

경찰 ‘훈방권’의 법적 근거와 한계*

조 국**

< 목 차 >

- I. 들어가는 말
- II. 경찰훈방권의 연원
- III. 경찰서장 훈방권의 법적 근거와 대상
 - 1. 판례의 입장
 - 2. 이론적 검토
 - 3. 즉결심판제 및 경찰훈방권 폐지론 비판
- IV. 파출소장의 훈방권의 법적 성질과 관련 쟁점
 - 1. 법적 성질
 - 2. 관련 쟁점
- V. 결 론

I. 들어가는 말

현재 경찰실무에서는 피의자의 범죄사실이 경미하고 개전의 정이 현저한 경우 경찰서장 또는 파출소장은 훈방부에 등재하고 엄중훈계후 즉시 방면하고 있다. ‘경찰업무편람’에 규정된 훈방대상자는 범죄사실이 경미하고 개전의 정이 현저하며 피해자가 없는 경우로서

* 본 논문은 2003년 4월 22일 제6회 경찰법학회 학술회의에서 발표된 논문을 수정보완한 것임.

** 서울대학교 법과대학 조교수

(1) 연령상 - 60세이상 고령자, 미성년인 초범자, (2) 신체상 - 정신박약·보행불구·질병자, (3) 신분상 - 주거·신원이 확실하고 정상을 참작 할만한 부득이한 사유가 있는 자, (4) 죄질상 - 공무방해 또는 상습범이 아닌 자, 고의성이 없는 과실범, (5) 기타 경찰서장이 특히 훈방할 사유가 된다고 인정하는 자 등이다.¹⁾

이러한 경찰훈방은 경찰의 재량권 행사의 일환으로 사용되어 왔고, 법원도 이 점을 인정한 바 있으나, 경찰훈방권에 대한 명시적인 법적 근거는 취약하다. 즉결심판에 관한 절차법 [이하 '즉결심판법'으로 약칭]에도 '즉결심판청구'(제3조)만을 규정하고 있으므로 '경찰훈방' 자체에 대한 명시적 조문은 현행법상 존재하지 않는다. 통상 기소독점주의에 대한 예외로서 경찰서장에게 즉결심판청구권이 인정되었다고 보고, 검사에게 인정된 기소편의주의가 경찰서장에게도 준용된다고 보고 있으나 훈방권의 주체, 근거, 및 범위와 한계에 대하여 보다 세밀하게 짚어야 할 점들이 많다.

경찰훈방은 경찰의 재량권 행사의 일환으로 사용되어 왔고, 후술하다시피 법원도 이 점을 인정한 바 있으나, 아직 훈방권의 주체와 법적 근거가 무엇이며, 그 범위와 한계가 무엇인가에 대해서는 정확한 답변이 주어지지 않은 상태이다. 이러한 상황에서 훈방은 물론, 즉결심판 자체를 폐지하고 대신 검찰에 의한 약식기소 또는 기소유예처분을 활성화하자는 의견이 제출되고 있기도 하다. 이 글은 이러한 쟁점에 대하여 해석론 및 입법론적 검토를 하는 것을 목표로 한다.

II. 경찰훈방권의 연원

현재 경찰훈방권의 법적 근거에 대한 검토 이전에 간략히 경찰훈방권의 연원에 대해 살펴보기로 하자.

일제 식민지시대에 있어서 검사와 경찰의 관계는 기본적으로 수사권의 검사에게 집중되어 있었고 사법경찰관리는 수사에 있어서 검사의 보조기관으로 이해되었다.²⁾ 그러나, 이러한 검찰과 경찰의 상명하복관계가 범죄수사의 전영역에 미치는 것은 아니어서, 1910년 제령 제10호에 의한 '범죄즉결례'에 따라 일정한 범죄사건에 대하여 법원과 검찰의 개입 없이 수사의 종결과 동시에 독자적으로 형을 선고하고 집행할 수 있는 권한을 가짐과 동시에 1923년 조선총독부훈령 제52호 '사법경찰관리집무규정'에 따라 경미범죄에 대한 훈계방면권

1) 경찰청, "2-13 즉결심판청구사무", 『경찰업무편람』(2003)
[http://www.police.go.kr/officer/work/02_2-13.shtml].

2) 상세한 논의는 신동운, "수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(I) [이하 '신동운 I'로 약칭]", 『서울대학교 법학』 제42권 제1호 (2001. 5), 181-182면을 참조하라.

을 보유하였다.³⁾ 훈계방면권은 일제 경찰의 즉결심판권과 표리관계에 있는 것으로 사법경찰관이 판단할 때 “사건이 경미하여 처벌의 실익이 없다고 사료할 때” 피의자를 훈계하여 방면하는 권한이었던 바, 그 적용범위가 객관적으로 규정되지 아니한 채 사법경찰관의 재량판단에 맡겨져 있었다는 점에서 선고형을 기준으로 하는 범죄즉결례와 맥을 같이 하는 것이었다.⁴⁾

1945년 10월 5일 일제하 악법 철폐의 일환으로 식민지 경찰사법의 근거법령이었던 범죄즉결례가 폐지됨에 따라, 그와 맥락을 같이 하는 훈계방면권의 운명이 문제되었다. 이에 관하여 검찰측은 모든 형사사건에 대한 기소·불기소의 권한이 검찰에 부여된 것으로 이해한 반면, 경찰측은 종전의 사법경찰관리집무규정 제72조와 제73조가 여전히 유효한 것으로 파악하여 의견이 대립하였고, 검사총장(검찰총장)이 1946년 12월 30일자 ‘대검 제3105호 통첩’이 내리기도 하였으나,⁵⁾ 1948년 서울지방검찰청장이 훈계방면권을 부활해 줄 것을 검찰총장에게 품신하고, 검찰총장이 1948년 3월 10일자 대검서(大檢庶) 제61호 지령으로 서울지방검찰청장의 의견을 받아들임으로써 훈계방면권은 회복된다. 동 지령은 “1. 사법경찰관은 급속처분을 행치 아니한 극히 경미한 형사사건에 한하여 훈계방면의 처분을 할 수 있음, 2. 사법경찰관이 훈계방면한 형사사건에 대하여는 기(其) 전말보고서를 징(徵)하여 적의(適宜) 검토할 사(事)”라는 내용을 담고 있었다. 연혁적으로 볼 때 사법경찰관에 의한 훈계방면권이 부활된 것은 검찰이 단순한 소추기관의 지위를 넘어서서 본격적으로 수사기관으로서 기능하게 됨에 따른 검찰의 업무부담의 경감을 위한 조치라는 배경을 가지고 있다 하겠다.⁶⁾

해방 후 경찰훈방권이 부활될 때 검찰은 훈방의 기준과 범위를 설정하여 훈방권을 경찰에 부여함과 동시에 사후적 통제를 확보하려고 하였음을 보여준다. 경찰훈방권이 부활될 당시 훈방조치의 운영에 대한 상(像)은 현재 일본의 ‘미죄처분제도’⁷⁾의 모습이었다고 할 수 있다. 일본의 경우 미죄처분의 대상이 되는 사건의 기준은 대검[최고검찰청]이 설정한 기준에 따라 지방검찰청에서 지역실정에 맞는 기준을 마련하여 경찰에 통보하고 있으며, 검찰이 미리 지정한 사건에 대해서는 검찰로의 송치 없이 경찰에서 종국처리하고 미죄처분사건

3) 사법경찰관리집무규정 제72조 제1항은 “사건이 경미하여 처벌의 실익이 없다고 사료하는 때에는 피의자에게 훈계를 가하고 이를 송치하지 아니할 수 있다. 단, 고소 또는 고발에 관련된 것은 그러하지 아니하다.” 또한, 동규정 제73조는 “전항의 처분을 한 때에는 그 취지를 소할(所轄) 지방법원 검사정(檢事正) 및 사건 소관청(所官廳)의 검사에게 보고하고 피의자가 다른 관내에 거주하는 때에는 소할 경찰서장에게 통지하여야 한다”라고 규정하고 있었다.

4) 상세히는 신동운 I, 186-189면 참조.

5) 신동운 I, 215-217면.

6) 신동운 I, 230면.

7) 미죄처분에 대해서는 치안연구소 제도개선 기획단, 『일본경찰연구자료집(기본자료편)』(1998), 167면; 이돈일, “일본의 즉결심판제도,” 『치안정책연구』(1998. 12.), 194-195면; 김종구, 『형사사법개혁론』(2002), 561-563면을 참조하라.

월보만 검찰에 보고하고 있다.⁸⁾

Ⅲ. 경찰서장 훈방권의 법적 근거와 대상

그런데 이상과 같은 경찰훈방권의 부활배경과는 달리, 현재 경찰훈방은 경찰 내부의 기준에 따라 시행되고 있고 그 과정에 검사가 전혀 관여하지 못하고 있다. 따라서 검사만이 수사종결권을 가지는 우리 형사소송법 구조하에서 경찰단계의 수사종결처분으로서의 훈방을 어떻게 근거 지워야 하며, 그 허용범위는 어디까지인가 하는 문제가 논란이 되지 않을 수 없다. 사실 경찰훈방조치가 법적인 근거가 없는 것이라면 대다수의 훈방처분은 경찰관의 직무유기에 해당하는 범죄행위가 되고 말 것이다.

1. 판례의 입장

먼저 경찰서장의 훈방권에 대한 대법원의 입장을 검토하기로 하자. 대법원은 다섯 가지 공소사실과 관련된 판결에서,⁹⁾ “사법경찰관리가 직무집행 의사로 위법사실을 조사하여 훈방하는 등 어떤 형태로든지 그 직무집행 행위를 하였다면 형사 피의사건으로 입건수사하지

8) 미죄처분제도의 법적 근거는 일본형사소송법 제246조(사법경찰관의 사건송치) 단서규정, 일본범죄수사규범(국가공안위원회 규칙) 제198조와 제199조 등이다. 일본형사소송법 제246조 본문은 “사법경찰원이 범죄를 수사한 때에는, 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 신속히 서류 및 증거물과 함께 사건을 검찰관에게 송치하여야 한다”고 규정하여 원칙적인 사법경찰원의 송치의무를 규정하고 있으나, 동 조 단서에서 “단, 검찰관이 지정한 사건에 대해서는 그러하지 아니하다”라는 규정에 의해 경미한 사건에 대하여는 송치의무가 면제되어 경찰에서 종결처리한다. 국가공안위원회 규칙 제198조는 “수사한 사건에 관하여 범죄사실이 극히 경미하고 검찰관으로부터 송치절차를 밟을 필요가 없다고 사전에 지정된 것에 관하여는 송치하지 아니할 수 있다”고 규정하고, 동규칙 제199조는 “전조(제198조)의 규정에 의해 송치하지 않은 사건에 관하여는 그 처리연월일, 피의자의 성명, 연령, 직업, 주거, 죄명 및 범죄사실의 요지를 매월 일괄하여 미죄처분사건 보고서에 따라 검찰관에게 보고하여야 한다”고 규정하고 있다.

9) 공소사실을 차례로 보자면, 공소 제1사실은 공소외인 인화질 물질인 락카신나를 보관하다 적발되었는데 동 공소외인이 페인트상회를 개업한지 7일 정도 밖에 안되어 이것이 위험물로서 신고해야 된다는 것을 몰랐다고 변호하여 이 변호를 받아들여 경미사범이거나 소방법위반의 구성요건에 해당하지 않는다고 판단하여 훈계 방면하여 입건조치하지 아니한 것이고, 제2사실은 순경이 도박을 한 공소외인 외4명을 조사케 한 바 이들의 도박은 막걸리직매장에서 막걸리 내기를 한 일시 오락의 정도에 지나지 아니하여 경미사범임을 이유로 훈계방면한 것이며, 제3사실은 산림벌채현장에 경찰관을 급파하여 도벌자를 검거토록 조치하였으나 이를 검거하지 못하여 이에 대한 행정단속 책임관서인 먼 산림계에 도벌사실을 통보하여 동 산림계로 하여금 조사 처리케 하였으며, 제4사실은 공소외인을 연행하여 점복 남획사실을 추궁한 바 가벌가치가 없는 경미사범으로 보아 되돌려 보낸 것이며, 제5사실은 행패부리는 성명불상의 선원 2명을 제지하고 지시로 연행하려는 과정에서 경찰관의 경찰모가 땅에 떨어지게 한 일이 있을 뿐 경찰관에게 협박 폭행을 한 사실이 인정되지 않아 경미사범이거나 공무집행방해죄에 해당하지 아니한다고 판단하여 훈계방면한 사실 등이다.

않았다하여 곧 직무유기죄가 성립한다고 볼 수는 없다”고 판시한다.¹⁰⁾ 이어 대법원은 다음과 같이 판시한다.

“한편 사법경찰관은 형사소송법과 사법경찰관리직무규정 등이 정하는 바에 따라 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 하나 형사소송법 제196조의 검사의 수사지휘권에 관한 규정은 일반적 포괄적인 규정이라고 풀이할 것이며 사법경찰관리직무규정의 범죄인지보고는 그에 열거되어 있는 따위의 중요사건에 관한 것이고 범죄의 혐의가 있으면 그 어떠한 경우를 막론하고 반드시 검사에게 범죄 인지보고를 하여 그 지휘를 받아 수사를 하여야 되는 것은 아니라고 할 것이다. ... 사법경찰관리는 일체의 모든 범죄혐의에 관하여 검사에게 인지보고 하고 그 지휘에 따라 수사를 할 따름이며 피의자에 대한 기소·불기소 등 처분은 전혀 검사만이 할 수 있고 **사법경찰관리**에게는 입건 수사하거나 또는 형사사건으로 입건하지 아니하고 훈계 방면하는 등에 관하여 아무 재량권도 없다는 취지의 소론 논지는 독자적 견해로서 채용할 수 없으므로 상고논지는 그 이유 없다.”(강조는 인용자)

요컨대, 법원은 통상의 형사사건에서 경찰은 검사의 지휘를 받아야 하지만, 이것이 일체의 모든 사건을 검사에게 인지·보고해야 한다거나 또는 경찰은 훈방권이 없다고 하는 것은 잘못임을 분명히 밝히고 있다. 그리고 법원은 피의자에 대한 불기소처분 등의 처분을 전혀 검사만이 할 수 있다는 주장은 잘못된 것이라고 실시하였는데, 경찰 훈방조치가 검사의 불기소처분에 비유되는 것임을 밝히고 있다. 또한 주목할 점은 경찰훈방권의 주체를 경찰서장에게 한정하지 않고 사법경찰관리에게도 인정된다고 실시하고 있다는 점이다.

2. 이론적 검토

경찰실무에서는 이러한 판결의 입장을 수용하여 다음과 같은 논리를 전개하며 경찰훈방권을 근거지우고 있다.

“즉결심판법 제3조 제1항에서 경찰서장에게 즉결심판청구권을 부여하고 있고, 동법 제19조에서 성질에 반하지 않는 한 형사소송법 규정을 준용하도록 규정하고 있다. 따라서 경찰서장은 즉결심판청구권을 행사함에 있어 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의를 준용해 활용할 수 있다. 검사가 형법 제51조 양형의 조건을 참작하여 소를 제기하지 않을 수 있는 것 같이 경찰서장은 즉결심판에 대하여 범죄사실을 인정할 수 없거나 또는 범죄

10) 대법원 1982. 6. 8. 선고, 82도117 판결.

사실이 경미하여 처벌할 실익이 없는 경우 기타 사정을 참작하여 훈방함이 타당하다고 인정할 때에는 당사자에 대하여 즉결심판을 청구하지 않을 수 있다.”¹¹⁾

이 논리는 **즉결심판법 제3조에 의거한 경찰서장의 즉결심판청구는 공판절차에서 검사의 공소제기와 성질을 같이 하는 소송행위**라고 보는 것으로, 학계에서도 공유되고 있다.¹²⁾

즉결심판의 청구는 공소와 동시에 약식명령을 청구하도록 되어 있는 약식절차의 경우(형사소송법 제449조)나 일본의 교통사고즉결재판수속법상의 즉결심판의 경우¹³⁾와는 달리 즉결심판청구는 공소제기와 동시에 할 것은 요하지 않는다. 이는 바로 즉결심판청구가 바로 공소제기이므로 별도로 공소제기를 동시에 할 것을 요하지 않는다는 의미이다. 이러한 관점에서 볼 때 즉결심판법은 검사의 기소독점주의에 대한 중대한 예외를 인정한 것이다.¹⁴⁾

기소독점주의에 대한 예외로서 경찰서장에게 즉결심판청구권이 인정되었다고 볼 때 검사에게 인정된 기소편의주의도 경찰서장에게도 준용될 수 있다. 즉결심판법 제3조 제1항에서 즉결심판청구권을 경찰서장에게 부여하고 있고, 동법 제19조는 즉결심판절차의 “성질에 반하지 아니한 것은 형사소송법 규정을 준용한다”라고 규정하고 있으므로, **경찰서장은 즉결심판청구권을 행사함에 있어 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의를 준용해 훈방권을 행사할 수 있다.**¹⁵⁾

즉결심판제도의 입법취지는 경미범죄의 신속한 처리와 소송경제에 있다(즉결심판법 제1조 참조). 즉결심판절차는 사안이 가벼운 경미범죄에 대해서는 검찰의 송치와 공소제기라는 절차를 생략하고 보다 간단한 절차로 해결함으로써 피고인에게 신속한 재판을 받을 권리를 보장하고 번거로운 절차로부터 피고인을 보호하려는 제도인데, 이러한 제도의 취지를 고려할 때 훈방권은 즉결심판절차의 “성질에 반하지 아닌 한 것”이라고 본다. 검사가 형법 제51조 양형의 조건을 참작하여 소를 제기하지 않을 수 있는 것 같이, 경찰서장은 즉결심판에 대하여 범죄사실을 인정할 수 없거나 또는 범죄사실이 경미하여 처벌할 실익이 없는 경우 기타 사정을 참작하여 훈방함이 타당하다고 인정할 때에는 당사자에 대하여 즉결심판을 청

11) 정승호 편저, 『경찰방법론』(경찰대학, 1995), 172면; 경찰종합학교, 『방법경찰(간부후보생과정)』(1994), 82면.

12) 신동운, 『형사소송법』(법문사, 1993) [이하 ‘신동운 II’로 약칭], 936면; 배종대·이상돈, 『형사소송법』(제4판)(홍문사, 2001), 834면; 이재상, 『형사소송법』(제6판)(박영사, 2002), 742면.

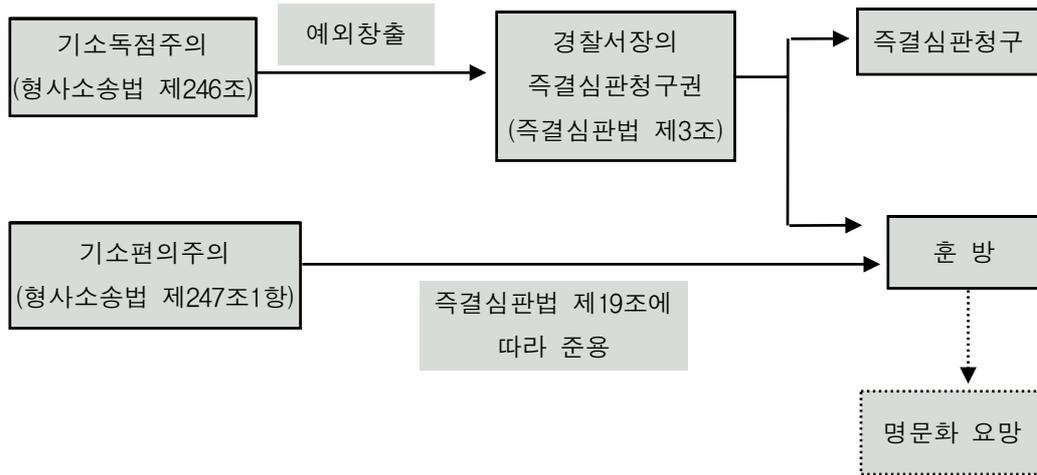
13) 동법의 경우는 청구권자를 검사로 하고, 공소제기와 동시에 즉결심판을 청구하도록 하고 있으므로(제4조), 동법상의 즉결심판의 청구는 우리나라의 그것과는 달리 심판형식에 대한 의사표시에 지나지 않게 된다.

14) 신동운 II, 936면; 배종대·이상돈, 834면; 이재상, 743면.

15) 이에 반하여 즉결심판청구권을 경찰서장에게 부여함으로써 기소독점주의의 예외를 인정하였다고 하여도 기소독점주의와 기소편의주의는 논리필연적인 관계에 있는 것이 아니므로 기소편의주의까지 준용될 수는 없다고 하면서, 훈방권의 근거를 경미범죄의 비범죄화에서 찾아야 한다는 견해도 있다[문성도, “파출소장 훈방권의 법적 근거,” 『경찰대 논문집』(제15집, 1995), 19-20면].

구하지 않을 수 있는 것이다.¹⁶⁾ 이렇게 볼 때 즉결심판법이 작동하는 범위 내에서는 이른바 “수사권 독립”은 이루어져 있다 하겠다.

이상의 논의를 간략히 도해화하면 다음과 같다.



3. 즉결심판제 및 경찰훈방권 폐지론 비판

이상과 같이 경찰훈방권의 법적 근거는 즉결심판법이라고 할 수 있는데, 즉결심판제도 자체에 대한 비판이 제기되고 있으므로 이에 대한 검토가 필요하다.

첫째, 즉결심판청구권자는 어떤 범죄가 발생하면 그 범법행위가 20만원 이하의 벌금에 처해질 것인가를 먼저 판단해야 하는 바, 법관이 양형단계에서 판단해야 할 사안을 경찰이 먼저 판단하게 된다는 비판이 있다.¹⁷⁾ 그리고 즉결심판으로 구류를 선고할 수 있다는 것은 자유형임에 분명한 구류를 정식재판 없이 부과할 수 있도록 한 것은 법치국가의 한계를 넘어선 것이다라는 비판 역시 제기된다.¹⁸⁾

둘째, 검사동일체의 원칙에 따라 기능하는 검사와는 달리 경찰서장은 법률전문가가 아니기 때문에 경미범죄에 대한 기소여부 판단에 있어 검사와 경찰서장간, 그리고 경찰서간에

16) 정승호 편저, 172면; 경찰종합학교, 82면.

17) 한영수, “즉결심판제도에 대한 비판적 고찰”. 『형사정책연구』 제9권 제2호 (1998 봄호), 66면.

18) 한영수, 66면.

불일치한 점이 나타날 수 있고, 이는 수범자인 국민의 법적 혼란을 초래할 수 있다는 비판도 제기된다.¹⁹⁾ 그리고 검사의 지휘가 봉쇄되었기에 범죄의 암장(暗葬) 및 중한 범죄의 가벼운 처벌수단 등으로 악용되어 경찰 부조리 발생의 한 원인이 될 우려가 있다는 점도 지적된다.²⁰⁾

셋째, 즉결심판청구권의 남용가능성에 대한 비판이다. 검찰에 송치되면 기소유예처분될 가능성이 높은 경미범죄에 대해서도 즉결심판을 청구되면 거의 예외없이 형벌을 받게 되는 것이 현실이므로 이는 과잉형벌화라는 비판이다.²¹⁾ 그리고 즉결심판청구가 ‘별건구속’의 목적으로 남용되고 있다는 비판 역시 강력하다.²²⁾

넷째, 즉결심판심리에서 피고인의 방어권은 극도로 제약받고 있다는 비판이 있다. 즉결심판의 경우 형사소추권자의 출석은 개정의 요건이 아니며, 즉결심판에서는 심리의 신속을 위해서 증거조사의 대상은 재정하는 증거로 한정된다(즉결심판법 제9조 제2항). 따라서 판사는 단지 피고인의 인적상황과 간단히 범법행위에 대해서 기술하고 있는 즉결심판청구서를 근거로 하여 피고인을 취조·심문하는 식으로 즉결심판을 진행할 수밖에 없다. 즉결심판절차에서는 피고인 또는 변호인의 증거조사신청권과 증인신문신청권이 일방적으로 배제된다. 더구나 즉결심판과정에서는 형사소송법상의 증거능력에 대한 규정들(형사소송법 제312조와 313조)의 적용을 배제함으로써 피고인이 경찰조서의 내용을 부인하더라도 그 증거능력이 인정될 수 있으며, 피고인이 범죄사실을 부인하더라도 제3자의 진술을 기재한 서면에만 의지하여 사실을 인정할 수 있게 하고 있다. 또한 형사소송법상의 자백의 보강법칙(동법 제310조)의 적용을 배제함으로써 피고인의 자백이 유일한 증거인 경우에도 유죄를 선고할 수 있게 하고 있다.²³⁾

이상과 비판론은 즉결심판청구권을 검사에게도 인정해야 한다는 주장,²⁴⁾ 즉결심판을 폐지하고 이를 검사가 주관하는 약식명령을 대체해야 한다는 주장으로 이어지고 있다.²⁵⁾ 그리고 1998년 ‘검찰제도개혁위원회’도 즉심개선책으로 검사가 즉결심판을 직접 청구하게 하거나, 즉결심판청구권을 경찰서장에게 위임하면서도 검사의 지휘와 통제를 강화해야 한다는 의견을 제시한 바 있다.

19) 신동운 II, 935면.

20) 범무연수원, 『수사지휘론』(2003), 233-234면.

21) 김희옥, 『즉결심판제도에 관한 연구』(한국형사정책연구원, 1993), 41면.

22) 김희옥, 41면; 백형구, “즉결심판절차(상)”, 『관례월보』(1985년 10월), 47면.

23) 김희옥, 48-49면; 한영수, 70면.

24) 노승행, “즉결심판제도에 관한 몇 가지 문제점”, 『검찰』 통권 제40호, 140면; 백형구, 46면; 김희옥, 37, 85면.

25) 한영수, 76면.

먼저 우리 형사사법체계가 형사불법과 행정불법이 명확히 구별하지 않고서 경미한 사건에도 형사처분을 부과하는 과잉형벌화의 문제점을 안고 있음은 분명하며, 이를 위해 경미한 범법행위를 형사절차가 아닌 행정절차에 의한 행정처분으로 대치하는 비형벌화 작업이 형사재판절차의 간이화 보다 선행되어야 한다는 문제제기에 우리는 동의한다.²⁶⁾ 이를 위해서는 독일의 '질서위반법'을 참조하여 경미사건 처리에 대한 구조개혁이 필요하다고 본다. 즉, 경범죄처벌법, 도로교통법, 즉결심판법 등의 관련 법률을 통합하고, 형사처분의 대상이 되어 있는 경미범죄를 질서위반범법행위로 재편할 필요가 있다.²⁷⁾ 독일에서의 '질서위반법'의 제정 및 개정과정에서 형사불법과 행정불법의 구별노력이 함께 이루어 졌다는 점은 매우 주목할 만하다.²⁸⁾

그리고 현행 즉결심판법 제2조의 “처할 수 있는” 형벌의 의미가 처단형인지 또는 선고형인지에 대하여 논란이 있는 바, 입법적으로 즉결심판의 대상을 보다 명확하게 재규정할 필요가 있다.²⁹⁾ 차제에 형법과 특별형법상의 범죄에 대한 법정형에 대한 면밀한 조사를 통하여 즉결심판의 대상인 경미범죄의 범위를 법정형으로 규정한다면 법관이 판단할 사항을 경찰서장이 판단한다는 비판을 면할 수 있을 것이다.

또한 '별건구속'의 목적으로 즉결심판청구가 행해지는 관행은 분명히 불식되어야 한다. 이를 위해서는 일선 경찰관리에 대한 지속적 교육이 필요하며, 다른 한편으로는 즉결심판 청구의 기각(즉결심판법 제5조 1항), 무죄선고(동법 제11조 5항), 정식재판 청구(동법 제14조 1항), 검사의 구속장소감찰(형사소송법 제198조의 2) 등의 통제장치가 적극적으로 작동되어야 할 것이다.³⁰⁾

그렇지만 현시점에서 즉결심판제도의 전면 폐지론은 동의하기 곤란하다. 현재 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의 자체에 대하여 근본적 비판이 제기되고 있다. 우리나라에서는 수사지휘권, 수사종결권, 기소권 등 형사사법절차에서의 권한이 검찰에게만 독점적으로 편

26) 신동운 II, 935면; 한영수, 63면.

27) 한영수, 73-74면.

28) 한영수, 73면.

29) 즉심청구의 대상이 아니나 죄질이 극미한 범죄의 경우도 훈방이 고려되어야 한다는 주장이 있다. 예를 들어, 형법 제122조의 직무유기죄는 법정형이 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지로 되어 있어 웬만한 즉결청구 대상 범죄보다 법정형이 가볍다. 그러나 벌금형이나 구류, 과료형이 없고 징역, 금고, 자격정지형만 규정되어 있어 즉결심판청구 대상범죄가 아니며, 이 사건에 대한 즉심청구권을 가지지 못하는 경찰서장에게는 훈방권도 없다. 만약 아동복지법상 아동학대신고를 접수한 사법경찰관리는 현장출동 후 필히 동법 시행규칙에서 정하는 현장조사서를 작성하여야 하는데, 다른 실질적인 조치는 다 취하고도 출동경찰관이 바쁘다는 핑계로 이 조사서를 작성하지 않았다면 이는 직무유기에 해당한다. 그런데 이러한 행위는 즉결심판 대상이 아니므로 훈계방면을 할 수 없다고 하여야 하는데 이는 부당하다는 주장이다[김형훈, “즉결심판제도의 바람직한 운용방향”, 『치안정책연구』 제15호 (2001. 11) (이하 '김형훈 I'으로 약칭 188-189면)]. 그러나, 훈방권 및 이 권한의 전제인 즉결심판청구권 자체가 기소독점주의의 예외라는 점을 생각할 때 이러한 확장해석은 허용되지 않는다고 본다.

30) 김희욱, 42면.

중되어, 민주주의·국민주권의 내용인 권력분립을 통한 ‘권력간의 상호견제와 균형·발전’의 원칙이 지켜지지 않았고, 이는 최근의 검찰권의 남용을 낳게 하는 주요 요인이라는 비판이 제기되어 왔다. 이러한 상황에서 새로운 즉결심판청구권과 훈방권을 또 검찰에게 부여해야 하는지에 의문이 있다.

그리고 즉결심판청구권과 훈방권이 검사에게 부여된다면 현재의 검사 수를 고려할 때 엄청난 업무부담으로 작용할 것임에 분명하다. 이 권한들을 검사에게 부여하려면 시·군 법원에 대응하는 검찰청이 만들어지고 대폭적인 인력보강이 필수적인데 이는 사실상 불가능하다. 그리고 만약 ‘부(副)검사’³¹⁾ 등 검사직무대행자가 이 권한을 행사하게 되도록 입법화한다면 그 경우의 법 적용 실태는 현재처럼 경찰서장에 의해 청구가 이루어지는 경우와 큰 차이가 없을 것이다. 오히려 현시점에서는 경미범죄의 기소중지자에 대한 불구속석방, 고소장선별입건, 경미한 사건에 대한 불기소 수사종결처분 등의 권한을 경찰에게 부여하는 방안이 진지하게 고려될 필요가 있다고 본다.³²⁾

한편 경찰서장도 전국적으로 단일한 명령하게 기능하는 국가경찰체제하에서 직무를 수행하고 있음을 생각하자면 즉결심판청구에 따른 법적 혼란은 크지 않다고 본다. 경찰서 사이에, 그리고 경찰과 검찰 사이에 법적용의 차이가 발생할 수 있으나, 이는 즉결심판 피고인에게 정식재판청구권이 부여됨으로서 제도적 보완을 이루고 있다고 본다.³³⁾

그리고 즉결심판으로 구류에 처할 수 있는 현실은 우리의 형법상 30일 미만의 단기자유형인 구류는 5만원 이상의 벌금보다 경한 형벌로 되어 있기 때문에 불가피하게 발생하는 문제이기에, 이는 형사소송법이 아니라 형사실체법에서 해결해야 할 과제이다. 또한 즉결심판심리에서 불출석재판이 허용되고(즉결심판법 제8조의 2), 형사소송법상 증거능력에 관한 조문의 적용이 배제(동법 제10조)되는 등 피고인의 방어권이 제약을 받고 있는 것은 사실이지만, 이는 경미범죄의 경우 소송경제를 위해 입법자가 애초에 의도한 것으로 보아야 한다.

마지막으로 형의실효등에관한법률은 즉결청구대상자는 수사자료표를 작성하지 않도록 함(동법 제5조 제1항 제1호)으로써 사실상 과태료 처분이나 마찬가지로의 결과를 낳고 있다는 점도 지적하고 싶다.³⁴⁾ 경미범죄의 비형벌화라는 계획이 단번에 이루어질 수는 없으므

31) 일본의 ‘부검사’제도는 일본의 폐전 후 새로운 재판소법이 시행되어 즉결심판제도가 폐지되면서 종래 경찰서장에 의하여 즉결된 위경죄, 즉 구류나 과료에 해당하는 죄가 전부 간이재판소에 의하여 처리됨에 따라 검찰관이 취급하는 사건이 급격히 증가하였으나 종전의 검사자격을 가진 검찰관을 임용하는 것이 인적으로나 예상상의 이유로 매우 곤란하여 종래의 검사의 임용자격을 완화하여 필요한 만큼의 검찰관을 임용할 수 있게 한 제도이다. 그 임용자격은 사법시험에 합격한 자, 정령에 정한 2급 관리 기타 공무원으로 3년 이상 재직한 자 중에서 ‘부검사선고심사회’의 선발을 거친 자로 한다(이돈일, 196-197면).

32) 손동권, “기존 경찰권 수사권 독립에 대한 검토”, 『경찰대학 논문집』 제13호 (1993. 12), 198면.

33) 문성도, 19-20면.

34) 김형훈 I, 397면.

로, 즉결심판제도가 우회적 방식으로 탈형벌화하고 있는 것이다.

요컨대, 경찰의 독립적인 수사종결처분의 인정여부는 형사불법의 성격을 가지지 못한 채, 형벌에 의하여 처벌하고 있는 많은 범죄의 비범죄화 내지 행정불법화를 전제로 논의되어야 한다. 그리고 경찰단계의 수사종결처분에 대하여 합리적인 통제장치를 마련하는 것이 필요하다는 점은 당연하다. 그러나 그 통제장치가 반드시 검찰에 의한 수사종결이라는 형식적인 절차이어야 하는 것을 아니다. 통제장치와 관련하여 고려되어야 요소로 사건의 피해자에 대한 배려이다. 당해 사건의 피해자에게 경찰에 의한 수사종결처분에 대한 적극적인 항변의 권한을 부여하는 것이 범죄자와 경찰간의 협잡가능성을 차단하는 효율적인 대책이 될 수 있을 것이다.

IV. 파출소장의 훈방권의 법적 성질과 관련 쟁점

1. 법적 성질

이상과 같이 경찰서장의 훈방권은 즉결심판법에 따라 근거지워질 수 있을 것인데, 경찰 일선에서 행해지고 있는 파출소장 또는 일선 사법경찰관리가 행하고 있는 훈방은 어떻게 이해할 것인가가 문제가 된다. 현재 법률상의 근거가 없이 훈령, 예규 등에 따라 외근경찰관 또는 파출소장의 훈방권이 행사되고 있다. '경찰업무편람'에 따르면 경미사범에 대하여 파출소의 외근 경찰관이 현장에서 훈방 또는 범칙금납부고지서를 발부할 수 있게 하고, 즉심청구대상으로 파출소에 동행된 경우 파출소장은 심사하여 1시간 내에 훈방 또는 즉심회부 대상자를 결정하도록 규정하고 있다.³⁵⁾

이러한 파출소장의 훈방권의 법적 성질에 대해서는 학계의 관심이 적은 편이었데, 현재로는 두 가지 견해가 대립하고 있다. 먼저 이를 행정청의 내부위임으로 파악하는 견해가 있다.³⁶⁾ 권한의 내부위임은 행정관청이 특정 사항에 대한 권한을 실질적으로 하급행정관청 또는 보조기관에 위임하면서, 대외적으로는 위임자의 명의로 권한을 행사하는 것을 말한다.³⁷⁾ 파출소장은 경찰서장이 보유하는 즉결심판청구권의 일 내용인 훈방권을 제한된 범위

35) 경찰청, "2-13. 즉결심판청구사무", 경찰업무편람』(2003).

36) 문성도, 31면.

37) 김남진, 『행정법 I』(제7판, 2002), 43면; 김동희, 『행정법 II』(제7판, 2001), 19-20면. 행정법학계의 다수설은 내부위임과 위임전결을 구별하면서 후자는 "행정사무의 편의상 행정청의 보조기관이 행정관청의 이름으로 미리 제시된 조건하에서 행정청의 권한을 행사하는 경우"로서 행정청의 권한의 귀속에 변동은 가져오는 것이 아니라는 점에서는 동일하나, 전자는 통상 하급행정기관에 대하여, 후자는 통상 당해 행정기관내의 보조기관에 대하여 행하여지는 점에서 구별된다고 한다. 그러나 박윤훈은 내부위임과 위임

내에서 경찰서장의 내부적 위임을 받아 경찰서장 직무대리의 지위가 아닌 파출소장의 지위에서 경찰서장의 명의로 행사하는 것이다. 이러한 내부위임의 근거는 경찰업무지침으로 파악된다.

파출소장의 훈방권을 내부위임으로 파악하는 견해에 대하여, 경찰업무편람에 의하더라도 외근경찰관 또는 파출소장의 훈방의 경우, 경찰서장의 명의로 하도록 되어있지도 않고, 내부위임의 한계가 불분명하다는 점을 논거로 이러한 형태의 현장경찰관의 훈방에 대해 경찰서장이 책임을 질 수 있겠는가에 대하여 회의적인 견해도 있다.³⁸⁾

이 견해는 수임자가 충분히 해당여부를 판단할 수 있도록 사전에 위임내용이 명확하게 규정되어 있거나, 그렇지 못한 경우라면 사안발생시 일일이 보고하여 지침을 받을 수 있어야만 내부위임이라는 점, 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리 그리고 특별사법경찰관리의 훈방권의 근거가 없어진다는 점, 즉결심판법에 근거하여 훈방권을 인정한다면 즉심청구의 대상은 아니나 죄질이 극히 경미한 범죄의 경우(예컨대, 법정형이 1년 이하의 징역, 금고, 3년 이하의 자격정지만을 규정한 형법 제122조의 직무유기죄의 경우)는 훈방을 할 수 없다는 점, 그리고 즉결심판의 폐지되는 경우에는 훈방을 할 수 없게 된다는 점등을 근거로 파출소장의 훈방권이 내부위임이라는 견해를 비판하고 있다.³⁹⁾

파출소장의 훈방권이 경찰서장의 권한을 내부위임한 것인지에 대해서 분명한 유권해석도 현재까지는 존재하지는 않은 상황이다. 물론, 이러한 해석상의 논란은 입법적으로 해결하는 것이 최선이 정책일 것이다. 전술하였듯이 즉결심판법에 경찰서장의 훈방권을 명시적으로 규정하는 것은 물론이고, 파출소장의 훈방권 발동의 요건 역시 명시할 필요가 있다. 실무적으로 매우 중요한 권한에 대하여 분명한 명문의 법적 근거가 없으므로 복잡한 해석론이 필요하게 된 것이 우리의 현실이다.

현재 법률의 해석론으로 경찰훈방권은 즉결심판법상 경찰서장의 즉결심판청구권에서 그 법률적 근거를 갖는 것이고, 파출소장의 즉결심판청구권은 인정되지 않는다. 그렇다면 **파출소장의 훈방권은 기본적으로 경찰서장의 훈방권을 중심으로 파악되어야 한다고 본다.** 내부위임이라고 보게 되면 파출소장은 내부적인 권한행사자 또는 단순한 사무처리자가 되는데, **훈방권에 대하여 경찰서장이 통제·책임의 관점에서 파출소장의 훈방권은 내부위임으로 보는 것이 옳다고 생각된다.**⁴⁰⁾

전결을 같은 의미로 보면서, “행정관청이 보조기관이나 담당자 또는 하급행정기관에 외부에 표시함이 없이 내부적으로 일정한 경미한 사항의 결정권을 위임하여 행정관청의 보조기관이나 담당자 또는 하급행정기관이 행정청의 이름으로 그 권한을 사실상 대리행사하는 경우”라고 표현하고 있다[박윤훈, 『최신행정법 강의(하)』(개정26판, 2002), 40면].

38) 김형훈, “경찰훈방”, 『경찰학연구』 제2호 (2002) [이하 ‘김형훈 II’로 약칭], 187면.

39) 김형훈 II, 187-189면.

40) 신동운은 “즉결심판의 청구권자는 경찰서장이지만, 일선 경찰관은 경찰서장의 대리인으로 즉결심판청구권을 행사할 수 있다”(신동운 II, 936면)라고 서술하고 있지만, 이 표현이 경찰서장의 즉결심판청구행위

파출소장의 훈방권을 경찰서장의 즉결심판청구권의 내부위임으로 본다면, 그 위임의 범위가 문제되나, 즉결심판청구권 중에서 오직 훈방권만이 내부위임되었다고 보아야 한다. 즉결심판청구권을 경찰서장에게 인정한 입법취지와 '경찰업무편람'상의 파출소장의 훈방심사기준의 규정취지에 비추어 내부위임의 범위는 훈방권에만 미친다고 보아야 한다.⁴¹⁾

파출소장의 훈방권의 법적 성질을 내부위임으로 파악하는 경우에 그 법적 효력과 행사방법 등은 행정청의 내부위임에 관한 일반적인 법리에 의하게 된다. 행정청의 내부위임에 관한 대법원의 대표적인 판결을 소개하면 다음과 같다.

“행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수임관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하는 것이므로 법률이 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다 할 것이고, 이에 반하여 행정권한의 내부위임은 법률이 위임을 허용하고 있지 아니한 경우에도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수임관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수임관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사 할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다.”⁴²⁾

내부위임과 관련된 법적 쟁점으로는 행정청의 권한위임과의 구별된다는 입장에서 그 특징이 소개되고 있다. ① 법률의 규정이 없어도 권한을 사실상 행사하게 할 수 있다는 점, ② 수임관청 내지 수임기관이 자기의 이름이 아닌 위임관청의 이름으로만 권한을 행사할 수 있다는 점, ③ 대외적으로는 권한의 법률적 귀속의 변경을 가져오는 것이 아니므로, 그 책임은 위임관청이 진다는 점등에서 권한의 위임과 차이가 있다.

파출소장의 훈방권을 내부위임으로 파악하게 되면, 파출소장이 자신의 명의로 책임으로 한 훈방은 권한 없는 자의 처분이 되어서 당연무효가 된다. 따라서, 파출소장은 경찰서장의 명의로 책임 하에서만 훈방권을 행사할 수 있다.⁴³⁾

를 소송행위로 보는 견지에서 그 대리 즉, 소송행위의 대리라는 일반적인 서술을 한 것인지 아니면, 구체적으로 훈방권을 염두에 두고 이를 공법상의 대리로 파악한 것인지가 분명치 않다.

41) 문성도, 43면.

42) 대법원 1995. 11. 28. 선고, 94누6475 선고. 김남진은 권한의 위임에 관한 설명에서 하위기관이나 보조기관에 위임한 경우 위임경찰관청은 본래 이들을 지휘·감독할 수 있는 지위에 있으므로, 위임사무에 관한 지휘·감독권의 유무를 세심스럽게 논의할 실익은 없다고 한다. 다만, 기타의 기관에 위임한 경우에는 '행정권한의위임및위탁에관한규정' 제6조에 따라 위임기관 및 위탁기관은 지휘·감독권 및 위법·부당한 사무처리의 취소·정지권을 갖는다는 법리로 해결이 가능하다(김남진, 47면).

43) 대법원 1986. 9. 22. 선고, 86구257 판결. “권한의 위임은 법령으로 정하여진 권한분배를 실질적으로 변

이렇게 파출소장의 훈방권의 근거를 내부위임에서 찾을 때, 훈방권은 즉결심판청구권의 일 부분으로서 즉결심판법에 따라 경찰서장에서 부여되어 있고, 파출소장은 즉결피의자를 심사한 후 즉결심판청구 여부를 경찰서장에게 보고해야 하며, 훈방은 법률상 경찰서장의 권한으로만 행할 수 있고, 이 파출소장의 권한행사에 문제가 있을 때는 경찰서장은 이를 취소할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 맥락에서 파출소장이 훈방을 행할 때 파출소장 근무일지에 경찰서장의 사후결재란이 없다는 점은 문제가 있다 할 것이다.

또한 파출소장의 훈방에 대한 경찰서장의 재심사를 허용한다면 즉결심판 피의자에게 불리한 일이 발생하지만, 이는 법적으로 허용되는 불리함이라고 보아야 한다. 우선 검사가 불기소처분을 한 사건에 대해서도 재기소가 허용된다.⁴⁴⁾ 검사의 기소유예처분에 대한 재기소가 허용되는 근거를 준사법기관에 불과한 검사의 처분에 법원의 확정판결과 같은 일사부재리의 효과가 인정되지 않는다는 점에서 찾는 우리나라 형사소송법 학계의 다수설⁴⁵⁾에 비추어 볼 때에도, 파출소장의 훈방권에 대하여도 일사부재리의 효력은 인정할 여지가 없다고 보아야 하기 때문이다. 그 밖에도 파출소장의 훈방권에 대하여 불복하는 피해자 등의 권리구제는 어떻게 할 것인가도 아울러 문제될 수 있는데, 이러한 점도 경찰서장의 재심사를 허용하는 현실적인 실익이 있다.

내부위임이라는 점을 비판하는 견해는 수임자가 충분히 해당여부를 판단할 수 있도록 사전에 위임내용이 명확하게 규정되어 있거나, 그렇지 못한 경우라면 사안발생시 일일이 보고하여 지침을 받을 수 있어야만 내부위임으로 보고 있으나, 이는 내부위임에 있어서 본질적인 요소는 아니라는 점, 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리 그리고 특별사법경찰관리의 훈방권의 근거는 즉결심판법의 해석을 통하여 확보할 수 있다는 점, 즉심청구의 대상은 아니나 죄질이 극히 경미한 범죄의 경우는 훈방을 할 수 없다는 해석은 각주 29에서 서술한 바와 같이 훈방권 및 이 권한의 전제인 즉결심판청구권 자체가 기소독점주의의 예외라는 점등을 생각할 때 이러한 확장해석은 허용되지 않는다는 점등에서 타당하지 못하다고 생각된다.

2. 관련 쟁점

전술하였듯이 경찰훈방권은 즉결심판법 제19조와 형사소송법 제247조 제1항에 의한 권한

경시키는 것으로 법적 근거를 요하고 권한수임자는 자기의 권한과 같이 자기의 명의로 책임에서 이를 행사하게 되나 내부위임은 법적 근거 없이 행정편의를 위하여 하급관청이 상급관청의 명의로 책임에서 행사할 수 있을 뿐이다. ... 법적 근거 없이 행정편의를 위하여 행하는 내부위임을 받은 하급관청이 하급관청의 명의로 책임에서가 아닌 자기의 명의로 반려처분을 한 경우, 위 하급관청의 처분은 법적 권한 없는 무효의 처분임은 물론이고 이를 가리켜 하급관청의 처분이 있다 할 수도 없다.”

44) 대판 1983. 12. 27. 선고, 83도2686.

45) 신동운 II, 176-177면 참조.

이며, 사법경찰관의 권한이 아닌 경찰서장의 권한이며 파출소장은 경찰서장의 보조기관의 지위에서 사실상 훈방권을 행사한다고 해석하는 것이 타당하다. 그런데 훈방관련 실무와 관련하여 보다 세밀히 검토할 필요가 있다.

특히 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리, 그리고 경찰공무원법상의 경찰관 이외에 사법경찰관리의 직무를 행할자와 그 직무범위에 관한 법률에 규정된 공무원도 훈방권을 행사하고 있는데 이를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제가 제대로 짚어지지 않았다.⁴⁶⁾

먼저 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리의 경우에는 경찰서장의 훈방권이 '내부위임'으로 경찰서 보다 상부기관에로의 위임되었다고 해석하는 것은 곤란하다. '내부위임'을 받는 기관은 원래 권한관청 보다 하급기관이어야 하는 것이 '내부위임'의 논리에 부합하기 때문이다. 그러나 이러한 경우에는 **즉결심판청구권자의 범위에서의 경찰서장의 범위를 '경찰서장에 준하여 외부적 의사표시가 가능한 행정관청'으로 해석함으로써 해결될 수 있다**고 생각된다. 여기서의 행정관청이란 행정주체를 위하여 그 의사를 결정하고 이를 국민에 대하여 표시하는 권한을 가진 행정기관을 의미한다.⁴⁷⁾ 지방경찰청장 등의 행정관청의 자신의 지위에서, 그리고 그 소속 사법경찰관리는 그 소속 경찰청장의 내부위임에 의하여 훈방권을 행사할 수 있다고 해석할 수 있다. 경찰서장에게도 인정되는 즉결심판청구권을 그 상급 관청에서 행할 수 없다고 하는 것은 행정조직의 일반적 성질에 반하기 때문이다. 또한, 동법은 "형사소송법 제197조에 의거하여 사법경찰관리의 직무를 행한 자와 그 직무범위를 정"하기 위한 법이므로(제1조) 즉결심판법에 의한 형사소송법 제197조의 준용이 즉결심판절차의 "성질에 반하지 아니하는" 것(즉결심판법 제19조)으로 볼 수 있다는 점에서도 그 근거를 찾을 수도 있다고 생각된다. 특별사법경찰관리가 그 직무의 범위 내에서 행사하는 형사소송법상의 권한은 일반사법경찰관리와 차이가 없다고 보는 것이 합리적이기 때문이다.⁴⁸⁾

그러나 이러한 해석론에도 불구하고 지방경찰청·경찰청의 사법경찰관리와 '사법경찰관리의 직무를 행할자와 그 직무범위에 관한 법률'에 규정된 공무원 등에 대한 법리는 다분히 '의제적'이라는 측면은 무시할 수 없음이 사실이다. 이러한 맹점을 입법적으로 해결되어야 함은 물론이다. 즉결심판법의 개정이 단기간 내에 쉽지 않다면 경찰청 훈령 차원에서도 이상의 점을 해결해야 한다고 본다.

아울러 본 논문에서 자세히 다루어지지 않은 부분으로는 위법 또는 부당하게 행하여진 훈방권의 행사에 대하여 범죄피해자가 불복할 수 있는 구제수단이다. 이 점에 대하여 아직

46) 김형훈은 이러한 난점을 해결하기 위하여는 훈방권의 근거를 형사소송법 제196조에서 직접적으로 찾아야 한다고 주장한다(김형훈 II, 191-193면). 이 견해에 의하면 훈방권을 전체적으로 수미일관하게 해석할 수 있는 장점이 있기는 하나, 훈방권의 근거를 형사소송법 제196조에서 보는 것은 현행법의 해석으로는 난점이 있다.

47) 김동희, 10면; 박윤훈, 24면.

48) 김종구, 63면.

구체적인 논의가 전개되고 있지는 않는데, 일반론의 차원에서 고소·고발 등의 방법이나, 범죄신고 등의 방법, 그리고 경찰관에 훈방에 따른 추가적인 범죄행위가 발생한 경우에 이를 국가배상청구 등으로 해결하는 방법 등이 가능할 것이다.

V. 결 론

경찰훈방은 수사의 종결에 있어서 경찰에게 인정되는 재량권으로 사용되어 왔고, 대법원도 이 점을 인정한 바 있다. 검사만이 수사종결권을 가지는 우리 형사소송법 구조하에서 경찰단계의 수사종결처분으로서의 훈방을 어떻게 근거지우며 이를 해명할 수 있는가는 중요한 쟁점이 된다.

형사소송법상 제247조는 불기소처분의 권한을 검사에게 부여하고 있지만, 경미사건의 경우는 즉결심판법에 따라 경찰서장에게 즉결심판청구권이 부여되어 있다. 그렇지만 광범하게 이루어지고 있는 경찰훈방에 대해서는 명문의 법적 근거가 없는 바 이를 분명히 하는 법개정이 요구된다. 그 이전까지 해석론으로는 즉결심판법 제3조 제1항에서 즉결심판청구권을 경찰서장에게 부여하고 있고, 동법 제19조는 즉결심판절차의 “성질에 반하지 아니한 것은 형사소송법 규정을 준용한다”라고 규정하고 있으므로, 경찰서장은 즉결심판청구권을 행사함에 있어 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의를 준용해 훈방권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

즉결심판법에 법적 근거를 갖는 경찰서장의 훈방권과는 달리 파출소장 또는 일선 사법경찰관리가 행하고 있는 훈방은 즉결심판법에도 명문의 근거가 없어 문제이다. 이 역시 입법적 해결이 긴요하지만, 해석론으로 파출소장의 훈방권은 경찰서장의 훈방권의 내부위임으로 파악할 수 있다. 파출소장의 훈방권 외에도, 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리, 그리고 경찰공무원법상의 경찰관 이외에 ‘사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률’에 규정된 공무원이 행사하는 훈방권의 근거도 문제되는데, 이는 즉결심판법상의 경찰서장을 ‘경찰서장과 같이 외부적 의사표시가 가능한 행정관청’으로 해석함으로써 경찰서장, 파출소장, 기타 사법경찰관리의 훈방권도 일관하여 설명할 수 있을 것이다.

주제어 : 훈방권, 경찰훈방, 즉결심판

[Abstract]

Legal Basis and Limit of the Police Authority to Release Suspects

Cho, Kuk

In Korea prosecutors have the full authority both to investigate and to prosecute. This renders the police a subsidiary organ of prosecution, which conduct investigations under the supervision of prosecutors. There is only one exception. According to the Speedy Trial Procedure Act, some minor offenses, which are punishable by fines of not more than 200,000 Won or detention for less than thirty days, may be brought by the chief of police station before the court without formal prosecution. Dealing with non-felony crimes of such scope, police chiefs are considered to have a discretionary power to release suspects, which can be compared to the discretionary power of prosecutors whether or not to prosecute. In practice, however, by the police bylaw, inferior police officers can also exercise the discretion with no legislative grounds.

There has been a hot debate over the police authority to release suspects because the Speedy Trial Procedure Act does not explicitly provide the legal basis and scope of the authority. Prosecutors have often argued for abolishing the Speedy Trial Procedure as well as the police authority to release suspects. For the economy of criminal procedure and the division of investigative powers, this Article opposes to the abolitionism. On the other hand, it criticizes the misuse of police authority to release suspects, and proposes that not only the police authority should be given explicit legal basis but also its scope should be clearly stated.