



제418회 국회 (정기회)
제6차 법제사법위원회

감사원법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈감사권한의 남용 금지 등〉

■ 윤준병의원 대표발의(의안번호 제2201299호)

2024. 9.

법 제 사 법 위 원 회

전문위원 박 동 찬

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	4
1. 감사권한의 남용 금지 등	4
2. 감사대상자에 대한 사전통지 의무화	10
3. 정부의 중요 정책결정 및 정책목적의 당부에 대한 감찰 제한	14
4. 징계·문책 요구 관련 적극행정 면책 검토 및 행정소송 허용	17

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 윤준병의원 등 10인
2. 제 안 일 : 2024. 7. 2.
3. 회 부 일 : 2024. 7. 3.

II. 제안이유 및 주요내용

제안이유

현행법은 감사원의 직무에 관하여 독립의 지위를 가지고 있음을 명시하고, 국가의 세입·세출의 결산검사 및 행정기관 및 공무원의 직무감찰 등의 임무와 권한을 규정하고 있음.

그러나 독립성과 공정성, 정치적 중립성 등이 엄격하게 요구되는 감사원은 현재 정책감사라는 미명하에 정치감사·표적감사를 실시하는 등 현행법에서 규정하고 있는 절차들을 무시하거나, 권한을 남용하는 심각한 문제가 지속적으로 발생하고 있음.

실제 최근 월성원전 조기 폐쇄 관련 자료 삭제를 지시·실행하여 감사원의 감사를 방해했다는 혐의로 기소된 산업통상자원부 전 공무원들에 대한 대법원의 무죄 판결은 감사원의 공권력 남용 및 절차를 무시한 무리한 표적감사의 대표적인 사례임.

이에 감사원이 본연의 역할을 내실 있게 수행할 수 있도록 권한남

용 금지 명시, 감사 사유 및 출석·답변 요구의 취지·이유 사전 통지 등 절차적 적법성을 강화하고, 정책감사의 한계 등 감사원의 직무 수행을 명확히 정립하여 권한 남용을 근본적으로 방지하기 위하여 제도적 장치를 마련하려는 것임.

또한 감사원은 적극행정에 대한 면책여부를 사전에 검토하고, 감사원의 재심의 결정에 대한 행정소송의 범위를 명확히 명시하며, 감사원 감사 거부에 대한 벌칙규정을 정당한 사유가 아닌 것으로 한정하여 감사원의 감사과정에 합리성·객관성·공정성을 확보하려는 것임.

주요내용

가. 감사원이 이 법에 따른 직무를 수행함에 있어 권한을 남용하지 못하도록 명시하며, 감사대상의 비위와 관련해 필요하다고 인정되는 경우 외에는 민감정보를 수집하지 못하도록 하고, 위반 시 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 함(안 제20조의2 및 제51조제2항 신설).

나. 감사원이 감사를 실시함에 있어 감사대상자에게 감사원규칙으로 정하는 바에 따라 감사사유를 사전에 통지하도록 하되, 사전통보를 하여 감사목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 않도록 규정함(안 제20조의3).

다. 감사원의 감찰 금지사항에 ‘정부의 중요 정책결정 및 정책 목적의 당부(當否)’를 추가함(안 제24조제4항제3호).

라. 출석·답변의 요구를 하는 경우 특별한 사유가 없는 한 출석·답변 요구의 취지와 이유를 서면 또는 구두로 사전에 통지하도록 함(안 제27조제2항).

마. 감사원은 징계 요구 또는 문책 요구를 하기 전에 적극행정에 대한 면책여부를 검토하도록 함(안 제34조의3제2항).

바. 징계·문책 요구 대상자인 본인이나 재심의를 청구한 장관, 임용권자나 임용제청권자, 감독기관 또는 해당기관의 장은 감사원의 재심의 결정에 대해 감사원을 당사자로 한 행정소송을 제기할 수 있도록 함(안 제40조).

사. 감사원은 이미 감사한 사안에 대해서는 정당한 사유 없이 감사를 다시 실시할 수 없도록 함(안 제48조).

아. 이 법에 따른 감사를 방해한 자에 대한 벌칙규정을 이 법에 따른 적법한 감사로 명확히 명시함(안 제51조제1항제2호).

Ⅲ. 검토의견

1. 감사권한의 남용 금지 등

- 개정안은 감사원장·감사위원 및 감사원의 직원들이 직무수행 시 권한을 남용하는 행위 및 감사대상의 비위와 관련 없는 민감정보를 수집하는 행위를 금지하고, 감사원의 정당한 사유 없는 중복감사를 금지하며, 권한남용행위 및 비위와 관련 없는 민감정보 수집행위에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하려는 것임(안 제20조의2 신설, 안 제48조 및 제51조).

현행	개정안
<u><신설></u>	<u>제20조의2(감사권한의 남용금지 등) ① 원장·감사위원과 그 밖의 직원은 이 법에 따른 직무를 수행하는 경우 그 권한을 남용하여서는 아니 된다.</u> <u>② 원장·감사위원과 그 밖의 직원은 감사과정에서 감사대상의 비위와 관련하여 필요하다고 인정되는 경우 외에는 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 민감정보를 수집하여서는 아니 된다.</u>

현행	개정안
제48조(일사부재리) 제46조에 따른 심사결정이 있는 사항에 대하여는 다시 심사를 청구할 수 없다. 다만, 각하한 사항에 대하여는 그러하지 아니하다. <u><신 설></u>	제48조(중복감사 방지 및 일사부재리) ① 감사원은 이미 감사한 사안에 대해서는 정당한 사유 없이 감사를----- <u>실시할</u> ------. <u><단서 삭제></u> ② 제46조에 따른 심사결정이 있는 사항에 대하여는 다시 심사를 청구할 수 없다. 다만, 각하한 사항에 대하여는 그러하지 아니하다.
제51조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 이 법에 따른 감사를 받는 자로서 <u>감사</u> 를 거부하거나 자료 제출 요구에 따르지 아니한 자 2. 이 법에 따른 <u>감사</u> 를 방해한 자 3. (생략) <u><신 설></u> ② (생략) ③ 제2항의 징역과 벌금은 병과(併科)할 수 있다.	제51조(벌칙) ① ----- ----- ----- ----- 1. ----- --- <u>정당한 사유 없이 감사를</u> ----- ----- 2. ----- <u>적법한 감사를</u> --- 3. (현행과 같음) ② 제20조의2를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. ③ (현행 제2항과 같음) ④ 제2항 및 제3항의----- -----.

□ 우선, 감사권한의 남용 금지 및 위반 시 형벌 부과와 관련하여 살펴보면, 감사원 소속 공무원은 다른 공무원들과 다르게 직무감찰을 통하여 피감기관 공무원·직원들의 불이익한 신분상 처분(징계·견책 등)을 요구할 수 있으므로 그 권한 남용에 대해서는 보다 엄정하게 대응할 필요가 있다는 점에서 「행정기본법」 제11조제2항¹⁾에 따른 행정권한남용 금지에 대한 일반규정과 는 별도로 감사원 소속 공무원의 직무수행 중 권한남용 금지규정을 마련하려는 개정안의 취지는 긍정적인 점이 있을 것으로 판단됨.

○ 유사 입법례로는 국세청 및 공정거래위원회 소속 공무원 등에 대해서는 권한남용 금지규정을 별도로 두고 있는 「국세기본법」 제81조²⁾ 및 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제84조³⁾가 있음.

□ 다만, 권한남용행위 자체를 처벌하도록 규정하는 내용에 대해서는, 「형법」 제123조⁴⁾에 따른 직권남용죄가 공무원이 직권을 남용하여 타인이 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해하게 되는 결과가 발생한 경우를 처벌하도록 규정하고 있다는 점을

1) 제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙) ② 행정청은 행정권한을 남용하거나 그 권한의 범위를 넘어서는 아니 된다.

2) 제81조의4(세무조사권 남용 금지) ① 세무공무원은 적정하고 공평한 과세를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 세무조사(「조세법 처벌절차법」에 따른 조세법칙조사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니 된다.

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

4) 제123조(직권남용) 공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

고려할 때 권한 남용행위만을 구성요건으로 규정할지 또는 권한 남용행위와 더불어 추가적인 구성요건을 규정할지에 대한 논의가 필요할 것으로 보임.

□ 다음으로, 비위와 관련 없는 민감정보 수집 금지 및 위반 시 형벌 부과와 관련하여 살펴보면, 민감정보는 사상·신념, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보⁵⁾라는 점에서 그 수집권한은 법률에서 직접 규정할 필요가 있고, 특히 민감정보 수집의 범위를 제한하는 명시적 규정을 둠으로써 감사원의 부당한 개인정보 취득을 방지하여 국민의 개인정보자기결정권⁶⁾의 보장에 기여할 수 있을 것으로 보임.

○ 「개인정보 보호법」에서는 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에는 민감정보를 처리할 수 있도록 하고 있고⁷⁾, 감사원은 「감사원 감사사무 처리규칙(감사원규칙)」 제63조⁸⁾에

5) 「개인정보 보호법」

제23조(민감정보의 처리 제한) ① 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “민감정보”라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

6) 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌법재판소 2018. 8. 30. 2016헌마483).

7) 제23조(민감정보의 처리 제한) ① 개인정보처리자는 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 “민감정보”라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

8) 제63조(고유식별정보 등의 처리) 감사원은 법 제25조, 제27조, 제29조, 제30조, 제34조의3 및 제50조 등에 따른 사무를 수행하기 위하여 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 민감정보, 같은 법 시행령 제19조에 따른 주민등록번호, 여권번호, 운전면허의 면허번호 또는 외국인등록번호

근거하여 민감정보를 처리하고 있음.

- 감사원 소속 공무원의 비위와 관련 없는 민감정보 수집행위에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금을 부과하는 내용은 개인정보처리자의 위법한 민감정보의 처리에 대한 법정형(「개인정보 보호법」 제71조제3호⁹⁾)과 동일하다는 점에서 그 수준에 특별한 문제는 없어 보임.

- 마지막으로, 중복감사 제한과 관련하여 살펴보면, 정당한 사유 없는 중복감사를 금지함으로써 반복적 감사를 통한 행정력 낭비, 감사대상자 등의 권익 침해 및 감사원의 권한 남용을 방지하려는 개정안의 취지는 긍정적으로 보임.

- 「행정조사기본법」 제15조에서 중복조사 제한규정을 두고 있는 취지를 고려하면 중복감사 제한규정의 필요성을 찾을 수 있을 것으로 보임.¹⁰⁾¹¹⁾

호가 포함된 원본 자료 등을 제출받아 처리할 수 있다.

- 9) 제71조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 3. 제23조제1항을 위반하여 민감정보를 처리*한 자

* 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

- 2. “처리”란 개인정보의 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위를 말한다.

- 10) 제15조(중복조사의 제한) ① 제7조에 따라 정기조사 또는 수시조사를 실시한 행정기관의 장은 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사 하여서는 아니 된다. 다만, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우에는 그러하지 아니하다.

- 11) 행정조사기본법 제15조제1항에 의하면, 당해 행정기관이 이미 조사를 받은 조사대상자에 대하여 위법행위가 의심되는 새로운 증거를 확보한 경우가 아니라면, 동일한 사안에 대하여 동일한 조사대상자를 재조사하여서는 아니 된다. 이는 반복적인 행정조사에 의한 조사대상자의 권익 침해와 조사관청의 자의적인 권한남용을 방지하고자 하는 것이므로, 위 규정에서 금지하는 중복조사에 기초한 제재적 행정처분은 특별한 사정이 없는 한 절차상 하자가 있어 위법하다. (서울행정법원 2020. 7. 31. 선고 2019구합65412 판결).

○ 참고로 「공공감사에 관한 법률」에서는 이미 감사원 감사, 자체 감사 등이 실시된 사안에 관하여는 새로운 사실이 발견되거나 중요한 사항이 누락된 경우 등 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고 자체감사기구의 자체감사 대상에서 제외하고 종전의 감사결과를 활용하여야 한다고 규정하여 중복감사를 제한하고 있음(제33조¹²⁾).

□ 개정안에 대하여, **감사원**은 ① 감사권한 남용 금지의 경우 「행정 기본법」에 규정된 ‘권한남용금지의 원칙’을 재확인하는 의미로서 이 법에 별도로 규정할 실익은 크지 않고, ② 민감정보 수집의 경우 ‘감사대상의 비위’만 전제로 하고 있어 감사원이 ‘감사를 위하여’ 개인의 신상이나 사생활에 관한 정보 또는 자료를 제출받을 수 있음을 전제하고 있는 이 법 제27조제5항¹³⁾과 상충될 소지가 있으며, ③ 중복감사 금지의 경우 ‘이미 감사한 사안’이 의미가 불명확하여 감사를 회피하는 수단으로 악용될 소지가 크고, 수사기관의 수사에 대해서는 중복수사 금지나 일사부재리 원칙이 적용되지 않는 점을 고려하면 강제수단이 없는 감사원 감사에 이러한 원칙을 적용하는 것은 균형이 맞지 않다는 입장임.

12) 제33조(중복감사 금지) 감사기구의 장은 이미 감사원 감사등*이 실시된 사안에 관하여는 새로운 사실이 발견되거나 중요한 사항이 누락된 경우 등 대통령령으로 정하는 경우**를 제외하고는 자체감사기구의 자체감사 대상에서 제외하고 종전의 감사결과를 활용하여야 한다.

* 감사원이 「감사원법」에 따라 하는 감사, 자체감사 및 그 밖에 중앙행정기관등이 「감사원법」 외의 개별 관계 법령에 따라 하는 감사를 말함(제31제1항).

** 새로운 증거 또는 사실이 발견된 경우, 감사 증거서류 등이 위조·변조된 것이 증명된 경우, 감사결과에 영향을 미칠 만한 중요한 사항이 누락된 경우

13) 제27조(출석답변·자료제출·봉인 등) ⑤ 감사원은 감사를 위하여 제출받은 개인의 신상이나 사생활에 관한 정보 또는 자료를 해당 감사 목적 외의 용도로 이용하여서는 아니 된다. 다만, 본인 또는 자료를 제출한 기관의 장의 동의가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 감사대상자에 대한 사전통지 의무화

- 개정안은 감사원이 감사를 하는 경우에 원칙적으로 감사대상자에게 그 사유를 사전에 통지하도록 하고, 관계자 등에 대하여 출석·답변할 것을 요구하는 경우에는 그 취지와 이유를 당사자에게 통지하도록 하려는 것임(안 제20조의3 신설 및 안 제27조).

현행	개정안
<u><신설></u>	제20조의3(감사의 사전통지) 감사원은 회계검사 및 직무감찰(이하 “감사”라 한다)을 하는 경우 감사를 받을 자에게 감사원규칙으로 정하는 바에 따라 감사사유를 사전에 통지(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따른 정보통신망을 이용한 통지를 포함한다)하여야 한다. 다만, 사전통보를 하는 경우 감사목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니한다.
제25조(계산서 등의 제출) ① 감사원의 회계검사 및 직무감찰(이하 “감사”라 한다)을 받는 자는 감사원규칙으로 정하는	제25조(계산서 등의 제출) ① -----감사를----- ----- -----

현행	개정안
바에 따라 계산서·증거서류·조서 및 그 밖의 자료를 감사원에 제출(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따른 정보통신망을 이용한 제출을 포함한다. 이하 같다)하여야 한다. ② (생략) 제27조(출석답변·자료제출·봉인 등) ① (생략) <u><신설></u> ② ~ ⑤ (생략) ③ (생략)	----- ----- ----- ----- -----. ② (현행과 같음) 제27조(출석답변·자료제출·봉인 등) ① (현행과 같음) ② 제1항제1호에 따른 출석·답변의 요구를 하는 경우 특별한 사유가 없으면 출석·답변 요구의 취지와 이유를 서면 또는 구두로 사전에 통지하여야 한다. ③ ~ ⑥ (현행 제2항부터 제5항까지와 같음) ④ (현행 제3항과 같음)

- 개정안은 감사대상자 등에게 감사사유, 출석·답변 요구의 취지 및 이유를 사전에 통지하게 함으로써 대상자 등이 감사에 적정하게 대응할 수 있는 기회를 부여하여 방어권을 실질적으로 보장하려는 취지로 이해됨.

○ 적법절차의 측면에서 감사대상자 등이 사전통지 등을 통하여 쟁점을 식별하고 대응책을 마련할 수 있도록 하는 등 방어권을 충분히 행사할 수 있도록 제도적으로 보장할 필요가 있고, 법률유보의 측면에서 감사와 관련된 사항 중 대상자의 방어권과 같은 절차적 기본권의 보장과 관련된 필수적인 사항은 법률에서 직접 규정하는 것이 바람직하다는 점에서 사전통지의 필요성을 찾을 수 있을 것으로 판단됨.

○ 참고로 「감사원 감사사무 처리규칙」 제15조 및 제16조¹⁴⁾에서는 감사원은 원칙적으로 감사대상자 등에게 감사실시통지서 및 출석답변요구서로 사전에 통지하도록 하고 있음.

□ 개정안에 대하여, 감사원은 감사실시를 사전에 통지하더라도 구체적으로 어떤 것을 왜 감사하는지, 어떤 현장으로 갈 것인지 등은

14) 제15조(감사실시의 통지) 감사원은 감사를 실시하려는 경우에는 감사대상 기관의 장에게 감사실시통지서로 통지한다. 다만, 대인감찰, 국방·안보 등 기밀성이 요구되는 사항 등 감사실시의 통지로 감사목적 달성에 지장을 초래할 것으로 판단되는 사항은 통지를 하지 아니할 수 있다.

제16조(출석답변의 요구) ① 감사원은 법 제27조제1항제1호에 따라 관계자 등의 출석답변을 요구하는 때에는 출석답변할 사람의 성명, 출석할 일시, 장소 및 답변할 사항을 적은 출석답변요구서를 발부(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따른 정보통신망을 이용한 발부를 포함한다. 이하 같다)하여야 한다. 다만, 긴급하거나 감사 착수 이후 감사대상 기관에서 감사를 수행하는 경우에는 구두로 출석답변을 요구할 수 있다.

② 제1항 단서에 따라 구두로 출석답변을 요구하는 경우에도 그 요구를 받은 관계자 등이 요청하는 경우에는 출석답변요구서를 발부하여야 한다.

③ 제1항에 따른 출석답변요구서는 관계자 등의 소속기관의 장을 거쳐 관계자 등 본인에게 보낸다. 다만, 관계자 등의 소속기관 변경 등으로 관계자 등이 요청하여 필요하다고 인정되거나 조사상 필요하다고 인정되면 관계자 등에게 바로 보낼 수 있다.

④ 소속기관의 장은 관계자 등에게 제3항에 따라 출석답변요구서를 전달한 일시를 감사원에 통지하고 출석답변요구서에 정해진 출석일시에 관계자 등으로 하여금 출석하게 하여야 한다.

⑤ 소속기관의 장(제3항 단서의 경우에는 관계자 등을 말한다)은 출석답변요구서에 정해진 출석일시에 관계자 등이 출석하기 어려운 경우에는 지체 없이 그 사유와 가능한 출석일시를 감사원에 통지하여야 한다. 이 경우 감사원은 그 사유 등이 정당하다고 인정될 때에는 관계자 등의 출석일시, 장소 등을 변경할 수 있다.

⑥ 감사원은 제1항에 따른 출석답변요구서를 보내기 전에 관계자 등에게 임의로 출석답변할 것을 요청할 수 있고, 관계자 등은 임의로 출석답변할 수 있다.

사전에 알리지 않는 것이 감사의 실효성 등 측면에서 당연하므로 감사실시의 사전통지를 법률에 규정할 정도의 본질적인 내용으로 보기 어렵고, 관계자 등에게 출석·답변을 요구하는 사유는 다양한데 개정안이 비위혐의자 등에게 출석·답변을 요구하는 취지와 이유를 상세하게 통지하도록 하는 취지라면 이는 감사의 실효성에 반할 소지가 있으며, 출석답변을 요구받은 자의 방어권을 고려하더라도 과도한 측면이 있다는 입장임.

3. 정부의 중요 정책결정 및 정책목적의 당부에 대한 감찰 제한

- 개정안은 제24조제4항제1호 및 제2호¹⁵⁾에 따라 감찰의 대상에서 제외되고 있는 국가기밀, 군기밀 등에 대하여 “정부의 중요 정책 결정 및 정책 목적의 당부”를 감찰 제한사항으로 추가하려는 것임 (안 제24조제4항제3호 신설).

현행	개정안
제24조(감찰 사항) ① ~ ③ (생략) ④ 제1항에 따라 감찰을 하려는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항은 감찰할 수 없다. 1. 2. (생략) <u><신설></u>	제24조(감찰 사항) ① ~ ③ (현행과 같음) ④ ----- ----- ----- -----. 1. 2. (현행과 같음) 3. <u>정부의 중요 정책결정 및 정책 목적의 당부. 다만, 정책결정의 기초가 된 사실판단, 자료·정보 등의 오류, 정책목적 달성을 위한 수단의 적정 여부, 정책결정 과정에서의 적법성·절차준수 여부 등은 감찰대상으로 본다.</u>

15) 제24조(감찰 사항) ④ 제1항에 따라 감찰을 하려는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항은 감찰할 수 없다.

1. 국무총리로부터 국가기밀에 속한다는 소명이 있는 사항

□ 정부의 중요 정책결정 및 정책 목적의 설정은 고도의 정치적 결단에 기반한 국가작용으로, 진위(眞僞) 또는 시비(是非) 판단 영역이라기 보다는 가치관의 문제라는 점에서 “정부의 중요 정책결정 및 정책 목적의 당부”를 감찰의 대상에서 제외하려는 개정안의 취지는 긍정적인 측면이 있는 것으로 생각됨.

○ 개정안에서는 정책결정의 기초가 된 사실판단, 자료·정보 등의 오류, 정책목적 달성을 위한 수단의 적정 여부, 정책결정 과정에서의 적법성·절차준수 여부 등은 감찰대상으로 본다고 규정함으로써 감찰 사항 관련 논란 및 그에 따른 감찰 공백 발생의 우려를 고려하고 있는 것으로 보임.

○ 참고로 「감사원 감사사무 처리규칙」 제5조제2항제3호¹⁶⁾에서는 정부의 중요 정책결정 및 정책목적의 당부는 직무감찰의 대상에서 제외하고 있음.

□ 개정안에 대하여, 감사원은 「감사원 감사사무 처리규칙」 제5조제2항제3호는 감찰의 한계에 대한 현재까지의 해석론을 규정화한

2. 국방부장관으로부터 군기밀이거나 작전상 지장이 있다는 소명이 있는 사항

16) 제5조(직무감찰) ② 다음 각 호의 경우는 직무감찰의 대상에서 제외한다. 다만, 제1호 및 제2호의 경우에 국무총리, 국방부장관 및 국가정보원장의 소명이 불충분하다고 인정될 때에는 원장은 그 보정을 요구할 수 있다.

1. 법 제24조제4항에 따라 국무총리가 국가기밀에 속한다고 소명한 사항과 국방부장관이 군기밀 또는 작전상 지장이 있다고 소명한 사항

2. 「국가정보원법」 제17조에 따라 국가정보원장이 국가의 안전보장에 중대한 영향을 미치는 국가기밀 사항이라고 소명한 사항

3. 정부의 중요 정책결정 및 정책목적의 당부(當否). 다만, 정책결정의 기초가 된 사실판단, 자료·정보 등의 오류, 정책목적 달성을 위한 수단의 적정 여부, 정책결정 과정에서의 적법성, 절차 준수 여부 등은 감찰대상으로 한다.

4. 준사법적 행위

것으로 볼 수 있고, 이는 대법원이 명문의 규정 없이 해석을 통해 사법심사 대상에서 제외되는 영역인 ‘통치행위’의 존재를 긍정한 것과 유사하므로 감찰의 한계에 대한 해석론은 지금처럼 감사원규칙으로 운영하면서 다양한 논의를 통해 연구·발전시키는 것이 타당하고, 그 내용을 그대로 법률에 담는 것은 부적절하다는 입장임.

4. 징계·문책 요구 관련 적극행정 면책 검토 및 행정소송 허용

□ 개정안은 징계나 문책 요구 전에 적극행정 면책 여부에 대하여 검토하도록 하고, 징계·문책 요구 대상자인 본인이나 재심의를 청구한 장관, 임용권자 등에게 재심의결정에 대한 행정소송 제소권을 인정하며, 효력정지 가처분결정을 허용하려는 것임(안 제34조의3 및 제40조).

현행	개정안
제34조의3(적극행정에 대한 면책) ① (생략) <u><신설></u>	제34조의3(적극행정에 대한 면책) ① (현행과 같음) ② 제32조제1항 또는 제8항에 따라 징계 요구 또는 문책 요구를 하기 전에 제1항에 따른 적극행정에 대한 면책여부를 검토하여야 한다.
② (생략) 제40조(재심의의 효력) ① (생략) ② <u>감사원의 재심의 판결에 대하여는 감사원을 당사자로 하여 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 그 효력을 정지하는 가처분결정은 할 수 없다.</u>	③ (현행 제2항과 같음) 제40조(재심의의 효력) ① (현행과 같음) ② 제32조제1항 및 제8항에 따른 징계·문책 요구 대상자인 본인이나 제36조제2항에 따른 재심의를 청구한 장관, 임용권자나 임용제청권자, 감독기관의 장또는 해당기관의 장은 감사원의-----결정에----- -----<단서 삭제>

□ 개정안은 적극행정 면책원칙¹⁷⁾에 대응하여 감사원에게 적극행정 면책 검토의무를 부과함으로써 적극행정 면책규정의 실효성을 높이고, 징계·문책 요구에 관한 감사원의 재심의결정에 대하여 행정소송 및 효력정지 가처분을 허용함으로써 법원의 판결을 통하여 징계·문책 요구 관련 분쟁을 해결하고 원고의 소송 실익을 확보할 수 있도록 하려는 취지로 이해됨.

□ 다만, 감사원의 징계·문책 요구에 관한 재심의결정에 대하여 행정소송을 허용하는 개정안의 내용에 관련해서는 대법원에서 감사원의 재심의결정의 처분성과 행정청의 당사자능력을 일반적으로 부인하고 있는 점을 고려하여 논의할 필요가 있을 것으로 보임.

○ 대법원은 징계 요구의 처분성과 관련하여, 징계 요구는 징계 요구를 받은 기관의 장이 요구받은 내용대로 처분하지 않더라도 불이익을 받는 규정도 없고, 징계 요구 자체만으로는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로 행정청 사이의 내부적인 의사결정 과정에서의 중간처분에 불과하여 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 판시한 바 있음(대법원 2016. 12. 27. 선고 2014두 5637 판결¹⁸⁾).

17) 제34조의3제1항*에서는 감사원 감사를 받는 사람이 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 아니한다고 규정하여 적극행정에 대하여 원칙적으로 면책함을 규정하고 있음.

* 제34조의3(적극행정에 대한 면책) ① 감사원 감사를 받는 사람이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그의 행위에 고의나 중대한 과실이 없는 경우에는 이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 아니한다.

② 제1항에 따른 면책의 구체적인 기준, 운영절차, 그 밖에 필요한 사항은 감사원규칙으로 정한다.

○ 대법원은 재심의를 청구한 장관 등 행정청의 당사자능력과 관련하여, 국가기관 등 행정기관 사이에 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우에는 통상 내부적 분쟁이라는 성격을 띠고 있어 상급관청의 결정에 따라 해결되거나 법령이 정하는 바에 따라 기관소송이나 권한쟁의심판으로 다루어지는 것이 원칙이라는 취지의 판시를 한 바 있음(대법원 2018. 8. 1. 선고 2014두35379 판결19)).²⁰⁾

18) 갑 시장이 감사원으로부터 감사원법 제32조에 따라 을에 대하여 징계의 종류를 정직으로 정한 징계 요구를 받게 되자 감사원법 제36조 제2항에 따라 감사원에 징계 요구에 대한 재심의의를 청구하였고, 감사원이 재심의청구를 기각하자 을이 감사원의 징계 요구와 그에 대한 재심의결정의 취소를 구하고 갑 시장이 감사원의 재심의결정 취소를 구하는 소를 제기한 사안에서, 징계 요구는 징계 요구를 받은 기관의 장이 요구받은 내용대로 처분하지 않더라도 불이익을 받는 규정도 없고, 징계 요구 내용대로 효과가 발생하는 것도 아니며, 징계 요구에 의하여 행정청이 일정한 행정처분을 하였을 때 비로소 이해관계인의 권리관계에 영향을 미칠 뿐, 징계 요구 자체만으로는 징계 요구 대상 공무원의 권리·의무에 직접적인 변동을 초래하지도 아니하므로, 행정청 사이의 내부적인 의사결정의 경로로서 ‘징계 요구, 징계 절차 회부, 징계’로 이어지는 과정에서의 중간처분에 불과하여, 감사원의 징계 요구와 재심의결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없고, 감사원법 제40조 제2항을 갑 시장에게 감사원을 상대로 한 기관소송을 허용하는 규정으로 볼 수는 없고 그 밖에 행정소송법을 비롯한 어떠한 법률에도 갑 시장에게 ‘감사원의 재심의 판결’에 대하여 기관소송을 허용하는 규정을 두고 있지 않으므로, 갑 시장이 제기한 소송이 기관소송으로서 감사원법 제40조 제2항에 따라 허용된다고 볼 수 없다고 한 사례

19) 행정소송법 제2조제1항제1호는 ‘처분’을 ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 대한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’이라고 정의하고 처분의 상대방을 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 행정소송법 제12조는 ‘처분 등의 취소를 구할 법률상 이익이 있는 자’가 취소소송을 제기할 수 있도록 정하고 있을 뿐이다. 한편 행정소송법 제13조는 ‘피고적격’이라는 제목으로 제1항에서 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다고 정함으로써, 행정청에 적어도 피고로서의 ‘당사자능력’이 인정된다는 것을 당연히 전제하고 있다.

국가기관 등 행정기관(이하 ‘행정기관 등’이라 한다) 사이에 그 권한의 존부와 범위에 관하여 다툼이 있는 경우에 이는 통상 내부적 분쟁이라는 성격을 띠고 있어 상급관청의 결정에 따라 해결되거나 법령이 정하는 바에 따라 ‘기관소송’이나 ‘권한쟁의심판’으로 다루어진다.

그런데 법령이 특정한 행정기관 등으로 하여금 다른 행정기관을 상대로 제재적 조치를 취할 수 있도록 하면서, 그에 따르지 않으면 그 행정기관에 대하여 과태료를 부과하거나 형사처벌을 할 수 있도록 정하는 경우가 있다. 이러한 경우에는 단순히 국가기관이나 행정기관의 내부적 문제라거나 권한 분장에 관한 분쟁으로만 볼 수 없다. 행정기관의 제재적 조치의 내용에 따라 ‘구체적 사실에 대한 법집행으로서 공권력의 행사’에 해당할 수 있고, 그러한 조치의 상대방인 행정기관이 입게 될 불이익도 명확하다. 그런데도 그러한 제재적 조치를 기관소송이나 권한쟁의심판을 통하여 다룰 수 없다면, 제재적 조치는 그 성격상 단순히 행정기관 등 내부의 권한 행사에 머무는 것이 아니라 상대방에 대한 공권력 행사로서 항고소송을 통한 주관적 구제대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 기관소송 법정주의를 취하면서 제한적으로만 이를 인정하고 있는 현행 법령의 체계에 비추어 보면, 이 경우 항고소송을 통한 구제의 길을 열어주는 것이 법치국가 원리에도 부합한다. 따라서 이러한 권리구제나 권리보호의 필요성이 인정된다면 예외적으로 그 제재적 조치의 상대방인 행정기관 등에게 항고소송 원고로서의 당사자능력

□ 개정안에 대하여, 감사원은 ① 적극행정 면책 신청이 있으면 감사원 규칙에 따라 면책 여부를 검토하고 있고, 면책 신청이 없더라도 징계 요구 여부나 양정 등을 검토하는 과정에서 비위행위 동기나 경위, 고의·과실 등을 검토하고 있으므로 징계·문책 요구 전 적극행정 면책 검토 관련 규정을 별도로 둘 실익이 없고, ② 감사원의 재심의결정에 대한 행정소송 허용은 감사원 처분요구 등의 항고소송 대상적격(처분성)을 부정하는 판례 및 일반적인 법리 등과 부합하지 않으며, 가처분(효력정지) 허용 시 재심의청구 남용 등이 우려되고, 감사결과의 실효성 확보를 위하여 가처분을 금지한 현행법의 취지를 고려할 필요가 있다는 입장임.

과 원고적격을 인정할 수 있다.

20) 나아가 원고 서울특별시장의 당사자능력 유무에 관하여 본다. 행정소송법상 항고소송은 행정청의 ‘처분 등’이나 부작위에 대하여 제기하는 소송이고(행정소송법 제3조 제1호), 행정소송에 대하여는 행정소송법 제8조제2항에 따라 민사소송법의 규정이 준용되므로 항고소송을 제기하기 위해서는 민사소송과 마찬가지로 소송의 주체가 될 수 있는 일반적인 능력인 당사자능력이 있어야만 한다. 따라서 일반적으로 당사자능력이 인정되는 자연인 및 법인은 물론, 비법인 사단이나 재단은 항고소송의 원고가 될 수 있으나, 당사자능력이 없는 법인의 기관이나 행정청 등은 항고소송의 원고가 될 수 없으므로, 당사자능력이 없는 행정청에 불과한 원고 서울특별시장은 관련 법령에 특별한 규정이 없는 한 직접 당사자가 되어 이 사건 재심의 결정의 취소를 구하는 항고소송을 제기할 수는 없다. 다만, 일방이 상대방에 대하여 일정한 의무를 부과하면서 이에 불응한 상대방 국가기관 등에게 별도로 과태료나 형사처벌 등과 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정하고 있는데도, 일방의 조치요구를 다룰 별다른 방법이 없는 경우와 같은 예외적인 경우에는 비록 원고가 국가기관 등이라 하더라도 당사자능력을 가진다고 봄이 상당하다(대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결 참조).

그러나 앞서 본 대로 이 사건 재심의 결정의 경우에는 그에 불응한 원고 서울특별시장 등에게 어떠한 불이익이 부과된다거나 권리침해가 있을 수 있다는 규정을 두고 있지 않으므로, 이와 같이 예외적으로 당사자능력이 인정된다고 볼 수도 없다.

이에 대하여 원고 서울특별시장은, 감사원법 제40조제2항에서 감사원의 재심의 판결에 대하여는 감사원을 당사자로 하여 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있으므로 이 사건 재심의 결정에 대한 취소사건에서 당사자능력이 있다고 주장한다. 그러나 감사원법 제40조제2항은 재심의 청구 대상(원처분)에 대한 처분성을 전제로 원처분에 대하여는 행정소송을 제기할 수 없고 재결에 해당하는 재심의 판결에 대하여만 감사원을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다는 이른바 재결주의를 취한 것으로 해석함이 상당하고(이에 따라 감사원의 변상판정처분에 대하여서는 행정소송을 제기할 수 없고, 재결에 해당하는 재심의 판정에 대하여서만 행정소송을 제기할 수 있는 것이다. 대법원 1984. 4. 10. 선고 84누91 판결 등 참조), 당사자능력이 없는 행정청에게 원고 능력을 부여한 규정이라고 해석하기는 어렵다. 이 부분 원고 서울특별시장 주장은 받아들일 수 없다(서울고등법원 2014. 2. 19. 선고 2013누3018 판결).

문 의 처

02)6788-5055