

면지

면지

연구보고서 2003-06

경찰 ‘보호조치’와 ‘혼방조치’의 법적 근거 및 한계에 관한 연구

연구위원 : 조 국 (서울대 법대 교수)

목 차

I. 서론	1
II. 경찰 ‘보호조치’발동의 요건과 개선방향	3
1. 문제상황	3
2. 경찰관직무집행법상 보호조치의 구조	4
1) 보호조치의 요건	5
2) 보호조치의 대상자	7
3) 보호조치의 방법과 장소	11
3. 경찰관직무집행법상 보호조치의 문제점과 개선방향	16
1) 문제상황	16
2) 주취소란자에 대한 체포가능 여부	17
3) 경찰관직무집행법 제4조 요건의 개정방안	26
4. 즉결심판제도상 신병확보방안의 필요성과 개선방안	28
1) 즉결심판 피의자 신병확보의 현실	28
2) 즉결심판절차상 신병확보방안 필요성	29
3) 즉결심판절차상 보호조치관련 개선방안	32
III. 경찰 ‘훈방권’의 법적 근거와 한계	36
1. 문제상황	36
2. 우리나라 경찰훈방권의 연원	36
3. 외국의 입법례 검토	38

1) 영국에서의 경미사건 처리절차	38
2) 미국에서의 경미사건 처리절차	40
3) 일본의 미죄처분제도	41
4) 대 만	44
4. 경찰서장 훈방권의 법적 근거와 대상	44
1) 판례의 입장	45
2) 이론적 검토	46
3) 즉결심판제도에 대한 비판론 검토	49
4) 훈방권 자체에 대한 비판론	54
5) 훈방의 대상	56
5. 순찰지구대장의 훈방권의 법적 성질과 관련 쟁점	57
1) 법적 성질	57
2) 관련 쟁점	61
IV. 결 론	64
부 록	68
참고문헌	91

I. 서 론

경찰관직무집행법[이하 ‘경집법’으로 약칭]상 보호조치에 대한 과거의 논의는 주로 이 조치가 영장대기자나 즉결대기자 등의 도주방지와 경찰업무의 편의를 위해 남용되었다는 점에 초점이 맞추어져 있었다. 이러한 실무가 위법하다는 점이 대법원의 판결을 통하여 선언되었고, 동 판결이후 일선 경찰서에서 즉결심판 피의자를 보호조치에 취하는 일은 거의 사라졌다고 할 수 있다. 그런데 보호조치의 남용에 대한 비판논의에 묻혀 보호조치가 갖는 다른 문제점에 대해서는 깊이 있는 논의가 부족하였다. 현행 보호조치가 갖는 문제점 중에서는 특히 경찰행정의 최일선에서 일하는 사법경찰관리에서 상시적으로 당혹과 좌절을 안겨주는 주취소란자(酒醉騷亂者)의 처리 문제가 중요하다. 경집법 제4조의 보호조치권이 발동되려면 대상자가 타인의 생명·신체와 재산을 위해를 미칠 우려만 있으면 되는 것이 아니고, 본인 스스로에게 응급의 구호를 요할 것을 제1항 본문에서 요구되고 있다. 그런데 엄밀히 볼 때 이러한 주취소란자에게 응급의 구호가 요한다고 보기 어려우므로 보호조치의 대상이 될 수 없으므로, 일선 사법경찰관리는 어떠한 조치를 취해야 하는지 혼돈에 빠질 수밖에 없다.

한편 경찰훈방은 경찰의 재량권 행사의 일환으로 사용되어 왔고, 법원도 이 점을 인정한 바 있으나, 경찰훈방권에 대한 명시적인 법적 근거가 없다. 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 기소권의 주의가 경찰서장에게도 준용된다고 보고 있으나 훈방권의 주체, 근거, 및 범위와 한계에 대하여 보다 세밀하게 짚어야 할 점들이 많다.

이러한 경찰의 보호조치와 훈방조치는 각각의 근거 법률도 다르고 제도의 취지도 서로 상이하다. 그렇지만 이 양 제도는 하나의 보고서에서 검토하는 이유는 현재의 경찰실무에서 이 양 제도의 각각의 취지와 작동범위는 무엇인가, 그리고 양 제도는 서로 어떻게 연결되어야 하는가하는 문제가 분명히 처리되지 못하였다는 점, 그리고 일선 경찰에서 양 제도에 대한 개선요구가 많이 제기되고 있는 바 이 문제에 대한 법률적 정리를

할 필요가 있다는 점 때문이다.

이 연구는 이상의 두 가지 사안에 대한 기존의 논의를 충실히 정리하고 보호조치와 훈방조치에 대한 적절한 해석론과 입법론을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이 연구는 독창적 이론을 제시하는 ‘학술논문’적 성격을 보다는 연구주제에 대한 문제상황을 정리하는 ‘보고서’적 성격을 갖는다.

II. 경찰 ‘보호조치’발동의 요건과 개선방향

1. 문제상황

경집법 제4조는 경찰관의 개별적 직무활동으로 보호조치를 규정하고 있는데, 이는 경찰관의 직무집행 중 정신착란 또는 술취한 상태로 자기 또는 타인의 생명·신체 및 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자, 자살을 기도하는 자, 미아·병자·부상자 등으로서 보호가 요구되는 상태에 있는 자 등에 대하여 보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급 구호를 요청하거나 경찰관서에 24시간 보호하는 조치를 말한다.

형사피의자가 아닌 순수한 요구호자에 불과한 보호조치 대상자는 주로 일반시민의 신고에 의해서 인지가 되게 된다. 술에 취한 상태에서 노숙을 하는 자, 행려병자로서 길에 쓰러진 사람, 정신병자 등 다양한 형태의 보호조치 대상자가 112로 신고가 되고 센터에서는 해당 순찰지구대¹⁾ 순찰차를 현장에 보내어 상황에 따라 가족에 인계하거나 공공구호 기관에 인계하게 된다. 이러한 보호조치 업무의 특색은 순찰지구대 단위에서 업무가 사실상 종료된다는 점이다. 공공구호기관에 인계하는 경우 외에는 대부분 가족에게 인계하게 됨으로써 종료하게 되는데, 가족에게 인계되기 전까지는 대부분 순찰지구대에서 보호하고 있으며 경찰서에서는 즉심 등 범법사실이 있는 경우에만 인계하고 있다. 현재 보호조치와 관련한 통계자료가 나와있지 않은 상태이고 순찰지구대 단위에서 가족 또는 공공구호기관에 인계 후 종료되기 때문에 경찰서 이상 상급 부서의 지도와 감독이 상대적으로 소홀한 상태로 방치되어 있다.²⁾

종래 즉결심판 피의자 단속현장에서 현행범체포의 규정을 적용하여 신병을 확보하거나 임의동행의 형식으로 피의자를 경찰서로 연행하여 그를 다음 날 즉결심판법원이 열

1) 경찰청에서는 2003, 9, 1 외근경찰 운영혁신을 위한 지역경찰제를 실시하면서 종래 파출소 3~5개소를 통합하여 순찰지구대 체제로 전면 개편하고, 기존 파출소는 순찰지구대 소속의 “치안서비스센터”로 전환하여 민원담당관을 배치하고 있다.

2) 문수원, “즉결심판절차상 보호조치의 문제점과 개선방안”, 경찰대학교, 『제1기 경찰고위정책과정논문집』 (2000. 6), 931-932면.

릴 때까지 보호실에 대기시키는 업무관행이 있었다. 이러한 관행은 경집법상의 보호조치 규정을 근거로 한 것으로 이해되어 왔으나, 대법원 1994. 3. 11 선고, 93도958 판결이 이러한 관행을 위법하다고 판시한 후, 현재는 경찰에서는 2000년 11월 24일 제정된 ‘주취자안정실운영규칙’(경찰청훈령 제338호)에 따라 경집법 제4조의 보호조치 대상자 보호를 위한 ‘주취자안정실’이 설치·운영되고 있다.

이제 경집법상의 보호조치가 즉결심판 피의자의 신병확보 수단이 아니라는 점은 분명해졌으나, 여전히 남아 있는 문제가 있다. 경찰실무상 주취상태에서 난동·폭언을 하는 즉결심판 피의자에 대해서는 아무런 제재 수단이 없을 뿐 아니라 피해자들이 경찰에 신고 또는 신병을 인계하였음에도 즉시 석방되는데 상당한 불만을 토로하고 있으며, 또한 즉결심판 피의자의 신병확보는 물론 신고된 형의 집행을 경찰이 전적으로 부담하는 현실³⁾이므로 즉결심판절차에 있어서 피의자 신병확보를 위한 제도적 보완이 있어야 한다는 주장⁴⁾이 제기되고 있는 것이다.

본장에서는 먼저 경집법 제4조의 보호조치의 요건, 대상자, 방법 및 보호실의 운영방법 등을 검토하고, 이어 즉결심판절차를 둘러싼 논쟁을 검토한 후 즉결심판절차상 피의자의 신병확보 문제에 대한 방안을 제시하기로 한다.

2. 경찰관직무집행법상 보호조치의 구조

경집법상의 보호조치는 당사자 및 타인에 대한 위해방지라는 소극목적에 한정되는 경찰강제의 일종인 행정상의 즉시강제라고 보는 것이 일반적이다.⁵⁾ 경찰강제는 경찰작용 중에서도 실력을 발동하여 국민의 자유를 제한한다는 점에서 엄격한 법규의 근거를 요

3) 즉결심판에 의한 형의 집행은 원칙적으로 경찰서장이 하고 그 결과를 지체없이 검사에게 보고하여야 한다(즉결심판법 제18조 제1항). 그리고, 구류는 경찰서유치장·구치소 또는 교도소에서 집행하며, 구치소 또는 교도소에서 집행할 때에만 검사가 이를 지휘한다(동조 제2항). 경찰유치장을 통한 구류집행이 경찰에서 이루어질 뿐만 아니라, 벌금·과료·몰수 등의 경우에는 경찰에서 집행하고 그 종료시에 검사에게 이를 인계하도록 하여(동조 제3항 본문) 사실상 즉결심판에 대한 집행은 경찰에서 대부분 이루어지게 된다.

4) 문수원, 924면.

5) 김동희, 『행정법Ⅱ』, 박영사, (제7판, 2001)[이하 ‘김동희Ⅱ’로 약칭], 207면; 박윤훈, 『최신 행정법 강의(하)』, 박영사, (개정26판, 2002)[이하 ‘박윤훈(하)’로 약칭], 358-359면.

하는 것이 원칙이다.⁶⁾ 따라서, 경집법 제4조는 “수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단”하여, ① “정신착란자 또는 술 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자와 자살을 기도하는 자”, ② “미아·병자·부상자 등으로서 적당한 보호자가 없으며 응급의 구호를 요한다고 인정되는 자”가 “응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는” 경우 이들에 대하여 보호조치를 취할 수 있다고 규정하고 있다.

1) 보호조치의 요건

보호조치의 발동에 있어서는 “수상한 거동 기타 주위의 사정에 대한 합리적 판단,” “응급의 구호가 필요하다는 상당한 믿음” 등에 따른 판단이 요구된다. 이러한 불확정개념의 사용으로 인하여 보호조치의 판단에 있어서는 경찰의 광범한 재량권을 인정하는 결과가 된다. 그러나, 행정상 즉시강제인 보호조치는 그 성질상 ① 행정상 장애가 목전에 급박하고(급박성), ② 다른 수단으로서는 그 목적달성이 곤란하며(보충성), ③ 급박성과 보충성이 인정되는 경우에도 그 실행행사는 필요 최소한도에 그쳐야 한다(비례성)는 요건 내지 한계를 준수하여야 하므로⁷⁾ 보호조치에 대한 판단은 현장 경찰관의 완전한 자유재량이라고는 볼 수 없고, 권한행사의 합리성 충족이라는 요건의 제한을 받는다고 해야 할 것이다.

관례도 보호조치에 대한 판단은 경찰관의 합리적 판단에 맡겨져 있으나, 그 판단은 보호조치의 취지와 목적에 비추어 현저히 불합리해서는 안된다는 입장을 취하고 있다. 관련 대법원의 판결을 인용하자면,

“긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적 상황에서 경찰관에게 그러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합

6) 김동희II, 173면; 박윤훈(하), 359면.

7) 김동희, 423면; 박윤훈 626-627면.

리하다고 인정되는 경우에는, 그러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 그로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 부담한다.”⁸⁾

이러한 입장에 따르면, 판단의 합리성을 누구를 기준으로 하여야 하는가가 문제된다. 즉, 수상한 거동 기타 주위의 사정에 대한 합리적 판단, 응급의 구호가 필요하다는 상당한 믿음 등은 누구를 기준으로 판단할 것인가에 대해서는 의견이 나누어진다. 이러한 판단과 믿음은 불심검문을 행하는 경찰관 개인이 현장에서 접하는 상황을 고려하여 경찰관 평균을 기준으로 합리적으로 결정되는 주관적 판단을 의미한다는 입장⁹⁾과 보호대상자인지 여부를 판단함에 있어서는, 경찰관의 일방적·주관적 판단은 배제되고 사회통념에 의한 객관적 판단에 의해야 한다는 입장이다.¹⁰⁾

보호조치를 형사작용과 무관한 행정상 즉시강제로 이해하는 한에는 행정법의 일반이론에 따라서 경찰관 개인이 현장에서 접하는 상황을 고려하여 경찰관 평균을 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그리고 이러한 판단은 본질적으로 평균적인 경찰관을 기준으로 한다는 점에서 객관적 판단일 수밖에 없다. 따라서, 위의 견해의 대립은 실질적인 차이가 없다고 생각된다. 위에 언급한 판례의 “구체적 상황하에서 경찰관에게 그러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우”라는 표현은 객관적 판단의 의미로 해석하여야 한다. 국가배상법 제2조에서의 과실과 관련된 주의의무 위반의 내용은 공무원의 직종과 지위에 의하여 객관적으로 정하여지고, 특정 공무원 개인의 지식·능력·경험의 여하에 따라 주관적으로 정하여지지 아니한다.¹¹⁾ 판례도 동법상의 과실을 “공무원의 직무집행상의 과실이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 보통(통상) 갖추어야 할 주의의무를 게을리한 것”으로 이해한다.¹²⁾

8) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결.

9) 김재덕, 『신경찰법』(1992), 310면; 박상용·안영화·조지호·윤주현, 『경찰관직무집행법 해설』(경찰청, 2001) [이하 ‘박상용 외’로 약칭], 49면.

10) 장영민·박기석, 『경찰관직무집행법에 관한 연구』(형사정책연구원, 1995), 109면.

11) 김동희 I, 480면; 박윤훈(상), 711면.

12) 대법원 1987. 9. 22 선고, 87다카1164 판결.

이러한 일반론을 토대로 구체적인 보호조치의 요건을 살펴보면 다음과 같다. 우선, 보호조치는 “응급을 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우”에 발동될 수 있다. 따라서, 정신착란자가 타인의 생명·신체 및 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 경우 또는 자살을 기도하는 자가 있다 하더라도 바로 보호조치가 허용되는 것은 아니며, 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우 비로소 보호조치가 가능한 것이다.¹³⁾

여기서 ‘응급’이란 상황의 긴급성 내지 급박성을 의미한다. 즉, 즉시 구호하지 않으면 본인 또는 타인의 생명·신체 및 재산이 위험한 상황에 처하는 경우를 말한다. ‘구호’란 사람을 구제하여 생명·신체 및 재산을 보호하는 것을 말하는데, 동조의 구호는 주로 본인을 위하여 행해지는 것이지만 본인의 보호의 결과 타인의 위해도 방지하게 되는 경우, 본인과 타인 모두가 이익의 주체가 된다.¹⁴⁾

본인에 대한 이러한 보호는 그의 부모·형제 등의 친지나 사적 보호의무자에 의해 사생활의 범위 내에서 행해지는 것이 정상적이므로 경찰관의 보호조치는 2차적이고 보충적인 수단으로 이루어져야 한다. 따라서, 본인의 가족이 힘이 아직 미치지 못하는 상태에 있거나 그들의 힘만으로는 본인을 구할 수 없고 그대로 방치할 경우 신체의 위험이 명확히 될 때에 경찰권이 개입하게 된다.¹⁵⁾

2) 보호조치의 대상자

경집법 제4조 제1항의 각호는 경찰관이 보호조치를 취할 수 있는 대상을 규정하고 있다. 즉, 본인의 의사와 관계없이 강제 보호조치를 취할 수 있는 대상자로서 정신착란자, 술 취한 상태에 있는 자, 자살을 기도하는 자를 규정하고 있으며, 본인의 의사를 존중하여 임의보호조치를 취할 수 있는 대상자로서 미아·병자·부상자 등을 규정하고 있다 (동법 제4조 제1항 참조).

이러한 규정은 열거적·제한적으로 이해되는데, 그 취지는 법치행정의 원리에 따라 합

13) 장영민·박기석, 110면.

14) 장영민·박기석, 110면.

15) 박상용 외, 50-51면; 이수일, 『신경찰관직무집행법』, 정문출판사(1983), 44면; 장영민·박기석, 110면.

리적 이유 없이 경찰관이 자의적으로 일반 국민에 대하여 신체의 자유를 제한하는 성격을 갖는 보호조치를 취할 수 없도록 하자는 데 있다.¹⁶⁾ 따라서, 윤락행위방지법 제7조 제1항의 “요보호여자”라 하더라도 이들에 대한 보호조치는 위법한 구금에 해당한다.¹⁷⁾

정신착란자, 술취한 상태에 있는 자, 자살을 기도하는 자, 미아·병자·부상자 등이라고 하여 모두 경찰관의 보호조치대상이 되는 것은 아니다. 즉, 정신착란 또는 술취한 상태에 있는 자, 자살을 기도하는 자의 경우는 “그 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 경우”에 보호조치의 대상이 되고, 미아·병자·부상자 등의 경우는 “적당한 보호자가 없는 경우”에 보호조치의 대상이 된다. 후자의 경우에는 당해인이 보호조치를 거부하면 보호조치의 대상에서 제외된다(경집법 제4조 제1항 2호 단서 참조). 이들에게는 의사능력이 있기 때문에 경찰관은 그들의 의사를 존중하여 보호조치 여부를 결정해야 한다. 전자를 ‘강제보호조치 대상자,’ 후자를 ‘임의보호조치 대상자’라 한다. 이하에서는 양자를 나누어 설명하기로 한다.

(1) 강제보호조치 대상자

‘정신착란자’란 정신적으로 이상이 있는 자를 말한다. 즉, 선천적으로 정신질환이 있는 경우 외에 후천적으로 알콜중독·마약중독 등에 의하여 정신적으로 장애가 발생한 자를 포함한다. 일반적으로 심신상실자라 하더라도 보호조치 당시에 정신착란상태가 존재함을 필요로 하며, 한정치산선고를 받았거나 그러한 선고를 받지 않은 자일지라도 사실상 심신상실상태에 있으면 동조의 대상이 된다. 왜냐하면, 공법인 경집법은 사법인 민법과는

16) 장영민·박기석, 111면.

17) 대법원 1998. 2. 13. 선고, 96다28578. “구 윤락행위등방지법(1995. 1. 15. 법률 제4911호로 전문 개정되기 전의 것) 및 같은법시행령(1995. 11. 30. 대통령령 제14816호로 전문 개정되기 전의 것) 등 관계 규정에 의하더라도 ‘요보호여자’에 대한 수용보호처분은 오로지 보호지도소속에서 할 수 있도록 되어 있고, 보호지도소에서 ‘요보호여자’를 수용할 때까지 경찰관서에서 ‘요보호여자’를 경찰서 보호실에 강제로 유치할 수 있는 아무런 근거 규정이 없을 뿐 아니라, 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항의 규정에 의하면 경찰서 보호실의 유치는 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에서 보호조치하기 위한 경우에만 제한적으로 허용될 뿐이라고 할 것이어서, 구 윤락행위등방지법 제7조 제1항 소정의 ‘요보호여자’에 해당한다 하더라도 그들을 경찰서 보호실에 유치하는 것은 영장주의에 위배되는 위법한 구금에 해당한다.”

규정취지를 달리하므로 본 조의 해석은 경찰목적의 수행이라는 관점에서 이루어져야 하기 때문이다.¹⁸⁾

‘술 취한 상태에 있는 자’란 과음하여 사리분별력을 상실한 상태에 있는 자를 말한다. 법적 개념으로서의 ‘명정자’보다는 다소 넓은 의미이다.¹⁹⁾ 일선 보호조치 업무수행과정에서 가장 많은 유형이 이러한 주취자의 경우인데, 그 여부는 본인의 주량이나 사회적 신분, 술을 마신 후의 신체상황 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야 한다.²⁰⁾

‘자살을 기도하는 자’는 주위의 상황과 본인의 거동을 기초로 합리적으로 판단할 때 자살을 결행할 위험성이 있는 자를 말하며, 단순히 “자살하겠다”라는 말을 한 것만으로는 부족하고 자살결행의 구체적 징후가 행동으로 드러난 경우만이 이에 해당한다.²¹⁾ 예컨대, 불심검문 결과 극약을 소지하고 있으나 그 구체적인 용도에 대해서는 이야기하지 못하는 자, 평소 자살이 빈번하게 이루어지는 곳에서 배회 중인 자 등이 여기에 해당될 수 있다.²²⁾

(2) 임의보호조치 대상자

임의보호조치 대상자로서는 미아·병자·부상자 등을 규정하고 있는데, 이들에 대한 보호조치는 경찰권 발동에 의한 즉시강제라기보다는 급부(給付)행정상의 보호조치를 경찰관이 일정 부분 담당하는 것이라고 보아야 한다는 주장도 있을 수 있는데, 이는 일반적인 급부행정의 관념과는 다소 차이가 있다. 행정법학에서 급부행정이란, “공공시설의 설치, 보조금의 지급 등에 의하여 그 생활·활동에 필요한 재화·역무를 제공함으로써 개인의 이익추구활동에 대하여 조장적(助長的)으로 작용하는 것” 또는 “배려적 활동에 의하여 사회구성원의 이익추구활동을 직접적으로 조장하여 주는 공행정작용” 등으로 정의되기 때문이다.²³⁾ 따라서, 이러한 영역에서의 경찰작용의 통제원리로서는 급부행정적

18) 이수일, 42면; 장영민·박기석, 111-112면.

19) 박상용 외, 52면.

20) 장영민·박기석, 112면.

21) 이수일, 43면; 장영민·박기석, 112면.

22) 박상용 외, 52면.

23) 김동희Ⅱ, 212면.

관점에서의 합목적성보다는 즉시강제에 따른 합법성이 보다 중요하게 작용하게 된다.

여기에서 ‘미아’란 보호자의 보호범위를 벗어나 스스로 안전을 도모할 수 없는 아동을 말한다. 아동의 범위는 형식적 연령에 의하여 일률적으로 구분할 것은 아니고 개인의 발육정도, 지능정도 등을 종합적으로 참작하여 판단하여야 할 것이다. 보통 취학전 아동이 포함될 것이고, 취학아동일지라도 지능과 상황에 따라서는 미아로 보아야 할 경우도 있을 것이다.²⁴⁾ 통상 자신의 집을 기억하지 못하는 어린이, 보호자의 전화번호·연락처를 기억하지 못하는 정도의 어린이가 그 대상이 될 것이다.²⁵⁾

‘병자’, ‘부상자’란 질병이나 신체에 상해를 입어 본인 스스로 병원이나 보건소에 찾아가 수 없을 정도의 사람을 말한다. 여기서 그 상해가 본인 스스로 야기한 것인지 아니면 타인이 야기한 것인지는 문제되지 않는다. 피격을 당하여 길에 쓰러져 있거나 교통사고를 당하여 길에 쓰러져 있는 사람이 대부분 여기에 해당 할 것이다.²⁶⁾

‘등’에 해당하는 것으로서는 기아(棄兒), 기아상태에 있는 자, 조난자, 도로에서 길을 잃은 병약한 노인, 도로 또는 승차상태에서 산기로 고통받는 임산부 등을 들 수 있다. 그러나 ‘가출자’의 경우는 가정사정으로 인하여 자신의 의사로 집을 나온 자이기 때문에 원칙적으로 여기서의 자구 능력이 없는 자에 포함되지 않는다. 다만, 청소년 가출자에 대해서는 미아에 준하여 보호조치의 대상이 되는 경우는 있을 수 있다. ‘가출자’의 경우, 특히 성인의 가출은 가정내부의 문제이므로 경찰관이 개입할 수 없지만 가족 또는 본인의 보호를 요구하는 때에는 보호조치를 할 수 있다. 그러나 가정에서의 보호를 희망하거나, 본인이 경찰관의 보호 및 가정으로의 복귀를 거부하면 사실상 경찰권은 개입할 수 없게 된다. 이것이 경찰권 개입의 한계(보충성)로서 잠정적으로는 보호조치의 대상이 될 지라도 본인이 거부하면 경찰관은 보호조치를 행할 수 없다고 봐야한다.²⁷⁾

“당해인이 이를 거절하는 경우에는 예외로 한다”라 함은 본인이 자신의 의사로서 명

24) 장영민·박기석, 113면.

25) 박상용 외, 52면.

26) 이수일, 43면; 장영민·박기석, 113면.

27) 장영민·박기석, 113면. 가출자·부랑자 등이 소년법[소년법 제32조(보호처분의 결정) 이하 참조]의 요건에 해당하거나 아동복지법[아동복지법 제11조(시설보호 아동에 대한 보호조치등)이하 참조]의 요건에 해당하면 동법들에 의하여 보호를 할 수 있으나 이것은 당해 각 법률 규정에 의한 것일 뿐이고, 동조의 규정과는 무관하다(같은 곳).

백히 보호조치를 거부하는 경우에는 강제적으로 보호조치를 행할 수 없다는 것을 규정한 것이다. 이는 보호조치가 신체의 자유를 제한하는 성질을 가진 것인 만큼 본인의 진지하고 명백한 거부 의사가 있을 경우 허용될 수 없다고 보아야 한다.²⁸⁾

미아의 경우에는 보호조치를 거절할 수 있는 경우를 생각하기 어렵다는 점에서 거절권의 적용대상이 아니라고 보는 것이 합리적일 것이라는 점, 그리고 보호조치 대상자는 의사결정을 할 수 없는 상태에 있는 경우가 대부분으로서 묵시적 승낙으로 추정되는 경우가 많을 것이므로 특히 명확한 거부의 의사가 없을 경우에는 승낙이 있는 것으로 추정하여 보호조치를 취해야 한다는 점 등이 고려될 필요가 있다. 따라서, 입법론으로는 ① 당사자가 거절한다 하더라도 그로 인하여 본인 또는 타인에게 위험을 야기될 것이 명확한 경우에는 본인의 거절에도 불구하고 보호조치를 취할 수 있는 권한을 경찰관에게 부여하거나,²⁹⁾ ② 미아 등과 같이 의사능력 자체가 없거나 의사능력이 인정된다고 하여도 절대적 보호가 필요한 경우에는 거절권한을 배제하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

3) 보호조치의 방법과 장소

경찰법 제4조는 보호조치의 방법으로서 “보건의료 기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청하거나 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 1988년의 개정 이전의 구법에서는 경찰관의 보호조치를 의무규정화하여 “하여야 한다”라고 규정하고 있었으나 현행법은 보호조치의 필요성과 보호의 능력을 종합적으로 고려하여 그 보호여부를 경찰관의 합리적 재량에 의해 결정하도록 개정하였다. 이 경우 경찰관은 합리적 재량을 행사할 법적 의무를 지게 된다.³⁰⁾

경찰관이 긴급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 “보건의료기관 또는 공공구호기관에 긴급구호를 요청”할 수 있다. 여기서 ‘보건의료기관’이라 함은 보건소·(종합)병원·한의원·조산소 등 응급조치로 생명·신체의 구조를 행

28) 장영민·박기석, 114면.

29) 장영민·박기석, 115면.

30) 장영민·박기석, 117면.

할 수 있는 공·사기관을 말하고, ‘공공구호기관’이란 국가나 지방자치단체가 설립한 아동보호소·부녀보호소·양로원 등의 일체의 사회복지시설을 말한다.³¹⁾ 긴급구조요청을 받은 보건의료기관이나 공공구호기관은 정당한 이유없이 긴급구호를 거절할 수 없다(동법 제4조 제2항).

다만, 경찰관의 긴급구호 내지 보호조치의 권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적 상황에서 경찰관에게 이러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 이러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어, 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 이로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 지게 되는 것이지만, 정신병원에의 장기입원이나 사회로부터의 장기격리와 같은 조치는 경집법의 규정이 정한 경찰관의 권한을 넘는 것이어서 경찰관에게 그 책임을 묻기는 어렵다.

정신질환자의 평소 행동에 포함된 범죄 내용이 경미하거나 범죄라고 볼 수 없는 비정상적 행동에 그치고 그 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 보더라도 정신질환자에 의한 집주인 살인범행에 앞서 그 구체적 위험이 객관적으로 존재하고 있었다고 보기 어려운 경우, 그가 살인을 저지른 것이 국가배상법 제2조상의 요건을 충족하는지 여부가 문제된 사안에서, 대법원도 정신질환자인 세입자에 의해 살해당한 집주인의 유족이 정신질환자의 평소 행동에 대한 사법경찰관리의 수사 미개시 및 긴급구호권 불행사를 이유로 제기한 국가배상청구를 배척하고 있다.

“정신병원에의 장기입원이나 사회로부터의 장기격리와 같은 조치는 위 경찰관직무집행법의 규정이 정한 경찰관의 권한을 넘는 것이고, 기록에 비추어 보아도... 범행가능성을 차단하기 위하여 취할 수 있는 적당한 방법이 없는데다가, 사실관계에 의하면, 구체적 상황에서... 관할 순찰지구대의 경찰관들이 위 피해자의 신고에 따라... 정신병원에 입원시키는 등 경찰관직무집행법의 규정이 정한 긴급구호 등의 조치를 취하고, 그가 퇴원하자 그로 하여금 정신병원에 입원하여 장기치료를 받는 데 도움이 되도록 생활

31) 김재덕, 『신경찰법』 (1992), 310면.

보호대상자 지정의뢰를 하는 등 그 나름대로의 조치를 취한 이상, 더 나아가 경찰관들이 ... 범행가능성을 막을 수 있을 만한 다른 조치를 취하지 못하였다고 하더라도, 이를 현저하게 불합리한 긴급구호권한 불행사로서 법령에 위반된다고 하기는 어렵다.”³²⁾

그리고, 경찰관이 긴급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 “경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치”를 할 수 있다. 경찰관서에의 보호조치는 경찰관서 내의 보호시설의 존재를 그 전제로 하는데, 이 보호시설에 대해서는 경집법상 명문의 근거가 없다. 경찰관서내에서의 보호장소는 경찰관이 피구호자를 보호자나 관계기관에 인계할 때까지 일시보호하거나 보호조치사유가 해제될 때까지 일시보호하는 보호장소를 말하는데, 현재로는 ‘주취자안정실’이 그 예이다.

과거 경찰 실무에서 보호조치 대상자를 유치장이나 형사피의자 대기실에 수용하기도 하였으나, 이는 허용되지 아니한다. 경집법 제9조는 경찰서 유치장에는 “법률이 정한 절차에 따라 체포·구속되거나 신체의 자유를 제한하는 판결 또는 처분을 받은 자를 수용한다”라고 규정하고 있는 바, 경찰서 유치장은 경찰행정작용이 아니라 형사사법작용의 하나로 형사피의자 또는 피고인을 구금하는 장소임은 분명하다. 경찰서 유치장 유치 대상은 “미결수용자”, 즉 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 구속영장의 집행 받은 자”(행형법 제1조의 2 제2호), 체포영장에 의해 체포된 자, 현행범인으로 체포된 자, 긴급체포된 자, 즉결심판에 의해 구류형을 집행받고 있는 자, 법정 등의 질서유지를 위해 감치처분을 받은 자 등을 포괄한다.³³⁾

그리고, 영장대기자나 즉결심판대기자를 ‘주취자안정실’ 등 보호시설에 수용하는 것 역시 허용되지 않는다. 과거 즉결심판 피의자를 현행범인체포의 형식을 빌어 신병을 확보하거나 임의동행의 형식으로 피의자를 경찰서로 연행하여 다음날 즉결심판법원이 열릴 때까지 보호실에 대기시키는 관행이 있었으나, 이는 더 이상 허용되지 않는다. 이 점은 대법원 판결에 의해 분명히 확인된다.

32) 대법원 1996. 10. 25. 선고, 95다45927 판결.

33) 조국, “경찰서 유치장에 수용된 형사피의자에 대한 신체검사”, 한국형사정책연구원 간, 『형사정책연구』 제11권 제4호(2000년 겨울호).

“경찰서에 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 사실상 설치, 운영되고 있으나 현행법상 그 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정이 없고, 이러한 보호실은 그 시설 및 구조에 있어 통상 철창으로 된 방으로 되어 있어 그 안에 대기하고 있는 사람들이나 그 가족들의 출입이 제한되는 등 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 되므로, 경집법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼 수 없다.”³⁴⁾

따라서 영장대기자나 즉결심판대기자를 보호시설에 수용하는 것은 수사목적달성을 위하여 적절한 행위라고 믿고 한 정당행위라 할 수 없고, 직무상의 권능을 행사함에 있어서 법령의 조건을 구비하지 아니하고 이를 행사한 것은 곧 직권을 남용하여 불법감금한 것에 해당하고,³⁵⁾ 이를 제지하는 경찰관에 대하여 폭력을 행사하더라도 공무집행방해의 죄책을 지지 않게 된다.³⁶⁾ 또한, 이러한 위법한 공무집행으로 손해를 입은 자에 대하여 국가는 국가배상법 제2조의 책임을 지게 된다.³⁷⁾

경찰청은 1998년 12월 즉결심판 피의자 비보호원칙 엄격준수 지시를 일선 경찰서에 하달한 바 있다. 이에 따라서, 즉결심판 피의자는 귀가조치하고 즉결심판일에 즉결법정으로 출석요구하는 것이 확고한 원칙이 된 것이다. 그리하여 현재 일선 경찰서에는 2000년 11월 24일 경찰청 훈령 제338호인 ‘주취자안정실운영규칙’에 따라 주취자안정실이 설치되어 있다. 주취자안정실의 보호대상자는 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 술 취한 상태로 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있다고 명백히 인정되는 자 중, “1. 교통사고 또는 안전사고 등의 위험에 노출된 자, 2. 타인의 통행을

34) 대법원 1994. 3. 11. 선고, 93도958 판결.

35) 대법원 1971. 3. 9. 선고, 70도2406 판결; 대법원 1985. 7. 29. 선고, 85도16 결정.

36) 대법원 1997. 8. 22. 선고, 97도1240 판결.

37) 대법원 1996. 10. 25. 선고, 95다45927 판결.

방해하거나 욕설 등 행패를 부리는 자, 3. 자살 도는 자해를 기도하는 자, 4. 기물을 손괴하는 등 난동을 부리는 자, 5. 기타 타인 또는 경찰관의 업무를 방해하는 자”이다(동규칙 제5조).

주취자안정실의 구조는 보호대상자의 난동·자해방지 등 보호대상자의 보호에 적합하여야 하며, 비상시에 대비하여 경보종·폐쇄회로TV 및 녹화장치 등이 설치해야 한다(동규칙 제3조). 주취자안정실의 관리책임자는 일과 중에는 방법과장이, 일과 후·공휴일에는 상황실장 또는 경찰서장이 지정하는 자가 관리한다(동규칙 제4조). 관리책임자는 보호대상자를 주취자안정실에 입실시킨 경우 지체없이 경찰서장에게 ‘경찰관직무집행법에 의한 직무집행시의 보고절차 규칙’ 별지 제2호 서식에 의한 보호조치 보고를 해야 하고, 수시로 주취자안정실에 입실된 자에 대하여 계속보호 여부를 심사하여 조치하여야 하며, 근무자는 보호중인 보호대상자 중 질병 기타 응급구호를 요하는 자가 발생한 경우 신속히 의료기관에 긴급구호 요청을 하는 등 적당한 조치를 하여야 하며, 지체없이 관리책임자에게 그 사실을 보고하여야 한다(동규칙 제6조 제1-3항).

형사절차 또는 경집법과 관련된 인신구급시설과 그 대상을 간략히 도해화하면 다음과 같다.

유치대상 수용장소 및 근거조문	“미결수용자”(=구속영장의 집행을 받은 자)	적법하게 체포된 자	경집법상“보호조치” 대상자
구치소 (행형법 제2조 제3항)	○	×	×
유치장 (경집법 제9조)	○	○	×
‘주취자안정실’ (경찰청 훈령 제338호)	×	×	○

마지막으로 경찰관서내의 보호시설에 대상자를 수용할 때 피보호자가 자신의 머리를 시멘트 담에 격렬히 부딪치는 등 자살을 기도하여 그 자살행위를 저지하기 위하여 다른 수단이 없는 부득이한 사유가 있을 때에는 본인의 생명을 긴급히 구조하기 위하여 최소

한도의 범위 내에서 수갑·포승을 사용할 수 있다고 할 것이다. 이 점과 관련하여 보호를 위한 강제가 가능한가의 문제가 제기되지만 법익 중에서 최상의 법익인 생명을 보호하기 위하여 다른 수단이 없을 때에는 하위의 법익인 신체의 자유를 제한하는 것이 용인되어야 할 것이라는 점³⁸⁾과 행정상 즉시강제의 일반원칙인 비례성의 원칙의 준수가 있으면 본질적으로 허용될 수 있다는 점³⁹⁾ 등을 근거로 정당화될 수 있다고 생각된다. 따라서, 이 경우에도 신체의 자유를 제한하는 정도와 시간은 필요최소한도로 제한되어야 한다.⁴⁰⁾

3. 경찰관직무집행법상 보호조치의 문제점과 개선방향

- 주취소란자의 처리를 중심으로 -

1) 문제상황

과거 경집법상 보호조치의 문제점에 대한 논의는 이 조치가 영장대기자나 즉결대기자 등의 도주방지와 경찰업무의 편의를 위해 남용되고 있다는 점에 집중되어 있었다. 이러한 남용이 위법임을 대법원이 확인한 이후 일선 경찰서에서는 즉결심판 피의자를 보호 조치에 취하지 않게 되고, 보호조치대상자의 보호를 위해 별도로 주취자안정실이 설치되면서 이러한 문제는 해결되었다고 보인다.

그러나, 그간의 논의가 신병확보수단으로서의 남용에 대한 비판에 집중되어 있다 보니, 경집법상 보호조치가 갖는 다른 문제점에 대해서는 논의가 부족하였던 것이 사실이다. 최근 들어 새로운 각도에서 보호조치의 보완을 요구하는 문제제기가 나오고 있는 바, 이하에서는 이러한 새로운 문제제기를 살펴보기로 한다.

일선 경찰서에서 가장 문제가 되는 것은 “응급의 구호를 요하지 않는” 주취소란자(酒醉騷亂者)의 처리 문제이다. 경집법 제4조의 보호조치권이 발동되려면 대상자가 타인의

38) 박상용 외, 55면; 장영민·박기석, 116면.

39) 박윤훈(하), 364면에서는 경집법 제10조의 요건에 해당하는 사유가 있을 때, 즉 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 저항의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있는 때에는 수갑·포승을 사용한 결박도 가능하다고 한다.

40) 박상용 외, 55면.

생명·신체와 재산을 위해를 미칠 우려만 있으면 되는 것이 아니고, 본인 스스로에게 응급의 구호를 요할 것을 동조 제1항 본문에서 요구되고 있다.⁴¹⁾ 그런데, 엄밀히 볼 때 이러한 주취소란자를 응급의 구호가 요한다고 보기 어려우므로 보호조치의 대상이 될 수 없게 된다.⁴²⁾ ‘주취자안정실운영규칙’의 보호대상자 요건에는 “응급의 구호”요건이 누락되어 있는데(제5조), 이는 경집법 제4조를 위배하는 문제를 일으킬 가능성이 있다.

이러한 경우는 경집법 제5조의 위험발생의 방지권이나 제6조의 범죄의 제지권을 행사할 수 있겠으나, 이러한 권한 발동의 요건은 제4조의 보호조치의 요건과 다르고, 또한 제5조와 제6조의 권한발동에 따른 후속 억류장소는 규정되어 있지 않다.⁴³⁾ 그리고 ‘주취자안정실운영규칙’ 역시 주취자안정실이 경집법 제4조에 해당되는 자만의 보호를 위한 시설임을 분명히 하고 있다(제2조). 이하에서는 현행법상 이러한 주취자에 대하여 어떠한 조치가 가능하며, 개선점으로는 어떠한 것이 있는가를 검토한다.

2) 주취소란자에 대한 체포가능 여부

우선 주취소란자의 행위가 폭행 또는 협박에 해당하여 형법 제136조 이하의 공무집행 방해죄의 구성요건에 해당하는 경우는 애초에 문제가 되지 않는다.⁴⁴⁾ 공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박함으로써 성립하는 범죄인데, 그 보호법익을 국가의 일반권력기능, 구체적으로는 공무 그 자체를 보호하고 법익에 대한 보호의 정도는 추상적 위험범이다.⁴⁵⁾ 또한, 본죄에서의 폭행과 협박의 개념은 광의의 그것을 의미하기 때문에 직무집행공무원에 대한 직접적·간접적 유형력의 행사(광의의 폭행) 또

41) 이러한 입법적 태도는 일본의 「술에취하여공중에계폐를끼치는행위의방지등에관한법률」 제3조 제1항과 동일하다.

42) 김형훈, “경찰관직무집행법 개정 방향”, 경찰대학교간, 『경찰학연구』 (창간호, 2001) [이하에서 ‘김형훈 I’로 약칭], 83-84면.

43) 김형훈 I, 85면.

44) 대법원 1970. 9. 17. 선고, 70도1391 판결. “검증장소의 경비임무를 수행하는 순경은 경찰관직무집행법 제2조나 제5조에 의하여 그 장소에서의 폭행행위를 제지하거나 또는 이를 제지하기 위해서, 폭행자에게 임의동행을 요구할 책무가 있다고 할 것이므로 피고인이 위 순경의 손목을 비틀고 이를 방해한 그 소위는 공무집행방해죄의 구성요건을 충족한 것이다.”

45) 김일수, 『새로 쓴 형법각론』 (이하 [김일수, 각론]으로 약칭), 박영사(제2판, 1998), 679면.

는 직무집행공무원에게 공포심을 생기게 할 수 있는 모든 해악의 고지(광의의 협박)를 의미하기 때문에⁴⁶⁾ 주취소란자의 경우 대부분이 이에 해당할 가능성이 높다.⁴⁷⁾ 다만, 여기에서의 폭행 또는 협박은 그 성질상 공무원의 직무집행을 방해할 수 있을 정도에 이르러야 한다. 따라서 공무원이 개의치 않을 정도의 경미한 폭행 또는 협박은 공무의 적정한 집행이 방해될 염려가 없어 본죄를 구성하지 않는다.⁴⁸⁾ 그러나, 현실적으로 공무의 집행이 방해될 필요는 없는데, 이는 추상적 위험범의 법리상 당연하다.

따라서, 여기서 문제되는 주취소란자의 처리는 공무원집행방해의 정도에 이르지 않는 경우가 남게 된다. 이러한 주취소란자의 처리를 형사절차로 끌어들여 행하려면 현행범인의 체포(형사소송법 제211조), 긴급체포(동법 제200조의 3) 등의 요건을 충족해야 한다.

(1) 긴급체포의 가능성

먼저 긴급체포를 규정한 형사소송법 제200조의 3 제1항은 “피의자가 사형·무기 또는

46) 김일수, 각론, 702면.

47) 대법원 1989. 12. 26. 선고, 89도1204 판결. “공무집행방해죄에 있어서 협박이라 함은 상대방에게 공포심을 일으킬 목적으로 해악을 고지하는 행위를 의미하는 것으로서 고지하는 해악의 내용이 그 경위, 행위당시의 주위상황, 행위자의 성향, 행위자와 상대방과의 친숙의 정도, 지위 등의 상호관계 등 행위당시의 여러 사정을 종합하여 객관적으로 상대방으로 하여금 공포심을 느끼게 하기에 족하면 되고, 상대방이 현실로 공포심을 품게 될 것까지 요구되는 것은 아니며, 다만 그 협박이 경미하여 상대방이 전혀 개의치 않을 정도인 경우에는 협박에 해당하지 않는다고 할 것이다. 이 사건의 경우 사실관계가 원심이 적법하게 확정된 바와 같이 피고인이 그 경영의 술집에서 떠들며 놀다가 주민의 신고를 받고 출동한 경찰로부터 조용히 하라는 주의를 받은 것뿐인데 그후 새벽 4시의 이른 시각에 순찰지구대에까지 뒤쫓아가서 ‘우리집에 무슨 감정이 있느냐, 이 순사새끼들 죽고 싶으냐’는 등의 폭언을 한 것이고, 또 기록에 의하면, 피고인은 1986. 2. 19. 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 징역 8월을 선고받아 복역을 마치고 1986. 10. 10. 출소한 외에도 폭력행위등 전과 12범인 사실이 인정되고, 그 장소도 경찰관이 정복을 입고 근무하던 순찰지구대의 소 내인 점에, 기타 기록상 엿보이는 피고인의 성향, 폭언을 하게 된 동기 및 경위, 그 내용 등을 종합하여 보면, 피고인의 위 행위를 단 순히 경찰관에 대한 불만의 표시나 감정적인 욕설을 한 것에 그친다고 볼 수는 없고, 경찰이 계속하여 단속하는 경우에 생명, 신체에 어떤 위해가 가해지리라는 것을 통보함으로써 공포심을 품게 하려는데 그 목적이 있었다 할 것이고, 또 이는 객관적으로 보아 상대방으로 하여금 공포심을 느끼게 하기에 족하다 할 것이며, 피고인이 당시 술에 취하여 있었고 장소가 순찰지구대이며, 상대가 경찰이라 하여 상대방인 위 유찬희, 박경화 등이 전혀 개의치 않을 정도의 협박이라고 단정할 수도 없다할 것이다.”

48) 대법원 1976. 5. 11. 선고, 76도988판결. “공무집행방해죄에 있어서의 협박이 경미한 것이어서 상대방인 공무원이 개의하지 않을 정도의 것이라면 그러한 협박으로서는 공무집행 방해죄가 성립하지 아니한다.”

장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할만한 상당한 이유가 있을 때” 긴급체포를 할 수 있도록 하여 ‘범죄의 중대성’을 요건으로 하고 있다.

그런데 통상의 주취소란자에게 적용될 수 있는 죄목은 경범죄처벌법 위반범죄일 것이다. 그러나 경범죄처벌법은 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 제한하여 처벌하므로(제1조) ‘범죄의 중대성’ 요건을 충족시키지 못할 것이다.

다음으로 즉결심판법이 문제될 수 있다. 즉결심판이 허용되는 범죄사건은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 “처할 수 있는” 경미한 형사사건에 한한다(동법 제2조). 따라서 경범죄처벌법이나 도로교통법 위반행위는 즉결심판이 허용되는 전형적인 예가 된다.

그런데 즉결심판법 제2조에서 말하는 형벌 즉, “처할 수 있는”사건이 무엇을 의미하는지는 불분명하다. 이를 법정형으로 해석하는 것은 법정형을 의미하는 경우에는 “해당하는 사건”으로 규정하고 있는 우리 법의 태도에 비추어 동법 제2조의 문언에 부합하지 않는다는 점은 일단 명백하다. 법원조직법 제32조 제1항 제3호에서도 사물관할의 기준이 되는 형을 규정하면서, “사형·무기 또는 단기1년이상의 징역 또는 금에 “해당하는 사건”이라고 규정함에 반하여, 동법 제34조 제1항 제3호와 동조 제3항에서는 20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 “처할 범죄”를 즉결심판의 대상으로 규정하고 있다. 그러나 그 구체적인 의미는 분명치 않다. 여기서의 형벌은 법관이 처단할 수 있는 처단형을 의미하는 것으로 보아야 한다는 견해⁴⁹⁾와 선고형을 의미한다는 견해⁵⁰⁾가 있다.⁵¹⁾

49) 백형구, “즉결심판절차(상)”, 『관례월보』(1985년 10월), 45면; 김희옥, 『즉결심판제도에 관한 연구』(한국형사정책연구원, 1993), 24면.

50) 신동운, 『형사소송법』, 법문사(1993), 936면. 한영수, “즉결심판제도에 대한 비판적 고찰”, 『형사정책연구』 제9권 제2호(1998 봄호), 65면 이하에서도 선고형으로 보는 견지에서 법관이 양형단계에서 최종적으로 결정해야 될 일을 형사소추기관에서 먼저 판단하는 것은 형사소추기관에 과도한 재량을 부여한 것이라고 비판하고 있다.

51) 손동권, “즉심사건처리절차의 문제점과 개선방안”, 『형사정책연구』 제10권 제2호(통권 제38호, 1999년 여름호), 105면 이하에서는, 처단형이라는 개념 자체도 다소 불분명하다고 하면서, 여기에서의 처단형과 선고형을 포괄하는 의미에서의 처단형이라는 개념을 사용하고 있다. 즉, 처단형의 의미를 법정형의 여러 종류에서 법관이 선택할 수 있는 형벌종류로 이해하면(즉, 처단형으로 이해하면), 20만원 이하의 벌금·구류·과료가 징역형 또는 금고형에 대한 선택형으로 법정되어 있는 경우에도 즉결심판의 대상으로 되는 것으로 파악하게 되고, 반면 처단형의 의미를 법관이 정하는 형벌의 양을 의미하는 것으로 이해하면(즉, 선고형으로 이해하게 되면), 그것은 선고형과 같은 의미가 된다고 하고 있으나, 이러한 표현은 선고

처단형이란, 법정형에 법률상 가중·감경 및 재판상 가중을 한 형 즉, 법정형에 선택한 형종(刑種)이 있는 경우에는 먼저 형종을 선택하고 그 형에 필요한 가중·감경을 한 형을 의미하고, 선고형이란, 법원이 처단형의 범위 내에서 구체적으로 형을 양정(量定)하여 당해사건의 피고인에게 선고하는 형을 의미하는 것이 일반적인 견해이다.⁵²⁾

양 학설의 구체적인 차이는 법정형을 기준으로 형을 가중·감경한 처단형과 구체적인 작량감경이 행하여진 선고형에서 나타난다. 전자를 기준으로 할 경우에는 즉결심판의 대상이 상대적으로 축소되게 되고 피의자의 입장에서도 명확한 기준이 된다는 점에서 강점이 있다. 후자를 기준으로 할 경우에는 명확하지 못한 기준으로 인한 문제점이 있으나, 즉결심판법 제5조 제1항의 체계적인 해석에 비추어 법문에 충실한 장점이 있다. 즉, 판사는 사건이 즉결심판“할 수 없는” 사건을 결정으로 즉결심판청구 기각의 재판을 할 수 있는데, 그 의미를 피고인에게 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 “처할 수 없는” 사건으로 보아야 한다. 또한 법관이 “처하는 사건”이라는 것은 형벌의 종류와 양 모두를 포함하는 선고형으로 이해하는 것이 일반적이다.

따라서 즉결심판법이 규정한 대상형벌은 형벌의 종류와 양 모두를 포함하는 법관의 선고형으로 보아야 하는데, 이렇게 볼 때 법정형이 20만원 이하의 벌금에 처한다는 형식으로 규정된 경우에는 선고형은 20만원 이내로 될 수 있으므로 문언해석으로는 즉결심판청구의 대상이 된다고 할 수 있다. 그렇지만 이렇게 상한액이 표시된 법정형의 경우에는 벌금액수에 관계없이 즉결심판청구가 가능하다면 그 청구범위가 너무 넓어지게 되므로 제한적 해석이 필요하다.⁵³⁾

특히 현재 일선 경찰서에는 2000년 11월 24일 경찰청 훈령 제338호인 ‘주취자안정실 운영규칙’에 따라 주취자안정실이 설치되어 있다. 경미범죄의 신속한 재판이라는 즉결심판의 입법목적에 비추어 보자면 즉결심판 대상자를 긴급체포하는 것은 허용되지 않는다고 보아야한다. 긴급체포제도는 구속영장신청을 전제로 하여 48시간이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 기간내 구속영장을 청구하지 않거나 발부받지 못할 때에는 피의자를

형과 처단형에 대한 일반적인 용어례(김일수, 『새로 쓴 형법총론』, 박영사, (제7판, 1999), 730-731면 참조)와는 사뭇 다른 것으로 여기에서는 통설적인 구별법을 사용하였다.

52) 김일수, 730-731면.

53) 손동권, 106면.

즉시 석방하여야하는데(형사소송법 제200조의 4), 즉결심판은 불구속을 전제로 하기 때문이다.⁵⁴⁾

(2) 현행범인의 체포

현행범인은 형사소송법 제212조의 규정에 의하여 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다. 다만 경미사건 즉 50만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대해서는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 체포할 수 있도록 제한하고 있다(동법 제214조). 이 규정은 “현행범인의 체포에 있어서의 비례성의 원칙이 표현된 것”⁵⁵⁾ 또는 “경미사건에 대한 현행범인 체포의 제한입과 동시에 경미사건을 현행범인으로 체포하기 위한 요건을 규정하는 조항”⁵⁶⁾으로 이해된다. 전자는 동 규정의 현행범인의 체포에 대한 제한의 의미를 강조한 것이나, 후자는 동종에 적극적 의미를 부여하려는 시도로 이해된다. 어쨌든 동조의 요건하에서 경미한 범죄라도 현행범인의 체포가 가능하다는 점에는 의문이 없다. 따라서, 경범죄처벌법에 의한 음주소란을 범하는 자가 주거가 불명하다면 현행범인으로 체포할 수 있고, 주취소란행위가 손괴 또는 폭력행사를 동반할 경우 형법적용이 가능하므로 역시 현행범인의 체포는 허용된다.

문제는 불구속 대상임에 명백한 즉결심판피의자를 주거가 불일정하다는 이유로 체포하여 즉결법정에 인치하는 것이 현행 형사소송법의 입법취지나 법해석상 합당한지에 있다. 이 문제는 두 가지 각도에서 검토되어야 한다.

우선 현행범인의 체포에 구속사유를 요하는지가 문제된다. 구속사유를 요한다고 해석하게 되면, 불구속 대상임이 명백한 즉결심판피의자에 대하여 현행범인 체포를 한다는 것은 개념상 불가능하기 때문이다. 현행범인의 체포의 경우에는 구속사유가 필요하다는 명문의 규정이 없다. 학설은 도망이나 증거인멸의 우려와 같은 구속사유가 필요하다는 견해⁵⁷⁾와 이를 요하지 않는다는 견해⁵⁸⁾ 그리고 구속사유를 요하는 것은 아니나 도망의

54) 문수원, 944면.

55) 이재상, 『형사소송법』 박영사(제6판, 2002), 225면.

56) 김형훈, “즉결심판제도의 바람직한 운용방향”, 『치안정책연구』 제15호 (2001. 11) [이하에서는 ‘김형훈 II’로 약칭], 402면.

염려가 있거나 신분이 확인될 수 없는 경우와 같이 별도의 체포사유가 존재하여야 한다는 견해⁵⁹⁾ 등으로 대립하고 있다. 생각건대 현행범인의 체포를 구속에 대한 영장주의의 예외로 규정하였던 개정전 형사소송법과는 달리, 현행 형사소송법에 있어서는 현행범인의 체포를 통상체포의 예외적인 경우로 규정하고 있으므로 통상체포의 경우와 마찬가지로 현행범인의 체포에서 구속사유의 존재를 요하지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

다음으로 형사소송법 제213조의 2에 의하여 준용되는 동법 제200조의 2 제5항의 규정취지와 관련된 문제가 있다. 즉결심판피의자를 주거가 일정하지 않다는 이유로 현행범인 체포하여 익일 즉결법정에 인치하는 것도 현행범인의 체포가 기소전 수사단계에만 한정한다는 명문의 규정이 없다는 점을 근거로 가능하다는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 반면, 현행범인 체포가 기소전 수사를 위한 것이고 48시간 이내에 구속여부를 결정하여 기간내에 구속영장을 신청하지 않으면 석방하여야한다는 취지에 비추어 즉결심판피의자에 대해서는 적용이 불가능하다는 반대이론도 가능할 것이다. 현행범인의 체포의 경우에도, 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간내에 “구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야”한다는 점(형사소송법 제213조의 2, 제200조의 2 제5항)에서 즉결심판을 청구하는 경우는 구속영장을 청구하지 아니하는 때에 해당하므로 “즉시 석방하여야” 한다는 입론도 가능할 것이다.

현행 형사소송법상의 긴급체포, 현행범인의 체포와 관련된 구속영장청구기간 즉, 구속영장을 청구하는 48시간 동안의 기간이 사실상의 영장 없는 체포를 허용한 결과를 초래하였다고 비판론이 있는 바,⁶¹⁾ 집필자도 이러한 견해에 기본적으로는 동의한다. 그러나 이러한 입법을 전제로 해석론을 전개하자면 48시간이라는 영장청구의 기간 내에 즉결심판절차가 개시될 수 있다면, 즉결심판 피의자의 현행범인 체포는 형사소송법 제214조의 요건에 해당하는 한 가능하다고 본다. 다만, 그 집행에 있어서는 피의자를 구속영장 없

57) 신양균, 『형사소송법』, 법문사 (2000), 150면.

58) 이재상, 225면.

59) 배종대·이상돈, 『형사소송법』 홍문사(제4판, 2001), 257면.

60) 문수원, 945면.

61) 이재상, 222면.

이 현행범인으로 체포하기 위하여는 체포 당시에 헌법 제12조 제3항, 제12조 제5항 및 형사소송법 제212조, 제213조의2 등에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포할 수 없다.⁶²⁾

여기서의 입론에 대하여, 수사절차의 기본원칙인 비례성의 원칙에 위배되지 않는가에 대한 반론이 있을 수 있다. 즉결심판절차의 취지인 “범증이 명백하고 죄질이 경미한 범죄사건을 신속·적정한 절차”(즉결심판법 제1조 참조)로 심판하기 위하여 일반 수사절차에서보다 더욱 체포권을 행사할 수 있도록 하게 되는 것이 비례성의 원칙에 반할 우려가 있다는 점 때문이다. 여기에서의 범증의 명백성은 비례성의 원칙에 반하는 것이 아니고, 죄질의 경미성은 반드시 신병확보의 불필요성과 연결되는 개념이 아니라는 점에서 이러한 (가상적) 비판은 극복 가능하다. 물론 신속한 절차에 의하여 피의자를 조기에 형사절차에서 해방시킨다는 취지를 이유로 인신구속을 가능하게 하는 것이 타당한가의 의문은 남지만,⁶³⁾ 현행법체계에서 주거가 분명하지 않은 주취소란자를 현행범으로 체포할 수 없다는 주장은 그 법적근거가 취약하다 할 것이다. 또한, 위에서 언급한 48시간의 제한 남용문제는 주의해야 할 사실이지만, 이는 현실적으로 잘못된 입법태도에 기인한 것이므로 법개정을 통하여 해결할 수밖에 없다.⁶⁴⁾

62) 대법원 1994.3.11. 선고, 93도958 판결.

63) 김형훈II, 402면은, 주취소란자에 대한 현행범 체포는 신원을 밝히기를 거부하고 범질서에 대항하는 자에 대한 최후이자 유일한 조치이며, 유치장수용은 엄격한 절차를 거치도록 되어 있어서 주취자안정실에 의한 보호 등의 편법에 비하여 인권보호측면에서 안전하기 때문에 비례성의 문제를 피할 수 있다고 한다. 그러나 신원을 밝히기를 거부하는 것(진술거부권)은 법에서 허용된 권리라는 점(형사소송법 제200조의 2)에서, 주취자안정실의 보호의 경우에는 “응급의 구호를 요한다”는 요건상의 제한이 있으므로 이러한 주장의 결론의 타당성은 별론으로 하더라도, 그 논거가 반드시 타당한 것으로 볼 수는 없다.

64) 이와 관련하여, 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1240 판결은 “임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이고, 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다”라고 한다. 경집법상의 시간적 제약은 그 기간동안의 구금을 허용하는 취지로 이해될 수는 없고, 구금의 필요성이 있더라도 그 이상을 초과할 수 없다는 제한적인 의미로 해석·적용되어야 한다는 취지이다. 다만, 여기에서의 논의는 행정경찰작용으로서의 경찰활동을 규제하는 원리이고 이상에서 논의되고 있는 것은 사법경찰작용으로서의 경찰활동을 규제하는 원리이므로 양자의 논의가 반드시 일치하는 것은 아니다.

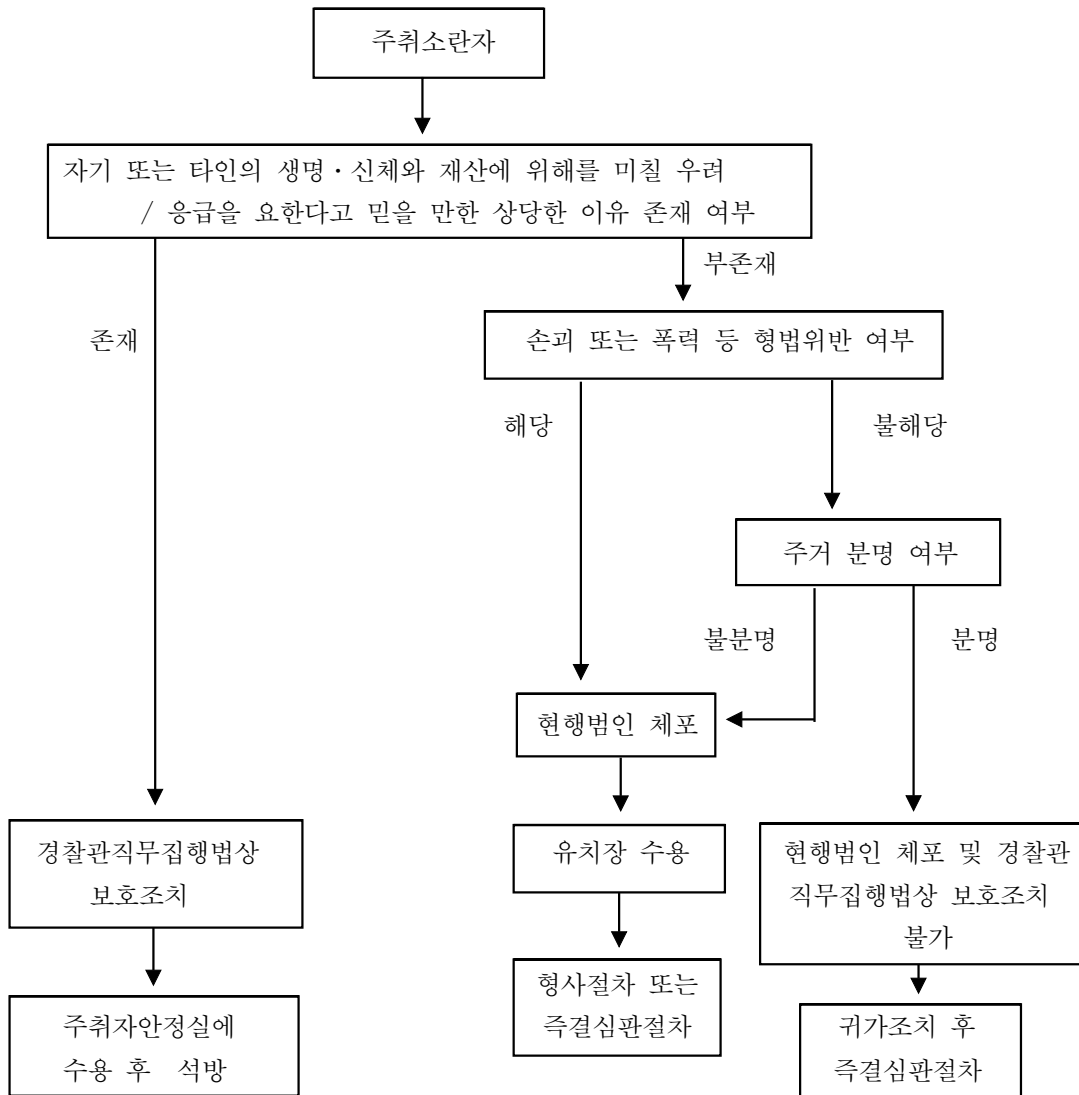
이상과 같이 주취자의 경우에도 현행범인의 체포가 가능하다고 본다면, 이렇게 체포된 피의자는 적법하게 체포된 자이므로 유치장에 수용된다.⁶⁵⁾ 그러나 경찰실무상 이러한 조치가 이루어지기는 어려운 측면이 여러 가지 있다. 우선, 현행범인의 체포의 경우의 수반되는 사후절차 때문에 일선 경찰에는 현행범인 체포를 선호하지 않는 실정이다. 즉, 현행범인체포의 경우 체포의 규정을 준용하여 48시간 내에 구속영장을 청구하여야 하고, 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니한 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다. 또한 경찰업무 분담 구조상 즉결심판은 수사절차와 무관한 방법과에서 업무를 수행하므로 현행범인으로 체포할 경우에는 야간에 형사 당직의 협조를 받아야하고 유치장 입감절차를 거쳐야하는 등 절차상의 번거로움으로 인해 일선에서는 제대로 활용되지 못하고 있다.⁶⁶⁾

나아가 재물 손괴나 폭력행사를 범하지 않는 주취소란자가 신분증을 소지하고 있고 그가 밝힌 주거가 주민등록 전산조회와 일치하는 경우는 현행범인으로 체포할 수 없다. 형사소송법 제214조의 요건 자체를 충족시키지 못하는 경우이기 때문이다.

주취소란자와 관련된 이상의 문제상황을 도해화하면 다음과 같다.

65) 김형훈Ⅱ, 402면.

66) 문수원, 945면.

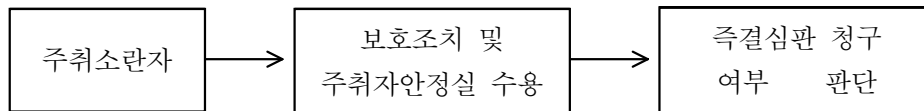


3) 경찰관직무집행법 제4조 요건의 개정방안

보다 근본적으로 경집법 제4조의 보호조치 요건에 “응급구호의 요건”을 주취소란자에게는 적용되지 않도록 법문을 개정하거나 또는 제5조와 제6조의 권한발동시 신병을 억류하는 보호조치를 신설할 필요가 있다.

관련된 외국의 입법례로서는 독일의 통일경찰법초안(MEPolG)을 들 수 있는데,⁶⁷⁾ 동 제13조는 “1. 특히 자유로운 의사결정이 배제되어 있거나 혹은 타인의 원조를 필요로 하는 상태에 있는 자를 생명 또는 신체에 대한 위험으로부터 보호하기 위해 필요한 때, 2. 범죄행위나 중대한 위험을 초래하는 질서위반행위가 목전에 행해지거나 계속되는 것을 저지하기 위하여 필요한 때”를 보호조치를 발동할 수 있는 경우로 규정하고 있으며 (제1항 제2호), 이에 따라 구금된 경우는 “경찰은 지체없이 자유박탈의 허용성과 계속성에 대한 법관의 결정을 받아야 한다”(제14조)라고 규정하고 있다. 이러한 입법적 변화가 있다면 주거가 확인되는 주취소란자에 대해서 일단 보호조치를 발동하고 그 후 즉결심판청구 여부를 고려할 수 있을 것이다.

간략히 도해화하면 다음과 같다.



한편 일선 경찰에서 주취자를 주취자안정실에다 보호조치를 취하고 있으나, 경찰은 의료전문기관이 아니므로 보호중인 주취자의 건강상태를 제대로 판단할 수가 없다. 그리하여 종종 주취자안정실에서 주취자가 사망하는 일이 발생하고 이러한 일이 있을 때마다 “취객잡은 경찰 주취안정실”⁶⁸⁾이라는 비판이 제기되고 있다.

67) 약칭 독일경찰법 통일초안의 정식명칭은 “독일연방 및 주의 통일경찰법 표준안(Musterentwurf eines einheitlichen polizeigesetzes des Bundes und Länder)”이다. 독일경찰법 통일초안은 1986. 3. 12. 소위 보충초안(Ergänzungsentwurf)에 의하여 새로운 내용이 추가되었으며, 그 내용은 각 란트의 개별 경찰법에 의하여 실정법으로 수용되어 있다. 동 초안의 번역본은 Franz-Ludwig Knemeyer(서정범 역), 『경찰법사례연구』(2001)에 수록되어 있다.

현행법처럼 24시간까지 응급의 구호를 요하는 자를 보호할 수 있도록 하는 것은 경찰에게 의료에 관한 비전문가로서의 부담을 줌과 동시에 보호대상자의 신체·생명의 위험을 증폭시키는 결과를 낳을 수 있다.⁶⁹⁾ 보호조치를 개시할 때 주취자의 가족이나 시·군·구나 보건의료기관에 신속히 연락하고 인계하는 조치 이상의 부담을 경찰에게 부과하는 것은 곤란하다고 본다.

그리고, 주취자나 정신병자·행려환자를 보호하는 것은 순찰이나 범법자에 대한 범집행보다 많은 노력과 인내가 필요하나 외근경찰관의 근무성적에 반영되지 않으며, 더욱이 문제가 되는 것은 시립병원을 제외한 공공구호기관에서 야간이나 공휴일 등에는 적극적인 인수를 회피하고 있어 24시간 운영체제를 갖춘 보호시설을 확대 설치하여야 할 필요가 있다는 주장⁷⁰⁾에도 귀를 기울일 필요가 있다. 보건의료기관 또는 공공구호기관이 제대로 갖추어져 있지 않은 지역의 경우는 복지행정의 책임이 있는 시·군·구 등 자치단체에 인계하려해도 구호기관이 아니라거나 인수절차가 없다는(특히 야간 당직자의 경우) 등의 이유로 거절당하는 일이 발생한다. 그리고 이러한 시설이 갖추어져 있더라도 각기 특성이 다른 공·사기관들마다 대상자를 인수받는 절차가 달라 신속한 인계가 이루어지지 않는 경우가 많다는 점이 지적되고 있다.⁷¹⁾ 현장 경찰관들이 어려움을 무릅쓰고 적극적으로 보호조치를 하기 위해서는 초동조치는 경찰관이, 후속조치는 행정 및 공공구호기관이 분담하는 유기적인 체제 구축이 요망되고 있다. 따라서 전국의 시단위 이상 지방자치단체에 24시간 운영되는 구호시설의 설치를 경찰청 혹은 지방경찰청 단위에서 추진하여야 할 것이다.⁷²⁾

보다 거시적으로 보면, 사회안전망의 확보라는 국가의 기본적 책무를 경찰에게만 부담시키는 것은 무리가 있다고 생각되며, 이러한 필요성의 충족을 위한 노력은 전국가적인 차원의 정책적 시야에서 사회적 안전망의 구조를 조정·확대하는 시도로 해결하는 것이 바람직할 것이다.

68) 매일신문(2002. 5. 20)

69) 김형훈 I, 84면.

70) 문수원, 951면.

71) 김형훈 I, 84면.

72) 박상용 외, 951면.

4. 즉결심판제도상 신병확보방안의 필요성과 개선방안

경집법상 보호조치는 법적으로 허용되는 것이고, 다만 그 적용대상에 대한 재조정이 필요한 사안이라면, 현행 즉결심판제도상으로는 즉결심판 피의자의 신병을 확보할 수 있는 방안이 애초에 결여되어 있다.

1) 즉결심판 피의자 신병확보의 현실⁷³⁾

즉결심판의 대상이 되는 경미범죄는 주로 도로교통법상의 자동차주정차금지위반, 향토예비군설치법상의 예비군훈련불참자 등 행정법규 위반, 폭행죄나 단순도박죄 등 형법위반, 허위신고, 무임승차 등 50개 항목의 경범죄처벌법위반사범 등이다. 그렇지만 다수의 일반형법 및 특별형법상의 범죄도 그 대상이 될 수 있다. 왜냐하면, 즉결심판법 제2조에서 말하는 형벌은 법관이 처단할 수 있는 선고형이고, 형법상 대다수의 범죄행위에 대해서 벌금형이 하한선 없이 선고될 수 있으므로, 20만원 이하의 벌금을 선고할 수 있는 범죄는 결국 거의 모든 유형의 범죄행위를 포섭할 수 있기 때문이다.

순찰지구대 경찰관이 신고 또는 인지에 의하여 즉결심판 피의자를 접할 경우 현행 범인의 체포 또는 임의동행의 형식으로 순찰지구대로 동행하여 조사에 착수하게 된다. 현행범인의 체포의 경우 전술하였듯이 형사소송법 제214조에 의해 “범인의 주거가 분명하지 아니하는 때에 한하여”가능하다. 주거가 분명하지 아니한 때라 하면, 주민등록증을 제시하지 못하거나 밝힌 주거가 주민등록조회와 일치하지 않을 경우를 말한다. 예를 들면 시골에서 상경한 사람이 서울에서 즉심 사건에 해당하는 범죄를 행하더라도 그의 주거가 분명하다면 현행범인 체포의 요건이 해당되지 않는다. 따라서 실무 관행상 경미범죄의 주거불분명으로 현행범인 체포를 할 수 있는 경우는 거의 없으며, 현실적으로 임의동행의 형식을 빌리는 경우가 많은데 경찰관서로의 동행에 동의하는 사람은 적은 편이다.

즉결심판 피의자를 임의동행의 형식을 빌거나 현행범인 체포의 예에 따라 순찰지구대

73) 문수원, 923-925면.

에 동행한 경우, 피의사실에 대해 조사를 하게 되고 조사가 끝나면 즉결심판청구서를 작성하여 피의자에게 지정된 날짜에 즉결심판법정에 출석토록 하고 귀가 조치시킨다. 이 경우 즉결심판에의 출석을 담보하기 위해서 일선 순찰지구대 실무 관행상 신원보증인에게 인계하게 되는데 대부분 신원보증인이 순찰지구대로 와서 신병을 인수받지만, 예외적으로 신원보증인이 없을 경우에는 단독으로 귀가를 허용하고 있다.

한편 즉결심판 피의자가 경집법상의 보호조치의 대상자의 요건에 포괄되는 경우, 즉 즉결심판 피의자가 주취 등으로 자기 또는 타인의 생명·신체에 위해를 끼칠 우려가 있고 응급의 구호를 요하는 경우는 24시간 이내에 경찰관서에 보호하였다가 즉심에 회부할 수 있다. 보호청구 대상자의 경우 신병과 즉결심판청구서를 경찰서 당직에 인계하게 되며 당일 상황실장(주간의 경우에는 방법과장)이 예심을 통하여 피의사실을 재심사하여 훈방여부를 다시 결정하거나 신원보증인을 불러 신병을 인계하게 되는데, 즉결심판 피의자는 대부분은 익일 즉심담당자가 즉결법정에 인계할 때까지 보호실 당직근무자에 의해서 보호되게 된다. 보호조치를 하더라도 더 이상 보호의 필요성이 없게 된 때(예를 들면 주취자의 경우 주취상태를 회복할 때)에는 즉시 귀가조치하고, 즉결법정에의 출석은 본인의 의사에 맡겨야 한다. 경집법상의 보호조치가 즉결심판대상자의 신병확보 수단과 연계되어서는 안되기 때문이다.

그런데 즉결심판 피의자의 경우 경범·교통범칙금 미납자(이들은 예납금을 미리 징수하므로 출석의 필요성이 없음)를 제외하고는, 즉결심판 법정은 피의자의 신병이 즉심청구 서류와 같이 올 때만 즉심청구를 받아 주고 있는 실정이다.

2) 즉결심판절차상 신병확보방안 필요성

즉결심판이 청구된 자, 즉 즉결심판 피고인은 형사소송법 규정에 의해 구속된 자가 아니므로 법적으로 언제나 불구속상태이다. 과거 즉결심판 청구대상자가 경집법상의 보호조치의 요건에 부합하지 않는데도 이 대상자의 신병을 확보하여 익일 즉결심판 법정에 인치하기 위하여 24시간 이내의 기간동안 경찰관서에 보호하는 실무관행이 있었으나, 이는 전술한 1994년 대법원 판결과 1998년 경찰청의 즉결심판 피의자 비보호원칙 엄격 준수 지시를 계기로 하여 이제 사라졌다고 보인다.

그러나 근래 들어 즉결심판 절차에서 새로운 신병확보방안을 마련해야 한다는 문제제기가 계속되고 있는 바 진지한 검토가 필요하다.

(1) 즉결심판절차의 실효성 제고 및 공권력의 권위 확보⁷⁴⁾

즉결심판 피의자들은 음주소란, 무전취식 등 범죄의 속성상 대부분 주거나 직업이 일정하지 않거나, 또 일정하다 하더라도 이후 경찰의 출두요구에 응하지 않을 가능성이 상당히 큰 실정이다. 실제 1998년 즉결심판 비보호원칙 엄격준수 지시이후 대부분이 순찰지구대 단위에서 신원보증을 받고 귀가조치를 하려고 하여도 신원보증인이 없는 경우가 많고, 신원보증을 받는다 하더라도 지정된 즉결심판일시에 자진 출석하지 않는 경우가 대부분이다. 특히 문제가 되는 것은 즉결법원의 소송실무자들이 즉결심판 청구대상자의 신병이 확보되지 않는 한 즉결심판 자체를 접수하지 않고 있으므로 불출석자에 대해서는 소재수사를 실시하여야 하고, 소재수사 역시 출석에 대한 강제력이 없으므로 즉결심판 대상자에게 소재를 확인하고 출석을 권유하는 수준에 그쳐 실효성이 미약한 실정이다.

즉결심판절차가 제대로 지켜져야 하는 것은 피해자·신고자의 공권력에 대한 신뢰 또는 준법의식 함양을 위해서도 필요하다. 즉결심판 피의자들은 대부분 피해자의 신고에 의해서 경찰의 조사를 받고 있으나 간단한 조사절차를 마친 후 그 즉시 귀가 조치되면 또다시 주취상태에서 피해자를 방문하여 행패를 부리거나 심지어는 경찰관서에서 퇴거에 불응하면서 공무집행을 방해하는 경우가 종종 있다. 이러한 유형의 즉결심판 피의자들에게는 피해자의 보호를 위해서도 보호조치가 필요하고 자신의 범법행위에 대해서는 신속한 공권력의 제재가 따른다는 점을 인식시켜야만 재범을 방지하는 효과가 있을 것이다.

이상과 같이 절차진행의 효율성을 확보하고 공권력의 권위를 다시 세우기 위해서 즉결심판법에 피고인의 신병확보를 위한 절차를 마련하여야 한다는 견해이다.

74) 문수원, 927-928면.

(2) 출석자와 불출석자의 형평성 문제

즉결심판 비보호원칙에 따라 모든 즉결심판 청구대상자—경집법상의 보호조치 요건에 명백히 해당되는 경우는 예외—는 순찰지구대 단위에서 조사를 마치면 현장에서 귀가 조치되어 지정된 즉결심판기일에 자진 출석하여 소정의 처벌을 받게 된다. 출석요구서에는 즉결법정으로 나오도록 하고 있으나, 실제로는 경찰서로 나온 피의자를 확인한 후 대동하여 즉결심판청구서와 함께 법원에 인계하고 있다.⁷⁵⁾

따라서 스스로 즉결법정에 출석한 자는 처벌을 받지만 출석을 하지 않는 경우에는 즉결심판청구를 못하고 피의자에게 출석요구를 하고 소재 수사를 하는 수밖에 없는 실정이며, 소재수사 역시 즉결심판 청구대상자에게 어떠한 강제력을 행사할 수 없으므로 즉결심판 피의자가 공소시효를 넘기면 처벌을 면하게 된다. 즉결피고인이 불출석할 경우 불출석심판을 통하여 벌금이나 과료를 선고하여 집행할 수 있으나, 상대적으로 중한 위반사항이 있어 구류를 선고할 경우에는 즉심피고인의 출석이 필수적이므로 불출석시에 그 선고가 불가능한 상황이다. 즉결심판의 주된 대상인 음주소란 등의 처벌을 규정하고 있는 경범죄처벌법은 10만원이하의 벌금을 규정하고 있어 공소시효는 3년이지만(형사소송법 제249조 제1항 제5호 참조), 경찰의 인력형편상 3년 동안에 소재수사를 계속할 수 없는 것이 현실이다.

그리고 경범죄처벌법 등 위반행위에 대하여 통고처분을 하였음에도 그 대상자가 범칙금을 납부하지 않고 즉결심판에도 불응할 경우 이를 강제할 방안이 마땅하지 않은 것이 현실이다. 먼저 대상자가 범칙금을 내지 않으면 그의 재산에 대한 압류 등 강제조치를 실행할 방법이 없고, 또한 1, 2차 납부기한을 거쳐 미납시 즉결심판을 청구하도록 되어 있으나(경범죄처벌법 제8조 제1항), 즉결심판청구를 위해서는 위반자의 소환이 불가피한데, 경찰출석에 불응할 경우는 이를 강제할 수단이 모호하다.

현재 경찰실무에서는 비보호 즉결심판 피고인이 출석에 불응하거나, 통고처분 미납자가 범칙금을 납부하지 않고 즉결심판에도 불응할 경우 그 사람에 대하여 2개월에 2회 이상 출석요구를 서면으로 하고, 2개월에 1회 이상 소재수사를 한 후 공소시효가 만료

75) 문수원, 928-929면; 김형훈 II, 405면.

되면 사건을 그대로 종결하고 있다.

그 결과 즉결심판 출석자와 불출석자의 형평성과 법집행의 엄정성이 약화되고 있는바, 조속히 즉결심판절차의 고유한 신병확보 방안이 마련될 필요가 있다.

3) 즉결심판절차상 보호조치관련 개선방안

현 시기는 즉결심판 피의자를 불법구속관행을 불식시키면서도, 이상과 같은 실무상의 난점을 해결하기 위한 방안을 모색해야 할 시기이다. 제3절에서 경집법 제4조의 보호조치 요건에 “응급구호의 요건”을 주취소란자에게는 적용되지 않도록 법문을 개정하거나 또는 제5조와 제6조의 권한발동시 신병을 억류하는 보호조치를 신설할 필요가 있음을 밝혔으나, 이와 별도로 즉결심판절차 자체에서 보호조치를 마련할 필요성이 제기되고 있다.

(1) 즉결심판 피의자의 신병확보 근거조항 신설문제

먼저 손동권 교수는 즉결피의자의 대기실 수용에 대한 명문규정을 신설하자고 제안하고 있다. 그는 피해가 회복되지 않아 피해자가 처벌을 요구하여 현행범인으로 단속된 즉결피의자가 도주의 우려가 있고 주거가 불분명한 경우 보호조치를 할 수 있도록 법규를 제정할 때도, 경집법의 보호조치와는 다른 근거법규를 만들어 대처해야 한다고 주장한다.⁷⁶⁾ 왜냐하면, 양자는 기본적으로 법적 성격이 상이하기 때문이다. 물론 제3절에서 전술하였듯이 이러한 즉결심판 피의자 중 주거불분명 등을 근거로 현행범인으로 유치장에 수용될 수 있는 대상에 해당되는 자가 있다. 그러나, 즉결심판절차의 입법취지를 생각할 때 이는 대부분 경미사건에 해당되는 즉결심판 피의자에 대한 일반적 신병확보방안은 아닐 것이다.

그리하여 손 교수는 즉결심판법에 가칭 ‘즉결피의자의 대기실수용’에 관한 별도규정을 마련될 필요가 있다고 파악하면서, 그 요건을 분명히 해야한다고 말한다. 주거불분명한 즉결심판 피의자는 현행범인으로 체포하여 유치장에 수용하고 즉결심판절차를 밟게 하

76) 손동권, 115면.

게 되므로, 즉결피의자 중 대기실에 수용에 될 수 있는 자에 대한 범위 확정이 필요한 것이다.⁷⁷⁾

즉결심판 피의자의 신병확보가 필요하다는 손 교수의 문제의식에는 동의할 수 있으나, 상술한 1994년 대법원 판결의 취지를 고려하자면 형사소송법의 규정 외에 별도로 즉결 피의자를 경찰서 내에 구금하는 입법조치는 환영받지 못할 것으로 본다. 즉결심판 피의자의 주거가 불분명할 경우는 형사소송법에 따라 체포하여 유치장에 수용하고, 주거가 분명한 경우는 바로 경찰서 내에 구금하는 것이 아니라 일단 귀가조치하고 이하에서 서술할 여러 가지 출석을 강제하는 조치를 통하여 피의자의 출석이 담보되도록 하여야 할 것이다.

(2) 즉결심판 피의자 출석강화 제도 도입

현재 일선 실무관행상 즉결심판 피의자를 귀가조치하면서 즉결심판 법정에서의 출석을 담보하기 위해서 신원보증인을 요구하고 있다. 그러나 이에 대한 명확한 법적인 근거 규정이 없으며 신원보증인이 있을 때까지 보호조치 하는 것은 엄격히 보아 불법구금에 해당된다. 이렇게 볼 때 신원보증인 요구보다는 즉결심판 피의자 자신으로부터 각서를 징수하자는 제안은 유의미하다.⁷⁸⁾

그리고 현행 “즉결심판절차에서의 불출석심판청구등에 관한 규칙”에 의하면 교통범칙금 또는 경범죄 범칙금 미납자로서 소정의 예납금(범칙금액의 150%)을 납부하면 불출석 심판에 회부할 수 있도록 규정되어 있다(제2조, 제3조). 단기 자유형인 구류형이 실효성이 없는 것으로서 형사정책상 폐지되어야 한다는 입장에서 불출석심판제도의 확대의 측면에서도 예납금제도가 확대하거나,⁷⁹⁾ 또는 예납금 자체를 명확히 한정하기가 사실상 힘들고 차액발생시 환부절차가 번잡하여 실무에 적용하기에는 무리가 따르므로 피의자를 귀가 조치시킬 때 소정의 출석보증금을 납부토록 하는 방안을 검토할 필요가 있다.⁸⁰⁾

77) 손동권, 115면.

78) 문수원, 947면.

79) 손동권, 116면.

그리고 현재 범칙금 미납자에 대해서만 적용되는 불출석심판 제도는 주거가 일정한 비보호즉심대상자에게도 확대 적용되도록 개선되어야 한다. 단, 이러한 자에 대한 불출석심판제도의 실효성을 확보하기 위해서는 벌금·과료선고후 형집행을 위한 예납금 납부제도가 여기서도 마련되어야 할 것이고, 또한 선고된 벌금액 또는 과료액의 차액을 반환하는 절차를 규정해야 할 것이다.⁸¹⁾

다음으로 구류형을 선고받을 즉심대상자가 불출석하는 경우에는 그를 강제구인하는 방안이 연구되어야 한다. 현행법상 구류형을 선고할 경우에는 불출석재판이 금지되어 있다(즉결심판법 제7조 제3항 단서). 그로 인하여 구류형의 선고를 예상하는 즉심대상자는 즉심법정에의 출석을 의도적으로 회피하기도 한다. 출석하지 않는 것이 오히려 그에게 유리하기 때문이다. 이를 방지하기 위해서는 즉결심판청구 대상자가 지정된 기일에 즉결법정에 출두하지 않는 경우에 구인장을 발부하는 방안이 강구되어야 한다. 예컨대, “판사는 구류형을 선고하여야 할 즉결대상자가 즉결 심판기일을 고지 받고도 정당한 이유 없이 즉결심판기일에 불출석한 때에는 구인장을 발부할 수 있고, 경찰관은 구인장의 집행을 한 때부터 24시간 이내에 피고인을 즉결법정에 인치하되, 즉결법정에 인치하기 위하여 필요한 때에는 피고인을 경찰서 유치장에 유치할 수 있다”는 규정을 즉결심판법에 두는 것이 상당할 것이다.⁸²⁾

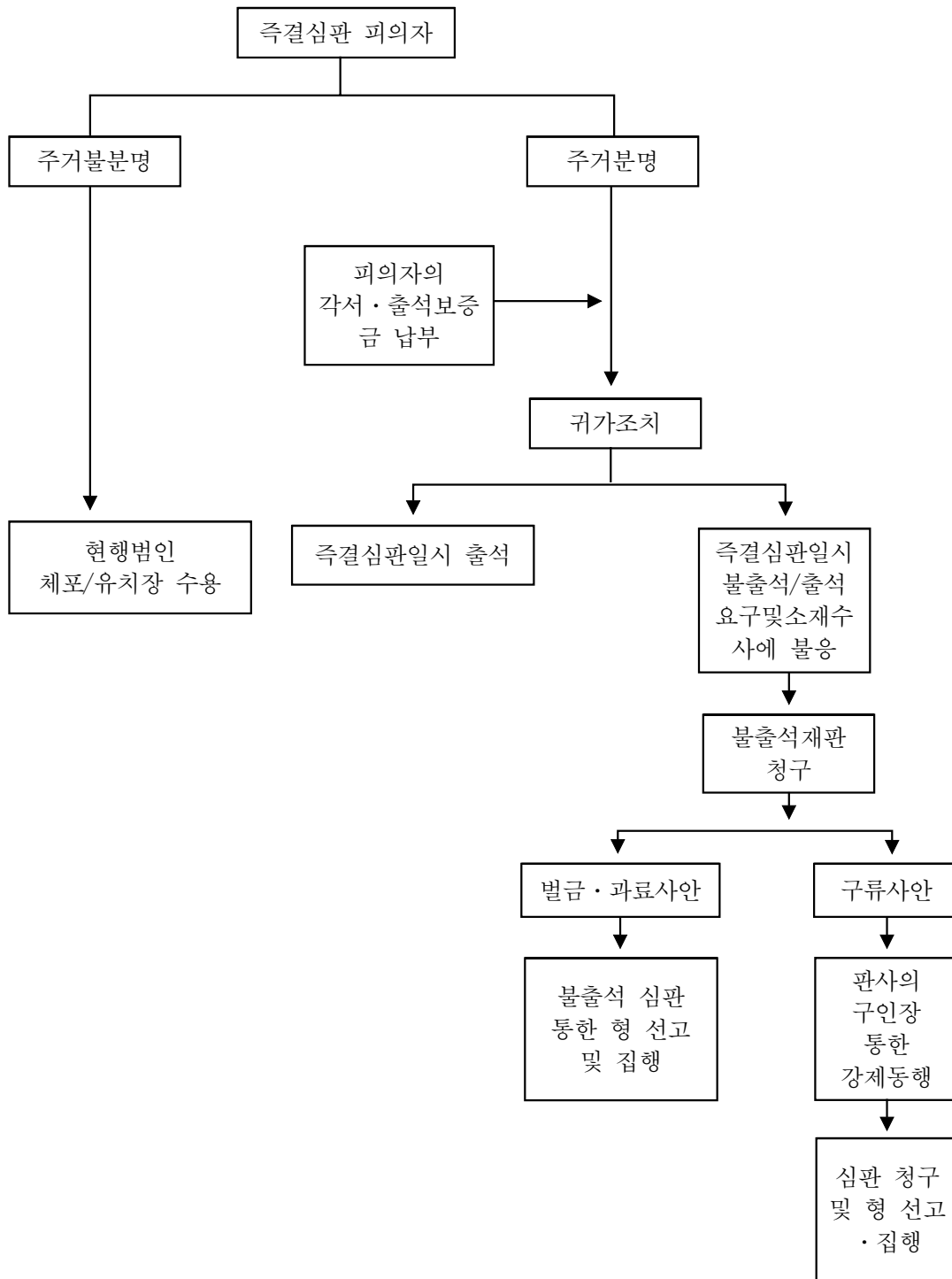
그리고 통고처분 미납자 중 상습미납자나 출석요구 및 소재수사에 지속적으로 응하지 않는 경우는 형사소송법 제200조의 2 제1항 단서에 의거하여 체포영장을 발부받아 실행을 확보하고, 이에 따라 즉심법정에 강제동행하여 심판을 청구해야 할 것이다.

이상의 제안을 도해화하면 다음과 같다.

80) 문수원, 948면.

81) 손동권, 115면.

82) 문수원, 948면.



Ⅲ. 경찰 ‘훈방권’의 법적 근거와 한계

1. 문제상황

형사소송법 제247조는 불기소처분의 권한을 검사에게 부여하고 있는데, 경미사건의 경우는 ‘즉결심판법’에 따라 경찰서장에게 즉결심판청구권이 부여되어 있다. 그리하여 현재 경찰실무에서는 피의자의 범죄사실이 경미하고 개전의 정이 현저한 경우 경찰서장 또는 순찰지구대장은 훈방부에 등재하고 엄중훈계후 즉시 방면하고 있다. ‘경찰업무편람’에 규정된 훈방대상자는 범죄사실이 경미하고 개전의 정이 현저한 자로, (i) 연령상—고령자(60세 이상), 미성년자(초범), (ii) 신체상—정신박약자, 보행불구자, 질병자, (iii) 신분상—주거 및 신원이 확실하고 부득이한 사유가 있는 자, 무지한 노촌부, 유아동반 또는 임신부녀자, (iv) 죄질상—공무방해 또는 상습범이 없는 자, 고의성이 없는 자, (v) 기타 경찰서장이 특히 훈방사유가 있다고 인정하는 자 등이다.⁸³⁾

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 활성화하는 의견이 제출되고 있기도 하다.

이하에서는 이 연구에서는 경찰훈방과 관련된 이러한 쟁점을 중심으로 해석론 및 입법론적 검토하기로 한다.

2. 우리나라 경찰훈방권의 연원

일제 식민지시대에 있어서 검사와 경찰의 관계는 기본적으로 수사권의 검사에게 집중되어 있었고 사법경찰관리는 수사에 있어서 검사의 보조기관으로 이해되었다.⁸⁴⁾ 그러나,

83) 경찰청, “7-6 즉결심판청구사무”, 경찰업무편람 (1993. 1), 216면.

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 훈계방면권을 보유하였다. 훈계방면권은 일제 경찰의 즉결심판권과 표리관계에 있는 것으로 사법경찰관이 판단할 때 "사건이 경미하여 처벌의 실익이 없다고 사료할 때" 피의자를 훈계하여 방면하는 권한이었으므로 그 적용범위가 객관적으로 규정되지 아니한 채 사법경찰관의 재량판단에 맡겨져 있었다는 점에서 선고형을 기준으로 하는 범죄즉결례와 맥을 같이 하는 것이었다.⁸⁵⁾ 즉, 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.

1945년 10월 5일 일제 악법철폐의 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,⁸⁶⁾ 1948년 서울지방검찰청장이 훈계방면권을 부활해 줄 것을 검찰총장에게 품신하고, 검찰총장이 1948년 3월 10일자 대검서(大檢庶) 제61호 지령으로 서울지방검찰청장의 의견을 받아들임으로써 훈계방면권은 회복된다. 동지령은 "1. 사법경찰관은 급속처분을 행치 아니한 극히 경미한 형사사건에 한하여 훈계방면의 처분을 할 수 있음, 2. 사법경찰관이 훈계방면한 형사사건에 대하여는 기(其) 전

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

85) 상세히는 신동운 I, 186-189면 참조.

86) 신동운 I, 215-217면.

말보고서를 징(徵)하여 적의(適宜) 검토할 사(事)”라는 내용을 담고 있었다.

사법경찰관에 의한 훈계방면권이 부활된 것은 검찰이 단순한 소추기관의 지위를 넘어 서서 본격적으로 수사기관으로서 기능하게 됨에 따른 검찰의 업무부담의 경감을 위한 조치라는 배경을 가지고 있었다.⁸⁷⁾

3. 외국의 입법례 검토

본격적 논의 이전에 경찰의 훈방권과 유사한 기능을 하는 외국의 입법례를 간략히 검토하기로 한다. 독일의 경우는 질서위반행위에 대한 처벌법인 ‘질서위반법’(OWiG : Ordnungswidrigkeitengesetz)⁸⁸⁾에 의거하여 질서위반행위는 경찰의 수사를 통하여 소추기관에게 알려지는데, 이는 형사소송의 특별법이 아니라 범칙금절차를 규정하는 법률이며, 질서위반행위를 소추하고 범칙금을 부과하는 것은 행정관청이므로(동법 제53조) 우리나라의 경찰훈방과는 본질적인 차이가 있다.

1) 영국에서의 경미사건 처리절차

영미권 국가에서는 전통적으로 경찰에게 수사권을, 검찰에게 공소권을 부여하여 국가 형벌권을 분배하고 있다. 영미권의 경우 애초에 경찰에게 수사종결권이 있으므로, 우리와 같은 경찰훈방조치에 대한 논의는 의미가 없다.

영국은 잉글랜드, 웨일즈, 스코틀랜드 및 북아일랜드로 구성되어 있고, 각 지방은 독자적인 사법제도를 가지고 있다. 우선, 영미법계 제도를 가진 잉글랜드와 웨일즈의 경우 모든 범죄 수사는 원칙적으로 경찰이 담당할 뿐만 아니라, 불심검문, 압수·수색, 체포·구인·유치(유치연장)·석방, 구속, 체포·구금되어 있는 피의자의 조사, 구속장소 수용중의 접견허가 등의 권한도 행사하고 있다.⁸⁹⁾ 경찰은 범죄가 발생한 경우에 범죄 혐의자

87) 신동운 I, 230면.

88) 이에 대해서는 조병선, 『질서위반법—형법과 행정법 사이의 새로운 범영역에 관한 비교법적 연구』(한국형사정책연구원, 2001); 조병선, “질서위반법과 행정형법”, 『형사정책연구』 제2권 제4호(1991년 겨울), 135-189면을 참조.

를 찾아내고 유죄의 증거가 있다고 인정되는 경우 검찰의 법률적 조언과 소추적격심사를 거쳐 치안법원에 고발하고나 체포 후 인치하는 절차를 거쳐 치안법원⁹⁰⁾에 범죄사실을 알리고 재판절차의 진행을 구한다. 재판절차가 진행된다면 검찰은 모든 소추절차를 인수하고 검사직무규칙의 소추적격심사기준에 적합한지 여부를 심사하여 계속 소추를 할 것인지를 결정하게 된다.⁹¹⁾

경찰은 수사권은 물론이고 기소권까지 가지고 있었다가, 1985년에 이르러, 범죄소추법(Prosecution of Offences Act), 검사직무규칙(The Code for Crown Prosecutors) 등의 법률을 입법하여 경찰의 기소 중 일부에 대하여 기소의 최종 결정과 공소유지를 담당하는 공공기소국(CPS : Crown Prosecution Service, 우리의 검찰청에 해당)이 창설되었다.⁹²⁾

1985년 제정된 범죄소추법의 내용 중 주목할 만한 것으로는 경찰서 주재 검사의 경찰에 대한 법률적 조언제도가 있다. 경찰은 모든 범죄의 수사과정에서 발생하는 법률적 의문에 대해서는 검찰에 기록을 송치하기 전에 경찰서에 주재하는 검사에게 자문을 구할 수 있고 검사는 이에 적정한 조언(advice)을 구두 또는 서면으로 할 수 있도록 하고 있다. 이는 형사소추절차 자체도 일종의 형벌적 효과를 가진다는 인식에서 출발하여 증거가 불충분한 사건에 대하여는 당사자의 인권을 보장하기 위하여 조기에 사건을 종결하기 위한 목적으로 가지고 있다.

동법은 검사가 범죄수사와 관련된 모든 사항에 대해 수사경찰관에게 조언을 제공해야할 법률상의 의무를 검사에게 부과하고 있다. 또한, 검사직무규칙에서는 경찰이 자문을 구하는 모든 사건에 대해 검사가 법률적 조언을 함에 있어 적용해야 할 일정한 기준을 마련하고 있다. 그러나, 수사과정에서 검사의 조언이 있었다 할 지라도 경찰은 수사상 검사의 조언에

89) 법무연수원, 『수사지휘론』, 2003, 62면.

90) 영국의 치안법원(Magistrate's Court : 치안판사법원이라고도 번역된다)은 2명 이상 7명 이하의 치안판사(magistrates)로 구성되어 약식절차의 장점인 경제성과 신속성을 가지고 경미한 사건에 대하여 배심에 의하지 아니한 간이재판(summary trial)을 주로 행한다(김종구, 『형사사법개혁론』, 법문사(2002), 174-175면).

91) 법무연수원, 63면.

92) 법무연수원, 61면. 현재 영국 검찰은 검찰총장(Director of Public Prosecutions)을 정점으로 42개의 지방검찰청이 조직되어 있다고 한다(같은 곳).

구속되지 않는다는 점에서 수사종결권은 여전히 경찰의 권한이다.⁹³⁾ 다만, 경찰이 검사의 조언을 받아들이지 않은 상태에서 소추하였을 경우 검사는 위 사건을 인수하여 검토한 다음 공판의 진행이 부적절하다고 판단한 경우에는 경찰로 하여금 보완 수사를 하도록 하거나 공판절차를 정지시킬 수 있다는 점에서 사실상의 구속력이 있다고 한다.⁹⁴⁾

스코틀랜드의 경우에는 대륙법계 특히 프랑스의 영향을 받아 검사(Prosecutor Fiscal)는 수사의 주재자로서 범죄의 수사과 공소의 제기과 유지에 관한 업무를 담당하고 있다. 경찰은 검사의 대리인(Agent)의 입장에서 검사로부터 범죄수사권을 위임받아 범죄를 수사하며 독자적인 소추권을 갖고 있지 않다. 검사는 종국적인 수사의 주재자로서 경찰에게 수사에 관한 명령을 발하고, 경찰은 검사의 보조자의 지위를 가지게 된다. 양자의 관계는 엄격한 상명하복관계에 있다고 한다.⁹⁵⁾

2) 미국에서의 경미사건 처리절차

미국의 경찰⁹⁶⁾은 자치제 경찰(Municipal police)을 특징으로 하는데, 지방자치단체의 경찰로는 주(State), 카운티(County), 시(City) 단위의 경찰조직이 존재한다.⁹⁷⁾ 경찰의 임무과 권한은 주에 따라서 다소 다르기는 하지만, 미국 경찰의 주류인 도시경찰(city police, Municipal police)은 ① 범죄예방을 위한 순찰, ② 범죄수사, ③ 교통단속, ④ 질

93) 법무연수원, 66-67면.

94) 이준명, 『영국검찰제도상 수사의 공정성 및 정확성 확보를 위한 조치』, 해외연수검사연구논문집(제16집 II, 2001), 법무연수원(법무연수원, 67면에서 재인용).

95) 선우 영, 『영국의 검찰제도』, 검찰, 1990, 200면(법무연수원, 69면에서 재인용).

96) 미국의 경찰조직은 연방사법경찰과 주 기타 지방자치단체의 경찰로 나누어 볼 수 있는데, 전자로는 법무부 소속의 연방수사국(FBI), 이민국(INS), 마약청(DEA), 및 재무부 소속의 국세청(IRS), 경호실(Secret Service), 관세청(Custom Service), 주류·담배 및 무기국(Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms) 등 50여개의 연방경찰조직이 있다. 그러나 미국 전역에서 모든 연방법률을 집행하는 단일한 조직의 경찰기구는 없고, 연방의 경찰권이 각 기관의 근거법규에 의하여 50여개의 기관에 분산되어 있는 것을 이해하는 것이 무난하다(법무연수원, 70-71면). 여기에서 주로 후자 즉 주 기타 지방자치단체의 경찰을 중심으로 살펴보기로 한다.

97) 주 단위의 경찰은 명칭이 'State Police'나 'Highway Patrol' 등으로 다양하며, 업무의 내용도 각 주마다 다르다. 카운티의 치안 및 경찰 책임자는 'Sheriff'로 불리우며 주민의 선거에 의하여 선출되고, 'Deputy Sheriff'라고 불리우는 직원들의 보좌를 받고 있으며, 시의 경찰 책임자(Chief of Police)는 통상 주민에 의해 선출된 시장에 의하여 임명된다(법무연수원, 71-72면).

서유지, ⑤ 서비스 제공등의 직무를 수행한다. 반면 전통적인 경찰의 역할을 수행하고 county 단위로 설치되어 있는 보안관사무소(sheriff office)는 일반적으로 ① 관할구역내의 치안의 유지 및 범죄의 수사, ② 관내 구치소(Jail)와 교정시설의 관리, ③ 소환장의 송달, 소송절차의 집행, 법정질서의 유지 등의 재판관련 사무 등이 있고, ④ 그밖에도 징세관으로서의 임무를 부여하고 있는 곳도 있다.⁹⁸⁾

미국 경찰은 수사권, 압수수색권, 피의자신문권, 검증권, 증거조사권을 갖고 있다. 미국에서 검사와 경찰의 관계는 상호협력관계이다. 즉 경찰은 검사의 보조기관이 아니고 독자적인 수사권을 보유하고 있다. 다만, 예외적으로 경찰의 체포영장 청구시 법원에서 검사의 서명을 요구하는 경우, 경찰은 자신이 담당하는 사건의 기록을 검사로부터 사전에 검토받아 사전체포영장이나 압수·수색영장을 신청하고 공소제기 여부를 검토하는 과정에서나 공소유지과정에서 검사의 지시를 받는 경우, 또는 뉴욕·시카고 등의 대도시 검찰청에서 중요범죄 담당부서(Felony Review Units)를 설치하여 경찰의 수사에 대한 자문을 해주는 경우 등에서 법률상 또는 사실상의 제약이 경찰의 수사권에 존재하기는 한다.⁹⁹⁾ 그러나, 원칙적으로 수사종결권을 가지고 있으므로 이러한 제한에도 불구하고 경찰의 수사권 자체에 대한 제한으로 보기는 힘들다고 할 것이다.

3) 일본의 미죄처분제도

세계 제2차 대전의 패전 후 미군점령 당시이던 1946년 3월 연합군 총사령부측이 형사소송법 개정과 관련하여 영미의 형사소송절차를 도입하면서 사법경찰직원(사법경찰관리)를 검찰관으로부터 독립된 수사의 주체로 규정하였다.¹⁰⁰⁾ 사법경찰직원은 1948년 형사소송법 개정으로 통상적인 사건의 일차적이고 독립적인 수사권을 갖게 되었다(동법 제189조 제1항). 다만, 검사에게도 수사권을 남겨두어 검사는 소추기관임과 동시에 수사기관으로서의 기능을 아울러 가지고 있다(동법 제191조 제1항). 여기에서 사법경찰직원

98) 윤종남, 『미국 경찰의 조직과 기능』, 법무부(1986), 481면(법무연수원, 72면에서 재인용).

99) 법무연수원, 75면에서는 이를 검사에 의한 수사지휘권의 행사라고 하고 있으나, 엄밀한 의미에서 우리나라에서와 같은 수사지휘의 형태로 보기는 힘들다고 할 것이다.

100) 김종구, 317면.

이라 함은 사법경찰원과 사법수사를 총괄하는 호칭으로(동법 제39조 제3항), 사법경찰원에게는 독립적인 수사주체로서의 임무와 권한을 부여하는 한편, 사법수사에게는 사법경찰원의 지휘하에 수사보조자로서의 기능을 수행하도록 하고 있다.¹⁰¹⁾

그러나, 사법경찰직원에게는 구류청구권 등의 강제수사의 권한이 없다. 즉, 구류청구권은 검찰관만이 보유하고 있어서 사법경찰직원이 피의자를 체포한 경우에는 48시간 이내에 피의자의 신병과 기록 일체를 검찰관에게 송치하여야 하고(동법 제203조 제3항), 수사를 위한 증인신문의 청구(동법 제226), 그리고 변사체 검시(동법 제229조 제1항) 등도 검찰관의 권한으로 하고 있다. 또한, 사법경찰직원은 자신이 수사한 모든 사건을 검찰관에게 송치하여야 한다(동법 제242조).

경찰의 경미사건처리절차와 관련하여, 일본은 ‘미죄처분제도’¹⁰²⁾를 보유하고 있다. 이는 경찰이 조사한 사건에 대해서 범죄사실이 극히 경미하고 지방검찰청 검사장이 송치절차를 밟을 필요가 없다고 미리 지정한 것은 송치를 하지 않고 경찰에서 종국처리하고 미죄처분사건 월보만 검찰에 보고하는 제도이다. 미죄처분의 대상이 되는 사건의 기준은 대검[최고검찰청]이 설정한 기준에 따라 지방검찰청에서 지역실정에 맞는 기준을 마련하여 경찰에 통보하고 있다.

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, 동조 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

101) 법무연수원, 81-82면.

102) 미죄처분에 대해서는 치안연구소 제도개선 기획단, 『일본경찰연구자료집(기본자료편)』(1998), 167면; 이돈일, “일본의 즉결심판제도,” 『치안정책연구』(1998. 12.), 194-195면; 김종구, 561-563면을 참조. 그리고 일본에서는 우리나라와 같은 광범한 대상에 걸친 즉결심판제도는 폐지되었고, 도로교통법 제8장에 규정된 50만 엔 이하의 벌금에 해당하는 교통에 관한 형사사건의 처리를 위해 교통사건즉결심판수속법이 제정되었다. 이 법에서 즉결심판은 검찰관이 청구하고 간이재판소가 심판한다(동법 제3조 제1항).

없다고 사전에 지정된 것에 관하여는 송치하지 아니할 수 있다”고 규정하고, 동규칙 제 199조는 “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.

미죄처분의 요건은 검사장 명의 ‘송치절차 특례에 관한 건’에 규정되어 있는데, (i) 피의자가 성인인 것, (ii) 범죄사실이 경미할 것, (iii) 통상체포(체포장에 의한 체포), 긴급체포한 사건 또는 고소 고발 자수사건이 아닐 것, (iv) 최종 범정(犯情)이 다음에 해당될 것 등이다. (iv)의 요건은 절도, 사기, 횡령죄 및 이에 준하는 장물죄의 경우는 피해액이 근소할 것(1990. 12.부터 1만엔 이하), 범정이 경미할 것, 피해가 회복되었을 것, 피해자가 처벌을 희망하지 않을 것, 피의자가 소행이 불량하지 않을 것, 우발적 범행일 것, 재범의 우려가 없을 것 등이며, 도박죄의 경우는 득실의 목적인 재물이 극히 근소할 것, 범정이 경미할 것, 공범자 모두가 재범의 우려가 없을 것 등의 요건이 충족되어야 한다. 다만, 피해자 불명 등의 이유로 증거품의 환부가 불가능하거나, 피의자를 체포한 경우, 현행범으로 체포하여 24시간 이상 피의자를 유치한 경우, 고소·고발·자수사건인 경우는 반드시 검찰에 송치하도록 하고 있다.

미죄처분시의 조치사항은 (i) 피의자에 대하여 엄중히 훈계를 하고 장래에 그러하지 아니하도록 주의 및 경고하고, (ii) 친권자, 고용주, 기타 피의자를 감독할 지위에 있는 자 또는 이러한 자를 대신할 자를 출석 요구하여 장래에 감독에 관하여 필요한 주의를 주고 각서를 징구하고, (iii) 피의자에 대하여 피해자에 대한 피해회복, 사죄, 기타 적당한 방법을 강구하도록 훈계하는 것 등이다.

검찰관의 송치 면제처분에 의한 미죄처분 제도의 의의에 대하여 경죄의 비범죄화 및 중죄의 신중한 처리하는 효율적인 사건처리 목적 외에 기소독점주의에 충실한 일본의 사법체계에서 연유하는 것으로 이해하는 견해가 있다. 즉, 우리나라의 경우 경찰관에 의한 훈방과 즉결심판의 청구는 검사의 관여나 통제 없이 경찰 스스로 기준을 정하여 함으로써 경미한 사건에 대한 검찰 송치 여부에 대하여 사실상 경찰이 종국적인 결정권을 가지고 있지만, 일본에서는 우리나라의 경찰훈방에 해당되는 미죄사건까지도 형식상 검찰이 관여하도록 함으로써 모든 사건의 종국적인 결정은 검사가 한다는 원칙에 충실하면서도 경미한 범죄사건의 처리방식을 획기적으로 개선하여 경찰과 검찰의 업무량을

합리적으로 배분하고 사건의 암장(暗葬)도 방지하고 있다고 한다.¹⁰³⁾

4) 대만¹⁰⁴⁾

대만은 우리의 즉결심판제도와 유사한 제도를 운영하고 있는데, 위경벌법(違警罰法)과 도로교통관리처벌조례에 따라 이루어진다. 그 대상은 안녕질서방해위경, 교통방해위경, 풍속방해위경, 공무집행방해위경, 무고, 위증, 증거인멸 등과 사람의 신체와 재산을 방해하는 죄, 위생방해위경 등 모두 7가지 종류의 범죄이다.

이러한 범죄에 대해서는 경관장(警官長)이 청구권과 심판권을 가지고 위경자를 발견한 관할 경관장이 청구와 동시에 심판을 행하고(위경벌법 제6조), 형사사건 중 불법이 큰 경우에만 관할법원에 이송해서 처벌을 받도록 하고 있다(동법 제35조). 즉결처분에 불복이 있는 경우에는 판정후 익일부터 5일 이내에 상급 경찰관서에 소원을 제기할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제46조).

4. 경찰서장 훈방권의 법적 근거와 대상

검사만이 수사종결권을 가지는 우리 형사소송법 구조하에서 경찰단계의 수사종결처분으로서의 훈방을 어떻게 근거지우며 이를 해명할 수 있는가가 가장 중요한 쟁점이 된다. 경찰이 훈방을 경찰 내부의 기준대로 시행하고 있고 그 과정에 검사가 전혀 관여하지 못하고 있어서 경찰이 검찰에 송치하지 아니하는 형사사건에 대하여는 수사종결권을 행사하고 있기 때문이다.¹⁰⁵⁾ 또한, 경찰의 훈방권을 인정하지 않는다면, 대다수의 훈방처분은 경찰관의 직무유기에 해당하는 범죄행위가 될 것이기 때문이다. 그러나, 적법한 권한

103) 김종구, 561면.

104) 김희옥, 34-35면.

105) 훈방권과 즉결심판청구권의 행사를 수사종결권의 관점에서 파악한 견해로는 김종구, 562-563면이 있다. 동 견해에 의하면, 경찰훈방은 일본의 미죄처분과 유사하나, 명문의 규정이 없다는 점, 검찰의 통제를 받지 않기 때문에 기소독점주의의 이념에 충실하지 않다는 점 등의 문제가 있으므로, 형사소송법의 개정으로 통하여 일본의 미죄처분을 도입하여 수사인력을 낭비를 막고 국민의 편익을 도모하여야 한다고 한다.

내에서 공정한 형사사법을 위하여 행사한 조치를 직무유기로 처리하는 것이 부당하다는 점은 사리상 당연하다. 다만, 문제는 그 명확한 법적 근거를 찾아내는 일인 것이다.

경찰훈방이 광범하게 이루어지고 있는 것이 현실임에도 경찰훈방권은 명문의 법적 근거가 없다. 즉결심판법에도 '즉결심판청구'에 대한 조문(제3조)은 있어도 '경찰훈방'에 대한 명시적 조문은 없다. 그리고 형사절차에서 경찰훈방이 갖는 실제적 중요성에도 불구하고 학계에서의 논의도 매우 적은 편이다. 이하에서는 이러한 현실 앞에서 경찰훈방권의 근거와 훈방의 대상에 대하여 논의하기로 한다.

1) 판례의 입장

먼저 경찰서장의 훈방권에 대한 대법원의 입장을 검토하기로 하자. 대법원은 다섯 가지 공소사실과 관련된 판결에서 “사법경찰관리가 직무집행 의사로 위법사실을 조사하여 훈방하는 등 어떤 형태로든지 그 직무집행 행위를 하였다면 형사 피의사건으로 입건수사하지 않았더라도 곧 직무유기죄가 성립한다고 볼 수는 없다”고 판시한다.¹⁰⁶⁾

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 변소하여 이 변소를 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 면 산림계에 도벌사실을 통보하여 동 산림계로 하여금 조사 처리케 하였으며, 제4사실은 공소외인을 연행하여 점복 남획사실을 추궁한바 가벌가치가 없는 경미사범으로 보아 되돌려보낸 것이며, 제5사실은 행패부리는 성명불상의 선원 2명을 제지하고 지서로 연행하려는 과정에서 경찰관의 경찰모가 땅에 떨어지게 한 일이 있을 뿐 경찰관에게 협박 폭행을

106) 대법원 1982. 6. 8. 선고, 82도117 판결.

한 사실이 인정되지 않아 경미사범이거나 공무집행방해죄에 해당하지 아니한다고 판단하여 훈계방면한 사실 등이다.

이에 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.

…… (중략) ……

사법경찰관리는 일체의 모든 범죄혐의에 관하여 검사에게 인지보고 하고 그 지휘에 따라 수사를 할 따름이며 피의자에 대한 기소불기소 등 처분은 전혀 검사만이 할 수 있고 사법경찰관리에게는 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 근거지운다.

“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 기소편의 주의를 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 범죄사실이 경미하여 처벌할 실익이 없는 경우 기타 사정을 참작하여 훈방함이 타당하다고 인정할 때에는 당사자에 대하여 즉결심판을 청구하지 않을 수 있다.”¹⁰⁷⁾

이상의 논리는 즉결심판법 제3조에 의거한 경찰서장의 즉결심판청구는 공판절차에서 검사의 공소제기와 성질을 같이 하는 소송행위라고 보는 것이다.¹⁰⁸⁾ 즉결심판의 청구는 공소와 동시에 약식명령을 청구하도록 되어 있는 약식절차의 경우(형사소송법 제449조)나 일본의 교통사고즉결재판수속법상의 즉결심판의 경우¹⁰⁹⁾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 경찰서장의 즉결심판청구권은 검사의 기소독점주의에 대한 중대한 예외이다.¹¹⁰⁾

기소독점주의에 대한 예외로서 경찰서장에게 즉결심판청구권이 인정되었다고 볼 때 검사에게 인정된 기소편의주의도 경찰서장에게도 준용될 수 있다고 볼 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.¹¹¹⁾

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

108) 신동운, 936면; 배종대·이상돈, 834면; 이재상, 742면.

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

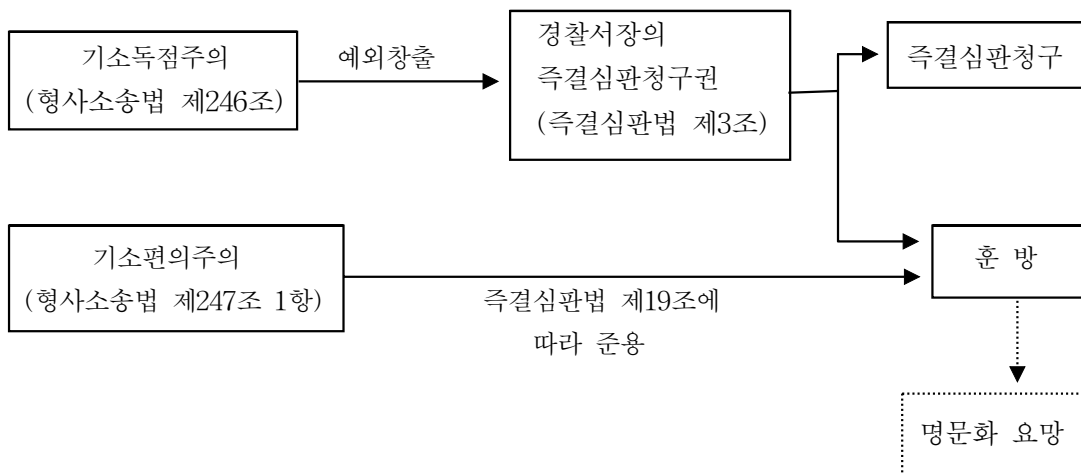
110) 신동운, 936면 ; 배종대·이상돈, 834면; 이재상, 743면.

111) 이에 반대하는 견해로 문성도, “과출소장 훈방권의 법적 근거,” 『경찰대 논문집』(제15집, 1995), 19-20면에서는 즉결심판청구권을 경찰서장에게 부여함으로써 기소독점주의의 예외를 인정하였다고 하여도 기소독점주의와 기소편의주의는 논리필연적인 관계에 있는 것이 아니므로 기소편의주의까지 준용될 수

즉결심판제도의 입법취지가 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.

따라서, 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 청구하지 않을 수 있는 것이다.¹¹²⁾

이상의 논의를 간략히 도해화하면 다음과 같다.



반면 즉결심판청구권이 아니라 형사소송법 제196조에 규정된 사법경찰권의 내용으로 사법경찰권의 불행사를 포함한다고 해석하여 훈방권이 포함된다는 주장이 있으나,¹¹³⁾ 이

는 없다고 하면서, 훈방권의 근거를 경미범죄의 비범죄화에서 찾아야 한다고 한다. 손동권, 99면에서 즉결심판의 청구가 기소독점주의의 예외로서 경찰서장에게 부여되었다고 하여 기소유예처분권(훈방권) 까지 경찰서장에게 부여한 것으로 볼 수 없다고 하면서 훈방권의 법적 근거가 결여되어 있다는 문제점을 제시하고 있다.

112) 정승호 편저, 172면; 경찰종합학교, 82면.

러한 입론은 경찰의 수사권독립을 전제로 해서만 가능한 주장이지 현행법의 해석으로는 무리라고 본다. 형사소송법 제196조 제1항은 사법경찰관이 “검사의 지휘를 받아 수사를 하여야” 한다고 규정되어 있을 뿐이다.

요컨대, 이러한 모든 논의를 불식시키기 위해서라도 경찰훈방권 자체를 즉결심판법에 명문의 조문으로 규정할 필요가 있을 것이다.

3) 즉결심판제도에 대한 비판론 검토

이렇듯 현재로서는 경찰훈방권의 법적 근거가 즉결심판법이라고 할 수 있는데, 근래 들어 즉결심판제도 자체에 대한 강한 비판이 제기되고 있으므로 이에 대한 검토가 필요하다.

(1) 즉결심판제도의 입법취지¹¹⁴⁾

즉결심판법은 1957년 2월 15일 제정· 공포된 이후 수 차례 개정되었으나, 범증이 명백하고 죄질이 경미한 범죄사건을 간이· 신속하게 처리한다는 기본틀에는 변화가 없다.

기소독점주의는 공익의 대표자이며 전문법률가인 검사로 하여금 공소의 제기여부를 결정하도록 함으로써 공소제기의 적정을 보장하려는 것인데, 경찰서장에게 공소제기와 성질을 같이 하는 즉결심판청구권을 경찰에게 부여한 이유는 검사의 업무량의 폭주를 방지하기 위해서이다. 현재의 제한된 검사 인원을 가지고 발생하는 범죄 전체에 대하여 적절한 형벌권이 적절히 행사되도록 하는 것은 무망한 일이기 때문이다.

그리고, 경미한 범죄사건이고 증거가 충분함에도 사건송치, 공소제기, 정식재판의 과정을 거쳐야 한다는 것은 소송경제에 반한다. 간이절차에 의한 신속한 재판진행은 피고인

113) 김형훈, “경찰훈방”, 『경찰학연구』 제2호 (2002) [이하 ‘김형훈 III’으로 약칭], 192면.

114) 즉결심판의 청구권자는 검사가 아니라 경찰서장 또는 해양경찰서장이므로 이는 검사의 기소독점주의에 대한 중대한 예외이며, 즉결심판법이 작동하는 범위 내에서는 이른바 “수사권 독립”은 이루어져 있다는 주장도 있으나, 이러한 서술이 갖는 의미는 본 연구의 범위를 넘는 것이므로 여기서는 상술하지 아니한다.

측의 시간적 부담과 정신적 고통을 조속히 감소시킨다는 장점을 갖는다. 경미범죄에 대해서는 검찰의 송치와 공소제기라는 절차를 생략하고 보다 간단한 절차로 해결하는 것이 피고인에게 신속한 재판을 받을 권리를 보장하고 번거로운 절차로부터 피고인을 보호할 수 있는 것이다. 또한, 이러한 소송경제상의 이점은 형사사법기관의 자원을 보다 중한 범죄사건에 집중할 수 있게 만든다.¹¹⁵⁾

(2) 즉결심판제도에 대한 비판론

그런데 이러한 즉결심판제도에 대하여 여러 가지 측면에서 비판이 제기되고 있다.

첫째, 범법행위의 경미성에 대한 판단이 범죄 유형의 불법내용이 아니라 형량의 경중에 달려 있도록 되어 있어 법관이 양형단계에서 판단해야 할 사안을 경찰이 먼저 판단하게 된다는 비판이 있다. 즉결심판청구권자는 어떤 범죄가 발생하면 그 범법행위가 20만원 이하의 벌금에 처해질 것인가를 먼저 판단해야 하는 바 경찰에게 너무 많은 재량이 주어진다는 것이다. 특히 경찰에게는 행정처분의 하나인 범칙금을 부과할 수 있으므로, 즉결심판청구권자는 경미한 범법행위를 적발하였을 때 범칙금을 부과할 수도 있고 즉결에 처할 수도 있고 사건을 검찰에 송치해서 약식절차에 의해 해결하도록 할 수도 있다.¹¹⁶⁾ 그리고 즉결심판으로 구류를 선고할 수 있다는 것은 자유형임에 분명한 구류를 정식재판 없이 부과할 수 있도록 한 것은 범치국가의 한계를 넘어선 것이다라는 비판 역시 제기된다.¹¹⁷⁾

둘째, 즉결심판청구권의 남용가능성에 대한 비판이다. 검찰에 송치되면 기소유예처분될 가능성이 높은 일반형사사건에 대해서도 즉결심판을 청구되는 경우는 사기, 도박, 폭행, 재물손괴 등 일반형사사건에 있어서 사안이 경미하고 피의자가 초범이며, 피해가 회복된 등의 경우에는 검찰에서 기소유예처분을 내릴 가능성이 매우 높는데, 이러한 사건에 대해서도 즉결심판이 청구되면 거의 예외없이 형벌을 받게 되는 것이 현실이므로 이는 즉결심판청구권의 남용이 된다는 비판이다.¹¹⁸⁾

115) 이재상, 741면 ; 한영수, 즉결심판제도에 대한 비판적 고찰, 형사정책연구(형사정책연구원) 1998, 57-58면.

116) 한영수, 66면.

117) 한영수, 66면.

그리고 검사동일체의 원칙에 따라 기능하는 검사와는 달리 경찰서장은 법률전문가가 아니기 때문에 경미범죄에 대한 기소여부 판단에 있어 검사와 경찰서장간, 그리고 경찰서간에 불일치한 점이 나타날 수 있고, 이는 수범자인 국민의 법적 혼란을 초래할 수 있다는 비판도 제기된다.¹¹⁹⁾

또 다른 남용의 예로는 '별건구속'의 목적으로 즉결심판청구가 행해진다는 점이다. 즉, 경찰이 어떤 범죄사건의 용의자를 구속하여 수사하고자 하지만 그 혐의가 아직 뚜렷하지 않아서 구속영장을 발부받을 수 없는 경우 일단 그에게 경범죄처벌법중의 적당한 조항을 적용하여 즉결에 회부하고 유치명령을 받아냄으로써 실질적인 구속의 목적을 달성하고, 유치기간 중의 강제수사를 통하여 그가 진범으로 밝혀지면 별건으로 정식 구속하고, 진범이 아닌 것으로 밝혀지면 그것으로 종결하는 편법에 대한 비판이다.¹²⁰⁾

셋째, 즉결심판심리에서 피고인의 방어권은 극도로 제약받고 있다는 비판이 제기되고 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 증거조사 신청권과 증인신문신청권이 일방적으로 배제된다. 더구나 즉결심리과정에서는 앞에서 언급한 바와 같이 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.¹²¹⁾

그리하여 이러한 비판론은 즉결심판청구권을 검사에게도 인정해야 한다는 주장,¹²²⁾ 즉

118) 김희욱, 41면.

119) 신동운, 935면.

120) 김희욱, 41면; 백형구, 47면.

121) 김희욱, 48-49면; 한영수, 70면.

결심판을 폐지하고 이를 검사가 주관하는 약식명령을 대체해야 한다는 주장으로 이어지고 있다.¹²²⁾ 그리고 1998년 ‘검찰제도개혁위원회’도 즉심개선책으로 검사가 즉결심판을 직접 청구하게 하거나 즉결심판청구권을 경찰서장에게 위임하면서도 검사의 지휘와 통제를 강화해야 한다는 의견을 제시한 바 있다.

(3) 즉결심판제도에 대한 비판론의 평가

먼저 우리 형사사법체제가 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.¹²⁴⁾ 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 질서위반불법행위로 재판할 필요가 있다.¹²⁵⁾ 독일에서의 ‘질서위반법’의 제정 및 개정과정에서 형사불법과 행정불법의 구별노력이 함께 이루어 졌다는 점은 매우 주목할 만하다.¹²⁶⁾

그리고 ‘별건구속’의 목적으로 즉결심판청구가 행해지는 관행은 분명히 불식되어야 할 것이다. 이를 위해서는 일선 경찰관에 대한 지속적 교육이 필요하며, 다른 한편으로는 즉결심판청구의 기각(즉결심판법 제5조 1항), 무죄선고(동법 제11조 5항), 정식재판 청구(동법 제14조 1항), 검사의 구속장소감찰(형사소송법 제198조의 2) 등의 통제장치가 적극적으로 작동되어야 할 것이다.¹²⁷⁾

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

123) 한영수, 76면.

124) 신동운, 935면; 한영수, 63면.

125) 한영수, 73-74면.

126) 한영수, 73면.

127) 김희욱, 42면.

다음으로, 현시점에서 즉결심판제도의 전면 폐지론은 그대로 수용하기 곤란한 점이 많다고 본다. 현재 검찰의 기소독점주의 및 기소편의주의 자체에 대하여 근본적 비판이 제기되고 있다. 우리나라에서는 수사지휘권, 수사종결권, 기소권 등 형사사법절차에서의 권한이 검찰에게만 독점적으로 편중되어, 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 '권력'을 또 검찰에게 부여해야 하는지에 의문이 있다.

그리고 우리나라 검사는 이러한 집중된 독점적 권한에 상응하여 실제 과도한 업무부담에 시달리고 있다. 즉결심판청구권이 검사에게 부여된다면 현재의 검사 수를 고려할 때 엄청난 업무부담으로 작용할 것이다. 즉결심판청구권을 검사에게 부여하려면 시·군 법원에 대응하는 검찰청이 만들어지고 대폭적인 인력보강이 필수적인데 이는 사실상 불가능하다. 그리고 만약 부(副)검사¹²⁸⁾ 등 검사직무대행자가 즉결심판청구권을 행사하게 되도록 입법화한다면 그 경우의 법 적용 실태는 현재처럼 경찰서장에 의해 청구가 이루어지는 경우와 큰 차이가 없을 것이다. 오히려 경미범죄의 기소중지자에 대한 불구속석방, 고소장선별입건, 경미한 사건에 대한 불기소 수사종결처분 등의 권한을 경찰에게 부여하는 방안이 고려될 필요가 있다고 본다.¹²⁹⁾

경찰서장도 전국적으로 단일한 명령하계 기능하는 국가경찰체제하에서 직무를 수행하고 있고, 또한 검찰이 경찰에 대한 수사지휘권까지 가지고 있는 현행 형사소송법제하에서는 즉결심판청구에 따른 법적 혼란은 크지 않다고 본다. 경찰서 사이에, 그리고 경찰과 검찰 사이에 법 적용의 차이가 발생할 수 있으나, 이는 즉결심판 피고인에게 정식재판 청구권이 부여됨으로서 제도적 보완을 이루고 있다고 본다.¹³⁰⁾

128) 일본의 부검사제도는 일본의 패전 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 3년이상 재직한 자 중에서 '부검사선고심사회'의 선발을 거친 자로 한다(이돈일, 196-197면).

129) 손동권, "기존 경찰 수사권 독립에 대한 검토", 『경찰대학 논문집』 제13호(1993. 12), 198면.

130) 문성도, 19-20면.

그리고 즉결심판으로 구류에 처할 수 있는 현실은 우리의 형법상 30일 미만의 단기자 유형인 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 증거 능력에 관한 조문의 적용이 배제(동법 제10조)되는 등 피고인의 방어권이 제약을 받고 있는 것은 사실이지만, 이는 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.¹³¹⁾ 경미범죄의 비형벌화라는 계획이 단번에 이루어질 수는 없을 것이므로, 즉결심판제도가 우회적 방식으로 탈형벌화하고 있는 것이다.

생각건대, 경미범죄의 처리와 관련하여 현재의 검사의 인원수와 즉결심판사건수 등을 고려할 때 즉결심판청구권을 검사에게 부여하는 것은 현실적인 대안이 아니다. 그리고 즉결심판청구권을 둘러싼 논의는 검찰과 경찰조직 사이에 권한을 확보하기 위한 분쟁에서 벗어나 경미범죄의 비범죄화 추진 및 권력의 분할이라는 관점에서 검토되어야 할 것이다.

4) 훈방권 자체에 대한 비판론

(1) 훈방권 자체에 대한 비판론

최근 들어서는 수사권의 독립과 관련하여 경찰의 훈방권 자체를 폐지하여야 한다는 주장이 검찰 측을 중심으로 제기되고 있다. 이러한 주장들은 훈방권의 확대를 즉결심판 절차의 확대와 맞물려 있는 것으로 이해한다는 점에서 즉결심판절차의 폐지를 주장하는 견해와 일맥상통하나, 구체적으로 경찰단계의 훈방권의 폐지를 주장하고 있다는 점에서 별도의 항목으로 검토하기로 한다.

우선, 경미범죄에 대한 즉결심판청구권의 인정과 마찬가지로 경미한 범죄에 대한 독립처리를 통한 검찰수사권의 배제하자는 주장을 비판하면서, 이는 궁극적으로 즉결심판의 대상

131) 김형훈Ⅱ, 397면.

범위를 경미범죄라는 이름 아래 확대하자는 의도를 담은 것이라고 한다. 이러한 주장에 대하여 비판론은 ① 우선, 사건당사자에게 '경미한'사건이란 있을 수 없고 모든 형사사건은 국민의 인권에 직결되는 중대한 사건이라는 점을 간과한 주장으로서 이러한 주장은 사건당사자의 입장을 외면한 행정편의적인 발상에 불과하다는 점,¹³²⁾ ② 그리고 현재도 상당수의 경미한 범죄가 경찰서장의 즉결심판청구에 의하여 처리되고 있다는 점을 간과한 주장으로서 즉결심판제도도 검사의 기소독점주의에 대한 예외로서 이론적으로도 문제가 많을 뿐만 아니라 국민의 인권침해의 우려뿐만 아니라 범죄의 암장(暗葬) 및 중한 범죄의 가벼운 처벌수단 등으로 악용되어 경찰 부조리 발생의 한 원인이 될 우려가 있다는 점 등에 비추어 이러한 주장을 사실상 형사사법처리외의 근간을 경찰이 좌우하겠다는 것으로 그 남용시 흥기와 다른 없는 수사권을 아무런 감독 없이 방치하는 위험한 결과를 초래할 수 있다고 한다.¹³³⁾

다음으로, 국민의 편익을 도모하기 위하여 공소권 없는 사건은 검찰에 송치하지 않고 경찰이 독자적으로 종결할 수 있는 권한을 가져야 한다는 주장이 있다고 하면서, 이를 비판하고 있다. ① 공소권 유무의 판단이야말로 전형적인 법률판단이므로 검사에의 사건 송치 없이 경찰에 수사종결권을 주는 것은 법률지식의 부족 또는 부조리에 의한 사건은 암장·왜곡을 필연적으로 초래하여 형사사법의 정의실현을 저해한다고 비판한다. 그리고 ② 반의사불벌죄에서의 처벌불원의 의사, 친고죄에서의 고소취소 등과 같은 사례는 대부분 검사가 기록을 검토하여 그 적법성을 심사하는 것으로 충분하기 때문에 사건처리 담당 경찰의 수사업무에는 물론 사건관계인들에게도 전혀 불편을 주지 않기 때문에 경찰 단계에서는 수사종결은 불가하다고 한다. 또한 ③ 공소권 없는 사건으로 경찰이 판단한 모든 사건들에 대하여 수사종결토록 하는 것은 법률판단의 오류 또는 부조리 등에 의한 사건의 왜곡처리를 초래할 우려가 있음에도 이를 감독할 만한 아무런 제도적 장치가 없게 되어 부당하다는 점도 아울러 비판하고 있다.

(2) 훈방권 자체에 대한 비판론의 평가

이상의 비판론은 현재 존재하고 있으며, 대법원 판례에 의하여 인정되고 있는 훈방권

132) 법무부, 『자치경찰제도입과 경찰수사권 독립문제』, 1999. 5., 7면(법무연수원, 233-234면에서 재인용).

133) 법무연수원, 233-234면.

의 존재를 부인하는 전제에 서있다. 그러나, 우리 즉결심판법을 근거로 경찰서장의 훈방권이 인정될 수 있음은 전술한 바와 같다.

또한, 이러한 주장과 비판론에 있어서 근본적으로 고찰하여야 할 것은 경미범죄의 비범죄화 추진 및 권력의 분할이라는 관점이다. 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 그 인정여부에 선행하여야 한다는 것은 당연하다. 그러나 현재의 과도하게 비대한 검찰의 권력에 비추어 그 통제장치가 반드시 검찰에 의한 수사종결이라는 형식적인 절차이어야 하는 것을 아니라고 생각된다. 통제장치와 관련하여 고려되어야 요소로 사건의 피해자에 대한 배려이다. 당해 사건의 피해자에게 수사종결처분에 대한 적극적인 항변의 권한을 부여하는 것이 범죄자와 경찰간의 유착가능성을 차단하는 효율적인 대책이 될 수 있을 것이다.

5) 훈방의 대상

즉결심판법상 즉결심판의 대상은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처할 경미한 범죄이므로(제2조), 이 범주에 포괄되는 범죄는 당연히 훈방의 대상이 되며 구체적 지침은 전술한 ‘경찰업무편람’에 따른다. 다만, 즉결심판법 제2조가 형벌이 무엇을 의미하는지에 대하여 논란이 있으므로, 즉결심판의 대상을 보다 명확하게 재규정할 필요가 있다. 제2조의 형벌의 의미가 법정형이나 처단형이 아니라 선고형이라고 보아야 하겠으나, II 장에서도 언급하였듯이 동조의 “처할 수 있는”형벌의 의미가 처단형인지 또는 선고형인지에 대하여 여전히 논란이 있기 때문이다.

한편, 형사소송법은 법정형이 50만원이하의 벌금·구류 또는 과료에 해당하는 죄의 현행범인에 대해서는 범인의 주거가 분명하지 아니한 때에 한하여 체포할 수 있도록 규정하고 있다(제214조). 그리하여 동법 제214조에 해당하는 현행범인이 주거가 불분명한 경우 현행범인으로 체포할 수 있고, 그 다음에 경찰서장은 그 범죄가 즉결심판의 대상이 되는가를 판단하여 즉결심판청구, 훈방, 정식형사사건화 중의 하나를 선택할 수 있다.

그런데 즉심청구의 대상이 아니나 죄질이 극히 경미한 범죄의 경우도 훈방이 고려되

어야 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.¹³⁴⁾ 그러나, 훈방권 및 이 권한의 전제인 즉결심판청구권 자체가 기소독점주의의 예외라는 점을 생각할 때 이러한 확장해석은 허용되지 않는다고 본다.

5. 순찰지구대장의 훈방권의 법적 성질과 관련 쟁점¹³⁵⁾

1) 법적 성질

이상과 같이 경찰서장의 훈방권은 즉결심판법에 따라 근거지워질 수 있을 것인데, 경찰 일선에서 행해지고 있는 순찰지구대장 또는 일선 사법경찰관리가 행하고 있는 훈방은 어떻게 이해할 것인가가 문제가 된다. 현재 법률상의 근거가 없이 훈령, 예규 등에 따라 외근경찰관 또는 순찰지구대장의 훈방권이 행사되고 있다. ‘경찰업무편람’에 따르면 경미사범에 대하여 순찰지구대의 “외근 경찰관이 현장에서 훈방 또는 범칙금납부고지서를 발부할 수 있게 하고, 즉심청구대상으로 순찰지구대에 동행된 경우 순찰지구대장은 심사하여 1시간 내에 훈방 또는 즉심회부 대상자를 결정”하도록 규정하고 있다(7-6. 즉결심판청구사무).

순찰지구대장의 훈방권을 행정청의 내부위임으로 파악하는 견해가 있다.¹³⁶⁾ 권한의 내

134) 김형훈Ⅱ, 188-189면.

135) 종래는 파출소장의 훈방권으로 논의되었으나 파출소의 순찰지구대로의 개편에 따라 본질에서는 순찰지구대장의 훈방권으로 논의하고자 한다.

부위임은 행정관청이 특정 사항에 대한 권한을 실질적으로 하급행정관청 또는 보조기관에 위임하면서, 대외적으로는 위임자의 명의로 권한을 행사하는 것을 말한다.¹³⁷⁾ 순찰지구대장은 경찰서장이 보유하는 즉결심판청구권의 일 내용인 훈방권을 제한된 범위 내에서 경찰서장의 내부적 위임을 받아 경찰서장 직무대리의 지위가 아닌 순찰지구대장의 지위에서 경찰서장의 명의로 책임으로 행사하는 것이다. 이러한 내부위임의 근거는 경찰업무지침으로 파악된다.

순찰지구대장의 훈방권을 내부위임으로 파악하는 견해에 대하여, 경찰업무편람에 의하더라도 외근경찰관 또는 순찰지구대장의 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.¹³⁸⁾ 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 징

136) 문성도, 31면. 문성도, 21면에서는 신동운, 936면이 “즉결심판의 청구권자는 경찰서장이지만, 일선 경찰관은 경찰서장의 대리인으로 즉결심판청구권을 행사할 수 있다”고 서술한 것에 대하여, 여기서의 즉결심판청구권은 단속현장에서 지도훈방하거나 즉결심판사범으로 인지하여 즉결사범적발보고서를 작성하는 권한을 의미하는 것으로 실무상 이해할 수 있다는 전체에서 순찰지구대장의 훈방권의 법적 성질에 대하여도 경찰서장에 대한 대리권으로 볼 수 있다는 의미로 보고 있다. 그러나, 신동운 교수의 표현이 경찰서장의 즉결심판청구행위를 소송행위로 보는 견지에서 그 대리 즉, 소송행위의 대리라는 일반적인 서술을 한 것인지 아니면, 구체적으로 훈방권을 염두에 두고 이를 공법상의 대리로 파악한 것인지가 분명치 아니하므로 여기에서는 상론을 피하기로 한다.

137) 김남진, 43면; 김동희Ⅱ, 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 변동을 가져오는 것이 아니라는 점에서는 동일하나, 전자는 통상 하급행정기관에 대하여, 후자는 통상 당해 행정기관내의 보조기관에 대하여 행하여지는 점에서 구별된다고 한다. 그러나, 박윤훈(하), 40면에서는 내부위임과 위임전결을 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.

138) 김형훈Ⅲ, 187면.

역, 금고, 3년 이하의 자격정지만을 규정한 형법 제122조의 직무유기죄의 경우)는 훈방을 할 수 없다는 점, 그리고 즉결심판이 폐지되는 경우에는 훈방을 할 수 없게 된다는 점 등을 근거로 순찰지구대장의 훈방권이 내부위임이라는 견해를 비판하고 있다.¹³⁹⁾

순찰지구대장의 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, 순찰지구대장의 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, 순찰지구대장의 즉결심판청구권은 인정되지 않는다. 그렇다면 순찰지구대장의 훈방권은 기본적으로 경찰서장의 훈방권을 중심으로 파악되어야 한다고 본다. 내부위임이라고 보게 되면 순찰지구대장은 내부적인 권한행사자 또는 단순한 사무처리자가 되는데, 훈방권에 대하여 경찰서장이 통제·책임의 관점에서 순찰지구대장의 훈방권은 내부위임으로 보는 것이 무난하다고 생각된다.

순찰지구대장의 훈방권을 경찰서장의 즉결심판청구권의 내부위임으로 본다면, 그 위임의 범위가 문제되나, 즉결심판청구권 중에서 오직 훈방권만이 내부위임되었다고 보아야 한다. 즉결심판청구권을 경찰서장에게 인정한 입법취지와 ‘경찰업무편람’상의 순찰지구대장의 훈방심사기준의 규정취지에 비추어 내부위임의 범위는 훈방권에만 미친다고 보아야 한다.¹⁴⁰⁾

순찰지구대장의 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 수입관청의 권한으로 행사하도록 하는 것이어서 권한의 법적인 귀속을 변경하

139) 김형훈III, 187-189면.

140) 문성도, 43면.

는 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.”¹⁴¹⁾

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 점 등에서 권한의 위임과 차이가 있다.

순찰지구대장의 훈방권을 내부위임으로 파악하게 되면, 순찰지구대장이 자신의 명의로 책임으로 한 훈방은 권한 없는 자의 처분이 되어서 당연무효가 된다. 따라서, 순찰지구대장은 경찰서장의 명의로 책임 하에서만 훈방권을 행사할 수 있다.¹⁴²⁾

순찰지구대장의 훈방권의 근거를 내부위임에서 찾을 때, 훈방권은 즉결심판청구권의 일 부분으로서 즉결심판법에 따라 경찰서장에서 부여되어 있고, 순찰지구대장은 즉결피의자를 심사한 후 즉결심판청구 여부를 경찰서장에게 보고해야 하며, 훈방은 법률상 경찰서장의 권한으로만 행할 수 있고, 이 순찰지구대장의 권한행사에 문제가 있을 때는 경

141) 대법원 1995. 11. 28. 선고, 94누6475 선고. 김남진, 47면에서는 권한의 위임에 관한 설명에서 하위기관이나 보조기관에 위임한 경우 위임경찰관청은 본래 이들을 지휘·감독할 수 있는 지위에 있으므로, 위임사무에 관한 지휘·감독권의 유무를 세삼스럽게 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 가능하다고 한다.

142) 대법원 1986. 9. 22. 선고, 86구257 판결. “권한의 위임은 법령으로 정하여진 권한분배를 실질적으로 변경시키는 것으로 법적 근거를 요하고 권한수입자는 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.”

찰서장은 이를 취소할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 맥락에서 순찰지구대장이 훈방을 행할 때 순찰지구대장 근무일지에 경찰서장의 사후결재란이 없다는 점은 문제가 있다 할 것이다.

또한, 순찰지구대장의 훈방에 대한 경찰서장의 재심사를 허용한다면 즉결심판 피의자에게 불리한 일이 발생하지만, 이는 법적으로 허용되는 불리함이라고 보아야 한다. 우선, 검사가 불기소처분을 한 사건에 대해서도 재기소가 허용된다.¹⁴³⁾ 검사의 기소유예처분에 대한 재기소가 허용되는 근거를 준사법기관에 불과한 검사의 처분에 법원의 확정판결과 같은 일사부재리의 효과가 인정되지 않는다는 점에서 찾는 우리나라 형사소송법 학계의 다수설¹⁴⁴⁾에 비추어 볼 때에도, 순찰지구대장의 훈방권에 대하여도 일사부재리의 효력은 인정할 여지가 없다고 보아야 하기 때문이다. 그밖에도, 순찰지구대장의 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 전술한 바와 같이 훈방권 및 이 권한의 전제인 즉결심판청구권 자체가 기소독점주의의 예외라는 점 등을 생각할 때 이러한 확장해석은 허용되지 않는다는 점 등에서 타당하지 못하다고 생각된다.

2) 관련 쟁점

전술하였듯이 경찰훈방권은 즉결심판법 제19조와 형사소송법 제247조 제1항에 의한

143) 대판 1983. 12. 27. 선고, 83도2686.

144) 신동운, 176-177면 참조.

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

먼저, 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리의 경우에는 경찰서장의 훈방권이 ‘내부 위임’으로 경찰서 보다 상부기관에로의 위임되었다고 해석하는 것은 곤란하다.¹⁴⁵⁾ ‘내부 위임’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 있다고 생각된다. 여기서의 행정관청이란 행정주체를 위하여 그 의사를 결정하고 이를 국민에 대하여 표시하는 권한을 가진 행정기관을 의미한다.¹⁴⁶⁾ 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.

다음으로, 특히, 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리, 그리고 경찰공무원법상의 경찰관 이외에 ‘사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률’에 규정된 공무원도 훈방권을 행사하고 있는데 이를 어떻게 이해할 것인가 하는 문제가 제대로 짚어지지 않았다.¹⁴⁷⁾

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 있다

145) 물론, 이러한 경우에 법적 근거가 없으므로 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리가 행사하는 훈방권을 모두 위법한 것으로 보는 입론이 불가능한 것으로 아니나, 이러한 입론은 현실을 무시하는 것으로 생각되며, 여기에서는 현실을 인정하고 이에 대한 통제의 관점에서 문제를 접근하는 것이 바람직하다고 여겨진다. 따라서, 이하에서는 법적 근거를 부여하는 방향에서의 입론을 시도하고자 한다.

146) 김동희Ⅱ, 10면; 박윤훈(하), 24면.

147) 김형훈 III, 191-193면 이하에서는 이러한 난점을 해결하기 위하여는 훈방권의 근거를 형사소송법 제196조에서 직접적으로 찾아야 한다고 한다. 이 견해에 의하면, 훈방권을 전체적으로 수미일관하게 해석할 수 있는 장점이 있기는 하나, 훈방권의 근거를 형사소송법 제196조에서 보는 것이 현행법의 해석으로는 난점이 있음은 앞서 전술한 바 있다.

는 점에서도 그 근거를 찾을 수도 있다고 생각된다. 특별사법경찰관리가 그 직무의 범위 내에서 행사하는 형사소송법상의 권한은 일반사법경찰관리와 차이가 없다고 보는 것이 합리적이기 때문이다.¹⁴⁸⁾

그러나, 이러한 해석론에도 불구하고 지방경찰청·경찰청의 사법경찰관리와 '사법경찰관리의 직무를 행할 자와 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 구제수단에 대한 것이 있다. 이 점에 대하여 아직 구체적인 논의가 전개되고 있지는 않은 듯하다. 다만, 일반론의 차원에서 고소·고발 등의 방법이나, 범죄신고 등의 방법, 그리고 경찰관에 훈방에 따른 추가적인 범죄 행위가 발생한 경우에 이를 국가배상청구 등으로 해결하는 방법 등이 가능할 것이다.

148) 김종구, 63면.

IV. 결 론

경집법상의 보호조치와 즉결심판법에 근거한 훈방조치는 그 근거 법률도 다르고 제도의 취지도 서로 상이하다. 그러나, 전자는 일반행정기관과의 사이에서 그리고 후자는 검찰의 관계에서 그 명확한 권한획정이 필요한 영역이고 실무상으로도 매우 빈번하게 이루어진다는 점에서 공통점이 있다. 그러한 점에서 양자는 서로 이질적이면서도 동일한 문제상황에 직면하고 있다고 할 수 있다.

1. 경집법상의 보호조치는 임의보호조치대상자에 대한 것이든지, 강제보호조치대상자에 대한 것이든지간에 당사자 및 타인에 대한 위해방지라는 소극목적에 한정되는 경찰강제의 일종인 행정상의 즉시강제라고 보아야 한다. 또한, 경집법상의 보호조치가 즉결심판 피의자의 신병확보 수단이 아니라는 점은 이론과 실무 모두에서 분명히 확인되고 있다.

보호조치의 남용 방지라는 점에서 이러한 태도는 정당하다고 할 것이지만, 일선 경찰서에서 주취상태에서 소란을 피우고 폭언을 하는 즉결심판 피의자를 어떻게 처리하여야 하는가의 문제는 여전히 미해결인 채로 남아 있다. 이에 대처하기 위하여 현재 일선 경찰서에는 경찰청 훈령 제338호인 ‘주취자안정실운영규칙’에 따라 주취자안정실이 설치되어 있다. 주취소란자에 대하여 경집법 제4조의 보호조치권이 발동되려면 본인 스스로에게 응급의 구호를 요하므로, 이러한 주취소란자가 보호조치의 대상이 되기 어렵다. 보호조치의 요건으로 경집법 제4조는 “술 취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자”일 것을 요구하고 있기 때문이다.

주취소란자를 형사절차로 해결하는 방법으로 긴급체포와 현행범인의 체포를 생각해 볼 수 있다. 우선, 경미범죄의 신속한 재판이라는 즉결심판의 입법목적에 비추어 보자면 즉결심판 대상자를 긴급체포하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 즉결심판 대상자인 주취소란자를 긴급체포할 수는 없다고 보아야 한다. 그러나, 즉결심판 피의자가 되는 주취소란자에 대한 현행범인의 체포는 형사소송법 제214조의 요건

에 해당하는 한 가능하다고 할 것이다. 주취소란자를 현행범인으로 체포하여 유치장에 수용하는 것이 가능하겠으나, 즉결심판절차의 입법취지를 생각할 때 대부분 경미사건에 해당되는 즉결심판 피의자에 대한 일반적 신병확보방안은 되지 못한다. 게다가 재물 손괴나 폭력행사를 범하지 않는 주취소란자가 신분증을 소지하고 있고 그가 밝힌 주거가 주민등록 전산조회와 일치하는 경우는 현행범인으로도 체포할 수 없다.

이러한 점을 고려하였을 때 경집법 제4조의 보호조치 요건에 “응급구호의 요건”을 주취소란자에게는 적용되지 않도록 법문을 개정하거나 또는 제5조와 제6조의 권한 발동시 신병을 억류하는 보호조치를 신설할 필요가 있다.

한편 현행법상 즉결심판 피의자의 신병을 확보하기가 곤란하여 즉결심판 출석자와 불출석자간의 형평성 문제가 발생하고, 법집행의 엄정성이 약화되는 문제를 노출하고 있다. 이를 해결하기 위하여 즉결심판 피의자를 귀가조치할 경우 각서를 받고 소정의 출석보증금을 납부하게 하고, 구류형을 선고받을 즉심대상자가 불출석하는 경우는 판사의 구인장을 발부받아 강제동행하여 심판청구를 할 수 있는 조치가 필요하다.

또한 현재 범칙금 미납자에 대해서만 적용되는 불출석심판 제도는 주거가 일정한 비보호즉심대상자에게도 확대 적용되도록 개선되어야 하며, 범칙금미납의 즉결청구 피의자가 재판전 범칙금 예납시에 불출석심판을 받도록 적극 유도하여야 할 것이다.

2. 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 된다고 할 수 있다.

형사소송법상 제247조는 불기소처분의 권한을 검사에게 부여하고 있는데, 경미사건의 경우는 ‘즉결심판법’에 따라 경찰서장에게 즉결심판청구권이 부여되어 있다. 경찰훈방이 광범하게 이루어지고 있는 것이 현실임에도 경찰훈방권은 명문의 법적 근거가 없다. 반면 즉결심판청구권이 아니라 형사소송법 제196조에 규정된 사법경

찰권의 내용으로 사법경찰권의 불행사를 포함한다고 해석하여 훈방권이 포함되
는 주장이 있으나, 기소독점주의에 대한 예외로서 경찰서장에게 즉결심판청구권이
인정되었다고 볼 때 검사에게 인정된 기소편의주의도 경찰서장에게도 준용된다고
해석하는 것이 타당하다. 즉결심판법 제3조 제1항에서 즉결심판청구권을 경찰서장
에게 부여하고 있고, 동법 제19조는 즉결심판절차의 “성질에 반하지 아니한 것은
형사소송법 규정을 준용한다”라고 규정하고 있으므로, 경찰서장은 즉결심판청구권
을 행사함에 있어 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의를 준용해 훈방권을
행사할 수 있다. 즉결심판법상 즉결심판의 대상은 20만원 이하의 벌금, 구류 또는
과료에 처할 경미한 범죄이므로(제2조), 이 범주에 포괄되는 범죄는 당연히 훈방의
대상이 되며 구체적 지침은 전술한 ‘경찰업무편람’에 따른다. 즉결심판법 제2조가
형벌은 처단형을 의미하며, 여기서는 법관이 정하는 형벌의 종류와 양을 의미하는
것으로 본다. 그러나, 이러한 논란을 불식시키기 위해서는 경찰훈방권 자체를 즉결
심판법에 명문으로 규정할 필요가 있을 것이다.

이렇듯 현재로서는 경찰훈방권의 법적 근거가 즉결심판법이라고 할 수 있는데, 근
래 들어 즉결심판제도 자체에 대한 강한 비판이 제기되고 있다. 우리 형사사법체
제가 형사불법과 행정불법이 명확히 구별하지 않고서 경미한 사건에도 형사처분을
부과하는 과잉형벌화의 문제점을 안고 있음은 분명하며, 이를 위해 경미한 범법행
위를 형사절차가 아닌 행정절차에 의한 행정처분으로 대치하는 비형벌화 작업이
형사재판절차의 간이화 보다 선행되어야 한다는 문제제기에 찬동하면서, 이 문제는
검찰과 경찰조직 사이에 권한을 확보하기 위한 분쟁에서 벗어나 경미범죄의 비범
죄화 추진 및 권력의 분할이라는 관점에서 검토되어야 한다고 생각한다.

경찰서장의 훈방권은 즉결심판법에 따라 근거지워질 수 있을 것인데, 경찰 일선에서
행해지고 있는 순찰지구대장 또는 일선 사법경찰관리가 행하고 있는 훈방은 어
떻게 이해할 것인가가 관련하여 문제된다. 현재 법률상의 근거가 없이 훈령, 예규
등에 따라 외근경찰관 또는 순찰지구대장의 훈방권이 행사되고 있다. 현재 법률의
해석론으로 경찰훈방권은 즉결심판법상 경찰서장의 즉결심판청구권에서 그 법률적
근거를 갖는 것이고, 순찰지구대장의 즉결심판청구권은 인정되지 않는다. 그러므로
순찰지구대장의 훈방권은 기본적으로 경찰서장의 훈방권을 중심으로 내부위임으로

과약할 수 있다. 경찰서장의 통제·책임의 관점에서 순찰지구대장의 훈방권을 내부 위임으로 본다면, 순찰지구대장은 내부적인 권한행사자 또는 단순한 사무처리자가 되므로, 순찰지구대장은 경찰서장의 명리와 책임 하에서만 훈방권을 행사할 수 있고 순찰지구대장이 즉결피의자를 심사한 후 즉결심판청구 여부를 경찰서장에게 보고해야 하며, 이 권한행사에 문제가 있을 때는 경찰서장은 이를 취소할 수 있다고 보아야 한다.

순찰지구대장의 훈방권 외에도, 지방경찰청이나 경찰청의 사법경찰관리, 그리고 경찰공무원법상의 경찰관 이외에 ‘사법경찰관리의직무를행할자와그직무범위에관한법률’에 규정된 공무원이 행사하는 훈방권의 근거도 문제되고 있다. 이는 즉결심판법상의 경찰서장을 ‘경찰서장과 같이 외부적 의사표시가 가능한 행정관청’으로 해석함으로써 경찰서장, 순찰지구대장, 기타 사법경찰관리의 훈방권도 일관하여 설명할 수 있다고 생각된다. 그러나, 보다 직접적으로 이들에 대한 훈방권의 법적 근거를 즉결심판법에 명시적으로 규정할 필요가 있다.

부 록

<자료 1>

대법원 1996. 10. 25. 선고 95다45927 판결 【손해배상(기)】

【판시사항】

- [1] 경찰관의 긴급구호권 불행사로 인한 국가배상책임 성립 요건
- [2] 정신질환자인 세입자에 의해 살해당한 집주인의 유족이 정신질환자의 평소 행동에 대한 사법경찰관리의 수사 미개시 및 긴급구호권 불행사를 이유로 제기한 국가배상청구를 배척한 사례

【판결요지】

- [1] 긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적 상황에서 경찰관에게 그러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 그러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 그로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 부담한다.
- [2] 정신질환자의 평소 행동에 포함된 범죄 내용이 경미하거나 범죄라고 볼 수 없는 비정상적 행동에 그치고 그 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 보더라도 정신질환자에 의한 집주인 살인범행에 앞서 그 구체적 위험이 객관적으로 존재하고 있었다고 보기 어려운 경우, 경찰관이 그때그때의 상황에 따라 그 정신질환자를 훈방하거나 일시 정신병원에 입원시키는 등 경찰관직무집행법의 규정에 의한 긴급구호조치를 취하였고, 정신질환자가 퇴원하자 정신병원에서의 장기 입원 치료를 받는 데 도움이 되도록 생활보호대상자 지정의뢰를 하는 등 그 나름대로의 조치를 취한 이상, 더 나아가 경찰관들이 정신질환자의 살인범행 가능성을 막

을 수 있을 만한 다른 조치를 취하지 아니하였거나 입건·수사하지 아니하였다고 하여 이를 법령에 위반하는 행위에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로, 사법경찰관리의 수사 미개시 및 긴급구호권 불행사를 이유로 제기한 국가배상청구를 배척한 사례.

【참조조문】

- [1] 국가배상법 제2조, 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항, 형사소송법 제196조/ [2] 국가배상법 제2조, 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항, 형사소송법 제196조

【전 문】

【원고, 상고인】 신진하 외 2인 (원고들 소송대리인 변호사 성민섭 외 1인)

【피고, 피상고인】 대한민국

【원심판결】 서울고법 1995. 9. 5. 선고 95나674 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다. 상고비용은 원고들의 부담으로 한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 기록과 관계 증거에 비추어 보면 원심의 사실인정은 옳은 것으로 여겨지고, 거기에 소론과 같이 증거판단을 잘못하고 채증법칙을 위배하거나 심리를 미진하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다. 이 점을 다투는 논지는 이유가 없다.
2. 사법경찰관리는 검사의 지휘를 받아 수사를 할 책무가 있으므로 범죄의 혐의가 인정되면 친고죄나 반의사불벌죄와 같은 경우를 제외하고는 피해자의 처벌희망의사의 유무에 불구하고 수사를 개시함이 원칙이다.

그러나 경찰은 범죄의 예방, 진압 및 수사와 함께 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호 등과 기타 공공의 안녕과 질서유지도 직무로 하고 있고 그 직무의 원활한 수행

을 위하여 법령에 의하여 여러 가지 권한이 부여되어 있으므로, 구체적인 직무를 수행하는 경찰관으로서 범죄수사뿐만 아니라 범죄의 예방 및 공공의 안녕과 질서유지를 위하여서도 제반 상황에 대응하여 자신에게 부여된 여러 권한을 적절하게 행사하여 필요한 조치를 취할 수 있는 것이며, 그러한 권한의 하나로서 경찰관 직무집행법 제4조 제1항, 제7항은, 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 정신착란 등으로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자임이 명백하고 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는, 보건의료기관 등에 응급구호를 요청하거나 24시간의 범위 내에서 경찰관서에 보호하는 등 적당한 조치를 취할 수 있다는 내용으로 경찰관의 긴급구호 내지 보호조치의 권한을 규정하고 있다.

그러므로 이 사건에서 원심이 확정된 바와 같이, 피해자인 소외 김현숙 등으로부터 그 집 지하방에 세들어 사는 소외 1이 정신질환자로서 비정상적인 행동을 하고 이를 제지하는 위 피해자에 대하여 죽여버린다고 고함을 치는 등 소란을 부린다고 여러 차례에 걸쳐 신고를 받고서, 관할 파출소의 경찰관들이 위소외 1을 연행하여 입건, 수사하지 아니하고 뚜렷한 죄목이 없다고 훈방하거나 정신병원에 잠시 입원 조치하여 위소외 1로 하여금 다시 집에 돌아올 수 있게 하였다고 할지라도, 위소외 1의 행동에 포함된 범죄내용이 경미하거나 범죄라고 볼 수 없는 비정상적 행동에 그치고 그 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때, 위소외 1이 경찰관직무집행법의 규정에 해당하여 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 보아 위 경찰관들이 위소외 1에 대하여 훈방하였다가 위 경찰관직무집행법의 규정에 의한 긴급구호조치를 취하였을 뿐 입건, 수사하지 아니하였다는 것만으로 이를 법령에 위반하는 행위에 해당한다고 할 수는 없을 것이다.

그리고 위 긴급구호권한과 같은 경찰관의 조치권한은 일반적으로 경찰관의 전문적 판단에 기한 합리적인 재량에 위임되어 있는 것이나, 그렇다고 하더라도 구체적 상황에서 경찰관에게 이러한 조치권한을 부여한 취지와 목적에 비추어 볼 때 그 불행사가 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는, 이러한 불행사는 법령에 위반하는 행위에 해당하게 되어, 국가배상법상의 다른 요건이 충족되는 한, 국가는 이로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 국가배상책임을 지게 되는 것이지만, 정신

병원에서의 장기입원이나 사회로부터의 장기격리와 같은 조치는 위 경찰관직무집행법의 규정이 정한 경찰관의 권한을 넘는 것이고, 그밖에 기록에 비추어 보아도 달리 위소외 1에 의한 범행가능성을 차단하기 위하여 취할 수 있는 적당한 방법이 없는데다가, 원심이 확정된 사실관계에 의하면, 위소외 1이 이 사건 살인범행에 앞서 위 피해자의 집에서 나가기까지 그에 의하여 원심 판시 피해자들의 생명침해에 대한 구체적 위협이 객관적으로 존재하고 있었다고 보기 어렵고, 위 파출소의 경찰관들이 그러한 위협을 알았거나 알 수 있었다고 할 수도 없으며, 이러한 사정은 위소외 1이 위 신석균의 집에서 나간 후 다시 위 피해자의 집에 찾아오기까지도 그대로 유지된 것으로 보여지는바, 이러한 구체적 상황하에서 원심이 확정된 바와 같이 관할 파출소의 경찰관들이 위 피해자의 신고에 따라 위소외 1을 데려가 정신병원에 입원시키는 등 위 경찰관직무집행법의 규정이 정한 긴급구호 등의 조치를 취하고, 그가 퇴원하자 그로 하여금 정신병원에 입원하여 장기치료를 받는 데 도움이 되도록 생활보호대상자 지정의뢰를 하는 등 그 나름대로의 조치를 취한 이상, 더 나아가 위 경찰관들이 위소외 1에 의한 범행가능성을 막을 수 있을 만한 다른 조치를 취하지 못하였다고 하더라도, 이를 현저하게 불합리한 긴급구호권한 불행사로서 법령에 위반된다고 하기는 어렵다고 할 것이다.

한편 원심이 확정된 사실관계 하에서는, 위소외 1에게 법률이 정한 구속사유 내지 보호구속사유가 있다거나 나아가 그가 법원에서 실형 또는 치료감호를 선고받아 이 사건 살인범행이 저질러질 즈음에 원심 판시 피해자들과 격리되어 있었을 것이라고 인정하기 어려우므로, 위 경찰관들이 위소외 1을 입건, 수사하지 아니한 것과 원심 판시 피해자들의 사망이라는 결과와의 사이에 인과관계가 있다고 할 수도 없다.

소론이 드는 판례들은 어느 것이나 이 사건에 적합하지 아니하다.

결국 원심판결에 소론과 같은 경찰관의 작위의무, 예견가능성, 재량권의 한계, 인과관계 등에 관한 법리를 오해한 위법은 없다. 논지도 이유가 없다.

3. 이에 상고를 모두 기각하고, 상고비용은 패소자들의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 안용득(재판장) 천경송 지창권 신성택(주심)

<자료 2>

대법원 1994. 3. 11. 선고, 93도958 폭력행위등처벌에관한법률위반 판결

【관시사항】

- 가. 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함이 적법한 공무수행인 지 여부
 나. 현행범의 체포 및 긴급구속 당시의 이유고지의무
 다. 경찰관직무집행법상 경찰관서에 보호조치하는 경우의 통지의무

【판결요지】

- 가. 경찰서에 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 사실상 설치, 운영되고 있으나 현행법상 그 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정이 없고, 이러한 보호실은 그 시설 및 구조에 있어 통상 철창으로 된 방으로 되어 있어 그 안에 대기하고 있는 사람들이나 그 가족들의 출입이 제한되는 등 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 되므로, 경찰 관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼 수 없다.

- 나. 피의자를 구속영장 없이 현행범으로 체포하든지 긴급구속하기 위하여는 체포 또는 긴급구속 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 바와 같이 피의자에 대하여 범죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포 또는 긴급구속할 수 없다.
- 다. 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항에 의하면 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 동인을 경찰관서에 보호하는 등 적절한 조치를 취할 수 있으나, 이 경우에도 경찰관이 이러한 조치를 한 때에는 지체 없이 이를 피구호자의 가족, 친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하여야 한다.

【참조조문】

- 가. 형법 제136조 제1항, 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항
- 나. 헌법 제12조 제3항 단서, 제12조 제5항, 형사소송법 제212조, 제206조, 제213조의 2, 제209조, 제72조
- 다. 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항

【참조판례등】

- 평석 : 공무집행방해죄에 있어서 직무집행의 적법성, 형사판례연구 형사판례연구회편 서울 형사판례연구회, 3권(95. 06), 237. 이완규
- 가. 대법원 1971. 3. 9. 선고, 70도2406판결(집19①형92)
1985. 7. 29.자, 85모16결정(공1985, 1224)
- 나. 대법원 1993. 11. 23. 선고, 93다35155판결(공1994상, 185)

【재판전문】

【전 문】

상 고 인 검 사

변 호 인 변호사 이원구

원심판결 서울형사지방법원 1993. 3. 9.선고, 92노3607 판결

주 문 상고를 기각한다.

이 유 검사의 상고이유를 본다.

1. 제1점에 대하여

원심이 이 사건 피해자 경장 김상원에 대하여는 단순히 폭력행위등처벌에관한법을 위반죄로 기소된 것일 뿐, 공무집행방해죄의 죄책까지 물은 것으로 보이지 아니한다고 판단하였음은 옳고, 거기에 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

2. 제2점에 대하여

원심판결이유에 의하면, 원심은 이 사건 공소사실 중 피고인이 경찰서 보호실에 대기중 밖으로 나오자 이를 제지하던 피해자 순경 구자선을 구타하여 상해를 가하고, 이를 말리던 순경 석정복을 구타하여 폭행을 가함과 동시에 그들의 공무집행을 방해하였다는 부분에 대하여, 피고인이 위 피해자들에 대한 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 죄책은 인정되나 공무집행방해죄에 대하여는 경찰서에서 설치, 운영하는 보호실의 시설 및 구조로 보아 피의자를 보호실안에 유치하는 것은 사실상 구금하는 것과 동일한 효과를 수반하는 조치라는 점을 들어 피고인을 보호실에 유치하는 행위가 적법한 공무집행이 될 수 없다고 보아, 이를 항의하면서 보호실에서 나오려고 하는 것을 위 순경 구자선 등이 제지할 적법한 권한이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 달리 피고인을 현행범체포에 따르는 긴급구속을 하였다든지 경찰관직무집행법상의 보호조치를 하였다고 인정할 아무런 자료가 없다는 이유로, 결국 그 범죄의 증거가 없다고하여 무죄를 선고하였다.

경찰서에 설치되어 있는 보호실은 영장대기자나 즉결대기자 등의 도주방지와 경찰업무의 편의 등을 위한 수용시설로서 사실상 설치, 운영되고 있으나 현행법상 그 설치근거나 운영 및 규제에 관한 법령의 규정이 없고, 이러한 보호실은 그 시설 및 구조에 있어 통상 철창으로 된 방으로 되어 있어 그 안에 대기하고 있는 사람들이나 그 가족들의 출입이 제한되는 등 일단 그 장소에 유치되는 사람은 그 의사에 기

하지 아니하고 일정장소에 구금되는 결과가 되므로(당원 1971. 3. 9.선고, 70도2406 판결; 1985. 7. 29.고지, 85모16 결정 등 참조), 경찰관직무집행법상 정신착란자, 주취자, 자살기도자 등 응급의 구호를 요하는 자를 24시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 경찰관서에 보호조치할 수 있는 시설로 제한적으로 운영되는 경우(경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제7항)를 제외하고는 구속영장을 발부받음이 없이 피의자를 보호실에 유치함은 영장주의에 위배되는 위법한 구금으로서 적법한 공무수행이라고 볼 수 없다 할 것이다.

둘이켜 이 사건을 보건대, 피고인을 보호실에 유치함에 있어 구속영장에 의하지 아니하였음은 기록상 자명하고, 피의자를 구속영장 없이 현행범으로 체포하든지 긴급구속하기 위하여는(헌법 제12조 제3항 단서, 형사소송법 제212조, 제206조), 체포 또는 긴급구속 당시에 헌법 및 형사소송법에 규정된 바와같이 피의자에 대하여 범 죄사실의 요지, 체포 또는 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 체포 또는 긴급구속할 수 없다고 할 것인데(헌법 제12조 제5항, 형사소송법 제213조의 2, 제209조, 제72조, 당원 1993. 11. 23.선고, 93다35155 판결 참조), 기록에 의하면 피고인이 경장 김상원을 구타하여 상해를 가한 범행으로 경찰서에 연행될 당시 이러한 절차가 준수되었다고 볼 아무런 자료가 없으므로 피고인을 적법하게 현행범으로 체포하거나 긴급구속한 것이라고 볼 수는 없고, 나아가 경찰관직무집행법 제4조 제1항, 제4항에 의하면 경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 술취한 상태로 인하여 자기 또는 타인의 생명, 신체와 재산에 위해를 미칠 우려가 있는 자에 해당함이 명백하며 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있는 자를 발견한 때에는 24시간을 초과하지 아니하는 범위내에서 동인을 경찰관서에 보호하는등 적절한 조치를 취할 수 있으나, 이 경우에도 경찰관이 이러한 조치를 한 때에는 지체없이 이를 피구호자의 가족, 친지 기타의 연고자에게 그 사실을 통지하도록 되어 있는 바, 기록에 의하면 피고인이 이 사건 보호실에 유치될 당시 피고인이 위와 같은 응급의 구호를 요한다고 믿을만한 상당한 이유가 있었다든지, 피고인이 이 사건 보호실에 유치된 후 경찰관이 지체없이 그 사실을 피고인의 가족 등에게 통지하였다고 볼 아무런 자료가 없으므로 피고인을 적법하게 보호조치한 것도 아니라 할 것이다. 따라서, 경찰관이

피고인을 이 사건 보호실에 유치한 것은 적법한 공무로 볼 수 없고, 피고인이 보호실의 유치에 항의하면서 나오려는 것을 위 순경 구자선 등이 제지할 적법한 권한도 없다 할 것이므로 원심이 이와 같은 취지에서 피고인에 대한 공무집행방해죄에 대하여 무죄를 선고한 것은 정당하고, 거기에 소론과 같은 범리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 관여법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김상원
 대법관 김영철
 주 심 대법관 박만호
 대법관 박준서

<자료 3>

대법원 1982. 6. 8. 선고, 82도117 직무유기 판결

【판시사항】

사법경찰관리가 경미한 범죄 혐의사실을 검사에게 인지 보고하지 아니하고 훈방한 경우와 직무유기죄의 성부(소극)

【판결요지】

공무원이 직무를 유기한 때라 함은 공무원이 법령 내규 또는 지시 통첩에 의한 추상적인 충근의무를 게을리 한 일체의 경우를 지칭하는 것이 아니라 주관적으로 직무 집행의사를 포기하고 객관적으로 정당한 이유없이 직무집행을 하지 아니하는 부작위 상태가 있어 국가기능을 저해하는 경우를 말한다 할 것인바, 사법경찰관리가 직무집행의사로 위법사실을 조사하여 훈방하는 등 어떤 형태로든지 그 직무집행 행위를 하였다면 형사피의 사건으로 입건수사하지 않았다 하여 곧 직무유기죄가 성립한다고 볼 수는 없다.

【참조조문】

형사소송법 제122조

【재판전문】

1982. 6. 8. 82도117 직무유기

【피 고 인】 채평석

【상 고 인】 검사

【원 판 결】 광주지방법원 1981. 11. 27 선고 81노751 판결

【주 문】 상고를 기각한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

형법 제122조의 공무원이 정당한 이유없이 그 직무를 유기한 때라고 하는 것은 공무원이 법령내규 또는 지시 통첩에 의한 추상적인 충근의무를 게을리 하는 일체의 경우를 이르는 것이 아니라 주관적으로는 직무집행 의사를 의식적으로 포기하고 객관적으로는 정당한 이유없이 직무집행을 하지 아니하는 부작위상태가 있어 국가의 기능을 저해하며 국민에게 피해를 입힐 가능성이 있는 경우를 말하고, 한편 사법경찰관은 형사소송법과 사법경찰관리직무규정 등이 정하는 바에 따라 검사의 지휘를 받아 수사를 하여야 하나 형사소송법 제196조의 검사의 수사지휘권에 관한 규정은 일반적 포괄적인 규정이라고 풀이 할 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.

원심판결이 그 의용증거에 의하여 이 사건 공소제1사실을 공소외 서주종이 인화질 물질인 락카신나를 보관하다 적발되었는데 동 공소외인이 페인트상회를 개업한지 7일 정도 밖에 안되어 이것이 위험물로서 신고해야 된다는 것을 몰랐다고 변소하여 이변소를 받아들여 경미사범이거나 소방법위반의 구성요건에 해당하지 않는다고 판단하여 훈계 방면하여 입건조치하지 아니한 것이고, 같은 제2사실은 목포경찰서 흑산지서 근무의 순경 박종구로 하여금 도박을 한 공소외 박종근 외4명을 조사케 한 바 이들의

도박은 막걸리직매장에서 막걸리 내기를 한 일시 오락의 정도에 지나지 아니하여 경미사범임을 이유로 훈계방면 한 것이며, 같은 제3사실은 산림벌채현장에 위 동 지서 근무 경찰관을 급파하여 도벌자를 검거토록 조치하였으나 이를 검거하지 못하여 이에 대한행정단속 책임관서인 면 산림계에 도벌사실을 통보하여 동 산림계로 하여금 조사 처리케 하였으며, 같은 제4사실은 공소의 김양배를 연행하여 점복 남획사실을 추궁한 바 체장 7미리미터 이하의 이점복 세마리는 동인이 포획한 것이 아니라 음식점 영업을 하는 위 김양배가 많은 점복을 무더기로 샀는데 그 중에서 작은 점복 몇 마리가 나오게 된 것이라 가별가치가 없는 경미사범으로 보아 되돌려 보낸 것이며, 같은 제5사실은 행패부리는 성명불상의 선원2명을 제지하고 지서로 연행하려는 과정에서 경찰관의 경찰모가 땅에 떨어지게 한일이 있을 뿐 경찰관에게 헐박 폭행을 한 사실이 인정되지 않아 경미사범이거나 공무집행방해죄에 해당하지 아니한다고 판단하여 훈계방면한 사실 등을 확정하고, 이에 의하면 피고인은 직무집행의사로 위법사실을 조사하여 이들을 타일러 보내는 등 어떠한 형태로든지 그 직무집행행위를 하였다 할 것이고 그 직무집행 내용에 있어서 위와 같은 이유로 형사피의사건으로 입건 수사하지 아니하였다 하여 직무집행을 정당한 이유없이 의식적으로 포기하거나 방임한 것이 아니어서 형법 제122조소정의 직무유기죄의 구성요건을 충족한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였는바, 위 전항 직무유기죄 등의 해석에 비추어 원심조치는 정당하여 이에 아무런 위법이 없고, 사법경찰관리는 일체의 모든 범죄혐의 에 관하여 검사에게 인지보고 하고 그 지휘에 따라 수사를 할 따름이며 피의자에 대한 기소 불기소 등 처분은 전혀 검사만이 할 수 있고 사법경찰관리에게 는 입건 수사하거나 또는 형사사건으로 입건 하지 아니하고 훈계 방면하는 등에 관하여 아무 재량권도 없다는 취지의 소론 논지는 독자적 견해로서 채용할 수 없으므로 상고논지는 그 이유 없음에 돌아간다.

그러므로 상고를 기각하기로 관여법관의 의견이 일치하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 이일규(재판장) 이성렬 전상석 이회창

<자료 4>

대법원 1995. 11. 28. 선고 94누6475 판결 【건축허가무효확인등】

[공1996. 1. 15.(2), 251]

【판시사항】

- [1] 행정처분의 무효확인 청구소송에서 소원전치주의나 제소기간의 제한 등에 관한 규정의 적용 여부
- [2] 행정권한이 내부위임된 경우 권한행사의 방법

【판결요지】

- [1] 행정처분의 무효확인 청구소송에서는 이른바 소원전치주의나 제소기간의 제한 등에 관한 규정은 적용되지 않는다.
- [2] 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 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없다.

【참조조문】

- [1] 행정소송법 제18조, 제20조/ [2] 액화석유가스의안전및사업관리법 제3조 제1항, 제4조, 제7조, 행정소송법 제1조, 경상남도사무내부위임규정 제2조 [별표 1]

【참조판례】

- [1] 대법원 1980. 9. 30. 선고 79누65 판결(공1980, 13300), 대법원 1984. 5. 9. 선고 82누332 판결(공1984, 1035), 대법원 1986. 11. 27.자 86두21 결정(공1987, 240)/
[2]대법원 1989. 3. 14. 선고 88누10985 판결(공1989, 630), 대법원 1989. 9. 12. 선고 89누671 판결(공1989, 1507), 대법원 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결(공 1992, 1731)

【전 문】

【원고, 피상고인】 주식회사 한일가스

【피고, 상고인】 장승포시장

【환송판결】 대법원 1993. 6. 8. 선고 91누11544 판결

【원심판결】 부산고등법원 1994. 4. 29. 선고 93구4533 판결

【주문】

상고를 기각한다. 상고비용은 피고의 부담으로 한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 행정처분의 무효확인 청구소송에서는 이른바 소원전치주의나 제소기간의 제한 등에 관한 규정은 적용되지 않는다고 할 것이고(당원 1980. 9. 30. 선고 79누65 판결, 1984. 5. 9. 선고 82누332 판결, 1986. 11. 27.자 86두21 결정각 참조), 이 사건 행정처분의 무효확인을 구할 이익이 없다고 할 수도 없다.

논지는 이유 없다.

2. 행정권한의 위임은 행정관청이 법률에 따라 특정한 권한을 다른 행정관청에 이전하여 수입관청의 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 경우에

도 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것이므로, 권한위임의 경우에는 수입관청이 자기의 이름으로 그 권한행사를 할 수 있지만 내부위임의 경우에는 수입관청은 위임관청의 이름으로만 그 권한을 행사할 수 있을 뿐 자기의 이름으로는 그 권한을 행사할 수 없는 것이므로(당원 1989. 3. 14. 선고 88누10985 판결, 1989. 9. 12. 선고 89누671 판결, 1992. 4. 24. 선고 91누5792 판결등 참조), 원심이 같은 취지에서 피고의 이 사건 처분이 권한 없는 자에 의하여 행하여진 위법무효의 처분이라고 판시한 것은 정당하고, 논지는 이유 없다.

3. 논지가 주장하는 바와 같이 원고가 거제군수로부터 이 사건 액화석유가스충전사업 허가를 받았다면 그 허가 역시 권한 없는 자에 의하여 행하여진 것으로서 당연무효가 될 것이므로, 원고로서는 이 사건 처분의 취소를 구할 이익이 없다고 할 것이지만(당원 1976. 2. 24. 선고 76누1 판결참조), 기록에 의하면 원고는 1983. 4. 27. 경상남도지사로부터 종전의 가스사업법에 의한 기타가스사업허가를 받은 것이 분명하므로(그 후 액화석유가스의안전및사업관리법의 시행에 따라 이 사건 액화석유가스 충전사업허가를 받은 것으로 보게 되었다), 원고가 거제군수로부터 이 사건 허가를 받았음을 전제로 한 논지 역시 이유 없다.
4. 그러므로 상고를 기각하고, 상고비용은 패소자의 부담으로 하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김석수(재판장) 정귀호 이돈희(주심) 이임수

<자료 5>

일본의술에취해공중에게폐를끼치는행위의방지등에관한법률((1961. 6. 1 법률 제103호)

제1조(목적) 이 법률은 술에 취해 있는 자(알코올의 영향에 의해 정상행위가 불가능할 우려가 있는 상태에 있는 자를 말한다. 이하 “명정자” 라 한다.)의 행위를 규제하고, 또는 구호를 요하는 명정자를 보호하는 등의 조치를 강구하는 것에 의해 과도한 음주가 개인적 및 사회적으로 끼치는 해악을 방지하고, 나아가 공공의 복지에 기여하는 것을 목적으로 한다.

제2조(절도있는 음주) 모든 국민은 음주를 강요하는 등의 악습을 배제하고, 음주에 관해서의 절도를 갖기 위해 노력하지 않으면 안된다.

제3조(보호) ① 경찰관은 명정자가 도로, 공원, 역, 흥행장, 음식점 기타 공공의 장소 또는 기차, 전차, 승합자동차, 선박, 항공기 기타 공공의 교통수단(이하 “공공의 장소 또는 교통수단”이라고 한다.)에 있어서, 거칠거나 난폭한 언동을 하고 있는 경우에 당해 명정자의 언동, 그 취한 정도 및 주위의 상황 등에 비추어, 본인을 위해 응급의 구호를 요한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 인정할 수 있는 때는, 우선 구호시설, 경찰서 등의 보호하기에 적당한 장소에 이를 보호하지 않으면 안된다.

② 전항의 조치를 취한 경우에 경찰관은 가능한한 신속히 당해 명정자의 친족, 지인 기타 관계자(이하 “친족 등”이라고 한다.)에 이를 통지하고, 그 자의 인수방법에 관해 필요한 수배를 하지 않으면 안된다.

③ 제1항의 규정에 의한 보호는 책임있는 친족 등의 인수가 없는 경우에는 24시간을 넘지 않는 범위내에서 그 취기를 깨기 위해 필요한 한도가 아니면 안된다.

④ 경찰관은 제1항의 규정에 의해 보호를 한 자의 성명, 주소, 보호의 이유, 보호 및 인도의 일시 그리고 인도장소를 매주 당해 보호를 한 경찰관이 속한 경찰서 소

재지를 관할하는 간이재판소에 통지하지 않으면 안된다.

- 제4조(벌칙 등)** ① 명정자가 공공장소 또는 교통수단에 있어서, 공중에 폐를 끼치는 것과 같은 현저히 거칠거나 난폭한 언동을 한 때는 구류 혹은 과료에 처한다.
- ② 전항의 죄를 범한 자에 대해서는 정상에 의해 그 형을 면제하거나 구류 및 과료를 병과할 수 있다.
- ③ 제1항의 죄를 교사하거나 방조한 자는 정범에 준한다.

- 제5조** ① 경찰관은 전조 제1항의 죄를 현재 범하고 있는 자를 발견한 때는 그 자의 언동을 제지하지 않으면 안된다.
- ② 전항의 규정에 의한 경찰관의 제지를 받은 자는 그 제지에 따르지 않고 전조 제1항의 죄를 범하여 공중에게 현저한 폐를 끼친 때는 일만엔 이하의 벌금에 처한다.

제6조(출입) 경찰관은 명정자가 그 자의 주거 내에서 동거의 친족 등에게 폭행을 하려고 하는 등 당해 친족 등의 생명, 신체 또는 재산에 위해를 가하려고 하고 있는 경우에, 제반 상황으로부터 판단해서 필요가 있다고 인정하는 때는 경찰관직무집행법 제6조 제1항의 규정에 기초하여 당해 주거내로 출입할 수 있다.

제7조(통보) 경찰관은 제3조 제1항 또는 경찰관직무집행법 제3조 제1항의 규정에 의해 명정자를 보호한 경우에, 당해 명정자가 알콜의 만성중독자(정신장애자를 제외한다.) 또는 그 의심이 있는 자라고 인정한 때는 신속히 가장 가까운 보건소장에게 통보하지 않으면 안된다.

제8조(진찰 등) 전조의 통보를 받은 보건소장은 필요가 있다고 인정하는 때는 당해 통보에 관계된 자에 대해 의사의 진찰을 받도록 권유하지 않으면 안된다. 이 경우에 있어 보건소장은 당해 통보에 관계된 자의 치료 또는 보건지도에 적당한 다른 의료시설을 소개할 수 있다.

제9조 전조 전단의 규정에 의해 의사의 진찰을 받도록 권유받은 자가 그 권유에 따라 받는 진찰 및 진찰의 결과 필요하다고 진단된 치료에 관하여 당해 진료를 받는 자가 곤궁으로 인해 최저한도의 생활을 유지할 수 없는 자인 때는 생활보호법 제15조에 규정한 의료부조를 받을 수 있다.

제10조(적용상의 주의) 이 법률을 적용함에 있어서는 국민의 권리를 부당히 침해하지 않도록 유의하지 않으면 안된다.

부 칙

이 법률은 공포일로부터 기산하여 30일을 경과한 날로부터 시행한다.

연구보고서 2003-06

경찰 '보호조치'와 '훈방조치'의 법적 근거 및 한계에 관한 연구

2003년 12월 발행

2003년 12월 인쇄

발행인 : 김 홍 권

발행처 : 치 안 연 구 소

경기도 용인시 구성읍 언남리 88번지

인쇄처 : 대 한 문 화 사

(TEL : (02)2268-0458)

이 책의 무단 복제를 금합니다.

이 책자에 게재된 내용은 연구자 개인의 의견이며
치안연구소 공식 견해가 아님을 밝혀둡니다.