

無罪推定原則과 陳述拒否權

75. 憲法の 規定에 따라 刑事訴訟法 第275條의 2는 被告人들에게 有罪의 判決이 確定될 때까지 無罪로 推定된다고 規定하여 人身拘束과 拷問등 不利益한 處遇를 禁止하고 있다.

76. 陳述拒否權은 英美의 『自己負罪拒否의 特權』(privilege against self-incrimination)에서 유래된 權利로서 被告人 또는 被疑者가 公判節次 또는 搜查節次에서 法院 또는 搜查機關의 訊問에 대하여 陳述을 拒否할 수 있는 權利를 말한다. 陳述拒否權은 拷問등에 의하여 強制된 自白에 대한 人道的 保障策(humane safeguard)이다.

77. 『모든 國民은 拷問을 받지 아니하며, 刑事上 자기에게 不利한 陳述을 強要당하지 아니한다』고 規定한 憲法 第12條 第2項에 의거 刑事訴訟法은 被告人의 陳述拒否權과 被疑者의 陳述拒否權을 規定하고 있다.

(a) 檢事와 司法警察官은 搜查에 필요한 때에는 被疑者의 출석을 要求하여 陳述을 들을 수 있으나 미리 被疑者에 대하여 陳述을 拒否할 수 있음을 알려야 하고, 被告人은 各개의 訊問에 대하여 陳述을 拒否 할 수 있다(刑事訴訟法 第200條 第2項, 第289條).

(b) 被疑者 訊問調書는 被疑者에게 열람하게 하거나 읽어 들려야 하며 被疑者가 增減·變更의 請求를 하였을 때에는 그 陳述을 調書에 기재하여야 한다(同法 第244條 第2項).

(c) 陳述拒否權의 不告知는 被疑者 訊問節次의 重大한 違法에 해당하여 일정한 경우에 被疑者訊問에 의한 自白의 證據能力을 부정할 수도 있다(大法院

1992.6.23 宣告, 923도 682判決).

(d) 被告人을 訊問함에 있어서 그 陳述을 強要하거나 답변을 유도하거나 그 밖에 威壓的·侮辱的 訊問을 하여서는 아니된다(刑事訴訟規則 第128條).

78. 協約 第15條와 관련하여 후술하는 바와 같이 陳述拒否權을 侵害한 強要에 의한 自白은 任意性이 없으므로 證據能力이 부정되어 證據로 사용될 수 없다.

令狀制度, 被疑者審問制度, 逮捕·拘束適否審査制度

79. 사람의 身體의 自由를 제한하는 逮捕·拘束(79내지 82, 85에서는 ‘拘束’이라고 한다)도 拷問의 한 形態로 이용될 수 있다. 身體의 拘束이라는 그 重大성에 비추어 刑事訴訟法은 拘束의 要件을 엄격히 제한하면서도 拘束에 대한 司法的 統制를 통하여 그 濫用을 防止하고 人權을 保護하기 위하여 拘束은 法官이 발부한 令狀에 의하도록 하고 있다(刑事訴訟法 第73條, 第200條의 2, 第201條).

80. 다만 緊急逮捕와 現行犯人의 逮捕의 경우에는 法官이 발부한 令狀 없이도 逮捕할 수 있으나 그 요건은 法律이 엄격히 제한하고 있으며 拘束할 필요가 있는 경우에는 檢事는 逮捕한 때로부터 48시간 이내에 拘束令狀을 청구하여야 하며, 拘束令狀을 발부받지 못한 경우에는 즉시 釋放하도록 하여(同法 第200條의 4, 第213條의 2) 逮捕를 이용하여 犯罪情報과 自白을 얻는 것을 제한하고 있다.

81. 緊急逮捕는 被疑者가 死刑·無期 또는 長期 3년 이상의 懲役이나 禁錮에 해당하는 罪를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 被疑者가 證據를 湮滅할 우려 또는 逃走할 우려가 있으며, 緊急을 요하여 地方法院 判事의 逮捕令狀을 받을 수 없는 경우로 제한되어 있다. 다만, 이 경우에도 즉시 檢事의 承認을 받

아야 한다(同法 第200條의 3).

現行犯은 犯罪의 實行中이거나 實行의 直後인 자를 의미하고, 犯人으로 呼稱되어 追跡되고 있는 자, 贓物이나 犯罪에 사용되었다고 인정함에 충분한 凶器 기타의 物件을 所持하고 있는 자, 身體 또는 衣服類에 현저한 證迹이 있는 자, 누구임을 물음에 대하여 도망하고자 하는 자에게는 現行犯에 준하여 事前令狀制度의 예외가 인정된다(同法 第211條).

82. 大韓民國 刑事訴訟法은 憲法의 規定에 따라 英美法상 人身保護令狀(writ of habeas corpus)에서 유래한 拘束適否審査制度를 두고 있다. 被拘束者·辯護人·親族등의 請求가 있으면 法院은 공개된 法廷에서 拘束의 適否와 拘束 계속의 必要性을 심사하여 그 拘束이 不適法·不當한 경우에는 職權으로 被拘束者를 釋放하여야 한다(同法 第214條의 2).

즉 拷問의 한 方面으로 拘束이 행하여진 경우 法院의 심사를 거쳐 이를 배제할 수 있을 뿐만 아니라 適法한 拘束중이라고 하더라도 拘束중의 拷問등 不當한 行爲는 法院의 審理중에 현출될 수 있으므로 拷問의 예방차원에서 拘束適否審査制度는 큰 意義가 있다.

83. 大韓民國에서는 1995년 12월 刑事訴訟法 改正을 통하여 判事가 拘束令狀 發付와 관련하여 被疑者를 직접 審問할 수 있도록 규정함으로써 (1997년 1월부터 施行) 人身拘束의 慎重과 搜查機關의 拷問등 不法行爲 防止에 이바지 하도록 하였다.(同法 第201條의 2)

(a) 法律의 規定에 따라 逮捕된 被疑者에 대하여 拘束令狀을 청구받은 地方法院 判事는 拘束의 事由를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 被疑者를 심문할 수 있다(同條 第1項).

(b) 逮捕되지 아니한 被疑者에 대하여 拘束令狀을 청구받은 地方法院判事는 被疑者가 죄를 범하였다고 의심할 만한 이유가 있는 경우에 拘束의 事由를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 拘引을 위한 拘束令狀을 발부하여 被疑者를 拘引한 후 審問한 뒤 拘束할 사유가 있다고 인정할 때에 拘禁을 위한 拘束令狀을 발부한다(同條 第2項, 第6項).

留置場 監察

84. 大韓民國에서는 法官과 같은 資格을 가지고 身分이 保障된 檢事가 搜查를 주재함으로써 搜查의 公正성이 담보되고 搜查에 있어서의 人權保障이 제고되고 있다.

85 搜查機關에 의한 人身拘束과 拷問등에 의한 人權侵害 예방을 위하여 現行法은 檢事·軍檢察官이 정기적으로 警察署등 留置場所를 監察하도록 하고 있다.

(a) 地方檢察廳 檢事長 또는 支廳長은 不法拘束의 유무를 調査하기 위하여 檢事로 하여금 매월 1회이상 관하 搜查官署의 被疑者 拘束場所를 監察하게 하여야 한다. 監察하는 檢事는 被拘束者를 審問하고 拘束에 관한 서류를 調査하여야 한다(刑事訴訟法 第198條의 2 第1項).

(b) 檢事는 適法한 節次에 의하지 아니하고 拘束된 것이라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 즉시 拘束된 자를 釋放하거나 事件을 檢察에 송치할 것을 명하여야 한다(同法 第198條의 2 第2項). 檢事의 留置場 監察의 实效性을 담보하기 위한 규정이다.

(c) 나아가 檢察은 동 규정의 立法趣旨에 따라 어떠한 일이 있더라도 搜查過

程에서의 苛酷行爲를 근절시켜야 한다는 精神으로 司法警察官과 搜查擔當者들에게 制限 適法節次를 철저히 준수하도록 指示·監督하고 있다.

(d) 軍檢察官도 매일 1회이상 軍搜查機關의 拘束場所를 監察하여 拷問등 不法行爲를 근절하도록 하고 있다(軍事法院法 第230條).

86. 한편 檢事, 判事, 軍檢察官, 軍判事등은 矯導所등을 視察하여 受刑者등의 人權保障에도 만전을 기하고 있다.

↓ (a) 行刑法

法務部長官은 矯導所, 少年矯導所 및 拘置所를 巡迴點檢하거나 所屬公務員으로 하여금 巡迴點檢하게 할 수 있으며, 判사와 檢사는 矯導所, 少年矯導所 또는 拘置所를 수시로 視察할 수 있다(行刑法 第5條).

↘ (b) 少年院法

院長은 保護少年등으로부터 處遇 또는 一身上의 事情에 관한 의견을 듣기 위하여 수시로 保護少年등과 面접을 하여야 한다(少年院法 第10條).

↘ (c) 軍行刑法

參謀總長은 矯導所를 巡閱하거나 또는 所屬公務員으로 하여금 巡閱하게 할 수 있으며, 각 軍의 당해 軍判事와 檢察官은 矯導所를 수시로 순시할 수 있다(軍行刑法 第3條).

87. 나아가 刑法은 警察官이 人權擁護에 관한 檢事の 職務執行에 협력하거나 그 命命을 준수하도록 하고 있으며 違反하였을 때에는 이를 處罰토록 하고 있다.

警察의 職務를 행하는 자 또는 이를 補助하는 자가 人權擁護에 관한 檢事の 職務執行을 妨害하거나 그 命命을 준수하지 아니한 때에는 5년이하의 懲役 또는

10년이하의 資格停止에 처한다(刑法 第139條).

準起訴節次, 抗告 再抗告, 憲法訴願

88. 刑事訴訟法은 拷問行爲者에 대한 處罰을 보다 철저히 실현하기 위하여 被害者에게 告訴權을 주고 있을 뿐 아니라 檢事に 의한 起訴節次외에 裁定申請에 의한 準起訴節次를 규정하고 있다(刑事訴訟法 第260條 내지 第265條).

(a) 大韓民國에서는 公訴提起의 적정을 기하기 위하여 公訴權이 檢事에게 귀속된다. 그러나 檢察權이 자의적이고 편의적이며 政治指向的으로 행사될 가능성에 대한 安全裝置로 重要犯罪에 대하여 準起訴節次를 두고 있다.

(b) 搜查公務員등의 職權濫用·不法逮捕·不法監禁·瀆職暴行·瀆職苛酷行爲(刑法 第123條 내지 第125條의 罪)에 대하여 告訴, 告發을 한 자는 檢事の 不起訴處分을 받은 때에 刑事訴訟法 第260條, 第261條, 第262條, 第262條의 2, 第263條, 第264條, 第265條 등에 상세히 규정된 裁判上 準起訴節次에 따라 管轄 高等法院에 裁定申請을 할 수 있다.

(c) 法院에서 동 事件이 管轄地方法院에 회부되어야 한다는 결정을 내리면 동 事件에 대하여 公訴가 제기된 것으로 간주되며, 法院이 지정한 辯護士는 特別 檢事로서 동 事件에 대한 公訴를 유지하여야 한다.

89. 한편, 軍檢察官이 告訴·告發事件에 관하여 公訴를 제기하지 아니하는 處分에 불복이 있는 경우에는 告訴·告發人은 高等軍事法院에 裁定申請을 할 수 있는데 刑事訴訟法과는 달리 그 對象犯罪에 제한이 없어 軍에서의 拷問등 苛酷行爲者에 대한 刑事處罰을 보다 实效性있게 保障하고 있다(軍事法院法 第301條 내지 第306條).

90. 告訴人 또는 告發人은 檢事의 不起訴處分에 대해서 管轄高等檢察廳의 長에게 抗告를 할 수 있으며(檢察廳法 第10條 第1項), 抗告를 棄却하는 處分에 대해서는 檢察總長에게 再抗告를 할 수 있다(同法 第10條 第2項).

91. 告訴人 또는 告發人은 檢事의 不起訴處分에 대해서 그 不起訴處分으로 인하여 憲法상 保障된 基本權의 侵害를 이유로 憲法裁判所에 憲法訴願審判을 請求할 수 있다(憲法裁判所法 第68條).

證據制限

92. 搜查상에서의 適法節次의 확보를 위하여 被害者들에게 告訴權을 인정하고 있고 拷問行爲者를 處罰하고 있으며 拷問등의 方法에 의한 證據는 有罪의 證據로 사용할 수 없도록 하고 있다. 이들은 協約 第4條, 第13條, 第15條에서 상세히 기술한다. 또한 拷問 및 기타 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰을 예방하기 위하여 搜查機關 從事者등에 대한 教育과 規程·指針등에 拷問禁止 내용을 포함시키고 制度와 慣行을 체계적으로 검토하고 있으며, 拷問被害者에 대한 國家賠償責任을 인정하고 있어 이에 대비 國家機關의 監督義務 철저 이행으로 拷問 등 不法行爲를 예방하고 있다. 이들은 協約 第10條, 第11條, 第14條에서 상세히 기술한다.

第2項

93. 大韓民國 憲法과 大韓民國이 締結·公布한 國際協約은 戰爭狀態·非常狀態 등의 경우에도 拷問을 正當化할 수 없다는 協約 第2條 第2項의 조건을 충족하고 있다.

94. 大韓民國 憲法은 모든 基本的 人權은 “國家安全保障, 秩序維持 또는 公共福利”를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있다고 규정하고 있다(憲法 第37條 第2項 前段).

그러나 “國家安全保障·秩序維持·公共福利”등의 개념은 基本權 상호간의 충돌을 조정하고 각자의 人權을 最大한 保障하기 위하여 基本權 자체에 필연적으로 內在하는 規範으로 이해되고 있으며, 이를 근거로 基本權을 制限할 경우에도 극히 제한적이고 엄격하게 적용하여 왔다.

또한 基本的 人權을 制限하는 경우에도 憲法은 그 “本質的인 內容을 侵害할 수 없다”고 규정함으로써(憲法 第37條 第2項 後段) 基本的 人權을 제한하는 公權力의 行使에 한계를 설정하여 濫用되지 않도록 하고 있다.

따라서 大韓民國에서는 拷問에 의하여 基本權의 本質的 內容을 侵害하는 것은 어떠한 이유로도 正當化될 수 없다 할 것이다.

95. 大韓民國이 批准·公布한 市民的 및 政治的 權利에 관한 國際規約 第4條에 따르면 國民의 생존을 위협하는 公共의 非常事態의 경우에 있어서 그러한 非常事態의 존재가 공식으로 선포되어 있다 하더라도 어느 누구도 拷問 및 기타 殘酷한, 非人道的인 또는 屈辱的인 處遇나 刑罰을 받지 아니한다.

또한 大韓民國이 批准·公布한 陸戰에서의 軍隊의 負傷者 및 病者의 상태개선 에 관한 1949.8.12 제네바協約, 海戰에서의 軍隊의 負傷者 및 病者의 상태개선 에 관한 1949.8.12 제네바協約, 捕虜의 대우에 관한 1949.8.12 제네바協約, 戰時 民間人 保護에 관한 1949.8.12 제네바協約, 1949.8.12 제네바協約에 부가되고 國際武力衝突의 犧牲者保護에 관련되는 1977.6.8 제네바議定書에 의하면 중대한 戰爭

法違反은 戰爭犯罪로 간주되고, 個人에 대한 중대한 戰爭法違反事項에는 拷問이 포함되어 있다.

한편 憲法 第6條 第1項에 따르면 大韓民國이 批准·公布한 國際法規는 國內法과 같은 효력을 가지고 있다. 따라서 戰時, 事變 또는 이에 준하는 國家非常事態에 있어서 敵과 交戰狀態에 있거나 社會秩序가 극도로 교란되어 行政 및 司法機能의 수행이 현저히 곤란한 경우 公共安寧秩序를 위해 軍事力이 동원되는 非常戒嚴이나 非常事態가 선포된 경우에도 拷問을 포함한 身體的 危害를 가능하게 하는 예외적 상황은 절대로 인정되지 아니하며 이에 違反할 경우 평시와 같이 處罰된다.

第3項

96. 大韓民國의 제반 法律과 判例는 上級官吏 또는 公共機關으로부터의 命令이 拷問을 正當化할 수 없다는 協約 第2條 第3項의 조건을 충족하고 있다.

97. 公務員은 職務를 수행함에 있어 所屬上官의 職務상 命令에 복종할 義務를 진다(國家公務員法 第57條, 地方公務員法 第49條). 搜查業務에 종사하는 檢事, 檢察公務員, 警察公務員등은 檢察廳法(第7條, 第46條), 警察法(第24條)의 규정에 의하여 職務遂行시 上官의 指揮와 監督을 받게되어 있다.

그러나, 職務상 命令은 適法한 節次에 의하여 法規에 저촉하지 아니하여야 하므로 上官이 拷問을 命하는 것과 같은 不法한 命令은 職務상 命令이라고 할 수 없다. 따라서 公務員이 上官의 命에 의하여 拷問行爲를 한 경우 그는 刑事責任을 면할 수 없다.

98. 大韓民國 大法院도 이와 같은 내용으로 判決하고 있다.

公務員이 그 職務를 수행함에 있어 上官은 下官에 대하여 犯罪行爲등 違法한 行爲를 하도록 命令할 職權이 없는 것이고, 下官은 소속 上官의 適法한 命令에 복종할 義務는 있으나 그 命令이 參考人으로 소환된 사람에게 苛酷行爲를 가하라는 등과 같은 명백한 違法내지 不法한 命令인 때에는 이는 벌써 職務상의 指示命令이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 義務는 없다(大法院 88.2.23 宣告, 87도 2358 判決).

99. 一般 社會와는 달리 命令體系에 의해 일사분란하게 움직이는 軍組織에서도 上級機關 또는 上級命令權者의 命令이 適法하고 정당한 경우에만 복종되어지는 것이며, 拷問行爲 지시등을 내용으로 하는 命令이 내려진 경우 이러한 不法命令에 대하여 下級者는 복종할 義務가 없고 이에 따르지 아니하더라도 抗命罪등으로 刑事處罰을 받지 아니할 뿐만 아니라, 오히려 이러한 不法命令에 따르는 경우 軍刑法 및 刑法에 의하여 處罰받게 된다.

第3條(Article 3)

100. 大韓民國의 憲法과 法律은 大韓民國 政府가 어느 個人을 協約에 반하는 處遇가 예상되는 다른 國家로 引渡함으로써 人權侵害가 발생하는 일이 없도록 하여 協約 第3條를 준수하고 있다.

101. 앞서 언급한 바와 같이 大韓民國 憲法에 의하면 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며 幸福을 추구할 權利를 가지고, 拷問을 받지 아니한다.

그리고 國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本的 人權을 확인하고 이를 保障할 義務를 진다(憲法 第10條). 外國人도 憲法상에 保障된 基本的 人權에 대하여 內國人和 平等한 대우를 받고 있다(憲法 第11條 第1項).

이와 같은 憲法 理念과 精神에 비추어 보면 大韓民國 政府는 어느 個人이 拷問받을 위험이 있다고 믿을 만한 충분한 근거가 있는 다른 國家로 追放, 送還 또는 引渡할 수 없다고 본다.

102. 協約 第3條와 直·간접으로 관련된 國內法規에 의하여도 大韓民國 政府는 個人을 拷問등의 위험이 있는 다른 國家로 引渡하지 말아야 한다.

(a) 大韓民國 犯罪人引渡法(1988.8.5 法律 第4015號)은 大韓民國과 請求國의 法律에 의하여 引渡犯罪가 死刑·無期 長期1년이상 의 懲役 또는 禁錮에 해당하는 경우에 한하여 犯罪人을 引渡할 수 있으나(犯罪人引渡法 第6條), 犯罪人이 引渡 犯罪를 행하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 없는 경우(다만 引渡犯罪에 관하여 請求國에서 有罪의 裁判이 있는 때에는 그러하지 아니하다), 犯罪人이 人種·宗教·國籍 또는 特定社會團體에 속함을 이유로 處罰되거나 不利益한 處分을 받을 염려가 있다고 인정되는 경우에는 犯罪人을 引渡하여서는 아니된다고 규정하고 있다(同法 第7條 第3號, 第4號).

(b) 또한 동법은 引渡犯罪가 政治的 성격을 지닌 犯罪이거나 그와 관련된 犯罪인 경우에는 原則적으로 犯罪人을 引渡하여서는 아니되고 引渡請求가 犯罪人이 행한 政治的 성격을 지닌 다른 犯罪에 대하여 裁判을 하거나 그러한 犯罪에 대하여 이미 確定된 刑을 執行할 목적으로 행하여진 것이라고 인정되는 경우에도 犯罪人을 引渡하여서는 아니된다고 하면서(同法 第8條) 引渡犯罪의 성격과

犯罪人의 환경에 비추어 犯罪人을 引渡함이 非人道的이라고 인정되는 경우에는 犯罪人을 引渡하지 아니할 수 있다고 규정하여(同法 第9條 第5號) 拷問可能性이 예견되는 경우까지 引渡를 禁止하고 있다.

(c) 出入國管理法은 不法入國등을 이유로 外國人을 強制退去 시킬 경우에는 國籍 또는 市民權을 가진 國家에 送還함을 原則으로 하고 있으나 그 國家에 送還할 수 없는 경우에는 본인이 희망하는 國家로 送還하도록 규정하고 있다(出入國管理法 第64條 第2項). 한편 難民에 대하여는 難民協約 第33條 第1項의 규정에 의하여 追放 또는 送還이 禁止되는 領域이 속하는 國家에 送還하지 못하도록 규정하고 있다(同法 第64條 第3項).

따라서, 出入國管理法에 의하여 強制退去命令을 받은 外國人이 國籍國家로부터 拷問을 받을 위험이 있다고 믿을 만한 충분한 근거가 있는 경우에는 大韓民國 政府는 그를 人道的인 차원에서 본인이 희망하는 國家로 送還하게 된다.

(d) 國際刑事司法共助法(1991.3.8 法律 第4343號)은 人種·國籍·性別·宗教·社會的 身分 또는 特定 社會團體에 속한다는 사실이나 政治的 견해를 달리한다는 이유로 處罰되거나 刑事上 不利益한 處分을 받을 우려가 있다고 인정되는 경우, 共助犯罪가 政治的 성격을 지닌 犯罪이거나 共助要請이 政治的 성격을 지닌 다른 犯罪에 대한 搜查 또는 裁判을 할 목적으로 행하여진 것이라고 인정되는 경우에는 共助를 하지 못하도록 하여(國際刑事司法共助法 第6條 第2號, 第3號) 犯罪人이 拷問을 받을 위험이 있다고 믿을 만한 충분한 근거가 있는 경우에는 그가 다른 國家로 追放, 送還 또는 引渡되는 것을 간접적으로 防止하고 있다.

103. 나아가 拷問防止協約은 憲法에 의하여 締結·公布된 國際法規로서 國內法

과 같은 효력을 가진다 할 것이므로(憲法 第6條 第1項)拷問받을 위험이 있다고 믿을 만한 충분한 근거가 있는 다른 國家로의 追放·送還 또는 引渡를 禁止한 協約 第3條는 國內法과 같은 효력을 가지고 大韓民國에 적용된다.

104. 大韓民國은 個人을 관련 國家에의 追放·送還 또는 引渡를 禁止하기 위한 요건인 拷問을 받을 위험이 있다고 믿을 만한 충분한 근거를 판단할 때 所關機關이 관련 國家에서의 심한, 극악한 또는 대량의 人權違反의 고질적인 존재를 포함한 모든 관련사항을 고려하도록 한 協約 第3條 第2項을 준수한다.

第4條(Article 4)

105. 大韓民國 刑法은 拷問에 대하여 구체적으로 직접적인 定義를 하고 있지 않다. 그러나, 현행 刑法과 관련 特別法은 拷問防止協約 第1條에서 규정한 拷問 行爲者를 處罰하기에 충분하고 協約 第4條 第1項과 第2項의 요구조건을 충족할 뿐 아니라 苛酷行爲에 해당하는 부분도 處罰할 수 있도록 규정하고 있다.

106. 먼저 現行法은 裁判, 檢察, 警察, 기타 人身拘束에 종사하는 자들에 대한 처벌규정을 특별히 두고 있다.

(a) 刑法 第125條는 “裁判, 檢察, 警察, 기타 人身拘束에 관한 職務를 행하는 자 또는 이를 補助하는 자가 그 職務를 행함에 당하여 刑事被疑者 또는 기타 사람에게 대하여 暴行 또는 苛酷한 行爲를 가한 때에는 5년이하의 懲役과 10년이하의 資格停止에 처한다”고 규정하고 있다.

暴行은 身體에 대한 有形力의 행사로 직접 사람에게 대한 것임을 요하지 아니하

고 苛酷行爲는 暴行이외의 방법에 의하여 精神的·肉體的 苦痛을 주는 일체의 行爲를 포함하는 것으로 해석되고 있다.

그런데 協約 第1條에 따른 拷問은 犯罪에 대한 自白이나 情報등을 얻기 위하여 公務員등에 의하여 가해지는 身體的, 精神的 극심한 苦痛이나 被害(severe pain or suffering)를 의미하고, 協約 第16條에는 拷問과는 별도로 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的인 處遇에 관하여 규정하고 있으므로 協約상의 拷問은 大韓民國 刑法상의 單純暴行이나 苛酷한 行爲보다는 중한 것으로 해석된다.

따라서 裁判, 檢察, 警察, 기타 人身拘束에 관한 職務를 행하는 사람이 協約상의 拷問을 행하는 경우 먼저 刑法 第125條에 의하여 處罰된다고 할 수 있다.

(b) 나아가 現行法은 裁判, 檢察, 警察, 기타 人身拘束에 관한 職務를 행하는 자 등이 그 職權을 濫用하여 사람을 逮捕 또는 監禁한 때에는 刑을 加重하여 7년이하의 懲役과 10년이하의 資格停止에 처하도록 하고 있다(刑法 第124條 第1項). 즉 搜查機關등에 종사하는 자가 職權을 濫用하여 보다 중한 犯罪인 逮捕 또는 拘禁行爲를 한 경우에는 刑이 加重되어 處罰된다.

(c) 더욱이 이들 行爲로 인하여 사람을 致傷한 때에는 1년이상의 有期懲役に 처하고, 사람을 致死한 때에는 無期 또는 3년이상의 懲役に 처한다(特定犯罪加重 處罰등에 관한法律 第4條의 2).

(d) 한편 人身拘束등에 관한 職務를 행하는 자들이 拷問의 방법으로 뒤에서 언급한 強姦, 強制醜行등과 같이 刑法 第125條에서 정한 刑보다 중한 刑의 罪를 범한 경우에는 양죄는 想像的 競合으로 간주되어 중한 罪의 刑으로 處罰받게 된다(刑法 第40條).

107. 위에서 언급한 公務員이외의 자가 協約 第1條에서 규정한 拷問行爲를 한 경우 그들은 行爲類型에 따라 다음과 같이 暴行, 脅迫, 傷害, 逮捕, 監禁등의 규정에 의하여 處罰되고, 특히 公務員이 職權을 이용하여 罪를 범한 경우에는 그 罪에 정한 刑의 2분의 1까지 加重되어 處罰받는다(刑法 第135條).

- 暴行(刑法 第260條 第1項), 2년이하 懲役

※ 暴行致死傷은 결과에 따라 傷害, 重傷害, 傷害致死와 동일하게 處罰된다 (刑法 第262條)

- 脅迫(刑法 第283條 第1項), 3년이하 懲役

- 暴行·脅迫에 의한 權利行使妨害(刑法 第324條), 5년이하 懲役

- 傷害(刑法 第257條 第1項), 7년이하 懲役

- 重傷害(生命危險發生, 不具)(刑法 第258條), 1년이상 10년이하 懲役

- 傷害致死(刑法 第259條), 3년이상 懲役

- 被保護·監督者 虐待(刑法 第273條 第1項), 2년이하 懲役

- 虐待致死傷(刑法 第275條), 傷害와 비교하여 중한 刑

- 逮捕·監禁(刑法 第276條 第1項), 5년이하 懲役

- 逮捕·監禁후 苛酷行爲(刑法 第277條), 7년이하 懲役

- 特殊 逮捕·監禁(刑法 第278條), 逮捕·監禁 해당 刑의 2분의1 加重

- 被保護·監督者 姦淫(刑法 第303條), 5년이하 懲役

- 強姦(刑法 第297條), 3년이상 懲役

- 強制醜行(刑法 第298條), 10년이하 懲役

- 強姦·強制醜行 致死傷(刑法 第301條), 無期·5년이상 懲役

- 名譽毀損(刑法 第307條), 2년이하 懲役

- 侮辱(刑法 第311條), 1년이하 懲役

- 야간 또는 2인이상 共同으로 傷害, 暴行, 逮捕, 監禁, 脅迫등의 罪를 범한 경우(暴力行爲등處罰에 관한法律 第2條 第2項), 각 해당 刑의 2분의 1 加重

- 凶器 위험한 물건을 사용하여 傷害, 暴行, 逮捕, 監禁, 脅迫등의 罪를 범한 경우(同法 第3條), 3년이상 懲役

108. 나아가 大韓民國 刑法은 公務員이 職權을 濫用하여 사람의 權利行使를 방해한 경우는 비록 拷問, 기타 暴行이나 苛酷한 行爲를 행사하지 아니하였다 하더라도 그 자체만으로 5년이하의 懲役과 10년이하의 資格停止에 처하도록 하고 있다(刑法 第123條).

109. 軍刑法은 軍人이 職權을 濫用하여 虐待 또는 苛酷한 行爲를 한 때에는 5년 이하의 懲役に 처하도록 하고 있으며(軍刑法 第62條), 國家安全企劃部法은 國家安全企劃部 職員이 職權을 濫用하여 不法으로 사람을 逮捕 또는 監禁하거나 義務없는 일을 하게 하는 등의 行爲를 한 때에는 7년이하의 懲役과 7년이하의 資格停止에 처하도록 규정하고 있다(國家安全企劃部法 第19條).

110. 大韓民國 刑法은 犯罪의 實行에 착수하여 行爲를 종료하지 못하였거나

결과가 발생하지 아니한 때에는 각 본조에 處罰規定이 있는 경우에 未遂犯으로 處罰하도록 규정하면서, 未遂犯의 刑은 既遂犯과 같거나 경감할 수 있도록 규정하고 있다(刑法 第25條, 第29條). 刑의 減輕은 無期懲役은 7년 이상의 有期懲役, 有期懲役과 罰金은 法定刑의 2분의 1까지 가능하다(刑法 第55條 第1項).

(a) 現行法상 未遂犯 處罰規定은 公務員의 不法逮捕·監禁(刑法 第124條 第2項), 傷害(刑法 第257條 第3項), 逮捕·監禁(刑法 第280條), 脅迫(刑法 第286條), 強姦·強制醜行(刑法 第300條), 暴力行爲(暴力行爲等處罰에 관한法律 第6條), 國家安全企劃部 職員의 職權濫用(國家安全企劃部法 第19條 第3項)에만 있다. 따라서 拷問未遂가 상기 犯罪를 구성할 경우에는 行爲者는 상기 犯罪의 法定刑 또는 減輕된 刑으로 處罰받게 된다.

(b) 그러나 現行 刑法은 拷問과 관련하여 가장 중요한 규정인 搜查公務員等의 暴行·苛酷行爲處罰規定(刑法 第125條)에 대하여 未遂犯 處罰規定을 두지 아니하여, 우리나라가 拷問防止協約에 加入하는 경우 동 조항을 개정하는 등의 措置를 취할 필요가 있는지 여부에 대하여 논의가 있었다.

協約상의 拷問의 既遂가 되기 위하여는 身體的, 精神的인 극심한 苦痛이나 被害(severe pain or suffering)에 이르러야 하는 점에 비추어 볼 때 協約상 拷問未遂는 주로 拷問에 착수하였으나 극심한 苦痛이나 被害를 주지 못한 경우로 해석된다.

반면 106에서 본 바와 같이 大韓民國 刑法 第125條는 暴行 또는 苛酷行爲까지도 모두 處罰對象으로 하고 있어 搜查公務員等의 行爲가 비록 協約상의 拷問未遂에 그친다고 하더라도 刑法 第125條의 구성요건에 해당되어 搜查公務員等을 處罰할 수 있다.

(c) 논의를 종합하면 大韓民國에서 公務員이 協約상의 拷問未遂에 해당하는 行爲를 할 경우에는 瀆職暴行·苛酷行爲(刑法 第125條), 傷害未遂, 逮捕·監禁未遂, 脅迫, 脅迫未遂, 強姦·強制醜行未遂, 暴行등에 의하여 處罰된다.

111. 大韓民國 刑法은 共謀 또는 加擔行爲者등에 대하여 각 行爲 類型에 따른 處罰規定을 두고 있어 拷問行爲의 共犯들은 해당 犯罪에 따라 正犯 또는 그보다 감경된 刑으로 處罰된다.

(a) 2인이상이 공동하여 罪를 범한 때에는 각자를 그 罪의 正犯으로 處罰한다(刑法 第30條).

(b) 타인을 教唆하여 罪를 범하게 한 자는 그 罪를 실행한 자와 동일한 刑으로 處罰한다(刑法 第31條).

(c) 타인의 犯罪를 용이하게 한 從犯은 그 正犯보다 刑을 감경한다(刑法 第32條).

(d) 身分關係로 인하여 성립될 犯罪에 가공한 行爲는 身分關係가 없는 자에게도 行爲類型에 따라 共同正犯, 教唆犯, 從犯으로 處罰된다. 다만, 身分關係로 인하여 刑의 輕重이 있는 경우에는 중한 刑으로 벌하지 아니한다(刑法 第33條).

(e) 자기의 指揮·監督을 받는 자를 教唆 또는 幫助하여 犯罪行爲를 저지른 자는 教唆인 때에는 正犯에 정한 刑의 長期 또는 多額의 2분의 1까지 加重하고 幫助인 때에는 正犯의 刑으로 處罰한다(刑法 第34條).

112. 한편, 비록 有形力의 행사로 사람에게 일정한 정도의 精神的·肉體的 苦痛을 수반한다 하더라도 그 行爲가 法令에 의한 行爲 또는 業務로 인한 行爲 기타 社會常規에 위배되지 아니하는 行爲는 벌하지 아니한다(刑法 第20條).

(a) 學校長의 學生에 대한 懲戒行爲, 少年院長의 院生에 대한 懲戒行爲등은 刑法상의 正當한 行爲로서 處罰되지 아니한다. 協約 第1條 第1項 後段은 拷問을 구성하는 苦痛이나 被害는 合法的인 制裁조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 이에 부수적인 苦痛 또는 被害를 포함하지 않는다고 규정하여 大韓民國 刑法과 배치되지 아니한다.

(b) 그러나, 이와 같은 有形力의 行爲는 필요한 범위내에서 行사되어야 하며 만일 社會常規에 위배될 경우에는 處罰된다.

소속부대 대대장에게 폭언으로 반항하는 등의 행패를 上官으로서 制裁하기 위하여 길이 50센티미터 직경 5센티미터의 송판으로 部下의 어깨를 3회 구타한 行爲는 懲戒權의 범위를 넘는 行爲이다(大法院 1971.4.6 宣告, 71도179 判決).

教師가 被害者인 學生이 자기에게 욕설을 한 것으로 오인하고 그 진상을 확인하지 아니한 채 구타하여 傷害를 입힌 行爲는 暴力行爲가 된다(大法院 1980.9.9 宣告, 80도 762 判決).

113. 1990년이후 搜查機關 從事者등이 瀆職暴行으로 處罰받은 통계는 1990년도 3건, 1991년도 2건, 1992년도 1건, 1993년도 7건, 1994년도 4건으로 대단히 낮다(瀆職暴行·苛酷行爲 이외의 罪에 대한 통계수치는 별도 분류되지 아니하여 확인이 불가능함).

그 이유는 瀆職暴行·苛酷行爲의 경우 다른 罪와 같이 無罪推定原則이 적용되는 한편, 그 行爲는 은밀한 곳에서 이루어지므로 이를 입증하는 것이 쉽지 아니하기 때문이기도 하나, 大韓民國에서 搜查에 關여하는 사람들의 人權에 대한 意識變化가 주된 원인이다.

114. 한편 公務員이 拷問行爲에 關여된 경우는 刑罰이외에 다음과 같은 不利益이 수반된다.

(a) 公務員이 拷問行爲에 關여한 경우는 法律을 違反한 行爲로서 刑罰과는 別개로 任用權者에 의하여 懲戒責任을 면할 수 없다(國家公務員法 第78條 第1項, 地方公務員法 第69條).

특히 軍人은 엄격한 階級構造로 上命下服 關係를 가지는 특성이 있어 軍內에서 苛酷行爲 발생시 동 行爲者의 上級指揮 監督者에게도 懲戒責任을 묻고 있다.

(b) 公務員이 拷問등의 行爲로 인하여 法院으로부터 資格停止, 資格喪失등의 判決을 받는다면 懲役 또는 禁錮以上 刑의 宣告猶豫·執行猶豫·實刑등의 有罪判決을 받은 경우에는 당연히 資格을 喪失한다(國家公務員法 第33條, 地方公務員法 第31條).

(c) 公務員의 拷問등 不法行爲로 인하여 國家 또는 地方自治團體가 拷問被害者에게 賠償한 경우 國家 또는 地方自治團體는 加害 公務員에게 求償할 수 있으므로, 이에 의하여 公務員은 國家 또는 地方自治團體에 대하여 辨償責任을 진다(國家賠償法 第2條).

(d) 公務員의 拷問등 不法行爲가 있었음에도 國家의 賠償責任이 인정되지 아니하는 경우에는 加害 公務員은 拷問被害者에 대하여 직접 民事上의 賠償責任을 져야 한다.

115. 告訴·告發 事件에서 檢事가 不起訴處分한 경우 拷問被害者에게 抗告·再抗告, 憲法訴願 및 裁定申請을 할 수 있도록 한 것은 拷問行爲에 대한 處罰을 담보하고 있다.

第5條(Article 5)

116. 大韓民國 刑法은 協約 當事國이 拷問關聯 犯罪에 대한 管轄權 확립을 위하여 필요한 措置를 취하도록 한 協約 第5條 第1項에 忠실하고 있다.

117. 大韓民國 刑法은 屬地主義를 原則으로 하면서(刑法 第2條, 第4條), 屬人主義(刑法 第3條)와 保護主義(刑法 第5條, 第6條)를 가미하고 있다.

(a) 大韓民國 刑法 第2條와 第4條는 協約 第5條 第1項 (a)號에 부합한다.

大韓民國 刑法은 大韓民國 領域내에서 罪를 범한 內國人과 外國人에게 原則적으로 적용된다(刑法 第2條). 여기서 大韓民國 領域이라 함은 領土·領海 및 領空을 포함한다. 『罪를 범한』의 의미에 관하여는 實行行爲가 있는 것만을 의미한다는 견해도 있으나, 行爲 또는 結果의 어느 것이라도 大韓民國의 領域 내에서 발생하면 족한 것으로 해석된다.

大韓民國 刑法은 大韓民國의 領域외에 있는 大韓民國의 선박 또는 항공기내에서 罪를 범한 外國人에게도 적용된다(刑法 第4條). 旗國主義를 채택한 것이다. 大韓民國의 領域외에는 公海와 外國의 領海·領空도 포함된다.

(b) 大韓民國 刑法 第3條는 協約 第5條 第1項 (b)號에 부합한다.

大韓民國 刑法은 大韓民國 領域외에서 罪를 범한 內國人에게 적용된다(刑法 第3條). 屬人主義에 의하여 屬地主義를 보충한 것이다. 內國人이라 함은 大韓民國의 國籍을 가진 자를 말하고, 범행 당시에 大韓民國 國民임을 요한다.

(c) 大韓民國 刑法 第5條와 第6條는 協約 第5條 第1項 (c)號에 부합한다. 大韓民國 刑法은 大韓民國 領域외에서 內亂의 罪, 外患의 罪 등의 罪를 범한 外國人과 大韓民國 領域외에서 大韓民國 또는 大韓民國 國民에 대하여 罪를 범한 外國人에게도 적용된다(刑法 第5條, 第6條).

118. 大韓民國 刑法은 위에서 언급한 바와 같이 管轄權을 인정한 경우를 제외하고는 拷問을 비롯한 어떠한 犯罪에 대하여도 별도의 管轄權을 인정하고 있지 아니다. 따라서 大韓民國은 外國人이 外國에서 大韓民國 國民을 상대로 하지 아니한 拷問등의 犯罪를 행한 경우 管轄權을 가지고 있지 아니다. 따라서 이와같은 경우 大韓民國은 拷問등의 犯罪를 행한 자를 協約 第8條에 따라 引渡하여야 하는 것으로 해석하고 있다.

119. 大韓民國은 大韓民國 법체계 속에서의 協約의 기능을 규정한 協約 第5條 第3項이 大韓民國 國內法과 관련하여 특별한 의미가 없는 것으로 해석하고 있다.

第6條(Article 6)

第1項

120. 大韓民國 刑事訴訟法과 犯罪人引渡法의 규정은 協約 當事國이 拷問犯罪 嫌疑者에 대한 起訴 또는 引渡를 保障하기 위하여 그를 拘禁하거나 身柄確保를 위하여 필요한 措置를 취하도록 한 協約 第6條 第1項의 조건을 충족하고 있다.

121. 協約 제5조와 관련하여 언급한 바와 같이 大韓民國 領土등에서 罪를 범한 경우 內國人은 물론 外國人에 대하여도 大韓民國 刑法을 적용하여 大韓民國에서 裁判權을 행사할 수 있고, 內國人의 國外犯 또는 大韓民國 國民에 대한 國外犯이 大韓民國의 領土내에 있을 때에도 大韓民國 刑法을 적용하여 大韓民國에서 裁判權을 행사할 수 있다.

拷問의 罪를 범한 外國人의 國外犯이 大韓民國의 領土내에 있는 경우에는 大韓民國의 刑法을 적용할 수 없으므로 當事國의 引渡 要求가 있으면 犯罪人引渡法에 따라 犯罪人을 引渡하여야 한다. 또한 大韓民國이 管轄權을 가지고 있다고 하더라도 大韓民國에서 裁判權을 행사하지 아니하는 경우에는 原則적으로 管轄權을 가지고 있는 國家에 관련 法律에 따라 犯人을 引渡하여야 한다(協約 第7條 第1項 참조).

122. 拷問을 하거나 拷問에 가담한 경우에는 그 罪質이 중하고 106 내지 111에서 언급한 바와 같이 法定刑이 중하므로 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 경우, 搜查機關의 出席要求에 응하지 아니하거나 응하지 아니할 우려가 있는 때에는 逮捕되고, 逃亡 또는 證據湮滅의 우려가 있으면 拘束된다(刑事訴訟法 第200條의 2, 第201條).

(a) 逮捕·拘束令狀은 檢事의 請求로 管轄 地方法院 判事가 발부하고, 司法警察官은 檢事에게 신청하여 檢事의 請求로 管轄 地方法院 判事가 발부한다(同法 第200條의 2 第1項, 第201條 第1項).

(b) 逮捕·拘束令狀은 檢事의 指揮에 의하여 司法警察官吏가 執行한다. 단 矯導所 또는 拘置所에 있는 被疑者에 대하여 발부된 逮捕·拘束令狀은 檢事의 指揮에 의하여 敎導官吏가 執行한다(同法 第200條의 5, 第209條, 第81條 第1項 本文, 第3項).

(c) 逮捕·拘束令狀을 執行함에는 被疑者에게 반드시 이를 제시하여야 하고 신속히 지정된 場所에 引致하여야 한다(同法 第200條의 5, 第209條, 第85條 第1項).

(d) 다만 일정한 사유가 있는 경우에는 80과 81에서 언급한 바와 같이 緊急 逮捕할 수 있는 등 事前令狀制度의 예외가 인정된다.

123. 拷問을 하거나 拷問에 가담한 자를 外國에 引渡할 경우 필요에 따라 犯罪人을 拘束할 수 있다(犯罪人引渡法 第19條).

(a) 法務部長官은 外務部長官으로부터 犯罪人 引渡에 관한 서류를 받았을 때에는 引渡條約 또는 犯罪人引渡法の 規定에 의하여 犯罪人을 引渡할 수 없거나 引渡하지 아니하는 것이 상당하다고 인정되는 경우를 제외하고는 서울高等檢察廳 檢事長에게 소속 檢事로 하여금 서울高等法院에 引渡審査를 請求하도록 명해야 한다(同法 第12條 第1項).

(b) 檢事는 犯罪人引渡法 제12조 제1항의 規定에 의거 法務部長官의 引渡審査 請求命令이 있는 때에는 住居가 일정하고 逃走의 우려가 없는 경우를 제외하고는 判事로부터 발부받은 引渡拘束令狀에 의하여 犯罪人을 拘束해야 한다(同法 第19條).

(c) 司法警察官吏는 檢事의 指揮에 의하여 引渡拘束令狀을 執行하고 犯罪人에게 이를 제시해야 하며 拘束의 이유와 辯護人을 選任할 수 있음을 告知하고 신속히 檢事에게 引致하여야 한다(同法 第20條 第1項 내지 第3項).

(d) 引渡拘束令狀에 의한 拘束에 관하여도 接견교통권등 일정사항에 대하여는 刑事訴訟法상의 規定이 準用되고 있다(同法 第20條 第4項).

124. 大韓民國 내에서는 拷問嫌疑者에 대한 身柄確保를 위하여 一般犯罪者와 같이 指名手配, 出國禁止措置등 필요한 法的措置를 취할 수 있다.

125. 刑事訴訟法과 犯罪人引渡法은 逮捕·拘束令狀과 引渡拘束令狀에 유효기간과 그 유효기간을 경과하면 執行에 착수하지 못하며 令狀을 반환해야 한다는 취지를 기재하여 필요한 최소한의 기간동안만 拘禁할 수 있도록 하고(刑事訴訟法 第200條의 5, 第209條, 第75條, 犯罪人引渡法 第19條 第3項), 逮捕·拘束과 引渡拘束의 適否審査를 請求할 수 있도록 하여 不當하게 逮捕·拘束 또는 引渡拘束이 계속되는 것을 防止하고 있다(刑事訴訟法 第214條의 2, 犯罪人引渡法 第22條).

126. 나아가 刑事訴訟法은 司法警察官이 被疑者를 拘束한 경우에는 逮捕·拘引·拘禁일로부터 10일이내에 被疑者를 檢事에게 引渡하도록 하고, 檢事は 被疑者를 拘束한 때 또는 司法警察官으로부터 引致를 받은 때에는 10일이내에 公訴與否를 결정토록 하고 있으며 다만 1회에 한하여 10일 한도내에서 拘束期間을 연장할 수 있도록 하고 있다(刑事訴訟法 第202條, 第203條, 第203條의 2, 第205條).

犯罪人引渡法도 引渡拘束의 기간이 長期化되는 것을 防止하기 위하여 檢事が 犯罪人을 引渡拘束令狀에 의하여 拘束한 때에는 拘束된 날로부터 3일이내에 法院에 引渡審査를 請求하도록 하고(犯罪人引渡法 第13條 第2項), 이경우 法院은 犯罪人이 拘束된 날로부터 2개월이내에 引渡審査에 관한 결정을 하도록 하고 있다(同法 第14條 第2項).

第2項

127. 大韓民國 刑事訴訟法과 犯罪人引渡法の 규정은 協約 當事國이 犯罪嫌疑者에 대한 起訴 또는 引渡를 保障하기 위하여 事實調査를 실시토록한 協約 第6條 第2項의 조건을 충족하고 있다.

128. 檢事 및 司法警察官은 拷問의 嫌疑가 있는 경우, 拷問嫌疑者, 犯罪事實, 證據를 調査하여야 하고 그 목적달성을 위하여 필요한 調査를 할 수 있으며(刑事訴訟法 第195條, 第196條, 第199條), 被疑者아닌 자의 陳述을 들을 수 있고 鑑定·通譯 또는 翻譯을 위촉할 수 있으며 判事의 令狀에 의하여 押收·搜索 또는 檢證할 수 있다(同法 第215條, 第221條).

129. 犯罪人 引渡請求를 받은 法院은 犯罪人과 그 辯護人의 의견을 듣고, 證人을 訊問할 수 있으며, 鑑定·通譯 또는 翻譯을 명할 수 있다(犯罪人引渡法 第14條 第5項, 第6項). 檢事は 필요에 따라 判事의 令狀에 의하여 押收·搜索할 수 있다(同法 第17條 第1項).

外國人 被疑者 검거시에는 國際刑事警察機構를 이용하여 被疑者의 犯罪經歷照會, 被疑者 搜查에 필요한 事項, 事實確認 및 關聯資料 要請등을 할 수 있다(國際刑事司法共助法 第38條).

第3項

130. 大韓民國은 '領事關係에 관한 비엔나協約'을 加入, 批准, 公布함으로써 憲法에 의하여 동 協約은 國內法과 같은 효력을 갖는다.

131. 따라서 領事官員과 派遣國 國民은 서로 自由로이 통신·접촉할 수 있으며, 派遣國의 國民이 逮捕되는 경우 또는 裁判에 회부되기 전에 拘禁·留置·拘束되는 경우 그 國民이 派遣國의 領事機關에 通報할 것을 要請하면 接受國의 권한있는 당국은 지체없이 通報하여야 하고, 逮捕·拘禁·留置 또는 拘束되어 있는 자가 領事機關에 보내는 어떠한 통신도 동 당국에 의하여 지체없이 전달되며, 領事官員

은 拘禁·留置 또는 拘束되어 있는 派遣國의 國民을 방문하여 동 國民과 면담하고 교신하며 그의 法的 代理를 주선할 수 있는 權利를 가진다.

132. 1993년 4월 30일자 大韓民國 法務部 指示(법·검이 01129-299호) '外國人 犯罪 搜查處理 指針'은 이를 확인하고 있다.

(a) 搜查機關은 外國人을 逮捕 또는 拘束한 때에는 그 즉시 逮捕 또는 拘束된 자에게 大韓民國에 주재하는 본국의 領事官員 또는 名譽領事官員과 자유롭게 접견, 통신할 權利가 있으며 본인의 要請이 있으면 逮捕 또는 拘束된 사실을 지체없이 領事機關 또는 名譽領事機關에 通報한다는 사실을 告知하고 이를 調書에 기재하여야 한다.

(b) 또한 逮捕 또는 拘束된 자가 그 사실을 通告하여 줄 것을 要請한 때에는 逮捕 또는 拘束된 자의 人的事項, 犯罪事實, 逮捕 또는 拘束된 日時와 場所, 逮捕 또는 拘束된 자의 身柄所在地 등을 기재한 通告書를 작성하여 領事機關長 또는 名譽領事機關長에게 通告하여야 한다.

133. 大韓民國은 無國籍者에 대하여도 國內法的 效力을 가지는 協約 第6條 第3項에 따라 그가 일상적으로 체재하는 國家의 대표와 즉각적인 연락을 취할 수 있도록 도움을 주어야 한다.

134. 外國人에 대한 搜查시에 유의할 사항에 대하여 大檢察廳은 外國人犯罪 搜查要領(1995.8.31 발행)을 각급 檢察廳에 배포하여 外國人의 調查 또는 拘束시에 人權侵害事例가 없도록 하였다.

第4項

135. 領事關係에 관한 비엔나協約 第36條와 犯罪人引渡法 第29條에 따라 外務部長官은 法務部長官으로부터 引渡許可狀을 송부받거나 犯罪人을 引渡할 場所에 拘束하였다는 사실 및 引渡할 기한을 통지받은 때에는 그 내용을 請求國에 통지하여야 한다.

136. 기타 大韓民國은 協約 第6條 第4項에 의하여 協約 第5條 第1項에 언급된 모든 國家들에 대하여 拘禁事實, 이를 正當化하는 상황, 協約 第6條 第2項에 따른 豫備調查結果 및 管轄權 행사여부를 통지하여야 한다.

第7條(Article 7)

第1項

137. 大韓民國에서는 立件되어 搜查된 모든 事件은 搜查의 主宰者인 檢事의 決定에 의하여 최종적으로 處理된다. 따라서 拷問등 犯罪嫌疑者를 協約 第5條에 따라 管轄權을 가지고 있는 國家에 引渡하지 아니할 경우에는 그 事件은 檢事에게 송치하여야 한다(刑事訴訟法 第246條).

第2項

138. 大韓民國의 刑事訴訟法은 刑事司法의 탄력적 運用을 통하여 구체적 正義를 실현하고 公訴提起에 대한 刑事政策的 고려에 의하여 犯罪人에게 조기 개선의 기회를

제공함과 동시에 一般豫防과 特別豫防의 목적을 달성하고 불필요한 公訴를 억제하는 것이 訴訟經濟상으로 도움이 된다는 근거하에 起訴便宜主義(Opportunitätsprinzip)를 채택하고 있다.

139. 刑事訴訟法은 檢事는 犯人의 年齡·性行·知能과 環境, 被害者에 대한 關係, 犯行의 動機·手段과 結果, 犯行後의 情況등을 고려하여 起訴與否를 決定한다고 규정하고 있다(刑事訴訟法 第247條 第1項). 그러나 무엇보다도 범행의 重大성이 크게 고려됨은 물론이다.

140. 大韓民國에서 刑事裁判權을 행사할 경우에는 內國人, 外國人을 구별하지 아니하고 犯罪人에 대하여 동일한 法節次에 따라 裁判을 하도록 하고 있다.

141. 拷問犯罪를 포함한 모든 刑事事件에 있어서 사실의 인정은 證據에 의하여야 하고(同法 第307條), 證據의 證明力은 法官의 自由判斷에 의하며(同法 第308條), 法官은 法律이 정한 證據法則에 따라 裁判하도록 하고 있다(同法 第309條 내지 第318條의 3).

第3項

142. 大韓民國 憲法은 拷問과 관련하여 訴訟節次중에 있는 모든 사람에게 公正한 處遇를 保障하고 있다.

“누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다”는 憲法 第11條 第1項의 규정은 拷問行爲者도 搜查過程이나 訴訟節次에서 다른 犯罪者와 달리 취급되지

아니함을 保障하고 있다. 따라서 拷問嫌疑者라 할지라도 搜查·裁判過程에서 拷問 등 不利益한 處分을 받지 아니한다.

143. 憲法 第12條 第1項이 누구든지 法律에 의하지 아니하고는 逮捕·拘束·押收·搜索·審問·處罰·保安處分과 強制勞役을 받지 아니한다고 하고 憲法 第27條 第1項이 모든 國民은 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다고 규정하고 있으므로 拷問嫌疑者라 할지라도 모든 訴訟節次에서 法律에 근거한 正當한 處遇를 保障받고 있다.

144. 憲法 第27條 第4項, 刑事訴訟法 第275條의 2에서 규정한 無罪推定의 原則과 刑事訴訟法 第200條의 2, 第201條에서 규정한 令狀制度를 違反하여 拷問嫌疑者를 不法으로 逮捕·拘束함은 逮捕·拘束取消의 사유(刑事訴訟法 第200條의 5, 第209條, 第93條), 逮捕·拘束適否審査의 대상(同法 第214條의 2), 準抗告의 이유(同法 第417條)가 된다.

또한 拷問嫌疑者에게도 被告人의 陳述權(同法 第286條), 陳述拒否權(同法 第200條 第2項, 第289條)과 證據申請權(同法 第294條), 證據保全請求權(同法 第184條) 등이 인정된다.

145. 刑事訴訟法은 拷問嫌疑者를 逮捕·拘束하는 때에는 辯護人이 있는 경우에는 辯護人에게, 辯護人이 없는 경우에는 拷問嫌疑者등이 지정한 자에게 事件名, 逮捕·拘束日時·場所, 犯罪事實의 요지, 逮捕·拘束의 이유와 辯護人을 선임할 수 있는 취지를 알리도록 하고, 拷問嫌疑者등에게 法律의 범위내에서 타인과 접견하고 서류 또는 물건을 수수하며 의사의 진료를 받을 수 있다고 규정하고 있다(同法 第200條의 5, 第209條, 第87條, 第89條).

146. 또한 警察官職務執行法 第3條 第5項은 任意同行을 한 警察官이 당해인의 가족 또는 친지등에게 同行한 警察官의 身分, 同行場所, 同行目的과 理由를 告知하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하고, 辯護人의 助力을 받을 權利가 있음을 告知하도록 하고 있고, 同條 第7項은 不審檢問 對象者는 刑事訴訟에 관한 法律에 의하지 아니하고는 身體를 拘束당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 答辯을 強要당하지 아니하도록 하고 있는 바, 동 규정도 拷問嫌疑者에게 적용된다.

나아가 司法警察官吏執務規則은 嫌疑者를 拘禁할 때에는 그의 건강상태를 調査하고 拘束으로 인하여 현저하게 건강을 해할 염려가 있다고 인정할 때에는 그 사유를 檢事에게 보고하도록 하고 있으며 緊急逮捕時 人權侵害가 없도록 신중을 기하도록 하고 辯護人 또는 辯護人이 되려는 자가 拘束被疑者와의 접견서류 또는 물건의 接受, 受診 要請時 친절하게 응하도록 하였으며 拘禁被疑者에 대하여 급여·위생·의료 등 상당한 대우를 하도록 규정하는 바(司法警察官吏執務規則 第24條, 第27條 내지 第29條), 동 규정 역시 拷問嫌疑者에게 적용된다.

第8條(Article 8)

第1項

147. 大韓民國의 法律은 拷問관련 犯罪가 當事國들 간에 존재하는 모든 犯罪人 引渡條約상의 引渡 가능한 犯罪에 포함되도록 하여 協約 第8條를 준수하고 있다.

148. 協約 第4條와 관련하여 언급한 바와 같이 裁判·檢察·警察 기타 人身拘束에

관한 職務를 행하는 자 또는 이를 補助하는 자가 그 職務를 행함에 있어 刑事被疑者 또는 기타 사람에 대하여 暴行 또는 苛酷한 行爲를 가한 경우에는 5년이하의 懲役과 10년이하의 資格停止에 처하고, 위에서 언급된 자가 職權을 濫用하여 사람을 逮捕·監禁한 경우에는 刑이 加重되어 7년이하의 懲役과 10년이하의 資格停止에 처하며, 위 범행의 결과 사람을 致傷·致死한 때에는 각기 1년이상의 有期懲役과 無期 또는 3년이상의 懲役に 처하는 등 大韓民國 法律은 拷問 및 拷問未遂는 물론 殘酷한·非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰에 따른 犯罪에 대하여 모두 懲役 長期1년 이상의 刑에 처하도록 하고 있다.

149. 한편 大韓民國 犯罪人引渡法은 大韓民國과 請求國의 法律에 의하여 死刑 無期 長期1년이상의 懲役 또는 禁錮에 해당하는 경우에 한하여 犯罪人을 引渡할 수 있다고 규정하고 있어(犯罪人引渡法 第6條), 拷問 및 拷問未遂등은 犯罪人引渡法상 引渡가 가능한 犯罪로 분류된다.

150. 大韓民國은 현재 호주, 캐나다, 스페인과 犯罪人 引渡條約을 締結하고 있고 필리핀, 칠레, 브라질, 아르헨티나와 署名하였으며 파라과이, 멕시코, 태국과는 假署名하였다. 이들 國家와의 犯罪人 引渡條約에서는 拷問·拷問未遂등의 犯罪가 犯罪人 引渡對象 犯罪로 포함되도록 되어 있다.

第2項 내지 第4項

151. 大韓民國 犯罪人引渡法은 犯罪 진압에 있어 國際的인 協력을 증진하고자 條約이 締結되어 있지 아니한 國家와도 相互主義原則하에 犯罪人을 引渡할 수 있도록 함으로써 犯罪진압을 위한 國際協力 증진의 이념에 적극적으로 부응하고 있으므로(犯罪人引渡法 제4조) 協約 第8條 第2項은 大韓民國에는 해당되지 아니

하고, 協約 第8條 第3項이 적용된다.

152. 따라서 大韓民國과 犯罪人 引渡條約을 締結하지 아니하였다 하더라도, 犯罪人 引渡를 요구하는 國家가 拷問關聯 犯罪에 대한 大韓民國의 犯罪人 引渡請求에 응한다는 保證이 있는 경우 訴追, 裁判 또는 刑의 執行을 위하여 犯罪人을 請求國에 引渡할 수 있다.

153. 大韓民國은 協約 第8條 第4項을 준수하고 있다.

第9條(Article 9)

154. 大韓民國의 法律은 當事國간의 司法共助에 관한 條約에 따라서 拷問關聯 犯罪등의 刑事節次와 관련하여 證據提供등 최대한의 지원을 제공토록 함으로써 協約 第9條를 준수하고 있다.

155. 刑事事件의 搜查 또는 裁判과 관련하여 外國의 要請에 따라 실시하는 共助 및 外國에 대하여 要請하는 共助의 範圍와 節次 등을 정한 國際刑事司法共助法은 共助條約을 締結한 경우는 물론 共助條約이 締結되어 있지 아니한 경우에도 동일 또는 유사한 사항에 관하여 相互主義原則하에 共助를 제공할 수 있도록 하고 있다(國際刑事司法共助法 第4條).

156. 國際刑事司法共助法은 다음과 같은 節次를 규정함으로써 拷問關聯 犯罪에 대하여 大韓民國의 최대한 지원을 담보하고 있다.

(a) 外務部長官이 要請國으로부터 刑事事件의 搜查에 관한 共助要請을 받은 때에는 共助要請書에 관계자료 및 의견을 첨부하여 이를 法務部長官에게 송부하

여야 한다(同法 第14條).

(b) 法務部長官은 共助要請書를 송부받고 共助要請에 응하는 것이 상당하다고 인정되는 경우에는 原則적으로 共助를 위하여 상당하다고 인정되는 地方檢察廳 檢事長에게 관계자료를 송부하고 共助에 필요한 措置를 취하도록 명하고, 矯正施設에서 刑을 받고 있는 자가 共助犯罪와 관계있는 자일 경우 受刑者가 收容되어 있는 당해 矯正施設의 長에게 受刑者의 이송에 필요한 措置를 명하는 措置를 하여야 한다(同法 第15條).

(c) 위와 같은 命令을 받은 地方檢察廳 檢事長은 소속 檢事에게 共助에 필요한 자료를 수집하거나 기타 필요한 措置를 취하도록 명하여야 한다(同法 第16條).

(d) 檢事は 共助에 필요한 자료를 수집하기 위하여 관계인의 출석을 요구하여 陳述을 들을 수 있고 鑑定·通譯 또는 翻譯을 촉탁할 수 있으며, 서류 기타 물건의 소유자·소지자 또는 보관자에게 그 제출을 요구하거나 公務所 기타 公私團體에 그 사실을 조회하거나 필요한 사항의 보고를 요구할 수 있다. 共助에 필요한 경우에는 判事에게 請求하여 발부받은 令狀에 의하여 押收·搜索 또는 檢證을 할 수 있고 要請國에 引渡하여야 할 證據物 등으로서 法院에 제출되어 있는 경우에도 法院의 引渡許可 결정을 받아 引渡할 수 있으며 司法警察官吏를 指揮하여 필요한 搜查를 할 수 있다(同法 第17條).

(e) 外國人 被疑者 검거시에는 國際刑事警察機構를 이용하여 被疑者의 犯罪經歷照會, 被疑者 搜查에 필요한 事項, 事實確認 및 關聯資料 要請 등을 할 수 있다(同法 第38條).

157. 참고로 大韓民國은 호주, 캐나다와 刑事司法共助條約을 締結하였으며 미국, 프랑스와 署名하였다.

第10條 (Article 10)

第1項

158. 大韓民國의 教育目的은 教育의 基本法인 教育法 第1條에 규정되어 있다. “教育은 弘益人間的 이념아래 모든 國民으로 하여금 人格을 완성하고 自主的 生活能力과 公民으로서의 資質을 具有하게 하여 民主國家發展에 봉사하며, 인류공영의 이상실현에 기여하게 함을 목적으로 한다”고 규정된(教育法 第1條) 教育理念에 따라 大韓民國은 教育制度를 운영, 國民教育을 실시하고 있다.

이와같은 教育理念에 따라 初等教育부터 人間이 가지는 尊嚴과 價値와 이에 수반되는 諸般制度에 대하여 教育이 이루어져 大韓民國 國民이라면 누구라도 拷問 기타 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰을 받지 아니할 權利가 있음을 인식하고 있다.

159. 大韓民國 政府는 拷問防止協約 加入過程에서 協約의 내용이 全國民에게 널리 알려질 수 있도록 많은 노력을 기울여 왔다.

法務部는 協約 加入을 앞두고 拷問防止協約에 관한 資料集을 발간·배포하여 協約의 內容과 加入의 意義를 알린 바 있다.

또한 본 協約은 관계부처의 意見照會와 國務會議의 議決을 거쳐 國民의 代表機關인 國會의 同意를 받아 批准되었고, 批准후 곧바로 國民들에게 公布되었다.

1995년 1월 9일 政府에서는 協約 寄託書를 유엔에 제출함과 동시에 拷問防止協約 加入 事實과 意義를, 1995년 2월 8일 協約의 發效와 함께 協約 發效의 意

義에 관하여 國內언론에 일제히 보도되도록 措置하여 그 內容이 國內언론에 일제히 보도된 바 있다.

160. 또한 政府는 國民을 대상으로 실시하는 遵法生活化運動을 적극 활용하여 人權規約과 拷問防止協約을 설명하고 중소도시·농어촌 주민을 대상으로 하는 대학생들의 夏季法律奉仕 활동시에도 동 協約을 소개하고 內容을 教育하고 있다. 1995년 11월에는 全國民 상대 生活法律紹介 冊子인 『法과生活』(9만부 발행)에 拷問防止協約加入 및 關聯內容을 게재하여 전국에 배포하였다.

1995년 12월 10일에는 政府행사로 世界人權宣言을 기념하면서 예년과 마찬가지로 人權 功勞者에게 勳章등을 포상하고 拷問防止協約 加入의 意義등을 전국언론을 통하여 홍보하였다. 또한 95년 12월초에는 人權週間을 설정하여 人權關聯 각종 無料相談을 실시하면서 拷問防止協約 加入 事實을 國民들에게 알렸다.

161. 檢察廳 및 警察廳등 각종 搜查機關에서는 被疑者의 逮捕, 拘束 및 그 處遇와 관련하여 人權保護를 위한 適法節次遵守 그리고 憲法 第27條 第4項에 保障된 無罪推定原則에 따라 被疑者를 處遇하도록 하는 內容의 과목을 편성하여 教育하고 있다.

구체적으로는 搜查官 教育에 『투철한 人權保護者로서의 倫理意識 고취』를 教育目標 중의 하나로 설정하고, 搜查官들로 하여금 搜查要員과 意識改革, 搜查와 人權, 搜查官倫理등을 필수과목으로 이수케 함으로써 法執行 節次過程에서 일어날 수 있는 拷問, 暴行 등 人權侵害의 소지를 사전에 차단하도록 하고 人權에 대한 인식제고를 위한 精神教育을 실시하는 한편, 刑事訴訟法·犯罪搜查規則 등의 法令教育을 실시하여 法에 규정된 適法節次를 엄격히 준수하도록 하는 등 人權과 관련하여 다각적으로 教育을 실시하고 있다.

162. 특히, 남북분단이라는 현실에서 진실과는 달리 國家安全企劃部에 대한 일부 부정적인 평가가 있어 國家安全企劃部에서는 사소한 人權是非까지도 없애기 위하여 搜查와 관련된 業務에 종사하고 있는 자들을 상대로 拷問禁止 및 適法節次遵守 등 철저한 人權保障을 위하여 수시로 教育을 실시하고 있다.

(a) 國家安全企劃部는 산하에 實務教育機構인 『情報研修院』을 설치하여 자체 情報搜查要員들에 대한 각종 教育은 물론 人權과 밀접한 業務를 담당하고 있는 警察, 軍要員등에 대하여도 情報研修院에서 教育을 실시하여 人權의 중요성을 집중적으로 教育함으로써 人權問題 개선에 좋은 결과를 가져오고 있다.

(b) 國家安全企劃部の 教育過程은 기초과정, 보수과정, 전문과정 등 3단계로 구분되고 각 단계별 教育過程마다 拷問防止를 위한 教育을 실시하고 있는데 憲法, 刑法, 刑事訴訟法상의 拷問등 人權關聯規定을 教育함은 물론 안기부 요원들이 不法逮捕·監禁 및 權利行使妨害罪, 職權濫用罪 등을 범하였을 때에는 國家安全企劃部法(第11條, 第19條)에 의해 加重處罰된다는 사실을 강조하고, 被疑者의 人權을 존중하여야 한다는 諸般規則과 指針을 教育하여 人權이 侵害되는 일이 없도록 하고 있다.

163. 大韓民國의 모든 장병은 定期 및 特別 軍法教育을 통하여 軍 본연의 임무인 國土防衛의 신성한 義務 및 國民의 人權尊重에 관해 常時教育을 받고 있으며, 특히 軍檢察官을 포함한 軍 搜查機關 從事者에 대하여는 자체 혹은 上級機關, 外部機關에 의한 보다 실질적인 人權擁護 教育을 지속적으로 실시하고 있다.

戰時를 대비한 방어훈련시에는 捕虜등의 處遇에 관한 제네바協約등의 國際法을 중심으로 하여 辯護士資格 所持者인 軍法務官이 特別 軍法教育을 실시하면서 拷問 등 苛酷行爲는 國際法的으로도 중대한 戰爭犯罪行爲임을 모든 장병에게 주지시키고 있다.

164. 矯導所, 少年院 등 收容者를 管理하는 公務員은 물론 여타의 公務員들에 대하여도 임용시는 물론 定期教育시에 拷問行爲禁止등 收容者의 人權을 존중하여 處遇할 것을 教育하여 人權侵害의 예방에 만전을 기하고 있다.

165. 出入國管理公務員에게도 不法滯留 外國人을 단속하거나 保護外國人을 管理하는 경우에 出入國管理法令상의 規程을 엄격히 준수하고 人權侵害나 不當待遇 事例 등이 발생하지 않도록 教育시켜 선량한 管理가 이루어지도록 하고 있다.

166. 한편 大韓民國은 大韓辯護士協會, 國際人權擁護韓國聯盟등 人權團體 등의 對國民 人權教育을 지원하며 동 機關들에 의한 拷問防止 教育을 保障하고 있다.

第2項

167. 刑事訴訟法 第198條는 檢事, 司法警察官吏 기타 職務상 搜查에 관계 있는 자는 秘密을 엄수하여야 하며 被疑者 또는 다른 사람의 人權을 존중하고 搜查에 방해되는 일이 없도록 주의하여야 한다고 포괄적이고 일반적인 규정을 두어 搜查에 종사하는 자들의 주의를 환기시키고 있다.

168. 憲法과 刑事訴訟法에 근거하여 法務部는 司法警察官吏執務規則(法務部令)을 발령하였는바, 동 規則 第3條에서는 “司法警察官吏는 國民의 自由와 權利를 保護함을 그 사명으로 하므로 항상 公明正大하고 國民의 信任을 받도록 노력하여야 한다”는 점은 특별히 명심하여야 한다고 하고, 第7條에서는 “司法警察官吏는 犯罪를 搜查함에 있어서 機密을 엄수하여 搜查에 지장을 초래하지 아니하도록 주의하여야 하며 被疑者·被害者 기타 關係人의 名譽를 훼손하지 아니하도록 하여야 한다”고 하여 司法警察官吏가 犯罪를 搜查하면서 被疑者등을 상대로 拷

問 기타 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰을 하지 아니하도록 하였다.

169. 한편, 警察廳에서는 여러가지 訓令을 발령하여 人權保護에 만전을 기하고 있다.

(a) 犯罪搜查規則(警察廳訓令 第57號)

警察官이 搜查를 할 때에는 個人의 人權을 존중하고 公正誠實하게 하여야 한다(第2條 第2項).

搜查를 할 때에는 刑事訴訟法 등 관계 法令과 規則을 엄수하여 個人의 自由와 權利를 不當하게 侵害하는 일이 없도록 주의하여야 한다(第3條).

刑事被疑者로 搜查받은 자중 拘束令狀을 발부받기 위하여 일시 대기하는 자 등은 반드시 刑事待機 被疑者名簿에 기재하고 人權에 유의함은 물론 逃走·自傷·自殺의 사고가 없도록 특별히 保護하여야 한다(第138條).

調査를 함에 있어서는 拷問·暴行·脅迫·身體拘束의 不當한 長期化 또는 欺罔 기타 陳述의 任意性에 관하여 의심받을 만한 방법을 취하여서는 아니된다(第167條).

(b) 被疑者留置및護送規則(警察廳訓令 第62號)

留置중의 被疑者(이하 “留置人”이라 한다)에 대하여는 그 處遇의 적정으로 人權의 保障에 최선을 다하여야 한다(第2條).

警察署長과 留置主務者는 간수자가 留置人에게 暴言, 苛酷行爲 등을 하지 못하도록 교양을 실시하고 監督하여야 하며 항상 留置人의 人權에 관하여 유의하여야 하고 留置場내에는 警察棒, 棍棒 등 일체의 戒具를 비치할 수 없다(第40條).

(c) 護送警察官出張所勤務規則(警察廳訓令 第61號)

出張所를 管轄하는 警察官署長은 出張所要員으로 하여금 被疑者에 대하여 그 處理管理의 적정으로 人權保障에 최선을 다하도록 능률적으로 管理하여야 한다(第4條).

(d) 警察業務便覽(8-4 留置場管理, 留置人 人權擁護 및 教養)

(1) 暴言, 苛酷行爲 禁止

留置場 내에는 警察棒과 手匣·捕繩과 같은 留置人의 몸을 얹는 기구를 비치할 수 없으며 유치주무자는 勤務者가 留置人에게 暴言, 苛酷行爲 등을 하지 못하도록 교양과 監督을 철저히 하여 留置人의 人權保護를 위해 항상 유의한다.

(2) 慎重한 人身拘束

被疑者를 拘束할 때에는 주무과장이 搜查記錄을 직접 신중히 검토한 후 措置한다.

(3) 人權擁護期間 設定

매년 12월중 國際人權宣言日을 전후 행사와 병행하여 留置人의 人權擁護強調 期間을 설정 실시한다.

170. 1994년 1월 國家安全企劃部法이 개정되어 國家安全企劃部 職員은 職權을 濫用하여 法律에 의한 節次에 의하지 아니하고 사람을 逮捕·監禁하거나 다른 사람 등으로 하여금 義務없는 일을 하게 하거나 사람의 權利行使를 방해하여서는 아니된다고 하면서 職務를 수행함에 있어 適法節次를 준수하여야 한다는 職權濫用禁止 규정을 두는 한편 이를 違反한 자들에 대하여 중한 處罰을 하고 있다. 나아가 國家安全企劃部는 각종 規程과 指針을 발령하여 拷問을 禁止시키고 있다.

(a) 搜查官職務規程(94.1 전면개정)에서는 國家安全企劃部 職員으로 하여금 다음 신조를 가지고 職務를 수행하도록 하고 있다.

“國民의 基本權을 保護하고 清廉 公正하게 職務를 수행하여 國民의 신뢰를 받도록 노력해야 한다. 犯罪 搜查를 함에 있어 언제나 모든 關係法令을 연구·준수하여 國民의 자발적인 협조를 받을 수 있도록 해야 한다.”

또한 동 職務規程은 調查期間중 被疑者의 健康異狀有無 檢診을 義務化하고 被疑者에게 辯護人·辯護人이 되려는 자·친족 등 타인과의 의견을 최대한 保障하도록 규정함으로써 制度的으로 被疑者에게 苛酷行爲를 할 수 있는 여지를 없앴다.

(b) 被疑者訊問規則 및 각종 指針을 통해 犯罪嫌疑가 있는 자에 대해 現行犯을 제외하고는 任意同行을 禁止시키고, 拘束被疑者에 대하여는 일과시간내 訊問을 原則으로 하고 있으며, 訊問用語 순화등 고압적인 訊問慣行을 척결토록 하는 등 被疑者 人權을 侵害함이 없는 搜查慣行을 정착시키기 위해 부단히 노력하고 있다.

171. 大韓民國은 軍人의 服務 기타 병영생활에 관한 基本的인 指針인 軍人服務 規律 第14條에서 職權濫用의 禁止를, 第15條에서 私的 制裁의 禁止를 각 규정하여 軍人은 어떠한 경우에도 毆打, 暴言 및 苛酷行爲 등 私的 制裁를 행하지 못하도록 하고 指揮官에게는 병영생활의 지도 또는 軍紀 확립의 구실로 毆打, 暴言 기타 苛酷行爲가 발생하지 않도록 부하를 指導監督하여야 할 義務를 지우고 있다.

172. 法務部는 收容者들에 대한 拷問등을 防止하고 收容者들의 人權伸張을 위하여 몇가지 규정을 제정하여 시행하고 있다.

(a) 戒護勤務準則(法務部訓令 第293號, 1993.11.26)

戒護勤務에 임하는 職員이 收容者를 處遇함에 있어서는 다음 사항 신조로 삼아야 한다(第4條).

(1) 人格을 존중하고 名譽保存에 힘써야 하며, 戒護團束·規律維持 등을 빙자하여 職權을 濫用하여서는 안된다.

(2) 엄정한 가운데 處遇에 公평을 기하여야 하며, 感情에 치우쳐 편견을 가지거나 지나친 편의제공 등 特別取扱을 하여서는 아니된다.

收容者에게는 法令으로 정하여진 작업이외에 사역을 부가하거나 私的制裁를 가하여서는 아니된다(第16條).

戒具는 所長 또는 그 代理者의 命命에 의하여서만 사용하여야 한다. 단, 상황이 긴급하여 命命을 받을 시간적 여유가 없을 때는 즉시 사용하되 반드시 사후에 所長의 승인을 받아야 한다(第17條).

違法行爲者에 대한 搜查 및 規律違反者에 대한 調査는 保安課長의 지시에 의하여 행하고 특히 다음 사항에 유의하여야 한다(第97條).

調査에 있어서는 犯意·犯情 및 犯行後의 心情 등을 명백히 밝혀야 한다. 단, 自白의 強要가 있어서는 아니된다. 만약, 故意로 否認하는 자가 있을 때에는 가급적 證據를 수집하여 사실을 證明하여야 한다.

(b) 收容者規律및懲罰에 관한規則(法務部令 第411號, 1995.8.11)

收容者가 規律를 違反하여 이를 調査할 때에는 擔當敎導官은 다음 사항을 준수하고, 調査를 받는 收容者에게 不當한 人權侵害가 없도록 유의하여야 한다(第7條).

(1) 收容者에게 規律違反行爲가 있음을 발견하였을 때에는 지체없이 矯導所 등의 長 또는 그 代理者에게 보고하고 그 지시에 따라 措置하여야 한다.

(2) 調査를 받는 收容者에게는 충분한 陳述의 기회를 주어야 하며, 公正한 절차와 객관적 證據에 의하여 調査하고 선입견이나 추측에 의한 處理를 하여서는 아니된다.

(3) 調査業務는 調査를 담당하는 敎導官이 별도로 설치된 調査室에서 수행하여야 한다.

(c) 少年院生收容指針(法務部訓令 第265號, 1992.6.1)

少年院長은 院生을 지도함에 있어 偏見·差別待遇·苛酷行爲 기타 非教育的 處遇를 하여 院生으로 하여금 불안·권태·갈등·욕구불만 등을 갖게 하여서는 아니 되며 항상 온정과 관용으로 지도하여야 한다(第4條).

少年院長은 毆打行爲, 亂動, 離脫 기타 收容事故防止를 위한 종합대책을 수립·시행하여야 한다(第19條).

第11條(Article 11)

173. 大韓民國에는 搜查節次·裁判節次·執行節次등에 관한 制度, 規則, 指針, 方法 및 慣行에 대한 체계적 검토를 위하여 다양한 制度的 裝置가 마련되어 있다. 國民의 請願權과 留置場 監察制度 등은 拷問등과 관련된 制度, 規則, 指針, 慣行등에 대한 체계적 검토에 아주 유용한 制度이다.

174. 모든 國民은 法律이 정하는 바에 따라 國家機關에 의견이나 희망을 陳述할 수 있다(憲法 第26條).

(a) 被害者 기타 모든 國民은 請願事項을 주관하는 官署에 被害救濟, 公務員의 비위의 시정 또는 公務員에 대한 懲戒나 處罰要求, 法律·命令·規則의 制定·改正 또는 廢止, 公共의 制度 또는 施設의 運營 기타 公共의 권한에 속하는 사항에 대하여 請願할 수 있다(請願法 第4條). 따라서 拷問등과 관련된 制度, 審問規則, 指針, 方法 및 慣行에 대하여 國民은 請願할 수 있다.

(b) 國家機關은 請願에 대하여 審査할 義務가 있다(憲法 第26條). 또한 憲法 第89條 第15號는 政府에 제출 또는 회부된 政府의 政策에 관계되는 請願은 國務會議의 審議를 거치도록 하고 있다. 나아가 請願法은 當該機關에게 請願을 誠實·公正·迅速히 審査하고 그 결과를 請願人에 통지할 義務를 지우고 있다(請願法 第9條). 國民에 대한 處理結果의 通報는 請願制度의 효율성을 제고하고 있다.

(c) 또한 國民은 國會議員의 소개로 國會에도 請願할 수 있다. 國會에 대한 請願은 소관 委員會에서 審査하며, 國會가 채택한 請願으로서 政府에서 處理함이 타당하다고 인정되는 請願은 意見書를 첨부하여 政府에 이송하는데, 이 경우 政府는 請願을 處理하고 그 處理結果를 國會에 보고하여야 한다(國會法 第123條, 第126條).

(d) 한편, 國民은 請願을 이유로 差別待遇를 받거나 不利益을 強要당하지 아니한다(請願法 第11條).

175. 大韓民國은 1994년 1월 7일 行政規制및民願事務基本法을 제정하여 國民이 行政廳등을 상대로 民願을 제기하여 制度改善에 의한 不法·不當行爲를 배제할 수 있도록 했다.

(a) 民願人이 行政機關의 違法, 不當하거나 소극적인 行爲 및 不合理한 行政制度로 인하여 國民의 權利를 侵害하거나 國民에게 불편·부담을 주는 行爲에 대해

여 行政機關을 상대로 民願을 제기할 수 있다. 따라서 拷問關聯 사안도 民願對象이 될 수 있다.

(b) 行政機關은 民願事項을 다른 業務에 優先하여 處理하여야 하며(行政規制 및 民願事務基本法 第9條 第1項) 民願人의 民願事項을 拒否하거나 民願事項의 실현이 불가능한 경우에는 그 法令上·事實上의 理由를 명시하여 民願人에게 통지하여야 한다(同法 第12條 第1項). 결국 行政機關은 불합리한 이유로 制度改善등에 대한 의견을 거절할 수 없다 할 것이다.

(c) 나아가 拷問關聯事案도 事案에 따라 國務總理 산하의 國民苦衷處理委員會에 苦衷民願에 대한 相談, 調査 및 處理의 신청대상이 될 수 있다(同法 第15條).

176. 특히 行刑法은 受刑者 또는 未決收容者가 그 處遇에 대하여 不服이 있을 때에는 法務部長官 또는 巡迴點檢 公務員에게 請願할 수 있도록 하고(行刑法 第6條 第1項), 收容者로부터 각종 出願이 있을 때에는 신속히 處理하고 소관 責任者에게 보고하여 지시를 받아 措置하도록 하고 있으며, 處遇와 관련하여 請願등이 있을 때 不當하게 차단하여서는 아니된다고 규정하고 있다(戒護勤務準則 第27條).

177. 少年院에 保護된 保護少年의 경우 그 處遇에 不服이 있을 때에는 法務部長官에게 請願할 수 있다(少年院法 第11條). 軍矯導所등 拘禁施設에 수감된 사람도 그 處遇에 대하여 不服이 있는 경우에는 이를 당해 參謀總長이나 巡閱官에게 請願할 수 있다(軍行刑法 第4條).

178. 전국 出入國管理事務所에는 外國人 苦衷相談室을 설치하여 不法入國 外國人이 苦衷相談을 요구할 경우 성실히 이에 응하고 苦衷內容을 해당부처와 협조하여 빠른 시일내에 해결할 수 있도록 함으로써 外國人 人權保護에도 만전을 기하고 있다.

179. 또한 85와 86에서 언급한 바와 같이 檢事와 軍檢察官의 搜查機關 留置場監察(刑事訴訟法 第198條의 2, 軍事法院法 第230條)과 檢事·判事·軍檢察官 軍判事 등의 矯導所등 視察(行刑法 第5條, 軍行刑法 第3條, 少年院法 第10條)은 拷問과 관련된 制度, 規則, 指針, 慣行 개선에 크게 기여하고 있다.

180. 또한 法務部, 檢察, 警察廳, 矯導所 등은 자체 監查官室과 企劃擔當者를 두어 잘못된 慣行과 制度를 지속적으로 점검 개선해 나가고 있다. 그 결과 많은 制度와 慣行의 개선이 이루어지고 있다.

第12條(Article 12)

181. 大韓民國의 諸般 法律은 拷問이 행하여졌다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 경우에는 檢事 또는 司法警察官이 즉각적이고 公正한 搜查에 착수할 것을 保障하고 있다.

182. 搜查의 端緒에는 現行犯人의 逮捕, 變死者의 檢屍, 不審檢問, 訊問記事, 風聞등과 같이 搜查機關 자신의 체험에 의한 경우와 告訴·告發·自首·陳情·犯罪申告 등과 같이 타인의 체험에 의한 경우가 있는데, 어느 경우든 犯罪嫌疑를 인정할 만한 합리적인 근거가 있는 경우에는 搜查機關이 犯人, 犯罪事實과 證據를 搜查하여야 한다.

183. 搜查의 公正性을 확보하기 위하여 法官과 資格要件이 같으며 身分保障을 받고 있는 檢事를 搜查의 主宰者로 하고 搜查官, 警務官, 總警, 警監, 警衛는 司法警察官으로서 檢事의 指揮를 받아 搜查를 하도록 하였으며 警查, 警長, 巡警은 司法警察吏로서 檢事 또는 司法警察官의 指揮를 받아 搜查를 補助하도록 하고 있다.

184. 또한 刑事訴訟法은 搜查의 公正性을 확보하기 위하여 被疑者의 陳述拒否權(刑事訴訟法 第200條 第2項) 辯護人 接見交通權(同法 第34條), 逮捕·拘束通知(同法 第200條의 5, 第209條, 第87條), 逮捕·拘束된 被疑者의 接見·辯護人 依賴(同法 第200條의 5, 第209條, 第89條, 第90條)등에 관하여 규정을 두고 있다.

185. 특히 國家安全企劃部法은 搜查를 담당하는 國家安全企劃部 職員등에 대하여는 公正性 확보를 위하여 위와 같은 내용을 철저히 지킬 것을 내용으로 한 特別規定을 두고 있다(國家安全企劃部法 第11條 第2項).

186. 刑事訴訟法은 迅速한 搜查를 위하여 檢事를 搜查의 主宰者로 하여 搜查權과 搜查指揮權을 집중시키고(刑事訴訟法 第195條), 檢事와 司法警察官의 拘束期間을 제한하는 규정(同法 第202條, 第203條)을 두고 있다. 協約 第11條와 관련하여 언급한 당사자들의 民願提起 역시 迅速한 搜查를 담보하고 있다.

第13條(Article 13)

187. 大韓民國의 諸般 法律은 拷問被害者등의 請願과 告訴를 保障하고 있을 뿐 아니라, 請願, 告訴, 證據提示등을 이유로 不當한 處遇나 脅迫으로부터 保護될 수 있도록 하여 協約 第13條를 준수하고 있다.

188. 犯罪로 인한 被害者는 搜查機關등에 告訴할 수 있다(刑事訴訟法 第223條).

被害者의 法定代理人은 독립하여 告訴할 수 있고 被害者가 사망한 때에는 그 配偶者, 直系親族 또는 兄弟姊妹도 告訴할 수 있으며(同法 第225條) 代理人에 의한 告訴도 가능하다(同法 第236條).

나아가 누구든지 犯罪가 있다고 사료하는 때에는 告發할 수 있고 公務員은 그 職務를 행함에 있어 犯罪가 있다고 사료하는 때에는 告發하여야 한다(同法 第234條).

189. 告訴 또는 告發은 書面 또는 口述로써 檢事 또는 司法警察官에게 행하며, 檢事 또는 司法警察官이 口述에 의한 告訴 또는 告發을 받은 때에는 調書를 작성하고(同法 第237條), 告訴 또는 告發이 있는 事件에 관하여 公訴를 提起하거나 提起하지 아니하는 處分, 公訴의 取消 또는 他官送致, 軍檢察官에의 事件送致를 한 때에는 그 處分한 날로부터 7일이내에 書面으로 告訴人 또는 告發人에게 그 취지를 통지하여야 한다(同法 第258條 第1項). 그리고 公訴를 提起하지 아니하는 處分을 한 경우에 告訴人 또는 告發人의 請求가 있는 때에는 7일이내에 그 이유를 서면으로 설명하여야 한다(同法 第259條).

190. 告訴·告發을 接受한 경우 檢事와 司法警察官은 신속히 搜查하여야 한다.

(a) 檢事が 告訴 또는 告發에 의하여 犯罪를 搜查할 때에는 告訴 또는 告發을 수리한 날로부터 3월 이내에 搜查를 완료하여 公訴提起 여부를 결정하여야 한다(同法 第257條).

(b) 刑事訴訟法은 司法警察官이 告訴·告發을 받은 때에는 신속히 調查하여 關係書類와 證據物을 檢事에게 송부하도록 하고 있으며(同法 第238條) 司法警察官吏執務規則은 司法警察官이 告訴 또는 告發에 의하여 犯罪를 搜查할 때에는 告訴 또는 告發을 수리한 날로부터 2월이내에 搜查를 완료하여야 하고 2월이내에 搜查를 완료하지 못하였을 때에는 管轄 地方檢察廳 또는 支廳의 檢事의 指揮를 받도록 하고 있다(司法警察官吏執務規則 第39條).

191. 특히 警察官署에서 告訴事件을 接受한 때에는 아래와 같은 特別規定을 두어 신속히 調査를 행하고 있다.

(a) 告訴事件을 제기하는 자가 있을 때에는 搜查管轄의 여부를 불문하고 이를 수리하도록 하여 告訴人은 地域管轄에 관계없이 警察官署에 告訴를 제기할 수 있고, 告訴人이 직접 휴대하여 제출한 民願書類는 民願室에서 接受臺帳에만 登載한 후 民願書類와 民願人을 관련 주무부서에 즉시 인계하고, 주무부서 간부가 즉시 調査者를 지정하여 즉시 補充調書를 작성케 한 후 결재토록 하여 가급적 民願人이 調書作成을 위하여 재차 출석하는 일이 없도록 하고 있다(警察業務便覽 8-2).

(b) 告訴事件은 관련 法律의 處理期限에도 불구하고 상당한 이유가 없는 한 接受日로부터 1개월 이내에 完決處理하여 신속히 處理하고 있다(犯罪搜查規則 第66條).

(c) 告訴事件을 완결하였을 때에는 그 결과를 즉시 民願人에게 통지하고 處理期日을 연장한 경우, 1개월 경과시마다 중간 통지를 하여 告訴人이 處理狀況을 파악할 수 있도록 하였다(警察業務便覽 8-2).

192. 告訴人등에 대한 身邊安全保護를 위하여 告訴人등을 상대로 殺人, 傷害, 暴行, 脅迫, 逮捕, 監禁罪를 범한 경우에는 刑을 加重하여 處罰하고 있으며, 法律의 規定에 따라 救助金을 지급하고 있다.

(a) 刑法 第250條 第1項(殺人)의 罪를 범한 자가 자기 또는 타인의 刑事事件의 搜查 또는 裁判과 관련하여 告訴·告發등 搜查端緒의 提供·陳述·證言 또는 資料提出에 대한 보복의 목적으로 殺人한 경우는 물론, 告訴 告發등 搜查端緒의 提供·陳述·證言 또는 資料提出을 하지 못하게 할 목적으로 또는 告訴·告發을 取消

하게 하거나 허위의 陳述·證言·資料提出을 하게 할 목적으로 殺人한 때에는 死刑·無期 또는 10년 이상의 懲役에 처한다(特定犯罪加重處罰등에 관한 法律 第5條의9 第1項).

(b) 刑法 第257條 第1項(傷害)·第260條 第1項(暴行)·第276條 第1項(逮捕 監禁) 또는 第283條 第1項(脅迫)의 罪를 범한 자가 전술한 목적으로 罪를 범한 때에는 1년 이상의 有期懲役에 처하며(同條 第2項) 위와 같은 목적으로 傷害, 暴行, 逮捕 監禁의 罪를 범하여 사람을 致死한 때에는 無期 또는 3년 이상의 懲役에 처한다(同條 第3項).

(c) 자기 또는 타인의 刑事事件의 搜查 또는 裁判과 관련하여 필요한 사실을 알고 있는 자 또는 그 친족에게 정당한 사유없이 面談을 強要하거나 威力을 보인 자는 3년 이하의 懲役 또는 300만원 이하의 罰金에 처한다(同條 第4項).

(d) 자기 또는 타인의 刑事事件의 搜查 또는 裁判에 있어서 告訴·告發등 搜查端緒의 提供·陳述·證言 또는 資料提出과 관련하여 被害者로 된 경우에 그 被害者 또는 유족에게는 救助金이 지급된다(犯罪被害者救助法 第3條 第1項).

193. 특히 拷問이 強姦·強制醜行·殺人行爲로 행하여진 경우 大韓民國 法律은 檢事가 證人保護를 위하여 特別한 措置를 취하도록 하고 있다(特定強力犯罪의 處罰에 관한 特例法 第7條).

(a) 檢事는 凶器使用 또는 2인이상이 共同으로 범한 強姦·強制醜行 殺人등의 證人이 被告人 기타 사람으로부터 生命·身體에 害를 받거나 받을 염려가 있다고 인정되는 때에는 管轄 警察署長에게 證人의 身邊安全을 위하여 필요한 措置를 할 것을 要請할 수 있다(同條 第1項).

(b) 證人と 裁判長은 檢事에게 위와 같은 措置를 취할 것을 要請할 수 있다 (同條 第2項, 第3項).

(c) 檢事の 要請을 받은 管轄 警察署長은 즉시 證人の 身邊安全에 필요한 措置를 하고 이를 檢事에게 通報하여야 한다(同條 第4項).

194. 88 내지 91에서 언급한 바와 같이 檢察의 不起訴處分에 대하여는 抗告, 再抗告, 憲法訴願 및 裁定申請으로 이의를 제기할 수 있어 被害者의 告訴權을 보다 의미있게 하고 있다.

195. 檢事 또는 司法警察官의 拘禁등에 관한 處分에 대하여 不服이 있는 경우 法院에 그 處分の 取消 또는 變更을 요구하여 拷問의 手段으로 행하여진 拘禁의 取消를 구할 수 있다(刑事訴訟法 第417條).

196. 한편, 現行法은 拷問被害者등은 法律이 정하는 節次에 따라 請願을 할 수 있도록 하면서 請願을 이유로 不利益을 強要당하지 아니하도록 하고 있고(請願法 第4條, 第11條) 民願을 제기할 수 있도록 하고 있을 뿐 아니라(行政規制및民願事務基本法 第3條) 受刑者, 未決收容者 등에게 請願할 수 있다고 하면서 請願을 이유로 不當處遇禁止規定을 두고 있고(行刑法 第6條, 同法施行令 第8條) 少年院의 保護少年도 不當處遇와 관련하여 請願할 수 있다고 규정하고 있다(少年院法 第11條).

197. 또한 軍은 엄격한 階級構造와 일사불란한 命令服從體系의 특수성을 가지고 있어 자칫 拷問등 苛酷行爲가 公開되지 아니하고 隱蔽될 소지가 있으므로 그 예방을 위하여 告訴와 請願關聯 制度를 강화하고 있다.

(a) 事件을 담당한 檢察官이 犯罪者를 起訴하지 아니할 경우 軍事法院法 第

300條에 따라 告訴人에게 不起訴理由를 설명하여야 하며 89에서 언급한 바와 같이 軍檢察官이 起訴하지 아니하는 경우 모든 事件에 대하여 高等軍事法院에 裁定申請을 할 수 있다.

(b) 자체부대나 上級機關에 의한 訴願受理制度를 운용하면서 訴願을 제기하는 각개 병사의 身元이 노출되지 않도록 하여 이후 不利益받을 가능성을 배제하고, 拷問등 苛酷行爲로 인한 被害를 입었거나 그러한 行爲를 목격한 경우 이를 匿名으로 告發할 수 있도록 하여 拷問犯罪를 포함한 각종 軍内の 犯罪를 예방하는데 기여하고 있다.

(c) 軍檢察官 또는 軍司法警察官의 拘禁등에 관한 處分에 대하여 不服이 있는 경우 管轄 軍事法院등에 그 處分の 取消 또는 變更을 구할 수 있다(軍事法院法 第466條).

(d) 軍矯導所 拘禁施設 收監者도 그 處遇에 不服이 있는 경우 參謀總長 또는 巡閱官에게 請願할 수 있다(軍行刑法 第4條).

198. 또한 大韓民國은 市民的 및 政治的 權利에 관한 國際規約과 동 選擇議定書에 加入하고 있어 拷問被害者는 유엔기구에도 請願을 할 수 있다.

第14條(Article 14)

199. 大韓民國은 각종 法律에 의해 拷問被害者 및 遺族에게 正當한 補償請求權을 인정하여 協約 第14條를 준수하고 있다.

200. 刑事被疑者 또는 刑事被告人으로서 拘禁되었던 자가 不起訴處分을 받거나

無罪判決을 받은 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家에 正當한 補償을 請求할 수 있다(憲法 第28條).

(a) 刑事補償法은 刑事補償節次에 대하여 상세한 규정을 두고 拷問의 한 形態로 拘禁이 이루어지고 無嫌疑 處分을 받거나 無罪判決을 받은 拷問被害者는 刑事補償法에 의한 補償請求權을 가질 수 있도록 하고(刑事補償法 第1條, 第26條), 相續人도 補償請求權을 가질 수 있도록 하고 있다(同法 第2條, 第28條).

(b) 正當한 補償을 保障하기 위하여 法院은 補償金額을 정할 때에 拘禁의 種類, 期間의 長短, 期間중에 받은 財産상의 損失과 얻을 수 있었던 利益의 喪失 또는 精神상의 苦痛과 身體상의 損傷, 警察·檢察·法院등 각 機關의 故意 또는 過失의 유무 기타 모든 사정을 고려하여야 한다(同法 第4條 第2項).

201. 業務員의 職務상 不法行爲로 損害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家 또는 公共團體에 正當한 賠償을 請求할 수 있고 이 경우 公務員 자신의 責任은 면제되지 아니한다(憲法 第29條 第1項).

(a) 國家賠償法은 國家賠償節次에 대하여 상세한 규정을 두어 拷問의 한 形態로 拘禁이 이루어진 경우 拷問被害者는 國家賠償法에 의한 賠償請求權을 가진다(國家賠償法 第2條).

(b) 國家賠償法은 被害者가 死亡한 경우 被害者의 유족등 相續人에게 賠償金支給義務를 규정하고 있다(同法 第3條 第1項).

(c) 현행 國家賠償法은 피해발생시 療養費, 治療費, 遺族·休業賠償, 慰藉料 등에 대하여 상세한 규정을 두어 正當한 賠償을 保障하고 있다.(同法 第3條 내지 第3條의 2).

(d) 특히 大韓民國 法院은 호프만식에 의하여 將來逸失利益을 계산하여 賠償함으로써 被害者에 대한 正當한 賠償에 만전을 기하고 있다.

(e) 外國人이 拷問被害者인 경우에는 相互保證이 있는 경우에 한하여 大韓民國을 상대로 賠償請求할 수 있다(同法 第7條).

(f) 拷問등이 있었음에도 國家賠償法상의 國家賠償責任이 인정되지 아니하는 경우에는 拷問被害者는 民法의 규정에 의하여 公務員에 대하여 損害賠償을 請求할 수 있다.

202. 大韓民國 憲法 第30條는 타인의 犯罪行爲로 인하여 生命·身體에 대한 被害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家로부터 救助를 받을 수 있다고 규정하고 이에 근거한 犯罪被害者救助法은 救助節次에 대하여 상세한 규정을 두고 있다.

동법에 의하여도 拷問被害者는 國家로부터 충분한 救濟措置를 받고 적절한 補償을 요구할 수 있으며 被害者가 死亡한 경우에는 被害者의 扶養家族이 補償을 요구할 수 있다.

203. 한편 拷問 및 拷問 類似行爲를 이유로 法院이 刑法상의 傷害罪, 重傷害罪, 傷害致死傷罪의 有罪判決을 宣告할 경우에는 職權 또는 被害者나 그 相續人의 申請에 의하여 被告事件의 犯罪行爲로 인하여 발생한 직접적인 物的 被害 및 治療費 損害에 대하여 賠償을 명할 수 있다(訴訟促進등에 관한特例法 第25條). 따라서 拷問 및 拷問 類似行爲의 被害者는 一般 民事訴訟節次를 거치지 아니하고도 迅速하게 被害를 賠償받을 수 있다.

204. 大韓民國 政府는 協約의 기능이 國內法하에서 인정되는 被害者 또는 여타

사람들의 補償請求權利에 영향을 미치지 아니한다는 協約 第14條 第2項을 인식하고 있다.

第15條(Article 15)

205. 大韓民國의 憲法과 法律은 拷問에 의하여 얻어진 陳述을 證據로 사용할 수 없다고 규정하고 法院의 判例도 이를 확인하고 있다.

206. 憲法과 刑事訴訟法은 被告人의 自白이 拷問, 暴行, 脅迫, 拘束의 不當한 長期化 또는 欺罔 기타의 方法에 의하여 自意로 陳述된 것이 아니라고 인정될 때 이를 有罪의 證據로 삼거나 이를 이유로 處罰할 수 없다고 규정하고 있다(憲法 第12條 第7項, 刑事訴訟法 第309條).

또한 刑事訴訟法은 被告人 또는 被告人아닌 者의 陳述이 임의로 된 것이 아닌 경우에는 證據로 할 수 없다고 하고, 위 陳述을 내용으로 하는 서류도 그 作成 또는 內容인 陳述이 임의로 되었다는 것이 證明된 것이 아니면 證據로 할 수 없다고 규정하고 있다(刑事訴訟法 第317條).

207. 檢事가 被疑者나 被疑者아닌 者의 陳述을 기재한 調書와 檢事 또는 司法警察官이 檢證의 결과를 기재한 調書는 公判準備 또는 公判期日에서의 原陳述者의 陳述에 의하여 그 성립의 진정함이 인정된 때에만 證據로 할 수 있다(同法 第312條 第1項 本文).

단 被告人이 된 被疑者의 陳述을 기재한 調書는 그 陳述이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 그 被疑者였던 被告人의 公判準備 또는 公

判期日에서의 陳述에도 불구하고 證據로 할 수 있다(同法 第312條 第1項 但書).

檢事이외의 搜查機關 작성의 被疑者訊問調書는 公判準備 또는 公判期日에 그 被疑者였던 被告人이나 辯護人이 그 내용을 인정할 때에 한하여 證據로 할 수 있다(同法 第312條 第2項).

이들 규정을 종합하면 現行法은 司法警察官이 작성한 被疑者訊問調書에 대해서는 被告人이 證據로 함에 同意하지 않는 한 證據로 사용할 수 없도록 하고 檢事가 작성한 被疑者訊問調書에 대해서도 被疑者의 陳述이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 때에 한하여 證據로 할 수 있도록 하여 搜查機關에서의 拷問에 의한 自白을 證據에서 배제하기 위한 制度的裝置를 마련하고 있다.

208. 證據能力 배제에 관한 大法院의 主要判例를 소개하면 다음과 같다.

(a) 被告人이 搜查機關에서 한 自白을 拷問에 의한 虛偽自白이라고 하는 주장은 가볍게 신빙력있는 것으로 보이지 아니하나 被告人이 범행을 한 뚜렷한 動機가 없고 犯人이라는 嫌疑를 받을 搜查의 端緒도 없으며 被告人의 自白陳述이 客觀的 合理性이 결여되고 범행현장과 객관적 상황 및 주요한 부분이 부합되지 않는 등의 특별 사정이 있는 경우 被告人이 搜查機關에서 自白하게 된 연유가 被告人의 주장대로 拷問이 아니라고 할지라도 다소의 暴行 또는 기타의 方法으로 自白을 強要하여 任意로 陳述한 것이 아니라고 의심할 사유가 있다(大法院1977. 4.26 宣告, 77도210 判決).

(b) 檢事 앞에서 調查받을 당시는 自白을 強要당한 바 없다고 하더라도 檢事이외의 搜查機關에서 調查받을 당시 拷問을 받아 任意性 없는 虛偽自白을 하고 그 任意性없는 心理狀態가 檢事의 調查段階에서까지 계속된 경우에는 檢事 앞에

서의 自白은 任意性이 없다(大法院 1981.10.13 宣告, 81도2160 判決; 1983.6.24 宣告, 83도497 判決; 1992.11.24 宣告, 92도2409 判決).

(c) 被告人은 公判廷에서의 陳述 당시에 司法警察官에게서 拷問받은 사실을 陳述하였고 진단서까지 제시하여 自白 및 陳述의 任意性을 부인하였으며 檢察調查時에도 위와 같은 虛偽自白 및 陳述의 사정을 호소했으나 들어주지 아니하여 할 수 없이 그대로 陳述하였다는 것이라면 檢事作成의 被告人에 대한 被疑者訊問調書상의 陳述記載는 그 신빙성을 인정하기 어렵다(大法院 1989.1.31 宣告, 88도680 判決).

(d) 刑事訴訟法 第309條는 '被告人의 自白이 拷問, 暴行, 脅迫, 身體拘束의 不當한 長期化 또는 欺罔 기타의 方法으로 임의로 陳述한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때에는 이를 有罪의 證據로 하지 못한다'고 규정하고 있는 바, 위 法條에 규정된 被告人의 陳述의 自由를 侵害하는 違法事由는 原則적으로 예외사유로 보아야 한다. 自白의 信憑性 여부를 판단함에 있어서는 自白의 陳述內容 자체가 客觀적으로 合理性이 있는가, 自白의 動機나 理由 및 自白에 이르게 된 經緯가 어떠한가, 自白이외의 情況證據등 自白과 저촉되거나 모순되는 것은 없는가 하는 점을 심사숙고하여 판단해야 한다(大法院 1985.5.26 宣告, 82도2413 判決).

(e) 被告人이 檢察調查 기간중 警察署 留置場에 수감되어 있었는데 檢事に 의하여 第1回 被疑者訊問을 받을 때에는 범행을否認하고 警察에서의 自白은 심한 拷問에 의한 것이라고 주장하다가 그후 별다른 搜查의 진전이 없는데도 第2回 이후부터 범행사실을 순순히 自白하였으며 1審 法廷에 이르러서는 다시 범행을否認하고 있고 證人들의 證言의 취지가 被告人을 留置場에서 면회하였을 때 拷

問당했다고 말하는 것을 들었고 그 傷處도 보았으며 억울한 사정을 歎願해 달라는 쪽지도 받았고 調查를 받고 오는 날 밤새 앓은 적이 있었다는 내용이라면 被告人의 自白은 拷問을 당한 결과 任意性이 없는 상태에서 이루어진 것으로 의심할 만한 이유가 있다고 판단되어 그 證據能力이 부인된다(大法院 1984.3.13 宣告, 84도36 判決).

209. 또한 憲法과 刑事訴訟法은 被告人의 自白이 被告人에게 不利益한 유일한 證據일 때에는 이를 有罪의 證據로 하지 못한다고 규정하여 (憲法 第12條 第7項, 刑事訴訟法 第310條) 拷問등에 의한 強制搜查를 防止하고 있다.

210. 刑事訴訟法은 公訴提起 또는 그 公訴의 기초된 搜查에 관여한 檢事나 司法警察官이 그 職務에 관한 罪를 범한 것이 確定判決에 의하여 證明된 때에는 再審을 請求할 수 있다고 규정하여(刑事訴訟法 第420條 第7號) 搜查에 관여한 사람등이 拷問등의 罪를 범한 것이 確定判決에 의하여 證明된 경우에는 拷問被害者는 再審을 請求할 수 있도록 하고 있다.

第16條(Article 16)

211. 大韓民國은 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰의 개념은 拷問과 같이 심각하지는 아니하나 人間의 尊嚴과 價値 그리고 人權을 侵害하는 行爲라고 인식하고 있다.

212. 協約 第16條 第1項 첫 문장상의 義務는 "모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며 幸福을 추구할 權利를 가진다. 國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本的人權을 확인하고 이를 保障할 義務를 진다"고 규정한 憲法 第10條에 의하

여 구현되어 있다.

213. 大韓民國 政府는 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇와 刑罰이 발생하는 것을 防止하기 위하여 다각적인 措置를 취하여 왔다.

(a) 公務員등의 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰 行爲를 예방하기 위한 諸般措置와 懲罰은 原則적으로 公務員이 소속된 機關 또는 이를 監督하는 機關의 業務에 속한다.

(b) 協約 第4條와 관련하여 언급한 것과 같이 瀆職暴行, 瀆職苛酷行爲, 暴行, 傷害등 刑事關係法상의 여러가지 處罰規定과 行爲者에 대한 懲戒는 協約 第1條상의 拷問 뿐만 아니라 拷問에 미치지 못하는 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 行爲에도 적용될 수 있다.

(c) 協約 第14條와 관련하여 언급한 것과 같이 公務員등의 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 行爲가 있는 경우 拷問被害者는 國家등을 상대로 民事上 損害賠償을 請求할 수 있다.

(d) 公務員 특히 警察등 搜查機關 從事者들이나 敎導官들은 業務遂行중 法令을 준수하여야 할 義務가 부과된다. 公務員들 특히 警察등 搜查機關 從事者들이나 敎導官에게 有形力(force)을 최소한으로 사용하도록 하고 被保護者들의 人權을 존중하도록 하여 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰을 예방하고 있다.

214. 協約 第10條, 第11條, 第12條, 第13條와 관련하여 언급한 부분은 協約 第16條상의 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰에 관하여도 적용된다. 大韓民國 法律은 協約 第16條 第1項 두번째 문장에 상응하는 제반규정을 두고 있다.

215. 大韓民國 政府는 協約의 기능이 殘酷한, 非人道的 또는 屈辱的 處遇나 刑罰을 禁止하거나 犯罪人 引渡 또는 追放에 관련되는 國際協約이나 國內法の 규정을 侵害하지 아니한다는 사실을 인식하고 있다.

結 論 (Conclusion)

216. 大韓民國은 1948년 수립된 이래 남북분단에 따른 安保라는 과중한 부담과 貧困이라는 經濟問題의 난관을 헤치고 國民들의 人間다운 삶의 保障을 위하여 노력해 오고 있다.

217. 특히 1993년 2월 文民政府의 출범이후 大韓民國의 人權狀況은 과거의 權威主義 시대에 비해 괄목할 만큼 개선되었고, 이제는 人權狀況이 國際적으로도 몇 몇한 수준에 도달하였다. 拷問과 관련하여도 이를 防止하기 위하여 關聯法令과 制度改善이 이루어졌다.

지난 權威主義 政府時代에 있었던 재야인사 김근태에 대한 拷問行爲를 이유로 搜查警察官 4명이 拘束되어 懲役 1년6월 내지 懲役 3년의 刑을 宣告 받았고, 國家가 김근태에게 4,500만원을 賠償한 사실은 拷問防止를 위한 大韓民國의 의지와 관련하여 시사하고 있는 바 그 의미가 크다.

218. 그러나 大韓民國의 人權問題에서 더 이상 問題될 것이 없다는 말이 아니다. 大韓民國 政府는 人權保障이 단시간내에 이루어지는 것이 아니고 완전한 단계에 이르기까지 社會의 發展이라는 과제와 함께 달성하여야 할 길고도 험든 여정으로서 우리 人類共同體 모두의 지속적인 노력이 요구된다는 사실을 인식하고 있다.

219. 이와 같은 인식하에 大韓民國 政府는 人間의 尊嚴과 價値가 最大한 保障되고 人間다운 삶이 실현되는 正義로운 社會具現의 의지를 가지고 아직도 미흡한 부분에 대해 慣行과 制度改善을 위하여 最善의 노력을 다하고 있다.

220. 그리고 大韓民國은 國家權力의 不當한 간섭으로부터의 自由라는 消極的·防禦的인 人權만이 아니라 國民生活의 質的 向上을 의미하는 環境·教育·文化·醫療 勞動等 전분야에 있어서의 人間다운 生活이라는 積極的·進取的인 福祉人權의 伸張을 도모하고 있다.

221. 또한 大韓民國은 普遍的 價値로서의 人權伸張을 도모하는 國際的인 노력에도 적극 동참해 나갈 것이다.

拷問防止協約 逐條解説

고문방지협약 축조해설*

J.Herman Burgers and Hans Danelius**

I. 제1부 : 실체규정

제 1 조

1. 본 협약의 목적상 “고문”이라는 용어는 개인 또는 제3자로부터 정보 또는 자백을 얻어내고 그 개인 또는 제3자가 행하였거나 행하였다는 혐의가 있는 행위에 대하여 그 개인을 처벌하거나 그 개인 또는 제3자를 협박하거나 강요하기 위한 목적으로 또는 모든 종류의 차별에 근거한 여하한 이유로 인하여, 공무원 또는 공적 자격으로 임무를 수행하는 다른 사람이 또는 이러한 사람의 교사에 의하거나 동의 또는 묵인하에 그 개인에게 고의적으로 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위를 의미한다. 이것은 합법적인 제재조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 이에 부수적인 고통 또는 피해를 포함하지 않는다.
2. 본 조항은 적용범위가 더 광범위하거나 광범위할 수 있는 여하한 국제법규 또는 국내입법을 침해하지 않는다.

*. The United Nations Convention against Torture, A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp114~172.

** 협약작성과정에 참여하였던 네덜란드 및 스웨덴 대표로서 인권분야의 권위자

국제인권관련 협약과 선언은 고문을 금지하고 있다. 세계인권선언(1948), 무력 충돌 희생자 보호에 관한 4가지 제네바 협약(1949)과 2가지 제네바협약 선택 의정서(1977), 구주 인권 및 기본적 자유보호협약(1950)(이하 ‘구주인권협약’이라고 한다), 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1966), 미주인권협약(1969), 아프리카 인권 및 인민권 헌장(1981)이 대표적인 예이다.

상기 대부분의 협약은 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌도 금지하고 있다.

상기 모든 협약은 고문을 명백히 제한하고 있지만, 고문에 대하여 구체적으로 정의하고 있지는 않다. 그러나 1969. 11. 5. 구주인권위원회가 채택한 ‘그리이스 사건보고서’는 ‘구주인권협약’ 제3조에 규정된 ‘고문’ ‘비인도적 처우’ ‘굴욕적 처우’라는 용어를 어떻게 해석할 것인가에 대한 방향을 제시하였다. 동위원회는 다음과 같이 발표하였다(동 보고서 제4장 1 내지 2 단락).

1. 협약 제3조는 “아무도 고문 또는 비인도적, 굴욕적 처우나 형벌을 받지 않는다”고 규정하고 있다.
2. 모든 고문은 비인도적이고 굴욕적인 처우임에 틀림없고, 비인도적 또한 굴욕적이기 때문에 이들 개념이 공통으로 적용될 수 있는 처우가 있다는 것은 명백하다.

‘비인도적 처우’의 개념은 특정상황에서 부당하게 정신적 또는 육체적으로 심각한 고통을 의도적으로 야기하는 처우를 포함한다.

‘고문’이란 정보 또는 자백을 얻거나 형벌을 과할 것을 목적으로 한 비인도적인 처우를 묘사하는 데 자주 사용되는데 고문은 비인도적 처우의 한 형태로 그 정도가 중한 것을 의미한다. 개인에 대한 처우나 형벌이 타인 앞에서 중대하게 모욕적이거나 본인의 의지나 양심에 반하여 행동하도록 강요하면 굴욕적인 처우가 될 수 있다.]

이와 같은 분석은 1975. 12. 9. 유엔총회가 채택한 '고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌로부터의 모든 사람의 보호에 관한 선언'(이하 '1975년 선언'이라고 한다)에서 규정한 고문을 정의하는 데 중요한 지침이 되었다. 동 선언 제1조는 고문을 다음과 같이 규정하고 있다.

「1. 본 선언의 목적상 고문이란 개인 또는 제3자로부터 정보 또는 자백을 얻어내고 그 개인이 행하였거나 행하였다는 혐의가 있는 행위에 대하여 그 개인을 처벌하거나 그 개인 또는 제3자를 협박하기 위한 목적으로, 공무원에 의하거나 그의 교사에 의하여 한 개인에게 고의적, 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위를 의미한다. 이것은 수감자의 처우에 관한 최저기본규칙과 부합되는 범위의 합법적인 제재조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 부수적인 고통이나 피해를 포함하지 않는다.

2. 고문은 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 악화되고 의도적인 형태이다.」

구주인권위원회와 구주인권재판소는 아일랜드 대 영국 사건에서 북아일랜드가 피구금자에 대하여 사용한 5가지 심문 방법과 관련하여 '구주인권협약' 제3조를 해석하게 되었다.

먼저 논란의 대상이 되었던 피구금자에 대한 5가지 심문방법에 대하여 1978년 1월 18일 재판소 판결은 다음과 같이 기술하고 있다.

「(1) 벽면 세우기 : 이를 경험한 사람의 진술에 의하면 상당시간 피구금자의 '긴장된 자세'를 강요하는 것으로 사지는 반듯이 펴서 벽에 기대고 손은 머리 위로 높이 들고 다리는 벌리고 발바닥은 벽에 붙이도록 함으로써 몸무게를 주로 발가락 끝에 의지하도록 하는 것

(2) 물건 올려놓기 : 구체적인 심문시를 제외하고 검정색 또는 남색 가방을 피구금자의 머리 위에 올려놓는 것

- (3) 소음내기 : 심문중에 계속하여 쇠소리가 나는 방에 억류하는 것
- (4) 잠안재우기 : 심문중에 피구금자로 하여금 잠을 못자게 하는 것
- (5) 음식 박탈 : 심문이나 수감중에 피구금자의 음식량을 줄이는 것」

구주인권위원회는 동 사건에서 위의 5가지 심문방법을 혼합적으로 사용하는 것은 구주인권협약 제3조를 위반한 비인도적 처우와 고문행위를 구성한다고 만장일치로 결정하였다. 반면에 구주인권재판소는 상기 심문방법이 고문 개념에 내포된 가혹성에 이르지 않았다고 판결하였다. 동 판결은 그 이유를 다음과 같이 실시하였다.

「5가지 심문방법은 사전 계획에 따라 한번의 심문중에도 몇 시간씩 수차례 혼합하여 사용되었다. 이는 피심문자에게 육체적인 상처를 남기지 아니하더라도 적어도 육체적 또는 정신적으로 중대한 피해를 야기하고 또한 심문중 극심한 정신적인 불안을 야기한다. 따라서 그것도 구주인권협약 제3조의 비인도적 처우의 범위에 포함된다. 그 방법은 피해자들에게 치욕적이고 모욕적이며 육체적 또는 도덕적 항거를 억압하는 공포심, 두려움, 열등의식을 야기시키기 때문에 굴욕적인 것이다. 이점에서 재판소는 구주인권위원회와 동일한 의견을 가지고 있다.

그러나 위의 5가지 심문방법이 고문에 해당하는 것이냐를 결정하기에 앞서 재판소는 협약 제3조에 규정된 고문과 비인도적 또는 굴욕적인 처우를 구별하여야 한다. 이 구별은 기본적으로 야기된 고통의 강도 차이에 있다는 것이 재판소의 견해이다.

재판소는 한편으로는 단순히 도덕적인 경우뿐 아니라 대부분 체약국의 국내법에 따라 처벌됨에도 협약 제3조의 범위에 포함되지 않는 폭력의 존재를 인정하지만, 또 다른 한편으로는 협약이 '고문'과 '비인도적 또는 굴욕적 처우'를 구별하면서 고문을 매우 심각하고 잔인한 피해를 야기시키는 비인도적 처우로서 특별히 치욕적인 것으로 간주하려는 것으로 생각하고 있다.

또한 이것은 1975. 12. 9. 유엔총회에서 결의 제3452호로 채택한 1975년 선언 제1조의 배경 의도로도 해석된다. 동 선언은 '고문은 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 악화되고 의도적인 형태이다'라고 규정하고 있다.

5가지 심문방법이 혼합되어 사용됨으로써 명백히 비인도적이며 굴욕적인 처우에 해당하고 그 목적이 타인의 이름을 확인하거나 자백 또는 정보등을 얻기 위한 것이고 조직적으로 이루어졌다고 하더라도, 그것은 반드시 통상 고문이 함축하는 특정한 강도와 잔인한 피해를 야기시키지는 않는다.

따라서 재판소는 5가지 심문방법이 구주인권협약 제3조를 위반한 비인도적이며 굴욕적인 처우의 행위에 상당한다고 결정할 뿐이다.」

고문방지협약이 1984년 채택된 후, 미주 고문방지 및 처벌협약이 1985년 12월 9일 콜롬비아 카르터헤나 데 인디아스에서 서명되었다. 동 협약 제2조에는 고문방지협약의 정의와 동일하지는 않지만 그 영향을 받은 고문의 정의가 포함되어 있다. 동 협약 제2조는 다음과 같다.

「본 협약의 목적상 고문은 위협의 수단, 개인적 형벌, 예방적 조치 기타 범죄수사등의 목적으로 개인에게 육체적 또는 정신적 고통 및 피해를 야기시키는 의도적인 제반 행위로 이해될 수 있다. 고문은 육체적 고통 또는 정신적인 피해를 야기시키지 않더라도 피해자의 인간성을 말살시키거나 육체적 또는 정신적 능력을 약화시키려는 방법을 사용하는 것으로 이해될 수 있다.

고문개념은 적법한 조치가 이 조항에 언급된 방법을 사용하거나 행위를 하지 않는 한 단순히 그 조치의 결과나 그 조치에 수반하는 정신적 또는 육체적 고통만을 의미하는 것은 아니다.」

고문방지협약 제1조 제1항의 고문의 정의와 관련하여 다음과 같이 언급할 수 있다.

고문행위는 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 것으로 정

의할 수 있다. 가장 전형적인 경우는 구타 등의 행위로 육체적 고통을 가하는 것이다. 지팡이, 칼, 담배, 전기충격을 가하는 금속물체등을 이용하여 고통을 가하는 경우가 대부분이다. 고문이 되기 위해서는 동 행위가 가혹한 고통을 야기시켜야 한다. '가혹한 고통 또는 중하게 가혹한 고통'과 비슷한 언어로 협약 심의 과정에서 제기된 '극심한 고통'이라는 용어는 상당히 중대한 행위만이 고문을 구성한다는 의향을 전달하는 데 충분하다고 생각되었다. 고통을 조직적으로 가하는 것도 또 다른 하나의 기준으로 추가하자는 제안이 있었으나, 동 조항에는 반영되지 않았다. 이것은 결국 단 한번의 행위도 고문을 구성한다는 것을 의미한다.

극심한 정신적인 고통이나 피해를 주는 행위는 여러 유형이 있다. 예를들면 피해자를 위협하거나 공포를 주는 행위로서 피해자로 하여금 협력하지 않으면 그가 살해되거나 그의 부인, 자녀들에게 보복을 가할 것이라고 믿게 만드는 것이다. 다른 유형으로는 피해자가 다른 피구금자 또는 가족의 처형이나 고문을 증언하도록 강요하는 것이다. 또한 어떤 경우에는 개인의 기본적인 욕구를 충족시키지 않는 것이 고문이 될 수 있다. 이 예로서는 금식(禁食), 잠안제우기, 독방 감금연장, 암흑속의 독방 감금등이 있다. 그러나 이 모든 경우의 관련 행위는 그것이 가한 고통이나 피해가 극심할 경우에만 고문이 되는 것이다.

보통의 경우 고문은 적극적인 행위이며 부작위가 아닌 작위를 말하는 것이다. 그러나 특별한 경우에는 부작위도 작위로 간주될 수 있다. 수행자에게 음식제공을 하지 않는 것은 바로 그 경우이다.

제1조는 수행자의 의사에 반하고 어떤 치료목적없이 수행자에 대하여 행해지는 의학적 또는 과학적 실험을 명시적으로 언급하지 않았다. 그러나 그 실험이 극심한 고통 및 피해를 야기시켰다고 한다면 인간에게 그런 실험을 행하는 것은 사안에 따라 고문에 해당한다고 할 수 있다. 이와 관련하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에서 의학적 또는 과학적 실험이 고문 및 비인도적 또

는 굴욕적 처우나 형벌의 금지를 위반하는 대표적인 사례로 언급한 것을 주지할 필요가 있다.

제1조의 정의에 의하면 고문은 의도적인 행위이어야 한다. 따라서 고통 및 피해가 우연한 사고나 단순한 과실의 결과인 경우 이를 고문으로 간주할 수 없다.

협약 심의과정에서 극심한 고통 및 피해가 의도적으로 가해진 목적과 관련하여 이를 협약에 포함시킬 것인지에 대하여 상이한 견해가 있었으나 최종적으로 타협이 있었다. 즉 대부분의 목적은 예시되었으나 그 열거된 목적이 모든 것을 포괄하는 것은 아니다. 1975년 선언 제1조의 규정과 같이 '와 같은 목적(such purposes as)'이라는 어귀는 다른 목적이 있을 수 있음을 의미한다. 그러나 이것은 1985년 미주고문방지 및 처벌협약 제2조에 언급된 '여타 목적'으로는 이해될 수 없다. 따라서 '와 같은 목적'이라는 단어는 다른 목적도 명시된 목적과 공통점이 있어야만 한다는 것을 의미한다.

이러한 요건은 언급된 목적이 반드시 불법적이어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 특히 정보 및 자백의 취득, 형벌 또는 협박 및 강요에 있어서 열거한 목적이 이것을 이루는 데 합법적인 방법을 사용한 경우 완벽하게 합법적인 것이 될 수 있다. 원칙적으로 고문의 정의에 있어 언급된 목적들의 공통된 요소는 국가 및 국가기관의 이익 또는 정책과 최소한의 관련은 있어야 하는 것으로 이해되어야 할 것이다. 이러한 맥락에서 협약의 주된 목표는 공무원들의 공적인 기능과 관련된 목적을 위하여 그들이 직접 또는 그들의 책임하에 저질러지는 고문을 제거하는 것임을 인식하는 것이 중요하다. 다시 말하면 공공이익은 이런 경우에 고문을 정당화하는 것으로 인식되기도 하기 때문에 소관기관은 이러한 관행을 억제하는 것을 꺼려할 것이다. 협약의 규정은 이런 경우에도 고문이 발생하지 않도록 하며 발생한 경우에는 위반자에 대하여 제재조치를 취하려는 데 그 목적이 있다.

제1조에 언급된 목적이 국가 또는 국가기관의 이익 또는 정책과 어떤 관련을 가지고 있는 것으로 이해되어야 한다면, 이러한 목적없이 단지 사디스트적(Sadistic)이거나 다른 사적인 동기에 의하여 공무원이 행한 고문은 협약의 범위 밖이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 사디스트적인 동기가 우세한 경우라도 제1조의 정의에 해당하는 처벌 또는 위협의 요소가 동시에 존재할 수 있음에 유의하여야 한다. 더욱이 공무원이 그러한 행위를 하는 경우에는 이를 어느정도까지 용인하거나 묵인하는 공공정책이 존재하고 있다고 추정할 수 있기 때문이다. 따라서 공무원에 의하여 가해지는 극심한 고통 또는 피해가 오로지 사적인 이유로 행하여졌다는 사실이 입증될 경우에만 예외적으로 협약상의 고문을 구성하지 않는다고 결론을 내리는 것이 타당하다.

마지막으로 극심한 고통 또는 피해가 완전히 정당화된 의학상의 치료과정에서 가하여진 것이라면 이것은 제1조에 정의된 고문을 구성할 수 없다는 것은 명백하다. 이는 그 목적이 다른 범주에 속하게 될 것이고, 치료과정에서 야기된 극심한 고통 또는 피해는 정의에서와 같이 '고의적으로' 가하여진 것이 아니기 때문이다. 또한 이러한 고통 또는 피해는 이를 취급하는 사람들이 가능한 한 피하려고 하였거나 의도하지 않았던 부수적인 효과일 것이다. 이와 유사한 논리는 극심한 고통 또는 피해가 계획적인 행위에 의하여 가하여졌으나 '고의적인 가해'의 요소가 결여되어 있는 다른 경우에도 적용될 수 있을 것이다.

제1조에 언급된 목적중 가장 전형적인 것은 정보 또는 자백을 얻어내는 것이다. 보통의 경우 고문의 의도는 피고문자로부터 정보나 자백을 얻는 데 있으나 고문행위자가 제3자로 하여금 진술하도록 하기 위하여 고문을 하는 경우도 있을 수 있다(예를들면, 남편이 말하도록 하기 위하여 부인을 고문하는 경우). 언급된 다른 목적들에는 처벌, 협박, 강요 및 차별 등이 있다.

협약 준비과정에서 토의된 바 있었던 다른 문제는 제1조에서 언급된 행위들이

누구에 의하여 행하여졌는지에 상관없이 고문으로 간주되어야 할 것인가였다. 그러나 결론은 당국이 책임질 수 있는 고문만이 동 조항의 정의에 해당된다는 것이었다. 고문이 당국의 어떠한 개입없이 사인(私人)의 범죄행위로서 행하여진다면 국내법체계의 일반요건에 따라 통상의 법절차가 적용되어 기소 및 처벌이 뒤따를 것을 기대할 수 있을 것이다.

이 협약이 취급하고자 하는 문제는 국가기관이 개입되어서 이에 대한 조사 및 기소가 정상적으로 이루어지지 않고 있는 고문의 경우이다. 전형적인 경우는 경찰관이나 수사 및 소추당국에 의하여 행하여진 고문이다. 그밖에 많은 변형을 생각해 볼 수도 있다. 고문행위자가 어떤 공적인 기관과 직접 관련되지는 않았으나 그 기관이 정보획득을 위하여 그를 고용하였거나 또는 최소한 그의 행위를 동의 또는 묵인하였을 경우가 있을 수 있다. 당국의 책임이 어떻게든 관련되어 있는 모든 상황에 대하여 제1조가 적용된다(제1조의 고문행위는 공무원 또는 공적 자격으로 임무를 수행하는 다른 사람이 또는 이러한 사람의 교사에 의하거나 동의 또는 묵인하에 이루어진 경우에 해당된다).

고문이 보안경찰과 같은 공적인 기관에 의하여 행하여진다면 당사국 정부는 그 행위를 알지 못하였다거나 또는 알고서도 이를 승인하지 않았다는 이유로 협약이행과 관련하여 자국을 변호할 수 없다.

제1조는 극심한 고통 또는 피해를 가하는 행위에 대하여 책임을 질 사람의 범주, 즉 공무원 및 공적 자격으로 임무를 수행하는 다른 사람을 명시하고 있으나 이런 행위에 의한 피해자에 관하여는 특별한 언급이 없다. 대신, 협약은 '어떤 개인에게' 가하여진 고통 또는 피해에 대하여만 언급하고 있다. 1975년 선언에 언급된 정의에서도 마찬가지이다. 그러나 이러한 규정이 피해자의 범주가 무한하다는 것을 의미하지는 않는다. 선언 및 협약의 역사를 살펴보면 피해자는 자유를 박탈당하였거나 적어도 고통이나 피해를 가하는 사람의 실질적인 권력이나 통제

하에 있는 사람으로 이해되어야 한다는 것이 명백해진다.

1975년 선언은 '수감자의 처우에 관한 최저기본규칙을 구체화하는 데 있어 어떤 형태의 구금 또는 감금 대상자를 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌로부터 보호하기 위한 규칙을 포함하여 달라'는 유엔총회의 요청에 따라 범죄예방 및 범죄자의 처우에 관한 제5차 유엔회의에서 작성되었다. 유엔총회는 1975년 선언이 채택된 뒤 2년후에 인권위원회에 동 선언상의 원칙에 기초하여 협약초안을 작성하여 주도록 요청하였다.

협약을 준비하기 위한 인권위원회의 작업은 '모든 형태의 구금 및 수감 대상자의 인권문제'라는 의제하에서 이루어졌다. 협약에서 취급된 고문이 자유의 박탈과 관련성이 있어야 함은 모든 형태의 체포, 억류 또는 수감의 대상이 되는 개인에 대하여 명시적으로 언급하고 있는 제10조 및 제11조에 비추어 알 수 있다.

이러한 관련성을 무시하는 것은 협약 작성자들의 의도와는 다르게 협약을 해석하게 할 수 있다. 예를 들면 국가방위, 준법질서 유지 및 범죄인 체포 등의 기능을 수행하기 위하여 군 또는 경찰이 유형력을 사용하는 것도 공무원이 강압적으로 극심한 고통 또는 피해를 의도적으로 가하는 행위의 형태에 해당할 것이다. 그러나 이러한 행위는 협약이 의미하는 고문에 해당하지 않는다. 군사 및 경찰 목적의 유형력사용이 그 자체로서는 고문을 구성하지 않는다는 사실은 '전쟁상태 또는 전쟁의 위협, 국내적인 정치적 불안정 또는 여타 공공의 비상사태와 같은 여하한 예외적인 상황도 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다'고 규정한 협약 제2조 제2항에 비추어 볼 때 명백하다.

제1조 제1항의 두번째 문장은 모든 조항중 가장 논란의 여지가 있는 조항일 것이다. 이 문장은 고문이 합법적인 제재조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 이에 부수적인 고통 또는 피해를 포함하지 않는다고 규정하고 있다. 이 조항은 국가가 통상 고문으로 간주될 수 있는 수단들을 자국의 법체계하에서 합법적인

제재조치로 규정함으로써 국가가 이러한 수단들을 사용 가능한 것으로 해석될 수 있으므로 광범위하게 예외를 인정한 것으로 인식되기도 하였다. 한편 협약은 기존 국제법상의 고문금지를 강화하려고 하였으나 각국에서의 형사상 제재조치 체계의 개혁을 의도하지는 않았다. 만약 그러한 의도가 있었다면 협약은 많은 국가들에 의하여 받아들여지지 않았을 것이라고 주장되기도 하였다.

협약 문안에 대한 스웨덴의 초안에 의하면 합법적인 제재조치에 대한 예외는 1975년 선언과 같이 수감자의 처우에 관한 최저기본규칙 정도로 한정되는 것이었다. 1955년 제네바에서 개최된 범죄예방 및 범죄자의 처우에 관한 제1차 유엔 회의에서 채택되어 경제사회이사회에 승인된 이 규칙은 구속력있는 국제조약이 아니었으므로 동 규칙을 고문방지협약과 같은 구속력있는 법규에서 언급하는 것은 적절하지 못한 것으로 인식되었다. 동시에 어떠한 형사상 제재조치가 국제적 기준에 위배되는 정도의 가혹하고 극심한 것인가를 정확하게 지적한 구속력있는 국제법규도 존재하지 않았다.

협약이 국내법하에서도 역시 불법적인 고문행위만을 취급하여야 한다고 생각하는 사람들과 국내법에 의하여 규정된 제재조치가 상당한 정도를 초과하게 되면 고문을 구성하게 된다는 한계를 규정하여야 한다고 생각하는 사람들 사이에 의견 대립이 있었다.

제1조 제1항의 두번째 문장은 이러한 논란을 명료하게 해결하지는 못한다. 이 문장이 합법적인 제재조치를 위한 일반적인 예외를 규정하고 있는 것은 사실이나, 어떠한 제재조치가 합법적인 것이 되기 위하여 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌을 금지하고 있는 국제법에 어느 정도 부응하여야 하는지를 명확히 하고 있지는 않다. 따라서 신체에 대한 훼손을 포함한 다양한 형태의 체형은 두번째 문장의 예외에 해당되지 않는다고 주장될 수 있으나 이것은 의심할 것 없이 모든 사람이 동의하는 견해는 아니다.

이러한 맥락에서 볼 때 우리는 제1조 제1항이 고문의 정의를 포함하고 있는 것으로 언급하였으나, 이것이 형법상 엄격한 의미에서의 정의로 이해되지는 않아야 한다고 보는 것이 적절하다. 단지 '고문'의 개념만을 언급하고 있는 과거의 국제법규와는 달리 1975년 선언과 본 협약은 많은 구성요소들을 언급함으로써 그 개념이 무엇을 의미하는가를 기술하고 있다. 이와 같은 방법으로 제1항은 형법과 형사절차에서 적용할 법적 정의를 내리기보다는 협약의 이해 및 시행을 목적으로 고문에 대하여 기술하고 있다고 보아야 한다. 예를 들면, 이것은 협약 작성자들이 고문을 기술하는 데 있어 1975년 선언에서와 같이 '...와 같은 목적을 위하여'라는 형식을 사용함으로써 예시적인 목적들만 포함하기로 결정한 이유를 설명하여 준다. 국내 형법에 있어 범죄를 단지 예시적인 목적만을 제시하여 정의하는 것은 '죄형법정주의' 원칙의 엄격한 적용에 반하는 것이라는 반대를 야기할 수 있다.

제1조 제2항은 동 조항이 고문의 정의의 적용범위가 더 광범위하거나 광범위할 수 있는 여하한 국제법규(international instrument) 또는 국내 입법에 따른 보호에 어떠한 영향도 미치지 않음을 명백히 하고 있다. 다시 말하면 다른 국제법규나 국내법이 개인에게 더 좋은 보호를 부여하는 경우 개인은 그것을 향유할 권한을 갖는다. 그러나 다른 국제법규나 국내법은 개인이 협약에 따라 향유할 권한을 제한할 수 없다.

협약의 명칭에는 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌도 명시되어 있으나 제1조가 이들의 정의를 포함하고 있지 않음을 주목하여야 한다. 실제로 이러한 일반 개념에 대하여 만족스럽게 정의한다는 것은 불가능하다고 보여졌으며, 구체적으로 이들 개념을 적용하는 것은 구체적 상황의 상세한 내용을 기초로 판단되어야 할 것이다. 또한 제1조에서의 고문의 정의가 매우 정확하고 구체적이라는 인상을 주고 있으나 가장 기본적인 개념들 중 하나인 소위 '극심한 고통 또는

피해'라는 것이 실제로 매우 애매한 개념이며, 구체적으로 이를 적용함에 있어 매우 다른 견해가 있을 수 있다.

이 문제에 대한 사람들의 견해 차이가 그들의 법적인 배경과 사회내의 인도적인 고려에 의해 영향을 받는다는 것은 놀라운 일이 아닐 것이다. 그럼에도 불구하고, 고문의 개념이 국가에 따라 달라야 한다는 것은 협약 초안자들의 의도가 아니었다. 협약을 적용할 사람들 특히 제17조에 의하여 구성될 고문방지위원회의 기본임무 중 하나는 고통 및 피해가 극심하여 고문을 구성하게 되는 정도에 관한 통일된 기준을 결정하는 것이 되어야 할 것이다.

제 2 조

1. 각 당사국은 자국의 관할권하에 있는 영토내에서 고문행위를 방지하기 위하여 효과적인 입법적, 행정적, 사법적 또는 여타 조치를 취한다.
2. 전쟁상태, 또는 전쟁의 위협, 국내적인 정치적 불안정 또는 여타 공공의 비상사태와 같은 여하한 예외적인 상황도 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다.
3. 상급관리 또는 공적인 기관으로부터의 명령은 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다.

이 조항은 협약을 보다 객관화하기 위하여 당사국들의 일반적이고 기본적인 의무를 규정하고 있다. 1975년 선언 제4조와 유사한 규정인 본조 제1항에 따르면 각 당사국은 고문방지를 위하여 효과적인 조치를 취하여야 한다. 이러한 조치의 성격은 관련 국가의 판단에 맡겨져 있다. 이들 조치는 입법적, 행정적, 사법적

조치뿐만 아니라 고문을 방지하기 위한 모든 조치를 포함한다. 본 조항은 각국이 고문행위의 죄질을 고려하여 입법에 의하여 범죄 행위를 구성하고 적절한 형벌로 처벌하도록 한 협약 제4조와도 비교되어야 한다.

제2조에 따른 의무는 고문행위를 금지하는 것 뿐만 아니라 예방하는 것도 포함한다. 다만 이러한 조치들이 효과적이어야 한다는 것을 강조하고 있다. 형식적인 금지로는 충분하지 않으며 고문행위들은 실제로 예방되어야 한다.

물론 이것은 당사국이 그 관할권내에서 모든 고문행위가 발생하지 않을 것을 보장할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 각 당사국은 그러한 행위의 발생을 예방하기 위하여 합리적으로 기대할 수 있는 조치를 취하면 된다.

그럼에도 불구하고 그러한 행위가 발생하였다면 당사국은 협약에 따른 또다른 의무를 준수하여야 하며 제2조 제1항에 따라 재발을 방지하기 위하여 효과적인 조치를 취할 의무가 있다. 그러한 조치에는 관련기관의 인사교체, 보다 강화된 감독 및 새로운 지시의 시행등이 포함될 수 있다.

제1항에 따른 의무는 관련 당사국의 관할권이 미치는 모든 영역에서 준수되어야 한다. 이는 당사국의 영토와 영해뿐만 아니라 대륙붕상에 설치된 고대(高臺) 기타 시설물들을 포함하며 당사국의 국기를 달고 항해하는 선박과 관련 국가에 등록된 항공기 등도 포함하는 것이다.

제2조 제2항은 고문의 금지가 예외없이 절대적인 것임을 분명히 하고 있다. 전쟁상태 혹은 국내적 불안요인 등 어떠한 예외적인 상황도 고문을 정당화할 수 없다. 동일한 내용은 1975년 선언의 제3조 둘째 문장에도 기술되어 있다.

한편 다수의 인권관련 협약은 당사국들이 전시 혹은 비상사태에 있을 경우에 당사국의 의무를 경감하기도 하지만 고문 또는 기타 비인도적, 굴욕적 처우나 형벌에 처해지지 않을 권리와 같이 개인의 본질적인 자유와 관련될 경우에는 의무가 경감되지 아니한다(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조 제2항 및

제7조, 구주인권협약 제3조 및 제15조 제2항, 미주인권협약 제5조 제2항 및 제27조 제2항). 이러한 금지들은 무력충돌 상황하에서도 예외없이 적용되는 것이다.

고문의 절대적 금지는 상급관리 또는 공적인 기관으로부터의 명령은 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다고 규정한 제2조 제3항에서도 확인되어 있다. 많은 경우 고문자 행위자들이 상급자들의 지시에 따라 행동하므로 이 규정은 고문을 효과적으로 예방하는데 매우 중요한 규정이다. 뉴른베르그 원칙은 상부지시가 국제법에서의 중대한 범죄를 정당화할 수 없다는 것을 분명히 하고 있다. 고문과 같이 중대한 범죄에서는 이 원칙을 엄격하게 적용하는 것이 중요하다. 협약의 초안 준비과정에서 고문이 비록 정당화될 수는 없지만 상부로부터의 지시가 있는 경우 상부지시가 형을 감경하기 위한 정상참작사유가 될 수 있는지의 여부에 대하여 논의가 있었다. 비록 협약의 정신에 위배될지는 몰라도 만일 그 형벌이 너무 관대하여 고문의 중대한 죄질을 변질시키는 것이 아닌 한 상부의 지시를 정상 참작사유로 고려할 수 있다고 본다.

제 3 조

1. 어느 당사국도 개인을 그가 고문을 받을 위험이 있다고 믿을 만한 충분한 근거가 있는 다른 국가로 추방, 송환 또는 인도하지 아니한다.
2. 그러한 근거의 존재여부를 결정하기 위하여 소관기관은 적절하다면 관련 국가에서의 심한, 극악한 또는 대량의 인권위반의 고질적인 존재를 포함한 모든 관련 사항을 고려한다.

본 조항은 1975년 선언에는 없는 것으로 다른 인권관련 법규를 참고하여 고문

으로부터의 보호를 추가적으로 규정하고 있는 것이다. 동 규정은 당사국이 그 영토내에서 발생한 사실에 책임이 있음은 물론 어느 개인을 협약에 반하는 처우에 예상되는 다른 국가로 인도함으로써 중대한 위협에 처해지지 않도록 할 책임이 있다는 것을 명백히 하는 것이다.

일면 이 조항은 난민지위에 관한 협약(1951) 제33조에 근거하고 있는 바, 동 규정은 “모든 당사국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 신분 혹은 정치적 의견을 이유로 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 혹은 송환하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 그러나 이 두 조항의 적용범위는 다르다. 난민지위에 관한 협약에서는 보호대상이 난민 즉 어떤 특정한 이유로 그의 조국에서 박해를 받는 사람인 반면, 본 협약 제3조에서는 그 대상이 어떠한 이유로든 타국으로 인도될 경우 고문에 처해질 위험이 있는 사람이다.

본 조항은 구주인권협약 제3조와 관련하여 구주인권위원회의 판례의 영향을 받았다. 구주인권위원회는 구주인권협약 제3조에서의 고문 및 비인도적 혹은 굴욕적 처우의 금지와 관련하여 어느 당사국이 그 영토내에서 고문을 방지하여야 함은 물론, 그가 상당한 정도 그러한 처우를 받을 수 있는 다른 나라로 인도되지 않도록 할 의무도 있는 것으로 검토한 바 있다.

구주인권위원회는 이 문제에 관하여 다양한 판례를 남겼다. 주거 및 망명의 권리가 구주인권협약에 의하여 보장되는 것은 아니지만 예외적인 경우 어느 개인의 추방 혹은 인도가 동 협약 제3조를 위반할 수 있다는 문제가 자주 제기되었다. 예를 들어 구주인권위원회는 다음과 같이 언급하고 있다(구주인권위원회, 판결 및 보고서, 제36권 231, 232페이지).

「확립된 판례에 따르면 어떤 예외적인 상황하에서 개인의 인도는 협약 제3조가 금지하는 처우를 구성할 수 있다. 예를 들어 개인이 그가 인도될 국가

에서 고문 혹은 제3조에 반하는 어떠한 처우에 처하여질 위협이 있는 경우가 그것이다。」

또한 동 위원회는 구주인권협약 제3조하에서 ‘그 나라 정권의 본질 혹은 그 나라의 특수한 상황 때문에 협약에 의해 보장되는 기본적 인권이 크게 침해되거나 억압받을 수 있는’ 특정국가로의 인도가 문제될 수 있다는 것을 인정하였다(구주인권협약 연감, 제6권, 480페이지).

본 협약 제3조 제1항은 어느 개인을 타국으로 인계하는 추방, 송환 및 인도에 대해 언급하고 있다. 스웨덴의 초안은 추방 및 범죄인 인도에 관하여만 언급하고 있으나 본 조항은 난민지위에 관한 협약 제33조의 영향을 받아 보다 완전을 기하도록 송환도 추가되었다. 현재 본조는 어느 개인이 타국으로 인계될 수 있는 실질적인 모든 방법을 망라하고 있는 것이다.

본조와 관련하여 토의과정에서는 범죄의 처벌 혹은 형집행을 목적으로 사람을 인도하는 것은 사안에 따라 문제가 제기될 수 있다는 점이 논의되었다. 즉 범죄인 인도는 대체로 어느 당사국이 관련 조약에 명시된 상황에 따라 범죄인 인도를 위하여 특별한 의무를 지는 양자간 혹은 다자간 조약에 의해 규율되기 때문이다. 그러므로 본 협약에 있는 개인의 인도금지 는 범죄인 인도조약에 따라 인도해야 할 의무와 충돌할 수 있다는 것도 생각할 수 있다. 이때 문제는 그러한 충돌을 어떻게 해결하느냐 하는 것이다.

본 협약 당사국인 국가로의 인도를 계획할 때 협약 제3조에 따라 양국간에 맺어진 인도조약은 배제되는 것으로 고려될 수도 있다. 이것은 제3조에 있는 조건들이 충족될 경우 인도조약상의 의무를 저버리지 않으면서도 인도를 거부할 수 있다는 것을 의미한다.

더우기 의무충돌 문제는 인도를 계획하고 있던 국가가 본 협약의 당사국이 되기 전에 맺은 인도조약과 관련하여서만 발생한다. 본 협약의 당사국이 된 국가는

추후 맺어진 특정한 인도조약과 관련하여 협약 제3조와 충돌하는 경우 인도관련 의무는 부담하지 않을 수 있다.

그러나 협약 제3조에 따른 의무와 기존 인도조약과의 충돌은 조약상의 의무가 아주 엄격하여 상기 조항에 언급된 특별한 상황조차도 예외로 허락되지 않는 경우에 발생할 수 있다. 그러한 경우에 제3조의 의무는 아주 기본적인이어서 관습상 당연한 것이며 인권법규에서도 대체로 받아들여질 수 있으므로 이 의무에 따르는 것은 인도조약상의 국제적 의무를 위반하지 않는 것으로 주장될 수 있다. 그러나 그러한 주장은 일반적인 것으로 받아들여지지 않을 수도 있으며 협약의 초안 준비과정에서도 기존 조약상의 의무와의 충돌 문제에 대하여 상당한 논의가 있었다.

인권위원회에 의해 구성된 실무진이 협약 제3조 제1항을 처음 채택하였을 때 보고서에는 아래 의견을 첨가하기로 합의하였다(doc. E/CN. 4/1367. 18장).

「어떤 대표들은 협약의 서명·비준 혹은 승인시에, 그들의 국가들은 협약 서명전에 맺은 인도조약에 따라 협약 당사국이 아닌 국가에 대하여 상충하는 의무가 있는 한 본 협약 제3조에 구속되지 않음을 선언하고자 할 것이라는 것을 지적하였다.」

같은 의견이 1984년 마지막 보고서를 포함한 실무진들의 추후 보고서에서도 나타난다(doc. E/CN. 4/1984/72. 제12절). 그러므로 이들 구절에 대한 유보 혹은 별도의 선언이 협약의 서명, 비준, 혹은 승인과 관련하여 당사국에 의하여 행하여진다면 법적으로 받아들여질 수 있는 것으로 보인다.

협약 제3조에 따른 당사국의 의무는 본 협약 당사국이 아닌 국가로의 추방, 송환 및 인도에 관한 것이라고 보아야 한다. 협약 당사국이 아닌 국가는 그 관할권 내에서 고문을 금지하기 위하여 국제적으로 구속적인 의무를 부담하지 아니하므로 제3조에 따른 의무는 협약 당사국이 아닌 국가에 개인을 인계하는 경우 특히