

민주사회를위한변호사모임 사법위원회 · 참여연대 사법감시센터

수사과정에서의 변호인 참여권 확대

일시 2004년 6월 8일(화) 오후 2시
장소 국가인권위원회 11층 배움터
주최 민주사회를위한변호사모임 사법위원
참여연대 사법감시센터

민주사회를위한변호사모임 사법위원회 · 참여연대 사법감시센터

수사과정에서의 변호인 참여권 확대

사회

김진욱(변호사,
민주사회를위한변호사모임 사법위원회 위원장)

발제

송호창(변호사, 법무법인 덕수)
조 국(교수, 서울대 법대, 참여연대 사법감시센터 소장)

토론

한상훈(교수, 연세대 법대)
김유진(판사, 법원행정처 송무심의관)
박경신(미국 변호사, 법무법인 한결)
이석수(검사, 대검찰청 연구관)

일시 : 2004년 6월 8일(화) 오후 2시

장소 : 국가인권위원회 배움터

피의자신문과정에서 변호인 참여권

변호사 송호창
법무법인 덕수

형사 수사. 재판 과정은 전경하는 중요한 권리
피의자의 변호권 보장 기정사실

1. 송두율 교수 사건

송교수를 수사하는 과정은 어느 형사사건과 달리 언론의 조명을 집중적으로 받아왔다. 그 과정에서 지금까지 별로 생각하지 못했던 수사상의 문제들이 자연스레 드러나게 되었다. 그 중 하나가 피의자신문과정에서 변호인의 참여권 문제이다.

변호인의 참여권하면 흔히들 헐리웃 영화에서나 나오는 변호인의 활약을 상상할 것이다. 영화 속 변호인은 피의자와 나란히 앉는다. 수사관의 질문에 대해 피의자는 변호인과 협의하여 진술하며, 피의자에게 불리할 수 있는 것은 변호인이 대신 진술하기도 하고, 변호인은 진술거부권을 행사하기도 한다. 그러면 우리의 사정은 어떤가? 우리 헌법이 무죄추정의 원칙, 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리에 대한 원칙을 버리지 않는 한, 우리의 경우도 위와 같은 변호인의 활약이 가능하여야 할 것이다. 그러나 우리의 수사현실은 전혀 다른 양상을 보여준다.

수사기관은 송교수를 조사하는 과정에서 처음부터 변호인의 참여를 불허하였다. 국정원에서 조사를 받는 10여일 동안 송교수는 시차가 뒤바뀐 상태에서 하루 10시간이 넘도록 신문을 받았고, 수많은 수사관들이 돌아가며 혼란스럽게 혐의사실을 확인하는 절차를 거쳤다. 송교수의 변호인단은 국정원 조사가 시작되기 전에 피의자신문에 참여할 것을 요청하였고, 국정원 측으로부터 구두 승인을 받았으나 막상 조사가 시작되면서부터는 일체의 변호인 참여는 허용되지 않았다. 그렇게 변호인의 참여없이 국정원의 조사는 끝이 났

법원 32213 2233 보강 2222.
송교수 1222 → 피의사실

근대 이원화 리노 하도인
피의사실 보강 222

54 기법 222 2223 권역 불허
2223

고, 국정원은 검찰에 이송하면서 언론에 피의사실을 공표하였다. 이로 인해 송교수는 아직 검찰조사를 시작하기도 전에 조선노동당의 후보위원이 되었고, 해방이래 최대간첩이 되었다.

이런 사정은 검찰에서도 마찬가지였다. 변호인들은 담당 부장검사에게 피의자신문에 참여하도록 요청하였으나 처음 3일간 주요한 혐의사실에 대한 확인과 피의자신문조서 작성이 완료될 때까지 변호인의 참여는 여전히 불허되었다. 이렇게 3일간의 조사를 모두 마친 후에야 '검찰이 부여해주는 시혜적 조치'로써 변호인의 참여가 허용되었다. 그러다가 2003. 10. 23. 검찰은 수사기관의 조사를 받기 위해 독일에서 귀국한 송교수를 도주우려 등의 이유로 구속하였고, 구속된 시점부터는 변호인의 참여를 허용할 수 없다고 변호인에게 통보하였다. 이에 변호인들은 송교수에 대한 구속처분과 구속이후 신문과정에서 변호인의 참여권을 불허하는 것의 위법성을 다투는 준항고를 하였고, 서울지방법원으로부터 변호인 참여신청불허처분은 위법하므로 이를 취소한다는 판결을 받았다. 그러나 검찰은 이와 같은 법원의 판결마저 외면하면서 계속하여 변호인의 참여를 불허하였고, 변호인의 참여없이 10회 이상의 추가 신문을 계속하였다. 결국 같은해 11. 11. 대법원으로부터 검찰의 불허처분이 위법함을 최종확정 받고서야 검찰은 변호인의 참여를 허용하였다. 그러나 이때는 대부분의 중요쟁점에 대한 수사가 이미 끝났고, 미진한 부분에 대한 보충조사만 남은 때였다. 물론 송교수가 구속된 이후 작성된 10회분의 피의자신문조서에 대하여 1심 재판부는 증거능력을 부인하였다. 그러나 재판부는 이미 위 조서들을 읽고 사실관계에 대한 심증에 영향을 받은 이후이므로 별 소용이 없었다.

2. 송두율 교수에 대한 피의자신문 과정

검찰이 피의자신문과정에서 변호인의 참여를 허용한 이후에도 송교수가 변호인의 조력을 제대로 받지 못하기는 마찬가지였다.

송교수에 대한 신문과정에서 변호인은 피의자로부터 2~3미터 정도 떨어진 뒤쪽에서 피의자신문과정을 관찰하는 것 외에 할 수 있는 것은 아무것도 없었다. 수사검사의 신문 도중에 변호인은 메모를 할 수도 없고, 검사 또는 피의자에게 말을 하거나 중간에 개입할 수도 없었다. 하루 8시간이 넘는 장시간의 신문내용을 변호인은 머리 속으로 암기해야 하고, 쓰거나 말도 못하고 멍뚱뚱 피의자의 뒷쪽지만 쳐다보고 있어야 했다.

모든 신문이 끝나고 피의자 본인이 조서의 내용을 확인하고, 날인하여 모든 절차를 마칠 때까지 변호인이 할 수 있는 일은 그저 지켜보는 것 외 아무것도 없다. 피의자의 날인이 끝난 후에야 변호인은 조서를 살펴볼 수 있고, 원진술과 다르거나 교묘한 유도신문 등으로 본래 의도와 다르게 기술되는 등 조서내용에 문제가 있는 경우에도 이를 설명하거나 수정할 수 없다. 변호인은 다만 신문과정을 지켜본 소감을 의견서라는 형식으로 별도 작성하여 조서 뒤에 첨부시킬 수 있을 뿐이다. 피의자 자신이나 변호인이 조서를 확인하는 동안은 대화를 하지 못하도록 서로 다른 방에 격리되기까지 했다. 게다가 담당 검사에 따라 변호인에게 허용되는 범위는 상당한 차이가 있었다.

그러면서 검찰은 신문시에 변호인이 뒤에서 지켜보고 있으므로 불법적인 고문이나 폭행이 있을 수 없고, 피의자가 심리적 위안을 갖고 진술할 수 있다며 그 의의를 설명하려 한다. 그러나 이런 검찰의 설명은 변호인 참여권의 의의와 인정이유에 대한 무지에서 비롯되는 것이다. 변호인참여권은 수사기관의 불법적 수사방법을 감시하기 위한 것이 아니다. 불법행위의 감시는 오히려 수사기관이 해야 할 일이다.

이처럼 수사과정에서 피의자는 변호인의 조력을 전혀 받지 못하거나 변호인의 참여가 허용되는 경우에도 충분한 조력을 받을 수는 없는 상황이다. 그 이유는 아무런 법적 구속력이 없는 대검찰청의 운영지침과 변호인의 참여

하에 수사를 해본 적이 없는 수사검사의 무경험 및 헌법상 무죄추정원칙이나 변호인의 조력을 받을 권리 등에 대한 몰이해 때문이다.

3. 대검찰청 운영지침

대검찰청은 2002. 서울지방검찰청에서 조사받던 한 피의자가 고문과 폭행으로 사망한 사건을 겪고 난 뒤, '변호인의 피의자신문 참여운영 지침'(대검기획 61100-1831. 2002. 12. 30)이란 내부운영규칙을 마련하였다. ^{4면 254619}

피의자신문보조권한에
비밀보조이전

위 지침 전문은 “고문수사재발방지대책 시달[법무부 검이 61100-2022호]과 관련하여 불임과 같이 '변호인의 피의자신문 참여운영지침'을 마련하여 시달하니, 각급청은 변호인의 피의자신문 참여관련 안내문과 문답자료를 참고하여 그 시행에 만전을 기하여 주시기 바랍니다”라고 되어있고, 제1조(목적)에서도 “본 지침은 고문수사재발방지대책에 따라 '변호인의 피의자신문 참여'와 관련된 제반절차를 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다.

위 전문과 제1조에서 알 수 있듯이 위 운영지침은 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리나 변호인의 접견교통권을 위한 규정이 아니고, '고문수사의 재발'을 방지하기 위한 검찰내부지침이다. 즉 위 지침은 검찰의 수사과정에서 발생하는 불법적 수사관행을 막고, 전근대적인 고문에 의한 사고를 방지하기 위한 검찰조직의 자구책이며, 애초부터 피의자의 권리보장을 위한 것이 전혀 아닌 것이다.

이와 같은 위 지침의 본질은 12개 조항 요소요소에 배어있다. 우선 변호인의 참여를 제한할 수 있는 경우를 열거하고 있는 제2조(변호인의 피의자신문 참여) 제1항 1호는 '피의자를 체포 또는 구속한 후 48시간 이내인 경우'에는 무조건 변호인 참여를 허용하지 않는다. 초동수사의 중요성을 강조하는 검찰수사의 관례를 보면, 이 48시간은 모든 증거와 진술을 수집하는 결정적

인 시간이고, 검사에게 뿐만 아니라 피의자에게도 가장 중요하며, 변호인의 참여가 절실한 시간이다.

같은 조 제2, 3호는 어떠한 우려가 있다고 검사가 판단하는 경우에 변호인 참여를 불허할 수 있게 되어있다. 그러나 어떤 경우에 증거인멸의 우려가 있는지, 피해자 등에게 위험발생의 우려가 있는지 등의 판단은 전적으로 담당 검사에게 맡겨져 있을 뿐이다. 게다가 제5호는 '기타 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우'라는 규정을 두어 포괄적·자의적으로 변호인 참여를 불허할 수 있도록 하고 있다. 검찰이 송교수 변호인들에게 참여불허 처분을 할 때 근거로 든 것이 바로 이 규정이었다. 당시 송교수 변호인들은 언일 쏟아지는 언론으로부터의 여론공세를 한마디 변명도 못하고 당하기만 하면서도 수사기관처럼 언론에 정보를 흘리지 않고, 수사와 재판과정에서 모든 것을 밝히려 했으며, 그런 이유에서 더 더욱 변호인의 참여를 허용해줄 것을 강력히 요구하였던 것이다.

또한 제4조는 "검사는 피의자 후방의 적절한 위치에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련하여야 한다"라고 규정하여 변호인이 피의자 옆에서 조언할 기회를 원천적으로 막아두었다.

다음 제5조는 변호인을 퇴거시킬 수 있는 경우를 나열하고 있는데, 그 내용 또한 철저히 수사편의주의에 따른 것이며, 피의자의 권리와는 거리가 먼 것들이다. 그 내용은, 변호인이 검사의 신문에 개입하는 경우, 피의자 대신 답변하거나 유도답변하는 경우, 피의자에게 메모지를 전달하는 경우, 진술번복을 유도하는 경우, 신문내용을 촬영·녹음·기록하는 경우, 기타 수사에 현저한 지장을 초래하거나 초래할 염려가 있는 경우 등으로 되어있다. 제6조는 검사의 신문종료 이후에만 변호인은 조서를 확인하고 의견을 진술할 수 있도록 되어있는 바, 결국 변호인이 신문에 참여하여 헌법상 보장된 조력을 하려고만 하면 무조건 퇴거명령에 따라 쫓겨나야 하니, 조용히 피의자 뒤에 앉아

있다가 조사가 끝난 후 의견서 한장 쓰는 것으로 만족해야 한다는 것이다.

변호인의 ^{법률로 이어져서} 조력을 받을 권리가 아무런 법률적 근거도 없이 검찰의 내부규정→에 불과한 지침에 의해 제약될 수 없음은 물론이고, 검찰이 위 지침을 근거로 송교수사건에서 한 것처럼 제한된 경우에만 변호인의 참여를 허용하고, 허용하더라도 변호인이 할 수 있는 일은 전혀 없도록 제한하는 것은 다시 한번 위헌적이고, 위법한 처분을 하는 것이라 할 것이다.

4. 변호인 참여권에 대한 대법원 판결

대법원은 송교수 사건에서 검찰의 변호인 참여불허처분에 대하여 아래와 같이 판단하였다.

“형사소송법 제417조는 검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 처분에 불복이 있으면 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 구할 수 있다고 규정하고 있는 바,……변호인의 참여를 불허하는 처분 역시 구금에 관한 처분에 해당하는 것…… 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인과의 자유로운 접견교통을 통하여 실현될 수 있는 것…… 변호인과의 접견교통권은 그 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로 법령에 제한이 없는 한 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아님…… 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의해 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 대에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고… … 적법절차주의를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다. 그러나 …… 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 하며 구금된 피의자에 대한 신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정

신에 맞지 아니하므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있다”

위 판결은 변호인의 참여권이 변호인의 조력을 받을 권리, 접견교통권, 무죄 추정원칙, 적법절차원리 등 헌법상 제 원리로부터 도출된다고 판단한 것과 이러한 변호인 참여권은 ‘신문방해나 수사기밀 누설’등의 우려가 있는 특별한 경우임이 ‘객관적으로 명백’한 때에만 제한할 수 있음을 명시하였다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 대법원이 제시한 변호인 참여권의 제한사유를 위 대검찰청의 지침과 비교해보면 얼마나 검찰이 변호인의 참여권을 수사편의주의적으로 해석·적용하고 있는지를 확인할 수 있다. 다만, 위 판결은 변호인 참여권을 ‘구금된’ 피의자에게만 적용되는 것으로 해석하여 한계를 갖고 있다.

피의자는 3조 3항을 인용하고, 5조 2항에는 모든 변호의 권리는 본인 스스로는 23 조 2항에 유
알기나도 형
기 " 불

5. 결론

송교수 사건은 우리 형사소송절차 상의 문제점들을 모두 드러내는 교과서적인 사건이다. 그 가운데에서도 변호인의 참여권 문제는 핵심쟁점 중 하나이다. 검찰은 대검찰청의 운영지침에 따라 변호인의 참여를 불허하고, 또 허용하였으므로 적법하다고 주장하나 지침의 내용을 보면 변호인의 조력을 받을 권리와는 전혀 거리가 멀다는 사실만을 확인할 수 있을 뿐이다.

이런 점에서 대법원이 변호인 참여권을 제한할 수 있는 경우를 구체적이면서도 엄격하게 실시한 것은 중대한 의미가 있는 것이다. 현재 논의 중인 형사소송법의 개정에 변호인 참여권 문제는 적극적으로 반영되어야 하며, 변호인 참여권이 단순히 수사편의주의적인 고문방지라는 목적을 넘어 피의자의 권리를 보장할 수 있는 실질적인 내용으로 갖춰져야만 할 것이다.

피의자신문시 변호인참여권 소고

- 2003년 '송두울 교수 사건' 관련 대법원 결정의 의의와 향후 과제 -

조 국 교수(서울대 법대, 참여연대 사법감시센터 소장)

I. 들어가는 말

지난 10월 31일 서울지법 형사32단독 전우진 판사는 국가보안법 위반 혐의로 구속된 송두울 교수 변호인단이 변호인참여를 불허한 검찰의 처분을 취소해달라는 준항고에 대하여 “피의자 신문 과정에 변호인의 참여권은 헌법상 규정된 변호인의 조력을 받을 권리에 포함된다”며 “변호인 참여권 여부에 관한 법률이 없는 상태에서 참여권을 제한하는 것은 위법하다”고 결정했다.¹⁾ 이어 11월 11일 대법원 2부(주심 배기원 대법관)는 이 결정에 대한 검찰의 즉시항고를 기각하면서, 피의자신문시 변호인참여권을 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용이라고 판시하였다.²⁾

현행 형사소송법은 피의자신문시 변호인참여권을 명시적으로 보장하지 않고 있으며, 근래까지의 수사관행 역시 이를 강력히 거부해왔다. 그 결과 밀행주의(密行主義)적으로 이루어지고 있는 피의자신문은 피의자를 고립무원상태에 빠지게 하여 심리적 자포자기에 빠지게 할 뿐만 아니라, 수사관에 의한 인권유린을 방치하는 위험을 항상 내포하고 있었다. ‘민주화’ 이후 학계와 인권단체는 변호인참여권의 보장을 줄곧 제기하였고, 그 결과 최근 검찰과 경찰은 변호인참여를 부분적으로 허용하겠다는 방침을 발표하고, 형사소송법도 개정하겠다는 계획을 밝힌 바 있다. 이러한 와중에 ‘송두울 교수 사건’이 발생하였고, 법원은 형사소송법 개정이 이루어지지 않았음에도 “헌법적 형사소송”(constitutional criminal procedure)의 관점에서 변호인참여권을 헌법상의 권리로 인정한 것이다.

이 글은 이번 대법원 결정을 통하여 헌법적 권리로 확인된 피의자신문시 변호인참여권이 어떠한 헌법적 근거에서 보장되고, 그 보장의 한계는 무엇인지를 검토하면서 이 결정의 중대한 의미를 살펴보고, 이 결정을 정신을 온전히 살리기 위해서 더 고민되어야 할 점을 제시하는 것을 목적으로 한다.

II. 헌법적 기본권으로서의 변호인의 조력을 받을 권리의 의의

1 서울지방법원 2003.10.31. 선고, 2003초기2787 결정.

2 대법원 2003.11.11. 선고, 2003모402 결정.

헌법 제12조 제4항은 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가짐을 규정하고, 제5항은 체포 또는 구속시 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 사 전고지받을 권리를 규정하고 있다. 이러한 헌법적 기본권으로서의 변호인의 조력을 받을 권리는 형사소송법 제34조에 규정된 변호인의 구속피의자 및 피고인의 접견교통권의 보장을 통하여 실질적으로 보장된다. 한국 정부가 가입한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'(International Covenant on Civil and Political Rights) 제14조는 보다 상세하게 변호인의 조력을 받을 권리를 상세히 규정하고 있다.

형사피의자·피고인의 신체구속은 심리적 고립무원의 상태를 초래하고, 수사기관은 이를 이용하여 자백을 획득하려 노력하게 된다. 따라서 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정이 되는 형사피의자·피고인이 자신의 인권보장과 방어준비를 하기 위하여 필수불가결한 핵심적 권리로서,³⁾ 이 권리의 보장 없이 “무기평등의 원칙”은 원천적으로 불가능하다. 변호인의 조력을 받을 권리의 보장은 소추자와 피소자는 - 미국 포타스 대법관의 말을 빌자면 - “국가와 개인은 힘 대 힘으로, 동원자원(resource) 대 동원자원으로, 논변 대 논변으로 평등하게 만나”⁴⁾서 “전투”를 할 수 있어야 한다는 당사자주의 형사절차의 필연적 산물이자 요청이다.

변호인의 조력을 받을 권리는, “무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것”⁵⁾으로, 헌법재판소는 변호인의 역할을 다음과 같이 정식화한 바 있다.

“변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자, 피고인의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구하고, 피의사실이나 공소사실의 의미를 설명해 주고 그에 관한 피의자·피고인의 의견을 듣고 대책을 의논하며, 피의자나 피고인 진술의 방법, 정도, 시기, 내용 등에 대하여 변호인으로서의 의견을 말하고 지도도 하고, 진술거부권이나 서명날인거부권의 중요성과 유효적절한 행사방법을 가르치고 그것들의 유효적절한 행사에 의하여 억울한 죄를 면할 수 있다는 것을 인식시켜야 하며, 수사기관에 의한 자백강요, 사술(詐術), 유도, 고문 등이 있을 수 있다는 것을 알려 이에 대한 대응방법을 가르쳐 허위자백을 하지 않도록 권고하고, 피의자로부터 수사관의 부당한 조사(유도, 협박, 이익공여, 폭력 등) 유무를 수시로 확인해야 하며, 피의자나 피고인의 불안, 절망, 고민, 허세 등을 발견하면 그 감정의 동요에 따라 격려하여 용기를 주거나 위문하거나 충고하여야 할 것이다.”⁶⁾

3 또한 이 권리는 체포·구속된 피의자는 물론이고, 임의동행의 형식으로 수사기관에 연행된 피의자 또는 피내 사자의 경우에도 똑같이 보장되는 권리이기도 하다(대법원 1996.6.3. 선고, 96모18 결정).

4 Abe Fortas, “The Fifth Amendment: Nemo Tenetur Seipsum Prodere,” 25 Clev. B. A. J. 91, 98 (1954).

5 헌재 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정.

6 Id.

요컨대, - 톰코비치 교수의 말을 빌자면 - 변호인은 피의자가 수사기관과 전투를 벌이는데 있어 힘을 대등하게 해주는 역할을 수행하며, 피의자를 위한 “창”과 “방패”로서 역할해야 하는 것이다.⁷⁾

그리고 변호인과의 접견교통권은 문자 그대로 “절대적으로” 그리고 “충분히” 보장된다.⁸⁾ 이 권리를 제한하는 어떠한 법률의 규정도 없으며, 이 권리는 법원의 결정에 의해서도 제한될 수도 없다.⁹⁾ 이 점 역시 헌법재판소는 강조한 바 있다.

“변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용으로서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.”¹⁰⁾

사실 변호인과의 접견교통권을 절대적으로 보장하는 이러한 우리 판례의 입장은 대표적인 현대 민주주의 국가의 형사사법의 태도에 비하여 진보적이다. 예컨대, 일본의 경우 검사 또는 경찰관이 피의자와 변호인간의 접견의 일시, 장소, 시간 등을 지정할 수 있으며,¹¹⁾ 독일의 경우는 테러범죄와 관련해서는 변호인과의 접견교통권이 제한될 수 있다.¹²⁾ 그리고 영국의 경우도 변호인접견이 지연될 수 있는 예외를 설정하고 있다.¹³⁾ 그러나 우리 사회에서 권위주의 체제 아래 만연하였던 변호인과의 접견교통권에 대한 침해관행이 여전히 사라지지 않고 있다는 점, 그리고 현행 형사소송법이 피의자에 대한 국선변호권, 증거개시권, 신문참여권 등을 보장하고 있지 않고 있다는 점 등을 고려할 때 변호인과의 접견교통권을 절대적으로 보장하는 우리 판례의 태도는 계속 견지되어야 할 것이다.

이상과 같이 우리 형사사법체제 내에서 변호인접견권의 중요성에 대한 인식이 높아져가고 있으나, 여전히 수사실무에서는 여러 가지 방식으로 변호인과의 접견교통권의 침해가 발생하

7 James J. Tomkovicz, "An Adversary System Defense of the Right to Counsel Against Informants: Truth, Fair Play, and the *Massiah* Doctrine," 22 *U.C. Davis L. Rev.* 1, 29 (1988).

8 헌법재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정; 헌법재판소 1995.7.21. 선고, 92헌마144 결정,

9 대법원 1991.3.28. 선고, 91도24 결정; 대법원 1990.2.13, 89도37 결정; 대법원 1990.9.25. 선고, 90도1586 결정 등.

10 헌재 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정.

11 일본 형사소송법 제 39조 3항. 이 조항은 변호인접견권이 피고인에게만 인정되고 접견시 간수가 참여하였던 戰前 체제의 개정을 둘러싼 미군 최고사령부와 일본 정부의 타협의 산물인데, 최고재판소는 접견지정이 예외적으로 이루어져야 함을 지적하지만 이 제도 자체의 합법성은 승인하고 있다(最高裁 1978. 7. 10. 刑集 32卷 5号 820頁). 접견지정제도에 대해서는 山中俊夫, "被疑者と弁護人の接見交通", 『刑事訴訟法の争点』(新版, 1991)을 참조하라.

12 독일 형사소송법 제148조 제2항; 법원조직법시행령(EGGVG) 제31-38조.

13 즉, (i) 중죄 관련 증거를 손상하거나 타인에게 육체적 위해를 입힐 것, 또는 (ii) 당해 중죄를 범하고 아직 체포되지 않은 다른 피의자에게 경계를 발할 것, 또는 (iii) 당해 중죄의 결과 획득한 재산의 회복을 방해할 것, 또는 (iv) 피의자가 불법마약거래로터 이득을 취해왔고, 변호인접견권이 행사된다면 그 거래로부터 피의자가 획득한 과실을 회복하는 것이 방해될 것이라고 변호인접견권 지연을 승인하는 경찰관이 믿을 수 있는 합리적 근거가 있는 경우이다[Police and Criminal Evidence Act, art. 58(8), 58(8A)].

고 있다. 그 침해의 형태로는 수사기관이 피의자·피고인에게 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하지 않거나, 수사기관이 비밀정보원을 통하여 체포·구속된 피의자·피고인의 진술을 획득하거나,¹⁴⁾ 수사기관이 구속피의자 또는 피고인을 구금장소로부터 계속 소환하여 접견교통을 방해하거나, 접견신청이 있었으나 행정적 이유로 거부하거나, 피의자가 변호인접견을 요청하였으나 변호인을 만나지 말 것을 종용하거나, 수사상의 이유로 접견의 시간과 장소를 지정하거나, 구금장소를 임의적으로 변경하거나,¹⁵⁾ 접견장소로 비밀이 보장되지 않는 장소를 제공하거나, 접견내용을 감시하고 수수 물건을 수색·압수하는 것 등이 있다.

이상과 같은 침해행위는 피고인·피의자의 헌법상의 권리를 훼손·형해화하는 중대한 불법행위로 이를 통해 획득한 자백은 반드시 그 증거능력이 부인되어야 한다. 과거 대법원은 “검사의 접견금지결정으로 피고인들의 접견이 제한된 상황 하에서 피의자신문조서가 작성되었다는 사실만으로 바로 그 조서가 임의성이 없는 것이라고는 볼 수 없다”라고 하여 변호인과의 접견교통권을 침해하고 획득한 자백의 증거능력을 인정한 바 있다.¹⁶⁾ 그러나 ‘민주화’ 이후 법원은 입장을 변경하였다. 1990년의 세칭 ‘국회의원 서경원 판결’¹⁷⁾과 ‘화가 홍성담 판결’¹⁸⁾에서 대법원은 다음과 같이 판시한다.

“검사에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 검사가 작성한 피의자신문조서는 증거능력이 없다.”¹⁹⁾

이 두 개의 판결은 한국판 ‘매시아 판결’²⁰⁾라고 명명될 만한 것인데, 대법원은 - 형사소송법 제309조가 아니라 - 위법수집증거배제법칙의 일반론을 동원하여 그 자백의 증거능력을 배제하였다. 변호인접견권에 대한 침해는 바로 피의자·피고인의 방어권에 대한 중대한 침해임은 물론이고 민주주의 형사사법체제 자체의 근간을 흔드는 것이므로, 그 침해를 통하여 획득한 자백은 의무적으로 배제되어야 하는 것이다.

14 이러한 행위에 대한 미국 연방대법원 판결을 간략하게 살펴보면, 1980년의 ‘United States v. Henry 판결’[447 U.S. 264 (1980)]에서 버거 대법원장이 집필한 다수의견은, 구치소에 심어져 있던 수사기관의 비밀정보원이 구치소에 감금되어 있던 피고인과 나눈 대화를 증거로 사용하는 것은 수정헌법 제6조 위반이라고 판시하였다. 그리고 1985년의 ‘Maine v. Moulton 판결’[474 U.S. 159 (1985)]에서 경찰을 수사에 협조하는 피고인의 공범에게 비밀녹음 장치를 하여 피고인의 진술을 획득하였는데, 법원은 ‘Henry 판결’의 결론을 구치소 바깥에까지 확대하여 획득한 진술의 증거능력을 배제하였다. 단, 정보원이 적극적으로 정보를 취득하려고 하지는 않았고 단지 소극적으로 피고인의 말을 듣고만 있었던 경우는 이를 통해 획득한 자백의 증거능력을 인정하였다 [Kuhlmann v. Wilson, 477 U.S. 436 (1986)].

15 대법원 1996.5.15. 선고, 95모94 결정.

16 대법원 1984.7.10. 선고, 84도 846 판결.

17 대법원 1990.8.24. 선고, 90도1285 판결.

18 대법원 1990.9.25. 선고, 90도1586 판결.

19 대법원 1990.8.24. 선고, 90도 1285 판결.

20 Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964).

III. 피의자신문시 변호인참여권의 의의와 허용되는 예외

1. “헌법적 형사소송”적 해석론을 통한 변호인참여권 보장

현행 형사소송법은 피의자신문시의 참여자를 검찰수사관, 서기관, 서기, 사법경찰관리로 제한하여(제243조) 피의자신문시 변호인참여권을 보장하지 않고 있다. 그런데 상술한 1992년 헌법재판소가 정식화한 변호인의 역할이 가장 긴요할 때는 다름 아닌 바로 피의자가 수사기관에 의해 신문을 받을 때이다. 신문시에는 변호인의 조력이 없는 상태에 놓여 있다가 변호인접견을 잠시하고 다시 고립무원의 상태로 되돌아가는 것이 현재까지 변호인접견권이 보장되는 모습이였다.

그러나 이러한 현실은 변호인접견을 일단 시간적으로 제약하는 것이기에 변호인의 조력을 받을 권리를 “절대적”으로 보장하는 것이 아님은 물론이고, 피의자가 신문 도중 부당한 대우를 받거나 수사기관의 질문을 이해할 수 없어 즉각적인 변호인의 조력을 필요로 할 때 그 조력을 받을 수 없으므로 변호인의 조력을 받을 권리를 “충분히” 보장하는 것도 아니었다. 그 결과 헌법상 보장된 “즉시”(제12조 제4항) 변호인의 조력을 받을 권리는 반신불수상태에 놓여 있었다고 해도 과언이 아니다. 그 결과 신문실 안에서 무슨 일이 진행되고 있는지가 전혀 외부에는 드러나지 않게 됨으로써, 수사기관은 각종의 불법적 수사방식의 유혹에 빠지고, 피의자에 대한 인권침해는 은폐되는 문제가 상존해 있었다.

1992년 헌법재판소의 의견처럼 변호인과의 접견교통권은 절대적으로 그리고 충분히 보장되어야 하는 것이라 한다면 이 권리 속에 변호인의 신문참여권이 포괄되어야 함은 논리적이지만, 법률적 근거가 없었던 것이 지금까지의 문제였다. 이러한 문제를 해석론으로 타개하기 위하여 신동운 교수는 형사소송법 제48조 5항이 변호인이 피의자신문조서의 기재의 정확성에 대하여 이의를 진술할 수 있다는 점을 근거로 변호인의 피의자신문 참여권을 인정할 수 있다는 선구적 주장을 개진한 바 있다.²¹⁾

‘민주화’ 이후 피의자신문시 변호인참여권의 요구가 학계와 인권단체에서 거세게 일어나면서 수사기관의 태도도 변화한 점은 사실이다. 예컨대 1999년 6월 경찰청이 독자적으로 경찰신문에서의 변호인참여를 허용하겠다는 방침을 발표함으로써,²²⁾ 경찰수사단계에서의 변호인 참여는 부분적으로 가능하게 되었다. 그리고 검찰수사의 경우도 2002년 서울지검 특별조사실에서의 피의자 사망사건을 계기로 법무부가 제정한 인권보호수사준칙 제4조가 변호인의 “신문절차참여”를 허용한다고 규정하고 있다. 그러나 이러한 긍정적 변화에도 불구하고, 이번 ‘송두울 교수 사건’에서 나타난 검찰의 태도에서도 알 수 있듯이 수사단계에서의 변호인참여

21 신동운, 『형사소송법』(1993), 386면.

22 ‘피의자 신문시 변호인 참여지침’(수사61110-1601, 1999.6.5).

가 어느 범위와 정도로 보장될 것인가는 여전히 수사기관의 재량이 내맡겨져 있었다.

이러한 상황에서 피의자신문시 변호인참여권을 헌법적 권리로 인정한 대법원의 이번 결정은 획기적 의미를 갖는다. 대법원은 헌법 제12조에서 선언된 '적정절차'(due process) 원리의 정신, 그리고 절대적으로 또한 충분히 보장되어야 하는 변호인의 조력을 받을 권리의 취지를 강조하면서, 헌법에 보장된 변호인의 조력을 받을 권리 속에 피의자신문시 변호인참여권이 포함된다는 "헌법적 형사소송"적 해석론의 모범을 보여주었다. 결정문의 해당 부분을 인용하자면,

"현행법상 신체구속을 당한 사람과 변호인 사이의 접견교통을 제한하는 규정은 마련되어 있지 아니하므로 신체구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중이라도 언제든지 변호인과 접견교통하는 것이 보장되고 허용되어야 할 것이고, 이를 제한하거나 거부하는 것은 신체구속을 당한 사람의 변호인과의 접견교통권을 제한하는 것으로서 위법임을 면치 못한다고 할 것이다.

형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만, 위와 같은 내용의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 "적법절차주의"를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것이다."²³⁾

여기서 이번 결정은 법률의 미비에도 불구하고 형사절차는 헌법정신을 충실히 구현하는 방향으로 해석·운영되어야 함을 분명히 하였고, 기본권 보장을 위하여 "법에 의하여 금지되지 않은 것은 어떤 일이라도 방해되지 않는다"는 1789년 프랑스 혁명의 "인간과 시민의 제권리에 대한 선언"(Declaration des droites de l'homme et de Citoyen) 제5조의 정신을 법해석의 철학으로 삼았음을 보여주었다.

근거
보충

그리고 이번 결정은 향후 변호인참여 요청이 거부된 상태에서 획득한 자백의 증거능력을 배제시킬 중요한 근거를 제공하는 것이기도 하다. 앞으로 형사변호인들의 적극적 참여요청과 이 요청이 거절된 채로 작성된 피의자신문조서의 증거능력을 배제를 구하는 활동이 적극 요망된다. 1992년의 세칭 '신20세기파 판결'²⁴⁾이 피의자신문시 진술거부권을 고지하지 아니하고 얻은 자백의 증거능력은 부정된다고 판시하여 미국 연방대법원이 확립한 '미란다 규칙'을 부분적으로 도입하였다면,²⁵⁾ 이번 결정은 피의자신문시 변호인참여권을 헌법상의 권리로 인정

23 대법원 2003.11.11. 선고, 2003도402 결정 (강조는 인용자).

24 대법원 1992.6.23. 선고, 92도682 판결.

함으로써 '미란다 규칙'의 또 다른 한 부분을 도입한 것으로 평가할 수 있다.

2. 피의자신문시 변호인참여 허용의 예외 - 검찰과 경찰의 입장 비판

'송두울 교수 사건'과 관련한 이번 대법원의 결정으로 피의자신문시 변호인참여권이 헌법상의 권리로 인정되었으므로, 남은 과제는 형사소송법의 개정이다.²⁶⁾ 이러한 개정이 이루어진다면 피의자·피고인의 인권을 보장할 뿐만 아니라 조서의 성립진정, 피의자·피고인의 자백의 임의성 및 신빙성에 대한 논란을 원천봉쇄할 수 있을 것이다. 참조할 수 있는 외국의 예를 보면, 미국의 경우는 '미란다 규칙'에 따라,²⁷⁾ 영국의 경우는 '실무규정'에 따라 수사기관의 피의자 신문시 변호인참여권이 보장되고 있으며,²⁸⁾ 독일의 경우 경찰의 피의자신문에 대한 변호인참여는 인정되지 않지만 검사의 피의자 신문시 변호인참여는 허용되고 있다.²⁹⁾

이하에서는 수사기관이 기왕에 발표한 지침 또는 형사소송법 개정안을 비판하면서, 변호인참여권의 예외는 어떻게 설정되어야 하는가의 문제를 검토하기로 한다.

먼저 경찰의 '피의자 신문시 변호인 참여지침'에 따르면, 수사에서의 변호인 참여는 (i) 국가보안법위반사건, (ii) 조직폭력, 마약, 테러사건, (iii) 공범 등의 증거인멸 또는 도주를 용이하게 하거나 관련사건의 수사 및 재판에 중대한 영향을 초래할 우려가 있다고 판단되는 사건, (iv) 기타 수사에 중대한 지장을 초래한다고 판단되는 사건 등의 경우에는 경찰관서의 장에 의해 제한될 수 있다. 그러나 변호인참여는 중한 범죄일수록 더욱 요구되는 것임에도 불구하고 일정한 범위의 중한 범죄에 대하여 일률적으로 변호인참여를 제한하는 것은 타당하지 않고, "중대한 영향"이나 "중대한 지장"에 대한 판단기준도 불분명하다. 이 기준에 따르면 변호인참여권은 거의 전적으로 경찰관서의 장의 재량에 달려 있게 될 것이다.

한편 검찰수사에서의 변호인의 신문참여에 대한 구체적 사항은 이후 대검찰청 지침으로 정할 것이라고 하는 바, 그 내용이 2002년 법무부가 제출한 형사소송법 개정안의 내용을 벗어나지 못할 것으로 예상된다. 동 개정안은 신문과정에서 변호인 참여를 허용하되, 체포·구속 후 48시간 이내에는 변호인의 참여를 제한하고 있다. 그러나 동 개정안은 변호인참여가 가장 절실히 요구되는 시기는 ^{사건 초기} 인신구속이 된 초기라는 것, 헌법은 변호인의 조력을 받을 권리는 "즉시" 보장될 것을 요구하고 있다는 것을 무시하고 있다.

요컨대, 현재의 경찰과 검찰이 제시한 변호인참여를 불허하는 요건 아래에서는 변호인참여권 자체는 인정되지만 그 효과를 반감되고 말 것이다. 이러한 상황에서 이번 대법원 결정은

25 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). 미란다 판결에 대해서는 조국, "미란다 규칙의 실천적 함의에 관한 소고—미국 연방대법원의 입장변화를 중심으로", 한국형사법학회 간, 『형사법연구』 제10호(1998)를 참조하라.

26 1999년 국회에 1999년의 '형사사건에 있어서의 인권보호특별법안' 제12조 제1항은 검사 및 사법경찰관의 피의자 신문시 변호인참여권을 명문화한 바 있다.

27 *Miranda*, 384 U.S. at 444-45.

28 *Interrogation Code*, para. 6.8.

29 StPO §163 a III, §168 c I.

변호인참여가 허용되지 않는 경우가 어느 때인가를 분명히 밝혔다. 즉,

“구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 형사소송법 제 209조, 제89조 등의 유추적용에 의하여 보호되는 권리라 하더라도 헌법상 보장된 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 하며, 구금된 피의자에 대한 신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 아니하므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연하다고 할 것이다.”³⁰⁾

향후 형사소송법 개정시에 이러한 대법원의 결정의 정신이 충실하게 반영되어 변호인참여권 보장의 범위와 예외가 규정되어야 할 것이다.³¹⁾ 변호인참여는 범죄의 중합에 따라 일률적으로 제한되거나 인신구속 후 일정 시간 동안 무조건 금지되어서는 안 되고, 변호인참여가 이루어질 경우 형사정의를 중대하게 훼손될 수 있는 경우에 한하여 예외적으로 제한되어야 한다. 예컨대, 변호인 참여를 허용할 경우 증거가 인멸되거나 공범이 도주하거나 또는 제3자에게 육체적 위해가 발생할 것이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우, 또는 피의자신문에 참석한 변호인의 의도적 신문방해가 있는 경우 등이다.³²⁾

IV. 남은 쟁점과 과제

1. 참여한 변호인은 피의자에게 조언하거나 수사방식에 이의를 제기할 수 있는가?

2002년 법무부가 제출한 형사소송법 개정안은 피의자신문시 변호인이 참여하더라도 피의자를 대신해 답변을 하거나 신문을 제지 또는 중단시키는 등 변호인이 신문에 개입할 수 없다는 단서를 달고 있다. 그러나 참여한 변호인이 수사관의 부당한 질문이나 신문방식에 대하여 이의를 제기하거나 묵비권 등 피의자의 권리에 대하여 조언을 할 수 없다면 변호인참여는 유명무실해질 것이다. 영국 ‘실무규정’은 변호인은 수사기관의 부적절한 질문과 질문방식에 대해 이의를 제기할 수 있고, 피의자에게 수사기관의 특정질문에 대하여 답변하지 말 것

30 대법원 2003.11.11. 선고, 2003모402 결정 (강조는 인용사).

31 이러한 개정이 이루어진다면 형사소송법 제312조를 개정하여 변호인참여가 보장된 상태에서 작성된 피의자신문조서의 경우는—작성주체가 검사인 경우와 아닌 경우 모두 포함하여—그 증거능력이나 신용성을 강화하는 조치도 필요할 것이다.

32 영국 ‘실무규정’은 변호인이 피의자신문을 “방해하거나 비합리적으로 차단하는 경우”에는 참여를 거절될 수 있다고 규정하는데(Interrogation Code, Note 6D), 그 예로 변호인이 피의자를 대신하여 답변하거나 피의자가 신문시 활용하도록 답변서를 제공하는 행위가 발생하는 경우를 예시하고 있다(Id.).

을 조언할 수 있다고 명시적으로 규정하고 있다.³³⁾

변호인이 피의자의 “창”과 “방패”가 되기 위하여 배석하는 것이지, 단지 수사기관의 피의자신문에 “병풍” 역할을 하기 위하여 배석하는 것은 아니다. 영미식 표현을 쓰자면, 피의자에게 변호인은 수사기관의 신문에 대비하기 위해 “고용된 총”(hired gun)인데, 그 “총”을 자신이 가장 불리한 시기에 사용할 수 없다는 것은 “무기평등의 원칙”에 반한다 할 것이다. 물론 신문장소에 변호인이 단지 앉아 있다는 것만으로도 수사기관의 불법행위를 감시·방지하는 효과가 있음은 사실이지만, 수사기관의 불법·부당한 신문에 대하여 항의하지 못하고 피의자에게 자신의 헌법상의 권리를 행사하라고 조언하지 못한다면 변호인참여권을 보장하는 의미는 반감되고 말 것이다.

2. 변호인접견·참여 요청에 따른 신문중단

반응 미처 없었던 기각 5건의 견해
(음비(2008)24245)

5년
2009.9.15 안필기

다음으로 피의자가 변호인 접견·참여를 요청하였지만 수사기관이 신문을 중단하지 않고 변호인이 오기 전에 신문을 전개하여 자백을 획득한 경우 이 자백을 배제할 것인가이다.

‘미란다 규칙’은 형사피의자가 묵비권을 행사하겠다고 의사를 표시하거나 또는 변호인접견을 요구하는 경우 그 즉시 모든 신문은 중단되어야 함을 그 핵심내용으로 하고 있다.³⁴⁾ 미국 연방대법원의 1986년 ‘Michigan v. Jackson 판결’³⁵⁾도 이 점을 재확인한 바 있다. 이 사건에서 피고인은 살인죄에 대한 유죄인정 여부를 신문받을 당시 변호인접견을 요청하였는데, 경찰관은 변호인이 피고인을 접견하기 전에 피고인에게 미란다 고지를 행한 신문을 개시하여 자백을 획득하였다. 법원은 이 경우 피고인이 변호인접견권을 포기한 것으로 볼 수 없다고 판시하여 자백을 배제하였다.³⁶⁾

또한 영국 ‘실무규정’은 피의자가 변호인접견권을 포기하도록 설득하는 행위는 금지되며,³⁷⁾ 변호인이 피의자를 만나기 위해 출발한다고 말할 경우에는 그의 도착 이전에 신문을 개시하는 것은 부적절한 것이라는 점을 명시적으로 규정하고 있다.³⁸⁾ 단, 변호인이 도착하기 전에 신문을 하지 않으면 증거인멸, 공범의 도주, 제3자와 그의 재산에 대한 위해발생이 초래될 것이라는 합리적 근거가 있거나, 또는 변호인을 기다리는 것이 수사진행에 “비합리적인 지연”을 야기할 것이라는 합리적 근거가 있는 경우에는 한하여 변호인없는 신문이 허용하고 있다.³⁹⁾

피의자의 자기 방어를 위해 변호인접견권이 갖는 중요성을 생각할 때, 원칙적으로 피의자

33 Interrogation Code, Note 6D.

34 Miranda, 384 U.S. at 444-445.

35 475 U.S. 625 (1986).

36 Id. at 636.

37 Interrogation Code, para. 6.4.

38 Id. para. 6A.

39 Id. para. 6.6 (a)-(b).

의 변호인접견·참여 요구가 있다면 피의자가 대화를 먼저 개시하지 않는 한 변호인과의 접견이 이루어지기 전에는 수사기관은 신문해서는 안된다. 이 점과 관련하여 1999년 국회에 제출되었던 ‘형사사건에 있어서의 인권보호특별법안’은 국가기관이 피의자·피고인·형의 집행 중에 있는 자에 대하여 신문을 하고자 하는 경우 신문에 앞서 “변호인의 조력을 받을 권리가 있다는 사실과 신문 중에 있는 피의자·피고인·형의 집행 중에 있는 자가 변호인의 조력을 요구하는 경우 국가기관은 즉시 신문이 중단된다는 점을 고지하여야 한다”라고 규정하고(제4조 제3항), 또한 “신문 중에 있는 피의자·피고인·형의 집행 중에 있는 자가 변호인의 조력을 요구하는 경우 국가기관은 즉시 신문을 중단하고 변호인의 선정절차를 밟아야 한다”(동조 제4항)라고 규정하고 있었던 바, 그 의미가 크다 할 것이다.

다만, 영미식 공설변호인(public defender)제도가 도입되어 있지 않은 점을 고려하자면 피의자와의 접견을 요구한 사선변호인이 수사방해의 목적으로 부당하게 출두를 연기하는 경우에는 변호인 없는 신문이 가능하며, 또한 변호인접견 이전에 신문을 개시하지 않으면 증거가 인멸되거나 공범이 도주하거나 또는 제3자에게 육체적 위해가 발생할 것이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 예외적으로 변호인 없는 신문이 가능하다고 해야 할 것이다.

3. 무자력(無資力) 피의자를 위한 형사법률구조의 활성화

한편, 변호인참여권이 법률로 인정되더라도 현행 국선변호인제도는 피고인 외에는 구속적 부심사 청구를 한 피의자에 대해서만 인정되므로,⁴⁰⁾ 변호인참여권은 변호인 선임할 자력이 있는 피의자를 위한 제도로만 작용할 우려를 갖고 있다. 따라서 무자력 피의자를 위한 국선변호인제도를 시급히 창설할 필요가 있다. 이 점에서 최근 법무부 장관 자문기구인 정책위원회가 국선변호인제도를 구속영장이 청구된 피의자에까지 확대하는 방안을 의결하고, 향후 형사소송법 개정안에 반영시키기로 한 점은 상찬(賞讚)되어야 할 것이다.⁴¹⁾

그러나 국선변호인제도가 이렇게 확대되더라도, 법원에 의해 선정된 국선변호인들은 기본적으로 사적 변호를 본업으로 하는 변호사이므로 변호인참여를 적극 수행할 것인가에 대해서는 의문이 있다. 그리고 구속영장청구 이전 단계의 무자력 피의자에 대해서는 여전히 변호인참여가 불가능하지 않다는 문제가 남는다. 미국의 경우는 피의자가 범한 범죄가 중죄인 경우,⁴²⁾ 또는 경죄이지만 징역형이 처해질 수 있는 경우⁴³⁾는 국선변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있다.

40 현행 국선변호인제도의 문제점에 대해서는 이상철/최석운, 『국선변호인제도에 관한 연구』 (형사정책연구원, 1994)를 참조하라.

41 연합뉴스, 2003.10.30.

42 Gideon v. Wainright, 372 U.S. 335 (1963).

43 Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972); Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

국선변호인제도의 확대는 국가예산의 확보와 직결되는 문제이기는 하지만, 우리 사회에서 가용한 인력과 조직, 그리고 외국의 사례 등을 참조하여 무자력 피의자를 위한 '형사법률구조'(criminal legal aid) 체제를 확립할 필요가 있다.

이 때 미국에서 시행하고 있는 '계약변호인제도'(the contract counsel system)와 '공설변호인제도'(public defender programs)의 도입도 진지하게 고려할 필요가 있다.⁴⁴⁾ '계약변호인제도'는 정부가 개인변호사, 법률회사 등과 일정 기간과 일정한 금액으로 계약을 맺고 무자력자를 위한 형사변호 서비스를 제공하는 제도이다. 이 제도는 현행 형사사법체제의 큰 변경없이 도입이 가능한 제도이므로, 대법원, 법무부, 경찰청 등과 대한변호사협회 차원에서 이 제도의 도입을 위한 논의를 개시할 필요가 있다.⁴⁵⁾ 그리고 '공설변호인제도'⁴⁶⁾는 정부에 의해 전업적으로 고용된 변호인이 무자력 피의자의 형사변호를 담당하는 제도이다. 이 제도의 도입을 국가기구의 개편, 새로운 예산의 확보 등의 문제가 해결되어야 하지만, 전업적으로 무자력 피의자의 변호를 담당하는 인력을 확보하는 것이 형사법률구조를 가장 확실하게 실현하는 길임은 분명하므로 중장기적 차원에서 도입논의가 필요하다고 본다.

그리고 현재 법률구조공단에 의해 실시되고 있는 형사법률구조를 활성화할 필요가 있다. 법률구조공단에 의한 형사법률구조사업은 1996년 6월 1일부터 시작되었는데, 이후 형사법률구조 대상사건 및 대상자 범위를 점차 확대하여 현재는 모든 형사법률구조 대상자에 대하여 기소전 구속사건까지 형사법률구조를 행하고 있다.⁴⁷⁾ 이러한 형사법률구조는 주로 '공익법무관'에 의해 행해지고 있지만, 향후 사법개혁을 통하여 사법시험합격자 수를 늘리고 군미필의 사법시험합격자의 다수를 공익법무관으로 편입하고 이들로 하여금 변호인참여까지 수행하도록 한다면 무자력 피의자의 변호인참여권 보장문제는 상당 부분 해결될 수 있을 것이다.

V. 맺음말

44 Cole & Smith, *The American System of Criminal Justice* 298-317 (9th ed. 2001),

45 대법원은 지난 12월 5일 개최된 전국법원장회의에서 2004년부터 국선변호만을 담당하는 '전속계약 국선변호인 제도'를 도입해, 다른 소송사무의 수입을 금지하고 국선변호만을 담당하는 13명 정도의 국선변호사들을 전국에 배치하여 무죄주장 사건 등 복잡한 사건들을 담당하도록 하기로 하였던 바, 주목할 가치가 있다(<한겨레신문> 2003.12.6.).

46 이 제도의 도입에 대해서는 홍석조, "변호인의 조력을 받을 권리", 『해외파견검사연구논문집』 제6집 (1987), 186-192면을 참조하라.

47 그런데 최근 대법원은 국선변호에관한예규를 개정하여(2003.9.15.시행) 위 예규 제11조에서 '공익법무관의 국선변호인 선정'이라는 제하에 "각급 법원은 원칙적으로 관내에 사무소를 둔 변호사 중에서 국선변호인을 선임하고 공익법무관을 국선변호인으로 선정하지 않도록 한다. 다만, 관할구역 안에 사무소를 둔 변호사 중 국선변호를 담당할 변호사를 지정하기 어려운 사정이 있고, 공익법무관을 국선변호인으로 선정하더라도 변호업무의 공정성과 독립성을 보장할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정하고 있는 바, 이는 개업변호사의 이익을 반영하는 것으로, 향후 전국법률구조공단에서 수행하는 공익법무관의 국선변호를 위축시킬 것으로 예상된다.

* 2월 27일
 ① 대법원 판례 미판결 판결, 수석판사, 국민당 대법관 리 호도영은 변호인 참여 권리를
 ② 2월 27일
 ③ 이렇게 권리를 보장하기 위해 조항으로 이렇게 바꿔야 하는지

'송두율 교수 사건'을 계기로 한 대법원 결정은 향후 한국 형사절차의 틀을 바꾸는 촉매제가 될 것이다. 형사소송법상의 명문규정이 없음에도 헌법을 동원하여 변호인참여권을 인정한 법원의 준(準)입법적 결정에 경의를 표한다. 1992년 '신20세기판 판결'을 통하여 부분적으로나마 한국 형사절차에 도입되기 시작하였던 '미란다 규칙'이 이제 전면적으로 수용되는 방향으로 가고 있다. 이번 대법원 결정은 형사절차에서 피의자·피고인의 헌법적 권리 보장이 단지 범죄통제 우위의 현실을 분식하는 장식적 허언이 되지 않기 위해서 - 드오킨의 저명한 저서명을 인용하자면 - "권리를 심각하게 파악"⁴⁸⁾해야 함을 한국 사법부가 분명히 인식하고 있음을 보여 주었다.

이제 공은 법무부로 넘어 갔다. 법무부는 기존의 안을 고집하지 말고 이번 대법원 결정의 정신을 살려 빠른 시간 내에 형사소송법 개정안을 만들어 국회에 제출해야 하며, 변호인참여를 전제로 한 수사의 기법을 연구·개발하여야 한다. 그리고 변호인참여권이 보장되더라도 변호인참여를 요청할 자력이 없는 피의자를 위하여 각종의 형사법률구조제도가 마련되어야 할 것이다.

주제어: 변호인참여권, 미란다, 변호인의 조력을 받을 권리

48 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).

The Newly Recognized Right to Have a Lawyer During Interrogation in the
Professor Song's National Security Act Violation Case.

Kuk Cho
Professor of Law
Seoul National University College of Law

In November 11, 2003, in a National Security Act violation case, the Supreme Court made a ground-breaking decision to recognize the right to have a lawyer during interrogation as a constitutional right of the suspects/defendants.

Neither the Constitution nor the Criminal Procedure has an explicit provision for the right, although both provide the right to counsel in general. On such a ground, the law enforcement authorities have not allowed the counsel retained by suspects/defendants to attend interrogation sessions until recently, so the suspects/defendants, even if they get an attorney, is cast without any professional aids in the critical stage of criminal procedure.

In 1999, the National Police Agency made a rule that allows the counsel to participate in police interrogation. In 2002, the Ministry of Justice also set up a similar rule. However, both rules carry no legal binding force because they are no more than administrative rules for the law enforcement authorities. Furthermore, a number of exceptions not to permit the counsel's participation are stipulated in the rules, and the counsel's participation in police interrogation was not activated in practice.

In the National Security Act violation case of Professor Song Doo Yul, who is a pro-North left-wing Korean-German dissident, the Supreme Court recognized the constitutional right to counsel includes the right to have a lawyer during interrogation. The Court held that either the Constitution or the Criminal Procedure Code does not provide any implication to prohibit the counsel's participation, so the participation should be allowed from the standpoint of "due process"; that the participation may be restricted only when there exists probable cause that the counsel would obstruct interrogation or destroy evidence.

With the earlier landmark decision by the Court in 1992, which held the statements elicited without informing of the right to silence in interrogation should be excluded, this decision materializes the *Miranda* rule in Korea in a full version.

피의자신문에의 변호인 참여의 쟁점

한 상 훈

연세대학교 법과대학 조교수

1. 들어가면서

1990년대에 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여서는 피의자/피고인과 변호인 간의 접견교통권의 보장이 화두였으며, 몇 차례의 헌법재판소 및 대법원 판례를 통하여 이제 피의자/피고인과 변호인 간의 방해받지 않는 자유로운 접견은 보장되고 있다고 볼 수 있다.

2000년대의 문제는 수사기관의 피의자신문시 변호인의 신문참여권이라고 할 수 있다. 경찰청, 대검찰청 등에서 최근 부분적으로 피의자신문에의 참여를 허용하고 있으나, 시혜적인 조치로 인식되고 있었을 뿐이고, 많은 제한이 있어 실제로 활용되는 경우는 거의 없는 것으로 보인다.

이에 전환점이 된 것이 주지하듯이, 송두율교수사건에서 수사절차상 피의자신문에의 변호인참여권을 인정한 대법원결정이다(대법원 2003. 11. 11. 2003도402 결정). 이 결정에서 대법원은 수사상 신문과정에 변호인의 참여는 변호인의 조력을 받을 권리라는 헌법상의 권리에서 도출되는 기본권으로 해석하고 있다. 즉, 변호인의 피의자신문참여는 시혜에서 권리로 격상된 것이다.

형사소송법상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 헌법규정에 의하여 변호인 참여권을 인정한 대법원의 판단은 피의자의 인권보장을 위한 획기적 결정으로 그 의의가 지대하며 사법적극주의의 발현이라고도 보인다.

물론 이러한 결정의 배경에는 최근 2002년 피의자가 검찰청에서 신문도중 고문으로 사망한 사건, 기업인, 지방자치단체장 등이 검찰수사 도중 자살하

는 사건과 관련하여 검찰의 강압적 수사관행이 무제되는 것과 무관하지는 않을 것이다.

법무부에서도 이러한 배경에서 피의자신문에의 변호인참여권을 형사소송법에 입법화하려고 추진하고 있으며, 그 내용도 상당히 전향적이어서 긍정적으로 평가할 수 있다.

그러나, 구체적 쟁점에서 몇 가지 문제가 있어 간략히 언급하고자 한다.

2. 수사초기의 참여제한

종래 법무부안은 체포, 구속후 일정 시간(약 48시간 정도) 변호인의 피의자신문참여를 제한하는 규정을 두고 있었다. 그러나, 수사초기라고 하여 변호인의 조력을 받을 권리가 제한된다는 헌법규정이 없고, 접견교통권도 체포, 구속후 즉시 보장된다는 측면에서 볼 때, 헌법적 정당성을 가질 수 없는 부당한 제한이다.

최근 사법개혁위원회에 제출된 법무부개정안에는 그러한 시간적 제한이 삭제되어 다행으로 생각된다.

3. 체포, 구속여부와 참여권

체포, 구속된 피의자, 피고인의 변호인과의 접견교통권과 달리 피의자신문은 구속여부와 관계없이 모든 피의자가 당하는 사건이므로, 구속여부에 관계없이 인정되어야 할 것이다.

대법원의 송두율교수사건에서의 결정은 '구금된 피의자'에 대한 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 권리가 있는지 여부를 주로 다루고 있으나, 구금되지 않은 피의자도 신문시 변호인참여권을 가진다고 보아야 할 것이다.

법무부개정안도 구속된 경우로 제한을 두고 있지 않고 있다.

4. 변호인참여권의 범위

쟁점 영역
→ 참여권역

현재 논란이 되고 있는 것은 변호인참여의 범위이다. 피의자신문에 참여하는 변호인이 구체적으로 어떠한 정도의 권한을 행사할 수 있는가, 변호인의 역할은 무엇인가에 관하여는 논쟁이 된다.

법무부개정안은 "訊問에 參與한 辯護人은 訊問 後 意見을 陳述할 수 있다. 다만, 訊問 中이라도 必要한 때에는 檢事 또는 司法警察官의 承認을 받아 意見を 陳述할 수 있다."고 하여, 크게 보면; ①신문 종료후의 의견진술, ②신문중 승인을 받아 의견진술로 상정하고 있다.

피의자신문은 피의자를 신문하는 것이지 변호인을 신문하는 것이 아니므로, 그러한 피의자신문의 본질에 반할 정도로 변호인이 개입하거나, 대신답변, 특정답변유도, 신문방해 등은 허용되지 않는다는 점은 분명하다.

그러나, 이러한 참여범위는 변호인의 조력을 받을 권리를 충분히 반영하지 못하고, 변호인을 소극적 감시자에 한정할 뿐이라고 생각된다.

최소한 다음과 같은 권리가 인정되어야 할 것이다.

- ①이의제기권: 변호인은 수사기관의 부당한 협박, 압력, 회유, 약속 등 진술의 임의성을 침해할 수 있는 신문방법에 대하여 즉시 이의제기할 수 있어야 한다. 이의제기는 수사기관을 상대로 하는 것이다.
- ②조언권: 피의자가 조언을 요청할 경우 답변에 대하여 조언할 수 있어야 한다. 다만, 범죄사실에 관한 조언은 제한되고 법적인 사항이어야 할 것이다.
- ③진술거부권의 고지: 변호인은 피의자에게 진술거부권이 있음을 상기시켜줄 수 있어야 한다. 다만, 신문을 지연하는 목적으로 행해져서는 안될 것이다.

5. 변호인참여제한 여부와 사유

법무부개정안은, 辯護人의 參與로 인하여 罪證을 湮滅, 隱匿, 造作 또는 造作된 證據의 使用, 共犯 逃走 등, 被害者, 當該 事件의 搜查 또는 裁判에 必要한 事實을 알고 있다고 인정되는 者 또는 그 親族의 生命·身體나 財産에 대한 가해의 結果가 發生할 것이라고 믿을 만한 相當한 理由가 있는 境遇에는

변호인참여를 금지할 수 있게 규정하고 있다.

먼저, 상당한 이유라는 추상적이고 모호한 제한사유는 부당하다. 대법원결정에서와 같이 신문방해나 수사기밀 누설등의 우려가 있는 특별한 경우임이 '객관적으로 명백'한 때와 같이 객관적 근거가 명백한 경우로 한정되어야 할 것이다.

죄증인멸, 도주, 피해자가해 등의 결과는 변호인이 피의자신문내용을 누설함으로써 발생할 것임이 명백해야 하며, 피의자신문에 참여하지 않더라도 현재에도 자유로운 접견교통권에 의하여 동일한 결과가 발생할 수도 있다는 점에 주목해야 한다. 즉 특별한 제한사유가 되기 위하여는 보다 명백한 근거가 있어야 할 것이다.

6. 변호인참여의 확대를 위한 방안

현재와 같은 상황에서 변호인참여권을 향유할 수 있는 피의자는 기업인, 정치가 등 일부에 한정될 것이라는 점은 불가피하다. 피의자신문에 일일이 참여할 변호인을 선임하기 위하여는 높은 수입료를 지불해야 할 것이기 때문이다. 유전무죄, 무전유죄의 박탈감 확대할 염려.

그러므로, 변호사의 문턱을 낮추고, 변호사에 대한 접근가능성을 높일 필요가 있다.

국선변호인의 선정범위를 확대하고, 변호사의 숫자를 절대적으로 늘려야 한다.

이러한 조치가 실효를 거두기 전에는, 보조인 제도 등을 확충할 필요가 있다. "신뢰를 받는 자"의 피의자신문참여를 허용하여 불법수사의 방지에 기여할 수 있어야 할 것이다.

7. 맺으면서

미국 등에서 이미 1960년대에 인정된 변호인참여권이 비록 늦은 감은 있으나, 2004년 대법원결정에 의하여 헌법상의 권리로 인정되고 법무부개정안도

전향적 내용을 담고 있어. 변호인 조력권과 관련하여 큰 진전이라고 평가할 수 있다. 이러한 입법이 완성되면 이 문제에서 선진국과 큰 차이가 없다고도 볼 수 있다.

형사소송영역에서 대표적인 남은 문제는 위법수집증거를 증거로 사용할 수 없도록 하는, 위법수집증거배제법칙의 입법화라고 생각된다.

수사과정에서의 변호인 참여권에 관한

최근 판례(2003모402판결)

법원행정처 송무심의관 김유진

1. 머리말

- 2003. 11. 11. 대법원은 2003모402 결정에서 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있는 권리가 인정된다고 판시한 바 있음
- 위 결정은 현행 형사소송법에 변호인의 피의자신문 참여권에 대한 명문의 규정이 아직 마련되지 않은 상황에서도 헌법 및 형사소송법의 해석상 이를 인정할 수 있다는 내용으로서 더욱 그 의미가 있음
- 위 결정의 본안 형사사건인 이른바 '송두율 교수 국가보안법 사건'은 현재 법원에 계류 중인 상황이므로 오늘의 토론 과정에서 본안 사건에 대한 언급은 제한되어야 할 것이고, 토론 주제인 『수사과정에서의 변호인 참여』에 한하여 논의되어야 할 것임
- 이하에서는 위 결정에서 논의되었던 쟁점 사항과 이에 대한 위 결정의 의미를 살펴봄

2. 2003모402 결정의 쟁점

가. 피의자 신문시 변호인 참여권이 헌법상의 권리인지의 여부

(1) 개요

현행 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리에 '변호인의 피의자신문에의 참여권'이 포함되어 있다고 볼 수 있는지의 여부

(2) 부정설의 논거

- 우리 헌법규정, 그 제정 및 개정경위 등에 비추어 볼 때, 헌법 제12조 제4항 전단 및 제5항의 규정의 경우 '체포, 구속을 당한 때'라고 하는 매우 구체적인 상황에 관련하여 헌법적 차원에서 '즉시 변호인의 조력을 받을 권리'라는 절차적 권리를 보장하고 있기 때문에, 위와 같이 구체적 적용영역에 대한 입법권의 행사는 직접적으로 헌법적 제약을 받게 된다고 할 수 있으나, 그 이외의 부분에 관한 '변호인의 조력을 받을 수 있는 권리'는 헌법적 차원에서 보장되는 구체적인 기본권이라고 볼 수 없음
- 우리 헌법제정권자는 변호인의 조력을 받을 권리의 구체적인 내용은 입법부의 구체적인 범형성에 맡겨 둔 것이므로, 법원이 헌법해석이라는 이름으로 변호인의 피의자신문절차참여권을 인정하는 것은 입법권의 권한을 침해하는 것으로 법해석권의 남용임
- '변호인의 조력을 받을 권리'는 자유권적 기본권이 아닌 절차적 기본권이라고 할 수 있는데, 절차적 기본권의 경우 원칙적으로 국가기관 등에 대하여 특정한 행위를 요구하거나 국가의 보호를 요구하는 것이기 때문에 제도적 보장의 성격이 강함
- 미국 연방대법원이 Miranda 원칙을 헌법원칙으로 선언한 시점은 1966년으로서 우리 헌법이 제정된 이후의 시점이므로 이러한 우리 헌법 제정 경위에 비추어 볼 때 변호인의 조력을 받을 권리에 '변호인의 피의자신문절차에 대한 참여권'까지 그 본질적 내용에 포함되어 있다고 보기 어려움

(3) 긍정설의 논거

- 구속된 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상의 권리로 보장하고 있는 나라는 미국, 일본, 우리나라에 불과한데, 미국은 미란다 판결에 의하여 피의자신문시 변호인의 참여권을 정면으로 인정하고 있음

- 체포, 구속된 피의자는 체포, 구속된 때로부터 형사절차의 종결시까지 지속적으로 변호인의 조력을 받을 권리가 있고, 헌법 제12조 제4항 전단 및 제5항은 이 점을 선언한 것임
- 체포, 구속된 피의자로서는 가장 중요한 시기인 수사기관에서의 피의자 조사시에 변호인의 참여가 허용되지 않는다면, 체포, 구속된 피의자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 헌법 규정은 그 실질적 의의를 상당히 잃게 됨

(4) 대법원의 입장 : 긍정설을 택함

‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법 규정에 비추어, 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추·적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 “적법절차주의”를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것이다’

나. 별도의 입법조치 없이 헌법 규정에 의하여 바로 ‘변호인의 피의자신문에의 참여권’이라는 구체적 권리가 발생하는 것인지

(1) 개요

현행 헌법 제12조 제4항의 변호인의 조력을 받을 권리에 ‘변호인의 피의자 신문에의 참여권’이 포함되어 있다고 볼 경우에도 별도의 입법의 과정을 거치지 않은 채 그 헌법규정으로부터 직접적인 효력을 가지게 되는지는 별도로 검토하여야 할 문제임

(2) 부정설의 논거

- 헌법 제12조 제4항에 변호인의 피의자신문에의 참여권이 포함된 것

으로 본다고 하더라도 헌법 제12조 제4항이 구체적인 적용영역 및 그 본질적 내용 등에 관련하여 법률에 의한 보완이 필요하지 아니할 정도로 충분히 구체적이라고 볼 수는 없으므로, 결국 위 규정에 따른 변호인의 조력을 받을 권리는 입법자가 그 절차적 기본권이 구체적인 내용을 형성해야만 권리주체가 이를 비로소 행사할 수 있음 → 변호인의 접견, 교통권도 형사소송법에 규정됨으로써 비로소 구체적인 권리가 된 것이므로 변호인의 피의자신문에의 참여권도 그 내용이 형사소송법에 규정되기 전에는 구체적인 권리로서 이를 주장할 수 없음

(3) 대법원의 입장 - '접견교통권의 유추 적용'

- 형사소송법상 변호인의 피의자신문에의 참여권을 인정하는 명문의 규정은 없으나, 구속피고인 또는 피의자의 타인과의 접견교통권을 규정한 형사소송법 제209조 및 제89조의 유추적용에 의하여 구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리를 직접적으로 인정할 수 있음

다. 피의자신문시 변호인의 참여 요구권이 제한되는 경우

(1) 제한의 필요성

구금된 피의자에게 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 인정된다고 하더라도 위 권리는 헌법상의 다른 기본권과 조화를 이루어야 하고, 실제로도 위 권리를 무제한적으로 인정할 경우 수사상 막대한 지장을 초래하게 됨

(2) 제한의 범위

- 제한의 범위는 구체적으로는 입법을 통하여 해결될 것이나, 2003모 402 대법원결정에서 그 일응의 기준을 제시함

- '신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백한 경우'
- 제한 사유에 해당한다는 점에 대한 입증책임 - 수사기관이 부담

법조인 54회 2조

3. 맺음말

증거능력제 45조 2항 54회 제한

- 대법원 결정으로 구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 헌법상의 권리로 인정됨
- 이제는 형사소송법에 피의자신문시 변호인 참여권을 명문으로 규정함으로써 헌법상의 권리를 법률에 구체화할 필요성이 있음
- 입법 과정에서 변호인 참여권의 명문화와 아울러 그 제한 범위를 규정하게 될 것이나, 제한 범위를 설정함에 있어서는 피의자의 권리와 수사상의 필요에 대한 조화로운 균형이 필요함

변호인참여권에 관한 미국과 유럽각국과의 비교¹

참여연대 사법감시 박경신(법무법인 한결)

변호사의 피의자/피고 신문 참여권(줄여서 “변호인참여권”)은 국제법규나 외국입법례에 명시적으로 표현되어 있지 않은 경우가 많이 있다. 예를 들어, 유엔인권의 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약도 변호인과의 접견교통권과 법정에서 변호인의 조력을 받을 권리만을 포함하고 있다. 미국연방헌법에도 변호인참여권이 별도로 명시되어 있지 않으며 단지 자기부죄거부권(right not to “be a witness against oneself”)만이 명시되어 있을 뿐이다. 이는 변호인참여권이 자기부죄거부권(또는 묵비권)과 변호인 접견교통권으로부터 논리적으로 파생된 권리이기 때문이지 위 규범들이 변호인참여권의 중요성을 인정하지 않아서가 아니다. 미국 연방헌법 상으로도 변호인참여권은 자기부죄금지원칙 조항을 운용하면서 그 필요성이 인정되어 현재 무제한적으로 인정되고 있다.² 변호인참여권은 그 특정권리의 필요성에 대해서만 지역적으로 논의할 것이 아니고 자기부죄거부권의 중요성을 이해하고 그 원칙을 보호할 수 있는 방안으로써 그 내용을 이해할 때 올바르게 이해할 수 있다.

1. 자기부죄(負罪)거부권과 변호인참여권

자기부죄거부권이란 피고나 피의자가 자기 자신에게 불리한 진술을 거부할 수 있다는 것이며 이에 따라 수사기관과 사법기관은 그와 같은 진술을 하도록 강요할 수 없다는 권리이다. 자기부죄거부권의 정책적 근거는 고문 방지 및 거짓진술의 예방 등이 있으나 더욱 중요한 것은 절차적 공정성이다. 피고인은 국가와 평등한 지위를 가지고 재판부 앞에서 무죄를 다룰 수 있어야 한다. 그런데, 국가가 자신의 입증책임을 충족시키기 위해, ‘심문’이라는 심리

¹ 각국 비교설문에 다음의 외국변호사들이 참가해주셨으며 감사를 표합니다. Dr. Sung Kwan Park, Ferdinand von Stumm (이상 독일); Mike Robinson (영국); T.M.Kolle (네덜란드); Silvia Bosisio (이태리).

² Michigan v. Moseley, 423 U.S. 96 (1975) (피의자가 묵비권을 행사하겠다는 의사를 표현하면 심문은 즉시 중단되어야 한다. 이 판례에서는 동일 사건에 대한 심문은 중단되었고 다른 사건에 대하여 새로이 권리고지(Miranda warning)을 한 후에 후자에 대해 심문을 한 행위는 위헌이 아니다.) Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990) (피의자가 변호인참여권을 행사하겠다는 의사를 표현하면 심문은 즉시 중단되어 변호인이 입회한 이후에야 속개될 수 있다. 속개될 심문이 기 심문되었던 사건과 다른 사건에 대한 것이라고 할지라도 심문은 속개될 수 없다. 또, 피고/피의자가 변호인과 한번의 접견을 마쳤다고 할지라도 변호인참여권은 계속하여 보호받아야 한다.)

과거 억압을 받는 약자를 어떻게 보호할 것인가
이런 실증은 받고 85도 권역 3기요 동행내 영연

적 압박기제를 통해, 무죄추정원칙의 보호를 받는 피고인의 진술을 동원하는 것은 불공정하다. (이는 민사소송에서 원고가 피고를 재판 외의 절차를 통해 '심문'하는 것이 불평등한 것과 마찬가지로이다.) 여기서는 변호인접견권의 정당성에 대해서는 생략하겠다.

자기부죄거부권과 변호인접견권의 필요성이 인정될 경우, 변호인참여권은 이 두 권리로부터 파생된다. 아무런 진술도 하지 않을 권리를 이미 가지고 있다는 피의자나 피고는 선택적으로 진술할 권리도 당연히 가지고 있다. 또, 피고나 피의자는 변호인과의 접견을 위해 일시적으로 심문을 중단할 수도 있다. 그렇다면, 심문을 중단시킨 연후에야 심문실 밖에 앉아있는 변호인과 접견을 한 후에야 다시 질문에 대한 답변을 하는 것은 양자에게 매우 비효율적일 것이다.³ 심문과 진술이 원활하게 이루어지도록 하기 위해서는 변호인이 피의자나 피고와 동석하여 질문과 접견을 신속하게 할 수 있어야 할 것이다.

2. 대륙법계와 영미법계의 차이

형사소송체제에 관하여 대륙법계는 흔히 규문주의(inquisitorial)체제라고 하고 영미법계는 당사자주의(adversarial)체제라고 한다. 심문주의체제 하에서는 재판부가 주도적인 역할을 통해 진실에 접근해가는 반면 당사자주의체제 하에서는 판사의 역할이 검찰과 피고/피의자 사이의 법적 공방의 절차적 공평성을 유지하는 것에 한정된다. 이에 따라 당사자주의체제는 일찍이 자기부죄거부권에 대해 인정을 했던 반면 규문주의체제는 자기부죄거부권에 대하여 상대적으로 늦은 시점에 인정을 하게 된다. 그러나, 이와 같은 차이는 규문주의체제가 당사자주의적인 요소들을 상당 부분 받아들이면서 소멸되어가고 있다. 특히, 자기부죄거부권이 규문주의체제 내에서 인정되면서 변호사참여권도 자연스럽게 인정되고 있다. 현재 규문주의체제와 당사자주의체제 사이에 가장 큰 차이는 조사판사(investigating judge 또는 프랑스에서는 juge

³ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 470 (1966) "피고가 피고의 변호인으로부터 얻은 사전조언은 비밀심문절차에 의해 금방 해제된다. [자기부죄거부권]의 보호의 필요성은 심문 전에 변호사와 접견할 권리만을 포함하는 것이 아니고 피고가 원할 경우 심문 중에 변호인이 입회할 권리를 포함한다([e]ven preliminary advice given to the accused by his own attorney can be swiftly overcome by the secret interrogation process. Thus the need for counsel to protect the Fifth Amendment privilege comprehends not merely a right to consult with counsel prior to questioning, but also to have counsel present during any questioning if the defendant so desires)."

d'instruction)의 존재이다.⁴ 그러나, 조사판사가 피의자에 대해 유효한 기소 사실이 있다고 판단할 경우에 피의자가 법원으로 넘겨지면 법원에서는 일반적으로 당사자주의를 따르게 된다.

3. 각국의 비교

미국: 미국의 경우, 대법원 판결들에 따르면, 수사기관(검경 포함)이 피의자나 피고의 신병을 확보한 후 진술을 얻으려고 할 때는 (즉, 이른바 심문을 할 때는) 반드시 미란다(Miranda)고지를 해야 하고, 피의자나 피고는 묵비권과 변호인참여권의 행사를 언제라도 선언할 수 있다. 언제라도 “변호인과 접견하겠다” 라고 선언하면, 수사기관은 무조건 피의자나 피고의 변호인이 도착할 때까지 기다려야 하며 피의자나 피고가 다시 심문재개를 요청하지 않는 한 심문의 재개 자체가 불가능하다.⁵

독일: 경찰은 피고/피의자의 신병을 확보하는 즉시 피고/피의자의 권리를 고지해야 한다. 권리의 고지가 끝난 뒤에 피고/피의자가 변호인참여권의 행사를 선언하면, (1) 우선, 경찰은 변호사와 상담을 할 수 있는 기회를 주어야 하고 (최소한, 당직변호사 전화번호를 알려주는 방식) (2) 피고/피의자가 명시적으로 심문의 속개에 동의한 경우에만, 심문이 속개될 수 있다.⁶ 우선 변호사와 한번이라도 접견을 한 후에는 경찰은 변호사의 입회없이 심문을 계속할 수 있는가에 대해서 학계의 자료는 다수설과 소수설로 나뉘어지나⁷ 일선 변호사들은 변호사의 입회없이 심문을 할 수 없다고 굳게 믿고 있다. 검찰

⁴ 조사판사는 강력범죄나 사안이 복잡한 사건의 경우에 검경과는 별도로 수사를 하며 이를 위해 증인 및 피의자들을 심문하기도 하고 수색을 벌이기도 하며 이를 위한 영장들도 직접 발부할 수 있다. 조사판사의 목표는 피의자에 대한 사법처리가 아니고 진실의 발견이며 이를 위해 피의자에게 유리한 증거와 불리한 증거를 모두 검토하여야 한다. 검찰과 변호인 모두 조사판사에게 사실확인을 위한 조치를 취할 것을 신청할 수 있고 이를 받아들이지 않을 경우 조사판사의 조치에 대해 항소를 할 수도 있다. 조사판사제도는 프랑스, 스페인 및 네덜란드에서 유지되고 있으며 독일과 이탈리아에서는 변형된 형태로 존재하고 있다. Stephen C. Thaman, “Miranda in Comparative Law”, 45 *Saint Louis Law Journal* 581 (Spring 2001), Associate Professor of Law, Saint Louis University School of Law.

⁵ 이를 어기고 진행된 심문을 통해 얻게 된 피의자나 피고의 진술은 법정에서 효력이 없다. 또, 원칙적으로 이와 같이 얻어낸 피의자나 피고의 진술을 기반으로 진행된 수사의 결과물 모두가 “독을 품은 나무의 열매(fruits of a poisonous tree)”이론에 따라 무효처리 된다. Poisonous tree이론의 엄격함은 최근 판례를 통해 완화되었으나 기초는 변함이 없다.)

⁶ BGHSt, 42, 15 (19-20)

⁷ BGHSt 38, 372 (373). BGHSt 42, 170 (173-74).

심문이나 조사판사의 심문 시에도 변호인참여권이 보장된다.⁸

프랑스: 2000년 6월15일 개정입법에 따르면 경찰은 신병확보 즉시 피고/피의자의 권리를 고지해야 하며 피고/피의자는 변호사와 접견할 권리가 있다. 접견을 받은 후에는 변호사 없이 심문이 계속될 수 있다. 변호사와의 상담은 30분을 넘기지 않도록 되어 있다.⁹ 조사판사의 심문시에는 변호인참여권은 있으나 변호인은 심문 중에 침묵을 지켜야 한다.¹⁰

영국(스코트랜드 제외): 영국은 1981년도의 Royal Commission 의 권고를 받아들여 1984년도에 Police and Criminal Evidence Act(“PACE”)를 제정하였고 1995년부터 이 법의 시행규칙인 Codes of Practice를 제정 및 시행해 왔다. 현행 법령에 따르면 변호인참여권을 행사한 피고/피의자는 변호사와의 상담이 이루어진 후에만 심문을 시작 또는 재개할 수 있다.¹¹ 그리고, 심문 중에도 변호사를 계속 입회시킬 수 있다.¹² (영국은 이 권리의 원활한 보장을 위해 의무변호사(duty solicitor)제도를 두어 유치장 근처에 대기하도록 하고 있다.)¹³ 단, 변호사의 첫 상담을 받을 수 있는 권리는 몇가지 근거로 지연될 수 있으나, 그 근거의 인정은 절차적으로 매우 엄격하게 이루어진다. 예를 들어, 질문을 방해한다거나 묵비권 행사를 조언할 것이라는 이유로 변호사의 상담을 받을 권리를 거부할 수는 없다.¹⁴ 그리고, 법의 실제 집행상, 테러리즘과 같은 중대한 범죄에 대해서만 변호인상담권의 보장이 지연될 수 있다고 한다.

스페인: 스페인의회는 1978년에 형사소송법을 개정하였으며 이에 따르면 피고/피의자는 모든 심문에 변호인을 참석시키고 이 변호인으로부터 조력을 받을 권리가 있다. 변호인참여권은 검찰/경찰 및 조사판사의 심문의 경우에도 동일하게 적용된다.¹⁵

이태리: 이태리의회는 1988년에 형사소송법을 개정하였으며 이 개정법에 따

⁸ StPO-Germany § 136(1)

⁹ C.pr.pen-France § 63-4, as amended by Law No. 20000-516 of June 5, 200000-516

¹⁰ Commission Justice pénale et Droits de l'homme, La mise en état des affaires pénales: Rapports 31 (Fr. 1991), page 56.

¹¹ Codes of Practice § 6.6

¹² Codes of Practice § 6.8

¹³ Police and Criminal Evidence Act(PACE), §58(1)

¹⁴ Codes of Practice § 6.9

¹⁵ L.E.Crim.-Spain § 520(2)(a-c) (Thaman에서 재인용)

르면 수사기관은 신병확보와 동시에 피고/피의자의 권리를 고지해야 한다.¹⁶ 수사기관은 어떠한 정보라도 피고/피의자로부터 확보하기 전에 피고/피의자가 변호인을 선임할 수 있도록 하여야 하며 모든 정보의 확보는 변호인의 입회 하에 이루어져야 한다.¹⁷ 변호인참여권은 검찰/경찰 및 조사판사의 심문의 경우에도 동일하게 적용된다.¹⁸

네덜란드: 체포후 6시간동안 변호사접견권 및 변호인참여권이 없다. 조사판사의 심문시에는 변호사 입회권이 있다. 위 6시간의 시한이 지난 후에는 변호인참여권이 있으며 변호사는 적극적으로 신문에 참여할 수 있다.

벨기에: 경찰의 심문은 물론이고 조사판사의 심문 중에도 변호사 입회권이 없다.¹⁹

	경찰심문		검찰심문		조사판사심문	사전(前) 권리고지 ²⁰
	접견권	참여권	접견권	참여권	입회권	
미국	O	O	O	O	N.A.	O
독일	O	O O	O	O	O	O
프랑스	O	X	O	O	O	O
영국	O*	O	O	O	N.A.	O
스페인	O	O	O	O	O	O
이태리	O	O	O	O	O	O
네덜란드	O(6시간)	O	O	O	O	O
벨기에	X	X	X	X	X	X

*테러 등에 한해서만 36시간 지연 가능.

벨기에 대해서는 변호권 없다.

4. 결론: 법무부 형소법 개정안 내용과의 비교

대륙법체제이든 영미법체제이든 모든 대상국가들이 검찰 단계에서의 변호인

¹⁶ C.p.p.-Italy § § 64(3), 65(2) (Thaman에서 재인용)

¹⁷ C.p.p.-Italy § 350 (20-(7) (Thaman에서 재인용)

¹⁸ C.p.p.-Italy § § 294(4), 302, 391 (Thaman에서 재인용)

¹⁹ Christine Van den Wnngaert, *Criminal Procedure Systems in the European Community* 143 (1993), 16, 22, 36.

²⁰ Gordon Van Kessel, "European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence," 100 West Virginia Law Review 799, Note 25 (1998)

참여권을 제한 없이 완전히 보장하고 있다. 이에 반해, 법무부 형소법 개정안은 경찰은 물론 검찰 단계에서도 변호인참여권에 대한 제한을 하고 있다. 또, 경찰 단계의 경우만 하더라도 프랑스와 벨기에를 제외한 모든 대상국들이 거의 제한없는 변호인참여권을 인정하고 있다. 단, 영국이 테러리즘 등의 범죄에 한하여 변호인접견권을 지연하고 있으나 “묵비권 행사를 조언할 것이라는 이유로 변호사입회를 금지할 수 없다”는 명시적인 조항을 통해 그 남용을 막고 있다. 이에 반해 법무부 형소법 개정안의 “변호인의 행동으로 신문의 현저한 지장 초래”와 같은 제한사유는 유례를 찾아볼 수 없도록 폭이 넓은 조항이며 반드시 삭제되어야 할 것이다.

→ 같은 권의 변호인 참여
 법3제 조항에 대한
 3조항에 대한 1988년 12월
 등
 변호인이 언론 보도를
 하는 것은 문제가
 아니다.
 변호인이 변호사
 증인인
 변호사 법원의 변호
 하는 상항에서

변호인의 피의자신문 참여 주요쟁점 및 운영현황

대검 연구관 이 석 수

▣ 입법과정에서의 주요쟁점

2003년 1월부터 비공개인의 운영이 있었.

간접 대방수만 허용하고 있었. 논제로이 가능

○ 참여할 수 있는 사건의 범위

- 미란다 원칙과 같이 구속된 피의자만을 대상으로 하는 방안과 구속, 불구속 사건을 모두 대상으로 하는 방안을 검토 #
- 일단 불구속 사건의 경우에도 변호인참여를 인정하는 방향으로 정리

○ 참여 요청권자의 문제

→ 검찰이나 조판 관에 한해서만 가능
분류 피의자에게도 허용이 될 수 있음
→ 검찰과 경찰은 4년 의뢰 가능

- 변호인의 피의자 신문 참여가 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리의 내용이라는 관점에서 피의자를 요청권자로 규정할 경우 변호인이 독립적으로 참여를 요청할 수 있는지 의문 # 누가 취할 것인가에 따라

※ 형소법 제34조는 접견교통권에 관하여 변호인을 주체로 규정

- 다만, 피의자를 요청권자로 규정하더라도 변호인이 검찰청에 출석하여 참여 신청을 하여야하므로 변호인의 출석은 참여를 위한 당연한 전제임
- 문제는 피의자가 변호인의 참여를 요청하였음에도 변호인이 참석하지 않은 상태에서 조사를 진행할 수 있는지의 문제임
- 참여요청을 받은 검사의 입장에서는 선임된 변호인과 연락을 취하고, 변호인이 출석하기까지 조사에 응하는지 여부는 피의자의 판단에 따를 문제임

- 피의자가 변호인참여를 요청하면서 변호인이 출석하기 전까지 조사에 불응하면 이는 진술거부권의 문제에 귀착되는 것임

○ 제한사유의 문제

- 체포·구속 후 48시간 내 변호인 참여제한은 외국에 유사한 입법례가 있고, 수사상 필요성은 인정됨 → 형식이 잘못되면 안됨. 상당한 이유 있음 48시간 제한
- 체포 후 48시간 이내는 수사의 필요성의 관점에서나 피의자 인권 보호의 관점에서나 모두 중요한 시점이므로 보다 신중한 검토 필요 → 48시간 이내는 30시간
- 수사기밀 누설로 인한 증거인멸, 공범 도주, 피해자나 증인에 대한 위해 가능성은 참여제한 사유로 규정함이 상당하고, 이는 대법원의 판시 취지와도 부합
- 또한, 신문방해의 형태로서 신문의 제지, 답변유도, 대리답변, 신문 내용의 녹음 등이 검토될 수 있을 것임 → 24시간 이내 채 마련

○ 참여의 구체적 내용

- 원칙적으로 검사 신문 후 의견진술 기회를 부여하고, 신문 중에도 필요에 따라 의견을 진술하는 방안 검토 → 24시간 이내 채
- 다만 구체적 질문에 대해 진술거부권 행사 외에 특정한 답변을 유도하는 것은 신문의 본질에 반한다는 지적
- ※ 실무상 공판에서의 검사 신문 시에도 법원에 이의를 제기하는 것은 별론, 변호인이 신문 중간에 개입하거나 대신 답변하지는 않고 있음
- ※ 실무 운영상 변호인이 참여하면 변호인이 대신 조사를 받아주는 것으로 생각하는 피의자도 없지 않다고 함
- 구체적 운영형태는 실무례와 관련 판례가 축적되어야 할 것으로 봄

○ 조서열람, 서명날인의 문제

- 조서열람 허용여부에 대해서도 논란이 있으나, 신문에 참여한 변호인에게 조서를 열람케 한 후 서명날인을 받는 방안을 검토

○ 참여권고지의 문제

- 변호인 참여 활성화를 위하여 진술거부권과 변호인 참여권을 함께 고지하는 방안을 검토

▣ 운영현황 및 전망

○ 운영현황

- 2003. 1. 이후 피의자신문 과정에 변호인 참여제도 실시
- 2003년도 1년간 32개청에서 112건의 변호인 참여 실시, 전체 사건수에 비해 활용 실적은 미미

※ 2004년도 1. ~ 3. 13개청에서 20건 시행

○ 활용이 저조한 이유 분석

- 수사단계는 사건의 실체가 드러나는 과정이므로 심판의 대상이 확정되어 있는 공판단계와는 다름
- 신문에 참여할 변호인이 자신의 역할을 미리 예상하기 어렵고, 짧은 구속기간으로 인해 참여 일정을 조정하기도 쉽지 않고, 경우에 따라 변호인 참여하에 받은 조서의 신빙성만 강화시키는 상황도 예상되어 변호인들이 참여에 소극적

- 또한 장시간 신문에 참여할 경우 피의자가 부담하여야 할 적지 않은 변호인 수임료도 부담으로 작용
- 실무상 진술거부권을 행사하기보다는 허위진술이라도 부인하는 방안을 택하는 것이 일반적이어서 변호인으로서도 별다른 준비 없이 수사단계에서의 변호는 한계가 있을 수 밖에 없음

○ 입법상 고려할 점

- 변호인 참여가 수사기관의 가혹행위를 막고, 피의자의 인권옹호를 위한 커다란 진전임은 틀림없는 사실임
- 그러나, 이 제도가 몇몇 유명인사나 부자만을 위한 제도가 되어서는 안될 것임
- ※ 형사법률구조제도 확대가 보완되어야 함은 물론이나, 현재와 같이 국선변호료가 적은 현실에서 변호인의 참여가 실제 제대로 될지는 의문이고, 그 경우 새로운 형태의 유전무죄, 무전유죄론 예상
- 피의자의 인권보장과 실체적 진실발견이라는 두 가지 목표가 상충하는 지혜가 입법과정에서 필요하다고 생각함 ▣