



야간·심야조사의 범위와 인권보장

The Effects of Sleep Deprivation and
Human Rights Protection in Investigation Procedure



박미숙 · 김예람



2019년도 수시연구과제

야간·심야조사의 범위와 인권보장

머리말

최근에 이르기까지 수사기관에서는 국민과 언론의 관심이 큰 사건의 경우 빨리 사안의 진상을 밝히기 위해 시간에 쫓기듯이 철야조사를 해왔습니다. 철야조사는 수사를 이렇게 열심히 하고 있다는 증거처럼 언론에 비쳐지기도 합니다. 이러한 언론의 각광 한편에서 심야조사나 철야조사로 인해 피의자·피고인은 거의 잠도 자지 못한채 수사 내지 신문의 객체로 전락한 점은 간과되어 왔습니다. 심야조사 내지 철야조사는 피의자·피고인의 심신이 극도로 피곤한 상태를 이용하여 자백이나 진술을 받아내는 수사기법으로 사용되고 있지만, 국민의 헌법적 가치인 방어권을 침해하는 가혹수사의 위험성이 매우 크다는 점을 부인하기 어렵습니다. 심야조사 이슈가 1997년 형사소송법 개정논의에서부터 최근의 인권보호를 위한 수사관행 개선방안 논의에 이르기까지 매번 중요하게 다루어져 온 이유입니다.

본 연구는 2018년 법무검찰개혁위원회에서의 심야조사 관행 개선을 권고한데 따른 문제인식에서부터 출발하여 올 한해도 끊임없이 언론지상을 오르내린 심야조사의 수사관행에 대한 개선방안을 모색하는 데 그 기본목적이 있습니다. 수사관행에 대한 논의에서 빠질 수 없는 것이 수사효율성입니다. 심야조사에 대한 법리적·실무적 기본 방향을 마련하기 위해서는 현장의 목소리를 담아내는 것도 중요합니다. 이를 위하여 수사실무 관계자와 변호인 등을 대상으로 한 전문가 의견을 들을 필요도 있습니다. 이 전문가 의견조사 결과는 현재의 수사관행과 그 문제의식, 비교법제 검토, 심야조사 현황자료, 심야조사의 위법성 여하에 대한 실증연구 자료와 더불어 본 연구수행의 귀중한 자료로 활용하였습니다.

아무쪼록 본 연구가 인권침해 사례가 왜 발생하는지, 인권침해 사례와 현황을 통해 꼼꼼히 짚어볼 수 있는 계기가 되기를 바랍니다. 이 연구결과가 야간 및 심야조사 금지와 피의자·피고인의 인권보장을 위한 형사사법체계 정비를 위한 귀중한 자료로 활용될 것으로 기대됩니다.

본 연구를 수행하는 과정에서 수사실무자들의 현장의 목소리를 담아내 정리해주신
김예람 경찰대학교 교수요원에게 깊은 감사를 드립니다.

2019년 7월
연구진을 대표하여
선임연구위원 박 미 숙

목 차

국문요약	1
------------	---

제1장 서 론	9
-----------------	---

제1절 연구의 필요성 및 목적	11
------------------------	----

제2절 연구의 방법과 범위	13
----------------------	----

1. 연구의 방법	13
-----------------	----

2. 연구의 범위	14
-----------------	----

제2장 심야조사 근거법령과 현황	17
---------------------------	----

제1절 수사단계에서의 심야수사 규제관련 법령	19
--------------------------------	----

1. 경찰의 범죄수사규칙 제·개정 과정과 심야조사 규정정비	19
--	----

2. 검찰의 인권보호수사준칙 제·개정 과정과 주요내용	23
-------------------------------------	----

3. 검찰 및 경찰의 심야조사 규정 비교 검토	25
---------------------------------	----

제2절 심야조사 현황	26
-------------------	----

1. 심야조사 현황	26
------------------	----

2. 심야조사 등 금지를 위한 경찰 및 검찰의 성과와 문제점	29
---	----

3. 심야조사로 인한 인권침해사례 분석	32
-----------------------------	----

4. 심야조사에 대한 인권침해사례 결정 논거 분석 및 쟁점	43
--	----

제3장 심야조사 운영방향에 대한 전문가 심층면접	45
------------------------------------	----

제1절 연구방법과 대상	47
--------------------	----

제2절 심야조사 실태 분석	48
----------------------	----

1. 수사기관 심야조사 발생 원인	48
2. 심야조사 필요성에 대한 인식	56
3. 심야조사와 피조사자 휴식 부여	58
4. 심야조사와 피의자 자백 관련성	60
5. 장시간 조서 열람으로 인한 심야조사	62
6. 심야조사와 진술영상녹화	64
제3절 심야조사 효과	67
1. 긍정적 측면	67
2. 부정적 측면	68
3. 소결	71
제4절 심야조사 개선방안에 대한 의견	72
1. 내용적 측면	72
2. 절차적 측면	73
3. 형식적 측면	75
4. 결과적 측면	75

| 제4장 | 비교법적 검토와 정책 시사점 77

제1절 국제인권기준과 고문 등 금지된 신문방법	79
제2절 미국	81
1. 미국 연방 수정헌법 제14조의 적법절차원칙과 심야수사 내지 수면박탈 ...	81
2. 판례의 입장	81
제3절 영국	85
제4절 독일	86
1. 독일 형사소송법상 심야조사의 허용 여부	86
2. 금지된 신문방법과 심야조사	87
제5절 일본	91
1. 피의자신문과 심야조사	91

2. 심야조사 및 장시간 조사 관련 규정	91
3. 판례의 입장	93
제6절 호주	94
제7절 소결	94

| 제5장 | 심야조사와 인권침해방지 방안 모색을 위한 비판적 검토 97

제1절 심야조사 내지 잠 안 재우기 조사와 허위자백 가능성 실증연구 결과	99
1. 자백의 중요성과 허용가능한 신문기법	99
2. 심야조사와 허위자백의 가능성	100
3. 심야조사 내지 잠 안 재우기 조사와 허위자백과의 관계에 대한 사례 분석 연구	102
4. 실증연구 현황 및 조사결과	103
제2절 형사소송법상 금지된 신문방법과 심야수사	107
1. 금지된 신문방법과 증거능력 배제	107
2. 심야조사와 형사소송법 제309조의 임의성 배제사유	110
제3절 심야조사 금지관련 규정에 대한 비판적 검토	116
1. 경찰 범죄수사규칙상 심야조사 규정에 대한 비판적 검토	116
2. 검찰 인권보호수사준칙의 심야조사 규정에 대한 비판적 검토	120
제4절 기타 인권침해 방지 방안 모색	123
1. 심야조사 관련 고지	123
2. 심야조사 모니터링	123
3. 심야조사 시 영상녹화 필수화	123

 제6장 입법정책 방안	125
제1절 야간·심야조사 관련 규정 정비의 기본방향	127
1. 심야조사 관련 규정 정비 필요성	127
2. 기본원칙 : 심야조사의 금지와 야간조사의 제한	128
3. 쟁점별 입법방향	130
제2절 개정 입법(안)	135
1. 입법안 검토	135
2. 야간·심야조사 관련 지침 개정(안)의 주요내용	139
참고문헌	141
Abstract	145

표 차례

〈표 2-1〉 인권보호를 위한 경찰관직무규칙과 범죄수사규칙 조문 비교	20
〈표 2-2〉 법무부의 인권보호수사준칙과 경찰청 훈령 범죄수사규칙	25
〈표 2-3〉 검찰 심야조사 사유별 현황	27
〈표 2-4〉 검찰 인권침해 내용별 진정 접수 현황	42
〈표 2-5〉 경찰 인권침해 내용별 진정 접수 현황	43
〈표 3-1〉 연구참여자 인적사항	47
〈표 5-1〉 최근 9년간 자백 여부	99
〈표 5-2〉 허위자백의 원인 분포	102
〈표 5-3〉 Length of Reported Interrogation (N=44)	104
〈표 5-4〉 신문시간별 응답자 비율	105

그림 차례

[그림 2-1] 경찰청 심야조사 요청서 양식	22
[그림 2-2] 심야(야간 조사 동의서)	26

국문요약

I. 연구목적과 방법

- 본 연구는 심야조사가 왜 문제되는지를 규범적·실증적·비교법적으로 살펴보고, 심야조사로 인한 인권침해사례를 분석함으로써 심야조사로 인해 야기되는 인권침해를 방지하고 수사단계에서 피의자·피고인의 인권보호시스템을 정비하는데 필요한 기초적 정책자료를 제시하는데 그 기본 목적이 있음
- 본 연구의 방법은 기본적으로 선행연구 분석과 비교법 연구 그리고 전문가 의견 조사(심층면접) 및 인권침해 사례 분석 등의 연구방법으로 진행함

II. 연구의 주요내용

1. 심야조사의 개념 및 실무관행

■ 심야조사의 개념

- 심야조사는 종래부터 밤샘조사나 철야조사로도 불리워져 왔는데, 일반적으로 밤늦게까지 조사 내지 수사하는 것을 의미하는 용어로 사용되어 왔음
- 심야조사, 철야신문과 잠 안 재우기 수사를 구별하기도 하지만, 철야신문 자체가 잠을 재우지 않고 피의자의 피곤한 상태를 이용하여 자백을 받아내려는 의도를 이미 내포하고 있다고 보아야 한다는 점에서 같은 의미로 사용하기로 함

■ 심야조사 관행

- 수사기관에서는 국민과 언론의 관심이 큰 사건의 경우 빨리 사안의 진상을 조사하여 발표하기 위해 시간에 쫓기는 관계로 철야조사를 해왔음. 중요하고 복잡한 사건의 경우 낮 시간대에는 장소 등 자백을 받기에 적당치 않아 심야조사를 활용하기도 함

2. 심야조사 규제 논의와 입법경과

- 심야조사는 인권을 침해하는 수사방법으로서 국제사회에서도 오래전부터 우리나라의 잠 안 재우기 내지 심야조사 관행의 불법성을 지적했음
- 1997년 형사소송법 개정과정에서 밤 12시부터 새벽 6시까지의 ‘철야수사 금지의 명문화’가 필요하다는 논의가 제기되었으며, 2007년 형사소송법 개정에서 피의자신문의 경우 그 신문일자과 신문의 시작과 종료시간을 기재하도록 하고 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하도록 규정(형사소송법 제244조의 4)이 신설됨
- 수사실무상으로도 고문 및 가혹수사 등이 문제되기 시작한 2000년대 초반에 이르러 인권보장시스템의 정비라는 목적하에 본격적으로 심야조사를 규제하기 위한 방안이 논의되기 시작하였으며, 경찰청(범죄수사규칙)과 법무부(인권보호수사준칙)에서는 훈령으로 일정한 경우 당사자의 동의에 따라 심야조사를 예외적으로 허용한다는 지침을 두기에 이름
- 심야수사 관행은 쉽게 바뀌지 않고 있으며, 심야조사에 대한 당사자의 동의가 심야수사 관행을 바꾸는데 거의 실효성을 갖지 못하다는 점 등을 이유로 2017.12.7. 법무검찰개혁위원회에서는 제5차 권고안을 통해 야간 및 심야조사 관행의 개선을 권고하기에 이름

3. 현행 경찰 및 검찰의 심야조사 규정 비교검토

- 검찰의 ‘야간 및 심야조사 절차에 대한 지침’(2007년 5월 대검찰청)에 의하면 21시 이후 이루어지는 조사를 ‘야간조사’로 규정하고 야간조사는 인권보호담당관(소속 부장검사)의 허가를 받아 실시하도록 함. 반면 경찰의 경우 밤 12시 이후 6시까지의 조사를 심야조사로 규정하고 음
- 경찰은 현행법체포 사건 처리를 고려하여 ‘심야조사를 하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우’를 예외사유로 명시하고 있으나 검찰은 현행법체포 사안을 다룰 일이 없는 만큼 예외사유로 명시하지 않고 있음

- 경찰 규정상 예외사유인 ‘공범자 검거·증거수집 어려움 또는 타인의 신체·재산 상 급박한 위해 우려 있는 경우’가 검찰 규정에서는 발견되지 않지만 ‘합리적인 이유가 있는 경우’에는 심야조사를 실시할 수 있도록 조사자에게 재량을 부여하고 있음
- 공소시효 임박이라는 예외사유는 검찰과 검찰 규정에서 공통적으로 발견되며, 기타의 경우에 있어서는 경찰은 피조사자의 ‘요청’을 요건으로, 검찰은 ‘동의’를 요건으로 하고 있음. 다만 피조사자의 동의를 모든 심야조사에 필수는 아님.
- 절차상으로 검찰은 심야조사 시 인권보호관의 허가를 받도록 하고 있으나 경찰은 별도의 허가 절차는 두지 않고 있음

4. 심야조사 현황과 문제점

■ 심야조사 현황

- 검찰의 심야조사는 해마다 증가 추세를 보이고 있고, 특히 2014년 이후 매년 1,000건 내외의 심야조사가 이루어지고 있음. 2015년부터 2018년까지 심야조사 사유별 현황에 따르면 ‘피의자 또는 변호인의 동의’를 근거로 한 것이며 98%에 달하고 있는 것으로 나타남
- 경찰의 경우 수사기관의 필요 혹은 당사자의 요청 등에 따라 심야조사를 실시하고 있음. 현행범체포사건, 임의동행 사건, 발생보고 사건 등을 24시간 지역 경찰로부터 인계받아 처리하고 있으며, 긴급체포 또는 체포영장에 의해 체포된 자나 자진출석한 피조사자를 상대로 심야조사를 하는 경우가 있음

■ 문제점

- 검찰에서 ‘인권보호수사준칙’에 의해 예외적으로 심야조사를 실시할 수 있는 경우는 피조사자 또는 변호인의 동의, 공소시효 임박, 구속여부 판단 등이며, 이 중 당사자 동의에 의해 심야조사를 하는 경우가 전체의 90% 이상을 차지함. 심야조사가 피조사자의 진정한 동의, 즉 자발적인 동의인가, 검사가 요구하는 경우에 동의하지 않는 것이 오히려 어려운 상황이라는 점을 고려할 때 동의를

4 야간·심야조사의 범위와 인권보장

근거로 심야조사를 활용하는 것 자체의 문제가 있음

- 경찰의 경우 그간 심야조사 관련 축적된 통계가 없어 검찰의 경우와 단순 비교하기는 어려움. 그 이유는 심야조사 하나의 사안이 '범죄수사규칙'에서 규정하고 있는 여러 예외 사유에 중복 해당할 가능성이 커 통계의 정확성을 담보하기 힘들고, 야간 당직사건 처리 등 24시간 체제로 운영되는 경찰업무 특성상 심야조사 관련 별도의 통계 관리의 필요성이 적었기 때문으로 보임
- 경찰 및 검찰에서 훈령 형식으로 심야조사를 금지하고 그 방법과 절차를 정하고 있지만, 실무상 심야조사 금지원칙이 제대로 지켜지고 있지 않음. 심야조사이 당사자는 수사관의 심야조사 제의를 거부하기 어려운 상황이며, 설사 본인이 동의한다 하더라도 이를 자발적 동의로 보기는 어려우며, 사실상 강제상태에서의 동의로 볼 여지가 있음. 따라서 동의여부에 따라 심야조사를 허용할 것이 아니라 보다 심야조사를 규제할 방안이 필요함

5. 심야조사로 인한 인권침해 사례 분석내용과 문제점, 대안

■ 내용

- 심야조사를 하려면 피조사자의 명확한 동의 의사를 확인하여야 하는데 내부 규정으로 정해놓은 절차(동의 및 허가서 작성 등)를 제대로 따르지 않아 피조사자의 명확한 동의가 있었는지 확인이 어려움
- 인권침해 사례에서 심야조사를 할 만큼의 필요성이나 긴급성을 인정하기 어려움
- 수사기관에서 심야조사 시 피조사자에게 적절한 수면 및 휴식을 보장하지 않고 있음
- 심야조사가 허용되는 경우에도 수사기관은 피조사자의 건강상태 등을 고려하여 조사 여부를 결정해야 하는데 그렇지 못한 경우가 많음

■ 문제점

- 국가인권위원회 및 국민권익위원회의 결정사례에서 드러나는 바와 같이 수사과정에서 나타나는 불법행위는 수사가 시작되는 소환 직후부터 폭행과 가혹행위가

시작되고, 피의자의 고립을 위해 의도적인 연출과 인권침해 그리고 고문에 가까운 장시간 대기과 조사, 잠 안 재우기 등의 기법이 사용되고 있음. 이러한 상황은 변호인의 접견교통권의 침해와 회유·협박 등으로까지 이어지고 있음

- 얼마나 오랜 시간의 조사가 고문에 해당하는지, 아니면 기타사유에 해당하는지, 잠 안 재우기의 경우 몇시간 정도 지속해야 고문과 같은 사유에 해당한다고 볼 것인지 등이 명확하지 않음

■ 대안 마련 필요성

심야조사의 동의 조항을 삭제하는 방안이나, 동의가 있다 하더라도 1회 이상의 심야조사를 금지하는 방식이나 밤샘조사시 변호인의 입회나 보호자의 조사실 외 입회(조사실 내부를 볼 수 있는 장소) 등을 의무화하는 방안 등에 대한 구체적인 검토가 필요함

6. 심야조사에 대한 전문가 의견 분석

■ 주요내용

- '신속한 조사'는 수사기관 입장에서 뿐만 아니라 피조사자의 입장에서도 중요한 가치이긴 하지만, 심야조사가 피의자의 수면권이나 휴식권을 침해하여 의사결정 및 의사판단의 자유를 침해하게 되어 방어권 행사를 어렵게 해서는 안됨
- 심야에 장시간 조사로 인한 진술의 강제성 문제는 피할 수 없으며, 특히 심야조사시 변호인의 참여를 받는 것이 어려워 결과적으로 변호인의 조력을 받을 권리가 침해될 우려가 큼
- 장시간 심야조사로 인한 피로도는 피의자측 뿐만 아니라 수사관 내지 조사관의 입장에서조차 마찬가지임. 심야조사에 대한 부담감, 심야조사 결과 얻은 진술은 법정에서 증거로 배제되는 경우도 많아지고 있어 심야조사의 실익은 크지 않음
- 피조사자인 피의자도 심야조사가 금지 제한되는 것을 알고 악용하는 예도 있을 수 있음. 일부러 야간에 출석하여 장시간 연속조사를 피하는 예도 있고, 오히려 수사를 방해하는 경우도 있음

■ 검토

- 심야조사에 대한 원칙적 금지를 강화하고, 더 나아가 법무검찰개혁위원회의 권고안에서처럼 야간조사도 일정한 경우를 명확히 하여 예외적으로 허용하는 방향으로의 제도개선이 필요함. 이 경우 야간조사의 예외적 허용요건과 심사를 엄격히 해야 함
- 야간 및 심야조사는 피의자의 휴식권과 수면권 뿐만 아니라 변호인의 조력을 받을 권리를 제한할 수 있으며, 피의자 및 피고인의 방어권 보장을 위해서 실질적인 변호인의 참여권을 보장해야 함

7. 비교법적 검토 결과

- 소위 ‘잠 안 재우기’라는 고전적 수사방법은 여전히 자백 획득을 위한 심리기법으로 사용되고 있으며, 그 허용여부에 대한 규정이나 판례의 입장은 약간씩 다름
- 미국과 영국 그리고 독일 등 국가에서는 수사단계에서 피의자신문 시 지켜야 할 인권보호가이드라인이 마련 시행되고 있으며, 그 준수여부를 철저히 체크하고 있음. 피의자신문 시 미란다원칙에 따른 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 비롯하여 신뢰관계인의 동석과 긴급한 의료처치를 받을 권리, 통역이나 번역이 필요한 경우 도움을 받을 권리, 의료처우를 받을 권리, 가족이나 친지 등에 구급사실의 통지 등의 권리가 보장됨

8. 심야조사와 형사소송법 제309조의 위법한 신문방법에 해당하는지 여부

- 학설상으로는 야간조사 그 자체가 위법한 것은 아니라고 보고 있음. 다만 잠을 재우지 않고 신문을 행함으로써 피의자의 의사결정 내지 의사판단의 자유를 침해하여 정상적인 판단능력을 잃을 정도에 이른 경우에 이로부터 얻은 자백의 증거능력은 부정되어야 한다고 봄
- 소위 ‘잠 안 재우기’는 고문에 해당하며 위법한 신문방법이므로 이로부터 얻은 자백의 증거능력은 인정되지 않는다는 점에서 이를 허용되지 않는 신문방법으로 명확히 할 필요가 있으며, 이를 입법정책적으로 담아낼 방안이 필요함

- 소위 ‘잠 안 재우기’ 내지 야간 또는 심야수사의 경우, 대부분 진술 내지 자백이 임의적으로 이루어졌다는 점, 거기에는 법이 금지하는 어떤 불법적 방법이 개입되어 있지 않다는 등을 이유로 증거로 사용되고 있음. 단순히 밤을 새워 조사했다는 것과 자백을 유도하기 위한 철야조사 양자를 구분하는 것이 어렵고, 때문에 밤샘조사 자체를 기본권에 대한 침해로서 자백의 임의성에 영향을 미치는 사유가 된다고 봄이 타당함

III. 연구결과에 의한 입법방향

1. 야간 및 심야조사의 금지

- 심야조사의 문제는 사전적 의미에서 심야 개념에 집착할 것이 아니라, 밤 늦게 피의자조사를 하는 경우 수사관이나 조사받는 피의자 모두 심야조사로 인해 피로감을 많이 느끼고 있다는 점, 주 52시간 근무제 시행과 소위 워라벨 등 사회환경의 변화는 수사실무 및 수사환경에도 영향을 미치고 있다는 점, 인간의 기본권보장 강화, 인간의 인지능력의 한계 여하 등을 종합 고려하여 결정하여야 함
- 피의자신문이 금지되는 야간·심야시간대를 밤 8시 이후로 하여 10시 이후 수사는 전면 금지하고 밤 8시 이후의 야간조사는 휴식권과 수면권 보장을 위해 부득이한 사유가 있는 경우 예외적으로 하는 것이 타당함. 이로써 조사자나 피조사자 모두 통상적이고 일반적인 근무환경과 시간 속에서 피의자신문이나 조사를 할 수 있도록 자연스럽게 유도될 수 있을 것으로 기대됨

2. 야간조사의 허용사유의 명확화

- 야간조사를 예외적으로 허용하는 경우에도 좀 더 구체적으로 명확히 사유를 명시하여 기관의 판단재량을 대폭 축소할 필요가 있음
- 명백하고도 합리적인 이유가 없는 야간조사는 인권침해행위로서 허용되지 않는다고 보아야 함. 즉 정상적인 인지능력과 판단능력을 상실할 정도의 피로감을 느낄 만한 야간조사는 제한되어야 함

8 야간·심야조사의 범위와 인권보장

- 구체적으로는 첫째 다른 사람의 신체나 생명에 급박한 위험이 있는 경우, 둘째 공범자의 검거와 증거수집에 어려움이 있는 경우 즉 증거인멸이나 도주의 우려가 있는 경우 셋째, 공소시효가 임박한 경우 등에는 야간조사를 허용하되 변호인의 참여하에 예외적으로 허용함이 타당함
- 다만, 야간에 현행범을 체포하거나 피의자를 긴급체포한 경우는 긴급하고도 필요한 사유에 해당하지 않음. 이 경우는 피체포자를 유치장에 구금해두고 근무 시간내에 조사를 할 수 있고, 야간에 갑자기 체포된 피조사자의 경우 변호인을 바로 구하는 것도 어려울 수 있어 변호인의 참여권을 제한하는 결과를 초래할 수 있음
- 야간 또는 심야에 체포된 현행범인이 특히 야간조사를 요청하는 경우나 불구속 피의자가 퇴근 이후 야간에 조사를 받기를 요청하는 경우에는 예외적으로 허용할 수 있음
- 야간조사시에도 그 사유를 기재하도록 하여야 하며, 신문시작과 종료 시간을 기재하도록 하여야 함

3. 당사자 동의 요건의 삭제

- 심야조사의 경우에는 당사자의 동의를 요건으로 하는 것은 동意的 자발성이라는 측면에서 바람직하지 않음
- 변호인의 입회를 조건으로 하는 것 또한 강제성이 있을 수 있고, 변호인의 입회를 위해서는 시간을 요한다는 점, 당사자가 무자력인 경우에는 실효성이 없다는 점 등에서 당사자의 동의를 요건으로 야간 및 심야조사를 허용하는 것은 바람직하지 않음

4. 장시간 조사시 휴식권 및 음용권 보장

- 피의자조사에 장시간이 소요되는 경우에는 하루 8시간 이상의 수면시간을 보장하여야 하며, 조사 도중에 최소한 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 주어야 함
- 피의자가 조사중 휴식을 요청하는 경우에는 피의자의 건강상태, 신문시간 등을 고려하여 적정하다고 판단되는 경우 이를 허용하여야 함

제 1 장

서 론

서론

제1절 연구의 필요성 및 목적

심야조사란 종래부터 밤샘조사나 철야조사로도 불리워져 왔는데, 일반적으로 밤늦게까지 조사 내지 수사하는 것을 의미하는 용어로 사용되어 왔다. 심야조사, 철야신문과 잠 안 재우기 수사를 구별하기도 하지만,¹⁾ 철야신문 자체가 잠을 재우지 않고 피의자의 피곤한 상태를 이용하여 자백을 받아내려는 의도를 이미 내포하고 있다고 보아야 한다는 점에서 양자를 같은 의미로 사용해도 무방하며²⁾ 이런 점에서 본 연구에서는 심야조사, 철야조사 내지 밤샘조사, 잠 안 재우기 조사를 같은 의미로 사용하기로 한다.

종래 수사기관에서는 국민과 언론의 관심이 큰 사건의 경우 빨리 사안의 진상을 조사하여 발표하기 위해 시간에 쫓기는 관계로 철야조사를 해왔던 게 사실이며, 또 중요하고 복잡한 사건의 경우 낮 시간대에는 장소 등 자백을 받기에 적당치 않아 심야조사를 활용해온 것은 사실이다.³⁾ 이러한 관행은 최근까지도 이어져오고 있는 실정이다.⁴⁾ 피의자의 피곤한 상태를 이용하여 자백이나 진술을 받아냄으로써 피의자의 본질적 방어권을 침해하는 것은 가혹수사로서의 위험성을 갖는 것 또한 부인하기 어렵다.⁵⁾ 그리하여 심야수사에 대하여는 인권을 침해하는 수사방법이라는 점이 오래

1) 서보학, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권강화방안, 형사법연구 제20호, 2003/겨울, 262면.

2) 신주호, 수사절차상의 인권보장에 관한 헌법문제, 중앙대 박사논문, 2010, 241면.

3) 임수빈, 검찰권 남용에 대한 통제방안, 2017.2, 서울대학교 박사논문, 39-40면.

4) 2015년~2018년 심야조사 사유별 현황에 따르면 심야조사를 받은 자가 2015년 943명, 2016년 1459명, 2017년 1086명에 이르고 있는 것으로 나타났다. 법무부 자료(송기현 의원 국회제출자료). 프레시안 2018.10.17. http://m.pressian.com/m/m_article/?no=213959 (최종확인: 2019.7.28.).

5) 신양균, 수사구조개혁에 부합하는 경찰수사조직의 발전방안, 치안논총, 2007, 301면 참조; 임수빈,

전부터 지적되어 왔으며 국제사회에서도 꽤 오랫동안 우리나라의 잠 안 재우기 내지 심야조사 관행의 불법성을 지적해왔다.

입법적으로 심야조사를 둘러싼 논의는 꽤 오랜 역사를 갖고 있다. 이미 1997년 개정 형사소송법 논의 당시에 장시간 야간 신문을 통해 얻은 자백과 진술은 유죄의 증거로 할 수 없다고 하는 ‘철야수사금지 명문화’로의 입법개정이 필요하다는 논의가 제기된 바 있다.⁶⁾ 당시 논의내용을 보면 밤 12시부터 새벽 6시까지 수사는 금지되어야 하며, 심야조사 시 당사자의 동의서나 허가서를 수사서류에 첨부하도록 하는 입법이 필요하다는 것이다.⁷⁾ 그리고 1998년 외환위기 사태와 국가정보원 개입 북풍사건 등 굵직한 형사사건을 겪으면서 철야조사는 검찰권행사의 상징처럼 되어 버렸고, 1998년 4월에는 법무부에서 불가피한 경우가 아닌 이상 밤 12시를 넘겨 조사를 진행하지 말 것을 지시한 바 있다.⁸⁾ 이러한 논의가 불거진 이후 2007년 개정 형사소송법에서 피의자신문의 경우 그 신문일자과 신문시작과 종료시간을 기재하도록 하고 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문초서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하도록 규정(형사소송법 제244조의 4)이 신설되기에 이르렀다.

현행법상으로 심야조사에 대한 명문규정은 없다. 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조에서 고문 등의 방법으로 얻은 자백의 임의성을 배제하는 자백배제법칙을 규정하고 있을 뿐이다. 다만 고문 및 가혹수사 등이 문제되기 시작한 2000년대 초반에 이르러 인권보장시스템의 정비라는 입법목적하에 본격적으로 심야조사를 규제하기 위한 방안이 논의되기 시작하였다. 이에 경찰청과 법무부에서는 훈령으로 일정한 경우 당사자의 동의에 따라 심야조사를 예외적으로 허용한다는 지침을 두기에 이르렀다.

그런데 최근에 이르기까지 이러한 수사관행은 쉽게 바뀌지 않고 있으며, 심야조사에 대한 당사자의 동의가 심야수사관행을 바꾸는데 거의 실효성을 갖지 못하다는 점 등에 대하여 의문이 제기되어 왔다. 그리하여 심야수사는 수사상 필요나 수사효율성 등 때문에 어쩔 수 없다는 주장과, 범죄혐의를 받고 조사 중인 피의자 입장에서

40면.

6) 참여연대, 형사소송법 청원소개의견서, 1996.12.5., 19면.

7) 매일노동뉴스 2008.4.9. <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=79183> (최종 확인: 2019.7.30.).

8) 봉욱, 철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력, 형사판례연구 제7권, 2000, 425면.

거부하기가 쉽지 않으므로 자발적 동의일 수 없다는 점 때문에 제도개선이 필요하다는 개혁논의가 맞서온 상황이다.

이런 상황 속에서 2017.12.7. 법무검찰개혁위원회에서는 제5차 권고안을 통해 심야조사 관행의 개선을 권고하기에 이르렀다. 이 권고안에 따르면 심야조사 시간은 원칙적으로 오후 8시, 늦어도 11시까지로 하고, 심야조사 예외규정으로서 ‘조사받는 사람이나 변호인의 동의’ 조항을 삭제함이 타당하다는 것이다. 특히 법무검찰개혁위원회의 권고안에서 수사기관에서 피의자에 대한 야간조사의 규제 또한 필요함을 강력하게 주장하고 있다. 이에 경찰의 경우 피조사자의 동의거부에 대한 심리적 부담을 이유로 동의 규정을 요청으로 변경하고 예외사유를 구체화하거나 심야시간 명문화 등 관련 규정을 개정하는 등 대응방안을 모색하였고, 검찰의 경우에도 권고안을 반영하기 위한 논의가 지속되고 있다.

이러한 문제상황 하에서 현재 심야조사가 왜 문제되는지를 규범적·실증적·비교법적으로 살펴보고, 심야조사로 인한 인권침해사례를 분석함으로써 심야조사로 인해 야기되는 인권침해를 방지하기 위한 방안은 무엇인지를 살펴볼 필요성은 크고 시급하다고 하지 않을 수 없다. 본 연구는 심야수사 관행과 인식 그리고 문제점 등을 검토하여 수사단계에서 피의자·피고인의 인권보호시스템을 정비하는데 필요한 기초적 정책 자료를 제시하는데 그 기본 목적이 있다.

제2절 연구의 방법과 범위

1. 연구의 방법

수사는 더 이상 밀행성의 원칙이 적용되는 비밀의 마당이 아니고, 수사절차에서 피의자·피고인 등도 더 이상 단순히 객체로서만 머물러 있지 않다. 법이론 및 판례는 꾸준히 피의자·피고인을 수사의 주체 내지 당사자적 지위까지도 인정하는 방향으로 발전되어 왔으며, 그 법리를 입법으로 반영하기 위한 노력을 계속해왔다. 이제 수사단계는 수사기관과 피의자 피고인 그리고 피해자까지 형사절차의 참여자들이 공정한 게임을 통해 실체진실을 발견하는 과정으로서 다 함께 협력해야 하는 단계이다. 더

이상 고문이나 가혹행위나 심리적 압박을 통한 강제적 자백이나 진술을 획득해서는 안 된다.

본 연구는 기본적으로 선행연구 분석과 비교법 연구 그리고 전문가 의견조사(심층면접) 및 인권침해 사례 분석 등의 연구방법으로 구성되어 있다. 선행연구자료 정리·분석을 통해서도 심야수사에 대한 법적·실증적 검토하고, 비교법적 검토를 통해 정책시사점을 도출하여 구체적인 입법정책방안을 제시하고자 한다. 그리고 심야수사의 문제 지점을 보다 명확히 하기 위해 국가인권위원회와 국민권익위원회의 인권침해 결정 사례들을 정리하여 문제점을 명확히 제시하고 개선방안을 위한 법적 근거를 제시하는 방법을 택하기로 한다. 그 다음으로 수사 실무입장에서 바라보는 심야수사 실태에 대한 의견을 알아보기 위해 전문가 심층면접을 병행하기로 한다. 이는 심야조사에 대한 실무가들의 관점과 법규의 문제점과 개선방안을 도출하는데 귀중한 자료가 될 것으로 기대된다. 수사절차는 소위 수사의 목적과 본질이 매우 강하게 작용하는 절차단계이다. 또한 그렇기 때문에 신문대상인 피의자·피고인의 인권보장도 동시에 강조될 수 밖에 없다. 수사실무에서는 시간적으로 어떤 시간대에 긴급히 체포 등이 이루어질 수 있고, 또한 증거의 확보 필요성 때문에 부득이 한 경우에 일정한 범위를 벗어나지 않는 범위에서 심야수사를 허용해야 할 필요는 없는지 등 꼼꼼히 살펴 현장 목소리를 담아내고 설득하는 것도 균형있는 개선안을 마련하는데 중요한 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

2. 연구의 범위

먼저 심야조사에 대한 현행 근거법령에 대하여 그 제·개정과정과 주요내용을 살펴보고, 운영현황에 대한 통계자료를 수집하여 현황의 문제점을 파악해보기로 한다(제2장). 심야조사 관련 규칙의 내용파악을 통해 주요문제점이 무엇인지를 도출하고, 현황에서 이러한 문제점이 어떻게 적용되고 드러나는지를 제시함으로써 정책의 기초자료로 활용하고자 한다. 또한 수사기관의 인권침해에 대한 진정 사례를 조사하여 수사과정에서 드러나는 인권침해유형이 무엇인지 그리고 심야조사 관련하여 실무에서 어떤 방식으로 피의자조사에서 심야조사를 이용하고 있는지를 알아보려고 한다. 이를 통해 심야조사의 예외사유인 당사자의 동의에 의한, 그리고 긴급하고도 필요한 사유가 있

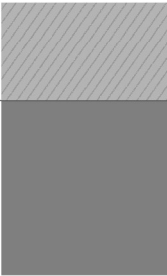
는 경우 등이 수사실무에서 얼마나 활용되고 있는지 등을 파악해볼 수 있을 것이며, 인권침해사례의 결정논거를 분석하여 쟁점을 제시해보고자 한다.

그 다음으로 수사현장에서 실무가들의 심야조사 실태에 대한 의견을 알아보려고 한다. 이를 위해 전문가 10명을 대상으로 심야조사 발생 맥락 및 이로 인한 문제점 분석을 통하여 수사 종사자들의 실질적인 답변을 통해 구체적이고도 현장감 있는 목소리를 담아내고자 하였다(제3장). 그리고 심야조사에 대한 비교법적 규정과 판례의 입장을 검토·분석하여 향후 입법정책 방안을 제시하는데 시사점을 얻고자 하였다(제4장). 마지막으로 선행연구 자료분석, 심야조사로 인한 인권침해 사례분석과 전문가 심층면접 그리고 비교법적 분석자료를 토대로 심야조사로 인한 인권침해 방지방안 모색을 위한 종합적이고도 비판적 검토를 통해 바람직한 규정방향과 실무운용 방향을 모색해보고자 한다(제5장). 여기서는 현행 형사소송법상 강제등 자백의 임의성 배제사유에 대한 학설 및 판례의 입장을 정리·분석하고 규칙 등 실무의 심야조사 운용 가이드라인의 문제점을 쟁점별로 검토 대안을 모색함으로써 피의자·피고인의 인권침해 예방을 위한 최소한의 가이드라인을 담아보고자 한다. 결론에서는 이상의 연구방법과 내용분석을 토대로 나온 연구결과를 쟁점별로 정리하여 향후 정책화방향을 제시하고자 한다(제6장).

제 2 장



심야조사 근거법령과 현황



심야조사 근거법령과 현황

제1절 수사단계에서의 심야수사 규제관련 법령

1. 경찰의 범죄수사규칙 제·개정 과정과 심야조사 규정정비

가. 규정연혁

수사공정성과 전문성 확보 등 인권보장시스템의 정비와 이를 이행하는 것은 오랫동안 수사기관의 과제이다. 수사단계에서도 적법절차원리와 인권보호가 준수되어야 하는 데에는 이론이 없다.

먼저 경찰단계를 보면 수사과정에서 이러한 기본원칙을 구현하기 위해 인권보호를 위한 각종 노력을 추진해왔다. 심야조사와 관련하여서는 국가인권위원회에서 밤샘수사로 인한 인권침해 사례(2005.1.24. 의결, 03진인6046결정)에서 구체적인 밤샘조사 관련 규정을 마련할 것을 권고한 이후 2005년 10월 「인권보호를 위한 경찰관직무규칙」(2005.10.4. 경찰청훈령 제461호, 이하 경찰관직무규칙)으로 제도화되었다.

이 경찰관직무규칙 제4장에서는 밤샘조사금지 등 피의자 인권보호를 위한 수사환경의 쇄신을 구체화하여 심야조사금지 규정을 명문화하였다. 이 경찰관직무규칙은 2012.7.23. 전면개정 되었고, 2015.7.27. 일부개정 되었는데, 그 세부내용에서는 변동이 있었지만,⁹⁾ 심야조사 관련 조항은 아무런 개정 없이 심야조사의 원칙적 금지·예외적 허용이라는 주요 내용을 유지하며 동 규칙에 지속되어 왔다.

9) 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(2005.10.4. 제정, 경찰청훈령 제461호), 경찰청훈령 674호(2012.7.23. 개정), 경찰청훈령 제771호(2015.7.27. 개정)

이후 경찰청에서는 심야조사로 인한 조사대상자의 인권침해 우려를 불식하고 수사 과정의 투명성을 높이기 위해 심야조사를 제한하는 지침을 마련하기로 하였으며, 2018.5.23. 경찰 인권보호규칙이 제정되었다. 이에 따라 경찰관직무규칙은 폐지되었고 심야조사 관련 규정은 2018.8.13. 개정 범죄수사규칙에 신설·규정하기에 이르렀다.

〈표 2-1〉 인권보호를 위한 경찰관직무규칙과 범죄수사규칙 조문 비교

인권보호를 위한 경찰관직무규칙	범죄수사규칙
제64조(심야 조사 금지) ①경찰관은 원칙적으로 심야조사를 하여서는 아니 된다. 여기서 심야라 함은 자정부터 오전 6시까지를 말한다. ②다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예외적으로 심야 조사를 할 수 있다. 1. 자정 이후에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우 2. 사건의 성질상 심야 조사를 하지 않으면 공범자의 검거 및 증거수집에 어려움이 있거나 타인의 신체, 재산에 급박한 위해가 발생할 우려가 있는 경우 3. 야간에 현행범을 체포하거나 피의자를 긴급체포 한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우 4. 공소시효가 임박한 경우 5. 기타 피의자 또는 그 변호인의 서면상 동의를 받은 경우 ③제2항의 규정에 따라 심야조사를 하는 경우에는 반드시 피의자·피해자 등 조사대상자에게 동의 여부를 물어 그 결과와 심야조사의 사유를 조서에 명확히 기재하여야 하며, 피의자를 조사하는 경우에는 조사자 이외의 경찰관을 참여시켜야 한다. ④소년·노약자·장애인·외국인인 피의자가 가족·친족 등 신뢰관계에 있는 자의 심야 조사 참관을 요구하는 경우에는 이를 보장해 주어야 한다. 다만, 그 외의 피의자가 가족 등의 참관을 요구하는 경우에는 수사에 지장을 초래하지 않는 범위내에서 허용할 수 있다.	(신설) 제56조의2(심야조사 금지) ①경찰관은 원칙적으로 심야조사를 하여서는 아니 된다. 이 경우 심야라 함은 자정부터 오전 6시까지를 말한다. ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예외적으로 심야조사를 할 수 있다. 이 경우 심야조사의 사유를 조서에 명확히 기재하여야 한다. 1. 심야에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우 2. 사건의 성질상 심야조사를 하지 않으면 공범자의 검거 및 증거수집에 어려움이 있거나 타인의 신체, 재산에 급박한 위해가 발생할 우려가 있는 경우 3. 피의자를 체포한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우 4. 공소시효가 임박한 경우 5. 기타 사유로 피의자·피해자 등 조사 대상자 또는 그 변호인의 요청이 있는 경우 ③전항 제5호의 경우에는 요청사유와 그 취지를 조서에 명확히 기재하여야 한다.

인권보호를 위한 경찰관직무규칙	범죄수사규칙
	(신설)제56조의3(휴식시간 부여 등) ①경찰관은 조사에 장시간이 소요되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 조사 도중에 최소한 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 주어 피의자가 피로를 회복할 수 있도록 노력하여야 한다. ②피의자가 조사 도중에 휴식시간을 요청하는 때에는 조사에 소요된 시간, 피의자의 건강상태 등을 고려하여 적정하다고 판단될 경우 휴식시간을 부여하여야 한다. ③경찰관은 조사 중인 피의자의 건강상태에 이상 징후가 발견되면 의사의 진료를 받게 하거나 휴식을 취하게 하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다. ④제1항부터 제3항까지의 규정은 피내사자, 피해자, 참고인 등 다른 사건관계인을 조사하는 경우에 준용한다.

나. 경찰의 범죄수사규칙상 심야조사 규정 내용 및 의의

경찰 범죄수사규칙에서는 원칙적으로 심야조사를 금지한다. 여기서 심야조사는 자정부터 오전 6시까지의 수사이다(제56조의2). 예외적인 경우 심야조사를 실시할 수 있되, 심야조사 사유를 조서에 명확히 기재하도록 하고 있다.

예외적인 경우는 첫째, 심야조사를 하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우이다. 야간에 발생한 사건, 현행범 사건을 주로 취급하는 형사과, 여성청소년과 등 당직 부서에서 바로 조사하지 않고 유치장에 대상자를 입감하는 것이 오히려 인권침해적인 경우 심야조사 실시가 가능하다.

둘째, 심야조사를 하지 않으면 공범자의 검거나 증거수집에 어려움이 있거나 타인의 신체, 재산에 급박한 위해가 발생할 우려가 있는 경우이다.

셋째, 피의자를 체포한 후 48시간 이내 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우이다. 여기서 체포는 경미범죄가 아닌 범죄의 현행범 체포, 긴급체포 및 체포영장에 의한 체포가 해당될 것이다.

넷째, 공소시효가 임박한 경우이다.

다섯째, 위의 경우를 제외하고 피조사자 또는 그 변호인의 '요청'이 있는 경우이다. 이 경우 경찰관은 심야조사를 요청하는 사유와 취지를 조서에 기재해야 한다.

11) 위 경찰청 “인권보호 강화 위한 심야조사 제한 지침” 참조.

또한 종전 수사기관의 편의에 따라 조사대상자에게 심야조사 동의를 유도할 수 있다는 우려가 제기되어 온 점을 고려하여 조사대상자의 동의가 있는 경우를 '적극적인 요청'이 있는 경우로 강화하고, 요청의 방식도 조사대상자로부터 '자필요청서'를 받아 수사기록에 첨부하도록 함으로써 심야조사 관리를 강화하였다. 나아가 조사대상자의 요청이 있더라도 이미 장시간 조사로 대상자의 건강에 무리가 예상되거나, 재출석 조사가 불가피할 때 심야조사를 피하도록 하였다. 특히 예외사유로서 당사자의 동의를 요청으로 한 것은 경찰입장에서는 매우 의미있는 피의자인권보호를 위한 발전이라고 할 수 있다.

2. 검찰의 인권보호수사준칙 제·개정 과정과 주요내용

가. 개정연혁

2002년 서울지방검찰청에서 밤샘 조사를 받던 살인 피의자가 사망하는 사건이 발생하면서 구타 등 가혹행위에 대한 의혹이 불거졌고 검찰의 밤샘조사 관행에 대한 부정적 여론이 크게 확산되었다. 후속조치로 검찰에서도 법무부 훈령으로 '인권보호 수사준칙'을 제정하여(2002.12.17. 법무부훈령 제474호) 인권보호수사의 기본원칙을 천명하고 이를 이행하기 위한 각종 조치를 마련 시행하고 있다.¹²⁾ 인권보호수사준칙은 이후 2006.6.26. 전면개정(법무부훈령 제556호) 과정을 거쳐 준칙내용을 보다 구체화하여 실제 수사에 적용하기 위한 방안을 강구해왔다.

12) 한겨레, 2002.11.14. <https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=028&aid=0000004204> (최종확인: 2019.7.24.). 당시전국 지검 및 지청에 검찰총장의 긴급 지시로 피의자 인권보호를 위해 가혹행위는 물론 밤샘조사와 참여계장의 단독조사 등을 금지하라고 명한 것이다. 이 긴급지시에서 폭행 등에 의한 진술은 증거능력이 없다는 사실을 강조하고, 수사과정에서 고문이나 폭행, 폭언 등 인권침해행위가 없도록 하라고 지시했다. 특히 자정 이후의 심야시간 조사를 금지토록 했으며, 다만 체포시한(48시간)이나 사안의 중대성, 수사상 긴급한 필요가 있는 경우 예외적으로 지휘감독자의 허가를 받아 밤샘조사를 하되 반드시 피조사자에게 적절한 수면과 휴식시간을 주고 밤샘조사 사유와 신문의 시작, 종료, 휴식시간을 조서에 기재토록 했다.

나. 주요내용

법무부 훈령인 '인권보호수사준칙' 제40조는 '검사는 자정 이전에 피의자 등 사건관계인에 대한 조사를 마치도록 한다'며 원칙적으로 심야조사를 금지하고 있다. 자정 이전에 피의자 등 사건관계인에 대한 조사를 마치도록 함과 동시에 예외적인 경우 심야조사를 실시할 수 있되, 인권보호관의 허가를 받도록 하고 있다. 예외적인 경우란 조사받는 사람이나 그 변호인의 동의가 있거나, 공소시효의 완성이 임박하거나, 체포기간 내에 구속여부를 판단하기 위해 신속한 조사의 필요성이 있는 경우 등이며, 합리적인 이유가 있는 경우에는 인권보호관의 허가를 받아 자정 이후에도 조사할 수 있다.

특히 장시간이 소요되는 신문 시에는 휴식시간을 주어야 하며, 당사자의 요청이 있는 경우에는 신문상황과 피의자의 건강상태 등을 고려하여 이를 허락하도록 하고 있으며, 또한 피의자에게 건강상 이상이 발견되면 휴식을 취하게 하거나 필요한 조치를 취하여야 한다(준칙 제42조).

인권보호수사준칙(2002.12.17. 법무부훈령 제474호 제정, 2006.6.26. 법무부훈령 제556호 전면개정)

제40조(심야조사금지)

- ①검사는 자정 이전에 피의자 등 사건관계인에 대한 조사를 마치도록 한다.
- ②제1항의 규정에도 불구하고 조사받는 사람이나 그 변호인의 동의가 있거나, 공소시효의 완성이 임박하거나, 체포기간내에 구속여부를 판단하기 위해 신속한 조사의 필요성이 있는 등 합리적인 이유가 있는 경우에는 인권보호관의 허가를 받아 자정 이후에도 조사할 수 있다.

제42조(휴식시간 부여등)

- ①검사는 조사에 장시간이 소요되는 경우 조사 도중에 적절한 휴식시간을 주어 피의자가 피로를 회복할 수 있도록 하여야 한다.
- ②피의자가 조사 도중에 휴식시간을 달라고 요청하는 때에는 그때까지 조사에 소요된 시간, 피의자의 건강상태 등을 고려하여 적정하다고 판단될 경우 이를 허락하여야 한다.
- ③검사는 조사중인 피의자의 건강상태에 이상이 발견되면 의사의 진료를 받게 하거나 휴식을 취하게 하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ④제1항 내지 제3항의 규정은 피내사자, 피해자, 참고인 등 다른 사건관계인을 조사하는 경우에 준용한다.

3. 검찰 및 경찰의 심야조사 규정 비교 검토

법무부의 인권보호수사준칙과 경찰청 훈령 범죄수사규칙 제56조의2(심야조사 금지)와 비교해보면 아래와 같이 정리할 수 있다.

〈표 2-2〉 법무부의 인권보호수사준칙과 경찰청 훈령 범죄수사규칙

구 분	범죄수사규칙(경찰 적용)	인권보호수사준칙(검찰 적용)
예외사유	피의자 석방 불필요하게 지연시킬 경우	X
	공범자 검거·증거수집 어려움 또는 타인 신체·재산 급박한 위해 우려	체포 후 구속여부 판단 등 합리적인 이유 있는 경우
	체포 후 구속영장 신청 위해 불가피한 경우	
	공소시효 임박	공소시효 임박
	조사대상자·변호인 요청하는 경우	조사대상자·변호인 동의하는 경우
절차	X	인권보호관 허가

첫째, 경찰은 현행법체포 사건 처리를 고려하여 ‘심야조사를 하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우’를 예외사유로 명시하고 있으나 검찰은 현행법체포 사안을 다룰 일이 없는 만큼 예외사유로 명시하지 않고 있다. 둘째, 검찰 규정상 예외사유인 ‘공범자 검거·증거수집 어려움 또는 타인 신체·재산 급박한 위해 우려 있는 경우’가 검찰 규정에서는 발견되지 않지만 ‘합리적인 이유가 있는 경우’에는 심야조사를 실시할 수 있도록 조사자에게 재량을 부여하고 있다. 셋째, 공소시효 임박이라는 예외사유는 검찰과 검찰 규정에서 공통적으로 발견된다. 기타의 경우에 있어서는 경찰은 피조사자의 ‘요청’을 요건으로, 검찰은 ‘동의’를 요건으로 하고 있다. 넷째, 절차상으로는 검찰은 심야조사 시 인권보호관의 허가를 받도록 하고 있으나 경찰은 별도의 허가 절차는 두지 않고 있다.

한편, 검찰은 2007년 5월 대검찰청 지시에 따라 지검별로 ‘야간 및 심야조사 절차에 대한 지침’을 마련하여 수사과정상 인권보장의 확립을 도모하고 있다. 지검별 지침의 공통적인 내용은 다음과 같다. 먼저, 21시 이후 이루어지는 조사를 ‘야간조사’로 규정하고 야간조사는 인권보호담당관(소속 부장검사)의 허가를 받아 실시하도록 하였다. 그리고 24시 이후 이루어지는 조사를 ‘심야조사’로 규정하고, 심야조사는 인권보호관(차장검사)의 허가과 피조사자의 동의를 얻도록 하였다. 피조사자 작성 동의서 양식은

지검별로 조금씩 다르긴 하나 아래와 양식과 유사하다. ‘인권보호수사준칙’ 제40조에 의하면 피조사자의 동의가 모든 심야조사에 필수는 아니나, 지검별 지침은 모든 심야 조사 시 피조사자의 동의를 받도록 하고 있다.

심야야간 조사 동의서

성 명 :
 생 년 월 일 :
 주 소 :
 동의서 작성시각 :

본인은 ○○지방경찰청 ○○호 검사실에서 수사(내사)중인 ○○사건의
 피의자로서(참고인으로서) 조사를 받음에 있어, 20....., (22:00 / 24:00)
 이후에도 임의로 조사에 응하기로 동의합니다.

20.....
 위 동의인 (인)

[그림 2-2] 심야(야간 조사 동의서)

제2절 심야조사 현황

1. 심야조사 현황

가. 2010~2018.6. 까지의 검찰의 심야조사 사유별 현황

수사기관에서 자체적인 지침을 통해 심야조사를 원칙적으로 금지하고 있음에도 수사상 필요 혹은 피조사자의 요청에 따라 심야조사는 매년 행해지고 있다. 아래 표에서 볼 수 있듯이 검찰의 심야조사는 해마다 증가 추세를 보이고 있고, 특히 2014

년 이후 매년 1,000건 내외의 심야조사가 이루어지고 있다. 이에 대하여 검찰은 자체 심야조사 실태를 조사한 결과 서울중앙지검을 제외한 11개 지검에서 심야조사가 절반으로 줄었다고 평가한 바 있다.¹³⁾

〈표 2-3〉 검찰 심야조사 사유별 현황¹⁴⁾

(단위: 명)

연도	구분	심야조사 사유				합계
		피조사자 또는 변호인의 동의	공소시효 임박	구속여부 판단	기 타	
2008		250 (80.9%)	0	54	5	309
2009		278 (72.3%)	0	60	46	384
2010		411 (84.9%)	1	44	28	484
2011		453 (94.9%)	0	23	1	477
2012		509 (97.1%)	0	14	1	524
2013		691 (95.1%)	1	29	5	726
2014		1,162 (91.9%)	0	88	14	1,264
2015		901 (95.5%)	9	25	8	943
2016		1,412 (96.7%)	13	27	7	1,459
2017		1,067 (98.2%)	1	18	0	1,086
합계 (08~17)		7,134 (93.2%)	25	382	115	7,656
2018.6.		665		10	7	682

* 자료출처: 금태섭 의원실에서 법무부로부터 제출받은 자료를 재구성한 것임. 전체 대비 피조사자 또는 변호인의 동의 비율은 연구자가 별도 표시한 것임

위 표에 의하면 2014년 검찰의 심야조사는 2013년 전년도의 거의 두배에 달하는 수치로 늘어났으며, 당사자의 동의에 의한 심야수사가 실무에서 상당히 활용되고 있다는 느낌을 준다. 심야조사가 2013년부터 급증하기 시작하였다는 점에서 전 정부에서 인권보호수사준칙의 심야조사 원칙이 사실상 사문화된 것 아니냐는 우려가 제기되기도 하였다.¹⁵⁾

13) 대한변호사협회 인권보고서(제33집), 2018, 495면.

14) 2018년 10월 20일자 금태섭 의원실 배포한 보도자료 “검찰 심야조사 올 상반기만 682명” 내 통계.

15) 검찰 ‘심야조사’, 박근혜정부 때 3배로 급증, 2017.09.06. <http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2017090518258272076> (최종확인: 2019.7.30.).

최근에 이르러서도 이러한 상황은 변하지 않고 있다. 법무부 자료에 의하면 2015년부터 2018년 심야조사 사유별 현황에 따르면 ‘피의자 또는 변호인의 동의’를 근거로 한 것이며 98%에 달하고 있는 것으로 나타났다.¹⁶⁾

나. 문제점

검찰에서 ‘인권보호수사준칙’에 의해 예외적으로 심야조사를 실시할 수 있는 경우는 피조사자 또는 변호인의 동의, 공소시효 임박, 구속여부 판단 등으로 나뉘볼 수 있는데 이 중 당사자 동의에 의해 심야조사를 하는 경우가 전체의 90% 이상을 차지하고 있다는 사실이 주목할 만하다. 과연 심야조사가 피조사자의 진정한 동의, 즉 자발적인 동의에 의한 것인지에 대한 의문을 가지게 하기 때문이다. 피의자 또는 변호인의 동의를 과연 자발적 동의인가, 검사가 요구하는 경우에 동의하지 않는 것이 오히려 어려운 상황이라는 점을 고려할 때 동의를 근거로 심야조사를 활용하는 것 자체가 문제가 있다.¹⁷⁾

경찰 역시 수사기관의 필요 혹은 당사자의 요청 등에 따라 심야조사를 실시하고 있다. 경찰은 특히 112신고 사건 등을 처리하는 과정에서 형사과 및 수사과 내 교대근무체계를 갖추고 당직팀에서 현행범체포사건, 임의동행 사건, 발생보고 사건 등을 24시간 지역 경찰로부터 인계받아 처리하고 있다. 또한 당직팀 이외의 수사부서에서도 긴급체포 또는 체포영장에 의해 체포된 자나 자진출석한 피조사자를 상대로 심야조사를 하는 경우도 있다.¹⁸⁾

경찰의 경우 그간 심야조사 관련 축적된 통계가 없어 검찰의 경우와 단순 비교하기는 어렵다.¹⁹⁾ 그 이유를 추측해보면, 심야조사 하나의 사안이 ‘범죄수사규칙’에서 규정하고 있는 여러 예외 사유에 중복 해당할 가능성이 커서 통계의 정확성을 담보하기

16) 프레시안 2018.10.17. <http://www.pressian.com/news/article/?no=213959#09T0> (최종확인: 2019.7.28.).

17) 임수빈, 42면.

18) 최근 사례를 보면 한국미래기술회장 양OO 상습폭행 등 혐의 사건에 있어서는 피의자가 심야조사를 거부하여 첫날 조사가 4시간 반만에 종료된 반면, (2018.11.7.자 언론보도 참고), 가수 정OO의 성폭력 혐의 사건에 있어서는 1차 소환 시 21시간, 2차 소환 역시 밤샘조사가 이루어진 바 있다. (2019. 3. 18.자 언론보도 참고)

19) 경찰청 수사국에 통계를 요청하였으나 심야조사 예외사유별로 관리 중인 통계는 없다는 답변이었다.

힘들고, 야간 당직사건 처리 등 24시간 체제로 운영되는 경찰 업무 특성상 심야조사 관련 별도의 통계 관리의 필요성이 적었기 때문이 아닌가 추정된다. 하지만 수사기관으로서 인권 보장을 위해 심야조사 실태를 보다 면밀하게 진단할 필요가 있다는 면에서 향후 통계 관리가 필요할 것으로 판단된다. 수사기관의 심야조사의 관행에 대해 2017년 문재인 정부 하에서 권력기관 개혁 일환으로 출범한 경찰개혁위원회 및 법무검찰개혁위원회에서 논의 끝에서 심야조사에 대한 금지방향으로의 관련 규정의 개정을 권고하였다.

2. 심야조사 등 금지를 위한 경찰 및 검찰의 성과와 문제점

가. 경찰개혁위원회의 심야조사 금지 권고

경찰개혁위원회²⁰⁾에서는 2017년 10월 16일자 ‘수사과정에서의 피의자 인권 및 변호인 변론권 보장’이라는 권고문에서 특별한 사정없이 심야조사를 금지하는 규정을 명문화하고, 이를 위반하는 자에 대해서는 징계 등 조치를 취할 것을 공식적으로 권고하였다.

[경찰개혁위원회 인권보호 분과 권고문(2017.10.16.자) ‘수사과정에서의 피의자 인권 및 변호인의 변론권 보장’에서 일부 발췌]

1. 강압적인 수사관행 지양

경찰관이 피의자, 피내사자, 참고인, 피해자 등 조사대상자(이하 ‘조사대상자’)에 대하여 반말, 비아냥, 욕설, 인신공격성 발언, 체포구속 위협, 심야조사 등을 통해 조사대상자의 정신적 피로와 불안감을 조성하여 자백을 유도하는 방식의 수사사례가 다수 접수되는 바, 조사대상자의 인권보장을 위하여 ① 명시적으로 경찰관의 반말, 폭언, 강압적 어투, 비하 발언 등을 금지하는 규정 및 ② 심야조사(자정 이후 조사)를 특별한 사정 없이 금지하는 규정을 명문화하고, ③ 이를 위반한 자에 대해서는 징계 등 조치를 취한다.

20) 경찰개혁위원회는 국민의 눈높이에서 경찰이 안고 있는 문제점을 진단하고 개선방안을 마련하고자 2017년 6월 16일 정부 부처 최초로 출범한 위원회로, 법조계, 학계, 언론, 시민단체 등 다양한 분야의 외부전문가로 구성되었으며, 치안활동 전반에 관한 개혁 권고안 30건을 의결·발표한 바 있으며 2018.6.15.자로 공식 해단하였다(참고 : 2018년 6월 18일자 경찰청 브리핑 ‘경찰개혁위원회 공식 해단, 1년간의 활동 마무리’ 제하, 경찰청홈페이지 <https://www.police.go.kr/portal/bbs/view.do?nttId=20382&bbsId=B0000011&searchCnd=&searchWrd=§ion=&sdate=&edate=&useAt=&replyAt=&menuNo=200488&viewType=&delCode=0&option1=&option2=&option4=&option5=&deptId=&larCdOld=&midCdOld=&smCdOld=&orderType=&pageUnit=10&pageIndex=8> (최종확인: 2019.7.30.)).

경찰개혁위원회의 심야조사 금지 권고는 특별한 사정이 없는 한 금지되는 수사관행임을 분명히 한 것으로서 그 의미가 크며, 이는 이후 경찰 인권보호규칙의 제정 및 개정 범죄수사규칙에 구체화하기에 이른다.²¹⁾

나. 법무검찰개혁위원회의 심야조사 금지 권고

아울러 법무·검찰개혁위원회²²⁾에서도 비슷한 시기인 2017년 12월 7일자 ‘인권보장 강화를 위한 인권보호수사준칙 개정 등’이라는 권고문에서 심야조사를 금지하는 내용을 보다 강하게 인권보호수사준칙에 반영할 것을 공식 권고하였다.

[법무검찰개혁위원회 제5차 권고안(2017. 12. 7.자)에서 일부 발췌]

3. 피의자 등 사건관계인을 조사함에 있어 원칙적으로 심야조사를 금지한다.

- 심야조사는 피의자의 수면권과 휴식권을 침해하고, 방어권을 무력화한다는 비판을 받아왔다.
- 앞으로 원칙적으로 심야조사를 금지한다. 늦어도 당일 20시까지 조사를 마치도록 한다.
- 예외적으로 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 조사시간을 연장할 수 있으나, 그 경우에도 당일 23시를 넘을 수 없다.
- 피의자에게 최소 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 보장하고 조사 과정에서 메모를 할 수 있도록 보장한다.

11. 위와 같은 인권보장 내용을 ‘인권보호수사준칙’ 개정안에 반영되도록 한다.

- 위 권고안을 적극 수용하여, 법무부훈령인 ‘인권보호수사준칙’ 개정안(2018. 3. 25.까지 개정하여야 함)에 반영되도록 한다.
- 향후 ‘인권보호수사’의 원칙이 ‘준칙’ 차원을 넘어 ‘수사절차법’의 신설 또는 현행 형사소송법의 개정 등에 적극 반영될 수 있도록 최선을 다할 것을 권고한다.

법무검찰개혁위원회의 권고안은 그동안 검찰수사관행에서 인권보호를 소홀히 했다는 점에 대한 비판을 수용하고 피의자등 사건관계인의 인권을 충분히 보장하는

21) 규칙의 내용은 앞 제2장 제1절 1 참조.

22) 법무·검찰개혁위원회(위원장 한인섭)은 법무·검찰의 실태와 문제점을 진단하여 국민 눈높이에 맞는 개혁방안을 마련하기 위해 2017년 8월 9일 발족한 위원회로, 법조계, 학계, 언론, 시민단체 등 다양한 외부 전문가 17명으로 구성되었으며, 14번에 걸쳐 법무부에 변화를 권고한 바 있으며, 2018. 6월 공식활동이 마무리되었음.(참고: 행정안전부 홈페이지 ‘정부24’ 기관 소식)

방향으로 인권보호수사준칙을 개정하도록 한 점과 구체적인 개선방안을 담고 있다. 심야조사 관행 관련한 개선방안으로서 피의자의 동의를 얻어 진행하도록 규정된 심야조사를 원칙적으로 금지하고 적어도 밤 11시까지로 조사를 제한하도록 권고한 것은 지금까지의 ‘12시 이후 심야조사 금지’ 원칙을 바꾸라는 것으로써 실무관행에 적지 않은 파장을 불러왔다. 즉 야간 8시까지 조사를 마치고 예외적으로 긴급한 사유가 있는 경우 오후 11시까지만 인정해주라는 취지여서 피의자의 방어권 보장과 헌법상 수면권 및 휴식권의 보장을 이행하는 방향으로의 입법정책을 제시한 점에서 종래 수사관행에 상당한 변화를 불러일으킬 것으로 보인다.

특히 법무검찰개혁위원회의 권고안의 경우 원칙적으로 모든 심야조사 자체를 거부하고, 밤 8시 이전에 조사를 마치도록 하면서, 예외적으로 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에는 조사시간을 연장할 수 있을 뿐이라고 하여, 오후 8시부터 11시까지의 조사, 일명 야간조사도 더 이상 합법적인 수사기법은 아니라는 것을 선언했다는 점에서 일응 그 의미가 크다고 하겠다.

다. 심야조사 등 수사관행 개선의 필요성

이처럼 심야조사를 금지할 것을 요구하는 시민사회의 목소리가 강하게 존재함에도 수사기관에 의한 심야조사는 계속 이루어지고 있다.²³⁾ 경찰 및 검찰에서 훈령 형식으로 심야조사를 금지하고 그 방법과 절차를 정하고 있지만, 실제 아래 사례에서 보는 것처럼 이러한 심야조사 금지원칙이 실무에서 제대로 지켜지고 있는지는 의문이다. 심야조사시 당사자는 수사관의 심야조사 제의를 거부하기 어려운 상황이며, 설사 본인이 동의한다 하더라도 이를 자발적 동의로 볼 것이 아니라 사실상 강제상태에서의 동의로 볼 여지가 얼마든지 있다. 따라서 동의여부에 따라 심야조사를 허용할 것이 아니라 보다 심야조사를 규제할 방안이 필요할 것으로 보인다.

23) the 300, 잠 안 재우는 검찰, 개혁위 권고에도 밤샘조사 여전. http://the300.mt.co.kr/newsView.html?no=2018101613527611022&pDepth1=stCommittee_sub2 (최종확인: 2019.7.30.).

3. 심야조사로 인한 인권침해사례 분석

가. 사례분석 대상

수사기관의 심야조사로 인한 인권 침해 사례 분석을 위해 국가인권위원회와 국민권익위원회에서 수사기관에 권고한 결정문을 홈페이지와 보도자료 등을 통해 수집하였다. 국가인권위원회는 홈페이지를 통해 사생활의 비밀이 침해될 우려가 있는 경우 등을 제외하고 주요 결정례를 공개하고 있고, 국민권익위원회는 홈페이지의 정책홍보 코너를 통해 주요 고충민원 의결정보를 공개하고 있다.

본 연구에서 심야조사로 인한 인권침해 사례 분석을 위해 그간 국가인권위원회 및 국민권익위원회에 피조사자가 공식적으로 문제제기 하여 국가인권위원회 및 국민권익위원회에서 사안 조사 후 수사기관에 개선할 것을 권고한 22건의 사례를 분석하였다.

이하에서는 국가인권위원회 및 국민권익위원회의 결정문을 통해 파악한 사례 요지와 인권침해 결정 취지를 정리하고 문제점이 무엇인지를 살펴보고자 한다.

나. 경찰 인권침해 사례

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
1	수사권 남용에 의한 인권 침해 (2006.4.6.자 04진인4098 결정)	2004.1.12. 22:45경 검찰 청사에 도착한 진정인을 다음날 03:10까지 감금한 후 07:30경까지 밤샘조사를 하였음. 같은날 진정인을 장시간 구치감에 대기하게 하여 수면 및 휴식을 취하지 못하게 함	1. 판단근거 - 밤샘조사를 한 후에도 진정인에 대한 적절한 수면 및 휴식을 보장하지 않음 - 밤샘조사 전에 진정인의 사전 동의를 받지 않은 점, 영장청구 시한에 크게 구애를 받지 않은 상황인 점, 낮 시간에는 진정인에 대한 조사가 이루어지지 않은 점 등 피진정인이 불가피하게 밤샘조사를 해야 할 특별한 긴급성이나 예외적인 합리성을 인정하기 어려움 - 밤샘조사에 대한 진정인의 동의가 없었음 2. 판단 - 헌법 제 10조 행복추구권에서 보장하고 있는 진정인의 수면권과 휴식권을 침해

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
2	용산 철거민 사망 관련 과잉진압 및 부당수사 등에 의한 인권침해 (2010.1.11.자 09진인215)	• 용산 철거민 화재사건 수사 과정에서, 수사담당검사들이 피해자들을 소환조사함에 있어 22:00경에서 24:00경을 넘어 여러 차례 야간 조사를 실시함 • 09:00경부터 서울구치소에서 소환하여 별다른 조사 없이 22:00경에서 24:00경까지 장기간 조사대기를 시킴	1. 판단근거 • 체포시점으로부터 48시간 내에 구속여부를 판단하기 위한 조사의 필요성 등 나름의 합리적인 이유가 있었다고 인정되지만, 「검찰인권보호수사준칙」 제 40조의 규정에 따른 당사자의 동의 또는 인권보호관의 허가절차를 거치지 않고 심야조사를 실행함 • 이미 해당 피해자가 구속영장이 발부되어 있었고, 조사개시 시점으로 볼때 당시 심야조사를 했어야 할 만큼 조사의 긴급성과 필요성을 인정하기 어려움 2. 판단 • 「헌법」 제10조에서 보장하고 있는 피해자들의 행복추구권(수면권 및 휴식권)을 각 침해 • 피진정인 정○○에 대하여 주의조치하고 관련 소속검사들에 대하여 심야조사 등 피의자 소환조사 시 준수하여야 할 헌법상의 원칙과 현행 준칙 등 관련 규정에 대한 직무교육을 실시할 것을 권고

다. 경찰 인권침해 사례

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
1	경찰관의 폭행·가혹행위 등의 건 (2005.2.28.자 03진인5329 결정)	• 피진정인들은 2001.11.2부터 11.8 까지, 같은 해 11.19부터 12.12경까지 피해자들을 강도상해 및 강도살인 혐의로 조사함 • 11.19 사체가 발견되어 수감중이던 피해자들을 동행해 간이현장검증을 한 후 20:00경 경찰서로 이송되어왔고, 피해자 한 명에 대한 긴급체포가 23:30에 이루어져 심야조사를 하게 되었음	1. 판단근거 • 11.6부터 11.8경의 조사와 사체발견직후인 11.19~11.20 경의 조사 이외에는 피해자들을 심야에 조사하여야 할 부득이한 이유가 있었다고 인정되지 않음. • 수사과정에서 피의자들에게 욕설·폭언 및 폭행과 위협(협박)을 하고 부득이한 이유가 없는 경우에도 야간조사를 수시로 행함 2. 판단 • 헌법 제 10조 및 12조가 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권과 신체의 자유 및 휴식권 침해함 • 소속기관장인 경찰서장으로 하여금 당해 경찰관들에 대해 서면 경고할 것을 권고

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
2	폭행 등에 의한 인권침해 (2006.12.6.자 06진인0862 결정)	- 피진정인은 폭행사건으로 쓰러진 적이 있는 피해자를 추가조사한다는 이유로 2006. 4. 10. 22시경부터 24시까지 조사하고 바로 24시부터 02까지 무기고 근무를 시킴. - 이후 02시 이후부터는 피해자에게 근무지를 무단이탈했다는 사유서를 작성하도록 시킴. - 피진정인은 2006.4.12. 진료를 나가 좌측하지좌상 진단을 받고 온 피해자에 대해 새벽 3시까지 조사함	1. 판단근거 - 피해자에 대해 새벽 3시까지 조사한 것은 신속한 사건처리를 위해 피해자의 근무시간에 한 것이었다고는 하나, '좌측하지좌상 4주 진단(안정 가료 필요)'을 받고 온 환자에 대해 부적절한 조치임 「헌법」 제10조(행복추구권)에 기한 휴식권을 침해한 것임 2. 판단 - 부적절한 언행을 하여 진정인의 인격권을 침해하였으며 피해자의 심신상태 등을 고려하지 않고 무리하게 심야시간에 조사, 서약서를 작성하게 한 것은 「헌법」 제10조 행복추구권에 기한 피해자의 휴식권을 침해함 - 피진정인들의 소속기관의 장에게 피진정인들에 대하여 주의 조치할 것과 유사사례의 인권침해행위가 발생하지 않도록 재발방지 대책을 강구할 것을 권고
3	직 권 남 용 에 의한 인권침해 (2006.8.10.자 06진인969)	- 피진정인들은 2006.2.19. 01:40경 모텔투숙객의 귀금속 분실사고와 관련하여 청소원으로 일하고 있던 진정인 등을 상대로 수사함 - 분실물이 나오지 않자 몸수색을 해야한다는 이유로 분실피해자가 진정인 3명에 대해 속옷을 모두 벗게 하고 알몸수색을 하도록 함 - 새벽 04:30경에 철수한 후 05:30에 다시 찾아와 여청소원 1명 상대로 알몸수색을 하였음 - 모텔을 떠나면서 수사가 끝나기 전까지 떠나지 말라는 거주제한을 요구함	1. 판단근거 - 분실물피해자 여성으로 하여금 직접 여성청소원들을 상대로 2회에 걸쳐 속옷까지 벗게 하는 신체알몸수색을 실시한 점, 01:30~05:30경까지 사건에 비해 장시간 야간수사를 한 점 등은 비록 피진정인들이 형식적으로 법령을 위반한 사실은 없다 하더라도 수사과정에서 진정인에게 필요이상의 불편함을 주고, 수치심을 야기하는 등 충분한 동의·승낙을 받았다고 보기 어려움 - 예외적으로 심야조사를 하는 경우에도 심야조사 동의 및 허가서를 받아야 한다는 규정 위반 2. 판단 - 헌법 제 10조 및 12조가 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권과 신체의 자유 및 휴식권 침해 - 신체알몸수색 및 심야조사와 관련하여, ○○남 부경찰서장에게 피진정인들에 대해서 경고·고조 조치할 것을 권고

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
4	성폭력수사과정에서의 인권침해 (2004.12.27. 자 04직인 37 결정)	- 피해자들은 여중생집단성폭행사건 신고를 접수하고 ○○남부경찰서 형사과에서 피해자 조사를 받음 - 피진정인은 2004.11.25. 경찰서 형사과 사무실에서 1차 피해자 조사를 다음 날 새벽 03:00까지하였고, 같은 해 12.1에 2차 피해자 조사를 새벽 04:00까지 진행함	- 판단근거 2004.11.25.~2004.12.7. 기간동안 여러 차례 심야까지 조사를 한 사실이 인정됨 - 어린 피해자들에게 적절한 휴식시간도 제공하지 않은 채 무리한 수사를 진행한 점도 인정된다. - 판단 - 수사과정에서 성폭력피해자에 대한 보호조치를 소홀히 하여 피해자들의 인격권 및 행복추구권을 침해 - 경찰청장에게, 성폭력사건의 피해자 인권보호와 관련한 여러 규정 및 국가인권위원회 권고내용 등에 대하여 수사를 담당하는 일선 경찰관 개개인이 관련 규정을 정확하게 숙지하고 이를 실제 수사에 반영하고 있는지 철저히 확인할 것과, 유사사건의 재발방지를 위한 특단의 대책을 마련하여 시행할 것을 권고
5	가료중인 환자에 대한 보호조치 미흡 (2006.3.23. 자 05진인 677 결정)	- 진정인은 인근 주민과 다툼으로 인해 2005.2.2. 02:00 경 신창지구대로 연행되어 조사를 받게 됨 - 진정인은 희귀혈액질환인 '발작성야간혈뇨증' 환자이니 응급 조치를 위하여 귀가시켜 줄 것을 요청 하였으나, "당신은가해자다. 불치병 환자여도 어쩔 수 없다"고 하면서 아무런 조치를 취하지 않았음 - 피진정인은 진정인을 05:30 까지 지구대에 방치	- 판단근거 - 사안이 비교적 경미한 사실을 이유로 하고 있는 점, 진정인이 도주우려가 있거나 주거가 부정하며 증거를 인멸시킬 우려가 있었다고 보이지 않는 점 등을 고려해 볼 때, 심야조사를 해야 할 정도의 긴급성과 필요성이 있었다고는 판단되지 않음 - 수사업무 종사자로서 심신장애 및 가료중인 환자에 대하여 준수해야 할 보호조치 의무뿐만 아니라 밤샘조사 금지원칙을 간과함 - 판단 「헌법」 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(건강권) 및 제12조 신체의 자유로부터 유래되는 신체의 안전을 보호받을 권리를 침해한 것으로 판단 - 피진정인에 대하여 주의조치하고 소속 수사업무 담당직원들을 자체교육 할 것을 권고

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
6	행복추구권 침해 (2005.11.28. 자 04진인 3412)	- 피진정인은 2003.10.21. 20:00경 살인혐의로 진정인을 연행한 후 같은 달 23. 새벽까지 잠을 재우지 않고 조사함 - 같은달 22일 밤에 진정인이 혐의사실을 부인한다는 이유로 손으로 진정인의 뺨을 5~6대 때리고, 계속해서 신고 있던 슬리퍼로 진정인의 머리를 3~4대 때림. - 피진정인 성명미상의 형사는 2003.10.22. 24:00경부터 약 40분 동안 진정인을 경찰서 2층 베란다로 끌고 가 진정인의 옷을 벗겨 추위에 떨게 함 - 피진정인 성명미상의 형사 3인은 같은 날 진정인을 경찰서 보일러실로 데리고 가 발로 허벅지와 무릎을 차고, 무릎으로 가슴을 차는 방법으로 폭행함	1. 판단근거 - 제1차 밤샘조사의 경우 시간적인 제약성, 살인 사건에 대한 방대한 조사량, 신속한 증거수집의 필요성 등을 미루어볼 때 밤샘조사를 할 필요성은 어느정도 인정될 여지가 있으나 2003.10.21. 20:00경에 임의동행 된 후 다음날 23:00경에 긴급체포 될 때까지 이미 27시간동안 잠을 자지 못하고 조사받고, 1차 밤샘조사는 36시간 이루어진 것으로 보아 진정인의 수면권과 휴식권을 침해한 것으로 보임 - 제2차 밤샘조사의 경우도 밤샘조사를 하여야 할 명백하고도 합리적인 이유에 해당한다고 보기 어려움 2. 판단 「헌법」 제10조 행복추구권에서 보장하고 있는 진정인의 휴식권과 수면권을 침해 ○○ 경찰서장에게 피진정인 심○○을 경고(계고) 조치할 것을 권고
7	적법절차 위반 등에 의한 인권 침해 (2007.6.5.자 07진인683 결정)	2007. 1. 18. 22:00경 피진정인들은 긴급체포된 진정인에 대하여 23:00경부터 익일 09:00까지 10시간 동안 밤샘조사를 함	1. 판단근거 - 근무체계상 교대근무 전에 구속영장을 청구해야 하는 중한 사건으로 밤샘조사가 불가피하였다 하더라도 피조사자의 인권보호를 위해서는 ‘심야조사동의및허가서’를 받아 조사를 진행했어야 함 2. 판단 - 헌법 제10조에서 유래하는 진정인의 수면권을 침해한 것으로 판단 - 서울도봉경찰서장에게, 진정요지 피진정인들에 대하여 ‘주의’ 조치할 것과, 소속 수사업무 담당직원들을 대상으로 ‘자체교육’을 실시할 것을 각 권고

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
8	밤샘조사 등에 의한 인권 침해 (2009.6.23. 자 08진인 2602)	- 진정인은 성폭행 사건 수사를 잘못했다는 이유로 감찰계 직원으로부터 경찰서로 나오라는 요구를 받고, 아이들(진정인의 만 1, 3세 아들)을 돌봐줄 사람이 올 때까지 1시간만 여유를 달라고 요청하였으나, 감찰계 직원은 아이들을 데리고 나오라고 함 - 진정인은 아이들을 데리고 19:00경 ○○경찰서에 도착한 후 서장을 면담하고 피진정인들로부터 20:00경부터 익일 06:00까지 조사 받음	- 판단근거 - 당사자 동의없이 심야시간에 감찰조사를 한 행위는 행복추구권을 침해하는 것임 - 어린 자녀에 대한 안전한 보호조치를 할 여유를 부여하지 아니하고 감찰조사에 응하도록 한 것은 행복추구권을 침해하는 것임 - 판단 - 헌법 제10조(인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장) 침해한 것으로 판단 - 경찰청장에게 감찰조사 시 원칙적으로 심야조사를 금지하는 규정을 마련할 것을 권고 - 소속 기관장에게 피진정인들에 대한 인권교육을 실시할 것 등을 권고
9	부당한 강제 연행 등 (2009.10.26. 자 09진인 2888 등 20건 병합결정)	- 진정인들 피해자들은 임시강사로, 교육감과의 면담요청을 위해 교육청을 방문하였는데, 교육감의 일방적인 면담 파기로 인하여 장학관과의 대화 후 부교육감을 기다리던 중 같은 날 21:00경 ○○○○경찰서 소속 경찰관들에 의하여 현행범 체포됨 - 진정인 및 피해자들이 조사를 받은 시각은 밤 10시 이후부터 그 다음날 새벽까지임	- 판단근거 - 피진정인들이 적어도 자정을 넘어 조사를 시작한 진정인에 대하여는 위 규칙의 심야조사동의서를 작성하였어야 함에도 불구하고 동의를 받지 않음 - 판단 - 진정인들의 「헌법」 제10조에 포함된 수면권 및 휴식권을 침해하였다고 판단됨 - 해당 경찰서장에게, 재발방지대책을 수립하고 이를 소속 직원들에게 교육할 것 등을 권고
10	경찰의 심야 조사 등에 의한 인권침해 (2012.11.23. 자 12진정 0111600)	- 진정인은 2012.2.16. 00:55경에 ○○지구대에서폭행, 상해, 재물손괴 등의 혐의로 현행범체포되어 같은 날 02:55경 ○○경찰서 형사당직실에 인치됨 - 상대 피해자 3명에 대하여 04:40경 조사를 마치고, 진정인의 폭행 장면을 목격한 참고인에 대하여 전화로 확인을 하고 난 후 05:21경부터 진정외 폭행사건의 피의자인 진정인을 조사함	- 판단근거 - 심야조사의 필요성을 인정하더라도 진정인에게 심야조사 동의 여부를 물어 그 결과와 심야조사의 사유를 조서에 명확히 기재하는 절차를 거쳐야 하나, 그런 절차가 없었음. - 판단 「헌법」 제10조 행복추구권중의 하나인 진정인의 수면권과 휴식권을 침해하였음. - 유사행위의 재발방지 차원에서 ○○○○경찰서장에게, 피진정인에 대하여 직무교육을 실시할 것을 권고

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
11	불법연행 등에 의한 인권 침해 (2012.7.30. 자 10-진정 -0767600)	• 진정인과 피해자는 2010. 12.8. 피진정인들로부터 진정인에 대한 뇌물수수 등 혐의에 대하여 피의자 및 참고인으로 조사받음. • 피진정인은 2010. 12. 8. 진정인과 피해자들에 대하여 02:00경까지 심야조사를 함	1. 판단근거 • 동의나 허가 없는 심야조사 행위는 인권보호를 위한 경찰관직무규칙」규정을 위반하여 「헌법」 제10조의 행복추구권에서 연유하는 진정인의 수면권과 휴식권을 침해한 것으로 판단됨 2. 판단 • 「헌법」 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권(건강권) 및 제12조 신체의 자유로부터 유래되는 신체의 안전을 보호받을 권리를 침해한 것으로 판단 • 유사행위의 재발방지 차원에서 각 소속기관장에게 임의동행과 심야조사에 관한 직무교육 실시를 권고
12	경찰의 심야 조사 등에 의한 인권침해 (2012.5.24. 11진정 0224900)	• 2011. 4. 20. 22:10경 청년 2명이 진정인의 집에 찾아와 소란을 피워 경찰에 신고, 조사하게 됨 • 진정인은 감기로 몸이 아프니 먼저 조사받게 해달라고 요청했으나 대기시켰고 새벽 4시경 심진정인을 상대로 조사함	1. 판단근거 • 피진정인 3이 진정인에 대하여 심야조사(04:10~05:30)를 하면서 이에 대한 사전 동의를 구하지 않았음 • 심야조사를 하여야 할 예외적인 요건에 해당되는 합리적인 이유가 있다고 보기도 어려움 2. 판단 • 「헌법」 제10조에서 유래하는 진정인의 수면·휴식권을 침해함 • ○○경찰서장에게, 유사행위의 재발방지를 위하여 피진정인 3에 대하여 주의조치 할 것과 수사 관련직원들에 대하여 심야조사 시 유의사항에 대한 직무교육을 실시할 것을 권고
13	고문에 의한 인권침해 (10-진정 -0243900)	• 피진정인 1은 진정인을 체포한 2010. 3. 12. 22:00경부터 익일 02:15경까지 조사함. • 진정인이 혐의를 부인하자 별도의 밀폐된 조사실로 진정인을 데리고 간 다음 수갑을 뒤로 채운 후 의자의 등 받침대에 걸친 채 손바닥을 포개어 위에서 몸무게를 실어 강하게 내리눌러 조이는 등으로 자백을 강요함	1. 판단근거 • ‘심야조사동의서 및 관련 허가서를 작성하지 않았음 • 진술녹화실에서 조사할 때 옆으로 쓰러지고 자리에서 일어나려고 하였다는 이유로 수갑을 뒤로 바꾸어 채웠으면서도 이와 같은 내용을 확인할 수 있는 ‘장구사용보고서’를 작성하지 않았음 2. 판단 • 「고문방지협약」 제1조(고문), 「인권보호를 위한 경찰관 직무규칙」 제8조(폭행·가혹행위 금지) 및 제64조(심야조사금지)의 규정을 위반 • 「헌법」 제10조에서 연유하는 수면권 및 같은 법 제12조 제1항 및 제2항에서 보장하고 있는 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요받지 아니할 권리를 침해

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
14	폭언 등에 의한 인권침해 (06진인2738)	피 진정인 송○○는 2006. 10.30. 공갈 등의 혐의로 진정인을 연행하면서 21:00경 진정인을 유치장에서 출감, 조사를 실시하고 익일 03:20경 재차 유치장에 입감시킴	- 판단근거 - 진정인이 특별히 조사거부의사를 밝히지 않았거 건강상 별다른 문제가 없으며, 유치장에 입감된 상태로 휴식이 취해졌던 점으로 피진정인들의 행위가 가혹행위에 해당한다고 보기 어려움 - 다만 심야조사가 필요한 경우에도 「심야조사동의 및 허가서」를 받도록 규정한 경찰내부규칙을 위반, 적법절차원칙을 제대로 준수하지 않음 - 판단 - 헌법 제12조에 규정된 적법절차의 원칙을 위반하여 진정인의 인권을 침해하였다고 판단됨 - 경찰서장에게 피진정인들에 대해 주의조치 할 것을 권고
15	가혹행위에 의한 인권침해 (07진인0368)	- 진정인은 정신분열증세가 있는 자로 아파트 주문을 넘어뜨리고 발로 찬 혐의로 지구대 경찰관에 의해 임의동행됨. - 진정인은 15:00경 ○○지구대에 임의동행되어 임의동행 동의서 등을 작성하고 17:00경 ○○경찰서 형사과에 이송되어 대기하다가 밤 12시경 피의자 신문을 받고 익일 06:30경 귀가 하였다.	- 판단근거 - 피진정인이 진정인을 조사하면서 급박한 사항이 아니었음에도 심야조사를 실시하고, 더욱이 심야조사 동의서까지 작성하지 않음 - 판단 「헌법」 제10조 및 제12조를 위반하여 진정인의 인권을 침해함 - 경찰서장에게 유사행위의 재발방지 차원에서 피진정인에 대하여 주의조치 할 것을 권고함
16	의료조치 미이행 등에 의한 인권침해 (06진인1508)	피진정인은 긴급체포한 진정인을 2006.7.23. 21:30경 ○○○경찰서형사과에 인치 후 약 7시간을 대기시킨 후 다음날 04:00부터 조사를 시작하여 16:00경 피의자조사를 마치고 유치장에 입감시켰음	- 판단근거 - 진정인을 긴급체포한 후 즉시 조사에 착수하지 아니하였음에도 유치장에 입감조치도 하지 않고 형사과 대기실에 7시간 대기시킨 바가 있음 - 심야조사를 함에 있어 「심야조사동의 및 허가서」를 작성하지 않았음 - 판단 - 헌법 제10조 행복추구권에서 보장하고 있는 진정인의 수면권을 침해한 것으로 판단 - 경찰서장에게, 진정요지와 관련하여 피진정인에 대하여 주의 조치할 것을 권고

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
17	욕설 등에 의한 인권침해 (05진인3761)	• 진정인은 2005.11.8 13:00 경에 절도 등 혐의로 긴급 체포 되고, 17:00경 지구대로부터 사건기록 및 진정인의 신병을 인수하여 조사를 실시한 후, 22:30경 유치장에 입감하였음 • 피진정인은 2005.11.10. 01:00경 진정인을 출감하여 재조사, 같은날 01:45경 유치장에 재입감 조치후, 구속영장을 재신청함. 이 과정에서 욕설과 폭언을 하고 심야조사를 실시함	1. 판단근거 • 심야조사를 실시한 시기가 진정인을 체포한 후 36시간이 경과한 시점이었기 때문에 예외적으로 심야조사를 실시할 수 있는 경우에 해당하는 것으로 판단됨 • 다만, '심야조사 동의 및 허가서'를 받지 않은 것은 심야조사와 관련한 적정절차를 위반하여 진정인의 인권을 침해한 것으로 판단됨 2. 판단 • 경찰서장에게 소속 경찰관들을 대상으로 자체 인권교육을 실시할 것을 권고
18	국민권익위원회 의결번호 2AA-1001-040029	• 진정인은 00:30경 폭행사건 현행범으로 체포되어 경찰서 형사과로 인계되었는데 폭행 상대방은 조사 후 03:50경 귀가하였으나 진정인은 변호인을 선임해 조사받으려 하다가 선임이 되지 않아 조사해 달라고 요구하였는데 경찰에서 규정상 심야 조사가 안 된다며 조사에 불응	1. 판단근거 • 범죄수사규칙 제83조에서 '경찰관은 현행범인을 체포하거나 이를 인수하였을 때에는 지체없이 조사하고 계속 구금할 필요가 없다고 인정할 때에는 소속 경찰관서장의 지휘를 받아 즉시 석방하여야 한다'고 규정되어 있는 한편, 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙은 '경찰관은 원칙적으로 자정부터 오전 6시까지 심야 조사를 하여서는 안된다'고 규정하면서 피의자나 변호인의 서면상 동의를 받은 경우 등 예외적인 경우 심야조사를 할 수 있는데 이 때 심야조사 동의 및 허가서를 받아야 한다'고 규정함. 경찰은 당시 신청인의 인권 보호를 위해 심야조사를 하지 않고 귀가시켰다고 하지만 진정인의 폭행 상대방은 진정인과 동일한 조건임에도 심야시간에 조사를 한 사실이 있는 점, 관련규정에 현행범체포의 경우 신속히 조사하게 되어 있고 심야시간이라 할지라도 동의를 받았으면 조사할 수 있으며, 신청인은 조사를 요구하고 있어 조사하는 것이 법 취지와 신청인의 권익에 부합된다고 보이는 점, 신청인이 변호인을 선임해 조사를 받았다는 것은 피의자의 당연한 권리인 점 등을 종합해 볼 때 2. 판단 • 심야조사를 할 수 있음에도 신청인을 돌려보낸 경찰의 조치는 부당하다고 판단

	사건	사실관계	판단근거와 판단요지
19	국민권익위원회 의결번호 2CA-1008-016696	진정인은 22:25경 가정폭력 현행범인으로 체포되어 조 사장소에 23:50경 도착하여 익일 01:00부터 01:50까지 조사를 받았음. 당시 야간에 현행범으로 체포되어 오는 경우 통상적으로 심야조사 동의를 징구하지 않고 조사한다는 이유로 심야조사 동의를 받지 않음	1. 판단근거 - 범죄수사규칙 제56조(임의성의 확보)에 경찰관은 부득이한 사유가 있는 경우 외에는 심야에 조사하는 것을 피하여야 한다고 규정되어 있고, 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙 제64조(심야조사 금지)에는 심야조사를 원칙적으로 금지하지만 자정 이후에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우 등 예외적인 경우에 심야조사를 할 수 있도록 하고 이때 심야조사 동의 및 허가서를 받도록 규정되어 있음 2. 판단 - 야간에 현행범을 체포하거나 자정 이후에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우 등에는 예외적으로 심야조사를 할 수 있으나, 이러한 경우라 하더라도 신청인으로부터 '심야조사 동의서'를 받아야 하나 본 사안에서 이를 받지 않은 점이 인정
20	국민권익위원회 의결번호 2BA-1103-207319	진정인은 ○○○식당 주인으로 손님과의 시비로 폭행 피의자로 입건되었는데 경찰에서 진정인을 00:50부터 02:30까지 심야조사 동의 없이 조사를 진행하고 03:06경 진정인을 귀가 시킴.	- 심야 조사는 피의자 석방이 불필요하게 지연되거나, 법정 체포 기간 내 석방 여부 판단을 위해 신속한 조사가 필요할 때, 당사자의 동의가 있는 경우 등이 아니면 허용되지 않음. 진정인이 체포 직후 석방된 상태로 병원 치료를 받은 사실로 볼 때 피의자 석방이 지연될 경우에 해당하지 않는 점, 경찰에서 진정인 대상 구속영장을 신청할 의사는 없었다고 보이는 점 등으로 보아 심야조사 예외사유에 해당하지 않는다고 판단됨. 심야조사가 허용되는 경우에도 피조사자의 건강 상태 등을 고려해서 조사 여부를 결정함이 타당한 점, 경찰에서 진정인이 병원 치료를 받다가 출석 요구를 받고 출석한 사정을 알고 있었고, 진정인의 부상 정도가 심했다고 진술한 점, 진정인의 심야조사 동의서가 없고 신청인의 피의자 신문조서에 심야조사 동의 의사나 심야조사 이유가 기재되어 있지 않음 - 심야 조사 동의 여부가 명확하게 입증되지 않는 점 등으로 볼 때 진정인의 주장 타당

라. 심야조사로 인한 인권침해 현황

지난 2001년부터 2018년까지의 심야조사로 인한 인권침해 진정 접수현황에 대한 공식통계는 아래와 같다. 이 현황자료에서는 심야조사를 별도 항목으로 통계를 취합하고 있지는 않지만, 장시간조사 및 심야조사로 인한 인권침해 사례가 적지 않은 것을 알 수 있다.²⁴⁾ 검찰에서의 심야조사 등으로 인한 인권침해 비율은 전체 인권침해 가운데 34% 정도를 차지하고 있으며, 경찰에서의 심야조사 등으로 인한 인권침해는 폭행 및 가혹행위 그리고 폭언 등으로 인한 인권침해 다음으로 많은 수치를 차지하고 있다. 물론 이 통계에서는 심야조사만이 얼마를 차지하는지에 대하여 정확한 통계를 알 수는 없다는 한계는 있다.

〈표 2-4〉 검찰 인권침해 내용별 진정 접수 현황

(단위: 건)

구 분	합계	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
합계	3,008	105	194	174	164	214	136	226	172	142	234	139	147	157	190	144	142	199	129
도·감청 등	6	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	1	-	2	-	1	-	-	-
압수수색(신체)	59	1	2	1	4	5	8	3	2	6	16	-	2	1	2	1	2	2	1
집회, 시위	3	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1	-	-	-	1	-	-	-	-
체포이유 등 권리 불고지/가족미통지	49	-	1	3	4	2	5	3	5	4	2	3	1	2	1	2	1	2	8
임의동행	6	-	2	-	-	-	1	-	1	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-
변호인의 접견교통권	30	-	-	2	1	3	1	1	2	4	2	1	1	3	2	-	2	3	2
폭행, 가혹행위/과도한 장구사용	145	8	22	16	8	11	5	5	6	5	18	10	3	1	5	-	11	9	2
폭언, 욕설 등 인격권 침해	560	-	7	20	34	31	31	41	23	28	57	27	23	32	44	37	45	47	33
건강·의료권침해/피해자보호조치 미흡	63	-	4	1	3	4	3	5	4	2	6	4	7	4	2	3	5	2	4
체포, 구속, 감금	186	5	9	14	12	15	3	13	8	11	12	9	6	13	14	12	7	12	11
불리한 진술 강요/심야, 장시간 조사/편파 부당수사	1,028	41	73	65	27	80	48	97	89	43	54	34	65	54	61	60	44	65	28
공소권 남용	203	44	52	23	14	11	3	11	7	7	8	-	3	3	7	2	3	4	1
피의사실 유포/개인정보 관리 등	106	-	2	1	1	2	1	7	4	9	2	19	12	8	11	7	3	6	11
알권리/정보공개	53	2	-	3	-	6	2	3	1	7	7	-	2	7	3	-	2	5	3
생명권 침해	9	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	3	2	2	-	1	-
압수수색(주거) 등	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1	4	-	-	-	-
인터넷	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-
기타	495	4	20	24	55	43	25	37	20	16	47	29	21	23	31	17	17	41	25

24) 대한변호사협회, 2018년도 인권보고서(제33집), 2019.

〈표 2-5〉 경찰 인권침해 내용별 진정 접수 현황

(단위: 건)

구분	합계	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
합계	19,833	134	705	701	688	937	797	1,131	1,106	1,210	1,582	1,107	1,221	1,330	1,539	1,363	1,484	1,562	1,236
불심검문/임의동행	485	5	19	18	9	28	17	50	54	67	61	18	7	19	23	17	33	23	17
도·감청 등	37	-	3	1	1	-	2	1	3	2	3	8	-	1	1	2	2	5	2
압수수색/과도한 신체검사	622	7	30	16	16	21	22	46	44	52	68	13	33	27	19	19	17	20	152
변호인의 접견교통권	129	-	4	5	8	6	10	10	11	9	9	11	1	3	12	5	8	7	10
폭행, 가혹행위/과도한 장구사용	5,040	25	234	232	258	255	214	284	330	313	465	286	280	348	347	336	335	275	223
폭언, 욕설 등 인권권 침해	3,579	4	50	76	127	111	137	224	204	214	351	214	236	246	298	294	310	279	204
건강·의료권침해/피해자보호조치 미흡	888	-	18	18	20	46	48	75	65	62	66	44	71	61	64	48	64	62	56
체포, 구속, 감금	1,651	6	39	46	37	55	25	61	82	57	65	85	92	140	182	158	157	179	185
불리한 진술 강요/심야, 장시간 조사/편파 부당수사	3,350	68	177	146	92	221	103	205	147	154	187	152	278	196	262	236	244	325	157
피의사실 유포/개인정보 관리 등	744	1	9	6	6	11	10	22	14	31	52	66	72	82	110	65	80	62	45
알권리/정보공개	86	-	2	-	2	1	2	6	6	5	8	7	2	4	5	17	8	6	5
생명권 침해	28	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	3	4	8	6	5	-
압수수색(주거) 등	89	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	18	7	14	9	8	14	13	6
종교의 자유	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	1	-	2	-	1	-
유치장 관련 인권침해	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-	-
인터넷	108	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	24	16	12	8	12	14	9	13
기타	1,913	17	98	93	83	137	98	88	84	158	139	80	92	118	118	90	88	227	105

4. 심야조사에 대한 인권침해사례 결정 논거 분석 및 쟁점

심야조사로 인한 인권침해 사례를 보면 검찰의 인권침해 상담건수는 진정 접수로까지 이어진 예는 많지 않다. 검찰의 인권침해 진정 처리결과를 보면 한 해 몇 건 정도에 그치고 있다. 이는 검찰의 심야조사로 인한 인권침해 사례가 없었다고 보기 보다는 경찰에서 수사하는 사건의 양이 훨씬 많고, 피조사자 입장에서 조사과정에서 인권침해 등 불만이 있었어도 검찰에 대한 문제제기가 쉽지 않은 여건이 영향을 끼친 것이 아닌가 추측된다.

위 22건의 결정 사례에서 국가인권위원회 및 국민권익위원회에서 수사기관이 피조사자의 기본권을 침해하였다고 판단한 논거는 크게 4가지로 정리할 수 있다.

첫째, 심야조사를 하려면 피조사자의 명확한 동의 의사를 확인하여야 하는데 내부 규정으로 정해놓은 절차(동의 및 허가서 작성 등)를 제대로 따르지 않아 피조사자의 명확한 동의가 있었는지 확인이 어렵다는 것이었다. 둘째, 해당 케이스에서 심야조사

를 할 만큼의 필요성이나 긴급성을 인정하기 어렵다는 점이다. 셋째, 수사기관에서 심야조사 후 피조사자에게 적절한 수면 및 휴식을 보장하지 않은 점이다. 넷째, 심야조사가 허용되는 경우에도 수사기관은 피조사자의 건강상태 등을 고려하여 조사 여부를 결정해야 하는데 그렇지 못했다는 것이다.

아울러 반대로 현행법 체포된 자가 수사기관에 심야조사를 요구하였는데 특별한 사유 없이 이를 거부한 사례에서 경찰의 조치가 부당하다고 본 점도 눈여겨 볼 점이라고 볼 수 있다.

한편 사례분석을 통해 드러난 문제점도 적지 않다.

첫째, 국가인권위원회 및 국민권익위원회의 결정사례에서 드러나는 바와 같이 수사과정에서 나타나는 불법행위는 수사가 시작되는 소환직후부터 폭행과 가혹행위가 시작되고, 피의자의 고립을 위해 의도적인 연출과 인권침해 그리고 고문에 가까운 장시간 대기과 조사, 잠 안 재우기 등의 기법이 사용되고 있다. 그리고 이러한 상황은 변호인의 접견교통권의 침해와 회유 협박 등으로까지 이어지고 있는 것을 알 수 있다.²⁵⁾

둘째, 얼마나 오랜 시간의 조사가 고문에 해당하는지, 아니면 기타사유에 해당하는지, 잠 안 재우기의 경우 몇시간 정도 지속해야 고문과 같은 사유에 해당한다고 볼 것인지 등이 명확하지 않다.

셋째, 규칙에서 보는 바와 같이 심야수사는 원칙적으로 금지되며 예외적으로 허용된다. 이 경우 당사자의 동의가 요구되는데, 당사자가 동의하였다고 하여 무조건 심야조사를 허용할 것이 아니라, 구체적인 방안이 필요하다. 범죄혐의로 수사기관에서 조사를 받는 피의자의 경우 심리적으로 위축되어 있을 수 밖에 없고 이런 상황에서 수사기관의 심야조사를 거부하기 어렵다.

이에 대하여 심야조사의 동의 조항을 삭제하는 방안이나,²⁶⁾ 동의가 있다 하더라도 1회 이상의 심야조사를 금지하는 방식이나 밤샘조사시 변호인의 입회나 보호자의 조사실 외 입회(조사실 내부를 볼 수 있는 장소) 등을 의무화하는 방안 등이 제시되고 있으며, 이에 대한 구체적인 검토가 필요하다.²⁷⁾

25) 이기수, 형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구, 서울대학교 박사논문, 2012, 161-162면에서 장시간 조사와 잠 안 재우기에 대한 상세한 묘사가 이어지는 과정을 잘 표현하고 있다.

26) 송기현 의원 보도자료, 프레시안 2018.10.17. <http://www.pressian.com/news/article/?no=213959#09T0> (최종확인: 2019.7.26.).

27) 이기수, 255면.

제 3 장



심야조사 운영방향에 대한 전문가 심층면접

제3장

심야조사 운영방향에 대한 전문가 심층면접

제1절 연구방법과 대상

여기서는 수사 실무 현장에서 심야조사가 이루어질 수밖에 없는 맥락과 그로 인한 문제점에 대해 살펴보고자 한다.

심야조사 발생 맥락 및 이로 인한 문제점 분석에 있어 설문조사 등 양적 연구방법은 한계가 있고, 수사기관 종사자들의 실질적인 답변을 얻어내는 데 어려움이 있기에 이들을 대상으로 심층 면접을 진행하였다.

연구 참여자 개요는 아래 표와 같다. 현직 경찰관 5명과 현직 검사 2명, 검찰사무직 2명, 검사 근무 경력을 가진 변호사 1명을 연구 참여자로 선정하였고, 강·폭력 사건 수사경험이 있는 사람과 지능범죄 수사경험이 있는 사람 등으로 다양하게 구성하였다.

〈표 3-1〉 연구참여자 인적사항

구분	직업	나이	수사경력	비고
A	경찰관	만 36세	7년(전체 경찰경력 13년 3월)	서울/ 다양한 수사부서
B	경찰관	만 35세	5년(전체 경찰경력 13년 3월)	서울/ 주로 강·폭력범죄
C	경찰관	만 47세	20년(전체 경찰경력 20년)	서울/ 주로 지능범죄
D	경찰관	만 45세	6년 4월(전체 경찰경력 16년 4월)	서울/ 주로 강·폭력범죄
E	경찰관	만 33세	9년(전체 경찰경력 11년 3월)	서울/ 주로 지능범죄
F	검사	만 35세	7년 2월	경남/ 특수부 근무 경력
G	검사	만 37세	9년	경기/ 경찰관 근무 경력
H	검찰사무직	만 43세	4년 6월(전체 근무경력 13년)	서울/ 특수부 근무 경력
I	검찰사무직	만 35세	4년(전체 근무경력 11년)	서울/ 특수부 근무 경력
J	변호사	만 37세	검사 근무 5년 6월	서울/ 검사 근무 경력

인터뷰는 원거리 등 여건상 대면이 어려웠던 2명을 제외하고는 모두 개별적으로 대면 인터뷰를 진행하였으며, 시간은 참여자에 따라 40분에서 1시간 가량 소요되었다. 유선 인터뷰를 진행한 2명의 경우 사전에 연구자와 라포(Rapport)가 형성되어 있는 관계이기 때문에 서면으로 질문지와 답변지를 교환한 후 이를 토대로 인터뷰를 진행하였다.

질문지는 개방형 질문으로 구성하여 사전에 연구참여자들에게 공유하였고, 질문지의 내용은 심야조사 경험, 심야조사 시 어려움과 문제점, 심야조사 필요성에 대한 견해, 심야조사로 인한 인권침해 방지를 위한 방안, 현행 지침에 대한 실무상 견해를 묻는 것으로 구성되었다.

제2절 심야조사 실태 분석

1. 수사기관 심야조사 발생 원인

밤샘은 안 해봤고... 둘 다 피곤하죠. (참여자 D, 경찰)

밤샘은 한 번도 해본 적이 없어. 난 (주변에서) 본 적도 없어. (참여자 A, 경찰)

자진출석으로 밤샘조사를 한 적이 있나? 한 번도 없네. 자진출석이라는 게 임의성을 전제로 하는 거니까 애는 또 부르면 되거든. 일단 가고 다시 또 부르면 돼. 그리고 검찰보다 우리가 엮을 수 있는 힘이 적다 보니까... (참여자 B, 경찰)

그런 거는 없어졌다고 보면 될 것 같아. 검찰은 내가 작년 제 작년 제일 큰 수사팀에 있었는데. 기본적으로 조사를 다음날 아침까지 하는 경우는 없고 늦어도 12시까지의 조사 끝내려고 해. (참여자 F, 검사)
나는 별로 진술을 안 받아. 부인하면 부인하는 대로 빨리 끝내고 다른 증거를 찾지. 그게 검사마다 스타일에 따라 다른데. 진술 막 받아봐야 법정 가면 다 깨지니까 의미 없으니까. (참여자 G, 검사)

연구 참여자들은 2010년 이전과 비교하여 현재 수사기관의 심야조사 관행이 상당히 감소되었다고 평가하였다. 그럼에도 불구하고 앞서 심야조사 통계 및 중요인물 수사 관련 언론보도²⁸⁾를 살펴보면 심야조사가 수사활동에 여전히 주요하게 활용되고

28) 언론보도 내용을 토대로 15시간 이상 진행된 사건 위주로 연구자가 표로 정리한 것임.

대상자	조사시간 등	일자
안○○(전 청와대 정책조정수석비서관)	14시 출석, 23시 40분 긴급체포, 심야조사	2016. 10. 31.
김○○(전 부장검사)	15시간	2016. 9. 25.
남○○(전 국정원장)	19시간	2017. 11. 8.
박○○(전 대통령)	21시간 30분	2017. 3. 21.
이○○(전 대통령)	21시간	2018. 3. 14.
임○○(전 법원행정처 차장)	19시간 30분	2018. 10. 15.

있는 것으로 보인다. 연구 참여자들과의 인터뷰를 토대로 심야조사의 발생 원인을 크게 수사기관의 수사상 필요에 의한 것과 피조사자의 의사(요청)에 의한 것으로 나뉘 볼 수 있었다.

가. 수사기관의 필요에 의한 경우

심야조사는 주로 조사·신문을 통해 밝혀낼 쟁점이 많은데 피조사자가 부인하는 사건에서 주로 행해진다. 24시를 기점으로 조사 중단 후 다시 주간에 조사를 이어나가지 않고 굳이 심야조사를 택하는 이유를 아래와 같이 유형화할 수 있었다.

첫째, 당장 피조사자에 대해 심야조사를 진행하지 않으면 공범자 검거 및 증거수집에 어려움이 있는 경우이다.

지금 심야조사를 하지 않으면 애가 증거를 인멸하거나, 도주하거나, 공모관계에 있는 애가 도주를 하거나, 공모한 애가 증거인멸을 할 수 있는 상황. 예를 들어 보이스피싱 사무실을 급습했는데 한 놈만 잡고 3명이 도망갔어. 그럼 애를 심야조사를 해서 애네 소재지가 어딘지, 증거가 어디 있는지 파악을 해야지 수사목적이 달성되거든. 아니면 공범들이 완전히 도망갈 거고 증거들을 인멸할 거니까. (참여자 E, 경찰)

둘째, 피의자를 체포한 경우 조속히 조사를 하여 석방 또는 구속영장 신청(청구) 여부를 결정해야 하고, 구속영장을 신청(청구)하기로 한 경우 피의자 조사를 토대로 여러 증거 수집 활동이 병행되어야 하는데 48시간이라는 체포시한 때문에 불가피하게 심야조사가 필요하다는 것이다.

야간에 잡았을 때에는 어쩔 수 없이 심야 조사까지 이어지는 경우가 많아. 보통 체포를 했다고 하면 구속영장 신청까지 염두에 두다 보니까. 36시간 이내 검찰에 영장 신청이 들어가야 하니까 시간이 엄청 쫓기거든. 조사만 한다고 해서 우리가 영장을 칠 수 있는 게 아니고 조사 후에 서류 칠 게 많고 절차상 해야 하는 것들이 많거든. 수사보고도 쳐야 하고 체포구속 통지도 해야 하고. 그리고 구속영장을 염두에 둔다고 하면 보통 조사를 2번 정도 받는다고 보면 되거든. 첨에 그냥 자기가 거짓말을 하든지 일단 말하는 대로 받아주고 오케이하고 유치장 넣어놓고, 그 다음에 두 번째 조사할 때는 우리가 확보한 증거로 캐는 조사를 해야 하니까 36시간 안에 하는 게 빠듯하지. (참여자 A, 경찰)

일선서 근무체계가 교대잖아요. 야간 근무하면서 심야사건 할당받으면 다음 날 퇴근인데 구속사건 같은 경우 (밤에) 조사라도 돼야 그 다음날 잔무라도 해서 영장이라도 들어가는데 조사도 안 되어 있으면 촉박하니까 조사를 할 수 밖에 없죠. (참여자 D, 경찰)

영장 치려면 밤에 조사를 받아놔야 낮에 증거수집을 하러 나가니까. 형사는 시간을 다투는 증거가 많기 때문에. 애가 시체를 부산에 버렸어요 하면 부산에 가서 가지고 와야 할 거 아니야. 시체 갖고 오는 게 영장 청구 전에 나와야 하니까. 최소한 사진을 찍어야 하니까. 예를 들어 칼을 버렸으면 칼을 가지러 가야 하고, 영장 신청서를 쓸 때 갖다 붙일 거를 수집해야 하는데 그게 얼마나 시간이 걸릴지 예상이 안 된다는 거지. 최소한 48시간 이내에 해야 하는데. (참여자 B, 경찰)

체포를 하면 물리적으로 48시간이라는 제한이 있잖아요. 밤 11시에 체포를 했는데 애를 재우게 되면 시간이 다 날아가잖아요. 초기 진술이 중요한데, 처음에 애들이 말이 새는 경우가 많아서 당황했을 때 진술을 잡아놔야 하니까 시간 부족이라든가, 초기진술 신빙성 문제 때문에 처음에 잡아 오자마자 시작하는 거죠. (참여자 H, 검찰사무직)

셋째, 수사기법 차원에서 조사를 여러 차례 나눠서 하지 않고 한 번에 조사를 끝내고 자 심야 조사를 행하는 경우이다. 수사기관 입장에서는 조사의 흐름이 끊기지 않는 것이 피조사자로부터 원하는 진술을 이끌어내는 데 용이하기 때문인 것으로 판단된다.

원하는 대로 진술하게 할 거면 다음날 또 불러도 되는데 수사기관 입장에서는 그게 아니거든. 그 사람이 내가 한 질문에 맞는 자료가 있나 없나 확인한 다음 내가 답변을 듣는 거는 사실 진실과 떨어진 답변이잖아. 본인이 무슨 자료가 있는지 모르는 상태에서 그대로 답하는 게 (중요해). 답변을 안 한다면 답변을 안 한다는 거 자체도 중요한 단서가 되거든. 정황에 대한 증거들인데 그거를 획득하기 위해서는 (심야조사가) 필요한 경우가 있지. 그래서 수사기관은 멈추지 않고 하는 거야. 밤에 조사하겠다고 하는 게 아니라 조사를 멈추지 않고 하겠다는 거라서... 심야뿐만 아니라 주간 조사도 마찬가지로 마찬가지인 게 수사가 단절되면 진실 발견은 점점 멀어지는 거거든. (참여자 J, 변호사)

구속을 시켜야 하는 사안인데 한 번에 끝내고 싶은 거야. 한 번 나오고, 두 번, 세 번 출석 나올수록 도주 우려가 점점 떨어지는 거거든. 더 중요한 건 첫 번째 조사에서 (피의자가) 대비가 안 됐을 때 허위진술도 받아내고 객관적 증거와 부합하지 않은 진술을 조서에 남겨놔야 하는데. 다 끝내지 않고 얼렁뚱땅 (집에) 가게 되면 다음 조사 한 번 더 해야 하는데 그 때는 이미 검사 의도를 알아차렸으니까 답변을 바꾼다든지, 말을 맞춰 온다는지 그럴 가능성이 높아. (참여자 F, 검사)

특경, 횡령, 배임, 사기, 뇌물, 선거법위반 복잡한 사건들은 그렇게 안 하면 사회적으로 지위가 있는 사람이 대부분 (피조사자)이기 때문에 나름 방어 논리가 탄탄해요. 그거를 깨고 들어가기 위해서는 미세하고 정밀한 수사가 필요하거든요. 포인트나 허점을 잡아서 공격을 해야 하는데 시간이 당연히 많이 걸릴 수 밖에 없죠. 이런 사람들은 돈이 있으니까 보통 변호사가 동석을 해요. 조사 끝나면 조사한 거 백브리핑 하고 검토해서 다음날 어떤 이야기가 나올 거니까 어떻게 대응을 해야 한다고 다 정리하고 와요. 그런 기회를 끊임없이 만들어 줄 필요는 없는 거죠. (참여자 H, 검찰사무직)

수사기관 입장에서는 일단 그 다음날 보고를 해야 하니까. 중간에 끊어지고 다 완결이 안 되면 안 되니까 끝까지 받으려는 욕구가 경찰 같은 경우에 좀 더 있는 같아요. 왜냐하면 수사상황을 계속 보고도 해야 하고 다음 수사계획을 짜야 되는데 이게 늦어지면 차질이 생기는 거지. (참여자 G, 검사)

아울러 이러한 수사기법이 유효할 수 있는 중요사건에 있어 보통 피조사자를 대기시켜 놓은 상태에서 작성된 조서 초안에 대한 상급자의 검토가 이루어지면서 조사시간이 더욱 길어지기도 한다.

중요사건일수록 심야조사가 느는 이유가 있어요. 중요사건은 조서에 빠진 내용이 있으면 안 돼. 수사 주체 입장에서도 중요사건은 조서 끝난 다음에 추가 질문을 하고 답변 듣고, 조서가 완벽한지 검토하고 빠진 부분 있는지 다시 확인해보고 다른 상급자 피드백도 받고 하는데 그런 시간이 걸려요. 그런데 일반사건에서는 그런 거는 안 하잖아. 자기가 하고 자기가 끝내잖아. 그러니까 중요사건들은 심야조사할 가능성이 많은 거고. 물론 내용도 많긴 하고. (참여자 F, 검사)

넷째, 대질조사가 장시간 이어지는 경우 심야조사를 하지 않으려면 조사를 끊고 재 출석 일정을 잡아야 하는데 조사대상이 다수인만큼 출석 일자 조정이 어려워 심야조사를 하는 경우이다.

애초 심야조사를 목적으로 한 게 아니라 대질조사하면 말이 길어져. 이런 경우에는 피의자도 있고 고소인도 있어서 인권침해가 발생할 상황은 아니야. 검찰청 형사부 검사들은 사건이 밀려있어서 다음날에는 보통 다른 조사가 있거든. 그래서 미루기 힘들어. 그날 끝내야 해. 시간 늦어졌으니 내일 다시 하실래요 그러면 나는 땀땀하다, 당당하다, 저 놈이 도망가려고 한다 그런 이야기 하거든. (참여자 J, 변호사)

다섯째, 인지수사부와 심야조사의 밀접한 관계이다. 고소, 고발, 자수는 접수되면 공식적으로 수사가 개시되지만 그 외에는 내사, 진정사건으로 진행되다가 범죄혐의에 대해 수사를 개시할 만하다고 판단되면 형사사건으로 번호를 부여하게 되는데 이를 ‘입건’이라고 하며 수사기관이 스스로의 활동으로 범죄혐의를 알게 되어 입건하는 경우 ‘인지’라고 한다.²⁹⁾ 통상 인지사건을 전담으로 하는 부서를 ‘인지수사 부서’라고 하는데 경찰의 경우 광역수사대, 지능범죄수사대 등이 해당되고, 검찰의 경우 특별수사부(특수부)가 해당된다. 체포된 피의자 조사를 제외하고는 수사기관의 필요에 의해 심야조사를 하는 경우는 특히 인지수사 부서와 관련되어 있음을 알 수 있었다. 인지수사 사건 상당수가 피해가 크거나 죄질이 중한 사건이기 때문에 조사 쟁점이 많고, 수사기관 입장에서 한 번에 조사하는 것이 유리하다 보니 심야조사가 자주 발생하는 것으로 보인다. 인지수사 부서에 대한 평가가 주로 구속, 기소율 등 실적으로 이뤄지는 부분도 큰 영향을 미칠 것이라 생각된다.

일선서 사건은 그렇게 길어지지는 않아요. (인지수사 하는) 지능범죄수사대 와서 보니까 그렇게 길어지는 사건들이 있더라구요. (참여자 D, 경찰)

항상 실적이랑 연계되어 있어서 심야조사가 이루어지는 건데 실적이 없는 부서는 위에서 압력도 안 들어오니까 심야조사를 할 이유가 없어. 자기도 저녁에 일정이 있잖아. 근데 실적이 연계되어 있으면 다 포기하고 밤에 조사를 하게 된단 말이야. 심야조사가 금지가 되어버리면 핑계가 있잖아. 심야조사를 할 수 없는 거지. 어떤 사람이 저는 심야조사를 안 합니다 하면 다음에 어떻게 인지부서에 남아 있겠어? (참여자 J, 변호사)

검찰에서 심야조사 하는 데가 있고 안 하는 데가 있어요. 주로 인지부서에서 많이 해요. 사건이 양도 많고 기록도 100권 가까이 되고 피의자를 조사하기 전에 참고인들도 조사해야 할 것 아니에요. 그래서 물어 볼 것도 많고, 길어질 수 밖에 없어요. 모든 인지부서 사건은 그럴 수 밖에 없어요. (참여자 I, 검찰사무직)

나. 피조사자의 의사(요청)에 의한 경우

피조사자의 의사에 따라 심야조사가 이루어지는 경우도 있다. 이는 피의자 자의성 정도에 따라 크게 두 가지 유형으로 나눌 수 있다. 첫째는 수사기관의 필요와 무관하게

29) 김희옥·박일환, 「주석 형사소송법 II」, 한국사법행정학회, 2017, 39면.

피조사자가 심야조사를 희망하는 경우였고(자발성이 담보되는 경우), 둘째는 수사기관의 심야조사 제안에 피조사자가 마지못해 동의하는 경우(자발성이 담보되지 않는 경우)였다.

1) 자발성이 담보되는 경우

피조사자 입장에서 심야조사를 받는 일은 힘든 일이지만 오히려 재출석에 더 부담스러워서 차라리 심야조사를 희망하기도 한다. 조사를 중단하고 다른 기일에 조사를 받는 것이 방어진 행사에 유리할 수 있지만 그것보다 재출석 부담이 더 큰 것이다. 특히 피조사자가 사회적으로 인지도가 있고, 언론의 조명을 받는 사건일수록 재출석보다는 ‘차악으로서’ 심야조사를 택하는 것으로 보인다.

중요사건들은 인물들이 중요하다보니까 그 사람들이 여기 나오는 게 굉장히 부담스러워. 공개소환하면 뉴스나기도 하니까 나온 김에 다 끝냈으면 하는 생각을 가진 사람들이 꽤 돼. 현직에 있는 사람들은 일도 해야 하니까. (참여자 F, 검사)

사실 대부분 규모가 큰 사건들은 피의자가 포토라인을 2번 뚫고 들어오기 싫은 거야. 본청 같은 경우 만약 부산지역 사건 수사한다고 하면 피의자가 기차 타고 올라와야 하는 문제도 있고... (참여자 E, 경찰)

사회적으로 이목을 집중 받는 사건이 아니라도 직장이 있는 피조사자의 경우 재출석 시 시간적 부담을 이유로 심야조사를 요청하는 경우도 있고, 수사기관으로부터 원거리 거주 피조사자의 경우 거리상 부담으로 재출석보다 심야조사를 택하기도 한다.

자꾸 수사 길어지는 거 원하세요. 그러면 누가 길어지는 거 원하겠어. 빨리 끝내고 싶지. 다시 또 나오는 게 부담되고... 정말 그 사람이 밤에 조사하는 걸 원해서가 아니라 이거를 안 하면 너를 또 부를 건데, 자꾸 길어지는데 라고 하니까 웬만하면 하겠다고 하는 거지. 물론 싫다고 하는 소수도 있지만 대체로 심야조사는 싫지만, 다음에 또 오느니 차악을 택하는 거지. 차선도 아니고 차악. (참여자 J, 변호사)

예를 들어 불러서 조사를 했어. 12시가 된 거야. 심야 조사를 안 하려고 하는데 또 부를 수 있어요 그러면 그 사람 입장에서는 ‘아 그럼 해주세요’ 하게 되거든. 또 나오게 되면 그러니까. 큰 범죄같은 경우는 그렇고... 내가 아는 검찰에 가서 조사를 받은 사람들이 경찰은 공무원

이러서 그런지 몰라도 (저쪽에서) 심야조사를 할게요 하는데 안 할 수가 없는 거야. 왜냐하면 또 불러 나와야 하니까. 공무원이나 회사원은 부담이 되지. 출석보고를 해야 하니까. (참여자 B, 경찰)

다수는 하루만 조사받고 싶어하는 게 커요. 심야조사 또는 야간조사를 할 건데 동의하지 않으면 저희가 다시 낱자를 잡겠습니다 하면 대부분 동의해. 내일 보겠습니다 하는 사람은 한번 정도 본 것 같고. 일반적으로는 자기가 다시 오기 싫어서 조사를 계속 받고 싶어 하는 사람들이 많아요. (참여자 G, 검사)

이와 같이 피조사자가 심야조사에 응하겠으니 한 번에 끝내달라고 요청하는 경우 수사기관에서는 추가 소환이 제한되어 1회 조사에서 많은 것을 끌어내야만 하는 부담이 생기기도 한다.

이 사건에 대해서 피의자 여러 번 부르면 포토라인 서고 해야 하니까 나는 다시는 안 온다. 한번에 끝내라 하는 거죠. 본인이 요청하는 경우가 많은 거죠. 수사진에 압박이 엄청. 빨리 해라, 나는 경영상 여기 매일 와서 조사받을 사람 아니다. 나 회사 경영 못하게 하는 거다 그런 식으로 하거든요. 다시는 안 오겠다. 오늘 다 해달라 하는 거죠. 근데 그런 경우 더 부담이 되요. 그게 우리에게 정말 압박이 (되거든요). 준비한 자료가 없는데 다시 안 오겠다고 하면. 조사할 일이 분명히 있을 건데. (피의자들이 오히려) 역 이용하는 거죠. (참여자 C, 경찰)

한 번에 끝내는 게 중요하죠. 왜냐하면 장관같은 경우 그동안 준비를 많이 했을 거 아니에요. 압수수색도 많이 하고. 계좌추적도 했을 거고. 그런데 그 사람 한 번 나오는 순간 모든 방송사가 이 사람한테 집중되어 있단 말이에요. 수사팀에서도 그게 부담스러울 수밖에 없죠. 관심이 다 쏠리는데, 그거를 한번만 해야지 또 이 사람 불러다가 하는 거는 이 사람에 대한 예의도 아니고. (참여자 I, 검찰사무직)

이 외에도 현행법 체포된 피의자가 조사만 받으면 석방될 것이 예상되면 귀가를 위해 피조사자가 자발적으로 심야조사에 응하는 경우이다.

현행법 피의자들은 자기네들이 집에 가려고 하니까... 조사하고 가시라고 하면 서로 좋으니까 크게 상관 없는데. 구속 피의자는 조사를 받으나 안 받으나 입감이 되기 때문에. (참여자 D, 경찰)

2) 자발성이 담보되지 않은 경우

앞서의 경우 피조사자의 자발성이 어느 정도 뒷받침된다고 볼 수 있지만, 이와 달리 수사기관의 심야조사 제의를 ‘마지못해’ 수락하는 경우도 존재한다. 마지못해 동의하는 피조사자의 심리 이면에는 수사기관의 제의를 거부하면 영장 발부 등 본인에게 생길 불이익에 대한 우려가 깔려있다고 볼 수 있다.

자기가 잘못을 한 입장이고 자기가 약점이 있다 보니까 피조사자가 되면 사실 담당수사관이 하자고 하면 거부할 수 있는 입장이 있긴 해요. 그렇다 보니까 조사 다시 오고 하는 것보다 마무리했으면 좋겠다고 하면 마지못해 동의하는 경우가 있을 수 있죠. (참여자 C, 경찰)

사실상 자발적인 동의라고 보기는 힘들어요. 저희가 12시부터는 심야조사에 해당되니까 당신이 동의서를 쓰면 조사 계속하는 거고 부동의할 수도 있다고 이야기 해주는데 부동의할 수 있는 사람이 얼마나 되겠어요? 동의 안 하는 사람 못 봤어요. 상대적으로 강한 압박에 눌려 있는 상태라서 부동의 하기 쉽지 않을 것 같고. (참여자 H, 검찰사무직)

조사를 받다가 11시, 12시가 되면 보통 우리가 다 끝나 가는데 좀만 더 하고 끝내자고 세팅을 하면 이 사람 입장에서 거역하기 힘든 부분이 있을 거고, 이 사람 입장에서 다 됐다고 하니까 괜히 사람들이 뒤집는 거를 싫어하잖아. 그럼 그렇게 가는 거야. (참여자 A, 경찰)

현실적으로 (문제제기가) 안 돼. 기필코 하겠다고 마음을 먹었는데 우리가 안 하겠다고 하면 조서에 되게 이상하게 남겨. 왜 심야조사를 거부하는가요, 님을 위해 수사하는 방식인데 등 그거를 조서에 남겨. 평소에는 조서에 말하는 대로 남기지 않으면서 그럴 때는 굳이 일부러 말하는 대로 남겨. 나중에 체포영장을 받거나 구속하게 만들려는 식으로. 그래서 지금 조사 받자고 했을 때 거부를 못 해. (참여자 J, 변호사)

이처럼 당사자의 동의가 마지못해 동의하는 경우도 있을 수 있음은 동의가 자발적 동의라기 보다는 비자발적 동의가 있을 수 있다는 것이고, 수사기관에서의 조사 자체가 이와 같은 여건일 수 있다는 점은 인정할 수 밖에 없으므로 당사자의 동의 요건을 전면 재검토하거나 피조사자의 자발적 의사를 확인할 수 있는 방법 및 절차가 필요하다.

2. 심야조사 필요성에 대한 인식

연구참여자들을 통해 심야조사 금지원칙에 대해 인식을 살펴보고자 하였다. 심야조사 금지를 찬성하는 입장과 반대하는 입장으로 크게 나뉘 볼 수 있다.

가. 심야조사 금지 찬성 : ‘심야조사를 없애는 것이 맞다’

심야조사 금지를 찬성하는 입장에서는 심야조사가 결과적으로 수사기관의 목적 달성을 위한 것인 만큼 금지하는 것이 바람직하다는 것이다. 공판중심주의라는 형사소송법의 취지상 피조사자 진술의 진위 여부는 법정에서 다룰 문제인 만큼, 수사기관에서 피조사자의 휴식권과 수면권을 침해하면서까지 피조사자와 진술의 진위 여부를 추궁하고 원하는 진술을 받아내고자 노력할 필요는 없다는 것이다.

나는 열람시간 때문에 조금 그렇긴 한데 심야수사 줄이는 게 맞는 것 같애. 수사기관 목적을 달성하기 위한 수단으로 활용되는 게 맞으니까. 어쨌든 새벽까지 사람 붙잡아두는 거 자체가 고통이라고 하고 그거에 대해 반론도 제기할 수 없는 부분이니깐 그런 면에서 심야조사는 최대한 없어야 한다고 생각해. 물론 당연히 시효 임박이나 구속, 체포기간 이런 거는 예외고. (참여자 F, 검사)

심야조사는 원칙적으로 금지하는 게 맞지. 진술만으로 증거가 되고, 진술로 유죄를 받는 게 요새 거의 없고, 앞으로 없어야 하거든. 대부분 검사들이 요즘 그렇게 생각해. 경찰이든 검찰이든 아무리 조서를 받아도 사실 법정에서 증거능력이 별로 없거든. 가치가 없어요. 법원에서는 법정에서 하는 말을 믿지. 그렇게 한들 수사기관 이미지만 나빠지고 잘 모르는 사람들은 밤에 조사했다고 하면 나쁜 사람이라고 하지. (참여자 G, 검사)

나. 심야조사 금지 반대 : ‘수사실무상 심야조사는 필요하다’

심야조사 금지를 반대하는 주된 논거는 그간 문제가 되었던 사례들은 사실상 심야조사 시 행해지고 있는 악습·관행, 예를 들어 장시간 이유 없는 대기, 폭언·협박, 자백 강요 등인 만큼 이런 조사 악습이 사라지도록 엄격한 절차를 규정해야 하는 것이지 심야조사 자체를 금지하는 것은 경찰 실무에서 맞지 않는다는 것이었다.

심야조사 금지를 주장하고 있는 측에서 말하는 문제점은 엄밀히 보면 심야조사 자체로 인한 게 아니라 심야조사와 결합되어 있는 수사기관의 악습에서 나오는 것이기 때문에 그 악습을 타파해야 하는 거죠. 부작용을 고쳐야지 왜 심야조사를 원칙적 금지하는 스탠스를 취하냐는 거죠. 근본적으로 피의자 요청이든 동의든 내가 싫다고 하면 수사기관이 강제할 수가 없어요. 법적으로 진술을 강요할 수 있는 제도가 없잖아요. 너 지금 조사 안 받으면, 동의 안 하면 너한테 불이익이 갈 거야. 너 바로 체포해버린다 그런 식으로 수사기관이 협박을 한다는 건데 그렇다면 그 협박행위가 잘못된 거지, 왜 밤 시간대에 조사하는 거 자체를 태클을 거는 건지. (참여자 E, 경찰)

현행 형사소송법상 48시간이라는 체포시한이 심야시간(24시~6시) 제외에 대한 고려 없이 규정된 상태에서 법률은 그대로 둔 채 수사기관 자체 훈령으로 심야조사를 금지함으로써 법률과 훈령 간 괴리가 발생하여 실무상 어려움을 초래한다는 것이다.

심야조사 (제한) 개념이 우리 형소법 48시간 안에 포함이 안 되어 있어. 형사소송법을 만들 때 심야조사라는 개념 자체가 없는 법을 가지고 우리가 자체적으로 심야조사 금지 규정을 만들어서 넣으려면 이게 왜곡이 되는 거지. 심야조사가 문제라고 이야기 하고 싶으면 법부터 개정을 해야지. 심야 조사 기간을 빼고 (체포기간) 산정을 한다든지. 그런 고려가 형사소송법 전반에 하나도 없는데. 행정규칙만 가지고 자꾸 가지를 만들려고 하니까 이게 안 맞는 거지. (참여자 B, 경찰)

심야조사만 비교법적으로 떼어 와서 볼 문제는 아닌 것 같아요. 영미법계 같은 경우 조서는 제도가 없고 인터뷰를 하잖아요. 면담한 걸 그대로 종이로 옮기는 나라도 있고, 그거에 대해 증거가치를 부여하는 정도도 다르고. 우리나라 사법체계가 있는데 심야조사 부분만 떼어 와서 이야기할 게 아니라 전체적인 행위가 갖는 의미를 깊게 들여 다 볼 필요가 있을 것 같아요. (참여자 E, 경찰)

또한 당장 심야조사를 하지 않으면 사건관련자의 증거인멸 우려가 있는 사건에서 수사목적 달성 및 피해자 입장을 고려하여 불가피하게 심야조사를 해야만 하는 경우가 있는 만큼 사건의 성격에 따라 심야조사가 허용되어야 한다는 것이다.

피조사자가 출국을 해 버린다? 참고인인데 사실상 나가면 안 들어와. 내일 저는 해외출장이 있습니다 하면 어떻게 해요. 그럼 심야조사 해야지. 이 사람을 조사하지 않고 보내면 정말 중대한 사건에 있어서 증거인멸을 방지하는 경우도 있거든요. 수사의 요지가 이거인데 이거에

대한 답이 없이 나가버리면, 그 이후 통모하고 말 맞추면... 임의수사가 원칙이고 실제적 진실 발견은 수사기관의 몫이지만 피해자 관련 부분들을 고려하면... (참여자 C, 경찰)

특히 경찰 작성 피의자신문조서의 경우 피의자가 법정에서 내용을 부인하면 증거능력이 없는 만큼, 경찰 입장에서 심야조사를 무리하게 진행할 이유가 없기 때문에 굳이 '심야조사 금지'라는 대원칙을 설정함으로써 피조사자를 위해 심야조사를 하는 경우까지 "예외적으로" 만들 이유가 없다는 것이다.

경찰은 애초부터 (피의자가 부인하면) 조서 증거능력이 없기 때문에 하등의 심야조사 관련 이득이 없거든요. (참여자 E, 경찰)

경찰의 경우 전국 경찰관서 수사부서에 당직팀이 24시간 교대로 근무하게 하는 운영체제를 갖추고 있는데 이는 심야조사 금지라는 원칙 설정과 상반되는 시스템이라고도 볼 수 있다.

검찰이라든지 경찰에서는 경제 파트나 지능파트 등 일근 근무하는 곳은 대부분이 출석요구해서 이루어지는 조사잖아요. 아침 이른 시간에 출석 요구해서 조사하면 심야까지 안 가고 충분히 조사가 이루어진다고 보는데... 형사부서나 교대부서는 24시간 실제 운영되고, 사건 사고가 발생되잖아요. 일률적으로 심야조사 금지 이렇게 하면 사실 교대근무 부서는 근무서고 다음날 퇴근할 수밖에 없는데 그대로 근무가 아침으로 연장되면 퇴근을 못하거든요. 피로도라든지 이런 부분이 현실적으로... 예산 낭비 부분도 있고. (참여자 D, 경찰)

원칙적으로 금지한다고 하면 우리도 훨씬 좋지. 형사당직이라는 제도 자체를 만들 필요가 없잖아. 체포를 일부러 11시 반쯤 하는 거야. 형사당직 안 거치고 바로 유치장으로 보낸 다음, 다음 날 아침에 조사하면 당직이라는 개념 자체를 없애버릴 수 있지. (참여자 B, 경찰)

3. 심야조사와 피조사자 휴식 부여

심야조사가 피조사자의 휴식권과 수면권을 침해하는 것인 만큼 심야조사 시 피조사자의 휴식을 보장하는 것은 매우 중요하다. 이에 대해 경찰과 검찰의 현행 지침은 심야조사를 포함하여 모든 조사 시 특별한 사정이 없는 한 최소 2시간마다 10분 이상의 휴식을 보장하도록 하고 있다.

경찰청 규칙의 경우 그간 규칙에 조사 시 휴식 부여 관련 규정이 없던 상태에서³⁰⁾ 경찰개혁위원회의 휴식권의 보장에 대한 권고 이후 2018년 8월 13일 규칙을 위와 같이 개정하여 2시간마다 휴식을 줄 수 있도록 구체적으로 규정하였다.

경찰청 제937호 <범죄수사규칙>

제56조의3(휴식시간 부여 등)

- ①경찰관은 조사에 장시간이 소요되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 조사 도중에 최소한 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 주어 피의자가 피로를 회복할 수 있도록 노력하여야 한다.
- ②피의자가 조사 도중에 휴식시간을 요청하는 때에는 조사에 소요된 시간, 피의자의 건강상태 등을 고려하여 적절하다고 판단될 경우 휴식시간을 부여하여야 한다.
- ③경찰관은 조사 중인 피의자의 건강상태에 이상 징후가 발견되면 의사의 진료를 받게 하거나 휴식을 취하게 하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ④제1항부터 제3항까지의 규정은 피내사자, 피해자, 참고인 등 다른 사건관계인을 조사하는 경우에 준용한다.

법무부 훈령은 그간 조사 도중에 ‘적절한’ 휴식시간을 주어 피의자가 피로를 회복할 수 있도록 하여야 한다고 추상적으로 규정되어 있었는데, 법무검찰개혁위원회에서 피조사자의 휴식권을 실질적으로 보장하라는 권고 이후 ‘2시간’이라는 구체적인 내용을 포함하여 2018년 4월 30일 훈령을 개정하였다.

법무부 훈령 제1170호 <인권보호수사준칙>

제42조(휴식시간 부여 등)

- ①검사는 조사에 장시간이 소요되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 조사 도중에 최소한 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 주어 피의자가 피로를 회복할 수 있도록 노력하여야 한다.
- ②피의자가 조사 도중에 휴식시간을 달라고 요청하는 때에는 그 때까지 조사에 소요된 시간, 피의자의 건강상태 등을 고려하여 적절하다고 판단될 경우 이를 허락하여야 한다.
- ③검사는 조사 중인 피의자의 건강상태에 이상이 발견되면 의사의 진료를 받게 하거나 휴식을 취하게 하는 등 필요한 조치를 취하여야 한다.
- ④제1항 내지 제3항의 규정은 피내사자, 피해자, 참고인 등 다른 사건관계인을 조사하는 경우에 준용한다.

30) 경찰청훈령 제531호 구 인권보호를 위한 경찰관 직무규칙(현 경찰인권보호 규칙) 제64조 제5항에 ‘심야조사를 할 때에는 적절한 휴식을 보장해주어야 한다고 계속 규정되어 오다가 2010. 12. 27. 규칙 개정 과정에서 삭제됨.

연구 참여자들의 경우 실제 위 2시간이라는 구체적인 지침에 구애받기 보다는 조사자와 피조사자의 상태나 조사진행 상황에 따라 적절히 휴식을 취하고 있었다. 하지만 실제 휴식을 취할지 여부는 조사자의 의사에 따라 달려있을 가능성이 크므로 심야조사의 경우 휴식 관련 지침 준수에 대한 인식이 더 강하게 필요할 것으로 보인다.

검사 조사 시 휴식시간은 검사가 주고 싶어서 주는 게 아니고 실제 발생할 수 밖에 없어. 피조사자가 쉬고 싶을 때 쉬는 게 아니라 검사 일정에 따라서 쉬게 돼. 정해놓고 20분 쉬자 그런 건 아니고. 참여계장이 조사하던 사건도 (검사) 자기가 다시 받아서 조사하게 되면 아까 피의자는 1시간, 2시간 대기실에서 막 쉬고 있어. 그러다가 ‘지금 내가 뭐하는 거지?’ 하면서 따지려 와. 근데 와 보면 검사가 또 다른 사람 조사하고 있으니깐 말을 못 해. 근데 이게 심야가 되면 보통 그러진 않아. 심야조사 때는 그렇게 막 복잡하지는 않으니깐. 보고도 없고 다른 조사도 없고 그거 한 건 놓고 하는 거니까. 지침은 없고... 검사 자기도 쉬고 싶고 그래서 조사 받던 사람이 쉬자고 하면 실까요 하고 쉬는 거라서... 적극적 허용 분위기도 아니고 서로 너무 지쳐 있어서 쉬자 이런 분위기. (참여자 J, 변호사)

휴식은 너무 지치거나 쟁점 하나가 끝나거나 하면 적절히 끊어서 해요. (참여자 H, 검찰사무직)
휴식시간은 1시간에 한번 내지 2시간에 한번. 조사자 성향에 따라 다른 것 같아요. (참여자 E, 경찰)

휴식시간 부여하지. 자기가 만약 쉬고 싶다고 하면 쉴 수 있지. 그런데 그게 너무 눈에 보인다, 예를 들어 정곡을 찌를 때마다 갑자기 그런다 하면 경고를 할 수는 있는데. (참여자 A, 경찰)
그때 그때마다 다른 것 같은데 나 같은 경우는 피조사자가 쉽시다 하면 무조건 오케이 해. 조사 흐름이 있어서 2시간에 한 번씩 쉬는 게 보통인 것 같아. (참여자 F, 검사)

4. 심야조사와 피의자 자백³¹⁾ 관련성

심야 밤샘조사는 적절한 휴식이 보장되지 않으면 합리적이고 자유로운 의사결정능력이 침해되어 자기의 방어권 행사에 지장을 받을 우려가 있는 점에 비추어 원칙적으로 인정되지 않는다.³²⁾ 국가인권위원회는 여러 차례 진정사건에 대한 결정문을 통해 밤샘 조사는 피의자에게 심신의 고통과 피로를 줄 가능성이 크고 의사결정의 자유를

31) 여기서의 자백이라 함은 피조사자의 범행 인정의 진술뿐만 아니라 수사기관이 얻고자 하는 진술을 의미함.

32) 국가인권위원회 결정문(○○경찰서의 가혹행위 등에 의한 인권침해 03진인6046 결정) 12면.

침해할 우려가 있으므로 극히 제한적으로 허용되어야 함을 밝힌 바 있다. 이에 따라 밤샘조사 시 피조사자의 동의 의사 표시를 엄격하게 확인하도록 하고 있다.

심야에는 피의자의 자백을 받기 쉽다³³⁾는 인식과 관련하여, 연구 참여자들을 통해 야간·심야라는 환경적 요소보다는 장시간 조사라는 시간적 요소가 더 중요하게 작용함을 알 수 있었다. 조사시간이 길어질수록 피로해진 피조사자 입장에서 반박 등 제대로 된 방어권 행사가 어려운데 이는 통상 조사 중반 이후 수사기관이 수집 자료나 참고인 진술 제시 등을 통해 피조사자 진술에 대한 반박이 이루어지는 수사기법과도 연결된다.

통계에 의해서 자백시점을 낸다 하면 밤 9시 자백 또는 심야에 자백하는 비율이 상대적으로 높을 수 있는데 그 이유는 자백할 사람은 처음부터 자백을 하고 부인하는 사건은 막 부인을 다 들어줘요. 그러다가 어느 순간 이후부터 그거에 반대되는 물적 증거 예를 들어 계좌내역, 통화내역, 압수물, 다른 사람 진술 들이대면서 추궁하고 설득하는 과정이 병행되다 보니까 결국에는 수사기관의 무기가 딱 투입이 되는 시기가 조사 중후반부가 된단 말이야. 그러면 밤늦은 시간에 자백을 받아내서 끝내는 경우가 있긴 있지. 근데 그게 심야 때문에 그런 게 아니라 조사 기법에 따라 조사 후반부에 그런 거 때문이 아닌가 싶어. (참여자 F, 검사)

증거가 없으니까 갈퀴서 되게 한다고 하는데. 사실 증거가 없으면 조사가 길어질 수가 없어요. 증거가 없으면 했어? 안 했어? 이것만으로는 물을 게 없는 거지. 조사라는 게 확보된 물적 증거를 토대로 하는 거니까. 밤샘 조사를 해서 자백을 하는 게 아니라 조사가 길어지다 보니까 심경에 변화가 있잖아요. 심야가 아니라도. 만약 새벽 06시 10분부터 불려서 23시 50분 까지 조사를 한다면 장시간 조사하는 거에 의해서 자백이 나올 가능성이 커지는 거지, 밤 시간대라서 갑자기 자백하고 그런 건 절대 아니라고 생각하는 거죠. (참여자 E, 경찰)

자백이라기보다는 진술 하나하나에서 약간 낱알스나 이런 게 수사관이 원하는 대로 끌려가게 되어 있어. 피의자가 부인한다는 전제 하에서는 어떤 식의 답변으로만 이끌어내면 된다, 개별행위별로 요만큼만 인정받으면 된다 등 그 정도까지 끌어내기 위해서 계속 반복 질문을 해. 진술자가 아니라고 하면 ‘뭘 아니라고 하냐, 이런 자료 보니까 당신 충분한 것 같은데’ 하면서 계속 물어봐. 그럼 그거는 그렇다고 하자라고 말이 나오지. 진술자는 그게 자백이라는 생각을 안 하거든. (참여자 J, 변호사)

조사가 길어지면 사안이 중하고 객관적으로 확보된 자료도 많고 하면, 짧게 2마디 물어보는 것 보다 100마디 물어보면 자기한테 압박이 더 심하죠. 지치기도 하고 여러 가지 자료로 추

33) 임수빈, 40~41면.

궁을 하니까 죄어오는 거죠. (참여자 C, 경찰)

심야기 때문에 그렇다기보다는 서로 기 싸움하는 부분이 있기 때문에 조사 시간이 길어지면서 좀 그런 거는 있어도... 심야라서 조사가 쉽게 이뤄졌다는 거는 아닌 것 같아요. (참여자 D, 경찰)

보통 자백 확률이 높죠. 지쳐서 하는 경우도 많고. 당연한 이야기지만 말을 많이 하면 허점이 생기거든요. 그럼 허점이 축적되는 시간이 길어지면 스스로가 무너지는 거죠. 스스로 생각해도 말의 앞뒤가 안 맞거든요. (참여자 H, 검찰사무직)

밤까지 계속 꼬치꼬치 묻고 그렇게 하면서 다른 수사관이나 계장들이 다른 쪽에서 관련자들 면담하고 조사하고 그래요. 그러면서 진술이 서로 엇갈린다든지 그런 경우 바로 문답하고 그런 식으로 해서 자기 진술이 꼬이는거죠. 거짓말이 거짓말을 낳는다고 보통 그런 식이에요. 이 사람이 이야기를 했는데 우리가 갖고 있는 증거는 이게 아니라고 그런 식으로 조사를 하다보니까 그렇게 되는 거지, 심야라고 해서 이 사람이 자백을 했다거나 그런 거는 아닌 것 같아요. (참여자 I, 검찰사무직)

그거는 통념이야. 내가 아는 케이스도 없고 내가 경험한 경우도 없어. 워낙 법원에서 그런 결정통제를 하기 때문에. 90년대 후반 한참 검찰에서 특수수사 많이 할 때는 새벽에 3시 되면 정신이 혼미할 때 흔히 말해서 멍해진 타이밍에 유도해서 (그런 게 있었을지 몰라도) 요즘은 그러기 쉽지 않지. 오히려 자백을 하려면 일찍 자백하고 아니면 끝까지 부인이지. 자백받기 위해서 오래한다는 거는 옛날 이야기 같아. 심야조사하는 경우는 자백 받고자 하는 목적보다는 기록이 방대하거나, 당사자가 많거나, 쟁점이 많거나, 물어 볼 게 많거나, 우리가 제시할 증거가 많은 경우가 심야조사 주요 원인이겠지. 자백받으려고 하는 건 진짜 아닌 것 같애. (참여자 G, 검사)

5. 장시간 조서 열람으로 인한 심야조사

조사자 입장에서 심야조사 금지 규정에 따라 문답 조사는 가능한 한 24시 이전에 끝내려고 함에도 피조사자의 조서 열람에 상당한 시간이 소요되어 24시 이후로 넘어가는 경우도 상당수 존재한다.

중요조사를 하게 되면 심야조사 많이 하게 되더라고. 조사를 12시 넘어서까지 하는 경우는 많지 않고 조사는 10시, 11시에 끝나. 일반 사건은 열람이 20분? 금방 끝나는데 중요사건은 3~4시간씩 걸리거든. 열람도 조사시간에 포함시키고 있으니까 12시간 넘어가는 경우가 많지. (참여자 F, 검사)

모 기업 감사를 조사했는데. 저는 조사가 8시 반이면 끝날 것 같은데 식사를 하고 조사를 더 할까요, 아님 8시 반까지 조사를 끝낼까요? 했더니 식사하지 말고 연결해서 8시 반까지 끝내 주세요 하더라고요. 제가 내뱉은 말이 있으니까 8시 반에 딱 끝났어요. 그런데 열람이 새벽 3시 반까지 이어졌어요. 열람하는데 (조서 내용을) 다 외우더라고요. 빨리 읽으라고 할 수도 없어요. (참여자 C, 경찰)

거의 12시까지 안 가고 끝냈는데. 피의자가 법조인인 경우 예를 들어 ○○○사건을 했을 때 판사 출신 ○○○변호사를 조사했는데 판사다 보니까 조사를 밤 12시까지 칼 같이 끝냈어요. 근데 열람을 아침 7시까지 했어요. 법조인 출신의 공통점이 조사에 조서 하나하나까지도 다 바뀌요. 보통 실무상 수정이 너무 많으면 조서 다시 뽑자 그러는데 이 사람들은 바꾼 거 일부터 그대로 놔둬요. 당시 1회 조서가 70장 이상이었는데 완전 누더기가 됐어요. 근데 일반적인 사건에는 피의자가 법적인 지식이 없는 경우가 상당수잖아요. 그 사람들은 수사기관에서 끌고 가는 대로 끌려 가요. 이 사람들은 인권 침해 소지가 분명히 존재하죠. (참여자 H, 검찰사무직)

열람 때문에 많이 그래요. 중요사건은 최소 1, 2시간 걸려요. 열람하는 시간도 다 조사 시간에 들어가니까. 최근에 그런 경우가 많았어요. 실제로 조사하는 시간보다는 (열람시간 때문에 심야조사로 넘어가는). (참여자 I, 검찰사무직)

이러한 경우를 금지 대상이 되는 심야조사의 범위에 넣어야 할 것인가 역시 논의 대상이 될 수 있다. 열람시간은 수사관 입장에서 통제 불가능한 사항이므로 심야조사 제한에서 빼야 한다는 의견이 있는 반면, 문답만 완료했을 뿐 서명 날인 등 사실상 조서 작성이 완료된 것은 아니므로 심야조사 범위 내에 포함시켜야 한다는 견해가 대립할 수 있다. 조서 열람을 통해 조서 수정 가능성이 열려 있고, 조서의 추가 작성이 가능하다는 점에서 열람시간 역시 심야조사 시간 내 포함시키는 것이 타당하다고 생각된다.

결국 조서에 서명 날인을 해야 하고 서명날인 안 하면 오기 증감을 요구할 수 있는 부분이 있기 때문에 조서가 끝이 난 게 아니거든요. ‘더 할말 없나요’까지가 조사 끝이니까. 제도적 취지를 봤을 때 (열람시간을) 넣는 게 맞는 것 같아요. (참여자 C, 경찰)

심야조사 제한의 취지가 피의자 방어권의 문제라면 열람행위는 사실 더 이상 방어할 필요가 없는 건데, (수사기관) 공격이 끝난 건데. 말을 시키는 게 아닌데. 12시부터 심야조사 금지인데 열람시간까지 이 시간에 포함한다면 피의자가 나는 읽는 데 오래 걸리니까 열람시간 3시간 이상 달라고 했을 때 조사관이 9시에 조사 끝내야 하는 거야. 그것까지 다 고려해줄

수는 없지. 수사관 입장에서 통제 불가능 시간인데. (참여자 A, 경찰)

어차피 법정에서 (본인이) 진술을 인정할 때만 증거능력이 있는데 조서 열람시간까지 넣을 필요가 전혀 없지. 12시 넘어 조서를 읽어서 제대로 내 의견이 반영이 안 되면 (법정가서) 부인하면 되는 건데. (참여자 B, 경찰)

다만, 24시 이후 당사자가 심야조사라는 이유로 조서 열람을 거부하고 이후 다른 날에 별도로 열람을 요구하는 경우 수사기관이 이에 응하여야 하는가에 대한 문제는 남는다. 피조사자가 즉시 열람을 거부하는 사례는 실제 드물겠지만, 심야시간 조사 답변과 마찬가지로 열람 역시 피조사자가 피로감 등으로 제대로 하기 힘들다는 측면에서 조사 직후가 아닌 다른 시간에도 열람을 제도적으로 허용할지에 대한 검토가 필요하다.

조사를 12시까지 하는 거는 언론에는 안 난 사건일지 몰라도 당사자한테는 되게 큰 사건이 거든. 그런 사건은 조서에 질문을 바꾸면 답이 달라지잖아. 뜯어봐야 하거든. 행간의 의미도 봐야 하고. 열람 시간이 오래 걸려. 12시가 넘으면 다음에 와서 열람할 수 있게 권리 보장을 할 필요가 있어. 그 시간에 제대로 못 보거든. (참여자 J, 변호사)

6. 심야조사와 진술영상녹화

경찰과 검찰 모두 심야조사 시 진술영상녹화 활용에 대한 특별한 규정은 없다. 주간, 야간에 상관없이 영상녹화 대상사건을 각 기관의 지침으로 정해놓고 있으며 녹화 대상사건에 해당하면 검찰의 경우 수사주체의 판단에 따라, 경찰의 경우 피조사자 의사에 따라 영상녹화를 실시하도록 하고 있다.

가. 검찰에서의 진술영상녹화

검찰의 경우 필요적 영상녹화 대상은 ① 진술번복 가능성이 큰 사건 ② 조직범죄 사건에서 참고인 보호가 필요한 경우 ③ 성폭력 피해자의 반복 진술로 인한 2차 피해를 방지할 필요가 있는 경우 ④ 글을 읽거나 쓰지 못하는 등의 이유로 조서 작성보다 영상녹화가 효율적인 경우로 규정하고 있다.

대검찰청 영상녹화 업무처리 지침

제3조(영상녹화 조사원칙) ①검사는 피의자 또는 참고인(이하 “피의자 등”이라 한다)을 조사함에 있어, 피의자 등의 진술이 공소사실 입증에 반드시 필요하고, 사안의 중대성, 죄질 등을 고려하여 볼 때 진술번복 가능성이 있거나 조서의 진정 성립, 진술의 임의성, 특신 상태 등을 다룰 것으로 예상되면 조서작성과 병행하여 영상녹화를 실시한다.

②검사는 피의자 등을 조사함에 있어, 다른 증거에 의하여 공소사실 입증이 가능한 경우 또는 불기소 사건의 경우에는 사건의 특성, 조사의 효율성 등을 고려하여 조서 작성 없이 피의자 등의 조사과정을 영상녹화 할 수 있다.

제4조(필요적 영상녹화 대상사건) 검사 및 수사관은 다음의 경우에 대하여는 영상녹화조사를 실시하여야 한다.

1. 진술외에 다른 증거가 없고 법정에서 진술번복이 예상되는 사건
2. 진술보호가 필요한 조직범죄 사건의 참고인을 조사하는 경우(다만, 조직범죄사건 피해자의 신원보호를 위해 가명조사 하는 경우는 제외)
3. 성폭력사건의 피해자를 조사하는 경우
4. 글을 읽거나 쓰지 못하는 사람, 시각에 이상이 생겨 앞을 보지 못하는 사람을 조사하는 경우

제5조(영상녹화 권장 대상사건)

①검사 및 수사관은 다음의 경우에 대하여는 영상녹화조사를 원칙으로 한다. 다만, 검사가 수사상 필요하지 않다고 판단하는 경우는 실시하지 아니할 수 있다.

1. 구공판 사건 중 조사가 필요한 자백사건
2. 진술 번복이 예상되는 사건(진술외에 다른 증거가 있는 경우)
3. 사회적 이목이 집중된 사건
4. 사건관계인의 수사태도 등을 법정에 현출시킬 필요가 있는 사건
5. 외국인 등 통역이 필요한 사건
6. 사건관계인이 영상녹화조사를 요청한 사건
7. 조사과정에서 적법절차나 인권침해 시비 차단이 필요한 사건
8. 소재불명 등으로 기소중지 처분이 예상되는 공범이 있는 사건
9. 공범간의 공모관계 등에 대한 진술확보가 필요한 사건
10. 항고나 재정신청이 예상되는 사건

②19세 미만 아동 및 장애인 성폭력 피해자에 대한 영상녹화는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 및 성폭력사건 처리 및 피해자 보호·지원에 관한 지침(제정 대검 예규 제686호, 2013. 7. 5.)에 따른다.

③검사가 피의자 등으로부터 진술서를 징구하는 경우에도 제3조 제1항을 준용한다.

위 지침상 영상녹화는 조사 시작부터 종료 시점까지 전 과정 녹화를 원칙으로 하고 있다.³⁴⁾ 검찰의 경우 심야조사가 이루어지는 사안이 주로 인지수사 사건이고, 이 경우

34) 대검찰청 영상녹화 업무처리지침 제8조(피의자에 대한 영상녹화) ② 검사는 당해 조사의 시작부터 마치는 시점까지의 전과정 및 객관적 정황을 영상녹화 한다. 다만 조사 도중에 영상녹화

조사가 주간부터 시작되어 심야로 이어지는 경우가 많은 만큼 현재 심야조사 시 영상 녹화 활용 가능성은 높지 않을 것으로 예상된다.

중요사건은 (진술녹화) 별로 안 해. 너무 길고 정리도 안 되고 해봤자 열 몇시간 열람까지 다 녹화해야 하는데 특별히 의미가 없기 때문에 안 해. 다만 중요한 사람들 사건에 있어서 컴팩트 하게 조사해야 할 때는 하지. 마지막에 정리가 되고 정확하게 잡아야겠다는 사건은. 최근에 한 사건 중에 마지막에 한 조사 1시간 정도 영상녹화 했거든. 요거는 맞습니다, 요거는 아닙니다 이런 거 짧게. 10시간 조사하면 CD 굽는 것도 2시간, 3시간 이렇게 걸려. (참여자 F, 검사)

나. 경찰의 진술영상녹화

경찰의 경우 영상녹화 대상은 ① 조사 후 즉시 석방할 대상이 아닌 체포·구속된 피의자 ② 살인 등 중요범죄 피의자 ③ 영상녹화를 요청하는 피의자로 규정하고 있다. 다만 체포·구속된 피의자 또는 중요범죄 피의자라 할지라도 피의자가 영상녹화를 거부하는 경우 영상녹화를 하지 않을 수 있도록 하고 있다. 이러한 경우 KICS(형사사법정보시스템)상에서 팀장으로부터 영상녹화 미실시 승인을 얻도록 하여 수사관이 자의적으로 영상녹화를 생략하는 일을 방지하고 있다.

경찰청 영상녹화 업무처리 지침

제3조 (영상녹화의 대상)

- ① 경찰관은 피의자 또는 피의자 아닌 자의 조서를 작성하는 때에는 그 조사 과정을 영상 녹화할 수 있다.
- ② 경찰관은 영상녹화를 할 때 조사실 전체를 확인할 수 있고 조사받는 사람의 얼굴과 음성을 식별할 수 있도록 하여야 한다.
- ③ 경찰관은 다음 각 호에 해당하는 피의자신문은 원칙적으로 영상녹화 하여야 한다.
 1. 체포, 구속된 피의자신문(다만, 경미범죄의 현행범인으로 불구속 수사하거나, 즉시 석방하는 경우에는 생략 가능)
 2. 살인, 성폭력, 중수뢰, 선거범죄, 강도, 마약, 피해액이 5억원 이상인 사기·횡령·배임 등 중요범죄에 있어서 피의자신문
 3. 피의자가 영상녹화를 요청한 경우
- ④ 경찰관은 제3항에 불구하고 다음 각호의 사유가 있는 경우에는 영상녹화를 하지 않을 수 있다. 이 경

필요성이 발생된 경우 그 시점에서 진행 중인 조사를 종료하고, 그 다음 조사의 시작부터 마치는 시점까지의 전 과정 및 객관적 정황을 영상녹화 할 수 있다.

우 그 사유를 피의자신문조서나 별지 제1호 서식의 수사과정확인서에 기록하여야 한다.

1. 기계고장, 시설부족, 정전 등의 사유로 영상녹화가 불가능한 경우
2. 영상녹화를 하면 피의자가 진술을 거부하겠다는 의사표시를 한 경우로 부득이 영상녹화하지 않은 상태에서 조사하는 것이 필요한 경우
3. 기타 영상녹화 피의자 조사가 심히 곤란한 경우

⑤경찰관은 제3항 이외에도 인권침해 시비가 예상되는 사건은 적극적으로 영상 녹화 하여야 한다.

제3조의2 (피해아동등에 대한 영상녹화) 생략

제3절 심야조사 효과

1. 긍정적 측면

심야조사는 사안에 따라 긍정적 효과를 가져오기도 하고, 부정적 효과를 가져 오기도 한다. 먼저 긍정적인 측면으로서 심야조사는 피조사자로 하여금 수사절차로부터 ‘신속하게’ 해방시켜 주는 기능을 하기도 한다.

체포가 됐다 하더라도 구속을 시키는 게 아니라 조사해서 혐의없음으로 가는 경우도 있거든요. 굳이 구속이 목적이 아니라 석방을 하더라도 왜 이 사람을 석방을 해야 하는지. 조사를 하지 않고는 석방을 할 수가 없잖아요. 구속이 목적이 아니라 사건의 실체적 진실을 확인할 수 있는 시간적 여유가 필요하다는 거죠. (참여자 C, 경찰)

심야조사를 하지 않는 경우 피조사자 입장에서 다시 일정을 잡아 수사기관에 출석해야 하는 부담이 있고, 현행범체포 상태인 경우라면 불필요하게 유치장 등에 구금되어 있어야 하기 때문이다. 이는 심야조사를 함으로써 얻는 당사자의 이익이 심야조사로 인한 불이익(수면권, 휴식권, 방어권 침해) 또는 심야조사를 하지 않아 침해되는 불이익(구금, 귀가 지연 등)보다 큰 경우에 해당된다.

이 사람 법익침해 최소화를 위해 심야조사를 하는 경우가 더 많아요. 수사가 끝나면 최소한 수사하면서 당할 압박감에서 빨리 벗어날 수 있잖아요. 이 사람 입장에서는 수사기관에 출석한다는 거 자체가 엄청난 스트레스거든요. 심야조사 안 했을 때 기회비용을 생각해보면 나중에 한 번 더 와야 하는 거고, 한번 더 오는 거랑 그날 밤에 조사받는 거랑 어느 게 더 나을지... 밤이든 뭐든 빨리 조사해서 석방해주는 데 이 사람한테 훨씬 낫잖아요. 유치장에서 굳이 하루 잘 필요가 없잖아요. (참여자 E, 경찰)

피조사자가 수사기관에 소환되는 횟수를 줄이고, 수사기간을 단축시켜 조속한 사건 처리가 가능하게 해준다는 장점도 있지. (참여자 J, 변호사)

인권 차원에서도 조속히 석방을 판단하려면 빨리 조사부터 해야 한다는 거지. 심야조사를 해야 보낼지 안 보낼지 결정이 되는 거니까. 형사절차에서 빨리 해방시키려면 빨리 조사부터 해야 한다는 거지. 예를 들어서 단순폭행으로 현행범 체포 해왔는데 새벽 1시에 잡아왔어. 집도 있고 술 먹고 실수한 건데 이 사람을 심야조사를 안 하면 유치장에 넣어놔야 하거든. 현행범 체포해왔기 때문에. 빨리 조사하고 집에 보내는 게 좋지. (참여자 B, 경찰)

2. 부정적 측면

심야조사로 인한 부정적 측면은 피조사자의 수면권, 휴식권 침해는 물론이고 피조사자가 피로하여 방어권 행사가 어렵다는 점이 가장 크다. 장시간 조사로 지친 상태에서 피조사자는 수사기관의 질문에 정상적인 답변이 힘들고, 그만큼 방어권 행사가 제한된다.

새벽 2시에 와서 3시까지 조사받는 경우가 아니라 낮부터 조사받는 거는 실제로 24시 넘어가면 옆에서 앉아 있는 나도 피곤해 죽겠는데 질문 듣고 생각하고 답해야 할 사람은 정상적인 답변 하고 있는 게 아니라고 보는 게 맞아. (참여자 J, 변호사)

피의자 입장에서는 여기서 진술하지 않으면 집에 안 보내준다는 강제수사로 인한 압박이 있고, 지쳐 보이죠. (참여자 C, 경찰)

피의자 입장에서는 조사받으러 오기 전에는 변호사 만나고 어떻게든 사건 당사자들 접촉해서 막말로 간을 봤을 거 아니예요. 근데 시간이 길어질수록 본인도 자세가 흐트러지고 자기가 알고 있던 거 외에 추가로 더 많은 증거가 제시되고 하면 자기도 당황스러울 수밖에 없을 거고. 그렇다 보면 자포자기하는 심정도 있을 거예요. (참여자 I, 검찰사무직)

심야조사는 조사자 입장에서든 상당히 피곤한 일로 조사의 깊이나 질(Quality)이 저하되는 문제가 있고, 심야시간이라서 다른 부서나 참고인의 실시간 협조를 받기 어려운 점도 있다.

기본적으로 피곤하고. 집중력 떨어지고. 그리고 조사받는 상대방도 피곤하거든. 그럼 어찌 됐든 대화이기 때문에 커뮤니케이션이 원활하게 이루어져야 하는데 답변도 이상해져요. 그러면서 조사 자체가 원활하게 이뤄지지 않는 면이 있는 것 같고. 답변자가 답변을 대충하고 그런 게 있지. (참여자 F, 검사)

조사 깊이도 많이 떨어지죠. 조사하는 사람도 피곤하고 조사받는 사람도 피곤하기 때문에... (참여자 D, 경찰)

조사자도 심야 조사하면 부담이 가죠. 일하기 싫어하는 사람들은 심야조사 금지하면 오히려 좋아해요. 공무원 사명감 없는 사람이라면 21시 이후 조사 금지하면 다 집에 가면 되요. 24시 넘어서 조사하면 담당도 힘들고. 일단 이 사건으로 인해 개인적인 삶의 질을 포기해야 하는. (참여자 C, 경찰)

일단 조사자 입장에서는 피곤하지. 피로감. 그리고 서류 준비할 거 많은데 바빠지는 거. (참여자 B, 경찰)

조사자도 사람이니까 심야조사 시 신체적 피로를 느끼게 된다. 또한 퇴근 이후 생활에 지장을 초래한다. 심야시간에는 조사 도중 업무 협조를 얻어야 하는 경우(조사 도중 진술내용 진위 여부 확인 등)에 대비할 수 없어 주간에 재조사를 해야 할 상황이 발생할 수도 있다. (참여자 J 메모, 변호사)

또한 야간에 갑자기 체포된 피조사자의 경우 심야조사 시 변호인을 바로 구하는 것이 어려워 불가피하게 수사과정에서 변호인의 참여권을 제한하는 결과를 초래하기도 한다.

밤에 당장 10시, 11시에 잡아서 조사해야 하는데 애가 변호사 살 수가 없는 거야. 형사당직하는 데 보면 대한변호사협회에서 전화번호랑 포스터 뿌려서 붙어 있어. 돈만 있으면 (변호사가) 안 오지는 않아. 계약금 명목으로 300~400만원 바로 쓸 수 있을 정도면 바로 오지. 근데 변호사가 오는 데 또 3시간 걸리잖아. 그럼 또 심야조사를 할 수가 없지. 애네 입장에서는 3시간 있다가 조사받으래 지금 조사 받고 나갈래 하면 바로 조사 받고 나가는 거지. (참여자 B, 경찰)

변호사 선임한다고 해도 언제 올지 모르거든. 5분 출동하는 것도 아니고. 준비하는 데 2시간, 3시간 걸리고 먼 데 있다고 하면 시간이 꽤 걸리지. 그래서 변호사 선임이 좀 힘들어. (참여자 A, 경찰)

이외에도 심야조사 완료 후 피조사자가 이용할 수 있는 교통수단이 없어 귀가 과정에서 어려움이 발생할 수 있다. 특히 수사기관이 지리적으로 야간에 대중교통수단 또는 택시조차도 이용하기 어려운 곳에 위치한 경우, 이미 심야조사 과정에서 지친 피조사자에게 또 다른 난처한 상황을 유발할 수 있다.

심야조사를 하고 집에 가야 하는 경우에 사실상 교통도 좀 문제야. 예를 들어 서울 같은 경우는 경찰서가 워낙 많고 택시를 타고 갈 수가 있단 말이야. 제천경찰서라든지 완전 시골같은 데는 경찰서 밖으로 나오면 아무것도 없어요. 집에 가기 애매하거든. 천안에 일할 때 경찰서가 외딴 곳에 있었는데 참고인이든, 피의자든, 피해자든 조사관한테 태워달라고 하는 경우가 꽤 있었어. 그러면 우리 입장에서는 무시하기도 그렇잖아. 근처까지 태워주거나 해야지. (참여자 A, 경찰)

반면, 이러한 심야조사 제한 규정을 악용하여 범망을 피해가려는 피조사자도 발견된다. 수사기관이 체포되지 않은 자에 대해 강제로 심야조사를 실시할 수 없음을 알고 장시간 연속되는 조사를 피하고자 일부러 수사기관에 늦게 출석하는 경우이다. 수사기관에 일단 성실히 출석만 하면 체포영장 등 신병과 관련하여 불이익을 받지 않고, 조사에 전략적으로 대응할 수 있다는 점(선 조사 시 조사 쟁점을 확인, 귀가 후 이에 대비한 다음 차기 조사에서 유리한 답변)을 고려한 행위로 생각된다. 수사기관의 실체적 진실 발견 의무 또는 이를 위한 수사기법과 피의자의 방어권 행사가 충돌하는 지점일 것이다.

심야조사 제한 생기고 나서 이거를 악용하는 사람들이 있어요. 일과시간에 출석 요구하면 안됩니다. 6시에 불러주세요, 8시에 불러주세요 그래요. 왜냐하면 12시에 끝나니까. 그 시간으로는 실질적으로 조사가 잘 안되거든요. 심야조사 안 되는 거 알고 오면 조금 (조사) 하다 보면 9시, 10시 그리고 (집에) 가. 그거를 악용하는 사람이 있어요. 어제도 어떤 사람이 저는 주간에 시간이 안 됩니다. 야간에만 됩니다 하더라고. 규정을 악용할 소지도 있어요. 심야조사 못하는 거 알고 있으니까 1시, 2시는 안되구요. 6시 이후에 갈게요 그래요. 그럼 조사가 안돼요. 체포영장 받아서 구속시키려던 사람이었는데. (참여자 C, 경찰)

돈이 있어서 변호사 조력을 강하게 받을 수 있는 사람들은 이거(심야조사 금지)를 이용을 해요. 악용하는 사람들에 악용할 여지를 계속 만들어줄 필요가 있겠냐는 생각이 강하게 들어요. 그거를 악용할 수는 없게 만들어야 하는데 끊임없이 악용하구요. 사회적으로 책임이 있는 사람들이 더 강하게 처벌받아야 하는데, 그런 사람일수록 더 약하게 처벌받잖아요. 저는 그게 이런 것 때문에 이런 것 같아요. (참여자 H, 검찰사무직)

3. 소결

전문가 심층면접에 의하면 수사기관의 심야조사에 대한 피조사자와 조사자의 입장이 서로 다른 것은 부정하기 어렵다. 심야조사가 피의자의 수면권이나 휴식권을 침해하여 의사결정 및 판단의 자유를 침해하여 방어권 행사를 어렵게 하는 점도 부인하기 어렵다. 무엇보다 심야에 장시간 조사로 인해 진술의 강제성 문제는 피할 수 없다. 심야조사 시 변호인의 참여를 받는 것이 어려워 결과적으로 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하기도 한다.

장시간 심야조사로 인한 피로도나 수사관 내지 조사관의 입장에서도 마찬가지이다. 심야조사에 대한 부담감, 심야조사결과 얻은 진술은 법정에서 증거로 배제되는 경우도 많아지고 있어 일응 문제도 많은 심야조사의 실익이 점차 없어진다는 점, 오히려 심야조사로 인한 진술의 정확성을 확인하기 위해 낮에 재조사를 해야 하는 등 문제가 적지 않다.

피조사자인 피의자도 심야조사가 금지 제한되는 것을 알고 악용하는 예도 있을 수 있다. 일부러 야간에 출석하여 장시간 연속조사를 피하는 예도 있고, 오히려 수사를 방해하는 경우도 있다.

이처럼 조사자와 피조사자 입장에서 헌법의 기본권이 침해되는 것은 물론, 악용하는 예도 있어 사범업무 방해도 발생할 여지가 있으며, 또 조사자의 경우 심야조사로부터 얻은 진술이 거의 법정에서 배제되는 현실에 비추어 심야조사를 행할 실익은 양 당사자간 모두 더 이상 없다고 해도 과언이 아니다.

이런 현실을 고려한다면 심야조사에 대한 원칙적 금지를 강화하고, 더 나아가 -면접 조사에서 보는 바와 같이- 법무검찰개혁위원회의 권고안에서처럼 야간조사도 일정한 경우를 명확히 하여 예외적으로 허용하는 방향으로의 제도개선을 고민해볼 필요가

있다. 다만 이 경우에도 야간조사의 예외적 허용요건과 심사를 엄격히 할 필요는 있다.

특히 휴식권과 수면권 뿐만 아니라 변호인의 조력을 받을 권리가 제한된다는 점에서 피의자 및 피고인의 방어권보장을 위한 방안도 함께 고민해보아야 하며, 이 문제는 조사시 변호인의 참여권을 실질적으로 보장할 수 있는 방안이 확보되어야 한다.

제4절 심야조사 개선방안에 대한 의견

현행 경찰과 검찰의 심야조사 관련 규정에 대한 분석을 토대로 향후 심야조사로 인한 인권침해를 방지하기 위한 방안을 내용적 측면, 형식적 측면, 절차적 측면, 결과적 측면으로 나누어 살펴보고자 한다.

1. 내용적 측면

심야조사를 하지 않으면 피의자의 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우는 심야조사 금지를 통해 보호하고자 수면권, 휴식권, 방어권을 넘어서 신체의 자유와 관련되어 있으므로 심야조사의 원칙적 금지대상에서 제외시킬 필요가 있다.

심야 조사할 수 밖에 없는 상황이 있어. 형사당직팀, 예를 들어 새벽 3시에 현행범 체포돼서 오면 당연히 그 순간에 조사하는 게 맞지. 그거는 심야조사 개념이 아닌 것 같애. 심야조사를 분리해야 할 것 같애. 새벽 2시에 시작해서 3시에 끝난 게 그게 무슨 인권침해가 있겠어. 심야조사를 금지하는 취지랑 안 맞는 것 같아. (참여자 J, 변호사)

이게 부서마다 달리 반응을 해야 해. 자진출석인지, 잡혀오는 것인지부터 달라야 하고, 죄종이 경범죄인지 강력범죄인지 따로 해야 하고... (참여자 B, 경찰)

수사기관에 애로사항이 있다면 체포 시한이 있는 경우. 48시간 제한이 있으면 힘들긴 한데. 경찰 쪽 규정에는 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우가 더 있긴 하는데 그런 경우는 심야조사 해야지. 이런 불가피한 경우 말고는 수사기관이 심야조사 못한다고 불편할 게 없지 않을까? (참여자 G, 검사)

이를 제외한 심야조사를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 할 수 있는 사항을 규정 하되 예외사유를 ① 수사기관의 필요에 의한 경우와 ② 피조사자가 요청하는 경우 등으로 나누어 규정할 필요가 있다. ①의 경우 제한적 열거 규정으로 두어 엄격히 해석될 수 있도록 하고, '합리적 이유가 있는 경우'와 같은 포괄적 사유 규정은 오·남용 가능성이 있는 만큼 지양해야 한다. ②의 경우 수사기관에서 피조사자에게 심야조사를 먼저 제안하더라도 피조사자가 동의나 거부 의사를 표현할 수 있는 여건을 조성해야 하고, 서류상으로 일정시간 간격으로 피조사자의 자발성이 현출될 수 있도록 함이 필요하다.

심야조사를 거부하는 게 현재 불편하잖아. 심야조사를 받기 싫습니다고 자유롭게 이야기할 수 있는 풍토 조성이 필요할 것 같아. 인권보장이라는 것 자체만 놓고 봤을 때 심야조사 제한이라는 프레임은 잘 설정한 것 같애. 인권보장만을 목적으로 한다면. 원칙적 금지 플러스 예외적 허용. (참여자 A, 경찰)

시일이 촉박하지 않은 사건을 전제로 말하자면 실질적인 동의가 이루어지게 해야겠지. 그런 차원에서 검찰 같은 경우 동의서 양식 보면 동의서 작성 시각 이렇게 되어 있고 그리고 날인하게 되어 있는데 여기에 심야조사 동의합니다 자발적으로 동의한다는 문구를 과감하게 쓰게 하는 거지. 자필로 왜 심야조사를 원하는지 사유도 쓰라고 해. 제가 오늘 말고는 다음 주부터 바빠서 나오기 어려우니까 오늘 끝냈으면 좋겠습니다 이렇게. 경찰이나 검찰이 쓰라고 해서 한 게 아니라 진짜 자기가 원해서 하는 거라고. (참여자 F, 검사)

아울러 금지되는 심야조사의 범위에 피조사자의 열람시간도 포함되는지를 명확히 규정하고, 열람시간이 포함된다면 피조사자가 심야시간 방어권 행사 어려움을 이유로 중간에 조서 열람을 희망하는 경우 이에 대한 선택권을 부여할지 여부도 규정에 포함되어야 할 것이다.

2. 절차적 측면

심야조사로 인한 인권 침해를 방지하기 위한 여러 절차상 장치를 두는 것이 필요하다. 먼저, 피조사자에게 심야조사가 피조사자의 요청사항임을 알려주는 한편, 오로지 수사기관의 필요에 의해 심야조사가 진행되는 경우 피조사자에게 심야조사 실시 사유

를 고지하도록 함이 필요하다. 이 때 피의자가 심야조사를 원치 않는다는 이유로 진술거부권을 행사한 경우 이러한 이유만으로 영장 발부 시 불리하게 작용하지 않도록 하는 것 역시 필요하다.

심야조사 사유를 고지하는 절차도 좀 들어가야 하는 거고. 사건의 성질상 심야조사를 하지 않으면 공범 검거가 어려우므로 심야조사 합니다, 조서에 기재합니다 라고 말했을 때 애가 그 사유 아닌데요 라고 이야기를 하면 우리가 조사를 강제할 수 없는 거죠. 체포 상태가 아니면 피의자가 현장에서 이탈하는 걸 우리가 제재할 수도 없는 거고. (참여자 E, 경찰)

둘째, 중립적인 허가권자를 두고, 이들이 심야조사의 필요성을 실질적으로 검토하여 허/부를 결정하게 하는 절차가 필요하다. 심야조사 과정에서 지켜야 할 사항으로, 예를 들어 1시간 이상 방치시키는 행위 금지, 적정한 휴게시간 부여 등 유의사항을 함께 규정하고 위 허가권자로 하여금 심야조사 과정에서 위 유의사항이 준수되었는지, 인권 침해 사안이 없었는지를 모니터링하게 할 필요가 있다.

만약 법을 만든다면 검찰 규정처럼 종합적으로 고려해서 피해자, 대상자 등 이익 상충될 시에 좀 여지를 (두어야 하지 않을까). 아주 엄격히 제약을 하면서도 꼭 해야 할 경우 절차를 다룸게 해서. 예를 들어 기관장의 허가를 득하여야 한다 등. (참여자 C, 경찰)

심야조사로 인한 인권침해를 방지하기 위해서는 예외적으로 인정되는 심야조사에 대한 허가권한자를 수사기관 책임자 급(경찰서장)으로 할 필요가 있다. 심야조사 시 최소한 팀장이 조사 시작부터 끝까지 참여하게 하고 당직 책임자(당직과장)가 조사 시작 시, 조사 도중, 조사 종료 시에 피조사자에게 심야조사로 인한 인권 침해 여부 등에 대해 확인하게 할 필요가 있다. (참여자 J 메모, 변호사)

저는 검찰 쪽 규정처럼 동의 수준으로 내려야 한다고 봐요. 다만 제3자가 확인을 하라는 거죠. 기본적으로 지금은 수사관이 이 사건 심야조사 안 하면 증거수집 어려움이 있는 사건이니까 심야조사 진행하겠습니까라고 했을 때 누가 태클을 걸겠어요. (참여자 E, 경찰)

셋째, 심야조사 시 영상녹화를 병행하도록 하는 방안을 검토할 필요가 있다. 주간부터 조사과정 전체 녹화의 어려움과 해당 영상녹화물은 법정에서의 증거 활용 보다는 인권 침해 여부 모니터링의 목적이 크다는 점을 고려하여 심야조사에 들어가는 순간부터 녹화하는 방안을 제안한다. 영상 녹화 시 조사자 입장에서 규정 준수에 보다

신경을 쓰게 되어 인권 침해 여지를 감소시킬 수 있을 것이라 생각한다. 물론 피조사자가 영상녹화를 거부하는 경우에는 이에 대한 의사 반영이 필요하다.

3. 형식적 측면

형식적 측면에서 현행과 같이 기관별 훈령이나 지침을 통해서 심야조사를 통제하기 보다는 대통령령 이상의 형식으로 규정하여 경찰, 검찰, 감사원을 비롯한 수사기능을 가진 모든 기관에 대해 동일한 규정이 적용되도록 하는 것이 필요하다.

4. 결과적 측면

그럼에도 불구하고 여전히 피조사자 입장에서 자발적인 동의·요청을 했는지 알 수 없다는 우려 불식을 위해 조사 이후 피조사자가 심야조사로 인한 이의를 제기하는 경우 영장 발부 및 공판 단계에서 심야조사 결과물인 해당 조서를 활용하지 못하도록 제도화하는 방안이 필요할 것이다. 또한 이런 사례가 누적되는 경우 해당 조사자 또는 수사팀의 평가에 반영토록 하는 방법도 고려할 수 있을 것이다.

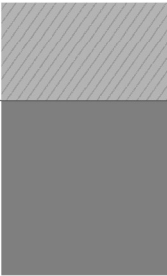
말로는 요청한 것처럼 해놓고 밤에 계속 하시죠, 내일 또 하실 거예요? 하고 말을 꺼내면 그거는 요청이 아니잖아. 그런 점에 대해 이의제기를 하면 그 순간부터는 증거로 못 쓰게 하는 보완책이 있어야 해. 형사소송절차를 개정해서라도 심야조사가 이루어진 사건에 대해서는 심야조사임을 이유로 이의제기를 하면 증거로 못 쓴다고 하면 수사기관 입장에서 이 때 진술을 확보할 이유가 없어지잖아. 경찰 피신조서는 재판 가서 내용 부인하면 증거로 못 쓴다지만 영장 단계는 다 쓰이잖아. 영장 단계까지 포함해서 피의자가 이의제기하는 순간부터 못 쓰게 하면. 그럼 필요성이 없어지니까 안 하게 되지. (참여자 J, 변호사)

그런 게 인사나 불리하게 작용하게 해야 수사하는 사람도 최대한 조사시간도 일찍 잡고, 빨리 빨리 안 해서 그렇게 되는 경우가 있거든. 인사상 불이익까지는 아니더라도 부담을 느낄 수 있는 장치가 필요할 것 같아. 심야조사를 많이 하면 많이 할수록 별로 안 좋은 평가를 받을 수 있게. (참여자 F, 검사)

제 4 장



비교법적 검토와 정책 시사점



비교법적 검토와 정책 시사점

여기서는 각국의 심야조사 허용의 범위와 규제방향 등에 대하여 살펴보고 시사점을 찾아보고자 한다.

제1절 국제인권기준과 고문 등 금지된 신문방법

1984년 UN의 고문방지협약(UNCAT; 고문 및 그밖의 잔혹하고 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약) 제1조 제1항은 고문을 “신체적이건 정신적인 것이건 간에 그 사람에게서 의도적으로 심한 고통이나 고통을 주거나 제3자의 정보나 자백을 얻어내는 행위”로 규정하고 있다. 이에 따르면 고문은 한 인간이 다른 인간의 신체 또는 정신에 고의적으로 큰 고통을 일으키고, 그 고통을 어떤 목적 달성을 위해 활용하는 행위, 피해자를 단순한 도구로 전락시키는 행위로서, 이는 절대적으로 금지된다.³⁵⁾

수면박탈도 많이 활용되는 고문방법중 하나이다.³⁶⁾ 눈을 가리거나 잠 안 재우기와 같은 고문 기법을 박탈고문으로 분류하여 포함한다.³⁷⁾ 고문은 국제법상 범죄이다. 제네바협약에서도 이를 반인도범죄 또는 집단살해행위에 해당하는 것으로 본다. 고문은 언제 어디서나 누구를 대상으로 하든 절대적으로 금지된다.

나아가 고문방지협약 제15조는 이러한 고문으로부터 얻은 진술은 어떤 소송에서도

35) AMNESTY, STOP TORTURE 고문 중단 미디어 브리핑 자료, 2014 고문, 5면.

36) AMNESTY, STOP TORTURE, 17면.

37) 이화영 외, 고문피해자 인권상황 실태조사, 국가인권위원회, 2011, 40면.

증거로 사용되지 않도록 보장한다고 규정하고 있다. 우리나라는 1994년 12월 국회 동의를 거쳐 1995년 1월 9일 비준하였다.

우리나라 현행 형사소송법상 고문의 금지는 헌법 제12조와 형사소송법 제309조를 통해 보장되고 있다. 2007년 개정 형사소송법은 나아가 피의자신문과정에서의 고문 방지를 위해 특히 변호인의 신문참여권도 보장하고 있다. 변호인의 피의자신문참여권은 정당한 사유가 있는 경우에 제한될 수 있다. 판례는 여기서 ‘정당한 사유’란 변호인이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있음이 객관적으로 명백한 경우’라고 보고 있다.³⁸⁾

세계인권선언(UNUDHR) 제5조는 “누구도 고문, 잔인, 비인간적 또는 모욕적인 대우나 처벌을 받을 수 없다”고 기술하고 있다. 국제민권협약(ICCPR) 제7조는 세계인권선언상 고문의 인권침해성 내지 범죄성을 마찬가지로 규정하고 있다.

국제사면위원회도 피의자신문중 수면박탈을 이용하는 것은 불법이며, 잔인하고 비인도적인 고문행위라고 보고 있다.³⁹⁾ 한편 수면박탈이 고문이나 아니냐의 문제는 수면박탈의 정도에 달려있다고 보는 입장도 있다. 즉 수면박탈이 고문인지 여부는 그 정도의 혹독성, 적용의 규칙성, 그리고 당시의 상황에 따라 다르므로 한마디로 금지된다, 또는 금지 안 된다 라고 정의하기는 어려운 문제라고 한다.⁴⁰⁾

국제사회에서 특히 테러용의자에 대한 수면박탈과 고문 등 가혹행위가 행해지는 경우가 많다.⁴¹⁾ 테러용의자에 대한 수면박탈과 고문은 종종 함께 사용되며, 이는 감각과 인지기능을 혼란시키고 기억력을 떨어뜨려 거짓정보나 허위자백으로 이어지기도 한다.⁴²⁾ 수면박탈로 얻은 정보와 진술은 오히려 더 의심스럽고 확인하기가 어려운 경우가 많다.⁴³⁾ 이로써 수면박탈이 허위자백으로 이어질 확률이 그만큼 높다는 것은 확실하다.

38) 대법원 2008.9.12. 선고 2008보793 결정.

39) 노컷뉴스, 2006.10.05. <https://www.nocutnews.co.kr/news/198811> (최종확인: 2019.7.17.)

40) 노컷뉴스, 2006.10.05. <https://www.nocutnews.co.kr/news/198811> (최종확인: 2019.7.17.)

41) SBS 뉴스 2009.06.09. http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1000605243 (최종확인: 2019.7.17.); WIKITREE 라이프, 2014.12.10. (최종확인: 2019.7.17.)

42) Newsweek 한국판, 2016.6.6. <http://newsweekkorea.com/?p=3032> (최종확인: 2019.7.17.)

43) Newsweek 한국판, 2016.6.6. <http://newsweekkorea.com/?p=3032> (최종확인: 2019.7.17.)

제2절 미국

1. 미국 연방 수정헌법 제14조의 적법절차원칙과 심야수사 내지 수면박탈

수정 헌법 제5조는 “누구도 적법절차 없이는 생명, 자유 및 재산”을 박탈당하지 않는다고 규정하고, 수정헌법 제8조는 미국시민은 야만적이고 잔인한 형벌로부터 보호된다고 규정하고 있으며, 수정헌법 제14조제1항은 “어떤 주도 적법절차없이 생명, 자유, 재산을 박탈”하지 못한다고 규정하고 있다. 이러한 미국 헌법 규정 어디에도 수면박탈이 위법한 신문방법이라는 찾아볼 수 없다. 그리하여 잠 안 재우기 내지 수면박탈이 고문인가 아닌가에 대하여 많은 논쟁이 제기되어 왔다.

먼저 판례법에서 수면박탈이 수정헌법 제8조의 야만적이고 잔인한 형벌에 적용을 받는가 하는 점으로 다루어져왔는데, 이에 대하여는 수정헌법 제8조는 유죄확정판결을 받은 자에 대하여만 적용된다는 이유로 제한적으로 해석해왔다. 다만 2014년 UN은 이러한 신문기법은 고문으로 정의내리는 보고서를 발간하였는데, 여기서 고문에 해당하는 수면박탈은 최대 180시간까지의 수면박탈이라는 극단적인 사례에 관련된 것이며, 통상적인 경찰에서의 피의자신문에는 거의 적용될 여지가 없다.

그 다음으로 미국의 경우에 수면박탈이라는 신문기법이 특히 구금된 테러용의자에 대하여 허용되는가 어디까지 허용되는가 하는 문제로 다루어져왔다. 테러 용의자를 취조하기 위해 수면박탈을 이용하는 것은 고문이 아니라고 보는 주장에서부터 고문이 아니라 강압적인 조치에 불과하다고 하는 견해 등이 있다. 이러한 주장의 배경에는 테러와의 투쟁에서 수면박탈을 고문으로 보아 금지할 경우 테러행위에 적절히 대응하기 어려울 것이라는 점이 자리하고 있다.

2. 판례의 입장

가. *People v. Guilford*, 96 AD 3d 1375(2012)

피고인은 2급중죄 살인으로 유죄판결을 받은 자이다. 체포 당시 피의자는 49시간 30분 동안 신문을 받았다. 신문종료 무렵 피의자는 변호인 접견을 요청하였고, 지방검사와 이야기하기를 원했다. 변호인 접견이 이루어지고 동시에 휴식이 주어졌다. 변호

인이 참여하는 동안 피의자는 비로소 자백을 하였다.

뉴욕주 법원 형사상고4부(Appellate Division of the Supreme Court of New York, Fourth Department)는 체포 후 49시간 30분 후에 행한 진술은 위법증거라는 피고인의 증거배제신청을 기각하였다. 그 이유는 비록 피고인이 구금중에 있다 하더라도 그가 조사관에 진술하기 전에 미란다 권리를 포기한 것으로 보았다. 무엇보다 법원은 기본적으로 49시간 동안의 신문동안에 얻은 진술은 증거에서 배제하였다는 점을 강조하였다. 나아가 법원은 유례가 없이 장시간의 신문동안에 행해진 진술은 임의성이 있다는 것을 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 입증할 부담을 충족시키지 못했다고 보았다.

이 판결에서 법원은 기본적으로 49시간 30분 동안의 신문은 유례가 없는 일이고 결코 용납되어서는 안 된다는 점은 분명히 했다. 그럼에도 법원은 49시간의 신문과 진술 사이에 8시간의 휴식시간이 있었다는 것을 이유로 피의자의 자백을 증거로서 허용된다고 판시하였다.

나. *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556(1954)

피의자는 부모를 살해한 혐의로 경찰조사를 받게 되었는데 신문과정에서 4일간 조사를 받았다. 신문시간을 살펴보면 사건당일인 화요일은 저녁 9시부터 10시 30분까지, 수요일은 오전 10시부터 밤 11시30분까지 받았으며, 다음날인 목요일 오후 2시에 신문이 시작되어 금요일 오전 8시 30분까지 구금 신문을 받았고, 금요일은 오전 8시 30분에 구금이 종료된 후 귀가하여 오후 5시에 다시 경찰서에 출석하여 신문을 받고 이 과정에서 자백을 한 사안이다.

이 사안에서 쟁점은 피고인의 자백이 강요에 의한 것인가 하는 점이었다. 왜냐하면 강요에 의한 자백은 수정 헌법 제14조의 적법절차 위반으로서 증거로서 사용하지 못하기 때문이다. 피의자는 4일간의 조사를 받고 풀려났지만, 매우 피곤한 상태였으며, 이 상태에서 자백을 한 것이고 따라서 이러한 상태에서 얻은 자백을 증거로 사용할 수 있는가 하는 점이 문제된 것이다. 이에 대하여 미국 연방대법원은 피의자의 자백은 변호인의 조력없이 보호받지 못한 상태에서 행한 것으로서 미국 수정 헌법 제14조의

적법절차 위반이며 증거로 사용할 수 없다고 판시하였다.⁴⁴⁾

다. *Blackburn v. Alabama*, 361 US 199(1960)

피의자는 강도의 혐의로 체포되었으며 그에 대한 신문은 좁고 폐쇄적인 신문실에서 경찰관 3명과 함께 오후 1시부터 1시간의 식사시간을 제외하고 밤 10시까지 행해졌다. 당시 피의자는 정신분열증적 반응과 편집증적 성격특성이 있다고 진단을 받은 상태였다.

미국 연방대법원은 정신병이 있는 피의자를 8시간 이상 신문하여 이로부터 얻은 자백은 수정 헌법 제14조의 적법절차 위반이라고 판시하여 그 자백의 증거능력을 부정하였다.⁴⁵⁾

라. *Reck v. Pate*, 367 U.S. 433(1961)

피의자는 살해혐의로 체포되었는데, 당시 피의자는 19세이지만 10-11세 정도의 지능수준으로 판단된 자이다. 수요일 체포된 피의자는 토요일 자백을 하였다. 신문과정을 보면 피의자가 체포된 당일인 수요일 오전 11시 영장없이 체포되어 3개 경찰서를 전전하며 조사를 받았으며 목요일에는 아침 10시부터 한 경찰서에서 6~7시간 동안 지역에서 일어난 다양한 범죄에 대하여 심문을 받았으며, 늦은 밤에는 수사과로 인치되어 조사를 받았다. 금요일에는 이른 오후에 조사가 재개되었고, 오후 9시 30분까지 신문을 받았으며, 피의자는 극도로 긴장한 상태에서 지속된 스트레스로 인하여 상당량의 피를 토하였으며, 10시 15분에 병원으로 후송되었다. 그 다음날인 토요일 오후 5시 55분경 피의자는 자신이 살인에 가담하였다고 자백하였다.

1심에서는 피의자의 자백이 살인의 유죄의 증거로 채택되어 199년간의 징역형을 선고받았다. 항소심에서도 이 판결이 그대로 유지되었다. 이후 피고인은 그의 자백이 강요에 의해 한 것이며, 따라서 수정 헌법 제14조의 적법절차 위반이라고 상고하였다. 이에 대해 주 대법원은 이 사안에 대하여 적법절차 위반이 아니라고 판시하였다.

44) <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/556.html> (최종확인: 2019.7.26.).

45) <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/361/199.html> (최종확인: 2019.7.26.).

미국 연방대법원은 피고인이 강요에 의해 행한 자백을 증거로 사용한 것이 수정 헌법 제14조의 적법절차 위반인가에 대하여 장시간의 구금, 신문방법, 그리고 고립상태 등을 고려하여 피고인의 자백은 강제성이 인정되며 이 자백을 증거로 채택한 재판은 수정 헌법 제14조의 적법절차 위반이라고 판시하였다.⁴⁶⁾

마. Darwin v. Connecticut, 391 US 346(1968)

피의자는 살인의 혐의를 받고 구금되었으며, 구금기간동안 변호인은 경찰관에게 수차 연락을 시도하였으나, 실패하였다.

경찰이 30시간에서 48시간동안 피의자를 감금하고 변호인을 포함한 외부와의 연락을 취하지 못하게 하고 고립시키고 또 휴식을 취하도록 하지 않은 사실 등 전체상황을 고려해볼 때 이러한 상황에서 얻은 자백은 임의성을 인정하기 어렵다고 판시하였다.⁴⁷⁾

바. Ashcraft v. Tennessee, 322 U.S. 143(1944)

피의자는 36시간 이상 잠도 안재우고 휴식시간 없이 경찰관들로부터 연달아 신문을 받았으며, 그 결과 자백을 하였고, 이를 근거로 살인의 유죄가 확정되었다.

테네시 주의 하급심에서는 피고인의 자백은 강요에 의한 것이 아니라고 판시하였으나, 테네시 주대법원은 잠도 안 재우고 휴식없이 누구와도 이야기를 나눌 기회도 안주고 36시간 연속해서 신문한 후에 얻은 자백은 강요된 자백이며 임의성 없는 자백으로서, 수정헌법 제14조의 적법절차 위반이라고 판시하였다.

미국 연방대법원 또한 주 대법원의 판결을 그대로 따르고 있는데, 즉 피고인의 자백은 임의성이 없는 강요에 의한 것이며, 수정 헌법 제14조의 침해라고 판시하였다.

46) <https://www.courtlistener.com/opinion/106278/reck-v-pate/> (최종확인: 2019.7.26.).

47) <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/391/346.html> (최종확인: 2019.7.26.).

제3절 영국

영국의 경우에도 경찰 및 형사증거법 1984(Police and Criminal Evidence Act 1984; PACE)에 의해 경찰의 구금중 처우와 권리보장 그리고 피의자신문방법에 대한 실무규정을 두고 있다. 특히 형사증거법과 이에 근거한 실무지침 (PACE CODE C of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers)에서 경찰의 구금중 피의자의 권리고지(The notice of rights and entitlements)를 보장하고 있다. 즉 체포 내지 구금되는 피의자는 그의 권리에 대하여 고지받도록 되어 있으며, 고지받아야 하는 권리는 변호인의 조력을 받을 권리에서부터 의료처우를 받을 권리, 피의자신문시 진술거부권 행사 및 신문실의 쾌적한 환경 조성, 불복방법, 구금기간에 대한 규정에 이를 정도로 광범위하다.

이러한 피의자의 권리 가운데 심야조사와 관련된 규정은 피의자 신문중이라 하더라도 하루 3번의 식사는 제공되어야 하며, 24시간 동안 적어도 8시간의 휴식을 보장해주어야 하고, 2시간마다 음용권을 보장해주어야 하며, 그렇지 않은 피의자신문은 금지된다고 하는 규정이다. 영국의 경우 피조사자의 수면권과 휴식권을 보장해주지 않은 피의자신문 중 얻은 진술은 허위자백 내지 허위진술일 가능성이 높다고 본다. 야간 및 심야조사와 관련하여서는 피의자신문 시 일정한 시간마다 휴식시간을 보장하고 있다는 점은 피의자의 권리보장중 중요 사항으로서 2시간의 조사시간 후에는 음료를 제공하거나, 24시간의 구금 중 최소 8시간은 휴식시간으로 보장됨을 명문화하고 있다.⁴⁸⁾

다만 영국의 경우에도 피의자신문중 휴식권 보장은 예외 사유가 있는 경우에는 지연되거나 중단될 수 있도록 되어 있다. 구체적으로 예외사유를 보면 다음과 같다.⁴⁹⁾

- ① 조사가 지연되거나 방해받지 않을 것으로 믿을 수 있는 타당한 이유가 있는 경우
 - 사람에게 대한 위협이나 재산의 심각한 손실이나 손상위험을 수반하는 경우
 - 석방을 불필요하게 지연시키는 경우

48) Notice of rights entitlements code C <https://www.gov.uk/guidance/police-and-criminal-evidence-act-1984-pace-codes-of-practice> 참조.

49) PACE Code C 12.2 참조.

- 피의자조사 결과에 왜곡시키는 경우
- ② 당사자 및 신뢰가능한 성인 또는 법률대리인의 요청(REQUEST)이 있는 경우
- ③ 조사의 지연이나 중단이 필요한 경우
 - 피조사자의 체포와 구금의 정당성 심사와 구금연장을 위해 서류와 증거가 필요하고 조사자와 협의하여 24시간부터 36시간까지 기소없이 구금을 연장할 필요가 있는지를 고려하는 경우⁵⁰⁾
 - 의료처우가 필요한 경우

여기서 ①의 예외적 사유로 인해 조사가 중단되는 경우에는 기간은 새로이 기산되며, ②와 ③의 사유로 조사가 중단되는 경우에는 그 기간은 새로이 기산되지 않는다.

제4절 독일

1. 독일 형사소송법상 심야조사의 허용 여부

독일의 경우 피의자신문조서는 수사기관에서 뿐만 아니라 공판단계에서도 중요한 자료로 사용되고 있는 점은 우리나라와 마찬가지로이다.⁵¹⁾ 피의자신문은 특히 시간이 촉박할 때에는 피의자에게 뿐만 아니라 경찰에게도 마찬가지로 매우 부담스럽다고 한다.⁵²⁾

이미 독일은 1950년 10월 1일에 형사소송과 관련된 기본법 원칙을 구체화하는데 초점을 맞추고 인신구속제도의 사법적 통제를 강화하였다. 그리하여 독일 형사소송법 제136조a에는 가혹행위, 혹사, 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면 등 금지되는 신문방법을 명시적으로 규율하여 피의자신문과 관련해서도 인간으로서의 존엄이 최대한 보장되도록 했다.

이로써 피의자신문 시 허용되지 않는 신문방법을 사용하여 얻은 진술은 증거로

50) PACE Code 15 참조.

51) Ernst-Walter Hanack, StPO, 2004, Rn.13.

52) Sebastian M. Klingenberg, Die Vernehmung eines Beschuldigten, 2017. 자료소개는 <https://www.talentrocket.de/karrieremagazin/details/die-vernehmung-eines-beschuldigten-verbote-ne-vernehmungsmethoden-und-folgen> (최종확인: 2019.7.31.). 참조.

사용할 수 없음을 명확히 하고 있다. 금지된 신문방법은 제136a에서 열거한 사유에 제한되지 않는다.

독일 형사소송법에 의하면 야간의 주거 압수·수색은 원칙적으로 금지된다(독일 형사소송법 제104조). 동조에서는 야간(Nachtzeit)의 개념을 명확히 구체적으로 규정하고 있는데, 이에 따르면 4월 1일부터 9월 30일 사이에는 저녁 9시부터 아침 4시를, 10월 1일부터 3월 31일 사이에는 저녁 9시부터 아침 6시를 의미한다(동조 제3항). 다만 현행법을 추적하거나 긴급을 요하는 경우 또는 탈출한 죄수를 다시 체포하기 위한 경우에만 주거, 상업공간, 위요지(圍繞地)에 대한 야간수색이 허용된다(동조 제1항).

2. 금지된 신문방법과 심야조사

가. 독일 형사소송법상 금지된 신문방법

독일 형사소송법상 금지된 신문방법에 대한 규정내용은 다음과 같다.

독일 형사소송법 제136조의a

①가혹행위, 혹사(Ermüdung), 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사표현의 자유를 침해 하여서는 안 된다. 형사절차법이 허용하는 경우에 한하여 강제수단을 허용한다. 형사절차규정에서 허용하지 않는 처분을 수반한 협박 및 법률로 규정하고 있지 않은 이익의 약속은 금지된다.

②피의자의 기억력이나 인지능력을 침해하는 처분은 허용되지 않는다.

③제1항과 제2항의 금지는 피의자의 승낙과 관계없이 효력을 갖는다.

이들 금지에 위반하여 얻어진 진술은 설령 피의자가 동의할지라도 이를 증거로 사용할 수 없다.

1) 의의

독일 형사소송법 제136조의a의 금지된 신문방법 규정은 인간의 존엄을 보장하는데 그 목적이 있으며, 허위진술을 방지하고 형사절차의 기능화를 방지하는데 부차적인 목적이 있는 것으로 이해되고 있다.⁵³⁾ 따라서 여기서 열거하고 있는 금지된 신문방법은 이에 한정하지 않고, 나아가 피의자의 의사결정과 의사활동의 자유를 침해하는

53) Ernst-Walter Hanack, StPO, §136a, Rn.3.

모든 신문방법에 적용된다.⁵⁴⁾

독일 형사소송법상 금지된 신문방법의 경우 이로부터 얻은 진술의 임의성 여부에 대한 판단에서는 피고인의 '의사결정의 자유'가 침해되었는가 여부가 그 기준이 된다. 즉 자백이 임의성이 있다고 판단하려면 피고인에 대한 물리적·심리적 강제가 없어야 함은 물론이고, 신문기법이나 신문의 전체적인 상황에 비추어 피의자의 의사결정의 자유가 침해되었다면 임의성이 없는 것으로 보아야 할 것이다.⁵⁵⁾

금지된 신문방법으로 얻은 진술내지 자백은 증거로 사용할 수 없다. 금지된 신문방법으로 인한 진술의 경우 그것이 피고인에게 유리한가 불리한가 하는 점은 중요하지 않다. 진술이 피의자 피고인에게 유리한 것이라 하더라도 본 규정에 따라 증거로 사용할 수 없다. 왜냐하면 법이 허용되지 않은 신문방법 그 자체는 배제되어야 한다고 규정하고 있기 때문이다.⁵⁶⁾ 다만 피의자·피고인이 사후에 증거로 사용하는 것에 동의하는 것은 상관없다.

금지된 신문방법 규정은 이로부터 획득한 모든 진술이 증거방법으로 결정에 적용되는 모든 절차단계에 적용된다. 공동피의자·피고인에게도 적용된다. 전체 진술이 모두 금지된 신문방법으로 획득한 것이 아니라면 그 해당부분이 아닌 진술은 증거로 사용될 수 있다.

금지된 신문방법과 자백 사이에는 인과관계가 있어야 한다. 피고인이 인과관계를 반드시 입증할 필요는 없다.

2) 적용범위

독일 형사소송법 제136조의 a는 금지된 신문방법을 규정하고 있다. 이 규정은 법원, 검찰 그리고 경찰단계에서의 피의자 피고인 증인, 그리고 감정인신문에 적용된다. 경우에 따라서는 진술강요죄로 형사소추의 대상이 될 수도 있다(독일 형법 제343조). 특히 수사기관의 경우 이 규정의 일차적인 적용대상으로서 이들의 수사활동은 본 규정의 핵심대상이다.

54) Ernst-Walter Hanack, StPO, §136a, Rn.3.

55) 권영법, 현대심리신문기법과 허위자백 : 현대 심리신문기법에 의한 허위자백 유발에 대한 원인 분석과 형사소송법상 대응책의 검토를 중심으로, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012 가을호, 102면.

56) Ernst-Walter Hanack, StPO, §136a, Rn.63.

나. 심야수사로부터 얻은 진술의 증거능력 여하

독일 형사소송법상 가혹행위, 혹사(Ermüdung), 신체침해, 투약, 학대, 기망 또는 최면에 의하여 피의자의 의사결정 및 의사표현의 자유를 침해하는 것으로서 이로부터 얻은 진술은 설령 피의자가 동의할지라도 이를 증거로 사용할 수 없다. 사람의 기억력과 인지능력 그리고 의사결정의 자유를 침해하는 모든 처분은 금지된 신문방법에 해당한다. 금지된 신문방법은 단지 기억능력이나 인지능력 그리고 자유로운 의사결정을 침해하는 경우에만 적용되므로 적절한 신문방법인 경우에는 당사자가 동의하지 않아도 행할 수 있다. 이와 관련하여 심야신문 내지 조사가 금지된 신문방법인가 하는 점에 대하여 다투어지고 있다.⁵⁷⁾

1) 학설의 입장

학설은 야간·심야조사 자체는 독일 형사소송법 제136조의a에 의해 일반적으로 금지되는 신문방법은 아니라고 한다.⁵⁸⁾ 즉 야간·심야시간에 심문하는 것은 원칙적으로 금지되지 않는다. 다만, 야간·심야조사로 인해 피로하여 의사결정의 자유가 침해될 때에는 이로부터 얻은 진술의 증거능력은 배제된다. 피로란 피의자가 쉬고 싶다는 상태에서 심각한 피로로 인해 의사자유가 침해되는 것이다. 피의자·피고인이 매우 피곤해한다는 것을 알면서도 계속 신문을 하거나, 신문을 시작하는 것을 말한다. 언제 피로한 상태인가는 개별적인 상황에 따라 판단하여야 한다. 여기서 개별적인 상황이란 피고인이 기력이 쇠하여 명백히 잠자고 싶어할 때, 알콜섭취나 과로로 야간휴식이 주어지지 않을 때, 장시간의 신문 특히 야간의 장시간 신문에 의해 의사자유가 침해되는 때에는 금지된 신문방법에 해당한다.

진술인은 신문에 응하지 않거나 대답하지 않아도 되며, 그냥 잠을 잘 수 있다. 장시간 동안 지속되는 신문동안 진술인은 신문에 응할 것인지 여부에 대해 반복해서 질문을 받을 수는 있다. 신문을 받는 시기와 종기의 시간, 휴식시간 등은 조서에 기재된다. 신문인은 진술인이 응하지 않는다는 인상을 가지게 되면 신문인은 적절한 메모로

57) Klaus Habschick, Erfolgreich Vernehmen, 4.Aufl., 2016, 221면 ; Ernst-Walter Hanack, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: §§72~136a, 2004, Rn. 19, 483면.

58) Horst Clages(Heraus.) Der rote Faden: Grundsätze der Kriminalpraxis(11.Aufl), 2004, 184면.

신문을 종결한다.

2) 판례의 입장

독일 연방대법원은 일관하여 야간 신문은 그 자체로 형사소송법 제136조의a 위반은 아니라고 일관하여 판시하고 있다.⁵⁹⁾

중대범죄의 경우 특히 야간수사가 허용될 수 있는데, 이는 신문이 수사의 이익을 위해 필요할 때 허용된다.⁶⁰⁾ 물론 이 경우에도 피의자가 피로감으로 인해 자유로운 의사결정이 침해되어서는 안 된다.⁶¹⁾ 피의자가 극도로 피곤한 상태에서 행한 신문은 위법하며, 이는 자유로운 의사결정을 침해하기 때문이다.

결국 독일 형사소송법상 심야조사 내지 신문 그 자체는 금지되는 것은 아니지만, 피의자·피고인이 장시간 신문으로 인해 극도로 피곤해 해서는 안 된다는 것이 기본원칙으로 이해된다. 신문자가 피곤함을 느끼는 경우 더 이상 신문을 계속해서는 안 된다. 수사기관은 의도적으로 피로한 상태를 야기하고 이를 이용하여 진술을 얻는 것도 허용되지 않는다.⁶²⁾ 결국 이 경우 금지되는 신문방법에 해당하는가를 판단함에 있어서 기준은 피로감이라는 객관적 상태이며, 스스로 피로를 자초했는가 여부는 중요하지 않다.

59) BGHSt 1, 376. 이에 대한 상세한 소개는 Klaus Habschik, 222면; Ernst-Walter Hanack, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: §§72~136a, Rn.19.

60) BGHSt 1, 376.

61) BGHSt 12, 332. ; Klaus Habschik, Erfolgreich Vernehmen, 4.Aufl., 2016, 221면.

62) Ernst-Walter Hanack, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: §§72~136a, 2004, Rn.20.

제5절 일본

1. 피의자신문과 심야조사

일본의 경우 피의자신문은 임의조사를 원칙으로 한다. 즉 일본 형사소송법 제193조는 “사법경찰직원은 범죄 수사를 하는 내용이 필요할 때에는 피의자의 출석을 요구하고 그에 대해 조사할 수 있다. 단, 피의자는 체포 또는 구금되는 경우를 제외하고는 출석을 거부하거나 출두 후 언제라도 퇴거할 수 있다”고 규정하고 있다.⁶³⁾

장시간 조사 내지 심야조사의 허용여부에 대하여 일본 형사소송법은 아무런 규정을 두고 있지 않으며, 특별한 제한도 두지 않고 있다. 심야에 체포영장을 집행하는 것도 불법이 아니다. 그럼에도 수사관행과 관련하여 문제가 제기되고 있다. 언론보도에 의하면 여성용 유치장이 없는 지역에서 체포된 후 여성용 유치장이 있는 지역으로 이송 후 경찰서에서 아침 9시 내지 10시 정도부터 밤 11시 반 정도까지 조사가 계속 이어지고 이후 밤 11시 반경부터 또 다시 고속도로를 이용하여 차로 호송되어 체포된 지역의 경찰서에 돌아가는데, 통상 밤 12시 반부터 1시경에 돌아오며, 이런 일이 20일간 계속하여 반복적으로 행해진 경우도 있다고 한다.⁶⁴⁾

2. 심야조사 및 장시간 조사 관련 규정

일본에서 심야조사를 규제하는 법령으로는 일본 범죄수사규범(昭和三十二年国家公安委员会規則第二号 犯罪捜査規, 국민안보위원회규칙 제2호, 2003년 6월 1일 시행)이 있다. 이 규범은 1957년 제정된 국가 공안위원회 규칙이며, 경찰이 수사활동 시 지켜야 할 마음가짐과 수사 방법, 절차 등을 규정하고 있는 규칙이다.

규범 제8장 조사의 제168조 제3항에 따르면 심야 또는 장시간에 걸친 조사는 원칙

63) 일본의 경우 경찰에서 체포하면 불구속 입건까지 48시간 구금할 수 있으며, 검찰은 24시간 이내에 수사를 실시하게 되어 있지만, 수사가 장기화되는 경우도 많으며, 이 경우 기소 전에 구금할 수 있는 기간은 최대 20일에 이른다. 즉, 체포 이후 피의자는 최대 23일까지 구금이 가능하다. 그동안 피의자는 대부분의 경우 법률로 정해져 있는 구치소가 아닌 장기 구금에 적합하지 않은 경찰 유치장(대용 감옥)에 수용된다.

64) https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/list/data/citizens_meeting (최종확인: 2019. 7.27.).

적으로 피해야 할 취지로 규정하고 있다. 이에 따르면 “조사는 부득이한 사유가 있는 경우 외에 심야 또는 장시간에 걸쳐 실시하는 것을 피해야 한다”고 한다.

일본 범죄수사규범 제168조

- ①조사를 실시함에 있어, 강제, 고문, 협박 기타 진술의 임의성에 대해 의심을 가지게 하는 것과 같은 방법을 사용해서는 안 된다.
- ②조사를 실시함에 있어 자기가 기대하거나 원하는 진술을 상대방에게 시사하는 등의 방법으로 함부로 진술을 유도하고 진술의 대가로 이익을 공여할 것을 약속하고, 기타 진술의 진실성을 의심할 수 있는 방법을 사용해서는 안 된다.
- ③조사는 부득이한 사유가 있는 경우 외에 심야 또는 장시간에 걸쳐 실시하는 것을 피해야 한다.

그런데 실무상으로 부득이한 경우나 자정 그리고 장시간이라는 개념에 대한 구체적인 정의에 대한 아무런 규정이 없다보니 수사 필요성 등으로 심야조사나 장시간조사가 행해지곤 한다. 이에 대하여 일본 중위원인 이사가 노부히코(井坂信彦)는 “어쩔 수 없는 경우”, “자정”, “장시간”을 상세히 정의할 필요가 있으며, 이러한 심야조사는 관리감독 대상 행위가 아니라 원칙적으로 금지한다는 규정을 두는 것이 타당하다는 문제제기를 한 바 있다. 수사의 필요성이나 긴급성이 있는 경우, 심야에 체포 된 경우에도 국제인권 규범을 고려하여 일정한 제한규정을 명확히 두는 것이 타당하다는 것이다.⁶⁵⁾ 이러한 문제제기에 대하여 아베신조(安倍晋三) 총리는 조사를 할 시간대 및 조사를 계속하는 시간은 범죄수사규범 제168조 제3항에서 “조사는 어쩔 수 없는 이유 이외에도 심야 또는 장시간에 걸쳐 실시하는 것을 피해야 한다”고 규정되어 있지만, 경찰이 각종 사건이나 상황에 대응하고 정확한 수사를 하기 위해서는 동조항에서 「부득이한 사유가 있는 경우」, 「심야」 및 「장시간」의 내용을 확일적으로 결정하는 것은 적당하지 않다는 답변을 내놓은 바 있다.⁶⁶⁾ 그리고 하루 8시간 이상 조사할 경우에는 수사기관의 기관장의 사전승인을 얻도록 함이 타당하다고 한다.⁶⁷⁾

65) http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/a186240.htm (최종확인: 2019.7.27.).

66) http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/b186240.htm (최종확인: 2019.7.27.).

67) 法務省, 被疑者取調への録音・録画の在り方について~これまでの検討状況と今後の取組方針~, 2010.6.18면. <http://www.moj.go.jp/content/000076307> (최종확인: 2029.7.26.).

3. 판례의 입장

가. 가고시마 부부 살인사건(福岡高判昭 61·4·28 判時1201号3頁, 1969)

1) 사실관계 및 경과

1969년 1월 15일, 가고시마현 가노야시(鹿児島県鹿屋市) 마을 농가의 부부가 살해되었다. 1월 18일에 사건이 발각되고 사건으로부터 3개월 후 피해자들의 지인이었던 남성이 범인이라고 의심받아, 사기로 별건체포되었다. 그 후, 경찰에 의한 장기간의 구속 끝에 범행을 자백하여 부부는 살인 혐의(병합죄)로 기소되었다.

피고인은 별건체포되어 경찰서에 인치된 날(1969년 4월 13일)에 본건의 조사를 받고 그때부터 본건으로 기소(같은 해 7월 25일) 될 때까지 3개월 이상 4일 정도를 제외하고 매일 평균적으로 아침 8시경부터 밤 11시경까지, 같은 해 1월 15일 밤(범행 당일)의 행동을 중심으로 거짓말하지 말라고 고함치는 등의 엄격한 조사를 받았다. 그 가운데 4월에는 매일 아침부터 저녁 12시경까지 경찰서장 관사에서 받고, 5월에 들어서는 2, 3일씩 시간을 두고 10일 정도 경찰관 숙소에서 한쪽 손에 수갑을 차고, 허리끈을 경찰관이 잡고, 몇 명의 경찰관에 둘러싸인 상태에서 고함치는 등 5월 중순 이후 심장병(좌실비대증, 관부전증), 저혈압 증후군 불면증 미열이 계속되고, 그것이 6월 이후 불면증 및 발열이 심해 다리에 붓기가 있었지만, 수사관은 이를 알면서도 수사를 계속하였다.

2) 판시내용

1심과 항소심에서 두 살인죄의 성립이 인정되어 징역 12년(구형은 징역 15년)의 유죄판결이 나왔다. 이에 대해 일본 최고재판소는 법령 위반 및 중대한 사실오인을 이유로 판결을 파기하였으며, 파기환송심에서는 무죄가 선고되었다.

나. 기숙사 강도 미수사건(東京地判昭 62·12·16 判時1275号35頁, 1987)

피고인이 1985년 4월 11일 오전 3시경 도쿄도 이타바시구(板橋区)에 있는 여자 기숙사에 침입한 범인이 금품을 몰색 중에 깨어 여성에게 체포를 면하기 위해 폭행을 한 것 이외에도 강간을 하려고 했지만, 피해자가 저항하여 그 자리에서 도망갔고

주거침입, 강도강간 미수죄가 된 사안이다.

경찰은 구금 연장 후 같은 해 7월 23일경부터 갑자기 피고인의 심문시간을 오랫동안 잡고 연일 거의 밤 9시경, 늦을 때는 심야까지 조사하였고 그 동안 종종 큰소리로 고함을 치거나 취조용 책상을 손으로 두드리는 등 피고인을 위협하였다. 이후 같은 달 30일에 경찰의 조사에 이르러서는 피고인이 앉아있는 의자의 하부를 발길질하였으며, 이는 오후 6시 10분부터 다음 31일 자정 30분경까지 계속되었다.

31일에는 1시 30분경부터 3시간 경에 걸쳐 비슷한 조사를 실시하였고 당일 밤에도 조사가 계속되었다. 만일 피고인이 부인하면 경찰관은 큰 소리로 고함을 지르거나 손가락으로 피고인의 머리를 찌르기도 하였다.

도쿄지방법원은 피고인의 자백에 대한 모든 가능성을 부정하고 무죄의 판결을 선고하였다.

제6절 호주

호주의 경우 테러리스트에 대한 수면박탈이 고문인가에 대하여 정치권에서 열띤 찬반논쟁이 일어났고, 인터넷신문에서 행한 네티즌 여론 조사에 따르면 네티즌의 70%가 수면박탈은 언제나 고문이라고 응답하였으며, 수면박탈시간에 따라 다르다고 응답한 비율이 26%, 고문이 아니라고 응답한 비율은 4%로 그쳤다.⁶⁸⁾

제7절 소결

비교법적 검토 결과 기본적으로 분명한 것은 형사절차에서 자백은 여전히 증거의 꽃으로 선호되고 있다는 점이다. 따라서 수사의 목적은 자백을 획득하는데 있을 수밖에 없다. 자백을 획득하는 과정에서 종종 고전적인 방법이 사용되고 있지만, 이에 대한 명확한 기준이 없다보니 그 허용여부는 항상 논란의 핵심이 되고 있다.

68) 노컷뉴스, 2006.10.05. <https://www.nocutnews.co.kr/news/198811> (최종확인: 2019.7.17.).

소위 ‘잠 안 재우기’도 고전적 수사방법에 해당한다. 각국에서도 잠 안 재우기를 통한 자백 획득을 하나의 자백을 얻기 위한 신문기법으로 사용하고 있지만, 그 허용여부와 근거 등에 대하여 일률적으로 말하기 어려울 만큼 각 나라마다 조금씩 규정이나 판례 입장을 달리하고 있다.

미국과 영국 그리고 독일 등 국가에서는 수사단계에서 피의자신문시 지켜야 할 인권보호가이드라인이 마련 시행되고 있으며, 그 준수여부를 철저히 체크하고 있음을 알 수 있다. 피의자신문시 미란다원칙에 따른 진술거부권과 변호인의 조력을 받을 권리를 비롯하여 신뢰관계인의 동석과 긴급한 의료처치를 받을 권리, 통역이나 번역이 필요한 경우 도움을 받을 권리, 의료처우를 받을 권리, 가족이나 친지 등에 구급사실의 통지 등의 권리 등은 주요한 보장장치임을 알 수 있다.⁶⁹⁾ 다만 일본의 경우는 심야조사나 장시간 조사에 대하여 문제제기가 없는 것은 아니나, 정부의 기본방침은 심야 혹은 장시간 조사에 대한 구체적이고 명확한 규정을 두는 것에 다소 소극적임을 알 수 있다.

다만 비교법적으로 심야조사만 별도로 살펴볼 것은 아니며, 형사절차 전반에 걸쳐 관행이나 제도를 역사 내지 법문화적으로 심층분석할 필요는 있으며, 각 나라마다 고유의 문화와 관행이 있는 것은 당연하다. 미국의 경우에도 수사기관에 피의자신문시 조서에 작성한다거나 하지는 않으며, 피의자 인터뷰시 서류에 작성하지 않는다. 나아가 조서에 작성하는 경우에도 이를 그대로 증거로 사용하느냐는 별론이며, 이도 나라마다 다르다. 우리나라처럼 심야조사가 일종의 수사관행 내지 수사기법으로 자리 잡아온 경우와는 좀 구분해서 보아야 할 필요는 있다.

69) 이에 대한 상세한 가이드라인은 영국의 Police code of Practice C(Code C: Revised Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers)에서 찾아볼 수 있다. 여기서는 체포 구속시에 보장되는 권리를 열거하고 있다. Notice of rights entitlements code C <https://www.gov.uk/guidance/police-and-criminal-evidence-act-1984-pape-codes-of-practice> (최종확인: 2019.7.25.).

제 5 장



심야조사와 인권침해방지 방안 모색을 위한 비판적 검토

심야조사와 인권침해방지 방안 모색을 위한 비판적 검토

제1절 심야조사 내지 잠 안 재우기 조사와 허위자백 가능성 실증 연구 결과

1. 자백의 중요성과 허용가능한 신문기법

수사단계는 밀행성이 크게 작용하는 단계로서, 여기서 자백의 원인이나 경위를 정확히 파악하는 것은 쉬운 일은 아니다.⁷⁰⁾ 주지하다시피 자백은 재판에서 매우 중요한 증거이며, 이를 얻기 위한 다양한 신문기법을 발전시켜왔다. 물론 이런 신문기법은 자백의 임의성법칙 내지 보강법칙을 무력화할 만큼 정교하게 개발된 것이다.⁷¹⁾

아래 표는 형사절차에서 자백의 중요성을 말해주는 것이다.

〈표 5-1〉 최근 9년간 자백 여부

	전체범죄	자백	일부자백	자백+일부자백	자백/전체(%)
2017	1,685,461	895,796	161,745	1,057,541	62.7
2016	1,847,605	1,000,288	173,413	1,173,701	63.5
2015	1,771,390	950,299	172,149	1,122,448	63.4
2014	1,712,435	936,912	169,649	1,106,561	64.6
2013	1,741,302	968,720	170,238	1,138,958	65.4
2012	1,723,815	968,017	180,396	1,148,413	66.6
2011	1,815,233	1,000,804	182,449	1,183,253	65.2
2010	1,986,319	1,650,888	228,879	1,879,767	94.6
2009	2,333,715	1,832,286	381,275	2,213,561	94.9

* 출처: 경찰청, 범죄통계 재구성 2009~2017

70) 하태인, 자백의 증명력 판단에 관한 실질적 기준의 정립, 형사법연구 제23권 제3호, 2011.3, 241면.

71) 권영법, 94면.

자백은 2010년을 기점으로 줄어들긴 했지만, 여전히 자백사건은 전체사건에서 중요한 비중을 차지하고 있다.

그리고 재판에서도 고문 및 명백한 학대나 가혹행위, 협박이나 약속 그리고 기망이 아닌 어느 정도의 신문기법은 허용되고 있는 것은 사실이다.⁷²⁾ 그런데 ‘어느 정도’의 신문기법이 허위자백을 야기할 수도 있다는 사실은 매우 중요한 의미를 갖는다. 허위자백과의 관계는 최근에 연구를 통해 밝혀지고 있는 만큼 소위 수사기법이나 신문기법에 대한 연구가 활발히 이루어지고 있다. Bedan와 Radeler의 보고서에 의하면 350건의 오판 중 49건이 허위자백으로 인한 것임이 밝혀졌고, 더욱 놀라운 것은 위 허위자백이 임의적으로 이루어졌다는 것이고 거기에 법이 금지하는 어떠한 불법적인 압력도 없었다는 사실이다.⁷³⁾ 허위자백은 수사실무에서 그다지 드문 일이 아니다. 미국의 경우에는 전체사건중 25% 정도가 거짓자백으로 오판에 이른 사건이라고 한다.⁷⁴⁾ 최근 조사에서도 허위자백은 자백사건 중 거의 5%에 달한다는 사실이 밝혀진 바 있다.⁷⁵⁾

이런 맥락에서 본다면 야간 및 심야조사의 경우 명백히 불법은 아니라 하더라도 피의자의 심리에 영향을 미치고 이로 인해 허위자백의 가능성도 배제하기 어려운 것이다.

2. 심야조사와 허위자백의 가능성

잠 안 재우기 신문방법은 피의자의 심리를 극도로 위축시켜 제대로 방어권을 행사하지 못하도록 하며 이러한 피의자로 하여금 자백하도록 유혹하거나 강요하게 될 위험성도 크다는데 대하여는 이론이 없다.⁷⁶⁾ 무엇보다 잠 안 재우기는 피고인의 방어권 보장이라는 측면에서 자백의 임의성을 탄핵하기 위해 입증하기가 매우 곤란한 사유라는 특성을 갖고 있다.⁷⁷⁾

대법원은 그에 앞서 이미 소위 윤노파 살해사건으로 세간에 알려진 사건에서 잠

72) 권영법, 95-96면; 이재상/조균석, 형사소송법, 2015, 570면.

73) 권영법, 96면.

74) <https://www.countingsheep.net/torture-sleep-deprivation> (최종확인: 2019.7.26.).

75) Carol Henderson/Jules Epstein, The Future of Evidence, Science & Technology Law, 2011, 250면.

76) 이재상/조균석, 567면; 신동운, 형사소송법, 2010, 1120면; 임수빈, 40면.

77) 이기수, 232면.

안 재우기 수사방법이 갖는 위험성, 허위자백가능성 등을 통찰한 바 있다. 즉 대법원은 당시 판례에서 “통상 피의자는 임의로운 상태에서도 진실에 부합하지 않는 또는 진실에 반하는 자백을 하는 경우가 있으며, 특히 신문을 받는 자가 외부와 격리되어 가족이나 변호인의 면접, 선임 등 방어방법이 차단된 채 위법된 장기구속 상황하에서 자기를 진범이라고 확신하는 경찰관원들로부터 교대하여 집중적이며 야간에도 잠을 재우지 않는 등 방법으로 범행 당일의 피고인의 행적에 대하여 12회나 진술을 반복하는 등 조사를 받은 이 건에 있어서와 같은 경우에는 통상인으로서 스스로 방어의 의사를 포기하고 될 대로 되라는 심리가 형성되어 경찰관원의 의도에 수순하는 허위자백을 하는 경우가 있을 수 있다”는 점을 간파한 바 있다.⁷⁸⁾

그 후 대법원은 심야조사를 함으로써 허위자백의 가능성이 크다는 점을 인정하고,⁷⁹⁾ 심야조사 내지 잠 안 재우기 또는 철야조사는 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 행하여진 진술이고 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있다는 점을 분명히 하고 있다.⁸⁰⁾

한편 우리나라에서 심야조사 및 잠 안 재우기 등이 신경인지기능에 어떤 변화를 일으키는지 등에 대한 연구가 있을 뿐, 심야조사 및 잠 안 재우기 등이 허위자백을 유발할 가능성이 커 오판으로까지 이르게 된다는 데 대한 실증적인 연구는 거의 없다고 할 수 있다. 신경인지적으로 일시적으로 수면을 박탈하는 경우 통상 반응 시간의 지연을 일으킨다고 하는 연구결과는 있다. 즉 수면집단에 비하여 수면박탈집단에서는 언어기능이나 집중력 저하를 초래하는 것으로 나타났다.⁸¹⁾ 적절한 수면을 취하는 것은 사람의 인지기능을 정상적으로 작동하도록 돕는데, 이는 정보화과정을 최적화시키고, 습득한 정보를 정확하게 인식하는데 매우 중요한 역할을 하기 때문이다.⁸²⁾ 이러한 조사결과에 의하면 잠을 안재우고 밤샘조사를 할 경우 경험한 사건에 대한 기억을 불완전한 기억으로 만들어낼 수도 있다는 것을 의미한다.

78) 대법원 1985.2.26. 선고 82도2413 판결.

79) 대법원 1997.6.27. 선고 95도1964 판결.

80) 대법원 2015.9.10. 선고 2012도9879 판결; 대법원 2000.1.21. 선고 99도4940 판결 참조.

81) 서완석, 일시적 수면박탈에 의한 신경인지기능의 변화, 대한신경정신의학회, 2004, 43(6), 681-688면.

82) June C. Lo, Pearlynn L. H. Chong, Shankari Ganesan, Ruth L. F. Leong, Michael W. L. Chee, Sleep deprivation increases formation of false memory, Journal of Sleep Research, 25, 2016, 673-682면.

3. 심야조사 내지 잠 안 재우기 조사와 허위자백과의 관계에 대한 사례 분석 연구

형사절차상 허위자백의 원인에 대한 연구에서 1990년대 이후 최근까지 보고된 허위자백 사례들을 수집하여 분석한 결과를 보고한 예는 있다. 보고된 허위자백 사례를 분석하여 그 원인을 분석한 바에 따르면 1990년대의 허위자백의 원인은 고문, 폭행 등 물리력의 행사가 50%를 넘게 차지하였지만, 2000년대 들어서는 협박, 기망, 회유, 장시간 조사 등이 큰 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났다.⁸³⁾

특히 자백을 얻기 위한 신문기법 가운데 잠 안 재우기는 많은 고문피해자들이 당하는 통상적인 기법 중 하나로 하루나 이틀 길게는 1주일씩 잠을 안 재우며, 이러한 관행은 최근인 2000년대에 들어와서까지도 이어지고 있다고 한다. 특히 실무에서는 잠 안 재우기를 고문이라고 인식하지 못한 상황이라고 한다.⁸⁴⁾

이 연구에서는 잠 안 재우기와 장시간 조사를 성격이 비슷한 것으로 보고 허위자백의 원인 가운데 양자가 차지하는 비율을 제시하고 있다.⁸⁵⁾

〈표 5-2〉 허위자백의 원인 분포

원인 유형	고문	폭행	협박	신체구속의 부당한 장기화	기망	기타의 방법								합계
						회유	변호인	잠 안 재우기	약속	장시간 조사	정신 지체	유도 신문	기타	
건수	6	15	7	3	10	7	2	5	1	10	3	2	23	94
비율 (%)	6.4	16.0	7.4	3.2	10.6	7.4	2.1	5.3	1.1	10.6	3.2	2.1	24.5	100

* 출처: 이기수, 109면 〈표8〉

83) 이기수, 108-109면.

84) 이기수, 72면.

85) 이기수, 106면.

이러한 조사결과 다음과 같은 점을 알 수 있는데, 첫째 협박, 기망, 회유, 장시간 조사(잠 안 재우기 포함), 약속, 유도신문, 강압적 분위기 등이 매우 큰 비중을 차지하고 있다는 점이다. 둘째 이로써 기존에 고문과 폭행 등 물리력의 행사가 차지하던 것과는 대비하여 이제는 그다지 큰 흔적이 남지않는 언어폭력 내지 심리적 압박 등 그 신문방법이 변화하고 있다는 점 등이다. 셋째 잠 안 재우기도 5.3%를 차지하여 적은 비중이라고 할 수는 없음을 보여준다. 특히 장시간조사를 잠 안 재우기와 같은 성격을 갖는 것으로 보면 양자 합해서 15%를 차지하고 있다. 이상과 같은 조사결과에 의하면 잠 안 재우기는 허위자백의 원인이 될 수도 있다.

4. 실증연구 현황 및 조사결과

미국의 경우 잠 안 재우기 조사로 인한 허위자백의 가능성에 대하여 많은 실증연구가 행해진 바 있다. 실증연구에 따르면 신문시간에 따른 거짓자백의 가능성 사이에 상관관계가 있는 걸로 나타난 몇몇 연구결과를 소개하면 다음과 같다.

가. 신문시간과 허위자백

1) 거짓자백으로 드러난 125개의 사건을 분석한 바에 따르면 거짓자백으로 밝혀진 진술 중 대다수가 12시간 이상 지속된 심문 후에 발생하였으며, 신문과정이 24시간 이상 연속해서 지속된 경우도 있는 것으로 나타났다.⁸⁶⁾

2) 신문시간이 정확히 밝혀진 44개의 사건을 분석한 결과 신문의 평균시간은 16.3 시간이며, 12시간대가 가장 많은 것으로 나타났다(아래 표 참조). 이러한 수치는 미국에서 일반적으로 수행되는 경찰의 신문시간과 비교할 때 특히 주목할만한 결과이다. 일반적인 경찰의 심문은 90% 이상이 2시간 안에 끝나는 것으로 보고되고 있다. 따라서 거짓자백과 심문시간 사이에 상관관계를 보인다고 할 수 있다. 즉 신문시간이 길어질 수록, 무고한 용의자의 저항의지는 약화되고, 강압적인 신문기술들이 사용되는 경우

86) Drizin S/Leo R, The problem of false confessions in the post-DNA world. North Carol Law Rev, 2004, 946면 이하.

가 많으며, 용의자들은 그들이 실제로 범죄를 저질렀든 저지르지 않았던 간에 절망적인 느낌을 받게 된다. 결과적으로 피의자들은 신문시간이 길어질수록 무기력해지고 거짓자백을 할 가능성이 높아지게 된다.⁸⁷⁾

아래 표는 신문시간에 대한 것이다.

〈표 5-3〉 Length of Reported Interrogation (N=44)

Length	#People	%
Less than 6 hours	7	16%
6 to 12 hours	15	34%
12 to 24 hours	17	39%
24 to 48 hours	3	7%
48 to 72 hours	1	2%
72 to 96 hours	1	2%

1) 경찰관을 대상으로 자기보고 형식으로 신문자의 인식과 신문과정 등에 대하여 조사한 연구결과도 있다. 연구에서 총633명의 경찰관을 대상으로 이들이 행한 피의자 신문에 대한 설문조사를 하였다. 이에 따르면 응답경찰관은 피의자 1명당 평균 3.08회의 신문을 행하고 있는 것으로 나타났다.

피의자에 대한 신문이 이루어진 시간에 대한 설문조사를 통해서도 신문과정의 자발성과 강제성에 대한 분석이 이루어졌다. 응답자의 83%가 깨어있는 시간대인 오전 8시부터 밤 12시까지 신문을 한 것으로 응답하였으며, 응답경찰관의 약 17%가 밤 12시부터 아침 8시 사이에 신문을 하는 것으로 나타났다.⁸⁸⁾

87) Drizin S/Leo R, 946면 이하.

88) Kassin SM, et al. (2007) Police interviewing and interrogation: A self-report survey of police practices and beliefs. Law Hum Behav 31(4), 2000, 381-400면.

〈표 5-4〉 신문시간별 응답자 비율

시간	응답자 비율(N=590)
08:00 - 12:00	20.08%
12:00 - 16:00	23.35%
16:00 - 20:00	21.77%
20:00 - 24:00	22.48%
24:00 - 04:00	11.67%
04:00 - 08:00	5.67%

2) 경찰관의 신문기법에 대한 설문조사에 따르면 평균 신문시간은 1.6시간이며, 이는 신문기법 교육에서 권고하는 신문시간과 일치하는 것으로 나타났다. 가장 긴 신문시간에 대한 설문에서는 평균 4.21시간으로 응답하였으며, 이는 위 Drizin and Leo(2004)의 거짓자백 사례 연구에서 제시한 16.3시간보다 상당히 짧은 것으로 나타났다. 즉 거짓자백의 사례들은 통상적인 피의자신문 시간보다는 훨씬 긴 시간동안 신문이 이루어진 것을 알 수 있다.

나. 수면박탈(sleep deprivation)과 거짓자백

1) 미국의 경우 수면박탈과 거짓자백에 대한 연구가 활발히 행해지고 있는 것을 보여준다. 수면박탈은 기본적으로 인지적인 결정을 내리거나 사고를 하는데 장애를 일으킬 수 있다는 것을 보여주고 있다. 특히 수면박탈 상태에 있는 자가 위급한 상황에 처하게 되면 인지기능은 더욱 장애를 일으키고 그 결과 어떤 결정을 내리는데 매우 큰 어려움을 겪을 수 있다는 것을 보여주고 있다.⁸⁹⁾

2) 수면박탈로 인해 잘못된 기억으로 저장되는 일도 있는 것으로 연구결과 밝혀졌다. 이러한 잘못된 기억은 종종 부정확한 목격자 증언으로 이어지고 이로 인해 오판으로 이르기까지 하는 등 심각한 결과가 초래되기도 한다.⁹⁰⁾

89) Yvonne Harrison/James A. Horne, The Impact of sleep deprivation on decision making: A review, *Journal of Experimental Psychology: Applied*, 6(3): 2000, 236-249면.

90) June C. Lo, Pearlynne L. H. Chong, Shankari Ganesan, Ruth L. F. Leong, Michael W. L. Chee, Sleep deprivation increases formation of false memory, *Journal of Sleep Research*,

3) 부정확한 기억 저장은 아예 잠을 안재우는 경우뿐만 아니라 잠을 적게 재우는 경우 즉 부분적인 수면박탈의 경우에도 발생하는 것으로 나타났다.⁹¹⁾

4) 통상적으로 사람은 불확실한 결과에 대한 결정을 할 때 안정성을 최우선으로 고려하여 결정하지만, 수면이 박탈되는 경우에는 불확실한 결과에 대한 결정을 내리는데 기꺼이 위험성을 감수하는 방향으로 선택하는 경향이 높은 것으로 나타났다. 이로 인해 자신의 결정이 장기적으로 이익이 되는지를 계산하는데 어려움을 겪는다고 한다.⁹²⁾

5) 고문 등 수면박탈의 경우 기억과 관련된 뇌 부위를 손상시켜 허위정보를 만들어 낼 수 있다.⁹³⁾

이상으로 살펴본 바와 같이 심야수사와 허위자백가능성간의 실증연구결과에 따르면 수사기관의 피의자신문방식과 기법은 여전히 완전하지는 않은 것을 보여주고 있다. 특히 미국의 경우에도 신문실의 폐쇄성은 신문의 위법성을 초래하는 중요한 원인이 되고 있음을 알 수 있다. 이에 대한 보완방법으로 피의자신문환경을 개방화하고 전자기록화는 것이 중요함을 알 수 있다.⁹⁴⁾ 그리고 무엇보다 의학계에서의 실증연구를 통해 잠 안 재우기는 사실상 고문에 해당할 수 있음⁹⁵⁾을 밝혀냈다는 것은 중요한 의미를 갖는 것이다.

25, 2016, 673-682면.

91) June C. Lo, Pearlynn L. H. Chong, Shankari Ganesan, Ruth L. F. Leong, Michael W. L. Chee, 673-682면.

92) WILLIAM D. S. . KILLGORE, THOMAS J . BALKIN and NANCY J .WESNSTEN, Impaired decision making following 49 h of sleep deprivation, Journal of Sleep Research.15, 2006, 7-13면.

93) Newsweek 한국판, 2016.6.6.

94) 폐쇄적 신문실의 현황과 문제점에 대하여는 이동희, 피의자신문의 현황과 개선책, 형사법연구 20권, 2003, 233면.

95) 박원순, 야만시대의 기록, 2006, 143면.

제2절 형사소송법상 금지된 신문방법과 심야수사

1. 금지된 신문방법과 증거능력 배제

피의자신문은 형사절차의 목적의 하나인 실체진실의 발견을 위해서는 필수불가결한 단계이다. 피의자신문을 통해 얻은 진술 및 자백은 조서에 작성되며(형사소송법 제244조 제1항), 조서에 작성된 내용을 토대로 검사는 기소여부를 결정하며, 특별한 사정이 없는 한 증거로 사용되고 있다(제312조 참조). 실제 형사사건의 경우 자백사건이 대부분을 차지하고 있어 피의자신문조서만으로 사건해결이 가능한 경우도 많다.⁹⁶⁾ 형사소송법이 신문시에는 반드시 조서를 작성하도록 하고(형사소송법 제 48조 제 1항, 제 244조 제 1항, 사법경찰관리집무규칙 제 18조 등) 피의자신문조서의 작성방법을 구체적으로 규정하고 있는 이유가 여기에 있다(법 제244조 참조).

이처럼 수사단계에서의 자백이나 진술이 적힌 조서가 유죄입증을 위한 중요한 자료로 활용되는 만큼 피의자신문방법 또한 형사절차에서 매우 중요한 의미를 갖는다.

형사소송법에서는 금지된 신문방법을 독자적으로 규정하고 있지 않다. 피의자신문방법에 따라 진술의 허위·왜곡 가능성은 언제나 존재한다. 조서작성시 신문시점이 언제인가 하는 점도 진술에 대한 인지의 왜곡을 초래할 수 있으며, 이러한 신문방법상 오류는 허위의 위법한 진술을 유도하는 결과를 발생시킨다.

형사소송법은 피의자신문 등 수사과정은 기록하도록 하고 있는데, 즉 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 조사장소에 도착한 시각, 조사를 시작하고 마친 시각, 그 밖에 조사과정의 진행경과를 확인하기 위하여 필요한 사항을 피의자신문조서에 기록하거나 별도의 서면에 기록한 후 수사기록에 편철하여야 한다(법 제244조의4 제1항).⁹⁷⁾

그리고 본 연구의 주요대상인 피의자에 대한 신문방법이나 절차에 대하여는 법률에 특별한 규정을 두고 있지 않다. 형사소송법은 특히 자백의 경우에 자백의 증거능력 규정(자백의 임의성 법칙)을 두어 강제 등 자백의 증거능력을 배제하고 있다. 즉 피고

96) 하태훈/박노섭/조기영, 공판중심주의에 부합하는 수사실무 개선방안, 2011.2, 14면.

97) 이 경우 피의자신문조서에 기재된 내용을 알려 주지 않았다는 것만으로 피의자신문조서의 증거능력이 없다고 할 수 없고, 법 제312조의 요건을 갖추면 피의자신문조서의 증거능력은 인정된다고 보는 것이 판례의 입장이다(대법원 1988.5.10. 선고 87도2716 판결; 1993.5.14. 선고 93도 486 판결).

인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다(제309조).

임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지는, 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태에서 행하여진 진술은 그 자체가 실체적 진실에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위를 떠나서 진술자의 기본적인 권을 침해하는 위법·부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 하고, 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하지 못한 경우에는 그 진술증거는 증거능력이 부정된다. 나아가 피고인이 경찰에서 가혹행위 등으로 인하여 임의성 없는 자백을 하고 그 후 검찰이나 법정에서도 임의성 없는 심리상태가 계속되어 동일한 내용의 자백을 하였다면 각 자백도 임의성 없는 자백이라고 보아야 한다.⁹⁸⁾

피고인이 피의자신문조서에 기재된 피고인의 진술 및 공판기일에서의 피고인의 진술의 임의성을 다투면서 그것이 허위자백이라고 다투는 경우, 법원은 구체적인 사건에 따라 피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능 정도, 진술의 내용, 피의자신문조서의 경우 그 조서의 형식 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 위 진술이 임의로 된 것인지의 여부를 판단하면 된다.⁹⁹⁾ 단지 검찰에서의 피고인의 자백이 법정 진술과 다르다거나 피고인에게 지나치게 불리한 내용이라는 사유만으로는 그 자백의 신빙성이 의심스럽다고 할 수는 없는 것이고, 자백의 신빙성 유무를 판단할 때에는 자백의 진술 내용 자체가 객관적으로 합리성을 띠고 있는지, 자백의 동기나 이유가 무엇이며, 자백에 이르게 된 경위는 어떠한지 그리고 자백 이외의 정황증거 중 자백과

98) 대법원 2015.9.10. 선고 2012도9879 판결. 피고인이 검찰에서 한 전부 자백과 제1심에서의 일부 자백은 위와 같은 불법감금 사실의 존재, 37일이나 되는 불법감금의 기간, 불법감금이 해소된 후 이루어진 검찰 조사나 제1심 제1회 공판기일까지의 시간적 간격 등을 종합할 때, 피고인이 불법감금 상태로 중앙정보부에서 임의성 없는 자백을 한 후 그 임의성 없는 심리상태가 계속된 상태에서 이루어진 것으로서 그 임의성을 의심할 만한 충분한 이유가 있고, 기록을 살펴 보더라도 검사가 이를 해소할 증명을 하였다고 볼 수 없다. 위와 같이 원심의 유죄 판단의 전제가 된 피고인의 검찰 및 제1심 법정에서의 전부 내지 일부 자백이 모두 증거능력이 없다. ; 같은 취지 대법원 2014.12.11. 선고 2012도15405 판결; 대법원 2006.1.26. 선고 2004도517 판결.

99) 대법원 2003.5.30. 선고 2003도705 판결; 대법원 2012.11.29. 선고 2010도3029 판결; 대법원 2011.2.24. 선고 2010도14720 판결.

저촉되거나 모순되는 것이 없는지 하는 점 등을 고려하여 피고인의 자백에 형사소송법 제309조에 정한 사유 또는 자백의 동기나 과정에 합리적인 의심을 갖게 할 상황이 있었는지를 판단하여야 한다.¹⁰⁰⁾

수사기관은 자백의 임의성법칙에 따라 허용되지 않은 물리적 강제나 협박, 약속 등에서 법적으로 허용되는 묵시적인 기망, 유인, 약속 등으로 신문기법을 진화시켜왔으며, 육체적인 학대나 명백한 협박이나 약속이 아니라면, 자백을 얻기 위한 어느 정도의 신문기법은 허용되어 온 것은 사실이다.¹⁰¹⁾ 그러나 형사절차에서 고문 등 가혹행위 등이 문제되면서 어떤 방법으로도 피의자·피고인의 자백을 얻으면 그만이라는 식의 사고가 더 이상 용인될 수 없다. 위에서 본 것처럼 수사기관에서 인권보장시스템을 정비하고 관련 법규를 마련한 것은 이와 같은 배경이 자리하고 있음은 물론이다.

문제는 오늘날 피의자신문기법이 폭행이나 고문 등의 물리적 폭력은 아니지만, 영향력 행사, 기망, 설득, 회유, 압력 등 피의자로 하여금 자백을 하도록 만드는 일종의 심리조종기법에 의하는 경우가 많다는 데에서 생긴다. 즉 오늘날 수사현실은 폭행이나 고문 등 전형적인 신문기법이 아니라 좀 더 효율적으로 자백을 획득하기 위한 방향으로 발전되어 왔는데 이러한 과정에서 종종 허위자백 문제도 동시에 불거지곤 한다. 그 이유는 여전히 자백은 증거의 왕으로 지위를 잃지 않고 있으며, 수사현실에서도 피의자·피고인의 자백을 획득하는데 초점이 맞추어져 있기 때문이다.¹⁰²⁾

위 실증연구에서 보는 바와 같이 허위자백의 주요 원인 중 하나가 잠 안 재우기 내지 심야조사이다. 아래에서는 현행 형사소송법 제309조와의 관계에서 심야수사의 법적 성격을 규명함으로써 심야수사를 통한 인권침해를 방지할 수 있는 방안을 모색해보고자 한다.

100) 대법원 2010.7.22. 선고 2009도1151 판결.

101) 권영법, 95면.

102) 2009년 경찰청 범죄통계에 의하면 당시 전체 범죄중 자백은 95%를 차지할 정도로 형사사건 대부분이 자백사건이라고 한다. 경찰청, 2010년 범죄통계 참조.

2. 심야조사와 형사소송법 제309조의 임의성 배제사유

가. 임의수사로서의 야간·심야조사

야간·심야조사가 허용된다는 입장에서는 형사소송법 제199조 제1항을 그 근거로 들고 있다. 즉 동조가 임의수사의 원칙을 천명하고, 수사에 관하여는 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있도록 규정하고 있다는 점이다. 따라서 상대방의 동의를 얻어 행하는 밤샘수사는 임의수사이고, 그럴 경우 밤샘조사는 법률의 제한 없이 그 목적달성을 위해 필요한 범위 내에서 수사기관이 보다 자유롭게 수사할 수 있다고 본다.¹⁰³⁾ 또한 단순히 야간에 조사를 하였다는 사실만으로 밤샘수사를 '고문수사'라고 보기 어려우며, 야간에 조사를 하였다는 사실만으로는 밤샘수사 결과 획득한 자백을 임의성 없는 자백으로 간주할 수는 없다는 것이다.¹⁰⁴⁾

심야조사는 실무상 불가피하므로 예외적으로 허용되어야 한다는 주장의 근거는 다음과 같다.¹⁰⁵⁾

- 야간에 범한 범죄의 현행범을 체포하였거나 피의자를 긴급체포한 후 형사소송법이 정한 48시간 이내에 구속영장을 청구해야 하는 이유
- 사회의 이목을 끄는 대형사건이 발생하였을 때 신속하게 범죄의 진상을 규명하기를 바라는 여론의 요구로 사건을 조기에 해결하기 위한 경우
- 강력범죄나 조직범죄, 마약범죄 등을 수사하면서 피의자로부터 가능한 조기에 자백을 얻어내고, 신속하게 공범자 검거 및 증거수집에 나서야 하는 경우
- 야간업무 종사자들에 대하여 조사하는 경우
- 야간조사를 하지 않으면 타인의 신체나 재산 등에 급박한 위해가 발생할 우려가 있거나 피의자 석방지연이나 수사결과에 불공정한 영향을 줄 수 있는 경우
- 특히 현행범체포나 긴급체포의 경우 사법경찰관이나 검사는 48시간 이내에 구속영장 청구 여부를 결정해야 한다. 더욱이 판사가 구속영장을 발부할 경우에 수사의 필요성과 혐의 유무, 사안의 경중까지 살펴보므로 검사의 입장에서는 범죄혐의를 상당한 수준까지 입증하는 증거를 확보하여야 한다. 이를 위해서 밤샘조사

103) 신주호, 240면 참조.

104) 국가인권위원회, 인권길라잡이 검찰편, 2002, 49면.

105) 국가인권위원회, 인권길라잡이 검찰편, 48면 참조.

가 불가피한 측면이 있다. 또한 경제범죄사건이나 뇌물사건 등과 같이 범행이 극히 은밀히 이루어지는 경우에 물적 증거 확보가 어려워 피의자나 증인 등의 진술을 상당한 내용까지 확보해야 할 필요가 있다. 진술증거의 확보를 위하여 밤샘조사는 불가피하다는 것이다.

심야조사를 일률적으로 금지 또는 제한하거나 조사가 단순히 심야에 작성되었다고 하여 증거능력을 부정하는 것은 구체적 타당성을 결한 것으로서, 일정한 경우에는 밤샘조사를 제한적으로 허용하는 것이 타당하다고 하는 입장¹⁰⁶⁾도 이런 맥락에 서 있다. 다만 일정한 경우에 밤샘조사가 제한적으로 허용되므로 당사자의 동의가 필수적이며, 조사과정에서도 휴식권과 음용권, 그리고 수면권을 보장해야 한다.¹⁰⁷⁾

이에 대하여 심야조사는 피의자의 심신에 고통과 피로감을 줄 가능성이 크므로, 의사결정의 자유를 침해할 우려가 있으며, 따라서 밤샘조사는 인권보장의 관점에서 필요한 범위 내에서 아주 제한적으로만 허용되어야 한다는 반대견해가 대립하고 있다. 이 입장에서는 수면시간이 보장되지 않는 밤샘수사나 휴식시간이 보장되지 않는 밤샘수사는 금지되어야 한다.¹⁰⁸⁾ 심야조사는 피의자의 수면을 방해하는 등 인권침해의 소지가 많으므로 가급적이면 피해야 한다는 주장¹⁰⁹⁾도 같은 맥락으로 이해된다.

나. 심야조사의 법적 성격

현행 형사소송법은 형사소송법 제309조의 자백의 임의성 규정 즉 자백배제법칙 또한 명시적으로 야간 및 심야수사 내지 철야수사에 대하여 금지된 신문방법으로 규정해두고 있지 않다. 형사소송법 제309조에서 자백의 임의성을 문제삼는 사유로서 고문, 폭행, 협박 신체구속의 부당한 장기화 그리고 기망 등의 사유를 규정해두고 있다. 여기서 이들 사유는 원칙적으로 예시사유로 보아야 한다.¹¹⁰⁾ 그리고 기타의 방법으로 임의

106) 국가인권위원회, 인권길라잡이 검찰편, 52면.

107) 국가인권위원회, 인권길라잡이 검찰편, 52면.

108) 국가인권위원회, 인권길라잡이 검찰편, 49면.

109) 서보학, 262~263면; 조국, 헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차상의 인권, 고시연구 제 313호, 2000, 101면.

110) 대법원 1985.2.26. 선고 82도2413 판결. 소위 윤노파 살해사건으로 세간에 알려진 사건으로 대법원은 형사소송법 제309조의 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기

성을 의심할만한 사유를 규정하여 자백의 임의성 보장을 강화하고 있다.¹¹¹⁾

이러한 형사소송법 규정방식과 문언에 비추어 기본적으로 야간 및 심야수사는 수사 방법의 하나로서 금지되는 것이라고 보기는 어렵다. 즉 심야수사 또한 임의수사의 한 방법으로 행해지고 있다고 할 수 있다. 따라서 밤샘수사 자체를 위법한 수사라고 보지 않는 것이 지금까지의 수사관행이라고 할 수 있다.

다. 학설의 입장

심야조사 그 자체를 위법한 것으로 보기 보다는 심야조사로 인해 피의자의 심신이 지친 상태에서 의사결정과 의사판단의 자유가 억압된 상태로 자백하는 경우에 그 자백이 배제된다고 보는 것이 다수 학설의 입장이라 할 수 있다.¹¹²⁾

다만 그 근거에 대하여는 약간씩 견해를 달리하고 있다. 즉 잠 안재우고 심야조사를 하는 경우를 기타의 방법에 의한 자백의 임의성에 의심이 있는 사유로 볼 것인지 아니면 정형적인 사유인 고문에 의한 ‘기타의 사유’로 볼 것인지에 대하여는 견해가 나누어진다.

첫째, 잠을 못자게 하는 것은 고문에 해당하므로 고문에 의한 자백은 당연히 증거능력이 없기 때문에 잠 안 재우기에 의해 얻은 자백은 당연히 증거능력이 없다고 하는 견해¹¹³⁾와, 밤샘수사로 인하여 정상적인 판단능력을 상실할 정도의 수면부족에 이른 상태에서 얻은 자백은 ‘기타 방법에 의한 자백획득’에 해당한다.¹¹⁴⁾ 다만 어느 학설에 의하더라도 잠 안 재우기 용어의 경우는 고문 중 하나로 보면서도 기타 사유로 보기도 하여 구체적으로 어느 범위까지를 잠 안 재우기로 보는 것인지 명확하지는 않다.

둘째, 잠 안 재우기와 철야조사를 구분하는 견해¹¹⁵⁾ 등이 있다. 그러나 철야신문과 잠 안 재우기 수사를 구분하는 것도 쉽지 않고, 철야신문 자체가 잠을 안 재워서

화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있을 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”라는 규정에서 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유는 원칙적으로 예시사유로 보아야 한다고 판시한 바 있다.

111) 신동운, 1122면.

112) 차용석/최용성, 형사소송법(제3판), 2008, 521면; 같은 취지, 신동운, 1120면; 이재상/조균석, 567면.

113) 이재상/조균석, 567면.

114) 국가인권위원회, 인권길라잡이 검찰편, 51면; 이기수, 106면.

115) 봉옥, 426면.

피의자의 피곤한 상태를 이용하는 자백을 받아내려는 의도를 이미 갖고 있는 것으로 보아야 한다. 잠을 재우지 않는 정도의 신문방법은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 결국 철야신문 그 자체는 수사기관의 의도와는 상관없이 피의자의 수면권과 행복추구권(헌법 제10조), 그리고 피의자의 방어권을 침해하는 것이다.¹¹⁶⁾

라. 판례의 태도

심야조사 내지 철야조사가 실제 케이스로 발전하여 소송이 제기된 예는 거의 없는 것으로 보인다.

여기서는 심야조사 내지 잠 안 재우고 조사하여 얻은 자백의 증거능력에 대한 대법원 95도1964 판례를 소개하고 심야조사가 갖는 문제점을 살펴보기로 한다. 먼저 피고인의 주장에 따르면 피고인의 검찰에서의 자백은 위 피고인이 1994.7.18. 08:10경 부산지방검찰청에 연행되어 같은 달 19. 14:00경까지 약 30시간 동안 잠도 자지 못한 채 검사 2명에 의하여 교대로 계속 조사를 받아 심신이 몹시 지친 상태에서, 검사가 사안이 무겁지 아니하고 취업할 처지도 아니니 유죄판결을 받더라도 집행유예의 형이 선고될 것인데 범행을 부인하여 고생을 할 것이 아니라 속히 귀가하는 것이 좋지 않겠느냐고 회유하는 바람에 우선 귀가하고 보자는 자포자기의 심정에서 하게 된 허위의 자백이라는 것이다. 이에 대하여 대법원은 “피고인이 검찰에서 자백을 한 과정을 살펴보면, 1994.7.18. 부산지방검찰청 제363호 검사실에서 담당검사에 의하여 위 피고인에 대하여 처음으로 진술조서가 작성되었는데 그 당시 위 피고인은 위 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(수재등)의 공소사실을 모두 부인하였고, 같은 달 19. 같은 검사에 의하여 제1회 피의자신문조서가 작성될 때에도 위 피고인은 이를 부인하였는데, 같은 날 수사검사가 교체되어 제2회 피의자신문조서가 작성되면서 위 피고인은 그 때까지 부인하였던 공소사실을 모두 자백하였고, 다시 같은 날 원래의 담당검사에 의하여 제3회 피의자신문조서가 작성될 때에도 이를 자백하고 있음을 알 수 있다. 그리고 한편 위 각 서류의 증거조사시에 피고인은 위 제2, 3회 각 피의자신문조서의 임의성을 부인하였음이 기록상 명백하다”고 판단하였다.¹¹⁷⁾

116) 신주호, 241면.

117) 대법원 1997.6.27. 선고 95도1964 판결.

그리고 피고인신문동안에 30시간 동안 잠 안 재우고 피의자신문조서를 작성한 것에 대하여는 “이 사건에서와 같이 동일한 피의자에 대하여 하루 동안에 3회의 피의자신문조서가 작성된 것과 뚜렷한 이유 없이 같은 날 중간에 검사가 교체되었다가 다시 원래의 담당검사에 의하여 수사가 진행된 것은 지극히 이례적이라 할 것인바, 이러한 이례적인 수사과정과, 비록 위 제2회 피의자신문조서에는 위 피고인이 그 때까지의 진술을 반복하는 이유를 “사실대로 진술을 하고 선처를 바라는 마음에서 바른대로 진술을 하는 것”이라고 기재되어 있지만, 그러한 사정만으로 그 동안 공소사실을 부인하여 오던 위 피고인이 진술을 갑자기 반복하게 된다는 것은 선뜻 수궁이 되지 아니하는 점, 또한 기록에 의하여 인정되는 바와 같이 위 피고인이 위 제2회 피의자신문조서 작성시에 “마음이 괴로워서 조사를 빨리 끝내고 싶다”는 심경을 밝히고 있고, 위 제3회 피의자신문조서 작성시에도 “전회의 진술이 사실인가”라는 검사의 질문에 대하여 처음에는 묵묵부답을 한 다음, 그 이유를 “진술조서와 제1회 피의자신문조서 작성시에는 극구 부인을 하였다가 나중에 순순히 자백을 하고 보니 오히려 마음이 허전하고 자책감에서 아무런 말도 못하고 침묵을 지켰다”라고 자백을 후회하는 듯한 진술을 하였으며, “달리 유리한 진술이나 증거가 있는가”라는 검사의 질문에 대하여도 괴로운 듯 얼굴을 찡그리고 아무런 말을 하지 아니하는 태도를 보인 점, 그 이후 제1심 법정에서부터는 다시 위 공소사실을 일관하여 부인하고 있는 점 등에 비추어 보고 특히 피의자에게는 진술거부권이 있는 점을 감안하면, 위 피고인의 검찰에서의 자백은 위 피고인의 자유로운 의사에 의하여 임의로 되었다기보다는 위 상고이유의 주장과 같이 검사 2명이 위 피고인을 잠을 재우지 아니한 채 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아낸 것이 아닌가 하는 강한 의심을 가지게 한다”는 것이다.¹¹⁸⁾

대법원은 이러한 판단을 토대로 다음과 판시하고 있다. 즉 “피고인의 검찰에서의 자백은 피고인이 검찰에 연행된 때로부터 약 30시간 동안 잠을 재우지 아니한 채 검사 2명이 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아낸 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에 해당한다고 보아, 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 그 피의자신문조서는 증거능력이 없다”.¹¹⁹⁾ 이는 형사소송법 제309조

118) 대법원 1997.6.27. 선고 95도1964 판결.

119) 대법원 1997.6.27. 선고 95도1964 판결.

의 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다”는 것을 근거로 한다. 다만 대법원은 피고인의 자백이 잠 안 재우기로 인해 얻은 것이라면 임의성에 의심할만한 사유로 본 것은 분명하나 이것이 고문으로 인한 것인지, 아니면 기타의 방법에 해당하는 것인지에 대하여는 분명히 밝히지 않고 있다. 잠 안 재우기에 의해 얻은 자백에 대하여 고문 등의 열거사유에의 해당여부를 판단하지 않은 것으로 미루어 형사소송법 제309조의 ‘자백의 임의성에 의심할만한 사유’로 얻은 자백으로 보아 증거능력이 없다는 것으로 이해된다.

마. 소결

학설상으로는 야간조사 그 자체가 위법한 것은 아니라고 보고 있는 것으로 이해된다. 다만 잠을 재우지 않고 신문을 행함으로써 피의자의 의사결정 내지 의사판단의 자유를 침해하여 정상적인 판단능력을 잃을 정도에 이른 경우에 이로부터 얻은 자백의 증거능력은 부정되어야 한다고 봄이 타당하다는데 이론이 없는 걸로 보인다.

그런데 여전히 위법이 아닌 야간조사의 범위가 어디까지 하는 문제는 남는다. 잠을 안재우는 것과 철야조사를 구분할 필요가 있는가 하는 점도 문제된다. 철야신문 그 자체를 위법한 것으로 보지 않고 자백을 유도하기 위해 잠 안 재우기 수사를 하는 것은 금지된 신문방법으로서 원칙적으로 허용되지 않는다고 볼 것인가 하는 점이다. 철야신문 그 자체와 잠 안 재우기 수사를 구분하는 것 자체가 애매모호하고, 잠 안 재우기는 고문에 해당하는 것으로서 위법한 신문방법으로서 이로부터 얻은 자백의 증거능력은 인정되지 않는다는 점에서 이를 허용되지 않는 신문방법으로 명확히 할 필요가 있으며, 이를 입법정책적으로 담아낼 방법도 고민해볼 만하다.

수사 내지 신문기법이 소위 자백의 임의성 법칙에 반하지 않으면서도 피의자의 심리나 정신에 영향을 미치고 있으며, 이로 인한 자백 내지 진술의 가능성은 항상 있다. 소위 잠 안 재우기 내지 야간 또는 심야수사의 경우 대부분 진술 내지 자백이 임의적으로 이루어졌다는 점, 거기에는 법이 금지하는 어떤 불법적 방법이 개입되어 있지 않다는 등을 이유로 증거로 사용되고 있는 현실도 부인하기 어렵다. 철야신문을 피조사자가 피곤한 틈을 이용하여 자백이나 수사담당자가 의도하는 대로 답변을

유도하기 위한 수단으로 밤샘조사를 하는 것(“잠 안 재우기수사”)은 금지되지만, 단순히 밤을 새워 조사했다는 이유만으로 금지되는 것은 아니라고 말하는 것은 수사현실상 어쩔 수 없는 논리로 이해되기도 한다. 단순히 밤을 새워 조사했다는 것과 자백을 유도하기 위한 철야조사 양자를 구분하는 것 자체가 모호하고 밤샘조사 그 자체는 기본권에 대한 침해라고 보아야 하므로 금지하는 것이 타당하며,¹²⁰⁾ 수사기관에서의 심야신문은 자백의 임의성에 영향을 미치는 사유가 된다.¹²¹⁾

어느 주장에 의하든 수사관이 피의자의 자백을 받아내기 위하여 잠을 재우지 않으려는 의도의 “잠 안 재우기 수사”는 절대로 금지되어야 하며, 부득이 심야조사를 하는 경우 피의자의 요청이나 동의를 받아야 하며, 심야조사 중이라도 중간중간 휴식시간을 주어야 한다는 데에는 이론이 없다.

제3절 심야조사 금지관련 규정에 대한 비판적 검토

1. 경찰 범죄수사규칙상 심야조사 규정에 대한 비판적 검토

가. 심야조사 규정의 주요내용

경찰관집무규칙이 제정되던 당시부터 피의자 인권보호를 위해 심야조사 근절이라는 기본 방침을 정하고 원칙적 심야조사 금지와 예외적 허용이라는 기본 기틀을 마련하였다. 이후 범죄수사규칙으로 수사단계에서의 인권보호를 위한 제도정비를 구축하고 개정과정에서 심야조사 금지원칙을 다시 확인하고 심야조사의 시간범위 확정, 예외적 사유의 구체화, 그리고 예외사유에 따라 심야조사를 허용하는 경우에도 당사자의 요청에 의하도록 함으로써 종전의 동의 요건보다 심야조사 예외사유에 대한 관리를 강화하였다. 동시에 범죄수사규칙은 피조사자의 장시간조사시 휴식권과 수면권을 보장하도록 하여 피의자의 인권보호를 위한 조치를 마련하여 헌법적 인권보장의 의미를 실천하였다는데 그 의미가 크다.

120) 신양균, 301면 각주 160).

121) 이재상/조균석, 570면; 신동운, 1120면.

본 연구에서는 2018년부터 시행되는 범죄수사규칙의 심야조사 규정의 실천적 의미와 운용에 대한 분석이 필요하고 이를 통해 심야조사 관련 법규의 입법정책 방안을 제시하고자 한다.

나. 문제점 분석

1) '동의'에서 '요청'으로

현행 범죄수사규칙은 구 '인권보호를 위한 경찰관 직무규칙'상 심야조사의 예외사유 제5호에 있어 피조사자의 '동의'를 '요청'으로 변경한 점에서 종전과 차이가 크다.

수사관이 피조사자의 동의를 유도하는 등 남용 우려가 있다는 외부 지적에 따라 '동의'를 '요청'으로 변경한 것으로, 동의보다 요청의 형식이 피조사자의 의사를 보다 명확하게 확인할 수 있다는 점에서 그간 심야조사로 인한 문제점을 일부 해소할 수 있는 방안이라 생각된다. 앞서 '심야조사 요청서'의 양식에서 볼 수 있듯이 수사관이 아닌 당사자가 직접 심야조사를 요청하는 이유를 작성한다.

이러한 규정상의 작은 변화가 경찰 수사과정에 있어 심야조사를 억제하는 효과를 실제 가져오는지에 대해서는 향후 추가 연구가 필요할 것이다. 다만 연구 참여자들을 통해 수사관에게 심야조사에 따른 심적 부담이 일부 생겼음을 간접적으로 확인할 수 있었다. 수사관이 조사 도중 심야를 넘겨야 하는 일이 발생했을 때 이전과 달리 피조사자에게 '요청이 있어야만 심야조사를 할 수 있음'을 설명해야 하는데 그 과정에서 피조사자가 본인의 선택사항임을 알고 굳이 심야조사를 요청하지 않을 가능성이 존재하기 때문이다.

지금까지는 동의만 있으면 됐지만 본인의 요청이 없으면 안된다고 하기 때문에 요청서 보여줄 때 부담은 되죠. 본인이 꼭 요청을 하는 경우에만 하도록 되어 있으니까 혹시 설명했을 때 “그래요? 나 그럼 같건데”라고 할 수도 있으니까 그런 두려움 정도. 형사사건 들어오면 통상적으로 피해자들도 따라 오거든요. 요청서 작성해달라고 했을 때 안 한다고 하면 (조사) 할 수 없고... 임의동행 사건에서 ‘저 안 해도 되는 거죠?’하면... 나가서 먼저 (저쪽에서) 시비 걸었다고 해라 일방적으로 때렸다고 하지 마라 등 여러 가지 코치 받고. (참여자 C, 경찰)

요청을 해야지만 조사가 이루어진다고 설명을 하고. 사실 동의를 하든 요청을 하든 조사 받는 건 똑같은데 저희 내부적으로만 더 복잡해진 게 아닌가 싶어요. 설명을 해야 하고. 예전에

는 동의했으면 넘어갔는데 원칙적으로 요청을 해야 합니다 하면 그 분들도 자세한 내용은 모르지만 쓰라고 하니까 쓰거든요. (참여자 D, 경찰)

몇 번 심야조사 받아봤는데 상당히 번거롭더라고. 일단 양식을 찾아야 하잖아. 그리고 대상 자한테 요청서 작성 취지를 처음부터 끝까지 설명을 해야 해. 동의 받는 게 아니라 요청을 받아야 하니까. 그 사람이 뭔줄 알고 요청서에 사인을 하겠어. 설명하려면 한참 걸려. 요청서 양식 보여주면 고민을 30분을 해요. 그럴 시간에 도장 찍고 보내는 게 낫지. 법에 대해 아무 것도 모르는데 ‘○○○가 요청합니다’라는 도장을 쉽게 찍을 수 있겠어? 우리야 매일 보는 내용이니까 아무 것도 아닌 거라고 생각하지만 대상자 입장에서는 변호인도 없이 이 상황에서 쉽게 못 찍지. (참여자 B, 경찰)

다만, 舊 인권보호를 위한 경찰관직무규칙은 심야조사가 이루어지는 모든 경우에 경찰관이 조사대상자에게 동의 여부를 묻고 그 결과와 사유를 조서에 기재하도록 하였는데, 개정된 범죄수사규칙에서는 제1호(심야에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우)부터 제4호(공소시효가 임박한 경우)까지는 조사대상의 동의를 획득하는 절차가 사라지고, 그 외의 경우에만 조사대상자의 ‘요청’을 받게 한 점이 규칙 개정 과정에서 달라진 절차라고 할 수 있다.

앞서 제2장에서 분석한 국가인권위원회, 국민권익위원회 인권침해 권고 사례에 있어, 심야조사의 필요성은 인정되지만 동의절차를 제대로 지키지 않아 인권침해 사안으로 판단된 여러 사례¹²²⁾에 대해 현 규정 적용 시 판단이 달라질 수 있다.

아울러 피조사자가 피해자인 경우에 제1호~제4호 예외사유에 해당한다는 이유로 피해자 동의 여부와 무관하게 조사를 진행할 수 있는지 규정상 모호한 부분이 있다. 규정 적용의 명확성과 피해자의 인권보호를 위해서는 피해자의 경우 사유를 불문하고 동의 또는 요청을 기반으로 조사가 이뤄질 수 있도록 지침상의 보강이 필요하다.

2) 심야조사 금지 예외사유의 자의적 해석가능성

현행 범죄수사규칙 제56조의2(심야조사 금지)에 심야조사를 할 수 있는 예외사유로 명시되어 있는 각 호의 내용을 수사기관의 필요(수사목적 달성) 또는 피조사자의 필요에 따른 것인지에 따라 나뉘보면 다음과 같다.

122) 국가인권위원회 12진정0111600(2012.12.5.), 10진인231(2010.4.26.), 09진인1754(2010.1.25.), 07진인1191(2007.6.18.), 07진인683(2007.6.5.) / 국민권익위원회 2CA-1008-016696(2010.10.25.),

구분	범죄수사규칙 제56조의2 제2항 각호	비 고
제1호	심야에 조사하지 않으면 피의자 석방을 불필요하게 지연시킬 수 있는 경우	피조사자를 위한 수사기관의 조치
제2호	사건의 성질상 심야조사를 하지 않으면 공범자의 검거 및 증거수집에 어려움이 있거나 타인의 신체, 재산에 급박한 위해가 발생할 우려가 있는 경우	수사기관의 수사상 필요
제3호	피의자를 체포한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우	
제4호	공소시효가 임박한 경우	
제5호	기타 사유로 피의자·피해자 등 조사 대상자 또는 그 변호인의 요청이 있는 경우	피조사자의 필요

제1호와 제5호의 경우는 수사기관의 수사목적 달성보다는 피조사자를 위한 경우로 분류되어 심야조사로 인한 인권 침해 우려와 관련하여 특별한 문제는 없을 것으로 생각된다.(제5호의 경우 자발성이 담보되는 요청인 경우를 전제로 함)

제2호부터 제4호의 경우 수사기관의 수사목적 달성 즉 수사기관의 필요에 의해 심야조사를 실시하는 경우로 제3호와 제4호는 개별 수사관의 자의적 판단 개입 여지가 적고, 구속영장 신청 등 사후 수사기록 확인 및 공소시효 계산을 통해 객관적으로 사유 존재 여부를 확인할 수 있다. 그러나 제2호의 경우 수사기관의 활용과정에서의 오·남용 위험성이 존재한다. 증거수집 어려움, 급박한 위해 우려 판단에 있어 조사자의 자의적인 해석이 이뤄질 가능성이 크기 때문이다.

2호는 갖다 붙여서 다 할 수 있는 거지. (참여자 E, 경찰)

경찰청 규칙 2호 예외 사유. 우리나라 수사기관의 문제가 이런 목적으로 필요한 경우에 최소한으로 활용해야 하는데 오히려 이거를 근거로 확대를 해. 물론 이거보다 더 제한을 둘 수는 없어. 그렇게 되면 필요한 경우에 못 쓰는 경우가 생기거든. 그렇지만 타인의 신체, 재산 이렇게만 되어 있으면 500원짜리 하나 손괴할 위험이 있다고 하고 하면 참.. (웃음) 근데 이거를 얼마 이상이라고 할 수도 없고, 신체도 손톱 하나 잘라가겠다고 이러면... 항상 그런 식으로 확대를 해서 악용을 할 수 있으니까 뭔가 사후 제재가 필요해. 이 조항의 범위를 줄일 게 아니라 다른 거를 달아줘서 (악용 여지를) 없앨 수 있는 보완장치가 필요한 것 같애. (참여자 J, 변호사)

예외사유 제2호에 대해서는 심야조사 사유별 통계 관리를 통해 수사관의 활용 정도를 모니터링하여 내부적으로 엄격히 해석하도록 하거나, 활용 시 관리자의 허가절차를 두어 오·남용을 방지할 수 있는 방안이 필요할 것이다.

2. 검찰 인권보호수사준칙의 심야조사 규정에 대한 비판적 검토

가. 심야조사 규정의 주요내용

법무부의 인권보호수사준칙은 제정당시부터 밤샘조사 관행에 대한 부정적 여론을 배경으로 하여 인권보호를 위한 구체적인 방안을 모색하기 위해 제정·시행되었다. 이후 규정상 큰 변화없이 그대로 존치 운용되어 왔다. 심야조사의 경우 자정 이전에 피의자 등 사건관계인에 대한 조사를 마치도록 함과 동시에 당사자의 동의가 있는 경우나 신속한 사건처리의 필요성이 있는 등 예외적인 경우 심야조사를 실시할 수 있되, 인권보호관의 허가를 받도록 하고 있다.

여기서는 인권보호수사준칙상 심야조사 규정을 분석하고 비판적 대안을 모색해보기로 한다.

나. 문제점 분석

1) 당사자의 동의

위 현황자료에서 보는 바와 같이 심야조사가 허용되는 여러 사유 중에서 피의자 또는 변호인의 ‘동의’가 차지하는 비율이 98%에 이르고 있을 정도로 대부분의 심야조사는 당사자의 동의를 근거로 하고 있다. 현실적으로 검찰에서 피의자로 조사를 받게 되면 검사는 완벽한 甲이고, 피의자는 어쩔 수 없는 乙이 된다. 검사가 밤늦게 피의자를 추궁하며 조사하다가 피의자에게 밤 12시가 넘더라도 수사를 계속 하자고 하면서 동의서에 서명하라고 요구하는 상황에서, 현실적으로 乙에 불과한 피의자가 검사의 요구를 거부하고 심야조사에 동의하지 아니하는 것은 매우 어렵다.¹²³⁾ 실제 국가인권위원회의 사례들을 보면 경찰의 경우에도 마찬가지로 동의서를 받거나 기관장의

123) 임수빈, 40면.

승인을 받는 경우가 드물고, 동의서를 받지 않거나 승인을 받지 않은 경우에도 받았다고 주장하는 경우도 왕왕 있는 것을 볼 수 있다.

심야조사시 당사자는 수사관의 심야조사 제의를 거부하기 어려운 상황이며, 설사 본인이 동의한다 하더라도 이를 자발적 동의로 볼 것이 아니라 사실상 강제상태에서의 동의로 볼 여지가 얼마든지 있다. 따라서 동의여부에 따라 심야조사를 허용할 것이 아니라 보다 심야조사를 규제할 방안을 모색할 필요가 크다.

심야신문의 예외적 허용을 인정하기 위해서는 보다 그 사유가 구체화 명확해야 한다. 즉 심야신문을 하지 않으면 1) 다른 사람의 신체 생명에 급박한 위험이 발생할 수 있는 경우 즉 일종의 긴급피난상황인 경우, 2) 변호인의 참여하에 위법수사와 인권 침해가 감시될 수 있을 경우에 예외적으로 허용할 수 있는 것은 생각해볼 수 있다. 그리고 철야신문의 예외적 허용이라는 점에 비추어 형사소송법 제244조의4 규정에 따라 신문조서에 신문시작 및 종료시간, 휴식시간 등을 반드시 기재하도록 하고, 철야신문이 허용된 사유를 반드시 기재하도록 하고 이를 수사기록에 편철하도록 한다. 허용사유는 명확히 구체적으로 기재하도록 하고, 신문시간 시기와 종기, 그리고 휴식시간 등을 명확히 기재해야 함은 물론이다.

2) 포괄적 예외사유 허용

검사는 인권보호수사준칙 제40조에 따라 ‘합리적 이유가 있다’고 판단되는 경우에는 인권보호관의 허가만 받으면 심야조사를 실시할 수 있다. 합리적 이유는 수사기관의 판단에 오로지 달려 있다. 물론 실무상 검사가 피조사자가 거부하는 상황에서 심야조사를 무리하게 실시할 수는 없을 것이다. 그러나 규정상으로 할 수 있도록 권한이 부여되어 있기 때문에 인권침해의 여지는 남아 있다고 볼 수 있다.

이거를 수사기관에 할 수 있다, 없다 권한을 주면 그냥 마음껏 할 수 있다고 하는 거랑 똑같애. 그래서 아예 원칙적으로 (심야조사) 금지해야 해야 해. 경찰청 심야조사 규정처럼 구체적인 제한 사유를 뒤야 하고. (참여자 J, 변호사)

검찰 규정에 합리적 이유가 있는 경우 이런 거는 지워야지. 체포 48시간 이런 경우 아니면 아예 심야조사 할 수 없게 만드는 게 인권 보호에 맞는 거지. 원칙적으로 금지하고 예외적으로 적극적인 요구가 있는 경우에 하거나 누구나 해석의 여지가 없는 한정적 열거조항을 만들어야지. (참여자 G, 검사)

3) 긴급하고도 필요한 사유의 인정 여하

긴급체포 이후 피의자에 대하여 48시간 이내 구속영장을 청구하여야 하므로 시간이 없으니 수사상 불가피하게 철야신문을 허용함이 타당하다는 견해¹²⁴⁾도 있는 만큼 실제 수사과정에서 구속영장 청구를 위한 시간이 촉박할 때가 있다. 위 심층면접에서도 피의자를 체포한 경우 조속히 조사를 하여 석방 또는 구속영장 신청(청구) 여부를 결정해야 하고, 구속영장을 신청(청구)하기로 한 경우 피의자 조사를 토대로 여러 증거 수집 활동이 병행되어야 하는데 48시간이라는 체포시한 때문에 불가피하게 심야 조사가 필요하다는 의견도 제기되었다. 그러나 이 시간 동안에도 밤 12시부터 새벽 6시까지의 허용하지 않는 것이 타당하다. 극히 예외적인 경우에 당사자가 진정한 의사로 자발적으로 원하고 요청하는 경우에는 허용할 것을 고려해볼 수 있다.

4) 허가 절차의 형식적 운영

법무부 훈령은 경찰청 훈령과 달리 인권보호관(통상 차장검사급)의 허가절차를 두어 심야조사 남용 가능성을 억제하고 있다. 그러나 실무현장에서 이 절차가 ‘허가’로서의 실질적인 기능보다는 다소 형식적으로 운영되는 면이 있었다.

인권보호관이 어디서 갑자기 떨어진 사람이 아니잖아. 부장검사 한 명을 인권보호관으로 하는 건데 무슨 의미가 있겠어. (참여자 J, 변호사)

예전에는 차장검사님 사전보고 사안이어서 동의서 받고 허가받고 그랬는데 실무적으로는 밤 11시 반에 주무시는데 보고받을 수 없잖아요. 나중에 도장 찍어주시죠. 허가라기보다는 사전보고 정도. (참여자 H, 검찰사무직)

인권보호관 허가라는 것 자체가 사실 그냥 결재잖아. 인권보호관이 전담이 아니고 겸임하는 거잖아. 솔직히 같이 수사하는 사람 입장에서 이 사람 조사 안 받으면 안 된다고 하는데 조사 하라고 하겠지. (참여자 A, 경찰)

124) 봉옥, 433면.

제4절 기타 인권침해 방지 방안 모색

1. 심야조사 관련 고지

심야조사로 인한 인권 침해를 방지하기 위한 여러 절차상 장치로서 피조사자에게 심야조사가 피조사자의 요청사항임을 알려주는 한편, 오로지 수사기관의 필요에 의해 심야조사가 진행되는 경우 피조사자에게 심야조사 실시 사유를 고지하도록 함이 필요하다. 이 때 피의자가 심야조사를 원치 않는다는 이유로 진술거부권을 행사한 경우 이러한 이유만으로 영장 발부 시 불리하게 작용하지 않도록 하는 것 역시 필요하다.

2. 심야조사 모니터링

중립적인 허가권자를 두고, 이들이 심야조사의 필요성을 실질적으로 검토하여 허/부를 결정하게 하는 절차가 필요하다. 심야조사 과정에서 지켜야 할 사항 예를 들어 1시간 이상 방치시키는 행위 금지, 적정한 휴게시간 부여 등 유의사항을 함께 규정하고 위 허가권자로 하여금 심야조사 과정에서 위 유의사항이 준수되었는지, 인권 침해 사안이 없었는지를 모니터링하게 할 필요가 있다.

3. 심야조사 시 영상녹화 필수화

심야조사 시 영상녹화를 병행하도록 하는 방안을 검토할 필요가 있다. 주간부터 조사과정 전체 녹화의 어려움과 해당 영상녹화물은 법정에서의 증거 활용 보다는 인권 침해 여부 모니터링의 목적이 크다는 점을 고려하여 심야조사에 들어가는 순간부터 녹화하는 방안을 제안한다. 영상 녹화 시 조사자 입장에서 규정 준수에 보다 신경을 쓰게 되어 인권침해 여지를 감소시킬 수 있을 것이라 생각한다. 물론 피조사자가 영상녹화를 거부하는 경우에는 이에 대한 의사 반영이 필요하다.

제 6 장

입법정책 방안

입법정책 방안

제1절 야간·심야조사 관련 규정 정비의 기본방향

1. 심야조사 관련 규정 정비 필요성

밤과 낮을 구분하여 생활하는 사람에게 심야조사는 수면권과 행복추구권을 침해하는 인권침해적 행위로서의 성격을 갖는다.¹²⁵⁾ 국가인권위원회 결정에서 밤샘조사는 헌법 제10조의 행복추구권을 침해한 것으로서 명백히 인권침해행위로 결정하고 있음은 위에서 본 바와 같다.

심야조사에 대한 실증연구 현황에 의하면 장시간 조사와 잠 안 재우기 내지 심야조사는 허위자백의 원인으로서는 중요한 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났으며, 실제 피의자에 대한 인권침해 사례를 보면 심야조사 내지 잠 안 재우고 장시간 조사하는 것이 상당한 비중을 차지하고 있다. 나아가 심야조사의 이유별 현황에서도 당사자의 동의가 상당한 비중을 차지하고 있는바, 당사자의 동의를 이유로 한 심야조사가 당사자의 자발적 요청에 의한 것인지, 아니면 수사환경으로 인한 압박 등 비자발적 요인에 의한 것인지 의문도 제기되고 있는 상황임은 위에서 본 바와 같다. 최근 경찰청의 경찰개혁위원회의 피의자 인권보호를 기본방향 설정에 따른 심야조사 금지 규정 명문화라든가, 법무검찰개혁위원회의 권고안에서 보는 바와 같이 심야조사의 금지에서 한걸음 더 나아가 야간 조사에 대한 원칙적 제한 가능성 등 야간 및 심야조사에 대한 전면 재검토의 필요성이 제기되고 있다. 본 연구는 이런 문제의식하에서 야간 및 심야조사에 대한 제도개선을 위한 목적하에 수행하였다. 아래에서는 야간 및 심야조

125) 권영성, 헌법학원론, 1998, 345-347면; 차병직 외, 지금 다시, 헌법, 2017, 90면.

사의 기본방향이나 구체적인 쟁점별 입법정책방향을 제시하면서 결론에 갈음하고자 한다.

2. 기본원칙 : 심야조사의 금지와 야간조사의 제한

2000년대 초반 우리 사회를 뒤흔든 인권침해 상황에서 피의자·피고인의 인권침해를 방지하기 위한 검찰 및 경찰의 각종 정책과 내부 규정 마련을 위한 노력을 통해 당시까지만 해도 일종의 수사기법으로 관행으로 여겨져오던 심야조사에 대하여 그 불법성과 인권침해 가능성을 처음 공식적으로 인정하게 된 계기가 되었다. 국제사회에서도 우리나라의 심야조사 관행에 대하여 인권침해 가능성을 제기하고 관행개선과 제도마련을 촉구하기에 이르렀다.

허위자백과 심야조사의 상관관계에 대한 실증연구 결과에서는 수면박탈로 허위자백의 가능성이 크며, 따라서 수면박탈은 효과적인 신문기법은 아니라는 것을 나타내고 있다. 왜냐하면 잠을 못 자면 장기기억에서 정보를 저장 활용하는 능력이나 다양한 인지기능 수준이 손상되기 때문이다. 이미 미국에서도 테러용의자에 대한 수면박탈 등을 포함한 고문 및 가혹행위는 오바마 대통령의 행정명령으로 공식 중단되었다. 물론 여전히 테러행위자에 대한 수면박탈 신문은 행해지고 있어 논란이 가해지고 있지만, 판례 등에서 수면박탈은 수정 헌법 제14조의 적법절차 위반으로 보고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 독일의 경우에도 심야수사는 의사결정 및 의사표현의 자유를 침해할 수 있다는 점에서 금지된 신문방법의 하나로 보아 문제되고 있음을 알 수 있으며, 일본의 경우에도 심야조사는 관리감독 대상 행위가 아니라 원칙적으로 금지한다는 규정을 두는 것을 고려해야 하며, “어쩔 수 없는 경우”, “자정”, “장시간” 등의 규정을 둘 경우에도 이를 보다 상세히 구체적으로 정의할 필요가 있다는 문제제기는 시사하는 바가 크다.

그리고 야간 및 심야수사의 예외사유로서 수사의 필요성이나 긴급성이 있는 경우, 심야에 체포된 경우에도 국제인권 규범을 고려하여 일정한 제한규정을 명확히 할 필요도 있다. 경찰이 각종 사건이나 상황에 대응하고 정확한 수사를 하기 위해서는 동 조항에서 「부득이한 사유가 있는 경우」, 「심야」 및 「장시간」의 내용을 확실히 결정하는 것은 적당하지 않다는 문제의식도 있을 수 있음은 국회차원의 논의과정에서

드러난 바이다.

피의자 피고인에 대한 인권침해 사례분석과 현황자료를 통해서 보는 바와 같이 피의자신문 그 자체가 강요된 상황일 수 있다는 점을 명심해야 할 것이다. 이런 점에서 피의자신문방법과 절차에 대한 구체적인 접근이 필요하고 이런 접근 하에서 야간·심야조사의 구체적인 규제책을 마련해야 한다. 우선 개정 형사소송법에서 피의자신문의 방식과 절차를 규정해둌으로써 피의자신문의 적법절차 방안을 마련하고 시행하고 있음은 의미가 있다. 다만 야간·심야조사의 경우 아무런 규정이 없고, 현행 경찰 및 검찰의 지침에서도 이에 대한 합의안이 없어 대안을 마련하기 위한 논의가 필요한 것으로 보인다. 야간 및 심야조사의 경우 그 불법성과 인권침해 가능성이 인정되는 이상 이에 대한 제도적 개선방안을 제시할 필요가 있다.

이상과 같은 연구 결과를 토대로 본 연구에서는 심야조사의 원칙적 금지를 제안하고자 한다. 이는 법무검찰개혁위원회의 권고안과도 맥락이 같다. 법무검찰개혁위원회의 권고안에 의하면 인권보호수사원칙 확립과 구현을 천명하고 금지되는 신문시간의 범위를 현재처럼 완전히 밤샘수사 내지 철야수사 금지라는 개념으로 정할 것이 아니라, 피의자·피고인의 수면권 보장이라는 관점에서 이를 전면 재검토해야 한다는 기본 입장에서 출발하고 있다. 본 연구는 기본적으로 헌법상 수면권과 휴식권 등 기본권보장을 위해서는 심야조사를 원칙적으로 금지해야 한다는 기본원칙에 동의한다. 다만 여기서 원칙적으로 금지되는 심야조사의 범위, 그 외 야간조사를 허용할 것인가 하는 문제, 야간조사를 허용한다면 그 범위와 사유는 무엇인가 등 좀 더 구체적으로 논의할 쟁점이 남아 있다. 법무검찰개혁위원회의 권고안은 원칙적으로 11시 이후의 심야조사는 금지하고, 8시 이후 11시까지의 야간조사는 일정한 예외사유가 있는 경우에 제한적으로 허용된다고 제시하고 있는데, 그 논의내용을 들여다보면서 좀 더 구체적인 쟁점별 방향을 짚어보기로 한다.

3. 쟁점별 입법방향

가. 원칙적 심야조사 금지와 시간범위

피의자신문 시간대나 심야의 경우 몇시로 볼 것이며, 언제까지로 신문시간을 제한할 것인가 하는 점에 대하여 현행 검찰의 인권보호수사준칙에서는 자정 이전에 신문을 종료해야 한다는 일반적 규정 이외에는 금지되는 신문시간의 범위를 제한하고 있지 않다. 경찰개혁위원회 논의과정을 거쳐 새로이 마련한 경찰의 범죄수사규칙은 심야조사의 범위를 밤 12시부터 다음날 새벽 6시까지로 그 시간대를 구체화하고 있어 보다 선제적으로 대응하고 있는 것과는 차이가 있다. 그럼에도 금지되는 심야조사의 시간범위에 대하여 현재 경찰 범죄수사규칙에서 밤 12시 이후부터 새벽 6시까지로 규정하고 있는 점, 법무부 인권보호수사준칙에서 자정 이전에 조사를 종료해야 한다는 규정 등에 비추어 심야를 밤 12시부터 새벽 6시까지로 보는 점에는 공통적이다.

우선 '심야'의 범위를 현재 통용되고 있는 것처럼 12시 이후로 볼 것인가에 대하여 합의가 필요하다. 심야에 대한 규정을 찾아보면 '야간 및 심야조사 절차에 대한 지침'(대검찰청 예규, 2007.8.31. 제정)이 있다. 여기서는 21시 이후를 야간으로 하고, 24시 이후를 심야로 한다고 규정하고 있다(예규 제2조). 통상 심야는 '깊은 밤'을 말하는데 구체적인 시간범위대에 대하여 합의된 채 사용하는 것은 아닌 것으로 보인다. 그냥 밤이라고 할 경우에는 야간과 같은 의미로 사용되며, 이는 일몰후 일출전까지로 본다(독일 형사소송법 제104조 참조).

결국 심야조사의 문제는 사전적 의미에서 심야 개념에 집착할 것이 아니라, 심층면접에서도 알 수 있는 바와 같이 밤 늦게 피의자조사를 하는 경우 수사관이나 조사받는 피의자 모두 심야조사로 인해 피로감을 많이 느끼고 있다는 점, 주 52시간 근무제 시행과 소위 워라벨 등 사회환경의 변화는 수사실무 및 수사환경에도 영향을 미치고 있다는 점, 인간의 기본권보장 강화, 인간의 인지능력의 한계 여하 등을 종합 고려하여 결정하지 않으면 안 된다. 이런 점을 종합 고려한 결과 본 연구에서는 심야시간대를 밤 10시 이후로 하여 10시 이후 수사는 전면 금지하는 것이 타당하다는 점을 조심스럽게 제안하고자 한다.

나. 야간조사의 제한

야간은 국어사전적 의미로는 통상 일몰후 일출전으로 본다. 현재 업무상 퇴근 시간은 6시이며, - 이는 계절별 차이는 있겠지만, - 야간 근무는 특별한 경우에 한다. 이를 수사에도 적용해보는다면 야간에도 가능한 한 조사를 제한하는 것이 바람직하다. 위에서 말한 각 지방검찰청 예규를 보면 야간조사는 9시 이후 12시까지로 본다고 규정하고 있다.

심야조사 이외에 야간시간대에 행해지는 조사를 지금처럼 전면 허용할 것인가와 관련해서도 위에서 말한 종합적 사정을 고려하여 판단해야 할 것이다. 수사실무에서 보통 피의자를 조사시 저녁을 같이하면서 수사를 계속하는 경우에는 8시까지 조사를 하는 것이 일반적이라고 한다. 즉 수사실무에서는 8시까지는 저녁식사를 제공하면서 피의자조사를 하기도 한다. 이런 상황을 고려한다면 8시 이후는 야간조사로 봄이 타당하며, 8시 이후 야간조사 또한 인간의 휴식권과 수면권보장이라는 측면에서 금지하는 것이 타당하다.

다만 야간조사의 경우 전면 제한할 경우 수사필요성과 긴급성 등의 사정을 무시한 지나친 기준이라는 비난에 부딪칠 수 있다. 사실 수사의 성격상 수사의 필요성원칙이나 신속성의 원칙 등이 고려되지 않을 수 없다. 수사 효율성 또한 무시하기 어렵다. 이런 점에서 일정한 경우 야간조사를 허용하는 것이 인권보장과 수사의 기본원칙을 무리없이 조화할 수 있는 방법이 되지 않을까 한다.

따라서 본 연구에서는 야간조사도 조사자 및 피조사자의 기본적 인권의 보장, 업무 환경 및 사회환경의 변화 등을 고려하여 가능한 한 안하는 것이 바람직하지만, 부득이한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 야간조사를 허용하는 것이 바람직하지 않은가 조심스럽게 제안해본다. 여기서 부득이한 예외적 사유란 수사상 긴급하고도 필요한 사유를 말한다.

야간신문을 예외적으로 허용할 것인가는 휴식권 및 수면권이라는 헌법상 가치가 침해되느냐 하는 관점을 고려하여 정하는 것이 바람직하다. 앞에서 본 바와 같이 잠 안 재우기와 허위자백과의 관계에 대한 실증연구에서 잠 안 재우고 밤새워 장시간 조사하는 것이 인간의 인지능력과 판단능력에 미치는 악영향이 크고 이로 인해 인지의 오류와 의사결정능력이 심각하게 손상된다는 점은 잘 드러나 있다. 이런 점을

고려한다면 자정 이후부터는 물론 조사해서는 안 되며, 그 이전 야간시간대에도 원칙적으로 피의자조사를 제한하는 것이 수면권과 휴식권 보장을 통한 인간존엄성을 지키는 것이라고 하겠다.

비교법적으로 각 국가는 피의자신문시간에 대하여 구체적으로 정하고 있지 않으며, 개별 사건별로 판단하여 인간의 의사의 자유를 침해하였는나 여부에 따라 위법수사로써 그로부터 얻은 증거를 배제하고 있다. 비교법적 검토결과 금지되거나 제한되는 야간·심야조사의 범위를 구체적으로 정하고 있지 않다고 하여 이를 허용하는 것은 아니다. 독일의 경우 야간은 압수·수색금지 규정에서 일몰후 일출전으로 규정하고 있는데, 이는 특히 주거의 평온을 위한 것이다. 나아가 독일의 경우 학설상 피의자에 대한 심야조사 자체는 원칙적으로 금지된다고 보지 않는다고 하여 야간·심야조사가 허용된다는 의미는 아니다. 심야수사 내지 철야 밤샘조사를 통해 잠을 안 재움으로써 당사자의 의사판단 및 의사결정의 자유가 침해되는 것이 핵심이다. 미국의 경우에도 심야수사가 허위자백의 원인이 되며 따라서 금지되는 신문방법이 될 수 있다는 논의가 심리학과 의학계에서 실증연구로 뒷받침되고 있는 것은 알 수 있다. 다만 신문이나 조사가 금지되는 구체적인 시간대는 명확히 밝혀두고 있지 않다. 심야조사를 동반하는 장시간구금과 이에 따른 신문 그리고 피조사자가 받는 피로도로 인한 진술의 오류 가능성이 더욱 문제되고 있음을 보여준다. 앞에서 본 바와 같이 법이란 다른 법문화와 역사 환경하에 생성·발전되어온 것이므로 심야조사 관행의 위법성은 일률적으로 단순 비교하는 것은 위험스러운 일이긴 하지만, 야간·심야조사가 우리나라처럼 크게 문제되어 온 것이 아니라는 점은 분명하다. 현재 우리나라의 야간·심야조사 관행이나 인식을 고려한다면 좀 더 강화된 기준을 제시할 필요는 있다. 이를 통해 조사자나 피조사자 모두 통상적이고 일반적인 근무환경과 시간 속에서 피의자신문이나 조사를 할 수 있도록 자연스럽게 유도될 수 있을 것으로 기대된다.

다. 당사자 동의 요건의 삭제

심야조사 현황자료에서 보는 바와 같이 당사자의 동의는 심야수사 사유 중 가장 높은 비율을 차지하고 있다. 오히려 이러한 증가현상은 최근에 들어와서 더욱 두드러지게 나타나고 있다. 고문 등 가혹행위의 경우는 물리적 강제로서 자백의 임의성이

배제되는 명확한 사유가 되는데 반하여, 심야수사 등은 심리적 강제를 통해 의사결정의 자유를 침해하는 등의 은밀한 수사기법으로 보아 실무에서 선호하는 것이 아닌가 하는 추측을 하게 한다. 더욱이 심야수사의 경우 원칙적으로 피해야 할 신문기법으로 명문화되어 있으나, 동시에 이를 활용할 수 있도록 규칙이 문을 열어 두어 오히려 심야수사의 근거로 작용하다 보니 당사자의 동의에 의한 심야조사 사유가 대폭 증가한 것으로도 볼 여지도 있다.

수사기관에서, 더욱이 신문시에 '자유로운 당사자의 동의'를 상정하기 쉽지 않다. 어느 당사자가 수사기관의 면전에서 자유로운 의사표시로 동의를 할 것인가 의문이다. 경우에 따라서는 수사환경에 따라 동의가 강제되거나 의제될 위험도 있다. 수사환경이나 신문 그 자체가 압박이 될 수 있다. 동의라는 당사자의 자유로운 의사표시를 전제하면서 동시에 동의로 심야조사를 가능하게 하는 것은 그 자체가 모순일 수 있다.

결국 심야신문의 경우에는 당사자의 동의를 요건으로 하는 것은 동의의 자발성이라는 측면에서 이를 그대로 두는 것은 바람직하지 않다. 심층면접에서 제시된 바와 같이 당사자의 자필로 동의서를 작성하게 하거나 변호인의 입회를 조건으로 야간조사를 허용하는 방안도 생각해볼 수는 있으나, 이 또한 강제성이 있을 수 있는 점, 변호인의 입회는 시간도 요하고 특히 당사자가 무자력인 경우는 실효성이 없다는 점에서 현재로서 그다지 효과가 없을 것으로 보인다. 이런 점을 고려한다면 당사자의 동의를 요건으로 야간조사를 허용하는 것은 바람직하지 않다.

라. 야간조사의 예외적 허용사유의 명확화

가능한 한 야간조사는 하지 않는 것이 바람직하지만 특별히 야간조사를 해야 하는 경우가 있을 수 있다. 즉 긴급성이나 수사상 필요에 의한 예외사유를 허용할 것인가에 대한 문제이다.

먼저 야간조사의 예외사유를 인정하되 좀 더 구체적으로 명확히 사유를 명시하여 기관의 판단재량을 대폭 축소할 필요도 있다. 인권보호수사준칙과 범죄수사규칙 모두 심야조사의 예외사유를 규정해두고 있는데, 심야조사의 예외적 허용규정은 포괄적으로 규정되어 있고 또 당사자의 동의라는 심야조사 사유가 지나치게 많이 활용되기도 하는 등 문제점도 적지 않게 드러나고 있다. 예외사유를 엄격히 규정함으로써 심야조

사의 원칙적 금지를 실효화할 필요가 크다는 주장은 이런 맥락에서 제기되며 이를 진지하게 고려할 필요가 있다.

수사기관에서의 인권침해 사례분석에서 보는 바와 같이 야간 및 심야조사의 경우 심야조사의 긴급성과 필요성을 인정하기 어려울 뿐만 아니라 임의적인 심야조사를 금지한 검찰의 인권보호수사준칙 제17조의 동의 및 허가절차를 거쳤다고 보기 어려울 예도 있다. 이런 점에서 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 반하며, 헌법 제12조 제1항 및 제10조의 신체의 자유 및 수면권과 휴식권을 침해한 것으로서 정당화되기 어렵다.

따라서 야간조사를 하여야 할 필요성이 있는 경우란 명백하고도 합리적인 이유가 있어야 한다. 나아가 야간조사의 예외사유를 인정하는 경우에도 합리적인 이유 없이 밤샘조사 내지 심야조사를 하는 것은 인권침해행위로 보아야 한다. 즉 정상적인 인지 능력과 판단능력을 상실할 정도의 피로감을 느낄 정도의 야간조사는 제한되어야 하며, 이로부터 얻은 자백은 형사소송법 제309조의 '기타 방법에 의하여 임의성에 의심이 있는 자백'에 해당한다고 봄이 타당하다.

별다른 이유없이 야간조사를 해서는 안 되며, 부득이하게 수사상 필요하거나 긴급한 경우에는 제한적으로 허용하는 것이 바람직하다. 구체적으로 첫째, 다른 사람의 신체나 생명에 급박한 위험이 있는 경우, 둘째 공범자의 검거와 증거수집에 어려움이 있는 경우 즉 증거인멸이나 도주의 우려가 있는 경우 셋째, 공소사실이 임박한 경우 등에는 야간조사를 허용하되 변호인의 참여하에 예외적으로 허용함이 타당하다. 그리고 실무상으로 피의자를 체포한 후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 불가피한 경우가 있을 수 있소 이 경우도 예외적으로 야간조사를 허용하는 것도 고려해볼 수 있다. 다만 야간에 현행범을 체포하거나 피의자를 긴급체포 한 경우는 긴급하고도 필요한 사유에 해당하지 않으며, 이 경우 피체포자를 유치장에 구금해두고 근무시간 내에 조사를 할 수 있기 때문이다. 야간에 갑자기 체포된 피조사자의 경우 심야조사 시 변호인을 바로 구하는 것이 어려워 불가피하게 수사과정에서 변호인의 참여권을 제한하는 결과를 초래하는 문제점도 있다.

앞의 심층면접 결과에서 나타난 것처럼 야간·심야라는 환경적 요소도 중요하지만, 장시간 조사라는 시간적 요소가 더 중요하게 작용한다. 즉 조사시간이 길어질수록

피로해진 피조사자 입장에서 반박 등 제대로 된 방어권 행사가 어렵다. 이는 통상 조사 중반 이후 수사기관이 수집 자료나 참고인 진술 제시 등을 통해 피조사자 진술에 대한 반박이 이루어지는 수사기법과도 연결된다. 실증연구와 심층면접 결과를 통해 장시간 조사과정에서 피조사자가 자포자기하기도 하고 진술이 꼬이거나 자백확률이 높다는 것은 충분히 예상가능한 것으로서, 따라서 장시간 조사에 대한 제한이 필요하다. 조사중이라 하더라도 2시간 정도의 일정한 시간이 경과하면 휴식을 취하게 하고 음용할 수 있도록 해야 한다. 피조사자가 휴식을 신청하는 경우에는 당사자의 신체조건이나 건강상태, 생활관계 등을 고려하여 이를 허용해주는 것이 바람직하다.

야간조사를 하는 경우 그 사유를 기재하도록 하여야 하며, 신문시작과 종료 시간을 기재하도록 하여야 한다. 일본도 마찬가지이지만 우리나라의 경우 야간조사할 경우에는 수사기관의 기관장의 사전승인을 얻도록 함이 타당하다. 국가인권위원회의 인권침해 사례들을 보면 피조사자의 동의서를 받거나 기관장의 승인을 받는 경우가 드물고, 동의서를 받지 않거나 승인을 받지 않은 경우에도 받았다고 주장하는 경우도 왕왕 있는 것을 볼 수 있다는 점을 고려한다면 당사자의 동의만으로는 야간조사를 허용하는 것은 바람직하지 않다.

제2절 개정 입법(안)

1. 입법안 검토

야간·심야조사를 제함 금지하는 근본적인 목적은 헌법상 인간의 행복추구권 즉 수면권과 휴식권의 보장이다. 문제는 이를 입법적으로 어떻게 구현할 것인가 하는 점이다. 이와 관련하여 야간·심야수사의 위법성과 이로부터 얻은 자백의 증거능력 여하에 대한 입법안을 검토하고 지침의 개정방안을 제시하는 것도 의미있다. 현행 형사소송법에는 피의자신문방법을 규율하는 규정을 두고 있지 않다. 우선적으로 피의자의 기억력과 판단능력을 침해하는 신문방법을 형사소송법 제241조(피의자신문)에 두는 것도 생각해볼 수 있다. 심야조사로 인해 헌법상 수면권 및 휴식권을 침해한 경우에 이로부터 얻은 자백의 경우 이를 유죄의 증거로 하지 못하는 것을 어떻게

명시할 것인지에 대한 논의도 필요하다.¹²⁶⁾ 종래 철야수사에 대한 규제는 검찰권 통제방안으로서 논의되어 왔다. 철야수사는 고문에 해당된다는 전제에서 철야수사에 대한 포괄적 금지조항과 철야수사로 인하여 수집한 증거의 증거능력 배제를 위한 근거규정을 마련해야 한다는 것이다.¹²⁷⁾

이에 대하여 종전 제시된 입법안들을 유형화하여 살펴보면 다음과 같다.

가. 형사소송법 개정을 통한 심야조사 금지

1) 철야조사를 제한하려는 입법 움직임으로서 1998.9.4.. 한나라당의 이신범 의원이 대표발의한 형사소송법 개정안이 있다. 당시 형사소송법 개정안 제309조에 의하면 “수면을 취하게 하지 아니하는 야간수사로 얻어진 자백의 증거능력을 부정한다”는 규정을 신설하는 것이었다.¹²⁸⁾

2) 1997년 개정 형사소송법 논의당시 참여연대에서도 인간의 수면권과 행복추구권을 침해하는 철야수사 금지 원칙을 천명한 바 있다.¹²⁹⁾ 참여연대는 형사소송법 개정청원 의견서에서 “철야신문은 인간의 수면권과 행복추구권을 침해하는 일종의 고문으로 간주되어야 한다.... 피의자조사시 하루 8시간의 수면을 보장하고, 연속해서 2시간 이상 신문할 수 없으며, 신문시간의 막간에 휴식기회를 주어야 한다는 영국의 수준에는 아득히 못 미치더라도, 최소한도 철야신문은 허용될 수 없음을 법적으로 명확히 선언해야 한다. 구체적으로 “장시간의 야간신문을 통해 얻은 자백과 진술은 유죄의 증거로 할 수 없다”는 규정 방법까지 제시한 바 있다.¹³⁰⁾ 여기서 제시된 주요 내용은 하루 8시간의 수면시간 보장, 그리고 2시간 이상 신문할 수 없도록 하고, 이 경우 휴식시간을 보장할 것 등이다. 이러한 제안은 위에서 본 바와 같이 영국의 인권보호수사 가이드라인을 참조하여 규정방향을 제시한 것으로 보인다.

126) 권영법, 91면.

127) 백광훈

128) 상세한 내용은 봉욱, 432면 참조.

129) 참여연대, 검·경중립화를 위한 법제도개선 공청회, 1996.10.12, <http://www.peoplepower21.org/Judiciary/511468> (최종확인: 2019.8.20.)

130) 참여연대, 형사소송법 청원소개의견서, 1996.12.10.

나. 심야조사 금지를 위한 특별입법

1999년 11월 10일 형사사건에 있어서의 인권보호특별법안이 의원입법안으로 발의된 바 있는데, 당시 규정을 보면 일몰 후 일출 전의 야간수사는 변호인의 입회하에서만 가능하도록 하고, 변호인의 입회 없이 자정부터 새벽 5시까지의 심야수사를 금지하고, 1일 24시간 중 6시간 이상 수면을 취하지 못한 한 상태에서의 수사(안 제8조 제1항 제2호)는 고문수사로 간주한다. 그리고 이를 위반하여 얻은 조서는 당사자의 동의가 없는 한 증거능력을 인정할 수 없다고 하였다. 야간수사는 변호인의 입회하에서만 가능하다는 점, 그리고 변호인 입회 없는 자정부터 새벽 5시까지의 수사는 원칙적으로 금지된다는 점, 6시간 이상 수면시간을 보장해야 한다는 점 등은 야간·심야조사에 대한 기본 가이드라인으로서 의미를 가진다고 평가할 수 있다. 이 또한 기본적인 규정내용은 영국의 인권보호수사 가이드라인을 참조한 것으로 보인다.

수사관의 위법한 수사활동에 대하여는 기본적으로 보다 엄격히 대응해야 한다는 원칙에서 본다면 그 이행강제성 확보도 중요하다. 검찰 인권보호수사준칙의 경우 이행강제성 확보를 위한 규정이 미비하다. 위법수사활동을 한 경찰 및 검찰에 대한 징계 내지 처벌규정 강화도 필요하다. 직무범죄로 보아 내부적으로는 내부 훈령을 준수하지 않은 자에 대한 제재규정을 마련하고 실질적으로 대응해야 한다. 독일은 진술강요죄로 처벌하고 있다. 위에서 본 인권보호특별법안에서는 수사기관의 밤샘조사 및 고문수사 금지규정을 위반한 때에는 10년 이하의 징역형에 처하도록 하는 규정을 마련한 바 있다.

다. 법무검찰개혁위원회의 권고안 및 경찰과 검찰의 심야조사 관련 지침 비교

위 <표 1>에서 보는 바와 같이 경찰의 범죄수사규칙과 검찰의 인권보호수사준칙은 심야조사의 원칙적 금지를 선언하고 있지만 규정내용을 보면 약간의 차이가 있다. 이에 더하여 법무검찰개혁위원회의 권고안은 심야조사(자정 이후 조사)를 특별한 사정 없이는 금지하는 규정을 명문화할 것을 권고하고 있다. 현행 지침과 권고안을 비교하면 다음과 같다.

첫째, 심야시간의 설정이다. 인권보호수사준칙에서는 심야조사 시간대를 명확히

하지 않고 자정 이후 조사를 금지한다고 규정하고 있는 반면, 범죄수사규칙은 밤 12시 이후 익일 오전 6시까지의 조사를 심야조사라고 명확히 정의하고 있다. 법무검찰 개혁위원회의 권고안에서는 심야조사를 원칙적으로 밤 11시까지로 하여 이를 전면 금지한다. 나아가 8시 이후 조사는 특별히 긴급한 사유가 있는 경우에 가능하도록 하고 있다. 피의자에게 최소 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 보장하고 조사 과정에서 메모를 할 수 있도록 보장한다.

둘째, 심야조사 금지에 대한 예외사유를 범죄수사규칙은 보다 구체적으로 규정하고 있는 반면, 인권보호수사준칙은 체포후 구속여부 판단 등 합리적인 이유가 있는 경우로 좀 더 포괄적으로 규정하고 있다. 권고안은 특별히 긴급한 사유가 있는 경우로 하여 향후 입법을 통해 구체화하여 규정할 것을 권고하고 있다.

셋째, 인권보호수사준칙에서는 조사대상자와 변호인의 동의에 의해서도 심야조사를 가능하도록 한 반면, 범죄수사규칙에서는 종래 ‘동의’요건을 ‘요청’으로 하여 심야조사를 예외적으로 허용하도록 하고 있는 점에서 차이가 있다. 당사자의 요청(request)이라는 요건은 영국의 경찰 형사증거법 실무지침에서 피조사자의 휴식권보장이 예외적으로 지연되거나 중단될 수 있도록 하는 요건이기도 하다. 범죄수사규칙에서 비교법적으로 영국 입법례를 참조한 것으로 보인다.

넷째, 법무검찰개혁위원회의 권고안에서는 일차적으로 심야조사 금지 등 인권보장 내용을 ‘인권보호수사준칙’ 개정안에 반영되도록 권고하고 있다. 나아가 향후 ‘인권보호수사’의 원칙이 ‘준칙’ 차원을 넘어 ‘수사절차법’의 신설 또는 현행 형사소송법의 개정 등에 적극 반영될 수 있는 방안에 대하여도 심도깊은 논의를 할 것을 권고하고 있다.

심야조사를 포함한 인권보장 규정은 향후 형사소송법 개정논의에서 적극 반영하도록 함이 타당하다. 본 연구에서는 경찰 및 검찰의 지침에서부터 필요한 부분을 개정하고 향후 장기적인 논의과정을 거쳐 형사소송법에 금지되는 신문방법과 관련한 규정을 마련할 것을 제안하고자 한다.

2. 야간·심야조사 관련 지침 개정(안)의 주요내용

밤 10시 이후의 심야조사는 피의자·피고인의 방어권 차원에서도 전면 금지되어야 하는 것이 바람직하다. 밤 8시 이후 10까지의 야간조사도 가능한 한 제한되어야 한다. 다만 야간조사의 경우 예외적 사유를 규정하여 수사상 부득이한 경우와 변호인의 입회하에 당사자의 요구(요청) 등을 이유로 하여 허용할 수 있다는 기본원칙하에 야간·심야조사 개정안의 주요내용을 제시하면 다음과 같다.

- 밤 8시 이후의 심야조사는 원칙적으로 하여서는 아니된다.
- 밤 8시~10시 이전의 야간조사는 일정한 경우 부득이한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 할 수 있다.
 - 첫째, 사안의 성질상 공범자의 검거 및 증거수집에 어려움이 있는 경우
 - 둘째, 야간조사를 하지 않으면 타인의 생명이나 신체, 재산에 급박한 위험이 있는 경우
 - 셋째, 공범자 검거 및 증거수집상의 어려움, 타인의 생명과 신체, 재산에 급박한 위험이 있는 경우 등 체포후 48시간 이내에 구속영장을 신청하기 위해 부득이한 경우
 - 넷째, 공소시효가 임박한 경우
- 야간조사에는 저녁식사 시간을 포함한다.
- 야간조사를 하는 경우에는 그 사유와 취지를 조서에 기재하여야 하며, 이를 수사기관의 기관장(또는 인권보호관)에게 사전승인을 얻어야 한다.
- 피의자조사에 장시간이 소요되는 경우에는 하루 8시간 이상의 수면시간을 보장하여야 하며, 조사도중에 최소한 2시간마다 10분 이상의 휴식시간을 주어야 한다.
- 피의자가 조사중 휴식을 요청하는 경우에는 피의자의 건강상태, 신문시간 등을 고려하여 적절하다고 판단되는 경우 이를 허용하여야 한다.

참고문헌

- 권영범, 현대심리신문기법과 허위자백 : 현대 심리신문기법에 의한 허위자백 유발에 대한 원인분석과 형사소송법상 대응책의 검토를 중심으로, 형사정책연구 제23권 제3호, 2012/가을호.
- 권영성, 헌법학원론, 1998.
- 김희옥·박일환(2017), 주석 형사소송법 II, 한국사법행정학회. 2017.
- 박원순, 야만시대의 기록, 2006.
- 봉옥, 철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력, 형사판례연구 제7권, 2000.
- 서보화, 피의자신문에 있어서 인권보장 및 방어권강화방안, 형사법연구 제20호, 2003/겨울.
- 서완석, 일시적 수면박탈에 의한 신경인지기능의 변화, 대한신경정신의학회, 2004, 43(6).
- 신동운, 형사소송법, 2010.
- 신양균, 수사구조개혁에 부합하는 경찰수사조직의 발전방안, 치안논총, 2007.
- 신주호, 수사절차상의 인권보장에 관한 헌법문제, 중앙대 박사논문, 2010.
- 이기수, 형사절차상 허위자백의 원인과 대책에 관한 연구, 서울대학교 박사논문, 2012.
- 이동희, 피의자신문의 현황과 개선책, 형사법연구 20권, 2003, 233면.
- 이재상/조균석, 형사소송법, 2015.
- 임수빈, 검찰권 남용에 대한 통제방안, 2017.2, 서울대학교 박사논문, 2010.
- 조국, 헌법적 형사소송의 관점에서 본 형사절차상의 인권, 고시연구 제313호, 2000.
- 차병직 외, 지금 다시, 헌법, 2017.
- 차용석/최용성, 형사소송법(제3판), 2008.
- 하태인, 자백의 증명력 판단에 관한 실질적 기준의 정립, 형사법연구 23권 3호, 2011.3.
- 하태훈/박노섭/조기영, 공판중심주의에 부합하는 수사실무 개선방안, 2011.2.
- 경찰개혁위원회 권고문 2017. 10. 16., “수사과정에서의 피의자 인권 및 변호인의 변론권 보장”.
- 경찰청, 2010년 범죄통계, 2010.

경찰청 보도자료 2018. 6. 14., “경찰개혁위원회 공식 해단, 1년간의 활동 마무리”.
_____ 2018. 11. 9., “경찰청 ‘인권보호 강화 위한 심야조사 제한지침’ 시행,
심야조사 시 조사대상자 요청사유 엄격히 판단”.

국가인권위원회 보도자료 2008. 4. 1., “검찰의 장시간 조사 대기, 심야조사는 인권침해”.
_____ 2010. 2. 9., “용산참사 철거민 심야조사·장시간 조사 대기는
인권 침해”.

국가인권위원회, 인권길라잡이 검찰편, 2002.

금태섭 의원실 보도자료 2018. 10. 20., “검찰 심야조사 올 상반기만 682명”.

대한변호사협회 인권보고서(제33집), 2018.

법무·검찰개혁위원회 권고문 2017. 12. 7., “제5차 권고안 - 인권보장 강화를 위한
인권보호수사준칙 개정 등”.

참여연대, 형사소송법 청원소개 의견서, 1996.12.5.

경찰청훈령 제461호 ‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’

_____ 제531호 ‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’

_____ 제644호 ‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’

_____ 제674호 ‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’

_____ 제771호 ‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’

_____ 제775호 ‘인권보호를 위한 경찰관 직무규칙’

_____ 제937호 ‘범죄수사규칙’

경찰청 ‘영상녹화 업무처리지침’

대검찰청 ‘영상녹화 업무처리지침’

법무부훈령 제1170호 ‘인권보호수사준칙’

Carol Henderson/Jules Epstein, The Future of Evidence, Science & Technology
Law, 2011.

Drizin S/Leo R, The problem of false confessions in the post-DNA world. North
Carol Law Rev, 2004.

Ernst-Walter Hanack, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz:
§§72~136a, 2004.

- Ernst-Walter Hanack, StPO, 2004.
- Horst Clages(Heraus.), Der rote Faden: Grundsätze der Kriminalpraxis(11.Aufl.), 2004.
- June C. Lo, Pearlynn L. H. Chong, Shankari Ganesan, Ruth L. F. Leong, Michael W. L. Chee, Sleep deprivation increases formation of false memory, Journal of Sleep Research, 25, 2016.
- Kassin SM, et al., Police interviewing and interrogation: A self-report survey of police practices and beliefs. Law Hum Behav 31(4), 2007.
- Klaus Habschick, Erfolgreich Vernehmen, 4.Aufl., 2016.
- Police code of Practice C(Code C: Revised Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers)
- Sebastian M. Klingenberg, Die Vernehmung eines Beschuldigten, 2017.
- WILLIAM D. S. KILLGORE, THOMAS J. BALKIN and NANCY J. WESENSTEN, Impaired decision making following 49 h of sleep deprivation, Journal of Sleep Research.15, 2006.
- Yvonne Harrison/James A. Horne, The Impact of sleep deprivation on decision making: A review, Journal of Experimental Psychology: Applied, 6(3), 2000.
- 法務省, 被疑者取調への録音・録画の在り方について~これまでの検討状況と今後の取組方針~, 2010.6.

〈언론보도〉

- 검찰 '심야조사', 박근혜 정부 때 3배로 급증, 2017.09.06. <http://thel.mt.co.kr/newsView.html?no=2017090518258272076>
- 노컷뉴스, 2006.10.05. <https://www.nocutnews.co.kr/news/198811>
- 뉴스타겟, 2016. 11. 3. 檢 강제모금 의혹 안종범 긴급체포 심야조사...혐의 부인 <http://www.newstarget.kr/news/articleView.html?idxno=7105>
- 머니투데이, 2019. 3. 18. '불법촬영' 정준영 밤샘 조사... 경찰, 금명간 영장 신청 <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2019031808464517919>

- 미디어펜, 2016. 9. 24. '스폰서 의혹' 김형준 부장검사 밤샘조사 "응분 처분 달게 받겠다"
<http://www.mediapen.com/news/view/189816>
- 매일노동뉴스 2008.4.9. <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=79183>.
- 송기현 의원 보도자료, 프레시안 2018.10.17. <http://www.pressian.com/news/article/?no=213959#09T0>
- 연합뉴스, 2018. 11. 7. 양진호 심야조사 '거부'...첫날 조사 4시간 반 만에 종료
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20181107171600061>
- 조선비즈, 2017. 3. 22. 박근혜 전 대통령, 밤샘 조사 뒤 귀가... '조서열람'만 7시간
http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/03/22/2017032200521.html
- 중앙일보, 2018. 3. 15. MB 21시간 '밤샘조사' 마치고 귀가...힘난한 여정 예고하듯
비바람 몰아친 검찰청 <https://news.joins.com/article/22442866>
- 프레시안 2018.10.17. <http://www.pressian.com/news/article/?no=213959#09T0>
- 한국일보, 2017. 11. 10. '국정원 특활비 상납' 이병호 前원장 "국정원 악화되고 있다"
<https://www.hankookilbo.com/News/Read/201711100969057855>
- 한겨레, 2002. 11. 14. '대검, 밤샘조사 금지 등 긴급지시', <http://legacy.www.hani.co.kr/section-005000000/2002/11/005000000200211141540840.html>
- JTBC 2018. 10. 16. 임종현, 19시간 밤샘 조사 끝 귀가...혐의 대부분 부인 https://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=NB11710774
- SBS 뉴스 2009.06.09. http://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1000605243,
- WIKITREE 라이프, 2014.12.10
- Newsweek 한국판, 2016.6.6. <http://newsweekkorea.com/?p=3032>

Abstract

The Effects of Sleep Deprivation and Human Rights Protection in Investigation Procedure

Park, Misuk*

In the early 2000s, efforts by the prosecution and police to prevent human rights violations by suspects and defendants amid human rights violations that shook our society led to the first official recognition of its illegality and possible human rights violations in late-night investigations, which had been regarded as a practice as a kind of investigative technique until then. The international community has also raised the possibility of human rights violations against Korea's late-night survey practices and called for improvement of practices and institutional arrangements.

An empirical study of the correlation between false and late-night investigations indicates that there is a high possibility of falsehood due to sleep deprivation, and therefore sleep deprivation is not an effective newspaper technique. Because the inability to sleep impairs the ability to store and utilize information in long-term memory or various cognitive skills. Already in the United States, torture and abuse, including sleep deprivation of terror suspects, have been officially halted by Obama's executive order. Of course, there is still controversy over the fact that a sleep deprivation newspaper is being carried out on a terrorist, but it is highly suggestive that in cases such as cases, sleep deprivation is regarded as a violation of the legal procedures of the 14th Amendment. Even in Germany, late-night investigations can be seen as a problem because they could infringe on freedom of decision-making and expression, and in Japan, it is highly suggestive that the government should consider imposing a regulation that prohibits late-night

* Senior Researcher, KIC

investigations in principle, not in managerial oversight, and that it needs to be defined in more detail even if it has provisions such as “unavoidable,” “night” and “long hours”.

In addition, if there is a need or urgency to investigate as an exception to night and late night investigations, it is also necessary to clarify certain restrictions in consideration of international human rights norms even if arrested late at night. In order to respond to various incidents or situations and conduct a proper investigation, it was revealed during the discussion at the National Assembly that there may be a question that it is not appropriate to uniformly decide on the contents of “if there are unavoidable reasons” and “long hours” in this clause.

It should be remembered that the investigation itself could be a forced situation, as seen through the analysis of cases of human rights violations and current status data of suspects’ defendants. In this regard, a concrete approach to the methods and procedures of the suspect’s newspaper is needed and under this approach, specific regulatory measures for nighttime and late-night investigations should be devised. First of all, it is meaningful that the revised Criminal Procedure Act defines the methods and procedures of the suspect’s questioning, thus drawing up and implementing legal procedures for the suspect’s questioning. However, since there is no regulation for night and night investigations, and there is no agreement on this in the current police and prosecution guidelines, it seems that discussions are needed to come up with an alternative plan. As long as night and night investigations are recognized for their illegality and possible human rights violations, it is necessary to present measures to improve the system.

Based on the above findings, this study proposes a principled ban on late-night surveys. This is in the same vein as the recommendations made by the Justice and Prosecutors’ Reform Committee. According to the recommendations of the Justice Ministry’s reform committee, the scope of newspaper time, which is prohibited by pledging to establish and implement the principle of human rights protection investigation, is not to be completely banned from all-night or all-night

investigation, but rather to be completely reviewed from the perspective of guaranteeing the right to sleep of suspects and defendants. This study basically agrees with the basic principle that the late-night investigations should be banned in principle in order to guarantee basic rights such as the right to sleep and the right to rest. The scope of late-night surveys, which are prohibited in principle here, other issues of whether to allow nighttime surveys, and what are the scope and reasons for such investigations if they are allowed.

■ Prohibition of Night and Late-night Investigations

- Instead of sticking to the late-night concept in the dictionary sense, the question of the late-night investigation should be decided by considering that both investigators and suspects are feeling a lot of fatigue due to the late-night investigation, the implementation of the 52-hour workweek and changes in the social environment, such as the so-called war-label, are affecting the investigative practice and the basic rights of human beings, and the limitations of human cognitive ability.
- It is reasonable to ban all investigations after 10 p.m. during the late hours of the night when the suspect newspaper is banned, and to make an exception when there are unavoidable reasons to guarantee his or her right to rest and sleep after 8 p.m. Therefore, it is expected that both the investigator and the suspect can be naturally induced to conduct a suspect newspaper or investigation in the normal working environment and time.

■ Clarification of the Permissible Cause of Night Investigation

- Even if night-time surveys are exceptionally allowed, it is necessary to drastically reduce the agency's judgment by specifying reasons more specifically.
- Night investigation without obvious and reasonable reasons should be considered unacceptable as an act of human rights violation. In other words, nighttime surveys should be limited to the extent that one feels tired enough

to lose normal cognitive and judgment.

- Specifically, if there is an urgent risk of another person's body or life, and if there is a difficulty in the arrest and evidence collection of accomplices, that is, if there is a concern of evidence destruction or flight, third, if the statute of limitations is imminent, it is reasonable to allow night investigations but exceptionally with the participation of lawyers.
- However, the arrest of a current criminal or emergency arrest of a suspect at night is not an urgent and necessary reason. In this case, the defendant can be detained in custody and investigated within the working hours. In the case of a suspect arrested suddenly at night, it can be difficult to find a lawyer right away, which can result in limiting his or her right to participate.
- Exceptionally permissible is the current offender arrested at night or late at night, especially if he or she requests an overnight investigation or if the suspect requests an overnight investigation after work without detention.
- The reason shall be recorded during the nightly investigation, and the start and end times of the newspaper shall be recorded.

■ Deletion of Party Consent Requirements

- In the case of late-night surveys, it is not desirable to allow night and late-night surveys on the basis of the consent of the parties, such as the fact that it may be mandatory for a lawyer to be admitted, and that it may be necessary for a lawyer to be admitted.

■ Ensuring the Right to Rest and Drink During Long-term Surveys

- If a suspect takes a long time to investigate, he/she shall guarantee 8 or more hours of sleep per day and give at least 10 minutes of rest every 2 hours during the investigation.
- If a suspect requests rest during an investigation, he/she should be allowed to take into account the suspect's health condition and newspaper time.

연구총서 19-AB-07

야간·심야조사의 범위와 인권보장

발 행 | 2019년 7월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 7,000원

인 쇄 | (사)한국장애인이워크협회 02) 2272-0307

I S B N | 979-11-89908-23-2 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.

야간·심야조사의 범위와 인권보장

The Effects of Sleep Deprivation and
Human Rights Protection in Investigation Procedure



KIC 한국형사정책연구원
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

06764 서울시 서초구 태봉로 114
T. 02-575-5282 www.kic.re.kr

