

인권정보자료실  
CPk1.7

法務資料 第 104 輯

# 拷問防止協約에 관한 資料集

法 務 部

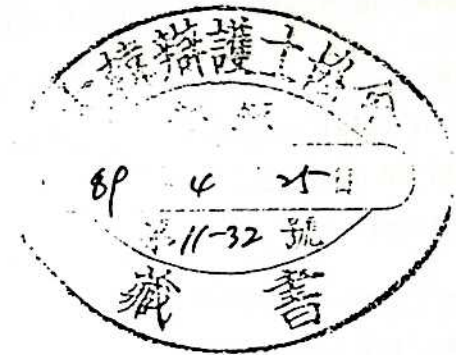
法務資料 第 104 輯

拷問防止協約에 관한 資料集

인권정보자료실  
CPk1.7

法務資料 第 104 輯

# 拷問防止協約에 관한 資料集



法 務 部



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

Prepared by  
Office of Legal Affairs  
MINISTRY OF JUSTICE  
Seoul, Korea

December, 1988

Quote No. 104 Law Materials  
not for sale

## 發 刊 辭

새 共和國의 出帆以後 우리 政府는 모든 國民의 權利와 人間으로서의 尊嚴性이 侵害되는 일이 없도록 부단히 努力을 기울여 왔습니다.

이에 따라 人權保護 및 拷問防止에 관한 강한 意志를 國際社會에 闡明하고 人權의 先進化를 圖謀하기 위하여 우리나라도 이제 拷問防止協約에의 加入을 積極的으로 檢討할 時點에 이르렀다고 생각합니다.

이와 같은 背景아래 法務部는 拷問防止協約에 관한 概要와 각 條項의 逐條解說 및 美國의 拷問防止協約 上院 批准 同意 要請書, 拷問防止協約 全文(國·英文)등 同 協約關聯 各種 資料를 體系的으로 蒐集, 整理하여 이 冊字를 發刊하게 된 것입니다.

아무쪼록 이 資料集이 이 方面에 뜻을 둔 여러분에게 많은 도움이 되기를 바라마지 않습니다.

1988. 12.

法務部 法務室

목 차

- 1. 고문방지협약 개관 ..... 3
  - I. 머리 말 ..... 5
  - II. 협약채택의 경위 및 가입현황 ..... 9
  - III. 협약의 주요내용 ..... 13
  - IV. 협약의 특색 ..... 29
  - V. 맺 음 말 ..... 33
- 2. 고문방지협약 축조해설 ..... 37
- 3. 미국의 고문방지협약 상원 비준 등의 요청서..... 117

[ 부 록 ]

- A. 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌로 부터의 모든 사람의 보호에 관한 선언 전문 (국·영문)..... 148
- B. 고문방지협약 전문 (국·영문) ..... 150
- C. 고문방지협약에 따른 보고서 작성 지침 ..... 196
- D. 고문방지협약에 따른 보고서의 실례 (노르웨이, 스웨덴 덴마크, 이집트, 필리핀) ..... 208



1. 고문방지협약 개관

## 고문방지협약 개관

권 영석\*

### I . 머리 말

제 2차 대전후 국제법 특색중 하나로서 인권보호에 관한 국제문서(조약·선언등)의 충실을 간과할 수 없다. 확실히 국제연합은 그 활동개시 이래 「인종·성·언어 또는 종교에 의한 차별없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유의 보편적인 존중 및 준수」(헌장 제 55조 C)를 「촉진한다」(동조 본문)라는 목적의 달성에 진력하기도 하며, 총회 기타 기관과 ILO<sup>1)</sup> 유네스코등과 같은 전문기관의 노력에 의해 많은 국제문서를 채택하여 왔다.

이러한 문서는 조약에 한해서도 이미 상당한 수에 이르고 있다. 즉 1948년에는 제노사이드조약<sup>2)</sup>이 채택되었고, 1951년의 난민의 지위에 관한 협약<sup>3)</sup>, 1952년의 부인의 참정권에 관한 협약<sup>4)</sup>, 1965년의 인종

#### \* 법무부 인권과 검사

- 1) ILO는 단결권 및 단체교섭권조약 채택등 노동문제라는 한정된 범위이기는 하였으나 인권의 국제적 보장에 커다란 역할을 하였다.
- 2) Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1951년 발효.
- 3) Convention Relating to the Status of Refugees, 1954년 발효. 종교적, 정치적 이유 등으로 외국에 도주하고 그 보호를 구하는 난민은 제 1차대전 전후부터 대량으로 발생하기에 이르렀다. 그 보호를 위한 이 협약의 핵심은 입국의 불법, 합법을 불문하고 협약국내에 있는 난민은 원칙적으로 인종, 종교, 국적, 특정사회집단에 속하거나 또는 정치적 의견을 이유로 하는 박해를 받을 우려가 있는 국가로 송환되지 않

차별철폐협약<sup>5)</sup>, 1973년의 아파르트헤이트조약<sup>6)</sup>, 1979년의 여성차별철폐협약<sup>7)</sup> 등 이루 헤아릴 수 없을 정도이다.

는다는 것이 원칙이다. 합법적으로 체재하는 난민에 대하여는 재판받을 권리, 사회보장 수급권 등의 보호가 인정되고 있다. 그러나 난민의 입국, 체재를 인정할 것인가의 여부에 대하여는 규정이 없다. 또 이 협약에 의하여 보호되는 난민의 범위에 대해서는 조약 1조 A (2)에 의하여 규정되고 있고, 전쟁과 내란 혹은 천재와 빈곤 등으로부터 피하기 위해 타국에 도피한 사람들은 그 적용 밖에 놓여있다. 국제연합 난민고등판무관은 각국정부, 민간단체와 협력하거나 직접 난민의 보호에 임할 것을 그 임무로 하고 있다.

4) Convention on the Political Rights of Women, 1954년 발효.

5) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1969년 발효.

모든 인종차별의 근절을 실현하기 위하여 체약국에 그를 위한 조치를 취할 것을 의무화하고 그를 위한 실시조치를 구체적으로 규정하고 있다. 국제연합의 실시기관으로서 인종차별철폐위원회가 있고, 체약국에게 국내에 있어서의 그 실시상황의 보고서를 제출케 하고 있다. 선택조항을 승인한 국가간에는 타국의 실시상황에 대해 이의신청을 인정하고 있다.

6) International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 1976년 발효.

남아프리카 정부에 의하여 취해지고 있는 극단의 인종차별정책을 중지케 하기 위한 조치를 계기로 제정되었다. 남아프리카 정부는 이를 국내문제라고 항변하고 있으나, 이 조약에서 아파르트헤이트가 국제평화와 안전에 대한 중대한 위협으로 그것을 국제법상의 범죄라고 선언하고 있음이 주목된다.

7) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1981년 발효.

이 협약은 여성차별이 보이는 구체적 항목으로서, 정치참가, 민법상의 지위, 형법상의 차별, 부녀매매, 교육, 노동 등을 열거하고 그 시정조치를 체약국에 의무화하고 있다. 국제연합의 실시기관으로서 여성차별철폐위원회가 있고, 가입국은 이 위원회에 실시상황을 보고할 의무가 있다. 이것이 위원회의 검토를 거쳐 총회에 보고된다.

그런데 이와같은 국제연합의 활발한 인권보호활동의 흐름에는 1960년대를 경계로 하여 어떤 질적인 변화가 일어남을 지적받고 있다. 즉 세계인권선언에 명시된 '인권이념이 저변 흐름을 이루고 있지만, 소위 「개인」의 기본적 인권을 중시하는 서구의 전통적 인권사상에 대하여, 1960년대 이후는 제3세계의 제국가 및 사회주의 제국의 강한 지지하에 민족자결, 식민지해방, 인종차별철폐, 소수자 보호, 여성차별 철폐등의 운동과 연결된 소위 「집단」의 인권보호에 오히려 중점을 두도록 되어 왔다는 것이다.

제39차 유엔총회에서 채택된 고문방지협약도 또한 이러한 새로운 조류를 타고 제정된 것으로 보인다.

고문에 관하여 이러한 방지협약의 채택을 초래한 국제사회의 근래의 실정을 살피기 위하여는 협약안 기초과정에서 이 작업을 담당한 인권위원회의 작업그룹에 있어서 국제사면위원회<sup>8)</sup> 대표의 다음과 같은 발언을 참고로 할 필요가 있다. 즉 「우리 단체를 비롯하여 그 이외의 비정부간 기구<sup>9)</sup>는 고문(의 사실)에 대하여 우려할 만한 보고를 계속하여 받고 있지만, 이들 보고에 의하면 근래에는 국제연합 가입국의 반수 이상이 고문을 자행하고 있다고 한다. 다만, 우리 쪽에서 확인한 결과, 이 숫자는 약간 과장된 것으로 판명되었지만, 그래도 세계 각국 정부의 1/3 이상이 1980년대에 들어와서도 고문과 피구금자 학대를 행하거나 이를 묵인하

8) 양심수의 석방을 위해 노력하고, 정치범의 공정, 신속한 심리를 고취하며 모든 죄수에 대한 사형제도와 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌 등을 반대하는 국제적인 인권옹호기구. 1972년에 시작된 고문폐지를 위한 동 기구의 첫 국제적 캠페인의 일부는 고문방지를 위한 국제적인 운동을 촉구하는 백만명 이상의 서명과 함께 유엔에 제기한 청원과 마찬가지로 고문에 관한 보고서의 발간이었다.

9) 통칭 NGO라고 하는데 경제사회이사회의 자문기관으로서의 지위를 갖고 유엔회의에의 출석발언권, 문서제출권등이 인정되는 주요 NGO로는 앞의 국제사면위원회외에 국제법률가위원회(ICJ), 세계인권연맹(ILHR)등이 있다.



거나 하여 그 희생자는 이 기간만으로도 수만명을 헤아릴 수 있다. 오늘날에도 고문은 많은 국가에서 만연되고 거의 제도적으로 조차 되고 있다. 이들 국가에서는 법 집행관리가 폭력적, 비폭력적 반대세력을 타도하기 위하여, 혹은 힘으로 정보를 입수하기 위하여 고의로 고문을 이용하고 있는 경우가 자주 있다」고 한다.

이러한 현대 고문의 각국의 실태를 보다 구체적으로 전하고 있는 것은 국제사면위원회가 매달 발간하고 있는 뉴스레터로, 각국의 인권탄압에 관한 놀랄만한 사실들을 상세히 보고하고 있다.

고문은 인류역사상 오래 전부터 행하여져 왔으며, 특히 중세시대 말기에는 형사절차에서 자백을 받아내기 위한 수단으로서 빈번히 이용되었으나, 18세기로부터 19세기초에 걸쳐 유럽 각국의 형법이 고문금지규정을 포함하게 되면서 규제되게 되었다. 그러나 제1차 및 제2차대전을 전후하여 대두한 전체주의 체제는 고문을 권력유지 수단으로 이용하기에 이르렀다. 자백을 받는다는 것은 고문의 부차적인 목적이 되었으며 주된 목적은 사람들 사이에 공포감을 조성하는 것이었다.

주지하는 바와 같이 고문을 일반적으로 금지하는 규범은 모든 나라의 국내법에 나타나 있을 뿐만 아니라 국제법상에도 이미 존재하고 있다.

국제법의 분야에는 1948년 12월 10일 제3차 유엔총회에서 채택된 세계인권선언의 제5조가 처음으로 고문금지를 규정하였다. 즉 동조에 의하면 「사람은 누구를 막론하고 고문을 받게 하여서는 아니되며, 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌을 받게 하여서는 아니된다」는 것이다. 또 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조도 세계인권선언의 제5조를 받아들여 고문의 금지를 규정하고 있다. 즉 「어느 누구도 고문 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌을 받지 아니한다」고 한다. 또한 지역적 인권보호협약인 유럽인권협약 제3조와 미주인권협약 제5조 제2항도 같은 내용을 포함하고 있다.

이와같이, 오늘날 각종 인권관계조약에 포함되어 있는 고문금지규정은 관계조약의 당사국을 규율함은 물론이거니와 이미 국제관습법화한 법규범으로서 관련조약의 비당사국에게도 적용되어야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 따라서 고문방지협약의 채택은 국제협약과 국내법에 규정되어 있는 여러 고문금지규정에도 불구하고 세계 도처에서 고문행위가 계속적으로 자행되고 있음에 유념하여 동 고문금지규정을 보다 효율적으로 이행시키기 위한 기존 고문금지 관련 국제협약 내용의 확대적용과 동 감시기구의 설립에 그 목적이 있다 하겠다.

## II. 협약채택의 경위 및 가입현황

협약을 위한 기초는 1975년 12월 9일 제30차 유엔총회에서 채택한 「고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌로부터의 모든 사람의 보호에 관한 선언(Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)」<sup>10)</sup>에서 다져졌다.

이 선언은 모두 12개조로 되어, 그 내용을 간단하게 소개하면 우선 제1조에서 고문등을 정의한 후, 계속하여 고문등의 행위가 범죄임(제2조), 국가는 어떠한 경우에라도(예를 들면 전시하, 비상사태하에서라도) 고문등이 행하여지는 것을 허용하거나 묵인해서는 안됨(제3조), 국가는 고문등을 방지하기 위하여 유효한 조치를 취할것(제4조), 법집행관리의 교육·훈련에 있어서는 「고문등의 금지」에 대한 충분한 이해를 시킬 것(제5조), 용의자의 신문과 피구금자의 취급방법에 대하여 체계적으로 검토를 행하여만 할 것(제6조), 고문행위를 자국의 국내 형법에

10) 투표없이 결의 3452(XXX)로 동 선언을 채택했다.



있어서 가별적 범죄행위로 규정해야만 할 것(제 7 조), 고문등의 희생자로부터 고소가 있으면 소관기관에 의하여 공평하게 조사되도록 조치할 것(제 8 조), 희생자로부터의 고소가 없을때라도 상당한 이유가 있으면 고문등의 범죄에 대하여 조사를 개시해야만 할 것(제 9 조), 고문등의 사실이 확인된 때는 형사절차를 개시해야만 할 것(제 10 조), 고문등의 사실이 입증된 때에는 희생자에게 국내법에 기초를 둔 구제와 보상이 주어 져야만 할 것(제 11 조), 고문등에 의하여 얻어진 진술은 증거로서 원용 되지 않을 것(제 12 조)등이 규정되어 있다.<sup>11)</sup>

「고문등 금지선언」을 채택하는 동시에 유엔총회는 결의 3453(XXX)을 채택하여 WHO에 대하여 그 형태의 어떠한 불문하고 구금되어 있는 모든 사람들의 보호에 관련된 의학윤리원칙을 검토 성안토록 요청하였다. 이는 피구금자에 대한 고문등의 행위가 의료종사자의 손에 의해 실행되는 경우가 많음을 감안한 것이다. 1976년 총회는 WHO에 그러한 보호에 관련된 의학윤리법전 초안을 마련토록 요청하였다.<sup>12)</sup>

제 32 차 회기에 총회는 결의 32/62로서 인권위원회에 대하여 「고문등 금지선언」을 구체화하는 것으로 협약을 기초하여 제 33 차 총회에 그 작업의 경과보고를 제출하도록 요청했다. 다음에 결의 32/63으로는 사무총장에 대하여 「고문등 금지선언」의 원칙을 실시하기 위하여, 가입국에 의한 입법적·행정적 조치를 포함한 제조치에 관한 정보의 제공을 요청하고, 질문서에 대한 각국의 회답을 제 33 차 총회, 인권위원회 및 차별방지와 소수자보호에 관한 소위원회<sup>13)</sup>에 제출하도록 요청하고, 더우기

11) 동 선언의 영문자료는 본 자료집의 부록에 첨부하였다.

12) Res. 31/85

13) the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. 통칭 유엔 인권소위원회라고 한다.

결의 32/64로서는 전 가입국에 대하여 고문등 금지의 일방적 선언을 함으로써 동 선언에 대한 지지를 강화하도록 요청한 것이다.

이렇게 하여 인권위원회는 1978년부터 초안 작성 작업을 시작하였고, 1979년에 그 목적을 위한 무기한의 실무위원회가 설립되었다.

1979년에 WHO의 집행위원회는 국제의학기구평의회에 의해 마련된 원칙의 초안을 포함한 총회의 보고서를 검토하였는데 그 표제는 「고문등으로부터의 사람들의 보호에 있어 건강의 기능에 관계된 의학윤리원칙」이었다. 총회는 제 34 차 회기에 사무총장에게 가입국, 정부간 기구, 비정부간 기구등에 의학윤리원칙 초안을 회람하여 비평토록 요청하였다. 제 35 차 회기에, 총회는 규칙초안에 관한 사무총장의 보고서에 주목하였고, 결의 35/179에 의해, 경제사회이사회에 다음 회기에 그 초안을 고려토록 요청했다. 1981년에 경제사회이사회는 인권위원회의 권고로 고문 희생자를 위한 유엔의 임의적인 기금 기구를 지원하였다.<sup>14)</sup> 이 기금은 고문 희생자와 그 가족에게 치료 및 정신적·물질적 원조를 행하는 세계 각지의 프로젝트에 재정 원조를 행한다. 이제까지 원조를 받은 프로젝트로서는 고문 희생자를 위한 치료나 사회복귀계획, 고문 희생자의 치료에 필요한 기술을 얻게 할 의료요원의 양성 등이 있었다. 임의기금이 운용을 개시한 이래 세계의 30여개 국가에서 실시되고 있는 약 57건의 프로젝트에 대하여 대략 300만 달러의 보조금이 주어졌다. 정부와 단체, 재단, 개인에 의한 기금에의 기부가 인정되고 있다.

제 36 차 회기에 새로운 조치들이 총회에 의해 취해졌다. 1981년 11월 25일 결의 36/60에 의하여 인권위원회는 총회로부터 고문방지협약 초안을 마무리하도록 요청받았다. 또 총회는 제안된 의학윤리원칙에 평석을 하였다.<sup>15)</sup> 협약안은 완성되지 않았기 때문에 같은 취지의 결의가

14) Res. 1981/39

15) Res. 36/61



제 37차 총회에서도 반복되어 채택되었는데 1982년 12월 18일의 결의 37/193이 그것이다. 또한 제 37차 회기에 피구금자들을 고문으로부터 보호하기 위하여 보건요원 특히 의사의 역할과 관련된 의학윤리원칙을 채택했다.<sup>16)</sup> 그렇지만 제 38차 총회가 개최되어도 협약안은 여전히 완성되지 않아 재차 1983년 12월 16일 총회는 인권위원회에 협약의 최종안을 제 39차 총회에 제출토록 결의 38/119로 요청하였다. 마침내 1984년 인권위원회에 의해 설립된 실무위원회는 그 작업을 마쳤다. 그 보고서와 각 항목에 관한 인권위원회의 토론은 경제사회이사회를 통하여 총회에의 제출을 위하여 사무총장에게 넘겨졌다.<sup>17)</sup> 총회는 제 39차 회기의 일정에 이 문제를 포함시키고 제 3위원회는 여러 회합에서 이

16) Res. 37/194, 의학윤리원칙 (Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)에서는 보건요원 특히 의사가 능동적으로 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌에 참가, 공모, 선동하거나 시도하는 것을 금하고 있다. 참고로 의학윤리 원칙의 내용을 간단히 소개하면 원칙 (1), 보건요원, 특히 의사(이하 단순히 의료종사자라 한다)는 피억류, 구금자의 질병에도 통상인과 동일, 동등의 치료를 제공하여야만 할 것. 원칙 (2), 의료종사자가 고문등에 참가해서는 안됨. (이 위반은 범죄가 됨). 원칙 (3), 의료종사자는 질병등 치료이외의 목적으로 피억류·구금자와의 사이에 자기의 전문과 상관있는 관계를 가져서는 안됨 (예를 들면 생체실험). 원칙 (4), 의료종사자가 (a) 피억류·구금자의 건강을 해칠 심문을 도우거나 또는 (b) 피억류·구금자가 그 건강을 해칠 또는 국제법에 위반하는 처우에 적합성이 있음을 증명해서는 안됨. 원칙 (5), 의료종사자가 피억류·구금자의 신체의 구속에 참가해서는 안됨. 단, 이것은 본인 또는 관계자의 안전을 위할 경우는 제외함. 원칙 (6), 긴급사태를 포함한 모든 경우의 예외는 허용되지 않음 등으로 되어 있다.

17) Res. 1984/21

문제를 고려했다. 그리하여 1984년 12월 10일 총회는 제 3위원회안을 투표없이 결의 39/46으로 협약안을 채택했다. 여기에 고문방지협약은 그 제정작업을 완료한 것으로, 「고문등 금지선언」 채택시부터 꼭 9년간의 집중적인 노력의 결과이다.

동 협약은 20개국이 비준하였을 때 발효되도록 규정하였는데 1987년 6월 26일자로 발효되었고 그동안의 가입국 현황을 살펴보면 1988년 7월말 현재 32개국이 비준 또는 가입하였는데 그 국가는 아프가니스탄, 아르헨티나, 오스트리아, 벨리제, 불가리아, 백러시아, 카메룬, 캐나다, 콜롬비아, 덴마크, 에쿠아도르, 이집트, 프랑스, 동독, 가이아나, 헝가리, 룩셈부르크, 멕시코, 노르웨이, 파나마, 페루, 필리핀, 세네갈, 스페인, 스웨덴, 스위스, 토고, 우간다, 우크라이나, 소련, 우루과이, 체코 등이다.<sup>18)</sup>

### Ⅲ. 협약의 주요내용

협약은 전문 및 본문 3부 33개조로 구성되어 있다. 전문은 6단으로 나뉘어져 있어 본 협약제정의 목적·근거 등을 열거하고 있다. 이어 본문 제 1부(제 1조-16조)는 실제규정으로 고문을 정의한 제 1조를 제외하면 고문이란 범죄행위를 행한 자의 처벌과 그 피해자의 구제에도 관련된 체약국의 의무를 규정하고 있다. 제 2부(제 17조-24조)는 실시조치규정으로 제 1부에서 정한 체약국의 협약의무이행을 확보하기 위하여 전문기관인 고문방지위원회의 설립을 규정한 제 17조·18조와 당해기관을 통하여 행해지는 협약의무이행 확보의 제반조치를 규정한 제 19조-22조와, 위원의 특권면제, 위원회의 연차보고 등에 대하여 규정한 제 23

18) 미국은 금년 4월 18일 동 협약에 서명하였으며, 동 협약 비준동의를 상원에 요청하였다.



조·24 조로 세분할 수 있다. 그리고 제 3부는 최종조항을 모은 것이다. 이하 협약의 주요내용을 살펴보기로 한다.

### 1. 협약체택의 목적

전문에는 본 협약을 제정한 목적·근거로서 '(1) 유엔헌장의 원칙 가운데에 전인류의 평등 및 불가양의 권리의 승인이 세계의 자유·정의·평화의 기초로 되어 있는 것'<sup>19)</sup> (1 단), (2) 이들의 인권이 인간의 존엄성으로부터 유래한 것임 (2 단), (3) 유엔헌장, 특히 제 55조에 따른 국가의 의무가 인권과 기본적 자유의 보편적인 존중 및 준수의 촉진에 있음 (3 단), (4) 세계인권선언 제 5조 및 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제 7조와 함께 고문등을 금지하고 있음 (4 단), (5) 1975년 채택된 고문등 금지선언에 유의하고 있음 (5 단), (6) 고문등의 방지를 위한 노력이 효과적이 되기를 희망하고 있음 (6 단), 등을 들 수 있다.

### 2. 고문의 정의

본문에 들어가서, 제 1조는 「고문」<sup>20)</sup>을 이하와 같이 정의하고 있다(제 1항). 즉, 고문이란 (1) 고통 또는 피해 (pain or suffering 이하 고통이라 한다), 그것도 극심한(severe) 고통을 가하는 모든 행위를 의미한다. (2) 이 고통은 육체적·정신적 어느 것이나를 불문한다. (3) 이 고통은 ㉔(고문당하는) 개인 또는 제 3자(a third pe-

19) 이 표현은 이미 세계인권선언의 전문 1 단 가운데에서 사용된 적이 있고, 타 인권선언 가운데서도 인용된 적이 있다.

20) 협약의 표제가 고문의의 행위를 포함하고 있음에도 불구하고 제 1조가 고문만을 정의한 것은 고문등 금지선언과의 상이점의 하나로 되어있다. 이러한 차이가 만들어짐에 대해서는 협약안 기초과정에서 상당히 논의되었지만, 결국 선언과 협약이라는 문서가 갖는 법적 성질의 차이에서부터 우선 「고문금지」를 조약의 주제로 할 것이 인정되어졌다. 그래서 선언 제 1조 2항에 상당하는 규정은 협약 제 16조 1항으로 옮겨져 약간의 실체규정만이 이들에 준용되도록 되었다.

erson)로부터 정보 또는 자백을 얻기 위하여, ㉕ 개인 또는 제 3자의 행위에 대하여 그 개인을 처벌하기 위해, ㉖ 그 개인 또는 제 3자를 협박하거나 강요하기 위해, 또는 ㉗ 모든 종류의 차별에 의한 이유 때문에 (4) 공무원 또는 공무를 수행하는 자의 ㉘ 자신의 손에 의해 ㉙ 또는 교사에 의하거나 ㉚ 동의 또는 묵인하에 (5) 고의로 가해지는 것을 말한다.

제 1항은 합법적인 제재조치에 고유한 또는 이에 부수적인 조치로부터 야기되는 고통 또는 피해는 그 범위에 포함하지 않는다. 물론 행형학적(行刑學的) 방향은 본 항과 관련하여 적절하다. 각국의 법률체제가 그 형법체제의 일부로서 가할 수 있는 합법적인 고통과의 경계를 결정하게 될 것이다.

협약의 전체 제목이 고문과 「기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌」을 망라하고 있지만 제 1조는 「고문」만을 언급하고 있다. 협약중에서, 제 1조에 정의된 고문에는 이르지 않는 「잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌 행위」를 언급하고 있는 것은 제 16조가 처음이다. 제 16조에 의하여 금지된 행위의 요소들은 제 1조에 서술된 것과 같은 것이며 협약에 의하여 당사국들에게 부여된 고문과 관련한 의무는 제 16조에 따른 범죄에도 또한 적용된다. 그러나 고문행위와 고문에는 이르지 않는 여타 범죄와의 차이는 설명되지 않았다. 제 16조의 어구는, 그 차이가 본질적인 것이라기 보다는 정도상의 것이며 국내 또는 국제법 체제가 그러한 차이를 판단하는데 실질적인 역할을 하게 될 것임을 나타내고 있는 것 같다.

제 1조는 몇가지 어순의 변화를 제외하고는 전술한 「고문등 금지선언」 제 1조 1항의 원문을 따르고 있다. 제 1조에서의 「고문」의 범위는 이 용어에 대한 일상적인 의미보다 제한적이다. 어떠한 「행위」라는 용어는 예를 들어 수감자에게 음식과 물을 충분히 공급하지 않는 등의 부작위도 포함한다.



고문을 구성하기 위하여 그 행위는 「심각한 고통과 피해」를 야기하여야만 한다. 「심각한」의 의미는 피해자의 육체적 상태, 그의 정신적 저항력, 그가 하도록 강요받는 것 혹은 하지 못하도록 하는 것에 대한 그의 이해 및 기타 여러가지 상황에 따라 상대적이다. 육체적 혹은 정신적일 수 있는 「고통」 또는 「피해」의 의미는 해당 국가의 국내법에 규정된 바와 마찬가지로이다. 피해자는 그로부터 정보를 얻고자 하는 사람일 수도 있고 혹은 고문행위자가 학대, 위협 또는 강압하고자 하는 사람일 수도 있다. 고통이 실제로는 피해자의 부모, 자녀, 친척, 친구 등을 의도할 때에도 그 개인에게 고문이 가하여진 예가 많이 있다. 고통과 피해는 제 3자에게 가하여질 수 있는 단순한 고문의 위협과 공포에 의하여도 야기될 수 있다.

고문행위는 반드시 의도적이어야 한다. 협약의 초안 작성자들은 목적의 존재가 고문행위의 불가결한 요소는 아니라고 주장하는 사람들의 의견을 무시하였다. 그 행위는 제 1조에 규정된 어떤 목적의 성취를 위한 것이어야 한다. 이것은 상급자의 명령에 대한 복종과 같은 문제를 내포하고 있으나 이 의문은 상급자 또는 공공기관으로부터의 명령은 고문을 정당화하는 것으로 인용될 수 없다고 규정하고 있는 제 2조 3항에서 분명히 해결된다.

고문 또는 고문행위자의 목적과 관련하여 동 조항은 4가지 상황을 예측하고 있다.

- a) 피해자나 제 3자로부터 정보 또는 자백을 얻고자 가하여지는 고문.  
어느쪽이건 고문행위자는 피해자, 또는 고문행위를 예측하거나 어떤 식으로든 이를 감지할 수 있는 단순한 사실에 의하여 그러한 진술을 하도록 강요받는 제 3자로부터 진술을 얻고자 한다. 물론 그 진술은 공식적인 것이어야 할 필요는 없다. 다시 말해서 단지 정보의 유출이 요구될 뿐이다. 자백에 관하여는 언제 진술이 자백으로 간주될 것이며

무엇이 그것을 불법적인 것이 되도록 하느냐는 각국의 국내법에 달려 있다. 이 문제는 본 조의 범위를 벗어나는 것이다.

- b) 고문은 또한 피해자 혹은 제 3자를 처벌하고자 하는 것이어야 한다.  
여기에 언급된 것은 분명히 불법적인 처벌에 관한 것이며 이 문장은 합법적인 제재조치를 다루고 있는 제 1조 1항의 결말 부분과 연결하여 해석되어야 한다. 어느 국가의 형법에 규정된 「합법적」 제재조치들이 고문의 정의에 해당할 수도 있으며 그 국가의 법률체제를 범하지 않으면서도 인권 위반을 내포할 수도 있다. 그 처벌은 주어진 행위 또는 혐의의 작위의 결과일 수도 있다.

- c) 고문행위자나 그의 상급자의 의도는 피해자 또는 제 3자를 어떤 식으로 행동하도록 위협 혹은 강요하는 것일 수도 있다. 억압적인 정부의 경우에 일반적인 그 주민에 대한 위협은 종종 정치적 목적을 달성하기 위한 예방적인 정책이다. 그러한 경우 고문은 구체적, 즉각적, 혹은 직접적인 목적없이 일반화된 공포를 야기하기 위하여 사용된다. 전체주의 정부는 위협에 떨고 있는 주민을 필요로 하며 고문이 행하여지고 있다는 사실의 인지는 그러한 필요를 충족하는 것이다.

제 1조의 문구는 「(피해자) 또는 제 3자를 강압하는!」 것에 관하여 언급할 때에 약간 모호하다. 이들 단어들은 어떤 사람을 일상적인 그의 행동양식과는 반대로 행동하도록 혹은 그가 정상적으로 하고자 하는 것을 하지 못하도록 강요 또는 유도하는 모든 방법을 의미하는 것으로 해석되어야 한다.

- d) 고문행위의 목적은 「모든 종류의 차별에 근거한 여하한 이유」와도 관련될 수 있다. 고문은 어떤 경우 다른 부류는 제외한 일정한 부류의 사람들에 대하여 사용될 수 있다. 이것은 명령 또는 고문행위자의 감정, 이해, 개인적 편견 혹은 공포의 결과일 수도 있다.  
다수 구성원들이 해를 입지 않는 상황에서 유대인, 흑인 또는 다른 소



수 그룹 구성원들이 고문을 받았다는 이야기는 많이 있었다. 이러한 사 람 들에 대한 고문이 보다 강력하였다는 주장도 잘 알려져 있다. 이 네 번째 경우에는 고문이 어떤 목적달성을 위한 수단이다. 다시 말해서 고문 행위자는 특별한 결과를 얻고자 하는 것이 아니다. 고문은 편견이나 증오 에 따른 결과이며 그 자체로서 끝난다.

제 1 조의 범위에 해당하기 위하여 고문은 공무원에 의하여 행하여지거 나 공무원의 교사, 동의 또는 묵인에 따라 행하여져야 한다. 공무원 또는 공적 자격으로 임무를 수행하는 다른 사람이 교사, 동의 또는 묵인없이 고 문을 행하는 사인(私人)의 행위는 비록 피해자에 대한 결과는 같다 하더 라도 협약의 목적상 고문에 해당하지 않는다. 어느 개인에 대한 폭력이 모 두 고문행위가 되지는 않는다. 고문은 국가 또는 그 대리인에 의하여 행 하여진다.

그렇다면, 현대의 국제적 실생활에 비추어 볼 때 아래와 같은 중요한 문제들이 발생한다.

본 조는 공무원이 아닌, 혹은 공적 자격으로 타인을 위하여 행위하는 사 람이 아닌, 대리인에 의하여 유사한 행위가 발생할 수 있는 여지를 두고 있는가? 만일 테러리스트들이 경찰관을 잡아놓고, 공무원에 의하여 행하 여졌다면 고문으로 간주될 수 있는 행위를 그에게 하였다면 이것은 고문 행위가 아닌가? 이 문맥에서 「공무원 또는 공적 자격으로 임무를 수행 하는 다른 사람」의 의미는 무엇인가? 그것은 반란자, 게릴라, 테러그룹, 혁명분견대, 비정규군들을 포함하는가? 혹은 고문행위자가 국가에 의하여 충분히 인정된 공식적인 이름으로 행위하는 때에 한하여 고문으로 취급할 것인가? 제네바협약에 관한 1977년 제 I 의정서 - 테러 단체들이 국가 적 해방운동을 위하여 싸우고 있다는 것을 근거로 인도법(人道法)의 보호 를 요구할 수 있도록 한 - 에 명백히 표현된 바 처럼 통설적인 입장에서 는 이 마지막 문제에 특별한 설명을 요하지 않는다.

협약은 이들 복합적인 문제들을 제한적으로 취급하고 있다. 물론 폭력 은 법에 의하여 분명히 허용되었을 때를 제외하고는 불법이다. 고문은 폭 력의 사악한 형태이다. 그러나 협약의 목적상 고문은 공무원 자신에 의하 거나 그의 동의에 따라 행하여지는 고통과 피해를 의미한다. 따라서 분명 하게 생겨나는 공백은 기타 국제적 문서 또는 국내법이 다른 해결을 규정 하고 있는 경우를 제외하고는 기타의 대리인들에 의하여 행하여진 고문행 위가 상황을 악화시키는 것으로 간주함으로써 메워질 수 있다.

### 3. 당사국의 의무

제 1 부의 나머지 실제규정은 체약국에 다음과 같은 의무를 지게한 다. 즉 제 2-16 조는 협약 당사국에 의해 취해지는 의무를 집합적으로 다루고 있다. 이러한 의무는 절차적임은 물론 실제적이고, 협약이 고문 행위의 방지와 처벌, 피해자에 대한 충분한 구제와 배상을 규정하기 위하 여 세세한 부분까지 살피고 있다.

제 2 조는 각 당사국으로 하여금 고문방지를 위하여 효과적인 입법적, 행정적, 사법적 또는 여타 조치를 취할 의무를 과한다. 전쟁 또는 전쟁 의 위협, 국내적인 정치적 불안정 또는 여타 공공의 비상사태와 같은 여 하한 예외적인 상황도 고문을 정당화시키기 위하여 인용될 수 없다. 이 처럼 고문의 금지는 절대적이다. 그 금지는 국가의 시민과 주민 뿐만 아 니라 다른 사람들도 보호할 의도로 행해진다. 바로 그 이유로 어느 국가 도 한 개인을 그가 고문을 받는다고 믿을만한 충분한 근거가 있는 다른 국가로 추방, 송환 또는 인도하지 아니한다.<sup>21)</sup> 그러한 근거가 있는 지 를 결정하기 위하여 관련 국가내에 고질적으로 존재하는 심한, 극악한 또 는 대량의 인권위반을 포함한 모든 관련사항을 고려한다. 난민 보호를 위해 고안된 「비송환의 원칙」(non-refoulement principle)이 고 문의 잠재적인 피해자를 포함하는 데까지 미치게 된 것이다. 난민의 지위

21) 협약 제 3 조



에 관한 협약 제 33조에 규정된 것과 같은 제한들은 이 조문에서 명백한 이유로 언급되어 있지 않다. 즉 국가의 안보에 위협이 된다고 생각되는 사람은 여전히 고문으로부터 보호되어야 한다.

각 당사국은 모든 고문행위, 고문의 미수, 고문에의 공모 또는 참여행위를 금지하여야 하고<sup>22)</sup> 이러한 행위가 자국의 관할권하에 등록된 선박이나 항공기상에서 발생한 경우, 혐의자가 자국민인 경우, 피해자가 자국민이며 자국의 관할권 행사가 적절하다고 간주할 경우에 이에 대한 자국의 관할권을 확립하는데 필요한 조치를 취한다.<sup>23)</sup> 제 5조 2항에 의해, 각 당사국은 범죄혐의자가 자국의 관할권하에 있는 영토내에 있거나 제 8조에 따라 동인을 인도하지 않을 경우에는 처벌하거나 인도한다. 이것은 테러리스트, 전범자 또는 인류에 반하는 범죄 행위자와 같은 국제적인 범죄 유형에 적용되었던 *aut judicare aut dedere* 원칙에 표현된 범 세계적 관할권의 한 예라고 할 수 있다.

제 6 - 16 조는 이에 관하여 상세히 설명하고 있다. 제 6 조는 고문행위자에 대하여 형사 또는 인도절차가 가능토록 하기 위하여 동인을 구금시킬 의무를 과하고 있다. 혐의자의 권리를 빈틈없이 보호할 절차적인 단계도 또한 규정하고 있다. 제 7 조는 *aut judicare aut dedere* 원칙이 중대한 성격의 일반적인 범죄의 경우에 있어서와 같이 적용되어 소송절차의 모든 과정에 있어 공정한 처우를 보장한다. 제 4 조에 따른 고문범죄는 당사국들간에 존재하는 모든 범죄인 인도조약에 인도 가능한 범죄로 간주된다.<sup>24)</sup> 더구나 제 8 조에 의하면 조약의 존재를 조건으로 범죄인을 인도할 때 마다 동 협약이 고문에 관한 범죄인 인도의 법적 근거로

22) 협약 제 4 조

23) 협약 제 5조 1항 (a) (b) (c)

24) 협약 제 8 조, 인도시에는 범행지의 추정도 이루어질 때가 있다. (제 4 항)

서 간주할 수 있다.

당사국들은 고문범죄에 관하여 행하여진 형사절차와 관련하여 상호간에 협력토록 되어있다.<sup>25)</sup> 각 당사국은 고문의 방지에 관한 교육 및 정보가 관계인사 및 관리들 간에 충분히 보급되도록 보장하고<sup>26)</sup> 고문을 방지하기 위하여 여하한 형태의 체포, 억류 또는 수감의 대상이 되는 개인의 구금 및 처우에 관한 규칙, 지침 및 제도를 체계적으로 검토한다.<sup>27)</sup> 고문이 행하여진 경우에 즉각적이고 공평한 조사가 이루어져야 하고<sup>28)</sup> 고문을 받았다고 주장하는 모든 개인은 소관기관에 고소할 수 있고 소관기관에 의하여 그의 고소가 즉각적으로 그리고 공평하게 조사될 자격이 있다.<sup>29)</sup>

고문행위의 피해자를 위하여 정당하고 적절한 보상과 가능한 한 충분한 원상회복을 포함한 구제조치가 제 14 조에 의하여 보장된다. 고문행위의 결과로 인해 피해자가 사망한 경우에는, 피해자의 부양가족도 보상을 요구할 권리를 갖는다. 고문의 결과로서 이루어진 어떠한 진술도 고문 혐의자에 대한 소송에서 그 진술이 행하여 졌다는 증거로서 원용되는 경우를 제외하고는 여하한 소송절차에 있어서도 증거로서 원용되지 않는다.<sup>30)</sup>

고문에 유사한 상황에서 또는 같은 관리에 의해 행하여졌지만, 고문에 까지 이르지 않는 산혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌에 관하여는 제 16 조가 언급하고 있다. 당사국들은 또한 그러한 행위를 예방하기 위한 조치를 취한다. 그런데 고문과 제 16 조에 언급된 범죄간의 구별

25) 협약 제 9 조

26) 협약 제 10 조

27) 협약 제 11 조

28) 협약 제 12 조

29) 협약 제 13 조, 이 경우 고소자 및 증인에게는 충분한 보호가 부여되지 않으면 안된다.

30) 협약 제 15 조

은 여전히 결정되어야 할 문제로 남는다.<sup>31)</sup>

#### 4. 고문방지위원회

협약 제2부(제17-24조)는 고문방지위원회(Committee against Torture)의 설립을 다루고 있다. 위원회는 높은 도덕적 지위를 가지고 인권분야에서 능력이 인정된 10인의 전문가로 구성되며<sup>32)</sup> 동인들은 개인자격으로 근무하며 4년 임기를 위하여 당사국들에 의하여 선출된다. 그들의 선출에 있어 공평한 지역적 배분 및 법적 경험을 가진 자들의 참여의 유용성을 고려하여야 한다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약하에서 구성된 인권위원회의 위원이기도 한 사람들을 지명하는 것의 유용함도 또한 고려되어야 한다. 당사국의 위원회 위원 선출을 위한 최초의 회합은 협약의 발효일로부터 6개월 이내에 개최된다.<sup>33)</sup>

위원회의 위원들은 제17조에 상세히 규정된 절차와 보통의 관행에 따

31) 일반적으로 고문과 「잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 형벌」 간의 구별은 정도의 문제이다. 즉 고문은 다른 사람의 행동 또는 처우의 질적으로 다른 형태라기 보다는 「잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌」의 좀 더 과장된 형태이다.

32) 협약 제17조

33) 1987년 11월 26일 제네바에서 제1차 고문방지협약 가입 당사국회의가 개최되어 동 회의에서는 동 협약 제17조에 규정된 10명의 고문방지위원회위원 선출이 있었는데, 참고로 선출된 위원의 명단과 국적은 다음과 같다.

Mr. Alfredo R.A. BENGZÓN (필리핀), Mr. Peter Thomas BURNS (캐나다), Ms. Christine CHANET (프랑스), Ms. Socorro DIAZ PALACIOS (멕시코), Mr. Alexis DIPANDA MOUELLE (카메룬), Mr. Ricardo GIL LAVEDRA (아르헨티나), Mr. Yuri A. KHITRIN (소련), Mr. Dimitar Nikolov MIKHAILOV (불가리아), Mr. Bent SØRENSEN (덴마크), Mr. Joseph VOYAME (스위스).

라 비밀투표로 선출된다. 위원의 재선출도 허용된다. 사망 또는 사임하거나 다른 이유로 인하여 위원회의 위원이 임무를 수행할 수 없는 경우, 그를 임명한 당사국은 그의 잔여 임기동안 근무할 수 있는 다른 전문가를 전 당사국 과반수의 동의를 조건으로 지명한다. 전 당사국은 위원회 위원들의 소요 비용에 대하여 책임을 지고 국제연합 사무총장이 제공한 직원 및 시설을 위한 지출등에 의한 비용을 국제연합이 부담한 경우 이를 국제연합에 변상한다.<sup>34)</sup>

위원회의 의사정족수는 위원 6인으로 하며, 의결은 출석위원 과반수로 하는 자체의 절차규칙을 채택한다.<sup>35)</sup> 위원회의 위원과 제21조에 의해 임명되는 특별조정위원회의 위원은 국제연합을 위한 직무를 행하는 전문가로서의 편의, 특권 및 면제를 향유한다.<sup>36)</sup> 위원회는 당사국 및 유엔총회에 연례활동보고서를 제출한다.<sup>37)</sup>

이러한 규정들에서 보는 것처럼, 위원회는 유엔의 한 기관이 아니고 유엔 시스템내의 한 자치적인 조약체라고 할 수 있다. 협약의 제17조와 제18조의 용어는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약하의 인권이사회 및 인종차별철폐위원회와 비교할 때 고문방지위원회의 위원으로부터 국제연합을 위한 직무를 행하는 전문가로서 향유하는 특권 및 면제를 박탈하지 않는 반면 협약 초안자의 의도는 고문방지위원회의 자치에 강조를 두는 것처럼 보인다.

#### 5. 실시 조치

협약의 실시조치방법은 두개의 강제조치

34) 협약 제18조5항

35) 협약 제18조2항

36) 협약 제23조

37) 협약 제24조



- 의무적 보고 제도와 38) 비밀조사제도 및 두개의 임의조치
- 국가간 통보와 개인의 통보 39) 를 포함한다.

제 19 조는 전 당사국에게 협약을 위하여 취하여 온 조치에 관한 보고서를 유엔사무총장을 거쳐 위원회에 제출토록 요청한다. 최초의 보고서는 동 협약이 자국에 대하여 발효한 후 1년내에 제출한다. 그 이후 각 당사국은 위원회가 요청하는 여타 보고서와 함께 자국이 취한 모든 새로운 조치에 관한 추가보고서를 매 4년마다 제출한다. 각 보고서는 위원회에 의하여 검토된다. 위원회는 적절하다고 생각하는 일반적인 의견 40) 을 제시하며 이러한 의견들을 관련 당사국에 제출한다. 그 당사국은 이에 대한 견해를 위원회에 제출할 수 있다. 위원회는 연례보고서에서 관련 당사국으로부터 접수한 의견과 함께 위원회가 제시한 견해를 재량에 의하여 포함시킬 수 있다.

인권이사회와 인종차별철폐위원회의 경험은 보고서 제도가 효과없는 것처럼 보이지만 인권조약을 비준한 당사국들에 의한 인권의 준수를 보장하는 중요한 도구가 됨을 보여주고 있다. 자연적으로 상당한 부분이 각 위원회의 구성과 검토 대상 조약을 적절히 조사하기로 하는 위원들의 결정에 의존할 것이지만, 전반적으로 고문과 같은 미묘한 분야에 있어서는

- 
- 38) 이 제도는 극히 일반적인 것으로 다른 인권조약에서도 유사한 제도를 채용하고 있는 예가 있다. 예를들면 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 40 조 참조.
- 39) 협약 제 21 조 1 항 및 제 22 조 1 항을 수락한 국가는 아르헨티나, 오스트리아, 덴마크, 프랑스, 룩셈부르크, 노르웨이, 스페인, 스웨덴, 스위스, 토고 등이다.
- 40) 위원회는 제약국으로부터의 보고서에 「일반적인 의견」만을 붙여야 할 것인가 혹은 애초의 초안에 있는대로 「의견과 제안」(comments and suggestions) 을 붙여야 하는 것인가에 대해서는 협약 기초의 과정에서 심각한 이견이 있었지만 결국 전자의 형태로 낙착되었다.

보고서 제도는 당사국들로 하여금 그 관리들에 의한 고문의 사용을 피하도록 설득할 수 있는 합리적, 효과적인 조치가 될 수 있다.

제 20 조는 비밀조사제도 41) 를 다루고 있다. 만약 위원회가 어느 당사국의 영토 내에서 고문이 조직적으로 행하여 지고 있다는 충분한 근거를 가진 것으로 보이는 믿음만한 정보를 접수한 경우, 위원회는 그 당사국으로 하여금 이 정보를 조사하는 데 협조토록 하며 관련 정보에 관한 견해를 제시한다. 그러한 견해와 아울러 여타 입수 가능한 관련 정보를 고려하여, 위원회는 비밀조사를 실시하여 그 결과를 즉각 위원회에 보고토록 하기 위하여 1인 또는 그 이상의 위원을 지명할 수 있다. 그러한 조사를 위하여는, 위원회는 관련 당사국의 협력을 구한다. 만약 그 당사국이 동의하면 조사는 그 국가 영토에 대한 방문을 포함할 수 있다.

그러한 조사결과는 위원회에 의해 검토되고 적절하다고 판단되는 의견 또는 제안을 함께 관련 당사국에 송부한다. 위원회의 모든 절차는 비밀로 이루어지며 모든 단계에서 당사국의 협력을 구한다. 동 절차의 결과에 대한 요약보고서는 관련 당사국과의 협의후 위원회의 연례보고서에 포함될 수 있다.

제 20 조는 정보의 독립적인 출처의 사용과 관련 당사국으로부터 협력을 얻을 필요성을 조화시키려는 시도라고 할 수 있다. 그러한 효과를 위하여 제 2 항에서 사용된 「여타 입수 가능한 관련정보」란 용어는 인종차별철폐위원회에 의해 채택된 제한적인 해석을 피하고, 여타 정보의 출처 가운데서 비정부간 기구의 협력을 용이하게 하는데 도움이 될 수 있다. 제 20 조는 총회의 제 3 위원회에서 수정되었는데 국내문제에의 간섭

- 
- 41) 이 제도는 국제인권규약이 채택한 실시조치방법 중에서도 유례를 찾아볼 수 없는 전혀 새로운 것이다. 이것이 의무적으로 된 것에 대한 반발도 강하여 본조에 대한 유보를 가능케 한 제 28 조를 추가함으로써 타협이 이루어졌다.



가능성에 관한 관심을 표명한 당사국들로 하여금 제 20 조를 수용할 수 있도록 한 것이다. 제 28 조는 각 당사국들로 하여금 제 20 조에 의한 위원회의 권한을 인정하지 않음을 선언할 수 있도록 하였다.<sup>42)</sup>

임의적인 국가간 통보<sup>43)</sup>는 제 21 조의 세부적인 주제이다. 당사국은 타 당사국이 동 협약에 따른 의무를 이행하지 아니하고 있다고 주장하는 일 당사국의 통보를 접수, 심리하는 위원회의 권한을 인정한다는 것을 언제든지 선언할 수 있다. 이러한 통보는 당사국중 자국에 대한 위원회의 그러한 권한 인정을 선언한 당사국에 의하여 제출된 경우에만 가능하다. 통보 국가는 서면으로 이 문제에 관하여 침해 국가의 주의를 환기하여야 한다. 통보를 접수한 국가는 통보를 접수한 후 3개월 이내에 당해 문제를 해명하는 설명서를 송부하여야 하는데 그러한 해명서에는 동 국가가 당해 문제와 관련하여 이미 취하였거나 현재 취하고 있는 또는 취할 수 있는 국내절차와 구제수단에 관한 언급이 포함된다. 최초의 통보 후 6개월 이내에 해결이 나지 않으면, 일방 당사국이 당해 문제를 위원회에 회부할 권리를 가진다. 일반적으로 승인된 국제법의 원칙에 따라 모든 가능한 국내적 구제절차의 완료는 위원회에 의한 국가간 통보의 고려에 있어서 선행조건이다.

제 21 조에 의한 통보는 비공개로 토의된다. 위원회는 이 협약에서 규정된 의무에 대한 존중을 기초로 당해 문제를 우호적으로 해결하기 위하여 관련 당사국에게 주선을 제공하고 특별조정위원회<sup>44)</sup>를 설치할 수 있다. 위원회는 위원회에 회부된 여타 문제에 관하여도 관련정보의 제출을

42) 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제 41 조에서 규정한 실시조치 방법이 여기에 해당한다.

43) 협약 제 20 조를 유보한 국가는 아프가니스탄, 불가리아, 백러시아, 동독, 헝가리, 우크라이나, 칠레, 체코 등이다.

44) 여기에 대해서는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 42 조에도 유사한 규정이 있다.

요청할 수 있다. 관련 당사국은 당해 문제가 위원회에서 심의되고 있는 동안 자국의 대표를 참석시키고 구두 또는 서면으로 의견을 제출할 권리를 가진다. 위원회는 12개월 이내에 보고서를 제출한다. 해결에 도달한 경우에는 보고서는 사실과 해결에 관한 간략한 설명으로 구성된다. 그렇지 않은 경우에는, 위원회는 보고서를 사실에 관한 간략한 설명에만 국한시키고 제출된 서면 의견과 구두 의견의 기록을 첨부시킨다.

제 21 조는 5개 당사국이 각각의 선언을 한 후 발효한다. 선언은 언제든지 철회될 수 있고, 이 철회는 이미 송부된 통보에 따른 어떠한 문제의 심의도 방해하지 아니한다.

개인의 통보<sup>45)</sup>에 대하여 협약 당사국은 제 22 조에 의하여, 위원회가 당사국에 의한 협약규정위반의 피해자라고 주장하는 개인<sup>46)</sup>들로 부터의 또는 개인들을 대신한 통보를 자체 관할권하에서 접수, 심리하는 권한을 인정한다는 것을 언제든지 선언할 수 있다. 그러한 선언이 없으면 통보가 접수되지 않는다. 익명이거나 그러한 통보 제출권리의 남용 또는 본 협약의 규정과 양립할 수 없는 것으로 간주되는 통보는 인정될 수 없는 것으로 간주한다. 제 22 조는 개인들을 대신하여 누가 통보를 제출할 것인지를 지시하지 않으나 이 조문은 자유스러운 접근에 따르는 것처럼 보이는데 즉 제 4 항은 위원회가 개인으로부터 또는 개인을 대신하여 그리고 관련 당사국으로부터 입수 가능한 모든 정보를 고려하여 통보를 심의한다고 규정하고 있다. 이 조에 따라 제출된 통보는 관련 당사

45) 유사제도는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서라고 할 수 있다.

46) 피해자는 자국 영역내에 소재하지만 자국의 국민일 필요는 없다. 또 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 선택의정서에는 피해자 본인만에게 통보권이 인정되고 있지만, 본 협약에서는 타인에게도 통보권이 인정되고 있다.

국에 알려지고 당사국은 6개월내에 그 사건의 내용 및 구제조치를 취한 경우 그 구제조치를 해명하는 서면설명서 또는 진술서를 위원회에 제출한다.

복잡한 절차를 회피하고 국내 구제조치를 취하는 것과 같은 관습적인 제한도 제 22 조에 규정되어 있다. 통보는 비공개회의에서 심사되고 위원회는 자체의 견해를 관련 당사국 및 개인에게 제출한다. 본 조의 규정은 5개 당사국의 선언으로 발효한다. 동 선언은 언제든지 철회될 수 있고 동 철회는 본 조에 의하여 이미 송부된 통보에 따른 여하한 문제의 심의도 방해하지 아니한다.

여기서 우리는 협약 제 20 조와 제 21 조, 제 22 조의 차이점을 살펴볼 필요가 있다. 제 20 조는 제 28 조에 의하여 수정된 것처럼 서명, 비준 또는 가입시에 위원회 권한의 불인정을 애초에 선언토록 허용한다. 그러나 제 21 조, 제 22 조는 위원회가 제 21 조나 제 22 조에 의하여 달리 허용된 조치를 하기 전에 위원회의 권한을 인정한다는 긍정적인 선언을 요구한다. 그 차이는 물론 제 20 조에 의할 경우에는 제 28 조에 의해 수정된 것처럼 당사국이 위원회 권능 불인정 선언을 애초에 해야 할 것이며 그렇지 않을 경우는 그 후에 위원회 권능을 부인하는 기회를 잃게 될 것이다. 반면에 제 21 조, 제 22 조에 의하면 당사국이 주도권을 가지고 제 21 조나 제 22 조를 적용하려고 하는 시점에 위원회 권능을 인정한다는 선언을 해야 될 것이며 그렇지 않을 경우는 그 조항들에 의한 조치는 취할 수 없다.

#### 6. 최종 조항

제 3부(제 25 - 33 조)는 보통의 최종 조항을 포함하고 있다. 협약은 모든 국가의 서명을 위하여 개방되며 비준되어야 한다.<sup>47)</sup> 이 협약은 유엔사무총장에게 20 번째의 비준서 또는 가입서가 기탁되는 날로부터

47) 협약 제 25 조

터 30 일째 되는 날 발효한다. 제 28 조는 각 당사국으로 하여금 협약의 서명, 비준 또는 가입시에 제 20 조에 따라 부여된 위원회의 권한을 인정하지 않음을 허용하고 있다. 이러한 유보는 철회될 수 있다. 제 29 조는 협약 개정안 제안 절차를 규정하고 있다. 협약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁은 중재재판에 회부되어야 하고 중재에 관한 합의가 이루어지지 않으면 국제사법재판소에 회부된다.<sup>48)</sup> 이 규정에 관한 유보도 허용된다.<sup>49)</sup> 폐기도 허용되나, 폐기전에 발생한 의무로부터 당사국을 면제시키는 것은 아니다.<sup>50)</sup>

## IV. 협약의 특색

고문방지협약은 이제까지의 여러 인권관계 조약과 견주어 볼 때 여러가지 특색이 있을 것이지만 여기에서는 특히 현저한 특색으로 다음의 세가지를 들 수 있을 것이다. 즉 첫째로 고문이 범죄행위로 되어 고문이란 범죄행위를 방지하는 형태로 인권의 보호가 이루어지도록 된 점, 둘째로 고문이란 범죄행위의 처벌을 위하여 세계적 형사재판관할제도가 도입된 점 셋째로 체결국이 협약상 부담되어진 의무의 이행을 확보하기 위한 실시 조치로 비밀조사제도를 도입한 점 등이다.

### 1. 범죄성의 인정

우선 「고문을 금한다」는 것이 「인권을 보호한다」는 것이 되는 점

48) 협약 제 30 조

49) 협약 제 30 조 1 항을 유보한 국가는 아프가니스탄, 불가리아, 백러시아, 동독, 헝가리, 우크라이나, 칠레, 체코, 프랑스, 파나마 등이다.

50) 협약 제 31 조



에 관하여 보기로 한다. 이것은 협약의 전문에 근거를 찾으려 하면 좋으리라 생각된다. 즉, 그점에는 「인권이 인간의 고유한 존엄성으로부터 유래한다」는 점을 확인하고 있지만, 고문이야말로 「인간의 고유의 존엄」과 절대로 양립할 수 없는 점이고<sup>51)</sup>, 따라서 고문은 인권의 명백한 침해로 당연히 생각되어지기 때문이다. 바꾸어 말하면 고문을 금지하는 것은 인권의 존중을 확보하는 것으로 따라서 고문방지 협약은 인권조약이라는 것이다.

그런데 기존의 인권조약을 돌아보면 제노사이드조약이라든지, 아파트헤이트조약에서 그 예를 볼 수 있듯이 해당 조약이 보호하려고 하는 인권의 침해를 범죄, 특히 국제범죄로서 취급하고 있는 경우도 없지 않지만<sup>52)</sup> 보다 많은 인권조약은 해당 조약이 보호하려고 하고 있는 인권의 침해를 범죄로까지는 규정하고 있지 않고, 단지 조약당사국에 대하여 그 국가의 국내적 조치를 통하여 해당 인권관계조약의 인권의 존중, 준수를 촉진하는 의무를 지우게하고, 이 의무의 이행을 확보하기 위한 여러가지의 실시조치를 강구한다는 형태를 취하여 왔다.<sup>53)</sup> 여기에 대하여 앞서의 제노사이드조약등으로는 이들 국제범죄를 행위지의 국내법원 또는 국제형사법원에 의해 심리하고 처벌함에 따라, 인권존중의 실현을 기하도록 예정하고 있다.<sup>54)</sup>

그런데 본 협약은 고문을 범죄로는 인정한 것이나 이를 소위 집단살해죄와 같은 국제범죄로까지 규정함에는 이르지 못했다. 단지 협약은 고문

51) 왜냐하면 「고문이라는 것은 인간의 품위를 훼손시키는 - 인간에게 고통을 주는 - 처우중 가장 심한 것」으로서 협약 제 16 조 1 항이 정의하고 있는 것으로 부터도 이것은 명백하다.

52) 제노사이드조약 제 1 조 및 아파트헤이트조약 제 2-4 조 참조.

53) 예를들면 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 4 부(제 28-45 조), 선택의정서; 인종차별철폐협약 제 2 부(제 8-16 조) 등 참조.

54) 제노사이드조약 제 6 조, 아파트헤이트조약 제 5 조 참조.

을 범죄로써 금지함을 계약국에 의무를 지우고 그 의무이행의 확보를 통상의 인권조약으로 보여지는 「실시조치」에 의해 이루려고 하는 것이다. 여기에서 국제형사법원에 의한 처벌은 예정되고 있지 않다.

그러나 협약이 고문을 범죄로 인정하고, 그 처벌을 확실화하는 - 결국, 이를 그 국내법에서 범죄로 보고 형을 정하는 것으로 고문을 금지하는 형태로 계약국에 의무를 지우고, 그 협약의무의 이행 확보를 기하는 것으로, 인권존중의 실효를 기하려 하는 것은, 종래의 많은 인권조약이 인권을 국내법으로 보장하는 것과 비교하여 우선 첫째로 언급할 수 있는 특색이라고 할 수 있다.

## 2. 세계적 형사관할의 도입

전술한바와 같이 고문은 소위 국제범죄로는 인정되지 않았다. 그러나 그 행위는 협약에 의해 「범죄로 인정되어 당연한 행위」로 인정되어 계약국에는 「고문을 처벌한다」라고 하는 의무가 부과되어진다. 그렇지만 계약국의 이러한 의무가 각국에서 개별적으로 이행되어졌다는 것은 고문범의 「처벌누락」이라는 사태가 일어나지 않는다고 단정할 수 없다. 협약이 고문을 범죄행위로 인정한 것은 그 범죄행위의 처벌을 확보하는 것도 협약의 책무의 하나로 보았기 때문이다.

이 책무를 완수하기 위하여 협약은 하이잭방지조약에 의해 최근 확립되어 오고 있던 「세계적 형사재판관할( universal criminal jurisdiction)」의 제도를 도입하였다.<sup>55)</sup> 즉 고문범은 세계의 끝까지 도망쳐 가도 처벌을 면제받을 수 없게 되어있다. 그런데 이와같이 세계적 형사재판관할의 제도는 하이잭등의 방지를 위한 조약에 채용되어진 것을

55) 하이잭방지조약 제 4 조, 외교관동보호조약 제 3 조 등 참조



최초로, 그 후 외교관등 보호조약등에도 채용되어지도록 되었다. 그런데 이들 조약은 인권의 존중을 주목적으로 하는 조약이라고는 말하기 힘든 부분도 있어, 이들은 오히려 국제교통의 안전확보를 주목적으로 제정된 조약이라고 볼 수 있다. 고문방지협약은 고문이라는 범죄행위의 처벌을 확실하게 행하기 위하여 이 제도를 이용한 것이지만, 이것은 동시에 소위 「인권조약」이 이러한 세계적 형사재판관할제도를 채용한 최초의 예로서 본 협약의 특색을 이루는 것이라 할 수 있다.

### 3. 실시조치방법의 실효성

협약이 채용하고 있는 실시조치는 기본적으로는 국제인권규약이 채용하고 있는 실시조치의 범주에 따른 것으로, 그 의미로는 신규성에서 부족하다. 그러나 협약 제 20조가 규정한 「조사」, 특히 「비밀조사」는 규약에 전례가 없는 제도이며, 이를 또하나의 현저한 특색으로 볼 수 있겠다.

더우기 다시 주목할 가치가 있는 것은 본 제도를 정하는 제 20조가 의무규정의 형태를 취하고 있는 것이다. 무엇보다도 이 점은 협약 제 28조가 특히 본조에 관하여 유보를 허용하고 있기 때문에 그 실효성은 대폭으로 감소되었지만, 그렇다 하더라도 제 20조 소정의 실시조치를 경시함이 타당치 않은 것은 당연하다. 단, 현실적으로 본 협약이 효력을 발생하고 실시되어짐에 따라 본조가 어느정도 실효성을 발휘할 수 있는가에 대해서는 아직 뭐라고 말할 수 없다.

더우기 개인통보제도를 정한 제 22조가 국제인권규약의 경우와 같이 선택의정서라는 별개 조약의 형태를 취하지 않고 동일 조약내의 한 조항으로서 규정된 것은 이것도 본 협약의 하나의 특색으로 볼 수 있겠다.

이와같은 규정을 조약내에 설치한 예는 유럽인권협약<sup>56)</sup>을 제외하면 인종차별철폐협약<sup>57)</sup>에서 볼 수 있을 뿐이다.

## V. 맺 음 말

인권조약을 제정하는 목적은 「인권존중의 확보」에 있다고 하겠다. 다시 말하면 인권의 존중을 확보함에 의해 세계의 자유·정의 및 평화의 기초를 구축하는 것으로 이는 종래 제정되어온 인권조약 가운데에 반복하여 천명되어온 것이다. 따라서 고문방지협약도 당연히 상기 목적을 가지고 제정된 것으로 결코 타 인권조약의 예외를 두는 것은 아니다. 그런데 인권조약이 상기 목적을 보다 잘 달성하기 위하여는 그 인권조약 - 특히 그 조약의 실시조치 - 이 실효적으로 되면 될수록 좋다는 것은 말할 필요가 없었다. 그러나 인권조약의 실시조치 규정이 실효적이 될수록 조약 당사국의 자유의 제한이 크게 된다. 그런데, 순수히 국내사항으로 생각되어져 온 「인권보장」이 이미 국내문제는 아닌 것으로 생각하는 것은 이미 어느 정도 확립되어 있는 것으로, 더우기 당사국은 인권조약의 제정에 있어 동 조약이 국가의 행위의 자유제한을 크게 하는 것을 반대하는 환영하지 않는다.

그래서 결국은 타협이 이루어져 보다 많은 당사국을 확보하기 위하여 실시조치의 「실효성」이 완화된 조약 의무의 범위가 좁아져 큰 효과를 기대할 수 없는 인권조약이 되어 왔다.

고문방지협약도 이러한 타협이 없다고는 할 수 없다. 즉 시행조치의 수단에 관하여 고문방지협약은 타협적이다. 당사국간 및 개인의 통보제도는

56) 제 25조 참조

57) 제 14조 참조

선택조항이다. 동 제도가 시행되기 위하여는 몇몇 국가의 선언이 필요한데 언제든지 운영할 수 있도록 됨이 바람직하다. 물론, 요구된 선언을 할 준비가 된 국가들만 기속하지만, 고문을 실행하지 않는 국가나 이러한 관점에서 인권침해를 중지하고 처벌하려는 국가들에게도 기대된다. 그러므로 주된 시행조치는 보고서제도와 비밀조사제도라고 상정하는 것이 합리적이다. 설립된 고문방지위원회가 책임있고 전문적이며 독립적인 방식으로 그 의무를 이행한다면 앞의 두 제도는 모두 커다란 의미가 있다. 인권이사회와 인종차별철폐위원회의 전례는 긍정적이다. 만약 고문방지위원회가 특히 독립성과 객관성의 관점에서 두 위원회의 전례를 따른다면, 고문이라는 악을 방지하기 위한 국제적인 투쟁은 더욱 쉬워질 것이다.

이상과 같이 동 협약을 개략적으로 살펴본 바에 의하면 동 협약의 제규정은 우리에게 어떤 놀라움을 가져오는 것은 아무것도 없는 것 같다. 협약의 규정들은 1975년의 「고문등 금지선언」과 거의 내용이 비슷하고, 그 선언에 의해 해결되지 못한 같은 문제들이 미해결인 채 남아있다. 그리고 고문과 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌이라는 형태와의 경계선도 명확하지 않다. 또 협약의 적용범위를 어떤 뚜렷한 목적을 가지고 공무원에 의해 범해지거나 공무원이 위임한 고문행위에만 국한하여 추점을 둔 것은 크게 유감스러운 문제이다.

그러나 고문방지협약은 잠재적인 약점이 내재함에도 불구하고, 고문의 발생을 근절하거나 감소하려는 투쟁에서 하나의 중대한 단계가 된 것이라고 하겠다.

## 2. 고문방지협약 축조해설



## 고문방지협약 축조해설\*

J. Herman Burgers and Hans Danelius \*\*  
박 상훈 \*\*\* 옮김

## I. 제 1 부 : 실체규정

## 제 1 조

1. 본 협약의 목적상 “고문”이라는 용어는 개인 또는 제 3자로 부터 정보 또는 자백을 얻어내고 그 개인 또는 제 3자가 행하였거나 행하였다는 혐의가 있는 행위에 대하여 그 개인을 처벌하거나 그 개인 또는 제 3자를 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 묵인 하에 그 개인에게 고의적으로 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위를 의미한다. 이것은 합법적인 제재 조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 이에 부수적인 고통 또는 피해를 포함하지 않는다.
2. 본 조항은 적용범위가 더 광범위하거나 광범위할 수 있는 여하한 국제문서 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. pp.114 ~ 172.

\*\* 협약작성과정에 참여하였던 화란 및 스웨덴 대표로서 인권분야의 권위자

\*\*\* 외무부 국제법규과 사무관

고문금지에는 많은 국제협약에 포함되어 있는 바, 특히 세계인권선언(1948), 무력 분쟁에 적용되는 인도적인 규칙에 관한 4개의 제네바 협약(1949)과 동 협약의 2개 추가 의정서(1977), 구주 인권 및 기본적인 자유보호협약(1950), 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1966), 미주인권협약(1969), 아프리카 인권 및 인민권 헌장(1981)이 대표적인 예이다.

상기 대부분의 협약에는 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌 금지도 포함돼 있다.

상기 모든 협약은 고문을 명백히 규탄하고 있지만, 고문을 정의하고 있지 않다. 그러나 1969.11.5. 채택된 “그리스 사건보고서”에서 구주 인권위원회는 “구주협약”의 제3조에 있는 “고문” “비인도적 처우” “굴욕적 처우”라는 어휘를 어떻게 해석할 것인가에 대한 어떤 의미를 제시하였다. 구주위원회는 아래와 같이 발표하였다.

(동 보고서 4장 1-2 단락)

1. 협약 제3조는 “아무도 고문 또는 비인도적, 굴욕적 처우나 형벌을 받지 않는다”고 규정하고 있다.

2. 모든 고문은 비인도적이고 굴욕적 처우임에 틀림없고, 비인도적 처우 또한 굴욕적이기 때문에 모든 이러한 서술들이 적용되는 처우가 있다는 것은 명백하다.

비인도적 처우의 개념은 적어도 특정상황에서 정당치 못한 정신적 또는 육체적인 심각한 고통을 의도적으로 야기하는 처우를 포함한다. “고문”이란 단어는 정보나 자백을 얻거나 형벌을 과할 것을 목적으로 한 비인도적인 처우를 묘사하는데 왕왕 사용되었는데, 이는 일반적으로 악화된 비인간적인 처우의 형태이다. 개인에 대한 처우나 형벌은 그것이 타인앞에서 중대하게 모욕하거나 본인의 의지나 양심에 반해 행동하도록 강요하면 굴욕적인 것으로 볼 수 있다.”

상기의 제시는 1975.12.9. 유엔총회에서 채택된 “고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌에 대한 모든 사람의 보호에 관한 선언”에 포함시킬 고문의 정의를 제안하는데 어떠한 지침을 주었다. 역시 1975년 선언에 나타나있는 구주위원회의 보고서의 일부 부분을 보는 것이 쉬운데 동 선언 제1조는 다음과 같다.

“1. 본 선언의 목적상, 고문은 개인 또는 제3자로부터 정보 또는 자백을 얻거나, 그가 행하였거나 행하였다는 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌하거나, 그 또는 타인을 위협하기 위한 목적으로, 개인에 대해 공무원 또는 공무원의 교사에 의하여 의도적으로 육체적, 정신적인 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위를 의미한다. 이것은 “수감자 처우를 위한 최저기본규칙”과 일치되는 범위내의 합법적 제재로부터 야기되고 이에 부수적인 고통이나 피해를 포함하지 않는다.

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

아일랜드 대 영국 사건에서, 구주인권위원회와 구주인권재판소는 북아일랜드가 피구금자에 대하여 사용한 5가지 심문 방법과 관련하여 “구주협약” 제3조의 해석에 직면하게 되었다.

1978년 1월 18일 재판소 판결에서 5가지 방법을 아래와 같이 서술하였다.

“(a) 벽에 세우기 : 이를 경험한 사람의 진술에 의하면 피구금자를 “긴장된 자세”로 있도록 몇시간 동안이고 강요하는 것인 바, 사지를 죽 펴고 벽에 기대어, 손은 머리위 벽면 높이든채로, 다리는 벌리고 발바닥을 벽에 붙임으로써 몸무게를 주로 발가락 끝에 의지하도록 하는 것임.

-(b) 머리에 올려놓기 : 검정색 또는 남색가방을 피구금자의 머리위에 올려놓는 것으로 적어도 초기에는 심문시를 제외하고는 계속 올려놓음.



- (c) 소음내기 : 심문중에 계속적인 쇠소리가 나는 방에 억류함.
- (d) 잠안재우기 : 심문중에 피구금자의 잠을 못지게 함.
- (e) 음식과 음료수 박탈 : 심문중 또는 수감중 피구금자의 음식량을 줄임

상기위원회는 동 사건에서 위의 5가지 기술의 혼합적 사용이 구주 협약의 제 3조를 위반한 비인간적 처우와 고문행위를 구성함을 만장일치로 결정하였다. 반면에 재판소는 상기 기술이 고문 개념에 내포된 가혹성에 이르지 않았다고 판결하였다. 동 판결은 그 이유를 다음과 같이 상설하였다.

“ 167. 5가지 기술은 사전 계획에 따라, 단번에 몇시간씩 혼합하여 적용되었다 ; 그것은 당하는 사람에게 실질적 육체적인 부상은 아니더라도, 적어도 강력한 육체적이고 정신적인 피해를 야기시키고 또한 심문중 극심한 정신적인 불안올 야기시킨다. 따라서 그것도 제 3조의 비인도적 처우의 범위에 포함된다. 그 기술은 희생자들에게 치욕적이고 인격을 저하시키며 육체적 또는 도덕적 저항을 파괴하는 공포, 걱정, 열등감을 야기시키기 때문에 굴욕적인 것이다.

이 두가지점에서 재판소는 위원회와 동일한 의견을 가지고 있다.

위의 5가지 기술이 고문에 상당한 것이냐의 결정을 위해서는, 재판소는 제 3조에 구현된 이 개념과 비인도적이거나 굴욕적인 처우와의 구별에 유의하여야 한다.

이 구별은 기본적으로 가해진 고통의 강도 차이에서 파생된다는 것이 재판소의 견해이다.

재판소는 한편으로는 도덕적 근거 뿐 아니라 대부분의 경우 체약국의 국내법에 따라 처벌되나, 협약 제 3조의 범위에 포함되지 않는 폭력이 존재 하지만, 또 다른 한편으로는 “고문”과 “비인도적 혹은 굴욕적 처우”를 구별하면서 맨처음에 매우 심각하고 잔인한 피해를 야기시

키는 비인도적 처우를 특별히 치욕적인 것으로 간주하려는 것이 협약의 의도로 보인다고 실제로 생각하고 있다.

더우기 이것은 1975년 12월 9일 유엔총회에서 채택한 결의 3452호 제 1조의 배경 의도로 보이는데, 동 결의는 “고문은 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 악화되고 의도적인 형태이다”라고 선언하고 있다.

다섯가지 기술이 혼합되어 사용될때 의문의 여지없이 비인도적이며 굴욕적인 처우에 해당할 지라도, 그것들의 목적이 자백, 타인의 이름 확인 또는 정보등의 획득이라도, 그리고 그것들이 조직적으로 사용되었을지라도, 그것들은 일반적으로 이해되어지는 고문이라는 단어가 함축하는 특정한 강도와 잔인성의 피해를 야기시키지는 않는다.

168. 재판소는 5가지 기술의 사용이 제 3조에 위반한 비인도적이며 굴욕적인 처우의 행위에 상당한다고 결정을 내린다.”

고문방지협약이 1984년 채택된 후, 미주 고문방지 및 처벌협약이 1985년 12월 9일 콜롬비아 카르타기나 데 인디아스에서 서명되었다.

동 협약 제 2조에는 고문방지협약의 정의와 동일하지 않지만 그 영향을 받은 고문의 정의가 포함되어 있다. 제 2조는 다음과 같다.

“본 협약의 목적상 고문은 위협의 수단, 개인적 형벌, 예방적 조치, 징벌로서의 형사적 수사 목적으로 또는 여타 목적으로 개인에 가하는 육체적 또는 정신적 고통 및 피해에 따른 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 이행될 수 있다.

고문개념은 적법한 조치가 이 조항에 언급된 방법의 사용 또는 행위의 수행에 포함되지 않는한, 단지 그 조치의 결과이거나 그 조치에 수반하는 정신적 또는 육체적 고통을 포함하지 않는다.”



고문방지 협약의 제 1조 1항의 고문의 정의와 관련하여 다음과 같이 언급할 수 있다.

고문행위는 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 것으로 정의할 수 있다. 가장 특징적인 것이며 쉽게 구별될 수 있는 경우는 구타 등의 행위로 육체적 고통을 가하는 것이다. 많은 경우 지팡이, 칼, 담배, 전기충격을 전달하는 금속물체와 같은 물건을 이용하여 고통을 가한다. 고통이 되기 위해서는 동 행위와 가혹한 고통을 야기시켜야 한다. 극심한 또는 극심하게 가혹한 고통과 비슷한 언어는 협약 심의 과정에서 제의된 “가혹한 고통”이라는 어구가 상당한 비중있는 행위만이 고문을 구성한다는 의향을 전달하는데 충분하다고 생각되었다. 고통을 조직적으로 가하는 것도 또 다른 기준으로 추가하자는 제안은 동 조항에 반영되지 않았는 바, 이것은 결국 단 한번의 행위도 고문을 구성한다는 것을 의미한다.

가혹한 정신적인 고통이나 피해를 주는 행위는 아주 다른 경우일 수 있다. 하나는 피해자에게 위협을 의미하거나 공포를 야기시키는 행위로 피해자로 하여금 그가 협력하지 않으면 그가 실해되거나 그의 부인, 자녀들에게 보복을 가할 것이라고 믿게 만드는 것이다. 다른 경우는 피해자가 타 피구금자 또는 가족의 처형이나 고문을 증언하게 강요하는 것이다. 그러나, 어떤 경우에는 개인의 기본적인 요구를 충족시키지 않는 것이 고문이 될 수 있다. 이 예로서 음식거부, 잠안재우기, 독방 감금연장, 심지어 암흑속의 독방 감금등이 있다. 그러나 이 모든 경우의 관련 행위는 그것이 가한 고통이나 피해가 가혹할 경우, 고문이 되는 것이다.

보통의 경우, 고문은 적극적인 행위이며 제 1조의 정의는 부작위가 아닌 작위를 말하는 것이다. 그러나 이것은 특별한 경우에 부작위도 작위로 간주될 수 있다는 것을 배제하지는 않는다.

수형자에 음식제공을 하지않는 것은 바로 그 경우이다.

제 1조는 수형자의 의사에 반하고 어떤 치료적인 목적없이 수형자에 대하여 행해지는 의학적 또는 과학적 실험을 명시적으로 언급하지 않았다. 그러나 이것도 상기 실험이 물론 가혹한 고통 및 피해를 야기시켰다고 말할 수 있으면 인간에게 그런 실험을 행하는 것은 어떤 경우에는 고문에 상당한다는 것을 배제할 수 없다. 이와 관련하여, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제 7조에서도 의학적 또는 과학적 실험이 고문 및 비인간적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 금지를 위반하는 대표적인 사례로 언급한 것을 환기할 필요가 있다.

제 1조의 정의에 의하면, 고문은 의도적인 행위이어야 한다. 그것은 고통 및 피해가 우연한 사고나 단순한 과실의 결과인 경우, 그 행위를 고문으로 간주하려는 요건에 충족되지 않는다.

협약 심의과정에서 가혹한 고통 및 피해가 의도적으로 가해진 목적에 대한 언급의 포함 여부에 대해서는 상이한 견해가 있었다. 그 결과로 타협이 있었다. 즉 대부분의 목적이 예시되었으나 그 목적의 열거가 포괄적인 것이 아니다. 1975년 선언 제 1조의 열거에서와 같이, “와 같은 목적”이라는 어구가 나온다. 따라서 다른 목적이 있을 수 있다. 그러나 이것은 1985년 미주 협약의 제 2조에 언급된 “여타 목적”으로 이해될 수 없다. “와 같은”이라는 단어는 다른 목적도 명시적으로 열거된 목적과 공통점이 있어야만 한다는 것을 의미한다.

이러한 요건은 언급된 목적이 불법적이어야 한다는 것을 반드시 의미하지 않는다. 특히 정보 및 자백 취득, 형벌 또는 협박 및 강요에 있어서 열거한 목적이 이것을 이루는데 합법적인 방법을 사용한 경우 완벽하게 합법적인 것이 될 수 있다. 원칙적으로, 고문의 정의에 있어 언급된 목적들의 공통된 요소는 국가 및 국가기관의 이익 또는 정책과 설사 관련이 멀다하더라도 약간의 관련은 있어야 하는 것으로 이해되어야 할 것이다. 이러한 맥락에서, 협약의 주된 목표는 공무원들의 공적인 기능과 관련



된 목적을 위하여 그들에 의하여 또는 그들의 책임하에 저질러지는 고문을 제거하는 것입을 주목하는 것이 중요하다. 정확히 말하여 공공이익은 이런 경우에 정당화를 위한 것으로 가끔 비춰지기 때문에, 당국은 이러한 관행을 억압하는 것을 꺼려할 것이다. 협약 규정은 고문이 이런 경우에 발생하지 않도록 하며, 발생한 경우에는 위반자에 대하여 조치를 취하려는데 그 의도가 있다.

제 1조에 언급된 목적이 국가 또는 국가기관의 이익 또는 정책과 어떤 관련을 가지고 있는 것으로 이해되어야 한다면, 이러한 목적없이 단지 사디스트적이거나 다른 사적인 동기를 위하여 공무원에 의하여 행하여진 고문은 협약의 범위 밖이라고 주장할 수 있을 것이다. 그러나, 사디스트적인 동기가 우세한 경우에라도 제 1조의 성의에 따른 행위를 야기할 처벌 또는 위협의 요소가 동시에 존재하고 있음에 유의하여야 한다. 더우기 공무원이 그러한 행위를 하는 경우에는 이를 어느 정도까지 용인하거나 묵인하는 공공 정책이 존재하고 있다고 추측될 수 있다. 따라서, 단지 예외적인 경우에만 공무원에 의하여 가해지는 극심한 고통 또는 피해가 순수한 사적인 이유로 행하여 졌다는 근거에 의하여 고문의 정의에서 의미하는 고문을 구성하지 않는다고 결론을 내리는 것이 가능할 것이다.

마지막으로, 극심한 고통 또는 피해가 완전히 정당화된 의학상의 치료 과정에서 가하여진 것이라면, 이것이 제 1조에 정의된 고문을 구성할 수 없다는 것은 명백하다. 우선, 그 목적이 다른 범주에 속하게 될 것이다. 두번째로 극심한 고통 또는 상처는 정의에서와 같이 "고의적으로" 가하여 지지 않을 것이다. 반면에 이러한 고통 또는 피해는 이를 취급하는 사람들이 가능한 한 피하려고 하였던, 의도하지 않았던 부수적인 효과일 것이다. 이와 유사한 논리는 극심한 고통 또는 피해가 계획적인 행위에 의하여 가하여 졌으나 "고의적인 가해"의 요소가 결여되

어 있는 다른 상황에도 적용될 수 있을 것이다.

제 1조에 언급된 목적중 가장 전형적인 것은 정보 또는 자백을 얻어내는 것이다. 보통의 경우, 고문의 의도는 피고문자로부터 정보나 자백을 얻는데 있으나, 고문자가 제 3자로 하여금 말하도록 하기 위하여 고문을 하는 경우도 있을 수 있다(예를 들면, 남편이 말하도록 하기 위하여 부인을 고문하는 경우). 언급된 다른 목적들은 처벌, 협박, 강요 및 차별이다.

협약 준비과정에서 토의된 바 있었던 다른 문제는 제 11조에 언급된 행위들이 누가 그러한 행위를 하였는지에 상관없이 고문으로 간주되어야 할 것인가였다. 그러나, 결론은 당국이 책임질 수 있는 고문만이 조항의 정의에 해당된다는 것이었다. 고문이 당국의 어떠한 개입없이, 사인의 범죄행위로서 행하여진다면, 국내법체계의 일반적 조건에 따라 일반적 법절차가 적용되어 기소 및 처벌이 뒤따를 것을 기대할 수 있을 것이다.

이 협약이 취급하고자 하는 문제는 국가당국이 스스로 개입되어서 이에 대한 조사 및 기소가 정상적으로 이루어지지 않고 있는 고문의 경우이다. 전형적인 경우는 경찰관이나 수사 및 소추당국의 관리에 의하여 행하여진 고문이다. 그러나 많은 변형을 생각해 볼 수도 있다. 고문자가 어떤 공공 당국과 직접 관련되지는 않았으나 그 당국이 정보획득을 위하여 그를 고용하였거나 또는 최소한 그의 행위를 인정 또는 허용하였을 경우가 있을 수 있다. 당국의 책임이 어떻게든 관련되어 있는 모든 상황에 대하여 제 1조가 적용된다: "공무원 또는 공적자격으로 임무를 수행하는 다른 사람이 또는 이러한 사람의 교사에 의하여 또는 동의 또는 묵인하에 가하여진"

고문이 보안경찰과 같은 공공 기관에 의하여 행하여진다면, 그 국가의 정부는 그 행위를 알지 못하였다거나 또는 알고도 이를 승인하지 않았다고 말하는 것으로 협약하에서 자국을 변호할 수 없다.



제 1 조는 극심한 고통 또는 피해를 가하는 행위에 대하여 책임을 질 사람의 범주, 즉 공무원 및 공적자격으로 임무를 수행하는 다른 사람을 명시하고 있으나, 이러한 행위들의 피해자에 관하여는 특별한 언급이 없다. 대신, 협약은 “어떤 개인에게” 가하여진 고통 또는 피해에 대하여만 언급하고 있다. 1975년 선언에 언급된 정의에 대하여서도 마찬가지이다. 그러나, 이러한 것이 피해자의 범주가 무한하다는 것을 의미하지는 않는다. 선언 및 협약의 역사를 살펴보면, 피해자는 자유를 박탈당하였거나 적어도 고통이나 피해를 가하는 사람의 실질적인 권력이나 통제하에 있는 사람으로 이해되어야 한다는 것이 명백해진다.

1975년 선언은 “수감자의 처우에 관한 최저기본규칙을 구체화 하는데 있어, 어떤 형태의 구금 또는 감금 대상자를 고문 및 다른 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌로 부터 보호하기 위한 규칙을 포함하여 달라는” 유엔 총회의 요청에 대한 반응으로서 범죄예방 및 범죄자의 처우에 관한 제 5 차 유엔회의에 의하여 작성되었다. 1975년 선언 채택 2년후, 유엔총회는 “선언에 포함된 원칙에 비추어” 협약 초안을 작성하여 주도록 인권위원회에 요청하였다.

현 협약을 준비하기 위한 인권위원회의 모든 작업은 “모든 형태의 구금 및 수감 대상자의 인권문제”라는 의제하에서 이루어졌다. 협약에서 취급된 고문현상과 자유의 박탈과의 관련은 명시적으로 “여하한 형태의 체포, 억류 또는 수감의 대상이 되는” 개인에 관하여 언급하고 있는 제 10 조 및 제 11 조에서 부터 명백하다.

이러한 관련을 무시하는 것은 협약 작성자들이 생각하지 않았던 협약의 해석을 야기할 수 있다. 국가 방위, 법과 질서 유지 및 범죄인 체포 등의 기능을 행사하기 위하여 군 및 경찰이 무력을 사용하는 것도 공무원이 강압 목적으로 극심한 고통 또는 피해를 의도적으로 가하는 행위의 형태에 해당할 것이다. 그러나, 이것은 협약이 의미하는 고문을

구성하지 않는다. 군사 및 경찰 목적의 무력사용이 그 자체로서 고문을 구성하지 않는다는 사실은 “전쟁상태 또는 전쟁의 위협, 국내적인 정치적 불안정 또는 여타 공공의 비상상태와 같은 여하한 예외적인 상황도 고문을 정당화하기 위하여 인용될 수 없다”고 규정한 협약 제 2 조 2항에 비추어 볼때 특히 적절한 것이다.

제 1 조 1 항의 두번째 문장은 전 조항중 아마도 가장 논란의 여지가 있다. 이 문장은 고문이 합법적인 제재조치로부터 야기되고 이에 고유한 또는 이에 부수적인 고통 또는 피해를 포함하지 않는다고 규정하고 있다. 이 조항은 국가가 통상 고문으로 간주될 수단들을 자국법 체계 하에서 합법적 제재조치가 되게 함으로써 국가로 하여금 이들 수단들은 사용하도록 허용하는 것으로 해석될 수 있으므로, 너무 광범위한 예외라고 가끔 말하여졌다. 한편, 협약이 기존 국제법상의 고문금지를 강화하려고 의도하였지만, 각국에 있어서의 형사상 제재조치 체계의 개혁을 의도하지는 않았으며, 만약 그러한 의도가 있었다면 협약이 많은 국가들에 의하여 받아들여지지 않았을 것이라고 주장되었다.

협약 문안에 대한 스웨덴의 원래 제안에 의하면 합법적인 제재 조치에 대한 예외는 1975년 선언의 경우에서와 마찬가지로 수감자의 처우를 위한 최저기본규칙과 일치하는 정도에 한정되는 것이었다. 1955년 제네바에서 개최된 범죄예방 및 범죄자의 처벌에 관한 제 1 차 유엔회의에서 채택되어 경제사회이사회에 의하여 승인된 이 규칙은 구속력있는 국제조약이 아니며, 이러한 이유로 인하여 이 규칙을 고문방지협약과 같은 구속력 있는 문서에 언급하는 것이 적절하지 못한 것으로 간주되었다. 동시에 어떠한 형사상 제재조치가 국제적 표준에 위배되는 정도의 가혹하고 극심한 것인가를 정확하게 지적한 구속력있는 국제문서가 존재하지 않았다.

협약이 국내법하에서도 역시 불법적인 고문행위만을 취급하여야 한다고 생각하는 사람들과 국내법에 의하여 규정된 제재조치가 어떤 정도를



초과하게 되어 고문을 구성하게 되는 한계를 규정하여야 한다고 생각하는 사람들과의 의견이 대립되었다.

제 1조 1항의 두번째 문장은 이러한 논란을 명료하게 해결하지는 않는다. 이 문장이 합법적인 제재조치를 위한 일반적인 예외를 규정하고 있는 것이 사실이나, 어떠한 제재조치가 합법적인 것이 되기 위하여 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌을 금하고 있는 국제법에 따라야 하는지를 명확히 하고 있지 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 볼때 우리는 제 11조 1항이 고문의 정의를 포함하고 있는 것으로 언급하였으나, 이것이 형법상 엄격한 의미에서의 정의로 이해되지는 않아야 한다고 보는 것이 적절하다. 단지 “고문”의 개념만을 언급하고 있는 과거의 국제문서와는 달리, 1975년 선언과 동 협약은 많은 구성 요소들을 언급함으로써 그 개념이 무엇을 의미하는가를 상술하고 있다. 제 1항은 이런 방법으로 형법과 형사절차에서 직접 적용할 법적 정의를 내리기 보다는 협약의 이해 및 시행을 목적으로 고문에 대하여 기술하고 있다. 예를 들면, 이것은 협약 작성자들이 고문을 기술하는데 있어 선언에서와 같이 “……와 같은 목적을 위하여”라는 형식을 사용함으로써 예시적인 목적들만 포함하기로 결정한 이유를 설명하여 준다. 국내 형법에 있어 범죄를 단지 예시적인 목적만을 제시함으로써 정의하는 것이 “죄형법정주의” 원칙의 엄격한 적용에 반하는 것이라는 반대를 야기할 수 있다.

제 1조 2항은 고문의 정의의 적용범위가 더 광범위하거나 광범위할 수 있는 여하한 국제문서 또는 국내 입법에 따른 보호에 어떠한 영향도 미치지 않음을 명백히 하고 있다. 다시 말하면, 다른 국제문서나 국내법

이 개인에게 더 좋은 보호를 부여하는 한, 그는 그것을 향유할 권한을 갖는다. 그러나, 다른 국제문서나 국내법은 개인이 현 협약에 따라 향유할 보호를 제한할 수 없다.

협약의 명칭에 따르면, 협약이 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌도 취급하고 있으나, 제 1조가 이들의 정의를 포함하고 있지 않음을 주목하여야 한다. 실제로 이러한 일반 개념에 대하여 만족스러운 정의를 찾는 것이 불가능하다고 보여졌으며, 특별한 경우에 대하여 이들 개념을 적용하는 것은 구체적 상황의 상세한 내용을 기초로 판단되어야 할 것이다. 또한, 제 1조에서의 고문의 정의가 매우 정확하고 구체적이라는 인상을 주고 있으나, 가장 기본적인 개념들 중 하나인 소위 “극심한 고통 또는 피해”라는 것이 실제로 매우 애매한 개념이며, 특별한 경우에 이를 적용함에 있어 매우 다른 견해가 있을 수 있다는 것을 지적함이 적합할 것이다.

이 문제에 대한 사람들의 의견 차이가 그들의 법적인 배경 및 그들 사회내의 인도적인 고려의 역할에 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 제 17조에 따라 구성될 고문방지위원회의 기본임무 중 하나는 가하여진 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 인용될 수 없다.

3. 상급관리 또는 공적인 기관으로 부터의 명령은 고문을 정당화하기 위하여 인용될 수 없다.

이 조항은 협약을 보다 객관화하기 위한 각 당사국들의 일반적, 기본적인 의무를 포함하고 있다. 대체로 1975년 선언 제 4조에 관련된 사항인 본 조 제 1항에 따르면 각 당사국은 고문방지를 위하여 효과적인 조치를 취하여야 한다. 이러한 조치의 성격은 관련 국가의 판단에 맡겨져 있다. 이것은 단지 이들 조치들이 입법적, 행정적, 사법적 혹은 여타 종류가 될 수도 있으나 어느 경우이든 효과적이어야만 한다는 것을 나타낸다. 동항은 또한 모든 고문행위들이 그 중대한 성격에 비추어 범죄 행위로서 적절한 형벌로 처벌 가능하도록 하기 위한 입법조치들을 요하는 협약 제 4조와도 비교되어야 한다.

제 2조에 따른 의무는 범죄행위를 금지하는 것 뿐만 아니라 예방하는 것도 해당한다. 이것은 조치들이 효과적이어야 한다는 것을 강조하고 있다. 공식적인 금지로는 충분하지 않으며 행위들은 실제로 예방되어야만 한다.

물론 이것은 일 당사국이 그 관할권내에서 고문행위가 발생하지 않을 것을 보장할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 각 당사국은 그러한 행위의 발생을 예방하기 위하여 합리적으로 기대할 수 있는 것을 하기만 하면 충분하다.

그럼에도 불구하고 그러한 행위가 발생하였다면 협약에 따른 여타 의무들의 적용이 가능할 것이며 동 당사국은 제 2조 1항에 따라 재발방지를 위하여 보다 효과적인 조치를 취할 의무가 있다. 그러한 조치에는 어느 기구의 인사교체, 보다 강력한 감독 및 새로운 지시를 발하는 것 등이 포함될 수 있다.

제 1항에 따른 의무는 관련 당사국의 관할권하에 있는 모든 영토에 해당한다. 이러한 표현은 그 국가의 영토 및 영해 뿐 만이 아니라 그대 특봉 상에 설치된 고대(高臺) 혹은 기타 시설물들을 포함, 그 국기를 달고 항해하는 선박과 그 관련 국가에 등록된 항공기 등도 포함하고자 하는 것이다.

제 2조 2항은 고문의 금지는 예외없이 절대적임을 분명히 하고 있다. 전쟁상태 혹은 국내적 불안요인 등 어떠한 예외적인 상황도 고문을 정당화할 수 없다. 똑같은 규칙이 1975년 선언의 제 3조 둘째 문장에도 기술되어 있다.

한편, 여러 인권협약들하에서 당사국들은 전시 혹은 여타 비상사태시에는 그들의 의무가 경감될 수 있기는 하지만 고문 또는 기타 비인도적, 굴욕적 처우나 형벌에 처해지지 않을 권리를 포함, 개인의 기본적 자유와 관련하여서는 의무가 감소될 수 없다(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 4조 2항 및 7항, 인권 및 기본적 자유보호를 위한 유럽협약 제 3조 및 제 15조 2항, 인권에 관한 미주협약 제 5조 2항 및 제 27조 2항). 이러한 금지들은 무장충돌 상황하에서도 명백히 적용되는 것으로 지적되어야만 할 것이다.

고문의 절대적 금지는 상부 혹은 공공기관으로부터의 지시가 고문을 정당화하기 위하여 인용될 수 없다고 규정한 제 2조 3항에서 재확인되어 있다. 많은 경우 고문자들이 상급자들의 지시에 따라 행동하므로, 이것은 고문금지를 효과적으로 하는데 매우 중요한 요소이다. 뉴른베르그 원칙은 상부지시는 국제법하에서 특히 중대한 범죄를 정당화할 수 없다는 것을 분명히 하고 있으며, 고문과 같이 중대한 범죄에는 이 원칙을 엄격하게 적용하는 것이 중요하다. 협약의 초안 준비과정에서, 비록 정당화될 수는 없지만 상부로부터의 지시는 보다 온건한 형벌을 정당화하기 위하여 정상 참작될 수 있는 것인지의 여부가 논의되었다. 비록 협약의 정신에



위배될지는 몰라도 만일 그 형벌이 너무 관대하여 범죄의 중대한 본질을 전혀 도외시하는 것이 아닌 한, 이것이 전혀 배제될 수는 없다.

### 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 인권위반과 고질적인 존재를 포함한 모든 관련 사항을 고려한다.

이 조항은 1975년 선언에는 없는 것이며, 이전의 인권관련 문서와 비교하여 추가적인 중요한 보호를 규정하고 있는 것처럼 보인다. 이것은 일 당사국이 그 영토내에서 발생한 사실에 책임이 있음은 물론, 어느 개인을 협약에 반하는 처우가 예상되는 다른 국가로 인도함으로써 중대한 위협에 처해지지 않도록 할 책임이 있다는 것을 분명히 하는 것이다.

어느 면에서 이 조항은 망명자의 지위에 관한 1951년 제네바협약 제33조에 근거하고 있는 바, 이는 “어느 당사국도 망명자를 그의 생명과 자유가 그의 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단의 구성원 혹은 정치적 신념 때문에 위협받을 수 있는 국경으로 어떠한 방법으로든 추방 혹은 송환할 수 없다”고 규정하고 있다. 그러나 이 두 조항의 범위는 다르다. 망명자에 관한 협약에서는 보호가 망명자 즉, 어떤 특정한 이유로 그의 조국에서 박해를 받는 사람에게 주어지는 반면, 본 협약 제3조에서는 어떠한 이유로든 타국으로 인도될 경우 고문에 처해질 위험이 있는 사람에게 적용된다.

이 조항은 인권에 관한 유럽협약 제3조와 관련하여 유럽인권위원회의 판

은 협약 서명 전에 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 포함, 실무진들의 추후 보고서들에 또 나타난다(doc. E/CN. 4/1984/72. 12절). 그러므로 이들 구절에 대한 유보 혹은 별도의 선언이 협약의 서명, 비준, 혹은 승인과 관련하여 당사국에 의하여 행하여진다면 법적으로 받아들여질 수 있는 것으로 보인다.

제3조에 따른 당사국의 의무는 본 협약의 당사국이 아닌 국가로의 추방, 송환 및 인도에 관한 것이라는 것이 지적되어야 한다. 협약당사국이 아닌 국가는 그 관할권내에서 고문을 금지하기 위하여 국제적으로 구속적인 의무를 지지 않는 한 제3조에 따른 의무는 협약 당사국이 아닌 국가에 개인을 인계하는 경우 특히 중요하다고 할 수 있다.

제3조에 따른 조건은 관련된 사람이 타 국가에 인도될 경우 고문받을 위험이 있다고 믿을만한 실질적인 이유가 있어야 한다. 스웨덴의 초안에서는 그 혹은 그녀가 고문에 처하여질 위험이 있다고 믿을만한 합리적인 이유가 있어야 한다고 제안되었으나 현재의 어구는 원안보다 명확히 규정된 것으로서 영국에 의해 제안되었다(doc. E/CN. 4/1314. II장 8절)

주어진 사건에서 그러한 실질적인 이유가 존재하는지의 여부 및 그 사건의 특수한 상황을 관찰하여 평가되어야만 한다. 예를 들어 관련 개인이 그의 조국에서 어떤 반대 그룹에 속하였다는 것을 입증할 수 있는지 혹은 어떤 종류의 박해받는 소수그룹 구성원이었는지의 여부는 매우 중요한 것일 것이다. 그러한 경우에 증빙의 문제는 매우 어려울 것이며 관련 개인의 증언은 받아들여질 정도로 믿을만한 외형이 필히 존재하여야 한다면 혐의 사실의 진실성에 대하여 완전한 증명을 요구한다는 것은 비합리적이며 협약의 정신에 위배되는 것이다.



특정한 사건의 사실에 부가하여, 관련 국가내에서 일반적인 인권상황이 어떠한지 해당 소수 혹은 반대 그룹에 대한 처우가 어떠한지를 고려하는 것도 또한 매우 중요하다. 이런 양상은 제 1항에 언급된 것과 같은 이유가 주어진 사건에 존재하는지의 여부를 판단하기 위하여는 관련 국가내에서의 심한, 극악한 또는 대량의 인권위반의 고질적인 존재를 포함한 모든 관련 상황들이 고려되어야 한다고 규정하고 있는 제 3조 2항에 특히 언급되어 있다.

스웨덴이 초안한 원본에서는 이런 조항이 포함되지 않았었다. 그러나 소련은 주어진 사건에서 고문의 위협이 존재하는지의 여부를 고려하는 경우 “인종격리, 인종차별 혹은 대량학살, 전국적 해방운동의 억압, 외국 영토에 대한 침략 혹은 점령이 국가정책으로 행하여졌을 때 야기되는 대량의 극악한 인권 위반들로 특징지어지는” 상황의 존재에 특별한 관심이 주어져야 한다는 추가조항을 1979년에 제안하였다.

소련의 제안은 활발히 논의되었다. 많은 대표자들은 이런 종류의 일거리를 강력히 반대하였으며 다른 사람들은 식민주의 혹은 신식민주의 국가정책을 언급하면서 그것은 더 한층 확대되어야 하는 것으로 간주하였다. 결국 “심한, 극악한 또는 대량의 인권위반의 고질적 형태”로 특징지어지는 상황을 언급함으로써 특정 상황의 일거리는 삭제한 타협안이 만들어졌다.

일 국가에서의 그런 심각한 인권위반 상태의 존재는 그 국가로의 추방, 송환 혹은 인도 가능성을 고려하는 다른 국가에게는 경계되어야 한다. 그러나, 제 2항은 만일 결정하는 국가가 그 특정 사건에 고문의 위협이 존재하지 않을 것으로 납득한다면 어느 개인을 그 나라로 인도할 수 있는 가능성을 배제하지 않았다.

제 2항은 또한 개인을 고질적인 인권위반 사례들이 존재하지 않는 국가에 대하여 항상 인도하리라는 것을 의미하지는 않는다. 그럼에도 불구하고, 특정한 경우, 예를 들어 관련된 사람이 특정 그룹에 속하든지 혹은 관련

례의 영향을 받았다. 위원회는 유럽협약 제 3조에서의 고문 및 비인도적 굴욕적 처우의 금지는 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.

유럽 인권위원회는 이 문제에 관하여 광범위한 판례를 남겼다. 추거 및 망명의 권리가 유럽협약에 의하여 보장되는 것은 아니지만, 그럼에도 불구하고 예외적인 경우 어느 개인의 추방 혹은 인도가 동 협약 제 3조의 위반이 될 수 있다는 문제가 자주 제기되었다. 예를 들어 위원회는 다음과 같이 언급하고 있다. (유럽 인권위원회, 판결 및 보고서, 제 36권 231 - 232 페이지) :

“그런 확립된 판례에 따르면 어떤 예외적인 상황하에서도 인도는 협약 제 3조가 금지하는 처우를 구성할 수 있다. 예를 들어 개인이 그가 인도될 국가에서 고문 혹은 제 3조에 반하는 어떠한 처우에 처하여질 위험이 있는 경우가 그것이다.”

위원회는 또한 유럽협약 제 3조하에서 “그 나라 정권의 본질 혹은 그 나라의 특수한 상황때문에, 협약에 의해 보장되는 기본적 인권들이 크게 위반되거나 억압받을 수도 있는” 어느 나라로의 인도가 계획되는 경우 문제가 제기될 수 있다는 것을 인정하였다. (인권에 관한 유럽협약 연감, 제 6권 480페이지).

본 협약 제 3조 1항은 어느 개인을 타국으로 인계하는 세 가지 방법 즉, 추방, 송환 및 인도에 대해 언급하고 있다. 스웨덴의 초안은 추방 및 범죄적인 인도에 관하여만 언급하고 있으나 망명자에 관한 협약 제 33조에 영향을 받아 동 조항을 보다 완벽히 하기 위하여 송환도 추가되었다. 현재로서 본 조는 어느 개인이 타국으로 인계될 수 있는 실질적인 모든 방법들을 망라하고자 하는 것이다.

본 조와 관련한 토의 과정에서, 범죄의 처벌 혹은 형집행을 목적으로 사



람을 인도하는 것은 어느 경우에는 문제가 제기될 수 있다는 것이 분명해졌다. 이것은 인도는 대체로 어느 당사국이 관련 조약에 명시된 상황에 따라 인도를 위하여 특별한 의무를 지는 양자간 혹은 다자간 조약에 의해 규율되기 때문이다. 그러므로 본 협약에 있는 인도의 금지는 인도조약에 따라 인도해야 할 의무와 가끔 충돌하게 된다는 것도 생각할 수 있다. 이때 문제는 그러한 충돌을 어떻게 해결하느냐 하는 것이다.

본 협약 당사국인 국가로의 인도를 계획할 때, 협약 제 3조에 명시된 대로 양국간에 맺어진 인도조약은 제외되는 것으로 고려될 수도 있다. 이것은 제 3항에 있는 조건들이 충족될 경우 인도조약하의 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 협약에 당사국이 된 국가는 추후 맺어진 어떠한 인도조약과 관련하여 협약 제 3조와 충돌하는 인도와 관련된 의무는 부담하지 않을 수 있다.

그러나, 협약 제 3조에 따른 의무와 기존 인도조약과의 충돌은 조약상의 의무가 아주 엄격하여 상기 조항에 언급된 특별한 상황조차도 예외로 허락되지 않는 경우에 발생할 수 있다. 그러한 경우에 제 3조의 의무는 아주 기본적인어서 관습상 당연한 것이며 인권법규에서도 대체로 받아들여질 수 있으므로 이 의무에 따름으로써 인도조약상의 기타 국제적 의무를 위반하지는 않는 것으로 주장될 수 있다. 그러나 그러한 주장은 일반적으로 받아들여지지 않을 수도 있으며 협약의 초안 준비과정에서도 기존 조약의무와의 충돌 문제에 대하여 상당한 주의가 있었다.

제 3조 1항이 인권위원회에 의해 구성된 실무진에서 처음 채택되었을 때, 보고서에는 아래 소견을 첨가하기로 합의되었다.( doc. E/C N. 4/1367. 18 장 ) :

“어떤 대표들은 협약의 서명, 비준 혹은 승인시에, 그들의 국가들

국가에서는 그에게 특정한 위협을 줄 수도 있는 어떤 행위를 범한 경우에는 고문의 위협이 존재할 수도 있다. 제 2항이 어느 국가들에서의 심한, 극악한 또는 대량의 인권위반들의 고질적 존재 형태에 관하여 언급하고 있지만 이 조항이 절대적인 것도 아니고 모든 것을 망라한 것도 아니다. 그러한 일반적 상황이 존재하는 경우 추방, 송환 또는 인도가 때로는 행하여 질 수도 있으며, 다른 한편 그러한 고질적 인권위반 사례들이 존재하지 않는 경우에도 제 3조의 일반적 규칙에 따라 추방, 송환 또는 인도가 행하여 질 수도 있다. 일반적인 규칙이 제 2항 첫머리에 지적되어 있다. 즉, 고문의 위협이 있다고 믿을 만한 실질적 이유의 존재는 모든 관련 상황들을 관찰한 뒤에 평가되어야 하는 것이다.

#### 제 4 조

1. 각 당사국은 모든 고문행위가 자국형법에 의하여 범죄가 됨을 보장한다. 고문의 미수 및 고문에의 공모 또는 가담을 구성하는 행위도 마찬가지로 범죄가 된다.

2. 각 당사국은 이러한 범죄들이 그 심각성을 고려한 적절한 형벌에 의하여 처벌되도록 한다.

이 조항은 고문이 각 당사국의 형법에 따라 처벌가능한 범죄라는 것을 분명히 하고 있다(제 1항). 더우기, 당사국의 국내법에 규정된 처벌은 미진하거나 불비례한 것이 아니어야 하며, 그 범죄의 중대한 본질이 고려되어야만 한다(제 2항). 이것은 고문이 중대한 형벌로써 처벌가능한 것이어야 한다는 것을 의미한다.

그러나 협약에서는 어떤 최저기준 보다 상위의 구금등과 같은 어느 특정 형벌이 적용되어야 한다고 지적할 수는 없었다. 사실 형사적 제재조



치에 관한 관행은 나라마다 매우 다르며, 따라서 형벌의 심도는 어느 특정국가에서 일반적으로 적용되는 제재조치의 심도와 관련하여 평가되어야만 한다. 일반적으로 약한 형벌을 적용하는 나라에서 엄하다고 간주되는 것이 형사적인 제재조치가 일반적으로 강력한 나라에서 약하다고 간주될 수도 있다. 그러나 제 4 조를 적용하는 경우 고문에 대한 처벌은 그 국내 법적 체제에 따라 가장 중대한 범죄에 적용된 형벌에 가까운 것이어야만 한다는 것이 합리적인 것 같다. 그럼에도 불구하고 인권문서로서의 협약은 사형의 적용을 정당화하는 것으로 인용되어서는 안된다.

고문이 국내법에 따라 범죄행위가 될 것이라는 조건은 협약 제 1 조에 따라 고문에 상응하는 특정한 분리된 범죄이어야만 한다는 것을 의미하지는 않는다. 중요한 것은 모든 고문행위가 국내법에 따라 범죄가 되어야만 하는 것이며 충분히 중대한 형벌로 처벌 가능하여야 하는 것이다. 그러나, 각 당사국은 고문을 독립된 범죄, 혹은 부당한 처우, 신체상해, 폭행, 불법적 강압 등과 같이 고문행위를 하나 또는 보다 광범위한 범죄를 포함하는 것으로 다룰 것인지의 여부를 자유롭게 독단적으로 결정해야만 한다. 어느 해결 방안이 채택되든지 간에 형벌은 협약 제 1 조의 정의에 해당하는 행위만을 처벌하는 것으로는 충분치 않으며, 정신적 고문도 또한 형벌의 범주내에 속하여야 한다.

제 1 항은 고문을 범죄로 하여야 하는 의무는 또한 고문의 미수, 공모 또는 가담을 구성하는 행위에도 적용된다는 것을 분명히 하고 있다. 고통이나 피해를 주는 고문행위자는 주로 혼자서 하지 않으며 그의 행위는 그가 타인으로 부터 받는 지원 혹은 격려에 의해 가능하기 때문에 공모 혹은 가담하는 다른 형태들도 처벌가능하여야 하는 것은 특히 중요하다. 많은 경우에, 고문행위자는 타인의 수하에 있는 단순한 도구이며, 비록 이것이 그를 범죄 가능성으로부터 제외하는 것은 아니지만, 그를 지시한 사람도 또한 처벌되어야만 한다. 제 1 조의 고문의 정의에서 “공무원 또는

공적 자격으로 인무를 수행하는 다른 사람의 교사, 동의 또는 묵인하에” 행하여진 고통과 고문의 경우가 언급되어 있다. 그러나 교사, 동의 또는 묵인은 제 4 조에 있는 “공모 또는 가담”이라는 용어에 포함되는 것으로 간주되어야 한다.

제 4 조는 항공기납치, 항공기에 대한 파괴, 외교관에 대한 공격 및 인질 억류에 관련한 협약들의 비슷한 조항들에 의해 영향을 받았음을 상기하여야 한다. 이러한 협약들은 관련된 행위가 국내법에 따라 범죄가 되며 중대한 형벌로(항공기의 불법적 억류금지에 관한 협약 제 2 조 및 민간항공의 안전에 반하는 불법행위 금지에 관한 협약 제 3 조) 혹은 관련 범죄의 중대한 성격을 고려한 적절한 형벌로(외교사절을 포함한 국제적으로 보호받을 인사에 대한 범죄의 예방과 처벌에 관한 협약 제 2 조 2 항 및 인질억류에 대한 국제협약 제 2 조) 처벌가능하도록 규정하고 있다. 이들은 또한 주된 범죄뿐만 아니라 그 범죄의 미수 및 범죄의 공모를 구성하는 행위도 처벌가능하여야 하며 적절한 형벌에 처해져야만 한다는 것을 분명히 하고 있다(항공기의 불법적 억류 금지에 관한 협약 제 1 조(b), 민간항공의 안전에 반하는 불법행위 금지에 관한 협약 제 1 조 2 항, 외교사절을 포함한 국제적으로 보호받을 인사에 대한 범죄의 예방과 처벌에 관한 협약 제 2 조 1 항의(d) 및(e) 그리고 인질억류에 대한 국제협약 제 1 조 2 항)

#### 제 5 조

1. 각 당사국은 아래의 경우에 제 4 조에서 언급된 범죄에 대한 자국의 관할권을 확립하는데 필요한 조치를 취한다.

(a) 범죄가 자국의 관할권하에 있는 영토 또는 자국에 등록된 선박이나 항공기상에서 발생한 경우



(b) 범죄혐의자가 자국민인 경우

(c) 피해자가 자국민이며 자국의 관할권 행사가 적절하다고 간주할 경우

2. 각 당사국은 범죄혐의자가 자국의 관할권하에 있는 영토내에 있거나, 본 조 1항에 언급된 어느 국가에도 동인을 제 8조에 따라 인도하지 않을 경우에는, 그러한 범죄에 대한 관할권을 확립하기 위하여 마찬가지로 필요한 조치를 취한다.

3. 본 협약은 국내법에 따라 행사된 어떠한 형사관할권도 배제하지 않는다.

본 조항은 협약의 기초가 되는 것으로서, 그 주된 목적은 고문행위자는 타국으로 가게됨으로써 그 행동의 결과를 피하지 못한다는 것을 보장하는 데 있다. 테러에 관한 이전의 협약, 특히 항공기의 불법적 억류금지에 관한 협약, 민간항공의 안전에 반하는 불법행위 금지협약, 외교사절을 포함한 국제적으로 보호받은 인사에 대한 범죄의 예방과 처벌에 관한 협약 및 인질억류에 관한 국제협약에서 처럼 본 협약은 “기소 또는 인도” 원칙에 근거하고 있다 : 환언하면 범죄혐의자가 발견된 나라는 처벌을 목적으로 그를 인도하든지 혹은 자국형법에 의거하여 그를 기소하여야 한다. 범죄자에 대하여 형사상 절차를 적용할 수 있는 경우에, 관련당사국은 그 범죄에 대하여 재판관할권을 행사하여야 하며 이것이 제 5 조가 보장하고자 하는 것이다.

제 5 조 1항은 관할권 행사에 필요한 여러가지 특별한 근거를 제시하고 있다. 제 1항(a)에 따르면 협약당사국은 영토적 기준에 근거하여 고문의 미수, 공모 또는 가담 행위를 포함, 고문에 관련된 범죄에 대하여 관할권을 확립할 의무가 있다. 이것은 우선 당사국이 그 영토내에서 행하여진 범죄에 대하여 관할권을 행사하여야 함을 의미한다. 국제법 혹은 국내법

에 따라 이 규칙에는 어떤 제한된 예외, 즉 외교관, 외국군대, 국회의원 혹은 특별히 면제를 받는 다른 부류가 있을 수 있으며 그러한 면제는 일반적인 범죄행위에 한하여 받아들여질 수 있고 과도하게 확장될 수는 없다.

그런데, 제 1항은 어떤 국가의 영토내에서 행하여진 범죄만이 아니라 그 관할권내의 모든 영역에서 발생한 범죄에도 적용된다. 사실 이것은 좁은 개념이다. 관할권을 확립해야 하는 의무는 그 국가의 육지영토, 영해 및 그 육지와 영해의 영공만으로 제한되지 않으며 군사점령지역, 식민지영토 그리고 그 국가가 실질적 통제권을 가지고 있는 모든 영토에도 적용된다. 제한된 범위내에서 그 국가가 관할권을 행사하는 영해외의 어떤 해상지역에도 적용이 가능하다. 예를 들면, 고문이 당사국의 대륙붕에 있는 유정(油井)이나 다른 시설물위에서 행하여졌다면, 그 국가는 범죄에 대하여 관할권을 행사하여야 한다.

(a) 항은 또한 선박과 항공기 상에서 발생한 범죄를 특별히 언급하고 있는데 선박이나 항공기가 등록된 국가는 마찬가지로 관할권을 확립해야만 한다.

제 5 조 1항의 (b)에 따르면 범죄자의 국적은 당사국이 고문범죄에 대하여 관할권을 확립해야만 하는 근거의 또 다른 기준이 된다. 이 기준은 다수 국가의 국내법에서 일반적인 것이다. 그러나 어떤 국가들 특히, 앵글로-색슨 계통의 법전통을 가지고 있는 국가들은 모든 범죄와 관련하여 그의 영토를 재판관할권의 유일한 근거로 하고 있다. 따라서 그러한 국가들은 협약의 당사국이 되었을 때 고문범죄와 관련한 그들의 재판관할권을 연장하여야 한다.

범죄자의 국적에 근거하여 관할권을 확립하여야 하는 의무는 범죄혐의자가 죄를 범한 후 국적을 취득한 관련 당사국의 경우에도 또한 적용되는 가의 의문이 제기될 수 있다. 이 문제를 고려할 때에는 범죄자를 처벌하는 것이 모든 경우에 가능하도록 하고자 하는 협약의 일반적 의무를 참작



하여야 한다. 그러므로, 범죄혐의자에게 그 국적을 부여한 국가는 범죄와 관련한 형사재판 관할권으로부터의 사실상 면제를 동시에 그에게 준 것으로 받아들여질 수는 없다. 많은 국가들이 그 국민을 인도하지 않고 있는 한 새로운 국적의 부여는 인도에 장애가 되는 것일 수도 있으나, 그러한 경우 범죄혐의자가 새로 취득한 국적국이 그에 대하여 형사상 소추를 할 수 없다면 협약에 위배되는 것이다. 그러나, 범죄혐의자가 당사국의 관할권하에 있는 영토내에 존재하며 그 당사국이 제 1항에 따라 재판관할권을 가지고 있는 다른 나라로 그를 인도하지 않은 범죄에 대하여 재판관할권을 확립해야 할 일반적 의무를 규정하고 있는 제 2항의 관점에서 본다면 제 1항 (b)와 관련한 이러한 해석의 문제는 별로 중요하지 않게 된다.

관할권 행사의 또 하나 근거 특히, 피해자의 국적은 제 1항 (c)에 나타난다. 이러한 관할권의 근거는 어떤 법적인 체제속에서는 발견할 수 있을 것이며, 인질억류에 관한 국제협약 제 6조 2항 (d)에도 또한 반영되어 있는데, 속항(c)와 (b)에서 언급된 근거처럼 서로 다른 법적 체제속에서도 똑같이 확고한 근거를 가지고 있다 할 수는 없으며 일반적으로 그렇게 인정되지도 않는다. 그러한 이유로 본다면 속항(c)의 어구는 당사국들이 이런 근거로도 관할권을 확립하는 것이 바람직하다는 것을 상기하는 내용에 불과하다. 그러나 속항(c)는 만일 관련 당사국이 적절하다고 간주하는 경우에만 피해자의 국적을 근거로 관할권을 확립하도록 요하고 있는 한, 꼭 확립하여야 하는 의무는 없다.

제 2항은 제 1항에 언급된 관할권의 근거가 존재하는 지를 불문하고, 각 당사국은 그 관할권내의 영토에서 범죄혐의자가 발견되었으며, 제 1항에 따라 관할권을 가지고 있는 나라에 그를 인도하지 않은 모든 경우에 고문 범죄에 대하여 관할권을 행사하도록 규정하고 있다. 제 2항의 관점에서 본다면, 협약은 범세계적 재판관할권의 원칙에 근거하고 있다고 말할 수

있다. 그러나 각 당사국은 범죄혐의자가 그 관할권 하의 영토내에서 발견된 경우에만 제 2항에 따라 그 관할권을 확립하도록 요구된다는 것이 지적되어야만 한다. 만일 그러한 영토내에서 범죄자가 발견되지 않았다면 그 국가는 그것에 근거하여 인도요청을 제기할 수 있는 관할권을 확립할 의무가 없다.

제 2항에 따라 당사국이 확립하여야 할 관할권은 그 국가가 범죄혐의자를 인도하지 않는 경우로 제한될 수 있다는 의미에서는 선택적이다. 그럼에도 불구하고, 많은 나라들에게 있어 인도가 발생하지 않는 경우 (참조협약 제 7조) 그 행사를 제한하는 일반적인 관할권을 설정하는 것은 당연하다. 그러나 당사국에게는 범죄혐의자가 인도되지 않은 사실 여하에 따라 선택적으로 관할권을 행사하는 것도 허용될 수 있다. 만일 그러하다면 인도요청이 있었으나 거절된 경우에는 관할권이 행사되어야 한다는 것이 분명해진다. 그러나 인도요청이 전혀 없는 경우에도 관할권이 행사되어야 하는지 여부의 문제가 제기될 수 있다. 협약의 협상과정중 이점에 관하여 여러 의견이 나타났다. 관할권의 행사는 인도요청이 있었으나 거절된 경우에 한하는 것으로 간주하는 대표들도 있었다. 그러나 이것이 지배적인 의견은 아니었으며 협약에 반영된 의견도 아니다.

범죄혐의자가 인도되지 않았는지의 여부에 따라 관할권 행사의 의무를 규정하고 있는 협약 제 7조에서 같은 문제가 보다 명료한 형태로 제기된다. 제 7조와 관련된 논리는 제 5조에도 준용되므로, 어느 타국에 의한 인도요청이 없는 경우에도 관할권이 확립되어야만 한다고 결론짓는 것이 정확할 것이다. 협약준비과정에서, 관할권은 인도요청이 없이 얼마간의 시간이 지난후에 행사되어야만 한다는 것이 제안되었으나, 협약원본에는 그런 시간 제한이 나타나지 않는다. 그러므로 각 당사국은 적절한 시간내에 어느 정도에서, 인도요청이 없으리라고 결정하는 것이 정당한 지에 대하여 자유로이 판단할 수 있다.



제 1항(a)에서 처럼 제 2항의 “그 관할권내의 어느 영토”라는 표현은 군사점령지역을 포함하여 그 국가의 실질적 통제하에 있는 모든 영토를 의미한다.

제 3항에서는 제 5조가 국내법에 존재할 수 있는 관할권의 근거의 적용을 배제하는 것으로 해석되지 않아야 한다는 것을 분명히 하고 있다.

### 제 6 조

1. 자국 영토내에 제 4조에서 언급된 범죄혐의자가 소재하는 당사국은 입수 가능한 정보의 검토후 상황이 정당한 근거를 제시한다고 납득되면, 즉시 그를 구금하거나 그 사람의 신병을 확보하기 위한 다른 법적 조치를 취한다. 구금이나 다른 법적 조치는 그 국가의 법에 의하여 취하여지며 형사 또는 인도 절차가 시작되는데 필요한 최소한의 기일 동안만 계속될 수 있다.

2. 그러한 국가는 즉시 사실에 대한 예비조사를 실시한다.

3. 본 조 1항에 따라 구금중인 사람은 가장 가까이 있는 동인의 국적국의 적절한 대표와 또는 무국적자일 경우 그가 일상적으로 체재하는 국가의 대표와 즉각적인 연락을 취함에 있어 도움을 받는다.

4. 일 국가가 본 조에 따라 개인을 구금하였을 때에는 동인의 구금사실 및 동인의 억류를 정당화하는 상황을 제 5조 1항에 언급된 국가들에게 즉시 통보한다. 본 조 2항에 규정된 예비조사를 실시한 국가는 그 결과를 즉각 상기 국가들에게 통보하고 관할권을 행사할 것인지 여부도 표명한다.

범죄혐의자가 기소 또는 인도될 수 있다는 것을 보장하기 위하여 그를 구금하거나 그의 신병을 확보하기 위하여 다른 조치를 취하는 것이

필요할 것이다. 이러한 효과를 제공하는 조항은 항공기의 불법적 억류금지를 위한 협약 제 6조, 민간항공의 안전에 반하는 불법행위 금지에 관한 협약 제 6조, 외교사절을 포함한 국제적으로 보호받을 인사에 대한 범죄의 예방과 처벌에 관한 협약 제 6조 및 인질억류에 관한 국제협약 제 6조에도 또한 포함되어 있다. 본 협약 제 6조는 이전의 협약들의 상응하는 조항들과 유사하다.

본 협약 제 6조 제 1항에 따르면, “입수 가능한 정보의 검토후 상황이 정당한 근거를 제시한다고 납득되었을” 때 당사국은 고문혐의자를 구금하거나 그 사람의 신병을 확보하기 위한 다른 법적 조치를 취한다. 이 문구는 기본적으로 각 당사국이 이러한 종류의 조치를 취할 의무가 있다는 것을 의미한다. 그러나 각 당사국은 그러한 조치를 취하기에 상황이 정당인지 여부를 판단할 수 있는 광범위한 자유를 가지고 있다. 이것을 판단할 때 당사국은 관련 국내법에 설정된, 특히 혐의의 정도 및 도주 위험의 존재 조건이 충족되었는지의 여부를 평가할 수도 있다. 국내법에서는 구금이나 개인의 자유를 구속하는 다른 조치들을 적용하는데 어떤 시간 제한이 있을 수 있으며, 그런 시간제한이 인도 또는 가공의 기소를 위한 일반적 의무를 부여하지 않는한, 본 협약에도 적용되는 것으로 간주되어야 한다. 제 1항의 두번째 문장은 “형사 또는 인도 절차가 시작되는데 필요한 최소한의 기간 동안만 계속될 수 있다”고 규정함으로써 그러한 조치 기간은 가능한 한 짧게 유지할 필요가 있다는 일반적인 지적을 하고 있다.

제 1항에서 언급한 “다른 법적 조치들”은 경찰 혹은 다른 당국에 규칙적으로 보고할 의무 뿐만 아니라 행동의 자유에 대한 제한들을(예를 들어, 출국금지 혹은 어떤 장소 또는 어떤 지역에 머무를 의무) 포함하고 있다.

제 2항은 어느 개인이 일단 구금되었거나 또는 다른 개인적 자유가 제한 되었을 때, 신속하고 신중한 절차가 더욱 중요함을 지적하고 있다. 그



러한 조치를 취한 국가는 즉각적으로 사실에 대한 예비조사를 실시하도록 규정하고 있다. 이러한 의무는 구금하고 있는 국가 자신이 구금된 사람에 대하여 형사상 절차를 적용하고자 하는 때에 분명하다. 그러나 오로지 인도를 목적으로 구금되었을 때의 상황은 좀 다르다. 그런 경우에 사실에 대하여 기본적인 조사를 하며 인도를 정당화 하기에 필요한 자료들을 구금하고 있는 국가에 제공 하여야 하는 국가는 인도를 요청하는 국가이다. 그러나 그런 경우 가능한 한 짧은기간 동안만 구금하여야 할 필요성은 범죄인 인도 조약 및 국내법에 의해 규정된 기간제한에도 반영되어 있다.

이 조항에 따라 구금에 처하여진 외국인이 자기 국적국의 외교 또는 영사단과 통신할 수 있는 권리는 제 3항에 언급되어 있다. 이 규칙은 영사관계에 관한 비엔나협약 제 36조와 비슷하나 덜 상세하다. 그러나 그들의 일상적 거주지 국가의 대표와 통신할 수 있는 권리가 있는 무국적자들의 문제에 관한 한 제 3조는 추가적인 요소를 포함하고 있다.

제 3항은 그 보호를 이용할 것인 지의 여부를 스스로 결정할 수 있는 구금된 사람을 보호하고자 하는 것이다. 그러나, 동 항은 그의 국적국 또는 거주지 국가 당국에게 구금된 자의 의사와 반하여 그와 통신할 수 있는 권한을 주는 것은 아니다.

당사국이 범죄혐의자를 구금에 처하였을 때는 제 6조 4항에 따라 제 5조 1항에 언급된 어떤 근거 즉 범죄자 및 피해자의 국적국 뿐만 아니라 그 관할권내의 영토에서 범죄가 발생한 국가라는 근거로 범죄에 대하여 관할권을 가지고 있을 수 있는 국가들에게 즉시 통보하여야 한다. 이들 국가들에 대한 통보의 의무는 일반적인 성격의 것이며 따라서 통보는 그가 체포된 국가에서 관련자를 처벌하고자 하는 확고한 의지가 있는 경우에도 이루어져야 한다. 제 5조에 언급된 국가들은 인도요청 가능성을 고려할 뿐만 아니라 그들 자신도 관할권을 가지고 있는 범죄와 관련하여 타국에 의해 취해진 조치에 대하여 정보를 얻고자 할 것이다. 결국, 구금하

고 있는 국가가 제 5조 1항에 따라 관할권을 가지고 있는 나라들 중의 하나이더라도 동 항에 따라 관할권을 가지고 있는 여타 국가들에게 이를 통보하여야만 한다.

제 6조 4항의 둘째 문장에는 구금하고 있는 국가는 그 조사 결과를 제 5조 1항에 언급된 국가들에게 즉시 통보하여야 하며 동시에 관할권행사의 여부도 표명한다. 이들 다른 국가들에게는 범죄혐의자의 인도를 요청하는 어떤 이유가 있는지 또는 그런 요청을 위하여는 어떤 준비가 취하여져야만 하는지가 분명해 지기 때문에 통보는 가능한 한 빨리 행하여지는 것이 중요하다.

#### 제 7 조

1. 자국의 관할권하에 있는 영토내에 제 4조에 언급된 범죄의 혐의자가 소재하는 당사국은 제 5조에 규정된 경우에 있어 동인을 인도하지 않는다면 기소를 위하여 이 사건을 소관기관에 회부한다.

2. 이 기관은 자국법하에서 중대한 성격의 일반적인 범죄의 경우에 있어서와 같은 방법으로 결정을 내린다. 제 5조 2항에서 언급된 경우에 기소 또는 선고를 위하여 요구되는 증거의 기준은 어떤 경우에도 제 5조 1항에서 언급된 경우에 적용되는 기준보다 덜 엄격한 것은 아니어야 한다.

3. 제 4조에 언급된 범죄와 관련하여 소송 절차중에 있는 모든 사람은 소송 절차의 모든 과정에서 공정한 처우를 보장 받는다.

제 7조는 협약이 기초로 하고 있는 기본적인 원칙 즉, 범죄혐의자는 기소를 목적으로 타국으로 인도되든지 또는 체류하고 있는 국가에서 기소되어야만 한다는 것을 표명하고 있다. 기소 또는 인도해야 하는 당사국들의



기본적 의무가 제 7조에 설정되어 있다. 제 5조가 고문범죄에 대하여 서로 다른 기준에 근거하여 관할권을 확립하여야 하는 당사국들의 의무를 규정하고 있는 반면, 제 7조는 고문혐의자가 당사국 관할권 내의 영토에 존재하는 경우의 관할권 행사에 관하여 언급하고 있다. “당사국 관할권내의 영토”라는 표현의 의미에 관하여는 제 5조에 그 논평이 언급되어 있다.

제 7조 1항에 따르면 만일 범죄혐의자를 인도하지 않는 경우 당사국의 의무는 이 사건을 기소를 목적으로 소관기관에 회부하여야 한다. 이러한 문구는 항공기의 불법적 억류금지를 위한 협약 제 7조, 민간항공의 안전에 반하는 불법행위 금지를 위한 협약 제 7조, 외교사절을 포함한 국제적으로 보호받을 인사에 대한 범죄의 예방과 처벌에 관한 협약 제 7조 및 인질억류에 대한 국제협약 제 8조에도 비슷하게 나타난다.

제 5조 1항에 언급된 국가들 중의 한 국가에게 처음에 인도를 거절하지 않는 한, 오로지 제 5조 2항에 의하여만 관할권을 가지고 있는 국가는 기소할 의무가 없는가에 대하여 논쟁이 있었다. 협약 준비과정 중 이러한 효과를 위하여 협약에 특별한 조항을 포함하자는 제안이 있었다. 그러나 이러한 제안은 채택되지 않았으며 대부분의 국가는 이를 만족스러운 해결책으로 간주하지 않았다.

사실 기소 의무가 인도요청이 있었으나 거절되었는지의 여부에 달려 있다면 그것은 협약의 효과를 상당히 약화시키는 것이다. 많은 경우에 제 5조 1항에 따라 관할권을 가지고 있는 유일한 국가는 그 소관당국이 범죄가 그 영토내에서 일어났음을 인정하거나 또는 묵인하면서도 기소를 위한 범죄자의 인도요청을 아주 꺼리는 국가이다. 만일 그러한 국가로부터의 인도요청이 범죄혐의자가 소재하는 국가에서 그 국가의 관할권을 행사하기 위한 조건이라면, 기소 또는 인도의 원칙은 아주 제한적으로 적용될 것이며, 협약의 효과는 상당히 약화될 것이다.

더우기 제 7조 1항(그를 인도하지 않는다면)의 문구는 인도가 이루어지지 않는다는 단순한 사실이, 인도요청이 없었다든지 또는 그러한 요청이 거절되었든지간에, 제 5조 2항에 따라 관할권을 가지고 있는 국가의 기소 기관에 이 사건을 회부해야 하는 의무를 창출하는 충분한 근거가 된다는 해석을 뒷받침하고 있다.

그러나 기소를 목적으로 조치를 취하기 전에 범죄혐의자가 소재하는 국가는 가능한 인도요청을 얼마동안 기다려야 하는가에 대하여도 문제가 제기될 수 있다. 그런 관점에서 인도요청이 없을 것 같다고 결정할 수 있는 정도의 판단은 관련 당사국에게 맡겨져야만 한다. 그러나 이런 판단은 당연히 합리적인 방법으로 행하여져야 하며, 대부분의 경우에 상황은 오랜 지체없이 분명해질 것이다. 그것은 제 5조 1항에 따라 관할권을 가지고 있는 국가 또는 국가들의 경우 일반적인 상황 혹은 인도요청이 예측되지 않는 국가 또는 국가들의 자세나 반응으로부터도 자주 나타날 것이므로 기소제기의 의무는 초기 단계에서 부각될 것이다. 만일 의문이 있다면 제 5조 2항에 따라 관할권을 가지고 있는 국가는 제 5조 1항에 따른 관할권을 가지고 있는 국가 또는 국가들에게 외교적 통로 또는 다른 경로를 통하여 문의함으로써 상황을 분명히 하기 위한 시도가 가능할 것이다. 어느 경우든 인도 요청이 있을 것인지가 아직 불분명하다는 구실하에 오랫동안 기소를 연기하는 것은 협약의 일반적 목적과 합치하는 것이 아니다.

제 7조 1항에 따른 의무는 기소가 아니라 “기소를 목적으로 소관기관에 사건을 회부”하는 것이다. 제 2항에 의하면, 이들 소관기관은 “자국 법하에서 중대한 성격의 일반적인 범죄의 경우와 같은 방법으로” 그들의 결정을 내린다. 이것은 정상적인 증거기준 뿐만 아니라 중대한 범죄와 관련하여서도 정상적인 절차가 적용된다는 것을 의미한다. 제 2항 둘째 문장에서는 증거의 기준이 제 5조 1항에 언급된 경우, 적용가능한 것보다 결코 덜 강력하지는 않을 것이라는 것을 특별히 지적하고 있다. 증거의



부재는 범죄가 발생한 나라에서 보다 소추하는 나라에서 자주 심각한 장애가 될 수 있다. 증인을 부르거나 다른 증거를 수집하는 것은 특히 범죄가 발생한 국가가 그 사건을 조사하는데 비협조적인 경우 매우 어려울 것이다. 그러나, 둘째 문장은 비록 범세계적 재판관할권의 원칙이 협약을 효력있는 문서로 하는데 필수적인 요소로 간주되어 왔지만 불충분하거나 혹은 부적절한 증거에 기초하여 범죄혐의자를 처벌 하거나 형을 선고하고 자 하는 의도는 없다.

제 3항은 고문혐의로 기소된 사람의 기본적권리를 보장하기 위한 규칙을 내포하고 있다. 그는 “소송절차의 모든 경우에 정당한 처우”가 주어져야만 하는데 이것은 그 자신이 어떠한 상황에서도 고문 또는 비인도적, 굴욕적 처우에 처하여 질 수는 없으며 부당한 재판을 받기 전에 정당하게 기소되어야만 한다. 일반적인 인권기준은 세계인권선언 같은 문서에도 반영되어 있으며, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이 그에게도 적용되어야만 한다.

### 제 8 조

1. 제 4조에 언급된 범죄는 당사국들 간에 존재하는 모든 범죄인 인도조약상에 인도 가능한 범죄로서 포함된 것으로 간주된다. 당사국들은 상호간에 체결되는 모든 범죄인 인도조약에 그러한 범죄들을 인도가능한 범죄로서 포함시키도록 조치한다.

2. 조약의 존재를 조건으로 범죄인을 인도하는 일 당사국이 자국과 범죄인 인도조약을 체결하고 있지 않은 타 당사국으로부터 인도요청을 받을 경우, 동 협약을 그러한 범죄들에 관한 범죄인 인도의 법적근거로서 간주할 수 있다. 범죄인 인도는 요청받은 국가의 법이 제시하는 여타 조건에 따라야 한다.

3. 조약의 존재를 조건으로 범죄인을 인도하는 국가들이 아닌 당사국들간에는 요청받은 국가의 법이 제시하는 조건에 따라 그러한 범죄들을 인도 가능한 범죄로서 인정한다.

4. 그러한 범죄들은 당사국들간의 인도목적을 위하여 범죄가 발생한 장소에서는 물론 제 5조 1항에 따라 관할권을 확립할 필요가 있는 영토내에서 행하여진 것으로 취급된다.

인도요청이 있는 경우에도 협약에 따르면 인도할 의무는 없다. 제 7조부터 인도요청을 받은 국가는 인도를 하든지 또는 그 영토내에서 협약상 기소를 하든지 간에 항상 선택권을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 인도는 협약의 체제내에서 기본적인 요소이며 따라서 모든 관련 당사국들은 그렇게 하는 것이 바람직하며 정당하다고 생각되는 모든 경우에 고문혐의자를 인도할 수 있는 법적 가능성을 가지고 있다는 것이 중요하다.

제 8조는 가능한 한 인도를 위하여 법적 장애가 되는 것들을 제거하고자 하며 이런 관점에서 항공기의 불법적 억류 금지를 위한 협약 제 8조, 민간항공기의 안전에 반하는 불법행위 금지를 위한 협약 제 8조, 외교사절을 포함한 국제적으로 보호받을 인사에 대한 범죄행위 예방과 처벌에 관한 협약 제 8조 및 인질억류에 대한 국제협약 제 10조와도 상응한다.

제 8조 1항은 양자든 다자든 당사국들간에 이미 존재하는, 혹은 미래에 체결될 인도조약과 협약과의 관계를 언급하고 있다. 이미 존재하는 조약에 관하여 제 1항은 고문범죄는 그러한 조약에서 인도가능한 범죄에 포함되는 것으로 간주되도록 정하고 있다. 결국, 그러한 범죄가 조약상에 이미 망라되어 있지 않았다는 사실이 인도의 장애가 되지 않는다. 당사국들 간에 미래에 체결될 인도조약과 관련하여 제 1항은 고문범죄를 인도 가능한 범죄에 포함할 것을 강조하고 있다.

어떤 나라들에 적용된 법 원칙에 따르면 조약없이도 인도가 가능하지



않다. 제 2 항은 그러한 범주에 속하는 당사국이 그 국가와 인도조약이 없는 타 당사국으로 부터 고문범죄와 관련한 인도요청을 받게 되는 경우를 언급하고 있다. 그러한 경우에 협약은 인도의 법적 근거가 될 수 있음을 지적하고 있다. 협약준비과정 중, 원문에 “할 수 있는 (may)” 이라는 단어를 혹은 “해야할 (shall)” 이라는 단어를 사용하여야만 하는 지에 대하여 논의가 있었으나 마지막에 “할 수 있는 (may)” 로 되있는 바, 이것은 관련 당사국이 사실상 어느 정도까지 협약을 인도의 근거로 받아들일 것인지는 두고 볼 일이다.

인도를 위한 조건으로 조약을 요하지 않는 당사국은 그러한 조약 없이도 그 국내법에 근거하여 특정 범죄의 인도 여부를 결정할 수 있다. 그 심각성에 비추어 고문범죄는 이미 대부분의 국내 범죄인 인도법하에서 인도 가능한 것으로 추정되는 충분한 이유가 있다. 그럼에도 불구하고 제 8 조 3 항은 인도조약을 요하지 않는 당사국들이 고문범죄를 그들 사이에 인도가능한 것으로 인정하는 경우, 추가적인 보장을 규정하고 있다. 그러나 요청받은 국가의 법에 제시된 조건이 적용될 것이므로, 국내법에서 적용가능하다면 인도를 예방할 수 있는 특별한 예외가 있을 것이다.

어떤 범죄인 인도조약이나 국내법에서는 인도를 위한 조건은 범죄가 요청하는 국가의 영토내에서 행하여진 경우이다. 그러나 제 8 조 4 항은 고문방지협약 당사국간의 인도 목적을 위하여 고문범죄는 제 5 조 1 항에 따라 관할권 확립이 요구되는 국가의 영토내에서 행하여진 것으로 취급된다. 이것은 인도에 있어 영토고권의 원칙을 적용하는 국가도 범죄혐의자를 마치 범죄가 그 국가에서 발생한 것처럼 그 국적국에 (제 5 조 1 항(b)) 인도 하여야만 한다는 것을 의미한다.

제 4 조가 제 5 조 1 항 (c)에 언급된 것과 같은 의도인지에 대하여 더 많은 의문이 제기될 수 있으며, 제 5 조 1 항 (c)에 따라 당사국이 피해자의 국적에 근거하여 관할권을 확립해야 하는 실질적 의무는 없다는 관점에서,

“만일 그 국가가 이를 적절하다고 간주한다면” 으로 결정되었다. 그러나 합리적 해석으로는 당사국이 그러한 기준에 근거하여 고문범죄에 대하여 관할권을 확립하는 경우 다른 당사국은 인도를 목적으로 관련 범죄를 피해자 국적국의 영토내에서 행하여진 것으로서 간주해야 한다.

### 제 9 조

1. 당사국들은 제 4 조에서 언급된 범죄에 관한 절차와 관련, 동 절차를 위하여 필요한 재량하에 있는 모든 증거의 제공을 포함하여 최대한의 지원을 상호간에 제공한다.

2. 당사국들은 상호간에 존재할 수 있는 사법공조에 관한 모든 조약에 따라서 본 조 1 항의 의무를 수행한다.

본 조 1 항에 따르면 당사국들은 고문범죄에 관한 형사상 절차와 관련 상호간 법적 지원을 해야만 한다. 고문행위가 그 영토 내에서 발생한 국가에서 보다 범죄혐의자에 대하여 형사상 절차가 제기되는 국가의 경우 여러가지 문제에 관하여 증거 및 정보를 얻는데 전기 국가로부터의 도움을 받는것이 아주 중요하다. 어떤 경우 재판과정에서 타국으로부터의 증언을 들어야만 하며 본 조에 따라 당사국들이 제공해야만 하는 지원은 그러한 증언청취를 용이하게 하는 조치도 포함할 수 있다.

협약의 준비과정에서 영국대표는 제 9 조가 요청받은 국가에서는 받아들여질 수 없는 것으로 간주되는 증거의 제공을 요하는 것인가에 관하여 의문을 제기 하였다. 다른 대표들이 표명한, 요청받은 국가의 법이 그러한 문제의 결정에 적용될 것이라는 의견에 이견이 없었다. 당사국의 국내법이 타 국가에 대한 법적지원 제공을 목적으로 특별한 법적 요건을 설정



하였거나 혹은 국제적인 법적 지원문제의 결정에 특별한 절차가 적용되도록 규정하였을 때 그런 조건 혹은 절차는 제 9 조에 반하는 것으로 간주될 수는 없다. 그러나 상호간 “최대한 지원 조치”를 제공해야 하는 당사국들의 의무는 당사국들이 부당하게 부담스럽거나, 만족할 만한 조사나 재판을 위하여 요구되는 정보의 획득을 실질적으로 불가능하게 하는 규칙과 절차를 적용하여서는 안된다.

예를 들어 두 당사국이 상호 사법공조 조약의 당사국일 경우 제 9 조 2 항에 명백히 표현된 대로 당사국들이 등 조 1 항에 따른 그들의 의무를 수행할 때 양자간 조약상의 조항들이 존중되어야 하는 것은 분명하다.

#### 제 10 조

1. 각 당사국들은 모든 형태의 체포, 억류 또는 수감의 대상이 되는 개인의 구금, 심문 또는 처우에 관련될 수 있는 법집행 인사, 민간 또는 군 및 의학적 인사, 공무원 및 기타 인사들의 훈련에 고문금지에 관한 교육 및 정보를 포함시킬 것을 보장한다.

2. 각 당사국은 이러한 인사들의 임무 및 직능에 관하여 발하여진 규정 또는 지침에 고문의 금지를 포함시킨다.

제 16 조 1 항과 함께 제 10 조에 있는 규정들은 고문 뿐만이 아니라 그러한 행위가 공무원 또는 공적 지위를 가지고 행동하는 다른 사람의 교사, 동의, 또는 묵인하에 행하여졌을 때 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 다른 행위에도 또한 적용된다는 것을 명심하여야 한다. 그러한 행위의 피해자일 수도 있는 사람들의 범주에 대하여는 제 16 조에 따른 논평을 참조하기 바란다.

고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌이 어느 국가

의 상급 기관에 의해 지시, 고무 또는 묵인된 경우도 있고, 그러한 행위가 경찰관, 교도관 또는 개인의 자유가 유린된 사람들의 처우에 관계있는 다른 사람들에 의하여 배타적으로 또는 주도권하에 발생하는 경우도 있다. 제 10 조의 규정들은 두가지 상황의 유형중에서 그러한 행위들을 예방한다는 관점에서 매우 중요하다.

제 16 조 1 항과 함께 제 10 조 1 항은 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나, 형벌의 다른 행위의 예방에 관한 교육 및 정보는 체포, 구류 또는 구금된 사람들의 구속, 조사 또는 처우에 관계되는 모든 사람들의 훈련에 포함되어야 한다고 정하고 있다. 특별히 언급된 범주는 의학적 관련인사 뿐만 아니라 법집행에 관련있는 군인 또는 시민들이다. 그러나, 열거한 것이 모든 것을 망라하고 있지는 않다: 다른 공무원 및 기타 구금에 관계되는 다른 사람들도 또한 포함된다.

그러한 교육 및 정보가 정부기관에 의해 공무원에게 주어지는 훈련과정에 포함되는 것만으로는 충분치가 않다. 각 당사국은 요청이 있는 경우 그러한 교육 및 정보는 비 정부기관에 의해 비공무원을 위한 훈련과정에 또한 포함될 것을 보장할 의무가 있다.

고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌 금지를 존중하기 위하여 이 문제는 간결하게 형식적으로 취급되어서는 안된다. 각각 1979년 및 1982년 유엔 총회에서 채택된 “법 집행 인사들의 행동 규범” 및 “의학윤리원칙” 뿐만 아니라 특히 1975년 선언과 본 협약에서도 이러한 노력의 결과 및 이들 관행에 대처하기 위한 국제적인 노력에 대하여도 광범위한 정보가 주어져야만 한다. 물론 정보는 고문과 관련하여 죄가 있는 모든 사람들이 처해질 수 있는 중대한 처벌에 관하여도 또한 제공되어야 한다.

제 10 조 2 항은 제 1 항 만큼 중요하다. 제 16 조 1 항과 함께 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 금지는 그들의 자유를



유린당한 사람들의 구금, 조사, 또는 처우에 관련있는 공무원 및 기타 모든 인사들의 임무 및 직능에 관하여 발하여진 규정 또는 지침에도 포함되어야만 한다고 정하고 있다.

협약의 작성자들은 이러한 관행들의 금지는 많은 관련 인사들에게도 아마 생소한 일반적 규범에 포함될 뿐만 아니라 수감자 및 구금자의 처우에 직접 관련있는 사람들에게 주어지는 특별한 규정 및 지침의 일부가 되는 것이 기본적이라고 간주하였다. 금지는 “법 집행 인사들의 행동 규범” 및 “의학윤리원칙”에 포함된 것처럼 적용가능한 국제적 기준을 고려하여 분명한 용어로 서술되어야만 한다. 특별한 규정 및 지침에 이러한 금지를 설정하는 것은 개개의 경찰관, 교도관 또는 군 인사들에게 자신들이 주도적으로 그러한 행위를 할 기회를 최소화 할 것으로 기대된다. 동시에 고위 당국자들에게는 이러한 행위를 지시, 고무 또는 묵인하는 것이 매우 어려울 것으로 기대된다. 이런 관점에서 협약 제 2조 3항과 함께 규정 및 지침들이 상급자 또는 공공기관으로 부터의 지시는 고문을 정당화하는 것으로 원용될 수 없다는 것을 분명히 한다는 것은 중요하다. 전쟁상태 또는 전쟁의 위협, 국내 소요사태 혹은 다른 공공의 비상사태 등 어떠한 상황도 협약 제 2조 2항에 규정된바 바처럼, 고문을 정당화 하는 것으로 원용될 수 없다는 것을 규정 및 지침이 분명히 언급하는 것도 바람직하다.

#### 제 11 조

각 당사국은 여하한 경우의 고문도 방지하기 위하여 자국의 관할권하에 있는 영토내에서의 여하한 형태의 체포, 억류 또는 수감의 대상이 되는 개인의 구금 및 처우에 관한 제도와 아울러 심문규칙, 지침, 방법 및 관행을 체계적으로 검토한다.

본 조는 제 16조 1항과 함께 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌에도 적용된다. 그러나 모든 행위를 방지하기 위하여 심문과 억류에 관한 규칙과 관행의 체계적 검토를 규정하고 있다.

제 10조는 심문을 분명히 언급하고 있는 유일한 조항이다. 물론 심문은 고문의 목적 중 하나로서 자백 또는 정보 획득에 관하여 언급하고 있는 제 1조에도 암시되어 있다. 경험적으로 볼때, 고문이 발생할 수 있는 상황 가운데 심문이 가장 중요하다. 더우기 심문 방법은 다른 잔혹한, 비인도적 행위 또는 굴욕적 처우를 포함할 수 있다. 이런 면에서 제 1조에 따라 상기 논평에 인용된 것처럼 유럽인권재판소의 판례도 언급될 수 있다. “체계적인 검토”라는 용어는 그러한 규정 및 지침에 규정하고, 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌을 스스로 배제하는 제도 및 그러한 방법과 관행을 확립하는 것만으로는 충분치 않으며 각 당사국은 계속적으로 실제 상황에서 추구해야만 한다는 것을 나타낸다. 만일 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 경우가 조사된다면 그러한 모든 행위의 방지를 보다 개선하기 위하여 규정 등을 개정하는 조치도 필요하다.

제 10조와 관련한 논평은 본 조에도 또한 해당된다. 예를 들어 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 위험이 존재하는 것으로 발견되었을 때는 관련 인사들의 교육 및 정보를 향상하고, 이런 사람들에게 주어지는 규정 및 지침을 훨씬 더 특정화하며, 그러한 행위의 금지를 어긴데 대한 제재조치를 강조하는 것이 바람직할 것이다.

“당사국 관할권내의 영토”라는 용어의 의미와 관련하여서는 제 5조에 따른 논평에도 언급이 되어 있다.



## 제 12 조

각 당사국은 자국의 관할권하에 있는 영토내에서 고문이 행하여졌다고 믿을 만한 합리적 근거가 있는 모든 경우에 소관기관이 즉각적이고 공평한 조사에 착수할 것을 보장한다.

이전의 두 조항처럼 제 12조도 제 16조 1항과 함께 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 다른 행동에도 적용된다. 한편, 그러한 모든 행위가 실질적으로 모든 국가에서 공식적으로 금지되어 있기는 하지만 아직 많은 곳에서 발생하고 있다. 이것은 공식적인 금지로는 충분하지 않으며, 그러한 조치는 금지를 어기는 모든 사람에게 취하여져야만 한다는 것을 분명히 보여주고 있다. 금지를 효과적으로 하기 위하여 발생한 행위의 어떠한 의문점도 조사되어야만 한다. 본 조항에 따르면, 각 당사국은 그 관계 당국이 조사에 착수하도록 보장할 의무가 있다.

조사는 고소와는 관계없이 이루어져야 한다. 사실, 고문의 경우 피해자는 고소를 할 수 없거나 그에 대한 보복의 위험 때문에 고소를 삼가할 수도 있다. 따라서, 제 12조는 고문행위(혹은 제 16조 1항에 언급된 것처럼 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌)가 발생하였다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 경우만을 요하며, 이런 의심에 대한 정보의 출처는 중요하지 않다.

그러한 모든 행위에 관한 의문점들이 조사되는 것이 중요하며, 그렇지 않으면 관련 공무원들은 그들의 상급자들이 그런 행위들을 받아들일 준비가 되어있거나 최소한 효과적으로 이를 대처하고자 하지 않는다는 인상을 받을 우려가 있다.

제 12조는 조사가 이루어져야 하는 것과 관련하여 두가지 요건을 추가

하고 있다. 그것은 “신속성” 및 “공평성”이다. 이 두가지 요건은 중요하다. 신속성은 피해자의 이해 뿐만 아니라 많은 경우 동일인 또는 다른 사람들에 대한 재발 방지를 위하여 필수적이다. 그러한 행위가 발생하지 않았다는 가정으로 부터 진행되는 조사 혹은 혐의공무원을 보호하고자 하는 조사가 효과적인 것으로 간주될 수 없는 한 공평성은 또한 대단히 중요하다. 공평성을 보장하기 위하여 그러한 행위의 혐의가 있는 사람과 개인적 및 직업적으로 밀접한 관계가 있는 사람, 혹은 이러한 사람들 또는 그들이 속한 조직을 보호하는데 관심이 있는 사람들에게 조사를 위임하는 것은 피하는 것이 필요하다.

“당사국 관할권내의 영토”라는 용어의 의미와 관련하여 제 5조에 따른 논평에도 또한 언급이 되어 있다.

## 제 13 조

각 당사국은 자국의 관할권하에 있는 영토내에서 고문을 받았다고 주장하는 모든 개인이 소관기관에 고소할 수 있고, 소관기관에 의해 즉각적으로 그리고 공평하게 동 사건에 대한 조사받을 수 있는 권리를 향유하도록 보장한다. 고소자 및 증인들이 고소 또는 증거제시의 결과로 인하여 받을 수 있는 모든 부당한 처우 또는 협박으로부터 보호될 수 있도록 보장하는 조치가 취하여 져야 한다.

이전의 세 조항처럼 제 13조도 제 16조 1항과 함께 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌에 적용된다. 제 12조에 따라 당사국은 그러한 행위가 이루어졌다고 믿을만한 합리적인 이유가 존재할 때는 가능한 빨리 조사를 진행할 의무가 있으며 제 13조는 그러한 행위의 피해자임을 주장하는 모든 사람은 소관기관에 고소할 수 있다고 규정하고 있다. 더욱이 그의 고소는



이들 기관에 의해 신속하고 공정하게 조사되어야만 한다. 신속성과 공정성의 요건에 관하여는 제 12조와 관련한 논평에 언급이 되어 있다.

제 12조에 따라 각 당사국은 그러한 행위가 행하여 졌다고 믿을만한 합리적인 의문이 있을때 책무상(ex officio) 조사에 착수할 일반적인 의무가 있기는 하지만 그러한 행위의 피해자라고 주장하는 사람은 공식적인 고소권이 있으며 그의 고소가 적절히 조사될 수 있는 권한이 있다는 것은 중요하다. 고소의 권리는 만일 관련자가 구류중인 경우 그의 구류에 책임있는 공무원은 그의 고소를 소관기관에 송부해야 하며 이들 기관은 이 문제를 철저히 조사하고 그것이 만일 믿을만한 사실에 기초하여 성립되지 않는 것으로 나타나지 않는다면 고소를 거절하여서는 안된다는 것을 암시하고 있다.

많은 경우, 그러한 행위의 피해자는 더 나쁜 처우나 다른 보복의 위협에 처하여 질 수도 있기 때문에 고소제기를 두려워 할 수도 있다. 따라서 제 13조의 둘째 문장은 각 당사국이 이러한 위협을 제거할 조치를 취하도록 요하고 있다. 상황에 따라 여러가지 조치들이 예견될 수 있다: 고소자의 구류장소 이동, 그의 구류기간중 그에 책임있는 사람의 인사조치, 조사기간 중 증인출두 등.

고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌에 대한 고소를 조사하는 과정에서 관계기관은 증언을 들을 수도 있다. 이들이 진술의 결과로 어떠한 보복의 위협에도 처하여지지 않는 것이 증거의 진실성과 그들의 안전을 위하여 중요하다. 그러므로 제 13조의 둘째 문장은 당사국들이 그러한 증인을 보호하는 조치를 취할 것을 요하고 있다.

본 조항에 따른 당사국들의 의무는 "그 관할권하의 어느 영토내에서" 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 처우나 형벌의 주장과 관계가 있다.

이 용어의 의미는 제 5조의 논평에 설명되어 있다.

#### 제 14 조

1. 각 당사국은 고문행위의 피해자가 구제조치를 받으며, 가능한 한 충분한 원상회복의 수단을 포함한 정당하고 적절한 보상을 요구할 수 있는 권리를 향유하도록 자국의 법체계 내에서 보장한다. 고문행위의 결과로 인해 피해자가 사망한 경우, 피해자의 부양가족이 보상을 요구할 권리를 갖는다.

2. 본 조항의 어떠한 규정도 국내법 하에서 인정되는 피해자 또는 여타 사람들의 보상요구 권리에 영향을 미치지 않는다.

본 조 1항에 따르면 고문의 피해자는 각 당사국의 법체계 내에서 원상회복을 구할 수 있으며 보상을 받을 권한을 가지고 있다. 원상회복은 기본적으로 관련자에게 행하여진 부당행위의 공적인 인정에 달려있는 반면, 보상은 물질적(및 주로 금전적인) 성질을 띠고 있다. 더우기 보상을 위한 법적 권리가 국내법에 존재해야 한다. 보상이 특정 사건에서는 해로운(ex gratia) 조치로서 주어지는 것으로는 충분치 않다.

제 1항은 보상이 어떻게 계산될 것인지에 대하여 분명히 지적하고 있지 않다. 그러나, 보상은 정당하고 적절할 것을 언급하고 있다.

이들 상황에서 보상은 나라마다 매우 다를 수 있다는 점은 인정되어야만 한다. 그러한 차이는 일반적인 피해보상 수준과 관련한 법적 관행뿐만 아니라 관련 당사국의 일반적 소득수준 및 생활수준에 달려있다.

그러나 보상이 정당하고 적절해야 한다는 요건은 순전히 상징적인 정도의 보상은 배제하고 있다. 고문 피해자가 받아야 할 보상은 실질적이어야 한다. 첫째로, 피해자가 의학적 또는 정신적 치료를 위하여 지불한 비용에 대한 보상이 요구되어야 한다. 둘째로, 그가 고문의 결과로 받은 비물질적 피해도 뜻있는 방법으로 보상되어야만 한다.



보상은 가능한 한 충분한 원상회복을 위한 수단을 포함하도록 분명히 언급하고 있다. 이것은 의학적 또는 정신적 치료 혹은 특별한 기계적인 도움이 필요한 곳에서는 그러한 치료나 도움이 필요한 만큼 제공되어야 한다는 것을 의미한다.

제 1항의 둘째 문장은 고문의 결과로 사람이 사망하였을 때 일어나는 상황을 언급하고 있다. 그러한 경우에 부양가족이 보상을 요구할 권한이 있다. 부인, 남편 및 어린 자녀는 일반적으로 부양가족으로 간주될 수 있다. 다른 친척들은 그들을 돕기 위한 사망자로부터의 재정적 도움이 의존하여 왔을 때 이 범주에 속하는 것으로 간주될 수 있다.

보상에 관한 부양가족의 권리는 부양가족 자신들이 받은 손실을 보상 받기 위한 독립적인 권리이다. 이것은 물질적 피해뿐만 아니라 비물질적 피해를 포함할 수 있다. 본 조는 보상이 어떻게 계산되어야만 하는지 지적하고 있지 않으며, 그것이 정당하고 적절해야만 한다는 요건조차 없다. 결과적으로 당사국들은 이런 종류의 사건에서 보상의 정도를 결정할 광범위한 판단권을 향유하고 있는 것으로 간주될 수 있다.

제 2항은 국내법에 따라 보상에 관한 광범위한 권리가 있는 경우에 이 권리는 제 14조에 의하여 영향받지 않을 것임을 나타낸다. 예를 들어 어떤 법적체계내에서 고문피해자는 협약으로부터 합리적으로 얻을 수 있는 것보다 상당히 높은 수준의 보상권을 향유할 수도 있으며, 고문 피해자를 도와 주었던 사람들은 어떤 국내법에 따라 그들의 경비에 대하여 보상을 받는 것도 또한 가능할 것이다. 이러한 모든 권리는 제 14조에 의하여 영향받지 않는다.

#### 제 15 조

각 당사국은 고문의 결과로서 이루어진 것이 명백한 여하한 진술도 고

문 혐의자에 대한 소송에서 그 진술이 행하여 졌다는 증거로서 원용되는 경우를 제외하고는 여하한 소송절차에 있어서도 증거로서 원용되지 않을 것임을 보장한다.

1975년 선언의 제 12조는 “고문 및 기타 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적 처우나 형벌의 결과로 행하여진 어떠한 진술도 관련된 사람이나 소송절차중에 있는 어떠한 사람에 대하여도 증거로서 원용될 수 없다”고 규정하고 있다. 선언의 동 조항과 달리 본 협약 제 15조는 오로지 고문에 대하여만 적용된다.

제 15조에 설정된 규칙은 두가지 다른 고려사항에 근거를 두고 있는 듯하다. 먼저, 고문에 의하여 행하여진 진술은 보통 믿을만한 진술이 되지 못하며 따라서 법정에서 증거로서 원용될 수 있는 “공정한 재판” 원칙에 반하는 것임이 분명하다. 재판 절차가 모든 증거의 자유로운 평가에 근거하고 있는 나라에서조차 고문에 의하여 행하여진 진술은 재판 절차에 어떤 작용을 하는 것으로는 거의 받아들여질 수 없다.

둘째로 고문은 주로 사법적 절차에서 증거를 확보하기 위한 목적으로 행하여 진다는 것을 상기하여야 한다. 결과적으로 만일 고문에 의하여 행하여진 진술이 증거로서 원용될 수 없다면 고문을 사용하는 중요한 목적이 제거되는 것이며 따라서 법정에서의 증거로서 그러한 진술이 금지되는 고문방지를 위한 간접적 효과가 있을 수도 있다.

1975년 선언 제 12조는 그러한 진술은 소송절차중에 있는 어떠한 사람에 대하여도 증거로서 원용될 수 없다고 규정하고 있는 반면 본 협약 제 15조는 이 원칙에 대한 예외를 추가하고 있다. 이런 종류의 증거는 받아들여질 수 없다는 규칙은 만일 진술이 행하여 졌음을 증명하기 위하여 고문혐의자에 대하여 원용되는 경우는 적용되지 않는다.

그러나 진술이 그러한 방법으로 원용된다면 그 의도는 진술이 진실된