

미란다 판결 다시 읽기 : 피의자 중심의 변호인 참여권 논의를 위하여

김 먼 기*

국 | 문 | 요 | 약

한국형 미란다 원칙의 탄생과 함께, 피의자 신문과정에서 변호인 참여권이 인정되고 있으나, 현실적으로 많은 제한을 받고 있다. 이에 학자들과 변호사 단체를 중심으로 변호인 참여권을 확대하기 위해 많은 논의가 진행되고 있다. 하지만 이러한 논의들은 지나치게 변호인 참여권 그 자체에 초점을 맞추고 있다. 때문에, 관련 법규들의 문언 및 수사기관과 변호인의 갈등이 주된 논의의 대상이 되고, 정작 변호인 참여권의 제한으로 인해 피의자가 어떤 영향을 받고 있는지에 대한 논의는 찾아보기 어렵다. 피의자의 변호인 참여권 논의에서, 정작 피의자는 실종된 셈이다.

본 논문에서는, 이러한 시각의 전환을 위해, 우선 미국법의 미란다 판결을 심도 있게 검토한다. 비록 미란다 원칙의 문언 자체는 단순하지만, 미란다 판결을 둘러싼 첨예한 논쟁과 복잡한 헌법적 이슈에 대한 이해는, 우리나라의 변호인 참여권 논의에 많은 시사점을 줄 수 있기 때문이다. 미란다 판결은 피의자의 심리상태와 의사결정을 중심에 둔 판결이었다. 연방대법원은 피의자가 신문과정에서 받는 상당한 심리적 압박을 고려하면 헌법상 보장된 진술거부권이 침해될 수 있다고 보았다. 이를 보장하기 위해서는 수사기관이 피의자에게 묵비권과 변호인 참여권을 고지할 의무가 있다고 보았다. 또한, 미란다 판결은 피의자의 헌법적 권리를 보장하기 위해 적극적인 헌법해석을 한 것으로, 판결 직후부터 많은 논쟁을 가져왔고, 그 의미와 영향이 지속적으로 위협받고 있다. 오늘날까지 지속되는 이러한 논쟁은 피의자 신문과 변호인 참여권을 둘러싼 이슈의 복잡함을 보여준다.

이러한 점들에 대한 이해를 통해, 한국형 미란다 원칙을 새롭게 정립할 필요가 있다. 우선, 변호인 참여권 자체에 대한 소모적인 논쟁으로부터, 피의자를 중심에 둔 논의로 방향을 수정할 필요가 있다. 즉, 피의자가 헌법상 보장된 진술거부권을 자유롭게 행사할 수 있는 환경이 침해되고 있는가에 초점이 맞추어져야 한다. 특히, 우리나라의 권위적인 수사현실을 고려하면, 변호인 참여권 제한 시, 수사기관은 피의자에게 진술거부권을 다시 고지할 필요가 있다. 이러한 제안은 법적인 근거가 있고, 그동안 헌법상의 진술거부권이 상대적으로 소홀하게 취급되어 왔음을 고려하면, 충분히 검토할 만하다. 재고지 의무는 수사기관에 결코 과도한 부담으로 되지 않을 뿐더러, 수사기관의 실무에도 긍정적인 변화를 가져올 것이다.

❖ 주제어 : 피의자 신문, 변호인 참여권, 미란다 원칙, 진술거부권

* 경찰청(서울송과경찰서) 경감, 법학박사(S.J.D.), 뉴욕주 변호사, kmk180@naver.com. 본 논문의 초안에 대해 소중한 조언을 해주신 익명의 심사위원님들께 깊은 감사를 드린다.

I. 들어가며

21세기 초반, 대법원과 헌법재판소의 결정을 통해 피의자 신문과정에서의 변호인 참여권을 인정하는 한국형 미란다 원칙이 탄생하였다.¹⁾ 그러나 과연 그 의미와 영향력이, 미국법 역사상 가장 놀라운 판결로 꼽히는 미란다 판결에 비길 수 있는지는 의문이다. 우리나라에서는 현실적으로 변호인의 역할은 수사기관에 의해 많은 제약을 받는 등 여전히 취약한 권리에 불과하기 때문이다. 이로 인해, 한국형 미란다 원칙이 실제 수사현실에 가져온 변화는 미미하다는 비판을 받고 있다.

이를 해결하기 위해 많은 학자들과 변호사 단체에서는 변호인 참여권을 강화하기 위한 노력을 하고 있다. 하지만 최근의 변호인 참여권을 둘러싼 논의는 지나치게 변호인 참여권 그 자체에 초점을 맞추고 있다. 따라서 관련 법 규정들에 대한 분석과 수사기관과 변호인과 갈등이 주된 관심의 대상이 되고 있다. 물론 이러한 노력들이 의미가 없는 것은 아니지만, 문제는 정작 변호인 참여권으로 인해 직접적으로 영향을 받는 피의자를 중심에 둔 논의는 부족하다는 것이다. 즉, 변호인 참여권 제한이 피의자에게 어떤 영향을 미치는지, 제한이 피의자의 또 다른 헌법적 권리를 침해하는 것은 아닌지, 필요하다면 피의자에게 어떤 부가적인 안전장치가 있어야 하는지에 대한 토론은 찾아보기 어렵다. 수사과정에서의 변호인 참여권 논의는 본질적으로 많은 논란을 야기할뿐더러, 적절한 타협점에 이르기가 매우 어렵다는 점에서, 논의의 초점을 조금 수정할 필요가 있다.

이런 시각의 전환을 위해 미국의 미란다 판결을 다시 음미해 볼 필요가 있다.²⁾ 미국법의 미란다 판결은 20세기 역사상 가장 논쟁적인 판결로서, 경찰신문에 가져온 영향이 매우 크다. 이러한 미란다 판결에 대해 다루는 논문 많지만, 미란다 원칙

1) 진술거부권을 고지하지 않은 상태에서 수집한 증거의 증거능력을 배제한 판례(대판 1992. 6. 23, 92도682)도 한국형 미란다 원칙의 탄생과 밀접한 관련이 있다. 그렇다면 본 논문에서 자세히 설명하는, 변호인 참여권을 인정한 대법원과 헌법재판소의 결정은 한국형 미란다 원칙의 완성으로 이해할 수도 있을 것이다.

2) 방법론적인 측면에서, 여러 국가의 변호인 참여권 논의 대신, 미국의 미란다 판결만을 검토하는 것에 대한 지적이 있을 수 있다. 하지만 1) 미란다 판결은, 미국을 넘어, 전 세계적으로 경찰신문제도에 큰 영향을 미친 상징적인 판결이고, 2) 미란다 판결이 탄생하기까지의 과정이나 헌법적 논쟁에 대해서는 논의가 적다는 점을 고려하면, 본 논문의 접근방식도 나름 의의가 있을 것이다.

이 탄생하게 된 배경, 내재된 헌법적 이슈, 미란다 판결 이후의 논쟁들을 종합적으로 분석한 연구는 찾아보기 어렵다. 미란다 판결은, 피의자가 신문과정에서 심리적 압박을 극복하고, 자유롭게 진술거부권을 행사할 수 있도록 보장해주는 것에 초점을 두고 있다. 그리고 미국에서 미란다 판결을 둘러싸고 지속되는 논란은, 수사과정의 변호인 참여권이 얼마나 침해한 논쟁의 대상이 되는지를 잘 보여준다. 때문에 미란다 판결에 대한 종합적인 검토는, 한국형 미란다 원칙의 바람직한 정착에 도움을 줄 것이다.

이어지는 II에서는 한국형 미란다 원칙에 대해 비판적으로 분석한다. 우리나라에서 피의자 신문 중 변호인 참여권의 의의 및 한계를 살펴보고, 헌법에 기반하고 있는 변호인 참여권이 여전히 제한받는 이유와 함께, 논의의 방향이 수정될 필요가 있음을 밝힌다. III에서는 미국의 미란다 판결에 대해 자세히 살펴본다. 특히 미란다 판결 이전의 변호인 참여권과 미란다 판결이 가져온 변화를 설명한 후, 판결 이후 계속되는 논쟁이 어떤 의미를 갖는지 살펴본다. 마지막으로 IV에서는 한국형 미란다 원칙의 바람직한 발전방향에 대해 생각해본다. 무엇보다도, 피의자를 중심에 둔 변호인 참여권 논의가 필요함을 보인 후, 변호인 참여권이 제한될 경우 수사기관은 진술거부권을 다시 고지할 필요가 있음을 주장한다.

II. 한국형 미란다 원칙(변호인 참여권 인정)에 대한 비판적 분석

1. 변호인 참여권 인정의 의의 및 한계

2000년대 들어 판례 변화 및 형사소송법 개정을 통해 피의자 신문 중 변호인 참여권에 많은 발전이 있었다. 오랜 동안 우리 수사기관은, 피의자 신문 중 변호인 참여에 대해서 부정적인 입장이었다. 특히 이를 인정하는 직접적인 규정이 없기 때문에, 참여를 허용하지 않는다는 입장이었다.³⁾ 하지만 학계와 시민단체는 오랜 동안, 수사기관의 강압수사 방지와 피의자에 대한 법적 조언의 제공 등을 위해 피의자 신

3) 이영돈, “변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계”, 법학논고 제47집(2014. 8), 262면.

문단계에서 변호인 참여를 허용해야 한다고 주장해왔다. 드디어 2000년대 초반, 대법원과 헌법재판소의 결정을 통해, 구속·불구속 피의자를 불문하고 피의자 신문 중 변호인 참여권이 인정되기 시작했다.⁴⁾ 한국형 미란다 원칙이 탄생한 것이다.

시작은 2003년 대법원이 소위 송두율 교수 사건에서, 구금된 피의자에 대한 피의자 신문 시 변호인 참여권을 인정한 것이었다.⁵⁾ 우선 대법원은 우선 헌법 제12조 4항에 규정된, 신체를 구속당한 사람 변호인의 조력이 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다고 실시한 후,⁶⁾ 이를 보장하기 위해 형사소송법에 규정된 변호인과의 접견교통권은 “어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 [아니다]”고 판단하였다.⁷⁾ 이어 대법원은 구속 피의자의 신문과정에서 변호인 참여를 허용하는 명문규정이 없다고 하더라도, 헌법과 법률의 취지를 고려하면, “형사소송법의 [접견교통권] 규정을 유추·적용하여” 변호인 참여권을 인정해야 한다고 결정하였다.

이듬 해, 헌법재판소는 피의자 신문과정의 변호인 참여권을 불구속 피의자에게까지 확장시켰다.⁸⁾ 헌법재판소의 결정은 변호인 참여권이 인정되는 대상을 확장시킨 것을 넘어, 보다 적극적인 헌법해석을 통해서 변호인 참여권을 인정했다. 헌법재판소는 우선, 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리는 구속 여부를 떠나 모든 피의자·피고인에게 인정된다고 해석하는 것이 법치국가원리, 적법절차 원칙에 비추어 타당하다고 실시하였다. 이어서 현재는 “조언과 상담을 통하여 이루어지는 변호인의 조력자로서의 역할은 ... 변호인의 조력을 받을 권리 중 가장 핵심적인” 것으로

4) 아래에서 설명하듯이 대법원과 헌법재판소의 결정은 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리로부터 변호인 참여권을 도출하였다. 두 결정 모두 변호인 참여권이 진술거부권 보장과도 관계가 있음은 언급하였으나, 직접적으로 참여권의 근거로서 본 것은 아니었다.

5) 대결 2003. 11. 11, 2003보402. 본 사건에서, 독일에서 거주해온 송두율 교수는 2003년 9월 대한민국에 입국하여 국가보안법 위반혐의로 수사를 받던 중 구속되었다. 이 후 구속된 상태에서 서울지방검찰청에서 수사를 받던 송 교수는, 검사가 피의자 신문시 변호인 참여를 불허하는 처분을 하자 준항고를 제기하였고, 대법원에서 최종적으로 검사의 처분이 위법하였음을 확인하였다.

6) 헌법 제12조4항은 “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”고 규정하고 있다.

7) 형사소송법 제89, 209조는 구속된 피고인이 타인과 접견 등을 할 수 있음을 규정하고 있다. 형소법 제91조에서 비변호인과의 접견교통에 제한을 둔 것과 달리, 변호인과의 접견교통에는 별도의 제한을 두고 있지 않다.

8) 헌법재판소 2004. 9. 23, 2000헌마 138.

서, “변호인의 조력을 받을 권리 그 자체에서 막바로 도출”되는 것이라고 판단하였다. 그렇기 때문에, 불구속 피의자가 자신의 변호인을 대동하기를 원한다면 수사기관은 특별한 사정이 없는 한 이를 거부할 수 없다고 명시하였다.⁹⁾

대법원과 헌법재판소의 결정은 변호인 참여권을 폭 넓게 인정한 것이었지만, 그 이후의 변화는 이러한 취지를 충분히 반영하지 못하고 있다. 특히 형사소송법의 관련 규정과 이를 구체화한 법규명령들은, 수사기관이 변호인 참여권을 상당히 제한할 수 있는 여지를 남기고 있다는 비판을 받고 있다.¹⁰⁾ 2007년 개정된 형사소송법은 제243조의2를 신설하여 변호인의 피의자신문 참여 규정을 두고 있지만, 변호인 참여권의 범위와 한계를 명확히 하지 않은 문제가 있다. 이로 인해 수사기관은 명시적인 규정이 없음을 이유로 신문 도중에 변호인과의 상담과 조연을 허용하지 않고 있고,¹¹⁾ 변호인의 의견진술이나 이의제기에 대해서도 상당한 제한을 가하고 있다.¹²⁾ 이는 아마도, 수사기관이 변호인 참여권을 인권침해를 방지하는 차원의 소극적인 입회 정도로 여기고 있기 때문으로 보인다.¹³⁾

더 큰 문제는 수사기관이 변호인 참여권을 제한할 수 있는 경우를 광범위하게 규정하고 있는 법규명령에 있다. 검찰사건사무규칙 제9조의2와 검사의 사법경찰관리

9) 헌법재판소는 이와 관련하여 변호인의 참여를 허용하는 것이 오히려 효율적인 피의자 신문이 된다는 논리를 제공하였다. 현재는 우선 피의자의 변호인과의 자유로운 접견은 어떠한 명분으로도 제한할 수 없기 때문에 불구속 피의자의 경우 언제든지 퇴거하여 변호인의 조연과 상담을 얻을 수 있다고 보았다. 때문에 피의자 신문시 변호인을 대동하여 신문과정에서 조연과 상담을 구하는 것은, 필요시 마다 퇴거하여 조력을 구하는 것보다 더욱 효율적이 될 것이라고 판단했다.

10) 예를 들어, 정병근, “인권보장을 위한 변호인참여권 강화방안”, 법학연구 제16권 제2호(2016), 78-84면; 권창국, “피의자 신문시 변호인 참여권 보장의 현황 및 문제점”, 형사소송의 이론과 실무 제6권 제2호(2014. 12), 141-143면; 최석윤, “변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 연구”, 형사정책연구 제23권 제4호(2012), 77-82면.

11) 박찬운, “변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안 - 대한변협의 설문조사를 바탕으로”, 인권과정의 제453호 (2015. 11), 64-66면. 한편, 국가인권위원회는 피의자 신문과정에서 피의자와 변호인간의 자유로운 상담과 조연이 제한될 수 없다고 보고, 경찰청에 관련 규정을 개정할 것을 요청하였다. 국가인권위원회 12진정0456100결정(2003. 5. 27.). 그러나 경찰청은 이에 대해 불수용 입장을 밝힌 바 있다.

12) 이영돈, 앞의 논문, 269-271면. 한편, 동 조항은 변호인이 피의자 신문 중 의견을 진술하려면, 검사 또는 사법경찰관의 승인을 얻은 후에 하도록 규정하고 있어, 변호인의 적극적인 조력을 위축시킨다는 지적을 받고 있다. 박찬운, 앞의 논문, 66-67면.

13) 하지만, 앞서 인용한 헌법재판소 결정은, 피의자가 동석한 변호인에게 “조연과 상담”을 구할 수 있어야 한다는 사실을 분명히 하고 있다.

에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정(이하 ‘사법경찰관 수사 규정’) 제21조가 논란의 대상이 되고 있다. 앞서 언급한 대법원과 헌법재판소 결정은 피의자 신문도중 변호인 참여권을 인정하면서, 이를 제한할 수 있는 사유로 ‘신문방해,’ ‘수사기밀누설’을 예로 든 바 있다. 그리고 개정 형사소송법은 제243조의 2에서 ‘정당한 사유’가 있는 경우에 변호인 참여를 제한할 수 있다고 규정하였다. 이러한 판례 및 법률을 근거로, 두 법규명령은 변호인 참여를 제한할 수 있는 사유로 동일하게 4가지를 열거하고 있다:

1. 사법경찰관의 승인 없이 부당하게 신문에 개입하거나 모욕적인 말과 행동 등을 하는 경우
2. 피의자를 대신하여 답변하거나 특정한 답변 또는 진술 반복을 유도하는 경우
3. 법 제243조의2제3항 단서에 반하여 부당하게 이의를 제기하는 경우
4. 피의자신문 내용을 촬영·녹음·기록하는 경우. 다만, 기록의 경우 피의자에 대한 법적 조언을 위하여 변호인이 기억을 되살리기 위해 하는 간단한 메모는 제외한다.¹⁴⁾

명시된 제한사유들이 실무상으로 어떻게 해석되고, 어느 수준에서 적용될지를 예상하 기란 쉽지 않다. 특히 각 제한사유들에 있는 “부당”, “유도”, “간단”등의 개념은 누가 해석하느냐에 따라서 상당히 달라질 수 있다. 따라서 이러한 조항들을 활용하여 수사기관 이 자의적인 판단으로 변호인 참여권을 제한하고 있다는 비판을 받고 있다.¹⁵⁾

결국 변호인 참여권을 폭넓게 인정한 대법원과 헌법재판소의 결정이 있었음에도 불구하고, 현실적으로 피의자신문 과정에 동석한 변호인의 역할에는 많은 제약이 있는 셈이다. 최근 대한변호사협회(이하 ‘대한변협’)가 변호사들을 대상으로 진행한 설문 조사 결과는, 변호인 참여권이 실무적으로 얼마나 제한받고 있는지 잘 보여준다.¹⁶⁾ 대한변협은 2015년 6월 전국 개업변호사 회원 16,070명을 대상으로 변호인

14) 검찰사건사무규칙 제9조의2; 검사의 사법경찰관리에 대한 수사지휘 및 사법경찰관리의 수사준칙에 관한 규정 제21조.

15) 박찬운, 앞의 논문, 67-69면; 이영돈, 앞의 논문, 275-278면.

16) 이번 조사는, 그동안 변호인 참여권에 많은 제약이 가해지고 있다는 비판을 실증적으로 보여주었다

참여권에 대한 설문조사를 진행한 바 있다.¹⁷⁾ 실제로 설문에 응답한 변호사들 중 거의 절반에 가까운 변호사들이 신문과정에서 부당한 대우를 받은 적이 있음을 지적하였다. 구체적인 제한 유형들로 1) 부당한 신문방법에 대한 이의제기 등 변호인의 의견진술을 제지(56.6%), 2) 검사 또는 사법경찰관이 강압적인 행동 또는 월권 행위(46.5%), 3) 피의자 신문 내용의 메모를 금지(45.1%), 4) 피의자 옆자리에의 동석 금지(17.9%) 등이 언급 되었다.

변호인의 역할이 이렇듯 광범위하게 제한 받음으로서, 변호인 참여권은 매우 허약한 권리에 불과한 셈이다. 따라서 피의자는 적절한 법률적 조언을 받기 어려울 뿐만 아니라, 충분한 심리적 안정감 없이 조사를 받게 된다.¹⁸⁾ 비록 변호인 참여권 제한에 대한 준항고 등의 이의제기 수단이 있지만, 그 실효성에는 의문이 생길 수밖에 없다. 우선, 준항고에 대한 결정은 시기적으로 피의자 조사가 이미 종료된 한 참 후에 이루어질 수밖에 없다.¹⁹⁾ 상급자에 대한 이의신청권 보장이 대안으로 거론되지만,²⁰⁾ 동일한 조직 내에서 상급자에 대한 이의신청이 얼마나 큰 의미가 있을지 의문이다. 이러한 변호인 참여권을 둘러싼 현실은, 오랜 동안 많은 학자 및 법률가들은 변호인 참여권 확대를 위해 노력해온 바에 비하면 다소 실망스런 결과이다.

비록 대법원이 피의자 신문에 참여한 변호인이 피의자에게 진술거부권 행사를 조언할 수 있다는 사실 만큼은 명확히 하였지만,²¹⁾ 이러한 수단이 얼마나 실효성이

는 점에서 큰 의의가 있다.

17) 박찬운, 앞의 논문, 63-70면. 박찬운 교수는 비록 동 설문조사에 응답한 인원은 1,912명(응답률 11.9%)에 불과하지만, 기존의 다른 설문조사에 비하면 높은 수준으로, 변호인 참여권에 대한 변호사들의 높은 관심이 반영된 것이라고 주장한다.

18) 최근 논란이 된 최순실 등의 국정농단 사건의 중요 증인이었던 고영태가 조사 과정 중 변호인 참여권이 침해받았음을 이유로 법원에 준항고를 제기한 바 있다 (이하 ‘고영태 사건’). 피의자 신문 당시 검사가 변호인의 동석을 제한하면서 변호인이 뒤에 앉을 것을 지시했기 때문이었다. 법원은 이에 대해 고씨와 변호인간 거리에 다소 차이가 있었다 해도 실질적으로 변호인의 참여권이 제한됐다거나 변호인 조력을 받을 권리를 지장받았다고 보긴 어렵다는 이유로 준항고를 기각한 바 있다. 연합뉴스, “법원 “고영태 조사 과정 문제 없어”…준항고 기각”, 2017. 5. 22.

19) 고영태 사건에서 문제가 된 피의자 신문은 2017. 4. 22에 있었고, 준항고는 4.26경 제기되었지만, 준항고 결정은 5.22에 있었다.

20) 박찬운, 앞의 논문, 71-72면

21) 대법원 2007. 11. 30. 2007도26결정. 대법원은 “변호사인 변호인에게는 변호사법이 정하는 바에 따라서 이른바 진실의무가 인정되는 것이지만, 변호인이 신체구속을 당한 사람에게 법률적 조언을 하는 것은 그 권리이자 의무이므로 변호인이 적극적으로 피고인 또는 피의자로 하여금 허위진술을

있을지 의문이다. 많은 피의자와 변호인들은 진술거부권의 행사가 수사기관을 자극할 것을 걱정하고, 향후 재판과정에서 불이익하게 작용할 것을 우려한다. 따라서 대부분의 피의자는 진술거부권을 포기한 채 수사에 임하고 있으며, 변호인이 진술거부권 행사를 권유하는 것은 오히려 예외적인 경우에 해당한다. 때문에 진술거부권 행사가 변호인 참여권 제한사유에 해당하지 않는다는 사실은, 현실적으로 피의자에게 큰 도움이 되지 못할 것이다.

그래도 고무적인 것은, 최근 들어 변호인 참여권에 대한 높은 관심이 계속되고 있다는 것이다. 많은 학자와 법률가들이 변호인 참여권을 강화하기 위해 많은 노력을 기울이고 있고,²²⁾ 앞서 언급한 바처럼 대한변호사협회도 기관 차원의 관심을 갖기 시작했다. 또한 새로 취임한 문재인 정부에서도 수사과정 중의 인권침해를 줄이기 위해 노력하고 있으며,²³⁾ 국가인권위원회의 권고사항이 정부에 수용될 수 있도록 제도적인 개선을 추진하고 있음을 밝힌 바 있다.²⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 수사기관의 변호인 참여권에 대한 인식의 근본적인 변화 없이, 얼마나 큰 변화가 있을지는 예측하기 어렵다.

2. 헌법적으로 인정되는 권리가 취약한 이유

변호인 참여권의 인정 및 제한과 관련한 최근의 흐름은, 한 가지 자연스런 의문을 일으킨다. 헌법적 차원에서 인정되는, 높은 수준의 권리인 변호인 참여권이 왜 이렇게 취약하게 취급되고 있는가 하는 것이다. 물론 일차적인 이유는 앞서 언급한 바와 같이, 1) 형사소송법 관련 조항의 모호함과 2) 제한사유를 폭넓게 규정한 법규명령들 때문이다. 형사소송법에 관련 조항은 변호인의 참여권의 범위 및 제한 사유에 대해서 명확히 규정해 놓지 않았고, 이를 구체화한 법규명령은, 변호인 참여권에 대

하도록 하는 것이 아니라 단순히 헌법상 권리인 진술거부권이 있음을 알려주고 그 행사를 권고하는 것을 가리켜 변호사로서의 진실의무에 위배되는 것이라고 할 수는 없다”고 판단하였다.

22) 정병곤, 앞의 논문, 84-88면; 권창국, 앞의 논문, 143-146면; 박찬운, 앞의 논문, 70-73면; 최석윤, 앞의 논문, 77-82면.

23) 서울신문, “조국 “수사권 조정 전제조건은 경찰내 인권침해 방지””, 2017. 5. 25.

24) 아시아투데이, “문재인 대통령 “정부기관들, 인권위 권고수용률 높여라””, 2017. 5. 25.

한 광범위한 제한이 가능하도록 규정되어 있다. 이러한 법규들 때문에 변호인 참여권은 피의자 신문과정 중의 변호인 입회 이상의 의미를 갖지 못하고 있다.

하지만, 관련 법규들의 문언에만 초점을 맞추어 비판하는 것은 복잡한 문제를 지나치게 단순화하는 것이다. 사실 변호인 참여권의 허용 범위와 제한을 어떻게 설정할 것인가 하는 문제는, 적절한 타협점을 찾기가 대단히 어려운 부분이다. 왜냐하면 국가의 공권력 행사와 개인의 인권보장이 충돌하는 가장 극명하게 충돌하는 지점이기 때문이다.²⁵⁾ 잘 알려져 있듯, 미국에서는 1960년대에 그 유명한 미란다 판결을 통해 변호인 참여권을 전격적으로 인정한 바 있다. 하지만 이는 당시 진보적인 판결을 주도하던 얼 워렌(Earl Warren) 대법원장의 리더십에 힘입은 바가 크고, 민권운동(Civil Rights Movement)이 한창이던 사회적 배경과도 밀접한 관련이 있다.²⁶⁾ 실제 미란다 판결은 판결 나온 직후부터 엄청난 반발을 불러 일으켰고, 현재까지 미란다 원칙의 의미와 영향을 축소시키려는 움직임이 계속 이어지고 있다.²⁷⁾ 유럽의 경우에도, 최근 들어 피의자 신문단계에서의 변호인 참여권이 점차 늘어나고 있는 추세이기는 하지만, 여전히 프랑스, 네덜란드 등 많은 나라에서는 변호인의 참여에 상당한 제한을 가하고 있다.²⁸⁾

이러한 양상들을 고려하면, 변호인 참여권의 제한 없는 인정이 반드시 글로벌 스탠다드(Global Standard)라고 보기는 어렵다. 수사과정의 변호인 참여권은 본질적으로 첨예한 논쟁을 야기할 뿐더러 적절한 타협점을 찾기 쉽지 않은 이슈인 것이다. 소위 인권보장을 중시하는 선진국들도, 모두 수사과정에서의 변호인 참여권을 폭넓게 인정하고 있는 것은 아닌 셈이다. 뿐만 아니라, 예측 불가능한 수사 환경을 고려하면,

25) 이러한 측면은 피의자 신문에서의 변호인 참여권을 전격적으로 인정한 미란다 판결의 문언에도 잘 드러나 있다. 연방대법원은 미란다 판결문의 서두에서, 본 판결이 다루는 이슈는 “연방대법원은 개인을 범죄로 처벌함에 있어서 연방헌법을 사회가 어떻게 준수해야 하느냐”와 관련된 근본적인 문제임을 언급하고 논의를 시작한 바 있다. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

26) 미국에서의 민권운동은 1950, 60년대에 흑인에 대한 인종적인 차별과 분리를 철폐하고, 연방헌법상 시민들에게 부여된 권리를 보호하기 위해 촉발된 운동을 통칭하는 개념이다.

27) 보다 자세한 설명은 본 논문의 III.3을 참고

28) Jacqueline Hodgson, “The role of lawyers during police detention and questioning: a comparative study”, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 제7권 제2호 (2015), 7-10면. 프랑스와 네덜란드에서는 신문 전에 30분 동안만, 피의자와 변호인의 접촉을 허용해 준다고 한다.

변호인 참여권의 적절한 범위와 정도를 예상하여, 그 원칙과 예외를 정밀하게 규정하기는 쉽지 않다. 이러한 점들은 변호인 참여권을 둘러싼 논쟁의 복잡함을 보여준다.

변호인 참여권의 정당성과는 별개로, 수사단계 변호인 조력의 필요성도 대체로 후순위로 간주되어 왔다. 우선, 헌법 제12조4항은 체포 구속된 자에게 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있지만, 무자력일 경우에는 ‘형사피고인’에 한하여 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다고 규정하고 있다. 이에 오래전부터 법원은 피고자가 변호인을 선임할 능력이 없는 경우, 재판단계에서 국선변호인의 도움을 받을 수 있도록 해왔다.²⁹⁾ 하지만 그동안 수사기관의 피의자 신문절차에 대해서는, 이러한 노력이 상대적으로 미미했다. 최근 들어 수사과정에서 조력을 제공할 수 있는 공선변호인(Public Defender)에 대한 논의가 활발해지고 있으나, 재정적인 한계 등의 이유로 여전히 걸음마 단계에 불과하다.³⁰⁾ 이와는 별도로 각 지역 변호사단체에서 당직 변호사제도를 운영하고 있으나, 적극적인 참여를 이끌 수 있는 인센티브는 턱없이 부족하다. 즉 사회 전반적으로도 수사단계에서의 변호인 조력의 중요성은 소홀히 취급되어 온 셈이다.

결국 피의자 신문절차에서의 변호인 참여권은 타협점을 찾기 어려운 갈등이 나타나는 지점일 뿐만 아니라, 변호인 조력 제공의 우선순위에서도 후순위로 밀리는 셈이다. 법 해석적인 측면에서 수사단계의 피의자도 재판단계의 피고인과 동일하게 변호인 조력을 받을 권리가 보장된다고 해도, 현실적인 이유로 그 범위와 정도는 줄어들 수밖에 없다. 때문에, 즉, 변호인 참여권이 헌법적 차원에서 보호받는 권리라고 할지라도, 또 다른 사회적 가치에 양보하거나 또는 재정적 한계 등의 이유로 제한되는 경우가 생기는 것이다.

3. 숨겨진 문제와 시각 전환의 필요성

지금까지 살펴본 복잡한 측면들에 대한 고려 없이, 최근의 변호인 참여권과 관련된 논의는 형사소송법의 관련 조문과 법규명령 그 자체에 대한 비판에 초점을 맞추

29) 이러한 국선변호인의 조력은 헌법상 보장된 구속된 피의자 심문에도 제공되고 있다.

30) 관련된 논의로는, 정병근, 앞의 논문, 87-88면.

고 있는 듯하다.³¹⁾ 이러한 접근방향이 최선인지는 의문이다. 물론 앞서 언급한 바와 같이, 관련 법규들에 일부 문제의 소지가 있어 보이지만, 변호인 참여권의 범위 및 제한을 적절히 규정하는 것 자체가 마땅한 타협점을 찾기 어려운 부분이기 때문이다. 또한 수사 현실의 예측 불가능성과 최소한의 재량인정의 필요성을 생각하면, 관련 법규에 모두가 만족하는 변호인 참여권 규정을 수준을 마련하기란 쉬운 일이 아니다. 그리고 변호인 조력의 필요성 측면에서도 수사단계가 최우선 순위로 고려되기 어려움은 살펴본 바와 같다. 이러한 점들이 충분히 고려되지 않는다면, 변호인 참여권 논의는 현실과 다소 괴리된 방향으로 흘러갈 우려가 있다.³²⁾

그렇다고 현재 이루어지고 있는 변호인 참여권 확대 논의가 무의미하다는 것은 아니다. 변호인 참여권은 이제 헌법적으로 인정되는 권리로서, 수사단계에서의 법률적 조력을 제공하고, 인권 침해를 방지하는, 분명한 순기능이 있기 때문이다. 문제는, 논의의 초점이 타협점을 찾기 어려운 변호인 참여권 그 자체에 맞추어지다 보니, 정작 변호인 참여권이 제한될 경우 피의자가 받는 영향에 대해서는 관심이 부족하다는 사실이다. 실제로, 변호인 참여권과 관련된 연구에서 피의자에 대한 논의는 찾아보기 어렵다. 예를 들어, 피의자 신문과정에서 변호인 참여권 제한될 경우 1) 피의자가 어느 정도의 심리적 압박을 느끼는 지, 2) 그러한 압박이 수사 목적 달성을 위해 합리적인 수준인지, 3) 참여권 제한이 불가피하다면, 피의자에게 별도의 보호책을 제공할 필요가 있는지 등에 대한 분석은 거의 없는 듯하다.

이러한 요소들이 중요한 이유는, 결국 피의자 진술의 임의성 확보 및 진술 거부권 보장과 직접적 관련이 있기 때문이다. 사실 피의자 신문단계에서 변호인 참여의 필요성이 인정될지라도, 참여 그 자체가 직접적 목적은 아닐 것이다.³³⁾ 변호인 참여권

31) 위에서 살펴본 바와 같이 대부분의 논의는 1) 변호인 참여권이 제한받는 현실, 2) 형사소송법 규정과 수사기관 내부지침의 문제점, 3) 수사기관의 자의적인 변호인 참여권 제한 등에 대한 비판한다. 그리고 보다 폭넓은 변호인 참여권 보장을 위해 법률로서 변호인 참여권 제한사유를 보다 명확하게 규정할 것을 주장한다.

32) 예를 들어, 일부 논문에서는 변호인 참여권의 법적 성격이 무엇인지에 대해 다양한 논의를 하고 있으나, 그러한 논의가 현실적으로 얼마나 큰 의의가 있는지는 의문이다.

33) 이와 관련해서 견해가 나뉜다. 첫 번째는 피의자 신문시 변호인 참여권을 피의자 신문의 적법성, 임의성 확보를 위한 제도적 장치로 보는 견해이다. 또 다른 견해는 변호인 참여권을 변호인의 조력을 받을 권리의 실현방법으로 파악하는 견해이다. 변호인 참여권 논의 초기에 법무부에서는 전자의 입장을 취했지만, 그 후 법안의 수정과정에서 후자의 견해로 바뀌었다고 한다. 형사소송법에서

은 어디까지나 수사단계에서, 피의자가 안정적인 심리적 상태에서 진술의 유·불리함을 충분히 인식하고 임의적으로 진술할 수 있도록 돕기 위해 인정되는 ‘도구적’ 권리라고 보는 것이 적절할 것이다. 따라서 변호인 참여권이 제한과 관련된 논의에서 한발 더 나아가, 과연 피의자 진술의 임의성이 확보되고 있는지, 진술거부권은 보장받고 있는지 등에 보다 초점을 맞출 필요가 있다.

어느 곳에 논의의 초점을 맞추느냐에 따라 논의의 대상에 변화가 생길 수 있다. 변호인 참여권의 제한 그 자체에 초점을 맞추면, 지금까지의 흐름과 같이 법규들의 문언과 수사기관과 변호인의 갈등 자체가 주된 논의의 대상이 된다. 즉, 피의자를 중심에 둔 논의보다는, 수사기관-변호인 위주 시각이 우선시 된다. 앞서 언급한 대한변협이 설문조사에도 변호인의 참여권이 제한되는 경우 정작 피의자 진술의 임의성은 유지 되는지, 진술거부권을 침해 받지는 않았는지에 대한 내용은 없다.³⁴⁾ 하지만 시각을 전환하면, 변호인 참여권의 제한이 피의자에게 어떠한 영향을 끼치는지에 대해 관심이 모아질 것이다. 즉, 참여권 제한으로 인해, 피의자의 진술거부권 제약받지는 않는 지 등에 대한 논의가 보다 활발해 질 것이다.

이는 결국, 피의자의 자발적 의사결정(Voluntary Decision Making) 시각에서, 피의자 신문과정에서의 변호인 참여를 논의할 필요가 있음을 의미한다. 즉, 피의자가 변호인 참여권의 제한에도 불구하고 임의로 진술하고 있으며, 헌법상 명시된 진술거부권을 보장받느냐가 초점이 되어야 한다.³⁵⁾ 변호인 참여권 제한으로 인해 피의자가 극도의 심리적 압박을 받는 상태에서 진술하게 된다면, 이는 결국 진술거부권의 침해로 될 것이기 때문이다.

이와 관련하여 보다 상세한 이론적 논의를 위해서, 미국에서의 변호인 참여권 논의의 발전과정과 현실을 살펴볼 필요가 있다.³⁶⁾ 미란다 판결이 그 핵심에 있다. 잘

명시적으로 변호인 참여권을 보장하고 있기 때문에 현재는 이런 논의의 의미가 크지 않다. 보다 자세한 논의로는 최석윤, 앞의 논문, 65-67면.

34) 물론 동 설문조사는 변호사들을 대상으로 한 것이므로, 피의자들에 대한 내용이 없는 것은 이해되지 않는 것은 아니다. 하지만, 간접적인 방법으로도 조사를 하지 않은 것은 아쉬움이 남는다.

35) 헌법 제12조2항은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 규정한다. 따라서 우리나라 헌법의 문언에서 직접적으로, 재판대상인 피고인, 수사대상인 피의자를 가리지 않고 진술거부권을 보장하고 있는 셈이다.

36) 미국에서의 변호인 참여권 논의의 방향이 반드시 옳다는 것은 아니다. 하지만, 수사기관의 ‘진술거부

알려진 미란다 원칙들이 수사과정에서의 피의자의 진술거부권 및 변호인 참여권과 관련된 것이기 때문이다. 물론 그동안 미란다 판결에 대한 국내의 연구는 많았지만,³⁷⁾ 대부분 판결 문언의 소개 정도에 그치고, 변호인 참여권을 둘러싼 심도 깊은 논의 까지는 나아가지 않고 있다. 특히, 미란다 판결과 관련하여 1) 판결이 나오게 된 배경, 2) 미란다 원칙의 헌법적 근거를 둘러싼 논의, 3) 판결의 영향 및 그 이후의 변화 등에 대한 종합적인 비교 연구는 찾아보기 힘들다. 미란다 원칙 자체는 매우 간단하지만, 이를 둘러싼 논쟁은 생각보다 복잡할 뿐더러, 미란다 원칙에 대한 저항은 판결이 나온 지 벌써 50여년이 지난 오늘날까지도 지속되고 있다. 다음 장에서는 미란다 원칙을 중심으로 미국에서의 변호인 참여권 논의에 대해 자세히 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 미국법상 변호인 참여권의 형성: 미란다 원칙을 중심으로

1. 미란다 이전의 변호인 참여권³⁸⁾

미란다 판결 이전에는 피의자 신문과정의 변호인 참여권이 독자적인 이슈는 아니었다. 이는 기본적으로 미국 연방수정헌법 제6조에 명시된 변호인의 조력을 받을 권리는 형사소송 단계에서 인정되는 권리로서, 피고인(the Accused)이 아닌 피의자

권 및 변호인 참여권 고지' 의무화가 곧 '한국형 미란다 원칙'이라고 불리는 점을 고려하면, 미란다 판결이 우리나라의 변호인 참여권 형성에 적지 않은 영향을 미쳤음은 어렵지 않게 인정된다. 따라서 미란다 판결의 취지를 충분히 이해하고, 한국 실정에 맞게 재해석하는 작업은 반드시 이루어져야 할 것이다.

37) 예를 들어, 김성진 & 김진국, “미국에서의 미란다 법칙과 그 실효성 확보방안”, 중앙법학 제18집 제4호 (2016. 12); 차용석, “형사소송에 있어서의 ‘Due Process’의 구현 - 미국 법에서의 발전과 관련시켜 -”, 형사정책연구 (2007. 9); 안동준, “Miranda원칙, 그 확립과 도전의 科程”, 법학논총 제23권 1호(2003. 6).

38) 본 논문의 핵심 주제가 ‘미란다 판결에 대한 분석을 통한 변호인 참여권 논의의 시각 전환’임을 고려하면, 본 항에서의 논의가 다소 직접적 관련이 없어 보일 수도 있다. 하지만, 미란다 판결 이전의 변호인 참여권 논의를 살펴보는 것은 1) 미란다 판결이 탄생하게 된 이유와 2) 미란다 판결이 기반하고 있는 헌법적 근거를 보다 깊이 이해하는데 도움이 될 것이다.

(the Suspect)에게는 인정되지 않는 것으로 해석되기 때문이었다.³⁹⁾ 따라서, 피의자 신문 과정 중의 변호인 참여권이 연방차원에서 별도로 논의될 수 있는 여지가 거의 없었다.⁴⁰⁾ 따라서 각 주(States) 법원은 피의자 신문과정에서 경찰이 얻은 자백의 증거능력을 판단할 때, 변호인의 동석 여부를 피의자 진술의 임의성을 판단하는 데 있어 고려하는 요소들 중 하나로서 참작할 뿐이었다.

보다 자세한 논의를 위해 자백의 증거능력과 관련한 미국법원의 판단기준을 잠시 살펴볼 필요가 있다. 영미법계에서는 통상적으로 법원은 자백의 증거능력과 관련해서 보통법(Common Law)을 통해 형성된 임의성 심사(Voluntariness Test) 기준을 주로 활용해 왔다.⁴¹⁾ 이는 피의자가 자유로운 의사에 기반 해 임의적으로 진술할 경우에, 자백의 신뢰성이 담보된다고 보았기 때문이었다. 그 후 미국연방대법원은 이러한 임의성의 판단기준이 연방헌법상의 적법절차(Due Process)와 연결되어 있다고 선언하였다. 연방대법원은 *Brown v. Mississippi* 사건에서, 경찰의 폭력에 의해 피의자가 비자발적으로 자백한 경우, 이는 연방수정헌법 14조의 적법절차를 위반한 것으로서 증거에서 배제되어야 한다고 판단하였다.⁴²⁾ 이후 연방대법원은 진술의 임의성을 판단하기 위한 보다 구체적인 기준으로서, 전체정황 (Totality of Circumstance)을 고려하는 기준을 형성했고,⁴³⁾ 이를 통해 법원은 변호인의 피의자 신문 참여여부를 자백의 임의성을 판단함에 있어 고려하는 요소들 중 하나로 간주해왔다.

하지만 이러한 임의성 판단 기준은 비자발적 자백을 가려내는 효과적인 기준으로서 적합하지 않다는 비판을 받았다. 왜냐하면 제한된 정보를 접하는 재판부로서는,

39) 미국 연방헌법상의 동 조항의 내용은 다음과 같다. “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to ... have the Assistance of Counsel for his defense.” U.S. Constitution Amendment VI. 이는 우리나라 헌법 제12조4항에서 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다”라고 규정한 것과는 다소 다른 점이다. 즉 우리헌법은 변호인의 조력을 받을 권리를 미국에 비해 폭넓게 인정하고 있는 셈이다.

40) 연방헌법과 직접적으로 연관되지 않는 문제들은 각 주에서 자체적으로 결정한 권한에 속한다. 따라서 피의자 신문단계에서의 변호인 참여권은, 연방대법원보다는 각 주에서 입법 정책적으로 결정할 문제로 간주되었다.

41) Wayne R. Lafave et al., *Criminal Procedure*, West Academic Publishing, 2017 (Sixth Edition), 409-410면.

42) 297 U.S. 278 (1936).

43) *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963).

아무리 전체정황을 고려할지라도, 피의자가 자백당시 과연 임의로 진술했는지를 판단하기가 쉽지 않았기 때문이다. 더구나 개별사건의 사실관계가 천차만별이기 때문에, 사건 관계인들은 피의자 자백의 증거능력이 인정될 것인지를 예측하기가 사실상 불가능했다. 이 때문에 이와 같은 임의성 판단 기준은 자백의 증거능력을 사법부의 자유재량에 일임한다는 비판을 받았다. 따라서 연방대법원은 증거능력 판단을 위해 보다 명료하고, 예측 가능한 기준을 마련할 필요성을 인식하게 되었다.

이러한 고민으로 나온 결과물이 우리나라에도 잘 알려진, 소위 McNabb-Mallory로 불리는 두 건의 연방대법원 판결들이다. McNabb v. United States⁴⁴⁾에서 연방대법원은 피의자 체포와 치안판사 앞의 인치사이에 비합리적인 지연이 있을 경우, 이 사이에 얻어진 자백은 증거능력이 없다고 판단하였다. 뒤이은 Mallory v. United States⁴⁵⁾에서 연방대법원은 McNabb에서 형성된 신속 인치 원칙을 재확인하면서 체포와 판사 앞 인치 사이의 18시간동안 경찰이 강간죄에 대한 자백을 얻어낸 경우 이는 증거에서 배제되어야 한다고 판단하였다. 두 판결은 피의자가 지체 없이 치안판사 앞에 인치되어야 하는 원칙을 형성했다는 점에서 의의가 있었다. 그럼에도 불구하고 여전히 두 가지 측면에서 문제가 있었다. 과연 어디까지를 비합리적인 지연으로 볼 수 있을지 판단하기 어려울 뿐 아니라, 연방의회에서는 신속한 인치 위반의 효과를 상당부분 약화시키는 입법을 해버렸기 때문이었다.⁴⁶⁾

따라서 연방대법원은 피의자 진술의 임의성을 보장할 뿐만 아니라, 진술의 증거능력을 판단하기 위한 보다 명확한 기준을 정립하고자 하였다. 여기서 등장한 것이 바로 변호인의 피의자 신문 참여였다. 하지만 앞 서 언급했듯이 미국연방 수정헌법 제6조는 피고인에게만 변호인 조력권을 인정하고 있기 때문에, 연방대법원이 헌법의 해석에 기반해서 수사대상인 피의자에게도 변호인의 조력을 인정할 근거를 찾기 어려웠다. 이에 대한 고민에서 나온 판결이 Escobedo v. Illinois⁴⁷⁾ 판결이다. 동 판결에서 연방대법원은, 피의자도 신문 중 일정한 경우에, 수정헌법 제6조에 근거한 변호인 조력권을 가질 수 있다고 판시했다. 대법관들은 경찰의 피의자 신문은 사실

44) 318 U.S. 332 (1943).

45) 354 U.S. 449 (1957).

46) Wayne R. Lafave et al., 앞의 책, 421-422면.

47) 378 U.S. 478 (1964)

상 소송단계에 버금가는 중요한 과정이기 때문에, 수정헌법 제6조의 문언에도 불구하고 변호인 조력권이 인정될 수 있다고 본 것이다. 이 사안에서 연방대법원은, 피의자가 변호인의 조력을 제대로 받지 못했다고 판단하면서 자백의 증거능력을 부정하였다.

이러한 연방대법원의 헌법해석은 파격적이었지만, 사실 Escobedo 판결의 적용이 가능한 경우는 매우 제한적 이었다.⁴⁸⁾ 동 판결은, 피의자에게 신문 이전에 이미 선임된 변호인이 있을 경우에, 변호인과의 접견을 허용할 것인가를 판단한 것이었다. 즉 피의자 신문 단계에서의 전면적인 변호인 참여권을 보장한 것은 아니었다. 뿐만 아니라, 매우 다양한 조건이 충족될 경우에 한하여, 변호인 접견이 거부되는 것이 문제가 될 수 있음을 인정한 것이었다.⁴⁹⁾ 이러한 독특한 사실관계 때문에 이 판결의 그대로 적용될 수 있는 여지는 크지 않았다. 따라서 이러한 판결이 피의자 신문 중 변호인 참여권과 관련된 법적 이슈를 완전히 정립하였다고 보기는 어려웠다. 이에 많은 학자 및 실무가들은 Escobedo 판결 이후 연방대법원의 변호인 참여권과 관련한 법률해석의 방향에 주목했다.

2. 미란다 판결과 변호인 참여권

미란다(Miranda v. Arizona⁵⁰⁾) 판결은 잘 알려져 있듯, 경찰이 피의자 신문을 시작하기 이전에 피의자에게 4가지 내용을 고지하도록 의무화하고 있다. 이는:

48) 우리나라에도 Escobedo 판결의 의의에 대해서는 소개되어 있지만, 동 판결이 적용될 수 있는 경우가 매우 제한되기 때문에 그 의미가 크지 않다는 사실은 잘 알려져 있는 것 같지 않다. Escobedo 판결을 소개한 문헌으로는, 최석훈, 앞의 논문, 71면.

49) 동 판결은 다섯 가지 조건을 제시하였는데, (1) 수사가 해결되지 않은 범죄에 대한 일반자인 조사가 아니라 특정한 용의자에 초점을 맞추게 되었고, (2) 용의자가 구금상태(police custody) 이고, (3) 경찰이 유죄진술을 이끌어내기 위한 신문절차를 시작하였고, (4) 용의자가 자신의 변호인과 접견할 것을 요청하였지만, 이러한 요청이 거부되었고, (5) 경찰이 헌법적으로 보장되는 묵비권(right to remain silent)을 충분히 고지하지 않았을 경우이어야 한다.

50) 384 U.S. 436 (1966).

- 1) 침묵할 권리 (right to remain silent);⁵¹⁾
- 2) 피의자의 진술은 불리한 증거로 사용될 수 있다는 사실 (anything said can and will be used against the individual in court);
- 3) 변호인과 동석하고 조언을 구할 권리 (right to consult with a lawyer and have the lawyer with him during interrogation);⁵²⁾
- 4) 무자력일 경우 국선 변호인의 도움을 받을 권리가 있다는 사실 (if he is indigent a lawyer will be appointed to represent him);

들이다. 경찰은 이에 대한 피의자의 의사를 확인하고 나서야 신문을 시작할 수 있고, 이를 이행하지 않은 상태에서 얻은 자백은 위법수집증거로서 증거능력이 배제된다.⁵³⁾

본 논문의 주제인 변호인 참여권에 보다 초점을 맞추어 살펴보자. 연방대법원은 미란다 판결에서, 본격적인 법적 논의를 시작하기에 앞서, 우선 1960년대 당시 미국 경찰신문의 실태에 대해 세밀한 분석을 시도하였다. 연방대법원은 경찰신문과 관련된 여러 자료들을 검토한 후, 비록 경찰신문에서 폭행, 고문 등은 많이 사라졌지만, 점차 고도의 심리학적 압박 수단이 많이 활용되고 있다고 지적했다.⁵⁴⁾ 또한 수사기

51) 이는 곧 묵비권을 의미하는데, 진술거부권과 동일한 것으로 이해해도 무방할 것이다. 로앤비(LAWnB)의 법률용어사전에서도 진술거부권과 묵비권을 동일하게 정의하고 있다.

52) 동 문언은 1) 변호인의 조력을 받을 권리(right to consult with a lawyer)와 2) 변호인 참여권(right to have the lawyer with him during interrogation)을 모두 포함하고 있다. 따라서 이하의 미란다 판결에 대한 설명에서는, 두 가지 권리를 구분하지 않고, 문맥에 따라 자연스럽게 혼용한다.

53) 미란다 원칙의 고지는, 수사기관이 피의자를 체포, 구금(taken into custody) 또는 상당한 수준으로 자유를 박탈한 상황(deprived of his freedom of action in any significant way)에서 신문(interrogation)을 하는 경우에 국한된다. California v. Beheler, 463 U.S. 1121 (1983). 우리나라는 이러한 제한 없이, 모든 피의자 신문에서 진술거부권 및 변호인 참여권 고지를 의무화 하고 있다는 점에서, 다소 차이가 있다. 하지만, 우리나라에서는 피의자가 수사기관에 출석할 의무가 있고, 출석 불응시 체포영장이 발부될 수도 있다. 형사소송법 제200의2. 이러한 점을 고려하면 임의수사의 대상인 피의자 출석에도 강제적인 측면이 상당한 것이다. 신동운, 간추린 신형사소송법, 2016, 83면. 따라서 큰 틀에서 보면, 한국과 미국의 차이는 생각만큼 크지 않은 것으로 보이는 바, 본 논문에서는 이러한 차이를 구분하지 않고 논의하기로 한다.

54) 특히 연방대법원은 당시 널리 활용되기 시작한 리드(Reid) 테크닉에 대해 강력히 비판했다. 리드 테크닉을 비판한 최근의 문헌으로는, Brian R. Gallini, "Police "Science" in the Interrogation Room: Seventy Years of Psuedo-Psychological Interrogation Methods to Obtain Inadmissible

관이 변호인 조력을 보장해주지 않기 때문에, 피의자는 홀로 고립된 환경속에서 진술을 해야 하는 압박을 받는다고 보았다. 연방대법원은 이로 인해 피의자의 진술이 비자발적으로 이루어질 수 있음을 우려했고, 이는 사실상 연방수정헌법 제5조에 규정되어 있는 자기부죄금지원칙(P privilege Against Self-incrimination)을 위반하는 결과가 된다고 보았다.⁵⁵⁾ 연방대법원은, 피의자가 이러한 강압에서 벗어나려면, 변호인 참여권이 보장되어야 한다고 판단했다.

이러한 접근은 연방헌법의 해석적인 측면에서 큰 변화였다. 그동안 수정헌법 5조의 자기부죄금지원칙은 경찰신문 단계에서는 별로 논의되지 않았기 때문이다. 역사적으로 이 원칙은 주로 재판에서 피의자에게 유죄인정을 강요해온 폐해를 극복하기 위해 마련된 원칙이었다. 영국에서 보통법을 통해 확립되었고, 미국에서는 이를 헌법상의 권리로 격상시켰다.⁵⁶⁾ 하지만 이 권리는 법정에서 진술을 강요받는 상황을 염두에 둔 것이기 때문에 경찰신문에도 적용될 수 있을 것인지가 문제였다. 연방대법원은 경찰신문 환경의 특수성 때문에, 피의자의 진술이 비자발적이 될 수 있음을 우려했고, 자백은 법정에서 강력한 증거가 되므로, 실질적으로 자기부죄금지원칙이 침해될 수 있다고 본 것이다. 이러한 시각은 앞에서 언급한 Escobedo 판결에서의 접근방식—수정헌법 6조의 변호인 조력권을 기소된 피고인으로부터 신문을 받는 피의자에게까지 확대하려는 노력—과는 확연히 다른 것이었다.

이처럼 미란다 원칙의 탄생은, 연방대법원의 헌법해석에 큰 변화가 있었기에 가능한 일이었다. 그 과정과 헌법적 해석은 생각보다 복잡하다. 이러한 변화는 민권운동이 활발했던 시대적 배경과 함께, 법집행기관의 인권 침해를 통제하기 위한 연방대법원의 과감한 헌법적 해석과 결단 덕분이었다. 비록 미란다 판결의 4가지 원칙들 자체는 단순하고, 이제는 당연한 것으로까지 여겨지지만, 원칙들이 탄생하기까지의 과정 역시 순탄했던 것은 아니었다.

Confessions”, Hastings Law Journal 제61권 (2009).

55) 관련된 문언은 “No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself,” U.S. Constitution Amendment VI. 이는 누구도 형사사건에게 자기에게 불리한 증인이 되도록 강요될 수 없다는 자기부죄금지원칙을 선언한 것이다.

56) Wayne R. Lafave et al., 앞의 책, 118-119면.

3. 판결 이후의 논쟁

미란다 판결이 피의자 신문 및 변호인 참여권을 둘러싼 모든 법적 논란을 모두 해소한 것은 아니었다. 실제로 미란다 원칙은 그 탄생과 동시에 강력한 비판을 받았고, 미란다 판결의 의미는 최근까지도 지속적으로 축소되고 있기 때문이다. 뿐만 아니라 판결의 취지 자체가 뒤집힐 뻔한 위기도 있었다.

이러한 비판의 중심에는 소위 원전주의자(Originalist)⁵⁷⁾라고 불리는 헌법상 문언 해석에 엄격한 법률가들이 있었다. 이들은 수정헌법 제5조에서 보장하고 있는 것은 자기부죄금지원칙임에도 불구하고, 변호인 조력권까지 확장해서 인정한 연방대법원의 헌법해석을 비판했다. 이들이 연방대법원이 변호인 참여권을 인정한 것 그 자체에 대해 비판한 것은 아니었다. 다만 과연 자기부죄금지원칙에서 변호인 참여권을 이끌어 내는 것이, 과연 헌법 문언에 부합하는 타당한 헌법해석인가 하는 점이었다. 이들은 피의자 신문과정에서의 변호인 참여권은 연방의회 또는 각 주(States)에서 입법을 통해 결정할 사안이지, 연방대법원의 결정을 통해 일률적으로 적용되어야 하는 사안이 아니라고 본 것이다.

이러한 저항은 즉시 현실화 되었다. 미란다 판결 후 연방의회에서는 바로 미란다 판결의 내용을 사실상 뒤집는 법률을 통과시켰다.⁵⁸⁾ 이로 인해 30여 년간 미란다 판결의 효력이 어정쩡한 상태가 지속되어 왔다. 이러한 오랜 논쟁에 종지부를 찍은 것이 바로 *Dickerson v. United States*⁵⁹⁾ 판결이다.⁶⁰⁾ 사실 연방대법원에서 이 사건을 심리하는 동안 많은 법률가들은 미란다 판결이 뒤집힐 것으로 예측하였다. 왜냐하면 미란다 원칙의 헌법적 근거가 취약하다고 보았기 때문이었다. 또한 연방대법원에서 다수를 차지하는 보수적인 대법관들의 성향을 고려하면, 미란다 원칙의 폐

57) 미국연방헌법을 해석함에 있어, 헌법 제정당시의 의도와 문언에 충실하려는 최대한 법률가들을 일컫는 말이다. 작년에 사망한 안토닌 스칼리아(Antonin Scalia) 대법관이 대표적이다.

58) George C. Thomas III, "The End of the Road for *Miranda v. Arizona*?: On the History and the Future of the Rules for Police Interrogation", *American Criminal Law Review* 제37권 (2000), 1-18면

59) 530 U.S. 428 (2000).

60) *Dickerson* 판결에 대해 자세히 소개한 문헌으로는, 박미숙, "Dickerson사례를 계기로 본 *Miranda* 규칙의 재조명", *형사정책연구* 42호 (2000. 6).

기는 시간의 문제로 보였다. 하지만 Dickerson 판결은 피의자에 4가지 경고를 의무화한 미란다 원칙이 헌법상 근거가 있으며, 이를 뒤집고자 한 연방법률이 위헌이라고 판단하였다. 많은 법률가들은 이러한 결정이 미란다 판결의 상징성을 고려한 연방대법원의 고육지책(苦肉之策)이었다고 보고 있다.

이러한 외부적인 논란 및 위협과는 별도로, 연방대법원 내부에서도 미란다 판결의 영향을 축소시키려는 노력이 있어왔다. 이는 미란다 판결을 주도했던 얼 워렌 연방대법원장이 퇴임한 후 대법원의 인적구성이 보수적으로 바뀌면서 본격적으로 이루어졌다. 대표적인 예로, Harris v. New York⁶¹⁾판결과 Michigan v. Tucker⁶²⁾판결이 있었다. Harris판결은 과연 미란다 원칙을 위반해서 얻은 진술이 피의자에 대한 탄핵증거로 사용될 수 있느냐에 대한 법적 이슈를 다루었다. 연방대법원은, 검사가 피고측 주장의 모순을 드러내기 위해서라면, 미란다 원칙을 위반해서 얻은 진술도 사용할 수 있다고 판단하였다. Tucker판결은 미란다 원칙 위반을 통해 알게 된 증인을 통해 얻은 진술을 증거로 사용할 수 있느냐 여부였다. 연방대법원은 비록 경찰관이 피의자에게 미란다 원칙을 제대로 고지하지 않았지만, 이를 통한 증인의 진술은 법정에서 교호신문(Cross-Examination)이 이루어지는 등 신뢰성이 담보되므로 증거로 사용될 수 있다고 판단하였다.⁶³⁾ 이러한 판결들로 인해, 미란다 판결의 위상이 상당부분 약화된 것이다.

최근 들어서는, 이러한 내·외부적 제한 움직임과는 별도로, 미란다 원칙 자체의 실효성에 대한 의문이 높아지고 있다. 관련된 실증적 연구에 따르면, 평범한 사람들도 미란다 원칙의 내용에 대해서 충분히 이해하지 못하고 있다고 한다.⁶⁴⁾ 법집행기관별로 사용하는 미란다 원칙의 세부 문언들이 제각각이고, 때로는 지나치게 장황하고 길기 때문에 피의자를 혼란스럽게 한다는 것이다. 또한 미란다 경고문에 사용되는 ‘자인(admission)’, ‘주장된(alleged)’, ‘취소된(revoked)’, ‘종료하다(terminate)’

61) 401 U.S. 222 (1971).

62) 417 US 433 (1974).

63) Tucker판결에 대해 자세히 소개한 문헌으로는, 이상현, “진술거부권 불고지의 진술로 획득한 2차적 증거의 증거능력: 미국과 우리법상 독수과실론에 대한 대법원 판례들의 비교분석”, 중앙법학 제11집 제12호 (2009.8), 256-258면.

64) Brian Cutler et al., “Expert Testimony on Interrogation and False Confession”, UMKC Law Review Vol. 82 (2013), 619-621면

등의 단어들은 고교수준의 단어를 넘는 것으로서 충분한 교육을 받지 못한 피의자들은 이를 제대로 이해하지 못한다고 지적한다. 더구나 경찰관은 미란다 권리의 내용 및 효과에 대해서 무성의하게 설명하기 때문에 피의자는 제대로 권리를 고지 받지 못한다고 한다. 이처럼 실효성에 의심이 가는 관문만 통과하면, 피의자 진술의 임의성이 강력히 추정되기 때문에, 미란다 권리를 고지해야 하는 의무가 오히려 법집행기관에게 유리하다는 분석도 있다.⁶⁵⁾

이러한 내외부적 공격과 효과성에 대한 의문에도 불구하고, 미란다 판결의 상징적 의미는 확고하다. 특히, 판결의 가장 큰 의의는 연방대법원이 피의자의 헌법상 진술거부권에 초점을 맞추어, 피의자가 자유롭게 진술거부권을 행사할 수 있는 환경을 조성해주었다는 데 있다. 연방대법원은 이를 위해서는 수사기관이 피의자에게 묵비권과 변호인 참여권을 고지해야 주어야 한다고 보았다. 이를 가능하게 했던 확장적인 헌법해석에 대한 비판에도 불구하고, 이러한 원칙은, 피의자에게 고립된 상태로 압박 받는 신문 환경에서 벗어날 권리를 주었다는 것에 큰 의의가 있다.⁶⁶⁾ 또한 미란다 경고의 문언은 영화 등 대중매체를 통하여 널리 알려졌고, 대부분의 일반인들은 이제 미란다 경고의 내용에 대해서 어렵잖이나마 인식하고 있다. 판결 이후로 법집행기관은 과거의 위협적인 신문방법을 탈피하고, 보다 과학적이고 체계적인 수사기법 발달을 위해 노력하게 되었다. 이러한 점들로 인해, 미란다 판결의 취지는 영미법계 국가를 넘어 많은 나라에 보급되었으며, 결과적으로, 피의자의 인권을 보장하는 대표적인 판결로 우뚝 서있다.

지금까지 살펴본 미란다 판결 이후의 다양한 논쟁들은, 수사과정 중 변호인 참여권이 얼마나 복잡한 이슈인지를 보여준다. 이를 고려하면, 우리나라에서도 한국형 미란다 원칙을 형성한 대법원과 헌법재판소의 결정 후 15년이 지났지만, 여전히 수사기관의 반발이 계속되고, 변호인 참여권이 많은 제약을 받는 것에 대해서 지나치게 회의적으로 볼 필요는 없을 것이다. 이는 국가 공권력의 행사와 개인의 인권보장

65) 실제 미란다 판결의 운명을 결정한 Dickerson 판결을 앞두고, 많은 법집행기관들은 미란다 원칙이 유지를 지지하였다고 한다. Sherry F. Colb, "Interrogation as a Thermometer of Public Fear", Ohio State Journal Criminal Law 제11권 (2013), 242-243면.

66) Saul M. Kassin et al., "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations," Law & Human Behavior 제34권 (2010), 13면.

의 타협점을 찾아가는, 어쩌면 불가피한 과정의 일부로 볼 수 있기 때문이다.

그렇지만, 이러한 불가피성을 인정한다고 하더라도, 한국에서의 변호인 참여권을 둘러싼 논의가 생산적인 방향으로 흘러가고 있는지는 의문이다. 앞서 언급한 바와 같이, 현재의 변호인 참여권을 둘러싼 논의의 폭은 매우 협소하고, 한국형 미란다 원칙을 어떠한 방향으로 어떻게 정립해 나갈 것인지에 대한 발전적 논의는 부족하기 때문이다. 이런 측면에서, 본 장에서 살펴본 미국에서의 미란다 판결 및 그 후의 이어지는 논쟁은 한국형 미란다 원칙을 정립하는 데 있어 좋은 참고가 될 수 있을 것이다.

IV. 한국형 미란다 원칙의 바람직한 발전 방향

1. 피의자 중심의 변호인 참여권 논의 필요

지금까지 살펴본 바와 같이 우리나라와 미국에서 변호인 참여권을 둘러싼 논의의 전개방향은 다소 차이가 있다. 우리나라의 경우 피의자 신문 중 변호인 참여권을 피의자의 변호인 접견교통권에서 유추적용하거나 직접적으로 그 근거를 찾고 있다. 반면 미국의 미란다 판결은 헌법상의 진술거부권을 보장에 초점을 두고 있다. 연방 대법원은 피의자 신문 과정에서 피의자가 받는 고도의 심리적 압박을 고려하면, 헌법상 보장된 진술거부권이 침해될 우려가 있다고 보았기 때문에 변호인의 참여를 보장해 주어야 한다고 판단한 것이다.

아마도 이러한 차이는 우리헌법과 미국연방헌법의 자구(字句)상의 차이에서 비롯된 것으로 보인다. 우리헌법은 형사상 피고인, 피의자를 불문하고 변호인 조력권을 인정하고 있는데 비해서, 미국연방헌법은 피고인에게만 변호인 조력권을 인정하고 있기 때문이다. 따라서 우리나라는 미국과 같은 진술거부권이라는 우회경로 없이 보다 용이하게 피의자 신문과정에서의 변호인 참여권을 인정할 수 있는 셈이다.

얼핏 보면, 사소한 접근방식의 차이로 보이지만, 이로 인해 변호인 참여권을 둘러싼 논의 전개의 방향이 다르게 되었다. 한국형 미란다 판결 이후 논의의 전개과정을

살펴보면, 수사과정 중 변호인의 조력을 어느 수준까지 어떻게 허용할 것인가가 주된 관심요소이다. 앞서 언급한 바와 같이, 많은 연구들이 형사소송법 및 법규명령에서 규정하고 있는 변호인 참여권의 범위 및 제한사유에 대해 초점을 맞추고 있다. 하지만 미국에서 미란다 판결 이후의 논의의 전개과정은 다소 다르다. 비록 판결의 의미는 점점 축소되었지만, 미란다 원칙이 피의자에게 미치는 영향이 중요한 논의의 대상이 되었다. 그 중 하나는, 피의자가 과연 미란다 권리를 적극적으로 행사하였는지, 아니면 포기하고 임의적으로 진술하였는지에 대한 판단 기준을 설정하는 일이었다.⁶⁷⁾ 왜냐하면 미란다 판결의 취지가 헌법상 보장된 피의자의 진술거부권 행사와 직접적으로 관련이 있기 때문이다. 즉, 미국에서는 변호인 참여권 자체—즉, 피의자 신문과정에 참여한 변호인이 어디까지 어떤 조력을 제공할 수 있는지—보다는, 변호인 참여권을 행사하는 피의자의 의사결정에 대한 논의가 중요시 된 것이다.⁶⁸⁾

물론 우리나라에서도 같이 변호인의 역할 및 제한과 관련한 세밀한 논의도 나름의 의미가 있을 것이다. 하지만, 이러한 시각으로만 접근하면, 정작 핵심적인 논의는 간과하게 된다. 타협점을 찾기 어려운 갈등(변호인 참여권 확대 노력과 이에 대한 저항), 그 자체에 초점이 맞추어 지면서, 변호인 참여권이 제한되는 경우 피의자가 어떠한 영향을 받게 되는지에 대한 논의는 정작 소홀해지는 것이다. 즉, 피의자의 변호인 참여권 논의에, 정작 피의자는 빠져있는 셈이다. 그리고 미국에서의 미란다 판결을 둘러싸고 지속되는 논쟁이 시사하듯, 수사과정에서의 변호인 참여권 보장은 사회적 합의에 이르기가 매우 어려운 부분이다.⁶⁹⁾ 또한, 유럽의 많은 나라에서

67) *Berghuis v. Thompkins*, 560 U.S. 370 (2010). 연방대법원은 본 판결에서 피의자가 두 시간 40분 가량 침묵을 지키고 있었다고 해서 미란다 권리를 행사한 것은 아니라고 보았다. 왜냐하면 연방대법원은 피의자가 명백히 미란다 권리를 행사할 의사를 표명할 경우에 한하여 권리의 효력이 발생한다고 보았기 때문이다. 비록 이 판결은 피의자에게 적극적으로 권리를 행사해야 하는 의무를 지웠다는 비판을 받기도 하지만, 연방대법원이 미란다 원칙과 관련하여 피의자의 의사를 가장 중심에 두고 법 논리를 발달시키고 있음을 보여준다.

68) 물론 이러한 접근방식의 차이 외에 변호사의 성향에 대한 문화적 차이도 빼놓을 수 없다. 그리고 당사자주의가 발달한 미국에서는 변호사의 변호행위가 재판, 수사단계를 가리지 않고 매우 강력하다. 따라서 거의 대부분의 변호사는 피의자에게 신문 단계에서 묵비권을 행사할 것을 권유하고, 이는 곧 피의자 신문의 종료를 의미한다. 이로 인해 변호인의 피의자 신문 참여의 수준에 대한 논의에 차이가 생기는 듯 하다.

69) 이러한 측면에서, 미국의 미란다 판결의 이후 최근까지 지속되는 논쟁은, 우리나라의 변호인 참여권 논의가 나아가야 할 방향에 대한 시사점을 준다고 할 것이다.

도 여전히 변호인 참여권에 대한 제한이 있음을 고려하면, 변호인 참여권의 전면적 보장만이 인권보장의 필수조건은 아닌 셈이다. 그렇다면, 이처럼 합의에 도달하기 어려운 논의에 집중하기 보다는, 변호인 참여권을 행사하는 피의자에 대해서 초점을 맞출 필요가 있다.

앞서 언급한 바와 같이, 미국에서의 논의 방향은 보다 피의자에 초점을 맞추게 된다. 즉, 변호인 조력 및 참여가 중요하지만, 그 자체가 주된 논의의 대상은 아니다. 어디까지나 변호인의 참여권은 피의자가 진술거부권을 자유롭게 행사할 수 있도록 보장하는 도구적 수단으로 간주 되어온 것이다.⁷⁰⁾ 따라서 피의자가 과연 임의로 진술거부권을 포기하고 진술하느냐, 아니면 이를 행사해서 신문을 중단시킬 것이냐가 중요한 논의의 대상이었다.

이런 점들을 고려하면, 우리나라에서도 피의자가 본인의 자유로운 선택을 통하여 진술거부권 행사할 수 있도록 하는데 보다 논의의 초점이 맞추어져야 한다. 즉, 피의자가 본인이 처한 상황과 보장된 권리를 충분히 인식한 상태에서, 계속 진술을 할 것인지 여부에 대한 판단할 수 있는 환경을 조성하도록 하는 것이 중요하다. 다행히 대법원과 헌법재판소의 결정에서도 변호인 참여권이 인정은 진술거부권의 행사와도 관련이 있음을 언급하고 있다.⁷¹⁾ 물론 변호인 참여권을 인정하는 주된 근거는 헌법상 변호인 접견교통권이었지만, 피의자의 헌법상의 진술거부권이 보장되려면 변호인의 참여가 필요하다는 사실을 인식하고 있는 셈이다. 이는 실질적으로 한국형 미란다 원칙도 미국에서와 같이 진술거부권 보장에 일부 근거하고 있음을 의미한다.

사실 진술의 임의성 및 진술 거부권 보장은 우리나라의 피의자 신문 환경에서 더욱 중요하다. 우선, 헌법적으로도 그렇다. 앞서 언급한 바와 같이 우리나라 헌법은 미국과 달리 헌법 문언에서 직접적으로 피의자에게도 진술거부권을 보장하고 있다. 하지만 실제 수사·재판현실에서의 진술거부권이 어떻게 보장되고 있는지에 대한 인식은 아쉽게도 미미하다. 또한, 우리 형사재판에서 피의자 진술의 증거능력 인정 방식을 고려하면, 진술거부권의 보장은 더욱 중요하다. 형사소송법은, 피의자 신문조

70) 피의자가 명시적으로 변호인의 참여를 요청하면, 변호인이 동석하기 전까지 경찰은 피의자 신문을 재개할 수 없다.

71) 대결 2003. 11. 11, 2003모402; 헌법재판소 2004. 9. 23, 2000헌마 138.

서의 진정 성립이 인정될 경우, 미국과는 달리 법정에서 조사자의 증언 없더라도, 증거능력을 인정하고 있기 때문이다.⁷²⁾ 때문에 피의자 신문이 완료된 후에 피의자는 조서의 증거능력 및 내용에 대해서 다룰 수 있는 여지가 매우 줄어들게 된다.⁷³⁾ 따라서 우리나라의 재판방식은 여전히 소위 ‘조서재판’이라는 오명을 쓰고 있고, 사실관계에의 확정에서 수사기관의 역할이 지나치게 크다는 비판을 받고 있다.

이러한 점들을 종합하면, 변호인 참여권을 둘러싼 논의의 방향이 바뀔 필요가 있다. 변호인 참여권은 피의자의 임의적 진술을 보장하고 진술거부권 행사를 돕기 위한 도구적 권리로서 이해되어야 한다. 따라서 변호인 참여권의 제한 그 자체 보다는, 제한으로 인해 피의자가 어떠한 영향을 받는지에 초점이 맞추어져야 할 것이다. 즉, 변호인 참여권이 제한될 경우 피의자는 1) 어떠한 압박을 받게 되는지, 2) 그로 인해 진술거부권이 침해되는 것은 아닌지, 3) 이를 보완하기 위해서 어떤 조치가 필요한지 등에 대한 발전적인 논의가 필요하다.

2. 제안: 변호인 참여권 제한 시 진술거부권 재고지 필요

광범위하게 변호인 참여권이 제한되는 우리나라의 수사현실을 고려하면, 변호인 참여권 제한 시 피의자에게 새로운 보호수단이 필요하다. 변호인과 동석한 채 신문에 임했던 피의자로서는 갑자기 변호인의 역할이 제한될 경우, 고도의 심리적 압박을 느끼게 될 것이다. 이러한 상태에서 수사기관의 의지대로 계속 신문이 진행되는 것은, 미란다 판결에서의 연방대법원의 논지처럼, 실질적으로 피의자의 진술거부권을 침해할 수 있다. 따라서 피의자에게 이러한 헌법상 권리의 행사를 보장해 줄 수 있는 안전장치가 필요하다. 이러한 접근은, 변호인 참여권의 범위 및 제한과 관련한 법규들에만 초점을 맞춘 기존의 논의에서는 찾아보기 어려운 것이다.

물론 변호인 참여권이 제한될 경우 피의자가 느끼는 압박의 수준은 어느 정도인

72) 형사소송법 제312조가 이를 다루고 있다.

73) 물론 2000년대 이후 피의자 신문조서의 진정 성립 조건에 많은 변화가 있었기 때문에 증거능력 인정이 예전만큼 용이하지 않은 것은 사실이다. 하지만, 검사는 영상녹화물 등 객관적인 방법을 통해서 피의자의 진술이 특신상태에서 행해졌다는 것을 입증할 경우 조서의 증거능력을 인정받을 수 있다. 즉, 예전에 비해 번거로워진 것은 사실이지만, 검사의 의지에도 불구하고 증거능력이 부인되는 경우는 많지 않은 것으로 보인다.

지, 그리고 과연 그것이 진술거부권을 침해할 정도인지는 실증적으로 밝혀져야 할 대상이다.⁷⁴⁾ 그러나 여전히 권위주의적인 색채가 강한 우리나라의 수사 환경을 고려하면, 피의자가 느끼는 심리적인 부담은 상당하리라 짐작된다. 더구나 신문과정에서 변호인의 조력활동이 수사기관에 의해 직접적으로 제한될 경우, 그러한 부담은 분명히 증폭될 것이다. 낯선 환경에서 피의자가 유일하게 의지할 수 있는 대상이 사라지기 때문에, 피의자는 더욱 더 고립되는 절망적인 상황에 처하게 된다. 당장 새로운 변호인을 찾기는 쉽지 않고, 구제수단으로서의 준항고(準抗告)는 결정까지 상당한 시일이 소요된다. 그러한 와중에 신문은 계속될 것이고, 피의자는 이미 포기해버린 진술거부권을 다시 행사하기는 어려울 것이다. 따라서 피의자는 사실상 진술을 강요당하는 상황에 처하게 되는 것으로 볼 수 있을 것이다.⁷⁵⁾

따라서 수사기관이 신문과정에서 변호인 참여권을 제한할 경우, 수사기관은 피의자에게 진술거부권을 재고지함이 바람직하다.⁷⁶⁾ 즉, 피의자가 변호인으로부터 받는 조력이 제한된다면, 그러한 고립무원(孤立無援)의 상황을 감내하고도 계속 진술할 것인지, 수사기관은 피의자의 의사를 다시 확인해야 한다. 수사기관에서 이를 이행하지 않고서 진술을 얻어낼 경우, 이는 우리헌법상 명시적으로 보장되는 진술거부권을 침해하는 것으로서, 증거에서 배제해야 할 것이다.⁷⁷⁾

사실 이러한 해석은 법 문언의 해석과도 배치되는 것이 아니다. 형사소송법 제244조의3(진술거부권 등의 고지)은 수사기관이 피의자를 신문하기 전에 진술거부

74) 최근 들어 우리나라에서도 법심리학에 대한 관심이 높아지면서, 수사과정에 대한 실증적 연구가 활발히 이루어지고 있다. 미란다 원칙과 관련해서는, 피의자가 미란다 권리를 제대로 이해하는지 여부에 대한 유의미한 연구들이 있다. 관련 연구로는, 김민지, “한국형 미란다 경고의 문제점과 개선 방안”, 형사정책연구 제91호 (2012. 9). 하지만, 본 논문에서 다루는 내용들에 대한 연구는 아직까지 찾아보기 힘들다.

75) 문단의 서두에서 언급한 것처럼, 변호인 참여권 제한이 가져오는 영향은 실증적 연구를 통해 밝혀져야 할 것이다. 본 논문은, 선행 연구들의 접근방식에 대한 비판 및 미란다 판결에 대한 종합적인 분석을 통해, 논의의 시각이 전환되어야 하는 필요성을 제시하는 데 의의를 두고자 한다.

76) 소극적 권리인 진술거부권의 재고지와 더불어, 적극적 권리인 변호인 조력을 받을 권리의 재고지도 함께 논의해 볼지 하지만, 본 논문에서는 진술거부권에 대해서만 검토하기로 한다. 현실적으로, 새로운 변호인을 선임하고, 수사기관에 오기까지를 기다리는 것은, 수사기관 뿐 아니라 피의자에게도 많은 불편을 초래하는 것이기 때문이다.

77) 지면관계상 본 논문에서는 진술거부권 재고지의 필요성에 대해서만 논의하고, 형사소송법 개정 등 구체적인 방법에 대해서는 후속 연구에서 다루고자 한다.

권과 변호인 참여권 등을 고지하도록 규정하고 있다. 이에 대한 피의자의 의사를 확인하고 나서야 신문이 진행될 수 있다. 그런데 신문 과정에 변호인을 대동한 피의자는, 수사기관의 신문에 응하더라도, 진술거부권과 변호인 참여권을 모두 포기한 것이라고 볼 수 없다. 대신에 변호인 동석을 통해 변호인의 충분한 조력을 받을 수 있다는 전제하에 진술거부권을 포기한 것이라고 보는 것이 합리적이다. 따라서 피의자 수사과정 중에 변호인 참여권 제약을 받았을 때에는, 이러한 전제에 변화가 생긴 것이다. 따라서 수사기관은 바뀐 환경에서도 피의자가 계속 진술거부권을 포기하고 진술할 것인지를 다시 확인해야 한다.

진술거부권의 재고지가 일견 수사기관에 과도한 부담을 지우는 것 같지만, 우리나라의 수사현실과 변호인의 성향을 고려하면, 결코 그렇지 않다. 미국에서는 피의자가 변호인 참여를 요구하면, 이는 사실상 피의자 신문이 종료됨을 의미한다.⁷⁸⁾ 왜냐하면 변호인이 나타나 동석하기 전까지 피의자 신문은 중단되고, 동석한 변호인은 대부분 피의자에게 진술거부권을 행사하도록 적극 조언하기 때문이다.⁷⁹⁾ 따라서 미란다 원칙은 피의자에게 사실상 신문을 중단한 권리를 부여해 준 셈이다.⁸⁰⁾ 하지만 우리나라의 상황은 다르다. 변호인이 피의자 신문과정에 동석해도 진술거부권 행사를 유도하는 것은 오히려 예외적이고, 대부분 수사기관의 질문에 적극적으로 대답하도록 조언하기 때문이다. 이러한 점을 고려하면 수사기관의 진술거부권 재고지가 반드시 무리한 요구라고 볼 수는 없을 것이다. 진술거부권의 재 고지는 결국 피의자가 자신이 처한 상황과 보장된 권리를 충분히 인식한 상태에서 자발적으로 진술할 수 있는 분위기를 조성하는데 기여할 것이다.

본 논문의 제안이 가져올 수 있는 세부적인 이슈에 대해서도 검토해 보자. 첫 번째는, 대법원과 헌법재판소의 결정에서 언급한 사유(수사방해 또는 비밀누설)로 인

78) 때문에 미국에서는, 변호인 참여권 제한사유나 본 논문에서 다룬 진술거부권 재고지 등이 별로 논의되지 않고 있다.

79) 이와 관련하여 미국에서 자주 인용되는 유명한 문구가 있다. 연방대법원의 *Watts v. Indiana* 판결에서, 잭슨 대법관은, “밥값을 하는 변호사라면, 그 어떤 상황에서도, 피의자에게 진술거부권을 행사하라고 강력히 조언할 것이다 (“any lawyer worth his salt will tell the suspect in no uncertain terms to make no statement to police under any circumstances.”)”라고 언급한 바 있다. *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49, 59 (1949).

80) Saul M. Kassin et al., 앞의 논문, 13면.

해 변호인 참여가 제한되는 경우에도, 진술거부권 재고지가 필요할 것인가 하는 것이다. 이 경우 재고지에 대한 논란이 있을 수 있지만, 여기서도 역시 피의자 중심으로 문제를 생각할 필요가 있다. 즉, 피의자의 시각에서 본다면, 변호인 참여권이 제한되는 상황이 과연 예측 가능했는지, 그리고 이 상황이 피의자의 책임으로 인해 발생한 것인지를 살펴보아야 한다. 우선 대부분의 피의자는 동석한 변호인의 참여가 수사기관의 직권에 의해 제한되는 상황을 미처 예측하지 못했을 것이다. 때문에 갑작스런 변화는 피의자에게 상당한 심리적 압박으로 다가올 것이다. 그리고 변호인 참여제한 사유의 발생은, 대부분 피의자 본인의 잘못보다는 변호인의 일탈행위 때문일 가능성이 높다.⁸¹⁾ 그럼에도 불구하고, 실무적으로 변호인 참여권 제한으로 인한 피해는 고스란히 피의자의 몫이 되고 만다. 이러한 점들을 고려하면 피의자의 권리 보호를 위해서, 수사기관이 진술거부권을 재고지하도록 할 필요가 있다.

또 다른 이슈로, 이미 변호인이 진술거부권을 조언할 수 있음이 인정됨에도 불구하고, 수사기관이 별도로 진술거부권을 재고지할 필요가 있는가에 대한 의문도 있을 수 있다. 이러한 이의제기는 일견 타당하지만, 법적권리 그 자체와 권리가 행사되는 실제 환경을 구분하여 생각할 필요가 있다. 현실적으로 대부분의 피의자는 진술거부권 행사시 받게 될 불이익이 두려워 이를 포기하고 있고, 변호인도 수사기관을 자극하게 될 것을 우려하여 진술거부권 조언을 망설이는 경우가 많다. 이렇듯 헌법상 보장된 권리가 취약하다는 점을 고려하면, 보다 강력한 장치가 필요할 것이다. 수사의 주체인 수사기관이 피의자에게 진술거부권을 재고지하는 것은, 수사기관과 적대적인 변호인의 조언에 의한 것과는 달리, 권리 행사의 부담을 한결 덜어 줄 것이다.

수사기관의 실무에도 긍정적인 변화가 생길 것을 기대할 수도 있다. 왜냐하면, 수사기관은 변호인 참여권을 성급히 제한할 경우 다시 진술거부권을 고지해야 하는 부담을 갖게 되기 때문이다. 때문에 현재와 같은 수사기관의 자의적인 변호인 참여권 제한은 상당부분 축소될 것이고, 필요 이상으로 제한하려 하지 않게 될 것이다.

81) 본 논문의 주제와 직접적인 관련이 있는 것은 아니지만, 변호인 참여권 제한과 관련된 책임의 귀속 문제에 대해서 생각해 볼 필요가 있다. 즉, 변호인이 실제로 수사방해나 비밀누설 등의 일탈행위로 인해 참여를 제한받게 된다면, 그러한 사실발생으로 인한 불이익은 피의자가 아닌 변호인이 부담해야 할 것이다. 따라서 변호인 참여권 제한 대신에 변호사의 직무윤리 위반으로 인한 징계 등으로 처리됨이 바람직할 것이다.

V. 나가며

한국형 미란다 원칙의 탄생과 함께 피의자 신문과정에서 변호인 참여권이 인정되고 있으나, 현실적으로 많은 제한을 받고 있다. 이에 학자들과 변호사 단체는 변호인 참여권을 확대하기 위해 많은 노력을 기울이고 있다. 하지만 이러한 논의들은 지나치게 변호인 참여권 그 자체에 초점을 맞추고 있다. 때문에, 관련 법 규정 및 수사기관과 변호인의 갈등이 주된 논의의 대상이 되는 반면, 정작 변호인 참여권의 제한으로 인해 피의자가 어떤 영향을 받는지, 진술거부권이 침해되지 않는지 등의 논의는 찾아보기 어렵다.

본 논문에서는, 논의의 전환을 위해 우선 미국법의 미란다 판결을 보다 심도 있게 검토해 보았다. 비록 미란다 원칙의 문언 자체는 단순하지만, 미란다 원칙이 탄생하게 된 배경과 원칙이 기반하고 있는 헌법적 이슈는 보다 깊은 이해를 필요로 하기 때문이다. 미국 연방대법원은 피의자가 신문과정에서 받는 심리적 압박에서 벗어나 진술거부권을 자유롭게 행사하기 위해서는 수사기관이 묵비권과 변호인 참여권을 고지할 의무가 있다고 보았다. 피의자의 헌법적 권리를 보장하고자 한 선도적인 판결이지만, 판결 직후부터 많은 논쟁을 가져왔고, 그 의미와 영향이 지속적으로 위협받고 있다. 오늘날까지 지속되는 이러한 논쟁은 피의자 신문과 변호인 참여권을 둘러싼 이슈의 복잡함을 보여준다.

이러한 점들에 대한 이해를 통해, 한국형 미란다 원칙을 새롭게 정립할 필요가 있다. 이를 위해, 변호인 참여권 자체에 대한 소모적인 논쟁으로부터, 피의자를 중심으로 둔 논의로 수정할 필요가 있다. 즉, 피의자가 헌법상 보장된 진술거부권을 행사할 수 있는지가 중요할 것이다. 우리나라의 수사현실을 고려하면, 피의자의 자유로운 진술거부권 행사를 보장하기 위해, 변호인 참여권 제한 시, 수사기관은 진술거부권을 다시 고지할 필요가 있다. 이러한 방향은 법적인 근거가 있고, 그동안 헌법상의 진술거부권이 상대적으로 소홀하게 취급되어 왔음을 고려하면, 충분히 검토할 만하다. 재고지 의무는 수사기관에 결코 과도한 부담으로 되지 않을 뿐더러, 수사기관의 실무에도 긍정적인 변화를 가져올 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 권창국, “피의자신문시 변호인 참여권 보장의 현황 및 문제점”, 형사소송의 이론과 실무 제6권 제2호 (2014. 12).
- 김민지, “한국형 미란다 경고의 문제점과 개선 방안”, 형사정책연구 제91호 (2012. 9).
- 김성진/김진국, “미국에서의 미란다 법칙과 그 실효성 확보방안”, 중앙법학 제18집 제4호 (2016. 12).
- 박찬운, “변호인참여권의 현실과 문제점 그리고 활성화를 위한 제안 - 대한변협의 설문조사를 바탕으로”, 인권과정의 제453호 (2015. 11).
- 신동운, 간추린 신형사소송법 (2016).
- 안동준, “Miranda원칙, 그 확립과 도전의 科程”, 법학논총 제23권 1호 (2003. 6).
- 이영돈, “변호인의 피의자신문 참여권의 범위와 한계”, 법학논고 제47집 (2014. 8).
- 정병곤, “인권보장을 위한 변호인참여권 강화방안”, 법학연구 제16권 제2호 (2016).
- 차용석, “형사소송에 있어서의 ‘Due Process’의 구현 - 미국 법에서의 발전과 관련 시켜 -”, 형사정책연구 (2007. 9).
- 최석윤, “변호인의 피의자신문참여권에 대한 비교법적 연구”, 형사정책연구 제23권 제4호 (2012).

[구미문헌]

- Colb, Sherry F., “Interrogation as a Thermometer of Public Fear”, Ohio State Journal Criminal Law 제11권 (2013).
- Cutler et al., Brian, “Expert Testimony on Interrogation and False Confession”, UMKC Law Review 제82권 (2013).
- Gallini, Brian R., “Police “Science” in the Interrogation Room: Seventy Years of Psuedo-Psychological Interrogation Methods to Obtain Inadmissible Confessions”, Hastings Law Journal 제61권 (2009).
- Hodgson, Jacqueline, “The role of lawyers during police detention and

questioning: a comparative study”, Contemporary Readings in Law and Social Justice, 제7권 제2호 (2015).

Kassin et al., Saul M., “Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations,” Law & Human Behavior 제34권 (2010).

Lafave et al., Wayne R., Criminal Procedure, West Academic Publishing (2017) (Sixth Edition).

Thomas III, George C., “The End of the Road for Miranda v. Arizona?: On the History and the Future of the Rules for Police Interrogation”, American Criminal Law Review 제37권 (2000).

Revisiting Miranda Decision :
To Discuss the Attorney's Right to Participate in the Police
Interrogation from the Defendant-Centered Perspective

Kim, Myeon-ki*

With the birth of the Korean-style Miranda principle, the lawyer's right to participate in the police interrogation is acknowledged. However, it has been significantly restricted. Legal scholars and lawyers are working hard to expand the right to participate in lawyers. But these discussions are overly focused on attorneys' participation themselves. Therefore, it is hard to find a meaningful discussion on the effect that the defendant would face when the role of counsel during the interrogation is restricted.

This study first examines the Miranda judgment of the United States in detail. Although the Miranda principle itself is simple, the background on which the Miranda principle was born and the constitutional issues on which it is based require a deeper understanding. The U.S. Supreme Court found that the investigating agency had the obligation to notify the defendants of their right to remain silent and to have lawyers participate during police interrogation in order to lessen the psychological pressure of the accused. Although it is a leading ruling to guarantee the constitutional rights of the suspect, many arguments have arisen since the decision, and its meaning and influence are constantly threatened. This controversy continues to the present day shows the complexity of the issue surrounding the police interrogation and lawyers' participation.

Through understanding these points, this article argues that it is necessary to

* National Police Agency (Seoul Song-pa Police Station), Senior Inspector, Doctor of Juridical Science (S.J.D.), Attorney licensed in New York.

newly establish the Korean Miranda principle. To this end, the debate should be centered on the accused, instead of the attorney's right to participate itself. Considering the reality of investigation in South Korea, in order to guarantee the right to remain silent, when the lawyer's participation is significantly restricted, the investigating agency needs to notify the right again. Because this interpretation has adequate legal grounds and the right to remain silent has been relatively neglected, this suggestion should be positively considered. The obligation to notify again would not be an excessive burden on the investigating agency, and will also bring about positive changes in the practice of the police interrogation.

❖ Keyword: Police Interrogation, Attorney's Right to Participate, Miranda Principle, Right to Remain Silent.