
정책연구과제 결과 보고서

「부정경쟁행위 행정조사 실효성 확보 방안에 관한 연구」

2022. 10. 30.

연구책임자 : 최승재 교수

<목차>

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경	1
제2절 연구의 목표 및 내용	4
제2장 부경법상 행정조사	6
제1절 행정조사 일반론	6
I. 행정조사의 기본 개념과 특징	6
II. 행정조사의 종류 및 기본원칙	16
제2절 행정조사기본법상 행정조사	19
제3절 행정조사와 수사의 비교	15
I. 개관	51
II. 조사와 수사의 병행	5
제4절 부경법상 행정조사와 다른 법령상 행정조사의 비교	36
I. 개관	63
II. 행정조사기관과 법령	6
제5절 부정경쟁행위 행정조사와 국내외 입법례검토	61
I. 미국	116
II. 독일	118
III. 일본	120
제3장 부경법상 행정조사의 실효성 확보방안	2
제1절 개관	122
제2절 행정조사 실효성 확보를 위한 조치	9
I. 행정조사의 실효성 확보수단 검토	129
II. 시정권고 미이행시 사실공표제도 검토 및 개선안	131
III. 행정조사 실효성 강화를 위한 시정명령 및 과태료 도입 검토	100

제4장 결론	21
참고문헌	23

제1장 서론

제1절 연구의 배경

I. 연구의 배경

□ 『부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률』(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고 함)은 헌법에서 보장된 영업의 자유를 허용하면서도 이와 같은 타인의 성과물을 무단으로 이용하는 등의 불공정한 경쟁행위를 적절히 규제함으로써 헌법상 보장된 영업의 자유를 실질적으로 보장하고 자유와 창의에 기반한 경제 질서를 확립하기 위함을 목적으로 함. 부정경쟁방지법은 건전한 거래질서의 유지를 국익의 법목적으로 하고 있지만, 그 구체적인 내용은 실무에 의해서 보완되어야 함¹⁾

○ 부정경쟁행위법상 행정조사 및 시정권고 제도

- 부정법 제2조 제1호 각목에 따른 부정경쟁행위에 대한 행정청의 행정조사를 통하여 부정경쟁행위로 인정되는 경우 시정권고 및 미시정자에 대한 사실공표를 하는 제도
- 부정법 제7조 및 제8조에 따른 임의조사 및 법적구속력 없는 시정권고 시행

□ 현 실태 및 문제점

- 매년 행정조사 접수·처리 건수가 증가하고 있으나, 행정조사 및 시정조치에 한계가 발생함에 따라 행정조사의 실효성을 확보하고 시정조치 절차를 정립하기 위한 방안 필요
- 부정경쟁행위 행정조사에 시정명령 및 과태료 규정을 도입하는 부정경쟁방지법 개정안이 상정되어 있는 바, 법률 개정 대비를 위한 사전검토 필요 (산자위 안건 상정 '21.9.)

II. 연구의 내용

1) 정상조 편, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사 (2020) 2면.

□ 행정조사기본법·절차법 등과 부정경쟁행위 행정조사 정합성 점검

- 공정위, 중기부, 금융위, 국세청 등 타부처 행정조사 운영절차·방법 분석 및 특허청 행정조사 운영절차·방법 등 비교·분석
 - － 조사, 시정조치 및 공표 등 행정조사 전반에 대한 절차·방법
 - － 타부처 행정조사 등과 중복조사 여부 검토(행위별)
 - 행정조사 절차·방법·과태료·시정조치·재조사 관련 법률/제도 검토 및 개선안 제시
 - 시정권고 미이행시 사실공표제도 절차·방법 검토 및 개선안 제시
 - 행정조사 시정명령 등 도입 검토(행위별)
 - － 시정명령 기준·방법·절차·집행 검토 및 행정조사 관련 판례 점검
 - － 과태료 기준·방법·절차·집행 검토 및 행정조사 관련 판례 점검
 - － 도입·미도입시 행정조사 절차 검토(시정명령/권고-불이행-공표)
 - 부정경쟁행위 행정조사 국내외 입법례 검토
 - － 시정권고만 하는 국내외 기관 입법례
 - － 부정경쟁행위 행정조사 해외 입법례
 - 국내외 판례 분석 및 학계 의견 등 수집
 - 행정조사 실효성을 확보하기 위한 기타 방안 검토 및 제시
 - 향후 전반적인 부정경쟁행위 행정조사 운영 방안 제안
- 행정조사기본법은 제4장(조사 실시, 제16 내지 24조)에서 행정조사의 일반적 절차를 규정하고 있음. 반면 현재 부정경쟁방지법 제7조의 부정경쟁행위 등의 조사 방법 및 절차에 대한 구체적인 세부사항은 법률 및 대통령령에 구체적으로 규정하고 있지 않고, 동법 시행령 제4조의2에 의해 특허청 고시에 위임하여 운용하고 있음. 따라서 현재 부정경쟁방지법 상의 행정조사 운영을 위해서는 『행정조사기본법』의 일반원칙 및 관련 특허청 고시에만 의존해야 하는 상황임.
- 부정경쟁방지법 상의 조사 방법을 구체적 규정한 고시 역시 조사방법에 대한 규정

이 미흡하여 조사방법을 명확하게 규정하지 못하거나 실무상 생길 수 있는 구체적인 상황에 따른 조사절차 진행에 대한 규정이 존재하지 않는 문제가 있었음. 이와 같은 근거 법령들을 그대로 두고 행정청이 부정경쟁방지 행위에 대하여 조사를 확대 실시할 경우 행정조사의 절차적 하자에 대한 문제제기 및 이에 따른 후속 분쟁 가능성이 농후함.

○ 따라서, 부정경쟁방지법 상의 조사대상의 확대에 따라 조사 및 시정권고에 대한 절차가 명확히 규정되어 있는지 검토하여 절차적 하자 발생 우려를 해소할 필요성이 있음.

□ 연구를 통해 얻고자 하는 구체적 결과물

○ 행정조사 실효성을 확보할 수 있는 조사방법·절차 및 시정조치 개선안 마련

제2절 연구의 목표 및 내용

1. 활용 분야

- 행정조사 실효성 확보방안의 연구결과를 바탕으로 부정경쟁행위 행정조사 실무에 직접 활용
- 부정경쟁방지법 및 하위법령 등 제도 개선안 마련에 활용

□ 기대효과

- 부정경쟁행위 행정조사 운영에 대한 내부절차를 마련하여 공정한 행정조사 체계 수립
- 부정경쟁행위에 대한 신속하고 효과적인 행정조사 수행

2. 행정조사 관련 개별 법령의 분석 및 비교법적인 행정조사법제의 규정의 검토

- 2007년 『행정조사기본법』의 제정에 따라 행정조사로 인한 국민의 부담을 완화하고 조사의 투명성을 확보하고자 하였으나, 여전히 행정조사는 기업 등 국민에게 큰 행정부담으로 작용하고 있고, 개별 법령에도 조사의 원칙과 절차가 제대로 반영되지 못하고 있음.
- 조사방식의 점검 및 중복·불필요한 자료·서류 제출 규정, 영업자 또는 그 종사자에 대한 중복·과다한 교육·훈련 이수 의무 부과 규정, 행정조사적 성격의 중복·과다한 보고·자료제출 및 출입·검사 규정, 영업 관련 법령상 의무 위반과 관련한 불합리하거나 과다한 제재수단 등을 정비하여 조사대상자의 부담을 완화하며, 불필요한 행정비용을 절감하기 위한 법제도적 기반을 구축할 필요가 있음.
- 행정조사기본법 및 행정조사 관련 개별 법령의 분석 및 비교법적인 행정조사법제의 규정의 검토를 통해 행정조사 절차와 관련한 기업 등 불필요한 부담을 경감하고 행정조사 절차의 합리화를 도모하여 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법

를상 행정조사의 현실적합성을 제고하고 효과적인 권리구제방식을 제안하는 것을 목적으로 함.

- 부정경쟁방지법의 제7조 및 제9조 조사 및 시정권고를 하기 위한 절차 등 부정경쟁행위 방지업무 체계를 정립하고 그 구체적인 세부내용을 시행령에 명확히 규정함을 목적으로 함.

제2장 부정경쟁방지법상 행정조사

제1절 행정조사 일반론

I. 행정조사의 기본 개념과 특징

1. 의의

- 행정조사는 자료수집 작용이 핵심으로서 행정기관이 사인으로부터 행정에 필요한 정보를 수집하는 일체의 조사 작용이며, 그 법적 성질은 조사를 수행하는 방식에 따라 다르다.
- 보고서요구명령, 장부서류제출명령, 행정행위의 형식을 취하는 경우와 확인, 검정과 같이 준법률행위적 행정행위로서, 질문, 출입검사, 실시조사, 진찰, 앙케이트 조사 등 사실행위의 형식을 취하는 경우에는 직접적으로 법적 효과가 생기지 않는 사실행위의 성질을 가진다.
- 행정조사는 행정법상 일반적인 근거를 가지고 있지는 않았으나 **행정조사기본법** 제정(2008. 2. 29.)에 의해서 일반적인 근거로서 행정조사가 입법되었다. 행정조사기본법 제1조를 목적을 규정하면서, “이 법은 행정조사에 관한 기본원칙·행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정함으로써 행정의 공정성·투명성 및 효율성을 높이고, 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.”라고 규정하였다.
- 행정조사기본법은 행정조사의 의의(법 제2조)를 포함하여 다음과 같이 용어를 정의하고 있다.

법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "행정조사"란 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나

자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말한다.

2. "행정기관"이란 법령 및 조례·규칙(이하 "법령등"이라 한다)에 따라 행정권한이 있는 기관과 그 권한을 위임 또는 위탁받은 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다.

3. "조사원"이란 행정조사업무를 수행하는 행정기관의 공무원·직원 또는 개인을 말한다.

4. "조사대상자"란 행정조사의 대상이 되는 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다.

- 대법원은 “행정조사기본법 제5조에 의하면 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있으나, 한편 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러한 제한이 없이 실시가 허용된다. 행정조사기본법 제5조는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데에 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 행정조사를 실시할 수 있는 근거에 관하여 정한 것으로서, 이러한 규정의 취지와 아울러 문언에 비추어 보면, 단서에서 정한 **조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사**는 개별 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에도 실시할 수 있다.”(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결 [시정명령처분취소등])고 판시한 바 있음.

2. 부정경쟁방지법 상의 조사의 쟁점

- 절차적 관점에서, 행정조사·시정권고 운영 사례 분석 및 시사점 도출 필요성 및 하위법령의 정비의 필요성이 존재하고 있음. 현행 부정경쟁방지법령은 조사절차에 대한 구체적인 규정이 미흡하므로 관련 규정을 시행령에 마련하고 절차의 내용 중 불명확한 부분을 구체적으로 명문화하여 절차적 정당성을 확보할 필요성이 있음.
- 행정조사는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사, 문서열람, 시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구, 자료제출요구 및 출석진술요구를 행하는 활동을 말함(행정조사기본법 제

2조 제1호) 행정조사는 행정기관이 빈번하게 활용하는 행정수단의 하나로, 현행 법령상 점검, 안전관리, 감독, 질문조사, 검사 등으로 사용되고 있음

- 행정조사의 방식이 행정행위의 형식을 취하는 경우에는 행정절차법상의 절차를 준수하여야 하므로 절차적 적법성에 대한 논의의 필요성은 사실행위의 형식을 취하는 경우에 더욱 크게 될 것이다. 이와 관련하여 공정거래법 전면개정안에서 공정위의 조사과정에 변호인의 참여를 인정하도록 하는 규정을 둠으로써 행정조사에서의 변호인 조력권을 인정하는 것에 대한 절차보장이 법적인 쟁점이 되고 있다.²⁾
- 본래 행정조사는 행정상 즉시강제에서 분화되어 고찰되기 시작한 개념으로서, 권력적 강제조사가 아닌 임의성 있는 행정조사에는 법적 분쟁이 생길 여지가 없다는 것이, 행정조사의 독자성을 부정하는 논거로 제시되어 왔음. 대부분의 행정조사는 극단적인 강제성과 완전한 임의성 사이의 어딘가에서 이루어지는 것이 일반적이므로, 절차적 명확성과 예측가능성이 보장되지 않은 상태에서의 행정조사는 항상 법적 분쟁의 발생가능성을 내포하고 있음³⁾
- 몇몇 영역에서는 이러한 중간지대에 대하여 실질을 형사소송법상 수사이면서도 행정조사의 형식으로 이를 수행함으로써, 영장주의,⁴⁾ 진술거부권과 같은 형사법이 규정하고 있는 바의 엄격한 형식성, 절차성을 회피하려는 경향을 보이고 있음.⁵⁾ 이러한 관점에서 보면 비록 ‘행정조사’라는 이름으로 불리고 있을지라도 당사자 보호를 위해서 특별한 법적 고려가 필요함⁶⁾

2) 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법 59호, 사법발전재단 (2022), 289-331면.

3) 한용희, 압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의, 한양대학교 박사학위논문 (2018); 한현희, 행정조사의 한계에 관한 연구 - 위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로, 서울대학교 석사학위논문, (2018) 참조.

4) 우리나라의 경우 행정조사에 관한 일반법으로 행정조사기본법에서 영장주의에 관하여 규정하고 있지 않으며, 주요 영역(조세, 금융감독, 공정거래 등)에 대하여 행정 조사기본법의 적용을 제외(행정조사기본법 제3조)하고 있으므로, 영장주의 논의를 명시적으로 제외하기 위해서는 개별법으로 규정하고 영장주의를 제외함에 상당하는 절차적 보완이 규율되어야 한다는 견해로는 김재선, 개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰, 공법연구, 제48집 제4호, (2020), 30면 이하 참조.

5) 최환용·장민선, 국민 중심의 행정조사 관련 법제 개선방안 연구, 한국법제연구원 연구보고서, (2016), 57-58면 참조.

6) 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학 72, 고려대학교 법학연구원, (2014), 351면; 조광훈, “전자저장매체 등의 압수수색에서 참여권”, 저스티스, 151호, (2015), 296면.

○ 공정거래법 전면개정안에서도 절차적인 보호와 관련해서 행정조사와 관련된 절차 보장에 대한 규율들을 두는 것이 논의되었다.⁷⁾ 행정조사는 권력적 조사와 비권력적 조사로 나뉜다. 권력적 조사의 경우에는 영장주의와 증표제시 의무 등이 문제가 된다. 반면 비권력적 조사의 경우에는 영장주의의 문제가 생기지 않는다. 피조사자에 대한 강제력을 행사하는 것이 아니라 피조사자가 임의적으로 협력하는 것이기 때문이다.⁸⁾

○ 부정경쟁방지법 제7조에 규정된 부정경쟁행위 조사는 다음과 같다.

제7조(부정경쟁행위 등의 조사) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 제2조제1호(아목과 파목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위를 확인하기 위하여 필요한 경우로서 다른 방법으로는 그 행위 여부를 확인하기 곤란한 경우에는 관계 공무원에게 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계 서류나 장부·제품 등을 조사하게 하거나 조사에 필요한 최소분량의 제품을 수거하여 검사하게 할 수 있다. <개정 2011. 6. 30., 2016. 1. 27., 2017. 1. 17., 2018. 4. 17., 2020. 10. 20., 2021. 12. 7.>

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제1항에 따른 조사를 할 때에는 「행정조사기본법」 제15조에 따라 그 조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다. <신설 2011. 6. 30.>

③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 조사 진행 중에 조사대상자에 대하여 조사대상과 동일한 사안으로 「발명진흥법」 제43조에 따른 분쟁의 조정(이하 “분쟁조정”이라 한다)이 계속 중인 사실을 알게 된 경우, 양 당사자의 의사를 고려하여 그 조사를 중지할 수 있다. <신설 2020. 10. 20.>

④ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 분쟁조정이 성립된 경우에는 그 조사를 종결할 수 있다. <신설 2020. 10. 20.>

⑤ 제1항에 따라 조사 등을 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를

7) 공정거래위원회의 조사는 전면적으로 재검토되어 특히 강제적 행정조사가 필요한 경우로 제한 적용되어야 하며, 이러한 관점에서 여타 법률에서 무분별하게 동법상 강제조사를 준용하고 있는 것도 재검토되어야 한다는 견해로는 이근우, 공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안, 형사소송 이론과 실무, 제14호, 한국형사소송법학회, (2022), 103면 이하 참조

8) 김철용, 행정법, 고시계사, (2021), 342면; 홍정선, 행정법 I, 박영사, (2020), 751면.

관계인에게 내보여야 한다. <개정 2011. 6. 30., 2020. 10. 20.>

⑥ 그 밖에 부정경쟁행위 등의 조사절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 부정경쟁방지법 제7조에 규정된 부정경쟁행위 조사는 일종의 행정조사로, 행정조사로 인해 행정조사는 행복추구권, 영업의 자유 및 기업활동의 자유, 사유재산권, 평등권 등을 침해할 가능성도 적지 않다⁹⁾. 따라서 행정조사에는 엄격한 실체법적·절차법적 한계가 설정되어야 한다.

－ 특히 절차법적 한계에 대하여, 헌법에 규정된 적법절차의 원칙은 입법, 행정, 사법 등 모든 국가작용은 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 헌법의 일반원칙으로 사법작용뿐만 아니라 행정작용에도 적용되는 원칙이다. 따라서 행정조사 법률에 정해진 적법한 절차에 따라 행해져야 한다.¹⁰⁾

○ 행정조사의 기본원칙은 다음과 같다(행정조사기본법 제4조).

행정조사기본법 제4조(행정조사의 기본원칙) ① 행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.

② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.

③ 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.

④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.

9) 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구, 제8권 제3호, 한국비교공법학회, (2007), 89면 이하.

10) 헌법 제12조 제1항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 형사소송절차에 국한되지 아니하고 모든 국가작용 전반에 대하여 적용되며, 세무공무원이 과세권을 행사하는 경우에도 이러한 적법절차의 원칙은 마찬가지로 준수하여야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2012두911 판결; 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015두52326 판결 [법인세등부과처분취소]).

- ⑤ 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.
- ⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.

- 이런 일반원칙들은 굳이 부정경쟁방지법에 규정하지 않더라도 부정경쟁방지법상의 조사가 행정조사에 대한 특칙을 두지 않으면 행정조사기본법의 적용을 받기 때문에 이런 기본원칙에 의한 제한을 받게 된다.
- 행정조사기본법은 제4장(조사실시)의 제16조 내지 제24조에서 행정조사의 일반적 절차를 규정하고 있다.

제16조(개별조사계획의 수립) ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제17조에 따른 사전통지를 하기 전에 개별조사계획을 수립하여야 한다. 다만, 행정조사의 시급성으로 행정조사계획을 수립할 수 없는 경우에는 행정조사에 대한 결과보고서로 개별조사계획을 갈음할 수 있다.

② 제1항에 따른 개별조사계획에는 조사의 목적·종류·대상·방법 및 기간, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항이 포함되어야 한다.

제17조(조사의 사전통지) ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 “출석요구서등”이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다.

1. 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우
2. 「통계법」 제3조제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우
3. 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우

② 행정기관의 장이 출석요구서등을 조사대상자에게 발송하는 경우 출석요구서등의 내용이 외부에 공개되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

제18조(조사의 연기신청) ① 출석요구서등을 통지받은 자가 천재지변이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 인하여 행정조사를 받을 수 없는 때에는 당해 행정조사를 연기하여 줄 것을 행정기관의 장에게 요청할 수 있다.

② 제1항에 따라 연기요청을 하고자 하는 자는 연기하고자 하는 기간과 사유가 포함된 연기신청서를 행정기관의 장에게 제출하여야 한다.

③ 행정기관의 장은 제2항에 따라 행정조사의 연기요청을 받은 때에는 연기요청을 받은 날부터 7일 이내에 조사의 연기 여부를 결정하여 조사대상자에게 통지하여야 한다.

제19조(제3자에 대한 보충조사) ① 행정기관의 장은 조사대상자에 대한 조사만으로는 당해 행정조사의 목적을 달성할 수 없거나 조사대상이 되는 행위에 대한 사실 여부 등을 입증하는 데 과도한 비용 등이 소요되는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제3자에 대하여 보충조사를 할 수 있다.

1. 다른 법률에서 제3자에 대한 조사를 허용하고 있는 경우

2. 제3자의 동의가 있는 경우

② 행정기관의 장은 제1항에 따라 제3자에 대한 보충조사를 실시하는 경우에는 조사개시 7일 전까지 보충조사의 일시·장소 및 보충조사의 취지 등을 제3자에게 서면으로 통지하여야 한다.

③ 행정기관의 장은 제3자에 대한 보충조사를 하기 전에 그 사실을 원래의 조사대상자에게 통지하여야 한다. 다만, 제3자에 대한 보충조사를 사전에 통지하여서는 조사목적의 달성할 수 없거나 조사목적의 달성이 현저히 곤란한 경우에는 제3자에 대한 조사결과를 확정하기 전에 그 사실을 통지하여야 한다.

④ 원래의 조사대상자는 제3항에 따른 통지에 대하여 의견을 제출할 수 있다.

제20조(자발적인 협조에 따라 실시하는 행정조사) ① 행정기관의 장이 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 행정조사를 실시하고자 하는 경우 조사대상자는 문서·전화·구두 등의 방법으로 당해 행정조사를 거부할 수 있다.

② 제1항에 따른 행정조사에 대하여 조사대상자가 조사에 응할 것인지에 대한 응답을 하지 아니하는 경우에는 법령등에 특별한 규정이 없는 한 그 조사를 거부한 것으로 본다.

③ 행정기관의 장은 제1항 및 제2항에 따른 조사거부자의 인적 사항 등에 관한 기

조자료는 특정 개인을 식별할 수 없는 형태로 통계를 작성하는 경우에 한하여 이를 이용할 수 있다.

제21조(의견제출) ① 조사대상자는 제17조에 따른 사전통지의 내용에 대하여 행정기관의 장에게 의견을 제출할 수 있다.

② 행정기관의 장은 제1항에 따라 조사대상자가 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 행정조사에 반영하여야 한다.

제22조(조사원 교체신청) ① 조사대상자는 조사원에게 공정한 행정조사를 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되는 경우에는 행정기관의 장에게 당해 조사원의 교체를 신청할 수 있다.

② 제1항에 따른 교체신청은 그 이유를 명시한 서면으로 행정기관의 장에게 하여야 한다.

③ 제1항에 따른 교체신청을 받은 행정기관의 장은 즉시 이를 심사하여야 한다.

④ 행정기관의 장은 제1항에 따른 교체신청이 타당하다고 인정되는 경우에는 다른 조사원으로 하여금 행정조사를 하게 하여야 한다.

⑤ 행정기관의 장은 제1항에 따른 교체신청이 조사를 지연할 목적으로 한 것이거나 그 밖에 교체신청에 타당한 이유가 없다고 인정되는 때에는 그 신청을 기각하고 그 취지를 신청인에게 통지하여야 한다.

제23조(조사권 행사의 제한) ① 조사원은 제9조부터 제11조까지에 따라 사전에 발송된 사항에 한하여 조사대상자를 조사하되, 사전통지한 사항과 관련된 추가적인 행정조사가 필요할 경우에는 조사대상자에게 추가조사의 필요성과 조사내용 등에 관한 사항을 서면이나 구두로 통보한 후 추가조사를 실시할 수 있다.

② 조사대상자는 법률·회계 등에 대하여 전문지식이 있는 관계 전문가로 하여금 행정조사를 받는 과정에 입회하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.

③ 조사대상자와 조사원은 조사과정을 방해하지 아니하는 범위 안에서 행정조사의 과정을 녹음하거나 녹화할 수 있다. 이 경우 녹음·녹화의 범위 등은 상호 협의하여 정하여야 한다.

④ 조사대상자와 조사원이 제3항에 따라 녹음이나 녹화를 하는 경우에는 사전에 이를 당해 행정기관의 장에게 통지하여야 한다.

제24조(조사결과의 통지) 행정기관의 장은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게

통지하여야 한다.

- 현재 부정경쟁방지법 제7조의 부정경쟁행위 등의 조사 방법 및 절차에 대한 구체적인 세부사항은 법률 및 대통령령에 구체적으로 규정하고 있지 않고, 동법 시행령 제4조의2에 의해 특허청 고시에 위임하여 운용하고 있다. 따라서 현재 부정경쟁방지법상의 행정 조사운영을 위해서는 행정조사기본법의 일반원칙 및 관련 특허청 고시에만 의존해야 하는 상황이다.

제7조(부정경쟁행위 등의 조사 등) ① 특허청장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 법 제7조제1항에 따라 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계 서류나 장부·제품 등을 조사하거나 조사에 필요한 최소분량의 제품을 수거하여 검사하기 전에 다음 각 호의 방법에 따라 법 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위(이하 “부정경쟁행위등”이라 한다)를 확인할 수 있다.

1. 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 관계 서류나 장부·제품 등의 제출 요청
2. 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 출석 요청, 자문 및 진술 청취

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따른 조사·검사를 실시하려는 경우 당사자에게 조사·검사의 목적, 일시 및 방법 등을 사전에 통지하여야 한다. 다만, 긴급하거나 미리 통지하면 증거인멸 등으로 조사·검사의 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따른 조사·검사의 대상이 되는 행위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조사·검사를 개시해서는 아니 되며, 조사·검사가 진행 중인 경우에는 이를 중단하여야 한다.

1. 부정경쟁행위등에 해당하지 아니함이 명백한 경우
2. 기초자료가 미비하여 조사·검사의 대상을 특정할 수 없거나 사실관계의 확인이 불가능한 경우
3. 부정경쟁행위등에 해당하지 아니한다는 확정판결이 있는 경우

④ 법 제7조제1항에 따른 조사의 대상자는 조사대상과 동일한 사안으로 「발명진흥

법」 제43조에 따른 분쟁의 조정이 계속 중인 경우 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 그 조사의 중지를 요청할 수 있다. <신설 2021. 4. 20.>

⑤ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제3항에 따라 같은 조 제1항에 따른 조사를 중지하려는 경우에는 미리 양 당사자의 의견을 들어야 한다. <신설 2021. 4. 20.>

⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 부정경쟁행위등의 조사 및 조사 중지의 방법·절차 등에 관한 세부적인 사항은 특허청장이 정하여 고시한다. <신설 2021. 4. 20.>

- 부정경쟁방지법상의 조사 방법을 구체적 규정한 고시 역시 조사방법에 대한 세부 규정이 미흡하다. 현재는 부정경쟁방지법 시행령 제1조의4와 제1조의5만 규정되어 있다.

부정경쟁방지법 시행령 제1조의5(수거물품 등의 처리) ① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따라 조사에 필요한 최소분량의 제품을 수거하는 경우 그 소유자나 점유자에게 별지 제1호서식의 수거증을 발급하여야 한다.

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따라 수거하거나 제1조의4제1항제1호에 따라 제출받은 제품의 현황·목록 등에 관한 사항을 기록하고 이를 보관해야 한다. <개정 2021. 4. 20.>

③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따른 검사 또는 제1조의4제1항제1호에 따른 확인이 종료된 경우 법 제7조제1항에 따라 수거하거나 제1조의4제1항제1호에 따라 제출받은 제품을 수거 또는 제출 당시의 소유자·점유자 또는 제출자에게 즉시 돌려주어야 한다. <개정 2021. 4. 20.>

④ 법 제7조제5항에 따른 증표는 별지 제2호서식에 따른다. <개정 2021. 4. 20.>

[본조신설 2018. 9. 18.]

[제1조의4에서 이동 <2021. 4. 20.>]

- 부정경쟁방지법상 조사방법을 아예 처음부터 명확하게 규정하지 못하거나 실무상

생길 수 있는 구체적인 상황에 따른 조사절차 진행에 대한 규정이 존재하지 않는 문제가 있음. 이와 같은 근거 법령들을 그대로 두고 행정청이 부정경쟁방지 행위에 대하여 조사를 확대하여 실시할 경우 행정조사의 절차적 하자에 대한 문제지기 및 이에 따른 후속 분쟁 가능성이 농후함.

- 따라서, 부정경쟁방지법 상의 조사대상의 확대에 따라 조사 및 시정권고에 대한 절차를 명확히 규정하여 절차적 하자 발생 우려를 해소할 필요성이 있음

II. 행정조사의 종류 및 기본원칙

1. 종류

- 행정조사는 조사 주체, 법령의 근거, 법적 성질, 조사목적에 따라 구분이 가능하며, 조사의 방법에 따라서는 출석 및 진술 요구, 보고 및 자료제출 요구, 현장조사, 시료채취 등으로 나뉨. 조사원은 행정조사 업무를 수행하는 행정기관의 공무원·직원 또는 개인을 말함(행정조사기본법 제2조제3항)
 - － 권력성 여부에 따라 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사
 - － 조사의 대상에 따라 대인적 조사, 대물적 조사, 대가택 조사
 - － 조사의 방법 및 형식에 따라 직접조사와 간접조사, 개별적 조사와 일반적 조사, 구두에 의한 조사와 문서에 의한 조사
 - － 조사의 영역에 따라 경제행정상 조사, 경찰행정상 조사, 교육행정상 조사, 보건복지행정상 조사, 방송통신행정상 조사
- 행정조사는 법령에서 정하고 있는 경우에 한하여 실시할 수 있다(행정조사기본법 제5조). 다만 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 경우는 예외적으로 가능하다. 이런 점은 부정경쟁방지법 조사에서도 마찬가지이다. 부경법 제7조 제1항은 특허청장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 또는 시

장·군수·구청장은 법 제7조제1항에 따라 영업시설 또는 제조시설에 출입하여 관계 서류나 장부·제품 등을 조사하거나 조사에 필요한 최소분량의 제품을 수거하여 검사하기 전에 법 제2조제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 부정경쟁행위등을 확인할 수 있는 바, 이 경우 부정경쟁방지법 위반 행정조사의 경우, ① 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 관계 서류나 장부·제품 등의 제출 요청과 ② 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 출석 요청, 자문 및 진술 청취를 할 수 있다고 규정하고 있다.

이와 같은 규정으로 인해서 부경법상의 행정조사를 하는 경우에 위에서 정한 행정조사의 방법이 아닌 다른 방법의 행정조사를 하는 것은 부경법에서 정한 행정조사가 아니라고 할 것이므로 법령의 근거가 없는 것으로 이 경우에는 임의적으로 피조사자의 동의를 받지 않고 조사를 진행할 수는 없다.

- 자료 및 정보를 수집하기 위한 방식은 사실행위로서의 권유, 협상, 행정지도를 포함하고 있고 행정행위로서 민사소송법상 문서제출명령과 같은 경우도 있을 수 있다. 부경법 제7조에 의한 행정조사의 경우 이에 해당하는 것은 당사자, 이해관계인 또는 참고인에 대한 관계 서류나 장부·제품 등의 제출 요청이라고 할 것인 바, 민사소송법상 문서제출명령과 다른 점은 문서제출명령의 경우에는 제한적으로 문서를 규정하여 인용문서, 권리문서 등 요건에 맞는 문서만이 그 제출대상이 되는 것이지만, 부경법 제7조에 의한 문서는 이와 같은 제한을 받지 않는다는 점에서 특징이 있다.
- 행정조사에서의 자료 및 정보의 수집은 엄격하게 자료 등의 취득에 한정되지 않고 일정 정도의 사실적 판단 작용도 포함하는 관념으로 이해해야 검증, 검사, 감사와 같은 다양한 법률상의 행정작용들을 행정조사의 범주에 포함시킬 수 있음. 행정조사로 파악되기 위해서는 자료 및 정보의 수집이 어느 정도 능동적이고 의도적으로 행해져야 할 것이다.¹¹⁾

2. 기본원칙

- 행정조사의 기본원칙으로 조사권 남용금지의 원칙, 객관적 조사대상자 선정의 원칙, 공동조사 및 중복조사 금지의 원칙, 사전예방적 조사의 원칙, 비밀누설금지 및 부당사용금지의 원칙, 정기조사실시의 원칙을 들 수 있고, 행정조사기본법상 주요 절차로는 개별 조사계획 수립, 조사의 사전통지, 의견제출, 전문가 참여, 조사결과 통지 등을 들 수 있다.

- 이러한 기본원칙에 따른 한계 외에도 행정조사에 대해서는 조사대상자의 권리보장에 따른 헌법상 한계가 인정되며, 행정조사로 인한 권리침해에 대한 구제수단으로서 종래 국가배상, 손실보상 외에도 항고소송의 대상 여부가 문제될 수 있다.

이에 따라 부정경쟁행위 방지업무에 필요한 세부사항을 규정하여 위헌적인 법집행이 되지 않도록 하기 위한 하위규정을 두었다. 특허청은 특허청훈령으로 “부정경쟁행위 방지업무 취급규정”이 제정되어 시행되다가 2011. 10. 1. 폐지되었다. 그 후 “부정경쟁행위 방지에 관한 업무처리규정”이 제정되었고 2018. 7. 2. 개정되었다.¹²⁾

- 행정조사는 목적달성에 필요한 최소한의 범위에서 실시하며, 고의성이 명백하고 위법성이 중한 사안, 위법한 상황이 계속되어 심각한 위해를 가할 우려가 있어 행정적인 조치가 필요한 사안 등은 우선적으로 행정조사 실시가능하다. 그러므로 특허청은 부경법 조사를 함에 있어서 사안의 위법성을 면밀히 검토하여 처분 가능성을 명확히 하고, 만일 불분명한 경우에는 본청, 고문 변호사 등에게 유권해석, 법률자문 등을 사전 요청함으로써 적법행정이 이루어지도록 해야 한다.

11) 김성태, “통신법상의 행정조사 - 독일 통신법상 행정조사와의 비교고찰”, 행정법연구, 제17호, 행정법이론실무학회, (2007), 165-166면.

12) 정상조 편, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사 (2020), 443면.

제2절. 행정조사기본법상 행정조사

- 행정조사기본법은 행정조사에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사기본법으로 정하는 바에 따른다(법 제3조 제1항)고 규정하고 있다.

행정조사기본법 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. <개정 2016. 5. 29., 2022. 1. 4.>¹⁹

1. 행정조사를 한다는 사실이나 조사내용이 공개될 경우 국가의 존립을 위태롭게 하거나 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 국가안전보장·통일 및 외교에 관한 사항

2. 국방 및 안전에 관한 사항 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항

가. 군사시설·군사기밀보호 또는 방위사업에 관한 사항

나. 「병역법」·「예비군법」·「민방위기본법」·「비상대비에 관한 법률」에 따른 징집·소집·동원 및 훈련에 관한 사항

3. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제4조제3항의 정보에 관한 사항

4. 「근로기준법」 제101조에 따른 근로감독관의 직무에 관한 사항

5. 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항

6. 금융감독기관의 감독·검사·조사 및 감리에 관한 사항

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

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

- 행정조사기본법은 행정조사의 정의규정에서 조사방법으로 현장조사·문서열람·시료

채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 열거하고, 제3장에서 조사방법으로 출석·진술요구, 보고요구와 자료제출의 요구, 현장조사의 3가지를 구체적으로 규정하고 있음

1. 출석이나 진술요구

- 행정조사기본법은 조사대상자에게 일시와 장소, 출석요구의 취지, 출석하여 진술해야 하는 내용, 제출자료, 출석 거부에 대한 제재규정, 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항을 기재한 출석요구서를 발송하도록 규정하고 있다(동법 제9조 제1항).

행정조사기본법 제9조(출석·진술요구) ① 행정기관의 장이 조사대상자의 출석·진술을 요구하는 때에는 다음 각 호의 사항이 기재된 출석요구서를 발송하여야 한다.

1. 일시와 장소
2. 출석요구의 취지
3. 출석하여 진술하여야 하는 내용
4. 제출자료
5. 출석거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함)
6. 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항

② 조사대상자는 지정된 출석일시에 출석하는 경우 업무 또는 생활에 지장이 있는 때에는 행정기관의 장에게 출석일시를 변경하여 줄 것을 신청할 수 있으며, 변경신청을 받은 행정기관의 장은 행정조사의 목적을 달성할 수 있는 범위 안에서 출석일시를 변경할 수 있다.

③ 출석한 조사대상자가 제1항에 따른 출석요구서에 기재된 내용을 이행하지 아니하여 행정조사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 제외하고는 조사원은 조사대상자의 1회 출석으로 당해 조사를 종결하여야 한다.

- 한편, 조사대상자는 지정된 출석일시에 출석하는 경우 업무 또는 생활에 지장이 있는 때에는 행정기관의 장에게 출석일시를 변경하여 줄 것을 신청할 수 있으며(동조

제2항), 조사대상자가 출석요구서에 기재된 내용을 이행하지 아니하여 행정조사의 목적을 달성할 수 없는 경우를 제외하고는 조사원은 조사대상자의 1회 출석으로 당해 조사를 종결하도록 하고 있다(동조 제3항).

2. 보고요구와 자료제출의 요구

- 동법에 따르면 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하는 때에는 일시와 장소, 조사의 목적과 범위, 보고하여야 하는 내용, 보고 거부에 대한 제재, 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 포함된 보고 요구서를 발송하도록 하고 있다(동법 제10조 제1항). 그 밖에도 조사대상자에게 장부·서류나 그 밖의 자료를 제출하도록 요구하는 때에는 제출기간, 제출요청사유, 제출서류, 제출서류의 반환여부, 제출거부에 대한 제재 규정, 그 밖의 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 자료제출요구서를 발송하도록 하고 있다(동조 제3항).

행정조사기본법 제10조(보고요구와 자료제출의 요구) ① 행정기관의 장은 조사대상자에게 조사사항에 대하여 보고를 요구하는 때에는 다음 각 호의 사항이 포함된 보고요구서를 발송하여야 한다.

1. 일시와 장소
2. 조사의 목적과 범위
3. 보고하여야 하는 내용
4. 보고거부에 대한 제재(근거법령 및 조항 포함)
5. 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항

② 행정기관의 장은 조사대상자에게 장부·서류나 그 밖의 자료를 제출하도록 요구하는 때에는 다음 각 호의 사항이 기재된 자료제출요구서를 발송하여야 한다.

1. 제출기간
2. 제출요청사유
3. 제출서류
4. 제출서류의 반환 여부
5. 제출거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함)

3. 현장조사

- 현장조사의 경우에도 현장출입조사서 등을 발송하도록 의무화하고 있다. 즉 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우 행정기관의 장은 조사목적, 조사기간과 장소, 조사원의 성명과 직위, 조사범위와 내용, 제출자료, 조사거부에 대한 제재규정, 그 밖의 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령 등에서 현장조사시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하도록 하고 있다(동법 제11조).

행정조사기본법 제11조(현장조사) ① 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 행정기관의 장은 다음 각 호의 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령등에서 현장조사시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하여야 한다.

1. 조사목적
2. 조사기간과 장소
3. 조사원의 성명과 직위
4. 조사범위와 내용
5. 제출자료
6. 조사거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함)
7. 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항

② 제1항에 따른 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함한다)가 동의한 경우
2. 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우
3. 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우

③ 제1항 및 제2항에 따라 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다.

4. 기관별 특징

- 중앙행정기관의 행정조사는 다시 행정기관의 특성에 따라 구분이 가능한데, 독립기관인지 여부 또는 합의제 또는 독임제 기관인지 여부에 따라 조사권의 법적 성질과 그 한계가 다를 수가 있으며, 합의제 기관인 경우에도 의결권과 함께 대외적인 표시권을 갖는 행정청인지 여부, 의결권만 갖는 의결기관인지, 동의권만 갖는 동의기관인지, 심의권만 갖는 심의기관인지, 자문권만 갖는 자문기관인지 여부에 따라 조사권의 법적 성질과 그 한계가 상이할 수 있음

- 방송통신위원회, 공정거래위원회, 금융감독위원회 등 합의제 독립행정청(다시 말해 합의제기관으로 독립성이 부여되어 있으며 의결권과 대외적인 표시권을 함께 가지는 행정기관)에 의한 행정조사는 일반 독임제 중앙행정기관과는 달리 법률에 행정조사 기능이 부여되어 있으며, 관계 법령의 범위 내에서 포괄적인 조사 권한이 설정되어 있고, 강제적인 조사 수단 및 조사의 실효성을 확보하기 위한 다양한 법적 수단이 마련되어있음.

- 중앙행정기관의 행정조사는 경찰청, 국세청 등과 같이 독립한 집행기관(독립성이 부여되어 있으며 의사결정을 대외적으로 표시할 수 있는 행정기관)의 행정조사와 일반 행정부서의 행정조사는 실무상 달리 운영될 수 있음.

- 조사의 근거가 되는 법률은 중앙행정기관의 소관법률이나 독립한 집행기관의 경우에는 법률상 부여되어 있는 강제적 조사권한을 실제로 행사(집행)하여 행정조사를 실시하고, 일반 행정부서의 경우에는 정책수립을 위한 국가차원의 조사를 그 기본으로 하기 때문임.¹³⁾

13) 윤혜선, “캐나다 판례법상 행정조사의 절차적 공정성 법리에 관한 고찰”, 한양법학 38, 한양법학회, (2012), 186면.

5. 조사목적에 의한 구분

○ 행정조사는 그 실시 목적에 따라 각 유형마다 조사의 방식과 강제성의 정도가 다르다. 부경법상 행정조사는 단순한 실태조사를 목적으로 하는 행정조사로서 행정계획의 수립·정책의 입안 등을 위해 일정한 동향과 실태를 파악하기 위하여 실시되는 경우와 구별된다. 단순한 실태조사를 하기 위한 행정조사도 특허청이 수행할 수는 있다. 이 경우 행정조사는 임의적이며, 일반적인 조사방식으로 실시한다. 다만 이 경우에는 부경법상 근거에 의해서 하는 것이 아니다.

- 행정기관이 관리감독권한을 행사하기 위하여 실시하는 행정조사는 법률에 규정된 특정인을 대상으로 이루어지며, 기본적으로 임의적이며 일상적인 차원에서 이루어지게 된다. 예를 식품위생법에 의해서 관리감독권한을 행사하기 위하여 실시하는 행정조사가 이에 해당한다고 할 것이다.
- 행정처분을 위한 사실 확인을 목적으로 하는 행정조사가 있다. 이는 특수한 행정조사의 일종으로 국세기본법에서 정하고 있는 세무조사가 대표적이다.¹⁴⁾ 세무조사와 같이 특정한 행정처분을 하기 위한 전제요건으로서의 사실조사라는 점에서 국민의 권리의무와 직접적으로 관련된다.
- 임의적 조사를 기초로 하며, 보충적으로 강제적 수단이 사용될 수 있다. 세무조사는 오랜 기간 논란이 되었기 때문에 국세기본법에 다수의 조문이 존재하며, 행정조사에서 부경법이 향후 어떤 방향을 가지게 될 것인지에 참고가 된다고 본다.
- 법령위반 사실 확인을 목적으로 하는 행정조사가 있다. 이에 해당하는 행정조사는 전기통신사업법 제41조, 제42조¹⁵⁾, 제43조¹⁶⁾ 방송법 제76조의3¹⁷⁾ 및 제85조의

14) 세무조사에 대해서는 다수의 문헌이 존재한다. 세무조사에 대해서는 여러 쟁점이 존재하나 본 보고서는 세무조사에 대한 것이 아니므로 상설하지는 않는다.

15) 제42조(정보의 제공) ① 기간통신사업자는 다른 전기통신사업자로부터 설비등의 제공·도매제공·상호접속 또는 공동사용 등이나 요금의 부과·징수 및 전기통신번호 안내를 위하여 필요한 기술적 정보 또는 이용자의 인적사항에 관한 정보의 제공을 요청받으면 협정을 체결하여 요청받은 정보를 제공할 수 있다.

② 과학기술정보통신부장관은 제1항에 따른 정보 제공의 범위와 조건·절차·방법 및 대가의 산정 등에 관한 기준을 정하여 고시한다. <개정 2013. 3. 23., 2017. 7. 26.>

③ 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기간통신사업자는 제1항에 따른 요청을 받으면 협정을 체결하여 요청받은 정보를 제공하여야 한다.

1. 다른 전기통신사업자가 전기통신역무를 제공하는 데에 필수적인 설비를 보유한 기간통신사업자

218), 인터넷멀티미디어방송사업법(IPTV법) 제17조¹⁹⁾ 및 제20조²⁰⁾에 의하여 금지

2. 기간통신역무의 사업규모 및 시장점유율 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기간통신사업자
- ④ 제3항에 따른 기간통신사업자는 그 전기통신설비에 다른 전기통신사업자나 이용자가 단말기거나 그 밖의 전기통신설비를 접속하여 사용하는 데에 필요한 기술적 기준, 이용 및 공급 기준, 그 밖에 공정한 경쟁환경을 조성하기 위하여 필요한 기준을 정하여 과학기술정보통신부장관의 승인을 받아 공시하여야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2017. 7. 26.>
- ⑤ 「전파법」에 따라 할당받은 주파수를 사용하여 전기통신역무를 제공하는 기간통신사업자는 이용자가 해당 기간통신사업자를 거치지 아니하고 구입하는 통신단말장치(「전파법」에 따라 할당받은 주파수를 사용하여 전기통신역무를 이용할 수 있는 단말장치를 말한다. 이하 같다)의 제조, 수입, 유통 또는 판매를 위하여 필요한 범위에서 제조업자, 수입업자 또는 유통업자의 요청이 있을 경우 전기통신서비스 규격에 관한 정보를 제공하여야 한다. <신설 2013. 8. 13.>
- ⑥ 제5항에 따른 정보 제공의 범위 및 방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- 16) 제43조(정보의 목적 외 사용 금지) 전기통신사업자는 제42조제1항 및 제3항에 따라 제공받은 기술적 정보를 제공받은 목적으로만 사용하여야 하며, 다른 용도에 부당하게 사용하거나 제3자에게 제공하여서는 아니 된다. [전문개정 2015. 12. 1.]
- 17) 제76조의3(보편적 시청권 보장을 위한 조치 등) ①방송사업자 및 중계방송권자등은 제76조제3항의 규정에 따른 일반국민의 보편적 시청권을 보장하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 이 조에서 “금지행위”라 한다)를 하거나 제3자로 하여금 이를 하도록 하여서는 아니 된다. <개정 2016. 1. 27.>
 1. 중계방송권자등으로서 국민 전체가 구 중 대통령령으로 정하는 비율 이상의 가구가 국민관심행사등을 시청할 수 있는 방송수단(이하 “보편적 방송수단”이라 한다)을 확보하지 아니하는 행위
 2. 중계방송권을 확보하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 국민관심행사등을 보편적 방송수단을 통하여 실시간으로 방송하지 아니하는 행위
 3. 정당한 사유 없이 중계방송권의 판매 또는 구매를 거부하거나 지연시키는 행위
 4. 정당한 사유 없이 국민관심행사등에 대한 뉴스보도나 해설 등을 위한 자료화면을 방송사업자와 인터넷 멀티미디어 방송사업자 등에게 제공하지 아니하는 행위
- ②방송통신위원회는 금지행위를 하였거나 제3자로 하여금 이를 하도록 한 방송사업자 및 중계방송권자등에 대하여 금지행위의 중지 등 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 방송통신위원회는 시정조치를 명하기 전에 당사자에게 기간을 정하여 의견진술의 기회를 주어야 한다. 다만, 당사자가 정당한 사유 없이 이에 응하지 아니하는 때에는 그러하지 아니한다. <개정 2008. 2. 29., 2016. 1. 27.>
- ③방송통신위원회는 금지행위를 하였거나 제3자로 하여금 이를 하도록 하였는지에 대한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 방송사업자 및 중계방송권자등에게 자료제출을 요청할 수 있고, 소속 공무원으로 하여금 방송사업자 및 중계방송권자등의 사무소 또는 사업장에 출입하여 조사를 하게 할 수 있다. <개정 2008. 2. 29., 2013. 3. 23., 2016. 1. 27., 2020. 6. 9.>
- ④방송통신위원회는 방송사업자 및 중계방송권자등이 정당한 사유 없이 제2항의 규정에 따른 시정조치를 이행하지 아니하는 때에는 해당 중계방송권의 총계약금액에 100분의 5를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다. <개정 2008. 2. 29., 2019. 12. 10.>
- ⑤제3항의 규정에 따라 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다. <개정 2013. 3. 23.>
- ⑥ 금지행위의 세부적인 유형 및 기준에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. <신설 2016. 1. 27.>
- 18) 제85조의2(금지행위) ① 방송사업자·중계유선방송사업자·음악유선방송사업자·전광판방송사업자·전송망사업자(이하 “방송사업자등”이라 한다)는 사업자 간의 공정한 경쟁 또는 시청자의 이익을 저해하거나 저해할 우려가 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “금지행위”라 한다)를 하거나 제3자로 하여금 이를 하게 하여서는 아니 된다. <개정 2015. 3. 13., 2015. 12. 22.>
 1. 정당한 사유 없이 채널·프로그램의 제공 또는 다른 방송사업자등의 서비스 제공에 필수적인 설비에 대한 접근을 거부·중단·제한하거나 채널 편성을 변경하는 행위
 2. 다른 방송사업자등에게 적정한 수익배분을 거부·지연·제한하는 행위
 3. 부당하게 다른 방송사업자등의 방송시청을 방해하거나 서비스 제공계약의 체결을 방해하는 행위
 4. 부당하게 시청자를 차별하여 현저하게 유리하거나 불리한 요금 또는 이용조건으로 방송 서비스를 제공하는 행위
 5. 이용약관을 위반하여 방송서비스를 제공하거나 이용계약과 다른 내용으로 이용요금을 청구하는 행위
 6. 방송서비스의 제공 과정에서 알게 된 시청자의 정보를 부당하게 유용하는 행위
 7. 상품소개와 판매에 관한 전문편성을 하는 방송채널사용사업자가 납품업자에 대하여 방송편성을 조건으로 상품판매방송의 일자, 시각, 분량 및 제작비용을 불공정하게 결정·취소 또는 변경하는 행위
 8. 방송사업자의 임직원 이외의 자의 요청에 의하여, 방송프로그램에 출연을 하려는 사람과 방송사업자 이외의 자 사이의 가처분 결정, 확정판결, 조정, 중재 등의 취지에 위반하여 방송프로그램 제작과 관계없는 사유로 방송프로그램에 출연을 하려는 사람을 출연하지 못하게 하는 행위
- ② 방송통신위원회는 방송사업자등이 금지행위를 한 경우 해당 사업자에게 금지행위의 중지, 계약조항의 삭제 또는 변경, 금지행위로 인하여 시정조치를 명령받은 사실의 공표 등 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 제1항제7호에 해당하는 때에는 과학기술정보통신부장관에게 그 사실을 통보하여야 한다. <개정 2015. 3. 13., 2017. 7. 26.>
- ③ 방송통신위원회는 공정거래위원회와 협의하여 방송사업자등이 금지행위를 한 경우 해당 사업자에게 대통령령으로 정하는

행위나 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제50조에 의하여 부당내부거래행위를 조사하는 경우가 있다.

- 이와 같이 제재처분의 근거를 삼기 위한 법령 위반 사실의 조사의 경우 조사 결과 의무위반자에 대해서는 제재나 의무이행 확보를 위한 행정처분이 따르고 권력적인 조사방식이 원칙이 된다.

○ 단순한 실태조사를 제외한 대부분의 행정조사가 의무위반확인, 관리감독, 사실확인

매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 사업의 미개시나 사업 중단 등으로 인하여 매출액이 없거나 매출액 산정이 어려운 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 5억원 이하의 금액을 과징금으로 부과할 수 있다.

④ 방송통신위원회는 금지행위의 위반 여부에 관한 사실관계의 조사를 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 방송사업자에게 자료의 제출을 요청할 수 있다.

⑤ 금지행위의 세부적인 유형 및 기준에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑥ 제1항을 위반한 방송사업자등의 행위에 대하여 방송통신위원회가 제2항에 따라 시정조치를 명하였거나 제3항에 따라 과징금을 부과한 경우에는 그 방송사업자등의 동일한 행위에 대하여 동일한 사유로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 및 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」에 따른 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 없다. <개정 2015. 3. 13.> [본조신설 2011. 7. 14.]

19) 제17조(금지행위) ① 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자는 사업자 간의 공정한 경쟁 또는 이용자의 이익을 저해하거나 저해할 우려가 있는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 제3자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

1. 정당한 사유 없이 인터넷 멀티미디어 방송 서비스의 제공을 거부하는 행위

2. 이용약관의 내용과 다르게 인터넷 멀티미디어 방송 서비스를 제공하거나 이용계약과 다른 내용으로 이용요금을 청구하는 행위

3. 인터넷 멀티미디어 방송 서비스의 제공 과정에서 알게 된 이용자의 정보를 부당하게 유용하는 행위

4. 부당하게 이용자를 차별하여 현저하게 유리하거나 불리한 이용요금 또는 이용조건으로 인터넷 멀티미디어 방송 서비스를 제공하는 행위

5. 우월적 지위를 이용하여 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자에게 부당한 계약을 강요하거나 적정한 수익 배분을 거부하는 행위

6. 다른 방송사업자의 방송 시청을 부당하게 방해하거나 서비스제공계약의 체결을 방해하는 행위

7. 정당한 사유 없이 다른 방송사업자의 서비스 제공에 필수적인 전주, 관로, 통신구 등 전기통신설비의 사용 또는 접근을 거절·중단하거나 제한하는 행위

② 방송통신위원회는 공정거래위원회와 협의하여 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자가 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우에는 해당 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자에게 위반행위의 내용 및 정도, 위반행위의 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 취득한 이익의 규모 등을 고려하여 매출액 100분의 2 이하에서 대통령령으로 정하는 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령으로 정하는 때에는 5억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. <개정 2008. 2. 29.>

③ 방송통신위원회는 제2항에 따라 과징금 부과 처분을 받은 자가 납부기한까지 과징금을 납부하지 아니한 때에는 국세 체납처분의 예에 따라 징수한다. <개정 2008. 2. 29., 2020. 6. 9.>

④ 제1항 각 호에 따른 행위의 세부적인 유형 및 기준에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

20) 제20조(콘텐츠 동등접근) ① 제18조제2항에 따라 신고·등록하거나 승인을 받은 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자가 제공하는 방송프로그램을 과학기술정보통신부장관이 대통령령으로 정하는 기준에 따라 고시한 경우(이하 “주요방송프로그램”이라 한다) 일반 국민이 이를 시청할 수 있도록 다른 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업자에게도 공정하고 합리적인 가격으로 차별 없이 제공하여야 하며 주요방송프로그램의 계약 행위 등에서 시청자의 이익 및 공정거래질서를 저해하여서는 아니 된다. <개정 2008. 2. 29., 2013. 3. 23., 2017. 7. 26., 2020. 6. 9.>

② 과학기술정보통신부장관은 제1항의 주요방송프로그램을 고시하는 경우 문화체육관광부장관, 방송통신위원회, 방송사업자 및 시청자의 의견을 들어야 한다. <개정 2008. 2. 29., 2013. 3. 23., 2017. 7. 26., 2020. 6. 9.>

③ 과학기술정보통신부장관은 제1항을 위반한 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자에 대하여 금지행위의 중지 등 필요한 시정조치를 명할 수 있다. 이 경우 과학기술정보통신부장관은 시정조치를 명하기 전에 당사자에게 기간을 정하여 의견진술의 기회를 주어야 한다. 다만, 당사자가 정당한 사유 없이 이에 응하지 아니하는 때에는 그러하지 아니한다. <개정 2013. 3. 23., 2017. 7. 26.>

의 특징이 복합된 성질을 갖고 있고, 위반확인에 대한 제재가 따른다는 점에서 사실상의 구분이 쉽지 않다. 현행 실정법상 관리감독 차원의 조사는 금융과 노동분야에서 주로 이루어지고 있고, 행정처분의 전단계로서의 사실확인을 위한 조사는 세무분야에 집중되어있으며, 법과 규제 위반 여부를 확인하기 위한 조사는 방송통신, 공정거래, 산업자원, 환경 등의 분야에 집중된다.²¹⁾

6. 행정조사 절차의 일반적인 흐름도

행정기관의 행정조사의 일반적인 흐름을 도해하면 다음과 같다.



21) 윤혜선, “캐나다 판례법상 행정조사의 절차적 공정성 법리에 관한 고찰”, 한양법학 38, 한양법학회, (2012), 187면.



제3절. 행정조사와 수사의 비교

I. 개관

1. 행정조사와 수사의 개념비교

- 수사는 범죄 혐의 유무를 명백히 하여 공소의 제가 및 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견하여 확보하고 증거를 수집하고 보전하는 수사기관의 활동으로 수사절차는 절차가 가진 기본권 침해의 중대성으로 인해 사법통제를 받는 단계이기 때문에 법률에 의해 제한을 받는 수사기관에 행해져야 한다.²²⁾
 - － 부정경쟁방지법의 경우에도 특별사법경찰관으로 수사를 하는 경우와 특허청의 행정공무원으로 행정조사를 하는 경우를 나누어서 보아야 한다. 이를 나누어서 보기 위해서는 행정조사와 수사를 비교·구분할 필요가 있다.
- 수사절차에도 행정조사와 마찬가지로 적법절차의 원리와 과잉금지의 원칙 및 영장주의 등의 국민의 기본권 보호를 위한 헌법상 원칙이 적용된다는 것에는 이론이 없지만, 행정조사는 행정목적에 위해 구체적 타당성을 강조한 합목적성 측면이 정당성 측면보다 강조되어 위와 같은 헌법상 원칙이 일부 완화되어 적용될 수 있다는 점이 그 차이점이라고 볼 수 있다.²³⁾
- 현장조사는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하거나, 행정적 의무이행이 제대로 되고 있는가를 확인하는 행정목적에 수행하는 수단으로 사용된다.
 - － 개념상 형사절차에서의 증거를 수집하기 위한 수사절차와는 대비되지만, 현장조사

22) 이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서”, 법학논총, 35, 한양대학교 법학연구소, (2018), 415면 이하 참조.

23) 이재영, “권력적 행정조사의 쟁점 및 개선 과제”, 현안분석, 제255호, 국회입법조사처, (2022), 7-8면.

에서 취득된 자료가 형사절차에서 증거로 사용되며, 현장조사의 거부가 바로 범죄가 되는 경우나 현장조사와 수사가 동시에 진행된다고 보이는 경우도 있어 현장조사와 형사증거를 수집하는 절차 사이에 명확한 한계를 긋기가 어려운 경우가 많다.

－ 행정조사와 압수·수색은 해당 공무원의 행위의 목적과 태양을 모두 고려하여 구별해야 한다. 그러나 해당 공무원이 실질적으로는 수사를 하면서 수사에 적 용되는 규율을 피하기 위해서 행정조사의 형식을 취하는 경우를 규제하기 위해서 는 일차적인 기준은 행위의 목적에 두어야 한다. 따라서 해당 공무원이 수사목적으로 외형상 행정조사를 하더라도 이를 수사로 보아야 한다는 의견도 제시된다.²⁴⁾

○ 현장조사와 행정상 즉시 강제

－ 행정상 즉시강제는 긴급하거나 성질상 필요한 경우 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 한다. 예를 들어서 식품위생법 제22조가 정하는 위해방지를 위한 출입, 검사, 수거는 행정조사기본법에 따르면 현장조사행정상 즉시강제는 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정작용을 말하기 때문에 출입·검사는 행정상 즉시 강제로 보기 어렵다.

제22조(출입·검사·수거 등) ① 식품의약품안전처장(대통령령으로 정하는 그 소속 기관의 장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 식품등의 위해방지·위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 다음 각 호의 구분에 따른 조치를 할 수 있다. <개정 2009. 5. 21., 2011. 6. 7., 2013. 3. 23.>

1. 영업자나 그 밖의 관계인에게 필요한 서류나 그 밖의 자료의 제출 요구

2. 관계 공무원으로 하여금 다음 각 목에 해당하는 출입·검사·수거 등의 조치

가. 영업소(사무소, 창고, 제조소, 저장소, 판매소, 그 밖에 이와 유사한 장소를 포함한다)에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 식품등 또는 영업시설 등에 대하여 하는 검사

나. 가목에 따른 검사에 필요한 최소량의 식품등의 무상 수거

24) 이창섭, “영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수 수색의 구별”, 홍익법학, 제22권 제1호, (2021), 457면.

다. 영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람

② 식품의약품안전처장은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제1항에 따른 출입·검사·수거 등의 업무를 수행하면서 식품등으로 인하여 발생하는 위생 관련 위해방지 업무를 효율적으로 하기 위하여 필요한 경우에는 관계 행정기관의 장, 다른 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 행정응원(行政應援)을 하도록 요청할 수 있다. 이 경우 행정응원을 요청받은 관계 행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다. <개정 2013. 3. 23.>

③ 제1항 및 제2항의 경우에 출입·검사·수거 또는 열람하려는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다. <개정 2016. 2. 3.>

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

제22조의2 삭제 <2015. 2. 3.>

제23조(식품등의 재검사) ① 식품의약품안전처장(대통령령으로 정하는 그 소속 기관의 장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제22조, 「수입식품안전관리 특별법」 제21조 또는 제25조에 따라 식품등을 검사한 결과 해당 식품등이 제7조 또는 제9조에 따른 식품등의 기준이나 규격에 맞지 아니하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 영업자에게 그 검사 결과를 통보하여야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2015. 2. 3.>

② 제1항에 따른 통보를 받은 영업자가 그 검사 결과에 이의가 있으면 검사한 제품과 같은 제품(같은 날에 같은 영업시설에서 같은 제조 공정을 통하여 제조·생산된 제품에 한정한다)을 식품의약품안전처장이 인정하는 국내외 검사기관 2곳 이상에서 같은 검사 항목에 대하여 검사를 받아 그 결과가 제1항에 따라 통보받은 검사 결과와 다를 때에는 그 검사기관의 검사성적서 또는 검사증명서를 첨부하여 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 재검사를 요청할 수 있다. 다만, 시간이 경과함에 따라 검사 결과가 달라질 수 있는 검사항목 등 총리령으로 정하는 검사항목은 재검사 대상에서 제외한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 5. 28.>

③ 제2항에 따른 재검사 요청을 받은 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 영업자가 제출한 검사 결과가 제1항에 따른 검사 결과와 다르다고 확인되거나 같은 항의 검사에 따른 검체(檢體)의 채취·취급방법, 검사방법·검사과정 등이 제7조제1항 또는 제9조제1항에 따른 식품등의 기준 및 규격에 위반된다고 인정되는 때에는 지체 없이 재검사하고 해당 영업자에게 재검사 결과를 통보하여야 한다. 이 경우 재검사 수수료와 보세창고료 등 재검사에 드는 비용은 영업자가 부담한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 5. 28.>

○ 현장조사의 영장은 현장조사에 대하여 강제력을 부여한다. 형사절차에서는 체포²⁵⁾나 압수수색을 하기 위해서는 영장이 반드시 필요하다(영장주의). 행정절차에서의 조사의 경우에도 영장주의가 필요한가에 대하여는 논란이 있다.²⁶⁾ 부경법의 경우에도 형사처벌 규정이 있는 경우 이에 대한 조사를 하는 것이 형사처벌을 목적으로 하는 경우에 이들 절차는 영장주의가 적용된다고 보아야 한다.

- 형사절차의 경우 압수·수색 영장이 발부되면 그 집행력으로 인해 상대방의 의사를 제압하고 개봉할 수 있지만 영장없는 현장조사가 가능하다고 하더라도 이것이 곧 강제력을 행사할 수 있다는 의미는 아니다.
- 형사절차의 경우 현장조사에 영장이 필요한지 하는 문제와 강제력의 행사와는 별개의 문제로서 영장이 필요함에도 영장없이 이루어진 현장조사에 의해 취득된 증거는 증거능력이 없게 된다.

○ 조사와 수사의 직접적인 차이는 영장의 발부 필요성에 있다는 것이 일반적인 이해

25) 형사소송법 제212조(현행범인의 체포) 현행범인은 누구든지 영장없이 체포할 수 있다. 대법원은 “현행범인은 누구든지 영장없이 체포할 수 있는데(형사소송법 제212조), 현행범인으로 체포하기 위하여는 행위의 가벌성, 범죄의 현행성·시간적·접작성, 범인·범죄의 명백성 이외에 체포의 필요성 즉, 도망 또는 증거인멸의 염려가 있어야 하고, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범인 체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장 없는 체포로서 위법한 체포에 해당한다. 여기서 현행범인 체포의 요건을 갖추었는지는 체포 당시 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량 여지가 있으나, 체포 당시 상황으로 보아도 요건 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관 등의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법하다고 보아야 한다”고 판시하는 등 영장주의에 대한 다수의 판결을 선고한 바 있다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682판결 등 다수).

26) 영장주의가 적용되면, 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(대법원 2022. 1. 14. 자 2021모1586결정).

이다.

- 영장이 없더라도 피조사자가 조사에 응하면(임의조사) 문서나 자료 등을 직접 조사할 수 있지만, 피조사자가 임의로 응하지 않는 경우에는 영장없이 강제적으로 이를 입수하거나 파악할 수 없다.
- 현실적으로 피조사자의 자발적인 동의 내지 승인 여부에 중요자료의 입수가 가능한 경우 기관별로 사용가능한 방법에 따라 조사와 수사의 실무상의 구별이 이루어지는 것으로 여겨진다.

2. 행정조사와 수사의 구별기준²⁷⁾

- 행정조사와 수사는 모두 공익의 실현을 목적으로 하는 적극적이고 형성적인 활동으로서 구체적인 효과를 가져오는 활동이라고 볼 수 있지만, 수사는 범죄의 혐의 유무를 명백히 하기 위한 활동이라는 점에서 행정조사와 근본적인 차이가 있다. 대법원은 “헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차, 영장주의, 비례의 원칙은 물론, 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권 및 재산권의 보호라는 관점에서 정보저장매체 내 전자정보가 가지는 중요성에 비추어 볼 때, 정보저장매체를 임의제출하는 사람이 거기에 담긴 전자정보를 지정하거나 제출 범위를 한정하는 취지로 한 의사표시는 엄격하게 해석하여야 하고, 확인되지 않은 제출자의 의사를 수사기관이 함부로 추단하는 것은 허용될 수 없다. 따라서 수사기관이 제출자의 의사를 쉽게 확인할 수 있음에도 이를 확인하지 않은 채 특정 범죄혐의사실과 관련된 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체를 임의제출받은 경우, 그 정보저장매체에 저장된 전자정보 전부가 임의제출되어 압수된 것으로 취급할 수는 없다.”²⁸⁾고 하면서, “전자정보를 압수하고자 하는 수사기관이 정보저장매체와 거기에 저장된 전자정보를 임의제출의 방식으로 압수할 때, 제출자의 구체적인 제출 범위에 관한 의사를 제대로 확인하지 않는 등의 사유로 인해 임의제출자의 의사에 따른 전자정보 압수의 대상과 범위가 명확하지 않거나 이를 알 수 없는 경우에는 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실과 관련되고 이를 증

27) 김태우, “과징금 제도의 입법론적 문제점과 개선방안”, 법제논단, 법제처, (2013), 54면.

28) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결.

명할 수 있는 최소한의 가치가 있는 전자정보에 한하여 압수의 대상이 된다. 이때 범죄혐의사실과 관련된 전자정보에는 범죄혐의사실 그 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 것은 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 것도 포함될 수 있다. 다만 그 관련성은 임의제출에 따른 압수의 동기가 된 범죄혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사의 경위, 임의제출의 과정 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정되고, 범죄혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다.”²⁹⁾ 라고 판시하였다.

- 대법원은“압수의 대상이 되는 전자정보와 그렇지 않은 전자정보가 혼재된 정보저장매체나 그 복제본을 임의제출받은 수사기관이 그 정보저장매체 등을 수사기관 사무실 등으로 옮겨 이를 탐색·복제·출력하는 경우, 그와 같은 일련의 과정에서 형사소송법 제219조, 제121조에서 규정하는 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 압수된 전자정보의 파일 명세가 특정된 압수목록을 작성·교부하여야 하며 범죄혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다. 만약 그러한 조치가 취해지지 않았다면 피압수자 측이 참여하지 아니한다는 의사를 명시적으로 표시하였거나 임의제출의 취지와 경과 또는 그 절차 위반행위가 이루어진 과정의 성질과 내용 등에 비추어 피압수자 측에 절차 참여를 보장한 취지가 실질적으로 침해되었다고 볼 수 없을 정도에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 이상 압수·수색이 적법하다고 평가할 수 없고, 비록 수사기관이 정보저장매체 또는 복제본에서 범죄혐의사실과 관련된 전자정보만을 복제·출력하였다 하더라도 달리 볼 것은 아니다.”라고 판시하였다.³⁰⁾

- 목적의 측면에서 행정조사와 수사절차의 구별기준을 파악할 때, 임의조사인지 강제조사 여부와 무관하게 그 절차가 실질적으로 행정조사와 형사책임추급의 양 목

29) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결.

30) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결.

적으로 행사되거나, 형사고발만을 위한 목적을 가진 사전조사적 성격을 가진다면, 이를 수사작용으로 파악하고 수사절차에 적용되는 원칙들이 적용되어야 한다.³¹⁾

- 행정조사의 결과 파악되는 행정의무 위반에 대해 그 제재수단으로 형벌로서 벌금, 징역형 등이 규정되어 있다면, 그 행정의무 위반 여부를 파악하기 위한 행정조사는 국민의 기본권 보호를 위한 통제 측면에서 수사작용으로서의 성질을 가지고 있다고 파악하여야 한다. 행정작용의 목적은 미래예방적인 조사목적으로 활용되는 것이므로 과거에 이미 완료된 행위에 대한 제재목적의 조사는 그 조사의 결과가 형사책임의 부담이라면 사법절차적 보장이 필요하게 되는 것이다. 행정조사에서도 적법절차의 원칙은 준수되어야 하는 바, 행정조사기본법 제4조 제4항³²⁾의 행정조사기본원칙 중“④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.”라고 규정하여 행정조사의 목적에 대해서 규정하고 있다.

3. 특별사법경찰관리의 개념과 근거법

- 주로 중앙행정기관을 의미하는 협의의 행정경찰기관 가운데 당해 행정작용과 관련하여 발생하는 범죄를 수사하고 범인을 체포할 수 있는 사법경찰관리의 신분과 권한을 부여받아 공무원행정조사기본법 또는 개별법률에 의한 행정조사권을 가진다.

－ 행정조사의 방법 중 현장조사, 문서열람, 시료채취 등은 사실행위로서의 성격을 가

31) 금융위원회, 공정거래위원회 등의 법위반행위조사는 행정조사를 통해 형사소추로 이어지는 준사법적 성격을 갖고 있지만 형사절차에 준하는 엄격한 절차적 규정은 마련되어 있지 않다. 피조사자에 대한 절차적 권리보장 규정은 - 고시가 아닌 - 법률에 규정할 필요가 있다는 지적으로는 이천현·이권철·이정민·이주희, 행정기관의 범죄조사권 현황분석 및 개선방안 연구, 한국형사정책연구원, (2020), 266면 참조.

32) 제4조(행정조사의 기본원칙) ① 행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.

② 행정기관은 조사목적에 적합하도록 조사대상자를 선정하여 행정조사를 실시하여야 한다.

③ 행정기관은 유사하거나 동일한 사안에 대하여는 공동조사 등을 실시함으로써 행정조사가 중복되지 아니하도록 하여야 한다.

④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.

⑤ 다른 법률에 따르지 아니하고는 행정조사의 대상자 또는 행정조사의 내용을 공표하거나 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다.

⑥ 행정기관은 행정조사를 통하여 알게 된 정보를 다른 법률에 따라 내부에서 이용하거나 다른 기관에 제공하는 경우를 제외하고는 원래의 조사목적 이외의 용도로 이용하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.

지고 있음에 대하여, 조사대상자에 대한 보고요구, 자료제출요구, 출석 또는 진술요구는 행정행위로서 법률행위의 성격을 가진다.

- 특별사법경찰관리의 행정조사, 특히 권력적·강제적 조사 내지 경찰상 행정조사는 직무를 수행함에 있어 수사활동과 경계선상에서 부딪힌다.³³⁾ 특별사법경찰관리의 신분이 부여된 행정공무원이 행정경찰의 목적 내지 단속을 위한 행정조사를 하는 과정에서 법위반사실이 확인되면 수사절차가 개시된다. 수사가 개시될 때에 형사소송법상의 영장주의나 진술거부권 등과도 관련된 논의가 필요하므로 행정조사단계와 수사단계와의 구분도 중요하다.³⁴⁾ 서울고등법원은 행정조사의 경우에는 영장주의가 적용되지 않는다고 하면서 마약수사에서의 증거능력을 배척하려고 하는 주장하는 변호인의 주장을 다투했으나 이를 받아들이지 않았던 바³⁵⁾, 이는 바로 이 경계선상의 문제에 대한 판례라고 판단된다.

원심은 먼저 이 사건 압수의 적법성 및 압수로 취득한 압수물과 압수조서, 압수된 백색가루의 감정결과 등의 증거능력에 관하여, ① 검찰에서 이 사건 특송화물이 국내에 도착하기 전 이미 필로폰 은닉 정보를 입수하고 통제배달하기로 협의한 점, ② 이 사건 특송화물의 도착 약 20분 후 검찰수사관들이 인천공항세관 마약조사와 사무실에서 이 사건 특송화물의 와플제조기에 은닉된 백색가루 2봉지와 와플제조기, 포장지, 잡지 등 8점을 임의제출 받아 압수한다는 내용의 압수조서를 작성한 점, ③ 이 사건 특송화물은 통상적인 국제우편물 통관절차로서 일괄적인 X-ray 검사 등 절차를 거친 것이 아니라, 검찰에서 사전에 입수한 운송장번호 등을 이용하여 인천공항 세관공무원으로 하여금 이를 특정하여 마약조사와로 가져오도록 하였던 점, ④ 세관공무원이 처음부터 범죄증거의 수집을 위한 수사의 목적으로 국제우편물의 점유를 취득하고 개봉하여 시료를 채취하는 등의 행위를 한 경우에는 통관업무 담당자로서의 행정조사가 아니라 검사의 지휘에 따라 특별사법경찰관리의 지위에서 범죄의 수사 목적으로 압수·수색을 하였다고 보아야 하는 점, ⑤ 세관공무원이 특별

33) 특별사법경찰관은 해당 업무 담당공무원이면서 동시에 사법경찰관의 지위를 가지는 자이므로 행정조사 방식으로 수집한 자료를 수사상의 증거로 사용하는 경우에는 영장주의는 형사소송법상 적법절차를 잠탈할 수 있어 당해 절차의 성격을 명확히 하기 위한 전환절차가 필요하다는 입장으로 이근우, “특별사법경찰 제도 전면 개편의 필요성”, 형사정책, 32(3), 한국형사정책학회, (2020). 55-56면 참조.

34) 특별사법경찰이 행정조사와 수사를 병행할 경우, 당해 공무원의 직무수행이 행정작용인지 사법작용인지를 구분하는 것은 상대방뿐만 아니라 특별사법경찰 스스로도 용이하지 않으며, 이는 결국 조사의 상대방이 헌법 및 형사소송법상 누릴 수 있는 권리를 박탈하는 결과를 초래하기도 한다. 홍지은, “특별사법경찰의 행정조사와 수사: 진술서 작성 및 자료 제출 요구를 중심으로”, 범죄수사학연구, 통권10호, 경찰대학범죄수사연구원, (2020), 101면.

35) 서울고등법원 2014. 6. 27. 선고 2014노338 판결 [마약류관리에관한법률위반(향정)].

사법경찰관리로서 직접 압수한 경우 그 압수물을 임의제출할 수 있는 ‘소유자, 소지자 또는 보관자’에 해당한다고는 볼 수 없으므로, 세관공무원으로부터 위 압수물들을 임의제출 받았다는 압수조서는 이 사건 압수에 대한 정당한 근거가 될 수 없는 점, ⑥ 세관공무원이 위 백색가루를 검찰수사관에게 넘겨주는 역할을 하였을 뿐이라고 하더라도 이는 처음부터 검찰수사관의 지휘와 통제 아래 진행된 압수절차에 따른 것으로서 검찰수사관이 직접 압수한 것이어서 세관공무원이 통관검사를 위하여 직무상 소지 또는 보관하는 우편물을 수사기관에 임의로 제출한 경우라고 볼 수 없는 점, ⑦ 다만 밀반입되는 필로폰을 국내에 반입되는 현장에서 적발한 경우 ‘범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하는 경우’에 해당하여 특별사법경찰관리인 세관공무원이나 현장에 있었던 검찰수사관은 형사소송법 제216조 제3항에 의하여 영장 없이 압수·수색·검증한 후 같은 항 후문에 따라 사후영장을 받아야만 한다고 볼 것인 점, ⑧ 만약 세관공무원의 국제우편물 등 수출입화물에 대한 점유취득, 개봉, 검사 등 조치를 그 목적이나 성질에 관계없이 일률적으로 모두 행정조사로 보아 영장주의가 적용되지 아니한다고 본다면, 통관 대상이 되는 국제우편물 등 수출입화물에 있어 영장주의 자체를 배제하는 부당한 결과를 초래될 수 있는 점 등을 들어, 이 사건 압수가 형사소송법의 영장주의를 위반한 강제조치에 해당하여 위법하다는 이유로 이 사건 압수에 의하여 취득한 압수물 등 증거들의 증거능력을 배척하였다.

이에 대하여 검사는 ‘우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다’고 판시한 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결을 들면서 이 사건 압수도 같은 취지에서 행정조사로써 압수·수색영장 없이 할 수 있는 행정조사에 해당하는 것으로 보아야 한다고 주장한다. 그러나 위 판례의 사안은 인천국제공항 세관 공무원이 국제특급우편물에 대한 통상적인 X-ray 검사를 하다가 이상 음영이 있는 우편물을 발견하고 우편물의 개장검사 및 성분분석을 한 결과 마약 성분을 검출하여 인천공항세관 마약조사관이 적발보고서를 작성한 것이어서, 화물 도착 전 이미 통제배달 협의를 마치고 화물 도착 직후 압수조서를 작성해 둔 상태에서 통상적인 통관절차와 무관하게 화물을 특정하여 압수한 이 사건과는 다르고, 위 판례의 사안의 경우 압수물의 임의제출자 또한 통제배달에 의하여 체포한 마약밀수범으로서 압수물의 임의제출자가 세관공무원으로 되어 있는 이 사건과는 다르므로, 위 판례에서 판시한 법리를 이 사건에 그대로 적용할 수는 없다.

결국 원심이 실시한 위와 같은 사정들을 관세법 등 관계법령의 규정 취지 및 헌법 제12조 제3항, 형사소송법 제215조 내지 제218조에서 규정하고 있는 압수 등 강제처분에 관한 적법절차의 원칙과 영장주의의 본질적 내용 등에 비추어 살펴보면, 이 사건 압수가 형사소송법상 영장주의를 위반하여 위법하다고 판단하고 이 사건 압수로 취득한 압수물 등 증거들의 증거능력을 배척한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 검사가 지적하는 바와 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

- 행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계확정에 관한 이론적 논의가 있다.³⁶⁾ 일반적으로 사법경찰은 형사재판에 회부할 범인을 색출하기 위하여 범죄의 수사, 피의자의 체포 등을 목적으로 하는 형사사법작용을 말한다. 행정경찰은 공공질서를 보장하기 위하여 필요한 개별적 조치와 일반규칙을 제정할 목적으로 하는 행정청의 일체의 활동으로 행정작용의 일부로서 행정법규의 적용을 받게 된다.

II. 조사와 수사의 병행

1. 조사권과 수사권을 모두 갖고 있는 조사의 경우

- 처음 신고를 받거나 대상을 인지하였을 경우, 해당 사건에 대하여 중요하거나 결정적인 증거가 될 수 있는 부분을 파악한다. 임의적인 참고인 조사, 임의적인 자료 제출만으로도 혐의 사실을 소명하는데 충분하다고 여겨지는 경우라면 조사과에서 조사하는 것으로 충분할 수 있다.
- 그러나 참고인 조사나 관계인 진술 확보 이외에, 회사나 사무실 내에 있는 구체적인 서류나 문서, 디지털 정보의 확보가 혐의 사실을 확인하는데 직접적이고 중요한 경우라면, 해당 기관의 권한과 피조사자 또는 피조사대상인 회사의 상황에 따라 다르겠지만 평온하고 자발적인 동의나 승인을 얻기가 어려울 수 있다.

－ 조사기관의 권한의 범위와 관련하여 실제적인 차이가 있는데, 공정거래위원회나

36) 김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계확정”, 경찰학연구 14(4), 경찰대학, (2014), 78면 참조.

금융감독원의 경우에는 특정 사안만이 아니라 시장의 반독점행위나 불공정거래행위 등에 대하여 지속적이고 계속적인 업무감시가 가능하다. 이는 이들 기관이 사업들을 대상으로 하는 규제기관으로서 공정거래위원회는 일반규제기관, 금융감독원이나 방송통신위원회와 같은 경우를 특별규제기관 내지 전문규제기관이라고 부른다.³⁷⁾³⁸⁾ 이는 특허청이 부경법상 금지행위를 위반한 경우에 한해서 행정조사를 하는 것과는 구별된다.

－ 공정거래위원회나 금융감독원, 식약처와 같이 계속적으로 사업을 수행하는 사업자를 대상으로 규제업무를 수행하는 경우에는 당해 금지행위를 위반하는 특정 사건이 아니라 하더라도 행정기관으로부터 지속적인 관리나 관찰의 대상이 될 수 있으므로, 상대적으로 자발적인 동의에 의한 조사에 협조가 용이하다. 왜냐하면 만일 당해 조사를 거부한다고 하더라도 다른 규제대상이 될 수 있기 때문이다.

○ 이와 달리 일시적, 개별적인 사건에 대한 조사라면 피조사자나 피조사대상은 지속적인 관리나 관찰이 대상이 되지 않을 수도 있기 때문에, 임의적이거나 자발적인 동의나 협조를 기대하기가 어려울 수 있다. 이와 같은 경우라면 처음부터 수사의 단계로 들어가는 것이 보다 효과적이고 추후 피조사자가 자료의 폐기나 은닉을 방지할 수 있다는 점에서 수사의 단계로 개시되는 것이 보다 효율적이라고 여겨짐. 실제로 대부분의 경우 수사과에 업무가 집중되는 경향이 있다.

○ 조사과와 수사과가 한 기관 내에 별개의 과로 존재하고 있는 경우, 조사로 개시할지 수사로 개시할지의 여부는 결국 신고가 접수되거나 인지한 조사과와 수사과의 기초 인지사실을 토대로 하여 과장 간의 협의 내지 업무 조절이 필요할 영역으로 파악된다. 부경법의 경우에도 형사처벌규정이 있어서 특별사법경찰의 수사대상이 될 수도 있고 특허청의 조사대상이 될 수도 있는 경우에 이에 대한 업무조정 문제가 있다.

37) 이 논의에 대한 상세는 최정일, “일반경쟁 규제기관과 산업별 전문 규제기관의 역할 배분에 관한 소고 : 방송통신위원회의 바람직한 역할을 중심으로”, 숭실대학교 미디어미래연구소 (2008) 참조.

38) 개인정보분야의 경우에 대한 사례로 최승재·진창환, “개인신용정보의 국외 이전 규제 현황 및 EU GDPR 국외 이전 조항의 시사점”, 한국정보법학회 2016. 5. 10. 발제문 참조.

2. 조사권만 갖고 있는 기관의 경우

- 조사권만 가지고 있고 영장을 발부받아 수사할 권한이 없는 행정기관의 경우, 피조사자가 임의적으로 자료 제출이나 진술 등의 동의를 하지 않는 경우라면, 이를 거친 후에 고발 등의 절차를 거쳐서 수사기관에 의한 수사 단계로 나아가게 되는 경우외에는 현실적으로 임의적인 조사만 가능하며, 그 결과의 실효성 확보 가능성이 크지 않을 수 있다.
- 권력성 여부에 따라 권력적 행정조사와 비권력적 행정조사로 나뉘고, 조사의 대상에 따라 대인적 조사, 대물적 조사, 대가택 조사 등으로 구분한다.
 - － 행정조사는 적정하고도 효과적인 행정을 위한 준비작용으로서 조사를 목적으로 하므로 행정상 필요한 상태의 실현을 목적으로 하는 행정상 즉시강제와 구별된다.
 - － 행정조사에는 권력적 조사와 비권력적 조사로 나뉘며, 권력적 작용만을 내용으로 하는 행정상 즉시강제와 구별된다.³⁹⁾
- 조사의 방법 및 형식에 따라 직접조사와 간접조사, 개별적 조사와 일반적 조사, 구두에 의한 조사와 문서에 의한 조사 등으로, 조사의 영역에 따라 경제행정상 조사, 경찰행정상 조사, 교육행정상 조사, 보건복지행정상 조사, 방송통신행정상 조사 등으로 분류가 가능하다.
 - － 행정조사는 효과의 면에서 사실적이다. 일반적으로 행정조사 그 자체는 법적 효과를 가지고 오지 않는 사실행위이다.⁴⁰⁾
 - － 불심검문과 같이 경우에 따라서는 상대방에게 수인의무를 발생시키는 경우도 있

39) 홍정선, 행정법 I, 박영사, (2020), 746면. 학자에 따라서는 행정조사와 행정상 즉시강제 외에 행정단속이라는 학문상 개념을 사용하기도 하는데 그 개념요소로서 (1) 실정 행정법령의 위반의 혐의나 의심의 존재, (2) 그 혐의나 의심을 해명하여 사후 강제집행이나 제재적 행정처분을 위한 자료로 정보를 수집하거나 축적하기 위한 침익적 행정조사, (3) 혐의나 의심이 사실로 확인될 경우 절차의 여유가 없는 경우 법규위반과 법익침해 상태의 중단을 위한 즉시강제의 가능성을 들고, 행정조사의 의미를 갖고 있으나 그 동기가 위법사실의 확인이기 때문에 필연적으로 발생할 위축효과로 인하여 침익성을 갖게 되며 위법사실의 확인이 있을 경우 물건의 폐기까지 포함하므로 강제성을 가질 수 있기에 무작위적 일체단속은 법률 유보원칙의 대상이 된다고 한다(이기춘, “행정법상 행정단속에 관한 연구”, 법학논총, 제33집 제1호, 전남대학교 법학연구소, (2013), 295면).

40) 김철용, 행정법, 고시계사, (2021), 342면; 홍정선, 행정법 I, 박영사, (2020), 746면.

고, 이런 경우에는 사실행위와 법적행위가 결합된 합성행위이다.⁴¹⁾

41) 홍정선, 행정법 I, 박영사, (2020), 746-747면.

제4절. 부경법상 행정조사와 다른 법령상의 행정조사의 비교

I. 개관

- 본 절에서는 특허청의 부경법상 행정조사와 공정위, 중기부, 금융위, 국세청 등 타 부처의 행정조사와 운영절차, 방법을 비교분석하고자 한다. 행정조사의 종류가 다양한 만큼 행정조사의 분류 기준 또한 다양하다. 전통적으로 권력성 여부, 조사의 대상, 조사의 방법 및 형식, 조사 영역 등에 따라 행정조사를 구분하여 왔다.
- 본 절에서는 특허청의 부경법상 행정조사와 공정위, 중기부, 금융위, 국세청 등 타 부처의 행정조사와 운영절차, 방법을 비교분석하는 대상으로 행정조사, 시정조치 및 공표 등 행정조사 전발에 대한 절차 및 방법을 대상으로 한다. 그리고 부경법상 행정조사의 종류가 다양한 만큼 행정조사의 분류 기준 또한 다양하다. 전통적으로 권력성 여와 타부처 행정조사 등과 중복조사 여부에 대해서도 행위별 검토를 하고자 한다.

II. 행정조사 기관과 법령

1. 유형별 분류

분류기준	행정조사 기관과 근거법령
비위원회형	감사원 : 『감사원법』
	국세청 : 『국세기본법』 및 『조세범처벌절차법』
	관세청 : 『관세청법』
	기획재정부 : 『외국환거래법』
	금융감독원 : 『자본시장법』 등에 의한 불공정거래행위 조사
	노동부 산하 노동청 : 『근로기준법』 상 행정조사
	식품의약품안전처 : 『식품위생법』에 의한 행정조사
위원회형	공정거래위원회 : 『독점규제및공정거래에관한법률』
	방송통신위원회 : 『방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률』, 『전기통신사업법』의 행정조사
	노동위원회 : 『노동위원회법』

2. 감사원의 『감사원법』 상 행정조사

가. 계산서 등의 제출

- 감사원규칙으로 정하는 바에 따라 계산서·증거서류·조서 및 그 밖의 자료를 감사원에 제출(제25조 제1항). 이를 제출하기 곤란할 때에는 이를 갈음하여 감사원이 지정하는 다른 자료를 제출할 수 있음(제25조 제2항)

나. 서면감사, 실지감사

- 필요한 경우에는 직원을 현지에 파견하여 실지감사(實地監査)를 가능(제26조)

다. 출석답변, 자료제출, 봉인

- 필요시 가능한 조치들(제27조 제1항)
 - － 관계자 또는 감사사항과 관련이 있다고 인정된 자의 출석·답변의 요구
 - － 증명서, 변명서, 그 밖의 관계 문서 및 장부, 물품 등의 제출 요구
 - － 창고, 금고, 문서 및 장부, 물품 등의 봉인

라. 정보 또는 자료제출요구권(제27조 제2항)

- “필요하면 다른 법률의 규정에도 불구하고” 인적 사항을 적은 문서에 의하여 금융기관의 특정 점포에 금융거래의 내용에 관한 정보 또는 자료의 제출을 요구할 수 있음.
- “해당 금융기관에 종사하는 자는 이를 거부하지 못함”을 규정하고 있음(제27조)

제2항)

마. 관계기관의 협조, 지원, 파견요구권(제30조)

- 국가 또는 지방자치단체의 기관, 그밖의 감사대상 기관의 장에게 감사에 필요한 협조와 지원 및 그 소속공무원 또는 임직원의 파견을 요구가능(제30조)

2. 공정거래위원회의 『독점규제및공정거래에관한법률』에 의한 서류조사 및 현장조사

- 공정거래위원회는 법률 및 경제 전문가들의 합의에 의하여 업무를 집행하며 독점규제 및 공정거래에 관한 법규상의 위반사건을 조사하고 시정하는 것을 직책으로 하는 독립규제위원회이다.

제54조(공정거래위원회의 설치) ① 이 법에 따른 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 국무총리 소속으로 **공정거래위원회**를 둔다.

② 공정거래위원회는 「정부조직법」 제2조제2항에 따른 중앙행정기관으로서 소관 사무를 수행한다.

- 조사관과 피심인 사이의 대심구조 등으로 준사법적 절차가 보장되고 있으며 1심의 지위가 인정되고 있다는 점에서 준사법적 기능을 또한 수행하고 있다. 이에 따라서 사법적 통제라는 면에서 서울고등법원은 1심법원이 되고, 이에 대한 이의는 대법원에 상고하는 것만이 있다.

제99조(소의 제기) ① 이 법에 따른 처분에 대하여 불복의 소를 제기하려는 자는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 이를 제기하여야 한다.

② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

제100조(불복의 소의 전속관할) 제99조에 따른 불복의 소는 서울고등법원을 전속관할로 한다.

- 공정거래위원회는 신고 또는 직권인지에 의해 사건을 조사하게 되면 「공정거래위원회 회의 운영 및 사건절차 등에 관한 규칙」에 따라 사전심사, 현장조사를 실시한 후 사건심사 착수보고를 하고 심사절차를 개시. 심사결과, 위법성이 인정되면 심사관(국장)은 심사보고서를 작성하여 위원회(전원회의/소회의)에 상정하고 위원회의 심의·의결을 통해 위법성 및 시정조치 내용을 확정함.
- (조직구성) 공정거래위원회는 의사결정기구인 위원회와 실무기구인 사무처로 구성되어 있으며, 위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인을 포함한 위원 9인으로 구성되며, 그중 3인은 상임위원 4인은 비상임위원이다(독점규제법 제57조 제1항).
 - 사건국 및 5개의 지방사무소가 범위반사실을 인지하고 조사하며, 송무팀이 소송수행을 담당

제57조(공정거래위원회의 구성) ① 공정거래위원회는 위원장 1명, 부위원장 1명을 포함하여 9명의 위원으로 구성하며, 그 중 4명은 비상임위원으로 한다.

② 공정거래위원회의 위원은 독점규제 및 공정거래 또는 소비자분야에 경험이나 전문지식이 있는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 밖의 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하거나 위촉한다. 이 경우 위원장은 국회의 인사청문을 거쳐야 한다.

1. 2급 이상 공무원(고위공무원단에 속하는 일반직공무원을 포함한다)의 직에 있었던 사람
2. 판사·검사 또는 변호사의 직에 15년 이상 있었던 사람
3. 법률·경제·경영 또는 소비자 관련 분야 학문을 전공하고 대학이나 공인된 연구기관에서 15년 이상 근무한 자로서 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직에 있었던 사람
4. 기업경영 및 소비자보호활동에 15년 이상 종사한 경력이 있는 사람

③ 위원장과 부위원장은 정무직으로 하고, 그 밖의 상임위원은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 「국가공무원법」 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 보(補)한다.

④ 위원장·부위원장 및 제70조에 따른 사무처의 장은 「정부조직법」 제10조에도 불구하고 정부위원이 된다.

- 공정거래위원회의 조사는 행정조사의 일종에 해당하지만 준사법적 성격으로 인하여 「행정조사기본법」과 「행정절차법」의 적용범위에서 제외되는 특징을 가지고 있음.
 - － 공정거래위원회는 경찰권은 없으므로 사적인 장소에 출입하거나 개인을 체포하는 것은 불가능하며 조사 거부시 과태료 처분은 가능함
 - － 경찰과 달리 압수수색 영장을 발부받아 강제적인 조사를 실시할 권한이 없음
 - － 특별사법경찰로 공정거래위원회 공무원을 지정하여 검사의 지휘를 받아서 수사를 시행하는 것도 검토되었으나 결론적으로 현재까지는 이런 특별사법경찰관으로 지정되지는 않음.
 - － 검찰도 형사처벌을 할 권한을 가지고 있으나 전속고발권 제도⁴²⁾로 인해서 공정거래위원회의 고발이 없이는 수사를 할 수 없으므로 공정거래법 위반죄에 대해서는 공정거래위원회가 강력한 권한을 가지고 있다고 할 것임.
 - － 현장조사시 공정거래위원회의 권한이나 조사범위에 대한 구체적인 판례가 없음
- 공정거래법상의 조사는 일반적인 행정조사 중에서도 특히 주로 범위반혐의를 확인하기 위한 목적으로 수행되는 절차로서 그 과정에서 실효행사가 수반될 가능성이 높고, 조사결과 그 조사인에 대한 침익적 행정처분의 부과로 이어지는 데 반하여 범위반혐의자의 권리보장 수준은 상당히 미흡하다는 지적이 제기됨⁴³⁾

42) 독점규제법 제129조(고발) ① 제124조 및 제125조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

② 공정거래위원회는 제124조 및 제125조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 해친다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

③ 검찰총장은 제2항에 따른 고발요건에 해당하는 사실이 있음을 공정거래위원회에 통보하여 고발을 요청할 수 있다.

④ 공정거래위원회가 제2항에 따른 고발요건에 해당하지 아니한다고 결정하더라도 감사원장, 중소기업부 장관, 조달청장은 사회적 파급효과, 국가재정에 끼친 영향, 중소기업에 미친 피해 정도 등 다른 사정을 이유로 공정거래위원회에 고발을 요청할 수 있다.

⑤ 공정거래위원회는 제3항 또는 제4항에 따른 고발요청이 있을 때에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

⑥ 공정거래위원회는 공소가 제기된 후에는 고발을 취소할 수 없다.

43) 정승영·김수연, 공정거래위원회 조사제도 개선방안 연구, 한국경제연구원 정책연구 14-25, (2015) 참조; 이재영, “권력적 행정조사의 쟁점 및 개선 과제, 현안분석”, 제255호, 국회입법조사처, (2022.) 1-2면.

- 구 독점규제법 제50조의2에서 조사공무원에게 필요한 최소한의 범위에서 조사를 행할 것을 규정하고, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하지 말 것을 규정하고 있으나 사실상 강제조사에 준하는 강도 높은 조사가 이루어짐에도 불구하고 검찰 수사의 영장주의에 대응하는 견제장치나 피조사인의 변호인 조력권 등과 관련하여 개선 및 보완의 요청이 그간 꾸준히 제기되어 왔음.
- 개정안에서는 이러한 취지의 내용들이 법제화되어 반영되어 있음. 전면개정된 공정거래법은 다수의 절차보장을 위한 규정을 제10장에 둔다(동의의결에 대한 조항을 제외하고 다음과 같음).

제10장 조사 등의 절차

제80조(위반행위의 인지·신고 등) ① 공정거래위원회는 이 법을 위반한 혐의가 있다고 인정할 때에는 직권으로 필요한 조사를 할 수 있다.

② 누구든지 이 법에 위반되는 사실을 공정거래위원회에 신고할 수 있다.

③ 공정거래위원회는 직권으로 또는 제2항에 따른 신고로 조사한 결과 이 법에 따른 처분을 하거나 처분을 하지 아니하는 경우에는 그 근거, 내용 및 사유 등을 기재한 서면을 해당 사건의 당사자에게 통지하여야 한다. 다만, 제68조에 따라 의결서를 작성하는 경우에는 해당 의결서 정본을 송부한다.

④ 공정거래위원회는 이 법 위반행위에 대하여 해당 위반행위의 종료일부터 7년이 지난 경우에는 이 법에 따른 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 없다.

⑤ 공정거래위원회는 제4항에도 불구하고 부당한 공동행위에 대하여 다음 각 호의 기간이 지난 경우에는 이 법에 따른 시정조치를 명하거나 과징금을 부과할 수 없다.

1. 공정거래위원회가 해당 위반행위에 대하여 조사를 개시한 경우 대통령령으로 정하는 조사 개시일부터 5년

2. 공정거래위원회가 해당 위반행위에 대하여 조사를 개시하지 아니한 경우 해당 위반행위의 종료일부터 7년

⑥ 제4항 및 제5항은 법원의 판결에 따라 시정조치 또는 과징금 부과처분이 취

소된 경우로서 그 판결이유에 따라 새로운 처분을 하는 경우에는 적용하지 아니한다.

⑦ 제4항 및 제5항의 기간은 공정거래위원회가 제95조에 따른 자료의 열람 또는 복사 요구에 따르지 아니하여 당사자가 소를 제기한 경우 그 당사자 및 동일한 사건으로 심의를 받는 다른 당사자에 대하여 진행이 정지되고 그 재판이 확정된 때부터 진행한다.

제81조(위반행위의 조사 등) ① 공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 처분을 할 수 있다.

1. 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 출석 및 의견의 청취
 2. 감정인의 지정 및 감정의 위촉
 3. 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원에게 원가 및 경영상황에 관한 보고, 그 밖에 필요한 자료나 물건의 제출 명령 또는 제출된 자료나 물건의 일시 보관
- ② 공정거래위원회는 이 법의 시행을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 소속 공무원(제122조에 따른 위임을 받은 기관의 소속 공무원을 포함한다)으로 하여금 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 업무 및 경영상황, 장부·서류, 전산자료·음성녹음자료·화상자료, 그 밖에 대통령령으로 정하는 자료나 물건을 조사하게 할 수 있다.

③ 제2항에 따른 조사를 하는 공무원은 대통령령으로 정하는 바에 따라 지정된 장소에서 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 진술을 들을 수 있다.

④ 조사공무원은 제59조제1항 또는 제2항에 따른 심의·의결 절차가 진행 중인 경우에는 제2항에 따른 조사를 하거나 제3항에 따른 당사자의 진술을 들어서는 아니 된다. 다만, 조사공무원 또는 당사자의 신청에 대하여 전원회의 또는 소회의가 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑤ 제1항제1호 및 제3항에 따라 당사자의 진술을 들었을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 진술조서를 작성하여야 한다.

⑥ 제2항에 따른 조사를 하는 공무원은 대통령령으로 정하는 바에 따라 사업자,

사업자단체 또는 이들의 임직원에게 조사에 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건을 일시 보관할 수 있다.

⑦ 제1항제3호 및 제6항에 따라 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원의 자료나 물건을 일시 보관할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 보관조서를 작성·발급하여야 한다.

⑧ 제1항제3호 및 제6항에 따라 보관한 자료나 물건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 즉시 반환하여야 한다.

1. 보관한 자료나 물건을 검토한 결과 해당 조사와 관련이 없다고 인정되는 경우

2. 해당 조사 목적의 달성 등으로 자료나 물건을 보관할 필요가 없어진 경우

⑨ 제2항에 따른 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시하고, 조사목적·조사기간 및 조사방법 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 문서를 발급하여야 한다.

⑩ 제1항에 따른 처분 또는 제2항에 따른 조사와 관련된 당사자, 이해관계인 또는 참고인은 의견을 제출하거나 진술할 수 있다.

제82조(조사시간 및 조사기간) ① 조사공무원은 제80조 및 제81조에 따른 조사를 하는 경우에는 조사를 받는 사업자 또는 사업자단체의 정규 근무시간 내에 조사를 진행하여야 한다. 다만, 증거인멸의 우려 등으로 정규 근무시간 내의 조사로는 조사의 목적을 달성하는 것이 불가능한 경우에는 피조사업체와 협의하여 정규 근무시간 외의 시간에도 조사를 진행할 수 있다.

② 조사공무원은 제81조제9항의 문서에 기재된 조사기간 내에 조사를 종료하여야 한다. 다만, 조사기간 내에 조사목적 달성을 위한 충분한 조사가 이루어지지 못한 경우에는 조사를 받는 사업자 또는 사업자단체의 업무 부담을 최소화할 수 있는 범위에서 조사기간을 연장할 수 있다.

③ 제2항 단서에 따라 조사기간을 연장하는 경우에는 해당 사업자 또는 사업자단체에 연장된 조사기간이 명시된 공문서를 발급하여야 한다.

제83조(위반행위 조사 및 심의 시 조력을 받을 권리) 공정거래위원회로부터 조사 및 심의를 받는 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직원은 변호사 등 변호인으로 하여금 조사 및 심의에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다.

제84조(조사권의 남용금지) 조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 조사를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 **조사권을 남용**해서는 아니 된다.

제85조(조사 등의 연기신청) ① 제81조제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 공정거래위원회로부터 처분 또는 조사를 받게 된 사업자 또는 사업자단체가 천재지변이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 처분을 이행하거나 조사를 받기가 곤란한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공정거래위원회에 처분 또는 조사를 연기하여 줄 것을 신청할 수 있다.

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

제86조(이행강제금 등) ① 공정거래위원회는 사업자 또는 사업자단체가 제81조제1항제3호 또는 같은 조 제6항에 따른 보고 또는 자료나 물건의 제출 명령을 이행하지 아니한 경우에 그 보고 또는 자료나 물건이 이 법 위반 여부를 확인하는데 필요하다고 인정할 때에는 사회의의 결정으로 이행기한을 정하여 그 보고 또는 자료나 물건의 제출을 다시 명령할 수 있으며, 이를 이행하지 아니한 자에게는 이행기한이 지난 날부터 1일당 대통령령으로 정하는 1일 평균매출액의 1천분의 3의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우에는 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

② 이행강제금의 부과·납부·징수 및 환급 등에 관하여는 제16조제2항 및 제3항을 준용한다.

제87조(서면실태조사) ① 공정거래위원회는 일정한 거래분야의 공정한 거래질서 확립을 위하여 해당 거래분야에 관한 서면실태조사를 실시하여 그 조사결과를 공표할 수 있다.

② 공정거래위원회가 제1항에 따라 서면실태조사를 실시하려는 경우에는 조사대상자의 범위, 조사기간, 조사내용, 조사방법, 조사절차 및 조사결과 공표범위 등에 관한 계획을 수립하여야 하고, 조사대상자에게 거래실태 등 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.

③ 공정거래위원회가 제2항에 따라 자료의 제출을 요구하는 경우에는 조사대상자에게 자료의 범위와 내용, 요구사유, 제출기한 등을 분명하게 밝혀 서면으로 알려야 한다.

제88조(위반행위의 시정권고) ① 공정거래위원회는 이 법을 위반하는 행위가 있는 경우에 해당 사업자 또는 사업자단체에 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다.

② 제1항에 따라 권고를 받은 자는 시정권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 해당 권고를 수락하는지에 관하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다.

③ 제1항에 따라 시정권고를 받은 자가 해당 권고를 수락한 때에는 이 법에 따른 시정조치가 명하여진 것으로 본다.

제89조(동의의결) ① 공정거래위원회의 조사나 심의를 받고 있는 사업자 또는 사업자단체(이하 이 조부터 제91조까지의 규정에서 “신청인”이라 한다)는 해당 조사나 심의의 대상이 되는 행위(이하 이 조부터 제91조까지의 규정에서 “해당 행위”라 한다)로 인한 경쟁제한상태 등의 자발적 해소, 소비자 피해구제, 거래질서의 개선 등을 위하여 제3항에 따른 동의의결을 하여 줄 것을 공정거래위원회에 신청할 수 있다. 다만, 해당 행위가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 공정거래위원회는 동의의결을 하지 아니하고 이 법에 따른 심의 절차를 진행하여야 한다.

1. 해당 행위가 제40조제1항에 따른 위반행위인 경우

2. 제129조제2항에 따른 고발요건에 해당하는 경우

3. 동의의결이 있기 전에 신청인이 신청을 취소하는 경우

② 신청인이 제1항에 따른 신청을 하는 경우 다음 각 호의 사항을 기재한 서면으로 하여야 한다.

1. 해당 행위를 특정할 수 있는 사실관계

2. 해당 행위의 중지, 원상회복 등 경쟁질서의 회복이나 거래질서의 적극적 개선을 위하여 필요한 시정방안

3. 소비자, 다른 사업자 등의 피해를 구제하거나 예방하기 위하여 필요한 시정방안

③ 공정거래위원회는 해당 행위의 사실관계에 대한 조사를 마친 후 제2항제2호 및 제3호에 따른 시정방안(이하 “시정방안”이라 한다)이 다음 각 호의 요건을 모두 갖추었다고 판단되는 경우에는 해당 행위 관련 심의 절차를 중단하고 시정방안과 같은 취지의 의결(이하 “동의의결”이라 한다)을 할 수 있다. 이 경우 신청인과의 협의를 거쳐 시정방안을 수정할 수 있다.

1. 해당 행위가 이 법을 위반한 것으로 판단될 경우에 예상되는 시정조치 및 그 밖의 제재와 균형을 이룰 것

2. 공정하고 자유로운 경쟁질서나 거래질서를 회복시키거나 소비자, 다른 사업자 등을 보호하기에 적절하다고 인정될 것

④ 공정거래위원회의 동의의결은 해당 행위가 이 법에 위반된다고 인정한 것을 의미하지 아니하며, 누구든지 신청인이 동의의결을 받은 사실을 들어 해당 행위가 이 법에 위반된다고 주장할 수 없다.

제90조(동의의결의 절차) ① 공정거래위원회는 신속한 조치의 필요성, 소비자 피해의 직접 보상 필요성 등을 종합적으로 고려하여 동의의결 절차의 개시 여부를 결정하여야 한다.

② 공정거래위원회는 동의의결을 하기 전에 30일 이상의 기간을 정하여 다음 각 호의 사항을 신고인 등 이해관계인에게 통지하거나, 관보 또는 공정거래위원회

의 인터넷 홈페이지에 공고하는 등의 방법으로 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.

1. 해당 행위의 개요

2. 관련 법령 조항

3. 시정방안(제89조제3항 각 호 외의 부분 후단에 따라 시정방안이 수정된 경우에는 그 수정된 시정방안을 말한다)

4. 해당 행위와 관련하여 신고인 등 이해관계인의 이해를 돕는 그 밖의 정보. 다만, 사업상 또는 사생활의 비밀 보호나 그 밖에 공익상 공개하기에 적절하지 아니한 것은 제외한다.

③ 공정거래위원회는 제2항 각 호의 사항을 관계 행정기관의 장에게 통보하고 그 의견을 들어야 한다. 다만, 제124조부터 제127조까지의 규정이 적용되는 행위에 대해서는 검찰총장과 협의하여야 한다.

④ 공정거래위원회는 동의의결을 하거나 이를 취소하는 경우에는 제59조의 구분에 따른 회의의 심의·의결을 거쳐야 한다.

⑤ 동의의결을 받은 신청인은 제4항의 의결에 따라 동의의결의 이행계획과 이행결과를 공정거래위원회에 제출하여야 한다.

⑥ 공정거래위원회는 제5항에 따라 제출된 이행계획의 이행 여부를 점검할 수 있고, 동의의결을 받은 신청인에게 그 이행에 관련된 자료의 제출을 요청할 수 있다.

⑦ 공정거래위원회는 제6항에 따른 이행계획의 이행 여부 점검 등 동의의결의 이행관리에 관한 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 조정원 또는 「소비자기본법」 제33조에 따른 한국소비자원(이하 “소비자원”이라 한다)에 위탁할 수 있다.

⑧ 제7항에 따른 위탁을 받은 기관의 장은 제5항에 따라 신청인이 제출한 동의의결의 이행계획과 이행결과에 대한 이행관리 현황을 분기별로 공정거래위원회에 보고하여야 한다. 다만, 공정거래위원회의 현황 보고 요구가 있는 경우 즉시 이에 따라야 한다.

⑨ 제7항에 따른 위탁을 받은 기관의 장은 동의의결을 받은 신청인이 그 이행을

게을리하거나 이행하지 아니하는 경우에는 지체 없이 그 사실을 공정거래위원회에 통보하여야 한다.

⑩ 제89조제2항에 따른 신청방법, 의견조회 방법, 심의·의결절차, 조정원 또는 소비자원에 대한 이행관리 업무의 위탁 절차 등 그 밖의 세부 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

제91조(동의의결의 취소) ① 공정거래위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 동의의결을 취소할 수 있다.

1. 동의의결의 기초가 된 시장상황 등 사실관계의 현저한 변경 등으로 시정방안이 적정하지 아니하게 된 경우
2. 신청인이 제공한 불완전하거나 부정확한 정보로 동의의결을 하게 되었거나, 신청인이 거짓 또는 그 밖의 부정한 방법으로 동의의결을 받은 경우
3. 신청인이 정당한 이유 없이 동의의결을 이행하지 아니하는 경우

② 제1항제1호에 따라 동의의결을 취소한 경우 신청인이 제89조제1항에 따라 동의의결을 하여줄 것을 신청하면 공정거래위원회는 다시 동의의결을 할 수 있다. 이 경우 제89조부터 제92조까지의 규정을 적용한다.

③ 제1항제2호 또는 제3호에 따라 동의의결을 취소한 경우 공정거래위원회는 제89조제3항에 따라 중단된 해당 행위 관련 심의절차를 계속하여 진행할 수 있다.

제92조(이행강제금 등) ① 공정거래위원회는 정당한 이유 없이 동의의결 시 정한 이행기한까지 동의의결을 이행하지 아니한 자에게 동의의결이 이행되거나 취소되기 전까지 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원 이하의 이행강제금을 부과할 수 있다.

② 이행강제금의 부과·납부·징수 및 환급 등에 관하여는 제16조제2항 및 제3항을 준용한다.

제93조(의견진술기회의 부여) ① 공정거래위원회는 이 법에 위반되는 사항에 대하여 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하기 전에 당사자 또는 이해관계인에게

의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

② 당사자 또는 이해관계인은 공정거래위원회의 회의에 출석하여 그 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다.

제94조(심의절차에서의 증거조사) ① 공정거래위원회는 사건을 심의하기 위하여 필요하면 당사자의 신청이나 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

② 전원회의 또는 소회의 의장은 당사자의 증거조사 신청을 채택하지 아니하는 경우 그 이유를 당사자에게 고지하여야 한다.

제95조(자료열람요구 등) 당사자 또는 신고인 등 대통령령으로 정하는 자는 공정거래위원회에 이 법에 따른 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있다. 이 경우 공정거래위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자료를 제외하고는 이에 따라야 한다.

1. 영업비밀(「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 영업비밀을 말한다. 이하 같다) 자료
2. 제44조제4항에 따른 자진신고 등과 관련된 자료
3. 다른 법률에 따른 비공개 자료

제96조(이의신청) ① 이 법에 따른 처분에 대하여 불복하는 자는 그 처분의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 그 사유를 갖추어 공정거래위원회에 이의신청을 할 수 있다.

② 공정거래위원회는 제1항의 이의신청에 대하여 60일 이내에 재결(裁決)을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정으로 그 기간 내에 재결을 할 수 없을 경우에는 30일의 범위에서 결정으로 그 기간을 연장할 수 있다.

제97조(시정조치의 집행정지) ① 공정거래위원회는 이 법에 따른 시정조치를 부과 받은 자가 제96조제1항에 따른 이의신청을 제기한 경우로서 그 시정조치의 이행 또는 절차의 속행으로 발생할 수 있는 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여

필요하다고 인정할 때에는 당사자의 신청이나 직권으로 그 시정조치의 이행 또는 절차의 속행에 대한 정지(이하 “집행정지”라 한다)를 결정할 수 있다.

② 공정거래위원회는 집행정지의 결정을 한 후에 집행정지의 사유가 없어진 경우에는 당사자의 신청이나 직권으로 집행정지의 결정을 취소할 수 있다.

제98조(문서의 송달) ① 문서의 송달에 관하여는 「행정절차법」 제14조부터 제16조까지의 규정을 준용한다.

② 제1항에도 불구하고 국외에 주소·영업소 또는 사무소를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 그 대리인에게 송달한다.

③ 제2항에 따라 국내에 대리인을 지정하여야 하는 사업자 또는 사업자단체가 국내에 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 제1항에 따른다.

제99조(소의 제기) ① 이 법에 따른 처분에 대하여 불복의 소를 제기하려는 자는 처분의 통지를 받은 날 또는 이의신청에 대한 재결서의 정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 이를 제기하여야 한다.

② 제1항의 기간은 불변기간으로 한다.

제100조(불복의 소의 전속관할) 제99조에 따른 불복의 소는 서울고등법원을 전속관할로 한다.

제101조(사건처리절차 등) 이 법에 위반하는 사건의 처리절차 등에 관하여 필요한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

단계별 과정

인지단계	직권인지, 신고
↓	
조사단계	사건착수보고, 조사권 발동 조사후 사건처리종결/위원회 상정결정
↓	
위원회 상정	사무처장 결재후 위원회 상정 심의일의 확정 및 통보
↓	
위원회 심의	피심인과 심사관을 출석시켜 사실관계파악 양자간 주장, 위원들 질문 끝난후 심사관조치의견 발표 후 피심인 최후진술
↓	
심의단계	위원들간 위법여부, 조치 내용 등 논의 합의
↓	
의결	합의 의원들이 자신의 견해에 따라 서명날인
↓	
의결서 송달	동의를결 포함
↓	
불복절차	불복의 소(제100조, 제101조)

가. 절차 개관

(1) 인지단계

- 위반혐의의 인지는 직권 또는 신고에 의함
 - 신고는 이해당사자에 국한하지 않고 누구든지 가능(약관법 예외)
 - 신고 접수시 예비조사 실시 후 사건화 여부를 결정

(2) 조사단계

- 사건심사 착수보고 후 조사권을 발동하여 본조사를 실시
- 공정위의 조사는 행정작용을 위해 필요한 자료를 얻을 목적으로 행하는 행정조사이며, 압수·수색권 등 강력한 조사수단은 없음(과태료로 강제되는 행정조사)
 - 장부·서류 등에 대한 조사·제출요구·영치, 진술요구가 기본적인 조사수단. 부당 지원행위나 상호출자 탈법행위조사의 경우에 한해서 엄격한 요건 하에 금융거래정보요구 가능
 - 조사거부·방해 등에 대해서는 과태료 부과(법인 2억원, 개인 5천만원 이하)
- 조사결과 혐의가 없거나, 조사 도중 사업자가 도산·폐업한 경우 등에는 무혐의, 심의절차종료 등으로 사건처리 종결(심사관 전결)
- 조사내용이 법에 위반되는 경우 심사보고서를 작성하여 위원회에 상정
 - 법 위반이지만 위원회의 심결을 거쳐 위반행위를 시정하기에는 시간적 여유가 없거나, 사업자가 자진시정의사를 표시한 경우 등에는 시정권고 가능(사무처장 전결)

(3) 위원회 상정

- 사건국에서 심사보고서를 작성하여 결재(사무처장)를 득한 후 회의안건으로 심판관리관실에 제출
- 안건의 중요도에 따라 전원회의 또는 소회의로 구분하여 상정

- 전원회의 : 법규 등의 제·개정 및 해석·적용, 이의신청의 재결, 소회의에서 의결되지 아니한 사항, 기타 경제적 파급 효과가 중대한 사항
- 소회의 : 전원회의 소관이 아닌 일반 안건. 소회의 사건은 과징금, 전속고발 사건을 제외하고는 심사관이 안건 상정 전에 피심인에게 심사보고서에 기재된 심사관의 조치의견을 수락하는지 여부를 물어야 하며, 이를 수락한 경우 서면심의로 종결(약식절차)

(4) 위원회 심의

- 위원회는 피심인과 심사관을 심판정에 출석하도록 하여 대심구조하에 사실관계 등을 확인
 - ① 의장은 개회선언후 피심인 등에 대하여 본인임을 확인(人定訊問)
 - ② 심사관의 심사보고 후 피심인 또는 대리인이 그에 대한 의견진술(冒頭節次)
 - 심사관이 행위사실, 위법성판단 및 법령의 적용 등을 요약 보고
 - 피심인 또는 대리인은 심사관이 한 심사보고 내용에 대하여 의견 진술
 - ③ 심사관의 의견진술 : 피심인의 진술에 대한 반박기회를 부여
 - ④ 위원들 질문 및 사실관계 확인
 - 주심위원부터 차례대로 사실관계 및 위법성 판단에 필요한 내용을 심사관과 피심인에게 질문
 - ⑤ 심사관의 조치의견 발표
 - 위원들의 질문이 종료된 후 심사관은 시정명령, 과징금납부명령 등 심사관 조치의견을 발표
 - ⑥ 피심인의 최후진술 : 심사관 조치의견에 대한 피심인의 입장을 진술

(5) 의결

- 심의가 종료된 후 위원들이 위법여부, 조치내용 등에 대해 논의·합의
- 전원회의는 출석위원 과반수 찬성으로, 소회의는 전원 찬성으로 의결. 위원들의 의결서 서명·날인(전자결재시스템 활용) 완료 후 심판관리관실에서 의결서 정본을 피심인에게 송달

(6) 불복절차

- 의결서 송달일로부터 30일 이내에 공정위에 이의신청을 하거나(선택적), 서울고등법원에 행정소송 제기 가능

나. 공정거래위원회의 사건조사절차의 특징⁴⁴⁾

1) 공정거래위원회에 대한 조사권한 부여

- 공정거래위원회 직권인지 또는 제3자의 신고를 통해 조사절차에 착수함
- 직권 또는 신고에 의하여 구체적 범위반 사실의 단서를 접한 공정거래위원회가 해당 사건의 심의 및 의결절차에 나아갈 필요가 있는지 여부를 판단하기까지의 심사 및 검토과정을 조사라고 한다. 일반적으로 신고로 인한 사건조사가 대부분으로 이러한 제3자의 신고는 독점규제법에 위반되는 사실에 대한 공정거래위원회의 조사권 발동을 촉구하는 단서에 불과하여, 신고인에게 그 신고내용에 따른 조치를 취해줄 것을 청구하는 권리에 해당하지 아니한다.
- 공정거래위원회 사무처장은 직권으로 혐의를 인지하거나 신고를 받은 경우 심사관으로 하여금 정식으로 심사절차를 개시하기에 앞서 사실에 대한 사전조사를 하게

44) 정승영·김수연, 공정거래위원회 조사제도 개선방안 연구, 한국경제연구원 정책연구 14-25, (2015), 9-10면 참조.

할 수 있다. 이 때 신고의 경우 조사 및 사전심사 여부를 소속 직원을 거치지 않고 반드시 심사관 소속 각 과장 또는 팀장이 직접 결정하여 하며, 신고사실이 심사불개시 사유에 해당하는지 여부를 심사관에게 보고하여야 한다.

- 사전심사 결과 심사불개시 결정을 한 경우 15일 이내에 신고인 등 또는 피조사인에게 그 사실을 서면으로 청구하여야 하며, 심사절차를 개시한 경우에는 통지로 인하여 자료나 물건의 조작·인멸 등이 우려되는 등 조사목적 달성을 현저히 저해할 우려가 있는 불가피한 사유가 있는 경우를 제외하고는 사건심사 착수후 15일 이내에 피조사인에게 서면으로 통지하여야 한다.

2) 조사행위의 종류 및 내용

○ 독점규제법이 조사행위의 종류와 처분의 내용 등에 관하여 규정함

- 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 출석 및 의견의 청취
- 감정인의 지정 및 감정의 위촉
- 사업자, 사업자단체 또는 이들의 임직권에 대하여 원가 및 경영상황에 관한 보고
- 기타 필요한 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건의 영치
- 현장 출입조사, 심문 및 조사에 필요한 자료나 물건의 제출명령 및 제출된 자료나 물건의 영치
- 금융기관의 특정 점포장에 대한 금융거래정보의 제출 요구 등이다.

○ 독점규제법의 경우에도 행정조사기본법의 적용제외 대상으로 규정되어 있음

(3) 조사권의 남용금지 원칙

- 동법에서도 조사권의 남용금지원칙에 대하여 규정하고 있는데, 조사공무원은 이 법의 시행을 위하여 필요한 최소한의 범위 안에서 조사를 행해야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니된다

(4) 조사 등의 연기 신청

- 공정거래위원회로부터 처분 또는 조사를 받게 된 사업자가 천재지변 그 밖의 사유로 인하여 처분을 이행하거나 조사를 받기가 곤란한 경우 공정거래위원회에 처분 또는 조사의 연기를 신청할 수 있고, 이때 공정거래위원회는 그 사유를 검토하여 타당하다고 인정되는 경우 처분 또는 조사를 연기할 수 있다.

(5) 위반행위의 시정권고

- 공정거래위원회는 이 법의 규정에 위반하는 행위가 있는 경우 사업자에 대하여 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있고, 이때 권고를 받은 자는 시정권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 당해 권고를 수락하는지 여부에 대하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다. 또한 시정권고를 사업자가 수락한 때에는 이 법의 규정에 의한 시정조치가 명하여진 것으로 본다.

3. 금융감독원의 불공정거래행위 조사

가. 개관

- 금융감독기관의 경우 금융위와 금감원이 있는 바, 금융위는 정책기능을 하고 실제적인 조사 등의 집행기능은 금감원이 수행하고 있는 바, 여기서 특허청의 부경법 위반조사와 비교대상이 되는 것은 금융감독원의 조사이다. 금융감독원은 불공정거래 행위⁴⁵⁾ 등의 행정상의 단속목적을 위하여 개별법에서 조사목적의 자료제출명령, 사업장출입조사 등을 할 수 있다. 금융감독원의 이런 조사는 행정법상 행정조사로 하고 할 수 있다.

45) 서완석, “자본시장법상의 시세조종행위 규제”, 상사판례연구 제22집 제3권, 한국상사판례학회, (2009); 이근우, 사실상 수사로서 행정조사의 형사절차적한계, 고려대학교 법학석사학위논문, (2004); 이정수, “금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토 - 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결과 같은 법원 2011. 1. 28. 선고 2010고합11 판결의 비교분석을 중심으로”, 법학평론5, (2015.02).

○ 금융감독원은 자본시장법상 불공정거래행위에 대한 규율을 담당한다. 구체적으로 내부자거래(제174조)⁴⁶⁾, 시세조종(제176조)⁴⁷⁾, 사기적 부정거래(제178조)⁴⁸⁾, 시장질서

46) 자본시장법 제174조(미공개중요정보 이용행위 금지) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(제1호부터 제5호까지의 어느 하나의 자에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과하지 아니한 자를 포함한다)는 상장법인[6개월 이내에 상장하는 법인 또는 6개월 이내에 상장법인과 합병, 주식의 포괄적 교환, 그 밖에 대통령령으로 정하는 기업결합 방법에 따라 상장되는 효과가 있는 비상장법인(이하 이 항에서 “상장예정법인등”이라 한다)을 포함한다. 이하 이 항 및 제443조 제1항 제1호에서 같다]의 업무 등과 관련된 미공개중요정보(투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보로서 대통령령으로 정하는 방법에 따라 불특정 다수인이 알 수 있도록 공개되기 전의 것을 말한다. 이하 이 항에서 같다)를 특정증권등(상장에 정법인이 발행한 해당 특정증권등을 포함한다. 이하 제443조 제1항 제1호에서 같다)의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 하여서는 아니 된다. <개정 2009. 2. 3., 2013. 5. 28.>

1. 그 법인(그 계열회사를 포함한다. 이하 이 호 및 제2호에서 같다) 및 그 법인의 임직원·대리인으로서 그 직무와 관련하여 미공개중요정보를 알게 된 자
2. 그 법인의 주요주주로서 그 권리를 행사하는 과정에서 미공개중요정보를 알게 된 자
3. 그 법인에 대하여 법령에 따른 허가·인가·지도·감독, 그 밖의 권한을 가지는 자로서 그 권한을 행사하는 과정에서 미공개중요정보를 알게 된 자
4. 그 법인과 계약을 체결하고 있거나 체결을 교섭하고 있는 자로서 그 계약을 체결·교섭 또는 이행하는 과정에서 미공개중요정보를 알게 된 자
5. 제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 자의 대리인(이에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임직원 및 대리인을 포함한다)·사용인, 그 밖의 종업원(제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임직원 및 대리인)으로서 그 직무와 관련하여 미공개중요정보를 알게 된 자
6. 제1호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하는 자(제1호부터 제5호까지의 어느 하나의 자에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과하지 아니한 자를 포함한다)로부터 미공개중요정보를 받은 자

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(제1호부터 제5호까지의 어느 하나의 자에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과하지 아니한 자를 포함한다)는 주식등에 대한 공개매수(제133조 제1항의 공개매수를 말한다. 이하 이 항에서 같다)의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보(대통령령으로 정하는 방법에 따라 불특정 다수인이 알 수 있도록 공개되기 전의 것을 말한다. 이하 이 항에서 같다)를 그 주식등과 관련된 특정증권등의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 하여서는 아니 된다. 다만, 공개매수를 하려는 자(이하 이 조에서 “공개매수예정자”라 한다)가 공개매수공고 이후에도 상당한 기간 동안 주식등을 보유하는 등 주식등에 대한 공개매수의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 그 주식등과 관련된 특정증권등의 매매, 그 밖의 거래에 이용할 의사가 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009. 2. 3., 2013. 5. 28.>

1. 공개매수예정자(그 계열회사를 포함한다. 이하 이 호 및 제2호에서 같다) 및 공개매수예정자의 임직원·대리인으로서 그 직무와 관련하여 공개매수의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 알게 된 자
2. 공개매수예정자의 주요주주로서 그 권리를 행사하는 과정에서 공개매수의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 알게 된 자
3. 공개매수예정자에 대하여 법령에 따른 허가·인가·지도·감독, 그 밖의 권한을 가지는 자로서 그 권한을 행사하는 과정에서 공개매수의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 알게 된 자
4. 공개매수예정자와 계약을 체결하고 있거나 체결을 교섭하고 있는 자로서 그 계약을 체결·교섭 또는 이행하는 과정에서 공개매수의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 알게 된 자
5. 제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 자의 대리인(이에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임직원 및 대리인을 포함한다)·사용인, 그 밖의 종업원(제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임직원 및 대리인)으로서 그 직무와 관련하여 공개매수의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 알게 된 자
6. 공개매수예정자 또는 제1호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하는 자(제1호부터 제5호까지의 어느 하나의 자에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과하지 아니한 자를 포함한다)로부터 공개매수의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 받은 자

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(제1호부터 제5호까지의 어느 하나의 자에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과하지 아니한 자를 포함한다)는 주식등의 대량취득·처분(경영권에 영향을 줄 가능성이 있는 대량취득·처분으로서 대통령령으로 정하는 취득·처분을 말한다. 이하 이 항에서 같다)의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보(대통령령으로 정하는 방법에 따라 불특정 다수인이 알 수 있도록 공개되기 전의 것을 말한다. 이하 이 항에서 같다)를 그 주식등과 관련된 특정증권등의 매매, 그 밖의 거래에 이용하거나 타인에게 이용하게 하여서는 아니 된다. 다만, 대량취득·처분을 하려는 자가 제149조에 따른 공시 이후에도 상당한 기간 동안 주식등을 보유하는 등 주식등에 대한 대량취득·처분의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 그 주식등과 관련된 특정증권등의 매매, 그 밖의 거래에 이용할 의사가 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2009. 2. 3., 2013. 5. 28.>

1. 대량취득·처분을 하려는 자(그 계열회사를 포함한다. 이하 이 호 및 제2호에서 같다) 및 대량취득·처분을 하려는 자의 임직원·대리인으로서 그 직무와 관련하여 대량취득·처분의 실시 또는 중지예에 관한 미공개정보를 알게 된 자

교란행위(제178조의2)⁴⁹⁾와 같은 증권불공정거래의 경우 혐의자에 대하여 수사기관에의 고발 등 형사절차로 이어질 개연성을 항상 가지고 있고, 이러한 행정기관의 자료제출명령을 거부하거나, 조사를 거부방해하는 행위에 대하여 일정한 벌칙을 규정하고 있는 예가 진술거부권을 침해하는 것이라는 지적이 제기되어 왔다.⁵⁰⁾

2. 대량취득·처분을 하려는 자의 주요주주로서 그 권리를 행사하는 과정에서 대량취득·처분의 실시 또는 중지에 관한 미공개정보를 알게 된 자

3. 대량취득·처분을 하려는 자에 대하여 법령에 따른 허가·인가·지도·감독, 그 밖의 권한을 가지는 자로서 그 권한을 행사하는 과정에서 대량취득·처분의 실시 또는 중지에 관한 미공개정보를 알게 된 자

4. 대량취득·처분을 하려는 자와 계약을 체결하고 있거나 체결을 교섭하고 있는 자로서 그 계약을 체결·교섭 또는 이행하는 과정에서 대량취득·처분의 실시 또는 중지에 관한 미공개정보를 알게 된 자

5. 제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 자의 대리인(이에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임직원 및 대리인을 포함한다)·사용인, 그 밖의 종업원(제2호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임직원 및 대리인)으로서 그 직무와 관련하여 대량취득·처분의 실시 또는 중지에 관한 미공개정보를 알게 된 자

6. 대량취득·처분을 하려는 자 또는 제1호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하는 자(제1호부터 제5호까지의 어느 하나의 자에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과하지 아니한 자를 포함한다)로부터 대량취득·처분의 실시 또는 중지에 관한 미공개정보를 알게 된 자

47) 송호신, 시세조종행위에 대한 자본시장통합법의 규제, 한양법학 제27집, (2009),

48) 자본시장법 제178조(부정거래행위의 금지) ① 누구든지 금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다. 이하 이 조 및 제179조에서 같다), 그 밖의 거래와 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위

2. 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위

3. 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 유인할 목적으로 거짓의 시세를 이용하는 행위

② 누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이나 그 시세의 변동을 도모할 목적으로 풍문의 유포, 위계(偽計)의 사용, 폭행 또는 협박을 하여서는 아니 된다.

49) 자본시장법 제178조의2(시장질서 교란행위의 금지) 제1호에 해당하는 자는 제2호에 해당하는 정보를 증권시장에 상장된 증권(제174조제1항에 따른 상장예정법인등이 발행한 증권을 포함한다)이나 장내파생상품 또는 이를 기초자산으로 하는 파생상품(이를 모두 포괄하여 이하 이 항에서 “지정 금융투자상품”이라 한다)의 매매, 그 밖의 거래(이하 이 조에서 “매매등”이라 한다)에 이용하거나 타인에게 이용하게 하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 투자자 보호 및 건전한 시장질서를 해할 우려가 없는 행위로서 대통령령으로 정하는 경우 및 그 행위가 제173조의2제2항, 제174조 또는 제178조에 해당하는 경우는 제외한다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

가. 제174조 각 항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로부터 나온 미공개중요정보 또는 미공개정보인 정을 알면서 이를 받거나 전득(轉得)한 자

나. 자신의 직무와 관련하여 제2호에 해당하는 정보(이하 이 호에서 “정보”라 한다)를 생산하거나 알게 된 자

다. 해킹, 절취(竊取), 기망(欺罔), 협박, 그 밖의 부정한 방법으로 정보를 알게 된 자

라. 나목 또는 다목의 어느 하나에 해당하는 자로부터 나온 정보인 정을 알면서 이를 받거나 전득한 자

2. 다음 각 목의 모두에 해당하는 정보

가. 그 정보가 지정 금융투자상품의 매매등 여부 또는 매매등의 조건에 중대한 영향을 줄 가능성이 있을 것

나. 그 정보가 투자자들이 알지 못하는 사실에 관한 정보로서 불특정 다수인이 알 수 있도록 공개되기 전일 것

② 누구든지 상장증권 또는 장내파생상품에 관한 매매등과 관련하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위가 제176조 또는 제178조에 해당하는 경우는 제외한다.

1. 거래 성립 가능성이 희박한 호가를 대량으로 제출하거나 호가를 제출한 후 해당 호가를 반복적으로 정정·취소하여 시세에 부당한 영향을 주거나 줄 우려가 있는 행위

2. 권리의 이전을 목적으로 하지 아니함에도 불구하고 거짓으로 꾸민 매매를 하여 시세에 부당한 영향을 주거나 줄 우려가 있는 행위

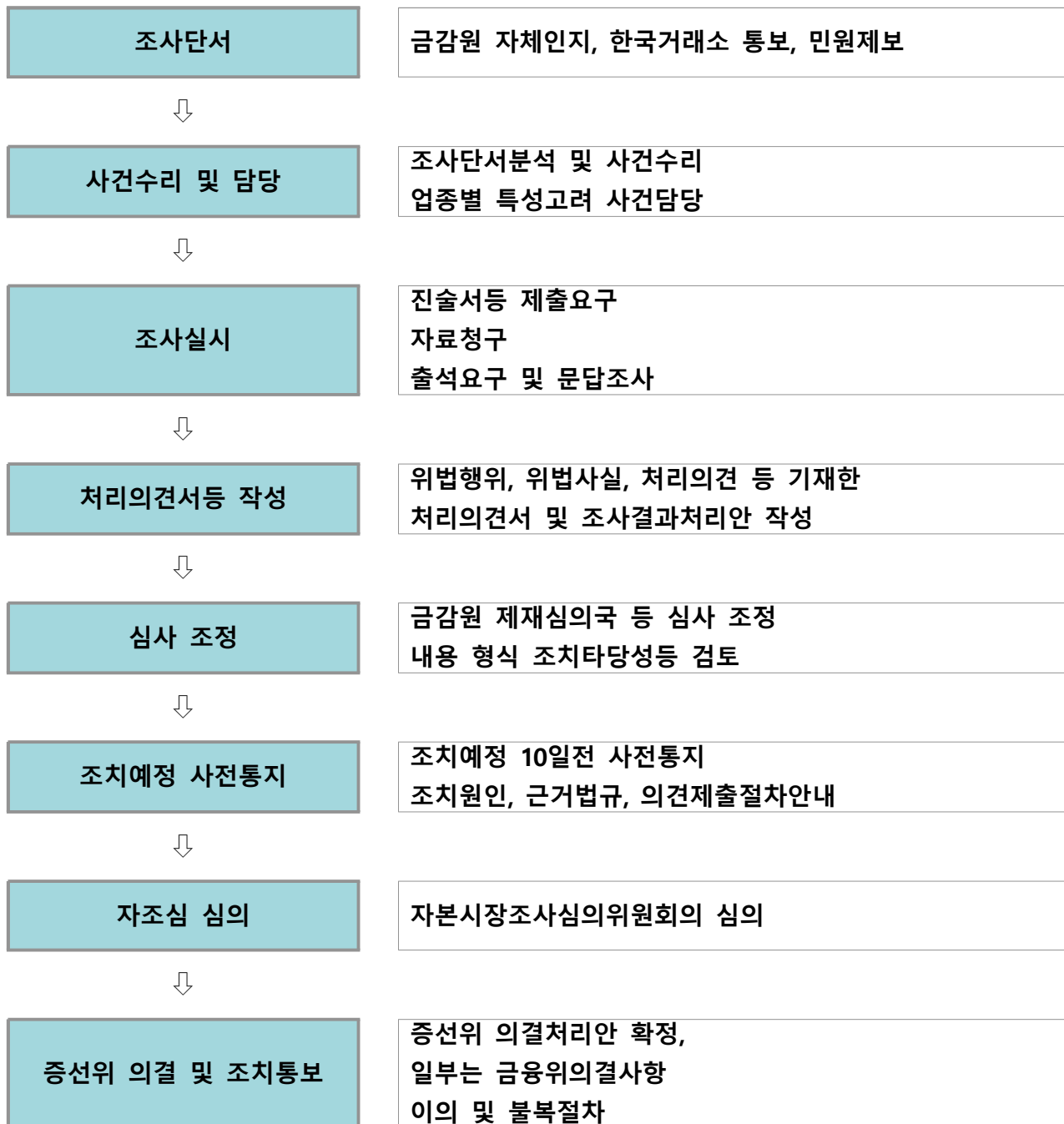
3. 손익이전 또는 조세회피 목적으로 자기가 매매하는 것과 같은 시기에 그와 같은 가격 또는 약정수치로 타인이 그 상장증권 또는 장내파생상품을 매수할 것을 사전에 그 자와 서로 짝 후 매매를 하여 시세에 부당한 영향을 주거나 영향을 줄 우려가 있는 행위

4. 풍문을 유포하거나 거짓으로 계획을 꾸미는 등으로 상장증권 또는 장내파생상품의 수요·공급 상황이나 그 가격에 대하여 타인에게 잘못된 판단이나 오해를 유발하거나 상장증권 또는 장내파생상품의 가격을 왜곡할 우려가 있는 행위

50) 이근우, 사실상 수사로서 행정조사의 형사절차적 한계, 고려대학교 법학석사학위논문, (2004).

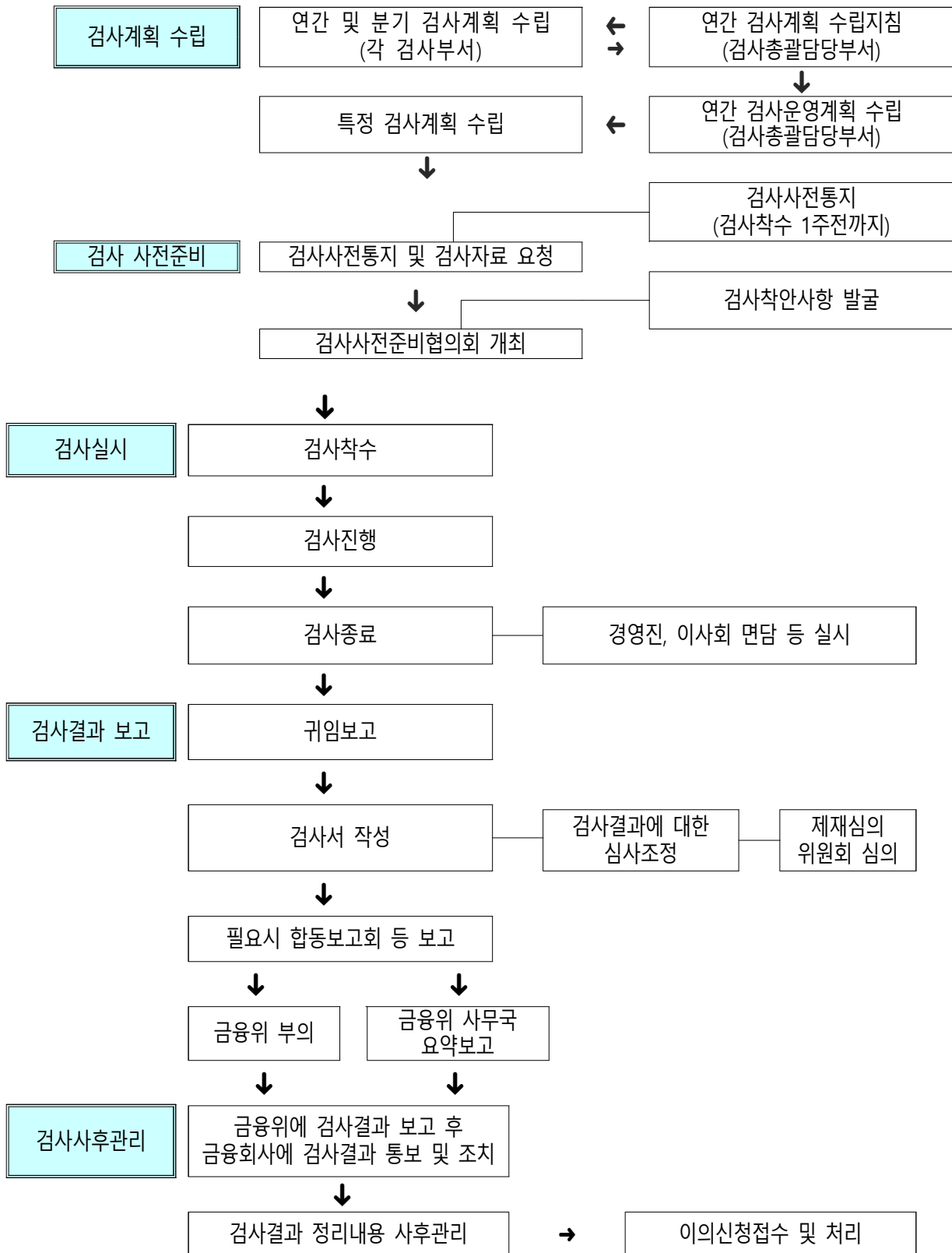
- 금융감독원 조사역에게 혐의자를 체포·구속하거나 압수수색할 수 있는 권한이 없다고 하더라도 조사 요구에 불응한 자에게 징역 또는 벌금을 부과할 수 있다.
 - 피조사자가 금융기관인 경우에는 금융감독원과의 관계상 금융감독원 조사역의 조사에 불응하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점에서 조사의 강제성을 띄고 있음
- 금융감독원의 조사절차가 형사고발권의 행사를 위한 행정조사에 해당한다면, 행정조사에서 수집된 증거 자료들이 행정청의 고발에 첨부되는 등으로 실질적으로 영장주의가 형해화되는 결과가 초래될 수 있으므로 그 조사행위가 행정조사보다는 수사행위에 해당하는 것으로 보아 피조사자에 대하여 적정절차가 보장되도록 할 필요성이 제기됨.
- 금융감독원의 조사절차가 형사절차라면 형사소송법이 적용되어야 하고, 행정절차라면 행정절차법이 적용되어야 한다.
- 실무상으로는 조사절차의 성격을 행정절차로 파악하고 있는데, 금융감독원이 행정기관인 금융위원회나 증권선물위원회의 권한위임을 받아 업무를 수행하고 있는 점에서 비롯된 것이다.
- 금융감독원의 조사를 행정조사라고 치부하여 형사절차에서 보장된 진술거부권, 변호인의 참여권 등을 인정하지 않으면서, 그러한 절차를 통해 만들어진 문답서에 대해서는 형사소송법 제313조(진술서)를 적용하여 형사소송법 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서)에 따라 피고인이 내용 부인할 경우 증거능력이 없어지는 사법경찰관리의 진술조서보다 증거능력을 쉽게 인정한다면 사법경찰관리의 수사와 같은 형사절차를 통하여 증거를 수집하는 대신 금융감독원 단계에서 조사하게 하고 이를 문답서 등을 통하여 증거를 남긴다. 실무상으로 강제수사권을 가지고 있지 않은 금융감독원은 수사의 필요성이 있다고 판단되면 검찰에 당해 사건을 고발하여 수사가 되도록 한다.

○ 금융감독원의 조사는 다음과 같은 단계에 의해서 이루어진다.



○ 금융감독원의 감사업무는 1) 감사계획 수립 → 2) 감사사전준비 → 3) 감사 실시 → 4) 감사결과 보고 → 5) 감사사후관리의 순으로 진행된다.

검사업무 흐름도



나. 금융감독원의 조사절차

- 조사절차에 관하여는 금융위원회 고시인 자본시장조사업무규정에 규정되어 있음⁵¹⁾
- 금융감독원은 이하의 방법에 의한 조사를 실시할 수 있음
 - 출석요구, 진술서제출요구 및 장부·서류 기타 물건의 제출요구, 장부·서류 그 밖의 물건의 영치, 관계자의 사무소 또는 사업장예의 출입을 통한 업무·장부·서류 그 밖의 물건의 조사, 금융투자업자, 금융투자업관계기관 또는 거래소에 대한 자료제출요구, 보고·자료제출요구 또는 조사, 금융거래정보등의 제공요구
 - 현장조사는 대부분의 경우에는 이루어지지 않으며, 주된 조사방법은 자료제출 및 참고인 출석에 의한 진술이 대부분임
 - 임의제출을 하지 않을 경우 사실상 이를 강제할 방법은 없으나, 금융감독원의 업무는 지속적인 관리 및 감독의 영역에 해당하므로 사업을 지속하고자 하는 상대방 기업이나 조사대상자로서는 조사요청에 대하여 사실상의 강제력 내지 구속력을 느끼는 것이 일반적일 것
- 금융감독원의 조사절차의 법적 성격
 - 조사절차가 형사절차라면 형사소송법이 적용되어야 하고, 행정절차라면 행정절차법이 적용됨. 조사절차의 성격을 행정절차로 파악하고 있는 것은 근본적으로 금융감독원이 행정기관인 금융위원회나 증권선물위원회의 권한위임을 받아 업무를 수행하고 있는 점에 기인하고 있음
 - 그러나 이러한 견해는 다음과 같은 측면에서 문제점이 제기되고 있는데, 금융감독원에서 조사를 행하는 목적이 주로 형사소추를 위한, 또는 최소한 형사증거를 수집하기 위한 경우가 많고 경우에 따라서는 온전히 그것만을 위한 경우도 있기 때문이며, 증권불공정거래를 한 자가 금융기관인 경우에는 조사를 통해 형사범죄사실에

51) [시행 2016. 12. 28.] [금융위원회고시 제2016-46호, 2016. 12. 28., 일부개정].

대해서는 증권선물위원회를 통해 검찰에 고발 또는 통보조치를 하는 한편으로 금융감독원에서도 기관 내지 개인에 대해 제재, 징계도 가능함⁵²⁾

○ 진술요청과 관련하여 절차적 보장 강화를 위한 노력으로 제보인의 신원보호를 위한 규정으로서 인적사항의 기재를 생략가능함이 추가되었음⁵³⁾

○ 2019년 금융위원회 산하 증권선물위원회 상임위원을 중심으로 구성된 자본시장 제재절차 개선 태스크포스(TF)는 개정내용

－ [변호인의 조력권 규정금융감독원 - 변호인의 조력권 침해 문제 제기] 기존에 자본시장법 위반 사건을 조사하는 과정에서 피조사자가 선임한 변호사의 입회를 금지해 적법절차 위반 논란이 거세다는 언론의 지적이 있었음. 금융위 자본시장조사단은 이미 2016년부터 증권범죄조사에 변호사 입회를 허용하고 있지만, 금감원은 불공정거래조사와 회계감리시 변호사의 입회를 허용하지 않아 문제점으로 지적되어 왔고 금감원의 행정조사에서도 변호사의 입회를 허용하여 변호인의 조력권을 보장함⁵⁴⁾

－ 금융감독원 특별사법경찰관리 직무규칙(이하 “집무규칙”) 개정을 통해서, 금융감독원 본원에 설치하는 특별사법경찰은 금융감독원 소속 직원 10명으로 구성되며, 자본시장담당 부원장 산하에 “자본시장특별사법경찰 전담부서”를 설치하고, 전담 부서장이 업무를 총괄하게 됨(집무규칙 제7조). 특별사법경찰의 담당업무는 증권선

52) 이정수, “금융감독원 증권불공정거래 조사절차의 형사소송법적 검토 - 서울중앙지방법원 2013. 12. 5. 선고 2013고단3067 판결과 같은 법원 2011. 1. 28. 선고 2010고합11 판결의 비교분석을 중심으로”, 법학평론 5, (2015.02), 301-302면.

53) 제16조(제보인등 진술의 청취) 조사원은 제6조제1항제2호·제4호의 규정에 해당하는 제보인등(법인의 경우 그 임직원)에 대하여 제보사항 등에 관한 진술을 요청할 수 있으며, 진술을 들을 때에는 문답서(별지 제11-1호 및 제11-2호 서식) 또는 진술서(별지 제12-1호 및 제12-2호 서식)를 작성하여야 한다. 다만, 제보인의 신원보호를 위해 필요한 경우 인적사항의 기재를 생략할 수 있다.<개정, 단서신설 2015. 7. 14.>(제16조)

54) 금융위원회는 2019. 5. 2. 금융감독원의 자본시장 불공정거래 조사 시 대리인의 참여를 허용하는 내용을 담은 ‘자본시장조사 업무규정 일부개정규정안’을 의결하였습니다. 이에 따라 3개월의 유예기간이 만료된 2019년 8월부터 금융감독원의 불공정거래 조사 시에 변호인의 입회가 본격적으로 허용되게 되었습니다. 물론 금융감독원의 특별사법경찰에 의하여 수사를 받는 경우에는 당연히 변호인 선임을 통한 변호인의 조력을 받을 권리가 보장됩니다. 금융감독원은 이에 추가하여 특별사법경찰의 출범을 계기로 기존에는 금융감독원 조사역의 조사에는 허용되지 않았던 변호인의 입회 권리까지 추가적으로 허용하기로 결정한 것. 이는 금융감독원 조사과정에서 피조사자의 권익을 보호하기 위한 조치로서 앞으로 금융감독원의 조사를 받는 사람은 본인이 원할 경우 조사과정에서 변호인의 입회를 신청할 수 있다. 만약 금융감독원이 변호인의 입회를 제한할 경우에는 구체적인 사유를 문답서 또는 별도 서류에 기재하고, 자본시장조사심의위원회 및 증권선물위원회의 안건 요약자료에 그 사유를 반드시 기재하여야 한다. 2017년 12월에는 헌법재판소에 “적법하게 선임한 변호사의 참여를 막은 것은 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로 위헌”이라며 금융감독원장과 금융감독원 조사국 검사역 및 팀장을 상대로 헌법소원이 제기될 정도로 변호인이 입회하지 않은 상황에서 받은 금융감독원 조사 내용은 향후 검찰이나 법원 단계에서 본인에게 상당히 불리한 자료로 활용될 가능성이 높아짐. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=139971>

물위원회 위원장이 Fast-Track 사건으로 선정하여 검찰청에 이첩한 자본시장 불공정거래 사건 중 서울남부지검이 지휘하는 사건을 처리하게 됨. Fast-Track 사건이라 함은 긴급 중대사건에 대해 증권선물위원회 심의를 생략하고 증권선물위원장의 결정으로 검찰에 이첩하는 제도로써 2013년 이후 총 93건이 Fast-Track으로 처리된 바 있음.⁵⁵⁾

- 특별사법경찰관은 자본시장 불공정거래 수사와 관련하여 검사의 수사지휘를 받아 자본시장법에 규정된 범죄에 관하여 수사를 개시하고 진행하게 됨(집무규칙 제9조, 제22조, 제24조). 또한 디지털포렌식 장비나 수사지원시스템 등 수사장비도 설치 운영할 수 있어(집무규칙 제16조, 제17조, 제19조), 이에 따라 금융감독원의 조사가 검찰 수사에 준하는 수준의 강도 높은 조사로 이어질 가능성이 높아짐.
- [영장주의 원칙에 따른 강제수사] 자본시장 불공정거래 특별사법경찰이 출범함으로써 그 동안의 금융감독원 조사와 가장 많이 다른 부분은 강제수사가 가능해졌다는 점입니다. 앞으로는 특별사법경찰이 수사하는 과정에서 영장주의 원칙에 따라 압수 수색, 체포, 구속, 금융거래 내역 조사 등이 가능해지므로(집무규칙 제37조, 제39조, 제43조, 제 45조), 임의조사만 가능했던 금융감독원 조사와는 근본적으로 조사 환경이 바뀐다고 할 수 있다.
- 조사자료에 대한 열람·복사권도 보장하여 조사대상자 본인에 한해 확인서·문답서 및 기타 자료의 열람 복사를 허용하기로 함
- 심의 단계에서는 제재대상자의 의견진술권을 확대함
- 금융위원회는 2019년 4월부터 관계기관간 협의를 거쳐 자본시장 불공정거래 특별사법경찰 운영방안을 마련하였고, 이에 따라 금융감독원은 2019. 6. 26. 금융감독원 특별사법경찰관리 집무규칙을 제정하였으며, 서울남부지방검찰청은 2019. 7. 17. 금융위 공무원 1명과 금감원 직원 15명을 자본시장 불공정거래 사건 수사를 위한 특별사법경찰(이하 “특별사법경찰”)에 임명함으로써 자본시장 불공정거래 특별사법경찰이 출범하게 되었다. 이렇게 임명된 자본시장 불공정거래 특별사법경찰은 압수 수색, 통신조회 등 강제수단을 활용한 수사가 가능해진다. 따라서 불공정거래 사건의 조사에 있어 기존의 금융감독원 조사국 및 금융위 자본시장조사단 중심의 임의

55) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=139971>

조사와 함께 검사의 지휘를 받은 특별사법경찰의 수사가 병행된다.⁵⁶⁾

- 특히, 조치기준의 합리성과 투명성을 높이기 위해 금융위와 금감원이 공개하지 않고 내부지침으로 활용하는 양정기준을 규정화해 공개하고 제재 감경사유를 명확히 하여 확대하는 한편 일부 불합리한 감경사유를 정비할 논의 중

다. 자본시장 불공정거래에 대한 금융규제기관과 수사기관의 역할

- 자본시장법은 불공정거래행위에 대한 행정조사와 수사를 통한 제재가 이루어지게 된다.
- 행정적 제재를 위한 사실확인 절차로서 행정조사는 제426조 및 제438조에 의하여 공무원이 아닌 금융감독원에 위탁하고 있으며 조사권한에 강제조사권한은 포함되지 않음
- 형사처벌을 위한 수사절차는 제427조에 의하여 금융 위언회 소속 조사공무원을 통하여 실시함이 경우 불공정 거래 혐의자에 대한 심문을 할 수 있으며, 검사에 청구로 법관이 발부한 영장을 가지고 압수 수색 등의 강제적인 조사가 가능함. 조사 공무원은 조사 수행시 형사소송법을 준용해야 함
- 조사공무원은 일종의 특별사법경찰관리로서 수사기관으로 볼 수 있으나, 그와 관계없이 그 공무원이 자본시장법 제427조에 해당된 규정 권한만을 행사함. 금융규제기관은 불공정거래에 대한 행정조사 및 조사결과에 따라 행정제재와 수사기관에 대한 고발, 통보 등의 조치를 함. 수사기관은 금융규제기관의 통보 또는 고발등의 조치에 따라 정식수사에 착수

라. 금융감독원의 조사절차의 매뉴얼(이하, 금융감독원 매뉴얼 중 발췌 정리)

56) <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=155127> (2019. 8. 9. 자 법률신문)

1) 검사준비단계 및 사전예고

- 검사착수란 검사 개시일에 검사대상 금융기관에 검사개시를 알리고 임점 검사원이 분장업무에 따라 검사를 개시하는 것을 말하며 현물이 있는 경우 현물 시채를 확인하여야 한다.
 - － 검사계획 수립 등 사전준비 실시를 위해서 금융감독원은 상시 모니터링 실시하고 연간 분기별 검사계획을 수립하며, 검사를 사전준비한다.
 - － 검사사전준비반을 편성 운영하고, 사전자료제출을 요청하고, 검사사전분비협의회 개최 등의 절차를 진행한다.
- 검사개시 통보는 검사실시통보서를 검사대상기관의 장(영업점장)에 교부하는 방법으로 하며 원칙적으로 검사원은 검사실시명령서 교부후에 검사에 임하여야 함
- 원칙적으로 모든 현장검사는 검사실시계획을 사전에 검사대상 금융기관에 통보하여야 함.
 - － 다만, 비리행위 적발 등 신속한 현장장악이 필요하거나 장표 및 서류의 조작·인멸 우려가 있는 금융회사에 대한 위탁·합동검사, 기타 불가피한 경우에는 그러하지 아니함.
- 사전예고의 시기를 정하여 현장검사 착수일 1주일전까지 통보
- 사전예고의 내용
 - － 검사착수시기, 검사인원, 검사범위 등 검사와 관련된 주요 사항을 검사실시전에 검사대상기관(또는 점포)에 통보
 - － 가급적 모든 사항을 통보토록 하되 예고시점에 확정되지 아니한 일부 사항은 생략 가능
 - － 사전 예고의 제외대상

가) 사전에 통지할 경우 자료·장부·서류 등의 조작·인멸, 대주주의 자산은닉 우려 등으로 검사목적 달성에 중요한 영향을 미칠 것으로 예상되는 경우

나) 검사 실시 사실이 알려질 경우 투자자 및 예금자 등의 심각한 불안 초래 등 금융시장에 미치는 악영향이 클 것으로 예상되는 경우

다) 긴급한 현안사항 점검 등 사전통지를 위한 시간적 여유가 없는 불가피한 경우

라) 기타 검사목적 달성이 어려워질 우려가 있는 경우로서 감독원장이 정하는 경우

○ 사전예고의 방법

- 검사사전예고는 공문(팀장전결)에 의한 통보를 원칙으로 함
- 사전예고를 위한 서식(검사사전예고통지서) 제정하여 활용하며, 사전자료를 징구하는 경우에는 사전징구자료 요청공문에 동 통지서를 첨부하여 통보하고, 사전자료를 징구하지 않는 경우에는 동 통지서로 공문 통보

○ 기타 사항

- (조사의 착수시각)은 영업시간 종료후 또는 개시전으로 하는 것이 일반적인 관례이나 사정에 따라서는 영업시간중에 착수할 수도 있음
- (신분증명, 증표제시) 검사원은 검사착수시 검사원임을 증명하는 증표로서 우리 원 신분증을 휴대하여야 하며, 검사반장은 검사대상기관의 장(영업점장)에게 검사실시 통보서를 교부하여야 함
- (안내책자 교부 및 설명) 검사 착수시 피검기관에게 검사목적, 검사대상기관 선정 사유 등을 설명하고, '검사업무처리절차 안내책자'를 교부하며 검사업무 진행절차, 이의신청절차, 금융회사의방어권 등 검사업무처리 전반에 대하여 설명함과 아울러 '검사업무 처리절차 안내문(1장짜리 요약문)'을 검사장 입구에 부착
- (사전분담 및 현장조치) 검사원은 사전에 분담된 업무별로 검사에 착수하게 되며, 검사반장은 중대한 사고 등으로 검사의 착수 또는 계속 진행이 곤란한 경우에는 필요한 조치를 취하고 지체없이 소관 국장에게 보고한 후 그 지시를 받아야 함

2) 검사개시착수(검사 실시)

- 검사반장은 검사현장에 도착하여 즉시 검사대상 금융회사의 장 또는 점포의 장에게 검사개시를 알리고 검사실시통보서를 교부한다.
 - － 검사실시통보서를 교부하고 관계자료의 제출요구 및 관련 임직원과의 면담 등을 추진
 - － 검사과정에서 수검자는 변호사등의 조력을 받을 수 있음을 고지함
 - － 검사를 받는 담당부서장에게 검사절차, 이의제기 및 방어권 보장절차 등을 포함하는 「검사업무 처리절차 안내」 책자를 교부
 - － 검사절차 안내문은 검사장 출입구에 부착
- 현물검사는 우선 시재의 일치여부를 확인하고 불일치 사유 등 구체적인 질의는 현물검사 완료 후 진행
 - － 현물검사는 반드시 검사대상 점포의 직원 입회하에 실시
- 수검기관 임직원들이 편안한 분위기 속에서 수검을 받을 수 있도록 ‘사무실’ 형태로 검사장을 배치
 - － 여유공간에는 면담장소(회의탁자)를 마련하되, 검사업무에 꼭 필요하지 않은 응접탁자 등은 제거
 - － 단, 부문검사 또는 소규모기관에 대한 종합검사와 같이 공간이 협소하여 별도의 면담장소를 마련하기 힘든 경우는 예외
 - － 금융회사의 수검부담 완화, 검사내용의 보안 유지 등을 위해 업무지원 수검기관 직원의 검사장내 상주는 최소화

3) 검사개시 면담

- 검사개시 면담절차로서 면담실시 전 면담이유 또는 목적을 가급적 명확히 밝히고, 면담시간은 사전에 협의하여 결정하며, 검사반장은 대상 금융회사의 감사(위원), 수검담당부서장 또는 영업점장과 검사개시 면담을 실시
 - 검사목적, 검사대상기관 선정사유, 중점 검사사항 등을 설명하고, 원활한 검사진행을 위한 성실한 자료제출 등의 협조를 요청함.
 - 검사개시 면담은 검사반장 판단에 따라 사전검사중 실시 가능

4) 검사자료 요구

- 금융회사에 대한 불요불급한 자료의 요청은 억제함
 - 업무보고서, 공시자료 및 금융회사로부터 기 제출받은 자료 등 자체 보유자료를 최대한 활용하고, 자료는 금융회사 인트라넷을 통해 최대한 스스로 확보하고, 가급적 가공을 하지 않은 원본형태로 자료를 요구
- 금융회사 또는 임직원이 정당한 사유 없이 협조를 거부시 검사 방해행위 등으로 제재를 추진
- 기타 검사자료 요구시 유의사항
 - 업무 종료시간에 임박하여 자료를 긴급하게 요청함으로써 야근을 유발하는 등의 부담을 주지 않도록 노력하여야 함.
 - 특정인의 금융거래정보 요청 시 사용목적에 필요한 최소한의 범위 내에서 거래자의 인적사항, 사용목적, 요구정보 내용을 기재한 '금융거래정보 제공요구서'에 의하여 특정점포에 요구
 - 검사조치 등과 관련하여 수검기관이 자율적으로 판단할 사안에 대하여는 법률자문 요구 금지

5) 검사결과 입증자료 징구

(1) 금융회사의 방어권 보장

- 문답 또는 확인서를 청구하는 경우에는 미리 해당 임직원에게 ‘방어권’과 ‘이의신청 절차’등에 관하여 설명하고, 이러한 설명을 듣고 충분히 이해하였다는 서명을 받음
- － 또한, 해당 임직원에게 위법·부당행위 혐의에 대해 충분히 소명할 수 있는 기회를 부여하고, 본인이 원할 경우 준법감시인, 변호사 또는 수검담당부서 임직원의 조력을 받을 수 있는 기회도 제공

(2) 확인서 제출 요구

- 확인서 내용은 구체적 사실관계 위주로 기재하고, 관련 문서 및 장표의 사본 등에 의하여 위법·부당행위가 입증되는 경우에는 확인서를 받지 않을 수 있음
- － 수검기관이 확인서 제출을 거부·지연할 우려가 있는 등 필요한 때에는 검사반장 명의로 기한을 정하여 공식문서로 확인서 제출을 요구함. 다만, 확인서 내용 중 사실과 다른 부분이 있거나 기타 의견이 있는 경우 의견서를 제출할 수 있도록 안내하고 의견서를 첨부
- 위법·부당의 정도가 낮은 현지도치사항에 대하여는 확인서 대신에 문서·장표사본 등을 입증자료로 청구

(3) 문답 실시 및 기록

- 검사반장은 업무효율성 확보 및 문답대상자 직위를 감안하여 관련내용을 가장 잘 숙지하고 있는 검사역을 지정하여 문답을 실시
- － 금융회사의 대표에 대한 문답은 검사반장이 실시하되, 자산규모 2조원 이하 금융회사의 경우에는 그러하지 아니함

- 검사반장은 금융회사 임직원이 원할 경우 변호사, 준법감시인 또는 수검담당부서 임직원 등을 입회인으로 지정하여 방어권을 보장
 - 금융회사 직원 등이 입회하지 않을 경우, 검사반장은 문답대상자의 지위를 고려하여 금융감독원 직원을 입회인으로 지정하고, 문답대상자별 문답을 담당할 검사원 및 입회인을 문답서관리대장에 기록

(4) 질문서

- 질문서를 받는 사람의 직위를 고려하여 질문서 발부 명의자를 차별화하여 발부
 - 금융지주, 은행, 증권, 보험 등 금융회사의 장에 대해서는 검사실시 부서장 명의로 발부하고, 기타 관련자의 경우는 검사반장 명의로 발부함. 다만, 검사현장에서 질문서를 발부하는 경우에는 금융회사의 장에 대해서도 검사반장의 명의로 발부
- 면담은 검사반장이 주재하는 것을 원칙으로 하며, 부서장 또는 임원은 필요 시 참가하여 총평, 경영진 당부사항, 감독·검사정책 등을 언급하고, 금융회사의 애로 및 건의사항을 청취
 - 검사반장은 경영진 면담 시 현장검사 중 발견된 주요 문제점, 지적예정사항 및 경영실태평가 결과(잠정)를 전달하고, 경영진 면담에서 제기된 금융회사의 합리적 의견에 대해서는 검토내용을 검사보고서 작성시 반영

6) 현지조치

- 현지조치의 처리 기준
 - 경미한 위법·부당행위가 이미 시정되어 별도조치가 불필요 하거나, 금융회사가 재발 방지를 위하여 자율적으로 관리할 것으로 기대되는 경우, 위반의 정도가 경미하고 책임소재가 분명하지 않은 경우, 단순한 착오 또는 오류에 의한 일회성의 경미한 위반사항 등

7) 현물검사

[일반사항]

- 검사착수시 현물검사는 소수의 제한된 인력으로 여러 종류의 현물을 확인하는 과정으로서 검사명령과 동시에 검사원별 업무를 적절히 분장함
 - － 검사원은 검사착수 즉시 현물관련 장부, 전산원장 및 검사대상 현물을 검사원 통제하에 두어야하고 현물의 수량과 금액이 장부와 일치하는지 여부를 확인하여야 함
 - － 아울러 검사원은 세심한 주의를 기울여 수검부서(점포)의 분위기 등을 세심히 관찰하고 사고의 은폐유무 등 중요한 검사정보를 얻도록 함
 - － 검사과정에서 과부족, 불일치 등 이상을 발견하였을 경우에는 수검기관 직원의 확인에 메모함과 아울러 필요하다고 판단되면 관련자의 확인서 등을 즉시 징구하고 구체적인 문제점 등은 현물 검사 종료후 본 검사 과정에서 정밀 검사를 통하여 처리함

[현물검사시 유의사항]

- 영업개시전에 착수하는 경우 현물검사의 지연에 따라 당일 영업준비에 차질이 발생되지 않도록 검사대상현물의 우선순위를 정하여 신속하고 정확하게 진행함
- 검사원은 「금융기관검사및제재에관한규정시행세칙」 제3조에서 정하는 복무 및 검사와 관련된 제규정과 검사원 복무수칙을 준수함은 물론 「금융실명거래및비밀보장에관한법률」 상의 금융거래정보 제공요건과 절차를 준수하여야 함
 - － 또한 검사원은 업무상 알게된 정보내용을 목적외로 이용하는 일이 없도록 각별히 유의하여야 함
 - － 현물검사는 반드시 검사원이 직접 수량과 금액을 확인하여야 하며 필요시 업무담당자가 아닌 금융기관 직원의 조력을 받을 수 있음(예 : 타점권 검사시 일부는 검

사원이 확인하고 나머지는 직원에게 확인케하여 결과를 합산한 후 장부와 대조)

- 현물검사 및 계정대사는 대사시점의 자산, 부채 상태를 확인하는 과정이므로 부당하게 조정되는 것을 방지하기 위하여 예고없이 실시하여야 함
 - 현물검사를 검사착수 즉시 실시하기가 곤란한 경우에는 봉인금융기관(금융기관검사및제재에관한규정 시행세칙 제20조, 제2-1호서식 부착), 기타의 방법에 의하여 검사원의 관리하에 두도록 조치하여야 함
 - 현물검사는 가능한 한 검사착수 당일중으로 완료하여야 하며 부득이한 사정으로 당일 완료하지 못하는 경우에는 봉인하였다가 익일 속행할 수 있음
 - 현물검사시 중요한 것은 검사원의 세심한 주의력과 침착성이며 검사중 은행직원의 거동과 점내 분위기 등을 부단히 관찰함으로써 사고유무에 대한 중요한 단서를 얻도록 유의하여야 함
 - 현물검사는 가능한 한 짧은 시간내에 완료하여야 하므로 개개의 사항에 대한 구체적인 확인은 현물검사 완료후 일괄하여 질의하는 것이 좋음
 - 현물검사시에는 반드시 검사대상점포의 직원을 입회시켜야 함

8) 검사개시 면담

[면담목적]

- 검사개시 면담은 검사착수시 검사반장이 금융기관의 임원, 수검관련 주요부서장 또는 영업점장에게 검사개요, 검사방향, 감독정책의 주요내용 등을 설명하고 원활한 검사진행을 위한 협조를 구하기 위해 실시하며, 이때에는 검사진행과 관련한 검사자료의 원활한 제출요청, 문제점 발견시 대처방향 등을 포함하여 설명

[면담 참석자]

- 금감원 : 검사반장
- 금융기관 : 감사(위원) 또는 주요 수검담당 부(실, 팀)장 영업점의 경우 점장 및 주요 책임자(차장급)

[면담시 논의 사항]

- 검사개요, 목적 및 방향, 주요 감독정책 내용 설명하고, 검사반 또는 검사원별 담당업무 설명한 후
검사반과 금융기관측과의 의견교환 방안

- 원활한 검사업무수행을 위한 협조 요청사항과 관심사항에 대한 질의응답
 - 동 면담시 금융감독원 감독·검사업무에 대한 금융회사 임직원의 고충·불만사항을 접수·처리하는 「감독행태 고충신고제도」를 운영하고 있음을 안내

[면담시 유의사항]

- 면담실시 전 면담이유 또는 목적을 가급적 명확히 밝혀야 함
- 면담시간은 사전에 협의하여 결정
- 검사 착수 전에 면담내용, 설명자료 등을 준비하여 필요한 사항만 설명함으로써 상대방이 불필요하게 시간을 낭비하는 일이 없도록 하고 정해진 시간초과시 상대방의 양해를 구함
- 자료제출요구는 상대방이 준비할 수 있는 시간을 충분히 배려하여 고유업무 처리에 지장을 주지 아니하는 범위내에서 요구하여야 함

9) 검사자료징구 등

[착수후 자료징구 및 업무현황 파악]

- 검사원은 검사착수가 완료되면 검사 사전징구자료 이외의 검사업무 수행상 필요한 검사자료를 검사대상기관 부점장에게 요구
 - 또한 검사대상기관 부점장으로부터 당해 부점에 대한 업무현황을 간략하게 보고받거나 질의하는 등 상호 의견을 교환함으로써 검사업무 수행상 참고할 사항을 파악하는 한편, 기타 애로 및 건의사항과 금융업무 전반에 관련된 정보사항을 수집하여 귀임 후 정보 및 건의사항 등으로 관련부서에 통보

[검사의 진행]

- 검사반장은 검사원의 업무를 적절히 분담시키고 검사원은 업무별 검사요령에 따라 분담업무에 대한 처리내용의 적정여부를 예의 검토하되, 중점검사사항을 우선적으로 검사하여야 하며 검사기간내에 담당업무에 대한 검사를 마칠 수 있도록 세부 일정계획을 수립하여 시간을 적절히 배분
 - 또한 검사대상기관의 일상업무 수행에 지장이 없도록 유의하여야 하며, 본점 종합검사의 경우에는 총괄반장 주관하에 각 업무별 검사반장 회의를 수시로 개최, 검사결과 필요한 정보사항을 상호교환하고 검사진행상황 등을 협의

[의견청취]

- 검사원은 검사진행중 납득하기 어려운 사항이 있을 때에는 일차적으로 검사대상기관의 취급책임자로부터 취급경위와 의견을 청취하여야 하며, 그래도 납득할 수 없는 경우에는 부점장의 의견을 들어 문제점 유무를 판단하여야 함. 문제점이 있다고 판단될 때에는 즉시 검사반장에게 보고하여 충분한 협의를 거친 후 조치요구할 방향을 결정하여야 함
 - 검사결과 나타난 위법·부당행위의 관련자 또는 당해 금융기관에 대하여는 의견진술의 기회를 주어야 함. 의견진술의 방법은 확인서에 관련 의견서를 첨부하거나, 문답서 또는 질문서에 의하며 관련자 또는 당해 금융기관이 의견제출을 하지 아니하거나 거부하는 경우에는 의견이 없는 것으로 봄
 - 검사과정에서의 의견청취 이외에도 금융기관 또는 금융기관 임직원에게 과태료 부과를 금융위앞 건의하고자 하는 경우 10일 이상의 기간을 정하여 당사자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주도록 하고 있음
 - 또한 금융기관 또는 그 임직원에게 대하여 제재를 하는 경우 그 제재에 관하여 행정심판의 제기, 기타 불복을 할 수 있는 권리에 관한 사항을 제재대상자에게 알려주어야 함(검사결과 통보공문에 동 내용 명기)
 - 이와 같은 의견청취제도는 행정절차법 제22조제3항에 의한 행정청의 행정행위로 인하여 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우 의견제출

의 기회를 주어야 한다는 법정신을 준용한 것임

[입증자료 징구]

- 검사원은 검사결과 나타난 금융기관 또는 금융기관 임직원의 위법·부당행위에 대하여는 확인서, 질문서, 의견서, 문서 및 장표의 사본 등과 같은 입증자료를 받아야 함
- 입증자료는 임원으로부터 받는 경우를 제외하고는 검사대상 금융기관의 부점장으로부터 담당 검사원이 징구함을 원칙으로 하나 필요한 경우에는 관련직원으로부터 직접 징구할 수 있음
- 문답 또는 확인서를 징구할 때는 해당 임직원에게 위법·부당행위 혐의에 대해 충분히 소명할 수 있도록 해야하며 임직원은 변호사 또는 기타 전문지식을 갖춘 사람의 조력을 받을 수 있음(금융기관검사및제재에관한규정 제8조의3)
- 문답서 또는 확인서를 징구시 미리 해당 임직원에게 대하여 방어권과 이의신청절차 등에 관하여 설명하고 이러한 설명을 듣고 충분히 이해하였다는 서명을 받아야 한다.

○ 확인서 징구

- 검사결과 나타난 위법 부당행위에 대한 증거를 보강하기 위하여 육하원칙(六何原則)에 따라 구체적 사실을 기재한 확인서를 징구할 수 있으며, 관련자 등이 의견진술을 희망하는 경우 의견서를 첨부하도록 할 수 있음. 다만, 관련 문서 및 장표의 사본 등에 의하여 위법 부당행위가 입증되는 경우에는 이를 징구하지 아니할 수 있음
- 의견서의 내용이 확인서 또는 질문서에 대한 답변의 내용과 상이한 경우에는 그 원인을 규명하는 등 상호 모순되는 검증자료를 징구하지 않도록 하여야 함
- 취급관련자 기재는 동 관련자가 단순 주의촉구 대상이거나 시정사항 및 주의사항의 관련자인 경우 확인서상에 기재하지 않고 있으며 검사서 통보시에도 기재하지 않음.
- 이는 경미한 사항의 관련자 책임문제까지 당원이 관여하는 것이 바람직하지 않다

는 판단과 금융기관 자율경영의 확대 등을 위한 취지임. 그러나 관련자가 위법·부당 행위의 주행위자이거나 이에 버금가는 책임이 있는 교사·방조자로서 문책대상인 경우에는 이를 확인서에 기재

○ 문답서 또는 질문서

- 위법 부당행위의 정도가 크거나 취급경위가 복잡하고 책임소재가 불분명한 사항에 대하여 관련자의 책임소재를 명확히 하고 행위의 동기 배경 등을 파악하기 위하여 검사현장에서 관련자와의 질의 응답을 통하여 문답서를 작성하거나 당해 금융기관 또는 관련자에게 질문서를 발부할 수 있음
- 질문서는 금융지주회사, 은행, 증권회사, 보험회사 등 금융기관의 장에 대해서는 검사실시 부서장의 명의로 발부하고, 기타 관련자의 경우에는 검사반장 명의로 발부 한다. 다만, 검사현장에서 질문서를 발부하는 경우에는 검사반장의 명의로 발부 (금융기관검사및제재에관한규정시행세칙 제24조)

○ 문서 및 장표 사본

- 검사결과의 입증을 위하여 필요한 경우에 징구하며, 원본과 상위없음을 관계인이 증명하도록 함
- 다만, 원본의 수량이 과다한 경우 필요한 부분을 발췌하거나 일정한 서식으로 정리할 수 있으며, 이 경우 출처를 명시하고 작성자가 날인토록 함

(5) 긴급사항에 대한 조치

- 검사반장은 검사업무 수행중에 중대한 위법·부당행위나 사고가 발견되어 긴급조치가 필요하다고 인정될 때에는 즉시 필요한 조치를 취하고 지체없이 국장에게 보고한 뒤 그 지시를 받아야 함

(6) 관계자 등에 대한 출석답변 및 자료제출 요구

- 검사반장은 검사업무 수행상 필요한 경우에는 증권거래법, 보험업법, 선물거래법 등 관계법령이 정하는 바에 의하여 당해 금융기관 또는 금융기관 이외의 관계자 및 관계거래처 또는 증인에게 “출석답변(자료제출) 협조요청서”에 의해 사실 및 상황관련 증언·진술 기타 필요한 장부·서류 등 자료제출을 요구할 수 있음
- 요청서는 검사실시기간중일 때에는 검사반장 명의, 검사종료후에는 국장 명의로 발부

(7) 검사관련 타점포 검사

- 검사반장은 검사업무 수행과정에서 당해 검사업무와 관련하여 위법·부당행위에 대한 증거인멸의 우려가 있는 경우, 사고의 규모가 급속히 확대될 우려가 있는 경우, 기타 검사대상 점포의 위법·부당행위의 내용을 종합적으로 파악하기 위하여 검사대상기관의 타점포 또는 여타 금융기관에 대하여 검사할 필요가 있는 경우에는 소속 국장의 지시를 받아 검사실시품의, 검사명령서 교부 등 필요한 절차를 취하고 검사를 실시할 수 있음
 - 다만, 검사대상 점포의 담당국이 다를 경우 담당 국장과의 협의를 거쳐야 함

10) 금융기관에 대한 금융거래정보 제공 요구 - 「금융실명법」상의 금융거래정보 요구 관련 규정내용

(1) 정보제공 및 제공요구의 원칙적 금지(제4조 제1항)

- 명의인의 서면상 요구나 동의 없이는 금융거래정보의 제공 및 제공요구를 원칙적으로 금지
- 다음의 경우는 예외적으로 정보제공 및 제공요구 허용
 - 법원의 제출명령이나 영장에 의한 경우, 세법에 의한 제공 및 제공요구, 국정감사 및 조사에 관한 법률에 의한 국정조사위원회의 의결로 요청하는 경우
- 감독기관의 업무상 요구

- 내부자거래 및 불공정 거래행위 조사, 객예금 횡령, 무자원입금 기표후 현금인출 등 금융사고의 적출, 구속성예금 수입, 자기앞수표 선발행 등 불건전 금융거래 행위의 조사, 금융실명 거래위반과 부외거래 등 법령위반 행위의 조사에 필요한 경우, 예금보험공사의 예금자표작성에 필요한 경우

(2) 정보제공요구 요건 및 절차(제4조 제1항 및 제2항)

- 정보제공 요구가 허용되는 경우에도 제공요건을 별도로 규정
- 사용목적에 필요한 최소한의 범위내에서 거래자의 인적사항, 사용목적, 요구정보(자료) 내용을 기재한 문서에 의하여 특정점포에 대해 요구하도록 엄격히 제한(단, 법원의 제출명령 또는 법관의 영장에 의한 경우는 거래정보를 보관관리하는 부서에 요구 가능)

(3) 금융감독원의 금융거래정보 제공 요구방법

- 당원 검사업무와 관련한 문제는 재정경제부 유권해석에 따르되 금융거래정보 제공 요구 절차 및 양식 등을 아래와 같이 제정·운용
 - (정보제공 요구 명의 및 전결권자) 정보제공 요구자 명의를 원장으로 하고 정보제공요구의 전결권은 국장(지원은 지원장)
- 금융거래정보 제공요구서(이하 "요구서") 발급 절차
 - (검사착수전 정보제공 요구내용이 확정된 경우) 검사착수전 금융거래정보 제공요구 공문에 대한 소관 국장의 결재 및 원장직인 조인을 득한 후 검사반장앞 교부
 - 정보제공요구 공문 품의 및 발급업무는 원칙적으로 검사반에서 처리하며, 공 문내용은 현재 사용중인 문서 준용(정보제공요구서 발급시 문서번호는 사무자동화에서 부여되는 번호 사용)
 - (검사착수후 정보제공 요구 사유가 발생한 경우) 검사현장에서 해당 국장앞 사무자동화시스템을 이용하여 전자결재를 요청하고, 결재후 기획팀에서 원장직인 조인을 받아 해당 검사반 또는 금융기관앞 송부 (원본은 즉시 우편 송부)

(4) 내부통제 강화에 따른 업무처리절차

- 정보요구서 발급시마다 확인

(5) 제공받은 금융거래정보에 대한 사후관리

- 금융거래정보 제공요구 문서에 첨부되는 “거래자인적사항 및 금융거래정보 요구 내용”상의 정보처리결과(보관, 반환, 폐기 등)에 대해 확인

< 처리결과 예시 >

- 입증자료 또는 검사참고자료로 보관하는 경우 : 보관
- 검사활용후 수검기관앞 반환한 경우 : 반환
- 정보의 원본(복사본)을 단순히 열람한 경우 : 열람
- 검사활용후 검사원이 직접 폐기한 경우 : 폐기

(6) 정보제공 요구사항에 대한 내부통제 강화

- 정보제공요구서에 요구 정보의 사용목적은 구체적으로 기재하고, 감사실의 정기감사시 정보제공 요구사항의 적정 여부를 중점감사사항으로 운영

(7) 부당한 정보제공 요구에 대한 거부 및 벌칙(제4조 제3항 및 제6조)

- 부당한 정보제공 요구에 대한 금융기관 직원의 거부
 - － 「실명법률」에 위배되는 부당한 정보제공 요구에 대하여는 금융 기관직원으로 하여금 거부토록 규정
- 부당한 정보제공 및 제공요구에 대한 벌칙 부과
 - － 부당하게 정보 등을 제공하거나 제공요구한 자에 대하여는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처함(징역과 벌금 병과 가능)

11) 보고서 작성

- 현장검사 종료 이후 귀임보고서 작성과 관련하여 검사반장은 검사종료 후 잠정적인 경영실태평가결과, 주요 조치요구사항 등 검사결과를 요약 정리한 귀임보고서를 작성
- 추가적인 사실 확인이 필요한 사안 등 특별한 사정이 있는 경우 귀임보고와 별도로 보고하고 기존 귀임보고서에 해당내용을 추가
 - 검사반장은 검사 종료 후 빠른 시일 내에 검사결과를 종합정리한 검사서를 작성하여야 함 . 다만, 금융회사의 특정부문에 대하여 실시하는 부문검사로써 조치요구사항이 없는 경우에는 검사결과의 요약정리 등으로 갈음할 수 있음
 - 검사서를 읽는 독자의 입장에서 이해하기 쉽도록 작성하며, 독자가 이해할 것으로 추측하여 지나치게 생략하지 않도록 함

(3) 검사결과 처리

- 검사결과 조치 예정사항에 대한 제재심의위원회 심의를 거치고 심의전 사전통지와 의견청취 절차를 가짐
- 검사결과는 금융위원회의 의결과 보고를 거치고, 검사서를 작성하며, 금융회사에서 검사결과를 통보함. 이의신청접수 및 처리등의 단계에 해당

12) 제재처분 사전통지(사전통지 및 의견진술 기회부여 등)

- 검사결과 금융회사 및 그 임직원에게 대하여 제재조치(금융회사 및 그 임직원에게 영업상·신분상·금전상 제재 전부)를 취하는 경우 제재대상자에게 제재처분이 예정된 사실 등을 사전에 통지하여 소명할 수 있는 기회를 부여
 - 제재심의위원회 개최 전에 조치하고자 하는 내용을 서면으로 10일 이상의 제출기간을 정하여 제재대상자에게 사전통지

○ 시기 및 절차

- 심사의를뢰를 공식적으로 하기 전에 미리 제재심의실과 실무협의를 거쳐 검사실시부서장이 소정양식에 따라 해당 금융회사에 기관 및 임직원(퇴직자 포함)에 대한 것을 일괄하여 통지
- 다만 금융관련법 등에서 의견청취 방법을 청문 등으로 별도로 정하고 있는 때에는 그 정한 바에 따름
- 의견청취는 서면제출 또는 구두진술 방식으로 실시
- 제재대상자가 개별적으로 금융감독원에 의견을 제출할 수 있으며, 제재대상자가 원할 경우 제재심의위원회에 참석하여 의견을 진술할 수도 있음
- 구두진술방식은 검사실시부서장 또는 검사실시부서장이 지명하는 자(담당검사역 제외)가 청취하여 구술의견기록서를 작성
- 검사실시부서장은 의견제출기한 경과 후 해당 금융회사로부터 관련 임직원에 대한 사전통지서의 전달 및 의견제출 여부를 확인한 후 이를 포함(반영)하여 제재심의실에 심사·조정 의뢰

○ 의견진술서 등의 처리

- 제재대상자가 제시한 의견을 수용하지 않는 경우에는 ‘금융회사 임직원의 제재조치 사전통지에 대한 의견 검토서’를 작성하여 제재심의위원회 부의안에 첨부(의견진술서 등 사본 포함)하되, 의견을 모두 수용한 경우에는 부의안 첨부 등 생략

○ 심사조정결과 통보

- 제재심의실은 심사조정이 완료되면 해당 검사부서에 검사서 등 관련자료와 함께 심사조정결과 (필요시 의견서)를 송부함

○ 제재심의위원회 심의, 금융위 부의 등 검사결과를 확정하기 위한 조치가 종결되면 금융회사에 검사결과를 문서로 통보

- 검사결과 신속한 조치가 필요하다고 감독원장이 인정하는 때에는 검사서 중 경영

실태평가서를 먼저 작성한 후 통보하거나 조치요구사항 중 일부를 분리하여 통보할 수 있음

- 검사서 중 신속한 조치가 필요한 내용을 분리 통보하는 것이 가능하므로 처리기간이 장기간 소요되는 내용과 비교적 단기간 내 처리가 가능한 사항을 분리하여 통보
 - 제도개선사항, 시정사항 등 신속한 조치가 필요한 검사결과는 제재조치와 분리하여 3개월 이내에 우선 통보할 수 있음
- 검사결과 제재내용을 인터넷 홈페이지에 공개
 - 제재공개는 특별한 사정이 없는 한 검사결과 통보일로부터 10일 이내에 실시하며 제재의 공정성·투명성 강화를 위해 기관주의, 개인주의 등 경징계 조치도 포함하여 원칙적 공개

13) 금감원 조사업무의 결과조치

- 금감원은 조사결과 불공정거래 혐의 등이 발견된 경우 불공정거래 혐의자에 대한 고발·수사기관 통보, 과징금 부과·증권발행 제한 등의 행정조치를
 - 고발·수사기관 통보 : 조사결과, 불공정거래 사실이 발견된 경우에는 원칙적으로 혐의자를 고발 또는 수사기관에 통보하고 있으며, 자본시장법 위반사항이 아닌 횡령·배임 등 다른 법규 위반사항이 발견된 경우 수사기관에 정보사항을 제공
 - 과징금 부과 : 조사결과 고의 또는 중대한 과실이 있는 공시의무 위반사실이 발견된 경우에는 원칙적으로 다른 조치에 우선하여 과징금을 부과. 증권신고서, 공개매수신고서 공시의무 위반의 경우 당해 법인뿐만 아니라 당해 법인의 대표이사 등 개인에 대해서도 과징금을 부과
 - 증권발행 제한 : 공시의무 위반행위에 대하여 특정한 사유(최대주주 및 경영진의 실질적인 교체 후 기업회생과정이 진행 중인 경우, 법인이 상장폐지된 경우 등)가 있는 경우 과징금 부과 대신 증권발행 제한조치가 가능

- 행정조치 : 조사결과 불공정거래 사실이 인정되나 그 위반정도가 경미하다고 판단되는 경우에는 경고·주의 등의 행정조치를 하고 있으며, 금융투자업자 및 임직원에 대한 행정조치도 병과

14) 조치요구사항에 대한 사후관리

- 금융회사는 조치요구사항에 대하여 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고 검사서를 접수한 날부터 기한 내에 필요한 조치를 취하고 조치종료 후 10일 이내에 감독원장에게 조치요구사항 정리보고서를 보고
 - 경영유의사항 6개월, 문책사항 2개월, 주의·변상·개선사항 3개월(단, 문책사항과 주의 또는 개선사항이 상호 연관된 경우 3개월)
- 검사실시부서장은 금융회사가 제출한 조치요구사항정리보고서를 심사하여 요구내용대로 이행되었거나 관련자의 사망 등 조치요구사항이 이행되기 어려운 경우 종결처리하고 조치내용이 미흡한 경우에는 적절한 기한을 정하여 재정리를 요구

15) 검사결과 보고·통보

(1) 검사결과 보고

(2) 검사서의 통보

- 원장 등 최종결재자의 결재, 금융위의 보고 또는 승인 등을 득한 경우에는 지체없이 검사서를 해당 금융회사에 통보
 - 주요지적사항의 경우 금융위에서 별도로 송부하므로 지적사항내역 란에는 “금융위 조치사항으로 같음”으로 기재. 수검금융회사 또는 그 임원에 대하여 제재하는 경우에는 이를 별도 통보하고 그 사실을 검사서의 문책사항 문단 말미에 기재
 - 조치요구사항과 관련하여 금융회사는 「문책사항」의 경우 우리 원이 징계종류를 결정하여 통보하는 경우를 제외하고는 「금융기관검사및제재에관한규정」 및 동 「시

행세척」에서 정하는 징계종류 및 기준 범위내에서 자율적으로 징계양정을 결정

○ 본지점 검사여부, 검사결과 조치내용의 중요도 등에 따라 다음과 같이 검사서 통보 방식을 달리 운용할 수 있음

○ 종합검사 결과: 담당 검사실시부서장이 해당 금융회사 감사에게 주요 조치내용 설명후 교부

－ 검사결과 주요 조치요구사항이 있는 경우: 검사반장이 위탁검사대상기관 감사 또는 검사대상회사 각 검사부장에게 교부

－ 검사결과 주요 조치요구사항이 없는 경우: 우편발송 등 담당 검사부서에서 적의처리

(3) 검사결과의 공개

○ (공개여부 사전 결정) 제재내용 공개 전 제재내용의 공개·비공개 여부를 제재권자가 사전에 결정

－ 제재공개여부 결정을 위해 금융위 부의안건 또는 원장(또는 전결권자) 결재문서에 지적사항별로 공개·비공개 여부를 표시

－ 공개하고자 하는 경우에는 공개안을 첨부, 공개하지 않고자 하는 경우에는 비공개 사유를 구체적으로 적시

－ 금융위 정례회의 안건에는 과거 제재양정사례 검토내용 포함

－ 특히, 제재내용 공개로 시장혼란 상황이 발생한 경우 유사사안은 비공개 처리하는 등 공개여부를 탄력적으로 운용

○ (제재공개 여부 금융위 보고) 감독원장에 위탁된 제재의 경우에는 검사결과 금융위 보고시 제재공개 여부도 함께 보고하여야 함

－ 해당 검사결과에 공개·비공개 여부를 적의 표시하는 방식으로 보고

○ (제재공개 시기) 제재공개는 특별한 사정이 없는 한 검사결과 통보일로부터 10일 이

내에 실시. 금융위 의결사항은 금융위의 조치결과 통보일 기준임.

- 동 기한 내에 공개되지 않을 경우 언론 등에서 문제제기 가능성이 있으므로 기한 내에 공개될 수 있도록 조치

○ (작성내용 및 요령) 금융회사명, 제재조치일자, 제재조치내용, 제재대상사실, 관계법규 등을 구체적으로 기재

- 금융회사명, 제재대상기관을 명시하되, 상호에 개인 실명이 포함되어 있는 경우에는 실명을 제외하고 기재
- 금융위 또는 우리원이 검사결과를 금융회사에 통보한 일자를 기재

○ (제재조치내용)

- 기재대상 : 기관주의, 임·직원 주의조치 및 조치의뢰 사항을 포함한 모든 제재와 금전적(과징금·과태료) 제재

○ (기타 사항)

- 금전적 제재 부과시에는 과징금·과태료 산출 내역서를 반드시 첨부

4. 국세청 - 국세기본법 및 조세범처벌절차법

가. 국세기본법상 세무조사

국세기본법상 세무조사를 행정조사에서 가장 중요한 행정조사의 하나로서 그 자체가 가지고 있는 납세의무자에 대한 부담으로 인해서 다양한 절차적 보완책을 국세기본법이 규정하고 있다.⁵⁷⁾

제81조의4(세무조사권 남용 금지) ① 세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사(「조세범 처벌절차법」에 따른 조세범칙조사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여

57) 정진오·정지선, “공평과세를 위한 세무조사제도 개선방안”, 조세법연구 XV-1 47면.

조사권을 남용해서는 아니 된다. <개정 2018. 12. 31.>

② 세무공무원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우가 아니면 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 재조사를 할 수 없다. <개정 2013. 1. 1., 2014. 12. 23., 2015. 12. 15., 2016. 12. 20., 2017. 12. 19., 2018. 12. 31.>

1. 조세탈루의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우
2. 거래상대방에 대한 조사가 필요한 경우
3. 2개 이상의 과세기간과 관련하여 잘못이 있는 경우
4. 제65조제1항제3호 단서(제66조제6항과 제81조에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제81조의15제5항제2호 단서에 따른 재조사 결정에 따라 조사를 하는 경우(결정서 주문에 기재된 범위의 조사에 한정한다)
5. 납세자가 세무공무원에게 직무와 관련하여 금품을 제공하거나 금품제공을 알선한 경우
6. 제81조의11제3항에 따른 부분조사를 실시한 후 해당 조사에 포함되지 아니한 부분에 대하여 조사하는 경우
7. 그 밖에 제1호부터 제6호까지와 유사한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

③ 세무공무원은 세무조사를 하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 장부등의 제출을 요구하여야 하며, 조사대상 세목 및 과세기간의 과세표준과 세액의 계산과 관련 없는 장부등의 제출을 요구해서는 아니 된다. <신설 2017. 12. 19.>

④ 누구든지 세무공무원으로 하여금 법령을 위반하게 하거나 지위 또는 권한을 남용하게 하는 등 공정한 세무조사를 저해하는 행위를 하여서는 아니 된다. <신설 2014. 1. 1., 2017. 12. 19.>

제81조의5(세무조사 시 조력을 받을 권리) 납세자는 세무조사(「조세범 처벌절차법」에 따른 조세범칙조사를 포함한다)를 받는 경우에 변호사, 공인회계사, 세무사

로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 할 수 있다. <개정 2011. 12. 31., 2018. 12. 31.>

제81조의6(세무조사 관할 및 대상자 선정) ① 세무조사는 납세지 관할 세무서장 또는 지방국세청장이 수행한다. 다만, 납세자의 주된 사업장 등이 납세지와 관할을 달리하거나 납세지 관할 세무서장 또는 지방국세청장이 세무조사를 수행하는 것이 부적절한 경우 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 국세청장(같은 지방국세청 소관 세무서 관할 조정의 경우에는 지방국세청장)이 그 관할을 조정할 수 있다. <신설 2014. 1. 1.>

② 세무공무원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 정기적으로 신고의 적정성을 검증하기 위하여 대상을 선정(이하 “정기선정”이라 한다)하여 세무조사를 할 수 있다. 이 경우 세무공무원은 객관적 기준에 따라 공정하게 그 대상을 선정하여야 한다. <개정 2013. 1. 1., 2014. 1. 1., 2017. 12. 19.>

1. 국세청장이 납세자의 신고 내용에 대하여 과세자료, 세무정보 및 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」에 따른 감사의견, 외부감사 실시내용 등 회계성실도 자료 등을 고려하여 정기적으로 성실도를 분석한 결과 불성실 혐의가 있다고 인정하는 경우

2. 최근 4과세기간 이상 같은 세목의 세무조사를 받지 아니한 납세자에 대하여 업종, 규모, 경제력 집중 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고 내용이 적정한지를 검증할 필요가 있는 경우

3. 무작위추출방식으로 표본조사를 하려는 경우

③ 세무공무원은 제2항에 따른 정기선정에 의한 조사 외에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 세무조사를 할 수 있다. <개정 2011. 5. 2., 2014. 1. 1., 2015. 12. 15.>

1. 납세자가 세법에서 정하는 신고, 성실신고확인서의 제출, 세금계산서 또는 계산서의 작성·교부·제출, 지급명세서의 작성·제출 등의 납세협력의무를 이행하지 아니한 경우

2. 무자료거래, 위장·가공거래 등 거래 내용이 사실과 다른 혐의가 있는 경우

3. 납세자에 대한 구체적인 탈세 제보가 있는 경우

4. 신고 내용에 탈루나 오류의 혐의를 인정할 만한 명백한 자료가 있는 경우

5. 납세자가 세무공무원에게 직무와 관련하여 금품을 제공하거나 금품제공을 알선한 경우

④ 세무공무원은 과세관청의 조사결정에 의하여 과세표준과 세액이 확정되는 세목의 경우 과세표준과 세액을 결정하기 위하여 세무조사를 할 수 있다. <개정 2014. 1. 1.>

⑤ 세무공무원은 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 자에 대해서는 제2항에 따른 세무조사를 하지 아니할 수 있다. 다만, 객관적인 증거자료에 의하여 과소신고한 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2014. 1. 1.>

1. 업종별 수입금액이 대통령령으로 정하는 금액 이하인 사업자

2. 장부 기록 등이 대통령령으로 정하는 요건을 충족하는 사업자

제81조의7(세무조사의 통지와 연기신청 등) ① 세무공무원은 세무조사를 하는 경우에는 조사를 받을 납세자(납세자가 제82조에 따라 납세관리인을 정하여 관할 세무서장에게 신고한 경우에는 납세관리인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에게 조사를 시작하기 15일 전에 조사대상 세목, 조사기간 및 조사 사유, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 통지(이하 이 조에서 “사전통지”라 한다)하여야 한다. 다만, 사전통지를 하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2011. 12. 31., 2017. 12. 19., 2018. 12. 31.>

② 사전통지를 받은 납세자가 천재지변이나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유로 조사를 받기 곤란한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 세무관서의 장에게 조사를 연기해 줄 것을 신청할 수 있다. <개정 2017. 12. 19.>

③ 제2항에 따라 연기신청을 받은 관할 세무관서의 장은 연기신청 승인 여부를 결

정하고 그 결과(연기 결정 시 연기한 기간을 포함한다)를 조사 개시 전까지 통지하여야 한다. <개정 2021. 12. 21.>

④ 관할 세무관서의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 제3항에 따라 연기한 기간이 만료되기 전에 조사를 개시할 수 있다. <신설 2021. 12. 21.>

1. 제2항에 따른 연기 사유가 소멸한 경우

2. 조세채권을 확보하기 위하여 조사를 긴급히 개시할 필요가 있다고 인정되는 경우

⑤ 관할 세무관서의 장은 제4항제1호의 사유로 조사를 개시하려는 경우에는 조사를 개시하기 5일 전까지 조사를 받을 납세자에게 연기 사유가 소멸한 사실과 조사기간을 통지하여야 한다. <신설 2021. 12. 21.>

⑥ 세무공무원은 제1항 단서에 따라 사전통지를 하지 아니하고 조사를 개시하거나 제4항제2호의 사유로 조사를 개시할 때 다음 각 호의 구분에 따른 사항이 포함된 세무조사통지서를 세무조사를 받을 납세자에게 교부하여야 한다. 다만, 폐업 등 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다. <신설 2017. 12. 19., 2021. 12. 21.>

1. 제1항 단서에 따라 사전통지를 하지 아니하고 조사를 개시하는 경우: 사전통지 사항, 사전통지를 하지 아니한 사유, 그 밖에 세무조사의 개시와 관련된 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

2. 제4항제2호의 사유로 조사를 개시하는 경우: 조사를 긴급히 개시하여야 하는 사유

제81조의8(세무조사 기간) ①세무공무원은 조사대상 세목·업종·규모, 조사 난이도 등을 고려하여 세무조사 기간이 최소한이 되도록 하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 세무조사 기간을 연장할 수 있다. <개정 2010. 1. 1., 2011. 12. 31., 2014. 1. 1., 2018. 12. 31.>

1. 납세자가 장부·서류 등을 은닉하거나 제출을 지연하거나 거부하는 등 조사를 기피하는 행위가 명백한 경우

2. 거래처 조사, 거래처 현지확인 또는 금융거래 현지확인이 필요한 경우
 3. 세금탈루 혐의가 포착되거나 조사 과정에서 「조세범 처벌절차법」에 따른 조세범칙조사를 개시하는 경우
 4. 천재지변이나 노동쟁의로 조사가 중단되는 경우
 5. 제81조의16제2항에 따른 납세자보호관 또는 담당관(이하 이 조에서 “납세자보호관등”이라 한다)이 세금탈루혐의와 관련하여 추가적인 사실 확인이 필요하다고 인정하는 경우
 6. 세무조사 대상자가 세금탈루혐의에 대한 해명 등을 위하여 세무조사 기간의 연장을 신청한 경우로서 납세자보호관등이 이를 인정하는 경우
- ② 세무공무원은 제1항에 따라 세무조사 기간을 정할 경우 조사대상 과세기간 중 연간 수입금액 또는 양도가액이 가장 큰 과세기간의 연간 수입금액 또는 양도가액이 100억원 미만인 납세자에 대한 세무조사 기간은 20일 이내로 한다. <신설 2010. 1. 1.>
- ③ 제2항에 따라 기간을 정한 세무조사를 제1항 단서에 따라 연장하는 경우로서 최초로 연장하는 경우에는 관할 세무관서의 장의 승인을 받아야 하고, 2회 이후 연장의 경우에는 관할 상급 세무관서의 장의 승인을 받아 각각 20일 이내에서 연장할 수 있다. 다만, 다음 각 호에 해당하는 경우에는 제2항의 세무조사 기간의 제한 및 이 항 본문의 세무조사 연장기간의 제한을 받지 아니한다. <신설 2010. 1. 1., 2014. 1. 1., 2014. 12. 23., 2019. 12. 31.>
1. 무자료거래, 위장·가공거래 등 거래 내용이 사실과 다른 혐의가 있어 실제 거래 내용에 대한 조사가 필요한 경우
 2. 역외거래를 이용하여 세금을 탈루(脫漏)하거나 국내 탈루소득을 해외로 변칙유출한 혐의로 조사하는 경우
 3. 명의위장, 이중장부의 작성, 차명계좌의 이용, 현금거래의 누락 등의 방법을 통하

여 세금을 탈루한 혐의로 조사하는 경우

4. 거짓계약서 작성, 미등기양도 등을 이용한 부동산 투기 등을 통하여 세금을 탈루한 혐의로 조사하는 경우

5. 상속세·증여세 조사, 주식변동 조사, 범칙사건 조사 및 출자·거래관계에 있는 관련자에 대하여 동시조사를 하는 경우

④ 세무공무원은 납세자가 자료의 제출을 지연하는 등 대통령령으로 정하는 사유로 세무조사를 진행하기 어려운 경우에는 세무조사를 중지할 수 있다. 이 경우 그 중지기간은 제1항부터 제3항까지의 세무조사 기간 및 세무조사 연장기간에 산입하지 아니한다. <신설 2010. 1. 1.>

⑤ 세무공무원은 제4항에 따른 세무조사의 중지기간 중에는 납세자에 대하여 국세의 과세표준과 세액을 결정 또는 경정하기 위한 질문을 하거나 장부등의 검사·조사 또는 그 제출을 요구할 수 없다. <신설 2017. 12. 19.>

⑥ 세무공무원은 제4항에 따라 세무조사를 중지한 경우에는 그 중지사유가 소멸하게 되면 즉시 조사를 재개하여야 한다. 다만, 조세채권의 확보 등 긴급히 조사를 재개하여야 할 필요가 있는 경우에는 세무조사를 재개할 수 있다. <신설 2010. 1. 1., 2017. 12. 19.>

⑦ 세무공무원은 제1항 단서에 따라 세무조사 기간을 연장하는 경우에는 그 사유와 기간을 납세자에게 문서로 통지하여야 하고, 제4항 및 제6항에 따라 세무조사를 중지 또는 재개하는 경우에는 그 사유를 문서로 통지하여야 한다. <개정 2010. 1. 1., 2017. 12. 19.>

⑧ 세무공무원은 세무조사 기간을 단축하기 위하여 노력하여야 하며, 장부기록 및 회계처리의 투명성 등 납세성실도를 검토하여 더 이상 조사할 사항이 없다고 판단될 때에는 조사기간 종료 전이라도 조사를 조기에 종결할 수 있다. <신설 2014. 1. 1., 2017. 12. 19.>

제81조의9(세무조사 범위 확대의 제한) ① 세무공무원은 구체적인 세금탈루 혐의가 여러 과세기간 또는 다른 세목까지 관련되는 것으로 확인되는 경우 등 대통령령으

로 정하는 경우를 제외하고는 조사진행 중 세무조사의 범위를 확대할 수 없다.

② 세무공무원은 제1항에 따라 세무조사의 범위를 확대하는 경우에는 그 사유와 범위를 납세자에게 문서로 통지하여야 한다.

제81조의10(장부등의 보관 금지) ① 세무공무원은 세무조사(「조세범 처벌절차법」에 따른 조세범칙조사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 목적으로 납세자의 장부등을 세무관서에 임의로 보관할 수 없다. <개정 2018. 12. 31.>

② 제1항에도 불구하고 세무공무원은 제81조의6제3항 각 호의 어느 하나의 사유에 해당하는 경우에는 조사 목적에 필요한 최소한의 범위에서 납세자, 소지자 또는 보관자 등 정당한 권한이 있는 자가 임의로 제출한 장부등을 납세자의 동의를 받아 세무관서에 일시 보관할 수 있다.

③ 세무공무원은 제2항에 따라 납세자의 장부등을 세무관서에 일시 보관하려는 경우 납세자로부터 일시 보관 동의서를 받아야 하며, 일시 보관증을 교부하여야 한다.

④ 세무공무원은 제2항에 따라 일시 보관하고 있는 장부등에 대하여 납세자가 반환을 요청한 경우에는 그 반환을 요청한 날부터 14일 이내에 장부등을 반환하여야 한다. 다만, 조사 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 제81조의18제1항에 따른 납세자보호위원회의 심의를 거쳐 한 차례만 14일 이내의 범위에서 보관 기간을 연장할 수 있다.

⑤ 제4항에도 불구하고 세무공무원은 납세자가 제2항에 따라 일시 보관하고 있는 장부등의 반환을 요청한 경우로서 세무조사에 지장이 없다고 판단될 때에는 요청한 장부등을 즉시 반환하여야 한다.

⑥ 제4항 및 제5항에 따라 납세자에게 장부등을 반환하는 경우 세무공무원은 장부등의 사본을 보관할 수 있고, 그 사본이 원본과 다름없다는 사실을 확인하는 납세자의 서명 또는 날인을 요구할 수 있다.

⑦ 제1항부터 제6항까지에서 규정한 사항 외에 장부등의 일시 보관 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제81조의11(통합조사의 원칙) ① 세무조사는 납세자의 사업과 관련하여 세법에 따라 신고·납부의무가 있는 세목을 통합하여 실시하는 것을 원칙으로 한다. <개정 2017. 12. 19.>

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 특정한 세목만을 조사할 수 있다. <신설 2017. 12. 19.>

1. 세목의 특성, 납세자의 신고유형, 사업규모 또는 세금탈루 혐의 등을 고려하여 특정 세목만을 조사할 필요가 있는 경우
2. 조세채권의 확보 등을 위하여 특정 세목만을 긴급히 조사할 필요가 있는 경우
3. 그 밖에 세무조사의 효율성 및 납세자의 편의 등을 고려하여 특정 세목만을 조사할 필요가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 호의 사항에 대한 확인을 위하여 필요한 부분에 한정하여 조사(이하 “부분조사”라 한다)를 실시할 수 있다. <신설 2017. 12. 19., 2018. 12. 31.>

1. 제45조의2제3항, 「소득세법」 제156조의2제5항 및 제156조의6제5항, 「법인세법」 제98조의4제5항 및 제98조의6제5항에 따른 경정 등의 청구에 대한 처리 또는 제51조제1항에 따른 국세환급금의 결정을 위하여 확인이 필요한 경우
2. 제65조제1항제3호 단서(제66조제6항 및 제81조에서 준용하는 경우를 포함한다) 또는 제81조의15제5항제2호 단서에 따른 재조사 결정에 따라 사실관계의 확인 등이 필요한 경우
3. 거래상대방에 대한 세무조사 중에 거래 일부의 확인이 필요한 경우
4. 납세자에 대한 구체적인 탈세 제보가 있는 경우로서 해당 탈세 혐의에 대한 확인이 필요한 경우
5. 명의위장, 차명계좌의 이용을 통하여 세금을 탈루한 혐의에 대한 확인이 필요한 경우

6. 그 밖에 세무조사의 효율성 및 납세자의 편의 등을 고려하여 특정 사업장, 특정 항목 또는 특정 거래에 대한 확인이 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

④ 제3항제3호부터 제6호까지에 해당하는 사유로 인한 부분조사는 같은 세목 및 같은 과세기간에 대하여 2회를 초과하여 실시할 수 없다. <신설 2017. 12. 19.>

제81조의12(세무조사의 결과 통지) ① 세무공무원은 세무조사를 마쳤을 때에는 그 조사를 마친 날부터 20일(제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 40일) 이내에 다음 각 호의 사항이 포함된 조사결과를 납세자에게 설명하고, 이를 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 납세관리인을 정하지 아니하고 국내에 주소 또는 거소를 두지 아니한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2011. 12. 31., 2017. 12. 19., 2018. 12. 31., 2019. 12. 31.>

1. 세무조사 내용

2. 결정 또는 경정할 과세표준, 세액 및 산출근거

3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

② 제1항에도 불구하고 세무공무원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 제1항에 따른 기간 이내에 조사결과를 통지할 수 없는 부분이 있는 경우에는 납세자가 동의하는 경우에 한정하여 조사결과를 통지할 수 없는 부분을 제외한 조사결과를 납세자에게 설명하고, 이를 서면으로 통지할 수 있다. <신설 2019. 12. 31.>

1. 「국제조세조정에 관한 법률」 및 조세조약에 따른 국외자료의 수집·제출 또는 상호합의절차 개시에 따라 외국 과세기관과의 협의가 진행 중인 경우

2. 해당 세무조사와 관련하여 세법의 해석 또는 사실관계 확정을 위하여 기획재정부 장관 또는 국세청장에 대한 질의 절차가 진행 중인 경우

③ 상호합의절차 종료, 세법의 해석 또는 사실관계 확정을 위한 질의에 대한 회신 등 제2항 각 호에 해당하는 사유가 해소된 때에는 그 사유가 해소된 날부터 20일(제11조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 40일) 이내에 제2항에 따라 통지

한 부분 외에 대한 조사결과를 납세자에게 설명하고, 이를 서면으로 통지하여야 한다. <신설 2019. 12. 31.>

제81조의13(비밀 유지) ① 세무공무원은 납세자가 세법에서 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 국세의 부과·징수를 위하여 업무상 취득한 자료 등(이하 “과세정보”라 한다)을 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의 용도로 사용해서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 사용 목적에 맞는 범위에서 납세자의 과세정보를 제공할 수 있다. <개정 2014. 1. 1., 2017. 12. 19., 2019. 12. 31.>

1. 국가행정기관, 지방자치단체 등이 법률에서 정하는 조세, 과징금의 부과·징수 등을 위하여 사용할 목적으로 과세정보를 요구하는 경우
2. 국가기관이 조세쟁송이나 조세범 소추(訴追)를 위하여 과세정보를 요구하는 경우
3. 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 의하여 과세정보를 요구하는 경우
4. 세무공무원 간에 국세의 부과·징수 또는 질문·검사에 필요한 과세정보를 요구하는 경우
5. 통계청장이 국가통계작성 목적으로 과세정보를 요구하는 경우
6. 「사회보장기본법」 제3조제2호에 따른 사회보험의 운영을 목적으로 설립된 기관이 관계 법률에 따른 소관 업무를 수행하기 위하여 과세정보를 요구하는 경우
7. 국가행정기관, 지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 공공기관이 급부·지원 등을 위한 자격의 조사·심사 등에 필요한 과세정보를 당사자의 동의를 받아 요구하는 경우
8. 「국정감사 및 조사에 관한 법률」 제3조에 따른 조사위원회가 국정조사의 목적을 달성하기 위하여 조사위원회의 의결로 비공개회의에 과세정보의 제공을 요청하는 경우
9. 다른 법률의 규정에 따라 과세정보를 요구하는 경우

② 제1항제1호·제2호 및 제5호부터 제9호까지의 규정에 따라 과세정보의 제공을 요구하는 자는 문서로 해당 세무관서의 장에게 요구하여야 한다. <개정 2014. 1. 1., 2017. 12. 19.>

③ 세무공무원은 제1항 및 제2항을 위반하여 과세정보의 제공을 요구받으면 그 요구를 거부하여야 한다.

④ 제1항에 따라 과세정보를 알게 된 사람은 이를 타인에게 제공 또는 누설하거나 그 목적 외의 용도로 사용해서는 아니 된다.

⑤ 이 조에 따라 과세정보를 제공받아 알게 된 사람 중 공무원이 아닌 사람은 「형법」이나 그 밖의 법률에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

⑥ 제1항 단서에 따라 과세정보를 제공받은 자는 과세정보의 유출을 방지하기 위한 시스템의 구축 등 대통령령으로 정하는 바에 따라 과세정보의 안전성 확보를 위한 조치를 하여야 한다. <신설 2019. 12. 31.>

제81조의14(납세자의 권리 행사에 필요한 정보의 제공) ① 납세자 본인의 권리 행사에 필요한 정보를 납세자(세무사 등 납세자로부터 세무업무를 위임받은 자를 포함한다)가 요구하는 경우 세무공무원은 신속하게 정보를 제공하여야 한다.

② 제1항에 따라 제공하는 정보의 범위와 수임대상자 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

세무조사에 대한 절차적인 통제에 대해서는 다양한 법원의 판결이 있다.⁵⁸⁾ 국세기본법과 별도로 국세청 훈령인 조사사무처리규정은 세무조사에 대한 정의규정을 두고 있는 바, 이에 의하면 세무조사는 세법에 규정하는 질문조사권 또는 질문검사권에 근거하여 조사공무원이 납세자의 국세에 관한 정확한 과세표준과 세액을 결정 또는 결정하기 위하여 조사계획에 의해 세무조사 사전통지 또는 세무조사 통지를 실시한 후 납세자 또는 납세자와 거래가 있다고 인정되는 자 등을 상대로 질문하고 장부·서류·물건 등을 검사·조사하거나 그 제출을 명하는 행위라고 보고 있다.⁵⁹⁾

58) 이종교, “법원 판결을 통해 살펴본 세무조사의 절차적 통제”, 조세법연구 23-2 (2017) 109면.

나. 조세범처벌법상 조세범칙조사

○ 압수수색권과 참고인 참여

- 조세범칙행위 혐의자 또는 참고인을 심문하거나 압수 또는 수색
- 압수 또는 수색을 할 때에는 대통령령으로 정하는 사람을 참여하게 하여야 한다.
(제8조)

○ 압수·수색영장

- 세무공무원이 제8조에 따라 압수 또는 수색을 할 때에는 근무지 관할 검사에게 신청하여 검사의 청구를 받은 관할 지방법원판사가 발부한 압수·수색영장이 있어야 함

○ 심문조서 등의 작성

- 세무공무원은 심문하거나 압수 또는 수색을 하였을 때에는 조서에 그 경위(經緯)를 기록하여 심문을 받은 사람 또는 제8조 후단에 따른 참여자에게 확인하게 한 후 그와 함께 서명날인을 하여야 한다. 이 경우 서명날인을 하지 아니하거나 할 수 없을 때에는 그 사유를 조서에 기록하여야 한다(법 제11조)

○ 타국가기관에의 협조요청권

- 국세청장·지방국세청장 또는 세무서장은 조세범칙조사를 실시하기 위하여 필요한 경우에는 다른 국가기관에 협조를 요청할 수 있다.
- “협조요청을 받은 국가기관은 특별한 사유가 없으면 요청에 따라야 함”을 규정함

5. 관세청－『관세청법』에 의한 조사

59) 국세청 조사사무처리규정 제3조 제1호.

○ 사법경찰관리의 직위는 특별사법경찰관으로서의 지위이다.

- 세관공무원은 관세법에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행함(제295조)

○ 압수수색권

- 수색·압수영장(제296조)
- 현행범의 체포(제297조)
- 검증수색(제300조). 세관공무원은 관세법 조사에 필요하다고 인정할 때에는 선박·차량·항공기·창고 또는 그 밖의 장소를 검증하거나 수색할 수 있음

○ 운송수단의 출발 정비

- 관세청장이나 세관장은 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 집행하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 운송수단의 출발을 중지시키거나 그 진행을 정지시킬 수 있음(제262조)

○ 서류의 제출 또는 보고 등의 명령권

- 관세청장이나 세관장은 필요하다고 인정될 때에는 물품·운송수단 또는 장치 장소에 관한 서류의 제출·보고 또는 그 밖에 필요한 사항을 명하거나, 세관공무원으로 하여금 수출입자·판매자 또는 그 밖의 관계자에 대하여 관계 자료를 조사하게 할 수 있음(제263조)

○ 자료제출요구권

- 과세자료의 요청(제264조)
- 장부 또는 자료의 제출 등(제266조). “수출입업자·판매업자 또는 그 밖의 관계자에 대하여 질문하거나 문서화·전산화된 장부, 서류 등 관계 자료 또는 물품을 조사하거나, 그 제시 또는 제출을 요구” 가능

○ 봉쇄조치권

- 세관공무원은 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 행위를 방지하기 위하여 필요하다고 인정될 때에는 물품, 운송수단, 장치 장소 및 관계 장부·서류를 검사 또는 봉쇄하거나 그 밖에 필요한 조치를 할 수 있음(제265조)

○ 무기의 휴대 및 사용(제267조)

○ 관계 기관의 장에 대한 원조요구(제267조의 2)

- 육군·해군·공군의 각 부대장, 국가경찰관서의 장, 해양경찰관서의 장

○ 피의자, 증인 또는 참고인 조사권(제291조)

○ 피의자, 증인 또는 참고인의 출석요구권(제294조)

- 피의자·증인 또는 참고인에게 출석 요구를 할 때에는 출석요구서를 발급하여야 함

○ 검증수색(제300조)

- 세관공무원은 관세범 조사에 필요하다고 인정할 때에는 선박·차량·항공기·창고 또는 그 밖의 장소를 검증하거나 수색할 수 있음.

○ 조사중 출입금지(제307조)

- 세관공무원은 피의자·증인 또는 참고인에 대한 조사·검증·수색 또는 압수 중에는 누구를 막론하고 그 장소에의 출입을 금할 수 있음

○ 조사절차와 관련된 제한 규정

- 제복착용 또는 신분증명증표제시(제308조)
- 야간집행의 제한(제306조). “해 진 후부터 해 뜨기 전까지는 검증·수색 또는 압수를 할 수 없다. 다만, 현행범인 경우에는 그러하지 아니하다.” 이미 시작한 검증·수색 또는 압수는 제1항에도- “ 해 진 후부터 해 뜨기 전까지라하더라도 - 불구하고 계속할 수 있음

6. 노동부 - 근로기준법/ 노동위원회- 노동위원회법⁶⁰⁾

○ 근로감독권의 권한(근로기준법 제102조) 및 사법경찰관의 직무수행

- 사업장, 기숙사, 그 밖의 부속 건물을 현장조사하고 장부와 서류의 제출을 요구할 수 있으며 사용자와 근로자에 대하여 심문(尋問)할 수 있다.
- 근로감독관은 이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령 위반의 죄에 관하여 「사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 정하는 바에 따라 사법경찰관의 직무를 수행한다.

○ 노동위원회의 조사권(노동위원회법 제23조)

- 근로자, 노동조합, 사용자, 사용자단체, 그 밖의 관계인에 대하여 출석·보고·진술 또는 필요한 서류의 제출을 요구하거나 위원장 또는 부문별 위원회의 위원장이 지명한 위원 또는 조사관으로 하여금 사업 또는 사업장의 업무상황, 서류, 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있음
- 조사하는 위원 또는 조사관은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 제시해야
- 관계 당사자 외에 필요하다고 인정되어 출석한 사람에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 비용을 변상함을 규정
- 노동위원회는 심판사건과 차별적 처우 시정사건의 신청인이 제출한 신청서 부분을 다른 당사자에게 송달하고 이에 대한 답변서를 제출하도록 하여야 하며, 다른 당사자가 제출한 답변서의 부분을 지체 없이 신청인에게 송달하여야 함

○ 조사관련 비밀엄수의 규정(제28조)

- 노동위원회의 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 사람은 직무에 관하여 알게 된 비밀을 누설하면 안되며, 노동위원회의 사건 처리에 관여한 위원이나 직원 또는 그 위원이었거나 직원이었던 변호사·공인노무사 등은 영리를 목적으로 그 사건에 관한 직무를 하면 아니됨[전문개정 2015. 1. 20.]

60) 노동위원회는 다시 '지방노동위원회'와 '중앙노동위원회'로 구분된다.

○ 조사방해에 대한 제재(제31조) - 500만원 이하의 벌금

- 노동위원회의 보고 또는 서류제출 요구에 응하지 아니하거나 거짓으로 보고하거나 거짓의 서류를 제출한 자
- 관계 위원 또는 조사관의 조사를 거부·방해 또는 기피한 자

7. 방송통신위원회-『방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률』 및 『전기통신사업법』에 의한 조사

가. 자료제출요구권(제25조 제4항)

○ 심의위원장은 필요한 경우에는 방송사업자, 중계유선방송사업자, 전광판방송사업자, 외주제작사, 인터넷 멀티미디어 방송 콘텐츠사업자 등에게 심의에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다.

○ 자료제출을 요구받은 방송사업자등은 “정당한 사유가 없으면 이에 따라야 함”을 규정하고 있음<개정 2018. 2. 21.>(제25조 제4항)

나. 사실조사권

○ 출입 및 장부 등 조사권

- 사업장에 출입하여 장부, 서류, 그 밖의 자료나 물건을 조사(전기통신사업법 제51조 제2항)

○ 사전통지

- 조사 7일 전까지 조사기간·이유·내용 등에 대한 조사계획을 해당 전기통신사업자에게 알려야 함
- 다만, 긴급한 경우나 사전에 통지하면 증거인멸 등으로 조사 목적을 달성할 수 없다고 인정하는 경우 예외조항 둠 (동법 제51조 제3항)

○ 증표제시의무 및 관계자 참여권 보장

- 사업장에 출입하여 조사하는 사람은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 보여 주어야 함
- 해당 사무소나 사업장의 관계인을 참여시켜야 함(동법 제51조 제4항)

○ 제출명령 및 보관권

- 조사를 하는 소속 공무원은 필요한 자료나 물건의 제출을 명할 수 있음
- 제출된 자료나 물건의 폐기·은닉·교체 등 증거인멸의 우려가 있는 경우에는 그 제출된 자료나 물건을 일시 보관할 수 있음(동법 제51조 제5항)

○ 보관하고 있는 자료나 물건의 즉시 반환의무규정(제51조 제6항)

- 보관한 자료나 물건을 검토한 결과 해당 조사와 관련이 없다고 인정되는 경우
- 해당 조사 목적의 달성 등으로 자료나 물건을 보관할 필요가 없어진 경우

○ 제재조치권(동법 제25조 제1항)

- 방송법」 제100조제1항에 따른 제재조치·권고 또는 의견제시
- 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 유통에 대한 취급의 거부·정지 또는 제한

○ 조사 방해에 대한 제재시 과태료 규정(제104조)

- 자료의 제공 요청이나 출석명령에 따르지 아니한 자
- 자료 제출 명령에 응하지 아니하거나 거짓으로 자료를 제출한 자
- 자료나 물건의 제출명령 또는 제출된 자료나 물건의 일시 보관을 거부 또는 기피하거나 이에 지장을 주는 행위를 한 자
- 검사를 거부·방해 또는 기피한 자
- 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자
- 자료의 열람·제출 및 검사 요구에 따르지 아니하거나 거짓으로 자료제출을 한 자
- 시정명령 등을 이행하지 아니한 자

8. 기획재정부－『외국환거래법』에 의한 조사

○ 타 행정기관에 대한 자료제출요구권 및 응대의무(제20조)

- － 거래 당사자 또는 관계인으로 하여금 필요한 보고를 하게 할 수 있으며, 비거주자에 대한 채권을 보유하고 있는 거주자로 하여금 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 보유 채권의 현황을 기획재정부장관에게 보고하게 할 수 있음
- － 기획재정부장관은 국세청, 한국은행, 금융감독원, 외국환업무취급기관등 이 법을 적용받는 관계 기관의 장에게 관련 자료 또는 정보의 제출을 요구할 수 있으며, 이 경우 관계 기관의 장은 특별한 사유가 없으면 그 요구에 따라야 함
- － 기획재정부장관은 소속 공무원으로 하여금 외국환업무취급기관등이나 그 밖에 이 법을 적용받는 거래 당사자 또는 관계인의 업무에 관하여 검사하게 할 수 있음
- － 기획재정부장관은 효율적인 검사를 위하여 필요하다고 인정되는 경우에는 외국환업무취급기관등이나 그 밖에 이 법을 적용받는 거래 당사자 또는 관계인의 업무와 재산에 관한 자료의 제출요구가능

○ 조사방해에 대한 제재(제32조)－ 3천만원 이하의 과태료 부과

- － 신고를 갈음하는 사후 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 사후 보고를 한 자
- － 검사에 응하지 아니하거나 검사를 거부·방해 또는 기피한 자

9. 식품의약품안전처－『식품위생법』에 의한 조사

○ 출입·검사·수거의 대상 및 내용

- － 식품의약품안전청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 식품 등의 위해방지·위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 영업자가 그 밖의 관계인에게 필요한 서류나 그 밖의 자료의 제출요구 및 관계 공무원으로 하여금 출입·검사·수거 등의 조치를 할 수 있음
- － 영업소(사무소, 창고, 제조소, 저장소, 판매소, 그 밖에 이와 유사한장소를 포함한

다)에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 식품 등 또는 영업시설 등에 대하여 하는 검사

- 검사에 필요한 최소량의 식품 등의 무상 수거
- 영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람

제22조(출입·검사·수거등)① 식품의약품안전처장(대통령령으로 정하는 그 소속 기관의 장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 식품등의 위해방지·위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 다음 각 호의 구분에 따른 조치를 할 수 있다. <개정 2009. 5. 21., 2011. 6. 7., 2013. 3. 23.>

1. 영업자나 그 밖의 관계인에게 필요한 서류나 그 밖의 자료의 제출 요구
2. 관계 공무원으로 하여금 다음 각 목에 해당하는 출입·검사·수거 등의 조치

가. 영업소(사무소, 창고, 제조소, 저장소, 판매소, 그 밖에 이와 유사한 장소를 포함한다)에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 식품등 또는 영업시설 등에 대하여 하는 검사

나. 가목에 따른 검사에 필요한 최소량의 식품등의 무상 수거

다. 영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람

② 식품의약품안전처장은 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 제1항에 따른 출입·검사·수거 등의 업무를 수행하면서 식품등으로 인하여 발생하는 위생 관련 위해방지 업무를 효율적으로 하기 위하여 필요한 경우에는 관계 행정기관의 장, 다른 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 행정응원(行政應援)을 하도록 요청할 수 있다. 이 경우 행정응원을 요청받은 관계 행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다. <개정 2013. 3. 23.>

③ 제1항 및 제2항의 경우에 출입·검사·수거 또는 열람하려는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 **조사기간, 조사범위, 조사담당자**, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다. <개정 2016. 2. 3.>

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

- 식품위생법에 따르면 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 식품 등의 위해방지·위생관리와 영업질서의 유지를 위하여 필요하면 영업소에 출입하여 영업에 사용하는 식품등을 수거하거나 영업시설 등에 대하여 하는 검사하고, 영업에 관계되는 장부 또는 서류의 열람할 수 있음(식품위생법 제22조 제1항).
- － 식품위생법은 “검사”이외 “조사”라는 용어(조사기간, 조사범위, 조사담당자)를 사용하고 있는데(식품위생법 제22조 제3항), 이러한 조사도 행정조사의 하나이며, 대상물에 직접 실력을 행사할 때는 행정상 즉시강제로 해석될 수 있음.
- 검사란 대상과 기준이나 법규와의 적합여부를 확인하는 행위로서 행정청이 식품이 안전하게 생산되고 유통되고 있는지, 혹은 허위표시가 이루어지지 않는가를 확인하고 이를 시정하기 위한 기초적인 실행 조치에 해당됨. 이와 관련하여 수색 영장이 필요한지 여부가 문제될 수 있음
 - － 당사자의 진정한 동의나 협조가 있는 경우에는 영장이 필요하지 않을 것.
 - － 당사자의 동의가 없는 경우 해당 조사의 목적과 내용이 범죄의 수사가 아닌 행정적 조사로 여겨지거나 긴급한 경우라면 영장이 필요하지 않을 것.
- 출입·검사·수거의 실시
 - － 동법 시행규칙 제19조에 따르면 국민의 보건위생을 위하여 필요하다고 판단되는 경우 수시로 출입·검사·수거 등을 실시한다고 규정
 - － 다만, 행정처분을 받은 업소에 대한 출입·검사·수거 등은 그 처분일로부터 6개월 이내에 1회 이상 실시하도록 규정하고 있고, 이때 행정처분을 받은 영업자가 그 처분의 이행 결과를 보고하는 경우에는 예외
- 권한을 표시하는 증표의 제시(별지 제18호 서식)
 - － 검사기관의 시험기록서 작성 및 보관의무에 대하여 규정하고 있다(동조 제4항).
 - － 동 시행규칙 제22조에서는 검사 결과의 보고 등에 관하여 규정하고 있다.

○ 폐쇄조치권한(제79조 제1항)

- 해당 영업소의 간판 등 영업 표지물의 제거나 삭제
- 해당 영업소가 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등의 부착
- 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인(封印)

○ 봉인 해제(제79조 제2항)

- 봉인한 후 봉인을 계속할 필요가 없거나 해당 영업을 하는 자 또는 그 대리인이 해당 영업소 폐쇄를 약속하거나 그 밖의 정당한 사유를 들어 봉인의 해제를 요청하는 경우에는 봉인을 해제할 수 있으며, 해당 조치를 하려면 해당 영업을 하는 자 또는 그 대리인에게 문서로 미리 알려하지만 급박한 사유가 있을시는 예외
- 봉인 조치는 그 영업을 할 수 없게 하는 데에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 함
- 봉인 조치시 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 함

○ ‘행정적 조사’라고 하는 것은 정기적으로 법규의 준수여부를 확인하는 것으로 미국 연방식품의약화장품법(FD&C Act)의 해석상 이론이 정립되어 있음⁶¹⁾

- 오래 동안 감독과 검사에 밀접한 관행이 있거나, 광범하게 규율 받는 사업을 내용으로 하는 산업체에 대한 검사는 영장이 필요하지 않음
- 당사자가 출입을 거부하는 경우 영장이 없다면 강제력을 행사할 수 없게 됨

○ 행정조사는 조사결과에 의해서 피조사자에게 불이익이 발생할 수 있으므로 조사결과에 이의가 있을 경우에는 이에 대한 불복절차로 재조사(재검사)가 규정되기도 하는 바, 식품위생법도 재검사를 규정하고 있다.

61) 금태환, “식품안전 행정의 실효성 확보- 한국 식품위생법과 미국 연방식품의약화장품법상의 조치의 비교를 중심으로”, 경북대학교 법학연구원 법학논고 제53집, (2016) 참조.

제23조(식품등의 재검사) ① 식품의약품안전처장(대통령령으로 정하는 그 소속 기관의 장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제22조, 「수입식품안전관리 특별법」 제21조 또는 제25조에 따라 식품등을 검사한 결과 해당 식품등이 제7조 또는 제9조에 따른 식품등의 기준이나 규격에 맞지 아니하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 해당 영업자에게 그 검사 결과를 통보하여야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2015. 2. 3.>

② 제1항에 따른 통보를 받은 영업자가 그 검사 결과에 이의가 있으면 검사한 제품과 같은 제품(같은 날에 같은 영업시설에서 같은 제조 공정을 통하여 제조·생산된 제품에 한정한다)을 식품의약품안전처장이 인정하는 국내외 검사기관 2곳 이상에서 같은 검사 항목에 대하여 검사를 받아 그 결과가 제1항에 따라 통보받은 검사 결과와 다를 때에는 그 검사기관의 검사성적서 또는 검사증명서를 첨부하여 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 재검사를 요청할 수 있다. 다만, 시간이 경과함에 따라 검사 결과가 달라질 수 있는 검사항목 등 총리령으로 정하는 검사항목은 재검사 대상에서 제외한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 5. 28.>

③ 제2항에 따른 재검사 요청을 받은 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 영업자가 제출한 검사 결과가 제1항에 따른 검사 결과와 다르다고 확인되거나 같은 항의 검사에 따른 검체(檢體)의 채취·취급방법, 검사방법·검사과정 등이 제7조제1항 또는 제9조제1항에 따른 식품등의 기준 및 규격에 위반된다고 인정되는 때에는 지체 없이 재검사하고 해당 영업자에게 재검사 결과를 통보하여야 한다. 이 경우 재검사 수수료와 보세창고료 등 재검사에 드는 비용은 영업자가 부담한다. <개정 2013. 3. 23., 2014. 5. 28.>

④ 제2항 및 제3항에 따른 재검사 요청 절차, 재검사 방법 및 결과 통보 등에 필요한 사항은 총리령으로 정한다. <신설 2018. 12. 11.>

10. 중앙선거관리위원회(공직선거법)

○ 선거범죄 관련 출입, 조사, 서류제출요구권, 동행출석요구권, 현장조치권(제272조의 2)

- 그 장소에 출입하여 관계인에 대하여 질문·조사를 하거나 관련서류 기타 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있음

- 현장에서 선거범죄에 사용된 증거물품으로서 증거인멸의 우려가 있다고 인정되는 때에는 조사에 필요한 범위 안에서 현장에서 이를 수거 가능
- 누구든지 제1항의 규정에 의한 장소의 출입을 방해하여서는 아니되며 질문·조사를 받거나 자료의 제출을 요구받은 자는 이에 응하여야 함(제3항)
- 선거범죄 조사와 관련하여 관계자에게 질문·조사하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 선거관리위원회에 동행 또는 출석할 것을 요구가능
- 각급선거관리위원회위원·직원은 선거의 자유와 공정을 현저히 해할 우려가 있는 이 법에 위반되는 행위가 눈앞에 행하여지고 있거나, 행하여질 것이 명백하다고 인정되는 경우에는 그 현장에서 행위의 중단 또는 예방에 필요한 조치를 할 수 있음
- 증표제시의무

○ 박재윤, 권력적 사실행위의 처분성, 행정법연구, 제54호, (2018), 171면. 및 변호인의 조력을 받을 권리

- 피조사자에 대하여 질문·조사를 하는 경우 질문·조사를 하기 전에 피조사자에게 진술을 거부할 수 있는 권리 및 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 알리고, 문답서에 이에 대한 답변을 기재하여야 함
- 각급선거관리위원회 위원·직원은 피조사자가 변호인의 조력을 받으려는 의사를 밝힌 경우 지체 없이 변호인(변호인이 되려는 자를 포함한다)으로 하여금 조사에 참여하게 하거나 의견을 진술하게 하여야 함
- 소명절차·방법, 증거자료의 수거, 증표의 규격 기타 필요한 사항은 중앙선거관리위원회규칙으로 정함

○ 통신자료열람제출요구권(제272조의 3)

1) 승인이 필요한 경우

- 각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)직원은 정보통신망을 이용한 법 위반행위의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 당해 선거관리위원회의 소재지를 관할하는 고등법원 수석부장판사 또는 이에 상당하는 부장판사의 승인을 얻어 정보통신서비스제공자에게 당해 정보통

신서비스 이용자의 성명(이용자를 식별하기 위한 부호를 포함)·주민등록번호·주소(전자우편주소·인터넷 로그기록자료 및 정보통신망에 접속한 정보통신기기의 위치를 확인할 수 있는 자료를 포함)·이용기간·이용요금에 대한 자료의 열람이나 제출을 요청 가능

- 정보통신서비스제공자에게 이용자의 성명·주민등록번호·주소·이용기간·이용요금, 송화자 또는 수화자의 전화번호, 설치장소·설치대수에 대한 자료의 열람이나 제출을 요청가능

2) 승인이 필요하지 않은 경우

- 인터넷 홈페이지 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편을 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항
- 문자메시지를 전송한 사람의 성명·주민등록번호·주소 등 인적사항 및 전송통수

제5절 부정경쟁행위 행정조사 국내외 입법례 검토⁶²⁾

I. 미국

- 종래 대륙법계 국가에서는 즉시강제의 이론적 근거를 국가긴급권에서, 영미법계 국가에서는 불법방해와 자력제거에서 구하여 왔음. 오늘날의 법치국가에서는 국민의 자유나 재산에 침해를 가하는 행정상 즉시강제의 발동근거가 이론만으로는 정당화될 수 없는 것이고, 실정법상 근거를 가져야 함⁶³⁾
- 행정상 즉시강제라 함은 목전에 급박한 행정상의 장애를 제거할 필요가 있으나 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 성질상 의무를 명하여서는 목적달성이 곤란한 때 실력을 가하여 행정상의 필요한 상태를 실현하는 작용을 말함
 - － 협의의 즉시강제란 대집행과 직접강제를 행함에 있어서 목전에 급박한 장애의 제거와 같은 긴급한 사유가 발생함으로 인해, 계고, 수단의 확정과 같은 절차를 생략하고 즉시로 직접 사인의 신체 또는 재산에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 의미함
 - － 당사자의 신체나 재산에 대한 실력행사인 점에서, 단순한 비권력적 사실행위가 아니라 권력적 성질을 갖는 사실행위로서 평가되고 있으며, 행정쟁송의 대상인 처분성이 인정되고 있음
- 미국은 행정절차법에서 행정조사에 관한 법률주의를 규정하고 있으며, 행정기관의 정보수집을 위해서 주로 출입검사, 소환장발부, 보고의무 등을 활용하고 있음⁶⁴⁾

62) 김태우, “과징금 제도의 입법론적 문제점과 개선방안”, 법제논단, (2013.6), 54면.

63) 이근우, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무, 제14호, 한국형사소송법학회, (2022), 107면 이하.

64) 김민배, “미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차”, 한국산업보안연구, 제16호, 한국산업보안연구학회, (2019), 55면; 금태환, “영장없는 현장조사의 가능성- 미국법상 “광범하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로”, 행정법 이론실무학회, (2016), 117-118면.

– 미국 행정법은 당사자의 동의가 있는 경우 혹은 긴급한 경우에 영장이 필요하지 않다는 것은 한국 행정법에서와 마찬가지로임

– 미국 행정법에서 “광범하게 규제되는 산업”과 행정영장이 라는 개념이 존재하여 “광범하게 규제되는 산업”에 관해서는 현장조사에 영장이 필요하지 않지만 “광범하게 규제되는 산업”이 아니라면 행정영장이 필요함

– 미국 행정법은 현장조사의 경우 형사처벌과 관계없이 현장조사 자체의 성격에서 영장의 필요여부를 판단하는데, 이러한 태도는 행정조사의 체계적 성격만을 중시하여 관념론에 흐르기 쉬운 영장 필요 여부 논의의 시사점을 제공할 수 있음

○ 미국에서의 현장조사는 (1) 동의에 의해 (2) 형사영장에 의해 (3) 행정영장에 의해, (4) 영장없이 행해질 수 있음⁶⁵⁾

– 미국 행정법에서 영장없이 현장조사 할 수 있는 경우는, 동의가 있거나 긴급한 경우 그리고 “그 산업이 광범위하게 규제되고 있어 그 산업에 종사하는 사람이 그 조사를 용인하고 있는” 경우이며, 그 근거법규가 영장에 대체할만한 정도의 보호를 하고 있어야 수정헌법 제4조가 요구하는 합리성을 갖음

– 미국 행정법에서 현장조사는 동의가 없는 경우 원칙으로 영장이 필요하고 예외적으로 영장없는 현장조사가 가능하다는 것이며, 그리고 여기서의 영장은 probable cause가 완화된 행정영장에 해당함

– 판례상 인정되는 “광범위하게 규제되는 산업”은 약국, 의료업, 식품 창고, 원자력, 유류 저장 판매업, 건설 중인 주택, 어린이집, 간호업, 석면제거업, 폐기물처리

65) 금태환, “영장없는 현장조사의 가능성- 미국법상 “광범하게 규제되는 산업” 법리를 중심으로“, 행정법연구 46, 행정법이론 실무학회, (2016), 117-118면; 김재선, “개별 행정영역의 행정조사에 있어 영장주의 적용여부에 관한 공법적 고찰“, 공법연구, 제48집 제4호, (2020), 33-35면.

업 등의 공공의 안전과 건강에 위협을 줄 수 있는 산업이나 신용조합, 전당포, 은행, 보험, 보석류 구매 등의 상업활동, 낚시장, 개사육, 경마, 사냥 등의 동물과 관련된 산업, 카지노, 성인오락업, 마사지업 등의 풍속영업을 말함

- 광범위하게 규제되는 산업이 넓게 해석되어 실제로는 영장없는 현장조사가 원칙이라고 파악되며 헌법상의 영장주의 취지와 행정목적 수행의 편의를 고려한 조화된 형태의 현장조사 운용을 모색하려는 노력이 있는 것으로 보임.

II. 독일

- 독일은 일반법인 행정절차법(VwVfG) 등에 의하여 행정조사가 행정절차법 별도로 규정되어 있지 않으며, 개별 법령에서 보고나 자료제출 요구, 출입검사 등이 규정되어 있음. 행정조사를 통한 명령사항의 이행의 실효성 확보를 위하여 이행강제금이 부과될 수 있음
- 독일 행정법은 독자적인 행정작용의 형식으로서 행정조사를 논하고 있지 않음. 행정법 일반이론이 아닌, 독일의 개별법인 통신법(Telekommunikationsgesetz, TKG)상에 우리의 강학상의 행정조사에 해당하는 규정들이 존재하고 있음.⁶⁶⁾
 - 요금규제를 위한 정보제공명령(제29조)
 - 보편적 서비스 제공 기업의 규제행정청의 요구에 의한 매출통보의무(제87조 제1항)
 - 의무준수의 심사를 위한 영업시간 내의 영업공간에의 출입(제115조 제1항 제3문)
 - 보고 요구(Auskunftsverlangen 127조)

- 그 중 보고요구(Auskunftsverlangen 127조)가 일반조항으로 기능하고 있음.

제127조

(1) 1 국가 또는 직접 실행가능한 유럽연합법에 근거한 기타보고 및 정보 요구사항을 침해하지 않고 공공 통신 네트워크 운영자 및 공개 통신 서비스 제공 업체는 이 법 및 규정 (EU) 2015/2120에 의거

66) 김성태, “통신법상의 행정조사 - 독일 통신법상 행정조사와의 비교고찰”, 행정법연구 17, (2007). 179-180면.

하여 연방통신청(Bundesnetzagentur)에 이 법 시행에 필요한 정보를 제공해야한다.

2 연방 통신청은 이하의 각호에 해당하는 필요한 정보를 요청할 수 있다.

1. 이 법에서 또는 이 법에 따라 발생하는 의무에 대한 체계적 또는 사례별 검토
2. 경우에 따라 연방통신청에 불만이 있거나 다른 이유로 인해 의무를 위반했거나 자체적으로 조사를 수행하는 경우 의무 사항에 대한 조사
3. 최종 사용자의 이익을 위한 서비스에 대한 품질 및 가격 비교의 발표
4. 특정 목적의 통계자료
5. § 10 및 11에 따른 시장 정의 및 시장 분석 절차
6. 사용 권한을 부여하고 해당 응용 프로그램을 검토하는 절차
7. 회계

3 시장에 출입하기 전에 또는 접근의 조건으로 1 ~ 5호의 사항은 요구되지 않을 수도 있다.

(2) 1 연방통신청은 본 법에 위임 된 업무를 수행하는 데 필요한 한도 내에서 통신 부문의 제1항에 언급된 사업을 선택할 수 있다.

1. 경제 상황, 특히 판매량에 대한 수요 정보,
2. 정상 업무 또는 업무 시간 중에 사업 기록을 검토

2 연방통신청은 특히 제1항에 열거된 전기 통신 사업자가 향후 네트워크 및 서비스 개발에 관한 정보를 제공하도록 요구할 수 있으며, 그러한 개발은 기업을 경쟁 업체에 제공 할 수 있는 도매 서비스에 영향을 줄 수 있다.

3 연방통신청은 시장에서 중요한 영향력을 가진 회사들에게 이러한 시장과 관련된 최종 소비자 시장에 대한 회계 정보를 제공하도록 요구할 수 있다.

(2a) 이 법에서 연방통신청에 할당 된 업무를 수행하는 데 필요한 한도 내에서, 연방통신청은 분쟁 발생시 다음 각호의 사항을 행할 수 있다.

1. 공용네트워크의 수동 네트워크 인프라를 조사
2. 공공 서비스 네트워크의 소유자 및 운영자가 네트워크 운영자 및 운영자의 수동 네트워크 인프라 공유에 영향을 미칠 수 있는 경우 네트워크 및 서비스의 향후 개발에 대한 정보를 제공요구
3. 77a (4), 77b (4), 77c (3), 77g (2), 77h (4) 및 77i (5)의 경우, 공용 네트워크의 운영자에 의해 수립된 다른 개념들; 증거 서류 또는 그 일부 조사

(3) 1 연방 통신국은 제1항, 제2항 및 제 2a 항에 언급된 정보를 요구하고 제2항 (2) 및 (2a)에 언급된 조사를 서면으로 명령해야 한다. 2 명령은 정보 요청의 법적 근거, 주제 및 목적을 명시한다. 3 정보 요청의 경우, 정보 제공을 위한 합리적인 기간을 결정해야 한다.

(4) 법률 또는 법령에 의해 지명된 사람을 대표하는 회사, 대표, 법인, 법인 또는 비법인 협회의 소유자는 제1항, 제2항 및 제 2a 항에 따라 요청 된 정보를 제공할 의무가 있다. 업무 기록을 검토하고

정상 업무 또는 근무 시간 중에 사업장 및 사업장에 진입하는 것을 허용해야 한다.

(5) 연방 통신국에 의해 조사를 위임받은 사람은 정상 업무 또는 업무 시간 중에 회사 및 회사 협회의 사무실 및 사업장에 출입할 수 있다.

(6) 1 수색은 지방 법원 명령에 의해서만 수행될 수 있다. 2 형사소송법 제306조 내지 제310조 및 제 311a 조를 해당 명령에 관하여 준용한다. 3 임박한 위험이 있는 경우 제5항에 언급된 사람은 영업 시간 중에 영장 없이 필요한 수색을 할 수 있다.

(7) 1 품목이나 사업 서류는 요구되는 범위까지 안전하게 보관되거나 자발적으로 발급되지 않을 경우 압류될 수 있다. 2 압류의 경우 제 6항이 적용된다.

(8) 1 (4)항에 의거한 정보에 대해, 의무 당사자는 민사소송법 제 383 (1)항 제1호 내지 제3항에 언급된 질문에 관한 정보 제공을 거부할 수 있다. 형사 소추의 위험 또는 행정법에 의한 절차는 2. 제1항 및 제2항에 언급된 정보 또는 조치에 의하여 획득된 지식 및 서류는 행정 범죄 또는 외환 범죄, 또는 조세 범죄 또는 외환 범죄에 대한 과세 또는 벌금 절차에 사용되어서는 아니된다. 세금 코드의 § 105 (1) 및 § 116 (1)과 관련하여 § § 93, 97, 105 (1), 111 (5)는 적용되지 않는다. 공공의 이익이 있거나 또는 정보를 제공하는 사람이나 자신을 대신하여 행동하는 사람들이 제공한 의도적으로 허위의 정보가 있는 경우 조세 위반 절차 또는 관련 세무 절차에 적용되지 않는다.

(9) 감사가 연방통신청의 요구 사항, 명령 또는 명령에 위배되는 경우, 회사는 연방통신청에게 전문가 비용 지출을 포함하여 이러한 감사 비용을 변상해야 한다.

(10) 행정 형벌에 관한 법률에 따라 그러한 명령을 집행함에 있어 최대 50만 유로의 벌금이 부과 될 수 있다.

III. 일본

- 일본은 행정조사를 종래 즉시강제의 수단으로 인식해왔으나, 세무조사에 대한 논의의 계기로 즉시강제에서 분리하여 비권력적인 수단에 의한 정보의 수집 및 분석 활동으로 보면서, 질문, 출입검사, 보고의무, 문서제출명령 등의 형태로 규정하고 있음
- 일본의 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(사적 독점의 금지 및 공정거래 확보에 관한 법률, 이하 독점규제법)과 공정취인위원회⁶⁷⁾는 그동안 우리나라 공정거래위원회의 조직과 절차에 상당한 영향력을 끼침.

67) 우리의 '공정거래위원회'에 해당함.

- 공정취인위원회는 기존 일반 행정조사를 수행할 수 있으며 공정취인위원회는 ‘그 직무 수행을 위하여 필요한 경우’ 공공기관, 특별법에 의해 설립된 법인, 사업자나 사업자단체 등에 출두를 명하고 필요한 보고서나 정보, 서류의 제출을 명할 수 있다.
- ‘구체적인 사건에 따라 필요한 조사를 수행하기 위하여’ 공정취인위원회는 피조사인 또는 참고인에게 출석 및 진술을 요구하거나, 감정인을 지정하여 감정을 위촉, 자료나 물건의 제출을 명하거나 제출된 자료나 물건을 유치, 사업자 또는 사업자단체의 사무소 또는 사업장에 출입하여 자료나 물건을 조사할 수 있는데 이는 우리나라 공정거래위원회의 조사권한과 유사하다.
- 공정취인위원회는 범칙사건⁶⁸⁾에 대하여 범칙혐의자나 참고인 등에 대하여 출두를 요구하여 질문을 하거나, 소지·보유하고 있는 물건의 검사 및 이를 임의로 제출받아 영치할 수 있다.
- 공정취인위원회는 범칙사건을 조사하기 위하여 필요시 지방법원 등 법관이 사전에 발하는 허가장에 의해 임검(臨檢), 수색 또는 차압할 수 있으며(일본독점금지법 제 101조~제102조) 조사에 의해 범칙의 심증을 얻은 경우에는 검사총장에게 반드시 고발하여야 한다.
- 일본은 범칙조사와 행정조사를 엄격하게 분리하였 조직령상 소관업무를 구분하여 범칙조사직에 있는 자는 행정조사권한을 행사할 수 없으며 행정조사부문에서 직접·자동적으로 조사결과에 따른 정보, 증거물 등의 제공 등은 금지⁶⁹⁾

68) 범칙사건이란 사적 독점, 부당한 거래제한, 사업자단체 에의한 실질적 경쟁제한의 죄, 국제적 협정 등 사업자단체 금지행위, 확정배제 조치명령·결의위반의 죄, 주식보유, 임원겸임의 제한금지 위반 등의 죄(私的独占、不当な取引制限、事業者団体による競争の實質的制限の罪、國際的協定等、事業者団体の禁止行為、確定排除措置命令・審決違反の罪、株式保有、役員兼任の制限禁止違反等の罪)등을 의미한다.

69) 정승영·김수연, 공정거래위원회 조사제도에 개선방안연구, 한국경제연구원 정책연구 14-25, (2014), 28-29면 참조.

제3장 부경법상 행정조사의 실효성 확보방안

제1절 개관

1. 사건현황

부정경쟁행위 접수 및 처리 현황(단위: 건)을 살펴보면 다음과 같음을 알 수 있다. 이를 보면 미이행되는 사건들이 있음을 알 수 있는데 이에 대한 대응방안이 필요하다는 법안이 현재 국회에 상정된 상태이다. 본 장에서는 행정조사 실효성을 확보하기 위한 기타 방안 검토 및 제시를 하고자 한다.

2. 부경법상 행정조사에 대한 국내와 판례 분석 및 학계 의견

- 국내에 아직 대법원의 판례나 주요 교과서에서 학설이 존재하지 않는 것으로 보인다.⁷⁰⁾ 이런 상황은 부경법상 행정조사에 대한 연구가 거의 없어서 그런 것으로 보인다.

70) 국내 유일의 부정경쟁방지법 주석서에도 조문해설에 입법연혁과 특허청 고시인 “부정경쟁행위 방지업무 취급 규정”에 대한 언급 정도가 있을 정도가 연구가 거의 없다. 정상조 외, 부정경쟁방지법 주해[백강진 집필부분], 박영사 (2020) 441면.

제2절 행정조사 실효성 위반을 위한 조치

I. 행정조사 실효성 확보수단 검토

○ 행정조사의 종류

- 행정조사는 행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동을 말함(행정조사기본법 제2조 제1호)
- 일반적인 행정조사는 그 목적에 따라 유형별로 분류하면 다음과 같이 위반(행위)확인, 사실확인, 실태조사, 관리감독 등 네 가지로 구분할 수 있음⁷¹⁾

1. 위반확인

- 조사대상자의 법 또는 규제 위반사실을 확인하여 그 위반자에게 제재 또는 의무이행 확보 등 행정처분 실시함
- 법 또는 규제 위반사실을 확인하는 조사는 수사기관에 의한 수사를 위한 증거의 사전수집, 수사의 전단계로서의 기능으로서 작용할 수 있음
- 일반적으로 출입검사, 자료·장부 열람, 자료제출 명령 등을 통해 이루어지며, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상 행정조사가 이에 해당됨.

2. 사실확인

- 행정처분 등의 전단계로 단순한 사실확인을 위한 조사의 경우

3. 실태조사

- 행정계획의 수립, 정책 입안 등을 위한 전반적인 동향 및 실태파악을 위한 조사의 경우

71) 신종익·임상준, 행정조사의 실태와 개선방안, 한국경제연구원 연구보고서, (2004), 30-31면 참조.

4. 관리감독

- 행정기관이 관리감독차원에서 피감독자의 전반적 업무상황을 파악하기 위한 조사의 경우
- 개별 법령에서는 주로 (지도/감독) 또는 (감독)의 제목 하에 규정됨.

○ 행정기관의 질서위반행위 조사

- 행정기관이 과태료를 부과하는 조사는 질서위반행위조사로, 질서위반행위규제법에 근거가 있으며,⁷²⁾ 질서위반행위규제법의 적용대상이 되는 것은 행정청이 법률 또는 조례상의 의무 위반에 대하여 부과하는 금전적 제재에 한정됨.
- 질서위반행위 조사 방식은 행정조사와 유사하지만 질서위반행위가 발생하였다는 합리적 의심이 있어 그에 대한 조사가 필요하다고 인정할 때로, 일반적인 행정조사에 비해 엄격하게 규정되며, 조사거부 등에 대한 제재도 과태료를 규정하고 있음.

○ 특별사법경찰의 조사활동

- 특별사법경찰제도는 특정한 분야에서 업무를 담당하고 있는 행정공무원들의 전문적 지식을 활용하고 일반 사법경찰관리의 수사의 한계를 극복하기 위하여 일정한 범위에서 사법경찰권을 부여하여 수사활동을 할 수 있도록 하는 제도.⁷³⁾
- 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률에 의하여 규율되고, 특별사법경찰관리는 그 권한의 범위가 업무별로 제한되어 있다는 점에서 일반사법경찰관리와 구분됨.⁷⁴⁾

72) 질서위반행위규제법 제1조(목적) 이 법은 법률상 의무의 효율적인 이행을 확보하고 국민의 권리와 이익을 보호하기 위하여 질서위반행위의 성립요건과 과태료의 부과·징수 및 재판 등에 관한 사항을 규정하는 것을 목적으로 한다.

73) 정웅석, “일반사법경찰과 특별사법경찰의 관할 경합의 해결방안”, 형사법의 신동향, 통권 43호, 대검찰청, (2014), 244면.

74) 김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정 - 특별사법경찰관리의 직무를 중심으로”, 경찰학연구14(4), 경찰대학, (2014), 80면 이하.

○ 행정조사의 기본 원칙

- 행정조사의 목적은 정책결정을 하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료를 수집하는 것(기본법 제2조제1호). 행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위해 조사권을 남용하여서는 안되고(기본법 제4조 제1항), 조사대상자 선정에도 중요한 판단기준이 되며(기본법 제8조 제1항), 조사의 사전통지의 내용에 포함되어야 하므로 구체적이고 명확하게 규정되어야 함.
- 행정조사는 원칙적으로 법령 등에 근거를 두고 시행되어야 하므로, 법령에 근거하지 아니한 행정조사는 기본법에 위배됨. 법령에 근거하지 않고 고시나 지침, 훈령 등에 근거한 행정조사는 기본법에 반함. 행정조사의 근거를 법률에 포괄적으로 규정하고, 구체적인 사항에 대해 별도의 위임 규정을 두지 않은 채 고시로 행정조사에 대해 규정하는 것은 바람직하지 않음.
- 조사는 법령에 규정된 목적에 필요한 한도 내에서 필요 최소한으로 이루어져야 하며, 조사자는 조사권한을 남용해서는 안되고, 조사대상자를 선정할 때에도 객관적이고 공정한 기준에 따라야 함.⁷⁵⁾
- 행정조사는 원칙적으로 범위반을 사전에 예방하기 위한 목적으로 수행되어야 하며, 사후적인 처벌을 위한 활용 목적으로 수행되는 것은 아님, 다만 범위반여부의 확인을 위해 조사를 실시하는 경우에는 조사의 결과에 따라 행정처분 등 제재가 부과될 수 있음.
- 행정조사는 그 형식을 불문하고 조사를 받는 기업이나 국민에게 일정한 부담이나 기본권 제한 등을 가져오는 것이므로 적법절차의 원칙을 준수하고, 조사대상자의 권리를 보장할 수 있는 장치를 함께 마련해야 함. 또한 행정조사결과에 대한 이의신청 절차를 보장해야 함.⁷⁶⁾
- 행정절차법, 행정조사기본법⁷⁷⁾이 적용되는 행정조사의 일종으로, 권력적 행정조사의

75) 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구, 한국비교공법학회, (2007), 90면.

76) 한현희, 행정조사의 한계에 관한 연구 -위법성 판단기준의 구체적 정립을 중심으로, 서울대학교 석사학위논문, (2018), 96-98면 참조.

77) 행정조사기본법 제5조(행정조사의 근거) 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시

성격을 가짐⁷⁸⁾).

- 부정경쟁방지법상 시정권고는 상대방이 내용을 준수할 수 있도록 강제할 수 있는 근거는 없고, 벌칙 규정도 존재하지 않음. 이와 관련하여 행정조사 절차 이후 통보된 시정권고의 실효성 확보 방안이 문제가 됨.

II. 시정권고 미이행시 사실공표제도 검토 및 개선안

1. 시정권고의 법적 성격에 관한 판례

가. 서울고등법원 2005. 5. 26., 선고, 2004누4286 판결[성희룡결정처분취소]

(2) 피고의 남녀차별(성희룡) 결정의 행정처분성

(가) 인격권은 헌법 제10조에 의하여 보장되는 기본권인 인간의 존엄과 가치로부터 유래되어 인정되는 권리로서, 그 내용에는 소극적으로 일반 국민은 누구나 사회적 명예나 가치를 침해당하지 않을 권리를 가지고, 적극적으로 국가는 일반 국민에 대하여 그의 사회적 명예나 가치를 보장해 주어야 할 의무를 부담한다는 것을 포함한다고 할 것인데(헌법 제10조 후문은 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다), 이 사건에서와 같이 만약 성희룡 행위자로 지목된 자가 자신의 언동이 성희룡에 해당하는지 여부에 관하여 피고와는 다른 판단을 하고 있음에도 불구하고 피고가 그의 언동을 성희룡에 해당한다고 일방적으로 결정한다면, 그와 같은 결정에 의하여 위와 같이 헌법에 의하여 보장받고 있는 그의 인격권이 직접적으로 침해받을 가능성이 있게 된다. 이러한 의미에서 원고의 언동을 성희룡에 해당한다고 결정한 피고의 결정은 원고의 인격권에 대한 직접적인 침해를 초래할 가능성이 있는 것으로서 행정처분에 해당한다고 할 것이다.

또한, 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 …… 재판받을 권리를 가진다”라고 규정하여 재판청구권을 국민의 기본권으로 선언하고 있고, 그 재판청구권의 내용에는 공권력에 의하여 국민의 권리가 침해된 경우에는 행정소송을 청구할 권리를

할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.

78) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제20조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제7조제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자
2. 제9조의4제5항을 위반하여 시정명령을 이행하지 아니한 자

보장한다는 것이 포함되어 있다고 할 것인데, 위와 같은 피고의 성희롱 결정으로 인하여 자신의 인격권을 직접적으로 침해받은 국민에게 피고를 상대로 행정소송을 제기하여 그 적법 여부를 다룰 수 있는 기회를 제공함으로써 위와 같이 기본권으로 보장되는 그의 재판청구권을 보장함이 상당하다고 할 것이다.

(나) 또 법 제28조 제1항에 의하면, 피고가 “남녀차별임을 결정한 때에는”(성희롱은 법 제7조 제3항에 의하여 남녀차별로 간주된다) 당해 공공기관의 장 또는 사용자에게 시정을 위하여 필요한 조치를 권고하여야 하는 것으로 규정하고 있어 성희롱으로 결정을 하는 것과 그에 따른 시정조치 권고는 불가분의 관계에 있다고 할 수 있는데, 성희롱 결정에 따른 시정조치 권고는 다음과 같은 점에서 행정처분성을 가지므로 시정조치권고와 불가분의 관계에 있는 성희롱 결정 역시 행정처분으로 보아야 할 것이다.

즉, 공공기관의 장 또는 사용자에 대한 피고의 시정조치권고는 권고의 형식을 취하고 있어 그 상대방의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행정지도의 일종으로 보여질 수 있으나(법 제28조 제1항), 그와 같은 형식에도 불구하고 법은 당해 공공기관의 장 또는 사용자에게 특별한 사유를 소명하지 못하는 한 이를 이행하여야 할 법적 의무와(법 제31조 제1항) 그 처리결과의 내용을 피고에게 통보하여야 할 법적 의무를 동시에 부여하고 있으므로(법 제31조 제2항), 피고의 시정조치권고는 그 실질에 있어서 상대방에게 법적 의무를 부담시키는 행정처분이라고 할 것이다.

나. 대법원 2005. 7. 8., 선고, 2005두487 판결[의결처분취소]

구 남녀차별금지및구제에관한법률(2003. 5. 29. 법률 제6915호로 개정되기 전의 것) 제28조에 의하면, 국가인권위원회의 성희롱결정과 이에 따른 시정조치의 권고는 불가분의 일체로 행하여지는 것인데 국가인권위원회의 이러한 결정과 시정조치의 권고는 성희롱 행위자로 결정된 자의 인격권에 영향을 미침과 동시에 공공기관의 장 또는 사용자에게 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 것이므로 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고는 행정소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

다. 대법원 1996. 3. 22. 선고 96누433 판결[시정명령처분등취소]

항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상의 행위로서 특정 사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효

과를 발생하게 하는 등 국민의 권리의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 행정권 내부에서의 행위나 알선, 권유, 사실상의 통지 등과 같이 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위 등은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다. 건축법 제69조 제2항, 제3항의 규정에 비추어 보면, 행정청이 위법 건축물에 대한 시정명령을 하고 나서 위반자가 이를 이행하지 아니하여 전기·전화의 공급자에게 그 위법 건축물에 대한 전기·전화 공급을 하지 말아 줄 것을 요청한 행위는 권고적 성격의 행위에 불과한 것으로서 전기·전화공급자나 특정인의 법률상 지위에 직접적인 변동을 가져오는 것은 아니므로 이를 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 볼 수 없다.

2. 시정권고와 시정명령

- － 일반적으로 시정권고는 처분성이 인정되지 않는 사실행위로서 행정지도에 해당하고, 시정명령은 처분성이 인정된다는 점에서 차이가 존재함.
- － 행정지도는 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도 권고 조언 등을 하는 행정작용을 말함(행정절차법 제2조 제3호).
- － 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 됨(행정절차법 제48조 제1항), 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 됨(동조 2항).
- － 행정지도는 상대방인 국민의 임의적인 협력을 구하는 것으로서 어떤 법적 효과를 발생시키는 것도 아니고 상대방이 이를 거부한다고 하여 그 이행을 강제할 수 없는 비권력적 사실행위이므로 그 처분성이 부정되어 항고소송의 대상이 되지 아니함.
- － 서울행정법원 2020. 1. 17. 2019구합59325 판결은 특허청의 시정권고에 대해 그 처분성을 부정한 바 있음.
- － 행정법상 시정명령은 행정법령의 위반행위로 초래된 위법상태의 제거 내지 시정을 명하는 행정행위로, 그 내용은 작위, 부작위, 급부 등을 내용으로 하는 하명에 해당함. 시정 명령은 공법상 의무 이행의 확보 측면에서 가장 전통적이고 일반적인 방식의 과징금, 과태료, 형벌과 별도로 이러한 위반행위를 장래에 중지하고 적법한 의무준수를

이행하도록 하는 것을 의미함.⁷⁹⁾

－ 공정거래위원회의 경우 시정조치는 공정거래법, 표시광고법, 하도급법, 약관법, 방문 판매법 또는 전자상거래소비자보호법을 위반한 사업자에게 취하는 조치에는 고발, 과징금 부과, 시정조치 등이 있으며, 시정조치는 시정명령과 시정권고를 의미함.

－ 시정명령의 경우, 법위반행위에 대해 공정거래위원회의 심의의결을 거쳐 당해행위의 중지, 법위반사실의 공표, 정정광고, 주식의 전부 또는 일부의 처분, 영업의 양도등 위반행위 유형에 따라 필요한 조치를 취하는 것을 말하며, 시정권고는 위반행위에 대해 시정권고 요건에 해당될 경우 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있는 제도를 말함. 시정명령 및 시정권고등 시정조치를 이행한 경우에는 당해 사건을 종결하고 불이행자에 대해서는 고발의 필요한 조치를 취함.

－ 문화체육관광부 장관은 정보통신망을 통하여 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보(이하 "불법복제물등"이라 한다)가 전송되는 경우에 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 온라인서비스제공자에게 시정명령을 할 수 있으며(저작권법 제133조의 2)⁸⁰⁾, 한국저작권보호원은 시정권고를 할 수 있음(동법 제133조의 3)⁸¹⁾. 저작권법은 문화체육관광부장관의 시정명령을 불이행하는 경우에는 과태료를 부과 규정을 두고 있는 것과는 달리 한국저작권보호원의 시정권고 불이행에 대해서는 제재조치를 규정하지 않음.

[관련 대법원 판시]⁸²⁾

79) 이원우, "법령상 부작위의무의 반복적 위반과 시정명령 위반의 판단기준", 경제규제와 법, 제1권 제1호, (2008), 123면.

80) 저작권법 제133조의2(정보통신망을 통한 불법복제물등의 삭제명령 등) ① 문화체육관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보(이하 "불법복제물등"이라 한다)가 전송되는 경우에 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 온라인서비스제공자에게 다음 각 호의 조치를 할 것을 명할 수 있다.

1. 불법복제물등의 복제·전송자에 대한 경고
2. 불법복제물등의 삭제 또는 전송 중단

81) 저작권법 제133조의3(시정권고 등) ① 보호원은 온라인서비스제공자의 정보통신망을 조사하여 불법복제물등이 전송된 사실을 발견한 경우에는 심의위원회의 심의를 거쳐 온라인서비스제공자에 대하여 다음 각 호에 해당하는 시정 조치를 권고할 수 있다.

1. 불법복제물등의 복제·전송자에 대한 경고
2. 불법복제물등의 삭제 또는 전송 중단
3. 반복적으로 불법복제물등을 전송한 복제·전송자의 계정 정지

82) 대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결[시정명령처분취소].

원고가 한 '국내최초로 전국 PC통신망을 통한 생활정보 무료제공' 및 '국내최초 케이블 TV를 통한 생활정보 영상화 실현'이라는 표현의 광고는 불공정거래행위에 해당된다고 할 것이지만, 피고 산하 대구지방공정거래사무소가 원고에게 이 사건 광고에 대한 시정권고안을 송달하기도 전에 이미 '주식회사 교차로의 부당한 광고에 대한 시정권고조치'라는 제목으로 상세한 보도자료를 만들어 이를 대구지역의 신문사와 방송사 등 언론기관에 배포하여 보도하게 함으로써 그로 인하여 원고가 이 사건 광고행위가 불공정거래행위에 해당되는지의 여부가 밝혀지기도 전에 공정거래법에 위반한 위 광고행위에 대한 범위반사실의 공표라는 시정조치를 받아들이는 것 이상의 신용추락과 영업상의 손실을 입었을 것임은 경험칙상 인정된다고 한 다음, 거기에다 불공정거래행위인 위 광고의 태양과 그 내용, 그로 인한 공정경쟁저해성 등 여러 가지 사정을 참작하면, 위 광고에 대한 범위반사실의 공표라는 시정조치로 인하여 원고가 또 다시 입게 될 불이익의 정도가 위 조치로 인하여 유지하고자 하는 공익상의 목적에 비추어 현저히 크다고 할 것이므로, 위 광고에 대한 범위반사실의 공표를 명하는 시정조치는 이익교량의 원칙에 위배되어 재량권의 범위를 벗어난 것으로서 위법하다.

3. 시정권고의 처분성

- － 한국저작권보호원의 시정권고에 대해서는 시정명령과 구별하여 권고라는 표현을 쓴 점이나 시정명령과는 달리 시정명령으로 진행되는 절차 외에 불이행에 대한 직접적 제재를 두지 않은 점 등에서 추단되는 입법자의 의사나 법체계적으로 볼 때 저작권법상의 시정권고 제도는 상대방인 온라인서비스제공자(Online Service Provider)의 임의이행을 전제로 한 비권력적 행정작용인 행정지도로 설정하였을 것으로 보는 것이 타당하다고 생각된다는 이유로 처분성을 부정하는 견해.⁸³⁾
- － 이에 대하여 저작권법상 시정권고의 경우, 그 외관과는 달리 행정법상 비권력 사실행위로서의 행정지도가 아니라 법적 행위로서, 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 할 것이고, 다양하면서도 급변하는 불법복제의 행정현실에 신속하고 탄력적으로

83) 이윤정, “저작권법상 시정권고제도에 관한 연구”, 강원법학, 59, (2020), 247면.

대응하기 위해서는 저작권법상 시정권고를 단순한 행정지도 본연의 모습으로 제도화하여 운영할 필요가 있으며, 저작권법상 시정권고의 경우에도 시정권고를 할 때에는 그 수락 거부 시에 행할 조치를 기재하여 시정권고를 하고 상대방이 이에 따르지 않을 경우에는 장관의 경고뿐만 아니라 불법복제물등의 삭제 전송 중단 나아가 계정정지 게시 판 서비스 정지 등의 불이익한 조치를 받게 될 우려가 있어 불안정한 지위에 놓이게 되므로, 시정권고가 이루어진 단계에서 상대방으로 하여금 시정권고의 적법성을 다투어 그 법적 불안을 해소함으로써 시정권고 불이행으로 인해 장차 있을지도 모르는 위험에서 미리 벗어날 수 있도록 길을 열어 주는 것이 법치행정의 원리에 부합한다는 이유로 처분성을 긍정하는 견해.⁸⁴⁾

－ 부정경쟁방지법상 시정권고에 관하여는 전자상거래법 제32조⁸⁵⁾나 공정거래법 제42조⁸⁶⁾를 참고하여 시정권고는 시정명령에 이르기 전 행정지도로서의 비공식적 행정작용의 성격을 갖고 처분성이 부정되며, 시정권고를 수락하면 시정명령이 있는 것으로 파악한다면, 시정권고에 법적인 강제성을 부여하지는 않더라도 후속의 강제성 있는 시정명령이 내려질 것을 예견하는 구조이므로, 시정권고 그 자체로도 어느 정도 실효성을 가질 수 있다는 견해가 있음.⁸⁷⁾

－ 시정권고는 비공식적 행정작용의 하나인 행정지도에 해당하며, 방송통신심의위원회의 시정요구가 행정처분에 해당한다는 법원의 판결이 있음.

－ 판례는 행정청의 권고에 불응할 경우에 대한 직접적인 제재수단이 없다고 하더라도 헌법재판소와 대법원은 행정청의 요구가 일정한 법률상의 의무를 부담시키는 경우, 일정한 불이익 조치를 예정하고 있는 경우에는 권고에 대하여 단순한 행정지도로서의 한계를 넘은 것으로 처분성을 인정함.

84) 최진수, “저작권법상 ‘시정권고’의 행정법적 의미와 그 개선의 방향성에 관한 소고”, 법학연구, 전북대학교 부설법학연구소, (2019), 271면.

85) 전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률 제32조(시정조치 등) ① 공정거래위원회는 사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 이 법에 따른 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 해당 사업자에게 그 시정조치를 명할 수 있다.
② 제1항에 따른 시정조치는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 말한다.

1. 해당 위반행위의 중지
2. 이 법에 규정된 의무의 이행
3. 시정조치를 받은 사실의 공표
4. 소비자피해 예방 및 구제에 필요한 조치
5. 그 밖에 위반행위의 시정을 위하여 필요한 조치

86) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제42조(시정조치) ① 공정거래위원회는 부당한 공동행위가 있을 때에는 그 사업자에게 해당 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 또는 그 밖에 필요한 시정조치를 명할 수 있다.

87) 신상민, 부정경쟁방지법상 시정권고에 관한 공법적 고찰, IT와 법연구, 경북대학교 IT와 법 연구소, (2019), 62면.

- 시정권고가 행정처분에 해당한다면 행정절차법 제21조상의 처분의 사전 통지 등 절차가 요구될 수 있고, 행정소송의 대상이 됨.

4. 시정권고 미이행시 사실공표제도 절차 및 방법

가. 행정절차법과의 관계(사전통지의 문제)

- 시정권고의 처분성이 인정되는 경우, 원칙적으로 행정절차법에 따른 사전통지 절차를 거쳐야 함.⁸⁸⁾
- 행정절차법 제21조 제4항의 사전통지의 예외 사항에 해당하는 경우로는 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우(제1호), 법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 경우(제2호),⁸⁹⁾ 해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우(제3호).

나. 행정상 공표의 개념

- 행정상 강제집행은 행정상의 의무불이행에 대하여 행정권의 주체가 장래에 향하여 그 의무를 이행시키거나 또는 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 의미하며, 행정상 즉시강제는 행정위반에 대처하여 급박한 장애를 제거하기 위하여 또는

88) 행정절차법 제21조(처분의 사전 통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한
7. 그 밖에 필요한 사항

89) 행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항은 위 예외적인 경우에 관하여, ‘해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’ 등을 들고 있는데, 이에 해당하는지 여부는 해당 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하며, 처분상대방이 이미 행정청에 위반사실을 시인하였다거나 처분의 사전통지 이전에 의견을 진술할 기회가 있었다는 사정을 고려하여 판단할 것은 아니다(대법원 2019. 5. 30. 선고 2014두40258 판결[명예전역선발취소 처분취소]).

그 성질상 의무를 명함에 의하여서는 그 목적달성이 어려운 경우에 직접 신체 또는 재산에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 의미함.⁹⁰⁾

－ 행정상 범위반사실의 공표, 공급거부, 인허가의 취소 및 정지 등과 같은 새로운 유형의 의무이행 확보 수단에 대해서도 일반적인 허용 여부 및 실체적, 절차적 요건, 일반원칙을 일반법에 규정하되, 행정권한의 남용과 비대화를 초래할 수도 있으므로, 전통적 강제수단을 우선적으로 선택하여 집행하고 개별법에 별도로 수권 근거가 없는 이상 일반법의 규정만으로는 새로운 의무이행 확보수단이 원칙적으로 허용되지 않음.⁹¹⁾

－ 위반사실의 공표로 인한 불명예의 손해는 사후에 이를 회복하기 사실상 불가능하기 때문에, 사전에 당사자의 방어권을 보장해야 함. 원칙적으로 법원의 확정판결 이후에 비로소 위반 사실을 공표하도록 하고, 예외적으로 그 이전에 공표하도록 하는 경우에는 당사자의 청문 또는 변명의 기회를 부여하기 위한 준사법적 행정절차가 마련되어야 한다는 견해가 제기됨.⁹²⁾

－ 일반적으로 행정상 공표는 새로운 의무이행 확보수단으로 파악되지만, 의무이행 확보수단의 범주를 넘어 정보 제공적 기능을 하는 것으로 개념을 확대하는 경우, 행정기관이 확보하고 있는 정보에 기초하여 제재 수단 또는 정보 제공의 일환으로 불특정인에게 알리는 작용임.⁹³⁾

－ 행정상 공표는 실정법상의 의무위반 불이행에 대하여 행정청이 확보한 사실을 직접 또는 인터넷, 신문, 방송 등 매체를 통하거나 불특정 다수인이 알 수 있도록 외부적으로 표시하여 공표함으로써 그에 따르는 사회적 비난이라는 간접적 심리적 강제에 의하여 그 의무이행을 확보하려는 제도임.⁹⁴⁾

－ 행정상 공표에 관한 일반법은 존재하지 않지만, 개개의 실정법령에서 다양한 형태의 행정상 공표에 관하여 규정하고 있음. 법령의 규정에 따른 행정상 공표의 유형은 그 목적, 내용, 기능에 따라 ① 정보제공적 공표, ② 유도적 공표, ③ 제재적 공표 등으로 분류됨.⁹⁵⁾ 2021년 행정절차법 개정으로 제40조의3(위반사실 등의 공표) 조항이 신설됨.

90) 정하중, “한국의 행정상 강제집행제도의 개선방향”, 공법연구 제24집 제3호 (1996), 108면.

91) 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 법학연구, 27, 충북대학교 법학연구소, (2016), 121면.

92) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, (2007), 541면.

93) 김혜성, “행정상 공표의 법적 쟁점”, 법제, (2014), 104면.

94) 오용식, “행정상 공표와 관련한 몇 가지 검토”, 법제 537호, (2002), 5면.

95) 이상천, “정보화사회에서의 공표”, 외법논집 제34권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, (2010), 132면 이하.

- 실효성 확보수단으로서 공표의 경우에는 <행정상 공표> → <상대방의 시정행위> → <행정이 원하는 상태의 실현>의 3단계로 궁극적인 실현이 이루어지게 되어, 상대방의 시정노력이라는 중간단계를 거쳐서만 비로소 행정목적을 달성할 수 있는 점에서 간접적이라는 특성을 지니고, 이러한 특성으로 인해 전통적인 실효성 확보수단에 비하여 행정 목적의 실현이 공표 그 자체에 의하여 확실하게 담보된다고 보기 어려움.⁹⁶⁾
- 공직자가 허위재산을 등록한 경우 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표(공직자윤리법 제8조의2 제1항 제3호), 식품위생법상 위반사실 공표(식품위생법 제84조)⁹⁷⁾, 위반 건축물에 대한 시정명령시 위반 내용의 표시(건축법 제79조 제4항)의 예를 들 수 있음.⁹⁸⁾
- 제재수단으로서의 공표에 있어서는 위와 같이 원칙적으로 법률의 근거를 필요로 하는데 공표가 실제로는 제재적 성격을 띠고 공표 대상자의 명예권, 프라이버시권을 제한하는 측면이 있으므로 법률상 근거가 필요하게 됨. 개정 행정절차법은 공표에 대한 법률유보의 원칙의 명시적 근거를 두고 있음.⁹⁹⁾
- 공표 대상자에 대하여 일정한 사전절차를 거치는 것이 필요하며, 개별법에서 청문절차 등에 관하여 정해야 할 것이라는 기존의 논의¹⁰⁰⁾를 수용하고 국민의 권익구제차원에서 공표제도의 법적 근거와 절차에 대한 규정이 행정절차법에 마련됨.

다. 제재적 공표의 유형별 분류

1) 인적 사항 등 명단의 공표

96) 김치환, “행정상 공표에 있어서 실효성 확보와 권익보호의 조화”, 토지공법연구 제26집, (2005), 256-257면.

97) 식품위생법 제84조(위반사실 공표) 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제72조, 제75조, 제76조, 제79조, 제82조 또는 제83조에 따라 행정처분이 확정된 영업자에 대한 처분 내용, 해당 영업소와 식품등의 명칭 등 처분과 관련한 영업 정보를 대통령령으로 정하는 바에 따라 공표하여야 한다.

98) 제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) ① 허가권자는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 대지나 건축물에 대하여 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 “건축주등”이라 한다)에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다. <개정 2019. 4. 23., 2019. 4. 30.>

④ 허가권자는 제1항에 따른 시정명령을 하는 경우 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건축물대장에 위반내용을 적어야 한다.

99) 행정절차법 제40조의3(위반사실 등의 공표) ① 행정청은 법령에 따른 의무를 위반한 자의 성명·법인명, 위반사실, 의무 위반을 이유로 한 처분사실 등(이하 “위반사실등”이라 한다)을 법률로 정하는 바에 따라 일반에게 공표할 수 있다.

100) 김혜성, “행정상 공표의 법적 쟁점”, 법제, (2014), 113면.

- 병역의무 기피자의 인적사항 등의 공개(병역법 제81조의2), 상습법위반사업자 명단의 공표(하도급거래 공정화에 관한 법률 제25조의4)

병역법 제81조의2(병역의무 기피자의 인적사항 등의 공개) ① 병무청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대해서는 인적사항과 병역의무 미이행 사항 등을 인터넷 홈페이지 등에 공개할 수 있다. 다만, 질병, 수감 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

하도급거래 공정화에 관한 법률 제25조의4(상습법위반사업자 명단공표) ① 공정거래위원회 위원장은 제27조제3항에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제119조에도 불구하고 직전연도부터 과거 3년간 이 법 위반을 이유로 공정거래위원회로부터 경고, 제25조제1항에 따른 시정조치 또는 제25조의5제1항에 따른 시정권고를 3회 이상 받은 사업자 중 제26조제2항에 따른 벌점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 사업자(이하 이 조에서 “상습법위반사업자”라 한다)의 명단을 공표하여야 한다. 다만, 이의신청 등 불복절차가 진행 중인 조치는 제외한다.

2) 위반사실의 공표

- 어린이집 운영자가 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부 받거나 보조금을 유용한 경우 그 위반사실의 공표(영유아보육법 제49조의3)

영유아보육법 제49조의3(위반사실의 공표) ① 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제45조 또는 제45조의2에 따른 행정처분을 받은 어린이집으로서 다음 각 호의 어느 하나의 경우에 해당하는 어린이집에 대하여 그 위반행위, 처분내용, 해당 어린이집의 명칭, 대표자의 성명, 어린이집 원장의 성명(대표자와 동일인이 아닌 경우만 해당한다) 및 그 밖에 다른 어린이집과의 구별에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 공표하여야 한다. 다만, 제1호 및 제3호부터 제5호까지의 경우에는 보건복지부령으로 정하는 금액 이상인 경우에만 공표하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받거나 보조금을 유용한 경우
2. 제24조에 따른 운영기준, 제33조 및 제33조의4에 따라 보건복지부령으로 정한 급식기준 및 위생관리기준을 위반하여 영유아의 생명을 해치거나 신체 또는 정

신에 중대한 피해가 발생한 경우

3. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제34조에 따른 비용을 지원받은 경우

4. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제38조제1항에 따른 보육료와 그 밖의 필요경비 등을 받은 경우

5. 제38조의2를 위반하여 어린이집의 회계에 속하는 재산이나 수입을 보육 목적 외로 부정하게 사용한 경우

② 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제46조부터 제48조까지의 행정처분을 받은 사람으로서 「아동복지법」 제3조제7호에 따른 아동학대 행위를 하여 영유아의 생명을 해치거나 신체 또는 정신에 중대한 피해를 입힌 어린이집의 원장 및 보육교사에 대하여 법 위반 이력과 명단, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 공표하여야 한다.

3) 행정처분 사실 공표

－ 농수산물의 원산지 표시 등의 위반에 대한 처분이 확정된 경우 시정명령 등 행정처분을 받은 해당 영업소의 명칭 등 처분과 관련된 사항의 공표(농수산물의 원산지 표시에 관한 법률 제9조 제2항), 유전자변형농수산물의 표시 위반에 대한 처분이 확정된 경우 처분내용, 해당 영업소와 농수산물의 명칭 등 처분과 관련된 사항의 공표(농수산물 품질관리법 제59조 제2항)

농수산물의 원산지 표시 등에 관한 법률 제9조(원산지 표시 등의 위반에 대한 처분 등) ② 농림축산식품부장관, 해양수산부장관, 관세청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 자가 제5조를 위반하여 2년 이내에 2회 이상 원산지를 표시하지 아니하거나, 제6조를 위반함에 따라 제1항에 따른 처분이 확정된 경우 처분과 관련된 사항을 공표하여야 한다. 다만, 농림축산식품부장관이나 해양수산부장관이 심의회의 심의를 거쳐 공표의 실효성이 없다고 인정하는 경우에는 처분과 관련된 사항을 공표하지 아니할 수 있다.

1. 제5조제1항에 따라 원산지의 표시를 하도록 한 농수산물이나 그 가공품을 생산·가공하여 출하하거나 판매 또는 판매할 목적으로 가공하는 자

2. 제5조제3항에 따라 음식물을 조리하여 판매·제공하는 자

농수산물 품질관리법 제59조(유전자변형농수산물의 표시 위반에 대한 처분) ① 식품의약품안전처장은 제56조 또는 제57조를 위반한 자에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 할 수 있다.

1. 유전자변형농수산물 표시의 이행·변경·삭제 등 시정명령

2. 유전자변형 표시를 위반한 농수산물의 판매 등 거래행위의 금지

② 식품의약품안전처장은 제57조를 위반한 자에게 제1항에 따른 처분을 한 경우에는 처분을 받은 자에게 해당 처분을 받았다는 사실을 공표할 것을 명할 수 있다.

4) 행정지도 사실의 공표

－ 어린이용품에 대한 위해성평가 결과 위해성이 크다고 인정되면 그 환경유해인자를 제조·수입·판매하는 사업자에게 어린이 용도로의 판매중지나 회수를 권고할 수 있고, 판매중지나 회수의 권고만으로 어린이의 건강에 대한 영향을 제거하기 곤란하다고 인정되면 관련 사업자에게 판매중지나 회수를 권고한 사실을 공표가 가능함(환경보건법 제24조 제6항, 제7항)

환경보건법 제24조(어린이 용도 유해물질 관리) ② 환경부장관은 제1항에 따라 고시된 환경유해인자를 관리하기 위하여 어린이용품 등에 대한 위해성평가 실시 등 적절한 조치를 마련하여야 한다.

⑥ 환경부장관은 제2항에 따른 위해성평가 결과 위해성이 크다고 인정되면 그 환경유해인자를 제조·수입·판매하는 사업자(이하 “관련 사업자”라 한다)에게 어린이 용도로의 판매중지나 회수를 권고할 수 있다.

⑦ 환경부장관은 제6항에 따른 판매중지나 회수의 권고만으로 어린이의 건강에 대한 영향을 제거하기 곤란하다고 인정되면 관련 사업자에게 판매중지나 회수를 권고한 사실을 공표할 수 있다.

5) 행정지도에 따르지 아니한 사실의 공표

－ 시중에 유통되는 제품의 제조·설계 또는 제품상 표시 등의 결함 또는 제품의 기술상·구조상 특성으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 있어 해당 제품의 사업자에 대하여 수거 등 그 밖에 필요한 조치를 권고한 경우, 중앙행정기관의 장은 권고를 받은 사업자가 정당한 사유 없이 그 권고를 따르지 아니하는 경우에는 그 사실을 공표할 수 있다고 규정한 제품안전기본법 제10조 등에서 행정지도에 따르지 아니한 사실의 공표 가능.¹⁰¹⁾

101) 이에 관한 분류는 김성원, “제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제”, 일감법학, 건국대학교 법학연구소, 49, (2021),

제품안전기본법 제10조(제품의 수거등의 권고 등) ① 중앙행정기관의 장은 시중에 유통되는 제품의 제조·설계 또는 제품상 표시 등의 결함 또는 제품의 기술상·구조상 특성으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는 재산에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 있는 경우에는 해당 제품의 사업자에 대하여 수거·파기·수리·교환·환급·개선조치 또는 제조·유통의 금지, 그 밖에 필요한 조치(이하 “수거등”이라 한다)를 권고할 수 있다.

② 중앙행정기관의 장은 제1항에 따른 권고를 받은 사업자가 정당한 사유 없이 그 권고를 따르지 아니하는 경우에는 그 사실을 공표할 수 있다.

라. 제재적 공표에 관한 판례

－ 제재적 공표란 행정법상의 의무 위반 또는 의무불이행에 대하여 그 사실이나 위반 행위자의 명단을 일반에게 공표하여 그에 따르는 사회적 비난이라는 심리적 강제에 의하여 그 의무 이행을 간접적으로 강제하는 성격을 가지는 공표를 말함.¹⁰²⁾

－ 행정상 사실행위는 “행정행위 기타의 법률적 행위와는 달리 일정한 법률적 효과의 발생을 의도하는 것이 아니라, 직접적으로 일정한 사실상의 결과의 발생만을 목적으로 하는 행정주체의 일체의 행위”로 이해되는데,¹⁰³⁾ 일반적으로 어떤 행정상 사실행위가 권력적 사실행위에 해당하는 지 여부는, 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사 관여 정도, 태도, 그 사실행위의 목적, 경위, 법령에 의한 명령 강제 수단의 발동 가부 등 그 행위 당시의 구체적 사정을 종합적(綜合的)으로 고려하여 개별적으로 판단한다는 게 판례의 기본적인 입장임.

－ 행정상 사실행위 중 ‘권력적 사실행위’의 경우에는 판례도 처분성을 인정하는 것이 보통이지만 ‘비권력적 사실행위’의 경우에는 그 처분성의 인정에 있어 학설상 대립이 있는데, 제재적 공표는 공표 대상자에게 직접적인 강제력을 갖지 아니할 뿐 아니라 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 법적 행위라 할 수 없으므로 그 법적 성질은 사실행위에 불과하다는 것이 일반적 학설임.¹⁰⁴⁾

204-206면.

102) 김성원, “제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제”, 일감법학, 제49호, 건국대학교 법학연구소, (2021), 201-229면.

103) 지적공부예의 등재나 변경 또는 말소 등 지목의 변경행위에 대한 처분성 인정 여부와 관련하여 헌법재판소와 대법원이 태도를 바꿔 지목변경행위에 대한 처분성을 인정한 바 있지만, 해당 판결은 지목의 변경행위에 대한 처분성을 인정하여 주었을 뿐 지적과 관련한 모든 행위에 대한 처분성을 인정하여 준 것은 아니라는 점에서 한계가 있다는 지적으로 석호영, “행정상 사실행위에 관한 법적 검토”, 토지공법연구, 제87호, 한국토지공법학회, (2019), 675면 이하 참조.

－ 위반사실의 공표는 그 자체로 아무런 법적 효과가 없고, 공표 행위가 종료되면 취소한다는 개념을 상정할 수 없다는 점에서 비권력적 사실행위일 뿐, 처분성이 인정되지 않으며, 다만 현대정보화 사회에서 그 파급력이 크고 위반자들의 프라이버시권 등을 제한하여 사실상 제재적인 기능을 하므로, 법적 근거를 요하고 절차상 행정절차와 같이 상대방에게 변명의 기회를 부여하는 등 사전절차를 거치는 것이 바람직하다는 견해¹⁰⁵⁾와 행정청으로부터 특정 조치의 권고를 받은 사업자가 정당한 사유 없이 그 권고를 따르지 아니하는 경우 그 사실에 대한 공표와 공표 이후에 불이익한 행정처분 및 벌칙 등의 부과가 예정되어 있는 경우는 직접 국민의 권리·의무 기타 법적 지위에 영향을 미치므로 실효적 구제의 관점에서 처분성을 인정하고 행정소송으로 다룰 여지가 있다는 견해가 대립하고 있음.¹⁰⁶⁾

－ 대법원은 병무청장이 여호와의 증인 신도인 원고들을 병역의무 기피자로 판단하여 그 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하자 재량권의 일탈·남용의 위법이 있음을 주장하며 그 취소를 구하는 소를 제기한 사례(2018두49130)에서 제재적 공표의 일종인 인적사항 공개의 처분성을 인정한 바 있음.

[헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43 결정, 독점규제및공정거래에관한법률 제27조 위헌소원]

－ 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 위반 혐의로 하여금 범위반사실을 공표하도록 강제하고 있는 범위반 사실 공표명령은 무죄추정의 원칙에 반하며 필요이상으로 과도하게 기본권을 침해하는 것으로 헌법에 위반된다는 결정.

“공정거래법 위반행위의 내용 및 형태에 따라서는 일반공중이나 관련 사업자들이 그 위반여부에 대한 정보와 인식의 부족으로 말미암아 공정거래위원회의 시정조치에도 불구하고 위법사실의 효과가 지속되는 사례가 발생할 수 있고, 이러한 경우 조속히 범위반에 관한 중요 정보를 공개하는 등의 방법으로 일반공중이나 관련 사업자들에게 널리 경고함으로써 계속되는 공공의 손해를 종식시키고 위법행위가 재발하는 것을 방지하는 조치를 할 필요가 있다. 그러기 위해서는 일반공중이나 관련 사

104) 박재윤, “권력적 사실행위의 처분성”, 행정법연구, 제54호, (2018), 171면.

105) 김혜성, “행정상 공표의 법적 쟁점”, 법제, (2014), 121-122면.

106) 김성원, “제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제”, 일감법학, 제49호, 건국대학교 법학연구소, (2021), 222-223면.

업자들의 의사결정에 중요하거나, 그 권리를 보호하기 위하여 실질적으로 필요하고 적절하다고 인정될 수 있는 구체적 정보내용을 알려주는 것이 보다 효과적일 것이다. 그런데 소비자보호를 위한 이러한 보호적, 경고적, 예방적 형태의 공표조치를 넘어서 형사재판이 개시되기도 전에 공정거래위원회의 행정처분에 의하여 무조건적으로 법위반을 단정, 그 피의사실을 널리 공표토록 한다면 이는 지나치게 광범위한 조치로서 앞서 본 입법목적에 반드시 부합하는 적합한 수단이라고 하기 어렵다. 나아가 ‘법위반으로 인한 시정명령을 받은 사실의 공표’에 의할 경우, 입법 목적을 달성하면서도 행위자에 대한 기본권 침해의 정도를 현저히 감소시키고 재판 후 발생가능한 무죄로 인한 혼란과 같은 부정적 효과를 최소화할 수 있는 것이므로, 법위반사실을 인정케 하고 이를 공표시키는 이 사건과 같은 명령형태는 기본권을 과도하게 제한하는 것이 된다.”

대법원 2019. 6. 27. 선고 2018두49130 판결 [인적사항공개처분취소청구]

“병무청장이 병역법 제81조의2 제1항에 따라 병역의무 기피자의 인적사항 등을 인터넷 홈페이지에 게시하는 등의 방법으로 공개한 경우 병무청장의 공개결정을 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 보아야 한다. ① 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개는, 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그 사실을 일반 대중에게 공표함으로써 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무이행을 간접적으로 강제하려는 조치로서 병역법에 근거하여 이루어지는 공권력의 행사에 해당한다.

② 병무청장이 하는 병역의무 기피자의 인적사항 등 공개조치에는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가한다는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위라고 보아야 한다. 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않은 것이 적절한지는 본안에서 해당 처분이 적법한가를 판단하는 단계에서 고려할 요소이며, 병무청장이 그러한 행정결정을 공개 대상자에게 미리 통보하지 않았거나 처분서를 작성·교부하지 않았다는 점만으로 항고소송의 대상적격을 부정하여서는 아니 된다.”

하급심 판례

(서울행정법원 2011. 10. 21. 선고 2011구합16933 판결)

[고액상습채납자명단공개처분취소]

- 하급심 판결에서 고액·상습채납자명단공개에 대한 처분성을 전제하되, 명단공개가 관련법상 공개제외사유에 해당하지 아니하고, 비례원칙에 위반하지 않는다고 하여 명단공개의 취소를 구하는 원고의 청구를 기각하였음.

1. 처분의 경위

가. 원고는 부동산임대업 및 매매업 등을 목적으로 2001. 2. 26. 설립된 법인으로 상가 개발사업을 위하여 파주시 교하면 XX리 000-0에 자금을 투입하여 건물을 신축하다가 분양실적 저조로 인하여 부채가 자산을 초과하는 상태가 되었고, 2009. 10. 20. 주주총회의 결의에 따라 해산한 후, 2010. 1. 28. 청산종결등기를 마쳤다.

나. 파주세무서장은 2010. 3. 25. 채납발생일로부터 2년이 지난 원고의 국세 채납세액이 20억원 이상이므로 국세기본법 제85조의 5 제1항 제1호, 같은 시행령 제66조에 의하여 원고의 채납내역을 공개하겠다고 취지의 공개 사전 안내문을 발송하였다.

다. 피고는 국세정보공개심의위원회의 심의 및 재심의를 거쳐 2010. 12. 17. 국세청 홈페이지 및 관보 등에 원고 법인의 명칭, 대표자, 업종, 대표자의 연령, 대표자 주소, 총 채납세액(22억 3,600만원), 세목(부가가치세 등), 납기, 채납요지가 포함된 고액상습 채납자명단을 공개하였다(야하 '이 사건 공개'라 한다).

라. 원고는 이에 불복하여 2010. 12. 28. 사전 안내문의 발송 주체인 파주세무서장을 상대로 조세심판원에 심판청구를 하였고, 파주세무서장도 이에 대응하여 처분의 정당성을 주장하면서 답변서를 제출하는 등 심판절차에 관여하였다.

마. 조세심판원은 2011. 3. 3. 원고의 심판청구를 기각하였다.

2. 피고의 본안 전 항변에 대한 판단

가. 피고의 본안 전 항변

다음과 같은 이유로 이 사건 소는 부적법하다.

1) 이 사건 공개처분은 단순한 사실행위로서 처분성이 존재하지 않는다.

2) 피고가 이 사건 공개처분의 주체임에도, 원고는 파주세무서장을 상대로 심판청구를 제기하였으므로 적법한 전심절차를 경유한 것으로 볼 수 없다.

나. 판단

1) 처분성의 인정 여부

'처분 등'이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로서(행정소송법 제2조 제1항 제1호 참조), 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라 함은 행정청의 공법상 행위

로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 행위를 못한다(대법원 1995. 11. 21. 선고 95누9099 판결 등 참조).

이 사건 공개는 이른바 행정상 '공표'에 해당하고, 행정상 공표는 정보화 사회에서 여론의 압력을 통하여 의무이행의 확보를 도모하기 위하여 개인의 명예 내지 수치심을 자극함으로써 개인에게 제재를 가하고 아울러 간접적으로 행정상 의무이행을 확보하기 위한 제도이다. 이 사건 공개가 항고소송의 대상이 되는 처분이 되는지에 관하여 보면, ① 공표로 인하여 개인의 명예, 신용 또는 프라이버시권이 제한되므로 권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점, ② 이 사건 공개처분은 일회적으로 끝나는 것이 아니라 상당기간 공표의 상태를 지속하면서 공표의 대상자에게 이를 수인할 것을 명령하는 성격도 아울러 가지고 있는 점, ③ 위와 같은 계속성을 갖는 사실행위에 대하여 그 처분을 취소할 경우 장래에 이루어질 인격권의 침해로부터 국민의 권리를 구제할 실익이 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 공개처분은 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 '처분'에 해당한다고 할 것이다. 따라서 처분성이 부정된다는 피고의 주장은 이유 없다.

마. 공표의 다른 제재수단의 병과 가능성

- 공표를 다른 행정 제재수단과 병과하는 것이 가능한지의 문제는 공표의 법적 성격을 처벌과 유사하게 볼 수 있는지와 연결됨. 비례원칙과 과잉금지원칙, 이중처벌금지의 원칙 위반이 문제될 수 있음.¹⁰⁷⁾
- 공표는 다른 제재수단과 함께 사용되는 경우가 많고, 공정거래사건의 경우 시정조치와 함께 시정명령을 받은 사실의 공표를 행하고 있음.
- 헌법재판소는 신상공개제도가 이중처벌금지원칙에 위배되지 않는다고 판시한 바 있음¹⁰⁸⁾

헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 공보 제82호, 530 [전원재판부] 청소년의성보호에 관한 법률 제20조제2항 제1호 등위헌제청

107) 김지영, “행정의 실효성 확보수단의 현황과 법적 과제”, 법학논고, 제65집, 경북대학교 법학연구원, (2019), 81-82면.

108) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14 결정.

(1) 이중처벌금지의 원칙 위배 여부

헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다. 법 제20조 제1항은 “청소년의 성을 사는 행위 등의 범죄방지를 위한 제도”가 신상공개제도의 주된 목적임을 명시하고 있는바, 이 제도가 당사자에게 일종의 수치심과 불명예를 줄 수 있다고 하여도, 이는 어디까지나 신상공개제도가 추구하는 입법목적에 부수적인 것이지 주된 것은 아니다. 또한, 공개되는 신상과 범죄사실은 이미 공개재판에서 확정된 유죄판결의 일부로서, 개인의 신상 내지 사생활에 관한 새로운 내용이 아니고, 공익목적을 위하여 이를 공개하는 과정에서 부수적으로 수치심 등이 발생된다고 하여 이것을 기존의 형벌 외에 또 다른 형벌로서 수치형이나 명예형에 해당한다고 볼 수는 없다. 그렇다면, 신상공개제도는 헌법 제13조의 이중처벌금지 원칙에 위배되지 않는다.

(2) 과잉금지의 원칙 위배 여부

신상공개제도는 범죄자 본인을 처벌하려는 것이 아니라, 현존하는 성폭력위험으로부터 사회 공동체를 지키려는 인식을 제고함과 동시에 일반인들이 청소년 성매수 등 범죄의 충동으로부터 자신을 제어하도록 하기 위하여 도입된 것으로서, 이를 통하여 달성하고자 하는 ‘청소년의 성보호’라는 목적은 우리 사회에 있어서 가장 중요한 공익의 하나라고 할 것이다. 이에 비하여 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도를 살펴보면, 법 제20조 제2항은 “성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지”를 공개하도록 규정하고 있는바, 이는 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 국가가 공익 목적으로 공개하는 것으로 공개된 형사재판에서 밝혀진 범죄인들의 신상과 전과를 일반인이 알게 된다고 하여 그들의 인격권 내지 사생활의 비밀을 침해하는 것이라고 단정하기는 어렵다. 또한, 신상과 범죄사실이 공개되는 범죄인들은 이미 국가의 형벌권 행사로 인하여 해당 기본권의 제한 여지를 일반인보다는 더 넓게 받고 있다. 청소년 성매수 범죄자들이 자신의 신상과 범죄사실이 공개됨으로써 수치심을 느끼고 명예가 훼손된다고 하더라도 그 보장 정도에 있어서 일반인과는 차이를 둘 수밖에 없어, 그들의 인격권과 사생활의 비밀의 자유도 그것이 본질적인 부분이 아닌 한 넓게 제한될 여지가 있다. 그렇다면 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 청소년 성보호라는 공익적 요청에 비해 크다고 할 수 없으므로 결국 법 제20조 제2항 제1호의 신상공개는 해당 범죄인들의 일반적 인격권, 사생활의 비밀의 자유를 과잉금지의 원칙에 위배하여 침해한 것이라 할 수 없다.

5. 행정기본법의 역할과 지위

가. 행정기본법의 제정

○ 행정기본법은 법 집행의 기준을 명확히 제시하며, 수많은 개별법에 산재해 있는 유사한 제도의 공통 사항을 일반화하여 체계화함으로써 국민의 행정실무에 대한 혼란을 해소하고 행정의 신뢰성·효율성을 제고하는 한편, 국민의 실체적 권리를 강화하려는 목적에서 제정되어 2021. 3. 23. 공포됨

○ 행정기본법은 총 제4장 제40조로 구성되어 있으며, 종래의 통설과 판례에 기초를 둔 내용을 명문화하였지만, 논란이 있는 쟁송법적 쟁점에 대해서는 규정하고 있지 않은 경우가 많으므로 이러한 쟁점들에 대하여는 추가로 개별법에 관련 규정을 두거나 이후의 학설 및 판례의 발전을 통해 해결할 수 밖에 없는 상황임

나. 우리나라 행정기본법의 지위

행정기본법 제5조(다른 법률과의 관계) ① 행정에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
② 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되도록 노력하여야 한다.

○ 행정기본법이 행정절차법, 행정심판법, 행정소송법 등에 대하여 어떠한 지위에 있는지의 여부가 문제되고 있음.¹⁰⁹⁾

– ‘헌법=기본법>법률’ or ‘헌법>기본법=법률’ or ‘헌법>기본법>법률’에 관한 논란은 제정 논의 당시부터 제기되었고, 제정된 행정기본법은 기존의 법령들을 그대로 둔 채, 기본원리를 중심으로 규율하여 내용적으로 보충하는 선에서 그치고 있음.

109) 김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 법제연구, 제59호, (2020), 30면 이하 참조.

○ 행정기본법 제5조(다른 법률과의 관계)에서는 행정에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따르고(제1항), 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되도록 노력하여야 함을 규정함(제2항).

○ 행정절차법의 규율에서 빠져있는 부분이 행정기본법에 제정되었기 때문에 행정기본법과 행정절차법이 상호간에 모순 저촉되는 경우는 문언상으로는 찾아보기 어렵지만, 운영과정에서 양법의 우선순위가 문제되는 상황이 발생할 가능성은 있음.¹¹⁰⁾

○ 이와 관련하여 행정절차법과의 관계에서 신법우선의 원칙에 따라 행정기본법이 우선하는지, 특별법 우선원칙에 따라 행정절차법이 절차상 우선하는지, 양자의 우선순위에 대한 정리를 통해 체계적인 법제 적용이 필요함.¹¹¹⁾ 장기적으로는 행정기본법과 행정절차법이 통합될 필요가 있다는 견해도 제기됨.¹¹²⁾

○ 학설과 판례에 의하여 기존에 인정되어 오던 법리를 확인적으로 수용한 부분과, 기존 법제의 불충분함을 새로이 보완하며 작성된 조문에 따라 달리 파악해야 할 것임.

－ 예를 들자면 행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결)의 경우, 행정절차법에 규율이 없는 부분에 대한 보완이자, 형식적 절차(동조 제1항)만이 아니라 실체적 내용(동조 제2항)에 관한 규율을 동시에 하고 있다는 점에서 다르게 파악할 수 있음.

다. 행정기본법의 성격 : 행위규범인가 재판규범인가의 문제

○ 행정기본법이 행위규범인지, 재판규범인지에 관한 구체적인 논의와 재판실무사례는 아직 명확하지 않음. 행정기본법이 방침 또는 입법정책적 규정의 성격에 가깝다면, 행정기본법상의 입법지침 및 해석지침 규율이 구체적인 심사척도로 활용되지 않는 경우,

110) 이에 관하여는 채향석·하명호, “행정기본법의 제정과정과 주요내용”, 법제연구, 제60호, (2021), 50면 이하 참조.

111) 김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 법제연구, 제59호, (2020), 60면.

112) 정남철, “정절차법과 행정기본법의 관계 재정립” 행정법학, 제23호, 한국행정법학회, (2022), 73면.

행정기본법의 역할과 실효성이 축소될 수 있음.

－ 행정절차법은 행위규범이자 재판규범의 척도로 활용되어 왔음. 기존의 행정절차법 규율에서 제외된 부분을 행정기본법에서 구체적으로 보완한 부분은 단순한 입법의 방향을 제시한 것이라고 보기 어려울 것임.

○ 행정기본법이 실질적인 심사척도로서 재판 과정에서 활용된다면, 기본법에서 구체적인 내용을 직접 규정한 것에 해당하고, 기본법의 기능을 벗어나는 것으로서 타법과의 관계에서 볼 때 개별법령이 형해화될 우려도 있음.

－ 행정기본법을 제정하게 된 배경원리인 ‘좋은 행정’의 의미가 추상적이며, 특정한 규칙이나 구체적인 행정기준으로서의 역할을 하지는 않고 절차법상의 규율을 이끄는 이념에 가까운 것이라면,¹¹³⁾ 행정기본법상의 원리보다 개별법이 심사척도로 활용되는 것이 체계정합성에 더 적합할 것임.

○ 행정기본법의 내용을 개별법에 구체적으로 수용하고 보완하는 추후 작업이 필요함. 행정조사와 관련하여서도 절차적으로는 행정절차법의 적용을 받지만, 내용적으로는 행정기본법상의 제원칙들을 준수해야 할 것이 요구됨.

라. 집행과 사법심사의 척도로서 행정법의 일반원칙 조항들

○ 그간 ‘행정법의 일반원칙’은 불문법원으로 인정되어 오며, 보충적 법원으로만 기능하는 것이 아니라 법해석과 입법심사의 원칙과 기준에 해당함. 판례에 의하여 행정작용에 대한 실체적 위법성 판단의 기준으로 적용되어 왔음.

○ 행정기본법의 제정으로 불문법원으로 적용되어오던 행정법의 일반원칙인 법치행정의 원칙(제8조), 평등의 원칙(제9조), 비례의 원칙(제10조), 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조), 부당결부금지의 원칙(제13조) 등을 성문화되었고, 이를 행정재판에서 독자적인 위법사유로 활용될 수 있다는 점은 분명 긍정적임.

113) 장경원, “EU법상 좋은 행정의 의미”, 행정법연구, 제25호, 행정법이론실무학회, (2009), 302면 참조.

○ 행정기본법이 헌법과 개별(행정)법의 연결 관계를 돈독히 하는 역할을 한다면, 개별법의 결여나 불충분함을 상위법으로 보완하는 경우, 행정절차법이나 개별법에 그에 대한 추가적인 보완이 뒤따라야 체계정합성에 맞을 것으로 여겨짐.

○ 불문법원을 성문화한 실익은, 명시적인 행위규범을 만들어 재판 단계보다 앞서서 행정에 대한 사전적인 통제와 관리를 가능하게 할 수 있음. 이 경우 행위규범과 재판규범의 척도가 어떻게 분리되는지에 관한 추가적인 논의가 필요한 상황임.

－ 공무원에 대한 행위규범의 준칙을 예로 들자면, 두 가지 측면으로 나누어 파악해야 할 것임. 결정을 내리는 과정에서의 고려 사항이나 참고 기준이 되는 (객관적이고 합리적인 결정에 도달하기 위한) 행위규범과, (공무원 개개인의 업무집행시) 행위 자체에 대한 강력한 통제로서의 의미를 지니는 행위규범에 따른 분류가 필요함.¹¹⁴⁾

마. 행정기본법상 ‘적극행정’의 의의

행정기본법 제4조(행정의 적극적 추진) ① 행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다.

② 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 행정의 적극적 추진 및 적극행정 활성화를 위한 시책의 구체적인 사항 등은 대통령령으로 정한다.

○ 적극행정은 행정학, 정책학적 요소에 비하여 법학적 요소로 규율할 수 있는 부분은 상대적으로 적은 것으로 여겨져왔음.

－ 적극행정은 소극행정의 예시를 설명함으로써 구체화되고, 소극행정은 적극행정에 대한 반대개념처럼 사용되어 왔음. ‘소극행정’으로는 ① 적당 편의(적당히 형식만 갖추어 업무를 처리하려는 행위, 즉 근원적인 대책을 강구하지 않고 현실만을 모면하자는 무사안일한 행태¹¹⁵⁾, ② 업무해태(주어진 업무를 게을리 하거나 부주의하여 업무를 이

114) “객관적 제도가 구성원에 대해 행위의 준칙이 될 수 있다는 것과 행위규범이라 부르는 것은 큰 차이가 있다” 김종보, “행정법학의 개념과 그 외연 - 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론”, 행정법연구, 제21호, 행정법이론실무학회, (2008), 13면.

115) 근원적 대책 없이 현실을 모면하기 위해 임기응변으로 업무를 처리하거나 창의적 개선 검토나 치밀한 계획 없이 업무를 대충 처리하는 경우, 지시나 독촉이 있어야 마지못해 업무를 처리하는 것을 말한다. 또한 책임전가 및 비협조, 자기 업무와 관련이 있음에도 불명확한 업무분장 등을 이유로 타부서나 타직원에게 떠넘기거나, 자기 부서만 중시하고 다른 부서에 대해

행하지 않는 행태)¹¹⁶⁾, ③ 탁상행정(기존의 불합리한 업무관행에 젖어 있거나 규정 본래의 취지를 벗어나거나 현실과 동떨어진 행태)¹¹⁷⁾, ④ 기타 관중심 행정(공적인 권한을 부당하게 행사하거나 부서 간에 책임을 떠넘기거나 조직 이기주의적인 행태)으로 분류되기도 함. 이는 법원리나 척도로서 기능한다기보다는 특정 사안에 대한 결과론적 해석의 총합으로 설명되는 ‘기준’임.

－ 행정법 이론상 특별권력관계에 해당하는 공무원 개개인의 징계 영역에서의 예외적인 면책 가능성 단계의 논의가, 행정의 시민에 대한 관계에서 일반적인 행위 준칙처럼 전환되었고, 위법한 행정작용은 적극행정으로 징계가 감면될 수 있는 부분이 아님.

－ 적극행정이 법원리를 넘어선 다양한 학제 영역을 아우르는 상위개념이라면, 행정기본법의 목적과 본질을 상회하는 내용을 규정한 셈이 됨. 적극행정의 활성화 방안은 정치, 경제, 행정, 문화적 맥락에서 모두 검토되어야 함. 적극행정의 반대어로는 소극행정, 무사안일 등이 꼽히지만, 실정제도상의 공식사회의 제도, 성과평가지스템, 공직사회의 문화 등이 적극행정의 실현과 연결되어 있으며, 행정의 절차와 밀접하게 관련됨을 고려해야 함.

○ 적극행정(제4조)의 경우, 행정법의 일반원칙과는 별도로 행정기본법의 총칙에 규정됨.

－ 행정기본법상의 조문 제정을 통하여 적극행정으로 인한 공무원 개인의 과책에 대하여 징계단계에서 면책가능성을 논하는 일종의 사후 주관적인 심사척도에서, 사전적인 객관적 행위 규범으로까지 규율의 시간적 적용이 앞당겨진 셈이지만, 이를 행정법의 기본원리라고 보기는 어려울 것임

○ 적극행정은 공무원의 성실의무를 전제로 함.¹¹⁸⁾ ‘공무원’의 적극적인 업무추진 양

배타성을 가져 결과적으로 조정이나 협조가 어려운 경우, 본인 성과나 경력관리에 유리한 업무에만 몰입하고 동료와의 협조나 조직 유관업무를 무시하는 경우 등을 의미한다.

116) 업무태만의 예시로는 관련 법, 조례, 지침 등이 변경되었음에도 인지하지 못하여 업무를 부적절하게 처리, 소관업무나 연관업무를 미검토 또는 미처리하거나 사후조치를 방지, 권한자의 관리·감독 소홀, 수수방관, 능장 대응 등 지연 등을 의미한다.

117) 현실성과 실효성이 없는 규정과 절차를 내세워 업무를 처리하는 것으로서, 현장상황이나 관련 당사자의 의견·정보·지식 등을 고려하지 않고 업무를 처리하거나 문제해결이나 내실 있는 성과보다는 전시효과 위주로 업무를 처리하는 것을 의미한다.

118) 공무원의 성실의무와 관련하여 직접적으로 그 의의를 실시한 대법원 1989. 5. 23. 선고 88누3161 판결[건축처분취소]은 “지방공무원법 제48조 소정의 성실의무는 공무원에게 부과된 가장 기본적인 중요한 의무로서 최대한으로 공공의 이익을 도모하고 그 불이익을 방지하기 위하여 전인격과 양심을 바쳐서 성실히 직무를 수행하여야 하는 것을 그 내용으로 한다”고 판시하고 있다. 동 판결은 국가공무원이 아닌 지방공무원법상의 성실의무를 논하고 있다는 점에서 차이가 있지만, 국가공무원법과 지방공무원법상 성실의무의 규정의 내용 차이가 크지 않다는 점에서 의의가 있다고 할 것인데, 본 사안은 성실의무의 위반으로 인한 징계책임이 인정된 사안으로서, 즉 적극행정을 이유로 기존에 존재하고 있던 징계책임이 감면된 사안은 아니

상과 ‘행정’의 적극성, 공무원 개개인이 담당하는 업무와 상황에 따른 개별구체적인 모습(주관적)과 행정이라는 제도의 완전성(객관적)은 다를 수 있음.

6. 행정기본법상 제재처분(제2조 제5호) 및 제재처분의 기준(제22조)

행정기본법 제2조 5. “제재처분”이란 법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 말한다. 다만, 제30조제1항 각 호에 따른 행정상 강제는 제외한다.

제22조(제재처분의 기준) ① 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다. 이 경우 제재처분의 유형 및 상한을 정할 때에는 해당 위반행위의 특수성 및 유사한 위반행위와의 형평성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

② 행정청은 재량이 있는 제재처분을 할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 위반행위의 동기, 목적 및 방법
2. 위반행위의 결과
3. 위반행위의 횟수
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

○ 행정기본법상 제재처분은 “법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분으로, 과징금 부과, 각종의 허가 취소나 정지, 면허 취소나 정지 등의 처분을 말함. 행정기본법 제22조는 제재처분의 기준, 제23조는 제재처분의 제척기간을 규정하여, 행정기본법 제23조는 행정기본법 제2조 제5호에 대한 특별규정이라 할 수 있음. 처분의 근거가 명확하지 않은 행정상의 활동이 다수 있고, 이에 대한 분쟁이 다양한 양상으로 제기되고 있음.¹¹⁹⁾

○ 대법원은 갑 주식회사가 조달청과 물품구매계약을 체결하고 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰 인터넷 홈페이지를 통해 납품요구를 하는 수요기관에 제품을 납품하였는데, 조달청이 ‘규격서 내용을 허위로 기재하거나 과장하였다’는 등의 이유로 물품구매계약 추가특수조건 규정에 따라 갑 회사에 대하여 6개월간 나라장터 중

다.

119) 홍정선, 행정기본법 해설, 박영사, (2021), 42-43면.

합쇼핑몰에서의 거래를 정지한다고 통보한 사안에서, 위 거래정지 조치는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 본 원심의 판단이 정당하다고 한 사례¹²⁰⁾(2018. 11. 29. 선고 2017두34940 판결)에서 물품구매계약 추가특수조건에 근거한 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지 조치의 처분성은 인정되나, 법률유보원칙 위반은 아니라고 판시한 바 있음.

○ 위 거래정지조치는 행정기본법 제2조 제5호에 따른 제재처분에 해당할 것으로 보이고, 행정기본법 제22조 제1항은‘제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다’고 규정하고 있어, 제재처분이 법률에 근거가 있어야 함을 전제로 한 표현으로 이해됨.¹²¹⁾ 행정기본법 적용시 위 나라장터 종합쇼핑몰 거래정지조치는 행정기본법 제22조 제1항 위반의 위법은 인정되는 것 아닌지가 문제될 수 있음

이와 유사하게 제재적 효력이 있으나 처분성 인정 여부가 명확하지 않은 상황에서, 대상적격을 적극적으로 해석하여 행정처분성을 인정할 경우 행정기본법 제22조 제1항에 따른 법률유보원칙 위반의 위법을 인정해야 할 가능성이 높아짐.

120) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017두34940 판결의 사실관계는 다음과 같다. (1) 피고는 2013. 8. 30. 조달사업에 관한 법률(이하 ‘조달사업법’이라고 한다) 제9조의2 및 같은 법 시행령 제18조에 따라 원고가 생산하는 이 사건 제품인 ‘수상 및 해상구조물용 발판고정 유니트’를 지정기간을 2013. 8. 30.부터 2016. 8. 29.까지로 정하여 우수조달물품으로 지정하였다. (2) 원고는 2013. 10. 14.부터 2015. 10. 17.까지 사이에 다섯 차례에 걸쳐 피고와 사이에, 원고가 각 수요기관으로부터 이 사건 제품에 대한 납품요구를 받으면 계약금액의 범위 안에서 이 사건 제품을 실제로 그 수요기관에 납품한 후 그로부터 대금을 지급받기로 하는 물품구매계약(제3자를 위한 단가계약 방식)을 수의계약으로 체결하였다(2015. 10. 17. 최종 체결한 물품구매계약을 이하 ‘이 사건 계약’이라고 한다). 위 물품구매계약에는 ‘원고는 물품구매계약 추가특수조건(이하 ‘추가특수조건’이라고 한다)을 충실히 이행한다’는 취지와 ‘이 사건 제품의 규격은 우수조달물품 지정 규격과 같다’는 취지가 포함되어 있었다. (3) 피고는 이 사건 제품을 국가종합전자조달시스템인 나라장터 종합쇼핑몰에 등록하였고, 원고는 나라장터 종합쇼핑몰을 통하여 납품요구를 하는 수요기관에 이 사건 제품을 납품하였다. (4) 한편 추가특수조건 제22조 제1항에 의하면, ‘상품정보를 허위로 기재하거나 과장한 경우’(제1호), ‘그 밖에 계약조건 등 관련 규정에 의한 계약위반 사실이 있는 경우’ 피고는 1월 이상 12월 이하의 범위 내에서 계약상대자에 대하여 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 정지할 수 있다. 추가특수조건 [별표]에 의하면, 추가특수조건 제22조 제1항 제1호에 해당하는 경우 거래정지 기간은 6월, 거래정지 대상은 품명이고, 제18호에 해당하는 경우 거래정지 기간은 6월, 거래정지 대상은 계약이다. (5) 피고는 2016. 2. 3. 원고에게 ‘원고가 규격서와 달리 유니트 형태의 제품을 공장에서 제작하여 운반·조립하지 않고 원부자재를 현장에서 응착·조립하였고, 계약체결 당시 공장제작 방식이 현실적으로 어려움을 인지하고 있었음에도 규격서 내용을 허위로 기재하거나 과장하였다’는 이유로 이 사건 제품에 대하여 추가특수조건 제22조 제1항 제1호 및 제18호에 따라 6개월간 나라장터 종합쇼핑몰에서의 거래를 정지한다고 통보하였다(이하 ‘이 사건 거래정지 조치’라고 한다). 원심은, 이 사건 거래정지 조치가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 보면서, 원고의 재산권을 직접 제한하는 침익적·제재적 행정처분인 이 사건 거래정지 조치에 관한 사항을 추가특수조건이나 구 국가종합전자조달시스템 종합쇼핑몰운영규정(2016. 2. 16. 조달청고시 제2016-9호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘쇼핑몰운영고시’라고 한다)으로 정하기 위해서는 법률상 명시적인 근거가 있어야 함에도, 이 사건 거래정지 조치는 아무런 법률상 근거 없이 추가특수조건이나 쇼핑몰운영고시에 근거하여 이루어진 것으로서 법률유보의 원칙에 위배되어 위법하다고 판단하였다.

121) 홍정선, 행정기본법 해설, 박영사, (2021), 168면.

7. 행정기본법상 법치행정의 원칙(제8조) 및 행정의 입법활동(제38조)과 법령해석(제40조)

행정기본법 제8조(법치행정의 원칙) 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.

제38조(행정의 입법활동) ① 국가나 지방자치단체가 법령등을 제정·개정·폐지하고자 하거나 그와 관련된 활동(법률안의 국회 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함하며, 이하 이 장에서 “행정의 입법활동”이라 한다)을 할 때에는 헌법과 상위 법령을 위반해서는 아니 되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다.

② 행정의 입법활동은 다음 각 호의 기준에 따라야 한다.

1. 일반 국민 및 이해관계자로부터 의견을 수렴하고 관계 기관과 충분한 협의를 거쳐 책임 있게 추진되어야 한다.
2. 법령등의 내용과 규정은 다른 법령등과 조화를 이루어야 하고, 법령등 상호 간에 중복되거나 상충되지 아니하여야 한다.
3. 법령등은 일반 국민이 그 내용을 쉽고 명확하게 이해할 수 있도록 알기 쉽게 만들어져야 한다.

③ 정부는 매년 해당 연도에 추진할 법령안 입법계획(이하 “정부입법계획”이라 한다)을 수립하여야 한다.

④ 행정의 입법활동의 절차 및 정부입법계획의 수립에 관하여 필요한 사항은 정부의 법제업무에 관한 사항을 규율하는 대통령령으로 정한다.

제40조(법령해석) ① 누구든지 법령등의 내용에 의문이 있으면 법령을 소관하는 중앙행정기관의 장(이하 “법령소관기관”이라 한다)과 자치법규를 소관하는 지방자치단체의 장에게 법령해석을 요청할 수 있다.

② 법령소관기관과 자치법규를 소관하는 지방자치단체의 장은 각각 소관 법령등을 헌법과 해당 법령등의 취지에 부합되게 해석·집행할 책임을 진다.

③ 법령소관기관이나 법령소관기관의 해석에 이의가 있는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 법령해석업무를 전문으로 하는 기관에 법령해석을 요청할 수 있다.

④ 법령해석의 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 행위규점의 관점에서, 일선 공무원들이 법률유보원칙 적용 여부에 대한 이해도를 높일 보완 방안의 마련이 필요함.

○ 입법기술상 추상적인 일반조항과 불확정개념을 사용한 경우 명확성원칙 준수 여부가 문제될 수 있음. 법문언에 어느 정도의 모호함이 내포되어 있다고 하더라도 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 법문언의 의미 내용을 확인할 수 있고 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다는 것이 판례의 입장이지만¹²²⁾, 법령해석과 관련하여, 공무원이 보충적 해석에 의한 법문언의 의미 내용 확인할 방법에 관한 규정 보완해야 하는지가 문제될 수 있음. 행정기본법은 주요 내용이 대부분 종래의 통설과 판례에 기초를 둔 것이고, 논란이 있는 쟁송법적 쟁점에 대해서는 규정하고 있지 않은 경우가 많으며, 입법적 해결을 도모하는 몇몇 규정들은 장기간의 시행 유예기간이 부여되어 있어, 그 기간 동안 개별 법률의 정비에 의한 입법적 해결을 지켜볼 필요가 있음.¹²³⁾

○ 행정기본법 제정 전에는 법령 해석에 관해 개별법률이 있었지만,¹²⁴⁾ 일반법은 존재하지 않았고, 일반적인 사항은 대통령령인 법제업무 운영규정에서 규정하여왔음. 행정기본법의 제정으로 법령해석에 관한 법률적 근거를 마련하게 되었음.

－ 법령소관기관과 자치법규를 소관하는 지방자치단체의 장은 법령합치적 해석 및 집행의무를 지게 되며, 이는 헌법합치적 해석,¹²⁵⁾ 상위법령 합치적 해석을 포함함.¹²⁶⁾

122) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결. 법치국가 원리의 한 표현인 명확성원칙은 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구되나, 명확성원칙을 산술적으로 엄격히 관찰하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 입법기술상 추상적인 일반조항과 불확정개념의 사용은 불가피하다. 따라서 법문언에 어느 정도의 모호함이 내포되어 있다고 하더라도 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 법문언의 의미 내용을 확인할 수 있고 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다.

123) 이정민, “행정기본법에 대한 몇 가지 실무상 쟁점”, 사법, 제58호, 사법발전재단, (2021), 76면 참조.

124) 국세기본법 제18조, 관세법 제5조, 지방세기본법 제20조, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률 제3조를 예로 들 수 있다.

125) 법원이 어떠한 법률조항을 해석·적용함에 있어서 한 가지 해석방법에 의하면 헌법에 위배되는 결과가 되고 다른 해석방법에 의하면 헌법에 합치하는 것으로 볼 수 있을 때에는 위헌적인 해석을 피하고 헌법에 합치하는 해석방법을 택하여야 한다. 이는 입법방식에 다소 부족한 점이 있어 어느 법률조항의 적용 범위 등에 관하여 불명확한 부분이 있는 경우에도 마찬가지이다. 이러한 관점에서 보면, 공소시효를 정지·연장·배제하는 내용의 특례조항을 신설하면서 소급적용에 관한 명시적인 경과규정을 두지 아니한 경우에 그 조항을 소급하여 적용할 수 있다고 볼 것인지에 관하여는 이를 해결할 보편타당한 일반원칙이 존재할 수 없는 터이므로 적법절차원칙과 소급금지원칙을 천명한 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 정신을 바탕으로 하여 법적 안정성과 신뢰보호원칙을 포함한 법치주의 이념을 훼손하지 아니하도록 신중히 판단하여야 한다. 대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도1362, 2015전도19 판결.

126) 국가의 법체계는 그 자체로 통일체를 이루고 있으므로 상·하규범 사이의 충돌은 최대한 배제하여야 하고, 또한 규범이 무효라고 선언될 경우에 생길 수 있는 법적 혼란과 불안정 및 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백 등으로 인한 피해를 피하여야 할 필요성에 비추어 보면, 하위법령의 규정이 상위법령의 규정에 저촉되는지 여부가 명백하지 않은 경우에, 관련 법령의 내용과 입법 취지 및 연혁 등을 종합적으로 살펴 하위법령의 의미를 상위법령에 합치되는 것으로 해석하는 것이 가능한 경우라면, 하위법령이 상위법령에 위반된다는 이유로 쉽게 무효를 선언할 것은 아니다. 특정 사안과 관련하여 법령에서 조례에 위임을 한 경우 조례가 위임의 한계를 준수하였는지를 판단할 때는 당해 법령 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 살펴야 하고, 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 하였는지 등도 아울러 고려하여야 한다. —대법원 2019. 7. 10. 선고 2016두61051 판결.

법률의 위임에 따른 하위법령에 근거한 행정작용의 경우에는, 포괄위임금지원칙을 위반하지 않은 법률에 따른 위임범위 이탈이 아닌 경우 법률유보원칙 위반 아니라고 볼 수 있고, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적이고 체계적으로 살펴보면 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다는 판단기준에 따라,¹²⁷⁾ 모법의 해석가능범위에 따라 법률유보원칙 충족 여부가 달라지게 됨.

○ 법원의 행정입법 통제가 갖는 헌법적 의미와 기능을 강조한 법외노조통보사건에서 의회유보원칙 판단에 있어 고려요소가 다양화되고 있음.

대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결 [법외노조통보처분취소].
 고용노동부장관이 전국의 국공립학교와 사립학교 교원을 조합원으로 하여 설립된 갑 노동조합의 노동조합 설립신고를 수리하고 신고증을 교부하였는데, 그 후 갑 노동조합에 대하여 ‘두 차례에 걸쳐 해직자의 조합원 가입을 허용하는 규약을 시정 하도록 명하였으나 이행하지 않았고, 실제로 해직자가 조합원으로 가입하여 활동하고 있는 것으로 파악된다’는 이유로 해당 규약 조항의 시정 등의 조치를 요구하였으나 갑 노동조합이 이를 이행하지 않자 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제14조 제1항, 노동조합 및 노동관계조정법 제12조 제3항 제1호, 제2조 제4호 (라)목 및 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 시행령 제9조 제1항, 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제9조 제2항에 따라 갑 노동조합을 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률에 의한 노동조합으로 보지 아니함’을 통보한 사안에서, 법외노조 통보에 관한 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제9조 제2항은 헌법상 법률유보의 원칙에 위반되어 그 자체로 무효이므로 그에 기초한 위 법외노조 통보는 법적 근거를 상실하여 위법하다고 한 사례.

－ 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되

127) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두19526 판결. 시교육감이 ‘중학교 입학자격 검정고시 규칙’에 근거하여 만 12세 이상인 자를 대상으로 하는 ‘중학교 입학자격 검정고시 시행계획’을 공고하였는데, 초등학교에 재학하다가 취학의무를 유예받아 정원 외로 관리되던 만 9세인 갑이 응시원서를 제출하였다가 응시자격이 없다는 이유로 반려처분을 받은 사안에서, 중학교 입학자격 검정고시 응시자격을 만 12세 이상인 자로 응시연령을 제한하고 있는 위 ‘중학교 입학자격 검정고시 규칙’ 제14조 제2호가 초등학교 취학의무 대상 연령대의 아동에 대하여 중학교 입학자격 검정고시 응시자격을 제한한 것은 구 초·중등교육법(2012. 1. 26. 법률 제11219호로 개정되기 전의 것) 및 구 초·중등교육법 시행령(2012. 10. 29. 대통령령 제24148호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 초·중등교육법 시행령’이라 한다)의 해석상 가능한 내용을 구체화한 것으로 볼 수 있으므로, 구 초·중등교육법 시행령 제96조 제2항의 위임 범위에서 벗어났다고 볼 수 없다고 한 사례.

는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권과 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의하여 직접 규율될 필요성은 더 증대됨.¹²⁸⁾

○ 행정의 입법활동과 관련하여 행정입법 제정 및 개정 과정에서, 위임범위 일탈 여부나 의회유보원칙 위반 여부에 대한 점검 방안 및 행정입법을 적용하여 행정작용을 하는 과정에서, 공무원이 위임범위 일탈 여부나 의회유보원칙 위반에 대하여 의문이 있는 경우 이를 점검할 방안에 관한 규정의 상세가 필요할 수 있음.

8. 행정기본법상 제재처분과 비례원칙(제10조) 및 부당결부금지원칙(제13조) 준수 요청

행정기본법 제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각 호의 원칙에 따라야 한다.

1. 행정목적의 달성에 데 유효하고 적절할 것
2. 행정목적의 달성에 데 필요한 최소한도에 그칠 것
3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것

행정기본법 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.

128) “헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 헌법상 법치주의는 법률유보원칙, 즉 행정작용에는 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 원칙을 핵심적 내용으로 한다. 나아가 오늘날의 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공통체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니고 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보원칙까지 내포하는 것으로 이해되고 있다. 여기서 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권과 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의하여 직접 규율될 필요성은 더 증대된다. 따라서 국민의 권리·의무에 관한 기본적으로 본질적인 사항은 국회가 정하여야 하고, 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관하여 국회가 법률로써 스스로 규율하여야 한다. 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 따라서 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여만 대통령령을 발할 수 있으므로, 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.”

행정기본법 제22조(제재처분의 기준) ① 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다. 이 경우 제재처분의 유형 및 상한을 정할 때에는 해당 위반행위의 특수성 및 유사한 위반행위와의 형평성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

② 행정청은 재량이 있는 제재처분을 할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 위반행위의 동기, 목적 및 방법
2. 위반행위의 결과
3. 위반행위의 횟수
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

행정절차법 제20조(처분기준의 설정·공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.

② 제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다.

③ 당사자등은 공표된 처분기준이 명확하지 아니한 경우 해당 행정청에 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.

○ 행정기본법은 제재처분은 국민의 권리와 이익을 중대하게 제한할 수 있는 침익적 행위에 해당하므로, 행정청이 제재처분을 하는 경우에 고려하여야 할 기본적이고 필수적인 사항을 선언적으로 규정하여 제재처분의 예측가능성과 투명성을 높이고 법치행정의 원리를 실현하는 데 기여하는 것을 목적으로 함. 행정기본법상 비례원칙은 성문의 일반적인 법원칙으로, 개별 법률에 비례원칙에 관한 규정이 없다고 하여도 공무원들은 행정법령을 집행할 때에 일반법인 행정기본법 제10조를 근거로 활용하고 적용하여야 함.

○ 행정절차법은 ‘처분’의 절차 위주로 규율하고 있는 반면에, 행정기본법은 ‘처분 이외의 행정작용’에 대한 실체와 절차 모두에 관해 규율을 하고 있고, ‘처분’과 관련해서도

실체적인 규율을 하고 있으며, 입법지침 및 해석지침 등에 대해서도 규율을 두고 있음. 행정기본법은 행정절차법의 규율에서 제외되어 있는 부분들을 보완해주는 역할을 하며, 제재처분의 기준이나 입법절차와 관련하여 행정기본법은 행정절차법과의 결합을 통해 행정절차를 보다 강화하는 역할을 함.

○ 제재처분 근거 법률의 입법 시 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한(유사한 위반행위와의 형평성 고려)을 명확히 규정하도록 하고(제1항), 행정청이 제재처분을 할 때 고려하여야 하는 필수 요소를 명시함으로써 행정에 대한 지침이 될 수 있도록 하고, 법령에 제재처분의 기준에 관한 사항을 정할 때 기초할 수 있는 통일적 기준을 마련함(제2항).

○ 이 규정은 처분기준의 설정·공표에 관한 행정절차법 제20조와의 관계를 검토해볼 필요가 있음. 행정기본법 제22조는 제재처분에 국한된 것이고 행정절차법 제20조는 처분일반에 관한 것이어서 적용 범위에 차이가 있지만, 행정절차법 제20조도 주로 제재처분을 염두에 둔 것이기 때문에 근본적인 차이가 있다고 보기는 어려움.

○ 행정기본법 제22조 제1항은 제재처분의 기준을 ‘법률’에 정하는 경우를 규율하고 있고, 행정절차법 제20조는 처분기준을 행정청에서 ‘행정규칙 등’으로 정하는 경우를 규율하는 경우라는 점에서 행정기본법 제22조 제1항은 제재처분의 기준으로 ‘법률’에 정해져야 할 내용을 명시하고 있는데, 이는 국민에게 불이익한 효력이 발생하는 제재처분과 관련하여 법률유보의 원리를 구체화했다는 점에서 의미가 있는 것으로 양법은 처분기준을 규율하는 법령의 수준에 차이가 있음.

○ 행정기본법 제22조 제1항의 내용을 준수하지 않은 경우, 주체, 사유, 유형, 상한 중 일부가 법률 수준에서 열거되지 않은 상태에서 행정제재처분이 내려질 경우에 이를 재판에 의해서 통제하는 것이 가능할 것인지의 여부가 문제됨. 제재처분의 종류에 따라 법률에서 구체화할 수 있는 수준이 다양할 수 있기 때문에 바로 행정기본법 제22조 제1항은 입법지침에 불과하여 그 위반을 인정하는 것은 적절치 않다는 견해, 제재처분

의 투명성을 확보하기 위해서는 행정기본법 제22조 제1항에 부합하지 않은 법률에 기해서 행정처분이 내려질 경우에는 바로 행정기본법 제22조 제1항을 재판규범으로 보고 그 위반을 이유로 위법성을 인정해야 한다는 견해가 제시될 수 있음.¹²⁹⁾

○ 행정기본법에 의해서 ‘법률’ 단위에서 제재처분의 기준이 구체적으로 규율될 경우에는 행정절차법에 따라 처분기준을 행정청에서 ‘행정규칙’ 등으로 정하는 것은 이러한 법률의 범위 내에서만 가능해진다는 점에서 행정기본법의 내용이 행정절차법에 따른 운영실무에 일정한 영향을 미칠 수 있음. 또한 행정기본법 제22조 제2항은 제재처분시에 고려해야 할 사항들을 열거하고 있는데 이러한 사항들은 행정절차법 제20조 제1항에 따라 처분기준을 구체적으로 정할 때 고려되어야 하는 요소들로, 양 법률은 보완적인 관계라 할 것임.

○ 행정기본법 제10조상의 적합성의 원칙, 최소침해의 원칙, 상당성의 원칙은 단꾸조를 이루어, 적합성의 원칙에 반하는 행정작용은 위법하고, 최소 침해의 원칙과 상당성의 원칙까지 검토할 필요는 없음. 적합성의 원칙에 합당한 행정작용이 최소침해의 원칙에 반하면 위법한 것으로, 상당성의 원칙까지 검토할 필요는 없음.¹³⁰⁾ 대법원 판례는 제재처분이 과중한 경우를 비례원칙 위배로 재량권 일탈·남용에 해당한다고 판단해 오고 있음.¹³¹⁾ 이는 행정기본법 제10조에서도 마찬가지라고 보임. 행정기본법 제22조 제2항은 재량이 있는 제재처분시에 고려사항으로 “위반행위의 동기, 목적 및 방법, 위반행위의 결과, 위반행위의 횟수”를 규정하여, 제재처분의 비례원칙 위반 여부는 행정기본법 제22조 제2항에서 규정된 것으로 파악될 수 있음.

○ 행정기본법 제22조 제2항은 재량이 있는 제재처분의 집행시 행정청이 고려할 사항을 규정하고 있음. 이를 고려하지 않고 이루어진 제재처분은 재량권 행사의 하자가 있는 처분으로 파악될 수 있음.

129) 임성훈, 행정법이론실무학회 「행정기본법 제정의 의의와 향후 과제」 발표에 대한 종합토론문(2021. 4. 10.), 2-3면.

130) 홍정선, 행정기본법 해설, 박영사, (2021), 85면.

131) 제재처분의 비례원칙에 ‘적합성-필요성-상당성’이라는 일반적인 심사방식이 적용된다고 볼 수 있는지 의문이라는 견해가 있음. 과거의 의무위반에 대한 제재처분에서는 위반행위에 비추어 제재가 과도한 범위를 넘는지를 심사할 뿐 목적-수단 관계는 부수적인 것으로만 고려된다는 지적으로 정은영, “행정법상 비례원칙에 관한 연구”, 행정법연구 제63호, 행정법이론실무학회, (2020), 217면 참조.

9. 공표제도의 개선

가. 의의

○ 공표제도는 권리보호를 위한 사전절차가 마련되어 있지 않은 경우 공표의 남용으로 개인의 명예, 체면 등 인격권을 손상시킬 수 있으므로 행정의 실효성 확보수단으로 활용함에 있어서는 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙을 준수해야 함. 공표제도를 법령에 도입하기 위해서는 공표에 의하여 달성하고자 하는 의무위반자에 대한 이행강제의 이익과 공표에 의하여 침해되는 의무위반자의 권익을 비교교량하여야 함. 행정기본법상 비례원칙이 성문화되었다는 점에서 개별 법률에 비례의 원칙 내용이 없더라도 이를 준수할 것이 요구됨.

○ 우선적으로는 공표의 목적과 성질을 확인해야 함. 정보를 제공하는 것이 목적인지, 행정의 실효성 확보수단이 본질적인 목적인지에 따라 법적 규율이 달라짐.

○ 행정절차법 개정안과 범위반 사실의 공표

－ 2021년 행정절차법 일부개정으로 제40조의 3¹³²⁾에서 위반사실 등 공표 조항이 신설되면서 신설하고, 의견제출, 정정 공표 등 공통절차를 규정함으로써, 위반사실 공표는 엄격하게 운영할 필요가 있다는 의견이 반영됨. 행정청이 위반사실 등을 공표하기

132) 행정절차법 제40조의3(위반사실 등의 공표) ① 행정청은 법령에 따른 의무를 위반한 자의 성명·법인명, 위반사실, 의무위반을 이유로 한 처분사실 등(이하 “위반사실등”이라 한다)을 법률로 정하는 바에 따라 일반에게 공표할 수 있다.

② 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 사실과 다른 공표로 인하여 당사자의 명예·신용 등이 훼손되지 아니하도록 객관적이고 타당한 증거와 근거가 있는지를 확인하여야 한다.

③ 행정청은 위반사실등의 공표를 할 때에는 미리 당사자에게 그 사실을 통지하고 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 공표를 할 필요가 있는 경우
2. 해당 공표의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 타당한 이유가 있는 경우
3. 당사자가 의견진술의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 밝힌 경우
- ④ 제3항에 따라 의견제출의 기회를 받은 당사자는 공표 전에 관할 행정청에 서면이나 말 또는 정보통신망을 이용하여 의견을 제출할 수 있다.
- ⑤ 제4항에 따른 의견제출의 방법과 제출 의견의 반영 등에 관하여는 제27조 및 제27조의2를 준용한다. 이 경우 “처분”은 “위반사실등의 공표”로 본다.
- ⑥ 위반사실등의 공표는 관보, 공보 또는 인터넷 홈페이지 등을 통하여 한다.
- ⑦ 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 당사자가 공표와 관련된 의무의 이행, 원상회복, 손해배상 등의 조치를 마친 경우에는 위반사실등의 공표를 하지 아니할 수 있다.
- ⑧ 행정청은 공표된 내용이 사실과 다른 것으로 밝혀지거나 공표에 포함된 처분이 취소된 경우에는 그 내용을 정정하여, 정정한 내용을 지체 없이 해당 공표와 같은 방법으로 공표된 기간 이상 공표하여야 한다. 다만, 당사자가 원하지 아니하면 공표하지 아니할 수 있다.

위해서는 법률에 근거하도록 법률유보의 원칙을 명시하였고, 행정청의 공표가 타인의 명예 등을 훼손할 우려가 있으므로, 신중하게 사실을 조사하여 객관적이고 타당한 증거와 근거를 바탕으로 위반 사실 등을 공표하도록 엄격한 확인의무를 부여하며, 위반 사실 등의 공표도 불이익처분처럼 원칙적으로 사전통지 및 의견제출의 기회를 제공함으로써 사전적인 절차적 보호장치를 마련하게 되었음.¹³³⁾

나. 공표의 입법유형

[정보제공적 성격의 공표 입법례]

행정규제기본법 제3조 ③ 지방자치단체는 이 법에서 정하는 취지에 따라 조례·규칙에 규정된 규제 등록 및 공표(公表), 규제의 신설이나 강화에 대한 심사, 기존규제의 정비, 규제심사기구의 설치 등에 필요한 조치를 하여야 한다.

행정규제기본법 제6조(규제의 등록 및 공표) ① 중앙행정기관의 장은 소관 규제의 명칭·내용·근거·처리기관 등을 제23조에 따른 규제개혁위원회(이하 “위원회”라 한다)에 등록하여야 한다.

② 위원회는 제1항에 따라 등록된 규제사무 목록을 작성하여 공표하고, 매년 6월 말일까지 국회에 제출하여야 한다.

③ 위원회는 직권으로 조사하여 등록되지 아니한 규제가 있는 경우에는 관계 중앙행정기관의 장에게 지체 없이 위원회에 등록하게 하거나 그 규제를 폐지하는 법령 등의 정비계획을 제출하도록 요구하여야 하며, 관계 중앙행정기관의 장은 특별한 사유가 없으면 그 요구에 따라야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 규제의 등록·공표의 방법과 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

행정규제기본법 제35조(규제개혁 백서) 위원회는 매년 정부의 주요 규제개혁 추진상황에 관한 백서(白書)를 발간하여 국민에게 공표하여야 한다.

행정절차법 제19조(처리기간의 설정·공표) ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다.

133) 채향석·하명호, “행정기본법의 제정과정과 주요내용”, 법제연구, 제60호, (2021), 50-51면.

행정절차법 제20조(처분기준의 설정·공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.

[제재적 성격의 공표의 입법례]

국세기본법 제85조의5(불성실기부금수령단체 등의 명단 공개) ① 국세청장은 제81조의13과 「국제조세조정에 관한 법률」 제57조에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 인적사항 등을 공개할 수 있다. 다만, 체납된 국세가 이의신청·심사청구 등 불복청구 중에 있거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

공직자윤리법 제8조의2(심사결과의 처리) ① 공직자윤리위원회는 제8조에 따른 등록사항의 심사(제9조의2에 따른 재심사를 포함한다) 결과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 제2항에 따른 필요한 조치를 하여야 한다.

② 제1항의 필요한 조치는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치로 한다.

1. 경고 및 시정조치
2. 제30조에 따른 과태료 부과
3. 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표

식품위생법 제84조(위반사실 공표) 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제72조, 제75조, 제76조, 제79조, 제82조 또는 제83조에 따라 행정처분이 확정된 영업자에 대한 처분 내용, 해당 영업소와 식품등의 명칭 등 처분과 관련한 영업 정보를 대통령령으로 정하는 바에 따라 공표하여야 한다.

○ 국민의 권리 침해와 관련해서 주로 문제되는 공표는 제재적 성격의 공표이므로 이에 대해 법적 근거, 한계 등 법령 입안 시 유의 사항을 검토해야 함.

○ 제재적 성격의 공표는 행정상 제재기능을 수행하고, 행정의 상대방의 기본권을 침해할 우려가 있다는 점에서 법률상 근거가 필요함. 공표의 내용, 방법 등 공표의 기본적인 내용은 법률에서 규정하되, 세부적인 내용은 하위법령으로 위임이 가능하다고 할 것.

○ 시정명령에 관한 내용을 규정하면서 시정명령을 한 내용 등을 공표할 수 있다는 근

거가 법률에 없음에도 불구하고 시행령에서 공표에 관한 규정을 두는 경우가 있으나, 시정명령을 받은 사실의 공표는 당사자에게 침익적인 행위로서, 시정명령 자체와는 구별되는 별도의 행위이므로 법률에 근거 없이 시행령으로 바로 규정하는 것은 법률유보의 원칙에 반한다고 할 것이므로 법률에 규정해야 할 것임.¹³⁴⁾

다. 입법 모델

【법률에서 규정하는 경우】 법률 제○조(○○의 공표) ① △△장관은 ○○한 경우 대통령령(또는 ~부령)으로 정하는 바에 따라 ★★을 공표할 수 있다(공표하여야 한다).

【시행령 또는 시행규칙에서 규정하는 경우】 시행령 또는 시행규칙 제○조(○○의 공표) ① △△장관은 법 제○조에 따라 다음 각 호의 사항을 인터넷 홈페이지 또는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따라 전국을 보급지역으로 하는 일반 일간신문 등에 게재하여 공표할 수 있다. 1. 위반행위 내용 2. 위반행위를 한 자 3. 행정처분의 내용 및 결과 ② △△장관은 법 제○조에 따라 제1항 각 호의 사항을 공표하려는 경우에는 위반행위의 내용 및 정도, 위반 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 고려하여야 한다.

[입법례] 농수산물 품질관리법

농수산물 품질관리법 제59조(유전자변형농수산물의 표시 위반에 대한 처분) ① 식품의약품안전처장은 제56조 또는 제57조를 위반한 자에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 할 수 있다.

1. 유전자변형농수산물 표시의 이행·변경·삭제 등 시정명령

2. 유전자변형 표시를 위반한 농수산물의 판매 등 거래행위의 금지

② 식품의약품안전처장은 제57조를 위반한 자에게 제1항에 따른 처분을 한 경우에는 처분을 받은 자에게 해당 처분을 받았다는 사실을 공표할 것을 명할 수 있다.

③ 식품의약품안전처장은 유전자변형농수산물 표시의무자가 제57조를 위반하여 제1항에 따른 처분이 확정된 경우 처분내용, 해당 영업소와 농수산물의 명칭 등 처분과 관련된 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 인터넷 홈페이지에 공표하여야 한다.

④ 제1항에 따른 처분과 제2항에 따른 공표명령 및 제3항에 따른 인터넷 홈페이지

134) 법령 입안·심사 기준, 법제처, 2017.12. 385-387면 참조.

공표의 기준·방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

농수산물 품질관리법 시행령 제22조(공표명령의 기준·방법 등) ① 법 제59조제2항에 따른 공표명령의 대상자는 같은 조 제1항에 따라 처분을 받은 자 중 다음 각 호의 어느 하나의 경우에 해당하는 자로 한다.

1. 표시위반물량이 농산물의 경우에는 100톤 이상, 수산물의 경우에는 10톤 이상인 경우
2. 표시위반물량의 판매가격 환산금액이 농산물의 경우에는 10억원 이상, 수산물인 경우에는 5억원 이상인 경우
3. 적발일을 기준으로 최근 1년 동안 처분을 받은 횟수가 2회 이상인 경우

② 법 제59조제2항에 따라 공표명령을 받은 자는 지체 없이 다음 각 호의 사항이 포함된 공표문을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제9조제1항에 따라 등록된 전국을 보급지역으로 하는 1개 이상의 일반일간신문에 게재하여야 한다.

1. “「농수산물 품질관리법」 위반사실의 공표”라는 내용의 표제
2. 영업의 종류
3. 영업소의 명칭 및 주소
4. 농수산물의 명칭
5. 위반내용
6. 처분권자, 처분일 및 처분내용

③ 식품의약품안전처장은 법 제59조제3항에 따라 지체 없이 다음 각 호의 사항을 식품의약품안전처의 인터넷 홈페이지에 게시하여야 한다.

1. “「농수산물 품질관리법」 위반사실의 공표”라는 내용의 표제
2. 영업의 종류
3. 영업소의 명칭 및 주소
4. 농수산물의 명칭
5. 위반내용
6. 처분권자, 처분일 및 처분내용

④ 식품의약품안전처장은 법 제59조제2항에 따라 공표를 명하려는 경우에는 위반행위의 내용 및 정도, 위반기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 고려하여야 한다. 이 경우 공표명령을 내리기 전에 해당 대상자에게 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

⑤ 식품의약품안전처장은 법 제59조제3항에 따라 공표를 하기 전에 해당 대상자에게 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

라. 사전 심의 절차를 규정한 사례

(1) 하도급거래 공정화에 관한 법률

하도급거래 공정화에 관한 법률 제25조의4(상습법위반사업자 명단공표) ① 공정거래위원회 위원장은 제27조제3항에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제119조에도 불구하고 직전연도부터 과거 3년간 이 법 위반을 이유로 공정거래위원회로부터 경고, 제25조제1항에 따른 시정조치 또는 제25조의5제1항에 따른 시정권고를 3회 이상 받은 사업자 중 제26조제2항에 따른 벌점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 사업자(이하 이 조에서 “상습법위반사업자”라 한다)의 명단을 공표하여야 한다. 다만, 이의신청 등 불복절차가 진행 중인 조치는 제외한다.

② 공정거래위원회 위원장은 제1항 단서의 불복절차가 종료된 경우, 다음 각 호에 모두 해당하는 자의 명단을 추가로 공개하여야 한다.

1. 경고 또는 시정조치가 취소되지 아니한 자
2. 경고 또는 시정조치에 불복하지 아니하였으면 상습법위반사업자에 해당하는 자

③ 제1항 및 제2항에 따른 상습법위반사업자 명단의 공표 여부를 심의하기 위하여 공정거래위원회에 공무원인 위원과 공무원이 아닌 위원으로 구성되는 상습법위반사업자명단공표심의위원회(이하 이 조에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다.

④ 공정거래위원회는 심의위원회의 심의를 거친 공표대상 사업자에게 명단공표대상자임을 통지하여 소명기회를 부여하여야 하며, 통지일부터 1개월이 지난 후 심의위원회로 하여금 명단공표 여부를 재심의하게 하여 공표대상자를 선정한다.

⑤ 제1항 및 제2항에 따른 공표는 관보 또는 공정거래위원회 인터넷 홈페이지에 게시하는 방법에 의한다.

⑥ 심의위원회의 구성, 그 밖에 상습법위반사업자 명단공표와 관련하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

하도급거래 공정화에 관한 법률 시행령 제16조(상습법위반사업자명단공표심의위원회의 구성 및 운영) ① 법 제25조의4제3항에 따른 상습법위반사업자명단공표심의위원회(이하 “심의위원회”라 한다)는 위원장 1명을 포함하여 7명의 위원으로 구성한다.

② 심의위원회의 위원장(이하 이 조에서 “위원장”이라 한다)은 공정거래위원회 사무처장이 되고, 위원은 다음 각 호의 사람이 된다.

1. 공정거래위원회의 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 중에서 공정거래위원회 위원장이 임명하는 사람 3명

2. 하도급거래에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 공정거래위원회 위원장이 위촉하는 사람 3명
- ③ 제2항제2호에 따른 위촉위원의 임기는 3년으로 한다.
- ④ 공정거래위원장은 제2항제2호에 따라 위촉된 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 해촉할 수 있다.
1. 심신장애로 인하여 직무를 수행할 수 없게 된 경우
 2. 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우
 3. 직무 태만, 품위 손상, 그 밖의 사유로 인하여 위원으로 적합하지 아니하다고 인정되는 경우
 4. 위원 스스로 직무를 수행하는 것이 곤란하다고 의사를 밝히는 경우
- ⑤ 위원장은 심의위원회의 업무를 총괄하되, 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원장이 지명하는 위원이 그 직무를 대행한다.
- ⑥ 심의위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의(開議)하고, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ⑦ 제1항부터 제6항까지에서 규정한 사항 외에 심의위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 심의위원회의 의결을 거쳐 공정거래위원회 위원장이 정한다.

(2) 공공재정 부정청구 금지 및 부정이익 환수 등에 관한 법률

- 공공재정 부정청구 금지 및 부정이익 환수 등에 관한 법률 제16조(명단 공표)** ① 행정청은 직전 연도부터 과거 3년간 다음 각 호의 요건에 모두 해당하는 부정수익자(이하 “고액부정청구등행위자”라 한다)의 명단을 공표하여야 한다. 다만, 고액부정청구등행위자의 사망으로 명단 공표의 실효성이 없는 경우 등 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 해당 행정청으로부터 제재부가금 부과처분(이의신청이나 그 밖의 불복절차가 진행 중인 처분은 제외한다)을 받은 횟수가 2회 이상
 2. 제1호에 따른 제재부가금 부과처분의 대상이 되는 부정이익 가액이 합계 3천만원 이상
- ② 행정청은 제15조에 따른 이의신청이나 그 밖의 불복절차가 진행 중인 제재부가금 부과처분에 대해서는 불복절차가 끝난 후 고액부정청구등행위자에 해당하는 자의 명단을 추가로 공표하여야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 고액부정청구등행위자 명단의 공표 여부를 심의하기 위하여 각 행정청에 고액부정청구등행위자명단공표심의위원회(이하 이 조에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다.

- ④ 행정청은 명단 공표를 하기 전에 심의위원회의 심의를 거친 공표 대상자에게 명단 공표 대상자임을 통지하고 소명 기회를 주어야 한다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 고액부정청구등행위자의 명단 공표의 시기·방법·절차, 소명의 기간·방법·절차와 심의위원회의 구성 및 운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

(3) 국민건강보험법

- 제100조(위반사실의 공표)** ① 보건복지부장관은 관련 서류의 위조·변조로 요양급여비용을 거짓으로 청구하여 제98조 또는 제99조에 따른 행정처분을 받은 요양기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 위반 행위, 처분 내용, 해당 요양기관의 명칭·주소 및 대표자 성명, 그 밖에 다른 요양기관과의 구별에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 공표할 수 있다. 이 경우 공표 여부를 결정할 때에는 그 위반행위의 동기, 정도, 횟수 및 결과 등을 고려하여야 한다.
1. 거짓으로 청구한 금액이 1천 500만원 이상인 경우
 2. 요양급여비용 총액 중 거짓으로 청구한 금액의 비율이 100분의 20 이상인 경우
- ② 보건복지부장관은 제1항에 따른 공표 여부 등을 심의하기 위하여 건강보험공표심의위원회(이하 이 조에서 “공표심의위원회”라 한다)를 설치·운영한다.
- ③ 보건복지부장관은 공표심의위원회의 심의를 거친 공표대상자에게 공표대상자인 사실을 알려 소명자료를 제출하거나 출석하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.
- ④ 보건복지부장관은 공표심의위원회가 제3항에 따라 제출된 소명자료 또는 진술된 의견을 고려하여 공표대상자를 재심의한 후 공표대상자를 선정한다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 공표의 절차·방법, 공표심의위원회의 구성·운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 제재적 성격의 공표는 당사자에게 불리한 침익적 행위이므로, 이를 사전에 통지하고 이유를 제시하여 당사자로 하여금 소명자료를 제출하고 의견을 진술할 기회를 부여할 필요가 있음.

[입법 모델의 예시]

- 【법률에서 규정하는 경우】 제○조(○○의 공표)** ① △△장관은 ○○에 해당하면 ★★을 공표할 수 있다. ② △△장관은 공표하기 전에 미리 공표 대상자에게 공표

대상자인 사실을 알려 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.
③ 제1항 및 제2항에서 규정한 사항 외에 공표의 절차·방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【시행령 또는 시행규칙에서 규정하는 경우】 제○조(○○의 공표) ① △△장관은 법 제○조에 따른 공표를 하기 전에 공표 대상자에게 공표 대상자라는 사실을 알려 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

[입법례] 소명의 기회를 법률에 규정한 사례

노인복지법 제39조의18(위반사실의 공표) ① 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제39조의9의 금지행위로 제60조에 따른 처벌을 받은 법인 등이 운영하는 시설에 대하여 그 위반행위, 처벌내용, 해당 법인 또는 시설의 명칭, 대표자 성명, 시설장 성명(대표자와 동일인이 아닌 경우만 해당한다) 및 그 밖에 다른 시설과의 구별에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 공표할 수 있다. 이 경우 공표 여부를 결정할 때에는 그 위반행위의 동기, 정도, 횟수 및 결과 등을 고려하여야 한다.
② 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제39조의14에 따른 처분을 받거나 제55조의2·제55조의3제1항제2호 또는 제55조의4제1호에 따른 처벌을 받은 자로서 제39조의9에 따른 금지행위로 노인의 생명을 해치거나 신체 또는 정신에 중대한 피해를 입힌 노인복지시설의 장과 종사자에 대하여 법 위반 이력과 명단, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 공표할 수 있다. 이 경우 공표여부를 결정할 때에는 그 위반행위의 동기, 정도, 횟수 및 결과 등을 고려하여야 한다.
③ 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항 및 제2항에 따른 공표를 실시하기 전에 공표대상자에게 그 사실을 통지하여 소명자료를 제출하거나 출석하여 의견진술을 할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.
④ 제1항 및 제2항에 따른 공표의 절차·방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

적합성평가 관리 등에 관한 법률 제22조(처벌 등의 공표) ① 산업통상자원부장관은 제5조제3항의 성적서 관련 부정행위로 제26조에 따른 처벌을 받은 적합성평가사업자와 공인기관에 대하여 그 위반행위, 처벌내용, 해당 기관의 명칭, 대표자 성명 및 그 밖에 다른 기관과의 구별에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 공

표할 수 있다. 이 경우 공표 여부를 결정할 때에는 그 위반행위의 동기, 정도, 횟수 및 결과 등을 고려하여야 한다.

② 산업통상자원부장관은 제1항에 따른 공표를 실시하기 전에 공표대상자에게 그 사실을 통지하여 소명자료를 제출하거나 출석하여 의견진술을 할 수 있는 기회를 부여하여야 한다.

③ 제1항에 따른 공표의 절차·방법, 기준 등은 대통령령으로 정한다.

[입법례] 소명의 기회를 부령에 규정한 사례

석유 및 석유대체연료 사업법 시행규칙¹³⁵⁾ 제46조의2(품질기준 위반 석유제품 등의 공표) ① 산업통상자원부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제39조의2에 따라 다음 각 호의 사항을 공사 및 한국석유관리원의 공표용 인터넷 홈페이지와 해당 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도 또는 시·군·자치구의 인터넷 홈페이지에 게재하는 방법으로 공표하여야 하고, 그 밖에 관보나 공보, 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따른 신문 또는 「방송법」에 따른 방송 등을 이용하여 일반인이 쉽게 알 수 있는 방법으로 공표할 수 있다.

1. 행정처분을 받은 사실의 공표임을 알 수 있는 제목
2. 법 제5조·제9조·제9조의2·제10조·제32조 또는 제33조에 따라 등록하거나 신고한 사업의 종류(석유판매업 및 석유대체연료 판매업의 경우에는 영 별표 1에 따른 석유판매업 및 석유대체연료 판매업의 종류를 말한다)
3. 위반사업자(위반 석유제품의 공급자를 포함한다)의 상호, 소재지 및 대표자 성명
4. 위반내용
5. 위반행위에 대한 행정처분 내용
6. 행정처분일 및 행정처분기간(법 제14조제1항 또는 제35조제1항 본문에 따라 사업정지처분을 갈음하여 과징금을 부과한 경우에는 해당 과징금의 금액을 말한다)

② 제1항에 따른 공표는 해당 행정처분을 한 날부터 5일 이내에 하여야 한다. 이 경우 공사 및 한국석유관리원의 공표용 인터넷 홈페이지와 해당 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도 또는 시·군·자치구의 인터넷 홈페이지에 게재하는 방법으로 공표할 때에는 다음 각 호의 구분에 따른 기간을 공표기간으로 한다.

1. 사업정지처분인 경우: 사업정지기간의 2배에 상당하는 기간
2. 과징금 부과처분인 경우: 해당 위반행위에 해당하는 별표 1에 따른 사업정지기간의 2배에 상당하는 기간
3. 등록취소처분 또는 영업장폐쇄처분인 경우: 6개월 이상

- ③ 산업통상자원부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제39조의2 및 영 제46조의2에 따른 공표를 하기 전에 공표 대상자에게 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.
- ④ 산업통상자원부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항제5호에 따른 해당 행정처분이 취소된 경우에는 그 취소된 사실을 해당 공표와 동일한 방법으로 공표된 기간 이상 정정하여 공표하여야 한다.

[입법례] 방송통신위원회의 시정명령을 받은 사실의 공표기준

시정명령을 받은 사실의 공표기준 [시행 2022. 6. 9.] [방송통신위원회고시 제2022-10호, 2022. 6. 9., 일부개정]

제1장 총칙

제1조(목적) 이 고시의 목적은 전기통신사업자, 대리점, 판매점, 이동통신단말장치 제조업자 및 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」(이하 '위치정보법'이라 한다)을 위반한 자가 「전기통신사업법」 제52조, 「이동통신단말장치 유통구조 개선에 관한 법률」 제14조 및 「위치정보법」 제36조의2에서 정한 시정명령을 받은 사실을 공표하는데 필요한 사항을 정함으로써 공표제도의 효율적인 운영을 도모하여 시정명령의 실효성을 높이는데 있다.

제2조(용어의 정의) 이 지침에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "중앙일간지"란 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에서 정한 일간신문 중 서울에 발행소를 두고 전국을 대상으로 발행되는 신문을 말한다.
2. "지방일간지"란 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에서 정한 일간신문 중 서울을 제외한 특정지역에 발행소를 두고 특정지역을 대상으로 발행되는 신문을 말한다.
3. "잡지"란 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에서 정한 동일한 제호로 월 1회 이하 정기적으로 발행되는 책자 형태의 간행물을 말한다.
4. "기타간행물"이란 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에서 정한 월 1회 이하로 발행되는 간행물 중 책자 형태가 아닌 간행물을 말한다.

135) 산업통상자원부령 제479호, 2022. 8. 2., 일부개정.

제3조(공표요건) 방송통신위원회(이하 "위원회"라 한다)는 시정조치에도 불구하고 위법사실의 효과가 지속되거나 또는 예방이 필요한 경우로서 다음 각 호의 하나에 해당하는 경우 피심인에게 시정명령을 받은 사실을 공표하도록 할 수 있다.

1. 법 위반행위로 인한 피해자가 불특정 다수인 경우
2. 피해자들이 권익구제 조치를 취할 수 있도록 알릴 필요가 있는 경우

제4조(공표의 객체 등) ① 위원회는 피심인에 대하여 시정명령을 받은 날부터 1개월 이내에 당해 시정명령을 받은 사실 등을 신문 또는 사업장(피심인의 업무를 위탁받아 취급하는 자의 사업장 등 포함), 인터넷, 잡지 등에 공표하도록 하거나 우편으로 고지토록 할 수 있다.

② 제1항에 따른 공표 또는 고지는 피심인별로 시행하되, 피심인들이 공동으로 법 위반행위를 한 경우 등 필요한 경우에는 연명으로 공표하도록 할 수 있다.

③ 피심인은 공표내용을 위원회와 미리 문서로 협의하여야 한다.

제2장 신문, 잡지 등 공표

제5조(공표할 신문의 선정) ① 위원회는 법 위반행위로 인한 파급 효과를 감안하여 법 위반행위로 시정명령을 받은 사실 등을 중앙일간지(전판)(법 위반행위로 인한 파급효과가 전국적인 사건의 경우)나 지방일간지(전판)에 게재토록 할 수 있다. 이 경우 해당사건 의결일을 기준으로 1년간 소급하여(이하 "최근 1년간"이라 한다.) 피심인의 신문광고 횟수 또는 광고비 지출이 가장 많은 일간신문(전판)에 게재하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 법 위반행위가 특정 신문을 통하여 이루어진 경우에는 당해 신문(전판)에 게재하도록 한다.

② 피심인이 공표할 신문이 2개 이상인 경우 1개는 제1항의 기준에 의하고, 나머지는 피심인이 선택(전판)할 수 있다. 신문광고 실적이 없는 경우에도 피심인이 게재 신문을 선택하도록 할 수 있다.

③ 법 위반행위로 인한 파급효과가 특정지역에 국한되는 사건은 피심인의 소재지를 발행 대상지역으로 하는 지방일간지(전판)에 게재토록 하되 제1항 및 제2항을 준용할 수 있다.

④ 피심인의 법 위반행위의 특성상 특정계층을 상대로 한 신문, 전문지(예 : 전자신문, 정보통신신문 등), 영자지, 주간지에 게재하는 것이 더 효과적이라고 판단되는 경우에는 당해지 등에 게재토록 할 수 있다.

제6조(공표일) 시정명령을 받은 사실 등을 토요일, 일요일, 공휴일을 제외한 평일에

게재토록 한다.

제7조(게재면) ① 신문의 게재면을 2면, 3면, 사회면, 경제면 중에서 택일토록 하되, 법 위반행위로 최근 1년간 시정명령을 받은 횟수가 3회 이상인 경우에는 사회면 또는 경제면 중에서 택일 하도록 한다.

② 스포츠신문인 경우에는 2면, 3면, 또는 사회면 중에서 택일하도록 하되, 최근 1년간 시정명령을 받은 횟수가 3회 이상인 경우에는 2면 또는 3면 중에서 택일하도록 한다.

제8조(공표문안 및 활자크기) ① 원칙적으로 공표문안 및 크기를 다음과 같이 별표 표준공표문안 및 활자크기에 따르도록 한다.

② 공표제목에는 법 위반행위를 한 피심인(이용자에게 널리 알려진 사업장 또는 대리점 및 판매점 명칭이 있는 경우에는 회사명과 병기) 및 법 위반행위의 유형이 명백히 표현되어야 한다.

③ 공표내용에는 당해 법 위반행위와 시정명령 내용을 구체적으로 기재하여야 한다.

④ 법 위반행위, 피심인의 회사명 및 대표자, 위원회의 표시는 선명하게 부각되도록 활자를 고딕체로 하며 색도를 진하게 하여야 한다.

제9조(공표크기 및 매체수) ① 공표크기, 매체수, 게재횟수에 대하여 원칙적으로 다음과 같이 정하되, 법 위반행위의 경중, 법 위반행위의 상습성 여부, 피심인의 역무별 전년도 매출액 등을 감안하여 이를 조정할 수 있다.

② 공표크기는 원칙적으로 최근 1년간 시정명령을 받은 횟수에 따라 4종류(4단×10cm 또는 5단×9cm, 4단×15cm 또는 5단×12cm, 4단×18.5cm 또는 5단×15cm, 5단×18.5cm)로 차등을 둔다. 다만, 공정한 경쟁을 현저히 저해한다고 판단되는 법 위반행위에 대해서는 공표크기를 5단×37cm까지 할 수 있다.

③ 매체수 및 게재횟수는 최근 1년간 법 위반행위로 시정명령을 받은 횟수를 감안하여 결정하여야 한다.

제10조(이행결과의 보고) 피심인은 공표를 완료한 날부터 10일 이내에 당해 법 위반행위로 시정명령을 받은 사실 등이 게재된 신문 등 1부를 위원회에 제출하여야 한다.

제11조(잡지 등 공표) 법 위반행위가 잡지 기타 간행물을 통하여 이루어진 경우에는 해당 잡지 기타 간행물에 공표토록 한다. 잡지 기타 간행물 공표는 제5조부터 제10조까지를 준용한다.

제3장 사업장, 대리점 및 판매점 공표

제12조(공표대상 및 장소) ① 피심인의 당해 법 위반행위가 이용자에게 직접 영향을 주는 경우에는 피심인의 사업장, 대리점 및 판매점 등에 공표하게 할 수 있다.

② 공표장소는 피심인의 사업장 정문 출입구 등과 대리점 및 판매점 정문 등 이용자들이 출입하는 곳 중에서 공표사실을 가장 쉽게 볼 수 있는 곳으로 한다.

제13조(공표문안 및 활자크기) 원칙적으로 별표 표준공표문안 및 활자 크기를 적용한다.

제14조(공표기간 및 공표크기) ① 공표기간, 공표크기에 대하여 원칙적으로 다음과 같이 정하되, 법 위반행위의 경중, 법 위반행위의 상습성 여부, 피심인의 역무별 전년도 매출액 등을 감안하여 이를 조정할 수 있다.

② 공표기간은 최근 1년간 법 위반행위로 시정명령을 받은 횟수를 감안하여 3종류(7일~30일)로 차등을 둔다.

③ 공표크기는 A2 사이즈(42cm×59.4cm)로 한다.

제15조(공표방법 등) ① 당해 공표장소에 공표문을 부착 또는 게시 등의 형태로 공표하게 하되, 위원회의 관인이 날인된 스티커를 공표문에 부착해야 한다.

② 피심인에게 공표문의 무단변경시 시정명령 불이행으로 처벌될 수 있음을 의결내용과 함께 통지한다.

제16조(이행결과의 보고) 피심인은 사업장 또는 대리점 및 판매점 공표를 완료한 날부터 10일 이내에 사업장 또는 대리점 및 판매점에 공표된 공표문 사진제출 등 이행결과를 보고하여야 한다.

제4장 인터넷 등 온라인 공표

제17조(공표대상 등) ① 위원회는 피심인의 법 위반행위가 인터넷을 통하여 이루어지거나 또는 인터넷으로 공표하는 것이 더 효율적이라고 인정하는 경우 해당 인터넷 매체 또는 피심인의 홈페이지를 통하여 공표하게 할 수 있다.

② 제1항에 따라 공표하는 경우 별표와 같은 형식의 공표문안을 별도의 화면(전체화면 6분의1 이상 크기의 팝업 창)으로 작성하여 이용자가 초기 접속 시 자동으로 볼 수 있도록 하거나 또는 클릭을 하여 볼 수 있도록 연결문서로 게시하여야 한다.

③ 공표기간은 최근 1년간 법 위반행위로 시정명령을 받은 횟수를 감안하여 3종류(2일~10일)로 차등을 둔다. 구체적인 기준은 다음과 같다.

제18조(이행결과의 보고) 피심인은 공표를 완료한 날부터 10일 이내에 공표문이 게재된 공지란, 홈페이지 등을 컴퓨터 프린터로 출력한 복사본 등을 위원회에 제출하여 이행결과를 보고하여야 한다.

제19조(준용) 기타 공표방법은 신문, 사업장, 대리점 및 판매점 공표를 준용한다.

제5장 우편에 의한 고지

제20조(고지방법 등) ① 위원회는 손해배상 등 이용자의 권익 보호를 위하여 특별히 필요하다고 인정하는 경우 사업자로 하여금 개별 이용자에 대하여 우편으로 시정조치를 받은 사실 등을 고지토록 할 수 있다.

② 우편에 의하여 고지하는 경우에는 요금청구우편물 등 통상의 우편물과 구별되는 별도의 고지문을 통하여 고지하여야 한다.

③ 제1항에 의한 고지는 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 발송하는 것을 원칙으로 하되 불가피한 사유가 있는 경우에는 위원회와 협의하여 발송시기를 조정할 수 있다.

④ 고지크기는 A5규격(14.8cm×21cm)을 기준으로 하여 위원회와 협의하여 결정한다.

제21조(이행결과의 보고) 피심인은 고지문의 발송을 완료한 날로부터 10일 이내에 가입자수, 우송대상자 수를 명시하고 고지문 발송을 증명할 수 있는 우편물 접수영수증 사본 등을 위원회에 제출하여 이행결과를 보고하여야 한다.

제22조(준용) 기타 공표방법은 신문, 사업장, 대리점 및 판매점 공표를 준용한다.

제6장 보칙

제23조(규제의 재검토) 방송통신위원회는 「행정규제기본법」에 따라 이 고시에 대하여 2021년 8월 1일을 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 7월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

제24조(재검토기한) 방송통신위원회는 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 고시에 대하여 2021년 8월 1일을 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 7월 31일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

[입법례] 공정거래위원회의 상습 범위반사업자 명단공표절차 등에 관한 가이드라인

상습 범위반사업자 명단공표절차 등에 관한 가이드라인[시행 2020. 7. 1.] [공정거래위원회예규 제349호, 2020. 7. 1., 제정]

I. 목적

이 가이드라인은 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 ‘하도급법’이라 한다) 제25조의4 및 동 법 시행령 제15조 내지 제16조에 따라 상습 법위반사업자를 선정하고 그 명단을 인터넷에 공표하기 위하여 상습 법위반사업자 예비사업자 결정, 사전통지, 상습 법위반사업자 선정, 불복절차가 진행중인 사업자에 대한 상습 법위반사업자 해당여부 검토, 상습 법위반사업자 명단공표 및 관계 행정기관의 장에게 통보하는 후속절차 등에 대하여 구체적으로 제시함으로써, 향후 하도급법 및 동 법 시행령을 보충하여 상습 법위반사업자 선정 및 명단공표업무의 효율성을 제고할 수 있게 함을 목적으로 한다.

II. 적용 범위

이 가이드라인은 원칙적으로 하도급법 제25조의4 및 동 법 시행령 제15조 내지 제16조에 따라 공정거래위원회가 선정하는 상습 법위반사업자 선정 및 명단공표 업무 등을 수행할 때 적용한다.

III. 세부 가이드라인

가. 상습 법위반 예비사업자 결정

매년 4월말까지 상습 법위반 예비사업자 명단을 결정하고, 명단이 정해지면 15일 이내에 상습 법위반사업자 명단공표 심의위원회의 심의를 거쳐 상습 법위반 예비사업자를 선정하여야 한다.

나. 사전통지

상습 법위반 예비사업자로 선정된 사업자에게 신속히 서면으로 통지하고 소명 기회를 부여(30일 이내의 기한)하며, 소명자료를 제출받은 경우 누산벌점 확정을 위해 현장확인을 실시한다. 다만, 소명자료 제출에도 불구하고 상습 법위반 사업자 명단 공표 대상 및 제외사실이 확실한 사업자는 현장확인을 생략할 수 있다.

다. 상습 법위반사업자 명단공표 대상사업자 확정 및 통지

상습 법위반 예비사업자가 제출한 소명자료에 대해 현장확인을 실시한 후 30일 이내에 심의위원회에 안건을 상정하여 상습법위반 사업자 명단공표 대상사업자를 확정하고, 상습 법위반사업자 명단공표 대상사업자로 확정된 사업자에게는 명단공표 게재사실 등을 지체 없이 서면으로 통지하여야 한다.

라. 상습 범위반사업자 명단공표 게시

상습 범위반사업자로 확정된 사업자에 대해서는 공정거래위원회 홈페이지에 매년 6월 30일 이전까지 공표할 수 있도록 지체 없이 그 명단을 정보화담당관실로 통보하여야 한다.

마. 관계 행정기관의 장에게 통보 등

상습 범위반사업자 명단공표 대상사업자(추가공표 사업자 포함)에 대해서는 조달청 등 관계 행정기관의 장에게 지체 없이 통보하고, 명단공표일로부터 30일 이내에 그 명단을 조달청 나라장터 시스템에 등록하여야 한다.

바. 불복절차가 진행중인 사업자에 대한 상습 범위반사업자 해당여부 검토

상습 범위반사업자 명단공표 업무담당자는 불복절차 담당부서(심판총괄담당관실, 송무담당관실)에서 입력(통보)한 이의신청 및 소송결과를 싱크웨어시스템에서 매년 2회 정기적으로 확인하여야 한다.

이의신청 등에 따라 상습 범위반사업자 명단공표 대상자에서 제외된 사업자에 대해서는 매년 2회(4월, 10월)에 걸쳐 이의신청 등에 대한 결과를 확인하여 상습 범위반사업자 명단공표 대상자 요건 충족여부를 검토하여야 한다.

불복절차가 진행된 사업자의 그 불복절차 종료 여부를 매년 4월 30일까지 확인하고, 불복절차가 종료된 사실이 확인되는 경우 상습범위반사업자 해당여부를 검토하여 6월 30일 이전에 실시하는 명단공개 대상에 포함하여 공개하여야 한다,

또한, 매년 10월 31일까지 불복절차 종료 여부를 확인하고, 불복절차가 종료된 사실이 확인되는 경우 상습 범위반사업자 해당여부를 검토하여 12월 31일까지 명단을 추가로 공개하여야 한다.

IV. 재검토 기한

공정거래위원회는 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 이 지침에 대하여 2020년 7월 1일을 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 6월 30일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하기로 한다.

[입법례] 중소기업기술 보호 지원에 관한 법률

○ 중소기업기술 보호 지원에 관한 법률은 중소기업기술 보호를 지원하기 위한 기반을

확충하고 관련 시책을 수립·추진함으로써 중소기업의 기술보호 역량과 기술경쟁력을 강화하고 국가경제의 발전에 이바지함을 목적으로 함. 2018년 말 중소기업 기술침해 행위에 대한 행정조사 제도가 도입된 이후 중소기업기술 침해행위에 대한 조사 및 그에 대한 시정권고와 공표 제도를 규정하고 있음.¹³⁶⁾

중소기업기술 보호 지원에 관한 법률 (약칭: 중소기업기술보호법)[시행 2020. 10. 20.] [법률 제17559호, 2020. 10. 20., 일부개정]

제8조의2(중소기업기술 침해행위의 신고 및 조사) ① 중소기업기술 침해행위를 당한 중소기업 및 중소기업자(이하 “중소기업자등”이라 한다)는 그 사실을 중소벤처기업부장관에게 신고하고 필요한 조치를 요청할 수 있다.

② 제1항에 따른 신고를 하려는 중소기업자등은 피해사실을 확인할 수 있는 증빙서류를 첨부하여 서면으로 중소벤처기업부장관에게 제출하여야 한다.

③ 제1항에 따른 신고를 받은 중소벤처기업부장관은 분쟁해결을 위하여 필요하다고 판단되는 경우 제23조에 따른 중소기업기술분쟁조정·중재위원회의 조정·중재를 권고할 수 있다.

④ 중소벤처기업부장관은 제1항에 따른 신고를 받은 경우 중소기업기술 침해행위 사실을 조사하기 위하여 관련 기관 또는 사업자 등에 자료제출을 요구하거나 소속 공무원으로 하여금 그 사무소·사업장, 그 밖에 필요한 장소에 출입하여 장부·서류, 시설 및 그 밖의 물건을 조사하게 할 수 있다.

⑤ 제4항에 따라 조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

제8조의3(중소기업기술 침해행위에 관한 권고 및 공표) ① 중소벤처기업부장관은 제8조의2에 따른 조사 결과 피신청인의 중소기업기술 침해행위가 있다고 판단할 상당한 근거가 있고 이미 피해가 발생하였거나 이를 방지할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있다고 인정될 때에는 30일 이내의 기간을 정하여 그 행위의 중지, 향후 재발 방지, 그 밖에 필요한 사항을 시정하도록 권고할 수 있다.

② 중소벤처기업부장관은 제8조의2제1항에 따라 신고한 중소기업자등이 제23조에 따른 중소기업기술분쟁조정·중재위원회에 조정·중재를 신청한 경우에는 해당 조정·중재 절차가 종료될 때까지 제1항에 따른 권고를 하지 아니할 수 있다.

136) 강원선·정주호, 중소기업 기술침해 행위에 대한 행정조사제도 분석, 한국국가안보국민안전학회, 제8호, (2019), 25면 그림 1 참조.

- ③ 중소기업부장관은 피신청인이 제1항에 따른 권고를 따르지 아니한 때에는 그 권고대상이나 내용 등을 공표할 수 있다.
- ④ 제1항부터 제3항까지에 따른 권고 및 공표의 절차·방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

○ 중기부의 대응제약에 대한 행정조사 및 과태료 부과 사례

- 중기부는 2020년 3월 25일 기술침해 행정조사를 거부한 (주) 대응제약에 대하여 과태료 500만원이 부과됨으로써,¹³⁷⁾ 중소기업기술 보호 지원에 관한 법률에 기술침해 행정조사가 도입된 이후 첫 번째 행정조사이자 첫 번째 과태료 부과 사례임.¹³⁸⁾
- (주)메디톡스가 2019년 3월, 전 직원이 반출한 보톡스 제품의 원료(보툴리눔 균주)와 제조기술 자료를 (주)대응제약이 불법으로 취득하여 사용 중이라고 신고한 사안이 중소기업기술침해행위에 관한 1호 행정조사로, 중기부는 두 회사 균주의 중요 염기서열이 동일한데다가 대응제약의 보톡스 제품 개발기간이 현저히 짧은 것을 인지하고, 대응제약이 보톡스 제품을 자체 개발한 것인지 확인하기 위해 용인 소재 대응제약 연구소에 대한 현장조사를 요청했으나 대응제약은 “메디톡스의 일방적인 주장만으로 대응제약을 일방적인 가해자로 규정하고 균주 채취 장소 및 관리상태 확인, 분리 동정에 관련된 장소 및 설비 확인, 개발 과정에서의 모든 문서 확인, 업무 관련자 면담, 각종 소송에서의 생성 자료 공개 및 제출, 조사실 및 연구소 내부 시스템 접근 가능 컴퓨터 요청 등 수사에 버금가는 최소 5일 이상의 현장조사를 하는 것은 부당하다”며 중기부의 조사를 거부하자, 이에 중기부는 기술침해자문단)와 법리 검토 끝에 연구소에 대해 현장조사를 거부한 대응제약의 행위를 1차 거부로 보고 500만원의 과태료¹³⁹⁾를 부과한 바

137) 이 사건은 (주)메디톡스가 2019년 3월, 전 직원이 반출한 보톡스 제품의 원료(보툴리눔 균주)와 제조기술 자료를 (주)대응제약이 불법으로 취득하여 사용 중이라고 신고한 사안이다. 메디톡스는 '19.3.29. 신고 당시 중소기업으로 확인되고, (주)메디톡스와 (주)대응제약의 보톡스 분쟁은 '17년부터 형사, 민사 절차가 진행 중인 사건으로, '19년 10월에는 미국 국제무역위원회(ITC) 재판부에서 두 회사 균주의 전체 염기서열이 동일한지에 대해 전문가 감정을 실시하여 관심을 모았던 사건이다. 중기부는 두 회사 균주의 중요 염기서열이 동일한데다가 대응제약의 보톡스 제품 개발기간이 현저히 짧은 것을 인지하고, 대응제약이 보톡스 제품을 자체 개발한 것인지 확인하기 위해 용인 소재 대응제약 연구소에 대한 현장조사를 요청했으나 대응제약은 이를 거부했다.

138) 중소기업벤처부보도자료, “기술침해 행정조사 거부한 대응제약, 첫 과태료 부과 처분”(2020. 3. 26) 참조 (<https://www.mss.go.kr/site/smba/ex/bbs/View.do?cbIdx=86&bcIdx=1017867>).

139) 중소기업기술 보호 지원에 관한 법률 시행령 제20조(과태료의 부과기준) 법 제35조제1항에 따른 과태료의 부과기준은 별표와 같다.

있음.

- 당시 대응계약측은 당사자 간 소송 제기 등으로 원활한 조사가 어려운 경우 해당 사유가 끝날 때까지 조사를 중단할 수 있다고 규정한 ‘중소기업기술 침해행위 및 시행 권고·공표 운영규정’상의 조사 중지사유를 내세워 항변하였음.¹⁴⁰⁾
- 중기부는 대응계약에 대한 조사를 이어가기 위해 해당 고시를 개정하여 조사 절차 개시 후 신고인(피신고인 제외)이 소송을 제기하는 경우에만 조사를 중지할 수 있게 변경하고, 이후 개정된 고시에 근거, 대응계약 측에 행정조사에 응할 것을 요청하였지만, 회사 측이 이를 계속 거부하자 과태료를 부과하였음. 중기부는 고시를 개정하면서 과태료 부과 후 피신고인의 조사거부 등으로 원활한 조사가 어렵다고 인정되는 경우 조사를 중지할 수 있다는 내용을 추가했는데, 그 내용으로 인하여 오히려 행정조사를 계속할 근거가 사라짐. 대응계약이 과태료 부과 후에도 조사를 거부하여 결국 행정조사가 중단되었음.
- 현실적으로 행정조사를 강제하거나 실효성을 확보할 수 있는 방안이 없다는 점에서 제도 개선안이 제기됨.

중소기업기술 보호 지원에 관한 법률 시행령[시행 2018. 12. 13.] [대통령령 제29366호, 2018. 12. 11., 일부개정]

제4조의3(시정 권고의 절차 및 방법) ① 중소벤처기업부장관은 법 제8조의3제1항에 따른 시정 권고를 위해 필요하다고 인정하는 경우에는 법 제8조의2에 따른 조사 결과에 대하여 변호사, 변리사, 학자, 산업종사자, 그 밖의 기술보호 관련 전문가 또는 기관 등에 자문하여 그 의견을 받을 수 있다.

② 중소벤처기업부장관은 법 제23조에 따른 중소기업기술분쟁조정·중재위원회의 조정·중

위반행위	근거 법조문	과태료 금액		
		1차 위반	2차 위반	3차 이상 위반
나. 관계 공무원의 사무소·사업장 등의 출입을 거부하거나 사무소·사업장 등의 조사를 거부하는 등 법 제8조의2제4항에 따른 관계 공무원의 조사를 거부한 경우	법 제35조제1항	500	700	1,000

140) “중소벤처기업부가 메디톡스의 주장만으로 대응계약을 일방적인 가해자로 규정하고서 군주 채취 장소 및 관리상태 확인, 분리 동정에 관련된 장소 및 설비 확인, 개발 과정에서의 모든 문서 확인, 업무 관련자 면담, 각종 소송에서의 생성 자료 공개 및 제출, 조사실, 연구소 내부 시스템에 접근 가능 컴퓨터 요청 등 수사에 버금가는 최소 5일 이상의 현장조사를 하는 것은 부당하다는 판단 아래 대응계약은 중소벤처기업부의 행정조사를 거부하였습니다.”(메디톡스 관련 중소벤처기업부의 행정조사에 대한 대응계약의 입장문(대응계약 홈페이지 <https://newsroom.daewoong.co.kr/archives/6193>)).

재 절차가 개시(開始)된 경우에는 법 제8조의3제2항에 따라 시정권고 절차를 중단하며, 조정·중재의 절차가 종료된 경우에는 조정·중재의 결과에 따라 다음 각 호의 구분에 따라 처리한다.

1. 조정·중재가 성립된 경우: 시정권고 절차의 종료
2. 조정·중재가 성립되지 않고 조정·중재 절차가 종료된 경우: 시정권고 절차의 즉시 재개
- ③ 법 제8조의3제1항에 따른 시정권고는 권고사유, 권고사항, 시정기한 등을 분명하게 적은 문서로 해야 한다.
- ④ 법 제8조의3제1항에 따라 시정권고를 받은 자는 시정권고에 따른 조치결과를 중소벤처기업부장관에게 알릴 수 있다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 시정권고에 필요한 세부적인 사항은 중소벤처기업부장관이 정하여 고시한다.

제4조의4(공표의 절차 및 방법) ① 중소벤처기업부장관은 법 제8조의3제3항에 따라 공표하려는 경우에는 시정권고의 이행 여부를 확인해야 하며, 중소기업기술 침해행위의 내용 및 정도, 중소기업기술 침해행위를 한 기간, 중소기업기술 침해행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 고려해야 한다.

② 중소벤처기업부장관은 법 제8조의3제3항에 따른 공표를 위해 필요하다고 인정하는 경우에는 시정권고의 내용 및 결과에 대하여 변호사, 변리사, 학자, 산업종사자, 그 밖의 기술보호 관련 전문가 또는 기관 등에 자문하여 그 의견을 받을 수 있다.

③ 중소벤처기업부장관은 법 제8조의3제3항에 따른 공표를 하기 전에 공표대상자에게 공표대상자라는 사실을 알려 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

④ 중소벤처기업부장관은 법 제8조의3제3항에 따라 공표하는 경우에는 다음 각 호의 사항을 인터넷 홈페이지 또는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따라 전국을 보급지역으로 하는 일반일간신문 등에 게재해야 한다.

1. 중소기업기술 침해행위의 내용
2. 중소기업기술 침해행위를 한 자
3. 시정권고의 내용 및 결과

⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 공표에 필요한 세부적인 사항은 중소벤처기업부장관이 정하여 고시한다.

중소기업기술 침해행위 조사 및 시정권고·공표 운영규정

제정 2018. 12. 13. 중소벤처기업부 고시 제2018-61호

개정 2019. 09. 20. 중소벤처기업부 고시 제2019-49호

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 규정은 「중소기업기술 보호 지원에 관한 법률」(이하 "법"이라 한다) 제2조 제3호(중소기업기술 침해행위), 제8조의2(중소기업기술 침해행위의 신고 및 조사), 제8조의3(중소기업기술 침해행위에 관한 권고 및 공표) 등에 따라 중소기업기술 침해행위에 대한 행정조사 및 시정권고 등 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 뜻은 다음 각 호와 같다.

1. "중소기업"이란 「중소기업기본법」 제2조에 따른 중소기업을 말한다.

2. "중소기업기술"이란 중소기업 및 「중소기업 기술혁신 촉진법」 제2조제2호에 따른 중소기업자(이하 "중소기업자"라 한다)가 직접 생산하거나 생산할 예정인 제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 독립된 경제적 가치를 가지는 기술 또는 경영상의 정보를 말한다.

3. "중소기업기술 침해행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 공공연히 알려져 있지 아니하고 합리적인 노력에 의하여 비밀로 관리되는 중소기업 기술을 부정한 방법으로 취득·사용 또는 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다.)하는 행위

나. 가목에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알고 해당 중소기업기술을 취득·사용 또는 공개하는 행위

다. 가목에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 해당 중소기업 기술을 취득·사용 또는 공개하는 행위

제3조(조사권의 남용금지) 제2조제3호의 중소기업기술 침해행위 조사를 실시하는 공무원(이하 "조사공무원"이라 한다)은 중소기업기술법 소관 법률의 시행을 위하여 필요 최소한의 범위 안에서 조사를 행해야 하며, 다른 목적을 위해 조사권을 남용하여서는 아니 된다.

제4조(비밀엄수의 의무) ① 조사공무원 및 관련 공무원은 직무상 알게 된 비밀을 타인에게 공개·제공 또는 누설하거나 중소기업기술법 소관 법률의 시행을 위한 목적 외에 이를 이용하여서는 아니 된다.

② 공공 목적으로 하는 자료 요청이 있는 경우에도 조사 의뢰자 또는 피조사자 등의 영업비밀 유출, 기업 이미지 실추 등 피해가 발생할 우려가 있을 시에는 관련 자료를 제공 또는 공개할 수 없다.

③ 조사 당사자, 이해관계인, 참고인, 외부전문가, 자문단은 중소기업기술 침해행위 조사 과정에서 알게 된 비밀을 타인에게 제공 또는 누설해서는 아니 된다. 조사공무원은 조사 당사자 등으로부터 조사 전에 비밀유지서약서(별지 제1호 서식)를 받아야 한다.

제2장 전담조직의 구성 및 운영

제5조(조직) ① 중소벤처기업부 기술보호과장은 중소기업기술 침해행위 조사 업무를 효율적으로 추진하기 위하여 과내에 별도의 전담조직(이하 “조사팀”이라 한다)을 구성·운영할 수 있다.

② 조사팀은 팀장 1명, 조사인력 3명, 행정인력 1명 등 최소 5명 이상으로 구성한다.

제6조(조사반 운영) ① 법 제8조의2제1항에 따른 중소기업기술 침해행위에 대한 신고의 내용이 고도의 전문적인 사항을 포함하거나 다른 부처와의 공동조사가 필요한 경우 등에 있어 2인 이상으로 조사반을 구성할 수 있다.

② 제1항에 따른 조사반에는 디지털포렌식 전문가 등 외부 전문가를 포함할 수 있다.

③ 중소벤처기업부장관은 제2항의 외부전문가를 활용하는데 드는 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

제7조(업무) 행정조사팀이 담당하는 업무는 다음 각 호와 같다.

1. 중소기업기술 침해행위 행정조사 운영 계획 수립·시행
2. 중소기업기술 침해행위에 대한 정보 수집 및 조사
3. 중소기업기술 침해행위에 대한 타부처 공조체계 구축에 관한 사항
4. 그 밖에 중소기업기술 보호와 관련하여 중소벤처기업부장관이 지시하는 사항

제8조(증표) ① 중소벤처기업부장관은 조사공무원에게 법 제8조의2제5항에 따른 증표(별지 제2호 서식)를 발급한다.

② 조사공무원은 퇴직·인사이동 등으로 조사업무의 직을 면하는 경우 증표를 반납한다.

제9조(지휘·감독) 조사공무원은 조사팀장의 지휘 및 감독에 따라 조사를 실시한다.

제10조(처리대장 및 통계관리) ① 조사팀장은 침해행위를 한 자에 대한 처리내용을 별지 제3호 서식(중소기업기술 침해행위 처리대장)에 따라 작성·비치하여야 한다.

② 조사팀장은 조사에 관한 통계를 분기별·연도별로 기록·유지하여야 한다.

제11조(관련 부처 협조) 중소벤처기업부장관은 중소기업기술 침해행위의 효율적인 조사를 위하여 대검찰청, 경찰청, 공정거래위원회 등 관계부처의 협조를 요청할 수 있다.

제3장 사건처리절차

제1절 신고접수 및 조사절차

제12조(침해행위 신고) ① 중소기업기술 침해행위를 당한 중소기업 및 중소기업자(이하

“중소기업자등”이라 한다)는 「중소기업기술 보호 지원에 관한 법률 시행령」(이하 "영"이라 한다) 제4조의2제1항에 따라 그 사실을 중소벤처기업부장관에게 신고할 수 있다.

② 제1항에 따라 신고를 하려는 자는 다음 각 호의 사항을 분명히 밝혀야 하며 별지 제4호 서식에 따른 신고서를 제출하여야 한다.

1. 신고자의 성명 또는 명칭(법인인 경우에는 그 대표자의 성명을 포함한다), 주소
2. 피신고자의 성명 또는 명칭(법인인 경우에는 그 대표자의 성명을 포함한다)
3. 침해행위에 따른 피해사실의 내용과 이를 입증할 수 있는 자료

③ 조사공무원은 제2항에 따른 신고서 양식에 따르지 아니하거나 내용이 충분하지 아니한 신고에 대하여는 신고인에게 3개월 이내에 보완할 것을 요구할 수 있다.

④ 조사공무원은 제1항에 따른 신고를 신고접수대장(별지 제5호 서식)에 등록하고 접수증을 발급하여야 한다.

제13조(사전검토) ① 조사공무원은 신고사실이 제2조제3호에 해당하는지 여부를 판단하여 별지 제12호 서식(조사개시요건 검토서)를 작성하여야 하며, 다음 각 호에 해당하는 경우 조사절차를 개시하지 아니할 수 있다.

1. 중소기업기술 침해행위에 해당하지 아니함이 명백한 경우
2. 제12조제3항의 요구에 응하지 않는 경우
3. 신고인이 신고를 취하하는 경우
4. 신고인이 원사건과 동일한 사건을 재신고한 경우

② 조사공무원은 중소기업기술 침해와 관련된 신고사건에 대하여 관계부처와 협의 후 해당 부처 및 관련기관에 이첩할 수 있다.

③ 조사공무원은 신고접수일로부터 3개월 이내에 사전검토를 하여야 한다. 단, 필요한 경우 기간을 연장할 수 있다.

제14조(조사절차 개시) ① 조사공무원은 제13조에 따른 사전검토 결과 조사가 필요하다고 판단되는 경우 조사를 개시한다.

② 조사개시일은 중소벤처기업부장관이 승인한 날로 한다.

③ 조사공무원은 조사 개시 후 조사진행 상황을 신고인과 피신고인에게 서면 등으로 통지하여야 한다. 다만, 통지로 인하여 자료나 물건의 조작·인멸 등이 우려되는 등 조사 목적 달성을 위하여 불가피한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니한다.

제15조(사실조사 방법 등) ① 조사공무원은 법 제8조의2제4항 및 제5항에 따라 다음 각 호와 같이 현장조사를 실시한다.

1. 중소기업기술 침해행위에 대한 조사를 하기 전에 조사공무원의 권한을 표시하는 증표를 조사대상 부서 책임자 또는 이에 준하는 임직원에게 제시하고 협조를 구한 후 조사를 하여야 한다.

2. 조사 수행 시에는 중소기업기술 침해행위와 관련된 장부 및 서류, 도면, 사진, 디지털 저장매체(PC, 노트북, 태블릿 PC, 휴대폰, 마이크로필름, 디스켓, CD, USB 등)의 제출을 요

구할 수 있다.

3. 조사대상 기업 관계자의 협조 또는 입회 하에 사무소·사업장, 그 밖에 필요한 장소에 출입하여 장부·서류 등을 열람·복사하고, 디지털저장매체, 정보시스템, 시설 및 그 밖의 물건을 조사할 수 있다.

② 조사공무원은 제1항에 따른 현장조사 결과 위반행위를 적발하였을 때에는 조사확인서(별지 제6호 서식)를 작성하고, 해당 업체의 대표자 또는 종업원이 이를 확인하도록 한 후 확인자란에 서명 또는 날인하게 하여야 한다. 다만, 도피·부재·방해 또는 거부 등으로 조사확인서에 서명 또는 날인을 받을 수 없는 경우에는 그 사유를 명확하게 기록하여야 한다.

③ 중소벤처기업부장관은 법 제8조의2제4항에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 거짓 자료를 제출한 자 또는 조사공무원의 조사를 정당한 이유없이 거부·방해 또는 기피한 자에게는 영 제20조의 과태료 부과기준에 따라 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다.

제16조(출석요구서) 조사공무원이 당사자·이해관계인·참고인의 의견을 듣고자 할 때 또는 사무소 또는 사업장 이외의 장소에서 진술을 듣고자 할 때에는 다음 각 호의 사항을 기재한 출석요구서를 발부하여야 한다.

1. 사건명
2. 상대방의 성명
3. 출석일시 및 장소

제17조(진술조서) ① 조사공무원이 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 의견을 들은 때에는 필요한 경우 진술조서를 작성하여야 한다.

② 제1항의 진술조서에는 진술자의 성명, 전화번호, 진술일시, 진술장소 및 진술내용을 기재하여야 하고, 이를 진술자에게 읽어주거나 열람하게 하여 기재내용의 사실 여부를 묻고 진술자가 변경·보완을 요구하였을 때에는 그 진술을 조서에 기재하여야 하며, 오기가 없음을 진술한 때에는 진술자로 하여금 그 조서에 간인한 후 서명·날인하게 하고 조사공무원이 서명·날인한다. 다만, 진술자가 서명·날인을 거부한 때에는 그 내용을 진술조서에 기재하여야 한다.

제18조(조사과정의 기록) 조사공무원은 진술조서를 작성할 때에는 조사과정확인서(별지 제8호 서식)를 작성하여 이를 조서의 끝부분에 편철하여 조서와 함께 간인함으로써 조서의 일부로 하거나 기록에 편철하여야 하며, 필요시 당사자, 이해관계인 또는 참고인의 동의를 받아 녹음이나 영상촬영을 할 수 있다.

제19조(감정인의 지정 및 감정서 작성·제출) ① 조사팀장은 해당 사건의 조사를 위하여 전문적인 지식이나 경험이 있는 개인 또는 단체를 감정인으로 지정하고자 하는 경우에는 소속 부서장의 결재를 받아 다음 각 호의 사항을 기재한 서면으로 하여야 한다.

1. 사건명

2. 감정인의 성명 또는 명칭

3. 감정기간

4. 감정의 목적 및 내용

② 조사팀장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 제척되어야 하는 자를 감정인으로 지정하여서는 아니되며, 이미 지정된 경우에는 이를 취소하여야 한다.

1. 자기나 배우자 또는 배우자이었던 자가 당사자이거나 공동권리자 또는 공동의무자인 사건

2. 자기가 당사자와 친족관계에 있거나 자기 또는 자기가 속한 법인이 당사자의 법률·경영 등에 대한 자문·고문 등으로 있는 사건

3. 자기 또는 자기가 속한 법인이 증언이나 감정을 한 사건

4. 자기 또는 자기가 속한 법인이 당사자의 대리인으로서 관여하거나 관여하였던 사건

5. 자기 또는 자기가 속한 법인이 사건의 대상이 된 처분 또는 부작위에 관여한 사건

6. 자기가 중소기업부 소속 공무원으로서 해당 사건의 조사 또는 심사를 행한 사건

③ 제1항 및 제2항의 규정은 피조사인 등의 요청에 의하여 감정인을 지정하는 경우에 이를 준용한다.

④ 조사팀장은 감정인에게 사건의 조사를 위한 감정서를 작성하여 제출할 것을 요청할 수 있다.

⑤ 중소기업부장관은 제4항의 감정서를 작성하는데 드는 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

제2절 자문 및 권고절차

제20조(기술침해자문단의 구성 및 운영) ① 중소기업부장관은 영 제4조의3제1항 및 제4조의4제2항에 따라 중소기업기술 침해행위와 관련된 사안의 객관적이고 공정한 판단을 위해 변호사, 변리사, 학자, 산업종사자, 중소기업부 공무원 등 관련 분야 전문가 20인 이내로 기술침해자문단(이하 “자문단”이라 한다)을 구성할 수 있다.

② 자문단은 다음 각호의 사항에 대하여 자문할 수 있다.

1. 법 제8조의2에 따른 중소기업기술 침해 신고 및 조사에 관한 사항

2. 법 제8조의3제1항에 따른 시정권고에 관한 사항

3. 법 제23조에 따른 중소기업기술분쟁조정·중재위원회의 조정·중재의 권고에 관한 사항

4. 법 제8조의3제4항에 따른 공표에 관한 사항

5. 그 밖에 중소기업기술 침해와 관련된 중대한 사항

③ 자문단은 자문을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우에 3인 이내의 소자문단을 구성할 수 있다.

④ 중소기업부장관은 제21조제3항에 따른 보고서를 작성하는데 드는 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

제21조(간사) ① 자문단에 자문을 요청할 안건의 정리·배부, 제20조제3항에 따른 소자문단 관련 업무 등을 처리하기 위하여 간사 1인을 둔다.

② 간사는 조사팀장이 된다.

③ 간사는 자문단 중 1인을 지명하여 자문 결과에 대한 보고서를 작성하여 제출할 것을 요청할 수 있다.

제22조(자문절차의 개시 및 조사보고서의 작성·제출) ① 중소벤처기업부장관은 제14조제1항에 따른 조사개시 사건에 대하여 자문단에 소자문단 구성 및 자문을 요청할 수 있다.

② 중소벤처기업부장관은 조사공무원이 조사보고서를 중소벤처기업부장관에게 제출하였을 때, 자문단에 조사결과에 대한 자문을 요청할 수 있다. 이때 조사공무원은 다음 각 호의 사항을 기재하여 조사보고서를 작성하여야 하며, 이를 자문단에 제출하여야 한다.

1. 사건의 개요

2. 조사공무원 조치의견 (제30조에 따른 공표사항이 있는 경우에는 공표문안 포함)

3. 사실의 인정

4. 위법성 판단 및 법령의 적용

5. 첨부자료

③ 제2항제1호의 사건의 개요에는 사건의 단서, 피신고인, 신고인, 신고 또는 인지내용 및 심사경위 등을 기재한다. 다만, 신고를 이유로 피해를 입거나 입을 우려가 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 경우에는 신고인의 주소·성명·전화번호 등 신원을 알 수 있는 사항(이하 “인적사항”이라 한다.)을 기재하지 않을 수 있다. 또한 신고인은 조사보고서에 인적사항을 기재하지 않도록 요청할 수 있으며, 조사관은 특별한 사유가 없는 한 이에 따라야 한다.

④ 제2항제2호의 조사공무원 조치의견에는 해당 사건 조사결과 필요하다고 인정되는 조치의 내용(시정권고, 조사중단·이첩, 형사고발 등)을 기재한다.

⑤ 제2항제3호의 사실의 인정에는 행위사실 및 그 사실인정을 뒷받침할 수 있는 증거자료 등을 특정하여 기재한다.

⑥ 제2항제4호의 위법성 판단 및 법령의 적용에는 법 위반 성립요건별로 구분하여 기재한다.

⑦ 제2항제5호의 첨부자료에는 사실의 인정이나 위법성 판단 등을 뒷받침할 수 있는 증거자료를 포함하며, 반드시 첨부자료의 세부목록을 작성하여야 한다. 단, 법 제8조의2제4항에 따른 자료를 제출하지 아니하거나 거짓 자료를 제출하여 법 제35조제1항에 따른 과태료를 부과한 경우에는 부과이유가 기재된 통지서를 첨부자료에 포함한다.

제23조(시정권고) ① 조사팀장은 조사보고서가 자문단에 제출된 날로부터 21일 이내에 그 결과를 중소벤처기업부장관에게 보고하여야 한다.

② 중소벤처기업부장관은 법 제8조의3제1항에 따라 자문단의 자문 결과를 고려하여 중소

기업기술 침해행위가 있다고 판단할 상당한 근거가 있고 이미 피해가 발생하였거나 이를 방지할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있다고 인정될 때에는 30일 이내의 기간을 정하여 그 행위의 중지, 향후 재발 방지, 그 밖에 필요한 사항을 시정하도록 권고할 수 있다.

③ 영 제4조의3제3항에 따른 시정권고는 다음 각 호를 포함한 별지 제9호 서식의 시정권고통지서에 따른다.

1. 사건번호, 사건명, 피신고인명
2. 권고사항
3. 권고사유
4. 시정기한
5. 적용법조

④ 중소벤처기업부장관은 법 제23조에 따른 중소기업기술분쟁조정·중재위원회의 조정·중재 절차가 개시(開始)된 경우에는 법 제8조의3제2항에 따라 시정권고 절차를 중단하며, 조정·중재의 절차가 종료된 경우에는 조정·중재의 결과에 따라 다음 각 호의 구분에 따라 처리한다.

1. 조정·중재가 성립된 경우: 시정권고 절차의 종료

2. 조정·중재가 성립되지 않고 조정·중재 절차가 종료된 경우: 시정권고 절차의 즉시 재개
제24조(조정·중재 권고) 중소벤처기업부장관은 분쟁해결을 위하여 필요하다고 판단되는 경우 법 제23조에 따른 중소기업기술분쟁조정·중재위원회의 조정·중재를 권고할 수 있다.

제25조(의견청취) ① 중소벤처기업부장관은 제23조제2항에 따른 권고를 하기 위하여 필요하다고 인정하면 영 제4조의5제1항에 따라 당사자·이해관계인 또는 참고인의 의견을 들을 수 있다.

② 제1항에 따라 의견을 들으려는 경우에는 예정일 10일 전까지 시정권고의 상대방, 이해관계인, 참고인 또는 그 대리인에게 서면으로 그 뜻을 통지하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

③ 법 제8조의4제2항에 따라 중소벤처기업부장관은 제23조제2항에 따른 권고를 하기 위하여 필요하다고 인정하면 관계 행정기관의 장의 의견을 듣거나 관계 행정기관의 장에게 조사의 지원이나 그 밖에 필요한 협조를 요청할 수 있다.

제26조(재조사) 중소벤처기업부장관은 다음 각호의 어느 하나에 해당되는 사유가 있는 경우에는 해당 사건에 대한 재조사를 할 수 있다.

1. 사실의 오인이 있는 경우
2. 법령의 해석 또는 적용에 착오가 있는 경우
3. 조사공무원의 조사종결이 있은 후 심사 사유와 관련이 있는 새로운 사실 또는 증거가 발견된 경우
4. 기타 제1호 내지 제3호에 준하는 사유가 있는 경우

제27조(이행결과의 확인) ① 영 제4조의4제3항에 따라 조사공무원은 제23조제2항에 따른 시정권고가 있는 후 그 시정권고의 이행 여부를 확인하여야 하며, 필요하다고 인정되는 경우에는 현장을 확인할 수 있다.

② 조사공무원은 제1항에 따른 시정권고의 이행 여부를 이행완료 기간이 경과한 날로부터 10일 이내에 확인하여야 한다.

③ 제2항에 따라 현장을 확인하는 조사공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 보여야 한다.

④ 조사공무원은 제1항에 따라 이행결과를 확인한 경우 시정여부 확인서 (별지 제10호 서식)를 작성하여 그 결과를 소속 과장에게 서면으로 보고하여야 한다.

제3절 조사종결 및 중지

제28조(조사종결) 중소벤처기업부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조사를 종결 할 수 있다.

1. 피신고자에게 사망·해산·파산·폐업 또는 이에 준하는 사유가 발생함으로써 시정권고 등을 이행하기가 사실상 불가능하다고 인정될 경우
2. 피신고자의 행위가 중소기업기술보호법 위반행위로 인정되지 아니하거나 위반행위에 대한 증거가 없거나 부족한 경우
3. 그 밖에 중소벤처기업부장관이 조사를 종결해야 할 필요가 있다고 인정하는 경우

제29조(조사중지) ① 중소벤처기업부장관은 신고인, 피신고인 등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생하여 조사를 계속하기가 곤란한 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 조사를 중지한다.

1. 일시적 폐업·영업중단이라고 인정되는 경우
2. 법인의 실체가 없는 경우
3. 도피 등에 의한 소재불명
4. 국외에 소재하는 외국인 사업자를 신고한 경우로서 조사 등이 현저히 곤란한 경우
5. 조사 당사자 간의 소송 제기 등으로 원활한 조사가 어렵다고 인정되는 경우
6. 기타 제1호 내지 제5호에 준하는 경우

② 조사공무원은 제1항의 규정에 따라 조사중지가 된 때에는 조사중지자 명부(별지 제13호 서식)에 해당 사항을 기재하고 점검·관리하여야 한다. 이 경우 조사중지된 날부터 6개월 경과 후 조사종결처리할 수 있다.

③ 조사공무원이 제2항 후문의 규정에 의하여 종결처리 한 때에는 다음 각 호의 사항을 신고인 등에게 통지하여야 한다.

1. 종결처리된 사실
2. 피신고인의 영업재개 등 심사개시사유가 발생한 때에는 재신고할 수 있다는 사실

제4장 공표

제30조(공표절차) ① 영 제4조의4제4항에 따라 중소벤처기업부장관은 제27조제1항의 시정권고 이행 여부 확인결과 피신고인이 시정권고를 이행하지 않은 경우 이행 여부 확인일로부터 30일 이내에 다음 각호의 사항을 인터넷 홈페이지 또는 「신문 등의 진흥에 관한 법률」에 따라 전국을 보급지역으로 하는 일반일간신문 등에 게재하여 공표할 수 있다.

1. 침해행위의 내용
2. 침해행위를 한 자
3. 시정권고의 내용 및 결과

② 조사공무원은 제1항 각 호의 사항을 공표하려는 경우에는 침해행위의 내용 및 정도, 위반 기간, 침해행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 고려하여 매체수, 게재횟수, 공표크기, 공표기간 등 공표 범위 등을 검토하여야 한다.

③ 중소벤처기업부장관은 제1항 및 제2항에 관한 내용에 대하여 필요한 경우에는 자문단의 자문을 받을 수 있다.

④ 제1항에 따라 공표하려는 경우에는 토요일, 일요일, 공휴일을 제외한 평일에 게재하도록 한다.

제31조(공표방법) ① 영 제8조의3제3항에 따라 조사공무원은 다음 각 호 사항을 반영한 별지 제9호 서식(표준공표양식)으로 공표하여야 한다. 단, 제29조제2항에 따라 공표 범위 등에 따라 본문의 내용을 달리 정할 수 있다.

1. 공표문안

가. 공표제목에는 시정권고를 받은 사실을 명료하게 표시하여야 한다.

나. 공표내용에는 일반 대중에게 널리 알려진 범위반 사업자의 사업장명이 따로 있는 경우 함께 쓰고, 해당 시정권고를 받은 사실을 원칙적으로 6하원칙에 따라 구체적으로 기재하여야 한다.

2. 글자형태

가. 공표제목, 피신고인, 범위반행위, 중소벤처기업부, 시정권고의 표시는 선명하게 부각되도록 글자를 고딕체로 하여 색도를 진하게 하여야 한다.

3. 테두리의 모양

가. 공표문을 둘러싸는 겹테두리를 사각형으로 표시하되 겹테두리의 가운데 여백은 1mm, 바깥쪽과 안쪽 테두리의 두께는 각각 0.5mm의 규격으로 검게 표시하여야 한다.

② 조사공무원은 공표크기, 매체수, 게재횟수, 공표기간 등을 다음 각 호에 따라 공표하여야 한다. 단, 제30조 제2항에 따라 본문의 크기·횟수·기간을 달리 정할 수 있다.

1. 공표크기 : 3단 x 10cm
2. 매체수 : 1개
3. 게재횟수 : 1회

제32조(의견청취 실시) ① 조사공무원은 영 제4조의5에 따라 공표대상자에게 공표대상자라는 사실을 알리고 14일 이내의 기한을 주어 소명자료를 제출하거나 의견을 진술할 수 있는 기회를 주어야 한다.

② 조사공무원은 피신고인이 시정권고 이행의사를 밝혀 오거나 이행사실을 소명할 경우 제30조의 공표절차를 중지할 수 있다.

제5장 보칙

제33조(세부 운영지침) 중소벤처기업부장관은 원활한 사실조사, 시정권고, 공표 등을 추진하기 위하여 세부 운영지침을 제정·운영할 수 있다.

제34조(재검토기한) 이 고시는 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 따라 2019년 09월 20일 기준으로 매 3년이 되는 시점(매 3년째의 09월 19일까지를 말한다)마다 그 타당성을 검토하여 개선 등의 조치를 하여야 한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 고시는 고시한 날부터 시행한다.

마. 소결

현행 제도를 개선하기 위한 방안으로 여러 입법례를 비교하여 보았다. 결론적으로 현행 제도를 급격하게 개정할 필요성은 없다고 본다. 공표제도의 운영은 시정권고제도와 함께 운영성과를 보면서 개정의 필요성을 검토하는 것이 타당하다.

중기부의 경우에도 시정권고의 실효성을 담보하기 위한 수단으로 공표제도를 도입한 것으로 보이나 성과에 대한 검증은 없으므로 단순히 조문뿐만 아니라 운영성과도 보는 것이 필요하다고 본다.

한편 시정권고가 아닌 시정명령제도가 도입되는 경우에는 시정명령제도만으로도 이들 제도를 대체하는 것을 고려할 수 있으므로 현 시점에서 운영성과를 보지 않고 개정을 논할 시점은 아닌 것으로 보인다.

III. 행정조사 실효성 강화를 위한 시정명령 및 과태료 도입 검토

1. 문제의 소재 및 결론적 고찰

행정조사를 한 결과 특허청의 조사에서 부경법 위반사항이 나올 경우 시정권고를 하였음에도 이를 따르지 않을 경우 이에 대한 제재로 시정명령을 도입할 것인지, 한다면 그 기준·방법·절차·집행에 대한 제언을 하고자 한다. 이와 관련해서는 행정법상 다른 법에서 도입되어 있는 제도를 고려하여 제언할 수 있을 것이다.

또 행정조사를 한 결과 특허청의 조사에서 부경법 위반사항이 나올 경우 시정권고를 하였음에도 이를 따르지 않을 경우 이에 대한 제재로 시정명령과 함께 또는 별개로 과태료를 도입하는 것도 검토할 수 있다고 본다. 한다면 그 기준·방법·절차·집행에 대한 제언을 하고자 한다. 이와 관련해서는 행정법상 다른 법에서 도입되어 있는 제도를 고려하여 제언할 수 있을 것이다.

결론적으로 이들 조치를 도입하지 않는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 이들 제재의 도입이 시정권고가 권고에 머무르는 것이 아니라 행정처분의 성격을 가지게 하여 그 결과 특허청이 관련 분쟁의 당사자로 행정소송을 진행하여야 하는 문제가 발생하게 될 가능성이 높고, 이런 조치를 도입하지 않더라도 시정권고 미이행시 앞서 논의한 공표를 통해서도 어느 정도의 실효성은 담보할 수 있다고 판단되기 때문이다.

그리고 본질적으로 부정경쟁방지법은 사인간의 분쟁의 성격이 큰 유형의 금지행위규범이므로 특허청의 권여를 행정처분까지 하는 방향으로 하는 것은 타당하지 않다. 이는 공정거래법이 시정명령 및 과태료 규정을 두고 있는 것과는 구별된다. 공정거래법은 전형적으로 소비자의 후생증진과 시장에서의 경쟁촉진이라는 공익적 목적을 염두에 두는 경우로서 시장 실패에 대한 보완을 위해서 국가가 관여하여야 할 필요가 있어서 1890년 미국에서 세계 최초로 입법된 이후 세계 200개 국가 이상에서 도입되어 운용되고 있는 규범인바, 이런 공정거래법과 달리 부경법은 기본적으로 불법행위법의 특칙으로 사인간의 분쟁이라는 속성을

가지고 있으므로 시정권고만으로도 충분히 국가의 관여를 통한 분쟁의 조기해결이라는 목
저은 달성한 것으로 보이기 때문이다.

2. 시정명령 및 명령불이행죄의 도입 가능성

가. 문제의 소재

현재의 부경법 위반 행정조사의 결과로 시정권고를 하고 있는 것에서 나아가서 시정권
고의 실효성 확보를 위한 방안으로 시정명령이나 명령불이행죄 등이 시정권고의 실효
성을 확보하기 위한 방안으로 논의되고 있다.

그런데 실효성 확보는 단순히 제재수단을 도입하거나 제재의 수준을 강화한다고 하여
달성되는 것이 아니며 종합적이고 입체적인 검토를 할 필요가 있다. 특히 제재도입에
대한 검토는 다면적으로 이루어져야 현실적으로 부경법상 행정조사가 달성하고자 하는
바가 실효성이 있게 달성될 수 있다.

이런 측면에서 아래에서는 현재의 부경법 위반 행정조사의 결과로 시정권고를 하고 있
는 것에서 나아가서 시정권고의 실효성 확보를 위한 방안으로 시정명령이나 명령불이
행죄 등을 도입하는 것에 대해서 검토하여 보고자 한다. 다만 현재 입법적인 논의가
이루어지고 있으므로 어느 쪽이 타당하다고 보는지에 대한 의견보다는 각자의 장단점
에 대한 의견을 피력하는 것을 중심으로 하고 간략히 필자의 의견을 기술하고자 한다.

나. 도입의 장단점 중 장점

현재의 부경법 위반 행정조사의 결과로 시정권고를 하고 있는 것에서 나아가서 시정권
고의 실효성 확보를 위한 방안으로 시정명령이나 명령불이행죄 등을 도입하는 것은
일견 특허청의 판단에 따를 가능성을 높이게 될 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 이런 강
제력이 있는 조치들이 더 대상자를 위하(접촉)할 가능성이 높다고 판단할 가능성이 있

기 때문이다. 입법의도대로 만일 대상자들이 위하되어 이를 따른다면 실효성이 담보될 것이나 오히려 아래와 같은 단점을 고려하면 그 반대의 입법효과가 발생할 가능성이 클 수 있다는 점을 유념하여야 한다.

다. 도입의 장단점 중 단점

1) 특허청의 시정권고가 행정처분으로 인정될 것으로 보임.

현재는 시정권고만으로는 항고소송의 대상이 되는 행정처분으로 판단되고 있지 않다. 그러나 만일 시정명령이 도입되거나 형사처벌과 같은 제재가 도입이 되면 행정처분으로 판단될 가능성이 높아질 것으로 보인다.

시정권고 대해서 불복하여 소제기된 1호 사건이라고 알려져 있는 현대자동차에 대한 시정권고 사건에서 행정법원은 특허청의 시정권고를 행정처분이라고 주장한 원고의 소제기를 각하하면서 그 이유로 처분성이 없다고 판단하였다.¹⁴¹⁾

서울행정법원은 이 사건은 부경법상 행정조사가 도입되고 첫 법원의 판단이 있었던 중요한 의미를 가지는 사건이다. 이 사건의 사실관계를 보면, 다음과 같다.

가) 비제이씨는 2004년경부터 원고의 6개 울산 공장1)에 도장부스2)의 악취 제거를 위한 수(水)처리제인 미생물처리제(제품명: 비제이씨-3100)와 페인트킬러제(제품명: 비제이씨-1100), 응집부상제(제품명: 비제이씨-2100), 캡슐라이저(제품명: 비제이씨-4100) 등을 공급하는 계약을 원고와 체결하고, 그때부터 원고의 공장에 비제이씨의 직원이 상주하며 미생물제, 케미컬제를약품 탱크에 용량과 농도를 조절하여 투입하며 순환수 시스템(Circulation Water System, 이하 ‘CWS’라고 한다) 공정의 일부를 처리하였다.

나) 원고의 울산 공장 악취 문제에 관한 민원이 2013. 7. 22. 환경부에 접수되었다. 이

141) 서울행정법원 2020. 1. 17. 선고 2019구합59325판결.

에 원고는 2013. 8.경 악취를 저감하기 위하여 도장부스의 수처리 공정에 관한 검토를 시작하였으며, 2013. 8. 7.부터 2013. 11. 13.까지 사이에 비제이씨로부터 각종 자료를 제공받았다.

다) 원고는 2013. 11. 18. 악취 발생 원인을 자체적으로 분석하여 도장 CWS 악취저감 계획을 수립한 후, 2013. 11. 22. 비제이씨와 ‘CWS 악취저감 방안협의’를 주제로 회의를 하였다. 원고와 비제이씨는 위 회의에서 유기화합물(톨루엔) 저감을 위한 신규 미생물 추가투입 방안을 협의하였는데, 구체적으로 ① 원고가 원고의 협력사인 태화환경을 통하여 수질 및 악취검사를 한 다음 그 결과를 비제이씨에게 통보하면, ② 비제이씨가 위 수질 분석결과에 따라 신규 미생물 균주를 선택하여 그에 관한 시험 일정을 수립하고, 원고의 울산 1공장에서 6주간 기존 미생물의 농도는 그대로 유지한 채 신규 미생물을 추가 투입하여 시험하며, ③ 그 시험결과에 따른 수질 및 대기검사를 태화환경을 통하여 주 1회씩 실시하기로 협의하였다.

라) 비제이씨는 2013. 12. 23.부터 2014. 2. 18.까지 원고의 울산 1공장에 신규 미생물을 투입하고, 원고의 협력사인 태화환경은 그에 따른 수질 및 대기검사를 6주 간 시행하였다(이하 위 신규 미생물 투입과 그 이후의 수질 및 대기검사 시험을 ‘1차 테스트’라고 한다). 그런데 위 시험 과정에서 톨루엔, 자일렌 수치는 다소 저감되는 경향이 있었으나 대기의 THC(Total Hydrocarbon, 탄화수소 화합물의 총량) 및 복합 악취 수치는 저감되지 않았다. 원고는 위 1차 테스트 기간 중이던 2014. 1. 29. 비제이씨에게 “2014. 2. 7. 회의 전까지 향후 계획을 수립해주시기 바라며 신규 미생물 투입을 계획하신다면 균주 선택을 하시고 정보를 미리 알려주시어 회의 전까지 검토할 수 있도록 부탁드립니다.”라는 내용과 함께, 원고의 협력사 태화환경이 측정한 1차 테스트의 중간 결과를 첨부하여 이메일을 보냈다.

마) 비제이씨는 위 이메일을 받고 ‘울산 현대자동차 1공장 테스트 협의’ 문서를 작성하였다. 위 문서에는 기존 테스트에 사용하였던 신규 미생물인 커스텀 FM++4가 일부 악취 원인물질 분해에 다소 미흡하여 2차 테스트에서는 탄화수소 분해력이 우수한

커스텀 HC와 알콜계·알데하이드계 물질 및 독성물질에 대해서도 분해력을 갖는 커스텀 CL을 6주 동안 투입하여 테스트하기로 하는 내용과 함께 1차 투입한 신규 미생물의 종류와 2차 투입할 신규 미생물의 종류가 기재되어 있었다.

바) 원고와 비제이씨는 2014. 2. 7. 회의를 열어 커스텀 HC, 커스텀 CL을 추가 투입해 보는 시험을 진행하기로 하였고, 이에 따라 비제이씨는 2014. 2. 19.부터 2014. 3. 14.까지 원고의 울산 1공장에 신규 미생물을 투입하였으며, 태화환경은 그에 따른 수질 및 대기검사를 5주 간 시행하였다(이하 위 신규 미생물 투입과 그 이후의 수질 및 대기검사를 '2차 테스트'라고 한다). 원고는 2014. 3. 14. 비제이씨에게 2차 테스트에 따른 측정결과를 알려주었다.

사) 비제이씨는 2014. 3. 20. 원고에게 1차 테스트의 결과 및 2차 테스트의 중간 평가의 내용이 담긴 '1공장 신규 미생물 적용 Test 경과보고서'를 보냈으며, 2014. 6. 24. 원고와 'CWS 악취 및 환경개선'을 주제로 한 회의를 하면서 원고에게 공급하는 미생물제와 그에 부수하는 화학제품의 기능, 기제, 사용량 등을 설명하였고, 2014. 6. 25. 원고에게 회의에서 설명한 자료인 'CWS,미생물적용,악취저감계획서-도장2부.ppt', 'CWS 순환수 미생물 처리 결과-도장2부.ppt', 'CWS사용약품 기능 사용요령-전체.hwp', 'CWS약품사용이력.xlsx' 파일을 이메일로 보내주었다.

아) 비제이씨는 2018. 7. 24. 피고에게 '원고와 경북대학교가 비제이씨의 미생물 기술을 탈취하였다'는 취지의 신고를 하였다. 이 사건의 피고 특허청은 원고 및 경북대학교에 대하여 조사를 실시한 다음, 2018. 12. 19. 시정권고 결정을 하였다(산업재산조사 사건 제2018-29-1, 2호). 위 결정의 주문 중 원고에 관한 내용은 아래와 같다(이하 위 시정권고 결정을 하였다(산업재산조사 사건 제2018-29-1, 2호). 위 결정의 주문 중 원고에 관한 내용은 아래와 같다(이하 위 시정권고 결정 중 원고에 관한 부분을 '이 사건 시정권고'라 한다.)

원고가 비제이씨의 미생물제(OE++, FM++, HC)와 악취저감 실험의 결과(2013. 12월 중순부터 2014. 1월 말까지 실시)를 비제이씨의 동의 없이 경북대학교에 전달하여
--

신규 미생물 제를 개발하게 하고, 이를 원고와 경북대학교의 공동특허로 등록한 행위 및 신규 미생물제를 도장부스에서 사용하는 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위에 해당한다.

이에 따라, 원고는 2019. 1. 17.까지 동법 위반에 따른 비제이씨의 피해를 배상하고, 신규 미생물제의 생산·사용 중지 및 폐기를 원고한다.

자) 원고는 2019. 1. 22. 피고에게 이 사건 시정권고에 따른 결과와 관련하여 ‘현재 신규 미생물제를 생산하지도 사용하지도 않고 있으며, 비제이씨의 피해에 대하여는 관련 사건의 확정 판결에 기하여 조치하고자 하며, 한편 원고는 여전히 이 사건 시정권고에서 문제 삼는 행위가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위에 해당하지 않는다는 입장을 취하고 있다’는 취지의 통지서를 제출하였다.

서울행정법원은 위와 같은 사실관계에 기초하여 이 사건 피고 특허청의 시정권고가 행정처분임을 전제로 하여 제기한 원고의 항고소송을 각하하였다. 그 이유는 다음과 같다.¹⁴²⁾

2. 피고의 본안 전 항변에 관한 판단

가. 당사자들의 주장

1) 피고의 주장

원고는 이 사건 소를 통하여 이 사건 시정권고의 취소를 구하고 있다. 그러나 이 사건 시정권고는 원고에게 어떠한 의무도 부담시키지 않는 행정지도로서 순수한 권고적 효력만을 갖는 비권력적 사실행위에 불과하다. 그러므로 이 사건 시정권고는 항고소송의 대상인 행정처분에 해당하지 않는다.

2) 원고의 주장

피고가 이 사건 시정권고에 관하여 보도자료를 배포한 탓에 원고의 인격권이 침해되었고, 원고로서는 상당한 심리적 압박을 느끼게 되었으므로 이 사건 시정권고는 간접적으로 의무 이행을 강제하는 효과를 갖는 점, 피고가 이 사건 시정권고의 이행 여부를 확인하기 위하여 부정경쟁방지법 시행령 제2조 제2항을 근거로 원고에 대한 현장조사를 실시할 것으로 예상되며, 현장조사를 거부할 경우에는 부정경쟁방지법 제20조 제1항 제1호에 따라 과태료가 부과될 위험이 존재하는 점, 부정경쟁방지법 및 그 시행령이 시정권고를 하기 전에 의견청취의 절차를 상세히 규정하고 있는 점,

142) 밑줄과 강조표시는 필자가 한 것이다.

관련 사건을 담당한 법원은 피고로부터 이 사건 시정권고 과정에서 작성된 조사기록을 송부 받아

판결의 기초 자료로 활용할 것이고, 이로 인하여 원고에게 상당히 불리한 심증을 가질 가능성이 매우 높으므로 원고의 입장에서는 재판청구권을 보장받기 위하여 이 사건 시정권고에 대하여 다툼 실익이 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 시정권고는 항고소송의 대상인 행정처분에 해당한다고 보아야 한다.

나. 관계 법령 등

별지 관계 법령 등 기재와 같다.

다. 관련 법리

행정청의 어떤 행위가 항고소송의 대상이 될 수 있는지의 문제는 추상적·일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위라는 점을 염두에 두고, 관련 법령의 내용과 취지, 그 행위의 주체·내용·형식·절차, 그 행위와 상대방 등 이해관계인이 입는 불이익과의 실질적 관련성, 그리고 법치행정의 원리와 당해 행위에 관련한 행정청 및 이해관계인의 태도 등을 참작하여 개별적으로 결정하여야 한다(대법원 1992. 1. 17. 선고 91누1714 판결, 대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 전원합의체 판결 등 참조)

라. 판단

앞서 인정한 기초 사실 및 갑 제2호증, 제5호증의 1 내지 3, 제8호증의 2, 을 제5, 9 내지 11호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사실들을 종합하면, 이 사건 시정권고는 피고가 일정한 행정목적 실현하기 위하여 원고에게 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 지도·권고·조언 등을 하는 비권력적 사실행위로서 상대방의 임의적인 협력을 통하여 사실상의 효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 행정지도(행정절차법 제2조 제3호)에 해당하므로, 항고소송의 대상인 행정처분으로 볼 수 없다. 따라서 이 사건 소는 부적법하다고 봄이 타당하다.

1) 시정권고 제도는 구 부정경쟁방지법(1998. 12. 31. 법률 제5621호로 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’로 개정되기 전의 것)이 1986. 12. 31. 법률 제3897호로 전부 개정되면서 도입되었다. 당시 소관 상임위원회(상공위원회)에서 작성된 심사보고서에 의하면, 시정권고 제도를 도입하게 된 이유는 “지금까지 특허청에서 부정경쟁행위에 대한 단속을 매년 주기적으로 시행하는 과정에서 노출되었던

두 가지 문제점이 있었는데, 그 하나는 현행법상으로는 아주 경미한 부정경쟁행위나 무지에 의한 사안에 대해서도 바로 고발하여야 하는 법제도상의 문제점이 있었고,

둘째로 부정경쟁행위의 단속시 시정권고에 관한 뚜렷한 법적 근거가 없어서 부정경쟁행위 시정을 위한 행정집행상의 실효성에 있어서 논란이 없지 않았던 것이 저간(這間)의 사정이었음.¹⁴³⁾

따라서 경미한 위반행위에 대해서는 사안 발견 즉시 고발하기 전에 사전절차로서 시정을 권고할 수 있는 근거규정을 마련함으로써 위에서 말씀드린 두 가지 문제점이 어느 정도 해소될 수 있을 것으로 기대됨.”이었으며, 그에 관한 종합 검토의견은 “그러나 본 개정 법률안에 (중략) 시정권고에 불응한 경우 등에 대한 제재조치가 규정되어 있지 않음으로써 본법의 실효성 확보에는 많은 어려움이 있을 것이 예견됨.”이었다. 이와 같은 종합 검토의견이 있었음에도 해당 법률안 중 시정권고 제도 부분은 별도의 수정 없이 그대로 입법되었다. 이러한 입법경과에 비추어 볼 때, 입법자는 위 법률 개정 당시 무분별한 고발로 인하여 전과자를 양산하는 것보다 협의자로 하여금 문제된 사항을 시정하도록 권유함으로써 스스로 위법 상태를 해소할 수 있는 기회를 부여하고자 하는 의도로 시정권고 제도를 도입한 것이고, 불응 시 어떠한 제재조치도 예정하고 있지 않았다.

2) 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위(실무에서는 ‘아이디어 탈취 행위’로 지칭되고 있다)는 형사처벌의 대상이 아니다(부정경쟁방지법 제18조 제3항 제1호). 다만, 위 행위로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 법원에 그 행위의 금지 또는 예방 등을 청구할 수 있다(부정경쟁방지법 제4조). 또한, 위 행위로 인하여 영업상 이익을 침해당함으로써 손해를 입은 자는 고의 또는 과실로 그와 같은 행위를 한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있고(부정경쟁방지법 제5조), 일정한 요건 하에 손해액의 추정이 이루어짐에 따라 입증책임을 경감 받는 이익을 누리게 된다(부정경쟁방지법 제14조의2). 이에 따르면, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 부정경쟁행위에 관한 법적 분쟁은 영업상 이익이 침해된 자(내지 침해될 우려가 있는 자)와 그 상대방 사이의 다툼일 뿐이고, 원칙적으로 피고와 같은 행정청이 간섭할 여지는 없다. 그러나 특허·실용신안·디자인 및 상표에 관한 사무 등을 관장하는 피고가 그 동안 쌓아 온 전문지식을 토대로 공정한 조사를 거쳐 문제된 사항을 시정하도록 권유하고, 상대방이 자발적으로 그와 같은 조언에 따른다면, 법적 분쟁에 관계된 당사자들 모두에게 이익이 될 것이다. 그러므로 위 1)항에서 본 시정권고 제도의 도입 취지는 형사처벌의 대상이 아닌 부정

경쟁행위에 대해서도 여전히 유효하며, 현행 부정경쟁방지법 제8조에 따른 시정권고는 상대방에게 임의적인 협력을 구하는 행정지도 이상의 의미를 가지고 있지 않다.

3) 비권력적 사실행위인 행정지도의 개념적인 특징은 ‘상대방의 임의적인 협력’을 구하는 데에 있으므로, 상대방이 임의적인 협력을 거절하여도 그것을 이유로 제재를 가하는 것은 허용되지 않는다. 만약 원고가 이 사건 시정권고를 따르지 않는 경우에 피고가 원고에게 제재를 가할 수 있다면, 그와 같은 사안에서는 이 사건 시정권고를 행정지도에 해당한다고 볼 수 없을 것이다.

그러나 관계 법령 어디에도 그와 같은 경우에 피고가 원고에게 제재를 가할 수 있도록 하는 규정이 존재하지 않으므로, 피고로서는 이 사건 시정권고에 불응하는 원고에 대하여 어떠한 제재도 가할 수 없다[한편, 국회에서는 시정권고 제도를 보완하기 위하여 ‘아이디어 탈취행위에 대한 시정권고를 이행하지 않을 경우 시정을 명할 수 있도록 규정을 마련하고, 시정명령을 이행하지 않을 경우 벌칙을 부과하는 내용’을 골자로 하는 부정경쟁방지법 일부개정법률안(홍의락 의원 대표발의, 의안번호 2012853)이 제출되어 있다]. 이와 관련하여 원고는 피고의 2018. 12. 20.자 보도자료(갑 제2호증)가 배포됨에 따라 간접적으로 의무의 이행이 강제되었으므로, 이 사건 시정권고를 원고의 권리의무에 직접적으로 영향을 미치는 행위로 보아야 한다는 취지로 주장한다. 그러나 위 보도자료는 피고가 국민적 관심사항에 대한 알 권리의 보장 차원에서 언론에 배포한 문서에 불과하며, 이 사건 시정권고 및 그 근거 법령이 예정하고 있는 조치에 해당하지 않으므로 위 보도자료의 배포는 이 사건 시정권고의 처분성을 인정할지 여부에 아무런 영향을 미치지 못한다. 설령 원고의 주장과 같이 원고가 위 보도자료의 배포로 인하여 어떠한 형태로든 불이익을 입었다고 하더라도, 이는 위 보도자료의 배포 및 그에 따른 언론 보도로 인하여 발생한 것이지, 이 사건 시정권고로 인하여 발생한 것으로는 볼 수 없다. 나아가 위 보도자료의 내용 중에 원고로 하여금 의무 없는 일을 하게 할 정도로 강제성이 있다고 볼 만한 문구는 존재하지 않는 점, 원고는 위 보도자료가 배포된 직후에 곧바로 언론을 통하여 입장문을 배포함으로써 위 보도자료에 관하여 매우 완강한 태도로 반론을 하는 한편(을 제5, 9, 10호증), 그 이후에도 이 사건 시정권고가 명시한 조치를 취하지 않았을 뿐만 아니라 기존의 입장[비제이씨에 대하여 부정경쟁방지법 제2조 제1호(차)목의 부정경쟁행위를 하지 않았다는 취지]을 고수한 점(을 제6호증) 등에 비추어 볼 때, 위 보도자료의 배포로써 부정경쟁방지법과 관련된 원고의 법적 지위에 어떠한 변동이 발생하였다고 보기 어렵다. 결국 위와 같은 측면을 모두 살펴보아도, 이 사

전 시정권고는 비권력적 사실행위인 행정지도로서의 성질을 잃지 않는다.

4) 부정경쟁방지법 및 그 시행령은 시정권고의 상대방에 대하여 그 처리결과를 통보할 의무를 부담시키고 있지 않다. 한편, 부정경쟁행위 방지에 관한 업무처리규정(특허청고시) 제9조 제1항은 피고 등이 시정권고의 이행 여부를 확인하여야 한다고 규정하고 있으며, 부정경쟁방지법 시행령 제2조 제2항은 피고 등이 시정권고의 이행 여부를 확인하게 하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우에 관계 공무원으로 하여금 현장을 확인하게 할 수 있다고 규정하고 있다. 하지만 원고를 비롯한 시정권고의 상대방은 부정경쟁방지법 시행령 제2조 제2항에 근거한 현장 확인에 불응하더라도 아무런 제재를 받지 않으며, 나아가 관계 공무원이 원고의 의사에 반하여 영장 없이 강제로 현장 확인을 할 수 있는 법적 근거도 존재하지 않는다(헌법 제12조 제1항). 이와 관련하여 원고는 부정경쟁방지법 시행령 제2조 제2항에 근거한 현장 확인에 불응할 경우에 부정경쟁방지법 제20조 제1항 제1호에 기하여 2천만 원 이하의 과태료가 부과될 수

있다고 주장하나, 부정경쟁방지법 제20조 제1항 제1호는 '부정경쟁방지법 제7조 제1항에 따른 관계 공무원의 조사나 수거를 거부·방해 또는 기피한 자'(부정경쟁행위 등 부정경쟁방지법이 금지하는 행위가 있었는지 여부를 확인하기 위한 관계 공무원의 조사 등을 거부·방해 또는 기피한 자)를 대상으로 할 뿐이고, 부정경쟁방지법 시행령 제2조 제2항에 근거한 현장 확인은 부정경쟁방지법 제7조 제1항에 따른 관계 공무원의 조사에 포함되지 않으므로[설령 부정경쟁방지법 시행령 제2조 제2항의 '시정권고를 하기 위하여 필요하다고 인정되는 경우'를 넓게 해석하여 이를 시정권고의 전 단계인 행정조사(부정경쟁행위 여부의 조사)에 포섭한다면, 그 경우에는 관계 공무원의 현장확인

불응 시 과태료의 부과대상이 될 여지가 있으나, 이 사건과 같이 시정권고가 발령된 이후에 그 이행 여부를 확인하기 위한 관계 공무원의 현장확인에 불응한 경우는 위 조항이 규정한 요건에 도저히 포섭될 수 없다], 위 주장은 전제부터 잘못된 것이다.

5) 부정경쟁방지법 제9조 및 같은 법 시행령 제3조는 시정권고를 하기 전에 필요하다고 인정하면 당사자·이해관계인 또는 참고인의 의견을 들어야 하는 것으로 규정하고 있다. 그와 같은 의견청취 절차가 규정된 취지는 당사자 등이 자신의 주장이나 변명을 표현할 수 있는 절차를 보장함으로써 시정권고를 할지 여부에 대하여 보다 더 신중을 기하도록 하는 것에 있으며, 단지 행정지도에 대하여 별도의 의견청취 절차가 마련되어 있다고 하여 곧바로 그와 같은 행정지도가 행정처분으로서의 실질을 갖게 된다고는 볼 수 없다. 또한, 모든 국민은 공정한 재판을 받을 권리를 보장받는

점(헌법 제27조 및 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 94헌바1 전원재판부 결정 등 참조), 법관은

헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하여야 할 지위에 있는 점(헌법 제103조) 등에 비추어 볼 때, 관련 사건을 담당한 법관들은 피고의 의견에 치우침이 없이 불편부당(不偏不黨)한 태도로 판단을 할 것이고, 원고는 관련 사건의 소송계속 중 위 법관들에 대하여 이 사건 시정권고에 관한 자신의 주장을 개진하는 것으로도 그 내용을 충분히 반박할 수 있으므로, 설령 피고가 이 사건 시정권고 과정에서 축적한 자료가 관련 사건의 재판부에 전달될 가능성이 있다 하더라도, 그와 같은 사정 때문에 이 사건 시정권고에 대하여 별도로 처분성을 인정할 필요는 없다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 소는 부적법하므로 이를 각하하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

위 서울행정법원의 판결에서 보는 것과 같이 현재 특허청의 시정권고가 행정처분으로서 항고소송의 대상이 되지 않아 만일 특허청의 시정권고를 따르지 않고 불복하더라도 행정소송의 대상이 되지 않는 가장 강력한 이유는 시정권고를 따르지 않더라도 이에 대한 제재수단이 없다는 점이다.

그런데 만일 시정명령이나 형사처벌을 부과하는 입법을 하게 되면 이와 같은 근거가 사라지게 되고 시정권고를 하더라도 그것이 단순히 권고에 그치지 않고 제재로 이어지게 되므로 결국 행정지도로서 비권력적 행정행위가 되는 것이 아니라 행정처분으로 항고소송의 대상이 되게 될 것이다.

이와 같은 결과는 결코 가벼이 볼 것이 아니라 실무적으로는 다음과 같은 문제점을 추가적으로 발생시킬 것으로 생각된다.

① 위의 현대자동차 사건에서 보는 것처럼 소송을 수행한 재력을 가진 당사자들은 불복수단으로 행정소송을 할 수 있게 되면 굳이 시정권고를 따르는 대신 불복하고 소송으로 진행하는 길을 택할 가능성이 높다. 현재는 시정권고를 해도 불복할 방법이 없기

143) 판결문이 종지형이 이렇게 기재되어 있어서 그대로 기재하였다. ‘이었다’의 오기인 것으로 보인다.

때문에 이를 따르지 않고 공표하는 경우 사회적인 여론악화를 우려하여 오히려 시정권고를 따를 수 있다. 그런데 불복할 수단으로 행정소송이 생기면 특허청이 시정권고가 잘못된 것이라고 하면서 끝까지 소송을 해서 만일 패소하더라도 법원의 판결을 이행하는 것으로 선택할 것이라고 본다.

② 특허청의 시정권고를 통해서 조기에 분쟁을 해결하는 것이 제도 도입의 중요한 이유였고, 이 제도를 도입하는 단계에서도 제재에 대한 논의를 충분히 하였음에도 도입하지 않은 것은 신중한 검토의 결과였다. 이 점은 특허청 내부자료가 남아 있는지를 확인할 수 없으나 논의에 참여한 필자의 개인적인 경험으로 인지하고 있는 바이다. 행정소송의 대상이 되면 위 소송의 경북대학교와 같은 중소기업이나 개인사업자들의 경우에는 조기에 분쟁이 해결되지 않음으로 인해서 소송이 끝까지 진행되어 수 년의 시간이 경과하면 결국 이를 버텨낼 경제적인 능력이 부족한 점으로 인해서 시정권고의 실효성이 없게 된다.

③탁상공론으로만 보면 시정명령이나 형사벌이 도입되면 실효성이 있을 것 같지만 이런 제재가 도입되면 오히려 기존에 시정권고의 이행으로 해결되던 사건마저도 해결되지 않고 불복의 대상이 될 가능성이 높다. 불복을 하고 있는데 유죄추정을 해서 제재를 시행할 수도 없고, 무죄추정의 전제하에서 계속적으로 불복이 진행되고 있는 동안에는 피해구제가 되지 않는 아이러니가 생긴다. 결국 시정명령이나 형사벌이 도입되면 실효성이 없어진다.

④이런 제도를 도입할 것이라면 오히려 시정권고가 아니라 시정명령을 하는 것이 맞다. 그런데 시정명령을 도입하면 문제가 해결되는가 하는 또 다른 실무적인 문제가 있다. 시정명령은 법원의 다수 판결에 의해서 시정명령의 명확성이 담보되어야 하며, 행정처분이므로 그 처분에 의한 제재와 처분 대상 위반행위 사건의 비례의 원칙을 포함한 행정법의 일반원칙들의 준수가 단순한 권고에 비해서 훨씬 강력하게 요구된다.

⑤이런 상황에서 시정명령과 같은 행정처분이 도입되면 특허청은 행정조사보다도 행정

조사의 결과인 처분서 작성에 더 많은 시간과 인력을 사용해야 할 것이다. 그리고 불복으로 행정소송이 제기될 것이므로 이를 대응하기 위하여 내부인력을 사용하는 것은 물론 외부변호사를 대리인으로 선임하여 대응하여야 할 필요성이 증가할 것이다. 이렇게 되면 현재의 부경법상 행정조사를 담당하는 인력과 처분서 작성을 위한 인력, 행정소송을 담당하는 인력 등 다수의 추가적인 인력소요가 발생하게 된다.

요컨대 이런 제도 도입은 피해구제를 위해서도, 특허청의 행정인력의 효율적인 운용의 면에서도 도입이 가져오는 부정적인 면이 많다.

2) 시정명령 도입의 전제

시정명령을 도입하려면 그 전제로 지금과 같은 부경법상의 행정조사에 대한 근거만으로 가능할지 의문이 있다. 최소한 공정위 수준의 행정조사에 대한 절차적인 규정보완이 필요할 것으로 보인다.

행정조사와 수사의 차이가 있다. 현재의 행정조사로서의 특허청의 시정권고는 강제수사가 아님은 명확하고 이에 따라서 절차적인 보장이 상대적으로 강하게 요구되지 않는다고 할 것이다. 예를 들어 행정조사와 진술거부권의 관계를 보면, 헌법은 제12조 제4항에서 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”고 하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정함. 변호인의 조력을 받을 권리는 임의동행 형식으로 연행된 피의자나 피내사자에게도 인정되며, 헌법재판소는 형사절차 외에 행정절차에도 적용됨을 인정한다.¹⁴⁴⁾

앞에서 본 공정거래위원회, 금융감독원 등 조사권한이 있는 행정기관들이 의뢰인과 변

144) 헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346 변호인 접견 불허처분 등 위헌확인(인천국제공항 송환대기실에 수용된 난민에 대한 변호인접견거부 위헌확인 사건). 1. 헌법 제12조 제4항 본문의 문언 및 헌법 제12조의 조문 체계, 변호인 조력권의 속성, 헌법이 신체의 자유를 보장하는 취지를 종합하여 보면 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”은 사법절차에서 이루어진 구속뿐 아니라, 행정절차에서 이루어진 구속까지 포함하는 개념이다. 따라서 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 행정절차에서 구속을 당한 사람에게도 즉시 보장된다. 종래 이와 견해를 달리하여 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인의 방어권을 보장하기 위한 것으로서 출입국관리법상 보호 또는 강제퇴거의 절차에도 적용된다고 보기 어렵다고 판시한 우리 재판소 결정(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)은, 이 결정 취지와 저촉되는 범위 안에서 변경한다.

호사 사이 상담내용을 증거로 제출할 것을 압박하거나 진술을 유도하며 이를 토대로 조사 방향을 설정하려는 움직임에 대한 우려가 다수 제기되고 있으며 실제 공정위의 경우에도 변호사가 조사시에 참여하도록 하고 있다. 이런 요구는 공정위나 금융위 등의 조사가 행정처분이나 형사처벌을 전제로 하는 것이라는 점과 형사처벌을 위한 고발을 하지 않는다고 하더라도 행정처분인 시정명령 등의 전제가 되는 것으로 이로 인한 불이익이 크기 때문이다

수사는 범죄의 혐의를 밝혀 공소 제기 및 유지 여부를 결정하기 위하여 범인을 확보하고 증거를 수집하는 수사기관의 활동으로, 수사기관에 의하여 행하여지며, 이를 거부시 실력행사가 가능하고, 법원의 통제의 대상이 될 수 있다. 사실관계를 확인하기 위한 정보수집의 관점에서 행정조사와 공통적이지만, 행정조사에 대한 절차보장은 상대적으로 미흡하고, 행정조사의 결과를 토대로 수사기관에 형사고발이 이루어질 경우에는 이를 활용하여 형사소추도 가능할 수 있다. 그러므로 행정절차라고 하더라도 이후 시정명령이나 형사처벌이 전제되는 순간 절차적인 보장이 더 강하게 이루어져야 하며, 이를 위하여 특허청은 더 많은 인력과 시간을 사용하여야 한다. 이렇게 되면 실무에서 현실적으로 사건 처리 수를 줄여야 하는 결과가 될 가능성이 많고 피해를 주장하는 당사자들은 기다려서 권리구제를 구하여야 할 상황에 처하게 될 것이다.

학설상으로 보면, 행정조사의 단계에서 진술거부권이 인정되는지의 여부는 조사 당시의 질문이 행정조사와 형사절차의 양자의 목적을 위해 행사되는 경우에는 인정된다고 보는 견해, 실질상 형사책임 추궁을 위한 자료의 취득 수집과 직결되는 한 적용되어야 한다고 보는 견해, 진술의무 부과가 실질적 형사절차라 할 수 있는 경우 조사 불응 등에 과태료를 부과하는 것은 진술거부권을 침해하는 것이라는 견해 등의 견해가 대립된다.

행정조사 과정에, 영장주의나 진술거부권 등 당사자의 헌법상 기본권 보장을 위하여 정립된 원칙들의 엄격한 통제를 받는 형사절차에 활용됨으로써, 형사절차를 실질적으로 회피하고 행정조사의 실효성을 저해하는 결과가 될 우려가 있다. 이런 점에서 최근

유럽연합의 경우 EU 사법재판소가 행정상 위법행위를 확인하는 조사 결과가 형벌적 성격(criminal nature)을 갖는 행정상 제재로 귀결될 수 있는 조사절차에서도 진술거부권이 인정되어야 한다고 본 사례가 있다.¹⁴⁵⁾

3. 제언

가. 이런 점을 염두에 두고 입법을 해야지 이런 무시하고 탁상공론으로 제재를 하면 실효성이 확보된다고 판단하는 것을 위험하며 신중할 필요가 있다. 이런 점에서 필자는 현재의 시정권고를 불이행하는 경우에 공표로 대응하여 스스로 이행하도록 유도하는 정도 이상의 제재를 도입하는 것은 신중할 필요가 있다고 본다.

나. 앞에서 본 시정명령 도입의 장단점을 염두에 두고 다음의 각 점에 대한 의견을 정리하여 본다.

1) 시정명령 타당성 검토

시정명령 도입의 장점과 단점에 대해서는 위에서 언급한 바와 같다. 결론적으로 시정명령 도입으로 인해서 발생하게 된 득보다는 실이 더 클 것으로 보인다. 시정명령을 도입하기 위해서는 침익적 행정행위로서 제재처분인 시정명령을 규정하는 법적 근거가 필요하다. 이와 관련해서는 다음과 같은 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부개정법률안(황운하의원 대표발의)이 현재 국회에 계류중이다(의안번호 10114). 이 법안은 2021. 5. 14. 발의된 법안으로 그 제안이유와 주요내용은 다음과 같다.

현행법은 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 부정경쟁행위를 한 자에게 30일 이내의 기간을 정하여 위반행위의 중지, 표지 등의 제거나 수정, 향후 재발 방지, 그 밖에 시정에 필요한 권고를 할 수 있고, 이를 이행하지 않으면 위반행위의 내용 및 시정권고 사실 등을 공표할 수 있다고 규정하고 있음.

그러나 경제적 가치를 가지는 타인의 기술적 또는 영업적 아이디어가 포함된 정

145) DB v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), C-481/19 (2. Feb. 2021. 이에 관하여는 장윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 — EU 사례를 중심으로”, 행정법연구, 제68호, (2022), 160면 이하 참조.

보를 그 제공목적에 반하여 자신 또는 제3자의 영업상 이익을 위해 부정하게 사용하거나 타인에게 제공하는 등의 부정경쟁행위가 근절되지 않고 있는데 반하여, 그 위반행위에 대한 행정당국의 제재조치는 부정경쟁행위자에 대한 시정권고나 그 사실의 공표에 그치고 있어 부정경쟁행위 근절을 위한 실효성 확보를 위해서는 제재를 강화해야 한다는 지적이 있음.

이에 부정경쟁행위를 한 자의 위반행위의 내용 및 시정권고 사실을 공표하였음에도 불구하고 시정권고 사항이 이행되지 아니한 경우 특허청장 등은 시정을 명령할 수 있도록 함으로써 부정경쟁행위를 근절하는데 기여하려는 것임(안 제8조제3항 및 제20조제1항제1호의2 신설).

부정경쟁행위에 대한 행정당국 제재조치의 실효성을 확보하려는 입법취지에 동의할 수 있다. 그러나 문제는 실제로 실효성이 확보될 수 있는가 하는 점에 있다고 본다. 앞에서 언급한 것과 같이 시정명령의 도입은 득보다 실이 많을 것으로 판단되지만, 도입한다면 법적 근거가 필요한 바, 계류법안(황운하 의원 대표발의안)은 시정명령의 근거를 규정한 것이다. 행정당국의 제재조치는 부정경쟁행위자에 대한 시정권고나 그 사실의 공표에 그치고 있어 부정경쟁행위 근절을 위한 실효성 확보를 위해서는 제재를 강화해야 한다는 지적을 누가 하고 있는지는 알 수 없으나 첫째 실효성이 강화되는 것이 맞는지 의문이며, 둘째 시정명령을 도입한다면 굳이 시정권고를 할 필요가 있는지도 의문이 있다.

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부를 다음과 같이 개정한다.

제8조제3항을 제4항으로 하고, 같은 조에 제3항을 다음과 같이 신설한다.

- ③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2항에 따른 공표 후에도 위반행위를 한 자가 정당한 사유 없이 권고사항을 이행하지 아니하는 경우에는 그 이행을 명할 수 있다.

제20조제1항에 제1호의2를 다음과 같이 신설한다.

- 1의2. 제8조제3항을 위반하여 이행명령을 따르지 아니한 자

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(이행 명령에 관한 적용례) 제8조제3항의 개정규정은 이 법 시행 이후 제8조제1항에 따른 시정권고를 받은 자부터 적용한다.

위 법안은 제8조를 개정하여 시정명령을 도입하고, 제20조를 개정하여 과태료를 도입하는 것을 내용으로 하고 있음을 알 수 있다. 이를 신구조문대비표로 보면 다음과 같다.

현행	개정안
제8조(위반행위의 시정권고 등) ①·② (생략) <u><신설></u>	제8조(위반행위의 시정권고 등) ①·② (현행과 같음) ③ <u>특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2항에 따른 공표 후에도 위반행위를 한 자가 정당한 사유 없이 권고사항을 이행하지 아니하는 경우에는 그 이행을 명할 수 있다.</u>
③ (생략)	④ (현행 제3항과 같음)
제20조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다.	제20조(과태료) ① ————— ————— —————.
1. (생략) <u><신설></u>	1. (현행과 같음)
2. (생략)	<u>1의2. 제8조제3항을 위반하여 이행명령을 따르지 아니한 자</u>
② (생략)	2. (현행과 같음) ② (현행과 같음)

이에 대해서 특허청은 수정안을 제안하고 있다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

“ 수정동의 ”

- 부정경쟁행위에 대한 행정당국 제재조치의 **실효성을 확보**하려는 **입법취지에 동의**
- 다만, 개정안은 시정권고 이후 명령까지 **다수의 절차가 필요하여 장기간이 소요**되므로,
 - 부정경쟁행위로 인한 국민의 피해가 계속되지 않도록, **시정권고 또는 명령 이후 공표 및 과태료를 부과**하는 방안으로 수정할 필요
- 또한, **아이디어 탈취행위**가 하도급법 및 상생협력법의 **기술자료 유용행위**에도 해당하는 경우,
 - **중복규제가 발생하지 않도록**, 관련법에 따라 조사받을 수 있도록 수정 필요

개정 안	시정권고 → 시정권고 불이행 → <u>공표</u> → 시정권고 불이행 → 시정명령 → 시정 명령 불이행 → 과태료
수정 의견	<u>시정권고 또는 명령</u> → 불이행 → 공표 → 불이행 → 과태료 ※ 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률의 시정명령절차와 동일

2) 황운하의원대표발의안과 특허청 수정안의 비교·검토

황운하 의원대표발의안과 특허청 수정안을 비교하면 다음과 같은 차이가 있음을 알 수 있다.

현 행	개 정 안	정부 수정의견
제8조(위반행위의 시정권고 등)	제8조(위반행위의 시정권고 등)	제8조(위반행위의 시정권고

① 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2조 제1호(아목과 카목은 제외한다)의 부정경쟁행위나 제3조, 제3조의2제1항 또는 제2항을 위반한 행위가 있다고 인정되면 그 위반행위를 한 자에게 30일 이내의 기간을 정하여 위반행위의 중지, 표지 등의 제거나 수정, 향후 재발 방지, 그 밖에 시정에 필요한 권고를 할 수 있다.

② 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 위반행위를 한 자가 제1항에 따른 시정권고를 이행하지 아니한 때에는 위반행위의 내용 및 시정권고 사실 등을 공표할 수 있다.

<신 설>

③ 제2항에 따른 공표의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① (생략)

② 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」, 「표시·광고

①(현행과 같음)

②(현행과 같음)

③ 특허청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2항에 따른 공표 후에도 위반행위를 한 자가 정당한 사유 없이 권고사항을 이행하지 아니하는 경우에는 그 이행을 명할 수 있다.

④ (현행 제3항과 같음)

등) ① _____

— 사항을 권고하거나 명할 수 있다.

② _____

_____ 시정명령을 —

위반행위의 내용 및 시정명령 사실 등을 —————.

③ 제1항에 따른 시정명령 및 제2항에 따른 공표의 절차 및 방법 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제15조(다른 법률과의 관계) ① (현행과 같음)

② _____

의 공정에 관한 법률」, 「하도급거래 공정에 관한 법률」 또는 「형법」 중 국기·국장에 관한 규정에 제2조제1호라목부터 바목까지, 차목 및 카목, 제3조부터 제6조까지 및 제18조제3항과 다른 규정이 있으면 그 법에 따른다.

제20조(과태료) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. (생략)

<신설>

2. (생략)

② (생략)

제20조(과태료) ① -----

-----.

1. (현행과 같음)

1의2. 제8조제3항을 위반하여 이행명령을 따르지 아니한 자

2. (현행과 같음)

② (현행과 같음)
부칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(이행 명령에 관한 적용례) 제8조제3항의 개정규정은 이 법 시행 이후 제8조제1항에 따른 시정권고를 받은 자부터 적용한다.

----- 「하도급거래 공정에 관한 법률」, 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 -

----- 제3조부터 제8조까지, 제18조제3항 및 제20조와 -----.

제20조(과태료) ① -----

-----.

1. (현행과 같음)

1의2. 제8조제2항에 따른 공표에도 불구하고, 제8조제1항의 시정명령을 이행하지 아니한 자

2. (현행과 같음)

② (현행과 같음)
부칙

제1조(시행일) 이 법은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(적용례) 제8조제1항부터 제3항까지의 개정규정은 이 법 시행 이후 최초로 제7조에 따라 실시하는 행정조사부터 적용한다.

가) 시정명령 도입시 대안의 검토

1안) 시정권고와 시정명령을 공존시키는 방안

- 1-1안) 현행 개정안과 같이 시정권고 → 불이행시 공표 → 불이행시 명령 → 불이행시 과태료 부과
1-2안) 시정명령 또는 권고 후 미이행시 과태료 → 공표
1-3안) 시정명령만을 남기는 방안: 현행 시정권고를 시정명령으로 대체(공표는 시정명령 일유형으로 정비)

시정권고를 존치할 필요가 없다고 판단됩니다. 앞서 말씀드린 바와 같이 시정권고를 둔다고 하더라도 위반시의 제재를 두게 되면 행정처분으로 판단되어 행정소송의 대상이 될 가능성이 상당한 바, 굳이 시정권고를 할 것이 아니라 바로 시정명령을 하도록 하는 것이 바람직할 것으로 보입니다.

특허청 수정대안에서 대중소상생법(『대중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률』, 이하 ‘대중소상생법’이라고 함)의 예를 따라서 양자를 존치시키는 방식을 취하는 것으로 하고 있는 것으로 보이지만, 이는 배울 필요가 있는 타당한 입법례는 아니라고 생각합니다. 굳이 시정권고가 비권력적 행정지도로 판단되는 것도 아니라 실효성이 떨어지는 시정권고를 해서 받아들일지 여부의 판단할 시간을 두고 다시 시정명령이나 과태료로 압박하는 방식을 취하는 것이 무슨 실익이 있는지 의문이 있다.

오히려 처음부터 시정명령을 해서 실효성이 담보되도록 입법을 하는 것이 타당하다고 본다. 이런 점에서 보면 위의 대안 둘 중에서 1-2안이 더 타당한 안이라고 본다. 다만 위의 1-2안도 다음과 같이 수정하는 1-3안을 제안하고자 한다.

- 1-2안) 시정명령 또는 권고 후 미이행시 과태료 → 공표
1-3-1안) 시정명령 & 이행강제금 → 미이행시 이행강제금으로 금전적 제재

1-3안은 공정거래법을 참고한 것으로 이행강제금에 대한 공정거래법 조문은 다음과

같다. 이행을 하지 않는 경우에 적절한 제재는 이행강제금이라고 판단되며 특허청이 시정명령을 했음에도 정부의 명령을 무시하고 정당한 이유 없이 이행하지 않는다면 단순한 행정질서벌인 과태료에 그칠 것이 타당한 것은 아닌 것으로 보인다.

제16조(이행강제금) ① 공정거래위원회는 제9조제1항을 위반하여 제14조에 따라 시정조치를 부과받은 후 그 정한 기한 내에 이행을 하지 아니하는 자에게 이행기한이 지난 날부터 1일당 다음 각 호의 구분에 따른 금액에 1만분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 제9조제1항제2호의 기업결합을 한 자에게는 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

1. 제9조제1항제1호 또는 제5호의 기업결합의 경우: 취득 또는 소유한 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
2. 제9조제1항제3호의 기업결합의 경우: 합병의 대가로 지급하는 주식의 장부가격과 인수하는 채무의 합계액
3. 제9조제1항제4호의 기업결합의 경우: 영업양수금액

② 이행강제금의 부과·납부·징수·환급 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 체납된 이행강제금은 국세채납처분의 예에 따라 징수한다.

③ 공정거래위원회는 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금의 징수 또는 체납처분에 관한 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 국세청장에게 위탁할 수 있다.

제86조(이행강제금 등) ① 공정거래위원회는 사업자 또는 사업자단체가 제81조제1항제3호 또는 같은 조 제6항에 따른 보고 또는 자료나 물건의 제출 명령을 이행하지 아니한 경우에 그 보고 또는 자료나 물건이 이 법 위반 여부를 확인하는 데 필요하다고 인정할 때에는 소회의의 결정으로 이행기한을 정하여 그 보고 또는 자료나 물건의 제출을 다시 명령할 수 있으며, 이를 이행하지 아니한 자에게는 이행기한이 지난 날부터 1일당 대통령령으로 정하는 1일 평균매출액의 1천분의 3의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우에는 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원의 범위에서 이행강제금을 부과할 수 있다.

② 이행강제금의 부과·납부·징수 및 환급 등에 관하여는 제16조제2항 및 제3항을 준용한다.

제92조(이행강제금 등) ① 공정거래위원회는 정당한 이유 없이 동의의결 시 정한 이행기한까지 동의의결을 이행하지 아니한 자에게 동의의결이 이행되거나 취소되기 전까지 이행기한이 지난 날부터 1일당 200만원 이하의 이행강제금을 부과할 수 있다.

다.

② 이행강제금의 부과·납부·징수 및 환급 등에 관하여는 제16조제2항 및 제3항을 준용한다.

[참고] 공정거래법이 과태료를 규정하는 경우

제130조(과태료) ① 사업자, 사업자단체, 공시대상기업집단에 속하는 회사를 지배하는 동일인 또는 그 동일인의 특수관계인인 공익법인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 1억원 이하, 회사·사업자단체·공익법인의 임원 또는 종업원, 그 밖의 이해관계인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 1천만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. 제11조제1항, 제2항 또는 제6항에 따른 기업결합의 신고를 하지 아니하거나 거짓의 신고를 한 자 또는 같은 조 제8항을 위반한 자

2. 제20조제3항제2호·제3호를 위반하여 금융업 또는 보험업을 영위한 자

3. 제20조제4항·제5항에 따른 보고를 하지 아니한 자 또는 주요내용을 누락하거나 거짓으로 보고를 한 자

4. 제26조부터 제29조까지의 규정에 따른 공시를 하는 경우에 이사회회의 의결을 거치지 아니하거나 공시를 하지 아니한 자 또는 주요 내용을 누락하거나 거짓으로 공시한 자

5. 제32조제3항에 따른 자료제출 요청에 대하여 정당한 이유 없이 자료를 제출하지 아니하거나 거짓의 자료를 제출한 자

6. 제81조제1항제1호를 위반하여 정당한 이유 없이 출석을 하지 아니한 자

7. 제87조제2항에 따른 자료제출 요구에 대하여 정당한 이유 없이 자료를 제출하지 아니하거나 거짓의 자료를 제출한 자

② 제66조를 위반하여 질서유지의 명령을 따르지 아니한 사람에게는 100만원 이하의 과태료를 부과한다.

③ 제1항 또는 제2항에 따른 과태료는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공정거래위원회가 부과·징수한다.

④ 제1항 또는 제2항에 따른 과태료의 부과·징수에 관하여는 제102조제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “과징금”은 “과태료”로 본다.

나. 시정명령 도입이 대상 금지행위의 범위

- 1안) 일부 부정행위에 대해서만 명령 가능토록 규정
- 2안) 모든 부정행위에 시정명령 가능토록 규정
- 3안) 피해자의 요청이 있는 경우에만 명령토록 규정

시정명령을 도입하는 경우 대상 금지행위를 나누어서 도입하는 것을 검토할 수 있다고 본다. 그러나 이와 같은 안은 다음과 같은 이유로 해서 타당하지 않다고 본다. 원칙적으로는 부정적인 의견이나(이유①, ②), 2안과 같이 입법방식으로 시정명령을 도입한다면 ③과 같은 방식으로 할 수 있다고 생각된다.

① 시정명령을 할 수 있는 행위와 시정권고만 할 수 있는 행위를 구별하는 것은 금지행위간의 위반의 정도 내지 서열을 나누는 것인데, 이것이 타당한 것인지 의문이 있을 수 있다고 본다.

② 이와 같이 분리하여 일부 부정행위에 대해서만 명령 가능토록 규정을 둔다고 하더라도 시정명령을 도입하는 취지가 실효성 확보를 위한 것이라면 굳이 일부 조항은 실효성 확보가 불필요한 것인가 하는 질문에 대하여 답을 해야 할 것으로 보이는데, 이런 질문에 대한 답이 가능하지 않을 것으로 보인다.

일부조항을 나누는 경우에 대한 검토를 하여보아도 부정적으로 보는 것이 타당하다.

[가 내지 다 목] 가, 나, 다 목의 경우에는 공익적 요구로서 소비자보호기능이 있다는 점에서 충분히 시정명령의 대상으로 고려할 수 있다고 본다. 그러나 이들 조항의 경우 주지저명상표를 보호하고자 하는 것으로 굳이 특허청의 관여가 없더라도 스스로 자기

보호를 할 수 있는 능력이 있고 자신의 미등록상표가 침해(오인혼동 및 희석화)가 되는 상황으로 이를 방치하지 않을 것으로 보이므로 이들의 경우를 굳이 특허청이 공익의 대변자로서 행정처분을 할 필요가 없을 것으로 보인다.

[라, 마, 바] 목의 경우 원산지 표시 기망행위 등의 경우 특별법에 의한 보호를 받지만 공익적인 요구를 가지는 조문으로 이들을 시정명령의 대상으로 하는 것을 고려할 수 있다. 문제는 이들의 경우에는 사례가 그리 많지 않아서 굳이 이들을 시정명령의 대상으로 하기 위한 입법을 할 필요성이 있는지가 의문이 있다.

[자 내지 타]목의 경우, 이들 목은 전형적으로 사인간의 분쟁에 대해서 국가가 관여하는 경우인데, 이들의 경우 국가의 관여는 자목(형태모방)의 경우 3년이라는 제한된 기간을 감안하는 경우 처분성이 인정되어 소송의 대상이 되는 것을 감안하면 시정명령의 실익이 보호기간 대비 크지 않거나 없고, 나머지 목의 경우에도 자진시정에 의해서 조기에 행정조사에 의해서 마무리되지 않는 경우를 굳이 시정명령까지 하면서 국가(특허청)가 개입할 필요는 없으며 개입하는 것이 소송을 통한 장기화와 특허청의 대응부담가중을 통해서 구제의 실효성을 떨어뜨리게 될 것으로 본다.

[아, 파]목의 경우, 이들 목은 행정조사의 대상이 아니므로 논의대상에서 제외하는 것이 타당하다.

③ 만일 그럼에도 불구하고 부정경쟁행위를 시정명령을 할 수 있는 행위와 아닌 행위로 나눈다면 그 기준을 현행 부경법상 형사처벌을 할 수 있는 행위와 아닌 행위를 나누는 것과 일치시키는 것이 타당하다고 본다.

이렇게 되면 현 부경법 제18조의 예에 따라서 제2조제1호(아목, 차목, 카목 1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자를 시정명령을 하는 대상 부정경쟁행위로 규정하게 될 것으로 본다.

제18조(벌칙) ① 영업비밀을 외국에서 사용하거나 외국에서 사용될 것임을 알면서도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 15년 이하의 징역 또는 15억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 15억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다. <개정 2019. 1. 8.>

1. 부정한 이익을 얻거나 영업비밀 보유자에 손해를 입힐 목적으로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위

가. 영업비밀을 취득·사용하거나 제3자에게 누설하는 행위

나. 영업비밀을 지정된 장소 밖으로 무단으로 유출하는 행위

다. 영업비밀 보유자로부터 영업비밀을 삭제하거나 반환할 것을 요구받고도 이를 계속 보유하는 행위

2. 절취·기망·협박, 그 밖의 부정한 수단으로 영업비밀을 취득하는 행위

3. 제1호 또는 제2호에 해당하는 행위가 개입된 사실을 알면서도 그 영업비밀을 취득하거나 사용(제13조제1항에 따라 허용된 범위에서의 사용은 제외한다)하는 행위

② 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 벌금형에 처하는 경우 위반행위로 인한 재산상 이득액의 10배에 해당하는 금액이 5억원을 초과하면 그 재산상 이득액의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처한다. <개정 2019. 1. 8.>

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <개정 2013. 7. 30., 2017. 1. 17., 2018. 4. 17., 2021. 12. 7.>

1. 제2조제1호(아목, 차목, 카목1)부터 3)까지, 타목 및 파목은 제외한다)에 따른 부정경쟁행위를 한 자

2. 제3조를 위반하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 휘장 또는 표지와 동일하거나 유사한 것을 상표로 사용한 자

가. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국의 국기·국장, 그 밖의 휘장

나. 국제기구의 표지

다. 파리협약 당사국, 세계무역기구 회원국 또는 「상표법 조약」 체약국 정부의 감독·증명용 표지

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <신설 2013. 7. 30.>

1. 제9조의7제1항을 위반하여 원본증명기관에 등록된 전자지문이나 그 밖의 관련 정보를 없애거나 훼손·변경·위조 또는 유출한 자

2. 제9조의7제2항을 위반하여 직무상 알게 된 비밀을 누설한 사람

⑤ 제1항과 제2항의 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다. <개정 2013. 7. 30.>

그러나 어떤 경우에는 3안은 타당하지 않은 입법방식으로 판단되며 그렇게 입법해서는 안된다. 그 이유는 다음과 같다.

① 부경법상 시정명령을 도입하는 것은 시정명령을 하는 주체인 특허청이 공익의 옹호자로서 행하는 것인데 공익적인 요구에 의해서 발동하는 시정명령을 당사자의 의사에 맡기는 것은 타당한 입법이 아니다.

부경법상 금지행위 규제가 가지는 속성을 고려하여야 한다. 본질적으로 부정경쟁방지법은 사인간의 분쟁의 성격이 큰 유형의 금지행위규범이므로 특허청의 행정처분까지 하는 방향으로 하는 것은 타당하지 않다. 이는 공정거래법이 시정명령 및 과태료 규정을 두고 있는 것과는 구별된다. 공정거래법은 전형적으로 소비자의 후생증진과 시장에서의 경쟁촉진이라는 공익적 목적을 염두에 두는 경우로서 시장실패에 대한 보완을 위해서 국가가 관여하여

야 할 필요가 있어서 1890년 미국에서 세계 최초로 입법된 이후 세계 200개 국가 이상에서 도입되어 운용되고 있는 규범이다.

이와 공정거래법과 달리 부경법은 기본적으로 불법행위법의 특칙으로 사인간의 분쟁이라는 속성을 가지고 있으므로 시정권고만으로도 충분히 국가의 관여를 통한 분쟁의 조기해결이라는 목적은 달성한 것으로 보이기 때문이다.

② 애초에 이런 방식의 입법을 한다는 것은 이 제도가 공익이 아니라 사익에 의존한다는 것인데, 이렇게 본다면 특허청이 부경법상 금지행위에 대해서 행정조사를 하는 이유마저도 의심받게 된다.

다. 기타 고려사항

1) 위에서 언급한 쟁점 외에 시정명령 입법시 **위원회 의결 등 별도의 절차를 도입할 필요성이 있는지에 대해서** 살펴본다. 결론적으로 시정명령을 도입한다고 해서 위원회 조직이어야 하는 것은 아니다.

① 공정거래법을 관장하는 공정거래위원회의 경우 애초에 조직 자체가 독립규제위원회 형태를 띠는 조직이라는 점에서 위원회의 결의가 필요한 것이지 시정명령을 하기 위해서 위원회를 만든 것이 아니다.

② 특허청이 시정명령을 한다면 그 방식은 특허청장의 명의로 발하면 되는 것이고 그럼에도 불구하고 특허청장이 모든 부담을 지는 방식이 아닌 다른 방식을 취한다면 자문위원회 방식의 위원회를 두는 것은 가능할 것으로 본다. 애초에 특허청은 독립규제위원회가 아니기 때문에 결의기구로서 위원회를 두는 것을 불필요하다.

2) 위에서 언급한 쟁점 외에 시정명령 입법시 **관련 조사절차를 법률에 함께 규정해야만 하는지에 대해서도** 살펴본다. 결론적으로 시정명령을 도입한다고 해서 조사절차가 예를 들어서 공정거래법과 같이 부경법에 입법이 되어야 하는 것도 아니다. 현재와 같은

입법방식을 취하여도 된다. 그리고 공정거래법의 경우에도 모든 조사에 대한 세부절차가 공정거래법 규정된 것은 아니다. 이는 앞에서 설명한 다른 행정부처의 경우에서도 확인되는 것이다.

제4장 결론

1. 본 연구는 부정경쟁방지법상 행정조사의 실효성을 높이기 위한 개선방안 마련에 대하여 제안하는 것을 내용으로 하였다.

2. 현재의 행정조사와 부경법 위반시 시정권고에 대한 실효성 확보방안으로 시정명령, 시정명령불이행죄, 과태료를 도입하는 것은 타당하지 않다고 본다.

가. 처분성이 인정되어 특허청의 행정부담이 증가되는 문제

이들 제재의 도입이 시정권고가 권고에 머무르는 것이 아니라 행정처분의 성격을 가지게 하여 그 결과 특허청이 관련 분쟁의 당사자로 행정소송을 진행하여야 하는 문제가 발생하게 될 가능성이 높고, 이런 조치를 도입하지 않더라도 시정권고 미이행시 앞서 논의한 공표를 통해서도 어느 정도의 실효성은 담보할 수 있다고 판단되기 때문이다.

나. 일부 부정행위에 대해서만 시정명령 가능토록 규정을 둔다고 하더라도 시정명령을 도입하는 취지가 실효성 확보를 위한 것이라면 굳이 일부 조항에 대해서 시정명령을 도입하는 것은 이론적으로도, 정책적으로도, 행정효율면에서도 타당하지 않다.

다. 현재 상태는 오히려 2017년 제도 도입 이후 22년 8월 기준으로 404건의 사건 중 169건(42%)을 자진시정으로 사건종결을 하는 등 다수의 사건에서 실효적인 보호가 이루어지고 있다. 오히려 시정명령을 도입함으로써 자진시정을 하지 않고 소송으로 진행하는 비율을 높이게 된다면 그 과정에서 특허청의 행정자원을 소비하면서도 정작 피해구제는 장기화되는 소송으로 인해서 이루어지지 않거나 미흡해질 수 있다. 이런 점에서 **현행 제도를 유지하면서 추이를 보는 것이 타당하다고 본다.**

참고문헌

[단행본]

- 사법연수원, 「부정경쟁방지법」, 경성문화사, (2015)
- 송영식 외 6, 「지적소유권법」, 육법사, (2013)
- 윤선희 외 1, 「부정경쟁방지법」, 법문사, (2012)
- 이규홍 외 3, 「저작권과 침해」, 육법사, (2016)
- 이천현·이권철·이정민·이주희, 「행정기관의 범죄조사권 현황분석 및 개선방안 연구」, 한국형사정책연구원, (2020)
- 정상조 대표편집, 「상표법주해」, 박영사, (2018)
- 정상조 대표편집, 「부정경쟁방지법 주해」, 박영사 (2020)
- 최승재, 「디자인의 새로운 지형, 저작권과 상표권」, 커뮤니케이션북스, (2016)
- 최승재·김영기·박현우, 「新미국특허법」, 법문사 (2020)
- 최정열 외 1, 「부정경쟁방지법」, 진원사, (2015)
- 특허법원 지적재산소송 실무연구회, 「지적재산소송실무」, 박영사, (2014)
- 특허청 정책연구, 「부정경쟁방지법 및 영업비밀보호에 관한 법률 제도 개선방안 연구」, 특허청 산업재산보호정책과, (2016)
- 황의창 외 1, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법(제5정판)」, 세창출판사, (2009)
- 홍정선, 「행정법 I」, 박영사, (2020)
- 홍정선, 「행정기본법 해설」, 박영사, (2021)
- Ginsburg, Jane C. et al, *Trademark and Unfair Competition Law* (sixth edition), Carolina Academic Press, (2017)
- Janice M. Mueller, *Patent Law* (Fifth edition), Wolters Kluwer, (2016)
- 小野昌延, 松村信夫, 新 不正競争防止法概説, 青林書院 (2017)

[논문]

- 금태환, “식품안전 행정의 실효성 확보－ 한국 식품위생법과 미국 연방식품의약화장품 법상의 조치의 비교를 중심으로”, 법학논고 제53집, 경북대학교 법학연구원, (2016. 2).
- 김관식, “트레이드드레스 보호의 소극적 요건으로서의 기능성”, 한남대학교 과학기술

- 법연구원, 과학기술법연구, (2015).
- 김기수, “부정경쟁방지법상 상품형태의 보호”, Law & Technology 제8권 제5호, 서울대학교 기술과 법 센터, (2012).
- 김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 법제연구, 제59호, (2020).
- 김동규, “부정경쟁행위에서 주지 표지인지 여부 판단” Law & Technology 제7권 제4호, 서울대학교 기술과 법 센터, (2011).
- 김민배, “미국의 행정조사제도와 연방거래위원회의 조사절차”, 한국산업보안연구, 제16호, 한국산업보안연구학회, (2019).
- 김병주, “행정조사에서 변호인 조력권과 진술거부권 침해 문제”, 사법제59호 (2022).
- 김성원, “제재적 공표의 처분성에 관한 법적 문제”, 일감법학, 제49호, 건국대학교 법학연구소, (2021).
- 김신, “행정부담 감축을 위한 행정조사 개선방안 연구: 캐나다·영국·네덜란드의 식품 위생조사와의 비교를 중심으로”, 현대사회와 행정, 한국국정관리학회, (2015).
- 김영조, “미국 행정법상 행정조사의 법리에 관한 고찰”, 토지공법연구, 한국토지공법학회, (2004).
- 김영조, “행정조사기본법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구, 한국비교공법학회, (2011).
- 김용주, “행정조사와 특별사법경찰관리의 수사의 경계획정”, 경찰학연구 14(4), (2014).
- 김혁준, “공모전의 아이디어 보호 현황과 개선방안”, IP Insight, 한국지식재산연구원, (2013. 10).
- 김혜성, “행정상 공표의 법적 쟁점”, 법제, (2014).
- 김희영, “상표의 주지, 저명성 판단기준에 대한 연구”, 법조, 법조협회, (2015).
- 나종갑. “아이디어 제공과 부정경쟁행위”, 법학평론 제8권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, (2018).
- 문선영. “부정경쟁행위 일반조항에 관한 주요 법적 쟁점 연구”, 과학기술법 연구, 한남대학교 과학기술법연구원, (2016).
- 석호영, “행정상 사실행위에 관한 법적 검토”, 토지공법연구, 제87호, 한국토지공법학

회, (2019).

송진경, “압수, 수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수 필요성에 대한 소고”, 법과정책, 제주대학교 법과정책연구소, (2014).

신사도·김영석, “공정거래위원회의 현장조사의 법적 성질과 한계에 대한 실무적 고찰”, 경쟁법연구, 제44호, 한국경쟁법학회, (2021).

신상민, “부정경쟁방지법상 시정권고에 관한 공법적 고찰”, IT와 법연구, 경북대학교 IT와 법 연구소. (2019).

신상환, “행정조사의 법이론과 법제소고 (行政調査의 法理論과 法制小考)”, 법제연구 제13호, 한국법제연구원, (1997).

오준근, “행정조사의 공법이론적 재검토”, 공법연구, 한국공법학회, (2003).

우성엽, “한국법상 아이디어 보호의 가능성”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, (2010).

이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경후 카목)에 대한 연구-부정경쟁행위와 불공정거래행위의 교차점”, 정보법학 제22권 제2호 (2018).

이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학, 고려대학교 법학연구원, (2014).

_____, “특별사법경찰 제도 전면 개편의 필요성”, 형사정책, 32(3), 한국형사정책학회, (2020).

_____, “공정거래분야 행정조사 제도의 형사법적 문제점과 개선방안”, 형사소송 이론과 실무, 제14호, 한국형사소송법학회, (2022).

이윤정, “저작권법상 시정권고제도에 관한 연구”, 강원법학, 59, (2020).

이재구·이호용, “수사로 활용될 수 있는 행정조사의 법적 쟁점 - 실무자의 관점에서”, 법학논총, 35, 한양대학교 법학연구소, (2018).

이정민, “행정기본법에 대한 몇 가지 실무상 쟁점”, 사법, 제58호, 사법발전재단, (2021).

이대희, “산업디자인의 보호에 관한 비교법적 고찰”, 창작과 권리, 세창출판사, (1998),

이병규, “미국법상 부당광고의 법리에 관한 연구”, 법조 59권 10호, 법조협회, (2010).

- 이재경, “아이디어의 보호를 위한 묵시적 계약 이론”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, (2010).
- 이재영, “권력적 행정조사의 쟁점 및 개선 과제”, 현안분석, 제255호, 국회입법조사처, (2022).
- 이창섭, “영장에 의한 통제를 받지 않는 행정조사와 압수 수색의 구별”, 홍익법학, 제22권 제1호, (2021).
- 이현, “아이디어의 보호에 관한 연구”, Law & Technology 제6권 제1호, 서울대학교 기술과 법 센터, (2010).
- 장윤영, “행정조사에서의 진술거부에 관한 고찰 — EU 사례를 중심으로”, 행정법연구, 제68호, (2022).
- 정웅석, “일반사법경찰과 특별사법경찰의 관할 경합의 해결방안”, 형사법의 신동향, 통권 43호, 대검찰청, (2014).
- 전학선, “행정조사와 사법부의 행정부 지원”, 유럽헌법연구, 유럽헌법학회, (2014).
- 정상조, “주지상표의 보호—상표법과 부정경쟁방지법의 조화를 위한 제언—”, 서울대학교 법학 제43권 제4호, 서울대학교 법학연구소, (2002).
- 정한중, “행정조사와 진술거부권 고지의무”, 외법논집, 한국외국어대학교 법학연구소, (2014).
- 조기형, “압수·수색과 행정조사의 구별 — 대법원 2017. 7. 18. 선고 2014도8719 판결”, 최신판례분석, 법조협회, (2017).
- 최승재, “부정경쟁방지법 (차)목에 대한 하급심 판결의 동향 분석”, 변호사 제49집, 서울지방변호사회 (2016).
- 최승재, “부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단과 구매 후 혼동 법리”, 충북대학교 과학기술과 법 4권 1호, (2013).
- 최승재, “부정경쟁방지법상 혼동가능성의 판단기준시점, 대법원 2012. 12. 13. 선고 2011도6797 판결”, KIIP IP Policy Vol 14 국내판례분석 (2013. 3.).
- 최승재, “제품의 형태와 색채 모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고 — 비아그라 판결과 세레타이드 판결을 중심으로—”, 상사판례연구 제30권 2호 (2017).
- 최진수, “저작권법상 ‘시정권고’의 행정법적 의미와 그 개선의 방향성에 관한 소고”, 법학

- 연구, 전북대학교 부설법학연구소, (2019).
- 최진원, “디자인의 보호와 부정경쟁방지법”, 차세대콘텐츠재산학회 「디자인과 법」 중 집필부분 (2017).
- 최호진, “아이디어의 보호가능성과 유형별 사례분석”, 저스티스 통권 제140호, 한국법학원 (2014).
- 한웅희, “압수·수색이 요구되는 행정조사에서의 영장주의”, 한양대학교 박사학위논문 (2018).
- 홍지은, “특별사법경찰의 행정조사와 수사: 진술서 작성 및 자료 제출 요구를 중심으로”, 범죄수사학연구, 통권10호, 경찰대학 범죄수사연구원, (2020).