

변호인의 피의자신문 참여권

이 영 돈 *

차 례

- | | |
|--------------------------|---------------------------|
| I. 서 론 | V. 형사소송법 개정안과 변호인 참여권의 범위 |
| II. 변호인 참여권의 의의와 역할 | VI. 결 론 |
| III. 변호인의 피의자 신문참여권의 근거 | |
| IV. 변호인 참여권의 운영 현황 및 문제점 | |

I. 서 론

체포영장 체포, 긴급체포, 현행범 체포 과정을 밟은 피의자는 일반 피의자와 사뭇 다르다. 체포 뒤, 48시간 이내에 구속영장청구여부를 결정하여야 하기 때문이다. 범죄혐의 조사와 신문은 필수적이라는 것은 같을지라도, 여기에 일반 피의자에 대한 신문과는 달리 시급성이 요구되는 것이다.

하지만 시간적인 제한과 시급성을 이유로 피의자 신문과정에서 생길 수 있는 인권보호적 측면을 지나쳐서는 안 될 것이다. 그런 까닭에 피의자 신문과정에 변호인의 참여가 더욱 절실히 요구되고 있다. 피의자 신문시 변호인의 참여 인정여부에 대해서는 그간 논

* 치안정책연구소 범죄대책연구실 연구관

란이 되어오다가 서울지검 고문치사사건과 송두율 교수 사건을 계기로 검찰과 법원에서 이 사안의 중요성을 인정하기 시작하였다. 그 결과 현재는 변호인 참여권의 인정여부의 문제가 아니라 어느 범위까지 인정할 것인가가 쟁점으로 되고 있다.

본고에서는 피의자 신문시 변호인 참여권의 근거와 범위, 특히 최근 발표된 법무부의 형사소송법 개정안에 반영된 안 등을 중심으로 논의하여보고자 한다.

II. 변호인 참여권의 의의와 역할

1. 변호인참여권의 의의

현행 법률에서는 변호인참여권의 의미나 범위에 대해서 규정을 하지 않고 있다. 변호인 참여권이란 말 그대로 피의자 신문과정에 변호인이 참여하는 것이다. 검찰과 경찰 실무에서는 ‘변호인 참여권’이라는 표현이 일반적으로 사용되고 있으나 학계에서는 ‘변호인 입회권’이라고도 쓰인다.

의미상으로 보면 입회권은 신문과정에 참여하여 단순히 지켜보는 수동적 의미가 강하고, 참여권은 보다 더 적극적으로 피의자에게 적절한 상담과 법적 조언을 제공한다는 측면이 있다.¹⁾ 따라서 변호인 참여권이냐, 변호인 입회권이냐는 참여하는 변호인의 구체적인 권한 행사의 정도에 따라 정해져야 할 것이다. 그러나 우리 형사소송법 제243조(피의자신문과 참여자)는 직접 신문을 하지 않고 입회하는 검찰수사관이나 사법경찰관리에 대하여 ‘참여’라는 표현을 쓰고 있어 장차 해석을 두고 논란거리가 될 여지가 있다. 따라서 단순히 ‘입회’ 수준의 참여라 하더라도 변호인 참여권으로 표현하는 것이 타당할 것이다.

2. 변호인 참여권의 역할

1) 신동운, 형사소송법, 법문사, 2005, 536면 각주1.

변호인은 일반적으로 피고인과 피의자의 보호자로서 그들의 정당한 권리와 이익을 보호하는 지위를 갖는다. 또한 법조의 한 축을 이루고 있는 변호인은 수사기관 및 사법기관의 감시자로서 국가권력의 불법, 불공정한 법 운영을 시민의 입장에서 견제하여 법의 절정절차를 확보하는 중요한 기능을 담당한다.²⁾ 이러한 변호인의 역할에 부합하여 변호인 참여권은 피의자 신문절차에서 크게 두 가지 기능을 수행한다.

첫째, 피의자 방어권의 보장이다. 변호인이 신문과정에 참여함으로써 진술거부권을 통한 불리한 진술의 거부, 수사기관의 부당한 유도신문으로 생길 허위자백 등으로부터 피의자를 보호하는 중요한 역할을 담당한다.

둘째, 수사기관의 고문·가혹 행위 등 불법·부당한 수사관행을 감시하는 기능을 한다. 수사기관은 피의자 신문시, 특히 체포·구속 피의자의 경우, 자백진술의 확보를 제1의 목표로 삼는다. 그 결과 과거 수사기관은 자백을 얻으려고 고문 등 가혹행위를 인정하는 게 하나의 관행이었다. 과거와 비교하여 수사관행이 많이 개선된 것은 사실이나 강압적인 신문분위기를 조성하여 허위자백을 이끌어낼 가능성은 상존하고 있다. 그러므로 변호인 참여권은 수사기관의 불법을 예방을 위해서도 필요하다.

그 밖에도 우리 형사소송법에서 규정하고 있는 검사작성 피의자신문조서의 ‘내용적 성립의 진정’과 검찰자백의 신빙성을 담보하기 위해서도 변호인 참여제도가 필요하다는 의견이 있다.³⁾

3. 진술거부권과 변호인참여권

앞에서 언급한 것과 같이 피의자 신문에서 수사기관의 제1차적 목적이 피의자 자백이므로 피의자 신문의 기본적 과제는 자백강요 과정에서 생길 수 있는 인권침해를 미리 막는 데 있다. 이를 위해서 우리 헌법은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.”고 규정하여(헌법 제12조 제2항)하여 진술거부권을 헌법상 기본권으로 보장하고 있다. 진술거부권은 비교법적으로 볼 때 미국연방헌

2) 차용석, 형사소송법, 세영사, 1998, 201면.

3) 백형구, “피의자신문과 변호인의 참여권”, 사법행정1986년 2월호, 7면.

법 수정 제5조가 규정한 자기부죄금지의 특권(privilege against self-incrimination)에 영향 받은 바 크다.⁴⁾ 또한 형사소송법에서는 진술거부권의 고지와 함께 고문·폭행 등 진술의 임의성에 의심있는 자백의 증거능력을 부정하는 규정(제309조)을 두고 있다.

수사실무에서 진술거부권이 조금씩 인정되기 시작한 것은 불과 10여 년 전의 일이다.⁵⁾ 아직까지도 수사현장에서는 진술거부권을 행사하는 피의자를 부정적 시각으로 바라보고 있는 것이 현실이다. 소추기관은 증거인멸의 우려가 있는 것으로 보아 구속영장을 청구하거나, 피의자를 계속 소환하고 피의자신문을 강행하여 결국 진술을 강요하는, 이전의 수사관행을 보여주고 있다.⁶⁾

피의자 신문절차에서 피의자 방어권의 핵심은 진술거부권의 보장이다. 즉 무죄추정의 원칙의 보호를 받는 피의자는 자신에게 불리한 진술을 거부할 수 있는 권리를 언제든지 행사할 수 있어야 한다. 심리적 압박과 강압으로 자백을 유도하려는 수사기관의 신문절차에서 피의자 방어권 보장을 변호인참여가 필수적이라 할 수 있다. 이와 같은 관점에서 미국의 미란다 판결도 변호인참여권을 자기부죄금지특권을 보호하는 장치로 간주한다.

‘진술거부권’을 포함한 피의자의 전반적인 권리의식이 커지는 현실에서 수사현장에서 진술거부권의 행사는 증가할 것이 분명하다. 미루어 보건대 수사기관은 자백의존적 수사관행에 상당한 지장을 받게 되고, 이에 대응하여 진술거부권 포기를 강요하거나 보다 더 교묘한 신문기법을 이용하여 자백을 받아내려고 할 것이다. 이 경우 진술거부권은 유명무실해지고 결국은 허위자백에 의한 인권침해의 가능성은 계속적으로 존재할 것이다.

아직까지 우리나라에서는 수사기관의 고문·가혹행위, 강요·유도의 허위자백(false confession)에 의한 유죄판결의 실증적인 연구가 거의 없다. 그래서 피의자 신문단계에서의 진술거부권 보장이나 변호인 참여의 중요성에 대한 인식도 미흡한 것이 사실이다. Miranda 원칙을 통해 자기부죄특권과 변호인 참여권이 보장되는 미국의 경우 경찰의 유

4) 신동운, 앞의 책, 605면.

5) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도 682판결에서 대법원은 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터 잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미필 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다고 판시하였다.

6) 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집(III), 2004, 122면.

도신문에 따른 허위자백은 상당한 문제점으로 인식되고 있다. Bedau와 Radelet가 1900 - 1985년까지 미국에서 일어난 350여건의 오심에 의한 사형선고사건을 분석한 결과 49건 (14.3%)이 경찰유도를 통한 허위자백이 결정적 원인이었다고 나타났다. 그 중 미란다 판결이 있는 후인 1966 - 1985년까지의 사건만을 분석한 결과에서도 11.4%가 허위자백에 의해 유죄판결로 나타나 미란다 판결이후에도 허위자백은 크게 줄지 않은 것으로 조사되어 미국에서도 상당히 놀라운 사실로 받아들여지고 있다.⁷⁾

또한 최근에는 Leo와 Ofshe가 34건의 경찰유도의 허위자백사건을 분석한 결과에 따르면 이목을 끄는 중대한 범죄사건(high profile case)에서 피의자가 자백을 하도록 더 압박하는 새로운 기법을 사용하여 허위자백 가능성이 1980년대에 비해 증가하는 것으로 나타났다.⁸⁾ 더욱이 배심원들은 주로 자백에 비중을 두고 판단하는 경향이 있어 허위자백은 오심의 결정적 요인이 되고 있다.

미국의 이러한 연구결과는 우리의 수사현장에서 유의미한 시사점을 제시한다. 적법절차에 대한 인식이 부족하고 변호인의 조력을 받을 권리의 보장이 미흡한 우리현실에서 적어도 미국과 같은 상황의 가능성은 언제나 존재한다고 볼 수 있다. 이러한 현실을 고려할 때 변호인 참여권의 의미는 더욱 중요하게 여겨질 수밖에 없다.

Ⅲ. 변호인의 피의자 신문참여권의 근거

우리 헌법이나 형사소송법에는 피의자가 변호인의 도움을 받을 권리를 규정하면서도 피의자 신문시 변호인 참여를 인정하는 직접적인 규정은 어디에도 없다. 그 결과 변호인 참여권의 인정여부에 대해서 논란이 있어 왔다. 현행법하에서 변호인의 참여를 인정할 수 있는지 여부는 헌법상 변호인 조력권과 형사소송법상 구체화된 변호인 권리규정의 해석에 달려 있다. 비교법적으로도 변호인 참여권을 직접 규정하기 보다는 변호인조력권

7) Welsh S. White, *Miranda's Waning Protections- Police Interrogation Practices after Dickerson*, University of Michigan Press, 2003, p.144.

8) Welsh S. White, *op.cit.*, p.153.

이나 변호인 접견권에서 파생되는 권리로서 인정하고 있다.

최근 법무부가 형사소송법 개정안에서 변호인 참여권을 직접 명시하여 변호인 참여 근거의 논의 실익이 줄어들 것인 것은 사실이다. 하지만 아직 개정안이 확정되지 않은 상태이고, 변호인 참여권의 구체적 범위를 검토하기 위해서는 변호인 참여권의 근거에 대한 논의가 먼저 선행되어야 할 것이다.

1. 변호인 조력권

가. 규 정

1) 헌 법

피의자, 피고인이 형사절차에서 법률전문가인 변호인으로부터 도움을 받을 권리를 변호인 조력권이라 한다. 현행 헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다”라고 규정하여 체포·구속된 자의 변호인 조력권을 규정하고 있다.

변호인 조력권은 1948년 제헌헌법 제9조 제3항에서 규정되었다. 1962년 제3공화국 헌법에서는 제10조 제4항에 “국선변호인 선임”의 단서규정이 추가되었고, 그것이 그대로 유지되어 현행헌법의 규정이 되었다. 제헌 당시 변호인 조력권을 헌법에 규정한 국가는 미국과 일본 정도에 불과하였는데, 제헌헌법에 변호인 조력권을 규정한 것은 미국 연방헌법 수정 제6조⁹⁾와 일본헌법 제34조¹⁰⁾, 특히 하지중장의 “조선인민의 권리에 관한 포고”의 영향을 받은 것이다.¹¹⁾ 미국 헌법과 달리 “체포 또는 구속을 당한 때는 즉시” 발생한다고 하여 보다 구체적으로 규정한 것은 일제시대 불법체포, 구속의 피해를 당한 경험에서 나온 것으로 보인다.

9) 미국 연방헌법 수정 제6조: “모든 피고인(accused)은 ... 자기방어를 위해 변호인의 조력을 받을 권리를 갖는다.”

10) 일본헌법 제34조: 누구든지 이유를 즉시 제시받고 또 즉시 변호인에게 의뢰하는 권리가 부여되지 아니하면 抑留 또는 구금되지 아니한다.

11) 박홍우, 피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리, 서울대학교 박사학위논문, 1986. 30면.

2) 형사소송법

변호인 조력권의 구체적인 내용은 형사소송법에 의해 구체화 된다. 형사소송법에는 변호인선임권(제30조), 변호인의 접견교통권(제34조), 피고인의 국선변호인선임권(제33조), 변호인의 이의진술권(제48조 5항), 피고인 구속시 변호인선임권고지(제72조, 제88조)¹²⁾ 등을 규정하고 있다.

나. 변호인 조력권의 의의

변호인 참여권의 인정여부는 1차적으로 헌법상 변호인 조력권의 해석여하에 달려 있다. 흔히들 “형사소송법의 역사는 변호인의 변호권 확장 역사이다”라고 표현하는 것처럼 변호인에 대한 권리는 당사자주의의 및 인권 개념의 발전과 함께 점차 확대되어 왔다. 따라서 변호인 조력권의 의미 역시 고정적이기 보다는 시대상황에 따라 발전하여 왔다. 미국 연방헌법상 변호인 조력권이 점증적으로 확대해석되고 있는 것도 이를 입증하는 것이다.

변호인 조력권의 가장 중요한 가치는 형사피고인이나 피의자에게 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위한 것이다.¹³⁾ 우리 헌법은 공정한 재판을 받을 권리에 대해서는 규정하지 않고 있으나 헌법재판소는 헌법 제27에 의해 공정한 재판을 받을 권리가 있는 것으로 판시하였다.¹⁴⁾ 헌법 제12조 제4항이 보장하는 변호인 조력권을 이러한 국민의 공정한 재판을 받을 권리의 실현을 위한 것으로 보면 변호인 참여권도 공정한 재판을 위해 필요한 것인가의 관점에서 분석되어야 한다.

변호인 조력권은 단순히 형식적인 변호인 선임만을 의미하지 않는다. 이는 피의자, 피

12) 형사소송법 제72조: 피고인에 대하여 범죄사실의 요지, 구속의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 준 후가 아니면 구속할 수 없다.

13) Martin R. Gardner, "The Sixth Amendment Right to Counsel and its Underlying Value: Defining the Scope of Privacy Protection". *Criminal Law and Criminology* Vol. 90, Northwestern University School of Law, 2000/9, p.399.

14) 1996. 12. 26. 94 헌바1. : 공정한 재판을 받을 권리 속에는 신속하고 공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사, 진술되고 이에 대하여 피고인이 공격, 방어할 수 있는 기회가 보장되는 재판, 즉 원칙적으로 당사자주의와 구두변론주의가 보장되어 당사자가 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격, 방어권이 충분히 보장되는 재판을 받을 권리가 포함되어 있다.

고인이 변호인의 변호활동을 통해 현실적으로 적극적으로 방어를 할 수 있는 권리를 의미한다. 이를 위해서 형사소송법에서 변호인접견권 등을 규정하고 있는 것이다.

우리 헌법재판소는 헌법 제12조 제4항의 변호인 조력권이 무죄추정을 받고 있는 피의자, 피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않도록 보장하기 위한 것으로서 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다고 판시하였다. 특히 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다¹⁵⁾고 판시하였다.

우리 헌법재판소가 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다고 판시한 것은 아주 타당하다. 변호인 조력권이 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고, 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않도록 제한하는 역할을 하기 때문이다. 이는 미국 연방대법원이 연방헌법 제6조에 의해 보장되는 변호인의 조력을 받을 권리가 효과적(effective)인 변호인의 조력을 받을 권리¹⁶⁾로 판시한 것¹⁶⁾과도 일맥상통하는 것이다.

2. 변호인 참여권 인정여부

피의자의 인권보호를 위해서는 변호인참여권이 필요하다는 견해가 지배적이나 명시적인 법률적 근거가 없는 현행법하에서 변호인 참여권을 인정할 수 있는가에 대해서는 견해가 갈린다.

가. 부정설

변호인참여권을 부정하는 입장의 근거는 다음과 같다.

첫째, 헌법 제12조 제4항만을 근거로 형사소송법상 아무런 근거 규정도 없는 변호인참

15) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111.

16) *Mcman v. Richardson*, 397 U.S. 759(1970).

여권을 인정하는 것은 입법권이 없는 사법기관이 구체적인 입법행위를 한 것이므로 헌법상 입법, 사법, 행정의 삼권분립의 정신에 위배되고¹⁷⁾, 법해석권의 남용이다.¹⁸⁾

둘째, 변호인의 조력을 받을 권리는 자유권적 기본권이 아닌 절차적 기본권이라고 할 수 있는데, 절차적 기본권의 경우 원칙적으로 국가기관 등에 대하여 특정한 행위를 요구하거나 국가의 보호를 요구하는 것이기 때문에 제도적 성격이 강하다. 셋째, 미국 연방 대법원이 Miranda 원칙을 헌법원칙으로 선언한 시점은 1966년으로서 우리 헌법이 제정된 이후의 시점이므로 이러한 우리 헌법 제정 경위에 비추어 볼 때 변호인의 조력을 받을 권리에 ‘변호인 참여권’ 까지 그 본질적 내용에 포함되어 있다고 보기 어렵다.¹⁹⁾

넷째, 수사기관이 작성하는 피의자신문조서에 절대적 증거능력을 인정하지 아니하고 신용성을 보장할 만한 일정한 요건하에서 증거능력을 인정한 것 자체가 변호인참여권을 인정하지 않는다는 전제에서 도입된 증거법 원리이다.

다섯째, 피의자에 대한 국선변호인 제도가 인정되지 않는 현행법 하에서 변호인참여권을 허용하면, 사선변호인을 선임할 능력이 없는 자와 능력이 있는 자간 불공평이 초래되고, 이는 유전무죄, 무전유죄라는 불신을 초래한다.²⁰⁾

기타 현실적인 근거로 변호인 참여권을 보장하면 피의자로부터 자백을 받아내기가 어려워 수사진행이 곤란하고, 일정 구속기간(경찰 10일, 검찰 10일 내지 20일) 동안에 계속적으로 참여하는 것은 현실적으로 어렵다는 것이다.

한편 피의자 신문시 변호인의 참여권을 입법적으로 보장할 필요가 있다는 점에 대해서는 찬성하면서도 현행법상 실정법적 근거가 없기 때문에 인정할 수 없다는 견해도 있다.²¹⁾ 이 주장의 논거는 형사소송법 제243조가 피의자 신문시에 변호인을 참여권자로 명

17) 오세인, 변호인의 피의자신문참여문제에 대한 고찰, 형평과 정의 제14집, 대구지방변호사회, 1999. 82면.

18) 김유진, 수사과정에서의 변호인참여권에 관한 최근판례, 수사과정에서의 변호인 참여권 확대 토론회자료, 참여연대, 2004. 3면.

19) 형사소송법 제정당시 국회정기회의 속기록에 의하면 김병로 대법원장은 제정 형사소송법이 “피의자가 취조를 받을 때 증거를 제출할 수도 있고, 취조하는 데에 입회할 수도 있고 또는 그때 증거를 제출할 수도 있고 여러 가지로 피의자 자신의 보위를 위해서 할 방법을 다 허락하고 규정하게 되었습니다.”라는 발언을 하고 있다. 이 발언의 내용으로 볼 때 형사소송법 제정당시에 변호인 참여(입회)를 이미 예정하고 있던 것으로 판단된다.(형사정책연구원(신동운편), 형법제정자료집)

20) 오세인, 앞의 논문, 86면.

21) 이재상, 형사소송법, 박영사, 2002, 138면. 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 1997. 405면. 신현주, 형사

시하지 않고 있고 있으며, 형사소송법 제48조 5항에서 변호인이 조서기재의 정확성에 대하여 이의진술시 그 진술요지를 조서에 기재하도록 한 것은 단순히 변호인에게 이미 작성된 조서의 기재내용에 대한 이의진술권을 인정한 것이지 신문시의 참여권을 인정한 것은 아니라는 것이다.²²⁾

나. 참여권 긍정설

1) 헌법 12조 4항 근거 입장

체포, 구속된 피의자는 체포, 구속된 때로부터 형사절차의 종결시까지 지속적으로 변호인의 조력을 받을 권리가 있고, 헌법 제12조 제4항 및 제5항은 이 점을 선언한 것이다. 따라서 체포, 구속된 피의자로서 가장 중요한 시기인 수사기관에서의 피의자 신문시 변호인의 참여가 허용되지 않는다면 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 헌법규정은 그 실질적 의의를 상실하게 된다는 것이다.²³⁾

2) 형사소송법 제48조 5항 근거 입장

형소법 제48조 5항은 “피고인·피의자의 신문에 참여한 변호인이 조서의 기재의 정확성에 대하여 이의를 진술한 때에는 그 진술의 요지를 조서에 기재하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 피의자신문 등에 참여한 변호인이 조서기재의 정확성에 대한 이의를 진술할 수 있도록 한 것으로 현행 형사소송법의 해석론으로 변호인 참여권을 인정할 수 있다고 본다.²⁴⁾

3) 형사소송법 제34조 근거 입장

형소법 제34조는 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피

소송법, 박영사, 2002, 310면. 박미숙, 변호인의 피의자신문참여권, 형사정책연구, 제6권 제3호, 1995,183면.

22) 이재상, 형사소송법, 앞의 책, 138면.

23) 황종국, “수사절차상 변호인의 역할”, 부산지방변호사회지, 제9호, 1990. 12. 283면.

24) 신동운, 앞의 책, 537면.

의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있다.”고 규정하고 있다. 변호인의 접견교통권 규정에 의해서 변호인참여권이 인정된다고 보는 입장의 근거는 다음과 같다.

첫째, 변호인의 접견교통권은 법적으로 아무런 제한을 받지 않으므로 피의자 신문중에도 접견이 허용되어야 하고, 신문중이라는 이유로 변호인 접견을 지연하는 것은 변호인 접견권의 침해에 해당하는 것이다.

둘째, 피의자 신문 중에 변호인의 참여가 보장되어야 접견교통권의 참된 의미가 확보되기 때문에, 변호인접견권이 철저히 보장된다면 특별한 법률의 개정이나 제정 없이도 피의자 신문시 변호인 참여는 인정될 수 있다고 해석한다.²⁵⁾

다. 판례

1) 송두율교수 사건

가) 사건 개요

국가보안법 위반혐의로 구속된 송두율 교수의 변호인단은 구속이후 신문과정에서 변호인의 참여권을 불허하는 처분을 취소해 달라는 준항고를 제기하였다. 이에 대해 서울지방법원은 2003년 10월 31일 “피의자 신문과정에서의 변호인 참여권은 헌법상 규정된 변호인의 조력을 받을 권리에 포함된다”며 변호인 참여권 여부에 관한 법률이 없는 상태에서 참여권을 제한하는 것은 위법하다고 결정하였다.²⁶⁾

그러나 검찰은 이 결정에 재항고를 하였고, 그러는 동안 변호인의 참여없이 추가신문을 계속하였다. 2003년 11월 11일 대법원 2부는 검찰의 재항고를 기각하였다.

나) 대법원의 변호인 참여권 인정근거

대법원의 변호인 참여권 인정근거는 다음과 같다.

현행법상 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견을 제한하는 규정이 없으므로 신체

25) 차용석, 앞의 책, 208면.

26) 서울지방법원 2003. 10. 31. 2003초기2787.

구속을 당한 사람은 수사기관으로부터 피의자신문을 받는 도중이라도 언제든지 변호인과의 접견교통이 보장되고, 이를 제한, 거부하는 것은 접견교통권을 제한하는 것으로 위법이다. 형사소송법이 아직은 구금된 피의자의 신문에 변호인 참여규정이 없으나 위와 같은 내용의 접견교통권(법 제34조, 법 제209조, 제89조)이 헌법과 법률에 의해 보장되고, 누구든지 체포 또는 구속 즉시 변호인의 조력권을 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어 구금된 피의자는 형소법의 위 규정을 유추, 적용하여 피의자신문시 변호인 참여를 요구할 수 있고 그 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 한다. 이렇게 해석하는 것이 인신구속과 처벌에 관하여 “적법절차주의(헌법 제12조 1항)”를 선언한 헌법의 정신에 부합한다.

그러나 구금된 피의자신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 않으므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연하다. 송씨의 경우 검찰이 변호인의 참여를 불허할 필요가 인정되는 객관적으로 명백한 특별한 사정이 있음을 인정할 만한 아무런 자료를 제출하고 있지 않으므로 변호인의 참여를 불허한 검찰의 처분은 위법하다.²⁷⁾

2) 불구속 피의자 신문시 변호인 참여권(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고2000헌마138결정)

가) 사건 개요

청구인들은 총선시민연대의 간부로서 2000. 4. 실시된 제16대 국회의원 총선거를 앞두고 정당 공천 반대 후보자 명단을 공개하여 공직선거및선거부정방지법 위반 등의 혐의로 검찰에 소환되어 피의자신문을 받았다. 청구인들은 피의자 신문 전에 변호인을 통하여 검사에게 청구인들에 대한 피의자신문에 변호인들이 참여하여 조력할 수 있도록 해 줄 것을 구두와 서면으로 요청하였으나, 검사는 이를 거부한 채 청구인들에 대한 피의자신문을 하고 피의자신문조서를 작성하였다. 이에 청구인들은 검사의 거부행위가 변호인의 조력을 받을 권리 등을 침해하였다고 주장하면서, 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을

27) 대법원 2003. 11. 11. 2003도402.

청구하였다.

나) 헌법재판소의 변호인 참여권 결정 요지

우리 헌법은 변호인의 조력을 받을 권리가 불구속 피의자·피고인 모두에게 포괄적으로 인정되는지 여부에 관하여 명시적으로 규율하고 있지는 않지만, 불구속 피의자의 경우에도 변호인의 조력을 받을 권리는 우리 헌법에 나타난 법치국가원리, 적법절차원칙에서 인정되는 당연한 내용이고, 헌법 제12조 제4항도 이를 전제로 특히 신체구속을 당한 사람에게 대하여 변호인의 조력을 받을 권리의 중요성을 강조하기 위하여 별도로 명시하고 있다. 피의자·피고인의 구속 여부를 불문하고 조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 변호인선임권과 마찬가지로 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 가장 핵심적인 것이고, 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용 중 구체적인 입법형성이 필요한 다른 절차적 권리의 필수적인 전제요건으로서 변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출되는 것이다.

불구속 피의자나 피고인의 경우 형사소송법상 특별한 명문의 규정이 없더라도 스스로 선임한 변호인의 조력을 받기 위하여 변호인을 옆에 두고 조언과 상담을 구하는 것은 수사절차의 개시에서부터 재판절차의 종료에 이르기까지 언제나 가능하다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조언과 상담을 구하는 것은 신문과정에서 필요할 때마다 퇴거하여 변호인으로부터 조언과 상담을 구하는 번거로움을 피하기 위한 것으로서 불구속 피의자가 피의자신문장소를 이탈하여 변호인의 조언과 상담을 구하는 것과 본질적으로 아무런 차이가 없다. 형사소송법 제243조는 피의자신문시 의무적으로 참여하여야 하는 자를 규정하고 있을 뿐 적극적으로 위 조항에서 규정한 자 이외의 자의 참여나 입회를 배제하고 있는 것은 아니다. 따라서 불구속 피의자가 피의자신문시 변호인의 조언과 상담을 원한다면, 위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다.

3) 평 가

송두율 교수 사건에 대한 대법원 결정은 명시적인 근거가 없는 변호인참여권을 헌법상의 권리로 인정하였다는 측면에서 혁명적 판결로 받아들여지고 있다.²⁸⁾ 다만 이는 구속된 피의자의 변호인참여권을 인정한 것으로 불구속 피의자나, 체포피의자의 변호인 참여까지 인정되는지에 대해서는 판단하지 않았다. 이어서 헌법재판소의 불구속 피의자신문에서의 변호인 참여권은 변호인의 참여권을 확장했다는 측면에서 또한 의의가 있다.

대법원과 헌법재판소의 결정으로 형사소송법에 명문규정이 없으므로 변호인 참여권을 인정할 수 없다는 종래 실무와 학계의 견해는 그 의미를 잃게 되었다. 결국 헌법 제12조 4항의 변호인 조력권은 형사소송법상 변호인선임권과 변호인 접견교통권의 보장을 통하여 실질적으로 보장되고, 변호인 참여권은 변호인선임권과 접견교통권의 핵심적 권리로 이해되어야 할 것이다. 무죄추정의 원칙을 적용받는 피의자가 충분한 방어권을 행사하기 위해서는 신문단계에서의 참여는 필수적인 권리로서, 이 권리의 보장 없이는 ‘무기평등’을 통한 공정한 재판의 실현이 불가능하다. 공정한 재판이 성립하기 위해서는 공판단계에서 뿐만 아니라 수사단계에서도 일정한 무기평등이 필요하기 때문이다.

다만 대법원은 변호인 참여 제한사유로 “신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 할 만한 상당한 이유”를 제시하고 있으나 이들 개념이 광범위하고, 제한사유에 대한 세밀한 검토가 부족하였던 것으로 판단된다. 헌법재판소는 이미 변호인 조력권의 의미가 ‘충분한 조력권’으로, 구속된 피의자의 ‘변호인의 접견교통권’은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한할 수 없다고 판시한 바 있다.

이것과 비교하여, 대법원은 변호인 참여권의 인정근거로 변호인 조력권과 함께 접견교통권을 주된 근거로 언급하면서 신문 도중 언제든지 접견교통이 보장된다고 판시하였다. 대법원의 결정취지가 변호인 참여권을 변호인 접견교통권에서 파생되는 필수적 권리로 해석될 수 있다면 변호인참여권은 변호인접견교통권과 같이 국가안전보장이나 질서유지와 같은 사유로도 제한될 수 없다고 보아야 한다. 그렇다고 한다면 수사기밀이나 신문의 방해가 변호인 참여의 제한사유가 될 수 있다는 대법원의 결정은 헌법재판소의 견해와 상충하는 문제가 생긴다.

28) 조국, “헌법상 권리로 확인된 『변호인 임회권』”, 법률신문 2003. 11.17.

IV. 변호인 참여권의 운영 현황 및 문제점

1. 변호인 참여권의 입법 추진 노력

변호인 참여권이 우리 학계에서 논의되기 본격적으로 시작된 것은 1980년대 초반이었다. 이는 미국의 미란다판결이후 변호인 조력권의 확대의 영향인 것으로 짐작된다. 한편, 1980년대 말 서경원의원 방북사건과 국가보안법의 불고지죄사건 등 공안사건의 수사에 있어 당시 국가안전기획부, 검찰, 경찰 등 수사기관의 철야신문, 고문, 가혹행위가 자행되고 있음을 기회로 이를 차단하기 위해 당시 야당인 평민당은 변호인참여제도의 입법을 추진하였다.

1989년 10월 26일 조승형, 홍영기, 박상천의원의외 66인은 변호인참여권을 포함한 형사소송법 개정안을 제안하였다. 변호인 참여권의 주요내용은 제200조의 2에서 검사 또는 사법경찰이 피의자를 신문함에 있어서는 반드시 그의 변호인이 동석하는 경우에만 신문할 수 있음을 원칙으로 하고, 예외적으로 변호인이나 그를 선임한 자가 동석불요통지를 하였을 때에 한하여 변호인 동석없이 신문할 수 있도록 하는 것이었다.

이 안은 1989년 11월 22일 법사위에 상정되었다. 당시 법사위 채방근 전문위원은 검토 의견에서 수사절차는 공판절차와는 달리 범죄를 진압하고 실체적 진실을 발견하기 위하여 상대적으로 합목적성이 중시된다고 하면서, 변호인 참여제도가 전면적으로 실시된다면 그 부작용으로 수사의 신속성, 효율성이 저해될 우려가 있다고 보았다. 또한 수사의 지연으로 피의자에 대한 구속기간의 연장이 불가피하게 되어 오히려 인권옹호의 취지에 반하게 되는 경우도 있을 수 있으며, 경제력이 없어 변호인을 선임하지 못하는 피의자는 이 제도의 도움을 받지 못하게 되어 불리한 입장에 서게 될 것이라고 진술하였다. 이 안은 1992. 5. 29. 제13대 국회 임기만료로 폐기되었다.²⁹⁾

29) 대검찰청, 형사소송법 제정·개정 자료집, 1997, 28면, 620면.

2. 경찰의 변호인 참여제도

1999년 6월부터 경찰청은 수사절차상 피의자 인권보호를 위해 피의자 신문시 변호인 참여제를 시행하였다. 수사기관 최초로 변호인 참여제를 시행하여 초기에는 시민단체 등으로부터 좋은 제도라는 평가를 받아왔으나, 수사단계의 변호인 선임률이 저조하고, 변호인의 소극적 소송수행 등의 이유로 기대했던 만큼 성과는 높지 않았다. 2002년도에는 136건, 2003년도에는 212건에 불과하였다.

이와 같이 새롭게 시도된 경찰의 변호인 참여제는 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 제한할 수 있도록 규정하였다.

이에 대해서는 중한 범죄일수록 변호인참여가 필요함에도 일률적으로 제한하는 것은 타당하지 않고, “중대한 영향”이나 “중대한 지장”에 대한 판단기준도 불분명하다는 비판이 제기 되었다.³⁰⁾ 이러한 지침에도 불구하고 99년 시행이후 제한된 예는 1건에 불과할 정도로 제한을 하지 않고 있으나 변호인 참여가 필요한 강력사건 등의 경우 주로 야간에 이루어지는 경우가 많아 변호인 참여가 저조하였다.

3. 검찰의 변호인 참여제도

검찰에서도 2002년 10월 서울지검 피의자 고문치사사건으로 변호인 참여제를 전격적으로 도입하였다. 2002년 12월 법무부 형사소송법 개정안에도 변호인참여제를 반영하였으며, 2003년 1월 1일에는 법무부 훈령인 “인권보호수사준칙”을 제정하여 동 규칙 제4조³¹⁾에서 변호인의 신문참여권을 규정하였다.

30) 조국, 앞의 글. 2면.

31) 인권보호수사준칙 제4조(변호인 접견 등의 보장) 검사는 피의자의 인권보호를 위하여 변호인의 접견 교통과 신문절차 참여를 보장한다.

2002년 법무부가 제출한 형사소송법 개정안은 체포·구속 후 48시간 이내에는 변호인의 참여를 제한하고, 또한 변호인이 참여하더라도 피의자를 대신해 답변을 하거나 신문을 제지 또는 중단시키는 등 변호인이 신문에 개입할 수 없다는 단서가 있어 변호인참여를 광범위하게 제한하였다.

대검찰청은 ‘변호인의 피의자신문 참여운영지침’(2002. 12. 30.)에서 변호인 참여권의 광범위한 제한 규정을 마련하였다. 먼저, 위 규칙 제1조(목적)에서는 “본 지침은 고문수사 재발방지대책에 따라 ‘변호인의 피의자신문참여’와 관련된 제반절차를 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하였다. 이는 변호인 참여가 변호인조력권이나 접견교통권을 위한 규정이고 고문수사의 재발을 방지하기 위한 검찰내부지침 성격을 갖는 것으로 피의자의 권리보장과는 거리가 있음을 나타내는 것이다.³²⁾

또한 변호인 참여의 제한 사유로서 제2조 1항 1호는 “피의자를 체포 또는 구속한 후 48시간 이내인 경우”에는 무조건 변호인 참여를 허용하지 않았다. 제2, 3호에서는 “검사가 증거인멸, 피해자 등에게 위협발생의 우려가 있다고 판단하는 경우”, 제5호는 “기타 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있는 경우”라는 포괄적 제한규정을 두었다. 송두율 교수의 변호인 참여 불허사유는 제5호에 의한 것이었다.

제4조에서는 “검사는 피의자 후방의 적절한 위치에 신문에 참여하는 변호인의 좌석을 마련하여야 한다”라고 하여 변호인이 피의자 옆에서 조언할 기회를 원천적으로 차단하였다. 제5조에서는 변호인 퇴거사유로 “변호인이 검사의 신문에 개입하는 경우, 피의자 대신 답변하거나 유도답변하는 경우, 피의자에게 메모지를 전달하는 경우, 진술번복을 유도하는 경우, 기타 수사에 현저한 지장을 초래하거나 초래할 염려가 있는 경우 등”으로 되어 변호인의 참여권을 사실상 유명무실하게 만들었다. 제6조는 검사의 신문종료 이후에만 변호인은 조서를 확인하고 의견을 진술하도록 하였다. 그 결과 변호인은 조용히 피의자 뒤에 앉아 있다가 조사가 끝난 후 의견서 한 장 쓰는 것으로 만족해야 한다는 것이다.³³⁾

검찰의 2003년도 변호인 참여건수는 32개청에서 112건에 불과하여 실적이 저조하기는 마찬가지였다.

32) 송호창, “피의자신문과정에서 변호인 참여권”, 수사과정에서의 변호인 참여권 확대 토론회자료집, 참여연대, 2004. 6, 4면.

33) 송호창, 앞의 글, 5면.

4. 변호인 참여활용의 저조 이유

변호인 참여를 인정하고 있음에도 활용이 저조한 이유는 다음과 같이 분석된다.

첫째, 수사단계는 공판단계와 달리 사건의 실체가 드러나지 않아 변호인 선임율 자체가 저조하기 때문이다. 현재의 법률상 피의자에 대한 국선변호제도가 인정되지 않는 것은 변호인 참여의 활용도가 높지 않은 가장 근본적인 원인이라고 할 수 있다.

둘째, 신문에 참여할 변호인이 자신의 역할을 미리 예상하기 어렵고, 구속기간이 짧아질 경우에 이를 바탕으로 참여일정을 조정하기란 쉬운 일이 아니다.

셋째, 경우에 따라 변호인 참여하에 받은 조서의 신빙성만 강화시키는 상황도 예상되어 변호인들이 참여에 소극적이고, 또한 장시간 신문에 참여할 경우 피의자가 부담하여야 할 적지 않은 변호인 수입료도 부담으로 작용한다.³⁴⁾

V. 형사소송법 개정안과 변호인 참여권의 범위

1. 법무부의 형사소송법 개정안

2004년 9월 법무부는 2002년의 개정안과 달리 변호인참여권을 보다 넓게 인정하는 방향으로 형사소송법 개정안을 발표하였다. 법무부개정안은 먼저 변호인이 신문 후 또는 신문 도중 일정한 범위에서 의견을 진술할 수 있도록 하였다. 참여 제한 사유로 증거인멸 등 구체적 사유를 명시하고, 변호인이 부당하게 신문을 제지·중단하거나 진술번복을 유도하는 등 신문을 방해하는 경우에는 퇴거를 요구할 수 있도록 하였다. 그 밖에도 변호인에 대한 신문 참여 불허 또는 퇴거 처분에 대하여 불복 방법(준항고)과 변호인의 신문 참여권을 사전에 고지하도록 하였다. 구체적인 개정안은 다음과 같다.

34) 이석수, 변호인의 피의자신문 참여 주요쟁점 및 운영현황, 수사과정에서의 변호인 참여권확대 토론회 자료, 참여연대, 2004년, 3면.

제243조의 2(피의자신문과 변호인의 참여)

① 검사 또는 사법경찰관은 피의자나 변호인의 신청이 있는 경우 피의자의 신문에 변호인의 참여를 허용하여야 한다. 다만, 변호인의 참여로 인하여 다음 각호의 1에 해당하는 결과가 발생할 것이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 죄증의 인멸, 은닉, 조작 또는 조작된 증거의 사용
2. 공범의 도주
3. 피해자, 당해 사건의 수사 또는 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명, 신체나 재산에 대한 위해
- ② 피의자에게 제33조 제1호 내지 제4호에 해당하는 사유가 있는 경우에는 피의자의 법정 대리인, 배우자, 직계친족, 형제자매와 호주는 독립하여 제1항의 신청을 할 수 있다.
- ③ 신문에 참여한 변호인은 신문후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 필요한 때에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.
- ④ 신문에 참여한 변호인은 신문의 제지나 중단, 피의자의 특정한 답변 또는 진술번복의 유도, 신문내용을 촬영 또는 녹음하는 등 신문을 방해하는 행위를 하여서는 아니된다.
- ⑤ 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문 참여로 인하여 제1항 단서 또는 제4항에 해당하는 사유가 발생한 경우 변호인에게 퇴거를 요구하고 변호인의 참여없이 신문할 수 있다. 변호인이 상당한 시간 내에 출석하지 아니하거나, 출석할 수 없는 경우에도 변호인의 참여없이 피의자를 신문할 수 있다.
- ⑥ 피의자의 진술과 제3항의 특정에 따른 변호인의 의견이 기재된 조서는 참여한 변호인에게 열람하게 하거나 읽어준 후 변호인으로 하여금 그 조서에 서명 또는 기명날인하게 한다. 다만, 변호인이 피의자의 신문 중 참여를 종료한 때에는 그러하지 아니하다.
- ⑦ 피의자 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상 있는 때에는 피의자가 피의자 신문에 참여할 대표 변호인 1인을 지정하고, 지정이 없는 경우 검사 또는 사법경찰관이 대표 변호인 1인을 지정할 수 있다.

제200조(피의자의 출석요구와 진술거부권, 변호인 신문 참여권의 고지) 제1항의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음과 변호인을 참여시킬 수 있음을 알려야 한다.

제417조(준항고)검사 또는 사법경찰관의 구금, 압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분과 제243조의 2 제1항 또는 제5항의 규정에 의한 변호인의 신문 참여 불허 또는 퇴거 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처

분의 취소 또는 변경을 청구 할 수 있다.

2. 변호인 참여권의 범위와 제한

가. 참여권의 범위

변호인참여권의 주된 근거조항인 헌법 제12조 4항의 권리 주체는 체포, 구속된 자에 한정하고 있다. 또한 형사소송법 제34조의 변호인 접견교통권은 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자에 한정된다. 그 결과 불구속 피의자 신문 변호인 참여권의 인정여부가 문제 될 수 있는 상황에서 헌법재판소의 결정 취지와 부합되게 법무부 개정안에서는 구속여부와 관계없이 모든 피의자 신문시 변호인 참여권을 인정하고 있다.

변호인의 조력을 받을 권리는 형사피고인의 ‘공정한 재판’을 보장하는 보호장치로서의 의미를 갖는다. 공정한 재판이란 당사자주의와 구두변론주의에 의해 피고인이 당사자로서 공소사실에 대한 답변과 입증 및 반증하는 등 공격 방어권이 충분히 보장되는 것을 뜻한다. 변호인의 조력을 받을 권리는 공정한 재판을 위해서는 필수적이다. 공정한 재판을 위한 변호인의 조력권에는 불구속 피의자신문에서의 변호인참여권이 포함된다고 해석할 수 있으며 형소법 개정안에서 구속여부에 관계없이 변호인참여권을 인정한 것은 상당한 발전이다. 피의자 국선변호인제도가 도입되지 않은 현실에서 전체적인 실효성은 많지 않을 것으로 예상되나 제도 자체가 수사기관에 주는 적법절차에 대한 경고의 의미는 상당할 것이기 때문이다. 모든 피의자에 대한 변호인참여권을 인정하는 것은 비교법적으로 미국에서 구금 중의 신문 또는 정식 기소후의 신문에서 필요적 변호인 조력권을 인정하는 것과 비교하여 피의자의 인권에 충실한 것이라고 보여진다.

미국연방대법원은 연방수정헌법 제6조에서 변호인 조력을 받을 수 있는 자의 의미를 초기에는 공판단계의 피고인(accused)에 한정하였다. 그러다가, 형사소송 당사자간 공정한 균형을 유지해야 한다는 관점에서 공판이전단계라도 피고인에게 중대한 단계(critical stages)³⁵⁾에 해당하는 경우에는 변호인의 조력권이 필수적으로 요구된다고 보았다.³⁶⁾ 그

35) 중대한 단계란 이 단계의 결과에 의해 공판절차가 단순한 요식절차(mere formality)로 전락하게 하는 단계를 의미한다.(Maine v. Moulton, 474 U. S. 159, 170 (1985).

36) Martin R. Gardner, op.cit., p.403.

결과 정식 기소 후 공판이전단계의 예비심문, 기소인부절차(arrainment)에서도 필요적 변호인 조력권이 부여되는 것으로 확대하였다. 수사단계 피의자 중 구금중 신문(custody interrogation)의 경우에만 필요적 변호인 조력권(참여권)이 인정된다. 이는 수정헌법 제5조에 의한 것으로 자기부죄거부특권의 보호를 위해서 인정하는 것이다. 반면 수정헌법 제6조의 변호인조력권은 정식기소(formal charge)이후의 절차에서 부여(attach)된다.³⁷⁾

원칙적으로 변호인의 조력권은 모든 피의자에게 인정하여야 할 권리이므로 변호인조력권의 핵심인 변호인참여권을 구속된 피의자에게 한정할 필요는 없다. 다만 현재 피의자에 대한 국선변호인제도가 인정되지 않는 상황에서 모든 피의자 신문에 변호인 참여권을 인정을 한다하더라도 사실상 이를 활용할 수 있는 자는 매우 한정되어 있다. 피의자의 실질적 인권보호를 위해서는 최소한 체포, 구속된 자 피의자에 대해서 국선변호인 선임권을 인정하고, 이들에 대한 변호인 참여권을 인정하는 것이 타당할 것이다.

나. 경찰단계에서의 변호인 참여

경찰단계의 피의자신문은 피의자가 공판단계에서 진술을 부인하면 증거능력이 없다. 경찰피의자 신문단계에서의 자백은 피의자가 공판절차에서 진술내용을 부인하면 임의성, 신빙성 유무불문하고 증거능력이 인정되지 않기 때문에(법제 312조 2항), 경찰의 불법·부당한 신문에 대한 법적 규제는 가능하다. 이를 근거로 경찰의 피의자신문의 변호인 참여에 대해서 의문을 제기하는 견해가 있다.³⁸⁾

경찰작성 피의자신문조서에 증거능력을 제한한 것은 형사소송법 제정당시 경찰의 고문방지과 자백강요를 막기 위한 것이었다.³⁹⁾ 그러나 이러한 규정만으로 경찰단계에서의 고문이나 자백강요를 완전히 차단할 수 없다. 또한 경찰 작성 피의자신문조서의 기재내용은 그 이후의 형사절차의 진행에 대하여 실질적으로 중요한 영향을 미친다는 점에서 변호인 참여권을 보장하는 것이 바람직하다. 따라서 형사소송법 개정안이 경찰단계와 검찰단계를 구분하지 않고 변호인 참여를 인정하는 것은 당연한 것이다.

37) *Fellers v. U.S.* 124 S. Ct. 1019(2004).

38) 백형구, 수사단계에서의 변호활동, 대한변호사협회지, 1986.6. 30면.

39) 형사정책연구원(신동운 편), 형사소송법 제정자료집, 1994, 290면.

비교법적으로 독일은 검사단계에서의 피의자 신문시 변호인 참여는 인정하면서도 독일 학계의 다수설은 경찰단계에서의 변호인 참여는 인정하지 않는다. 독일 형사소송법은 검사의 피의자 신문에는 독일형소법 제168조c 1항(판사의 신문에의 참여)⁴⁰⁾의 준용을 통하여 변호인의 참여를 인정하고 있다(법 제163조a 3항). 일부학자들은 경찰단계에서의 신문에서도 변호인이 참여할 수 있다고 주장한다. 이 주장은 근거는 공정한 재판을 위해서는 적극적인 변호활동이 중요하다는 점과, “절차의 어느 단계에서나 피의자는 변호인의 조력을 받을 수 있다”고 규정한 독일 형소법 제137조이다. 그러나 독일 형사소송법은 경찰의 피의자 신문시 변호인 참여를 명확하게 규정하지 않고 있다. 실무에서는 노련한 피고인들의 경우 변호인의 참여가 허용될 때까지 진술거부권을 행사하겠다고 주장하면 경찰은 변호인 참여를 허용한다.⁴¹⁾

3. 변호인 참여 제한 사유

법무부개정안은 변호인 참여제한 사유로 1) 죄증의 인멸, 은닉, 조작 또는 조작된 증거의 사용, 2) 공범 도주 등 3) 피해자, 당해 사건의 수사 또는 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정 되는 자 또는 그 친족의 생명, 신체나 재산에 대한 가해의 결과가 발생할 것이라고 믿을 만 한 상당한 이유가 있는 경우를 규정하고 있다. 이 개정안은 종전 실무에서 중요범죄에 대해 일괄적으로 제한하거나, 2002년 개정안에서 48시간 이내에 전면적인 참여권을 제한한 것과 발전된 안이라고 할 수 있다. 영국의 경우는 테러범죄와 마약범죄의 경우에는 변호인 참여를 제한하고 있다.⁴²⁾ 제한사유를 어떻게 규정할 것인가는 결국 실제적 진실발견을 위한 수사목적과 피의자의 인권보호라는 상충하는 이익을 어떻게 조화할 것인가에 달려 있다. 여기에는 변호인의 조력권이 공정한 재판을 받을 권리를 갖는 피의자에게 어느 정도 보장이 되어야 하는가도 고려가 되어야 한다.

개정안이 규정하고 있는 “죄증의 인멸, 은닉, 조작, 공범의 도주 등”은 결과적으로 수

40) 독일형소법 제168조 c 1: 피의자에 대한 판사의 신문시 검사와 변호인의 참석을 허용한다.

41) Thomas Weigend, German Criminal Procedure, 서울대 법대대학원 형사법 자료, 2004, 54면.

42) Police and Criminal Evidence Act 1984 58조 8A.

사를 방해하거나 수사기밀의 누설에서 생기는 결과이다. 따라서 이들 제한사유는 수사의 목적과 수사의 기밀누설에 의한 변호인참여를 제한하는 것이다. 수사의 목적이나 수사의 기밀누설을 보다 구체화한 제한 사유라할 수 있으나 결국 적용에 있어서는 수사목적에 의해 제한하는 것과 다를 바가 없다고 판단된다.

변호인 참여권은 변호인 접견교통권의 핵심적인 내용으로 같은 정도로 보호되어야 한다. 그렇다면 신체구속된 피의자, 피고인의 변호인 접견교통권(법 제34조)이 제한 없이 보장되는 것과 같이 체포, 구금피의자의 변호인참여권은 원칙적으로 제한없이 보장되어야 한다. 또한 제3항의 제한사유에는 “피해자, 증인 등의 생명, 신체, 재산의 위해”로 규정하고 있으나 재산에 대한 위해는 삭제되어야 한다. 이것이 입법자의 입법의도와도 부합하는 것이기 때문이다.

형사소송법 입법당시 엄상섭 의원은 구속의 통지(제87조), 공소사실의 고지(제88조), 변호인의 접견교통권(제34조) 규정에 의한 수사기밀 누설을 이유로 반대하는 입장에 대하여 “우리 헌법 제9조 3항이 ‘누구든지 체포구속을 받을 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다’라고 규정하고 있고, 형소법 제34조는 위 헌법조항을 절차법화한 것이다. 만일 범죄수사상의 편의를 고려하여 변호인선임에 대한 소호(小毫)의 제한이라도 가한다면 이는 헌법 제9조 제3항에 정면으로 위반하는 것이다.”라고 발언하였다. 또한 당시 헌법하에서 제34조의 재고를 운운하는 것은 범죄수사에만 열심인 나머지 헌법조항을 망각하는 것이라고 주장했다.⁴³⁾

피의자신문에 참여한 변호인이 수사기밀을 누출하여 공범의 도주를 돕거나 증거를 조작, 인멸하면 그때에 변호인을 형사처벌로 다스리면 충분하고, 사전에 이를 이유로 제한하는 것은 헌법상 권리로 인정된 변호인 참여권의 과잉제한이 될 수 있다.

라. 변호인 참여의 구체적 내용

신문에 참여한 변호인이 구체적으로 어떠한 정도의 권한을 행사할 수 있는가, 변호인의 역할은 무엇인가의 문제 역시 논란의 대상이었다. 법무부개정안은 “신문에 참여한 변

43) 엄상섭, “형사재판의 민주화”, 효당 엄상섭 형사소송법 논집, 서울대출판부, 2005, 125면.

호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중 이라도 필요한 때에는 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다.”고 규정하고 있다. 개정안에 따르면 변호인 참여의 구체적 내용은 신문 종료후 의견진술과 신문 중 승인에 의한 의견진술이다. 신문에 참여한 변호인은 신문의 제지, 중단, 피의자의 특정한 답변 또는 진술번복의 유도, 신문 내용을 촬영 또는 녹음하는 등 신문을 방해하는 행위는 금지된다.

피의자신문은 검사나 사법경찰관이 피의자를 신문하는 것이지 변호인을 신문하는 것이 아니므로, 피의자 신문의 본질에 반할 정도로 변호인이 개입하거나, 대신답변, 특정답변 유도, 신문방해 등은 허용되지 않는다는 점은 분명하다.⁴⁴⁾

그러나 변호인의 의견진술의 의미와 범위가 명확하지 않다. 신문 중 개별 질문에 대한 조언, 진술거부권의 고지, 수사기관의 부당한 협박, 압력, 회유 등 임의성을 침해하는 신문에 대한 즉시 이의제기권은 보장되어야 한다. 그러므로 이의제기는 신문 중 승인 없이도 할 수 있어야 한다.

마. 변호인 참여권과 신문기일의 통지

변호인 참여권을 보장하기 위해서는 피의자에게 진술거부권과 함께 이를 고지하는 것이 필요하다. 법무부 개정안에서도 이를 포함시키고 있다. 한편 피의자신문의 일시와 장소를 사전에 수사기관이 변호인에게 통지할 의무가 있는가가 문제가 된다. 법무부 개정안은 이 문제를 규정하지 않고 있다.

이에 대해서 수사기관에게 통지의무 인정은 신속한 절차의 진행을 방해할 우려가 있으므로 타당하지 않다고 보는 견해가 있다. 피의자 신문시마다 신문기일 통지하는 것은 탄력적이고 효과적인수사를 불가능하게 한다는 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 변호인 참여권을 실질적으로 보장하려면 피의자가 변호인 참여 신청시 수사기관은 변호인에게 일시, 장소를 통지하는 것이 타당하다. 특히 체포, 구속된 피의자가 변호인참여를 신청하고, 전화사용이나 연락할 방법이 자유롭지 않은 상황에서 수사기관이 변호인에게 통지를 하지 않으

44) 한상훈, 피의자신문에의 변호인참여의 쟁점, 수사과정에서의 변호인참여권 확대 토론회 자료, 참여연대, 2004, 3면.

45) 이재상/박미숙, 수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구, 형사정책연구원, 1994, 112면.

면 실효성이 없으며, 이렇게 하는 것이 변호인 참여권을 기본적 권리로 인정한 취지에도 부합한다.

독일 형사소송법은 신문기일을 미리 통지하되, 통지가 조사성과를 위태롭게 할 경우에는 통지를 하지 않아도 된다고 규정하고 있다(독일형소법 제168조 c 5항). 조사 성과, 즉 수사결과가 위태롭게 될 경우, 즉 통지를 하지 않아도 되는 경우가 어떠한 경우인가에 관하여 신문이 절박하여 통지로 인한 기간의 상실로 인하여 적절한 진술을 얻을 수 없을 때에는 수사결과가 위태롭게 되는 경우로 인정하고 있다.⁴⁶⁾

문제는 통지에 따라 수사기관의 신속한 피의자신문이 불가능하여, 체포 피의자에 대한 구속여부 결정에 있어 지장을 초래할 수 있다는 점이다. 그러나 이는 피의자가 변호인참여를 요청하는 것 자체가 변호인이 참여하지 않으면 진술거부권을 행사하겠다는 것과 같은 의미이기도 하다. 이런 점에서 수사기관은 장차 생길 수 있는 시간적, 절차적인 문제를 피하기 위해서라도 피의자의 의사를 충분히 존중해 주면서 수사를 진행하는 것 효율적일 것이다.

통지후 변호인이 제시기간에 출석하지 않는 경우에는 제5항 규정에 의해 상당한 시간 경과 후에 변호인 참여없이 신문을 할 수 있다. 다만 이 경우에도 피의자가 진술거부권을 계속적으로 행사하여 신문에 응하지 않겠다는 의사가 있는지를 확인하고 신문을 하여야 한다. 계속적으로 피의자가 진술거부권 행사하면 변호인이 상당시간 출석하지 않아도 신문은 개시할 수 없는 것으로 보아야 한다. 변호인이 상당시간 출석하지 않는 경우 피의자가 진술을 하겠다고 하는 경우가 있을 수 있으므로 “상당한 시간”의 의미가 형사소송규칙이나 판례를 통하여 구체화되어야 한다.

바. 기타 문제

1) 권리의 주체성

법무부 개정안은 변호인 참여에 대해서 “검사 또는 사법경찰관은 피의자나 변호인의 신청이 있는 경우 피의자의 신문에 변호인의 참여를 허용하여야 한다.”라고 규정하고 있

46) 이재상/박미숙, 앞의 논문, 111면.

다. 변호인 참여권은 대법원의 결정에서 나타났듯이 모든 국민이 갖는 기본권의 성격을 띤다. 피의자 신문의 변호인 참여권의 권리주체는 피의자이다. 그렇다면 수사기관이 허용할 수 있는 권리가 아니라 “피의자는 신문시 변호인을 참여시킬 수 있다.”라는 방식으로 규정하는 것이 변호인 참여권의 권리성을 보장하는 것이다.

2) 국선변호인

피의자에 대한 국선변호인제도가 인정 않는 상황에서 변호인 참여권은 실제 변호인의 도움이 필요한 피의자에게는 아무런 소용이 없게 되고, 유전무죄, 무전유죄라는 상대적 박탈감과 형사사법의 불신만을 증폭시킬 수 있다. 따라서 최소한 체포, 구속된 피의자에 대한 국선변호인 참여제도를 검토하여야 한다.

VI. 결 론

피의자를 신문할 때 변호인을 참여시킬 것인가에 관한 문제는 그간 많은 논란의 중심에 있었다. 그리고 지금 이 변호인참여제도는 입법과정을 통하여 현실화를 눈앞에 두고 있다. 이 제도가 정착되면 피의자, 특히 체포, 구속된 피의자의 인권보호는 물론, 수사기관 스스로 적법절차를 지켜야 한다는 의식이 정착될 것이며, 이는 형사사법 전반에 걸쳐 한층 신뢰를 쌓을 수 있는 단초가 될 것이 분명하다.

그러나 변호인참여제도가 입법화된다고 하여도 수사기관의 거부감이 여전히 상존할 것이고, 피의자 국선변호제도 등 여건이 조성되지 않는 한 이 제도의 활용도가 쉽게 증가할 것을 기대하기는 어려운 실정이다. 따라서 변호인 참여권의 보장을 통한 피의자의 방어권 보장이라는 취지를 살리기 위해서 수사기관은 진술거부권의 보장과 함께 변호인 참여권의 고지를 준수하고, 변호인은 적극적으로 변호인 참여권을 행사하여야 할 것이다. 또한 체포, 구속단계 피의자 국선변호제도가 단계적으로 도입되어야 한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

<단행본>

- 백형구, 형사소송법강의, 박영사, 1997.
신동운, 형사소송법, 법문사, 2005.
신현주, 형사소송법, 박영사, 2002.
엄상섭, 효당 엄상섭 형사소송법 논집, 서울대출판부, 2005.
이재상, 형사소송법, 박영사, 2002.
이재상/박미숙, 수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구, 형사정책연구원, 1994.
차용석, 형사소송법, 세영사, 1998.

<논문>

- 박미숙, 변호인의 피의자신문참여권, 형사정책연구, 제6권 제3호, 1995.
박홍우, 피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리, 서울대학교 박사학위논문, 1986.
백형구, 수사단계에서의 변호활동, 대한변호사협회지, 1986.6.
백형구, “피의자신문과 변호인의 참여권”, 사법행정1986.
오세인, 변호인의 피의자신문참여문제에 대한 고찰, 형평과 정의 제14집, 대구지방변호사회, 1999.
조 국, “헌법상 권리로 확인된 『변호인 입회권』”, 법률신문 2003.
황종국, “수사절차상 변호인의 역할”, 부산지방변호사회지, 제9호, 1990.

<자료>

- 김유진, 수사과정에서의 변호인참여권에 관한 최근판례, 수사과정에서의 변호인 참여권 확대 토론회자료, 참여연대, 2004.

대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 자료집(III), 2004.

송호창, “피의자신문과정에서 변호인 참여권”, 수사과정에서의 변호인 참여권 확대 토론회자료집, 참여연대, 2004.

이석수, 변호인의 피의자신문 참여 주요쟁점 및 운영현황, 수사과정에서의 변호인 참여권확대 토론회자료, 참여연대, 2004.

한상훈, 피의자신문에의 변호인참여의 쟁점, 수사과정에서의 변호인참여권 확대 토론회 자료, 참여연대, 2004.

형사정책연구원(신동운 편), 형사소송법 제정자료집, 1994.

2. 외국문헌

Welsh S. White, *Miranda's Waning Protections- Police Interrogation Practices after Dickerson*, University of Michigan Press, 2003.

Martin R. Gardner, "The Sixth Amendment Right to Counsel and its Underlying Value: Defining the Scope of Privacy Protection". *Criminal Law and Criminology* Vol. 90, Northwestern University School of Law, 2000/9.