

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2019다235450 손해배상(국)  
원고, 피상고인 원고 1 외 1인  
원고들 소송대리인 법무법인 해원  
담당변호사 윤기창 외 2인  
피고, 상고인 대한민국  
소송대리인 정부법무공단  
담당변호사 정상수  
원 심 판 결 부산지방법원 2019. 4. 26. 선고 2018나56855 판결  
판 결 선 고 2021. 11. 25.

주 문

상고를 모두 기각한다.  
상고비용은 피고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 가. 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있고, 체포·구속된 사람뿐만 아니라 불구속 피의자 및 피고인의 경우에도 헌법상 법치국가원리, 적법절차원칙에 의하여 변호인의 조력을 받을 권리가 당연히 인정된다(헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정 참조). 변호인의 조력을 받을 권리의 보장은 피의자·피고인과 국가권력 사이의 실질적 대등을 이루고 이로써 공정한 형사절차를 실현하기 위한 헌법적 요청이다(헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2016헌마503 결정 참조).

피의자 및 피고인을 조력할 변호인의 권리 가운데 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. 따라서 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리가 실질적으로 확보되기 위해서는, 피의자 및 피고인에 대한 변호인의 조력할 권리의 핵심적인 부분이 헌법상 기본권으로서 보호되어야 한다(헌법재판소 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 결정 참조). 이와 같이 헌법상 기본권으로 인정되는 피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리에서 '변호인의 조력'이란 변호인의 충분한 조력을 의미한다(헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정 등 참조).

한편, 피의자신문의 과정과 결과는 수사의 방향 및 피의자의 기소 여부를 결정하고, 유죄 입증에 중요한 증거자료로 사용될 수 있으므로, 형사절차에서 중요한 의미를 가진다. 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 없다면, 변호인은 피의자가 조언과 상담을 요청할 때 이를 시의적절하게 제공할 수 없고, 나아가 피의자는 스스로의 판단에 따라 의견을 진술할 수 밖에 없으며 수사기관의 부당한 신문방법 등에 대하여 이의

를 제기할 수 없게 된다. 그 결과 피의자는 형사절차에서 매우 중요한 의미를 가지는 피의자신문의 시기에 변호인으로부터 충분한 조력을 받을 수 없게 되어 변호인의 조력을 받을 피의자의 권리가 형해화된다. 따라서 변호인이 피의자신문에 자유롭게 참여할 수 있는 권리는 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 실현하는 수단이라고 할 수 있으므로 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호의 대상도 된다(헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2016헌마503 결정 참조).

나. 형사소송법 제243조의2에서 규정한 피의자신문절차에 대한 변호인의 참여권은 이러한 헌법상 기본권을 구체화한 법률상 권리로서, 피의자신문에 있어 수사기관과 피의자 사이의 당사자 대등을 확보함으로써 헌법상 적법절차의 원칙과 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 것이므로 그 절차는 엄격히 준수되어야 한다(대법원 2013. 3. 28. 선고 2010도3359 판결 참조).

2. 제1심 판결이유를 원용한 원심이 그 채택 증거를 종합하여 적법하게 인정한 바에 의하면, 울산지방검찰청 담당 수사관이 2017. 1. 3. 14:00경 원고 2의 피의사실과 관련하여 원고 2의 변호인인 원고 1의 참여 하에 제1회 피의자 신문조사를 시작한 사실, 당시 조사실에 고소인들이 함께 참석하고 있어 원고 1이 원고 2의 개인정보 노출을 우려하여 담당 수사관에게 이의를 제기하였으나 담당 수사관이 이를 받아들이지 않고 오히려 변호인 퇴장을 경고하자 원고 1이 이에 항의하기도 한 사실, 저녁 무렵 계속된 조사를 마친 후 원고 2가 피의자신문조서 말미 및 별도 용지에 "수사관이 강압수사를 하였다. 수사관님의 추궁으로 불편하였고 저의 말을 믿어 주질 않았습니다. 고소인의 진술과정 중 끼어들기에 제재를 하지 않은 점에 진술을 제대로 하지 못하였습니다."라고 기재한 사실, 원고 1은 2017. 1. 6.경 위 사건의 수사지휘검사 앞으로 제1회 피의자

신문조사 과정에서 나타난 담당 수사관의 조사방식을 문제 삼는 내용과 함께 해당 사건을 부산으로 이송해 줄 것을 요청하는 '관할 이송 요청 및 수사에 대한 변호인 의견서'를 제출하였는데, 여기에는 담당 수사관이 고소인들이 있는 자리에서 원고 2의 주소, 본적, 회사 등을 질문하는 한편, 변호인이 이의를 제기하자 수사 방해를 하면 방에서 내보내겠다고 하였고, 이에 변호인이 담당 검사님이 누구냐고 묻자 수사관은 '이 방이 검사실이라고 생각하면 된다. 검사가 누군지 그건 왜 물어보냐'고 하였으며, 수사관이 고소인 중 1명에게 물을 떠달라고 부탁하고 고소인 중 1명에게 질문하였을 때 다른 고소인이 대신 대답하는데도 제지를 하지 않았고, 수사관이 사건에 대한 이해 없이 피의자 말이 무조건 거짓말이라는 식으로 수사를 하고, 변호인에게 소리를 지르고 변호인의 말을 가로막고 강압적이고 편파적인 수사를 하여 수사의 공정성을 상실하였고, 관련사건 수사가 현재 부산 해운대경찰서에서 조사가 진행되고 있으므로 이 사건을 부산지방검찰청 동부지청으로 이송하여 달라는 취지로 기재되어 있는 사실, 담당 수사관은 2017. 1. 9.경 원고 1에게 전화를 걸어 위 의견서 기재 내용이 허위라고 항의하면서 자신이 위 의견서에 기재된 것과 같은 말을 한 사실이 있는지에 대하여 고소인들과 대질조사를 할 테니 출석해달라는 말을 하기도 한 사실, 그 후 2017. 1. 23.경 담당 수사관이 사실은 원고 2를 고소인들과 대질조사를 할 계획이었음에도 "조서에 기재한 숫자를 수정하여야 하니 도장을 들고 잠깐 조사실에 나와 달라"는 핑계로 원고 2의 출석을 요구한 뒤 이러한 사실을 알지 못한 원고 2가 혼자 출석하자 출석한 기회에 조사를 하자고 하여 원고 2의 동의를 받아 변호인인 원고 1의 참여 없이 고소인들과 대질조사를 실시한 사실, 이를 토대로 원고 2가 출석을 약속한 2017. 1. 27. 출석하지 않았다는 등의 이유로 체포영장을 청구, 발부받아 2017. 2. 20. 원고 2를 체포하고 이어 2017. 2.

23. 구속영장까지 발부받아 구속기소를 하자, 원고 2가 공판기일에 공소사실을 자백하고 증거를 모두 동의하여 징역 1년에 집행유예 3년의 판결을 선고받아 확정된 사실, 그 공소사실은 피고인이 주택조합 아파트 분양대행사를 운영하면서 조합원 가입 계약금 등으로 받은 금원을 분양대행사 운영자금으로 사용한 행위가 사기죄를 구성하는지에 관한 것인 사실 등을 알 수 있다.

원심은 위 인정사실을 토대로, 담당 수사관의 위와 같은 행위는 변호인으로부터 충분한 조력을 받을 원고 2의 권리와 변호인으로서 피의자신문에 참여할 원고 1의 권리를 실질적으로 침해하는 것으로서 불법행위를 구성하므로 피고는 원고들에게 그로 인한 정신적 손해를 배상할 책임이 있고, 담당 수사관이 위와 같은 경위로 출석한 원고 2에게 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리에 대해 고지한 뒤 원고 2가 조사에 임하였다 하더라도 이로써 이미 성립한 불법행위를 양해한 것으로 볼 수는 없으므로 피고의 손해배상책임에 영향이 없다고 판단하였다.

3. 앞서 본 법리와 원심이 인정한 사실관계에 비추어 살펴보면, 원고 2가 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 1은 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. 담당 수사관의 위와 같은 조치가 수사의 편의와 효율성을 우선시한 데 따른 것으로 선해할 수 있더라도 그로 인하여 침해된 원고들의 위 헌법상, 법률상의 절차적 권리 침해의 정도가 상당한 정도에 이른 이상, 위 조치가 원고들에 대한 불법행

위를 구성한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 피고의 불법행위에 대한 채증법칙 위반 내지 심리미진, 변호인의 피의자신문 참여권에 관한 법리오해 및 불법행위에 따른 손해배상책임에 관한 법리오해와 심리미진 등의 위법이 없다.

4. 그러므로 상고를 모두 기각하고 상고비용은 패소자가 부담하도록 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            민유숙

                  대법관            조재연

                  대법관            이동원

주    심            대법관            천대엽