

■ 백 창 현*

第1章 序論

第1節 研究의 目的

警察은 社會公共의 安寧과 秩序를 유지하고, 이에 대한 危害防止를 직접적인 目的으로 하고 있다. 즉 警察은 법집행자로서 社會公共의 安寧과 秩序維持에 危險이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 이를 방지하는 것을 目的으로 한다. 이와 같은 警察目的을 실현하기 위해 警察은 권력으로써 개인에게 命令하고 强制하는 작용을 주로 하고 있다. 그러나 이러한 명령과 강제에 의해서만이 警察의 目的을 달성하는 것은 아니며, 다양한 방법으로 警察의 目的을 달성할 수도 있는데 그러한 방법 중의 하나가 기존에 警察上 即時强制로 다루어져 왔던

警察上 調査이다.

警察上 調査란 ‘警察上의 目的을 달성하기 위하여, 또는 警察目的의 적정한 상태를 유지하기 위하여 警察行政機關이 각종 필요한 資料·情報 등을 수집하기 위해 행해지는 作用’을 말하는 바, 警察上 調査는 개인의 실질적인 권리관계에 변동을 생기게 함을 직접목적으로 하는 것이 아니라, 앞으로의 警察作用을 위한 準備的·補助的 手段으로서의 성질을 갖는 것이라고 할 수 있다.

警察의 효과적인 행정작용을 위한 전제 조건으로서의 警察上 調査의 필요성은 국민의 헌법상 기본권인 사생활의 비밀과 자유와 대립하여 공익 대 사익이라는 모습으로 상호 견제관계를 이루게 된다. 즉 헌법이 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유라는 국민의 기본권 조항에 충실하여 警察上 調査로부터 국민을

*경찰대학 치안연구소 연구관

보호하게 되면 행정의 합리성과 계획성을 보장하기 힘들고 그 반대의 경우에는 국민의 기본권이 크게 침해될 危險性이 있는 것이다.

이와 같이 警察上 調査는 국민의 신체나 재산에 침해를 가져올 가능성이 많은 행정작용이므로 법치주의가 엄격히 적용되어야 하며 조사를 행함에 있어서는 법률의 근거를 필요로 한다.

警察은 社會 公共의 安寧 및 秩序維持라는 치안목적 달성을 위하여 강력한 물리적 유형력의 행사를 수단으로 하는 국가권력기관이다. 警察의 물리적 유형력의 행사가 필요한가를 판단하기 위한 警察活動의 중요한 수단 중의 하나가 警察上 調査로서의 不審檢問이다. 不審檢問은 警察과 국민의 접점에 위치해서 국민으로서의 준법시민이든 범법시민이든 불문하고 사회생활을 해나가는데 있어 직접 목전에서 警察의 존재를 느낄 수 있는 계기가 되고, 警察로서는 치안목적 달성을 위하여 국민을 향하여 내디디는 공권력 행사의 첫걸음인 것이다. 不審檢問과 같은 공권력 행사와 관련하여 警察은 치안목적의 달성이라는 효율적 측면을 강조하게 되는데 반하여 국민의 입장에서는 不審檢問을 당할 때 민주시민으로써 인권침해 의식을 갖게 되므로 이해가 충돌되는 문제가 발생한다.

이와 같이 警察權 行使와 관련하여 警察目的의 實現이라는 공익과 人權保護라는 사익의 충돌이 불가피하게 되는데, 그 어느 쪽이 우위적 가치이냐의 문제가 아니라 양자의 적절한 조화의 문제라 할 것이다. 국가권력

행사의 정당성의 확보는 합헌적인 법치행정에 따르는 것이라 할 수 있으며, 이와 같은 합헌적 법치행정의 요청이야말로 警察力 行使의 效率과 國民의 人權保障이라는 상반된 가치를 조화시킬 수 있는 기준이 된다고 할 수 있다. 따라서 不審檢問 등 警察上의 調査에 관한 警察法規가 그 요건이나 절차 및 한계에 대하여 구체적으로 규율하여야 하지만, 警察權의 성질상 현실적으로 그러한 모든 사항을 법규로 정하는 것은 불가능하다고 할 수 있다.

이와 같은 警察權의 특성상 그 요건을 불확정개념으로 규정하는 것이 보통이기 때문에 警察權 行使에 대한 법규적 제약은 형식적인 것에 머무르게 되는 것이다. 이러한 문제점을 극복하기 위한 방안으로 警察權 行使에 대한 警察法規상의 限界뿐만 아니라 條理상의 限界를 인정하는 법리가 학설상 정립되어 있으나, 그것은 행정편의주의를 규범적으로 차단할 수 있는 제도적 장치가 아니기 때문에 警察上의 調査權 行使의 濫用이나 逸脫을 통한 인권침해 발생의 여지는 남을 수 밖에 없다.

따라서 본 논문은 警察上의 調査에 대하여 법치국가의 원리가 요청하는 법리적 한계가 어디에 있는 지를 분석·검토함으로써 현행법상의 警察上의 調査制度가 警察目的의 實現이라는 公益과 人權保護라는 私益 사이의 調和를 담보해 줄 수 있는 제도인지를 검토하는데 연구의 목적을 두고자 한다.

第2節 研究의 範圍

警察上의 調査는 公의 大 事의 事이라는 事의 衝突이라는 事에 直面하고 있는데, 現大國가의 特長상 그 영역이 점차 擴大되는 추세에 있으므로 이러한 基本權의 衝突의 적절한 調和點이 어디에 있는지를 논의해 보려고 한다.

警察上 調査는 宗래 行政法學의 領域에서 警察強制와 關連하여 警察上의 即時強制의 手段으로 說明하는 것이 보통이었으나, 最近에는 警察上 調査는 목적의 급박한 警察上의 障害를 제거하기 위한 실행행사가 아니라 오히려 警察作用을 위한 準備的·補助的 手段으로서의 性質을 가진다는 점에 착안하여 警察上의 即時強制의 범주로부터 분리하여 警察上 調査라는 독자적인 觀念이 正立되어 있다.

따라서 警察上 調査에 關한 法理的 研究은 行政法學의 領域에 속하며, 그 特長行政작용법의 분야인 警察行政法에 속한다. 그러나 警察上 調査도 權力的 警察作用의 性質을 가지기 때문에 國民의 基本權을 제한하거나 침해하는 것을 내용으로 하는 경우가 많다.

그러므로 警察強制에 關해 연혁적 高察의 필요성이 없는 것은 아니지만 本 論문의 研究의 깊이를 위해 警察上 調査의 界限을 중심으로 하며, 특히 警察強制의 性質을

가지는 警察上 調査의 特長상 事의 公의 衝突이 되는 法적인 界限로 범위를 한정하여 논의해 보고자 한다.

第2章 警察上 調査의 意義 및 法的根據

第1節 警察上 調査의 概念

警察上 調査란 警察上의 目的을 달성하기 위하여, 또는 警察目的의 적정한 상태를 유지하기 위하여 警察行政機關이 각종 필요한 資料·情報 등을 수집하기 위해 행해지는 작용을 말한다. 조사 方法으로는 상대방의 임의적인 協력을 전제로 하는 非權力的인 調査와 실행행사를 요소로 하는 權力的인 調査가 있다. 일부는 실행행사를 요소로 하는 權力的 調査作用만을 警察上 調査의 개념이라고 주장하기도 하나¹⁾, 權力的·非權力的 측면을 불문하고 모든 조사작용이 行政의 실효성을 확보하기 위한 것이라고 볼 수 있기 때문에 일체의 조사작용을 警察上 調査의 문제로 다루는 것이 마땅하다고 생각한다.²⁾

宗래의 전통적인 行政法論은 警察上 調査를 독립적인 研究대상으로 삼지 않고, 다만 警察上 即時強制의 문제로 다루어 왔다. 하지만 最近에는 이를 독자적인 問題로서

1) 김동희, 行政법 Ⅰ, 박영사, 2003, 440면.

2) 류지태, 행정법신론, 신영사, 2004, 314면 ; 홍정선, 行政법원론(상), 박영사, 2003, 552면.

다루는 경향이 점차 증가하고 있다. 그렇지만 아직도 학자들 사이에는 그 개념정립이 다양하므로 警察上 調査의 독자성 인정여부 및 그 개념에 관하여 주장되고 있는 것을 行政調査의 논점으로부터 살펴보기로 한다.

I. 獨自性 否定說

이 견해는 行政調査라는 개념 자체를 부정하는 것은 아니지만, 行政調査를 권력 작용, 실행행사로 보는 한 그것은 即時強制에 포함되는 것으로 밖에 볼 수 없고, 따라서 별도로 行政調査에 적용되는 법리의 독자성을 인정할 필요가 없다는 견해이다. 즉 行政調査는 첫째, 사전에 무슨 행정의무가 부과되는 일이 없다는 점, 둘째, 비록 간접적이라고 하더라도 강제성을 띠는 경우에는 그 한도에서, 즉 보다 더 본질적인 면에서 行政上 即時強制와 성질을 같이한다고 볼 수 있고, 따라서 그런 의미에서는 行政調査는 行政上의 即時強制의 一種이라는 위치부여가 가능하다고 한다.³⁾

II. 權力的 調査說

이 견해는 行政調査의 독자성을 인정하면서도 상대방의 동의나 협력에 기한 조사는 특별히 법으로 통제할 필요성이 없다는 인식하에 非權力的 調査를 제외한 權力的 調査, 즉 공권력의 발동에 기한 強制的 調査만을 行政調査로 정의하는 입장이다.⁴⁾

이 입장에서는 行政調査를 보통 “행정청이 행정작용을 위하여 필요한 자료를 얻기 위하여 하는 權力的 調査作用”⁵⁾ 또는 “행정기관이 궁극적으로 행정작용을 적정하게 실행함에 있어 필요로 하는 자료·정보 등을 수집하기 위하여 행하는 權力的 調査活動”⁶⁾으로 정의한다.

III. 非權力的 調査 包含說

이 견해는 行政調査를 權力的 調査에만 국한하지 아니하고 非權力的 調査를 모두 포함하여 일체의 調査作用으로 개념화하는 견해이다.⁷⁾ 이 입장에서는 보통 行政調査를 “행정기관이 필요한 정보·자료 등을 수집하는 일체의 행정활동”⁸⁾ 또는 “적정하고도 효과적인

3) 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1992, 593-594면.

4) 김동희, 앞의 책, 440면 ; 변재옥, 행정법강의(1), 박영사, 1989, 425면 ; 석종현, 일반행정법(상), 삼영사, 1995, 519면.

5) 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1993, 558면.

6) 김동희, 앞의 책, 440면.

7) 류지태, 앞의 책, 314면 ; 김남진/김연태, 행정법(1), 법문사, 2004, 406면 ; 홍정선, 앞의 책, 551 - 552면 ; 김성수, 행정법 I, 법문사, 2000, 476면.

8) 김남진/김연태, 위의 책, 406면.

행정을 위해 행정기관이 개인에 관한 자료·정보를 수집하는 사실행위 또는 사실행위와 법적 행위의 합성적 행위로서의 조사작용”⁹⁾으로 정의한다.

IV. 小 結

위에서 行政調査에 관한 3가지 학설에 대하여 살펴보았는데, 이에 대한 타당성을 검토하기로 한다. 첫 번째인 行政調査의 독자성을 부인하는 견해는, 行政調査를 權力的 調査에 한정하고 있는 점, 그리고 行政上 即時強制와 行政調査의 차이점을 인정하지 않고 있는 점에서 동의하기 어렵다. 行政調査의 법리를 고찰함에 있어서는 영장주의의 적용문제 등 行政上 即時強制의 법리와 함께 고찰할 수 있는 영역도 있지만, 진술거부권의 문제, 行政調査節次 등 即時強制의 법리와는 별도로 고찰하여야 할 부분도 많다는 점에서 行政調査를 종래의 即時強制의 일종으로 보는 것은 타당하지 않다. 특히 行政調査의 기능이 오늘날처럼 광범위하게 작용하고 行政調査로부터 국민의 기본권이 침해될 가능성이 한층 높은 현대 상황에 비추어 볼 때, 行政調査는 即時強制와는 별도로 독립적인 행정법학의 연구대상으로 삼는 것이 타당하다고 생각된다.

두 번째의 견해는 行政調査의 독자성을

인정하면서도 權力的 調査만을 行政調査로 보는 것은 종래 權力的 作用으로서의 行政上 即時強制의 일부로서 行政調査를 검토하였던 종래의 행정법이론의 틀을 벗어나지 못한 입장으로 보인다. 이 견해를 취하는 입장에서는 非權力的 調査까지 行政調査의 개념에 포함시킨다면 그 범위가 너무 광범위하고 성격도 다양해지므로 통일적 법리의 형성이 어려울 뿐만 아니라 그러한 개념을 확립할 필요성도 없어질 것이라고 한다.¹⁰⁾ 그러나 權力的 調査이든 非權力的 調査이든 모두 궁극적인 행정작용의 적정한 수행을 위한 자료·정보의 수집활동이라는 점, 행정의 실효성 확보를 위한 것이라는 점에서 차이가 없으므로, 양자를 모두 포함하여 行政調査로서 파악하는 것이 보다 논리적이라고 할 것이다.

또한 行政調査는 그 성질이 權力的이나 非權力的의냐의 여부보다 그와 관련된 개인의 프라이버시 보호가 더 중요한 문제라는 점을 고려한다면 이 견해는 문제가 있다고 생각된다. 또한 非權力的 調査도 조사의 상황, 강제태양에 따라서는 실질상 權力的 調査와 다를 바 없이 운영될 수도 있다는 점에서 非權力的 調査를 行政調査의 개념에서 처음부터 제외시키는 것은 타당하지 않다. 그리고 판례·학설상 行政調査의 법리가 논의되고 있는 미국이나 일본의 경우도 行政調査를 반드시 權力的 調査에 한정하고 있지 않다는 점도

9) 홍정선, 앞의 책, 552면.

10) 변재옥, 앞의 책, 426면.

참고할 만하다. 다만 權力的 調査가 非權力的 調査에 비하여 특히 개인의 권리를 침해할 우려가 많다는 점에서 법적으로는 權力的 調査가 주로 문제가 된다는 점을 부인하는 것은 아니다.

이상의 것을 종합해 보면, 행정기관이 필요한 자료나 정보를 수집하는 형태 내지 방법은 매우 다양하여 이를 行政調査라는 이름으로 총칭하는 것은 다소 무리가 있지만, 본 논문에서는 일단 行政調査를 ‘행정기관이 사인으로부터 行政上 필요한 資料나 情報를 수집하기 위한 一切의 行政作用’으로 정의하기로 한다. 이러한 조사활동을 할 수 있는 행정기관의 권한을 行政調査權이라고 한다.

行政調査의 개념을 분설하면 다음과 같다.

첫째, 行政調査의 주체는 行政機關이다. 行政調査는 行政機關에 의한 調査活動이라는 점에서 立法調査 또는 司法調査와는 구별된다.

둘째, 行政調査는 적절한 行政決定을 위하여 필요한 資料·情報의 蒐集 및 正確한 真相의 把握을 目的으로 한다. 따라서 行政調査는 행정결정의 적법 타당성을 기하기 위한 절차로서의 특성을 가지며, 앞으로의 행정결정을 위한 準備作用으로서의 성질을 갖는다. 여기서 행정결정이란 행정입법·행정계획의 작성, 행정행위의 결정 또는 그 실행, 효과적인 감독권 행사 및 사실행위의 착수 등과 같은 일체의 행정작용을 말한다.

셋째, 行政調査는 자료·정보 등의 수집을 목적으로 하며 반드시 실행행사를 수반하는

것은 아니다. 이 점에서 행정의사의 강제적 실현을 목적으로 하며, 실행행사를 요소로 하는 行政上的 強制執行, 即時強制와 구별된다.

넷째, 行政調査의 법적 성질에 대하여는 그 자체가 調査의 상대방에게 법률관계의 실제적 변동을 초래하지 아니하는 事實行爲이며, 이 점에서 법적 행위인 행정행위 등과 구별된다고 하는 것이 보통이다. 그러나 行政調査를 ‘행정기관이 行政上 필요한 자료나 정보를 수집하기 위한 일체의 행정작용’으로 정의하는 이상, 行政調査를 반드시 사실행위에 국한시킬 필요가 있는가에 대하여는 의문이 있다.

다섯째, 行政調査의 상대방은 私人이다. 행정기관은 사인은 물론 다른 행정기관으로부터도 각종의 자료나 정보를 수집하는 것이 사실이나 이것은 감독권이나 감사권의 행사를 통하여 얻는 것이 보통이므로 行政調査에서는 제외시켜 논의하는 것이 타당하다고 하겠다.

예를 들면 지방자치법 제158조는 감독기관은 자치단체의 사무에 관하여 보고를 징수할 수 있다고 규정하고 있는 등 행정기관이 다른 행정기관으로부터 정보를 수집하는 경우도 있으나, 감독권이나 감사권을 통하여 다른 행정기관으로부터 정보를 수집하는 행위는 行政調査의 개념에서 제외하기로 한다.

第2節 類似概念과의 區別

I. 警察上 即時強制와의 區別

종래에는 질문, 검사, 출입 등의 警察上 調査를 警察上 即時強制에 포함시켜 다루어 왔으나, 현재에는 다음과 같은 차이로 인하여 이를 구분하여 다루고 있다.

첫째, 目的上의 차이점이 있다. 警察上 即時強制는 직접 개인의 신체·재산에 실력을 가하여 警察行政上 필요한 구체적인 결과를 실현시키려는 것을 목적으로 하는데, 警察上 調査는 그 자체가 警察行政上 필요한 구체적 결과를 실현시키는 것이 아니고 警察行政 作用에 필요한 자료의 수집을 위하여 행하여지는 準備的·補助的 작용에 불과하다.¹¹⁾

둘째, 手段上의 차이점이 있다. 警察上 即時強制는 직접적인 실력행사를 통하여 일정한 상태를 실현시키는 것인데, 警察上 調査는 상대방이 거부하는 경우에 직접적인 실력행사는 행할 수 없고 벌칙에 의하여 간접적으로 강제하는 방법에 의한다.¹²⁾

셋째, 急迫性의 유무에 차이점이 있다. 警察上 即時強制는 행위의 급박성이 개념의 요소가 되는데 대하여, 警察上 調査는 급박성이 그 개념의 요소가 되지 않는다.

이상과 같은 차이점이 있으므로 警察上 即時強制와 警察上 調査는 별개로 독립하여

고찰하는 것이 타당하며, 이러한 구별로 인하여 종래 제대로 인식하지 못하였던 警察上 調査로 인한 프라이버시의 침해문제 등과 같은 警察上 調査 고유의 문제의 해결의 실마리를 풀 수가 있을 것이다.

II. 立法調査와의 區別

立法調査(Legislative investigation)는 의회가 새로운 입법의 필요성이나 실태조사 및 외국입법의 조사와 같이 직접적으로 입법에 필요한 자료를 수집하는 활동과 국정감사·조사권의 양자를 포괄하는 개념으로 입법에 필요한 자료를 수집하는 활동을 가리킨다. 警察上 調査와는 다음과 같은 차이점이 있다.

첫째, 立法調査는 立法機關에 의한 調査作用이라는 점에서 警察行政機關에 의한 調査作用인 警察上 調査와 구별된다.

둘째, 警察上 調査는 立法調査와 비교하여 그 목적·대상·범위가 매우 다양하고 광범위하다는 점에서 차이가 있다.

셋째, 警察上 調査는 조사실시의 방법이 다양하고 철저하다는 점에서 立法調査와 구별된다.

넷째, 警察上 調査의 수단은 공개적으로 공권력 행사의 형식을 취하는 것에 한정되지 않는다. 때로는 은밀하게 행하여지기도 하고, 복지행정분야에 있어서는 국민에 대한 어떤

11) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2002, 633면.

12) 박윤훈, 위의 책, 633면.

급부를 전제로 행하여지는 등 여러 가지의 형식을 통하여 정보가 수집된다.

警察上 調査와 立法調査는 이와 같은 차이점이 있지만, 양자 모두 입법과 예산심의 및 행정결정이라는 본래의 기능을 수행하기 위한 補助的 手段이라는 점에서 공통성을 가지며, 警察上 調査의 결과가 立法調査에 이용되기도 한다.

III. 司法調査와의 區別

司法調査란 범인체포·범죄수사 등의 刑事司法權의 作用 및 재판진행상 필요한 증인신문·증거조사 등의 刑事訴訟法上的 調査作用을 말한다. 司法調査는 사법권 또는 사법경찰권으로서 일반적으로 刑事司法上的 作用인데, 警察上 調査는 警察行政上的 作用이라는 점에서 구별된다.

그러나 양자가 다같이 종국적인 결정을 의미하는 판결 또는 행정결정의 공정성을 위한 補助的 作用이라는 점에서 유사하다고 할 수 있다.

즉 司法調査는 판결을 위하여 범인을 수사하여 체포하는 등의 수사활동과 재판의 진행에 필요한 제반사항 중 조사가 필요한 증인신문·증거조사 등의 활동을 말하며, 警察上 調査는 警察行政目的의 달성을 위한 공정성을 담보하기 위하여 취하는 調査作用을 말하는 것으로서 補助的 作用이라는 측면이

유사하다고 할 수 있다.

다만 司法調査의 경우 때때로 警察上 調査를 통하여 수사 등 형사사법상의 목적을 달성할 수 있으므로 때로는 양자의 구별이 모호한 경우도 있을 수 있는데 警察上 調査에 영장이 필요한가의 문제가 이와 관련하여 제기되고 있으며, 이의 구별은 형식적인 기관에 의한 구별이 아닌 실질적인 조사작용의 성질에 따라 구분되어야 할 것이다.

이와 같은 차이점으로 본 논문에서는 警察上 調査의 영역에 한하여 논술하기로 하며, 刑事司法作用이 警察調査와 관련이 있는 경우에는 비교하여 언급하기로 한다.

第3節 警察上 調査의 法的 根據

警察上 調査는 법률에 의한 수권이 있을 때에만 가능한가의 문제이다. 警察上 調査도 다른 행정작용과 마찬가지로 조직법상의 근거가 있어야 실시할 수 있음은 당연하다. 즉 행정기관은 자신의 정당한 권한의 범위 내에서만 조사를 실시할 수 있다. 문제는 조직법상의 근거 이외에 작용법상의 근거도 필요로 하는가이다. 強制調査인 때에는 시민의 신체나 재산에 대한 제한을 야기하므로 법률유보원칙에 따라 당연히 법률의 근거(특히 작용법적 근거)를 요한다.¹³⁾

물론 여기에는 직접강제조사뿐만 아니라

13) 류지태, 앞의 책, 315면.

별칙에 의하여 간접적으로 강제하는 조사 작용에도 법률의 근거를 요한다고 볼 것이다.

任意調査의 경우에 任意調査는 상대방에게 사실상의 위압감을 준다고 할지라도 그것이 강제에 이르지 않는 한 권리자유가 법적으로는 침해될 여지는 없다고 볼 것이다. 따라서 당사자의 임의적 동의하에 행해지는 任意調査인 때에는 작용법적 근거는 필요치 않다고 할 것이다.^{14) 15)}

물론 任意調査가 상대방의 동의를 전제로 그 협력하에 이루어진다고 하더라도 조사의 상황에 따라서는 상대방에게 강제의 형식을 띠는 경우가 있을 수 있고, 그 상대방은 일정한 불이익이 가하여질 것을 두려워하여 사실상 이를 거부하기 어렵다는 점 등을 고려하여 任意調査의 경우에도 법률의 근거를 요한다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 任意調査가 사실상 강제의 형식을 띠는 경우는 이미 任意調査라고 볼 수 없고, 그것은 위법하다고 해석하여야 할 것이다. 즉 조직법적 근거밖에 없고 작용법적 근거가 없는 任意調査는 임의의 범위를 넘어 행사되는 것은 허용되지 않는다.

또한 모든 행정작용에는 행정조사가 선행하며 그것에 강제적인 요소가 없는 한, 행정작용의 근거법률에 임의적인 조사권한도 당연히 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁾

조사에 관한 법적 근거가 없다고 하여 任意調査까지 실시할 수 없다고 하면 행정

작용의 적정성·합리성을 보장하기는 곤란하기 때문이다.

미국의 경우에는 행정절차법(Administrative Procedure Act)에서 행정조사에 관한 일반적 규정을 두고 있어 많은 관심의 대상이 되고 있다. 행정절차법 제555조 c항은 “소환장·보고서의 요구·검사 기타의 조사행위나 요구는 어떠한 방법이거나 목적임을 불문하고 법률에 의하여 인정된 경우를 제외하고는 이를 발부하거나 집행할 수 없다. 자료나 증거의 제출을 강요받은 자는 비공개조사절차의 경우에 있어서 정당한 사유가 있어 증인에게 그의 증언의 공식조서의 열람을 허용하는 경우를 제외하고는 그 사본이나 등본을 보존하거나 합법적으로 사정된 비용을 납부하고 그 교부를 신청할 수 있다.”고 규정하여 행정조사는 법률이 규정하는 경우에만 할 수 있음을 명시하고 있다. 이 규정은 強制調査의 경우에만 법률의 근거가 있어야 한다는 것을 말하는 것이며, 그 수단으로는 제555조 d항에서 규정하고 있는 行政的 召喚狀(Administrative subpoena)에 의하여 이루어지는 것이 보통이다. 州間通商法이 제정된 이래, 거의 모든 규제입법이 채용하고 있는 行政的 召喚狀制度는 행정기관과 법원 사이의 관련작용을 통하여 그 기능을 발휘한다. 즉 행정청은 필요하다고 인정할 때에는 관계인에게 소환장을 발급함으로써 증인으로 출석하여 필요한

14) 류지태, 앞의 책, 315면.

15) 임의적 행정조사는 어떤 경우에도 법적 근거를 요하지 않는다고 볼 것은 아니고, 개별적·구체적으로 판단되어야 한다는 견해가 있다(김동희, 앞의 책, 441면).

16) 박윤훈, 앞의 책, 634면.

증언을 하거나, 조사사항에 관계되는 부책 또는 서류를 제출하도록 요구할 수 있다.

소환장 이외에 간접강제나 임검 또는 수색영장에 의하는 경우도 있다. 간접강제의 방법은 행정청에 의한 정보제출요구에 불응하는 행위에 대하여 일정한 금전납부의무를 과함으로써 관계인을 간접적으로 강제하려는 것이나, 실효성이 적은 것이 보통이다. 이에 대하여, 임검 또는 수색영장은 행정청의 구성원 즉, 공무원이나 위원 또는 그 대리인이 현실적으로 사인의 사무소나 주거에 들어가서 검사나 수색을 하는 방법이지만, 이들 역시 그 예가 많지는 않다.¹⁷⁾

우리나라의 경우에 행정조사에 관한 일반적 근거법은 없고, 각 개별법에서 단편적으로 규정하고 있는데, 대부분의 행정법규는 이에 관한 근거규정을 두고 있는 것이 보통이다. 이에는 경찰관직무집행법(제3조), 총포·도검·화약류단속법(제44조), 풍속영업의 규제에 관한 법률(제9조), 국세징수법(제26, 27조), 식품위생법(제17조, 29조), 약사법(제64조) 등 많은 법률이 있다.

第3章 警察上 調査의 法的 限界

警察上 調査는 행정작용의 適正性 確保를 위하여 불가결한 것이지만, 프라이버시권,

영업의 자유, 재산권 등 개인이나 기업의 기본권을 침해할 우려도 큰 만큼 엄격한 한계 내에서만 허용되어야 할 것이다.

第1節 實體法的 限界

I. 法上의 限界

警察上 調査는 다른 행정작용과 마찬가지로 법령이 인정하는 범위안에서 法에 適合하도록 행사되어야 함은 법치행정의 원리상 당연하다고 하겠다. 다만 현행 법규가 警察上 調査에 관한 근거규정을 두면서도 調査의 主體, 調査의 相對方, 調査의 客體 및 證票의 提示 등에 관한 간략한 규정만을 두고 있는 것이 보통이다.

가령, 경직법 제3조를 살펴보면, 제1항에서는 “경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제3항에서는 “경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 흥기의 소지여부를 조사할 수 있다.”고 규정하고 있다.

또 풍속영업의 규제에 관한 법률 제9조를

17) 이상규, 영미행정법, 법문사, 2001, 91-92면.

살펴보면, 제1항에서는 “경찰서장은 특히 필요하다고 인정하는 경우에는 경찰공무원으로 하여금 풍속영업소에 출입하여 풍속영업자 및 대통령령으로 정하는 종사자가 제3조의 규정에 의하여 지켜야 할 사항의 준수상태를 검사하게 할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “제1항의 규정에 의하여 풍속영업소에 출입하여 검사하는 경찰공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.”고 규정하고 있다.

또한 식품위생법 제17조를 살펴보면, 제1항에서는 “식품의약품안전청장, 시장, 군수 또는 구청장은 필요하다고 인정하는 때에는 영업을 하는 자 또는 기타 관계인에 대하여 필요한 보고를 하게 하거나 관계공무원으로 하여금 영업장소·사무소·창고·제조소·저장소·판매소 또는 기타 이와 유사한 장소에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업상 사용하는 식품 등 또는 영업시설 등을 검사하게 하거나 검사에 필요한 최소량의 식품 등을 무상으로 수거하게 할 수 있으며 필요에 따라 영업관계의 장부나 서류를 열람하게 할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “제1항의 경우에 출입·검사·수거·또는 열람을 하고자 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지녀야 하며 관계인에게 이를 내보여야 한다.”고 규정하고 있다.

이와 같이 현행 행정법규는 調査의 主體, 調査의 相對方, 調査의 對象 또는 範圍, 證票의 提示 등에 대하여만 간략하게 규정하고 있으며, 調査의 상대방과 관련하여서는 직접

상대방 이외에 기타 관계인 등으로 막연히 규정하여 그 범위가 불명확할 뿐만 아니라, 調査의 물적 대상 내 범위에 대하여도 장부·서류 또는 물건에 대하여 조사할 수 있다고 규정하고 있을 뿐 그 범위를 구체적으로 한정짓는 규정은 거의 없는 실정이다. 그리하여 警察上 調査시 준수하여야 할 실체법적 한계를 실정법규를 대상으로 구체적으로 논의할 여지는 그리 많지 않다고 할 것이고, 또 이에 관한 판례상의 원칙도 확립된 것이 거의 없으므로 條理上의 限界 내지는 行政法上의 一般原則上의 限界를 이론적으로 검토할 필요성이 더욱 크다고 하겠다.

II. 條理上의 限界

1. 目的上의 限界

警察上 調査도 다른 行政調査와 마찬가지로 그 권한을 수권한 법령상의 구체적 조사목적 이외의 목적을 위하여 행하여서는 안된다. 調査가 부당한 목적으로 행사되는 것을 방지하기 위하여 수권법상의 목적은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 이미 살펴본 바와 같이 현행 행정법규는 行政調査의 목적을 구체적으로 명시하지 않고 단지 ‘필요한 경우에는 조사 할 수 있다’라는 형식으로 규정하고 있는 것이 대부분이다. 이런 경우에는 수권법규 전체의 목적과 조사근거규정의 취지 등을 고려하여 조사목적을 확정해야 할 것이다. 본래의 목적을 벗어나 行政調査를 악의적으로 이용하는

대표적인 사례는 어느 나라를 막론하고 '稅務調査'를 일컬을 수 있으나, 警察上 調査나 다른 行政調査의 경우에도 발생할 여지는 많다고 할 수 있다.

이러한 목적상의 한계를 벗어나 警察上 調査를 범죄수사의 목적으로 이용하는 것은 違法的 調査라고 할 수 있다.¹⁸⁾ 판례도 같은 취지라고 생각된다.¹⁹⁾

2. 比例性의 原則

행정목적의 실현을 위한 구체적 수단의 선택에 있어서 달성하고자 하는 공익과 이로 인해 제한되는 개인의 권리 사이에 일정한 比例關係가 존재하도록 하여야 한다는 원칙을 말하며, 過剩禁止의 原則이라고도 한다.²⁰⁾

이는 특히 警察行政의 영역에서 큰 의미를 갖는 원칙으로 다음과 같은 3가지 원칙으로 구성되어 있으며, 각 내용은 서로 단계적 심사과정을 거치게 된다.

첫째, 適合性의 原則은 달성하고자 하는 목적을 위하여 선택된 수단이 적합한 것인가의 여부를 심사하게 된다. 이는 당해 수단을 사용하면 특정행정목적이 달성될 수 있는가의

여부만을 검토하게 된다. 따라서 이 단계에서는 통상적인 경우에는 이 요구가 충족되는 것이 보통이다.

둘째, 必要性의 原則은 最小侵害의 原則이라고도 하는 것으로서, 당해 행정목적달성을 위해서 이론적으로 선택가능한 많은 수단들 중에서 당사자의 권리나 자유를 가장 最小限으로 침해하는 수단을 선택하도록 하는 요청이다.

셋째, 相當性의 原則은 狹義의 比例性의 原則이라고도 하며, 선택한 수단의 행사시에는 침해되는 당사자의 사익과 달성하고자 하는 공익 사이에 적절한 비례관계가 존재하도록 하여야 한다는 원칙을 말한다.

이러한 비례의 원칙은 단순히 행정법상으로만 인정되는 원칙이 아니라 헌법상의 원칙으로서 권력행정에 속하는 警察行政領域은 물론이며 여타 입법·사법·행정분야 전반에 적용되는 원리로서 구체적으로는 경직법 제1조 제2항²¹⁾에서 확인할 수 있다. 그러나 개별 규정이 없다고 할지라도 이 원칙은 법의 一般原則으로서 效力을 갖는다고 할 것이다.

警察上 調査의 경우에도 이 원칙이 적용됨은 물론이며, 警察上 調査는 그 목적 달성에 適切한 것으로서 合理的이고 필요한

18) 김동희, 앞의 책, 442면.

19) 대판, 1998. 7. 24, 96다42789(국군보안사령부가 군과 관련된 첩보수집, 특정한 군사법원관할 범죄의 수사 등 법령에 규정된 직무를 벗어난 민간인인 원고들을 대상으로 평소의 동향을 감시·파악할 목적으로 지속적으로 개인의 집회·결사에 관한 활동이나 사생활에 관한 정보를 미행, 망원촬영, 탐문채집 등의 방법으로 비밀리에 수집·관리하였다면, 이는 헌법에 의하여 보장된 원고들의 기본권을 침해한 것으로서 불법행위를 구성한다고 하지 않을 수 없다. 일반국민의 알권리와는 무관하게 국가기관이 평소의 동향을 감시할 목적으로 개인의 정보를 비밀리에 수집한 경우에는 그 대상자가 공적인물이라는 이유만으로 면책할 수 없다).

20) 류지태, 앞의 책, 40면.

最小限度에 그쳐야 한다. 조사수단의 선택, 조사의 인적 범위, 조사의 물적 범위, 조사의 시간적 한계 등에 대하여 별다른 규정이 없다고 할지라도 이 비례의 원칙에 입각하여 시행하여야 할 것으로서 이 비례의 원칙이 현행 법령의 구체적 기준을 제한하는 매우 중요한 원칙이 될 것이다.

또한 警察上 調査의 수단에 여러 가지가 있는 경우에 상대방에게 보다 큰 침해를 가져올 수 있는 수단은 보충적으로만 사용되어야 한다. 특히 強制調査는 당해 警察調査를 통해 확보하고자 하는 자료 내지는 정보를 임의적 방법 등 다른 방법에 의하여서는 효과적으로 수집하기 어렵다고 인정되는 경우에 한하여 補充的으로만 행하여져야 한다.²²⁾

이 원칙은 最小侵害의 原則과도 관련이 있다고 할 것이다.

3. 平等의 原則

이 원칙은 행정작용을 함에 있어서 특별한 합리적인 사유가 존재하지 않는 한 행정기관은 상대방인 국민을 公平하게 대우해야 한다는 내용으로, 직접 헌법에 근거를 갖는 원칙으로 볼 수 있으며, 위반의 경우에 違憲, 違法의 효과가 발생한다.²³⁾

따라서 警察上 調査와 관련하여 합리적인

사유 없이 인종, 성별, 종교, 사회적 신분 등을 이유로 被調査者를 차별하는 것은 허용될 수 없다. 被調査者의 선정 및 조사의 강도와 관련하여 平等의 原則에 대한 위반여부가 문제되는 경우가 종종 있다. 특히 稅務調査의 영역에서 被調査者의 선정과 관련하여 유사한 상황에 처해 있는 납세자들 중에서 차별적으로 被調査者를 선정하는 경우 이 원칙의 위반이라고 할 수 있겠다.

Ⅲ. 實力行使의 可能性

警察上 調査를 하는 과정에서 상대방이 이를 거부하고 방해할 시에 당해 공무원이 實力을 行使하여 調査를 강행할 수 있는지의 문제가 제기된다. 警察上 調査의 성질상 질문의 경우에는 실력을 행사하여 강제할 수는 없으며 出入의 경우에 出入을 거부하고 방해할 시에 이에 대하여 실력을 행사할 수 있는가의 문제라고 할 수 있겠다.

관계법령이 실력행사의 여부에 대하여 직접적인 규정을 두고 있다면 그에 따르면 될 것이지만 그렇지 아니하고 벌칙규정만을 두고 있을 경우 이 벌칙규정이외에 직접 실력을 행사할 수 있는지가 문제가 되는 것이다. 조세범처벌절차법상의 범칙사건조사는 개인의 재산 또는 신체에 실력을 가할 수 있는 것으로 인정할 수 있으나, 이와는 반대로 명문으로

21) ② 이 법에 규정된 경찰관의 직권은 그 직무수행에 필요한 최소한도내에서 행사되어야 하며 이를 남용하여서는 아니된다.

22) 박윤훈, 앞의 책, 636면.

23) 류지태, 앞의 책, 43면.

강제할 수 없음을 규정한 경찰관직무집행법 제3조 제2항 단서 및 제7항²⁴⁾도 있다.

이에 대한 학설의 대답은 다음과 같다.

1. 肯定說

상대방의 거부가 있는 경우에 조사공무원이 상대방측의 身體나 財産에 實力을 가할 수 있다고 주장하는 견해로, 피조사자측의 거부·방해가 있는 경우에 처벌이나 불이익처분 등의 제재를 규정하고 있는 바, 이는 피조사자측의 저항이 위법임을 전제로 한 것이라 보겠고 따라서 조사공무원은 비례의 원칙 범위안에서 피조사자측의 신체나 재산에 실력을 가할 수 있다고 한다.²⁵⁾

2. 否定說

현행법이 行政調査를 거부, 방해하거나 기피한 자에 대하여 징역, 벌금, 구류, 과료 등의 별도의 벌칙규정을 두고 있음을 이유로 하여 직접적인 실력행사 자체는 허용되지 않으며, 단지 間接的으로 벌칙 등에 의해 강제요소가 인정될 뿐이라고 주장한다.²⁶⁾ 현재의 多數說이기도 하다.

3. 小 結

調査의 拒否나 妨害時 강제할 수 있는 벌칙 등이 규정되어 있는 경우에는 원칙적으로 실력행사는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 즉 현행헌법 아래에서는 행정상의 강제집행의 예에서 보듯이 일반적으로 행정주체의 自力救濟手段은 한정적인 경우에만 法律上 許容된다고 할 수 있으며, 또한 行政調査를 行政上 即時強制와 구분하여 논의하는 입장에서는 원칙적으로 상대방에 대하여 直接的인 實力行使는 即時強制의 領域으로 보아야 하기 때문이다.

따라서 調査의 拒否 등에 대하여 벌칙 등을 규정하고 있는 것은 그 벌칙에 의하여 間接的으로 강제될 수 있을 뿐이라고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 그러므로 조사공무원이 상대방의 저항에 대하여 실력으로 이를 배제하고 조사를 강행하는 경우에는 違法한 行政調査라고 할 수 있을 것이다.

24) ② 이 경우 당해인은 경찰관의 동행요구를 거절할 수 있다. ⑦ 제1항 내지 제3항의 경우에 당해인은 형사소송에 관한 법률에 의하지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.

25) 홍정선, 앞의 책, 557면.

26) 류지태, 앞의 책, 317면 ; 김동희, 앞의 책, 444면 ; 김남진/김연태, 앞의 책, 408면.

第2節 節次法的 限界

I. 事前節次

警察上 調査를 포함한 行政調査는 상대방 그 밖의 관계인의 협력을 전제로 하여서만 효과적으로 그 목적을 달성 할 수 있다. 따라서 한편으로는 행정개혁 등의 협력을 얻어 조사를 원활하게 실시하기 위하여, 다른 한편으로는 상대방의 권익보호를 위하여 事前節次를 整備할 필요가 있다.

1. 事前通知의 與否

行政調査는 개인의 생활이나 영업의 자유에 대한 침해를 하고 일상성을 해치기 때문에 이를 줄이기 위하여 事前通知가 필요하다고 할 것이다. 그러나 현행법령상 行政調査를 실시함에 있어서 조사의 대상, 범위 및 일시, 장소를 상대방에게 사전에 통지하도록 하고 있는 규정은 거의 없다. 일부 소방법 제5조 제3항, 국세기본법 제81조의 2, 세무사법 제10조 등에서 단편적으로 볼 수 있을 뿐이다. 이러한 실정으로 인하여 조사를 실시함에 있어서 행정기관은 법령에 규정이 없음에도 당연히 事前通知를 하여야 하는 가가 문제가 된다.

우리나라의 경우 이에 대한 논의는 충분

하지 않아 보인다. 다만 지금까지의 논의를 살펴보면, 가능한 한 요망된다라는 견해,²⁷⁾ 그 필요성은 인정하면서도 법령에 규정이 없는 경우에 그것이 당연히 요청된다고는 볼 수 없고 입법상 고려되어야 한다는 견해,²⁸⁾ 등 消極的인 견해와, 행정조사가 추구하는 공익의 내용, 조사대상인 정보의 성질·종류나 불시조사의 필요성 등에 비추어 개별적으로 검토하여야 할 것이라는 積極的인 견해²⁹⁾ 등이 있다.

또한 우리나라의 판례에서는 사전통지를 하지 않고 실시한 行政調査의 위법성이 다투어진 예는 없는 것으로 보인다. 일본의 판례³⁰⁾에서는 稅務調査와 관련하여 이에 대한 논의가 있었는 바, 소극적 견해를 취하고 있는 것으로 보인다. 즉 질문검사권의 범위, 한도, 시기, 장소 등에 관하여 “실정법상 특정한 규정이 없는 실시에 대하여는 질문검사의 필요가 있고, 또한 이것과 상대방의 사적 이익과의 비교형량을 함에 있어서 사회통념상 상당한 한도에 머무르는 한, 권한 있는 세무직원의 합리적인 선택에 맡겨지고 있다.”고 판시하였으며, 조사일시, 장소, 조사이유, 필요성이나 고지에 관하여는 “질문검사권을 행하는 일률적인 요건은 아니다.”고 판시 한 바 있다.

한편 미국의 경우에는 사전통지가 일반적·전통적으로 확립되어 있는 절차라고 할 수 있다. 이는 行政調査命令의 司法的 執行을 원칙으로

27) 김원주, 세무조사의 법적 한계, 경북대학교 논문집 제16권, 1972, 67면.

28) 박윤흔, 앞의 책, 636면; 류지태, 앞의 책, 316면

29) 김동희, 앞의 책, 444면.

하는 미국의 行政調査制度에 내재하는 보장책이라고 할 수 있다.

생각건대 行政調査의 경우에도 처분에 못지않게 事前通知의 필요성이 큰 것이 사실이다. 事前通知를 함으로써 被調査者가 필요한 자료를 준비하여 조사의 效率性を 높일 수 있을 뿐만 아니라 被調査者에 대한 심리적인 압박감도 상당히 줄일 수 있다. 그렇다 하더라도 법령상에 명문의 규정이 있으면 모르지만, 명문의 규정이 없는 경우까지 事前通知를 해야 한다고 하는 것은 조사의 성격상 통지를 하게 되면 조사의 목적을 달성할 수 없는 경우가 있으므로 무리라고 생각된다. 따라서 事前通知에 대하여는 立法的으로 해결하여야 한다고 본다. 그 방법으로는 行政節次法에 규정을 두는 방안과 個別法令에 규정을 두는 방안이 있을 수 있으며, 전자의 경우가 바람직하다고 본다. 다만, 행정절차법에 일반적 규정을 두기 전이라도 개별법령에 규정을 두는 것이 좋으며, 행정기관은 명문의 규정 유무를 떠나 조사의 목적 달성에 방해가 되지 않는다면 積極的으로 事前通知를 하는 것이 바람직한 行政作用이라고 할 것이다.

2. 理由提示

行政調査는 그 상대방이 調査를 받는 이유를 몰라 이를 거부하거나 허위의 답변을

함으로써 처벌을 받는 일이 없도록 하기 위하여 調査의 理由를 구체적으로 상대방에게 提示하는 것이 필요하다.

理由提示는 피조사자에게 당해 조사에 대한 불가피성을 설명하여 효율적인 조사운영에도 필요할 뿐만 아니라, 행정기관의 부당한 조사권 행사에 대비할 수 있는 피조사자의 정당한 권리를 보장하기 위해서도 필요하다고 할 것이다. 그러나 현행법령상 事前에 調査理由를 告知하도록 규정한 것은 거의 찾아 볼 수 없으며, 국세기본법 81조의 6³⁰⁾이 유일한 예라고 할 것이다.

이러한 많은 필요성에도 불구하고 명문의 규정이 거의 없는 理由提示는 事前通知節次와 불가분의 관계를 가지는 바, 事前通知를 하는 경우 상대방 등이 답변을 맞춘다든가, 자료를 변조·은닉하여 조사의 실효를 거두기 어려운 경우도 있을 것이며, 또한 환경보전법·소방법 또는 식품위생법상의 조사와 같이 事前通知를 행할 시간적 여유가 없는 경우도 있을 것이다. 이러한 두가지의 요청을 합리적으로 조화시키는 범위 안에서 事前通知와 理由提示를 調査의 效力要件으로 하도록 立法上 考慮하여야 할 것이다.³²⁾

3. 證票의 提示

行政調査가 실시될 경우 국민은 관계

30) 荒川民事事件判決, 日本最判, 1973. 7. 10 刑集 27卷 7號, 1205면.

31) ① 세무공무원은 국세에 관한 조사를 위하여 당해 장부·서류 기타 물건 등을 조사하는 경우에는 조사를 받을 납세자에게 조사개시 7일전에 조사대상 세목 및 조사사유 기타 대통령령이 정하는 사항을 통지하여야 한다.

32) 박윤흔, 앞의 책, 636면.

법령에 의하여 작위·수인의무 등 의무를 부담하고 또한 사생활이 침해되는 등 불이익을 받게 되므로, 조사절차상 行政調査를 행하는 공무원이 조사의 권한을 가지고 있음을 명백히 할 필요가 있다. 行政調査에 관하여 규정하고 있는 개별법은 行政調査를 행하는 공무원이 그 권한을 표시하는 증표를 휴대·제시하여야 한다고 하여 證票提示義務를 규정³³⁾ 하고 있는 것이 보통이다. 이러한 규정이 있으면 이를 준수하는 것은 당연하며, 규정이 없다 할지라도 證票提示義務는 있다고 보아야 할 것이다. 그것은 증표의 제시에 의하여 당해 공무원은 行政調査를 할 수 있는 정당한 권한이 있음을 입증하게 되며, 그에 따라 상대방은 조사에 대한 구체적인 受忍義務가 발생하게 되기 때문이다.³⁴⁾

證票提示義務에 관하여 증표를 휴대하고 피조사자의 청구가 있는 경우에 제시하도록 하는 경우와 청구가 없어도 사전에 제시하도록 하는 경우로 그 입법 방식이 나눌 수 있다. 전자의 경우에는 피조사자가 조사공무원으로부터 미움을 받을까 염려하여 증표제시 청구를 사실상 곤란하게 할 가능성이 많으므로 청구의 유무에 관계없이 조사공무원 스스로 事前에 證票를 提示하도록 하는 것이 옳다고 본다. 현행 법령도 관계인의 청구가 있는 때 제시하여야 한다고 규정하지 않고 증표를 휴대하여 제시하여야 한다고 규정하고 있는 것이 보통인데, 이는 청구의 유무에 관계없이 조사 공무원 스스로 증표를 제시하여야 한다는

취지로 해석해야 할 것이다.

4. 時間의 考慮

行政調査는 상대방의 시간을 고려하여 통상 영업시간대나 일상생활 시간대에 행해지는 것이 바람직하다. 물론 예외적으로는 그 목적을 달성할 필요성으로 인하여 영업시간 외에 행해지는 경우도 가능할 것이나, 이때에는 그 필요성에 관한 엄격한 요건하에서 행해져야 할 것이다.

II. 令狀主義의 適用與否

行政調査는 그 내용에 따라 주거나 영업소에 대한 수색 등을 행하거나 신체에 대한 실력행사를 수반하게 된다. 따라서 개인의 프라이버시와 영업의 자유 등을 보호하기 위하여 법관이 당해 조사에 대한 令狀을 발부하도록 하는 사전통제수단인 헌법 제12조 제3항과 제16조에 따른 영장제시가 필요한가에 대한 논의가 제기되고 있다.

헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있고, 동 제16조는 “모든 국민은 주거의 자유를

33) 국세징수법 제25조 ; 식품위생법 제17조 제2항.

34) 김동희, 앞의 책, 443면.

침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있다.

이러한 憲法上的 令狀主義가 行政 調査에도 적용이 가능한가에 대한 문제가 제기되고 있는 것이다. 미국의 경우를 살펴보고 우리의 경우를 검토하고자 한다.

1. 美 國

1) 序

미국연방헌법 수정 제4조는 “불합리한 수색과 압수에 대하여 국민의 신체·가택·서류 및 재산을 보장받는 권리는 침해할 수 없다. 영장은 선서 또는 확약에 의하여 지지되는 진실이라고 믿을 만한 원인에 기하여 발할 수 있고, 특히 수색할 장소와 체포·압수할 사람 또는 물품을 기재하여야 한다.”고 하여 불합리한 압수·수색을 금지하는 한편, “영장은 상당한 이유(probable cause)에 기하여 발하지 않으면 안된다.”고 규정하고 있다.

이 수정헌법 제4조는 역사적으로는 형사 절차에 적용되어 온 것이었는데, 行政 調査에도 적용될 수 있을 것인가 판례상 논쟁이 되었다. 특히 出入 檢査의 경우에 문제가 되었는데, 그 이유는 行政的 召喚狀(Subpoena)을 이용하거나 보고서 요구를 하는 경우에는 司法的 執行의 原則이 확립되어 있어서 문제될 여지가 별로 없기 때문이었다.

2) 判例의 傾向

미국은 개인의 주택에 대한 出入 檢査의 경우는 물론이고, 영업소 내지 사업용 재산에 대한 出入 檢査에도 원칙적으로 헌법상의 令狀主義가 적용된다고 보고 있다. 다만 그에 대한 예외가 광범위하게 인정되고 있을 뿐이다.

먼저 개인의 주택에 대한 出入 檢査의 경우에는 형사적 제재가 수반되는 경우와 수반되지 않는 경우를 구별하고 있다. 즉 전자의 경우에는 Camara 사건³⁵⁾과 See사건³⁶⁾에서와 같이 令狀이 要求되며, 이 원칙은 Colonnade 사건³⁷⁾ 이후의 재판에서도 유지하고 있다.

35) Camara v. Municipal Court of City and Conty of San Francisco, 387 U. S. 523 (1967). 1963년에 샌프란시스코의 공중위생국의 주택검사관이 시 조례에 의하여 어떤 아파트에 대한 出入 檢査를 실시하였는데, 그 調査에 대해 아파트의 지하실을 임차하여 거주하던 Camara라는 사람이 수색영장을 가지고 있지 않다는 이유로 出入 檢査를 거부한 사건과 관련하여, “이러한 경우에 대하여 견해가 대립되어 가고 있지만 아직도 지속되고 있는 원칙은 특별한 경우 외에 영장없는 수사는 상대방의 동의가 없는 한 비합리적이고 수정헌법 제4조에 따라 허용되지 않는다는 것이다.”라고 하여 무영장수사는 위헌임을 밝혔다.

36) See v. City of Seattle, 387 U.S. 541 (1967). “이 문제는 주거로 사용되지 않는 영업용건물에 대하여 Camara원리가 적용되는가 하는 것이며 사업주는 사적주거와 같이 영업용장소에 대하여서도 수정헌법 제4조의 비합리적 수사금지원칙에 의한 보호를 받을 권리가 있다.”라고 판시하여 소방검사관은 영업용건물에 대하여도 영장을 소지하여야 출입할 수 있다고 하였다.

37) Colonnade Catering Corp v. U. S. 72 (1970). “허가제에 의거하여 영업하는 주류소매업자를 검사하는 경우 See법리 ‘즉 동의가 없는 한 영장을 발급받아야 한다.’는 원리가 적용되지 않는다.”하여 영장주의의 예외를 인정한 판결을 내렸다.

한편 형사적 제재가 수반되지 않는 경우, 특히 공적부조 수급자에 대한 出入檢査와 같이 출입의 목적이 그 상대방에게 이익을 가져다 주는 경우에는 Wyman 사건³⁸⁾에서와 같이 영장 없는 出入檢査가 가능하다고 보고 있다.

한편 영업소에 대한 出入檢査에 대하여는 주택에 대한 出入檢査의 경우보다 더욱 폭넓게 令狀主義의 例外를 인정하고 있다.³⁹⁾

어떤 경우에 영장이 필요하고 어떤 경우에 필요하지 않은지에 대하여는 일률적인 기준을 제시하기 보다는 기본적으로 이익형량의 접근방법을 채택하고 있는 것으로 볼 수 있다. 즉 出入檢査를 통하여 달성하려는 공익 내지 규제에 대한 공익상의 필요와 개인의 프라이버시 보호를 비교 형량하여 영장주의의 적용 여부를 個別的·具體的으로 판단하려는 태도를 보이고 있다.

양자의 비교형량을 함에 있어서 연방 대법원이 제시하고 있는 판단기준으로는 1) 당해 사업이 그동안 정부에 의하여 규제를 받은 기간, 즉 정부규제의 역사성·전통성, 2) 규제의 광범위성, 3) 정부의 규제에 대한 실질적 이익 및 그 중요성, 4) 증거인멸의 가능성 등 무영장 검사의 필요성, 5) 개인의 프라이버시에 대한 기대 등을 들 수 있다. 이러한 판단기준을

적용함에 있어서 연방대법원은 초기에는 주로 1)의 정부규제의 역사성 내지 전통성 및 2)의 규제의 광범위성을 중시하는 입장을 취하였는데, 이것은 주로 默示的 同意論에 기초를 둔 것이다.

미국 연방대법원은 상대방의 “默示的 同意가 있는 것으로 인정되는 경우를 영장주의의 예외로서 인정하고 있으며, 실제 예외를 인정한 상당수의 판례들이 이른바 默示的 同意論에 바탕을 두고 있다고 할 수 있다. Wyman사건과 같이 상대방에게 이익을 주는 주택에 대한 出入檢査에는 영장이 필요없다고 하는 판결이나, 영업소에 대한 무영장검사를 합헌으로 인정한 Colonnade 판결이나 Biswell 판결⁴⁰⁾도 이 默示的 同意論에 기초하고 있는 것이라고 할 수 있다.

Colonnade 판결은 알콜음료저장고에 대한 무영장검사를 합헌으로 인정하였지만, 왜 영장이 필요하지 않은지에 대하여는 언급이 없고, 단지 알콜음료산업의 정부규제의 오랜 역사를 강조하는데 그치고 있다. 즉 Colonnade 판결은 정부규제가 오래된 전통을 가진 사업을 운영하는 자는 무영장검사에 동의한다고 하는 默示的 同意論에 의거하고 있다고 할 수 있다. 또한 Biswell 판결은 화기규제가 오랜 역사를

38) Wyman v. James 400 U.S. 309 (1971). NewYork州法에 의하면 부양아동가족에 대한 공적부조계획의 수급자는 福祉調査局의 주기적 가정방문을 허용하도록 규정되어 있으며, 만약 이를 거절하면 복지자금의 수급을 중단하도록 규정되어 있는 데, James는 2년간 AFDC의 부조를 받아왔지만 위의 방문을 거절하였으므로 결국 부조가 중단되었다. 이에 대하여 지방법원은 본 사건의 가정방문은 수색이므로 동의가 없는 한 “합리적 이유에 근거한 영장에 의하여야 한다.”고 하여 그를 위반한 것은 수정헌법 제4조, 14조에 위반한 것이다.”라고 판시하였다.

39) Dewey판결에서의 연방대법원의 다수의견이 이를 지적하고 있다.

40) U.S. v. Biswell 406 U.S. 311 (1972). “총기규제법에 의거하는 영업소검사는 영장없이 행하여질 수 있으며 수정헌법 제4조에 반하지 않는다.”고 판시하였다.

41) Donovan v. Dewey. 452 U.S. 594 (1981).

가지고 있지 않음에도 불구하고 무영장검사를 합헌이라고 인정하였지만, 당해 판결에서는 ‘정부규제의 오랜 역사’ 대신에 ‘규제의 광범위성’을 판단요인으로 하여, 폭넓게 규제 받고 있는 사업을 운영하는 자는 무영장검사에 동의하고 있다는 默示的 同意論을 전개한 것이다.

그러나 이와 같은 默示的 同意論은 하나의 의제에 불과하고 실질적 내용을 갖지 않는 표어에 불과하다는 비판이 적지 않게 제기되었으며, 연방대법원도 점차 默示的 同意論에서 탈피하여 새로운 방향모색을 하고 있는 것으로 볼 수 있다. 영장주의 예외의 적용 범위를 피검사자의 프라이버시에 대한 기대에 초점을 맞추어 검토하려는 경향이 바로 그것이다. 이러한 경향은 Dewey 판결⁴¹⁾에 이르러 뚜렷하게 나타난다. 즉 영업소에 있어서는 개인의 주택과는 달리 피검사자의 프라이버시에 대한 기대가 감소되고 있음을 전제로 하여, 그 기대가 검사의 수권법에 의해 보호되고 있는지를 중요한 기준으로 영장주의 예외의 적용여부를 고찰하였다.

그리하여 Dewey 판결은 이전의 판결이 默示的 同意論의 근거로 삼은 2가지 판단 요인 중에 정부규제의 오랜 역사성을 실질적으로 배제하고, 규제의 광범위성에 대해서는 그것을 최종적으로 피검사자의 묵시적 동의가 아니라 피검사자의 프라이버시에 대한 기대와 관련지어 판단하는 태도를 취하였다.

이와 같은 ‘피검사자의 프라이버시에 대한 기대’에 의한 접근방법은 수정헌법

제4조의 기본목적이 행정관에 의한 자의적 침해보부터 개인의 프라이버시나 안전을 보호하는데 있는 것을 생각하면, 단지 가설에 지나지 않은 默示的 同意論과 비교하여 볼 때, 수정헌법 제4조의 목적에 보다 적합하다고 할 수 있을 것이다. 피검사자의 프라이버시에 대한 기대를 평가하는 데는 영장을 대체할 수 있는 적절한 조치가 강구되고 있는지가 주로 검토의 대상이 되는데, 구체적으로는 出入 檢査를 거부하는 경우에도 強制 出入을 금지시키고 이를 강행하려고 하면 행정기관이 법원에 소송을 제기하도록 하고 있다든가, 상대방에게 조사의 일시·이유 등을 사전통지하도록 하고 있는 등 피조사자의 프라이버시를 존중하기 위한 조치를 강구하고 있는지가 검토된다.

이 외에도 증거인멸의 우려가 크거나 생명, 신체, 재산에 대한 급박한 危險이 있는 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다고 보고 있다. 또한 조사장소가 공개되어 공중의 눈에 노출되어 있는 장소에의 出入 檢査에도 영장은 필요하지 않다고 보고 있다. 그 이유는 주로 出入 檢査에 대하여 보호하여야 할 프라이버시에 대한 합리적 기대가 크게 감소된다고 보기 때문이다. 여기에는 화재현장에 대한 조사와 같은 공중의 눈에 노출된 조사와 굴뚝에 대한 매연조사와 같은 공개된 장소에의 조사의 2종류로 구별할 수 있는데, 양자 모두에 영장은 필요 없는 것으로 보고 있다.

2. 우리나라의 경우

헌법상의 영장에 관한 규정이 行政調査에도 적용되는가의 여부는 논리적으로 行政上의 即時强制의 경우와 같이 3가지 학설로 나뉘어져 있다.

1) 積極說(令狀必要說)

行政調査에도 원칙적으로 令狀主義를 적용하여야 한다는 입장으로 行政調査의 결과가 형사소추로 발전될 危險이 많기 때문에 이에 비추어서 行政調査에도 원칙적으로 영장주의가 적용되어야 한다는 의견⁴²⁾과 상대방의 반항을 무릅쓰고 신체 및 주거에 대한 行政調査를 강행할 불가피한 공익상의 요청이 있으면 법관의 영장이 있어야 한다⁴³⁾는 주장이다. 다만 그 예외를 인정하고 있는데, 行政調査의 신속성의 요구 및 사전영장주의에 대한 예외를 인정한 헌법 제12조 제3항 단서에 비추어 실질적으로 영장주의의 예외적인 사유에 해당한다고 할 수 있는 때에는 영장을 요하지 아니한다고 하며, 그러한 行政調査의 결과 수집된 자료는 형사사법절차에 있어서의 證據能力이 排除되어야 할 것이라고 한다. 적극설의 견해에서도 대부분 예외를 인정하고 있어 절충설과의 구별이 어려운 점이 있으며

그 구별의 실익도 많지 않아 보인다.

2) 消極說(令狀不要說)

行政調査에는 헌법상의 영장주의의 적용이 되지 않는다는 입장으로, 헌법 제16조는 주거의 수색이나 물건의 압수에 대하여 법관의 영장을 요하게 하였는 바, 行政調査를 위한 出入·檢査에 있어서는 법관의 영장을 요하지 않는다는 주장이다. 다만 이 경우에도 하나의 조치가 실질적으로 行政調査와 刑事責任追及의 양 목적으로 행해지는 경우에는 형사책임추급 쪽에서는 형사사법권의 발동이므로 영장을 요한다고 할 것이며, 또한 그 이외의 경우에도 영장주의의 취지는 충분히 존중되어야 할 것으로서 현행법은 대개의 경우 出入·檢査를 함에 있어서는 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 내보이도록 함으로써 그 취지를 충분히 존중하고 있다고 하고 있다.⁴⁴⁾

3) 折衷說

行政調査에 있어서의 영장의 필요여부는 영장제도의 기능과의 관련 아래 이해하는 것이 타당하다는 전제하에서 行政調査가 형사

42) 이상규, 앞의 책, 561면.

43) 변재옥, 앞의 책, 434면.

44) 박윤훈, 앞의 책, 636~637면.

소추절차가 아니라는 이유만으로 영장주의를 배제할 수는 없으며 行政調査가 형사소추절차로 이행하는 경우와 기타 權力的 行政調査에 있어서는 원칙적으로 영장을 필요로 하나 영장을 기다려서는 적시에 적절한 조사가 행해질 수 없는 경우에는 예외가 인정될 수 있다는 견해,⁴⁵⁾ 行政調査도 신체나 재산에 직접 실력을 가하는 것인 한, 그리고 行政調査의 결과가 형사책임의 추궁과 관련성을 갖는 한 사전영장주의는 원칙적으로 적용되어야 하며 다만 긴급을 요하는 불가피한 경우에는 예외가 인정된다는 견해,⁴⁶⁾ 원칙적으로 行政調査가 단순히 행정작용의 준비행위가 아닌 범죄행위의 소추를 위하여 이루어지는 경우에는 당연히 영장주의가 적용되며 다만 통상적으로 이루어지는 行政調査는 형사소추를 위한 조사작용은 아니므로 범죄인의 소추를 위하여 실시되는 압수 및 수색활동과는 그 성격과 목적을 달리하므로 통상적인 行政調査에는 영장주의가 적용되지 않는다는 견해⁴⁷⁾ 등이 여기에 속한다. 우리나라의 행정법학자들의 多數意見이라고 할 수 있다.

3. 小 結

헌법상의 영장주의의 원칙은 刑事司法權의 濫用을 抑制하고 防止하기 위하여 도입한 제도라는데 그 취지가 있다. 그렇지만 行政調査에 의하여도 국민의 권익이 침해될 가능성이 刑事司法權의 행사에 못지않기 때문에 行政調査에 영장주의가 전혀 적용될 수 없다는 것은 동의하기 어렵다.

그렇지만 모든 行政調査에 영장주의가 적용된다고 하는 것 역시 현실적으로 불가능하다고 할 것이다. 또한 영장은 검사의 청구에 의하여 법관이 발부하는 것으로, 검사 또는 법관이 行政調査의 필요성을 결정하는 것이 바람직할지는 다시 한번 생각해 볼 사안이다. 기본권 보호를 위해 영장주의를 채택하는데 오랜 전통을 가진 영미의 경우에도 광범위한 예외를 인정하고 있음은 영장주의를 모든 行政調査에 적용하기는 사실상 불가능하다는 것을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 영장주의는 일률적으로 그 적용여부를 판단할 것이 아니라 사안별로 行政調査의 성격이나 조사의 필요성 등을 검토하여 결정하여야 할 것이다. 그 기준으로는 다음과 같은 것을 생각해 볼 수 있겠다.

45) 김동희, 앞의 책, 443면.

46) 홍정선, 앞의 책, 556면.

47) 김성수, 앞의 책, 478면.

첫째, 行政調査가 실질적으로 刑事責任 追及을 목적으로 하는 경우에는 원칙적으로 令狀이 必要하다고 본다. 조세범처벌절차법 제2조의 세무조사(범칙사건조사)에 법관이 발부한 영장을 요구하는 예가 여기에 속한다. 대법원도 다음과 같이 판시하여 같은 견해를 보이고 있다.

“...세무공무원이 밀수품을 신고 왔다는 정보에 의하여 정박중인 선박에 대하여 수색을 하려면 선박의 소유자 또는 점유자의 승낙을 얻거나 법관의 압수수색영장을 발부받거나 또는 본조(관세법 제21조 수색압수영장) 제1항 후단에 의하여 긴급을 요하는 경우에 한하여 수색압수를 하고 사후에 영장의 교부를 받아야 한다.”⁴⁸⁾

둘째, 영장주의를 대체하여 개인의 프라이버시를 보호할 다른 수단이 법령상 규정되어 있으면 영장이 요구되지 않는다고 하겠다. 영장주의만이 개인의 기본권을 보호하는 장치는 아니며 영장주의 이외에도 엄격한 행정절차의 요구와 조사의 필요성 여부를 공무원 개인이 아닌 중립적인 기관이 결정하는 경우, 그리고 事後의 救濟手段이 마련되어 있는 경우 등을 들 수 있다.

셋째, 개인의 주택에 대한 조사와 영업소에 대한 조사를 구별하여 검토한다. 개인의 주택과 영업소의 경우에는 프라이버시 보호에 대한

필요성이 다르다고 할 수 있다. 주택의 경우에는 영업소보다는 개인의 자유로운 사생활의 보장을 위한 최후의 보루라고 할 수 있기 때문이다. 다만 사회보장행정의 실시를 위한 경우처럼 피조사자와의 갈등이 유발될 가능성이 적은 경우에는 영장주의가 원칙적으로 적용되지 않는다고 할 것이지만, 형사적 제재가 수반되는 경우에는 令狀主義가 적용된다고 할 것이다.

넷째, 국민의 생명·신체·재산을 보호하기 위하여 緊急한 調査의 必要性이 인정되는 경우에는 令狀이 不必要하다고 본다. 헌법 제12조 제3항이 형사사법절차에서의 영장주의의 예외를 인정한 것과 같이 行政調査의 경우에도 긴급한 필요가 있는 경우에는 영장주의의 例外가 인정된다고 할 것이다. 여기에는 화재현장에 대한 조사, 붕괴 우려 있는 주택에 대한 조사, 유해물질에 대한 조사 등이 있을 것이다.

다섯째, 조사의 태양이 일반인에게 공개된 특정장소에서 不特定多數人을 상대로 하는 경우에는 영장을 요하지 않는다고 할 것이다. 특정장소에서 행하는 不審檢問이나 自動車檢問 등이 여기에 속한다고 할 수 있겠다.

여섯째, 任意調査 즉 非權力的 調査의 경우에는 영장주의의 문제가 생기지 않는다.⁴⁹⁾ 任意調査는 피조사자에 대하여 강제력을 행사하는 것이 아니고 임의적인 협력을 전제로

48) 대판 1976.11. 9, 76도 2703.

49) 홍정선, 앞의 책, 556면.

하는 것이기 때문에 상대방이 거부하는 경우에는 더 이상 조사를 진행할 수 없기 때문이다.

Ⅲ. 陳述拒否權의 適用與否

우리나라의 헌법 제12조 제2항은 “모든 국민은 … 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여 陳述拒否權(自己負罪強要禁止의 特權)을 보장하고 있다. 이와 같은 헌법상의 규정이 行政調查의 경우에도 적용이 되는지가 문제가 될 수 있는 바, 이는 연혁적으로 형사절차에 있어서 개인의 자유나 증언을 강요함으로써 인권침해를 방지하기 위한 것이었기 때문에 行政調查에 있어서 질문에 대한 답변이나 보고서 제출 또는 장부 등의 기장·비치의 경우에도 陳述拒否權(自己負罪強要禁止의 特權)이 인정되는가의 문제이다.

1. 美 國

1) 序

미국연방헌법 수정 제5조는 “누구든지 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 不利한 證言을 強要당하지 아니한다.”고 규정하여 자기부죄금지의 특권(privilege against self-incrimination)을 인정하고 있다. 수정 제5조는 ‘어떠한 형사사건에 있어서도’라고 규정하고 있지만, 판례는 일찍부터 동 조항이 刑事事件에서는 물론이고 行政調查에도 적용되는 것으로 해석하였으며,⁵⁰⁾ 또한 증언이라는 문구도 口頭陳述뿐만 아니라 文書에 의한 陳述도 포함하는 것으로 해석하였다.⁵¹⁾

이와 같이 초기에는 行政調查에도 진술거부권이 적용됨을 일반적으로 인정하였으나, 점차 그 예외를 폭넓게 인정하는 추세에 있다. 그것은 국민의 基本權保障과 각종 계획수립과 정책수행을 위한 정확한 자료의 수집이라는 行政調查의 必要性을 調和시키기 위한 것이었다.

그 해결책으로서는 6가지 방법이 각각 개발되어 왔는데, 이 방법에는 다음과 같은 것이 있다 : ① 회사의 조직 또는 더 나아가 3인 이상의 동업관계에 의한 단체의 기록은 본

50) *Conselmann v. Hitchcock*, 42 U.S. 547 (1892).

51) *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 634-635 (1886).

특권의 보호대상이 아니다. ② 다른 사람의 수중에 있는 자료는 특권의 대상이 아니다. ③ 강요되지 않은 자의 진술은 불이익하더라도 사용될 수 있다. ④ 면책된 자는 강요 될 수 있다. ⑤ 보존이 명령된 자료는 특권의 대상이 아니다. ⑥ 강요된 보고도 특별한 경우에는 허용될 수 있다.

이 모두 헌법상 보호되는 국민의 기본권을 제한하기 위한 개념 도구로 사용되었다. 요컨대 미국에서는 陳述拒否權이 원칙적으로 行政調査에도 적용된다고 보고 있으나, 광범위한 예외를 인정하고 있고, 특히 진술적 증언은 강하게 보호되는 편이지만 보고서나 자료요구에 대한 헌법적 보호는 사실상 유명무실하게 되었다고 볼 수 있다.

2) 小 結

수정헌법 제5조가 규정하고 있는 바는 정확히 “사람은 ……그의 의사에 반하여 어떤 刑事事件에서건 證言을 強要받지 않는다.”라는 것이다. 이러한 헌법규정은 국민의 사적생활의 비밀을 보호하여 주었고 그로 인하여 국민들의

생활은 정부의 부당한 침해나 간섭으로부터 자유롭게 형성될 수 있었다. 그리고 이는 “어떤 형사사건에서건”이라는 문구가 행정·입법 절차를 포함하는 것으로 해석된 결과이기도 하다. 그러나 이러한 권리의 보호는 정부의 情報要求權에 의하여 부단히 공격받았고 또한 차례로 약화되어 왔다.

이것이 미국의 경우에 있어서의 自己負罪拒否特權의 적용 여부를 검토하여 온 주요 내용이다. 단 自己負罪拒否特權이 약화되어 온 과정을 보면 단지 기록의 제출에 있어서 일 뿐 陳述的 證言은 아직도 강하게 보호되고 있음을 알 수 있는데, 이는 주의하여야 할 점이다.

법원이 自己負罪拒否特權을 제한하여 온 과정을 간단히 살펴보면, 1906년의 Hale⁵²⁾과 Wilson(1911)사례⁵³⁾에서 단체의 특권 중 회사의 특권이 부정되었고, White(1944)사례⁵⁴⁾에서는 노동조합의 특권이, 1974년의 Bellis 사례⁵⁵⁾에서는 3인 동업자의 동업관계에 대하여 특권이 부정되었다.

또한 Couch(1973)사례⁵⁶⁾에서는 회계관의 수중에 있는 사적 기록에 대한 특권이 부정되었고, Fischer 사례⁵⁷⁾에서는 납세자의 수중이나 그의 대리인의 수중에 있는 회계관의

52) Hale v. Henkel 201 U.S. 43, 70(1906).

53) Wilson v. United States 221 U.S. 361(1911).

54) United States v. White 322 U.S. 694(1944).

55) Bellis v. United States 417 U.S. 85(1974).

56) Couch v. United States 09 U.S. 322(1973).

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

사무서류에 특권을 인정하지 않았다.

1976년의 Andresen 사례⁵⁸⁾에서는 수색영장에 의하여 부죄적 영업서류의 압수가 허용되면 이것이 그를 유죄로 하는 데 사용될 수 있다고 하였다. 또 Brown사례⁵⁹⁾는 면책된 자는 증언을 강요받을 수 있다는 원칙을 세움으로써 국민의 負罪拒否特權은 더욱 制限되었다.

Shapiro사례⁶⁰⁾에 의해 보존을 요하는 기록은 특권에 의하여 보호받지 못한다는 원칙과, Sullivan(1927) 사례⁶¹⁾에 의해 경우에 따라서는 自己負罪的 情報의 提供도 강요될 수 있다는 원칙이 세워짐으로써 이제 진술적 증언을 제외한 개인의 기록에 대한 헌법적 보호는 거의 명목적인 것으로 되어 버렸다.

이러한 결과가 초래된 기본적인 이유는 앞서서도 계속 이야기 되었던 바와 같이 어떤 논리상의 문제가 아니라 公益과 私益의 衡량에 대한 歷史的·政策的 考慮의 문제인 것이다. 결국 법원은 行政調査에 대하여 공적이익의 가치를 높이 평가하면서 국민의 privacy와 自己不罪拒否特權을 제한하여 온 것이라 할 수 있을 것이다.

2. 우리나라

이에 관한 논의는 많지 않지만 학설을 검토하여 보면, 行政調査가 범죄수사와 관련되지 않는 한 적용 될 수 없다는 견해,⁶²⁾ 헌법 제12조의 규정은 순수한 刑事節次에 있어서의 陳述拒否權을 인정한 것이므로 行政調査를 위한 질문에는 적용되지 아니하지만, 陳述拒否權이 순수한 刑事節次에 있어서만이 아니고 실질적으로 형사책임추급을 위한 자료의 수집을 위한 절차에서도 타당하므로 질문이 行政調査와 형사책임추급의 양 목적으로 행해지는 경우는 진술을 거부할 수 있다고 하는 견해,⁶³⁾ 行政調査에 있어서 상대방은 원칙적으로 헌법 제12조는 刑事節次와 관련되는 것이기 때문에 이에 따른 陳述拒否權을 갖지 않으며, 다만 行政調査가 형사상 소추의 목적도 수행하는 경우에는 일반적인 원칙에 따라 인정된다는 견해⁶⁴⁾ 등이 있으나 그 내용에 있어서는 대체적으로 비슷하다고 할 수 있다.

한편 판례의 경우도 거의 찾아 볼 수 없지만 헌법재판소는 형사책임에 관한 것일 때에는 진술거부의 권리가 있다는 취지의

58) Andresen v. States of Maryland 427 U.S. 463(1976).

59) Brown v. Walker 161 U.S. 591(1896).

60) Shapiro v. United States 335 U.S. (1948).

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

62) 변재옥, 앞의 책, 435면.

63) 박윤흔, 앞의 책, 637면.

64) 류지태, 앞의 책, 317면.

판결을 하고 있다. 즉 교통사고시 신고의무를 규정한 도로교통법 제50조 제2항과 이를 위반하여 신고하지 않은 자에 대한 처벌규정인 동법 제111조 제3호가 진술거부권을 침해하여 위헌인지의 여부에 대한 판단에서 陳述拒否權은 行政節次에도 적용되는 것임을 밝힌 바 있다. 이를 살펴보면,

“ … 진술거부권은 형사절차에서만 보장되는 것이 아니고 행정절차이거나 국회에서의 답변 등 어디에서나 그 진술이 형사상 불리한 경우에는 묵비권을 가지고 이를 강요받지 아니할 국민의 기본권으로 보장된다. 따라서 현재 형사피의자나 피고인으로서 수사 및 공판절차에 계속중인 자뿐만 아니라 교통사고를 일으킨 차량의 운전자 등과 같이 장차 형사피의자나 피고인이 될 가능성이 있는 자에게도 그 진술내용이 자기의 형사책임에 관련되는 것일 때에는 그 진술을 강요받지 않을 자기부죄 거절의 권리가 보장되는 것이다. … 그러나 도로교통법의 위 조항들은 경찰공무원으로 하여금 교통사고의 발생을 신속하게 알게 하여 피해자의 구호와 교통질서의 회복에 대한 적절한 조치를 취하도록 하고 교통사고로 인한 소통장애를 제거하는 등 교통질서의 유지 및 안전을 도모한다는 교통행정상의 필요에서 불가피한 것이다. 따라서 동 조항들을 이러한 도로

교통법의 취지와 목적에 한정하여 해석하여야 하는 바, 동 조항들은 피해자의 구호와 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위 내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 않는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.”고 하여 도로교통법의 동 조항이 陳述拒否權을 침해할 여지가 있다는 것을 인정하면서도 限定合憲決定을 하였다.⁶⁵⁾

3. 小 結

헌법 제12조 제2항의 ‘刑事上’이라는 규정은 순수한 刑事節次에서 뿐만 아니라 그 이외의 절차에 있어서도 사실상 형사책임을 추급하기 위한 자료의 수집·획득에 관련되는 절차에 있어서도 적용된다고 할 것이다. 따라서 行政調査에는 陳述拒否權이 적용되지 않는다는 견해에는 동의하기 어렵다. 그렇지만 이러한 陳述拒否權이 모든 行政調査에도 적용된다고 하는 것은 개인의 권리만을 지나치게 보호하여 적정한 행정권행사를 곤란하게 만들기 때문에 또한 동의하기

65) 헌재결 1990. 8. 27, 89 헌가 118

어렵다. 미국의 경우에 광범위한 예외를 인정하고 있음을 보면 이러한 사실을 알 수 있다.

요컨대 진술거부권의 적용 여부를 일률적으로 판단할 것이 아니라 당해 행정목적이 순수한 行政目的인지 아니면 사실상 刑事責任의 追及을 위한 것인지를 개별적으로 판단하여 그 적용여부를 결정해야 할 것이다. 다만 양자의 목적을 동시에 갖고 있는 경우에는 형사책임의 추구를 위한 부분에만 진술거부권의 적용이 있다고 보아야 할 것이다.

第4章 結 論

현대의 국가기능은 폭 넓은 분야에 걸쳐 다양화되어 있다. 그러한 광범위한 국가기능중 그 행정의 전제로서 행하여지는 行政調査는 당해 목적에 필요한 정보와 자료를 수집함으로써 行政目的 遂行의 合理性을 담보하여 준다. 즉 각종의 행정작용이 합리적이고 적정하게 행사되기 위하여서는 그 행정작용의 전단계로서 그와 관련되는 정보의 수집, 정리, 분석이 필요불가결하다. 이에 따라 정보를 수집하는 行政調査는 모든 행정결정을 함에 있어서 불가결할 뿐만 아니라 행정의 영역이 확대되고 있는 오늘날에는 조사의 범위도 현격히 확대되고

있는 것이 일반적인 경향이다. 그러나 行政調査를 실시함에 있어서 개인의 프라이버시와 같은 개인의 권리나 자유를 침해할 우려가 많다는 것도 부인할 수 없다. 특히 강제력을 행사하는 비중이 많은 警察行政의 영역에서는 調査를 실시함에 있어서 개인의 권리나 자유를 침해할 가능성이 일반행정의 영역보다도 많다고 할 수 있겠다.

본 논문은 이러한 行政調査制度의 基本權侵害的 性格에 초점을 맞추어 먼저 우리나라의 行政調査制度의 개념을 재정립 해보고 이에 따른 警察上 調査의 개념을 정리해 보았다.

警察上 調査가 행정법 체계에서 차지하는 중요성에도 불구하고 종래에는 警察上 即時強制의 하나로써 취급되어져 왔고, 오늘날에는 即時強制로부터 분리하여 별도로 취급되어야 한다는 점에서는 대체로 의견의 일치를 보이고 있으나, 警察上 調査에 관한 체계적 연구가 부족한 것이 사실이다. 警察上 調査의 개념에 관하여도 학설상 대립이 되고 있으나 警察行政機關이 私人으로부터 警察行政上 필요한 자료나 정보를 수집하기 위한 一切의 行政作用으로 정의하는 것이 타당하며, 權力的 調査는 물론 非權力的 調査도 여기에 포함된다고 보는 것이 옳다고 하겠다.

警察上 調査 시 나타날 수 있는 기본권 침해를 예방하는 데에 있어서 무엇보다도 중요한 것은 節次的 保障策을 마련하는

것이라고 할 수 있다. 각종 행정법원리에 입각한 한계 내지는 법원칙들도 매우 중요하지만, 법규에 포함할 수 있는 절차적인 여러 가지 한계들을 명확하게 규정하여 이를 집행하는 행정기관과 국민들 사이에 기본권침해의 논란을 없애야 한다.

특히, 수많은 판례를 통하여 형성된 미국의 예는 여러 가지 면에서 참고할 만하다고 하겠다.

이러한 警察上 調査로 인하여 기본권을 침해받게 된 국민들에게는 당연히 救濟策이 마련되어야 한다. 그러나 현행 行政救濟制度는 피해자 구제에 일정한 한계가 있음을 알 수 있는데, 미국의 경우에는 行政調査에 사법적 집행의 원칙이 확립되어 조사 실시 이전에 법원이 이를 통제할 수 있도록 하고 있음은 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다.

公益 대 私益이라는 이익 충돌의 문제에 직면하고 있는 警察上 調査는 현재까지도 많은 관심을 받고 있지 못한 분야이다. 그러나 기본권을 침해할 수 있는 여지는 매우 많은 분야이기도 하다. 그러므로 이러한 기본권의 충돌의 적절한 調和點을 찾으려는 노력은 앞으로도 계속되어야 할 것이다.

■ 참고 문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김남진/김연태, 행정법(1), 법문사, 2004.
김동희, 행정법 1, 박영사, 2003.
김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1992.
김성수, 행정법 1, 법문사, 2000.
류지태, 행정법신론, 신영사, 2004.
박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2002.
변재옥, 행정법강의(1), 박영사, 1989.
석종현, 일반행정법(상), 삼영사, 1995.
이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1993.
_____, 영미행정법, 법문사, 2001.
홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2003.

2. 논문

- 김원주, 세무조사의 법적 한계에 관한 연구, 경북대학교 논문집 제16권, 1972.
신상훈, 행정조사와 영장주의, 부산대 석사학위 논문, 1997.
이성규, 경찰상의 조사에 관한 비교법적 연구, 단국대 박사학위논문, 1999.
하영호, 행정조사에 관한 연구, 연세대 석사학위 논문, 1982.

II. 외국문헌

- 荒川民商事件判決, 日本最判, 1973. 7. 10 刑集 27卷 7號