

변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 연구*

최 석 윤**

국 | 문 | 요 | 약

이 논문은 변호인의 피의자신문참여권에 관한 현행제도의 내용을 살펴보고 비교법적 관점에서 외국의 제도를 검토함으로써 현행제도의 문제점에 대한 개선방안을 제시한 것이다. 주요내용을 간략히 정리하자면 다음과 같다.

첫째, 학계나 변호사단체의 끊임없는 주장과 대법원과 헌법재판소의 연이은 결정 및 사법제도개혁추진위원회의 논의를 거쳐 형사소송법 제243조의2가 신설되었지만, 변호인의 참여권을 제한하는 ‘정당한 사유’라는 제한사유가 지나치게 불명확할 뿐만 아니라 변호인의 참여실적이 지극히 저조하기 때문에 형사소송법의 개정 직후부터 입법론적 개선방안이 논의되고 있는 실정이다.

둘째, 우리나라의 경우 외형상 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 매우 광범위하게 인정하는 것으로 보이지만, 실질적으로는 수사기관이 제한규정을 통해 변호인의 참여권을 유명무실하게 만들 수 있게 되어 있다. 따라서 현행제도의 문제점에 대한 분석과 개선방안을 모색할 필요가 있다.

셋째, 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 제한할 수 있는 ‘정당한 사유’는 앞으로 판례와 학설에 의해 어느 정도까지는 구체화될 수 있겠지만, ‘정당한 사유가 없는 한’을 ‘신문방해, 수사기밀 누설, 그리고 위법한 조력으로 수사목적을 현저히 위태롭게 할 우려가 없는 한’으로 개정하는 방식으로 수사에 현저한 지장을 초래할 수 있는 ‘명백한 객관적 사유’를 구체적으로 열거하여 규정하는 것이 바람직하고, 검찰사건사무규칙을 비롯한 하위법령도 이러한 취지에 맞게 정비할 필요가 있다. 그리고 저조한 참여실적과 관련하여 피의자에 대한 국선변호제도를 확대하고 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서뿐만 아니라 검사가 작성한 피의자신문조서도 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거능력을 인정함으로써 피의자신문에 대한 변호인의 참여실적을 제고할 필요가 있다.

❖ 주제어 : 피의자신문, 변호인의 참여권, 정당한 사유, 경찰수사, 신문방해, 수사기밀 누설, 증거능력

* 이 논문은 2012년도 한국해양대학교 대외경쟁력 강화를 위한 연구역량 지원사업의 일환으로 작성되었음.

** 한국해양대학교 교수

I. 시작하는 말

수사절차에서 피의자신문은 향후 기소여부의 결정이나 공판절차에서 피고인의 유·무죄를 결정하는 데 매우 중요한 의미를 갖는다. 형사소송법상 피의자신문은 임의수사의 일종으로 수사기관인 검사 또는 사법경찰관리가 피의자를 신문하여 피의자로부터 진술을 듣는 것을 말한다. 피의자신문은 수사기관의 입장에서는 범죄 혐의를 받는 피의자를 신문하여 피의자로부터 자백이나 증거를 획득하여 진실을 밝힐 수 있는 기회가 되고, 피의자의 입장에서는 유리한 사실을 주장하여 범죄혐의로부터 벗어날 수 있는 기회가 된다. 이러한 의미에서 피의자신문은 수사절차에서 진실발견과 피의자의 인권보호라고 하는 두 가지 이념이 첨예하게 대립하는 영역이라고 할 수 있다.

일반적으로 피의자신문에 의하여 수사방향이 결정되고, 피의자신문에 의한 자백과 진술은 공판절차에서 중요한 증거자료로 사용되기도 한다. 이러한 상황에서 피의자신문은 자백을 얻기 위한 수단으로 악용될 위험성뿐만 아니라 폭행이나 협박 등에 의한 인권침해를 초래할 위험성이 매우 크다. 따라서 피의자신문에 대한 변호인의 참여권은 피의자의 인권보장과 정보적 자기결정권을 보호하기 위해서 뿐만 아니라 피의자신문조서의 실질적 진정 성립과 자백이나 진술의 신빙성을 담보하기 위한 장치로서 필수적인 것이라고 볼 수 있다. 이러한 맥락에서 2007년 형사소송법의 개정을 통하여 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정하여야 한다는 학계의 주장과 판례의 입장을 반영한 제243조의2가 신설되었다.

그런데 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 규정한 형사소송법 제243조의2는 제한사유가 불명확할 뿐만 아니라 실무상 변호인의 참여실적이 지극히 저조하기 때문에 형사소송법이 개정된 직후부터 입법론적 개선방안이 논의되고 있는 실정이다. 따라서 이하에서는 현행제도의 내용을 살펴보고(Ⅱ), 비교법적 관점에서 외국의 제도를 검토함으로써(Ⅲ), 현행제도의 문제점에 대한 개선방안을 제시(Ⅳ)하고자 한다.

II. 현행제도의 내용

앞에서 언급한 바와 같이 그동안 학계나 변호사단체의 끊임없는 주장과 대법원과 헌법재판소의 연이은 결정¹⁾ 및 사법제도개혁추진위원회의 논의를 거쳐 2007년 형사소송법 개정을 통하여 신설된 제243조의2는 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하고 있다.²⁾ 여기서는 현행제도의 법적 성질에 대해 간략히 살펴본 다음에 현행제도의 구체적 내용을 검토하고 한다.

1. 현행제도의 법적 성질

변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질에 대하여는 피의자신문의 적법성·임

-
- 1) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003모402 결정 ; 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌마138 결정.
 - 2) 피의자 신문에 대한 변호인의 참여권에 관해 자세한 내용은 김수현, 캐나다 변호인 신문참여의 내용과 한계, 해외파견검사 연구논문집 제23집 제3호, 2008, 436면 이하 ; 류전철, “수사기관의 피의자신문과 변호인의 입회권”, 비교형사법연구 제5권 제3호, 2003, 221면 이하; 변필건, “변호인의 피의자신문 참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰”, 법조 통권 제629호, 법조협회, 2009, 206면 이하; 송강호, “피의자 신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안”, 한림법학포럼 제20권, 한림대학교 법학연구소, 2009, 39면 이하 ; 심희기, “변호인의 피의자신문참여권·수사기록열람·등사권에 관한 최근의 입법적 판결·결정의 분석”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005, 630면 이하 ; 오택림, “변호인의 피의자신문 참여권에 관한 고찰(상)”, 법조 통권 제618호, 법조협회, 2008, 169면 이하; 오택림, “변호인의 피의자신문 참여권에 관한 고찰(하)”, 법조 통권 제619호, 법조협회, 2008, 211면 이하;; 윤정섭, 호주 변호인 신문참여권의 범위와 한계, 해외파견검사 연구논문집 제23집 제3호, 2008, 560면 이하 ; 윤영철, “피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고 - 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부의 형사소송법 개정안의 문제점을 중심으로 -”, 형사정책연구 제16권 제1호, 한국형사정책연구원, 2005, 55면 이하 ; 이완규, “변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질”, 형사법의 신동향 통권 제5호, 2006, 32면 이하; 정진연, “헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계”, 형사법의 신동향 제5호, 대검찰청, 2006, 1면 이하 ; 정한중, “변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권 - 개정 형사소송법과 관련하여”, 외법논집 제27집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007, 455면 이하 ; 조국, “피의자신문시 변호인참여권 소고 - 2003년 송두율 교수 사건 관련 대법원 결정의 의의와 향후 과제-”, 형사정책연구 제14권 제4호, 2003, 180면 이하; 조기영, “변호인의 피의자신문참여권”, 형사법연구 제19권 제4호, 한국형사법학회, 2007, 303면 이하 ; 조성제, “수사기관의 피의자신문시 변호인 참여권과 피의자 인권”, 한국경찰학회보 제11권 제1호, 2009, 201면 이하; 허철호, 수사절차 투명화를 위한 각국의 제도 및 연구 동향, 해외파견검사 연구논문집 제23집 제2호, 2008, 27면 이하 ; 홍종호, 독일 변호인의 신문참여의 내용과 한계, 해외파견 검사연구논문집 제23집 제2호, 2008, 4면 이하 참조.

의성확보를 위한 제도적 장치로 파악하는 견해와 변호인의 조력을 받을 권리의 실현방법으로 파악하는 견해가 있다. 그런데 전자의 견해는 2002년 법무부가 피의자신문참여제도에 관한 설명자료에서 취하였던 것이지만, 그 후 법안의 수정과정에서 이러한 견해를 수정하였기 때문에 현재로는 후자가 변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질에 대한 일반적 견해라고 할 수 있다. 그리고 변호인의 조력을 받을 권리의 실현방법으로 파악하는 견해는 다시 변호인의 접견교통권의 한 내용으로 이해하는 입장(변호인접견권설)과 접견교통권과는 별개의 참여권으로 이해하는 입장(참여권설)으로 나누어진다.³⁾

변호인접견권설에 의하면 별도의 입법조치 없이도 형사소송법상 변호인접견권에 대한 근거조항인 제34조에서 바로 변호인의 피의자신문참여권을 인정할 수 있으며, 변호인접견권에 대하여 법률상 제한이 없음을 이유로 변호인의 피의자신문참여권의 제한을 부인하거나 최소화하고자 한다. 그에 반하여 변호인의 피의자신문참여권을 변호인의 접견교통권과 별개의 권리로 이해하는 후자의 견해를 취하게 되면 추가적인 입법을 통해서만 변호인의 피의자신문참여권을 인정하게 되며, 이 권리는 아무런 법적 제한이 없는 접견교통권과 달리 그 제한을 합리적인 범위에서 인정하게 된다. 이와 관련하여 대법원은 변호인의 피의자신문참여를 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하기 위한 방법으로 이해하면서 접견교통권과는 별개의 권리임을 전제로 접견교통권규정을 유추적용해야 한다고 판시하여 참여권설의 입장을 취하고 있는 것으로 해석된다.⁴⁾ 그에 반하여 헌법재판소는 변호인의 피의자신문참여를 변호인의 조력을 받을 권리 중 변호인접견권을 행사하기 위한 전제요건이라 하여 변호인접견권의 내용으로 이해하여 변호인접견권설의 입장을 취하고 있는 것으로 해석된다.⁵⁾ 참고로 일본의 판례는 형사소송법이 변호인의 접견교통권만을 규정할 뿐이고 변호인의 참여권을 규정하고 있지 않은 것을 근거로 “피의자 취조에 대한 변호인의 참여권은 인정되지 않는다.”고 하여, 접견교통권과는 별개의 권리임을 전제로 하고 있다.

3) 자세한 내용은 이완규, 앞의 논문, 35면 이하; 조기영, 앞의 논문, 310면 이하; 조성제, 앞의 논문, 209면 이하 참조.

4) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003도402 결정.

5) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌마138 결정.

생각건대 변호인접견권설은 명문의 근거규정이 없었던 과거에는 변호인의 피의자신문참여권의 근거를 도출해 내고 입법적 방향성을 제시한 점에서 역사적 의미가 있었지만, 현행 형사소송법의 규정과 수사현실에는 부합하지 않는다. 왜냐하면 현행 형사소송법은 ‘변호인을 피의자와 접견하게 하거나’, “정당한 사유가 없는 한 피의자에 대한 신문에 참여하게 해야 한다.”라고 규정하여, 변호인의 피의자접견교통권과 변호인의 피의자신문참여권을 병렬적으로 규정하고 있을 뿐만 아니라 정당한 사유를 이유로 제한이 가능하도록 규정하여 무제한적 권리인 접견교통권과 명백히 구별하고 있기 때문이다. 따라서 변호인은 피의자신문에 참여하여 그 절차가 적법하게 진행되는지 감시하고, 위법 또는 부당한 절차진행에 대하여 이의를 제기하는 등의 절차적 참여권의 성질을 가진다고 해석하는 것이 타당한⁶⁾ 것으로 보인다.

2. 신청권자와 신청절차

형사소송법 제243조의2 제1항에 따르면 검사 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. 같은 조 제2항은 신문에 참여하고자 하는 변호인이 2인 이상인 때에는 피의자가 신문에 참여할 변호인 1인을 지정하도록 규정하고 있다. 그리고 피의자의 지정이 없는 경우에는 검사 또는 사법경찰관이 이를 지정할 수 있다.

검찰사건사무규칙 제9조의2 제2항에 따르면 변호인은 신문참여 전에 변호인선임에 관한 서면을 제출하여야 한다. 그리고 같은 조 제3항에 따르면 변호인참여 신청이 있는 경우에도 변호인이 상당한 시간 내에 출석하지 아니하거나 출석할 수 없는 경우에는 변호인의 참여 없이 피의자를 신문할 수 있다. 변호인을 피의자에 대한 신문에 ‘참여하게 한다는 것’은 참여를 허용한다는 것이므로 수사기관이 변호인을 선정해 주어야 하는 것은 아니며, 참여의 기회를 주면 족할 것이므로 참여를 신청한 변호인이 출석하지 않으면 변호인 참여 없이 신문을 진행할 수 있다⁷⁾고 한다.

6) 노정환, “피의자신문과 변호인의 참여”, 법률신문 제3730호, 2009. 3. 16.

7) 법무부, 『개정 형사소송법』, 2007, 117면.

3. 변호인의 권한

형사소송법 제243조의2 제3항에 따르면 신문에 참여한 변호인은 신문 후 의견을 진술할 수 있을 뿐만 아니라 신문 중이라도 부당한 신문방법에 대하여 이의를 제기할 수 있고 검사 또는 사법경찰관의 승인을 받아 의견을 진술할 수 있다. 신문 중에 피의자의 요청에 따라 변호인이 조언과 상담을 하는 것은 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용으로서 당연히 허용되는 것이기 때문에⁸⁾ 개정법에 별도의 규정을 두지 아니한 것이므로⁹⁾ 피의자가 요청하면 피의자에 대한 조언과 상담은 언제든지 가능하다.¹⁰⁾

변호인은 피의자의 ‘창’과 ‘방패’가 되기 위하여 배석하는 것이지, 단지 수사기관의 피의자신문에 ‘병풍’ 역할을 하기 위하여 배석하는 것이 아니다. 피의자에게 변호인은 수사기관의 신문에 대비하기 위해 고용된 ‘무기’인데, 그 ‘무기’를 자신이 가장 불리한 시기에 사용할 수 없다는 것은 무기평등원칙에 반한다고 할 것이다. 따라서 피의자신문단계에서 변호인이 적극적이고 효율적인 변호활동을 수행할 수 있기 위해서는 피의자가 조언을 요청할 경우에 언제든지 답변에 대하여 조언할 수 있고, 피의자에게 진술거부권이 있음을 상기시켜줄 수 있어야 한다.¹¹⁾

4. 신문조서의 기재

형사소송법 제243조의2 제3항에 따르면 변호인의 진술은 신문조서에 기재되며, 변호인의 의견이 기재된 피의자신문조서는 같은 조 제4항에 의해 변호인에게 열람하게 한 후 변호인으로 하여금 그 조서에 기명날인 또는 서명하게 하여야 한다. 그리고 같은 조 제5항에 따르면 검사 또는 사법경찰관은 변호인의 신문참여 및 그

8) 헌법재판소 2004.9.23. 선고 2002헌마138 결정.

9) 법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007, 48면.

10) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 2012, 113면.

11) 하태훈, “형사실무연구회 연말 심포지엄 지정토론”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005, 672면 ; 한상훈, “피의자신문에의 변호인 참여의 쟁점”, JURIST 통권 제406호, 2004, 56면 참조.

제한에 관한 사항을 피의자신문조서에 기재하여야 한다. 이것은 수사기관의 자의적인 참여제한을 방지하려는 규정이라고 볼 수 있다.¹²⁾

5. 참여권의 제한

피의자신문단계에서 피의자의 방어권을 보충하기 위한 변호인의 참여권과 수사의 목적달성이라는 공익 사이에 균형을 유지하려는 고민에서 나타나는 중요한 문제가 변호인 참여권의 제한기준이라고 할 수 있다. 형사소송법 제243조의2 제1항에 따르면 검사 또는 사법경찰관은 ‘정당한 사유’가 있는 때에는 변호인의 참여권을 제한할 수 있다. 그런데 정당한 사유라는 제한기준은 너무나 불명확하고 추상적인 것이다.

검찰사건사무규칙 제9조의2 제1항은 ‘정당한 사유’를 변호인참여로 인하여 신문 방해, 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래할 우려가 있다고 인정되는 경우라고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제4항은 변호인이 피의자신문에 참여했다 하더라도 신문방해나 수사기밀 누설 등 수사에 현저한 지장을 초래하는 사유가 있으면 신문 중이라도 참여를 제한할 수 있도록 하고 있다. 그러한 사유로는 1. 검사의 승인 없이 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 등이다. 다만 기록의 경우 피의자에 대한 법적 조언을 위해 변호인이 기억환기용으로 간략히 메모하는 것은 제외한다. 그리고 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정 제21조도 검찰사건사무규칙 제9조의2와 동일한 내용을 규정하고 있다. 그런데 이러한 제한사유는 형사소송법의 규정취지에 위반될 수 있으며, 특히 제2호와 제3호가 문제된다.¹³⁾ 왜냐하면 특정한 답변을 유도하는 것이나 진술반복을 유도하는 것을 제한사유로 인정하는 것은 경우에 따라 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용을 부정하는 것이 될 수 있기 때문이

12) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 114면.

13) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 114면.

다. 그리고 ‘부당하게 이의를 제기하는 경우’는 그 내용이 지나치게 포괄적인 것이기 때문에 수사기관과 변호인의 갈등을 유발할 수 있다.

이처럼 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 제한할 수 있는 ‘정당한 사유’는 앞으로 판례와 학설에 의해 어느 정도까지는 구체화될 수 있겠지만, 지나치게 불명확한 규정이기 때문에 수사기관에 의해 자의적으로 해석될 여지가 크다. 그리고 오늘날 수사절차의 밀행성이나 수사기관의 정보적 우월성을 근거로 피의자 신문에 대한 변호인의 참여권을 제한하여야 한다는 주장은 설득력을 가지기 어렵다.¹⁴⁾ 따라서 수사에 현저한 지장을 초래할 수 있는 ‘명백한 객관적 사유’를 구체적으로 열거하여 규정하는 것이 바람직하다.

6. 피의자신문참여권에 대한 침해의 효과

형사소송법 제417조에 따라 검사 또는 사법경찰관이 변호인의 참여를 제한하거나 참여한 변호인의 권한을 제한하는 경우 그 처분에 대하여 준항고를 제기할 수 있다.¹⁵⁾ 그리고 변호인의 피의자신문참여권을 침해한 상태에서 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제308조의2에 규정된 위법수집증거배제원칙에 의해 증거능력이 인정되지 않는다.¹⁶⁾

III. 비교법적 검토

1. 미국

미국에서도 1960년대 이전까지는 경찰단계의 구금 중 피의자신문에 관하여 변호인의 조력을 받을 권리가 인정되지 않았다. 즉 연방대법원 판례에 의하여 수정헌

14) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23.Aufl., München : C.H.Beck, 1993, §19 III.

15) 예컨대 대법원 2008. 9. 12. 자 2008모793결정; 대법원 2010. 1. 7. 자 2009모796 결정 참조.

16) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 앞의 책, 115면.

법 제6조의 변호권은 연방절차에서 국선변호인의 권리로서 인정되었지만, 그것은 기소 후에 적용되는 권리에 지나지 않았다.¹⁷⁾ 따라서 in *Re Groban*, 372 U.S. 330 (1957) 사건에서 법원은 피의자가 방화죄의 혐의로 소방경찰관에 의하여 강제적인 방법으로 체포되었다고 할지라도 이 사람에게 변호인의 조력을 받을 권리가 반드시 인정되어야 하는 것은 아니라고 판시하였다. 이후 1964년에 이르러서야 경찰의 피의자신문과정에서 변호인의 조력을 인정하는 판결이 등장하기 시작하였다. *Massiah v. United States* 판결과¹⁸⁾ *Escobedo v. Illinois* 판결이¹⁹⁾ 그것이다. *Massiah v. United States* 판결에서 연방대법원은 피의자의 진술이 변호인이 출석하지 않은 상태에서 얻은 것이라면 피의자로부터 경찰이 얻은 진술은 유죄의 근거로 사용될 수 없다고 판시하였으며, *Escobedo v. Illinois* 판결에서는 살인죄로 체포된 피고인이 경찰에서 몇 시간동안 신문을 받으면서 변호사를 만나야겠다고 수차 요구했음에도 불구하고 경찰이 그 요구를 거절하고 신문한 끝에 자백을 받은 사건에 관하여, 법원은 *Escobedo*가 변호인의 도움을 받을 권리를 침해하였으므로 경찰의 신문에서 얻은 진술은 증거로 사용할 수 없다고 판시하였다. 특히 *Escobedo v. Illinois* 판결은 변호인의 조력을 받을 권리가 경찰신문단계에서 인정된다는 것을 명백히 하였으며, 이러한 의미에서 경찰의 피의자신문과 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 중요한 판결이라고 할 수 있다.²⁰⁾

Escobedo 판결은 피의자가 구속된 상황에서만 적용된 것임에 반하여 한 걸음 더 나가 *Miranda v. Arizona* 판결²¹⁾에서는 변호인의 조력을 받을 권리가 더욱 확대되

17) Beany, *The Right to Counsel Before Arraignment*, 45 Minn. L. Rev. 1961, pp.771.

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

19) *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

20) 박상기, “형사사법, 언론 그리고 인권”, 현대형사법의 쟁점과 과제(동암 이형국교수 회갑기념논문집), 1998, 672면.

21) *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966). *Miranda*는 집에서 체포된 후 경찰서에 연행되어 납치유괴와 강간혐의에 대하여 2시간동안 경찰신문을 받고 처음에는 부인하였으나, 곧 이어 자기 범죄사실을 자백하였다. 이 과정에서 미란다는 특별히 변호인의 입회를 요청한 일이 없었다. 그는 *Arizona*주 대법원에서 각각의 공소사실에 관하여 장기 30년, 단기 20년의 징역형을 선고받고 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 경찰과 상고인의 진술에 의하여 *Miranda*에게 변호인의 조력을 받을 권리 및 자기부죄를 강요받지 않을 권리가 보장되지 않았다는 이유로 무죄 판결하여 원심을 파기하였다.

어 모든 경찰신문에 대해 적용되었으며, 경찰이 피의자신문을 할 경우에 피의자에게 변호인참여를 희망하는가를 묻고 피의자가 변호인의 참여를 원할 때에는 변호인의 참여시까지 즉시 신문을 중단하도록 하는 이른바 *Miranda Rule*이 확립되었다.²²⁾ 즉 이 사건에서 연방대법원은 경찰에서 구금상태의 신문에 의하여 얻은 증거는 피의자에 대하여 진술거부권이 있다는 사실과 변호인의 도움을 받을 권리가 있다는 것을 먼저 고지하지 않았을 때에는 증거로 사용할 수 없다고 판시하였던 것이다. 요컨대 구금상태에 있는 피의자가 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하지 않는 한 변호인 없이는 피의자를 신문할 수 없다는 것이다.

그 이후 1981년 *Edward v. Arizona* 사건에서도 미국 연방대법원은 구속피의자를 신문하는 동안에는 변호인의 조력을 받을 권리가 있으며, 변호인이 참여하지 않는 동안에는 신문이 중단되어야 한다고 판시하였다.²³⁾ 이러한 입장은 1990년 *Minnick v. Mississippi* 사건에서도 지속되었는데, 이 판결에서 *Miranda Rule*에 버금가는 획기적인 법칙, 즉 피의자가 일단 변호인의뢰권을 행사한 후에는 변호인이 입회하지 않는 한 조사를 진행할 수 없다는 법칙을 선언하였다.²⁴⁾ *Miranda Rule*에서는 변호인의뢰권을 피의자가 임의로 포기할 수 있었지만, *Minnick Rule*에서는 피의자가 체포 후 조사를 받을 때, 변호인을 의뢰하는 의사를 표시한 이상 피의자가 변호인의 입회하에 변호인의뢰권을 포기하지 않는 한 변호인이 입회하지 않는 조사는 변호권침해라고 한 것이다.²⁵⁾

2. 독일

독일 형사소송법은 제137조 제1항에서 “피의자·피고인은 절차의 모든 단계에서 변호인의 조력을 받을 수 있다.”고 규정하여 변호인의 조력을 받을 권리의 일반 규정을 두고 있다.²⁶⁾ 그리고 제148조에서 구금 중 피의자·피고인과 변호인의 접

22) 자세한 내용은 예컨대 허철호, 앞의 논문, 27면 이하 참조.

23) *Edwards v. Arizona*, 451 U.S. 477, 101 S.Ct. 1880 (1981).

24) *Minnick v. Mississippi*, 498 U.S. 146, 111 S.Ct. 486 (1990).

25) Stephen L. Coco, “Extension of the Right to Counsel : *Minnick v. Mississippi*, 111 S.Ct. 486 (1990)”, *Harvard Journal of law and Public Policy* v.14, 1991, 895면 이하.

견교통권을 규정하고 있다. 그런데 법관의 피의자신문에 대한 변호인참여는 제168조c 제1항에 규정하고 검사의 피의자신문에 대한 변호인참여는 제163조의a 제3항에서 제168조c를 준용하고 있지만, 경찰의 피의자신문에 대한 변호인참여는 이러한 준용규정을 두고 있지 않다. 따라서 경찰의 피의자신문에 대해 변호인이 참여할 수 있는지에 대하여서는 견해가 대립되고 있다.²⁷⁾

경찰의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 부정하는 견해는 변호인에게 경찰의 피의자신문에 대한 참여권을 인정하게 되면 피의자가 자백을 하지 않을 뿐만 아니라, 이로써 수사진행이 상당히 방해가 된다는 점 등을 근거로 들고 있다. 그에 반해 경찰의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하는 견해는 객관의무를 부담하고 있는 수사의 주재자인 검사의 피의자신문에 대해 변호인의 참여권을 인정하고 있는 것에 비추어 경찰의 피의자신문에 변호인을 참여시키지 않는 것은 모순이라는 점, 독일 형사소송법 제136조 제1항 2문²⁸⁾과 제137조 제1항 1문²⁹⁾이 변호인의 참여권을 암시하고 있다는 점, 무기평등원칙과 공정한 재판이념 등을 근거로 들고 있다.

아직까지 독일의 통설과 판례의 태도는 경찰의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하지 않고 있지만,³⁰⁾ 경찰이 필요하다고 인정하면 변호인참여를 허용하는 것이 가능하기 때문에 실무상 경찰의 피의자신문에서 변호인참여가 광범위하게 인정되고 있다.³¹⁾ 독일 형사소송법은 변호인참여의 제한사유에 대해서 명시적으로 규정한 바는 없지만, 제168조의c 제5항에서 조사의 성과를 해할 우려가 있는 경우 변호인에게 피의자신문기일을 통지하지 않을 수 있도록 규정하고 있다. 그런

26) 오택림, “변호인의 피의자신문 참여권에 관한 고찰(상)”, 185면.

27) 박미숙, 피의자에 대한 변호권의 보장, 경희대학교 박사학위논문, 1995, 205면 이하; 홍종호, 앞의 논문, 10면 이하 참조.

28) 독일형사소송법 제136조 제1항에 따르면 첫 번째 신문을 시작할 때에는 피의자에게 어떤 범죄행위가 혐의의 되고 있으며 어떤 형벌규정이 적용될 수 있는지를 설명하여야 한다. 피의자에게는 법률이 정하는 바에 의하여 혐의내용을 진술하거나 사실관계를 진술하지 않을 수 있으며 어느 때든지 신문을 받기 전에도 그가 선임한 변호인에게 질문할 수 있다는 것을 알려 주어야 한다.

29) 독일형사소송법 제137조 제1항에 따르면 피의자나 피고인은 절차의 어떤 단계에서든지 변호인의 조력을 받을 수 있다.

30) 박미숙, 앞의 논문, 205면 이하 참조.

31) 오택림, 앞의 논문, 186면.

데 이러한 규정은 단순히 통지할 의무를 면제한 것일 뿐이고 참여제한규정으로는 볼 수 없기 때문에 통지를 받지 못한 변호인이라고 하더라도 어떤 사유든 신문기일을 알고 참여하였거나 참여하려고 할 경우 그것을 제한할 수 없다.³²⁾

3. 영국

영국에서 경찰조사에 변호인의 참여권이 인정된 것은 PACE 1984(the Police and Criminal Evidence Act 1984)에 이르러서이다.³³⁾ 동법 제58조 제1항은 체포되어 경찰서 혹은 다른 구금장소에 유치된 자는 신청하면 언제든지 변호인과 비밀리에 상담할 수 있는 권리가 있다.”라고 하여 변호인과의 접견교통권을 규정하고 있다. 또한 PACE는 제65조 규정에 따라 Secretary of State가 구체적인 실행규칙(Code of Practice)을 제정할 수 있도록 하였는데 이에 따라 제정된 경찰관에 의한 피의자구금, 처우, 신문에 관한 실행규칙(Code of Practice C : Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers)은 “변호인과의 접견이 허용된 구금 피의자는 6.6항의 예외에 해당하지 않는 한 신문받을 때 변호인이 참여하도록 요청할 권리가 있다.”라고 하여 피의자신문시 변호인참여권까지 인정하고 있다. 여기서 한 가지 주목할 점은 영국도 ‘구금’된 피의자에 한해서 변호인참여권을 인정하고 있다는 점이다.

그리고 영국에서는 변호인의 피의자신문참여권과 접견교통권이 제한 없이 절대적으로 인정되는 것이 아니라 일정한 경우 제한을 받고 있다. 우선 영국에서 피의자의 변호인접견교통권은 살인, 강간, 불법무기소지, 중대한 재산침해를 야기한 강력범죄, 마약범죄, 테러범죄 등 피의자가 소정의 중대한 범죄혐의를 받고 있고, 총경 이상의 간부가 변호인과 체포·구금된 자의 접견이 허용되면 증거수집의 장애, 다른 사람에 대한 침해, 공범의 도피, 범죄로 취득한 재산의 회복장애 위험성 등이 있다고 인정할 경우 36시간 범위 내에서 제한될 수 있다.³⁴⁾ 또한 변호인의 행동으

32) 오택림, 앞의 논문, 187면.

33) 오택림, 앞의 논문, 178면; Gordon Van Kessel, “EUROPEAN PERSPECTIVES ON THE ACCUSED AS A SOURCE OF TESTIMONIAL EVIDENCE”. West Virginia Law Review (Summer 1998), 813면.

로 인하여 수사관이 적절하게 피의자를 신문할 수 없을 경우 변호인의 퇴거를 요구할 수 있도록 규정하여 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하면서도 수사업무의 원활한 수행을 위하여 그 한계를 벗어나서 행동하는 변호인에 대해서는 일정한 제재를 가할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 퇴거를 요구할 수 있는 변호인의 행동에 대해서 “변호인이 피의자를 대신하여 대답하거나 피의자에게 답변에 원용하도록 메모지를 전달하는 행위” 등을 예시하고 있으며, 더 나아가 변호인이 제스처에 의하여 피의자의 답변을 유도하거나 수사관이 질문할 수 없도록 너무 자주 끼어들거나 위협적인 언사를 사용하는 경우 등도 이에 해당한다. 이와 같은 변호인의 퇴거요구는 담당수사관이 총경 이상의 간부 경찰관에게 요청하고, 간부가 변호인의 의견을 들은 후 퇴거여부를 결정하게 된다.

4. 일본

일본에서는 경찰의 피의자신문에 대한 변호인의 참여권은 거의 논의의 대상이 되지 않고, 다만 구속피의자의 접견교통권을 논의하는 과정에서 수사기관의 신문에 대한 변호인의 참여권을 인정해야 하지 않는가라는 문제로 논의되고 있을 뿐이다.³⁵⁾

일본의 경우에는 피의자신문에 변호인의 참여권을 인정하는 명문규정은 없고 다만 형사소송법 제39조 제1항은 변호인의 피의자접견을 인정하고 있는데, 변호인은 이를 통하여 수사기관에 대하여 피의자가 답변하는 것을 도울 수 있다. 그런데 일본에서는 접견교통권에 대한 예외를 널리 인정하고 있고, 특히 형사소송법 제39조 제3항은 수사기관의 접견지정을 인정함으로써 수사관은 접견지정권을 활용하여 사실상 변호인의 접견교통권을 방해 내지 봉쇄하여 변호인의 접견이 사실상 허가제로 운영되고 있는 실정이다. 이것은 체포·구류된 상태에서 작성된 피의자신문조서를 가장 중요한 증거로 삼고 있는 일본의 재판형태에서 변호인이 피의자와 접견하는 것은 수사기관이 피의자로부터 자백을 얻는 데 방해가 된다는 인식 때문이라

34) PACE 제58조 제6항, 제8항.

35) 광규택, “‘변호인의 피의자신문참여권’ 운영실태와 향후전망”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005, 661면 ; 박미숙, 앞의 논문, 200면.

고 한다.³⁶⁾

5. 검토

앞에서 살펴본 바와 같이 일본은 변호인의 참여권을 전혀 인정하지 않으며, 독일과 프랑스³⁷⁾의 입법례도 일반적으로 경찰수사에서 변호인의 참여권을 인정하지 않고 있다. 그리고 미국, 영국, 호주³⁸⁾ 등의 경우에는 체포 또는 구속 피의자·피고인에 한해서 변호인의 참여권이 인정되고 있다. 따라서 외형상으로 본다면 우리나라와 같이 구속여부를 가리지 않고, 경찰·검찰수사단계의 구별 없이 변호인의 참여권을 폭넓게 인정하는 입법례는 매우 드물다고 할 수 있다.³⁹⁾

그러나 실질적으로 본다면 독일의 경우 실무상 경찰의 피의자신문에서 변호인의 참여가 광범위하게 인정되고 있을 뿐만 아니라 우리나라처럼 변호인의 참여권을 제한하는 특별한 규정이 없다. 그리고 미국에서도 *Minnick v. Mississippi* 사건 이래로 피의자가 일단 변호인의회권을 행사한 후에는 변호인이 입회하지 않는 한 조사를 진행할 수 없으며, 변호인의 참여권을 제한하는 특별한 규정이 없다. 이와 같은 관점에서 볼 때 우리나라의 경우 외형상 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 매우 광범위하게 인정하는 것으로 보이지만, 실질적으로는 수사기관이 제한규정을 통해 변호인의 참여권을 유명무실하게 만들 수 있게 되어 있다. 실제로 변호인의 피의자신문참여권에 대한 제한규정은 형사소송법의 개정과정에서 원래 정부원안에는 없었던 것이며, 이것을 명문화함으로써 변호인참여제도의 의의가 퇴색되었다는 비판을 받기도 한다.⁴⁰⁾ 이것은 변호인의 피의자신문참여권을 도입한 이후에도 실제로 변호인의 피의자신문참여율이 뚜렷하게 증가하지 않고 있다는 사실에 의해 뒷받침되고 있다.⁴¹⁾ 따라서 현행제도의 문제점에 대한 분석과 개선방안을 모색할

36) 오택림, 앞의 논문, 191면.

37) 프랑스에서는 예심수사판사에 의한 신문에서만 변호인참여가 허용되고 경찰에 의한 신문과정에서는 변호인참여가 인정되지 않는다. 자세한 내용은 오택림, 앞의 논문, 188면 이하 참조.

38) 호주 연방 형사법 제23G조에 따르면 미국이나 영국과 마찬가지로 체포 또는 구속된 피의자에 한하여 변호인참여가 인정된다. 자세한 내용은 오택림, 앞의 논문, 182면 이하 참조.

39) 오택림, “변호인의 피의자신문 참여권에 관한 고찰(하)”, 211면.

40) 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010, 106면.

필요가 있다.

IV. 현행제도의 문제점과 개선방안

현행제도의 문제점은 참여권의 제한 및 저조한 참여실적과 관련되어 있기 때문에 여기서는 이러한 문제점과 개선방안에 대해 검토하고자 한다.

1. 참여권의 제한

앞에서 언급한 바와 같이 형사소송법 제243조의2 제1항에 규정된 ‘정당한 사유’라는 제한기준은 지나치게 추상적이고 불명확한 개념이기 때문에 실무상 정당한 사유의 유무에 대한 판단에서 혼란을 야기할 우려가 있다.⁴²⁾ 그런데 대법원⁴³⁾과 헌법재판소⁴⁴⁾가 변호인참여권이 제한될 수 있는 경우로 예시한 기준에 따르면, 참여

41) 형사소송법의 개정 이후에도 경찰의 피의자신문에 대한 변호인의 참여율은 0.1%에도 미치지 못하는 실정이고, 검찰의 피의자신문에 대한 변호인의 참여율도 마찬가지로 나타나고 있다. 자세한 내용은 최석윤/천진호, 형사절차에서 변호인의 참여실태와 재판운영상 개선점, 법원행정처 용역과제 연구보고서, 2011, 5면 이하 참조.

42) 형사소송법 개정특별위원회, 앞의 책, 106면.

43) 대법원 2003. 11. 11. 자 2003도402 결정. “그러나 구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 형사소송법 제209조, 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.” 이와 마찬가지로 대법원 2008. 9. 12. 자 2008도793 결정도 정당한 사유를 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우라고 판시하였다.

44) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정. “다만, 피의자가 피의자신문시 변호인을 대동하여 조언과 상담을 받을 수 있는 권리가 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적 내용으로 형사절차에 직접 적용된다 하더라도, 위 조언과 상담과정이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 경우 등에게까지 허용되는 것은 아니다. 왜냐하면, 조언과 상담을 통한 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인의 ‘적법한’ 조력을 받을 권리를 의미하는 것이지 위법한 조력을 받을 권리까지도 보장하는 것은 아니기 때문이다.”

권을 제한할 수 있는 ‘정당한 사유’는 크게 ① 신문방해의 우려, ② 수사기밀 누설 우려, ③ 위법한 조력의 우려라는 3가지 실제적 요건으로 구체화할 수 있다. 그리고 절차적 요건으로 이러한 우려의 상당성을 입증할 수 있는 객관적으로 명백한 특별사정은 변호인참여를 거부 또는 제한하는 수사기관에게 입증책임이 있어야 한다는 것이 대법원결정의 취지이다. 이에 대해 좀 더 자세히 살펴보자면 다음과 같다.

첫째, 신문에 참여한 변호인이 신문을 부당하게 제지 또는 중단시키거나 피의자의 특정한 답변을 유도하거나 진술을 반복하게 하는 행위나 신문내용을 촬영·녹음하는 행위가 참여권을 제한할 신문방해에 해당한다고 할 수 있다.⁴⁵⁾ 그런데 특정한 답변을 유도하거나 진술을 반복하게 하는 행위를 근거로 변호인의 참여권을 제한하는 것은 경우에 따라 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 부분을 부정하는 것이 될 수 있다. 더 나아가 신문에 참여한 변호인이 피의자에게 진술거부권을 행사하도록 하는 것이 참여권을 제한하는 정당한 사유에 해당되는지가 문제될 수 있다. 그러나 진술거부권은 헌법에 의하여 보장된 피의자의 권리이기 때문에 참여권을 제한할 정당한 사유에 해당되지 않는다고 보아야 한다.

둘째, 변호인이 상피의자에게 수사상황을 알려줌으로써 도피 또는 증거인멸 등을 하도록 할 염려가 있거나 수사상황을 언론 등에게 공표함으로써 피해자나 참고인의 인격권을 침해할 수 있다고 의심할 만한 사정이 객관적으로 명백한 경우가 수사기밀 누설의 우려에 해당할 것이다. 그러나 수사기밀은 그 개념 자체가 추상적이고 기밀성 여부를 수사기관이 판단하기 때문에 수사기관의 자의적 판단에 따라 변호인참여가 배제될 위험이 있다.⁴⁶⁾ 따라서 수사기밀을 이유로 한 변호인참여 배제에는 신중을 기할 필요가 있다.

셋째, 변호인이 다른 공범 또는 참고인 및 피해자 등에게 허위진술 또는 위증을 강요할 우려가 있거나, 피의자 또는 공범에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조할 우려가 있는 등 형법상 범죄에 해당하는 행위를 할 우려가 있다는 사정이 객관적으로 명백한 때에는 위법한 조력의 우려를 이유로 변호인참여를 제한할 수 있을 것이다.

45) 자세한 내용은 조기영, 앞의 논문, 321면 이하 참조.

46) 정준영, “변호인의 피의자신문참여권”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005, 654면.

넷째, 검찰사건사무규칙 제9조의2와 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정 제21조도 대법원과 헌법재판소의 결정취지에 따라 ‘정당한 사유’를 구체화하고 있지만, 형사소송법의 규정취지에 위배될 수 있다. 왜냐하면 특정한 답변을 유도하는 것이나 진술변복을 유도하는 것을 제한 사유로 인정하는 것은 경우에 따라 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용을 부정하는 것이 될 수 있기 때문이다. 그리고 부당하게 이익을 제기하는 경우는 그 내용이 지나치게 포괄적인 것이기 때문에 수사기관과 변호인의 갈등을 유발할 수 있다.

요컨대 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 제한할 수 있는 ‘정당한 사유’는 앞으로 판례와 학설에 의해 어느 정도까지는 구체화될 수 있겠지만, 지나치게 불명확한 규정이기 때문에 수사기관에 의해 자의적으로 해석될 여지가 크다. 그리고 오늘날 수사절차의 밀행성이나 수사기관의 정보적 우월성을 근거로 피의자 신문에 대한 변호인의 참여권을 제한하여야 한다는 주장은 설득력을 가지기 어렵다. 따라서 ‘정당한 사유가 없는 한’을 ‘신문방해, 수사기밀 누설, 그리고 위법한 조력으로 수사목적을 현저히 위태롭게 할 우려가 없는 한’으로 개정하는 방식으로 수사에 현저한 지장을 초래할 수 있는 ‘명백한 객관적 사유’를 구체적으로 열거하여 규정하는 것이 바람직하고,⁴⁷⁾ 검찰사건사무규칙을 비롯한 하위법령도 이러한 취지에 맞게 정비할 필요가 있다. 이와 같이 제한사유를 ‘신문방해, 수사기밀 누설, 위법한 조력’이라는 명백한 객관적 사유로 열거할 경우에는 - 판례와 해석에 의해 ‘정당한 사유’가 신문방해의 우려, 수사기밀 누설 우려, 위법한 조력의 우려라는 3가지 실체적 요건으로 어느 정도 구체화된 바와 같이 - 명백한 객관적 사유에 해당하는 구체적인 사례가 판례와 학설에 의해 축적될 것이며, 이에 따라 좀 더 구체적이고 객관적인 제한사유가 제시될 수 있을 것이다.

2. 저조한 참여실적

변호인의 참여실적은 형사소송법의 개정을 통하여 피의자신문에 대한 변호인의

47) 형사소송법 개정특별위원회, 앞의 책, 107면 참조.

참여권을 보장한 이후에도 그 이전과 마찬가지로 여전히 지극히 저조한 실정이다.⁴⁸⁾ 이와 같이 참여실적이 저조한 이유는 변호사선임으로 인한 수임료의 부담, 수사단계는 사건의 실체가 드러나는 과정이므로 심판의 대상이 확정되어 있는 공판단계와 다르고, 신문에 참여할 변호인이 자신의 역할을 미리 예상하기도 어려울 뿐만 아니라 짧은 구속기간으로 인해 참여일정을 조정하기도 쉽지 않으며, 경우에 따라서는 변호인이 참여한 상태에서 받은 조서의 신빙성만 강화시키는 상황도 예상된다는 점도 부담으로 작용하여 피의자들이 대부분 변호사를 선임하지 않고 조사를 받기를 원하기 때문이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 또한 수사기관도 피의자신문에 참여한 변호인이 피의자에 대한 조언을 하는 것에 대하여 수사에 지장을 초래한다는 이유 등을 들어 단순히 회피 이상의 역할을 할 수 없게 하는 것도 한 원인이 되고 있다.

요컨대 변호인을 소극적 감시자로서 한정하는 현행 형사소송법의 규정뿐만 아니라 피의자의 경우 경제적 부담 때문에 변호인선임을 꺼리고 있다는 이유, 수사기관의 경우 수사에 대한 지장을 우려하고 있다는 이유, 변호인의 경우 피의자 신문에 참여하여도 변론활동의 실익이 크지 않다는 이유 등이 피의자신문에 대한 변호인의 참여실적이 저조한 주된 원인이 되고 있다.⁵⁰⁾ 따라서 여기서는 이와 같은 원인을 중심으로 변호인의 참여를 확대할 수 있는 방안에 대하여 검토하고자 한다.

가. 국선변호인참여의 확대

형사소송법 제243조의2는 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 보장하고 있지만, 변호인을 선임할 경제적 능력이 없는 피의자의 입장에서 그것은 법치주의가 낳은 장식물 내지 ‘그림의 떡’에 불과하다고 할 수 있다. 이와 같이 가난하고 소외된 피의자에 대한 변호인제도의 한계는 국선변호인제도에 의해 보완되어야 한다.

오늘날 형사절차에서 무기평등원칙과 공정한 재판이념의 실현은 사선변호인제

48) 최석윤/천진호, 앞의 보고서, 4면 이하 참조.

49) 예컨대 이석수, “변호인의 피의자신문 참여 주요쟁점 및 운영현황”, JURIST 통권 제406호, 2004, 65면; 하태훈, 앞의 토론문, 671면 참조.

50) 최석윤/천진호, 앞의 보고서, 13면 이하 참조.

도만으로는 기대할 수 없고, 사선변호의 사각지대를 보완하기 위하여 일정한 사유로 인하여 스스로 변호인을 구할 수 없는 피의자·피고인에 대하여 국가가 변호인을 붙여 줄 때에 비로소 가능하다고 할 수 있다.⁵¹⁾ 따라서 헌법은 평등원칙과 사회적 법치국가이념을 실현하기 위하여 국선변호인의 조력을 받을 권리도 기본권으로 격상시키고 있으며, 이와 같은 헌법의 취지를 구체화한 형사소송법은 일정한 사유로 사선변호인을 선임할 수 없는 피의자도 국가가 선정해 준 변호인의 조력을 받을 수 있도록 하고 있다.

그런데 형사소송법은 국선변호제도를 원칙적으로 피고인에 대해서만 인정하고 피의자에 대해서는 구속전피의자심문과 체포·구속적부심사의 경우만 예외적으로 인정하고 있다. 구속전피의자심문과 체포·구속적부심사의 경우에 인정되는 국선변호제도도 수사절차에서 피의자의 방어권을 보충하려는 것보다는 법원의 심문절차에서 인정되는 것이라고 볼 수 있다.⁵²⁾ 그러므로 현재로는 진정한 의미에서 피의자의 방어권을 보충하기 위한 국선변호인제도는 존재하지 않는다고 보아야 한다.⁵³⁾

인권침해의 가능성이 상존하고 있는 수사절차에서 피의자는 방어권의 주체이지만 변호인이 없으면 수사기관을 상대로 방어권을 제대로 행사하기 어렵다. 그리고 수사절차에 의해 공판절차의 진행과 결과가 상당부분 미리 결정된다는 것이 오늘날의 일반적인 인식이다. 특히 범죄사실에 대한 인정여부는 사실상 수사단계에서 실질적으로 거의 결정되는 형편이라고 말할 수 있다.

이와 같은 상황에 비추어 볼 때 공정한 재판의 이념과 무기평등원칙을 실현하기 위해서는 수사단계에서 변호인의 조력을 받을 권리가 가장 절실하며, 실질적 법치국가 내지 사회적 법치국가의 관점에서 경제적 능력이나 기타 사유로 사선변호인을 선임할 수 없는 피의자에게도 당연히 국선변호제도가 보장되어야 한다.⁵⁴⁾ 피의

51) 이보영, “헌행 국선변호인제도의 문제점과 개선방안”, 현대형사법론(죽헌 박양빈 교수 회갑논문집), 1997, 776면 참조.

52) 이상철/최석윤, 국선변호인제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994, 56면.

53) 김성돈, “국선변호인 제도를 확대하기 위한 전제조건”, 형사정책연구 제10권 제4호, 1999, 154면.

54) 최석윤, “수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위”, 형사정책연구 제12권 제3호, 2001, 66면 이하 참조.

자에 대한 국선변호제도가 확대된다면 그에 따라 피의자 신문에 대한 변호인의 참여 실적도 증가할 것이다.

나. 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력

사법경찰이 작성한 피의자신문조서는 형사소송법 제312조 제3항에 의해 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다. 즉 피의자신문조서의 임의성이나 내용의 진실성과 관련 없이 피의자였던 피고인이나 변호인이 내용을 인정하여야만 증거로 할 수 있다. 실무상 사법경찰관이 초동수사단계에서 작성한 피의자신문조서에 근거하여 검사에 의한 피의자신문조서가 작성되는 현실을 감안할 때 이중신문이라는 불합리한 현상이 발생한다. 이에 따라 수사력이 낭비되고 궁극적으로는 국가예산이 낭비되는 것이라고 할 수 있다.

이러한 관점에서 변호인이 참여한 상태에서 작성되는 경찰의 피의자신문조서는 그 임의성이 입증되는 만큼 인권옹호나 적정절차의 관점에서 문제 없을 것이기 때문에 증거능력을 인정하고 증명력은 공판절차에서 법관이 자유심증주의에 따라 결정하면 된다는 견해도 있다.⁵⁵⁾ 그러나 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서 뿐만 아니라 검사가 작성한 피의자신문조서도 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거능력을 인정하는 것이 바람직하다. 그렇게 되면 사법경찰관과 검사의 입장에서 수사하는 데 다소 어려움이 따를 수도 있지만, 증거능력이 인정되는 만큼 변호인의 참여에 대하여 최대한 협조와 홍보를 병행해 나아갈 것이고 궁극적으로 피의자신문에 대한 변호인의 참여가 활성화될 수 있을 것이다.

55) 송강호, “피의자 신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안”, 한림법학포럼 제20권, 2009, 60면.

V. 맺는 말

지금까지 변호인의 피의자신문참여권에 관한 현행제도의 내용을 살펴보고 비교법적 관점에서 외국의 제도를 검토함으로써 현행제도의 문제점에 대한 개선방안을 제시하였다. 앞에서 검토한 내용을 간략히 정리하면서 결론을 맺자면 다음과 같다.

첫째, 학계나 변호사단체의 끊임없는 주장과 대법원과 헌법재판소의 연이은 결정 및 사법제도개혁추진위원회의 논의를 거쳐 2007년 형사소송법 개정을 통하여 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 인정하는 제243조의2가 신설되었다. 그러나 변호인의 참여권을 제한하는 ‘정당한 사유’라는 제한사유가 지나치게 불명확할 뿐만 아니라 변호인의 참여실적이 지극히 저조하기 때문에 형사소송법의 개정 직후부터 입법론적 개선방안이 논의되고 있는 실정이다.

둘째, 일본은 변호인참여를 전혀 인정하지 않으며, 독일과 프랑스의 입법례는 일반적으로 경찰수사에서 변호인참여를 인정하지 않고 있다. 그리고 미국, 영국, 호주의 경우에는 체포 또는 구속 피의자·피고인에 한해서 변호인참여가 인정되고 있다. 따라서 외형상으로 본다면 우리나라와 같이 구속여부를 가리지 않고, 경찰·검찰수사단계의 구별 없이 변호인의 참여권을 폭넓게 인정하는 입법례는 매우 드물다고 할 수 있다. 그러나 실질적으로 본다면 독일의 경우 실무상 경찰의 피의자신문에서 변호인의 참여가 광범위하게 인정되고 있을 뿐만 아니라 우리나라처럼 변호인의 참여권을 제한하는 특별한 규정이 없다. 그리고 미국에서는 피의자가 일단 변호인의뢰권을 행사한 후에는 변호인이 입회하지 않는 한 조사를 진행할 수 없으며, 변호인의 참여권을 제한하는 특별한 규정이 없다. 이와 같은 관점에서 볼 때 우리나라의 경우 외형상 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 매우 광범위하게 인정하는 것으로 보이지만, 실질적으로는 수사기관이 제한규정을 통해 변호인의 참여권을 유명무실하게 만들 수 있게 되어 있다. 따라서 현행제도의 문제점에 대한 분석과 개선방안을 모색할 필요가 있다.

셋째, 현행제도의 문제점은 참여권의 제한 및 저조한 참여실적과 관련되어 있다. 피의자신문에 대한 변호인의 참여권을 제한할 수 있는 ‘정당한 사유’는 앞으로 판례와 학설에 의해 어느 정도까지는 구체화될 수 있겠지만, 지나치게 불명확한 규정

이기 때문에 수사기관에 의해 자의적으로 해석될 여지가 크고 검찰사건사무규칙을 비롯한 하위법령은 형사소송법의 규정취지에 위배될 수 있다. 따라서 ‘정당한 사유가 없는 한’을 ‘신문방해, 수사기밀 누설, 그리고 위법한 조력으로 수사목적을 현저히 위태롭게 할 우려가 없는 한’으로 개정하는 방식으로 수사에 현저한 지장을 초래할 수 있는 ‘명백한 객관적 사유’를 구체적으로 열거하여 규정하는 것이 바람직하고, 검찰사건사무규칙을 비롯한 하위법령도 이러한 취지에 맞게 정비할 필요가 있다. 그리고 저조한 참여실적과 관련하여 피의자에 대한 국선변호제도를 확대하고 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서뿐만 아니라 검사가 작성한 피의자신문조서도 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거능력을 인정함으로써 피의자신문에 대한 변호인의 참여실적을 제고할 필요가 있다.

참고문헌

- 곽규택, “‘변호인의 피의자신문참여권’ 운영실태와 향후전망”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005
- 김성돈, “국선변호인 제도를 확대하기 위한 전제조건”, 형사정책연구 제10권 제4호, 1999
- 김수현, 캐나다 변호인 신문참여의 내용과 한계, 해외파견검사 연구논문집 제23집 제3호, 2008
- 노정환, “피의자신문과 변호인의 참여”, 법률신문 제3730호, 2009. 3. 16.
- 류전철, “수사기관의 피의자신문과 변호인의 입회권”, 비교형사법연구 제5권 제3호, 2003
- 박미숙, 피의자에 대한 변호권의 보장, 경희대학교 박사학위논문, 1995
- 박상기, “형사사법, 언론 그리고 인권”, 현대형사법의 쟁점과 과제(동암 이형국교수 회갑기념논문집), 1998
- 배종대/이상돈/정승환/이주원, 신형사소송법, 2012
- 법무부, 『개정 형사소송법』, 2007
- 법원행정처, 『형사소송법 개정법률 해설』, 2007
- 변필건, “변호인의 피의자신문 참여권의 제한에 대한 비교법적 고찰”, 법조 통권 제629호, 법조협회, 2009
- 송강호, “피의자 신문시 변호인 참여제도의 활성화 방안”, 한림법학포럼 제20권, 2009
- 심희기, “변호인의 피의자신문참여권수사기록열람등사권에 관한 최근의 입법적 판결·결정의 분석”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005
- 오택림, “변호인의 피의자신문 참여권에 관한 고찰(상)”, 법조 통권 제618호, 법조협회, 2008
- 오택림, “변호인의 피의자신문 참여권에 관한 고찰(하)”, 법조 통권 제619호, 법조협회, 2008
- 윤영철, “피의자신문에 대한 변호인의 참여권에 관한 소고 - 변호인의 피의자신문참여권의 정당성과 법무부의 형사소송법 개정안의 문제점을 중심으로 -”, 형사

- 정책연구 제16권 제1호, 2005
- 윤정섭, 호주 변호인 신문참여권의 범위와 한계, 해외파견검사 연구논문집 제23집 제3호, 2008
- 이보영, “현행 국선변호인제도의 문제점과 개선방안”, 현대형사법론(죽헌 박양빈 교수 회갑논문집), 1997
- 이상철/최석윤, 국선변호인제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994
- 이석수, “변호인의 피의자신문 참여 주요쟁점 및 운영현황”, JURIST 통권 제406호, 2004
- 이완규, “변호인의 피의자신문참여권의 법적 성질”, 형사법의 신동향 통권 제5호, 2006
- 정준영, “변호인의 피의자신문참여권”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005
- 정진연, “헌법상 변호인의 조력을 받을 권리의 내용과 한계”, 형사법의 신동향 제5호, 2006
- 정한중, “변호인의 피의자신문 참여권과 증거개시 청구권 - 개정 형사소송법과 관련 하여”, 외법논집 제27집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007
- 조국, “피의자신문시 변호인참여권 소고 - 2003년 송두율 교수 사건 관련 대법원 결정의 의의와 향후 과제-”, 형사정책연구 제14권 제4호, 2003
- 조기영, “변호인의 피의자신문참여권”, 형사법연구 제19권 제4호, 2007
- 조성제, “수사기관의 피의자신문시 변호인 참여권과 피의자 인권”, 한국경찰학회보 제11권 제1호, 2009
- 최석윤, “수사절차의 구조와 피의자의 법적 지위”, 형사정책연구 제12권 제3호, 2001
- 최석윤/천진호, 형사절차에서 변호인의 참여실태와 재판운영상 개선점, 법원행정처 용역과제 연구보고서, 2011
- 하태훈, “형사실무연구회 연말 심포지엄 지정토론”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005
- 한상훈, “피의자신문에의 변호인 참여의 쟁점”, JURIST 통권 제406호, 2004
- 허철호, 수사절차 투명화를 위한 각국의 제도 및 연구 동향, 해외파견검사 연구논문집 제23집 제2호, 2008

- 형사소송법 개정특별위원회, 형사소송법 개정연구, 한국형사정책연구원, 2010
- 홍종호, 독일 변호인의 신문참여의 내용과 한계, 해외파견 검사연구논문집 제23집 제2호, 2008
- Beany, The Right to Counsel Before Arraignment, 45 Minn. L. Rev. 1961
- Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 23.Aufl., München : C.H.Beck, 1993
- Gordon Van Kessel, "EUROPEAN PERSPECTIVES ON THE ACCUSED AS A SOURCE OF TESTIMONIAL EVIDENCE". West Virginia Law Review, Summer 1998.
- Stephen L. Coco, "Extention of the Right to Counsel : Minnick v. Mississippi, 111 S.Ct. 486 (1990)", Harvard Journal of law and Public Policy v.14, 1991

A Comparative Study on the Right for the Counsel to Participate in Suspect Interrogation

Choi, Suk-Yoon*

In this paper, the contents of the present system related to the right for the counsel to participate in suspect interrogation are reviewed, the problems of it are pointed out, and the improvement measures of it are suggested through a comparative study on the foreign system. The main contents of this paper are summarized as follow:

First, the §243 bis 2 that approves the right for the counsel to participate in suspect interrogation was founded in 2007 through the revision of the Criminal Procedure Law. This was done by endless insistence of the academic world and the bar association, the decision of the Supreme court and the Constitutional court, and through the discussion of the Presidential Committee on Judicial Reform. However because the restriction cause of the 'justifiable reason' that restricts the right of the attorney is unclear and the participation record is also low, improvement measures have been discussed after the revision of the Criminal Procedure Law.

Second, Japan does not allow the right for the counsel to participate in suspect interrogation, also Germany and France legislation examples usually don't approve counsel's participation in a police investigation. In addition for the countries like the U.S.A., U.K., and Australia the right for the counsel to participate in suspect interrogation is being accepted only for arrested suspects and defendants. Wherefore when we see the outlooks of this, it is very hard to

* Professor, Korea Maritime University, Ph. D. in Law

find legislation cases like Korea's, that largely allows the right for the counsel to participate in suspect interrogation without distinction of police and prosecution investigation. Nevertheless if we see this more practically, for the case of Germany in suspect interrogation, not only is participation of the counsel widely being accepted, but also there is no special restrict provision on the right for the counsel to participate like in Korea. Moreover for the case of the U.S. there is a special rule that after the subject has used the right to request a counsel, as long as the attorney does not attend the investigation, no investigation can be done, and there is no restriction on the counsel's right to participate. In this point of view, when we see only the outlooks it seems like that Korea is giving wide range of rights for the counsel to participate in the examination of a suspect, but actually this right of the counsel could be nominal by investigative agency.

Third, the drawback of the existing system lies in the limitation of the right for the counsel to participate in suspect interrogation and the low participation rate. The 'justifiable reason' for restricting the rights of the counsel on the examination of a suspect could be actualized by precedents and theories to some extent, but there is a big chance of this being arbitrarily comprehended because it is a very unclear legislation. Furthermore low rank legislations including the prosecution office work regulation have a chance of going against the purpose of the regulation. Accordingly revising 'as long as there is no justifiable reason' to be more specific by enumerating the notable inconveniences, like 'as long as it does not notably make us concern about the danger on the purpose of investigation like the disturbance of interrogation, leakage of investigation secret, illegal assistance' is needed, also low rank legislations like the prosecution office work regulation should also be modified according to the purpose. Besides we should expand the court-appoint defense counsel system considering the low participation rate, also we should improve the participation performance of the counsel on the suspect interrogation by giving credit on admissibility of evidence

not only for the protocol of examination of a suspect that judicial police officer has made, but for the one that the prosecutor has made, when the defendant, who was the suspect or the attorney has approved it.

❖ Key words : suspect interrogation, the right for the counsel to participate, justifiable reason, a police investigation, disturbance of interrogation, leakage of investigation secret, admissibility of evidence