

인권 자료실		
등록번호	류기호	사료번호
	BH-1	10

고문방지협약

최태현*

目 次	
1. 서	나. 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 야만적 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.¹⁾ 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).

본적인 인권에 해당되는 것으로 여겨지게 되었다.²⁾

오늘날 인권을 다루고 있는 국제적 문서는 모두 고문 및 잔혹하거나 비인간적이거나 모욕적인 지우 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.³⁾ 이들이 각각 사용하고 있는 용어는 다소 다르지만, 이들은 기본적으로 이러한 부류의 행위를 명백히 금지하고 있고, 또한 국가의 의무를 "선제적이고 면탈불가능하며 무조건적인"⁴⁾ 것으로 부여하고 있는 점에서는 공통적이다.

오늘날 지구상에 대하여 고문을 행할 권리를 법률로 또는 기타 방법으로 공식적으로 허용하고 있는 국가는 하나도 없다.⁵⁾ 대부분의 국가는 스스로 고문에 반대한다는 입장을 보이고 있다. 이와 같이 고문을 금지한다는 국가간의 광범위한 일치는 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 국가주권이라는 장막 속에 가려질 수 없는 것으로 되어가고 있다.⁶⁾

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"⁷⁾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, 拙稿, 고문금지에 관한 실제적 국제법규범의 발전, 인권과 국제법(석암 배재식박사 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.1351(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 하나로서 나타나고 있다. 이러한 관행은 특히 제3세계국가에서 많은 예를 보이고 있으나, 이것은 정도의 차이에 불과한 것이고, 결국 이대중로기나 정치체제의 상이 또는 발전수준의 차이를 초월하여 나타나고 있다.⁸⁾

사실 고문금지규범을 강력히 주장하는 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 중지 않아, 고문금지규범과 실제관행간의 괴리가 불가피하게 나타났다. 이러한 사정으로 인하여 그 동안 동·서 및 남·북 국가들간에 서로의 관행이 일치하지 않는 이러한 문제를 다룬 포괄적 조약을 체결하자는 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)⁹⁾이 무투표로 채택되었다. 고문으로부터 인간이 적절한 보호를 받는 것을 확실히 보장할 법적 해결책을 찾는 작업이 유엔창설후 약 40년간의 노력 끝에 결실을 본 것이다.¹⁰⁾ 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 —, 早稻田法學會誌 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 載수록.

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.

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.¹¹⁾ 특히 Amnesty International(AI)¹²⁾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.¹³⁾ 그러나 이 협약은 새로운 의미의 규범창설은 아니고 고문금지에 관한 현행의 관습법을 확인·강화하려 한 것이다.¹⁴⁾

아무튼 이 협약은 1973년부터 논의가 시작되어 1975년 유엔총회에 의하여 채택된 고문방지선언¹⁵⁾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 전환되는 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 고문폐지를 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 재수록.

에게 이러한 보고서와 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 유엔고문피해사기금의 설립을 후원하였다. 1982년회기 때 유엔총회는 죄수 및 구금된 자를 고문으로부터 보호함에 있어서 의료인 특히 외과의사의 역할에 관한 의료윤리원칙을 채택하였다.¹⁶⁾

한편, 1977년 12월 8일 유엔총회는 유엔인권위원회(UN Commission on Human Rights)에 고문등을 금지하기 위한 협약초안을 준비해 줄 것을 요청하였다.¹⁷⁾ 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.¹⁸⁾

위 작업그룹은 개방적인 회의체로서 위원회의 모든 회원국이 참석할 수 있었고, 또 위원회의 회원국이 아니더라도 옵서버로 참가할 수 있었으며,¹⁹⁾ 이 개방원칙은 경제사회이사회 의 자문역을 맡고 있는 AI와 ICJ와 같은 NGO에게도 동일하게 적용되었다. 작업그룹은 1978년의 스웨덴안과 1979년의 스웨덴수정안을 토대로 초안을 준비해 갔는데, 이 때 전원 일치제를 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.²⁰⁾

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.

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 의무이행을 위하여 취하여야 온 조치와 성취된 진전사항에 관한 최초보고서를 이 협약 제19조 제1항에 따라 발효 후 1년 이내인 1996년 2월초에 이미 고문방지위원회에 제출하였다.

3. 주요내용

이 협약은 전문과 32개조²¹⁾로 구성되어 있다. 조문은 다시 3個部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 '고문 방지를 위한 12개항 계획'과 일치하고 있다. 그 주요내용은 i) 고문의 공식적 비난, ii) 접견을 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.

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.²²⁾

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.²³⁾

2) 고문의 주체

우선 고문의 주체에 관하여 국가당국(a public official or other person acting in an official capacity)이 어떤 형태로든지 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.²⁴⁾ 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).

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 묵인하에 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 의하여서든 법이론에 의하여서든, 신체에 대한 외부적인 잔인성에 호소하지 않고서도 격렬한 심리적 고통을 가져오게 할 수 있는 현대적인 고문기술의 발달에 발맞추어 이를 규제할 필요성이 있다 하겠다.

5) 作爲要件

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 의학적·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 살해한다거나 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.

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 기하여 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 미주교문금지협약 제2조에서처럼 "any other purpose"라고 하여 좀더 포괄적으로 명백히 규정하는 것이 좋았을 듯하다.

따라서 '목적' 요건은 반드시 그 목적이 불법적이어야 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 것이라고 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 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"에외

이 협약은 제1조의 단서에서 보는 바와 같이, 합법적인 제재는 고문이 아니라고 규정하고 있다. 그런데 여기서 '합법성'이라 함은 국내법에의 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 체벌⁴⁶⁾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 고문금지를 강화하려는 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 制裁인 手足切斷刑, 石打刑, 笞刑 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).

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.⁴⁹⁾

왜냐하면 형법과 형사절차에 직접 적용하기보다는, 많은 구성요건을 나열하여 고문이라는 개념이 의미하는 것이 무엇인지 이해하려는 목적에서 나타난 것이 때문이다.⁵⁰⁾ 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 방지 의무)에만 부분적으로 적용되고 있다.⁵¹⁾ 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 방지 의무(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 않고⁵²⁾ 대신 '고문'의 정의에 비추어 약간의 示唆을 던지고 있다. 즉 기타 처우란 제10조에서 정의된 고문에 해당되지 않는 행위로서 성격이워져 있다. 실제로 이러한 규정은

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 체약국의 형법과 형사소송법에 반영될 법적 구속력을 가지는 많은 의무를 체약국에 부여하는 것인데, 기타 처우는 그 개념의 애매성으로 인하여 이러한 법적 의무를 부과할 수 없다는 것이 그 이유였다. J.H. Burgers & H. Daniels, *supra* note 14, p.149 참조.

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

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 일응 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.⁵⁵⁾ 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.⁵⁶⁾ 이러한 형태의 규정은 이 협약이 자기집행적인 성격을 가진다는 점을 명백하게 해준다.⁵⁷⁾ 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.⁵⁸⁾

(1) 실효적·예방적 조치를 취할 의무

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

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.

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 재량에 맡겨지겠지만, 그 어떤 경우에도 실효적이어서야 한다고 하여 고문행위에 대한 공식적인 금지뿐만 아니라 예방까지를 강조하고 있다.⁵⁹⁾ 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.⁶⁰⁾

특히 입법적 조치에 관하여는 제4조와 비교하여 검토되어야 하는 바, 제4조는 각 당사국은 모든 고문행위가 그 예비음모·공모 또는 가담을 포함하여 자국 형법상 범죄가 됨을 보장하여야 하며, 이러한 범죄의 중대성을 고려하여 적절한 형벌로써 처벌하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 결국 고문에 대해서는 입법적 조치로써 중한 형벌을 부과해야 한다는 의미인 것이다.⁶¹⁾ 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, 법집행자를 비롯한, 모든 부류의 사람들의 훈련과정에 고문금지에 관한 교육이나 정보전달을 포함하여야 한다.⁶²⁾ 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 재검토하여야 한다.⁶³⁾ 당사국은 자국영역내에서 고문행위가 행하여졌다고 믿을만한 합리적 근거가 있는 모든 경우에 소관기관은 신속하고 공정한 조사를 진행할 것을 보장하여야 한다.⁶⁴⁾ 당사국은 고문을 받았다고 주장하는 모든 개인이 소관기관에 고소하여 그 소관기관에 의한 신속하고 공정한 심사를 받을 권리를 보장하여야 한다.⁶⁵⁾ 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.⁶⁶⁾

원래 고문방지선언은 이 협약의 제14조, 제15조의 의무뿐만 아니라 다음에 논의할 제2조 제2항과 제3항(고문금지의 절대성)까지도 고문 및 기타 처우에 공히 적용되도록 하였다.⁶⁷⁾ 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 것들을 들 수 있다.⁶⁸⁾ 따라서 현재로서는 기타 처우에 대한 국제적 보호는 고문의 경우보다 약한 것은 사실이다.⁶⁹⁾ 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.⁷⁰⁾ 즉 당사국은, 그 법체계내에, 고문피해자가 구제를 얻고 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 권리와 가능한 한 완전히 사회에 복귀할 수 있는 수단을 보장하여야 한다⁷¹⁾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.⁷²⁾ 제14조는 1975년 선언의 해당조문보다 좀더 강하게 규정되었다.

또 당사국은 고문의 결과로서 이루어진 것이 명백한 어떠한 진술도, 고문피의자에 대하여 그러한 진술이 행하여졌다는 증거로서 원용되는 경우를 제외하고는, 소송절차에 있어서 증거로서 援用되지 않도록 보장하여야 한다⁷³⁾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.

하고 있다.

(3) 의무면제(derogation)⁷⁴⁾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 고문금지의무의 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 금지는 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 이들 조약은 고문이나 기타 처우를 받지 않을 권리를 포함하여 많은 개인의 기본권에 관하여 어떠한 의무면제도 불허한다고 하고 있다.⁷⁵⁾ 그러나 고문방지협약에서는 기타 처우에 대하여는 의무면제금지를 제외시킴으로써 다른 국제인권법이 확립하고 있는 기타 처우의 절대적 금지를 무의미하게 할 가능성이 있다.⁷⁶⁾

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 뉘른베르크 원칙과도 상통하며, 이 원칙을 형사사항이 아닌 행정·민사사항에까지도 확대하고 있다고 볼 수 있다.⁷⁷⁾

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

73) 고문방지협약, 제15조.

74) derogation을 자세히 논의하고 있는 것으로는 戶田五郎, “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) 今井直, *supra* note 8, p. 18.

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

78) 今井直, *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 위험이 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 지네바협약 제33조⁸⁰⁾에 상당한 근거를 가지고 있다. 난민을 보호하기 위하여 고안된 강제송환금지의 원칙은 고문을 받을 가능성이 있는 개인(자국민이든 외국인이든 불문함)에게 까지 적용되고 있는 것이다. 그러나 양자는 그 대상을 달리하고 있다. 즉 난민협약 제33조에 규정된 제한, 즉 체류국의 안전을 위태롭게 할 우려가 있는 자는 이 원칙의 적용을 배제한다는 제한은 고문방지협약에서는 인정되지 않는다. 따라서 이 협약은 어떠한 이유에서든 타국으로 인도되는 경우 고문을 받을 위험이 있는 모든 자에게 적용된다.

그런데 이미 비당사국과 범죄인인도조약을 따로 체결하여 조약이 규정한 상황하에서 범죄인을 인도할 특별한 의무를 지고 있는 당사국의 경우에는 이 협약의 인도금지의무와 저촉하게 된다.⁸¹⁾ 특히 조약상의 의무를 절대적으로 규정하여 이 협약 제3조가 설정한 특별한 상황하에서도 예외를 금지하고 있는 경우에는 문제가 더욱 심각해진다. 그리하여 작업 그룹에서는, 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"⁸²⁾는 주의서를 두어 유보나 유

80) "어떠한 체약국도 난민을 그의 인종·종교·국적·특정한 사회집단예의 소속 또는 정치적 의견으로 인하여 그의 생명과 자유가 위협받을 영역으로 어떠한 방식으로든 추방하거나 송환해서는 아니된다"고 규정하고 있다.

81) 체약국들 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.

보선인을 하는 것을 법적으로 허용하고 있는 듯하다.

“실질적인” 근거의 의미를 평가하는 문제도 발생할 수 있는데, 이는 결국 사건의 특수한 상황에 비추어 평가되어야 할 것이며,⁸³⁾ 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 비합리적일 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 舊소련이 제안하였다. 舊소련안은 고문을 받을 위험성이 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 한다⁸⁴⁾고 하였다. 이러한 舊소련안에 대하여 일부국가는 그 범위를 식민주의나 신식민주의에 까지 확대해야 한다고 주장하기도 하였지만, 많은 대표들은 이러한 종류의 열거에 반대하였다.⁸⁵⁾ 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.⁸⁶⁾ 왜냐하면 제2항은 이에 관한 판단을 하는 당사국이 특정사건에 있어서, 비록 심각한 인권위반의 지속적인 양상이 있긴 하지만, 어떠한 고문의 위험도 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 위험이 있다고 믿는 실질적인 근거를 평가하는 “모든 관련상황” 중의 하나인 것이다. 대개는 이러한 인권위반의 존재는 고문의 위험성을 내포한다고 보여지며, 따라서 이러한 존재의 확인은 고문위험에 대한 입증의 정도를 완화시켜 줄 것이다.⁸⁷⁾ 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.⁸⁸⁾ 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.⁸⁹⁾ 그러한 국가는 즉시 사실관계에 대한 예비적 조사를 행한다.⁹⁰⁾ 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.⁹¹⁾ 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.⁹²⁾

87) 今井直. *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.

이상의 규정, 특히 제5조 제2항의 규정은, 보편적 형사관할권원칙을 천명함으로써 국제 형사법상 발전하여 온 국제범죄의 진압과 처벌을 위한 규범을 도입하고 있다. 즉 항공범죄, 외교관 등에 대한 가학행위 및 인질행위 등 소위 국제테러행위를 규제하는 이전의 조약들⁹³⁾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 인권 위반으로 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 있겠지만, 주

93) 보편적 관할권을 규정하고 있는 것으로는, 헤이그 협약 제2, 4, 7조, 몬트리올 협약 제3, 5, 7조, 외교관등 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 채우할 權源 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 국제형사법협회초안은 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.

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 져야할 자가 안전지대로 도주하거나, 또는 그의 고문행위를 용인해 준 국가에로 귀국함으로써 형사책임을 면탈하지 못하도록 보장하고 있다 하겠다.¹⁰⁰⁾

보편적 관할권제도에도 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, 원칙상으로만 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

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.

한 증거기준을 구하고 있다.¹⁰⁵⁾ 그러나 실제에 있어서는 고문행위지국의 협조없는 증거수집이 어렵기 때문에 기소국이 상당한 사명감을 가지고 증거수집에 임하지 않는 한 소송제기가 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 사법체계만을 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 사법제도가 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. 50 참조. 1988년 제1차회의, 1989년에 제2차회의를 개최하였고, 1990년 이후에는 매년 2차례씩 제네바 소재 유엔사무소에서 회의를 개최하여 왔다.

위원회는 “높은 도덕적 지위를 가지고 인권분야에서 능력이 인정된 10인의 전문가로 구성되며, 이들은 개인자격으로 근무한다.”¹¹⁷⁾ 위원회의 위원은 당사국들이 지명한 자 중에서 서 4년 임기로 당사국회의에서 선출된다. 당사국들은 선거시 공평한 지역적 배분 및 “법적 경험을 소유한 인사들의 참여가 유용함”¹¹⁸⁾을 고려하여야 한다. 또한 당사국들은 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 설립된 규약인권위원회(Human Right Committee)의 위원인 후보자들을 지명하는 것이 유용함을 고려하여야 한다.¹¹⁹⁾ 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.¹²⁰⁾

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 위원들이 임무를 수행하는 동안 소요되는 비용에 대하여 책임을 지며, 또한 유엔사무총장이 제공하는 직원 및 시설을 위한 경비 등 유엔이 부담하는 비용을 유엔에 지불하여야 한다.¹²¹⁾ 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.¹²²⁾ 위원회의 위원과 제21조에 의해 임명되는 특별조정위원회의 위원은 유엔의 특권 및 면제에 관한 협약의 관련조항에 따라 유엔을 위한 직무를 행하는 전문가로서의 편의, 특권 및 면제를 향유한다.¹²³⁾ 위원회는 당사국 및 유엔총회에 이 협약에 따른 연례활동보고서를 제출한다.¹²⁴⁾

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)¹²⁵⁾을 제시하며, 이러한 의견들을 관련당사국에 전달한다. 관련 당사국은 이에 대한 의견을 위원회에 제출할 수 있다.

이러한 보고서 제출의무의 부과는, 실효성이 없는 듯이 보이기도 하지만, 규약인권위원회와 인종차별철폐위원회의 경험에 비추어 보면, 오늘날 인권조약을 비준한 국가들의 인권 준수를 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.

“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 전문기구로부터 입수한 정보를 활용할 수 있다.¹²⁶⁾ 위원회는 관련당사국이 제출한 견해와 여타 입수가능한 관련정보를 고려하여 정당한 근거가 있다고 결정하는 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간에 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.¹²⁷⁾ 제20조는 그 채택과정에서 국내문제에 대한 간섭의 가능성이 있다는 우려를 표명한 국가들의 입장을 수락하여 유엔총회 제3위원회에서 수정되었다.¹²⁸⁾ 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.¹²⁹⁾ 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.¹³⁰⁾ 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.

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 입수가능한 모든 정보를 고려하여" 이 조에 의하여 접수된 통보를 심의한다는 규정에서 알 수 있듯이 자유로운 접근방식을 채용하고 있다고 보여진다.¹³¹⁾ 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 진술서를 위원회에 제출하여야 한다.

같은 문제가 다른 국제적인 조사절차 또는 해결절차에 의하여 심사되었거나 또는 심사중 일때와 국내적 구제가 아직 완료되지 않았을 때와 같은 관습법적인 제한사유가 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.¹³²⁾ 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.

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

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.¹³³⁾ 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 않음으로써 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.¹³⁴⁾ 그러나 이 두 가지 고소체제는 이 협약의 국제적 이행감독장치중 매우 중요한 부분을 차지하고 있는 만큼, 선택유보는 자칫 협약가입의 근본취지를 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

133) 자세한 사항은 3. 다. (2) 참조.

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

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, 실체적으로 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 파의자·피고인에게 가해지지 않도록 하고 있다.

그 밖에도 헌법은 영장주의(제12조 제3항), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조 제4항), 체포 또는 구속의 고지와 변호인 선임권 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.¹³⁵⁾

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

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 고문방지외 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 원용될 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 균형법상의 다수 규정과 군사법원법 제230조, 행형법 제5조 및 제6조, 소년원법 제10조 및 제11조, 군행법 제3조 및 제4조, 범죄인인도법 제9조 제5호, 국제형사사법공조법 제6조 제2호 및 제3호, 출입국관리법 제64조, 국가공무원법 제78조 제1항, 지방공무원법 제69조, 사법경찰관리집무규칙(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 인권옹호 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, 범죄피해자구조법 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.

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

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 적극적이고도 초국가적인 추진력을 확보해야 하는데, 이 협약은 이와 같은 기준과 근거를 제공 하는 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 효율성을 가지지 못하였다. 여전히, 국가주권의

137) 법무부, *supra* note 134, pp. 50-51.

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 고문방지구범의 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 준수 경향과 고문방지위원회의 최근의 성과를 고려하면 이 협약이행이 비관적인 것만은 아니라는 확신을 가지게 된다. 따라서 가능한 한 각국은 이 협약상의 규정에 저촉되지 않게 국내법을 정비하고 또한 이를 실현시키려는 정책적 의지를 제고하여야 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.