



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

행정조사에 있어 적법절차원칙의
준수 필요성에 관한 연구
- 미국과 유럽을 중심으로 -

2023년 8월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

최 원 영

행정조사에 있어 적법절차원칙의
준수 필요성에 관한 연구
- 미국과 유럽을 중심으로 -

지도교수 최 계 영

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2023년 3월

서울대학교 대학원
법학과 행정법전공
최 원 영

최원영의 석사 학위논문을 인준함
2023년 7월

위 원 장 朴 正 勳 (인)

부위원장 李 元 雨 (인)

위 원 崔 桂 暎 (인)

국문초록

행정조사는 각종 정책결정이나 행정작용을 함에 있어서 필수불가결한 수단이자 행정작용을 위한 절차 중 가장 초기 단계에서 이루어지는 정보 수집 활동으로, 급변하는 현실에 대응하여야 하는 오늘날 그 중요성이 더욱 증가하고 있다. 그런데 행정조사의 운영 실태를 살펴보면 국민의 권익 보호 측면에서 다소 미흡한 점이 발견된다. 특히 행정조사의 결과에 따라 수사기관에 고발하여 형사처벌이 가능하고, 행정조사를 통해 수집된 자료가 수사에 활용될 수 있다는 점 등에서 절차적 권리로서 방어권이 문제된다. 임의조사에서 출발하였지만 언제든지 수사로 전환될 수 있는 고권적 성격의 행정조사들이 뚜렷한 증가세를 보이고 있다는 점에서 더욱 그러하다.

이에 따라 절차적 측면에서 형사법적 원리를 행정제재에 적용하는 방식으로 헌법 제12조 제1항의 적법절차원리가 행정제재에 있어 구현되도록 할 필요가 있다. 특히 수사로 전환될 여지가 있는 권력적 행정조사의 진행에 있어서는 절차적·실체적 의미의 적법절차원칙이 온전하게 준수되어야 한다. 적법절차원칙의 내용이자 실천적인 방안으로는 영장주의, 진술거부권, 변호사 참여권이 있을 것이며, 이는 조사대상자의 방어권을 보장하고, 행정권을 남용을 막는데 기여할 것으로 사료된다.

물론 우리나라에는 세계 각국의 입법례에서 찾아보기 어려운 행정조사에 관한 일반법으로 ‘행정조사기본법’이 존재한다. 동법은 정부가 행정조사로 인한 기업의 부담을 완화하고 조사대상자의 권익을 보호하고자 행정조사에 대한 법적 통제수단을 마련하는 한편, 행정조사에 있어 적법절차원칙 실현하려고 시도한 점에서 큰 의의가 있다. 하지만 이 법률은 영장주의 및 진술거부권과 관련한 규정이 없는 등 여러 가지 문제점도 안고 있다. 특히 광범위한 적용제외사항을 둬으로써, 동법률의 제정목적인 기업에 대한 규제 완화에 어느 정도 기여할 수 있을지 의문이다.

본 논문은 위와 같은 문제의식 하에서 미국 연방대법원과 유럽인권재판소 그리고 유럽연합 사법재판소가 과거 행정조사와 관련하여 중요한 의미를 갖는 판결을 내린 점에 주목하여 미국과 유럽연합의 법규와 사례를 분석한 후 우리나라에 제공할 수 있는 시사점을 도출해본다. 우선, 영장주의에 관하여 미국은 행정조사의 형사절차적 성격과 행정절차적 성격을 동시에 고려하여 행정영장제도를 채택하고 있으며, 개별산업영역의 특수성을 반영하여 특별규제산업에 관하여는 영장주의의 적용을 배제하고 있다. 그리고 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제8조의 주거에 관한 권리가 사업장에까지 미친다고 판결하였으며, 법원의 영장 없이 수색 및 압수하는 행위를 협약 위반으로 판시하였다. 다음으로, 진술거부권에 관하여 미국 연방대법원은 행정조사 과정에서 자기부죄거부권이 일반적으로 적용된다는 입장을 취하였으나, 점차 그 예외를 널리 인정하였다. 그리고 유럽연합 사법재판소는 만일 행정조사의 결과가 형벌적 성격을 갖는 행정제재로 귀결될 수 있는 경우, 당해 조사절차에서 진술거부권이 인정되어야 한다고 판시하였다. 특히 당장은 행정제재가 형벌적 성격을 띠지 않는다고 하더라도 이후 그렇게 수집된 증거가 유죄의 증거로 사용될 수 있다면, 이러한 경우에도 진술거부권이 존중될 필요가 있다고 보았다. 끝으로, 미국과 유럽에서 오늘날 공통적으로 나타나는 현상은 헌법상 변호사의 조력을 받을 권리가 형사절차 혹은 그 밖의 절차에서 피의자 또는 피고인에 한정되지 않고, 폭넓게 인정되어 가고 있다는 점이다. 이는 변호사 조력권이 국가에 비해서 미약한 당사자의 권리를 실질적으로 보장하기 위한 제도로 인식되고 있기 때문이다.

전술한 내용을 토대로 할 때, 행정조사를 수행함에 있어서는 절차적 권리의 보호와 행정조사의 실효성 측면을 적절히 고려하여야 하고, 행정조사의 실효성에 지나치게 치중하여 절차적 권리가 간과되지 않도록 하여야 한다. 그리고 조사대상자의 방어권은 행정조사의 초기 단계부터 적정 수준으로 보장되는 것이 타당하다고 생각한다.

주요어 : 행정조사, 적법절차의 원칙, 방어권, 영장주의, 진술거부권,
변호사 참여권

학 번 : 2017-26464

목 차

국문초록

| | |
|-------------------|---|
| 연구의 목적 | 1 |
| 연구의 범위 및 방법 | 4 |

제1장 예비적 고찰 9

제1절 행정조사의 의의 및 유형 9

| | |
|-------------------------------|----|
| I. 행정조사의 개념 | 9 |
| II. 행정조사와 구별되는 개념들 | 11 |
| 1. 행정조사와 즉시강제의 구별 | 11 |
| 2. 행정조사와 수사의 구별 | 11 |
| III. 행정조사의 유형 | 13 |
| 1. 강제력 또는 권력성 유무에 따른 구분 | 13 |
| 2. 행정조사의 대상에 따른 구분 | 14 |
| 3. 조사의 목적에 따른 구분 | 15 |

제2절 행정조사기본법의 내용과 한계 17

| | |
|---------------------------------|----|
| I. 제정이유 | 17 |
| II. 주요 내용 | 18 |
| 1. 의의와 구조적 특징 | 18 |
| 2. 행정조사의 기본원칙 | 18 |
| 3. 행정조사방법의 구체화 및 조사의 사전통지 | 19 |
| 4. 공동조사의 실시 및 중복조사의 제한 | 19 |
| 5. 조사대상자에 대한 권익보호 | 20 |
| III. 한계와 해결방안 | 20 |
| 1. 광범위한 적용 제외 | 20 |

| | |
|--------------------------------------|-----------|
| 2. 절차적 권리 보장의 부족 | 21 |
| 3. 위법한 행정조사에 관한 제재규정의 미비 | 22 |
| 제2장 행정조사와 영장주의 | 24 |
| 제1절 문제의 소재 | 24 |
| 제2절 비교법적 고찰 | 26 |
| I. 미국 | 26 |
| 1. 논의의 개관 | 26 |
| 2. 연방헌법 수정 제4조와 행정영장 | 28 |
| 3. 행정영장주의의 채택 | 30 |
| 4. 행정영장주의의 예외 | 36 |
| II. 유럽인권협약과 유럽연합 | 49 |
| 1. 유럽인권협약 제8조 | 49 |
| 2. 유럽연합 기본권헌장 제7조 | 52 |
| 3. 유럽공동체 설립조약의 적용과 관련한 영장주의 체계 | 53 |
| 4. 판례의 분석 | 55 |
| 제3절 우리나라의 경우 | 63 |
| I. 논의의 개관 | 63 |
| II. 학설의 검토 | 65 |
| 1. 적용되지 않는다는 견해 | 65 |
| 2. 형사소추로 이행되는 경우에 적용된다는 견해 | 66 |
| 3. 권력적 행정조사에도 적용된다는 견해 | 68 |
| III. 판례의 분석 | 68 |
| 1. 헌법재판소 판례 | 68 |
| 2. 대법원 판례 | 70 |
| IV. 기존 논의의 한계와 대안 | 72 |
| 1. 기존의 학설에 대한 검토 | 72 |

| | |
|------------------------------------|---------------|
| 2. 대안으로서의 행정영장 | 75 |
| 제4절 행정영장제도의 도입 논의 | 76 |
| I. 비교법적 고찰을 통한 행정영장의 도입 필요성 | 76 |
| II. 행정영장제도의 기본구조 | 78 |
| 1. 행정영장의 개념 | 78 |
| 2. 조사영장의 대상 | 81 |
| 3. 조사영장의 발부요건 | 82 |
| 제5절 소결 | 83 |
| 제3장 행정조사와 진술거부권 | 85 |
| 제1절 문제의 소재 | 85 |
| 제2절 비교법적 고찰 | 86 |
| I. 미국 | 86 |
| 1. 법적 근거 | 86 |
| 2. 행정조사의 수단 | 87 |
| 3. 판례의 분석 | 89 |
| II. 유럽인권협약과 유럽연합 | 96 |
| 1. 진술거부권과 방어권 | 96 |
| 2. 유럽인권협약 제6조 | 97 |
| 3. 유럽연합 기본권헌장 | 99 |
| 4. 판례의 분석 | 101 |
| 제3절 우리나라의 경우 | 111 |
| I. 진술거부권의 개념 및 의의 | 111 |
| II. 학설의 검토 | 113 |
| III. 판례의 분석 | 114 |
| 제4절 진술거부권의 도입 논의 | 115 |
| I. 비교법적 고찰을 통한 진술거부권의 도입 필요성 | 115 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| Ⅱ. 행정기관의 진술거부권 고지의무 인정여부 | 119 |
| 1. 문제의 소재 | 119 |
| 2. 학설의 검토 | 119 |
| 3. 판례의 분석 | 121 |
| Ⅲ. 불리한 신고·보고 등과 진술거부권 | 121 |
| 1. 문제의 소재 | 121 |
| 2. 판례의 분석 | 123 |
| 3. 조사거부에 대한 벌칙 규정의 위헌 여부 | 125 |
| Ⅳ. 진술거부권 행사에 대한 가중처벌 | 127 |
| 제5절 소결 | 128 |

제4장 행정조사와 변호사 참여권 130

제1절 문제의 소재 130

제2절 비교법적 고찰 131

I. 미국 131

1. 법적 근거 131

2. 판례의 분석 132

Ⅱ. 유럽인권협약과 유럽연합 139

1. 개관 139

2. 유럽인권협약 제6조 140

3. 유럽연합 142

4. 판례의 분석 146

제3절 우리나라의 경우 149

I. 변호사 참여권의 법적 근거 150

Ⅱ. 학설의 검토 151

Ⅲ. 판례의 분석 152

제4절 변호사 참여권의 도입 논의 153

| | |
|---------------------------------------|---------|
| I . 비교법적 고찰을 통한 변호사 참여권의 도입 필요성 | 153 |
| II . 변호사 참여권의 제한 문제 | 157 |
| 제5절 소결 | 160 |
| 제5장 요약 및 결어 | 162 |
| 제1절 요약 | 162 |
| 제2절 결어 | 164 |
| 참고문헌 | 166 |
| Abstract | 177 |

연구의 목적

행정기관이 적법한 행정결정을 내리고 효율적인 행정작용을 펼치기 위해서는 실체적 사실관계에 부합하는 정보와 자료를 확보할 것이 요구된다. 이때 필요한 수단인 행정조사는 자료의 수집과 동시에 올바른 정책의 수립 및 집행을 위한 전제로 기능하고 있다. 특히 오늘날 행정환경이 복잡화 및 전문화되어감에 따라 행정부의 권한과 역할이 확대되었고, 비범죄화 경향으로 인해 형사제재가 행정제재로 변화하는 등 행정조사의 중요성이 더욱 증대되고 있다.

이처럼 행정조사가 실무상 중요한 의의를 가짐에도 불구하고, 행정조사는 그 자체가 목적이 아닌 다른 행정작용을 위한 준비적·보조적 수단에 불과하다는 점에서 단순한 사실행위로 취급되거나, 법적 관심에서 상대적으로 소홀하게 다루어져 온 것이 사실이다. 또한 행정조사의 대상 및 수행 방법이 다종다양하다는 점으로 인해 통일적인 법적 도구 개념을 구성하는 데에도 어려움이 적지 않았다. 게다가 행정조사에 대한 근거와 절차를 정한 법규는 각기 다른 정부 부처 소관의 개별 법률에 산재해 있어 일관된 절차적 기준 등을 확립하는 것이 현실적으로 쉽지 않았다. 그러던 중 2007년에 ‘행정조사기본법’이 제정되었고 현재까지 행정조사 영역에서 일반법으로 기능하고 있으나, 광범위한 적용 제외와 위법한 행정조사에 대한 제재규정의 미비 등으로 오늘날까지도 제 역할을 온전히 수행해내지 못하는 것으로 보인다.

특히 조사대상자의 동의를 요건으로 하지 않고, 일방적인 공권력 행사로서 행해지는 ‘권력적 행정조사’는 법 위반 사실을 확인하여 과징금 부과나 영업정지 등의 공법상 제재처분 혹은 행정질서벌인 과태료의 증거로 삼기 위한 것이 대부분인 만큼 국민의 권리와 자유를 침해할 우려 또한 크다. 나아가 몇몇 개별 법률에서 이러한 법 위반행위를 처벌하는 행정형벌조항을 두고 있는 한편, 공무원에게는 직무상 인지한 범죄를 고발

할 의무가 있으므로 행정조사의 결과가 행정제재를 넘어서 형사처벌로 이어질 가능성이 상존한다.¹⁾ 이뿐만 아니라 수사기관이 행정조사의 결과 수집된 자료를 행정기관의 임의제출 또는 행정기관에 대한 압수·수색의 방식으로 확보하여 형사재판의 증거로 사용하는 경우, 행정조사가 형사소송법상의 각종 제약을 우회하여 증거를 확보하는 수단으로 전락할 우려가 있고, 형사소송상의 피의자를 위한 방어권 보장 장치를 무력화시켜 피의자로 전환된 피조사자에게 불측의 손해를 발생시킬 수 있다는 문제가 있다.

이처럼 국가권력이 개인의 권익을 제한하는 경우, 개인의 권익을 보호하기 위해 적정한 절차를 거쳐야 한다는 원칙으로 이른바 적법절차의 원칙이 있다.²⁾ 헌법재판소는 헌법 제12조 제1항과 제3항에서 적법절차의 원칙을 도출하였으며, 이를 형사절차에 국한시켜 판단하지 않고, 헌법상의 규정양식이나 위치에 관계없이 입법작용과 행정작용 등 국가의 각종 공권력 작용에도 적용되는 것이라고 보아 그 범위를 확장하면서³⁾ 모든 국가작용을 지배하는 헌법의 독자적인 기본원리로 보았다.⁴⁾ 따라서 행정조사에도 적법절차조항이 적용된다고 볼 것인바, 이에 대해서는 학자들 사이에서 어느 정도 의견이 일치하지만, 영장주의의 적용 여부 등 구체적으로 어떠한 절차가 적용되어야 하는지에 대해서는 명확하고 통일된 기준이 정립되어 있지 않은 것으로 보인다. 이는 과거에 발생한 사건에 대한 회고적 수사와 같은 수준의 절차적 보호가 요구될 경우, 다양한 사

1) 박현정, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표), 51.

2) 적법절차의 원칙은 다시 실체적 적법절차원칙과 절차적 적법절차원칙으로 구분되는데, 이 중에서 절차적 적법절차원칙은 행정의 자의를 통제하기 위한 것으로 행정작용에서 핵심적인 부분을 차지하며, 구체적인 내용으로 사전통지, 청문의 기회 제공, 이유제시 등이 있다는 내용으로 김영순, “세무조사에서 납세자의 절차적 권리 확대 방안 - 적법절차원칙의 관점에서 -”, 고려법학 제82호 (2016. 9.), 4.

3) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

4) 정영철, “행정부의 일반원칙으로서의 적법절차원칙”, 공법연구 제42집 제1호 (2013. 10.), 592.

안에서 장래를 향한 적극적 행정목적을 달성하기 어렵기 때문일 것이다.⁵⁾

본 논문은 위와 같은 문제의식에서 출발하여, 행정조사 전반에 관한 이론적 기초를 검토하고, 나아가 행정조사에 관한 기본법인 ‘행정조사기본법’의 문제점과 개선방안을 모색해 본다. 무엇보다 행정조사에 있어서 적법절차의 원칙이 적절히 구현될 수 있도록 영장주의의 적용 여부, 진술거부권의 도입, 변호사 참여권의 보장방안 마련에 초점을 맞추어 연구를 진행하고자 한다. 이 과정에서 기존의 다양한 학설을 체계적으로 정리하고 판례를 분석하는 한편, 비교법적 관점에서 외국 사례를 검토한 후 우리나라에 제공할 수 있는 시사점을 도출해 본다. 이처럼 행정조사에도 사법적 통제의 확대를 통하여 조사대상자의 권익을 보호하고, 나아가 국민의 기본적인 인권신장에 기여하려는 데 본 연구의 목적이 있다.

5) 이회정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력 - 동의를 결한 채혈에 기한 운전면허취소처분의 허용성 -”, 공법연구 제45집 제2호 (2016. 12.), 408.

연구의 범위 및 방법

행정작용의 효율성 확보를 위해 행정조사의 필요성이 인정되지만, 단순한 자료 수집을 넘어 사실상 수사로서 기능하며, 사법작용의 성격을 갖는 경우에는 형사사법 절차상의 일반원칙에 비추어 그 작용의 정당성을 판단할 필요가 있다. 물론 행정절차의 성격이 형사절차와 구별되는 면이 있음을 부정할 수는 없겠지만, 행정조사로 인해 개인에게 발생하는 침해의 성격이 형사절차와 동일한 경우에도 행정절차라는 이유만으로 법치국가원리, 적법절차원리 등 헌법상의 일반 원리가 무시된다면, 그만큼 조사대상자의 권익 보호가 약화될 것이다.

본 논문에서는 적법절차원리를 구성하는 세부내용이자, 행정조사 과정에서 당사자의 방어권 보장을 위해 핵심적인 수단이라 할 수 있는 영장주의, 진술거부권 그리고 변호사 참여권에 관하여 검토해 보았다. 특히 이들 권리가 우리나라의 행정조사에도 적용 가능한지 알아보고자 미국과 유럽연합의 법제 및 관련 판례들을 비교법적으로 고찰하는 방식을 사용하였다.

미국은 행정영장제도가 일찍이 자리를 잡았고, ‘특별규제산업’에 대한 개별적·구체적 검토를 통해 영장주의의 적용을 배제하는 등, 특히 영장주의에 관하여 우리나라보다 논의가 활발하다는 점에서 여러 시사점을 줄 것으로 사료된다.

유럽의 경우, 과거 서유럽과 북유럽의 10개국은 제2차 세계대전과 냉전체제라는 역사적·시대적 배경 아래 초국가적 기구인 유럽평의회를 구성하고, 1949년에 유럽인권협약을 작성하였다.⁶⁾ 인권 및 기본적 자유의 보호와 촉진을 목적으로 작성된 동 협약은 오늘날 행정조사와 관련하여서도 중요한 의미를 가지며, 초기에 유럽평의회의 가맹국에 한하여만 적용되었던 것에 비해, 현재는 다수의 체약국을 보유하고 있다. 이러한 맥

6) 전정환, “유럽인권조약상의 사생활의 보호 : 유럽인권재판소의 판결례를 중심으로”, 원광법학 제30권 제2호 (2014. 6.), 31-32.

락에서 본 논문은 유럽의 개별 국가마다 각기 다른 행정조사제도를 연구하는 대신 유럽인권협약과 유럽연합에 초점을 맞추어 연구를 진행하였다. 본문에서 구체적인 법제와 판례를 검토하기에 앞서 이하에서는 유럽인권협약과 유럽연합의 관계에 대해 간단하게 살펴본다.

종래 유럽연합⁷⁾은 “유럽연합 사법재판소”(Court of Justice of European Union, 이하 ‘연합재판소’)의 판례를 통해 인권 문제를 해결해 오다가, 2000년 니스이사회에서 “유럽공동체”(European Community, EC)를 구성하는 주요 3기관(각료이사회, 유럽집행위원회, 유럽의회)⁸⁾의 협의로 “유럽연합 기본권헌장”(Charter of Fundamental Rights of the European Union, 이하 ‘기본권헌장’)을 채택⁹⁾하였다.¹⁰⁾ 이후 유럽연합은

7) 엄밀히 말하면, 유럽인권협약 가입이 좌절된 유럽연합의 국가들을 지칭한다.

8) 유럽공동체(EC)를 구성하는 주요 3기관의 명칭에 관하여는, 변지영, EU사법재판소(CJEU)와 유럽인권재판소(ECtHR)에 관한 연구, 대법원 사법정책연구원 (2016), 23-25.

9) 정호수, “EU에서의 기본적 인권보호 - TEU 제6조 2항을 중심으로 -”, 국제법무 제4집 제1호 (2012. 5.), 135.

10) 유럽연합 내에서 기본권 보호의 발전 과정을 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다. 초기에 경제통합을 목적으로 설립된 유럽경제공동체(European Economic Community, 이하 ‘EEC’)에서 기본권의 보호는 공동체의 임무로 고려되지 않았으며, 단순히 통합된 유럽단일시장 내에서 노동자의 이동 및 고용에 있어 국적에 근거한 차별이나 남녀 차별을 금지하는 것에 불과하였다. 그러나 시간이 흐르면서, 생산요소로서의 ‘노동자’에 대한 인식이 점차 전인격적인 ‘사람’으로 변화해갔고, 경제 분야를 배경으로 한 인권 문제가 증가하면서 공동체와 회원국 사이에 복잡한 문제가 발생하기 시작하였다. 하지만 인권 문제와 관련하여 명문의 규정을 갖고 있지 않던 공동체는 그간 유럽연합 사법재판소의 판례를 통해 문제를 해결해 왔다. 이후 유럽연합(European Union) 출범의 계기를 제공한 마스트리히트 조약에서는 처음으로 기본권보장에 관한 규정을 두었다. 이어서 1997년에 채택되고 1999년에 발효된 암스테르담 조약을 통하여 유럽연합은 구체적인 기본권보장 규정의 제정을 위한 노력을 하였으며, 2000년에는 유럽공동체(EC)의 주요 3기관(각료이사회, 유럽집행위원회, 유럽의회)에 의해 유럽연합 기본권헌장이 채택되었다. 2001년에 채택되고 2003년에 발효된 니스조약에 이어, 2007년에 서명되고 2009년에 발효된 ‘유럽연합조약 및 유럽공동체 설립을 개정하는 리스본조약’에서는 과거 회원국들이 맺은 조약과 리스본조약을 통합하여 “유럽연합조약과 유럽연합의 기능에 관한 조약”(Treaty of European Union and Treaty on the Functioning of the European Union)을 구성하였다. 그리고 리스본조약이 발효되면서 유럽연합(EU)은 유럽공동체(EC)를 대체·계승하였고, 유럽연합조약 제47조에 의하여 유럽연합만이 유일한 법인격을 가지게 되었다.

2009년 리스본조약 체제에서 “유럽연합조약”(Treaty on European Union, TEU) 제6조 제2항¹¹⁾에 “유럽연합은 인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 협약에 가입한다”고 규정함으로써 “유럽인권협약”(European Convention on Human Rights, ECHR)¹²⁾에 대한 가입을 의무화¹³⁾하였다.¹⁴⁾ 다만, 연합재판소가 유럽인권협약에의 실질적인 가입을 좌절시키는 결정을 함에 따라 현재까지 유럽연합 내에서의 기본권보장은 회원국 최고법원, 연합재판소, 유럽인권재판소 간 적극적인 협력에 의존할 수밖에 없는 실정이다.¹⁵⁾ 하지만, 유럽인권협약과 기본권헌장 및 여러 지침들

11) TEU Article 6

2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties.

세계법제정보센터, “유럽연합조약 및 유럽연합기능조약 통합본(2008)_영문본”, 법제처, <https://world.moleg.go.kr/sc/searchFl.do> (2023. 4. 12. 확인)

- 12) 유럽인권협약의 정식 명칭은 “Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 협약)”이다.
- 13) Paul Craig, EU administrative Law(3rd ed.), Oxford, England: Oxford University Press (2018), 492.
- 14) 다만, 제6조 제2항 후단에서는 “조약에 규정된 연합의 권한”이 변하지 않아야 함을 명시하고 있으며, 리스본조약에 부속한 선언 중 “유럽연합조약 제6조 제2항에 관한 선언”(Declaration on Article 6(2) of the Treaty on European Union)에서 정부간 회의는 유럽연합이 유럽인권협약에 가입하더라도 유럽연합법의 독특한 특징을 보유하면서 조정해야 하는 것에 합의하고 있다는 내용으로, Paul Craig, EU administrative Law(3rd ed.), Oxford, England: Oxford University Press (2018), 493. 그리고 이와 관련하여 정부간 회의는 유럽연합이 인권협약에 가입하더라도 연합재판소와 인권재판소가 정기적으로 의견 교환을 함으로써 양 재판소 사이의 관할권 충돌의 문제를 효과적으로 해결할 수 있다는 내용으로, 정호수, “EU에서의 기본적 인권보호 - TEU 제6조 2항을 중심으로 -”, 국제법무 제4집 제1호 (2012. 5.), 142.
- 15) 유럽연합의 전신인 유럽공동체(EC) 내에서 기본권보장은 조약상 근거규정이 없어서 판례를 통해 인정되었고, 연합재판소는 기본권의 근거를 유럽인권협약(이하 ‘인권협약’)과 ‘유럽공동체 회원국의 공통적인 헌법전통’에서 찾았다. 이후 유럽 내에서 유럽공동체 회원국과 비회원국 간 기본권보장에 있어서의 차이를 해소하기 위하여 유럽공동체는 인권협약에 가입하기 위한 노력을 시작했다. 1994년에 각료이사회는 유럽공동체(EC) 조약에 근거하여 인권협약에 가입할 수 있는지 연합재판소에 문의하였는데, 연합재판소는 협약에 가입하는 것이 유럽공동체의 법체계에 근본적인 변경을 야기하므로 조약 개정을 통한 근거조항의 마련이 필요하다고 하여 부정적인 의견을 제시하였다. 이에 유럽연합은 2009년 리스본조약 체제에서 유럽연합조약 제6조 제2항에 인권협약가입을 가능케 하는 근

에서 진술거부권과 변호사 참여권 등 피조사자의 절차적 권리보장을 위한 여러 장치들을 규정하고 있는바, 이는 우리나라 행정조사 관련 법제의 개선에도 도움을 줄 수 있을 것으로 보인다.

또한 본 논문에서는 재판소의 법리를 알아보고자 관련 판례를 구체적으로 검토해 보았는데, 특히 “유럽평의회”(Council of Europe)의 유럽인권협약에 따라 설립된 국제법원인 “유럽인권재판소”(European Court of Human Rights, ECtHR)¹⁶⁾와 “유럽사법재판소”(European Court of Justice, ECJ)라고도 불리는¹⁷⁾ 연합재판소(유럽연합 사법재판소, CJEU)¹⁸⁾의 판례를 중점적으로 살펴보았다. 그 결과 우리나라와 달리 미국과 유럽에서는 조사과정 중 피조사자가 행사할 수 있는 다양한 방어 수단을 마련하고, 구체적인 규정을 통해 피조사자의 권리를 다층적으로 보호하고 있음을 확인하였다.

거규정을 마련하였다. 이후 유럽연합은 ‘유럽인권협약가입 조약안’(이하 ‘조약안’)을 구성하였으나, 이를 통해 유럽연합이 인권협약에 가입하면 그에 따른 법적 효과로서 인권협약은 유럽연합 법체계의 일부로 편입되고, 회원국과 모든 유럽연합의 기관들을 구속하며, 유럽인권재판소에 의한 외부통제를 받게 된다는 점에서 유럽연합은 조약안의 확정 및 협약의 가입에 앞서, 조약안이 유럽연합법에 합치되는지 여부를 연합재판소에 문의하였다. 연합재판소는 조약안이 유럽연합조약과 합치되는지 여부를 판단할 때, 유럽연합법의 특수성과 자주성을 보장하는지 여부도 함께 판단해야 한다고 전제하면서, 다음과 같은 이유에서 조약안이 이를 충족하지 못한다고 평가하였다. 이는 사실상 유럽연합의 인권협약가입에 대한 반대의 의사표시로 볼 수 있으며, 유럽연합조약 제6조 제2항에 따른 의무적 사항의 거부로 해석할 수 있다. 전술한 내용에 관하여는, 정문식, “EU법과 EU의 유럽인권협약 가입 — 유럽연합재판소(ECJ) 결정을 중심으로 —”, 공법연구 제 47집 제2호 (2018. 12.), 174-177.

- 16) 유럽인권재판소(ECtHR)는 유럽인권협약에 의해 보장된 권리와 자유를 수호하는 것을 목적으로 하며, 판례를 통하여 동 협약상 권리의 구체적인 보호범위를 제시하고 있다.
- 17) 과거 한때는 유럽연합 사법재판소를 ECJ라고 부르기도 하였으나, 오늘날에는 CJEU로 불린다는 견해로, Roger Errera, “The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on Elgafaji – and After”, Vol. 23 No. 1, International Journal of Refugee Law, 93, 94 (2010).
- 18) 유럽연합 사법재판소는 유럽연합의 기관 중 하나이자 유럽연합의 사법부로서 (i) 사법재판소, (ii) 일반법원, (iii) 전문(특별)법원을 포함하는데, 인권문제에 관하여 유럽인권재판소와 공통적인 입장을 보이기도 하고, 차이를 드러내기도 한다.

제1장은 예비적 고찰로서, 본 논문의 연구 대상인 행정조사의 개념을 다른 개념과의 비교를 통해 명확히 하려 한다. 또한 행정조사의 성질과 종류에 대해 구체적으로 분석하는 한편, 우리나라에서 현재 시행되고 있는 행정조사에 관한 일반법인 ‘행정조사기본법’을 살펴본다.

제2장에서는 행정조사와 영장주의에 관하여 미국의 판례 및 유럽의 법리를 살펴본다. 특히 유럽에 대해서는 유럽인권협약과 유럽연합 기본권헌장을 차례대로 검토하고, 본 논문의 주제와 관련이 있는 유럽인권재판소 및 연합재판소의 대표적인 판례를 분석해 본다. 이어서 우리나라의 학설을 체계적으로 정리한 후 미국의 행정영장제도를 국내의 상황에 맞게 변형하여 도입하는 것이 가능한지 다각적으로 검토해 본다.

제3장에서는 행정조사와 진술거부권에 관하여 미국의 판례 및 유럽의 법리를 살펴보고, 유럽인권재판소의 판례들을 중점적으로 검토하되 비교적 최근에 있었던 유럽연합 사법재판소의 의미 있는 판결을 함께 분석해 본다. 비교법적 고찰을 통한 시사점으로 몇 가지 쟁점을 도출한 후 우리나라의 행정조사 절차 중 개선해야 할 점을 모색해 본다.

제4장에서는 행정조사와 변호사 참여권에 관하여 우리나라의 ‘행정조사기본법’에서 규정하고 있는 전문가 조력권이 적법절차원칙의 구현을 담보하는지 검토해 본다. 이어서 미국의 판례 및 유럽인권협약과 유럽연합의 지침을 살펴보고, 시사점을 도출해 본다.

제5장에서는 앞서 언급한 모든 논의들을 요약하고, 이로부터 결론을 도출하는 것으로 연구를 마무리하고자 한다.

제1장 예비적 고찰

제1절 행정조사의 의의 및 유형

I. 행정조사의 개념

행정기관은 행정작용을 적정하고 효율적으로 처리하기 위하여 관련 자료나 정보를 수집하고 처리할 필요가 있다. 이러한 자료수집 활동은 상대방의 임의적 협력에 의존하여 수행되는 것이 일반적이거나, 상대방이 그에 응하지 아니하는 경우에는 강제적인 방법을 사용하기도 한다. 종래에는 강제적인 자료수집 활동인 질문·검사 등의 행정작용을 행정상 즉시강제에 포함되는 것으로 이해하였다.¹⁹⁾ 그러나 최근에는 행정작용을 위한 자료나 정보의 수집활동 전반을 ‘행정조사’라는 개념에 포섭하여 이해하는 등 행정조사를 즉시강제로부터 분리하는 데 그치지 않고, 독자적인 행정 분야로 파악하는 견해가 주류를 이루는 것으로 보인다.²⁰⁾

행정조사제도에 대한 분석과 연구는 그간 권력적 행정조사에 주로 집중되어 있고,²¹⁾ 비슷한 맥락에서 행정조사를 권력적 조사활동만으로 좁

19) 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021), 497; 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사 (2005), 410;

20) 김남진·김연태, 행정법 I (제26판), 법문사 (2022), 506; 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021), 497; 김중권, 행정법(제4판), 법문사 (2021), 510; 정남철, 한국행정법론(제2판), 법문사 (2021), 270; 하명호, 행정법(제5판), 박영사 (2023), 358; 이에 관하여는 본 논문의 제1장 제1절 II. 1. 참조.

21) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 형사법의 신통향 통권 제37호 (2012. 12.), 5-7; 김영순, “세무조사에서 납세자의 절차적 권리 확대 방안 - 적법절차원칙의 관점에서 -”, 고려법학 제82호 (2016. 9.), 34-36; 이근우, “자본시장법상 조사 제도의 형사법적 문제점”, 안암법학 제40호 (2013. 1.), 457-458; 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 109; 이정수, “금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토 - 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결과 같은 법원 2011. 1. 28. 선고 2010고합11 판결

게 보아 행정법상의 의무이행 확보의 한 수단으로 이해하는 견해가 있다. 이러한 협의설에 따르면, 행정조사란 “행정기관이 궁극적으로 행정작용을 적정하게 실행함에 있어서 필요로 하는 자료·정보 등을 수집하기 위하여 행하는 권력적 조사활동”을 의미한다.²²⁾ 이와 달리 권력적 행정조사뿐만 아니라 순수한 사실행위와 같은 비권력적 조사까지도 모두 포함하여 행정조사를 넓게 정의하는 견해도 있다. 이러한 광의설에 따르면, 행정조사란 “행정기관이 사인으로부터 행정상 필요한 자료나 정보를 수집하기 위하여 행하는 일체의 행정작용”을 의미한다.²³⁾

권력적 조사활동으로 행정조사의 개념을 한정할 경우, 행정조사의 법률적 근거의 필요성이 드러나고 그 한계의 설정이 가능해지는 등 학문적인 논리체계를 세움에 있어 장점이 있다. 반면에 행정조사의 본질을 직시하지 못하는 문제점도 있다. 행정조사는 본래 자료나 정보를 수집하는 활동으로 상대방의 임의적 협력에 기초하는 비권력적 행정조사가 원칙이다. 다만, 행정청이 공익적 목적의 달성을 위해 간접적·심리적인 강제수단을 동원하는 것뿐이다. 따라서 행정조사를 실효성 확보수단의 일종으로 간주하고 권력적 행정조사에 한정하는 정의하는 것은, 행정조사라는 개념의 일부분만 바라보는 다소 편협한 시각이라 하겠다. 이에 본 논문에서는 행정조사의 개념에 권력적인 것과 임의적인 협력에 기한 것을 모두 포함시켜 이해하고자 한다. 이를 종합하여 보면, 행정조사란 “행정기관이 정책의 수립이나 행정작용의 적정한 실행을 위하여 필요한 자료·정보 등을 수집할 목적으로 행하는 행정활동”으로 정의할 수 있다.²⁴⁾

한편, 행정조사에 관한 실정법적 개념으로 ‘행정조사기본법’ 제2조 제1호가 있다. 이에 따르면, 행정조사란 “행정기관이 정책을 결정하거나 직

의 비교분석을 중심으로 -” 법학평론 제5권 (2015. 2.), 294-295.

22) 김용섭, “行政調査 및 行政節次의 法的問題 - 대상판결 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결 -”, 행정관례연구 제22집 제1호 (2017. 6.), 83.

23) 김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 07, 박영사 (2016), 10; 김중권, 행정법(제4판), 법문사 (2021), 510; 하명호, 행정법(제5판), 박영사 (2023), 358.

24) 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021), 497.

무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서 열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동”이라고 한다. 이는 행정조사의 방법을 구체화한 것일 뿐, 그 기본적인 내용에 있어서는 본 논문에서 정의한 바와 크게 다르지 않다고 할 수 있다.

II. 행정조사와 구별되는 개념들

1. 행정조사와 즉시강제의 구별

행정상 즉시강제란 ‘목전에 급박한 행정상 장애를 제거하여야 할 필요가 있으나 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때에, 상대방의 의무불이행을 전제로 하지 않고 직접 그 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용’을 말한다. 행정조사는 한때 즉시강제의 테두리 내에서 다루어지기도 하였으나, 오늘날에는 즉시강제와 개념적으로 구분되고 있다.²⁵⁾ 그 이유를 살펴보면, 즉시강제는 그 자체가 행정목적 수행하는 작용인 반면 행정조사는 행정작용을 위한 준비적·보조적 수단에 불과하다. 그리고 즉시강제는 ‘신체 또는 재산에 대한 실력행사’로써 직접적인 강제력의 행사를 전제로 한 개념인 데 반하여, 행정조사는 직접적인 실력행사가 아니라 상대방의 수인의무에 근거하여 실시되는 단순한 조사활동에 지나지 않는다. 뿐만 아니라 행정상 즉시강제는 직접적 강제력을 사용하는 것으로 행위의 급박성이 개념 요소가 되지만, 행정조사는 간접적 강제력에 한정되며 급박성을 요건으로 하지 않는다. 이러한 차이점들로 인해 오늘날에는 행정상 즉시강제와 행정조사를 구분하는 경향을 보이고 있다.

2. 행정조사와 수사의 구별

25) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사 (2010), 408-410.

수사란 ‘범죄의 혐의 유무를 명백히 하고, 공소의 제기와 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동’을 말한다. 이러한 수사와 행정조사는 크게 목적과 주체에서 차이를 보인다. 우선, 수사는 전술한 바와 같이 범죄의 혐의 유무를 명백히 하여 공소제기 및 유지 여부의 결정을 목적으로 하는데 반하여, 행정조사는 정책결정이나 그 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료의 수집을 주요 목적으로 한다는데 차이가 있다. 다음으로, 수사의 주체는 수사기관인 반면, 행정조사를 할 수 있는 기관은 행정기관이다. 여기서 수사기관이란 법률상 수사의 권한이 인정되는 국가기관으로서 우리 형사소송법에서는 검사와 사법경찰관리를 인정하고 있다. 반면에 행정조사는 법령 및 조례·규칙에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인이나 단체 혹은 개인이 주체가 될 수 있다.²⁶⁾

일반적으로 행정 목적의 달성을 위해 사인(私人)에게 의무를 부과하는 법률에서는 그러한 의무의 준수를 확보하고자, 위반행위에 대한 행정처분과 행정형벌을 함께 규정하고 있는 경우가 많다. 다만, 행정처분이나 행정형벌을 부과하기 위해서는 먼저 법 위반행위가 있었다는 사실을 확인해야 하는바, 이론적으로 행정처분을 위한 사실 확인은 ‘행정조사’를 통해 이루어지고, 형벌 부과를 위한 사실 확인은 ‘수사’를 통해 이루어진다.²⁷⁾ 하지만 행정기관의 고발이 수사의 단서가 되고 행정조사의 결과가 형사재판의 증거로 사용될 수 현실을 고려하면,²⁸⁾ 행정조사와 수사의 경계가 모호해지는 측면이 있다. 그리고 행정조사와 수사가 순차적으로 이루어지는 경우 외에 양자가 동시에 이루어지는 경우도 생각해 볼 수 있

26) 전학선 외, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.), 68-69.

27) 이희정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력 - 동의를 결한 채혈에 기한 운전면허취소처분의 허용성 -”, 공법연구 제45집 제2호 (2016. 12.), 408.

28) 이정수, “금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토 - 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결과 같은 법원 2011. 1. 28. 선고 2010고합11 판결의 비교분석을 중심으로 -” 법학평론 제5권 (2015. 2.), 306.

다. 예를 들면, ‘도로교통법’상 도로의 안전을 확보할 목적으로 음주운전자를 도로에서 배제하기 위한 행정경찰작용과 음주운전죄를 묻기 위한 사법경찰작용이 동시에 이루어지는 경우가 그러하다.²⁹⁾ 이처럼 행정조사와 수사의 성질이 중첩되는 경우에는 양자를 명확하게 구별하는 것이 어려워질뿐더러 그러한 구별 자체가 무의미해질 수 있다.

Ⅲ. 행정조사의 유형

1. 강제력 또는 권력성 유무에 따른 구분

행정조사는 강제력의 유무에 따라 강제조사와 임의조사,³⁰⁾ 권력성의 유무에 따라 권력적 조사와 비권력적 조사³¹⁾로 구분할 수 있다. 그런데 학자들 사이에서 강제력 또는 권력성의 의미를 통일적으로 사용하지는 않는 것으로 보이는바, 다음과 같이 각각의 견해마다 분류의 기준이 서로 다르다.

우선, 조사대상자의 의사와 무관하게 행정기관의 일방적인 명령이나 강제를 수단으로 행하여지는 조사를 강제조사, 조사자의 협력성 및 자발성을 특징으로 하는 조사를 임의조사로 구분하고, 이와 별도로 물리력의 행사를 수반하는 조사를 권력적 조사, 물리력의 행사를 수반하지 않는 조사를 비권력적 조사로 구분하는 견해가 있다.³²⁾ 그리고 조사거부나 방

29) 대법원도 2016. 12. 27. 선고 2014두46850 판결을 통해 경찰공무원이 운전자의 음주운전 여부를 조사하는 행위는 수사의 성격과 행정조사의 성격을 모두 가진다고 보았다.

30) 전학선 외, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.), 13-14; 박윤훈·정형근, 행정법강의(상)(개정30판), 박영사 (2009), 536.

31) 김남진·김연태, 행정법 I (제26판), 법문사 (2022), 507; 김성수, 일반행정법(제9판), 홍문사 (2021), 522; 정남철, 한국행정법론(제2판), 법문사 (2021), 271; 하명호, 행정법(제5판), 박영사 (2023), 358.

32) 김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 07, 박영사 (2016), 18.

해행위에 대하여 과태료 부과 등의 간접강제 수단을 사용하는 조사³³⁾는 강제조사와 임의조사의 중간에 제3의 유형을 설정하되, 강제조사에 준하여 다루는 것이 바람직하다고 한다.³⁴⁾

이와 달리 벌칙의 적용을 통한 강제력을 받게 되는 행정조사를 강제조사로, 상대방의 임의적 협력에 의해 행해지는 조사를 임의조사로 분류하는 견해도 있다.³⁵⁾ 이에 따르면 형사처벌이나 과태료 부과 등 간접강제 수단을 수반하는 행정조사는, 강제력이 벌칙규정에 의하여 간접적으로 담보되어 있다는 점에서 강제조사에 해당하게 된다. 또 다른 견해로는 일체의 강제수단 없이 국민의 동의 내지 자발적 협력에 의하여 이루어지는 행정조사만을 임의조사로 보고 이를 비권력적 조사와 동일시하며,³⁶⁾ 영장에 의한 강제수사와 마찬가지로 물리적 강제력을 행사할 수 있는 조사를 강제조사, 간접적 강제수단을 수반하는 행정조사를 간접강제조사(준강제조사)로 분류하고, 강제조사와 간접강제조사를 모두 포함하는 개념으로 ‘권력적 조사’라는 용어를 사용하자는 주장도 있다.³⁷⁾

2. 행정조사의 대상에 따른 구분

행정조사는 그 대상을 기준으로 하여 대인적 조사, 대물적 조사, 대가택 조사로 구분할 수 있다. 대인적 조사는 사람의 신체를 대상으로 하는

33) 예를 들어, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제130조 제1항 제5호에서는 자료 제출 요청에 대하여 정당한 이유 없이 자료를 제출하지 아니하거나 거짓의 자료를 제출한 자에게 과태료를 부과하도록 규정하고 있다.

34) 김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 07, 박영사 (2016), 18-19.

35) 박윤훈·정형근, 행정법강의(상)(개정30판), 박영사 (2009), 536.

36) 임의조사를 비권력적 행정조사와 동일한 개념으로 보고, 강제조사는 권력적 행정조사와 동일시하는 견해로 김철용, 행정법(제12판), 고시계사 (2023), 365; 임의성에 기초한 조사를 비권력적 조사로, 상대방의 임의적 협력이 없는 경우의 조사를 권력적 조사로 보아, 임의조사를 비권력적 조사와 중첩되는 개념으로 본 견해로 오준근, “행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구”, 토지공법연구 제45집 (2009. 9.), 364.

37) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 18.

것으로서 사람에 대한 질문, 장부·서류의 제출명령, ‘경찰관직무집행법’상의 불심검문이나 ‘도로교통법’상의 호흡조사와 혈액 채취 등을 예로 들 수 있다. 대물적 조사는 물건을 대상으로 하는 행정조사로서 물건의 검사·수거, 장부·서류의 열람 등을 예로 들 수 있다. 대가택 조사는 주거나 영업소 등에 출입하여 시행하는 조사를 말한다.³⁸⁾ 참고로 대가택 조사에는 대물적 조사가 병행되는 경우가 많다.³⁹⁾

3. 조사의 목적에 따른 구분

행정조사는 그 목적의 구체성·일반성 여부에 따라 개별적 조사와 일반적 조사로 나눌 수 있다.⁴⁰⁾ 개별적 조사는 특정한 구체적 사안과 관련하여 실시되거나 개별적·구체적 목적을 위하여 행하여지는데 반해, 일반적 조사는 행정계획의 수립 및 정책의 입안을 위하여 국민 또는 주민 전체를 대상으로 실시되거나 일반적인 동향 내지 실태를 파악할 목적으로 행하여진다.⁴¹⁾ 개별적 조사는 다시 법령 위반의 혐의가 있어 이를 확인하고 그에 따른 제재처분이나 시정조치를 취하기 위한 조사, 일반적인 관리·감독 권한에 기한 조사 등으로 나눌 수 있다.⁴²⁾

개별적 조사의 예를 살펴보면 다음과 같다. 우선, 법 위반 사실의 확인을 위한 행정조사로는 ‘식품위생법’ 제22조에 따른 위생검사, ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 제81조에 따른 위반행위의 조사 등이 있다. 그리고 일반적인 관리·감독 권한에 기한 행정조사로는 ‘은행법’ 제48조에 규정된 은행의 업무 및 재산상황에 대한 검사, ‘보험업법’ 제133조에 규

38) 김철용, 행정법(제12판), 고시계사 (2023), 365.

39) 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021), 499.

40) 박현정, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표), 57.

41) 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021), 500.

42) 오준근, “행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구”, 토지공법연구 제45집 (2009. 9.), 365.

정된 보험회사의 업무 및 자산상황에 대한 검사 등이 있다. 행정기관이 관리·감독의 차원에서 피감독 사업자의 업무상황 등을 파악하기 위한 조사가 여기에 해당된다.⁴³⁾ 참고로 ‘국세기본법’ 제81조의4 이하에 따른 세무조사는 다시 구체적인 법 위반 혐의의 확인을 위한 조사인 ‘수시조사’와 일반적인 관리·감독 권한에 기한 조사인 ‘정기조사’로 나누어 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 이때의 정기조사는 특별한 혐의 없이 신고의 적정성을 검증하기 위해 정기적으로 실시하는 조사이나, 특정한 대상을 선정하여 진행한다.는 점에서 일반적 조사가 아닌 개별적 조사로 분류하는 것이 적절해 보인다.

일반적 조사의 예로는 ‘통계법’에 따른 통계조사를 들 수 있다.⁴⁵⁾ ‘통계법’은 통계의 작성을 위해 필요한 경우, 개인이나 법인 또는 단체 등에 자료의 제출을 요구하거나 질문할 수 있는 권한을 관할 기관에 인정하고 있다.⁴⁶⁾ 이때 자료제출 요구나 질문을 받은 자는 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 하는데, 만약에 자료의 제출 또는 응답하기를 거부·방해·기피하거나 거짓으로 제출 또는 응답한 경우에는 해당자에게 과태료를 부과하도록 규정하고 있다(법 제41조 제4항). 그러나 ‘통계법’에 따른 행정조사는 정책수립의 기초자료가 되는 통계작성을 위한 것인바, 통계의 정확성과 신뢰성 담보라는 공익적 이유로 조사에 응할 의무를 부과했을 뿐이고, 통계작성의 결과가 조사대상자의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 것은 아니다.⁴⁷⁾

43) 오준근, “행정조사의 공법이론적 재검토”, 공법연구 제31집 제3호 (2003. 3.), 537-538.

44) 예를 들어, 국세기본법 제81조의6 제2항에 따르면 세무공무원은 정기적으로 신고의 적정성을 검증하기 위하여 대상을 선정하여 세무조사를 할 수 있다.

45) 단순히 실태를 파악하기 위한 조사에는 ‘고용정책 기본법’ 제21조에 따른 노동시장의 인력상황 수급 조사가 있다는 내용으로 오준근, “행정조사의 공법이론적 재검토”, 공법연구 제31집 제3호 (2003. 3.), 537.

46) 예를 들어, 통계법 제25조 제2항에 따르면, 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장은 개인이나 법인 혹은 단체 등에 관계 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 제26조 제2항에 따라 통계의 작성에 관한 사무에 종사하는 사람은 통계청장의 승인을 받은 사항에 관하여 관계인에게 관계 자료의 제출을 요구하거나 질문을 할 수 있다.

47) 박현정, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국

제2절 행정조사기본법의 내용과 한계

I. 제정이유

행정조사 제도를 두고 행정부 내에서도 비판의 목소리가 있어 왔고, 행정조사가 법 위반 사실의 확인 및 행정의 실효성 확보수단으로 운영되고 있는 실태에 대한 근본적인 재검토의 필요, 민간부문의 자율성과 창의성의 확대, 정부규제의 획기적인 개선을 통한 국가경쟁력 강화라는 관점에서 정부 주도로 입법이 추진되었다.⁴⁸⁾ 이렇게 시작된 ‘행정조사기본법’은 2007년 국회의 제정·공포를 거쳐 같은 해 8월 18일부터 시행된 이후 현재까지 행정조사 영역에서 일반법으로 기능하고 있다.

국회는 ‘행정조사기본법’을 제정하면서 그 제정이유를 다음과 같이 제시하였다. 즉, “정책수립 등을 위하여 지금까지 행정기관이 실시하여 온 행정조사는 조사요건이 포괄적으로 되어 있고, 절차규정이 미흡하며, 조사활동에 대한 통제장치가 제대로 마련되어 있지 아니하여 조사의 투명성과 예측가능성이 낮아 조사대상이 되는 기업 등에게 적지 아니한 부담을 주어 왔다는 지적에 따라 행정조사에 관한 원칙·방법 및 절차 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 절차적 정의를 실현하는 한편, 행정조사의 공정성·투명성 및 효율성을 확보함으로써 행정조사의 대상이 되는 기업 등에게 행정조사에 대한 부담을 덜어주고 국민의 권익을 보호”하고

행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표), 57-60.

- 48) 행정조사기본법의 입법 추진이 행정법학계의 강력한 요청에 따른 것이라고 하기 보다는 정부 주도의 입법이었다는 점에서 ‘행정조사’에 대한 개념정의, 입법방식 및 핵심내용 등에 대해 행정법학자들의 의견을 충분히 수렴하지 못한 상태였고, 입법의 필요성 및 적용범위에 관한 정부 부처 간 입장 차이도 상당하였다는 견해로 김재광, “행정조사기본법의 입법과정에 관한 고찰”, 법학논총 제33권 제2호 (2009. 12.), 490.

자 하는 목적으로 ‘행정조사기본법’을 제정한다는 것이다. 이처럼 행정조사의 기준과 한계를 설정하고 조사방법과 절차를 정하여, 헌법 제12조의 적법절차원칙을 행정조사 영역에서도 구현하겠다는 소기의 목적은 제정으로부터 16년이 지난 현재까지도 달성하지 못한 것 같다.⁴⁹⁾ 입법목적의 달성이 미진한 이유로는 여러 가지가 있을 수 있으나, 그 중 3가지만 제시해 보면, 광범위한 적용 제외, 절차적 권리 보장의 부족, 위법한 행정조사에 관한 제재규정의 미비가 있다. 이에 관하여는 아래에서 구체적으로 서술한다.

II. 주요 내용

1. 의의와 구조적 특징

행정조사가 갖는 인권 침해적 요소와 자의적 조사의 남용 등을 방지하기 위하여 제정된 ‘행정조사기본법’은 종래 학문상 논란이 되었던 행정조사의 개념과 기본원칙을 구체적으로 정의하였다는 점에서 의미가 있는 법률이며, 다른 나라에서는 유례를 찾아보기 힘든 법률이라고 할 것이다. 동법은 총칙(제1장)과 행정조사의 절차와 방법(제2·3·4장) 그리고 행정조사에 갈음하는 자율신고 및 자율관리체제의 구축(제5장)을 주요 내용으로 하며, 보칙까지 총 6개의 장으로 구성되어 있다.

2. 행정조사의 기본원칙

동법은 제4조에서 행정조사의 기본원칙으로 6가지를 규정하고 있다. 조사범위의 최소화 및 권한남용금지, 조사목적에 적합하도록 조사대상자

49) 박현정, “행정영장제도 도입의 주요 쟁점”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 29.

의 선정, 중복조사의 제한, 예방위주의 행정조사, 내용공표금지, 조사결과에 대한 이용제한이 구체적인 내용인바, 이들은 행정조사의 한계로 작용한다.

3. 행정조사방법의 구체화 및 조사의 사전통지

행정기관이 출석·보고·자료제출 등을 요구하거나 현장조사를 실시하는 경우, 조사의 사유·대상·내용 등을 사전에 통지하지 아니하여 조사대상자가 행정조사의 내용을 예측하기 곤란한 문제가 있고, 나아가 자의적인 행정조사가 이루어질 우려도 있다. 동법에서는 이를 방지하기 위해 제9조부터 제11조까지 및 제17조에서 조사방법을 구체화하고 있으며, 조사에 앞서 대상자에게 통지하도록 규정하고 있다. 따라서 행정기관은 출석·보고·자료제출 등을 요구하거나 현장조사를 실시하려는 경우, 반드시 조사대상자에게 조사목적·조사범위 등이 기재된 서면요구서를 조사개시 7일 전까지 발송하여야 한다. 이로써 행정조사의 투명성과 예측가능성이 높아지고, 조사대상자의 협력을 유도할 수 있어, 보다 효율적인 조사가 가능해질 것으로 기대된다.⁵⁰⁾

4. 공동조사의 실시 및 중복조사의 제한

여러 기관의 행정조사가 중첩되는 분야의 경우, 각 기관별로 별도의 행정조사를 실시한다면 조사대상자의 부담이 가중될 수 있다. 동법에서는 이를 방지하기 위해 제14조 및 제15조에서 공동조사의 실시 및 중복조사의 제한을 규정하고 있다. 하나의 행정기관에서 유사한 업무분야에 대하여 동일한 조사대상자에게 각각 행정조사를 하는 경우와 서로 다른 행정기관이 동일한 조사대상자에게 각각 행정조사를 하는 경우로서 대통

50) 전학선 외, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.), 36.

령령으로 정하는 분야에 대하여는 공동조사를 실시하도록 하였으며, 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우를 제외하고는 동일한 사안으로 동일한 대상자에게 중복조사를 할 수 없도록 하였다.

5. 조사대상자에 대한 권익보호

행정조사의 대상자가 조사과정에서 자신의 권익을 보호할 수 있도록 제도적인 장치를 마련할 필요가 있는데, 동법에서는 제18조, 제21조, 제23조에서 이러한 내용을 규정하고 있다. 이에 따라 조사대상자는 조사일시에 대하여 연기신청을 할 수 있고, 행정기관이 사전에 통지한 사항에 대하여 의견을 제출할 수 있으며, 조사가 진행되는 동안 변호사 등 전문가를 입회시키거나 조사과정을 녹음 또는 녹화할 수 있다.

Ⅲ. 한계와 해결방안

1. 광범위한 적용 제외

‘행정조사기본법’은 제3조에서 광범위한 적용 제외를 인정하고 있어 행정조사 전반을 규율하는 공통적인 일반법으로 작용하는 데 한계가 있다. 특히, 이 법에서 명시적으로 적용을 제외하는 제3조 제2항 제4호 이하⁵¹⁾

51) 제3조(적용범위) ① 행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법으로 정하는 바에 따른다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.

(중략)

4. 「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항

5. 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항

6. 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항

7. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」, 「하도급거래 공정화에 관한 법률」, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」, 「방문판매 등에 관한 법률」, 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률」, 「약관의 규제에 관한 법률」 및 「할부거래에

의 근로감독, 조세, 금융, 공정거래 분야들이야말로 현실에서 가장 빈번하게 문제되고 있으며, 조사의 결과가 대상자의 형사적 책임을 묻는 데 활용됨에 따라 사실상의 수사로서 기능할 수도 있다. 특히 공정거래 분야의 경우, 행정조사의 실효성을 위해 ‘정당한 이유 없이’ 행정조사를 거부하거나 방해한 자에게 과태료나 형사처벌을 부과하는 규정⁵²⁾을 두고 있는데, 어떠한 경우에 조사방해죄의 구성요건에 해당하는지 명확하지 않으므로, 피조사자의 입장에서 제재를 받아도 이의를 제기하기 어렵다. 더구나 조사기관이 강력한 규제·감독권을 행사하는 분야에서는 정당한 사유가 있어 조사에 불응하여도 처벌받지 않을 것이라는 확신이 있는 게 아닌 이상, 조사대상자가 임의로 조사를 거부하기 어렵다.⁵³⁾ 그럼에도 이러한 분야에 대하여 동법의 적용을 제외하는 것은 결국, 종전처럼 개별법상의 절차적 요건만을 준수하면 되도록 의도하고 있는 것이나 다름 없다.⁵⁴⁾

2. 절차적 권리 보장의 부족

동법은 행정조사의 절차적 한계로서 논의되고 있는 영장주의나 진술거부권의 적용 여부에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 학계에서 다양한 논의가 지속되고 있으나 행정조사에 있어 영장주의의 적용 여부를 일률적으로 정하기 어려운 점, 진술거부권에 관하여도 행정조사가 형사소추의 목적을 갖는지에 따라 그 인정여부가 달라질 수 있는 점 등을 고려하면 일반법인 ‘행정조사기본법’에 관련 규정을 마련하고, 이를 원칙적으

관한 법률」에 따른 공정거래위원회의 법률위반행위 조사에 관한 사항

52) 예를 들어, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제125조와 제130조에서는 정당한 이유 없이 자료 제출을 거부하거나 거짓의 자료를 제출한 자에게 각각 형사처벌 또는 과태료를 부과하도록 규정하고 있다.

53) 박현정, 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 5-6.

54) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 109.

로 적용하기란 쉽지 않다. 따라서 기본권의 침해가 중대한 행정조사에 한하여 절차적 한계를 설정하는 방안을 고민해 볼 수 있는바, 이에 관하여는 구체적인 검토가 필요한 만큼 장을 바꾸어 서술하기로 한다.

3. 위법한 행정조사에 관한 제재규정의 미비

동법은 행정조사가 실체적·절차적 한계를 위반하여 위법하게 행하여진 경우, 이를 기초로 한 행정처분의 효력에 관해 아무런 규정을 두고 있지 않다. 또한 위법한 조사에 근거하여 행정처분을 발령한 행정기관 자체에 대한 제재규정도 없다. 이에 관하여 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

행정조사가 절차적 한계를 준수하지 못하여 위법한 경우, 그에 따라 수집된 정보에 기초하여 이루어진 행정처분이 곧바로 위법하게 되는지 여부를 두고 논란이 있다. 이는 위법하게 수집된 정보가 진실에 부합하는 경우에 특히 문제가 된다. 이에 대하여 행정조사와 행정처분은 하나의 과정을 구성하므로 적정절차의 관점에서 행정조사에 중대한 위법사유가 있는 때에는 이를 기초로 한 행정처분도 위법한 행위가 된다고 보는 적극설⁵⁵⁾과 행정조사와 행정처분은 별개의 제도이므로 조사의 위법성이 행정처분을 위법하게 만들지는 않는다는 소극설⁵⁶⁾이 대립한다. 이에 대해 판례는 위법한 세무조사에 기초한 과세처분을 위법한 것으로 보고 있다. 예컨대, 세무조사 대상 선정사유가 없음에도 세무조사 대상으로 선정하여 과세자료를 수집한 경우,⁵⁷⁾ ‘국세기본법’에서 금지하는 중복조사를 행한 경우,⁵⁸⁾ 과세자료의 수집 또는 신고내용의 정확성 검증이라는 본연

55) 김남진·김연태, 행정법 I (제26판), 법문사 (2022), 511; 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021), 504; 정남철, 한국행정법론(제2판), 법문사 (2021), 273.

56) 박운흔·정형근, 행정법강의(상)(개정30판), 박영사 (2009), 543; 위법한 행정조사에 따라 수집된 정보에 기초한 처분이 궁극적으로 진실에 부합한다면, 이러한 경우에까지 일률적으로 처분을 취소할 필요는 없어 보인다고 하여 소극설을 취하는 견해로 하명호, 행정법(제5판), 박영사 (2023), 363.

57) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결.

58) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013두6206 판결; 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016두55421 판결.

의 목적이 아니라 부정한 목적을 위하여 행하여진 경우,⁵⁹⁾ 그에 기초한 과세처분은 위법하다고 판시하였다. 그 밖에도 음주운전 여부에 대한 조사과정에서 운전자 본인의 동의를 받지 않고 법원의 영장도 없이 혈액을 채취한 후, 그러한 조사 결과를 근거로 하여 운전면허를 정지·취소하는 처분은 위법하다고 본 바 있다.⁶⁰⁾

동법에는 위법한 행정조사를 수행한 공무원이나 행정기관에 대한 벌칙이나 제재규정이 없다.⁶¹⁾ 그런데 이러한 상황에서 위법한 행정조사를 거쳐 결정된 처분의 효력마저 위법한 것으로 보지 않는다면, ‘행정조사기본법’은 훈시적 규정에 불과한 것이 되고, 동법에서 규정한 조사의 실체적·절차적 한계에 관한 내용들도 사실상 유명무실화될 수 있다는 견해가 있다.⁶²⁾ 게다가 처분의 상대방이 위법한 행정조사 자체를 다투려고 해도, 조사행위의 종료로 ‘법률상 이익’이 이미 상실된 경우가 많아, 결국 그 구제가 제한적일 수밖에 없을 것이라고 한다.⁶³⁾ 이에 따르면, 행정기관이 위법한 행정조사를 실시하고, 이에 근거하여 내린 처분의 위법 여부를 당사자가 다투 수 있도록 ‘행정조사기본법’을 개정하는 등 입법적 측면에서 해결책 마련이 필요해 보인다.

59) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016두47659 판결.

60) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두46850 판결.

61) 기본법에는 벌칙이나 제재규정을 두지 않는 것이 일반적인 입법례라는 점에서 이에 관한 규정을 두지 않은 것 같다는 견해로 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제8권 제3호 (2007. 8.), 110.

62) 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제8권 제3호 (2007. 8.), 111.

63) 한현희, “행정조사의 한계에 관한 연구 - 위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로 -”, 석사학위논문, 서울대학교, (2018), 25.

제2장 행정조사와 영장주의

제1절 문제의 소재

신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 개인의 생존과 기본권 향유의 전제조건이자 출발점이 되며, 그러한 까닭에 헌법은 제12조 제1항에서 신체의 자유에 대한 보장을 선언하고, 그 보장원리의 하나로 사전영장주의를 규정하고 있다(동조 제3항 전단⁶⁴⁾). 한편 신체의 자유보다는 제한의 여지가 다소 크다고 하더라도 주거의 자유는 사생활에 관한 고전적이고도 중요한 기본권인바, 헌법 제16조⁶⁵⁾는 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에도 영장을 필요로 한다고 규정하고 있다.⁶⁶⁾ 이러한 영장주의는 적법절차의 원칙을 구성하는 내용 중 하나로, 본래는 형사절차와 관련하여 기본권을 침해할 가능성이 큰 강제처분을 할 때, 사법권의 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관의 판단을 받도록 해서 강제처분의 남용을 막고, 신체의 자유를 비롯한 기본권을 보호하기 위함이다.⁶⁷⁾ 헌법재판소도 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 영장주의의 본질이 있다고 판시한 바 있다.⁶⁸⁾

64) 대한민국헌법 제12조

- ③ 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.

65) 대한민국헌법 제16조

모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

66) 김종현, “영장신청권자 규정에 관한 헌법적 연구”, 법조 제68권 제4호 (2019. 8.), 159.

67) 안요환, “헌법상 영장주의에 관한 일고찰 - 적용범위의 현실화를 위한 개헌안을 중심으로 -”, 입법학연구 제19집 제2호 (2022. 8.), 161.

68) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28등 결정; 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 결정.

다만, 신체의 자유를 침해하는 강제처분은 형사절차 이외의 국가권력 작용에서도 충분히 일어날 수 있고, 공권력의 행사로 인하여 신체를 구속당하는 국민의 입장에서는 그러한 구속이 형사절차에 의한 것이든, 행정절차에 의한 것이든 신체의 자유를 제한당하고 있다는 점에서는 본질적으로 큰 차이를 느끼기 어렵다. 게다가 헌법상의 영장주의를 구체화한 ‘형사소송법’에서는 신체의 구속에 관하여 각종 규제와 절차를 마련해 두고 있는 것과 달리 행정절차에서는 그러한 규제가 상대적으로 덜 갖춰져 있어, 신체의 자유에 대한 침해가 형사절차 못지않게 발생할 수 있음에도 불구하고, 이에 대한 방어권 행사가 어려울 수 있다. 마찬가지로 행정절차상의 강제처분에 대하여 영장주의가 적용되지 않는다고 해석할 경우, 국민의 기본권 보장에 공백이 발생할 우려가 있다. 행정영역 중에서도 특히 권력적 행정조사나 즉시강제와 같이 강제적인 성격을 지닌 고권적 행정작용에 있어서는 영장주의의 적용 논의가 더욱 절실하다.

헌법 제12조는 기본적으로 형사절차를 전제로 하여 적법절차원칙을 규정하고 있다. 다만, 헌법재판소는 적법절차원칙의 적용범위에 관하여 형사절차상의 제한된 범위 내로 한정하지 않았고, 기본권 제한 여부에 관계없이 국가작용으로서의 모든 입법작용과 행정작용에 광범위하게 적용된다고 보았다.⁶⁹⁾ 따라서 적법절차원칙을 구성하는 세부 내용으로서의 영장주의 또한 행정조사 영역에 적용될 수 있을 것으로 보인다. 다만, 구체적으로 어떠한 행정조사에 적용되는지에 관하여는 행정조사의 성격과 내용에 따라 차별적으로 고찰되어야 한다. 예컨대, 행정조사의 강제성 유무를 기준으로 하여 임의조사와 강제조사로 구분해 볼 때, 임의조사는 상대방의 동의와 임의적인 협력을 전제로 하므로 영장주의의 문제가 발생하지 않는다.⁷⁰⁾ 이와 달리 강제조사이거나 신체의 자유, 주거의 자유, 재산권 등 국민의 기본권과 관련된 경우, 특히 그것이 법 위반 사실에 대한 조사여서 형벌을 예정한 경우에는 영장주의가 적용될 필요성이 있

69) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정.

70) 장태주, 행정법개론(제9판), 법문사 (2011), 590.

다.⁷¹⁾ 구체적인 내용에 관하여는 이하에서 살펴본다.

한편, 행정조사 내지는 행정절차상의 강제처분을 집행함에 있어, 각종 개별 법률에서 영장주의를 명시적으로 규정한 내용들을 찾아볼 수 있는데, 그 예로는 ‘조세범 처벌절차법’ 제9조⁷²⁾, ‘지방세기본법’ 제115조 제1항, ‘관세법’ 제296조 제1항, ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제427조 제2항 등이 있다. 이처럼 명문의 규정이 있다면, 그에 따르면 되므로 새삼 영장주의의 적용 여부를 논할 필요가 없지만, 개별법에 규정이 없는 경우에도 일률적으로 영장주의가 필요하지 않다고 단정할 수 없으니 검토가 필요하다.

제2절 비교법적 고찰

I. 미국

1. 논의의 개관

미국의 행정조사에서 영장주의에 대한 논의는⁷³⁾ 연방헌법 수정 제4조

71) 한현희, “행정조사의 한계에 관한 연구 - 위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로 -”, 석사학위논문, 서울대학교, (2018), 35.

72) 조세범처벌절차법 제9조에서는 세무공무원이 조세범칙조사의 차원에서 압수·수색을 하려는 경우, 원칙적으로 사전에 (검사에 대한 신청을 경유하여) 법관으로부터 영장을 발부받아야 함을 규정하고 있다.

73) 국내의 행정법과 형법 등 분야에서 미국법상의 행정조사와 영장주의의 문제에 관한 다양한 연구가 이루어졌는데, 관련 선행연구를 시기순으로 나열하면 박정훈, “컴퓨터프로그램보호법상 단속처분 및 행정조사법제의 문제점과 개선방안”, 행정법연구 제9호 (2003. 10.); 박정훈 외, “미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의 - 출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰” [연구용역보고서], 법무부 (2011. 12.); 전수진, “행정조사제도에 관한 연구 - 수사절차와의 관계 및 미국법과의 비교를 중심으로-”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2013); 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 “광범하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로 -”, 행정법연구 제46호 (2016. 8.); 이회정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력 - 동의를 결한 채혈에 기한 운전면허취소처분

에 대한 연방대법원의 해석과 판결을 중심으로 형성되어 왔으며, 1967년 *Camara* 판결⁷⁴⁾ 이전과 이후로 나누어 생각해 볼 수 있다. *Camara* 판결 이전에는 영장주의의 적용범위가 형사절차로 한정되었으며, 수정 제4조는 주로 형법상 피고인의 권리를 보장하기 위한 법적 근거로 활용되었다. 따라서 행정조사는 수정 제4조와 관계가 없는 것으로 생각되었을 뿐만 아니라 체포 또는 범죄의 증거를 찾기 위한 수색과 규제 법령의 준수를 유도하는 행정조사를 구별하여 수정 제4조에 따른 보호가 행정조사에까지 확대되는 것을 배제하였다.⁷⁵⁾

그러나 *Camara* 판결에 이르러 기존의 해석은 반복되었으며, 형사영장에서 요구되는 것보다 엄격성의 정도가 완화된 행정영장을 도입하는 한편, 행정조사에서도 원칙적으로 영장주의를 인정하는 태도를 보였다. 이후 영장주의의 적용범위에 관한 논의가 본격적으로 이루어졌으며, 그간 치밀하게 규제받아 온 “특별규제산업”(closely regulated industries 혹은 pervasively regulated business)의 경우에는 프라이버시권의 보호 정도에 대한 기대가 낮거나 없다고 보아, 영장주의의 적용을 배제하는 듯한 판례가 축적되어 왔다. 이처럼 미국은 행정영장이라는 완화된 영장개념을 통하여 연방헌법 수정 제4조의 취지를 행정조사 영역에서도 실현하는 한편, 행정조사와 형사 수사와의 차이를 고려하고 개별 산업의 성격에 따라 이를 차별적으로 적용하는 등 영장주의의 예외를 비교적 명확하게

의 허용성 -”, 공법연구 제45집 제2호 (2016. 12.); 한현희, “행정조사의 한계에 관한 연구 - 위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로 -”, 석사학위논문, 서울대학교, (2018); 최정희, “미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구”, 법학연구 제19권 제4호 (2019. 12.); 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제48집 제4호 (2020. 6.); 안요환, “헌법상 영장주의에 관한 일고찰 - 적용범위의 현실화를 위한 개헌안을 중심으로 -”, 입법학연구 제19집 제2호 (2022. 8.); 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표) 등.

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

75) 최정희, “미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구”, 법학연구 제19권 제4호 (2019. 12.), 358-359.

설정하고자 노력해 온 것으로 보인다.⁷⁶⁾

2. 연방헌법 수정 제4조와 행정영장

영장주의와 적법절차를 같은 조문에서 규정한 우리 헌법과 달리 미국 연방헌법은 수정 제4조에서 영장주의를 명시하고 있고, 수정 제5조에서 “적법절차의 원칙”(due process of law)⁷⁷⁾을 규정하고 있다.⁷⁸⁾ 우선, 수정 제4조를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. “부당한 수색, 체포, 압수로부터 신체, 가택, 서류 및 동산의 안전을 보장받는 사람의 권리를 침해할 수 없다. 선서 또는 확약에 의하여 상당하다고 인정되는 이유가 있어 특별히 수색할 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 특정한 경우를 제외하고는 영장은 발부될 수 없다.”⁷⁹⁾ 이처럼 서로 다른 두 개의 절로 이루어져 있는바,⁸⁰⁾ 전단에서는 프라이버시권을 규정하여 불합리한 수색과 압수를 금지하는 한편, 후단에서는 영장주의를 규정하여 영장청구의 요건을 명시하고 있다. 그래서인지 전단은 “합리성 절”(reasonableness

76) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 73.

77) Constitution of the United States of America, Amendment V [Trial and Punishment, Compensation for Takings. Ratified (1791)] ... nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; ...
연방헌법 수정 제5조는 적법한 절차를 준수하지 않은 생명, 자유, 재산의 박탈을 금지하고 있다.

78) 참고로 연방헌법 수정 제14조에서는 (연방이 아닌) 주(State)에 적용되는 적법절차원칙을 규정하고 있다.

79) 번역에 관하여는 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 74.

80) 연방헌법 수정 제4조를 구성하는 전단과 후단의 두 문장을 해석함에 있어서, ① 두 문장은 서로 연관되어 있으므로 앞 문장에 따라 압수·수색이 합리적이기 위해서는 뒤 문장의 영장요건이 충족되어야 한다고 해석하는 결합설과 ② 두 문장은 서로 분리되어 있으므로 앞 문장에 따라 압수·수색이 합리적이기만 하면 뒤 문장의 영장조문은 따를 필요가 없다는 분리설의 대립이 있다는 내용으로 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 74.

clause)로 일컬어지고, 후단은 “영장에 관한 절”(warrant clause)로 불린다.⁸¹⁾

수정 제4조의 주요 내용으로는 다음의 세 가지를 정리해 볼 수 있는데, 첫째는 부당한 압수·수색이 금지된다는 것이고, 둘째는 영장 없는 수색이 부당한 것으로 추정된다는 것이며, 셋째는 상당한 이유를 명시하지 않고 수색 장소나 압수 물품을 특정하지 않은 영장은 발부될 수 없다는 것이다. 따라서 정부의 수사 활동이 “수색”(search)이나 “압수”(seizure)의 수준에 이르고 법령상 보호되는 개인의 이익을 침해할 경우,⁸²⁾ 수정 제4조 전단에서 규정한 바와 같이 합리성을 지녀야 하며, 후단에서 규정한 요건을 갖추어 영장을 발부받아야 한다. 그리고 영장청구의 요건으로는 (1) 수색과 압수를 해야 할 “상당한 이유”(probable cause), 이른바 ‘상당성’과 (2) “특히”(particularly) 수색의 대상이 되는 장소, 체포의 대상이 되는 사람, 압수의 대상이 되는 물건의 적시, 이른바 ‘(장소·사람·물건에 대한) 특정’이 요구된다.⁸³⁾

수정 제4조에 대한 평가 및 행정조사에의 적용 여부를 검토하면 다음과 같다. 우선, 수정 제4조는 개인의 신체와 주거의 평온함을 보장하기 위한 조항으로 공권력의 자의적인 침해를 위헌적인 행태로 규정하고 있으며, 이는 개인의 프라이버시권을 보호하고 나아가 인간의 존엄성을 확보하기 위한 헌법적 결단이라 평가된다.⁸⁴⁾ 따라서 형사 절차상 수사의 경우에는 이 원칙이 당연히 준수되어야 하고, 개인의 동의가 있거나 긴급한 상황이 존재하는 경우를 제외하고는 영장을 발부받아야만 압수·수색이 가능하다. 다만, 연방헌법에서는 수정 제4조가 행정조사에도 동일하

81) David C. Gray, *The Fourth Amendment in an age of surveillance*, New York: Cambridge University Press (2017), 139.

82) Thomas K. Clancy, “What is a “search” within the meaning of the Fourth Amendment?”, 70 *Albany Law Review* 1, 2 (2006).

83) 박정훈 외, “미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의 - 출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰” [연구용역보고서], 법무부 (2011. 12.), 90.

84) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 74.

게 적용되는지를 명시적으로 규정하지 않았다. 이에 연방대법원은 해석을 통해 행정조사 과정에서도 부당한 압수·수색이 이루어져서는 안 되고, 조사기관이 특정 구역을 현장조사하는 경우 영장이 필요하며,⁸⁵⁾ 영장 발부를 위해서는 상당한 이유가 존재해야 한다는 점을 분명히 해 오고 있다.

다음으로 행정조사에의 적용 여부를 검토하기에 앞서 미국에서 주로 활용되는 조사 수단⁸⁶⁾을 살펴보면, “소환장”(subpoenas) 발부권, 보고서 요구권, 현장조사가 있다. 이중 소환장 발부나 보고서 요구의 경우, 사법적 집행이 원칙이라 영장과 관련된 논쟁이 적은 반면, 주로 현장조사(내지 출입검사)의 실시를 두고, 영장주의의 적용 여부가 문제되어 왔다. 이하에서 판례를 통해 구체적으로 살펴본다.

3. 행정영장주의의 채택

(1) 영장주의의 적용 배제-Frank 판결

과거 행정실무에서는 영장의 존재 여부와 상관없이 행정조사가 이루어져 왔다. 이는 행정의 효율성을 강조한 결과였는데, 현실적으로 조사대상자가 행정청을 상대로 영장을 요구하는 등 절차적 정당성을 주장하기 어려웠고, 영장주의의 적용 여부가 법원에서 문제된 경우도 적었던 것으로 보인다.⁸⁷⁾

연방대법원도 헌법 수정 제4조에 따라 범죄의 증거를 찾기 위한 개인 주택의 수색에는 일반적으로 영장이 필요하다고 보았으나, 동 조항을 범

85) 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제48집 제4호 (2020. 6.), 35.

86) 행정조사의 수단에 관하여는 본 논문의 제3장 제2절 I. 2. 참조.

87) 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제48집 제4호 (2020. 6.), 35-36.

죄수사의 경우로 한정하여 적용하였고, 정부의 규제목적을 가진 행정조사에는 동 조항이 그대로 적용되지 않는다고 보았다. 대표적인 판결로는 1959년의 Frank 판결⁸⁸⁾이 있다. 이 사건에서 볼티모어 시(市) 보건위생국 직원은 지역의 설치류 감염의 원인을 찾는 과정에서 어느 연립주택 외부에 쥐가 만연한 것을 목격한 후, 쥐의 서식실태를 조사할 필요성을 느껴 Frank의 주거에 출입하고자 동의를 구하였으나 가옥의 소유자는 이를 거부하였다. 볼티모어 시 조례에 따르면, 가옥이나 창고 내에 위생을 해치려는 상황이 존재한다고 의심할 만한 원인이 있는 경우, 보건당국의 조사관이 주간에 출입할 수 있고 소유자나 점유자가 출입과 자유로운 조사를 거부하거나 이를 지체시킨 경우에는 금전적 제재를 부과 받게 되어있었다.⁸⁹⁾ 이러한 시 조례의 위헌성이 다투어졌는데, 연방대법원은 행정조사가 통상적인 ‘일과시간’으로 제한되고, 형사절차상의 수색과 달리 출입을 거절하는 경우에도 강제로 진입하는 것이 아니라 벌금을 부과하는 것에 그치며, “침해행위”(nuisance)가 존재한다고 의심할 만한 상당한 이유가 존재한다면, 별도의 영장 없이도 행정조사를 실시할 수 있다고 하였다.⁹⁰⁾ 이처럼 공중보건 및 위생과 관련된 현장조사를 실시함에 있어 사전적인 사법적 승인이 필요하지 않았던 이유는 보건당국의 조사가 공동체의 건강증진을 목적으로 하고 있다는 점에서, 연방대법원이 건강과 위생에 대한 공적 이익을 사생활의 자유라는 사적 이익보다 중요한 것으로 판단하였기 때문이다.⁹¹⁾ 또한 연방대법원은 시 조례가 위생과 안전의 최소기준을 유지하는 방식으로 공동체의 이익과 복지에 이바지한다고 보았다.⁹²⁾ 나아가 주민의 건강과 안전을 지키기 위한 행정조사에서 형사사

88) Frank v. Maryland, 359 U.S. 360 (1959).

89) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 75-76.

90) Peter L. Strauss · Todd D. Rakoff · Cynthia R. Farina · Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse’s administrative law : cases and comments(11th ed.), New York : Foundation Press (2011), 88.

91) 최정희, “미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구”, 법학연구 제19권 제4호 (2019. 12.), 359면.

건과 동일한 수준의 영장을 요구한다면, 이는 조사 수행에 장애가 될 것이라는 예측도 판결에 영향을 미친 것으로 보인다.⁹³⁾

(2) 행정영장의 도입-Camara 및 See 판결

1) 주거에 대한 행정조사와 영장주의-Camara 판결

1967년의 *Camara* 판결⁹⁴⁾에서 연방대법원은 *Frank* 판결을 폐기하고 행정조사가 개인의 프라이버시권을 침해할 수 있다고 판단하며, 주택조사관이 주거용 건물을 대상으로 일상적인 행정조사를 실시하는 경우에도 영장의 제시가 필요하다고 판시하였다. 본 사안에서 행정조사의 근거가 된 “샌프란시스코 주택 조례”(San Francisco Housing Code) 제503조에서는 “아파트 건물의 지하를 주거용으로 사용하지 못하게 하고”, “시청 조사관은 그 직무를 수행함에 필요한 경우 합리적인 시간대에 타인의 건물이나 주거에 출입할 수 있으며, 이 경우 증표를 제시하여야 한다”고 규정하였다.⁹⁵⁾ 다만, 시청 조사관의 출입 시에 영장제시의무를 명시하지는 않고 있었다. 위 규정에 따라 시청 공무원이 건물 내부를 확인하기 위해 출입을 요구하였으나 영장이 없다는 이유로 이를 거부당하였고, 이후 영장주의를 규정하지 않은 샌프란시스코 주택 조례의 위헌성이 다투어졌다.⁹⁶⁾

연방대법원은 행정조사를 통하여 법령의 위반여부가 결정된다는 측면

92) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 76.

93) 전수진, “행정조사제도에 관한 연구 - 수사절차와의 관계 및 미국법과의 비교를 중심으로-”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2013), 60.

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

95) *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523, 526 (1967).

96) 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 ”광범하게 규제되는 산업“ 법리를 중심으로 -”, 행정법연구 제46호 (2016. 8.), 111.

에서 행정조사 역시 수정 제4조의 적법절차원칙을 적용받고, 따라서 영장 없는 행정조사는 정당화되기 어렵다고 보았다.⁹⁷⁾ 이는 즉, 영장 없는 공권력 침해에 대항하여 개인의 프라이버시권을 보호해야 한다는 수정 제4조의 근본적 목적이 행정조사에서도 실현되어야 한다고 선언한 것이나 다름없다. 다만, 지역 전체에 대한 행정조사처럼 개별적인 범죄혐의에 기반을 두지 않고 이루어지는 일상적인 행정조사의 경우에까지 수정 제4조의 상당한 이유 기준을 적용하는 것은 불합리하다는 점을 인식하였기에 형사영장보다는 완화된 요건의 행정영장을 도입하였다.

수정 제4조에 따르면, 개인이 국가공권력으로부터 부당한 침해를 받지 않도록 개인의 이익과 사생활을 보호하기 위한 장치로 영장을 두고 있으며, 상당한 이유를 충족하여야 영장이 발부될 수 있도록 규정하고 있다. 여기서 상당한 이유는 단순한 의심보다는 엄격한 기준이지만 합리적 의심이 없을 정도로 명백해야 한다는 기준보다는 약한 기준이다.⁹⁸⁾ 연방대법원은 범죄수사에서 영장의 발부가 합리적이기 위해 상당한 이유가 필요한 것처럼 행정조사에서도 영장이 요구되며, 발부요건으로 상당한 이유가 필요하다고 보았다. 다만, 화재·위생·주거 등에 관한 행정조사는 공공의 안전 및 공중보건을 위하여 반드시 필요하고, 물리적 상태를 확인하는 것에 불과하여 형사사건에서의 수색보다 덜 침해적이라는 점에서, 형사절차상 요구되는 것보다 완화하여 적용하고자 하였다. 이러한 상당한 이유의 기준은 행정조사에서의 영장을 형사영장과 아예 영장이 없는 것 사이의 중간적 위치에 놓이게 한 것으로 평가된다.⁹⁹⁾

그렇다면 행정조사에 적용되는 완화된 상당한 이유와 관련하여 구체적으로 어떠한 기준을 충족하여야 하는지 의문이 들 수 있는데, 연방대법원이 Camara 판결에서 제시한 바에 따르면, 주거조사와 같은 행정조사

97) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 77.

98) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 78.

99) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 80.

가 “합리적인 입법적 혹은 행정적 기준”(reasonable legislative or administrative standards)에 근거한다면 상당한 이유가 존재하는 것으로 보았다.¹⁰⁰⁾ 즉, 조사를 위한 합리적인 입법적 혹은 행정적 계획이 수립되어 있고, 그에 따라 조사가 이루어짐을 보여줌으로써 상당한 이유 기준을 충족할 수 있으며, 조사를 수행하기 위해 반드시 특정한 주거 상황에 대한 조사관의 구체적인 지식에 의존할 필요는 없다¹⁰¹⁾고 보았다. 다만, 연방대법원은 모든 행정조사에 영장이 필요한 것은 아니고, ‘피조사자가 영장을 요구한 경우 또는 다른 중대한 공익상 필요가 있는 경우’에 한하여 영장의 발급이 요구된다고 하였다. 이에 따라 당사자가 조사에 동의하지 않았고, 다른 중대한 이익이 없는 상황에서 행정영장의 발부 없이 이루어진 행정조사는 위법하다고 보았다.¹⁰²⁾

2) 상업시설에 대한 행정조사와 영장주의-See 판결

See 판결¹⁰³⁾에서 연방대법원은 행정조사를 위한 상업용 건물에의 출입시 영장주의가 적용된다는 점을 확인하여 Camara 판결에서의 법리를 상업용 건물의 조사까지 확장하였다. 본 사안에서 행정조사의 근거가 된 시애틀 시 조례에 따르면 화재예방을 위해 공무원이 정기적으로 건물 및 구역을 조사할 의무를 부담하였다. 이에 근거하여 소방점검을 실시하는 조사관이 영장을 발급받지 않은 채 상업시설에의 출입을 시도하였으나, 상업시설의 소유자가 진입을 거부한 사안이다.¹⁰⁴⁾

100) *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523, 538 (1967).

101) *Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523, 538 (1967).

102) 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, *공법연구* 제 48집 제4호 (2020. 6.), 37.

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

104) 전학선 외, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.), 104.

연방대법원은 Camara 판결에서 사적 공간의 개념을 좁은 개념의 주거로 한정된 것과 달리, See 판결에서는 주거가 아닌 상업시설에 대한 조사차원의 진입에도 영장이 필요하다고 판시하였다. 즉, 상업시설의 소유자 역시 부당한 수색으로부터 자유로울 헌법적 권리를 가지며, 행정조사에 대해 영장을 요구할 수 있다고 보았다. 다만, 여기서도 영장을 발부함에 있어 ‘형사상 위법행위(내지 법 위반행위)가 이루어졌다고 의심할 만한 상당한 이유’를 요구하지 않았다는 점에서 행정영장의 개념이 적용되었고, 모든 행정조사에서 영장이 필요한 것이 아니라 피조사자가 영장을 요구하는 경우 영장을 발급받아 다시 행정조사를 실시해야 한다고 판시하면서, 영장 없는 행정조사는 위법하다고 결론 내렸다.¹⁰⁵⁾

3) 검토

Camara 판결과 See 판결은 각각 주거용 건물과 상업시설에 대한 행정조사를 실시함에 있어 긴급한 경우를 제외하고는 원칙적으로 영장주의를 적용하였다는 점에서 의미가 있다. 연방대법원은 헌법 수정 제4조의 원칙이 형사수사를 넘어 행정조사에도 적용되는 것이 자의적인 집행을 막고 개인의 자유를 보호하려는 헌법적 원칙에 부합한다고 보았다.¹⁰⁶⁾ 다만, 여기에서의 상당한 이유는 형사상의 영장에서 요구되는 수준만큼 엄격할 필요가 없다고 하여 행정조사와 전통적 법 집행상의 수색 간의 차이를 확인하고,¹⁰⁷⁾ 형사사건에서 발령되는 수색영장과 구별되는 행정영장의 개념을 인정한 데 더 큰 의의가 있다. 이처럼 완화된 상당한 이유

105) 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제 48집 제4호 (2020. 6.), 39.

106) 박중현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 80.

107) 박정훈 외, “미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의 - 출입국관리법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰” [연구용역보고서], 법무부 (2011. 12.), 90.

요건에도 불구하고 행정영장은 시민과 정부 사이에 중립적인 지위의 법관을 개입시켜 ‘현장출입 및 조사에 관한 결정을 일선 현장에 있는 공무원의 재량에만 맡기지 않았다’는 점에서 연방헌법 수정 제4조에 따른 중요한 보호를 제공하였다고 볼 수 있다.¹⁰⁸⁾

하지만 행정영장의 도입은 사회적인 비용이 많이 들고, 영장이 야간 시간대의 강제적인 출입을 허용하는 수단이 되어 궁극적으로 수정 제4조의 입법취지를 저해한다는 견해¹⁰⁹⁾, 절차적으로 모든 행정조사에서 영장을 발급받는 것이 아니라 피조사자가 조사에 동의하지 않고 영장을 요구하는 경우에만 영장을 발급받아 조사를 실시함에 따라 오히려 영장을 요구하지 않는 피조사자들에 대한 행정조사가 엄격하게 집행되는 결과가 나타난다는 견해 등 행정영장에 대한 비판이 제기됐다.¹¹⁰⁾ 뿐만 아니라 Camara, See 판결이 행정조사에 대한 저항을 장려함으로써 공중보건과 안전에 위협을 가하게 될 것이라는 우려가 표출됐다.¹¹¹⁾ 이에 따라 연방 대법원은 개별산업별로 구체적인 검토를 진행하여 특별규제산업에 대해서는 다시 영장주의의 적용을 배제하기에 이르렀다.

4. 행정영장주의의 예외

(1) 일반적 논의

행정영장의 도입에도 불구하고 영장주의의 예외가 존재할 수 있는데,

108) “Rethinking Closely Regulated Industries”, 129 Harvard Law Review, 797, 799 (2016).

109) Peter L. Strauss · Todd D. Rakoff · Cynthia R. Farina · Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse’s administrative law : cases and comments(11th ed.), New York : Foundation Press (2011), 89.

110) 전학선 외, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.), 105.

111) Peter L. Strauss · Todd D. Rakoff · Cynthia R. Farina · Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse’s administrative law : cases and comments(11th ed.), New York : Foundation Press (2011), 89.

그 예외로는 긴급한 상황인 경우, 공개된 지역에서의 검사인 경우, 사회보장 수급자에 대한 조사인 경우, 조사대상자의 동의가 있거나 행정조사에 대한 특별한 필요성이 인정되는 경우를 들 수 있다.

연방대법원은 화재와 같은 비상상황에서 화재진압을 목적으로 건물에 진입하거나, 화재가 진압된 후에 그 원인을 파악하기 위하여 혹은 잔재를 발견하기 위하여 조사를 실시하는 경우 영장이 없어도 된다고 판시하였다.¹¹²⁾ 또한 공개되거나 일반공중에 노출된 지역에 존재하고, 그 지역에 있는 어느 누구도 별다른 노력 없이 볼 수 있는 증거는 영장 없이 조사가 가능하다고 보았다. 나아가 Dow Chemical 사건¹¹³⁾이 계기가 되어 연방대법원은 공개된 지역의 개념을 상공에서 볼 수 있는 지역까지도 포함하는 것으로 확대하였다. 다음으로 Wyman 판결¹¹⁴⁾을 통해 사회보장 수급자에 대한 조사에도 영장주의가 적용되지 않는다고 판시하였다. 연방대법원은 사회보장 수급자에 대한 가정방문이 연방헌법 수정 제4조의 수색은 아니며, 설령 수색에 가까운 특성을 갖는다고 하더라도 수정 제4조의 합리성 요건을 충족한다고 보았다. 그 이유로는 가정방문의 주된 목적이 형사적 목적이 아닌 수급가정의 보호 및 자력갱생을 위한 원조에 있으며, 가정방문은 공적 자금의 적정한 행사를 확보하기 위한 온건한 수단이고, 수급자격 등을 파악하기 위해 매우 중요한 수단일뿐더러 사전통지 등 일정한 절차적 배려가 있었다는 점을 들었다.¹¹⁵⁾

연방대법원은 공익상 이유로 “치밀하게 규제될 필요가 있는 산업”(closely regulated industry)이거나 정부가 “광범위한 규제권한을 행사하는 산업”(pervasively regulated business)의 경우, 산업과 관련된 시

112) Michigan v. Tyler, 436 U.S. 499 (1978).

113) Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986). 화학공장이 환경보호청(EPA)의 출입검사를 거부하자 환경보호청은 사진사를 고용하여 상공에서 사진을 촬영하도록 하였는데, 연방대법원은 이와 같은 행정조사도 공개된 지역(open fields)에서의 조사에 해당하는 것으로서 영장주의가 적용되지 않는다고 판결하였다.

114) Wyman v. James, 400 U.S. 309 (1971).

115) Wyman v. James, 400 U.S. 319-323 (1971).

설 및 재산 등에 대한 프라이버시권의 보호 기대가 낮거나 없기 때문에 영장주의의 적용이 배제될 수 있다고 보는, 이른바 ‘특별규제산업’¹¹⁶⁾에 대한 예외 법리를 마련하고, 판례를 통해 이를 구체화해 나갔다.

연방대법원이 초기에 위 법리를 제안할 때만 해도 그 범위가 명확하지 않았고, 어떻게 해석하는가에 따라 영장 없는 현장조사의 폭이 달라질 여지가 있었다. 게다가 Colonnade-Biswell 판결에서, 영장 없는 조사가 필요한 근거로 제시한 정부규제의 역사성 내지 전통성, 규제의 광범위성은 주로 묵시적 동의론에 기초를 둔 것이라고 할 수 있는데, 이는 하나의 의제에 불과하고 실질적 내용을 갖지 않는 표어에 불과하다는 비판이 적지 않게 제기되었다.¹¹⁷⁾ 이에 연방대법원도 점차 묵시적 동의론에서 탈피하여 새로운 방향을 모색하고자, 영장 없는 조사로 인해 침해되는 사익과 정부가 추구하는 공익적 목적 사이에서 비교형량을 실시하였으며, 이때 참고할 만한 기준으로 (i) 정부의 규제에 대한 실질적 이익 및 중요성, (ii) 증거 인멸의 가능성 등 영장 없는 조사의 필요성, (iii) 사생

116) 연방대법원은 주류 및 총기산업에서 관련 기록과 물품에 대해 영장 없이 수색하고 압수할 수 있도록 규정하는 의회의 권력을 사법부가 제한하지 않겠다고 선언하며, 영장주의가 적용되지 않는 예외를 인정하였다. 이른바 Colonnade-Biswell 예외를 확립하는데 결정적인 계기를 제공한 Colonnade 사건에서는 주류산업과 같이 오래전부터 강력하게 규제받아 온 산업을 가리켜 “closely regulated industry(치밀하게 규제되는 산업)”이라고 하였고, Biswell 사건에서는 총기산업과 같이 정부가 광범위한 규제권한을 행사하는 산업을 가리켜 “pervasively regulated business(광범하게 규제되는 산업)”이라고 하였다. 국내 문헌들을 살펴보면, 이에 대한 번역을 두고 “치밀하게 규제되는 산업”(박정훈, 앞의 논문, 12면), “광범하게 규제되는 산업”(금태환, 앞의 논문, 110면), “면밀하게 규제되는 산업”(한현희, 앞의 논문, 39면), “긴밀하게 규제되는 산업”(김재선, 앞의 논문, 39면), “엄격규제산업”(안요환, 앞의 논문, 172면), “특별규제산업”(최정희, 앞의 논문, 365면; 박종현, 앞의 발표자료, 83면) 등 다양하게 번역되고 있다. 각각의 맥락상 적합한 번역이기는 하지만, 연방대법원의 판례 원문에서 closely regulated industry와 pervasively regulated business를 혼용하고 있어 어느 한쪽으로만 번역하면 다른 한쪽의 표현이 갖는 함의를 포섭하기 어려운 점, 이러한 특정 부류의 산업들을 별도로 묶어 영장 없는 조사를 허용하는 궁극적인 목적은 공공의 이익에 반하며 각종 위해(nuisance)를 야기하는 특정 산업에 대해 정부가 특별히 규제할 필요가 있다고 결정한 점에 착안하여 본 논문에서는 “특별규제산업”이라 지칭하기로 한다.

117) 김영조, “미국 행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰”, 토지공법연구 제21집(2004. 3.), 171.

활의 자유에 대한 합리적인 기대를 언급하였다. 또한 법령상 조사계획이 확실하고 정기적(내지 규칙적)으로 적용되어 영장의 적합한 대체물로서 기능하는지 여부를 검토하였으며,¹¹⁸⁾ 영장을 합헌적으로 대체하려면, 적절하게 확정된 범위 내에서 법에 근거하여 조사가 이루어진다는 것을 대상자가 인지할 수 있도록 관련 법령에서 조사범위 등을 명확하게 규정하고,¹¹⁹⁾ 이로써 조사공무원의 재량을 제한할 필요가 있다고 판시하였다. 이하에서는 연방대법원이 특별규제산업에 대한 예외 법리를 통해 영장주의의 적용범위를 축소한 판례와 반대로 위 법리의 적용범위를 날카롭게 제한함으로써 영장주의의 적용이라는 원칙으로 돌아간 판례를 살펴보고자 한다.

(2) 특별규제산업 관련 논의

1) 주류산업에 대한 영장주의 배제-Colonnade 판결

1970년의 Colonnade Catering Corp 판결¹²⁰⁾에서 연방대법원은 주류산업 관련 행정조사에서 영장주의의 적용이 배제된다고 판시하였다. ‘연방소비세법’¹²¹⁾은 행정조사의 대상자가 특정 장소에 대해 연방공무원의 출입을 거부할 경우, 금전적 제재를 부과하도록 규정하였다. 본 사안에서 국세청 소속 공무원은 ‘연방소비세법’ 위반여부에 관한 행정조사를 실시하기 위하여 사업장을 방문하던 중, 잠겨 있는 주류 저장 창고에의 출입을 요구하였으나, 피조사자는 수색영장의 부재를 이유로 출입을 거부하였다. 이에 연방공무원은 창고 잠금장치를 깨고 강제로 출입하여 탈세행위를 발견한 후 세법 위반 주류를 압수하는¹²²⁾ 한편, 행정조사를 거부한

118) Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594 (1981); New York v. Burger, 482 U.S. 691 (1987).

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

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

121) 26 U.S.C. § 7342.

122) Colonnade Catering Corp. v. United States, 397 U.S. 72, 73 (1970).

피조사자에 대하여 금전적 제재를 부과하였다.

연방대법원은 주류산업에 대한 행정조사에 있어 수정 제4조의 적용을 배제하였으며, 영장 없는 행정조사가 불합리하지 않다고 판단하였는데 그 근거는 다음과 같다. (i) 주류산업은 역사적으로 오랜 기간에 걸쳐 감독과 규제를 받아왔고,¹²³⁾ (ii) 주류산업에 내재한 폐해를 해결하기 위해서는 의회가 “주류법”(liquor laws)을 통해 영장 없는 수색 및 압수 등 연방정부의 조사 방법을 설계하는 데 있어 “광범위한 권한”(broad power)¹²⁴⁾을 갖고, 합리적인 범위 내에서 재량권을 행사할 수 있다는 것이다.¹²⁵⁾

2) 총기산업에 대한 영장주의 배제-Biswell 판결

1972년의 Biswell 판결¹²⁶⁾에서 연방대법원은 화기 및 탄약산업(이하 ‘총기산업’) 관련 행정조사에도 주류산업과 동일하게 영장주의의 적용이 배제된다고 판시하였다. ‘연방총기통제법’¹²⁷⁾에 따르면, 조사 담당관은 업무시간 중에 총기거래상의 사업장을 방문하여 거래장부 등의 각종 기록이나 총기를 조사할 수 있었다. 이에 따라 경찰관과 연방 재무부 직원(이하 ‘조사관’)이 총기사업장을 방문하여 거래장부의 제출과 총기저장창고에 대한 출입을 요구하였다. 피조사자는 수색영장을 요구하였으나 조

123) 1692년 Massachusetts 주법에도 유사한 형태의 규제가 있었을 정도로 오랫동안 감독과 규제를 받아왔다는 내용으로 *Colonnade Catering Corp. v. United States*, 397 U.S. 72, 75 (1970); 그만큼 주류산업은 조사에 친숙한 사업이라는 표현으로 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 “광범하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로 -”, 행정법연구 제46호 (2016. 8.), 114.

124) “broad power”를 “강력한 규제 권한”으로 번역한 논문으로는 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제48집 제4호 (2020. 6.), 40.

125) 의회가 광범위한 권한을 갖고, 입법을 통해 조사 방법 등 제도를 설계할 수 있다는 점에 법원도 동의한다는 내용으로 *Colonnade Catering Corp. v. United States*, 397 U.S. 72, 76 (1970).

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

127) 18 U.S.C. § 921.

사관은 영장이 요구되지 않는 행정조사라고 대답한 후, 총기 저장창고에 출입하여 불법소지하고 있던 작은 소총 2점을 발견하였다.¹²⁸⁾ 이후 재판 과정에서는 영장 없는 조사를 규정한 ‘총기통제법’의 위헌 여부가 다투어졌다.

연방대법원은 총기산업에 대한 영장 없는 조사를 규정한 연방 법령을 지지하면서 그 이유로 총 4가지를 제시하였다.¹²⁹⁾ (i) 총기산업에 대한 연방정부의 규제가 주류산업에 대한 통제만큼 오랜 역사를 갖고 있지는 않지만,¹³⁰⁾ 대신 연방정부는 총기산업에 대하여 광범위한 규제권한을 행사해 왔고 (ii) 조사가 효과적인 억지력을 가지려면, 사전에 통지 없이 이루어져야 하므로 규제의 효율성 측면에서 영장 없는 조사가 요구된다는 것이다.¹³¹⁾ 또한 (iii) 영업허가 시 엄격한 감독을 받을 것이라는 사실을 미리 고지함에 따라 총기거래상은 그들의 ‘사업기록, 총기 및 탄약’이 조사의 대상이 될 것이라는 사실을 인지하고도 해당 산업에 종사할 것을, 자발적으로 선택하였으며 (iv) 관련 법령에서 조사의 범위를 명확하게 규정함에 따라 제한된 목적과 시간 및 장소에 대해서만 조사를 허용한다는 점에서 영장주의가 배제되더라도 총기거래상의 프라이버시권(내지 사생활의 자유)에 대한 정당한 기대에 제한적인 위협만 가할 뿐, 심각한 위협을 초래하는 것은 아니라고 판단하였다.¹³²⁾ Colonnade 판결이 업계의 규제 역사에 초점을 맞춘 것과 비교할 때, Biswell 판결은 영장 없는 조사에 따른 사인의 침해와 정부의 이익을 비교형량하는 합리성 심사를 제시하였고, 총기 산업에 대한 조사는 중대범죄를 예방하기 위한 연방정부의 노력에서 결정적으로 중요한 부분을 차지한다는 측면에서 연

128) United States v. Biswell, 406 U.S. 311, 312 (1972).

129) Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014), 368.

130) United States v. Biswell, 406 U.S. 311, 315 (1972).

131) Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014), 368.

132) Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014), 368.

방정부에 유리하게 작용하였다.

3) 직업안전조사에서의 영장주의 적용-Barlow 판결

연방대법원은 Barlow's INC 판결¹³³⁾을 통해 기존의 다른 판결(Colonnade와 Biswell 판결)에서 제시한 특별규제산업 법리를 직장에서의 건강과 안전에 관한 조사까지 확장하는 것을 반대하였다. 나아가 사업장이나 상업시설에 대한 조사에서의 상당한 이유 기준을 보다 상세하게 설정하였다.

1970년에 제정된 “직업안전보건법”(Occupational Safety and Health Act) 제8(a)조¹³⁴⁾는 동법에 따라 설립된 美 노동부 산하 “직업안전보건국”(Occupational Safety and Health Administration, 이하 ‘OSHA’) 직원에게 일과시간 및 다른 적절한 시간에 사업장을 출입하여 합리적인 범위 내에서 타당한 방식으로 현장조사 및 질문할 수 있는 권한을 부여한 반면, 영장이나 다른 절차에 대해서는 특별히 규정하지 않았다. 이에 따라 조사관이 배관 및 전기설비 회사의 안전기준 준수 여부를 확인하고자 작업장에 대한 출입을 요구하였고, 현장조사의 대상자인 Barlow는 조사관

133) Marshall v. Barlow's, Inc, 436 U.S. 307 (1978).

134) SEC. 8. Inspections, Investigations, and Recordkeeping

(a) In order to carry out the purposes of this Act, the Secretary, upon presenting appropriate credentials to the owner, operator, or agent in charge, is authorized --

(1) to enter without delay and at reasonable times any factory, plant, establishment, construction site, or other area, workplace or environment where work is performed by an employee of an employer; and

(2) to inspect and investigate during regular working hours and at other reasonable times, and within reasonable limits and in a reasonable manner, any such place of employment and all pertinent conditions, structures, machines, apparatus, devices, equipment, and materials therein, and to question privately any such employer, owner, operator, agent or employee.

오늘날 공식 연방 명문 법률집(United States Code)에서 위의 조항은 29 U.S.C. § 657(a)에 규정되어 있으며, 내용은 동일하다.

에게 영장이 없다는 것을 확인한 후, ‘직업안전보건법’이 아닌 연방헌법 수정 제4조에 따른 권리를 주장하면서 출입을 거부하였다.

본 사안은 주류산업, 총기산업과 같이 특정 산업에만 한정적으로 적용되는 것이 아닌, 업종과 무관하게 직업안전보건국의 직업안전조사 전반에 적용된다는 점에서 앞서의 논의와 차이를 보인다. 연방대법원은 영장주의의 원칙을 재확인하면서 ‘직업안전보건법’이 영장 또는 그에 상응하는 대체물 없이 현장조사를 허용하는 것으로 해석되는 한 위헌이라고 선언하였다. 재판과정에서 정부는 Biswell 판결에서의 비교교량 원칙을 적용하면 충분히 합리적이고, 영장 요건이 조사의 효율성을 저해할 것이라고 이의를 제기하였다.¹³⁵⁾ 하지만 법원은 ‘직업안전보건법’의 내용이 너무 포괄적이어서 Biswell 판결에서와 같이 (i) 사생활 보호에 대한 기대가 감소하였다거나,¹³⁶⁾ (ii) 사업자가 강도 높은 정부 규제에 순응할 것을 자발적으로 선택하였다고 볼 수 없다는 점을 들어 정부의 주장을 받아들이지 아니하였다.¹³⁷⁾

따라서 행정영장의 발급이 필요하되, 영장발급을 위한 상당한 이유는 행정법규 위반의 존재에 관한 구체적인 증거에 따라 판단될 뿐만 아니라 행정조사를 실시할 입법적 혹은 행정적 기준이 (조사가 이루어질 특정시설에 관하여) 충족된 경우에도 인정될 수 있다고 하였다.¹³⁸⁾ 물론 어느 정도의 증거가 존재해야 ‘구체적인 증거’의 기준을 충족하는지에 대해서 명확하게 제시하지는 않았지만, 대체로 형사상의 수사절차에서의 법 위반행위가 존재한다고 의심할 만한 상당한 이유까지는 필요하지 않고, 이보다 완화된 수준임에 의견을 같이 하고 있다. 다만, 행정법규 위반에 대한 단순한 혐의만으로는 행정조사를 위한 상당한 이유를 충족하기 어려

135) Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014), 368.

136) Marshall v. Barlow's, Inc, 436 U.S. 307, 315 (1978).

137) Marshall v. Barlow's, Inc, 436 U.S. 307, 314 (1978); 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 “광범하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로 -”, 행정법연구 제46호 (2016. 8.), 115.

138) 이에 관하여는 본 논문의 제2장 제2절 I. 3. (2)의 Camara 판결 관련 내용 참조.

운바, 법규 위반에 대한 의심을 뒷받침해 줄 만한 사실 자료가 제공되어야 행정조사를 정당화할 수 있을 것이다.¹³⁹⁾

4) 탄광산업에 대한 영장주의 배제-Dewey 판결

Barlow 판결에서 내린 엄격한 기준은 오래 가지 못하였고, 연방대법원은 Dewey 판결¹⁴⁰⁾에서 새로운 기준을 제시함으로써 특별규제산업의 범위가 확장될 수 있는 여지를 제공했다. 구체적으로 1977년의 “연방탄광 안전보건법”(Federal Mine Safety and Health Act) 제103(a)조에 따르면, 지하 광산은 매년 4회 이상 그리고 표면 광산은 매년 2회 이상의 안전점검(조사)을 받아야 하며,¹⁴¹⁾ 연방탄광조사관(federal mine inspector) 등 관계 공무원은 행정조사를 목적으로 탄광에 출입할 권리가 보장되었다.¹⁴²⁾

이에 대하여 연방대법원은 개인의 주거와 달리 영업시설이나 사업장에서의 프라이버시권에 대한 기대는 낮을 수밖에 없고 그에 따라 정부가 폭넓은 재량을 가진 채 광범위한 규제권한을 행사할 수 있으며, 조사대상자(시설 소유자 등)도 이러한 사실을 인지하고 있다고 보았다. 또한 공공의 안전을 위하여 탄광산업의 규제여부 및 규제방식을 결정하려면 영장 없는 행정조사가 필요하다는 점을 강조하며, 탄광산업 역시 특별규제산업으로 영장주의가 배제된다고 하였다.¹⁴³⁾ 특히 본 판결은 행정조사의

139) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 81-82.

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

141) Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594, 596 (1981); Peter L. Strauss·Todd D. Rakoff·Cynthia R. Farina·Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse's administrative law : cases and comments(11th ed.), New York : Foundation Press (2011), 90.

142) 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제48집 제4호 (2020. 6.), 42.

143) 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제

“명확성”(Certainty)과 “정규성”(Regularity) 측면을 중요하게 평가하였다는 점에서 의미를 지닌다. 이전의 다른 판결에서 영장주의 예외 여부를 심사할 때 기준으로 작용하였던 존속기간(규제의 오랜 역사)은 고려할 만한 요소가 될 수 있을지언정 결정적으로 중요한 요소가 될 수는 없다고 하여, 본 판결에서 평가절하되었다. 대신 연방대법원은 연간 조사계획의 명확성과 규칙성이 조사관의 재량을 충분히 제한하여 헌법상의 영장을 적절하게 대체할 수 있는지 여부를 새로운 기준으로 제시하였다.¹⁴⁴⁾ 그리고 ‘연방탄광안전보건법’은 현장조사의 방법 및 횟수를 명시하였다는 측면에서 명확성과 정규성이 인정될 수 있으므로 영장 없는 행정조사를 실시하더라도, 위헌에 이를 정도로 불합리한 것으로 보기는 어렵다고 판단하였다.¹⁴⁵⁾

5) 폐차업에 대한 영장주의 배제-Burger 판결

특별규제산업에 해당하여 영장주의의 적용을 배제할 수 있다는 법리는 Dewey 판결에 이어 Burger 판결¹⁴⁶⁾에서도 적용되며, 점차 그 범위를 넓혀갔다. 뉴욕 주(州)의 법률인 “차량과 교통법”(Vehicle and Traffic Law, VAT) 제415(a)조에 따르면, 폐차업을 영위하려는 자는 등록요건을 충족하고 수수료를 납부함으로써 해당 산업에 종사하기 위한 면허를 우선적으로 취득해야 한다. 이후 차량 및 부품의 취득이나 처분을 보여주는 입출고 기록을 보관하여야 하며, 이러한 기록 및 재고를 일과시간 중에 실시되는 조사에서 경찰 또는 차량국 직원이 조사할 수 있도록 해야 한다.¹⁴⁷⁾ 만일 위의 사항을 준수하지 않을 시에는 면허 상실뿐만 아니라

48집 제4호 (2020. 6.), 43.

144) Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594, 595 (1981).

145) Donovan v. Dewey, 452 U.S. 594, 603-604 (1981); 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 85.

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

147) New York v. Burger, 482 U.S. 691, 704-705 (1987).

형사처벌도 받을 수 있었다. 동 조항에 따라 경찰은 자동차 폐차업 및 차량해체부품 판매업을 영위하는 Joseph Burger의 사업장을 방문하여 면허증과 입출고 기록에 대한 조사를 실시하였고, 미등록(내지 무면허) 상태임을 확인함과 동시에 도난차량의 부품들을 다수 발견하였다.¹⁴⁸⁾

이에 대해 연방대법원은 폐차업 역시 특별규제산업에 해당한다고 판단하면서 영장주의 예외에 관한 세 가지 기준을 제시하였다. 첫째로 행정 조사가 주(州) 정부에 상당한 이익을 주는가, 둘째로 영장 없는 조사가 규제계획을 촉진하기 위하여 필요한 것인가, 셋째로 조사계획이 그 적용에 대한 명확성 혹은 정규성(내지 규칙성)과 관련하여 영장을 대체할만한 합헌적 대안방식(내지 대체조치)을 갖추고 있는가 하는 점이다.¹⁴⁹⁾ 이러한 기준의 적용과 관련하여 첫째, 당시 폐차업은 차량 절도와도 연관되어 있었기에 도난차량 판매 등을 막기 위해서는 폐차업에 대한 규제가 필요할 것으로 보았고, 둘째, 예고 없는 조사가 위법행위 억제에 결정적인 수단으로 작용할 것이라 판단하였다. 다만, 세 번째 요건을 충족하기 위해서는 법령에 따른 조사가 이루어지고 있음을 사업주에게 통지하고, 조사계획이 조사자의 재량을 제한(예를 들어, 시간과 장소 및 방법상의 제한)할 수 있어야 했다.¹⁵⁰⁾ 즉 조사자가 재량을 남용하지 못하도록 조사의 절차가 충분히 구체화되어 있어서 영장 없이 조사를 진행하더라도 헌법상 보장하고 있는 기본권이 침해되지 않을 정도에 이르러야 하는데, 연방대법원은 당시 뉴욕 법령이 조사의 시간, 장소 및 범위를 제한하는 내용의 규제체계를 두고 있었기에 세 번째 요건도 충족하고, 따라서 영장 없는 조사가 가능하다고 판단하였다.

148) New York v. Burger, 482 U.S. 691, 693-696 (1987); Peter L. Strauss · Todd D. Rakoff · Cynthia R. Farina · Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse's administrative law : cases and comments(11th ed.), New York : Foundation Press (2011), 92.

149) New York v. Burger, 482 U.S. 691, 692 (1987); Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014), 370;

150) Stephan A. Saltzburg, American Criminal Procedure : Cases and Commentary, MN: West Academic Publishing, (2014) 392.

본 판결은 특별규제산업에서 영장주의 예외에 대한 세 가지 기준(실질적 이익, 영장 없는 조사의 필요성, 영장을 합헌적으로 대체할만한 조치의 확보)을 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 다만, 전형적인 행정조사라기보다는 경찰에 의해 수행되는 범죄증거의 수집과 연관되는 모습을 보인다는 한계점도 존재한다. 하지만 연방대법원은 이러한 경우의 조사도 일종의 행정조사로 보았고, 조사계획이 적절하고 합리적으로 마련되어 있다면, 행정조사를 실시함에 있어 영장이 불필요하다고 판시하였다.¹⁵¹⁾

6) 호텔산업에 대한 영장주의 적용-Patel 판결

“주와 연방의 하급심 법원”(State and Lower Federal Courts)이 특별규제산업의 범주를 확장하면서, 제한적이었던 예외의 법리가 점차 기본원칙으로 변형되던 중 연방대법원이 Patel 판결¹⁵²⁾을 통해 제동을 걸고 나섰다. 본 사안에서 논의된 로스엔젤레스 시 조례에 따르면 호텔 경영인은 투숙객에 관한 구체적인 정보가 담긴 기록을 유지해야 하고, 경찰관이 요구하는 경우 그 기록을 제공해야 한다.¹⁵³⁾ 이에 대해 호텔 경영자들은 동 규정이 영장 없는 수색을 허용하는 위헌적인 내용을 담고 있다고 주장하였고, 연방대법원도 두 가지 측면에서 특별규제산업의 법리를 기존의 판결(Dewey 및 Burger 판결)보다 엄격하게 해석하며, 호텔 경영자들의 주장을 받아들였다. 첫째, “호텔 운영에 내재된 어떠한 것도 공공복리에 명백하고 중대한 위험을 초래하지 않는다”며, “호텔은 본질적으로 위험하지 않다”고 하여 ‘산업 자체의 위험성’을 특별규제산업의 판단 요소에 포함시켰다. 둘째, 특별규제산업의 법리에 따라 영장주의의

151) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법 연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 86.

152) City of Los Angeles v. Patel, 576 U.S. 409 (2015).

153) 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 “광범하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로 -”, 행정법연구 제46호 (2016. 8.), 116.

적용을 배제하는 것은 원칙이 아니라 예외라는 점을 강조하였다.

본 판결은 ‘산업에 내재하는 위험성’이라는 요소를 특별규제산업의 범리에 부가함으로써 영장 없는 현장조사의 범위를 제한하였다는 점에서 의미를 가진다. 또한 과거에는 연방헌법 수정 제4조의 보호법익이 재산권만을 지칭하며 제한적으로 해석되던 시기가 있었으나, 점차 시간이 흐르면서 현재는 재산권보다 프라이버시권으로 해석되는 경향을 보이는데, 이를 잘 반영하고 있는 것이 Patel 판결이다.¹⁵⁴⁾ 게다가 1970년대의 Colonnade-Biswell 판결 당시와 달리 오늘날 사업주들은 경영상의 필요를 위해 많은 양의 고객 정보를 보유 및 관리하고 있다는 점에서 소비자(고객)의 프라이버시권을 보호할 필요가 있고, 실제로 기업들은 고객의 신뢰를 얻기 위해 정부의 조사로부터 고객의 정보를 보호하는 것에 상당한 관심을 보이고 있다.¹⁵⁵⁾ 이러한 맥락에서 Patel 판결은 정부가 추구하는 공익과 사업주 및 고객의 사생활 보호라는 사익이 서로 조화를 이룰 수 있도록 하는 행정영장의 역할에 대해 다시 한 번 생각해 보는 계기를 제공하였다는 점에서 높게 평가할 만하다.

다만, 아쉬운 점은 ‘공공복리에 명백하고 중대한 위험’이라는 표현에서 연방대법원은 어떠한 위험이 공공복리에 영향을 미치는지 명확하게 정의하지 않았으며, ‘본질적으로 위험한’이라는 문구도 주류산업, 총기산업, 탄광산업과 같이 사람의 생명과 신체에 위협을 가하는 업종에 한정하여 적용되는 것처럼 보인다. 하지만 영장주의의 예외를 인정한 Burger 판결에서 논의된 폐차업은 재산적 법익에 대한 위협이 더 강하다. 따라서 이를 수용하려면 ‘공공복리에 명백하고 중대한 위험’ 내지는 ‘본질적으로 위험한’이라는 표현에 경제적 피해(또는 적어도 범죄행위로 인한 경제적 피해)도 포함되어야 할 것으로 보인다.¹⁵⁶⁾

154) 안요환, “헌법상 영장주의에 관한 일고찰 - 적용범위의 현실화를 위한 개헌안을 중심으로 -”, 입법학연구 제19집 제2호 (2022. 8.), 170.

155) “Rethinking Closely Regulated Industries”, 129 Harvard Law Review, 797, 816 (2016).

156) “Rethinking Closely Regulated Industries”, 129 Harvard Law Review, 797, 810-811 (2016).

II. 유럽인권협약과 유럽연합

1. 유럽인권협약 제8조

(1) 협약 제8조의 기본구조

유럽인권협약 제8조¹⁵⁷⁾는 사생활¹⁵⁸⁾ 및 가족생활¹⁵⁹⁾을 보호하기 위한 조항으로 가족생활에 대한 국가의 자의적인 제한을 금지하는 소극적 의무와 가족관계의 형성 및 발전을 조성할 국가의 적극적인 의무를 모두 포함하고 있다.¹⁶⁰⁾ 유럽인권재판소도 사생활과 가족생활, 주거 및 통신에

157) **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**
Article 8 - Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

유럽인권협약 제8조 - 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리

1. 모든 사람은 그의 사생활, 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 공권력은 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리를 위해, 무질서 또는 범죄의 방지를 위해, 보건 또는 도덕의 보호를 위해, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 민주사회에서 필요하고 법에 따라 이루어지는 경우를 제외하고는 이 권리의 행사를 제한할 수 없다.

위 조항의 번역에 관하여는 유럽평의회·유럽인권재판소(한국 헌법재판소 번역), “유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 - 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리” (2020, 12.), 7.

158) 사생활의 자유는 인격의 자유로운 발현 및 자신의 가치관을 형성하고 발전할 권리까지도 포섭하는 개념이라는 견해로 이형석·김정기, “유럽인권협약상 사생활의 자유와 죽음에 대한 자기결정권”, 법학논총 제26집 제3호 (2019. 12.), 241.

159) 가족생활을 보호한다는 것은 기본적으로 가족관계가 정상적으로 발전하고 가족이 함께 생활할 권리를 보장하는 것이라는 견해로 김보람, “유럽인권협약상 가족생활의 개념과 사실상 가족의 보호—혼인 외 생활동반자 관계를 중심으로—”, 가족법연구 제37권 제1호 (2023. 3.), 77.

160) 이형석, “유럽인권협약상 가족생활을 존중받을 권리와 외국인의 강제퇴거”, 법

대한 이익을 공권력에 의한 자의적인 제한으로부터 보호하는 것이 제8조의 본질적 목적이라고 판시하였으나,¹⁶¹⁾ 이러한 억제적 형태의 소극적 의무 외에 제8조의 권리가 사적 당사자 간에 존중되도록 보장할 국가의 적극적 조치의무도 동 조항에 내재되어 있음을 시사하였다.¹⁶²⁾ 재판소는 동 조항을 적용하고 판단함에 있어 첫째, 당사자의 청구가 제8조에 명시된 4가지 보호범의 중 적어도 하나 이상에 해당하는지 여부를 결정한다. 둘째, 재판소는 해당 권리에 대한 제한이 있었는지 혹은 그 권리에 대한 국가의 적극적 보호의무에 관한 사건인지 검토한다. 만약 권리의 행사를 국가가 제한하는 경우라면, 그 제한은 제8조 제2항에 규정된 목적 중 하나의 보호를 위해 ‘법에 따라’ 이루어지거나 ‘법에 규정되어’ 있어야 하고, 그러한 제한이 ‘민주사회에 필요한’ 경우에 허용된다. 민주사회에서 필요한 것인지를 심사할 때, 재판소는 제8조에 의해 보호되는 청구인의 권리와 회원국의 이익을 비교형량하며 협약 및 의정서의 다른 조항에 따라 보호되는 제3자의 이익을 함께 고려한다.¹⁶³⁾

(2) 협약 제8조와 영장주의

국가는 특정 범죄나 행정 법령상의 위반행위에 대한 물리적 증거를 확보하기 위해 개인 주거 등에 진입하는 것이 필요하다고 판단할 수 있다. 다만, 압수·수색을 목적으로 개인의 주거지에 진입하는 조치를 취할 경우, 협약 제8조 제2항에 열거된 정당한 목적 중 하나를 추구해야 하고 법적 절차에 대한 준수를 포함해 ‘법에 따라’ 이루어지는 합법적인 조치

를실무연구 제5권 제2호 (2017. 8.), 141.

161) Kroon and Others v. the Netherlands, Application No. 18535/91, Eur. Ct. H.R., 27 October 1994, para 31.

162) Bărbulescu v. Romania, Application No. 61496/08, Eur. Ct. H.R., 5 September 2017, para 108-111; Evans v. United Kingdom, Application No. 6339/05, Eur. Ct. H.R., 10 April 2007, para 75.

163) 유럽평의회·유럽인권재판소(한국 헌법재판소 번역), “유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 - 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리” (2020. 12.), 7.

이어야 하며, 목적의 달성을 위해 개인의 주거지를 방문하는 것이 ‘민주 사회에 필요한’ 것이어야 한다. 뿐만 아니라 재판소는 이러한 조치를 정당화하기 위해 제기된 주장의 관련성과 적절성, 해당 사건의 구체적인 사정에서 비례원칙의 준수 여부, 관련 법령과 관행이 국가기관의 자의적 조치를 방지하는데 있어 적절한 보호수단을 제공하는지 여부를 함께 평가하는 만큼 행정청은 조치에 앞서 이러한 요건의 충족 여부도 고려하여야 한다. 따라서 ‘관련성 있는 충분한’ 이유가 없고, 남용을 방지하기 위한 보호조치가 수립되어 있지 않은 경우, 재판소는 해당 조치가 정당한 목적에 비례하지 않으며, 협약 제8조에서 보호하는 권리를 침해한다고 본다.¹⁶⁴⁾

또한 재판소는 회원국의 국내법이 법원의 영장 없이도 가택수색을 허용하는 경우 특히 주의를 기울이는바, 검사가 사법기관의 심사를 받지 않은 채 가택수색을 지시한 행위에 대하여 협약 제8조에 위반된다고 판시하였다.¹⁶⁵⁾ 나아가 영장이 허용하는 조치에 아무런 한계가 없는 것은 곧 비례성원칙에 위반되는 것이므로, 압수·수색 영장에는 일정한 한계가 있어야 한다고 보았다. 구체적으로 수색행위가 수사 중인 범죄에만 한정되도록 영장의 문구에서 그 범위를 명확히 하고, 집행범위 및 집행 여부에 대한 검토를 용이하게 하기 위해 집행 기준을 명시하여야 한다고 본다. 그런데 만일 압수·수색 항목을 명시하지 않고 포괄적 문구로 작성하거나 집행 기준이 모호한 경우, 이는 결국 수사관에 광범위한 권한을 부여하는 결과로 이어지기 때문에¹⁶⁶⁾ 당사자와의 권리 사이에서 적절한 균형을 유지하지 못한 것이 되며, 비례성을 상실한 조치라고 결론지었다.¹⁶⁷⁾ 이와 달리 회원국의 국내법에 보호조치가 마련되어 있고 수색이

164) 유럽평의회·유럽인권재판소(한국 헌법재판소 번역), “유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 - 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리” (2020. 12.), 109.

165) 유럽평의회·유럽인권재판소(한국 헌법재판소 번역), “유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 - 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리” (2020. 12.), 109.

166) *Bagiyeva v. Ukraine*, Application no. 41085/05, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 28 April 2016, para 52.

167) *Modestou v. Greece*, Application no. 51693/13, Merits and Just Satisfaction

실제로 필요한 경우이거나, 사후적 사법심사가 영장 없는 수색을 보완하는 경우에는 협약 제8조 위반에 이르지 않는다고 판시하였다.¹⁶⁸⁾

2. 유럽연합 기본권헌장 제7조

(1) 기본권헌장의 구성

유럽연합 기본권헌장(이하 ‘기본권헌장’)은 기본적으로 총 7개의 장과 54개 조문으로 구성되어 있다. 제1장 ‘인간의 존엄’(제1조~제5조)으로 시작하여 제2장 ‘자유’(제6조~제19조), 제3장 ‘평등’(제20조~제26조), 제4장 ‘연대’(제27조~제38조), 제5장 ‘시민권’(제39조~제46조), 제6장 ‘사법적 권리’(제47조~제50조), 제7장 ‘헌장의 해석과 적용에 관한 일반 조항’(제51조~제54조) 순서로 나열되어 있으며, 각각의 장별로 이에 해당하는 여러 개별 기본권을 규정하고 있다. 특히, 제1장부터 제6장까지 규정하고 있는 개별 기본권에서는 인권과 자유권적 기본권의 보장, 그리고 이와 관련한 중요한 기본원칙 등을 포함하고 있다.¹⁶⁹⁾

(2) 기본권헌장 제7조의 내용

기본권헌장(이하 ‘헌장’) 제7조¹⁷⁰⁾에 따르면 “모든 사람은 사생활 및 가

(ECtHR), 16 March 2017, para 52-54.

168) 유럽평의회·유럽인권재판소(한국 헌법재판소 번역), “유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 - 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리” (2020. 12.), 108-111.

169) 이세주, “유럽연합 기본권 헌장에 대한 비교헌법적 고찰 - 주요 개별 기본권의 보호영역과 유럽연합법원 판례에 나타난 기본권 보장의 실질화 및 구체화를 중심으로 -”, 공법학연구 제19권 제4호 (2018. 11.), 73.

170) **Charter of Fundamental Rights of The European Union Article 7 - Respect for private and family life**
Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.

즉생활, 주거와 통신을 존중받을 권리를 갖는다”고 하여, 유럽인권협약(이하 ‘인권협약’) 제8조에서 보장하는 권리와 동일한 내용을 규정하고 있다. 또한 헌장 제52조 제3항¹⁷¹⁾은 본 헌장의 권리가 인권협약에 의해 보장되는 권리와 일치하는 한, 헌장상 권리의 의미와 범위가 협약에 규정된 것과 동일하다는 규칙을 정함으로써 헌장과 협약 사이에 필요한 일관성을 보장하고 있는데, 이에 따르면 헌장상 권리의 의미와 범위도 인권협약 제8조와 동일하게 된다. 그 결과 헌장 제7조도 인권협약 제8조와 마찬가지로 소극적 의무와 적극적 의무를 모두 포함하는바, 유럽연합 또는 회원국은 개인의 사생활 및 가족생활과 주거 및 통신의 자유를 부당하게 제한하거나 개입할 수 없는 소극적 의무를 부담한다. 또한 사인(私人) 간의 관계에서 사생활에 대한 존중이 보장되도록 회원국은 사인에 의한 기본권의 침해나 간섭으로부터 국민을 보호할 적극적 의무가 있다.¹⁷²⁾

3. 유럽공동체 설립조약의 적용과 관련한 영장주의 체계

유럽공동체 설립조약(이하 ‘EC 조약’) 제81조¹⁷³⁾는 가맹국간의 거래에

171) **Charter of Fundamental Rights of The European Union Article 52 - Scope and interpretation of rights and principles**

3. In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.

172) 헌장 제7조의 소극적 의무와 적극적 의무에 관한 내용으로 Jonathan Tomkin·Marcus Klamert·Manuel Kellerbauer, “Commentary on The EU Treaties and The Charter of Fundamental Rights”, Oxford University Press (2019), 2115-2116.

173) **Treaty Establishing The European Community Article 81**

1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which: ...

영향을 미치고 공동체 내의 경쟁을 방해, 제한 또는 왜곡하는 것을 목적으로 하거나 그러한 효과를 발생시키는 기업 간의 ‘합의’, 사업자단체의 결의 및 상호 간의 동조적 행위를 금지하고 있으며, 같은 맥락에서 EC 조약 제82조¹⁷⁴⁾는 시장지배적 지위의 남용을 금지하고 있다.¹⁷⁵⁾ 그리고 EC 조약 제85조¹⁷⁶⁾에 따라 유럽연합 집행위원회(이하 ‘집행위원회’)는 제81조와 제82조에 규정된 원칙의 적용을 보장하는 임무를 위임받았으며, 이를 위해 특정한 조건이 충족된 경우에는 반경쟁적 행위를 한 것으로 의심되는 사업장을 조사할 수 있다. 그러나 집행위원회가 조사과정 중 강제적 조치의 사용을 원하는 경우 회원국의 지원이 필요한데,¹⁷⁷⁾ 원칙적으로 지원이 제공되는 조건은 회원국의 국내법에 따르며,¹⁷⁸⁾ 집행위원회로부터 지원을 요청받은 많은 국가들은 지원의 승인 여부에 관해 사전적 사법심사를 진행하고 있다.¹⁷⁹⁾ 즉, 초국가적 기구인 집행위원회의 요

174) Treaty Establishing The European Community Article 82

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. [...]

175) 경쟁을 제한하는 내용의 합의(restrictive agreements)와 시장지배적 지위의 남용(the abuse of a dominant position)의 금지는 EC 독점금지법의 핵심을 이루는 두 가지 기본 조항이기도 하다.

176) Treaty Establishing The European Community Article 85

1. Without prejudice to Article 84, the Commission shall ensure the application of the principles laid down in Articles 81 and 82. On application by a Member State or on its own initiative, and in cooperation with the competent authorities in the Member States, which shall give it their assistance, the Commission shall investigate cases of suspected infringement of these principles. If it finds that there has been an infringement, it shall propose appropriate measures to bring it to an end.
2. [...]

177) Hoechst AG v Commission of the European Communities, C-46/87 and C-227/88 (1989), ECR 1989 - 02859, para 24.

178) Hoechst AG v Commission of the European Communities, C-46/87 and C-227/88 (1989), ECR 1989 - 02859, para 34.

179) An Hertogen, “ECJ Case C-94/00, Roquette Freres, 22 October 2002 [notes]”, Vol. 10 No. 1, Columbia Journal European Law 137, 137 (2003); Roquette Frères SA v. Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, and Commission of the European Communities,

청이라고 하여 회원국이 무조건 따라야 하는 것은 아니며, 각 회원국이 자국법(自國法)에 근거하여 지원 여부를 결정하되, 사법부의 판단을 받고 있는 것이다. 여기서 지원을 결정하는 것은 집행위원회가 자국 내 기업에 대해 강제적 권한을 행사할 수 있도록 허가해 주는 것과 같다. 이렇게 보면, 영장의 개념 요소¹⁸⁰⁾에도 부합하는바, 독립성과 중립성을 가진 기관으로부터 강제처분을 허가받는다든 점에서 그러하다. 따라서 각 회원국 내 사법부의 판단은 일종의 영장실질심사로 볼 수 있으며, 이에 따른 지원 결정은 곧 영장의 발부인 셈이다.

한편, 리스본조약에 기초한 유럽연합(EU)은 기존의 유럽공동체(EC)를 “대체하고 승계함”(replace and succeed)으로써 유럽공동체를 흡수하였다. 그 결과 EC 조약은 유럽연합기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 ‘TEFU’)으로 대체되었다.¹⁸¹⁾ 이에 따라 기존의 EC 조약 제85조는 TEFU 제105조로 이어졌고, EC 조약 제81조와 제82조는 각각 TEFU 제101조와 제102조에 규정되어 있으며, 내용은 기존의 EC 조약에서의 내용과 동일하다.

4. 판례의 분석

(1) 유럽인권재판소 판례

1) Niemietz 사건

유럽인권재판소(이하 ‘인권재판소’)는 경찰의 변호사 사무실 수색과 관련된 Niemietz 사건¹⁸²⁾에서 사생활의 개념을 다소 광범위하게 해석하는

C-94/00 (2002), ECR 2002 I-09011, para 12-14.

180) 영장의 개념요소에 관하여는 본 논문의 제2장 제4절 IV. 1. 참조.

181) 다만, 리스본체제 하에서 유럽연합조약(TEU)과 유럽연합기능조약(TEFU)은 단일 문서에 병합되지 아니하고 별개의 문서로 존재하되, 양자는 “동일한 법적 가치”(the same legal value)를 갖고 있다는 내용으로 김대순, “2007년 EU 리스본조약의 개관”, 국제법학회논총 (2008. 4.), 147.

한편, ‘사생활’에 대한 철저한 정의를 시도하는 것은 가능하지도 필요하지도 않다고 강조하였다.¹⁸³⁾ 본 사건은 모욕적 언행을 일삼은 Klaus Wegner의 구체적인 신원을 드러낼 만한 문서를 확보하고자 독일 뮌헨 지방법원이 그의 동료인 변호사 사무실에 대한 수색영장을 발부한 사안이다. Niemietz는 변호사와 의뢰인 사이에 존재하는 특별한 관계와 변호사의 비밀유지의무를 강조하며, 자신의 사무실에 대한 수색행위가 유럽인권협약(이하 ‘인권협약’) 제8조상의 권리를 침해하는 행위임을 주장하였고,¹⁸⁴⁾ 인권재판소도 인권협약 제8조 위반이라고 결론내렸다.

판결을 통해 인권재판소는 인권협약 제8조의 사생활의 개념을 “개인이 선택한 대로 자신의 개인적인 삶을 살 수 있는 내적인 범위”로 제한하고, 그 범위 내에 포함되지 않은 외부 세계를 사생활에서 완전히 배제하는 것은 지나치게 편협적인 사고라며, 이를 경계하였다. 특히 직업적 또는 사업적 활동은 “대다수의 사람들이 외부 세계와 관계를 맺고 발전시킬 수 있는 상당한 기회”라고 보았다. 이처럼 사생활이라는 개념에 대한 이해가 결국 직장 생활의 과정에 있기 때문에 개인 활동 중 어떤 활동이 그의 직업적 또는 사업적 활동의 일부를 형성하고 어떤 활동이 그렇지 않은지 명확하게 구별하는 것이 항상 가능하지도 않을뿐더러, 직업적 또는 사업적 성격의 활동을 배제할 이유도 없다는 점에서, 이 또한 사생활의 개념에 포함되어야 한다고 보았다.¹⁸⁵⁾

2) Colas Est 사건

182) Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 16 December 1992.

183) Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 16 December 1992, para 29; Angela Ward et al., *The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary*, Bloomsbury Publishing (2014), 157.

184) Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 16 December 1992, para 26-28.

185) Niemietz v. Germany, Application no. 13710/88, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 16 December 1992, para 29.

Colas Est 사건¹⁸⁶⁾은 유럽연합의 기본권 보호라는 큰 틀에서 분수령과도 같은 역할을 하였다고 평가되고 있는데,¹⁸⁷⁾ 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 1985년에 “프랑스 경제부 내의 경쟁, 소비자 및 기망행위 방지실”(French Directorate General for Competition, Consumer Affairs, and Repression of Fraud, 이하 ‘DGCCRF’)¹⁸⁸⁾의 조사관은 반(反)경쟁행위의 단서를 발견하고 이를 확보하고자, 56개의 업체를 상대로 두 차례에 걸쳐 압수·수색을 단행하였다. 당시 Colar Est는 프랑스의 일부 지역에서 도로건설업을 영위하였는데, 대규모 공공계약 주체들 간의 불법적인 계약 관행 형성에 가담하였다는 혐의로 다른 업체들과 함께 DGCCRF의 조사를 받았다. 이러한 조사의 근거가 되는 “명령”(Order)¹⁸⁹⁾에서 영장을

186) Case of Société Colas Est and Others v. France, Application No. 37971/97, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 16 April 2002.

187) Marius Emberland, “Protection against unwarranted searches and seizures of corporate premises under article 8 of the European Convention on Human Rights: the Colas Est SA v. France approach”, Vol. 25 No. 1, Michigan journal of international law, 77, 80 (2003).

188) 프랑스에서 현대적인 경쟁당국의 시초는 1953년 8월에 경제부 산하에 설립된 ‘카르텔과 지배적인 지위에 대한 기술위원회’(이하 ‘기술위원회’)라고 여겨진다. 기술위원회는 2차 세계대전 이후 물자부족으로 인한 가격 인플레이션을 억제해야 할 필요성이 컸기 때문에 가격 카르텔을 중점적으로 규제하였고, 시장지배적지위를 남용하는 행위에 대해서도 가격과 관련이 있는 행위에 규제가 집중되었다. 이후 1970년대에 들어서면서 점차 경쟁당국에게 더 많은 권한을 부여하는 한편, 자율성을 강화하여야 한다는 주장이 강해짐에 따라 위 기술위원회는 1977년에 경쟁위원회로 변모하게 되었다. 경쟁위원회는 경쟁과 관련된 모든 문제에 대해서 정부에 의견을 낼 수 있는 권한을 가지게 되었고, 기업결합의 실행이나 계획에 대해서도 의견을 제시할 수 있게 되었다. 하지만 여전히 경제부가 경쟁법 위반행위에 대해 결정을 내리고 제재를 가하는 체제가 유지되었다는 점에서 일정한 한계를 드러내기도 하였다. 경쟁위원회는 1986년에 경쟁이사회로 바뀌었으며, 경쟁제한적인 행위를 제재하는 결정(과징금 납부명령, 시정명령)을 내릴 수 있게 되었다는 점에서 의의를 지닌다. 현재의 프랑스 경쟁위원회는 2008년도의 LME법에 기반해서 창설되었고, 기존의 경쟁이사회를 계승하였다. 종전에는 경제부가 기업결합에 있어서 결정을 내릴 수 있는 권한을 보유했었는데, 경쟁위원회의 설립과 함께 동 권한이 경쟁위원회에 속하게 되었으며, 시장지배적지위의 남용행위를 보다 엄중하게 제재하기 위하여 독자적인 조사권도 가지게 되었다. 이 과정에서 경제부 내의 DGCCRF의 조사인력들 중 일부가 경쟁위원회로 옮겨가게 되었다. 전술한 내용에 관하여는 박세환, “경쟁당국의 중립성 측면에서 평가한 프랑스 경쟁위원회의 조직과 그 특징”, 기업법연구 제33권 제1호 (2019. 3.), 130-135.

요구하지 않았으므로 조사기관은 영장 없이 압수·수색을 진행하였고, 이때 압수한 문서가 불법행위에의 가담 여부를 판단하는 결정적 증거로 사용된 결과, 피조사자는 금전적 제재를 부과받았다. Colar Est는 파리 항소 법원에서 수색의 합법성에 이의를 제기하였으며, “파기원”(Cour de cassation)¹⁹⁰⁾에서 법원의 승인을 받지 않은 압수·수색은 ECHR 제8조에 따른 ‘주거를 보호할 권리’를 침해한다고 주장하였다. 공권력의 불법적 행사에 대한 일련의 주장이 모두 기각되자 결국 Colar Est는 유럽인권재판소의 판단을 구하였고, 인권재판소에서는 인권협약상의 주거를 보호할 권리가 사업장에까지 미친다고 판결하였다. 따라서 법원의 영장 없이 사업장 구역 내에서 실시된 압수·수색은 협약 제8조를 위반한다고 결론내렸다.¹⁹¹⁾ 이 사건 이후로 영장 없이 법인의 사업장을 압수·수색하는 것은 협약 위반에 해당할 여지가 생겼다. 또한 행정기관이 반경쟁적 활동에 가담하였다고 의심되는 기업을 상대로 관련 법률에 따라 압수·수색을 하려면, 사전에 법원의 영장을 발부받을 것이 요구된다는 점에서 본 판결은 중요한 의미를 갖는다. 나아가 이 판결이 내려진 지 6개월 후에 유럽연합 사법재판소는 ‘자연적이든 법인이든 간에 모든 개인의 사적 활동 영역에 대한 행정당국의 자의적이거나 불균형적인 개입으로부터 민간 영역의 보호 필요성은 공동체법의 일반원칙에 해당’하며, 이러한 원칙은 기업의 사업장 내 구역까지 확대되므로 회사를 상대로 한 압수·수색이 유럽연합법에 따라 합법적이려면 사전에 법원의 승인을 받아야 한다고 결정하였다.

Colar Est 판결이 주는 시사점은 크게 2가지로 정리해 볼 수 있다. 첫

189) 1945년 6월 30일자 명령(the June 30, 1945 Order).

190) 프랑스의 사법체계 및 법원의 명칭에 관하여는 전학선, “프랑스 대법원의 구성에 관한 연구”, 유럽헌법연구 제18호 (2015. 8.), 26.

191) Colas Est 사건의 경과에 관한 내용으로 Marius Emberland, “Protection against unwarranted searches and seizures of corporate premises under article 8 of the European Convention on Human Rights: the Colas Est SA v. France approach”, Vol. 25 No. 1, Michigan journal of international law, 77, 78-79 (2003).

째는 협약 제8조에 따른 보호범위를 개인의 사생활 및 가족생활에서 법인의 사업장 및 영리행위까지 확장하였다는 것이다. 인권협약이 인권에 관한 보호를 초점으로 한다는 점에서 이러한 결정이 다소 독특하게 느껴질 수도 있지만, 이는 자연인의 활동뿐만 아니라 법인의 활동도 자의적인 공권력 행사로부터 정당한 보호를 받을 필요가 있다는 관점에서 파생된 것으로서, 사생활에 관한 권리의 측면에서 획기적인 발전으로 평가된다.¹⁹²⁾ 둘째는 개인이 아닌 행위자의 사생활 보호 필요성이 개인의 사생활 보호 필요성보다 낮다는 점에서, 법인에 대하여는 완화된 사법심사를 적용하는 등 양자를 달리 취급하는 이른바 ‘이원적 보호체계’를 법원이 인정하였다는 것이다.

앞서 Niemietz 사건에서 사생활에 대한 광범위한 정의를 내렸다면, Colas Est 사건에서 인권재판소는 주거의 개념에 전문적 또는 상업적 목적으로 사용되는 건물도 포함되는 것으로 해석하였다. 그리고 이러한 해석이 인권협약 제8조의 본질적인 목적인, 국가 공권력의 자의적인 간섭으로부터 개인을 보호하는 것과도 일치한다고 보았다. 동시에 제8조 제2항에서는 계약국들이 간섭할 수 있는 경우를 유보해 두고 있기 때문에, 인권재판소의 이러한 해석이 계약국들의 권리를 과도하게 방해하지는 않을 것이라고 판시하였다.¹⁹³⁾

(2) 유럽연합 사법재판소 판례

Roquette Frères 사건¹⁹⁴⁾은 유럽연합 집행위원회(이하 ‘연합위원회’)가

192) Marius Emberland, “Protection against unwarranted searches and seizures of corporate premises under article 8 of the European Convention on Human Rights: the Colas Est SA v. France approach”, Vol. 25 No. 1, Michigan journal of international law, 77, 81 (2003).

193) Angela Ward et al., The EU Charter of Fundamental Rights A Commentary, Bloomsbury Publishing (2014), 157.

194) Roquette Frères SA v. Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, and Commission of the European Communities, C-94/00 (2002), ECR 2002 I-09011.

독점금지법 위반행위의 조사과정 중 강제적 조치를 사용하기에 앞서 회원국 정부에 지원을 요청하는 경우, 회원국의 사법부가 지원을 승인하는 과정에서 이를 어떻게 평가하고 대응해야 할지에 관하여 일종의 지침을 제공한다는 점에서 의미가 있다. 판결 내용을 검토하기에 앞서 시대적 배경을 살펴보면, 유럽연합 사법재판소(이하 ‘연합재판소’)는 1989년 9월 21일에 있었던 Hoechst 판결¹⁹⁵⁾에서 법 위반이 의심되는 기업이 조사에 협조하지 않아 연합위원회가 회원국의 지원을 받아 강제적 조치를 행사하려는 경우, 연합위원회는 회원국의 법률에 규정된 고유한 절차적 보장 사항을 존중해야 한다고 판시하였다.¹⁹⁶⁾ 또한 유럽인권재판소는 1989년 즈음부터 인권협약 제8조에 따른 사생활 및 가족생활에 대한 보호범위를 점진적으로 확대해가고 있었는데,¹⁹⁷⁾ 이는 곧 영장주의 적용범위의 확장을 의미한다. 이하에서는 ‘EC 조약과 관련한 영장주의 체계’¹⁹⁸⁾와 연관지어 Roquette Frères 사건을 구체적으로 검토해 본다.

1998년 9월 연합위원회는 프랑스에 소재한 회사인 Roquette Frères가 글루콘산나트륨을 생산하는 동종 업계의 다른 기업들과 합의하여 가격과 생산량을 통제하는 방식으로 경쟁을 제한하는 등 부당공동행위에 가담한 것으로 의심하고, 사업장 구역에 대한 조사를 수행하고자 하였다.¹⁹⁹⁾ 그리고 연합위원회는 당사자의 조사거부 시, 강제적 조치도 사용할 것을 대비하여 프랑스 당국에 지원을 요청하였고, 이에 프랑스의 관할 행정 당국

195) Hoechst AG v Commission of the European Communities, C-46/87 and C-227/88 (1989), ECR 1989 -02859

196) Hoechst AG v Commission of the European Communities, C-46/87 and C-227/88 (1989), ECR 1989 -02859, parra 34.

197) An Hertogen, “ECJ Case C-94/00, Roquette Freres, 22 October 2002 [notes]”, Vol. 10 No. 1, Columbia Journal European Law 137, 137 (2003).

198) EC 조약 제85조에 따른 유럽연합 집행위원회의 조사 중 강제적 조치가 필요할 시 회원국으로부터 지원을 제공받기에 앞서 회원국 사법부의 승인이 필요한데, 이 과정에서 영장의 발부와 유사한 면모가 드러난다는 내용으로는 본 논문의 제2장 제2절 II. 3. 참조.

199) Roquette Frères SA v. Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, and Commission of the European Communities, C-94/00 (2002), ECR 2002 I-09011, para 8-11.

은 “릴”(Lille) 지역에 있는 재판소의 장(長)으로부터 유사시 강제적 조치의 사용을 승인받았다.²⁰⁰⁾

그러나 조사당사자인 Roquette Frères는 재판소의 승인 결정에 항소하며, 강제적 조치의 사용을 정당화하기에 충분할 정도로 반경쟁적 행위가 없었고, 독점금지법 위반을 의심할 만한 합리적인 근거의 존재 여부에 대한 사전적인 판단 없이 수색 영장을 발부한 것은 위법하다고 주장하였다. 사건은 프랑스 “과기원”(Cour de cassation)까지 도달하였고, 과기원은 EC조약 제234조²⁰¹⁾에 따라 연합재판소에 “선결적 판결”(Preliminary Ruling)²⁰²⁾을 요청하면서 두 가지를 질문하였다. 첫째는 반경쟁적 행위의 존재를 의심할 만한 근거로 제공된 정보가 강제적 조치를 승인하기에 충분하지 않다고 판단되는 경우, 회원국의 사법부가 연합위원회의 요청을 거절할 수 있는지 여부에 관한 물음이었다. 둘째는 연합위원회가 보유하고 있는 증거나 정보들을 회원국의 사법부에 제출하도록 요청하였는데, 연합재판소가 연합위원회의 편에 서서 이러한 요청행위를 받아들이지 않은 결과, 연합위원회의 강제적 조치 사용 결정의 근거가 충분하지 않고,

200) Roquette Frères SA v. Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, and Commission of the European Communities, C-94/00 (2002), ECR 2002 I-09011, para 12-14.

201) The Court of Justice shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

(a) the interpretation of this Treaty;

(b) the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community and of the ECB;

(c) the interpretation of the statutes of bodies established by an act of the Council, where those statutes so provide. ...

202) 유럽연합기능조약 제267조에 따르면, 유럽연합 사법재판소는 조약의 해석 및 유럽연합의 기구·기관들의 해석과 그 유효성에 대하여 선결적 판결을 할 수 있는 관할권(재판권)이 있다. 만일 회원국의 법정에서 조약의 해석과 유럽연합 기구들의 해석이 쟁점으로 부각되고, 그 쟁점에 대한 결정이 해당 판결에 필요하다고 판단하는 경우, 유럽연합 사법재판소에 선결적 판결을 해 줄 것을 요청할 수 있다. 이는 유럽연합법의 통일성 확립을 목표로, 회원국 법원과 유럽연합 법원의 대화 창구로서의 역할을 수행함과 동시에 상호 협력을 진흥시키는 제도로서 기능하고 있다는 내용으로 변지영, EU사법재판소(CJEU)와 유럽인권 재판소(ECtHR)에 관한 연구, 대법원 사법정책연구원 (2016), 43-44.

연합위원회의 지원 신청에 대한 정당성 여부의 판단이 어려운 경우, 회원국의 사법부가 연합위원회의 강제진입 및 압수 신청을 거절할 수 있는지 여부에 관한 물음이었다.²⁰³⁾

그러나 연합재판소는 프랑스 파기원의 질문에 직접적으로 답변하는 대신 ‘회원국 사법부의 통제 범위’와 ‘연합위원회가 회원국 사법부에 제공할 정보의 성격’에 관한 논의로 축소해서 답변하였다. 우선, 통제의 목적과 통제의 범위를 살펴보고 회원국의 절차법에 기초하여 개입할 필요성이 인정되는 경우, 회원국 사법부는 연합위원회가 요청한 조치가 자의적이거나 공익과 사익 간의 불균형은 없는지를 검토하여, 이를 통제해야 한다고 설시하였다. 이때 ‘해당 사업자의 경쟁 규칙 위반을 의심할 만한 합리적인 근거가 있는 경우’에는 연합위원회가 요청한 강제적 조치가 자의적이지 않다는 판단기준도 제시하였다. 다음으로, 연합위원회는 해당 사업자의 경쟁 규칙 위반 혐의를 입증할 만한 정보 및 증거의 보유 여부를 적절한 방식으로 소명해야 하는 한편, 연합위원회의 정보원 내지 정보 출처를 보호할 필요가 있으므로 회원국 사법부는 연합위원회가 보유한 정보 및 증거를 직접 제출하도록 요구할 수는 없다고 하였다. 끝으로, 강제적인 조치는 조사의 대상 및 사안과 비례하여야 하는 만큼 위반 혐의의 심각성, 해당 사업자의 관여 정도 및 성격 그리고 확보된 증거의 중요성이 사생활에 대한 간섭을 압도할 정도에 이르지 않는다면, 회원국 사법부는 연합위원회의 강제적 조치 사용을 거부할 수 있도록 하였다.

한편, 회원국 사법부가 적절한 판단을 내릴 수 있도록 연합위원회는 (i) 강제적 조치를 사용하지 못할 경우 위반사실의 입증이 매우 어려울 것이라는 설명, (ii) 영향을 받는 시장, 경쟁 제한의 성격 및 관련 기업의 개입과 같은 위반 혐의의 주된 내용, (iii) 확보한 증거 및 조사에 따른 문제점, (iv) 조사자에게 부여되는 권한의 총 4가지를 회원국 사법부에 제출해야 함을 분명히 하였다. 하지만 연합위원회가 이러한 내용을 제공

203) An Hertogen, “ECJ Case C-94/00, Roquette Freres, 22 October 2002 [notes]”, 10 Columbia Journal European Law 137, 145 (2003).

하지 않을 경우, 회원국 사법부는 EC 조약 제10조의 성실한 협력 의무에 따라 정보의 제공을 추가적으로 요청할 의무가 있고, 협력의무가 부과된 위원회는 가능한 한 최단 시간 내에 이를 제출하여야 한다. 그럼에도 불구하고, 연합위원회가 전술한 4가지 사항을 회원국의 사법부에 제공하지 않은 경우, 회원국의 사법부가 연합위원회의 강제적 조치 사용을 승인하지 않을 수 있도록 하였다.²⁰⁴⁾

제3절 우리나라의 경우

I. 논의의 개관

헌법 제12조에서는 신체의 자유와 영장주의를 규정하고 있다. 이러한 영장제도는 형사소송에서 발전되어 온 것으로 수사과정에서 발생할 수 있는 국민의 기본권 침해 가능성을 예견하고 이를 방지하기 위해 마련된 통제 수단이다. 이처럼 형사절차에의 적용을 전제로 한 영장제도가 행정 영역에도 적용되는지 여부를 두고 논란이 있으나 아직까지 명확하게 정해진 바는 없다.

전통적으로 법 위반에 대한 조사는 수사기관의 형벌에 의한 제재를 목적으로 하는 수사과 일반 공무원의 행정적 제재를 목적으로 하는 행정조사는 단순한 이원적 구조로 되어 있었다. 그런데 현대 행정의 복잡성과 전문화로 인해 다양한 행정법규가 제정되었고,²⁰⁵⁾ 개별 법률마다 각각이 추구하는 행정 목적을 위해 사인에게 의무를 부과하는 한편, 의무 준수를 확보하기 위해 많은 경우, 위반행위에 대한 행정처분과 행정형벌을 함께 규정하고 있다.²⁰⁶⁾ 이처럼 ‘형법’ 외에도 준수해야 할 각종 규범

204) An Hertogen, “ECJ Case C-94/00, Roquette Freres, 22 October 2002 [notes]”, 10 Columbia Journal European Law 137, 147-149 (2003).

205) 이상덕, “행정제재처분의 형벌 종속성에 관한 고찰 - 제도의 문제점과 입법적 개선방안을 중심으로 -”, 행정법연구(2022. 11.), 136.

들이 많아지면서 그 위반 여부를 조사하기 위해 기존의 행정조사권을 보다 강화하여 활용하거나 특별사법경찰제도의 적용 영역을 점차 확장해 나가고 있는 추세이다. 이러한 연유로 피조사자의 기본권침해 가능성이 높아졌고, 더불어 영장주의와 같은 방어권 보장 수단의 마련이 거론되고 있다.

물론 개별 법률에서 행정조사를 수행함에 있어 영장을 요구할 경우에는 이에 따르면 되므로 문제될 것이 없지만, 그러한 명문의 규정이 없을 때를 두고 의견이 분분하다. 크게 나누자면 영장불요설(소극설), 영장필요설(적극설), 절충설이 있는데, 행정조사에서 영장주의를 전적으로 인정하거나 부정하는 학설보다는 두 가지 관점을 절충하는 입장이 대부분인 만큼 절충설이 지배적 견해이다. 하지만 절충설 내에서도 적용범위를 두고 다양한 견해가 존재하는바, 이를 다시 원칙적 긍정설과 개별적 결정설로 세분하여 고찰하는 접근²⁰⁷⁾이 있는가 하면,²⁰⁸⁾ 행정조사의 결과가 형사절차로 이어지는지 여부를 기준으로 하여 양분하는 관점도 있다.²⁰⁹⁾ 뿐만 아니라 영장제도는 본래 형사절차를 전제로 한 것인 만큼 행정조사에 있어서는 영장주의가 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다는 견해와 이를 다소 완화하여 영장주의의 적용범위를 보다 넓게 인정하는 견해가 있다. 본고에서는 행정의 특수성 내지는 실정헌법 규정의 문리해석에 입각하여 행정영역에는 영장주의가 적용되지 않는다는 견해부터 점차적으로 그 적용범위를 넓혀가며, 권력적 행정조사에도 영장주의가 적용되어

206) 이희정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력 - 동의를 결한 채혈에 기한 운전면허취소처분의 허용성 -”, 공법연구 제45집 제2호 (2016. 12.), 408.

207) 박균성, 행정법론(제18판), 박영사 (2019), 558면에서 분류하는 바에 따르면, 개별적 결정설이란 행정조사에 영장주의가 적용될 것인지 여부를 행정조사의 성격, 조사의 필요성, 기타 권익보호제도의 존재 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 한다는 견해이다. 이와 유사한 견해로 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제8권 제3호 (2007. 8.), 114.

208) 원칙적 긍정설과 개별적 결정설의 경우, 이들을 학설로 보기 어려울뿐더러 그 구분의 경계마저 불분명하다는 견해로는 김중권, 행정법(제4판), 법문사 (2021), 519.

209) 전학선 외, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.), 85-88.

야 한다는 견해까지 살펴보고자 한다.

II. 학설의 검토

1. 적용되지 않는다는 견해

행정상 즉시강제와 행정조사는 공통적으로 영장주의가 적용되지 않는다는 견해²¹⁰⁾가 있는데, 그 이유는 다음과 같다. 우선, 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때, 하명(下命) 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서 그 본질상 현행범 체포 내지 긴급체포에 상응하는 급박성을 요건으로 하고 있으므로, 영장주의가 적용되지 않는다고 한다. 그리고 행정조사도 이에 불응하는 경우 직접적 강제력을 갖는 압수·수색과 달리 형벌이나 과태료의 제재 등에 의한 간접적 강제력을 갖는 것에 불과하기 때문에 영장주의가 적용되지 않는다고 한다.

다음으로, 헌법 제12조 제3항의 문리해석에 주목하여, 동 조항은 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차에 적용되는 것이라고 해석해야 하므로, 행정조사를 실시함에 있어서는 법관의 영장을 요건으로 하지 않더라도 이를 두고 위헌이라고 할 수 없다는 견해가 있다.²¹¹⁾ 이에 따르면 동 조항은 신체의 자유에 관한 조문에 들어있고, 제1항에서 규정된 처벌·보안처분·강제노역 등과 연관된 조문이며, 제3항 단서의 현행범인, 장기 3년 이상의 형 등의 문구와 연결해 보면, 이는 형사절차를 대상으로 한 것이자 범법자에 대한 수사절차에 관한 규정임을 알 수 있고, 달리 해석할 여지는 없다고 한다.²¹²⁾ 이러한 전제하에 입법자가 법률적 차원에서 영장주의를 채택하는 것은 별론으로 하더라도, 행정상 인신구속·압수·수색의 절차 내지는 행정조사 과정에서 법관의 영장을 요건으로 하지 않는

210) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사 (2010), 408-410.

211) 하명호, 행정법(제5판), 박영사 (2023), 362.

212) 이완규, “헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위”, 형사판례연구 제25권 (2017. 6.), 545.

다고 하여 그것만으로 위헌이 되는 것은 아니라고 한다.²¹³⁾ 또한 실정헌법 규정의 연혁적인 측면을 근거로 들기도 하는데, 본래 헌법 제12조 제3항은 미국 헌법으로부터 계수된 것이며, 계수 당시 미국에서는 행정 목적을 위한 수색 등에 영장주의가 적용되지 않는 것으로 보았는바, 이를 형사절차에만 적용되는 것으로 해석함이 타당하다고 한다.²¹⁴⁾

끝으로, 행정조사에 영장주의가 적용되지 않아야 한다는 논거로 다음의 두 가지를 제시하기도 한다.²¹⁵⁾ 첫째, 공익과 사익을 비교형량하여 개인의 권익 보호라는 사익보다 행정의 효율성 및 행정 목적의 달성이라는 공익이 더 크다는 점을 강조한다. 구체적으로 살펴보면, 영장 미발부로 인해 침해되는 개인의 사익을 보호해야 할 필요성도 높지만, 모든 행정조사에 있어 영장을 요구하다보면 행정적 자원의 한계로 인하여 인원 및 예산 증액이 수반됨에 따라 재정적 부담이 발생하고 이는 곧 증세로 이어진다는 것이다. 다시 말해 권익의 침해가 형사절차상의 인신구급에 비해 상대적으로 중대하다고 평가하기 어려운 행정조사에까지 영장의 발부를 위해 그 수가 한정된 법관의 인력을 소모하는 것은 지나치다는 발상이다. 둘째, 행정상의 각종 단속을 실시하는 경우에는 피의사실이나 피의자 내지는 조사대상자가 특정되지 않아 영장을 발부받기 어렵고, 그렇다고 하여 피의사실이나 대상 등이 특정되지 않은 일반영장을 발부받을 수도 없어 행정조사에서 영장주의를 적용하는 것은 한계가 있음을 지적한다.

2. 형사소추로 이행되는 경우에 적용된다는 견해

행정조사가 실질적으로 형사상의 소추 목적을 동시에 추구하거나 행정

213) 하명호, 신체의 자유와 인신보호절차, 고려대학교출판부 (2012), 108; 하명호, 행정법(제5판), 박영사 (2023), 362.

214) 하명호, 신체의 자유와 인신보호절차, 고려대학교출판부 (2012), 106-108.

215) 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -”, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.), 432.

조사의 결과가 형사소추절차로 이행되는 경우에는 영장이 필요하다는 견해이다.²¹⁶⁾ 현실적으로 하나의 작용이 동시에 행정조사 및 형사사법의 양 목적을 위하여 수행되는 경우가 적지 않을 뿐만 아니라, 행정조사의 결과 수집된 자료나 정보가 형사사법적인 목적을 위해 사용되기도 한다는 점에 주목한 견해이다. 이러한 전제에서 만일 헌법의 엄격한 문리해석에 입각하여 영장의 요구는 형사사법절차에만 한정되는 것이라고 한다면, 영장이 필요 없는 행정조사 방식이 우회적인 증거확보의 수단으로 활용될 것이며, 결국 헌법 규정은 실질적으로 사문화되고 말 것이라고 한다.²¹⁷⁾ 다만, 이에 대하여는 행정조사 시작 단계에서 형사소추 여부를 미리 단언하기 어려워 형사소추를 목적으로 하는지 여부가 영장 필요 여부에 대한 판단기준이 될 수 없다는 비판이 있다.²¹⁸⁾

영장제도의 기본구조와 관련하여 이 견해는 사법경찰관의 신청과 검사의 청구에 따라 법관이 영장을 발부하는 체계로 ‘형사소송법’상의 영장제도를 그대로 전제하고 있다. 그러다 보니 해당 영역의 조사공무원을 특별사법경찰관리로 지명하여 실질적인 사법경찰권을 부여하자거나 혹은 행정조사와 형사절차 사이에 중간적인 조사절차라 할 수 있는 범칙조사제도를 도입하자는 등의 입법론²¹⁹⁾으로 이어지기도 한다.²²⁰⁾

216) 김성수, 일반행정법(제9판), 홍문사 (2021), 527; 박현준, “경찰행정조사에서 인권보장”, 법학연구 제17권 제1호 (2017. 3.), 235-236.

217) 김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 07, 박영사 (2016), 27-28.

218) 이재구·이호용, 수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.), 431-432.

219) 김연정·서희열, “과세관청의 조세범칙 조사절차 및 조사결과 처분제도의 문제점과 개선방안”, 세무와 회계 연구 제7권 제2호 (2018. 7.), 215-216(세무공무원을 특별사법경찰관리로 지명하고, 실질적인 사법경찰권을 부여하는 방안 주장); 최정학, “공정거래위원회의 조사절차 정비방안 - 적법절차의 강화와 강제조사권의 도입”, 민주법학 제65호 (2017. 11.), 134-140(공정거래위원회의 조사공무원에게 영장신청권과 함께 특별사법경찰관리의 권한을 부여하는 방안 및 조세범처벌절차법에서와 같은 범칙조사제도를 도입하는 방안 제안).

220) 이 외에도 행정조사 과정에서 압수·수색이 필요한 때에는 법관이 발부한 영장의 제시가 있어야 하는 반면, 호구조사·위생검사·제품검사 등의 통상적인 행정조사의 경우에는 증표의 제시만으로 충분하다는 견해로는 김남진·김연태, 행정법 I (제26판), 법문사 (2022), 510; 정남철, 한국행정법론(제2판), 법문사 (2021),

3. 권력적 행정조사에도 적용된다는 견해

형사소추를 위한 자료수집과 직결되는 행정조사에는 당연히 영장이 필요하고, 여기에서 더 나아가 권력적 행정조사에도 원칙적으로 영장주의가 적용되어야 한다는 견해이다.²²¹⁾ 그 예로는 조세법 영역의 행정조사이자 수인의무가 동반되는 ‘권력적 사실행위’로서의 세무조사가 있고, ‘출입국관리법’상 불법체류자 등 강제퇴거 대상자를 확인하기 위한 행정조사도 있다.

III. 판례의 분석

1. 헌법재판소 판례

행정영역에서 영장주의의 적용가능성에 대해 헌법재판소는 전반적으로 부정적인 입장을 보인다. 예컨대, 헌법재판소의 2002년 결정²²²⁾에서 논란이 된 舊 ‘음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률’ 제24조 제3항²²³⁾은 행정청이 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 게임물과 다른 내용의 게임물을 발견한 경우 관계공무원으로 하여금 이를 수거·폐기하게 할 수 있도록 규정하여 행정상 즉시강제를 허용하고 있었다. 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 급박한 상황에 대처하기 위한 것으로서 그 불가피성과 정당성이 충분히 인정되는 경우이므로, 불법게임물에 대해 영장

273.

221) 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021), 501; 김철용, 행정법(제12판), 고시계사 (2023), 370

222) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2000헌가12 결정.

223) 舊 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」은 현행 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」로 전환되어 시행되고 있으며, 이 사건의 심판대상인 舊 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」 제24조 제3항은 현행 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제70조 제3항임.

없는 수거가 이루어지더라도 헌법상 영장주의에 위배되는 것은 아니라고 판시한 바 있다.²²⁴⁾ 이처럼 행정상 즉시강제의 경우에는 급박성을 이유로 영장주의의 적용을 부정하고 있다.

행정조사에 관해서도 같은 기조이다. 우선, ‘도로교통법’상 음주측정 사건²²⁵⁾에서 음주측정은 성질상 강제될 수 있는 것이 아니며 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적인 것이므로 이를 두고 법관의 영장을 필요로 하는 강제처분이라 할 수 없다고 하였다. 따라서 이 사건 법률조항이 주취운전의 혐의자에게 영장 없는 음주측정에 응할 의무를 지우고 이에 불응한 사람을 처벌하더라도 헌법상 영장주의에 위배되는 것은 아니라고 판단하였다.

다음으로, 선거범죄의 조사과정 중 자료제출의무를 부과한 사건²²⁶⁾에서 헌법재판소는 선거관리위원회의 선거범죄 조사권을 행정조사의 일종으로 보고, 이는 형사절차상의 수사활동과는 근본적으로 성격을 달리하는 것이라 하여 양자를 구분하였다. 그리고 심판대상조항에 의한 자료제출요구는 그 성질상 대상자의 자발적 협조를 전제로 할 뿐이고, 피조사자에 대하여 직접적으로 어떠한 물리적 강제력을 수반하는 것이 아니므로 영장주의가 적용되지 않는다고 판시하였다.

다만, 소수의견에서는 헌법상 영장주의를 형사절차 이외의 절차에까지 확장해서 적용할 필요가 있다는 견해도 존재한다. 가령, 병(兵)에 대한 징계처분으로 영창처분을 규정한 조항에 대한 위헌소원²²⁷⁾에서 헌법재판소의 보충의견을 보면, “헌법 제12조 제3항의 영장주의가 수사기관에 의한 체포·구속을 전제하여 규정된 것은 형사절차의 경우 법관에 의한 사전적 통제의 필요성이 강하게 요청되기 때문이지, 형사절차 이외의 국가권력작용에 대해 영장주의를 배제하는 것이 아니고, 오히려 그 본질상

224) 권배근, “사실행위에 대한 헌법재판소의 합헌성심사기준에 대한 비판적 고찰 - 헌재 2002.10.31, 2000헌가12를 중심으로 -”, 한양법학 제24권 제2호 (2013. 5.), 5-8.

225) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정.

226) 헌법재판소 2019. 9. 26. 선고 2016헌바381 결정.

227) 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2017헌바157등(2017헌바157, 2018헌가10) 결정.

인신구속과 같이 중대한 기본권 침해를 야기할 때는 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야 한다”고 실시한다. 즉 영장주의는 단순히 형사절차에 한정하여 적용되는 원칙이 아니라 그 형식과 절차를 불문하고 공권력의 행사로 인해 국민의 신체를 체포·구속하는 모든 경우에 지켜야 할 헌법상의 원칙 내지 원리라고 보는 것이 타당하다는 것이다. 따라서 형사절차가 아니라 하더라도 행정기관이 상대방의 신체의 자유를 제한하는 등 실질적으로 수사기관에 의한 인신구속과 동일한 효과를 발생시키는 경우에는 원칙적으로 영장주의가 적용되어야 한다고 본다.²²⁸⁾

2. 대법원 판례

행정조사에서 영장주의가 적용되는지 여부를 두고 대법원이 명확하게 일관된 입장을 보이는 것은 아니지만, 전반적으로 행정영역에도 영장주의를 인정하는 듯한 경향을 보인다. 예컨대, 사무감사·조사를 위하여 증인에 대한 동행명령장을 발부할 수 있도록 허용하는 지방의회의 조례에 관한 무효확인청구소송에서 대법원은 이러한 동행명령장이 증인의 신체의 자유를 억압하여 일정 장소로 인치하는 것으로서 헌법 제12조 제3항의 체포 또는 구속에 준하는 것으로 보아야 한다고 하면서, 법관이 아닌 지방의회 의장이 발부한 동행명령장에 의하여 증인을 인치할 수 있도록 규정한 조례안은 위헌이라는 취지로 판시하였다.²²⁹⁾ 또한 이와 같은 상황에서는 현행법 체포와 같이 사후에 영장을 발부받지 아니하면 목적을 달성할 수 없는 긴박성이 있다고 할 수 없으므로 헌법 제12조 제3항의 사전영장주의가 고수되고, 따라서 법관이 발부한 영장의 제시가 있어야 한다는 입장이다. 이는 헌법 제12조 규정상의 신체의 자유가 수사기관이 아닌 지방의회 등 다른 국가기관에 의해서도 직접 침해될 수 있음을 나타낸 것이다. 게다가 이 사건 동행명령은 형사소추의 목적과는 무관하게

228) 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2013헌바190 결정의 위헌의견.

229) 대법원 1995. 6. 30. 선고, 93추83 판결.

일종의 행정조사의 차원에서 행해지는 것이며, 더구나 당시 심판대상이 된 조례안²³⁰⁾에 따르면, 증인이 동행명령을 거부하는 경우 3월 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있을 뿐이어서 그 집행에 물리적 강제력이 수반된다고 보기도 어려웠다. 그럼에도 대법원은 이 사건 동행명령에 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용된다고 판단한 것이다.

다음으로, 대법원은 음주운전 여부에 대한 조사과정에서 운전자 본인의 동의를 받지 아니하고 또한 법원의 영장도 없이 채혈조사를 한 결과를 근거로 하여 운전면허를 정지·취소하는 처분은 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 판시하였다.²³¹⁾ 참고로 ‘도로교통법’상 음주운전의 단속과 제지, 호흡측정 또는 혈액채취에 이르는 일련의 과정은 경찰행정목적의 행정조사와 수사가 중첩되는 경우 내지는 순차적으로 이루어지는 경우라 할 수 있다.²³²⁾ 판례는 행위의 목적을 기준으로 하여 교통안전과 위험방지를 위해 음주운전자를 도로에서 배제하고자 음주측정을 할 경우에는 행정조사로 보는 반면, 주취운전을 하였다고 인정할 만한 상당한 이유를 전제로 하여 음주측정을 할 경우에는 수사절차로서의 의미를 가진 것으로 보았다.²³³⁾ 그런데 본 사안의 경찰공무원은 채혈조사의 근거법률인 도로교통법 제44조 제3항²³⁴⁾을 위반했을 뿐만 아니라 ‘형사소송법’에서

230) **경상북도의회에서의 증언·감정 등에 관한 조례안 제13조(의회모욕의 죄)**

증인이 본회의 또는 위원회에 출석하여 증언함에 있어 폭행, 협박, 기타 모욕적인 언행으로 의회의 권위를 훼손한 때 또는 증인이 동행명령을 거부하거나 제3자로 하여금 동행명령장의 집행을 방해하도록 한 때에는 3월 이하의 징역에 처한다.

231) 대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두46850 판결.

232) 이희정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력 - 동의를 결한 채혈에 기한 운전면허취소처분의 허용성 -”, 공법연구 제45집 제2호 (2016. 12.), 408-409.

233) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012도11162 판결; 대법원 2015. 7. 9. 선고 2014도16051 판결.

234) **도로교통법 제44조(술에 취한 상태에서의 운전 금지)**

② 경찰공무원은 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등, 노면전차 또는 자전거를 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 운전자가 술에 취하였는지를 호흡조사로 측정할 수 있다. 이 경우 운전자는 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다.

영장을 요구하는 규정도 위반했기 때문에 당해 채혈조사를 행정처분으로 보든 수사절차의 일환으로 보든 관계없이 위 채혈조사의 결과를 근거로 한 행정처분은 위법하다는 것이 법원의 판단이다.²³⁵⁾

한편, 대법원은 ‘관세법’상의 수출입물품 통관검사에 대해 서로 상반되는 결론을 내렸는바, 2013년 판례²³⁶⁾에서는 엑스선 검사 중 이상음영이 있음을 발견하고 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사를 실시하는 경우, 이는 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 압수·수색 내지는 수사기관의 강제처분에 해당하지 않는다고 판단하였으며, 따라서 영장주의가 요구되는 것은 아니라고 결론내렸다. 이와 달리 2017년 판례²³⁷⁾의 경우에는 수출입물품 안에 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 상황에서, ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특례법’ 제4조 제1항에 따른 조치의 일환으로 특정 화물을 개봉하여 검사하고 나아가 그 내용물의 점유를 취득하였다는 점에 주목하여, 법원은 이를 범죄수사인 압수·수색에 해당한다고 보았고, 따라서 영장주의가 적용된다고 판시하였다. 위의 두 판결을 통해 법원은 ‘관세법’상의 통관검사라는 동일한 행위라도 수출입물품의 적정한 통관 등을 목적으로 하는지 아니면 구체적인 범죄사실에 대한 증거수집을 목적으로 하는지에 따라 각각 행정조사와 수사로 달리 본다는 점을 알 수 있는바, 이는 앞서 살펴본 ‘도로교통법’상 음주측정의 성격을 구분함에 있어 사용한 ‘행위의 목적’이라는 기준과도 일맥상통한다.

IV. 기존 논의의 한계와 대안

1. 기존의 학설에 대한 검토

- ③ 제2항에 따른 측정 결과에 불복하는 운전자에 대하여는 그 운전자의 동의를 받아 혈액 채취 등의 방법으로 다시 측정할 수 있다.

235) 이창섭, “영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수·수색의 구별”, *홍익법학* 제22권 제1호 (2021. 2.), 463.

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

237) 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결.

(i) 행정작용을 수행하기에 앞서 매년 영장을 발부받아야 한다면, 행정의 효율성 저하로 목적 달성이 어려워질 수 있는데, 행정영역에 영장주의가 ‘적용되지 않는다는 견해’에 따르면 이러한 문제점을 해결할 수 있다. 헌법재판소도 이러한 문제점을 인식한 듯 당사자의 자발적인 협조가 필요한 행위에 대해서는 강제처분이라고 할 수 없다고 하여, 영장주의가 적용되는 강제처분을 ‘물리적 강제력을 수반하는 조치’로 제한하여 해석하고 있다. 하지만 영장주의의 취지를 생각해보면, 사전영장을 요구하기는 어렵다고 하더라도, 항상 사후영장까지 면제되어야 하는지가 의문으로 남는다. 영장주의란 ‘기본권적 지위에 돌이키기 힘든 영향을 미치는 사실행위 내지는 사실적 작용’으로부터 부당한 피해를 입는 것을 사전적으로 예방하기 위한 절차적 보장책으로 봄이 상당한데,²³⁸⁾ 만일 행정상 즉시강제가 일회성의 실행행사로 그치지 않고 지속적으로 반복된다면 사후영장을 발부받도록 하는 것이, 장래에 발생할 추가적인 침해상황을 미연에 방지하는 방법이라 할 수 있다.

또한 행정조사를 범죄수사와 구분하여 범죄수사 절차상의 강제처분에는 영장이 필요한 반면, 행정영역에는 영장주의가 적용되지 않는다는 견해에 따르면, ‘도로교통법’ 위반 여부를 조사하는 경찰공무원과 같이 행정조사권과 범죄수사권을 동시에 가지는 경우나, 세관공무원이나 식품위생 단속공무원과 같이 공무원 중 일부가 검사장의 지명에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행하는 영역에서는 당해 공무원의 조사행위를 행정조사로 볼 것인지 아니면 범죄수사로 볼 것인지 따라 영장 없는 조사행위의 적법 여부가 달라진다.²³⁹⁾ 만일 행정조사로 본다면 영장에 의하지 아니한 조사행위가 위법하지 않을 수 있지만, 범죄수사로 본다면 강제처분을

238) 정광현, “행정조사와 영장주의”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 20.

239) 이창섭, “영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수·수색의 구별”, 홍익법학 제22권 제1호 (2021. 2.), 448; 조기영, “압수·수색과 행정조사의 구별 - 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결 -”, 법조 제66권 제5호 (2017. 10.), 757-788.

부과하기에 앞서 영장주의 등 피조사자의 방어권을 보장하기 위한 일련의 절차를 준수하여야 하고, 그렇지 않을 경우 위법하게 될 여지가 있다. 극단적으로는 영장주의 등 ‘형사소송법’을 위반한 경우에도 행정조사로 보면 위법하지 않다고 볼 수 있어, 형사처벌은 할 수 없지만 행정처분은 적법하게 할 수 있는 경우가 발생한다.²⁴⁰⁾

(ii) ‘형사소추로 이행되는 경우에 적용된다는 견해’는 헌법 제12조 제3항, 제16조의 영장주의가 기본적으로 형사절차를 적용 대상으로 하고 있다고 전제함으로써 해석론적 논거를 비교적 명확히 제시하고 있는 것으로 보인다.²⁴¹⁾ 또한 이 견해에 따르면, 영장을 비롯하여 형사절차에 적용되는 피의자 등의 방어권 보장 수단을 단지 행정조사의 외관을 빌림으로써 손쉽게 우회하는 것을 차단할 수 있다는 장점이 있다. 다만, 행정조사에 형사사법의 목적이 경합된다고 하여, 본래 형사절차를 적용대상으로 하는 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 행정영역에까지 무제한적으로 확장되는 것은 경계할 필요가 있다. 예컨대, 위험방지 목적을 지닌 경찰상의 행정조사를 실시함에 있어 행정목적과 수사목적이 중첩된다면, 이들 각각의 목적은 독자적으로 추구될 만한 것이고, 양자가 혼재한다고 하여 행정법적 조치와 ‘형사소송법’적 조치 중 어느 한쪽에 우위를 인정할 수 없는바, 따라서 양자 모두가 적용 가능한 것으로 보아야 한다.²⁴²⁾ 만약 그렇지 않고, 엄격히 ‘형사소송법’상의 영장주의를 따를 것을 요구하면, 행정청은 테러와 같이 예측하지 못한 급박한 위험에 적절하고 유연하게 대처하지 못하게 될 것이다. 나아가 이 견해는 피조사자의 입장에서 어느 시점에 행정조사가 형사절차로 전환될지 알 수 없고, 조사자

240) 이희정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력 - 동의를 결한 채혈에 관한 운전면허취소처분의 허용성 -”, 공법연구 제45집 제2호 (2016. 12.), 418.

241) 정광현, “행정조사와 영장주의”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 24.

242) 정광현, “행정조사와 영장주의”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 25.

의 입장에서라도 일단은 조사를 진행해 봐야 형사고발 여부에 대한 판단이 가능하다는 점에서, 형사절차로 이행되는 시점이 분명하지 않다는 문제점을 안고 있다.

(iii) ‘권력적 행정조사에도 적용된다는 견해’의 전반적인 특징은 권력적 행정조사에서 영장주의가 적용되는 구체적인 모습을 제시하지 않고 있다는 점이다. 다시 말해 형사소추를 전제로 한 영장 절차가 행정절차에도 그대로 적용되어야 하는지 아니면 행정영역에 적합하도록 부분적인 수정을 거쳐 적용되어야 하는지에 대한 입장이 명확하지 않다²⁴³⁾는 것이 한계점으로 지적된다.²⁴⁴⁾

2. 대안으로서의 행정영장

행정영장의 도입은 중립적이고 독립적인 기관의 심사로 자의적인 강제 처분을 방지하려는 영장주의의 본질을 행정조사에 적용하여, 행정조사에 있어 적법절차원칙을 구현하기 위한 목적을 갖는다. 행정영장의 도입에 따른 장점을 구체적으로 제시하면 다음과 같다.

첫째, 행정영장의 도입은 권력적 행정조사에 있어 일반적으로 나타나고 있는 필요 이상의 방대한 자료수집 및 불충분한 당사자의 방어권 보장 등의 문제를 행정조사의 개시에 대한 사법적 통제를 통해 효과적으로 해소할 수 있다. 행정조사를 둘러싼 여러 문제 상황들은 행정조사의 진

243) 박현정, “행정영장제도 도입의 주요 쟁점”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 33.

244) 이 외에도 행정조사는 즉시강제와 달리 일정한 시간을 요하는 활동이라는 점에서 법관으로부터 영장을 발부받을 충분한 시간적 여유가 있기 때문에 행정조사권의 발동에는 원칙적으로 영장주의가 적용되나 예외적으로 긴급한 상황의 발생 등 행정조사의 목적 달성을 위해 불가피하다고 여겨질 만한 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여는 영장주의의 적용이 배제된다는 견해로 박윤훈·정형근, 행정법강의(상)(개정30판), 박영사 (2009), 542; 장태주, 행정법개론(제9판), 법문사 (2011), 590-591. 특히 주거의 출입·수색 및 물건의 압수 등의 작용에는 형사작용이나 행정작용을 불문하고, 영장주의가 적용되어야 한다는 입장으로는 정하중·김광수, 행정법개론(제15판), 법문사 (2021), 469.

행과정에서 당사자의 절차적 권리를 적정하게 보장함으로써 해결될 수 있는 측면도 있지만, 행정조사의 개시 여부에 대한 통제를 통해 더욱 효과적으로 해소될 수 있을 것이다.²⁴⁵⁾

둘째, 행정영장의 도입은 형사절차와는 구별되는 행정조사에 있어서의 적법절차를 구현하기 위한 목적을 갖는다. 형사절차에서의 영장주의와 행정영장 모두 중립적이고 독립적인 기관의 심사를 통해 자의적인 강제 처분을 방지하기 위한 목적을 갖는다는 점에서는 동일하나, 기존의 형사영장을 발급받아 조사를 실시하는 것은 행정조사와 범죄수사의 성격을 함께 가지는 행위 또는 실질적으로 행정조사가 아닌 범죄수사로 볼 수 있는 행위를 선별하고, 범죄수사로서의 성격을 근거로 하여 ‘형사소송법’에 구현된 영장제도를 그대로 적용하는 방안이라고 할 수 있다. 하지만 행정조사는 형사절차와 구별되는 고유한 법적 성질을 가지므로, 이에 관한 영장제도 또한 독자적인 요건과 절차를 입법적으로 마련하여 행정조사에 적정한 제도로써 운영되는 것이 필요하다.²⁴⁶⁾ 따라서 행정기관이 직무를 수행하는 과정에서 강제적 조사가 필요한 경우에 기존의 형사영장이 아닌 행정영장이나 준영장과 같은 별도의 제도를 설계하고,²⁴⁷⁾ 이를 입법을 통해 제도적으로 마련할 필요가 있다.

제4절 행정영장의 도입 논의

I. 비교법적 고찰을 통한 행정영장의 도입 필요성

245) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 190.

246) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 190.

247) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 129.

미국 연방헌법 수정 제4조의 영장주의는 형사수사뿐만 아니라 행정조사에서도 적용되는 것이 판례법의 원칙이다. 다만, 행정영장제도를 도입하여 형사절차에서 요구되는 것보다 완화된 기준으로 영장이 발부될 수 있도록 하고 있다. 따라서 법률적·행정적 기준이 충족되는 경우 혹은 입법적·행정적 조사계획의 합리성이 인정되는 경우에는 영장이 발부된다. 다만, 이에 예외가 있어 피조사자의 동의가 있거나 긴급한 상황인 경우 또는 행정조사에 대한 특별한 필요성이 인정되는 경우에는 영장이 없이도 조사가 가능하다. 특히 치밀하게 규제되어 온 ‘특별규제산업’에 대해서는 영장주의의 예외를 인정하는데, 행정조사가 정부에 “상당한 이익”(substantial interest)을 주고 영장 없는 조사가 규제목적의 달성을 촉진하는 데 필요하며, 조사방식에 대한 명확성 혹은 정규성(내지 규칙성)과 관련하여 영장을 대체할 만한 합헌적 조치를 갖추고 있는 경우, 이러한 예외가 인정될 수 있다.²⁴⁸⁾

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제8조의 사생활과 주거를 보호할 권리가 사업장에까지 미친다고 보았으며, 법원의 영장 없이 실시된 사업장 구역 내의 압수·수색은 유럽인권협약을 위반한다고 판시하였다. 따라서 행정기관이 반경쟁적 활동에 가담하였다고 의심되는 기업을 상대로 관련 법률에 따라 압수·수색을 하려면, 사전에 법원의 영장을 발부받을 것이 요구된다. 또한 유럽연합 집행위원회가 유럽연합기능조약 제105조(舊 EC 조약 제85조)에 따라 독점금지법 위반이 의심되는 기업을 상대로 조사를 실시함에 있어 강제적 조치가 필요한 경우, 회원국의 지원을 받아야 하고, 개별 회원국에는 사법부의 판단을 거쳐 지원의 승인 여부를 결정할 재량권이 부여되어 있다.

미국의 행정영장의 도입과 예외 법리의 마련은 행정조사의 필요성과 국민의 기본권 보호를 적절히 조화시키는 방안으로 우리나라에서도 충분

248) 박종현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 98-99.

히 응용할 수 있는 법리이다. 다만, 행정영장제도의 안착을 위해서는 초반부터 적용 예외를 광범위하게 인정하여서는 안 될 것이다. 또한 일부 특정 산업에 대해 적용 예외를 인정할 경우에도 해당 산업이 전통적으로 고도의 규제를 받고 있어 종사자가 영장 없는 현장조사를 용인한다고 볼 수 있어야 하며, 영장 없는 조사를 규정하는 근거법률에서 영장을 대체할 만큼 상세하게 조사방법을 규정하여 조사자의 재량을 제한할 수 있어야 한다. 다음으로 유럽에서와 같이 경쟁법 위반 혐의가 있는 기업을 상대로 사업장 구역 내의 현장조사를 실시하기에 앞서 법원의 영장을 받도록 규정한 것은 공정거래위원회의 조사에 시사하는 바가 클 것으로 사료된다. 다만, 행정조사의 필요성을 감안하여 영장의 발급요건을 형사절차상의 영장에 비해 완화할 것이 요구되는 반면, 영장의 발급 여부를 심사하는 법원에서는 조사로 인해 침해되는 사익과 정부가 추구하는 공익 간의 이익형량을 수행하여 공익이 더 우월한 경우로 영장의 발급을 한정할 필요가 있다.

II. 행정영장제도의 기본구조

1. 행정영장의 개념

영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 할 때 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안 된다는 원칙을 말한다.²⁴⁹⁾ 여기서 ‘영장’이란 독립성과 중립성이 인정되는 법관이 강제처분을 명령하거나 허가하는 서면이라고 정의할 수 있다.²⁵⁰⁾ 이에 따르면 영장은 크게 세 가지 요소로 구성되는바, 행정상 조사영장²⁵¹⁾

249) 이진철, “제헌헌법의 영장주의 : 영장주의의 적용대상에 관한 검토”, 저스티스 제166호 (2018. 6.), 6.

250) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 233.

251) 행정대집행법 제3조 제2항의 ‘대집행영장’과 같이 기존에도 행정절차에서 영장이 활용되었다는 점을 고려하면 행정영장은 크게 둘로 나누어 생각해 볼 수

을 전제로 하여 검토해 본다.

첫 번째 요소는 ‘강제처분’이다. 헌법 제12조에서 열거하고 있는 강제처분으로 체포·구속·압수·수색이 있다. 그중 체포·구속영장에 의한 인신구속은 형사절차상의 강제처분 중 기본권 제한의 정도가 가장 중한 것으로, 행정조사대상자의 신병확보를 위해 인신구속을 허가하는 영장까지 인정할 필요는 없어 보인다. 이를 제외하면 현장조사(수색), 증거물의 확보(압수), 검증에 준하는 강제조사를 허가하는 내용이 될 것이다.²⁵²⁾

두 번째 요소는 강제처분의 ‘명령 또는 허가’이다. 영장은 강제처분을 명령하거나 행정기관의 강제처분 청구를 허가하는 것이다. 헌법재판소는 공판단계에서 법관이 직권으로 발부하는 영장은 명령장으로서의 성질을 갖고, 수사기관의 청구에 의하여 발부하는 영장은 허가장으로서의 성질을 갖는다고 판시하였다.²⁵³⁾ 그런데 삼권분립에 따라 행정절차에서 법관이 직권으로 발부하는 명령장을 상정하기란 어려우므로, 행정영장은 청구에 따른 강제처분의 ‘허가장’이라고 할 수 있다.²⁵⁴⁾

마지막으로 세 번째 요소는 발부 주체로서의 ‘법원 또는 법관’이다. 다만, 일반적으로 영장의 청구가 있어야 발부가 진행되므로 청구주체를 우선적으로 살펴본다. 헌법 제12조 제3항 및 제16조는 “검사의 신청에 의하여” 법관이 영장을 발부하도록 명시하고 있으나, 이는 형사절차상의 수사영장을 전제로 한 것이고, 행정영장은 미국의 “소환장”(subpoenas) 제도²⁵⁵⁾처럼 행정기관이 영장을 발부하는 것까지는 아니더라도, 조사를

있는데, 하나는 행정작용의 집행을 위한 영장인 ‘집행영장’이고, 다른 하나는 행정조사를 위한 ‘조사영장’이다. 본 논문에서는 조사영장이 주된 논의의 대상인바, 편의상 ‘행정영장’이라고 하면, ‘행정상 조사영장’을 지칭하는 것으로 본다.

252) 박현정, “행정영장제도 도입의 주요 쟁점”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 43-44.

253) 헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌바28 등 결정.

254) 박현정, “행정영장제도 도입의 주요 쟁점”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 36.

255) 미국의 연방행정절차법 제555조 제d항에 따른 소환장제도는 증인의 출석, 회계장부 등 각종 문서와 기록의 제출을 요구할 수 있는 권한에 불과하여, 현장조

실시하는 행정기관이 영장의 청구주체가 되는 것이 바람직해 보인다. 수사기관인 검사가 행정기관의 규제·감독권한 행사 단계에서부터 조기에 개입하는 것이 수사절차와 행정절차의 경계를 무너뜨리고²⁵⁶⁾ 행정절차의 형사절차화를 가속화시키며²⁵⁷⁾ 수사기관에 대한 행정기관의 독립성을 약화시킬 우려가 있기 때문이다.²⁵⁸⁾ 하지만, 발부 주체와 관련하여서는 법관을 대신할 기관으로서 법관에 준하는 정도의 독립성 및 중립성을 갖춘

사는 적용범위에서 배제된다는 내용으로 본 논문의 제3절 제2장 1. 2. 참조.

- 256) 영장의 발부 절차를 매개로 검사가 다른 행정기관의 권한 행사에 개입할 수 있는데, 다른 행정청과의 관계에서 대등한 지위에 있어야 할 검찰청이 영장청구권을 이유로 사실상 다른 기관의 권한 행사에 관여하거나 지휘·감독권을 행사하는 것은 문제가 있어 보인다. 이는 권한이 분장된 행정 각부의 건전한 행정절차 형성을 저해할 뿐만 아니라, 행정절차와 수사절차가 필요 이상으로 조기에 융합됨에 따라 적법절차원칙과 권력분점을 토대로 한 법치주의의 근간을 흔들 우려가 있다는 내용으로 강우찬, “공정거래법 벌칙규정과 형사법 이론의 체계적 정합성과 관련한 몇 가지 문제들”, 경쟁저널 제212호 (2022. 8.), 16.
- 257) 현재까지는 행정조사 결과, 형사고발로 이어지는 경우가 전체 사건 수 대비 상대적으로 많지 않은 편인데(예를 들면, 1981년부터 2022년까지 공정거래위원회가 처리한 사건은 모두 97,555건인데, 이 가운데 형사고발된 사건은 1,152건으로 전체의 1.2%에 지나지 않는다. 또 이 가운데 결국 기소에 이른 사건은 모두 합하여 862건에 그쳤다. 공정거래위원회, 2022년도 통계연보 (2023), 28-29면 참조), 행정영장의 청구주체를 검사로 한정하여 규정할 경우, 행정기관은 권력적 조사를 실시하기에 앞서 검사에게 조사영장을 신청해야 할 것이고, 사실상 조사 초기단계부터 검사가 영장 청구의 타당성을 심사하며, 여러 사실관계를 인지하게 된다. 이를 토대로 검사가 수사기관에의 고발을 유도하거나 정식으로 고발을 요청하는 등의 방식으로 고발 여부의 결정에 관여한다면, 행정법규 위반행위에 대한 형사소추의 비율도 늘어나게 될 것이라는 내용으로 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 195.
- 258) 다만, 행정기관이 검사에게 신청함이 없이 직접 법관에게 영장의 발부를 청구하는 방식으로 제도를 구성함에 따른 한 가지 단점은, 검사가 중간에 개입하여 영장의 내용을 검토하는 등 문제점을 보완하는 단계를 거칠 수 없다는 것이다. 따라서 조사공무원이 담당 행정분야의 전문성에 더하여 조사영장의 발급요건과 절차 등 행정법적 전문성을 갖추지 못하면, 결국 영장발부의 필요성과 적합성 내지는 대상의 특정 여부 등을 판단하는 단계에서 법관의 부담이 가중될 수밖에 없고, 영장에 의한 조사가 시급한데도 요건을 제대로 소명하지 못하여 영장청구가 기각되거나 반대로 요건을 충족하지 못한 영장청구가 만연히 인용되어 영장의 의미가 무색해질 우려가 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 행정기관은 영장청구를 담당하는 조직을 정비하고 전문가를 양성하는 데에 힘을 필요로 하며, 영장의 발부를 심사하는 사법부에서도 영장전담 판사의 인력 충원과 함께 전문성 강화를 위한 교육 및 연구가 필요할 것으로 보인다는 내용으로 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 239.

기관을 상정하기 어렵고, 조사영장의 발급 여부를 결정하기 위해서는 행정법규 위반 혐의의 확인을 위한 강제조사의 필요성 유무가 기준으로 작용하는바, 이는 법적인 판단을 수반하는 만큼 영장의 발부 권한은 법관에 한정하는 것이 합당해 보인다.²⁵⁹⁾

전술한 내용을 종합하여 정리하면, 행정상 조사영장은 ‘행정법규 위반 혐의의 확인을 위해 현장조사(수색), 증거물의 확보(압수), 검증 등의 조사를 대상자에게 직접 강제할 필요가 있을 때 행정기관의 청구에 의하여 법관이 발부하는 서면’으로 정의할 수 있다. 여기서 조사를 강제한다는 것은 행정조사에 조사대상자의 동의가 필요하지 않을 뿐만 아니라 대상자의 저항 등을 물리적으로 배제하여 현장을 조사하고 자료의 점유를 이전받을 수 있음을 의미한다.²⁶⁰⁾

2. 조사영장의 대상

법 위반 여부의 확인을 위하여 실시하는 행정조사는 통상 행정기관이 조사대상자의 동의를 받지 아니하고 일방적으로 실시하는 경우가 많다. 이는 공권력주체로서의 행정주체가 우월적인 지위에서 국민에 대하여 일방적인 조치를 취하는 한편, 급박성을 요건으로 하지는 않으므로, 이러한 권력적 행정작용에는 조사영장이 요구된다고 볼 수 있다. 다만, 법 위반 사실의 조사는 다시 특정한 법 위반 혐의를 포착하여 실시하는 조사와 특정한 위반혐의 없이 이루어지는 조사로 나눌 수 있고, 각각의 경우에 조사영장의 적용 여부를 달리 볼 필요가 있다. 예를 들어, 국세기본법 제 81조의6 제2항의 조사는 특정한 법 위반 혐의의 포착 없이 정기적으로 이루어지는 조사인데, 이러한 경우에까지 매번 조사영장을 요구하는 것은 무용한 절차의 반복이자 불필요한 행정 낭비일 수 있다. 결국 조사영

259) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 129.

260) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 233.

장을 필요로 하는 행정조사는 ‘법 위반 사실에 대한 조사’ 중에서도 특정한 법 위반 혐의를 포착하여 실시하는 조사에 한정된다고 할 것이다.²⁶¹⁾

3. 조사영장의 발부요건

행정조사 과정에서 압수·수색·검증을 허가하는 내용의 조사영장을 발부받기 위해서는 조사대상자의 법 위반 혐의를 입증할 수 있어야 하고, 압수·수색·검증의 필요성을 소명할 수 있어야 하며, 압수·수색·검증의 대상이 특정되어야 한다.²⁶²⁾

우선, 법 위반 혐의와 관련하여서는 미국에서와 같이 형사사건에서 요구되는 것보다 완화된 이유만으로도 영장이 발부될 수 있어야 할 것이다. 이는 행정조사의 공익적 측면을 고려한 것이다. 다음으로 압수·수색의 필요성은 사전통지에 의해서 조사목적을 달성할 수 없는 경우에 주장할 수 있다. 예를 들어, 행정조사결정을 사전에 통지하면 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되거나, 사전통지에 의한 조사를 실시한 결과 조사거부나 방해로 조사의 목적을 달성할 수 없었던 경우를 생각해 볼 수 있다. 끝으로 압수·수색의 대상은 구체적·개별적으로 특정되어야 하고, 포괄적 강제수사를 허용하는 일반영장은 금지된다는 ‘형사소송법’상의 원칙은 행정영장에도 그대로 적용되는 것이 타당하다.²⁶³⁾

261) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 204-207.

262) 박현정, “행정영장제도 도입의 주요 쟁점”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 55-56.

263) 박현정, “행정영장제도 도입의 주요 쟁점”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표), 56.

제5절 소결

헌법상 적법절차원칙을 행정조사 과정에서 구현하는 한편, 피조사자의 방어권을 보장하기 위해 행정영장제도를 도입할 필요가 있어 보인다. 미국에서는 형사영장보다 완화된 상당한 이유로 발부되는 행정영장을 도입하되, 판례를 통해 개별산업별로 영장 없는 행정조사의 예외를 인정하고 있다. 유럽에서는 사생활과 주거에 대한 권리 제한 시 절차적 보장에 대한 근거로 유럽인권협약(이하 ‘인권협약’) 제8조와 유럽연합 기본권헌장 제7조를 두고 있다. 그리고 유럽인권재판소는 전문적 또는 상업적 목적으로 사용되는 건물도 인권협약상의 주거의 개념에 포함되는 것으로 해석하였다. 따라서 프랑스의 경쟁당국이 반(反)경쟁행위의 단서를 발견하고 증거를 확보할 목적으로 실시한 행정조사에서 영장 없이 사업장 구역을 수색하고, 관련 자료를 압수한 행위는 인권협약 제8조를 위반하는 것으로 보았다. 나아가 유럽연합 집행위원회는 유럽연합기능조약에 따라 부당공동행위 등 반(反)경쟁적 행위를 한 것으로 의심되는 사업장을 조사할 권한이 있지만, 유사시 강제적 조치를 사용하려면 회원국의 지원이 필요하다. 그리고 지원을 요청받은 회원국은 이를 승인하기에 앞서 사법부의 심사를 거치는바, 독립적인 기관이 강제적 조치의 사용 여부를 심리하고 결정한다는 점에서 영장발부절차와 다소 유사한 측면을 보인다.

외국의 사례와 달리 국내에서는 형사소추절차로 이행되는 경우를 포함하여 권력적 행정조사를 실시함에 있어 법관으로부터 형사영장을 발부받고 있다. 다만, 형사절차와 다른 행정절차의 특수성을 고려하고, 개별 행정 분야마다 추구하는 목적이 서로 다르다는 점을 감안하면, 행정영장을 도입하는 것이 적절해 보인다. 행정영장은 행정조사의 사법적 통제에 기여하며, 기존에 논란이 되던 행정조사의 문제점을 효과적으로 개선할 수 있을 것으로 보인다. 또한 중립적이고 독립적인 기관의 심사로 자의적인 강제처분을 방지하려는 영장주의의 본질을 행정조사에 적용하여, 행정영역에서 적법절차원칙을 구현할 수 있다는 장점을 가진다. 다만, 행정영장

제도가 도입된 이후, 행정기관이 손쉽게 강제력을 동원할 수 있는 수단으로 제도가 악용될 수 있고, 사법부가 행정기관의 강제력 행사에 면죄부를 주는 효과만 발생할 수도 있어서²⁶⁴⁾ 제도 설계에 신중을 요한다.

264) 행정조사기본법에 직접적인 근거규정을 두고 모든 행정조사 분야에서 영장청구 요건만 충족하면 영장을 발급받을 수 있도록 할 경우, 영장청구 사건 수가 지나치게 많아져서 영장발급을 위한 심사가 제대로 이루어지지 않을 수 있고, 적법하게 영장을 청구하고 집행할 수 있는 인적·물적 자원이 구비되지 못한 상황에서 행정기관에 강력한 권한이 부여됨에 따라 조사대상자의 방어권 보호라는 원래의 취지를 살리지 못한 채 강제력 행사를 허용하는 결과를 가져올 수 있다는 견해로 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 236-237.

제3장 행정조사와 진술거부권

제1절 문제의 소재

헌법은 제12조 제2항에서 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 하여 후단을 통해 진술거부권을 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 형사피의자나 형사피고인은 수사절차 또는 공판절차에서 국가공권력으로부터 신문이나 질문을 받을 때, 그에 관한 대답이 자신의 죄에 대해 증언 또는 자백하는 내용이 되는 경우와 같이 자신에게 불리하다고 생각되면, 그 답변이나 진술을 거부할 수 있는 권리를 가진다. 그런데 헌법재판소는 형사책임과 관련된 진술이라면 범죄사실에 관한 자백 외에도 간접사실이나 범죄사실의 발견에 단서를 제공하는 진술도 헌법상 진술거부권으로 보호되며, 형사절차에서 행하여진 진술뿐만 아니라 행정절차나 국회에서의 조사절차 등에서 행하여진 진술도 진술거부권의 보호대상에 포함된다고 보았다.²⁶⁵⁾

개별 행정법령에서는 행정상의 단속 목적을 위하여 조사의 수단으로 자료제출명령이나 사업장 출입조사 등을 규정한 경우가 있다. 그런데 행정기관의 자료제출명령을 거부하거나 조사를 거부·방해하는 행위에 대하여 일정한 벌칙을 규정하여 제재를 부과하거나, 일정한 기장(記帳)·보고, 신고·등록의무를 규정함으로써 진술을 강제하기도 한다. 특히 이러한 진술의무가 형사적인 책임의 증거를 획득하기 위하여 부과될 경우, 관련법을 위반한 피조사자의 입장에서는 실체적인 진실에 부합하는 자료를 제출하면 자신의 법 위반 사실을 인정하는 것이 되고, 자료제출을 거부하면 벌칙규정에 의하여 처벌받으므로, 이러한 규정들이 헌법상 진술거부

265) 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정; 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정; 헌법재판소 2005. 12. 22. 2004헌바25 결정 등.

권을 침해하는 것은 아닌지 문제된다.

또한 헌법재판소에서 진술거부권이 문제된 사건을 살펴보면, 상당수가 형사절차에서의 보장보다는 행정절차나 법규를 통하여 이루어지는 공적인 진술의 강제에 대해 진술거부권을 주장하는 사건들이었고,²⁶⁶⁾ 주로 진술거부권이 법률로써 구체화되지 아니한 영역에서 다툼이 발생하였다. 이하에서는 미국과 유럽에 대한 비교법적 고찰을 통해 우리나라 행정조사에서 개선할 점을 도출하고, 피조사자의 진술거부권을 보장하기 위한 방안을 모색해 본다.

제2절 비교법적 고찰

I. 미국

1. 법적 근거

연방헌법 수정 제5조²⁶⁷⁾는 “누구든지 어떠한 형사사건에서도 자신에게 불리한 증언을 하도록 강요당하지 아니한다”고 규정하여, 강제적인 자백으로부터 피의자 또는 피고인을 보호하고 있으며, 이러한 자기부죄금지의 원칙으로부터 도출된 자기부죄거부권²⁶⁸⁾은 오늘날까지도 헌법상의 권

266) 예를 들면, 교통사고 운전자에게 신고의무를 부담시키는 구 도로교통법 제50조 제2항 등에 대한 위헌심판, 헌법재판소 1990. 8. 27. 89헌가118 결정; 운전자에게 주취여부의 측정에 응할 의무를 지우는 구 도로교통법 제41조 제2항에 대한 위헌제청사건, 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가 11결정; 정당의 회계책임자에게 정치자금 수입·지출에 관한 내역을 기재하고 선관위에 보고하도록 하는 구 정치자금법 제31조 제1호 등에 대한 위헌소원, 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바25 결정 등이 있다.

267) 미합중국 헌법 수정 제5조(Constitution of the United States of America, Amendment V)는 적법절차의 원리, 일사부재리의 원칙, 자기부죄금지의 원칙, 공용수용에 관한 내용을 정하고 있다. 그 중 자기부죄금지의 원칙은 다음과 같이 규정하고 있다. “nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”

리로 인정되고 있다. 다만, 이는 법인의 경우에 적용되지 않으며, 개인에게만 그것도 부분적으로 적용된다.²⁶⁹⁾ 자기부죄금지원칙의 적용범위를 확장할 경우, 필연적으로 정부 당국의 정보 수집 필요성과 충돌하게 된다는 점에서²⁷⁰⁾ 연방대법원도 초기에는 행정조사 과정에서 자기부죄거부권이 일반적으로 적용된다는 태도를 취하였으나, 점차 그 예외를 널리 인정하였다.

2. 행정조사의 수단

미국은 행정조사의 수단으로 “소환장”(subpoenas) 발부권, 현장조사, 보고서 요구권을 활용하고 있다. 그중 소환장 발부권은 우리나라에 없는 미국법상의 특수한 제도로 행정기관이 소환장을 발부하여 증인의 출석, 회계장부 등 각종 문서와 기록의 제출을 요구할 수 있는 권한을 말한다. “연방행정절차법”(Administrative Procedure Act) 제555조 제d항²⁷¹⁾에 따르면 행정기관은 법령에서 권한을 부여받은 경우, 소환장을 발부할 수 있다.²⁷²⁾ 다만, 소환장을 통해 상대방으로부터 제출받기를 원하는 증거자

268) 미국 판례 원문을 보면, “privilege against self-incrimination”이라는 표현을 주로 사용하는데, 이를 우리말로 번역하면 자기부죄거부특권 내지는 자기부죄거부권으로 해석된다는 점에서 미국법을 논할 때는 진술거부권 대신 자기부죄거부권이라는 표현을 주로 사용하기로 한다.

269) Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014), 370.

270) Jesse S. Waldinger, “California v. Byers: Hit-and-Run Statutes and the Privilege against Self-Incrimination”, 38 Brooklyn Law Review 728 (1972).

271) **Administrative Procedure Act §555. Ancillary matters**

(d) Agency subpoenas authorized by law shall be issued to a party on request and, when required by rules of procedure, on a statement or showing of general relevance and reasonable scope of the evidence sought. On contest, the court shall sustain the subpoena or similar process or demand to the extent that it is found to be in accordance with law. In a proceeding for enforcement, the court shall issue an order requiring the appearance of the witness or the production of the evidence or data within a reasonable time under penalty of punishment for contempt in case of contumacious failure to comply.

272) 한현희, “행정조사의 한계에 관한 연구 - 위법성 판단기준의 구체적 정립을

료가 조사목적과 관련성을 갖고, 합리적인 범위 내에 있음을 행정기관이 입증하여야 한다. 만일 소환장의 적법 여부에 관한 다툼이 있을 경우, 법원이 적법성을 심사하게 된다. 행정기관이 발부하는 소환장은 일종의 통지에 불과하며, 법원에 의하여 집행되기까지는 어떠한 법적 효과도 없다는 점에서 법원이 발부하는 영장과 구별된다.²⁷³⁾ 따라서 수령인이 소환에 응하지 않는 경우, 행정기관은 자력으로 이를 강제할 수 없고, 법원에 집행명령을 발하여 줄 것을 신청하게 된다. 법원은 소환장의 강제이행이 적법한지를 심사한 다음, 적법하다고 판단되면 적정 기한을 주고 증거나 자료의 제출 혹은 증인의 출석을 명령할 수 있으며, 반대로 적법하지 않다고 판단되면 소환장의 강제이행을 승인해 주지 않을 수 있다. 만일 법원의 승인이 있는 후에도 상대방이 법원의 집행명령에 따르지 않으면 범정모독죄로 처벌할 수 있고, 명령의 이행이 있을 때까지 구금할 수 있다.²⁷⁴⁾ 이러한 소환장 발부제도는 “내국세입청”(Internal Revenue Service), “연방거래위원회”(Federal Trade Commission), “증권거래위원회”(Securities and Exchange Commission) 등 미국의 여러 행정기관에서 활용하고 있다.²⁷⁵⁾

다음으로 현장조사는 주택 혹은 사업소에 출입하여 일정한 사항을 조사하는 것을 말한다. 그리고 보고서 요구권이란 행정기관이 개인이나 단체 또는 회사에 대하여 필요한 정보를 특정한 양식으로 요구하는 권한을 말한다. 이러한 보고서 요구권은 소환장과 동일하게 조사대상자에 대하여 문서의 형태로 정보를 구하는 것이나, 소환장이 회사의 일상기록과 같은 현존기록의 제출을 요구하는 것이라면 보고서 요구권은 특정질문에 관한 답변서, 연차보고서, 특별보고서와 같이 소정의 양식에 따른 회답을

중심으로 -', 석사학위논문, 서울대학교, (2018), 54.

273) 김민배, “미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차”, 한국산업보안연구 제9권 제2호 (2019. 12.), 63.

274) 김지현, “행정절차상 진술거부권의 인정범위와 작용에 관한 연구”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2015), 57-58.

275) 김민배, “미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차”, 한국산업보안연구 제9권 제2호 (2019. 12.), 63.

요구한다는 점에서 그 차이가 있다.²⁷⁶⁾

행정조사 거부에 따른 제재수단이 존재한다는 점은 미국과 우리나라가 유사하나, 미국은 소환장 발부제도와 관련하여 법원이 소환장에 대한 승인 여부를 한 차례 심사하고 있다. 이에 따라 피조사자는 행정기관의 자료제출 요구에 대한 정당성과 그 범위의 합리성 등을 판단받을 수 있다는 점에서 우리나라와 차이를 보인다.

3. 판례의 분석

(1) 개관

연방헌법 수정 제5조는 형사절차를 전제로 하여 자기부죄거부권을 인정하고 있으나, 연방대법원은 이러한 권리를 형사, 민사, 행정, 사법, 조사, 심판 등과 같은 모든 절차에서 주장할 수 있는 것으로 해석하고 있다.²⁷⁷⁾ 그리고 판례는 예전부터 수정 제5조의 자기부죄거부권이 형사사건은 물론이고 행정조사에도 적용되는 것으로 해석하였다.²⁷⁸⁾ 다만, 연방대법원은 영장주의와 마찬가지로 초기에는 행정조사 과정에서 자기부죄거부권이 일반적으로 적용된다는 입장을 취하였으나, 점차 그 예외를 널리 인정하였다.²⁷⁹⁾ 이하에서는 행정조사와 관련하여 자기부죄거부권이 적용되지 않은 사례들을 크게 다섯 가지 경우로 나누어 검토한다.

(2) 단체의 기록

연방대법원은 Hale 판결²⁸⁰⁾을 통해 자기부죄거부권이 개인이 대하여만

276) 한현희, “행정조사의 한계에 관한 연구 - 위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로 -”, 석사학위논문, 서울대학교, (2018), 55.

277) *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, 378 U.S. 52, 94(1964).

278) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886).

279) 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38조 제2호 (2014. 5.), 56.

280) *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906).

적용될 뿐 법인 등의 단체에 대하여는 적용되지 않는다고 하였다. 본 사안을 구체적으로 살펴보면, MacAndrews & Forbes 회사의 회계담당자였던 Hale은 주(州)간 거래 과정에서 독점 및 거래제한 등을 금지하는 셔먼법과 관련하여 다른 기업과 주고받은 서신 및 계약 관련 문건들의 제출을 요구하는 “소환장”(subpoena)을 송달받았다. 그러나 Hale은 소환장에서 요구하는 서류의 제출을 거부하였고, 비록 소환장의 내용에 따라 “대배심”(grand jury)에는 출석하였으나 진술거부권을 행사하여 법정모독죄로 처벌받을 위기에 처하였다.²⁸¹⁾ 이에 관하여 연방대법원은, 연방헌법 수정 제5조에 근거한 자기부죄거부권은 개인의 시민으로서의 자유만을 보호할 뿐 기업의 경제적인 이익을 수호하는 것이 아니라는 이유로 기업에는 적용되지 않고, 개인은 기업을 대신하여 자기부죄거부권을 주장할 수 없다고 판시하였다. 나아가 기업과 같은 법인은 주(州)에 예속된 것이자 공공의 이익을 위해 설립된 것으로 추정되고, 입법부는 기업이 법에서 정한 것을 넘어서 자신의 권한을 행사하는 등 권한을 남용하였는지를 조사할 권한이 있으므로 기업에 대하여는 관련 장부와 서류의 제출을 요구할 수 있다고 보았다.²⁸²⁾ 이와 같은 연방대법원의 입장은 시간이 지남에 따라 더욱 확장되었는데, 예를 들어 노동조합과 같은 법인격 없는 단체, 3인 이하의 동업 관계에 있는 단체의 기록에도 수정 제5조가 적용되지 않는다고 판시한 것이 그러하다.²⁸³⁾

(3) 타인이 보관하고 있는 기록

Couch 판결²⁸⁴⁾에서는 납세의무자의 사업 및 세금 관련 기록을 회계사가 소유하고 있고, 그 내용이 납세의무자 본인에게 불리하게 작용하는

281) Hale v. Henkel, 201 U.S. 43, 44-46 (1906).

282) Hale v. Henkel, 201 U.S. 43, 74-75 (1906).

283) 김영조, 김영조, “미국 행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰”, 토지공법연구 제21집 (2004. 3.), 172.

284) Couch v. United States, 409 U.S. 322 (1973).

경우, 그러한 기록들에 대하여도 연방헌법 수정 제5조의 자기부죄거부권을 행사할 수 있는지 문제되었다. 이에 관하여 연방대법원은 조사의 직접 상대방이 아닌 타인으로부터 본인에게 불리한 진술이나 자료의 제출을 요구하는 데에는 자기부죄거부권이 적용되지 않는다고 보았다. 특히 본 사안에서 행정기관의 소환장 발부와 이것의 집행을 위한 지방법원의 명령은 회계사를 상대로 한 것이지 납세의무자 본인에게 한 것이 아니므로, 본인에게는 어떠한 것도 강요하지 않았고, 따라서 수정 제5조에서 금지하는 ‘자신에게 불리한 증언을 강요’한 것이 아니라고 판시하였다.²⁸⁵⁾ 게다가 납세의무자가 자신의 사업 기록을 자발적으로 회계사에게 제공한 이상, 사생활 보호에 대한 기대는 없어진 것이나 다름없고 해당 기록의 소유권도 회계사에게 있으므로 납세의무자가 해당 기록에 대하여는 자기부죄거부권을 행사할 수 없다고 보았다.²⁸⁶⁾

(4) 제출이 강요되지 않은 사적 기록

연방대법원은 Fisher 판결²⁸⁷⁾에서 실시하기를, 변호사에 대한 자료제출요구는 납세의무자인 의뢰인에게 어떠한 행위를 하도록 강요한 것이 아니고, 따라서 헌법상의 자기부죄거부권을 침해한 것이 아니라고 하여 Couch 판결과 유사한 법리를 보였다. 본 사안을 구체적으로 살펴보면, ‘연방소득세법’에 따른 민·형사상의 책임을 묻기 위한 조사를 받고 있던 납세의무자는 회계사로부터 특정 문서를 입수한 후, 동 문서를 변호사에게로 이전하였다. 이러한 사실을 인지한 내국세입청(IRS)은 변호사에게 소환장을 보내 해당 문서의 제출을 명령하였으나 변호사가 이를 거부하였다. 이에 연방대법원은 변호사에 대한 소환장 집행이 납세의무자에게 어떠한 조치도 강요하지 않았으며, 납세의무자로 하여금 자신에게 불리

285) Couch v. United States, 409 U.S. 322, 329 (1973).

286) Couch v. United States, 409 U.S. 322, 336 (1973).

287) Fisher v. United States, 425 U.S. 391 (1976).

한 증언을 하도록 강요한 것이 아니므로 납세의무자에게 보장된 헌법상의 자기부죄거부권을 침해하는 것이 아니라고 판시하였다.²⁸⁸⁾

다만, 본 사안의 납세자는 세무조사에서 법률상 조력을 얻을 목적으로 특정 서류에 대한 소유권을 자신에게서 변호사로 이전하였으므로, 납세자에게 소환증을 발부하여 취득할 수 없었던 서류는 변호사-의뢰인의 특권에 의하여 변호사에게 소환장을 보내서도 마찬가지로 취득할 수 없다고 보았다. 따라서 당해 문서가 납세자의 소유 아래 있었던 동안 납세자에게 소환장을 발부하여 동 문서를 얻을 수 있었는지 여부가 문제되었다. 하지만 납세자가 받아서 변호사에게로 이전해 준 문서는 회계사가 생산한 문서로, 이는 회계사의 소유이지 납세자 본인의 사적인 서류가 아니라는 점에서 동 문서는 헌법 수정 제5조에 기한 자기부죄거부권의 대상이 될 수 없다고 판시하였다.²⁸⁹⁾

(5) 법에서 보관을 요구한 기록

연방대법원은 Shapiro 판결²⁹⁰⁾을 통해 자기부죄거부권의 적용을 배제하는 이른바 “공적 기록의무 법리”(required records doctrine)²⁹¹⁾를 구성하였다.²⁹²⁾ 이는 즉, 법령에서 공공의 이익을 위해 일정한 기록을 보관하도록 규정하고 있는 경우에는 당해 기록이 자기부죄거부권의 보호 대상에서 배제된다는 논리이다. 이로써 보관 의무가 규정된 기록은 연방헌법

288) Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 394-397 (1976).

289) Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 409 (1976).

290) Shapiro v. United States, 335 U.S. 1 (1948).

291) 공적 기록의무가 인정되면, 자기부죄거부권의 적용이 배제된다는 점에서 “공적 기록의무의 예외”(required records exception)라고도 하는데, 이러한 표현을 사용한 예로는 박현정, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표), 77.

292) Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 University of Chicago Law Review 6, 6-11 (1986).

수정 제5조의 보호범위에서 벗어난 “공적인 문서”(public documents)가 되었다.²⁹³⁾

Shapiro 사건에서 문제된 “긴급가격통제법”(Emergency Price Control Act of 1942, 이하 ‘가격통제법’)에 따르면, 제2차 세계대전과 같은 전시 상황에서 생필품 거래상들은 물건의 가격과 판매량 및 배송 이력 등을 기록하여 보관하고, 당해 기록에 대한 “행정조사”(administrative inspection)를 허용할 의무가 있었다. 한편, 동법은 1893년의 “강제증언법”(Compulsory Testimony Act of 1893)상 면책 조항을 포함한다고 명시함으로써, 상인이 소환장의 내용을 준수할 경우, 자기부죄거부권이 적용되는 범위 내에서 기소를 면제하도록 규정하고 있었다.²⁹⁴⁾

Shapiro는 ‘가격통제법’에 따른 허가를 받아 청과 도매업을 운영하던 상인으로, 소환장에 따라 1944년 9월 1일부터 28일까지의 판매 장부, 재고기록, 계약서 등을 제출하면서 이후 문제가 발생하더라도, 헌법상 자기부죄거부권에 근거한 면책권이 있음을 주장하였다. 그러나 “물가관리국”(Office of Price Administration)은 불법적으로 “끼워팔기”(tie-in sales) 혐의로 Shapiro를 기소하였다.²⁹⁵⁾ 이에 연방대법원은 Shapiro에게 유죄를 선고한 하급심 법원의 결정을 지지하며, 상인의 기록이 비록 사적(私的)인 문서처럼 보이지만 공공의 이익을 위해 법령에서 보관을 의무화하고 행정조사를 허용하도록 규정한 이상, 당해 기록은 공적(公的)인 문서에 해당한다고 보았다. 그리고 이에 대해서는 헌법상 자기부죄거부권에 따른 보호를 제공하지 아니한다고 판시하였다.²⁹⁶⁾

293) Shapiro v. United States, 335 U.S. 1, 5 (1948); Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 University of Chicago Law Review 6, 12 (1986).

294) Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 University of Chicago Law Review 6, 11 (1986).

295) Shapiro v. United States, 335 U.S. 1, 3-6 (1948); Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 University of Chicago Law Review 6, 11 (1986).

296) Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014), 371; Shapiro v.

(6) 보고의 강요

연방대법원은 자기부죄거부권이 범죄 행위를 용이하게 만들기 위한 것이 아니며, 자기부죄거부권을 주장하는 사람이 유사한 상황에 처한 다른 모든 사람들에게 부과되는 사회적 의무로부터 자유롭지 않는다는 것을 보여주었는데, 대표적인 예가 Sullivan 판결²⁹⁷⁾이다.²⁹⁸⁾ 본 사안에서 연방대법원은 과세표준 확정신고와 같이 행정기관에 일정한 사항을 신고할 것이 의무로 규정되어 있는 경우, 자기부죄거부권이 적용되지 않으며, 이를 위반하여 신고 의무를 이행하지 않은 Sullivan에게 유죄를 선고하였다.²⁹⁹⁾ 나아가 불법적인 주류 거래로 얻은 이익이 소득에 포함되는 등 사업을 수행하는 과정에서 범죄 행위를 저질렀을 수도 있다는 이유만으로 모든 국민에게 부과되는 소득세 납부 의무를 면제해 줄 이유는 없다고 판시하였다.³⁰⁰⁾

다음으로, Byers 판결³⁰¹⁾에서 연방대법원은 헌법상 보호되는 개인의 기본권인 ‘자기부죄거부권’과 공익을 위해 ‘신고의무를 부과’하는 것 사이의 긴장관계를 해소하기 위하여, 공·사익 “비교형량”(balancing)이라는 법익 균형성 심사방식을 채택하였다. 당시 캘리포니아의 법령은 차량을 포함하여 재산상의 피해를 초래하는 사고에 연루된 모든 운전자로 하여금 사고 현장에서 즉시 차량의 운행을 멈추고, 피해자(소유자 또는 책임

United States, 335 U.S. 1, 3-6 (1948); Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 University of Chicago Law Review 6, 12 (1986).

297) United States v. Sullivan, 274 U.S. 259 (1927).

298) Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 University of Chicago Law Review 6, 33-44 (1986).

299) Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 University of Chicago Law Review 6, 24 (1986).

300) United States v. Sullivan, 274 U.S. 259, 263 (1927).

301) California v. Byers, 402 U.S. 424 (1971).

자)를 찾아서 알리도록 규정하고 있었다. 그러나 Byers는 “교통사고를 일으킨 후 정차하지 않았고”(hit and run), 피해자에게 자신의 이름과 주소를 알리지 않는 등 결과적으로 재산상 손해를 야기한 채 도주한 혐의로 기소되었다. 재판과정에서 Byers는 교통사고의 신고의무를 부과한 법령이 헌법상의 자기부죄거부권을 침해하는 것이라고 주장하였다.³⁰²⁾

하지만 연방대법원은 법령을 통한 신고의무의 부과가 형사 범죄의 수사를 용이하게 할 목적으로 입법한 것이 아니라 자동차 사고로 인해 발생하는 민사상 손해배상책임의 이행을 촉진하기 위한 것이라고 하였다. 그리고 민사 목적을 위한 의무적 자진 신고가 운전자를 어느 정도 형사 처벌의 위험에 노출시켰음에도 불구하고, 민사 책임의 부과를 위해서는 마땅히 허용되어야 한다고 보았다.³⁰³⁾ 또한 이름과 주소를 신고하는 것은 “본질적으로 중립적인”(essentially neutral) 행위로서 객관적인 사실만 알리는 것이므로 그 자체가 증언을 강요하는 것은 아니라고 판단하였다.³⁰⁴⁾ 나아가 질서유지와 공공복리라는 공익을 위해 자진 신고의 이행이 필요한 반면, 신고로 인한 기소의 위험이 없거나 기소의 가능성이 상당하지 않다면, 신고를 강제하더라도 헌법상의 자기부죄거부권을 침해하지 않는다고 판단한 것으로 보인다.³⁰⁵⁾

이와 반대로 *Albertson* 사건³⁰⁶⁾에서 연방대법원은 공산주의와 관련된 단체를 상대로 간부 및 조직원의 이름과 조직현황 등을 정부에 등록하도록 요구한 법령이 헌법상의 자기부죄거부권을 침해하기 때문에 위헌이라고 판단하였다. 해당 법령은 “내재적으로 범죄행위를 의심받는 특정 집단”(a selective group inherently suspect of criminal activities)을 겨냥한 것으로 등록 이후 형사소추의 위험이 발생한다는 점에서 “본질적으로

302) *California v. Byers*, 402 U.S. 424, 425-426 (1971).

303) Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 *University of Chicago Law Review* 6, 35 (1986).

304) *California v. Byers*, 402 U.S. 424, 424-425 (1971).

305) Alison Bisset, “The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives”, 30 *Leiden Journal of International Law*, 155, 167-172 (2017).

306) *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70 (1965).

비형사적이며 행정규제적인 영역”(an essentially noncriminal and regulatory area of inquiry)이 아니고, 따라서 수정 제5조의 자기부죄거부권이 적용되는바, 이를 위반한다고 보았다.³⁰⁷⁾

II. 유럽인권협약과 유럽연합

1. 진술거부권과 방어권

진술거부권은 공적 절차에 있어서 종국적으로 형사책임을 지게 될 가능성이 있는 경우에 그와 관련된 사실에 대하여 진술을 거부할 수 있는 권리 내지는 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리를 말한다. 이러한 진술거부권은 보다 넓은 범주의 권리인 “방어권”(the rights of defence)을 구성하는 필수적 요소에 해당하며,³⁰⁸⁾ 방어권에는 진술거부권 뿐만 아니라 청문권, 기록접근권, 변호인의 조력을 받을 권리 등이 존재한다. 방어권은 중요한 절차적 권리로서 유럽인권협약, 기본권헌장, 유럽연합 법원의 판례법³⁰⁹⁾ 등에 따라 인정된다. 이하에서는 유럽인권협약과 기본권헌장을 순차적으로 살펴보고자 한다.³¹⁰⁾

307) *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, 382 U.S. 70, 79 (1965); Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, *Administrative law and process*, Minnesota: Foundation Press (2014), 371.

308) 행정법 영역에서 방어권이란 행정기관이 어떠한 결정을 내리기 전에 반드시 상대방의 의견을 청취하여야 함을 의미한다는 내용으로 장운영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로 -”, *행정법연구* 제68호 (2022. 8.), 155.

309) Paul Craig, *EU administrative Law*(3rd ed.), Oxford, England: Oxford University Press (2018), 374.

310) 국내의 행정법과 헌법 등 분야에서 EU법상의 행정조사와 진술거부권의 문제에 관한 다양한 비교법적 연구가 이루어졌는데, 관련 선행연구를 시기순으로 나열하면 박지현, “진술거부권에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교 (2007); 박지현, “행정상 진술거부권과 그 제한”, *민주법학* 제33호 (2007. 3.); 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, *고려법학* 제72호 (2014. 3.); 김지현, “행정절차상 진술거부권의 인정범위와 작용에 관한 연구”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2015); 김현귀, “헌법상 진술거부권 - 헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로” [연구보고서], 헌법재판소 (2017. 2.); 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, *행정법연구* 제63호 (2020. 11.); 장

2. 유럽인권협약 제6조

진술거부권은 형사법적 위반 사실을 스스로 인정하지 않을 권리와 진술을 강요당하지 않을 권리로, 형사절차에서는 주로 “묵비권”(right to remain silent)과 “자기부죄거부권”(right not to incriminate oneself / right to avoid self-incrimination)을 통해 나타난다.³¹¹⁾ 묵비권은 질문에 답하거나 진술하기를 거부하고 ‘침묵할 권리’ 혹은 말하지 않을 자유를 의미하며, 자기부죄거부권은 ‘자신의 죄를 인정하지 아니할 권리’를 가리킨다. 다시 말해 묵비권은 혐의의 개념으로, 질문과 답변처럼 말로써 하는 대화나 그 문답을 받아 적는 언어적인 진술의 거부를 지칭한다. 이와 달리 자기부죄거부권은 광의의 개념으로, 답변이나 진술 외에 자신의 죄를 입증할만한 서류나 자료 등 물적 증거의 제출 거부까지 포함한다.³¹²⁾

비록 유럽인권협약(이하 ‘인권협약’)에는 진술거부권 보장에 관한 명문의 규정이 없으나, 유럽인권재판소는 진술거부권이 인권협약 제6조³¹³⁾에

윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로 -”, 행정법연구 제68호 (2022. 8.) 등.

311) Tommaso Rafaraci·Rosanna Belfiore, EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office, Springer International Publishing (2018), 14.

312) Andrzej Sakowicz, “Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European court of human rights case law”, Ius Novum (2018. 2.), 121; 김현귀, “헌법상 진술거부권 - 헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로” [연구보고서], 헌법재판소 (2017. 2.), 9-10; 장윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로 -”, 행정법연구 제68호 (2022. 8.), 155.

313) **유럽인권협약 제6조 - 공정한 재판을 받을 권리(Right to a fair trial)**

1. 모든 사람은 민사상의 권리 및 의무(civil right and obligation), 또는 형사처벌(criminal charge)의 결정(determination)을 위하여 법률에 의하여 설립된 독립적이고 공평한 재판기관(independent and impartial tribunal)에 의하여 합리적인 기간 내에 공정한 공개심리(fair and public hearing)를 받을 권리를 가진다. 판결을 공개적으로 선고되며, 다만 민주사회에 있어서의 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 위한 경우, 미성년자의 이익이나 당사자들의 사생활보호를 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 사법상 이익을 해할 특별한 사정이 있다고 법원이 판단하는 경우 엄격히 필요한 한도 내에서 보도기관 또는 공중에 대하여 재판의 전부 또는

따른 “공정한 재판을 받을 권리”(right to a fair trial)의 핵심에 놓여있는 개념이자³¹⁴⁾ 통상 인정되는 국제적인 기준이라고 본다.³¹⁵⁾ 인권협약 제6조 제1항은 “대심 절차”(adversarial proceeding)에서의 공정한 심리 개념을 주요 내용으로 하는 등³¹⁶⁾ 공정한 재판의 일반적인 원칙을 규정하고 있고, 동조 제2항은 무죄 추정의 원칙을 명시하고 있는데, 이러한 두 조항에서 진술거부권이 도출된다는 것이다.³¹⁷⁾ 그리고 형사절차에서 검사는 피고인의 의사에 반하여 강요나 억압의 방법으로 얻은 증거에 의존하지 않고, 다른 수단을 통해 피고인이 유죄라는 주장을 입증해야 하는데, 이를 전제로 할 때 진술거부권은 인권협약 제6조 제2항에 포함된 무죄 추정의 원칙과 특히 밀접하게 연관되어 있다고 한다.³¹⁸⁾

공정한 재판을 받을 권리는 협약에서 명문으로 규정한 바와 같이 유·

일부가 공개되지 아니할 수 있다.

2. 모든 형사피의자(Everyone charged with a criminal offence)는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지는 무죄로 추정된다.
3. 모든 형사피의자는 다음과 같은 최소한의 권리를 가진다.
 - a. 그에 대한 기소(accusation)의 성격 내지 이유를 그가 이해하는 언어로 신속하고 상세하게 통보받을 것.
 - b. 자신의 변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것.
 - c. 직접 또는 본인이 선택한 법적 조력을 통하여 자신을 변호할 것, 또는 법적 조력을 위한 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하지만 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우에는 무료로 법적 조력이 부여될 것.
 - d. 자기에게 불리한 증인을 신문하거나 신문받도록 할 것, 그리고 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자신을 위한 증인을 출석시키도록 하고 또한 신문받도록 할 것.
 - e. 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 또는 말할 수 없는 경우에는 무료로 통역의 조력을 지원받을 것.

위 조항의 번역에 관하여는 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, 행정법연구 제63호 (2020. 11.), 176. 참조.

314) 김현귀, “헌법상 진술거부권 - 헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로” [연구보고서], 헌법재판소 (2017. 2.), 9.

315) Ekaterina Rousseva, EU antitrust procedure, New York: Oxford University Press (2020), 370.

316) 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, 행정법연구 제63호 (2020. 11.), 177.

317) Ekaterina Rousseva, EU antitrust procedure, New York: Oxford University Press (2020), 369-370.

318) Andrew Ashworth, “Self-incrimination in European human rights law - a pregnant pragmatism?”, Vol. 30 No. 3, Cardozo Law Review, 751, 755 (2008).

무죄를 판단하는 형사재판뿐만 아니라 권리·의무관계가 확정되는 민사재판에서도 보장되어야 한다. 나아가 인권재판소는 판례를 통하여 군대, 교도소의 징계절차, 행정절차 등에도 인권협약 제6조를 적용하고 있다.³¹⁹⁾

3. 유럽연합 기본권헌장

방어권은 유럽연합법상 일반원칙의 필수적인 부분을 구성하는 기본권으로, 기본권헌장 제48조 제2항에서 명시적으로 규정하고 있으며, 이 외에도 제41조와 제47조에서 방어권과 관련된 내용을 찾아볼 수 있다.³²⁰⁾ 특히 제41조는 행정영역을 전제한 것으로 보이며, 제47조에 내재되어 있는 진술거부권은 비단 형사절차뿐만 아니라 행정조사 과정에도 적용될 수 있을 것으로 보인다. 각 조항을 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

우선, 기본권헌장 제41조³²¹⁾에서는 “좋은 행정에 관한 권리”(right to good administration)를 규정하고 있는데, 이는 행정에 대한 시민의 절차적 권리 보장으로 방어권과 밀접한 관련성을 갖는다. 특히 동조 제2항에

319) 이형석, “유럽인권협약 제6조 공정한 재판을 받을 권리에 관한 연구 — 외국판결의 승인·집행에 관한 유럽인권재판소 판례를 중심으로 —”, 법학논총 제42권 제3호 (2022. 8.), 297-298.

320) Ekaterina Rousseva, EU antitrust procedure, New York: Oxford University Press (2020), 342-343.

321) 제41조 좋은 행정에 관한 권리

1. 누구든지 그/그녀의 문제가 유럽연합의 기관, 조직, 사무소, 단체에 의해 편견 없이, 공정하게 그리고 상당한 기간 내에 처리될 것을 요구할 권리를 가진다.
2. 이 권리는 다음 각 호의 권리를 포함한다:
 - (a) 그/그녀에게 불리한 영향을 미칠 개별적 조치가 취해지기 전에 의견을 진술할 권리
 - (b) 정당한 신뢰 이익과 직업·영업상 비밀에 관한 이익을 존중하면서, 모든 사람이 자신의 기록에 접근할 권리
 - (c) 결정에 관한 행정기관의 이유제시의무
3. 누구든지 각 회원국의 법에 공통된 일반원칙에 따라 유럽연합의 기관 또는 공무원의 직무수행으로부터 야기된 손해에 대하여 배상청구권을 갖는다.
4. 누구나 자국의 언어로 유럽연합의 기관에 질의할 수 있고, 해당 기관은 같은 언어로 답변하여야 한다.

서 명시적으로 규정하고 있는 불이익처분절차 중 의견청취, 기록접근권, 처분의 이유제시의무는 자신에게 내려질 처분에 대응하기 위해 필수적으로 요청되는 중요한 방어권이라 할 수 있다. 그리고 제3항에 규정된 손해배상청구권은 행정의 적법성 통제에 간접적으로 기여할 수 있을 것으로 보인다.³²²⁾

다음으로, 기본권헌장 제47조³²³⁾는 “공정한 재판과 효과적인 구제에 관한 권리”(right to an effective remedy and to a fair trial)를 규정하는데, 이 중 공정한 재판을 받을 권리가 진술거부권과 관련된다. 유럽연합 사법재판소는 기본권헌장 제47조에서 정하는 공정한 재판을 받을 권리에 관한 내용이 유럽인권협약 제6조 제1항에서 정하는 공정한 재판을 받을 권리와 상응한다고 보았다.

끝으로, 기본권헌장 제48조³²⁴⁾에서 규정한 무죄의 추정과 방어권은 진술거부권과 밀접한 관련을 갖는데, 진술을 거부하였더라도 진술을 거부한 사실 그 자체가 불리하게 작용하여 유죄를 추단하는 근거로 사용되지 않음을 의미한다.³²⁵⁾ 유럽연합 사법재판소는 기본권헌장 제48조가 정하는 무죄추정의 원칙과 방어권에 관한 내용이 각각 유럽인권협약 제6조 제2항과 제3항에서 정하는 바와 유사하다고 보았다.

322) Ekaterina Rousseva, EU antitrust procedure, New York: Oxford University Press (2020), 338-345.

323) **제47조 공정한 재판과 효과적인 구제에 관한 권리**

유럽연합의 법이 보장하는 권리와 자유가 침해된 모든 사람은 본조에서 정하는 조건에 따라 재판소에서 효과적인 구제를 신청할 권리를 갖는다.

모든 사람은 사전에 법에 따라 설치된 독립적이고 공평한 재판소에서 합리적인 기간 내에 공정하고 공개적인 심리를 받을 권리가 있다. 모든 사람은 자문을 얻고, 방어하며, 대리인을 선임할 기회를 갖는다.

자력이 충분하지 않은 자에 대해서는 사법절차에의 효과적인 접근을 보장할 수 있도록 필요한 범위 내에서 법률구조를 이용할 수 있게 하여야 한다.

324) **제48조 무죄의 추정과 방어권**

1. 모든 피고인은 법에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정된다.

2. 피고인의 방어권에 대한 존중은 보장된다.

325) 장윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로 -”, 행정법연구 제68호 (2022. 8.), 158.

4. 판례의 분석

(1) 개관

행정조사 과정 중 자기부죄거부권의 적용을 인정한 유럽인권재판소의 판례를 중점적으로 살펴보고, 비록 형사절차에 관한 것이지만 자기부죄거부권의 침해 여부에 관한 유럽인권재판소의 판단기준을 보여주는 판례가 있어 함께 검토하고자 한다. 그리고 2021년에 유럽연합 사법재판소는 법인이 아닌 자연인을 상대로 한 행정조사에서 개인의 진술거부권 내지 자기부죄거부권에 관하여 주목할 만한 판결을 내렸다. 이는 행정조사에서 개인이 행사할 수 있는 진술거부권의 보호범위에 관한 최초의 유럽연합 사법재판소 판결로서 중요한 의미를 지니므로 이하에서 구체적으로 분석해 본다.

(2) 유럽인권재판소 판례

1) Funke 사건

Funke 사건³²⁶⁾에서 “프랑스 세관공무원”(French Customs Officer)은 Funke의 해외 자산에 관한 정보를 얻기 위해 자택을 수색하였고, 이 과정에서 Funke는 직업과 가족 때문에 다수의 외국은행 계좌를 보유하고 있음을 인정하였다. 이에 프랑스 세관당국은 은행계좌의 입출금기록뿐만 아니라 Funke가 독일에 보유하고 있는 자산과 관련된 세부적인 사항을 모두 제출하도록 요구하였고, 처음에는 Funke도 정보의 제공에 동의하는 듯하였으나, 이후 마음을 바꾸어 자료의 제출을 거부하였다.³²⁷⁾ 당시

326) Funke v. France, Application No. 10828/84, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 25 February 1993.

327) Funke v. France, Application No. 10828/84, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 25 February 1993, para 6-12.

프랑스 ‘관세법’에 따르면 자료제출명령에 불응 시, 10일 이상 1개월 이하의 금고형과 400프랑 이상 2,000프랑 이하의 벌금형에 처하며, 행정명령에 효력을 부여하는 법원의 결정에 따르지 않으면, 위반자는 준수할 때까지 매일 금전을 납부하여야 했다.³²⁸⁾ Funke는 자료제출 거부 시에 형사처벌을 규정한 동 조항이 유럽인권협약 제6조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리에 위배된다고 주장하였다. 그리고 이러한 주장을 뒷받침하기 위해 그는 인권협약에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 제6조에서 명시하고 있는 ‘공정한 재판’의 개념이 자기부죄거부권을 보호하는 방향으로 해석되어야 한다고 주장하였다.

이에 대해 “유럽인권위원회”(European Commission of Human Rights)는 국가의 경제적 복지를 위한 “조세 징수”(tax enforcement)의 중요성과 공·사익 간의 균형 유지를 강조하며, Funke의 주장을 기각하였다.³²⁹⁾ 하지만 유럽인권재판소는 위원회의 다수의견을 받아들이지 않고, 유럽인권협약 제6조 제1항 위반을 인정하였다. 유럽인권재판소에 따르면 자기부죄거부권은 수사 당국의 ‘부적절한 강요’로부터 형사피의자나 형사피고인을 보호하기 위한 것이므로, 재판부는 자기부죄거부권의 침해 여부를 판단하기 위해 우선, 강요행위가 있었는지 확인하고, 이어서 그러한 강요가 부적절한지를 평가한다. 사안에서 세관공무원은 존재 여부가 불확실한 문서를 다른 방법을 통해 확보하는 것이 아니라 협력에 거부하면 처벌받을 수 있다는 점을 강조하며, 위법행위를 했다고 여겨지는 자에게 자신의 유죄를 입증할만한 증거를 제출하도록 강요하였고, 재판부는 이러한 행위가 부적절한 강요로서 인권협약에 위반된다고 보았다.³³⁰⁾ 또한 자료제출 거부에 대하여 형사기소 및 벌금의 부과 강제력의 정도가 커서 권리의 본질적 부분을 침해한 것이라 하였다.³³¹⁾

328) Andrew S. Butler, “Funke V. France and the right against self-incrimination: A critical analysis”, Vol. 11 No. 4, Criminal law forum, 461, 462-463 (2000).

329) Andrew S. Butler, “Funke V. France and the right against self-incrimination: A critical analysis”, Vol. 11 No. 4, Criminal law forum, 461, 463 (2000).

330) 장윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 — EU 사례를 중심으로 —”, 행정법연구 제68호 (2022. 8.), 168.

법원의 판시사항을 구체적으로 살펴보면, 크게 3가지 사항을 도출해 볼 수 있다. 첫째, 자기부죄거부권은 구술증언뿐만 아니라 문서자료와도 관련이 있다. Funke는 관세당국으로부터 구두증언을 강요받지 않았으며, 당국의 조치도 Funke의 유죄 혐의를 입증할 만한 자료의 발견에만 집중되었다. 둘째, 자기부죄거부권은 제출 명령 이전에 존재하는 문서의 공개에도 적용된다. 관세당국은 Funke에게 자료를 새롭게 만들어 제출할 것을 요구하지 않았으며, 이미 존재하는 증거를 제출하도록 명령하였을 뿐이다. 셋째, 자기부죄거부권은 기소절차 이후 공식적인 재판단계뿐만 아니라 수사 및 조사단계에서도 적용된다. Funke에게 부과된 자료제출명령은 실질적인 법령 위반에 대한 혐의가 제기되지 않은 상태에서 행정청이 법령 위반 여부를 확인하기 위해 실시한 행정조사의 일환이었으며, 법원은 이와 같은 조사단계에서도 자기부죄거부권이 적용된다고 판시하였다.³³²⁾

2) Saunders 사건

Saunders 사건³³³⁾은 Guinness plc 社(이하 ‘Guinness’)의 前 최고 경영자인 Saunders가 1986년에 Distillers plc 社를 인수하고자 해당 기업의 주식을 공개 매입하는 과정에서 불법적으로 주식 매입을 지원하는 등 “불법 공모, 절도 및 회계장부 허위 기재”(conspiracy, theft and false accounting) 혐의로 형사재판을 받으면서 시작되었다. 구체적으로 주식 매입을 지원한 방식은 Guinness를 지지하는 자들로 하여금 주식시장에서 자사주를 매입하도록 하고, 이때 발생한 손실에 대한 보전과 함께 기업 인수에 성공할 경우의 성공보수를 제공할 것을 조건으로 제시하였다.

331) 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행정제재”, 행정법연구 제63호 (2020. 11.), 187-188.

332) Andrew S. Butler, “Funke V. France and the right against self-incrimination: A critical analysis”, Vol. 11 No. 4, Criminal law forum, 461, 465-466 (2000).

333) Saunders v. United Kingdom, Application No. 19187/91, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 17 December 1996.

이는 1985년의 회사법에서 규정한 자사주 매입 시 재정적 지원을 금지하도록 한 조항을 위반하는 행위였다.

영국의 “통상산업부”(Department of Trade and Industry, 이하 ‘DTI’)는 조사관을 지명하여 Saunders를 여러 차례에 걸쳐 조사하였는데, 관련 법령에 따르면 진술을 거부할 경우 법정 모독죄로 처벌되어 최대 2년 이하의 징역 또는 벌금이 부과될 수 있으며,³³⁴⁾ Saunders가 제공한 모든 문서와 답변은 재판에서 그에게 불리하게 사용될 수 있었다(이른바, 강제 신문 제도).³³⁵⁾ 실제로 행정조사 결과 DTI 조사관이 수집한 녹취록과 자료들은 수사기관에 전달되었으며, Saunders를 기소한 검찰은 이를 형사재판에서의 증거로 제시해서 결국 그는 유죄를 선고받았다. 당시 법원은 (i) 행정조사 과정에서 수집한 자료를 형사상 유죄의 증거로 사용하는 것은 부당하다는 피고인의 주장을 배척하였으며, (ii) 수사기관의 범죄 수사가 시작된 이후에도 DTI 조사관이 조사를 계속 진행한 사실 자체로 들며, 행정조사가 형사소송에서의 증거 수집을 위한 수단으로 활용되는 것은 절차의 남용이라는 피고인의 주장 역시 기각하였다.³³⁶⁾

1988년에 Saunders는 유럽인권위원회에 이의를 제기하며, 자신이 DTI 조사관의 강제적인 권한 하에서 자기부죄의 가능성이 있는 질문에 답변하였고, 이러한 진술이 추후 형사 기소에 사용된 것은 유럽인권협약 제6조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리 침해라고 주장하였다. 유럽인권위원회는 동 조항의 위반이 있었다는 견해를 표명하며 유럽인권재판소에 사건을 회부하였다.³³⁷⁾ 유럽인권재판소는 강제로 취득한 정보를 형사상

334) Andrzej Sakowicz, “Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European court of human rights case law”, *Ius Novum* (2018. 2.), 122.

335) Mike Redmayne, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, Vol. 27 No. 2, *Oxford Journal of Legal Studies*, 209, 212 (2007).

336) Joanna Gray, “Human rights and the investigation of fraud *Saunders v United Kingdom*”, Vol. 5 No. 2, *Journal of financial regulation and compliance*, 169, 169-170 (1997).

337) *Saunders v. United Kingdom*, Application No. 19187/91, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 17 December 1996, para 55-58.

유죄의 증거로 사용하는 것은 자기부죄거부권을 침해하는 것이며, 강제적으로 얻어낸 신청자의 진술이 실제로 유죄를 입증하지 않더라도 이는 유럽인권협약 제6조 위반이라고 판결하였다. 그리고 진술을 강제적으로 확보한 이상, 그러한 진술은 검찰의 기소 이후 형사절차에서 사용될 수 없어야 한다고 판시하였다.³³⁸⁾

3) Jalloh 사건

Jalloh 사건³³⁹⁾에서 수사기관은 형사절차 과정 중 증거의 수집을 위해 무력을 사용하였다. 이에 대해 유럽인권재판소는 질문에 대한 답변 거부 뿐만 아니라 자신의 유죄를 스스로 입증하지 않기 위해 특정 절차를 거부할 수 있는 권리도 자기부죄거부권에 포함된다고 하였고, 위 결정은 자기부죄거부권의 적용범위를 이해하는 데 있어 중요한 의미를 남긴 것으로 평가된다.³⁴⁰⁾

구체적으로 살펴보면, 1993년 10월 29일 경찰은 이 사건의 당사자(Mr. Abu Bakah Jalloh)가 입에서 작은 비닐봉지(소위 “bubble”)를 꺼내 다른 사람에게 돈을 받고 건네는 것을 목격하였다. 경찰은 마약 밀매가 의심되어 검거에 나섰지만, 마약을 발견하지 못했다. 검찰은 그가 삼켰을 가능성이 있는 마약을 확보하기 위해 의사가 구토제를 투여할 수 있도록 하는 처분을 내렸다. 하지만 그가 구토를 유발하는 약물의 복용을 거부하자, 경찰관들이 제압한 상태에서 의사가 튜브를 삽관하여 강제로 약물을 주입하였고, 다른 종류의 약물을 주사하기까지 하였다. 이후 코카인 0.2182g이 들어있는 작은 비닐봉지가 역류를 통해 발견됨에 따라 Jalloh는 구금되었다.³⁴¹⁾ 당사자는 강제 투약 이후 코피와 위통을 겪었으며, 재

338) Andrew Ashworth, “Self-incrimination in European human rights law – a pregnant pragmatism?”, Vol. 30 No. 3, Cardozo Law Review, 751, 755 (2008).

339) Jalloh v. Germany, Application No. 54810/00, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 11 July 2006.

340) Leńska, Weronika, “Privilege against self-incrimination in United States Federal Law and European Law”, Bachelor Thesis, University of Wrocław (2022), 35–36.

판과정에서 불법적인 증거수집을 문제 삼았으나 법원은 그의 주장을 기각하였다.

유럽인권재판소는 Jalloh의 자기부죄거부권 침해 여부를 결정하기 위해 다음의 4가지 요소를 심사하였다. 증거를 얻기 위해 사용된 “강요의 성격과 정도”(nature and degree of compulsion), “유죄 판결 확보의 공익”(public interest in securing conviction), “법적 보호 장치의 존재”(the existence of legal safeguards), “그렇게 확보한 자료의 사용”(the use to which any material so obtained)이 그 4가지 요소이다. 재판소는 위의 요소들이 자기부죄거부권을 침해하는지 판단하였으며, 결론적으로 증거의 확보를 위해 약물의 투여를 강요하고 역류를 유발한 것이, 그의 신체적·정신적 완전성을 상당히 침해하였다고 평가하였다.³⁴²⁾ 뿐만 아니라 재판소는 유럽인권협약 제3조³⁴³⁾의 고문이나 비인간적인 취급 또는 형벌을 받지 않을 권리의 위반 여부도 판단하였다. 그 결과 유럽인권협약 제6조 제1항 및 제3조를 모두 위반한 것으로 판결하였고, 이로써 자기부죄거부권에 특정 절차에 대한 거부권까지도 포함된다는 것이 인정되면서 그 적용범위를 넓히는 데 기여하였다.³⁴⁴⁾

4) 검토

통상적으로 자기부죄거부권은 묵비권을 포함하는 광의의 개념으로 답

341) Jalloh v. Germany, Application No. 54810/00, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 11 July 2006, para 11-18.

342) Alison Bisset, “The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives”, 30 Leiden Journal of International Law, 155, 171 (2017); Jalloh v. Germany, Application No. 54810/00, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 11 July 2006, para 117-118.

343) **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article 3 - Prohibition of torture**
No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

344) Leńska, Weronika, “Privilege against self-incrimination in United States Federal Law and European Law”, Bachelor Thesis, University of Wrocław (2022), 36.

변이나 진술의 거부뿐만 아니라 서류나 자료 등 물적 증거의 제출 거부까지도 포함한다.³⁴⁵⁾ 그러나 Saunders 사건에서 유럽인권재판소는 자기부죄거부권이 주로 피조사자의 묵비권을 존중하는 것과 관련되어 있으며, ‘피조사자의 의지와 무관하게 독립적으로 존재하는 증거’에는 자기부죄거부권이 적용되지 않는다고 판결하였다.³⁴⁶⁾ 이에 따르면, 수사기관은 영장을 매개로 하여 혈액, 소변, DNA 검사 목적의 신체 조직 등을 적법하게 채취할 수 있게 된다.³⁴⁷⁾ 게다가 Saunders 판결에서 유럽인권재판소는 비록 강제적 권한을 사용하여 피고인으로부터 문서를 획득하였더라도, 그것이 “영장에 의하여 취득한 문서”(documents acquired pursuant to a warrant)라면 법체계상 허용된다고 하였다. 즉, 당국이 압수수색 영장을 집행하는 과정에서 문서를 직접 찾아낸 경우와 같이 ‘영장에 의하여 취득한 자료’는 협약 제6조상의 보호 대상에서 제외되며, 위의 방식으로 자료를 입수하더라도 자기부죄거부권을 침해하는 것이 아니게 된다.³⁴⁸⁾

이와 달리 Funke 사건에서 프랑스 세관공무원이 자료의 제출을 거부하면 처벌받을 수 있다는 점을 강조하며, 위법행위를 했다고 여겨지는 자에게 자신의 유죄를 입증할만한 증거를 제출하도록 강요한 것만으로도 유럽인권재판소는 인권협약 제6조를 위반하는 행위라고 판시하였다.³⁴⁹⁾

345) Andrzej Sakowicz, “Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European court of human rights case law”, *Ius Novum* (2018. 2.), 121.

346) Aart de Vries, “Recent Developments Concerning the Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination Under the Charter of Fundamental Rights of the EU - A Critical Reflection on Case C-481/19 DB v Consob”, 31, 41 (2022).

347) 이러한 견해의 문제점은 정신적 자유의 영역에 있는 증언과 달리, 본인의 의지와 독립적으로 존재하는 신체 조직 등의 경우, 수사기관이 물리적인 힘을 사용하여 강제로 확보할 수 있다는 내용으로 Mike Redmayne, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, Vol. 27 No. 2, *Oxford Journal of Legal Studies*, 209, 215 (2007).

348) Mike Redmayne, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, Vol. 27 No. 2, *Oxford Journal of Legal Studies*, 209, 215 (2007).

349) Aart de Vries, “Recent Developments Concerning the Right to Silence and

또한 JB 사건³⁵⁰⁾은 스위스 세무 당국이 탈세 여부를 조사하는 과정에서 피조사자에게 자료의 제출을 명하였으나 당사자가 이를 거부하였고, 이를 이유로 형사처벌을 부과한 사안인데, 유럽인권재판소는 자료제출 거부를 이유로 형사처벌하는 것이 인권협약 제6조의 자기부죄거부권을 침해하는 행위라고 보았다.

Funke 사건 및 JB 사건과 Saunders 사건을 비교해 보면, 유럽인권재판소는 묵비권과 자기부죄거부권을 명확하게 구별하지 않는 것처럼 보인다.³⁵¹⁾ 나아가 피조사자가 자료의 제출을 거부할 경우, 이를 이유로 처벌하면 자기부죄거부권을 침해하여 위법한 것으로 되는 반면, 영장을 발부받아 피조사자로부터 강제로 자료를 확보하더라도 이는 권리의 침해가 아니게 되는 것이, 마치 직접적으로 물리적인 힘을 사용하는 것은 허용되지만 상대적으로 온화한 수단이라 할 수 있는 간접적 강제는 불허하는 것처럼 보일 수 있다. 하지만, 혈액 샘플을 제공하지 않는 사람들에게 제재를 가하여 간접적으로 강제하는 것이 더 적절한지 아니면 영장을 발부받아 강제로 혈액을 추출하는 방법이 더 적절한지에 대해 판례는 언급하지 않았으며, 여기에만 집중하는 것은 진술거부권의 본질을 놓치고 있는 것이다.³⁵²⁾ 진술거부권의 보장 취지는 피조사자가 스스로 자신이 유죄임을 입증할 만한 정보를 제공하도록 조사기관이 피조사자에게 협조를 구하는 것을 금지하고자 하는 것이다.³⁵³⁾

Privilege Against Self-Incrimination Under the Charter of Fundamental Rights of the EU - A Critical Reflection on Case C-481/19 DB v Consob”, 31, 41-42 (2022).

350) J.B. v. Switzerland, Application No. 31827/96, Merits and Just Satisfaction (ECtHR), 3 May 2001.

351) Aart de Vries, “Recent Developments Concerning the Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination Under the Charter of Fundamental Rights of the EU - A Critical Reflection on Case C-481/19 DB v Consob”, 31, 42 (2022).

352) Mike Redmayne, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, Vol. 27 No. 2, Oxford Journal of Legal Studies, 209, 215 (2007).

353) Mike Redmayne, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, Vol. 27 No. 2, Oxford Journal of Legal Studies, 209, 216 (2007).

(3) 유럽연합 사법재판소 판례

DB 사건³⁵⁴⁾은 이탈리아의 증권시장 규제기관인 “증권거래위원회”(Commissione Nazionale per le Società e la Borsa)가 내부자 거래 및 시장 조작과 관련된 자(DB)를 조사하면서 시작되었다. 그런데 조사과정에서 DB는 의견청취의 기회를 보장하는 청문절차에 참석하지 않은 채, 청문기일을 여러 차례 연기하였고, 참석한 이후에도 진술을 거부하였다. 이에 증권거래위원회는 조사 협조 의무 위반으로 제재금을 부과하였고 DB는 이에 불복하여 항소와 상고를 거듭하며, 사건은 대법원까지 올라갔다. 대법원은 행정조사 시 협조 의무 위반에 대한 제재금 부과와 근거법률이 위헌인지 여부에 따라 판결의 내용이 달라질 것으로 보아 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다. 이탈리아 헌법재판소는 증권거래위원회의 조사 및 제재금 부과처분의 근거법률이 유럽연합의 “지침”(Directive)³⁵⁵⁾에 근거하여 제정되었다는 점에서 유럽연합 사법재판소에 선결적 판결을 요청하였다.³⁵⁶⁾

사건을 넘겨받은 유럽연합 사법재판소는 상당한 자원을 가진 기업과 그렇지 못한 개인을 동일선상에 둔 채 사업자에게 적용되는 법리를 자연

354) DB v. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, C-481/19 (2021).

355) Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) (2003) OJ L 96, 24, article 14(3); Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC (2014) OJ L 173, 48, article 30(1)(b). 참고로 해당 지침(Directive 2003/6/EC)은 2014년 규정(Regulation (EU) No 596/2014)에 따라 폐지되었으나 행정조사에 협력하지 않는 자에 대해 제재를 가하는 내용은 동일하게 유지됨에 따라 이 사건에서 함께 판단되었다는 내용으로 장윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 — EU 사례를 중심으로 —”, 행정법연구 제68호 (2022. 8.), 166.

356) DB v. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, C-481/19 (2021), para 14-17, 27.

인에게 그대로 적용할 수는 없다고 보았다.³⁵⁷⁾ 게다가 유럽연합의 지침도 자연인과 법인에 대한 무죄추정의 측면에서 다양한 요구와 보호 수준을 인정한다고 하여, 무죄추정의 원칙에서 파생되는 중요한 권리인³⁵⁸⁾ 진술거부권의 적용범위에 관하여 자연인과 법인을 구분하고 있다.³⁵⁹⁾ 과거 Orkem 사건³⁶⁰⁾에서 유럽연합 사법재판소는 반경쟁법 위반 혐의로 조사를 받는 기업이 행정기관의 조사에 적극 협조할 의무가 있으며, 사업자는 조사에 필요한 모든 정보를 공개하고 자료를 제출하여야 한다고 판시하였다.³⁶¹⁾ 설령 자료의 제출이 반경쟁법 위반 혐의를 입증하는 근거가 될지라도 여전히 제출의 필요성을 인정하였으며 다만, 유죄임을 스스로 인정하는 진술은 강요할 수 없다고 보았다.³⁶²⁾ 하지만 유럽연합 사법재판소는 처음으로 자연인에 대한 자기부죄거부권의 적용범위를 판결하

357) Marc Veenbrink, “The Freedom from Self-Incrimination”, Vol. 12 No. 10, Journal of European Competition Law & Practice, 750, 751 (2021). 과거 유럽연합 사법재판소는 Volkswagen v. Commission 사건에서 형사절차상 개인에게 보장되는 진술거부권을 경쟁법 영역에서 상당한 자원을 가진 기업에도 동일하게 적용하는 것에 대해 부정적인 입장을 보였다.

358) Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings (2016) OJ L 65, 3, recital 25에 따르면, 진술거부권은 무죄추정의 측면에서 중요한 요소라고 한다.

359) Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings (2016) OJ L 65, 3, recital 13에 따르면, 무죄의 추정 측면에서 자연인에게 적용되는 권리가 법인에게도 동일한 방식으로 준용되지는 않는다고 하여, 자연인과 법인에게 서로 다른 수준의 보호가 적용될 수 있음을 명시하고 있다.

360) Orkem v Commission of the European Communities, C-374/87 (1989), ECR I-3283.

361) Aart de Vries, “Recent Developments Concerning the Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination Under the Charter of Fundamental Rights of the EU - A Critical Reflection on Case C-481/19 DB v Consob”, 31, 34 (2022).

362) Aart de Vries, “Recent Developments Concerning the Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination Under the Charter of Fundamental Rights of the EU - A Critical Reflection on Case C-481/19 DB v Consob”, 31, 36-43 (2022).

면서 과거 유럽인권재판소의 판시사항과 동일한 수준을 보호를 제공하고 자 유럽인권협약 제6조와 관련하여 유럽인권재판소가 행한 해석을 최소한의 보호 기준으로 고려하였고,³⁶³⁾ 자연인을 상대로 한 행정조사에서 진술거부권의 적용을 인정하였다.³⁶⁴⁾

나아가 유럽연합 사법재판소는 행정상 위법행위를 확인하기 위한 조사의 결과가 중국적으로 형벌적 성격을 갖는 행정제재로 귀결될 수 있는 경우라면 당해 조사 절차에서 진술거부권이 인정되어야 한다고 판시하였다. 구체적으로 본 사안에서 이탈리아 증권거래위원회의 행정제재는 “징벌적”(punitive) 목적을 추구하고 있는 것으로 보이고, “형벌적 성격”(criminal nature)을 가진다고 여겨질 정도로 가혹하다고 판단하였다. 그리고 만일 DB에게 내려진 행정제재가 형벌적 성격을 갖지 않는다고 하더라도 조사과정에서 수집된 증거가 추후 형사상 유죄의 증거로 사용될 수 있다는 점에서 진술거부권은 여전히 존중될 필요가 있다고 보았다. 결론적으로 유럽연합 사법재판소에 따르면, 행정조사 과정 중 개인에게 진술할 것을 요구하고 이를 거부한 경우에 형벌적 성격을 갖는 행정제재를 부과하는 것은 진술거부권을 침해하는 것이 된다.³⁶⁵⁾

제3절 우리나라의 경우

I. 진술거부권의 개념 및 의의

진술거부권의 개념을 살펴보면, 우리나라의 진술거부권은 미국 헌법상

363) Marc Veenbrink, “The Freedom from Self-Incrimination”, Vol. 12 No. 10, *Journal of European Competition Law & Practice*, 750, 751 (2021).

364) 진술거부권이 본래 자연인의 권리에 해당한다고 볼 수 있다는 점에서 이러한 판례의 결론은 일견 타당해 보인다는 견해로 장운영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 — EU 사례를 중심으로 —”, *행정법연구* 제68호 (2022. 8.), 171.

365) 장운영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 — EU 사례를 중심으로 —”, *행정법연구* 제68호 (2022. 8.), 165-170.

“자기부죄금지의 원칙”(principle against self-incrimination)에서 유래한 것으로 추정되며,³⁶⁶⁾ “자기부죄거부권”(privilege against self-incrimination)³⁶⁷⁾ 또는 “묵비권”(right to silence)이라고 불리기도 한다. 여기서 자기부죄(自己負罪)란 영어의 ‘self-incrimination’을 번역한 것으로 스스로 죄를 부담한다는 의미이다. 그리고 자기부죄의 금지는 자신이 유죄라는 자백뿐만 아니라 자신의 혐의를 드러내거나 범죄사실의 발견에 단서를 제공하는 등 불리한 증거로 쓰일 여지가 있는 내용의 진술, 나아가 양형에 불리한 영향을 줄 수 있는 내용의 진술 등이 강요되어서는 아니 된다는 의미이다.³⁶⁸⁾ 자기부죄금지의 원칙은 피의자 혹은 피고인 등의 권리로 보호되며, 이러한 권리를 흔히 ‘자기부죄거부권’ 내지 ‘진술거부권’이라고 부른다.³⁶⁹⁾

진술거부권의 또 다른 표현인 묵비권은 ‘침묵할 자유’와 구별하여야 한다. 묵비권은 공정한 재판을 받을 권리 내지는 신체의 자유를 보장하기 위한 권리이고, 침묵할 자유는 헌법 제21조에서 보장하는 표현의 자유의 소극적인 권리이다. 그리고 묵비권은 형사상 유·불리와 무관하게 사실에

366) 우리 헌법 제12조 제2항의 문언이 미국 연방헌법 수정 제5조에 있는 문언과 거의 유사하여 미국 헌법의 영향을 받은 것으로 추정된다는 견해로 김철수, 憲法學新論(전정 21판), 박영사 (2013), 652.

367) ‘privilege against self-incrimination’은 자기부죄거부특권으로도 번역할 수 있다. 다만, ‘특권’으로 번역할 경우, 마치 특정한 지위나 자격이 있는 사람만이 누리는 특별한 권리로 이해될 여지가 있고, 국가나 정부로부터 ‘허락된’ 특별한 권리나 이익으로 오인될 소지가 있다고 판단하여, 본고에서는 ‘권리’로 번역하였다. 따라서 자기부죄거부권리 내지는 자기부죄거부권으로 번역하기로 한다.

368) 일반적으로 진술거부권의 대상이 되는 ‘진술’은 언어적 표출의 등가물로서, 생각이나 지식 또는 경험 사실을 정신작용의 일환인 언어를 통하여 표출하는 것을 의미한다(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정 참조). 기록이나 기재 행위는 언어적 표출이라는 점에서 진술에 포함되나(헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌마11 결정 참조), 음주측정, 채혈 등과 같이 신체의 물리적·사실적 상태를 그대로 드러내는 행위에 불과한 경우에는 진술거부권의 보호 대상인 진술에 해당하지 않는다(헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정 참조). 또한 회계장부, 명세서, 영수증 등의 보관은 자신의 경험을 진술하는 것이 아니라 객관적인 서류의 보관일 뿐이므로 진술에 해당하지 않게 된다(헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바25 결정 참조).

369) 헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌마11 결정; 김현귀, “헌법상 진술거부권 - 헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로” [연구보고서], 헌법재판소 (2017. 2.), 4.

관한 사항에 대하여는 진술해야 할 의무를 어느 정도 부담하고 있는 상황을 전제로 한다. 이와 달리 표현의 자유로서 보장되는 침묵의 자유는 표현이 강제되는 상황인지 여부와 관계없이 보호되는 포괄적이고 일반적인 권리이다.³⁷⁰⁾

헌법이 진술거부권을 기본권의 하나로 규정하면서 보호하고자 하는 바는 다음과 같다. 첫째, 피의자나 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가적 이익보다 우선적으로 보호함으로써, 인간의 존엄성³⁷¹⁾과 생존가치를 보장하고 나아가 비인간적인 자백의 강요와 고문을 근절하려는 데 있다.³⁷²⁾ 둘째, 형사소송 등의 절차에서 능력이 제한된 개인을 국가공권력으로부터 특별히 보호함으로써 개인과 수사기관 사이에 무기평등(武器平等)을 도모하고, 공정한 재판의 이념을 실현하는 한편,³⁷³⁾ 무죄가 추정되는 개인을 보호하려는 데 있다.³⁷⁴⁾

II. 학설의 검토

행정조사 과정에서 진술거부권을 인정할 것인지를 두고 부정설과 긍정설이 대립하는바, 헌법상 진술거부권은 형사절차를 전제로 한 규정으로 행정조사의 상대방은 진술거부권을 갖지 못한다고 보는 부정설이 있

370) 김현귀, “헌법상 진술거부권 - 헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로” [연구보고서], 헌법재판소 (2017. 2.), 5-6.

371) 헌법상 진술거부권의 이념적인 근거는 헌법 제10조 인간으로서의 존엄과 가치, 그리고 법치국가원리에서 찾을 수 있고, 일반적으로 어느 상황에서든 본인의 의사에 반하여 자백을 강요받는 것은 인간의 존엄을 훼손한다고 할 수 있다는 견해로 김현귀, “헌법상 진술거부권 - 헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로” [연구보고서], 헌법재판소 (2017. 2.), 7-8.

372) 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정.

373) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정.

374) 진술거부권의 본질은 진술의 강요를 금지하는 것으로 이는 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 등의 방법과 같은 ‘사실상의 강요’는 물론 법률로써 진술을 강요하는 것도 금지된다는 내용으로 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정; 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정.

다.³⁷⁵⁾ 이와 달리 행정조사가 실질상 형사책임 추궁을 위한 자료수집과 직결되거나 형사상 소추를 목적으로 수행되는 등 그 질문이 행정조사와 형사책임 추궁의 양 목적으로 행사되는 경우,³⁷⁶⁾ 조사의 결과물이 형사절차상 증거로 사용될 가능성이 있으므로 행정조사 시 진술거부권을 보장해야 한다는 긍정설이 있다.³⁷⁷⁾ 즉, 외형상 행정절차인지 형사절차인지를 기준으로 할 것이 아니라 개별 조사절차의 실질 및 그 절차에서의 구체적 진술내용 등을 종합적으로 검토하여 진술거부권의 행사 여부를 판단해야 한다고 주장한다.³⁷⁸⁾

III. 판례의 분석

헌법상 진술거부권의 보호대상이 되는 진술은 ‘형사상 자기에게 불리한 진술’이다. 즉, 해당 진술로 인하여 형사소추를 당하거나 형사소송절차에서 자신의 유죄를 증명하는 것뿐만 아니라 양형에서 불리하게 작용할 수 있는 등 소위 자기부죄(自己負罪)의 진술이라면 그 대상이 된다. 또한 형사책임과 관련된 진술이라면 범죄사실에 관한 자백 외에도 간접사실이나 범죄사실의 발견에 단서를 제공하는 진술도 헌법상 진술거부권으로 보호된다. 이처럼 진술거부권이 주로 문제되는 영역은 ‘형사소송’ 내지는 ‘형사절차’에서의 진술일 것이다. 그러나 우리 헌법은 형사상 자기에게 불리한 진술이라고만 했을 뿐, 이를 형사절차에만 국한하지 않았고, 실제 현실에서 형사상 자기에게 불리한 진술이 문제될 수 있는 영역으로는 형사소추절차 외에도 국회에서의 질문, 징계절차를 비롯한 각종

375) 장태주, 행정법개론(제9판), 법문사 (2011), 591.

376) 예를 들어, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제81조에 따른 위반행위의 조사가 있다.

377) 김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 07, 박영사 (2016), 29; 김재광, “행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰”, 법학논총 제33권 제2호 (2009. 12.), 507; 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38호 제2호 (2014. 5.), 61-62.

378) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 형사법의 신동향 통권 제37호 (2012. 12.), 24-25.

행정절차에서의 청문, 더 나아가 행정조사에 이르기까지 다양하다. 이에 헌법재판소도 진술거부권은 형사절차뿐 아니라 행정절차나 국회에서의 질문 등 어디서나 그 진술이 자기에겐 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니할 국민의 기본권으로 보장된다고 판시하였다.³⁷⁹⁾ 그리고 대법원은 판결³⁸⁰⁾을 통해 헌법 제12조에서 진술거부권을 국민의 기본적 권리로 보장하고 있는 취지를 밝히는 한편, 진술거부권이 보장되는 절차에서 진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출되지는 않는다고 보았다.³⁸¹⁾

제4절 진술거부권의 도입 논의

I. 비교법적 고찰을 통한 진술거부권의 도입 필요성

형사수사권과 행정권의 발동 모두 국가 공권력의 행사로서 상대적으로 우월한 지위에 있음을 감안하면, 그에 관계되는 조사대상자의 방어권 보장을 소홀히 할 수 없다. 반면, 행정조사는 행정기관의 정책 결정 및 직무수행상의 효율성 증진 등을 일차적인 목적으로 한다는 점에서 모든 유형의 행정조사를 진술거부권의 적용범위에 포섭할 경우, 자칫 행정조사 제도 자체를 유명무실하게 만들 수 있다는 비판³⁸²⁾도 있으므로 그 보장 범위에 대해 신중히 숙고할 필요가 있다. 비교법적으로 검토한 결과 유럽인권재판소와 유럽연합 사법재판소는 인권협약 제6조를 매개로 하여

379) 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정; 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정; 헌법재판소 2005. 12. 22. 2004헌바25 결정 등.

380) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결로, 이에 관하여는 제4절 II. 3.에서 구체적으로 검토한다.

381) 김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 07, 박영사 (2016), 30.

382) 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 제59호 (2022. 3.), 312.

진술거부권의 적용범위를 확장해 나가는 듯한 양상을 보이는 반면, 미국 연방대법원은 과거 행정조사에도 자기부죄거부권이 일반적으로 적용된다는 입장을 취하였다가, 점차 그 예외를 널리 인정하고 있다.³⁸³⁾ 이처럼 행정목적의 달성이라는 공익을 추구하는 정부와 방어권 보장을 통한 권익 보호라는 사익을 추구하는 조사대상자의 입장이 서로 상반되는 가운데, 양자가 추구하는 공익과 사익이 조화롭게 균형을 이루려면 나름의 기준이 필요해 보이는바, 기준을 제시하기에 앞서 진술거부권의 본질을 상기해 보도록 한다.

헌법 제12조 제2항의 진술 강요 금지는 정부의 부당한 간섭과 조사로부터 개인의 자유를 보호하기 위한 규범이지, 개인의 범죄행위를 조장하거나 국가의 정당한 조사를 금지하는 것이 아니다. 따라서 진술거부권은 ‘조사대상자가 자신의 진술을 통해 스스로 자신의 유죄 입증에 기여하도록 강요될 수 없다’는 개념의 본질을 파괴하는 ‘부적절한 강제’에 대해서만 보호를 제공한다고 보아야 한다. 이때, 강제가 ‘부적절’했는지 여부를 평가하기 위해서는 두 가지 요소를 고려해야 하는데, (i) 강요의 성격과 정도, (ii) 진술 혹은 수집된 증거가 사용되는 용도가 그러하다.³⁸⁴⁾

(i) 강요의 성격과 정도는 무엇보다 당사자가 제재의 위협 하에 진술할 의무가 있고, 강요에 의해 유죄라는 취지의 진술을 하거나 증언을 거부하여 결과적으로 제재를 받을 경우 ‘부적절한 강요’에 대한 우려가 제기된다. 단순한 사실만을 진술하도록 요구하는 제한된 성격의 행정조사는 원칙적으로 진술거부권이 적용되지 않겠지만, DB 사건³⁸⁵⁾에서 유럽연합 사법재판소의 판시사항과 같이 어떠한 진술이 중국적으로 형사책임을 지게 될 가능성이 있는 등 피고인에게 형사상 불리하게 사용될 여지가 있다면, 이러한 경우에도 진술거부권이 보장될 필요가 있다.

383) 비교법적 고찰에 관하여는 본 논문의 제3장 제2절 참조.

384) Aart de Vries, “Recent Developments Concerning the Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination Under the Charter of Fundamental Rights of the EU - A Critical Reflection on Case C-481/19 DB v Consob”, 31, 38 (2022).

385) DB 사건에 관하여는 본 논문의 제3장 제2절 II. 4. (3) 참조.

(ii) 행정조사 과정에서의 수집된 진술이나 증거의 사용 용도가 중요한데, 진술을 요구하는 절차나 질문 내용이 형사책임을 묻기 위한 목적으로 진행되는 것처럼 조사자의 질문이 행정조사와 형사책임추급의 양 목적을 염두에 두고 행사되는 경우, 관계 법령에 비추어 객관적으로 형사책임을 부담할 가능성이 높다고 볼 수 있는 경우, 진술을 요구받는 조사대상자가 형사책임을 부담하는 주체임이 비교적 명확하게 드러난 상태인 경우에는 개별법에서 진술거부권에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않더라도 진술거부권이 적용된다고 보아야 한다.³⁸⁶⁾ 예를 들어, ‘정치자금법’상 정치자금의 수입·지출에 관한 내역을 회계장부에 허위로 기재한 정당의 회계책임자 등을 형사고발하기 위한 자료제출³⁸⁷⁾, ‘공직선거법’상의 질문·조사, 현장 출입, 물품수거³⁸⁸⁾는 외관상 행정조사라고 할 수 있

386) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 형사법의 신통향 통권 제37호 (2012. 12.), 26.

387) 정치자금법 제43조(자료제출요구 등)

- ① 각급 선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 위원·직원은 선거비용의 수입과 지출에 관하여 확인할 필요가 있다고 인정되는 때에는 회계장부 그 밖의 출납서류를 보거나, 정당, 공직선거의 후보자·예비후보자·회계책임자 또는 선거비용에서 지출하는 비용을 지급받거나 받을 권리가 있는 자 그 밖의 관계인에 대하여 조사할 수 있으며, 보고 또는 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- ② 선거관리위원회로부터 제1항의 규정에 의한 요구를 받은 자는 지체 없이 이에 따라야 한다.
- ③ 선거관리위원회는 제42조(회계보고서 등의 열람 및 사본교부)제6항의 이의 신청과 이 조 제1항의 규정에 의한 열람·보고 또는 제출된 자료 등에 의하여 회계장부 그 밖의 출납서류 또는 회계보고서의 내용 중 허위사실의 기재·불법지출이나 초과지출 그 밖에 이 법에 위반되는 사실이 있다고 인정되는 때에는 관할 수사기관에 고발 또는 수사의뢰 그 밖에 필요한 조치를 하여야 한다.

388) 공직선거법 제272조의2(선거범죄의 조사등)

- ① 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 위원·직원은 선거범죄에 관하여 그 범죄의 혐의가 있다고 인정되거나, 후보자(경선후보자를 포함한다)·예비후보자·선거사무장·선거연락소장 또는 선거사무원이 제기한 그 범죄의 혐의가 있다는 소명이 이유있다고 인정되는 경우 또는 현행범의 신고를 받은 경우에는 그 장소에 출입하여 관계인에 대하여 질문·조사를 하거나 관련서류 기타 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.
- ② 각급선거관리위원회 위원·직원은 선거범죄 현장에서 선거범죄에 사용된 증

으나, 해당 행위들을 통하여 수집된 자료가 범죄 혐의를 입증하는 증거로 사용된다는 점에서 그 실질은 형사절차 상의 수사행위와 다르지 않다고 할 수 있다. 따라서 이러한 행위들에 대해서는 헌법상 기본원리인 적법절차원칙이 당연히 적용되어야 하며, 조사대상자의 방어권 보장을 위해 진술거부권이 보장될 필요가 있다.

다만, 앞서 제시한 세 가지 기준들은 다소 명확하지 않고, 사후적으로 판단되기 마련이다. 따라서 보완이 필요한바, 행정법규 위반행위에 따른 형사처벌 규정이 별도로 마련되어 있는 경우의 행정조사, 즉 행정형벌의 구성요건이 되는 행정법규위반 사실에 대한 조사에서는 다음의 내용이 고려되어야 한다. 이는 즉, 진술거부권의 인정 여부가 행정조사 개시 전에 이미 확정되고,³⁸⁹⁾ 행정조사의 개시 단계부터 조사자가 진술거부권을 고지함으로써,³⁹⁰⁾ 피조사자가 진술거부권의 존재를 인식한 상태에서 그 거부권의 행사 여부를 스스로 결정할 수 있어야 한다는 것이다.

이하에서는 행정조사에서의 진술거부권 적용과 관련하여 주로 논의되는 문제점으로 크게 3가지를 검토해 보고자 한다. 첫째, 행정조사를 시작하기에 앞서 행정기관이 피조사자에게 진술거부권을 고지해야 할 의무가 있는가 하는 점이다. 둘째, 행정기관이 적극적인 행정조사를 대신하여 기장·보고, 신고·등록의무를 부과하는 등 소극적인 조사방법을 활용하는 것에 따른 문제점이다. 셋째, 진술거부권을 행사를 이유로 행정기관이 피조사자에게 제재를 부과하거나 가중하여 처벌하는 것이 가능한가 하는 점

거물품으로서 증거인멸의 우려가 있다고 인정되는 때에는 조사에 필요한 범위 안에서 현장에서 이를 수거할 수 있다. 이 경우 당해 선거관리위원회 위원·직원은 수거한 증거물품을 그 관련된 선거범죄에 대하여 고발 또는 수사의뢰한 때에는 관계수사기관에 송부하고, 그러하지 아니한 때에는 그 소유·점유·관리하는 자에게 지체없이 반환하여야 한다.

389) 어느 국면에서 행정절차의 일환인 행정조사가 돌연 형사절차로 전환될지 예상할 수 없다는 점에서 행정조사 개시 전에 진술거부권의 인정 여부가 확정되고 보장될 필요가 있다.

390) 박현정, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표), 75-76.

이다.

II. 행정기관의 진술거부권 고지의무 인정여부

1. 문제의 소재

헌법 제12조 제2항 후단의 문리해석만으로는 동 조항이, 행정기관이나 수사기관에 진술거부권 고지의무가 있고, 따라서 피조사자에게 진술거부권을 고지받을 권리가 있음을 당연한 전제로 하고 있다고 보기 어렵다. 또한 ‘형사소송법’ 제244조의3 제1항에 따른 수사기관의 진술거부권 고지의무 규정을 아무런 제한 없이 행정조사 과정에 그대로 유추적용하기에는 법적 근거가 부족해 보인다. 다만, 조사공무원이 특별사법경찰관리의 지위를 갖는 경우, 행정조사 과정에서 갑자기 형사절차로 이행될 수 있으며, 이때 조사과정에서 수집된 자료가 비록 법정에서 증거능력이 인정되지 않을 수 있다고 할지라도 그것은 재판과정에서의 문제일 뿐, 사실상 특별사법경찰관리는 그러한 자료에 기초하여 수사를 진행할 수 있다.³⁹¹⁾ 따라서 조사대상자의 방어권을 실질적으로 보장하기 위해서는 무엇보다 행정조사 개시 이전에 진술거부권의 고지의무가 인정되어야 할 것인바, 개별 법령에서 명시적으로 규정하지 않은 경우, 그 인정 여부를 두고 학설이 분분하다.³⁹²⁾

2. 학설의 검토

진술거부권 고지의무에 관한 별도의 규정이 마련되어 있지 않은 이상,

391) 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -”, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.), 428.

392) 공직선거법은 제272조의2에서 변호인 조력을 받을 권리와 진술거부권을 고지하도록 명시적으로 규정하고 있는데, 이러한 경우에는 당해 개별법을 따르면 되므로 문제될 것이 없다.

행정절차에서 고지의무를 인정하기 어렵다는 부정설의 견해가 있는 반면, 진술거부권 고지의무의 인정여부는 피조사자(내지 조사대상자)가 아닌 조사자를 기준으로 판단하여야 한다는 ‘조사자 기준설’이 있다. 이 견해는 권력적 행정조사를 포함하여 통상적인 행정조사에서도 피조사자의 진술 등이 장차 형사절차에서 증거로 사용될 수 있다는 사정을 조사자가 인식하거나 인식할 수 있었을 때에는, 그러한 조사의 개시 전에 진술거부권을 고지하여야 한다는 주장이다.³⁹³⁾ 특히 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 ‘공정거래법’) 위반행위는 과징금이나 시정명령 등 행정제재의 대상이 됨과 동시에 징역형 또는 벌금형의 형사처벌 대상이 되도록 규정³⁹⁴⁾하고 있다는 점에서 형사절차가 시작되기 이전의 행정조사 단계부터 진술거부권을 보다 적극적으로 보장하고,³⁹⁵⁾ 이를 사전에 고지할 필요가 있다고 한다.

끝으로, ‘헌법적 권리의 존재를 알 권리’ 또한 헌법적 권리이고,³⁹⁶⁾ 어떠한 권리를 행사하기에 앞서 그 권리의 존재를 아는 것이 전제되어야 하므로 헌법상의 진술거부권을 인정한다는 것은 당연히 이에 대한 사전 고지의무를 포함한다고 보는 견해가 있다.³⁹⁷⁾ 이와 달리 헌법상의 기본권 규정이 개인의 무지로 인한 피해를 예방할 권리까지 보장해 주지는 않는다는 점에서 진술거부권 고지의무를 바로 헌법상의 권리로 인정할 수는 없다고 하더라도, 형사절차에서는 피의자와 피고인에 대한 진술거부권 고지의무가 법률에 규정되어 있는 반면, ‘실질적 형사절차’로 볼 수 있는 행정조사에서 이를 인정하지 않은 것은 헌법상 평등원칙에 위배된다는 주장도 있다.³⁹⁸⁾

393) 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38조 제2호 (2014. 5.), 63.

394) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제124조

395) 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”, 형사법의 신동향 통권 제37호 (2012. 12.), 25.

396) 박지현, “진술거부권에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교 (2007), 187.

397) 최정학, “공정거래위원회의 조사절차 정비방안 - 적법절차의 강화와 강제조사권의 도입”, 민주법학 제65호 (2017. 11.), 120.

398) 박지현, “진술거부권에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교 (2007), 189.

3. 판례의 분석

대법원은 경기도선거관리위원회가 ‘공직선거법’ 위반 여부의 조사 시 피조사자에게 진술거부권을 고지하지 않고 문답서를 작성한 사건³⁹⁹⁾에서 ‘진술거부권을 고지받을 권리가 헌법 제12조 제2항에 의하여 바로 도출된다고 할 수는 없고, 이를 인정하기 위해서는 입법적 뒷받침이 필요하다’고 판시하였으며, 결론적으로 진술거부권 고지가 불필요하다는 입장을 내비쳤다.⁴⁰⁰⁾ 또한 대법원은 실업급여 지급 제한 등 사건⁴⁰¹⁾에서 ‘고용보험법’ 제47조⁴⁰²⁾ 제2항에 따른 행정조사 절차에는 수사절차에서의 진술거부권 고지의무에 관한 ‘형사소송법’ 규정이 준용되지 않는다고 판단한 원심을 유지하였는데, 이는 행정조사에서 진술거부권 고지의무를 부정하는 기존의 입장⁴⁰³⁾을 유지한 것으로 보인다.

Ⅲ. 불리한 신고·보고 등과 진술거부권

1. 문제의 소재

399) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결.

400) 참고로 이 사건 위반행위 당시 시행 중이던 구 공직선거법은 물론, 현행 공직선거법에는 자료제출요구에 불응하거나 허위 자료를 제출한 자에 대한 벌칙 규정(공직선거법 제256조 제5항 제12호)이 마련되어 있을 뿐, 조사자의 질문에 대한 답변 내지 진술의 거부 및 조사 기피에 대한 벌칙 규정이 명시적으로 마련되어 있지 않다.

401) 대법원 2020. 5. 14. 선고, 2020두31323 판결.

402) **舊 고용보험법 제47조(실업인정대상기간 중의 취업 등의 신고)**

① 수급자격자는 실업의 인정을 받으려 하는 기간(이하 “실업인정대상기간”이라 한다) 중에 고용노동부령으로 정하는 기준에 해당하는 취업을 한 경우에는 그 사실을 직업안정기관의 장에게 신고하여야 한다.

② 직업안정기관의 장은 필요하다고 인정하면 수급자격자의 실업인정대상기간 중의 취업 사실에 대하여 조사할 수 있다.

참고로 이 사건 위반행위 당시 시행 중이던 구 고용보험법은 물론, 현행법에도 조사거부에 대한 형사상 벌칙 규정은 마련되어 있지 않다.

403) 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결.

각종 행정법규에서는 당사자에 대하여 일정한 기장(記帳)·보고, 신고·등록의무를 규정하고 있으며,⁴⁰⁴⁾ 나아가 이러한 의무를 간접적으로 강제하기 위해 위반 시 행정형벌이나 과태료를 부과하도록 규정한 경우도 있다.⁴⁰⁵⁾ 또한 행정상의 단속 목적을 위하여 개별법에서 조사의 수단으로 자료제출명령이나 사업장 출입조사 등을 할 수 있도록 규정한 경우가 있고, 이러한 행정기관의 자료제출명령을 거부하거나 기타 다른 방법으로 조사를 거부·방해하는 행위에 대하여 일정한 벌칙을 규정하여 제재를 부과하기도 한다.⁴⁰⁶⁾

이에 따라 법의 적용을 받는 자는 각종 등록, 기재 등을 정확히 하고, 행정청의 조사에 협조하여야 하는데, 관련법을 위반한 피조사자의 입장에서는 실제적인 진실에 부합하는 자료를 제출하면 자신의 법 위반 사실을 인정하는 것이 되고, 자료제출을 거부하면 벌칙규정에 의하여 처벌받으므로, 진술거부권에 관한 헌법 제12조 제2항 후단 위반은 아닌가 하는 문제가 제기된다. 만일 헌법이 보장하고 있는 진술거부권이 행정절차에도 적용되는 것으로 본다면, 각종 행정상의 기장(記帳)·보고, 신고·등록의무를 통하여 상대방인 국민에게 기록물의 제출을 강요하거나 행정조사를 함에 있어 요구된 자료제출의 거부를 벌하는 것이 진술거부권 침해로 이어질 여지가 있다.⁴⁰⁷⁾ 이하에서는 신고·보고에 관한 헌법재판소와 대

404) 예를 들면, 마약류 취급의 보고의무(마약류 관리에 관한 법률 제11조), 운전자의 교통사고 신고의무(도로교통법 제54조), 각종 세법상의 신고의무 등이 있다.

405) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제11조는 기업결합의 각종 신고의무를 규정하고 있고, 이러한 위반에 대하여 동법 제130조에서 과태료를 부과한다는 규정을 두고 있다.

406) 표시·광고의 공정화에 관한 법률 제5조는 사업자등에게 관련 자료의 제출을 요청할 수 있도록 규정하고 있고, 이를 위반하여 자료를 제출하지 아니한 경우에 대하여 동법 제20조에서 과태료를 부과한다고 규정을 두고 있다; 증권선물위원회는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제176조(시세조종행위 등의 금지)와 관련하여 관계자에게 참고가 될 만한 보고 또는 자료의 제출을 명하거나 금융감독원장에게 장부·서류, 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있고(동법 제426조 제1항), 조사 결과 별표 15 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 시정명령, 그 밖의 대통령령으로 정하는 조치를 할 수 있다(동조 제5항).

407) 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학 제72호 (2014. 3.), 378.

법원 판례를 살펴보고, 이어서 조사거부에 대한 벌칙 규정의 마련이 위헌은 아닌지 살펴본다.

2. 판례의 분석

교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부과하는 ‘도로교통법’상의 조항에 관하여 헌법재판소와 대법원 판례를 살펴보면 다음과 같다. 우선, 헌법재판소는 “피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다”고 판시하여 한정합헌 결정을 내린 바 있다.⁴⁰⁸⁾

다음으로, 대법원도 ‘도로교통법’상의 신고의무는, 교통사고가 발생한 때에 이를 지체없이 경찰공무원 또는 경찰관서에 알려서 피해자의 구호, 교통질서의 회복 등에 관한 적절한 조치를 취하게 함으로써 도로상의 소통장애를 제거하고 피해의 확대를 방지하여 교통질서의 유지 및 안전을 도모하는데 그 입법취지가 있다고 보았다. 이와 같은 입법취지와 헌법상 보장된 진술거부권 및 평등원칙에 비추어 볼 때, 교통사고를 야기한 자의 신고의무는 교통사고를 일으킨 모든 경우에 항상 요구되는 것이 아니라, 사고의 규모나 당시의 구체적인 상황에 따라 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위하여 당사자의 개인적인 조치를 넘어 경찰관의 조직적 조치가 필요하다고 인정되는 상황에서만 존재하는 것이라고 해석하였다.⁴⁰⁹⁾

하지만 ‘도로교통법’상 사고운전자에게 신고하도록 한 내용 자체가 형법상 범죄의 구성요건 및 양형의 요소들이라는 점에서 형사책임과 관련되는 경우가 많을 뿐만 아니라 신고내용이 수사의 단서가 되어 이를 토

408) 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정.

409) 대법원 1991. 6. 25. 선고 91도1013 판결.

대로 수사가 진행될 수 있다는 현실을 고려할 때, 운전자에게 교통사고의 신고의무를 규정하고, 벌칙으로 이를 강제하는 것은 진술거부권 침해로 봐야 한다는 견해가 있다.⁴¹⁰⁾ 반면에, 국가는 적극적인 행정조사를 통해 각종 자료를 확보하고 불법을 제거하여 공익을 실현해야 하지만 한편으로는 국가의 한정된 예산과 인력으로 인해 불가피하게 국민을 상대로 각종 신고·등록의무를 부과한 것이고, 이러한 신고·등록의무 부과를 통한 수동적 행정조사 방법이 사회질서 유지 차원에서는 정상적으로 집행되어야 하는 것이므로, 행정청이 신고·등록된 내용 중에서 행정형벌규정 위반을 적발하여 형사상 유죄의 증거로 사용하더라도 진술거부권 침해는 아니라는 견해도 있다.⁴¹¹⁾

다른 사건으로, 구 ‘정치자금법’상 정치자금의 수입·지출에 관한 내역을 회계장부에 허위기재하거나 관할 선관위에 허위 보고한 정당의 회계 책임자를 형사 처벌하는 규정과 관련하여 헌법재판소는 “동 조항이 궁극적으로 정치자금의 투명성을 확보하여 민주정치의 건전한 발전을 도모하려는 것으로서 그 입법목적에 부합하는 필수불가결한 조치이며, 달리 이보다 진술거부권을 덜 침해하는 방안을 현실적으로 찾을 수 없다”고 하였다. 또한 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 규정한 위 조항들이 헌법상의 진술거부권을 침해하는 것은 아니라고 판단하였다.⁴¹²⁾

한편, 헌법재판소는 공정거래위원회의 법 위반 사실 공표명령에 대하여, 이는 ‘특정의 행위를 함으로써 공정거래법을 위반하였다’는 취지의 진술을 일간지에 게재하여 공표하도록 하는 것으로서, 그 내용상 행위자

410) 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정, 재판관 변정수의 반대의견 참조.

411) 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -”, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.), 426-427.

412) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바25 결정.

로 하여금 형사절차에 들어가기 전에 법 위반행위를 일단 자백하게 하는 것이 되어 진술거부권을 침해한다고 판시하였다.⁴¹³⁾ 이처럼 예외적인 경우도 있으나, 전반적으로는 헌법재판소와 대법원 모두 기장·보고, 신고·등록의무가 진술거부권을 침해하지는 않는 것으로 보고 있다.

3. 조사거부에 대한 벌칙 규정의 위헌 여부

행정조사가 상대방의 동의와 임의적인 협력 하에 행해진다면 문제될 것이 없지만, 반대로 조사대상자가 조사에 협조하지 않을 경우, 행정청으로서 자료 수집을 통한 공익적 목적의 달성이 어려워진다. 이에 행정청은 법적인 근거를 마련하여 간접적·심리적으로 조사를 강제하고 있다. 예컨대, ‘관세법’ 제276조 제4항에서는 세관공무원의 질문에 거짓으로 진술하거나 그 직무집행을 거부 또는 기피한 자에게 1천만원 이하의 벌금을 부과하도록 규정하고 있다. 그리고 ‘국민건강보험법’ 제116조, ‘노인장기요양보험법’ 제67조 제4항에서는 자료를 제출하지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자 또는 검사나 질문을 거부·방해·기피한 자에게 1천만원 이하의 벌금을 부과하도록 하여, 자료제출이나 진술을 간접적으로 강제하고 있다. 그 외에도 행정조사에 대한 일정한 수인의무를 부과하면서 조사의 거부나 방해·기피에 대해 과태료 등 제재수단을 규정한 법령들이 있다.⁴¹⁴⁾ 다만, 이러한 벌칙 규정이 적법한지 여부를 두고 위헌설과 합헌설이 대립한다.

우선, 위헌설의 입장은 다음과 같다. 헌법상 기본권으로서의 진술거부권이 인정되는 영역에서, 서류 위조나 허위보고가 아닌 진술, 보고 또는 진술과 동일시할 수 있는 자료제출 거부에 대해 과태료 등 행정질서벌

413) 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정.

414) 산업재해보상보험법 제129조는 사업장 조사, 산재보험 의료기관 조사 등과 관련하여 질문에 대한 답변을 거부하거나 조사를 거부·방해 또는 기피한 자에 대하여 100만 원 이하의 과태료를 부과하도록 규정하고 있으며, 국세기본법 제88조는 질문 조사에 대해 거짓으로 진술하거나 그 직무집행을 거부 또는 기피한 자를 상대로 5천만 원 이하의 과태료를 부과하도록 정하고 있다.

대신 형사처벌로 강제하는 조항은 진술거부권의 본질적 침해로서 위헌에 해당한다고 본다.⁴¹⁵⁾ 또한 실질적인 형사절차를 규정한 행정입법이 신고 등 의무의 불이행 또는 허위신고 등을 처벌하는 규정을 포함하고 있을 경우, 이러한 처벌규정은 위헌 무효가 된다는 견해도 있다.⁴¹⁶⁾ 위 견해는 공정거래법상의 조사를 방해하는 자에 대한 형사처벌 규정⁴¹⁷⁾이 진술거부권을 침해한다고 주장하는데, 그 이유는 당해 절차에서 조사대상 행위가 형사처벌 대상으로 특정되고, 조사의 결과물이 향후 그대로 형사절차상 증거로 활용될 것이 예정되어 있어 실질적 형사절차에 해당하기 때문이라고 한다. 이와 유사한 견해로, 공정거래위원회는 법 위반 사실의 조사를 수행할 때, 공정거래법을 근거로 하여 조사대상자에게 사실상의 ‘진실의무’를 지우고 있는데, 이는 조사대상자로 하여금 자신의 유죄를 인정하는 자료를 그대로 제출할 의무를 부과하고 있다는 점에서 위헌의 소지가 있다고 한다. 증거는 수사기관이 발견해야 하는 것임을 전제로 형법상 증거인멸죄는 이를 적극적으로 인멸하는 행위를 처벌하는 것과 비교할 때, 공정거래법은 피조사자에게 훨씬 더 넓은 범위의 의무를 부과하고 있음을 지적한다.⁴¹⁸⁾ 비슷한 맥락에서 조사기관이 조사를 통해 진술외의 증거를 발견하여 불법을 처리하지 않고, 진술거부를 벌하는 등 간접적으로 강제하여 얻어낸 진술에만 일방적으로 의존하는 것은 행정편의적 발상에 기인한 것임을 언급하며, 진술거부를 처벌해서는 안 된다고 주장하기도 한다.⁴¹⁹⁾

이와 달리 합헌서의 입장은 다음과 같다. 조사거부에 대한 벌칙 규정은 합리적인 입법재량의 범위 내에서 비례원칙을 준수하고 있다고 봄이 타당하므로, 형사처벌 규정 자체에 위헌성이 인정되는 것은 아니라고 한

415) 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38조 제2호 (2014. 5.), 62.

416) 박지현, “행정상 진술거부권과 그 제한”, 민주법학 제33호 (2007. 3.), 301.

417) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제124조 제1항 제13호

418) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 125.

419) 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -”, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.), 428.

다.⁴²⁰⁾ 이에 따르면, 개별 법령에서 조사거부나 방해에 대한 형사상 처벌 규정이 마련되어 있고, 이러한 규정이 합헌으로서 조사대상자의 진술거부권 행사를 정당하게 제한하는 경우, 조사대상자는 원칙적으로 조사자의 질문에 대한 답변을 거부할 수 없다. 다만, 예외적으로 형사상 피의사실과 직결되는 질문이나 형사상 불이익한 자료제출요구에 대하여는 정당하게 거부할 수 있다고 봄이 타당한데, 이는 위법성조각사유로서 정당한 사유 또는 적법행위에 대한 기대 가능성이 없는 경우로서 형사책임이 조각된다고 한다.⁴²¹⁾

IV. 진술거부권 행사에 대한 가중처벌

형사소송에서 진술거부권 행사 여부를 양형의 요소로 삼는 것이 타당한지 여부를 두고 논란이 있는 것과 마찬가지로, 행정상 제재에서도 진술거부권의 행사를 이유로 가중처분을 할 수 있을지 문제된다. 진술거부권 행사로 조사대상자의 기본권은 보장되었겠지만, 반대로 조사를 수행하는 행정기관의 입장에서는 실체적 진실의 발견 및 행정목적의 달성을

420) 국민건강보험법 제116조를 예로 들며, 동법상의 조사거부에 대한 처벌규정은 행정조사의 공익적 목적을 달성하기 위해 마련된 것이므로 입법 목적의 정당성이 인정되고, 형벌로써 이를 강제한 것은 입법 목적을 달성하기 위해 필요하고도 효과적인 방법이라고 할 수 있어 수단의 적합성도 인정된다고 한다. 또한 공익성의 정도와 부당수익의 규모를 비교형량하면, 동 조항의 처벌 규정이 입법재량의 범위를 현저히 일탈하여 지나칠 정도로 과중하게 설정되었다고 볼 수 없으므로 침해의 최소성 원칙도 위반하지 않는다고 보았다. 끝으로 재정의 건전성 확보, 위해 식품 단속을 통한 국민보건의 증진 등 행정조사를 규정한 법령에서 추구하는 공익은, 당해 법률조항에 따라 행정조사를 거부한 조사대상자를 처벌함으로써 침해되는 사익보다 더 작다고 보기 어렵다고 하여, 법익의 균형성 요건도 충족하였다고 한다. 결론적으로 조사거부자에 대한 처벌규정은 과잉금지원칙에 위배되지 아니하고, 진술거부권의 본질적 내용을 침해하거나 입법재량의 한계를 명백히 벗어난 자의적인 입법이라고 볼 수 없다고 한다.

421) 개별 법령에 규정된 조사거부방해죄의 구성요건 내지는 벌칙 조항을 개정함에 있어, ‘정당한 사유 없이’라는 조건을 부가하여 형사처벌에 직결되는 질문이나 자료 제출의 거부행위는 위법성조각사유에 해당하는 정당한 사유로 해석하자는 견해로 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 제59호 (2022. 3.), 316-324.

위해 더 많은 인력과 예산이 투입되어야 하는 등 행정자원의 낭비로 이어질 수 있고, 하나의 사건을 해결하는 데에만 상당한 시간이 소요됨에 따라 다른 조사업무에 차질이 빚어질 수 있다. 그러나 진술거부권은 피조사자의 실질적인 방어권 보장을 위한 핵심적인 수단이고, 피조사자가 조사과정에서 자신을 방어하기 위해 여러 다양한 수단을 강구하는 것은 인간으로서 지극히 자연스러운 자기방어의 본능이므로, 그러한 방어 수단들의 기초가 되는 진술거부권을 행사하였다는 이유만으로 과중된 제재 처분을 내리는 것은 적절하지 않다.⁴²²⁾ 다만, ‘형법’에서 자수는 임의적 감면사유⁴²³⁾이듯이 진술거부권을 행사하지 않고 조사에 협조하는 경우에는 그만큼 행정적 비용의 절감 및 조사대상자의 반성을 인정하여 통고처분 또는 기타 행정적 제재를 경미한 수준으로 경감하는 것은 고려해 볼 수 있을 것이다.⁴²⁴⁾

제5절 소결

행정법규 위반행위에 따른 형사처벌 규정이 별도로 마련되어 있는 경우의 행정조사와 같이 행정조사가 형사소추의 목적을 동시에 갖는 경우에는 조사대상자에게 진술거부권이 인정된다고 봄이 타당하다.⁴²⁵⁾ 특히 유럽의 사례가 우리나라에도 시사점을 줄 것으로 사료되는바, 유럽연합 사법재판소는 DB 판결을 통해 행정상 위법행위를 확인하기 위한 조사의

422) 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -”, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.), 428-429.

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

424) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제44조에서는 부당한 공동행위의 사실을 자진신고한 자, 증거제공 등의 방법으로 조사 및 심의·의결에 협조한 자에게 시정조치나 과징금을 감경 또는 면제할 수 있고, 고발을 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

425) 전학선 외, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.), 207.

결과가 종국적으로 형벌적 성격을 갖는 행정제재로 귀결될 수 있는 경우라면 당해 조사 절차에서 진술거부권이 인정되어야 한다고 판시하였다. 나아가 행정조사 과정 중 개인에게 진술할 것을 요구하고 이를 거부한 경우에 행정제재를 부과하는 것 또한 진술거부권을 침해하는 것이라고 결론지었다.

우리나라의 경우, 각종 행정법규에서 일정한 기장(記帳)·보고, 신고·등록의무를 규정하고 있으며, 이러한 의무를 간접적으로 강제하기 위하여 위반 시 행정형벌이나 과태료를 부과하도록 규정하기도 한다. 하지만 진술요구나 자료제출요구의 불응을 이유로 형사처벌하는 것은 조사대상자에게 보장된 권리의 본질적인 부분을 침해할 우려가 있는 만큼, 특별한 공익적 필요성이 인정되는 경우가 아니라면 과태료와 같은 행정질서벌로 대체하거나 이행강제금 등 완화된 강제수단으로 변경하여 입법하는 것이 적절해 보인다. 또한 행정상 제재처분도 법 위반에 대한 비난이나 처벌에 해당하고, 과징금이나 영업정지 등 행정제재도 개인에게 미치는 영향이 형사처벌 못지않은 이상, 행정조사 과정에서 조사대상자에게 진술거부권을 인정할 필요가 있다.

제4장 행정조사와 변호사 참여권

제1절 문제의 소재

헌법은 제12조 제4항에서 형사절차를 전제로 하여 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 규정하고 있고, 행정영역에서는 ‘행정절차법’ 제12조가 대리인 선임권을 규정하며 대리인 중 하나로 변호사를 명시하고 있다. 그리고 행정조사에 관하여는 ‘행정조사기본법’ 제23조 제2항에서 유사한 내용을 규정한 것을 확인할 수 있는데, 동 조항에 따르면 “조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다”고 한다. 이때 법률전문가에는 변호사가 포함되므로 행정조사에서 변호사의 참여권⁴²⁶⁾은 위 규정을 근거로 한다고 볼 수 있다. 다만, ‘행정조사기본법’은 제3조 제2항에서 여러 영역에 대해 동법의 적용을 배제하고 있는데, 그 중 세무조사와 금융위원회의 조사 및 공정거래위원회의 조사에 관하여는 각각의 개별법⁴²⁷⁾에서 변호사의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는 만큼 이에 따르면 된다.⁴²⁸⁾ 그럼에도 2017년에 있었던 금융감독원의 불공정거

426) 변호인은 수사 혹은 형사공판 단계에서 피의자, 피고인으로부터 선임된 변호사로서 피의자, 피고인 등의 형사절차 진행을 조력하는 경우에 사용하는 용어이다. 본 논문에서는 형사절차로 이행되지 않은 행정기관 내부의 조사과정에 참여하여 조사대상자를 조력하는 경우를 전제로 하므로 변호인이 아닌 변호사라는 용어를 사용하기로 한다. 그리고 헌법 제12조 제5항에서는 변호인의 조력을 받을 권리라는 표현을 사용하고 있지만, 행정조사기본법 제23조 제2항에서는 “관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 조사대상자를 조력할 권리 외에 단순히 현장조사 중에 입회하거나 문답 과정에서 조사대상자와 함께 동석할 권리까지도 포함한다고 볼 수 있으므로 본 논문에서는 ‘변호사 참여권’이라 칭하기로 한다.

427) 국세기본법 제81조의5, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제431조 제3항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제83조. 참고로 지방세기본법 제81조도 국세기본법 제81조의5와 유사한 내용을 규정하고 있다.

래 조사과정 중 변호사의 입회 및 동석을 거부한 사건⁴²⁹⁾은 다시금 행정 조사에서 변호사 참여권의 명확한 입법 필요성을 상기시켜준다. 또한 각각의 행정기관이 행정규칙을 통해 조사과정 중 변호사의 참여 절차나 기준을 정한 경우가 있는데,⁴³⁰⁾ 이러한 내부규정이 행정기관마다 다르고 변호사의 참여 배제 사유를 추상적으로 규정한 결과, 조사공무원의 자의적 판단에 따른 위험이 있다는 문제가 제기된다.

제2절 비교법적 고찰

I. 미국

1. 법적 근거

연방헌법 수정 제6조에서 규정하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리는 피고인이 경제적 사정 등으로 인하여 변호인을 고용할 수 없는 경우, 국가에서 대신하여 변호인(이른바, ‘국선변호인’)을 선임해 준다는 내용의 적극적 의미까지도 갖는다.⁴³¹⁾ 그리고 ‘연방행정절차법’ 제555조 제b항⁴³²⁾에서 규정한 바에 따르면, 행정기관의 출석요구를 받은 자는 변호

428) 참고로 ‘공직선거법’ 제272조의2 제7항에서도 변호인의 조력을 받을 권리를 명문화하고 있다.

429) 원대성, “금융감독원 불공정거래 조사과정에서 발생한 피조사자의 절차적 권리 보장의 문제”, 연세 글로벌 비즈니스 법학연구 제10권 제2호 (2018. 12.), 59-60.

430) 법률에서 변호사 참여권을 규정함에 따라 행정기관이 하위입법을 통해 이를 구체화한 경우가 있는 반면, 법률에는 명문의 규정이 없으나 행정기관이 내부규칙을 통해 조사절차 등을 정한 경우도 있다.

431) 박용철, “행정조사와 변호인 참여권”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표), 41.

432) **Administrative Procedure Act §555. Ancillary matters**

(b) A person compelled to appear in person before an agency or

인 등 대리인을 선임하여 자문이나 조언을 받을 수 있는 권리를 가진다. 이처럼 미국 연방헌법이 형사절차를 전제로 하여 공소제기 이후의 피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리를 인정하는 것과 달리, 행정절차에 있어 변호사 참여권은 비록 헌법상의 권리는 아니지만, ‘연방행정절차법’에 명시됨으로써 법률상의 권리로 인정받고 있다.

2. 판례의 분석

(1) 형사사건에서의 수사 및 사법절차

20세기 초반의 미국은 형사사건에서 변호인을 선임할 권리에 대해 별다른 우려를 표방하지 않다가, 1930년대에 접어들면서 점차 재판과정에 있는 피고인의 권리를 확대하는 방향으로 움직임이 일기 시작했다. 대중들은 형사법원이 적법한 절차에 따라 신뢰할 수 있는 결과를 도출하길 바랐으며, 연방대법원(이하 ‘대법원’)도 이에 부응하여 피고인이 재판과정에서 빈곤, 인종 차별, 장애로 인한 각종 불이익을 받지 않고, 공정한 재판을 받을 수 있도록 노력하였다. 그리고 이를 위해서는 무엇보다 법에 관한 전문지식에의 접근성이 전제되어야 한다고 보아, 대법원은 열악한 지위에 있는 피고인에게도 변호인 조력권을 보장하는 한편, 이러한 권리

representative thereof is entitled to be accompanied, represented, and advised by counsel or, if permitted by the agency, by other qualified representative. A party is entitled to appear in person or by or with counsel or other duly qualified representative in an agency proceeding. So far as the orderly conduct of public business permits, an interested person may appear before an agency or its responsible employees for the presentation, adjustment, or determination of an issue, request, or controversy in a proceeding, whether interlocutory, summary, or otherwise, or in connection with an agency function. With due regard for the convenience and necessity of the parties or their representatives and within a reasonable time, each agency shall proceed to conclude a matter presented to it. This subsection does not grant or deny a person who is not a lawyer the right to appear for or represent others before an agency or in an agency proceeding.

의 포기를 엄격히 제한하였다.⁴³³⁾ 이러한 대법원의 입장을 보여주는 주요 사건을 살펴보면, 다음과 같다.

1932년의 *Powell v. Alabama* 판결⁴³⁴⁾에서 대법원은 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항으로부터 변호인 조력권을 도출하였으며, 동조에 따라 사형에 해당하는 죄로 재판을 받는 빈곤한 피고인에게 변호인 조력이 제공되어야 한다고 판시하였다. 이후 *Johnson v. Zerbst* 판결⁴³⁵⁾에서 대법원은 중범죄로 기소된 피고인이 변호인을 선임할 형편이 되지 않는 경우에도 연방헌법 수정 제6조에 따라 변호인 조력권이 보장된다고 판시하면서, 피고인의 권리를 확대하였다.⁴³⁶⁾ 그러나 *Betts v. Brady* 판결⁴³⁷⁾에서 대법원은 피고인의 변호인 조력권이 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 조항을 통해 주에 일반적으로 적용될 수 없다고 판시하여, 피고인의 권리 보장적 측면에서 퇴보하는 듯한 입장을 취하였고, 이러한 결정은 20년간 지속되었다. 그러다 마침내 1963년에 이르러 대법원은 기존의 입장을 번복하고, *Gideon v. Wainwright* 판결⁴³⁸⁾에서 적법절차 조항에 따라 주(州) 법원에서 중범죄로 기소된 피고인에게 변호인을 선임할 수 있는 연방헌법 수정 제6조의 권리가 적용된다고 판결하였다.⁴³⁹⁾ 덧붙여 보통의 시민들은 효과적인 변호를 수행하는 데 필요한 법적 지식이 부족한 경우가 많다는 점에서 변호인을 선임할 수 없을 정도로 빈곤한 피고인에게 변호인 조력이 제공되지 않는다면, 결코 공정한 재판을 받을 수 없다고 결론지었다.

433) Zohra Ahmed, “The Right to Counsel in a Neoliberal Age”, Vol. 69 No. 2, UCLA Law Review 442, 446-447 (2022).

434) *Powell v. State of Alabama*, 287 US 45 (1932).

435) *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).

436) Mary Sue Backus, Paul Marcus, “The right to counsel in criminal cases, a national crisis”, Vol. 57 No. 6, The Hastings law journal, 1031, 1041 (2006).

437) *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942).

438) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

439) Mary Sue Backus, Paul Marcus, “The right to counsel in criminal cases, a national crisis”, Vol. 57 No. 6, The Hastings law journal, 1031, 1041-1043 (2006).

하지만 1975년을 기점으로 한 신자유주의의 물결에 따라 사법부와 연방 정책 입안자들의 태도도 전환점을 맞이하게 되었고,⁴⁴⁰⁾ 이를 보여주는 대표적인 사건이 *Faretta v. California* 판결⁴⁴¹⁾이다. 대법원은 피고인이 보호가 필요하다는 전제를 가부장적이라고 평가하면서 변호인의 역할을 축소하였고, 이전처럼 형사소송에서 변호인 조력권을 강화하는 대신 피고인의 변호인 선임 조건에 대한 의사결정 권한을 확대하는 방향으로 변화를 유도하였으며, 자율성을 부여하는 데 중점을 두었다. 즉, 변호인이 피고인의 자율성에 대한 잠재적인 위협으로 인식되기 시작한 것이다. 법원의 이러한 시각은 피고인이 종종 형사재판에서 방어권을 행사할 기회를 놓치도록 하는 결과를 낳았지만, 현재까지 큰 변화 없이 이어져 오고 있다.⁴⁴²⁾

(2) 행정영역에서의 조사

1) 개관

연방대법원(이하 ‘대법원’)은 행정절차에서 변호인 조력권이 항상 인정되는 것은 아니라고 판단한 바 있으며, 대표적인 사건으로 *Wolff* 사건⁴⁴³⁾이 있다. 본 사안에서 대법원은 유죄판결이 확정되어 복역 중인 수형자도 헌법의 적법절차조항에 따라 최소한의 절차적 권리를 보장받아야 한다고 판시하였다. 하지만 교도소 내 징계절차 중에 있는 수형자에게 변호사를 접견할 권리는 보장되지 않는다고 하였으며, 이를 권리로 인정

440) 같은 기간에 연방 정책 입안자들은 건축과 규제완화 그리고 민영화와 시장 자유화를 수반한 정책을 통해 1970년대의 인플레이션 위기를 해결하고자 하였다.

441) *Faretta v. California*, 422 US 806 (1975). 이 사건에서 주(州) 형사법원은 피고인이 자발적으로 원하는 경우, 자신을 스스로 변호할 헌법상의 권리가 있다고 판시하였다.

442) Zohra Ahmed, “The Right to Counsel in a Neoliberal Age”, Vol. 69 No. 2, *UCLA Law Review* 442, 447-448 (2022).

443) *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974).

할 경우, 교도소 내 질서 유지와 교정당국의 목표 달성을 저해할 수 있다고 보았다.⁴⁴⁴⁾ 이와 달리 보호관찰 대상자에 대한 보호관찰 취소나 가석방 취소 시, 국가가 변호인 조력권을 보장할 것인지는 개별적 사안별로 결정할 문제로서, 권리보장에 어려움을 겪을 수 있는 경우에는 변호인을 선임하는 것이 적절하다는 취지로 판단하기도 하였다.⁴⁴⁵⁾ 이하에서는 행정조사와 관련하여 미국 연방거래위원회의 조사과정에서 변호사 조력권이 문제된 사안을 검토하되, 행정조사에만 국한하여 살펴보지 않고 행정영역에서 변호사 접견권이 문제된 이민 분야를 함께 다루어보고자 한다.

2) 공정거래 분야

1969년에 있었던 American Chinchilla Corp. 사건의 결정은, 스스로 변호사를 선임할 형편이 안 되는 조사대상자를 위해 행정기관이 변호사를 선임해 줄 것을 요구한 최초의 사례로 평가된다.⁴⁴⁶⁾ 사안을 구체적으로 살펴보면, American Chinchilla Corporation의 직원 4명은 회사의 잠재적 구매자들에게 서면과 구두를 통해 오해의 소지가 있고 허위 및 기만적인 진술을 했다는 혐의를 받았으며, 이러한 행위가 ‘연방거래위원회법’ 제5조 위반은 아닌지 문제되었다. 이에 미국 “연방거래위원회”(Federal Trade Commission, 이하 ‘위원회’)는 당사자들에게 청문기일을 통지하였으나, 전원 불출석하였고 당사자 중 한 명인 Green은 법률 자문의 여유

444) Nkechi N. Erundu, “Doubling down on due process: Toward a guaranteed right to legal counsel in jail disciplinary proceedings”, Vol. 123 No. 1, Columbia Law Review 101, 101-115 (2023).

445) Gagnon v. Scarpelli, 411 U.S. 778 (1973); John R. Mills et al, ““Death is different” and a refugee’s right to counsel”, 42 Cornell International Law Journal 361, 367 (2009); 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 제59호 (2022. 3.), 301.

446) The Harvard Law Review Association, “Attorneys. Right to Counsel. Indigent Respondent before Federal Trade Commission Must Be Furnished with Legal Counsel.”, Vol. 84 No. 4, Harvard Law Review 1026, 1027 (1971).

가 없음을 주장하였다. 위원회는 Green의 주장을 기각하였으나, 위원회 구성원인 Johns 위원은 당사자의 경제적 빈곤에 관한 주장이 타당한지 검토하고, 필요한 경우 변호사의 조력을 받을 권리를 보장해 주어야 한다는 의견을 개진하였다. 나아가 국가는 법적 권한과 함께 행정조사를 위한 다양한 자원을 가진 반면, 개인은 그렇지 않다는 점에 주목하여 국가와 개인의 관계가 대등하지 않음을 지적하였다. 따라서 국가 공권력에 한 명의 개인이 대항하도록 하면서 그가 변호사를 선임할 금전적 여유가 없다고 주장하는 경우, 변호사 조력권마저 보장해 주지 않는 것은 공정하지 않은 처사이며, 적법절차원칙에도 부합하지 않는다고 하였다.⁴⁴⁷⁾

오늘날 위원회는 독점금지법 위반행위가 존재한다고 믿을만한 상당한 이유가 있고, 공익을 위해 위원회의 절차가 개시되어야 함이 명백하다고 판단한 경우, 대상자에게 청문을 통지하는 내용의 고지서를 송달한다. 이때, 고지서에는 법령 위반의 혐의사실과 청문의 시기 및 장소 등이 포함되어야 한다.⁴⁴⁸⁾ 고지서를 송달받은 당사자는 고지서에 기재된 법령 위반 사실 등을 직접 다투거나, ‘연방거래위원회법’ 제5(b)조에 따라 변호사를 대리인으로 선임하여, 청문 과정에 대한 경험이 풍부하고 조사절차에 숙련된 법률전문가의 조력을 받을 수 있다. 이처럼 현재는 위원회의 청문절차 진행과 관련하여 변호사 참여권을 법률에서 명문으로 규정하고 있다.

3) 이민 분야

미국은 1952년에 “이민·국적법”(Immigration and Nationality Act of 1952, 이하 ‘INA’)을 제정하여 이전의 이민 관련 개별법들을 체계적인 단

447) The Harvard Law Review Association, “Attorneys. Right to Counsel. Indigent Respondent before Federal Trade Commission Must Be Furnished with Legal Counsel.”, Vol. 84 No. 4, Harvard Law Review 1026, 1027-1028 (1971).

448) 김민배, “미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차”, 한국산업보안연구 제9권 제2호 (2019. 12.) 68.

일 법률로 통합하였고, 1996년에 “불법이민대응개혁 및 이민자책임법”(Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996, 이하 ‘IIRIRA’)을 제정하여 범죄경력을 가진 비시민권자의 강제 출국 절차를 재정비하는 한편, 행정기관의 권한을 한층 강화하였다. 구체적으로 IIRIRA는 행정청의 강제퇴거명령에 대한 사법심사를 상당히 제한하였고, 강제퇴거에 대한 구제수단도 실질적으로 부족하였다. 또한 필요한 서류를 구비하지 않은 비시민권자의 입국항 도착을 저지하기 위해 “신속강제퇴거절차”(expedited removal procedure)를 신설하여, 이민판사의 역할을 대폭 축소하였다.⁴⁴⁹⁾ 한편, INA는 IIRIRA를 비롯한 각종 개별법에 따라 여러 차례의 개정을 거치면서 오늘날까지 이민법의 기초로서 기능하고 있다. 그런데 INA의 규정사항이 복잡하여 구금된 비시민권자가 변호사의 조력 없이 강제퇴거명령에 불복하고, 법적 절차에 따라 구제받기란 사실상 불가능에 가깝다.⁴⁵⁰⁾ 게다가 구금된 상황에서는 변호사의 접견조차 용이하지 않다는 점에서, 이민 분야는 변호사 조력권의 보장 필요성을 두고, 많은 논쟁이 이어져 왔다. 이러한 강제퇴거 절차에서 변호사를 선임할 권리는 헌법과 법률 그리고 연방 규정에 근거하는바, 이하에서는 헌법적 근거에 대하여만 중점적으로 살펴보고자 한다.

비시민권자의 변호사 선임권에 대한 헌법적 근거는 연방헌법 수정 제6조에서 보장한 변호인 조력을 받을 권리와 제5조의 적법절차원칙에 기인한다.⁴⁵¹⁾ 다만, 수정 제6조는 형사 기소된 피고인을 전제로 하여 변호인 조력권을 규정하고 있는 반면, 강제퇴거 절차에 있는 개인은 형사 피고인으로 간주되지 않는다. 또한 이민판사의 권한도 강제퇴거명령에 국한

449) 이희정·박찬호, “미국의 이민법제에 관한 연구”, 한국법제연구원 비교법제 연구 07-10 (2007. 11.), 17-20.

450) Barbara L. Rodriguez, “In the Interest of Justice: Presuming Prejudice When the Right to Counsel in Removal Proceedings Is Denied”, Vol. 107 No. 4, Iowa Law Review 1833, 1838 (2022).

451) Barbara L. Rodriguez, “In the Interest of Justice: Presuming Prejudice When the Right to Counsel in Removal Proceedings Is Denied”, Vol. 107 No. 4, Iowa Law Review 1833, 1840 (2022).

된다는 점에서 범죄자에게 유죄를 선고하는 형사재판과는 거리가 있으므로 동 조항을 직접적으로 적용하기는 어려워 보인다. 연방대법원도 형사 분야와 이민 분야 사이의 모호한 경계를 문제점으로 인식하였으나, Padilla v. Kentucky 판결⁴⁵²⁾을 계기로, 그간 연방법상의 강제퇴거명령은 형사상 유죄임이 인정되는 비시민권자에게 부과될 수 있는 형벌 중 하나로 간주되었다는 점을 인정하였다. 이처럼 강제퇴거명령이 형사절차와 밀접하게 연관되어 있다는 점에서 연방대법원은 강제퇴거 절차에 있는 당사자에게도 변호사 조력권이 적용될 수 있음을 분명히 하였다.⁴⁵³⁾ 그러나 헌법 수정 제5조의 적법절차원칙이 강제퇴거 절차 중에 있는 모든 비시민권자에게 변호사 선임의 근거를 제공해 주는지에 관하여는 여전히 부정적인 입장이다.⁴⁵⁴⁾

(3) 검토

미국의 경우, 형사사건에서 피고인의 변호인 조력권은 연방헌법 수정 제6조에 규정되어 있으며, 행정절차에 있어 변호사 참여권은 ‘연방행정절차법’과 각종 개별법에 명시되어 있다. 예컨대, 공정거래 분야에 있어서는 ‘연방거래위원회법’ 제5(b)조에 따라 변호사를 대리인으로 선임할 수 있다. 그리고 행정조사와 직접적으로 연관된 사안은 아니지만, 연방대법원은 Padilla 사건⁴⁵⁵⁾을 계기로 강제퇴거 절차 중에 있는 비시민권자에게도 변호사의 조력을 받을 권리를 인정하였다.

452) Padilla v. Kentucky, 559 U.S. 356 (2010).

453) Barbara L. Rodriguez, “In the Interest of Justice: Presuming Prejudice When the Right to Counsel in Removal Proceedings Is Denied”, Vol. 107 No. 4, Iowa Law Review 1833, 1841 (2022).

454) Barbara L. Rodriguez, “In the Interest of Justice: Presuming Prejudice When the Right to Counsel in Removal Proceedings Is Denied”, Vol. 107 No. 4, Iowa Law Review 1833, 1841-1842 (2022).

455) Padilla v. Kentucky, 559 U.S. 356 (2010).

II. 유럽인권협약과 유럽연합

1. 개관

유럽 내에서 변호인 접견권은 형사절차상의 다른 권리를 실질적이고 효과적으로 행사할 수 있도록 도와준다고 하여, 절차적 권리의 초석으로 간주된다. 그리고 이러한 변호인 접견권은 지침(Directive 2013/48/EU)⁴⁵⁶⁾에 상세하게 구현되어 있다. 이 지침은 형사절차상의 통역 및 번역에 관한 지침(Directive 2010/64/EU)⁴⁵⁷⁾, 무죄 추정의 원칙을 내용으로 하는 지침(Directive 2016/343/EU)⁴⁵⁸⁾과 함께 방어권의 일부를 구성한다. 물론 2013/48 지침의 “서문”(preamble)에서도 볼 수 있듯이, 동 지침은 기본권헌장 제47조와 유럽인권협약 제6조 그리고 “시민 및 정치적 권리에 관한 국제 협약”(the International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 제14조에 구체화된 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 맥락에서 보아야 한다. 다만, 전술한 지침들은 모든 형사소송에서 피의자 및 피고인의 권리에 관한 최소한의 기준을 설정할 뿐만 아니라 “유럽 체포 영장”(European Arrest Warrant, EAW) 절차에도 적용되고, 상세하게 규율되어 있다는 점에서 유럽인권협약에 따른 보호보다 더욱 진일보한 것으로 평가된다.⁴⁵⁹⁾ 따라서 이 장에서는 유럽연합에 관한 부분을 살펴봄

456) Directive 2013/48/EU of The European Parliament and of The Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty.

457) Directive 2010/64/EU of The European Parliament and of The Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings.

458) Directive (EU) 2016/343 of The European Parliament and of The Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings.

459) Tommaso Rafaraci·Rosanna Belfiore, EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office, Springer International Publishing (2018), 7-8.

에 있어, 앞서의 영장주의 및 진술거부권 부분과 달리 기본권헌장이 아닌 유럽연합의 지침을 중점적으로 검토하고자 한다.

2. 유럽인권협약 제6조

유럽인권협약(이하 ‘인권협약’) 제6조는 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 규정하고 있는데, 여기서 ‘공정한 재판’이란 상당히 광범위한 의미를 갖는 만큼 추상적인 권리부터 구체적인 권리에 이르기까지 다양한 권리를 내포하고 있다. 예컨대, 제1항의 ‘독립적이고 공정한 재판소에서 재판을 받을 권리’와 제2항의 ‘무죄추정의 원칙’은 다소 추상적이라고 할 수 있는 반면 제3항 c호의 ‘법적 조력을 받을 권리’와 d호의 ‘증인을 신문할 권리’는 비교적 구체적인 내용을 규정하고 있다.⁴⁶⁰⁾ 이 중 협약 제6조 제3항 c호는 법률구조의 한 방법으로 변호인 조력권을 규정하고 있다. 이에 따르면, 경제적으로 변호인을 선임할 자력이 없는 자도 법원이 당사자의 법률상 이익을 위해 필요하다고 인정하는 경우에는 무상으로 법률구조를 받을 수 있다.

인권협약상 권리는 절대적 권리와 상대적 권리로 분류할 수 있는데, 인권재판소는 제6조의 권리를 절대적인 것이 아닌 상대적인 성격의 권리로 보았다. 그리고 생명권과 같은 절대적 권리는 제한할 수 없는 반면 상대적 권리는 인권협약상 권리 제한이 개별적으로 유보된 권리조항도 있고, 유보되지 않은 권리조항도 있다.⁴⁶¹⁾ 인권협약상 권리 제한이 개별적으로 유보되지 않은 조항은 인권협약 제8조부터 제11조의 일반적 유보

460) Andreas Samartzis, “Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, Vol 21 No 2. Human Rights Law Review, 409, 409-410 (2021). 이 외에도 유럽인권재판소는 제1항의 해석을 통해 효과적인 참여에 관한 권리(the right to effective participation) 및 무기평등의 원칙과 같은 묵시적인 권리를 도출해내었다.

461) 이형식, “유럽인권협약 제6조 공정한 재판을 받을 권리에 관한 연구 — 외국판결의 승인·집행에 관한 유럽인권재판소 판례를 중심으로 —”, 법학논총 제42권 제3호 (2022. 8.), 301.

조항에 근거하여 제한될 수 있다.⁴⁶²⁾ 이와 달리 인권협약 제6조의 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 제한하는 조항은 없으며, 제6조에 따라 보호되는 권리의 제한이 정당한지를 판단하는 기준조차 마련되어 있지 않다.⁴⁶³⁾ 따라서 인권재판소는 ‘공정한 재판을 받을 권리’가 침해되었는지 여부를 판단하기 위해 자체적인 심사기준⁴⁶⁴⁾을 마련하였으며, 이러한 기준에는 제3항 c호에 규정된 ‘변호인의 조력을 받을 권리’와 d호에 규정된 ‘증인을 신문할 권리’의 보장 여부가 중요한 요소로 작용한다. 그 중 특히 ‘변호사 조력권’과 관련된 인권재판소의 결정으로 Airey 사건⁴⁶⁵⁾과 Salduz 사건⁴⁶⁶⁾ 그리고 Golder 사건⁴⁶⁷⁾이 있다. Airey 사건은 경제적으로 빈곤한 당사자에게 국가가 변호사 조력권을 보장할 의무가 있다는 내용을 다룬다. 다음으로, Salduz 사건은 미성년자가 구금된 상태에서 경찰의 신문을 받는 동안 변호인 접견이 거부된 사안이며, Golder 사건은 투옥된 수형자가 민사소송을 제기하고자 하였으나, 내무부장관으로부터 변호사 접견이 거부된 사안으로 이하에서 상세하게 검토한다.

462) 인권협약 제8조 제2항의 ‘공공당국의 개입’, 제9조 제2항 ‘제한’, 제10조 제2항의 ‘필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌 등이 있다. 이러한 내용들은 권리 제한의 범주에 포섭된다는 내용으로 이형식, “유럽인권협약 제6조 공정한 재판을 받을 권리에 관한 연구 — 외국판결의 승인·집행에 관한 유럽인권재판소 판례를 중심으로 —”, 법학논총 제42권 제3호 (2022. 8.), 301.

463) Andreas Samartzis, “Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, Vol 21 No 2. Human Rights Law Review, 409, 410 (2021). 다만, 인권재판소는 인권협약 제6조의 권리에 대한 암묵적인 제한의 여지가 있다고 해석하는바, 특히 법원에 접근할 권리에 관해서는 제한을 인정하고 있다. 그리고 법원의 접근권에 대한 제한이 정당화되는 기준은 정당한 목적이 있어야 하며, 민주사회에서 필요성이 있어야 한다.

464) 이러한 심사기준을 “전반적인 공정성”(overall fairness)이라 명명한다는 내용으로 Andreas Samartzis, “Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, Vol 21 No 2. Human Rights Law Review, 409, 410 (2021).

465) Airey v. Ireland, Application No. 6289/73, Eur. Ct. H.R., 9 October 1979.

466) Salduz v. Turkey, Application No. 36391/02, Eur. Ct. H.R., 27 November 2008.

467) Golder v. the United Kingdom, Application No. 4451/70, Eur. Ct. H.R., 21 February 1975.

3. 유럽연합

(1) 지침의 채택 배경

리스본 조약의 발효를 계기로, 유럽연합의 입법자는 형사·사법 분야에 적용할 수 있는 각종 지침을 채택할 수 있게 되었고, 이는 유럽연합 형법의 전례 없는 발전으로 이어졌다.⁴⁶⁸⁾ 구체적으로 형사소송에 관한 최소한의 기준을 채택할 권한을 유럽연합에 부여하는 내용은 유럽연합기능조약 제82조 제2항⁴⁶⁹⁾에 명시되어 있다. 이에 따라 유럽의회와 각료이사회는 일반적인 입법 절차에 근거하여 채택된 지침을 통해 형사절차상 개인의 권리에 관한 최소한의 기준을 수립할 수 있었다.⁴⁷⁰⁾

2009년 11월, 각료이사회에서 채택한 형사절차상 피의자와 피고인의

468) Valsamis Mitsilegas, “The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings”, The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford University Press (2019), 115.

469) **TFEU Article 82**

2. To the extent necessary to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension, the European Parliament and the Council may, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, establish minimum rules. Such rules shall take into account the differences between the legal traditions and systems of the Member States.

They shall concern:

- (a) mutual admissibility of evidence between Member States;
- (b) the rights of individuals in criminal procedure;
- (c) the rights of victims of crime;
- (d) any other specific aspects of criminal procedure which the Council has identified in advance by a decision; for the adoption of such a decision, the Council shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament.

Adoption of the minimum rules referred to in this paragraph shall not prevent Member States from maintaining or introducing a higher level of protection for individuals.

470) Valsamis Mitsilegas, “The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings”, The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford University Press (2019), 115.

절차적 권리에 관한 기본방향은 이들의 권리를 강화하는 내용이 주를 이루었다. 이에 따라 유럽집행위원회(이하 ‘집행위원회’)는 절차적 권리에 관한 기본적인 사항을 마련한 후, 유럽의회와 각료이사회에 지침의 제정을 제안하고자 하였으나, 기본구조를 결정하는 단계에서 회원국들이 형사절차 수행상의 어려움이 예상된다는 우려를 표방하였고, 결국 교착 상태에 빠졌다. 이에 집행위원회는 형사절차상의 통역 및 번역에 관한 지침과 같이 상대적으로 중요성이 크지 않으면서도 합의에 도달하기 쉬운 지침부터 개별적으로 처리하는 단계적인 접근 방식을 택하였다.

이후 2011년 6월 8일, 집행위원회는 변호인 접견에 관한 지침의 입법을 제안하였고, 형사소송 분야에서 각 회원국들의 법적 다양성을 부당하게 침해하지 않으면서도 형사 절차상 피의자 내지 피고인의 방어권 보장을 위한 최소한의 기준 마련을 위해 수차례 협의를 진행하며 타협점을 모색한 끝에 2013년 10월 22일, 변호인 접견 등에 관한 지침을 채택하였다. 이외에도 무죄추정에 관한 지침을 비롯하여 형사절차상의 핵심에 해당하고, 상당한 영향력을 행사할 만한 규정들이 채택되었는데, 이에 대한 평가는 상반된다. 긍정적으로 바라보는 관점에서는, 이러한 지침들이 “최소한의 기준”(minimum standards)을 설정함으로써⁴⁷¹⁾ 객관적 범규범으로서의 제도적 보장과 주관적 공권 형성 모두에 기여한 것으로 평가한다. 이와 달리 부정적인 시각에서는 형사소송상의 절차적 장치들이 피의자 등의 기본권 강화를 위한 적절한 체제를 제공할 것이라는 기대를 충족하지 못하였다고 비판한다.⁴⁷²⁾ 이하에서는 형사소송상 피의자 내지 피고인의 절차적 권리 중 하나인 유럽연합법상의 변호인 접견권을 살펴보고, 행정조사에서의 변호사 참여권으로 논의를 확장해 보고자 한다.

471) Valsamis Mitsilegas, “The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings”, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press (2019), 116.

472) Lorena Bachmaier Winter, “The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment”, *Human Rights in European Criminal Law*, Cham: Springer International Publishing (2014), 112–113.

(2) 변호인 접견 등에 관한 지침

변호인 접견 등에 관한 지침은 형사소송 절차에서 피의자 또는 피고인의 변호인 접견을 보장하기 위한 것으로서, 그 적용범위는 제2조에 규정되어 있다. 동 조항은 어떠한 사람에게, 어떠한 절차를 거쳐서 그리고 어느 시점부터 변호인을 접견할 수 있는지에 관하여 정의하고 있다. 우선, 제2조 제1항부터 제3항에 걸쳐 규정된 인적 적용범위를 살펴보면 다음과 같다. 이 지침은 범법 행위를 저지른 것으로 의심받는 피의자나 형사상 기소된 피고인에게 적용되며, 그들이 실질적으로 자유를 박탈당했는지에 관계없이 적용된다(동조 제1항⁴⁷³⁾). 또한 경찰이나 다른 법 집행기관의 신문 혹은 조사과정에 있는 피의자 또는 피고인뿐만 아니라 장차 피의자 또는 피고인이 될 자에게도 적용된다(동조 제3항⁴⁷⁴⁾).

이 조항에 따르면, 증인이나 목격자 등의 참고인이 피의자로 간주되는 순간부터 변호인 접견권이 보장되므로, 통상적인 참고인에게는 적용되지 않는다는 문제점이 있다고 한다.⁴⁷⁵⁾ 왜냐하면 참고인 신분이 피의자 신분으로 전환되었다고 의심할 여지없이 단언할 수 있는 정확한 시점이란 존재하지 않기 때문이다. 그렇다고 증인이 범행에 가담했을 것이라는 조사담당관의 주관적인 생각에만 전적으로 의존하여, 그 시점부터 참고인에게 변호인 접견권을 부여해서도 안 된다. 증인이 피의자로 전환됨에

473) Directive 2013/48/EU Article 2 - Scope

1. This Directive applies to suspects or accused persons in criminal proceedings from the time when they are made aware by the competent authorities of a Member State, by official notification or otherwise, that they are suspected or accused of having committed a criminal offence, and irrespective of whether they are deprived of liberty...

474) Directive 2013/48/EU Article 2 - Scope

3. This Directive also applies, under the same conditions as provided for in paragraph 1, to persons other than suspects or accused persons who, in the course of questioning by the police or by another law enforcement authority, become suspects or accused persons.

475) Lorena Bachmaier Winter, "The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment", Human Rights in European Criminal Law, Cham: Springer International Publishing (2014), 113-114.

따라 변호인 접견권을 부여해야 하는 시점에 대한 판단이 조사담당관마다 서로 다를 수 있기 때문이다. 이처럼 증인이 피의자로 전환되는 시점이 모호하고, 전환되기 위한 요소가 무엇인지조차 정의할 수 없기 때문에 참고인 신분에서도 증인이 변호인을 접견할 수 있어야 하며, 변호인의 조력을 받고자 하는 의사를 표명한 경우에는 그러한 가능성이 보장되어야 한다고 주장한다. 이를 위해서는 유럽인권재판소의 판례법과 같이 변호인의 조력을 받을 권리를 존중하지 않은 피고인의 어떠한 진술도 증거로 인정하지 않는 이른바, ‘증거배제의 원칙’이 적용되어야 한다는 입장이다.

다음으로, 제2조 제4항⁴⁷⁶⁾에서는 물적 적용범위를 규정하고 있는데, 입법과정 중 2012년 5월 25일자 수정안에서는 경미한 법규 위반에 대해 동지침의 적용을 완전히 배제하였다가 두 가지 비판에 직면하였다. 첫째는 유럽연합 수준에서 경미한 범죄에 대한 통일된 개념이 없기 때문에 어떠한 경우에 지침의 적용이 배제될지 불확실하다는 것이다. 둘째는 경미한 범죄라 하더라도 형사소송 절차를 진행하는 과정에서 심각한 경제적 손실을 입을 수 있다는 점이다.⁴⁷⁷⁾

결국 2013년 5월 31일에 제안된 수정안에 따라 현재는 범죄의 경중 내지 형사절차인지 여부와 관계없이 피의자 또는 피고인의 자유를 박탈할

476) **Directive 2013/48/EU Article 2 - Scope**

4. Without prejudice to the right to a fair trial, in respect of minor offences:
 - (a) where the law of a Member State provides for the imposition of a sanction by an authority other than a court having jurisdiction in criminal matters, and the imposition of such a sanction may be appealed or referred to such a court; or
 - (b) where deprivation of liberty cannot be imposed as a sanction; this Directive shall only apply to the proceedings before a court having jurisdiction in criminal matters.

In any event, this Directive shall fully apply where the suspect or accused person is deprived of liberty, irrespective of the stage of the criminal proceedings.

477) Lorena Bachmaier Winter, “The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment”, Human Rights in European Criminal Law, Springer International Publishing (2014), 115.

가능성이 있는 경우, 지침이 적용되도록 하고 있다. 특히 제2조 제4항 마지막 문장을 통해 행정절차에서도 개인의 자유를 박탈당할 수 있는 경우에는 이 지침에 따라 법적 지원에 관한 권리가 부여된다는 점을 명확히 하고 있다.⁴⁷⁸⁾ 하지만 반대로 해석하면, 행정절차상의 경미한 위반사항으로서 법원의 재판을 통해 사법심사를 받을 수 있거나 위반에 따른 처벌이 개인의 자유를 박탈하는 정도에 이르지 않는다면, 동 조항이 적용되지 않는다고 보아야 한다.⁴⁷⁹⁾

4. 판례의 분석

(1) 민사영역에서의 변호사 조력권

민사영역에서 변호사 조력권의 보장이 문제된 사안으로 Airey 사건⁴⁸⁰⁾이 있는데, 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 아일랜드 여성인 Johanna Airey는 자신을 신체적으로 학대하는 남편과의 이혼을 원하였으나 협의이혼이 성립되지 않자 재판상 이혼절차를 진행하였다. 그러나 아일랜드 법원의 절차가 복잡하고, 관련 법률에 대한 지식이 없었던 그녀는 소송과정 중에 도움을 줄 변호사를 선임하고 싶었으나 재정적 여건이 되지 않았다.⁴⁸¹⁾ 게다가 당시 아일랜드는 민사소송 지원체계가 부족한 유럽 국가 중 하나였다.⁴⁸²⁾

478) Lorena Bachmaier Winter, “The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment”, Human Rights in European Criminal Law, Springer International Publishing (2014), 115-116.

479) Tommaso Rafaraci·Rosanna Belfiore, EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor’s Office, Springer International Publishing (2018), 8.

480) Airey v. Ireland, Application No. 6289/73, Eur. Ct. H.R., 9 October 1979.

481) Airey v. Ireland, Application No. 6289/73, Eur. Ct. H.R., 9 October 1979, para 8-9.

482) Meredith E. Hollman, ““Fundamental Fairness”: Finding a Civil Right to Counsel in International Human Rights Law”, Vol. 57 No. 2, University of Richmond Law Review 685, 687 (2023).

이에 Airey는 유럽인권재판소에 재판을 청구하며, 아일랜드 정부가 법률 구조를 제공하지 않은 것은 유럽인권협약 제6조에 따른 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것이라고 주장하였다. 하지만 아일랜드 정부 측은 청구인 Airey가 독립적이고 공정한 재판소에 접근할 수 있도록 허용한 것만으로도 협약상의 의무를 모두 이행한 것이라고 반박하였다. 유럽인권재판소는 협약상의 권리가 단순히 이론적인 것에 불과하거나 실체가 없는 것이어서는 안 되고, 실제 효과적인 권리로 기능해야 한다고 판시하였다. 따라서 경제적으로 빈곤한 사람에게 법률구조를 제공하는 것이 법원에 효과적으로 접근하는 데 있어 필수불가결한 요소라면, 국가는 궁핍한 사람들에게 변호사 조력권을 보장하는 등 법률적 지원을 해 주어야 한다고 판결하였다.⁴⁸³⁾ 이후 Airey 사건은 유럽의 여러 국가에 구속력 있는 선례로 남았다.⁴⁸⁴⁾

(2) 형사영역에서의 변호인 조력권

Salduz 사건⁴⁸⁵⁾은 재판 전 단계에서 변호인 조력 등 법률 지원을 받을 권리에 관하여 중요한 의미를 남겼다. 구체적으로 살펴보면, Salduz는 불법 조직을 지원하고 선동한 혐의로 체포된 미성년자였는데, 변호인이 없는 상황에서 경찰의 신문을 받는 동안 자신이 유죄임을 인정하는 내용의 진술을 하였으며 재판 단계에서 이를 반복하였으나, 결국 경찰 수사과정에서의 진술 내용과 필적 감정을 토대로 유죄판결을 받았다.

Salduz는 유럽인권재판소에서 주장하기를, 자신이 경찰에 구금된 상태에서 신문을 받는 동안 변호인 접견이 거부되었고, 이는 유럽인권협약 제6조 제3항 c호에 보장된 변호인 조력권을 침해한 것이라고 하였다. 이

483) Airey v. Ireland, Application No. 6289/73, Eur. Ct. H.R., 9 October 1979, para 24.

484) Meredith E. Hollman, ““Fundamental Fairness”: Finding a Civil Right to Counsel in International Human Rights Law”, Vol. 57 No. 2, University of Richmond Law Review 685, 688 (2023).

485) Salduz v. Turkey, Application No. 36391/02, Eur. Ct. H.R., 27 November 2008.

에 튀르키예 정부는 피고인이 재판과정에서 변호인의 조력을 받았으므로 협약상의 공정한 재판을 받을 권리가 침해된 것은 아니라고 반박하였다. 그러나 유럽인권재판소는 튀르키예 정부의 생각과 달랐다. 공정한 재판을 받을 권리가 실제 효과적으로 보장되기 위해서는, 당해 권리를 제한해야 할 강력한 이유가 입증되지 않는 한, 원칙적으로 경찰이 피의자를 처음 신문하는 시점부터 변호인 접견권이 제공되어야 하며, 인권협약 제6조도 이를 요구한다고 판시하였다. 또한 설득력 있는 이유를 토대로 변호인 접견 거부를 예외적으로 정당화할 수 있는 경우에도, 그러한 제한의 정당성이 무엇이든 간에 제6조에 따른 피고인의 권리를 부당하게 침해해서는 안 된다고 하였다. 덧붙여, 변호인의 접견 없이 피의자가 경찰 신문과정에서 진술한 내용이 유죄 판결에 사용될 경우 피고인의 권리는 회복할 수 없는 침해를 받게 된다는 점에도 주목하였다.⁴⁸⁶⁾ 결론적으로 재판소는 튀르키예 정부가 협약 제6조 제3항 c호를 위반하였다고 판결하였다. 또한 이 판결은 유럽연합 차원에서 형사절차 및 유럽의 체포영장 발급 절차와 관련하여 변호인 접견권 등에 관한 지침(Directive 2013/48/EU)의 채택으로 이어졌다.⁴⁸⁷⁾

(3) 수형자의 변호사 접견권

인권재판소는 Golder 사건⁴⁸⁸⁾에서 “영국의 내무부장관”(the Home Secretary)이 민사소송을 수행하고자 하는 수형자에게 변호사와 접견할 기회를 주지 않은 것이, 인권협약 제6조 ‘공정한 재판을 받을 권리’에 포함된 ‘법원에 대한 접근권’⁴⁸⁹⁾을 제한한 것으로 보았다.⁴⁹⁰⁾ 특히 인권재

486) *Salduz v. Turkey*, Application No. 36391/02, Eur. Ct. H.R., 27 November 2008, para 55.

487) Andreas Samartzis, “Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, Vol 21 No 2. *Human Rights Law Review*, 409, 413 (2021).

488) *Golder v. the United Kingdom*, Application No. 4451/70, Eur. Ct. H.R., 21 February 1975.

판소는 당시 Golder가 투옥되어 있었기 때문에 민사소송을 수행하는 데 있어 변호사 접견권이 필수적인 요소라고 하였다. 따라서 Golder가 법원에 소를 제기하는 것을 내무부장관이 직접적으로 제한하지 않았다 하더라도, 변호사 접견권을 부여하지 않은 이상, 이는 사실상 민사소송의 제기를 가로막은 것이나 다름없고, 나아가 ‘법원에 대한 접근권’의 행사를 방해한 것으로 보았다.⁴⁹¹⁾

다만, ‘법원에 대한 접근권’은 절대적인 권리가 아니라 제한될 수 있는 상대적인 권리라는 점에서, 인권재판소는 그러한 제한이 정당한 것인지를 심사할 필요가 있다고 실시하였다.⁴⁹²⁾ 본 사안에서 내무부장관이 Golder의 변호사 접견권을 제한한 행위는 반드시 필요하다고 볼 만한 합리적인 이유가 없다고 판단하였고, 따라서 이는 인권협약 제6조를 위반하여 Golder에게 보장된 권리를 침해한다고 결론지었다. 이처럼 인권재판소는 변호사 접견권이 ‘법원에 대한 접근권’에 내재된 권리로서 인권협약 제6조에 따라 보장된다고 판단하였다.⁴⁹³⁾

제3절 우리나라의 경우

489) 인권협약 제6조는 제1항 제1문의 ‘법률에 의하여 설립된 독립적이고 공평한 법원’이라는 제도상의 요청, ‘합리적 기간 내의 공정한 공개심리’라는 절차상의 요청, 그리고 ‘법원에 대한 접근권’으로 나누어 볼 수 있다는 견해가 존재한다. 이 견해에 따르면 제3항 c호의 ‘변호인 접견권’은 ‘법원에 대한 접근권’의 내용에 포함된다. 이러한 내용으로는 이형석, “유럽인권협약 제6조 공정한 재판을 받을 권리에 관한 연구 — 외국판결의 승인·집행에 관한 유럽인권재판소 판례를 중심으로 —”, 법학논총 제42권 제3호 (2022. 8.), 294.

490) 이형석, “유럽인권협약 제6조 공정한 재판을 받을 권리에 관한 연구 — 외국판결의 승인·집행에 관한 유럽인권재판소 판례를 중심으로 —”, 법학논총 제42권 제3호 (2022. 8.), 296.

491) Golder v. the United Kingdom, Application No. 4451/70, Eur. Ct. H.R., 21 February 1975, para 26.

492) Golder v. the United Kingdom, Application No. 4451/70, Eur. Ct. H.R., 21 February 1975, para 37-45.

493) 이형석, “유럽인권협약 제6조 공정한 재판을 받을 권리에 관한 연구 — 외국판결의 승인·집행에 관한 유럽인권재판소 판례를 중심으로 —”, 법학논총 제42권 제3호 (2022. 8.), 296.

I. 변호사 참여권의 법적 근거

헌법은 제12조 각항에서 인권보장을 위한 기제와 장치로서 형사절차상의 기본권을 규정하고 있는바, 국가권력의 형벌권 행사의 대상이 된 경우 무죄추정의 원칙하에 공정한 재판을 받을 수 있도록 하고, 나아가 인권을 보장하기 위해 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상의 기본권으로 인정하고 있다.⁴⁹⁴⁾ 그리고 행정영역으로 들어오면, ‘행정조사기본법’ 제23조 제2항에서 이와 유사한 취지를 규정한 것을 확인할 수 있다. 동조에 따르면, 조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다. 이때 법률전문가에는 변호사가 포함되므로 행정조사에서 변호사의 참여권은 위 규정을 근거로 한다. 그리고 ‘행정조사기본법’ 제3조 제2항에 따라 동법의 적용이 배제되는 행정조사 중 세무조사와 금융위원회의 조사 및 공정거래위원회의 조사에 관하여는 각각의 개별법⁴⁹⁵⁾에 변호사의 조력을 받을 권리가 규정되어 있어서 이에 따른다.

이와 달리 법률에는 명문의 규정이 없으나 내부규칙에서 조사과정 중 변호사의 참여 절차나 기준을 정한 경우가 있는데, 대표적인 예가 감사원 감사사무 처리규칙(이하 ‘감사사무규칙’)⁴⁹⁶⁾이다. 그리고 법률에서 변호사의 조력을 받을 권리를 규정하고, 행정규칙인 고시로 이를 구체화한 경우로는 금융위원회의 단기매매차익 반환 및 불공정거래 조사·신고 등에 관한 규정(이하 ‘불공정거래조사규정’)과 자본시장조사 업무규정 및

494) 이우영, “피의자의 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법적 보장 관점에서의 형사 공공변호인제도 도입입법안 분석 및 개선방안”, 입법학연구 제19집 제1호 (2022. 2.), 7.

495) 국세기본법 제81조의5, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제431조 제3항, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제83조. 참고로 지방세기본법 제81조도 국세기본법 제81조의5와 유사한 내용을 규정하고 있다.

496) 감사사무규칙 제18조 제1항에서는 감사원 소속 직원이 출석하여 답변하는 관계자 등을 대상으로 문답서를 작성할 때에는 관계자 등이 신청하는 경우, 변호사를 변호인으로 참여하게 할 수 있도록 규정하고 있다.

공정거래위원회의 공정거래위원회 조사절차에 관한 규칙(이하 ‘공정거래위원회 조사규칙’) 등이 있다.⁴⁹⁷⁾

II. 학설의 검토

행정조사 단계에서 변호사 참여권의 인정 여부를 두고 부정설과 긍정설이 대립한다. 먼저, 부정설에 따르면 행정조사에서 변호사가 동석할 경우, 사소한 트집을 잡아 절차의 진행을 방해하거나 허위진술의 교사까지는 아니더라도 조사대상자로 하여금 조사에 협조하지 않고 묵비권을 행사하도록 유도하여 결과적으로 실체적 진실 발견을 저해할 가능성이 높다고 한다.⁴⁹⁸⁾

그러나 행정조사에 참여한 변호사가 조사를 방해할 수 있다는 막연한 추측만으로 변호사의 참여 자체를 불허하는 것은 조사대상자에게 보장된 의견 진술의 기회를 실질적으로 차단하는 셈이 되고, 이는 곧 당사자의 방어권 침해로 이어진다. 따라서 행정조사의 당사자는 변호사 조력권을 갖고, 이에 대응하여 변호사 역시 조사 참여권을 갖는다고 보는 것이 타당하다고 하여, 행정조사 단계에서 조사대상자의 변호사 조력권을 긍정하는 견해가 있다.⁴⁹⁹⁾ 긍정설의 구체적인 논거를 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 법 위반 사실의 확인을 위한 행정조사에서 변호사의 조력을 받을 권리는 명문의 규정 없이도 헌법상 법치국가원리 및 적법절차원칙을 근거로 인정되며, ‘행정조사기본법’과 ‘행정절차법’의 관련 규정은 이러한 불문의 법원리를 명문화한 것이라 해석할 필요가 있다고 한다.⁵⁰⁰⁾ 둘째,

497) 불공정거래조사규정 제22조의2; 자본시장조사 업무규정 제17조의4; 공정거래위원회 조사규칙 제4조 제1항.

498) 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 제59호(2022. 3.), 301.

499) 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 제59호(2022. 3.), 302.

500) 박현정, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회(2023. 5. 12. 발표), 74.

행정조사 과정에서 피조사자는 법률전문가가 아니다 보니 ‘행정조사기본법’이나 여타의 개별법에 규정되어 있는 방어수단을 알지 못하여, 조사과정 중 기본권을 침해당할 수 있고, 불리한 조사결과가 나올 수 있으므로 피조사자의 이익을 적극 방어해 줄 수 있는 조력자가 필요하다고 한다.⁵⁰¹⁾ 셋째, 대법원은 징계절차에서 변호사의 조력을 받을 권리가 인정되는지 여부에 관하여 ‘행정절차법’ 제12조를 근거로 변호사 조력권을 인정하였는데,⁵⁰²⁾ 처분 부과를 위한 자료수집의 목적으로 행해지는 권력적 행정조사도 행정절차에 준하는 절차로서 그 성질에 반하지 않는 이상, ‘행정절차법’상의 대리인 규정을 유추적용할 수 있다고 본다. 또한 비권력적 사실행위인 행정지도에서 ‘행정절차법’의 대리인 규정이 적용되어 변호인 조력이 가능하므로, 동일선상에서 행정조사에도 대리인 규정이 적용된다고 보는 것이 법 적용상의 형평에 부합한다고 주장한다.⁵⁰³⁾

III. 판례의 분석

헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자와 피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는지 여부에 대하여 이는 비록 헌법상 명시적 규정은 없으나 ‘불구속 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법상 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용’으로 인정하였고, 피의자 신문 시 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 달라는 청구인들의 요청을 거부한 행위는 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로써 위헌임을 확인하였다.⁵⁰⁴⁾ 또한 체포·구속을 당한 때에 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 헌법 제12조 제4항이 행정절차에서의 인신구속에도 적용된다고 판시한 바 있다.⁵⁰⁵⁾

501) 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -”, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.), 436.

502) 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결.

503) 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 제59호 (2022. 3.), 302-303.

504) 헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌마138 결정.

대법원은 징계와 같은 불이익처분절차에서 징계심의대상자에게 변호사를 통한 방어권의 행사를 보장하는 것이 필요하고, 변호사가 징계위원회에 출석하여 징계심의대상자를 위하여 필요한 의견을 진술하는 것은 방어권 행사의 본질적 내용에 해당한다고 판시하였다. 그러면서 변호사의 징계절차 출석 및 진술을 거부한 징계위원회 심의·의결은 절차적 정당성을 상실한 것으로서 당해 징계처분은 위법하다고 판단하였다.⁵⁰⁵⁾ 이는 비록 징계절차에서 변호사 조력권의 인정 여부를 다룬 사안이지만, 행정조사 절차에도 시사하는 바가 클 것으로 사료된다.

제4절 변호사 참여권의 도입 논의

I. 비교법적 고찰을 통한 변호사 참여권의 도입 필요성

헌법상 변호사의 조력을 받을 권리는 국가에 비해서 미약한 당사자의 권리를 실질적으로 보장하기 위한 제도로 받아들여지고 있기에, 오늘날 그 적용범위가 형사절차상의 피의자·피고인으로 제한되지 않고 그 밖의 절차에서도 인정되고 있다. 이하에서는 비교법적으로 검토한 결과를 토대로 행정조사 과정 중 변호사 참여의 필요성과 이를 명문으로 규정하기 위한 입법적 제언 순서로 검토한다.

우선, 형사 소추절차와 행정절차를 비교해 보면 행정절차라고 하여 변호사 참여권의 보장 필요성이 낮아지는 것은 아니다. 따라서 형사절차와 행정절차를 나누어 형사절차에만 변호사 참여권을 보장하는 것은 타당하지 않다. 예상되는 반론으로 형사재판의 결과 유죄임이 밝혀졌을 때 부과될 수 있는 징역형이, 행정상 법령 위반에 따른 과징금 처분보다 과중하므로 변호사 참여권의 보장 여부에 차별을 두는 것이 타당하다는 주장

505) 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2014헌마346 결정.

506) 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결.

이 있을 수 있는데, 이는 재정적 손실을 보다 탄력적으로 회복할 수 있는 경제적 상위 계층의 가치 판단이 개입된 것으로 사료된다. 상대적으로 빈곤한 사업가의 입장에서는 일시적인 자유의 상실보다도 막대한 재정적 박탈 혹은 업계에서 영구히 퇴출당하여 자신의 가족을 부양하는 것조차 어려워지는 상황이 더욱 큰 피해로 다가올 수 있기 때문이다.⁵⁰⁷⁾ 이처럼 각자가 처한 상황에 따라 주관적으로 느끼는 바가 다를 수 있으므로, 자유를 박탈당하는 형벌과 행정상 제재처분의 부과를 나누고, 경중을 달리 보는 것은 무의미하다고 생각한다. 형사절차 상의 수사 및 재판 과정에서 변호인 조력권이 보장되듯이 행정영역에서의 조사나 청문회에도 변호사 참여권이 보장되어야 한다고 본다. 또 다른 반론으로 행정기관의 제재처분에는 형사처벌과 달리 낙인효과가 없다는 주장이 있을 수 있는데, 이 또한 적절하지 않다. 언뜻 보기에 형사 범죄를 저질러 유죄판결을 받은 경우에는 사회적으로 심각한 비난에 직면하고 형기를 마친 이후에도 특정 직업군에서 배제될 수 있는 반면, 행정적 제재부과에는 그러한 불이익이 없다고 생각할 수 있다. 하지만, 위에서 살펴본 American Chinchilla Corp. 사건⁵⁰⁸⁾에서처럼 사기성 허위 진술 혐의로 제재처분을 부과받은 경우, 업계의 평판과 신뢰도가 낮아져서 단기적으로 매출에 상당한 타격을 입는 것은 물론이고, 장기적으로 사업을 수행하는데 있어서도 제재이력이 상당한 장애요인으로 작용할 것이다. 마찬가지로 *Boruski v. SEC* 사건⁵⁰⁹⁾에서와 같이 증권거래소 직원이 미국 “증권거래위원회”(Securities and Exchange Commission)로부터 질책을 받는다면, 정보의 유통이 신속한 업계의 특성상 다른 업종에 비해 보다 즉각적으로 신임을 잃게 될 것이다.⁵¹⁰⁾

507) The Harvard Law Review Association, “Attorneys. Right to Counsel. Indigent Respondent before Federal Trade Commission Must Be Furnished with Legal Counsel.”, Vol. 84 No. 4, Harvard Law Review 1026, 1028-1029 (1971).

508) American Chinchilla Corp. 사건에 관하여는 본 논문의 제4절 제2절 I. 2. (2) 1) 참조.

509) *Boruski v. Securities and Exchange Commission*, 340 F.2d 991 (2nd Cir. 1965).

510) The Harvard Law Review Association, “Attorneys. Right to Counsel. Indigent

다음으로, 방어권 보장은 적법절차원칙의 핵심이고 변호사의 조력을 받을 권리는 방어권 보장의 본질적 내용이자 조사대상자의 방어권 행사를 위한 필수불가결한 요소이다. 그러므로 행정조사 과정에서 변호사의 참여권을 제한할 우월한 공익적 요청이 현존한다고 볼 특별한 사정이 없는 한, 구체적인 법적용에 있어 행정청으로서는 이를 함부로 제한할 수 없고 최대한 보장하는 것이 무기평등원칙의 관점에서도 타당하다. 만일 압도적인 공익적 필요성이 없음에도 행정청이 조사과정 중 변호사의 입회를 거부하거나 조사대상자의 방어권 행사를 방해한 경우에는 그 발생 시기와 정도에 상관없이 조사대상자의 변호사 조력권을 침해한 것으로 간주하는 한편, 절차적 위법사유에 해당하는 것으로 적극 인정할 필요가 있다.

입법론적 관점에서 살펴보면, 행정조사 단계에서의 변호사 조력권 내지 참여권은 더 이상 행정기관의 고시 등을 통해 시혜적으로 인정되는 권리에 그쳐서는 안 된다. 법률에 명시적으로 규정함으로써⁵¹¹⁾ 조사기관이 이를 준수하도록 강제할 필요가 있으며, 나아가 조사대상자의 당연한 권리이자 기본권으로 받아들여져야 한다. 이때, 입법을 통해 변호사 조력권을 규정하는 방법으로 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 첫째는 미국의 ‘연방행정절차법’이 행정조사 과정에서의 변호사 참여권을 명시적으로 규정하였듯이,⁵¹²⁾ 우리나라도 ‘행정조사기본법’에 이를 명확하게 규정하는 것이고, 둘째는 ‘행정조사기본법’의 조속한 개정이 어려울 경우를 대비한 것으로, 개별 법률에만 변호사 참여권의 근거를 두고 일부 분야에만 제한적으로 도입하는 방법이다.⁵¹³⁾ 다만, 현재도 행정조사와 관련한 몇몇

Respondent before Federal Trade Commission Must Be Furnished with Legal Counsel.”, Vol. 84 No. 4, Harvard Law Review 1026, 1029-1030 (1971).

511) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 130.

512) 미국의 연방행정절차법에 관하여는 본 논문의 제4장 제2절 I. 1. 참조.

513) 이세주, “변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장의 실현 - 헌법 제12조 제4항 본문의 변호인의 조력을 받을 권리를 중심으로 -”, 공법학연구 제21권 제2호 (2020. 5.), 95-96.

개별법에서 변호사 참여권을 규정하고 있으나, 실무에서 온전히 준수되고 있는지에 관하여는 다소 미흡한 부분이 있어 보인다. 이에 첫 번째 방안만 검토하고자 하며, 두 번째 방안과 관련하여서는 미흡한 부분에 대한 지적을 통해 문제점 위주로 살펴보고자 한다.

우선, 우리나라의 ‘행정절차법’ 제12조에서는 대리인 선임규정을 두고, 대리인이 될 수 있는 자로 제3호에서 변호사를 이미 명시하고 있다. 하지만 우리나라는 미국과 달리 ‘행정조사기본법’이 있으며,⁵¹⁴⁾ 동법 제3조에서는 “행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법으로 정하는 바에 따른다”고 하여 행정조사 영역에서 일반법적인 지위를 향유함을 분명히 하고 있다. 따라서 ‘행정절차법’뿐만 아니라 ‘행정조사기본법’에도 변호사 참여권을 명문으로 규정할 필요가 있어 보인다. 다만, ‘행정조사기본법’은 적용 예외 분야가 광범위하다는 문제점이 있는데, 사실 동법이 적용되는 행정조사와 적용되지 않는 행정조사 사이에 방어권의 보장 필요성 측면에서 본질적인 차이가 있다고 할 수 없다. 그러므로 동법에 변호사 참여권을 명시하는 것 못지않게 중요한 것이 동법의 적용범위를 넓혀나가는 것이다. 구체적으로 입법론적 제언을 하자면, 적용범위를 규정한 동법 제3조 제3항에 변호사 참여권 관련 조항을 삽입하여 대부분의 행정조사에 있어 변호사 참여권이 적용되도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 나아가 현행 ‘행정조사기본법’ 제23조에서는 전문가 참여권을 규정하고 있으나, 조문의 명칭에서도 알 수 있듯이 조사대상자의 방어권 보장 측면이 아니라 조사자의 조사권 행사가 제한되는 사항 중 하나로 기술하고 있을뿐더러, 방어권 행사가 가능한 시점이나 관계 공무원의 고지의무 등이 구체적으로 규정되어 있지 않아 조사대상자의 권익 보호 측면에서 한계를 보인다. 따라서 이를 조사권 행사가 제한된다는 관점이 아닌 조사대상자의 절차적 권리라는 관점에서 보완할 필요가 있어 보인다.⁵¹⁵⁾

514) 행정조사기본법은 다른 나라에서 유례를 찾아보기 힘든 법률이라는 내용으로 본 논문의 제1장 제2절 II. 1. 참조.

II. 변호사 참여권의 제한 문제

개별 법률이나 행정기관 자체 고시에서 변호사의 조력을 받을 권리를 규정하고 있으나, 행정조사 절차를 정한 내부규정이 행정기관마다 다르고, 그러한 규정에서 조사공무원의 판단에 따라 변호사의 참여를 광범위하게 제한할 수 있도록 하여 변호사 조력권의 실질적 보장에 반한다는 비판이 있다.⁵¹⁶⁾ 따라서 미흡한 부분에 대한 정비가 필요해 보이는바, 그 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 법률에서는 변호사의 조력을 받을 권리를 보장하면서 별도의 예외 사유를 정하지 않아 일반적으로 이를 허용하는 듯한 입장을 취하나⁵¹⁷⁾ 행정기관이 법률의 위임도 없이 하위 규칙을 통해 변호사 참여권의 배제 사유를 정하여,⁵¹⁸⁾ 결론적으로 법률상 인정되는 국민의 권리를 제한한 것은 아닌지, 위법이 의심된다. 물론 내부규정도 법률에서와 같이 변호사의 조력권을 규정한다는 점에서는 공통되나, 이와 동시에 변호사의 참여를 배제한 채 조사를 진행할 수 있는 사유를 광범위하게 나열하고 있어,⁵¹⁹⁾ 실질상 변호사 참여권의 보장을 위한 것이라기보다 변호사의 참여를 배제하기 위한 규정으로 비친다는 지적이 가능하다.

515) 박현정, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표), 74.

516) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 112.

517) 대표적인 예로 공정거래법 제83조에 따르면, 공정거래위원회로부터 조사 및 심의를 받는 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원은 변호사 등 변호인으로 하여금 조사 및 심의에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.

518) 불공정거래조사규정 제22조의2 제1항 단서; 자본시장조사 업무규정 제17조의4 단서; 공정거래위원회 조사규칙 제4조 제1항 단서.

519) 공정거래위원회 조사규칙 제4조 제1항은 “조사의 개시 및 진행을 지연시키거나 방해하는 것으로 판단되는 경우, 조사공무원의 승인 없이 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우, 피조사업체를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우, 신문내용을 촬영, 녹음, 기록하는 경우”를 변호인의 참여 배제 사유로 열거하고 있다.

둘째, 변호사의 참여 배제 사유를 추상적으로 규정한 결과, 조사공무원의 자의적 판단에 따를 위험이 있다. 예컨대, 공정거래위원회 조사규칙 제4조 제1항 제1호에서는 “피조사업체의 변호인 참여 요청이 조사의 개시 및 진행을 지연시키거나 방해하는 것으로 판단되는 경우”를 변호사 참여의 배제 사유로 정하고 있는데, 사내변호사를 두고 있는 것이 아닌 이상, 피조사업체가 변호사를 선임하고 실제로 변호사가 조사과정에 참여하는 데에는 일정한 시간이 소요된다. 그런데 이를 조사의 개시 및 진행을 지연시키는 사유로 판단하면, 법률상 인정되는 변호사 참여권이 하위 규칙에 따라 형해화되는 결과를 초래한다.⁵²⁰⁾ 게다가 조사절차를 정한 다수의 행정규칙에서 그 밖에 “조사목적 달성을 현저하게 어렵게 하는 경우”라는 포괄적 제한 사유를 두어,⁵²¹⁾ 특정한 사유를 명시하지 않고도 조사공무원의 판단만으로 변호사 참여권을 제한할 수 있도록 하였다.⁵²²⁾ 이처럼 행정규칙인 고시가 법률상의 일반적 허용을 무색하게 만들고 있으며, 규정상의 표현인 ‘현저하게 어렵게 하는 경우’가 어느 정도인지도 모호하여, 각 조사공무원마다 다르게 해석할 여지가 있다.

셋째, 변호사의 참여를 원하는 조사대상자가 행정기관에 먼저 참여를 신청하도록 규정한 내용은⁵²³⁾ 변호사의 참여를 권리로서 인정한 법률의 취지에 부합하지 않는다는 비판이 있다.⁵²⁴⁾ 이러한 견해에 따르면, 변호사는 조사절차에 당연히 참여할 수 있어야 하고, 예외적으로 특별한 사

520) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 112.

521) 불공정거래조사규정 제22조의2 제1항 제5호; 자본시장조사 업무규정 제17조의4 제1항 제5호; 공정거래위원회 조사규칙 제4조 제1항 제5호 등.

522) 이와 달리 국세청의 국세청의 조사사무처리규정은 세무대리인이 조력의 범위를 넘어 조사를 방해하거나 늦추려는 경우, 거짓으로 진술하는 경우 또는 납세자가 직접 진술할 필요가 있는 경우 등에는 납세자가 직접 의견을 진술하도록 요구할 수 있도록 하되(제28조 제4항), 그 밖에 조사공무원에게 세무대리인의 조사절차 참여 자체를 배제할 권한을 부여하지 않았다.

523) 감사사무규칙 제18조 제2항; 불공정거래조사규정 제22조의2 제1항; 자본시장조사 업무규정 제17조의4; 공정거래위원회 조사규칙 제4조 제1항.

524) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 224.

유가 있을 때에 한하여 변호사를 참여를 제한하는 것이 타당하다고 주장한다.

넷째, 감사사무규칙⁵²⁵⁾뿐만 아니라 조사절차를 정한 다수의 행정규칙에서 변호사가 문답 과정을 촬영, 녹음, 기록하는 경우 변호사의 참여를 배제할 수 있도록 규정하고 있다.⁵²⁶⁾ 그런데 이러한 내용은 조사대상자가 조사과정을 방해하지 아니하는 범위 안에서 조사원과의 상호 협의에 따라 행정조사의 과정을 녹음하거나 녹화할 수 있도록 한 ‘행정조사기본법’ 제23조 제3항에 반하는 것⁵²⁷⁾이라는 지적이 있다.⁵²⁸⁾

다섯째, 변호사 참여 배제 조치에 대한 불복수단이 없어 경우에 따라서는 수사기관인 검사의 피의자 신문보다도 변호사의 참여를 더욱 제한할 여지를 두고 있다는 주장이 존재한다.⁵²⁹⁾ 실제로 ‘형사소송법’ 제417조를 보면, 범죄수사 단계에서 검사의 변호인 신문참여 제한처분에 대하여는 준항고를 제기하여 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 구할 수 있다. 반면에 행정조사단계에서는 변호사의 참여를 제한하는 처분에 대하여 불복할 방법이 없다. 변호사의 참여 제한이 항고소송의 대상이 되는지 불분명하고, 설령 대상적격을 갖는다고 하더라도 신속한 구제가 필요한 상황에서 항고소송은 불충분한 불복수단이기 때문이다.⁵³⁰⁾

525) 참고로 감사사무규칙과 같은 감사원규칙은 대외적 구속력을 갖는 법규명령이라는 견해가 있는데, 이는 행정기본법 제2조 제1호 가목에서도 알 수 있듯이, 감사원규칙은 중앙행정기관의 장이 정한 고시 등 행정규칙과 서로 다른 층위에 있다.

526) 감사사무규칙 제18조 제4항 제3호; 세관공무원의 범칙조사에 관한 훈령 제30조 제4항 제4호; 불공정거래조사규정 제22조의2 제1항 제4호; 자본시장조사 업무규정 제17조의4 제1항 제4호; 공정거래위원회 조사규칙 제4조 제1항 제4호 등.

527) 행정조사기본법 제3조에 따르면, 조세범칙조사나 금융감독기관의 조사 및 공정거래위원회의 조사는 동법의 적용을 받지 않으므로 본문에서 이를 제외하였으나, 감사원의 감사는 행정조사기본법의 적용을 받는다고 보아야 할 것이다.

528) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 225; 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 112-113.

529) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.), 112.

530) 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.), 225.

제5절 소결

헌법상 적법절차의 원리에 근거한 변호인 조력권은 변호사 참여권의 형태로 행정조사 과정에서도 보장될 필요가 있다. 특히 변호사 참여권은 조사대상자에게 보장된 다른 권리를 실제 효과적인 방법으로 행사할 수 있도록 도와준다는 점에서 더욱 그러하다. 미국의 경우, 연방거래위원회의 조사와 관련하여 변호사를 선임할 금전적 여유가 되지 않는 조사대상자에게 국가는 변호사 조력권을 보장해 줄 필요가 있다는 취지의 의견이 있었다. 유럽인권재판소는 민사소송을 수행하고자 하는 수형자에게 변호사와 접견할 권리를 보장해 주지 않은 것을 두고, 유럽인권협약 제6조를 위반하여 당사자의 권리를 침해한다고 판시하였다. 뿐만 아니라 미성년자가 구금된 상태에서 경찰의 신문을 받는 동안 변호인 접견이 거부된 *Salduz* 사건을 계기로 유럽연합은 변호인 접견권 등에 관한 지침(Directive 2013/48/EU)을 채택하였다. 동 지침에서는 범죄의 경중 내지 형사절차인지 여부와 관계없이 당사자의 자유를 박탈할 가능성이 있는 경우, 지침을 적용하고 있다. 특히 행정절차에서도 개인의 자유를 박탈당할 수 있는 경우에는 동 지침이 적용된다는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 행정조사가 실질적으로 형사상의 소추 목적을 동시에 추구하거나 형사소추절차로 이행되는 등 개인의 기본권을 침해하는 정도에 이를 경우에는 동 지침에 따라 조사대상자에게 변호사 참여권이 보장되어야 할 것이다.

이와 달리 국내에서는 행정조사와 관련한 몇몇 개별법이 조사과정 중 변호사 참여권을 규정하고 있음에도, 하위입법을 통해 변호사 참여권의 배제사유를 정하고 있으며, 이 또한 추상적으로 규정한 결과 조사공무원의 자의적인 판단에 따라 보장 여부가 달라질 위험이 있다. 이에 ‘행정조사기본법’상의 전문가 참여권과 별개로 변호사 참여권을 규정하는 방안

을 생각해 보았으며, 입법적 관점에서 변호사 참여권과 관련한 규정을 동법 제3조 제3항에 명시함으로써 ‘행정조사기본법’의 적용이 배제되는 분야에 대해서도 변호사 참여권만큼은 적용되도록 하는 방안을 제안해 보았다.

제5장 요약 및 결어

제1절 요약

행정조사는 행정작용의 효율성 확보를 위해 필수불가결한 수단이지만, 그만큼 국민의 권익에 영향을 주기도 하므로, 행정조사의 적법성을 확보하고 당사자의 방어권을 보장할 필요가 있다. 특히, 방어권 보장의 핵심 수단이라 할 수 있는 영장주의, 진술거부권 및 변호사 참여권이 폭넓게 인정되어야 하고, 절차적 보장과 실체적 한계를 준수하도록 하는 등 사전 또는 사후적인 사법적 통제를 확대할 필요가 있다.

행정조사가 헌법상 적법절차의 원칙을 준수하는 방향으로 개선될 수 있도록 하기에 앞서, 예비적 고찰로서 행정조사의 개념과 유형을 정리해 보았다. 오늘날 행정조사는 행정상 즉시강제에 포함되지 아니하는 독자적인 행정의 작용형식이고, 권력적 조사와 비권력적 조사를 모두 포괄하는 개념이라 할 수 있다. 따라서 행정조사를 한 문장으로 정의하면, ‘행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 자료·정보 등을 수집할 목적으로 행하는 일체의 행정행위’라고 말할 수 있다.

2007년에는 ‘행정조사기본법’이 제정되어 오늘날까지 시행되고 있으나, 적용 제외 분야가 광범위하고 영장주의나 진술거부권 등 절차적 통제 방안이 미흡하며, 위법한 행정조사에 대한 제재 규정조차 없어 개정이 필요해 보인다. 이에 본 논문에서는 ‘행정조사기본법’의 미비한 점에 대한 개선 방향을 염두에 두고, 조사대상자의 방어권을 보장함과 동시에 행정조사가 절차적 정당성을 확보할 수 있도록 영장주의, 진술거부권, 변호사 참여권의 도입 필요성을 검토하고, 비교법적으로 외국의 사례를 고찰해 보았다.

행정조사와 영장주의에 있어 외국의 판례 흐름을 살펴보면, 우선 미국

은 행정영장을 도입하여 개인의 주택뿐만 아니라 영업소에 대한 출입검사를 실시할 때에도 원칙적으로 영장주의의 적용을 긍정해 왔다. 다만, 예외적으로 특별규제산업에 대해서는 영장주의의 적용을 배제해왔고, 그 과정에서 공익과 사익의 비교형량, 정부 규제의 역사성·정통성, 정부 규제에 따른 실질적 이익 등을 종합적으로 고려하였다. 한편, 유럽에서는 유럽인권협약과 유럽연합 기본권헌장을 통해 “사생활, 가족생활 및 주거, 통신을 존중받을 권리”를 보장하고, 유럽인권재판소와 유럽연합 사법재판소에서는 동 조항에 근거하여 영장주의와 유사한 법리를 구성하였다. 먼저, 유럽인권재판소는 Colas Est 사건에서 영장 없이 실시한 사업장 구역 내 압수·수색이 협약 제8조를 위반한다고 판시하였으며 다음으로, 유럽연합 사법재판소는 Roquette Frères 사건을 통해 영장주의와 유사한 체계를 도출하였다. 특히, 초국가적 기구의 지원 요청이 있는 경우에도 회원국이 반드시 따라야 하는 것은 아니며, 회원국의 사법부에서 재량권을 갖고 자율적으로 승인 여부를 판단하도록 하였다는 점에서 본 판결이 중요한 의미를 지닌다.

행정조사와 진술거부권에 관하여 비교법적으로 검토해 보면, 우선 미국 연방대법원은 행정조사 과정에도 자기부죄거부권이 일반적으로 적용된다는 입장을 취하였으나, 점차 그 예외를 널리 인정하였다.⁵³¹⁾ 특히 ‘공적 기록의무 법리’에 따라 규제 대상자에게 기록, 보존을 의무화하고, 이에 대해서는 자기부죄거부권을 보호하지 않는 방향으로 헌법적 보호를 축소하고 있었다. 이와 달리 유럽에서는 자기부죄거부권의 적용범위를 점차 확장해가는 양상을 보였는데, 대표적인 판결로 유럽인권재판소의 Funke 판결과 Saunders 판결이 있었다.⁵³²⁾ 나아가 유럽연합 사법재판소는 행정상 위법행위를 확인하기 위한 조사의 결과가 중국적으로 형벌적

531) 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38조 제2호 (2014. 5.), 56.

532) Funke 판결을 통해 행정조사 단계에서 자기부죄거부권의 적용을 인정하였으며, Saunders 판결에서는 행정조사 과정 중 강제로 취득한 정보를 형사상 유죄의 증거로 사용하는 것을 두고, 인권협약 위반에 따른 자기부죄거부권 침해로 판시하였다.

성격을 갖는 행정제재로 귀결될 수 있는 경우, 당해 조사에서도 진술거부권이 인정되어야 한다는 취지로 판결하였다.

행정조사와 변호사 참여권에 관하여 비교법적 고찰을 시도해 보면, 우선 미국은 연방헌법 수정 제6조와 ‘연방행정절차법’에서 변호인 조력권을 명시하고 있으며, 연방거래위원회의 행정조사 중 변호사를 선임할 형편이 안 되는 조사대상자를 위해 국가가 변호사를 선임해 주어야 한다는 의견이 개진되기도 하였다. 또한 유럽에서는 유럽인권협약 제6조가 변호인 조력권을 규정하고 있으며, 유럽인권재판소의 Salduz 사건을 계기로 유럽연합 차원에서 변호인 접견 등에 관한 지침을 채택하였다. 나아가 유럽인권재판소는 경제적으로 빈곤한 사람에게 법률구조를 제공하는 것이 법원에 효과적으로 접근하는 데 있어 필수불가결한 요소라면, 국가는 이들에게 변호사 조력권을 보장하는 등 법률적 지원을 해 주어야 한다고 판시하였다.

제2절 결어

행정조사 중에 ‘법 위반 사실의 조사’ 내지 형사처벌을 전제로 하는 조사에 있어서 당사자는 형사사건의 피의자와 유사한 수준의 압박감을 받게 되는 것을 부정할 수 없다. 또한 국가공권력의 행사는 국민의 권리나 이익에 영향을 미치기 때문에, 절차적 정당성이 담보되지 않으면 국민의 신뢰를 얻을 수 없고, 국민주권이 제대로 실현되는 국가라고 보기 어렵다. 만약 절차적 규정이 없는 경우라 할지라도 절차적 정당성을 담보하는 것은 민주국가에서 당연한 요청이며, 법치주의와 적법절차원칙의 관점에서 절차 규정에 흠결이 있다면, 이를 보충할 필요가 있다고 생각한다.

본 논문에서는 행정조사의 필요성과 국민의 기본권 보호를 적절히 조화시키는 방안으로 행정영장의 도입을 제시하였으며, 특히 행정법규 위

반행위에 따른 형사처벌 규정이 별도로 마련되어 있는 경우의 행정조사에서는 진술거부권이 인정되어야 한다고 보았다. 마지막으로 변호사 참여권은 다른 절차상의 권리를 실질적이고 효과적으로 사용할 수 있도록 도와주는 수단이자 조사대상자의 방어권 행사를 위해 필수불가결한 요소라는 점에서 ‘행정조사기본법’에 명문으로 입법할 것을 제안하였다.

헌법상 적법절차원칙을 행정법의 일반원칙 중 하나로 보고 행정기관의 행위규범인 동시에 사법적 심사기준으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.⁵³³⁾ 이를 토대로 행정조사에도 영장주의를 도입하고, 행정기관이 조사를 수행하는 과정에서 진술거부권과 변호사 참여권의 보장을 준수한다면, 조사대상자의 권익을 보호하는 한편, 행정조사가 절차적 적법성을 확보하여 궁극적으로 행정의 민주화를 도모함과 동시에 국민의 신뢰를 얻을 수 있으리라 본다.

533) 김영순, “세무조사에서 납세자의 절차적 권리 확대 방안 - 적법절차원칙의 관점에서 -”, 고려법학 제82호 (2016. 9.), 4-5.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김남진·김연태, 행정법 I (제26판), 법문사 (2022).
- 김동희·최계영, 행정법 I (제26판), 박영사 (2021).
- 김성수, 일반행정법(제9판), 홍문사 (2021).
- 김용섭·이경구·이광수, 행정조사의 사법적 통제방안 연구, 서울지방법원
사회 법제연구원 연구총서 07, 박영사 (2016).
- 김중권, 행정법(제4판), 법문사 (2021).
- 김철용, 행정법(제12판), 고시계사 (2023).
- 박윤훈·정형근, 행정법강의(상)(개정30판), 박영사 (2009).
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사 (2005).
- 변지영, EU사법재판소(CJEU)와 유럽인권재판소(ECtHR)에 관한 연구,
대법원 사법정책연구원 (2016).
- 이희정·박찬호, “미국의 이민법제에 관한 연구”, 한국법제연구원 비교법
제 연구 07-10 (2007).
- 장태주, 행정법개론(제9판), 법문사 (2011).
- 정남철, 한국행정법론(제2판), 법문사 (2021).
- 정하중·김광수, 행정법개론(제15판), 법문사 (2021).
- 하명호, 신체의 자유와 인신보호절차, 고려대학교출판부 (2012).
- 하명호, 행정법(제5판), 박영사 (2023).

2. 논문

- 강수진, “공정거래위원회의 조사권 행사와 형사절차상 원칙과의 관계”,
형사법의 신동향 통권 제37호 (2012. 12.).
- 강우찬, “공정거래법 벌칙규정과 형사법 이론의 체계적 정합성과 관련한
몇 가지 문제들”, 경쟁저널 제212호 (2022. 8.).
- 권배근, “사실행위에 대한 헌법재판소의 합헌성심사기준에 대한 비판적
고찰 - 현재 2002.10.31, 2000헌가12를 중심으로 -”, 한양법학
제24권 제2호 (2013. 5.).
- 금태환, “영장 없는 현장조사의 가능성 - 미국법상 “광범하게 규제되는
산업” 법리를 중심으로 -”, 행정법연구 제46호 (2016. 8.).
- 김대순, “2007년 EU 리스본조약의 개관”, 국제법학회논총 (2008. 4.).
- 김민배, “미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차”, 한국산업
보안연구 제9권 제2호 (2019. 12.).
- 김민배, “하자있는 행정조사와 행정행위의 효과 - 일본의 판례와 학설
을 중심으로 -” 행정법학 제17호 (2019. 9.).
- 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 제
59호 (2022. 3.).
- 김보람, “유럽인권협약상 가족생활의 개념과 사실상 가족의 보호—혼인
외 생활동반자 관계를 중심으로—”, 가족법연구 제37권 제1호
(2023. 3.).
- 김선택, “영장청구주체 헌법규정의 해석론 및 개정론”, 공법연구 제38집
제2호 (2009. 12.).
- 김연정·서희열, “과세관청의 조세범칙 조사절차 및 조사결과 처분제도의
문제점과 개선방안”, 세무와 회계 연구 제7권 제2호 (2018. 7.).
- 김영순, “세무조사에서 납세자의 절차적 권리 확대 방안 - 적법절차원
칙의 관점에서 -”, 고려법학 제82호 (2016. 9.).
- 김영조, “미국 행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰”, 토지공법연구 제
21집 (2004. 3.).
- _____, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구 제8권 제3호

- (2007. 8.).
- 김용섭, “行政調査 및 行政節次의 法的問題 - 대상판결 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결 -”, 행정판례연구 제22집 제1호 (2017. 6.).
- 김재광, “행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰”, 법학논총 제33권 제2호 (2009. 12.).
- 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰 - 행정영장과 closely regulated industry 논의를 중심으로 -”, 공법연구 제48집 제4호 (2020. 6.).
- 김종현, “영장신청권자 규정에 관한 헌법적 연구”, 법조 제68권 제4호 (2019. 8.).
- 김지현, “행정절차상 진술거부권의 인정범위와 작용에 관한 연구”, 석사 학위 논문, 서울대학교 (2015).
- 김현귀, “헌법상 진술거부권 - 헌법 제12조 제2항의 해석론을 중심으로” [연구보고서], 헌법재판소 (2017. 2.).
- 박세환, “경쟁당국의 중립성 측면에서 평가한 프랑스 경쟁위원회의 조직과 그 특징”, 기업법연구 제33권 제1호 (2019. 3.).
- 박정훈, “컴퓨터프로그램보호법상 단속처분 및 행정조사법제의 문제점과 개선방안”, 행정법연구 제9호 (2003. 10.).
- 박지현, “진술거부권에 관한 연구, 박사학위 논문, 서울대학교 (2007).
- _____, “행정상 진술거부권과 그 제한”, 민주법학 제33호 (2007. 3.).
- 박현준, “경찰행정조사에서 인권보장”, 법학연구 제17권 제1호 (2017. 3.).
- 방희선, “검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토”, 법조 제62권 제2호 (2013. 2.).
- 안요환, “헌법상 영장주의에 관한 일고찰 - 적용범위의 현실화를 위한 개헌안을 중심으로 -”, 입법학연구 제19집 제2호 (2022. 8.).
- 오준근, “행정조사의 공법이론적 재검토”, 공법연구 제31집 제3호 (2003. 3.).

- _____, “행정조사제도의 법리적 논의·입법동향의 평가와 개선방향에 관한 연구”, 토지공법연구 제45집 (2009. 9.).
- 원대성, “금융감독원 불공정거래 조사과정에서 발생한 피조사자의 절차적 권리 보장의 문제”, 연세 글로벌 비즈니스 법학연구 제10권 제2호 (2018. 12.).
- 이근우, “자본시장법상 조사 제도의 형사법적 문제점”, 안암법학 제40호 (2013. 1.).
- _____, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학 제72호 (2014. 3.).
- _____, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무 제14권 제1호 (2022. 3.).
- 이상덕, “행정제재처분의 형벌 종속성에 관한 고찰 - 제도의 문제점과 입법적 개선방안을 중심으로 -”, 행정법연구(2022. 11.).
- 이세주, “유럽연합 기본권 헌장에 대한 비교헌법적 고찰 - 주요 개별 기본권의 보호영역과 유럽연합법원 판례에 나타난 기본권 보장의 실질화 및 구체화를 중심으로 -”, 공법학연구 제19권 제4호 (2018. 11.).
- _____, “변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장의 실현 - 헌법 제12조 제4항 본문의 변호인의 조력을 받을 권리를 중심으로 -”, 공법학연구 제21권 제2호 (2020. 5.).
- 이완규, “헌법상 영장주의 규정의 체계와 적용범위”, 형사판례연구 제25권 (2017. 6.).
- 이우영, “피의자의 변호인의 조력을 받을 권리의 헌법적 보장 관점에서의 형사공공변호인제도 도입입법안 분석 및 개선방안”, 입법학연구 제19집 제1호 (2022. 2.).
- 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서 -”, 법학논총 제35집 제2호 (2018. 6.).
- 이정수, “금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토 - 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결과 같은

- 법원 2011. 1. 28. 선고 2010고합11 판결의 비교분석을 중심으로
-” 법학평론 제5권 (2015. 2.).
- 이진철, “제헌헌법의 영장주의 : 영장주의의 적용대상에 관한 검토”, 저
스티스 제166호 (2018. 6.).
- 이창섭, “영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수·수색의 구별”,
홍익법학 제22권 제1호 (2021. 2.).
- 이형석, “유럽인권협약상 가족생활을 존중받을 권리와 외국인의 강제퇴
거”, 법률실무연구 제5권 제2호 (2017. 8.).
- 이형석·김정기, “유럽인권협약상 사생활의 자유와 죽음에 대한 자기결정
권”, 법학논총 제26집 제3호 (2019. 12.).
- 이희정, “사실조사행위의 적법성과 행정처분의 효력 - 동의를 결한 채형
에 기한 운전면허취소처분의 허용성 -”, 공법연구 제45집 제2호
(2016. 12.).
- 임성훈, “유럽인권협약 제6조의 공정한 심판(fair trial)을 받을 권리와 행
정제재”, 행정법연구 제63호 (2020. 11.).
- 장윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 - EU 사례를 중심으로
-”, 행정법연구 제68호 (2022. 8.).
- 전수진, “행정조사제도에 관한 연구 - 수사절차와의 관계 및 미국법과의
비교를 중심으로-”, 석사학위 논문, 서울대학교 (2013).
- 전정환, “유럽인권조약상의 사생활의 보호 : 유럽인권재판소의 판결레
를 중심으로”, 원광법학 제30권 제2호 (2014. 6.).
- 전학선, “프랑스 대법원의 구성에 관한 연구”, 유럽헌법연구 제18호
(2015. 8.).
- 정문식, “EU법과 EU의 유럽인권협약 가입 — 유럽연합재판소(ECJ) 결
정을 중심으로 —”, 공법연구 제47집 제2호 (2018. 12.).
- 정영철, “행정법의 일반원칙으로서의 적법절차원칙”, 공법연구 제42집 제1
호 (2013. 10.).
- 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집 제38조 제2호

(2014. 5.).

정호수, “EU에서의 기본적 인권보호 - TEU 제6조 2항을 중심으로 -”,
국제법무 제4집 제1호 (2012. 5.).

조기영, “압수·수색과 행정조사의 구별 - 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014
도8719 판결 -”, 법조 제66권 제5호 (2017. 10.).

최정학, “공정거래위원회의 조사절차 정비방안 - 적법절차의 강화와 강
제조사권의 도입”, 민주법학 제65호 (2017. 11.).

최정희, “미국의 행정조사에 대한 영장주의 적용에 관한 연구”, 법학연구
제19권 제4호 (2019. 12.).

한현희, “행정조사의 한계에 관한 연구 - 위법성 판단기준의 구체적 정
립을 중심으로 -”, 석사학위논문, 서울대학교, (2018).

3. 기타문헌

박용철, “행정조사와 변호인 참여권”, 행정조사에 대한 사법적 통제, 한
국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국회입
법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표).

박정훈 등, “미국 등 주요 선진국가의 행정조사와 영장주의 - 출입국관리
법상 행정강제와 영장주의에 관한 비교법적 고찰” [연구용역보고
서], 법무부 (2011. 12.).

박중현, “미국의 행정영장제도”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌
법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미
나 (2022. 10. 14. 발표).

박현정, “행정영장제도 도입의 주요 쟁점”, 행정영장제도 도입의 제문제,
대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공
동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표).

_____, “권력적 행정조사에 대한 사법통제”, 행정조사에 대한 사법적 통
제, 한국행정법학회·한국형사소송법학회·대한변호사협회·법제처·국

- 회입법조사처 공동학술대회 (2023. 5. 12. 발표).
- 박현정 외, “행정영장제도 도입에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2023. 1.).
- 유럽평의회·유럽인권재판소(한국 헌법재판소 번역), “유럽인권협약 제8조에 대한 해설서 - 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리” (2020. 12.).
- 이희정·박찬호, “미국의 이민법제에 관한 연구”, 한국법제연구원 비교법제 연구 07-10 (2007. 11.).
- 전학선 등 사단법인 한국공법학회, “행정조사의 공법상 한계에 관한 연구” [용역보고서], 법원행정처 (2019. 11.).
- 정광현, “행정조사와 영장주의”, 행정영장제도 도입의 제문제, 대법원 헌법·행정법연구회 및 사단법인 한국공법학회 2022년 공동학술세미나 (2022. 10. 14. 발표).

II. 외국문헌

1. 단행본

- David C. Gray, *The Fourth Amendment in an age of surveillance*, New York: Cambridge University Press (2017).
- Ekaterina Rousseva, *EU antitrust procedure*, New York: Oxford University Press (2020).
- Jonathan Tomkin·Marcus Klamert·Manuel Kellerbauer, “Commentary on The EU Treaties and The Charter of Fundamental Rights”, Oxford University Press (2019).
- Lorena Bachmaier Winter, “The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment”, *Human Rights in European Criminal Law*, Cham: Springer International

- Publishing (2014).
- Paul Craig, EU administrative Law(3rd ed.), Oxford, England: Oxford University Press (2018).
- Peter L. Strauss · Todd D. Rakoff · Cynthia R. Farina · Gillian E. Metzger, Gellhorn and Byse's administrative law : cases and comments(11th ed.), New York : Foundation Press (2011).
- Richard J. Pierce, Jr., Sidney A. Shapiro, Paul R. Verkuil, Administrative law and process, Minnesota: Foundation Press (2014).
- Stephan A. Saltzburg, American Criminal Procedure : Cases and Commentary, MN: West Academic Publishing, (2014).
- Tommaso Rafaraci·Rosanna Belfiore, EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office, Springer International Publishing (2018).
- Valsamis Mitsilegas, "The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings", The Oxford Handbook of Criminal Process, Oxford University Press (2019).

2. 논문

- Aart de Vries, "Recent Developments Concerning the Right to Silence and Privilege Against Self-Incrimination Under the Charter of Fundamental Rights of the EU - A Critical Reflection on Case C-481/19 DB v Consob" (2022).
- Alison Bisset, "The Privilege Against Self-Incrimination in Truth Commission-Administered Accountability Initiatives", 30 Leiden Journal of International Law (2017).
- An Hertogen, "ECJ Case C-94/00, Roquette Freres, 22 October 2002

- [notes]”, Vol. 10 No. 1, Columbia Journal European Law (2003).
- Andreas Samartzis, “Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights”, Vol 21 No 2. Human Rights Law Review (2021).
- Andrew Ashworth, “Self-incrimination in European human rights law – a pregnant pragmatism?”, Vol. 30 No. 3, Cardozo Law Review (2008).
- Andrew S. Butler, “Funke V. France and the right against self-incrimination: A critical analysis”, Vol. 11 No. 4. Criminal law forum (2000).
- Andrzej Sakowicz, “Standard of the protection of the right to silence applicable to persons examined as witnesses in the light of the European court of human rights case law”, Ius Novum (2018).
- Barbara L. Rodriguez, “In the Interest of Justice: Presuming Prejudice When the Right to Counsel in Removal Proceedings Is Denied”, Vol. 107 No. 4, Iowa Law Review (2022).
- Jesse S. Waldinger, “California v. Byers: Hit-and-Run Statutes and the Privilege against Self-Incrimination”, 38 Brooklyn Law Review (1972).
- Joanna Gray, “Human rights and the investigation of fraud Saunders v United Kingdom”, Vol. 5 No. 2. Journal of financial regulation and compliance (1997).
- John R. Mills et al, ““Death is different” and a refugee’s right to counsel”, 42 Cornell International Law Journal (2009).
- Leńska, Weronika, “Privilege against self-incrimination in United States Federal Law and European Law”, Bachelor Thesis,

- University of Wrocław (2022).
- Marc Veenbrink, “The Freedom from Self-Incrimination”, Vol. 12 No. 10. *Journal of European Competition Law & Practice* (2021).
- Marius Emberland, “Protection against unwarranted searches and seizures of corporate premises under article 8 of the European Convention on Human Rights: the *Colas Est SA v. France* approach”, Vol. 25 No. 1, *Michigan journal of international law* (2003).
- Mary Sue Backus, Paul Marcus, “The right to counsel in criminal cases, a national crisis”, Vol. 57 No. 6, *The Hastings law journal* (2006).
- Meredith E. Hollman, ““Fundamental Fairness”: Finding a Civil Right to Counsel in International Human Rights Law”, Vol. 57 No. 2, *University of Richmond Law Review* (2023).
- Mike Redmayne, “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, Vol. 27 No. 2, *Oxford Journal of Legal Studies* (2007).
- Nkechi N. Erundu, “Doubling down on due process: Toward a guaranteed right to legal counsel in jail disciplinary proceedings”, Vol. 123 No. 1, *Columbia Law Review* (2023).
- “Rethinking Closely Regulated Industries”, 129 *Harvard Law Review* (2016).
- Roger Errera, “The CJEU and Subsidiary Protection: Reflections on *Elgafaji* – and After”, Vol. 23 No. 1, *International Journal of Refugee Law* (2010).
- Stephan A. Saltzburg, “Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege against Self-Incrimination”, 53 *University of Chicago Law Review* (1986).
- The Harvard Law Review Association, “Attorneys. Right to Counsel.

Indigent Respondent before Federal Trade Commission Must Be Furnished with Legal Counsel.”, Vol. 84 No. 4, Harvard Law Review (1971).

Thomas K. Clancy, “What is a “search” within the meaning of the Fourth Amendment?”, 70 Albany Law Review (2006).

Zohra Ahmed, “The Right to Counsel in a Neoliberal Age”, Vol. 69 No. 2, UCLA Law Review (2022).

Abstract

A study on the due process of law in the proceeding of an administrative investigation

– Focused on the United States and Europe –

Choi, Won-yeong

College of law, Administrative law

The Graduate School

Seoul National University

The administrative investigation is essential in a policy decision and administrative action. Also, it is an information gathering process which takes place in the earliest stage of the procedures for administrative action of administrative agencies, and the importance of which is increasing today as it has to correspond rapid changing world. Looking into the operation of the investigation however, some deficiencies are found in terms of rights and interest of the people. In particular, the right of defence as a procedural right becomes a problem when the results of such investigation can lead to a criminal

sanction and the data collected through administrative investigation can be used for criminal investigation. Administrative investigation of a high-power nature that started with arbitrary investigation but can be converted to criminal investigation at any time are showing a clear increase.

Therefore it is necessary to apply the criminal law principle of due process in Article 12 (1) of the Korean Constitution in administrative sanctions. In conducting a power-related administrative investigation that has room to be converted into an criminal investigation, the due process of law in a procedural and substantive sense shall be fully complied with. As a practical measure, the need for the warrant and right to silence and also right to counsel should apply to administrative investigation to prevent abuse of administrative power and to assure the right of defense of the people.

The 'Framework Act on Administrative Investigation' is a general law on the administrative investigation, the legislative case of which is difficult to be found in any other countries in the world. The Act has great significance for government to have attempted in order to prepare for a legal control means on the Administrative investigation to lighten the companies burden on the investigation and to protect the rights and interests of those who are subject to an investigation, and to implement the due process of law. However, the Act carries some controversial issues such as the lack of provisions related to administrative warrant and the right to silence. It is, in particular, questionable that, engaging a vast range of an excluding clause, how much the Act could contribute to the deregulation of the industry, which is the initial purpose of this institution.

In this regard, this paper focuses on the rulings held by Supreme

Court of the United States and European Court of Human Rights and also the Court of Justice of the European Union(the CJEU) which have important meaning in relation to the administrative investigations, and aims to analyze US, EU laws and cases to derive implications to our legal system in the Republic of Korea. Administrative inspection in the United States is considered not only as the criminal procedure but also as the administrative procedure, while most states or federal court adopts administrative warrant system and the warrant could be waived when the investigators are involved in the specific industry including closely regulated industry(also called 'pervasively regulated industry'). The European court of human rights unanimously held that the right to the protection of one's home, as enshrined in the European convention on human rights, extended to the business premises of the company. Thus, the searches and seizures without a court-sanctioned warrant violated their right to protection of their "home" as understood in Article 8 of the ECHR. The Supreme Court of the United States has ruled that the privilege against self-incrimination is generally applicable to administrative investigation, but gradually, it has widely excluded its application. According to the CJEU, if the results of administrative investigation can lead to administrative sanctions with a criminal nature in an administrative investigation, the right to silence shall be respected in such investigation procedure. Notably, the CJEU appears to respect the right to silence when the information collected can be used as evidence to establish the criminal offence, even if the administrative sanctions do not have a criminal nature at present. The common phenomenon observed in the United States and Europe today is the broad recognition of the right

to counsel under the constitution, not limited to the suspect or the accused, but also extended to other person(e.g. subject of investigation), whether the criminal process or in other procedures. This is because the right to counsel is recognized as a system to actually guarantee the rights of the weaker party compared to the state.

The protection of procedural rights and the effectiveness of administrative investigations shall properly be considered as regards in administrative investigation, and the protection of procedural rights shall not be overlooked. The right of defense of those surveyed should also be guaranteed at an appropriate level from the early stages of the administrative investigation.

**keywords : administrative investigation, due process of law,
right of defense, search and seizure by warrant,
right to silence, right to counsel**

Student Number : 2017-26464