

# 압수, 수색으로서 실질적 의미를 가지는 행정조사에 있어서 영장주의의 준수필요성에 대한 소고

A study on the need to attend to warrant system  
when the administrative investigation means search and  
seizure in substance

송진경\*  
Song, Jin-Kyung

## 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 세관공무원의 특별사법경찰관리로서의 직무수행을 위한  
법적 요건과 행정조사의 한계
- III. 헌법상 영장주의 준수요청에 비추어 본 이른바 '행정조사'에  
대한 비판적 검토
- IV. 결론

## 국문초록

대법원은 X선 검사에 대한 이상 음영을 나타냄으로써 '마약류관리에 관한 법률 등을 위반'한 혐의가 드러난 물품에 대해 '개장조사'를 한 경우를 단순한 행정조사로서 취급하였다. 상황이 이렇게 되면 향후 '특별사법경찰관리'로 지명된 세관공무원에 의한 압수·수색을 통한 수사를 우회하는 통로로서 이른

논문접수일 : 2014.11.20

심사완료일 : 2014.12.09

게재확정일 : 2014.12.11

\* 법학박사·동아대학교 법학연구소 특별연구원

바 행정조사가 남용될 우려가 없지 않다.

행정조사기본법 제3조 제2항 제5호에 따르면 행정조사는 형사처벌을 위한 조사 즉 수사에 해당하는 것이어서도 아니 되고, 행정조사절차는 형사에 관해서는 적용할 수 없다. 범죄혐의가 드러나서 본격적인 수사의 대상이 되어야 할 것으로 판단되는 물건 등에 대한 '개장조사'를 단순히 행정조사로 분류해 버리는 대법원의 태도는 헌법이 천명하고 있는 강제수사 영장주의에 비추어 볼 때는 더욱 지양해야 할 것으로 판단된다.

관세청 홈페이지를 참고하면, 관세청에서는 밀수·관세포탈·부정수입 등 관세사범, 공항·항만에서 발생하는 마약사범, 원산지 위반 및 전략물자 불법 수출입 등 대외무역사범, 수출입·환적과 관련된 위조상품 등 지식재산권침해 사범, 수출입과 관련된 외환사범을 단속하고 있으며, 전국 47개 세관에 약 550 명의 조사요원들이 있다고 한다.

여기에서 말하는 이른바 조사요원은 특별사법경찰관리를 의미하는 것으로 이해되므로 일반 세관공무원이 범죄혐의 등 의심이 제기되는 물품의 수사를 조사감시국의 특별사법경찰관에게 요청하는 것이 업무를 매우 번잡하게 하거나 또는 현실적으로 전혀 실현불가능한 일은 아닐 것으로 판단된다.

결국 해당 사안에서처럼 세관을 통과하는 물품 중 마약류의 은닉을 비롯한 범죄혐의가 드러난 경우에 대해서는 특별사법경찰관으로 하여금 검사에게 신청하여 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색을 하도록 함이 타당하다고 판단된다. 이러한 영장주의에 위배하여 수집한 증거와 그 파생증거는 위법수집 증거배제법칙에 의한 통제의 대상으로서 증거능력을 부정하여야 할 것이다.

주제어 : 행정조사, 행정조사기본법, 영장주의, 적법절차, 위법수집증거배제법칙

**【대상판결】 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7718 판결 【마약류관리에 관한법률위반(향정)】 (공 2013, 2048)<sup>1)</sup>**

**[사실관계]**

인천공항 국제우편세관 우편검사과 직원 A는 2012. 9. 9. 18:25경 P항공으로 인천공항에 도착한 국제특급우편물(EF534803773CN)에 대한 엑스선 검사를 하다가 이상 음영이 있는 X우편물을 발견하였다. 같은 과 소속 B는 우편물 개장검사를 하였다. 이 사건 우편물의 수취인은 '병(휴대폰번호 생략)', 수취장소는 '경기도 남양주시 (이하 주소 생략)(동호수 1 생략)'로 기재되어 있었다.

당초 X우편물은 우황청심환, 칼슘으로 신고가 되어 있었다. 그러나 신고한 내용과 달리 칼슘 약통 속에 메스암페타민 4.9g(캡슐포함)이 15개의 캡슐에 분산되어 은닉되어 있었다. 이에 B는 2012. 9. 10. X우편물 속 물품 중 0.1g의 시료를 채취하였고, C는 인천공항세관 분석실에 성분분석을 의뢰하였다.

인천공항세관 분석실에서 위 0.1g의 시료에 대한 성분분석을 한 결과 메스암페타민으로 확인이 되었고, 이에 분석실에서는 2012. 9. 11. 마약조사과에 성분분석결과를 회보하였다.

인천공항세관 마약조사과 마약조사관으로 근무하고 있던 D는 성분분석실의 성분분석결과를 받은 후 바로 적발보고서를 작성하여 인천지방검찰청 E검사에게 보고한 다음 인천지방검찰청과 합동으로 X우편물을 통제배달 방식으로 배달하여 마약밀수범을 검거하기로 하였다.

인천공항세관 직원인 F, G, H, I 등은 인천지방검찰청 수사관과 함께 X우편물의 통제배달에 참여하였다. 합동수사반원은 2012. 9. 11. 10:00경 관할우체국인 남양주우체국 및 수취지역으로 출발하여 11:30경 담당 집배원에게 통제배달 협조요청을 하였다.

1) 대상판결의 제1심은 인천지방법원 2013. 1. 4. 선고 2012고합1089 판결, 항소심은 서울고등법원 2013. 6. 14. 선고 2013노329 판결.

합동수사반은 2012. 9. 11. 13:30경 집배원으로부터 우편물에 기재된 수취인 (휴대폰번호 생략)에게서 2회에 걸쳐 배달문의 전화를 받았다는 통보를 받았다. 합동수사반은 13:35경 수취장소로 기재되어 있던 곳 근처에 있는 Q식당을 실제 배달장소로 정하였다. 합동수사반은 같은 날 13:57경 P식당에서 X우편물을 수취한 갑을 현행범으로 체포하였다.

갑은 2012. 9. 11. 인천지방검찰청 검사실에서 X우편물 전체를 수사기관에 임의로 제출하였고, 검사는 X우편물을 영장 없이 압수하였다.

### [사건의 경과]

검사는 갑을 마약류관리에 관한 법률 위반죄(동법 제4조 제1항, 제58조 제1항 제6호, 제2조 제3호 나목)로 기소하였다.

제1심법원은 갑에게 유죄를 선고하였다. 갑이 불복 항소하였다.

갑은 항소이유로 “수사기관이 공소의 1이 2012. 9. 7.경 중국에서 수취인 ‘공소의 2’, 수취지 ‘경기도 남양주시 (이하 주소 생략)(동호수 1 생략)’로 기재하여 보낸 국제특급우편물을 개봉하거나 성분분석을 함에 있어서 사전 압수영장을 받지 않았고, 성분분석 후에도 사후 압수영장을 받지 않았으므로 수사기관의 이 사건 우편물에 관한 샘플채취와 성분분석, 필로폰 전체에 대한 압수 등의 수사는 영장주의에 위반한 위법한 수사”임을 주장하였다. 즉 갑은 X우편물에 대한 개봉[개장조사]이나 성분분석을 함에 있어서 영장을 받지 않았으므로 이는 영장주의에 위반한 위법수집증거로서 증거능력이 없다는 것이다. 아울러 그 파생증거인 수사착수보고서, 메스암페타민 4.9그램 적발보고 및 적발사진, 성분분석의뢰 및 분석결과 회보, 성분분석결과를 인용·전제한 수사보고, 피의자신문조서 등도 증거능력이 없다고 보아야 한다고 주장하였다.

항소심법원은 갑의 항소를 기각하였다. 이에 갑이 대법원에 불복 상고하였다.

### [대법원의 판결이유]

\* \* \*

관세법 제246조 제1항 ... 제2항 ... 제257조 ... 관세법 규정에 따른 국제

우편물의 신고와 통관에 관하여 필요한 사항을 정하고 있는 '국제우편물 수입 통관 사무처리'에 관한 관세청고시 ... .. 수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙(2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) ... .. 이러한 규정들과 관세법이 관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)에 비추어 보면, 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 등의 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.

#### [참조조문]

관세법(2014. 1. 1. 법률 제12159호로 개정되기 전의 것)

제1조(목적) 이 법은 관세의 부과·징수 및 수출입물품의 통관을 적정하게 하고 관세수입을 확보함으로써 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

제246조(물품의 검사) ① 세관공무원은 수출·수입 또는 반송하려는 물품에 대하여 검사를 할 수 있다.

② 관세청장은 검사의 효율을 저두기 위하여 검사대상, 검사범위, 검사방법 등에 관하여 필요한 기준을 정할 수 있다.

제257조(우편물의 검사) 통관우체국의 장이 제256조 제1항의 우편물을 접수하였을 때에는 세관장에게 우편물목록을 제출하고 해당 우편물에 대한 검사를 받아야 한다. 다만, 관세청장이 정하는 우편물은 검사를 생략할 수 있다.

## 【연구】

### 1. 문제의 제기

대상판례의 사실관계에서 세관직원과 인천지방검찰청 수사관들은 합동수사반을 이루어 피의자를 검거하였다. 세관공무원이 검찰청 수사관들과 함께 수사반을 이룰 수 있는 법적 근거는 형사소송법 제197조의 특별사법경찰관리로서의 지위 부여에 있다고 판단된다. 그런데 갑의 마약류관리에 관한 법률위반(향정) 행위에 대한 수사를 개시하게 된 단초는 국제우편세관 우편검사와 소속의 세관공무원 A가 국제특급우편물(EF534803773CN)에 대한 엑스선 검사를 하다가 이상 음영이 있는 X우편물을 발견한 것이다. 같은 과 소속 B는 우편물 개장검사를 하였다.

대법원은 해당 사안에 대해서 관세법 제246조 제1항 및 제2항, 제257조 등 관세법 규정에 따른 국제우편물의 신고와 통관에 관하여 필요한 사항을 정하고 있는 '국제우편물 수입통관 사무처리'에 관한 관세청고시 그리고 수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙(2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것), 관세법이 관세의 부과·징수 및 수출입물품의 통관을 적절하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)을 토대로 하여 우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가진다고 파악하였다. 따라서 행정조사는 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없으므로, 압수·수색영장 없이 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다는 판단에 이르고 있다.

주지하다시피 형사소송법은 제197조에서 특별사법경찰관리의 한 부분으로서 세무 등을 규정하고, 그와 같이 특수한 영역의 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위를 법률로써 정하도록 하고 있다. 이에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률(이하 '사법경찰직무법'으로 약칭)을 보면 제5조에서 검사장의 지명에 의한 사법경찰관리로서 '관세법에 따라 관세법의 조사 업무에 종사하는 세관공무원'(제17호)을 규정하

고 있다. 그 직무범위와 수사관할과 관련하여 사법경찰직무법 제6조 제14호 라목을 보면 '소속 관서 관할 구역 중 우리나라와 외국을 왕래하는 항공기 또는 선박이 입·출항하는 공항·항만과 보세구역에서 발생하는 마약·향정신성의약품 및 대마사범'을 명시하고 있다. 관세법 제296조에서는 관세법에 따라 수색·압수를 할 경우에 영장주의를 준수하여야 함을 재차 확인하고 있다.

생각건대 세관공무원 A가 엑스선 검사를 하다가 이상 음영이 있는 X우편물을 발견한 것은 범죄혐의의 포착이며 그 이후 세관공무원 B가 우편물 개장검사를 한 것은 실질적 의미에 있어서 수사의 개시로서 포섭할 수 있어 보인다. 다시 말해서 세관공무원 B의 개장검사의 법적 성격에 대해 대법원은 행정조사라고 파악하고 있으나 오히려 실질적 의미에 있어서 수사의 개시라고 봄이 타당하지 않은가 여겨진다. 여기에서 문제되는 것은 개장검사를 한 세관공무원 B가 검사장으로부터 지명된 특별사법경찰관리에 해당하는가이다. 왜냐하면 특별사법경찰관리로서 직무를 수행할 수 있는 지위가 전제되어야만 그 직무의 범위에 속하는 수사를 할 수 있다고 판단되기 때문이다. 그러므로 이하에서는 우선 세관공무원의 특별사법경찰관리로서의 지위부여를 위한 법적 요건을 확인하고자 한다.

다음으로 형사소송법과 관세법 그리고 사법경찰직무법을 토대로 할 때 세관공무원이 '이상 음영이 있는 우편물' 등의 발견 후 '개장검사'를 실시함에 있어서는 헌법이 천명하고 형사소송법에서 구체화하고 관세법에서도 재차 확인하고 있는 영장주의를 준수하여야만 하는 것은 아닌지에 대해 논의하고자 한다.

## II. 세관공무원의 특별사법경찰관리로서의 직무수행을 위한 법적 요건과 행정조사의 한계

### 1. 세관공무원의 특별사법경찰관리로서 직무수행을 위한 법적 요건

#### (1) 관련 규정

형사소송법 제197조는 “삼립, 해사, 전매, 세무, 군수사기관 기타 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무의 범위는 법률로써 정한다.”라고 규정하고 있다. 이에 따라 사법경찰직무법을 보면 제5조에서 ‘검사장의 지명에 의한 사법경찰관리의 하나로서 제17호에 ‘관세법에 따라 관세범(關稅犯)의 조사 업무에 종사하는 세관공무원’을 규정하고 있다. 이어서 동법 제6조는 ‘직무범위와 수사 관할’이라는 표제 하에 ‘제4조와 제5조에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행할 자의 직무범위와 수사 관할은 다음 각 호에 규정된 범죄로 한정한다.’라고 하고, 제14호에서 ‘제5조 제17호에 규정된 자의 경우에는 다음 각 목의 범죄’라고 하고 하여 수사범위를 제한하고 있다. 구체적 수사범위와 관련하여 라목을 보면 ‘소속 관서 관할 구역 중 우리나라와 외국을 왕래하는 항공기 또는 선박이 입·출항하는 공항·항만과 보세구역에서 발생하는 마약·향정신성의약품 및 대마사범’을 구체적인 수사권한 범위의 하나로서 규정하고 있다. 사법경찰직무법의 시행규칙에 해당하는 ‘특별사법경찰관리 직무규칙’의 제9조는 지명서 후대의무라는 표제 하에 “법 제5조의 규정에 의하여 지명된 특별사법경찰관리는 압수수색·조사 등 수사업무를 행하는 때에는 항상 지명된 자임을 증명하는 서류를 소지하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

## (2) 해당 사안에 대한 적용

해당 판례에서 개장조사를 한 세관공무원 B가 특별사법경찰관리로서 지명된 자에 해당하는가 여부는 분명하지 않다. 다만 대법원은 ‘우편물 통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것으로서 수사기관의 강제처분이라고 할 수 없다’고 판시하고 있다.

위와 같은 판단의 근거로서 대법원은 “관세법 제246조 제1항, 제2항, 제257조, ‘국제우편물 수입통관 사무처리’(2011. 9. 30. 관세청고시 제2011-40호) 제1-2조 제2항, 제1-3조, 제3-6조, 구 ‘수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙’(2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것) 등과 관세법이



관세의 부과·징수와 아울러 수출입물품의 통관을 적정하게 함을 목적으로 한다는 점(관세법 제1조)"을 들고 있다.

하지만 대법원이 근거로 제시하고 있는 관세법 제1조의 목적규정과 동법 제246조, 제247조의 물품검사와 관련한 규정은 통상적인 관세의 부과·징수와 관련된 사항에 대해서는 적용할 수 있겠지만, 해당 사안에서처럼 마약류 관리에 관한 법률 등 범죄 즉 형사사건이 문제되는 영역에 대해서는 그 적용의 타당성에 의문이 제기된다. 왜냐하면 통상적인 관세의 부과·징수라고 하는 것과 관련하여 수입, 수출 등 거래를 하는 당사자가 관세를 내기 위해 거래 물품의 품목을 신고한 것과 실제로 수입, 수출하는 물품이 일치하는가를 확인하는 일반적인 경우와 조세 차액을 포탈하고자 허위신고를 한 혐의가 있거나 혹은 대상 판례에서처럼 마약류 관리에 관한 법률 등을 위반하는 등 수사의 대상이 되어야 할 경우는 구별하여야 할 필요가 있다고 판단되기 때문이다. 물론 견해에 따라서는 예컨대 수입, 수출 등 거래를 하는 당사자가 관세를 내기 위해 신고한 품목과 실제로 수입, 수출하는 물품이 일치하는가를 확인하기 위해 이른바 행정조사를 하던 중에 품목의 불일치를 발견하고 조세 포탈범죄를 적발하였거나, 혹은 예상치 못했던 마약류를 발견하여 마약류 관리에 관한 법률 위반범죄를 적발할 수도 있지 않은가 즉 사전영장의 발부필요성을 애초에 감지하지 못했던 경우도 있지 않겠는가 하는 반론이 예상된다. 그러나 해당 사안의 경우에 그 사실관계를 보면 인천공항 우편검사과에서는 엑스선 검사에서 이미 해당 우편물의 이상음영을 감지하였다. 이러한 상황에서라면 일반세관공무원이 개장검사를 할 것이 아니라, 특별사법경찰관으로서의 자격을 갖춘 세관공무원으로 하여금 검사에게 영장신청을 신청하도록 한 후 압수, 수색 등으로 나아가는 것이 적법절차에 부합한다고 여겨진다. 무엇보다도 사전영장주의를 비록 준수하지 못했던 경우라고 할지라도 사후영장을 청구함으로써 압수·수색의 적정성에 대한 법원의 감독, 통제를 받는 것이 필요하다고 판단된다. 대법원은 사법경찰관 등 수사기관이 법관이 발부한 사전영장을 받지 않고 긴급처분으로 검증을 행한 후 사후영장도 발부받지 않았다면 해당 검증조서는 유죄의 증거로서 사용할 수 없다고 하여 증거능력 자체를 부정한 바 있다.<sup>2)</sup>

사법경찰직무법은 제6조 제14호에서 검사장의 지명에 의하여 특별사법경찰관리로서 직무를 수행하는 세관공무원이라고 할지라도 그 직무범위와 수사관할을 '소속 관서 관할구역'에서 발생하는 '관세법 위반사범' 등 조세범으로 통칭할 수 있어 보이는 가목의 범죄행위, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제4조에 규정된 재산국외도피사범(나목), 가목 및 나목에 규정된 범죄에 대한 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 위반사범(다목), 그리고 우리나라와 외국을 왕래하는 항공기 또는 선박이 입·출항하는 공항·항만과 보세구역에서 발생하는 마약·향정신성의약품 및 대마사범(라목)으로 구체적으로 제한하고 있다. 그렇다면 특별사법경찰관리로서 직무를 수행하는 세관공무원이라고 할지도 자신의 직무범위와 관련되지 않은 영역 예컨대 「소방기본법」, 「소방시설 설치·유지 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설공사업법」 및 「위험물안전관리법」에 규정된 범죄의 경우처럼 특별사법경찰관리로 지명된 소방공무원의 직무범위에 대해서는 수사할 수가 없는 것이다. 이처럼 사법경찰직무법이 특별사법경찰관리로서 지명된 세관공무원을 비롯한 소방공무원, 교정공무원이라고 할지라도 자신의 직무영역과 관련 없는 범위에 대해서는 그 직무수행의 범위를 제한하고 있으며, 더구나 구체적인 직무수행 범위에 해당하는 영역에 대해서도 각 목에서 구체적으로 제시하고 있다는 점에 착안하여 역으로 해석하면 일반적인 세관공무원 등은 특별사법경찰관리로서 지위에 있지 아니하기에 특별사법경찰관리의 직무수행에 해당하는 영역에 대해서는 개입할 수 없다고 함이 타당할 것이다.

그럼에도 대법원은 X선 검사에 대한 이상 음영을 나타냄으로써 '마약류관리에 관한 법률 등을 위반'한 혐의가 드러난 물품에 대해 '개장조사'를 한 경우를 단순히 행정조사로서 취급하고 있다. 상황이 이렇게 되면 향후 '특별사법경찰관리'로 지명된 세관공무원에 의한 압수·수색을 통한 수사를 우회하는 통로로서 이른바 행정조사가 남용될 우려가 없지 않아 보인다.<sup>3)</sup> 이후에 자세

2) 대법원 1984. 3. 13. 선고 83도3006 판결 【교통사고처리특례법위반·업무상과실자동차과과】(집32-2, 형413: 공1984, 750): 대법원 1990. 9. 14. 선고 90도1263 판결 【살인, 사체오육】(공 1990, 2118)

3) 같은 취지의 지적으로 "압수·수색과 동일한 효과를 가짐에도 영장을 요하지 않는 행정기관의 사업장출입권, 계좌추적권은 사실상 영장주의를 형해화시킬 수 있는 뒷문(back door)가

히 논의하겠지만 범죄혐의가 드러나서 본격적인 수사의 대상이 되어야 할 것으로 판단되는 물건 등에 대한 '개장조사'를 단순히 행정조사로 분류해 버리는 대법원의 태도는 헌법이 천명하고 있는 강제수사 영장주의에 비추어 볼 때는 더욱 지양해야 할 것으로 판단된다.

## 2. 행정조사기본법에 따른 '행정조사'의 한계에 대한 검토

대법원은 개장조사를 '행정조사'에 해당한다고 판시하였다. 그렇다면 행정조사의 개념과 더불어 행정조사로서 가능한 범위 또는 한계에 대해 검토할 필요가 있다고 생각된다. 다시 말해서 대법원의 입장처럼 개장조사가 행정조사라고 한다면, 행정조사의 가능한 범위와 그 한계에 대해서는 행정조사기본법을 준수하여야 할 것이다.

2007년 행정조사기본법이 제정된 이후 두 차례의 개정<sup>4)</sup>을 거쳐 현재에 이르고 있다. 그 제정이유를 찾아보면 "정책수립 등을 위하여 지금까지 행정기관이 실시하여 온 행정조사는 조사요건이 포괄적으로 되어 있고, 절차규정이 미흡하며, 조사활동에 대한 통제장치가 제대로 마련되어 있지 아니하여 조사의 투명성과 예측가능성이 낮아 조사대상이 되는 기업 등에게 적지 아니한 부담을 주어 왔다는 지적에 따라 행정조사에 관한 원칙·방법 및 절차 등에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 절차적 정의를 실현하는 한편, 행정조사의 공정성·투명성 및 효율성을 확보함으로써 행정조사의 대상이 되는 기업 등에게 행정조사에 대한 부담을 덜어주고 국민의 권익을 보호하려는 것"이라고 한다.

행정조사기본법의 입법과정에 대한 학계의 평가를 찾아보면 행정조사기본법의 입법추진은 정부주도의 입법이었기 때문에 '행정조사'에 대한 개념정의, 입법방식 및 행정조사에 대한 핵심내용에 대해 학계의 의견이 충분히 수렴되

---

아닌가 하는 의심이 강하게 든다."고 하는 이근우, "행정조사의 형사법적 한계설정", 고려법학 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014.3. 376면 참조.

4) 두 차례 모두 정부조직법 개정에 따른 것으로 2008. 2. 29. 시행 법률의 경우에는 '국무조정실장'을 '국무총리실장'으로 2013. 3. 23. 이후 시행된 현행 법률의 경우에는 '국무총리실장'을 '국무조정실장'으로 개정된 것이다. 따라서 행정조사기본법의 제정 당시의 규정과 현행 규정은 실질적으로는 큰 변화가 없는 것으로 보인다.

지 못하였다고 한다. 하지만 행정조사기본법이 입법됨에 있어서 견인차가 된 요소의 하나로서 '범위반 여부에 대한 확인과 위반행위에 대한 처벌 등 제재 수단으로 운영되고 있는 행정조사시스템에 대한 근본적인 재검토의 필요성'에 대한 부분도 작용하였다고 한다.<sup>5)</sup> 이러한 영향에서인지 행정조사기본법 제4조를 보면 제1항에서 "행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.", 제4항에서 "행정조사는 법령 등의 위반에 대한 처벌보다는 법령 등을 준수하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다."라고 규정하고 있다.

행정조사로서 가능한 범위 혹은 그 한계를 확인하기에 앞서서 행정조사의 개념을 확인해 보면, 행정조사기본법 제2조의 경우 '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."라고 규정하고 있다. 이처럼 해당 규정에 따르면 행정조사는 '행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는데 필요한 정보나 자료'를 수집하기 위한 것이지 결코 형사처벌을 위한 조사가 아니다. 아울러 행정조사로서 가능한 범위와 관련하여 동법 제3조 제2항을 보면 제5호에서 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항에 대해서는 행정조사기본법을 적용하지 않는 것으로 명시하고 있다. 따라서 행정조사는 형사처벌을 위한 조사 즉 수사에 해당하는 것이어서도 아니 되고, 행정조사절차는 형사에 관해서는 적용할 수 없다는 것이 해당 법률의 해석으로 도출된다.

선행연구들은 형사법과 경찰법은 과거와 미래에 대한 국가의 안전의무를 구체화한 법률이라고 한다. 상술하자면 형사법이 규정하고 있는 범죄수사는 이미 현실화된 위험 즉 구성요건에 해당하고 유책한 경우를 진압하는 것을 목적으로 함에 반해, 경찰법이 규정하고 있는 경찰행정조사는 위험의 진단을 통해 공공의 안전과 질서 및 개인의 생명과 신체 등 구체적인 법익에 대한 위험이 있다고 판단되는 상황에 대해 이를 사전에 예방하는 것을 목적으로 삼는다고 한다.<sup>6)</sup> 행정조사는 그 목적에 따라 단순정보수집행정조사, 급부행정조

5) 김재광, "행정조사기본법의 입법과정에 관한 고찰", 법학논총 제33권 2호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 490면 참조.

사, 경찰행정조사로 구별될 수 있고, 이중에 특히 경찰행정조사는 경찰상 위험을 방지하기 위해 이루어진다고 설명된다.<sup>7)</sup> 하지만 위험방지를 위한 경찰행정조사와 형사소추를 위한 범죄수사는 이론적으로는 구별되나 실제에 있어서는 경찰행정조사를 바탕으로 수집된 자료가 이후 수사기관에 접수될 고발의 증거자료로 활용되는 등 형사절차와의 관련성이 적지 않다.<sup>8)</sup>

생각건대 행정조사의 경우에도 그것이 지닌 실질적인 의미에 대해 집중할 필요가 있다.<sup>9)</sup> 해당 사안에서처럼 개장조사에 의해 마약류 등을 확보하는 것은 실질적 의미에 있어서 수색과 압수라는 강제수사의 일종에 해당한다고 봄이 타당하다고 판단된다. 왜냐하면 행정조사가 단순히 행정적인 것에 불과하다면 그러한 조사를 통해서 확보한 정보는 과태료, 허가나 면허 등에 대한 취소, 영업정지 등 '행정제재'를 부과하는 경우에만 활용되어야 할 것이기 때문이다. 이에 반해 마약류 관리에 관한 법률위반에 따른 형사처벌을 함에 있어서 증거로 제출하는 것은 일종의 증거수집·보전으로서 실질적 의미를 가지는 것으로 파악된다.<sup>10)</sup>

- 6) Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, 218면(박병욱·황문규, "위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로", 형사정책연구 제23권 3호, 한국형사정책연구원, 2012, 201면에서 재인용).
- 7) 백창현, "경찰상 조사의 법적한계에 관한 소고", 치안정책연구 제18호, 치안정책연구소, 2004, 187면 참조.
- 8) "실무상 식위법상 등 경찰행정조사를 바탕으로 수집된 자료는 장차 수사기관에 접수될 고발의 증거자료로 활용"되고 있다고 하는 오명신, "경찰행정조사와 수사의 구별", 경찰학연구 제14권 1호, 경찰대학, 2014, 174면 참조.
- 9) 같은 취지에서 "조사의 결과물이 수사기관에 이첩되어 형사소추를 위한 증거자료로 활용되는 것이라면 그 실질에 상응하는 정도로 헌법과 형사소송법이 정하는 적법절차 원리에 따라야 [한다]."고 하는 오명신, 앞의 논문, 174면 참조.
- 10) 같은 맥락에서 "많은 개별법에는 행정상 실효성을 확보하기 위하여 무분별하게 입법시켜놓은 형벌 규정들이 있기 때문에 그러한 경우의 '법 위반 사실의 조사'는 궁극적으로 '형벌'이라는 법적 효과를 조래하는 것이어서 더 이상 행정작용의 성격을 가지는 것이 아니라 사법행정 작용으로서의 수사작용에 해당하는 것으로 볼 수 있[다]. ... 궁극적으로 형사절차로 이행될 수 있는 경우의 '법 위반 사실의 조사'는 ... 행정법적 절차보장을 넘어서 형사법상의 '수사'라는 그 실질에 부합하는 형사절차법상의 제 원칙을 준수할 때에만 정당화될 수 있다."고 하는 이근우, 앞의 논문, 361면 참조.

### Ⅲ. 헌법상 영장주의 준수요청에 비추어 본 이른바 '행정조사'에 대한 비판적 검토

#### 1. 문제의 소재

헌법 제12조 제3항에서는 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 따라서 강제수사는 사전 영장주의를 원칙으로 하고 긴급한 경우라고 할지라도 사후 영장을 통한 통제를 받도록 하고 있다.

형사소송법은 강제수사 영장주의를 구체화하여 예컨대 제113조 이하에서 압수·수색을 위해서는 법관이 발부한 영장이 필요하다는 것을 비롯하여 영장의 방식과 집행 등에 대한 규정을 두고 있다.

아울러 형사소송법은 앞서도 언급한 것처럼 제197조에서 특별사법경찰관리에 대한 규정을 두어 삼림, 해사, 전매, 세무, 군사 등 각 분야에서 전문성을 갖춘 공무원을 특별사법경찰관리로 지명하여 해당 분야의 범죄행위에 대한 사법경찰권을 부여하고, 검사의 지휘를 받아 수사한 후 해당 사건을 검찰에 송치하게 하는 제도라고 할 수 있다. 관세법의 경우에도 이러한 특별사법경찰에 대한 규정을 두고 있으며(제295조), 관세법에 따라 수색·압수를 할 때에는 관할 지방법원 판사의 영장을 받아야 한다고 명시하고 있다(제296조). 아울러 세관공무원의 범칙조사에 관한 시행세칙(시행 2014. 1. 9. 관세청훈령 제1595호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항은 “관세사범 조사는 관세법 및 관세법 관련 법령을 적용하고, 대외무역법 위반사범·상표법 등 지적재산권 침해사범, 외국환거래법 위반사범, 마약류 위반사범 등에 대한 조사는 형사소송법 등에서 정하는 법령을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 요컨대 특별사법경찰관리로서 자격을 부여받은 세관공무원 등의 수색·압수 등 강제수사에 있어서도 ‘영장주의의 준수’가 요청된다.

하지만 해당 사안에 대해 항소심법원은 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법(이하 '마약거래방지법'으로 약칭) 제4조, 관세법 제246조 제1항·제2항, 제257조 등을 이유로 공항세관 마약조사과에서의 샘플채취, 성분분석 등은 영장주의의 대상이 아니라고 하였다. 대법원도 항소심이 실시한 관세법 규정과 더불어 '국제우편물 수입통관 사무처리'에 관한 관세청고시, 수출입물품 등의 분석사무 처리에 관한 시행세칙(2013. 1. 4. 관세청훈령 제1507호로 개정되기 전의 것)을 기초로 하여, 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 수출입물품에 대한 적정한 통관 등을 목적으로 한 행정조사의 성격을 가지는 것이기에 압수·수색영장 없이 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다는 결론에 이르고 있다.

그러므로 이하에서는 먼저 영장주의의 원칙의 준수라는 차원에서 마약거래방지법 제4조 및 관세법 제246조, 제257조에 대한 대법원 해석의 타당성 여부에 대하여 논의하고자 한다.

## 2. 마약류 불법거래방지에 관한 특례법 제4조 등에 대한 항소심법원의 해석에 대한 비판적 검토

해당 사안에 대해 항소심법원은 '공항세관 마약조사과에서의 샘플채취, 성분분석' 등은 영장주의의 대상이 아니라고 하면서 그 판단근거로서 관세법 제246조와 제257조와 함께 마약거래방지법 제4조를 제시하고 있으나, 아래의 마약거래방지법 제4조에 대해서는 상세한 해석을 전혀 하고 있지 않다.

마약류 불법거래 방지에 관한 특례법(2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것)

제4조(세관 절차의 특례) ① 세관장은 「관세법」 제246조에 따라 화물을 검사할 때에 화물에 마약류가 감추어져 있다고 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우, 그 마약류의 분산을 방지하기 위하여 충분한 감시체제가 확보되어 있는 마약류범죄의 수사에 관하여 그 마약류가 외국으로 반출

되거나 대한민국으로 반입될 필요가 있다는 검사의 요청이 있을 때에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다. 다만, 그 조치를 하는 것이 관세 관계 법령의 입법 목적에 비추어 타당하지 아니하다고 인정할 때에는 요청한 검사와의 협의를 거쳐 그 조치를 하지 아니할 수 있다.

1. 해당 화물(그 화물에 감추어져 있는 마약류는 제외한다)에 대한 「관세법」 제241조에 따른 수출입 또는 반송의 면허
  2. 그 밖에 검사의 요청에 따르기 위하여 필요한 조치
- ② 제1항(같은 항 제1호는 제외한다)은 「관세법」 제257조에 따라 우편물을 검사할 때에 그 물건에 마약류가 감추어져 있는 것이 밝혀지거나 그러한 의심이 드는 경우에 준용한다. 이 경우 그 마약류에 대하여는 「관세법」 제240조를 적용하지 아니한다.

해당 조문은 1995년 마약거래방지법이 제정될 당시부터 지금까지 일부 자구(字句) 수정만 있었을 뿐이고 주요 골자는 그대로 유지되고 있다. 당시 조문의 입법취지를 보면 “1. 마약류범죄의 효율적 수사를 위하여 마약류의 분산 및 범인의 도주방지 [하기] 위한 충분한 감시체제가 확보된 경우 마약류범죄 혐의자의 입국 및 마약류의 반입을 예외적으로 허용할 수 있도록 입국 및 상륙절차의 특례를 규정함”이라고 서술하고 있다.<sup>11)</sup> 요컨대 해당 조문의 입법취지의 핵심은 마약류범죄 혐의자의 입국 및 마약류의 반입을 예외적으로 허용할 수 있도록 ‘입국 및 상륙절차의 특례’를 규정함에 있다고 판단된다.

다시 말해서 마약거래방지법 제4조의 입법취지에 충실하게 해당 조문을 재해석하자면 수사기관인 검사가 화물에 마약류가 숨겨져 있음을 이미 인지하거나 혹은 마약류를 은닉한 범죄 혐의가 있는 경우이기에 향후 수사 및 증거보전을 위해 해당 화물을 외국으로 반출·혹은 국내로의 반입허락 등의 조치를 취하도록 세관장이 협조할 수 있다는 것이다. 그러므로 세관장 등 세관공무원이 독자적으로 개장조사를 가능하도록 하는 등의 영장주의의 예외에 대한 규정이라고는 해석할 수 없어 보인다.

항소심법원은 ‘세관장은 관세법 제246조, 제257조에 의하여 대한민국으로 수

11) 국회의안정보시스템 의안검색에서 제14대(1992~1996) 국회 마약류불법거래방지에 관한 특례법안 검색(<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillSearchResult.jsp>) 참조.



입되거나 수출되는 물품 또는 우편물에 대하여 검사할 권한'이 있다고 하면서, "세관에 매일 접수되는 수많은 우편물 등에 대한 검사를 함에 있어서 그 우편물 등을 개봉하거나 시료채취 등을 할 때마다 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 압수·수색영장을 발부받도록 하는 것은 지나치게 절차를 복잡하게 만들어 세관에서의 통관업무를 지연시킬 수 있으므로, 세관에서 수출·수입 물품 등에 대하여 하는 검사 및 분석에 있어서는 압수·수색영장 없이 할 수 있도록 관세법에서 특별히 규정한 것으로 볼 수 있다."고 판단하였다.

한편 관세법 제246조의 물품의 검사에 대한 조문과 제257조의 우편물의 검사에 대한 조문은 2000. 12. 29. 법률 제6305호부터 도입되었다. 법률해석에 있어서 입법자의 의사가 물론 절대적인 것은 결코 아니다. 하지만 당시 재정경제위원회, 법제사법위원회 회의록 등을 확인해 봄으로써 입법자가 과연 영장주의의 예외를 규정하기 위해 해당 조문을 두려고 하였는가를 판단하는 하나의 참고자료로 삼을 수 있다고 여겨진다.

그 개정 이유에 대한 설명을 찾아보면 '복잡하게 되어 있는 관세법의 체계를 일반 국민이 알기 쉽게 전면 재정비하는 등 납세편의와 납세자의 권익보호를 도모하고, 세관절차를 간소화'하기 위해 첫째로 '법령체계를 국민이 쉽게 이해할 수 있도록 전면 재정비'하고, 납세자권리헌장의 제정근거를 마련하며, 세액계산능력이 없는 영세기업이 부과지를 요청하는 경우에는 이를 허용할 수 있도록 하는 등 '납세편의와 납세자의 권익 보장'을 강화하고, 둘째로 차량·철도 등 육상운송수단의 국경출입절차를 보완하여 '남북교류 활성화에 대비'하고, 선박·항공기에 적재한 외국물품의 일시양륙 등에 관한 각종 허가제를 신고제로 전환하는 등 '세관절차를 대폭 간소화하려는 것'임을 들고 있다.<sup>12)</sup> 생각건대 납세자 즉 일반국민의 권익보호와 세관절차의 간소화를 목적으로 한 개정취지가 영장주의에 대한 예외를 인정하기 위한 것이라고 보이지는 않는다.

그렇다면 관세법 제246조, 제257조 자체로부터 '영장주의의 예외' 규정이라는 해석이 가능한 것인지 여부에 대해 아래에서 검토하기로 한다. 여기에서는

12) 2000. 12. 4. 제215회 국회정기회 재정경제위원회 회의록 제12호, 10면 및 2000. 12. 21. 제216회 국회임시회 법제사법위원회 회의록 제5호, 17면 참조.

특히 압수·수색에 대한 영장을 규정하고 있는 관세법 제296조와의 모순이 문제될 것이다. 나아가서 영장주의는 헌법이 보장하고 형사소송법에서 구체화하고 있으며 관세법 제296조에서도 재차 확인하고 있다고 본다면, 헌법에 합치되는 관세법 제246조 및 제257조에 대한 해석은 어떠한 의미여야 하는지에 대해서도 고민해 보고자 한다.

### 3. 항소심법원 및 대법원의 관세법 제246조, 제257조 등의 해석태도에 대한 비판적 검토

항소심법원은 관세법 제246조 제1항, 제257조는 수출·수입 또는 반송하려는 물품에 대한 검사와 우편물에 대한 검사에 있어서 압수·수색영장을 제시할 것이 요건으로 규정되어 있지 않고, 세관에 접수되는 수많은 우편물 등에 대한 검사를 함에 있어서 개봉, 시료채취 등을 할 때마다 영장을 발부받도록 하는 것은 지나치게 절차를 복잡하게 만들어 통관업무를 지연시킬 수 있기에 세관에서 수출·수입 물품 등을 검사하거나 분석함에 있어서는 영장 없이 할 수 있도록 특별히 규정한 것이고 그러한 검사의 성격은 '행정조사'에 해당한다고 하였다. 나아가서 항소심법원은 관세법 제246조, 제257조가 기본권제한의 한계를 넘어선 것도 아니라고 아래와 같이 판시하였다.

“관세법 제246조 제1항에 의하면 세관공무원은 수출·수입 또는 반송하려는 물품에 대하여 검사를 할 수 있다고 규정하고 있고, 관세법 제257조는 통관우체국의 장이 제256조 제1항에 의하여 우편물을 접수하였을 때에는 우편물에 대한 검사를 받도록 규정하고 있는데, 그와 같은 법관이 발부한 압수·수색영장을 제시할 것을 요건으로 규정하고 있지 않다”

\* \* \*

“우리나라의 세관에 매일 접수되는 수많은 우편물 등에 대한 검사를 함에 있어서 그 우편물 등을 개봉하거나 시료채취 등을 할 때마다 검사의 청구에 의하여 법관이 발부한 압수·수색영장을 발부받도록 하는 것은 지나치게 절차를 복잡하게 만들어 세관에서의 통관업무를 지연시킬 수 있으므로, 세관에서 수출·수입 물품 등에 대하여 하는 검사 및 분석

에 있어서는 압수·수색영장 없이 할 수 있도록 관세법에서 특별히 규정한 것으로 볼 수 있다.”

\* \* \*

“세관장이 관세법 제246조, 제257조 등에 따라 세관에 접수된 물품, 우편물 등에 대하여 하는 우편물 등의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 비록 그로 인하여 국민의 권리가 침해되는 상황이 일부 발생할 수도 있지만, 이는 물품 등에 대한 수출, 수입, 반송 등에 관한 결정을 하기 위한 목적에서 세관 내에서 시행하는 것으로서 수사기관의 강제처분(압수·수색)이 아닌 행정조사에 해당하므로 범죄의 수사에 관한 절차와는 구별된다고 보아야 한다. 따라서 위와 같은 세관에서의 물품, 우편물 등에 대한 검사에는 압수·수색영장이 필요하지 않다고 할 것이다. 그리고 위와 같이 세관장이 압수·수색영장 없이 관세법의 관련 규정에 의하여 세관 내에서 물품, 우편물 등에 관하여 조사를 할 수 있는 권한을 부여하는 관세법 제246조, 제257조 등은 헌법 제37조 제2항의 “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.”는 규정의 위임에 따른 것으로서 그 헌법적 근거도 확보되어 있다고 할 것이다(세관에서 수입·수출되는 우편물 등에 대한 검사를 위하여 압수·수색영장 없이 해당 우편물 등을 개봉하거나 시료를 채취하는 것이 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 볼 수도 없다).”

항소심법원은 우편물 등의 개봉, 시료채취, 성분분석 등은 물품 등에 대한 수출, 수입, 반송 등을 결정하기 위한 목적에서 시행하는 것이기에 범죄수사절차와는 구별된다고 판시하고 있다. 하지만 앞에서도 서술한 것처럼 이른바 행정조사라는 명목 하에 얻은 자료라고 할지라도 형사재판에서 유죄를 입증하는 증거로 활용되는 등 실질적 의미에서 수사와 증거수집 절차로 기능한다면 결국 수사기관의 수사와 같은 성격을 가지는 것이므로 헌법상 영장주의와 형사소송법에 따른 영장발부절차를 준수하여야 할 것이다.

권력분립의 관점에서 볼 때에도 입법권은 의회에 속하는 것이고, 입법자가 영장주의의 예외라고 명시하지 않은 영역에 대해 사법부가 해석을 통해 영장

주의의 예외라고 해석하는 것은 해석의 한계를 넘어선 또 다른 입법이라는 비판을 면하기 어려워 보인다. 더구나 입법부가 법률을 제정하여 사전영장주의의 예외를 인정하는 입법을 하는 경우에도 헌법이 인정하는 예외의 경우로 국한해야 한다. 즉 현행법인 경우와 긴급체포를 요하는 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있는 때(제12조 제3항 단서), 대통령이 비상계엄을 선포한 경우(제77조 제3항)에 한하여 사전영장주의에 대한 예외를 규정할 수 있다.<sup>13)</sup> 무엇보다도 사전영장주의에 대한 예외의 경우에 있어서도 사후영장에 의한 통제의 대상이 된다.

만약 항소심의 견해처럼 관세법 제246조 제1항과 제257조에 대해 세관공무원이 수출·수입 또는 반송하려는 물품에 대해 검사를 하는 것은 범죄의 혐의가 있는 경우를 포함하여 모든 경우에 있어서 영장주의를 적용받지 않은 예외라고 해석하여 버리는 것은 헌법상 영장주의를 몰각시킬 수 있는 우려를 낳는다.

앞에서도 이미 서술한 것처럼 관세법에서도 특별사법경찰에 대한 규정을 두고 있으며(제295조), 관세법에 따라 수색·압수를 할 때에는 영장을 받아야 한다고(제296조) 하여 영장주의를 재차 확인하고 있다. 세관공무원의 범칙조사에 관한 시행세칙(시행 2014. 1. 9. 관세청훈령 제1595호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항은 “관세사범 조사는 관세법 및 관세법 관련 법령을 적용하고, 대외무역법 위반사범·상표법 등 지적재산권 침해사범, 외국환거래법 위반사범, 마약류 위반사범 등에 대한 조사는 형사소송법 등에서 정하는 법령을 적용한다.”라고 명시하고 있다.

만약 항소심의 견해처럼 관세법 제246조 제1항과 제257조가 영장주의에 대한 예외로 비춰진다고 하면, 특별사법경찰과 관련한 관세법 제295조와 압수·수색 영장을 필요로 하고 있는 제296조와의 모순이 발생한다. 이처럼 관세법의 제 규정 간에 모순과 충돌이 발생할 경우처럼 다의적인 법률해석이 가능해 보이는 경우에는 헌법에 합치되는 방향으로 해당 조문을 해석하는 것이 타당하다고 판단된다.

결국 관세법 제295조, 제296조 그리고 세관공무원의 범칙조사에 관한 시행

13) 허영, 헌법이론과 헌법(신정11판), 박영사, 2006, 486면 참조.

세칙 제7조 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 관세법 제246조 제1항과 제257조는 영장주의에 대한 예외를 허용하는 것이 아니라 범죄혐의가 있어서 수사대상이 되지 않는 일반적인 경우에 있어서 세관공무원이 물품을 검사하는 경우를 규정한 것이라고 봄이 타당한 해석이 될 것이다. 이렇게 해석하는 것이 헌법합치적 법률해석에도 부합할 수 있다고 여겨진다.

한편 대법원 역시 항소심법원과 같은 맥락에서 '통관검사절차에서 이루어지는 우편물의 개봉, 시료채취, 성분분석 등의 검사는 행정조사의 성격을 가지는 것이기에 압수·수색영장 없이 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다'고 아래와 같이 판단하였다.

“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 등의 검사가 진행되었다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 볼 수 없다.”

하지만 대법원의 견해와 같이 행정조사라는 이름으로 압수·수색영장을 발부받지 않고 우편물 등을 개봉한 경우라고 하여 사전영장은 물론이고 사후영장에 의한 통제도 받지 않는 것은 문제가 없지 않아 보인다.

주지하는 것처럼 적법절차 원리는 입법·행정·사법권에 의한 국민의 생명·자유·재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 근거하여 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원리이다.<sup>14)</sup> 행정조사의 형식에서 시작된 조사라고 할지라도 그 과정에서 범죄의 혐의가 드러난 순간부터는 실질적으로 수사의 대상으로서 영장주의의 통제를 받는 것이 수사의 비례성을 준수하는 측면에서도 타당하다고 여겨진다. 따라서 적어도 법관의 사후영장에 의한 심사의 대상은 되어야 할 것으로 판단된다.<sup>15)</sup>

14) 허영, 앞의 책, 480면 참조.

15) 유사한 맥락에서 “헌법 제12조 제3항은 압수 또는 수색을 할 때 ... 법관이 발부한 영장을 제시하도록 하고 있는 바, 이러한 적법절차에 관한 헌법규정은 수사가 아닌 행정조사에

## IV. 결론

대법원은 X선 검사에 대한 이상 음영을 나타냄으로써 '마약류관리에 관한 법률 등을 위반'한 혐의가 드러난 물품에 대해 '개장조사'를 한 경우를 단순한 행정조사로서 취급하였다. 상황이 이렇게 되면 향후 '특별사법경찰관리'로 지명된 세관공무원에 의한 압수·수색을 통한 수사를 우회하는 통로로서 이른바 행정조사가 남용될 우려가 없지 않다.

범죄혐의가 드러나서 본격적인 수사의 대상이 되어야 할 것으로 판단되는 물건 등에 대한 '개장조사'를 단순히 행정조사로 분류해 버리는 대법원의 태도는 헌법이 천명하고 있는 강제수사 영장주의에 비추어 볼 때는 더욱 지양해야 할 것으로 판단된다.

앞에서도 검토한 것처럼 행정조사의 범위와 관련하여 행정조사기본법 제3조 제2항을 보면 제5호에서 조세·형사·행형 및 보안처분에 관한 사항에 대해서는 행정조사기본법을 적용하지 않는 것으로 명시하고 있다. 따라서 행정조사는 형사처벌을 위한 조사 즉 수사에 해당하는 것이어서도 아니 되고, 행정조사절차는 형사에 관해서는 적용할 수 없다. 생각건대 해당 사안에서처럼 개장조사에 의해 마약류 등을 확보하는 것은 실질적 의미에 있어서 수색과 압수라는 강제수사의 일종에 해당한다고 봄이 타당하다고 판단된다.

형사소송법은 제197조에서 전문성을 갖춘 공무원을 특별사법경찰관리로 지명하여 해당 분야의 범죄행위에 대한 사법경찰권을 부여하고, 검사의 지휘를 받아 수사한 후 해당 사건을 검찰에 송치하도록 하고 있다. 관세법의 경우에도 이러한 특별사법경찰에 대한 규정을 두고 있으며(제295조), 관세법에 따라 수색·압수를 할 때에는 관할 지방법원 판사의 영장을 받아야 한다고 명시하고 있다(제296조). 세관공무원의 범칙조사에 관한 시행세칙(시행 2014. 1. 9. 관세청훈령 제1595호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항은 마약류 위반사범 등에 대한 조사는 형사소송법 등에서 정하는 법령을 적용하도록 규정하고 있다.

있어서도 적용된다고 할 것이다."라고 하는 김성태, "통신법상의 행정조사", 행정법연구 통권 제17호, 행정법이론실무학회, 2007, 187면 참조.

요컨대 특별사법경찰관리로서 자격을 부여받은 세관공무원 등의 수색·압수 등 강제수사에 있어서도 '영장주의의 준수'가 요청된다. 만약 해당 사안에서 개장검사를 행한 우편검사와 세관공무원이 사법경찰직무법 제5조에서 요구하고 있는 소속관서의 장의 제청에 의하여 '검사장의 지명'된 자라고하는 특별사법경찰관리로서의 자격을 갖추지 못한 경우라고 한다면 특별사법경찰관리의 직무수행 영역에 해당하는 부분에 대해 개입하여서는 아니 된다.

관세청 홈페이지를 보면 '관세청에서는 국민의 건강과 안전을 보호하고 국가의 재정수입을 확보하기 위하여 밀수·관세포탈·부정수입 등 관세사범, 공항·항만에서 발생하는 마약사범, 원산지 위반 및 전략물자 불법수출입 등 대외무역사범, 수출입·환적과 관련된 위조상품 등 지식재산권침해사범, 수출입과 관련된 외환사범을 단속'하고 있으며, '전국 47개 세관에 약 550명의 조사요원들이 포렌식장비, 컨테이너검색기 등 첨단과학장비, 마약탐지견 등을 활용하여 연간 약 5,000건'을 검거하고 있으며 그 가액은 '5조 5천억원'에 달한다고 한다.<sup>16)</sup> 여기에서 말하는 이른바 조사요원은 특별사법경찰관리를 의미하는 것으로 이해되므로 일반 세관공무원이 범죄혐의 등 의심이 제기되는 물품의 수사를 조사감시국의 특별사법경찰관에게 요청하는 것이 업무를 매우 번잡하게 하거나 또는 현실적으로 전혀 실현불가능한 일은 아닐 것으로 판단된다.

결국 세관을 통과하는 물품 중 마약류의 은닉을 비롯한 범죄혐의가 드러난 경우에 대해서는 특별사법경찰관으로 하여금 검사에게 신청하여 법관이 발부한 영장에 의한 압수·수색을 하도록 함이 타당하다고 판단된다. 이러한 영장주의에 위배하여 수집한 증거와 그 파생증거는 위법수집증거배제법칙에 의한 통제 대상으로서 증거능력을 부정하여야 할 것이다.

16) 관세청 홈페이지 관세행정안내 중 범죄수사소개 부분 참조  
([http://www.customs.go.kr/kcshome/main/content/ContentView.do?contentId=CONTENT\\_000000000185&layoutMenuNo=119](http://www.customs.go.kr/kcshome/main/content/ContentView.do?contentId=CONTENT_000000000185&layoutMenuNo=119))

## 참고문헌

- 허영, 헌법이론과 헌법(신정11판), 박영사, 2006.
- 김성태, “통신법상의 행정조사”, 행정법연구 제17호, 행정법이론실무학회, 2007, 163-190면.
- 김재광, “행정조사기본법 입법과정에 관한 고찰”, 법학논총 제33권 2호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 489-516면.
- 박병욱·황문규, “위험예방을 위한 경찰법과 범죄진압을 위한 형사법의 목적·수단상 몇 가지 차이점: 경찰의 활동을 중심으로”, 형사정책연구 제23권 3호, 한국형사정책연구원, 2012, 199-231면.
- 박정훈, “협의를 행정벌과 광의의 행정벌”, 서울대법학 제41권 4호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 278-322면.
- 백창현, “경찰상 조사의 법적 한계에 관한 소고”, 치안정책연구 제18호, 치안정책연구소, 2004, 185-214면.
- 오명신, “경찰행정조사와 수사의 구별”, 경찰학연구 제14권 1호, 경찰대학, 2014, 167~191면.
- 이근우, “행정조사의 형사법적 한계설정”, 고려법학 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014, 351-387면.
- 제215회 국회정기회 재정경제위원회 회의록 제12호, 2000. 12. 4.
- 제216회 국회임시회 법제사법위원회 회의록 제5호, 2000. 12. 21.



[Abstract]

A study on the need to attend to warrant system  
when the administrative investigation means search and  
seizure in substance

Song, Jin-Kyung

*Doctor of Law · Research fellowship of the institute for legal studies*

*Dong-A university*

Supreme Court held that opening investigation into the suspected hidden goods against 'the act on the control of narcotics' was simply regarded as administrative investigation. This becomes concern about abusing administrative investigation by customs officer instead of criminal investigation including search and seizure by designated customs officer as special judicial police officer.

According to Number 5, Clause 2, Article 3 of 'Framework Act on Administrative Investigations', administrative investigation should not be investigation for criminal punishment, and administrative investigation procedure should not apply to criminal affairs. The Supreme Court decision classifying the opening investigation into the suspected goods of concealing narcotic as administrative investigation, even though the goods should have be under criminal investigation. However, I could not agree this ruling of Supreme Court because the Constitution affirms warrant system about compulsory investigation.

Korea customs Service's homepage states the customs service controls customs-related offender such as contraband, evasion of customs tax and illegal import etc., and person who commits a crime related to narcotics in

airport or harbor, and person who commit a crime related to international trade such as deceptive indication of origin and illegal import or export of strategic materials, and the violation of intellectual property rights such as forged goods related to importation or trans shipment, and the crimes against foreign exchange transactions act that occurs in the process of exportation and importation. There are about 550 investigation personnel in 47 customhouse all over the country.

We can understand that such an investigation personnel means special judicial police officer. Therefore, it is not impossible that general customs officer asks special judicial police officer to criminal investigation about the goods suspected to have something implicated in a crime. And the request dose not make onerous tasks.

In conclusion, if the entered goods to customhouse is suspected of concealing narcotics, the goods should be under criminal investigation with a seizure and search warrant that is issued by judge after prosecutor who got a request from special judicial police officer asked. The illegally obtained evidence against warrant system and derivatives from the illegally obtained evidence should be denied the admissibility of evidence on the basis of the exclusionary rule.

**Key words** : Administrative Investigation, Framework Act on Administrative Investigations, Warrant System, Due Process, Exclusionary Rule