보는 견해이다.¹¹²⁾ 이 견해는 예외
대상의 범위를 강제조치로 명시하고 있으므로 예외대상에 해당하는 범위를 위의 경우
보다 좁게 해석하고 있는 것으로 이해된다.

다음으로, 원칙적으로 행정조사에서 영장주의가 요구되지만 헌법 제12조 제3항의
단서를 적용하여 예외를 인정할 수 있다는 견해이다.¹¹³⁾ 이 견해도 행정조사의 적용대
상 범위를 좁게 해석하지만 그 근거로 헌법 제12조 제3항 단서에서 적용된 예외를 인
정하여 헌법적 기본권 보호 취지를 더욱 강조하고 있는 것으로 이해된다.

4. 행정조사와 관련된 영장주의 논의

일반적인 행정상 즉시강제에서 영장주의 적용논의도 행정조사에서의 영장주의 적용
논의와 유사한 논의가 전개되는데 이 중 행정조사 과정에서 공권력이 행사될 경우 영장
주의가 적용될 것인지도 논의된다. 예컨대 화재예방을 위한 가택출입 과정에서 강제력
이 사용되는 경우, 행정조사 실행과정에서 피조사자인 국민에 대한 실력행사가 불가피
하게 요구되는 경우 영장주의 적용이 문제된다.

이 경우에도 행정조사에 관한 논의에서 권력적 행정조사의 경우 영장주의의 필요여
부 해석논의로 이해할 수 있다. 긴급한 경우, 피조사자인 국민이 행정조사를 거부하는
경우 물리력을 활용할 수 있을지 여부, 강제수단 활용에 법률상 근거가 있는 경우에만

111) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2013, 496면.

112) 정하중, 행정법개론, 법문사,

113) 한건우, 현대행정법신론1, 세창출판사, 2014.

영장주의의 적용이 배제된다는 논의 등을 참조할 수 있다.

III. 판례의 입장

1. 대법원의 경우

대법원은 행정조사에서의 영장주의에 관하여 명확한 입장을 설명하지는 않고 있으나 행정조사에서 영장주의를 인정하지 않던 기존의 입장에서 벗어나 영장주의의 적용을 인정하는 입장이 더욱 나타나고 있다. 구체적으로 2013년 대법원은 관세법상 통관검사 중 엑스레이 이상음영이 있음을 발견하고 우편물의 개봉, 시료채취를 실시하는 경우 압수·수색에 해당하지 않는다고 판단하였으며, 이에 따라 영장주의가 요구되는 것은 아니라고 판단하였다. 한편, 2017년에는 같은 상황의 경우 마약류가 있을 것이라는 의심이 있는 것으로 보아 수사절차로 해석하여 형사소송법상 영장주의가 적용되어야 한다고 판단하였다.¹¹⁴⁾ 두 판례는 타인 소유의 물품에 대한 수색이라는 동일한 외관의 행위에 대하여 다른 관점에서 해석한 것으로 조사행위의 외관보다는 조사의 구체적인 상황, 실체적 의사를 기준으로 해석한 것으로 이해된다.¹¹⁵⁾

2018년에도 대법원¹¹⁶⁾은 2013년 판례와 유사한 상황에서 관세법상 통관검사는 행정조사에서 영장주의가 적용되는 경우로 보기 어렵다고 판단하면서 우편물 검사 시마다 법관이 발부한 압수 또는 수색영장을 발부받도록 의무화할 경우, 행정처리가 지나치게 지연될 수 있으므로 관세법에서 특별히 통관물 또는 우편물에 관한 검사근거를 규정한 경우 영장주의가 배제되는 사례로 볼 수 있다고 판단하였다.

2. 헌법재판소의 경우

한편, 헌법재판소는 다수의 경우에서 영장주의의 적용을 인정하지 않아왔다. 예컨대

114) 대판 2013.9.26., 2013도7718., 대판 2017.7.18., 2014도8718.

115) 다만, 영장주의의 적용여부에 대해서는 이후 논의하는 긴밀하게 규제되는 산업 등으로 분류하여 영장주의를 면제할 수 있을 것으로 생각된다.

116) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결.

헌법재판소는 2002년 판단¹¹⁷⁾에서 게임물 등급분류를 위한 불법게임물 수거를 위한 행정조사에서 급박한 상황에서 불가피성, 정당성이 인정되는 경우이므로 영장 없는 게임물 수거가 이루어지더라도 영장주의에 반하는 것은 아니라고 판단하였다. 또한, 2006년 도로교통법상 음주음전 측정 사건¹¹⁸⁾에서 도로교통법의 입법취지를 고려할 때, 운전자는 음주음전 측정에 응할 의무가 있으므로 영장을 발부받지 않더라도 이에 응하여야 할 의무가 있고, 처벌규정을 두더라도 헌법 제12조 제3항에 반하는 것은 아니라고 판단하였다.

IV. 소결 및 평가

행정조사의 경우, 일반적으로 “현장조사, 문서열람, 보고요구, 자료제출요구” 등의 형태로 이루어지는데 헌법에 따르면 행정조사가 “압수 또는 수색”에 해당한다면 영장주의가 적용되는 것으로 해석할 수 있으며, 형사소송법에 따르면 “범죄의심 및 관련성”이 있는 경우에는 “검증”을 하는 경우에도 영장주의가 적용될 수 있다고 해석된다. 우리 행정조사기본법은 행정조사의 근거, 조사방법(현장조사, 시료채취, 공동조사, 중복조사 제한 등), 조사절차(사전통지, 의견제출, 결과통지) 등을 규율할 뿐, 행정조사 과정에서 조사대상자가 조사에 동의하거나 응하지 않는 경우 영장(조사, 압수, 수색)이 요구되는지에 관하여는 특별한 규정을 두지 않고 있다.¹¹⁹⁾ 다만 개별법(관세법, 도로교통법 등)에서 제한적으로 행정조사에서의 영장주의를 규율하고 있을 뿐이다.

이에 따라 행정조사의 경우, “압수 또는 수색”에 해당한다면 영장주의가 적용되어야 할 것이며, 압수 또는 수색 정도에 이르지 않는 검증 정도에 그친다 할지라도 범죄의심 및 관련성이 인정되는 경우 수사절차로서 영장주의가 적용될 수 있다. 하지만 실질적으로 이 범위를 판단하는 것은 다음과 같은 이유로 쉽지 않다. 우선, 조사와 수색의 구별이 쉽지 않다. 예컨대 현장조사에서 법령위반사실을 조사하기 위하여 행정청이 일반적인 현장점검을 하는 과정에서 범위위반사실을 발견하는 경우, 조사와 수색 중 어떠한 개

117) 헌법재판소 2002. 10. 31. 2000헌가12 결정.

118) 헌법재판소 2006. 7. 27. 2005헌마277 결정.

119) 김재광, “행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰”, 법학논총, 제33권 제2호, 2009, 491-510.

념이 적용될 것인지가 명확하지 않다.

우리 대법원의 경우, 2013년 판례에서 관세법상 통관검사 중 엑스레이 이상음영이 있음을 발견하고 우편물의 개봉, 시료채취를 실시하는 경우 압수·수색에 해당하지 않는다고 판단하였으나 2017년에는 같은 상황의 경우 마약류가 있을 것이라는 의심이 있는 것으로 보아 수사절차로 해석하였다.¹²⁰⁾ 두 판례는 타인 소유의 물품에 대한 수색이라는 동일한 외관의 행위에 대하여 다른 관점에서 해석한 것으로 조사행위의 외관 보다는 조사의 구체적인 상황, 실체적 의사를 기준으로 해석한 것으로 이해된다.¹²¹⁾

다음으로 수사목적과 행정조사목적의 구별도 쉽지 않다. 앞서 검토한 사례에서와 같이 법령위반에 관한 합리적 의심이 있어 조사를 하는 경우, 당해 조사가 행정조사인지 형사소추절차인지 여부는 담당 조사공무원의 내심의 의사 또는 당해 조사의 결과에 의존하게 된다. 현실적으로 행정청이 행정목적으로 조사를 수행하지만 행정상 강제수단(행정질서벌 또는 행정형벌)을 예정하고 있는 경우에는 행정조사라고 판단하기도 쉽지 않다. 마지막으로 행정조사기본법에 따르면 특정 영역(조세, 금융감독, 공정거래<독점규제, 표시·광고, 하도급거래, 방문판매, 전자상거래, 약관규제> 등)에 대하여는 법적 용을 제외하고 있는데, 개별 법률에서 규정하고 있는 조사방법(예컨대 공정거래법상 자료제출요구, 금융정보요구, 사업장출입 및 물건조사)은 법령위반여부에 관한 합리적인 의심이 없는 경우에도 기본권 침해적인 방법으로 이루어질 수 있다.

이와 같이 행정조사는 행정작용의 필요성과 중요성, 국민의 기본권 관련성이 높은 영역임에도 불구하고 현행 헌법과 법령으로는 명확하게 해석되지 않으므로, 공공의 안전, 질서유지, 국가안보 등 행정처분의 효율적 집행을 위하여 영장주의가 제한되어야 할 것인지, 피조사자에게 사전에 조사의 존부 및 범위(시간, 장소 등), 헌법상 권리(신체의 자유, 사생활의 자유, 주거의 자유 등)를 고지할 수 있다는 점에서 영장주의가 적용되어야 할 것인지에 관하여 논의되어야 할 것으로 생각된다.¹²²⁾

120) 대판 2013.9.26., 2013도7718., 대판 2017.7.18., 2014도8718.

121) 다만, 영장주의의 적용여부에 대해서는 이후 논의하는 긴밀하게 규제되는 산업 등으로 분류하여 영장주의를 면제할 수 있을 것으로 생각된다.

122) 금태환, “영장없는 현장조사의 가능성-미국법상 ”광범위하게 규제되는 산업“ 법리를 중심으로-” 행정법연구, 제46호, 2016, 109면.

제4절 행정영장 도입가능성



I. 기존 영장주의 도입논의에 관한 비판적 접근

검토한 바와 같이 우리 헌법과 법률, 판례는 영장주의의 적용여부에 관하여 명확한 입장을 나타내지는 않고 있는 것으로 이해된다. 예컨대 헌법 제12조에서는 영장주의를 규율하고 있지만 행정조사에 관하여 규율한 행정조사기본법은 영장주의를 명확하게 규율하지 않고 있으며 개별 법제(국세기본법, 공정거래법, 토지보상법, 관세법 등)는 영장주의를 개별 행위에 따라 규율하고 있다. 또한, 대법원은 개별 법률에서 상대방의 동의 또는 영장주의에 관하여 규율한 경우에 한하여 제한적으로 적용범위를 판단하고 있는 것으로 평가된다. 예컨대 2013년 세관공무원의 우편물 개봉, 시료채취행위에 관한 판결¹²³⁾에서 관세법 제296조는 세관공무원의 물품검사권을 규정한 반면, 제296조는 수색·압수에 이르는 경우의 사후영장주의를 규정하고 있으므로, “우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 압수·수색영장이 없더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다”고 판단, 사전·사후 영장주의를 배제하였다. 즉, “우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석”의 경우 수색·압수에 이르지 않는다는 판단을 전제로 영장주의의 적용을 배제한다고 판단하였다. 한편, 대법원은 1976년 관세법상 선박수색 사건에서 “긴급을 요하는 경우에 한하여 수색압수를 하고 사후에 영장의 교부를 받아야 할 것이다”라고 판단¹²⁴⁾하였으며, 2017년에도 “마약류가 감추어져 있다고 밝히거나 그러한 의심이 드는 경우”¹²⁵⁾에는 앞서 살펴본 바와 유사한 행위의 외관이라 할지라도 “(물품의) 개봉, 검사” 및 “점유취득”에 해당하는 경우 사전 또는 사후 영장주의가 적용되는 것으로 판단하였다.¹²⁶⁾ 또한, 2016년 도로교통법 제44조는 “(음주) 측정결과에 불복하는 운전자에 대하여 운전자의 동의를 받아 혈액 채취 등”을 할 수 있다고 규정하고 있는데, 우리 대법

123) 대판 2013.9.26., 2013도7718.

124) 대판 1976.11.9., 76도2703.

125) 대판 2017.7.18., 2014도8718.

126) 조기영, “압수·수색과 행정조사의 구별-대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결-”, 법조, 제77권 제5호, 2017, 758-761면.

원은 “교통안전과 위험방지를 위한 필요가 없음에도 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있다는 이유”로 이루어진 음주측정은 수사절차로서의 의미가 인정되어¹²⁷⁾ 영장주의가 적용된다고 판단, 음주측정의 경우는 공익목적(교통안전, 위험방지)과 주취의심이 있는 경우를 모두 형량 하여 판단하고 있는 것으로 이해된다.¹²⁸⁾

이와 같이 행정조사에서 영장주의 적용 여부에 관한 혼란은 피조사자인 국민의 권익 침해로 나타나고 있다. 국민의 입장에서서는 형사조사와 행정조사의 구분이 쉽지 않으며, 대부분의 경우 규제권자에 해당하는 행정조사자와 피조사자가 대등한 입장이 아니므로 위법한 행정조사가 이루어지더라도 다투기 어려운 현실, 권리보호를 위한 헌법적 또는 법률적 근거가 명확하지 않은 현실 등으로 인하여 이러한 문제를 쉽게 다루지 못하고 있는 현실이다.

II. 행정영장 도입 논의

영장주의의 전면적 도입 또는 배제가 갖는 한계, 절충설이 대부분의 행정행위를 포섭하지 못한다는 상황을 고려하고, 기존의 헌법 제12조 해석론이 대부분 형사소송법상 영장주의 논의에 기초하고 있다는 점을 고려할 때 영장주의의 개념을 달리 활용하는 방안이 논의되고 있다.

구체적으로 법관이 발부하는 영장을 발부받아 행정조사를 실시하여야 함을 원칙으로 하되, 형사조사와 달리 공공필요가 강한 행정조사의 경우, (i) 영장발부요건(절차, 내용)을 완화하거나, (ii) 행정영장의 범위를 완화하여 발령하거나, (iii) 사후영장을 인정하는 방식으로 영장주의를 완화하는 방식 등이 논의되고 있다.

127) 대판 2012.12.13., 2012도11162, 대판 2015.7.9., 2014도16051, 대판 2016.12.27., 2014두46850, 이희정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력—동의를 결한 채혈에 기한 운전면허취소처분의 허용성—”, 공법연구, 제45권 제2호, 2016, 416-417면.

128) 구체적으로 공익목적(교통안전과 위험방지)으로 주취의심(상당한 이유)이 없음에도 행정조사가 이루어진 경우에는 행정조사로 보아 영장주의가 적용되고, 전자는 없는데 후자만 있는 경우에는 형사절차로 보아 영장주의가 배제된다. 따라서 전자와 후자가 모두 있는 경우에는 행정조사에 해당하여 영장주의가 배제된다고 해석할 수 있게 된다. 이 경우, 영장없는 조사(행정조사, 형사조사)를 통하여 수집된 증거가 형사소추로 귀결되는 경우 위법증거가 되는 반면, 행정상 처분(운전면허 정지 또는 취소처분)이 되는 경우에는 (행정조사로서의 성격을 유지하여) 적법증거가 될 수 있다. 이희정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력—동의를 결한 채혈에 기한 운전면허취소처분의 허용성—”, 공법연구, 제45권 제2호, 2016, 418면.

이 중 영장의 발령절차를 완화하거나 행정영장에서 허용하는 범위를 완화하는 방식을 활용하는 경우 발령된 영장을 행정조사에 특수하게 적용되는 영장이라는 의미로 행정영장으로 규정할 수 있으며, 이러한 대안에 관한 논의도 증가하고 있다. 행정영장 도입 논의는 주로 아직까지 일반법으로 명확하게 논의되기는 어려우나 개별법으로 논의가 가능하며, 해외사례 연구 등으로 그 구체적인 도입방안과 범위를 논의할 수 있을 것으로 생각된다.

이에 따라 다음 장에서는 행정조사의 공법상 한계에 관한 비교법적 고찰을 한 후, 행정조사의 공법상 한계 설정 방안에 관하여 논의하고자 한다.

제4장

행정조사의 공법상 한계에 관한 비교법적 고찰



제1절 개설



우리나라는 행정조사기본법이 제정되어 시행되고 있으나, 이에 대한 문제점이 지적되고 있다. 그러나 행정조사기본법 제3조에서 행정조사기본법이 적용되지 않는 사항을 규정하고 있는데, 예를 들어 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제4조 제3항의 정보에 관한 사항, 근로기준법 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항, 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항, 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항, 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 법률에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항에는 행정조사기본법을 적용하지 않도록 되어 있다.

따라서 외국의 경우에는 행정조사가 어떻게 이루어지고 있는지 여부를 살펴볼 필요가 있다. 이에 따라 미국과 독일, 프랑스, 일본에서의 행정조사가 어떻게 시행되고 있는지를 살펴본다.

제2절 미국의 경우



I. 미국 행정조사제도 개관

1. 법적 근거

미국 연방 수정헌법 제4조에 따르면 “부당한 압수·수색”에 관하여는 원칙적 영장주의가 적용된다. 영장청구의 대상으로 압수·수색의 상당성(“probable cause”)이 요구되며, 압수·수색 대상으로서 “장소, 사람, 물건”에 대한 특정(“particularity”)이 요구된다.¹²⁹⁾

연방 수정헌법에서는 대상 조문(수정헌법 제4조)이 행정조사에도 적용되는지 여부는 명시적으로 규정하지 않았으며 연혁적으로도 행정조사에서의 수정헌법 적용여부에 관하여 논란이 있어왔다. 구체적으로 헌법 제4조가 주로 형법상 피고인의 권리를 보장하기 위한 법적 근거로 활용되었으므로 행정조사에서 헌법 제4조의 적용근거가 실질적으로 적용될 수 있을지에 관하여는 논의되었다. 특히 헌법 제4조에서 규정한 수색영장(“search warrant”)의 경우, 현실적으로 형사조사를 위한 수색과 행정조사를 위한 수색이 명확하게 구분되지 않는 상황에서 영장 없는 행정조사가 이루어지는 경우 행정조사의 피조사자가 형사피고인과 같이 대응하기가 쉽지 않으므로 논의가 쉽게 이루어지지 못하였다.

연방수정헌법 제4조

“The right of the people (···) against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, (···) and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

129) Thomas K. Clancy, “What is a “search” within the meaning of the Fourth Amendment?”, *Albany Law Review*, 2006, at 1-5.

한편, 연방 행정절차법(“Administrative Procedure Act, 이하 APA”)¹³⁰⁾ 제555조는 “행정조사 절차 진행 또는 조사의무부과는 법률에 의하여 인정된 경우(“authorized by law”)¹³¹⁾에 행하여지며, 행정조사가 이루어지는 경우, 법적 근거가 있는 경우에 한하여 행정조사의 적정성(“general relevance”)과 합리적인 범위(“reasonable scope”)를 적시한 행정명령장(“agency subpoenas”)을 발령하고, 적정한 시간 내에 필요한 증거를 제출하도록 명할 수 있다¹³²⁾고 규정하고 있다. 연방헌법을 구체화한 연방 행정절차법을 해석할 때, 행정조사는 일정한 법적 근거(“law”) 하에서 이루어져야 하고, 조사를 실시하는 경우에도 일정한 한계(“적정한 방법”으로 “합리적인 범위” 내에서) 실시하여야 함을 명시적으로 규정하고 있다.

연방 행정절차법 제555조

“Process, requirement of a report, inspection, or other investigative act or demand may not be issued, made, or enforced except as authorized by law.”
 “Agency subpoenas” authorized by law shall be issued (···) on a statement or showing of general relevance and reasonable scope of the evidence sought.”

2. 미국 행정조사의 특수성

형사조사와 행정조사의 개념이 명확하게 구분되지 않았다는 점에서 행정조사 과정에서 헌법상 기본권이 침해될 수 있다는 점은 다른 국가에서의 논의와 유사하게 이루어지고 있다. 그러나 미국의 경우 수정헌법 제4조의 적용가능성에 대하여 형사법 또는 정부 차원의 논의보다는 연방대법원에서 먼저 논의를 시작하면서 보다 구체적인 논의가 전개되었다는 점, 수색영장의 인정범위와 한계 논의에서 영장주의의 한계 논의가 이루어졌다는 점, 개인적 공간(주거 등) 및 특정 산업에 관한 별도의 규율가능성 논의가 이루어졌다는 점은 다른 나라에서의 논의와 구별되는 특수한 상황이라고 볼 수 있다.

구체적으로 연방대법원은 해석을 통하여 행정부에서 특정 구역을 현장 조사하는 경우, 법령에 따라 관련 서류 제출을 요구하는 경우 등에 해당하는 경우에는 일반적인

130) Public Law 79-404, 60 Statutes 237.

131) 5 U.S. Code § 555(c). <행정절차법 제555조c>

132) 5 U.S. Code § 555(d). <행정절차법 제555조d>

행정행위에 원칙적으로 영장주의가 적용되는 것으로 해석되고 있다.¹³³⁾ 연방대법원 판례에서 먼저 영장주의에 관한 논의가 이루어진 것은 1967년 *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*¹³⁴⁾ 판례에서 주거지역(아파트)에 대한 현장조사에서 영장주의 필요성 논의가 이루어지면서 부터였다. 즉, 본 판결 이후 행정조사라 할지라도 영장주의가 적용되어야 한다는 법원의 판단이 이루어졌으며, 그 범위에 관한 본격적인 논의가 이루어졌다. 이후 행정조사에서 행정영장이라는 완화된 영장개념을 통하여 영장주의를 일반적으로 인정하되, 특정 유형의 산업(예컨대 총기산업, 탄광업, 폐차업 등)에 해당하는 경우 영장주의의 적용을 배제하는 판결이 이루어져 왔다.

이에 따라 본 장에서는 행정조사에서의 영장주의의 적용과 관련하여 (1) 형사소송법상 행정영장과 구분되는 행정조사에서의 영장 개념, (2) 영장주의의 배제대상으로서 광범위하게 규제되는 산업("closely regulated industry")의 개념과 적용기준 등에 관하여 보다 명확한 이해가 필요할 것으로 생각된다. 구체적인 논의의 전제로서 미국 행정조사에서의 영장주의에 관한 일반론을 검토한 후, 행정조사에 적용되는 행정영장의 개념을 검토하고, 마지막으로 영장이 배제되는 특수영역인 "광범위하게 규제되는 산업"의 적용기준과 내용을 검토하고자 한다.

II. 미국 행정조사와 공법상 한계 논의

1. 논의의 개관

앞서 논의한 바와 같이 수정헌법이 도입되었음에도 불구하고 영장주의 적용가능성 등에 관하여 명확한 논의가 이루어지지 않는 못하였으며, 행정실무에서는 행정청의 영장(수색·압류) 존재 여부와 상관없이 행정조사가 이루어져 왔다. 우선, 행정의 효율성 측

133) 박정훈 등, "미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의-출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰", 법무부 연구용역보고서, 2011, 89면. Michael C. Pollack, "Talking Data", University of Chicago Law Review, 2019, at 86-92.; Thomas K. Clancy, "What is a 'search' within the meaning of the Fourth Amendment?", Albany Law Review, 2006, at

134) *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967).

면에서 행정청이 행정조사 이전에 수색·압류의 대상을 지정하기 어려우므로 행정청이 사전영장을 신청하는 경우가 적었으며, 현실적으로 피조사자가 인허가, 영업정지, 과태료 또는 과징금 부과처분 등의 권한을 가진 행정청에 대하여 영장을 요구하는 등 절차적 정당성을 주장하기가 어려웠으므로¹³⁵⁾ 영장주의 적용여부가 법원에서 문제된 경우도 적었던 것으로 이해된다. 이와 같은 영장주의의 소극적 적용은 1946년 행정절차법 제555조에서 행정명령장 발령의무를 규율한 이후에도 계속되었다. 수정헌법에 의한 적법절차 논의와 함께 영장주의 도입 논의가 제기된 경우에도 영장주의를 배제하기 위한 논거로 행정의 효율성 측면이 강조되었는데, 예컨대 식품위생을 위한 행정조사는 공동체의 보건과 위생이라는 공공목적의 중요성이 피조사자의 이익보다 강조되었다.¹³⁶⁾ 그러나 1967년 연방대법원은 *Camara* 판결을 통하여 현장조사에서 영장주의 적용대상과 요건 등에 관하여 본격적으로 논의하게 되었다.

2. 미국 연방대법원의 판단

가. 행정영장(“administrative warrant”) 논의

(1) 주거에 대한 행정조사와 영장주의

〈판결개요〉

1967년 *Camara v. Municipal Court* 판결¹³⁷⁾에서 연방대법원은 시 규칙(샌프란시스코 주택 조례, “San Francisco Housing Code”¹³⁸⁾)에 따르면 주택조사 담당관이 일상적 주택조사를 할 경우, 영장을 제시하여야 하나 그 영장은 연방 수정헌법 제4조의 요건(상당성, 대상특정, probable cause, particularity) 중 상당성 요건을 갖추지 않아도 된다고 판단하였다.

구체적으로 당해 샌프란시스코 주택 조례 제503조에 따른 주택에 대한 행정조사에

135) 박정훈 등, “미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의-출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰”, 법무부 연구용역보고서, 2011, 89-90면.

136) 박정훈 외, “미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의-출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰”, 2011, 89면.

137) *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967).

138) San Francisco Housing Code, 미국 샌프란시스코시 법령정보 참조, available at <<https://sfdbi.org/codes>>. (검색일: 2019.5.20.)

서 공무원은 행정법령 준수여부 확인을 목적으로 합리적인 시간에 주거(건물, 구역 등)에 출입할 수 있다고 규정하고 있으나 명시적으로 영장제시의무를 규정하지는 않고 있다. 이에 따라 공무원은 아파트 지하를 주거용으로 사용할 수 없다는 규정에 위반되는 행위의 존부를 조사하기 위하여 현장조사를 실시하였고 피조사자(원고)는 공무원에게(법령이 아니라) 수정헌법 제4조에 근거한 영장을 요구하였다. 행정조사(주거에 대한 현장조사)를 거부한 피조사자(원고)는 기소되었고, 피조사자(원고)는 영장주의를 규정하지 않은 샌프란시스코 주택 조례의 위헌성을 다투었다.

〈샌프란시스코 주택 조례〉 Sec. 503 RIGHT TO ENTER BUILDING.

“Authorized employees (...) have the right to enter, at reasonable times, any building, structure, or premises in the City to perform any duty imposed upon them by the Municipal Code.”

〈수정헌법 제4조 적용여부〉

이에 대하여 연방대법원은 우선, 화재, 보건, 주거 등에 관한 행정조사의 경우 법령 위반여부가 현장조사를 통하여 결정되므로 수정헌법 제4조에서 보장하고 있는 영장주의는 중요한 이익(“not peripheral”)에 해당하여 수정헌법 제4조 적법절차의 원칙이 배제되지 않는다고 판단하였다. 따라서 영장 없는 행정조사(“warrantless administrative search”)는 수색범위가 좁거나 합리적인 수색영장요건에 해당하지 않는다고 할지라도 정당화될 수 없다고 판단하였다. 또한, 당해 행정조사의 개별적 특수성을 고려할 때, 형사소송과 같은 영장주의는 적용되지 않는다고 판단하였다. 구체적으로, 주택 조례 위반 등에 대한 현장조사(“inspection”)는 단지 대중의 건강과 보건을 위한 물리적 상태(화재, 보건, 주택점검 프로그램)를 확인하는 것에 불과하고 형사소추를 목적으로 피조사자의 주거에 침입한 것이 아니므로 정당방위와도 관련되지 않는다고 판단하였다.

〈행정영장의 개념〉

이에 따라 연방대법원은 형사사건에서 발령되는 수색영장과는 구별되는 행정조사영장(“warrant for inspection”)의 개념을 인정하였다. 일반적으로 형사사건에서 법원이 영장발령의 적정성(reasonableness)을 인정하기 위해서는 특정 지역을 수색할만한

상당한 이유(probable cause)가 있어야 하고, 이를 공무원이 입증하여야 한다. 하지만 연방대법원은 (일상적) 행정조사에서, 영장발령의 적절성은 특정 주거(particular building)에 범위반사실이 있다는 상당한 이유를 입증하지 못하더라도 인정된다고 판단하였다. 따라서 법령(주택 조례)에서 행정조사권한을 부여하고 있다는 점만으로도 중립적·객관적 평가기준(합리성 기준, reasonableness)을 충족하므로 영장을 발령할 수 있다고 판단하였다.

〈영장주의와 행정절차〉

다만, 법원은 행정현실과의 적절한 조화 측면을 강조하여 모든 행정조사에 영장이 필요한 것은 아니고, “피조사자가 영장을 요구할 때 또는 다른 중대한 공익상 필요가 있는 경우”에 한하여 영장이 요구되며 그러한 요구가 있는 경우 이후 영장을 발령받아 조사하더라도 위법하지 않다고 판단하였다. 이에 따라 법원은 당사자가 조사에 동의하지 않았고, 다른 이익이 없는 상황에서 행정조사영장의 발령 없이 이루어진 행정조사는 위법하므로, 피조사자에 대한 행정조사 거부에 대한 기소처분은 위법하다고 판단하였다.

〈반대의견(소수의견)〉

하지만 소수의견은 다음 사항을 지적하였다. 우선, 사법부의 심사기능이 완화된다는 점이다. 영장의 발령요건을 행정조사에 한하여 완화할 경우, 법관의 영장발령권한이 약화되어 사실상 형식적으로 영장발령이 이루어질 것을 지적하였다.¹³⁹⁾ 다음으로 행정수행의 효율성이 저해된다는 점이다. 공공의 안전과 복리를 위하여 행정조사는 그간 관행적으로 인정되어 왔으나 영장발령이 거부될 경우 행정목적 달성을 저해할 것이라는 점이 지적되었다.

(2) 상업시설에 대한 행정조사와 영장주의

1967년 연방대법원은 See v. City of Seattle 판결¹⁴⁰⁾에서 피조사자가 행정조사(현장조사 등)를 위한 상업용 건물 출입을 반대할 경우, 영장주의가 적용된다는 점을 확인

139) 소수의견은 행정영장의 발령으로 법관이 발령하는 영장은 고무도장(“rubber stamp”)을 찍는 행위와 유사해질 것이라고 비판하고 있다.

140) See v. City of Seattle, 387 U.S. 541 (1967).

하였다. 구체적으로 행정청은 통상적인 소방점검을 위하여 법령위반여부에 관한 상당한 이유(probable cause)가 없으며 별도의 영장을 발령받지 않은 상태에서 상업용 건물에 대한 입장을 시도하였으나, 피조사자인 당사자가 접근을 거부하였다는 이유로 시애틀시 조례에 의하여 기소되었다. 시애틀시 화재 규칙¹⁴¹⁾에 의하면 공무원은 화재예방을 위하여 건물 또는 구역에 대하여 조사할 의무가 있다.

〈시애틀시 화재 규칙〉 INSPECTION OF BUILDING AND PREMISES.

“It shall be the duty of the Fire Chief to inspect and he may enter all buildings and premises, except the interiors of dwellings, as often as may be necessary for the purpose of ascertaining and causing to be corrected any conditions liable to cause fire, or any violations of the provisions of this Title (…).”

이에 대하여 연방대법원은 공공안전 및 화재예방 등을 위한 공무원의 건물 출입은 인정되어야 한다고 판단하면서 기존의 판례(Camara)에서 사적 공간의 개념을 좁은 개념의 주거(house)로 한정하였으나 상업지역(commercial premises)에서도 수정헌법 제4조에 의한 영장은 필수적이며, 이 경우에도 법규 위반의 상당성(probable cause)이 아닌 합리성(reasonableness)만을 요구하는 행정영장의 개념이 적용된다고 판단하였다. 하지만 당해 판결에서도 Camara 판결과 유사하게 모든 행정조사에서 영장의 필요성이 논의된 것은 아니며, 피조사자가 영장을 요구하는 경우 영장을 발급 받아 다시 행정조사를 실시하여야 한다고 판단하면서, 영장 없는 행정조사에 불응하였다는 이유로 피조사자(원고)에 대한 기소가 이루어진 것은 위법하다고 판단하였다.

(3) 시사점

두 판결은 행정조사 중 주거(건물, 상업시설 등)에 대한 행정조사에서 영장발령의 요건이 완화되는 행정영장의 개념을 처음 인정하였다는 점에서 중요한 의미가 있다. 다만, 위 판결에서 판단된 행정조사는 주택 조례 위반 또는 통상적인 소방점검 절차에 따라 행정조사를 받는 경우, 사적 공간(주거)에 대한 행정조사에 해당하였으므로 법원의 이익형량 과정에서도 공공목적이 상대적으로 완화되고 프라이버시권이 중요한 사례로 이해된다. 절차 측면에서도 영장 없는 행정조사가 모두 위법한 것은 아니고, 피조사

141) City of Seattle Ordinance No. 87870, c. 8.01.050.

자가 조사에 동의하지 않고 영장을 요구하는 경우에 영장을 발급 받아 행정조사를 실시하여야 한다고 판단하였다. 또한, 용어가 일관되지는 않지만 이후 논의되는 판례에서도 조사영장(“warrant for inspection”) 또는 수색영장(“administrative search warrant”) 개념이 지속적으로 활용되고 있으며 여러 주법에서 행정영장 개념이 채택되었다.¹⁴²⁾

하지만 위 판결 이후, 행정영장이 도입될 경우 수정헌법 제4조의 입법취지에 반한다는 반대 견해, 오히려 영장을 요구하지 않는 피조사자들에 대한 행정조사(현장조사)가 엄격하게 집행되는 결과가 나타난다는 견해, 통상적인 행정조사라 할지라도 주택 및 소방점검보다 엄격한 현장조사가 요구되는 경우에 대한 개별적 검토가 필요하다는 견해 등 행정영장에 대해서는 비판이 나타났다. 이에 따라 연방대법원은 다시 긴밀하게 규제되는 산업 영역에 대하여 행정영장 배제를 인정하게 되었다.

나. 긴밀하게 규제되는 산업(“closely regulated industry”) 논의

(1) 논의의 개관

연방대법원은 1970년 이후 판례를 통하여 영장주의를 배제하는 영역으로 긴밀하게 규제되는 산업(“closely regulated industry”)이라는 개념을 제안하였다. 긴밀하게 규제되는 산업은 오랜 기간 규제되어 왔거나 또는 공익상 이유로 긴밀하게 규제될 필요가 있는 산업 영역의 경우, (행정영장의 형태라 할지라도) 영장주의를 배제할 수 있다는 법리로 대체로 주류산업, 총기산업, 광업, 폐차업 등에서 인정되어 왔다. 연방대법원의 판결 내용은 아래와 같다.

(2) 주류산업에 대한 영장주의 배제 논의

〈법원의 판단〉

1970년 연방대법원은 *Colonnade Catering v. U.S.* 판결¹⁴³⁾에서 주류산업의 경우 오랫동안 광범위하고 긴밀하게 규제되어 왔으며, 법령에서 특별한 규정을 두고 있으며

142) Kevin I. MacKenzie, “Administrative Searches and the Fourth Amendment: An Alternative to the Warrant Requirement”, *Cornell Law Review*, 1979, at 858-860.

143) *Colonnade Catering Corp. v. United States*, 397 U.S. 72 (1970).

로 영장주의의 적용이 배제된다고 판단하였다. 구체적으로 연방 국세청(“The Internal Revenue Service”, 이하 IRS) 소속 연방공무원은 피조사자의 연방소비세법 위반여부에 관한 행정조사를 실시하기 위하여 사업장(“catering establishment”)을 방문하던 중, 주류가 저장되어 있던 특정 공간(주류 저장창고)에 대한 출입을 요구하였으나 피조사자인 원고는 이를 거부하였다. 이에 연방공무원은 창고 잠금장치를 깨고 출입하여 탈세행위를 발견하여 기소하는 한편, 행정조사를 거부한 피조사자에 대하여 과징금을 부과하였다. 특히 당해 사건은 연방 소비세법에서 주류업에 관하여 압수·수색권한을 부여하고 있다는 점에서 논란이 제기되었다. 즉, 연방소비세법에 따르면 피조사자가 특정 장소(건물 또는 장소)에 대하여 연방공무원의 출입을 거부하는 경우, 과징금이 부과된다고 규정하고 있다.

〈연방소비세법 제7342조¹⁴⁴⁾〉 “Any owner of any building or place, (...) who refuses to admit any officer or employee of the Treasury Department acting under the authority of section 7606 (relating to entry of premises for examination of taxable articles) or refuses to permit him to examine such article or articles, shall, for every such refusal, forfeit \$500.”

연방대법원은 기존 판례에서 행정조사에서 적법절차의 원리(수정헌법 제4조)의 적용 목적이 “불합리한 수색·압류”를 규정하고 있다는 점을 고려할 때, 주류산업에 대한 행정조사는 불합리한 경우에 해당하지 않는다고 판단하였다. 구체적으로, 법원은 (1) 주류산업은 이미 연방법으로 (1692년 매사추세츠 주법으로부터) 오랜 역사에 걸쳐 규제되고 있었고, (2) 공문서 위조·탈세 등 위법행위를 금지하기 위하여 연방정부가 강력한 규제권한(“broad power”)을 부여받아 왔다는 점에서 불합리한 행정조사에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한, 연방대법원은 연방법에서 특별한 규정이 없는 경우에는 여전히 연방 수정헌법 제4조가 적용되어 영장주의가 요구되지만, 연방법으로 특정 공간에 대한 행정조사를 인정하고 있는 경우에는 영장주의가 적용되지 않을 수 있다는 점을 지적하였다.

〈시사점〉

본 판례는 연방대법원의 경우, 주류산업이 영국으로부터 이주하던 시기부터 역사에

144) 26 U.S.C. § 7342.

걸쳐 오랜 기간 규제되어 왔으므로 연방정부가 강력한 규제권한을 보유한다는 점, 연방 법으로 특별히 행정조사를 거부할 경우 과징금이 부과된다고 명시적으로 규정하고 있다는 점에서 연방 수정헌법 제4조의 적용이 배제된다고 판단하였다는 점에서 의미를 갖는다.

(3) 총기산업에 대한 영장주의 배제 논의

〈법원의 판단〉

1972년 연방대법원은 *United States v. Biswell* 판결¹⁴⁵⁾에서 총기산업은 주류산업(Colonnade Catering)과 동일하게 긴밀하게 규제되는 산업에 해당하므로 영장주의의 적용이 배제된다고 판단하였다. 구체적으로 행정청은 총기거래상인 원고(피조사자)의 사업장을 방문, 거래장부 제출과 총기저장창고에 대한 출입을 요구하였다. 피조사자는 영장을 요구하였으나 행정청은 영장이 요구되지 않는 행정조사라고 해명한 후, 저장창고에 출입, 불법소지하고 있던 무기를 발견하여 피조사자를 기소하였다. 이에 대하여 원고(피조사자)는 영장없는 행정조사로 수정헌법 제4조에 반한다고 주장하였다. 총기통제법 제921조¹⁴⁶⁾에 따르면 “행정공무원은 업무시간 중 총기거래상의 사업장을 방문하여 어떤 기록 또는 총기든 조사할 수 있다”고 규정하고 있는데 위의 판례와 달리 구체적으로 조사를 거부할 경우 과징금을 부과할 수 있다는 규정은 존재하지 않았다.

〈연방 총기통제법 제921조〉 The Secretary may enter during business hours the premises (including places of storage) of any firearms (···) dealer (···) for the purpose of inspecting or examining (1) any records or documents (···) (2) any firearms or ammunition kept or stored (···) at such premises.

이에 대하여 연방대법원은 근거법령을 해석할 때, 총기산업의 경우 (1) 연방정부에서 당해 산업에 대하여 광범위한 규제권한을 가져 왔으며, (2) 산업의 특수성을 고려할 때, 총기규제는 범죄예방이라는 중대한 공익을 보호하기 위함이며, (3) 총기산업 허가 시 엄격한 행정규제(감독)를 받을 것이라는 사실이 고지되었으므로, 긴밀하게 규제되는 산

145) *United States v. Biswell*, 406 U.S. 311 (1972).

146) 18 U.S.C. § 921.

업영역에 해당하므로, 영장주의가 배제된다고 판단하였다. 특히 법원은 당해 행정조사가 효과적이고 신뢰가능하게 진행되었다면, 설사 지나치게 빈번한 행정조사로 할지라도 영장없는 영장조사가 가능하다고 판단하였다.

〈시사점〉

본 판례는 긴밀하게 규제되는 산업에 대한 법원의 판단기준을 구체화한 판례로 주류 산업에 비하여 법령은 덜 엄격하게 규정되어 있으나(“피조사자가 현장조사를 거부하는 경우 과징금 부과(shall forfeit)”, “연방정부는 사업장에 출입할 수 있다(may enter)”), 당해 산업의 특수성을 중요하게 평가하였다는 점에서 의미가 있다. 특히 총기산업규제의 공익성, 연방법 적용의 의미 등에 관하여 평가하였다는 점에서 형사절차에서의 영장주의와는 구분되는 행정조사에서의 특수성을 반영한 판례로 평가된다.

(4) 탄광산업에 대한 영장주의 배제 논의

〈법원의 판단〉

1982년 연방대법원은 *Donovan v. Dewey* 판결¹⁴⁷⁾에서 탄광산업도 주류산업, 총기 산업과 유사하게 긴밀하게 규제되는 산업에 해당하므로 영장주의의 적용이 배제된다고 판단하였다. 구체적으로 연방탄광조사관(“federal mine inspector”)은 연방탄광안전보건법(“Federal Mine Safety and Health Act”) 제103조¹⁴⁸⁾에 근거하여 통상적으로 매년 지하4회, 지상2회의 안전점검을 하여야 하며, 피조사자(탄광소유주)가 공무원(조사관)의 출입을 거부하는 경우, 민사배상을 청구할 수 있다는 규정에 따라 사전경고 없이 현장조사를 위해 방문하였다. 이에 따라 피조사자가 연방공무원의 출입을 거부하자 민사소송을 제기하였다. 법률에 따르면 공무원은 탄광 등에 행정조사를 목적으로 출입할 권리가 있다고(“shall have a right of entry”) 규정하고 있다.

〈연방 탄광안전보건법 제103조(a)〉 Federal mine inspectors are to inspect underground mines at least four times per year and surface mines at least twice a year to insure compliance with these standards (...).

147) *Donovan v. Dewey*, 452 U.S. 594 (1981).

148) 30 U.S.C. 813.

For the purpose of making any inspection or investigation (…), the Secretary (…), shall have a right of entry to, upon, or through any coal or other mine.

이에 대하여 연방대법원은 (1) 법령에 규정이 있는 경우 (2) 주거가 아닌 장소에 대하여는 (3) 불필요하게 반복적인 행정조사가 아닌 한, 영장 없는 행정조사가 인정된다는 점을 전제하면서 탄광산업도 역시 (1) 연방정부에서 광범위한 규제권한을 가지며, (2) 산업의 특수성을 고려할 때, 공공안전을 위하여 탄광산업은 규제여부 및 방식 결정 등을 위하여 영장 없는 행정조사가 필요하며, (3) 피조사자는 산업이 광범위한 행정규제를 받을 것이라는 점을 인지할 수밖에 없으므로 긴밀하게 규제되는 산업에 해당한다고 판단하였다. 특히 당해 판결은 앞서 검토한 주택법 집행 또는 소방법상 화재예방 목적의 연방대법원 판례와 달리 행정영장의 적용도 배제하는 것은 사생활 침해가 상대적으로 적은 (주거가 아닌) 상업지역 등에 한하여 예외적으로 긴밀하고 광범위하게 규제되는 산업에 한하여 적용된다는 점을 강조하였다.

〈시사점〉

본 판례는 연방법에서 비교적 명시적으로 규정(“shall have a right of entry”)하고 있으며, 산업의 특성을 고려할 때 긴밀하게 규제되는 산업 기준에 탄광산업이 해당한다는 점을 인정하였다. 특히 본 판례는 행정조사의 확실성(“certainty”)과 정규성(“regularity”) 측면을 중요하게 평가하였다. 즉, 연방법에서 연간 현장조사의 방법과 횟수를 비교적 명시적으로 규율하고 있으므로 행정조사가 영장없이 이루어지더라도 위헌은 불합리한(unreasonable) 정도에 이르는 것은 아니라고 판단하였다는 점에서 의미가 있다.

(5) 폐차업에 대한 영장주의 배제 논의

〈법원의 판단〉

1987년 연방대법원은 New York v. Burger 판결¹⁴⁹⁾에서 폐차산업도 긴밀하게 규제되는 산업에 해당하므로 영장주의의 적용이 배제된다고 판단하였다. 구체적으로 뉴욕주 경찰은 피조사자가 운영 중인 폐차장을 방문하여 허가증과 보유중인 차량 검사를

149) New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

요청하였다. 피조사자가 영장을 요청하였으나 경찰은 주법 상 영장 없이 조사가 가능하다고 대답하고, 도난당한 차량을 찾아 피조사자를 기소하였다. 피조사자는 연방수정헌법 제4조에 위반되는 위법한 행정조사라고 주장하였다. 뉴욕 주법에 따르면 폐차장업에 대해서는 일과시간 중 행정조사 요청에 대하여 피조사자(원고)는 동의하여야 하며, 이러한 행정조사에 동의하지 않는 경우 경범죄로 처벌된다고 규정하고 있다.

〈뉴욕 자동차교통법 제415(a)조〉

Upon request of any agent of the commissioner and during his regular and usual business hours, (···) shall produce such records and permit said agent or police officer to examine them and any vehicles or parts of vehicles. The failure (···) to permit such inspection (···) shall be a class A misdemeanor.

이에 대하여 연방대법원은 폐차업도 (1) 별도의 규제체계를 두고 있으며, (2) 널리 활용되는 자동차에 대한 규제이며, 폐차업 자체는 상대적으로 새로운 산업이지만 폐기물 처리에 관한 규제는 오랜 역사에 걸쳐 규제되어 왔으므로 긴밀하게 규제되는 산업에 해당한다고 판단하였다. 한편, 영장없는 행정조사가 인정되기 위해서는 다음의 조건을 갖추어야 한다고 판단하였다. 우선, 차량도난이 증가하고 있으므로 폐차업 규제로 인한 실질적 이익(substantial interest)이 존재하여야 하고, 다음으로, 추후 산업에 대한 규제를 위해서는 실태조사가 필요하므로 행정조사가 인정되어야 하고, 마지막으로, 법령에서 수정헌법 제4조의 규정을 대체할만한 방식으로 이루어져야 한다. 또한 이러한 조건을 갖춘다 하더라도 행정조사는 적절한 “시간, 장소, 범위” 내에서 이루어져야 한다. 이와 같은 기준을 근거로 연방대법원은 뉴욕 주법의 경우, 연방 수정헌법에 반하지 않는다고 판단하였다.

〈시사점〉

본 판례는 연방법에서 행정청의 행정조사에 동의하지 않는 피조사자(원고)에 의하여 경범죄로 처벌(“shall be a misdemeanor”)된다고 규정하고 있으며, 폐차업이 비교적 신생산업에 속하지만 자동차가 광범위하게 활용된다는 점, 폐기물 처리업도 널리 활용되었다는 점으로 긴밀하게 규제되는 산업기준에 해당한다고 판단하였다. 특히 본 판례는 긴밀하게 규제되는 산업에 해당한다 할지라도 행정조사가 특별한 요건(실질적 이익, 전체 규제목적 필수적 요건, 영장을 대체할만한 방식)을 갖춘 경우에만 허용된다고 판

단하였다는 점에서 의미가 있다.

다. 소결

검토한 바와 같이 행정조사에서 영장주의의 배제는 판례를 통하여 발전하여 왔으므로 근거법규, 보호공익, 침해이익 등을 기준으로 발전하여 왔으며, 이러한 논의 과정에서 행정영장 및 긴밀하게 규제되는 산업 개념이 발전하여 온 것으로 평가된다. 이에 따라 판례의 일반적인 경향은 다음과 같이 정리해볼 수 있다. 우선, 행정조사를 통하여 (1) 보호되는 공익이 중요할수록(특정 산업), (2) 침해되는 사익이 적을수록(영업장), (3) 근거법규에서 조사의 방법과 내용을 명시적으로 규정할수록(정기적 조사), (4) 피조사자가 광범위한 조사에 대한 인지가능성이 높을수록(총기, 탄광) 광범위한 규제되는 산업 논의가 적용되어 영장주의가 배제될 가능성이 높아진다. 한편, 행정조사를 통하여 (1) 보호되는 공익이 상대적으로 덜 중요할수록(주택법 위반, 소방점검), (2) 침해되는 사익이 클수록(주거) 영장주의의 적용가능성이 높아지는데, (3) 행정조사의 경우 상당성 요건을 충족하지 못하는 경우 합리성 요건만 갖춘 행정영장만으로도 행정조사가 인정된다.

[미국 판례 검토사례]

판례명	근거법규	조사구역	조사목적 (공익)	판례의 의미
Camara (1967)	샌프란시스코 주택법령 right to enter	주거 (주택)	건축법상 용도변경 (건강, 보건)	· 행정영장 개념 정의 ▷상당성 요건 배제 ▷합리성 요건만으로 가능
See (1967)	시애틀 화재규칙 shall be the duty / may enter	주거 (영업장)	소방점검 (안전)	· 행정영장 적용대상으로 주거의 범위 확대 (영업장 포함)
See (1967)	연방소비세법 who refuse shall forfeit	주류 영업장	무허가 주류판매 (과세)	· 긴밀하게 규제되는 산업 정의 ▷장기간·광범위한 규제산업 ▷연방의 규제권한 강함
Biswell (1972)	연방총기 통제법 may enter	총기 영업장	무허가 총기 판매 (안전)	· 긴밀하게 규제되는 산업 특성(추가) ▷보호 공익(공공안전) 강함 ▷법령에 명시적 규정 · 당해 행정조사의 적정성 ▷주거 아닌 총기영업장 ▷피규제자 조사여부 인지

판례명	근거법규	조사구역	조사목적 (공익)	판례의 의미
Donovan (1981)	연방탄광안전보건법 shall have the right of entry	탄광 사업장	탄광 운영 안전규정 준수 (안전)	· 긴밀하게 규제되는 산업 특성(상동) · 당해 행정조사의 적정성(추가) ▷적정 횟수(확실성, 정규성)
Burger (1987)	뉴욕 자동차교통법 (피조사자) shall permit / shall be a misdemeanor	폐차 사업장	도난차량 판매 (안전)	· 긴밀하게 규제되는 산업 특성 ▷광범위한 대상(자동차) ▷장기간 규제(폐기업) ▷법령이 개별적으로 규정 · 행정조사의 적정성(추가) ▷당해 조사의 실질적 이익 ▷추후 산업 전반의 규제 필요성 ▷수정헌법 제4조를 대할만한 방식 (적절한 시간, 장소, 범위)
Raily ¹⁵⁰⁾ (2014)	LA 조례	호텔 사업장	숙박객 정보조회 (사생활 보호)	· 호텔은 광범위하게 규제되는 산업 이 아니므로 영장 필요

3. 미국 행정조사에서 영장주의 운영 현황

가. 행정영장의 구체적 활용 사례

미국에서의 행정조사영장은 연방 뿐만 아니라 주정부에서도 비교적 널리 활용되고 있는데 이 중 연방정부 중 마약단속절차에서 행정조사영장의 활용사례를 검토하면 다음과 같다. 우선, 행정청인 의약품단속국(Drug Enforcement Administration, 이하 DEA)에서 행정조사를 실시하는 경우, 조사통지서(“Notice of Inspection of Controlled Premises”)를 피조사자에게 송달하며, 피조사자가 동의서(informed consent)¹⁵¹⁾를 제출한 경우, 이 동의를 근거로 행정조사(현장조사)를 실시한다. 다만, 행정조사가 단순한 자료제출요구에 그치거나 공공안전을 위하여 긴급한 경우 등의 경우 당사자로부터 동의를 받지 않더라도 유효한 행정조사를 실시할 수 있다.

당사자가 동의서 작성을 거부하는 경우, 행정청은 연방지방법원으로부터 행정조사영

150) Riley v. California, 573 U.S. (2014).

151) 동의서에는 행정청이 수정헌법 제4조에서 보장하는 권리를 고지하였음이 기재된 양식이어야 한다.

장(“administrative inspection warrant”)을 발령받아야 한다. 행정청은 상당성(probable cause)을 입증하여야 하는 형사절차상 수색영장과 달리 조사대상과 범위(“nature, extent, item”)만을 제출하여 행정조사영장을 발급받을 수 있으며, 실무적으로 법원은 대부분의 경우에 행정영장을 발령한다. 행정청이 행정영장을 발급받아 행정조사를 실시하는 경우, 피조사자는 이에 응하여야 하며, 불응 시 체포된다. 주로 주법에 근거하여 집행되는 소방점검, 주택시설물 점검 등의 경우에도 행정영장제도는 이와 유사한 절차로 집행된다.¹⁵²⁾

나. 긴밀하게 규제되는 산업에서의 영장주의 배제사례

검토한 바와 같이 영장주의는 일반적으로 “피조사자의 동의가 있거나, 긴급한 사정이 있거나, 긴밀하게 규제되는 산업영역에 해당하는 경우”의 행정조사에서 면제된다. 긴밀하게 규제되는 산업으로 연방대법원의 경우 “주류판매업, 총기업, 탄광산업, 폐차산업”을 인정한 바 있다. 연방항소법원에서 인정된 사례로는 “약국업, 유류판매업, 어린이집, 은행업, 보험업, 낚시업, 마사지업 등의 풍속영업 등”이 있으며,¹⁵³⁾ 주법원에서 인정된 사례로는 “의료업, 식품창고업, 원자력업, 석면제거업, 경마업, 간호업, 카지노업 등”¹⁵⁴⁾이 있다. 이와 같은 광범위한 영장주의 배제논의에 관하여 수정헌법 제4조에서 적법절차의 원칙을 규정한 입법취지에 반한다는 비판의견과, 공공안전과 보건, 풍속안전 보호 등을 위하여 불가피하다는 견해가 대립되고 있다.

152) Eric L. Yaffe, Christopher A. Nowak, “The unwelcome phone call—responding to regulatory audits and investigation”, *Franchise Law Review*, 2018, at 397–401.

153) U.S. v. Jamieson-Mckames Pharm, Inc., 651 F. 2d 532, 537 (8th Cir. 1981)., U.S. v. V-Oil Co., 63 F. 3d 909, 911 (9th Cir. 1995)., Rush v. Obledo, 756 F. 2d 713, 720 (9th Cir. 1985)., U.S. v. Chuang, 897 F. 2d. 646, 651 (2nd Cir. 1990)., U.S. v. Gordon, 655 F. 2d. 478, 483 (2d Cir 1981)., U.S. v. Raub, 637 F. 2nd 1205, 1209 (9th Cir 1980)., Pollard v. Cockrell, 578 F. 2d 1002, 1014 (5th Cir. 1978). 금태환, “영장없는 현장조사의 가능성-미국법상” 광범위하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로-” 행정법연구, 제46호, 2016, 118면.

154) 금태환, “영장없는 현장조사의 가능성-미국법상” 광범위하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로-” 행정법연구, 제46호, 2016, 118면.

III. 위법한 행정조사의 효과

1. 개관

미국의 경우에도 위법한 행정조사로 얻은 증거를 재판에서 인용할 수 있을지에 관한 논의가 전개되고 있다. 이러한 논의는 형사소송절차에서 위법하게 수집된 증거뿐만 아니라 위법하게 수집된 당해 증거와 함께 수집된 부수적 증거물(“fruit of the poisonous tree”)의 경우, 재판과정에서 증거능력을 배제하는 “위법수집증거배제”(“exclusionary rule”)의 원칙이 행정조사에도 적용될 것인지가 논의된다.

행정조사를 형사소송법상 절차와 유사하게 볼 경우, 수정헌법 제4조에 의하여 위법하게 수집된 증거는 행정처분의 적법한 근거가 없으나, 미국 판례에서도 행정조사와 형사조사의 법적 성격이 명확하게 구분되지 않으므로 형사절차에서 위법수집증거가 형사소송에서 효력을 배제하는 과정과 행정조사에서 위법수집증거가 행정처분에서 효력배제법리로 적용될 수 있을지에 관하여는 여전히 논의가 전개되고 있다. 판례는 원칙적으로 위법한 행정조사의 재판에서의 증거능력을 배제한다고 판단한 경우와 배제하지 않는다고 본 판례가 함께 나타나고 있지만, 대체로 행정조사가 영장 없이 또는 허용된 범위를 넘어서 이루어질 경우 바로 당해 행정처분을 무효로 하는 것은 아닌 것으로 판단하고 있다.¹⁵⁵⁾

2. 법원의 입장

1914년 미국 연방대법원은 *Weeks v. United States* 판결¹⁵⁶⁾에서 적법절차원칙에 반하여 수집된 증거(위법수집증거)는 소송에서 적법한 증거로 채택될 수 없음을 명시적으로 판단하였다. 형사소송법상 위 원칙은 독사과의 원칙으로도 불리우는데, 위 위법한 조사가 아니었더라도 발견될 증거가 아닌 한, 필수불가결한 증거(“inevitable discovery”)가 아닌 한 채택될 수 없다는 점을 명시한 것이다.

행정조사에서 위법하게 수집된 증거가 처분의 근거로 활용될 수 있을지에 관하여는

155) *United States v. Aukai*, 497 F.3d 955 (9th Cir. 2007).

156) *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

1967년 *Camara* 판결에서 나타났는데, 구체적으로 연방대법원은 행정조사가 갖는 공익성을 중요하게 평가하여 행정조사가 영장없이 이루어졌다 할지라도 “반드시 배제되는 것은 아니다”라고 판단하여, 법원이 개별적으로 당해 증거의 배제 여부를 평가할 수 있음을 인정하였다. 다음으로 연방대법원은 1968년 *Dow Chem Co.* 판결¹⁵⁷⁾에서도 위법한 행정조사 결과로 발견된 증거라 할지라도 증거의 적법 또는 위법 여부를 법원이 재평가할 수 있다는 점을 인정하였다.

한편, 1974년 *United States v. Calandra* 판결¹⁵⁸⁾에서 연방대법원은 형사절차가 아닌 절차에서도 위법수집 증거배제의 원칙이 적용될 수 있다고 판단하였다. 다만, 증거배제여부를 판단함에 있어서 이익형량 절차를 거쳐야 하는데, 형량 시 증거배제를 통하여 얻을 수 있는 이익과 비용을 고려하여야 한다고 판시하였다. 하지만 이후 이루어진 판례들에서도 법원은 형량을 명확하게 하지 않고 위법수집증거배제의 원칙을 채택 또는 부인한 사례들이 나타났다. 예컨대 앞서 소개한 1982년 *Donovan v. Dewey* 판결¹⁵⁹⁾에서 대법원은 위법한 행정조사의 결과가 조사자의 악의없이 발견된 경우 이후 위법한 행정조사임이 판명되었다고 하더라도 행정처분의 근거가 될 수 있다고 판단하였으며, 2005년 *Lakeland Enter of Fhinlander v. Chao* 판결¹⁶⁰⁾에서 법원은 위법하게 수집된 증거라 할지라도 행정소송과 형사소송의 성격이 다르므로 형사소송법상 원칙인 위법수집 증거배제의 원칙이 바로 행정소송에서 적용될 수는 없다고 판단하였다.

한편, 위법수집증거의 행정처분 근거여부 또는 재판상 증거능력 인정여부와 달리, 민사상 반환청구 가능성에 관하여는 별도로 논의할 수 있다. 미국 연방대법원은 1976년 *United States v. Janis* 판결¹⁶¹⁾에서 위법한 행정조사에 근거하여 수집된 증거에 기초한 내국세 부과처분에 대하여 민사상 반환청구는 가능한 것으로 판단하였다.

157) *Dow Chem Co. v. United States*, 476 U.S. 227, 252 (1986).

158) *United States v. Calandra*, 414 U.S. 666 (1974).

159) *Donovan v. Dewey*, 452 U.S. 594 (1981).

160) *Lakeland Enter, of Fhinlander, Inc. v. Chao*, 402 F.3d 739 (7th Cir. 2005)

161) *United States v. Janis*, 428 U.S. 433, 447 (1976).

IV. 요약 및 소결

1. 행정영장제도 요약 및 소결

미국의 경우 원칙적으로 영장주의를 광범위하게 적용하되, 예외로 특정 산업에 대해서는 영장주의를 배제하는 구조를 취하고 있다. 또한, 영장주의가 적용되는 행정조사 영역에서는 행정조사영장 또는 행정수색영장 등의 개념을 활용하여 영장의 발령요건을 완화하고 있다. 이러한 행정영장 개념을 우리나라의 법제에 적용할 수 있을지를 논의해 볼 수 있을 것이다.

우선, 미국 수정헌법 제4조는 압수·수색을 위한 영장발령요건으로 상당한 이유(“probable cause”)를 명시적으로 요구하고 있는 반면, 우리 헌법의 경우 영장발령의 요건을 규정하지 않고 있다. 따라서 행정영장 논의는 미국의 경우 행정조사에서 영장발령을 위한 요건을 합리성(“reasonableness”)으로 낮추어 입증책임의 부담을 덜어준다는 측면에서 의미가 있다. 우리나라의 경우 헌법에서 명시적으로 영장발령의 입증범위를 규정하지는 않고 있지만 기본권 침해 가능성이 높은 행정조사 영역에서 행정영장의 도입을 논의한다면, 형사소추 절차와는 다른 요건과 절차 하에서 영장을 발령하고 피조사자에 대한 사전고지, 조사대상에 대한 범위확정 등의 수단으로 활용할 수 있을 것으로 생각된다. 다만, 행정영장 논의는 행정조사에서 영장주의의 도입을 전제하는 것이므로 공공의 이익이 중요하게 논의되는 영역(세무, 금융, 통신, 환경, 출입국 등)의 경우에 한하여 우선 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

다음으로, 행정영장 논의는 영장신청 절차와도 관련되는데, 미국 연방법의 경우, 일반적으로 행정청이 법원에 직접 영장을 신청하는 구조를 취하고 있는 것으로 이해된다. 현재 우리나라의 영장주의는 헌법에 따라 검사가 신청하고 법관이 발부, 형사소송법에 따라 (검사의 지휘를 받는) 사법경찰관 또는 특별사법경찰관이 검사에게 영장을 청구하고 법관이 발부하는 구조를 취하고 있다.¹⁶²⁾ 행정조사를 담당하는 공무원이 영장을 청구하는 형식을 취할 경우, 현행 형사소송법상 구조에 따르면 공무원이 별도의 법률을 근거로 특별사법경찰관으로 임명되어 검사에게 영장을 청구하거나¹⁶³⁾, 공무원이 당해

162) 헌법 제12조 제3항 및 제16조, 형사소송법 제215조 제2항.

163) 형사소송법 제196-197조.

직무에 한하여 직접 검사에게 영장을 청구하는 절차를 규정할 수 있을 것이다. 하지만 이 경우 다시 “행정상 정책결정 또는 직무수행”을 목적으로 이루어지는 행정절차인 행정조사가 사실상 형사절차로 이행될 수 있다는 한계가 나타난다.

행위유형	
조사(inspect)	수색(search), 압수(seizure)
이익형량	
공익 (공공안전, 질서유지 등)	사익 (주거, 신체, 사생활)
조사의 목적·방법(빈도)	
조사목적, 정기적·통상적	수사목적(상당한 의심 존재), 비정기적

* 영장주의 적용제외: 상대방의 동의, 긴급한 경우(사후영장 적용가능)

2. 긴밀하게 규제되는 산업논의 요약 및 소결

미국의 논의에서 긴밀하게 규제되는 산업 논의는 행정조사의 양태가 다양해지고 기본권 침해 가능성, 공익과의 관련성, 조사의 방법(횟수, 확실성, 정규성), 조사의 실질적 이익 범위가 광범위하므로 일반론으로 정의하기 어려운 현실을 고려하여 특정 산업에 대하여 영장주의를 배제하는 논의이므로, 조사방법과 범위 등이 구체적으로 확정될 수 있음을 전제한다면 우리나라에서도 논의할 수 있을 것으로 생각된다. 예컨대 현행 우리 법체계를 본 논의에 적용한다면 영장주의를 법령(관세법, 도로교통법)에서 규정하고 있는 경우 영장주의 적용대상으로 보고, 법령에서 긴밀하게 규제되고 있으며 이익형량을 통하여 별도로 논의되는 특정 산업(공정거래, 조세, 금융감독)의 경우 긴밀하게 규제되는 산업영역으로 판단하여 영장주의를 배제하되 영장주의에 해당하는 절차(조사의 목적·방법·절차를 자세하게 규정)를 규정하는 것으로 해석할 수 있다.¹⁶⁴⁾

다만, 본 논의는 역사적으로 미국의 판례를 통하여 형성된 논의로서 그 필요성에 관하여 입법론으로 접근한다면 그 방안에 관하여는 별도의 논의가 필요할 것으로 생각된다. 특히 우리나라의 경우 행정조사에 관한 일반법으로 행정조사기본법에서 영장주의에 관하여 규정하지 않고 있으며, 긴밀하게 규제되는 산업 영역으로 논의 가능한 주요

164) 영장주의가 제외되는 산업으로 독일 연방헌법재판소의 경우에는 약국영업장에 대하여 영장 없이 조사할 수 있는 지역이라고 판단(BVerfGE 17, 232 (251f))하였으며, 일본 최고재판소는 소득세법상 질문·검사에 대하여 영장주의를 규율하지 않은 법률이 위헌이라고 판단하였다.

영역(조세, 금융감독, 공정거래<독점규제, 표시·광고, 하도급거래, 방문판매, 전자상거래, 약관규제>등)에 대하여 행정조사기본법의 적용을 제외(행정조사기본법 제3조)하고 있으므로, 영장주의 논의를 명시적으로 제외하기 위해서는 개별법으로 규정하고 영장주의를 제외함에 상당하는 절차적 보완이 규율되어야 할 것이며, 긴밀하게 규제되고 있음을 확인할 만한 객관적 기준이 논의되어야 할 것이다. 미국 판례에서의 논의와 같이 (1) 긴밀하게 규제되는 정도(산업전반에 대한 규제연혁 및 필요성 등)에 관한 기준을 설정하고, (2) 법령에 명시적으로 조사의무 규정을 두고, (3) 법령에 조사방법에 대하여도 명시적인 규정(조사의 정규성, 확실성, 대상과 범위)을 확립한 경우에 한하여 영장주의 배제를 논의할 수 있을 것으로 생각된다.

제3절 독일의 경우



I. 독일 행정조사제도 개관

독일 공법학은 행정조사를 행정작용에 있어 별도의 논의영역으로 다루고 있지는 않으나, 개별법에 근거하여 다양한 유형의 행정조사가 행해지고 있다. 먼저 행정조사에 관한 기본법(Grundgesetz)상의 규정으로 주거의 자유에 관한 제13조를 들 수 있다. 또한 독일연방행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)상 조사원칙에 관한 규정 역시 행정조사에 적용될 수 있는 중요한 원칙을 규정하고 있다. 이러한 기본법과 행정절차법상의 규정이 원칙적이고 절차적인 사항들을 규정한 것이라면, 행정조사의 실제 법적 요건과 특별한 절차에 대해서는 개별법이 규율하게 된다. 이 보고서에서는 그러한 개별법으로 조세기본법(Abgabenordnung)과 경쟁제한방지법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)상의 규정내용을 살펴보고자 한다.

1. 법적 근거

가. 기본법

(1) 주거의 자유와 그 제한

독일 기본법상 행정조사와 관련한 규정으로 주거의 불가침과 그 제한에 대한 제13조를 들 수 있다. 기본법 제13조 제1항은 주거의 불가침(Unverletzlichkeit der Wohnung)에 대해 규정하고 있으며, 주거의 자유라는 기본권은 국가기관의 물리적인 출입을 통해 제한(Eingriff)되며, 주거공간에 대한 도청 및 감시가 행해지는 경우에도 기본권의 제한이 있게 된다.¹⁶⁵⁾ 기본권 주체가 가택출입이라는 기본권 제한에 동의하는 경우 기본권 침해(Beeinträchtigung)는 존재하지 않으나, 이때의 동의는 협박이나 사기에 의해 이루어진 것이면 안된다. 주거의 자유는 사무공간이나 영업공간에 대해서도 제한된 범위의 보호영역을 인정하고 있다.¹⁶⁶⁾

165) BVerfGE 109, 279/309.

(2) 주거에 대한 수색과 영장

제13조 제2항부터 제7항에서는 주거의 자유에 대한 정당화될 수 있는 다양한 제한조치들을 규정하고 있다. 제13조 제2항에서는 수색(Durchsuchung)에 대해 규정하고 있는데, 연방헌법재판소는 동 조항의 수색의 의미를 “주거의 소유자가 공개하지 않은 또는 공개하지 않으려는 무언가를 알아내기 위한 국가기관의 사람 또는 물건에 대한 목적 지향적인 탐색 또는 사실관계에 대한 조사”라고 정의하고 있다.¹⁶⁷⁾ 이때의 수색은 형사소송절차에서의 수색만을 의미하는 것은 아니며, 민사소송절차 및 조세법상의 수색을 포함한다.¹⁶⁸⁾ 그러나 위치나 상황이 이미 알려진 주거의 상태나 기능에 적합한 이용에 대한 검사 또는 위험한 시설에 대한 법률규정의 준수여부를 심사하기 위한 행위는 수색에 해당하지 않는다.¹⁶⁹⁾ 따라서 영업법적, 환경법적 그리고 그 밖의 다른 근거에 따른 출입과 검사는 수색에 해당하지 않으며,¹⁷⁰⁾ 이는 기본법 제13조 제7항에 의한 공동의 위해, 생명의 위해 및 급박한 위해를 이유로 한 주거의 자유의 제한에 해당한다.¹⁷¹⁾

수색은 법률적 근거를 필요로 하는데, 이는 형식적 법률에서 직접 또는 형식적 법률에 근거한 법규명령을 통해 규정될 수 있다. 또한 수색을 위해서는 사전에 법관의 명령, 즉 영장(Richterliche Anordnung)을 필요로 하는 이른바 법관유보(Richtervorbehalt)가 적용되며(제13조 제2항), 수색을 규정하고 있는 개별법에서 법관유보를 명시하지 않은 경우에는 기본법 제13조 제2항이 직접 적용된다.¹⁷²⁾ 영장의 흠결은 원칙적으로 사후에 치유가 불가능하다.¹⁷³⁾ 법관은 종합적으로 상황을 검토하여야 하며, 영장을 통해 조사의 적정한 한계를 설정하고 기본권 제한의 예측가능성과 통제가능성을 보장하여야 한다.¹⁷⁴⁾

166) Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 2018, S. 204–206.

167) BVerfGE 51, 97/106; 75, 318/327; 76, 83/89.

168) BVerfGE 51, 97/105ff; 57, 346/354f.

169) BVerfGE 75, 318/327; BVerwGE 121, 345/350.

170) BVerfGE 32, 54/73; BVerwGE 78, 251/254.

171) Jarass, Art. 13 Unverletzlichkeit der Wohnung, in: Jarass·Pieroth(Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2018, Rn. 15.

172) BVerfGE 51, 97/114.

173) BVerfGE 51, 97/114.

174) BVerfGE 42, 212/220.

이처럼 수색은 법관의 사전영장에 의하는 것을 원칙으로 하나, 예외적으로 위험이 존재(Gefahr im Verzug)하는 경우에는 법률에 정해진 다른 행정기관도 수색명령을 할 수 있다(behörderliche Anordnung, 행정영장). 이때 위험의 존재는 법관에게 수색명령을 요청함으로써 인해 시간적 지체가 발생함에 따라 수색의 효과가 저해될 수 있는 경우에 인정된다.¹⁷⁵⁾ 그러나 이처럼 위험이 존재하는 경우 수색명령에 대한 행정기관의 권한을 인정하고 있음에도 불구하고, 법관유보는 가능한 한 준수되는 것이 타당하며, 검사나 경찰에 의한 수색영장은 통상적으로 허용되지 않는다.¹⁷⁶⁾ 즉 위험의 존재는 좁게 해석되며, 구체적으로 존재해야 한다.¹⁷⁷⁾

수색명령은 비례성원칙을 준수해야 하며, 개별적인 경우에 있어 수색명령을 하는 기관, 즉 주로 법관에 의해 충분히 종합적으로 검토되어야 한다.¹⁷⁸⁾ 범죄행위나 질서위반행위를 원인으로 하는 수색은 그러한 행위의 정도 및 중대성과 비례관계에 있어야 한다.¹⁷⁹⁾

(3) 주거에 대한 기술적 감시와 영장

기본법 제13조 제3항은 형사소추(Strafverfolgung)와 관련된다. 주거에 대한 기술적 감시(technische Überwachung)는 법률에서 명시한 중대한 범죄행위에 대한 소추를 위한 경우에 허용되며, 3인의 법관으로 이루어진 재판부에 의해 영장발부가 결정되어야 하고(제13조 제3항). 검사나 다른 행정부의 기관에 의해 이루어질 수 없다.

기술적 감시를 통한 주거의 자유의 제한에 대한 불문법적 한계, 즉 수집, 녹음 및 활용금지의 의미에서의 한계는 기본법 제1조 제1항으로부터 도출된다.¹⁸⁰⁾ 도청에 있어서는 고도로 개인적인 삶의 영역을 제한함으로써 인간의 존엄 및 일반적 인격권에 대한 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.¹⁸¹⁾

175) BVerfGE 51, 97/111; 103, 142/154.

176) BVerfG, NJW 2001, 1121/1122.

177) Manssen, StaatsrechtII Grundrechte, C. H. Beck, 2018, S. 207.

178) Manssen, a.a.O., S. 207.

179) BVerfGE 96, 44/51.

180) BVerfGE 109, 279/319ff.

181) Manssen, a.a.O., S. 208.

기본법 제13조 제4항은 공동의 위험(Gemeingefahr), 개인의 생명의 위험(Lebensgefahr) 및 공공질서에 대한 급박한 위험(dringender Gefahr)의 방지와 관련된다. 공공질서에는 특히 법질서의 유지가 포함된다. 이러한 위험방지를 위해 기술적 감시가 행해질 수 있으며, 이때에는 법관의 영장이 필요하고, 수색의 경우에서와 같이 긴급을 요하는 경우 다른 행정기관에 의한 영장도 행해질 수 있으나, 지체없이 법관의 영장이 뒤이어 행해져야 한다.

기술적 조치가 주거에서 활동하는 사람들만을 보호하기 위한 것이라면, 이러한 조치는 법률상 규정된 기관에 의해서만 명령될 수 있다. 이러한 조치를 통해 획득한 정보는 사전적으로 조치의 적법성이 법관에 의해 확정된 경우 형사소추의 목적 또는 위험방지의 목적으로만 활용될 수 있으며, 긴급을 요하는 경우 법관의 영장은 사후에 지체없이 행해져야 한다(제13조 제5항).

연방정부는 매년 연방의회에 제3항에 따른 그리고 제4항에 따라 연방의 권한 범위에 있는, 그리고 법관의 심사가 필요한 한 제5항에 따른 기술적 조치의 투입에 대하여 보고한다. 연방의회가 선출한 위원회는 이 보고를 기초로 의회의 통제를 행한다. 주도 동등한 의회 통제를 보장한다(제13조 제6항).

(4) 그 밖의 제한

지금까지 살펴 본 주거에 대한 행정청의 출입과 검사, 그리고 수색 또는 기술적 감시 어느 쪽에도 속하지 않는 경우, 제13조 제7항의 일반적 법률유보가 적용된다. 동 조항은 주거의 자유의 제한은 공동의 위험, 개인의 생명의 위험을 방지하기 위하여, 또한 법률에 근거하여 공공안전과 질서에 대한 급박한 위험을 방지하기 위하여, 특히 주거부족의 해결, 전염병 위험의 방지 또는 청소년 보호를 위해 허용될 수 있음을 규정하고 있다. 경찰법과 안전법상의 일반조항이 이에 해당하며, 이 경우 이러한 제한조치가 비례성원칙을 준수하여 실체법적으로 적법할 것을 전제한다.

나. 행정절차법

(1) 조사의 원칙

(가) 개관

독일 연방행정절차법은 제2장 행정절차의 일반규정 제1절 절차의 원칙 부분에서 조사의 원칙(Untersuchungsgrundsatz)에 관한 조항을 두고 있다(제24조).

동 조항의 규정내용을 살펴보면, 행정청은 직권으로 사안을 조사하며, 조사의 방법과 범위를 정하고, 당사자의 의견과 증거제출에 구속되지 않는다. 행정행위의 발령이 자동적으로 행해지는 경우, 행정청은 자동절차에서 조사되지 않는 개별사안에서 의미 있는 당사자의 정보를 고려하여야 한다(제24조 제1항). 행정청은 개별 사안에 있어 중요하고 당사자에게 유리한 모든 사정을 고려하여야 한다(제2항). 행정청은 자신의 소관 범위에 있는 진술이나 신청의 접수를 부적법하거나 이유가 없다는 근거로 거부할 수 없다(제3항).

(나) 사안의 조사

행정청은 행정절차를 수행함에 있어 직권으로 사안을 조사한다. 처분의 발령 전에 해당 사안은 신중하고 종합적으로 조사되어야 한다.¹⁸²⁾ 행정청은 조사의 방법과 범위를 정하며, 이때 당해 결정이 시민과 공공에게 미치는 영향이 하나의 기준이 될 수 있다. 또한 행정절차법 제24조는 사인의 권익이 아닌 행정업무의 적정한 수행이라는 공익에만 기여하기 때문에 특정한 조사방법을 취해달라는 주관적 공권은 인정되지 않는다.¹⁸³⁾ 신속한 결정을 요하는 사안인 경우 비례성원칙에 근거하여 조사의 방법과 범위는 제한될 수 있으며, 이러한 제한은 인적·비용적 부담만을 이유로는 정당화될 수 없다.¹⁸⁴⁾

어떠한 사실이 결정에 있어 중요하고 행정청에 의해 조사되어야 하는지는 개별 실체법 규정을 통해 정해진다. 즉 법규범에서 정한 구성요건에 해당하는 사실관계나 재량결정과 관련하여 하자없는 재량행사를 위해 필수적으로 고려되어야 하는 사실이 이에 해

182) OLG Hamburg BB 1961, 992.

183) BVerwG 30, 6, 2004 - 5 B 32/03.

184) Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, §24 Rn. 4, 2013.

당한다.

(2) 불충분한 사안조사와 활용금지 위반의 효과

(가) 불충분한 사안조사

불충분한 사안조사는 절차상 하자를 구성하며, 그 법률효과는 행정행위 하자의 일반 원칙에 따른다. 즉 사안조사의 불충분함이라는 절차상 하자있는 행정청의 결정은 행정절차법 제45조에 따른 치유의 대상에 해당하지 않고, 위법하다. 이때 위법의 효과는 행정절차법 제44조의 규정에 따라 중대·명백한 하자로 인정되는 경우 무효이며, 그렇지 않은 경우에는 취소할 수 있는 하자에 해당하며 그 취소가능성은 행정절차법 제46조에 따르게 된다.¹⁸⁵⁾

행정절차법 제46조에서는 행정절차법 제44조에 따라 무효가 아닌 행정행위의 취소는 절차·형식 또는 지역적 관할에 관한 규정의 위반이 그 사안의 결정에 영향을 주지 않았다는 것이 명백한 경우에는 그러한 위반만을 이유로 청구될 수 없음을 규정하고 있다. 동 규정의 의미는 행정행위가 기속행위로 발령되는 경우와 행정청이 재량 또는 판단여지를 가지는 경우로 나누어 살펴볼 수 있다. 행정청에게 재량이나 판단여지가 부여된 경우에는 불충분한 조사가 행정결정에 영향을 미치지 않았다고 보기 어렵다. 그러나 이러한 불충분한 조사를 거친 결정이 결과적으로 위법한 경우에만 취소가 가능하다는 것이 독일 판례의 입장이다.¹⁸⁶⁾

(나) 활용금지 위반

법치국가원칙은 행정청의 사안조사에 있어 진실의 발견이 행정절차의 절대적 가치가 아니라는 한계를 설정한다. 논의의 여지가 있는 점은 절대적인 활용금지(Verwertungsverbot)와¹⁸⁷⁾ 더불어 다른 위법하게 획득한 정보도 행정청의 결정의 근거가 될 수 없는지 여부이다. 이러한 논의에 해당하는 문제로서 조세비밀, 은행비밀 또는 정보보호법 규정에 따라 취득한 정보 등이 있다. 법치국가적 관점에서는 원칙적으로

185) Ziekow, a.a.O., §24 Rn. 19.

186) BVerwG NJW 1988, 660, 662; OVG Münster BauR 1991, 448, 449.

187) 예컨대, 연방중앙등록법(Bundeszentralregistergesetz)상의 사용금지 규정을 들 수 있다. 동법은 제51조에서 증거사용금지라는 제목 하에 유죄판결에 관한 정보가 등록부에서 삭제되었거나 삭제되어야 하는 경우, 그 당사자의 행위와 판결은 법적 취급에 있어 더 이상 유지되지 않고 불이익하게 사용되지 않음을 규정하고 있다.

활용금지가 광범위하게 적용되며, 그 예외는 개별 사안에 있어 조사에 대한 공익이 활용금지를 통해 보호되는 법익보다 큰 경우에 인정될 수 있다.¹⁸⁸⁾ 이는 당사자가 허용될 수 있는 방법으로 자신의 권리를 포기하는 경우에도 동일하게 적용된다.

활용금지 위반의 효과는 다양하게 나타난다. 먼저 활용금지원칙을 위반하여 발령된 행정행위는 위법하며, 앞서 살펴 본 바와 같이 그 취소가능성은 행정절차법 제46조에 따른다. 또한 이러한 행정행위의 취소와는 독립적으로 개별법상의 청구권이 인정된다. 예컨대 정보보호법의 영역에서는 손해배상청구권이 인정될 수 있으며(연방정보보호법 제7조), 그밖에도 일반적 인격권의 침해에 관한 국가배상청구권, 아직 행정청의 결정이 있기 전이라면 예방적 권리보호가 검토될 수 있다.¹⁸⁹⁾

다. 조세기본법

(1) 조세기본법상 조사절차의 의의와 유형

독일 조세법상 세금부과 및 세법 준수여부를 확인하기 위한 과세관청의 조사절차는 크게 3가지 유형으로 구분할 수 있다.¹⁹⁰⁾ 먼저 개별조사절차(Einzelermittlungsverfahren)를 들 수 있는데, 이는 납세자가 신고한 내용이 정확한지 확인하기 위해 행해지는 통상적인 사실관계 확정절차이다. 즉 납세자들의 신고내용이 사실관계에 부합하는지 검토할 의무가 과세관청에게 부여되며, 이에 따라 과세관청은 직권으로 조사를 실시한다. 개별적 조사절차는 과세관청의 일반적인 확인절차로서의 성격을 가지며, 조세기본법 제85조 이하에서 규정을 두고 있다.

두 번째 유형으로 외부조사(Außenprüfung)는 특정 과세기간 동안 특정 세목의 납세의무를 확정하기 위한 절차로서의 목적을 갖는 것이 아니라 납세의무자가 전반적으로 조세법규를 준수하고 있는지를 점검하기 위한 조사로서의 목적을 갖는다. 우리의 세무조사절차와 가장 유사한 조사절차라고 할 수 있으며, 조사의 범위가 광범위하고 그 강도 또한 높은 편이다. 외부조사는 법률에서 정한 경우와 절차에 따라 실시되며,

188) OVG Hamburg NJW 2008, 96, 99.

189) Ziekow, a.a.O., §24 Rn. 20.

190) 조세기본법상 조사절차의 3가지 유형에 대한 상세는 이동식, 독일의 세무조사제도와 그 시사점, 조세학술논집 제33집 제3호, 2017, 289-292면.

조세기본법 제193조에서 제203조까지 규정을 두고 있다. 또한 행정규칙으로서의 법적 성질을 갖는 영업장조사규칙(Betriebsprüfungsordnung)이 조세기본법에서 부여하고 있는 행정청의 재량에 대해 실무상 중요한 가이드라인이 되고 있다. 조세기본법은 조사를 위하여 필요한 정보 등이 정보전산망을 통하여 처리되는 경우 과세관청에게 외부조사의 한 내용으로서 저장된 정보를 조사하고 확인할 수 있는 권한을 부여하고 있으며(제147조 제6항, 제200조 제1항), 이때 조사의 범위와 관련된 가이드라인을 연방재무부의 지침인 디지털 문서에 관한 정보접근과 조사가능성에 관한 기본원칙(Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen)이 제시해주고 있다. 또한 조사대상 납세자의 선정기준, 조사횟수, 조사시 중점사항 등을 구체화하고 있는 비공개지침인 합리화지침(Rationalisierungserlass)도 실무상 중요한 가이드라인이 되고 있다.¹⁹¹⁾

세 번째 유형으로 조세범칙조사(Steuerfahndung)는 형벌 또는 질서벌의 부과를 통한 제재를 목적으로 하여 행해지는 조사절차이다. 조세범칙조사는 행정조사로서의 성격을 갖기보다는 司法조사에 가까우며, 이에 대해서는 조세기본법 제208조에서 규율하고 있다.

이러한 세 가지 유형에 덧붙여, 과세관청의 조세감독과 강제집행을 위한 주거의 자유의 제한에 대한 규정을 두고 있다(제210조, 제287조). 과세관청의 조세감독과 강제집행을 위해 수색이 이루어지는 경우 원칙적으로 법관의 영장이 필요하며, 조세감독을 위해 긴급한 경우 법관의 영장없이 수색이 이루어질 수 있다(제210조 제2항). 강제집행을 담당하는 공무원은 당사자의 동의가 없더라도 사전적으로 행해진 법관의 수색영장에 근거하여 수색을 실시할 수 있으며(제287조 제4항, 제6항), 당사자가 수색에 동의하는 경우 법관의 영장은 필요하지 않다(제287조 제5항).

이하에서는 이러한 유형들 중 우리의 세무조사제도와 가장 유사한 외부조사의 요건과 절차 및 위법한 외부조사의 효과와 그에 대한 납세자의 권리구제방안을 검토해보기로 하겠다.

191) 이동식, 앞의 논문, 295-296면.

(2) 외부조사 실시의 요건

(가) 조사대상의 선정

외부조사의 대상은 사업소득과 500,000유로 이상의 비사업소득에 대해 과세관청의 재량으로 선정할 수 있다(조세기본법 제193조 제1항, 제147a조 제1항). 조세기본법은 과세관청의 재량으로 외부조사 대상으로 선정할 수 있는 경우로 납세의무자가 다른 사람을 대신하여 세금을 납부하거나 원천징수의무를 이행해야 하는 경우, 과세와 관련된 사실관계에 대한 납세의무자의 해명이 필요하고 행정청의 일반적인 사실관계 확정절차를 적용하는 것이 조사대상 사실의 성격 및 범위에 적합하지 않은 경우, 납세의무자가 조세기본법 제90조 제2하 제3문에 따른(조세피난처 국가의 금융기관과 거래한 경우) 협력의무를 이행하지 않은 경우를 규정하고 있다(제193조 제2항).

(나) 비례성원칙

이처럼 외부조사의 대상요건에 해당하는 경우에도 외부조사의 실시가 비례성원칙에 위반되지 않아야 한다. 즉 과세처분을 위해 의미있는 외부조사가 행해져야 하며 과세처분을 위한 의미가 없거나 활용될 수 없는 조사는 비례성원칙에 반하여 행해져서는 안된다. 즉 외부조사 실시여부에 대한 과세관청의 재량이 비례성원칙을 준수하여 행사되어야 한다.

(3) 외부조사 실시절차

(가) 외부조사명령서의 통지

조세기본법은 제193조 이하에서 외부조사의 실시절차에 대한 규정들을 두고 있다. 그러한 절차들 중 중요한 의미를 갖는 내용으로 외부조사명령서(Au ßenprüfungsanordnung)의 통지를 들 수 있다. 외부조사를 실시하려는 과세관청은 제356조에 따른 권리구제방법과 함께 외부조사의 범위를 문서 또는 전자적으로 발행된 외부조사명령에 정한다(조세기본법 제196조). 외부조사명령에 대한 자세한 사항에 대해서는 영업장조사규칙 제5조가 규정하고 있는데, 외부조사명령에는 조사의 근거법령, 조사대상 세목, 사실관계, 기간을 명시해야 하며, 외부조사에 있어서 납세의무자의 본질적인 권리와 의무를 기재해야 하며, 조사를 통해 납세의무자의 권리가 침해되는 경우 납세자가 취할 수 있는 권리구제방법도 명시해야 한다. 외부조사 시작 이후에 사후적으로 조사의 범위를 확장하는 경우에는 보충조사

통지서에 추가조사의 이유와 범위를 기재하여야 한다.

외부조사를 실시하는 경우 외부조사명령서에 그 실시이유가 기재되어야 하는지에 대한 논의가 있다. 외부조사의 실시가 사업자에 대한 정기적 외부조사인 경우 그 실시사유는 문제되지 않지만 행정청의 재량에 의해 조사대상으로 선정된 경우에는(조세기본법 제193조 제2항) 이유가 제시되는 것이 필요하며, 해당 사안의 경우 일반적인 확인 절차(과세관청에서의 내부조사)가 왜 적절하지 않은지에 대한 이유가 제시되는 것이 필요하다.¹⁹²⁾

외부조사명령서와 조사개시시점 및 조사관의 이름은 외부조사 실시 전 적절한 시점에 납세자에게 통지되어야 한다(조세기본법 제197조 제1항). 조세기본법은 구체적인 통지기한에 대해서는 명시하고 있지 않으며, 영업장조사규칙 제5조 제4항에서는 이러한 통지가 대기업의 경우 통상 4주 전, 중소기업의 경우 2주 전으로 규정하고 있다(영업장조사규칙 제5조 제4항).

조사의 개시시점은 납세자의 신청에 근거하여 중대한 사유를 신뢰할 수 있으면 연기될 수 있으며(조세기본법 제197조 제2항), 이러한 중대한 사유에는 납세자나 세무대리인 및 중요 정보를 파악하고 있는 종업원의 질병, 천재지변으로 인한 혼란 등이 제시된다(영업장조사규칙 제5조 제5항).

(나) 조사의 진행

외부조사는 조사관이 조사장소에 도착하여 자신의 신분을 제시하고 조사개시의 날짜와 시간을 기록함으로써 시작된다. 외부조사는 통상 납세자의 사업장에서 영업시간에 진행되어야 한다(조세기본법 제200조 제2항, 제3항).

조사의 진행 중 납세자는 다양한 협력의무를 부담하는데, 서류제출의무와 설명의무 등이 그에 해당한다(조세기본법 제200조).

조사가 진행되는 과정에서 조사관은 조사를 통해 확정된 사실관계와 그로 인해 예상되는 조세법적 효과에 대해 납세자에게 고지해야 하는데, 고지를 하는 것이 조사의 목적과 진행에 방해가 될 수 있는 경우에는 하지 않는다(조세기본법 제199조 제2항). 이

192) BFH, BStBl. 1993, 146.

를 이른바 직무대화(Arbeits- besprechung) 또는 중간대화(Zwischenbesprechung)라고 하며, 쟁점이 많고 사실관계가 복잡한 경우에 필요하다.¹⁹³⁾

외부조사 진행 중에 조세범으로 형사처벌의 대상이 되는 범죄혐의가 명백히 밝혀지거나 또는 조세범칙조사가 개시될 개연성이 있으면 조서관은 당해 범죄행위에 대한 조사권한을 갖는 과세관청에 지체없이 통지하여야 한다. 이때 외부조사는 당해 납세의무자에 대한 형사절차의 개시통보가 있을 때까지 계속되는데, 외부조사에서 조사하는 사항이 추후 형사절차에서 활용될 가능성이 있으면 납세자에게 외부조사에의 협력이 강요되는 것이 아님을 알려야 한다(영업장조사규칙 제10조 제1항).

(다) 조사의 종결

외부조사가 종결되면 조사의 결과에 대해 납세자와 논의하는 이른바 ‘조사종결합의(Schlussbesprechung)’과정이 필요하다(조세기본법 제201조 제1항). 조사종결합의에서는 특히 논란이 있는 사실관계에 대한 조사를 거쳐 확정된 사실관계의 법적 평가와 그 조세법적 파급효과에 대해 논의해야 한다. 조사종결합의절차는 법적 청문절차로서 평화적 기능, 즉 조세사건에서 논란이 되는 사항들을 가능한 한 해결하는데 그 취지가 있다.¹⁹⁴⁾

이러한 조사종결합의는 외부조사의 결과 과세기초에 변경이 없거나 납세의무자가 원하지 않는 경우에는 생략할 수 있다(조세기본법 제201조 제1항). 조사종결합의의 법적 성격은 청문으로 이해되는데, 외부조사결과를 기초로 과세처분이라는 부담적 처분을 하기에 앞서 당사자의 의견을 수렴한다는 의미이다.¹⁹⁵⁾

조사종결합의절차를 마치면 외부조사결과에 대한 조사보고서를(Prüfungsbericht) 작성해야 한다(조세기본법 제202조 제1항). 조사종결보고서는 원칙적으로 구속력이 없으며, 조사결과에 구속력을 부여하기를 원하는 납세자는 별도로 구속적 확인을 신청해야 한다(조세기본법 제204조, 제206조).

193) 이동식, 앞의 논문, 304면.

194) Seer, §21 Rn. 246, in: Tipke/Lang(Hrsg.), Steuerrecht, 2018.

195) Seer, a.a.O..

(4) 위법한 외부조사의 효과

(가) 활용금지

위법한 외부조사는 과세관청의 과세처분의 기초가 될 수 없다. 다만 경미한 절차적·형식적 규정을 위반한 외부조사의 경우 조사결과에 근거하여 과세처분을 할 수 있다. 이러한 경미한 절차나 형식의 위반으로 보는 경우는 권한이 없는 세무공무원이 외부조사명령서에 서명한 경우, 조사시 질문의 순서를 지키지 않고 질문한 경우 등을 그 예로 보고 있다.¹⁹⁶⁾ 그러나 조사절차에서 그 밖에 보호되어야 하는 납세자의 권리와 지위가 침해된 경우에는 그에 기초한 과세처분이 행해질 수 없다.

(나) 납세자의 권리구제

외부조사에 대한 납세자의 권리보호는 먼저 외부조사절차의 진행 중에 납세자의 권리침해가 발생하지 않도록 하는 것이 중요하다. 조세기본법은 외부조사절차에 대한 규정들을 두고 있으며, 연방재무부도 조사절차에 관한 납세자의 권리를 공표하고 있다.¹⁹⁷⁾ 그러나 이러한 법적 근거와 가이드라인에도 불구하고 조사과정에서의 조치가 납세자의 권리를 침해하는 경우 적절한 권리구제방법이 필요하다. 이때 권리구제방법은 납세자의 권리를 침해하는 조치가 행정행위(Verwaltungsakt)인지 여부에 따라 달라지게 된다.

납세자의 권리를 침해하는 조치가 행정행위인 경우 납세자는 행정심판(Einspruch)을 제기하고 이에 불복하는 경우 다시 행정소송을 제기할 수 있다(조세기본법 제350조). 행정행위에 해당하는 내용으로는 조사명령의 통지가 대표적이며, 조사명령의 내용인 시간과 장소도 독립적인 행정행위로 보고 있다. 또한 조사과정 중 납세자의 협력 의무로서 문서제출명령도 행정행위로서 인정된다. 외부조사가 종결되고 과세처분이 행해진 경우에는 과세처분을 대상으로 행정쟁송을 제기하여야 하며, 조사명령에 대한 불복은 쟁송제기기간 내라고 하더라도 허용되지 않는다.¹⁹⁸⁾

196) Seer, §193 Rn. 23, in: Tipke/Kruse(Hrsg.), Abgabenordnung-Finanzgerichtsordnung, 2016.

197) 외부조사에 있어 본질적 권리와 협력의무(Wesentliche Rechte und Mitwirkungspflichten bei der Außenprüfung), 연방재무부 홈페이지 참고(https://www.haufe.de/steuern/finanzverwaltung/bmf-rechte-und-mitwirkungspflichten-bei-einer-aussenpruefung_164_204562.html).

198) 이동식, 앞의 논문, 308-310면.

2. 독일 행정조사의 특수성

독일의 행정조사는 강학상 별도의 행정작용 유형으로서 다루어지지 않고, 실정법상으로도 행정조사에 관한 일반적인 정의 규정은 찾아볼 수 없다. 그러나 독일 기본법은 제13조 주거의 불가침에 관한 규정에서 주거에 대한 수색과 관련하여 법관의 영장에 관한 사항을 규정하고 있고, 수색과 영장에 관한 요건과 절차는 관련 개별법에서 구체화하고 있다. 또한 이러한 수색에는 형사소송절차에서의 수색뿐만 아니라 민사소송절차 및 조세법상의 수색이 포함되는 것으로 이해되고, 영업법적, 환경법적 그리고 그 밖의 다른 근거에 따른 출입과 검사는 포함되지 않는다고 보는 것이 판례의 입장이다. 기본법 제13조의 수색에 해당하는 경우 사전적인 법관의 영장이 필요하고 수색의 직접적인 근거법률에서 그 요건과 절차를 구체화하게 되나, 개별법의 규정이 없는 경우에는 기본법 제13조가 직접적으로 적용될 수 있다. 또한 법관에게 수색명령을 요청함으로써 시간적 지체가 발생함에 따라 수색의 효과가 저해될 수 있는 경우에는 행정기관도 수색명령을 할 수 있으나, 이러한 예외는 매우 엄격하게 해석되고 있다.

독일 행정조사의 공법상 한계는 적법절차원리, 법치행정원리 및 비례성 원칙의 준수를 강조하고 있다는 점이다. 먼저 법치국가원리에 근거한 적법절차에 근거하여 조사대상자의 절차적 권리를 다양한 측면에서 보장하고 있다. 수색에 해당하는 행정조사의 경우 원칙적으로 법관에 의한 영장에 의해 행하여야 하며, 조세기본법상 외부조사의 경우 외부조사명령서의 사전통지, 중간대화, 조사종결합의절차 등이 마련되어 있다. 또한 행정조사의 내용과 유형에 따라 그 요건과 절차에 관한 충실한 법적 근거를 두고 있다고 평가된다. 마지막으로 행정조사의 실체적 적법성의 한계로서 비례성원칙이 중요하게 검토되고 있다.

행정조사의 위법성의 효과는 조사의 유형에 따라 달라지게 된다. 수색으로서의 행정조사의 경우 법관의 영장이 흠결된 경우 그 하자는 치유되지 않는다. 그러나 행정절차법상 조사에 해당하는 경우 불충분한 사안조사나 활용금지 위반의 문제가 있게 되는데, 이때에는 행정절차법상 행정행위의 하자에 관한 법리가 동일하게 적용된다. 즉 불충분한 사안조사를 거쳐 행해진 행정행위의 효과는 무효가 아닌 한 취소사유에 해당하며, 그러나 취소의 가능성은 독일 행정절차법 제46조의 규정에 따라 조사의 하자가 당해 사안의 결정에 영향을 주지 않았다는 것이 명백한 경우에는 이러한 하자

만을 이유로 취소청구를 할 수는 없다. 독일 판례는 하자있는 행정조사에 근거한 행정행위의 경우 그 행정행위가 결과적으로(실체법적으로) 위법한 경우에만 취소가 가능하다는 입장을 취하고 있다. 활용금지 위반과 관련하여서도 활용금지원칙을 위반하여 발령된 행정행위는 위법하나, 그 취소가능성은 역시 행정절차법 제46조에 따라 판단된다. 그러나 경미한 절차적·형식적 규정을 위반한 외부조사의 경우 활용금지에 반하지 않으며, 조세법의 영역에서는 이러한 조사결과에 근거하여 과세처분을 하는 것이 허용되고 있다.

위법한 행정조사의 권리구제문제는 먼저 행정쟁송과 관련하여 행정조사 중의 행위이지만 그 자체가 독립된 행정행위로서의 성격을 갖는 경우 직접 행정쟁송의 대상이 될 수 있다. 행정조사 중의 권리침해조치가 행정행위의 성격을 갖지 않는 경우에는 이에 근거해서 행해진 행정행위를 대상으로 행정쟁송을 제기하여야 한다. 또한 활용금지원칙을 위반한 행정조사의 경우 손해배상청구권이 인정될 여지가 있으며, 예방적 권리구제의 문제 역시 논의다.

II. 독일 행정조사와 공법상 한계 논의

1. 적법절차원리

독일 행정조사의 공법상 한계로서 중요한 내용은 먼저 적법절차원리를 들 수 있다. 독일의 행정조사에 있어서는 법치국가원리에 근거한 적법절차에 근거하여 조사대상자의 절차적 권리를 다양한 측면에서 보장하고 있다. 행정조사가 수색에 해당하는 경우에는 원칙적으로 법관에 의한 영장에 의해 실시되어야 하며, 예외적으로 행정기관의 명령에 의해 수색이 이루어질 수 있기 위해서는 개별법에 근거가 있어야 한다. 또한 조세기본법상 외부조사의 경우 외부조사명령서의 사전통지, 중간대화, 조사종결합의절차 등을 통해 조사의 전 과정에 있어 조사대상자의 절차적 권리를 보장하고 있다.

2. 법치행정의 원리

독일의 행정조사의 공법상 한계로서 가장 중요하게 지적할 수 있는 점은 법치행정의 원리의 준수를 들 수 있다. 지금까지 살펴본 내용에서 나타난 바와 같이 독일의 경우 행정조사의 내용과 유형에 따라 그 실시요건과 절차에 대한 명확한 법적 근거를 두고 있다. 기본법의 경우 최고규범으로서의 추상성과 개방성으로 인해 자세한 규정은 두고 있지 않지만 기본법 제13조에서 규정하고 있는 주거의 자유에 대한 제한으로서 법관에 의한 영장을 요하는 수색의 범위에 포함되는 행정조사의 유형이 법리와 해석을 통해 어느 정도 정립되어 있고, 그러한 해석은 개별법에서의 입법을 통해 지지되고 있다. 예컨대 조세법상의 수색은 법관에 의한 영장을 필요로 하는 수색에 해당한다고 보며, 실제 조세기본법은 이러한 내용을 규정하고 있다(제210조, 제287조).

이처럼 행정조사의 실시요건과 절차에 대한 법적 규율을 명확히 함으로써 행정조사 절차의 적법성의 문제를 학설과 판례에 의존하는 부담을 덜 수 있으며, 법치행정의 원리를 보다 실현할 수 있을 것이다.

3. 비례성원칙

또한 행정조사의 공법적 한계로서 독일에서 중요하게 논의되는 점은 행정법의 일반 원칙 중 특히 비례성원칙이다. 앞서 살펴본 바와 같이 독일의 경우 행정조사의 실시요건과 절차에 관한 내용이 비교적 명확히 근거법에 규정되어 있지만, 대부분의 행정조사의 실시가 관할 행정청의 재량에 의해 결정되기 때문에, 행정조사의 실체적 적법성을 확보하기 위해서는 비례성원칙의 준수가 요청된다. 비례성원칙의 준수여부는 당사자에게 과도한 부담을 주는 행정조사의 실시나 실시과정 중의 요청과 관련하여 검토되기도 하고, 행정결정에 도움이 될 수 없는 무익한 행정조사의 실시와 관련해서도 논의된다.

III. 위법한 행정조사의 효과

1. 위법한 행정조사의 효과

가. 영장주의 위반과 그 효과

행정조사가 법관의 영장을 필요로 하는 수색에 해당하는 경우 영장을 흠결한 수색은 위법하고, 그 하자는 치유되지 않는다.

나. 불충분한 사안조사와 그 효과

앞서 살펴본 바와 같이 행정조사에 있어 사안조사가 불충분하게 이루어지는 경우 이러한 사안조사는 절차상 하자를 구성하며, 그러한 불충분한 사안조사를 거쳐 발령된 행정행위의 법률효과는 행정행위 하자의 일반원칙에 따르게 된다. 그러나 이러한 사안조사를 거친 행정결정의 효과는 중대·명백한 하자가 있어 무효가 아닌 한 취소사유에 해당하나, 취소가능성의 문제는 독일 행정절차법 제46조의 규정에 따르게 된다. 즉 이러한 절차상 하자가 당해 사안의 결정에 영향을 주지 않았다는 것이 명백한 경우에는 이러한 하자만을 이유로 취소청구를 할 수 없다. 독일 판례는 하자있는 행정조사에 근거한 행정행위의 취소를 제한적으로 인정하고 있는데, 앞서 살펴본 바와 같이 불충분한 조사를 거쳐 결정된 행정행위가 결과적으로 위법한 경우에만 취소가 가능하다는 입장을 취하고 있다.

다. 활용금지 위반과 그 효과

위법한 행정조사와 관련하여 논의가 되는 것은 활용금지의 문제이다. 즉 위법하게 취득한 정보가 행정청의 결정의 근거가 될 수 있는지 여부가 논의되는데, 앞서 살펴본 바와 같이 조세비밀, 은행비밀 또는 정보보호법 규정에 따라 취득한 정보 등이 있다. 활용금지는 광범위하게 적용되며, 정보의 활용은 조사에 대한 공익이 활용금지를 통해 보호되는 법익보다 예외적으로 큰 경우에만 인정될 수 있다.

이러한 활용금지원칙을 위반하여 발령된 행정행위는 위법하며, 그 취소가능성은 역시 행정절차법 제46조에 따라 판단된다. 그러나 경미한 절차적·형식적 규정을 위반한

외부조사의 경우 활용금지에 반하지 않으며, 조세법의 영역에서는 이러한 조사결과에 근거하여 과세처분을 하는 것이 허용되고 있다.

2. 권리구제

행정조사에 있어 당사자의 권리보호는 행정조사가 행해지기 전과 행해지는 과정에 있어 보장되어야 하는 부분과 행정조사의 종료 이후 불복수단의 문제로 나누어 검토될 수 있다.

조세기본법에 관한 검토에서 살펴보았듯이 세무조사과정에 있어 납세자의 권리침해가 발생하지 않도록 절차적 권리보장이 이루어지는 것이 필요하다. 또한 조사과정에서 권리를 침해하는 조치가 행정행위로서의 성격을 갖는 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 살펴보아야 하는데, 행정조사 중의 행위이지만 그 자체가 독립된 행정행위로서의 성격을 갖는 경우 직접 행정쟁송의 대상이 될 수 있다. 독일의 논의에서는 외부조사의 사전 통지, 외부조사의 일시 및 장소 등이 그에 해당한다. 행정조사 중의 권리침해조치가 행정행위의 성격을 갖지 않는 경우에는 이에 근거해서 행해진 행정행위를 대상으로 행정쟁송을 제기하여야 한다.

또한 앞서 살펴 본 활용금지원칙을 위반한 경우 손해배상청구권이나 국가배상청구권이 인정될 여지가 있으며, 예방적 권리구제의 문제 역시 인정될 여지가 있다.

IV. 요약 및 소결

1. 행정조사와 법치행정원리

독일의 행정조사의 경우 우리 법제에 줄 수 있는 중요한 시사점으로 행정조사의 내용과 유형별로 그 요건과 한계가 법적으로 비교적 명확히 규정되어 있다는 점을 들 수 있다. 행정청에 의해 수행되지만 기본법상 수색에 해당되는 등 형사절차가 적용되는 조사(예컨대, 조세기본법 제208조상 조세범칙수사), 행정청에 의한 조사이지만 법관에 의한 영장이 필요한 경우와 그렇지 않은 경우를 근거법률에서 명확히 하고 있고, 따라

서 그 절차의 이행에 해석을 통한 혼란이 발생할 여지가 거의 없다는 점이다. 우리의 경우에 행정조사의 조직법적·작용법적 근거에 관해 논의들이 있으나, 당사자에게 중요한 영향을 미치는 개별 행정조사의 내용에 따라 적정한 요건과 절차를 근거법에서 마련하는 것이 필요하다고 생각되며, 행정조사의 실시요건과 절차에 대한 법적 규율을 명확히 함으로써 법치행정의 원리의 실현에 보다 기여할 수 있을 것이다.

2. 행정조사와 적법절차원리

독일의 행정조사는 다양한 측면에서 조사대상자의 절차적 권리를 보장하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 법관에 의한 영장을 필요로 하는 수색의 경우를 근거법률에서 규정하고 있고, 개별법에서도 다양한 절차규정들을 두고 있다. 독일 조세기본법은 외부조사의 사전통지기한과 관련하여 조사 전 적정한 시점까지 통지가 이루어질 것을 규정하고 있고, 이를 구체화하는 행정규칙에서는 조사대상에 따라 2주~4주의 기간을 유연하게 적용하고 있다. 우리 행정조사기본법의 경우 조사개시 7일 전까지 사전통지를 하도록 규정하고 있으며, 국세기본법은 10일 전까지 통지하도록 규정하고 있는데, 우리의 경우에도 보다 유연한 기준을 적용하여 조사대상자가 행정조사에 충분한 대응을 할 수 있는 기간을 확보해줄 필요가 있다. 이때에도 법적 근거가 불명확한 것은 바람직하지 않으며, 유연한 적용이 가능할 수 있는 법적 근거가 마련되는 것이 필요할 것이다.

독일 조세기본법상 세무조사종결합의제도 역시 우리의 법제에 시사점을 제공할 수 있다. 살펴본 바와 같이 독일은 세무조사절차가 종료되면 논란의 여지가 있는 쟁점들을 논의를 통해 최대한 해결하여 납세자가 동의할 수 있는 조사결과를 도출하기 위한 노력을 기울인다. 세무조사 종결 이후 일방적인 과세처분의 부과는 행정쟁송을 통한 불복으로 이어지게 될 여지가 있다는 점을 고려하면 세무조사의 종결시에 납세자의 의견을 최대한 수렴하는 절차를 거치는 것은 긍정적으로 평가할 수 있다.

우리 행정조사기본법은 조사결과와 통지에 관한 규정은 두고 있으나, 조사결과와 통지 전 조사대상자와의 논의과정에 대한 규정은 두고 있지 않다. 세무조사의 경우에 국한하지 않고 사실관계가 복잡하고 쟁점이 많은 사안의 경우 이러한 합의절차를 거칠 수 있도록 하는 규정을 행정조사기본법과 그 필요성이 큰 관련 개별법에 마련하는 방안을 검토할 필요가 있다고 생각된다.

제4절 프랑스의 경우



I. 프랑스의 영장제도

프랑스에서 영장(mandat)은 판사가 특정한 목적 예를 들어 판사가 직접 대면하거나 체포 또는 구금하고자 하는 사람을 대상으로 하여 공권력에게 발하는 명령이라 할 수 있다. 프랑스에서 영장은 대인적인 명령으로 우리나라와는 달리 대물적인 강제처분을 위한 압수·수색영장은 없고 또한 통신제한 조치와 관련된 영장도 없다.

1. 프랑스 영장의 종류

프랑스 형사소송법전(Code de procédure pénale) 제122조에는 5가지의 영장이 있는데, 수색영장(mandat de recherche)¹⁹⁹⁾, 소환영장(mandat de comparution), 구인영장(mandat d'amener), 체포영장(mandat d'arrêt), 구금영장(mandat de dépôt)이 그것이다.

가. 수색영장(mandat de recherche)

수색영장은 범죄를 저질렀거나 범죄를 저지르려고 했다는 의심이 들게 하는 사유가 하나 또는 여러 개 있는 자에 대하여 발부하고, 출석증인·피의자 또는 지명수배자에 대해서는 발부하지 않는다. 수색영장은 경찰력으로 영장에 기재된 자를 수색하여 보호 유지할 것을 목적으로 한다(형사소송법전 제122조 제2항). 제73조가 적용되는 경우를 제외하고, 3년 이상의 징역에 처할 중죄 또는 경죄의 현행범 수사에 필요한 경우, 검사는 범죄를 범하였거나 범하려고 하였다는 의심이 들게 하는 하나 또는 수개의 사유가

199) Le mandat de recherche를 수색영장으로 번역하기도 하고 체포유치영장으로 번역하기도 한다. Le mandat de recherche는 2004년 3월 10일의 법률은 형사소송법전 제70조를 개정하여 지방법원 검사장으로 하여금 중죄 또는 단기 3년 이상의 금고(emprisonnement)에 처해지는 경죄의 현행범에 대하여 범죄를 저질렀거나 저지르려 하였다고 의심할 만한 한 개 또는 수개의 상당한 이유가 있는 자에 대하여 수색영장을 발부할 수 있도록 하였다. 수색영장에 의해 체포된 피의자는 사법경찰관에 의해 강제 유지된다.(한국법제연구원, 프랑스법령 용어집, 2008, 511면.)

있는 자에 대하여 수색영장을 발부할 수 있다.

나. 소환영장(mandat de comparution)

소환장은 정범 또는 공범으로서 범죄에 가담했다는 명백하거나 개연성 높은 증거가 있는 자, 출석증인 또는 예심수사피의자를 체포하여 출석시킬 것을 목적으로 한다(형사소송법전 제122조 제3항).

다. 구인영장(mandat d'amener)

구인영장은 예심판사가 경찰력에 대하여 부여한 명령으로서 영장에 기재된 자를 즉시 예심판사에게 인치할 것을 명하는 영장이다(형사소송법전 제122조 제5항).

라. 체포영장(mandat d'arrêt)

체포영장은 영장에 기재된 자를 경찰력으로 체포하여 임시로 유치하였다가 영장을 발부한 판사 앞에 출석할 것을 명하는 영장이다(형사소송법전 제122조 제6항).

마. 구금영장(mandat de dépôt)

구금영장은 예심수사피의자로서 구속에 처할 자에 대하여 발부되며, 구치소의 장에 대하여 부여한 명령으로서, 명령이 발부된 예심수사피의자를 인수하여 이를 구금할 것을 명한다. 구금영장에 미리 명시된 경우에는 대상자에 대한 수색과 이송 집행을 할 수 있다(형사소송법전 제122조 제8항).

II. 프랑스의 행정조사제도

1. 행정조사 개관

프랑스에서는 행정조사(enquête administrative)는 우리처럼 단일 법률로 규정해 놓은 것이 없다. 프랑스에서 행정조사는 별도의 범주로 구별하여 다루고 있지 않으므로

우리나라의 행정조사기본법에서 정의하고 있는 행정조사(행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동)에 해당하는 규정은 특별히 없다.

프랑스에서도 행정조사는 행정기관에 의한 조사라든가 서류 확인, 증인 진술 등을 의미한다고 보는데, 각 개별법에서 다양한 형태와 용어로 나타나고 있다. 예를 들어 조세절차법에서는 입증자료 제출요구(demandes d'éclaircissements)라 하고 있고, 과세자료 제출수집(connaissance des documents et des renseignements)이라고도 하고 있다. 또한 개인정보보호와 관련한 정보·파일 및 자유에 관한 법률에서는 장소 방문(visite), 필요서류요청(demander communication de tous documents nécessaires) 등이라고 하고 있다.

2. 행정조사 사례

가. 개인정보보호를 위한 행정조사

프랑스에서 개인정보보호와 관련하여 국가정보자유위원회(La Commission nationale de l'informatique et des libertés)가 있다. 프랑스에서 국가정보자유위원회는 개인정보 보호를 위하여 규제권한을 행사하는 기관으로 독립행정관청의 성격을 가진다. 프랑스에서 독립행정관청(authorité administrative indépendante)이란 행정의 계층적 통제를 받지 않는 국가 행정기관이다. 독립행정기관(청)이란 용어는 1978년 1월 6일에 제정된 정보·파일 및 자유에 관한 법률(Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés) 제8조에서 국가정보자유위원회에 처음으로 그 지위가 부여되면서 등장하였다. 프랑스의 독립행정관청은 ①공공기관(organismes publics)이고 ②독립적인 기본적 성격을 가지며, 1970년대 말에 다양한 유형의 유사한 기관들이 등장하였다. 공공기관이지만 반드시 법률에 의해서만 그 법인격을 부여하는 것은 아니며, 시민들의 보호나 행정상 사인과 행정청간의 관계개선, 방송이나 경쟁, 선거운동의 재정, 여론조사 등과 같은 일상생활의 민감한 분야에서의 규제와 감시와 같은 임무의 최적수행을 위해 활동한다.²⁰⁰⁾

국가정보자유위원회는 자신의 임무를 수행하기 위하여 조사권, 검색권, 서류제출요구권을 행사한다. 즉 국가정보자유위원회의 구성원과 국가정보자유위원회의 수임을 받은 직원은, 개인정보를 처리하는 데 사용되는 그리고 전문적인 활용이 이루어지는 지역이나 한정된 구역, 차폐된 구역, 시설 또는 기관에 대해 사적 주거에 영향을 미치는 영역을 제외하고는 그들의 임무를 수행하기 위해 접근할 수 있는데, 다만, 6시부터 21시 사이에 접근이 가능하도록 시간상 제한을 받고 관할 검사장(procureur de la République)에게 그 사실을 사전에 통보하도록 하고 있다. 그 지역의 정보처리책임자의 이의가 있는 경우에는 그 지역이 소재하는 관할 지방법원의 법원장의 허가가 있어야 접근할 수 있고 검색은 허가한 법관의 권한과 통제 하에서 이루어지며 법관은 언제든지 그 검색의 중단이나 정지를 결정할 수 있다. 국가정보자유위원회의 구성원과 위원회의 수임을 받은 직원은 그의 임무수행을 위해 필요한 모든 서류를 제출해줄 것을 요구할 수 있고 즉석에서 또는 소환하여 정보를 수집할 수 있으며 정보프로그램과 정보에 접근할 수 있고 통제에 유용한 서류를 적절한 처리로 전사(轉寫)(transcription)해줄 것을 요구할 수 있다(정보·파일 및 자유에 관한 법률 제19조).

나. 조세절차에서의 행정조사²⁰¹⁾

(1) 설명 및 입증자료제출요구

조세절차법전(Livre des procédures fiscales) 제L16조는 과세관청에게 소득세분야에서 납세자에게 설명 및 입증자료(éclaircissements) 제출을 요구할 수 있도록 하고 있다. 이 요구를 함에 있어서는 납세자에게 2개월 이상의 답변기간을 주어야 한다. 답변이 불충분한 경우에는 30일 이내에 답변서를 보완할 것을 명한다. 위 요구에 대해 답변하지 않으면 과세관청은 과세기초를 일방적으로 결정하여 직권으로 과세처분을 한다. 납세자가 과세기초가 과다하다고 소송을 제기한 경우 그 입증책임은 납세자에게 있다.

(2) 과세자료제출수집권

조세절차법전 제L81조 이하는 과세관청의 과세자료제출수집권(connaissance des

200) 전학선, 프랑스 개인정보보호와 언론법제, 세계의 언론법제 - 개인정보보호와 언론, 한국언론재단, 2008년 하권, 226면.

201) 김영조 외, 주요선진국의 조세불복제도 연구, 국세청, 2005. 7, 113-116면.

documents et des renseignements)에 대하여 규정하고 있다. 과세자료제출수집은 납세자에 대하여 행하여질 뿐만 아니라 제3자에 대하여도 행해질 수 있다. 세무공무원은 납세자 또는 제3자로부터 자료를 제출받아 필요한 경우 복사를 할 수 있다. 제3자로는 사용자, 사회보장기관, 은행, 증권회사, 서비스를 제공하는 자유직업종사자(변호사, 회계사, 집달리 등), 법원 등이다. 제3자는 자료제출의무가 있고, 직업상 비밀을 주장할 수 없다.

(3) 현장조사 및 압수권

조세절차법전 제L16B조는 소득세, 법인세, 부가가치세 분야에서 세무공무원의 현장조사 및 압수권을 인정하고 있다. 이 권한은 납세자에게 조세포탈의 의심이 있어야 한다. 그러나 이러한 권한은 지방법원(tribunal de grande instance) 판사의 명령(ordonnance)에 의하여 행사된다. 이 현장조사는 6시간 내지 21시간 행해질 수 있다. 이 조사는 대심절차에 따라 행해진다. 즉 납세자는 이 조사에 대해 의견을 제출하고, 반론을 제기할 수 있다. 그러나 납세자가 반드시 조사현장에 있어야 하는 것은 아니다.

(4) 사회보장파일의 열람

이 조사는 소득세에 한하여 인정된다. 과세관청은 사회보장 파일을 통하여 납세자의 소득을 거의 파악할 수 있다.

(5) 납세자의 권리보장

① 조사기간의 제한

법정된 소규모사업자의 세무조사기간은 원칙상 3개월 이내로 법정되어 있다. 대규모 사업자에 대해서는 조사기간의 제한이 법정되어 있지 않다.

잘못된 조세부과를 시정하기 위한 재조사는 국가의 직접세 및 부가가치세에 있어서는 과세원인이 발생한 해의 다음 해부터 3년이 지나면 원칙상 인정되지 않는다. 다만, 예외적으로 신고의무위반의 경우 등 특별한 경우 재조사기간이 연장된다.

② 절차상 권리

세무조사에서 납세자의 절차상 권리는 현장조사에서 보장된다.

㉠ 회계장부조사(La verification de comptabilite)에서의 절차적 권리

회계장부조사는 과세기초가 납세자가 보유하는 회계서류에 기초하여 작성되는 경우(법인세, 부가가치세, 자영업자의 소득세)에 행해진다.

a. 조사 전 절차적 권리 : 사전통지서(회계장부검사의견서)의 교부와 납세자현장의 교부

세무조사에 있어서 현장조사에 선행하여 사전통지서(회계장부조사의견서)의 교부와 납세자현장의 교부가 의무 지워져 있다.

회계장부조사의견서에는 조사대상이 되는 세금, 과세기간, 조사개시일 및 보좌인의 조력을 받을 권리에 대한 고지가 포함된다. 납세자현장은 납세자와 세무당국의 권리와 의무를 규정한다. 법상 정해진 것은 아니지만 통상 조사통지와 조사개시일 사이에 15일의 기간이 주어진다.

예외적으로 사전통지없이 세무직원이 예고없이 현장에 와서 조사하는 것도 가능하다. 이 경우 세무직원은 보좌인의 입회없이 현장조사를 행하는 것도 인정된다. 이 경우에 세무공무원은 회계장부의 존재, 재고상태 등 사실 확인만을 할 수 있다. 통상 사전통지없는 조사는 사전통지에 의한 조사의 전단계로서 행해진다.

b. 조사 중 절차적 권리

㉠ 보좌인의 조력을 받을 권리 : 세무조사에는 원칙적으로 1명의 보좌인(conseil)입회권이 인정되어 있으며, 보좌인이 없는 상태에서는 장부조사를 행하는 것은 일체 불가능하다. 또한 보좌인 입회권은 사전통지서에 그 취지를 교시하는 것이 법적 의무로 되어 있다.

㉡ 청문절차 : 납세자는 구술로 이의를 제기할 수 있고 이의에 대해 대심적인 절차가 행해진다.

㉟ 조사관은 납세자의 신청이 있는 경우에만 회계서류를 가져갈 수 있다.

c. 조사 후 절차적 권리

㉠ 조사결과에의 고지 : 세무조사가 종료되면 납세자는 조사관으로부터 조사결과에 대해 고지를 받는다. 납세자는 조사의 확대를 요구할 수 있다. 신고시인(申告是認)의 경우에 있어서도 그 취지의 고지가 행해진다.

㉡ 재조사 제한 : 조사가 행해진 경우에는 원칙상 동일한 세금 및 동일한 기간에 대해 재조사가 행해질 수 없다.

다. 개인조세상황에 대한 대심적 조사(ESFP - Examen contradictoire de la situation fiscale personnelle)

(1) L'ESFP의 의의

L'ESFP는 납세자의 소득 전체의 신고가 성실했는지를 조사하는 것이다. 이 조사는 현장에서 행해지는 조사이지만 통상 세무서에서 행해진다. 세무공무원은 신고된 소득과 재산상황, 금고상황 및 과세세대원의 생활수준 사이의 일관성을 조사한다. 납세자는 차입 및 상속 등을 주장할 수 있다. 이 조사는 은행 그 밖의 개인생활의 모든 면에 조사가 미치고, 프라이버시를 침해할 소지가 있다.

회계장부조사와 L'ESFP에서 세무당국과 납세자의 권리와 의무가 다르기 때문에 양자는 법상 엄격히 구분된다. 그러나 혼합장부를 사용하는 경우 등에는 실제에 있어 양자의 구별은 매우 어렵다. 따라서 법상 불법행위가 있을 때에는 양 조사 사이의 이동을 인정하고 있다.

(2) 납세자의 절차적 권리

ESFP에서의 납세자의 절차적 권리는 장부조사에서의 그것과 유사하다. 조사의견서에 의해 사전에 통지되고, 납세자현장이 교부되고, 대심조사절차가 행해진다. 그리고 조사결과에 대해 통지를 받는다. 또한 조세회피행위의 경우를 제외하고는 동일한 세금과 동일한 기관에 대해 재조사가 행해지지 않는다.

장부조사와의 유일한 차이점은 조사기간이다. ESFP의 조사기간은 조사의견서의 수령으로부터 경정통지서의 송부까지 1년을 초과할 수 없다. 다만 불법행위가 있었을 때에는 그 기간이 연장될 수 있다.

(3) 프랑스의 통신자료 제공 요건 및 절차²⁰²⁾

(가) 통신감청 관련 법

프랑스의 경우 「전기·전자통신의 비밀에 관한 법률」(Loi n°91-646 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques)에서 감청에 대한 사안을 일괄적으로 규정하고 있는데, 제1장은 ‘수사목적의 감청’ 제2장은 ‘국가안보 목적의 감청’으로 구분하여 정의한다.²⁰³⁾

(나) 통신자료 및 통신사실 확인자료의 개념과 제공 요건

프랑스의 경우 기본적으로 행정조사라는 개념자체가 없으며 다만 범죄수사, 소추를 목적으로 하는 통신자료보관 및 제공 요청은 사법기관을 통해서 하도록 함으로써 영장주의와 유사한 사법적 통제를 하고 있다.

프랑스에서는 우편 및 전기통신법(Code des postes et des communications électroniques)에 따라 통신사실 확인자료와 통신자료를 통합적으로 규제하고 있는 것으로 보인다. 우선 수사목적의 통신사실 확인자료 및 통신자료 제공에 대해 우편 및 전기통신법전의 제L34-1에서는 사법기관이 범죄수사·소추의 목적으로 전기통신 사업자에 이를 요청할 수 있고, 전기통신사업자는 위 요청에 응하기 위해 해당 자료를 최장 1년간 보관할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 전기통신사가 보관할 수 있는 자료의 범위에 대해 유럽연합이 제시한 Directive 2006/24/EC(2006년 3월 15일) 권고²⁰⁴⁾를 받아들여, 우편 및 전기통신법전 명령편 제R10조-13의 제정(2006년 3월24

202) 이성기, 「통신사업자의 통신사실 확인자료 및 통신자료 제고의 요건과 절차」에 관한 비교법적 연구, 법과 정책연구 제14집 제1호, 2014. 3, 54-55면.

203) 프랑스의 도청제도에 관한 구체적 내용을 위해서는 한동훈, “프랑스의 통신비밀보호법제 - 감청기간 및 연장을 중심으로-”, 한국법제연구원(2010) 참조.

204) 유럽의 DR directive에서 정하고 있는 보관 데이터는 통신발신지, 통신 착신지, 통신 시간, 통신종류, 이동통신장비의 위치 등을 식별하기 위한 데이터로, 통신자료와 통신사실확인자료 모두를 포함하는 것으로 해석될 수 있다.

일)을 통해 아래와 같이 구체적으로 열거하고 있다.

우편 및 전기통신법전 제L34-1조를 적용함에 있어, 전기통신사업자는 범죄수사·소추 목적을 위해 1)사용자의 신원을 확인할 수 있는 정보, 2)사용된 통신단말기와 관련된 정보, 3)통화 시간, 기간 등, 4)요청된 부과서비스와 관련된 정보, 5)통신목적지와 관련된 정보를 보관할 수 있다. 한편, 전기통신사업자가 통신자료의 제공을 거부하거나 제공을 지연할 경우 제재하는 규정은 없다. 다만, 감청과 관련해서는 전기·전자통신의 비밀에 관한 법률 제22조에서 (1) 형사소송법전에 의하여 감청을 명할 권한이 있는 법원과 수사 또는 본 법 제20조에 정한 처분의 집행과 관련된 경우 국방부 장관이나 내무부 장관은 전기·전자통신망사업자나 전기·전자통신서비스업자로부터 법률에 따라 허용된 감청의 집행과 활용을 위하여 필요한 정보와 자료를 수집할 수 있다. (2)전항에 규정된 정보 또는 자료의 제공은 형법전 제226조의 21에서 규정하고 있는 법익에 반하는 것이 아니다. (3) 전항의 규정에 위반하여, 정보 또는 자료 제공을 거절하거나 허위의 정보를 제공하였을 경우 6월의 금고와 7,500유로의 벌금에 처한다. 한편 법원은 형법 제131-38조에서 정한 바에 따라 벌금을 부과한다고 규정하여 감청관련 자료제공요청 거부에 대해 강제조항을 두고 있다(전기·전자통신의 비밀에 관한 법률 제22조). 그러나 감청 이외의 통신자료의 제공과 관련하여서는 별도의 제재규정이 없다. 우편 및 전기통신사업법에서는 “전기통신서비스를 제공하는 자는 전조의 조항들을 감안하여, 관련기관의 요청에 응답할 수 있는 내부절차를 설립해야 한다.”는 정도로만 협력규정을 두고 있다.²⁰⁵⁾

한편, 수사 목적 외 테러예방 등 국가안전을 목적으로, 경찰 및 군 경찰요원은 제L34-1조에 규정을 준용하여, 전기통신사업자에게 처리 및 보관 정보에 대한 제공요청을 할 수 있다. 하지만 경찰요원이 관련자료 제공 요청을 전기통신사업자에게 바로 하는 것이 아니라 반드시 내무부 산하에 임명된 위원의 결정을 거쳐서 요청하여야 한다.²⁰⁶⁾

205) Code des postes et des communications électroniques 제L34-1조 Les personnes qui fournissent au public des services de communications électroniques établissent, dans le respect des dispositions de l'alinéa précédent, des procédures internes permettant de répondre aux demandes des autorités compétentes.

206) 위 위원은 내무부장관이 추천한 3인 중 국가안보감청통제위원회 지명한 1인으로 지명되어, 기간은 3년이며 재임될 수 있다.

요약하면, 프랑스에서 통신자료의 제공을 받기 위해서는 수사기관이 법원의 영장을 발부 받는 것이 아니라 사법기관이 직접 통신사업자에게 지시하는 방식으로 통제를 하고 있다. 따라서 통신사업자가 이를 거부할 수 없다. 다만, 수사 목적 이외의 테러예방 등을 위해서는 내무부 산하의 위원회의 결정을 통해 통신사업자에게 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 경우에도 별도의 제재조항은 확인되지 않는다.

(다) 통신내용의 보관·폐기 및 통신정보주체의 권한

프랑스의 경우에도 통신사업체가 수사기관 등 제3자에게 정보를 제공한 현황을 통신이용자가 열람할 권한을 규정하고 있지 않다. 또한 독일의 경우와 같이 수사기관에 제공된 통신내용 또는 통신사실 확인자료에 대하여 통신업체의 보존의무를 규정하고 있지 않다.

(라) 신원확인 행정조사²⁰⁷⁾

1) 신원확인을 위한 조사의 일반규칙

가) 형사소송법전의 규정

프랑스 현행법상 치안 또는 공공질서유지 등을 위해 공권력이 사인의 신원을 조사할 수 있는 근거를 규정하고 있는 것은 형사소송법전 제78-2조이다. 출입국사범 단속도 일차적으로는 이 규정에 근거하여 이루어지는 것이다. 같은 조에 근거해 이루어지는 신원조사는 그 대상과 목적에 따라 사법경찰적 단속(①)과 행정경찰적 단속(②)으로 나뉜다.

① “사법경찰”적 단속

프랑스 형사소송법전 제78-2조 제1항은 다음과 같이 규정되어 있다.

“사법경찰관(officiers de police judiciaire)과 그 명령을 따르고 그 책임 하에 있는 제20조 및 제21조 제2호 소정의 사법경찰리(agents de police judiciaire) 및 사법경찰공무원보(agents de police judiciaire adjoints) 등은 다음 각호의 사실을 의심할 만한 상당한 이유가 존재하는 자라면 누구에게든지 그 신원의 증명을 요구할 수 있다.

207) 박정훈 외, 미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의, 법무부, 2011. 12, 49-57면 이하.

1. 그가 위법행위를 범했거나 범하려 했다고 의심되는 경우
2. 그가 중범죄 또는 경범죄를 범하려 준비하고 있다고 의심되는 경우
3. 중범죄 또는 경범죄에 있어 그가 수사에 유용한 정보를 제공할 줄 수 있다고 판단되는 경우
4. 그가 사법기관이 명한 수배의 대상이 된다고 의심되는 경우”

즉 위 각호의 경우에 해당 사실을 의심할 만한 상당한 이유(raisons plausibles)가 있으면 그가 누구든지 사법경찰관(officiers de police judiciaire, 이하 OPJ)등은 그 신원의 증명을 요구할 수 있고, 이 때 신원의 증명은 보통 각종 신분증의 제시로 이루어질 테지만 그 밖의 다른 수단이 있으면 어떤 방법으로든(par tout moyen) 신원을 증명해야 한다.

이러한 신원증명의 요구에는 일반적으로 영장이 필요하지 않다. 따라서 출입국사범의 단속을 담당하는 OPJ등은 출입국사범이라 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우 그에 대하여 영장 없이 신원증명을 요구할 수 있다.

그런데 위 제1항에서처럼 OPJ등이 검문에 있어 전권을 행사할 수 있다 하더라도 장소와 기간에 따라서는 이러한 권한의 행사가 자칫 기본권의 보호와 충돌할 수도 있다. 따라서 특정 범죄나 특정인을 수배하기 위한 경우에는 장소와 기간을 특정하여 검문업무에 임하도록 할 필요가 있다. 이를 정하고 있는 것이 같은 조 제2항이다.

“특정한 수배나 기소의 목적으로 검사가 작성한 서면요청서(réquisitions écrites)의 제시가 있으면 그 검사가 지정한 장소와 기간 내에 전항과 같은 경우에 누구든지 그 신원의 조사를 받을 수 있다. 신원의 조사로 위 검사의 서면요청서에 기재된 것과 다른 위법사실이 발견되더라도 당해 절차를 무효화하는 요건을 구성하지 않는다.”

여기서 검사의 서면요청서는 영장은 아니지만 수배나 기소가 특정되는 경우 그 서면요청서에 지정된 장소나 기간 내에서는 OPJ등이 해당 문서를 제시하면 신원조사를 거부할 수 없는 것으로 해석된다. 그리하여 (비록 위 검사의 서면요청서로써 주거나 숙소와 같은 사적 공간에 OPJ등이 들어가 검문을 실시할 수는 없지만) 검사가 수배나 기소를 목적으로 어떤 지역을 특정하는 경우 그 곳의 주거나 숙소의 주변에서 일정한 기간

내에 영장 없이 위 서면요청서만으로 누구에게든지 제1항 각호의 경우에 해당되는 경우 그 신원증명을 요구할 수 있는 것이다. 물론 당해 수배나 기소가 종료되거나 당해 서면요청서에 지정된 목적이 달성되거나 달성될 수 없는 경우 더 이상 동일장소, 즉 주거나 숙소의 주변 등과 같은 곳에서 영장 없이 신원증명을 요구할 수 없게 된다.

또한 위에서 말하는 특정 수배나 기소는 흔히 행해지는 특별단속기간과는 구분해야 한다.

② “행정경찰”적 단속

위에서 본 OPJ등에 의한 출입국사범 단속과는 달리 행정경찰(police administrative)적²⁰⁸⁾ 목적을 위해서도 출입국사범 단속이 이루어지기도 한다. 이에 관해 규정하고 있는 것은 같은 조 제3항이다.

“공공질서, 특히 인신 또는 재산 등의 안전에 대한 침해를 방지하기 위해 제1항의 경우에 누구든지 그 행태 여하를 불문하고 신원조사를 받을 수 있다.”

공공질서 유지를 위해 허용되는 기본권제한은 “중대하고 현존하는”(sérieux et actuel) 위험이 존재할 경우에만 가능하다는 것은 일반공법상 오래 전에 확립된 원칙이다. 따라서 단순히 어떤 이가 외국인관련법을 위반했다는 추정만으로 위 행정경찰적 단속을 실행하는 것은 허용되지 않고, 구체적 상황에 비추어 그가 공공질서를 침해할 우려가 중대하고 현존하는 경우에만 영장 없이 그의 신원을 조사하는 것이 허용된다.

나) 외국인에 관한 특별규정

형사소송법전 제78조의2는 내외국인을 불문하고 일반적으로 적용되는 신원조사 절차규정이고, 외국인에 대한 신원조사에 대해서는 특별히 「프랑스내 외국인의 입국·체류 및 망명권에 관한 법전」(Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 이하 외국인법전) 제611-1조 제1항이 적용된다.

“기타 모든 신원확인 이외에도 외국국적의 자는 사법경찰관과 그 명령을 따르고 그

208) 프랑스 법제에서 사법경찰과 행정경찰의 구분은 1795년 「프랑스 범죄와 형벌 법전」(Code des délits et des peines français) 이후 인정되고 있는 구분이다. 그런데 이는 기능상의 구분에 불과하고 직제상의 구분이 아님에 주의.

책임 하에 있는 형사소송법전 제20조 및 제21조 제1호 소정의 사법경찰공무원 및 사법경찰공무원보 등의 요구가 있을 시에는 프랑스 내에서의 이동과 체류를 허용하는 근거 문서를 제시해야 한다.”

여기서 “기타 모든 신원확인” 절차란 위에서 살펴본 형사소송법전 제78-2조 소정의 신원조사절차를 지칭하는데, 외국인법전 제611-1조 제1항에 따라 외국국적자의 경우에는 형사소송법상의 신원조사절차 이외에도 특별히 OPJ등의 요구가 있을 시에는 언제나 여권 또는 기타 출입국이나 체류 등에 관한 권원을 증명할 수 있는 문서를 제시해야 한다고 규정하고 있는 것이다. 즉 외국국적자는 형사소송법전 제78조의2 제1항 소정의 위법행위의 혐의가 존재하지 않아도, 그리고 같은 조 제2항 소정의 공공질서등의 유지를 위한 목적이 충족되지 않더라도 OPJ의 요구(réquisition)만 있으면 언제든지 해당 권원문서를 제출해야 하는 것이다. 따라서 이러한 종류의 신원확인절차에는 영장이 특별히 요구되지 않는다.

문제는 OPJ등이 신원확인을 하고자 하는 상대방이 외국국적자인지 여부를 어떻게 알 수 있는가 하는 것이다. 이 문제는 결국 신원확인 대상자가 외국인 신분(extranéité)을 갖고 있는지 여부를 판단하는 객관적 기준(critère objectif)을 어떻게 세우고 또 실무에서 어떻게 적용할 것인가의 문제로 귀착된다. 하지만 프랑스처럼 다인종국가의 경우에 이 문제에 있어 다양한 상황을 모두 아우를 수 있는 연역적 기준을 세우기란 지난하고 단지 실무자의 오랜 경험을 바탕으로 한 귀납적 기준을 적용할 수밖에 없을 것이다. 따라서 예를 들어 외국인의 거주 또는 숙박 용도로 쓰이는 장소에 들어가거나 그 곳에서 나오는 사람의 경우처럼 객관적으로 외국인으로 볼 수 있는 가능성이 높은 경우에는 일단 그를 외국인으로 추정하고 외국인법전 제611-1조 제1항 소정의 신분확인절차를 진행할 수 있을 것이다.

그러나 주의할 점은 장소의 성격이 신분확인절차의 성격을 결정하지는 않는다는 것이다. 즉 위의 예에서처럼 외국인 숙소 근방 또는 그 내부라고 해서 무조건적으로 외국인법전 제611-1조 제1항 소정의 신분확인절차를 진행할 수 있는 것이 아니라 그러한 장소의 객관적 정황이 단속반의 투입 및 활동의 요건을 결정한다는 뜻으로 보아야 할 것이다. 출입국사범 단속이 아래에서 보는 주거나 숙소 등에서 이루어질 때에 더더욱 그러하다.

2) 주거·숙소 등에의 적용

외국인이 프랑스 영토 내에 입국하여 건축·주택법전(Code de la construction et de l'habitation) 법률편 제633-1조 소정의 주거(logement-foyer)²⁰⁹⁾를 포함한 다양한 형태의 구조물이나 숙박·사회재투입 센터(centres d'hébergement et de réinsertion sociale, 이하 CHRS), 망명신청자 수용 센터(centres d'accueil pour demandeurs d'asile, 이하 CADA) 등과 같은 수용시설에 머물 수 있다. 이 때 출입국 사범의 단속을 위해 이러한 장소에서 검문을 실시하고자 할 때에 형사소송법상 규정이 어떻게 적용될 것인가가 문제이다.

특히 다양한 자격으로 외국출신인들을 받아들이고 있는 시설 중 일부는 인원을 초과 수용하는 경우가 있어 공공질서와 공공안전에 대한 주요 위험요소로 간주되고 있는 실정이다.

가) 주거·숙소 등의 근방에서의 신분확인

주거·숙소 등은 그 성격상 사범경찰적 단속이든 행정경찰적 단속이든 무단으로 공권력이 투입되어 출입국사범 단속의 활동을 벌일 수는 없다. 그러나 그로부터 상당한 거리를 두고 떨어진 외부공간, 예를 들어 公用歩道 등과 같은 곳에서는 앞에서 본 형사소송법전 제78-2조와 외국인법전 제611-1조 제1항 소정의 신분확인절차를 진행할 수 있을 것이다.

① 주거·숙소 등의 내부에서의 신분확인

㉠ 단체공간(ERP 여하 불문)에서의 신분확인

건축·주택법전 제1권 제2편 제3장은 공공출입 건물에서의 火災 및 恐慌 등의 방지에 관해 규정하고 있는데, 여기서 공공출입장소(établissements recevant du public, 이하 ERP)가 무엇을 가리키는지에 관해 그 명령편 제123-2조 제1항에서 “무료로든 어떤 형태의 유료나 지급을 통해서든 사람들이 출입하거나 유료 여부를 불문하고 모든 참가자에 공개된 회합 또는 초대식 회합 등이 열리는 모든 종류의 건물·장소·구역 등”

209) 같은 조 제1항 : “본장에서 주거라 함은 가구설비 여부를 불문하고 私的 용도로 쓰이는 장소 및 단체생활에供하는 公用 장소 등을 포함하는 부동산 내에서 사람들의 주된 居所로서 단체거주를 목적으로 하는 곳을 말한다.”

을 말한다고 정의하고 있다. 이러한 장소를 포함하여 여러 사람들이 함께 이용할 수 있도록 설계된 장소를 단체공간(espaces collectifs)이라 할 수 있겠는데, 이러한 장소 중 주거·숙소 등에 출입국사범 단속 공무원이 들어가 신분확인 활동을 벌이기 위해서는 아래와 같은 요건을 충족해야 할 것이다.

해당 주거시설의 관리자의 허가(즉, 명백한 동의)가 있는 경우에는 담당 공무원이 그 내부에 들어가 조사활동을 벌일 수 있다.

이러한 허가를 받지 못한 경우라 할지라도 범죄사실이 명백하여 조사의 긴급을 요하는 경우 자유·구치 담당 판사(juge des libertés et de la détention)의 명백한 허가, 즉 영장을 받아 예비수사(enquête préliminaire)를 벌이는 경우 수사판사(juge d'instruction)로부터 위임장(commission rogatoire)을 발부받은 경우 등에는 단체공간의 내부에 들어가 조사활동을 벌일 수 있다.

㉠ 사적 공간(아파트, 실내 및 “생활단위공간” 중 공용부분 등)에서의 신분확인

이러한 장소들은 사적 주거공간(domiciles)에 유사하다. 따라서 이러한 공간에는 해당 시설의 관리자의 허가가 있는 것만으로는 출입국사범 단속 공무원이 막바로 들어가 조사활동을 벌이기에 부족하고, 더 나아가 해당 공간의 거주자의 허락이 있어야만 할 것이다. 즉 해당 거주자가 문을 열어 준 경우에는 위에서 살펴본 형사소송법전 제78-2조와 외국인법전 제611-1조 제1항 소정의 신분확인절차를 진행할 수 있다. 이 때 시설 인명부(CHRS 및 CADA 등의 경우)에 따라 신원이 확인되거나 경찰기록에 기재된 외국인으로서 강제출국조치의 대상이 되어 있는 자가 위 주거 내에 머물고 있는 것이 확인된 경우에는 불법체류의 사실이 추정된다고 할 것이다.

그런데 만약 해당 거주자가 담당 공무원들을 위해 문을 열어 주지 않는 등 자신의 주거 공간 내부에서의 조사를 허락하지 않는 경우에는 원칙적으로 단속반은 발길을 돌려야 할 것이다. 그러나 이 경우에도 (위에서와 마찬가지로) 아래와 같은 요건을 충족시킬 경우에는 해당 거주자의 허락이 없더라도 내부에 들어가 조사활동을 벌일 수 있다.

범죄사실이 명백하여 조사의 긴급을 요하는 경우 자유·구치 담당 판사의 명백한 허

가, 즉 영장을 받아 예비수사를 벌이는 경우 수사판사로부터 위임장을 발부받은 경우 등에는 단체공간의 내부에 들어가 조사활동을 벌일 수 있다.

㉮ 판사의 요청에 따라 집달리가 진행하는 특별조사의 경우

해당 장소에 권원 없이 거주하는 제3자가 있는지 여부를 확인하기 위해 집달리가 판사의 위임을 받아 조사를 진행할 수 있다. 이 때 집달리는 현장에서 사람들의 신원을 확인할 권한을 지니며, 경우에 따라 그들에게 당해 전용공간(lieux privés)에서 떠날 것을 요구할 수 있다.

이 사법절차에서 위에서 본 형사소송법전 제78-2조와 외국인법전 제611-1조 제1항 등의 규정에 따라 경찰력이 함께 동원되어 신원확인 작업을 실행할 수 있음은 물론이다.

3) 검문(interpellation)

가) 공공장소에서의 검문

人道와 같은 공공장소에서 이루어지는 신원조사는 아래에서 보게 될 형사소송법전 제78조에 의한 예비수사(enquête préliminaire)가 일반적인 신원조사 방식이고, 그 외의 경우에는 외국인법전 법률편 제611-1조 소정의 방식을 통해 공공장소에서의 신원조사가 이루어진다. 즉 같은 조 제1항에 의하면 외국국적자는 그가 프랑스 내에서 이동하거나 체류할 수 있는 권원을 증명할 문서를 OPJ 또는 사법경찰공무원의 요청이 있을 시 제시해야 한다. 따라서 OPJ는 영장 없이도 공공장소에서 외국인의 신원을 조사하기 위해 그에게 여권 등의 제시를 요구할 수 있다는 것인데, 여기서 주의할 점은 OPJ가 공공장소에서 여권 등의 제시를 요구하기 위해서는 피조사자가 외국인일 것이라는 판단이 현장의 정황상 당사자의 외적·객관적 요소에 기초해야 한다는 것이다.

나) 경찰행정청 창구에서의 검문

프랑스에서 외국인에 대한 체류권 발급과 그 연장의 업무는 道別 경찰행정청(préfecture)에 의해 이루어지고 있다. 그런데 신청접수창구 담당 직원이 자주 직면하고 있는 문제 중의 하나는 이미 연장이 거부된데다가 출국하도록 통지를 받은 외국인이 체류권 연장 신청을 하러 창구에 왔을 때에 어떻게 처우해야 하는가의 문제이다. 이

경우 위 회람에서 제시하고 있는 해석은 다음과 같다. 즉 해당 외국인이 자발적으로 창구에 출현했다는 사실은 외국인법전 법률부 제511조의1에 규정된 바에 따라 그를 현장에서 체포하여 강제출국시키는 데 전혀 장애가 되지 않는다는 것이다. 따라서 이 경우에도 경찰행정청의 권한 있는 공무원은 영장 없이 그를 현장에서 체포하여 강제출국의 절차를 진행할 수 있다는 해석이다.

다) 피조사자의 주거에서의 검문

프랑스 형사판례상으로는 주거의 의미가 비교적 넓게 인정되고 있다. 즉 형법전(Code pénal)에 규정된 주거의 의미는 “어떤 이가 그 주된 주소를 갖고 있는 장소뿐만 아니라 그 곳에 실제로 거주하는지 여부를 떠나 그리고 그의 직업의 법적 성질과 그 장소에 주어진 지위 여하를 불문하고 그가 ‘자기집’이라 말할 수 있는 장소”이다. 병원이나 마약중독자치료소 등처럼 공중에게 공개되어 있는 장소는 경찰용역이나 기동대 등도 자유로이 접근할 수 있지만, 이러한 장소일지라도 안내홀이나 대기실과 같은 公的 공간과 달리 환자실과 직원사무실 등은 주거로 간주되어 형사소송법상 특별한 보호를 받는다는 것이 판례에서 확립된 원칙이다.

이 때 출입국사범 단속을 위해 OPJ가 주거에서 검문을 할 수 있는가가 문제이다. 형사소송법상 예비수사나 강제출국명령 또는 그를 위한 체포 등의 경우에는 (i) 자유판사(juge des libertés)가 사전에 허가한 수색 또는 (ii) 검사에 의한 구형 이후에 이루어진 구금 이외에는 그 어떤 강제수단도 동원될 수 없다고 위 회람은 주의를 환기하고 있다. 따라서 만약 주거자가 문을 열어 주지 않는 경우에는 OPJ는 더 이상 절차를 진행할 수 없다. 이 때 조사관이 경찰행정청의 강제출국명령서를 당해 주거의 우편함이나 문 밑으로 밀어 넣고 현장을 떠나는 것도 유효하지 않은데, 이 경우에는 ‘우편에 의한 고지’ 규정이 적용되지 않기 때문이다.

주거자가 문을 열어 조사에 응한 경우라 할지라도 (i) 만약 주거자가 수색의 대상이 된 자가 아닌 경우에는 조사관은 그 주거자에 대해 조사절차를 진행할 수 없고, (ii) 다만 주거자가 관련 결정의 대상자일 가능성이 있는 경우에만 형사소송법전 제78조의2 제1항에 기초하여 그의 신원조사 절차에 착수할 수 있다.

그러나 현행법의 경우(enquête de flagrance)에는 강제수단을 동원할 수 있다고 하

는데, 이때에도 해당 절차를 진행하기 위해서는 범죄의 명백한 증거가 있음을 확정하지 않으면 안 된다.

OPJ가 법관으로부터 권한을 위임받은 경우(commission rogatoire)에는 주거에서의 검문과 토지·건물 등에서의 수색이 허용된다.

라) 주거·숙소 또는 그 근방에서의 검문

주거처럼 건축·주택법전 법률편 제633-1조에서 특별히 보호하고 있는 장소나 CHRS, CADA 등에 외국인이 거주하거나 숙박하고 있는 경우 출입국사범 단속 절차상 특별한 주의가 필요하다.

먼저 그러한 장소의 근방에서 이루어지는 검문은 위에서 살펴본 공공장소에서의 검문에 해당하는 절차가 적용될 것이다.

그러나 그러한 장소의 내부에서의 검문은 그 장소의 관리책임자가 경찰이나 기동대의 공권력의 동원을 요청한 경우에 한하여 행할 수 있으며, 이 경우에도 다음과 같이 두 가지 경우로 나뉜다. (i) 방이나 아파트와 같은 배타적 공간에서는 위에서 살펴본 주거에 대한 법적 보호의 원칙이 적용될 것이다. (ii) 집단적 공간에서는 그 공간을 “자기집”이라 부를 수 있는 자는 그 공간의 점유자가 아니라 그 관리책임자이며, 따라서 그의 명시적인 동의 없이는 단속활동을 유효하게 진행할 수 없다.

제5절 일본의 경우



I. 일본 행정조사제도 개관

1. 서언

행정처분에 선행하여 처분대상 그 밖에 있어서의 사실을 조사하는 것은, 말하자면 불가결한 행위로서, 이 조사를 함결한 행정처분은 있을 수 없다. 이 경우, 조사대상자가 진실을 말하고, 조사대상물건을 제출 내지 제공하여 조사에 협력하는 것이 전제로 되나, 처분내용이 본인에게 불이익하게 작용하게 되면, 그 협력은 반드시 충분히 행해질 수 없다.

뿐만 아니라 물론 비협력적 행위로 나오거나 혹은 조사대상물건을 은닉하거나, 진실을 왜곡하거나, 허위를 말하는 경우가 있는 것은 당연히 상상할 수 있다. 여기서 그것을 방지하여 행정처분에 필요한 사실관계에 관한 정보를 정확하게 제공할 수단이 필요하게 된다. 그것을 위한 수단으로 벌칙에 따른 간접강제가 일반적으로 있게 된다.

이러한 질문 내지 검사를 행하는 행정청의 행위는 일반적으로 행정조사권의 행사라고 해도 좋을 것이나, 동 조사권에 있어서는 헌법상 그 근거와 한계 외, 조사대상자의 인권보장의 程度와 態樣이 문제가 된다, 인권보장이란 말할 것도 없이 自己負罪에 관한 供述拒否權이 이런 종류의 행정조사의 경우에도 인정되는가 인정되지 않는가의 문제이다.²¹⁰⁾

행정조사의 헌법적 한계와 관련하여 중요한 판결이 最高裁 昭和 47(1972년). 11. 22. 〈川崎民商事件〉과 最高裁 昭和 48(1973년). 7. 10. 〈荒天民商事件〉이다. 전자는 영장주의와 관련하여, 후자는 행정조사의 요건 및 절차와 관련하여 중요한 의미를 가지고 있다.

본고는 제1장 일본 행정조사제도 개관(또는 제도적 특성), 제2장 일본 행정조사와

210) 熊本信夫, “行政調査와 憲法”『行政判例百選 I』(有斐閣, 1999), 232면

공법상 한계 논의, 제3장 위법한 행정조사의 효과로 구성되어 있다.

이 중에서 제1장 일본 행정조사제도 개관(또는 제도적 특성)은 (1) 서언, (2) 행정조사의 의의, (3) 행정조사의 법적 근거, (4) 행정조사의 유형, (5) 행정조사와 구별개념, (6) 일본 행정조사의 특수성 등으로 구성되어 있다. 그리고 제2장 일본 행정조사와 공법상 한계 논의는 (1) 적법절차의 원칙 적용범위, (2) 영장주의의 적용 논의, (3) 묵비권과의 관계 등으로 구성되어 있다. 제3장 위법한 행정조사의 효과는 관련 판례 분석을 하였다.

2. 행정조사의 의의

가. 행정조사의 개념

행정조사는 행정기관에 의해, 행정목적의 달성을 위해 사인에 대해 행하는 조사활동·정보수집활동을 말한다.²¹¹⁾ 행정기관이 어떤 결정을 할 경우에는 어떠한 정보가 필요하며, 그 정보는 또한 어떠한 방법에 의하든 수집되지 않으면 아니된다. 즉 조사가 필요하다. 이유가 없는 행정결정이 있을 수 없는 것과 마찬가지로 조사가 선행되지 않는 행정결정이란 있을 수 없다고 할 수 있다. 법치행정의 원칙을 실현하기 위하여 행정청에게는 조사의무가 있다.²¹²⁾

일본에서 행정조사의 자리매김에 대해서는 네 가지 견해로 정리되고 있다(曾和俊文에 의한 분류). 첫째는 행정기관의 행위유형의 하나로서, 간접목적·간접강제를 지표로 하는 행위유형으로 설명하는 견해이다. 둘째는 행정상의 제도로서 설명하는 견해이다. 셋째는 행정절차의 일단계로서 자리매김하는 견해이다. 넷째는 체계상의 자리매김에 관해 열린 채로 다양한 관점을 검토하자는 입장에 서서 사인의 권리·이익의 시각에서 행정조사를 논하자는 견해이다.²¹³⁾

211) 稻葉 馨·人見 剛·村上裕章·前田雅子, 「行政法」제3판(有斐閣, 2015), 144면; 芝之義一, 「行政法讀本」제3판(有斐閣, 2013), 193면; 池村 正道, 「行政法」제2판(弘文堂, 2015), 94면 등

212) 塩野 宏, 「行政法 I - 行政法總論」제6판(有斐閣, 2015), 283면

213) 須藤陽子, 「行政強制와 行政調査」(法律文化社, 2014), 65~66면

나. 행정조사의 개념 정립의 연혁

일본에서 행정조사라는 개념을 행정법학에 자리매김하고자 하는 시도는 1970년대부터 시작되었다. 형벌에 의해 간접적으로 그의 실효성이 담보된 행정목적의 立入検査(출입검사)를 즉시강제와는 구별해야 하는 것은 아닌가 라는 조세법학으로부터의 문제제기를 받아 鹽野 宏이 행정주체의 다양한 결정에 선행하는 정보의 수집·정리활동을 행정조사로 이름짓고, 즉시강제라는 개념으로부터 분리하는 시도를 하였다. 鹽野 宏의 시도로부터 40여년이 지난 지금, 일본 행정법학에서 있어서 행정조사를 논할 의의 및 필요성은 충분히 인식되었다. 그러나 행정조사의 개념 및 현대행정법학의 체계에 있어서 자리매김에 대해서는 학설의 행방은 아직 정해지지는 않고 있는 상황이다.²¹⁴⁾

오늘날의 행정법 교과서에서는 즉시강제와의 관계에 특별히 언급하지 않고, 행정조사에 일정한 지면을 할애하고 있다.²¹⁵⁾ 즉시강제는 戰前에 독일법을 모범으로 경찰법에 정착한 개념이고, 행정조사는 前後의 연합국군점령통치에 의해 미국법의 영향으로 알게 된 개념이다. 그래서 일부 학자는 戰前의 제도(즉시강제)를 행정조사라는 개념으로 설명 가능한지, 戰前부터 행정법학에서 말하는 행정조사에 상응하는 실정법상의 제도라는게 존재하였는지에 대해 의문을 제기한다. 행정조사란 즉시강제와 행정조사가 교차하는 부분을, 즉 즉시강제라 불리는 카테고리에 속하는 일부를 행정조사라고 불리는 미국법적인 개념으로 설명으로 고친 것인가 하는 점이다.²¹⁶⁾

鹽野 宏은 田中二郎에 의한 즉시강제의 정의로부터 행정조사에 관련된 부분을 추출하는 형태로 행정조사를 행정법총론에 자리매김하였다. 鹽野 宏은 즉시강제의 정의 중에는 명확하게 목적을 달리하는 두 가지 제도가 규정되어 있다고 하면서, 정의 중의 요건 ③을 추출하여, ③이 행정조사에 상당하다고 하였다.²¹⁷⁾

「新版行政法 上卷 全訂第二版(1954) 年初版1984(昭和59) 年全訂第二版40刷)

“행정상의 즉시강제(sofortiger Zwang)란, 의무의 이행을 강제하는 것이 아니라,

① 目前急迫의 장애를 제거할 필요상 ② 의무를 명할 여유가 없는 경우 ③ 또는 그

214) 須藤陽子, 前掲書, 65면

215) 須藤陽子, 前掲書, 66면

216) 須藤陽子, 前掲書, 67면

217) 須藤陽子, 前掲書, 68면

성질상 의무를 명하여 가지고서는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에, ④ 직접적으로 人民의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 가지고 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 말한다.”

3. 행정조사의 법적 근거

행정조사는 행정에 의한 조사활동, 즉 행정에 의한 정보의 수집활동을 가리킨다. 일본의 경우에는 행정조사에 관한 일반법이 없다. 행정절차법에도 행정조사에 관한 규정이 없다. 개별법적으로 행정조사를 규율하고 있다.

행정조사는 사실상 행정에 의해 수행되는 것도 있고, 법률에 근거하여 상대방인 국민에게 의무를 부과하는 형태로 이루어지는 것도 있다.²¹⁸⁾

행정조사는 법률에 의한 수권이 있을 때에만 가능한가 하는 문제가 있다. 행정조사도 모든 행정작용과 마찬가지로 조직법상의 근거가 있어야 실시할 수 있다. 즉 행정기관은 자신의 정당한 권한의 범위 내에서만 행정조사를 실시할 수 있다.

문제는 조직법상의 근거 이외에 작용법상의 근거도 요하는가이다. 행정조사시 상대방의 저항을 막고 실력의 행사를 행함에 있어서는 법률의 근거를 필요로 함은 두말할 나위가 없다. 또한 조사의 방해로 벌칙에 의해 방지하려고 하는 때에도 법률의 근거가 필요하다. 즉 조사대상자의 신체와 재산에 직접적으로 강제력을 행사하는 직접강제조사는 물론이고 벌칙에 의하여 수인의무를 과하는 간접강제조사도 국민의 자유, 재산에 대하여 침해적으로 작용하게 되므로 법률의 근거를 요한다고 볼 수 있다.

특히 문제가 되는 것은 임의조사의 경우이다. 임의조사는 상대방에게 사실상의 위압감을 주는 경우가 있다고 하더라도 그것이 강제에 이르지 않는 한 권리자유가 법적으로는 침해될 여지는 없다고 볼 수 있기 때문이다. 상대방의 임의적인 협력을 기다려 행해지는 행정조사에 관해서는 구체적인 법률의 근거는 침해유보이론에 의하건 권력유보이론에 의하건 필요 없는 것이 될 것이다.²¹⁹⁾

218) 芝之義一, 前掲書, 193면

219) 塩野 宏, 前掲書, 284면

임의조사에 관해서는 그것을 어느 정도의 범위까지 할 수 있는지가 문제된다. 이 점에 관하여 일본 최고재판소는 경찰관에 의한 소지품검사행위에 대하여 이것을 경찰관 직무집행법 제2조 제1항에 따른 직무질문에 부수하는 임의수단이라고 파악하면서도, 구체적인 상황에 따라 소지인의 승낙 없이도 검사를 하는 것이 허용되는 경우가 있는 것으로 보고 있다.²²⁰⁾

법률의 근거가 있다고 해서 그것만으로 당연히 실력의 행사를 법률이 인정하고 있는 것으로 볼 수는 없다. 질문과 같은 경우에는 실력의 행사가 사안의 성격상 허용되지 아니하는 것은 두말할 나위도 없다. 또한 현행법은 출입·검사를 거부한 자에 대하여 대체로 벌칙을 정하고 있지만(식품위생법 제17조·제32조, 토지수용법 제11조·제143조제2호), 이러한 경우에 법은 조사의 실효성담보는 오로지 이것에 따르고, 저항을 배제한다고 하는 의미에서의 실력의 행사는 인정하고 있지 아니하는 것으로 해석된다. 다만, 이러한 종류의 벌칙이 없는 경우에 당연히 실력의 행사가 인정된다고는 할 수 없으며, 개별적인 해석이 필요하다.²²¹⁾

이하에서 사회공공정보를 수집하는 조사, 개인정보·단체정보를 수집하는 조사, 제3자조사, 간접강제조사(간접강제를 수반하는 조사: 조사에 따르지 않으면 처벌하는 조사), 강제조사(상대방의 저항을 배제하여 행할 수 있는 조사) 등 유형별로 나누어 법적 근거의 필요성 여부를 살펴보고자 한다.

가. 사회공공정보를 수집하는 조사와 법적 근거

조사 중 사회공공정보를 수집하는 것은 법률의 수권이 없어도 행할 수 있다.²²²⁾

나. 개인정보·단체정보를 수집하는 조사와 법적 근거

이에 대해 개인정보·단체정보를 수집하는 것에 대해서는 간단히 법률의 수권이 없어도 행할 수 있다고는 할 수 없다. 이에 대해 법률은 행정활동에 대해 정할 때, 개인정보·단체정보가 필요한 경우에도 정보의 수집에 대해 규정하지 않은 것이 있다. 이 법률

220) 最判 昭和 53(1978년). 9. 7 刑集 32권 6호 1672면, 行政判例百選 I, 100사건

221) 塩野 宏, 前掲書, 285면

222) 芝之義一, 前掲書, 196면

의 침묵을 어떻게 평가해야 하는가? 아마도 이것은 조사가 임의적인 방법으로 국민의 임의의 협력에 의해 행해지는 경우에는 법률의 수권을 요하지 않는다고 입법자가 판단하였다는 것을 의미한 것으로 생각할 수 있다. 입법자의 판단을 무조건으로 존중하는 것도 생각해 볼 일이지만, 임의적인 수단에 의한 조사(임의조사)에는 법률의 수권이 필요하지 않다고 말할 수 있을 것으로 보인다.²²³⁾

다. 제3자 조사와 법적 근거

제3자 조사는 행정유개개인정보보호법 제4조가 개인정보를 취득할 때 본인에게 이 용목적의 명시를 정한 것이라고 보면, 법률의 수권이 필요하다고 볼 수 있다.²²⁴⁾

라. 간접강제조사와 법적 근거

간접강제조사(간접강제를 수반하는 조사: 조사에 따르지 않으면 처벌하는 조사)에 있어서 벌칙은 법률에서 정하여야 한다. 이러한 종류의 조사의 예는 많다.²²⁵⁾

마. 강제조사와 법적 근거

강제조사(상대방의 저항을 배제하여 행할 수 있는 조사)에도 법률의 수권이 필요하다. 강제조사의 예로서는 출입국관리및난민인정법상의 위반조사(불법으로 입국한 외국인등에 대해 퇴거강제를 위한 절차), 국세법칙취제법·관세법·독점금지법·금융상품거래법상의 법칙사건의 조사가 있다. 이러한 조사에 있어서는 임검·수색·압류(압수)가 인정된다.²²⁶⁾

4. 행정조사의 유형

일본에서는 행정조사를 다양하게 분류하고 있다.

223) 芝之義一, 前掲書, 196면

224) 芝之義一, 前掲書, 197면

225) 芝之義一, 前掲書, 197면

226) 芝之義一, 前掲書, 197면

가. 山村恒年の 분류

山村恒年은 행정조사를 다음과 같이 분류하고 있다. 첫째로, 조사대상에 따라 ① 일반조사와 개별조사, ② 서류조사와 실지조사, ③ 인적 조사와 물적 조사, ④ 외부조사와 내부조사, ⑤ 현상조사와 장래조사로 분류하고 있으며, 둘째로 행정의 결정과정에 따라(시계열에 의한 분류) ① 전략레벨의 조사(정책과제조사, 정책계획조사, 행정입법조사), ② 관리레벨의 조사(행정기준조사, 행정계획조사(기본계획조사, 장비계획조사, 사업계획조사, 실시계획조사)), ③ 수단레벨의 조사(행정집행조사), ④ 피드백조사(사후평가조사, 사후감시조사, 사후심사조사)로 분류하고 있으며, 셋째로, 형태·내용에 따라 ① 예비조사와 본조사, ② 형식조사와 실질조사, ③ 임의조사와 강제조사, ④ 직권조사와 수동적 조사, ⑤ 법정조사와 비법정조사, ⑥ 종합조사와 개별조사로 분류하고 있다.²²⁷⁾

나. 阿部泰隆의 분류

행정조사를 ① 형벌에 의해 간접적으로 담보된 행정조사, ② 강제출입에 의한 조사, ③ 행정제제에 의해 담보되는 행정조사, ④ 임의의 출입, ⑤ 정보수집의 의무 수단, ⑥ 상기의 감독수단으로서의 출입과는 다른 약간 목적을 달리하는 조사 등으로 분류하는 견해도 있다.²²⁸⁾

다. 高木 光·稻葉 馨, 塩野 宏, 中原茂樹의 분류

행정조사를 사인에 대한 강제의 정도에 따라 ① 강제조사, ② 간접강제조사, ③ 임의조사로 나누는 견해도 있다.²²⁹⁾ 그리고 상대방과의 관계에서 단순한 사실행위에 해당되는 것(이른바 임의조사), 그 실효성이 형벌에 의해 담보되어 있는 것(간접강제조사), 물리적 사실행위가 인정되어 있는 것(강제조사) 등 다양하다고 보는 견해도 이에 속한다.²³⁰⁾

227) 山村恒年, “現代行政過程論의 諸問題”『自治研究』(제60권제7호, 1984), 96~97면

228) 阿部泰隆, 「行政의 법시스템(상)」(有斐閣 1996), 306면

229) 高木 光·稻葉 馨, 「케이스북行政法」제3판(弘文堂, 2007), 136면

230) 塩野 宏, 前掲書, 283면

또한 강제의 유무·태양에 따라 3개 구분이 중요하다고 보면서, 실력강제조사, 간접 강제조사, 임의조사로 나누는 견해도 이에 속한다.²³¹⁾

그리고 임의조사, 간접강제조사(준강제조사), 강제조사로 나누는 견해도 이에 속한다.²³²⁾

라. 宇賀克也의 분류

宇賀克也는 행정조사를 ① 조사에 응하는 의무의 존부, ② 강제력의 유무, ③ 강제의態樣이라는 관점에서 구체적 사례와 함께 분류하고 있다.²³³⁾

① 법적 구속력을 결하고 있고, 상대방이 조사에 응할지 말지를 임의로 결정할 수 있는, **순수한 임의조사**가 있다. 사람이 지키거나(看守), 혹은 사람의 주거에 사용하는 건물 또는 폐쇄된 문 안에 수도사업자의 직원이 출입검사를 할 경우(수도법 제17조제1항), 소관청의 직원이 종교법인의 시설에 출입검사를 할 경우(종교법인법 제78조의2제1항)가 그 예이다. 임의조사는 법적 구속력이 있는 조사권한이 법정되어 있지 않은 경우뿐만 아니라 법정되어 있는 경우에 있어서도, 해당 권한을 행사하지 않고 소프트(軟性)한 수단을 사용하는 일이 적지 않다. 이 경우에는 근거규범은 불필요하다.

② 상대방에게 조사에 응할 의무가 있는 것은 법정되어 있지만, 직접적으로도 간접적으로도 그것을 강제하는 구조(仕組)가 없기 때문에, **임의조사에 가까운 조사**가 있다. 예를 들어, 경찰관직무집행법 제6조제2항은 흥행장, 여관, 음식점, 역 그 밖의 다수의 손님들이 왕래하는 장소의 관리자 또는 여기에 준하는 자는, 그의 공개시간 중에 경찰관이 범죄의 예방 또는 사람의 생명, 신체 혹은 재산에 대해 위해예방을 위해, 출입할 것을 요구하는 경우에, 정당한 이유 없이, 그것을 거부할 수 없다고 정하고 있고, 조사수락의무를 명확히 하고 있다. 그러나 이 조사의 경우, 상대의 저항을 배제하여 물리적인 실력 행사를 하는 것을 인정하는 것은 아니고, 또한 조사거부에 대해 벌칙도 정해져 있지 않다. 조사를 거부한 것만으로는 공무집행방해죄(형법 제95조제1항)에도 해당하지 않는다. 따라서 조사수락의무를 담보하는 구조(仕組)도 존재하지 않고 있다고 할 수

231) 稻葉 馨·人見 剛·村上裕章·前田雅子, 前掲書, 145면; 池村 正道, 前掲書, 95~96면

232) 中原茂樹, 「基本行政法」제2판(日本評論社, 2015), 206면

233) 宇賀克也, 「行政法概説 I」(有斐閣, 2013), 148면

있다.

③ 조사를 거부하자 급부가 거부되는 구조가 되어 있는 경우가 있다. 예를 들어, 생활보호법에서는 보호의 실시기관은 보호의 결정 또는 실시를 할 필요가 있는 때에는 요보호자의 자산상황, 건강상태 그 밖의 사항을 조사하기 위해, 요보호자에 대해 해당 직원이 그 거주장소에 출입하여 이런 사항을 조사할 수 있다고 정하고 있고(제28조제1항), 요보호자가 출입검사를 거부하고, 방해하고, 혹은 기피하고, 또는 의사 혹은 치과 의사의 검진을 받아야 될 취지의 명령에 따르지 않을 때에는 보호의 개시 혹은 변경의 신청을 각하하거나 또는 보호의 변경, 정지 혹은 폐지를 할 수 있다(동조 제4항). 후생연금보험법 제77조(보험급여의 지급정지), 공해건강피해의보상등에관한법률 제138조(보상급부의 일시중지)도 동일한 규정이다.

④ 행정조사에 응하지 않는 경우, 또는 응하더라도 충분한 자료를 제시하지 않는 경우에는, 자기에게 불이익한 사실이 있는 것으로 보는 입법례가 있다. 위반의 유무의 조사에 대해, 위반을 하지 않았다는 것을 나타내는 합리적인 근거를 제시할 자료를 제시하지 않는 경우, 위반이 있는 것으로 보는 특정상거래(商取引)에관한법률 제52조의2, 제54조의2가 그 예이다. 또한 행정기관에 의한 사인간의 분쟁해결의 경우에 있어서, 당사자의 신청에 의해 행정기관이 행하는 출입검사를 상대방이 정당한 이유 없이 거부할 때는, 해당 사실관계에 관한 신청인의 주장을 진실한 것으로 인정할 수 있다고 하는 것이다(건설업법 제25조의2제3항).

⑤ 조사거부에 대해 벌칙을 두어 벌칙의 위하에 의해 간접적으로 조사수락을 강제하는 것이 있는데, 준강제조사 또는 간접강제조사라 불리는 것도 있다. 현행법상 그 예는 많다. 예를 들어, 국세통칙법 제74조의 2제1항의 질문검사를 거부하는 경우, 동법 제127조제2호에 따라, 1년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다. 제3유형과 제5유형은 반드시 배타적인 것은 아닌데, 예를 들어, 공해건강피해의보상등에관한법률 제136조의 보고의 징수등을 거부한 경우, 20만 이하의 벌금을 과하고 있다(제146조제2호). 국세통칙법 제74조의 2제1항의 질문검사의 경우, 상대의 의사에 반하는 출입검사를 할 수 없기 때문에, 동의 없는 출입은 불법행위가 되고, 국가배상책임이 생길 수 있다(最判 昭和 63(1988년). 12. 30 訴月 35권 6호 979면).

⑥ 실력을 행사하여 상대의 저항을 배제하여 조사를 행하는 것이 인정되는 경우가 있지만(국세범칙취제법 제2조, 관세법 제121조, 금융상품거래법 제211조, 독점금지법 제102조의 임검·수색·차압, 출입국관리및난민인정법 제31조의 임검·수색·압수, 아동학대방지등에관한법률 제9조의3의 임검, 수색등이 그 예이다), 현행법상 예외적으로 인정된다. 제5유형과 제6유형이 항상 배타적인지 아닌지에 대해서는 의견이 나뉘고 있다. 벌칙이 정해져 있는 경우에는 그의 간접적 효과에 기대하여 실력행사를 허용하지 않는다는 학설과 벌칙이 있는 경우라도 긴급한 경우에는 실력행사를 허용하는 취지라고 보는 학설이 있다. 행정조사는 종전은 즉시강제의 일종으로 설명되었지만, 즉시강제로서 설명가능한 것은 제6유형만이라서, 오늘날에는 행정조사를 즉시강제와는 다른 범주로서 설명하고 있다. 출입검사에 대해 즉시강제를 인정하는 취지가 부인되는가가 반드시 명료하지 않은 경우가 있다. 실력을 행사하여 출입검사가 가능한 경우에 출입을 방해하면 공무집행방해죄가 되기 때문에, 범죄구성요건을 명확하게 한다는 관점에서도 즉시강제를 인정하는 취지가 부인되는가를 법률에서 명확하게 해야 할 것이다.

마. 芝之義一의 분류

芝之義一은 행정조사의 형태로서 ① 보고의 징수, ② 자료제출의 청구, ③ 立入檢査(출입검사, 臨檢), ④ 질문, ⑤ 시험용 샘플 등의 무상수거, ⑥ 출두명령·출두요구, ⑦ 제3자에 대한 자료제출의 청구, ⑧ 조사용지에의 기입(양케이트), ⑨ 상시감시 등을 들고 있다.²³⁴⁾

즉 사업자에 대한 감독을 위해서는 먼저 ① 또는 ②를 행하고, 필요하다면 사무소 등에 출입하여, ③~⑤를 실시하는 것이 법률상 흔히 볼 수 있는 패턴이다. 양자가 다른 규정으로 정해진 것도 있다(원자로규제법 제68조, 폐기물처리법 제18조·제19조, 오존층보호법 제25조·제26조, 은행법 제24조·제25조. 이러한 수단이 모두 인정되지 않는 경우도 있다). ⑥의 출두명령·출두요구(독점금지법 제40조, 개호보험법 제100조제1항, 아동학대방지등에관한법률 제8조의2 제1항)은 출석시켜 질문을 한다는 의미이다(독점금지법 제47조제1항제1호 참조). ⑦의 제3자에 대한 자료제출의 청구는 행정처분의 상대방(본인) 대신, 제3자로부터 정보를 얻고자 하는 것으로서, 제3자 조사라 부를

234) 芝之義一, 前掲書, 195면

수 있다. 예는 많지 않다(생활보호법 제29조, 아동복지법 제57조의4). 이상은 개별적 필요성이 있는 경우에 행해지기 때문에 **개별조사**라 한다.

물론 상대방은 특정된다. 이에 대해 ⑧ 조사용지에의 기입(양케이트)은 다수의 사람에게 대해 행하는 것으로 **일반조사**라 부른다. 國勢조사(통계법 제4조)가 대표적인 예이다. 개별적 필요성이 발생하지 않아도 행해진다.

⑨ 상시감시는 공장으로부터의 排水 등을 대상으로 하는 것이다(예, 대기오염법 제22조, 수질오탁법 제15조, 오존층보호법 제22조, 다이옥신류대책특별조치법 제26조). 다수의 공장을 상대방으로 하여 항시적으로 행해진다. 법률의 규정은 상시감시를 의무지운다는 의미가 있다.

바. 소결

일본의 행정조사는 다양하게 논의되고 있으나, 임의조사, 간접강제조사(준강제조사), 강제조사(실력강제조사)로 나누는 견해가 다수설의 입장이라고 할 수 있다. 차례대로 살펴보고자 한다.²³⁵⁾

첫째, 임의조사는 상대방의 임의의 협력에 의해서 하는 조사를 말한다. 임의조사의 경우 상대방이 조사에 응하지 않는 경우의 조치에 있어서, 법률이 아무 것도 정하지 않고 있는 경우에는 조사에 응하도록 설득하는 것은 가능하나, 상대의 저항을 실력으로 배제하여 가옥에 출입하여, 조사에 응하지 않는 상대방을 처벌하는 것은 가능하지 않다.

둘째, 간접강제조사(준강제조사)는 벌칙에 의해 조사에 응할 의무의 이행이 담보되는 조사를 말한다. 간접강제조사는 질문검사처럼 상대방의 저항을 실력으로 배제하여 조사할 권한이 인정되지 않는 점에서는 위의 임의조사와 마찬가지로(조사대상자의 의사에 반하는 출입은 위법이고, 국가배상책임이 생긴다. 昭和 63(1988년). 12. 20. 訴月 35권 9호 979면)이나, 조사에 응하지 않은 자에 대해 벌칙이 규정된 점에서, 순연한 임의조사와는 다르다. 最決 昭和 48(1973년). 7. 10. 刑集 27권 7호 1205면(〈荒川民商事件〉, 百選 I 110)은 “질문검사에 대해서는 상대방은 그것을 수인해야 할 의무를

235) 中原茂樹, 前掲書, 206면 이하; 稻葉 馨·人見 剛·村上裕章·前田雅子, 前掲書, 145면

일반적으로 부담하고, 그의 이행을 간접적 심리적으로 강제하는 것이나, 다만, 상대방에 대해서 질문검사를 수인하지 않은 경우에 그 이상 직접적 물리적으로 위의 의무의 이행을 강제할 수 없다는 관계를 칭하여 일반적으로 임의조사라 표현하고 있으나, 그동안 아무런 실질상의 불합리성은 존재하지 않는다”고 하고 있다. 이와 같은 행정조사를 순연한 임의조사와 구별하는 의미에서 간접강제조사 또는 준강제조사라고 부른다.

셋째, 강제조사는 상대방의 저항을 실력으로 제압하는 것이 가능한 조사를 말한다. 강제조사는 단순히 세금의 신고가 잘못이 있었을뿐만 아니라, 세금을 면할 목적으로 소득을 적게 보이게 허위공작을 행하는 것과 같은 경우는 면탈이라는 범죄행위에 해당한다(소득세법 제238조제1항). 그렇다면, 이에 관한 조사는 범죄수사이고, 경찰관 및 검찰관이 실시하는 것으로 생각할 수 있다. 그러나 탈세에 있어서는 조사에 전문지식이 필요하다는 것, 발생건수가 많다는 것으로부터 수세관리(직접국세의 경우 국세국사찰 부의 사찰관)이 조사를 행하는 것이다. 이것이 범죄조사이다. 범죄조사에 있어서는 수세관리는 재판관의 허가를 얻어 臨檢(일정한 장소에 출입하는 것), 수색(범죄혐의자의 신체 및 소지품을 조사하고, 주거 그 밖의 장소에 출입하여 탐색하는 것) 또는 差押을 하는 것이 허용된다(국세범죄취제법 제2조). 어떠한 경우에도 상대방의 저항을 실력으로 배제하는 것이 인정되고, 그런 의미에서 강제조사이다(즉시강제의 일종이다). 범죄조사는 그 밖에도 독점금지등에서 인정된다. 형사절차에 준한 행정조사이고, 행정조사 중에서는 예외적인 것이다.²³⁶⁾ 요컨대, 간접강제조사인 질문검사에는 영장이 불필요하고, 공술거부권이 없고, 과세처분으로 이어진다. 그러나 강제조사인 범죄조사는 영장주의가 필요하고, 공술거부권이 인정되고, 탈세처벌로 이어진다.

5. 행정조사의 기본원칙

일본에서는 행정조사의 기본원칙으로 첫째, 객관적 필요성의 원칙과 둘째, 타목적이 용의 금지원칙을 드는 견해가 있다.²³⁷⁾

236) 中原茂樹, 前掲書, 206~207면

237) 池村 正道, 전계서, 97~98면

가. 객관적 필요성의 원칙

세무조사(질문·검사)에 있어서는 해당 조사의 목적, 조사해야 할 사항, 신청·신고의 내용, 장부 등의 기입보존, 상대방의 사업의 형태 등과 모든 구체적 사정에 비추어, 객관적인 필요성이 있다고 판단되는 경우에 질문·검사를 할 권한이 인정된다(最判 昭和 48(1973년). 7. 10. 刑集 27권 7호 1205호).

객관적으로 볼 때, 불필요한 행정조사는 조사권의 남용에 해당된다. 객관적 필요성의 원칙은 개인정보보호의 관점에서도 중시되는 것으로서, 행정기관개인정보보호법에 있어서는 “행정기관은 개인정보를 보유함에 있어서는 법령이 정한 所掌事務를 수행하기 위해 필요한 경우에 한하여, 그 이용의 목적을 가능한 한 특정하지 않으면 아니된다”(제3조제1항), “행정기관은 전항의 규정에 따라 특정된 이용의 목적의 달성에 필요한 범위를 넘어서, 개인정보를 보유하여서는 아니된다”(제3조제3항)고 규정하고 있다. 이 규정에서 말하는 “보유”라는 것은 작성·수집·관리를 포함하기 때문에, 동규정은 행정조사에 관한 원칙을 포함하는 것이다.

나. 타목적이용의 금지원칙

예를 들어, 필요성이 있는 경우에 있어서는, 행정조사권한이 부여된 목적과는 다른 목적에 해당 조사권한을 쓰는 것은 아니된다. 예컨대, 식품위생법 제28조제3항, 소득세법 제234조제2항, 법인세법 제156조는 행정조사에 있어서 “범죄수사를 위해 인정되는 것으로 해석하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 이 점에 비추어, 법인세법(제153조~제155조)에 근거한 질문·검사권에 있어서는 범죄의 증거자료를 취득수집하고, 보전하기 위한 수단으로서 행사하는 것은 허용되지 않고, 해당 권한의 행사에 있어, 취득수집된 증거자료가 후에 범칙사건의 증거로서 이용될 것으로 가정한다고 해도, 그것에 의해 직접적으로 범칙사건의 조사 또는 수사를 위한 수단으로서 행사되어서는 아니된다(最判 平成 16(2004년). 1. 20. 刑集 58권 1호 26면). 이에 따르면 조사시점에서 어떤 목적을 위해 사용될 것인지가 기준이 되는 것이다.

6. 행정조사와 구별개념

가. 행정조사와 범죄수사와의 관계

(1) 범죄수사목적의 행정조사의 금지

행정조사는 소정의 행정목적 달성을 위해 인정되는 것으로, 다른 행정목적 위해 행정조사권한을 이용할 수 없고, 물론 범죄수사를 위해 행정조사를 행하는 것은 허용되지 않는다. 이것이 확인적으로 규정된 경우가 적지 아니하다. 예를 들면, 국세통칙법 제74조의8은, “제74조의2부터 전조까지(해당 직원의 질문검사권등)의 규정에 의해 해당 직원의 권한은 범죄수사를 위한 것으로 인정되는 것으로 해석되어서는 아니된다”라고 규정하고 있다.²³⁸⁾ 즉 출입규정에 보통은 “범죄수사를 위해 인정되는 것으로 해석되어서는 안된다”라는 규정이 있다. 그 취지는 행정조사라는 이름을 빌려, 재판관의 영향도 없이, 타인의 주거 및 영업소에 출입하여, 범죄수색을 하는 것은 헌법 제33조, 제35조의 보장을 침해할 수 있다는 점에 있을 것이다.²³⁹⁾

범죄수사의 경우, 한편으로는 강력한 수사권이 인정되는 동시에, 다른 한편으로는 인권침해가 되지 않도록 신중한 절차가 설계되어 있다. 그에 대해, (실질적으로는 형사 절차에 가까운 범칙조사는 예외가 인정되나) 통상의 행정조사의 경우에는, 일반적으로 절차적 통제가 충분하지 않다. 따라서 절차적 통제가 약한 통상의 행정조사를 이용하여, 실질적인 범죄수사를 행하는 것은, 형사소송법의 취지를 벗어나는 것으로 허용되지 않는다. 적정한 형사절차는 헌법이 정한 것으로(헌법 제31조), 범죄수사를 위해 행정조사를 행하는 것이 불가능하다는 취지의 명문규정이 없는 경우에도 마찬가지로 해석된다. 또한 행정조사를 빙자하여 범죄수사를 한 경우, 거기서 얻어진 증거를 형사책임추급을 위해 이용하려고 해도 형사소송에서 증거능력은 부정된다고 보는 견해가 있다.²⁴⁰⁾

(2) 守秘義務와 告發義務

행정조사의 과정에서 우연히 범죄의 徵憑을 발견한 경우, 행정기관은 해당 정보를 수

238) 宇賀克也, 前掲書, 158면

239) 阿部泰隆, 前掲書, 309면

240) 宇賀克也, 前掲書, 158면

사기관에 고발하여 전달하여야 하는가 전달하지 말아야 하는가 하는 문제가 존재된다.

행정조사를 행하는 직원은 국가공무원법 제100조, 지방공무원법 제34조에 의해, 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다는 守秘義務를 부담하고, 다른 한편으로는 공무원에게는 형사소송법 제239조 제2항에 의해 告發義務가 부과되어 있다. 이 경우 수비의무와 고발의무 중 어느 것이 우선하는가에 대해서는 학설이 나뉘어져 있다.²⁴¹⁾

독점금지법의 행정조사에 있어서는 범죄수사를 위해 인정된 것으로 해석하여서는 아니된다고 명기되어 있는지(제47조제4항), 고발이 가능한 것이 명문으로 정해져있어(제74조제2항), 고발이 가능한 것은 분명하나, 그러한 명문의 규정이 없는 경우에 어떻게 해석하여야 하는가가 문제된다.

① 수비의무우선설

수비의무우선설은 범죄수사목적으로 행정조사를 행하여서는 안된다는 취지를 철저히 하기 위해서는 행정조사 과정에서 범죄의 증거를 발견하여도 고발할 수 없다는 입장이다.

그 이유는 범죄수사목적으로 행정조사를 실시하는지 여부는 외부에서는 판단이 곤란하고, 조사대상자측이 입증하는 것이 곤란하기 때문에, 엄격한 형사수사의 절차를 벗어나(潛脫) 행정조사를 빙자(藉口)하여, 또는 행정조사를 겸한 수사목적의 달성과하고자 하는 유인을 제거하기 위해서는 수비의무를 고발의무에 우선하는 것 이외에는 달리 생각할 수 없기 때문이다.

② 고발의무우선설

고발의무우선설은 공무원이 행정조사 과정에서 범죄의 증거를 발견한 경우에 고발하는 것은 형사소송법에서 의무화한 정당행위이기 때문에 수비의무에 위반하더라도 위법성이 조각(阻却)된다고 본다.

③ 판례

舊소득세법 제234조제2항과 동지의 규정인 舊법인세법 제156조(平成 23(2011년)

241) 宇賀克也, 前掲書, 159~160면

의 법개정에서 두 조문은 동시에 국세통칙법 제74조의8로 치환되었다)에 관해서, 高松 高判 平成 15(2003년). 3. 13. 判時 1845호 149면은, 법인세법상의 질문검사의 권한이, 범칙사건조사를 담당하는 자에게 의뢰되어, 그 조사에 협력할 의도를 바탕으로, 증거자료를 보존하기 위해 행사될 가능성을 배제하지 못하여, 일면에서는 범칙사건의 조사 혹은 수사를 위한 수단으로 행사되는 것으로 평가할 수 있어, 舊법인세법 제156조 위반이 된다고 판시하였는데(다만, 증거능력은 긍정), 그의 상고심에 있어서, 最決 平成 16(2004년). 1. 20. 刑集 58권 1호 26면【百選 I 111】判例集 109은, 질문검사권의 행사에 있어서, 취득수집된 증거자료가 후에 범칙사건의 증거로서 이용될 것이 상정되었다고 하더라도, 그것에 따라 바로, 해당 권한이 범칙사건의 수사 또는 수사를 위한 수단으로 행사되는 것은 아니라서, 본건의 경우에는, 후에 범칙사건의 증거로서 이용될 것으로 상정될 수 있으므로, 舊법인세법 제156조 위반은 없다고 판시하였다.²⁴²⁾

④ 소결

확실히 행정목적의 이름을 빌려 헌법의 취지를 벗어나는 것은 방지하지 않으면 안된다. 그러나 비밀은 보호의 가치를 말하는데, 범죄는 납세자의 개인의 비밀에 맞지 아니하고, 보호할 가치가 없기 때문에, 행정조사에 우연히 마약 및 사기의 증거를 발견한 경우뿐만 아니라, 조세범칙사실을 발견한 경우도, 행정조사의 이름을 빌려 출입한 것이 아니므로, 경찰 및 탈세적발부문의 통보의무가 있다고 할 것이다. 이 경우, 고발의무우선설처럼 통보가 정당행위여서 위법성을 조각할 수 있다는 견해도 있으나, 수비의무에 해당하지 않기 때문에, 위법성조각사유 이전의 문제로 이해해야 한다는 견해도 있다.²⁴³⁾ 반대로, 국세범칙취제법에 근거하여 강제조사에서 얻은 자료를 과세처분에 이용하는 것은 허용된다.²⁴⁴⁾

“범죄수사를 위해 알게 된 것으로 해석되어서는 안된다”라는 규정이 없는 법률(식품위생법)도 있지만, 헌법상 이것이 있는 경우와 마찬가지로 해석해야 할 것이다.²⁴⁵⁾

昭和39(1964年) 임시행정조사회 제3전문부회 2분과회 「行政手續法草案」에는, 조사

242) 宇賀克也, 前掲書, 159면

243) 最判 昭和 63(1988년). 3. 31, 判時 1276호 39면

244) 最判 昭和 63(1988년). 3. 31, 判時 1276호 39면

245) 阿部泰隆, 前掲書, 310면

권과 범죄수사와의 관계로서 “제29조 행정청이 법령에 근거하여 행하는 立入検査(출입 검사) 그 밖의 조사의 권한은, 범죄수사를 위해 인정된 것으로 이해되어서는 아니된다”라는 조문이 있다. 마찬가지로의 규정을 둔 개별실정법도 많다. 형사소송법연구자 笹倉宏紀의 「행정조사와 형사소속(1)(2)(3)」은 행정상의 조사권을 “범죄수사를 위해 사용하는 것은 허용되지 아니한다”라는 것의 근거를 묻고, 논의의 출발점으로 삼고 있다.²⁴⁶⁾

(3) 행정조사와 범칙조사 간 자료의 공유

犯則調査란 탈세로 대표되는 조세범의 용의가 있는 경우(조세범칙사건), 그것을 해명하여 고발등을 행하기 위한 사찰관등의 收税職員에 의한 행해지는 조사를 말한다. 임의조사의 방법도 있으나, 실질적으로는 경찰관·검찰관의 임무를 대행하는 것이기는 하지만, 강력한 강제조사권이 부여되어 있는 점에 커다란 특색이 있다. 범칙조사에 있어서 강제조사를 하는 경우에는 재판관이 발부하는 영장이 필요하다(국세범칙취제법 제2조제1항).

고발자체는 인정(범죄의 징빙(徵憑)이 있다는 정보의 제공을 인정) 되는 것으로 하고, 행정조사에서 얻어진 증거자료등을 수사기관에 인도하는 것에 대해서는, 일정한 절차적 제약을 두는 것이 고려될 수 있다. 행정조사에서 얻어진 자료의 범죄수사에의 이용이 무조건으로 가능하다면, 헌법 제35조의 영장주의 및 헌법 제38조제1항의 묵비권의 보장을 벗어나는 것이다. 그러나 앞의 平成 16(2004년). 1. 20.은 행정조사에서 입수한 자료를 高松국세국조사사찰부에 송신한 사건에서, 해당 자료의 형사소송에 있어서 증거능력을 긍정하였다. 또한 高松高判 平成 9(1997년). 10. 9. 税資 233호 707호도, 세무조사에 의해 취득한 자료를 영장에 의하지 않은 범칙조사에 이용한 사안에서, 해당 자료의 증거능력을 긍정하였다. 다른 한편, 공정거래위원회가 平成 16(2004년). 5. 19.에 공표한 「독점금지법개정(안)의 개요」에 있어서는, 행정조사부문에서 직접·자발적으로 조사결과에 근거한 정보, 증거물의 범칙조사부문에의 제공등은 행할 수 없도록 하는 것이 명기되어, 平成 17(2005년)에 개정된 독점금지법 제76조제1항에 근거한 「공정거래위원회의 범칙사건의 조사에 관한 규칙」(平成 17(2005년). 10. 19.) 제4조제4항에서, 심사관이 범칙사건의 단서가 된다고 생각하는 사실을 직접 범칙사건 조사직

246) 須藤陽子, 前掲書, 177면

원에게 보고하는 것이 금지되었다.²⁴⁷⁾

나. 행정조사와 즉시강제와의 관계

행정조사는 그의 실효성을 담보하기 위하여 통상 출입·검사의 거부·기피·방해, 허위보고 또는 답변거부에 대해 처벌규정을 수반한다. 벌칙에 의해 담보된 이러한 종류의 조사활동을 종래 즉시강제의 하나의 태양으로 파악하는 것이 다수였다.

그러나 일반적으로 양자는 다음과 같은 차이점에서 다르다. 예를 들면, 행정조사로서의 출입규정에 근거한 즉시강제같이 상대의 저항을 물리적으로 배제하고, 상대의 의사에 반하여 출입을 강행하는 것은 허용되지 않는다.

첫째, 양자는 그것을 필요로 하는 긴급성에 있어서 기본적인 차이가 있다. 둘째, 즉시강제는 저항을 배제하는 물리적 강제력의 행사에 다름아니나, 행정조사는 조사거부에 대한 벌칙의 적용에 의해 심리적으로 상대방을 강제하는 것이다. 셋째, 즉시강제는 강제력의 실시에 의해 직접적으로 그 목적을 실현시키나, 행정조사는 그 후에 행해지는 공권력 행사를 위한 수단에 불과하다.²⁴⁸⁾

戰後の 행정법학설은 어느 시기까지, 소방법 제4조제1항에 근거한 立入検査(출입검사)를 ‘즉시강제’로 이해하여, 일본헌법이 보장하는 영장주의의 예외로서 인정하였다. ‘어느 시기’라는 것은, 확실하게 시기를 단언하는 것이 곤란하기 때문인데, 전환기는 1990년대이다. 室井力, 兼子仁 등은 1980년대부터 1990년대초에 출판된 교과서 등에서는 즉시강제로서 자리매김하였다.

최근의 행정법학의 교과서는 ‘臨檢’ ‘検査’를 즉시강제가 아닌 행정조사의 카테고리에 두고 있다. ‘臨檢’ ‘検査’ 등에 있어, 재판소의 허가를 얻을 것이 법정되어 있는 경우에는 실력을 행사하는 것은 인정되고, 재판소의 허가가 법정되어 있지 않은 立入(출입)을 거부하면 형사벌만을 규정하고 있는 경우에는, 실력을 행사하는 것을 인정하지 않는 입장을 취하고 있다. 그러나 재판소의 허가(영장)를 실력의 행사 내지 유형력의 행사를 수반하는 즉시강제의 요건으로 하는 것은, 즉시강제의 존재의의를 부정하는 것으로

247) 宇賀克也, 前掲書, 160~161면

248) 成田頼明·荒秀·南博方·近藤昭三·外間寛, 「現代行政法」제5판(有斐閣, 2002), 233면

보는 견해도 있다.²⁴⁹⁾

7. 일본 행정조사의 특수성

가. 행정조사의 요건

행정조사는 법률이 정하는 바에 근거하여 실시되나, 행정조사에 관한 현행법의 규정은 대부분 모호한 불확정개념으로 정해져 있기 때문에, 그 요건의 인정 및 실시의 결정, 시기 및 방법 등의 선택은 집행기관에게 대폭 재량으로 위임되어 있다. 자의적 실시가 허용되어서는 안된다. 조사는 법규의 취지목적에 비추어 공정하게 행해지지 않으면 안된다.²⁵⁰⁾

행정조사에는 여러 가지 형태가 있으므로 그 요건을 일반적으로 논하기는 곤란하다. 다만, 조사가 없는 결정이란 있을 수 없다고 하는 것을 전제로 할 것 같으면, 임의적 수단에 의하는 한에 있어서는, 특히 조사를 행하는 것에 대한 요건을 논할 의의는 없다(물론 그 조사는 소관사무와의 관계가 있는 것이 아니면 아니된다). 이에 대하여 해당 행정조사에 벌칙에 의한 담보가 있거나 혹은 실행행사에 이를 수 있다고 하는 때에는 어떠한 경우에 해당 조사권한을 발동할 수 있는가 하는 점이 문제된다. 이 점에 관해서 최고재판소 판결은 소득세법상의 질문검사권의 발동은 객관적인 필요성이 있을 것을 요건으로 하고 있다.²⁵¹⁾

질문검사의 요건에 있어서, 국세통칙법 제74조의2에는 “조사에 있어서 필요가 있으면”이라는 규정뿐이지만, 절차에 있어서는, 동법 제74조의9 내지 제74조의10이 조사의 사전통지등을 정하고 있다.

나. 행정조사 유형에 따른 사법적 통제

(1) 임의조사에 대한 사법적 통제

임의조사(비권력적 조사)는 조사의 상대방에게 수인의무가 과하여져 있지 않은 행정

249) 須藤陽子, 前掲書, 187면

250) 原田尚彦, 「行政法」제3차개정판(學陽書房, 平成 13(2001년), 144면

251) 最判 昭和 48(1973년) 7. 10 刑集 27권 7호 1205면, 行政判例百選 I, 99事件)

조사이다. 즉 상대방의 자발적인 협력에 근거하여 행하는 조사이다. 예를 들면, 경찰관의 직무질문에 부수되어 행하는 소지품검사가 대표적이다.

경찰관직무집행법 제2조제1항은 “경찰관은 이상한 거동 그 밖의 주위의 사정에서 합리적으로 판단하여 어떠한 범죄를 범하고, 혹은 범하려하고 있다고 의심되는 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행한 범죄에 대해서 혹은 범죄가 행하여지려고 하는 것에 대하여 알고 있다고 생각되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다”고 규정하고 있다.

最判 昭和 53(1978년). 6. 20. 刑集 32권 4호 670면은, 이 규정을 근거로 일정범위에서 소지품검사를 하는 것을 인정하여, 상대의 동의 없이 핸드백의 지퍼를 연 행위를 적법하다고 하였다.

最判 昭和 53(1978년). 9. 7. 刑集 32권 6호 1672면【百選 I 112】은, 경직법 제2조제1항에 근거한 직무질문에 부수되어 행해지는 소지품검사는 임의수단으로 허용되는 것이기 때문에, 소지인의 승낙을 얻어 그 한도에서 이것을 행하는 것이 원칙이지만, 직무질문 또는 소지품검사의 목적, 성격 및 그의 작용등에 비추어보면, 소지인의 승낙이 없는 한 소지품검사는 일제 허용되지 않는다고 해석하는 것이 상당한 것은 아니고, 수색에 이르지 않는 정도의 행위는, 강제가 아닌 한, 설사 소지인의 승낙이 없어도 소지품검사의 필요성, 긴급성, 이로 인해 침해될 개인의 법익과 보호받아야 할 공공의 이익과의 형평 등을 고려하여 구체적 상황하에서 상당하다고 인정되는 한도에서 허용되는 경우가 있다고 해석하여야 한다”고 판시하였다. 호주머니에 손을 넣고 소지품을 꺼내어 검사를 한 행위는 일반적으로 프라이버시침해의 정도가 높은 행위이고, 또한 그 태양에 있어서 수색에 유사하기 때문에, 본건의 구체적 상황하에 있어서는 상당한 행위로 인정하기 어렵고, 직무질문에 부수되는 소지품검사의 허용한도를 일탈한 것이라고 판시하였다.²⁵²⁾ 최고재판소는 경찰관에 의한 소지품검사행위에 대하여 이것을 경찰관직무집행법 제2조제1항에 근거한 직무질문에 부수하는 임의수단이라 파악하면서도, 구체적인 상황에 따라 소지인의 승낙 없이도 검사를 하는 것이 허용되는 경우가 있는 것으로 보고 있다. 이 경우 질문에 관하여 경찰관직무집행법에 규정되어 있으므로 소지인의 승낙이 없는 소지품검사도 허용되는 것으로 하고 있는 것인지, 소지품검사의 성격상 어느 정도 상대방의 의사에 반할 수도 있다는 것인지 명확한 것은 아니다.²⁵³⁾

252) 宇賀克也, 前掲書, 151면

한편 최고재판소는 자동차검문에 대하여 조직구범으로서의 경찰법 제2조제1항을 제시하고, 이것을 임의의 협력을 구하는 방법, 형태로 행해지는 한도에서 인정한다(最決 昭和 55(1980년). 9. 22. 刑集 34권 5호 272면, 行政判例百選 I, 101사건, 行政法判例 76事件)고 하면서, 자동차검문에 관해서는 요건을 약간 엄격하게 하고 있으므로 소지품검사에 있어서는 경찰관직무집행법이라고 하는 작용법에 실마리가 있다는 것이 어떤 의미를 가지게 하는 것처럼 해석된다. 그러나 임의적 수단에 마침 법률의 근거가 있다는 것과 그 행사 정도의 문제와는 직접적인 관계를 가지는 것도 아니므로 두 가지 경우의 구별은 반드시 설득적인 것은 아니다. 어쨌든 현재의 실무의 상황은 반드시 법치주의의 원칙에 대응하는 것은 아닌 것처럼 생각하는 견해도 있다.²⁵⁴⁾

또 最決 昭和 63(1988년). 9. 16. 刑集 42권 7호 1051면은, 피고인의 승낙이 없고, 또 위법한 경찰서에서의 연행의 영향하에서 그것을 직접 이용하여, 피고인의 양말 땀겨진 부분에서 각성제등을 꺼낸 것은 위법한 소지품검사라고 했지만, 위법절차로 인해 얻어진 증거의 증거능력이 바로 부정된다고 해석해야 하는 것은 아니고, 그 위법의 정도가 영장주의의 정신을 몰각할 정도로 중대한 것이고, 증거로서 허용하는 것이, 장래에 있어서 위법한 수사의 억제에 견지에서 보면 상당하지 않다고 인정될 때, 그 증거능력이 부정된다고 한다(결론적으로 형사소송상 증거능력을 긍정).²⁵⁵⁾

最決 平成 15(2003년). 5. 26. 刑集 57권 5호 620면은, 피고인에 대한 흥분제취제법 위반의 혐의가 비약적으로 높은 상황에 비추어보면, 흥분제가 그 장소에 존재하는 것이 강하게 의심되는 것과 동시에, 바로 보전책을 강구하지 않으면, 이것이 散逸되어 버릴 우려도 높다고 생각되는 것, 눈앞에서 행해지는 소지품검사에 대해서, 피고인이 명확하게 거부의 의사를 표시하는 일이 없었다는 점, 소지품검사의 태양은 바닥에 있는 것을 테이블 위에 두고 있는 財布에 대해서, 둘로 접은 부분을 벌려 윗지퍼가 열려 있는 동전지갑 부분에서 비닐봉투에 들어 있는 흰색 결정을 발견하여 뽑아냈다고 하는 한도에 머물고 있는 것에 비추어, 상기 소지품검사는 적법하게 행해졌다고 판시하였다.²⁵⁶⁾

253) 塩野 宏, 前掲書, 284~285면

254) 塩野 宏, 前掲書, 285면

255) 宇賀克也, 前掲書, 151면

256) 宇賀克也, 前掲書, 151면

결론적으로 임의조사에 있어서는 반드시 법률의 근거가 필요한 것은 아니라고 해석되고 있으나, 상대방의 승낙이 없는 경우의 조사의 허용성 및 그 경우의 조사의 한도와 방법이 문제가 된다.

(2) 간접강제조사에 대한 사법적 통제

간접강제조사는 상대방이 조사에 자발적으로 따르지 않는 경우에 벌칙이나 영업정지 등의 일정한 제재의 적용을 받게 되는 조사를 말한다(예, 소득세법상의 세무조사).

상대방이 조사를 거부하는 경우에는 조사를 강행할 수 없다고 이해된다. 〈川崎民商事件〉²⁵⁷⁾은 영장주의와 공술거부권의 보장이 행정절차에도 미친다는 것을 인정한 판례이다. 다만, 결론적으로는 소득세법상의 질문 및 검사는 물리적 강제에 근거해 조사할 수는 없으며, 또한 형사책임의 추급 및 결부되는 것도 아니라는 이유를 들어, 해당 절차에 있어서는 이러한 보장이 미치지 않더라도, 헌법위반은 아니라고 판단하였다. 영장의 요부의 판단에 있어서는 〈成田新法事件〉²⁵⁸⁾에 인계되고, 여기에서는 “해당 출입이 공공의 복지의 유지라는 행정목적 달성을 위해 불가결한 것인지 여부, 형사책임 추급을 위한 자료수집에 직접 결부되는지 여부, 또한 강제의 정도, 태양이 직접적인 것인지 여부 등을 종합판단하여, 재판관의 영장의 요부를 결정해야 한다”고 판시하였다. 〈荒川民商事件〉은 세무조사에 있어서 질문과 검사의 범위·정도·시기·장소 등의 세목은 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨져 있기 때문에, 조사의 사전통지 및 조사이유의 제시가 행해지지 않았더라도 그 절차가 위법이 되는 것은 아니라고 판단하였다. 행정조사절차의 중요한 판례이다.²⁵⁹⁾

(3) 강제조사에 대한 사법적 통제

강제조사는 실력을 행사하여 상대방의 저항을 배제하여 실시하는 조사로서 즉시강제로서의 성격을 가진다. 우리나라의 경우 강제조사에 해당한다.

따라서 이 조사는 법률의 근거가 있는 경우에 한하고, 그 실시에는 영장이 필요하다

257) 最判 昭和 47(1972년). 11. 22. 刑集 26권 9호 554면.

258) 最判 平成 4(1992년). 7. 1. 民集46권 5호 437면·判時 1425호 45면

259) 高木 光·稻葉 馨, 前掲書, 137면

(예컨대, 국세법칙취제법 제2조제1항·제4항 및 출입국관리및난민인정법 제31조예의 위반조사). 출입국관리및난민인정법 제31조는 출입국관리 공무원이 임검, 수색, 압수를 함에 있어서 재판관의 허가를 얻어야 한다고 규정하여 영장주의를 채택하고 있다.

최고재판소판결 昭和 30(1955년). 4. 27. 刑集 9권 5호 924면, 判時 50호 4면은 영장 없는 압색·압수등에 대해, 현행법의 경우에는 형사절차와 마찬가지로 헌법 제35조 위반의 문제는 생기지 않는다고 판시하였다. 행정조사절차와 형사절차와의 유사성이라는 시점이 나타나고 있으나, 최고재판소는 그 후의 판례에서, 일반론으로서 양자간에 유사성 또는 직결성이 있는 경우에는 행정조사절차에도 헌법 제35조의 영장주의 및 동 제38조의 공술거부권의 보장이 미친다는 것을 인정하였다(川琦民商事件 및 最判 昭和 59(1984년). 3. 27. 刑集 38권 5호 2037면·判時 1117호 8면(尼琦得稅法違反事件) 등).

여기에서는 최고재판소 昭和 30(1955년). 4. 27. 판결을 살펴보기로 한다.

① 사실의 개요

피고인은, A가 법정의 제외사유 없이 주세법상의 면허를 받지 않고 燒酒등을 제조하기에 즈음해, 그 사실을 알고서 동인에게 장소를 알선하고, 그 사이 집을 지키고 그것을 방조한 것으로, 주세법 제62조등 위반의 죄가 문제되었다.

제1심 및 제2심 판결은 수세관리가 행한 동법 제3조제1항에 의한 差押에 근거하여 顛末書에 따라 사실을 인정하고, 위의 사실을 인정한 피고인을 유죄라고 하였다.

피고인은 상고취지에서, 국세법칙취제법 제3조제1항은 영장에 의한 수색·압수를 보장하는 헌법 제35조²⁶⁰⁾ 위반이라고 다음과 같이 주장하였다. (1) 헌법 제35조의 “제33조의 경우를 제외”는 司法官憲이 현행범인을 체포하는 경우에 한한다. (2) 수세관리가 현행범의 경우에 재판관의 허가 없이 압수·수색을 할 권한을 인정한 국세법칙취제법 제3조의 규정은 헌법 제35조에 위반한다. (3) 수세관리가 작성한 전말서는 헌법에 위반하여 이루어진 주거침입수색 및 압수의 사실을 기재한 것으로 위법증거이고, 그

260) 일본국 헌법 제35조 ① 누구든지 제33조의 경우를 제외하고 정당한 이유에 의하여 발부되고 수색하는 장소 및 압수하는 물건을 명시한 영장이 없으면 그 주거, 서류 및 소지품에 대하여 침입, 수색 및 압수당하지 아니할 권리를 침해당하지 아니한다.

② 수색 또는 압수는 권한 있는 사법 당국이 발부하는 특별한 영장에 따라 행한다.

증거를 채용하여 유죄로 한 원판결은 파기되어야 한다.

② 결정 요지

상고 기각.

“헌법 제35조는 동법 제33조의 경우를 제외하고 주거, 서류 및 소지품에 대한 침입, 수색 및 압수를 받지 않을 권리를 보장하고 있다. 이 法意는 동법 제33조에 의한 불체포의 보장이 존재하지 않는 경우에 있어서는 수색압수등을 받지 않을 권리도 역시 보장되지 않는다는 것을 분명히 한 것이다.

그런데 동법 제33조는 현행범의 경우에 있어서는 동조 소정의 영장 없이 체포되어도 이른바 불체포의 보장과는 관계가 없다는 것을 규정한 것이기 때문에, 동 제35조의 보장도 역시 현행범의 경우에는 미치지 않는다고 말하지 않을 수 없다. 그러므로 적어도 현행범의 경우에 관한 한, 법률이 사법관헌에 의하지 않고 또한 사법관헌이 발부한 영장에 의하지 않고 그 범행의 현장에 대해 수색, 압수등이 없이 얻을 것을 규정한 것이기 때문에, 입법정책상의 당부의 문제에 지나지 않는 것이라서, 헌법 제35조 위반의 문제를 생기게 할 여지는 존재하지 않는다. 그것과 다른 견지에 서서 국세범칙취제법 제3조제1항의 규정을 헌법 제35조 위반이라고 주장하여, 다만 그것을 전제로서 원판결에 소송법위반이 있다는 논지에는 찬동할 수 없다.”

③ 평가

최고재판소판결 昭和 30(1955년). 4. 27. 刑集 9권 5호 924면, 判時 50호 4면은 영장 없는 수색·압수등에 대해, 현행범의 경우에는 형사절차와 마찬가지로 헌법 제35조 위반의 문제는 생기지 않는다고 보고 있다.

II. 일본 행정조사와 공법상 한계 논의

1. 적법절차의 원칙 적용범위

가. 절차적 통제의 필요성

행정의 자의를 배제하고 개인의 자유와 권리를 보호하기 위한 법치주의는 대륙법계의 경우에는 종래 행정작용의 실체법적 규율만을 요구하는 것으로 인식되었으나, 현대산업국가에서 볼 수 있는 바와 같은 행정의 복잡다양화와 전문기술화, 행정입법과 행정계획 및 각종 사실행위 증대, 그리고 이에 따른 행정재량의 증대에 따라 실체법적 규제만으로는 행정의 적정성을 확보하기가 어렵게 되었다. 따라서 행정에 대한 실체적 규율의 불비를 절차적 규제를 통하여 보완함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성과 민주성을 확보하지 않을 수 없게 되었다.

일본의 행정절차법의 제정과정을 살펴보면, 행정절차법연구회의 제1차 제안에는 행정조사절차에 관한 규정을 마련하였지만 동법의 제정시에는 반영되지 못하였다. 다만, 이 안도 확인적인 3개를 두는데 그쳤는데, 그 내용은 다음과 같다.²⁶¹⁾

“제0302조: 행정청은 직권에 의하여 사실관계를 조사하는 것으로 한다.

제0302조: 조사의 방법 및 범위에 대해서는 관계자의 이익을 고려하며, 또한 상당한 한도에 이르지 않으면 안되는 것으로 한다.

제0303조: 행정청에 의한 출입·검사 기타의 조사의 권한은 범죄수사를 위하여 인정된 것으로 해석되어서는 아니되는 것으로 한다.”

나. 사전통지·이유제시

(1) 최고재판소 판례

① 사실의 개요

피고인 X는 東京都 荒川区에서 프레스가공업을 경영하였는데, 荒川세무서는 X의昭

261) 塩野 宏, 前掲書, 289면 각주 (4)

和 40(1965년)년도의 소득세에 대해 과소신고의 의심이 있으므로, 조사 필요가 있다는 것을 인정하여, 昭和 41(1966년) 8월부터 9월까지, 3회에 걸쳐 조사관을 X측에 파견해서 X측과 문답을 하여 조사목적을 달성할 수 있었다. 그래서 9월 12일에 2명의 조사관이 X측에 나가, X와 그의 장남 S를 만나, 昭和 40(1965년)년분의 소득세에 대해 소득세법상의 질문검사권에 따라 필요가 있는 조사를 한다는 것 및 조사에 응하지 않으면 벌칙이 부과된다는 것을 고지하고, 장부서류 및 공장 내부를 보여달라는 등의 취지를 말하였으나, X는 보여주지 않고, 말할 수 없다고 하였으며 S도 “몇번 얘기해도 똑같은 것이기 때문에, 이제 돌아가달라” “생활의 보장이 없는 한 답하지 않겠다” “조사는 못한다” 등 큰소리로 말하며 양손으로 조사관의 허리를 누르는 등 방해행위를 하였다. 결국 X의 행위는 소득세법 제24조제8호에 규정된 不答辯罪 및 檢査拒否罪에 해당되어 기소되었다. 제1심 동경지방법판소는 “소득세법 제24조제8호의 죄는 그 질문등에 있어서 합리적인 필요성의 인정뿐만아니라, 그 不答辯등을 처벌대상으로 하는 것이 불합리하지 않다는 특단의 사정이 인정되는 경우에만, 성립된다”고 하면서, 본건에 있어서는 특단의 사정이 인정되지 않다는 것을 이유로 무죄를 선고하였다. 이에 대해, 항소심인 동경고등재판소는 본건 검사요구는 “특히 부당위법한 것으로 인정되지 않고, X의 검사거부를 정당시할 어떠한 사유도 발견할 수 없고, 특히 본건에 있어서는 원판결이 말하는 그것을 처벌의 대상으로도 결코 불합리하다고 할 수 없는 특단의 사정에 상당하다고 볼 수 있는 사정도 있다는 것이 인정된다”고 하여, 1심판결을 파기하고 X를 벌금 3만 엔에 처하였다.

② 최고재판소 결정요지

“소득세법 제23조제1항의 규정은, 국세청, 국세국 또는 세무서의 조사권한을 가진 직원에게, 해당 조사의 목적, 조사해야 하는 사항, 신청, 신고의 体裁內容, 장부등의 기입보존상황, 상대방의 사업의 형태 등 모든 구체적인 사정 감안, 객관적으로 필요성이 있다고 판단되는 경우에는 前記 직권조사의 하나의 방법으로서, 동조 제1항 각호 규정의 자에 대해 질문 또는 그의 사업에 관한 장부, 서류 그 밖의 해당 조사사항에 관련성을 가진 물건의 검사를 행할 수 있는 권한을 인정한다는 취지로서, 이 경우의 질문검사의 범위, 정도, 시기, 장소등 실정법상 특단의 정함이 없는 실시의 세목에 있어서는, 위와 같은 질문검사의 필요가 있고, 그것과 상대방의 사적 이익과의 衡量에 있

어서의 사회통념상 상당한 한도에 머무르는 한, 권한 있는 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨지고 있는 것으로 해석되고, 또한 曆年²⁶²⁾ 종료 전 또는 확정신고기간 경과전이라고 해도 질문검사가 법률상 허용되지 않는 것은 아니고, 실시의 일시 및 장소의 사전통지, 조사의 이유 및 필요성의 개별적, 구체적인 고지 따위도 질문검사를 행하는데에 법률상 일률적인 요건으로 되어 있는 것은 아니다.”(最決 昭和 48(1973년). 7. 10. 刑集 27권 7호 1205면(〈荒川民商事件〉), 百選 I 110)

③ 평가

최고재판소는 昭和 48(1973년). 7. 10. 〈荒天民商事件〉에서 “조사권한을 가진 직원에, 해당 조사의 목적, 조사해야 하는 사항, 신청, 신고의 体裁内容, 장부등의 기입보존 상황, 상대방의 사업의 형태등 모든 구체적인 사정 감안, 객관적인 필요성이 있다고 판단되는 경우에” 질문검사가 인정되고, “이 경우의 질문검사의 범위, 정도, 시기, 장소등 실정법상 특단의 정함이 없는 실시의 세목에 있어서는, 위와 같은 질문검사의 필요가 있고, 그것과 상대방의 사적 이익과의 형량에 있어서의 사회통념상 상당한 정도에 머무르는 한, 권한 있는 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨지고 있는 것으로 이해되고, 또한 曆年 종료 전 또는 확정신고기간 경과전이라고 해도 질문검사가 법률상 허용되지 않는 것은 아니라”고 판시하였다.

행정조사에 있어서 절차로서의 사전통지 및 이유제시도 고려될 수 있지만, 최고재판소는 위에서 보는 바와 같이 소득세법상의 질문검사에 관해, 실정법상 규정이 없는 실시의 세목에 대해서는, 세무직원의 합리적인 선택에 위임되어 있고, “실시의 일시장소의 사전통지, 조사의 이유 및 필요성을 개별적, 구체적으로 공지하는 것도, 질문검사를 행하는데 법률상 일률적인 요건은 아니다”라고 판시하고 있다.

그러나 이 결정은 ‘정보’의 가치가 인정받기 전의 것이다. 과세청과 납세자가 대립하는 국면에서는 이렇게 표현하는 것도 어쩔 수 없을지도 모르지만, 설명책임이 중시되는 오늘날에는, 원칙적으로 사전에 이유제시가 필요한 것으로 보아야 할 것이다.²⁶³⁾

〈荒天民商事件〉에 관한 판결은 ① 세무조사의 요건에 있어서, “제반의 구체적 사정

262) 책력에서 정한 일 년. 태양력에서는 평년이 365일, 윤년이 366일이다.

263) 芝之義一, 前掲書, 191면

을 감안한, 객관적인 필요성이 있을” 것을 요구한다는 점, ② 실시의 세목에 있어서는, 세무직원의 합리적인 재량에 맡겨져 있으나, 비례원칙에 의한 제약이 미친다는 점, ③ 사전통지 및 조사이유의 개시에 있어서, “법률상 일정한 요건으로 되어 있는 것은 아니다”라는 것이나, 요건으로 하는 경우가 있을 수 있는 것은 부정할 수 없다고 해석된다는 점 등이 주목된다. 모두 추상적인 요건에 머물러 있기 때문에, 2011년 법개정에 의해 ③에 관하여 사전통지등의 절차가 정비된 것은, 판례상 남아 있던 과제의 일부를 입법에 의해 해결한 것으로 중요하다고 할 수 있다.²⁶⁴⁾

(2) 사전통지에 관한 학설

학설상으로 적극적인 견해를 취하는 경우도 있다. 즉 일본 소득세법 제234조의 질문 검사권의 행사로서의 조사는 과세처분을 할 것인지의 여부에 관한 자료를 수집하는 것을 목적으로 하는 것이고 행정 차원의 것이기 때문에 그 행사에 있어서는 가능한 한 조사대상자측의 사정을 고려하는 것이 당연하고, 그것을 절차적으로 보장하는 것이 불가결하기 때문에, 사전통지를 하는 것은 질문검사권 행사의 적법요건이라고 해석하는 견해가 있고, 사전통지나 이유공개는 긴급성이나 급박성이 있는 경우를 별론으로 하고, 그것이 구체적으로 법정되어 있지 않은 경우에도 조사를 거부·방해·기피한 경우에 벌칙을 과하는 것과 같은 경우에는 이 요청은 충족되어야 한다는 견해 등이 있다.

법률상 인정되는 조사의 사전절차로서는 사전통지, 의견서 제출 기회의 부여(자연환경보전법 제31조제2항, 자연공원법 제50조제2항 등을 참조), 거주자 등의 출두를 명하는 조사는 행정처분의 형식으로 행하는 것으로, 일종의 불이익처분으로서의 행정절차법을 적용하는 것도 가능하나, 행정절차법은 ‘정보의 수집을 직접 목적으로 하는 처분 및 행정지도’를 적용제외하고 있다(행정절차법 제3조제1항제14호).

(3) 이유제시에 관한 학설

일본의 경우에는 세무조사와 관련하여 판례상 이에 대한 논의가 있었는바, 이를 간단히 살펴보면 다음과 같다. 지방법원급의 판례에서는 “피조사자가 이유의 개시를 요구할 경우, 조사의 구체적 이유를 해당 세무직원이 개시하지 않으면 안된다고 하는 것은,

264) 中原茂樹, 前掲書, 209면

…세무당국의 자의에 의한 질문검사권의 행사에서 납세자의 정당한 권리를 지키기 위하여 납세자에게 부여된 중요한 권리의 행사라고 할 수 있다. 따라서 세무직원이 조사이유를 개시하지 않은 것은 결코 경시되어서는 안된다”²⁶⁵⁾라고 하여 조사이유를 개시하지 않고 행한 세무조사를 위법하다고 판시한 예가 있다. 그러나 그 후의 최고재판소는 조사일시·장소·조사이유·조사의 필요성이나 고지에 관하여는 “질문검사권을 행하는 일률적인 요건은 아니다”라고 판시하여 소극적인 입장을 취하였다(최고재판소 昭和 48(1973년). 7. 10. 결정〈荒天民商事件〉).

이에 반하여 학설상으로는 조사이유를 개시하지 않고 행한 조사는 위법이 된다는 견해가 주류를 이루고 있다. 대표적인 견해를 살펴보면, 첫째, 질문검사권의 행사는 순수하게 행정목적적인 것이지만 그것 자체로 우월한 권력적 작용이고 사실상 조사대상자에게 사생활이나 영업, 인권에 중대한 영향을 주는 것이고, 둘째, 각종 세법은 해당 조사에 관한 조사의 필요가 있을 때에만 질문검사를 할 수 있다고 규정하고 있으며, 셋째, 질문검사권의 행사는 벌칙에 의하여 담보되고 있는 점 등을 근거로 이유제시는 질문검사권 행사의 적법요건이며, 검사거부죄 등의 성립요건을 구성하는 것이라고 한다.²⁶⁶⁾

2. 영장주의의 적용 논의

먼저 형사절차에 관한 헌법상의 규정이 행정조사절차에도 적용되는가 되지 않는가가 문제된다. 구체적으로 말하면, 헌법 제35조에서 정하는 재판관의 영장주의(형사절차상 수색 및 차압에는, 재판관이 발하는 영장이 필요하다), 헌법 제38조에 보장되고 있는 공술거부권이 행정조사로서의 질문검사에도 미치는가 미치지 않는가 하는 점이다.²⁶⁷⁾ 참고로 범칙조사는 실질적으로 조세범의 수사로서의 기능을 수행하기 때문에, 재판관의 허가장이 법률상 요구된다.²⁶⁸⁾ 즉 행정기관이 행하는 강제조사에 재판관의 영장에 근거한 것으로는 국세범칙취체법 제2조, 관세법 제121조, 증권거래법 제211조에 있어서의 臨檢·檢索·押留 등이 있다.

265) 静岡地裁 昭和 47(1972년). 2. 9. 판결

266) 北野弘久, 「質問検査權の法理」(成文堂, 1974), 20~21면

267) 原田尚彦, 「行政法要論」全訂제5판(學陽書房, 2004), 239면

268) 中原茂樹, 前掲書, 207면

따라서 순수한 행정절차 - 질문검사와 같은 간접강제조사 - 에 있어서는 어떻게 할 것인가가 문제된다. 최고재판소는 소득세법의 질문검사권과의 관련에 있어서 헌법 제 35조가 배타적으로 형사절차에만 적용이 있는 것이 아니라 행정절차에도 그 여지가 있다고 하면서, 그러나 소득세법의 질문검사권에는 적용이 되지 않는다고 하였다.²⁶⁹⁾ 적용되지 아니한다고 한 취지는 목적이 형사책임의 추궁이 아니라는 점, 자료도 당연히 형사절차에서 쓰이는 것이 아니라는 점, 간접강제에 그친다는 점, 다시 말하자면 직접적인 실력의 행사가 아니라는 것, 징세목적으로부터의 필요성이 높다는 점 등이다.

最判 昭和 47(1972년). 11. 22. 〈川崎民商事件〉의 사건의 개요와 결정 요지를 소개하면 다음과 같다.

① 사실의 개요

昭和 40(1965년) 법률 33호에 따른 개정 전 舊소득세법 제63조(헌행법의 제134조에 상당)는 收稅官吏가 소득세에 관한 조사에 있어서 필요가 있는 때는 납세의무자등에 질문하고, 또는 장부서류 그 밖의 물건을 검사하는 것이 가능하다는 취지를 규정하고, 동 제70조제10호·12호(헌행법의 제22조제8호에 상당)에 따라, 검사를 거부하고, 방해 또는 기피한 자 및 질문에 대해 답변을 거부한 자에 대해 1년 이상의 징역 또는 20만엔 이하의 벌금에 처하도록 규정하였다. 川崎(가와사키)세무서는 피고 川崎민주상공회원 Y의 소화 37(1962년) 년도 소득세확정신고에 過少申告의 의심을 포함하여, 38(1963년) Y의 장부서류등의 검사를 하려 하였으나, Y는 그것을 거부하여 조사거부죄로 기소되었다. 제1심, 제2심에서도 유죄.

여기서 ① 검사거부죄(방해, 기피를 포함한 제70조10호·12호)의 내용을 정한 제36조의 조사권은 불명확하여 헌법 제31조 위반, ② 제63조·제70조제10호가 재판소의 영장 없는 강제적인 검사권을 인정한 것은 헌법 제35조 위반, ③ 위의 조항에 근거한 조사·질문에 따라 소득세포탈(舊소득세법 제69조(헌행법의 제238조에 상당)의 사실이 있으면 세무직원은 동 사실을 고발할 수 있기 때문에, 그 검사·질문은 형사소추를 받을 우려가 있는 사항에 대해 공술을 강제한 것으로 헌법 제8조 위반을 이유로 상고.

269) 最判 昭和 47(1972년). 11. 22. 刑集 26권 9호 554면, 行政判例百選 I, 98사건, 行政法判例 86사건〈川崎民商事件〉

② 결정 요지

(1) 신고서의 내용에 過少申告가 의심되는 것으로 인정되기 때문에, 그 조사를 위해 동 세무서소속직원이 “Y에 대해 매상부, 仕入帳 등의 呈示를 구함” 행위와 “직원의 직무상의 지위”는 舊소득세법 제63조 소정의 각 요건을 구비하여, 동조가 본건에 적용되는 경우, 그 내용의 불명확한 점은 없다.

(2) 동법 제63조의 “收稅官吏의 검사는 독점적으로 소득세의 공평확실한 부과징수를 위한 필요한 자료를 수집하는 것을 목적으로 하는 절차로서, 그 성질상, 형사책임의 추구를 목적으로 하는 절차만은 아니다”. 또한 過小申告의 사실이 밝혀져, 소득세 포탈사실이 발각될 가능성이 없는 것이 아니라서, “검사가 실질상, 형사책임추구를 위한 자료의 취득수집에 직접 결부되는 작용을 일반적으로 가지는 것으로 인정되는 점이 없지 않다. 이 경우, 檢査受忍의 강제는 “상대방의 자유로운 의사를 현저하게 구속하여, 실질상 직접적 물리적인 강제와 同視될 정도에 이르는 것은, 인정될 수 있다.” 檢査에 대해 재판관이 발한 영장을 요건으로 하지 않는 것이 헌법 제35조 위반이 되는 것은 아니다.

(3) 檢査는 소득세의 공평확실한 부과징수를 목적으로 하는 절차이고, 형사책임추구를 목적으로 하는 절차는 아니다. 헌법 제38조제1항의 “자기에게 불이익한 공술” 강요 금지규정의 보장은, “순연히 형사절차에 있어서만이 아니라 그 이외의 절차에 있어서도, 실질상 형사책임추구를 위한 자료의 취득수집에 직접적으로 결부되는 작용을 일반적으로 가지는 절차에는 한결같이 미치는 것으로 해석된다”는 것이, 본건의 검사, 질문의 성질은 헌법규정에 위반하는 것은 아니다.

③ 평가

헌법 제38조에 관해서도 기본적으로는 마찬가지이다. 이 판결을 전제로 할 것 같으면, 비록 행정조사절차라 할지라도 실력의 행사에 관련되는 한은 법관의 영장을 요한다고 하는 취지로 볼 수 있으며, 그것은 정당한 것으로 해석된다.

행정조사에 법관의 영장을 요구하는 있는 예로서 출입국관리및난민인정법의 위반조사(제31조)가 있지만, 이 경우에는 실력의 행사도 허용되는 것으로 해석된다. 이에 대

하여 즉시집행의 영역에서 경찰관직무집행법 제6조제1항은 실력의 행사를 인정하고 있는 취지로 해석되지만, 그럼에도 불구하고 법관의 영장을 요구하고 있지 않은 것은 긴급성의 요소에 의하는 것인 듯하다.

다음으로 보다 구체적인 절차의 방향에 대해 최고재판소 판결은 넓은 범위에서의 행정청의 재량을 인정하여 “제정법상 특별한 규정이 없는 실시의 세목에 대해서는, …… 질문검사의 필요가 있고, 또한 이것과 상대방의 사적 이익과의 형량에 있어 사회통념상 상당한 한도에 머무는 한, 권한 있는 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨진 것”(前掲 最判 昭和 48(1973년). 7. 10)이라 하고 있다. 이에 따르면, 조사일시·장소 등의 사전통지·조사사유 등의 고지는 반드시 필요한 것은 아니라는 말이 된다. 행정조사는 다종다양하므로 일률적인 규정에는 잘 들어맞지 않는 데가 있지만 특히 벌칙에 의한 담보가 있는 경우 등 조사가 강제에 이르는 것과 같은 경우에는 비례원칙이 엄격하게 미치는 것으로 보여지며, 또한 조사목적의 장애에 걸리지 않는 한, 사전의 통지 또는 조사에 있어서의 이유개시 등에 유념해야 할 것이다.

결론적으로 〈川崎民商事件〉에서의 최고재판소 판례는 영장주의의 적용이 일체 배제된다고 보아야 할 것은 아니라고 하였다(最判 昭和 47(1972년). 11. 22. 刑集 26권 9호 554면, 行政判例百選 I, 98事件, 行政法判例 86事件).

그러나, 영장주의를 엄격하게 관철한다면, 적시에 정확한 조사를 실시하는 것은 불가능하다. 여기서 최고재판소도 영장주의의 원칙적 적용을 인정하면서도, 소득세의 檢査는 공평과세를 위한 불가결한 것으로, 상대방의 자유의사를 압박하는 정도도 낮고, 형사책임과는 관계 없다는 것을 이유로 들어, 결론적으로는 영장주의가 적용되지 않아도 위헌은 아니라고 하였다.

행정조사의 실시의 기능에 비추어보아도 영장주의의 정신은 존중되어야 하나, 그것을 기계적으로 적용할 여지는 거의 없다.²⁷⁰⁾

위의 최고재판소 판례〈川崎民商事件〉는 헌법 제38조에 의한 공술거부권의 보장에 있어서도, “순연한 형사절차에서 뿐만아니라, 그 이외의 절차에 있어서도, 실질상, 형사책임추급을 위한 자료의 취득수집에 직접 결부된 작용을 일반적으로 가지는 절차에

270) 原田尚彦, 「行政法要論」全訂제5판, 239면

는, 한결같이 미친다”고 하였고, 소득세법상의 질문검사에 있어서는, 그 성질이 위와 같은 이상, “자기에게 불이익한 공술”을 강요하는 것이라고는 할 수 없다고 하고 있다.²⁷¹⁾

3. 묵비권과의 관계

헌법 제38조제1항(“누구도 자기에게 불이익한 공술을 강요당하지 아니한다”)의 묵비권의 보장이 행정절차에도 미친다는 것에 대해서는 전부터 논의가 있었다.²⁷²⁾

최고재판소는 〈川崎民商事件〉에서 헌법 제38조제1항의 黙秘權(黙否權)이 아니다. 부정하면 안된다. 그저 침묵만 하는 권리)의 보장은 순연한 형사절차뿐만아니라 그 이외에도 실질상, 형사책임추급을 위한 자료의 취득수집에 직접 결부되는 작용을 일반적으로 가지는 절차에 미친다고 보았다. 그러나 소득세법의 질문검사는 소득세의 공평확실한 부과징수를 목적으로 하는 절차이므로, 형사책임의 추급을 목적으로 하는 것이 아니라는 이유로, 헌법 제38조제1항에서 말하는 “자기에게 불이익한 공술”을 강요하는 것은 아니라고 판단하여, 이 경우에 묵비권의 보장은 없다고 판시하였다(最判 소화 47(1972년). 11. 22. 刑集 26권 9호 554호 〈川崎民商事件〉).²⁷³⁾

그 후 最判 昭和 59(1984년). 3. 27.은, 국세범칙취제법상의 범칙수사절차에 있어서, 헌법 제38조제1항의 규정에 의한 보장이 미치는 것으로 판단하였다. 왜냐하면 국세범칙취제법상의 범칙조사절차는, 그 절차자체가 수사절차와 유사하고, 이것과 공통되는 것이 있을 뿐만아니라, 해당 조사의 대상이 되는 범칙사건은, 간접국세 이외의 국세에 있어서는 동법 제12조의2 또는 제17조 각 소정의 고발에 의해 피의사건으로 형사절차로 이행되고, 고발전의 해당 조사절차에서 얻어진 質問顛末書 등의 자료도, 해당 피의사건에서의 수사 및 소추의 증거자료로서 이용이 예정되어 있기 때문에, 실질적으로는 조세범의 수사로서의 기능을 하고, 조세범수사의 특수성, 기술성등으로부터 전문적 지식경험을 가진 수세관리에게 인식된 특별한 수사절차로서의 성질을 가지고 있기 때문이다. 다만, 동 판결은 헌법 제38조제1항의 규정은 묵비권의 고지를 의무화하는

271) 中原茂樹, 前掲書, 208면

272) 宇賀克也, 前掲書, 157면

273) 阿部泰隆, 前掲書, 310면

것은 아니고, 고지를 요한다고 하는지의 여부는, 그 절차의 취지, 목적등에 의해 결정해야 하는 입법정책의 문제로서, 국세범칙취제법이 묵비권의 고지의 규정을 缺하여, 수세관리가 질문시에 고지를 하지 않았다 하더라도, 그 질문절차가 헌법 제38조제1항에 위반한 것은 아니라고 판시하고 있다.²⁷⁴⁾

또한 도로교통법 제67조제2항(현 제3항)의 규정에 의한 경찰관의 呼氣檢査를 거부한 자를 벌하는 동법 제120조제1항제11호(현 제118조의2)의 규정이 헌법 제38조제1항에 위반하는가가 다투어진 사안에 있어서, 最判 平成 9(1997년). 1. 30. 刑集 51권 1호 335면은, 동검사는 酒氣를 가지고 차량등을 운전하는 것을 방지할 목적으로 운전자로부터 呼氣를 채취하여 알콜 보유의 정도를 조사하는 것으로서, 그의 공술을 얻고자 하는 것은 아니기 때문에, 도로교통법 제120조제1항제11호의 규정은 헌법 제38조제1항에 위반하는 것은 아니라고 한다. 즉 呼氣檢査를 강제하는 것은 자기에게 불이익한 “공술”을 강요하는 것은 아니라고 판시하였다.²⁷⁵⁾

III. 위법한 행정조사의 효과

행정조사가 위법이었을 때에는 그 조사를 기초로 하여 행해진 행정행위에 어떠한 영향을 미치는가 하는 문제가 있다.²⁷⁶⁾ 행정조사는 일반적으로 행정측의 정보수집으로서 행해지는 것이다. 그 결과 행정행위가 행해지기도 하고 행해지지 않고 끝나는 경우도 있다. 그 한도 내에 있어서는 행정행위와는 상대적으로 독립된 제도이므로 조사의 위법은 당연히 행정행위의 위법을 구성하지 아니하는 것으로 볼 수 있다. 다만, 행정조사와 행정행위가 하나의 과정을 구성하고 있기 때문에 적정절차라는 관점에서 행정조사에 중대한 흠이 존재할 때에는 해당 행정조사를 거쳐 행해진 행정행위도 흠을 지니게 되는 것으로 볼 수 있다고 생각된다.²⁷⁷⁾

이 점에 관해서는 법률에 규정도 없고, 아직 최고재판소의 판결이 나와 있지 않

274) 宇賀克也, 前掲書, 157면

275) 宇賀克也, 前掲書, 159면

276) 宇賀克也, 前掲書, 162면

277) 塩野 宏, 前掲書, 290면

다.²⁷⁸⁾ 행정조사와의 관련에서 몇몇 하급심판결이 있지만, 판례는 나뉘어져 있다.

가. 행정조사의 위법과 행정행위의 위법을 준별하는 판례

행정조사의 위법과 행정행위(세무처분)의 위법을 준별하는 판례로는 大板地判 昭和59(1984년) 11. 30.을 들 수 있다(大板地判 昭和59(1984년). 11. 30 判例時報 1151호 51면).

나. 행정조사와 행정행위를 일응 구분하지만, 행정조사의 위법성이 공서양속에 반하는 정도로까지 이르는 때에는 행정행위의 흠을 가져온다고 하는 판례

행정조사와 행정행위를 일응 구분하지만, 행정조사의 위법성이 공서양속에 반하는 정도로까지 이르는 때에는 행정행위의 흠을 가져온다고 하는 판례로는 東京地判 昭和48(1973년). 8. 8을 들 수 있다(東京地判 昭和48(1973년). 8. 8 行裁例集 24권 8~9호 763면, 行政法判例 77사건).

한편 동 판결은 신분증명서의 휴대·제시의무를 정하고 있는 舊법인세법 제157조는, “원래 질문검사에 해당 세무서 직원 등의 신분을 밝혀 세무조사의 원활에 이바지함을 목적으로 하는 것”이기 때문에, 동조 위반이 되어도, 경정처분의 취소사유가 되는 정도의 위법성은 없다고 하였다.²⁷⁹⁾

다. 행정조사의 위법이 중대하지 않은 경우에 그의 증거능력이 긍정된다는 판례

과세처분은 과세표준의 존재를 근거로 하는 것이기 때문에, 그의 적부는 원칙적으로 객관적인 과세요건의 존부에 의해 결정되는 것이다. 만일 세무조사절차에 어떠한 위법이 있다하더라도, 그것이 전혀 조사를 결하거나, 또는 공서양속에 위반하는 방법으로 과세처분의 기초가 되는 자료를 수집한 등의 중대한 것이 아닌 한 과세처분의 취소이유

278) 中原茂樹, 前掲書, 211면

279) 中原茂樹, 前掲書, 211면

로는 되지 않는다고 해석된다는 판례로는 大板地判 平成 2(1990년). 4. 11이 있다.²⁸⁰⁾

라. 행정조사와 행정행위를 분리하지만, 중대한 위법성을 가진 조사에 의해 일어난 자료는 처분의 자료로써 쓰일 수 없다는 판례

행정조사와 행정행위를 분리하지만, 중대한 위법성을 가진 조사에 의해 일어난 자료는 처분의 자료로써 쓰일 수 없다는 판례로는 京地判 昭和61(1986년).3. 31을 들 수 있다(東京地判 昭和 61(1986년). 3. 31 判例時報 1190호).

마. 행정조사를 아주 게을리했을 때에는 행정행위는 전제요건을 결하여 위법이 된다는 판례

행해진 행정조사가 위법인 경우에 관한 것이지만, 행정조사를 아주 게을리했을 때에는 행정행위(更正處分)는 전제요건을 결하여 위법이 된다는 판례가 있다(名古屋高判 昭和48(1973년). 1. 31. 行裁例集 24권 1~2호 45면). 이러한 경우를 포함하여 행정조사에 있어서의 조사의무위반(懈怠)이라는 각도에서 문제를 고찰하는 견해도 있다.²⁸¹⁾

바. 행정조사가 객관성, 실증성을 결하여 행정행위가 위법이 된다는 판례

행정조사가 객관성, 실증성을 결하여 행정행위가 위법이 된다는 판례로는 東京高判 平成 17(2005년). 10. 20.이 있다(東京高判 平成 17(2005년). 10. 20. 判時 1914호 43면).

도시계획에 관한 기초조사의 결과가 객관성, 실증성을 결하였기 때문에 토지이용, 교통등의 현상의 인식 및 장래의 전망이 합리성을 결하였음에도 불구하고, 불합리한 현상의 인식 및 장래의 전망에 근거하여 도시계획이 결정된 것으로 인정할 때에는, 해당 도시계획결정은 위법이라고 판시하였다.²⁸²⁾

280) 芝池義一, 前掲書, 200면

281) 遠藤博也, 「實定行政法」(有斐閣, 1989), 181면; 遠藤博也·阿部泰隆, 「講義行政法 I」(1984), 329면 이하 참조

282) 宇賀克也, 前掲書, 162면

IV. 요약 및 소결

(1) 일본에서 행정조사는 일반적으로 행정기관에 의해, 행정목적의 달성을 위해 사인에 대해 행하는 조사활동·정보수집활동을 말하는 것으로 정의되고 있다.

(2) 일본에서 행정조사라는 개념을 행정법학에 자리매김하고자 하는 시도는 1970년대부터 시작되었다. 鹽野 宏의 시도로부터 40여년이 지난 지금, 일본 행정법학에서 있어서 행정조사를 논할 의의 및 필요성은 충분히 인식되었다. 그러나 행정조사의 개념 및 현대행정법학의 체계에 있어서 자리매김에 대해서는 학설의 행방은 아직 정해지지 않고 있는 상황이다.

(3) 일본에서 행정조사는 사실상 행정에 의해 수행되는 것도 있고, 법률에 근거하여 상대방인 국민에게 의무를 부과하는 형태로 이루어지는 것도 있다.

사회공공정보를 수집하는 조사, 개인정보·단체정보를 수집하는 조사, 제3자조사, 간접강제조사(간접강제를 수반하는 조사: 조사에 따르지 않으면 처벌하는 조사), 강제조사(상대방의 저항을 배제하여 행할 수 있는 조사) 등 유형별로 법적 근거가 다양하나, 강제성이 있는 경우에는 법적 근거가 필요한 것으로 보고 있다.

(4) 일본에서는 행정조사를 다양하게 분류하고 있다. ① 山村恒年の 분류, ② 阿部泰隆의 분류, ③ 高木 光·稻葉 馨, 塩野 宏, 中原茂樹의 분류, ④ 宇賀克也의 분류, ⑤ 芝之義一の 분류 등을 살펴보았다. 일본의 행정조사는 임의조사, 간접강제조사(준강제조사), 강제조사(실력강제조사)로 나누는 견해가 다수설의 입장이라고 할 수 있다(③ 高木 光·稻葉 馨, 塩野 宏, 中原茂樹의 분류).

(5) 일본에서는 행정조사의 기본원칙으로 첫째, 객관적 필요성의 원칙과 둘째, 타목적이용의 금지원칙을 들고 있다. 먼저 세무조사(질문·검사)에 있어서는 해당 조사의 목적, 조사해야 할 사항, 신청·신고의 내용, 장부 등의 기입보존, 상대방의 사업의 형태 등과 모든 구체적 사정에 비추어, 객관적인 필요성이 있다고 판단되는 경우에 질문·검사를 할 권한이 인정된다(最判 昭和 48(1973년). 7. 10. 刑集 27권 7호 1205호). 객관적으로 볼 때, 불필요한 행정조사는 조사권의 남용에 해당된다. 다음으로 행정조사의 필요성이 있는 경우에 있어서도, 행정조사권한이 부여된 목적과는 다른 목적에 해당

조사권한을 쓰는 것은 아니된다. 예컨대, 식품위생법 제28조제3항, 소득세법 제234조 제2항, 법인세법 제156조는 행정조사에 있어서 “범죄수사를 위해 인정되는 것으로 해석하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 이 점에 비추어, 법인세법(제153조~제155조)에 근거한 질문·검사권에 있어서는 범죄의 증거자료를 취득수집하고, 보존하기 위한 수단으로서 행사하는 것은 허용되지 않고, 해당 권한의 행사에 있어, 취득수집된 증거자료가 후에 범칙사건의 증거로서 이용될 것으로 가정한다고 해도, 그것에 의해 직접적으로 범칙사건의 조사 또는 수사를 위한 수단으로서 행사되어서는 아니된다(最判 平成 16(2004년). 1. 20. 刑集 58권 1호 26면). 이에 따르면 조사시점에서 어떤 목적을 위해 사용될 것인지가 기준이 되는 것이다.

(6) 행정조사와 구별개념으로는 ① 행정조사와 범죄수사와의 관계, ② 행정조사와 즉시강제와의 관계를 살펴보았다. 전자와 관련해서는 범죄수사목적의 행정조사의 금지, 守秘義務와 告發義務, 행정조사와 범칙조사 간 자료의 공유 등에 대해, 후자와 관련해서는 오늘날 행정조사와 즉시강제는 구별되므로 구별의 표지에 대해 살펴보았다.

(7) 일본 행정조사의 특수성으로는 ① 행정조사의 요건, ② 행정조사 유형에 따른 사법적 통제에 대해 살펴보았다. 전자와 관련하여 행정조사에 벌칙에 의한 담보가 있거나 혹은 실효행사에 이를 수 있다고 하는 때에는 어떠한 경우에 해당 조사권한을 발동할 수 있는가 하는 점이 문제되는데, 이 점에 관해서 최고재판소 판결은 소득세법상의 질문검사권의 발동은 객관적인 필요성이 있을 것을 요건으로 하고 있음을 확인할 수 있었다. 후자와 관련하여 임의조사, 간접강제조사, 강제조사로 나누어 살펴보았다.

① 임의조사와 관련하여 最判 昭和 53(1978년). 6. 20. 刑集 32권 4호 670면은 일정범위에서 소지품검사를 하는 것을 인정하여, 상대의 동의 없이 핸드백의 지퍼를 연 행위를 적법하다고 하였다. 最判 昭和 53(1978년). 9. 7. 刑集 32권 6호 1672면【百選 I 112】은 경찰관에 의한 소지품검사행위에 대하여 이것을 경찰관직무집행법 제2조제1항에 근거한 직무질문에 부수하는 임의수단이라 파악하면서도, 구체적인 상황에 따라 소지인의 승낙 없이도 검사를 하는 것이 허용되는 경우가 있는 것으로 보고 있다. 최고재판소는 자동차검문에 대하여 조직규범으로서의 경찰법 제2조제1항을 제시하고, 이것을 임의의 협력을 구하는 방법, 형태로 행해지는 한도에서 인정한다(最決 昭和 55(1980년). 9. 22. 刑集 34권 5호 272면, 行政判例百選 I, 101사건, 行政法判例 76

事件). 결론적으로 임의조사에 있어서는 반드시 법률의 근거가 필요한 것은 아니라고 해석되고 있으나, 상대방의 승낙이 없는 경우의 조사의 허용성 및 그 경우의 조사의 한도와 방법이 문제가 된다.

② 간접강제조사에 대한 사법적 통제와 관련하여 최고재판소는 상대방이 조사를 거부하는 경우에는 조사를 강행할 수 없다고 이해하고 있다. 〈川崎民商事件〉은 영장주의와 공술거부권의 보장이 행정절차에도 미친다는 것을 인정한 판례이다. 다만, 결론적으로는 소득세법상의 질문 및 검사는 물리적 강제에 근거해 조사할 수는 없으며, 또한 형사책임의 추급 및 결부되는 것도 아니라는 이유를 들어, 해당 절차에 있어서는 이러한 보장이 미치지 않더라도, 헌법위반은 아니라고 판단하였다. 영장의 요부의 판단에 있어서는 〈成田新法事件〉에 인계되고, 여기에서는 “당해 출입이 공공의 복지의 유지라는 행정목적 달성을 위해 불가결한 것인지 여부, 형사책임추급을 위한 자료수집에 직접 결부되는지 여부, 또한 강제의 정도, 태양이 직접적인 것인지 여부 등을 종합판단하여, 재판관의 영장의 요부를 결정해야 한다”고 판시하였다. 〈荒川民商事件〉은 세무조사에 있어서 질문과 검사의 범위·정도·시기·장소 등의 세목은 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨져 있기 때문에, 조사의 사전통지 및 조사이유의 제시가 행해지지 않았더라도 그 절차가 위법이 되는 것은 아니라고 판단하였다. 행정조사절차의 중요한 판례이다.

③ 강제조사에 대한 사법적 통제와 관련하여 최고재판소는 最判 昭和30(1955년). 4. 27. 刑集 9권 5호 924면, 判時 50호 4면은 영장 없는 압색·압수등에 대해, 현행법의 경우에는 형사절차와 마찬가지로 헌법 제35조 위반의 문제는 생기지 않는다고 판시하였다. 행정조사절차와 형사절차와의 유사성이라는 시점이 나타나고 있으나, 최고재판소는 그 후의 판례에서, 일반론으로서 양자 간에 유사성 또는 직결성이 있는 경우에는 행정조사절차에도 헌법 제35조의 영장주의 및 동 제38조의 공술거부권의 보장이 미친다는 것을 인정하였다(川崎民商事件 및 最判 昭和 59(1984년). 3. 27. 刑集 38권 5호 2037면·判時 1117호 8면(尼琦得稅法違反事件) 등).

(8) 일본 행정조사와 공법상 한계 논의와 관련하여 최고재판소는 ① 사전통지·이유제시에 대해, 昭和 48(1973년). 7. 10. 〈荒天民商事件〉에서 “조사권한을 가진 직원에, 해당 조사의 목적, 조사해야 하는 사항, 신청, 신고의 体裁内容, 장부등의 기입보존상

황, 상대방의 사업의 형태등 모든 구체적인 사정 감안, 객관적인 필요성이 있다고 판단 되는 경우에” 질문검사가 인정되고, “이 경우의 질문검사의 범위, 정도, 시기, 장소등 실정법상 특단의 정함이 없는 실시의 세목에 있어서는, 위와 같은 질문검사의 필요가 있고, 그것과 상대방의 사적 이익과의 형량에 있어서의 사회통념상 상당한 정도에 머무르는 한, 권한 있는 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨지고 있는 것으로 이해되고, 또한 曆年 종료 전 또는 확정신고기간 경과전이라고 해도 질문검사가 법률상 허용되지 않는 것은 아니다”고 판시하였다(最決 昭和 48(1973년). 7. 10. 刑集 27권 7호 1205면(〈荒川民商事件〉, 百選 I 110)). 행정조사에 있어서 절차로서의 사전통지 및 이유제시도 고려될 수 있지만, 최고재판소는 위에서 보는 바와 같이 소득세법상의 질문검사에 관해, 실정법상 규정이 없는 실시의 세목에 대해서는, 세무직원의 합리적인 선택에 위임되어 있고, “실시의 일시장소의 사전통지, 조사의 이유 및 필요성을 개별적, 구체적으로 공지하는 것도, 질문검사를 행하는데 법률상 일률적인 요건은 아니다”라고 판시하고 있다. 최고재판소의 〈荒天民商事件〉에 관한 판결은 ① 세무조사의 요건에 있어서, “제반의 구체적 사정을 감안한, 객관적인 필요성이 있을” 것을 요구한다는 점, ② 실시의 세목에 있어서는, 세무직원의 합리적인 재량에 맡겨져 있으나, 비례원칙에 의한 제약이 미친다는 점, ③ 사전통지 및 조사이유의 개시에 있어서, “법률상 일정한 요건으로 되어 있는 것은 아니다”라는 것이나, 요건으로 하는 경우가 있을 수 있는 것은 부정할 수 없다고 해석된다는 점 등이 주목된다. 모두 추상적인 요건에 머물러 있기 때문에, 2011년 법개정에 의해 ③에 관하여 사전통지등의 절차가 정비된 것은, 판례상 남아 있던 과제의 일부를 입법에 의해 해결한 것으로 중요하다고 할 수 있다.

② 영장주의의 적용 논의와 관련하여 최고재판소는 〈川崎民商事件〉에서 소득세법의 질문검사권과의 관련에 있어서 헌법 제35조가 배타적으로 형사절차에만 적용이 있는 것이 아니라 행정절차에도 그 여지가 있다고 하면서, 그러나 소득세법의 질문검사권에는 적용이 되지 않는다고 하였다. 결론적으로 〈川崎民商事件〉에서의 최고재판소 판례는 영장주의의 적용이 일체 배제된다고 보아야 할 것은 아니라고 하였다(最判 昭和 47(1972년). 11. 22. 刑集 26권 9호 554면, 行政判例百選 I, 98事件, 行政法判例 86事件). 그러나, 영장주의를 엄격하게 관철한다면, 적시에 적합한 조사를 실시하는 것은 불가능하다. 여기서 최고재판소도 영장주의의 원칙적 적용을 인정하면서도, 소득세의 檢査는 공평과세를 위한 불가결한 것으로, 상대방의 자유의사를 압박하는 정도도 낮고,

형사책임과는 관계 없다는 것을 이유로 들어, 결론적으로는 영장주의가 적용되지 않아도 위헌은 아니라고 하였다. 행정조사의 실시의 기능에 비추어보아도 영장주의의 정신은 존중되어야 하나, 그것을 기계적으로 적용할 여지는 거의 없다. 최고재판소 판례〈川崎民商事件〉는 헌법 제38조에 의한 공술거부권의 보장에 있어서도, “순연한 형사절차에서 뿐만아니라, 그 이외의 절차에 있어서도, 실질상, 형사책임추급을 위한 자료의 취득수집에 직접 결부된 작용을 일반적으로 가지는 절차에는, 한결같이 미친다”고 하였고, 소득세법상의 질문검사에 있어서는, 그 성질이 위와 같은 이상, “자기에게 불이익한 공술”을 강요하는 것이라고는 할 수 없다고 하고 있다.

③ 묵비권과의 관계에 대해 최고재판소는 〈川崎民商事件〉에서 헌법 제38조제1항의 黙秘權의 보장은 순연한 형사절차뿐만아니라 그 이외에도 실질상, 형사책임추급을 위한 자료의 취득수집에 직접 결부되는 작용을 일반적으로 가지는 절차에 미친다고 보았다. 그러나 소득세법의 질문검사는 소득세의 공평확실한 부과징수를 목적으로 하는 절차이므로, 형사책임의 추급을 목적으로 하는 것이 아니라는 이유로, 헌법 제38조제1항에서 말하는 “자기에게 불이익한 공술”을 강요하는 것은 아니라고 판단하여, 이 경우에 묵비권의 보장은 없다고 판시하였다(最判 소화 47(1972년). 11. 22. 刑集 26권 9호 554호 〈川崎民商事件〉).

그 후 最判 昭和 59(1984년). 3. 27.은, 국세범칙취제법상의 범칙수사절차에 있어서, 헌법 제38조제1항의 규정에 의한 보장이 미치는 것으로 판단하였다. 왜냐하면 국세범칙취제법상의 범칙조사절차는, 그 절차자체가 수사절차와 유사하고, 이것과 공통되는 것이 있을 뿐만아니라, 해당 조사의 대상이 되는 범칙사건은, 간접국세 이외의 국세에 있어서는 동법 제12조의2 또는 제17조 각 소정의 고발에 의해 피의사건으로 형사절차로 이행되고, 고발전의 해당 조사절차에서 얻어진 質問顚末書 등의 자료도, 해당 피의사건에서의 수사 및 소추의 증거자료로서 이용이 예정되어 있기 때문에, 실질적으로는 조세범의 수사로서의 기능을 하고, 조세범수사의 특수성, 기술성등으로부터 전문적 지식경험을 가진 수세관리에게 인식된 특별한 수사절차로서의 성질을 가지고 있기 때문이다. 다만, 동 판결은 헌법 제38조제1항의 규정은 묵비권의 고지를 의무화하는 것은 아니고, 고지를 요한다고 하는지의 여부는, 그 절차의 취지, 목적등에 의해 결정해야 하는 입법정책의 문제로서, 국세범칙취제법이 묵비권의 고지의 규정을 缺하여, 수

세관리가 질문시에 고지를 하지 않았다 하더라도, 그 질문절차가 헌법 제38조제1항에 위반한 것은 아니라고 판시하고 있다.

(9) 위법한 행정조사의 효과와 관련해서 법률에 규정도 없고, 아직 최고재판소의 판결이 나와 있지 않다. 행정조사와의 관련에서 몇몇 하급심판결이 있지만, 판례는 나뉘어져 있다.

① 행정조사의 위법과 행정행위(세무처분)의 위법을 준별하는 판례로는 大板地判 昭和59(1984년). 11. 30.을 들 수 있다(大板地判 昭和59(1984년). 11. 30 判例時報 1151호 51면).

② 행정조사와 행정행위를 일응 구분하지만, 행정조사의 위법성이 공서양속에 반하는 정도로까지 이르는 때에는 행정행위의 흠을 가져온다고 하는 판례로는 東京地判 昭和48(1973년). 8. 8을 들 수 있다(東京地判 昭和48(1973년). 8. 8 行裁例集 24권 8~9호 763면, 行政法判例 77사건). 한편 동 판결은 신분증명서의 휴대·제시의무를 정하고 있는 舊법인세법 제157조는, “원래 질문검사에 해당 세무서 직원 등의 신분을 밝혀 세무조사의 원활에 이바지함을 목적으로 하는 것”이기 때문에, 동조 위반이 되어도, 경정처분의 취소사유가 되는 정도의 위법성은 없다고 하였다.

③ 행정조사의 위법이 중대하지 않은 경우에 그의 증거능력이 긍정된다는 판례: 과세처분은 과세표준의 존재를 근거로 하는 것이기 때문에, 그의 적부는 원칙적으로 객관적인 과세요건의 존부에 의해 결정되는 것이다. 만일 세무조사절차에 어떠한 위법이 있다하더라도, 그것이 전혀 조사를 결하거나, 또는 공서양속에 위반하는 방법으로 과세처분의 기초가 되는 자료를 수집한 등의 중대한 것이 아닌 한 과세처분의 취소이유로는 되지 않는다고 해석된다는 판례로는 大板地判 平成 2(1990년). 4. 11이 있다.

④ 행정조사와 행정행위를 분리하지만, 중대한 위법성을 가진 조사에 의해 일어난 자료는 처분의 자료로서 쓰일 수 없다는 판례로는 京地判 昭和61(1986년). 3. 31을 들 수 있다(東京地判 昭和 61(1986년). 3. 31 判例時報 1190호).

⑤ 행해진 행정조사가 위법인 경우에 관한 것이지만, 행정조사를 아주 게을리했을 때에는 행정행위(更正處分)는 전제요건을 결하여 위법이 된다는 판례가 있다(名古屋高

判 昭和48(1973년). 1. 31. 行裁例集 24권 1~2호 45면). 이러한 경우를 포함하여 행정조사에 있어서의 조사의무위반(懈怠)이라는 각도에서 문제를 고찰하는 견해도 있다.

⑥ 행정조사가 객관성, 실증성을 결하여 행정행위가 위법이 된다는 판례로는 東京高判 平成 17(2005년), 10. 20.이 있다(東京高判 平成 17(2005년), 10. 20. 判時 1914호 43면). 도시계획에 관한 기초조사의 결과가 객관성, 실증성을 결하였기 때문에 토지이용, 교통등의 현상의 인식 및 장래의 전망이 합리성을 결하였음에도 불구하고, 불합리한 현상의 인식 및 장래의 전망에 근거하여 도시계획이 결정된 것으로 인정할 때에는, 해당 도시계획결정은 위법이라고 판시하였다.

제5장

행정조사의 현안과 쟁점 분석



제1절 행정조사기본법 및 개별법령에서의 행정조사제도 분석



I. 행정조사기본법상 행정조사제도

1. 행정조사기본법상 행정조사

행정조사가 갖는 인권침해적 요소와 자의적 조사의 남용 등을 방지하기 위하여 2007년에 제정되었다. 동법은 행정조사에 관한 기본원칙·행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정함으로써 행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고, 국민의 권익을 보호함을 법률의 목적으로 규정하고 있다(제1조). 동법은 총칙, 조사계획의 수립 및 조사대상의 선정, 조사방법, 조사실시, 자율관리체제의 구축 등, 보칙의 6개장으로 구성되어 있고, 조사범위의 최소화, 조사목적의 적합성, 중복조사의 제한, 예방 위주의 행정조사, 조사결과에 대한 이용제한 등 행정조사를 함에 있어 준수하여야 하는 기본적 사항들을 규정하고 있다. 행정조사기본법의 중요 규정내용은 앞서 제2장과 제3장에서 살펴보았기 때문에 행정조사기본법에 관해 제기되고 있는 중요 쟁점들에 대해 살펴보도록 하겠다.

2. 행정조사기본법상 행정조사의 쟁점

① 법률의 적용범위

행정조사기본법은 제3조 제1항에서 동법이 행정조사에 관한 일반법으로서의 지위를 가짐을 규정하고, 동조 제2항에서는 적용제외범위를 규정하고 있다. 이처럼 적용이 배제되는 사항은 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 일정한 사항, 3. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조제3항의 정보에 관한 사항, 「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 사항이다.

이와 같이 광범위한 적용배제사유를 규정하고 있는 행정조사기본법의 규정태도가 타당한지에 대해서는 의문이 있다. 이러한 적용배제사유들은 해당 영역의 특수성을 고려하여 행정조사에 관한 사항도 개별법에서 그러한 특수성을 고려하여 규율하라는 취지로 이해할 수 있으나, 세무조이나 공정거래법상 조사 등 전형적인 행정조사가 동법의 규율대상에서 제외되는 것이 타당한지에 대해서는 재고가 필요할 수 있다. 동법의 제정 목적은 행정조사과정에서 국민의 권익을 보호함에 있고, 실제 조사대상자들이 가장 부담을 느끼는 행정조사의 경우 동법의 적용대상이 되는 것이 타당할 것이다.²⁸³⁾ 만약 계속하여 행정조사기본법의 적용은 배제되고 개별법만 적용되도록 하는 경우에는 개별법상 당사자의 권익보호가 충분히 이루어질 수 있도록 개별법이 정비되는 것이 필요하며, 행정조사기본법상의 제3자에 대한 보충조사, 조사대상자 선정기준에 대한 열람신청권, 조사공무원의 교체 또는 기피 신청권, 조사과정에 대한 녹음·녹화권에 관한 규정들을 동법의 적용이 배제되는 개별법에 규정하는 방안에 대한 검토가 필요하다.

② 위법행위에 대한 제재와 벌칙

그 밖에 입법적 논의가 필요한 사항으로서 동법의 실효성을 확보할 수 있는 제재규정이나 벌칙규정을 도입하는 방안을 생각해볼 수 있다. 행정조사기본법은 행정조사의 기본원칙에 관한 제4조에서 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 안 되며(제5항), 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공해서는 안 된다고(제5항) 규정하고 있다. 그러나 이러한 사항들의 준수를 위한 실효성 확보수단은 마련하고 있지 않다.

행정조사기본법이 일반법으로서의 성격을 가지고, 제재나 벌칙이 필요할 경우에는

²⁸³⁾ 김영조, 행정조사기본법의 문제점과 개선방안, 공법학연구 제8권 제3호, 2007, 107-108면.

개별법에서 별도로 규정하도록 한 취지라고 이해할 수 있으나, 보다 행정조사기본법의 실효성을 확보할 수 있는 방안을 검토할 필요가 있다.

③ 영장주의 및 진술거부권

행정조사기본법은 행정조사에 있어 영장주의나 진술거부권의 적용여부에 대해 규정을 두고 있지 않다. 행정조사의 절차적 한계가 판례와 학설에서 계속해서 논의되고 있는 만큼, 이에 관한 원칙적인 규정을 법률에 마련하여 기준을 제시하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 그러나 행정조사에 있어 영장주의의 적용여부가 일률적으로 정해지기 어렵다는 점, 진술조사권에 관해서도 행정조사가 형사소추의 목적을 갖는지에 따라 그 인정여부가 달라질 수 있는 점 등을 고려하면 일반법인 행정조사기본법에 원칙적인 규정을 두는 것도 쉽지 않은 작업이라고 할 수 있다. 이에 관한 문제는 앞으로의 지속적인 입법논의를 통해 행정조사기본법의 규정 여부가 검토되어야 할 것이며, 개별법 차원에서 당해 행정조사에 관한 절차적 한계가 설정되는 것이 보다 중요한 의미를 가질 수 있을 것이다.

④ 위법한 행정조사에 근거한 처분의 효력

위법한 행정조사에 근거한 처분의 효력 문제에 대해서도 학설과 판례의 논의는 있으나 행정조사기본법에서 이에 관한 규정을 두고 있지는 않다. 앞서 살펴본 바와 같이 위법한 행정조사에 근거한 행정처분의 효력은 위법하다고 보는 것이 타당할 것이다. 행정조사는 이를 거쳐 결정된 행정처분과 일체를 이루고 있고, 또한 만약 위법한 행정조사를 거쳐 결정된 처분의 효력을 위법하게 보지 않는다면, 행정조사기본법과 개별법에서 규정하고 있는 조사의 절차적·실체적 한계에 관한 규정들은 무용하게 되기 때문이다.²⁸⁴⁾ 따라서 행정조사의 기본원칙의 한 내용으로서 위법한 행정조사에 근거하여 이루어진 처분은 위법함을 확인하는 원칙규정을 마련하는 것이 의미가 있다고 생각된다.

²⁸⁴⁾ 김영조, 앞의 논문, 110-112면.

II. 개별법상 행정조사제도

1. 국세기본법

① 국세기본법상 세무조사

국세기본법은 세무조사에 관한 법적 근거를 두고 있는데, 중요한 사항으로는 세무조사권 남용 금지, 세무조사시 조력을 받을 권리, 세무조사의 통지와 연기신청, 세무조사기간, 세무조사 범위 확대의 제한, 통합조사의 원칙, 세무조사의 결과 통지, 비밀유지 등을 규정하고 있다. 국세기본법상 세무조사의 중요내용에 대한 검토는 제2장과 제3장에서 자세히 검토하였기 때문에 이에 관한 제기되는 중요 쟁점들을 검토하고자 한다. 특히 국세기본법상 세무조사와 관련하여서는 세무조사에 있어 납세의무자의 절차적 권리의 보장에 관한 문제 제기가 주를 이루고 있어 이를 중심으로 살펴보고자 한다.

② 국세기본법상 세무조사의 쟁점

세무조사는 재산권, 영업의 자유, 주거의 평온 및 사생활의 비밀 등 납세의무자의 기본권과 중요하게 관련되므로, 기본권 보장을 위해 그 절차적 한계를 충분하게 설정하는 것이 중요하다. 국세기본법상 세무조사와 관련하여 가장 본질적인 문제는 세무조사의 실시여부, 대상의 선정 및 조사의 범위와 방법에 있어 행정의 재량이 광범위하게 인정되고 있다는 점에 기인한다. 세무조사에 있어 이러한 행정청의 재량을 인정할 필요성이 인정된다면, 행정청의 재량이 적법하게 행사될 수 있도록 법적 한계를 설정하는 것이 중요하다.

먼저 지적할 수 있는 점은 세무조사절차의 법적 근거를 법적 구속력을 갖는 법률과 법률의 위임에 의하여 하위 행정입법에 두는 것이 필요하다. 현행 국세기본법도 다양한 절차적 사항들을 규정하고 있지만 조사사무처리규정에서 세무조사절차의 중요한 사항들을 다수 규정하고 있다. 또한 앞서 행정조사기본법에서 언급하였듯이 조사대상자 선정기준에 대한 열람신청권, 조사공무원의 교체 또는 기피 신청권, 조사과정에 대한 녹음·녹화권을 세무조사에도 인정하는 것이 필요하다. 덧붙여 조사공무원의 조사권 남용이나 비밀유지의무 위반 등에 대해 실효성을 확보할 수 있는 제재나 벌칙에 관한 사항을 규정하는 것이 필요하다.²⁸⁵⁾

2. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률

공정거래위원회가 실시하는 행정조사에 대해 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 제10장에서 그 절차에 관한 규정을 두고 있다. 구체적으로는 위반행위의 인지·신고, 위반행위의 조사, 조사권의 남용금지, 조사 등의 연기신청에 관한 내용이 그 중심내용이다. 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 행정조사에 대해서는 형사소추로 이어지는 등 조사대상자의 권익에 미치는 영향이 매우 큼에도 불구하고 국세기본법과 비교하여 그에 관한 보장이 충분하지 못하다는 비판적 입장이 일반적이다. 공정거래위원회 역시 조사절차에 관한 중요하고 상세한 사항을 고시인 조사절차에 관한 규칙에서 정하고 있는데, 중요한 사항에 대해서는 법령에 근거를 두는 것이 필요하다. 또한 이러한 행정조사에 대해서는 행정조사기본법의 적용이 배제된다는 점을 감안하면 조사대상자의 절차적 권리가 보다 보장될 수 있는 입법적 개선이 필요하다.

285) 김영순, 세무조사에서 납세자의 절차적 권리 확대방안 -적법절차원칙의 관점에서-, 고려법학 제82호, 2016.

제2절 행정조사의 헌법상 한계로서 헌법상 적법절차원칙 적용여부 및 적용범위



I. 행정조사와 적법절차

행정조사는 재산권, 사생활의 자유, 주거의 평온, 영업의 자유 등 조사대상자의 다양한 기본권과 관련되고 이를 침해할 우려가 큰 만큼 엄격한 한계가 설정될 필요가 있다. 행정조사의 공법상 한계, 특히 헌법상 한계로서 먼저 적법절차원칙이 행정조사에 어떻게 적용될 것인지에 대한 문제가 검토될 필요가 있다. 국민의 권익에 중요한 영향을 미치는 행정조사가 적법한 절차에 따라 행해져야 함은 논의의 여지가 없고, 행정조사기본법은 조사의 사전통지, 조사의 연기신청, 제3자에 대한 보충조사, 의견제출, 조사공무원의 교체 및 기피신청, 조사권 행사의 제한, 조사결과의 통지 등 다양한 절차를 규정하고 있다.

행정조사에 관한 적법절차원칙이 논의되는 영역은 주로 형사절차에 있어 인정되는 영장주의와 진술거부권의 문제에 있어서이다. 앞서 제2장과 제3장에서 살펴보았듯이 이에 관해서는 학설의 논의가 있으나, 이와 관련하여 판례는 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차원칙은 형사소송절차에 국한되지 아니하고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용된다고 하여 긍정설을 취하고 있다.²⁸⁶⁾

II. 행정조사와 영장주의

행정조사기본법상 규정된 행정조사의 방법은 대인적 조사와 대물적 조사로 유형화할 수 있으며, 대인적 조사에는 출석, 진술요구, 보고요구, 자료제출요구 등이 있고, 대물적 조사로는 현장조사와 시료채취가 규정되어 있다. 또한 행정조사가 압수 또는 수색에 해당하는 경우 영장주의가 적용되는 것으로 해석될 수 있는데, 앞서 살펴본 바와 같이 행정조사기본법은 압수·수색에 해당하는 행정조사와 영장주의에 대한 규정은 두고 있지 않다. 또한 조사대상자가 동의를 하는 경우 영장이 필요한지에 대해서도 규정하고

²⁸⁶⁾ 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8 등 결정; 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결.

있지 않다. 다만 제3장에서 살펴보았듯이 개별법상 행정조사절차에 있어 영장이 필요한 경우를 명시하고 있다.

이러한 행정조사에 있어 영장주의의 적용 여부에 대한 헌법의 해석과 관련 논의 및 현행법의 규율체계를 종합적으로 검토하면 압수 또는 수색에 해당하는 행정조사의 경우 영장주의의 적용이 요청되며, 압수 또는 수색에는 해당하지 않으나 형사소추의 목적으로 행해지는 행정조사의 경우에도 영장주의가 적용되는 것이 필요할 것이다. 그러나 실질적으로 행정조사의 성격을 명확히 이해하는 것은 어려운 문제이며, 일반적인 행정조사와 압수·수색으로서의 행정조사 및 형사소추의 목적으로 행해지는 행정조사의 구별은 어려운 문제이다. 앞서 제3장에서 살펴 본 바와 같이 일반적인 현장조사 중 범죄의심사실이 발견된 경우 영장주의의 적용 여부에 대해 대법원 판례 역시 일관된 입장을 보여주고 있지 않다.

이처럼 행정조사에 있어 영장주의의 적용문제가 일관되게 이루어지는 것은 아니며, 원칙적인 기준을 두는 경우에도 어떠한 유형에 포섭되는지 명확한 구별이 쉽지 않기 때문에 개별법상 당해 행정조사의 성격을 고려하여 영장주의의 적용 여부에 대한 입법적 근거를 두는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다.

III. 행정조사와 진술거부권

행정조사에 있어 진술거부권이 인정될 수 있는지의 문제에 대해서는 앞서 제2장에서 살펴보았듯이 일반적인 행정조사의 경우에는 적용되지 않지만, 행정조사와 형사소추의 목적을 동시에 갖는 행정조사의 경우 진술거부권의 적용이 필요하다는 것이 일반적인 견해이다.

행정조사에는 헌법상 기본원리인 적법절차의 원리가 당연히 적용되어야 하며, 행정조사가 형사소추를 예정하고 있는 경우에는 수집된 자료가 형사절차에 있어서의 증거자료가 된다는 점을 고려하여 형사소송법상 증거법칙 및 진술거부권, 변호인의 조력권 등이 적용되고 보장될 필요가 있다.

제3절 행정조사의 행정법적 한계로서 법치행정의 원리 및 행정법의 일반원칙



행정조사의 공법적 한계, 특히 행정법적 한계로서 법치행정의 원칙에 따라 행정조사는 법률우위 및 법률유보원칙을 준수해야 한다. 먼저 행정작용에 대해 법률상 근거를 요하는 법률유보원칙과 관련하여 앞서 제2장에서 살펴 본 바와 같이 학설의 논의는 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사로 구분하여 법적 근거의 필요성을 논의하기도 하나, 비권력적 행정조사의 경우에도 조사대상자에게 미치는 영향 등을 고려하여 그 법적 근거의 필요 여부가 검토되어야 할 것이다. 행정조사의 요건과 절차를 근거법령에 충실히 마련하여 그 실체법적·절차법적 한계를 명확히 하고 이를 통해 조사대상자의 권익이 충분히 보장되는 것이 필요하다. 물론 이때 행정의 능률성에 대한 고려도 함께 이루어져 당사자의 권익보장과 조화를 이루어야 할 것이다.

법률우위원칙과 관련하여서는 특히 행정법의 일반원칙의 준수가 중요한 의미를 갖는다. 즉 비례성원칙, 평등의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등이 준수되는 것이 필요한데, 먼저 행정조사의 실시는 비례성원칙을 준수하여 행정목적 달성을 위해 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정조사의 수단 중 상대방에게 가장 최소한의 피해를 주는 수단으로 행해져야 한다. 비례성원칙은 행정조사의 실체법적 한계 중 가장 중요한 내용이며, 행정조사기본법 역시 행정조사의 기본원칙에 관한 규정에서 행정조사는 조사 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니됨을 명시하고 있다(제4조 제1항). 또한 행정조사의 실시에 있어서 합리적인 사유 없이 조사대상자를 차별하는 것은 평등의 원칙에 반한다. 특히 세무조사에 있어서 조사대상자의 선정 및 조사의 정도와 관련하여 평등원칙의 위반 여부가 문제된다. 마지막으로 행정조사는 그 권한을 법령상의 목적의 범위 안에서만 허용되며 그 이외의 목적을 위하여 행사되어서는 안된다. 이를 위해 행정조사에 관한 수권법령상의 목적은 엄격하게 해석될 필요가 있다.

제4절 위법한 행정조사의 효력



행정조사가 위법한 경우에 그러한 행정조사를 거쳐 수집된 정보에 기초한 행정결정 역시 위법한지에 관한 문제가 있다. 앞서 제3장에서 살펴 본 바와 같이 이에 관한 학설의 논의는 행정조사와 행정결정은 하나의 과정을 구성하는 것이므로 적정절차의 관점에서 행정조사에 중대한 위법사유가 있는 때에는 이를 기초로 한 행정결정도 위법하게 된다는 견해(행정조사의 위법을 행정결정의 절차상 하자로 보는 견해), 행정조사가 법령에서 행정결정의 전제요건으로 규정되어 있는 경우를 제외하면 양자는 별개의 제도이고, 따라서 행정조사의 위법은 행정결정을 위법하게 만들지는 않는다는 견해로 나뉜다.

판례는 납세자에 대한 부가가치세부과처분이 종전의 부가가치세 경정조사와 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 중복하여 실시된 위법한 세무조사에 기초하여 이루어진 경우,²⁸⁷⁾ 세무조사가 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 경우 이러한 세무조사에 의하여 수집된 과세자료를 기초로 한 과세처분,²⁸⁸⁾ 위법한 재조사에 근거해서 행해진 과세처분의²⁸⁹⁾ 위법성을 인정하였다. 특히 대법원은 위법한 재조사로 얻은 과세자료를 과세처분의 근거로 삼지 않았다거나 이를 배제하고서도 동일한 과세처분이 가능한 경우에도 과세처분의 위법성이 동일하게 인정된다고 보았다.²⁹⁰⁾ 이러한 판례의 태도는 위법한 행정조사에 기초한 행정결정의 효력은 위법하다는 입장을 취하고 있는 것으로 보여지며, 타당한 입장이라고 생각된다.

²⁸⁷⁾ 대법원 2006. 6. 2. 선고 2004두12070 판결.

²⁸⁸⁾ 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두47659 판결.

²⁸⁹⁾ 대법원 2017. 12. 13. 선고 2015두3805 판결; 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016두55421 판결.

²⁹⁰⁾ 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016두55421 판결.

제5절 행정조사에 대한 사법적 통제방안



I. 행정쟁송

행정조사에 대한 사법적 통제방안으로 먼저 행정쟁송의 문제가 검토되어야 한다. 행정쟁송의 대상이 되는 행정조사는 권력적 사실행위로서 처분성이 인정되는 권력적 행정조사이다. 그러나 권력적 행정조사가 단기간에 종료되는 경우에는 권리보호의 필요가 부인되어 쟁송이 각하될 수 있다.

대법원은 또한 세무조사결정이 납세의무자의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로서 항고소송의 대상이 된다고 보았다.²⁹¹⁾ 대법원은 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 다룰 수 있도록 하는 것보다는 그에 앞서 세무조사결정에 대하여 다툼으로써 분쟁을 조기에 근본적으로 해결할 수 있는 점 등을 종합하면, 세무조사결정은 항고소송의 대상이 되는 행정작용에 해당한다고 보았다.

또한 앞서 살펴 본 바와 같이 위법한 행정조사에 기초해 행정결정이 행해진 경우에는 그러한 행정결정을 항고쟁송의 대상으로 하여 행정조사의 위법성을 다룰 수 있을 것이다.

²⁹¹⁾ 대법원 2011. 3. 10. 선고 2009두23617 판결.

II. 행정상 손해전보

위법한 행정조사로 인하여 손해를 입은 자는 국가배상법이 정한 바에 따라 국가나 지방자치단체를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 적법한 행정조사로 인하여 재산상 특별한 희생이 발생한 경우 손실보상을 해주어야 한다. 행정조사기본법은 시료 채취에 관한 제12조에서 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 대통령령으로 정하는 절차와 방법에 따라 그 손실을 보상하여야 함을 규정하고 있다(제12조 제2항). 국토의 계획 및 이용에 관한 법률은 토지에의 출입에 관한 규정에서 국토교통부장관, 시·도지사, 시장 또는 군수나 도시·군계획시설사업의 시행자는 일정한 행위를 하기 위하여 필요하면 타인의 토지에 출입하거나 타인의 토지를 재료 적치장 또는 임시통로로 일시 사용할 수 있으며, 특히 필요한 경우에는 나무, 흙, 돌, 그 밖의 장애물을 변경하거나 제거할 수 있음을 규정하고(제130조 제1항), 이러한 행위로 인하여 손실을 입은 자가 있으면 그 행위자가 속한 행정청이나 도시·군계획시설사업의 시행자가 그 손실을 보상하여야 함을 규정하고 있다(제131조 제1항).

제6장

결론



이 연구는 국민의 권익에 중요한 영향을 미치는 행정작용이지만 그 실체법적·절차법적 한계가 아직까지는 명확하게 정립되지 않은 행정조사제도를 연구대상으로 하고 있다. 현행 행정조사제도의 법적 근거와 현황 및 문제점을 판례와 학설의 논의와 함께 분석하고, 그 공법적 한계로서 적법절차원칙과 법치행정원리를 어떻게 설정하는 것이 타당한지의 문제를 검토하는 것을 연구의 내용으로 하고 있다. 적법절차원칙은 행정조사의 헌법적 한계로서 영장주의 및 진술거부권의 문제를 중심으로 다루고 있고, 법치행정원리와 관련하여서는 행정조사의 요건과 절차에 대한 법적 근거와 비례성원칙을 주요 내용으로 살펴보았다. 또한 외국의 행정조사제도로부터 우리 행정조사제도에 적용할 수 있는 시사점을 도출하기 위해 미국, 독일, 프랑스, 일본의 행정조사제도를 검토하였는데, 각국의 행정조사제도를 개관하고 그 공법적 한계와 위법한 행정조사의 효력을 중심으로 살펴보았다. 이러한 검토를 현행 행정조사제도의 쟁점들을 정리하고 앞으로의 방향성을 제시하였다.

이 연구는 크게 네 개의 장으로 구성되었는데, 구체적으로 제2장에서는 현행 행정조사제도를 개관하였는데, 행정조사의 개념, 법적 근거 및 그 공법상 한계에 관한 판례와 학설의 논의와 현행법상 규율내용을 살펴보았다. 제3장에서는 행정조사에 대한 영장주의 적용가능성을 검토하였는데, 영장주의의 법적 근거와 학설과 판례의 논의, 앞으로의 방향성을 제시하였다. 제4장에서는 미국, 독일, 프랑스 일본의 행정조사제도에 대한 비교법적 검토를 수행하였다.

제5장에서는 제2장에서 제4장까지의 검토결과를 바탕으로 먼저 행정조사기본법 및 개별 법령상의 행정조사제도의 쟁점을 제시하였다. 행정조사기본법의 문제점으로 제시한 것은 우선 법률의 적용배제사유가 매우 광범위하다는 점이다. 전형적인 행정조사이며 국민들의 권익과 가장 많은 관련성을 갖는 행정조사인 세무조사와 공정거래위원회가 실시하는 행정조사가 행정조사기본법의 적용배제사유에 해당하도록 한 것은 타당하다고 보기 어렵다. 이러한 입법태도가 정당성을 가질 수 있기 위해서는 국세기본법과 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서 행정조사기본법보다 더 충실한 조사대상자의 권익보호절차를 마련하는 것이 필요하나, 현재는 그렇지 못하다. 법률의 적용범위에 대한 재검토가 필요하다고 생각된다. 다음으로는 법률의 실효성을 담보할 수 있기 위해 법률위반에 대한 제재나 벌칙규정을 마련하는 방안에 대한 검토가 필요함을 언급하였

다. 또한 행정조사에 관한 논의에서 가장 논란이 되는 문제인 영장주의와 진술거부권의 적용과 관련하여 행정조사기본법에 일반조항을 두는 것이 필요한지의 문제를 검토하였다. 그러나 이와 관련하여서는 행정조사의 경우 영장주의나 진술조사권의 문제를 일관되게 적용하기에는 어려움이 있으므로 개별법상 당해 행정조사에 관한 절차적 한계를 마련하는 것이 더 명확성을 확보할 수 있다고 생각된다. 마지막으로 위법한 행정조사에 근거한 행정결정의 효력은 위법하다고 보는 것이 타당하며, 이를 행정조사기본법상 행정조사의 기본원칙에 명시하는 방안을 제안하였다. 또한 국세기본법상 세무조사와 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상의 행정조사와 관련하여서는 절차법적 규정이 보다 보완되는 것이 필요하며, 행정조사기본법의 적용이 이루어지는 것이 보다 당사자의 권익을 보장할 수 있음을 지적하였다.

두 번째로는 행정조사의 헌법상 한계로서 적법절차원칙의 적용에 관한 내용을 검토하였다. 행정조사에 있어 영장주의의 적용 여부에 관한 논의들을 종합적으로 검토하면 압수 또는 수색에 해당하는 행정조사의 경우 영장주의의 적용이 요청되며, 압수 또는 수색에는 해당하지 않으나 형사소추의 목적으로 행해지는 행정조사의 경우에도 영장주의가 적용되는 것이 필요하다고 생각된다. 그러나 실질적으로 이러한 행정조사에 해당하는지 해석을 통해 판단하는 것은 어려우며, 개별법상 당해 행정조사의 성격을 고려하여 영장주의의 적용 여부에 대한 입법적 근거를 두는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다고 생각된다. 행정조사에 있어 진술거부권이 인정될 수 있는지의 문제에 대해서는 앞서 행정조사와 형사소추의 목적을 동시에 갖는 행정조사의 경우 진술거부권의 적용이 필요하다고 보았다.

세 번째로는 행정조사의 행정법상 한계로서 법치행정원리에 대해 살펴보았다. 먼저 행정작용에 대해 법률상 근거를 요하는 법률유보원칙과 관련하여 행정조사의 요건과 절차를 근거법령에 충실히 마련하여 그 실체법적·절차법적 한계를 명확히 하고 이를 통해 조사대상자의 권익이 충분히 보장되는 것이 필요하다는 점을 강조하였고, 이때 행정의 능률성과 당사자의 권익보장이 조화를 이루어야 함을 언급하였다. 법률우위원칙과 관련하여서는 특히 행정법의 일반원칙의 준수가 중요한 의미를 가지며, 그 중에서도 비례성원칙의 준수가 필요함을 지적하였다.

네 번째로는 행정조사의 효력 및 그에 근거한 행정결정 또는 형사절차에서의 증거

능력의 문제를 검토하였다. 우리 판례는 위법한 행정조사에 근거한 행정결정의 위법성을 긍정하는 입장을 취하고 있다.

마지막으로 행정조사의 사법적 통제방안에 대해 살펴보았다. 권력적 행정조사의 경우 항고쟁송의 대상이 되는 처분에 해당할 수 있으나, 행정조사가 단기에 종료되는 경우 그 권리보호의 필요성이 부정될 수 있다. 항고쟁송과 관련하여 우리 판례는 세무조사결정의 처분성을 인정하여 조기에 권리구제가 가능하도록 하고 있다. 또한 위법한 행정조사에 기초하여 행해진 처분에 대해서 항고쟁송을 제기하여 행정조사의 위법성을 다룰 수 있을 것이다. 또한 위법한 행정조사로 인하여 손해를 입은 자는 국가배상법에 따른 손해배상청구를 할 수 있으며, 적법한 행정조사로 인하여 재산상 특별한 희생이 발생한 경우 법령에 근거하여 손실보상이 이루어질 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 교과서

- 김남철, 행정법강론, 박영사, 2018
김동희 행정법(I), 박영사, 1999
김동희, 행정법(I), 박영사, 2013
박균성, 행정법강의, 박영사, 2013
신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014
이상규, 신판 신행정법론(상), 법문사, 1993
이창현, 형사소송법, 피앤씨미디어, 2018
임동규, 형사소송법, 법문사, 2019
한국법제연구원, 프랑스법령용어집, 2008
박균성, 행정법강의, 박영사, 2019
박균성·김재광, 경찰행정법, 박영사, 2019
박윤흔, 최신행정법강의, 박영사, 2009
이재상·조균석, 형사소송법, 박영사, 2017
정하중, 행정법개론, 법문사, 2013.
홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2015

(2) 연구보고서 등

- 김광수, 행정조사기본법에 대한 진술, 국회정무위원회 공청회자료, 2006.
김신, 행정부담 감축을 위한 행정조사의 개선에 관한 연구, 한국행정연구원, 2013.
김영조 외, 주요선진국의 조세불복제도 연구, 국세청, 2005.
김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 박영사, 2016.
박정훈 외, “미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의-출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰-”, 법무부 연구보고서, 2011.

- 전학선, 프랑스 개인정보보호와 언론법제, 세계의 언론법제 - 개인정보보호와 언론, 한국언론재단, 2008.
- 장민선·박훈민, 불합리한 행정조사 정비방안 연구, 한국법제연구원, 2017.
- 최승재 외, 부정경쟁행위 판단기준 및 행정조사에 관한 연구, 특허청, 2018.
- 최환용·장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원 연구보고서, 2016.
- 한동훈, 프랑스의 통신비밀보호법제 - 감청기간 및 연장을 중심으로-, 한국법제연구원, 2010.
- 한윙희, 압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의, 한양대학교 대학원, 법학박사학위논문, 2017.

(3) 연구논문

- 금태환, 영장없는 현장조사의 가능성 -미국법상 광범하게 규제되는 산업 법리를 중심으로-, 행정법연구, 제46호, 2016.
- 김계현·김한나, 요양기관 현지조사제도에 관한 법적 고찰, 고려법학, 제65호, 2012.
- 김계현·김한나, 의료기관현지조사의 법적 검토와 개선방안, 의료정책연구소, 2011.
- 김성태, 통신법상 행정조사: 독일 통신법(TKG)상 행정조사와의 비교고찰, 행정법연구, 제17호, 2007.
- 김영순, 세무조사에서 납세자의 절차적 권리 확대방안 -적법절차원칙의 관점에서-, 고려법학, 제82호, 2016.
- 김영조, 미국 행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰, 토지공법연구, 제21권, 2004.
- 김영조, 행정조사기본법의 문제점과 개선방안, 공법학연구, 제8권 제3호, 2007.
- 김재광, 행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰, 법학논총, 제33권 제2호, 2009.
- 김창준, 행정법규 위반사범 수사와 행정조사의 관계 분석, 경찰복지연구, 제5권 제2호, 2017.
- 박지현, 행정상 진술거부권과 그 제한, 민주법학, 제33호, 2007.
- 백상진, 수사절차와 관련된 행정조사의 통제방안에 관한 연구, 한국경찰학회보, 제18권 제1호, 2016.
- 송진경, 압수, 수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성

- 에 대한 소고, 법과 정책, 제20권 제3호, 2014.
- 오준근, 행정조사제도의 법리적 논의. 입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구, 토지공법 연구, 제45집, 2009.
- 오준근, 행정조사'의 공법이론적 재검토, 공법연구, 제31권 제3호, 2003.
- 유성의·장교식, 「출입국관리법」상 행정조사절차의 개선방안에 관한 연구, 토지공법연구, 제74권 제1호, 2016.
- 이근우, 행정조사의 형사법적 한계설정, 고려법학, 제72호, 2014.
- 이기춘, 행정상 즉시강제에 관한 연구 - 즉시강제이론의 재구성 재론, 공법연구, 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011.
- 이기춘, 행정법상 행정단속에 관한 연구, 법학논총, 제33권, 전남대학교 법학연구소, 2013.
- 이동식, 독일의 세무조사제도와 그 시사점, 조세학술논집 제33집 제3호, 2017.
- 이성기, 「통신사업자의 통신사실 확인자료 및 통신자료 제고의 요건과 절차」에 관한 비교법적 연구, 법과 정책연구 제14집 제1호, 2014. 3
- 이익현, 미국행정법의 기초개념(4)-행정정보의 수집과 공개(acquisition and freedom of information)-, 법제, 2010.
- 이재구·이호용, 수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점-실무자의 관점에서-, 법학논총, 제35권 제2호, 2018.
- 조기형, 압수·수색과 행정조사의 구별-대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결, 법조협회, 제66권 제5호, 2017.
- 전학선, 행정조사와 사법부의 행정부 지원, 유럽헌법연구, 제15권, 2014.
- 전학선, 체포영장 집행과 주거 수색 제한, 외법논집 제43권 제1호, 2019.
- 최승필, 세무조사에서의 권리구제에 관한 검토-판례를 중심으로-, KERI Insight(13-07), 한국경제연구원, 2013.
- 한웅희, 행정조사와 영장주의"행정조사에 대한 헌법적 관점에서의 사법적 통제", 한국공법학회·대법원 헌법연구회 2019년 공동학술대회(2019. 6. 15) 발제문
- 조기형, 압수·수색과 행정조사의 구별-대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결, 법조협회, 제66권 제5호, 2017.

2. 해외문헌

- Andrew N. Vollmer, “Accusers as Adjudicators in Agency Enforcement Proceedings”, *University of Michigan Journal of Law Reform*, 52:103, 2018.
- Anthony David Tilton, “The occupational safety and health administration's new silica enforcement efforts: How Federal Administrative warrant and probable cause standards may impact employers under the new regulation”, *Administrative & Regulatory Law News*, 43:12, 2018.
- Daniel Yeagera, “Overcoming Hiddenness: The role of intentions in Fourth Amendment analysis”, *Mississippi Law Journal*, 74:553, 2004.
- Eric E. Petry, “Master of its own case: EEOC investigations after issuing a right-to-sue notice”, *University of Chicago Law Review*, 85:1227, 2018.
- Eric L. Yaffe, Christopher A. Nowak, “The unwelcome phone call—responding to regulatory audits and investigation”, *Franchise Law Review*, 2018.
- Manssen, Gerrit, *StaatsrechtII Grundrechte*, C. H. Beck, 2018
- Martin H. Redish, Kristin McCall, “Due Process, Free Expression, and the Administrative State”, *Notre Dame Law Review*, 94:297, 2018.
- Michael C. Pollack, “Talking Data”, *University of Chicago Law Review*, 86:77, 2019.
- Jarass, Hans D. Art. 13, in: Jarass/Pieroth(Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, C. H. Beck, 2018.
- John S. Connolly, “You've taken all you can bear”: replacing the rickety framework for law enforcement access to private communication”, *Harvard Journal on Legislation*, 2018.
- Seer, Roman, §21 Rn. 246, in: Tipke/Lang(Hrsg.), *Steuerrecht*, otto schmidt, 2018.
- Seer, Roman, §193 Rn. 23, in: Tipke/Kruse(Hrsg.), *Abgabenordnung—Finanzgerichtsordnung*, otto schmidt, 2016.
- Thomas K. Clancya, “What is a “search” within the meaning of the Fourth

- Amendment?”, Albany Law Review, 71:1, 2006.
- Wendy K. Marinera, “Reconsidering Constitutional Protection for Health Information Privacy”, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 18:975, 2016.
- Ziekow, Jan, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kohlhammer, 2013.
- 吴桂苦, “行政调查程序中相对人协助义务探析”, 惠州学院学报, 36(2), 2016.
- 遠藤博也, 「實定行政法」, 有斐閣, 1989.
- 遠藤博也・阿部泰隆, 「講義行政法 I」, 1984.
- 北野弘久, 「質問検査權의 法理」, 成文堂, 1974.
- 山村恒年, “現代行政過程論의 諸問題”『自治研究』, 제60권제7호, 1984.
- 高木 光・稻葉 馨, 「케이스북行政法」제3판, 弘文堂, 2007.
- 阿部泰隆, 「行政의法시스템(상)」, 有斐閣, 1996.
- 宇賀克也, 「行政法概說 I」, 有斐閣, 2013.
- 成田頼明・荒秀・南博方・近藤昭三・外間寛, 「現代行政法」제5판, 有斐閣, 2002.
- 塩野 宏, 「行政法 I－行政法總論」제6판, 有斐閣, 2015.
- 原田尙彦, 「行政法」제3차개정판, 學陽書房, 平成 13年.
- 原田尙彦, 「行政法要論」제5판, 學陽書房, 2004.
- 中原茂樹, 「基本行政法」제2판, 日本評論社, 2015.
- 須藤陽子, 「行政强制와 行政調査」, 法律文化社, 2014.
- 稻葉 馨・人見 剛・村上裕章・前田雅子, 「行政法」(제3판), 有斐閣, 2015.
- 池村 正道, 「行政法」제2판, 弘文堂, 2015.
- 芝之義一, 「行政法讀本」제3판, 有斐閣, 2013.
- 熊本信夫, “行政調査와 憲法”『行政判例百選 I』, 有斐閣, 1999.

행정조사의 공법상 한계에 관한 연구

발행일 | 2019년 11월

발행처 | 법원행정처

서울 서초구 서초대로 219

Tel : (02)3480-1247

연구자 | 사단법인 한국공법학회

인쇄처 | 주식회사 성우애드컴

Tel : (02)890-0900

〈비매품〉