



## 명쾌한 수다

# 헌법상 기본권으로 보장되는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’란?

### 〈사건 개요〉

A씨와 그의 변호인인 B씨는 A씨의 피의 사실과 관련하여 담당수사관의 진행 이래 제1회 피의자 신문조사에 참여했습니다.

B씨는 조사실에 고소인들이 함께 참석함으로써 인한 A씨의 개인정보 노출을 우려하여 이의를 제기하였으나, 담당 수사관은 오히려 변호인 퇴장을 경고하였고, B씨는 이에 항의하였습니다.

조사가 마무리된 뒤, A씨는 피의자신문 조서 말미와 별도 용지에 담당 수사관의 강압적이고 편파적인 수사에 관하여 적었습니다.

이에 B씨는 담당 수사관의 조사방식을 지적하면서 해당 사건을 다른 지역 검찰청으로 이송할 것을 요청하는 ‘관할 이송 요청 및 수사에 대한 변호인 의견서’를 이 사건의 수사지휘검사에게 제출하였습니다.

담당 수사관은 고소인들이 있는 자리에서 A씨의 주소, 본적, 회사를 질문하였는데, 제가 이의를 제기하자 수사를 방해하면 방에서 내보겠다고 하였습니다.

수사관이 고소인 중 1명에게 질문하였을 때 다른 고소인이 대신 대답하는데도 제지하지 않았습니다.

담당 수사관은 사건에 대한 이해 없이 피의자 A씨의 말이 무조건 거짓말이라는 식으로 수사를 하고, 강압적이고 편파적인 수사를 하여 수사의 공정성을 상실하였습니다.

담당 수사관은 B씨에게 전화를 걸어 항의하면서, 그 사실관계에 대하여 고소인들과 대질조사를 할 테니 출석해달라고 말했습니다.

몇 주 뒤, 담당 수사관은 대질조사를 실시할 계획이었음에도 다른 핑계로 A씨의 출석을 요구하였습니다.

“조서에 기재한 숫자를 수정해야 하니, 도장을 들고 잠깐 조사실에 나와 달라.”

이러한 사실을 알지 못한 A씨가 혼자 출석하자, 담당 수사관은 그 기회에 조사하자며 A씨의 동의를 받은 뒤 변호인 B씨의 참여 없이 고소인들과 대질조사를 실시했습니다.

이를 토대로, A씨가 출석을 약속한 날짜에 출석하지 않았다는 등의 이유로 체포영장을 청구·발부받아 A씨를 체포하고, 이어 구속영장까지 발부받아 구속기소를 하자, A씨가 공판기일에 공소사실을 자백하고 증거에 모두 동의하여 징역 1년에 집행유예 3년의 판결을 선고받아 확정되었습니다.

이에 A씨와 변호인 B씨는 담당 수사관이 변호인의 조력을 받을 권리와 변호인의 조력할 권리를 침해하였다고 주장하며 국가배상청구를 하였습니다.

이에 관하여 대법원은 어떻게 판단하였을까요?

대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다235450 판결을 통해 알아보시다.

### 관련 법률

피의자 및 피고인이 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법상 기본권으로 보장되고 있습니다.

#### 헌법 제12조

④ 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.

⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다.

#### 헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2016헌마503 결정

변호인의 조력을 받을 권리의 보장은 피의자·피고인과 국가권력 사이의 실질적 대등을 이루고 이로써 공정한 형사절차를 실현하기 위한 헌법적 요청이라고 할 수 있다.

변호인의 조력을 받을 피의자 및 피고인의 권리를 실질적으로 확보하려면, 역으로 피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리 역시 헌법상 기본권으로 인정되어야 합니다.

#### 헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2016헌마503 결정

변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 없다면, 변호인은 피의자가 조연과 상담을 요청할 때 이를 시의적절하게 제공할 수 없고, 나아가 스스로의 판단에 따라 의견을 진술하거나 수사기관의 부당한 신문방법 등에 대하여 이의를 제기할 수 없게 된다. 그 결과 피의자는 형사절차에서 매우 중요한 의미를 가지는 피의자신문의 시기에 변호인으로부터 충분한 조력을 받을 수 없게 되어 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리가 형해화될 수 있다.

따라서 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실현하는 수단이라고 할 수 있으므로 헌법상 기본권인변호인의 변호권으로서 보호되어야 한다.

이러한 헌법상 기본권은 형사소송법 제243조의 2에서 규정하는 ‘피의자신문절차에 대한 변호인의 참여권’을 통하여 법률상 권리로 구체화되어 있습니다.

### 형사소송법 제243조의2(변호인의 참여 등)

① 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.

③ 신문에 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.

### 대법원 판결

대법원은 A씨의 변호인으로부터 조력을 받을 권리와 변호인 B씨의 피고인에 대한 접견교통권이 실질적으로 침해되었다고 판단한 원심판결을 수긍하였습니다.

### 원심판결

#### 부산지방법원 2019. 4. 26. 선고 2018나56855 판결 참조

담당 수사관의 위와 같은 행위는 변호인으로부터 충분한 조력을 받을 원고 2(A씨)의 권리와 변호인으로서 피의자신문에 참여할 원고 1(B씨)의 권리를 실질적으로 침해하는 것

으로서 불법행위를 구성하므로 피고는 원고들에게 그로 인한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다.

#### 대법원 2021. 11. 25. 선고 2019다235450 판결

원고 2(A씨)가 제1회 피의자 신문조사에 이어 제2회 피의자 신문조사를 받기까지 이루어진 일련의 과정과 수사절차의 내용 및 그 경위 등에 비추어 원고 2에 대한 제2회 피의자 신문조사와 관련하여 원고 2는 변호인의 조력을 받을 권리를 원고 1(B씨)은 변호인으로서 이에 참여할 권리를 행사하려는 의사를 명백히 표현한 것으로 볼 수 있고, 그럼에도 담당 수사관의 관련 절차상 기망적 조치로 인하여 사실상 그 권리를 행사할 기회를 박탈당한 것으로 볼 수 있다.

따라서, 대법원은 담당 수사관의 조치가 A씨와 B씨에 대한 불법행위를 구성한다고 본 원심의 판단이 정당하다고 보아 피고(대한민국)의 상고를 기각하였습니다.

(출처/명쾌한 판사와 함께 하는 법원이야기)