

‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권과 관련된 몇 가지 쟁점

- 현재 2019. 2. 28. 2015헌마1204 결정 및 대법원 2017. 3. 9.
선고 2013도167162 판결을 중심으로 -

민만기*

【목 차】

I. 글 머리에

II. 접견교통권의 법적 성격

1. 대상 결정
2. 분석 및 검토

III. ‘변호인이 되려는 자’의 의미와 접견 교통권의 범위와 한계

1. 대상 판결
2. 분석 및 검토

IV. 수형자에 대한 접견교통권

1. 수형자와 변호인의 조력을 받을 권리
2. ‘변호인이 되려는 자’의 수형자
접견교통권

V. 맷는 글

【국 문 요 약】

체포·구속을 당한 피의자 등은 헌법 제12조 제4항에 따라 변호인이 조력을 받을 헌법상 권리를 가지며 변호인과의 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 핵심적인 내용이다. 형사소송법 제34조는 변호인 또는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권을 규정하고 있다. 변호인 또는 ‘변호인이 되려는 자’가 가지는 접견교통권의 법적 성격에 대하여, 헌법재판소는 처음에는 구속피의자 등이 가지는 헌법상 기본권인 변호인과의 접견교통권과 달리 형사소송법

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수/변호사

규정에 의하여 인정되는 법률상 권리에 불과하다고 판시하였다. 그 뒤로 헌법재판소는 ‘피구속자를 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피구속자가 변호인으로부터 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은, 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다.’고 하여, 한정적으로 변호인의 조력권 중 핵심적인 부분은 헌법상 기본권에 해당한다고 하였다가, 현재 2019. 2. 28. 2015헌마1204 결정을 통하여 변호인의 접견교통권뿐만 아니라 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권도 헌법상 기본권에 해당한다고 판단하였다.

‘변호인이 되려는 자’를 포함한 변호인의 접견교통권은 체포·구속된 자와 변호인 등과의 사이에 있어서의 필요적·상호적인 공동관계에서 비로소 실현될 수 있는 것이므로 헌법상 권리가 체포·구속된 자에게만 있고, 그와 대항적인 지위에 있는 변호인에게는 혜용되지 않는다고 하는 것은 논리적으로도 모순일 뿐만 아니라 체포·구속된 자의 인권보장을 강화하고 방어준비의 철저한 보장 차원에서 위 헌재 결정과 같이 헌법상의 기본권으로 보는 것이 타당하다. 누가 ‘변호인이 되려는 자’인가 하는 문제와 관련하여 대법원은 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결을 통하여 변호인이 되려는 의사를 표시한 자가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 인정되는 경우 ‘변호인이 되려는 자’에 해당한다고 판시하였는바, 위 판결은 ‘변호인이 되려는 자’의 범위를 가능한 한 넓게 해석하여 변호인의 조력을 받을 권리를 강화하면서도 ‘변호인이 될 가능성’이라는 객관적 지표를 부가함으로써 접견교통권의 남용을 억지할 수 있는 타당한 법리를 도출하였다. 또한 위 판결은 특히 체포현장에서 ‘변호인이 되려는 자’가 가지는 접견교통권의 범위와 한계에 관하여, 국가형벌권의 목적을 달성하기 위한 신체구속 제도의 필요성 때문에 접견교통권이 불가피하게 제한되더라도 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되어서는 아니 된다고 판시함으로써, 체포현장에서의 접견교통권의 범위를 되도록 폭넓게 인정한 타당한 판결이라고 할 수 있다.

한편 형이 확정된 수형자는 미결수용자와 달리 변호인과의 접견교통권이 크게 제약되고 있으나, 특히 재심이나 상소권회복 청구를 하고자 하는 수형자의 경우, 상소권회복 또는 재심절차 개시 등에 의해 당해 형사 사건이 재개될 수 있다는 점에서, 잠재적인 미결수용자로 볼 수 있다. 뿐만 아니라 수형자가 재심청구 등을 하고자 하는 경우, 미결수용자에 못지 않게 변호인의 조력이 더욱 절실한 상황임을 감안하면 ‘변호인이 되려는 자’의 수형자를 대상으로 하는 접견교통권도 미결수용자에 대한 것과 마찬가지로 헌법상 기본권으로 보장되어야 한다.

I. 글 머리에

헌법 제12조는 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받은 권리를 가진다”라고 규정하여 1) 변호의 조력을 받을 권리가 헌법상 권리임을 천명하고 있다. 그리고 형사소송법 제34조는 이를 받아, “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다”고 하여 구속피의자 등의 변호인 조력을 받을 권리에 대응하는 변호인 또는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권을 규정하고 있다. 변호인이 피의자 등의 이익을 보호하고 방어활동을 협의하기 위하여 변호인과 구속된 피고인 또는 피의자와의 접견교통이 불가결한 요소가 된다. 이러한 의미에서 접견교통권은 구속된 피고인 또는 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 있도록 하는 형사절차상 가장 중요한 기본적 권리이며, 변호인의 고유권 가운데 가장 중요한 권리에 속한다고 할 수 있다.²⁾

구속피의자 등에게 인정되는 변호인과의 접견교통권이 헌법상 기본권에 해당함은 의문이 여지가 없으나, 이에 상응하여 변호인 또는 ‘변호인이 되려는 자’가 주체가 되어 피의자 등을 상대로 한 접견교통권이 불가침의 헌법상 기본권에 해당하는지 여부에 대하여는 학설이 나뉘어져 있

1) 헌법 제12조 제4항 전단.

2) 이재상·조균석, 형사소송법(제11판), 박영사(2017), 148면.

고 헌법재판소 결정도 시대적으로 변천을 겪어 왔다.

뿐만 아니라 형사소송법 규정에 따라 ‘변호인이 되려고 하는 자’에게 도 구속 피의자 등에 대한 접견교통권이 인정되지만 정식으로 선임된 변호인 아닌 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은, 당해 피의자 등이 ‘변호인이 되려는 자’의 존재 자체를 모를 수 있고, 심지어는 접견교통 자체를 거부할 수도 있다는 점에서 변호인의 접견교통권과 그 법적 성격을 동일하게 파악할 수 없는 측면이 존재한다. 그러한 점에서 접견교통권이 인정되는 ‘변호인이 되려는 자’의 신분을 부여하기 위한 요건에 대한 고찰도 필요하다.

한편 재판이 확정된 수형자는 “형의 집행 및 수용자 처우에 관한 법률”에 따라 미결수용자와는 달리 변호인과의 접견교통권에 상당한 제약을 받고 있으나, 상소권회복 또는 재심 청구 등의 경우에 어느 때보다도 변호인의 조력이 절실하게 필요하다. 따라서 재심 청구 등을 위한 변호인의 조력을 위하여 ‘변호인이 되려는 자’에게 수형자를 대상으로 한 접견교통권을 폭넓게 인정할 필요가 있다.

헌법재판소는 2019. 2. 28. 현재 결정을 통하여 ‘변호인이 되려는 자’의 체포·구속된 피의자 등에 대한 접견교통권을 헌법상 기본권으로 인정한 바 있고,³⁾ 대법원은 2017. 3. 9. 판결을 통하여 ‘변호인이 되려는 자’의 요건과 함께 체포현장에서 접견교통권의 한계에 관하여 의미있는 판결을 하였다.⁴⁾

본고에서는 위 현재 결정과 대법원 판결에 대한 분석을 기초로 하여, ‘변호인이 되려는 자’가 되기 위한 요건, ‘변호인이 되려는 자’에게 인정되는 접견교통권의 법적 성격 및 체포현장에서 ‘변호인이 되려는 자’가 가지는 접견교통권의 범위와 한계, 그리고 마지막으로 수형자에 대한 접견교통권 등 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권과 관련한 몇 가지 쟁점에 대하여 순차적으로 고찰하기로 한다.

3) 현재결 2019. 2. 28. 2015헌마1204.

4) 대법원 2013도167162 판결.

II. 접견교통권의 법적 성격

1. 대상 결정 (현재 2019. 2. 28. 2015헌마1204)

가. 사실 관계

피의자는 체포영장에 의하여 체포되고, 이어 구속영장이 청구되었다. 변호사인 청구인은 위 피의자 가족들의 의뢰를 받아, 사건을 수사 중인 피청구인 검사에게 변호인 접견신청을 하였으나 검사는 아무런 조치를 하지 아니하였고 청구인은 접견을 위하여 검사실에서 머무르다가 결국 피의자를 접견하지 못한 채 퇴실하였다. 결국 청구인은 피의자의 변호인으로 선임되지는 못하였다. 청구인은 변호인 접견신청을 불허한 이와 같은 검사의 처분이 자신의 기본권을 침해하였다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정 요지

헌법 제12조 제4항 본문은 체포 또는 구속을 당한 때에 “즉시” 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정함으로써 변호인이 선임되기 이전에도 피의자 등에게 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 분명히 하고 있다. 이와 같이 아직 변호인을 선임하지 않은 피의자 등의 변호인 조력을 받을 권리는 변호인 선임을 통하여 구체화되는데, 피의자 등의 변호인 선임권은 변호인의 조력을 받을 권리의 출발점이자 가장 기초적인 구성 부분으로서 법률로써도 제한할 수 없는 권리이다(현재결 2004. 9. 23. 2000헌마138 참조). 따라서 변호인 선임을 위하여 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로 보호되어야 한다. 피의자 등이 변호인을 선임하기 위해서는 피의자 등과 ‘변호인이 되려는 자’ 사이에 신뢰관계가 형성되어야 하고, 이를 위해서는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통을 통하여 충분한 상담이 이루어져야 한다. 이와 같이 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등이 변호인을 선임하여 그로부터 조력을 받을 권리를 공고히 하기 위한 것으로서, 그것이 보장되지 않으면 피의자 등이 변호인 선임을 통하여 변호인으로부터 충분한 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 될 수밖에 없다.

따라서 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서, 피의자 등이 가지는 헌법상의 기본권인 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권과 표리의 관계에 있다고 할 것이다.

따라서 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 권리로서, 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위하여 이 역시 헌법상 기본권으로서 보장되어야 한다.

2. 분석 및 평가

가. 쟁점

대상결정의 쟁점은 변호인으로 정식 선임되지 않은 변호사가 ‘변호인이 되려고 하는 자’로서 가지는, 피의자 등에 대한 접견교통권이 헌법상의 기본권에 해당하는지 아니면, 단순히 형사소송법 제34조의 규정에 따라 인정되는 법률상의 권리에 불과한 것인지 여부이다. ‘변호인이 되려고 하는 자’의 접견교통권이 헌법상의 기본권이라면, 단순히 법률상으로 인정되는 권리에 비하여 더 두터운 보호를 받게 되고 접견을 불허한 검사의 행위는 헌법위반으로서 헌법소원심판의 대상이 된다.

나. 검토

피의자 및 피고인에 대하여 변호인이 조력할 권리는 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상 기본권에 해당되는가, 아니면 ‘변호인으로서 조력할 권리’는 피의자 등의 헌법상 기본권인 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 충실히 보장하기 위하여 입법자가 형사소송법 등 개별 법률을 통하여 구체적으로 형성한 결과로서 인정되는 ‘법률상의 권리’에 불과한 것인가 하는 문제는 학설과 헌법재판소 결정 등에서 견해가 일치되지 않고 있다.

‘변호인이 되려는 자’가 가지는 구속피의자 등에 대한 접견교통권은 변호인이 조력할 권리의 핵심적인 내용에 해당하는바, 변호인이 조력할 권리의 법적 성격을 둘러싼 헌법재판소 결정의 변천 과정을 먼저 살펴본 다음 관련 학설 등에 대하여 검토하기로 한다.

1) 헌법재판소 결정의 변천 과정

가) 헌법상 기본권이 아니라는 견해

헌법재판소는 1991. 7. 8.자 결정⁵⁾을 통하여, 변호인의 구속피의자에 대한 접견교통권은 헌법상의 기본권이 아니라 형사소송법 규정에 따른 법률상 권리에 불과하다고 판단하였다. 위 결정에서 현재는 “헌법 제12조 제4항 본문에 의하면 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정하였는바, 이와 같은 헌법상의 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이 구속피의자·피고인의 변호인과의 접견교통권이며 따라서 이는 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이 된다고 할 것이다. 그러나 이러한 헌법상 변호인과의 접견교통권은 위 헌법 조항의 문언에 비추어 체포 또는 구속당한 피의자·피고인 자신에만 한정되는 신체적 자유에 관한 기본권이지, 그 규정으로부터 변호인의 구속피의자·피고인의 접견교통권까지 파생된다고 할 수는 없을 것이다. 따라서 변호인 자신의 구속피의자·피고인과의 접견교통권은 헌법상의 권리라고는 말할 수 없으며, 헌법상 보장되는 피의자·피고인의 접견교통권과는 별개의 것으로 단지 형사소송법 제34조에 의하여 비로소 보장되는 권리임에 그친다고 할 것이다.”라고 판시하였다.⁶⁾⁷⁾

5) 현재결 1991. 7. 8. 89현마181

6) 피의자들이 피청구인인 국가안전기획부 직원에 의하여 국가보안법위반 혐의로 구속된 사건에서, 변호인들이 피의자들에 대한 접견신청을 하였음에도 접견이 이루어지지 않자 형사소송법 제417조에 따른 준항고를 하였고, 법원에서 위 접견불허처분이 위법하다고 하여 취소처분이 내려졌음에도 불구하고 피청구인이 접견을 허가하지 않자, 피의자들과 변호인들이 접견불허처분에 대하여 헌법소원을 제기하였던 사건이다. 위 사건에서, 헌법재판소는 변호인들의 접견교통권에 대하여는 헌법상 기본권이라고 할 수 없어서 각하, 구속된 피의자들에 대하여는 헌법소원 계속 중 접견이 허가되었으므로 소의 이익이 없다는 이유로 각하하였다.

7) 위 사건에서 헌법재판관 조규광, 같은 변정수는 반대의견을 통하여, 「헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있는 바 이 규정에 내포된 변호인의 접견교통권은 신체구속을 당한 피고인이나 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위한 필수불가결한 권리로서 다수의견이 밝힌 바와 같이 이미 해명확립된 법치국가의 형사사법절차에 있어서의 원칙이며 그 고차원적인 기본권 성격은 구태여 설명할 필요도 없을 것이다. 그리고 이 접견교통권이란 구속된 피고인이나 피의자와 변호인과의 사이에 있어서의 필요적·상호적인 공동관계에서 비로소 실현될 수 있는 것으로서 위 헌법상의 권리가 피고인이나 피의자의 한쪽에만 있고, 그 대항적

대법원도 헌법재판소가 위 2015헌마1204 결정을 선고하기 전까지는 변호인의 피의자 등에 대한 접견교통권을 법률상 권리로 보고, “형사소송법 제34조 규정은 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권의 하나로 보장한 취지를 실현하기 위하여 피의자 등의 헌법상 기본권을 구체화함과 동시에 변호인 또는 변호인이 되려는 자에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정한 것이다.”라고 판시한 바 있다.⁸⁾

나) 한정적으로 헌법상 기본권으로 보는 견해

이후 헌법재판소는 2003. 3. 27. 구속적부심사건의 변호인이 적부심에 앞서 고소장, 피의자신문조서에 대한 열람·등사를 신청하였으나 경찰서장이 정보비공개결정을 하자, 이러한 비공개결정에 대하여 헌법소원을 제기한 정보비공개결정 위헌확인 사건에서,⁹⁾ “피구속자를 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피구속자가 변호인으로부터 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은, 조력을 받을 피구속자의 기본권’과 표리의 관계에 있기 때문에 이러한 핵심부분에 관한 변호인의 조력할 권리 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다.”라고 판시하여 변호인의 조력권 중 이를 보장하지 않으면 구속된 피의자의 변호인 조력권을 보장할 수 없게 되는 경우에 한정하여 헌법상 기본권으로 보았다.

위 사건에서 헌법재판소는 피구속자의 변호인은 피구속자에 대한 고소장과 피의자신문조서를 읽어보고 그 내용을 알아야만 구속적부심절차에서 피구속자를 위한 충분한 변호를 할 수 있는데 경찰서장의 정보비공

인 지위에 있는 변호인에게는 허용되지 않는다고 하는 것은 논리상 모순이라고 아니할 수 없다. 따라서 변호인 자신의 구속된 피고인·피의자와의 접견교통권 역시 피구속자의 변호인 접견교통권과 상호적이고 보완적으로 작용하여 피구속자의 인권보장과 방어준비를 위하여 위 헌법 제12조 제4항 본문에서 당연히 우리나라 헌법상의 권리라고 할 것이며, 형사소송법 제34조가 규정하고 있는 변호인의 접견교통권은 바로 위 헌법상의 기본권 성격을 해당 일반 법률에서 구체적으로 명문화한 것이라고 할 것이다.」라고 하여, 변호인의 접견교통권이 헌법상의 기본권에 해당한다고 보았다.

8) 대법원 2018. 12. 27. 선고 2016다266736 판결.

9) 현재결 2003. 3. 27 2000헌마474.

개결정으로 말미암아 그렇게 할 수 없게 되었으니 이것은 헌법상 보장된 변호인의 변호권을 침해한 것이라고 판시하였다. 헌법재판소의 위 결정은 변호인의 접견교통권에 대하여 직접 판단한 것은 아니지만, 접견교통권은 그것이 보장되지 않으면 피구속자가 변호인으로부터 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분임은 명백하기 때문에 헌법상 기본권으로 보호되어야 함을 사실상 처음으로 인정한 결정이라고 할 수 있다. 다만 아직 변호인으로 정식 선임되지 않은 상태에 있는, '변호인이 되려는 자'의 접견교통권은 변호인의 접견교통권과 동일하게 볼 수 없으므로, 위 현재 결정이 '변호인이 되려는 자'의 접견교통권도 헌법상 기본권으로 볼 것인지는 명백하지 않다. 이후에도 헌법재판소는 체포된 피의자의 변호인이 체포영장 등사를 신청하자 이를 거부한 사법경찰관의 행위와 관련한 '체포영장 열람·등사신청 거부처분 위헌확인'¹⁰⁾ 사건에서 변호인으로서 조력할 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 재확인한 바 있다.¹¹⁾

다) 헌법상 기본권으로 보는 견해

'변호인이 되려는 자'의 접견교통권에 대하여 헌법재판소는 대상결정을 통하여, 처음으로 그 법적 성격을 명백히 하였다. 대상결정에 따르면, 구속피의자 등이 가지는 변호의 조력을 받을 권리라는 헌법 제12조 제4항 본문에 의하여 헌법상 기본권임이 명백한바, 이는 변호인 선임권을 통하여 구체화 될 수 있으므로 변호인 선임권은 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 기초적인 부분이며, 이와 같은 전제 하에서 피의자 등의 '변호인이 되려는 자'와의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위하여 이와 표리 관계에 있는 '변호인이 되려는 자'의 접견교통권 역시 헌법상 기본권으로 보아야 한다는 것이다.

다시 말하면, 피의자 등이 변호인을 선임하기 위해서는 피의자 등과 '변호인이 되려는 자' 사이에 신뢰관계가 형성되어야 하고, 이를 위해서는 '변호인이 되려는 자'와의 접견교통을 통하여 충분한 상담이 이루어져

10) 현재결 2015. 7. 30. 2015헌마610.

11) 다만 이 사건에서 헌법재판소는 청구인들에게 권리보호의 이익과 심판의 이익이 없다는 이유로 청구인들의 청구를 각하하였다.

야 한다. 이와 같이 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등이 변호인을 선임하여 그로부터 조력을 받을 권리로 공고히 하기 위한 것으로서, 그것이 보장되지 않으면 피의자 등이 변호인 선임을 통하여 변호인으로부터 충분한 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 될 수밖에 없다.

‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 부분으로서, 피의자 등이 가지는 헌법상의 기본권인 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권과 표리의 관계에 있다. 따라서 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등을 조력하기 위한 핵심적인 권리로서, 피의자 등이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위하여 이 역시 헌법상 기본권으로서 보장되어야 한다는 것이다.¹²⁾

한편 변호인의 접견교통권을 헌법상 기본권으로 이해하는 경우에도 헌법 제12조 제4항에 따른 기본권으로 보는 것이 아니라 헌법상 직업의 자유(헌법 제15조)로 보장될 수 있다는 견해가 있다. 즉, 형사사건에서 소송관계인인 변호인의 권리를 변호사의 직업의 자유에 근거하여 인정하는 견해이다. 독일연방헌법재판소는 “자유변호의 원칙에 따라서 행사되는 변호사의 직업수행은 개별 변호사의 독립적이고 규제되지 않는 자기 결정의 기본권 원칙에 따라서 지배된다”고 보고 독일기본법 제12조 제1항의 보호에는 형사변호가 포함되고 형사변호는 변호사의 주요 직무 중 하나라고 판시한 것이다. 변호사의 직업수행을 위해 변호인과 의뢰인과의 신뢰관계를 형성하는 것이 매우 중요하여 이를 훼손하는 행위는 변호인의 직업수행의 자유를 제한한다고 해석하였다¹³⁾

그러나 우리나라는 변호인의 접견교통권을 비롯한 변호인의 조력을 받

12) 현재결 2019. 2. 28. 2015헌바1204. (한편 3인의 재판관은 대상결정의 반대의견에서, ‘변호인이 되려는 자’가 피의자 등과 접견교통하는 경우 피의자 등이 실제로 변호사를 선임하여 그 조력을 받을 것인지를 확정되지 않은 시점이므로, 그 주된 목적은 피의자 등의 조력보다는 자신의 수임 활동에 있다고 볼 수 있고, ‘변호인이 되려는 자’가 피의자 등을 접견하지 못함으로써 받는 불이익, 즉 형사사건 수임 실패에 따른 불이익은 간접적, 사실적, 경제적인 이해관계에 불과하다고 하여, ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 피의자 등의 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있다고 볼 수 없으므로 헌법상 기본권이 아니라고 보았다).

13) 박혜림, “변호인과의 접견교통권의 보장과 그 한계에 관한 고찰”, 중앙법학(중앙법학회) 제21집 제2호(2019), 236면.

을 권리를 헌법 제15조상의 직업의 자유라는 측면에서는 이해하는 법원의 판결이나 헌법재판소의 결정은 아직 없다¹⁴⁾ 그러나 헌법재판소 결정에서 보충의견으로, “피의자 및 피고인에 대하여 변호인이 조력할 권리 는 헌법 제15조에 따른 변호사의 직업수행의 자유 및 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상 기본권으로서 보호될 수 있다.”고 한 견해가 있다¹⁵⁾

2) 소결

가) 변호인의 접견교통권

대상결정에서 헌법재판소는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권도 변호인의 접견교통권과 마찬가지로 헌법상 기본권에 해당한다고 보았다. 그런데 아직 정식으로 변호인으로 선임되기 전 단계에 있는 ‘변호인이 되려는 자’의 지위는 변호인의 지위와 법적 의미에서 완전히 동일하다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 먼저 변호인의 접견교통권의 법적 성격을 먼저 규명한 다음 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권에 대하여 검토할 필요가 있다.

지금까지 다수설은 변호인의 접견교통권을 헌법상 권리가 아니라 법률상 권리에 불과하다고 보고 있고,¹⁶⁾ 헌법학자 중에는 헌법규범 자체의 체계와 논리에 입각하여, 보다 본질적인 차원에서 변호인의 접견교통권의 법적 성격을 규명하려는 시도가 있다. 이에 따르면 변호인의 조력을 받을 권리가 국민의 실체적 기본권을 보장하기 위한 절차적 기본권으로서 의미와 성격을 지니는 것이고 입법자는 그러한 헌법적 정신과 가치결정을 제대로 구현함으로써 공정한 절차와 재판을 가능하게 할 수 있는 법적 절차를 형성해 내야 할 의무를 진다. 이러한 절차의 형성으로서 형사절차와 관련된 법률이 만들어지고 이와 같은 법의 틀 속에서 형사소추

14) 김현귀, 변호인 조력의 헌법적 보장, 헌법재판연구원(2018), 주) 7 (59면).

15) 헌재결 2017. 11. 30. 2016헌마503.

16) 이순옥, “변호인의 접견교통권에 대한 연구”, 형사소송 이론과 실무(제11권 제1호), 한국 형사소송법학회(2019), 8면 ; 이은모·김정환, 형사소송법(제7판), 박영사(2019), 273면 ; 이창현, 형사소송법(제4판), 피엔씨미디어(2018), 139면 ; 임동규, 형사소송법(제12판), 법문사(2016), 84면.

의 국가기능이 작동하는 한편 절차에 관계하게 된 피의자나 피고인이 자신의 자유와 권리를 지키고 효과적으로 행사할 수 있도록 하기 위한 존재로서 변호인의 역할이 규정된다. 구체적으로 형성된 법률의 차원에서 규정되는 변호인의 기능과 역할은 그것이 절차상 필요하고 관여되는 계기마다 효과적인 권리보호와 변호라는, 변호인의 조력을 받을 권리에서 담고 있는 헌법의 정신에 비추어 국가에 의해 합리적인 고려의 대상이 되어야 한다. 변호인은 이렇게 법에 의해 적절하게 구성된 구체적인 절차와 제도에 의해 보장되는 변호권을 보유하며 따라서 변호인의 접견교통권은 헌법상 기본권이 아니라 법률상 권리라고 파악하게 된다.¹⁷⁾

대법원도 최근까지 변호인 등의 접견교통권을 법적 권리로 인정하고 있다.¹⁸⁾ 한편 일부 학설은 헌법상 체포·구속된 자의 변호인 조력을 받을 권리를 제대로 보장하기 위해서는 변호인 등의 체포·구속된 자와 접견교통권은 체포·구속된 자의 변호인과의 접견교통권과 마찬가지로 헌법적 권리로서 보장되어야 한다고 한다.¹⁹⁾

생각건대, 변호인의 접견교통권을 헌법상 권리로 해석하게 되면 그 권리를 침해한 경우 헌법위반으로서 헌법소원심판의 대상이 되고, 법률로써도 함부로 그 권리를 제한할 수 없게 되어 법률상의 권리에 비하여 훨씬 더 두터운 보호를 받을 수 있다. 뿐만 아니라 변호인의 접견교통권은 체포·구속된 자와 변호인과의 사이에 상호적 공동관계에서 실현될 수 있는 것이므로 체포·구속된 자에게만 접견교통권이 헌법상 인정되고, 그 와 표리의 관계에 있는 변호인의 접견교통권에 대하여는 헌법상 권리로서 허용되지 않는다고 하는 것은 논리적으로도 모순이다. 따라서 변호인의 체포·구속된 자와의 접견교통권은 체포·구속된 자의 인권보장과 방어준비를 위하여 헌법 제12조 제4항 본문에서 당연히 우러나오는 헌법상의 권리로 인정하여야 할 것이고, 따라서 형사소송법 제34조의 변호인

17) 허진성, “변호인의 변호권에 대한 헌법적 이해”, 공법연구(한국공법학회) 제46집 제4호(2018), 205- 206면.

18) 대법원 2018. 12. 27. 선고 266736 판결(위 판결에서 대법원은 “형사소송법 규정은 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권의 하나로 보장한 취지를 실현하기 위하여 피의자 등의 헌법상 기본권을 구체화함과 동시에 변호인 또는 변호인이 되려는 자에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통할 수 있는 법률상 권리를 인정한 것”이라고 판시하였다).

19) 강동욱, “2019년 형사절차에 관한 헌법재판소의 주요 결정에 대한 검토”, 외법논집(한국외국어대학교 법학연구소), 제44권 제2호(2020), 41면.

등의 접견교통권은 헌법상 기본권의 내용을 법률에서 구체적으로 명문화 한 것이라고 해석하여야 할 것이다.²⁰⁾

나) ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권

변호인의 접견교통권을 헌법상 기본권으로 본다 하더라도 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권을 같은 성격으로 볼 것인지는 별개의 문제이다. 왜냐하면 ‘변호인이 되려는 자’는 구속피의자 등의 가족이나 친지 등으로부터 선임의뢰를 받아 구속피의자 등을 만나려고 하거나, 단순히 본인의 일방적 의사로 구속피의자를 만나 변호인 선임의사를 타진하려고 하는 경우로서, 아직 정식으로 변호인으로 선임되지 않은 단계이기 때문이다.²¹⁾

변호인의 접견교통권을 헌법상 기본권으로 판단한 헌법재판소 결정의 핵심적인 논거는, 구속피의자 등이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리 있는 그들과 변호인 사이의 상호관계에서 파악한다는 것이다. 즉 “변호인의 조력을 받을 권리 있는 그들을 조력할 변호인의 권리가 보장됨으로써 공고해질 수 있으며, 반면에 변호인의 권리가 보장되지 않으면 유명무실하게 될 수 있다. 피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 그들이 변호인의 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은 헌법상 기본권인 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계에 있다”²²⁾는 것이다.

그렇다면 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권과 변호인의 조력을 받을 권리와의 상호관계는 어떠한지 살펴보자. 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용 중에는 변호인선임권, 접견교통권 그리고 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리 등이 포함된다. 그런데 정식 변호인으로 선임되지 않았지만 어떠한 이유로든지 간에²³⁾ 구속피의자 등과 접견교통하려는 변호사를 제지하는 경우 해당 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해할 가능성이 있다. 즉 ‘변호인이 되려는 자’의 구속피의자와

20) 동지 : 강동욱, 앞의 논문, 41면. ; 신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사(2014), 126면. ; 박혜림, 앞의 논문, 237-238면.

21) 단순히 구속피의자 등으로부터 구치소 등에 대한 접견만을 요청받은 경우일 수도 있다.

22) 현재결 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 결정.

23) 사건 수임을 위해서라든지 혹은 구속피의자를 도우려는 순수한 동기이건 불문한다.

의 접견교통권을 보장함으로써 당해 피의자가 접견교통을 통한 심리적 불안의 해소, 상담과 조언, 변호인 선임 여부 등을 결정할 수 있는 기회를 조기에 제공할 수 있다. 변호인이 선임되지 않은 상태에 있는 구속피의자 등은 특별한 사정이 없는 한 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통을 원할 것이고, 이러한 요청은 정식 선임된 변호인과의 접견교통보다 더 간절할 가능성이 있다. 그런 의미에서 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리와 밀접하게 상호관련되어 있다. 따라서 변호인의 접견교통권을 변호인의 조력을 받을 권리와 표리의 관계로 보아 헌법상 기본권으로 본다면, ‘변호사의 되려는 자’의 접견교통권도 마찬가지로 헌법상 기본권으로 파악하여야 할 것이다.

‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권을 헌법상 권리로 인정한 대상결정에서, 재판관 4인의 반대의견은 “‘변호인이 되려는 자’가 피의자 등과 접견교통하는 경우 피의자 등이 실제로 변호사를 선임하여 그 조력을 받을 것인지를 확정되지 않은 시점이므로, 그 주된 목적은 피의자 등의 조력보다는 자신의 수임 활동에 있다고 볼 수 있고, ‘변호인이 되려는 자’가 피의자 등을 접견하지 못함으로써 받는 불이익, 즉 형사사건 수임 실패에 따른 불이익은 간접적, 사실적, 경제적인 이해관계에 불과하다”고 하면서 변호인의 접견교통권을 헌법상 권리로 보면서도 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 헌법상 기본권이 아니라고 판단하였다.

그러나 변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자 등의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구한다, 또한 변호인은 접견을 통하여 피의사실이나 공소사실의 의미를 설명해 주고 그에 관한 피의자 등의 의견을 들어 대책을 의논하며, 법적·심리적으로 불안한 상태에 있는 피의자 등은 이를 통하여 위로를 받음으로써 심리적인 안정을 회복하고, 형사소송절차 내에서 효과적으로 방어권을 행사할 수 있게 된다.²⁴⁾ 이와 같이 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권이 변호인의 접견교통권 못지 않게 변호인의 조력을 받을 권리와 상호작용을 하면서 표리의 관계에 있음을 감안하면, 당연히 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권은 헌법상 기본권으로 이해되어야 한다.

24) 현재결 2009. 10. 29. 2007헌마992.

결국 ‘변호인이 되려는 자’를 포함한 변호인의 접견교통권은 체포·구속된 자와 변호인 등과의 사이에 있어서의 필요적·상호적인 공동관계에서 비로소 실현될 수 있는 것이므로 헌법상 권리가 체포·구속된 자에게만 있고, 그와 대항적인 지위에 있는 변호인에게는 협용되지 않는다고 하는 것은 논리적으로도 모순이다. 따라서 변호인 등의 체포·구속된 자와의 접견교통권은 체포·구속된 자의 인권보장과 방어준비를 위하여 헌법 제12조 제4항 본문에서 당연히 우러나오는 헌법상의 권리로 인정하여야 할 것이고, 따라서 형사소송법 제34조에 규정한, 변호인 등의 접견교통권은 헌법상 기본권의 내용을 법률에서 구체적으로 명문화한 것으로 해석하여야 한다.²⁵⁾ 그러므로 접견교통권의 주체를 구속피의자 등 뿐만 아니라 ‘변호인이 되려는 자’에게까지 확장하고, 헌법상 기본권으로 강화하는 방향으로 해석한 대상결정은 매우 타당하다고 볼 수 있다.

III. ‘변호인이 되려는 자’의 의미와 접견교통권의 범위와 한계

1. 대상 판결(대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결)

가. 사실 관계

SS자동차 노조원들이 공장을 점거하는 등 노사분규 중이었는데, ‘민주사회를 위한 변호사 모임’ 소속 변호사들이 자동차 공장 인근에서 ‘SS 자동차 정리해고의 합리적 해결을 위한 노동법률 전문가 기자회견’을 개최할 예정이었다. 기자회견 당일 오전 기자회견을 취재하기 위하여 점거 중인 공장 건물 밖으로 나온 노조원 등 6명을 전투경찰 대원들이 방패로 에워싸고 이동하지 못하게 하였다. 마침 그곳에 도착한 민변 소속 변호사 A는 전투경찰대원들을 지휘하고 있던 전투경찰 중대장 피고인 갑에게 왜 사람들을 왜 움직이지 못하게 하는지 물었고 갑은 “노조원들이 수배자인지 확인하는 중이다”라고 답했다. 그때 근처에 있던 다른 경찰들은 방패를 앞세워 A를 공장 담 쪽으로 밀어붙이고 그 사이 위 노동자 6명을 경찰 호송차에 태웠다. 그 이후 다른 노조원 B가 공장 건물 밖으로 나오자 경찰들은 그를 둘러싸며 10분간 이동하지 못하게 하고 퇴거불응

25) 강동우, 앞의 논문, 41면.

죄의 현행범으로 체포하였다.

그러자 A는 자신이 변호사임을 밝히고 체포된 B를 태운 경찰승합차를 가로막으면서 그에 대한 접견을 요청하였다. 이에 갑이 경찰들로 하여금 A를 제지하도록 하는 과정에서 몸싸움이 벌어졌고, A는 공무집행방해죄의 현행범으로 체포되었다가 나중에 체포적부심으로 석방되었다. 이후 갑은 A를 불법체포하여 권리행사를 방해한 혐의와 관련하여, 직권남용체포죄 및 직권남용권리행사방해죄로 기소되었다.

나. 판결 요지

1) 형사소송법 제34조는 “변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로, 변호인이 되려는 의사를 표시한 자가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 인정되는데도, 형사소송법 제34조에서 정한 ‘변호인 또는 변호인이 되려는 자’가 아니라고 보아 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하지 못하도록 제한하여서는 아니 된다.

2) 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다. 다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다.

2. 분석 및 검토

가. 쟁점

위 사건에서 ‘변호인의 되려는 자’의 지위와 관련한 쟁점은 크게 2가지로 요약될 수 있다. 첫째, 이 사건 변호사 A는 정식으로 변호인으로

선임된 사실이 없는바, 변호사 A가 피체포자 B와의 접견교통권을 행사할 수 있는가 하는 문제이다. 즉 A가 형사소송법 제34조에서 규정하고 있는 ‘변호인이 되려는 자’에 해당하는지 검토할 필요가 있다.

둘째, 변호사 A가 ‘변호인이 되려는 자’로서 접견교통권이 인정되더라도 A가 접견교통권 행사에 있어 그 한계를 일탈했는지 검토하여야 한다.

나. 검토

1) 누가 ‘변호인이 되려는 자’인가?

변호인의 선임은 변호인과 선임자가 연명·날인한 서면(변호인 선임서)을 공소제기 전에는 그 사건을 취급하는 검사 또는 사법경찰관에게, 공소가 제기된 후에는 그 법원에 제출하여야 한다.²⁶⁾ 따라서 변호인 선임서가 제출되기 전 단계에 있는 변호사를 일용 ‘변호인이 되려는 자’라고 할 수 있다. 이를 단계별로 구체적으로 살펴보면, ① 변호인 선임의 의뢰 조차 없이 스스로 변호인으로 활동하고자 하는 경우, ② 구속당한 피의자나 피고인 본인, 또는 가족 등으로부터 변호인선임의 의뢰를 받고 변호사 선임계약까지 체결하였으나 아직 변호사선임서가 제출되지 아니한 경우 ③ 구속피의자 등 당사자나 그 가족 등으로부터 정식 선임의뢰를 받지 않은 상태에서 일단 해당 구속피의자 등에 대한 접견 요청만 받은 경우 등으로 나누어 볼 수 있다.²⁷⁾

이 가운데 ②의 경우, 변호사선임서만 제출되지 않아 변호사선임의 소송법적 효력은 발생하지 않지만 피의자 또는 피고인 본인과의 변호인 선임계약이 이루어졌기 때문에 형사소송법 제34조에서 규정한 ‘변호인이 되려는 자’로 보더라도 아무런 문제가 없고 당연히 접견교통권이 보장되어야 한다. 그런데 문제가 될 수 있는 것은 ①과 ③의 경우인데, ③과 같이 변호인선임을 위하여 구속피의자의 가족 등으로부터 접견을 의뢰받는 경우는 구속 피의자 등에게 인정되는 헌법상 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리의 기본 전제로서 변호인 선임권을 보장하기 위해서는 ‘변호인

26) 형사소송법 제32조 제1항

27) 구속 사건의 경우 실무상 변호사가 구속피의자 가족 등의 의뢰를 받아 당해 피의자를 구치소나 경찰서 유치장 등으로 찾아가 접견한 후 변호인으로 선임되는 것이 오히려 일반적이다.

이 되려는 자'로서 당연히 접견교통권이 인정되어야 한다. 형사소송법 제34조에서 규정하는 '변호인이 되려는 자'도 일반적으로는 ③과 같은 경우를 예정하고 있는 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 대상판결의 경우에서와 같이 피의자 본인 또는 가족 등으로부터도 아무런 접견 요청을 받지 않은 가운데 변호사 본인이 스스로 변호인이 되고자 하는 의사를 밝힌 경우에도 '변호인이 되려는 자'로 보아 접견교통권을 인정할 수 있을 것인가? 피고인 갑은 체포된 노조원이 심지어 변호인의 조력을 받고 싶다는 의사를 표명한 바 없으며, A에게 변호인 선임을 의뢰하지 않았고, A는 접견요청을 할 당시 위 노조원에 대한 인적 사항도 모른 채 일방적으로 위 노조원의 변호인이 되려고 하였을 뿐이므로 '변호인이 되려는 자'로서 접견교통권을 행사할 수 있는 지위에 있지 않았다고 주장하였다.

이에 대해서 대상판결의 원심은 "변호인이 되려는 자의 접견교통권은 피의자가 변호인의 조력을 받을 의사를 명시적으로 표시한 경우에만 제한적으로 인정할 근거나 이유가 없을 뿐만 아니라, 만일 그와 같이 제한적으로 해석한다면 수사기관이 체포·구속된 피의자의 의사를 사전에 확인하는 절차를 거친 경우에만 변호인이 되려는 자의 접견교통권이 비로소 성립될 수 있다는 결론에 이를 여지가 있고, 그 경우 변호인의 접견교통권 성립 여부가 종국적으로는 수사기관의 의사에 의하여 좌우되는 결과를 초래할 위험이 있어 그와 같은 해석론은 형사소송법의 해석 원칙상 받아들일 수 없다"고 판단하였다.²⁸⁾

대법원도 대상판결에서, "변호인이 되려는 의사를 표시한 자가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 인정되는데도, 형사소송법 제34조에서 정한 '변호인 또는 변호인이 되려는 자'가 아니라고 보아 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하지 못하도록 제한하여서는 아니 된다."라고 판시함으로써 구속피의자 등으로부터 변호인 선임의뢰를 받지 않은 경우에도 '변호인이 되려는 자'가 될 수 있음을 천명하였다. 그런데 접견교통권을 가지는 '변호인이 되려는 자'가 되기 위해서는 단순히 본인의 주관적 내심의 의사만으로는 부족하다 할 것이다. 대상판결은 '변호인

28) 수원지방법원 2013. 11. 28. 선고 2013노888 판결.

이 되려는 자'의 요건으로서, 첫째 변호인의 되려는 의사를 표시하여야 하고, 둘째 객관적으로 변호인이 될 가능성 있어야 한다는 것이다.

대상사건에서 A가 변호사임을 밝히면서, 현행법체포된 B에 대한 접견을 요청한 것은 사실 관계에서 명백히 드러나는바. 첫번째 요건은 갖추어졌다고 볼 수 있다. 객관적으로 변호인이 될 가능성 여부와 관련하여 대상판결에서 대법원은, 변호사 A가 OO 노동위원회 위원장으로서 이 사건 직전에 □□□□노동조합 위원장으로부터 '□□□□노동조합 SS자동차지부 파업투쟁으로 인한 대량 연행자 발생 시 신속한 변호사 접견이 이루어질 수 있도록 적절한 조치를 취해 줄 것을 부탁한다'는 내용의 공문을 받은 점, ② 경찰은 B에게 A를 변호인으로 선임하거나 접견할 의사가 있는지 여부를 확인하지 않은 점, ③ B는 법률에 문외한이고 변호사인 A를 직접 알지 못하였으므로, 자신에게 형사소송법에서 정한 피의자로서의 접견교통권이 있음을 전제로 A에게 먼저 변호인 선임을 의뢰하거나 접견을 요청하기 어려웠기 때문에, 노동조합으로부터 위 공문을 받은 변호사인 A가 주도적으로 접견을 요청할 필요성이 있었던 점 등의 사정을 들어, A가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있는 것으로 판단하였다. 즉 이 사건에서 변호사 A가 사전에 노조위원장으로부터 SS자동차 노사분규와 관련하여 대량 연행자 발생 시 신속한 접견을 요청받은 상태였으며 B가 변호사 선임 또는 변호인 접견 요청 의사가 있었는지 확인되지 않은 점 등에 비추어, 대법원은 A가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 보았다.

따라서 대상판결의 취지에 따르면 단순히 변호사가 일방적 의사로 구속피의자 등을 만나 변호인 선임계약을 체결할 목적으로 접견교통권을 행사하고자 하는 경우에는 형사소송법 제34조가 규정하고 있는 '변호인이 되려는 자'에 해당하지 않는다고 하여야 할 것이다. 여기에서 객관적으로 변호인이 될 가능성이 없는 경우란 변호인이 되려는 의사표시를 한자가 변호사 자격이 없는 사람(형사소송법 제31조 단서에 따라 법원이 허가한 경우는 제외)이거나 당해 피의자나 피고인이 명시적으로 그를 변호인으로 선임하는 것을 거부한 경우 등과 같은 아주 예외적인 상황을 의미한다는 견해가 있으나,²⁹⁾ 이는 '변호인이 되려는 자'의 범위를 지나 치게 넓게 해석함으로써 접견교통권의 남용으로 이어질 소지가 있다.

대상판결에서도 단순히 당해 구속피의자 등이 명시적으로 변호인 선임을 거부하는 등 객관적으로 변호인이 될 가능성이 전무한 경우가 아니면 ‘변호인이 되려는 자’로 인정할 수 있다고 한 것이 아니라, 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있어야 한다고 하면서 변호사 A가 당시 노조 위원장으로부터 비상 시에 신속한 접견을 요청받은 상태 등을 객관적 가능성의 근거로 들고 있다. 특히 대상결정과 같이 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권을 헌법상 기본권으로 이해할 경우 “변호인이 되려는 자”의 의미를 더욱 제한적으로 해석해야 할 필요가 있는바, 구속피의자 등의 접견 의뢰가 없는 상태에서 단순히 수임만을 목적으로 한 일방적인 접견 교통권의 행사가 무한정 허용되어서는 아니될 것이다.³⁰⁾ 따라서 객관적으로 변호인이 될 가능성이 낮은 상황에서 수임만을 목적으로 구속피의자 등을 접견하려고 하는 경우에는 형사소송법 제34조에 따른 ‘변호인이 되려는 자’로 인정될 수 없다고 하여야 할 것이다.

결론적으로 대상판결이 구속피의자나 그 가족 등으로부터 변호인 선임의뢰 등을 위한 접견요청을 받지 않은 경우에도 ‘변호인이 되려는 자’가 될 수 있다고 하면서도 구체적 요건으로 변호사가 변호인이 되려는 의사를 표시함과 아울러 객관적으로 변호인이 될 가능성을 요구한 것은 ‘변호인이 되려는 자’를 폭넓게 인정하면서도 접견교통권의 남용을 방지하기 위한 최소한의 제한요건을 제시한 것으로서, 매우 타당한 판결이라고 본다.

2) 접견교통권의 범위와 한계

구속피의자 등이 가지는 변호인과의 접견교통권은 헌법 제12조 제4항에서 규정하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심 내용으로서 헌법상 기본권에 해당한다. 또한 ‘변호인이 되려는 자’가 가지는 접견교통권은 구속피의자 등에게 인정되는 변호인과의 접견교통권과 상호보완, 표리의 관계에 있는 권리로서 역시 헌법상 기본권으로 보아야 함은 전술

29) 한영수, “체포현장에서 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권 – 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 –”, 법조, Vol. 724(2017. 8.), 621-622면.

30) 2019. 6. 3.자 대한변협신문, “변호인 접견교통권 악용 문제 수면 위로” <<http://news.koreabbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=19957>>, (2021. 5. 4. 방문)

한 바와 같다. 그런데 모든 헌법상 기본권도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으나 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.³¹⁾

헌법재판소는 변호인의 접견교통권도 “독자적으로 존재하는 것이 아니라 국가형별권의 적정한 행사와 피고인의 인권보호라는 형사소송절차의 전체적인 체계 안에서 의미를 갖고 있는 것이다. 따라서 구속피고인의 변호인 면접·교섭권은 최대한 보장되어야 하지만, 형사소송절차의 위와 같은 목적을 구현하기 위하여 제한될 수 있다. 다만 이 경우에도 그 제한은 엄격한 비례의 원칙에 따라야 하고, 시간·장소·방법등 일반적 기준에 따라 중립적이어야 한다.”고 판시한 바 있다.³²⁾ 즉, 신체구속을 당한 피의자·피고인의 계호의 필요성(국가형별권의 적정한 행사의 관점)과 접견의 비밀성(피의자·피고인의 인권보호의 관점)을 위한 목적에서 접견의 시간·장소·방법 등에 관한 일반적·중립적 기준에 따른 제한이 이루어지는 것은 불가피한 측면이 있다.³³⁾ 대법원도 “형사소송법상 체포 또는 구속은 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 피의자 또는 피고인의 도망이나 증거인멸을 방지하고 출석을 보장하기 위해 이루어지는 것이므로(제70조, 제200조의2, 제201조), 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자에 대한 변호인의 접견교통권은 위와 같은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하고 이러한 한계를 일탈하는 접견교통권의 행사는 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없는 것으로” 보았다³⁴⁾

대상판결에서 다루고 있는 사안은 현행법으로 체포된 피의자(B)를 상대로 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권을 행사할 수 있는 범위와 한계에 관한 문제이다. 이 사건에서 피고인 잡은, “B의 호송을 중단하고 접견을 허용할 경우 체포된 피의자를 일정한 장소에 인치하여 신병을 확보하려는 체포제도 본래의 목적에 반할 뿐만 아니라, 경찰 호송차량이 협소하여 그 안에서는 접견의 비밀을 보장한 변호인 접견이 사실상 불가능

31) 헌법 제37조 제2항

32) 현재결 2009. 10. 29. 2007헌마992.

33) 한영수, 앞의 논문, 624면.

34) 대법원 2007. 1. 31. 2006도656 결정.

하였는데, 이러한 상황에서 피해자의 접견교통권 행사는 그 한계를 일탈한 것으로 허용될 수 없었다.”고 주장하였다.

대법원은 이 사건에서 하급심 판결을 인용하여 체포현장에서 변호사 A의 즉각적인 접견교통권의 행사가 그 한계를 일탈한 것이라는 피고인 측 주장을 배척하면서, ① 변호사 A가 피고인 갑에게 노조원 B에 대한 체포 절차가 위법하다며 계속하여 이의를 제기하는데도 아무런 조치가 없었으므로, 가능한 한 빨리 B를 접견하여 사건의 내용을 정확히 파악하고 후속 대응방안을 강구할 필요가 있었던 점, ② 반면에 B가 체포될 당시의 현장 상황에 비추어 보면, 노조와 사측 사이에 대치 상황이 발생하거나 노조원들과 전투경찰대원들 사이에 물리적 충돌이 빚어질 우려가 없었고, A가 다른 조합원들과 합세하여 B를 도주하게 하거나 범행 현장의 증거를 인멸하려고 하는 등의 사정이 없었으므로, 피고인 갑이 A의 B에 대한 접견 요청을 체포 현장에서 수락한다고 하여 체포제도 본래의 목적에 반한다고 볼 수 없는 점, ③ 수사기관에 의한 체포가 형사소송법에서 정한 절차를 준수하지 않았다고 볼 사정이 있다면 체포된 피의자의 변호인이 되려는 자는 일련의 체포 과정에서 그 위법성을 지적하면서 항의할 수 있다고 보아야 하는 점 등의 사정을 들어, A가 피고인 갑에게 계속하여 접견을 요청한 것은 체포된 B의 변호인이 되려는 자로서 접견 교통권을 신체구속제도 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사한 것이고 그 한계를 일탈하지 아니하였다고 판단하였다.

체포현장은 법률 문외한인 피체포자에게 변호인의 조력이 시급히 필요한 곳으로서 접견의 필요성과 접견의 곤란성이 서로 상충하는 곳이다. 그리고 특히 임의동행 등 영장 없이 이루어지는 체포의 현장은 피체포자에게 변호인의 조력이 더욱 절실한 시점이다.³⁵⁾ 그러므로 체포현장에서의 피체포자에 대한 즉각적인 접견권의 행사가 체포제도 본래의 목적에 반하는지 여부는 구체적인 상황을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없다. 체포현장에서 즉각적인 접견을 할 수 없을 만큼 피체포자를 외부로 즉시 인치해야 할 긴박한 사정이 있었는지 여부가 중요한 판단기준의 하나가 될 수 있다. 다만, 피해자의 접견교통권의 행사가 체포제도의 본

35) 임종인, “변호인 접견권의 침해와 구제”, 월간사회평론(제92권 제3호), 사회평론(1992), 297면.

래의 목적에 비추어 그 한계를 일탈했는지 여부에 대한 판단은 엄격한 비례의 원칙에 따라야 하며, 접견교통권의 한계를 일탈했다고 판단하는 것이 피체포자의 헌법상의 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이 되어서는 안 된다.³⁶⁾

대상판결은 국가형벌권의 목적을 달성하기 위한 신체구속제도의 필요성과 피체포자의 인권보장을 위한 변호인 접견교통의 시급성이 충돌하는 상황에서, ‘변호사가 되려는 자’의 접견교통권을 제한하는 경우에도 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되어서는 아니 된다고 한 것으로서, 체포현장에서의 접견교통권의 범위를 폭넓게 인정한 타당한 판결이다.

IV. 수형자에 대한 접견교통권

1. 수형자와 변호인의 조력을 받을 권리

전통적으로 변호인의 조력을 받을 권리는 피의자 또는 피고인인 단계, 즉 수사절차와 공판절차 단계에서 논의된다. 그리하여 대부분의 경우 변호인의 역할은 기판력 있는 확정판결의 선고와 더불어 사실상 종료된다. 그러나 사실상 형이 확정된 수형자 신분이 된 경우에도 다양한 영역에서 여전히 변호사(또는 변호인)의 조력이 필요할 수 있다.

수형자는 형집행(Strafvollstreckung)의 영역(넓은 의미의 행형)³⁷⁾에서 재판집행에 관한 검사의 처분이 부당하다고 생각하고 이의신청을 제기하기 위하여 또는 사면법에 따라 복권을 출원하는데 필요한 법적 자문을 구하기 위하여 변호인의 조력을 필요로 할 수 있다. 그 밖에 행형(Strafvollzug)의 영역(좁은 의미의 행형)³⁸⁾에서 수형자는 교정처우에 불복하여 법적 구제를 받기 위하여 변호인을 선임할 수 있을 것이다. 예컨

36) 한영수, 앞의 논문, 626-627면.

37) 형집행 또는 넓은 의미의 행형은 모든 종류의 형벌의 집행을 의미한다. 여기에는 자유형의 집행은 물론이고 사형, 벌금형, 자격형의 집행뿐만 아니라 보안처분의 집행 등도 포함된다. 형사소송법 제5편 “재판의 집행”에서 규율하는 부분이 이에 해당한다.

38) 행형 또는 좁은 의미의 행형은 자유박탈을 수반하는 형사제재조치의 집행만을 의미한다. 여기에는 자유형과 자유박탈을 수반하는 보안처분의 집행이 포함된다. 형집행법의 규율내용이 주로 이에 해당한다.

대, 수형생활 중에 수형자에게 가해지는 부당한 처우나 교정공무원의 불법행위 등과 관련하여 법적 구제를 받고자 행정소송이나 헌법소원 등의 소송을 준비하는 경우가 대표적이다. 더 나아가 – 엄밀히 말해 수형자에 대한 형사변호에는 해당되지 않지만 – 수형생활 중에 발생한 민사사건(예컨대 재산분쟁사건)이나 가사사건(예컨대 이혼사건) 등과 관련하여 수형자가 법적 사무를 처리하기 위하여 소송대리인(예컨대 변호사나 공증인 등)을 선임할 수도 있다.³⁹⁾

그런데 수형자가 형집행 영역에서 이의를 제기하거나, 수형생활 중 발생한 각종 분쟁과 관련하여 법률전문가인 변호사의 도움이 필요한 경우에도, 이는 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리와 직접적인 관련은 없다 할 것이다. 왜냐하면 구속피의자 등이 가지는 헌법상 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리는 본인의 형사피의 사건 또는 피고사건에서 무기평등의 원칙과 공정한 재판의 이념이 실현될 수 있도록 제도적으로 보장하는 차원이므로 확정판결의 선고와 함께 변호인의 역할은 일종 종료되는 것으로 보아야 하기 때문이다.

헌법재판소도 “수형자는 무죄추정을 받고 있는 피의자나 피고인에게 인정되는 ‘변호인의 조력을 받을 권리’(헌법 제12조 제4항)의 주체가 될 수는 없으므로, 수형자가 변호사와 접견하여 법률적인 도움을 받을 권리 는 변호인의 조력을 받을 권리로서가 아니라 헌법 제27조의 ‘재판청구권’의 실질적 내용으로서 보장될 뿐이다”라고 하고 있다.⁴⁰⁾

그러나 수형자의 신분에서 변호인의 조력을 받을 권리가 헌법상 기본권으로 보장되어야 하는 경우가 있는바, 수형자 본인이 다른 형사사건으로 피의자나 피고인이 되어 있거나, 상소권회복⁴¹⁾과 재심절차⁴²⁾에서이다. 이 중에서 수형자 본인이 다른 형사사건의 피의자 또는 피고인이 된 경우는 그 형사절차에서는 미결수용자의 신분이기 때문에 헌법상 변호인

39) 조성용, “수형자에 대한 형사변호” 교정연구(제55호), 한국교정학회(2012), 81면.

40) 현재결 2015. 11. 26. 2012헌마858.

41) 형사소송법 제345조(상소권회복청구권자) 제338조 내지 제341조의 규정에 의하여 상소할 수 있는 자는 자기 또는 대리인이 책임질 수 없는 사유로 인하여 상소의 제기기간 내에 상소를 하지 못한 때에는 상소권회복의 청구를 할 수 있다.

42) 형사소송법 제426조(변호인의 선임) ①검사 이외의 자가 재심의 청구를 하는 경우에는 변호인을 선임할 수 있다.

이 조력을 받을 권리를 누리게 됨은 당연하다. 수형자가 상소권회복 청구나 재심청구를 하는 경우에 변호인의 조력을 받을 헌법상 기본권이 인정될 것인가에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 왜냐하면 이 경우 당해 사건은 이미 확정판결의 선고로 다툼의 여지가 없어지고 변호인의 역할도 종료되었다고 볼 수도 있지만, 상소권회복이나 재심청구가 받아들여지는 경우 당해 사건의 재판절차는 아직 남아 있는 것이 되어 헌법상 기본권으로서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장할 필요성이 있기 때문이다.

2. ‘변호인이 되려는 자’의 수형자 접견교통권

수형자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리에 대응하여 변호인 또는 ‘변호인이 되려는 자’는 형사소송법 제34조에서 규정한 바와 같이 수형자를 상대로 접견교통권을 가지는 것으로 보아야 한다. 전술한 바와 같이 수형자와 관련하여 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권이 특히 문제가 되는 것은 수형자가 당해 사건에 대하여 상소권회복청구 또는 재심청구를 하고자 하는 경우이다. ‘변호인이 되려는 자’가 수형자의 재심청구를 위하여 수형자를 접견하고자 시도한 실제 사례로 논란이 된 경우가 있다.⁴³⁾

대법원에서 실형이 확정돼 서울구치소에 복역 중인 수형자가 변호사 A에게 재심청구를 맡기기로 하고 자신을 접견해 달라고 요청하였다. A 변호사는 변호사 선임서를 받기 위해 서울구치소를 방문하여 수형자에 대한 접견을 신청했다. 그러나 서울구치소 측은 ‘수형자는 일반 접견을 해야 한다’며⁴⁴⁾ ‘재심 준비를 목적으로 한 변호인 접견은 불가능하다’고 거절했다. A 변호사는 ‘변호인의 접견교통권을 헌법상의 권리로 보장한 취지에 맞지 않는다’며 서울지방변호사회에 진정을 냈으나 접견허가 요청을 받은 법무부는 이를 거부하였다. 법무부가 접견을 불허한 것은, 헌법12조 제4항에 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인

43) 2011. 8. 22. 자 법률신문 <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=58901>>, (2021. 5. 10. 방문)

44) 당시 시행되고 있던, “형의 집행 및 수형자의 처우에 관한 법률” 시행령 제58조3항은 수형자의 일반접견 횟수를 월 4회로 제한하고, 접견 시간 또한 1회당 30분으로 제한하고 있었다.

의 조력을 받을 권리를 가진다”고 규정하고 있지만 ‘체포와 구속을 당한 때’는 수사 및 재판단계에서 신체의 구금을 당한 때로 한정된다고 해석 하여, 구치소에 수감 중인 수형자는 제외된다는 것이다.

이 사건에서 수형자를 대리하여 재심청구를 하려는 변호사를 형사소송법 제34조에 규정한 ‘변호인이 되려는 자’로 볼 수 있는지 여부에 따라 접견교통권의 범위와 한계가 정해질 것이다. 형사소송법 제34조는 변호인 등이 접견교통권을 행사할 수 있는 대상을 “신체구속을 당한 피고인 또는 피의자”라고 규정하고 있는바, 법무부는 판결이 확정된 수형자는 여기에서 말하는 “피고인 또는 피의자”라고 볼 수 없다고 하여 재심청구를 위하여 수형자를 접견하고자 하는 변호사의 요청을 불허하였던 것이다.

그러나 재심 또는 상소권회복 청구절차는 사실적으로나 법률적 측면에서 반드시 법률전문가인 변호사와의 심도있는 상담과 조력이 필요한 절차로서 당시 법령에 따른 일반접견만으로는 수형자의 권리행사에 적절하고도 충분한 조력을 기대하기 어렵다고 할 수 있다. 이후 헌법재판소는, 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견을 일반 접견에 포함시켜 월 4회 각 30분 이내로 제한한 “형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률” 시행령 규정은 헌법상 기본권이 재판청구권을 침해하여 헌법에 합치되지 아니한다고 판시한 바 있다.⁴⁵⁾ 이 사건은 당해 형사사건이 아닌, 수형자가 제기한 민사소송의 소송대리인과의 접견교통권에 관한 결정이지만 당해 형사사건의 재심청구 등에 있어서 ‘변호사가 되려는 자’의 접견교통권은 이보다 더욱 철저히 보장되어야 함을 말할 나위가 없다.

독일 행형법은 변호인과 수형자 간의 접견교통에 관한 규정뿐만 아니

45) 현재결 2015. 11. 26. 2012헌마858(전원재판부)(위 결정에서 헌법재판소는 “수형자의 접견 시간 및 횟수를 제한하는 것은 교정시설 내의 수용질서 및 규율을 유지하기 위한 것으로서 목적의 정당성이 인정되고, 소송대리인인 변호사와의 접견을 일반 접견에 포함시켜 그 시간 및 횟수를 제한하는 것은 이러한 입법목적의 달성을 위하여하므로 수단의 적절성 또한 인정된다. 수형자와 소송대리인인 변호사가 접견 이외에 서신, 전화통화를 통해 소송 준비를 하는 것이 가능하다고 하더라도, 서신, 전화통화는 검열, 청취 등을 통해 그 내용이 교정시설 측에 노출되어 상담과정에서 위축되거나 공정한 재판을 받을 권리가 해손될 가능성이 있으며, 서신은 접견에 비해 의견교환이 효율적이지 않고 전화통화는 시간이 원칙적으로 3분으로 제한되어 있어 소송준비의 주된 수단으로 사용하기에는 한계가 있다. 따라서 수형자의 재판청구권을 실효적으로 보장하기 위해서는 소송대리인인 변호사와의 접견 시간 및 횟수를 적절하게 보장하는 것이 필수적이다.”라고 하였다).

라, 변호사 및 공증인과 수형자 간의 접견교통에 관한 규정도 두고 있다. 전자의 변호인에 대해서는 형사사건의 변호인과 마찬가지로 수형자와의 접견교통에 있어서 변호인의 특권을 부여하고 있는 반면, 후자의 변호사 및 공증인에 대해서는 전자의 변호인과 같은 특권을 부여하고 있지는 않지만 일반인보다는 더 나은 지위와 권리를 부여하고 있다. 다시 말해 수형자와 접견하는 주체(예컨대 일반인, 변호인 또는 변호사 및 공증인)에 따라 법적으로 보호되는 접견의 수준을 달리하고 있는 것이다.⁴⁶⁾ 수형자에 대한 접견교통과 관련하여, 당해 형사사건의 변호인과 일반민사 사건을 대리하는 변호사, 그리고 일반인 사이에 그 권리의 내용을 달리하면서 변호인의 수형자에 대한 접견교통권을 미결수용자와 동일한 수준으로 보장하는 독일 행형법은 우리에게 시사하는 바가 크다.

우리 헌법이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항)가 미결수용자의 형사사건에서만 적용되는 권리라고 보는 견해는 재고되어야 한다. 헌법 제12조 제4항이 규정하는 ‘체포 또는 구속을 당한 때에는’라는 문언이 오로지 수사기관에 의한 신체 구금을 당한 피의자나 재판을 받은 피고인으로 국한할 필요는 없을 것이다.⁴⁷⁾

따라서 수형자의 재심 또는 상소권회복 청구와 관련하여 ‘변호인이 되려는 자’의 수형자 접견교통권은 미결구금 피의자 등에 대한 접견교통권과 동일하게 헌법상 기본권으로 보장되어야 할 것이다.

46) 조성용, “독일 행형법상 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통과 그 시사점”, 형사정책연구 제29권 제1호(통권 제113호), 형사정책연구원(2018), 149면.

47) 박찬운, “수형자의 변호인 접견교통권 – 현재 결정의 국제인권법적 검토 –”, 법학논총(제21집 제2호), 한양대학교 법학연구소(2014), 115-116면.

V. 맷는 글

헌법 제12조 제4항에 의하면, 체포·구속을 당한 피의자 등은 변호인이 조력을 받을 헌법상 기본권을 보장받으며 변호인과의 접견교통권은 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 핵심적인 내용이다. 이 헌법 조항을 받아 형사소송법 제34조는 변호인 또는 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권을 규정하고 있다.

변호인 또는 ‘변호인이 되려는 자’가 가지는 접견교통권의 법적 성격에 대하여, 헌법재판소는 처음에는 구속피의자 등이 가지는 헌법상 기본권인 변호인과의 접견교통권과 달리 형사소송법 규정에 의하여 인정되는 법률상 권리에 불과하다고 판시하였고, 대법원도 같은 입장이었다. 그 뒤로 헌법재판소는 ‘피구속자를 조력할 변호인의 권리 중 그것이 보장되지 않으면 피구속자가 변호인으로부터 조력을 받는다는 것이 유명무실하게 되는 핵심적인 부분은, 역시 헌법상의 기본권으로서 보호되어야 한다.’고 하여, 한정적으로 변호인의 조력권 중 핵심적인 부분은 헌법상 기본권에 해당한다고 하였다가, 현재 2019. 2. 28. 2015헌마1204 결정을 통하여 변호인의 접견교통권뿐만 아니라 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권도 헌법상 기본권에 해당한다고 판단하였다.

‘변호인이 되려는 자’를 포함한 변호인의 접견교통권은 체포·구속된 자와 변호인 등과의 사이에 있어서의 필요적·상호적인 공동관계에서 비로소 실현될 수 있는 것이므로 헌법상 권리가 체포·구속된 자에게만 있고, 그와 대항적인 지위에 있는 변호인에게는 허용되지 않는다고 하는 것은 논리적으로도 모순일 뿐만 아니라 체포·구속된 자의 인권보장을 강화하고 방어준비의 철저한 보장 차원에서 위 현재 결정과 같이 헌법상의 기본권으로 보는 것이 타당하다. 형사소송법 제34조에 의하면, 변호인 선임계약을 체결하고 변호인 선임서를 제출한 정식 변호인뿐만 아니라, 그 이전 단계에 있는 “변호인이 되려는 자”도 구속피의자 등과의 접견교통권을 가진다. 보통의 경우 ‘변호인이 되려는 자’는 구속피의자 등과의 사이에 정식 변호사 선임계약을 체결하지 않은 상태이기 때문에 헌법상 기본권으로서 접견교통권을 인정하기 위해서는 단순히 본인의 주관

적 조력 의사만으로는 ‘변호인이 되려는 자’로서의 신분을 부여하기는 어렵다.

누가 ‘변호인이 되려는 자’인가 하는 문제와 관련하여 대법원은 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결을 통하여 변호인이 되려는 의사를 표시한 자가 객관적으로 변호인이 될 가능성이 있다고 인정되는 경우 ‘변호인이 되려는 자’에 해당한다고 판시하였는바, 위 판결은 ‘변호인이 되려는 자’의 범위를 가능한 한 넓게 해석하여 변호인의 조력을 받을 권리를 강화하면서도 ‘변호인이 될 가능성’이라는 객관적 지표를 부가함으로써 접견교통권의 남용을 억지할 수 있는 타당한 법리를 도출하였다. 또한 위 판결은 특히 체포현장에서 ‘변호인이 되려는 자’가 가지는 접견 교통권의 범위와 한계에 관하여, 국가형벌권의 목적을 달성하기 위한 신체구속 제도의 필요성 때문에 접견교통권이 불가피하게 제한되더라도 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되어서는 아니 된다고 판시함으로써, 체포현장에서의 접견교통권의 범위를 되도록 폭넓게 인정한 타당한 판결이라고 할 수 있다.

‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권과 관련하여 또 하나의 중용한 쟁점은 수형자에 대한 접견교통권이다. “형의 집행 및 수형자의 처우에 관한 법률”에 따르면 형이 확정된 수형자는 미결수용자와 달리 변호인과의 접견교통권이 크게 제약되고 있다. 그러나 특히 재심이나 상소권회복 청구를 하고자 하는 수형자의 경우, 상소권회복 또는 재심절차 개시 등에 의해 당해 형사사건이 재개될 수 있다는 점에서, 이미 확정판결을 받았더라도 잠재적인 미결수용자로 볼 수 있다. 뿐만 아니라 수형자가 재심 청구 등을 하고자 하는 경우, 미결수용자에 못지 않게 변호인의 조력이 더욱 절실한 상황임을 감안하면 ‘변호인이 되려는 자’의 수형자를 대상으로 하는 접견교통권도 미결수용자에 대한 것과 마찬가지로 헌법상 기본권으로 보장되어야 한다.

(논문투고일: 2021.5.31., 심사개시일: 2021.6.8., 재확정일: 2021.6.23.)



▶ 민 만 기

변호인이 되려는 자, 접견교통권, 구속피의자, 수형자, 헌법상
기본권

【참 고 문 헌】

I. 단행본

김현귀, 변호인 조력의 헌법적 보장, 헌법재판연구원(2018).

신동운, 신형사소송법(제5판), 법문사(2014).

이은모·김정한, 형사소송법(제7판), 박영사(2019).

이재상·조균석, 형사소송법(제11판), 박영사(2017).

이창현, 형사소송법(제4판), 피엔씨미디어(2018).

임동규, 형사소송법(제12판), 법문사(2016).

II. 논문

강동욱, “2019년 형사절차에 관한 헌법재판소의 주요 결정에 대한 검토”,
외법논집(한국외국어대학교 법학연구소), 제44권 제2호(2020).

박찬운, “수형자의 변호인 접견교통권 – 현재 결정의 국제인권법적 검토 –”,
법학논총(제21집 제2호), 한양대학교 법학연구소(2014).

박혜림, “변호인과의 접견교통권의 보장과 그 한계에 관한 고찰”, 중앙법학
(중앙법학회), 제21집 제2호(2019).

이순옥, “변호인의 접견교통권에 대한 연구”, 형사소송 이론과 실무(제11권
제1호), 한국형사소송법학회(2019).

임종인, “변호인 접견권의 침해와 구제”, 월간사회평론(제92권 제3호),
사회평론(1992).

조성용, “독일 행형법상 변호인 및 변호사와 수형자 간의 접견교통과 그
시사점”, 형사정책연구 제29권 제1호(통권 제113호), 형사정책
연구원(2018).

조성용, “수형자에 대한 형사변호” 교정연구(제55호), 한국교정학회(2012).

한영수, “체포현장에서 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권 – 대법원 201
7. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 –”, 법조, Vol. 724(2017. 8.).

허진성, “변호인의 변호권에 대한 헌법적 이해”, 공법연구(한국공법학회)
제46집 제4호 (2018).

III. 기 타

2011. 8. 22. 자 법률신문. <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=58901>>, 2021. 5. 10. 방문.
2019. 6. 3.자 대한변협신문, “변호인 접견교통권 악용 문제 수면 위로”
<<http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=19957>>, 2021. 5. 4. 방문.

Abstract

Some legal issues on the right to communication and consultation with the arrested or the inmates of 'a person who intends to be a defender'

- focused on the Constitutional Court Decision 2015heonma1204 and Supreme Court Judgement 2013do167162 -

Min, Man Kee
(Professor of law, SungkyunkwanUniv. /Attorney at law)

In accordance with Article 12 (4) of the Constitution, the arrested or detained person has the constitutional right to receive assistance from a lawyer, and the right to communicate and consult with a lawyer is the most essential content of the right to receive assistance from a lawyer. Article 34 of the Criminal Procedure Act stipulates the right to communication and consultation of a defender or 'a person who intends to be a defender'.

The Constitutional Court initially ruled that the right to communication and consultation of a defender or 'a person who intends to be a defender' is just a legal right recognized by the provisions of the Criminal Procedure Act, unlike the right to communication and consultation with a defender which is the constitutional right of the arrested or detained. Thereafter, the Constitutional Court changed the ruling by judging that if any part of the right of the defender to assist the arrested was key part in which if it was not guaranteed, the right of the arrested or detained person to receives assistance from a lawyer would become ineffective, it must be protected as a fundamental constitutional right.

Recently the Constitutional Court has declared that the right to communication and consultation of 'a person who intends to be a defender'

is a constitutional right as the right to communication and consultation of the defender.

The right to communication and consultation of the defender or 'a person who intends to be a defender' can only be realized in a mutual relationship between the arrested or detained person and the defender. In addition, it is logically contradictory to say that the right of the defender is about the law while the right of the arrested or detained person is about the constitution. Therefore, it is reasonable that the right to communication and consultation of a defender or 'a person who intends to be a defender' is construed as a constitutional right.

Regarding the question of who is 'a person who intends to be a defender', the Supreme Court of Korea ruled through the judgement 2013do16162(issued on March 9, in the year of 2017) that to be a person who intends to be a defender' it must be recognized that there is a possibility that a person who has expressed an intention to be a defender can objectively become a defender.

This judgement is right in that it interprets the scope of 'a person who intends to be a defender' as broadly as possible to strengthen the right to receive the assistance of a lawyer, while adding an objective indicator of the possibility of becoming a defender. The above ruling has set a standard regarding the scope and limitations of the right to communication and consultation of 'a person who intends to be a defender' at the site of arrest by judging that the essential content of the right to receive the assistance of a lawyer, which is the constitutional basic right of the arrested or detained person, should not be infringed, even if the right to communication and consultation of the 'person who intends to be a defender' is inevitably restricted due to the necessity of a physical restraint system to achieve the purpose of the national penal rights.

On the other hand, inmates whose sentence has been confirmed are severely restricted in their access to the lawyer, unlike the arrested or detained. But in particular, the inmates can be potential prisoner on trial

Some legal issues on the right to communication and consultation 151
with the arrested or the inmates of 'a person who intends to be a defender
when they wish to request retrial or restoration of the right to appeal,
because the criminal procedure can be resumed due to the restoration of the
right to appeal or the commencement of retrial procedures. In this
perspective, the right to communication and consultation of 'a person who
intends to be a defender' should be guaranteed as a constitutional basic right.



► Min, Man Kee

A person who intends to be a defender, The arrested
or detained, The right to communication and
consultation, Constitutional right, Fundamental rights