

## Sec. 1091. Genocide

- (a) Basic Offense. – Whoever, whether in time of peace or in time of war, in a circumstance described in subsection (d) and with the specific intent to destroy, in whole or in substantial part, a national, ethnic, racial, or religious group as such –
  - (1) kills members of that group;
  - (2) causes serious bodily injury to members of that group;
  - (3) causes the permanent impairment of the mental faculties of members of the group through drugs, torture, or similar techniques;
  - (4) subjects the group to conditions of life that are intended to cause the physical destruction of the group in whole or in part;
  - (5) imposes measures intended to prevent births within the group; or
  - (6) transfers by force children of the group to another group; or attempts to do so, shall be punished as provided in subsection (b).
- (b) Punishment for Basic Offense. – The punishment for an offense under subsection (a) is –
  - (1) in the case of an offense under subsection (a)(1),,
    - [1] where death results, by death or imprisonment for life and a fine of not more than \$1,000,000, or both; and
  - (2) a fine of not more than \$1,000,000 or imprisonment for not more than twenty years, or both, in any other case.
- (c) Incitement Offense. – Whoever in a circumstance described in subsection (d) directly and publicly incites another to violate subsection (a) shall be fined not more than \$500,000 or imprisoned not more than five years, or both.
- (d) Required Circumstance for Offenses. – The circumstance referred to in subsections (a) and (c) is that –
  - (1) the offense is committed within the United States; or
  - (2) the alleged offender is a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101)).
- (e) Nonapplicability of Certain Limitations. – Notwithstanding section 3282 of this title, in the case of an offense under subsection (a)(1), an indictment may be found, or information instituted, at any time without limitation.

## Footnotes

[1] So in original.

## Sec. 2441. War crimes

- (a) Offense. – Whoever, whether inside or outside the United States, commits a war crime, in any of the circumstances described in subsection (b), shall be fined under this title or imprisoned for life or any term of years, or both, and if death results to the victim, shall also be subject to the penalty of death.
- (b) Circumstances. – The circumstances referred to in subsection (a) are that the person committing such war crime or the victim of such war crime is a member of the Armed Forces of the United States or a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act).
- (c) Definition. – As used in this section the term "war crime" means any conduct –
  - (1) defined as a grave breach in any of the international conventions signed at Geneva 12 August 1949, or any protocol to such convention to which the United States is a party;
  - (2) prohibited by Article 23, 25, 27, or 28 of the Annex to the Hague Convention IV, Respecting the Laws and Customs of War on Land, signed 18 October 1907;
  - (3) which constitutes a violation of common Article 3 of the international conventions signed at Geneva, 12 August 1949, or any protocol to such convention to which the United States is a party and which deals with non-international armed conflict; or
  - (4) of a person who, in relation to an armed conflict and contrary to the provisions of the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended at Geneva on 3 May 1996 (Protocol II as amended on 3 May 1996), when the United States is a party to such Protocol, willfully kills or causes serious injury to civilians.

본적인 인권에 해당되는 것으로 여겨지게 되었다.<sup>2)</sup>

오늘날 인권을 다루고 있는 국제적 문서는 모두 고문 및 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 금지하고 있다. 1948년 세계인권선언(제5조), 1949년 제네바 4개협약(공히 제3조), 1950년 유럽인권협약(제3조), 1966년 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(제7조 및 제10조 제1항), 1969년 미주인권협약(제5조 제2항), 1981년 인간 및 인민에 권리에 관한 아프리카헌장(제5조) 및 1981년 보편적 이슬람인권선언(제7조)은 모두 이러한 부류의 행위를 비난하거나 금지하고 있다.<sup>3)</sup> 이들이 각각 사용하고 있는 용어는 다소 다르지만, 이들은 기본적으로 이러한 부류의 행위를 명백히 금지하고 있고, 또한 국가의 의무를 "절대적이고 면탈불가능하며 무조건적인"<sup>4)</sup> 것으로 부여하고 있는 점에서는 공통적이다.

오늘날 자국민에 대하여 고문을 행할 권리를 법률로 또는 기타 방법으로 공식적으로 허용하고 있는 국가는 하나도 없다.<sup>5)</sup> 대부분의 국가는 스스로 고문에 반대한다는 입장을 보이고 있다. 이와 같이 고문을 금지한다는 국가간의 광범위한 일치적 결국 고문은 어디에서도 인정될 수 없다는 세계적인 합의가 존재하는 것을 반영하는 것이다. 그 결과, 고문금지 는 국제적인 관심사가 되어 규범적으로는 더 이상 국내관할권내 사항이라든지 또는 국가주 권이라는 장막 속에 가려질 수 없는 것으로 되어가고 있다.<sup>6)</sup>

그러나 문제는 각 정부들이 실제로 고문을 근절시키기보다는 원칙적으로만 고문에 대하여 비난하는 데 머물러 왔다는 데 있다. 국제사면위원회(Amnesty International: AI)는 "각정부는 세계적으로 그리고 집단적으로 고문을 비난하고 있지만, 1980년대에 세계의 3분의 2의 정부가 수감자에 대해 고문과 학대를 자행하여 왔거나 묵인하여 왔다"<sup>7)</sup>고 보고한

2) P.B. Sharvit, The Definition of Torture in the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, 23 Israel Yearbook on Human Rights, p.147(1993).  
3) 이들 조약이나 선언에 나타나 있는 고문금지에 관한 국제법규범의 도입경위와 구체적인 내용에 관하여는, 謝福, 고문금지에 관한 국제법규범의 발전, 인권과 국제법(석암 배제석박사 화갑기념 논문집)(1989), pp.263-266 참조.  
4) P. Sieghart, The International Law of Human Rights, p.161(1983).  
5) P.L. Hoffman & L.W. Brackins, The Elimination of Torture: International and Domestic Developments, 19 The International Lawyer, p.135(1985); 국제사면위 한국연락위원회, 인권이란 무엇인가(1988), p.176.  
6) The Committee on International Human Rights, The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 42 The Record of the Association of the Bar of the City of New York(이하 Committee Report라 함), p.235(1987).  
7) Amnesty International, Torture in the Eighties, p.2(1984).

것처럼 고문관행이 아직도 국가정책의 하나로써 나타나고 있다. 이러한 관행은 특히 제3세계 국가에서 많은 예를 보이고 있으나, 이것은 정도의 차이에 불과한 것이고, 결국 이데올로기나 정치체제의 상이 또는 발전수준의 차이를 초월하여 나타나고 있다.<sup>8)</sup>

사실 고문금지규범을 강력히 주창하는 이유는 그만큼 이러한 규범이 잘 지켜지지 않는다는 역설적인 현실에서 찾을 수 있다. 그 동안 고문의 개념 및 그 금지에 관한 기준이 국제적·국내적으로 설정되어 왔음에도 불구하고 아직도 많은 국가에서 그 위반사례가 줄지 않아, 고문금지규범과 실제관행간의 괴리가 불가피하게 나타났다. 이러한 사정으로 인하여 그 동안 동·서 및 남·북 국가들간에 서로의 관행이 일치하지 않는 이러한 문제를 다룰 포괄적 조약을 체결하지는 제안은 보편적 합의를 얻기가 매우 어려웠다. 특히 고문은 정치적 동기로 인하여 행해지는 경우가 많기 때문에 각국의 이러한 이해관계를 초월하여 일반적 동의를 수렴하는 것은 어려운 과제였다.

이와 같은 상황에서 1978년부터 1984년까지 제네바에서 유엔인권위원회와 그 작업그룹의 지속된 노력의 결과로 1984년 12월 10일 제39차 유엔총회에서 "고문 및 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 금지하는 협약"(Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment: 이하 고문방지협약이라 함)<sup>9)</sup>이 무투표로 채택되었다. 고문으로부터 인간이 적절한 보호를 받는 것을 확실히 보장할 법적 해결책을 찾는 작업이 유엔창설후 약 40년간의 노력 끝에 결실을 본 것이다.<sup>10)</sup> 이 협약은 기존의 국제법문서에 나타난 고문금지규범을 좀더 상세하게 규

8) 今井直, 拷問等禁止條約の意義 — その實體規定の特徴 —, 早稲田法學會誌 第三十六卷, p.2(1986).  
9) G.A. Res. 39/46(1984, 12, 10). 이 협약의 全文은 United Nations, Human Rights: A Compilation of International Instruments, p.212 ff(1988)에 收收.  
10) 과거 국내법상 고문문제에 대한 법적 입장은 3단계를 거쳐 오늘에 이르고 있다. 제1기는 고문에 대한 법적 규제가 가해지지 않은 시기였다. 즉 고문이 법적으로 인정되지도 않았지만, 금지되지도 않았다. 이 시기는 법이 고문에 대해 무관심한 시기였고, 따라서 비공식적 묵인의 시기(period of informal toleration)였다고 할 수 있다. 제2기는 고문에 대해 법적 규제가 가해진 시기였는데, 몇몇의 경우에만 고문이 법적으로 금지되었고, 기타의 경우에는 오히려 고문이 명시적으로 허용되었을 뿐 아니라 그 방법까지도 법에 규정되었다. 후자의 경우 고문은 합법적인 수사방법 또는 처벌방식으로 공인받았다. 제2기는 고문이 합법화된 시기(period of legalized torture)였다고 할 수 있다. 제3기는 지금부터 불과 2, 3세기전에 시작되었는데, 법에 의하여 고문이 폐지된 때이다. 이 시기의 고문은 명백히 불법적인 것으로 되었다. 고문의 금지가 헌법에 규정되거나 일반적인 법원칙으로 되었다. 그러나 이 시기에 입법자들은 고문금지의 준수를 특별히 보장하는 것에는 별 관심이 없었고, 실제관행상으로도 그 금지는 항상 준수되지 않았다. 이 시기는 순수한 금지의 시기(period of pure prohibition)였다고 할 수 있다. 이후 적절한 보장장치를 확보할 필요성이 발생하였고 이것은 법적 문서에 근거하여 고문금지에 관한 적극적 대응장치를 확보하는 제4기를 요구하게 되었다.

measures contain the amendment of the Constitution(1987), enactment of the Equal Employment Opportunity Act(1987), establishment of the 2nd Minister of Political Affairs with authority to coordinate all governmental activities aimed at advancing the status of women(1988), enactment of the Mother-Child Welfare Act(1989), amendment of the Family Law(1990), and the Inheritance/Income Tax Act(1990, 1994, 1995), enactment of the Infant and Child Care Act(1991) and the Act for Punishing Sexual Offenders and Protecting Victims of Sexual Assaults(1994), the Basic Act for Women's Development(1995), etc.

But Korea has been keeping the reservation of Article 9 and Clause (f) of Article 16 of the Convention until now. Article 9 of the Convention demands the elimination of discrimination against women in nationality. And Clause (f) of Article 16 of the Convention demands the same personal rights as husband and wife in choosing family name, a profession and occupation. And the Discrimination against women exists not only in the all the field contained in the ratio of legislators and cabinet ministers, the degree of participation in politics and decision-making positions and employment, education, family life but also the existing laws and prevailing social recognition against women.

To realize the fundermental human rights in Korea, the legal literacy about this Convention and the Law relating to women and more positive implementation measures of the Convention by the Government must be practiced.

### 고문방지협약

최 태 현\*

目 次	
1. 서	다. 국제적인 이행감독 장치
2. 성립배경	4. 관련 국내법제의 검토
3. 주요내용	가. 한국의 가입시 입장
가. 고문 등의 정의	나. 국내적 실천사항
나. 국가의 의무	5. 결

### 1. 서

오랜 역사를 두고 법률가, 도덕주의자 및 종교사상가들을 중심으로 하여 의식있는 자들이 고문현상의 병폐를 끊임없이 지적하여 왔지만, 이러한 아만적 관행을 적극적으로 명백히 금지하는 국제법과 국내법이 나타난 것은 비교적 최근의 일이다. 그 동안 문명의 발전 단계는 20세기에 이르렀으나, 인간은 여전히 가장 퇴보된 형태의 처우라고 할 수 있는 고문등의 비인간적인 행위에서 벗어나지 못하였던 것이다.<sup>1)</sup> 그러나 특히 제2차대전 이후 생명, 건강, 자유, 신체적 불가침성 및 인간의 존엄성 등을 법적으로 특별히 보호할 필요성이 인식되면서, 고문금지 또는 고문을 받지 아니할 개인의 권리는 가장 기본적인 인권원칙의 하나로 되었고 이러한 권리는 생명권이나 노예상태에 놓이지 않을 권리와 함께 가장 근

\*한양대학교 법과대학, 조교수, 법학박사  
1) J. Skupinsky, Prohibition of Torture and Other Inhuman Treatment(The development of International Legal Regulation within the United Nations), 15 Polish Yearbook of International Law, p.163(1986).

29

39

제5항이 수정되었고, 제28조가 추가된 것이 전부다. 이 협약 채택과정에서 주로 논의된 사항은 바로 i) 고문 등 기본개념의 정의문제, ii) 고문 등을 금지하기 위한 국가의 의무, iii) 국적인 이행감독장치 등이다.

이 협약은 제27조 제1항에 따라 20개국이 비준한 때로부터 30일 후에 발효되도록 되어 있었는데, 이미 1987년 6월 26일에 발효되었다. 1996년 1월 현재 93개국이 비준하였으며, 13개국은 서명만 하고 아직 비준을 하지 않았다. 또한 고문방지위원회의 권능에 관한 제21조(국가간 고소)와 제22조(개인의 고소)도 이미 발효일 이전에 발효요건(5개국 이상의 승인선언)을 충족하였기 때문에 이 협약 발효일에 함께 발효되었다. 우리나라는 1995년 1월 9일 이 협약에 대한 아무런 유보도 없이 가입서를 유엔사무총장에게 기탁하여 이 협약은 우리나라에 대해 같은 해 2월 8일 발효되었다. 대한민국정부는 이 협약에 가입함으로써 의무행위를 위하여 취하여야 하는 조치와 성취된 진전사항에 관한 최초보고서를 이 협약 제19조 제1항에 따라 발효 후 1년 이내인 1996년 2월초에 이미 고문방지위원회에 제출하였다.

### 3. 주요내용

이 협약은 전문과 32개조<sup>21)</sup>로 구성되어 있다. 조문은 다시 3部로 나뉘어져 있다. 제1부(제1조~제16조)는 실제규정을 담고 있는데, 대부분의 규정이 고문에만 관련된 것이고, 몇몇 규정만이 기타 처우에도 적용되도록 하였다. 제2부(제17조~제24조)는 이행규정에 해당되는데, 실제규정에 따라 당사국이 부담하는 의무를 준수하게 하기 위하여 여러 국제적인 감독장치를 마련하고 있다. 제3부(제25조~제32조)는 비준·발효 등 조약의 최종조항을 담고 있다.

21) 고문방지협약의 많은 내용은 이미 1983년 10월 AI가 각정부에게 이행을 요청하기 위하여 작성한 '고문방지를 위한 12개항 계획'과 일치하고 있다. 그 주요내용은 i) 고문의 공식적 비난, ii) 집권을 금지하는 구금의 제한, iii) 비밀구금의 금지, iv) 구금중 안전조치, v) 고문에 관한 보고서에 대한 독자적 조사, vi) 고문으로 취득한 진술의 사용금지, vii) 고문의 법적금지, viii) 고문혐의자의 기소, ix) 구금이나 심문에 관계되는 공무원의 훈련, x)賠償 및 사회복귀, xi) 국제적 협력, xii) 국제적 문서의 비준 등이다. Amnesty International, *supra* note 7, pp.249-251.

정하고, 또한 그 이행을 국내적으로 또는 국제적으로 좀 더 확실히 보장하는 포괄적 장치를 마련함으로써, 고문을 금지하는 현행의 국제법요구와 기준을 재확인하고 또한 명확히 하고 있다.

### 2. 성립배경

고문방지협약의 성립은 유엔체제내에서 10년 이상의 집중적인 로비활동, 교섭과 초안작성 등으로 이루어졌다.<sup>11)</sup> 특히 Amnesty International(AI)<sup>12)</sup>과 International Commission of Jurists(ICJ)와 같은 비정부기구(NGO)들이 적극적인 역할을 수행하였다. 이 협약의 성립은 ILC 밖에서도 새로운 국제문서를 채택하는 입법이 행하여지고 있다는 사실을 보여주고 있다.<sup>13)</sup> 그러나 이 협약은 새로운 의미의 규범창설은 아니고 고문금지에 관한 현행의 관습법을 확인·강화하려 한 것이다.<sup>14)</sup>

아무튼 이 협약은 1973년부터 논의가 시작되어 1975년 유엔총회에 의하여 채택된 고문방지선언<sup>15)</sup>에 그 기원을 두고 있다. 유엔총회결의 3453(XXX)에 의하여 유엔총회는 WHO에게 구금 또는 투옥상태에 있는 자를 고문이나 이와 유사한 행위로부터 보호하는 것과 관련된 의료윤리원칙을 연구·작성하여 줄 것을 요청하였다. 1976년 유엔총회는 WHO

바로 고문방지협약이 채택되기 이전의 40년간은 이와 같은 제4기로 진행되는 단계에서 필요한 적절한 보장장치를 찾는 노력의 기간이었다고 보여진다. 그러나 한 가지 아쉬운 것은 고문방지협약의 채택은 국제적 차원에서 이루어진 이러한 노력의 결과일 뿐, 국내법에 관한 한 제4기로 들어섰는지 여부는 각국의 사정에 따라 다르다는 점이다. J. Skupinsky, *supra* note 1, pp.163-164.

11) P.L. Hoffmann & L.W. Brackins, *supra* note 5, p.1353.  
12) AI는 양심수 석방을 위하여 활동하며, 정치범에 대한 조속하고도 공정한 재판을 옹호하고, 또한 모든 수감자의 사형과 고문 및 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 또는 모욕적인 처우 및 처벌을 반대하는 기구로서, 고문방지협약의 탄생에 많은 도움을 주었다. 1972년에 시작한 AI의 고문예지를 위한 국제적인 캠페인의 일부로서 1973년, 1975년, 1984년에 "고문에 관한 보고서"를 펴낸 바 있다. *Supra* note 7 참조.  
13) J.G. Stone, International Convention against Torture, 59 Australian Law Journal, p.402(1985).  
14) J.H. Burgers & H. Daniels, The United Nations Convention Against Torture, p.1(1988).  
15) Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. Res. 3452, 30 U.N. GAOR Supp.(no. 34) 91, U.N. Doc. A/10034(1975); J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, pp.191-193에 참조함.

### 가. 고문 등의 정의

#### (1) 拷問

##### 1) 일반적 고찰

고문방지협약은 고문금지를 규정한 다른 어떤 인권조약보다도 고문의 정의를 특별히 자세하고 포괄적으로 하고 있다. 이전의 국제문서들은 전형적인 고문 또는 '잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌'(이하에서는 기타 처우라 함)을 금지만 하였지 이들 용어에 대한 정의는 없었다. 이 협약은 제1조 제1항에서 고문에 대해 상세히 정의하고 있다.<sup>22)</sup>

이 규정은 국제법상 발전하여 온 고문에 대한 정의를 성문화한 것으로 최초의 조약상의 정의이다. 물론 고문방지선언의 정의와 그와 동일한 1978년의 스웨덴안을 기초로 하였지만, 이들 정의에 좀더 추가하여 정교하게 함으로써 고문의 정의를 보다 넓혀 실질적으로 조약의 적용대상을 확대하고 있다.<sup>23)</sup>

##### 2) 고문의 주체

우선 고문의 주체에 관하여 국가당국(a public official or other person acting in an official capacity)이 어떤 형태든지 관여하고 있는 경우를 망라하고 있다. 전통적으로 고문은 형사소송절차에서 증거를 확보하기 위하여 사용되어 왔기 때문에, 고문이란 자연히 기본적으로 공무원에 의하거나, 그들의 심문중에 행하여지는 활동을 의미하여 왔고, 따라서 법적으로는 공무원에 의한 것만이 문제가 되어 왔다.<sup>24)</sup> 왜냐하면 私인이 행하는 고문은

22) "이 협약을 적용함에 있어서 '고문'이라 함은, 어떤 자 혹은 제3자로부터 정보나 자백을 얻기 위하여, 어떤 자 혹은 제3자가 행하였거나 행하였다고 혐의를 받고 있는 행위를 이유로 그 자를 처벌하기 위하여, 또는 모든 종류의 차별에 기한 어떤 자 혹은 제3자를 협박하거나 강제하기 위하여, 또는 모든 종류의 차별에 기한 어떠한 이유 때문에, 육체적이든 정신적이든 간에, 어떤 자에 대하여 격렬한 고통을 고의로 가하는 행위로서, 이러한 고통이 공무원 혹은 기타 공적인 자격으로 행동하는 자에 의하여 가하여진 경우를 말한다. 다만 고문에는 합법적인 제재로부터 기인하거나 이에 내재하거나 또는 부수적인 고통은 포함되지 아니한다." *Supra* note 9, pp.212-213.  
23) 이 협약의 정의에서 추가된 요소는 '혹은 제3자', '강제하기', '모든 종류의 차별에 기한 어떠한 이유 때문에', '공적 자격으로 행동하는 기타의 자', '이러한 자의 동의나 묵인에 의하여'이며, 반대로 삭제된 요소는 단서에서 '수감자에 관한 최소한의 모범규칙에 합치하는 정도로'이다.  
24) G. Draper, The Judicial Aspects of Torture, (1976) 1 Acta Juridica, p.223(1978).

에게 이러한 보호와 관련한 '의료윤리법전초안'(draft code of medical ethics)을 준비해 줄 것을 요청하였다.

유엔총회는 1978년 회기때 유엔사무총장에게 의료윤리법전초안을 회원국, 정부간 기구 및 비정부간 기구에게 배부하여 논평을 해줄 것을 요청하였다. 1980년 유엔총회는 이 법전초안에 관한 유엔사무총장의 보고서에 주목하여 결의 35/179로써 경제사회이사회에 이 법전초안을 심의해 줄 것을 요청하였다. 1981년 경제사회이사회는 인권위원회의 권고에 따라 유엔고문피해자기금의 설립을 후원하였다. 1982년회기 때 유엔총회는 죄수 및 구금된 자를 고문으로부터 보호함에 있어서 의료인 특히 외과의사의 역할에 관한 의료윤리원칙을 채택하였다.<sup>16)</sup>

한편, 1977년 12월 8일 유엔총회는 유엔인권위원회(UN Commission on Human Rights)에 고문등을 금지하기 위한 협약초안을 준비해 줄 것을 요청하였다.<sup>17)</sup> 이에 따라 1978년부터 1984년 까지 7년 동안 유엔인권위원회는 매년 2~3월 중 6주간 제네바에서 회의를 열어 초안을 준비하였다. 유엔인권위원회의 본회의 개최 일주일 전에 항상 작업그룹(Working Group)을 소집하여 여기서 주로 협약초안을 논의하였다. 1981년회기 때 유엔총회는 인권위원회에게 고문방지협약초안을 완성해 줄 것을 요청하였다.<sup>18)</sup>

위 작업그룹은 개방적인 회의체로서 위원회의 모든 회원국이 참석할 수 있었고, 또 위원회의 회원국이 아니더라도 옵서버로 참가할 수 있었으며,<sup>19)</sup> 이 개방원칙은 경제사회이사회 의 전문역을 맡고 있는 AI와 ICJ와 같은 NGO에게도 동일하게 적용되었다. 작업그룹은 1978년의 스웨덴안과 1979년의 스웨덴수정안을 토대로 초안을 준비해 갔는데, 이 때 전원 일치체를 채택함으로써 매번 투표가 행하여지지 않았다. 만일 어떠한 합의에 도달할 수 없는 경우에는 異見을 표명한 채 위원회에 보고할 뿐이었다. 작업그룹을 1984년에 그 임무를 완수하여 보고서를 작성하였다. 이 보고서와 인권위원회에서의 토의자료는 경제사회이사회를 통하여 사무총장에게 제출되었고 이후 총회로 넘겨졌다. 유엔총회는 이를 1984년 회기의 의제로 상정하였고, 제3위원회는 여러 차례 이를 심의하였다. 이 초안은 타협의 정신하에 극히 일부조항만이 수정되어 12월 10일 총회에서 고문방지협약으로서 채택되었다.<sup>20)</sup>

이 협약본문은 초안과 大同小異하다. 협약본문에 나타난 실질적 변화는 제20조 제1항과

16) G.A. Res. 37/194.  
17) G.A. Res. 32/62.  
18) G.A. Res. 36/60.  
19) 옵서버국가로는 스위스가 정규적으로 참가했을 뿐, 실제로는 위원회의 전회원국이 참가한 것은 아니었다. 특히 약소국의 경우 작업그룹의 심의과정에 참가할 전문가를 가지고 있지 못하였다.  
20) 자세한 성립과정에 대해서는 J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, pp.33-113 참조.

B규약 제7조를 보면 좀더 명확해 질 것이다.

6) 目的要件

이 협약은 고문에는 일정한 목적과 동기가 있어야 한다고 규정하고 있는데, 그 규정방식에 관하여 작업그룹에서는 많은 이견이 있었다. 즉 행위자체의 고유한 성질에 의하여 규정해야 한다는 의견과 고문의 목적을 나열하는 것은 부분적이고 열거적인 것으로 볼 수 있으므로 삭제하는 것이 좋다는 의견이 대립하였다.37) 결과는 타협에 의하여 나타나는데, 즉 가장 공통적인 목적을 나열하고 그 나열된 목적이 열거적인 것이 아니라 예시적인 것을 표시하는 "such purpose as"를 살리면서 동시에 "모든 종류의 차별에 기한 어떠한 이유 때문에" 행한 행위를 추가하여 규제하자는 것이었다. 이와 같은 문구의 삽입은 일정한 차별사유를 굳이 특정하지 않았기 때문에, 나열된 다른 목적에 해당하지 않는 경우를 광범위하게 망라할 수 있는 해석상의 기능을 가지고 있다.38) 그러나 그 후에도 여전히 문제는 있을 수 있다. 즉 "such purpose as"의 목적은 명백히 '나열된 목적'과 어떤 공통성을 가져야 한다는 것을 의미한다고 볼 수 있기 때문이다.40) 이러한 점에서 본다면 미주고문금지협약 제2조에서처럼 "any other purpose"라고 하여 좀더 포괄적으로 명백히 규정하는 것이 좋을 듯하다.

따라서 '목적' 요건은 반드시 그 목적이 불법적이야 하는 것을 의미하지는 않는다.41) 이는 고문행위자가 고문의 목적이 합법적이었다고 주장하는 것을 방지하기 위하여서도 그렇다. 왜냐하면 위에 나열된 목적은 국가 또는 그 기관의 이익이나 정책과 어떤 형태로든지 관련을 맺고 있다는 점에서 공무원인 고문행위자는 자신의 행위를 공적인 기능을 수행하기 위한 것이었다고 정당화할 수도 있을 것이고, 당국도 이러한 관행을 억제하는데 주저할 것이기 때문이다. 따라서 목적의 합법성 여부는 고려할 필요가 없는 것이다. 결국 고문의 목적이 예시된 목적에 해당되는지 여부가 중요하며, 이런 점에서도 목적요건을 가능한 한 넓게 해석하는 것이 좋을 것이다. 따라서 공무원이 순전히 사적인 이유만으로 행동하였는데 격렬한 고통을 초래하게 되었다고 주장하는 경우에, 그것이 고문에 해당되지 않는 경우는 극히 예외적이라 할 것이다.

37) Ibid.  
38) U.N. Doc. E/CN. 4/1314(1978), pp. 6, 8.  
39) 今井直, supra note 8, p. 118.  
40) J.H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, p. 118.  
41) Ibid., pp. 118-119.

7) "합법적 제재"예외

이 협약은 제1조의 단서에서 보는 바와 같이, 합법적인 제재는 고문이 아니라고 규정하고 있다. 그런데 여기서 '합법성'이라 함은 국내법예외의 합치만을 의미하는가 아니면 현행의 국제적 기준에도 합치하는 것을 포함하는가에 관하여, 협약은 명백한 입장을 밝히고 있지 않다.42) 따라서 이 단서조항은 너무 광범위한 예외를 허용하는 것이라는 비판이 있기도 하다.43) 왜냐하면 이 조항은 어떤 국가로 하여금, 통상적으로는 고문에 해당하는 행위를 자국의 국내법질서 안에 포함시킴으로써, 아무리 비인간적인 행위라 할지라도 이를 국가에게 허용하는 것처럼 해석될 수가 있기 때문이다.44) 더욱이 고문방지선언에서 있었던 "수감자의 처우를 위한 최소한의 규범규칙에 합치하는 정도에서"라는 문구가 삭제되어 있어, 이러한 해석의 가능성은 그만큼 많아졌다고 볼 수 있다.

그러나 이 협약이 결국 어떤 형태로든지 국제적 기준을 언급하지 않은 것은, 특히 刑事制裁에 관한 구체적이고도 보편적인 국제적 기준이 현 단계에서는 존재하지 않기 때문이지, 국제법에 의한 규제가 국내법상 합법적인 제재에 미친다는 것을 본질적으로 부인한 것은 아닌 것이다.45) 따라서 여러 형태의 잔인한 형벌과 처벌46)은 현 단계에서는 고문에 해당되는지 불분명할지 몰라도, 앞으로 이에 대한 국제사회의 공통의식이 성립할 가능성은 충분히 있다.47) 물론 현단계에서도 해석의 범위를 넓혀 합법성은 국제인권법을 참조하여서 평가하여야 한다고 주장하는 학자도 많이 있다.48) 그리고 만일 이러한 형벌이 현재 고문으로까지 되지는 않는다 하더라도, 적어도 기타 처우에는 해당될 수 있을 것이고, 따라서 이

42) M.E. Tardu, The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, 56 Nordic Journal of International Law, p. 307(1987).  
43) S. Riley, Campaign against Torture, New Zealand Law Journal, p. 279(1985, 9); J.H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, pp. 121-122.  
44) A. Boulesbaa, An Analysis of the 1984 Draft Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, 4 Dickenson Journal of International Law, p. 190(1986); 한편 이 협약은 각국의 형법적 제재제도를 개혁하려는 것이 아니라, 국제법상 이미 존재하고 있는 고문금지강화를 의도를 가지고 있으므로, 국내법적인 합법성만 가지고 있으면 족하다고 보는 입장도 있다. J.H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, p. 121 참조.  
45) U.N. Doc. E/CN. 4/1347(1979), p. 38.  
46) 예를 들면 이슬람 형법상의 割腕刑, 手足切斷刑, 石打刑, 舌刑 등이 있다.  
47) 今井直, supra note 8, p. 12.  
48) M.E. Tardu, The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, (1988) International Geneva Yearbook, p. 15(1988).

일종의 가중된 형태의 폭행으로 보았으며, 이는 현행의 국내법에 의하여 통상적으로 처리될 것이지만, 공무원에 의한 범죄는 사인에 의한 고문과는 성질이 다르고 본질적으로 중대하며 또한 국내법상의 조치가 취하여 질 가능성이 적기 때문이다.25) 따라서 국제법상으로 이 협약이 제1차적인 목표로서 의도한 것은, 국가당국이 스스로 관련된 고문이나, 또는 심문·기소절차가 잘 정비되어 있지 못하여 나타나는 고문을 규제하려는 것이다.26) 만일 국가가 자기와의 관련성을 부인하는 경우에 대비하여 이 협약은 '이러한 자의 동의 또는 묵인에 의하여'라는 문구까지 추가하여 공무원이 고문을 방지할 의무를 좀더 넓히고 있다. 특히 '묵인'이라는 용어를 추가함으로써, 권한있는 지위에 있는 공무원이 고문의 발생을 인지하고 있거나 인지가 가능한 때에 적당한 방지조치를 취하지 않는 경우까지도 규제하고 있다.27) 결국 의견상, 私인에 의한 고문행위로서 공무원의 직접적인 관여가 없거나 또는 그것에 관한 명백한 증거가 없는 경우라 하더라도 공무원의 책임을 추궁하는 것이 가능해졌다.28) 이러한 묵인의 존재는 특히 고문피해자에 대한 국내적 구제조치를 다하지 않는 경우 명백히 추정될 수 있을 것이다. 이리하여, 공공기관(예를 들어 비밀경찰과 같은)에 의하여 고문이 행해지는 경우에는 정부당국은 자기가 알고 있지 못하였거나, 또는 심지어 통보를 받았으나 승인하지 않았다는 이유로 책임을 회피할 수 없게 되었다.29) 이와 같이 이 협약은 공무원이 스스로 고문을 행하지 않을 소극적 의무뿐만 아니라 일정한 조건하에서 고문을 방지해야 할 적극적 의무까지 부과하고 있다.30) 다만 이 협약은 공무원에 의한 고문범죄에 관여한 私인까지도 처벌할 의무를 당사국에게 부과하고 있는지 여부를 명확히 하고 있지 않다. 그러나 고문의 완전한 근절이라는 취지에 비추어 볼 때, 공무원의 동의 또는 묵인에 의해 실제로 고문을 행한 사인이나 또는 공무원의 고문에 가담한 사인까지도 이 협약은 처벌을 부과하고 있다고 해석할 수 있을 것이다.31) 이렇게 본다면, 협약의 적용대상인 고문의 주체는 직접적으로 사인이 될 수도 있을 것이다.32)

25) J.H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, pp. 119-120 참조.  
26) Ibid.  
27) 묵인이라는 개념은 조약목적의 실현에 기여하도록 조약의 적용대상을 확대하여, 종래의 '고문의 정의로서는 해결할 수 없었던 현실의 사태에 대응하는 것을 가능하게 하는 반면, 다른 한편으로는 불명확한 개념으로서 엄격한 죄형법정주의에 반한다는 비판도 있다. 今井直, supra note 8, p. 16, n. 10.  
28) Ibid., p. 13.  
29) J.H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, p. 120.  
30) 今井直, supra note 8, pp. 11-12.  
31) Ibid., p. 15, n. 9.  
32) Ibid., p. 12.

3) 客體

고문의 객체에 관하여 조약은 막연히 어떤 자(a person)라고 하여 고문희생자를 특별히 정의하고 있지는 않다. 그러나 이 문구는 피해자의 부류가 무제한적인 것을 의미하는 것은 아니다. 고문방지선언과 이 협약의 역사를 보면, 고문의 객체는 주로 자유를 박탈당한 자이거나, 적어도 고통을 가하는 자의 사실적 권력이나 통제하에 있는 자를 가리킨다는 것을 알 수 있다.33) 따라서 국방, 법과 질서의 유지, 범인체포 등의 기능을 수행하는 과정에서 군대나 경찰에 의한 무력의 사용은 이 협약상의 고문은 아니다.34)

4) 고통의 종류

이 협약은 '정신적'(mental)인 고통까지를 언급하고 있다. 물론 이 점도 고문방지선언에서 고문의 국제적 금지의 일부로서 최초로 인정된 것이긴 하지만, 이 규정은 명백히 최근에 심리적인 형태의 고문이 점차 증가하는 것을 반영한다.35) 따라서 고문에 관한 국제법은 그 정의에 의해서든 범의론에 의해서든, 신체에 대한 외부적인 잔인성에 호소하지 않고서도 격렬한 심리적 고통을 가져오게 할 수 있는 현대적인 고문기술의 발달에 맞추어 이를 규제할 필요성이 있다 하겠다.

5) 作為要件

제1조는 적극적인 행위(act)만을 언급하고 있지 부작위는 언급하고 있지 않다. 물론 고문이 되기 위하여는 작위가 통상적이다. 그러나 이 규정은 특별한 경우에 부작위도 고문에 해당할 수 있다는 것을 배제하고 있다고 보여지지는 않는다.36) 또 제1조는 수감자에 대하여 그의 의사에 반하여 그리고 치료목적도 없이 행해지는 의학·과학적 실험을 금지한다고 명시적으로 언급하지 않고 있다. 그러나 이 경우도 만일 그러한 실험이 격렬한 고통을 초래하는 때에는 고문에 해당할 수 있다고 본다.37) 이 점은 이러한 실험을 금지하고 있는

33) 특히 이 협약 제10조와 제11조는 명시적으로 "모든 형태의 체포, 구금 또는 감금하에 있는자"를 언급하고 있다. J.H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, pp. 120-121.  
34) Ibid., p. 121.  
35) Amnesty International, Report on Torture, pp. 45-50(1973) 참조; 예를 들면 부인이나 자녀를 비롯한 친척을 살해하거나 고문하겠다는 위협, 친척을 고문하는 것을 돕도록 강제하는 것, 그리고 모의 집행을 받게 하는 것 등이 있다. Committee Report, supra note 6, p. 239; 또는 구 소련에서처럼 양심수를 정신병동에 수감하는 경우도 있다. Amnesty International, supra note 7, p. 221.  
36) 수감자에게 고의로 음식을 제공하지 않는 것을 들 수 있다. J.H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, p. 118.

은 의무들을 부과하고 있다.

먼저 제2조 제1항은 "각 당사국은 그 관할권하에 있는 영역내에서 고문행위를 방지하기 위하여 실효적인 입법적·행정적·사법적 조치 또는 기타 조치를 취하여야 한다"고 하여 협약의 목적을 증진하기 위한 당사국의 일반적·기본적인 의무를 부과하고 있다. 이러한 의무의 대상이 되는 조치의 성격은 당해국가의 제량에 맡겨지겠지만, 그 어떤 경우에도 실효적이어야 한다고 하여 고문행위에 대한 공식적인 금지뿐만 아니라 예방까지를 강조하고 있다.<sup>59)</sup> 이 의무는 물론, 국가는 고문행위가 발생되지 않도록 하기 위하여 합리적으로 예상되는 것을 행하면 충분하다는 의미이다. 그럼에도 불구하고 고문이 발생하면 당사국은 또 다른 의무로서 재발을 예방할 실효적인 조치를 취해야 할 것이다.<sup>60)</sup>

특히 입법적 조치에 관하여는 제4조와 비교하여 검토되어야 하는 바, 제4조는 각 당사국은 모든 고문행위가 그 예비음·공모 또는 가담을 포함하여 자국 형법상 범죄가 됨을 보장하여야 하며, 이러한 범죄의 중대성을 고려하여 적절한 형벌로써 처벌하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 건국 고문에 대해서는 입법적 조치로써 중한 형벌을 부과해야 한다는 의미인 것이다.<sup>61)</sup> 제4조는 특히 항공기불법납치, 항공기에 대한 사보타지, 외교관에 대한 공격과 인질납치 등을 중한 형벌로 또는 범죄의 중대성을 고려한 적절한 형벌로 처벌해야 한다는 관련조약의 유사한 규정으로부터 영향을 받았다.

이외에도 협약은 다음과 같은 여러 의무를 규정하고 있다. 각 당사국은 체포·구금되거나 수감된 자의 구금·심문 또는 처우와 관련된, 범죄행위를 비롯한, 모든 부류의 사람들의 훈련과정에 고문금지에 관한 교육이나 정보전달을 포함하여야 한다.<sup>62)</sup> 그리고 모든 경우의 고문을 방지하기 위하여 당사국은 자국의 관할권하에 있는 영역내에서 체포·구금되거나 수감된 자를 구속하고 처우하는데 관련된 제도뿐만 아니라 심문에 관한 규칙·지침·방법 및 관행을 체계적으로 제정하여야 한다.<sup>63)</sup> 당사국은 자국영역내에서 고문행위가 행하여졌다고 믿음만한 합리적 근거가 있는 모든 경우에 소관기관은 신속하고 공정한 조사를 진행할 것을 보장하여야 한다.<sup>64)</sup> 당사국은 고문을 받았다고 주장하는 모든 개인이 소관기관에 고소하여 그 소관기관에 의한 신속하고 공정한 심사를 받을 권리를 보장하여야 한다.<sup>65)</sup> 그리

59) J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 123.

60) 즉 인사교체, 좀더 엄격한 감독, 그리고 새로운 지시 등을 들 수 있다. *Ibid.*

61) *Ibid.*, p. 129.

62) 고문방지협약 제10조 제1항.

63) *Ibid.*, 제11조.

64) *Ibid.*, 제12조.

65) *Ibid.*, 제13조.

고 제10조~제13조 상의 의무는 고문뿐만 아니라 기타 처우에도 공통적으로 적용되도록 하였다.<sup>66)</sup>

원래 고문방지선언은 이 협약의 제14조, 제15조의 의무뿐만 아니라 다음에 논의할 제2조 제2항과 제3항(고문금지의 절대성)까지도 고문 및 기타 처우에 공히 적용되도록 하였다.<sup>67)</sup> 그러나 이 협약에서는 위의 모든 규정들을 기타 처우의 경우에는 적용되지 않게 하였다. 그 주된 이유는, 기타 처우라는 개념의 불명확성 및 추상성으로 인하여 이러한 의무를 부과하기에는 해석상 곤란이 많다는 것과 또한 개인에 대한 남용의 여지가 많다는 것을 들 수 있다.<sup>68)</sup> 따라서 현재로서는 기타 처우에 대한 국제적 보호는 고문의 경우보다 약한 것은 사실이다.<sup>69)</sup> 그러나 이 개념이 점차 이 협약과 기타 인권조약에 관한 판례법의 형성을 통하여 특정되면, 제16조 제1항 前段의 일반적 예방의무의 폭넓은 해석을 통하여 기타 의무에도 확대될 가능성은 있다고 본다.

(2) 고문피해자에게 배상권 및 기타 구제를 부여할 의무

위에서 언급한 제13조의 의무와 함께, 당사국은 고소인 및 증인들이 고소 또는 증거제시의 결과로 받을 수 있는 모든 부당한 처우 또는 협박으로부터 보호될 수 있도록 보장하는 조치를 취하여야 한다.<sup>70)</sup> 즉 당사국은, 그 법체계내에, 고문피해자가 구제를 얻고 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 권리와 가능한 한 완전히 사회에 복귀할 수 있는 수단을 보장하여야 한다<sup>71)</sup>고 함으로써, 피해자는 필요하다면 고문행위자의 행위에 대하여 소관기관을 상대로 손해배상을 제기할 수 있도록 하였다. AI를 비롯한 NGO들은 특히 "가능한 한 완전히 사회에 복귀할 수 있는" 권리를 명백히 하여야 한다고 주장하였다. 이들은 고문의 신체적·정신적 결과를 극복하기 위해서는 전문적인 치료를 받을 필요성이 있음을 강조하였다.<sup>72)</sup> 제14조는 1975년 선언의 해당조문보다 좀더 강하게 규정되었다.

또 당사국은 고문의 결과로서 이루어진 것이 명백한 어떠한 진술도, 고문피해자에 대하여 그러한 진술이 행하여졌다는 증거로서 인용되는 경우를 제외하고는, 소송절차에 있어서 증거로서援用되지 않도록 보장하여야 한다<sup>73)</sup>고 하여 고문에 의한 자백의 증거능력을 부인

66) *Ibid.*, 제16조 제1항.

67) 고문방지선언, *supra* note 15, 제11조, 제12조, 제3조 참조.

68) 今井直, *supra* note 8, pp. 8-9, nn. 1, 3, 4와 pp. 17-18 참조.

69) M.E. Tardu, *supra* note 48, p. 16.

70) 고문방지협약, 제13조 제2항.

71) *Ibid.*, 제14조 제1항.

72) UN Doc. E/CN4/L.1576, paras. 40-44.

협약의 적용대상으로 되어 규제될 수 있을 것이다.

8) 評價

이상에서 살펴본 바와 같이, 제1조 제1항은, 이 협약의 제1차적인 관심이 고문금지에 있기 때문에, 먼저 그 정의를 시도하였다. 하지만 이 정의는 형법상 엄격한 의미의 정의라기 보다는 고문에 대한 描寫라고 볼 수 있다.<sup>49)</sup>

왜냐하면 형법과 형사절차에 직접 적용하기보다는, 많은 구성요건을 나열하여 고문이라는 개념이 의미하는 것이 무엇인지 이해하려는 목적에서 나타난 것이 때문이다.<sup>50)</sup> 따라서 고문에 대한 보다 자세한 법적 정의는 이에 대한 국가관행, 판례 및 학설의 진전으로 밝혀질 것이다.

(2) 잔학하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌

고문방지협약은 그 적용범위에 관하여 이중구조를 취하고 있다. 즉 제1조의 고문행위는 이 협약의 실제규정 전부에 적용되지만, 제16조의 기타 처우는 명시적으로는 제10조에서 제13조까지 한정하여 그리고 해석상 제2조 제1항(일반적 방지의무)에만 부분적으로 적용되고 있다.<sup>51)</sup> 따라서 양자를 구별하는 일정한 기준을 검토할 필요가 있다 하겠다.

먼저 제16조 제1항은 당사국에게 그 관할권하의 영역내에서 공무원 혹은 기타 공적인 자격으로 행동하는 자에 의하여, 또는 이러한 자의 선동에 의하여, 또는 이러한 자의 동의나 묵인에 의하여 행하여진 기타의 처우로서 "고문에 해당되지 않는"(do not amount to) 행위에 대하여 일반적인 방지의무(undertake to prevent)를 부과하면서, 특히 제10조에서 제13조의 규정은 고문뿐만 아니라 기타 처우에도 적용된다고 하여 고문의 경우보다도 그 의무범위가 적다는 것을 규정하고 있다. 여기서 알 수 있듯이, 기타 처우에 대하여는 정의를 하지 않고<sup>52)</sup> 대신 '고문'의 정의에 비추어 약간의 示曉를 던지고 있다. 즉 기타 처우란 제1조에서 정의된 고문에 해당되지 않는 행위로서 성격이 지워져 있다. 실제로 이러한 규정은

고문은 특히 기타 처우의 극단적인 형태라고 국제사회에서 인정하여 발전하여온 정의에 기초한다.<sup>53)</sup> 예를 들면 이 협약에서는 삭제되었지만 고문방지선언에서는 고문을 기타 처우의 "고의적이고도 가중된 형태"(aggravated and deliberate form)라고 하고 있다.<sup>54)</sup>

이 협약이 제1조에서 고문을 격렬한(severe) 고통을 가하는 것이라 정의하여, 단지 일정한 중대성을 가지는 행위만이 고문에 해당된다고 하고, 기타 처우에 관하여 명백히 정의하고 있지 않는 접근방식은 일용 타당하다고 할 수 있다. 즉 이들에 대한 한정적인 정의를 하는 대신 이에 대한 국제법적 개념이 발전함에 따라 유동적인 해석의 여지를 남겨놓은 것으로 볼 수 있다.<sup>55)</sup> 그리하여 실제적 의무 전부를 고문행위에만 적용시키는 대신, 기타 처우와 같이 앞으로 변화의 가능성이 있는 개방된 개념에 대하여는 제10조에서 제13조까지의 의무를 제외하고는 이를 적용하지 않은 것이다.

나. 국가의 의무

고문방지협약은 협약당사국이 고문을 방지하고 처벌하기 위하여 이행해야 할 의무를 총망라하여 제2조~제16조에 규정하고 있다. 비교적 많은 규정을 통하여 당사국의 의무를 구체적이고 상세하게 규정함으로써 그러한 국가의무의 성격이 소극적이 아닌 적극적인 것임을 강조하고 있다.<sup>56)</sup> 이러한 형태의 규정은 이 협약이 자기집행적인 성격을 가진다는 점을 명백하게 해준다.<sup>57)</sup> 또한 여기에 규정된 국가의무들은 실제적일 뿐만 아니라 절차적인 성격도 가진다.

이러한 여러 국가의무의 부과는 고문관행을 근절하는 데 상당한 기여를 하리라 예상된다. 특히 제10조 및 제13조상의 의무와 같은 몇몇 의무는 고문이 자행되고 있는 많은 국가에서는 아직 존재하지 않는 제도이기 때문에 그 기여효과는 더욱 크리라 기대된다.<sup>58)</sup>

(1) 실효적·예방적 조치를 취할 의무

이 협약의 여러 조항들은 각 당사국에게 고문의 발생가능성을 최소화하고 고문행위자란 범죄인으로서 처벌하여 공무원에 의한 고문을 방지하기 위한 국내적 제도를 강화하려고 많

49) J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 122.

50) *Ibid.* 그리하여 협약은 고문목적에 예시함으로써 개방적인 나열방식을 도입하고 있다. 그러나, 이와 같은 방식은 죄형법정주의에 반한다는 비판도 있다.

51) 고문방지협약 제16조 제1항; J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 149 참조.

52) 작업그룹에서 이 문제를 연구하였으나, 결국 정의를 하지 않은 것은, 첫째 '기타 처우' 개념이 불명확하고, 둘째 이 협약은 제각각의 형법과 형사소송법에 반영될 법적 구속력을 가지는 많은 의무를 제각각에 부여하는 것인데, 기타 처우는 그 개념의 예외성으로 인하여 이러한 법적 의무를 부과할 수 없다는 것이 그 이유이다. J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 149 참조.

53) Committee Report, *supra* note 6, p. 240.

54) 고문방지선언, *supra* note 15, 제1조 제2항.

55) Committee Report, *supra* note 6, p. 241.

56) 今井直, *supra* note 8, pp. 16-17 참조.

57) M.E. Tardu, *supra* note 42, p. 311.

58) Committee Report, *supra* note 6, p. 242.

73

72

보선언을 하는 것을 법적으로 허용하고 있는 듯하다.

“실질적인” 근거의 의미를 평가하는 문제도 발생할 수 있는데, 이는 결국 사건의 특수한 상황에 비추어 평가되어야 할 것이며,<sup>83)</sup> 따라서 궁극적으로는 개인에 관한 사정을 심사하는 것으로 귀착될 것이다. 예를 들면 어떤 자가 탄압받는 재야세력의 일부라든지, 박해받는 소수민족의 일원이라는 것을 증명하는 것이 매우 중요할 수 있다. 그러나 때로는 이러한 증명이 곤란한 경우도 많을 것이다. 그렇다고 완전한 증거를 요구하는 것도 협약의 정신에 반하거나 비합리적인 수 있다.

제2항에서는 이러한 특수한 상황뿐만 아니라 당해국가의 일반적인 인권상황과 소수민족이나 야당세력이 어떠한 처우를 받고 있는가 하는 점도 고려하도록 하고 있다. 이 규정은 원래 스웨덴案 또는 그 수정안에는 없었으나, 1979년 작업그룹에서 荊 소련이 제안하였다. 荊 소련안은 고문을 받을 위협성이 존재하는가를 심사함에 있어서, 인종분리(apartheid), 인종차별, 집단학살(genocide), 민족해방운동의 억압, 침략 또는 외국영역의 점유 등이 국가정책으로 되었을 때 나타나는, 중대하고 대량적인 인권위반이라는 상황이 존재하는가에 대하여 특별한 고려를 하여야 한다<sup>84)</sup>고 하였다. 이러한 구소련안에 대하여 일부국가는 그 범위를 식민주의나 신식민주의에 까지 확대해야 한다고 주장하기도 하였지만, 많은 대표들은 이러한 종류의 열거에 반대하였다.<sup>85)</sup> 그 결과 타협안으로서 현재의 조항과 같은 표현으로 되었다.

그런데 여기서 주의할 것은 어떤 국가내에 심각한 인권위반상황이 존재한다는 것은, 그 국가로 어떤 자를 이전하려는 당사국에게 하나의 경고사항에 해당될 뿐이라는 것이다.<sup>86)</sup> 왜냐하면 제2항은 이에 관한 판단을 하는 당사국이 특정사건에 있어서, 비록 심각한 인권위반의 지속적인 양상이 있긴 하지만, 어떠한 고문의 위협도 없다고 판단하는 경우에 그 국가로의 이전가능성까지 배제하고 있지는 않으며, 또 만일 지속적인 인권위반이 없는 경우라 하더라도, 반드시 이전해야 하는 것을 의미하는 것은 아니기 때문이다. 이런 의미에서 본다면, 제2항의 지속적인 심각한 인권위반의 존재에 관한 규정은 절대적이거나 한정적

82) U.N. Doc. E/CN.4/1347(1979), p.41.

83) J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 127.

84) U.N. Doc. E/CN.4/1408(1980), pp.54, 56.

85) 주된 반대 이유는 특정한 형태의 사태를 언급하고 있는 것은 고문이 용인되는 기타 사태가 존재한다는 의미로 오해될 수 있고, 또 열거된 것 중 일부는 불필요한 정치적 의미를 협약내에 가지고 들어오는 것이며, 만일 열거하는 방식을 도입하려면, 다른 인권침해의 형태도 포함되어야 한다는 것이었다. U.N. Doc. E/CN.4/63(1983), p.5.

86) J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 128.

인 것은 아니고, 단지 어떤 개인이 고문을 받을 위협이 있다고 믿는 실질적인 근거를 평가하는 “모든 관련상황” 중의 하나인 것이다. 대개는 이러한 인권위반의 존재는 고문의 위협성을 내포한다고 보여지며, 따라서 이러한 존재의 확인은 고문위험에 대한 입증의 정도를 완화시켜 줄 것이다.<sup>87)</sup> 그러나 그에 대한 판단이 곤란한 경우라도, 고문의 절대적 금지라는 협약의 취지를 살려 심각하고 지속적인 인권위반의 사실은 가능한 한 고문위험의 개인성에 대한 실질적인 근거로서 인용되어야 할 것이다.

(5) 보편적 형사관할권의 확립

고문방지협약 제5조~제7조는 고문행위에 관한 보편적 형사관할권을 확립하고자 하였다. 이것은 전통적으로 영토관할권원칙에 충실해 온 형법원칙에 대한 하나의 예외를 형성한다. 각 당사국은 ① 고문범죄가 자국의 관할권하에 있는 영역내에서, 또는 자국에 등록된 선박이나 항공기에서 행하여진 경우(속지주의), ② 고문혐의자가 자국의 국민인 경우(속인주의), ③ 자국의 국민이 고문혐의자이며, 자국이 관할권을 행사하는 것이 적절하다고 여기는 경우(수동적 속인주의), ④ 고문혐의자가 자국의 관할권하에 있는 영역내에 현존하고 또한 자국이 그를 위의 세 가지 경우에 해당하는 국가 중의 하나에 인도하지 않는 경우, 고문범죄에 대하여 관할권을 확립하기 위하여 필요한 조치를 취해야 한다.<sup>88)</sup> 그리하여 고문혐의자가 소재하고 있는 당사국은 이용가능한 정보를 검토한 후 사정이 맞으면 그를 억압하기 위하여 구금하거나 기타 법적 조치를 취하여야 하되, 자국법에 규정한 바에 따라야 하고 또한 형사소송절차나 인도절차를 개시하는 데 필요한 기간내에 한하여야 한다.<sup>89)</sup> 그러한 국가는 즉시 사실관계에 대한 예비적 조사를 행한다.<sup>90)</sup> 개인을 구금한 국가는 제5조 제1항에 따라 관할권을 가지는 국가에게 구금사실과 구금사유를 즉시 통고하여야 하고 이어서 예비적 조사의 결과를 즉시 보고하고 또한 관할권을 행사할 의사가 있는지를 밝혀야 한다.<sup>91)</sup> 그리고 위의 네 가지 관할권에 해당하는 당사국은 자국내에 고문혐의자가 현존하는 경우, 다른 적절한 국가에 그를 인도하지 않는 경우에는 그를 기소하기 위하여 소관기관에 회부하여야 하며, 또한 피고에게 형사재판절차에서 통상적으로 부여되는 증거기준과 피고로서의 인권보호 등 모든 절차적 보호를 부여하여야 한다.<sup>92)</sup>

87) 荊井直, *supra* note 8, p. 23.

88) ①-③은 이 협약 제5조 제1항, ④는 제2항

89) *Ibid.*, 제6조 제1항.

90) *Ibid.*, 제6조 제2항.

91) *Ibid.*, 제6조 제4항.

92) *Ibid.*, 제7조.

75

하고 있다.

(3) 의무면제(derogation)<sup>74)</sup>의 불허

고문방지협약 제2조 제2항은 “전쟁상태·전쟁의 위협·국내정치적 불안정 또는 기타 어떠한 공적 비상사태이든 간에, 어떠한 예외적 상황도 고문을 정당화하기 위하여 인용될 수 없다”고 함으로써 국가에 대하여 고문금지 의무의 절대성을 명확히 하고, 이어 제3항에서 “상관이나 공적인 기관으로부터의 명령은 고문을 정당화하기 위하여 인용될 수 없다”고 하여 공무원인 개인에 대하여도 이를 재확인하고 있다. 이러한 점에서 고문의 금지의 절대적이고 의무면제가 불가능한 것임을 알 수 있다.

고문방지선언 제3조에도 규정되어 있는 위 제2항은 이전에 이미 여러 조약이 명확히 하고 있는 것을 다시 확인한 것이다. 즉 이질 조약은 고문이나 기타 처우를 받지 않을 권리를 포함하여 많은 개인의 기본권에 관하여 어떠한 의무면제도 불허한다고 하고 있다.<sup>75)</sup> 그러나 고문방지협약에서는 기타 처우에 대하여는 의무면제금지를 제외시킴으로써 다른 국제인권법이 확립하고 있는 기타 처우의 절대적 금지를 무의미하게 할 가능성이 있다.<sup>76)</sup>

제3항은 오늘날 많은 경우에 고문행위자는 상관의 명령에 의하여 행동한다는 점에서 고문금지를 효과적으로 하는 규정이다. 이 규정은 ‘상관의 명령은 국제법상 특히 중대한 범죄를 행한 것을 정당화할 수 없다’는 뉴른베르크 원칙과도 상통하며, 이 원칙을 형사사상이 아닌 행정·민사사함에까지도 확대하고 있다고 볼 수 있다.<sup>77)</sup>

다만 이 규정은 항명의무를 직접 개인에게 가한 것인가 아니면 당사국에게 국내법상 공무원에게 항명의무를 부과하도록 요구한 것인가가 불분명하다는 점이 문제이다.<sup>78)</sup> 항명의무의 내용도 공무원이 적극적으로 불법적 명령을 반대하고 이를 고발할 수 있는 수준인지 명확하지 않다.<sup>79)</sup> 한편 몇몇 국가에서는 비상사태법이 경찰이나 군이 공공질서를 수호하기 위한 의무를 수행하는 과정에서 살인이나 고문을 가하는 것을 형사상 면책해 주는 경우도

73) 고문방지협약, 제15조.

74) derogation을 자세히 논의하고 있는 것으로는 戶山五郎, “人權條約のderogation條項(一), (二), 法學論叢 第117卷 第6號(1985), pp.39-60과 第119卷 第1號(1986), pp.47-65 참조.

75) B규약 제4조 제2항과 제7조, 유럽인권협약 제3조와 제15조 제2항, 미주인권협약 제5조 제2항과 제27조 제2항.

76) 荊井直, *supra* note 8, p. 18.

77) 뉴른베르크국제군사재판소조례 제8조 참조, J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 124.

78) 荊井直, *supra* note 8, p. 19, n. 4 참조.

79) M.E. Tardu, *supra* note 42, p. 311.

있어 이 협약상의 규정이 이들 국가에서 얼마만큼 지켜질지 주목된다.

(4) 강제송환금지(non-refoulement)

고문방지협약 제3조는 “어떠한 당사국도 개인을 그가 고문을 받을 위협이 있다고 믿을 만한 실질적인 근거가 있는 타국으로 추방하거나 송환하거나 인도하여서는 아니된다”(제1항), 그리고 “이러한 근거가 있는지를 결정하기 위하여 소추기관은, 적절한 경우에는, 관련국가내에서 체계적이거나 중대하거나 대량적인 인권위반이 지속적인 양상으로 존재하는지를 포함하여 모든 관련사항을 고려하여야 한다”(제2항)고 규정하고 있다.

이 규정은 이전의 인권규약(고문방지선언도 포함)에는 없었던 것으로서, 고문금지에 대한 추가적인 보호를 규정하고 있다는 점에서 중요하다 할 것이다. 물론 1951년 ‘난민의 지위에 관한 제네바협약’ 제33조<sup>80)</sup>에 상당한 근거를 가지고 있다. 난민을 보호하기 위하여 고안된 강제송환금지의 원칙은 고문을 받을 가능성이 있는 개인(자국민이든 외국인인든 불문함)에게 까지 적용되고 있는 것이다. 그러나 양자는 그 대상을 달리하고 있다. 즉 난민협약 제33조에 규정된 제한, 즉 체류국의 안전을 위협하게 할 우려가 있는 자는 이 원칙의 적용을 배제한다는 제한은 고문방지협약에서는 인정되지 않는다. 따라서 이 협약은 어떠한 이유에서든 타국으로 인도되는 경우 고문을 받을 위협이 있는 모든 자에게 적용된다.

그런데 이미 비당사국과 범죄인인도조약을 따로 체결하여 조약이 규정한 상황하에서 범죄인을 인도할 특별한 의무를 지고 있는 당사국의 경우에는 이 협약의 인도금지 의무와 저촉하게 된다.<sup>81)</sup> 특히 조약상의 의무를 절대적으로 규정하여 이 협약 제3조가 설정한 특별한 상황하에서도 예외를 금지하고 있는 경우에는 문제가 더욱 심각해진다. 그리하여 작업그룹에서는, 이 문제를 해결하기 위하여 예외규정을 두는 것은 오히려 원칙을 약화시킬 우려가 있으므로 보고서에 다음과 같은 주의서를 추가하는 데 합의하였다. 즉 “어떤 대표는, 이 협약 제3조가 자국이 협약의 서명 이전에 체결한 범죄인인도조약하에서 비당사국에 대하여 지는 의무와 양립하지 않는 한, 동조에 구속되는 것으로 보지 않는다는 취지를 서명·비준 또는 가입시에 선언할 의사가 있음을 지적하였다”<sup>82)</sup>는 주의서를 두어 유보나 유

80) “어떠한 제약국도 난민을 그의 인종·종교·국적·특정한 사회집단내의 소속 또는 정치적 의견으로 인하여 그의 생명과 자유가 위협받을 명백으로 어떠한 방식으로든 추방하거나 송환해서는 아니된다”고 규정하고 있다.

81) 제약국들 사이에서는 이미 개별적인 범죄인인도조약이 체결되어 있다 하더라도, 조약은 UN협약 제3조에 의하여 보충될 것이다. 즉 협약 제3조의 요건에 합치한다면, 어떠한 범죄인인도조약상의 의무를 위반하지 않고서도 인도를 거절할 수 있게 된다. J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p. 126.

74

한 증거기준을 구하고 있다. 105) 그러나 실제에 있어서는 고문행위자국의 협조없이 증거 수집이 어렵기 때문에 기소국이 상당한 사명감을 가지고 증거수집에 임하지 않는 한 소송 제기가 곤란할 것이다. 그 엄격성의 수준에 관하여도 당사국은 역시 판단의 재량을 가지고 있다고 할 것이다. 106)

결국 이와 같은 보편적 관할권은 자칫하면 당사국으로 하여금 현안사건에 대하여 자국의 법체계상 확립된 원칙만을 편리하게 적용하는 결과를 초래할 수 있다. 그리하여 기소국의 사법체계를 고집한 결과 국제적인 형사사법기준이 오용될 가능성도 있는 것이다. 이는 보편적 관할권제도와 그에 따른 기소의무가 아직 당사국의 국가주권에 의하여 영향을 받고 있음을 나타낸다. 107) 따라서 보편적 관할제도는 고문금지규범의 국제관습법화에 강한 근거가 되고 있는 반면, 그 완성도에 있어서는 아직 미흡하여 여전히 모든 국가의 협력이 요청된다고 하겠다.

(6) 犯罪人 引渡義務

제8조는 보편적 관할권을 확립하고 있는 규정을 실효적으로 하기 위하여 고문범죄를 인도가능한 범죄로 규정하고 있다. 물론 인도요청이 있다 하더라도 인도요청을 받은 국가는 반드시 인도해야 할 의무는 없고 자국영역내에서 기소할 수 있다. 그러나 각 당사국은 고문혐의자를 인도하는 것이 바람직하다거나 적절하다고 판단하는 경우에는 그를 인도할 수 있어야 한다. 따라서 제8조는 이러한 경우에 가능한 한 범죄인인도의 법적 장벽을 제거하여 법적인 인도가능성을 뒷받침하려는 규정인 것이다. 108)

먼저 고문범죄는 당사국간에 현재 체결되어 있는 모든 범죄인인도조약내에 인도가능한 범죄로서 포함된 것으로 간주된다. 109) 또한 협약은 당사국간에 장래에 체결될 모든 범죄인인도조약에도 고문범죄를 인도가능한 범죄로서 포함시킬 의무를 부과하고 있다. 110) 그리고 다른 당사국으로부터 인도요청을 받은 국가가 범죄인인도시 일반적으로 조약상의 근거를 요구하는 경우에는, 비록 이들 사이에 어떠한 범죄인인도조약이 체결되어 있지 않다 하더라도 이 협약이 고문범죄에 관한 범죄인인도의 법적 근거가 될 수 있게 하였다. 111) 인도요

105) 이는 다른 국제테러행위에 관한 조약에는 없는 규정이다. Ibid.

106) Ibid.

107) A. Boulesbaa, supra note 44, p. 194.

108) J. H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, p. 139.

109) 고문방지협약, 제8조 제1항.

110) Ibid.

111) Ibid., 제2항.

청을 한 국가와 범죄인인도조약이 체결되어 있지는 않지만, 범죄인인도시 조약상의 근거도 요구하지 않는 당사국도 물론 고문범죄를 인도가능한 범죄로 인정하도록 하였다. 112) 이와 같은 범죄인인도제도는 보편적 관할권과 함께 고문행위자가 반드시 형사처벌을 받도록 보장하고 있는데, 역시 국제테러 등에 관한 이전의 조약에 나타나 있는 원칙을 고문범죄에 도입한 것이다.

한편 범죄인인도조약이 체결되어 있지 않은 위 두 경우에는 인도를 결정할 때에 인도요청을 받은 국가의 국내법상의 요건에 따른 제한을 인정하고 있다. 113) 이는 일정한 경우 국내법상 인도를 금지하는 특별한 예외가 있을 수 있다는 것을 의미한다 이 중 대표적인 경우는 자국민불인도의 원칙일 것이다. 이 외에도 국내법은 인도대상자에게 영장이 발부되어 있을 것, 인도요청국의 사법체도가 최소한의 공정성을 충족할 것 등을 규정하여 놓을 수 있다. 114) 이러한 이유로 인도를 거절하는 판단은 결국 행정부가 하게 된다.

이어서 제4항에서는 당사국간의 인도를 위하여 고문방지범죄는 또한 제5조 제1항의 관할권을 확립하고자 하는 국가의 영역내에서 행하여진 것으로 취급된다고 하고 있다. 이는 인도시 속지주의원칙을 적용하는 국가도 범인국적국이나 피해자국적국에게 인도할 수 있도록 한 것이다.

다. 국제적인 이행감독 장치

(1) 고문방지위원회

고문방지협약 제2부(제17조~제24조)는 고문방지위원회(Committee against Torture: CAT: 이하 위원회라 함) 115)의 설립과 운영에 대해 규정하고 있다. 특히 제17조는 위원회의 구성에 대하여 비교적 상세한 규정을 하고 있다. CAT는 유엔체제내에서 채택된 인권조약에 따라 설립된 전문적인 감독기구중 가장 새로운 것의 하나로서 1996년 1월 현재 총 14차 회의를 개최하였다. 116)

112) Ibid., 제3항.

113) Ibid., 제8조 제2항 단서와 제3항 단서.

114) Committee Report, supra note 6, p. 246.

115) 고문방지위원회의 기원과 구성, 기능, 운영절차 및 활동성과에 대한 자세한 설명은 A. Byrnes, The Committee against Torture, in P. Alston(ed.), The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, pp. 509-546(1992) 참조.

116) Ibid., p. 53 참조. 1988년 제1차회의, 1989년에 제2차회의를 개최하였고, 1990년 이후에는 매년 2차례 제네바 소재 유엔사무소에서 회의를 개최하여 왔다.

이상의 규정, 특히 제5조 제2항의 규정은, 보편적 형사관할권원칙을 천명함으로써 국제형사법상 발전하여 온 국제범죄의 진압과 처벌을 위한 규범을 도입하고 있다. 즉 항공범죄, 외교관 등에 대한 가학행위 및 인질행위 등 소위 국제테러행위를 규제하는 이전의 조약들<sup>93)</sup>을 중심으로 하여 발전하여 온 '인도 아니면 처벌' (aut dedere aut punire)이라는 원칙에 기하고 있다. 94)

이러한 보편적 관할권의 확립은 고문의 국제범죄성을 示唆하고 있다. 물론 이 협약은 고문을 적극적으로 '국제범죄'라고 명시하고 있지는 않다. genocide, apartheid, 전쟁범죄와 같이 조약이 명시적으로 '국제범죄'로 선언하여 개인의 국제형사책임을 규정하고 또한 국제재판소의 관할을 예정하고 있는 경우는 아니다. 오히려 고문은 조약이 범죄의 구성요건을 명확히 하고 보편적 관할권을 채용하고 있지만 적극적으로 '국제범죄'라고는 선언하지 않은 노예매매, 해적행위, 국제테러행위의 부류에 속한다. 95) 따라서 엄격한 의미에서는 아직 국제범죄로 되지 않은 현단계에서는 범죄유형을 엄격히 구별할 실익은 적을 것이다. 96) 왜냐하면 위 두 경우 모두 범죄자의 심리나 처벌은 결국 국제법에 따라 관할권을 행사하는 국내재판소에 의존할 수밖에 없기 때문이다. 실제로 ILC나 유엔인권위원회는 인권의 중대한 위반은 genocide나 apartheid와 같이 국제범죄를 구성하며, 고문은 이러한 중대한 인권위반으로 여겨질 수 있다고 하고 있다. 97)

아무튼 보편적 관할권을 확립한 협약의 근본목적은, 고문혐의자가 본국을 떠나 이 협약의 당사국의 영토내에 있는 경우 속지주의의 한계를 벗어나 그의 책임을 추궁하려는 데 있다. 국가에 의하여 용인된 고문혐의자가 본국에 소재하는 경우, 본국이 비록 이 협약의 당사국으로서 처벌의무를 지고 있다 하더라도, 그에 대한 기소·처벌을 기대하기 어렵다. 98) 따라서 이러한 자가 외국에 있는 경우 여행이나 사적 목적으로 나간 경우도 있었지만, 주

로 억압적인 정부의 전복 등으로 외국으로 도주하여 자신의 책임을 회피하려는 경우가 많을 것이다. 비로소 보편적 관할권은 의미를 가지게 된다. 99) 그러므로 제5조와 제7조의 규정은 주로 고문행위에 책임을 져야 할 자가 안전지대로 도주하거나, 또는 그의 고문행위를 용인해 준 국가에로 귀국함으로써 형사책임을 면탈하지 못하도록 보장하고 있다 하겠다. 100)

보편적 관할권제도에 일정한 한계가 있다. 먼저 당사국은 고문혐의자가 자국의 관할권 하에 없는 경우, 즉 범인이 자국에 소재하고 있지 않은 경우에도 인도를 요청하여 관할권을 확립할 의무까지 지는 것은 아니다. 101) 또 제6조의 경우, "이용가능한 정보를 검토한 후 사정이 맞으면" 고문혐의자를 억류해야 한다고 하여, 원칙상으로는 抑留措置를 취할 의무가 있다고 할 뿐이며, 실제 그러한 조치를 취할 사정이 있는가는 각 당사국의 재량에 맡기고 있다. 또한 제5조와 제7조에서 확립하고자 하는 관할권은 당사국이 고문혐의자를 인도하지 않는 경우에만 한정하고 있다는 의미에서 조건적으로 되어 있다. 따라서 인도요청이 있었지만 거절한 경우에는 반드시 관할권을 행사하여야 한다. 그러나 문제는 인도요청이 전혀 없는 경우에는 언제 관할권이 확립되는가 하는 것이다. 교섭단계에서는 인도요청이 거절된 경우에만 관할권이 존재한다는 의견이 나왔지만 협약에 반영되지는 않았다. 102) 따라서 관할권은 어떠한 국가가 어떠한 인도요청도 하지 않는 경우라 할지라도 확립되어야 한다는 것이 일반적이라 할 수 있다. 다만 이에 관한 구체적인 시간제한이 협약본문에는 없기 때문에, 결국 각 당사국은 어떠한 인도요청도 없을 것이라고 결론을 내릴만한 시점을 상당한 기간내에서 스스로 결정할 수 있다고 보아야 한다. 103) 이 점에 있어서도 당사국에게 일정한 재량이 주어졌다고 볼 수 있다.

제7조 제1항의 의무는 직접적인 기소의무가 아니며 단지 "기소목적을 위하여 권한있는 당국에 사건을 付託하는" 의무로 되어 있어, 기소의무성이 부인된 것은 아니지만, 다소 약화된 형태로 되었다는 지적도 있다. 104) 이어서 제2항에서는 이러한 당국은 기소여부를 "자국법상의 중대한 범죄의 경우와 같은 방식으로" 결정을 하여야 하며, "기소나 유죄판결을 위한 증거기준은 제5조 제1항에서 규정한 경우에 적용되는 것보다 결코 덜 엄격해서는 안 된다"라고 함으로써 기타 관할권을 가지는 국가의 통상적인 형사소송절차에서와 같은 엄격

93) 보편적 관할권을 규정하고 있는 것으로는, 헤이그 협약 제2, 4, 7조, 몬트리올 협약 제3, 5, 7조, 외교관 보호협약 제2, 3, 7, 8조와 인질협약 제8, 10조를 들 수 있다.

94) J. H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, p. 131.

95) D' Zurilla는 특히 고문은, 국제법이 국가에 대하여 처우할 權限 또는 의무를 규정하고 국가가 그것에 기하여 영역 또는 가해자, 피해자의 국적에 관계없이 국내법에 따라 처벌하는 것에 불과한 '보편적 이해를 가지는 범죄' (a crime of universal interest)라고 하고 있다. W. T. D' Zurilla, Individual Responsibility for Torture under International Law, 56 Tulane Law Review, pp. 217-218(1981)

96) 실제로 1978년의 국제형사법협약초안은 고문과 기타 범죄를 모두 국제범죄로 열거하고 있다.

97) V. Leary, A New Role for NGO in Human Rights: A Case Study of Non-Governmental Participation in the Development of International Norms of Torture, in A Cassese(ed.), U.N. Law/Fundamental Rights, pp. 200-205(1979) 참조.

98) 今井直, supra note 8, pp. 26-27.

99) M. E. Tardu, supra note 48, p. 17.

100) Committee Report, supra note 6, p. 244.

101) J. H. Burgers & H. Daniels, supra note 14, p. 133.

102) Ibid.

103) Ibid.

104) 今井直, supra note 8, p. 26.

77

76

"조직적으로"(systematically) 자행되고 있다는 "충분한 근거를 가진 것으로 보이는"(well-founded indications) "믿을 만한 정보"(reliable information)를 접수한 경우, 위원회는 그 당사국으로 하여금 이 정보를 조사하는 데 협조하고 이를 위하여 관련정보에 관한 견해를 제시하도록 부탁하여야 한다. 그러나 이 과정에서 위원회는 국가에게 정보의 제출자를 누설해서는 안되며, 이미 접수한 자료를 검토함에 있어서 위원회를 도와줄 수 있는 NGO, 개인, 정부간 국제기구, 유엔의 기관 및 전문가로부터 입수한 정보를 활용할 수 있다.<sup>126)</sup> 위원회는 관련당사국이 제출한 견해와 여타 입수가능한 관련정보를 고려하여 정당한 근거가 있다고 인정하는 경우, 비밀조사를 실시하여 그 결과를 즉각 위원회에 보고할 1인 또는 2 이상의 위원을 지명할 수 있다. 만일 그 국가가 동의하는 경우, 이러한 조사는 그 국가의 영토에 대한 방문을 포함할 수도 있다.

위원회는 그러한 조사결과를 검토한 후 이러한 조사결과와 정황상 적절하다고 판단되는 의견 또는 제안(comments or suggestion)을 관련당사국에 송부하여야 한다. 위원회의 모든 절차는 비밀로 이루어지며, 이러한 절차의 모든 단계에서 당사국의 협력을 구하여야 한다.

비밀조사에 관한 절차가 완결된 후, 위원회는 관련당사국과의 협의를 거쳐, 위원회의 연례보고서에 이러한 절차에 대한 요약보고서를 포함시킬 것을 결정할 수 있다.

제20조는 피의당사국으로부터 협력을 얻을 필요성과 情報源의 독자적인 利用間에 조화를 모색하고 있다. 이러한 목적을 달성하기 위하여 제2항에서 사용한 "여타 입수가능한 관련 정보"라는 개방적 용어를 사용한 것은 인종차별철폐위원회가 채택하고 있는 제한적 해석을 회피하는 데 도움이 될 수 있고, 또한 특히 NGO 등 다른 情報源의 協力을 용이하게 하는 효과를 가져다 준다.<sup>127)</sup> 제20조는 그 채택과정에서 국내문제에 대한 간섭의 가능성이 있다는 우려를 표명한 국가들의 입장을 수락하여 유엔총회 제3위원회에서 수정되었다.<sup>128)</sup> 제28조는 당사국들이 제20조에 따른 위원회의 권능을 인정하지 않는다는 선언을 할 수 있도록 허용하고 있다.

(나) 선택적 조치

1) 국가간 고소

제21조는 선택적인 국가간 고소에 대해 자세하게 규정하고 있다. 당사국은 타방당사국이

126) H. Hannum, Guide to International Human Rights Practice(2. ed.), p. 56(1992).  
 127) N. Lerner, Curbing Racial Discrimination-Fifteen Years CERD, 13 Israel Yearbook on Human Rights, pp. 181-182(1983).  
 128) A/C.3/39/SR. 60 참조.

이 협약에 따른 의무를 이행하지 않고 있다고 주장하는 일방 당사국의 통보를 위원회가 접수하고 심의할 권능을 인정한다는 것을 언제든지 선언할 수 있다.<sup>129)</sup> 이러한 통보는 자국에 대한 위원회의 권능을 인정하는 선언을 한 당사국에 의해서만 제출될 수 있다. 위원회는 이러한 선언을 하지 않은 당사국에 관한 통보는 접수하지 않는다.

고소국은 타방당사국이 이 협약의 규정을 이행하고 있지 않다고 판단하는 경우 서면통보로써 이 문제에 관하여 그러한 당사국의 주의를 환기시킬 수 있다. 통보를 접수한 국가는 이러한 통보를 접수한 후 3개월 이내에 이 문제에 대해 해명하는 서면설명서 또는 기타 진술서를 통보한 국가에 송부해야 한다. 그러한 해명서에는 가능하고 적절한 범위 내에서 이미 취하였거나 현재 취할 수 있는 국내절차와 구제수단에 관한 언급이 있어야 한다. 최초 통보를 접수한 후 6개월 이내에 그 문제가 당사국 쌍방에게 만족스럽게 해결되지 아니하는 경우, 두 당사국 중 어느 국가도 이 문제를 위원회에 회부할 권리를 가진다. 위원회는 일반적으로 승인된 국제법원칙에 따라 모든 국내적 구제가 완료되었음을 확인한 후에만 이러한 국가간 고소를 심의할 수 있다.

제21조에 의한 고소는 비공개회의에서 심사된다. 위원회는 이 협약에 규정된 의무에 대한 존중을 기초로 하여 이 문제를 우호적으로 해결하기 위하여 관련당사국에게 주선을 제공하며, 이를 위하여 적절한 경우 특별조정위원회(ad hoc conciliation commission)를 설치할 수 있다. 위원회는 위원회에 회부된 모든 문제에 관하여 관련당사국들에게 모든 관련 정보를 제출할 것을 요청할 수 있다. 관련당사국은 그 문제가 위원회에서 심의되고 있는 동안 자국대표를 참석시키고 구두 또는 서면으로 의견을 제출할 권리를 가진다. 위원회는 통보접수일로부터 12개월 이내에 보고서를 제출한다. 해결에 도달한 경우, 위원회는 사실관계와 그 해결에 관한 간략한 설명에만 국한하여 보고서를 작성하며, 해결에 도달하지 못한 경우, 위원회는 사실관계에 관한 간단한 설명에만 국한하여 보고서를 작성하고 관련당사국이 제출한 서면의견과 구두의견의 기록을 보고서에 첨부시킨다.

제21조는 5개 당사국이 선언을 하였을 때 발효한다.<sup>130)</sup> 당사국은 이 선언문을 유엔사무총장에게 기탁하여야 한다. 이와 같은 선언은 유엔사무총장에 대한 통고에 의하여 언제든지 철회될 수 있다. 다만 이러한 철회는 이미 송부된 통보의 심의를 해하지 아니한다. 유엔사무총장이 선언철회의 통고를 접수한 후에는 관련당사국이 새로운 선언을 하지 않는 한

129) 1996년 1월 현재 제21조에 따른 선언을 한 국가는 알제리, 아르헨티나, 호주, 오지리, 불가리아, 캐나다, 크로아티아, 사이프러스, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 그리스, 헝가리, 이태리, 리히텐슈타인, 룩셈부르크, 몰타, 모나코, 화란, 뉴질랜드, 노르웨이, 포르투갈, 러시아, 슬로바키아, 스페인, 스웨덴, 스위스, 토고, 튀니지, 터키, 영국, 미국, 우루과이, 베네수엘라, 유고슬라비아 등 38개국이다.  
 130) 이미 협약 발효일 이전에 5개국 이상이 선언을 하였으므로 제21조는 이 협약 발효일에 발효되었다.

79

위원회는 "높은 도덕적 지위를 가지고 인권분야에서 능력이 인정된 10인의 전문가로 구성되며, 이들은 개인자격으로 근무한다."<sup>117)</sup> 위원회의 위원은 당사국들이 지명한 자 중에서 4년 임기로 당사국회의에서 선출된다. 당사국들은 선거시 공평한 지역적 배분 및 "법적 경험을 소유한 인사들의 참여가 유용함"<sup>118)</sup>을 고려하여야 한다. 또한 당사국들은 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 설립된 규약인권위원회(Human Right Committee)의 위원인 후보자들을 지명하는 것이 유용함을 고려하여야 한다.<sup>119)</sup> 이 조문은 양위원회의 결정이 서로 상반되는 것을 회피할 목적을 가진 것이다. 최초의 스웨덴초안 및 국제형사법학회의 초안에서는 부분적으로는 유엔의 경비절감을 위한 목적에서 국제적인 이행감독기관을 규약인권위원회로 하자고 제안하였으나, 이러한 제안은 유엔법률고문 및 여러 대표단에 의해 법적으로 근거가 박약하다고 여겨졌다.<sup>120)</sup>

위원회의 위원은 제17조에 자세히 규정된 절차에 따라 비밀투표로 선출되는데, 각 당사국은 자국민 중에서 1인을 지명할 수 있다. 모든 위원은 재선될 수 있다. 사망, 사직 또는 위원이 더 이상 그의 직무를 수행할 수 없는 경우 그를 지명하였던 당사국은 그의 잔여임기동안 근무할 수 있는 다른 전문가를 전당사국 과반수의 동의를 조건으로 지명하여야 한다. 당사국들은 위원회의 위원이 임무를 수행하는 동안 소요되는 비용에 대하여 책임을 지며, 또한 유엔사무총장이 제공하는 직원 및 시설을 위한 경비 등 유엔이 부담하는 비용을 유엔에 지불하여야 한다.<sup>121)</sup> 결국 당사국회의 및 위원회의 활동에 대한 재정적 책임은 유엔이 아니라 당사국들이 부담하고 있다.

위원회는 자체 절차규칙(rule of procedure)을 채택할 수 있으며, 의사정족수는 위원 6인으로 하며, 의결은 출석위원 과반수로 한다.<sup>122)</sup> 위원회의 위원과 제21조에 의해 임명되는 특별조정위원회의 위원은 유엔의 특권 및 면제에 관한 협약의 관련조항에 따라 유엔을 위한 직무를 행하는 전문가로서의 권의, 특권 및 면제를 향유한다.<sup>123)</sup> 위원회는 당사국 및 유엔총회에 이 협약에 따른 연례활동보고서를 제출한다.<sup>124)</sup>

117) 고문방지협약 제17조 제1항. 규약인권위원회와 인종차별철폐위원회는 각각 18인의 위원으로 구성된다. "확인된 공정성"(acknowledged impartiality)라는 관례적인 요건은 고문방지협약에서는 요구되지 않고 있다.  
 118) Ibid.  
 119) Ibid., 제17조 제2항.  
 120) M.E. Tardu, supra note 42, pp. 315-316.  
 121) 고문방지협약, 제17조 제7항 및 제18조 제5항.  
 122) Ibid., 제18조 제2항.  
 123) Ibid., 제23조.  
 124) Ibid., 제24조.

이러한 조항에서 볼 수 있듯이, 위원회는 유엔의 기관은 아니며, 유엔체제내에 있는 자율적인 조약기구이다. 이 협약 제17조와 제18조의 규정을 보면, 이 협약의 초안작성자들은 규약인권위원회 및 인종차별철폐위원회(CERD)와는 달리 위원회의 자율성을 강조하고자 했던 것 같다. 물론 이러한 자율성은 위원회의 위원에게 상기한 바와 같은 특권과 면제를 인정하는 한도내에서 보장하려고 하였다고 볼 수 있다.

(2) 이행감독체제

고문방지협약의 이행체제는 2가지 강제적인 조치와 2가지 선택적인 조치를 포함하고 있다. 전자는 보고서 제출의무의 부과(제19조)와 비밀조사권의 부여(제20조)로 나누어지며, 후자는 국가간 고소(제21조)와 개인의 고소(제22조)로 나뉜다.

(가) 강제적 조치

1) 보고서제출제도

제19조에 의하면, 당사국은 이 협약상의 규정을 이행하기 위하여 취한 조치에 관한 보고서를 유엔사무총장을 경유하여 위원회에 제출해야 한다. 최초보고서는 각 당사국에게 이 협약이 발효한 후 1년 이내에 제출해야 한다. 그 후 각 당사국은 자국이 취한 새로운 조치에 관한 추가보고서 및 위원회가 요청하는 여타 보고서를 4년마다 제출해야 한다. 각 보고서는 위원회에 의하여 검토되며, 위원회는 보고서에 대하여 적절하다고 생각하는 일반적인 의견(general comments)<sup>125)</sup>을 제시하며, 이러한 의견들을 관련당사국에 전달한다. 관련당사국은 이에 대한 의견을 위원회에 제출할 수 있다.

이러한 보고서 제출의무의 부과, 실효성이 없는 듯이 보이기도 하지만, 규약인권위원회와 인종차별철폐위원회의 경험에 비추어 보면, 오늘날 인권조약을 비준한 국가들의 인권준수를 보장함에 있어서 중요한 역할을 한다는 것을 알 수 있다. 물론 각 위원회의 구성과 위원들의 검토결정 여하에 따라 결과가 달라질 수도 있지만, 대체적으로 고문과 같이 민감한 분야에 있어서 보고서제출제도는 각 당사국에 대하여 그 국가기관에 의한 고문행태를 방지할 것을 설득할 수 있는 상당히 실효적인 조치가 될 수 있다고 기대된다.

2) 비밀조사권

제20조는 비밀조사에 대해 규정하고 있다. 위원회가 어느 당사국의 영토내에서 고문이

125) 원래 초안에는 위원회가 제안(suggestion)도 할 수 있도록 허용하였으나, 제3위원회에서 이 용어는 삭제되었다. A/C.3/39/SR. 60 참조.

78

데 제2항은 당사국은 가입시 제1항에 구속되는 것으로 보지 않는다는 선언을 할 수 있다고 규정하고 있다. 한국은 역시 이 조항에 따른 선언을 유보하지 않은 채 이 협약에 가입하였다.

나. 국내적 실천사항

고문방지협약의 諸規定의 취지와 내용은 한국의 법체계에 그대로 구현되어 있다고 보여진다. 현행 헌법과 관련 국내법규정중 협약의 내용과 근본적으로 충돌되는 것은 없는 듯하다. 협약규정을 이행하기 위한 국내적 조치는 헌법 및 관련 국내법상의 수많은 규정을 통하여, 그리고 국내법과 동일한 지위를 가지는 관련 국제조약상의 여러 규정을 통하여, 실제적으로 또는 절차적으로 보장되고 있다. 또한 그 동안 한국국민의 고문 및 기타 처우에 대한 인식도 괄목할 만큼 증대되어 왔다. 다만, 국내법상 고문과 기타 처우간의 구별이 뚜렷하지 않아 일선 수사기관의 실제 관행에 있어서는 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌과 관련하여 아직도 미흡한 부분이 없지 않다고 보여진다. 따라서 '기타 처우 및 처벌'이라는 개념의 명확화와 함께 잔존 관행과 제도의 개선을 위하여 좀더 많은 노력이 있어야 할 것이다.

한국의 헌법은 고문을 방지하기 위하여 입법적·행정적·사법적 조치를 취하도록 직접적 또는 간접적 규정을 두고 있다. 헌법 제10조(모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다)와 제37조 제1항(국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다)은 한국국민이 고문으로부터 자유로운 지위에 있음을 추상적으로 명시하고 있다. 또한 헌법 제37조 제2항(국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다)은 기본적 인권을 제한하는 공권력의 행사에 한계를 설정하여 남용되지 않도록 함으로써 한국에서는 고문에 의하여 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 어떠한 이유로도 정당화될 수 없음을 천명하고 있다.

헌법 제12조 제2항은 "모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다". 제12조 제7항은 "피고인의 자백이 고문 폭행 협박 구속의 부당한 장기화 또는 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다"라고 규정하여 고문 및 기타 처우나 처벌을 금지하고, 더욱이 고문에 의한 자백을 증거로 채택할 수 없다고 규정하여 증거법적인 측면에서 고문 등의 행위들이 피의자·피고인에게 가해지지 않도록 하고 있다.

그 밖에도 헌법은 영장주의(제12조 제3항), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항), 체포 또는 구속의 고지(제12조 제5항), 구속적부심사청구권(제12조 제6항), 무죄추정의 원칙(제27조 제4항), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조)의 규정을 통하여 고문의 한 형태로 불법적 감금이나 체포가 행하여지는 것을 방지하고, 적법한 구금 하에서의 고문등을 예방하는 효과를 도모하고 있다.<sup>135)</sup>

이러한 헌법규정에 따라 하위 법규범인 법률과 규칙들은 헌법에서 인정된 제반 권리의 구체적인 보장과 고문 및 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 또는 모욕적인 처우나 처벌을 금지하기 위해 보다 상세한 규정을 두고 있다.<sup>136)</sup>

특히 형사소송법은 수사종사자들에 대해 피의자 또는 다른 사람의 인권을 존중하도록 하여 고문 등 불법행위를 금지하고 있다. 그리고 과거 국가안전기획부 직원에 대해서는 대공조사를 담당하는 관계로 고문 등 인권침해행위가 있다는 주장이 제기되기도 하여 국가안전기획부 직원에 의한 고문을 방지하고 인권을 침해하지 않도록 한다는 의지의 표현으로 국가안전기획부법 제11조 및 제19조에서 새로이 직권남용을 금지하고 있다.

또한 한국이 비준 공포한 諸條約중 고문방지 및 직접·간접적으로 관계있는 인권조약도 국내법과 같은 효력을 가지므로 만일 우리 국내법상 미비된 사항이 있다 하더라도 이들 조약에 의해 그 공백이 메꾸어질 수 있다. 이러한 조약으로는 B규약 및 B규약 선택의정서, 무력충돌 희생자보호에 관한 제네바 4개협약 및 2개의 추가의정서, 여성차별철폐협약, 아동권리협약, 인신매매금지 및 타인의 매춘행위의 착취금지를 위한 협약, 집단살해죄방지협약, 인종차별철폐협약 등이 있다. 그 외 협약의 내용을 실행하기 위해 국제형사사법공조협약, 범죄인인도조약과 난민협약 및 의정서의 관련조문도 인용될 수 있다. 또한 유엔의 선언과 준칙도 이러한 공백을 보충하는데 이용될 수 있는데, 이들은 세계인권선언, 비상시와

135) Ibid., pp.46-47, 70-71 참조.

136) 이러한 하위규범 중 대표적인 것은 형법, 형사소송법, 형사소송규칙, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률과 군형법상의 다수 규정과 군사법원법 제230조, 행정법 제5조 및 제6조, 소년원법 제10조 및 제11조, 군형법 제3조 및 제4조, 범죄인인도법 제9조 제5호, 국제형사사법공조법 제6조 제2호 및 제3호, 출입국관리법 제64조, 국가공무원법 제78조 제1항, 지방공무원법 제69조, 사법경찰관리직무규칙(법무부령) 제24조 및 제27-29조, 범죄수사규칙(경찰청훈령 제57호) 제2조 제2항, 제3조, 제138조 및 제167조, 피의자 유치 및 호송규칙(경찰청훈령 제62호) 제2조 및 제40조, 호송경찰관 출장소근무규칙(경찰청훈령 제61호) 제4조, 경찰업무편람(8-4 유치장 관리, 유치인 인권보호 및 교양), 계호근무준칙(법무부훈령 제293호) 제4조, 제16조, 제17조, 제27조 및 제97조, 수용자 규율 및 징벌에 관한 규칙(법무부령 제411호) 제7조, 소년원생 수용지침(법무부훈령 제265호) 제4조 및 제19조, 범죄특별조사법 제3조 제1항, 청원법 제4조 및 제11조, 행정규제 및 민원사무 기본법 제3조, 형사보상법 제1조, 제2조, 제26조, 제28조 및 제29조, 국가배상법 제2조, 제3조 및 제7조 등이다. 이외에도 관련조항은 다수 있다.

위원회는 당연히 추가 통보를 접수할 수 없다.

2) 개인의 고소

개인의 고소 또는 통보에 관해서는 제22조에 자세한 규정을 두고 있다. 당사국은 이 협약 규정위반의 피해자라고 주장하는 자국관할권하의 개인으로부터의 통보를 또는 개인을 대신한 통보를 위원회가 접수하여 심의할 권한을 인정하는 선언을 언제든지 할 수 있다. 그러한 선언이 없는 경우 위원회는 어떠한 통보도 접수하지 않는다. 익명이거나 위원회가 통보제출권의 남용 또는 이 협약의 규정과 양립할 수 없는 것으로 간주하는 통보는 받아들이지 않는다.

제22조는 누가 개인을 대신하여 통보를 제출할 수 있는지에 대해 아무런 언급이 없다. 그러나, 이 조문은 제4항, 즉 위원회는 "개인으로부터 또는 개인을 대신하여 그리고 관련 당사국으로부터 입수가 가능한 모든 정보를 고려하여" 이 조에 의하여 접수된 통보를 심의한다는 규정에서 알 수 있듯이 자유로운 접근방식을 채용하고 있다고 보여진다.<sup>131)</sup> 제22조에 따라 제출된 통보에 관해 위원회는 이 협약규정을 위반하고 있는 것으로 알려진 당사국의 주의를 환기시켜야 한다. 이러한 당사국은 통보를 접수한 후 6개월 이내에 그 사건의 내용 및 취한 구제조치를 밝히는 서면설명서나 진술서상 위원회에 제출하여야 한다.

같은 문제가 다른 국제적인 조사실차 또는 해결절차에 의하여 심사되었거나 또는 심사중일때와 국내적 구제가 아직 완료되지 않았을 때와 같은 관습법적인 제한사항이 있는 경우 위원회는 개인의 통보를 심의할 수 없다. 위원회의 통보심사는 비공개회의에서 이루어지며, 위원회의 견해는 관련당사국 및 개인에게 전달된다. 제22조 역시 제21조와 마찬가지로 5개 당사국이 선언을 하였을 때 발효된다.<sup>132)</sup> 선언은 언제든지 철회될 수 있으며, 이러한 철회는 이미 송부된 통보를 해하지 않는다. 유엔사무총장이 선언철회의 통고를 접수한 후에는 관련당사국이 새로운 선언을 하지 않는 한 위원회는 개인의 추가통보를 접수할 수 없다.

4. 관련 국내법제의 검토

가. 한국의 가입시 입장

한국은 고문방지협약에 가입하면서 형식적으로는 아무런 유보도 달지 않았다. 그 이유는 고문행태를 근절하기 위하여 한국은 그 동안 헌법등 관련법령 및 제도의 완비와 인권정책의 개선이 이루어졌으므로 국내법제와 상충되는 경우가 없을 것이라고 판단한 듯하다.

그런데, 고문방지협약은 이미 설명한 바와 같이 당사국들이 협약의 내용을 제대로 준수하고 있는지 철저히 감독하기 위하여 4가지 국제적 이행감독장치를 마련해 놓고 있다.<sup>133)</sup> 이 가운데 보고서제출의무와 관련하여 한국은 이미 1996년 2월초에 최초보고서를 제출함으로써 그 의무이행에 만전을 기하였다. 또한 제28조에 따라 가입시에 할 수 있도록 한 '고문방지위원회의 비밀조사권 불인정선언'도 하지 않았으므로 이 위원회가 직권으로 우리 영역내에서 고문이 조직적으로 이루어지고 있는지에 대해 현지조사권한을 가진다는 것을 인정하고 있다. 물론 위원회가 실제로 한국영역내에서 이러한 권능을 행사하는 데에는 한국의 동의가 필요한 것도 사실이지만, 일단 외관상으로 한국은 위원회의 비밀조사권을 수용하고 있는 셈이다.

그러나, 한국은 제21조에 따른 국가간 고소와 제22조에 따른 개인의 고소를 가능하게 하는 수락선언은 가입시 그 선택을 유보하였다. 이러한 선택유보는 한반도에 있어서의 남북분단과 대치라는 특수사정을 고려한 결과이기도 하고, 또한 한국정부는 이미 B규약 및 B규약 선택의정서에 가입하였으므로 고문피해자는 규약인권위원회에 그 피해를 청원할 수 있으므로 고문피해자의 구제는 다른 국제기관에 의해서도 가능하다는 입장에서 나온 것이다.<sup>134)</sup> 그러나 이 두 가지 고소체제는 이 협약의 국제적 이행감독장치중 매우 중요한 부분을 차지하고 있는 만큼, 선택유보는 자칫 협약가입의 근본위치를 훼손할 우려가 있다고 보여진다.

협약 제30조 제1항은 당사국간의 직접교섭에 의하여 해결될 수 없는 이 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁을 이들 중 1개국의 요청에 따라 중재재판에 회부하여야 하고, 중재재판 요구일로부터 6개월 이내에 당사국이 중재재판의 구성에 합의하지 못하면 동 당사국 중 일방은 이 분쟁을 ICJ規程에 따른 요청으로 ICJ에 회부할 수 있다고 규정하고 있다. 그런

131) N. Lerner, The U.N. Convention on Torture, 16 Israel Yearbook on Human Rights, p. 140(1986).

132) 이미 협약발효일 이전에 5개국 이상이 선언을 하였으므로 제22조는 이 협약발효일에 발효되었다. 1996년 1월 현재 제22조에 따른 선언을 한 국가는 제21조에 따른 선언을 한 국가 중 영국과 미국을 제외한 36개국이다. Supra note 129 참조

133) 자세한 사항은 3.다.(2) 참조.

134) 법무부, 유엔고문방지협약 - 최초보고서 -, 인권정책자료(1995. 12), p.50.

18

89

군사적 갈등에서의 여성과 아동 보호선언, 구금자 처우에 관한 최저기준규칙, 고문방지선언, 법집행관 행동장전 등이다.<sup>137)</sup>

## 5. 결

고문방지협약은 지금까지 체결된 여러 인권조약중 가장 중요한 것의 하나이다. 이 협약은 규정된 범규범의 내용과 현실적 접근방식에 비추어 볼 때 고문의 법적 방지와 근절의 수준을 한 단계 높이고 있다는 인상을 준다. 우리는 이 협약의 국제적인 이행감독체계, 그 가운데에서도 특히 고문방지위원회의 직권에 의한 비밀조사권이 가지는 비중과 혁신성을 인정해야 할 것이다. 이 협약은 이외에도, 지금까지 보아온 바와 같이, 보편적 관할권을 확립하여 고문범죄에 대한 적극적인 기소와 처벌을 가능하게 하였고, 또 현대의 다양한 고문실상과 그 중대성에 대한 현실적인 인식하에서, 고문에 대한 광범위한 정의, 고문의 위협성이 있는 국가로의 강제송환금지, 고문피해자에 대한 구제, 고문범죄를 인도가능한 범죄로의 규정, 및 기타 고문실행을 근절하기 위한 국내입법조치의 賦課 등 실로 고문금지에 관한 종합적인 범규범을 담고 있다.

이러한 규범의 대다수는 이 협약에서 새로이 창설한 규범이 아니고, 그 동안 기존의 인권조약이나 선언 및 결의에 나타난 고문금지에 관한 국제범규범이 세계의 모든 국가가 공통적으로 그 필요성을 인식함에 따라서 국제관습법으로 된 것을 성문화한 것이다. 이 협약의 주된 목적은 고문실행에 능률적이고 실효적으로 대처하여 국제공동체에서 고문을 근절하는 것이다. 고문을 금지하기 위하여는 각 정부에게 그들의 위반사실을 확실히 인식하게 해주고, 고문에 대한 저항의식을 강화시키고, 또한 세계평화와 정의를 증진하기 위한 적극적으로 고도 초국가적인 추진력을 확보해야 하는데, 이 협약은 이와 같은 기준과 근거를 제공하는 데 큰 의미를 가진다 할 것이다.

그러나 이 협약은 일정한 목적의식을 가지고 이루어진 공적 고문에 대해서만 초점을 맞추므로써 그 적용범위가 다소 협소하다는 점이 문제로 지적되고 있다. 또한 "고문에 미치지 않는 기타 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 처우나 처벌"과 관련한 문제를 명확히 해결하지 않고 회피한 감이 있다. 그 결과 고문방지위원회는 그 개념에 대한 정의와 구성요건을 명확히 하여 국제적 기준을 개발하여야 할 사명을 떠안게 되었다.

국제적 이행감독장치도 아직은 완전한 효용성을 가지지 못하였다. 여전히, 국가주권의

절대성이 상존하는 상황에서, 그리고 조약위반에 대한 초국가적 제재가 미흡한 상황에서 고문금지에 관한 실제적 규범은 그 실제적 이행에 있어서는 많은 내재적·외부적 취약점을 가진 것도 사실이다. 그것은 이러한 이행체제가 타협에 의한 산물인 점에 기인한다. 특히 고문방지위원회가 직권으로 비밀조사를 할 수 있는 권능은 관련국가의 합의를 기초로 하고 있고, 국가간 고소 및 개인의 고소 체제도 국가의 선언에 의존하고 있는 점은 고문방지규범의 국제적 이행체제가 각국의 정치적 이해관계에 의해 좌우되어 그만큼 강력하지 못하다는 반증이 되고 있다. 물론 현재 이러한 이행감독체제를 인정하는 선언을 한 국가는 고문행태가 근절된 국가이거나, 고문을 중단하고 그 위반자를 철저히 처벌하려는 의지를 가지는 국가에 한정되고 있다.

대부분의 국가가, 고문을 인류의 적(*hostis humanis generis*)으로 보고, 이를 강력하게 지지하려는 의사를 가지고 이에 대한 기준규범을 확인하고 있는 이상, 이행문제는 인권의식의 성장과 함께 낙관적으로 해결되리라 예상된다. 특히, 각국의 보고서제출의무의 준수경향과 고문방지위원회의 최근의 성과를 고려하면 이 협약이행이 비판적인 것만은 아니라는 확신을 가지게 된다. 따라서 가능한 한 각국은 이 협약상의 규정에 저촉되지 않게 국내법을 정비하고 또한 이를 실현시키려는 정책적 의지를 재고하여야 할 것이다. 아직도 많은 국가에서 고문관행이 나타나고 있는 현실의 세계에서 이 협약은 이를 전적으로 제거하지는 못하겠지만, 적어도 그 최소화에 상당한 정도로 기여하리라 예상된다.

고문은 여러 가지 측면에서 부정적인 결과를 가져온다. 그 근절을 위해서는 정치가, 법률가, 경찰뿐만 아니라 사회구성원 모두가 상호간 협조체제를 구축하여 동원되어야 한다. 국내적인 차원에서 뿐 아니라 동시에 국제적인 차원에서도 좀 더 다양한 고문근절의 노력이 병행되어야 함은 물론이며, 양 차원에서 협조를 통하여 고문근절에 관한 좀 더 많은 법적 개혁과 의식의 변화를 도모하는 것이 필요할 때다.

137) 법무부, *supra* note 134, pp.50-51.

ready to make the required declaration, which it is anticipated will be either those States not engaging in torture or those likely to stop and punish violations in this respect.

It is reasonable to assume, therefore, that the main implementation measure will be the reporting system and the confidential inquiry system. As to the reporting system, while a lot depends, naturally, on the composition of the Committee and the decision of its members to scrutinize adequately the report under its review, on the whole it may be expected that, in such a sensitive area as torture, the reporting system may become a reasonably effective measure to persuade States to avoid the use of torture by its agents.

Torture is a multifaceted evil. Its uprooting involves the mobilization of not only statesmen, lawyers, judges and the police, but also all other members of our society. It's the time to seek the more perfect judicial framework and the change of thinking in order to eradicate the acts of torture which are still committed somewhere by devising the further elaborated mechanism in national and international level.

### 兒童權利協約

김태천\*

1. 서	라. 협약의 국제적 실시조치
2. 성립배경	4. 관련 국내법제의 검토
3. 주요내용	가. 한국의 유보내용
가. 아동의 개념과 법적 성격	나. 관련 국내법제도
나. 협약상의 아동의 권리	5. 결
다. 협약상의 국가의 의무	

84

### 1. 서

모든 사람은 인종, 피부색, 성별 등 어떠한 종류 구분에 의한 차별없이 기본적인 인권과 자유를 향유할 권리를 가진다.<sup>1)</sup> 이러한 권리는 인간의 고유한 존엄과 가치에서 나오는 것이며, 인류사회의 모든 구성원의 고유한 존엄과 평등하고 박탈할 수 없는 권리를 인정하는 것이야말로 세계의 자유, 정의 및 평화의 기초가 된다.<sup>2)</sup>

아동도 한 인간으로서 위와 같은 기본적인 인권을 향유할 자격을 가지는 물론이다. 따라서, 아동도 성인과 마찬가지로 기존의 인권조약, 예컨대 2개의 국제인권규약(A규약, B규

\*경북대학교 법과대학 조교수, 법학박사, 변호사

1) 세계인권선언, 제2조 제1항.

2) 세계인권선언, 前文, para. 1: 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(국제인권규약 A), 전문, paras. 1-2: 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(국제인권규약 B), 전문, paras. 1-2: 아동권리 협약, 전문, para. 1.

### ABSTRACT

### Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

Tae Hyun Choi  
Assistant Professor, Hanyang University

The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment is certainly one of the most important human rights treaties that have ever been concluded. This Convention constitutes a very significant step to legal prevention of and combat against torture in the light of the contents of its substantive legal norms and realistic approach to the method of ensuring their implementation.

We should recognize the strong and innovative character of its international supervisory mechanism, in particular, as regards *ex officio* confidential inquiries performed by the Committee against Torture. This procedure is viewed as the core element of the international control machinery designed to give teeth to the Convention.

Besides that, the Convention has enabled, through establishing universal penal jurisdiction, the States Parties to prosecute and punish positively persons alleged to commit any offense of torture. Taking into account the existing torture practices and their grave nature, this instrument contains a rather detailed and broad definition of the very offense. The inclusion of the provision concerning *non-refoulement* to the State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture deserves attention. Worthy of praise also are the provisions on non-derogation, compensation, extraditable offense, and the rigid imposition of various obligations upon the States Parties to take effective or preventive measures under their domestic law. Therefore, the Convention incorporates the comprehensive legal norms to combat all kinds of acts of torture.

The most of the legal norms as to the prohibition of torture are, however, not created newly in this Convention, but codified from the existing international customary law, which is based on the common needs of the States to clarify the contents of them as already expressed in the extant human rights treaties, declarations, or United Nations resolutions. Many provisions in the Convention stemmed from the international common interests to confront with the torture practices effectively; the main objective of them is to make the international community be free from the flagrant behaviours. To uproot the acts of torture, it is necessary to reveal the fact to the government concerned itself that it has violated the legal norms as articulated in the Convention, to ensure the consciousness of standing against the torture, and to secure positively and universally the driving force of the States to enhance the international peace and justice. It seems that the Convention offers the various criteria and foundations to meet such needs.

It is a matter of great regret, however, that the applicable scope of the provisions in the Convention appears rather narrow because they focus on the situation where the very acts of torture is inflicted directly by public officials for certain conscious purpose. And the whole problem of "cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment not amounting to torture" is largely eluded. A crucial responsibility rests, therefore, upon the Committee against Torture to clarify the basic concepts of torture and other inadmissible treatment, and to develop its constituents and strict international standards in those areas.

International supervisory mechanism does not also seem to have complete effectiveness. As to the means of implementation, the Convention is a compromise. The fact is true that in the implementation procedures, the Committee appears to expose itself to some inherent obstacles in performing its function due to the absolute State sovereignty and the lack of powerful supranational sanctions in case of non-compliance with the provisions concerned on the part of States Parties. Particularly, with regard to the operation of the inter-State complaints or that of individual complaints, the opting-out system as indicated in articles 21 and 22 might be problematic because it depends upon the optional declaration of the States Parties. The system will bind only those States

83

정에도 불구하고 세계 도처에서 고문행위가 계속적으로 자행되고 있음에 유념할 필요가 있다.

사실 지구상의 어느 국가도 자국민을 고문할 권리가 없다. 실제상, 국가정책의 실천을 위한 도구로서 고문을 자행하는 것은 국제법상의 확립된 원칙에 위배함이 분명하다.<sup>11)</sup> 그러나 이러한 사실에도 불구하고, 국가정책의 도구로서의 고문이 계속적으로 존재하고 이는 각종 보고서에 잘 문서화되어 나타나고 있다.<sup>12)</sup> 고문은 다양한 이유로 각국 정부에 의해서 자행되거나 시인되고 있다. 더욱 흔하게는 고문은 각국 정부의 안보 전략의 일부분이고 정부쪽에서는 그 발생의 방지를 위한 정치적인 의지의 결여로 인하여 계속된다.

전세계적인 고문제거는 오랜 시일이 필요할 것이지만, 그를 위한 한 방편은 고문방지에 관한 국제적 규범들이 실제상 고문에 대한 효과적인 제한책으로 시행될 수 있도록 하는 국제적, 국내적인 제도적 장치의 마련에 있다. 가끔 국제사회에서 고문방지에 관한 공식적 선언 및 고문 피해자 보호와 고문행위자의 처벌에 관한 제의를 할 필요성을 인식하고 있다는 근거를 보여주는 발전이 있었다. 그러한 최근의 발전의 하나로 유엔에서 여러 고문금지규정 등을 보다 효율적으로 이행시키기 위하여 고문방지협약을 채택하게 된 것이다.

이 같은 위와같은 배경하에 채택된 고문방지협약에 관하여 그 대강을 살펴 보려는 것이다.

### Ⅰ. 협약의 현 지위 및 가입현황

협약을 위한 기초는 1975년 12월 9일 유엔총회에서 채택한 "고문 및

- 11) 유엔과 다른 많은 지역적인 조직체가 고문금지를 규정하였다. 정부간 기구로는 유엔의 인권위원회, 유럽평의회등을 들 수 있고 국제적인 비정부간 기구도 많이 존재하는데 이들은 고문을 근절하고 고문 피해자나 그 가족들을 돕기 위하여 다양한 수단을 동원하고 있다.
- 12) 그 대표적인 것으로는 1984년, 지구상에서 고문을 없애려는 국제사면위원회의 2년에 걸친 캠페인의 일환으로 발간한 "80년대의 고문"이라는 보고서가 있다. 이 보고서는 세계의 1/3이 넘는 나라에서 계속적으로 고문이 자

기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우 또는 형벌로부터의 모든 사람의 보호에 관한 선언"<sup>13)</sup>에서 다져졌다.

동 선언은 그 제2조에서 어떠한 고문행위나 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우 또는 형벌은 인간의 존엄성에 대한 공격이고 유엔헌장의 목적을 부정하는 것으로 세계인권선언에서 주장된 인권과 기본적인 자유권의 침해로서 처벌받아야 한다고 규정하고 있다.

1977년 12월 8일 유엔총회는 상기 선언에 구현된 원칙을 감안하여 협약 초안을 작성토록 경제사회이사회 산하 인권위원회에 요청하였다.<sup>14)</sup> 실무팀이 지명되고 협약초안은 1984년 3월에 완성되었다.<sup>15)</sup> 1984년 12월 10일 유엔총회는 투표없이 결의 39/46으로 협약안을 채택했다. 이는 유엔 시스템내에서 7년간의 집중적인 초안 작성과 협상을 거친 노력의 결과이다.<sup>16)</sup>

몇몇 조항의 수정<sup>17)</sup>에도 불구하고, 나타난 것은 고문의 자행을 근절하기 위한 일련의 투쟁에서 하나의 중대한 진전이라고 할 수 있다.

행되고 있음을 잘 나타내고 있다.

13) G.A. Resolution 3452

14) G.A. Resolution 32/62

15) 1977년 부터 1983년까지 인권위원회는 소년과 당시 아르헨티나를 지배 하던 군부체제가 반대하여 협약의 대부분에 대한 작업을 완수할 수 없었다. 1983년 12월 16일 총회는 인권위원회에 협약의 최종안을 제39차 유엔 총회에 제출하도록 결의 38/119로 요청하였다. 마침내 1984년 아르헨티나의 새 민간정부가 협약에 지지함으로써 위원회는 그 작업을 끝마치고 총회에 협약 초안을 송부할 수 있었던 것이다.

16) 국제사면위원회-양심수의 석방을 위해 노력하고, 정치범의 공정, 신속한 심리를 고위하며, 모든 죄수에 대한 사형제도와 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우 또는 형벌 등을 반대하는 기구-가 이 과정의 개시물 도와 협약의 결실을 맺게 하였다. 1972년에 시작된 고문폐지를 위한 국제사면위원회의 첫 국제적 캠페인의 일부는 고문방지를 위한 국제적인 운동을 촉구하는 백만명 이상의 서명과 함께 유엔에 제기한 청원과 마찬가지로 고문에 관한 보고서의 발간이었다.

17) 예를들면, 협약 초안은 고문방지위원회-해외의 시행을 위한 10명의 독립적인 전문가-를 설립하고 위원회로 하여금 어느 협약 당사국에서 적극적으로 자행되고 있는 고문행위자에 관하여 독자적으로 믿음직한 주장에 기하여 조사할 권한을 부여하였다. 그러나 최종안에서 그러한 조사는 당사국의 동의에 의존토록 하였다. 협약 제20조와 제28조 참조, 제28조는

## 拷問防止協約에 관한 考察

權 寧 石

<法務部人權課 檢事>

<목 차>

- I. 머리말
- II. 협약의 현 지위 및 가입현황
- III. 협약의 주요 내용
- IV. 우리나라의 협약 가입시 검토 사항

1. 유보가능 조항
2. 수락선언 가능조항
3. 기타 문제조항
- V. 결 문

### 1. 머리말

우리나라 헌법은 신체의 자유를 보장하면서 고문을 금지하고 있으며<sup>1)</sup> 따라서 고문으로 인한 자백을 증거로 사용할 수 없고<sup>2)</sup> 공무원에 의한 고문은 범죄를 구성하며 고문행위자 등은 엄히 처벌하도록 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 만약에 공무원이 고문을 하는 경우에는 공무원의 불법행위로서 국가가 국가배상의 책임을 진다.<sup>4)</sup>

고문금지에 관한 여러 규정은 우리나라 뿐만 아니라 세계인권선언 제 5조<sup>5)</sup> 국제인권규약 제7조<sup>6)</sup> 미국<sup>7)</sup> 일본<sup>8)</sup> 독일<sup>9)</sup> 프랑스<sup>10)</sup>의 형법에서도

- 1) 모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 아니한다(헌법 제11조 제2항).
- 2) 헌법 제11조 제6항, 형사소송법 제308조 참조
- 3) 형법 제125조, 무기징벌자가중처벌법 제4조의 2
- 4) 헌법 제29조 참조
- 5) 사람은 누구를 박문하고 고문 또는 잔혹하고 비인도적 혹은 굴욕적인 처

섯아볼 수 있다.

이와같이 국제협약과 각국 형법등 국내법에 규정되어 있는 고문금지규

유나 형법을 반대 않는다.

- 6) 어느 누구도 고문 또는 잔혹한 비인도적 혹은 굴욕적인 처우 또는 형벌을 받을 수는 없다. 특히 어느 누구도 자기의 자유로운 동의없이 의학적이 또는 과학적인 실험을 받을 수는 없다.
- 7) 공무원의 자격으로 행위하거나, 이를 자칭하거나, 그러한 실제적 또는 자칭 자격을 이용하는 자가 자기의 행위가 위법임을 알면서 다음 각호의 1을 행하는 때에는 경죄로 처벌한다.
  1. 타인에게 체포, 감금, 조사, 구류, 학대, 불법검유, 과세, 유치권 기타 신체 또는 재산권의 침해를 당하게 하는 행위.
  2. 타인의 권리, 특권, 권능 또는 면제의 형수 또는 행사를 부정, 폐방하는 행위.

(미국 모범형법 제243, 1조)

- 8) 1. 체포, 감금, 경찰의 직무불 행하거나 또는 이를 보조하는 자가 그 직무관 행함에 있어서 형사적이고 기타의 자제 대하여 폭행 또는 능학(능권 학대)의 행위를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.
  2. 명령에 기인하지 않은 자를 간수 또는 호송하는 자가 피구금자에 대하여 폭행 또는 능학의 행위를 한 자도 전항과 동일하다(일본 형법 제195조).
- 9) 1. 직무집행중 또는 직무와 관련하여 상해를 가하거나 가하게 한 공격자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 비교적 덜 중한 경우에는 3년이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
  2. 중상해(제221조)의 경우에는 2년 이상의 자유형에, 비교적 덜 중한 경우에는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다(독일 형법 제310조).
- 10) 프랑스 형법 제186조
 

공무원, 경찰, 법원의 임장이나 관직을 집행하는 자, 경찰력의 중 지휘자 또는 그 무하가 그 직무집행중 경당한 이유없이 사람에게 대하여 폭행을 가하거나 가하게 한 때에는 폭행의 성질 및 그 경중에 따라 처벌하며, 제193 조에 규정된 바에 따라 가중 처벌한다.

제198조

  1. 공무원 또는 공직자가 범한 죄에 대하여 과하는 형은 법률에 의하여 특별히 규정한 경우를 제외하고 공무원이 감독 또는 제지할 책임이 있는 다른 범죄에 관여한 때에는 다음과 같이 처벌한다.
    - 가. 위경죄 및 경죄에 관한 경우에는 그 죄에 정한 형의 2배에 상당하는 형에 처한다.
    - 나. 중죄의 경우에는 다른 범인에 대하여 추방 또는 공민권박탈의 형을 과하는 때에는 5년이상 10년이하의 징역에 처하고, 다른 범인에 대하여 5년이상 10년이하의 징역이나 10년 또는 20년을 장기로 하는 유기금고의 형을 과하는 때에는 10년이상 20년이하의 징역에 처하며 다른 범인에 대하여 무기금고 또는 10년이상 20년이하의 징역을 과하는 때에는 무기징역에 처한다.
    2. 전항의 경우 이외에는 형의 가중없이 무사기러 처

를 상호간에 제공토록 요청된다.<sup>24)</sup> 협약은 또한 각 당사국은 고문의 금지에 관한 교육이 범집행인사 및 억류 또는 수감의 대상이 되는 자의 구금, 심문 또는 처우에 관련될 수 있는 다른 사람들의 훈련에 충분히 포함시킬 것을 보장한다.<sup>25)</sup> 만약 고문이 행하여졌다고 믿을만한 합리적인 근거가 존재한다면 당사국은 즉각적이고 공평한 조사를 행할 의무를 가진다.<sup>26)</sup>

고문 피해자의 권리는 공평하고 충분한 보상을 받을 권리를 포함한다.<sup>27)</sup> 고문의 결과로서 이루어진 진술은 어떠한 소송절차에 있어서도 고문의 피해자의 의사에 반하여 원용될 수 없다.<sup>28)</sup> 그리고 마침내 피해자로부터 제기된 고소가 있다라도 당사국은 만약 고문이 행하여졌다고 믿을만한 합리적인 근거가 존재한다면 조사를 행하고, 고문의 정도에 이르지는 않은 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 형벌을 방지하여야 한다.<sup>29)</sup>

협약은 또한 개인 자격으로 근무하는 10명의 독립적인 전문가로 구성되는 고문방지위원회(Committee Against Torture)에 의하여 감시되는데<sup>30)</sup> 이들은 협약에 규정된 절차에 따라 당사국들에 의하여 선출된다. 당사국의 위원회 위원 선출을 위한 최초의 회합은 협약의 발효일로

24) 협약 제9조

25) 협약 제10조 제1항 부가하여 제11조는 각 당사국에 체포 억류 또는 수감 대상자의 구금 및 처우에 관한 제도와 아울러 심문 관행 등을 조직적으로 계검토토록 요구하고 있다.

26) 협약 제10조와 제13조

27) 협약 제14조

28) 협약 제15조

29) 협약 제16조, 각 당사국은 또한 제16조에 의하여 제10조, 11조, 12조, 13조에서 부과된 의무는 다른 형태의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 형벌에 관하여도 준수토록 되어있다.

일반적으로, 고문과 "잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 형벌" 간의 구별은 정도의 문제이다. 즉 고문은 다른 사람의 행동 또는 처우의 결과로 다른 형태라기 보다는 "잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 형벌"의 좀더 과장된 형태이다.

30) 협약 제17-23조 참조

동 협약은 20개국에 비준하였을 때 발효되도록 규정하였는데 1987년 6월 26일자로 발효되었고 그동안의 협약 가입국 현황을 살펴보면 1988년 3월 1일 현재 28개국에 비준 또는 가입하였는데 그 국가는 아프가니스탄, 아르헨티나, 오스트리아, 벨라루스, 룩셈부르크, 백러시아, 카메룬, 캐나다, 콜롬비아, 덴마크, 이집트, 프랑스, 동독, 헝가리, 불가리아, 우크라이나, 노르웨이, 파나마, 필리핀, 세네갈, 스페인, 스웨덴, 스위스, 토고, 우간다, 멕시코, 소련, 우루과이, 등이다.<sup>18)</sup>

### II. 협약의 주요 내용

고문방지협약—정식명칭은, "고문 및 기타 잔혹한, 비인도적인, 굴욕적인 처우 또는 형벌금지협약 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment)—은 고문의 정의로 시작한다.

이 협약의 목적을 위하여 "고문"이라는 용어는 한 개인 또는 제3자로부터 정보 또는 자백을 얻어내고 그 개인 또는 제3자가 행하였거나 행하였다는 혐의가 있는 행위에 대하여 그 개인을 처벌하거나 또는 그 개인 또는 제3자를 협박하거나 강요하기 위한 목적으로, 또는 모든 종류의 차변에 기초한 어떤 이유로 인하여 공무원 또는 공적인 자격으로 행위하는 사람에 의하여 또는 그러한 사람의 교시에 의하거나 동의 또는 묵인에 의하여 그 개인에게 고의적으로 행하여진 육

각 당사국은 비준서에 제20조에 따라 부여된 위원회의 권한을 인정치 않음을 선언할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 총회의 통과를 관철하기 위한 마지막 순간의 타협안이었다.

또 다른 수정은 제19조를 포함하는데 위원회로 하여금 협약의 준수사항 이행을 위하여 제19조 조항에 관한 보고서 검토할 권한을 부여하였다. 최종안은 위원회로 하여금 보고서에 대하여 "일반적인 의견"을 제시하는 반면, 애초의 초안은 좀더 전문화하여 "의견과 제안"을 허용하였다. 수정된 안은 유엔인권시행기구가 인권침해의 의심이 있는 국가에 대해 비판을 할 수 있는지 또는 그 당사국 전반에 관한 일반적인 권고만을 할 수 있는 것인지 어부에 관한 각국간의 심각한 이견을 조정하고 있는 것이다. 그 의견의 차이는 고문방지위원회의 집행권 정도 및 국가주권에 의한 그 제한 정도에 관해 동시간의 차이로 인해 나타난 것으로 보인다.

18) 미국은 규준 4인 18일 동 협약에 서명하였으며 동 협약 비준을 상원에 요청한 예정이라고 한다.

부터 6개월 이내에 개최된다.<sup>31)</sup>

위원회는 당사국에 의해 정기적으로 제출되는 보고서에 대하여 검토하고 "일반적인 의견"을 제시함을 목적으로 한다. 이러한 보고서는 당사국이 협약에 의한 의무수행을 위하여 취하여야 하는 조치를 기술토록 되어있다.<sup>32)</sup> 만약 위원회가 어느 당사국의 영토내에서 고문이 조직적으로 행하여지고 있다는 충분한 근거를 가진 징후를 포함하고 있는 것으로 보이는 믿을만한 정보를 접수한 경우, 위원회는 그 당사국으로 하여금 이 정보를 조사하는데 협조토록 하며, 이를 위하여 관련 정보에 관한 견해를 지시한다. 위원회는 관련 당사국과의 합의에 의하여 그 국가 영토에 대한 방문을 포함한 조사를 할 것을 권할 수 있다. 그러한 조사가 행해졌을 때 위원회의 절차는 비밀로 하며, 위원회는 당사국 및 총회에 제출하는 연례보고서에 동 절차의 결과에 대한 요약보고서를 포함시킬 것을 결정할 수 있다.<sup>33)</sup>

나아가 이 협약의 당사국은 타 당사국이 동 협약에 따른 의무를 이행하지 아니하고 있다고 주장하는 어떤 당사국의 통보를 접수 심리하는 위원회의 권한을 인정한다는 것을 언제든지 선언할 수 있고, 또 각 당사국은 위원회가 당사국에 의한 협약 규정 위반의 피해자라고 주장하는 개인으로부터의 또는 개인들을 대신한 통보를 자체 관할권하에서 접수 심리

31) 1987년 11월 26일 제네바에서 제1차 고문방지협약 가입 당사국 회의가 개최되어 동 회의에서는 동 협약 제17조에 규정된 10명의 고문방지위원회 위원 선출이 있었다.

32) 협약 제19조, 애초의 협약 초안의 요구 기준인 "의견 또는 제안" 대신에 "일반적인 의견"으로 대체함에 대하여는 주 17을 참조, 그러나 "일반적인 의견"의 정확한 의미는 아직 확실치 않다.

33) 협약 제20조, 이 조문은 위원회의 조직적 고문 주장에 대한 조사 시행 권한을 물려받은 논쟁으로 인하여 수정의 대상이 되었다. 따라서 총회는 제23조문 추가함으로써 제20조문 강제조항으로 하지 않았다. 즉 각 당사국은 동 협약의 서명, 비준 또는 가입시에 제20조에 따라 부여된 위원회의 권한을 인정하지 않음을 선언할 수 있다.

시적 또는 정치적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위물 의미한다. 이것은 상업적인 제재조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 이에 부수적인 고통 또는 피해물 포함하지 않는다.

각 당사국에 과해진 근본적인 의무는 자국의 관할권하에 있는 영토내에서 고문행위를 방지하기 위하여 효과적인 입법적 행정적 사법적 또는 여타 조치를 취하도록 하고 있다.<sup>19)</sup> 이 일반적인 의무는 여러 세분화된 의무사항을 수반한다. 특별히 의미가 있는 것으로는, 어느 당사국도 한 개인을 그가 고문을 받을 위협에 처해 있다고 믿을만한 충분한 근거가 존재하는 다른 국가로 송환 또는 인도하지 아니한다는 것이다.<sup>20)</sup> 각 당사국은 모든 고문 행위가 자국 형법에 의하여 범죄가 됨을 보장한다는 조치를 취하고, 고문의 미수 및 고문의 공모 또는 참여를 구성하는 행위에 대하여도 마찬가지로 한다.<sup>21)</sup> 그리고 각 당사국은 고문이 발생한 경우에 그 국가와 고문행위 사이의 연결관계가 있는 곳에 관할권을 주장한다.<sup>22)</sup> 즉 고문행위자로 하여금 숨을 곳을 주지 않을 목적으로 협약은 고문행위자라고 주장되는 자를 재판할 발도록 인도토록 하고, 각 당사국 어디에서라도 재판을 받을 수 있도록 규정한 것이다. 본질적으로 협약은 이러한 자에 대하여 전 세계적인 관할권을 규정하고 있다. 이는 고문에 대한 유엔의 투쟁에 새로운 중요한 요소를 가져온다고 말할 수 있다.

더욱이 고문행위에 대한 번명으로서 "상급관리의 명령" 또는 전쟁이나 공공의 비상상태와 같은 "예외적인 상황"을 주장하는 것을 명백히 금지하고 있다.<sup>23)</sup>

각 당사국은 고문행위에 관하여 행하여진 형사절차와 관련한 사법공조

19) 협약 제2조 제1항

20) 협약 제3조 제1항, 한 개인이 그러한 위협에 처해 있는지의 여부에 대한 판단 기준은 "충분한 근거"라고 한다.

21) 협약 제4조 제1항

22) 협약 제5조 참조, 제6조에서 제9조까지는 고문행위자로 주장된 자의 형사적인 소추와 인도에 관한 부수적인 의무사항을 규정하고 있다.

23) 협약 제2조 제2항 제3항

회의 심의권 등)

협약 제21조, 제22조에 따라 특별선언을 하게 될 경우 불필요하게 다른 당사국으로부터 고문사례에 대한 이의제기를 당할 가능성이 있다. 결국 이 조항은 국제사회에서 필연적으로 다른 국가의 인권문제로 국내문제에의 간섭을 초래할 수 있을 뿐만 아니라 동 조항은 이를 원하지 않는 국가가 유보를 해야 하는 것이 아니라 이를 수락하는 국가가 이를 수락하겠다는 특별선언을 해야 하므로 우리로서는 자청하여 동 조항을 인정하는 것은 부적당하다고 생각된다. 실제 특별선언을 한 국가도 10개국에 불과하다.<sup>34)</sup>

나. 검토소견

우리 헌법은 고문을 받지 아니할 권리를 선언하고 있고, 형법, 형사소송법 등 관계법률에 의해 고문방지를 위한 각종 제도가 마련되고 있는 바 위에 언급한 선언을 하지 않더라도 우리의 법률을 엄정히 집행함으로써 효율적인 인권보호가 이루어질 것이므로 별도의 수락선언은 불필요하다고 본다.

3. 기타 문제조항

가. 협약 제4조 (미수범 처벌)

협약은 각 당사국이 고문실행 미수범도 형사처벌하여야 한다고 규정하고 있다.

그러나 우리의 현행 형법 제125조에 의하면 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 등이 형사피의자 등에 대하여 폭행 또는 가혹행위를 한 경우 이를 처벌하도록 하고 있으나 그 미수범에 대한 처벌규정은 없다. 따라서 위 협약조항은 현행 형법과 배치되는 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다.

38) 아르헨티나, 오스트리아, 덴마크, 프랑스, 룩셈부르크, 노르웨이, 스페인, 스웨덴, 스위스, 투고.

하는 권한을 인정한다는 것을 언제든지 선언할 수 있다.<sup>34)</sup>

여기서 우리는 협약 제20조와 제21조 제22조의 차이점을 살펴볼 필요가 있다. 제20조는 제28조에 의하여 수정된 것처럼 서명, 비준 또는 가입시에 위원회 권한의 불인정을 애초에 선언토록 허용한다. 그러나 제21조 제22조는 위원회가 제21조나 제22조에 의하여 달리 허용된 조치물 하기 전에 위원회의 권한을 인정한다는 긍정적인 선언을 요구한다. 그 차이점은 물론 제20조에 의한 경우에는 제28조에 의해 수정된 것처럼 당사국이 위원회 권능 불인정 선언을 애초에 해야 할 것이며 그렇지 않을 경우는 그 후에 위원회 권능을 부인하는 기회를 잃게 된 것이다. 반면에 제21조, 제22조에 의하면 당사국이 주도권을 가지고 제21조나 제22조를 적용하려고 하는 시점에 위원회 권능을 인정한다는 선언을 해야 될 것이며 그렇지 않을 경우는 그 조항들에 의한 조치는 취할 수 없다.

협약은 또한 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁의 해결방법을 규정하고 있다. 둘 또는 그 이상 당사국간의 직접 교섭에 의하여 해결될 수 없는 이 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁은 그들중 1개국의 요청이 있으면 중재제관에 회부되어야 한다. 중재제관 요구일로부터 6개월내에 당사국이 중재제관의 구성에 합의하지 못하면 동 당사국중 일방은 국제사법재판소 규정에 따른 요청으로 동 분쟁을 국제사법재판소에 회부할 수 있다. 이 조항도 제20조처럼 각 당사국이 동 협약의 서명, 비준 또는 가입시에 자국이 이에 기속되는 것으로 보지 않는다고 선언할 수 있다.<sup>35)</sup>

Ⅱ. 우리나라의 협약 가입시 검토사항

1. 유보가능 조항

가. 협약 제20조 (조직적 고문에 대한 위원회의 조사, 의견 제출 및

34) 협약 제21조와 제22조, 1987년 6월 26일 동 협약의 발효일에, 제21조, 제22조 규정들도 이 협약의 5개 당사국 이상이 수락선언을 함으로써 발효되었다.

35) 협약 제30조

나. 검토소견

우리의 헌법 제125조와 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제4조의 2의 조항을 보면 고문행위 자체에 관한 가중처벌 규정에는 미수범 처벌규정이 없으나, 일반규정에는 상해미수, 체포감금미수등으로 처벌 가능하므로 고문행위 미수범처벌규정이 국내법에 저촉된다고 보기는 어려우므로 별 다른 문제가 없다고 본다.

Ⅴ. 결론

현실에 있어 고문은 지구상의 적어도 1/3에 이르는 정부에 의해 계속적으로 시행되고 몰래 시인되고 있다. 그러나 점진적으로 각국 정부는 고문이 정부에 의해 허용되고 고무될 때마다 세계적으로 목해되는 효과와 그러한 고문의 사례를 감소하기 위한 노력으로부터 초래되는 개선효과 모두를 인정하고 있다.

고문이 불법이라는 공공의 압력이 고문의 감소 나아가 종국적으로 고문의 폐지를 향한 운동의 주된 요소라고 할 수 있다. 세계의 여러 조직기구들은 개별적으로나 집합적으로 고문을 완화하고 시인하는 정부를 금지해야 한다. 그러므로 공식적인 고문의 주장이 진지하게 취해지고 고문을 계속 자행하는 자들이 세계의 여론 속에서 더 이상 도피처를 찾을 수 없도록 해야 한다. 이러한 의미에서 고문방지협약은 고문의 발생을 제거하거나 감소하려는 투쟁에서 하나의 중대한 단계가 된 것이라고 하겠다.

그러나 사실상 동 협약에도 잠재적인 약점이 내재한다. 이 세상에서 고문에 책임이 있는 국가들은 협약에 비준하려고 하지 않는다. 그리고 위신으로 하여금 비상 상황에서 즉각적으로 고문의 발생을 방지할 시행을 위한 조치책의 결여라고 할 수 있다. 하지만 협약의 시행절차는 고문의 근절에 적절한 조치를 이루고, 동 협약은 설립목적이 고문의 제거에 있는 국제적인 단체에서 고문에 관한 주장들을 정식으로 접수할 것을 보장한다.

협력 요구 권능)

현행 국내법으로도 모든 고문행위에 효율적인 대처가 가능하고, 고문방지위원회의 활동을 인정할 경우 불필요한 간섭을 받을 우려가 있어 동 조항을 유보함이 상당하다는 입장이 있을 수 있으나, 본 조항 유보시 우리나라에서 고문행위가 만연한다는 인상을 줄 우려가 있고 현재 공산국가만 유보하고 있을 뿐만 아니라<sup>36)</sup> 고문은 근절되어야 하므로 위원회의 권능을 인정하여도 무방하다고 생각된다.

나. 협약 제30조 제1항(협약의 해석적용에 관한 분쟁의 ICJ 관할권 인정)<sup>37)</sup>

우리나라는 아직 국제사법재판소의 규정 당사국이 아니므로 동 재판소의 당사국이 되기 전까지는 본 조항을 유보함이 상당하다는 입장이 있을 수 있으나 국제중재절차, 국제사법재판소절차의 적용 가능성으로 우리의 국제법무활동영역의 증진에 이바지하고 국제간 법률분야에서의 우리나라의 지위 향상을 위하여 동 조항을 인정하여도 문제점이 예상되지 아니한다고 본다.

다. 검토 소견

인권보호 및 고문방지에 관한 우리의 의지를 국제적으로 선언키 위해 협약에 가입하면서 이를 유보하는 것은 협약가입의 의미를 퇴색시킬 가능성이 있으므로 위 조항들을 유보하지 않는 것이 타당하다고 본다.

2. 수락선언 가능조항

가. 협약 제21조 제1항 (협약 당사국 상호간의 고문사례 이의제기권 및 위원회의 지수 심리권등), 제22조 제1항(개인의 이의제기권 및 위원

36) 협약 제20조를 유보한 국가는 아프가니스탄, 불가리아, 러시아, 동독, 헝가리, 우크라이나, 소련 등이다.

37) 동 조항을 유보한 국가는 주 36)에서 언급한 국가들과 프랑스, 파나마를 들 수 있다.

# 搜查段階에서의 辯護士의 助力

辯護士 · 大韓辯協人權委員會委員 李 錫 兌

## I. 들어가는 말

가. 수사단계는 피의자의 인권이 가장 침해되기 쉬운 단계다. 수사단계는 피의자의 소송절차상의 운명을 결정할 수 있는 증거, 즉 피의자의 기소 및 유죄입증에 결정적인 역할을 하는 증거가 수집되는 단계로서, 국가권력에 의한 강제력이 집중되는 단계다.<sup>1)</sup> 형사소송법상 피의자는 국가보안법위반사건의 경우 최고 50일까지 수사를 위하여 구속될 수 있으며,<sup>2)</sup> 수사의 대상이 되는 순간부터 피의자는 신체구속의 위협과 머지않아 형벌로 인하여 가족과 사회로부터 격리될 수 있다는 극도의 불안감에 휩싸이게 된다.

이와 같은 피의자의 불안정한 지위를 보완함

과 아울러 수사과정에서 있을 수 있는 인권침해의 가능성을 방지하고, 수사기관과 대등한 당사자로서 적절한 법률적 방어방법을 강구하도록 하기 위하여 헌법은 변호인의 조력을 받을 권리를 명문으로 규정하고 있다(헌법 제12조 제4항, 제5항).

나. 모든 국민은 유죄의 확정판결이 있기까지는 무죄로 추정된다. 따라서 수사단계에 있어서는 피의자의 인권을 최대한으로 보장하고 법원 및 일반인에게 유죄의 심증을 일으켜 그 명예와 신용을 훼손해서는 안 되며, 강제수사는 법률에 정한 엄격한 요건에 따라 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.<sup>3)</sup>

그럼에도 불구하고 우리의 형사사법의 현실

- 1) 박홍우, "피의자 및 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리", 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 1986, 159쪽
- 2) 국가보안법 제19조. 이 규정에 의하여 일반적으로 국가보안법위반사건의 경우, 사법경찰관은 20일, 검사는 30일까지 피의자를 구속할 수 있다. 이는 통상의 형사범의 경우, 사법경찰관은 10일, 검사는 20일까지 피의자를 구속할 수 있도록 한 형사소송법 제202조, 제203조 및 제205조의 예외규정으로서, 20일까지 더 피의자를 구속할 수 있도록 한 것이다. 그런데 통상적인 형사범의 경우에 사법경찰관에게 인정되는 10일간의 구속기간도 이론적으로나 입법론적으로 문제가 많은 것으로 지적되어 왔다. 즉, 형사소송법상 사법경찰관이 작성하는 피의자신문조서의 증거능력은 피의자였던 피고인이 공판정에서 그 내용을 인정하여야만 증거능력을 갖게 된다(형사소송법 제202조). 따라서 사법경찰관이 아무리 애써서 조서를 만들어도 공판정에서 피고인이 내용을 부인하면 휴지화할 가능성이 높고(실무적으로 피고인이 공판정에서 공소사실을 다투는 경우 예외없이 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 내용을 부인하기 마련이다), 한편 이에 대비하여 나중에 검찰에서의 피의자신문서와 공판정에서 부인하지 못하도록 초동수사단계에서 고문 등 피의자의 인권을 유린할 위험성이 많다(이 점에 관하여는 박주인, "자백재판의 제문제", 「대한변호사협회지」, 1985년 11월·12월 합병호, 42쪽 참조). 따라서 여기에서 한 걸음 더 나아가 사법경찰관에게 20일, 검사에게 30일까지 피의자를 구속할 수 있도록 한 국가보안법 제19조는 헌법이 보장하는 평등권, 공정한 재판을 받을 권리 및 적법절차규정을 침해하는 위헌의 규정이라고 생각된다. 그런데 헌법재판소는 국가보안법 제19조가 적용되는 죄 중 이른바 찬양·고무죄(국가보안법 제7조) 및 불고지죄(국가보안법 제10조)에 대하여서만 위헌이라고 판단하고, 나머지 국가보안법위반죄에 대하여서는 합헌결정을 하였다

에는 아직 피의자는 조사의 객체이며, 피고인도 강제처분의 대상 또는 증거방법이라는 사고가 지배적이다.<sup>4)</sup> 이에 따라 최근까지 고문<sup>5)</sup>과 밀실수사가 행해져 왔으며, 이 과정에서 피의자의 인권이 빈번하게 유린되어 왔다.

이처럼 수사과정에서 국민의 인권이 충분히 보장되지 못한 이유는, 그 성격상 실제로는 변호인의 역할이 가장 절실하게 요구되는 분야이면서도 현실적으로는 그 역할의 불모지대로 남아있기 때문이다.<sup>6)</sup> 이론적으로는 검사와 법원에 정립하는 사법기관으로서의 공익적 지위를

변호인에게 부여하면서도<sup>7)</sup> 제도나 관행에 있어서 변호인은 사실상 수사과정에서의 참여가 배제되어왔다.

그러나 사건의 중구적인 향방이 좌우되고, 기본권의 침해가능성이 가장 높은 수사단계에서 변호인이 적극적으로 참여하는 것이 제도적으로 확립되지 않는 한, 민주적인 형사절차의 보장도 요원한 일이다. 아래에서 그동안 학계와 실무에서 논의되어 온 주요쟁점을 살펴보고 개선책을 제시해 보고자 한다.

(1992. 4. 14. 선고 90헌마82). 헌법재판소의 합헌요지는 "국가보안법위반죄의 경우 일반 형사사건보다 비교적 시간과 노력이 더 필요할 수 있다"고 본 것인데, 일반형사사건의 경우도 사안에 따라 얼마든지 복잡한 것이 많을 수 있는 것이므로 합헌결정은 논리적 설득력이 약한 것이다. 따라서 국가보안법 제19조만을 한정해서 말한다면, 마땅히 일반형사사건과 동일한 구속기간으로 축소·개정되어야 할 것이다. 비교법적으로, 미국에서는 경찰은 범인을 체포하면 지체없이 예심판사앞으로 범인을 인치하고 피의자에 대한 판단은 검사의 개입과 법관의 공정한 판단에 의거하도록 하고 있고, 일본에서는 경찰이 48시간의 체포권밖에 없기 때문에 경찰에서 피의자를 오래 가두어 놓고 고문·폭행 등 인권침해수사를 할 시간적 여유가 없게 되어 있다. 따라서 입법론으로 현재의 경찰구속수사제도는 폐지하는 것이 바람직하다고 생각한다.

- 3) 조용환, "사법민주화의 현황과 문제점", 「법과 사회」 창작과 비평사, 1989, 92쪽
- 4) 김일수, "현행 변호인제도의 문제점", 「대한변호사협회지」, 대한변호사협회, 1985년 11·12월 합병호, 35쪽
- 5) 제5공화국하에서 대표적 고문피해자 중 한 사람인 김근태씨는 1985년 9월 대공수사단분실에서 자신에게 가해졌던 전기고문의 일부에 관하여 다음과 같이 증언하고 있다(서울형사지방법원 88고합1441, 독직폭행사건, 증인신문조서):  
"전기고문을 받을 때는 팬티를 벗깁니다. 이 팬티를 벗기는 이유는 이근안의 이야기에 의하면 전기고문을 하다가 전류가 많이 통하면 회음부가 터진다는 것입니다. 회음부가 터질 때 피가 팬티에 젖으면 골치아픈 문제가 발생하기 때문에 팬티를 벗기는 것이라고 이야기를 했습니다. 그런데 이것은 그 사실을 말해주기보다는 전기고문에 저항하다가 보면은 회음부가 터진다는 협박하는 과정에서 나온 이야기였습니다. 팬티를 벗기고 동일하게 철성대 위에 누이고 그리고 처음에 물고문을 조금 한 다음에 전기고문을 합니다. 전기고문을 하기 전에 부은 상태에서, 전기고문을 하기전에 머리와 가슴, 배, 그리고 사타구니, 발에 물을 부은 상태에서 전기고문을 시작합니다. 저는 전기를 통하는 아마도 도핀 같은 것이 새끼발가락, 그 사이에 삽입이 되고 그 바깥을 봉대 같은 것으로 칭칭 감습니다. 그런 상황에서 처음에는 약하게 짧게 하다가 이근안은 협박과 공갈을 통해서 점점 강하게 오랫동안 전류를 흘립니다. 견디지 못해서, 이때는 물고문이 끝난 상태기 때문에 견디지 못해서 소리를 지르게 됩니다. 처음에는 이 전기고문에 지지 않을려고 이를 악물고 견뎠지만, 터져나오는 비명은 어쩔 수가 없었습니다. 그래서 소리소리 악을 쓰고 지를 수밖에 없었습니다. 그러면 이근안은 소리를 지른다고, 비명을 지른다고 소리를 치면서, 그러면서 이 비명이 바깥에 새어 나가는 것이, 그것을 일정하게 희석시키고자 라디오를 틀어놓았습니다. 그래서 이 협박에 못이겨서도 그렇고, 허를 이빨로 꼭 깨물고 소리를 안 지르고자 견디고자, 소리를 지르며는 더 전류가 많이 통하니, 그러고자 노력을 하면 이번에는 허를 깨물고 아마 자결기도하지 않을까 하는 이런 생각 때문인 것으로 판단이 됩니다. 허를 베라고, 이빨에서 허를 베라고 다시 강한 전류를 흘려 보입니다."
- 6) 황종국, "수사절차상 변호인의 역할", 「부산지방변호사회지」, 부산지방변호사회, 1990, 280쪽
- 7) 황종국, 앞과 같은곳. 김일수 앞의글, 31쪽. 김일수교수는 "변호인은 독립된 사법기관으로서, 검사의 수사 및 공소활동이나 법관의 재판활동에 정립하는 일 기관으로서 자신의 전문지식과 직업적 경험을 바탕으로, 피의자·피고인의 이익을 위해 진실하고 옳다고 생각하는 모든 문제를 아무 제약없이 자유롭게 자기책임하에서 끌어들이고 제기함으로써 (Rechtspflege), 즉 진실과 법과 정의에 봉사하는 것이다" 라고 쓰고 있다.

II. 변호인의 접견·교통권

가. 변호인은 수사단계에서 피의자와 접견하고, 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며, 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다(형사소송법 제34조).

변호인은 피의자와의 접견·교통을 통해서 사건의 내용을 파악하고 피의자로서의 방어방법을 상의하게 된다. 유리한 증거의 수집, 구속적부심사의 청구(형사소송법 제214조의2), 피의자에 대한 법률적 조언 등을 위해서는 피의자와 변호인의 접견·교통이 필수적으로 요청된다.<sup>8)</sup> 이러한 변호인의 접견·교통은 피의자나 변호인이 원하는 경우 언제든지 지체없이 이루어져야 하며, 비밀이 보장되어야 한다.

우리나라가 1990년 4월에 조인하여 국내법적 효력이 있는 시민적및정치적권리에 관한 국제인권규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제14조 제3항의 (b)도 변호인의 접견·교통권을 보장하고 있으며(To

have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing), 여기에는 접견시의 비밀이 완전히 보장되어야 한다고 해석하고 있다.<sup>9)</sup>

나. 그럼에도 불구하고 그동안 특히 국가보안법위반사건의 경우 경찰, 안기부, 검찰 등에 의해서 접견이 거부당하거나 지연되거나, 접견내용의 비밀이 전혀 보장되지 않는 사례가 많았다.<sup>10)</sup>

이러한 접견·교통권의 방해는 헌법상 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이므로, 이에 위반되어 이루어진 증거방법은 증거능력이 부인되어야 할 것이며, 방해한 수사관은 권리행사방해죄 등으로 처벌되어야 한다.<sup>11)</sup> 이와 같은 접견·교통권의 완전한 보장은 최근 헌법재판소<sup>12)</sup> 및 대법원<sup>13)</sup>의 결정 또는 판결에 의하여 거듭 확인되었으며, 접견권

을 침해받은 변호인에 대하여 위자료청구를 인용한 예도 있다.<sup>14)</sup>

다. 미국의 경우 에스코베도(Escobedo)사건에서 미국 대법원은 일찍이 변호인의 접견권을 침해하여 얻어진 피의자의 자백은 증거능력이 없다고 판시하였다.<sup>15)</sup> 이 사건에서 살인혐의로 조사를 받게된 피의자 에스코베도와 그의 변호인은 되풀이해서 수사관에 접견을 요청했으나 거절되었으며, 이런 상황이 계속되는 가운데 에스코베도는 피의사실을 자백했다. 미국 대법원은 이러한 접견거부는 변호인의 조력을 받을 권리를 보장하고 있는 미국 수정헌법 제6조<sup>16)</sup>에 위반된다고 판결했다.<sup>17)</sup>

그러나 이와 같은 판결 등에도 불구하고, 접견권을 침해하는 구태는 아직 근절되지 않은 것처럼 보인다. 구치소나 교도소에서는 담당교도관의 인력부족 등의 이유로 여전히 접견이

지연되고 있으며, 공범의 경우에는 한 사람씩에 대하여서만 접견이 허용되는 것이 보통이다. 또 현재 각 경찰서에는 별도로 변호인접견실이 마련되어 있지 아니한 관계로 경찰관들이 집행하는 바로 옆에서 피의자와 접견할 수밖에 없는 실정인 바, 이러한 현실에서 변호인접견의 비밀보장을 기대하기는 어렵다고 하겠다.

III. 변호인의 수사절차참여권

가. 현재의 실정법상 수사기관의 피의자신문에 변호인이 입회하는 참여권을 인정할 수 있느냐가 문제된다. 이 점에 관하여 변호인의 수사절차참여권에 대하여는 그 필요성에 대하여는 예외없이 인정하고 있으나, 해석론상 현재의 실정법상으로도 당연히 보장된다는 견해와 입법론적으로 도입이 필요하다는 견해로 나누어진다.

8) 백형구, "수사단계에서의 변호활동", 「대한변호사협회지」 대한변호사협회, 1986년 6월호, 27쪽; 이범렬, "변호인접견의 형사소송법상의 의의", 「대한변호사협회지」, 1989년, 10월호, 8 내지 11쪽. 이범렬 변호사는 변호인의 접견·교통권은 두 가지 시각에서 실질적인 것이어야 제도의 취의에 부합되고 소송법상 참된 것이 된다고 하면서, 첫째는 「시기성」으로서 피의자가 변호인을 가장 필요로 하는 시기는 구속적후이므로 변호인의 접견·교통은 피의자가 자백을 하기 이전에 보장되어야 하고, 둘째는 「방법적인 실효성」으로서 피의자와 변호인의 접견이 자유로워야 하며 수사기관이나 기타인의 입회하여서는 안 된다고 쓰고 있다.

9) Fausto Pocar, "The International Covenant on Civil and Political Rights", 「Manual on Human Rights Reporting」, UN, 1991, p. 103

10) 변호인접견·교통권의 침해유형에 관한 상세한 분석은 주명수, "변호인접견·교통권", 인권보고서(4집), 대한변호사협회, 1990, 328 내지 338쪽 참조

11) 황종국, 앞의글, 293쪽; 주명수, 앞의글, 340쪽

12) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정. 국가보안법위반으로 구속된 피의자가 국가안전기획부 면회실에서 변호인과 접견하는 자리에 안기부 소속 수사관들이 사진을 찍고 대화내용을 기록한 데 대하여 헌법소원을 제기한 사건. 이 사건에서 헌법재판소는 "신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인이 충분한 상담을 할 수 있도록 해주어야만 할 것이므로, 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견·교통일 것이다. 변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자·피고인의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구하고, 피의사실이나 공소사실의 의미를 설명해 주고 그에 관한 피의자·피고인의 의견을 듣고 대책을 의논하며, 피의자나 피고인진술의 방법, 정도, 시기, 내용에 대하여 변호인으로서의 의견을 말하고 지도도 하고, 진술거부권이나 서명날인거부권의 중요성과 유효적절한 행사방법을 가르치고 그것들의 유효적절한 행사에 의하여 억울한 죄를 면할 수 있다는 것을 인식시켜야 하며, 수사기관에 의한 자백강요, 사술(詐術), 유도(誘導), 고문 등이 있을 수 있다는 것을 알려 이에 대한 대응방법을 가르쳐 허위자백을 하지 않도록 권고하고, 피의자로부터 수사관이 부당한 조사(유도, 협박, 이익, 공여, 폭력 등)유무를 수시로 확인해야 하며, 피의자나 피고인의 불안, 절망, 고민 등

을 발견하면 그 감정의 동요에 따라 격려하여 용기를 주거나 위문하거나 충고하여야 할 것이다. 그런데 이러한 일은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭없이 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능할 것이다. 만약 관계공무원이 가까이서 감시하면서 대화내용을 듣거나 녹취하거나 또는 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성한다면 변호인의 이러한 활동은 방해될 수밖에 없고, 이는 변호인의 조력을 받을 권리나 진술거부권을 기본권으로 보장한 헌법정신에 크게 반하는 일이다."라는 요지로 안기부직원의 행위가 위헌임을 결정했다.

13) 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도37 결정. 그 요지는 다음과 같다:

"형사소송법 제34조가 규정한 변호인의 접견·교통권은 신체구속을 당한 피고인이나 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로, 법령에 의한 제한이 없는 한 수사기관의 처분은 물론 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없는 것이다."

또 검사가 변호인의 접견을 부당하게 제한하고 있는 동안에 작성된 피의자신문조서는 증거능력이 없다는 판결도 있다(대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 사건).

14) 김한주 변호사는 1991. 4. 국가보안법위반혐의로 구속된 피의자 박형기의 변호인으로 선임되어 구속장소인 치안본부 대공2부에 찾아가 접견을 신청하였으나, 당일 접견이 불허되자, 그 불허처분의 취소를 구하는 준항고를 거쳐 서울민사지방법원에 국가를 상대로 위자료청구소송을 제기하였다. 서울민사지방법원은 "변호인접견권은... 절차상 또는 시기상의 아무런 제약이 없으며, 신체구속을 당한 피고인이나 피의자의 인권보장의 준비를 위하여 필수불가결한 권리이므로... 대공2부에 근무하는 담당공무원이 담당자가 없다는 이유로 원고의 접견신청을 거부한 것은 고의 또는 과실로 형사소송법상 인정된 원고의 변호인접견권을 침해한 위법한 행위"라고 판시하여 위자료청구를 인용하였고(서울민사지방법원 1992. 4. 24. 선고 91나29049 판결), 이 판결은 대법원에 의하여 확정되었다.

15) Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 483(1964)

16) "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right... to have the assistance of counsel for his defense."

17) Kermit L. Hall edited, [The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States], Oxford University Press, 1992, p. 260

전자는 헌법이 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 규정하고 (제12조 제4항), 나아가 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다 (제12조 제5항)고 규정하고 있는 외에, 구속 또는 체포된 피의자로서는 가장 중요한 시기인 수사기관에서의 피의자조사시에 변호인의 참여 내지 입회가 허용되지 않는다면 위 헌법규정은 그 실질적 의의를 상당히 잃게 되므로 수사기관에서의 피의자조사시 변호인에게 참여 내지 입회할 수 있는 권리가 인정되어야 한다고 해석한다.<sup>18)</sup>

또 피의자신문조서의 작성에 있어서 기재의 정확성을 감시하기 위하여 변호인의 이의진술권을 인정한 형사소송법 제48조 제5항을 보면 현행 형사소송법의 해석론으로서도 변호인의 피의자신문참여권은 인정된다고 본다.<sup>19)</sup>

이에 대하여 후자는 형사소송법상 명문의 규정이 없으므로 변호인의 피의자신문참여권은 현행법상 인정되지 않으나, 대신 입법론상 인정되는 것이 바람직하다고 한다.<sup>20)</sup>

나. 미국의 경우 미란다(Miranda) 사건<sup>21)</sup> 이래 변호인의 수사단계에서 피의자신문참여권은 가장 보편적이고 핵심적인 변호권의 하나로 자리잡고 있다. 미국 대법원은 변호인의 선임과

지 및 참여가 배제된 채 강간죄혐의로 체포된 피의자 미란다가 서명한 자백하는 취지의 피의자신문조서의 증거능력을 부인하였다. 이 사건에서 미국 대법원은 수사기관이 형사피의자를 조사할 때에는 사전에 (1) 묵비권(you have the right to remain silent), (2) 피의자의 진술이 불리하게 사용될 수 있다는 점(anything you say can and will be used against you), (3) 피의자는 신문받기 전에 변호인에게 말할 권리가 있고 변호인의 입회하에 신문받을 권리가 있다는 점(you have the right to talk to a lawyer before being questioned and to have him present when you are being questioned), (4) 무자력으로 변호인을 선임할 형편이 되지 못하는 경우, 신문에 앞서 법률구조수단을 통하여 변호인의 조력이 주어질 수 있다는 점(if you cannot afford a lawyer, one will be provided for you before any questioning if you so desire)을 고지하여야 한다고 판시하였다.<sup>22)</sup>

미국 대법원의 위와 같은 판결은 누구도 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다(no person shall be compelled..... to be a witness against himself)는 미국수정헌법 제5조에 근거하고 있다.<sup>23)</sup>

위 미란다 사건에서 피의자에게 인정된 변호인선임권과 변호인의 신문 중 입회권은 이후 미

18) 신성철, "피고인의 방어권행사에 있어서의 절차상의 문제점", 「형사법에 관한 제문제(상)」, 법원행정처, 재판자료 제49집, 195쪽; 신옥주, "신체의 자유와 적정절차", 이화여자대학교 법학과 석사학위논문, 1989, 99쪽; 박홍우, 앞의 논문, 198, 199쪽  
19) 신동운, 「형사소송법」, 법문사, 1993, 386쪽, 황종국, 앞의 글, 305내지 309쪽; 이돈희, "변호권", 「대한변호사협회지」, 대한변호사협회, 1988년 5월호, 10, 11쪽; 주명수 변호사는 앞의 글, 336쪽에서 "변호인접견권이 실질적으로 보장되기 위해서는 원칙적으로 피의자나 변호인이 원하는 때면 언제든지 신문중임을 불문하고 변호인접견이 이루어 질 수 있어야 한다."고 전제하고, "신문도중이라는 이유로 변호인접견을 지연하는 행위가 변호인접견권침해에 해당한다는 해석이 가능하고 정당하다면, 피의자신문시 변호인참여권에 확대·적용 못할 바 아니라고 생각된다"고 하여 변호인접견권으로부터 참여권인정의 논리를 도출하고 있다.  
20) 이재상, 「형사소송법(전정판)」, 박영사, 1992, 149쪽; 김일수, 앞의 글, 37쪽; 백형구, 앞의 글, 29쪽  
21) *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436(1966)  
22) Hall, 앞의 책, p. 554  
23) Hall, 앞의 책, P. 553

#### IV. 변호인의 수사 기록 열람·등사권

가. 형사소송법은 변호인에게 소송계속중의 관계서류와 증거물에 대한 열람·등사권만을 인정하고 있을 뿐이고, 수사기록의 열람·등사권은 인정하고 있지 않다(형사소송법 제35조).

이에 따라 종래 변호인은 검사가 수사를 종료하고 기소하여 공판이 개시될 때까지, 피의자의 진술내용(그것도 접견을 통해서 불확실한 내용을 구두로 전달받을 뿐이다) 이외에 다른 참고인이나 기타 소송관계 자료는 거의 모르는 백지상태에서 변론을 할 수밖에 없었다.

그러나 변호인이 피고인 및 피의자의 방어를 충분히 할 수 있게 하기 위하여는 수사단계에서부터 피고인 및 피의자에 대한 수사기록도 관계서류를 열람·등사할 수 있어야 할 것이다.<sup>30)</sup> 이것은 피의자에 대한 검사의 기습적 공격을 방지하여 공정한 재판의 진행을 가능케 한다.

나. 이 점에 관하여 다수설은 위 형사소송법의 문언에 따라 현행법상 변호인의 수사기록 열람·등사권은 인정되지 않지만, 입법론으로 변호인에게 그 권리를 인정하도록 하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>31)</sup>

그러나 변호인의 수사기록열람권이 전면 차단되는 경우 피의자와 변호인은 증거보전절차를 이용하는 경우(형사소송법 제184조) 이외에는 국가기관처럼 강제적으로 증거를 수집할 수 있는 가능성이 없다.<sup>32)</sup> 이것은 앞서 변호인의 피의자신문참여권이 보장되지 아니하는 경우의 문제처럼 무기대응의 원칙과 당사자소송주의구조에 어긋나는 것이다.

따라서 변호인의 소송서류열람권을 공소제기 이후에 한정한다는 것은 헌법상 피의자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 크게 제약하는 것으로 보아야 한다. 또 변호인의 수사기록열람권은 1954년 형사소송법제정당시 제한없이 인정되었던 것인데,<sup>33)</sup> 1960년 개정되면서 열람·등사권의 범위가 축소된 것이다.

그러므로 현행 형사소송법 제35조는 헌법 제12조 제4항이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리, 적법절차의 원칙 등을 침해하는 위헌의 소지가 있다.<sup>34)</sup>

#### V. 수사단계에 있어서의 국선변호인 선정

가. 피의자에 대한 국선변호인제도 확대

참여하게 하는 권리와 이러한 변호인과 비밀히 상의할 권리를 포함한다"고 규정하여 이들에게는 변호인 입회권을 보장하고 있다.

30) 이돈희, 앞의 글, 9쪽, 이돈희 변호사는 "수사는 수사기관이 단독으로 행하는 준비활동에 불과할 뿐이고, 피의자도 독립해서 준비를 할 수 있고, 강제는 장래 행하여질 재판을 위해서 법원이 할 뿐이고, 당사자는 그 강제처분의 결과를 이용함에 불과하다"라고 하는 소위 탄핵적 수사관이 대두되고 있는 현대에 있어서, 이와 같은 서류 및 증거물의 열람·등사의 제한은 변호권의 커다란 장애물이다"라고 한다.  
31) 이재상, 앞의 책, 148쪽; 김일수, 앞의 책, 37쪽; 신성철, 앞의 글, 203쪽  
32) 신동운, 앞의 책, 380쪽. 한편 형사소송법 제221조의2는 검사에게 공판기일 전의 증인신문을 청구할 수 있도록 규정하면서(제1항 내지, 제4항), 피의자 또는 변호인은 "수사에 지장이 없다고 인정할 때" 한하여 이 증인신문에 참여할 수 있도록 규정하고 있다(제5항). 이처럼 공판기일 전의 증인신문에 피의자 또는 변호인의 참여를 배제할 수 있도록 한 것은 헌법상 보장되는 변호인의 조력을 받을 권리 및 공정한 재판을 받을 권리 등을 침해하는 것으로서 위헌이라고 생각된다.  
33) 1954년 제정 당시의 형사소송법 제35조 (소송서류의 열람·등사)  
① 변호인은 소송에 관한 서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있다.  
② 증거물의 등사에는 검사, 재판장 또는 단독판사의 허가를 얻어야 한다. 단, 허가의 지연으로 인하여 피고인 또는 피의자의 방어를 준비하는 권한을 제한하여서는 아니된다.  
34) 이것은 앞서의 변호인의 피의자신문참여권이 해석상 인정되는 것과 관련하여 적어도 피의자신문조서의 열람권은 제한없이 변호인에게 인정되어야 한다는 자연스러운 논리적 귀결에 비추어 보아도 그러하다.

헌법 제12조 제4항 단서는 "형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다"고 규정하여, 형사피의자에 대하여는 제도적으로 국선변호인강제제도를 취하고 있지 아니하다. 한편 형사소송법 제33조, 제282조는 제한적으로 피고인에 대하여 법원이 직권으로 변호인을 선임하도록 규정하고 있다. 현행 형사소송법상 유일한 예외가 있다면, 구속적부심사 과정에서 일정한 경우 국선변호인을 선임해 주도록 하고 있을 뿐이다(형사소송법 제214조의2 제6항).

그러나 앞서 본 바와 같이 수사단계의 피의자에 대한 방어권의 보장은 공판절차에 못지않게 중요하며, 피고인에 대하여만 국선변호를 인정함으로써 피의자는 사건의 향방을 결정지을 수도 있는 초기단계에서 방어의 기회를 놓칠 염려가 있다.

따라서 사선변호인을 선임할 수 없는 빈곤한 피고인의 방어권을 보충하기 위한 국선변호제도는 피의자에 대하여도 확대하는 것이 타당하다고 해야 한다.<sup>35)</sup>

미국의 경우 빈곤한 피고인에 대하여 국가가 변호인을 선임해야 한다는 원칙은 기드온(Gideon)사건에서 대법원의 판결에 의하여 확립되

었다.<sup>36)</sup>

나. 당직변호사제도

(1) 서울지방법변호사회는 1993년 5월부터 당직변호사제도를 시행하고 있다.<sup>37)</sup> 당직변호사제도는 기소 전 국선변호제도가 없는 우리의 현실에서 수사단계에서의 변호활동은 인권보장의 첩경이라는 시행배경하에 자원변호사의 지원을 받아 운영하고 있다.

당직변호사는 지정된 당직일에 각자의 사무소에서 대기하고 있다가, 서울지방법변호사회 사무실에서 설치되어 있는 당직변호사상황실 소속직원의 연락을 받아 해당경찰서 등 수사기관에 출동하여 의뢰인인 피의자를 접견하고 필요한 법률상의 조력을 행한다.<sup>38)</sup> 당직변호사는 사안에 따라 구속적부심을 신청하기도 하고, 수사상의 불법성이 발견되는 경우에는 고발, 준항고제기, 손해배상청구소송 등 적절한 법적 조치를 취하게 된다.

(2) 당직변호사제도가 시행된 지 3개월 남짓된 1993. 8. 31. 현재 463건이 접수되어 당직변호사에 의한 접견이 이루어 졌으며, 그 중 72건이 그 후 정식으로 사선변호인으로 선임되었

35) 이재상, 앞의 책, 150면: 같은 취지의 문홍주, 앞의 글, 22 내지 26쪽: 백형구, 앞의 글, 31쪽 참조. 다만 백형구 변호사는 피의자에게 국선변호인제도를 확대하는 경우에도 ① 필요적 변호사건(형사소송법 제282조)과의 균형상 피의사건이 중대한 경우 ② 피의자가 구속 중인 경우 ③ 구속된 피의자의 청구가 있는 때로 한정하여야 한다고 주장한다.

36) *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335(1963). 주거침입죄 등으로 기소된 기드온은 자력이 없어 사선변호인선임이 어렵게 되자, 공판과정에서 법원이 직권으로 변호인을 선임해 주도록 요청하였다. 1심법원과 주항소법원은 기드온의 청구를 기각하였으나 연방대법원은 전원일치로 종전판례를 변경하고 미국수정헌법 제6조에 따라 국가는 기드온에게 변호인을 선임해 주어야 한다고 판시하였다. 이 판결 이후 미국 각 주는 주법 또는 자치규정에 의하여 형사사건에서 자력이 없는 피고인에게 변호인을 선임해 주었다. 이 판결은 그 후 피고인 뿐만 아니라 피의자에게도 법률구조절차에 의하여 변호인을 선임케 하는 제도로까지 발전되었다. Gideon사건에 관하여는 Hall, 앞의 책, pp. 338-339; Sanford H. Kadish and Monrad G. Paulsen, 「Criminal Law and Its Process」, Third Edition, pp. 780-785; 문홍주, 앞의 글, 14 내지 17쪽 참조. 그런데 Gideon사건은 주의 중죄에 관한 것이었기 때문에 이보다 형이 가벼운 죄의 경우에도 국선변호인의 조력을 받을 권리가 인정될 것인가 하는 점이 의문으로 남아 있었는데, 이후 *Argersinger v. Hamlin*(407 U. S 25, 1972) 사건에서 자유형으로 선고되는 경우에도 국선변호인의 조력을 받을 권리가 보장되게 되었다(박홍우, 앞의 논문, 42, 43쪽).

37) 상세한 운영내용에 관하여는 서울지방법변호사회, 「당직변호사제도란 무엇인가 - 운영안내서」 참조

38) 당직변호사운영규정 제2조에 의하면 당직변호사의 임기는 1년이다.

다. 당직변호사는 초회접견시 무료로 법률상의 조력을 제공하며, 피의자로부터 사선변호인으로 계속 업무를 수행하여 달라는 요청을 받을 경우 1심종료시까지 1,000,000원을 넘지않는 보수금을 받고 수임할 수 있다.<sup>39)</sup>

시행기간이 짧아 아직 성패의 단정은 이르기 어렵다. 법률상 피의자에 대한 국선변호사제도가 마련되어 있지 않은 현 상황에서 서울지방법변호사회가 시행하고 있는 당직변호사제도는 이러한 제도적 미비점을 보완하는 획기적인 것으로 평가되며, 앞으로 더욱 발전할 것을 기대해 본다.

VI. 맺는 말

실체적 진실의 발견과 기본권옹호를 목표로 하는 민주적 형사소송절차는 변호권이 확대됨에 따라 발전해 왔다. 그런데 우리의 형사소송절차는 수사단계에서 변호인의 접견·교통권이

변호사들의 노력과 법원의 판결 등에 의하여 최근 일부 신장된 예를 제외하고는 거의 진전이 없는 상태이다. 바로 얼마 전까지 민주주의 국가에서는 상상할 수 없는 잔혹한 고문이 수사기관에 의해 자행되어 왔음에도 불구하고, 변호인은 여전히 수사단계에 참여하지 못하고 외곽에 머무르고 있는 실정이다. 그 원인은 무죄추정의 원칙과 당사자주의 소송구조에 대한 이해와 실천의 부족에 연유하고 있으며, 권위주의적 사법제도가 개선되지 않고 있는데 기인한다고 생각한다. 변호인의 피의자신문참여권, 수사기록열람·등사권 등은 특히 핵심적으로 보장되어야 할 부분이다. 피의자에 대한 국선변호제도도 하루빨리 도입되어야 한다. 이 문제들은 이러한 권리들을 주체적으로 행사하여야 할 당사자인 변호사들의 충분한 연구와, 부당한 사례에 부딪혔을 때 적극적으로 이를 타개해 나갈 수 있는 용기와 분발을 촉구하고 있다.

39) 당직변호사운영규정 제11조. 朴燦運, 「韓國で當直辯護士制度がスタート」, 法律時報, 1993年 8月號, p. 80, 81 참조

## 刑事事件에 있어서의人權保護特別法律案

議案 番號	
----------	--

發議年月日：1999. 11.

發議者：朴燦柱·李健介·金忠一·  
鞠瓊根·鄭鎬宣·鄭漢溶·  
金宗培·金民錫·金秉泰·  
安東善·李榮一·梁性喆·  
鄭東泳·裴鍾茂·朴正勳·  
金明燮·蔡映錫·黃圭宣  
議員 外4人

### 提案理由

人權은 人間이면 누구나 享有할 수 있는 天賦的 權利를 말하며 社會共同體의 構成員으로서 尊重되어야 하는 基本的 權利를 말함. 國家權力的 行使는 물론, 私人間의 法律生活關係에서도 이러한 人權은 保障되어야 하며, 自由民主主義 秩序의 確立과 法治主義原理를 充實히 履行하는 데에 重要的 意味를 가진다 하겠음. 이러한 意味에서 우리나라 憲法에도 國民의 基本權을 必須的으로 保障하고 있음. 그러나 과거 官僚的 權威主義 國家體制하에서 拷問搜查등 被疑者 및 被告人 등의 人權이 유린된 事例가 있어 國家機關에 의한 基本權侵害事例가 빈번히 發生하였음. 이에 國民의 基本的 權利를 保障하고 國家權力機關으로 하여금 法規定에 의한 權限行使를 하게 할 必要가 있음. 이에 自由民主主義 國家精神을 守護하고 法治主義秩序를 確立하여 人權侵害行爲를 事前에 防止하고 人權侵害行爲를 하는 者들에 대해 법적 制裁를 가함으로써 國民의 人權을 保障하기 위하여 「刑事事件에

있어서의 人權保護特別法律案」을 制定하고자 함.

### 主要骨子

- 가. 이 法은 人間으로서 享有하는 基本的 權利를 保障하고, 刑事事件에 있어서의 國家機關으로 인해 發生하는 基本權侵害行爲를 事前에 抑制하고 禁止함으로써 自由民主主義와 法治主義 國家秩序의 確立 및 人間으로서의 尊嚴과 價値를 保障함을 目的으로 함(案 第1條)
- 나. 被疑者는 辯護를 위하여 辯護人의 助力을 받을 權利가 있음(案第4條第1項)
- 다. 國家는 被疑者·被告人에게 辯護人이 없는 때에는 被疑者·被告人·刑執行中에 있는 者의 法定代理人, 配偶者, 直系尊屬, 兄弟姊妹, 檢事의 請求 또는 法院의 職權에 의하여 辯護人을 選定 하여야 함(案 第4條第2項)
- 라. 0時부터 6時사이 搜查를 하여야 할 때 被疑者·被告人·刑執行中에 있는 者의 申請에 의한 辯護人 또는 辯護人을 選任하지 못한 被疑者·被告人·刑執行中에 있는 境遇는 國選辯護人을 選任하여 辯護人의 立會下에 搜查를 하여야 함(案 第5條)
- 마. 裁判에 있어 虛偽事實에 의한 證據가 唯一한 證據로 採擇되어 公訴된 境遇, 被疑者·被告人·證人등 訴訟關係者의 人權侵害로 이루어진 公訴, 政治的 報復등으로 인해 이루어진 公訴등은 刑事訴訟法 第255條의 規定에도 불구하고 第2審 判決前에 擔當檢事が 公訴取消를 하여야 함(案 第10條)
- 바. 犯罪의 客觀的 嫌疑가 없음에도 불구하고 公訴權을 行使한 境遇 및 被疑事件의 性質·內容上 起訴猶豫處分을 함이 相當함에도 불구하고 公訴를 提起한 境遇 法院은 公訴를 棄却하여야 함(案 第11條).

- 사. 檢事 및 司法警察官의 被疑者訊問에 被疑者의 辯護人參與를 要請하거나 辯護인이 參與申請을 한 때에는 즉시 參與를 許容하여야 함(案 第12條 第1項).
- 아. 辯護인은 公訴提起前後를 不問하고 檢事が 保管中인 搜查關係書類와 證據物을 閱覽 또는 複寫할 수 있음(案 第13條 第1項).
- 자. 누구든지 被疑者·被告人의 同意없이 第3審判決前까지 被疑者·被告人에 대해 寫眞撮影등으로 인한 肖像權을 侵害하여서는 아니됨(案 第16條).
- 차. 憲法裁判所로부터 違憲判定을 받은 法律에 의해 有罪判決을 받은 刑執行中인 者에 대하여는 아직 執行되지 아니하고 있는 刑執行을 免除함(案 第21條 第1項).

## 刑事事件에 있어서의 人權保護特別法律案

### 第1章 總 則

第1條(目的) 이 法은 人間으로서 享有하는 基本的 權利를 保障하고, 刑事事件에 있어서의 國家機關으로 인해 發生하는 基本權侵害行爲를 事前에 抑制하고 禁止함으로써 自由民主主義와 法治主義 國家秩序의 確立 및 人間으로서의 尊嚴과 價値를 保障함을 目的으로 한다.

第2條(定義) 이 法에서 使用하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. '人間으로서 享有하는 基本的 權利'라 함은 憲法과 法律에 의해서 사람이 당연히 누릴 수 있고 國家에 請求할 수 있는 權利를 말한다.
2. '國家機關'이라 함은 刑事事件과 關聯하여 搜查·裁判·訊問등을 擔當하는 國家機關을 通稱한다.
3. '基本權侵害行爲'라 함은 適法節次에 의하지 아니하고 憲法 및 關係法에 規定된 基本的 權利와 節次를 侵害하는 行爲를 말한다.

### 第2章 被疑者·被告人·刑執行중의 者의 權利保護

第3條(被疑者·被告人·刑執行중의 者의 權利保護) ① 누구든지 被疑者·被告

人·刑執行中の者임을 理由로 法律에 의한 節次에 의하지 아니하고 訊問 및 기타 人身의 自由를 制約받지 아니한다.

② 國家機關이 拘束中인 被疑者에 대하여 拘束된 被疑事實 이외의 事實에 대하여 訊問을 하거나 拘束中인 被告人에 대하여 公訴提起된 事實인지 여부를 不問하고 訊問을 하고자 하는 境遇 또는 刑의 執行中の者에 대하여 訊問을 하고자 하는 境遇에 刑事訴訟法 第200條, 第200條의2, 第200條의5의 規定을 準用한다.

第4條(被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者の 辯護人助力權) ① 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者は 辯護를 위하여 辯護人의 助力을 받을 權利가 있다.

② 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者에게 辯護人이 없는 때에는 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者の 法定代理人, 配偶者, 直系尊屬, 兄弟姊妹, 檢事의 請求에 의하여 辯護人을 選定하여야 한다. 단 法定代理人, 配偶者, 直系尊屬, 兄弟姊妹, 檢事의 請求가 없을 때에는 法院의 職權에 의하여 辯護人을 選定하여야 한다.

③ 國家機關이 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者에 대하여 訊問을 하고자 하는 경우 訊問에 앞서 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者에게 辯護人의 助力을 받을 權利가 있다는 事實과 訊問중에 있는 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者가 辯護人의 助力을 要求하는 境遇 國家機關은 즉시 訊問이 中斷된다는 점을 告知하여야 한다.

④ 訊問중에 있는 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者가 辯護人의 助力을 要求하는 境遇 國家機關은 즉시 訊問을 中斷하고 辯護人의 選定節次를 밝아야 한다.

第5條(夜間搜查의 制限) 0時부터 6時 사이에 搜查를 하여야 할 때 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者の 申請에 의한 辯護人 또는 辯護人을 選定하지 못한 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者の 境遇는 國選辯護人을 選定하여 辯護人의 立會下에 搜查를 하여야 한다.

第6條(被疑事實 公判請求前 公表禁止) 犯罪搜查에 관한 職務를 행하는 者 또는 이를 監督하거나 補助하는 者は 그 職務를 행함에 당하여 知得한 被疑事實을 公判請求前에 公表하여 不當한 搜查節次가 이루어지도록 하여서는 아니된다.

第7條(證人과 被疑者·被告人, 被害者와 被疑者·被告人의 直接對面訊問) ① 國家機關으로부터 訊問을 받는 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者は 事件의 眞實을 把握하기 위하여 自身에게 不利한 陳述을 할 憂慮가 있는 證人이나 參考人에 대하여 直接對面訊問을 要求할 수 있다.

② 第1項의 要求를 받은 國家機關은 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者の 直接對面이 이루어지지 아니한 狀態에서 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者 및 證人·參考人에 대한 訊問을 하여서는 아니된다. 直接對面訊問을 함으로써 證人과 參考人의 身邊에 重大한 危害가 憂慮되는 때에는 그러하지 아니하다.

第8條(拷問搜查) ① 다음 各號에 該當하는 危害는 被疑者에 대한 拷問搜查로 본다.

1. 刑法上 規定된 暴行 및 傷害 등 物理的인 害惡을 끼치는 搜查
2. 0時부터 6時 사이에 행한 搜查中 辯護人의 立會 및 助力없이 행한 搜查와 1日 24時間中 6時間以上 睡眠을 취하지 못하게 하는 狀態에서의 搜查
3. 기타 人間으로서 가지는 基本的 權利를 制約하면서 행한 搜查

② 第1項에 規定된 拷問搜查行爲는 絶대로 禁止한다.

**第9條(證據能力的 制限)** ① 本 章의 規定에 違反하여 作成된 被疑者·被告人 訊問調書 및 參考人陳述調書는 被告人이 證據로 할 수 있음을 同意하지 아니하는 한 有罪의 證據로 할 수 없다.

② 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者 이외의 者에 대한 裁判 및 搜查記錄에 대하여 前項의 規定을 準用한다.

### 第3章 訴訟 및 執行上 特例

**第10條(公訴取消의 特例)** 刑事訴訟法 第255條의 規定에도 불구하고 다음 各號에 該當하는 境遇는 第2審 判決前에 擔當 檢事가 公訴取消을 하여야 한다.

1. 裁判에 있어 虛偽事實에 의한 證據가 唯一한 證據로 採擇되어 公訴된 境遇
2. 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者·證人·參考人 등 訴訟 關係者에 대한 人權侵害에 터잡아 이루어진 公訴
3. 政治的 報復 기타 公訴權 濫用등으로 인해 이루어진 公訴

**第11條(公訴權濫用に 따른 公訴棄却)** ① 法院은 審理過程에 비추어 公訴事實이 嫌疑가 없다고 明白히 豫想되는 경우 被告人 또는 辯護人의 同意를 얻어 審理를 中斷하고 公訴를 棄却할 수 있다.

② 第1項의 公訴棄却에 대하여 被告人이나 辯護人은 公訴事實이 罪가 되지 아니한다는 이유로 上訴하거나 第1項의 同意를 取消할 수 없다. 다만 檢事가 公訴棄却에 해당하지 아니한다는 理由로 上訴한 경우에는 被告人 또는 辯護人은 第

1項의 同意를 取消할 수 있다.

③ 被疑事件의 性質·內容上 起訴猶豫處分을 함이 相當함에도 불구하고 公訴가 提起된 境遇 法院은 公訴를 棄却하여야 한다.

### 第4章 辯護人의 權利

**第12條(被疑者訊問과 參與權)** ① 檢事 및 司法警察官의 被疑者訊問에 被疑者의 辯護人參與를 要請하거나 辯護人이 參與申請을 한 때에는 즉시 參與를 許容하여야 한다.

② 辯護人의 被疑者訊問參與申請이 拒絶된 境遇 作成된 被疑者訊問調書에 대하여 第9條 第1項을 準用한다.

**第13條(辯護人의 搜查記錄閱覽)** ① 辯護人은 公訴提起前後를 不問하고 被疑者·被告人·刑의 執行중에 있는 者의 基本權侵害를 防止하거나 效率的인 防禦權行使를 爲하여 檢事가 保管中인 搜查關係書類와 證據物을 閱覽 또는 複寫할 수 있다.

② 辯護人으로부터 第1項의 閱覽 또는 複寫의 申請을 받은 檢事는 辯護人에게 搜查關係書類 및 證據物의 目錄과 함께 搜查關係書類와 證據物을 提供하여야 한다. 다만 檢事는 閱覽·複寫를 위한 日時 및 場所를 指定할 수 있다.

③ 辯護人의 搜查記錄閱覽·複寫申請에 대하여 檢事는 辯護人의 記錄閱覽·複寫로 인하여 搜查의 目的이 危殆로울 憂慮가 있는 때에는 辯護人의 記錄閱覽·複寫를 拒絶할 수 있다. 다만 被疑者訊問調書의 閱覽과 複寫는 制限하지 못한다.

④ 辯護人は 第2項의 檢事の 拒絶에 대하여 管轄法院에 當否審査를 청구할 수 있다.

⑤ 第3項의 請求를 받은 法院이 請求가 理由있다고 決定한 때에는 檢事は 즉시 保管中인 搜查關係書類와 證據物의 閱覽 또는 複寫을 許容하여야 한다.

⑥ 檢事は 本條의 規定에도 불구하고 特別한 事由없이 辯護人의 搜查記錄 閱覽·複寫申請에 대해 拒絶하거나 提供되지 아니한 搜查關係書類와 證據物에 대하여 當該事件의 被疑者·被告人·刑의 執行中에 있는 者에 대한 有罪의 證據로 提出할 수 없다.

第14條(辯護人의 義務) 辯護人は 自身이 職務上 取扱하는 事件과 관련하여 知得한 秘密을 利用하여 被疑者·被告人 및 刑의 執行中인 者에게 不利한 證據를 湮滅하거나 證人·參考人 등을 避身케 하는 등 搜查를 妨害하여서는 아니된다.

## 第5章 公務員의 任務

第15條(公務上秘密의 漏泄禁止) 刑事訴訟法에 規定된 搜查機關의 公務員 또는 公務員이었던 者는 被疑者 또는 被疑者 아닌 者의 人權을 侵害할 수 있는 公務上 秘密을 漏泄하여서는 아니된다.

第16條(肖像權侵害禁止) 누구든지 第3審判決前까지 被疑者·被告人에 대해 寫眞 撮影등으로 인한 肖像權을 侵害하여서는 아니된다. 단 被疑者·被告人의 同意가 있는 때에는 그러하지 아니한다.

第17條(檢事の 不當監禁監察) 地方檢察廳檢事長 또는 支廳長은 不法逮捕·拘束

의 有無를 調査하기 위하여 擔當檢事로 하여금 年2回以上 管轄精神療養院등의 人身의 不當한 措置를 취할 憂慮가 있는 場所에 대해서는 監察하기 위하여 現場調査를 하게 하여야 한다.

## 第6章 其他

第18條(在所者의 宗教의 自由) ① 누구든지 刑事被疑者·被告人 및 在所者에 대해서 宗教의 自由를 侵害하여서는 아니된다.

② 在所者에게는 週1回以上 宗教儀式行事를 할 수 있도록 하여야 한다.

第19條(再審請求) 이 法에 違反한 人權侵害事項에 의하여 有罪判決을 받은 者가 被害를 입은 때는 再審을 請求할 수 있다.

第20條(再審과 刑執行停止) ① 人權侵害에 대한 再審請求가 있는 境遇 다른 事件에 優先하여 迅速하게 裁判하여야 한다. 단 管轄法院에 對應한 檢察廳檢事は 再審請求에 대한 裁判이 있을 때까지 正當한 事由가 있다고 認定되는 때에는 刑의 執行을 停止해야 한다.

② 再審請求人은 再審請求에 대한 裁判이 있을 때까지 刑의 執行停止를 請求할 수 있다.

第21條(執行上의 特例) ① 憲法裁判所로부터 違憲判定을 받은 法律에 根據하여 有罪判決을 宣告받은 刑執行中인 者에 대하여서는 刑執行中인 者의 申請이나 檢事の 職權으로 아직 執行되지 아니하고 있는 刑의 執行을 免除한다.

② 憲法裁判所의 變形決定을 宣告받은 法律에 根據하여 有罪判決을 宣告받아 刑

執行中인 者는 아직 刑의 執行을 받지 아니한 刑의 執行을 全部 또는 一部를 免除받기 위하여 法院에 刑執行의 免除 裁判을 請求할 수 있다.

③ 第1項과 第2項의 請求에 대하여 刑事訴訟法 第423條, 第424條, 第426條, 第428條 本文, 第429條 내지 第435條 제1項, 第436條 내지 第440條의 規定을 準用한다.

④ 第1項 또는 第2項의 請求를 한 刑執行中인 者는 法院에 刑執行의 停止를 請求할 수 있다. 위 請求에 대하여 刑事訴訟法 第94條 내지 第100條의 規定을 準用한다.

第22條(訴訟費用) 人權侵害로 인한 裁判과 訴訟의 一切의 費用은 人權을 侵害한 者가 負擔한다.

## 第7章 罰 則

第23條(罰則) 法 第6條를 違反하여 職務上 知得한 被疑事實을 公判請求前 公表한 者는 1年 以下の 懲役 또는 1천만원이하의 罰金에 처한다.

第24條(罰則) ① 法 第8條에 該當하는 拷問搜查를 한 者는 10年以下の 懲役に 처한다.

② 法 第8條에 該當하는 拷問搜查로 사람을 致傷한 者는 3年 以上の 有期懲役に 처한다.

③ 法 第8條에 該當하는 拷問搜查로 사람을 致死한 者는 無期 또는 5年以上の 懲役に 처한다.

第25條(罰則) 法 第13條 規定에 따라 閱覽 및 複寫한 搜查關係書類와 證據物을

第3者에게 提供하여 搜查를 妨害한 者는 1年以下の 懲役 또는 3年以下の 資格 停止에 처한다.

第26條(罰則) 法 第14條에 違反하여 搜查를 妨害한 辯護人은 1年以上 5年以下の 懲役に 처한다.

第27條(罰則) 法 第15條에 違反하여 公務上 秘密을 漏泄한 者는 5年以下の 懲役 이나 10年以下の 資格停止에 처한다.

第28條(罰則) ① 法 第16條 規定에 違反하여 任意로 被疑者·被告人에 대해 寫眞 撮影을 하여 報道한 者는 1年以下の 懲役 또는 1천만원이하의 罰金에 처한다.

② 法 第16條 規定에 違反하여 被疑者·被告人의 同意없이 寫眞撮影을 許容한 公務員은 3年以下の 懲役に 처한다.

## 附 則

第1條(施行日) 이 法은 公布후 3個月이 經過한 날로부터 施行한다.

第2條(다른 法令과의 關係) ① 이 法 施行當時 다른 法令에서 이 法과 同一한 規定을 두고 있는 때에는 이 法의 該當 規定이 優先한다.

② 이 法 施行當時 이미 公訴提起된 事件에 대하여는 刑法과 刑事訴訟法의 該當 規定을 適用한다. 다만 刑法과 刑事訴訟法에 이 法에 該當하는 明文의 規定이 있지 아니하다는 理由로 이 法의 精神이 毀損되어서는 아니된다.

③ 第10條 第3項, 第11條의 規定은 이 法 施行當時 이미 公訴提起된 事件에 대하여 適用한다.

# 중대한 인권침해행위에 대한 시효문제)

조시현(성신여대 법학과 조교수)

## I.

한국사회에서 전쟁범죄, 반인도적 범죄와 같은 중대한 인권침해에 대한 처리문제는 사건이 발생한 때로부터 상당히 오랜 세월이 흐른 뒤에서야 비로써 쟁점이 되기 시작하였다. 일본군'위안부'문제, 한국전쟁 중 노근리 등지에서의 미군의 양민학살, 광주학살과 삼청교육대, 고문 등과 같은 제5공화국의 인권유린행위를 비롯하여 오늘날 이러한 문제가 제기되고 있다는 것 자체가 '역사바로세우기'의 차원에서 온갖 불법으로 범벅이 된 과거사를 맞닥뜨리려는 노력으로 어느 정도 한국사회의 성숙도를 반영하는 것이지만 그 동안 애써 외면하여온 정의의 문제 또한 정당한 법적 평가와 올바른 해결방안을 요청한다.

지난 10월 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)의 한국정부보고서 심의중에 의장이 제시한 문제목록은 "1980년대말까지 권좌에 있었던 군사통치기간동안 중대한 인권침해행위를 수사하고 책임자를 처벌하기 위해 어떠한 조치가 취해졌는지"라는 질문을 담고 있었다. 이에 대해 정부는 "5·18민주화운동을 탄압하기 위해 폭력을 행사한 사람들은 처벌되었다. 이 운동의 진압에 가담한 자들은 내란죄와 뇌물죄로 기소되었다. 그러나 이들은 형기가운데 단지 2년만을 복역하고 나서 국민화합을 위해 석방되었다"고 답변하였다. 비루스제브스키(Wieruszewski) 위원은 "특히 (고문 등 가혹행위의) 주장이 국가보안법하에 구금된 사람들뿐만 아니라 일반범죄자들에게서도 나온다는 것을 유념하면 불처벌의 분위기(a climate of impunity)가 여전히 법집행공무원들 사이에 존재하는 것 같다"는 의견을 표명하였다. 이러한 인권이사회의 태도는 한국의 과거청산은 여전히 오늘의 인권문제를 극명하게 보여준다.

이러한 과거문제의 법적 청산에 있어서 나타나는 걸림돌의 하나는 오랜 시간이 지남에 따라 배상청구의 권리나 범죄행위의 처벌권이 소멸한다는 시효(時效) 문제이다. 이 문제는 민사소멸시효나 공소시효를 규정하고 있는 국내법의 문제이기도 하지만 침해행위의 주체가 다른 나라인 경우는 물론이고 한국정부인 경우에도 국제법의 적용문제를 일으킨다.

## II.

1) 시간 제약 등의 이유로 이 글을 쓰면서 참조한 문헌과 인용출처를 다 밝히지 못한 것에 대하여 읽는 사람의 너른 이해를 바란다.

한 나라가 다른 나라의 국제법 위반행위에 대하여 국가 대 국가의 차원에서 책임을 물을 경우 국제법은 시효를 두지 않는다. 그러나 한 나라가 다른 나라 사람에 대하여 저지른 국제법 위반행위에 대하여는 피해를 입은 개인이 가해국을 상대로 배상을 청구할 경우 가해국은 시효가 지났음을 이유로 청구를 기각하는 예가 많다. 이럴 경우 자국민 보호를 위하여 피해자를 대신해서 피해국 정부가 나서서 해결을 위한 외교적 노력을 기울이고 분쟁이 해결되지 않을 경우 마침내는 국제법정에 호소하는 길을 찾을 수 있다(이른바 '외교적 보호'). 정치적, 외교적, 경제적 고려 따위로 법적 해결이 어려운 것은 사실이지만 외국의 경우 국제법정까지 간 사례는 적지 않다. 그러나 한국정부는 그 동안 이러한 해결방법의 모색에 지극히 소극적이었다.

또한 국제법이 범죄로 규정하는 행위를 직접 저지르거나 가담한 사람이 소속한 국가에 그의 처벌을 요구하는 경우에도 그 국가는 공소시효를 이유로 고소장 접수마저 거부하는 일도 있다. 이럴 경우 국제법은 피해자가 소속한 국가는 물론 제3의 국가들이 범죄혐의자를 처벌할 수 있는 권한을 주고 있다(보편적 재판권). 나아가 예를 들어 1949년 전쟁희생자의 보호에 관한 제네바협약들은 협약당사국들이 협약의 '중대한 위반행위'(grave breaches)를 저지른 사람의 국적을 묻지 않고 스스로 처벌하거나 처벌을 원하는 국가에게 넘겨줄 것을 요구하고 있다. 최근 캐나다, 영국, 호주 등 제2차 세계대전 중 나치의 전쟁범죄를 처벌하기 위한 국내입법을 마련하는 국가들이 늘고 있음은 이러한 맥락에서 주목할 만하다. 한국은 일본군전범의 출입국을 금지하는 법규를 최근 만들었으나 전쟁범죄와 반인도적 범죄와 같은 국제범죄의 명시적인 처벌법률을 아직 제정하고 있지 않다.

한국의 국가기관에 의한 살인, 고문 등 중대한 인권침해행위의 경우 피해자들의 배상과 처벌요구에 대해 그동안 한국정부가 취한 태도는 가해국의 그것과 다를 바가 없었다. 즉 국내법상 시효를 이유로 온전한 배상은 이루어지지 않은 채 경우에 따라 보상과 명목적인 명예회복조치가 있었을 따름이었다.

그러나 국제법은 개별 국가에게 그 땅에 살고 있는 모든 사람의 인권을 보장하고 촉진하여야 할 일반적인 의무를 부과한다. 국가가 이러한 의무를 위반하여 군인이나 공무원 등 국가기관을 통하여 인권침해행위를 직접 저지르거나 방조 또는 묵인한 경우는 말할 것도 없이 알았거나 알 수 있었음에도 이를 방지하지 않은 경우에도 책임을 진다는 것은 외국인도 물론 자국민에 대해서도 마찬가지이다. 국가가 이러한 인권침해행위의 피해자들에 대하여 배상하지 않거나 책임자를 처벌하지 않으면 인권보장의무를 또다시 위반하는 결과가 된다.

이와 같은 피해자들이 직접 가지는 배상을 받을 권리와 처벌요구권은 어느 정도 진상을 밝히는데 기여하게 된다. 그러나 이러한 권리는 단지 '복수'를 가능하게 함에 그치는 것이 아니다. 피해를 직접 받지 않은 다른 사람들과 사회전체가 자신의 국가가 어떠한 불법행위를 하였는지 진실을 알 권리를 가지며 국가 또한 이러한 행위의 재발을 막기 위해서는 철저한 진상규명을 통해 제도를 개혁하고 인적 청산에 나서야만 국제법이 요구하는 인권보장의 의무를 다할 수 있다.

이러한 국가의 인권보장의무, 보다 구체적으로는 피해자에 대한 배상과 처벌의무는 인권침해행위의 실질을 고려하지 않은 채 형식적으로 권리의 사법적 성격 혹은 범죄에 부과되는 법정형에 따라 일률적으로 정해진 시간의 경과에 따라 사인(私人)의 권리나 국가의 형벌권이 없어진다고 하는 시효제도와 충돌하게 된다. 이러한 국제법과 국내시효제도의 충돌은 아직 나치전범의 처리를 다하지 못했음에도 독일법상 이들의 범죄에 대한 시효의 만료가 임박함에 따라 국제적인 대응을 가져왔다. 이에 따라 1968년 유엔총회는 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약을 채택하였다. 그런데 일본과 미국은 물론 한국도 이 협약에 가입하지

않고 있다. 이에 따라 이 국가들의 시효문제에 대한 입장을 파악하여야 할 현실적인 필요가 있고, 나아가 전범과 반인도적 범죄에 대한 시효규정의 배제가 협약 가입여부와 상관없이 모든 국가가 의무적으로 따라야 하는 국제관습법의 확립된 원칙으로 인정되었는지가 쟁점이 된다.

### III.

제2차 세계대전중 국제법 위반행위자들의 처벌을 가능하게 했던 뉘른베르그와 도쿄 헌장은 시효에 관한 명시적인 규정을 두지 않았고 국제군사법정에서는 실제 문제가 되지 않았다. 전쟁범죄, 평화와 인도에 반한 죄를 저지른 사람들의 처벌에 관한 연합군 점령위원회 법률 제10호는 제1조 5항은 "이 법률에 언급된 범죄의 재판이나 소추에 있어서 피고인들은 1933년 1월 30일부터 1945년 7월 1일까지의 기간에 대하여 시효에 관한 어떠한 법률의 이익도 받을 수 없고 나치체제아래 부여된 어떠한 면제(immunity), 은사(pardon) 또는 사면(amnesty)도 재판이나 소추의 장애사유로 인정될 수 없다"고 규정한다. 그러나 모든 전쟁범죄자들의 처벌이 아직 이루어지지 않은 가운데 독일법상 이들에 대한 공소시효가 1969년 12월 31일로 완성되게 되고 나치와 파시스트 활동의 부활이라는 급박한 분위기 속에 1968년 11월 26일 유엔총회 결의 2391(XXIII)호로 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약이 채택되었다.

유엔 시효부적용협약은 먼저 "범행의 시점을 묻지 않고" 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여 공소시효가 적용되지 않는다고 규정한다(제1조). 이 협약의 적용대상이 되는 전쟁범죄는 다시 뉘른베르그 헌장에서 정의되고 유엔 총회의 결의 3(1)호(1946.2.13)와 95(1)호(1946.12.11)에 의해 확인된 것으로 한정되고 특히 전쟁희생자 보호를 위한 1945년 8월 8일의 제네바협약들에 열거된 "중대한 위반행위"(grave breaches)도 협약의 적용을 받는다(제1조 (a)). 이 협약에서 인도에 반한 범죄는 "전시 또는 평시에 저질러졌던 간에 1945년 8월 8일의 뉘른베르그 국제군사법정헌장에서 정의되고 유엔 총회의 결의 3(1)호(1946.2.13)와 95(1)호(1946.12.11)에 의해 확인된 것"으로 정의된다(제1조 (b)). 이 협약은 또한 "무력공격 또는 점령에 의한 축출(eviction), 인종격리(apartheid) 정책으로 야기된 비인간적 행위와 집단학살범죄"에도 적용된다(같은 조문). 이 협약의 규정은 범죄의 완성 정도를 묻지 않고 정범이나 종범으로서 이러한 범죄행위의 실행에 가담하거나 직접적으로 선동 또는 모의한 국가당국자와 사인과 이러한 범행을 용인한 국가당국자에게 적용된다(제2조).

유엔협약은 무엇보다 이러한 범죄의 "소추와 처벌에 대해 공소시효 또는 다른 제한사유가 적용되지 않고 이러한 사유가 존재하는 경우 이의 폐지를 확보하기 위해 필요한 모든 입법 또는 다른 조치를 각각의 헌법절차에 따라 채택"할 의무를 당사국에 부과한다(제4조).

### IV.

유엔협약의 당사국이 그렇게 많지 않음에 따라 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대하여 공소시효를 적용하지 않는 것이 국제관습법의 확립된 원칙인지 문제된다. 이 문제는 최근 검찰에 제출된 이근안에 대한 고소장에서 제기된 바 있다.

이 문제는 협약체결당시에도 논란이 되었다. 시효문제에 관한 유엔 인권위원회, 유엔 제3위원회의 토의과정에서 모든 대표들은 인류의 양심은 이들의 소추와 처벌을 요구한다고 강조하였으나 부적용이 현행 국제법원칙인지에 대해서는 의견이 갈렸다. 예컨대 폴란드대표는 나치 전범에 대한 시효부적용은 이미 국제법이 요청

하는 것이라고 주장하였다. 또한 일부 대표들은 보편적으로 승인된 법의 기본원칙은 반대되는 명문의 규정이 없는 한 범죄는 끝까지 처벌되어야 하며 시효부적용의 대상범죄에 관한 어떤 국제문서도 시효에 대한 언급이 없음을 주목하고 국제법은 이에 대한 시효적용을 완전히 금지한다고 해석하였다. 이러한 국제법원칙에 따라 국가는 필요한 경우 국내법을 개정 또는 폐지하거나 특별법을 제정해야 하며 이러한 법률들은 새로운 규범을 만들어내는 것이 아니라 단지 기존의 국제법규를 이행한 것에 불과하다고 한다. 이러한 견해에 따르면 시효에 관한 협약의 체결은 이 문제에 대한 의구심만을 키울 것이며 체결된다해도 선언적 성격을 가질 뿐이라고 한다. 더욱이 시효의 이익은 인권으로 간주될 수 없고 시효는 범죄인의 이익이 아니라 오히려 일정한 시간의 경과 후에 정치범이나 일반범죄인의 소추와 처벌로 발생하는 어려움을 피하기 위한 것으로 사회의 이익에 봉사한다고 한다. 이러한 맥락에서 시효제도는 관련범죄의 심각성의 정도와 다양한 다른 고려사항에 따라 적용여부를 정할 수 있는 주로 형사정책의 한 규칙으로 절차적 성격의 것이라는 의견도 개진되었다.

이러한 견해에 대하여 일부 국가들은 뉘른베르그 헌장이 시효규정을 두지 않은 이유는 아마도 20년이 지나서도 처벌되지 않은 사람이 있을 것을 예측하지 못했고 헌장에 의한 나치범죄자의 처벌을 주도한 국가에서는 시효가 일반적으로 적용되지 않기 때문이라고 보고 형사법의 불소급원칙에 비추어 시효정지는 문제가 있을 것이라는 견해를 표명했다. 그러나 대부분의 국가들은 문제가 된 범죄에 대하여 시효부적용이 배제되어야 한다는 점에 동의하였다. 서구국가들이 이 협약에 대해 호의적이지 않은 것은 다른 이유 때문이었다. 즉 폴란드, 소련을 비롯한 동구국가들과 아프리카 국가들이 현대적 형태의 반인도적 범죄를 다루기 위해 뉘른베르그의 정의를 확대하려고 시도하여 경제적, 사회적 이유로 인한 박해, 무력축출, 남아프리카에서 자행되던 인종격리를 포함시키려는 태도에 완강히 반대하였다. 또한 서구국가들은 시효부적용원칙이 적용되는 전쟁범죄를 '중대한 성격'을 띠는 경우 등으로 제한하려고 하였다.

이러한 체결과정중의 논의에서 드러나듯이 이들 국가들이 협약에 가입하고 있지 않은 사실만을 가지고 시효부적용이 국제관습법이 아니라고 할 근거는 없다. 유엔협약은 공소시효가 적용될 수 없는 반인도적 범죄(2)를 직접 정의하지 않고 뉘른베르그 헌장을 인용하는데 뉘른베르그 헌장에 따르면 반인도적 범죄는

"전쟁이 있기 전 또는 전쟁 중에 모든 민간인(any civilian population)에 대해 저질러진 살인, 인종 말살, 노예화, 추방, 그리고 여타의 비인간적 행위, 또는 행해진 나라의 국내법 위반이 되는가를 불문하고 이 재판소의 관할권 아래 있는 범죄(즉 평화에 대한 죄와 전쟁범죄: 필자)의 실행 중에 또는 이에 관련하여 행해진 정치, 인종, 종교를 이유로 한 박해"

로 규정된다(제6조 c항). 앞에서 본 바와 같이 협약이 본질적으로 비인도적인 다른 범죄행위도 적용대상으로 하고 있지만 적어도 뉘른베르그 헌장이 정의하고 있는 범죄에 대하여는 시효가 적용될 수 없다는 데 대부분의 국가들이 동의하고 있음은 명백하다. 이러한 결론은 유엔협약이 채택된 다음 유럽이사회가 유엔협약보다 대상범죄를 좁힌 시효부적용협약을 채택한 것에 의해서도 뒷받침된다.

그러나 유엔협약이 엄격하게 제2차대전 중에 반인도적 범죄를 구성하는 행위로 확인된 것만을 대상으로 하

2) 'crime against humanity'라는 말은 인도에 대한 죄, 반인륜적 범죄, 또는 인간의 존엄과 가치를 해하는 범죄 등으로 번역되고 있으나 여기에서는 인도에 반한 죄 또는 반인도적 범죄로 쓰기로 한다.

고 있다고 해석할 수는 없다. 헌장의 '비인간적 행위' 또는 '박해'라는 개념은 충분히 넓어서 예컨대 패전후 독일에 설치된 연합군 점령이사회의 법률 제10호가 명시적으로 비인간적 행위의 예로서 들고 있는 '투옥', '고문'과 '강간'에도 유엔협약이 적용된다고 볼 수 있다. 이와 같이 유엔협약이 적용되는 반인도적 범죄는 반인도적 범죄에 관한 국제관습법의 발달을 배제하지 않는다. 따라서 기본적으로 뉘른베르그의 틀을 유지하면서 이를 더욱 발전시킨 구 유고슬라비아와 르완다의 무력충돌과 관련하여 설치된 국제형사재판소 규정들과 1998년 로마에서 채택된 국제형사재판소 규정에서 볼 수 있는 반인도적 범죄에 대해서도 공소시효의 적용이 배제된다(또한 후술하는 미주협약 참조).

전쟁범죄 등에 시효적용이 배제되어야 한다는 국제법원칙은 유엔협약이외에 다른 곳에서도 확인된다. 반인도적 범죄로 평가되는 강제실종(enforced disappearance)에 관한 미주협약도 시효의 배제 또는 정지에 관한 규정을 두고 있다. 또한 유엔 국제법위원회(International Law Commission)가 마련하고 있는 인류의 평화와 안전에 대한 형법초안도 시효배제규정을 두고 있다.

1993년 비엔나 세계인권선언은 "국가는 고문과 같은 중대한 인권침해행위의 책임자에 대한 불처벌로 이끄는 법률을 폐기하고 그러한 침해행위를 처벌해야한다"고 선포하고 있다. 더욱이 유엔 인권소위원회의 특별보고관 루이 주아네가 작성한 '불처벌과의 투쟁을 통한 인권 보호와 신장을 위한 일련의 원칙'은 "국제법상 중대범죄에는 공소시효가 적용되지 않는다. 인간의 존엄성을 엄중하게 손상한 범죄에 대해서도 본질적으로 공소시효가 없다"고 한다. 또한 인권소위원회의 반 보벤 교수가 작성한 '인권법과 인도법의 중대한 침해행위의 피해를 위한 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 지침'은 "인권법과 인도법 위반행위에 대해 아무런 효율적 구제수단이 존재하지 않는 기간에 대해서 시효규정이 적용될 수 없다"고 규정한다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약으로 설치된 인권이사회는 아직까지 시효문제를 구체적으로 다루고 있지 않지만 피해자에게 배상을 포함한 효율적 구제가 주어질 것(일반논평 7, 16차 회기, 1982)을 강조하고 "국가는 개인의 배상과 가능한 한 완전한 재활을 포함한 효율적 구제에 대한 권리를 박탈할 수 없다"고 못박고 있다(일반논평 20, 44차 회기, 1992).

## V.

국제법으로 취급되는 중대한 인권침해행위에 대해 공소시효를 적용하지 않음에 따른 처벌은 죄형법정주의 또는 소급효 금지원칙의 위반인가? 이 문제에 대하여 긍정적인 견해도 있으나 대부분의 외국판례는 부정적이다.

1969년 2월 26일 독일 연방헌법재판소가 내린 판결에 따르면 "범죄행위의 불법내용에 대한 입법자의 평가와 거기에 과해지는 형량은 공소시효기간의 연장을 통하여 저촉되지 않는다"고 하여 죄형법정주의, 법치국가원칙이나 평등의 원칙에 어긋나지 않는다고 하였다. 공소시효규정은 처벌가능한 행위가 어느 기간 동안 소추될 수 있는지를 규율하는 것으로 행위의 가벌성과는 무관하므로 소급효금지의 원칙이 적용되지 않음을 명백히 했다. 또한 호주와 캐나다의 법원도 나치범죄처벌과 관련된 법률은 행위시에 국내법 또는 국제법상 범죄를 구성하지 않거나 국제사회에 의해 승인된 법의 일반원칙에 따라 범죄적이지 않은 행위에 대해 유죄로 인정되

지 않을 권리를 침해하지 않는다고 하였다. 민주주의 이행기의 국가나 탈공산주의 과정에 있는 국가들은 통상적으로 집단학살이나 반인도적 범죄에 대한 처벌근거법률이나 시효적용을 배제하는 법률을 제정하고 있으며 이들 법원 역시 이러한 조치를 적법하다고 확인하는 것이 일반적이다. 헝가리 헌법재판소는 국가가 공소를 제기하지 않은 것이 정치적 이유에 기인한 경우 1944년 12월 21일부터 1990년 5월 2일까지 저질러진 범죄에 대한 시효가 다시 진행하도록 한 법률을 위헌이라고 하기도 하였으나 1993년에는 1956년 혁명기간 동안 제네바협약위반행위와 반인도적 범죄를 처벌하는 법률을 합헌이라고 판단하였다.

한국의 경우 광주항쟁에 대한 법적 청산의 요구가 비등하는 가운데 1995년에 제정된 '헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법'은 형법상 내란죄와 외환죄 및 군형법상 반란죄와 이적죄로 구성되는 '헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 범죄'와 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약에 규정한 집단살해에 해당하는 범죄에 대한 형사소송법과 군사법원법이 정하는 공소시효의 적용을 배제하고 있다(제3조). 또한 '5·18민주화운동 등에 관한 특별법'은 "1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법 제2조의 헌정질서파괴 범죄행위에 대하여 국가의 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간은 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다"(제2조 1항)고 규정하고 이러한 기간을 당해 범죄행위의 종료일부터 1993년 2월 24일까지의 기간으로 정하고 있다. 5·18특별법제정 범국민비상대책위원회가 1995년 12월 5일 발의한 '5·18민주항쟁의 진실규명과 정신계승 등을 위한 특별법안', 제32조도 같은 취지이다.

5·18특별법의 위헌여부가 문제되었으나 헌법재판소는 1996년 2월 16일 무엇보다 '왜곡된 한국 반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과정에서의 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여야 한다는 중대한 공익'이 개인의 '공소시효에 의하여 보호될 수 있는 신뢰보호이익'에 우선하여 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 그러나 국보위나 삼청교육대에 관한 손해배상청구에 대한 판결에서 보듯이 대법원은 소추권의 장애에 대한 법리를 민사문제에 있어서는 인정하지 않고 있다.

특정행위를 전쟁범죄 내지 반인도적 범죄로 처벌하는 국내법률이 죄형법정주의와 소급효를 금지하는 원칙에 반하는지의 문제와 어느 행위가 국제법상 위와 같은 범죄를 구성하기 때문에 발생하는 국제법상의 의무에 따라 이러한 행위를 처벌하고 피해를 배상하여야 하는 의무를 충족시키기 위해 국내법상의 시효규정의 적용을 배제할 것인지는 별개의 문제이다. 죄형법정주의와 소급효금지의 원칙은 피의자의 권리를 보호하기 위해 국제인권법의 확고한 원칙이지만 시효의 적용으로 인한 이익은 이러한 인권차원으로 인정되지 않는다. 또한 국제법은 특정한 범죄행위를 굳이 전쟁범죄 또는 반인도적 범죄라는 명칭의 죄목으로 처벌할 것을 요청하는 좁은 의미로 해석할 수도 있지만 이러한 행위의 가벌성을 인정하는 전제에서 당해 행위를 국내형사법상 범죄로 처벌할 수도 있다고 보는 것이 보다 현실에 부합하는 것 같다. 다만 이 경우 특정 행위의 가벌성이 국내법상 인정되지 않는 경우나 법정형이 낮아 범죄의 심각성에 비례하지 않는 경우에는 국제법의 의무를 완전히 충족시키지 못하므로 보완입법이 요구된다. 그러나 이를 위해 전쟁범죄나 인도에 반한 죄를 명시적으로 신설하는 경우에도 소급입법이 아니라는 판례들이 있다. 행위 당시의 국제법에 비추어 반인도적 범죄를 구성하지 않는 행위를 나중에 처벌할 수 없는 것은 당연하다.

'헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특별법'이 공소시효가 배제되는 국제범죄로서 집단학살죄만을 언급하고 있음은 문제이다. 이 법의 명칭도 문제가 없지 않으나 전쟁범죄와 인도에 반한 죄를 포함하도록 우선적으로 개정되어야 한다. 더욱이 이 범죄들에 관한 규정을 아예 형법에 두거나 특별법을 제정할 필요가 있다(법

무부는 나치전범·인종학살·인신매매 따위의 반인륜범죄 등을 포함한 형법개정안을 1996년 가을 정기국회에 상정하기로 했다고 한다. 한겨레신문, 1996.9.6.자 2쪽 참조 그러나 무슨 이유에서인지 예정된 개정안을 상정되지 않았다. 이러한 법률개정은 원래 국제법상 이미 범죄로 규정된 행위에 대한 처벌이 국내적으로 가능하게 한 것에 불과하여 소급형사입법이 될 수 없으며 단지 확인적인 것에 불과하다. 한국현대사에 점철된 국가에 의한 인권유린행위를 인도에 반한 죄로 파악하는 것은 국내형사법규만을 적용하는데 따르는 공소시효와 같은 난점들을 극복할 수 있는 실제적인 이점만이 아니라 실제적 진실에 더욱 부합한다. 또한 같은 것은 같게 취급하여야 하는 정의의 요청과 개인의 생명과 인권을 지고의 가치로 확인하는 정당성을 갖는다.

## VI.

국가에 의한 중대한 인권침해행위에 대해 공소시효를 원용하는 것은 국가가 자신의 범죄를 은폐하고 사실상 면책하는 것이나 다를 바가 없다. 이 결과 범죄를 저지른 국가당국자들이 처벌되지 않음(불처벌, impunity)으로써 국가는 추가적인 침해행위를 저지르게 된다. 피해자와 그 가족의 구제받을 권리와 진실을 알 권리를 침해하는 것은 물론 인권유린행위가 근절되지 않고 계속 재발할 가능성이 늘 있게 된다. 인권침해의 유산을 청산하지는 것은 인권보장체제를 다져나가고 굳히자는 뜻이기도 하다.

다른 나라의 과거청산에서도 문제가 된 시효와 같은 법적 장애는 각종 특별법제정과 판례에서 볼 수 있듯이 극복할 수 없는 것은 아니다. 한국정부는 헌법도 인정하고 있는 국제관습법(일반적으로 승인된 국제법규)을 시효에 관한 민·형사법의 특별법으로서 적용하여 시효규정을 배제하여야 한다. 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용이 국제관습법으로 인정되지 않는 경우에도 효율적인 법적 보호를 기대할 수 없었던 기간 동안 시효의 진행이 정지됨을 인정하여야 할 것이다. 더욱이 중대한 인권침해행위의 해악은 고문이나 강간과 같이 행위가 종료되었음에도 그로 인한 고통이 사라지지 않는 경우가 대부분이다. 따라서 이러한 유형의 범죄를 계속범으로 취급할 필요가 있다. 1992년 강제실종에 관한 유엔선언은 실종자의 행방이 밝혀질 때까지 계속범으로 취급하고, 강제실종범죄의 처벌과 배상에 대한 시효적용을 배제 또는 정지할 것을 요청한다(제17조). 1994년 미주기구(OAS)가 채택한 '사람들의 강제실종에 관한 미주협약' 역시 비슷하게 규정한다. 이러한 계속범에 대한 공소시효와 민사소멸시효는 정부의 진지한 진상규명과 수사노력이 명백하게 기울여지고 있다고 누구나 인정할 수 있을 때까지 진행되지 않는다고 해야 한다.

한국의 과거청산은 현재진행형이다. 시효에 관한 국제법의 발달은 이러한 과정에서 작은 걸림돌 하나를 제거하는 것에 불과하고 재판에 의한 청산방식이 갖는 한계에 대해서도 차분히 생각해볼 여지가 있다. 이러한 점에서 인권적 측면을 포함한 과거청산의 여러 측면들이 하나씩 보다 체계적으로 접근될 것을 기대해본다.

# '반인도적 범죄'의 국내적 수용

## - 국내법의 문제와 수용방안을 중심으로 -

박찬운 변호사(민변 국제연대위원장)

드디어 올 것이 오고야 말았다. 고문기술자 이근안 경감의 자수와 노근리 학살사건은 국제인권법과 국제형사법이라는 국제법의 특수 분야가 한국의 인권수준에 드디어 영향을 끼칠 수 있는 기회를 맞이한 것이다. 간간이 선각자의 입을 통하여 전해진 국제형사법의 '반인도적 범죄(crimes against humanity)'가 한국의 고문수사에 영원한 쐬기를 박을 수 있는 아이디어로 떠올랐고, 국제인권법상의 여러 권리들이 제대로 국내에서 실현되기 위해서는 무엇인가를 해야한다는 여론이 서서히 일고 있는 것이다. 기쁜 일이다. 이제는 이 문제에 관심을 가지고 있는 전문가들이 나서야 할 때이다. 자의든 타의든 어렵게 형성된 사회적 분위기를 살려 국제사회가 이미 만들어 놓은 반인도적 범죄의 한국화를 시도해야 할 때가 온 것이다.

### 1. 연구의 목적 및 범위

이 글은 다음과 같은 목적을 위해 만들어진 것이다.

첫째, 국제사회에서 확립된 crimes against humanity, 곧 반인도적 범죄의 개념을 어떻게 정의하여 이해할 것인가 이다. 이를 위해 반인도적 범죄가 어떻게 형성되어 왔는지를 간단히 살피면서 동 개념을 이해하고자 한다. 나아가 이 부분에서는 우리의 관심사인 고문이 과연 어떠한 경우 반인도적 범죄로 평가되는가를 알아보고 고문방지조약상의 고문과 반인도적 범죄의 관계가 무엇인지도 살펴보고자 한다.

둘째, 국제사회가 반인도적 범죄(고문방지조약상의 고문을 포함하여)에 대해 어떠한 성격을 부여하여 왔는지를 살피는 것이다. 이것은 일반적인 국내범죄와 달리 국제범죄로서의 반인도적 범죄가 어떠한 특별한 원칙을 가지고 있는지를 밝히는 것이다.

셋째, 반인도적 범죄 및 고문방지조약상의 고문범죄에서 요구하는 국가의 의무가 한국에서 제대로 실현되고 있는지를 살피고자 한다. 이들 범죄에 대한 국가의 국제적 의무를 실현하는 데 우리 법은 어떠한 한계가 있는지를 알아볼 것이다.

마지막으로 필자는 반인도적 범죄를 국내에 도입하는 방법에 대해서 간단히 언급하고자 한다.

3) 여기에서 국제범죄란 국제조약이나 국제관습법에 의하여 국가나 국제사법기구가 처벌할 수 있는 행위를 말한다.

## 2. 국제법에서의 반인도적 범죄의 개념 정립과 그 형성과정

### 가. 뉴렘버그 재판에서 유고슬라비아 재판에 이르기까지의 반인도적 범죄의 개념

일반적으로 반인도적 범죄는 영문 crimes against humanity의 번역어이다. 이 용어가 일반적으로 정립된 것은 나찌전범을 처벌하기 위해 설치된 연합국의 뉴렘버그재판소 헌장(Nuremberg Charter) 6조 3항에서이다. 거기에는 다음과 같이 반인도적 범죄를 규정하고 있다.

반인도적 범죄: 전쟁 전후로, 민간인에 대하여 저질러진 살인, 말살, 노예화, 강제추방, 그리고 비인도적 행위 혹은 군사 재판소(뉴렘버그재판소)의 관할에 들어가는 범죄와 관련 있는 정치적, 인종적 혹은 종교적 이유로 인한 박해<sup>4)</sup>

다음으로 1993년 유엔 안보리의 Resolution 808로 설치된 유고슬라비아 임시 전범재판소<sup>5)</sup>의 근거규정(Statute of the International Tribunal) 5조는 위의 뉴렘버그와 거의 같은 규정을 두고 있다(위와 같은 규정은 루안다 임시재판소의 근거규정에서도 볼 수 있다).

재판소는 국제적 성격과 국내적 성격을 불문하고, 무력충돌 중 민간인을 상대로 저질러진 다음의 행위에 책임있는 사람을 처벌할 권한을 갖는다.

(a) 살인; (b) 말살; (c) 노예화; (d) 강제추방; (e) 강제수감; (f) 고문; (g) 강간; (h) 정치적, 인종적 및 종교적 이유로 인한 박해; (i) 기타의 비인도적 행위;

위의 두 국제재판에서 확인된 반인도적 범죄는 위의 규정에서도 일부 알 수 있듯이 동 범죄의 구성을 위해서는 다음과 같은 요소가 필요하다고 논의되어 왔다. 첫째는 전쟁이나 혹은 무력충돌과의 관련성이다. 국가와 국가 혹은 국가와 반국가단체간의 무력충돌이 있는 상황에서 위와 같은 행위가 벌어져야만 한다는 것이다. 뉴렘버그의 경우는 전쟁 직전의 상황에서의 유태인 박해를 이 범죄의 유형에 넣기 위해 이 요건은 상당히 완화시켰다. 둘째는 위와 같은 행위는 민간인을 대상으로 한다는 것이다. 이것이 바로 전투요원을 상대로 하는 전쟁범죄와 다른 것이다. 셋째는 행위의 방법인데 이들 두 재판은 기본적으로 이들 행위가 광범위(widespread)하고 조직적(systematic)으로 일어나야 한다는 원칙을 세웠다. 다만 '광범위'의 요건과 '조직적'의 요건이 동반(즉, and 조건)되어야 하는 것인지 아니면 둘 중의 하나만 충족되면(즉, or조건) 되는 것인지에 대해서는 논란

4) 원문을 옮기면 다음과 같다. Crimes Against Humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhuman acts committed against any civilian population, before and during the war, or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

5) 이 재판소의 공식명칭은 다음과 같이 상당히 길다: "International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991"

6) 물론 전쟁범죄 중에는 전투요원이나 민간인이나를 불문하는 경우가 있다. 즉, 독개스를 사용하거나 군사적 필요와 관계 없이 도시를 완전히 파괴하는 행위 혹은 비군사시설, 즉 주거지역의 무차별한 공격등은 사실 반인도적 범죄와 구별하기 힘든 측면이 있다. 따라서 이러한 전쟁범죄 또한 반인도적 범죄로 규정해야 한다는 주장이 있다.

이 있으나 유고슬라비아 재판소는 이들 요건 중 하나만 충족하면 반인도적 범죄는 성립된다는 결론을 내린바 있다. 넷째는 행위의 정도인데 반인도적 범죄는 국내법의 일반형사범죄와는 분명히 구별되는 차이를 가지고 있다는 것이다. 즉, 일반적인 다른 국내형사범죄보다 좀더 강하게 그 비인도성을 찾을 수 있는 것이 아니면 안 된다는 것이다. 이러한 문제는 국내법에 반인도적 범죄의 죄명을 두고 있는 나라의 법원의 해석과정에서 논란이 되었다. 예컨대, 캐나다의 최고법원은 Finta 사건(1994)에서 "반인도적 범죄는 국내법의 살인이나 강도보다 그 도덕적 비난의 정도가 강하여만 한다"고 판결한 바 있다.<sup>8)</sup>

### 나. 국제상설형사재판소 규정에서의 반인도적 범죄

반인도적 범죄는 98년 6-7월의 로마회의에서 만들어진 국제상설형사재판소 근거규정(Rome Statute) 7조에서 상당한 변신을 가져왔다. 동 규정은 재판소의 관장범죄로 대량학살(genocide), 전쟁범죄(war crimes), 침략행위(aggression)와 함께 가장 중요한 관장범죄행위로서 반인도적 범죄(crimes against humanity)를 정하였다. 제7조는 다음과 같이 규정되어 있다.

이 법에서 말하는 반인도적 범죄는 민간인에 대하여 광범위하거나 조직적인 공격으로써 자행된 다음 열거된 행위를 말한 다.

(a) 살인(murder); (b) 말살(extermination)<sup>9)</sup>; (c) 노예화(enslavement)<sup>10)</sup>; (d) 강제이주(deportation or forcible transfer of population)<sup>11)</sup>; (e) 국제법의 기본적 원칙에 위반되는 구금이나 심각한 신체의 자유박탈(imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law. (f) 고문(torture); (g) 강간, 성노예화, 강제된 매춘 및 임신, 단종, 혹은 기타 이와 비견되는 성적 폭력(rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any form of sexual violence of comparable gravity); (h) 정치적, 종교적, 민족적, 문화적, 종교적 혹은 성차별에 입각한 어느 특정 그룹에 대한 박해(persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender...); (i) 강제된 납치행위(enforced disappearance of persons)<sup>12)</sup>; (j) 아파르트헤이트<sup>13)</sup>; (k) 기타 의도적으로 신체에 심각한 고통을 주기 위해 자행되는 비인도적 행위(other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering...to body...)

상설재판소근거규정 상의 반인도적 범죄는 그 동안 뉴렘버그재판소 등에서 확인된 반인도적 범죄와 비교하

7) Dusko Tadic 사건(IT-94-1-T, 7 May 1997). 이 사건은 유고슬라비아 재판소의 사건 중 최초의 재판(trial)으로 이들 문제에 대하여 상세한 내용의 논쟁을 싣고 있다.

8) R. v. Imre Finta, [1994] 28 C.R. (4th) 265 (S.C.) (Canada)

9) 이 개념은 "일정 인구의 파멸을 가져오기 위해 의도된 생존조건의 파괴, 특히 음식과 의약품에의 접근의 금지"를 의미한다. Rome Statute, Article 7 (2) (b).

10) 이 개념은 "인간에 대한 소유권을 행사하는 일체의 행위 또는 인신매매(특히 여자나 어린이)과정에서 그 권리의 행사"를 말한다. Rome Statute, Article 7(2)(c).

11) 이 개념은 "국제법상의 어떤 근거도 없이 적법하게 거주하는 사람을 강제적인 방법으로 다른 장소를 옮기는 행위"를 말한다. Rome Statute, Article 7(2)(d).

12) 이 것은 다음의 각각의 요소가 들어가는 개념이다. 첫째, 권력 혹은 그 비호 속에 국가 혹은 정치적 조직에 의하여 이루어지는 체포, 구금 혹은 납치행위이다. 둘째, 법의 보호로부터 피해자를 차단할 의도를 가지고 있으며 피해자의 운명이나 소재 등에 대한 정보가 부인된다. Rome Statute, Article 7(2)(i).

13) 이 개념은 "어느 인종이 다른 인종을 조직적이고 제도적인 압제를 통해 지배하며 각종의 비인도적인 처우를 하는 것"을 말한다. Rome Statute, Article 7(2)(h).

면 몇가지 점에서 큰 차이를 발견할 수 있다. 그것은 전쟁상태나 혹은 무력충돌과 같은 요건을 배제하였다는 것이다. 이것은 이들 반인도적 범죄가 그런 상태가 아닌 평상시(평화시)에도 발생할 수 있고 이에 대해 재판소가 처벌하겠다는 것을 말한다. 이러한 차이는 국제사회가 독재국가에서 발생하는 국가권력에 의한 인권유린행위에 대해서도 반인도적 범죄로 규정하여 대응하겠다는 의지가 담겨있는 것으로 평가하여야 한다. 또한 근거 규정은 그동안 임시재판소에서 해석상 논란이 되어 온 '조직적' 혹은 '광범위'의 요건을 직접 법문에 넣었고 이들의 관계는 둘 중의 어느 하나만 해당하면(or 요건) 반인도적 범죄가 되는 것으로 명문화하였다.

근거규정에서 반인도적 범죄를 정의한 것은 아직껏 반인도적 범죄에 대한 조약적(conventional) 근거가 없이 논의되던 동 범죄의 개념을 조약적 수준으로 끌어 올려 올리는 국제법적 의의가 있다고 평가된다.

### 다. 반인도적 범죄의 개념의 다양성

위와 같이 반인도적 범죄의 개념을 정의할 수 있다고 하더라도 국제사회에서 이 개념이 사용되는 것을 유심히 살펴보면 상당한 진폭을 느낄 수 있다. 몇 가지 예를 들어보자.

국제사면위원회는 최근 국제상설형사재판소의 설립과 관련한 캠페인에서 반인도적 범죄를 학살, 법률에 의하지 않은 처형(extrajudicial execution), 납치, 고문, 노예, 강제이주, 자의적 구금 및 정치적, 인종적 이유로 인한 박해로 정의하였다.<sup>14)</sup> 한편 미국변호사협회(ABA)는 최근의 보고서<sup>15)</sup>를 통하여 반인도적 범죄를 민간인에 대해 조직적으로 혹은 광범위하게 자행되는 고의적 살인, 고문 및 강간 그리고 정치적, 인종적 및 종교적 이유로 인한 박해로 정의하였다. 그리고 이러한 개념상의 차이는 국제적인 NGO 마다 약간의 차이를 보이는 것도 사실이다. 논자들 중에는 대량학살(genocide)나 전쟁범죄까지도 반인도적 범죄라는 개념에 포함시키는 경우도 있다.

뿐만 아니고 위에서 본대로 반인도적 범죄가 국내법에 규정되어 있는 경우, 그 행위의 주관적(의도, 예를 들면 반인도적 범죄가 어떤 그룹에 대한 인종적, 민족적 증오에서 비롯되었는가 하는 주관적 요소) 및 객관적 요건(행위의 정도, 예를 들면 이 범죄를 구성하기 위해서는 어느 정도의 비인도성이 필요한가)의 평가에 따라 각국의 법원이 보이는 약간의 차이도 있다.

필자는 이러한 다양한 개념에 대해 다음과 같은 방법으로 반인도적 범죄를 정리하고자 한다. 첫째, 광의의 반인도적 범죄는 대량학살이나 전쟁범죄<sup>16)</sup>를 포함하는 개념으로 이해할 수 있다. 둘째, 협의의 반인도적 범죄는 대량학살이나 전쟁범죄를 제외한 개념으로 위의 뉴렘버그 재판이나 유고슬라비아 재판소등에서 개념화한 crimes against humanity를 말하는데 이 개념은 대체적으로 각국의 국내법에서도 채용되기도 하나 그 구성행위와 요건은 약간의 차이가 있다. 국제적 NGO들간에도 개념상 약간의 차이를 보이고 있다. 셋째로 협의의 반인도적 범죄를 최근 가장 잘 개념화한 국제적 문서는 국제상설형사재판소 근거규정에서 볼 수 있다는 사실이

14) Amnesty International, The quest for international justice: Time for a permanent international criminal court(July 1995), AI Index: IOR 40/04/95

15) 이 보고서는 국제상설형사재판소에 관한 ABA의 입장을 밝힌 것인데, <<http://www.igc.apc.org/icc>>에서 볼 수 있다.

16) 여기서 말하는 전쟁범죄란 국제적 혹은 국내적 무력충돌과정에서 민간인에 대해 고의적으로 살상하는 것과 같은 행위로서 국제법규나 관습에 심각하게 위반되는 행위를 말한다. 원래 전형적인 전쟁범죄의 개념은 제네바협약(Geneva Conventions of 12 August 1949)에서 보호되는 사람(전투요원)이나 재산에 대한 전쟁행위 중의 범죄를 말한다.

다. 이 규정에서는 동 개념의 국제조약화를 시도하였고 죄형법정주의의 원칙에 입각하여 그 자세한 정의규정을 도입하였다.<sup>17)</sup> 따라서 향후 동 개념은 이 규정의 정의규정이 국제적 영향력을 행사할 것으로 본다.

### 라. 국제관습법상의 국제범죄로서의 반인도적 범죄

반인도적 범죄(협의의 의미)가 국제법상 국제관습법상의 범죄라고 하는 데는 특별한 이론이 없다. 국제법의 유권적 해석서인 American Law Institute가 발행하는 Restatement(the third, §102)도 국제관습법상의 범죄를 침략행위(aggression), 학살, 전쟁범죄, 해적행위, 노예, 고문 그리고 반인도적 범죄 등을 열거하고 있다.

### 3. 고문방지조약에서의 고문

고문에 관해서는 고문방지조약을 만들어 그 개념의 국제적 표준화와 국제적 처벌의 의무화를 도모하고 있다. 고문방지조약상의 고문범죄는 위에서 본바와 같은 반인도적 범죄로서의 요건인 '민간인에 대한 조직적 혹은 광범위한 그리고 우월적 비인도성' 해당하지 않는다 해도 조약 1조에 의한 요건만 충족되면 국제법상의 고문으로서 가입국은 그에 대해 처벌의 의무가 있다.

### 가. 개념

고문방지조약에서 말하는 고문 개념은 다음과 같이 번역할 수 있다.

"국가권력에 의해(이부분에 대해 조약은 '공권력이나 그의 동의하에'라는 표현을 쓰고 있음) 자백을 강요하기 위한 의도적 수단으로서 물리적 혹은 정신적 방법으로 육체와 정신에 심각한 고통을 야기하는 일체의 행위"

여기에서 육체와 정신에 심각한 고통을 주는 행위란 구체적으로 무엇을 말하는가. 이 조약의 취지를 반영한 미국헌법은 다음과 같은 행위유형을 열거하고 있다.<sup>18)</sup>

- (a) 심각한 육체적 고통을 수반하는 고의적 가해행위
- (b) 인격을 파괴하고 사람의 의사결정을 강제로 바꾸기 위한 행정적 조치
- (c) 죽음에 대한 협박
- (d) 다른 사람의 생명이 위협하다는 협박을 통하여 의사를 강제로 바꾸려는 행위

고문방지조약상의 고문범죄는 반인도적 범죄에서 일반적으로 논의되는 요건들이 필요 없다. 그저 위의 개념에만 들어가는 행위라면 고문방지조약상의 국제적 의무가 해당 가입국에 무조건 발생하는 것이다. 이런 면에서 본다면 고문방지조약상의 고문은 반인도적 범죄의 하나로 이야기되는 고문개념보다는 넓은 개념으로 이해하여야 할 것이다. 즉, 반인도적 범죄로서의 고문은 모두가 고문방지조약상의 고문의 개념에 들어갈 수 있지

17) 사실 이렇게 개념이 정리된 이면에는 그동안 유엔이 중심이 된 국제형사법의 실체법이라고 할 수 있는 국제범죄의 개념화 운동이 있다는 사실이다.

18) US Code, Title 18, Sec.2340.

만 그 반대의 경우는 반드시 그렇지 않다. 따라서 고문범죄는 국제법상 반인도적 범죄로서의 고문과 이에는 미치지 못하지만 각국에 특별한 처벌의무가 국제적으로 부가되는 고문이 있다고 분류할 수 있다.

### 나. 조약상의 의무

고문방지조약에 가입국가의 의무로 정한 것 중 우리의 국내법에서 찾아보기 어려운 것을 중심으로 열거하면 다음과 같다.

- (1) 국제조약에 따라 범죄인인도를 하는 경우, 피인도자가 인도되면 고문을 받을 가능성이 있는 경우에는 인도가 금지된다(조약 3조).
- (2) 고문가해자가 어느 국가에 있을지라도 처벌할 수 있다(소위 보편적 관할의 설정, 조약 5조2항).
- (3) 고문가해자에 대해서는 어떠한 경우라도 처벌 희망국에 인도되어야 한다(조약 8조)
- (4) 국가는 고문피해자에 대해 적절한 구제절차와 피해배상이 되도록 해야한다(조약 14조1항)
- (5) 고문에 의해 만들어진 진술은 어떠한 절차에서도 증거로 사용될 수 없다(조약 15조)

### 4. 인근안 경감 사건을 국제법상 '반인도적 범죄' 라고 할 수 있는가

이상과 같은 논의에 근거할 때 일반적으로 반인도적 범죄의 개념은 전형적인 전쟁범죄나 학살(genocide)과 구별되는 특유의 개념으로 사용되는 경우가 있는가 하면, 이들 범죄 중 대부분을 포함하는 경우(전쟁범죄의 경우도 민간인을 대상으로 하는 범죄)로도 사용되는 것을 알 수 있다. 따라서 범죄의 죄질이 보편적인 가치의 입장에서 그 내용이 심각한 경우로서 온 인류의 관심사가 될 수 있는 범죄행위는 반인도적 범죄라고 불릴 수 있는 자격을 갖추었다고 할 수 있다. 이를 위해 위에서 언급한 몇 가지 조건 즉, 범죄의 대상이 민간인이어야 한다는 것과 그 방법이 조직적이거나 광범위해야 한다는 요건(여기에서 조직적인 것이란 예컨대 국가권력을 배경으로 하는 것등을 의미하고 광범위한 것이란 다수의 범죄행위가 넓은 지역을 범위로 일어난다는 것을 의미한다) 그리고 그 범죄의 비인도성이 일반의 국내범죄들에 비하여 그 비난가능성이 높다는 것등의 요건은 반인도적 범죄 구성의 필요요건들이다. 그러므로 단일한 사건 하나를 반인도적 범죄로 인정하기는 사실상 어려운 일이나 그것이 조직적 차원에서 일어난 것을 증명한다면 그것도 가능하다.

그리고 고문과 관련해서는 반인도적 범죄의 범주에 들어가는 고문 이외에 그 범주에는 들어가지 않더라도 고문방지조약상의 고문개념에는 해당하는 고문이 있는 바, 이 경우에도 각 국가는 가해자에 대한 처벌과 피해자 보호를 위해 특별한 의무가 있다.

이와 같이 볼 때, 인근안 경감사건을 고문방지조약상의 고문의 개념에 넣는 것은 아무런 문제가 없으나 과연 국제법적 개념인 반인도적 범죄에 해당한다고 할 수 있을가가 문제이다. 결론적으로 필자는 그의 행위가 반인도적 범죄로서의 고문이라는 성격을 갖는데 특별히 무리가 없을 것으로 본다. 그의 행위는 대공수사기관이라고 하는 국가권력의 조직적 지원(적어도 묵인)하에 일어난 범죄이고(따라서 반인도적 범죄의 요건인 '조직

상'에 해당) 그가 사용한 고문의 수법은 전기고문, 물고문 등 인류사회가 도저히 용납할 수 없는 극악한 범죄(따라서 '비인도성'에 있어 다른 범죄보다 우월함)이기 때문이다. 이러한 고문은 강압수사과정에서 특정 수사관에 의해 자행된 단순 고문(물론 이것도 고문방지조약상의 고문에는 해당하지만)이라고는 도저히 평가할 수 없는 전형적 반인도적 범죄의 하나인 것이다.

### 5. 반인도적 범죄에 대한 국제법의 원칙

반인도적 범죄를 비롯한 국제관습법상의 범죄에 대한 국제법상의 성격은 크게 두 가지이다. 첫째는 반인도 범죄는 국제법상 jus cogens 범죄라는 것이다. jus cogens라는 말의 의미는 원천전 규범(fundamental norms)이라는 뜻으로 조약이나 국내법, 그 어느 규범으로도 그 규범이 정하고 있는 권리나 의무의 내용을 변경하거나 철회할 수 없다는 말이다. 따라서 어느 범죄가 jus cogens 범죄라고 불린다면 그것은 '반드시 처벌되어야 하는 범죄' '처벌의 유예나 사면등으로 그 범죄자를 용서하는 것이 원칙적으로 불가능한 범죄'를 말한다. 둘째, 반인도 범죄는 erga omnes 범죄라는 것이다. 이것은 jus cogens과 동전의 앞뒷면의 관계를 이룬다. 어느 범죄가 반드시 처벌되어야 한다면 그것은 어느 한 나라의 의무가 아닌 모든 나라의 의무라는 것이다. 즉, erga omnes 범죄는 세계의 모든 나라가 그 처벌의 의무를 지는 범죄를 말한다.

이러한 두 가지 성격에서 반인도적 범죄에 대한 국제법적 처벌 원칙은 크게 다음과 같은 파생원칙들을 탄생시켰다. 이러한 원칙은 국제조약과 국제관습법에 의해 확립되었다.

#### 가. 보편적 관할(universal jurisdiction)의 원칙

이 개념은 어떤 범죄는 그 속성이 너무나 잔인한 것이어서 인류전체가 관심을 갖고 그 범죄가 어디에서 일어났는지를 불문하고 처벌을 할 수 있다는 것이다.<sup>19)</sup> 좀 더 자세히 말한다면 어떤 범죄가 보편적 관할 범죄로 평가된다면 국제법상 어떤 나라라도 그 범죄인에 대해 처벌하거나 처벌하고자 하는 국가에 인도하여야 한다는 원칙이다.<sup>20)</sup> 이 원칙은 국제관습법상의 원칙으로 인정되기 때문에 국제법을 적용함에 있어 별도의 수용절차를 요구하지 않는 법체제 하에서는 관할에 관한 별도의 국내법률 없이도 (반인도적 범죄를 처벌할 형사실체법만으로)반인도적 범죄인의 처벌이 가능하다.<sup>21)</sup> 그러나 유럽과 미주지역의 많은 나라들은 국내법률로 이 원칙을 명문으로 선언하고 있다.<sup>22)</sup>

19) 이에 대해서는 Restatement §404에 다음과 같은 설명이 있다. "국가는 국제사회의 보편적 관심의 어떤 특정범죄(전쟁범죄, 해적,노예...)에 대해 이를 규정하고 형벌을 정할 수 있는 관할이 있다...." 좀더 보편적 관할에 대해 알고자 한다면 박찬운, 국제인권법, 224쪽 이하를 참고하기 바람.

20) 최근의 피노체트 사건이 이 관할원칙을 잘 설명해 준다. 스페인이 보편적 관할 원칙 하에 칠레의 독재자를 처벌하겠다고 하면서 영국에 그의 인도를 요청하였다.

21) 이에 관해서는 미국의 Demjanjuk v. Petrovsky 사건에서 미국의 한 항소법원은 어떠한 나라라도 universal jurisdiction의 대상이 되는 범죄를 저지를 사람에 대하여 그 범죄를 처벌할 수 있는 국내의 적당한 법률이 있다면, 그 법률에 의하여 처벌할 수 있다고 하였다. Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F.2d 571(6th Cir. 1985).

22) 예컨대, 캐나다 형법(제7조)는 반인도적 범죄와 전쟁범죄의 혐의자가 캐나다에서 발견되고 이들 행위가 캐나다에서

## 나. 시효부적용의 원칙

반드시 처벌되어야 하는 반인도적 범죄에 공소시효라는 면죄부를 줄 수는 없다는 것이다. 범죄인이 발견되면 언제라도 처벌이 가능하다는 것이다. 이것은 이미 몇 개의 국제조약에 의해 확인되었다. 68년의 유엔총회에서 채택된 전쟁범죄와 반인도적 범죄에 관한 시효부적용조약과 유럽평의회가 74년에 채택한 같은 명칭의 부적용 조약을 들 수 있으며 최근에는 국제상설형사재판소 근거규정(29조)에서도 시효부적용의 원칙은 채택되었다. 반인도적 범죄에서 시효를 부적용시키는 것이 이미 국제관습법적 지위를 얻었느냐에 대해서는 논란의 여지가 없는 것이 아니나<sup>23)</sup> 2차 대전 이후 나찌협력자에 대해 유럽의 국가들이 현재에 이르기까지 처벌하는 것을 보면 적어도 국제관습법에 가까운 원칙이 되었다고 볼 것이다.<sup>24)</sup>

문제는 고문의 경우인데, 시효부적용원칙이 모든 고문범죄에 똑 같이 적용되어야 할 것인가. 즉, 반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 고문에 대한 공소시효문제를 어떻게 할 것인가이다. 이 경우는 원칙적으로 양범죄를 구별하는 것이 합당하다고 본다. 미국에서는 고문의 법정형은 피해자가 사망에 이른 경우에는 종신형 혹은 사형, 그렇지 않은 경우에는 20년 이하의 징역형에 처하도록 규정하면서<sup>25)</sup> 공소시효에 대해서는 고문범죄에 특칙을 정하지 않고 법정형에 따른 일반공소시효가 적용된다. 이 경우 사망사건에서는 시효적용을 하지 않고, 그 이외의 사건에서는 5년의 공소시효가 적용된다.<sup>26)</sup>

## 다. 불처벌(impunity) 금지의 원칙

시효부적용에서 보듯이 반인도적 범죄인 시간과 관계 없이(시효부적용) 반드시 처벌이 되어야 한다는 것이다. 이것은 반인도적 범죄를 처벌하는 데 있어 범죄인의 지위에 따라 면책을 주는 행위,<sup>27)</sup> 국민화합을 명분으로 수사나 기소를 하지 않는 행위, 그리고 정치적 편의에 의해 이루어지는 사면 등은 인정되지 않는다. 나아가 반인도적 범죄인을 타국에서 처벌하는 경우 필요적으로 범인을 인도하는 원칙이 확립되었다.

일어났다면 범죄행위를 구성하는 경우 카다다 법원에 이들 외국인 혐의자에 대하여 관할이 있다고 규정하고 있다. 다른 나라의 예를 포함하여 보편적 관할에 관한 각국의 입법례를 알고자 한다면, 박찬운, 국제인권법, 229쪽 이하를 참고하기 바람. 고문에 관해서 미국의 예를 하나 더 들면 미국에서는 고문가해자에 대해서 20년 이하의 징역, 종신형 혹은 사형에 처할 수 있도록 하면서, 그 관할에 대해서는 보편적 관할을 선언하고 있다. 즉, 혐의자가 미국에 소재하고 있는 경우에는 피해자나 혐의자의 국적에 관계없이 처벌할 수 있다. US Code, Title 18, Sec.2340A

23) 국제관습법의 두가지 요건인 국가들의 관습(state practice)과 법적 확신 중 과연 관습법의 지위에 오를 정도로 practice가 있다고 볼 수 있을지가 의문이라는 것이다. 참고로 현재 시효부적용조약은 약 40개국 정도만이 가입해 있다.

24) 많은 나라들이 이와 같은 원칙을 국내법률에 명문으로 선언하고 있다. 예컨대, 미국 연방형법에서는 대량학살(genocide)을 규정하면서 명백히 공소시효부적용을 선언하고 있다. 즉, 이들 범죄는 공소시효와 관계 없이 언제든지 제한 없이(at any time without limitation) 기소가 가능하다. US Code Title 18, sec. 1091.

25) US Code, Title 18, Sec. 2340A.

26) US Code, Title 18, Sec. 3282.

27) 예컨대 국가수반에 대해서는 통상 면책특권이 주어지지만 반인도적 범죄에 대해서는 그렇지 않다

## 라. 죄형법정주의의 완화

반인도적 범죄가 국제관습법상의 범죄인 것은 이론이 없다. 한편, 근대 형사법에서 죄형법정주의는 범죄인 처벌의 최고의 원리이다. 그렇다면 국제관습법상의 범죄는 죄형법정주의를 배제하는 것인가하는 의문이 생긴다. 한마디로 이 문제에 대한 국제법적 흐름을 이야기한다면 국제관습법상의 범죄에 대한 처벌도 기본적으로는 죄형법정주의가 적용되는 것이지만 국내의 일반범죄에 비하여 그 적용은 완화된 상태에서 적용된다는 것이다. 뉴렘버그 재판에서 확인한 것처럼 국제관습법상의 반인도적 범죄는 성문의 사전조약이 없어도 국제재판에서 처벌이 가능하다.<sup>28)</sup> 그 정당성의 근거는 반인도적 범죄를 사후에 국제재판에서 그 근거법에 정한다고 할 지라도 그것은 이미 범죄로 인정되어 온 것을 단지 확인하는 것에 불과하다는 논리였다. 이러한 논리는 유대인 학살의 책임자 중의 한 사람인 아이히만(Eichmann) 사건에서 이스라엘 법원이 보인 태도에서 더욱 명확하게 나타나 있다. 이스라엘 법원은 아이히만이 범법행위를 저지른 때 그가 그 행위를 보편적, 도덕적 원칙에 위반하는 것으로 인식하지 못하였다고 주장할 수 없다고 하면서 그의 행위는 저질러지는 순간 보편적 관할에 속하는 범죄행위가 성립되었다고 하였다. 나아가 동법원은 국제법상의 형사처벌은 마치 사후법에 의한 처벌이 가능했던 초기의 common law 시대와 같다고 현상을 진단하고, 국제범죄에 대하여 판단하고 처벌할 수 있는 기구가 없는 상황에서는 국내의 사법기구가 국제법을 바로 적용하든지<sup>29)</sup> 국내의 입법절차로 수용하여 처벌할 수 있다고 하였다.<sup>30)</sup>

따라서 이 논리를 받아들인다면 사실 과거의 반인도적 범죄에 대해서도 특별법등을 만들어 처벌하는 것도 죄형법정주의에 위반되지 않는다고 할 수 있다. 나아가 특별법을 만들면서 과거의 범죄에 대해서도 공소시효를 적용시키지 않겠다고 하더라도 공소시효부적용 자체가 국제관습법상의 원칙이라고 해석하는 한, 죄형법정주의의 위반문제는 생기지 않을 것이다.

## 6. 한국에서의 반인도적 범죄의 처벌의 한계와 수용방안

### 가. 한국 형사법에서의 반인도적 범죄와 국제조약상의 범죄

우리 형사법은 국제법상 용어로서의 '반인도적 범죄'나 국제조약상의 범죄(예컨대, 위에서 본 고문방지조약

28) 유고슬라비아 재판에서도 죄형법정주의(그 중에서도 사후법 논쟁)가 피고인측에서 주요한 반론으로 논의되었지만 법원은 이를 배척하였다.

29) 국제관습법상의 범죄에 대해 국내의 입법수용절차 없이 행위자를 처벌할 수 있겠는가에 대해 미국에서는 불가하다고 하는 것이 통설적 입장이다. Restatement §404가 바로 이에 대해 설명하고 있는데 다음과 같은 내용이 있다: "국제법은 미국의 법이기는 하지만의회가 범죄와 형벌을 정하는 입법을 하지 않는 한 국제범죄를 범한 사람이 연방법원에서 처벌될 수 없다"(Although international law is the law of the United States, a person cannot be tried in the federal courts for an international crime unless Congress adopts a statute to define and punish the offense). 이러한 견해는 아마도 철저한 죄형법정주의를 채택하고 있는 우리나라의 형사법에서도 타당하지 않을까 생각한다.

30) 아이히만의 이스라엘 대법원 판결의 영문요약은 36 Int'l L. Rep. 14-17(1968), 277 쪽 이하를 참고

상의 고문범죄)를 제대로 규정하지 못하고 있다. 물론 유사한 범죄로 처벌을 할 수 있는 방법은 있겠지만 그것은 국제법에서 이야기하는 이들 범죄의 정확한 개념과는 거리가 멀다. 반인도적 범죄의 요소라고 이야기되는 '대민간인성', '조직성' 혹은 '광범위성' 그리고 '우월적 비인도성' 등의 개념이 들어가는 범죄구성요건은 없을 뿐만 아니라 고문과 같은 범죄에서도 조약상의 개념과 우리의 개념<sup>31)</sup>은 상당한 차이가 있다. 따라서 반인도적 범죄 혹은 국제조약상의 범죄를 한국 법제에서도 처벌하기 위해서는 국내 형사법에 국제법상 개념화된 이들 범죄를 구성요건화 할 필요가 있다.<sup>32)</sup>

#### 나. 보편적 관할의 문제

우리 형사법은 반인도적 범죄나 국제조약상의 범죄에 대한 관할원칙인 보편적 관할(universal jurisdiction)을 규정하지 않고 있다. 물론 이 관할원칙이 국제관습법의 하나이고 우리 헌법이 국제관습법을 국내법과 동일하게 취급한다고 할 수 있으므로 특별히 국내입법이 필요하지 않고 관할의 문제는 죄형법정주의의 문제와도 관계없다는 입론은 가능하나<sup>33)</sup>가능하나 논란의 여지를 없애기 위해서는 국내법에 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다. 그런 이유로 세계의 많은 나라들이 형사법에 보편적 관할을 명문으로 선언하고 있는 것이다.<sup>34)</sup>

#### 다. 공소시효의 문제

반인도적 범죄나 조약상의 범죄에 대해 국내법적 규정이 없는 관계로 이들 범죄에 관한 공소시효는 여전히 일반 시효원칙이 적용되고 있다. 한국에서 대량학살(genocide)을 일으킨 장본인이라 할지라도 공소시효는 15년을 넘을 수는 없다. 고문의 경우는 형법과 특정범죄가중처벌에 관한 특별법상 법정형을 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지(형법 125조), 징역 1년 이상(피해자가 치상에 이른 경우로 징역 1년 이상), 징역 3년 이상(피해자가 사망에 이른 경우)으로 각각 정하고 있으므로 어떠한 경우라도 공소시효는 10년을 넘을 수가 없다.<sup>35)</sup> 따라서 한국에서 발생한 고문사건은 아무리 극악한 경우라도 7년에서 10년 정도만 피해다니면 법은 가

31) 형법의 규정상 우리의 고문개념은 "인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 있어 피의자등을 폭행 또는 가혹한 행위를 하는 것"을 말한다. 형법 125조 참고. 이것은 주로 육체적 고통에만 초점을 맞춘 것으로 위에서 본 고문방지조약상의 고문개념에 비하여 대단히 협소하다.

32) 참고로 국내형법에 반인도적 범죄를 규정하고 있는 캐나다의 경우를 소개한다.

"반인도적 범죄란 민간인이나 특정 그룹의 사람들에 대하여 자행된 살인, 말살, 노예화, 추방, 박해 기타 비인도적 행위로서, 범행 당시 그 지역의 법률에 위반하는지를 불문하고 국제조약, 국제관습법 혹은 국제사회에서 인정되는 법의 일반원칙에 위반되는 행위이다."

("crime against humanity" means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations). Canada Criminal Code, 3.76.

33) Demjanjuk v. Petrovsky, 776 F. 2d 571(6th Cir. 1985) 참고.

34) 이에 대해서는, 박찬운, 국제인권법, 229쪽 이하 참고.

해자에게 면죄부를 준다. 이것은 정의의 반하며 국제적인 조류와도 도저히 맞지 않는다.

반인도적 범죄(반인도적 범죄의 범주에 들어가지 않는 고문을 포함)에서는 시효를 부적용시키는 것이 이제 국제관습법적 지위를 얻은 만큼 우리의 국내법도 이들 범죄의 구성요건화와 더불어 시효부적용의 원칙을 선언하여야 할 것이다. 또한 국내외에 반인도적 범죄에 대해 그 처벌의 의지를 명확히 밝힌다는 의미로 68년 시효부적용 조약을 가입해야만 할 것이다.

문제는 반인도적 범죄에 범주에 들지 않는 고문의 경우인데, 이 때는 앞서 본 대로 원칙적으로 공소시효를 구별하는 접근방법이 타당하다. 그러나 우리의 공소시효기간이 국제적으로 대단히 짧은 편에 속하므로 현재의 공소시효의 골간을 그대로 유지한다면 고문피해자가 사망에 이른 경우에는 반인도적 범죄에 준하는 것으로 보아 시효부적용원칙을 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 법정 최장공소시효기간인 15년을 적용시키는 것이 타당하지 않을까 한다.<sup>36)</sup>

#### 라. 불처벌의 문제

우리의 형사법은 아무리 반인도적 범죄(반인도적 범죄의 범주에 포함되지 않는 고문 포함)를 저질렀다 할지라도 형법상 가석방제도, 사면상의 대통령의 사면행위등에 의해 사법부의 형의 선고가 무력화될 수 있다. 이것은 반인도적 범죄는 반드시 처벌되어야 한다는 불처벌불가의 원칙과는 도저히 맞지 않는다. 따라서 반인도적 범죄에 대해서는 '가석방 없는 형의 선고'와 같은 제도를 만들 필요가 있고, 검사의 기소편의주의의 예외를 인정해야한다. 나아가 사면법에 사면의 예외규정을 두어 대통령의 정치적 판단에 따라 반인도적 범죄인을 조기 사면하는 일이 없도록 하여야 한다.

#### 마. 피해자에 대한 적절한 구제

고문방지조약에서 보았듯이 피해자는 고문으로 인한 피해를 해당국가로부터 적절히 구제받을 수 있어야 한다. 그러나 우리의 법률은 설사 반인도적 범죄(혹은 고문과 같은 국제조약상의 범죄)라 할지라도 가해자에 대해 민사상 손해배상을 청구한다면 소멸시효(3년 혹은 10년)<sup>37)</sup>의 제한을 받을 수밖에 없다. 따라서 반인도적 범죄를 입법화한다면 당연히 이들 시효제한도 개정하는 것이 필요하다. 단, 민사상 손해배상의 시효를 형사처벌의 공소시효와 똑 같이 하는 반드시 필요한지는 논의를 할 필요가 있을 것이다. 일반적으로 불법행위에 의한 시효는 외국의 경우에도 10년을 넘는 것은 흔치 않은 일이다.<sup>38)</sup> 따라서 필자는 공소시효가 적용되지 않는 반

35) 형사소송법 249조가 이를 규정하고 있는데, 이에 의하면 사형에 해당하는 범죄의 공소시효는 15년, 무기형에 해당하는 범죄는 10년, 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄의 공소시효는 7년이다.

36) 사실 우리의 공소시효제도는 근본적으로 재검토할 시점에 와 있다. 극형에 해당하는 범죄에서 마저 공소시효를 15년으로 정하고 있는 것은 정의실현에 큰 걸림돌이 된다는 비판이 일고 있다. 미국의 경우 사형선고가 가능한 범죄는 공소시효를 적용하지 않고 있다. 즉, US Code, Title 18, Sec. 3281에 의하면 "어떠한 범죄라도 사형이 가능하면 제한 없이 언제라도 기소가 가능하다"라고 규정되어 있다.

37) 민법 766조는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효를 규정하고 있는데, 이에 의하면 청구권은 손해 및 가해자를 안날로부터 3년 혹은 불법행위가 있는 날로부터 10년간 행사하지 않으면 소멸한다.

38) 미국의 고문피해자보호법(Torture Victim Protection Act of 1991)은 고문피해자가 고문가해자에 대하여 소송을 제기

인도적 범죄(사망에 이른 일반 고문 포함)에서는 손해배상의 시효로 50년<sup>39)</sup>(사건이 일어난 날로부터) 정도를 정하고 반인도적 범죄의 범주에 들지 않는 고문의 경우는 20년의 시효를 적용하는 것이 어떨까한다. 이러한 시효는 만일 손해배상의 피고를 국가나 지방자치단체를 하는 경우에도 그대로 적용되어야 할 것이다.

## 바. 국제상설형사재판소법의 비준

98년 7월 로마회의를 통하여 국제사회는 국제상설형사재판소의 설치할 수 있는 기회를 갖게 되었다. 이 재판소의 설치의 의의는 반인도적 범죄에 대해 국제사회가 공동으로 대응하여 응징하자는 것이다. 로마회의는 조약형태의 설치근거법(Rome Statute) 만들어 현재 각국의 비준을 기다리고 있는데, 2000년 12월까지 60개국 이상이 위 근거법을 비준하면 자동적으로 재판소는 설치되게 된다. 그런데 한국정부는 이제껏 서명조차 하지 않았으며 이 근거법의 국내적 비준절차를 위한 어떠한 움직임도 보이지 않고 있다. 한국이 국제사회에 반인도적 범죄에 대한 강한 척결의지를 보이려면 이의 서명과 비준절차를 서둘러야 한다.

## 7. 반인도적 범죄를 국내법으로 수용하는 방법

### 가. 특별법 제정의 방법

반인도적 범죄라는 개념을 도입하기 위해 새로운 법률을 만들자는 것이다. 이러한 방향으로 접근한다면 필자는 두 개의 법률이 논리적으로 제정되어야 한다고 본다. 그것은 위에서 설명한 대로 반인도적 범죄와 그 범주에 들지 않는 고문범죄를 개념상 분리하는 것이 타당하기 때문이다.

#### (1) '반인도적 범죄에 관한 특별법'의 제정

특별법의 형식으로 반인도적 범죄에 관한 특별법을 만들어 이 범죄의 개념을 정의하고 위에서 언급한 제원칙을 규정하는 것이다. 이런 경우 범죄의 개념은 국제법적 개념에 맞추어 정의하는 것이 좋다. 사실 이 범죄를 국내법에서 규정하는 의의는 국제법(조약과 국제관습법)에서 형성된 이들 국제범죄에 대한 처벌의무를 확인하는 것에 있다. 이런 경우 그 개념은 최근에 수년간의 다양한 토론을 거쳐 만들어진 국제상설형사재판소 근거규정(Rome Statute)의 'crimes against humanity'을 참고하여 규정하는 것이 좋을 것이다. 단, 이 경우에는 전쟁범죄와 대량학살(genocide)도 반인도적 범죄에서 함께 규정되는 것이 바람직 할 것이다. 이 법에 규정되어야 할 원칙으로는 위에서 본 보편적 관할, 공소시효의 부적용, 불처벌불가, 범죄인인도 및 피해자에 대한 적절한 배상에 관한 특칙(시효포함) 등이 열거될 수 있다.

할 수 있는 최장기간으로 10년을 정하고 있다. Sec. 2. (c) Statute of Limitation.

39) 50년의 의미는 기독교적으로 보면 회년의 개념이다. 구약에는 아무리 속박받는 사람이라도 50년이 되는 나팔이 불면 자유를 찾게되는 회년제도를 정하고 있다. 해방되는 권리 중에는 재산권도 포함되는 바, 50년이 되면 원래의 권리자에게로 돌아간다. 성경, 레위기 25장 8절 이하.

#### (2) '고문방지특별법'의 제정

위에서 본대로 고문 중에는 위의 반인도적 범죄의 개념에는 들어가지 않는 고문이 있을 수 있다. 예컨대, 특정 수사관 개인의 책임으로 돌릴 수 있는 고문은 고문방지조약상의 고문은 될지언정 반인도적 범죄에는 포함되기 어려운 경우이다. 이런 경우의 고문은 반인도적 범죄에 관한 특별법으로 처벌할 수는 없을 것이므로 이에 대한 국제적 의무를 실현하기 위해서는 위의 고문방지조약을 국내에서 실시하는 국내 특별법이 필요하다. 이 경우 고문의 개념은 조약과 일치하도록 하여야 하며 위에서 열거한 조약상의 의무들과 공소시효 및 손해배상의 시효에 관한 특칙이 규정되어야 한다. 이와 함께 이 특별법에는 고문을 실질적으로 방지할 수 있는 적극적 입법적 조치가 취해져야 한다. 예컨대, 수사시 변호인의 입회권의 보장, 야간철야수사의 금지, 피의자 조사시 시간의 제한(1일 12시간 이내), 수면권의 보장, 수사방법을 제한하였을 경우의 증거능력의 배제등과 같은 고문을 방지하기 위한 적극적 조치가 고려되어야 할 것이다.

### 나. 기존의 법률을 개정하는 방법

이 방법은 기존의 법률의 개정을 통하여 위의 반인도적 범죄에 대한 개념과 제원칙을 선언하는 것이다. 만일 이 방법을 선택한다면 형법, 형사소송법, 사면법, 범죄인인도법, 민법, 국가배상법등의 개정이 필요할 것이다. 기존 법률 곳곳을 손을 보아야 하기 때문에 절차적으로 복잡하고 어려운 작업이 될 것이므로 권고할 만한 방법은 아니라고 생각된다.