



이스탄불 의정서 :  
고문에 대한 조사와 기록을 위한 국제적 지침

# 고문 혐의에 대한 법률적 조사

이스탄불 의정서의 실천 지침서  
- 변호사용 -

국내 번역출판    국가인권위원회

이 길잡이에 대한 더욱 자세한 정보는 아래 REDRESS에  
연락하시기 바랍니다.

3rd Floor, 87 Vauxhall Walk,

London SE11 5HJ

Tel: +44 (0)20 7793 1777

Fax: +44 (0)20 7793 1719

[info@redress.org](mailto:info@redress.org) (일반 문의)

고문 피해자를 위한 국제재활협회  
(International Rehabilitation Council for Torture Victims, IRCT)

Borgergade 13  
P.O. Box 9049  
DK-1022 Copenhagen K  
DENMARK  
Tel: +45 33 76 06 00  
Fax: +45 33 76 05 00  
E-mail: [irct@irct.org](mailto:irct@irct.org)  
<http://www.irct.org>

**고문 방지 활동 :**  
**변호사를 위한 이스탄불 의정서의 실천 지침서**

*감사의 말*

이 보고서는 Gabriela Echeverria, Caroline Rowlands가 쓰고, Carla Ferstman이 편집했다.

우리는 터키 인권재단의 Hulya Upcinar, Turkan Baykal, 러시아에 있는 고문 방지를 위한 Nizhny Novgorod 위원회(Nizhny Novgorod Committee against Torture)와 시민사회를 위한 “민중” 연구센터(“Demos” Research Center for Civil Society)의 Olga Shepeleva 그리고 REDRESS의 Lutz Oette와 Kevin Laue의 코멘트와 지원에 감사한다.

## 이스탄불 의정서 활용에 관한 참고자료 : 고문에 대한 조사와 기록을 위한 국제적 지침

이스탄불 의정서는 고문에 대한 조사와 기록에 관한 최초의 국제적 지침이다. 이 의정서는 고문과 부당한 처우를 당했다고 주장하는 자들을 평가하고, 고문 피해 사례를 조사하고, 그 소견을 관련 기관에 보고하기 위한 실천적인 지침을 제공한다. 이 의정서는 인권을위한의사회 미국지부(PHR USA), 고문생존자를위한활동(Action for Torture Survivors) 및 터키인권재단(HRFT)이 주도하였고, 고문피해자를위한국제재활협회(IRCT), 세계의사협회(WMA)를 비롯한 40개 이상의 단체가 3년 넘게 참여하여 개발해 냈다.

유럽연합(EU)의 든든한 지원으로 의정서에 대한 인식제고와 국가의 서명 및 구체적인 이행을 위한 ‘이스탄불의정서 이행사업(Istanbul Protocol Implementation Project)’을 2003년 3월부터 2005년 3월까지 다섯 개 국가(그루지야, 멕시코, 모로코, 스리랑카, 우간다)에서 진행했다.

이 책에 실린 자료들은 이행사업의 일환으로 보건과 법률 전문가를 대상으로 시행한 훈련 프로그램의 실습 자료로 개발되었다. 이 자료집은 훈련에 참가한 보건전문가 250명과 변호사 125명에게 배포되었으며, 다섯 국가의 관련 국가기구 및 정부기관에 전달되었다. 우리는 이 자료가 고문을 척결하기 위한 공동의 노력에 있어 통찰력을 제공하고, 두 전문가 집단 사이에 상승효과를 이끌어내기를 희망한다.

서 론 ..... 1

제 1 장 : 이스탄불 의정서의 개요 ..... 6

    A. 고문의 기록에서 의료전문가의 중요성과 변호사들이 고문의  
        의학적 증상을 이해해야할 필요성 ..... 6

    B. 이스탄불 의정서에서의 국제적 기준 ..... 10

제 2 장 : 이스탄불 의정서에서의 국제적 기준 ..... 13

    A. 일반적인 예방 수단 ..... 13

    B. 구금 장소에서의 구체적인 보호책 ..... 17

        1. 구금 장소를 방문하는 “예방적 메커니즘” ..... 18

        2. 구금 보호책(Custodial safeguards) ..... 25

    C. 고문 혐의에 대한 효과적 조사에 관한 국제적 기준 ..... 31

        1. 혐의를 “즉시” 조사해야 할 국가 의무 ..... 33

        2. 혐의를 “공정하게” 조사해야 할 국가 의무와 조사 기구의  
            독립성 문제 ..... 35

        3. 효과적인 조사는 ‘철저하게’ 이루어져야 한다 : 조사의  
            내용 ..... 38

        4. 효과적인 조사를 위한 핵심 원칙과 절차 ..... 40

        5. 조사의 효과성을 증진하기 위한 국가적 차원의 활동 .. 43

    D. 고문 가해 혐의자의 기소와 관련자 처벌에 관한 국제적  
        기준 ..... 46

        1. 고문 혐의의 기소에 관한 일반 원칙 ..... 46

        2. 기소의 결함을 상쇄할 국가적 차원의 활동 ..... 48

E. 고문 및 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 희생자들을 위한 효과적인 구제와 적절한 배상(reparations)의 권리에 관한 국제적 기준 .....	51
1. 배상의 형태 .....	52
2. 효과적인 절차적 구제책 .....	54
3. 국제적 구제 수단 .....	61
4. 효과적인 구제와 배상의 권리 이행을 위한 국가적 차원의 활동 .....	66
부록 1 .....	70

## 서론

세계 곳곳에서 고문이 성행하고 이를 척결할 적극적인 조치가 필요함을 인식하면서, 많은 나라의 의료와 법률 및 인권 전문가들이 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 대한 효과적인 조사와 기록을 위한 안내서(이스탄불 의정서)’ 초안을 작성하였다. 이 지침서는 1999년 8월에 완성되었으며, 그 이후 유엔과 지역단체들 및 기타 기구들에 의해 보증되고 있다.<sup>1)</sup>

이스탄불 의정서는 고문이나 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 판단과 그러한 혐의의 조사, 사법기관이나 다른 조사기관의 보고서 작성을 위한 국제적 지침 장치로써 기능하고자 만들어졌다. 이스탄불 의정서에 부가된 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 효과적인 조사와 기록에 관한 원칙(이스탄불 원칙)’은 2000년 10월 유엔 총회에서 만장일치로 채택된 고문에 관한 결의문에 포함되었다<sup>2)</sup>. 추가적으로, 유엔 인권위원회(United Nations Commission on Human Rights)는 이 원칙에 대한 각국 정부의 관심을 촉구하였으며, 이 원칙을 고문을 척결하는 유용한 도구로 여기도록 적극적으로 장려하였다<sup>3)</sup>.

고문은 이스탄불 의정서에서 유엔의 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’의 표현으로 정의되어졌다.

---

1) 자세한 내용은 <http://www.unhchr.ch.pdf.8istprot.pdf>

2) 2000년 12월 4일의 유엔 총회 결의(55/89) 첨부,

3) 2003년 4월 23일의 인권위원회 결의(2003/33), 57차 회의, [E/CN.4/2003/L.11/Add.4]

“고문이란 공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사(敎唆), 동의, 묵인 아래 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내거나, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위를 처벌하기 위해 또는, 모든 종류의 차별에 근거한 이유로 개인이나 제3자를 협박하거나 강요할 목적으로 개인에게 고의로 극심한 신체적이거나 정신적인 고통을 가하는 행위를 의미한다. 단지 합법적인 처벌로부터 야기되거나, 이에 내재 또는 부수하여 일어나는 고통은 포함되지 아니한다.”<sup>4)</sup>

따라서 고문은 공무원(경찰이나 보안군과 같은)을 대신하거나 또는 이런 자의 동의를 얻어 신체적이거나 정신적으로 극심한 고통을 가하는 의도적인 행위이다. 인간의 존엄성을 훼손하기 위해 특별한 방법으로 개인의 신체적·정신적 완전성(integrity)에 대한 계산된 확대를 가하는 것은 어떤 상황에서도 끔찍하다. 그러나 이러한 행위가 공무원(개인의 권리를 보호해야 할 직접적인 책임을 가지고 있는)을 대신하거나 공무원에 의해 행해졌을 때, 가장 비난받아야 할 범죄가 된다. 실제로 고문은 법을 수호하고 집행해야 할 책임이 있는 공무원들에 의해 대체로 자행되거나 묵인되어진다.

고문은 뼈가 부러지는 것과 같은 육체적 상해와 천천히 회복되는 상처를 유발하거나 어떤 물리적 흔적도 남기지 않을 수 있다. 고문은 흔히 고문이 다시 자행되는 경우나 심지어 안전한 환경에서도 믿지 못하고 긴장을 풀지 못하는 정신적인 고통에 이르기도 한다. 고문 생존자들은 잠을 자지 못하거나 일찍 일어나고, 때때로 고향을 지르거나 악몽을 경험한다. 그들은 기억과 집중에 어려움이 있고, 과민, 두려움, 화난 감정의 지속, 우울을 경험하고(하거나), 인생의 아무 면도 즐길 수 없다. 이러한 증상은 종종 외상후스트레스장애(PTSD)와(또는) 심한 우울증 진단을 받게 된다. 육체적이고 정신적인 상처는 평생 내내 지속될 수 있다. 고문을 당한 경험

---

4) 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌 방지에 관한 협약 제1조, 1984년 10월 10일의 유엔 총회 결의(39/46), 1987년 6월 26일 발효

이 없는 사람에게 이러한 증상들은 지나치거나 불합리하게 보이지만, 이런 증상은 정신적 충격(trauma)에 대한 전형적인 반응일 수 있다.

대부분 사람들에게 고문이라는 단어는 손톱 뽑기, 전기 충격, 조롱 행위, 부모나 자녀의 고문을 지켜보게 하는 것, 강간 등 가장 끔찍한 형태의 육체적·정신적 고통의 이미지를 떠올리게 할 것이다. 고문과 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 대한 방법의 다양성과 혹독함은 간단히 믿기 어려울지도 모른다. 그러나 고문을 이루는 행위들을 모두 망라한 목록은 없다<sup>5)</sup>. 고문 행위자들은 계속해서 사람을 잔인하게 다룰 새로운 방법을 만들어 낸다. 누구나 고문의 희생자 - 고문의 생존자들은 모든 계층과 지구상의 모든 나라에서 생겨난다. - 가 될 수 있다. 심지어 어린이들까지도 희생자가 될 수 있다<sup>6)</sup>. 그러나 흔히 대부분의 고문 생존자들은 범죄 혐의자들이거나 인종, 종족, 종교, 성 또는 성 정체성에 기반을 둔 차별의 희생자들이다<sup>7)</sup>.

이스탄불 의정서에서 언급되었듯이, “고문은 세계 공동체의 뿌리 깊은 문제이다. 고문의 목적은 개인의 신체적·정서적 평안뿐만 아니라, 어떤 경우에는 전체 공동체의 존엄과 의지를 고의적으로 파괴함에 있다. 고문은 우리 존재의 의미와 더 밝은 미래에 대한 우리의 희망을 배격하기 때문에 모든 인류 구성원의 문제인 것이다.”

- 
- 5) 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제7조에 대한 일반 논평에서 유엔 자유권규약위원회는 금지된 행위의 목록이나 행위들 사이의 정확한 구분을 작성하는 것은 바람직하지 않다고 판단했다. 더 나아가, 전 유엔 고문 특별보고관인 Sir Nigel Rodley는 고문 행위를 잔혹하고, 비인도적이며 굴욕적인 대우들과 구분 짓는 경계를 세우는 것은 지극히 어려우며 실제로는 위험하다고 주장했다.
  - 6) 어린이에게 행해진 고문 관련 보고서 : 국제사면위원회(AI), Hidden Scandal, Secret Shame(AI Index ACT 40/38/00)
  - 7) 성적 소수자들에게 행해진 고문 관련 보고서 : 국제사면위원회(AI), Crimes of Hate, Conspiracy of Silence(AI Index ACT 40/016/2001), 여성에게 행해진 고문 관련 보고서 : 국제사면위원회, Broken Bodies, Shattered Minds(AI index 40/001/2001), 고문과 인종차별 관련 보고서 : 국제사면위원회, Racism and the Administration of Justice(AI Index ACT 40/020/2001)

다시 말하면, 고문은 고문을 당하는 사람에게 한 행위 뿐만 아니라, 고문 행위자와 고문을 목인하는 시스템을 만들어 내기 때문에 혐오스러운 것이다. 이스탄불 의정서는 “고문 가해자는 종종 정보수집의 필요성 때문이라는 이유를 들어 자신들의 고문과 잘못된 행위를 정당화하려고 노력한다. 그러한 개념화는 고문의 목적과 그것이 의도한 결과를 애매하게 한다.…… 피해자의 인간성을 빼앗고 그들의 의지를 꺾음으로써 고문 행위자는 나중에 그 피해자와 접촉하는 사람들에게 무서운 본모습을 보여준다. 이 같은 방식으로, 고문은 전체 공동체의 의지와 결합력을 파괴하거나 손상시킬 수 있다…….”라고 설명한다.

이러한 이유로 고문은 1948년 세계인권선언(UDHR) 이래 모든 인권 관련기구에 의해 절대적으로 금지되었다. 이러한 금지를 어기는 것은 심각한 행위로 비상사나 무력 분쟁 시를 불문하고 어떠한 법적 정당성도 없는 것으로 여겨진다.

국제법하에서 고문이 절대적으로 금지되어 있음에도 불구하고, 유엔 고문 특별보고관의 보고서나 국제적십자사(ICRC)의 최근 보고서 혹은 실제 많은 신문들을 보면 고문이 아직도 세계 많은 나라들에서 일상적으로 자행되고 있음이 명백하다. 절대적 금지의 원칙과 빈번한 자행이라는 현실사이의 불균형은 고문을 방지하기 위한 국제적 기준의 국내적 이행과 고문 생존자들을 위한 국내적 구제책들의 효과성을 증진할 필요성을 분명히 나타내 주고 있다.

이스탄불 의정서는 고문을 척결하는데 있어 중요한 규약으로, 고문에 대한 효과적인 조사와 기록은 고문 문제를 폭로하고 관련자들의 책임을 추궁하는데 도움이 된다. 이 의정서에 담긴 원칙은 고문 생존자들의 권리와 고문을 금지하고 예방해야 할 국가적 의무에 관한 중요한 국제적 기준을 반영하고 있다.

국제법은 국가들에게 고문 혐의를 조사하고 책임자들을 처벌할 것을 요구한다. 또한, 국제법은 고문 행위의 희생자들이 배상, 공정하고 적절한 보상, 권리의 원상회복 및 가능한 한 완전한 재활을 위한 강제력 있는 구제를 받을 수 있을 것을 요구한다. 이스탄불 의정서는 효과적으로 책임자들을 처벌하고, 희생자들에게 적절한 배상을 제공하며, 보다 전체적으로는 미래의 고문 행위를 예방하기 위해 어떻게 고문 조사와 기록을 할 것인가에 관한 안내서이다.

이 길잡이는 고문 생존자들과 함께 일하는 변호사들을 위한 것으로 이스탄불 의정서에 담긴 다양한 국제적 기준들을 기술하고, 그러한 기준들을 지원하는 국제적 법제(jurisprudence)를 상술하고, 변호사들이 자국적 차원에서 인정되고 이행되어야 할 기준들을 모색하는 실천적 방법들을 개괄하고 있다. 또한, 이 길잡이는 변호사들이 a) 고문에 관한 조사가 효과적이지 않을 때 어떻게 정부에 이의를 제기하는지, b) 어떻게 조사를 뒷받침할 필요한 증거를 수집하는지, 또는 언제 자격이 있는 공무원에게 고문 혐의를 주목하게 할 것인지에 대한 정보를 제공하고, c) 고문과 싸우고 예방하며, 구제와 배상을 찾는 고문 희생자들을 도와주는데 관련된 국제적인 법적 기준의 일반적 개요를 제공한다.

변호사들은 정의(正義)와 배상의 다른 형태를 찾는 고문 생존자들을 위한 핵심 대화자(interlocutor)들이다. 또한 변호사들은 정부가 고문 행위를 금지하고 예방적 조치들을 이행해야 하는 국제적 의무를 준비하도록 설득하는데 큰 역할을 할 수도 있다. 만약 변호사들이 국제적 기준 적용에 익숙하다면, 그러한 국제기준에 비추어 국내법을 해석하고 적용하고자 시도할 수 있으며 그들의 법률논쟁과 변론 및 진정에 국제기준을 인용할 수도 있다.

# 제 1 장

## 이스탄불 의정서의 개요

### A. 고문의 기록에서 의료전문가의 중요성과 변호사들이 고문의 의학적 증상을 이해해야 할 필요성

이스탄불 의정서는 고문에 대한 기록에 있어 의료전문가의 중요한 역할을 강조하고, 의료보고서에 권고된 내용을 포함하는 의학적 증거를 획득하는 방법에 관한 구체적 지침들을 제시하고 있다.

고문 생존자들과 함께 일하는 변호사들이 고문을 의학적으로 기록하는 방법이나 고문의 육체적·심리적 증상을 아는 것은 중요하다. 이는 고문 생존자들을 더 잘 이해하고 지원하기 위해서 뿐만 아니라 생존자의 편에서 고문이나 다른 형태의 부당한 대우에 대한 진정을 제기하는데 있어 매우 중요하다. 이스탄불 의정서에서 인정되었듯이, 변호사들과 의사들은 고문 행위를 효과적으로 조사하고 기록하기 위해 긴밀하게 함께 일하는 것이 필요하다. 의학적 증거는 고문이 발생한 사실을 입증하는데 도움을 줄 것이다. 그것은 또한 변호사들이 배상(예: 원상회복(restitution), 보상(compensation), 재활(rehabilitation))을 바라는 희생자들의 소송을 결정하도록 도와 줄 수 있다. 유사하게, 변호사들은 경찰이나 다른 자격있는 기구의 공식 보고서가 정확한 의학적 증거들을 참작했는지, 또는 변호사들이 사건에 대한 피해자의 진술을 입증하기 위한 독립적인 의학적 조사를 의뢰해야 하는지를 평가할 필요도 있을 것이다.

비록 고문에 대한 심리적 반응에 영향을 미치는 요인들이 정확하게 알려지지 않는 않지만, 몇 가지 면들은 피해자에게 충격을 줄 수 있다.

- **피해자의 고문에 대한 지각, 해석 및 의미** : 개인들은 고문과 같은 극심한 정신적 충격(trauma)에 대해 그것이 그들에게 의미하는 바에 따라 반작용한다. 정신적 충격에 대한 심리적 반작용은 그 사람이 그것에 부여하는 심리적 의미와 긴밀하게 연결되어 있는데, 정신적 충격의 심리적 의미는 사회적, 문화적, 정치적으로 얽혀있다.
- **고문 전, 고문당하는 동안 및 고문 후의 사회적 환경** : 공동체, 동등한 자원, 가치 및 정신적 충격이 큰 경험(traumatic experiences)에 대한 태도; 정치적, 문화적 환경; 고문 후 정신적 충격(traumatic) 상태; 수반되는 스트레스 재발 요인에 대한 노출(exposure)과 같은 정신적 충격 후의 개인 생애에 있어서의 상실과 변화들 또한 심리적 반응에 강한 영향을 미치고 있다.
- **정신적 외상을 초래한 사건(traumatic events)의 잔혹함과 지속 기간, 고문과 관련된 환경 및 성질** : 개인에 있어 잔혹한 사건의 순위를 매기는 목록을 만드는 것은 어려우며, 잔혹함의 정도를 객관적으로 측정하는 것도 문제가 있다. 사랑하는 사람에 대한 굴욕과 위협 또는 다른 사람이 당하는 고문을 목격하는 것은, 비록 사람마다 다를 수는 있지만 전기 충격이나 발바닥을 때리는 고문보다 희생자에게 더욱 심각한 심리적 영향을 줄 수 있다.
- **희생자의 발달 단계와 나이** : 비록 고문 증상과 관련된 요인들에 관한 지식에 한계는 있지만, 정신적 충격 경험의 보다 일반적인 상황에 있어 정신적 충격의 발병 나이, 정신적 충격 경험의 성격과 임상적 결과의 복잡성 사이에는 관계가 있는 것으로 단정되고 있다.

다시 말하면, 문화적·정치적 배경, 성, 나이, 고문 중과 후의 상실 등과 같은 개인적 변수는 고문으로 생겨나는 증상의 심각함에 영향을 줄 수 있는 요인들이다. 부가적으로, 대항 능력(coping capabilities)과 신체적 건강 및 장애, 기성(既成)의 심리적 혼란과 성격, 유전적이고 생물학적인 취약성(vulnerabilities) 또한 고문 증상에 영향을 준다.

고문의 신체적, 심리적 영향을 이해하는 것은 변호사들이 고문에 대한 형사적 또는 민사적 소송을 제기하기 위해 희생자들을 면담할 때 필수불가결하다. 그것은 아래의 세 가지 이유에서 중요하다.

- a) 변호사들이 희생자들의 사례 정리(build up)를 돕기 위해 정확한 질문을 하고, 필요한 정보/증거를 수집하는 것을 확실히 하기 위해
- b) 변호사들이 고문 희생자들이 겪는 외상후스트레스장애(PTSP)와 같은 심리적 결과들을 이해하고, 면담하는 동안 희생자들이 정신적 재외상화(re-traumatising)를 겪는 것을 피하도록 돕기 위해
- c) 변호사들 고문과 관련된 어려운 주제를 다룰 수 있도록 준비시키고, 편집증(paranoia) 또는 정신분열증(schizophrenia) 같은 증상들을 인식할 뿐만 아니라, 희생자들의 예상하지 못한 “반작용”이나 “반응”을 이해하기 위해

변호사들을 위한 고문 혐의 기록화에 관한 자세한 지침은 Essex 고문 보고 안내서(Torture Reporting Handbook) 제2장- 혐의 기록화(<http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/english.htm>), 제5장 - 일반적 및 면담 고려사항, F) 이스탄불 의정서의 역사(<http://www.unhchr.ch/pdf/8istpropt.pdf>)를 보라.

특별히 변호사들의 역할과 관련해 이스탄불 의정서에는 변호사들이 전문적 기능을 수행하는 데 있어 인권 기준을 증진하고 보호하며, 법과 법조계에서 공인된 기준과 윤리에 부합하도록 성실하게 활동할 의무가 있다고 명시되어 있다. 변호사들의 역할에 관한 유엔의 기본 원칙(UN Basic Principles on the Role of Lawyers)<sup>8)</sup>과 같은 다른 인권 규약들은 변호사들이 “모든 적절한 방법”으로 고객들을 돕고, 그들의 이해를 보호하기 위해 법률적 활동을 취할 의무를 정립하고 있다.

이와 유사하게, “고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 수용자(Prisoner)와 구금자(Detainee) 보호하는데 있어 의료종사자 특히, 의사의 역할과 관련된 의료 윤리에 대한 유엔 원칙<sup>9)</sup>” 하에서 의사들이 고문에 참여, 공모, 선동하거나 고문을 자행하려 시도하는 것은 “심각한 의료윤리 위반”이다. 그러나 세계의사협회와 같은 국제적 의료협회에 의해 인정되듯이, 인지하게된 고문 의심 사례를 보고해야 할 의사의 의무를 명시하는 의료 윤리에 관한 직업적 규범은 없다. 세계의사협회는 의사들이 가능한 경우에는 희생자들의 동의를 얻고, 희생자가 자신의 의사를 자유롭게 표현하지 못할 때에는 명시적 동의가 없어도 그런 사례를 보고할 것을 권고하고 있다<sup>10)</sup>.

변호사와 의사는 사적(私的) 또는 제도적 이해를 넘어 그들의 전문가적 책임에 대한 믿음 속에서 일을 처리해야만 한다. 공동 작업을 통해 변호사들과 의사들은 조사관이 고문 혐의를 완전하고 공정하게, 그리고 즉각

---

8) 1990년 8월 27일 - 9월 7일, 범죄 예방과 범죄자 대우에 관한 제8차 유엔 회의(UN Congress)에서 채택된 변호사들의 역할에 관한 유엔의 기본 원칙을 보라

9) 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 수용자(Prisoner)와 구금자(Detainee)를 보호하는데 있어 의료종사자 특히, 의사의 역할과 관련된 의료 윤리에 대한 유엔 원칙은 1982년 12월 18일에 유엔 총회에서 채택되었다.

10) 고문 또는 잔혹한, 비인도적인, 굴욕적인 대우에 대한 척결 선언에서의 의사 책임에 관한 결의는 2003년 세계의사협회에 의해 채택되었다.

적으로 조사하도록 할 수 있다.

만약 변호사들이 이런 일반적 의무들에 부응하지 않는 다른 변호사나 의사에 대해 알거나 정보를 가지고 있다면, 그들은 그것을 법률단체와 의료단체에 각각 보고해야 한다. 만약 의무의 위반이 행정상 또는 형사적 책임을 물을 수 있는 정도라면, 그것은 기술된 적절한 관계기관에 보고되어야 한다. 이 매뉴얼의 후반부에 있는 국가적 차원의 구제책들, “효과적인 절차적 구제책들”(예 : 인권위원회, 징계적 절차, 경찰 진정 메커니즘)에 관한 장을 보라.

## B. 이스탄불 의정서에서의 국제적 기준

이스탄불 의정서에는 고문 방지를 위한 국제적인 법적 기준을 약술하고, 고문 혐의에 대한 효과적인 조사가 어떻게 이루어져야 하는지에 관한 특별한 지침이 제시되어 있다. 이 지침들(이스탄불 원칙)은 조사의 효과성을 평가하는 기준으로 인권기구들에 의해 인정되고 있다. 예를 들면, 미주 인권위원회(Inter-American Commission of Human Rights)는 고문 혐의에 대한 조사 때 이 이스탄불 원칙을 의료전문가의 의학적 보고서의 최소 요건으로 언급하고 있다<sup>11)</sup>. 마찬가지로, 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회(African Commission on Human and People's Rights)의 결의도 고문 혐의에 대한 조사는 이스탄불 원칙에 제시된 대로 즉각적이고 공정하게, 효과적으로 이루어져야 한다고 확인하고 있다.<sup>12)</sup>

이스탄불 의정서는 고문 방지를 보장하기 위해 각국 정부에 아래와 같

---

11) *Ana, Beatriz and Celia Gonzalez Perez. v.*(멕시코)의 2001년 4월 4일 미주인권위원회 53/01 보고서

12) 인간과 민중의 권리에 대한 아프리카위원회 제32차 일반회기에서 채택된 “아프리카 지역에서의 고문과 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 금지와 예방을 위한 지침과 조치들에 대한 결의”를 보라.

은 의무들을 명시하고 있다.

**1) 고문 행위를 예방하기 위해 효과적인 입법적, 행정적, 사법적 또는 다른 조치들을 취하라, 예를 들면,**

- 고문당할 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있을 때, 해당 국가에 그 사람을 추방하거나 송환, 또는 인도하지 말 것.
- 고문의 결과로 작성된 어떤 진술도 고문을 고발한 사람이 진술한 증거를 제외하고는 모든 소송 절차에서 증거로 채택될 수 없음을 보장할 것.
- 고문 금지를 법 집행, 의료종사자, 공공 및 다른 관련 공무원들의 교육에 포함되도록 보장할 것.

**2) 구금 장소에서 발생하는 고문 방지를 위해 다음과 같은 일반적 보호책들을 지켜라.**

- 구금자들이 원하면 즉각적이고 제한없이 변호사나 의사를 만날 수 있도록 해 줄 것.
- 구금에 대해 구금자의 가족 구성원과 친구들에게 알려줄 것.
- 구금자가 가족 구성원과 친구를 만날 수 있도록 제공할 것.
- 구금자를 독방에 가두지 말 것.

**3) 고문 혐의를 효과적으로 조사하라.**

- 고문이 행해졌다고 믿을 만한 상당한 이유가 있을 때는 언제나 관련 기관에서 즉각적이고 공정한 조사가 이루어지도록 할 것.
- 모든 고문 혐의가 효과적으로 조사될 수 있도록 보장할 것.

**4) 고문 가해자는 형사적 소송 대상임을 확실히 하라.**

- 고문을 공모하거나 참여한 행위를 범죄화하라.
- 인도 처분에 해당하는 범죄로 인정하고, 다른 국가기관이 고문을 조

사하거나 고문 가해자를 기소할 수 있도록 지원 제공

- 고문 행위가 자행되었다는 조사가 이루어지면, 가해혐의자는 형사적 소송의 대상임을 명확히 할 것.

**5) 고문 희생자의 효과적인 구제와 적절한 배상을 받을 권리를 보장할 것.**

- 고문 희생자가 법과 현실에서 고문으로부터 자유로울 권리를 보호 받을 수 있도록 효과적인 절차적 구제를 확보할 것.
- 국내법이 국제법에서 인정된 다른 형태의 배상을 받아들이고, 제공되는 배상은 침해의 중대함을 반영하도록 보장할 것.

## 제 2 장

### 이스탄불 의정서에서의 국제적 기준

제2장에서는 국가가 고문과 다른 형태의 부당한 대우를 방지하기 위해 취해야 하는 일반적 수단들을 기술하고, 변호사들이 어떻게 일반적인 변호업무를 통해 또는, 개별적인 사례 속에서 그러한 수단들의 이행을 주장할 수 있는지 설명하고 있다. 이 장은 아래와 같은 국제적 기준들을 다룰 것이다.

- A. 일반적인 예방 수단
- B. 구금 장소의 특별한 보호책
- C. 고문 혐의에 대한 효과적 조사
- D. 고문 가해자에 대한 기소와 책임자들의 처벌
- E. 희생자들을 위한 효과적인 구제와 적절한 형태의 배상 보장

#### A. 일반적인 예방 수단

고문 방지 수단들을 마련하는 것은 이스탄불 의정서에서 약속되었듯이 고문으로부터의 보호를 위한 첫 번째 의무이다. 고문을 예방하기 위한 국가의 적극적 의무는 고문 방지와 처벌을 위한 미주협약뿐만 아니라, 유엔의 고문방지협약에서도 특별하게 언급되어 있다.<sup>13)</sup>

연구들을 통해 고문 금지를 위한 국내법의 미비, 법과 현실과의 불일치 및 구금 장소에서의 법적 보호책의 부족이 고문을 지속시키고 유행시키는데 일조하고 있다는 것이 밝혀졌다.<sup>14)</sup> 만약 국가적 차원에서 기본적인

13) A.S. 조약 시리즈 67번을 보라.

14) 연구 개요는 2003년 4월 REDRESS의 *고문을 위한 배상 : 선별된 30개 국가에서의 법과 현실에 대한 조사*를 보라.

입법적, 행정적 및 제도적 결핍을 메우기 위한 광범위한 예방적 조치들이 갖추어져 있다면, 변호사들은 조사과정에서의 절차적 불법(irregularities)과 같은 좀 더 구체적인 결점들을 다룰 보다 넓은 영역을 확보하게 될 것이다.

변호사회(national bar associations)나 변호사 단체들(law societies)과 같은 전문가 협회와 함께 일하거나 인권단체와 같은 시민사회 그룹에 가입한 변호사들은, 그들 국가가 새로운 법률을 채택하고 예방적 관점을 견지하는 기존 법률을 개정하고/하거나 국내법에 국제적 의무 이행을 담보하기 위한 의회 초안위원회에 합류하도록 압력을 행사할 수도 있다.

변호사들은 그들의 소송 전략이나 사건 준비의 일부로써 고문을 예방하는데 필요한 국제적 법 기준들을 심리하기 위한 사법제도의 필요에 대해 언급할 수도 있다. 만약 법적 관례가 법원이 이행 법률 없이도 국제법을 직접적으로 인용할 수 있는 것이라면 변호사들이 그러한 기준들을 자주 인용하는 것은 그러한 원칙들이 결국은 자국 법문화의 한 부분이 되도록 하는데 일조하게 될 것이다.

심지어 이행 법률이 요구되지만 아직 존재하지 않는 경우라 하더라도, 변호사들은 여전히 판사들이 자국이 비준한 조약들을 주목해 법원이 좀 더 일반적인 방법으로 그런 조약들이 국내법과 일치하도록 해석하게 할 수도 있다. 특별히 변호사들은 소송 전략의 한 부분으로써 아래와 같은 구체적인 단계를 취할 수 있다.

- √ 변론이나 소장(訴狀)에 국제적 인권 논쟁을 사용하라; 국내법의 보호책과 국제법 기준 사이의 유사점들(parallels)을 발견하도록 노력하라.
- √ 가능하다면, 판사들이 새로운 논거들을 받아들일 수 있도록 하기 위해 이웃 국가나 유사한 법률 체계를 가지고 있는 국가의 명문화된 법제를 인용하라.
- √ 고문 문제에 대한 판사들의 점진적 변화를 위해 현장사례 전략들을 개발하라. 항상 다른 개념으로 넘어가기 전에 자국 법문화에서 잘 확립되어 있는 보다 직접적인 헌법적 논쟁으로 시작하라. 가능하다면, 고문의 두 형태가 국내 법제의 확실한 한 부분이 되게 하기 위해, 신체적, 정신적 상처를 증명하기 위해 대부분의 의학적 증거를 이용할 수 있는 가장 호소력 있고 확실한 사례를 선택하라.
- √ 가장 동정적이거나 새로운 법적 논쟁을 기꺼이 받아들이는 지역 혹은 법원을 정하고, 판사가 변화에 더욱 소극적인 지역으로 옮기기 전에 이 관할권에서 도전을 시작하라.
- √ 당신의 국내 소송 전략이 국제인권기구나 국제재판소에 진정을 제기할 가능성과 일치되는지 확실히 하라. 예를 들면, 만약 활용할 수 있는 구제조치가 국제적 기준과 완전히 일치되는 않는다면, 이것을 변론에서 특정화하고, 국내적 차원(비록 형사적 처벌 없이는 성공할 가능성이 거의 없는 민사소송처럼)에서 모든 가능한 수단을 찾도록 노력하라.

변호사들은 또한 고문을 예방하고 처벌하는 조치들의 이행을 촉진시키는, 보다 일반적인 로비 활동에 참여할 수 있다. 변호사들이 개입할 수 있는 구체적인 입법적 활동은:

- √ 고문을 금지하는 지역인권협약 뿐만 아니라 유엔 고문방지협약과 선택의정서 비준 캠페인
- √ 유엔 고문방지협약 제1조와 일치하도록 고문을 구체적인 형사범죄화하고, 고문의 결과로 작성된 어떤 진술도 고문을 고발한 사람이 진술한 증거를 제외하고는 모든 소송 절차에서 증거로 채택될 수 없음을 보장하고, 특별히 고문희생자들을 위한 효과적인 구제와 적절한 배상을 보장할 것을 포함하는 유엔 고문방지협약의 조항들을 이행할 수 있는 국내법 제안
- √ 국내법으로 고문 범죄를 피해자의 고소 없이도 직권으로 기소할 수 있도록 보장하는 구체적 조항
- √ 구금 센터에 수감되는 구금자들을 대상으로 하는 의료조사의 필수 법제화 제안
- √ 구금 센터 종사자들이 의학 진단을 포함하는 모든 구금자들의 의료 기록뿐만 아니라 구금자들의 영구 기록을 보존하도록 강제하는 행정 입법
- √ 유엔 고문방지협약의 조항들을 위반하거나, 사면이나 감면과 같이 가해자의 처벌을 면제해 줄 뿐만 아니라, “보안법”처럼 어떤 환경에서 고문을 부추기는 법률 폐지
- √ 구금 동안 고문이 일어났다는 상당한 혐의(예 : 구금 중 응급 입원된 경우)가 있을 때, 입증책임을 관련 구금기관에 전가하기 위해 법원 명령, 절차 규범과(또는) 다른 관련 증거구성 원칙을 위한 개정

변호사들은 또한, 아래와 같은 공공기관의 보다 많은 접근성, 투명성 및 책임성을 촉진시키는 정책 발의(initiatives)나 자문위원회에 참여할 수 있다.

- √ 고문 생존자의 사법 접근성을 향상시킬 수 있도록 국가 법률지원 구조를 개혁시키기 위한 코멘트
- √ 고문으로부터 자유로울 권리, 그러한 권리가 침해되었을 경우의 시설 보호책과 조치들을 구금자들에게 알리는 지침과 구금시설 종사자들에게 그들의 의무와 구금자의 권리를 강조하는 유사한 지침 마련
- √ 법 집행 기관의 투명성을 강화시키는 조치 권고: 예를 들면, 보고된 고문(혐의) 사례에 대한 체계적인 기록, 조사가 이루어지지 않은 혐의 사례의 수, 배상이 이루어졌을 뿐만 아니라 기소된 비율에 대한 분석, 그런 통계에 대한 공개 배포, 고문 혐의가 조사되어야만 하는 기한의 부과 및 부작위, 조사를 방해하는 행동들에 대한 징계 처벌
- √ 법 집행공무원이나 군인을 포함하는 다른 보안공무원들의 고문 금지와 관련된 국제적 기준에 대한 교육 참여
- √ 고문을 금지하고 처벌하는데 있어서의 사법부의 구체적인 역할과 보편적으로 받아들여지는 고문에 대한 국가의 국제적인 법적 의무뿐만 아니라, 고문 방지 보호책에 관한 판사 교육 향상

## B. 구금 장소에서의 구체적인 보호책

이스탄불 의정서는 국가의 구금 관행을 세밀히 검사하는 효과적인 도구이자 구조적인 고문 관행을 예방하는 수단으로서 구금 장소에 대한 정기방문의 중요성을 되풀이 강조하고 있다. 특별하게, 이스탄불 의정서는

법률전문가들과 의료전문가들로 구성된 국가적 차원의 독립적인 위원회가 구금시설을 정기적으로 방문해야만 한다고 명확히 제시하고 있다. 이스탄불 의정서는 또한, 공식 기관에서 의도적으로 구성한 비전문가와 NGO들의 구금 장소 방문의 부정적 효과와 진행중인 고문 혐의 조사에 대한 역효과에도 주의하고 있다.

## 1. 구금 장소를 방문하는 “예방적 메커니즘”

“예방적 메커니즘”은 고문을 방지하기 위해 사람들의 자유가 박탈된 시설을 정기적으로 방문할 권한이 주어진 전문가들의 독립적인 기구를 의미하고자 국제 인권기구에서 사용하는 용어이다. 구금시설에 대한 독립적 전문가들의 방문에 관한 원칙은 유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙(*UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*)<sup>15)</sup>에서 제시되었다. 전 유엔 고문특별보고관 또한, “구금시설에 대한 정기 검사가 특별하게 정기 방문 시스템의 하나로 시행된다면, 고문을 예방하는 가장 효과적인 수단의 하나가 된다.” 라고 구금시설에 대한 조사의 필요성을 언급하였다.<sup>16)</sup>

이스탄불 의정서는 예방적 수단으로써 국가적 차원의 독립적인 위원회가 설립되고, 구금시설에 대한 정기적 접근이 이루어져야 한다고 기술하고 있다. 최근에 채택된 유엔 고문방지협약의 선택의정서<sup>17)</sup>는 국가적이

---

15) “관련법과 규칙들의 엄격한 준수를 감시하기 위해 구금시설은 직접적으로 구금이나 억류시설의 행정 책임이 있는 기관과는 구분되는 소관기관에 의해 임명된 자격과 경험이 있는 사람들에 의해 정기적으로 방문되어야 한다.” 유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙, 원칙 29.

16) 1995년 1월 12일의 유엔 고문특별보고관(N. Rodley)의 보고서(EN/CN.4/1995/34) 단락 926 (c)

17) 2002년 12월 18일 제57차 유엔 총회에서 결의(A/RES/57/199)로 채택된 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 관한 협약의 선택의정서. 의정서는 2003년 2월 4일부터 서명, 비준 및 가입 가능

고 국제적인 이중적 예방 시스템을 갖추고 있다. 의정서가 발효되는 대로 의정서 당사국 영토에 있는 구금시설에 대한 방문을 실시할 유엔 고문방지위원회의 소위원회가 설립될 것이다. 동시에 당사국들은 구금 장소에 대한 정기방문을 실시하고, 국가기관에 대한 권고를 체계적으로 마련할 독립적인 “국가 예방메커니즘”을 설립·지명·유지해야만 한다.<sup>18)</sup> 선택의정서에 따르면, 이러한 “조기경보 시스템”은 국가 기관들이 구금 장소에서 허용될 수 없는 최근 생겨난 행위와 장차 고문이 일상화되게 할 수도 있는 관행들을 경계하게 할 수 있다.

일부 국가들은 국가 예방메커니즘으로서 기능하는 특수한 기관을 설립 하였으며, 다른 국가들은 국가인권위원회나 유사 기관이 그들 임무의 일부로 구금 장소에 대한 방문을 수행할 권한을 부여받고 있다.

**정말로 효과적이기 위한 “국가 예방메커니즘”은**

- √ 독립적이고 공정해야 하며,
- √ 변호사, 의사 및 고문에 대한 조사와 기록에 대한 전문적 지식을 가진 자들로 구성되어져야 하며,
- √ 방해받지 않고, 비밀이 보장되는 면담(제3자 없이) 접근권을 가지고 제한없이 광범위하게 모든 구금시설과 구금자들에 접근할 수 있으며,
- √ 구금자 보호를 향상시키기 위해 그들의 보고서를 출판하고, 국가기관에 권고할 수 있는 선택권을 가져야 하며,
- √ 그들의 권고 이행을 위한 후속 메커니즘을 설립해야만 한다.

실제로, 변호사들이 국가 예방메커니즘에 참여할 수 있는 범위는 특별 기구의 구성과 임무에 달려 있다. 그러나 유엔 고문방지위원회가 권고했

18) 당사국들은 고문방지협약 선택의정서 제17조에 따라 설립하고 지명하며 유지해야 할 의무가 있다. 독립적이고 효과적인 국가 예방메커니즘 설립에 관한 지침은 자국에서의 고문 예방(Preventing Torture at Home) : 국가 예방메커니즘 설립에 대한 길잡이를 보라. 2004년 5월 1일 국제사면위원회, IOR 51/004/2004.

듯이, 변호사들과 의사들이 구금 장소를 방문하는 전문가 독립기구에 참여해야 한다.<sup>19)</sup> 일부 국가에서는 변호사들과 NGO 대표들이 그런 기구들의 방문에 참여할 수 있다. 다른 국가들에서는 변호사들이 그들 고객과의 대화를 통해 구금시설에서의 학대를 알게 될 경우에 이 정보를 후속조치를 위한 국가 예방메커니즘에 제출할 수 있을 뿐이다.

만약 국가기관이 고문 예방을 위한 조치들을 취해야 하는 적극적 의무를 효과적으로 충분히 이행하는데 실패하면, 이러한 결함은 적절한 국제적 메커니즘의 주목을 받게 될 수 있다. 이러한 “국제적 예방메커니즘”의 예들은 아래와 같다.

#### a. 국제적인(보편적인) 메커니즘

<b>고문 문제에 관한 유엔 특별보고관</b>
---------------------------

특별보고관의 업무(remit)는 고문과 관련된 각국 정부의 입법적, 행정적 조치들에 관한 정보와 유엔 고문방지협약 하에서 당사국들이 의무를 이행하는 정도를 유엔 인권위원회에 제공하는 것이다.

개인들도 고문 특별보고관에게 알리기 위해 고문 혐의들을 보낼 수 있다. 이러한 혐의들이 도착하는 대로 해당 정부와 특별보고관의 대화는 두 가지 중 하나의 방법으로 시작된다. 보고관은 접수된 혐의가 신빙성이 있다고 여길 경우, 긴급구제요청(urgent appeal)을 전하거나, 일반진정(standard communication)으로 혐의를 제기한다.

긴급구제요청(urgent appeal) 절차는 개인이 고문의 위협에 처해 있다는

---

19) 유엔 고문방지협약 제20조 관련, 터키에서의 고문의 조직적인 관행에 관한 고문방지위원회(CAT) 보고서(A/48/Add. 1) 47항, 1993년 11월 15일

개인의 정보 보고에 긴급히 대응하기 위해 고안되었으며, 일어날 가능성이 있는 고문 사건들을 사전에 예방하기 위해 사용된다. 그러므로 가장 최근 정보만이 사용된다. 긴급호소는 비고발 절차로서, 고문에 대한 우려(fear)의 정당화 여부에 관한 어떤 입장의 채택없이 단지 정부에게 확실히 고문이 이루어지지 않도록 하는 조치들을 취하도록 요청하는 것을 의미한다.

일반진정(standard communication)은 정기적으로 국가들에게 전달된다. 또한 일반진정은 개별사례(개별혐의 individual allegations)와 한 국가내에서 고문관행에 일조하는 일반적 경향, 패턴 및 특수한 요소들(일반적 혐의, general allegations)에 관련된 주장을 포함한다.

이러한 통보는 제기된 혐의들에 대해 정부가 코멘트할 기회를 주기 위해 해당 정부에 전달된다. 해당 국가로부터 접수된 회신에 따라 특별보고관은 추가적으로 질문하거나 권고를 한다. 일 년 동안 주고받은 모든 통보들은 고문을 척결하기 위해 적절하게 취해져야만 하는 조치들에 대한 권고를 포함한 추가 권고 및 일반 논평과 함께 연례보고서에 수록된다.

특별보고관의 힘은 인권위원회와 함께 한다는 점과 절차가 공개 된다는 점에 있다. 그의 결론은 법적 구속력이 없으며, 그는 강제할 권한도 없다. 그럼에도 불구하고, 공개적 비난을 감수할 국가는 많지 않으며, 결론의 공개는 국가가 개선 방안을 내놓거나, 아니면 그의 권고들을 이행함으로써 협력하도록 압력을 가한다.

유엔 고문특별보고관의 통보에 포함되어져야 하는 정보들에 관한 보다 자세한 사항은 인권최고대표사무소(OHCHR) 웹사이트<sup>20)</sup>의 모범 질

---

20) <http://www.unhcr.ch/html/menu2/7/b/torture/torquest.htm>

의(model questions)나 고문 보고 지침서(Torture Reporting Handbook, [http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/handbook\(english-complete\).doc](http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/handbook(english-complete).doc)) 92쪽을 보라.

### 유엔 고문방지위원회 소위원회

유엔 고문방지협약의 선택의정서<sup>21)</sup>가 발효되면, 당사국들의 영토에 있는 구금 장소 방문을 위해 고문방지위원회 소위원회<sup>22)</sup>가 설치될 것이다. 국가들은 구금 장소에 대한 정기방문을 실시하고, 국가기관에 대한 권고를 체계적으로 마련할 독립적인 “국가 예방메커니즘”을 설립하고, 지명하고, 유지해야만 한다. 또한, 선택의정서는 이러한 국가 예방메커니즘의 효과성과 기능적 독립성을 확보하기 위한 구체적 기준을 명기하고 있다.

선택의정서는 2002년 12월 18일 채택되었으며, 20번째의 비준이나 가입 문서가 유엔 사무총장에 기탁된 지 30일 후 발효된다. 비준 상태를 보려면 : <http://www.unhcr.ch/htm/menu2/6/cat/treaties/proratification.htm>를 보라.

### 국제적십자사(International Committee of the Red Cross)

국제적십자사(ICRC)는 무력분쟁 뿐 아니라, 폭력과 정치적으로 혼란한 상황에서 활동하는 중립적이고 독립적인 조직이다. 본부는 스위스 제네바에 있으며, 보통 지배권력의 동의를 얻어 활동이 필요한 많은 국가에

21) A/RES/57/199를 보라.

22) 유엔 고문방지협약 제20조에는 고문방지위원회가 당사국이 공식적으로 위원회의 방문 권한을 인정하지 않는 선언을 하지 않는다면, 그 나라를 방문할 수 있는 가능성을 가지고 협약 당사국내에서 고문이 조직적으로 자행된다는 혐의를 조사하도록 하는 조사절차가 있다. 그러나 이 절차는 예방적이지 않고 사후적이다. 왜냐하면, 위원회는 조직적인 고문이 자행되었다는 혐의 이후에만 해당 국가를 방문할 수 있기 때문이다.

현장 대표단을 설치하고 있다. 이러한 상황에서의 기능 중 하나는 구금자와 피구금 권력 사이에서 중립적 매개자로서 활동하는 것이다. 적십자사 대표들은 충돌과 소요와 관련된 사람들이 **구금된 장소를 방문하고, 구금자들의 상태와 처우를 조사하며, 구금 상태에서 경험에 대해 구금자를 면담**한다. 그들은 자신들이 관찰하거나 활동하고 있는 지역의 구금자들이 있는 모든 구금 장소에 접근할 수 있고, 비공식적으로 구금자들만을 면담할 기회를 요구한다. 대신에 그런 방문 동안 관찰했던 것에 대해 철저하게 비밀을 유지한다. 국제적십자사는 특별한 임무와 일처리 방식 때문에 흔히 다른 사람들이 방문할 수 없는 구금 장소에 접근할 수 있다.

국제적십자사는 독립적인 자체의 네트워크와 인력, 기능을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고, 기꺼이 폭력의 양태에 대한 정보를 접수하고 후속조치가 필요한 특정 구금자나 실종자에 대해 조사(enquiries)한다. 친척들로부터 직접적으로 그런 정보들을 받는 것을 선호하지만, 그들의 활동을 보호하는 비밀성을 이해하는, 즉 취해진 어떤 조치에 대한 결과도 절대 원하지 않는 NGO들로부터도 받는다. 사라졌거나 실종된 사람들의 경우에는 가족들에게 답변을 보내기도 한다. 일반적으로는 행동을 취할 것인지를 결정하기 전에 직접 가족들과 접촉하기 위해 노력할 것이다. 그것에 관한 모범적인 원칙은 모든 활동을 다른 단체가 아닌 구금자를 대신해서, 구금자 자신의 이름으로 하는 것이다.

만약 정보가 국제적십자사에 전달되려면, 체포와 구금에 대해서는 최대한 자세하여야 한다. 일반적으로 국제적십자사는 개별적인 케이스 보다는 일정한 유형에 속하는 사례에 더 잘 대처할 수 있다.

## b. 지역 메커니즘(Regional mechanisms)

### 아프리카의 수감자(Prisons)와 구금 환경에 관한 특별보고관

특별보고관의 가장 중요한 기능은 모니터링과 진상조사(fact-finding)이지만, 관련 정보는 개인이나 NGO들로부터 받는다. 경찰서 유치장의 수감자와 구금자에 대한 부당한 대우 혐의를 포함하는 교도소 방문에 관한 특별보고관의 보고서는 관련 국가기관이 지적된 사항들에 대해 어떻게 다루지에 관한 권고들도 담는다.<sup>23)</sup> 특별보고관은 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회 1996년 결의로 탄생되었으며, 자국의 영토 내에서 자유를 박탈당한 사람들의 상황을 조사하는 1명의 독립적 전문가로 구성된다.

### 아프리카의 수감자와 구금 환경에 관한 특별보고관

Kairaba Avenue, P.O. Box 673

Banjul. Gambia

전화 : +220 392 962 / 팩스 : +220 390 764

이메일 : [achpr@achpr.gm](mailto:achpr@achpr.gm)

### 유럽 고문방지위원회(European Committee for the Prevention of Torture)

유럽 고문방지위원회는 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 유럽협약 회원국의 구금 장소를 방문하고(해당 국가기관과 협력하여), 고문으로부터 구금자 보호를 강화할 목적으로 자유가 박탈된 사람들의 처우에 대해 조사한다. 협약 회원국의 변호사들은 우려 상황에 대해 위원회에 정보를 제출할 수 있다.

23) 아프리카의 수감자(Prisons)와 구금 환경에 관한 특별보고관과 초법적 처형에 관한 특별보고관의 임무에 관한 추가 정보는 영국 Essex 대학 인권센터, Kate Thompson과 Camille Giffard의 인권침해 핸드북으로서 살인 보고(*Reporting Killing as Human Rights Violations Handbook*) 5.3면을 보라.

## 유럽 고문방지위원회

C/o Council of Europe

67075 Strasbourg Cedex, France

전화 : +33 3 88 41 39 39 / 팩스 : +33 3 88 41 27 72

이메일 : [cptdoc@coe.int](mailto:cptdoc@coe.int) / 웹사이트 : [www.cpt.coe.int](http://www.cpt.coe.int)

\* 고문 보고 핸드북(The Torture Reporting Handbook, [http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/handbook\(english-complete\).doc](http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/handbook(english-complete).doc))<sup>24)</sup>은 108페이지에 유럽 고문방지위원회에 정보를 제출하는 자세한 절차를 담고 있다.

## 2. 구금 보호책(Custodial safeguards)

구금자들이 그들의 선택으로 변호사를 만날 수 있는 권리는 국제법에 확실하게 규정되어 있다. 이 보호책은 국제법상의 기본적 적법절차의 권리를 보호하고 고문에 대한 중요한 보호방안으로 기능한다. 유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙의 33(1)에 규정되었듯이, “구금 또는 억류된 자 및 그의 상담 변호사는 그의 대우와 관련해 특히, 고문이나 다른 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우의 경우에 구금 장소의 행정에 책임있는 기관과 상급 기관에, 필요하면 검열이나 구제 권력을 가지고 있는 적절한 기관에 요청하거나 진정을 제기할 권리를 가져야 한다.”<sup>25)</sup>

또한, 국제 인권법은 구금된 사람들이 고문당할 가능성을 최소화하고자 다른 보호책들을 수립하였다. 이러한 조치들은 흔히 “구금 보호책들”로 불리며, 변호사와 의사, 가족 구성원<sup>26)</sup>과 외국인인 경우에는 외교 및 영

24) 영국 Essex 대학 인권센터, Camille Giffard의 고문 보고 핸드북

25) 1988년 12월 9일 채택된 유엔 총회 결의 43/173

26) 상기 유럽 고문방지위원회(CPT), 12차 일반보고, 40항 : “유럽 고문방지위원회는

사 대표들을 만날 수 있는 권리를 포함한다.<sup>27)</sup>

이스탄불 의정서는 국가가 고문 위험을 최소화하기 위해 구금 장소 관련 보호책들을 실행할 의무를 부과하고 있다. 유럽 고문방지위원회는 구금 시작부터 구금자들을 위한 “기본 권리의 삼위일체”(구금된 사람들의 선택으로 의사에게 검사를 받을 권리(법집행 공무원이 부른 의사에 의한 의료 검사 이외에)를 포함해 그들의 선택에 따라 친척이나 다른 제3자에게 구금 사실을 알릴 권리와 변호사와 의사를 만날 수 있는 권리)를 언급해왔다.

#### a. 변호사와 만날 수 있는 구금자의 권리에 관한 국제적 기준들

국제법은 형사적 범죄가 있든 없든 자유가 박탈된 모든 사람은 즉각적이고 제한없이 변호사를 만날 수 있어야 한다고 강조하고 있다. 변호사를 만날 수 있는 구금자의 권리는 국내법에서도 보장되어야 하며, 이 권리에 관한 어떤 제한도 예외적이며 사법적 검토의 대상이 되어야 한다.<sup>28)</sup> 그러나 어떤 국가들에서의 국내법은 구금 시작부터가 아니고 일정

---

활동 초기부터 경찰에 구금된 사람들의 권리인 변호사와 의사를 만날 수 있는 권리, 그들의 선택에 따라 친척이나 다른 제3자에게 구금 사실을 알릴 권리를 삼위일체로 옹호하였다.” 유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙(*Body of Principles*)의 15-19

- 27) 유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙(*Body of Principles*)의 원칙 16 (2) : *수감자 대우에 관한 최소기준 규칙*의 38. 국제사법재판소는 *LaGrand (독일 v 미국)* 사례(국제사법재판소 2001년 보고서 77항)와 *Avena*와 다른 멕시코인과 관련된(*멕시코 v 미국*) 사례(2004년 3월 31일 판결)에서 영사 관계에 관한 비엔나 협약(*Vienna Convention on Consular Relations*) 31 조의 관련국에 대한 개인 권리를 인정하였다.
- 28) 유엔 자유권규약위원회(UN Human Rights Committee)에서 인정되었듯이, 오히려 사법적 판결보다 행정명령(보통 국가 위기상황에 적용되는)이 부과한 혐의나 재판이 없는 “행정적 구금”에 처해져 있을 때에도 법적 정당성은 사법 검토의 대상이 되어야 한다. 통보 60/1993(CCPR/C/59/560/1993, *Hammel v 마다카스카르*), 통보 155/1983(CCPR/C/29/D/155/1983) 18.2, 20항과 *Torres v 핀란드*, 통보 291/1988(CCPR/C/38/D/291/1988), *Vuolanne v 핀란드*, 통보 265/1987(CPR/C/35/D/265/

시간이 경과한 후에 구금자가 변호사를 만날 권리를 허용하고 있다.<sup>29)</sup> 유엔 고문특별보고관은 국내법은 구금 24시간 내에 구금자들과 변호사와의 만남을 보장해야 한다고 말하고 있다.<sup>30)</sup>

구금자들은 그들의 선택에 따라 완전하고 제한없이 변호사들을 만날 권리를 가지고 있다. 유엔의 변호사의 역할에 관한 기본 원칙(Basic Principles on Lawyers)<sup>31)</sup>에서 인정되었듯이, 국가기관은 자국 영토내의 모든 사람들에게 효과적이고 동등한 변호사와의 만남을 보장해야 할 의무가 있다. 변호사에 관한 기본 원칙은 또한, 정부는 모든 사람들이 그들의 선택에 따라 자신의 구금에 대해 변호사에게 알릴 권리가 있음을 바로 알리고, 변호사와 즉시 만날 수 있음을 보장해야 한다고 강조하고 있다. 더 나아가, 원칙 8은 정부가 변호사들이 부당한 간섭없이 그들의 전문적 역할을 수행할 수 있으며, 지연이나 방해, 감시받지 않고 비밀이 완전히 보장된 상태에서 그들의 고객과 자유롭게 면담할 수 있도록 보장할 것을 강조하고 있다.

유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙<sup>32)</sup>(구금에 관한 유엔 원칙)은 지연이나 감시없이 완전히 비밀이 보장된 상태에서 변호사와 상담(안보나 질서 유지를 위해 사법부나 다른 기관에 의해 필요불가결하게 법이나 법률 규정에 의한 특정된 예외

---

1987), *Portorreal v* 도미니카공화국, 통보 188/1984(CCPR/C/31/D/188/1984). 또한, 위기상황에서의 인신보호영장(*Habeas Corpus*)(미주인권협약 27(2), 7(6) 장, 자문의견 OC-8/87, 1987년 1월 30일, 미주인권재판소 (Ser. A) No.8(1987))을 보라.

29) 유럽 고문방지위원회의 기준 : CPT 일반 보고서의 중요 섹션, CPT/Inf/E(2002) - Rev.2003.

30) 고문 및 그 밖의 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 관한 유엔 특별보고관, A/56/156, 2001년 7월 3일 39 단락

31) 1990년 8월 27일부터 9월 7일까지 쿠바 하바나에서 개최된 ‘범죄 예방과 범죄자 대우에 관한 제8차 유엔 회의’에서 채택된 *변호사들의 역할에 관한 기본 원칙*

32) 유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙은 1988년 12월 9일 총회 결의 43/173으로 채택되었다.

적인 상황을 제외하고)하고 소통할 권리를 강조하고 있다. 유엔 고문특별보고관은 변호사와의 접촉은 즉각적으로 이루어져야 하며, 변호사는 국가 조직으로부터 독립적이어야 한다고 강조한다. 예외적으로 특정 변호사와의 즉각적인 접촉이 실제 안보 우려를 낳을 수 있다고 국가기관에 의해 강력히 주장될 경우, 그런 접촉의 제한은 사법적으로 승인되어야 하며, 구금자에게 변호사협회와 같은 단체가 추천한 독립적 변호사와의 만남이 허용되어야 한다.<sup>33)</sup>

중요하게, 변호사에 관한 기본 원칙은 또한 정부가 “공식적인 변호사의 지위가 없더라도 변호사의 기능을 수행하고 있는 사람들”도 변호사와 같이 법률적 보호를 받을 수 있도록 보장할 것을 명기하고 있다. 이런 면에서, 구금자의 이해를 대변하는 인권단체의 구성원들도 변호사처럼 독립된 자격으로 구금자와 접촉할 수 있어야만 한다.

## **b. 의사와 접촉할 수 있는 구금자의 권리에 관한 국제적 기준들**

유엔 고문특별보고관은 구금 장소에 들어왔을 때의 즉각적이고 독립적인 의료검사는 고문과 부당한 처우를 예방하는 보호책의 하나라고 간주하고 있다.<sup>34)</sup> 유엔 고문특별보고관은 법집행 공무원의 행위에 관한 유엔 규범(UN Code of Conduct of Law Enforcement Officials)<sup>35)</sup>과 같은 국제인권조약에 따라 구금자의 건강은 구금 전체 기간 동안 보장되어야 한다고 여기고 있다.

---

33) 같은 원칙(유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙)

34) 유엔의 고문 문제와 그 밖의 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌에 관한 특별보고관이 유엔 인권위원회에 제출한 보고서(E/CN.4/2004/56, 23, 2003년 10월)를 보라.

35) 법집행 공무원의 행위에 관한 유엔 규범은 1979년 12월 17일 총회 결의(34/169)로 채택되었다.

유엔의 수감자 처우를 위한 최소 기준 규정(*UN Rules for the Treatment of Prisoners*)<sup>36)</sup>과 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙(*UN Body of Principles on Detention*)<sup>37)</sup>은 구금자들을 위한 일련의 의료 보호책을 제공하고 있으며, 구금자들에게 구금 후 바로 의료검사가 행해져야 하며 필요하면 언제든지 자유로운 의료적 보살핌을 받을 수 있어야 한다고 강조하고 있다. 구금자들에 대한 모든 의료검사는, 관련 의사가 요청하지 않는 한 법집행 공무원들이 듣지 못하도록 (out of hearing) 법집행 공무원들의 참관없이 행해져야 한다. 구금자에 관한 유엔 원칙은 구금자나 그의 변호사는 심층적인 의료조사나 선택을 위해서 사법부나 다른 권한기관에 진정을 제기할 권리를 가질 수 있음을 강조한다.

아프리카의 고문과 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌을 방지하고 예방하는 지침들과 조치들(로빈섬 지침)<sup>38)</sup>은 국가에 “어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙에서 제시된 자유가 박탈된 모든 사람들의 처우를 위한 규정을 세울” 의무를 부과하고 있다. 구금자에 관한 유엔 원칙 25는 “구금되거나 억류된 사람이나 그의 변호사는 구금이나 억류 장소에서 안전과 건강을 유지하기 위한 적절한 환경을 위해 사법부나 다른 권한기관에 심층적인 의료조사나 선택을 요구하거나 진정할 권리를 가지고 있다”고 기술하고 있다.

유엔 고문특별보고관은 법의학적 의료서비스는 사법부 소속이거나 독립

36) 유엔의 수감자 처우를 위한 최소 기준 규정은 1955년 제네바에서 개최된 범죄 예방과 범죄자 처우에 관한 첫 유엔 회의에서 채택되었으며, 유엔 경제사회이사회 1957년 7월 31일의 결의(663 C (XXIV)), 1977년 5월 13일 결의(2076 (LXII))에 의해 승인되었다.

37) 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙은 1988년 12월 9일 총회 결의(43/173)로 채택되었다.

38) 2002년 10월 17일부터 23일까지 개최된 인권과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회 32차 회기에서 채택되었다.

적인 기관이어야 하며, 경찰과 교정 시스템과 같은 정부기관 소속이어서는 안 된다고 지적하고 있다<sup>39)</sup>. 이와 같이, 유럽 고문방지위원회도 구금자들은 독립적인 의사와 접촉할 수 있는 권리를 가져야 하며, 경찰관의 입회와 같은 과도한 외부적 간섭없이, 필요한 경우뿐만 아니라 구금시설에 들어오고 나갈 때 자격있는 의사로부터 의학적 조사를 받을 수 있어야 한다고 강조하고 있다.<sup>40)</sup>

### c. 접근이 거부되는 구금 장소에 접근하기 위한 국가적 차원의 활동

국가 기관이 구금자들의 필요에 따른 변호사와의 접근을 거부할 경우 취할 수 있는 실제적인 접근법들은 아래와 같다.

- √ 접근 거부가 일어난 책임 기관의 급(level)을 파악
- √ 구금 장소에서 접근에 대한 승인이 안 될 경우, 차상위 책임급부터 장관급까지 재조정하여 접촉
- √ 특별한 구금 장소의 책임자에게 현재 있는 구금 보호책들을 알려 달라는 서면 요청서를 작성하며, 만약 회신이 없으면 상급 책임 기관에 서면 요청서를 작성하고, 아무런 행정적 조치가 없을 때는 사법부의 심사를 강구하라.
- √ 접촉에 대한 승인은 서면으로 되어 있으며, 구금 장소의 공무원들은 그 허가를 고지해야 함을 확실히 하라.
- √ (구금자가 원하지 않은) 다른 변호사와 접촉이 이루어졌다는 사실을 근거로 구금자에 대한 접근을 거부한 결정에 대응하라.
- √ 관련 기관에 대한 직접적 개입이 실패하면, 책임있는 법원이나 판사 및 그런 상황에 영향을 줄 수 있는 어떤 다른 기관과 접촉하라. 그리고 국가인권위원회, 국가방문예방메커니즘, 국회의원,

39) 특별보고관의 2001년 7월 3일 유엔 인권위원회 보고서(A/56/156) 12페이지를 보라.

40) 유럽 고문방지위원회 일반보고서 42항

옴부즈맨과 같은 기관을 접촉하라.

- √ 또한, 국제적, 지역적 메커니즘에 알리고, 알고 있는 구금 장소에 대해 최대한 상세 자료를 주라.(제2장의 섹션 1.a와 섹션 E를 보라)
- √ 누군가 구금되었을 때, 법원이나 행정기구들 이전에 적용되어져야 하는 적절한 절차적 요건에 관한 일시적 조치들을 강구하라. 또한, 지역적, 국제적 인권기구로부터 잠정적 조치를 구하는 것도 가능하다.
- √ 국제사면위원회(AI)나 세계고문방지기구(OMCT)와 같은 국제 캠페인 단체로부터의 지원을 강구하라.

### C. 고문 혐의에 대한 효과적 조사에 관한 국제적 기준

효과적인 조사를 시행해야 하는 국가의 의무는 국제법에 확고하게 정립되어 있다. 고문이 행해졌을 것이라는 징조가 있으면 그것을 제기하는 공식적인 진정이 없다하더라도 언제든지 국가는 자동적으로 효과적인 조사를 시행해야 할 의무가 있다.<sup>41)</sup> 그러므로 이스탄불 의정서는 “진정이 없다하더라도, 만약 고문이나 부당한 처우가 발생했다는 다른 조짐들이 있다면, 조사가 이루어져야 한다.”고 규정하고 있다.

효과적인 조사를 시행해야 하는 국가의 의무는 고문 행위 진정에 대한 효과적 구제책을 위한 희생자들의 당연한 권리이다. 원칙적으로, 어떤 고문 혐의도 국가의 입장에서 즉각적이고 공정하게 그 진정의 내용을 조사해야 하는 의무를 촉발시킨다. 이 기준은 유엔 고문방지위원회<sup>42)</sup>,

41) 예를 위해 고문 행위가 자행되었다는 상당한 근거가 있는 곳은 어디든지, 혐의의 발단이 무엇이든지 간에 국가기관은 직권조사를 진행할 의무가 있다는 유엔 고문방지협약 제12조를 보라.

42) 고문방지위원회 통보 6/1990(CAT/C/14/D/6/1990, *Henri v 스페인*) 10.4조, 통보 56/1996(*Encarnacion Blanco Abad v 스페인*)CAT 8.6조를 보라. 또한, Chris Ingelse

자유권규약위원회<sup>43)</sup>, 유럽 인권재판소<sup>44)</sup> 및 미주 인권재판소<sup>45)</sup>에서 확인되었다.

조사 의무는 분명하게 사소한 사례이거나 ‘명백하게 근거가 없는’ 경우에까지 부과되지는 않는다. 고문 특별보고관에 따르면, 모든 고문 혐의는 조사되어야 하며, 고문 가해자는 그 직무를 정지시켜야 한다. 그러나 직무 정지는 혐의가 명백하게 잘못된 근거가 아닌 경우에만 취해져야 한다.<sup>46)</sup> 수감자 처우를 위한 최소기준 규칙의 36은 “확실하게 사소하거나 근거가 없지 않는 한” 어떤 진정도 다루어야 할 의무를 국가에 부과하고 있지만, 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙은 33 (4)을 통해 “모든 요구나 진정은 즉각적으로 부당한 지연없이 다루어져야 한다.”고 하여 그러한 제한을 두고 있지 않다. 그러나 이 원칙을 지키는 것은 어렵다. 아래 효과적인 구제들에 관한 섹션은 고문 주장이 조사되어야 하는 희생자의 권리를 위한 국제적 기준에 관해 좀 더 많은 길잡이가 되어줄 것이다.

국제인권법 하에서 조사가 “효과적”이라면,

- 즉시
- 공정하게
- 철저하게 이루어져야 한다.

---

의 “유엔 고문방지위원회 : 평가(The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2001)” 355페이지를 보라.

43) *Eduardo Bleier v 우루과이*, 자유권규약위원회 통보 R.7/30 (유엔 문서 40(A/37/40) 130쪽)

44) *Assenov & Others v 불가리아*(24760/94) [1998] 유럽 인권재판소(ECHR) 98(1998년 10월 28일)과 *Veznedaroglu v 터키*((32357/96) [2000] ECHR 166(2000년 4월 11일)

45) 미주인권재판소 2003년 11월의 판결 103호 110항(*Maritza Urrutia*) 사례와 1988년 7월 29일의 판결 4호 176조(*Velasquez Rodriguez v 온두라스*), 재확인된 1996년 9월 14일 판결 28호 61항(*El Amparo* 사례), 1999년 1월 20일 판결 44호 79항(*Suarez Rosero* 배상 사례)

46) 특별보고관의 일반 권고, 유엔 문서 E/CN.4/2003/68(2002년 12월 17일) 26조

## 1. 혐의를 “즉시” 조사해야 할 국가 의무

이스탄불 의정서에 따르면, “국가들은 고문이나 부당한 대우에 관한 진정이나 보고들이 즉각적이고 효과적으로 조사될 수 있도록 보장해야 한다.” 고문방지협약 제12조와 제13조, 고문 방지와 처벌을 위한 미주협약은 고문 진정이 접수되면 즉시(prompt) 또는 즉각적인(immediate) 조사를 행할 것을 강하게 요구하고 있다.<sup>47)</sup> 무엇이 “즉시”나 “즉각적인” 것인지에 관한 분명하고 적합한 규정들은 없다. 국제적 법제에서 그것은 사례의 상황에 달려있기는 하지만, 통상적으로는 단어 그 자체의 의미를 나타낸다.

유엔 고문방지위원회에 따르면, 즉시(Promptness)는 조사가 개시된 시간뿐만 아니라 조사가 이루어진 방법(expediency)과도 관련이 있다.<sup>48)</sup> 고문방지위원회는 또한, 그의 최종 견해를 통해 즉각적인(Prompt) 조사의 부족에 대한 우려를 표명했다.<sup>49)</sup>

시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)과 유럽 인권협약에 비록 조사와 관련된 조항이 없다 하더라도, 자유권규약위원회와 유럽 인권재

---

47) 미주인권협약에서는 “immediate”라는 단어를 쓰지만, 유엔 고문방지위원회는 “prompt”를 사용한다.

48) 1993년 11월 18일 통보 8/1991(*Halimi-Nedzibi v 오스트리아*)에서 진정인은 1988년 12년 5일 고문 문제에 대한 조사 시기를 제기했다. 고문 혐의에 대한 조사는 1990년 3월에서야 시작되었다. 고문방지위원회는 이것이 불합리하게 지연된 것을 발견했다. *Encamacion Blanco Abad v 스페인* 사례에서는 1996년 2월 통보 (56/1996)를 통해 진정인은 테러리즘 관련 첫 기소 기간 동안 고문을 당했다고 주장했다. 그러나 판사에 의해 그 진정이 다루어지기 전에 이미 다른 15일이 경과되었으며, 조사가 이루어지기 전에 또 다른 4일이 지났다. 그 후 법의학적 증거 보고서에 관한 성명서 사이에 1개월과 3개월 사이의 차이를 가진 조사가 10개월간 이루어졌다. 위원회는 그것은 너무 수용할 수 없을 만큼 지연되었다는 것을 발견하였다. 또한, 국제사면위원회 고문과의 전쟁 : 활동 지침(AI 출판 도서, AI Index: ACT 40/001/2003, 2003년 6월)을 보라.

49) 그러나 무엇이 “즉시”를 구성하는지에 대해 기술함이 없이. 예를 들어, 최종 견해 : 이집트, 유엔 문서 CAT/C/XXIX/Misc.4.20, 2002년 11월 20일 5항(b)을 보라.

판소는 조사가 즉각적으로 시행되어야 한다고 결론짓고 있다.<sup>50)</sup> 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙<sup>51)</sup>, 수감자 처우를 위한 최소 기준규칙<sup>52)</sup>과 같은 규범뿐만 아니라, 유엔 고문 특별보고관<sup>53)</sup>도 고문에 대한 진정은 즉각적으로 조사되어야 한다고 강조하고 있다.

자유권규약위원회는 일반 논평 20에서 “진정은 효과적인 구제를 위해 자격이 있는 기관에 의해 신속하고 공정하게 조사되어야 한다.”라고 선언했다. 위원회는 또한 “당사국은 수용자들의 부당한 처우 혐의 사건에 대해 최대한 신속하고 철저하게 조사할 의무가 있다.<sup>54)</sup>”라고 재차 강조하고 있다. 당사국 보고서 심의에서 자유권규약위원회는 국가가 국가 기관에 의해 자행된 모든 부당한 처우, 고문 및 다른 학대 사건들이 독립적인 기구에 의해 즉각적으로 고려되고 조사될 수 있도록 보장할 것을 반복적으로 요구하고 있다.<sup>55)</sup>

조사가 효과적으로 이루어졌는지에 대해 심사할 때, 유럽 인권재판소는 “권한있는 기관이 적절한 시간에 진정에 효과적으로 대응했는지”에 대해 심사하고 있다.<sup>56)</sup> 재판소는 자체 연구에 근거해, 조사하는 기관들에 의한 즉각적이고 시의적절한 조사 부족에 관한 몇 가지 실패 사례를 확

50) 자유권규약위원회 일반 논평 20, 고문 및 잔혹한 처우나 처벌의 금지와 관련 (10/3/1992) 제7조 14항(Aksoy v 터키, 23 E.H.R.R.553 ECHR)을 보라.

51) 2003년 12월 23일 특별보고관 보고서 39항 ; 고문에 관한 특별보고관 일반 권고 (유엔 문서 E/CN.4/2003/68) 26(i)항

52) 1988년 12월 9일 총회 결의(43/173, 33 (1))에 의해 채택되었다.

53) 규칙 36 (4)

54) 통보 373/1989호(Stephens v 자메이카, 유엔 문서 CCPR/C/55/D/373/1989 (1995)) 9.2.항. 또한, 통보 587/1994호(Irvine Reynolds v 자메이카, 유엔 문서 CCPR/C/59/D/587/1994 (1997))와 통보 599/1994호(Wayne Spence v 자메이카, 유엔 문서 CCPR/C/57/D/599/1994 (1996))를 보라.

55) 실례로 조선민주주의인민공화국 심의 보고서(유엔 문서 CCPR/CO/72/PRK, 2001년 8월 27일) 15항

56) 청원 26772/95호 (Labita v 이탈리아, 2000년 4월 6일 미보고 판결) 131항

보하고 있다. 심의(consideration)는 주로 조사 시점<sup>57)</sup>, 진술 채택 지연<sup>58)</sup> 및 1차 조사 동안 걸린 시간<sup>59)</sup>에 대해 이루어진다.

이와 유사하게, 미주 인권재판소는 “즉시”의 의미를 특정하지는 않았다. 그러나 *Cantoral Benavides v 페루* 사건에서 고문 혐의에 대해 공식적인 조사를 시행하는데 대한 당사국의 실패를 심의할 때에, “당해 사건과 같은 사례들에서는 일상적이고 즉각적인 문제로서 처리하는 국가의 의무를 명백하게 한다.”라는 미주 인권방지협약 8조를 언급했다. 그러므로 “즉시”는 문자 그대로의 의미를 의미한다.<sup>60)</sup>

## 2. 혐의를 “공정하게” 조사해야 할 국가 의무와 조사 기구의 독립성 문제

이스탄불 의정서에는 독립적인 조사 메커니즘이 설립되어야 한다고 되어 있다. 의정서에는 불충분한 전문성이나 조사관의 공정성 부족, 현존하는 학대 양상(예: 공무원에 의해 자행되는 고문의 형식인 경우), 공무원의 의도적인 개입(예: 국가기관의 고문 조사를 방해 또는 지연 의도) 또는, 독립적 메커니즘을 창출함으로써 일어날 수 있는 대중적 관심의 경우와 같은 독립적 조사 메커니즘을 필요로 하는 다른 근거들의 예들이 있다.

공정성은 가장 중요하지는 않지만 조사 과정에서 요구되는 핵심 요건으로 간주된다.<sup>61)</sup> ‘공정성’이라는 용어는 부당한 편견으로부터의 자유로움

---

57) *Cleek v 터키*(2003) 37 E.H.R.R. 20 ECHR(유럽 인권재판소), 149항. *Timurtas v 터키*(2001) 33 E.H.R.R. 6 ECHR, 89항. 또한, *Tekin v 터키* (2001) 31 E.H.R.R. 4 ECHR, 67, *Labita v 이탈리아*, 상기 133항, *Tas v 터키* (2001) 33 E.H.R.R. 15의 검찰은 사건 발생 2년 후까지 조사를 시행하지 않았다는 70-72항

58) 상기 *Assenov & Others v 불가리아*

59) *Indelicato v 이태리* (2002) 35 E.H.R.R. 40 ECHR, 37항

60) *Cantoral Benavides v 페루*, 미주인권재판소 2000년 8월 12일 판결 (Ser. C, No69(2000))

61) David Sloss의 Yale 국제법 저널 24호(1999 129)의 143페이지의 국제인권법 받아

을 의미한다. 그것은 개념적으로 조사가 고문 혐의자와 개인적으로 가깝거나 직업적으로 연결되는 기관이나 사람들의 수중에 있지 않다는 것을 나타내는 ‘독립성’과는 다르다.<sup>62)</sup> 그러나 통상적으로 독립성의 부족이 편파성의 지표로 여겨지듯, 둘은 긴밀하게 연계되어 있다.<sup>63)</sup>

유엔 고문방지협약 제12조, 제13조 및 고문방지와 처벌을 위한 미주협약 제8조는 공정한 조사를 강하게 요구하고 있다. 또한, 자유권규약위원회는 공정성을 유럽 인권재판소가 판결<sup>64)</sup>했듯이 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)<sup>65)</sup> 제7조에 의해 심사숙고된 조사의 절대 요건이라고 확인했다.

조약기구들은 절차적이고 제도적인 양 측면을 심의함으로써 공정성의 문제를 다루고 있다. 공정성은, 이해의 충돌로 인해 발생할 수 있는 명백한 편견이나 편견의 혐의가 있다는 점에서, 조사기구의 처리절차나 심의와 관련될 수 있다.<sup>66)67)</sup> 고문방지위원회는 당사국 보고서 심의에서 특히

---

들이기(Domestication): 미자동발효 선언과 인권 조약 또한, 총회 결의 53/139에 따른 Sir Nigel Rodley의 총회 보고서(A/54/426)의 첨부와 “고문과 다른 잔혹한, 비인간적인 또는 굴욕적인 처우와 처벌에 관한 원칙” 유엔 문서 E/CN.4/2001/66, 2001년 1월 25일, 1310항 및 유엔의 어떤 형태의 억류나 구금 상태에 있는 모든 사람을 보호하기 위한 원칙(Body of Principles) 7과 33을 보라.

- 62) L.M. Singhvi(당시 판사와 변호사의 독립에 관한 유엔 인권위원회 특별보고관)이 1985년 고문방지와 소수자 보호 소위원회에 제출한 최종 보고서(E/CN.4/Sub.2/1985/18 및 Add.1-6) 79항과 Inglese, 고문, 상기 336페이지 및 J. Burgers와 H. Danelius의 유엔 고문방지협약: 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌에 관한 협약 핸드북(Martinus Nijhoff, 1988) 145페이지를 보라.
- 63) 상기된 국제사면위원회(AI)의 고문과의 전쟁, 175페이지.
- 64) 상기된 *Assenov & Others v 불가리아* 사례를 보라
- 65) 상기된 일반 논평 20, 14항을 보라.
- 66) 공정성은 아무도 자기가 당사자인 소송 사건에 재판관이 될 수 없다(*nemo iudex in sua causa*)는 자연적 정의의 기준 원칙을 따를 때 생겨난다.
- 67) *Encamacion* 사례에서 고문방지위원회는 법원이 고문 혐의자를 가리는 조치를 취하지 않았거나, 법원이 진정한 법의학 관련 의사의 보고서에 추가적 증거를 인용하는 것을 거부하는 경우 같은 특정한 조사를 편파적이라고 결정했으며, *Khaled Ben M'Barek v 튀니지* 사례에서 조사를 진행한 하급판사가 양측에서 제

경찰과 관련된 고문을 조사하는 독립 기구, 본래 고문을 조사할 임무가 부여된 기관<sup>68)</sup>의 부재를 비판했다. 이와 유사하게 당사국 보고서에 관한 많은 최종 견해에서 자유권규약위원회는, 독립적 감시기구의 부재를 포함하는 고문 진정에 대한 불공정한 조사에 대해 깊은 우려를 나타내고 당사국들이 고문과 부당한 처우에 관한 모든 진정을 접수·조사하고, 결정을 내리는 독립적인 기구를 설립할 것을 촉구했다.<sup>69)</sup>

조사의 효과성을 평가할 때, 유럽 인권재판소는 종종 독립성이 부족한 조사들, 예를 들어, 혐의에 연루된 사람들과 같은 소속이거나 파견된 구성원에 의해 조사가 이루어졌는지를 제기한다.<sup>70)</sup> 더 나아가, 재판소는 독립성은 단지 위계적이거나 제도적인 관계의 부족뿐만 아니라, 실제적인 독립성을 의미한다고 명시하고 있다.<sup>71)</sup>

또한 미주 인권위원회는 독립성의 부족은 모든 조사 과정의 최소 요건인 공정성에 부정적인 영향을 준다고 말하고 있으며<sup>72)</sup>, 이러한 접근은

---

기한 증거를 동등하게 취급하지 않았다는 이유로 편파적이라고 결정했다(*Khaled Ben M'Barek v 튀니지*, 통보 (60/1996), 유엔 문서 CAT/C/23/D/60/1996)

- 68) 고문방지위원회의 최종 견해, 라트비아(유엔 문서 CAT/C/CR/31/3, 5, 2004년 2월, 6(b)항), 리투아니아(유엔 문서 CAT/C/CR/31/2, 5, 2004년 2월, 5(a)와 (a)항), 캄보디아(유엔 문서 CAT/C/CR/31/7, 2004년 2월), 몰도바(유엔 문서 CAT/C/CR/30/7, 2003년 5월, 6(e)항), 사이프러스 (유엔 문서 CAT/C/CR/29/1, 2002년 12월, 4(1)항), 네덜란드와 앤들리스 제도(유엔 문서 A/55/44, 2000년 5월, 181-188항과 180 단락). 또한, Ingelse, 고문 398페이지와 상기된 Burgers와 Danelius의 고문 144-45페이지를 보라
- 69) HRC의 최종 견해 참조, 리투아니아, 유엔문서. CCPR/CO/80/LTU, 15 April 2004; HRC 최종견해, 라트비아, 유엔문서. CCPR/CO/79/LVA, 6 November 2003; HRC 최종견해, 베트남, 유엔문서. CCPR/CO/75/VNM, 26 July 2002; HRC 최종견해, 예멘, 유엔문서. CCPR/CO/75/YEM, 26 Jly 2002; HRC 최종견해, 아제르바이잔, 유엔문서. CCPR/CO/73/AZE, 12 November 2001; HRC 최종견해, 체코공화국, 유엔문서. CPR/CO/72/CZE, 27 August 2001; HRC 최종견해, 베네수엘라, 유엔문서. CCPR/CO/71/VEN, 26 April 2001.
- 70) 상기된 *Aktas v 터키*, 301항, *Ilhan v 터키* 101항, *Gulec v 터키* (1999) 28 E.H.R.R. 212 유럽 인권재판소(ECHR) 80-82항 및 상기된 *Toteva v 불가리아*
- 71) *Finucane v 영국* (2003) 22 E.H.R.R.29의 68항. 또한, 상기된 *Edward v 영국* 70항을 보라.

미주 인권재판소의 법제에서 확인되고 있다.<sup>73)</sup>

유럽 고문방지위원회는 고문과 부당한 처우로부터 구금자 보호를 강화하는 수단의 하나로써 공정하고 독립적인 조사의 중요성을 반복적으로 강조하고 있다. 2000년 사이프러스 방문에서 언급되었듯이, “고문과 같은 사례의 조사들은 완전하게 독립적이고 공정해야 할 뿐만 아니라, 그렇게 보여야 하는 것은 자명하다”.<sup>74)</sup> 나아가 스페인과 관련해 “경찰과 시민 수비대(Civil Guard)의 내부 대응 메커니즘에 의한 진정 조사는 독립적이고 공정하다고 말할 수 없으며”<sup>75)</sup>, “경찰에 대한 진정을 조사할 책임이 있는 사람은 그 사건과 연루되어 있는 사람들로부터 완전하게 독립적이어야 한다는 점은 필수적이다”라고 강조했다.<sup>76)</sup>

### 3. 효과적인 조사는 ‘철저하게’ 이루어져야 한다 : 조사의 내용

조사는 “철저하고”,(또는) “효과적”이어야만 한다는 것을 의미하는 많은 법제가 있다. “철저하게”라는 용어는 일반적으로 조사를 시행하는데 있어 취해진 단계의 범위나 성질과 관련되어 있는 반면에, “효과적”이라는 용어는 조사의 질과 관련되어 있다.

고문방지위원회는 조사가 효과적이고 철저해야만 하며,<sup>77)</sup> 사실을 규명하고 고문 혐의자의 신원을 확인해야만 한다고 언급했다.<sup>78)</sup> 자유권규약

---

72) 1998년 9월 24일 미주 인권위원회의 멕시코 인권상황 보고서(OEA/Ser.L/VII.100) 323항을 보라.

73) 상기된 *Marritza Urrutia v 파테말라*, 119항

74) 2000년 5월 고문방지위원회의 사이프러스 방문과 관련해 사이프러스 정부에 대한 보고서의 13항

75) 2001년 7월 22-26 실시된 고문방지위원회의 스페인 방문과 관련해 스페인 정부에 대한 보고서의 30항(CPT/Inf(2003))

76) 2003년 1월 27부터 2월 5일까지 스웨덴을 방문한 고문방지위원회 대표단의 예비 보고서의 5페이지(CPT/Inf(2003) 27)

77) *Radivoje v 유고슬라비아* 관련 통보 (113/1998) 9.6항

위원회는 지속적으로 국가들은 고문이나 실종 사례들을 철저하게 조사해야 할 의무가 있다고 제기하고 있다.<sup>79)</sup> 최종 견해들을 통해, 현실과 법에서 조사가 효과적이기 위해서는 조사가 책임있는 사람의 신원을 확인하고 처벌할 수 있어야 하며, 진정인과 친척들이 조사 과정에 대해 효과적으로 접근할 수 있어야 한다.<sup>80)</sup>

유럽 인권재판소는 철저한 조사는 어떤 부당한 처우에 책임있는 사람들의 신원을 확인하고 처벌할 수 있어야 하며, 조사는 “법적으로 뿐만 아니라 실제적으로 특히, 조사가 기관의 작위나 부작위(omission)로 인해 부당하게 방해받지 않아야 한다는 점에서 “효과적”이어야만 한다고 제안했다.<sup>81)</sup> 더 나아가, 기관은 항상 무엇이 일어났는지 밝히려고 진지하게 노력해야만 하며<sup>82)</sup>, “조사를 마무리 짓기 위해 성급하거나 잘못 밝혀진 결론에 의지하거나 스스로의 결정에 따라서는 안 된다.”<sup>83)</sup> 조사는 혐의와 관련해 합리적인 범위와 기간 동안 이루어져야 한다.<sup>84)</sup>

블레이크(Blake) 사례에서 미주 인권재판소는 또한, “효과성”의 필요를 언급하고,<sup>85)</sup> 책임있는 자들의 신원을 확인하고 처벌하기 위해 필요한 모

---

78) 상기된 *Encamacion Blanco Abad v 스페인* 8.8항과 *Hajrizi Dzemaji v 유고슬라비아* 관련 통보 161/2000 9.4항 : 형사 조사는 혐의 행위의 성질과 환경을 확정하고, 개입된 사람의 신원을 확인해야만 한다.

79) *Jose Vicente and Amado Villafane Chaparro, Luis Napoleon, Torres Crespo, Angel Maria Torres Arroyo 및 Antonio Hugues Chaparro Torres v 콜롬비아* 관련 통보 612/1995 (1994년 6월 14일), 유엔 문서 CCPR/C/60/D/612/1995 ; *Wayne Spence v 자메이카* 관련 통보 599/1994, 유엔 문서 CCPR/C/57/D/599/1994 (1996), *Stephens v 자메이카* 관련 통보 373/1989 유엔 문서 CCPR/C/55/D/373/1989 (1995), *Katombe L. Tshishimbi v 자이레* 관련 통보 542/1993 유엔 문서 CCPR/C/53/D/542/1993 (1996)

80) 유럽 인권재판소의 *Irfan Bilgin v 터키* 사례

81) 상기된 *Askoy v 터키* 95항, *Aydin v 터키* 103항 및 *Kaya v 터키* 89항

82) 상기된 *Timurtas v 터키* 88항

83) 상기된 *Assenov & Others v 불가리아* 104항

84) 상기된 *Akkoc v 터키* 99항

85) *Bamaca Velasquez* 사례, 미주인권재판소 2002년 2월 22일 판결(Ser. C) No. 91

든 국내 법적 조치들을 채택할 의무를 명기했다.<sup>86)</sup> 재판소는 만약 “국가 기구가 침해를 처벌하지 않고, 되도록 빨리 희생자가 그런 권리들을 완전히 누리지 못하는 방법으로 활동하면,” 그 국가는 효과적으로 조사할 의무를 이행하는데 실패했다고 지적하고,<sup>87)</sup> 이러한 이유로 과정에 더하여 결과에 대한 의무를 강조했다. 또한, 재판소는 ‘효과성’은 희생자들이 조사의 모든 과정에서 활동할 수 있는 완전한 접근과 자격을 요구한다고 지적했다.<sup>88)</sup>

유럽 인권재판소는 증거를 수집할 때 기관이 취해야만 하는 조치를 분석하고 자체 법제에 도움을 줄 수 있는 기준(reference)을 만들었다. 그것은 객관성, 희생자와 고문 혐의자에 대한 기관의 태도, 목격자에 대한 시의적절한 질문과 구금 지역 조사, 구금 기록 체크, 자격있는 의사에 의한 객관적인 의료검사 실시 등을 통한 현장에서의 증거 수집, 의료보고서 사용 및 구금 사망의 경우에는 법의학적 증거 수집, 부검 실시 등이다.<sup>89)</sup>

#### 4. 효과적인 조사를 위한 핵심 원칙과 절차

이러한 기준들에 주목해 이스탄불 의정서는 효과적인 조사를 이루는데 필요한 요소들에 관한 상세한 지침들을 제공한다. 이스탄불 의정서는 아래 사항을 포함하는 효과적인 조사를 위한 **핵심 원칙들**을 약술하고 있다.

---

(2002)) 본안 212항 및 배상 73항

86) 브레이크 사례, 배상 판결에 대한 해석 (미주인권협약 67조), 미주인권재판소 1999년 10월 1일 판결((Ser. C) No. 57 (1999) 65항. 또한, *Paniagua Morales et al* 사례, 미주인권재판소 1998년 3월 8일 판결((Ser. C) No. 37 (1998) 91항

87) 상기된 *Velasquez Rodriguez* 176항

88) 같은 책, 117항

89) 예를 위해 상기된 *Salman v 터키* 106항, *Tarikulu v 터키* 109항, *Gui v 터키*(2002) 34 E.H.R.R. 28의 89항

- √ 조사관은 유능하고, 용의자(suspect)와 추정되는 가해자가 일하는 정부 기관으로부터 공정하고 독립적이어야 한다.
- √ 조사하는데 사용되는 방법은 최고의 전문적 기준을 충족해야 하며, 조사 결과는 공개되어야 한다.
- √ 조사관은 조사에 필요한 모든 정보를 얻을 수 있는 권한과 의무를 가져야 한다.
- √ 필요한 재정적, 기술적 자원이 조사관에게 제공되어야 한다.
- √ 고문 혐의에 연루된 모든 사람들은 희생자, 목격자, 그들의 가족 및 조사관을 통제할 수 있는 지위에서 물러나게 해야 한다.
- √ 조사 메커니즘은 조사가 형사 소송에서 받아들여질 증거를 생산하는 것을 보장하기 위해 독립적인 법률 조언을 받을 수 있어야 한다.
- √ 조사 메커니즘은 국제적인 법률 및 의료전문가로부터 지원을 구할 수 있는 권한을 가져야 한다.
- √ 고문 희생자, 그의 변호사 및 다른 관심있는 당사자들은 조사와 관련된 청문회 및 정보에 접근할 수 있어야 하며, 증거를 제출할 자격이 주어져야 한다.
- √ 목격자들이 조사로 인해 해를 입을 수 있는 경우에(예를 들어, 그들의 증언이 형사적 책임을 수반하는 경우), 변호사가 대리하는 것이 허가되어야 한다.
- √ 조사 메커니즘은 목격자들에게 효과적으로 질의하고, 소송절차 당사자들은 서면 질의를 제출할 수 있어야 한다.
- √ 구금자들은 자격있는 보건 전문가에 의한 다른 대안적인 의료 평가를 받을 수 있는 권리를 가져야 하며, 이 대안적인 평가는 법원에 의해 인정되는 증거로 접수되어야 한다.

이스탄불 의정서는 또한, 조사의 성격을 희생자에게 알리고, 희생자의 진술이나 증거가 어떻게 쓰이는지와 같은 희생자의 권리가 고려되어지는 조사를 위한 **최소 절차기준**을 약속하고 있으며, 조사관이 희생자로부터

터 얻으려고 노력해야 하는 증거의 유형을 제시하고 있다.

가능한 경우라면, 인터뷰 진행자는 가해 혐의자들을 인터뷰하고, (육체적, 정신적인) 의료 증거, 상황적 증거 및 목격자 진술(목격자의 안전을 위한 보호책들과 전문기술을 확보하는)을 획득해야 한다. 의학적 증거는 고문 조사에 매우 중요하며, 성공적인 기소의 가능성을 높일 수 있다. 고문 사례에서 증거를 얻는 전반적인 안내는 다음 장에 기술되어 있고, 증거 수집에 대한 더 많은 정보는 「Essex 고문 보고 핸드북」<sup>90)</sup>에 기술되어 있다. 제5장의 신체적인 증거 확보에 관한 이스탄불 의정서 지침들을 더 상세히 설명하는 구체적인 절차들과 제6장의 심리적인 증거는 의학적·신체적 훈련 매뉴얼 - *의학적·신체적 검사를 위한 이스탄불 의정서 사용(Medical Physical Training Manual - Using the Istanbul Protocol for Medical Physical Examination)*<sup>91)</sup>에 설명되어 있다. 증거를 수집하는데 있어 가장 중요한 문제는, 고문 혐의자 기소와 희생자 배상을 포함하는 조사의 목적을 달성할 수 있을 만큼 양질이어야 한다는 점이다.

고문특별보고관은 이스탄불 의정서에서 의학적 증거 문제와 관련해 구체적으로 적시된 “법의학적 의료서비스는 경찰과 교도소와 같은 정부기관이 아닌 사법부나 다른 독립적 기관에 소속되어야 하며, 공공 법의학 적 의료서비스는 사법적 목적들을 위해 전문가의 법의학적 증거를 독점해서는 안 된다.<sup>92)</sup>”는 원칙들을 강하게 지지하고 있다. 유사하게, 유럽 고문방지위원회는 구금자들이 독립적인 의사와 접촉할 수 있는 권리를 가지고 있으며, 필요한 경우뿐만 아니라, 구금·퇴소 시 경찰관의 입회와 같은 부당한 외부 간섭없이 자격있는 의사로부터 의료적 검사를 받을

90) Camille Giffard의 고문 보고핸드북, 영국 Essex대학 인권센터, 47페이지

91) Turkcan Baykal, Caroline Schlar, Emre Kapkin의 심리학적 훈련 매뉴얼 - 고문의 심리학적 증거, 터키 인권재단(HRFT)

92) 상기된 특별보고관의 2002년 12월 보고서, 첨부 1, (j).

수 있어야 한다고 강조하고 있다.<sup>93)</sup>

## 5. 조사의 효과성을 증진하기 위한 국가적 차원의 활동

수많은 나라들에서 다양한 형태의 조사 메커니즘이 설립되었다.<sup>94)</sup> 그러나 고문 혐의를 “효과적으로” 조사할 의무에 관한 국제적 기준들과 국내법 및 현실에서의 실제(reality)와의 격차는 뚜렷하다. 어떤 나라들에서는 그 격차가 더 크다.<sup>95)</sup>

이 격차를 줄이기 위해서 변호사들은 국제적 기준들을 그들의 변호 활동과 법리 논쟁에 모두 끌어들이야 한다. 국제법에 명시된 국가의 의무를 항상 참조하는 한편, 국제적 기준들을 반영하는 국내의 법 조항을 발견하는 것이 중요하다.

**즉각적으로 공개되지 않았다는 것을 근거로 조사의 효과성에 이를 제기하기 위해 무슨 행동을 취할 수 있는가?**

- 서면으로 진정을 작성하고, 날짜를 명기한다.
- 진정 기관에 고문 혐의에 대한 공식적인 회신을 요청하고, 그들의 재조사(review) 절차의 복사본을 획득한다.
- 조사가 공식적으로 공개되지 않고 고문 혐의가 관련 국가 기관의 주목을 받게 되었을 때는 되도록 빨리 조사의 효과성에 관한 사법부의 재조사를 신청한다. (혹은 재조사 절차들에 부합하는 다른 조치를 취한다.)
- 자격이 있는 기관에, 증거를 보존하기 위해 필요한 조치들을 취

93) 상기된 고문방지위원회 12차 일반 보고서 42항

94) 현재 많은 나라에서 존재하는 조사할 권한을 가진 기구나 메커니즘의 형태에 대한 리스트는 *고문과의 전쟁* 177페이지를 보라.

95) 배상의 측면에서 법과 현실 사이의 점검과 관련된 결과물에 대한 보다 상세한 자료는 ‘감사 프로젝트(Audit Project) : 세계 30개국의 고문 배상과 관련된 법과 현실에 대한 조사’(2003년 4월, REDRESS)를 보라.

할 수 있는 명령을 신청한다.

**조사 기관이 나태하거나 절차적 요건들을 따르지 않을 때, 무슨 행동을 취할 수 있는가?**

- 절차적 요건들에 부합하지 않는 조사 판사의 결정에 도전하는 절차를 통하거나 대응에 실패했을 경우에는 관련 법원에 조사 판사가 조사를 계속하도록 명령하는 결정을 신청하라.
- 사안을 다른 조사 기구에 이송하는 것이 가능한지를 확인하라 (determine).
- 사법위원회와 같은 자격있는 사법 감독기구나 적절한 곳에 진정을 제기하는 것에 관해 조언하라.

**조사를 종결하거나 연기하는 국가 기관의 결정에 대응하기 위해 무슨 행동을 취할 수 있는가?**

- 조사를 종결하거나 연기하는 서면 결정의 사본을 요청하라.
- 결정 근거의 합법성을 판단하는 사법적 재검사를 요청하라.
- 조사의 재공개를 정당화시킬 수 있는 새로운 사실이나 논거를 제시하도록 노력하라.

다음은 변호사들이 국가적 차원에서 조사의 효과성을 강화하기 위해 취할 수 있는 몇 가지 실제적 조치들이다.

- √ 만약 (고객이 위협에 처해지는 것을 면하도록) 고객으로부터 사전 설명(instruction)을 구했다면, 조사관들이 조사에 적절한 어떤 정보에 관심을 갖도록 주의시키고, 증거 자료들이 무시될 수 있는 가능성이 있는 경우에는 조사를 통해 법정에서 받아들일 수 있는 증거를 생산하도록 하라.
- √ 상처가 사라지거나 목격자를 더 이상 활용할 수 없기 전에, 조사

관들이 (육체적, 심리적 피해에 대한) 의학적 증거를 포함하는 모든 관련 증거 자료들을 찾았는지를 체크함으로써 조사의 완전성을 평가하라.

- √ 가능하다면, 의학적 소견서의 작성 지연과 같이 철저한 조사를 저해하는 우려를 즉시 서면으로 제출하고, 만약 의료전문가의 자격이나 공정성이 의심된다면, 2차 의학적 평가를 요청하라.
- √ 조사 메커니즘의 종합적이고 합리적이지 못한 - 한 방향으로만 조사가 진행되고 다른 방향으로는 되지 않았으며, 조사 과정에서 어떤 특정 사항을 강조 - 보고서에 대응하라. 증거를 수집하고, 이스탄불 의정서를 포함하는 조사에 관한 원칙들에 관한 국제적이고 국내적인 지침들/규칙들을 언급하라.
- √ 현재의 조사가 효과가 없는 사례나 사례의 특수한 환경(예: 대단히 정치적인)이 독립적 조사나 재조사를 필요로 하는 것을 지원하기 위해 (인권단체 보고서, 조사 연구, 언론 기사 같은) 2차적 기록을 수집하라.
- √ (고문 가해 혐의를 받거나, 받고 있지는 않지만 고문과 관련이 있는) 공무원들이 조사 기간 동안 정직되지 않은 경우에는 관련 기관에 개입하라.
- √ 의학적 검사를 담당하는 의료전문가들이 충분한 시간과 사생활(privacy)을 보장받고, 그들의 검사를 통해 고문이 자행되었다는 것이 확인된 경우에 처벌을 면하도록 보장하는 보호책들을 강구하라.

## D. 고문 가해 혐의자의 기소와 관련자 처벌에 관한 국제적 기준

국제법은 고문 피의자들을 기소해야 하는 국가의 의무를 명확하게 적시하고 있다. 이 의무는 범죄가 어디에서 일어났는지에 상관없이 희생자 또는 가해 혐의자의 국가에 존재한다.<sup>96)</sup> 이스탄불 의정서에 적시되었듯이, “국가는 국제법에 따라 보고된 고문 사건을 즉각적이고 공정하게 조사해야 한다. 증거가 충분히 정당하다면, 고문을 자행한 혐의자나 참여자가 현재 거주하고 있는 영토의 국가는, 고문 혐의자를 관할권이 있는 다른 국가에 송환하거나 국가 또는 지역 형사법에 따라 기소를 목적으로 자격있는 당국에 그 사례를 제출해야만 한다.”<sup>97)</sup>

### 1. 고문 혐의의 기소에 관한 일반 원칙

국제법은 고문 가해 혐의자를 기소하기 위해 조사해야 하는 국가의 의무에 대한 예외를 거의 두지 않고 있다.<sup>98)</sup> 고문을 자행해 기소된 사람에게 어떤 형사적 면책도 없어야 하고<sup>99)</sup>, 고문 가해자에게 사면이 주어

---

96) 더 많은 정보는 2003년 4월 REDRESS가 펴낸 *감사 보고 : 세계 30개국의 고문 배상 관련 법과 현실에 대한 조사*

97) 인도 또는 소추(*aut dedere aut judicare*)의 원칙은 국제법에서 잘 정립된 원칙이다. REDRESS의 국제법 하의 사면의 법적 정당성에 관한 의견서(Amicus Brief), <http://www.redress.org/casework/AmicusCuriaeBrief-SCSL1.pdf>를 보라.

98) 전 고문특별보고관은 칠레에 1973년 이래(일부는 사면법에 의해 보호받는) 모든 고문 혐의들은 완전히 공개적으로 조사가 이루어져야 하며, 공소시효가 지난 경우를 제외하고 “증거가 명확한 사례의 책임자들은 재판에 회부되어야 한다.”고 권고했다. (어떤 형태의 구금이나 억류 특히, 고문 및 그 밖의 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌에 처해진 모든 사람들의 인권에 관한 문제. 인권위원회 결의 1995/37 관련 Mr. Nigel S. Rodley 특별보고관의 보고서의 76항, 1996년 특별보고관의 칠레 방문 보고서 부록). 그러나 공소시효는 단지 효과적인 구체책이 이용될 수는 경우(아르헨티나 사례를 보라, 미주인권재판소 41, PP, 10, 19(1993))에 적용되며, 공소시효는 심각한 인권침해와 국제법 하에서 범죄를 구성하는 국제 인도주의 법에는 적용되지 않는다.(광범위한 인권 침해와 심각한 인도주의 법 침해를 위한 구제와 배상 권리에 관한 유엔 기본원칙 초안, Rev 05 2004년 8월)

99) 예를 위해 고문방지협약 제5조, 대량학살(제노사이드)협약 제4조, 국제형사재판소(ICC) 관련 로마규정 제27조 및 로빈슨 지침 16(b)을 보라.

질 수 없으며, 또는 그 반대로 희생자가 효과적으로 구제받는 것을 금지해서는 안 된다는 것은 일반적으로 합의되었다.<sup>100)</sup> 고문특별보고관은 ‘고문이나 심각한 학대를 했다고 믿을 만한 증거가 있는 사람은 재판에 회부되어야 하며, 만약 유죄로 확정되면 처벌받아야 한다. 고문 가해자의 형사적 책임을 면해주는 사면, 면책법 등과 같은 법 조항은 폐기되어야 한다.’<sup>101)</sup>고 언급하고 있다. 또한, 유엔 사무총장은, 비엔나 선언과 행동계획에서 확립된 것처럼, 고문에 의한 침해가 심각할 때 기소해야 할 의무를 강조하고 있다.<sup>102)</sup>

이스탄불 의정서는, 국가들이 조사 결과를 공표하고 고문 행위가 자행되었다고 밝혀지면 범죄 혐의자나 범죄자들을 형사적 절차에 회부해야 할 의무가 있음을 확립했다. 범죄나 권력남용의 희생자들을 위한 기본 원칙에 대한 유엔 선언(*UN Declaration of Basic Principles for Victims of Crime and Abuse of Power*)<sup>103)</sup>은 희생자들의 필요 - 예를 들면, 그들에게 정보를 계속 제공하고, 그들의 견해나 우려들이 진행 과정의 적절한 단계에서 고려되도록 하는 것 - 에 조응하는 사법적이고 행정적인 과정을 요구한다. 유럽 인권재판소<sup>104)</sup>와 미주 인권재판소<sup>105)</sup>는 모든 진정인에게 조사의 결과를 제공해야 하는 국가의 의무를 확립하고 있으며, 미주 인권재판소는 조사의 결과를 공표할 의무를 확립하고 있다. 고문방지위원회와 자유권규약위원회는 당사국들이 제기된 진정의 건수와 성질, 수행된 조사, 가해자의 처벌을 포함해 그런 조사에 따라 취해진 조치들과 관련된 정보를 공표할 것을 요구하고 있다.<sup>106)</sup> 더욱이 자유권규약위원회는

100) Joinet, 원칙 32. 또한, REDRESS의 국제법 하의 사면의 법적 정당성에 관한 의견서(Amicus Brief), <http://www.redress.org/casework/AmicusCuriaeBrief-SCSL1.pdf>.

101) 인권위원회 제출 보고서(E/CN.4/2001/66, 권고 (j))

102) 세계인권회의 - 1993년 6월 비엔나 선언과 행동계획 Section II, 60항

103) 1985년 11월 29일 유엔 총회에서 채택된 유엔 선언 40/34

104) 상기된 *Anguelova v 불가리아*의 139항

105) 상기된 *Caracazo* 사례의 181항

106) 2004년 4월 15일, 독일 국가보고서에 관한 자유권규약위원회의 최종 견해(유엔

일반 논평 20에서 국가들이 학대(maltreatment)의 희생자들이 이용할 수 있는 구제책들과 진정인들이 따라야만 하는 절차들에 관한 구체적인 정보와 진정 건수와 진정 처리 결과에 대한 통계를 제공할 것을 촉구하고 있다.

## 2. 기소의 결함을 상쇄할 국가적 차원의 활동

조사 절차에서의 결함(flaw)은 가해 혐의자에 대한 기소가 충분히 이루어지지 않는 결과로 이어질 수 있다. 기소 성공률이 낮은 데에는 많은 이유가 있다. 이러한 이유에는 비효과적인 조사, 고문 혐의자에 대한 형사적 절차를 밟기에는 지나치게 짧은 조사 기한이 포함된다. 언급된 절차적 결함은 사면법과 같이 전체적으로 기소를 방해하는 장애물과는 다르다.<sup>107)</sup>

입증 증거는 성공적 기소의 핵심이다. 그렇지 않으면, 그것은 보통 한 사람의 다른 사람에 대한 주장일 뿐이다. 의학적 증거(신체적, 심리적 모두)는 대개 획득될 수 있고, 통상적으로 목격자 증언에 신빙성을 더해 주는 가장 중요한 증거의 형태이다.

이스탄불 의정서는 제5장에서 신체적인 의학 증거를, 제6장에서는 심리적인 의학 증거를 획득하는 자세한 지침들을 담고 있다. 또한, 조사관이

---

문서, CCPR/CO/80/DEU) 16항, 2004년 5월 18일 고문방지위원회의 최종 견해(유엔 문서, CAT/C/CR/32/7) 4항(c), 2003년 8월 21일 이스라엘 국가보고서(유엔 문서 CCPR/CO/78/ISR) 18항, 2003년 7월 5일 포르투갈 국가보고서(유엔 문서 CCPR/CO/78/PRT) 8항(b), 2003년 4월 15일 에스토니아 국가보고서(유엔 문서, CCPR/CO/77/EST) 18항 및 2002년 11월 26일 토고 국가보고서(유엔 문서 CCPR/CO/76/TGO) 12항

107) 보다 자세한 법적 제재 및 고문 혐의자의 기소에 대한 예외로써 면책, 사면에 대해서는 감사 보고(Audit Report) : 세계 30개국의 고문 배상 관련 법과 현실에 대한 조사 (2003년 4월, REDRESS)를 보라. 특히, 국제법 하에서 사면의 법적 정당성에 대해서는 REDRESS의 국제법 하의 사면의 법적 정당성에 관한 의견서 (Amicus Brief), <http://www.redress.org/casework/AmicusCuriaeBrief-SCSL1.pdf>를 보라.

인터뷰를 포함해서 다른 요소들로부터 얻기 위해 힘써야 하는 증거의 유형들에 대해 약속하고 있다. 가능하다면, 변호사들과 의사들은 희생자들을 인터뷰하고, (신체적, 심리적) 의학적 증거, 상황적 증거 및 목격자 증언(목격자의 안전을 위한 보호책과 기술을 확보)을 확보해야 한다.<sup>108)</sup>

그러나 의학적 증거가 결정적인(자행된 고문의 확실성을 가진 증명) 경우는 드물다. 왜냐하면,

- 많은 형태의 고문이 흔적을 남기는 경우가 드물고, 장기적인 신체적 흔적을 남기는 경우는 매우 드물다.
- 흔히 상처나 흔적이 다른 경우가 아닌 고문에서 비롯된다는 것을 증명한다는 것은 어렵다.

의학적 증거는 기록된 상처나 행동적 양태들이 기술된 고문(고문에 의해 생겨날 수 있는)과 일치된다는 것을 보여준다. 신체적, 심리적 증거가 모두 희생자의 주장과 일치하는 경우라면, 이것은 혐의의 전반적인 가치를 강화시킬 것이다. 그러므로 변호사들은 심리적 학대의 증상뿐만 아니라 구금자들이 입고 있는 상처를 체크하는 것과 그러한 징후들이 독립적이고 자격이 있는 의사를 통해 되도록 빨리 (이러한 상처들이 최대한 자세하게 증거로써 기록될 수 있도록) 검사되는 것이 얼마나 중요한지를 인식해야만 한다.

---

108) 이러한 증거의 다른 유형들에 대한 보다 많은 정보는 영국 Essex 대학 인권센터 Camille Giffard의 고문 보고 핸드북(*Torture Reporting Handbook*) 47페이지를 보라.

실제적 단계들 :

√ 만약 전문가 진찰(medical examination)이 가능하지 않다면, 변호사들은 수감자 진료카드, 사진, 증언 등을 통해 남아있는 상처에 대해 어떤 형태든 증거를 획득하려고 노력해야 한다. 비록 이 증거가 그 사람이 고문당했다는 것을 증명하지는 못한다 하더라도, 그것은 그 사람이 구금 동안 겪은 신체적, 정신적 피해를 입증하고, 게다가 어떤 경우에는 입증의 부담을 국가기관에 전가시킬 수 있다. 유럽 인권재판소가 판결했듯이, 개인이 좋은 상태에서 구금되었으나 출소 시 상처를 입었다면 상처의 원인에 대해 국가 기관이 타당하다고 여겨지는 설명을 해야 할 의무가 있다.<sup>109)</sup> 그러므로 구금되기 전 그 사람의 건강이 좋았다는 것을 증명하고, 구금 중 또는 출소 후 구금 상태에서 입은 신체적, 정신적 상처를 증명하는 의료 기록, 증언, 사진 등을 구금자로부터 획득하는 것이 중요하다.

√ 상황적 증거 또한 고문 사례의 기소에 도움이 될 수도 있다. 예를 들면, 유사 사건의 증거 즉, 희생자가 주장하는 것과 같은 유사한 방법으로 동일 장소나 유사 교도소에서 발생한 실제 고문의 유명한 사례에 대한 연구, 일치된 학대의 유형을 기록화한 인권 보고서. 또한, 변호사들은 모든 사실을 인정하는 입증 즉, 고문이 일어난다고 주장되는 시간에 희생자가 교도소에 있었다든지, 가해 혐의자가 얘기되는 사건의 공무원이고 근무 중이었다든지, 희생자에게 해를 입힐 특별한 목적 (예: 정보를 얻기 위해, 겁을 주거나 협박하기 위해)이 있었다든지 하는 증거들이 존재한다는 것을 확실하게 해야 한다.

109) *Aksoy v 터키* 유럽 인권재판소, 1996년 12월 18일 판결

## E. 고문 및 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 희생자들을 위한 효과적인 구제와 적절한 배상(reparations)의 권리에 관한 국제적 기준

고문 및 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 희생자들을 위한 배상의 권리는 잘 확립되어 있다. 국제적 의무의 위반이 배상할 책임을 수반한다는 것은 일반적인 국제법의 기본 원칙이다.<sup>110)</sup> 고문 금지 는 일반적인 국제법 하에서 모든 국가들의 의무이기 때문에 이를 위반 하면, 어떤 조약 의무와 상관없이 배상해야 하는 새로운 국제적 책임이 발생한다.

국제법 하에서 : “배상은 가능하면 불법적 행위의 모든 결과들을 청산해야 하고, 만약 행위가 일어나지 않았다면 최대한 존재했을 상황을 재확립해야 한다.”<sup>111)</sup> 다시 말하면, 고문에 대한 배상은 충분하고/적절해야만 한다. 즉, 당한 고통에 비례해야 하며, 가능하면 고문 희생자의 생명과 존엄성을 회복할 수 있어야 한다. 예를 들면, 자유권규약위원회는 비록 ‘보상(compensation)’이 국가마다 다르지만, 알맞은 보상(compensation)에서 순전히 “상징적인” 양에 불과한 보상은 제외된다는 점을 확립하였다.<sup>112)</sup>

---

110) 상설 중재재판소, *Chorzow 공장 사례* (Ger. V. Pol.), (1928) P.C.I.J., Sr A. No. 17, at 47 (9월 13일), 국제사법재판소 : *니카라과에서나 니카라과에 대항한 군사적, 준군사적 활동들* (니카라과 v 미국), 본안 1986 국제사법재판소 보고서 14, 114 (6월 27일), *Corfu 운하 사례* (영국 v 알바니아), 유엔 활동에서 입은 상처에 대한 배상, 자문 의견, 국제사법재판소 보고서 1949의 228페이지, *Interpretation des traites de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxieme phase, avis consultatif.* 국제사법재판소 Recueil, 1950, 228페이지를 보라. 또한, 2001년 국제법위원회(International Law Commission)가 채택한 국가 책임에 관한 규약 초안의 제1조 : 국가의 모든 국제적 부정 행위는 그 국가의 국제적 책임을 수반한다. 유엔 문서 A/CN.4/L.602/Rev.1, 2001년 7월 26일을 보라.

111) 상설 중재재판소, *Chorzow 공장 사례*(Ger. V. Pol.), (1928) P.C.I.J., Sr. A, No.17.

112) Albert Wilson v 필리핀, 통보 868/1999 (유엔 문서 CCPR/C/79/D/868/1999 (2003)). 자유권규약위원회는 여러 결정에서 “적절한” 보상을 제공해야 할 책임에 관해 언급하였다. *Bozize v 중앙아프리카공화국* (통보 449/1990), *Mojica v 도미니카공화국*(통보 449/1991). *Griffin v 스페인 사례*(통보 493/1992)에서 자유권규약위원

유엔의 국제 인권법과 인도주의법 침해 희생자들을 위한 구제와 배상의 권리에 관한 기본 원칙과 지침 초안(Draft Basic Principles on Reparation)에 따르면, 취해지는 배상의 형태는 원상회복(restitution), 보상(compensation), 재활(Rehabilitation), 사죄(陳謝, satisfaction) 및 재발방지 보장(guarantees of non-repetition)을 포함한다.<sup>113)</sup>

## 1. 배상의 형태

**원상회복(Restitution)** : 배상의 형태는 이전 상태(status quo ante) 즉, 잘못된 행위가 발생하기 전에 존재했던 상황의 재확립으로 이루어진다. 비록 인권침해의 의해 발생한 상처와 고통을 원상태로 돌리는 것은 일반적으로 가능하지 않지만, 어떤 측면의 회복 -개인적 자유, 법적 권리, 사회적 지위, 가족생활 및 시민권의 회복, 거주 장소로의 귀환, 복직 및 재산 반환 - 은 가능하다.<sup>114)</sup>

**보상(Compensation)** : 보상의 역할은 (손해가 금전적으로 산정되는 한) 겪은 손해에 대해 완전한 배상을 보장하기 위해 어떤 간격을 채우는 것이다.<sup>115)</sup> 미주 인권재판소는 *Vel quez Rodr uez* 사례에서 “당한 손실을 가능한 범위까지 보상하기 위해 충분하게 넓은 용어로 ‘공정한 보상’의 지불을 부과하는 것은 적절하다.<sup>116)</sup> 보상금은 물질적 손실들(소득의 손

---

회는 “Mellia의 교도소에서 그가 수감된 기간을 위한 적절한 보상”을 명령했다. 또한, Bossuyt, Marc J.의 “시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약의 TRAVAUX 배상에 대한 길잡이”(2002판, Kluwer Academic 출판사)를 보라.

113) E/CN.4/2000/62의 부록, 2003년 8월 15일 재개정 본은 <http://www.unhcr.ch/html/menu2/revisedrestitution.doc>.

114) E/CN.4/2000/62 22항. 또한, 1985년 11월 29일 총회 결의(40/34)로 채택된 유엔의 범죄와 권력남용의 희생자들을 위한 정의의 기본 원칙에 대한 선언에서 원칙 8-10을 보라.

115) 국제적으로 잘못된 행위들에 대한 국가 책임의 규약 초안에 대한 코멘트 ; 총회 53차 회기 국제법위원회 보고서 (A/56/10); cph. IV.E.

116) *Velaquez Rodriguez* 사례, 배상적 손해 판결의 해석, 1990년 8월 17일 판결, 27항

실, 연금 및 의료비 등)과 비물질적인 또는 도덕적 손해(상처와 고통, 정신적 고뇌, 모욕, 일상의 활력과 친구 사귀거나 공동체 생활의 소실)를 포함하고, 후자는 통상적으로 정당한 평가에 기초해서 양을 정한다.

**재활(Rehabilitation)** : 재활은 배상의 중요한 구성 요소이며, 국제인권 규범에서 특별하게 인정되어지는 권리이다.<sup>117)</sup> 유엔의 범죄와 권력남용의 희생자들을 위한 정의의 기본 원칙에 대한 선언은 “희생자들은 필요한 물질적, 의학적, 심리적 및 사회적 도움과 지원을 받아야 한다.”고 강조한다. 배상 권리에 관한 특별보고관은 배상은 의학적, 심리적 보살핌(cafe)과 법적, 사회적 서비스뿐만 아니라 다른 서비스를 포함해야 한다고 지적하고 있다. <sup>118)</sup> 이러한 서비스들은 “현물 지급”이나 금전적 보상의 형태로써 현금으로 제공되어 진다. 배상의 방식(물질적이고(또는) 정신적 피해에 대한)으로 지급된 보상금과 재활을 목적으로 제공된 돈을 구분하는 것은 중요하다.

**사죄와 재발방지 보장(Satisfaction and Guarantee of Non- repetition)** : 사죄와 재발방지 보장은 배상의 더 넓고, 장기적인 회복의 목적에 기여하는 조치들의 부류에 적용된다. 중심적인 구성 요소는 침해에 대한 공개적 인정과 진실을 알고 가해자에게 책임을 지우는 희생자들의 권리이다.<sup>119)</sup> 배상에 관한 원칙 초안은 계속되는 침해의 중단, 침해에 책임있는 사람에 대한 사법적 제재, 사실에 대한 공개적 인정과 책임의 수락을 포함하는 사죄, 희생자에 대한 추모와 존경 및 군과 보안군에 대한 효과적인 시민적 통제 강화와 인권옹호자와 법률적, 언론 및 다른 관련된 전문가

---

117) 실레로 아동권리협약과 선택의정서, 유엔 고문방지협약, 강제적 실종에 관한 선언, 여성폭력철폐선언을 보라.

118) 특별보고관인 Mr. Cherif Bassiouni가 2000년 1월 18일 인권위원회 결의 1999/33에 따라 제출한 마지막 보고서 (E/CN.4/2000/62)의 24항

119) (시민적, 정치적) 인권침해의 가해자에 대한 불처벌의 문제; E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2(1997년 10월) 17항

들을 보호하는 예방적인 조치들의 이행을 열거하고 있다.

## 2. 효과적인 절차적 구제책

동시에, 국제인권법은 국가들이 국내법 하에서 인권침해의 희생자들에게 적절한 배상을 보장하는 효과적인 절차적 구제책을 제공할 것을 요구하고 있다. 다시 말하면, 고문과 다른 인권침해에 대한 배상 권리는 보상과 같은 구체적인 배상/구제책과 그것들을 얻는 효과적인 절차적 구제책들(예: 시민적, 행정적, 형사적 수단들) 모두를 포함한다. 이 원칙은 모든 국제인권 규범에 들어 있다.<sup>120)</sup>

사실, 모든 국제규범 속에서 보호되는 인권침해를 구제받을 권리는 국제규범에 의해 확고하게 보장되는 권리 그 자체이며, 근본적인 인권의 경우에는 그것의 훼손이 허용되지 않는(non-derogable) 것으로 인정되어 왔다.<sup>121)</sup> 예를 들면, 구금 중 변호사를 만날 수 있는 권리와 같은 고문과 다른 형태의 부당한 처우에 대한 절차적 보호책들은 제한되거나 훼손될

---

120) 효과적 구제에 관한 권리를 인정하는 보편적이고 국가적인 인권 규범의 개관을 위해서는 REDRESS의 배상에 관한 자료집(sourcebook)을 보라.

121) 예를 위해 국가 비상사태에 관한 일반 논평 29(4조), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001년 8월 31일, 14항 : 자유권규약 제2조, 3 단락은 협약 당사국이 규약의 조항에 있는 어떤 침해에 대한 구제책들을 제공할 것을 요구하고 있다. 이 구절은 제4조 2 단락의 훼손이 허용되지 않는 조항 리스트에 언급되어 있지는 않지만, 전체로 그 조약에 본래있는 조약 의무를 구성한다. 비록 국가 비상사태 동안과 상황의 긴박함에 의해 그러한 조치들이 엄격하게 요구되어지는 범위까지 당사국이 사법적이거나 다른 구제책들을 지배하는 그 절차들의 실제적 기능을 조정을 한다 하더라도, 당사국은 규약의 제2조 3단락의 효과적인 구제를 제공해야 한다는 기본적인 의무에 따라야 한다. 자유권규약위원회는 더 나아가 “그 것들은 절차적 보장에 의해 확보되어야만 한다는 것은 훼손이 허용되지 않는 것으로 확실하게 인정된 권리의 보호 안에서 고유한 것이다.” 절차적 보호책들과 관련된 규약 조항은 절대 훼손이 허용되지 않는 권리의 보호를 회피하는 조치들에 대상이 될 수 없다. “ 유사하게, 미주인권재판소는 훼손이 허용되지 않는 권리를 보호하는 사법적 구제책들은 그 자체로 훼손이 허용되지 않는다고 설명했다.(1987년 10월 6일의 자문 의견(OC-9/87. 미주인권협약 27(2), 25 및 25(8)조 국가 비상사태에서의 사법적 보장. Series A No.9.)

수 있는 대상이 아니다. 따라서 평화 또는 전쟁 시기나 국가 비상사태 선포 때에 인권을 보호하기 위해 효과적인 국내적 구제책들을 제공해야 할 독립적이고 지속적인 의무가 있다. 인권 규약은 공정한 증언 청취(사법적이고/이거나 비사법적인 구제책들을 통해)<sup>122)</sup>에 효과적으로 접근하는 절차적 권리와 배상(회복, 보상 및 재할과 같은)에 대한 구체적인 권리 모두를 보장한다.<sup>123)</sup>

**구제는 법적으로 뿐만 아니라 실제적으로, 특히 그것의 집행이 국가 권력에 의한 작위나 부작위로 인하여 비합리적으로 방해받아서 안 된다는 점에서 효과적이어야만 한다.<sup>124)</sup>**

(사법적, 행정적 또는 다른) 절차적 구제책들의 성격은 침해된 구체적 권리와 그런 침해들을 위한 적절한 구호(relief)를 제공하는데 있어 구제의 효과성과 부합해야 한다.<sup>125)</sup> 고문이나 다른 형태의 부당한 처우와 같은 심각한 인권침해일 경우에는 구제책들이 사법적일 필요가 있다.<sup>126)</sup>

122) 몇몇 규약은 그들이 보장하는 권리들을 위한 사법적 구제책들의 발전을 확실하게 요구하고 있다 ; 예를 들면, 인간과 민중의 권리에 대한 아프리카 선언은 모든 구제책들은 사법적이어야 한다고 주장하고 있다. 1981년 6월 27일 채택된 인간과 민중의 권리에 대한 아프리카 선언 (아프리카연합기구 문서 CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), 1986년 10월 21일 발효

123) Jeremy McBride의 “정의와 인권 조약에 대한 접근”(1998) 17 Civil Justice Q.235. 를 보라.

124) 유럽 인권재판소 1996년 12월 18일의 *Aksoy v 터키* 판결을 보라.

125) 13조는 “국내 구제 조항은 비록 국가가 그것을 어떻게 적용할 것인가 하는 재량권이 있다 하더라도, 자격있는 국가 기관이 관련 규약의 진정 내용을 다루고, 적절한 구제를 하도록 할 것”을 요구하고 있다. (69항) *D v 영국 App. 30240/96* 호 1997년 5월 2일 판결(*Soering v 영국 App. 14038/88*호 1989년 7월 7일 판결, *Vilvarajah v 영국 App. 13163/87* 1991년 10월 30일 판결 관련). 자유권규약위원회는 핀란드 국가보고서(CCPR/C/95/Add.6) 심의에서 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 2조(b) 하의 의무에 대해 “최근 형법의 개정으로 규약의 21조, 22조에 의해 보호되는 몇 가지 권리와 자유의 침해를 처벌하게 되었지만, 위원회는 형법만이 특정 권리나 자유의 침해에 대한 적절한 구제책을 결정하는 것은 적절하지 않다고 우려한다.”고 언급했다. (자유권규약위원회의 최종 견해, 핀란드: 08/04/98)

126) 구제책의(사법적, 행정적, 또는 기타) 성격은 침해된 권리의 성격과 구제책의 효

유엔 자유권규약위원회가 설명했듯이, “특별하고 심각한 인권침해 사건에서 행정적 구제책들이 적절하고 효과적인 구제책들을 구성한다고 여겨질 수 없다.<sup>127)</sup> 더 나아가, 심각한 인권침해와 관련된 시민적 권리와 의무를 판단하기 위해 법원과 접촉하는 개별적 권리는 국제 인권법의 근본적 부분이다.<sup>128)</sup>

구제책들은 성격상 사법적일 필요가 있다고 언급함으로써, 국제적 법제는 국가가 심각한 인권침해의 희생자들에게 제공할 필요가 있는 구제의 유형들(types)에 대해 언급하고 있다. 예를 들면, 고문의 경우에는 국가가 다음과 같은 것을 제공하기 위해 노력할 필요가 있다 :

- 희생자들을 위해 사법적 기구에 의해 가해자들을 기소하고 처벌로 이끄는 형사적 조사를 시작하는 효과적 구제
- 사법적 재판 전에 배상을 요구하는 희생자들의 권리

고문의 경우에 행정적이거나 다른 구제책들과 같은 비사법적 구제들은 국제법 하에서 국가의 의무를 이행하는데 충분하다고 여겨지지 않는다. 이것은 비록 고문희생자가 행정적 절차를 통해 보상을 신청하기를 원한다 하더라도, 그/그녀는 법과 현실에 있어서 사법적 재판을 통해 개인과 국가에 대해 시민적 청원을 제기할 권리를 가져야 한다는 것을 의미한다.<sup>129)</sup>

---

과에 조응해야만 한다. 고문과 같이 범죄를 구성하는 인권침해 행위의 사례에 있어서, 효과적인 구제책의 사법적 성질에 대해서는 국제인권재판소들과 기구들의 법규가 일치한다. 배상권에 대해서는 REDRESS 자료 참조.

127) *Nydia Bautista v 콜롬비아*(563/1993호) ; *Jose Vicente, Amado Villafane Chaparro, Luis Napoleon Torres Crespo, Angel Maria Torres Arroyo, Antonio Hugues Chaparro Torres v 콜롬비아*(612/1995호)

128) 예를 위해 미주인권협약 27조의 2, 유럽인권협약 2조, 인권과 민중의 권리에 관한 아프리카 헌장 7조, 유엔 고문방지협약 13조를 보라.

이와 유사하게, 구제책들은 구금자들이 그들 구금의 법적 정당성에 대해 대응할 수 있는지에 따라 사법적일 - 달리 말하면, (*인신보호영장*(*hebeas corpus*)과 헌법적 구제(*amparo*) 같은) 사법적 권한 이전에 - 필요가 있다.<sup>130)</sup> 또한, 이 구제 유형은 종종 담당 판사가 구금자가 구금 장소와는 관련없이 접촉하는 첫 공무원이기 때문에 고문과 싸우는데 있어 중요한 도구이다. 결론적으로, 그것은 구금자가 고문 혐의를 제기하고, 이런 혐의가 조사되어 질 수 있는 첫 번째 기회일 수도 있다. 심지어 부당한 처우에 대한 고발이 없다 하더라도, 판사는 그/그녀 앞에 불려온 사람이 고문을 당했다고 여길만한 근거가 있다면, 언제라도 범의학적 검사를 요청해야 한다.<sup>131)</sup> 마찬가지로, 일시적 명령이나 금지 명령(*injunction*)도 고문을 예방하는 중요한 보호책이다. 어떤 사람이 구금이나 조사 중에 위협에 처해질 것이라고 여겨질 경우에는 법원에 문제의 공무원을 대상으로 금지명령을 신청하는 것이 가능하다.

#### d. 국가적 수준의 구제책들

**형사적 절차** : 공무원이 고문을 했다고 주장하는 사람은 일반적으로 경찰이나 지방 검찰 또는 법원에 진정을 제기함으로써 형사적 절차를 밟을 수 있다. 많은 국내의 법률적 시스템 속에서 기소는 검사가 적절하다고 판단하는 경우에만 가능하고, 희생자가 직접적으로 소송 절차를 제기할 수 없다. 군인도 일반적으로 다른 공무원과 같은 방법으로 기소될 수 있지만, 군사법원의 판결 가능성(군법이 적용되는 군사법원에서의 재판)을 포함하는 내부 군율의 대상일 수 있다.

129) *Albert Wilson v 필리핀* 관련 통보 868/1999호(유엔 문서 CCPR/C/79/D/868/1999 (2003))를 보라.

130) 행정적 구금을 포함한 구금의 사법적 판단에 관해서는 상기 주 28을 보라.

131) 유럽 고문방지위원회(CPT) 기준: CPT의 일반 보고서의 독립 섹션(Substantive section) (CPT/Inf/E (2002) - Rev. 2003)

**민사적 절차** : 민사적 절차는 의무의 국가적 규정, 어떤 법률 형태의 조항 또는 관습법에 근거해 가능하다. 이런 조항들은 다른 많은 문제들을 다루지만, 모두 다른 사람과의 관계 속에서 배려(care)를 행하기 위해 모든 사람이 가지는 일반적인 의무의 어떤 종류가 위반되었을 때 적용된다. 민사 절차는 일반적으로 개인이 책임있는 사람으로부터 보상 특히, 금전적 보상을 받기 원할 때에 낫는다. 이 절차는 성격상 사법적이고, 일반 법원에서 행해진다.

**국내 법원에서의 인권적 절차** : 만약 국가가 인권 원칙을 자국 법률(예: 헌법이나 권리장전 또는 국제조약들이 국내 법원에서 효력을 가지는 법률을 통해)에 적용한다면, 사건은 개별적인지 혹은 반복된 경우에서의 침해인지를 판단하기 위해 적절한 법원에 의해 다루어질 것이다. 또한, 보상 청구도 희생자(들)를 대표해서 가능하다. 그러한 활동들은 헌법재판소와 같은 특별 법원에 의해 다루어질 것이며, 인권 원칙에 근거한 논쟁들은 사례의 다른 유형에서의 적용을 지원할 수도 있다.

**국가인권기구/위원회** : 아프리카 대부분의 국가들, 중동 및 다른 아시아 국가들은 경찰 진정기관 대신에 국가인권기구 설립을 선호하고 있다. 또한, 그러한 기구들은 캐나다뿐만 아니라 남미나 유럽의 몇몇 나라들에 설립되었다. 국가인권기구의 지위에 관한 원칙(파리원칙)이 국가인권위원회 설립을 위한 평가기준<sup>132)</sup>으로 작용하지만, 현실에서 국가인권위원회는 모든 면에서 상당히 다르다. 그들 스스로 자진하여 인권침해를 조사할 수 있는 국가인권위원회도 있고, 단지 범죄적 행위에 해당하는 인권침해만을 조사(시작, initial)하는 임무를 부여받고 있는 국가인권위원회도 있다. 국가인권위원회가 개인이나 단체로부터 고문을 포함한 심각한 인권침해 사건과 관련된 보고서나 진정을 받고 조사를 시행하는 것

---

132) 국가인권기구의 지위에 관한 원칙(파리원칙)은 유엔 문서 E/CN.4/1992/43(1991년 12월 16일)을 보라.

은 공통적이다. 일반적으로 진정을 제기하는데 시간제한은 없으며, 만약 위원회가 충분한 사전 증거가 있다고 여긴다면, 조사결과나 권고가 자격이 있는 기관에 제출될 것이다.

**옴부즈맨 기구** : 옴부즈맨은 공공행정의 책임성을 강화하기 위해 일찍이 1809년에 스웨덴에서 처음 설립되었다. 그 후 스페인과 남미 국가들에서 호민관(Public Defender, Defensor dei Pueblo)으로 불리는 옴부즈맨 기관이 확산되었다. 옴부즈맨 용어는 또한, 인권위원회나 경찰 진정기관과 같이 성격상 유사한 기구들에 의해 강화되어졌다. 경찰의 고문에 대한 진정을 받고 조사하는 권한을 가지고 있는 옴부즈맨도 있으나 대부분의 옴부즈맨은 공공의 잘못된 행정에 대한 진정을 다루는데 임무가 한정된다.<sup>133)</sup> 유일한 예외는 경찰감독기구의 역할을 효과적으로 이행하기 위해 남미에 설립된 옴부즈맨 사무소(Ombudsman office)라 불리는 곳일 것이다.<sup>134)</sup>

**행정적 절차** : 고문 희생자와 관련된 행정적 구제책에는 폭력적 범죄의 희생자들에게 보상을 제공하기 위해 만들어진 보상위원회에 대한 신

---

133) 전 세계 옴부즈맨에 대한 개관은 [www.law.ualberta.ca/centres/ioi/eng/worldwide.html](http://www.law.ualberta.ca/centres/ioi/eng/worldwide.html)를 보라. 옴부즈맨의 폭넓은 임무에 대해서는 호주(유엔 문서 CAT/C/25/Add.11, 2000년 5월 15일, 96항 이하참조)와 볼리비아(유엔 문서 CAT/C/52/Add.1, 2000년 9월 21일, 71항 이하참조)를, 보다 전통적이고 협소한 임무에 대해서는 피지(유엔 문서 HRI/CORE/1/Add.122, 2002년 11월 25일, 186항 이하참조)와 필리핀([www.ombudsman.gov.ph](http://www.ombudsman.gov.ph))을, 형사적 조사와 관련된 특수한 임무와 옴부즈맨의 교도소 서비스에 대해서는 그루지야(유엔 문서 CAT/C/Add.1, 2000년 6월 2일, 107항)와 체코(유엔 문서 CAT/C/60/Add.1, 2002년 10월 4일, 87항 이하참조) 옴부즈맨을 비교하라.

134) Gonzalo Elizondo와 Irene Aguilar의 남미의 옴부즈맨: 그 존재의 최소 기준, Lindsnace, Lindholt와 Yigen의 상기된 국가인권기구 209-220페이지에서 209페이지의 주 : “남미의 옴부즈맨에는 에콰도르, 볼리비아, 페루, 콜롬비아 및 다른 국가들에서는 민중의 수호자(Defensor dels Pueblo), 코스타리카에서는 주민 보호자(Defensor de los Habitantes), 온두라스와 멕시코는 국가인권위원회(Comisionado Nacional de Derechos Humanos), 스페인의 어떤 지방에서는 Sindic de Geruges와 같이 여러 다양한 기술적 이름들이 불리어지고 있다.”와 상기된 Rachel Neild의 ‘불치별 문화에 직면해’ 223페이지.

청이나 경찰 진정기관에 대한 제출이 포함될 수 있다. 행정적 절차는 반드시 통상적 재판 이전에 발생하지는 않으며, 종종 결정 과정에서 전문가 심판위원회(tribunal)나 특정한 주제 영역에 대한 특별한 전문성과 책임성을 가지고 있는 공무원들의 영향을 받는다.

**징계(Disciplinary) 절차** : 경찰, 군 및 보안군과 국가 행정의 다른 지부들의 내부 구성원들을 대상으로 한 징계 절차가 있다. 이것은 공무원의 상급기관이나 상급자에 의해 사건이 판단되는 비사법적 절차이다. 진정은 상급자나 적절한 감독기관에 제기되어지지만, 절차를 주도하는 결정은 내부적으로만 이루어진다. 징계 절차에서 부과되어지는 제재의 유형은 일반적으로 직무와 관련되는데 급여 지급 보류, 일시 정직, 자리 재배치 또는 해고를 포함한다.

비록 국가적 차원에서 이용할 수 있는 몇 개의 절차들이 있을 수 있지만, 효과적이기 위해서는 국내적 구체책들이 국제적 기준에 부합되어야만 한다. 다시 말하면, 고문 희생자들이 효과적인 진정 메커니즘에 접근할 수 있어야 하고, 관련 기관은 즉각적이고 공정한 형사적 조사를 시작하여야 하며, 충분한 증거가 있다면 관련 기관은 가해 혐의자들을 기소하고 밝혀진 범죄에 따라 처벌하여야 한다.

게다가 과정의 효율을 보장하기 위해 형사적 절차 중에(예: 조사가 종결되었거나 기소되었을 때) 관련 기관에 의해 취해지는 단계와 결정에 대응하기 위한 절차적 기회가 마련되어야 한다. 예를 들면, 관습법 체계를 가지고 있는 국가들에서는 때때로 경찰이 기소를 결정하지 않을 때, 개인이 기소하는 것이 가능하다. 유사하게, 민사법 전통 내에서는 통상적으로 조사 경찰은 사법부에 의해 감독을 받으며, 조사 판사가 판단하기 전에 사건을 종결시키거나, 기소하지 않는 결정에 대응하는 것이 가능하다.

몇몇 국가들에서 법원은 형사 재판에서 유죄가 선고된 사람에게 보상이나 다른 구제 조치들을 명령할 가능성을 가지고 있다. 그러나 이것은 민사적 보상에 대한 고문 희생자들의 권리를 대신할 수 없다. 법적 시스템에도 불구하고, 희생자들은 국제법 하에서 가해 혐의자와/또는 국가를 상대로 민사 소송을 제기할 권리가 있으며, 이 권리는 형사적 기소나 그 결과에 대해 독립적이다.

비록 다른 국내적 법률 시스템들이 있다하더라도, 그 국내적 절차 안에서 국가는 고문 희생자들에게 효과적인 재판에 접근할 수 있도록 하고 그들이 입은 피해에 비례하여 재화와 보상을 포함한 적절한 배상을 제공할 필요가 있다. 예를 들면, 국가인권위원회는 경찰 조사의 공정성을 보장하기 위한 감독기구로 활동할 수도 있으나, 사법적 절차를 대신할 수는 없다. 같은 원리가 행정적 위원회에도 적용되는데 비록 범죄의 희생자가 보상을 청구할 수는 있으나, 이 위원회가 법원에 민사 소송을 제기할 권리를 대신할 수는 없다.

### 3. 국제적 구제 수단

국내 구제책들이 고문 희생자들에게 즉각적이고 적절한 구제(redress)를 제공하지 못하는 경우, 국가는 국제법 하에서 실제의 (고문) 침해 행위와는 독립적인 새로운 침해를 저지르게 된다. 즉, 배상을 제공해야 할 국제적 의무를 위반하게 된다. 이때, 국제법 하에서 국가들은 법적 책임을 갖게 되고, 희생자들은 국제적 절차에서 배상을 구하게 된다.

현재는 개인이 국가를 상대로 소송을 제기할 수 있는 일반적인 국제 인권 법원이 없어, 각 나라에서 이용할 수 있는 국제적 구제책들에 따라 차이가 있다. 국가는 특별히 그들의 관할권 하에서 고통을 당한 개인들이 그것들에 대항해 문제를 제기하는 것이 가능하도록 하는 국제 법원

이나 기구의 관할권에 동의해야 한다. 보편적인 (유엔) 인권기구에는 유럽, 미주 및 아프리카 시스템과 같은 지역 인권메커니즘과 자유권규약위원회, 고문방지위원회 등이 있다.

인권 시스템은 특정 인권조약에 대한 국가의 준수 여부를 모니터하는 메커니즘이다. 예를 들면, 유럽 인권재판소는 당사국들의 유럽 인권협약 준수를 모니터하고, 유엔 자유권규약위원회는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)에 대한 국가의 준수를 모니터한다. 인권시스템이 국가의 협약의무 이행을 모니터하는 방법은 개인 진정(individual complaints)을 통해서이다. 이 때문에, 인권시스템을 통상적으로 “진정 절차”(complaints procedures)라고 한다.

이런 진정 절차들의 일부는 고문 희생자들에게 구제를 제공하는데, 예를 들어 유럽과 미주 인권재판소는 국가가 직접적으로 희생자들에게 배상할 것을 명령하는 권한을 가지고 있다. 그러나 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회나 유엔 자유권규약위원회, 고문방지위원회는 단지 해당 국가에게 희생자들에게 배상을 제공할 것을 권고만 할 수 있다. 비록 해당 국가들이 이러한 권고들을 따르지 않는다 하더라도, 희생자들은 그들의 고통과 그들에게 행해진 잘못된 행위를 인정하는 이러한 권고 결정이 사죄(satisfaction)의 한 형태임을 알게 될 수도 있다.

#### e. 국제적 진정 메커니즘에 대한 접근 : 지역 구제책들의 고갈

위에 기술된 이유들로 인해 국제법 하에서 국가들은 국제기구의 개입이 있기 전에 그들에게 책임이 있는 인권침해를 바로잡을 기회를 가져야 한다.<sup>135)</sup> 결론적으로, 개인 진정에 대한 국제적 절차는 일반적으로 진정

---

135) 이 원칙은 체계적이고 광범위한 인권침해에는 적용되지 않는다. 많은 정보는 2003년 3월 REDRESS가 발행한 배상 - 고문과 다른 인권침해의 희생자들과 국

조사를 접수하기 전에 국내적 구제책들을 “다 거칠 것”을 필요로 한다. 그러나 국내 구제책들이 효과가 없거나 공정하고 적절한 배상을 제공하지 못할 때는 국내 구제책들을 다 밟을 필요는 없다. 그러한 경우에 희생자로나 그들의 변호사들은 지역적이거나 국제적인 차원에서 가장 적절한 개인 진정절차를 통한 수단을 찾을 수 있다.<sup>136)</sup>

예를 들면, 유럽 인권재판소에 제기된 사례에서, 고문 희생자는 검사의 형사적 조사 개시 실패가 이용가능한 국내적 구제책들에 호소하는 것을 방해한다고 주장했다. 조사의 부족으로 인해 불기소했다는 공식적 결정을 얻을 수 없었기 때문에 희생자들이 가해자에 대한 형사적 기소(예를 들면, 행정법원의 불기소 결정에 대응함으로써)를 확보할 수 없다는 것이다. 법원은 검사의 조사 개시 실패가 다른 국내 구제책들의 효과성을 손상시키는 것과 동일하다고 주장했다.<sup>137)</sup>

국내 구제책들을 평가할 때, 고문혐의 조사의 효과성에 대하여 국제 인권 메카니즘에 의해 적용되는 문턱(threshold)은 매우 높다. 2장의 섹션 C에서 정립되었듯이, 국가들은 국제법 하에서 고문 혐의를 조사해야 할 의무를 가지고 있다. 비록 이 의무가 전혀 발견되지 않은 혐의에 대해서는 적용될 수 없다는 것이 일반적으로 인정된다 하더라도, 혐의에 대한 조사 실패가 구제와 배상을 위한 희생자의 접근에 주는 영향의 측면에서, 유럽의 법제(the European jurisprudence)는 “논증할 수 있는 소송”이 있음에도 불구하고 국가가 조사하는데 실패할 경우에는 국가가 희생자의 권리를 침해한 것이라는 점을 제안한다. *Veznedaroglu v 터키* 사례에서 유럽 인권재판소는 효과적인 조사를 시행할 국가의 의무를 유발하기 위해 진정은 “논증되어야 할” 필요가 있다고 암시했다.<sup>138)</sup> “논증할 수

---

제 인도주의 법을 위한 자료집을 보라.

(<http://www.redress.org/publications/SourceBook.pdf>)

136) 같은 책

137) *Assenov*, 상기된 주 44

있는 소송”을 구성하는 것은 사건별 원칙에 의해 결정된다.<sup>139)</sup> 이 문턱 (threshold)의 특정한 내용이 명백하게 만들어지지 않는 반면에, 어떤 유럽 사례들은 ‘정당한 혐의’에 적용된다.<sup>140)</sup> 판례법에 따르면, 혐의는 최소한 몇 개의 증거, 즉 목격자 증언이나 의학적 증거 존재 또는 고소인의 증거가 되는 현상의 지속을 통해 뒷받침될 때, 논증할 수 있는 것으로 분류되어 왔다.<sup>141)</sup>

지역적이거나 국제적인 감독 기구를 통해, 국제법 하에서 고문 혐의에 대한 공식적이거나 비공식적인 대응과 고문 희생자를 위한 구제를 조치해야 할 의무를 중앙정부에 부과하는 것이 가능하다.<sup>142)</sup> 예를 들면, 미주 인권재판소는 정부에 보상과 재활(희생자와 그들의 친척에 대한 의료적 처우)의 제공뿐만 아니라 침해에 대한 조사와 가해자에 대한 처벌을 명령했다.<sup>143)</sup>

- 
- 138) *Veznedaroglu v 터키*(2001) 33 E.H.R.R. 59 유럽인권재판소(ECHR), 32항 이하참조
- 139) *Boyle 와 Rice v 영국*(1988) 10 E.H.R.R. 425 ECHR : 재판소는 그것에 논증가능성의 개념에 대한 추상적 정의를 주어야 한다고 생각하지 않으며, 오히려 그것은 특정 사실과 법적 문제나 제기된 문제의 성격의 측면에서 결정되어야만 한다. *McCallum v 영국*(1991) 13 E.H.R.R. 597를 보라.
- 140) *Veznedaroglu v 터키*, 상기된 34항 이하참조. *Assenov*, 상기 주 44, 101항 또한, *Toteva v 불가리아*, 신청서 420227/98호, 2004년 5월 19일 판결, 61항
- 141) 상기된 *Toteva v 불가리아*, 62항, *Tanrikulu v 터키*(2000) 30 E.H.R.R. 950 ECHR. 또한, *Kurt v 터키*(1999) 27 E.H.R.R. 373 ECHR 사례에서 논증가능성에 대한 부정적 결론을 보라 : “이러한 면에서 신청인의 사례는 일반적인 분석에 의해 뒷받침된 그녀 아들의 첫 구금 환경에서 추론된 가정에 완전히 의존하고 있다고 여겨진다. 그 일반적 분석이란 해당 국가에서의 구금자들에 대한 실종, 의도된 부당한 처우 및 자의적 처형의 공식적으로 묵인된 관행에 대한 것이다. 재판소는 이 부분에 대해 이러한 논쟁들은 논쟁 자체로 그녀의 아들이 구금에서 죽었다는 보다 설득력 있는 제시가 없다는 점을 상쇄하는데 충분하지 않다고 판단한다.(108항) (재판소는 그녀 아들의 행방에 관한 정보의 부족, 그녀의 진정에 대한 국가의 무시로 인한 진정한 고통의 측면에서 13조와 3조를 위반한 것을 발견했으나, 3조의 위반이 그녀 아들에게 일어난다고 결론짓기에는 충분한 증거가 없었다는 점을 제기하였다.
- 142) 국제적 차원의 다른 개인적 진정 절차들의 개관에 대해서는 2003년 3월 REDRESS가 펴낸 ‘배상 : 고문 및 다른 인권침해의 희생자와 국제 인도주의법을 위한 자료집’ 28-39페이지를 보라.
- 143) 예로 2001년 12월 3일의 *Cantoral Benavides 사례 v 페루*, Series C No 88을 보라.

국제인권기구들에 의해 만들어진 결정들의 성격과 범위에 대한 대중 인식의 수준을 증진하는 것은 오직 고문을 금지하는 국제적 기준들의 국내적 이행을 향상시키려는 변호사들의 노력 속에서만 이루어질 수 있다. 변호사들이 그들의 고객들이 고통을 당한 고문(또는 다른 침해들)을 위한 배상을 구하는 것뿐만 아니라, 국제적 진정 메커니즘 이전에 효과적인 절차적 구제책과 구체적인 구제들/보상을 제공해야 하는 국내 시스템의 실패를 널리 알리는 것도 매우 중요하다.

#### f. 국제적 진정 절차들

국가가 해당 인권조약에 동의했는지 여부에 따라, 고문 희생자들은 다음의 국제적(보편적) 인권메커니즘에 진정을 제기할 수 있다.

**유엔 조약기구들 :**

- **고문방지위원회(CAT) :** 유엔 고문방지협약을 감독한다.
- **자유권규약위원회(HRC) :** 시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약을 감독한다.
- **여성차별철폐위원회(CEDAW) :** 유엔 여성철폐협약을 감독한다.
- **인종차별철폐위원회(CERD) :** 유엔 인종차별철폐협약을 감독한다.

**아동권리위원회(CRC)**는 유엔 아동권리협약을 감독한다. 위원회는 국가 보고서를 검토하고, 현재 개인 진정이 허락되는 아동권리협약 선택의정서의 채택 가능성과 관련된 논의를 진행 중이다.

고문과 관련하여 가장 적절한 인권메커니즘은 고문 주체에만 초점이 맞추어져 있는 고문방지위원회(CAT)와 고문을 포함한 인권문제를 다루기

위해 잘 조직된 기구인 자유권규약위원회(HRC)이다. 그러나 고문 혐의가 특정하게 확인된 사람의 범주 즉, 어린이, 여성 및 인종 집단에 해당될 경우에는 다른 위원회들도 매우 중요하다.

이러한 기구들이 일하는 방식은 매우 유사하다. 모든 위원회들이 국가 보고서에 대해 심의하고 코멘트할 권한이 있으며, 대부분의 위원회가 개인 진정들을 받을 수 있거나. 그러한 절차를 개발하는 과정에 있다.

국가가 특별하게 그들의 관할권에 동의했는지에 따라, 고문 희생자는 다음 국제적(지역적) 인권메커니즘에 진정을 제기할 수도 있다.

- |   |
|---|
| <p><b>지역적 인권메커니즘들 :</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회와 재판소</li><li>• 유럽 인권재판소</li><li>• 미주위원회와 인권재판소</li></ul> |
|---|

\* 3개의 지역적 메커니즘뿐만 아니라, 유엔 자유권규약위원회와 고문 방지위원회가 어떻게 활동하는지에 대한 보다 자세한 내용은 첨부 1을 보라.

#### 4. 효과적인 구제와 배상의 권리 이행을 위한 국가적 차원의 활동

대부분의 국가들 내에서 법률은 고문을 포함한 심각한 인권침해들에 대한 배상의 형태를 명시적으로 제시하고 있지 않다. 몇몇 국가들은 보통 공법의 문제로서, 고문 생존자들에게 공무원의 잘못된 행위에 대해 국가를 상대로 보상(compensation)을 청구하는 것이 가능한 법률을 채택하고 있으나, 어떤 국가들에서는 일반 민사절차를 통해 단지 개인을 상대로 한 소송만이 가능하다. 그러나 보상(compensation)을 요구하는 절차들은 흔히 귀찮고, 배상(reparation)은 개인적 손해와 같은 폭력의 특정한 형태

에 한정되어 있다. 주어지는 보상은 종종 인권침해로서의 고문의 심각성을 반영하지 않으며, 법원은 재화와 같은 추가적 형태의 배상(rehabilitation)을 제공하는 것을 달가워하지 않는 것 같다.

대륙법체계와 영미법체계(civil and common law) 국가들에서 대부분의 법률 시스템은, 불법행위 관련법(tort law)을 통해 개인적 상해를 일으키는 잘못된 처벌에 특히 보상금을 지급함으로써 배상 책임이 발생한다는 점을 규정하고 있다. 대다수 국가들에서 개별적인 공무원과 국가는 상호 의존적이다. 일반적으로 민법 구제책들의 효과성은 법원에 대한 접근 부족, 소송을 제기하는 짧은 시간제한, 높은 법정 비용 및 충분한 증거의 미비로 인한 소송 제기의 어려움을 포함하는 여러 요인들에 의해 제한된다.<sup>144)</sup> 어떤 국가들에서 민사 법원은 관련 당국에 고문 혐의가 있는 공무원을 징계 처벌할 것을 명령할 수 있지만, 그러한 법원 명령이 종종 집행되지 않은 채로 남기 때문에 이 방안의 효과는 제한적이다.

몇몇 국가들에서 민사 소송의 결과는 형사 사건에서의 판결과 연결되어 있다. 고문이 제도화된 국가들에서는 고문 생존자들이 공무원이나 국가를 상대로 소송을 제기하고자 하는 바람(desirability)이 지극히 낮다. 게다가, 민사 소송을 제기하는 비용은 통상적으로 매우 높고, 일상적으로 이용가능성이 없는 법률 구조만이 존재한다. 그러므로 형사 절차의 한 부분으로 보충적인 소를 제기하는 것은 실현 가능하며 접근하기 쉬운 선택이다. 그러나 이 구제의 효과성은 효과적인 조사와 기소에 달려 있고(이러한 필요조건들은 보통 부재하다), 배상은 흔히 개인적 가해자들을 상대로 주어진 보상에 한정되어 있다는 사실과 같은 몇 가지 이유로 제한된다. 어떤 국가들에서는 형사 사건에서도 보상이 처벌의 한 형태로

---

144) 실제적으로 민사나 행정적 절차들을 성공적으로 추진하기 위해서는 형사 소송에서 고문 희생자들이 그들이 당한 고문이 판사에 의해 증거로써 받아들여지는 것이 필요하다.

써 지급됨에도 불구하고 고문 희생자에게는 이러한 보상을 요구할 수 있는 권리가 주어지지 않는데, 이는 처벌을 부과하는 것이 법원의 재량에 달려 있기 때문이다.

몇몇의 국가들은 가장 상위의 법원에 신청하는 방법으로 헌법적 구제책들을 제공하고 있으며, 그러한 신청은 일부 국가들에서 효과적인 것으로 증명되고 있다. 그러나 신청에 대한 시간제한과 고문 희생자 친족의 제소권(locus standi) 결여가 이 구제의 효과성을 감소시킨다. 대부분 국가인권위원회들은 인권침해에 대해 배상을 권고할 권한을 가지고 있다. 그러나, 일부 국가들에서는 이러한 위원회들이 좀처럼 배상을 권고하지 않고, 하더라도 권고한 배상의 수준이 낮은 경향이 있다.

효과적인 구제와 배상 권리의 이행을 향상시키는 실제적 조치들 :

- √ 고문 희생자들이 즉각적이고, 적절한 배상을 위한 효과적이고 강제적인 권리를 가지고 있음을 확실케 하기 위한 국내 법률 제정을 위한 로비
- √ 협박으로부터 고문 희생자들, 그들의 변호사들 및 목격자들을 보호하고, 협박 혐의가 효과적으로 조사되는 것을 보장하기 위한 국내 법률 제정을 위한 로비
- √ 법률 구조와 변호사에 의한 지원 서비스 향상을 통해 고문 희생자들의 국내적 구제책들에 대한 접근성 증진
- √ 변호사 그룹, 변호사 협회와 같은 적당한 채널을 통해 사법부가 인권침해로서 고문의 심각성을 고려할 것을 촉구
- √ 공정하고 적절한 금전적 보상 외에 배상의 한 형태로서 재활의 제공을 장려하도록 하는 조치의 진전
- √ 매체나 다른 채널을 통해, 고문 희생자나 생존자들이 효과적인 구제와 적절한 배상의 권리를 실현할 수 있도록 관료적 절차들

이나 다른 장애물을 강조

- √ 고문 희생자들에게 재할적인 보살핌과 의료적 서비스를 제공할 수 있는 기관들의 적절한 자금 마련을 위한 로비
- √ 체계적인 데이터나 기록(recording)을 통해 국내 구제책들의 효과 성과 고문 희생자들에게 주어지는 배상의 형태를 모니터하는 국가인권위원회, NGO들 또는 기구들의 노력 지지
- √ 고문 희생자들을 대신하여 개인적인 기소를 주도하고, 희생자들이 소송 절차에 있어 중심적인 역할을 수행토록 하는 역량강화(empowerment) 추구

## 부록 1

### 아프리카 인권 보호 시스템

#### 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회 (African Commission on Human and Peoples' Rights)

인간과 민중의 권리에 관한 아프리카 헌장에 의해 설립되었으며, 국가 수반과 아프리카연합기구(OAU) 각료 회의에서 채택된 후 1986년 10월 21일 발효되었다. 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회는 아프리카 대륙에서 인간과 민중 권리의 증진과 보호를 강화하는 역할을 맡고 있다.

진정을 검토하는데 있어 위원회에 의해 진행되는 절차는 매우 은밀(confidential nature)하다. 진정은 국가나 (다른 당사국들을 대상으로) 다른 사람들(육체적 또는 도덕적 인간, 사인 또는 공인, 아프리카인이나 비아프리카인)에 의해 제기될 수 있다. 최근에 위원회는 회원들의 많은 요청에 따라 진정을 검토하였다.

**일시적 조치들(Provisional measures)** : 희생자의 생명, 인격적 온전성(personal integrity) 또는 건강이 절박한 위협에 처해있을 때 일시적인 조치들을 채택한 절차 규칙(Rules of Procedure)의 규칙 111 하에서 위원회는 관련 국가에게 그 사건이 위원회에 의해 심리될 때까지 희생자에게 회복할 수 없는 피해를 야기하는 어떤 행동도 취하지 말 것을 촉구할 수 있는 권한을 가지고 있다. 또한, 위원회는 상황에 적합한 다른 긴급한 조치들을 채택할 수 있다.

**진정 자격(Admissibility of Complaints)** : 개인과 단체들은 아프리카위원회에 당사국이 인간과 민중의 권리에 관한 헌장에 보장된 권리의 하나 또는 그 이상을 침해했다고 주장하는 진정을 제기할 수도 있다. 진정이 받아들여지기 위해서는 :

- 작성자가 익명을 원하더라도 진정(communication)에는 작성자의 이름이 포함되어야 한다.
- 진정은 아프리카연합기구의 헌장과 인간과 민중의 권리 헌장의 취지에 맞아야 한다.
- 진정은 직접적으로 국가나 아프리카연합기구를 모욕하는 언어로 쓰여서는 안 된다.
- 진정은 언론 매체의 뉴스에 전적으로 근거해서는 안 된다.
- 진정인은 모든 이용가능한 국내적인 법률적 구제들을 다 밟아야만 한다.
- 진정은 국내적 구제책들이 소진된 날짜로부터 합리적인 시간 내에 제출되어야 한다.
- 진정이 다른 국제인권기구에 의해 이미 해결된 사안을 다루어서는 안 된다.

**사실관계(The Merit)** : 규칙 119에 부합하여 위원회가 진정이 받아들일만한 것이라고 판단한다면, 진정은 관련 국가와 진정인에게 통보될 것이다. 그러면 그 국가에 진정에 대해 해명하고, 그 상황을 구제할 방법을 제안하는 회신을 보낼 3개월이 주어진다. 그리고 그 결과는 다시 회신할 기회가 주어지는 진정인에게 전해질 것이다.

**호의적 해결(Friendly Settlement)** : 정보가 받아들일만한 것으로 결정되면, 위원회는 그 논쟁의 해결을 촉진하기 위해 여건 좋은 사무실을 제공할 것이다. 만약 호의적 해결이 이루어지면, 해결 각서(terms of the settlement)들을 포함한 보고서가 회기에 맞춰 위원회에 제출되고, 자동적

으로 사건에 대한 검토가 끝나게 될 것이다. 만약 어떤 합의도 이루어지지 않으면, 보고서는 위원회에 제출되고 위원회는 그 사건의 사실관계에 대해 결정할 것이다.

**심의(Deliberation)** : 위원회가 진정의 내용을 청취하는 회기 동안에 당사자들은 위원회에 서면이나 구두로 의견을 표할 수 있다. 위원회가 당사자들로부터 충분한 정보를 가지고 못한 경우에 어떤 다른 출처로부터 정보를 획득하고자 직권조사를 시행할 수도 있다.

**결정/구제(The decision/Remedy)** : 접수된 모든 정보에 근거해 위원회는 당사자들에게 통보하는 ‘논평(observations)’을 작성한다. 만약 침해가 확인되면, 관련 당사국에 대한 권고가 이루어질 것이다. 그러나 위원회는 그 권고의 준수를 확보하는 많은 권한을 가지고 있지는 않다.

## **인간과 민중의 권리에 관한 아프리카재판소 (African Court on Human and Peoples' Rights)**

인간과 민중의 권리에 관한 아프리카재판소는 2004년 1월 25일 설립되었다. 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카재판소 설립 의정서 제5조 하에 재판소에 사건을 제출할 수 있는 주체에는 위원회, 위원회에 진정을 제기한 당사국, 위원회에 진정이 제기된 상대 당사국, 인권침해 희생자의 시민권이 있는 당사국 및 아프리카 국가간 기구들(African Intergovernmental Organizations)이 포함된다. 부가적으로, 제5(3)조는 "이 의정서의 제34(6)조에 따라, 재판소는 관련 비정부기구들(NGOs)들과 사건들을 구성하는 개인들에게도 직접적으로 위원회 옵서버 자격을 줄 수 있다."라고 상술하고 있다. 의정서 제27조는 "만약 재판소가 인간 또는 민중의 권리의 침해가 있었다는 것을 발견하면, 공정한 보상이나 배상금 지급을 포함해 침해를 구제하는 적절한 명령을 내려야 하며, 극히 심각하고 긴급하거나 돌이

킬 수 없는 피해를 막기 위해 필요한 경우 재판소는 필요하다고 여겨지는 일시적인 조치들을 채택해야 한다.”고 명기하고 있다.

### **아프리카에서 고문 및 잔혹하고, 비인간적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 방지하고 예방하기 위한 지침과 수단들(The Robben Island Guidelines)**

‘The Robben Island Guideline’은 2002년 10월 아프리카위원회 32차 회기에서 채택되었다. 이 가이드라인은 고문을 방지하는 지역적이고 국제적인 조약들의 기준을 장려하고, 국가들이 유엔 인권조약 기구들과 주제별 및 국가별 특별절차들뿐만 아니라, 인간과 민중의 권리에 관한 아프리카위원회 및 그 특별보고관들과 협력할 것을 촉구하고 있다. 특별히 이 지침은 국가들이 고문 척결을 목표로 시행할 고문 예방을 위한 보호책 시행, 가해 혐의자에 대한 불처벌 종식 및 생존자 지원과 같은 실제적 수단들의 범주를 제시하고 있다.

## **유럽 인권보호 시스템**

### **유럽 인권재판소(European Court of Human Rights)**

유럽 인권재판소는 인권과 기본적 자유를 보호하기 위한 유럽협약에 따라서 설립되었으며, 의정서 11호에 의해 개정된 대로 1953년 9월에 발효되었다.

모든 협약 국가나 협약 위반의 희생자임을 주장하는 개인은 협약상 권리의 모든 위반을 주장하는 소송을 제기할 수 있다. 개인 신청자 스스로 신청서를 제출할 수 있지만, 법률적 대표를 선임할 것이 권장되는데, 이

는 청문회나 신청이 받아들일만한 것으로 판명되기 위해서도 필요하다. 유럽 평의회(Council of Europe)는 충분한 수단을 가지고 있지 않은 신청자들을 위한 법률 구조 계획을 수립하고 있다.

**진정 자격(Admissibility)** : 재판소에 요구가 받아들여지기 위해서는 아래의 조건들이 충족되어야만 한다.

- 진정은 익명일 수 없으며,
- 진정은 유럽협약을 비준한 국가의 행위와 관련되어야만 하며, 문제의 행위는 비준 후 발생한 사안이어야만 한다.
- 모든 국내 구제들이 다 끝났거나, 그러한 구제들이 불충분하다고 판명되어져만 한다.
- 진정은 국내 구제들이 마지막으로 끝난 날로부터 6개월 이내에 제기되어져야만 한다.
- 진정은 협약의 조항들과 양립하지 않거나, 명백하게 잘못된 근거나 신청 권리의 남용일 수 없다.
- 나아가, 협약 제35조 (2) (b)에서 재판소는 “실질적으로 이미 재판소에 의해 판명된 문제와 같거나, 이미 다른 국제적 조사 또는 해결 절차에 제기되었거나 새로운 관련 정보를 포함하지 않는 문제”는 다룰 수 없다고 명기하고 있다.

재판소는 진정을 제기할 때 어떤 정보들이 제공되어야 하는지에 대한 자세한 양식과 설명 자료를 가지고 있다.

**사실관계에 대한 조사(Examination on the Merits)** : 일단 사건이 받아들여지면, 재판소는 자체적으로 우호적인 해결을 위해 당사자들의 처분에 맡기고/맡기거나, 진정의 사실관계 결정을 위한 과정을 진행할 것이다. 재판소는 제공된 증거나 공개 청문회를 통해 진정의 사실관계에 대해 조

사할 것이고, 판결할 것이다.

재판소는 이미 권리가 침해된 진정인들은 사죄(satisfaction)를 받을 정당한 자격이 있다고 결정했다. 몇 가지 사례로, 재판소는 침해를 발견하는 것은 그 자체로 ‘정당한 사죄’를 구성하며, 다른 사례에서 그것은 금전적이거나 비금전적 손해의 대가로 주어진다. 권리의 회복을 요구하는 측면에서, 재판소는, 위반을 종식하고 그 결과에 대해 가능한 빨리 위반 이전의 상황(원상 회복(restitution in integrum))을 회복하는 방법으로 배상을 해야 하는 법률적 의무를 당사국에 부과하고 있다고 판결했다. 그러나 원상회복의 회복이 실제적으로 불가능하다면, 피고의 입장에 있는 국가는 재판소가 위반을 발견한 판결에 부합하는 수단을 스스로 선택할 수 있으며, 이런 측면에서 재판소는 당연한 명령이나 선언적 성명을 내지 않을 것이다. 그러나 지난 10년 동안 재판소는 그들의 판결에 부합하는 적절하거나 적당한 수단을 점점 더 구체화하고 있다.

**일시적/임시적 조치들(Provisional/Interim Measures)** : 재판소 규칙 39는 재판소에 국가나 관련된 모든 사람의 요구에 따라, 또는 자체적으로 일시적 조치들을 채택할 수 있도록 허용한다.

## 미주 인권보호 시스템

### 미주 인권위원회

#### (Inter-American Commission on Human Rights)

미주 인권위원회는 미주기구(Organisation of American States, OAS)의 기관으로 인권 감시와 수호를 증진하고, 미주기구 자문기관으로 기능하고 자 만들어졌다. 위원회는 미주기구 현장과 미주인권협약의 침해 혐의를 조사한다. 개인들과 단체들은 현장과 미주인권협약 하의 권리 침해에 관

련된 진정 조사를 의뢰하는 진정을 위원회에 제기할 수 있다. 위원회 진정의 양식은 위원회 웹사이트에서 이용할 수 있다.

**진정 자격(Admissibility)** : 협약 제44조는 위원회가 개인들을 대신해서 진정을 받고, 협약에 열거된 모든 권리의 침해에 대해 국가의 책임을 묻도록 하고 있다. 진정은 피해자 자신이나 비정부기구(NGO) 또는 그들을 대신한 다른 기구에 의해 제기된다. 그러므로 거의 침해 피해자만이 사적인 진정을 제기할 권리가 있다. 진정을 제기할 수 있는 전제조건들은 인권침해를 다루는 다른 국제적 기관의 경우와 유사하다. 진정인은 일반적인 국제법 원칙에 따라 국내적 구제책을 다 밟아야만 한다.

진정은 희생자에 대한 침해 혐의에 대해 국내 판결이 공고된 날로부터 6개월 이내에 제출되어야 한다.

그러나 후자의 요건은 만약 국내적 구제들이 적절하게 정당한 법절차를 제공하지 않거나 그러한 구제들에 대한 효과적인 접근 거부 또는, 그러한 구제들에 관한 결정의 부당한 지연이 있는 것으로 보일 경우에는 진정 제기 자격을 금지하지는 않는다. 위원회 절차 규칙은 피고의 입장에 있는 정부가 희생자에 의한 국내적 구제들이 아직 끝나지 않았음을 보여주어야 하는 부담을 가지고 있다고 규정한다.

**예방적/일시적인 조치들(Precautionary/Provisional Measures)** : 위원회는 만약 심각한 인권침해 발생 우려가 있는 진정을 접수했을 때에는 심각하고 회복할 수 없는 피해를 피하고자 해당 국가에 “예방적 조치들”을 취할 것을 요구할 수도 있다. 위원회는 또한, 심지어 그 사건이 아직 재판소에 제출되지 않은 경우에도 재판소가 개인이 위협에 처해지는 긴박한 상황에서 “일시적인 조치들”을 내릴 것을 요청할 수 있다.

**사실관계에 대한 조사(Examination of the Merits)** : 진정에 대한 정보는 관련된 국가에 송부되며, 해당 국가는 그 진정에 대해 자신의 코멘트를 보낼 것을 요청받는다. 해당 국가로부터 회신이 오면, 진정 작성자는 해당 국가의 회신에 대한 코멘트를 요청받는다. 위원회는 자체 조사를 진행하고, 현장방문을 시행하거나 양 당사자, 진정 작성자 및 관련 국가가 참석해 그들의 논거들을 제출할 것을 요청한 사건에 대한 청문회를 실시한다. 위원회는 또한 호의적 해결을 협의하는데 있어 당사자들에게 지원을 제공할 수도 있다.

**결정의 유형(Types of Decision)** : 위원회는 사건에 대해 관련 국가에 대한 권고들을 포함하는 보고서를 준비할 것이다. 위원회는 또한 미주 인권재판소에 사건을 제출할 수도 있다.

## **미주 인권재판소**

### **(Inter-American Court on Human Rights)**

미주 인권재판소는 미주인권협약의 적용과 해석을 목적으로 하는 자동적인 사법적 기관이다.

재판소는 판결적(adjudicatory)이고 자문적인 관할권을 가지고 있다. 재판소의 판결적 관할권에 따라서, 단지 위원회와 협약 당사국들에게만 협약의 해석과 적용에 관련된 사건을 제출할 권한이 주어진다. 그러나 협약 제48-59조 하에서 요구된 위원회의 절차들을 사전에 다 거쳐야만 한다.

추가적으로, 당사국을 상대로 한 사건이 재판소에 제기된 상황에서 당사국은 재판소의 관할권을 인정해야만 한다. 이것은 모든 사례에서 재판소의 관할권을 인정하는 선언이나 제한시간 또는 특별한 사례를 위한 호혜주의(reciprocity)를 기반으로 이루어질 수 있다.

재판소의 자문적 기능에 관해서, 협약 제64조는 모든 미주기구의 회원 국가가 인권협약이나 미주 국가들에서 인권 보호에 관한 다른 조약의 해석에 관해 재판소와 협의할 수도 있다고 규정하고 있다. 또한, 이 협의 권리는 미주기구 헌장의 10장에 나열된 기관들에게도 그들의 활동 분야 내에서 확대된다. 재판소는 미주기구 모든 회원 국가의 요청에 대해 앞서 언급한 국제 규약들과 자국의 국내법들과의 양립가능성(compatibility)에 관한 의견을 낸다.

협약 당사국들은 미주기구 총회 제7차 특별회기(1979년 5월)에서 재판소의 첫 번째 재판관 7명을 선출했다. 재판소는 1979년 9월 3일 코스타리카의 산호세에 공식적으로 설치되었다.

## 이스탄불 의정서의 실천 지침서(변호사용)

---

2009년 12월 인쇄  
2009년 12월 발행

발행인 : **현 병 철**

발행처 : **국가인권위원회**

(100-842) 서울시 중구 무교동길 41

금세기 B/D 11층(을지로1가 16번지)

전화 / 02) 2125-9753

FAX / 02) 2125-9733

[www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)

인쇄처 : 도서출판 **한 학 문 화**

전화 / 02) 313-7593(代)

---

ISBN 978-89-6114-186-4 93360