

수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점

- 실무자의 관점에서 -

이재구*·이호용**

〈目 次〉

I. 서	V. 행정조사 거부에 대한 강제력 행사
II. 행정조사와 수사	VI. 법위반 내용 및 변호인등 선임권 고지
III. 행정조사와 진술거부권	VII. 결어
IV. 행정조사와 영장주의	

I. 서

모든 시스템의 활동은 크게 투입(input), 전환(conversion), 산출(output), 환류(feedback), 예측을 통한 대비(feedforward)의 연속으로 설명될 수 있다. 행정이라는 시스템도 구체적으로는 ‘투입’에 해당하는 문제의 발견(예컨대, 민원, 데모, 언론보도, 각종 통계조사, 신고 등), ‘전환의 시작’이라고 할 수 있는 해법검토(예컨대, 연구용역진행, 공청회, 외국사례 조사, 각종 현장조사 및 검토, 의견수렴 등), ‘전환의 종결’에 해당하는 행정결정(예컨대, 내부의 최종 의사결정, 정책결정, 법 제·개정, 처분을 위한 내부결정, 예산·인력 확보 등), ‘산출’에 해당하는 집행(예컨대, 법·제도 등 시행, 예산·인력 집행, 각종 물리적 행사등 사실행위, 정책 집행, 처분 등), ‘환류’에 해당하는 평가(예컨대, 내·외부평가, 외부 의견수렴, 선거 등), ‘예측’을 통한 대비(예컨대, 각종 자료나 통계 등의 수집 및 분석, 모니터링)의 과정을 거친다. 그런데 이 모든 과정에는 국민으로부터 각종 정보 및 자료를 수집하는 절차가 필수적으로 수반되며 행정의 외부

DOI: <http://dx.doi.org/10.18018/HYLR.2018.35.2.415>

* (주저자) 국민권익위원회 중앙행정심판위원회 총괄과장, 부이사관. (cvijk@korea.kr)

** (교신저자) 한양대 정책학과 교수, 法博, 행정법·법정책학. (hoyongr@hanyang.ac.kr)

와의 접촉을 통해서 문제를 신속히 파악하여 대처할 수 있게 된다. 그러나 그렇지 못하면 행정기관뿐만 아니라 국민들은 많은 어려움이 발생하고 나아가서는 정권내지 국가의 흥망성쇠가 결정되므로 행정조사는 행정기관뿐만 아니라 국민에게도 매우 중요한 가치를 갖는다.

이와 같이 행정기관 외의 국민으로부터 각종 정보 및 자료를 확보하는 일체의 활동¹⁾을 통틀어서 행정조사라고 한다. 행정조사기본법 제2조제1호에서는 행정조사를 “행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다.”고 규정하고 있다. 행정의 모든 단계는 처음부터 끝까지 크든 작든, 직접적이든 간접적이든 행정조사가 관통하고 있으며 행정조사의 결과는 내부적이든 대외적이든 행정결정으로 귀결된다. 따라서 행정은 행정조사로 시작해서 행정조사로 끝난다고 해도 과언이 아닐 정도로 행정조사에 대한 의존도가 높고 그 조사결과에 따라 움직이고 있다.

그러나 행정조사는 국가를 운영하기 위한 기본 데이터를 확보하기 위해 매우 중요한 과정임에도 불구하고 그동안 행정의 최종결정에 부수하는 부조적인 활동으로만 인식되어 왔다. 특히 행정형벌이 규정되어 있는 행정법규 위반에 대한 행정조사는 형사절차가 아닌 단지 행정절차내지 행정조사라는 이유만으로 피조사자에 대해 미란다원칙 불고지 및 영장없는 각종 조사가 이루어지고 피조사자는 자신의 권익을 적극적으로 방어하지 못한채 행정조사를 당연히 받는 것으로 알고 행정조사를 받는 경우가 많다. 그런데, 행정조사후 행정기관이 일반고발권내지 전속고발권을 행사하여 수사기관에 고발을 하면 수사기관은 사건을 이첩받아 수사를 시작함으로써 수사기관은 이미 행정기관이 행정조사를 통해 확보한 자료에 의해 손쉽게 수사를 하게 된다. 그러나 피조사자는 수사를 개시하는 단계에 진입하여 피의자로 전환되었을 때 비로소 형사소송절차에 따른 각종 기본권 보장 장치(미란다원칙, 영장주의 등)를 통해 자신을 방어할 수 있게 됨으로써 마치 수사기관은 100m 달리기에서 이미 50m를 앞서서 출발하는 것과 같은 상황이 된다. 이것은 형사소송법의 대원칙인 무기 평등 원칙에 반한다. 또한 수사기관은 수사를 하려면 영장주의 적용 등 형사소송법상 여러 제약에 의해 제대로 수사하려면 많은 어려움이 있으나, 행정기관이 사전에 행정조사를 통해 손쉽게 확보한 자료를 활용하여 수사를 하게 됨으로써 행정조사에만 의존하는 ‘행정조사 만능주의’ 내지 ‘수사의 행정조사로의 도피현상’이 발생할 수 있다. 이 논문은 많은 부분에서 접점과 경계선을 가지고 있는 행정조사와 수사의 관계를 중심으로 수사에 활용되거나 수사와 유사하게 작동하는 행정조사에서 발생할 수 있는 주요한 법적 문제를 다루는 것을 목적으로 한다. 이하에서는 행정조사와 수사의 공통점과 차이점을 살펴본

1) 자료수집은 단순한 자료수집이나 실태조사뿐 아니라 범위반에 대한 조사를 통해 확보하는 자료도 처벌이나 현안대처를 위해 수집하는 것이므로, 여기서의 자료수집은 행정기관이 외부(국민)에서 자료를 얻는 모든 과정으로 굉장히 포괄적인 개념이다.

다음, 수사로 활용될 수 있는 행정조사에서 발생할 수 있는 다양한 법적 문제점들에 관하여 주로 실무적 관점에서 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 행정조사와 수사

1. 행정조사와 수사의 유사한 점과 다른 점

수사란 “범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소제기와 유지여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동” 또는 “범죄의 유무와 범인의 체포 및 증거의 수집을 위한 수사기관의 활동”이라고 정의되어²⁾ 형사재판이라는 국가의 임무를 수행하기 위한 각종 자료를 수집하는 활동이며, 행정조사도 기본적으로 국가를 유지하기 위한 행정활동을 위해 각종 자료를 수집하는 행정작용이라는 점에서 기본적으로는 유사한 국가작용이다. 또한 수사는 형사재판이라는 종국적 재판에서 유죄판결을 유도해내기 위한 수사기관의 활동으로 공소제기 및 유지를 위한 준비적·보조적인 수사기관의 활동이며, 행정조사도 종국적인 행정결정을 위한 준비적·보조적인 행정기관의 활동이라는 점에서도 유사하다.

그런데, 행정조사는 일반 행정결정을 위한 행정의 활동이라는 점에서 범죄를 인지하고 범인을 검거하여 공소를 제기하며 판결까지 받도록 하는 수사 활동과 구별된다. 수사의 경우 피의자가 수사를 거부하면 검사의 청구에 의해 법관이 발부한 체포·구속·압수·수색영장을 발부받아 강제수사를 할 수 있어 수사거부를 제압하고 실행행사를 할 수 있으나, 행정조사는 피조사자의 거부 시 강제조사를 하지 못하고 행정형벌이나 과태료 등을 부과하는 간접적인 방법으로 조사거부에 대한 제재를 할 수 있을 뿐이어서 직접적으로 실행행사를 할 수 없다. 그리고 수사의 결과 피의자의 범죄혐의가 입증되면 징역, 벌금 등 형벌을 부과하나, 행정조사의 결과는 행정형벌 및 행정질서벌 부과이외에 통고처분, 영업정지나 직장폐쇄 또는 대집행 등 행정적 제재까지 한다는 점에서도 구별된다. 가장 중요한 차이점은 적용법규가 다르다는 점인 바, 수사절차에서는 피의자의 인권보호를 위해 다양한 인권보호 장치가 강구되어 상대방의 동의를 받은 임의수사 외에는 강제수사를 하기 위해서는 체포·구속·압수·수색영장을 법관으로부터 발부받아야 하고, 수사의 전 과정은 무죄추정의 원칙이 적용되며, 진술거부권·변호사의 조력을 받을 권리가 보장되고 이를 고지해야 하는 미란다 원칙 등이 명문화되어 있는 등 전반적인 과정은 형사소송법의 적용을 받는데 비해 행정조사에서는 개별 행정법규정에 수사와 같은 인권보호 장치가 규정되지 않은 경우가 많으며 행정조사기본법과 개별행정법에 의해 규율된다.

2) 이재상·조균석, 형사소송법, 박영사, 2015, 187쪽

2. 수사로 진행할 수 있는 행정법규 위반에 대한 행정조사

수사기관에는 검사와 사법경찰관리가 있는데 검사는 수사의 주재자이고 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 진행한다(형사소송법 제196조). 사법경찰관리는 일반사법경찰관리와 특별사법경찰관리로 구분된다. 특별사법경찰관리는 특수 분야의 수사를 담당하는 사법경찰관리로 삼림, 철도공안, 식품의약품, 관세, 군수사, 출입국관리, 환경, 위생 등의 특별한 분야에 대해「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에 의해 정해진다(형사소송법 제197조). 특별사법경찰관리는 행정형법분야에서 담당 공무원들의 전문성 활용과 일반사법경찰관리의 수사 부담을 경감시키기 위해 도입된 제도로 수사 분야가 한정될뿐 그 권한 및 의무는 일반적인 사법경찰관리와 동일하여 수사의 진행과정은 형사소송법에 의해 통제를 받는다. 따라서 행정형벌은 형법총칙상의 각종 규정들이 거의 대부분 적용³⁾되며 그 진행과정은 형사소송법에 따라 진행된다. 미란다원칙, 영장주의, 구속적부심 등과 같은 형사소송상 적법절차 원칙이 행정형벌에도 적용됨은 물론이다.

특별사법경찰관리는 수사권이 있으므로 행정형벌 규정 위반이 있으면 형사소송법에 따라 수사를 진행하기도 하고 행정조사를 진행하기도 하는데, 행정조사를 하는 경우 형사소송법의 적용을 받지 않고 행정조사기본법, 행정절차법, 개별 행정법규에 의해 조사를 진행하므로 영장주의 내지 미란다 원칙과 같은 적법절차와 관계없이 단순한 행정조사를 하고 그 조사결과에 따라 일반적으로 통고처분을 통해 범칙금을 부과한다. 행정형벌규정 위반은 보통 행정기관 내부에서 통고처분이라는 절차를 통해 종결시키는데 통고처분은 피조사자의 범위만 사실이 확인되면 전속고발권을 행사하지 않고 범칙금을 납부토록 하고 일사부재리의 원칙에 의해 더 이상 문제 삼지 않는다. 그러나 통고처분을 피조사자가 불이행하면 수집된 자료로 전속고발권을 행사하여 검찰에 고발을 하고 자료를 이첩하거나 직접 수사를 하기도 한다. 따라서 피조사자는 고발을 당하는 경우에서야 피의자 신분이 되고 그때서야 수사가 시작되게 되어 수사기관은 영장주의에 의해 법관으로부터 영장을 발부받아 피의자를 강제수사할 수 있게 되며, 재판을 통해서야 행정형벌을 부과할 수 있다. 그런데 전속고발이나 일반고발까지 진행되는 과정에서 행정기관은 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사를 통해 행정형벌 부과를 위한 각종 정보 내지 자료 즉, 증거를 수집하게 되는데, 이러한 행정조사는 수사가 아니므로 형사소송절차를 따르지 않게 되고, 피조사자도 형사절차 아닌 단순히 금전적인 제재정도에 불과할 것이라고 인식하여 이러한 조사를 거부하지 않으며, 경우에 따라서는 조사에 적극 협조하고 자인(自認)하는 경우까지 있다. 그런데 특별사법경찰관리가 검사에게 전속고발을 하거나 직접 수사를 개시하면, 수사기관은 행정

3) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타 법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

기관이 조사단계에서 확보한 각종 자료에 의해 손쉽게 수사를 진행할 수 있고 경우에 따라서는 행정조사를 진행했던 공무원을 참고인으로 조사하여 각종 자료를 보강할 수도 있어 결국 영장주의나 미란다 원칙 등 형사소송상의 각종 피의자를 위한 방어권 보장 장치를 회피하고 무력화시켜 피의자로 전환된 피조사자에게 불측의 손해를 발생시킬 수 있다는 문제가 있다. 이러한 문제점들은 특별사법경찰관리가 아닌 일반 공무원이 행정형벌 규정 위반에 대해 행정조사를 하고 검사 및 사법경찰관리와 같은 수사기관에 고발하는 경우에도 동일하게 발생한다. 이 경우 수사기관은 넘겨진 서류등을 조사하거나 기타 보강을 위해 조사를 받았던 피의자로 전환된 피조사자를 다시 소환해서 수사를 하는 등 피의자는 행정조사 1번, 사법경찰관에게서 1번, 검사에게서 1번 최대 3번의 조사 및 수사를 받게 되어 그만큼 힘들어지고 행정기관도 불필요한 행정력 낭비가 발생하게 된다. 아울러 고발을 했다고 하지만 행정기관의 행정조사는 수사기관의 수사만큼 정교하지 못하고 영장을 발부받을 수 없어 압수·수색 등을 할 수 없다보니 수집된 증거가 상당히 미비하거나 미약한 경우가 많아 고발장이 매우 부실하게 제출되는 경우도 많아, 수사기관은 처음부터 수사를 다시 하게 되어 피의자를 여러 차례에 걸쳐 소환하면 그만큼 피의자는 피곤하게 되며 행정조사과정에서 수집된 증거의 증거능력 인정여부도 진술거부권 불고지, 영장주의 미적용, 전문법칙 등과 관련하여 불투명하게 된다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 고발가능성이 높은 경우에는 간단한 조사후 바로 고발하는 방법도 고려해볼 수 있으나, 고발을 할 것인지 행정기관 내부에서 통고처분을 하고 종결시킬 것인지에 관해서는 개별 행정법규에서도 구체적으로 규정된 것이 아니어서 고발여부를 결정하는 것은 쉽지 않다. 예컨대 출입국관리법에서는 “지방출입국·외국인관서의 장은 조사 결과 범죄의 정상이 금고 이상의 형에 해당할 것으로 인정되면 즉시 고발하여야 한다.”고 규정되어 있고(법 제102조제3항), 관세법 에는“관세청장이나 세관장은 범죄의 정상이 징역형에 처해질 것으로 인정될 때에는 제311조 제1항에도 불구하고 즉시 고발하여야 한다.”고 규정되어 있으며(법 제312조), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서는 “공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.”고 규정되어 있으나(법 제312조 제2조), 이 법들에서 ‘범죄의 정상이 금고이상의 형에 해당할 것으로 인정되는 기준’, ‘범죄의 정상이 징역형에 처해질 것으로 인정되는 기준’, ‘위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁 질서를 현저히 저해한다고 인정되는 기준’이 명확하지 않다.

따라서 위의 문제점들을 종합해보면, 행정조사과정에서 수집된 각종 자료는 비록 수사단계에서 형사소송법에 따른 정밀한 진행 및 기본권 보장 원칙에 따라 수집한 것이 아니므로 법정에서 피조사자인 피고인이 증거능력을 부정하면 증거능력이 인정되지 않겠지만, 피고인이 증거를 인정하거나 비진술증거인 경우 증거능력이 인정될 수 있어 영장주의가 무력화될 수 있고 수사

기관은 행정조사과정에서 수집한 자료를 넘겨받아 그에 기초하여 수사를 진행하면 처음부터 수사를 시작하는 것에 비해서 그만큼 유리한 입장에서 수사를 진행할 수 있고 피의자로 전환된 피조사자는 그만큼 불리한 입장에서 수사를 받아야하므로 무기가 평등하지 못하다는 것이다. 따라서 형사소송법에서 인정되는 각종 기본권 보장을 위한 장치들은 행정조사 단계까지 확대해서 적용될 필요가 있다.

현재 행정조사에 대해 헌법상의 적법절차원칙 적용을 확대하는 경향이나 이의신청, 공청회, 진술거부회 부여, 이유부기 등 행정절차와 관련된 적법절차 원칙들이지 형사소송상의 적법절차는 아니므로 형사 절차와 같은 실질적인 피조사자의 방어권 보장 장치 규정은 미흡하다. 행정조사 기본법에서는 현장조사의 경우 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우 조사목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용, 제출자료 등이 기재된 현장출입조사서 등을 조사대상자에게 발송하여 조사에 대한 준비와 방어를 할 수 있도록 규정하고 있으나(제11조), 진술거부권 및 영장주의 적용에 대해서는 규정이 없고 그나마 행정법에 산재하는 영장발부 규정들은 특별사법경찰관리가 수사를 하는 경우에 적용되는 것들이 대부분으로 형사소송법상 당연한 것을 선언적으로 규정한 것에 불과하다.

행정법 규정 위반은 형벌과 그 불법의 정도를 비교해 보면 법정범이므로 형벌인 자연범에 비해 불법의 정도가 약하긴 하지만 그렇다고 하여 피조사자의 권익침해가 없거나 적다고 할 수는 없고, 피조사자의 권익침해라는 관점에서 보면 행정조사는 고발 이후의 수사와 별개의 것이 아니라 수사와 연속선상의 것으로 볼 수 밖에 없어 결국 행정법 규정위반에 대한 행정조사는 사실상의 수사로 보아야 한다⁴⁾. 범위반에 대해 조사를 받는 당사자의 감정과 불안은 모두 같으므로 조사개시 시점부터 형사절차상 인정되는 적법절차 원칙이 반영된 방어권을 적극 보장할 필요가 매우 높다.

3. 행정조사에서 형사상 적법절차 원칙 인정여부

적법절차란 개인의 생명·자유·재산을 보장하기 위하여 국가권력의 자의적 행사를 금지하기 위한 것으로 개인의 자유나 권리에 영향을 미치는 국가행위에 대해 해당 국가기관이 정당한 권한을 가질 것, 입법의 절차는 물론 법률의 내용도 구체적이고 명확할 것, 문제된 행위에 대해 상대방에게 고지·청문의 기회가 제공될 것, 변호인의 조력을 받을 권리와 유리한 증인의

4) 위험방지를 위한 경찰행정조사와 형사소추를 위한 범죄수사는 이론적으로는 구별되나 실제에 있어서는 경찰행정조사를 바탕으로 수집된 자료가 활용되는 등 형사절차와의 관련성이 적지 않다. 송진경, “압수 수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고”, 법과정책 제20집제3호, 제주대 법과정책연구소, 2014, 111-136쪽.

강제송환 등이 보장될 것, 판정기관이 공정하게 구성될 것, 권리·의무의 판정은 정의의 원칙과 헌법의 기본이념에 합치하고 자의적인 것이 되어서는 아니될 것 등이 포함되어 있다.⁵⁾

이러한 적법절차 원칙은 형사소송에서는 영장제도, 구속이유등 고지, 고문의 금지, 신속한 공개재판을 받을 권리, 변호인의 조력을 받을 권리, 진술거부권, 형벌불소급의 원칙, 일사부재리의 원칙 등으로 구현되었다. 문제는 형사절차에서 발전되어온 적법절차를 형사절차와 전혀 별개의 법인 행정법규를 집행하는 과정에도 적용시킬 수 있는 것인지 적용시킨다면 어느 범위까지 적용할 것인가로 행정법규 위반에 있어서 미란다 원칙 고지여부 및 영장주의 적용여부, 조사거부 시 물리력 행사여부, 범위반 내용 및 변호인 선임권 고지여부와 직결된다. 먼저 헌법 제12조는 법률과 적법절차에 의하지 않은 처벌·보안처분 또는 강제노역을 부정하고 있는데, 적법절차 적용대상을 처벌·보안처분·강제노역에 한정시킬 것인지 아니면 단순히 예를 들어 놓은 것으로 다른 제재까지 확대할 것인지, 견해 대립이 있다. 생각건대 처벌이란 반드시 형사상의 처벌만 의미하는 것이 아니라 본인에게 불이익이 되는 일체의 제재를 의미하고 따라서 그러한 처벌의 전제가 행정절차나 형사절차나를 구분할 필요가 없이 모든 행정으로부터 국민을 보호해야 하는 것이므로 행정조사에도 당연히 적법절차를 적용시켜야 하고 오늘날 행정국가화 경향으로 오히려 행정기관이 국민의 자유와 권리를 침해할 위험성이 증대되는 현실도 감안해야 한다. 전술한 바와 같이 법규 위반에 대한 행정조사과정은 단순한 행정조사로 진행되고 그 처벌이 단순히 행정적 제재로 종결되며 형사소송법이 아닌 행정조사기본법이나 기타 개별 행정법규가 적용되므로 형사소송법상의 각종 적법절차가 배제되나, 행정법규 위반으로 인해 결국 조사기관이 전속고발권이나 일반고발권을 행사하면 수사로 이행되므로 피조사자의 방어권은 수사개시단계가 아닌 행정조사 개시 단계에서부터 보호함이 타당하다. 또한 단순히 법상의 절차를 이행했다고 해서 적법절차를 준수했다고 할 수 없으며, 그 절차의 이행이 합리적인 과정이었는지를 판단하는 것이 실질적 법치주의라는 관점에서도 그러하다⁶⁾. 그러나 행정조사가 사실상 수사에 해당한다고 해도 행정조사가 곧 수사는 아니므로 형사절차상 적법절차 원칙을 같은 수준으로 적용시킬 것을 요구하는 것은 아니고 조사기관의 공익추구와 그로 인한 피조사자의 사익침해를 이익형량하며, 행정환경, 예산 및 인원과 같은 국가 재정상황, 국민의 의식 수준, 사회의 범죄 등 위험 노출 정도 등 현실적인 것들을 다양하게 고려하여 반영해야 할 것으로 판단된다.

5) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 425쪽.

6) 박혜림, “수사단계의 적법절차 원리에 대한 고찰”- 사실상 수사로서의 행정조사를 중심으로 -, 법학논총 제20집제2호, 조선대 법학연구원, 2013, 596쪽 이하.

Ⅲ. 행정조사와 진술거부권

1. 진술거부권의 의의

헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하고 있고, 형사소송법 제244조의 3 및 제283조의 2에서도 피의자 및 피고의 진술거부권을 각각 규정하고 있다.

진술거부권은 자백을 얻어내기 위한 일체의 위법수사를 배제하여 피고인 또는 피의자의 인권을 보장하기 위한 것으로 강력한 수사권을 가진 수사기관과의 무기 대등을 이루어 진정한 당사자주의를 실현함으로써 공정한 재판을 이루기 위해 인정된다. 진술거부권은 그 내용에 제한이 없으며 진술거부권을 고지하지 않고 수집한 증거는 위법수집증거배제법칙에 따라 그 증거능력이 부정된다(형사소송법 제308조의 2). 이러한 형사소송법상의 진술거부권을 행정조사에도 인정할 것인지 문제된다. 이에 대해 헌법 제12조에 진술거부권을 규정했지만 형사절차에 관련된 것으로 질문이 행정조사 및 형사책임추급의 두 가지 목적이 동시에 행사되는 경우에만 진술거부권이 인정된다는 견해⁷⁾, 진술거부권을 규정하지 않은 것은 법치국가적 인식이 결여된 채 행정평의만을 중시한 입법으로, 진술증거의 수집에 관한 진술거부권 위반에 해당한다는 견해⁸⁾, 법령상 진술 또는 신고의무가 명백히 형사적 목적과 관련이 없는 경우와 실질에 있어서 형사책임의 증거획득을 목적으로 부과된 것이어서 실질적 형사절차에 해당한다고 할 수 있는 경우로 나누어, 전자에 대해서는 진술거부권이 문제되지 않으나 후자에 대해서는 조사의 결과가 형사절차상 증거로 사용될 것이 예정되어 있으므로 진술거부권을 보장해야 한다고 보는 견해⁹⁾ 등이 있다.

진술거부권 위반에 대해서는 조사기관이 전적으로 피조사자의 위법행위를 입증해야만 제재를 할 수 있으므로 피조사자가 자신이 범위반을 하지 않았다는 사실을 적극적으로 입증할 필요는 없고 단지 소극적으로 방어만 하면 되며 묵비권을 행사하였다 해서 제재를 가할 방법은 없다. 문제가 되는 것은 첫째, 행정조사시 행정기관이 진술거부권을 고지해야 할 의무가 있는가 하는 점이다.

둘째, 적극적인 행정조사를 대신하여 기장·보고·신고·등록의무 등 소극적인 조사방법을 활용하는 것의 문제점이다. 이러한 의무를 간접적으로 강제하기 위해 행정형벌이나 과태료를 부과하도록 하고 있는데, 이와 같이 수집된 기장·보고·신고 등의 내용이나 자료들은 결국 피조사자의 진술과 동일하게 평가되어 증거로 사용될 수 있다. 따라서 이러한 기장·보고·신고 등을 통해

7) 박윤훈·정형근, 행정법강의(상), 법문사, 2009, 542쪽.

8) 김영조, “행정조사에 관한 연구”, 경희대박사학위논문, 경희대대학원, 1998, 78쪽.

9) 박지현, “행정상 진술거부권과 그 제한”, 민주법학 제33권, 민주주의법학연구회, 2007, 292쪽.

행정기관이 위법을 발견하여 행정벌 등을 부과한다면 결국 헌법에 의해 인정되는 피조사자의 진술거부권은 아무런 의미 없는 것이 되고 만다. 그렇다면 이러한 자료들에 대해 진술거부권처럼 불리한 자료의 제출·등록·신고·기재 등을 거부할 수 있는지 그리고 기장·보고·신고 등에 근거하여 행정벌을 과할 수 있는지 문제가 된다.

셋째, 진술거부권을 행사한다고 해서 행정기관 자체에서 진술거부권 행사를 이유로 제재나 가중 처벌이 가능한가 하는 점이다. 이하에서는 이 점들에 대하여 자세히 살펴보자.

2. 행정기관의 진술거부권 고지의무 인정여부

수사는 인신의 자유를 제한하므로 행정조사에 비해 피의자 내지 피고인의 기본권 침해 가능성이 높아 그에 대한 방어수단을 피조사자에게 주어야 하므로 공익보다는 개인의 기본권을 절 대적으로 보호해야 하지만, 행정조사는 인신의 자유를 제한할 수 있는 형사절차가 아니므로 행정절차서 확립이라는 공익을 우선적으로 추구하다보니 개인의 기본권보장을 위한 장치가 형사절 차에 비해 미약하다. 그러나 피조사자의 입장에서는 형사절차이든 행정절차이든 수사이든 행정 조사이든 조사기관이든 수사기관이든 자신의 권익을 침해받는 것은 동일하여 행정조사를 통한 공익추구와 그로 인해 피해를 받을 수 있는 피조사자의 사익보호를 어느 정도 선에서 절충해야 할 필요가 높다.

먼저 행정조사의 성질에 따라서 조사인지 수사인지를 구별해보고 그에 따라 진술거부권고지 의무 인정여부를 살펴본다. 특별사법경찰관리가 행정형벌 규정위반에 해당하는 사건을 행정조 사를 통해 조사하는 경우 조사 결과에 따라 전속고발권을 행사할 것인지 아니면 단순히 통고처 분으로 종결할 것인지는 조사자도 잘 알 수 없다. 조사가 종료된 후 조사대상, 피조사자의 태 도, 불법의 정도, 형사처벌이 일반예방과 특별예방의 관점에서 필요한지 등을 종합적으로 판단 하여 징역형 등 형사처벌을 부과할 필요가 없다고 판단되는 경우에는 전속고발을 하지 않고 통 고처분으로 종결할 수 있다. 이는 형법의 보충성원칙으로부터 나오는 결론이다.¹⁰⁾ 대개 통고처 분과 전속고발권을 행사해야 하는 경우를 법률¹¹⁾이나 그 위임명령 혹은 행정규칙으로 정하고

10) 이상돈, 조세형법론, 세창출판사, 2009, 116쪽.

11) 예컨대, 「관세법」에서는 통고처분과 즉시고발의 경우를 다음과 같이 규정하고 있다. 제311조(통고 처분) ① 관세청장이나 세관장은 관세법을 조사한 결과 범죄의 확증을 얻었을 때에는 그 이유를 구 체적으로 밝히고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 금액이나 물품을 납부할 것을 통고할 수 있 다. 1. 벌금에 상당하는 금액 2. 물수에 해당하는 물품 3. 추징금에 해당하는 금액. 다음으로 즉시 고발에 관한 규정도 두고 있다. 제312조(즉시 고발) 관세청장이나 세관장은 범죄의 정상이 징역형 에 처해질 것으로 인정될 때에는 제311조제1항에도 불구하고 즉시 고발하여야 한다. 또한, 다음으 로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서도 다음과 같이 규정하고 있다. 제71조(고발) ① 제66 조(罰則) 및 제67조(罰則)의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다. ②공정 거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁

있다. 그런데, 실무에서는 검찰로부터 통제를 받는 것을 싫어하고 형사소송법상의 복잡한 절차를 거치고 싶지 않아 수사보다는 단순히 행정조사를 진행하거나 통고처분으로 종결시키는 경우가 많다. 최근 전속고발권을 해당 부처에서 일방적·재량적으로 행사할 수 있는 권한에 대해 제동을 걸고 전속고발권을 행사하도록 하는 법규정이 일부에서 시행되고 있다. 예컨대 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있도록 하고 있으며, 또 검찰총장도 고발요건에 해당하는 경우에는 공정거래위원회에 통보하여 고발요청을 하도록 하고 있다. 또한 공정거래위원회가 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 조달청장, 중소기업청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있도록 하고 있으며, 이들 고발요청이 있는 때에는 검찰총장에게 고발하도록 하고 있다(제71조). 그렇지만 전속고발권 문제를 완전히 해결된 것은 아니다.

통고처분은 업무과중 등으로 조사자가 검찰의 통제를 받기 싫어하거나 전문지식 및 형사소송절차에 대한 지식이 부족하여 능력의 한계로¹²⁾ 진실을 덮으려는 성향이 있어 문제된다. 한편 피조사자도 형사소송절차를 밟으면 보다 큰 진실이 밝혀져 결국 보다 커다란 형사적 제재를 받을 수 있으므로 통고처분으로 끝내고 일사부재리의 원칙에 따라 재수사를 받지 않으려 하는 경향도 있다. 형사소송절차를 거치면서 피조사자는 피의자내지 피고인으로 전환되어 그만큼 비용과 시간이 낭비되어 기회비용 상실이 크므로 조사자와 피조사자간의 암묵적인 동의하에 보다 큰 진실을 덮을 수 있는 방법으로 통고처분 제도가 악용될 소지가 있어 일반예방 및 특별예방 효과를 기대하기 어렵다는 지적도 있다.¹³⁾

이러한 통고처분 및 전속고발 여부는 그 고발규정이 불명확하고 애매한 성격으로 인해 발생한다. 관세법에서는 ‘범죄의 정상이 징역형에 처해질 것으로 인정될 때’에는 통고처분 규정에도 불구하고 즉시 고발하여야 한다고 하는데 ‘범죄의 정상이 징역형에 처해질 것인지’는 조사개시시점에서는 알 수 없다. 그렇지만 고발여부가 유동적이라고 해서 행정조사라는 이유만으로 진술거부권을 고지하지 않고 조사를 진행하고 행정기관이 전속고발권을 행사하여 수사가 개시되

질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

- 12) 특별사법경찰관리들의 직무범위가 불명확하고 전문성이 결여되며 통제장치가 미흡하여 인권침해 소지가 있다는 지적을 받아왔다. 일례로, 환경분야의 경우를 보면 전국의 환경감시 공무원 중 62.3%가 환경사법경찰관리로 지명되었는데 이중 89%가 환경업무전문성이 미흡하다는 설문결과가 나왔다. 기업의 환경업무 담당자들에게 설문해본 결과 일부 지자체 공무원들은 환경업무에 관한 지도점검시 자료입수 등을 위하여 강제조사권을 사칭하는 사례도 있다고 답변했다. 한국경제연구원, 행정조사의 실태와 개선방안, 2004, 137쪽.
- 13) 예상균, “조세법칙조사의 사법적 통제방안 강화에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울시립대세무전문대학원, 2014, 73쪽 이하. 여기서는 통고처분만으로 절차를 종결하는 것은 일반예방 및 특별예방적 효과를 얻을 수 없다고 하면서, 통고처분의 대상이 되는 조세법의 경우 그 악성의 징표가 일반 형사법과 별로 다를 바 없다고 지적한다.

는 경우에서야 진술거부권을 고지한다면 피조사자는 방어권을 행사할 기회를 충분히 얻지 못하게 된다. 이와 같이 특별사법경찰관리¹⁴⁾가 행정형벌 규정 위반을 조사하는 경우에는 유동적인 고발여부에 따라 진술거부권고지도 유동적으로 방치하면 피조사자의 권익이 침해되므로 피조사자의 방어권을 적극 보장하기 위해서 행정조사를 개시하자마자 진술거부권을 고지하는 것이 타당하다. 또한 조사자의 입장에서도 법정에서 증거능력이 부인될 수 있어, 피조사자의 관점에서 진술거부권 고지를 접근할 필요가 있다.¹⁵⁾ 중국적으로는 개별 행정법규의 행정조사부분에서 규정하기 보다는 행정조사기본법에 진술거부권 고지에 관한 규정을 두어 일거에 해결하는 것이 적절하다.

한편, 행정질서법 규정 위반에 대한 조사의 경우 형사소송법이 적용되는 것이 아니라 개별 행정법 및 질서위반행위 규제법에 따라 진행되어 과태료로 부과되고 특히 신체적 자유를 제한하는 처벌이 아니므로, 진술거부권을 고지할 필요가 없다고 생각된다. 그러한 경우까지 진술거부권을 고지하여 피조사자를 보호하는 것은 행정의 공익 확보에 비해 개인의 사익을 지나치게 보장하는 면이 있기 때문이다.

3. 불리한 장부기재·신고·등록 등과 진술거부권

각종 행정법규에는 기장·보고·등록·신고 등의 의무가 있어 일반인들은 법규에 맞춰 각종 등록, 기재 등을 정확히 하여야 하는데, 피조사자가 법을 위반한 경우에는 이러한 보고 등은 결국 피조사자의 진술과 같은 것이므로 이 보고 내용 등을 근거로 처벌하거나 행정제재나 행정벌을 당하는 것이 두려워 허위기재를 할 수 있고 이것은 처벌로 연결되는 바, 이 처벌이 결국 진술거부권을 침해하는 것은 아닌지 문제가 된다.

예를 들면 각종 세법상의 신고의무, 마약의 기록의무(마약류관리에 관한 법률 제11조), 각종 세법상의 신고의무, 운전자의 교통사고 신고의무(도로교통법 제54조) 등이 여기에 해당한다. 더구나 법률상 비치의무가 있는 장부 등을 미기재하거나 잘못 기재한 경우뿐만 아니라 고의적인 파기를 처벌하는 경우도 있어 그만큼 조사나 수사에서 진술을 대체할 수 있는 증거 확보는 매우 중요하다.¹⁶⁾ 헌법재판소는 교통사고 신고의무와 관련하여“피해자의 구호 및 교통질서의

14) 특별사법경찰관리가 아닌 일반공무원인 경우에도 형사소송법 제234조제2조에 따라 일반고발권(공무원은 그 직무를 행함에 있어 범죄가 있다고 사료하는 때에는 고발하여야 한다)을 행사하거나 관계법에 따라 전속고발권을 가진 일반공무원은 전속고발권을 행사할 수 있어, 조사의 주체가 특별사법경찰관리가 아니라는 점 외에는 같다.

15) 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38권 제2호, 한국외대 법학연구소, 2014, 63쪽.

16) 조세범처벌법 제8조(장부의 소각·파기 등) 조세를 포탈하기 위한 증거인멸의 목적으로 세법에서 비치하도록 하는 장부 또는 증빙서류(「국세기본법」 제85조의3제3항에 따른 전산조직을 이용하여 작성한 장부 또는 증빙서류를 포함한다)를 해당 국세의 법정신고기한이 지난날부터 5년 이내에 소

회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것'으로 해석하고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”고 한 바 있다(헌재결 1990.8.27., 89헌가118). 그러나 교통사고의 객관적 내용 자체가 형사책임과 관련되는 경우가 많을 뿐만 아니라 신고내용을 토대로 현실적으로 수사가 진행될 수 있다는 점을 고려할 때 운전자에게 교통사고의 신고의무를 규정하여 벌칙으로 강제하는 것은 진술거부권을 침해하는 것으로 보아야 한다는 견해¹⁷⁾도 있다.

또한 헌법재판소는 구 「정치자금법」상 정치자금의 수입·지출에 관한 내역을 회계장부에 허위 기재하거나 관할 선관위에 허위 보고한 정당의 회계 책임자를 형사 처벌하는 규정과 관련해서도 궁극적으로 정치자금의 투명성을 확보하여 민주정치의 건전한 발전을 도모하려는 것으로서 그 입법목적에 부합하는 필수불가결한 조치이며 달리 이보다 진술거부권을 덜 침해하는 방안을 현실적으로 찾을 수 없다고 하면서 이 조항들을 통하여 달성하고자 하는 정치자금의 투명한 공개라는 공익은 불법 정치자금을 수수한 사실을 회계장부에 기재하고 신고해야 할 의무를 지키지 않은 채 진술거부권을 주장하는 사익보다 우월하므로 정당의 회계책임자가 불법 정치자금이라도 그 수수 내역을 회계장부에 기재하고 이를 신고할 의무가 있다고 규정하고 있는 위 조항들은 헌법 제12조 제2항이 보장하는 진술거부권을 침해한다고 할 수 없다고 결정한 바 있다(헌재결 2005. 12. 22. 2004헌바25).¹⁸⁾ 이와 같이 헌법재판소는 기장·보고·등록·신고 등의 의무가 진술거부권을 침해하지 않는 것으로 보고 있다.

이에 대해 시민이 영업을 할 수 있는 영업권의 성질을 가지는 영역은 시민의 권리 자체가 각종 행정상 의무를 전제로 형성된 것이므로 위헌성을 강하게 띄지 않겠으나, 시민의 자유권적 성격을 강하게 지니는 영역은 그러한 진술의무부과의 정당성 여부의 심사에 따라 달라진다는 견해도 있다¹⁹⁾. 결국 국가가 적극적인 행정조사를 통해 각종 자료를 확보하고 불법을 제거하여

각·파기 또는 은닉한 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다.

17) 이은모, 형사소송법, 박영사, 2014, 94쪽.

18) 이에 대해 권성 재판관은 다음과 같은 반대 의견을 제시하였다. “비록 정치자금법 제31조 제1호 중 제22조 제1항과 같은 호 중 제24조 제1항 부분이 추구하는 목적에 대한 정당성이 인정된다고 하여도, 위 법률조항들이 사용하고 있는 방안은 일차적인 금지의무(불법 정치자금의 수수 금지)를 위반한 자 중 아무도 자신의 범죄사실을 보고하지 않을 것이라는 점에서 현실적으로 정치자금의 투명성 확보라는 목적을 이루는 데에는 아무런 기능을 하지 못하면서도 단지 ‘정치자금 부정수수죄’로 형사처벌을 받는 자에게 다시 ‘허위기재 및 허위보고죄’라는 명목으로 형사처벌을 이중으로 부과하는 것에 불과하다. 따라서, 위 법률조항들은 그 목적을 이루는데 있어서 실질적인 방법이 아닐 뿐만 아니라, 불필요하게 이중으로 형사처벌함으로써 최소 침해성의 원칙에도 어긋난다. 또한, 위 법률조항들은 원칙적으로 국가가 부담하고 있는 ‘정치자금 부정수수죄’에 관한 증명 책임을 범죄자에게 전가하는 결과를 가져오으로써, 진술거부권이 보장하고 있는 피의자와 검사 사이의 무기평등의 원칙 내지는 탄핵주의 형사 사법제도의 이념을 부당하게 침해한다. 결국, 위 법률조항들이 ‘불법 정치자금의 수입과 지출에 관한 기장·보고’에 적용되는 범위 내에서는 헌법에 위반된다고 판단된다.”

19) 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학 제72호, 고려대법학연구소, 2014, 90-92쪽.

공익을 실현해야 하지만 한편으로는 국가의 한정된 예산과 인력으로 인해 각종 신고·등록의무 등을 국민에게 어쩔 수 없이 부과한 것이므로, 이러한 수동적 행정조사 방법인 신고·등록의무들은 사회질서 유지 차원에서 반드시 정상적으로 집행되어야 하는 것들이어서 신고·등록내용들에서 행정형벌규정 위반을 적발하여 그 증거로 사용하는 것은 진술거부권을 침해하는 것은 아니라고 판단된다. 기록에 대한 행정적 규제의 필요와 그로 인한 피조사자의 이익 침해를 형량함에 있어 공적 필요를 위해서는 피조사자의 사적 이익을 내려놓을 수밖에 없다.²⁰⁾ 더구나 진술거부권은 ‘진술’을 거부할 수 있는 것으로 그 진술은 절대적으로 보호해야 하는 것이지만 진술을 거부하고자 하는 내용이 그대로 완전히 신고·등록내용에 투영되는 것은 아닐뿐더러 조사기관은 그러한 신고·등록내용에 투영된 내용을 모아서 새로운 증거를 창출할 수도 있기 때문이다. 더구나 이러한 신고·등록의무들은 공적으로 필요한 것으로 사회생활이라는 공익 유지를 위해 작성하도록 한 것이며 경우에 따라서는 일반인들이 볼 수 있도록 비치해놓도록 규정해 놓은 것도 많아, 일반인들은 이러한 신고 등의 내용을 믿고 투자 등을 하기도 하고 국가기관은 신고 등을 통해 확보한 자료에 의해 정책결정이 이루어지기도 하므로 그 성격이 단순히 사적인 영역이라 할 것도 아니다. 따라서 공적인 필요에 의해 작성의무가 부과된 장부나 보고 등에 기재된 것은 진술거부권을 인정해서는 안되겠지만 사적인 영역에서 작성된 것을 기초로 처벌하는 것은 진술거부권을 침해한다고 보아야 한다.²¹⁾

4. 진술거부권 행사에 대한 가중처벌

진술거부권 행사를 이유로 재판시 양형 가중여부에 대해서는 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다. 판례는 원칙적으로 양형상 불이익한 사유로 작용하지 않으나 예외적으로 피고인에게 보장된 방어권 행사의 범위를 넘어 객관적이고 명백한 증거가 있음에도 진실의 발견을 적극적으로 숨기거나 법원을 오도하려는 시도에 기인한 경우에는 가중적 양형의 조건으로 참작할 수 있다고 한다(대판 2001.3.9, 2001도192).

한편 행정형벌이 아닌 단순한 통고처분이나 행정질서벌 부과, 행정적 제재시 행정기관에서

20) 박지현, “행정상 진술거부권과 그 제한”, 민주법학 제33호, 민주주의법학연구회, 2007, 293쪽. “일반적으로 과세표준의 확정신고의 결과 받게 될 불이익은 과세상의 불이익이지 형사상 불이익은 아니기 때문에 헌법의 보호를 받지 못한다. 이와 같은 통상의 행정상 신고 등 의무는 규정 자체는 진술거부권을 침해하지 않는 합헌적 진술강제라고 말할 수 있다.”

21) 대판 1977.7.12, 77도 1360, “피고인이 원고지와 일기장에 반국가단체의 활동을 찬양하는 글을 썼다 하더라도 타인이 보지 않는 곳에서 써서 가지고 있었을 뿐 타인에게 보인 사실이 없고 보이기 위한 것도 아니었으며, 또 일기라는 것은 작성자가 보고 듣고 느낀 자기 개인의 생활체험을 자기 자신만이 간직하기 위하여 작성하는 생활기록이므로 특히 피고인이 이를 타인에게 보이기 위해서 또는 타인이 볼 수 있는 상황아래서 작성하였다는 증명이 없다면 설사 그 내용이 반국가단체나 그 구성원의 활동을 찬양, 동조하는 내용이라 하더라도 반공법(폐지) 제4조에 해당한다고 볼 수 없다.”

진술거부권을 행사하였다는 이유로 가중처분을 할 수 있을지 문제될 수 있다. 진술거부권행사로 피조사자의 기본권은 보장되었겠지만 그만큼 인력 및 예산이 많이 투입되어야 하고 현재 수사기관이 아닌 일반 공무원들의 조사 수준에서는 한계가 있어 진술거부권 행사는 그만큼 행정기관으로 하여금 많은 시간과 비용을 초래하여 기회비용 상실로 이어질 수 있기 때문이다. 그러나 진술거부권은 고문방지와 방어권을 절대적으로 보장하기 위해 인정되는 것으로 진술거부권을 행사했다고 해서 행정적 제재 등을 하는 경우 보다 중하게 처벌할 수는 없다. 다만 형법에서 자수는 임의적 감면사유²²⁾이듯이 진술거부권을 포기하는 경우에는 그만큼 행정적 비용 절감 및 피조사자의 반성을 인정하여 통고처분 또는 기타 행정적 제재를 경감시키고, 아울러 범위반을 바로 인정하면 더욱 감경할 수 있도록 하는 것은 고려해 볼 수 있을 것이다.²³⁾

한편 관세법 제276조 제4항에서는 세관공무원의 질문에 대하여 거짓의 진술을 하거나 그 직무집행을 거부하거나 기피한 경우에는 1천만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 국민건강보험법 제119조 제4항 제3호에서는 거짓으로 진술하거나 진술을 하지 아니한 자에 대해서는 100만원이하의 과태료를 부과하도록 되어 있으며, 조세범처벌법 제17조에 제5호에서는 「소득세법」·「법인세법」등 세법의 질문·조사권 규정에 따른 세무공무원의 질문에 대하여 거짓으로 진술을 하거나 그 직무집행을 거부하거나 기피한 자에 대해서는 2,000만 원 이하의 과태료를 부과하도록 되어 있다. 그런데 진술거부를 벌하는 것은 문제가 있다고 판단된다. 왜냐하면 조사기관이 진술 외의 증거를 발견해서 불법을 처리해야지 진술에만 일방적으로 의존하여 불법을 처벌한다는 것은 행정편의적 발상이기 때문이다.

더구나 관세법 위반에 대한 행정조사가 단순히 통고처분이나 기타 행정적 제재로 종결된다면 모르지만 관세공무원이 특별사법경찰관인 경우(「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」제5조 제17호) 행정조사과정에서 갑자기 형사절차로 이행될 수도 있으며, 이때 행정조사과정에서 수집된 자료는 비록 법정에서 증거능력이 인정되지 않을 수도 있다고 할지라도 그것은 재판과정에서의 문제일 뿐 사실상 특별사법경찰관리는 그러한 자료에 기초하여 수사를 진행하게 되고, 경우에 따라서는 조사를 진행한 관세공무원과 수사를 맡은 특별사법경찰관리가 같은 세관에 속하거나 같은 과에 속할 수도 있으며 행정조사를 담당했던 자가 바로 특별사법경찰관리가 되어 수사를 할 수도 있다.

조세범칙조사의 경우도 마찬가지이다. 국세공무원은 특별사법경찰관리가 아니어서²⁴⁾ 통상

22) 형법 제52조(자수, 자복) ① 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

23) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서는 부당한 공동행위의 사실을 자진 신고한 자, 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자에게 시정조치 또는 과징금을 감경 또는 면제할 수 있고, 고발을 면제할 수 있다고 규정하고 있다(제22조의2).

24) 국세공무원의 경우 조세범처벌절차법 제2조 제4호에 의해 지방검찰청장이 임명하나 다수의 견해는

세무조사 후 조세범칙조사로 전환하여 통고처분으로 종결하고 그렇지 않은 경우에는 조세범칙조사 후 전속고발권을 행사하여 고발하면, 국세공무원이 아닌 검사나 일반사법경찰관리가 수사를 하는데 수사전에 확보된 자료가 그대로 수사기관에서 활용된다. 국민건강보험법에 따른 건강보험공단의 조사 후 고발된 경우에도 수집한 자료가 수사기관에 넘어가는데, 진술거부권이 수사개시 시점에서야 고지되지만 이미 조사과정에서 거짓 진술을 처벌할 수 있도록 하는 규정에 의해서 확보된 진술과 그에 근거하여 수집된 자료라는 점에서 달리기 출발점의 불공정 문제가 그대로 발생한다.

각종 조사나 수사를 하는 경우 피조사자나 피의자 등은 자신을 방어하기 위해서 여러 다양한 수단을 강구한다는 것은 인간으로서 자연스러운 자기 방어의 본능이므로 이러한 거짓 진술을 처벌하는 것은 적절하지 않다. 이것은 범인 체포시 저항에 대해 공무집행방해죄로 처벌하지 않는 것과 마찬가지로이다. 따라서 진술거부에 대한 처벌은 위반자 본인에 대한 조사가 아닌 주변의 제3자에 대한 조사의 경우로 한정하거나 단순히 거짓 진술을 하지 말라는 상징적인 내용으로 다시 규정해야 할 것이다.

IV. 행정조사와 영장주의

1. 서언

헌법 제12조에서는 신체의 자유와 영장주의를 규정하고 있다. 이러한 영장제도는 형사소송에서 발전되어 온 것으로 수사과정에서 발생할 수 있는 국민의 기본권 침해 가능성을 미리 예방하기 위하여 수사기관이 속해있는 행정부와 별개의 조직인 사법부에서 이를 통제하기 위한 절차이다. 체포·구속·압수·수색시 상대방의 동의를 받으면 임의수사로 영장이 필요 없지만, 상대방의 동의를 받지 못하면 검사에게 영장을 신청하여 법관이 발부한 영장 의해 체포·구속·압수·수색을 하는 강제수사가 된다. 형사절차에서 적용되는 영장제도가 행정조사에도 적용되는지 여부에 관해 논의가 있다. 전통적으로 범위반에 대한 조사는 수사기관의 형벌에 의한 제재를 목적으로 하는 수사와 일반 공무원의 행정적 제재를 목적으로 하는 행정조사라는 단순한 이원적 구조로 되어 있다. 그런데 현대 행정의 복잡성 및 전문화로 인해 지켜야 할 규범으로 형법 외에 행정법규 제정이 많아지면서 특별사법경찰관에 의한 수사권이 확대되고 조세범 처벌절차법등처럼 기존 행정조사권을 보다 강화하여 활용하는 등 일반공무원에게도 기존의 조사권보다 더욱 강화된 조사권의 등장으로 그만큼 피조사자의 기본권침해 가능성이 높아졌기 때

특별사법경찰관리로 보지 않는다.

문이다. 더구나 일반 국민들이 형사법을 잘 알지는 못하지만 미디어 매체를 통하여 영장 제도를 알게 되면서 행정조사진행과정에서 피조사자의 기본권을 보호하기 위해 영장주의의 적용에 대한 인식이 점차 높아지고 있다. 그런데, 영장주의는 일반적으로 체포·구속영장이 아닌 압수·수색영장이 논의된다. 체포·구속 등의 대인적 강제처분으로는 사용할 수 없는 이유는 범칙조사가 통고처분으로 끝나거나 수사기관에의 고발로 종결되는 말하자면 형사소송절차 이전의 절차이기 때문이다.²⁵⁾²⁶⁾

이에 관해 학설들을 살펴보면 영장주의는 형사사법권의 남용을 억제·방지하려는 데에 그 본래 취지가 있었던 것이기는 하나 행정조사로 국민의 권익침해 가능성도 형사사법권 행사 못지않으므로 행정조사가 형사소추절차가 아니라는 이유만으로 영장주의를 배제할 수 없으므로 영장을 필요로 하나 영장을 기다려서는 적시에 적정한 조사를 할 수 없는 경우에는 예외가 인정된다는 견해²⁷⁾, 헌법상 압수 수색을 하는 경우 법관이 발부한 영장을 제시하도록 하였으므로 행정조사를 위한 압수·수색에도 영장을 발부받아야 한다는 견해²⁸⁾, 헌법 제16조에 영장주의를 규정하였으므로 행정조사에도 영장주의를 적용시켜야 하나 행정조사의 특성을 무시할 수 없어 행정조사 목적달성에 불가피하다고 인정되는 합리적인 사유가 있는 경우에 한하여 영장주의 적용이 배제된다는 견해²⁹⁾ 등이 있다.

2. 조사자의 자격(특별사법경찰관리 혹은 일반공무원)과 영장주의의 적용

「조세범 처벌절차법」상 세무공무원(제9조), 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」상 금융위원회 소속 조사공무원(제427조) 등 일반공무원이 영장을 발부받도록 하는 규정이 있긴 하지만, 현행 법규에 행정조사과정에서 일반공무원이 영장을 발부받도록 하는 규정은 많지 않다. 영장 발부 규정이 있으면 그에 따라서 발부받으면 되지만 영장발부규정이 없을 때 행정형벌규정 위반에 대한 조사에서 피조사자의 동의가 없는 경우 영장을 발부받아야 하는지가 문제된다.

특별사법경찰관리가 수사를 진행한다면 행정조사가 아니어서 압수·수색을 해야 하는 경우 상대방의 동의를 받지 못하면 당연히 법원을 통해 영장을 발부받아 수사를 진행하면 된다. 여기서 특별사법경찰관리가 수사를 진행했는지 아니면 행정조사를 진행했는지 그 성격이 불분명

25) 이상돈, 앞의 책, 105쪽

26) 대물적(對物的) 처분인 압수·수색은 재산권 침해로 그 손해를 복구할 수 있지만, 인신의 자유를 제약하는 체포·구속과 같은 대인적(對人的) 처분은 손해를 복구할 수 없고 개인의 자유는 최대한 보장되어야 하며 재산권보다는 인신의 자유를 우선해서 보장해야 하기 때문에 이런 점에서도 행정조사에 대한 영장주의 도입논의는 압수·수색과 같은 대물적 조사에 한정해야 한다.

27) 김동희, 행정법 I, 박영사, 2015, 503쪽

28) 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2011, 451쪽; 강의중 외, 행정법, 교학연구사, 2008, 336쪽

29) 박윤훈·정형근, 앞의 책, 542쪽

한 경우가 있을 수도 있다. 「특별사법경찰관리집무규칙」 제23조에서는 특별사법경찰관이 수사에 착수하는 때에 범죄인지보고서를 작성하도록 하고 있는데 이것의 작성 여부에 따라 수사인지 행정조사인지 판별하게 된다. 범죄인지보고서를 작성했다면 그것은 수사이므로 영장을 발부 받아야만 압수·수색을 할 수 있으므로 영장을 발부 받으면 되고, 범죄인지보고서를 작성하지 않고 조사를 진행하면 그것은 행정조사이므로 당연히 압수·수색을 하려면 피조사자의 동의를 받든지 아니면 범죄인지보고서를 작성하여 수사를 개시하면서 영장을 발부받아 수사를 하면 된다. 따라서 수사를 하는 경우에는 강제수사를 하면 영장주의를 적용해서 영장을 발부받는 것은 당연한 것이고, 권력적 행정조사를 하는 경우에는 피조사자가 조사를 거부하면 행정벌 등 간접적 강제수단만을 행사할 수 있고 강제조사를 할 수 없으며, 만약 영장을 발부받아 강제조사를 한다면 행정벌등 간접강제 규정은 영장에 의한 강제조사와 부수한 수단으로 활용될 수 있다. 이와 같이 보면 앞의 영장주의 적용과 관련하여 권력적 행정조사를 하는 경우 영장을 필요로 한다거나 원칙적으로 영장을 필요로 하되 예외적으로 급박한 경우에 한하여 영장주의를 적용시키지 않는다는 견해들은 현재의 행정법규의 해석상으로는 불가능하다. 행정법규에 영장조항이 있으면 행정조사를 하면서 영장을 발부받으면 되고 영장조항이 없으면 영장을 발부받고 싶어도 발부받을 수 없기 때문이다. 이런 견해들은 입법론적으로는 의미 있을지 모르지만 실무에서는 거의 의미가 없다고 할 것이다. 과거에는 영장주의에 버금가는 절차적 보장으로 국민의 기본권 침해를 방지하겠다는 서술들이 행정법 교재에 많이 있었으나 최근 교재에서는 이런 기술은 찾기 어렵다. 영장주의에 버금가는 절차적 보장으로 신분증 제시 등을 예로 들었는데 신분증 제시가 과연 영장을 대신할 수 있을지 의문이다. 한편 일부 행정법 교재에서는 행정조사에 영장주의를 요구한다는 판례로 다음 판례를 인용하기도 하는데, “세관공무원이 밀수품을 신고 왔다는 정보에 의해 정박 중인 선박에 대하여 수색을 하려면 선박의 소유자 또는 점유자의 승낙을 얻거나 법관의 압수수색영장을 발부받거나 또는 관세법 제212조 제1항 후단에 의해 긴급을 요하는 경우에 한하여 수색압수를 하고 사후에 영장으로 교부를 받아야 할 것이다.”라고 판시한 바(대판 1976.11.9. 76도2703), 이 판례에서 세관공무원은 특별사법경찰관리로서 수사를 하는 것이므로 형사소송법이 적용되어 영장주의 적용은 당연한 것이다. 또한 관세법 관련 규정들은 형사소송법의 영장규정을 재확인한 것에 불과한 것으로 일반공무원이 행정조사를 위해 영장을 발부받을 것인지와는 무관하다.

또한 형사소추목적이라면 당연히 영장을 발부받아야 한다고도 하는데, 특별사법경찰관리가 아닌 일반 공무원인 경우에는 행정형벌 규정 위반사건을 조사하면서 위법사항이 발견될 경우 통고처분으로 종결할 것인지 수사기관에 고발을 할 것인지 아니면 범위만 내용이 없어 단순하게 종결할 것인지는 조사를 진행해야 하므로 그 결과를 예단할 수 없고, 형사소추를 하고 싶어도 영장을 발부받지 못한다. 특별사법경찰관리인 경우에는 행정형벌이 규정되어 있으므로 수

사를 진행하면서 형사소추 즉, 전속고발권을 행사할 것인지 아니면 형사소추가 아닌 통고처분으로 종결할 것인지는 당해 특별사법경찰관리도 그 결과를 알 수 없다. 비록 행정형벌이 규정되어 있다고 해도 통고처분으로 종결되는 경우가 많고 조사를 진행하다 보면 예상했던 것보다 크게 진행될 수도 있고 작게 진행될 수도 있어 형사소추를 조사시작단계에서 미리 단언하기는 어려워 형사소추 목적 여부로 영장요부를 판단한다는 것도 상당히 어렵다. 관세법에서는 범죄의 정상이 징역형에 처할 것으로 인정되거나 판단될 때 즉시 고발할 수 있도록 규정하고 있는데(제312조), “범죄의 정상이 징역형에 처할 것으로 인정되거나 판단될 때”의 의미는 매우 추상적이어서 구체적인 고발기준을 내부 지침 즉 행정규칙으로 제정하여 운영하고 있는데, 대부분 이것을 무시하고 통고처분으로 종결하고 있다. 다른 행정법규에서도 마찬가지로, 형사고발을 해야 함에도 통고처분을 하는 주된 이유는 여러 가지가 있겠지만 가장 큰 원인은 고발을 할 것인지는 법률에 규정되더라도 그 규정이 너무 추상적이고 정확한 판단이 불가능하여 통고처분으로 종결하더라도 내·외부의 통제가 없고 대부분 관행적으로 인정되어 온 것이다.

3. 행정조사에서 영장주의가 문제되는 경우

한편 여러 문제가 있으므로 처음부터 행정조사를 시작하는 경우에 바로 영장을 발부받는 것도 입법론으로 고려해 볼 필요가 있으나, 행정조사건수와 수사건수를 정확히 알 수는 없어 비교할 수는 없겠지만 행정조사공무원의 인원 및 업무량, 수사기관 및 사법부의 인원 및 업무량 등 소송경제를 고려해야 한다. 영장 미발부로 인해 침해되는 개인의 사익을 보호해야 할 필요성도 매우 높지만 한편으로는 무조건 영장을 요구하다 보면 행정의 한계로 인해 행정의 목적인 공익추구 및 보호가 경시될 수도 있고 결국은 인원 및 예산 증원이 수반되어 재정적 부담이 발생하여 증세로 갈 수 밖에 없다는 현실도 고려해야 할 것이다. 특히 각종 단속등을 하는 경우에는 피의사실이나 피의자, 조사대상이 특정되지 않아 영장을 발부받을 수 없고 그렇다고 해서 대상이나 피의사실 등이 특정되지 않은 일반영장을 발부받을 수도 없어 행정조사에서 영장주의 적용은 한계가 있다고 보인다. 현재 행정조사에서 영장주의가 문제되는 대표적인 예로는 출입국관리법상 불법체류자를 단속하는 경우를 들 수 있다. 불법체류자 단속은 여권 등 검사라는 행정조사, 불법체류자로 확인되는 경우 보호를 하고 강제퇴거를 하는 즉시강제(경우에 따라서는 직접강제일 수도 있음)의 과정으로 형사처벌을 위한 형사절차가 아니라 행정절차에 불과하여 영장주의가 요구되지는 않지만, 실제로는 신분증 검사 및 보호 등 불법체류자의 인신의 자유를 제약내지 박탈하고 있다. 물론 불법체류자이므로 이름 등을 특정할 수 없어 사전영장을 발부받을 수는 없고, 그렇다고 해서 이름 등 특정 없는 일반영장을 발부하는 것은 불가능하다. 불법체류자는 비자기간 경과이므로 증거가 수사에 비해 단순하고 명백하여 출입국외국인청의

권한 남용 가능성은 수사기관에 비해 매우 낮고, 단속이후 적게는 몇 일 길게는 몇 달 간 보호라는 명목으로 보호소등에 갇혀있으나 불법체류자 단속부터 보호 및 강제퇴거라는 일련의 절차는 행정절차이다. 이러한 보호는 수사기관의 영장처럼 수사를 위해 보호하는 것이 아니라 해당 불법체류자가 여권기간이 만료되어 여권을 새로 발급받거나 체불입금 처리 등 행정기관의 필요가 아닌 해당 불법체류자의 필요에 의해 보호하는 것이며 불법체류자의 귀책사유로 인해 보호를 하는 것으로 일반적인 영장의 취지인 수사기관의 필요에 의한 것이 아니라는 점에서 영장주의를 적용시킬 수는 없으나, 행정절차이지만 인신의 자유 제약이라는 점에서는 문제가 있으므로 입법적 개선이 필요하다. 판례는“수출입 또는 반송하려는 물품에 대한 검사와 우편물에 대한 검사에 있어서 압수·수색 영장을 제기할 것이 요건으로 규정되어 있지 않고, 세관에 접수되는 수많은 우편물 등에 대한 검사를 함에 있어서 개봉, 시료채취 등을 할 때마다 영장을 발부받도록 하는 것은 지나치게 절차를 복잡하게 만들어 통관업무를 지연시킬 수 있기에 세관에서 수출입 물품 등을 검사하거나 분석함에 있어서는 영장 없이 할 수 있도록 특별히 규정한 것이고 그러한 검사의 성격은 행정조사에 해당한다”(대판, 2013.9.26., 2013도 7718) 고 하여 행정조사에서 영장주의 적용을 부인하고 있다.³⁰⁾ 개인의 사익보다는 관세법이 추구하는 공익을 우선한 것이고 문제있는 경우 모두 영장을 받아서 처리하기에는 행정의 부담이 너무 크고 그러한 부담은 결국 국민에게 돌아간다는 현실을 반영한 것으로 보인다.

V. 행정조사 거부에 대한 강제력 행사

1. 서언

조사거부에 대해서 대부분의 행정법규들은 행정형벌이나 행정질서벌 부과 또는 영업정지나 직장폐쇄 등의 불이익한 처분을 규정³¹⁾하고 있는데 이러한 것들은 조사거부에 대한 사후적인 제재들로 조사거부를 통해 얻는 이익이 조사를 받음으로써 얻는 불이익보다 더 큰 경우에는 조사거부를 하고 불리한 자료를 숨겨버림으로써 행정조사를 무력화하려는 경우가 많다. 따라서 행정벌이나 기타 불이익한 처분은 간접적인 수단밖에 되지 않고 행정조사를 통해 밝힐 수 있는 보다 커다란 진실을 막아버리므로 개인의 기본권과 같은 사익도 존중해야 하지만 사회의 질서

30) 이에 대한 비판적 견해로는 송진경, 앞의 논문, 111-136쪽

31) 예컨대, 「가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법」 제12조제1항제3호에서는 조사거부에 대해 시설의 폐쇄, 업무의 폐지 또는 6개월 범위내의 업무정지를 규정하고 있고, 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제32조제1항제19호에서는 허가취소, 6개월내 영업의 전부 또는 일부의 정지를 규정하고 있다.

를 유지하여 공익을 확보해야 하는 행정기관의 적극적인 활동도 중요하다. 따라서 행정조사를 거부하는 경우 바로 영장 없이 물리력을 행사하여 행정조사를 할 수 있는지 논란이 되며, 행정조사 거부에 대한 물리력 행사의 가능성은 결국 행정조사에서의 영장주의 적용의 문제와 맥을 같이 한다. 즉 행정조사에 영장주의를 도입하면 조사거부에 대해 영장에 의해 수사를 하고 급박한 경우 영장주의의 예외를 인정하여 저항을 진압하고 압수 수색을 할 수 있으므로 조사거부에 대한 물리력 행사가능성여부 논의는 실익이 줄어들게 되므로 행정조사에 영장주의 도입논의와 조사거부에 대한 물리력 행사가능성 논의는 표리관계가 된다.

조사거부에 대한 물리력 행사 여부와 관련하여 긍정설³²⁾은 피조사자의 조사거부가 있는 경우에는 처벌이나 불이익 등의 제재를 규정하고 있는 것은 피조사자의 저항이 위법임을 전제로 한 것이므로 조사 공무원은 비례의 원칙 범위 내에서 피조사자의 신체나 재산에 실력을 가할 수 있다고 하며, 부정설³³⁾은 조사거부에 대해 벌칙을 규정한 것은 조사의 실효성을 간접적으로 확보하기 위한 것으로 명시적 규정이 없다면 조사자는 물리력을 행사할 수 없다고 하며, 절충설³⁴⁾은 행정조사 거부에 대해 벌칙이 규정된 경우에는 원칙적으로 물리력을 행사할 수 없지만, 행정조사의 필요성이 급박하고 조사를 강행하지 않을 경우 일반 공공의 생명, 신체에 위해를 초래할 가능성이 많고 다른 조사 수단이 없을 때에는 물리력을 행사할 수 있다고 한다.

2. 급박하게 행정조사를 실시해야 할 경우와 강제력의 행사

행정조사를 거부할 경우 물리력을 행사하여 행정조사를 강행할 수 있는지는 기본적으로는 법률유보이론에 따라 해석할 수 있다고 판단된다. 다수견해인 중요사항유보설에 의하든 침해유보설이든 행정조사 거부에 대한 물리력 행사는 피조사자의 기본권을 침해하는 침익적 행정이므로 당연히 법치주의 원칙상 법률의 근거가 없다면 물리력을 행사할 수는 없고 이러한 문제점을 해결하도록 행정벌등 간접적 강제수단을 규정하고 있다.

그러나 행정조사 거부에 대한 조사자의 물리력 행사는 미리 예정된 경우보다는 매우 급박하게 행정조사를 실시해야 할 경우에 종종 발생한다. 예를 들어 폐수 방류 현장을 목격한 공무원이 방류 원점을 조사해야 할 경우 피조사자가 사업장 진입을 거부하거나 진입하더라도 조사를 거부한다면 폐수가 많이 방류되어도 제재할 수 없고 증거인멸이 되어 행정적 제재를 가할 수 없는 경우가 많이 발생한다. 더구나 조사거부에 대해 벌금 등을 부과하거나 사후에 폐수방류 증거를 포착하여 벌금등을 부과하더라도 이미 상당한 폐수가 방류되어 공익을 침해했다. 한 예를 든 것이지만 법치주의에서 당연히 법에 근거하여 행정을 하여야 하지만 그 행정도 결국 공

32) 홍정선, 행정법원론(상), 법문사, 2015, 696쪽.

33) 김남진·김연태, 앞의 책, 404쪽; 김동희, 앞의 책, 504쪽; 강의중 외, 앞의 책, 2008, 337쪽.

34) 김영조, 앞의 논문, 45쪽

익을 추구하기 위한 것이고 사회 질서를 유지하기 위한 것이다. 따라서 단순히 법치주의 법률 유보 이론 등에 얽매어 해석할 것은 아니며 급박하고도 다른 방법이 없으며 행정법규에 별척조항이 있는 경우에 한하여 행정법규의 실효성을 확보하기 위해 물리력 행사를 인정해야 할 필요성이 수긍된다.

아울러 행정조사 거부에 대한 간접강제수단인 행정벌보다는 행정조사를 거부함으로써 얻는 이익이 더 큰 경우에는 행정조사를 거부할 수 있어, 강제적인 조사를 통해 적시에 피조사자를 처벌하거나 기타 각종 피해를 예방할 수 있음에도 그러지 못해 피조사자의 사익보다는 행정이 추구하는 공익 침해가 더 클 수 있다는 점도 고려해야 한다.

따라서 ①현재 피조사자의 사익보다는 행정조사를 통해 확보해야 할 공익의 필요성이 더 커야 하고, ②바로 조사를 하지 않으면 증거인멸 등으로 향후 조사가 어려워야 하는 급박한 상황이며 ③행정조사외의 다른 수단이 없어야 하고 ④신분증 제시나 관복 착용 등 공무수행중임을 명시하여야 하며 ⑤대물적 행정조사에 한하고 ⑥조사결과에 대한 행정적 제재 규정이 있는 경우에 한하여 물리력 행사를 인정해야 할 것이다. 여기서 대물적 행정조사에 한정하는 것은 인신의 자유는 절대적으로 보호되어야 하는 것이며, 불법의 정도가 형사범에 비해 경미한 법정범임에도 불구하고 그 과정에서 행사되는 행정조사라는 권한이 형법 위반자에 대한 수사에 비해 너무 막강해서도 안 되고, 대인적 행정조사 거부에 대해 물리력 행사는 영장주의를 무너뜨리며, 물리력 행사는 최소화시켜야 하므로 대물적 행정조사와 대인적 행정조사중 기본권 침해 정도가 적은 대물적 행정조사에 한정해야 한다는 점을 고려한다면 아무리 급박하다고 할지라도 대인적 조사거부에 대해 물리력 행사는 불가하기 때문이다. 따라서 개별 행정법규보다는 행정조사기본법에 이러한 예외적으로 물리력을 행사할 수 있는 근거 규정을 두는 것이 적당하다. 또한 행정조사에도 첨단 기술을 활용하여 마찰을 줄이는 것이 필요하다. 예를 들어 폐수방류 원점 조사를 할 때 드론 등을 이용한 항공촬영 및 인공위성 촬영을 이용하는 방법이다. 이 방법과 관련해서는 토지의 수직적인 지하와 상공은 소유자의 전속적인 영역이나 '공개된 장소'이론에 해당하는 경우 조사는 위헌이 아니라는 미국 판례가 있다.³⁵⁾ 화학공장인 다우케미컬이 미국 환경보호청의 조사를 거부하자 조사자는 비행기와 사진기를 고용하여 항공사진 촬영을 통해 행정조사를 하였는데, 대법원 다수 의견은 행정기관의 그와 같은 행위는 공개된 장소 이론에 부합하여 수정헌법 제4조 위반이 아니라고 판시한 바, 참고할 만하다.

35) Dow Chemical Co. vs. United, States, 476 U.S. 227(1986)

VI. 범위반 내용 및 변호인등 선임권 고지 인정여부

행정조사에서 피조사자가 방어권을 행사하기 위해서는 자신이 어떠한 내용으로 조사받는지 알아야 한다. 조사받는 내용을 알지 못하면 진술거부권을 행사할 수 없고 사전에 준비할 수 없어 결국 방어권을 행사하지 못하여 피조사자는 조사자와 무기가 평등하지 못하게 된다. 따라서 행정형벌규정 위반이든 행정질서별규정 위반이든 피조사자에게 범위반내용을 분명히 고지하여야 한다. 행정조사기본법에는 출석을 요구하는 경우에는 출석요구의 취지 및 출석하여 진술하여야 하는 내용을, 보고요구와 자료제출의 경우에는 조사의 목적과 범위를, 현장조사의 경우에는 조사목적 등을 7일전에 고지하도록 하고 있다. 그런데 그 고지내용이 추상적인 경우에는 피조사자가 조사내용을 알 수 없어 방어권을 행사할 수 없으므로 사전에 고지 받았다고 볼 수 없고 별건조사로 확대될 가능성도 있으므로 고지는 구체적이어야 한다.

아울러 행정조사과정에서 피조사자는 법률 등의 전문가가 아니다 보니 행정조사기본법이나 개별 행정법에 규정되어 있는 자신의 기본권을 방어할 수 있는 장치를 알지 못하여, 행정조사과정에서 기본권을 침해당할 수 있고 불리한 조사결과가 나올 수 있다. 따라서 피조사자의 이익을 적극 방어해줄 수 있도록 하는 조력자가 필요하며 대표적인 조력자가 변호사이다. 전문가의 조력을 받을 권리를 고지 받는 것은 피조사자의 방어권을 위해서는 매우 중요하다. 따라서 형사소송법처럼 체포시점부터 자신의 방어권을 행사할 수 있도록 변호인 선임권을 고지하듯이 행정형벌규정 위반이든 행정질서별 규정 위반이든 행정조사 개시시점에서 변호인의 조력을 받을 권리가 피조사자에게 고지되어야 하는데(제200조의5), 행정조사기본법에는 피조사자가 조사과정에 법률이나 회계 전문지식이 있는 자를 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다고 규정하여 행정조사 중 피조사자가 전문가의 조력을 받을 권리는 인정하였으나(제23조), 행정조사 개시시점에서부터 전문가의 조력을 받을 권리를 고지하는 규정을 두지 않았다. 조사가 고발로 이어질 수 있기 때문에 조사개시 시점부터 피조사자를 철저히 보호해야 한다는 점에서 행정조사기본법에 행정조사 개시시점부터 전문가의 조력을 받을 권리 고지규정을 두는 것이 적절하다.

VII. 결 어

행정조사는 행정 과정의 필수적인 요소이지만 다수의 인권침해를 유발할 가능성이 많다. 따라서 행정조사는 이를 집행하는 행정기관의 관점이 아니라 국민의 관점에서 이루어져야 한다.

최근 국민들의 권리 의식이 향상되어 국민들은 중복·과잉조사나 표적 조사에 대해 매우 민감해 하고 영장주의나 진술거부권이 고지되지 않는 것에 문제를 제기하기도 한다. 그럼에도 행정조사를 하는 공무원은 단순히 과장이 전결한 기관장 명의의 공문을 가지고 가서 마구잡이로 조사에 임하게 되는데, 과장이 전결한 기관장 명의의 공문은 압수·수색영장이 아니다. 형법에 비해 행정조사의 근거법인 개별 행정법은 불법의 정도가 약한데 불구하고 그 과정에서 행정조사에 의한 권리 침해는 막강하다. 그럼에도 행정조사 과정에서 절차적 기본권을 깊이 고민하지 않은 입법태도는 매우 아쉽다. 이 논문에서는 수사로 활용될 수 있는 행정조사 과정에서 발생할 수 있는 법적 쟁점들, 예컨대 진술거부권, 영장주의의 적용, 행정조사 거부에 대한 실력행사, 범위반 내용 및 변호인등 선임권 고지 등에 대하여 다루어보았다. 이들 쟁점 모두 행정법 교재에서 다루고 있는 것들이어서 이 논문 주제가 주는 신선함은 없다. 그러나 행정조사에서 이들 쟁점은 학문적으로나 실무적으로나 매우 중요하며, 행정을 집행하는 실무자의 관점에서 이들 쟁점이 어떤 의미를 가지고 어떻게 작동하는지를 살펴본 논문은 많지 않아서 이 논문이 주는 의미는 크다. 앞으로 이 논문에서 제시된 의견이 행정조사기본법 혹은 개별행정법상 행정조사에 관한 규정을 수립하는데 도움이 되길 기대한다.

(논문투고일자: 2018. 05. 27 / 심사 및 수정일자: 2018. 06. 19 / 게재확정일자: 2018. 06. 22)

주제어 : 행정조사와 수사, 진술거부권, 영장주의, 행정조사 거부에 대한 강제력 행사, 변호인선임권 고지

〈참고문헌〉

- 강의중 외, 행정법 강의, 교학연구사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2011.
김동희, 행정법 I, 법문사, 2015.
김영조, “행정조사에 관한 연구”, 경희대박사학위논문, 경희대학교학원, 1998.
박윤흔·정형근, 행정법 강의(상), 박영사, 2009.
박지현, 행정상 진술거부권과 그 제한, 민주법학 제33호, 민주주의법학연구회, 2007.
박혜림, 수사단계의 적법절차 원리에 대한 고찰, 법학논총 제20집제2호, 조선대 법학연구원, 2013.
송진경, “압수 수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고”, 법과정책 제20집제3호, 제주대 법과정책연구소, 2014.
예상균, “조세범칙조사의 사법적 통제방안 강화에 관한 연구”, 석사학위논문, 서울시립대세무전문대학원, 2014.
이근우, 행정조사의 형사법적 한계설정, 고려법학 제72호, 2014.
이상돈, 조세형법론, 세창출판사, 2009.
이은모, 형사소송법, 박영사, 2014.
이재상·조균석, 형사소송법, 박영사, 2015.
정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38권제2호, 한국외대 법학연구소, 2014.
한국경제연구원, 행정조사의 실태와 개선방안, 2004.

〈국문초록〉

수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -

이 재 구 · 이 호 용

현대 행정 환경이 날마다 복잡해지고 전문화되면서 행정은 종래 야경국가시대의 수동적 태도에서 벗어나 적극적 태도로 변화하였다. 공무원들은 행정조사를 통해 보다 유용한 정보를 얻을 수 있으며 그것들은 행정결과와 다양한 결정 정책 및 범위반을 통제하기 위한 행정환경을 조성할 수 있다. 그러나 행정조사를 수행하는 데에는 여러 가지 문제점이 수반될 수 있다. 무엇보다 법적인 근거가 없는 행정조사의 불법성, 법적인 근거에도 불구하고 비례 원칙에 대한 위반, 진술거부권 및 영장주의의 미적용, 행정조사 거부에 대한 실력행사, 범위반 내용 및 변호인등 선임권 미고지 등이 그러한 문제이다. 이와 함께 정치적 목적의 수사와 같은 행정 조사의 경우 그 대상을 선택함에 있어 공정성 문제가 제기되고 있으며 행정 조사를 과도하게 사용하여 본래 목적과 다른 목적을 가지기 때문에 피조사자를 어려운 상황으로 몰아가는 사례가 빈번하게 발생한다. 다행스럽게도 행정조사기본법, 행정절차법이 발효되어 행정조사의 문제점이 줄어들긴 하였으나, 완전히 해결되지는 않았다. 더구나 행정조사가 수사로 이어질 경우 행정적 조사에 의해 확보된 자료가 최종적으로 범죄 수사의 자료 또는 증거로 사용되기 때문에 피조사자의 방어권 또는 기본권이 침해받을 위험이 크다. 행정조사 없는 행정활동은 없다고 할 수 있을 정도로 행정조사라는 수단은 결과적으로는 행정결정을 위한 매우 유용한 도구이지만 비례원칙 위반 등 과정에서 실행되는 행정조사의 권한이 너무 강력하여 이미 행정법에 의해 통제될 수 있는 한계를 넘고 있다고 할 수 있다. 결론적으로 행정조사가 갖는 공익적 기능과 침해될 수 있는 피조사자의 사익을 형량하기 위하여 높은 수준의 가치판단과 합의가 요구된다. 이 논문에서는 수사로 활용될 수 있는 행정조사 과정에서 발생할 수 있는 법적 쟁점들, 예컨대 진술거부권, 영장주의의 적용, 행정조사 거부에 대한 실력행사, 범위반 내용 및 변호인등 선임권 고지 등에 대하여 다루어보았다. 앞으로 이 논문에서 제시된 의견이 행정조사기본법 혹은 개별행정법상 행정조사에 관한 규정을 수립하는데 도움이 되길 기대한다.

〈Abstract〉

Legal Issues of Administrative Investigation Used as an Criminal Investigation in Practitioner's Perspective

Lee, Jaekoo*·Lee, Hoyong**

As the environment of contemporary administration is getting complicated and specialized each day, the administration was changed from passive administration like modern night-watch state obtaining data at the office and working mainly for national defence and public security to active administration of enhancing people's welfare and restriction of law violation. One of the ways to response people's expectation is administrative investigation. Through administrative investigation public servants can get more useful data and use them for administration decision and understanding administration environment for various policy decision and confirming and restricting law violation. However, there are various problems in conducting the administrative investigation. Above all, the illegality of conducting administrative investigation without a legal basis, and the violation about the principle of proportion in the meaning of excessiveness, in spite of a legal basis. Along with this, the problem of fairness in choosing the objects of the administrative investigation such as political purpose investigation is being raised, and the cases which drive examinees into difficult situation occurs frequently as the administrative investigations are overused to get purposes diverging from the original purpose or repeated investigations. Fortunately Act on Administrative Investigations and Framework Act on Administrative Procedures were taken effect, so the problems of the administrative investigations were greatly reduced, though they were not perfectly solved. And in case that the administrative investigation leads to criminal investigation, there is a great risk that the defence right or basic human right of examinees could be infringed, because the data obtained by

* (First author) Anti-Corruption & Civil Rights Commission, cvijk@korea.kr

** (Corresponding author) Prof. of Hanyang Univ. hoyongr@hanyang.ac.kr

administrative investigation is finally used as data or evidence for criminal investigation. So the means of the administrative investigation is a very useful tool for the administrative decision which is its result, but the power of the administrative investigation executed in the course is so powerful and may already exceeded certain limit simply to be controled by the Act on Administrative Investigation or proportion principle etc. Even though we could not deny administrative investigation. Because if there is no administrative investigation, there is no administration activity. In conclusion, there should be a high degree of value judgement and people's agreement to reach a suitable compromise between securing the public benefit and hurting the examinee's rights and interest.

K C I

Key Words : Administrative investigations and Criminal Investigations, Veto of Statements, Warranties, Enforcing the Denial of Investigation, Notification of the Right to Counsel