

11-1320082-000013-09

ISSN 1738-2963



2016 제2호  
**치안정책연구**

The Journal of Police Policies

2016. 9 (제30권 제2호)

**치안정책연구소**  
POLICE SCIENCE INSTITUTE

# 피의자신문시 변호인참여를 반대하는 주장에 대한 반박론

- 독일에서의 논의를 중심으로 -

Criticism on the Arguments against the Participation of Lawyer in the Process of Suspect Interrogation : Focusing the Discussion in Germany

김 동 루\* · 이 훈\*\*

## 차 례

- |                                    |                        |
|------------------------------------|------------------------|
| I. 들어가며                            | IV. 우리나라 변호인참여제도의 개선사항 |
| II. 독일에서의 제도운영                     | V. 나가며                 |
| III. 피의자신문시 변호인참여를 반대하는 주장에 대한 반박론 |                        |

## 국 문 요 약

2007년의 형사소송법 개정으로 피의자신문시 변호인참여권이 입법화되었지만 수사기관에 의한 참여제한 사유를 매우 추상적으로, 그리고 조력권의 범위를 제한적으로 규정하고 있어 변호인참여제도의 취지를 제대로 반영하지 못하였다. 게다가 실무상 변호인참여의 의무화에 대해 피의자신문 방해 등을 이유로 수사기관의 심각한 저항이 있어 동 제도는 유명무실화되어 가고 있다. 제도가 활성화되기 위해서는 입법자와 수사기관의 인식전환이 전제되어야 한다. 주요 반대논리를 중심으로 그 부당함을 지적해 보면 다음과 같다.

첫째, 피의자에게 이미 진술거부권 등 충분한 방어권이 보장되어 있다는 주장: 피의자는 진술거부권의 의미를 제대로 이해하지 못한다. 진술거부는 유리한 진술의 기회도 차단시킨다. 진술거부권의 행사는 사실상 불이익을 가져온다. 무력한 피의자의 조서기재내용의 수정요구·서명날인 거부가 쉽지 않다. 둘째, 변호인은 범죄인 비호·사실왜곡·절차지연 등을 통해 사법 기능을 위태화시킨다는 주장: 변호인은 진실의 무를 부담하는 형사사범의 한 축으로 임무수행에 법적으로 허용되는 수단만 사용한다.

허위사실을 주장케 함은 결국 진술의 신빙성

\* 영남대학교 경찰행정학과 교수

\*\* 조선대학교 경찰행정학과 교수

을 떨어뜨리므로 제지의 대상이다. 변호권의 남용에 대해서는 충분한 법적 제재수단이 있다. 변호인이 의뢰인의 이익을 위해 불법행위를 불사하지는 않는다. 셋째, 변호인참여가 실제적 진실발견에 장애가 된다는 주장: 변호인은 피의자의 감정적 언어를 객관적으로 전달하고 증거를 제출함으로써 수사기관의 주관적 혐의를 합리적 의심으로 대체한다. 수사기관의 예단을 시정하고 허위자백을 방지함으로써 실제적 진실에 가까워진다. 조서의 임의적 기재를 통한

사실의 왜곡을 방지한다. 피의자는 신뢰하는 변호인을 통해 자백하거나 이는 바를 충분히 진술할 수 있다.

인식전환을 토대로 입법적 개선도 요망된다. 변호인참여의 원칙적 불가제한성과 예외적 제한사유를 구체적으로 규정해야 한다. 변호인의 이익제기와 의견진술은 항상 가능해야 한다. 피의자신문기일의 변호인통지가 의무화되어야 한다. 국선변호인제도의 적용이 피의자신문단계까지 확정되어야 한다.

◆ 주제어 : 피의자신문, 변호인참여권, 피의자의 방어권, 무기평등, 수사절차

## I. 들어가며

변호인의 조력을 받을 권리는 진술거부권과 함께 피의자 또는 피의자의 핵심적인 방어권이다. 우리 헌법은 제12조 제4항은 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다’고 규정하고 있다. 변호인의 조력권과 관련된 가장 큰 논점은 구속된 피의자·피고인의 접견교통권, 수사기록열람권, 피의자신문시 참여권으로 나누어 볼 수 있다. 전자의 두 권리는 비교적 입법·판례를 통해 내용이 구체화되고 실무상으로도 많이 정착이 된 것으로 보인다.<sup>1)</sup> 하지만 피의자신문에 있어 변호인참여는 여전히 많은 과제를 남기고 있다. 2003년과 2006년의 판례<sup>2)</sup>를 통해 피의자신문시 변호인의 참여권은 구속·불구속

1) 현행법상 구속된 피의자(구속영장실질심사·구속적부심사의 경우)와 피고인은 국선변호의 대상이며, 접견교통권은 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니라는 것이 헌법재판소의 입장이며(1992. 1. 28. 결정 91헌마11) 수사기록열람권도 2007년 형사소송법의 개정과 일련의 판례를 통해 그 제한사유 등에 대한 기준이 마련되었다(형사소송법 제266조의3 및 2건의 헌법재판소 결정-1997. 11. 27. 결정 94헌마60; 2008. 2. 2. 결정 2005헌마396 참조).

상태를 불문하고 보장되는 헌법적 권리임이 확인되었다. 이에 형사소송법은 2007년 개정을 통해 동 권리를 명시하였지만, 동 규정은 수사기관에 의한 참여제한 사유를 매우 추상적으로, 그리고 조력권의 행사방법을 제한적으로 규정하고 있어 변호인참여제도의 취지를 제대로 반영하지 못하였다.<sup>3)</sup> 게다가 실무상 변호인참여의 의무화에 대해 피의자신문 방해 등을 이유로 수사기관의 심각한 저항이 있어 동 제도는 유명무실화되어 가고 있다. 제도가 시행된 이후 '08년~'12년간 경찰과 검찰 모두 변호인이 신문과정에 참여한 것은 전체 형사사건의 0.1% 수준에 불과하였다.<sup>4)</sup> 이는 피의자신문에 있어 변호인 참여제도가 현실에서 전혀 구현되지 못하고 있음을 보여준다.

이하에서는 피의자신문시 변호인참여제도가 활성화되기 위해서는 입법자와 수사기관의 인식의 전환이 우선적으로 필요하다는 전제에서 동 제도가 형사소송의 이념을 구현하는데 반드시 필요하며, 수사기관의 목적과도 상당부분 부합할 수 있음을 논하고자 한다. 이를 위해 변호인참

2) 대법원은 2003. 11. 11. 판결 2003모402 판결에서 구속된 피의자의 신문에 있어 변호인참여권은 접견교통권의 일환으로 당연히 보장되는 권리라고 판시했다. 헌법재판소는 2004. 9. 3. 결정 2000헌마138에서 변호인참여권은 불구속 피의자에게도 인정되는 당연한 권리로, 수사기관은 위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 변호인참여요구를 거절할 수 없다고 판시하였다.

3) 현행 입법의 문제점에 대하여는 IV에서 후술한다.

4) 경찰의 경우 '08년 988건으로 전체 형사사건 대비 0.092% 였고, 이후 '09년 941건, '10년 1,065건, '11년 1,439건, '12년 1,814건으로 점차 증가하고 있으나 아직 0.01%를 조금 넘는 수준이며, 검찰의 경우 '08년, 0.05%, '09년 0.08%, '10년 0.11%, '11년 0.17%, '12년 0.13%에 머물렀다. 자세한 참여현황에 대해서는 이영돈, “변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계”, 경북대학교 법학논고 제 47집, 2014, 265쪽 이하 참조.

여제도와 관련하여 가정해 볼 수 있는 수사기관 입장에서의 대표적인 반대의견을 세 가지로 제시하고 이에 대해 구체적인 반박론을 전개한다(Ⅲ). 제도의 타당성에 대한 논증은 현행 제도의 문제점과 입법적 개선 사항의 도출(Ⅳ)로 이어질 것이다. 연구에 있어 많은 부분 비교법적 고찰에 의한다. 특히 이미 동 제도의 도입과 관련하여 장기간 학계의 충분한 검토를 거쳐 모범적인 입법화를 이루어낸 독일에서의 논의를 적극 참조한다.<sup>5)</sup>

## Ⅱ. 독일에서의 제도운영

### 1. 검사의 피의자신문시 변호인참여

과거 독일에서는 검사·경찰을 불문하고 수사기관의 피의자신문에 있어 변호인의 참여는 인정되지 않았다. 주된 논거는 수사절차는 기본적으로

5) 익명의 심사자께서 지적해주신 바와 같이 피의자신문시 변호인참여제도의 바람직한 운영방향을 모색하기 위해서는 독일 뿐 아니라 여러 선진외국의 입법 및 운영사례를 폭넓게 고찰하는 것이 바람직하다. 다만 본 연구는 변호인참여 제도라는 주제 전반을 논하지 않는다. 전면적 도입을 반대하는 주장에 대한 합리적·논리적 비판을 통해 제도의 필요성과 타당성을 강조하는데 중점을 두었다. 이를 위해 비교적 치열한 논쟁이 펼쳐졌던 독일에서의 문헌을 주된 고찰대상으로 삼았음을 밝혀둔다. 각국의 현실보다는 수사절차에서의 변호인참여는 진술거부권의 동일한 수준으로 보장되어야 한다는 점에 대한 사회적 합의를 도출하는 것이 중요하다고 보았기 때문이다. 향후 제도의 세부적 운영방안에 대해서는 지속적이고 심도있는 연구가 이루어져야 함은 물론이다. 피의자신문시 변호인참여와 관련한 비교법적 연구로는 변필건, “변호인의 피의자신문참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰”, 법조 제58권 제2호, 2009; 최석윤, “변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 연구”, 형사정책연구, 제92호, 2012 참조.

로 비공개로 진행되며, 공판절차와 달리 무기평등의 원칙이 적용되지 않는다는 것이었다.<sup>6)</sup> 하지만 수사절차도 이후 절차에 영향을 미치는 이상 당사자주의와 무기평등의 원칙이 지켜져야 하고 이를 위해서는 피의자신문에 있어 변호인참여가 필요하다는 주장이 꾸준히 제기되었다.<sup>7)</sup> 이에 1974년 형사소송법 개정에서 검사의 피의자신문시 변호인의 참여권이 인정되었다(제163조의a 제3항, 제168조의c 제1항). 규정에 따르면 변호인은 단순한 입회인의 역할에 머물지 않고, 적극적으로 조언할 수 있으며 직접적으로 수사기관에 대한 질문도 가능하다.<sup>8)</sup> 검사가 피의자신문을 하기 위해서는 피의자 뿐 아니라 변호인에게도 신문기일을 통지해야 한다(제163조의a 제3항, 제168조의c 제5항). 검사의 피의자신문시 변호인의 참여를 제한하는 규정은 두고 있지 않다. 독일 형사소송법 제168조의c 제5항은 수사목적의 달성을 위태롭게 할 우려가 있는 경우 피의자신문기일을 변호인에게 통지하지 않을 수 있도록 하고 있다. 그러나 이는 변호인참여 자체를 제한하는 규정이 아니라, 일정 사유가 있으면 수사기관에게 적극적으로 통지할 의무를 면하여 주는 규정에 불과하다. 변호인에게 통지를 하지 않았더라도 피의자가 변호인을 동반하여 참석을 요구할 경우 이를 거부할 수는 없기 때문이다.<sup>9)</sup> 독일에는 변호인에 대한 제척제도도 있다. 독일 형사소송법 제138조a는 변호인이 변호하는 사건의 공범으로 혐의를 받거나, 범죄목적 또는 구금시설의 안전을 해할

6) Müller, "Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren", NJW (1976), 1066쪽; Rieß, "Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts", 208쪽 참조.

7) Müller, 앞의 글, 283쪽.

8) Kleinknecht/Meyer, Strafprozessordnung, § 168c, Rn. 1.

9) 오택림, "변호인의 피의자신문 참여권에 관한 연구(상)", 법조 2008. 3(통권 618호), 186쪽 이하.

목적으로 접견교통권을 남용하거나, 또는 증거인멸죄·장물죄에 해당하는 행위를 한 혐의를 받게 되면 동 사건의 변호로부터 배제될 수 있다. 하지만 동 제도도 변호인의 공익적 지위를 고려해 법관의 제척에 준하는 법적 배제사유를 규정한 것으로 수사기관의 참여권의 제한과는 무관하다.<sup>10)</sup>

## 2. 경찰의 피의자신문시 변호인참여

형사소송법은 검사의 피의자신문에 대해서만 규정하고 경찰의 신문에 있어 변호인 참여권에 대해서는 언급하고 있지 않아 그 인정여부를 놓고 견해가 대립하고 있다.<sup>11)</sup> 다수의 견해는 이를 부정하고 있다. 주된 논거는 초기의 경찰수사단계부터 변호인참여가 의무화되면 실체적 진실 발견을 위한 형사사법의 효율적 기능행사가 심각하게 저해된다는 것이다.<sup>12)</sup> 하지만 이에 대해 경찰의 피의자신문에의 변호인 참여는 형사소송법이 별도 규정을 두고 있지 않더라도 당연히 보장된다는 유력한 반대의견이 있다. 변호인 조력에 관한 일반조항인 독일 형사소송법 제137

10) 독일형사소송법 제138조a에 의하면 변호인이 ①변호인이 해당사건의 공범의 혐의를 받거나 ②구금된 피고인·피의자와 접견교통권을 범죄목적 또는 구금 시설의 안전을 해할 목적으로 남용하거나 ③피의자·피고인의 범행을 방조, 증거인멸 또는 장물죄에 해당하는 행위를 한 혐의를 받은 경우 동 사건의 변호로부터 배제할 수 있다. 오택림, 앞의 글, 187쪽 이하 참조.

11) Augstein, "Der Anwalt: Organ der Rechtspflege?", 112쪽; Winter, "Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren", 18쪽.

12) Benfer, "Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft: Voraussetzungen und Grenzen", 145쪽; Krause, Dietmar, "Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren", 173쪽; Schäfer, "Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten", 975쪽.

조 제1항, 즉 “피의자·피고인은 절차의 모든 단계에서 변호인의 조력을 받을 수 있다”는 규정에서 참여권이 도출된다는 것이다.<sup>13)</sup> 무기평등의 원칙과 공정한 절차의 원칙에서 근거를 찾는 견해도 많다.<sup>14)</sup> 견해는 대립하고 있으나 독일의 실무에서 변호인이 경찰의 피의자신문에 참여하는 것은 드문 일이 아니며 오히려 광범위하게 행해지고 있다.<sup>15)</sup> 이에 관한 직접적 규정이 없어 피의자의 신청과 함께 변호인이 참여의사를 밝힐 경우 특별한 이유없이 이를 거부하기도 어렵기 때문이다.

### Ⅲ. 피의자신문시 변호인참여를 반대하는 주장에 대한 반박론

상기한 바와 같이 독일에서 수사기관의 피의자신문에 있어 변호인참여가 광범위하게 인정되고 실무상으로도 널리 활용되고 있지만 여전히 이를 반대하는 입장이 있다. 주로 수사기관의 관점에서 수사의 효율성과 실체적 진실발견을 저해하는 요인으로 변호인참여를 바라보기 때문이다.<sup>16)</sup> 특히 명문의 규정을 두고 있는 검사의 피의자신문과는 달리, 그렇

13) Gössel, “Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren”, 35쪽; Lampe, “Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG”, 198쪽.

14) Spaniol, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 285쪽; Winter, 앞의 글, 83쪽; Riegel, “Neueste Entwicklungstendenzen im Polizei und Strafverfahrensrecht”, 20쪽; Krause, 앞의 글, 174쪽; Wolter, Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007, 84쪽; Schaefer, 앞의 글, 980쪽.

15) 최석윤, “변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 연구”, 형사정책연구 제23권 제4호, 2012, 73쪽 참조.

16) 수사관들의 변호사 개입에 대한 거부감과 비협조적인 태도는 피의자신문에

지 못한 경찰의 신문에 대해 반대의견이 집중되어 있다. 아래에서는 독일에서의 제도도입과정에서 제기되었던 수사기관의 주된 반대론을 중심으로 그 논거를 크게 ①진술거부권 등 피의자의 충분한 방어권 ②범죄인 비호·절차지연 등을 통한 사법기능의 위태화 ③실체적 진실발견에 장애의 세 가지로 구분한다. 그리고 이에 대한 독일 학계에서의 논의를 중심으로 순차적으로 반박함으로써 피의자신문에 있어 변호인참여가 왜 필수적인지에 대해 설명한다.

## 1. 피의자에게 충분한 방어권이 보장되어 있다는 주장에 대하여

피의자신문에 있어 피의자의 방어권은 변호인의 참여 없이도 이미 충분히 법적으로 보장되고 있다. 먼저 피의자는 피의자신문 자체를 거부할 수 있다. 진술거부권이 헌법적 권리로 보장되어 있기 때문이다. 진술거부권을 행사하지 않고 진술하더라도 피의자신문조서에 기재된 내용은 얼마든지 수정이 가능하며 서명·날인을 거부함으로써 조서전체의 형식적 성립진정을 부정할 수도 있다. 나아가 수고스럽게 작성된 피의자신문조서의 기재내용을 공판정에서 간단히 부인할 수 있다. 다시 말해 피의자는 조서의 완성여부를 좌우할 수 있는 권한이 있다<sup>17)</sup>

있어 변호인 참여가 저조한 주된 원인으로 지적되고 있다. 국내에서 경찰의 피의자신문에 변호인이 참여를 꺼리는 데에는 변호인의 경찰관 무시풍토와 소극적 태도도 영향을 미친다고 한다. 송강호, “피의자신문시 변호인참여제도의 활성화 방안”, 한림법학 Forum 제20권, 2009, 47쪽 이하 참조.

17) Sieg, 앞의 글, 196쪽; Heinitz, “Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland: Die Geschichte ihrer Beziehung und der Rechtsstellung des Verteidigers heute”, 241쪽 이하.

## 1) 진술거부권의 부지와 권리행사에 따른 불이익

피의자가 수사기관의 신문권에 대항할 수 있는 진술거부권을 가지고 있다는 주장은 여러 면에서 타당하지 않다. 형사절차에 생소한 피의자는 진술거부권의 존재 자체를 모를 수도 있고, 동 권리를 고지받은 경우라도 그 의미를 제대로 이해하지 못한다. 무엇보다 피의자는 자신의 권리를 관철시킬 수 있는 입장에 있지도, 그러한 능력을 보유하고 있지도 못하다. 그에게는 수사기관을 선택할 권리도 없다.<sup>18)</sup> 또한 진술거부권이란 무작정 행사할 수 없다. 범죄의 혐의를 받고 있는 피의자는 자신의 입장을 조서에 충분히 반영시켜야 한다. 이런 절박한 입장에 있는 피의자에게 진술을 거부할 수 있는 권리란 동전의 양면과 같다. 자신에게 불리한 진술의 거부는 동시에 유리한 진술을 할 기회의 차단을 의미하기 때문이다. 진술거부권의 행사는 애당초 수사기관의 신문권과 대등한 수준의 방어수단일 수 없다. 게다가 피의자가 진술을 하는 것은 동 권리의 포기를 의미한다. 진술을 하는 이상 피의자에게는 변호인의 조력을 받는 것 외에는 수사기관의 신문에 대항할 수 있는 아무런 수단이 없다. 진술거부권이 효과적인 방어권의 행사수단이 되지 못하는 또다른 이유는 권리의 행사가 사실상 피의자에게 불이익을 가져올 수 있기 때문이다. 법관은 진술거부권의 행사를 토대로 유죄의 심증을 형성해서는 안 된다. 하지만 수사기관은 진술을 거부하는 피의자에 대해 결코 호의적이지 않다. 경우에 따라 체포·구속사유로서 도주나 증거인멸의 우려의 판단기준으로 활용할 수 있다. 결론적으로 피의자는 아주 제한적으로만 진술거부권을 방어목적으로 사용할 수 있거나 동 권리의 행사가 향후 형사소송절

18) BGHSt 13, 123; Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung, 제4판, § 163a, Rn. 2; Roxin, Strafverfahrensrecht, 제25판, § 18, Rn. 2.

차에 가져올 수 있는 부정적 영향을 감수해야만 한다.

## 2) 피의자신문조서의 수정요구·서명날인 거부의 어려움

피의자는 신문조서의 기재내용을 열람하고 수정을 요구할 수 있고, 그 내용이 자신의 진술과 틀린 경우에는 서명·날인의 거부를 통해 자신의 진술임을 인정하지 않을 수 있다. 그런데 형사절차에 문외한인 피의자가 수사기관에 의해 다수의 법적 용어와 혼용되어 기재된 서류의 내용을 자신의 진술취지에 맞게 수정하는 것은 쉽지 않다. 어느 부분이 중요하고 중요치 않은지를 구분하지 못한다. 수사기관을 마주한 스트레스 상황에서 지적능력이 부족한 피의자라면 조서에 기재된 내용을 제대로 이해하기도 힘들다. 많은 경우 피의자는 수사기관의 일방적인 추궁에 적극적으로 저항할 의지를 상실한다. 담당수사관과 조서의 문구를 다투는 일에 주저하게 된다.<sup>19)</sup> 게다가 피의자신문조서는 수사관이 형사소추를 위해 특정 구성요건에 맞추어 일관된 논지로 작성된 서류이다. 기재내용의 일부에 대한 수정은 전체적인 신문결과에 큰 영향을 미치지 못한다. 피의자신문을 처음으로 받게 되는 피의자는 신문조서의 소송법적 의미를 파악하지 못하고 공무원인 수사기관이 자신의 진술내용을 올바르게 기재했으리라 신뢰하는 경우도 많다. 수사기관과 대면하는 불편한 상황을 빨리 벗어나기 위해 조서내용의 옳고 그름을 다투기보다 요구받은 대로 서명날인을 하기도 한다. 변호인의 조력을 받지 못하는 피의자는 어린아이처럼 무력하다. 그는 자신이 혐의를 받고 있는 사건의 정확한 내용도, 피의자신문의 의미도, 그 진행방식과 향후 형사소송에 미치는 영향도 인

19) Burghard, "Die aktenmäßig Bearbeitung kriminalpolizeilicher Ermittlungsvorgänge", 81쪽.

식하지 못한다. 수사기관의 주장처럼 피의자가 자유롭게 진술하고 기재 내용을 수정하며 수정이 안 될 경우 서명날인을 거부할 수 있는 구조나 현실이 아니다.<sup>20)</sup> 진술거부권이든, 조서의 수정요구 혹은 서명날인을 거부할 수 있는 권리가든 피의자가 이를 충분히 활용하기 위해서는 먼저 자신의 권리에 대해 잘 알고 있어야 하고, 다음으로 그 권리를 수사기관에 대하여 충분히 관철시킬 수 있어야 한다. 그런데 이는 피의자가 단독으로 할 수 있는 일이 아니다. 이것이 피의자신문에 있어 변호인참여가 반드시 필요한 이유이다.

## 2. 범죄인 비호·사실왜곡절차지연을 통한 사법기능의 위태화 주장에 대해

피의자신문시 변호인의 참여가 의무화되면 신속하고 철저한 실체규명과 원활한 형사사법기능의 유지에 중대한 지장을 초래하게 된다. 변호인은 피의자의 이익을 위해 고의적으로 사실과 다른 내용을 진술하게 하고 수사의 방향에 혼선을 주기 위해 노력한다. 특히 피의자의 책임유무와 관련하여 여러 조각사유를 주장하게 하거나 책임을 긍정하는 일체의 대답을 회피하도록 함으로써 사안을 규명하여 형사소추하려는 수사기관의 활동에 심각한 장애를 발생시킨다. 또한 변호인참여가 법적 의무화된다면 수사기관은 얼마의 시간이 걸리든 변호인참여시키지 피의자를 신문할 수 없는데 이는 수사와 형사소추의 진행을 일괄적으로 지연시키는 결과를 초래한다<sup>21)</sup>

20) Burghard, 앞의 글, 89쪽.

21) Sieg, 앞의 글, 196쪽; 앞의 글, 241쪽 .

## 1) 형사소송에 있어 변호인의 역할과 의무

형사소송에 있어 변호인이 단순한 피의자의 이익대변자가 아니라 형사사법을 지탱하는 하나의 축이라는 점에는 이견이 없다.<sup>22)</sup> 수사기관과 마찬가지로 형사사법의 정상적인 기능을 유지시킬 책임을 가진다. 의뢰인의 이익과 공공의 그것을 동시에 고려해야 한다. 피의자가 자신의 법적 권리를 충분히 행사할 수 있도록 조력하면서도 형사소송이 합법적이고 공정하게 진행되도록 이를 감시하고 보장하는 역할을 수행한다.<sup>23)</sup> 이로써 형사사법의 정상적 기능수행을 방해하는 것이 아니라 스스로 이에 기여한다.<sup>24)</sup> 특히 피의자·피고인의 조력자로서 당사자 간의 법적 균형을 맞추는 것은 변호인만이 할 수 있는 역할이다.<sup>25)</sup> 독일의 판례와 다수의 견해는 형사사법의 일부로서 변호인의 지위로부터 '진실의무'가 도출된다고 본다. 따라서 변호인은 자신의 임무수행에 있어 법적으로 허용되는 수단만을 사용하여야 하며, 의뢰인에게 허위의 사실을 주장토록 조언하는 등의 방법으로 수사기관의 진실발견을 고의로 방해해서는 안 된다.<sup>26)</sup> 허위진술을 조언하는 것은 결국 진술의 신빙성을 떨어뜨리므로 의뢰인에게 불리한 결과를 가져올 수 있으므로 변호인으로서도 피해야

22) BVerfGE 38, 105, 109; 53, 207, 214; BGHSt 9, 20, 22; 12, 367, 369; Roxin, 앞의 글, § 18, Rn. 2; Heinicke, 앞의 글, 195쪽; Ranft, Strafprozessrecht, 제 2판, Rn. 210; Vehling, "Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren - ein Beitrag zum Selbstverständnis der Strafverteidigung", 86쪽.

23) BGHSt 38, 111, 115.

24) Pfeiffer, 앞의 글, Vor § 137, Rn. 1; Hassemer, "Reform der Strafverteidigung", 326쪽.

25) Roxin, 앞의 글, § 19, Rn. 6.

26) BVerfGE 38, 105, 119; BGHSt 9, 20, 22; Beulke, 앞의 글, Rn. 151; Ranft, 앞의 글, Rn. 141; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 제4판, Rn. 85; Kühne, 앞의 글, Rn. 200.

할 행동방식이다.<sup>27)</sup> 결론적으로 피의자신문과정에서의 변호인참여가 진실을 왜곡하거나 형사사법의 정상적 기능을 위태롭게 한다는 주장은 아무런 근거가 없다. 이로 인해 수사기관의 업무가 번거로워진다는 표현이 오히려 정확하다. 피의자가 방어권을 행사하는 과정에 수반되는 수사의 지연은 수사기관으로서의 위법·부당한 것이 아닌 한 감수해야 할 부담이다. 신속하고 효율적인 수사의 진행은 피의자의 권리제한을 위한 논리가 될 수 없다.

## 2) 변호권 남용에 대한 충분한 제재수단

변호인참여를 사실왜곡 또는 형사사법기능의 저해와 연결지을 수 없는 다른 이유는 이러한 행위에 대해 법적 제재와 신분상 불이익이 따른다는 점이다. 독일 형법은 고의로 범죄행위를 비호하거나 형사처벌을 방해한 자를 처벌하고 있으며,<sup>28)</sup> 형사소송법은 검사는 소추가능한 범죄의 혐의가 충분한 경우에는 수사를 개시하도록 의무화하고 있다.<sup>29)</sup> 동 소송법규정은 예외없이 적용되며, 따라서 피의자신문 도중에 변호인의 불법행위가 있으면 그는 곧바로 수사 및 기소의 대상이 된다. 형사법적 제재 외에도 변호사의 진실의무위반은 변호사법 등 직무관련 법률에 의해 별도로 처벌되거나 징계사유가 된다. 또한 상기한 바와 같이 변호인이

27) Roxin, 앞의 글, § 19, Rn. 13.

28) 제257조(범죄비호) ①위법행위를 한 타인에게 당해행위로 인한 이익을 확보하게 할 의도로 조력을 제공한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다 / 제258조(처벌방해) ①타인이 위법행위로 인하여 형사처벌을 받게 되는 경우 고의로 또는 그 정을 알면서 그 전부 또는 일부를 못하게 만든 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

29) 독일 형사소송법 제152조 제2항, 제163조 제1항.

담당사건과 관련하여 범죄의 혐의를 받거나 범죄의 목적으로 참여권·조력권을 남용할 경우 독일 형사소송법 제138조의a에 의해 사건으로부터 제척된다. 동 규정은 공판절차 뿐 아니라 수사절차에도 준용된다.<sup>30)</sup> 변호인이 의뢰인의 이익을 위해 어떠한 불법행위도 불사하리라는 수사기관의 가정은 따라서 옳지 않다. 변호인이 피의자신문과정에서 할 수 있는 것은 피의자에게 유리한 조언과 수사기관의 불법에 대한 감시역에 한정되며, 사법기능의 적절한 행사를 방해하는 것은 그 목적도 아니고 가능하지도 않다.

### 3. 변호인참여가 실제적 진실발견에 장애가 된다는 주장에 대해

수사기관에게 피의자신문은 실제적 진실발견을 위한 가장 중요한 수단 중 하나이다. 그런데 변호인이 피의자신문과정에 지속적으로 개입하면서 피의자의 답변방식을 조종하게 되면 수사기관의 신문전략에 중대한 차질이 생긴다. 피의자신문은 단순한 질문과 답변의 반복이 아니다. 진실을 은폐하려는 피의자를 굴복시키고 사실을 털어놓게 만들어야 하는 고도의 심리게임이다. 그런데 입회한 변호인이 암시·질문·설명요구·이의제기 등을 통해 수시로 논점을 흐리고 질문과 답변을 단절시키면 자백을 할 준비가 되어 있던 피의자도 이를 거부하게 된다. 이는 신속한 사안의 규명이라는 공공의 이익에 반한다<sup>31)</sup>

#### 1) 실제적 진실발견의 일환으로서 변호인의 피의자신문참여

상기한 바와 같이 변호인은 형사사법의 한 축으로서 진실의무를 가진

30) Beulke, "Der Verteidiger im Strafverfahren: Funktionen und Rechtsstellung" Rn. 172.

31) Krüger, 앞의 글, 392쪽 이하; Sieg, 앞의 글, 196쪽.

다. 하지만 이 진실의무는 적극적으로 실체적 진실을 발견하는 수사기관의 그것과는 다른 방향으로 작용한다. 즉 변호인은 의뢰인의 범행에 대해 합리적인 의심이 존재할 경우 자백을 통해 형사책임을 인정하지 않도록 조언한다. 수사기관의 유도신문과 성급한 유죄단정을 경고한다. 하지만 피의자신문과정에 피의자의 감정적 언어를 객관적으로 전달하고 피의자의 무죄를 입증할 수 있는 증거를 제출함으로써 수사기관의 주관적 혐의를 합리적 의심으로 대체한다. 착오를 시정함으로써 실체적 진실에 더 가까워질 수 있다.<sup>32)</sup> 피의자가 정말로 사안에 대해 잘 알고 있는 경우라면 실체적 진실의 발견에 있어 변호인은 값을 매길 수 없을만큼 중요한 존재이다. 경우에 따라 피의자는 처음 겪는 피의자신문상황이 주는 극도의 긴장으로 인해 어떻게 자신이 피해를 입지 않으면서 수사기관에게 자신이 아는 바를 전달해야 할지를 모른다. 이 때 그와 가장 가까운 곳에서 신뢰를 받고 있는 변호인은 피의자가 아는 바를 수사기관에게 명확하게 객관적으로 전달할 수 있다. 이를 통해 사법기관의 오판을 미연에 방지하고 결과적으로 실체적 진실발견에 기여하게 된다.<sup>33)</sup>

## 2) 실체적 진실발견의 전제조건으로서 무기평등과 적정절차의 원칙

피의자신문은 수사기관이 절차진행을 지배하고 피의자는 그 대상이 되는 비대칭적·강제적 의사소통과정이다. 자백을 강요하는 수사기관이 모든 정보와 제도적 뒷받침을 가진 데 반해 피의자는 전문수사관 앞에

32) BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; BVerfG, MDR 1984, 284.

33) Heinicke, 앞의 글, 445쪽; Peters, Strafprozess - Ein Lehrbuch, 제4판, 88쪽; Vogtherr, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung, 47쪽.

자력으로 방어가 불가한 시스템이다. 수사기관은 피의자신문에 앞서 수사를 진행하고 피의자를 범인으로 단정한다. 자백을 기대하면서 피의자신문을 시작한다. 그리고 자신의 가설과 형사소추의 목적에 맞는 피의자의 진술을 이끌어 내려 노력한다. 피의자의 진술은 진술취지와 무관하게 이에 맞추어 해석된다. 애당초 수사기관에게 피의자에게 유리한 사실에 대한 수사를 혐의입증을 위한 그것과 동일한 수준으로 진행해 주기를 기대할 수 없다. 게다가 전자에 대한 고려는 후자의 성취를 어렵게 한다. 양자 모두가 고려되기 어려운 구조인 것이다. 현실적으로 피의자신문은 무기평등의 원칙 위에 이루어지는 피의자와 수사기관간의 공평한 겨루기가 아니다. 피의자신문조서는 피의자의 진술 중 수사기관에게 필요한 내용만이 선택되고, 수사기관의 가설에 따라 배열되고, 수사기관의 용어로 쓰여진다. 여기에 피의자 진술의 원형은 이미 남아있지 않다.<sup>34)</sup>

실체적 진실의 발견은 형사소송의 이념이다. 하지만 이는 피고인과 소추기관의 무기평등이 보장되는 공판절차에서야 구현이 가능하다. 수사기관에게 객관적·실체적 진실의 발견을 기대하기란 사실상 불가능하다. 수사기관은 오로지 형사소추의 목적에 충실하다. 따라서 피의자신문을 통해 실체적 진실을 발견한다거나, 변호인참여가 이러한 실체적 진실발견을 방해한다는 주장은 맞지 않다. 변호인은 수사기관이 피의자신문에 관한 제반 규정을 준수하고, 피의자의 진술을 가감없이 객관적으로 조서에 반영토록 한다. 수사기관과 피의자의 현저한 힘과 지위의 불균형을 시정함으로써 결과적으로 실체적 진실발견에 기여한다.

34) Heinicke, 앞의 글, 445쪽; Peters, 앞의 글, 88쪽; Vogtherr, 앞의 글, 47쪽.

## Ⅳ. 우리나라 변호인참여제도의 개선사항

### 1. 현행 제도의 문제점

우리 형사소송법은 2007년 개정을 통해 제243조의2<sup>35)</sup>를 신설하여 피의자신문에 있어 변호인의 참여권을 인정하고 있다. 동조 제1항은 경찰의 피의자신문에도 참여권을 인정하고 있다. 검사의 피의자신문에만 참여권을 명문으로 규정하고 있는 독일에 비해 보다 구체적이라고 할 수 있다. 하지만 피의자·변호인 등의 신청이 있어야만 참여할 수 있고, '정당한 사유'가 있는 경우에는 참여를 제한할 수 있도록 규정되어 있어 수사기관에 의한 자의적 운용이 우려된다. 「검찰사건사무규칙<sup>36)</sup>」과 「검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정」, 그리고 「범죄수사규칙<sup>37)</sup>」은 '정당한 사유'를 보다 구체적으로 규

35) 제243조의2(변호인의 참여 등) ①검사 또는 사법경찰관은 피의자 또는 그 변호인·법정대리인·배우자·직계친족·형제자매의 신청에 따라 변호인을 피의자와 접견하게 하거나 정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 하여야 한다. ③신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있다. 다만, 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻어 의견을 진술할 수 있다.

36) 검찰사무규칙 제9조의2 제1항은 '정당한 사유'를 변호인참여로 인해 신문방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우라고 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 수사에 현저한 지장을 초래하는 사유가 있으면 신문 중이라도 참여를 제한할 수 있도록 하고 있다. 그러한 사유로는 1. 검사의 승인없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 행하는 경우, 2. 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 반복을 유도하는 경우, 3. 부당하게 이의를 제기하는 경우, 4. 피의자신문내용을 촬영·녹음·기록하는 경우 등을 들고 있다.

37) 수사준칙 제21조 제1항은 정당한 사유를 '변호인 참여로 인하여 신문방해, 수

정하고 있기는 하지만 이는 형사소송법의 위임을 받지 못한 행정규칙에 불과하여 법규적 효력이 없을 뿐 아니라 해당 사유가 있으면 제한이 가능한 것처럼 규정되어 있어, 해당여부에 대한 수사기관의 자의적 판단을 오히려 부추길 우려가 있다. 또한 동조 제3항은 참여 변호인의 조력범위를 지나치게 제한적으로 규정하고 있다. 신문에 참여한다 함은 단순한 입회보다 넓은 개념으로 신문과정의 위법의 감시, 피의자에 대한 조언과 상담, 의견진술 등을 모두 포함하는 개념이다.<sup>38)</sup> 그리고 이러한 변호인의 역할은 신문과정 전반에 걸쳐 언제든지 개입이 가능할 때 구현될 수 있다. 그런데 제3항은 변호인은 원칙적으로 신문이 종료된 후에 의견을 진술할 수 있고, 신문 도중에는 이의를 제기할 수 있으나 수사기관의 승인을 얻어야만 진술이 가능하도록 규정하고 있다. 변호인참여제도의 취지에 반하는 규정이다.

## 2. 입법적 개선방안

먼저 변호인참여의 제한요건으로서 형사소송법 제243조의2 제1항의 '정당한 사유'를 보다 구체적이고 객관적으로 명시해야 한다. 규정형식도 해당 사유가 있으면 제한이 가능해서는 안 되며 '이러한 사유가 있음이 명백' 내지는 '방어권의 남용임이 명백'한 경우와 같이 보다 엄격하게 규

---

사기 및 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우'라고 정의하고 있다. 수사준칙 제21조 제4항과 범죄수사규칙 제59조는 이러한 사유를 구체적으로 '사법경찰관의 승인없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 언동 등을 하는 경우, 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 번복을 유도하는 경우, 부당하게 이의를 제기하는 경우, 피의자신문의 내용을 촬영·녹음·기록하는 경우' 등을 규정하고 있다. 자세한 규정의 내용에 대하여는 이영돈, 앞의 글, 274쪽 이하 참조.

38) 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2014, 255쪽.

정할 필요가 있다.<sup>39)</sup> 변호인참여의 제한은 원칙적으로 불가하고 특히 예외적인 상황에 한하여 이를 허용함으로써 수사기관의 자의적 제한을 막아야 한다. 집견교통권과 같은 수준으로 변호인참여권의 불가제한성의 지위를 상승시켜야 한다. 또한 예외적 제한사유는 행정규칙이 아닌 형사소송법에 명시해야 부당한 참여제한을 절차상 위법으로 다룰 수 있다. 나아가 피의자에게 변호인이 있는 경우, 피의자와 변호인 모두에 대한 수사기관의 통지의무를 규정할 필요가 있다. 참여를 위한 전제조건이 되기 때문이다. 제243조의2 제3항도 개정을 요한다. 변호인의 조력권을 보장하기 위해 신문도중에 이의제기와 의견진술은 항상 가능해야 한다. 이를 위해 의견진술시 수사기관의 승인을 얻도록 규정한 부분은 반드시 삭제되어야 한다.<sup>40)</sup> 이상과 관련하여 독일 형사소송법 규정들을 충분히 참고할 수 있을 것이다.

또한 변호인을 선임할 경제적 능력이 없는 피의자의 권리보호를 위해 피의자신문단계에도 국선변호제도가 확대되어야 한다.<sup>41)</sup> 미국의 경우 피의자가 중죄를 범하거나, 경죄라도 징역형에 처해질 가능성이 있으면 국선변호인의 조력을 받을 권리를 인정하고 있다.<sup>42)</sup> 피의자에 대한 범죄혐의 인정이 사실상 피의자신문단계에서 어느 정도 마무리된다는 점에서 구속적부심사 청구를 한 피의자에게만 인정되는 현행 국선변호인의 조력범위를 중한 범죄의 피의자에게까지 확대할 필요가 있다.

39) 같은 의견으로 천진호, 형사절차에서 변호인의 역할 제고 방안, 법학논집, 제 28권 제4호, 369쪽 이하.

40) 천진호, 앞의 글, 370쪽.

41) 최석윤, 앞의 글, 81쪽.

42) 조국, 피의자신문시 변호인참여권 소고 - 2003년 송두울 교수사건 관련 대법원 결정의 의의와 향후과제, 형사정책연구, 통권 제56호, 한국형사정책연구원, 2003, 196쪽.

## V. 나가며

수사기관의 피의자신문은 형사소송절차 가운데 가장 심각한 지위의 불균형 속에서 이루어진다. 피의자의 방어력이 가장 약한 순간과 국가기관의 공격력이 가장 강한 순간이 공개되지 않은 상태에서 부딪힌다. 변호인의 조력이 형사소송의 어느 절차에서보다 절실하게 요구된다. 수사기관으로서는 자백을 비롯한 가장 필요한 정보를 피의자로부터 가장 손쉽게 이끌어 낼 수 있는 기회이지만, 피의자로서는 정확한 내용도 모르고 수사기관의도에 이끌려 한 진술이 이어지는 절차 내내 돌이킬 수 없는 실수가 되기도 한다. 누가 보아도 공정한 게임이 아니다.

형사소송의 이념인 실제적 진실은 일방적인 추궁으로 발견될 수 있는 것이 아니다. 오히려 객관적인 상태에서 적정 절차를 준수하는 가운데 구현될 수 있음을 변호인참여제도는 보여준다. 변호인은 피의자의 편에서지만 수사기관의 적은 아니다. 변호인의 종국적인 목적은 법적으로 보장된 피의자의 권리보호와 절차적 위법의 감시를 통한 형사사법기능의 원활한 작동이다. 수사기관과는 다른 방식으로 형사소송의 이념의 실현에 기여한다. 피의자의 손발을 묶어두고 받아낸 진술과 일방적 기록에 얼마나 실제적 진실이 담겨 있을까? 공판정에서 반복될 자백과 결국 밝혀지고 무효화될 수사과정에서의 절차적 위법은 결국 신속한 재판에 기여하는가? 제도의 타당성과 필요성에 대한 답이 분명하다면 이제는 과감한 인식의 전환과 입법적 결단을 해야 한다. 피의자가 변호인참여를 요구하면 이를 배제할 사유를 찾기보다는 이를 당연하게 받아들이는 자세가 요구된다. 변호인이 선임되어 있다면 피의자신문기일을 통지해야

한다. 참석한 변호인을 적대시해서는 안 된다. 변호인을 통해 피의자의 객관적인 진술을 듣는데 노력해야 한다. 형사소송법에 변호인참여의 예외적 제한사유와 조력권의 범위를 명확히 규정한다. 국선변호인제도의 적용을 확대한다. 충분한 국선변호인력을 확보한다. 법과 현실의 괴리가 더 커지기 전에 제도의 적극적 수용을 위해 진력하기를 바란다. 우리는 누구나 피의자가 될 수 있다.

〈논문 접수 : 2016. 8. 21, 심사 개시 : 2016. 8. 23, 게재 확정 : 2016. 9. 21〉

## 참 고 문 헌

### I. 국내문헌

- 신동운, 신형사소송법, 제6판, 법문사, 2014.
- 송강호, “피의자 신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안”, 한림법학 Forum 제20권, 2009.
- 오택림, “변호인의 피의자신문 참여권에 관한 연구(상)”, 법조, 통권 618호, 2008. 3.
- 이영돈, “변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계”, 경북대학교 법학논고, 제47집, 2014.
- 조 국, “피의자신문시 변호인참여권 소고 - 2003년 송두율 교수사건 관련 대법원 결정의 의의와 향후과제”, 형사정책연구, 통권 제56호, 한국 형사정책연구원, 2003.
- 친진호, “형사절차에서 변호인의 역할 제고 방안”, 법학논집, 제28권 제4호
- 최석운, “변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 연구”, 형사정책연구, 제23권 제4호, 2012.

### II. 외국 문헌

- Augstein, Josef, “Der Anwalt: Organ der Rechtspflege?”, in: NStZ, 1981.
- Benfer, Jost, “Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft: Voraussetzungen und Grenzen”, 2. Auflage, München, 2001.
- Beulke, Werner, “Der Verteidiger im Strafverfahren: Funktionen und Rechtsstellung”, Frankfurt am Main, 1980.

- \_\_\_\_\_, Strafprozessrechts, 6. Auflage, Heidelberg, 2002.
- Burghard, Waldemar, "Die aktenmäßig Bearbeitung kriminalpolizeilicher Ermittlungsvorgänge", in: Schriftenreihe des BKA 1969/1-3, Wiesbaden, 1969.
- Gössel, Karl Heinz, "Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren", in: ZStW 94, 1982.
- Hassemer, Winfried, "Reform der Strafverteidigung", in: ZRP (1980)
- Heinicke, Günther, "Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland: Die Geschichte ihrer Beziehung und der Rechtsstellung des Verteidigers heute", München, 1984.
- Kleinknecht, Theodor/Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 45. Auflage, München, 2001.
- Krause, Dietmar, "Einzelfragen zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers im Strafverfahren", in: StV, 1984.
- Kramer, Bernhard, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 4. Auflage, Stuttgart, 1999.
- Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 6. Auflage, Heidelberg, 2003.
- Lampe, Joachim, "Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG", NJW, 1975.
- Müller, Egon, "Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren", NJW, 1976.
- Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung, 4. Auflage, München, 2002.
- Peters, Karl, Strafprozess - Ein Lehrbuch, 4. Auflage, Heidelberg, 1985.
- Ranft, Otfried, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Stuttgart/München/Berlin, 1995.

- Riegel, Reinhard, "Neueste Entwicklungstendenzen in Polizei - und Strafverfahrensrecht", in: ZRP, 1978.
- Rieß, Peter, "Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts", in: Festschrift für Karl Schäfer, Berlin/New York, 1980.
- Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München, 1998.
- Schaefer, Hans-Christoph, "Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten", in: MDR, 1977.
- Schäfer, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln, 2000.
- Spaniol, Margret, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin, 1990.
- Vehling, Karl-Heinz, "Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren - ein Beitrag zum Selbstverständnis der Strafverteidigung", in: StV, 1992.
- Vogtherr, Thomas, H., Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung, Frankfurt am Main/New York, 1991.
- Winter, Christoph, Die Reform der Informationsrechte des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren, Frankfurt am Main, 1991.
- Wolter, Jürgen, Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007, München, 1991.

< ABSTRACT >

## Criticism on the Arguments against the Participation of Lawyer in the Process of Suspect Interrogation : Focusing the Discussion in Germany

Kim, Dong-Lyoul · Lee, Hoon

Through reform of criminal procedural law in 2007 lawyer is allowed to attend to the interrogation of suspect. But participation of counsel may be limited by the law enforcement agencies and the reason is described as a very abstract. The range of help which lawyer participated can give is not wide. The purpose of the institution was not properly reflected. In practice, the law enforcement agencies resist heavily for a interference in suspect interrogation. The institution of lawyer attendance to interrogation procedure are going to exist only in the name. In order to activate the institution legislative and law enforcement agencies must change their way of thinking. If you point out the inappropriation of opposing claims as follows.

Objection 1: the suspect already has enough the right of defence such as the right to silence: The suspect does not understand exactly the meaning of the right to silence. If th suspect exercise the right to silence, he can't even do favorable statements and has to pay the invisible penalty. The helpless suspect does not have ability to require to modify the contents written on the document or refuse to sign. Objection 2: Laywer jeopardize the function of judiciary by

supporting the criminals and distorting the truth: Lawyers use only means permitted by law. They don't make false claims. When counsel abuse the authority given to legal sanctions. The lawyer does not do anything for the client's interests. Objection 3: The discovery of truth is disturbing by the participation of counsel. Counsel shall transmit the emotional language of the accused objectively. Replace the subjective suspicion of law enforcement agencies with reasonable doubt by submitting evidence. Law enforcement agencies can go closer to the truth because counsel modify the prejudices of law enforcement agencies and prevent them from getting false confession. Lawyer participated forbids investigators from writing anything against suspect's will. In addition to it the suspect may also give a confession through his lawyer and convey the fact known enough.

With change of mind the legal improvement is also required. It should be defined as a principle in law that participation of counsel is always possible and only exceptionally can be limited. Counsel should be able to always raise objection and deliver opinions. Date of interrogation shall notify counsel. If necessary, state attorney has to be available to the suspect.

◆ Key Words : Interrogation of the Suspect, Participation of Lawyer, Defence Right of the Suspect, Weapons Equality, Investigation Process