

감사원 감사의 개념과 적법성 판단*

– 대법원 2024. 5. 9. 선고 2024도1606 판결 평석 –

Concept of ‘Board of Audit and Inspection’s Audit and Inspection and Legitimacy of Audit and Inspection

방동희(Bang, Dong Hee)**

ABSTRACT

The subject judgment states that the principle of due process stipulated in Article 12, Paragraphs 1 and 3 of the Constitution must be strictly applied to the audit of the Board of Audit and Inspection. In other words, the legality of the audit of the Board of Audit and Inspection is judged based on the principle of due process and the Board of Audit and Inspection Act and lower-level related norms. The fact that the judgment directly judged the legality of the audit while establishing the criteria and judgment procedures for judging the legality of the audit of the Board of Audit and Inspection means that the audit of the Board of Audit and Inspection must also be within the framework of the rule of law, which is very significant. However, the subject judgment clearly limits the legality of the audit of the Board of Audit and Inspection in that it only relied on the wording of the individual provisions of the Board of Audit and Inspection Act and lower-level related norms without considering the history of the audit system of the Board of Audit and Inspection in Korea and the nature and attributes of the audit of the Board of Audit and Inspection in Korea. Nevertheless, the fact that the legality requirements and basis norms of the audit are presented while examining the legality of the audit of the Board of Audit and Inspection in a criminal trial has a very important meaning in the case law related to audits. The ‘characteristics of the Board of Audit and Inspection’s audit as a control of the purposefulness of the audit’ and ‘the preliminary and comprehensive characteristics of the audit method’, which are derived from the special nature of the Board of Audit and Inspection system in our country, have slowed down the systematic development of related

* 이 글은 2024. 6. 21. 한국부패학회가 숙명여자대학교 법학연구소와 공동으로 개최한 2024년 하계 학술대회(대주제 : 부패방지 공직자 윤리 3.0 : 정책방안과 과제)의 발표문(발제명 ‘감사의 개념과 적법성 판단 - 대법원 2024. 5. 9. 선고 2024도1606 판결의 평석에 겹하여 -’)이며, 2024. 6. 26. 법률신문 판례 평석(‘감사의 개념과 적법성 판단의 법리’)으로 게시되었고, 학술대회 발표문과 게시된 글을 기반으로 하여 수정·보완한 것임을 밝힙니다. 2024년 하계학술대회에서 사회와 토론을 맡아주시며 고견을 주신 이우진 교수님, 정주영 박사님과 플로워에서 고견을 주신 학회 회원님들께 감사드립니다. 특히 이 글을 한국행정법학회 행정판례평석 연재로 법률신문에 기고될 수 있게 해주신 김용섭 한국행정법학회 회장님께 감사말씀 올립니다.

** 법학박사, 연세대학교 법학전문대학원 부교수

norms regarding the Board of Audit and Inspection's audit. The concept and legal requirements of the Board of Audit and Inspection's audit should be organized more politically and clearly than the current normative form. In addition, the nature of the Board of Audit and Inspection's rules as a law should be clarified by including a provision on authorization (delegation) of the Board of Audit and Inspection's rules in the Constitution. In addition, the contents of the lower-level norms under the Board of Audit and Inspection's rules should be systematically organized according to the contents of the Constitution and the Board of Audit and Inspection Act. Finally, sufficient access to normative information should be secured not only for public officials but also for the public, such as by disclosing the laws related to the Board of Audit and Inspection. Ultimately, the Board of Audit and Inspection's audit should be organized as a "system of audit by the rule of law" based on the principles of reservation of law and supremacy of law as a so-called 'area of special administrative law', that is, "audit administration law."

Key words: Board of Audit and Inspection of Korea, Board of Audit and Inspection's audit and Inspection, Concept of 'Audit and Inspection', legitimacy of 'Audit and Inspection', Board of Audit and Inspection Act, Board of Audit and Inspection's Regulation

I. 사실관계

국회가 감사원에 월성1호기 원전 관련 감사를 요구하고 감사원이 산업통상자원부에 감사자료제출 요구를 하던 중 원전산업정책에 관여하였던 공무원들인 피고인들이 공모하여, 피고인 중 1인이 산업통상자원부 원전산업정책과 사무실에 출입권한 없이 들어감으로써 방실에 침입하고, 제3자가 사용하던 컴퓨터에서 자신이 남겨 둔 파일을 삭제함으로써 방실침입, 공용전자기록손상 및 감사방해로 기소된 사안이다¹⁾.

II. 소송경과 및 판결요지

1심은 감사원법 위반 및 전자기록 손상 일부 혐의에 대하여 유죄로 판단하여 피고인 A에 대하여는 징역 1년에 집행유예 2년, 피고인 B와 피고인 C에 대하여는 징역 8개월에 집행유예 2년을 각각 선고하였다²⁾.

1) 대전지방법원 2023. 1. 9. 선고 2020고합491 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반] 및 대전고등법원 2024. 1. 9. 선고 2023노41 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반] 참조.

2) 제1심 판결문의 범죄사실 요지는 다음과 같다. 평석논문의 기반이 되는 사실관계이므로 학술연구 목적으로 판결문의 해당부분을 발췌하여 인용한다.

<국회는 2019. 10. 1. 'F호기는 1983년 상업운전을 개시하여 2012. 11. 설계수명이 만료될 예정이었으나 5,925억 원을 투입하여 설비보강을 통해 수명을 연장하였고, 이에 따라 2022년 설계수명이 만료될

예정이었으나, 한국수력원자력 주식회사(이하 ‘한수원’이라 한다)는 2018. 6. 15. 이사회를 개최하여 F호기 조기폐쇄를 의결하였는데, 이와 관련하여 경제성 평가에서 전기판매 단가를 과도하게 낮추는 등 자료를 조작하여 F호기 경제성을 과소평가하고, 이용률이 54.4%를 초과할 경우 F호기를 계속 가동하는 것이 유리함에도 불구하고 의도적으로 낮은 이용률로 전망하였다는 의혹이 있고, 수명연장을 위해 설비투자를 진행하여 가동이 가능함에도 불구하고 F호기 조기폐쇄를 의결한 것은 한수원 이사들의 임무를 위배한 행위로서 회사에 손해를 가한 배임행위라는 지적이 제기되고 있다’는 이유로 국회법 제127조의2에 따라 감사원에 ‘한수원의 F호기 조기폐쇄 결정의 타당성 및 한수원 이사회 이사들의 배임행위에 대한 감사’를 요구하였다. 이에 감사원은 국회의 요구에 따라 2019. 10. 14경부터 한수원, 산업부 등을 상대로 감사를 진행하면서 F호기 조기 폐쇄 및 즉시 가동중단과 관련한 의사 결정이나 보고자료, 산업부·한수원·청와대 등과의 협의자료 등을 요구하였다. 피고인 A은 2019. 11.경 피고인 B, 피고인 C으로부터 위와 같은 감사원 감사 진행상황을 보고받고 피고인 B, 피고인 C에게 ‘감사원에는 공식적으로 작성된 최종 문건만 제출하라. F호기 조기 폐쇄 및 즉시 가동중단과 관련하여 산업부가 한수원에 영향을 미친 것으로 판단할 수 있는 중간보고나 내부 협의 자료 등은 삭제하라’는 취지로 지시하였고, 피고인 B은 그 무렵 피고인 C에게 ‘이메일, 휴대전화, 스마트워크 센터 클라우드 등에 있는 F호기 관련 자료도 삭제하라. 주중에는 사람들이 있으니 주말에 정리하라’는 취지로 지시하였다. 이후 감사원은 산업부가 감사 자료 제출에 소극적인 태도를 보이자 2019. 11. 26.경 ‘감사원 감사자료 협조요청’ 공문을 산업부에 발송하여 ‘F호기와 관련된 최근 3년간의 내부 보고자료, BH 협의 및 보고자료, 한수원과 협의자료 일체’를 제출하도록 재차 요청하였는데, 피고인 B, 피고인 C은 그 무렵 주무부서로서 감사 대응 업무를 수행하던 I과 담당자와 ‘F호기와 관련된 최근 3년간의 내부 보고자료, BH 협의 및 보고자료, 한 수원과 협의자료 등은 제외하고 공식적인 최종본 문서 일부만을 감사원에 제출하는 방안’을 협의한 후 이를 피고인 A에게 보고하여 승인을 받고 감사원에는 최종본 문서 일부만을 제출하였다. 이에 감사원은 2019. 11. 28.경 2017년 내지 2018년 당시 F호기 관련 산업부 업무담당 과장이었던 피고인 B, 담당 사무관이었던 피고인 C과 L 등의 컴퓨터에 대해 디지털포렌식 방식으로 자료를 확보하기로 결정한 후 2019. 12. 2. 디지털포렌식을 실행하기로 계획을 수립하였다. 피고인 C은 피고인 A, 피고인 B의 위와 같은 일련의 지시에 따라 F호기 조기폐쇄 및 즉시 가동중단 업무를 담당하던 시기에 피고인 C이 사용하였고 I과 M 사무관이 인계받아 사용하고 있던 업무용 컴퓨터에 저장된 관련 자료를 삭제하기 위하여 일요일인 2019. 12. 1. 23:00경 세종시 소재 I과 사무실에 들어간 후 그때부터 다음날인 12. 2. 01:30경까지 그곳에 있는 M 사무관의 업무용 컴퓨터 ‘예전 파일’ 폴더에서 다음과 같은 파일들을 삭제하였다. 피고인 C은, ① F호기 조기 폐쇄 추진방안으로 신임 한수원 사장의 책임 하에 2018. 3.까지 경제성 등 평가 TF를 내부적으로 구성하고 이후 한수원 이사회 의결로 추진하는 방안 등을 구체적으로 적시한 ‘180130_후속조치 및 지역산업 보완대책 추진계획_v4(국수).BAK’ 문건 등 산업부 내부 보고 자료들을 삭제하고, ② 에너지전환 로드맵에 따른 후속조치로 2018. 6. 15. 한수원 이사회가 F호기 조기폐쇄 및 즉시 가동중단을 결정할 예정 등을 청와대에 미리 보고하는 ‘180523_에너지전환 보완대책 추진현황 및 향후 추진일정(BH송부).BAK’ 문건, ‘180610_대통령 에너지전환(원전) 보고_원전국_v(BH 수정요청 반영 재제출).BAK’ 문건과 한수원 이사회의 F호기 조기폐쇄 의결 관련 보도자료에 F호기 근로자 고용보장 사항 등을 포함하는 계획 등을 청와대 산업비서관과 협의하는 ‘180611_산업비서관 요청사항.BAK’ 문건 등 산업부와 청와대의 협의 및 보고 자료들을 삭제하였으며, ③ F호기와 관련하여 ‘영구중단 의사결정, 지역 주민에 대한 설명회’ 등을 한수원에 요청해야 한다는 ‘180524_한수원 사장에게 요청할 사항(과수).BAK’ 문건, 한수원 사장과 면담 참고자료로 ‘F호기 관련 한수원 TF·회계법인의 평가결과 기준 이용률 56.7%, 한수원 이사회가 조기폐쇄 및 즉시 가동중단 의사결정할 필요성, 이사회 사전설명 필요성’ 등을 보고하는 ‘180530_한수원 사장 면담 참고자료BAK’ 문건, ‘F호기를 계속 가동하는 것은 경제성이 없다는 결론이 나올 필요가 있고, BH 기보고 사항이므로 조기폐쇄 결정 이후 즉시가동중단 필요하며, 6.13. 지방선거 직후 이사회 의결이 필요하다’는 내용의 한수원 사장에게 요청할 사항을 정리한 ‘4234.BAK’ 문건 등 산업부와 한수원의 협의자료들을 삭제하였는데, 위 ‘4234.BAK’ 문건은 파일 복구 시 그 내용을 인식할 수 없도록

항소심에서는 피고인들의 혐의를 모두 무죄로 판단하였다. 항소심은 감사원법에 따른 감사는 감사원이 행하는 모든 유형의 감사 전반을 의미하는 것이 아니라 감사원법 및 관련 법령에서 정한 절차에 따라 감사원의 권한 범위 내에서 적법하게 이루어진 감사만을 의미하며, 따라서 실지감사 통보 이전에 이뤄진 감사원의 자료제출 요구는 감사원의 감사대상기관이 되기 전이므로 임의이행을 요구한 것에 불과하여 이에 응하지 아니하였다 하더라도 이를 형사처벌의 대상으로 삼을 수 없고³⁾, 실지감사 통보 이후에 이뤄진 감사원의 자료제

파일명을 '4234'라고 임의로 수정하여 저장한 후 삭제하였다. 계속하여 피고인 C은 ④ '234.hwp', '180416_에너지전환 후속조치 추진방안.BAK' 등의 문건에 대하여 파일명을 임의로 수정하거나 디지털포렌식 절차에 의하더라도 복구할 수 없는 방법 또는 파일을 복구하더라도 그 내용을 인식할 수 없도록 본문에 'ㄴㅇㄹ'과 같은 임의의 문자를 기재하고 수정하여 저장한 후 삭제한 것을 비롯하여 별지 1범죄일람표 기재와 같이 총 530개의 F호기 조기폐쇄 및 즉시 가동중단 과정과 관련된 각종 자료 파일들을 삭제하였다. 그런데 피고인 C이 삭제한 자료들은 국회에서 감사원을 상대로 감사를 요구한 F호기 조기 폐쇄 과정과 직·간접적으로 관련된 자료들이었고, 감사원이 2019. 11. 26.경산업부에 제출을 요구한 'F호기와 관련된 최근 3년간의 내부 보고자료, BH 협의 및 보고자료, 한수원과 협의자료 일체'에 해당하는 자료들이었으며, 피고인 C이 위와 같이 I과 사무실에서 F호기 관련 자료들을 삭제한 2019. 12. 1. 23:00경부터 12. 2. 01:30경까지는 감사원이 산업부의 자료제출 비협조 등에 따라 2019. 12. 2. 오전경 산업부에 직접 방문하여 디지털포렌식 방식으로 자료확보 조치를 실행하기 직전이었다. 이로써 피고인들은 공모하여, 공무소에서 사용하는 전자기록 등을 손상 또는 은닉하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해하고, 감사원의 감사와 관련하여 F호기 조기폐쇄결정의 위법·부당함을 살펴볼 수 있는 대부분의 자료를 제외한 일부 자료만 제출하고 더 나아가 해당 감사와 관련된 자료들을 삭제함으로써 감사원법에 따른 감사원의 감사를 방해하였다.> 대전지방법원 2023. 1. 9. 선고 2020고합491 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]

- 3) 이에 관한 원심판결문의 판결요지는 다음과 같다. 평석논문의 기반이 되는 해당 요지이므로 학술연구 목적으로 판결문의 해당부분을 발췌하여 인용한다.

[가) 2019. 11. 22. 이전에 감사원이 피고인 C에게 한 자료 제출 요구에 대한 검토

○ 감사원법 제26조는 '감사원은 제출된 서류에 의하여 상시 서면감사를 하는 외에 필요한 경우에는 직원을 현지에 파견하여 실지감사를 할 수 있다.'고 규정하고 있고, 감사원법 제52조의 위임을 받은 구 감사원 사무처리 규칙(2020. 7. 20. 감사원규칙 제327호로 개정되기 전의 것) 제9조는 '감사원법 제26조에 따라 실지감사를 하려는 경우에는 실지감사통지서로써 해당 기관에 통지할 수 있다.'고 규정하고 있다. 감사원이 위 조항에 근거하여 산업부에 이 사건 실지감사 통보 공문을 보낸 시기는 2019. 11. 22.경으로, 그 시점에 비로소 산업부가 감사원의 감사대상기관이 되었다고 할 수 있다. 따라서 2019. 11. 22. 이전에 감사원의 AD 감사관이 피고인 C에게 연락하여 구두로 감사 자료 제출을 요구한 것은 감사대상기관 이외의 자에 대하여 자료제출을 요구한 경우에 해당한다.

○ 감사원법 제50조는 '감사원은 필요한 경우에는 이 법에 따른 감사대상기관 외의 자에 대하여 자료를 제출하거나 출석하여 답변할 것을 요구할 수 있다. 그 요구는 감사에 필요한 최소한도에 그쳐야 하고, 감사원으로부터 그러한 요구를 받은 자는 정당한 사유가 없으면 그 요구에 따라야 한다.'고 규정하고 있다. 구 감사원 사무처리규칙 제18조 제1항은 '법 제50조에 따라 협조를 요구할 때에는 협조의 내용과 이유를 명백히 한 협조요구서로 하여야 한다. 다만 실지감사 시에는 감사단장의 기명날인으로 할 수 있다.'고 규정하고 있고, 제2항은 '제1항에도 불구하고 긴급한 경우에는 사무총장 또는 국·단장의 승낙을 받아 구두로 협조 요구를 할 수 있다.'고 규정하고 있는데, 2019. 11. 22. 이전에 감사원의 AD 감사관이 피고인 C에게 구두로 감사 자료 제출을 요구한 것이 위 각 조항에서 정한 절차에 따라 이루어졌는지는 확인되지 아니한다.

○ 구 감사원 사무처리 규칙 제18조 제3항은 '감사원은 제1항에 따른 협조요구서를 보내기 전에 법 제50조에 규정된 감사대상기관 외의 자에게 자료를 임의 제출하거나 임의로 출석하여 답변하여 줄 것

출 요구도 공문상에 ‘감사자료 협조 요청’이라는 제목을 사용하였고, 자료 제출할 사람의 성명이나 이를 특정할 만한 내용도 기재하지 아니하였다는 점, 자료제출 기한도 1일 후로 정하여 감사원법 및 관련 법령에서 정한 절차를 따른 감사활동으로 볼 수 없으므로 피고인이 이에 응하지 않았거나 일부 자료만 제출했다고 하더라도 이를 감사방해에 해당할 수 없다고 판시하였다⁴⁾. 또한 감사원의 디지털 포렌식도 감사원법 및 관련 법령에 따라 적법하게 실시되

을 요청할 수 있고, 감사대상기관 외의 자는 자료를 임의 제출하거나 임의로 출석하여 답변할 수 있다.’고 규정하고 있다. AD 감사관의 자료제출 요구는 위 조항에 근거하여 이루어졌다고 볼 여지가 상당한데, 위 조항에 근거한 자료제출 요구는 상대방의 임의 이행을 구하는 것에 불과하여 상대방이 그 요구에 응하지 않았다고 하더라도 이를 형사처벌 대상으로 삼을 수는 없다.] 대전고등법원 2024. 1. 9. 선고 2023노41 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]

- 4) 이에 관한 원심판결문의 판결요지는 다음과 같다. 평석논문의 기반이 되는 해당 요지이므로 학술연구 목적으로 판결문의 해당부분을 발췌하여 인용한다.

[나] 2019. 11. 22. 이후에 있었던 AD 감사관의 자료제출 요구에 대한 검토

○ 감사원이 2019. 11. 22.경 산업부에 이 사건 실지감사 통보 공문을 보냄으로써 그 시점에 산업부가 감사원의 감사대상기관이 되었음은 앞서 본 바와 같다.

이와 관련하여 감사원의 N 감사관은 검찰에서 ‘당초 감사원의 감사는 F호기 즉시 가동중단 결정에 관한 한수원 이사회의 2018. 6. 15. 자 의결에 산업부가 부당개입하였는지 여부를 중점적으로 감사하기 위한 것이 아니었다. 원래는 국회에서 감사 요구한 한수원의 F호기 조기폐쇄 결정의 타당성 및 한수원 이사회 이사들의 배임행위에 대한 것으로, 그 주된 감사대상은 한수원이라고 생각했다.’고 진술하였고, 원심법정에서도 같은 취지로 진술하였다.

○ 감사원법 제27조 제1항 제2호는 ‘감사원은 감사에 필요하면 증명서, 변명서, 그 밖의 관계 문서 및 장부, 물품 등의 제출 요구의 조치를 할 수 있다.’고 규정하고 있다. 감사원법 제52조의 위임을 받은 구 감사원 사무처리 규칙 제11조 제1항은 ‘법 제27조 제1항 제2호에 따른 증명서 등의 제출을 요구하려는 경우에는 증명서 등의 제출요구서를 발부한다. 다만, 긴급한 경우에는 관계자에게 구두로 증명서 등의 제출을 요구할 수 있다.’고 규정하고 있고, 제2항 단서는 ‘제1항 단서에 따라 구두로 증명서 등의 제출을 요구할 때에는 이 항 본문의 예에 따라 사무총장, 사무차장, 기획조정실장, 국·단장, 과장, 센터장의 승낙을 받아야 한다.’고 규정하고 있다.

○ 2019. 11. 22. 이후에도 AD 감사관은 피고인 C에게 계속하여 감사에 필요한 자료 제출을 요구하였는데, 당시 구 감사원 사무처리 규칙 제11조 제1항 단서에서 정한 ‘관계자에게 구두로 증명서 등의 제출을 요구할 수 있는 긴급한 사정이 있었다고 볼 만한 정황은 확인되지 아니하고, 오히려 감사원이 2019. 11. 26. 자로 산업부에 이 사건 자료제출 요청 공문을 보낸 것을 고려해 보면 위와 같은 긴급한 사정은 없었다고 봄이 타당하다. 또한, AD 감사관이 피고인 C에게 구두로 자료제출 요구를 하면서 사무총장, 사무차장, 기획조정실장, 국·단장, 과장, 센터장의 승낙을 받았다는 사정도 확인되지 아니한다. 따라서 이 사건 실지감사 통보 이후에 AD 감사관이 피고인 C에게 한 자료제출 요구 역시 감사원법에 따른 감사로 볼 수 없다.

다) 감사원의 산업부장관에 대한 2019. 11. 26. 자 자료제출 요청에 대한 검토

○ 앞서 본 바와 같이 감사원법 제27조 제1항 제2호는 ‘감사원은 감사에 필요하면 증명서, 변명서, 그 밖의 관계 문서 및 장부, 물품 등의 제출 요구의 조치를 할 수 있다.’고 규정하고 있고, 구 감사원 사무처리 규칙 제11조 제1항 본문은 ‘법 제27조 제1항 제2호에 따른 증명서 등의 제출을 요구하려는 경우에는 증명서 등의 제출요구서를 발부한다.’고 규정하고 있으며, 제2항 본문은 ‘제1항의 요구서에는 목적물을 제출할 사람의 성명, 제출할 목적물, 일시 및 장소 등을 적고, 증명서 등을 제출할 사람의 직위에 상응하게 사무총장, 사무차장, 기획조정실장, 국·단장, 과장, 센터장이 기명날인하거나 전자서명을 한다.’고 규정하고 있다. 그리고 구 감사원 사무처리 규칙 제12조는 ‘실지감사 실시 중 제11조에 따른 증명서 등의 제출요구는 감사단장(감사조장 등 단위 감사책임자를 포함한다)이 할 수 있고, 그

었는지 확인되지 않아 이 사건 파일 삭제로 인하여 감사방해의 위험이 초래되었다는 사실이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 볼 수 없으며⁵⁾, 특히 이 사건 파일 자체는 ‘공공기록

요구서는 관계자의 소속 기관의 장을 거쳐 본인에게 보낸다.’라고 규정하고 있다.

감사원의 위와 같은 자료제출 요구에 응하지 않을 경우에는 감사원법 제51조 제1항에 따라 형사처벌을 감수해야 한다. 따라서 감사원의 제출요구서에 ‘목적물을 제출할 사람’은 반드시 특정이 가능한 정도로 기재되어 있어야 한다고 봄이 타당하다.

○ 감사원은 2019. 11. 26.경 산업부장관을 수신자로 하여 이 사건 자료제출 요청 공문을 보냈는데, 여기에는 근거 규정으로 감사원법 제27조가 기재되어 있고, 감사원의 자료제출 요구에 따르지 아니할 경우 감사원법 제51조에 따라 처벌될 수 있다는 내용이 기재되어 있으며, 요청자료, 제출방법, 제출기한도 기재되어 있다.

그러나 감사원이 이 사건 자료제출 요청 공문을 보내면서 ‘감사자료 제출요구’가 아닌 ‘감사자료 협조 요청’이라는 제목을 사용하였고, 자료를 제출할 사람의 성명이나 이를 특정할 만한 어떠한 내용도 기재하지 아니한 점, 자료제출기한을 1일 후로 정하여 감사원이 실제로 산업부로부터 자료제출을 받으려는 의사로 위 공문을 보냈다고 보기 어려운 점, 피고인 C은 감사 대응 과정에서 위 공문에 대하여 알게 되었고, 산업부장관을 통하여 이를 정식으로 전달받은 것으로 보이지는 않는 점 등을 고려해 볼 때, 감사원이 이 사건 자료제출 요청 공문을 보낸 것 역시 감사원법 및 관련 법령에서 정한 절차에 따른 감사활동으로 평가할 수는 없다. 따라서 피고인들을 비롯한 I과 전·현직자들이 감사원의 2019. 11. 26. 자 자료제출 요청에 응하지 않았거나 일부 자료만 제출했다고 하더라도 이를 감사원법에 따른 감사를 방해했다고 볼 수는 없다.] 대전고등법원 2024. 1. 9. 선고 2023노41 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]

- 5) 이에 관한 원심판결문의 판결요지는 다음과 같다. 평석논문의 기반이 되는 해당 요지이므로 학술연구 목적으로 판결문의 해당부분을 발췌하여 인용한다.

[라) 이 사건 디지털 포렌식의 적법절차 준수 여부에 대한 검토

○ 감사원법은 디지털 포렌식의 법적 근거로, 제27조 제1항 제3호에서 ‘감사원은 감사에 필요하면 창고, 금고, 문서 및 장부, 물품 등의 봉인 조치를 할 수 있다.’고 규정하고 있고, 제3항에서 ‘제1항 제3호에 따른 봉인은 감사에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.’고 규정하고 있다. 감사원법 제52조의 위임을 받은 구 감사원 사무처리 규칙 제14조는 디지털 포렌식 절차에 대하여 규정하고 있다.

○ 감사원의 ○ 감사관은 검찰에서 ‘디지털 포렌식에 관한 근거 규정으로는 감사원법 제27조 제1항, 감사원 사무처리 규칙 제14조 이외에 ‘디지털 증거 수집 및 관리규정’(예규) 및 ‘디지털 자료 수집 및 관리 규정’(훈령)과 같은 세부 절차 규정이 마련되어 있다.’고 진술하였다.

구 감사원 사무처리 규칙 제21조 제1항은 ‘감사 사무처리에 필요한 세부 사항은 감사원장이 따로 정한다.’고 규정하고 있는바, 위 예규 및 훈령은 단순한 감사원의 내부 규정이 아니라 감사원법 제52조, 구 감사원 사무처리 규칙 제21조 제1항의 위임에 따른 것으로 이 사건 디지털 포렌식이 감사원법에서 정한 절차에 따라 이루어졌는지 여부를 확인하기 위해서는 반드시 필요한 규정이다. 그런데 피고인 A의 변호인 및 검사가 감사원에 대한 사실조회 등을 통하여 관련 규정의 내용을 확인하고자 노력하였음에도 감사원은 관련 규정이 내부 자료라는 이유를 들어 그 제출을 거부하였고, 이에 따라 이 사건 디지털 포렌식이 감사원법 및 관련 법령에 따라 적법하게 실시되었는지가 확인되지 않았다.

○ 오히려 다음과 같은 사정을 고려해 보면, 이 사건 디지털 포렌식은 감사원법 및 관련 법령에 따라 적법하게 실시되지 않았다고 볼 여지가 상당하다.

- 감사원은 2019. 11.경 F호기 조기폐쇄 결정의 타당성 점검을 위하여 한수원, 산업부를 대상으로 하는 디지털 포렌식 요청 계획서를 작성하였고, 2019. 11. 28 공공기관감사국장 및 제1사무차장의 결재를 받았다.

- 위 계획서 중 산업부와 관련된 부분을 살펴보면, 디지털 포렌식 요청사유로 ‘F호기 조기폐쇄에 중요한 영향을 미친 산업부 국정과제와 에너지전환 로드맵 마련 등산업부의 역할과 의사결정 과정에 대한 구체적인 자료(내부 검토, 내·외부 협의 등) 필요 글 F호기 조기폐쇄 결정 과정의 객관적인 증거

물로 분류될 만한 중요문서에 관한 전자기록'과 동일한 내용을 담고 있더라도 그 전자기록에 해당한다고 볼 수 없어 이 사건 파일이 감사원의 1차적인 자료수집의 대상으로 볼 수 없는 바, 감사방해의 위험이 초래되었다고 평가하는 것이 타당하다고 할 수 없다고 판시하였다⁶⁾.

서류 확보를 위해 한수원 담당자 및 팀장 등 4명과 산업부 업무담당자 및 과장 등 3명의 PC(업무용, 외부용 각 1대)와 이메일 서버 등에 대한 포렌식 필요'라는 내용과 함께 디지털 포렌식 대상 명세가 기재되어 있을 뿐이다. 감사원법 제27조 제3항은 '제1항 제3호에 따른 봉인은 감사에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.'고 규정하여 비례의 원칙 및 보충성의 원칙을 선언하고 있는데, 위 계획서에는 그러한 검토가 전혀 기재되어 있지 않다.

- 피고인 A의 변호인은 2022. 4. 19. 중 제5호증으로 '디지털 자료 수집 및 관리 규정'(감사원 훈령)을 제출하였다. 위 규정은 2021. 9. 15. 전면 개정되고 2022. 4. 4. 일부 개정된 것으로 보이는데, 감사원 감사사무 처리규칙 제21조, 제24조, 제31조에 따라 디지털 포렌식에 의하여 디지털 자료를 수집, 보존, 분석, 현출 및 관리하는 과정에서 준수하여야 할 절차가 상세히 규정되어 있다. 위 규정 제5조 제1항은 디지털 포렌식의 실시기준으로서 '감사부서 과장은 감사업무를 수행하면서 디지털 자료의 수집을 위하여 디지털 포렌식을 실시하려 할 때에는 그 필요성, 보충성 및 관련성을 사전에 검토하여야 한다.'라고 규정하면서 제3항에서 그 판단기준을 상세히 열거하고 있다. 위 규정의 [별지 제1호 서식] 디지털 포렌식 실시계획서는 감사대상기관과 감사대상기관 이외의 자를 구별하여 후자의 경우에는 디지털 포렌식에 의하여 확보하려는 디지털자료가 감사대상기관으로부터 제출받을 수 없는 자료인지 여부 등을 추가로 검토하여 디지털 포렌식 실시 여부를 결정하도록 하고 있다. 위 규정의 내용은 감사원법 제27조 제3항에서 정한 비례의 원칙 내지 보충성의 원칙을 구체화한 것으로 볼 수 있다.

- 비록 위 규정이 이 사건 디지털 포렌식 실시 당시 시행되고 있던 것은 아니지만, 감사원 소속 감사관들이 이 사건 디지털 포렌식을 실시하면서 징구한 각종 서류의 내용·형식과 위 규정에 첨부된 서식을 비교해 보면, 이 사건 디지털 포렌식 당시에도 위 규정과 유사하거나 적어도 감사원법 제27조 제3항에 정한 비례의 원칙 내지 보충성의 원칙을 구체화한 규정이 존재할 가능성이 상당하다. 그런데 앞서 본 바와 같이 감사원은 이 사건 디지털 포렌식이 그러한 절차에 부합하게 이루어졌는지를 확인할 수 있는 관련 내부 규정을 전혀 공개하지 않았다.] 대전고등법원 2024. 1. 9. 선고 2023노41 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]

- 6) 이에 관한 원심판결문의 판결요지는 다음과 같다. 평석논문의 기반이 되는 해당 요지이므로 학술연구 목적으로 판결문의 해당부분을 발췌하여 인용한다.

[마) 이 사건 파일 삭제로 인한 감사방해의 위험 초래 여부에 대한 검토

○ 감사방해로 인한 감사원법위반죄와 구성요건이 유사한 형법상 업무방해죄, 공무집행방해죄, 경매(입찰)방해죄, 일반교통방해죄 등은 모두 추상적 위험범으로 구체적으로 업무, 공무집행, 경매(입찰), 교통의 방해라는 결과 발생을 요하지 않는 점, 위 업무방해죄 등과 감사방해로 인한 감사원법위반죄의 각 구성요건 해석에 있어서 양자 사이에 본질적인 차이가 있다고 보기 어려운 점, 감사방해로 인한 감사원법위반죄를 결과범이나 구체적 위험범으로 볼 경우 행위자가 감사직무 수행에 지장을 줄 만한 방해행위를 하였음에도 감사원의 적극적인 노력 등에 의해 결과적으로 감사의 목적이 달성된 경우 행위자를 처벌할 수 없게 되는 불합리한 결과가 초래되는 점 등을 감안하면, 감사방해로 인한 감사원법위반죄는 추상적 위험범으로 봄이 타당하다.

○ 감사원에 일부 자료만 제출한 행위가 감사원의 감사를 방해한 경우에 해당한다고 평가하기 위해서는 감사원의 구체적인 자료제출 요구가 선행되어야 하고, 감사원의 자료제출 요구가 감사원법에 따른 것이 아니라면 그러한 행위로 인하여 감사방해로 인한 감사원법위반죄가 성립한다고 볼 수는 없다. 이 경우 감사원이 감사원법 및 관련 법령에서 정한 권한의 범위 내에서 적법한 절차를 거쳐 다시 자료제출 요구를 하였음에도 그 요구에 응하지 않고 이로써 감사방해의 위험이 초래되었다면 이를 감사방해로 인한 감사원법위반죄로 의율하면 족하다. 그런데 감사방해로 인한 감사원법위반죄가 추상적 위험범에 해당한다는 점을 고려해 보면, 감사원이 요구한 감사자료를 삭제·폐기한 경우에는 이와 다른 관점에서 살펴볼 필요가 있다. 삭제·폐기 당시 감사원법에 따른 적법한 감사가 없었다고 하더라도

대법원은 “피고인들에 대한 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 무죄로 판단한 원심판결에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 감사원법 위반죄의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다”고 판시하면서 상고를 기각하였다⁷⁾.

III. 평석

1. 쟁점

행정법학적 관점에서 볼 때 이 사안에서는 감사방해죄의 성부와 관련하여 그 선결문제로 다뤄져야 하는 감사원 감사의 적법성이 주된 쟁점이 된다. 감사원 감사의 개념과 감사의 적법성 판단 등에 관하여 살펴보기로 한다.

도 감사원이 나중에 적법한 절차를 거쳐 자료제출 요구나 디지털 포렌식을 실시할 가능성이 얼마든지 있는데, 자료를 삭제·폐기함으로써 그러한 감사활동이 방해될 위험이 있기 때문이다. 이하에서는 이를 염두에 두면서 피고인 C의 이 사건 파일 삭제로 인하여 감사방해의 위험이 초래되었는지에 관하여 살피기로 한다.

○ 감사방해죄의 성립에 있어서는 감사방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니고 감사방해의 결과를 초래할 위험성이 발생하면 충분하지만, 결과 발생의 염려가 없는 경우에는 감사방해죄가 성립하지 아니한다(업무방해죄 등에 관한 대법원 2005. 10. 27. 선고 2005도5432 판결, 대법원 2007. 4. 27. 선고 2006도9028 판결, 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도10560 판결 등 참조).

○ 감사원의 N 감사관은 검찰에서 ‘피고인 C이 삭제한 이 사건 파일을 1차, 2차 자료 수집 때에 확보할 수 있었다면, 이 사건 감사의 기한도 준수할 수 있었고, 감사기간도 단축시킬 수 있었으며, 감사위원회에서도 조기 제출된 자료를 검토·심의하여, F호기 조기폐쇄 관련 절차적 하자의 유무에 대해 제대로 의결할 수 있었을 것이다. 피고인 C이 이 사건 파일을 삭제함으로써 이를 복구하기 위하여 많은 예산과 시간이 소요되었고, 감사위원회에 감사보고서를 적시에 상정하지 못하였으며, 감사원 업무가 심각하게 방해되었다.’고 진술하였고, 원심 법정에서도 같은 취지로 진술하였다.

○ 그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 이 사건 파일 삭제로 인하여 감사방해의 위험이 초래되었다는 사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되었다고 볼 수 없다.

○ 오히려 앞서 본 바와 같은 사정, 즉 이 사건 감사의 대상기관은 산업부 자체이고 피고인 C은 그 대상이 아닌 점, 이 사건 파일과 동일한 내용의 전자기록이 산업부나 I과가 관리하는 문서관리시스템, 공용 디스크뿐만 아니라 I과 소속 직원들의 컴퓨터에 산재해 있었던 점, 피고인 C은 자신에게 처분 권한이 있는 이 사건 파일을 삭제하였을 뿐이고, 다른 곳에 저장되어 있는 이 사건 파일과 동일한 내용의 전자기록에 대해서는 아무런 조치도 취하지 아니한 점, 감사원은 적법한 절차를 거쳐 그 권한의 범위 내에서 이 사건 파일과 동일한 내용의 전자기록을 어려움 없이 수집, 확보할 수 있었던 점, 그럼에도 감사원은 부정확한 정보를 기초로 피고인 C이 사용하던 컴퓨터가 아닌 이 사건 컴퓨터를 디지털 포렌식 대상으로 삼는 등 부실하게 업무를 처리하였고, 내부적인 사정으로 그 결과물에 대한 분석도 제대로 하지 못했던 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 C의 이 사건 파일 삭제로 인하여 감사방해의 추상적 위험성조차 발생하지 않았다고 봄이 타당하다.] 대전고등법원 2024. 1. 9. 선고 2023노41 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]

7) 대법원 2024. 5. 9. 선고 2024도1606 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]

2. 감사원 감사의 개념

감사원 감사의 개념은 헌법에서부터 찾아야 한다. 감사원은 1963년에 시행된 5차 개정 헌법에서 심계원과 감찰위원회의 통합형태로 처음 등장하였다⁸⁾. 이후 현행 헌법에 이르기까지 제4장 정부, 제2절 행정부, 제4관 감사원 편에 그 직무와 조직에 관한 사항을 규정해 왔다. 헌법 편제상 감사원(제4관)과 행정각부(제3관)를 분리하여 나뉘 둔 것은 감사원의 직무와 조직의 독립성 및 중립성을 보장하기 위한 헌법적 결단이며, 나아가 감사원의 감사와 행정각부가 수행하는 행정을 분별하겠다는 헌법제정권자의 의도도 담겨 있다⁹⁾.

헌법과 감사원법에서는 ‘감사원 감사’를 명문의 규정으로 정의해 두지 않았다. 다만 감사원법 제4절 ‘감사방법’ 편 제25조(계산서 등의 제출) 이하의 조항에서 ‘감사원의 회계검사 및 직무감찰을 이하 “감사”라 한다’로 약칭 표기하여 회계검사와 직무감찰이 감사원 감사의 내용이 됨을 확인하고 있다. 연혁적 측면에서 심계원의 회계검사와 감찰위원회의 직무감찰이 병렬적으로 합해져 감사원의 감사(Audit and Inspection)가 된 점을 고려하더라도 감사원 감사는 회계검사와 직무감찰의 합(合)임을 확인할 수 있다¹⁰⁾. 이러한 연유로 감사제도를 선진적으로 도입하고 성숙시킨 주요 외국의 ‘감사(Audit)’ 개념과 우리의 감사원 감사는 그 의미가 다른 점을 유의할 필요가 있다¹¹⁾. 결국 우리나라의 감사원 감사의 개념은 법규의 문

8) 감사원제도는 우리나라의 특수한 정치적 상황에 기인한 독자적 산물이다. 제헌헌법은 회계검사기능을 담당하는 헌법기관으로 심계원을 두었고 행정공무원의 직무감찰을 담당하는 감찰위원회는 1948년 7월 17일에 제정· 공포된 정부조직법(법률 제1호) 제6장에 의하여 대통령소속의 법률상의 기관으로 설치되었다. 양 기관은 모두 대통령소속기관으로 설치되었지만 국가조직상의 존립근거가 상이한 관계로 별개의 기능을 수행하는 것으로 인식되었다. 그러나 건국후의 정치적 혼란과 권위주의 정권의 지속 등으로 중앙행정기관으로서의 감찰기관이 공식사회통제를 위하여 계속 존립할 수밖에 없었던 특별한 사정으로 제5차 개정 헌법에 의해 직무감찰기능이 헌법적 기능으로 격상되어 헌법기관인 감사원에 의해 수행되도록 규정되었다. 즉 회계검사기능과 직무감찰기능을 통합한 감사원제도의 출범과정은 현대 국가에서 두 기능의 논리필연적 유관성 때문이라 보다는 한국적 특수상황에 때문에 감찰기능을 헌법적 기능으로 격상하여 최고감사기구의 관할 하에 두게 된 것이라고 할 수 있다. 정재황, 「감사권의 독립성 확보 및 감사원 장기발전방안」, 한국공법학회, 2002, pp.25-27. 보다더 자세한 내용은 감사원, 「감사60년사 I」, 감사원, 2008; 손창동·김찬수, 「공공감사론」, 박영사, 2023; 줄저, 「공공감사법의 이론과 실제」, 박영사, 2021. 참조.

9) 감사원법은 제2조 제1항에서 “감사원은 대통령에 소속하되, 직무에 관하여는 독립의 지위를 가진다”라고 규정하고 동조 제2항에서 “감사원 소속 공무원의 임면, 조직 및 예산의 편성에 있어서는 감사원의 독립성이 최대한 존중되어야 한다”라고 규정함으로써 헌법상 감사원의 독립성을 재확인하고 있다.

10) 우리 헌법은 감사원의 직무로 회계검사와 직무감찰을 규정함으로써 ‘감사원 감사’를 ‘회계검사와 직무감찰을 병렬적으로 합한 개념’으로 보고 있다. 즉 ‘감사원 감사 = 회계검사 + 직무감찰’을 의미한다. 줄저, 「공공감사법의 이론과 실제」, 박영사, 2021, 345면 참조.

11) 주요국의 감사기구는 회계검사(Audit)를 주관하며 영국의 ‘National Audit Office’, 미국의 ‘Government Accountability Office’, 독일의 ‘Bundesrechnungshof’, 프랑스의 ‘Cour des comptes’에서 담당하고 있다. 이에 대한 자세한 사항은 줄저, 「공공감사법의 이론과 실제」, 박영사, 2021, 127면, 345면; 정재황, “프랑스의 감사원제도에 대한 연구”, 『세계헌법연구』, 13(1), 세계헌법학회한국학회, 2007; 정문식, “독일연방감사원 -독일연방감사원의 독립성보장과 사무를 중심으로-”, 『법학논총』,

언적 해석에 기초하되 헌법상 감사원 제도 도입의 역사와 감사원 감사제도 시행의 연혁과 과정을 종합적으로 고려하여 규명되어야 한다.¹²⁾

회계검사와 직무감찰을 포함하는 감사원 감사의 개념과 범위는 매우 포괄적이다. 회계검사는 국가공동체의 주체인 국민이 공동체의 평화와 안전의 보장 및 공공복리의 증진을 위해 기꺼이 부담하는 조세를 국가가 그 원래의 목적에 맞게 적절하게 지출하였는지를 확인하고 국가 및 국민생활의 기초를 제공하는 공공단체의 재정집행작용이 적정성과 합법성을 확보하고 있는지를 검토하는 직무이다. 직무감찰은 행정운영의 개선 및 향상을 도모하기 위하여 행정기관의 권한이나 조직 등의 관리체계의 합리성과 타당성을 검토하는 조사작용 - 행정사무감찰 - 과 행정기관과 소속 공무원의 직무 전반의 위법·부당한 행위에 대한 비위의 적발을 위한 작용 - 대인감찰 - 을 포함하는 직무다. 이렇게 회계검사와 직무감찰을 포괄하는 감사원 감사에 관하여 헌법재판소는 합법성 감사에 한정하지 않고 합목적성 감사까지도 가능하며 나아가 국가 감독권 행사로서 그 범위는 사전적이면서 포괄적인 성격을 가진다고 결정해 왔다¹³⁾.

결국 감사원 감사는 사전적이고 포괄적인 국가 감독작용으로 합목적적인 통제장치로서의 속성에 기반하여 감사원법 개별 규정의 해석을 통하여 그 개념과 범위가 정해진다. 그렇다면 감사원 감사는 회계검사와 직무감찰을 내용으로 하면서 그 방법으로서의 개별 단계인 ‘계산서 등의 제출(감사원법 제25조)’, ‘서면감사·실지감사(같은 법 제26조)’ 및 ‘출석답변·자료제출·봉인(같은 법 제27조)’ 등 단계적인 선후의 과정을 포괄하는 일체의 전 과정으로서의 개념이다¹⁴⁾. 따라서 ‘실지감사’만을 ‘감사원법에 따른 감사’로 한정하는 것은 앞서 밝힌 우리 헌법과 감사원법이 정하는 감사원 감사제도의 존립 취지 및 그 목적과 원리에 부합하지 않음은 물론이고 감사원 감사의 개념 해석에도 맞지 않는다.

28(4), 한양대학교 법학연구소, 2011; 김연식, “영국 국가감사제도에 대한 고찰”, 『공법연구』, 45(4), 한국공법학회, 2017; 이진수, “미국 감사원의 제도적 특징과 우리나라에의 시사점”, 『행정법연구』, 행정법이론실무학회, 2018 참조.

12) 졸저, 『공공감사법의 이론과 실제』, 박영사, 2021, 204면 참조.

13) 감사원 감사 상 통제의 기본함의는 정부의 행정작용에 대한 ‘합법성’ 뿐만 아니라 “합목적성”에 대한 판단권 까지 보유하고 있다는 점이다. 결국 감사원 감사는 헌법 제4장 ‘정부’의 내부통제기관으로서 헌법상 ‘정부’의 행정작용에 대하여 그 합목적성을 통제할 수 있는 체제로 구성되어 있음을 확인할 수 있다. 감사원 감사는 동일한 행정주체 내에서 상급관청이 하급관청에 대하여 행하는 내부통제작용으로서의 속성을 갖는다. 따라서 상이한 행정주체 사이에서 이뤄지는 통제 - 예를 들면 법원과 정부사이의 통제 - 인 외부통제의 속성과는 구별된다. 감사원 감사는 헌법의 편제, 감사의 과정 등을 놓고 볼 때 기본적으로 내부통제의 속성을 가지고 있다는 것을 확인할 필요가 있다. 졸저, 『공공감사법의 이론과 실제』, 박영사, 2021, 347면 참조; 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌라6 전원재판부; 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2005헌라3 전원재판부

14) 감사결과의 처리에 관한 제반조치를 감사의 목적, 행정의 적법성 및 적정성을 제고하기 위한 것으로 감사와 상호 연계되어 있는 선후절차로 파악한다. 최봉석, “감사의 범리에 따른 제주특별자치도 감사체계의 진단”, 한국지방자치법학회, 제12회 학술자료집, 2006, p.265면 참조.

3. 감사원법상 감사의 적법성 판단

감사원 감사의 적법성은 감사원 감사의 개념에서 비롯된 적법요건에 의해 판단된다. 행정행위에 관한 고전적 적법요건의 체계를 접목시켜 - 주체, 내용, 형식, 절차, 표시의 요건체계에 따라 - 감사원 감사의 적법여부를 판단할 때 ‘감사원 감사’의 개념과 범위는 내용요건의 판단에 있어 중요한 결정요인이 된다. 그렇다면 감사원법상 감사원 감사가 회계검사와 직무감찰을 내용으로 하되 실제 유형력 행사는 ‘계산서 등의 제출(감사원법 제25조)’, ‘서면감사·실지감사(제26조)’, ‘출석답변·자료제출·봉인(제27조)’으로 행해지므로 각 조항의 요건을 갖춰 이뤄지는 경우 이는 감사원법에 따른 적법한 감사원 감사가 됨은 당연하다. 앞서 확인한 헌법재판소 결정에서 밝힌 감사원 감사의 사전적이며 포괄적인 속성도 결국 감사원 감사의 본질과 감사원법상 감사방법에 관한 명문의 규정에 근거한 것이다¹⁵⁾.

따라서 감사원의 회계검사와 직무감찰을 받는 자가 감사원규칙으로 정하는 바에 따라 계산서·증거서류·조서 및 그 밖의 자료를 감사원에 제출하고(제25조), 감사원은 제25조에 따라 제출된 서류에 의하여 상시 서면감사를 할 수 있으며(제26조), 감사시 필요한 경우 출석·답변의 요구, 자료제출의 요구, 봉인(제27조)을 하는 것은 감사원 감사로서 적법한 범위 내에 있는 절차이다. 특히 감사원법 제25조에 명시되어 있는 회계검사와 직무감찰을 받는 자는 감사원법 제22조(필요적 검사사항), 제23조(선택적 검사사항) 및 제24조(감찰사항)에 명시되어 있는 회계검사와 직무감찰의 대상기관으로 ‘감사대상 기관’을 의미한다. 따라서 감사대상 기관은 실지감사 실시여부와 관계없이 감사원법에 따라 정해져 있으며, 이는 헌법재판소 결정에서 명시한 감사원 감사의 합목적적 특성 및 사전적 포괄적 속성의 근거이기도 하다.

감사원 감사의 적법성 판단에서 중요한 것으로 내용요건에 해당하는 비례원칙의 해석이 중요하게 문제된다. 감사원법 제26조는 ‘상시 서면감사를 하는 외에 필요한 경우에는 직원을 현지에 파견하여 실지감사를 할 수 있다’고 규정하여 “필요한 경우”를 명시하고 있으며¹⁶⁾, 같은 법 제27조의 ‘출석답변·자료제출’에는 “필요하면”을 두고 같은 조의 ‘봉인’은 “필요한 최소한도”를 두고 있다¹⁷⁾. “필요하면”은 보충성의 원칙으로 “필요한 최소한도”는

15) 헌법재판소는 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2005헌라3 전원재판부 [강남구청등과감사원간의권한쟁의] [헌집20-1, 41]. 헌법재판소는 이 결정에서 감사원법 규정들의 구체적 내용을 살펴보면 감사원의 직무감찰권의 범위에 인사권자에 대하여 징계 등을 요구할 권한이 포함되고, 위법성뿐 아니라 부당성도 감사의 기준이 되는 것은 명백하며, 지방자치단체의 사무의 성격이나 종류에 따른 어떠한 제한이나 감사기준의 구별도 찾아볼 수 없다고 판시하는 바, 감사원 감사의 합목적성과 포괄성을 감사의 속성으로 제시하고 있다.

16) 감사원법[시행 2020. 10. 20.] [법률 제17560호, 2020. 10. 20., 일부개정] 제26조(서면감사·실지감사) 감사원은 제25조에 따라 제출된 서류에 의하여 상시 서면감사를 하는 외에 필요한 경우에는 직원을 현지에 파견하여 실지감사(實地監査)를 할 수 있다.

17) 감사원법[시행 2020. 10. 20.] [법률 제17560호, 2020. 10. 20., 일부개정] 27조(출석답변·자료제출·봉인 등) ① 감사원은 감사에 필요하면 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.

비례의 원칙으로 해석할 수 있으나, 이 경우 일반 행정작용에서 적용되는 「행정기본법」상 비례의 원칙(제10조)을 감사원 감사에서 그대로 적용할 수 없다는 점이다¹⁸⁾. 일반 행정작용은 국가 또는 지방자치단체와 일반 사인의 행정법관계에서 행정을 통해서 얻고자 하는 공익과 이로 인해 제한되고 침해되는 사익의 비교형량을 통하여 사익의 최소침해를 전제로 한 공익의 비교우위적 실현이라는 비례원칙이 작동한다. 반면 감사원 감사는 감사원과 국가, 지방자치단체 또는 공공기관 및 공무원 간의 관계에서 국가나 지방자치단체 또는 공공기관의 재정집행작용의 적정성과 합법성에 대한 검토와 행정기관 또는 공무원의 직무 수행 전반의 합리성과 합목적성을 확인하는 작용으로서, 감사를 통해서 추구하는 공익과 감사과정에서 제한되거나 침해되는 감사대상 기관 또는 공무원의 권리에 대한 비교형량이 일반행정에서의 비례원칙과 동일하게 작동될 수 없다. 이것은 감사를 통해서 추구해야 하는 공익이 매우 크기 때문이고, 여기서의 공익은 결국 주권자인 국민 전체의 권리이기 때문이다.

감사원 감사의 적법성을 판단함에 있어서 감사원규칙, 훈령 및 예규의 법규성에 관한 문제가 있다. 감사원규칙은 헌법상 근거가 부재하고 감사원법에 근거를 두고 있어 그 법규성 존부에 관한 견해의 대립이 있다.¹⁹⁾ 우리 헌법은 법규성을 가진 행정입법에 대하여 명시적으로 근거를 두어 그 수권을 부여하는 방식을 일반적으로 취하고 있음에도 감사원규칙에 대해서는 헌법에 그 근거를 두고 있지 않아 이에 대한 법적성격을 행정규칙으로 보는 견해가 있다.²⁰⁾ 행정입법은 국회입법원칙에 대한 예외이므로 엄격히 통제하지 않으면 견장을 수 없는 결과가 나올 수 있기 때문이라는 지적은 충분히 수긍할 만하다. 다만 헌법재판소는 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 기능적 권력분립론을 감안하여 국회가 입법으로 행정기관에게 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관이 법 정립의 권한을 갖게 되고 입법자가 그 규율의 형식은 선택할 수 있다고 보아 헌법이 정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 한다고 결정하고 있다.²¹⁾ 다만 이 결정례는 행

1. 관계자 또는 감사사항과 관련이 있다고 인정된 자의 출석·답변의 요구(「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 따른 정보통신망을 이용한 요구를 포함한다. 이하 같다)
2. 증명서, 변명서, 그 밖의 관계 문서 및 장부, 물품 등의 제출 요구
3. 참고, 금고, 문서 및 장부, 물품 등의 봉인
- 18) 행정기본법 제1조에서 제시한 ‘행정의 민주성’과 ‘국민의 권익보호’는 행정청과 국민 사이에서 이뤄지는 일반행정법관계에서 행정기본법 전 규정의 해석 기준이 된다. 행정기본법[시행 2025. 3. 18.] [법률 제20824호, 2025. 3. 18., 일부개정] 제1조(목적) 이 법은 행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다.
- 19) 법규성을 긍정하는 견해는 김남진/김연태, 「행정법I」, 법문사, 2024, 156면; 김동희/최계영, 「행정법I」, 박영사, 2021, 146면; 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2004, 220면; 석종현/송동수, 「일반행정법총론」, 박영사, 2022, 137면; 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2024, 220면
- 20) 김남철, 행정법강론, 박영사, 2025, 298면; 홍준형, 행정법, 법문사, 2017, 287면
- 21) 헌법재판소 결정의 요지는 다음과 같다. <사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론을 감안하여 헌법 제40조·제75조·제95조의 의미를 살펴보면, 국회가 입법으로 행정기관에게 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항

정각부의 행정입법에 관한 사항으로 행정각부는 헌법 제75조와 제95조를 통하여 명문으로 위임입법(대통령령·총리령·부령)의 근거가 있는 상황에서 행정각부가 그 형식을 달리 정할 수 있다는 의미이다. 따라서 헌법상 명문의 근거가 없는 감사원규칙과 그 하위의 감사원 훈령과 예규에 까지 법규성을 인정할 수 있다는 논거로 쓰기에는 이 헌법재판소 결정을 활용하는 것은 그 적용의 상황과 법리의 차이로 한계가 있다.

따라서 감사원 감사의 적법성 판단기준으로 감사원규칙인 「감사원 사무처리규칙」과 그 하위의 훈령과 예규를 삼는 것은 신중을 요한다.²²⁾ 감사원규칙의 법규성도 모호하며, 더군다나 그 하위의 훈령과 예규는 감사원 감사의 재량판단의 기준으로 내부의 업무기준으로 봐야할 수 있기 때문이다. 결국 법규성을 갖는 법규명령으로서의 적법요건을 갖추지 못한 경우에는 상급행정기관이 하급행정기관 또는 그 구성원에 대하여 행정조직의 운영, 행정사무의 처리 등을 규율하기 위하여 발하는 일반·추상적 규정인 행정규칙으로 보는 것이 타당한 것이다. 감사원법 제25조(계산서 등의 제출)의 규정을 확인해 보면 “감사원규칙으로 정하는 바에 따라”를 명시하고 있어, 이 경우에는 수권의 근거를 명시하고 있는 감사원법 규정의 취지에 따라 해당 감사원규칙인 「재산증명규칙」이 적법성을 판단하는 기준이 될 수 있다고 판단할 수 있다. 그런데 같은 법 제26조(서면감사·실지감사)의 규정에서는 위임의 근거가 명시된 바가 없다. 따라서 이 경우 서면감사 및 실지감사의 절차를 정한 해당 감사원규칙, 나아가 그 하위의 훈령과 예규가 과연 해당 감사의 적법성을 판단하는 외부적 기준(법원의 사법적 판단기준)이 될 수 있는지에 대해서는 신중을 기하여야 한다. 즉 이는 헌법재판소가 결정하고 있는 감사의 합목적성, 포괄성 등의 감사원 감사의 속성과 감사를 통해 달성하려는 공익과 그에 따라 설정되는 폭넓은 감사재량의 관점을 고려해서 판단하는 것이 합당하다.

4. 대상판결의 의미와 한계

에 관하여는 당해 행정기관이 법 정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 그 규율의 형식도 선택할 수 있다고 보아야 하므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 한다. 법률이 일정한 사항을 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지 않는다. 다만, 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 필요로 하지 아니하므로, 기본권을 제한하는 내용의 입법을 위임할 때에는 법규명령에 위임하는 것이 원칙이고, 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다.> 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바 183,202(병합) 전원재판부

- 22) 재판규범의 준거로서 소위 ‘법규성’을 인정받는 법규명령이 되려면 이른바 ‘특별수권의 원칙’에 따라 단순히 수권의 근거가 있다는 것만으로는 부족하고 법률이 구체적으로 그 위임명령의 제정에 관하여 내용·목적·적용기준·범위 등을 명확히 정하여 수권하여야 한다. 또한 법률유보의 이론 중 본질성 이론에 입각하여 기본권 관련 중요하고 본질적인 사항은 법률에 직접 규정되어야 하고, 기술적인 사항만 하위 규범의 내용이 될 수 있다고 보고 있다. 김남철, 행정법강론, 박영사, 2025, 300면.

대상판결은 감사원 감사에도 헌법 제12조 제1항, 제3항에 규정된 적법절차의 원칙이 엄격하게 적용되어야 한다는 점을 판시하고 있다. 나아가 적법절차의 원리에 입각하여 감사원 감사의 적법여부를 감사원 관계 규범에 근거하여 정치하게 판단하고 있는 바, 그 의미가 매우 크다.

다만 감사원 감사제도의 연혁과 속성에 대한 고려가 다소 부재한 채로 감사원법과 하위 규칙상의 문언에 단편적으로 의존하여 감사원 감사의 적법여부를 판단했다는 점은 다소 아쉬움이 있다. 그럼에도 불구하고 감사원 감사의 위법여부를 선결문제로 하여 형사재판을 통해 심리되고 판결이 이뤄진 것은 이 분야의 새로운 리딩케이스로 자리잡기 충분하다 할 것이다.²³⁾ 추가하여 이와 같은 선결문제로서 위법성 판단에 있어 감사원 감사의 적법성에 대한 주장과 증명에 있어 책임분배의 문제는 형사재판에서 어떻게 적용되는 것이 합당한지에 대한 이후에 별다른 주제로 논의가 필요하다.²⁴⁾

IV. 맺음말

우리나라 감사원 제도의 특수성에 기인한 감사원 감사의 합목적성 통제로서의 성격, 감사 방법으로서의 포괄적·사전적 특성은 감사원 감사 관계 규범의 체계적 발전을 더디게 하였다. 이 판결을 계기로 감사원 감사의 개념과 적법요건을 명확히 하는 감사원 감사 관계 규범의 정립에 가속도가 붙기를 기대한다. 특히 감사원 감사 개념의 명확화, 감사원 감사의 적법요건 내용 및 판단체계의 정비가 시급하고, 개헌과제로서 감사원규칙의 헌법상 수권(위임)규정 명시, 감사원규칙 이하 하위 규범의 체계와 내용의 정비, 감사원 관련 법규의 공개(국가법령정보센터) 등 대국민 접근성 확보가 요청된다. 이번 기회를 통하여 감사원 감사 역시 적법절차의 원리에 기반한 이른바 “특별행정법관계”로서 법률유보와 법률우위의 원칙에 입각하여 소위 “법치감사의 체계”²⁵⁾가 구체적으로 명확하게 마련될 것을 기대한다.

23) 이 분야는 행정법학의 ‘공정력’과 ‘구성요건적 효력’에 관한 문제이며, 감사작용을 강학상 행정행위로 볼 것인지, 위법한 감사작용에 대해서도 당연무효가 아닌 경우 유효성을 추정할 것인지, 형사법원에서 감사작용의 위법 또는 유무효가 선결문제가 된 경우 그 판단이 가능한지 등 감사작용의 법적 성격과 행정행위의 적법요건과 효력체계의 적용 문제와 관련되어 있어 일반행정법이론에 있어서도 다뤄야 할 주제인 바, 본 판결은 감사작용의 위법과 적법을 선결문제로 판단했다는 점에서도 이후 감사작용과 관련한 후속 판결에서 그 준거가 될 것으로 사료된다.

24) 감사행정의 주체인 감사원이 감사작용에 대한 적법요건에 대한 충족을 주장하고 입증하는 방식 즉 입증책임의 부담에 관한 사항은 실제 소송과정에서 중요한 영향을 미치는 바, 이에 대한 검토는 별다른 논의가 필요한 영역이다.

25) 줄저, 「공공감사법의 이론과 실제」, 박영사, 2021, 21면 참조.

참고문헌

- 감사원, 「감사60년사 I」, 감사원, 2008
- 김남진/김연태, 「행정법I」, 법문사, 2024
- 김남철, 행정법강론, 박영사, 2025
- 김동희/최계영, 「행정법I」, 박영사, 2021
- 박윤훈, 「최신행정법강의(상)」, 박영사, 2004
- 방동희, 「공공감사법의 이론과 실제」, 박영사, 2021
- 석중현/송동수, 「일반행정법총론」, 박영사, 2022
- 손창동·김찬수, 「공공감사론」, 박영사, 2023
- 정재황, 「감사권의 독립성 확보 및 감사원 장기발전방안」, 한국공법학회, 2002
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2024
- 홍준형, 행정법, 법문사, 2017
- 김연식, “영국 국가감사제도에 대한 고찰”, 「공법연구」, 45(4), 한국공법학회, 2017
- 이진수, “미국 감사원의 제도적 특징과 우리나라에의 시사점”, 「행정법연구」, 행정법이론실무학회, 2018
- 정문식, “독일연방감사원 —독일연방감사원의 독립성보장과 사무를 중심으로—”, 「법학논총」, 28(4), 한양대학교 법학연구소, 2011
- 정재황, “프랑스의 감사원제도에 대한 연구”, 「세계헌법연구」, 13(1), 세계헌법학회한국학회, 2007
- 최봉석, “감사의 법리에 따른 제주특별자치도 감사체계의 진단”, 한국지방자치법학회, 제12회 학술자료집, 2006
- 대법원 2024. 5. 9. 선고 2024도1606 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]
- 대전고등법원 2024. 1. 9. 선고 2023노41 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]
- 대전지방법원 2023. 1. 9. 선고 2020고합491 판결 [공용전자기록등손상, 방실침입, 감사원법위반]
- 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바183,202(병합) 전원재판부 [구조세특례제한법제2조제3항위헌소원] [헌집26-2, 149]
- 헌법재판소는 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2005헌라3 전원재판부 [강남구청등과감사원간의권한쟁의] [헌집20-1, 41].

투고일자 : 2024. 06. 16

수정일자 : 2025. 03. 31

게재일자 : 2025. 03. 31

<국문초록>

감사원 감사의 개념과 적법성 판단

- 대법원 2024. 5. 9. 선고 2024도1606 판결 평석 -

방동희

대상판결은 감사원 감사에도 헌법 제12조 제1항 및 제3항에 규정된 적법절차의 원칙이 엄격하게 적용되어야 함을 판시하고 있다. 즉 적법절차의 원리를 근거로 감사원법과 하위 관계 규범을 기준으로 하여 감사원 감사의 적법성을 판단하고 있다. 동 판결에서 감사원 감사의 적법성 판단기준과 판단절차를 실시하면서 감사의 적법여부를 직접 판단했다는 점은 감사원 감사 역시 법치행정의 테두리내에 있어야 한다는 것을 의미하는 것으로 그 의의가 매우 크다. 다만 우리나라 감사원 감사제도의 연혁(沿革)과 우리나라 감사원 감사의 본질과 속성을 고려하지 않고 단편적으로 감사원법과 관계 하위 규범의 개별 규정의 문언에만 의존하여 감사원 감사의 위·적법을 판단한 것은 대상판결의 분명한 한계다. 그럼에도 불구하고 형사재판에서 감사원 감사의 적법여부를 심리하면서 감사의 적법요건과 근거규범을 제시하고 있다는 점은 감사 관련 판례에서 매우 중요한 의미를 갖는다.

우리나라 감사원 제도의 특수성에서 비롯된 ‘감사원 감사의 합목적성 통제로서의 성격’· ‘감사방법에 있어 사전·포괄적 특성’은 감사원 감사에 관한 관련 규범의 체계적 발전을 더디게 하였다. 감사원 감사의 개념과 적법요건은 현행의 규범 형태 보다 정치하게 구성되어야 하고, 보다 명확하게 정리되어야 한다. 또한 헌법에 감사원규칙의 수권(위임)규정을 두어 감사원규칙의 법규로서의 성격을 명확히 해야 한다. 더불어 감사원규칙 이하 하위 규범의 내용을 헌법과 감사원법의 내용에 따라 체계적으로 정비하여야 한다. 끝으로 감사원 관련 법규의 공개 등 공무원 뿐만 아니라 국민에게 충분한 규범정보의 접근권이 확보되어야 한다. 결국 감사원 감사는 이른바 ‘특별행정법의 영역’ 즉 “감사행정법”으로서 법률유보와 법률우위의 원칙에 입각하여 “법치감사의 체계”로 정리되어야 한다.

주제어: 감사원, 감사원 감사, 감사의 개념, 감사의 적법성, 감사원법, 감사원규칙