

고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

사회 : 나영희 (국가인권위원회 교육협력국장)

14:00~14:10	개 회 사	조영황 (국가인권위원회 위원장)
14:20~15:40	발제 1	김태천 (대구지방법원 상주지원장)
	발제 2	차지훈 (민변국제연대위원장 변호사)
	토론 1	한상훈 (연세대학교 법과대학 교수)
	토론 2	조희진 (사법연수원 교수)
15:40~15:50	휴식 및 다과	
15:50~17:10	발제 3	정경수 (순천대학교 법정학부 교수)
	발제 4	박기갑 (고려대학교 법과대학 교수)
	토론 3	장복희 (카톨릭대학교 법학부 교수)
	토론 4	박원석 (참여연대 사회인권국장)
17:10~18:00	자유토론, 질의 및 정리	

목 차

인사말

【발제문1】	1
고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 : 고문방지협약상 고문의 정의의 국내적 적용의 문제점 포함	김태천
【발제문2】	77
고문방지협약의 적용 실태 및 문제점 : 사법적 적용을 중심으로	차지훈
【발제문3】	117
고문방지협약상 통보제도의 도입여부 및 이에 따른 문제점	정경수
【발제문4】	159
선택의정서 제3부의‘방지 소위원회’및 제4부의‘국가예방기구’ 제도의 국내적 도입에 대한 고찰	박기갑
【토론문1】	185
고문방지협약의 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌에 대한 토론문	한상훈
【토론문2】	197
고문방지협약의 적용 실태 및 문제점	조희진
【토론문3】	213
고문방지협약상 통보제도 도입 관련 문제 검토	장복희
【토론문4】	221
고문방지협약 선택의정서의‘방지도위원회’및‘국가예방기구’ 국내도입에 관한 검토	박원석

안녕하십니까?

국가인권위원회 위원장 조영황입니다.

폭염이 심한 가운데서도 우리사회의 인권향상을 위하여 본 세미나에 참석해주신 발제자, 토론자, 그리고 참석자 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

이번 세미나의 목적은 국제인권규약의 하나인 고문방지협약 및 그 선택의정서와 관련된 주요쟁점을 분석하여, 우리정부가 본 협약을 실질적으로 이행할 수 있는 방향을 모색하는 데 있습니다.

우리나라는 1995년 1월 고문방지협약에 가입하였고 1996년 5월에는 유엔 고문방지위원회에 제1차 정부보고서를 제출한 바 있습니다. 또한 우리나라는 2004년 6월에 제2차 정부보고서를 제출하였고 2006년 5월경에 고문방지위원회에서 동 보고서가 심의될 예정입니다.

고문방지협약의 규정 중 고문죄 정의의 국내적 도입, 그리고 우리정부가 국가간통보제도 및 개인통보제도의 수락을 대외적으로 선언하지 않은 부분 등은 이 협약의 국내적 이행 시 부각되는 쟁점입니다.

고문방지협약의 선택의정서는 2003년 12월 채택되었으며 발효를 위해 20개국 이상의 비준을 기다리고 있습니다. 현재 우리나라가 비준을 하고 있지 않으나 이 선택의정서는 고문방지협약의 이행 실효성 확보를 위해 '국제 및 국내기구에 의한 구금장소의 방문제도'를 도입하는 것을 핵심적 내용으로 하고 있기 때문에 중요한 의의를 가지고 있습니다.

우리 위원회는 2001년 11월 설립된 이래로 국가인권위원회법에 규정된 본연의 임무를 수행해 왔습니다. 특히, 경찰 및 검찰 등 수사기관, 구금시설, 군대 등 공권력에 의한 폭행 및 가혹행위에 대하여 진정접수나 직권조사를 통해 피해자의 인권보호 및 구제를 위해 노력해 왔습니다.

우리 위원회의 설립 전에 비해 공권력에 의한 폭행 및 가혹행위는 현저히 줄어들었으며, 이전에 그러한 인권침해를 행했던 관련 법 집행공무원들도 이러한 변화를 우리 위원회가 이룬 성과중 하나로 평가하고 있습니다.

이에 이번 세미나를 통하여 고문방지협약 및 그 선택의정서의 주요쟁점을 분석하고 인권보호의 국제적 기준을 도입함으로써 아직도 남아 있는 고문관련 관행을 완전히 근절하고 인권의 보호 수준을 가일층 높일 수 있는 계기가 마련되기를 기대합니다.

다시 한번 더운 날씨에 참석해주신 모든 분들께 감사드리며, 아무쪼록 모든 분들의 깊은 관심과 토론 속에서 좋은 결실이 있기를 바랍니다.

2005. 7. 28

국가인권위원회 위원장 조영황

고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌
- 고문방지협약상 고문의 정의의 국내적 적용의 문제점 포함 -

김태천 (대구지방법원 상주지원장)

【발제문 1】

고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌

- 고문방지협약상 고문의 정의의 국내적 적용의 문제점 포함 -

김태천 (대구지방법원 상주지원장)

I. 머리말

지난 6월 26일은 유엔이 정한 『고문희생자 지원의 날』이다. 오늘 바로 이 시각에도 세계의 어느 곳에선가 고문이 자행되고 있을 지도 모를 일이다. 고문은 인류 역사에 있어서 동서를 막론하고 합법적으로 또는 불법적으로 행해져 왔고, 오늘날 인간존엄의 존중에 바탕을 둔 민주주의를 표방하고 있는 많은 국가들에서도 고문이 자행되고 있다는 보고가 있다. 고문금지에 관한 수많은 법규범(국제법과 국내법)이 존재하고 또한 이를 실행하기 위한 법제도가 마련되어 있고, 유엔이 고문희생자 지원의 날을 만들어 고문금지에 관한 대대적인 홍보에 나서고 있으나, 이를 비웃기라도 하듯 고문은 보다 은밀하고 조직적으로 계속되고 있다. 국제사면위원회에 의하면 현재 조직적으로 고문이 자행되고 있는 국가의 수가 전세계적으로 90 개국이 넘는다고 한다. 특히 최근 서구문명과 아랍문명 간의 충돌과정에서 발생하고 있는 아랍권 테러리스트들에 의한 외국인에 대한 납치, 고문, 살인에 우리 모두

가 치를 떨어야 했고, 이에 대한 보복적 차원에서 시작된 미국을 비롯한 서구 국가들이 테러와의 전쟁을 수행하는 과정에서 체포한 테러리스트들에 대한 고문 내지 비인도적 처우가 세상에 알려지자, 테러리스트들에 대한 비난의 화살은 방향을 돌려 서구 국가들에게로 향하고 있다. 국제사면위원회는 2005년의 연례보고서를 통하여 쿠바의 관다나모와 아프가니스탄의 바그람 등의 지역에서 미국에 의하여 억류된 구금자들에게 자행된 고문 등 심각한 인권침해사례를 보고하였고, 특히 2005년 6월 26일 유엔이 정한 고문희생자의 날을 맞이하여 “고문과 싸워야 하는 슬픈 현실은 21세기에든 계속되고 있다.”고 한탄하면서 테러와의 전쟁에서 이루어지는 고문 또는 그 밖의 잔혹하고 비인간적인 처우를 중단할 것을 요구하였다.

원래 고문은 국가권력을 뒷받침한 공적 기관에 의해 행하여져 왔다거나 그 목적의 정당성이라는 측면에서 고대에서부터 근대에 이르기까지 그 합법성이 인정되어 왔다. 로마시대나 전체주의체제하에서는 고문을 통하여 일반인들 사이에 공포감을 조성함으로써 권력을 유지하려는 공포정치의 수단으로 고문이 이용되기도 하였으나, 중세시대의 종교재판이나 마녀재판(속칭 마녀사냥)에서 보는 바와 같이 고문은 주로 형사절차에서 자백을 받아 내거나 처벌의 수단으로 이용되어 왔고, 이러한 주된 목적은 오늘날에 있어서도 마찬가지다. 그러나 고문은 인류가 추구해야 할 최고의 보편적 가치인 인간존엄을 직접적으로 침해하는 범죄행위이고, 그 피해자의 인간성과 신체를 파괴할 뿐만 아니라, 그 가해자를 포함하여 사회전체를 비인간화하는 속성을 가지고 있다. 이에 18세기 무렵 계몽주의의 등장과 더불어 사상적 측면에서 고문의 비인도성과 불합리성이 폭로되었고, 법제도적 측면에서도 계몽주의의 정신적 산물로 평가되고 있는 18~19세기 유럽 각국의 형법에서 신체형의 폐지 및 고문금지규정이 도입되면서 고문의 불법성 및 이에 대한 법적 규제

4 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

가 시작되었다. 나아가 국제법적인 차원에서는 제2차 세계대전 이후 세계인권선언을 비롯한 수많은 인권관련 세계적, 지역적 조약 및 유엔총회의 결의 등 각종 국제문서가 고문금지규정을 담으로써, 바야흐로 오늘날 이는 국제관습법규칙¹⁾ 내지 국제법상 강행규범(jus cogens)²⁾으로 확립되기에 이르렀다. 고문금지규정을 둔 주요 국제문서로서는 주지하다시피 세계인권선언(1948년), 제네바4개협약(1949년), 국제인권B규약(1966년), 고문방지협약(1984년 채택, 1987년 발효), 유럽인권협약(1950년), 미주인권협약(1969년), 아프리카인권헌장(1981년), 미주고문방지협약(1985년), 유럽고문방지협약(1987년) 등을 들 수 있다.

우리나라는 1995년 1월 9일 고문방지협약에 가입하였고, 같은 해 2월 8일 발효하였다. 위 협약 제19조에 따라 1996년에 최초보고서를 고문방지위원회에 제출하여 그 심사를 거쳤고, 2004년에는 제2차 보고서(1996년 6월부터 2000년 5월까지 4년간)를 제출하였는데, 위 제2차 보고서는 2005년 후반기 무렵에 고문방지위원회에 의한 심사가 예정되어 있다. 또한 우리 헌법 제12조 제2항 전단은 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, ……” 라고 하여 고문의 금지에 관한 선언적 내지 일

1) Jessica Wyndham with Stephen Clark, “Torture Background Paper”, Advisory Council of Jurists, *The Asia Pacific Forum* (2005. 8.), pp. 63~87; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1991), p. 23; *Restatement of the Law: Third Restatement of U.S. Foreign Relations Law*, Vol. 2 (1987), p. 165, § 702 (d).

2) Erika De Wet, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, *EJIL*, Vol. 15 (2004) No. 1, pp. 97~122; 구유고국제형사재판소를 비롯하여 수많은 국제적, 지역적 및 국내적 법원들이 고문의 금지를 국제법상 강행규범으로 인정하고 있음을 유엔총회가 그 결의를 통하여 밝히고 있다 {UNGA, RES/59/182 (*Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*), 8 March 2005}. 또한 영국 귀족원도 속칭 피노체트 사건에서 고문금지는 국제법상 강행규범에 해당한다고 판단한 바 있다 (*R v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolitan and Others Ex Parte Pinochet*, House of Lords, 24 March 1999).

반규정을 두고, 같은 조 제7항과 형사소송법 제309조는 고문 등에 의하여 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 제한하고 있다. 형법은 재판 등 인신구속에 관한 직무를 행하는 자의 폭행, 가혹행위 등을 독직폭행, 가혹행위죄 이른바 고문범죄로 처벌하고 있고(동법 제125조), 특정범죄가중처벌등에관한법률은 일정한 경우에 위 고문범죄에 대하여 가중처벌하는 규정을 두고 있다(동법 제4조의2). 국가인권위원회법은 국가인권위원회에 고문을 포함한 인권침해행위에 대하여 조사와 구제를 할 수 있는 권한을 부여하고 있다(동법 제19조 제2호). 그럼에도 불구하고 “1945년 일본 식민지배로부터 해방된 후 최근까지 권력을 장악한 군부독재정권은 정권유지를 위하여 폭력적 수단으로 국민을 위협하였으며, 분단상황을 이용하여 정권에 저항하는 세력에게는 가혹한 고문을 가하였다. 이른바 시국사건 관련자의 경우 변호인접견마저 봉쇄된 채 수사기관이 요구하는 내용대로 자백이 이루어질 때까지 예외 없이 혹독한 고문을 당했다. 고문피해자들이 고문사실을 주장하여도 법원조차 특별한 관심을 기울이지 않은 상황에서 고문방지를 규정한 헌법이나 형사소송법규정은 한낱 종이조각에 지나지 않았다.”³⁾는 비판³⁾을 받고 있다.

그러나 1987년의 속칭 고 박종철 고문치사사건은 고문의 폐해에 대한 국민적 각성을 초래하였을 뿐만 아니라 민주화 내지 문민화의 기폭제가 되기에 충분했다. 그 후 잠잠하던 고문에 관한 화두가 2002년의 속칭 ‘서울지검 피의자 사망 및 고문치사 사건’의 발생으로 말미암아 또다시 온 나라를 뒤흔들었다. 이 사건은 수사기관과 재판기관에 종사하는 모든 사람들에게 자성의 계기를 만들어 주었고, 행정부나 입법부에 대하여도 고문방지를 위한 법규정과 제도의 정비가 절실함을 보여

3) 한국인권단체협의회 외, “대한민국 1차 정부보고서에 대한 대한민국인권단체의 반박보고서”, 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집 제6-1권』(2003. 12.), 86쪽.

6 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

주었다. 이에 검찰은 과거 자백편중수사와 신문과정의 밀행성 등의 수사관행이야말로 고문을 유발할 수 있는 직접적인 요인으로 보고, 2003년 법무부 훈련이나 검찰수사준칙을 통하여 고문방지를 위한 제도상 운영개선방향으로 수사과정의 녹음·영상녹화, 철야조사의 제한, 피의자의 인권보호를 위하여 변호인의 접견교통과 신문절차참여의 보장 등을 제시하였고, 고문방지협약의 주관부처인 법무부는 2004년 정책목표와 과제 중의 하나로서 고문방지협약을 비롯한 우리나라가 가입한 6대 국제인권규약을 비롯한 인권 관련 국제규약이나 국제적으로 인정된 인권기준에 부합하도록 인권 관련 국내 법령과 제도의 정비를 제시하고 있다.⁴⁾ 또한 현재 사법개혁추진위원회에서는 자백편중 수사관행을 시정하기 위하여 공판중심주의의 정착을 위한 수사기관에서의 자백(특히 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서)의 증거능력을 제한하는 등의 형사소송법 개정안을 마련하고 있고, 최근 법원의 실무관행도 이러한 시대적 요청에 따라 속칭 조서재판에서 탈피하여 공판중심주의의 정착을 위한 새로운 형사재판방식을 도입하여 실시하고 있다.

이 글에서는 고문방지협약상의 몇 가지 주요규정, 즉 주로 고문의 일반적 정의(협약 제1조, 제16조), 고문범죄의 처벌(제4조) 및 고문으로 수집된 증거의 배제(제15조)과 국내형사법체계의 조화와 충돌에 관하여 위 각 고문방지협약규정의 해석에 관한 국제법적 내지 비교법적 실무관행과 관련 국내형사법규정 및 그 해석에 관한 재판실무관행을 대비하는 방식으로 검토하고자 한다.

4) 법무부, 『정책목표와 과제 - 인권 존중의 법질서』(2004), 30쪽.

II. 고문의 정의(제1조, 제16조)

1. 고문에 대한 일반적 정의

고문의 사전적 의미는 “처벌을 목적으로, 자백이나 정보를 이끌어낼 목적으로, 또는 가학적인 쾌락을 얻을 목적으로 사람의 신체나 정신에 대하여 격심한 고통을 가하는 행위”를 말한다.⁵⁾ 그런데 고문방지협약은 제1조에서 “고문이라는 용어는 어떤 개인 또는 제3자로부터 정보 또는 자백을 얻어내기 위하여, 그 개인 또는 제3자가 행하였거나 행하였다는 혐의가 있는 행위에 대하여 그 자를 처벌하기 위하여, 모든 종류의 차별에 근거한 어떤 자 또는 제3자를 협박하거나 강요하기 위하여, 또는 모든 종류의 차별에 근거한 어떠한 이유로 인하여 그 개인에게 고의적으로 신체적 또는 정신적으로 극심한 고통 또는 피해를 가하는 행위를 의미한다. 그 고통이 공무원 또는 공적 자격으로 임무를 수행하는 다른 사람이 또는 이러한 사람의 교사에 의하거나 동의 또는 묵인하에 이루어져야 한다.”고 규정하고 있다. 비슷한 정의로는 미주고문방지협약 제2조를 들 수 있다. 그에 의하면 “본 협약의 목적상 고문은 위협의 수단, 개인적 처벌, 예방적 조치, 징벌로서의 형사적 수사 목적으로 또는 여타 목적으로 개인에 대하여 가하는 육체적 또는 정신적 고통 및 피해에 따른 의도적 제반행위로 이해될 수 있다. 고문은 육체적 고통 또는 정신적인 피해를 야기하지 않더라도 피해자의 인간성을 말살하거나 육체적 또는 정신적 능력을 약화시키려는 방법을 사용하는 것으로 이해될 수 있다.”

한편 고문방지협약상의 위 고문 개념의 정확한 의미를 파악하기 위해서는 국제

5) *Black's Law Dictionary, 7th ed* (St. Paul MN: West Group, 1999), p. 1498.

8 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

인도법상 반인도범죄로서의 고문과 국제인권법상 반인권범죄로서의 고문을 구별할 필요가 있다. 국제인도법과 관련한 각종 조약규정에 의하면, 반인도범죄(crime against humanity)라 함은 범죄가 행하여진 국가의 국내법 위반 여부를 불문하고, 재판소의 관할에 속하는 어떠한 범죄를 수행하거나 그 범죄와 관련되어 전쟁 전 또는 전쟁 중에 민간인 집단에 대하여 자행된 살인, 말살, 노예화, 강제추방, 기타 비인도적 행위 또는 정치적, 인종적 또는 종교적 근거에 의한 박해(뉘른베르크헌장 제6조 제C항), 국제적 성격과 국내적 성격을 불문하고, 무력충돌 중 민간인 집단을 상대로 저질러진 …… (f) 고문, (i) 기타의 비인도적 행위(구유고국제형사재판소규정 제5조), 국가적, 정치적, 윤리적, 인종적, 종교적 이유로 민간인에 대하여 광범위하거나 조직적인 공격으로 범해지는 (f) 고문, (i) 기타의 비인도적 행위 등의 범죄(르완다국제형사재판소규정 제3조), 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 (f) 고문 등의 행위를 말하고(국제형사재판소규정 제7조 제1항), 여기서 고문은 자신의 구금하에 있거나 또는 통제하에 있는 자에게 고의적으로 신체적 또는 정신적으로 극심한 고통이나 괴로움을 가하는 것을 말한다(국제형사재판소규정 제7조 제2항 (e)호)고 규정하고 있다.

이상과 같은 반인도범죄에 관한 여러 정의에 있어서 공통점은 민간인에 대한 범죄라는 피해자성(객체), 범죄의 광범위성 혹은 조직성(행위), 우월적 비인도성⁶⁾ 등을 들 수 있다.⁷⁾ 뉘른베르크헌장과 구유고국제형사재판소규정에서 보는 바와 같

6) 캐나다 연방대법원은 *R. v. Imre Finta* 사건([1994] 28. C.R. (4th) 265 (S.C.))에서 “반인도범죄는 국내법의 살인이나 강도보다 그 도덕적 비난의 정도가 강하여야만 한다.”고 판결한바 있다고 한다(최호진, “반인도적 범죄인 고문과 국제형사법적 대응”, 경성법학(경성대학교 법학연구소), 제13집 제2호(2004. 11.), 198쪽에서 재인용).

은 전쟁이나 무력충돌상황이라는 전제성은 르완다국제형사재판소규정이나 국제형사재판소규정에서는 그 구성요건에서 삭제되었다. 이에 따라 이제는 전쟁이나 무력충돌상황이라는 전제성은 반인도범죄의 구성요건이라고 할 수는 없을 것이다. 또한 뉘른베르크헌장을 제외한 나머지 국제문서나 NGOs의 견해에 의하면, 고문을 반인도범죄 유형의 하나로서 나열하고 있다.

그러나 이러한 반인도범죄로서의 고문과 고문방지협약상의 고문은 개념적으로 구별하지 않을 수 없다. 고문방지협약상의 고문범죄는 반인도적 범죄로서 일반적으로 요구되는 범죄의 광범위성 혹은 조직성과 우월적 비인도성을 요구하지 않기 때문이다. 반면에 뒤에서 보는 바와 같이 고문방지협약상의 고문은 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적 등과 같은 목적적 요소와 국가기관의 직접적 또는 간접적 관련성을 구성요건으로 함에 반하여, 국제형사재판소규정에서 보는 바와 같이 반인도범죄로서의 고문에는 그와 같은 목적적 요소와 주체적 요소를 반드시 요구하지는 않고 있다.

그런데 고문방지협약상의 고문은 범죄의 광범위성 혹은 조직성과 우월적 비인도성을 요건으로 하지 않는다는 측면에서 반인도범죄로서의 고문보다는 넓은 개념으로 이해해야 한다는 견해⁸⁾가 있는 반면에, 반인도범죄 개념에서 ‘전쟁이나 무력충돌관련성’과 ‘대민간인범죄성’을 제외한다면 반인도범죄로서의 고문이 고문방지협약상의 고문보다 훨씬 넓은 개념이라는 견해⁹⁾가 있다. 생각건대, 이론적으로

7) 최호진, 앞의 논문(주6), 198쪽.

8) 박찬운, “반인도적 범죄의 한국에서의 수용: 그 내용과 방법”, 『공소시효 배제입법 토론회』(국가인권위원회, 2002), 19쪽.

9) 최호진, 앞의 논문(주6), 208쪽.

10 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

는 위와 같은 고문방지협약상의 고문에 있어 요구되는 목적적 또는 주체적 요소로 말미암아 반인도범죄로서의 고문에 해당하더라도 그 요소의 흠결로 인하여 고문방지협약상의 고문에 해당하지 않는 경우도 있을 수 있다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 고문방지협약에서 목적적 요소로서 들고 있는 4가지 목적은 원칙적으로 예시규정이라고 해석되고, 또한 반인도범죄의 고문에 있어서도 명시적이지는 않으나 통상적인 경우에는 국가기관의 관련성을 전제로 하고 있으므로, 이론적으로나 실제에 있어서도 고문방지협약상의 고문에 해당하지 않는 반인도범죄로서의 고문은 극히 예외적인 경우라 할 것이다.

요컨대, 개념적으로는 반인도범죄의 고문과 고문방지협약상의 고문은 어느 일방이 다른 일방을 완전히 포섭하는 동심원 관계에 있는 것이 아니라, 두 원이 비스듬히 겹쳐지는 중첩원 관계에 있다고 할 것이나, 실제적으로는 고문방지협약상의 고문은 반인도범죄로서의 고문의 범주를 극히 예외적인 경우를 제외하고는 거의 대부분을 포섭하는 보다 포괄적인 개념으로 이해함이 상당하다. 따라서 고문방지협약상의 고문에 해당한다고 하여 곧 반인도범죄라고 단정할 수 없고, 결국 비인도적 행위에 이르지 아니하는 고문행위도 고문방지협약에 의해 규율될 수 있다. 이러한 맥락에서 고문방지협약상의 고문을 반인도범죄라고 지칭하기 보다는 반인권적 국가범죄의 한 유형으로 파악하고자 하는 견해도 있다.¹⁰⁾

10) 조국, “반인권적 국가범죄의 공소시효의 정지, 배제와 소급효금지의 원칙”, 『공소시효 배제입법토론회』 (국가인권위원회, 2002), 42~43쪽 {국가권력에 의한 인권유린범죄(수사기관의 고문과 가혹행위)는 국제법상의 반인도적 범죄의 객관적 성립요건(민족 또는 인종분류 속에서 발생하는 무장충돌을 배경으로 하고, 민간인집단에 대하여 광범하게 또는 조직적으로, 그리고 국가 또는 조직적 정책에 수반하여 도는 그 연장선에서 자행될 것이 요구됨)를 충족하지 못하므로, 반인도적 범죄 개념을 그대로 차용할 수 없다. 이에 ‘반인권적 국가범죄’라는 개념을 새로이 만들어 사용하고자 한다. 이는 “국가기관이 그 직무를 행함에 있어 정당화사유 없이 시민을 살해 또는 고문하는 등 헌법과 법률을 위반하여 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나 이 침해행위를 조직적 고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 11

2. 고문방지협약상 고문의 성립요소

가. 주체적 요소, 객체적 요소, 고의적 및 목적적 요소

고문은 전통적으로 형사소송절차에서 증거를 확보하기 위하여 사용되었기 때문에 자연히 공무원이나 그 밖의 공무수행자에 의한 것만이 문제시되어 왔다. 그러나 미주인권협약 등의 국제문서에서 보는 바와 같이 일반적으로 고문은 반드시 공무수행자에 의한 것만으로 한정하지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 고문방지협약은 고문을 정의함에 있어 “공무원 또는 공적 자격으로 행동하는 사람”(by …… a public official or other person acting in an official capacity)이라고 규정하여 원칙적으로 공무수행자에 의한 고문만을 그 적용대상으로 하고, “(공무수행자의) 교사, 동의, 묵인 아래”(at the instigation of or with the consent or acquiescence of) 사인에 의하여 행하여진 행위까지 포함된다고 규정하고 있다. 따라서 사인도 공무원의 교사, 동의, 묵인 아래 고문을 행함으로써 행위 주체가 될 수 있다. 다만 순수하게 사인에 의해 행하여진 고문은 일종의 가증된 형태의 폭행으로서 비록 피해자에 대한 결과는 같다고 할지라도 그것은 고문에 해당되지 않는다.¹¹⁾

그런데 유럽인권재판소는 1998년의 *A v. the United Kingdom* 사건에서 사인에 의한 고문행위도 유럽인권협약의 적용대상에 해당한다는 취지로 판단함으로써 논란의 소지를 제공하고 있다. 위 사건에서 피해자는 자신이 9살이었을 때 상습적으로 그 계부로부터 회초리로부터 심하게 폭행을 당하였는데 국가는 이러한 폭력으

으로 은폐, 조작한 행위”라고 정의한다.

11) 최태현, “고문방지협약”, 국제인권법, 창간호(1996), 145~146쪽.

12) 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

로부터 그를 보호해야 할 책임이 있다고 주장하였다. 그 계부는 상습아동폭행죄 혐의로 기소되었으나 그것은 합리적인 훈육의 범위 내에 속한다고 하여 무죄평결을 받았다. 이에 위 인권재판소는 위 인권협약 제3조에서 규정하고 있는 고문 및 기타 부당한 처우의 금지는 국가에 대하여 그 관할권 내에 있는 개인들이 사인에 의한 부당한 처우를 포함하여 고문, 비인도적 또는 굴욕적인 처우나 형벌을 받지 않도록 보장하기 위한 조치를 취하도록 요구하고 있고, 특히 아동이나 기타 사회적 약자는 인간 존엄의 중대한 침해에 대하여 효과적인 방어의 형태로 국가의 보호를 받을 권한이 있다고 판단하였다.¹²⁾

역사적으로 고문은 주로 자유를 박탈당한 자이거나 적어도 고통을 가하는 자의 사실적 권력이나 통제 하에 있는 자에 대하여 행하여져 왔다. 좀더 구체적으로는 피해자가 사회적, 경제적, 인종적으로 불리한 그룹, 즉 흑인, 난민, 여성, 아동 등에 속해 있을 때 고문이 더 쉽게 발생한다는 것이다.¹³⁾ 협약은 고문의 객체에 관하여 막연히 ‘어떤 자(a person)’이라고 하여 고문희생자를 특별히 정의하고 있지는 아니하나, 위와 같은 역사적 의미에 있어서 고문과 마찬가지로 자유를 박탈당한 자 등에 한정된다고 봄이 상당하다.¹⁴⁾

고문은 반드시 가해자의 고의에 기한 것이어야 한다. 협약 제1조도 “고의적으로 가하는”(intentionally inflicted) 이라고 하여 이 점을 분명히 하고 있다. 고문행위로 인하여 피해자가 상해를 입거나 사망에 이른 경우와 같은 결과적가중범의 경우에는 비록 그 결과를 처음부터 의도한 것이 아니라 하더라도 ‘그 결과의 발생을 예

12) *A v. the United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 23 September 1998, para. 22.

13) 민경식, “고문을 받지 아니할 권리”, 중앙법학, 제7집 제1호(2005년 2월), 61쪽.

14) 최태현, 앞의 논문 (주11), 147쪽.

견할 수 있었을 때'¹⁵⁾에는 그 결과에 대하여도 책임을 져야 함은 물론이다(우리 형법 제15조).

일반적으로 고문은 일정한 목적적 요소를 내포한다. 이에 따라 협약도 고문을 정의함에 있어 다음과 같은 4가지의 목적, 즉 ① 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적, ② 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위를 처벌하기 위한 목적, ③ 제3자를 협박, 강요할 목적, ④ 모든 종류의 차별에 기초한 이유를 들고 있다. 위와 같은 4가지의 목적은 예시규정에 불과한가, 아니면 그 중 어느 하나에도 해당되지 않으면 고문으로서의 요건을 갖추지 못하게 되는 열거규정인가에 관하여는 협약 초안 작성 단계에서부터 논란이 제기되었다. 결론적으로는, 양쪽 견해를 절충하여 “…… 와 같은 목적(such purpose as)”이라고 규정함으로써 원칙적으로 예시규정으로 보면서도 그 행위의 목적이 예시된 4가지의 목적과 어떤 공통성을 가져야 한다고 제한하였다.¹⁶⁾

나. 행위적 요소(행위태양)

고문은 ‘극심한 고통 또는 피해’(severe pain or suffering)의 발생을 전제로 한다. 여기서 우선 문제되는 것은 고문에 이르는 고통 또는 피해의 강도(severity)이

15) 여기서 말하는 ‘중한 결과에 대한 예견가능성’은 일반적인 객관적 귀속의 척도로서의 객관적 예견가능성(객관적 주의의무위반)과 특별한 객관적 귀속의 척도로서의 구체적으로 발생한 결과에 대한 객관적 예견가능성(상당성 관련)을 넘어 행위자의 정신적, 신체적인 능력과 인식을 기준으로 한 주관적 예견가능성(과실)까지를 포괄하는 의미하는 것으로 파악하는 견해가 있다 {김일수, 『형법총론 제5판』 (서울: 박영사, 1997), 553쪽}.

16) 최태현, 앞의 논문 (주11), 148쪽 (이러한 점에서 본다면 미주고문방지협약 제2조에서처럼 “any other purpose”라고 하여 좀더 포괄적으로 명백히 규정하는 것이 좋았을 듯하다).

14 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

다. 이는 피해자의 육체적 상태와 정신적 저항력 등의 상황에 따라 상대적이다.¹⁷⁾ 따라서 이에 관한 판단은 부당한 처우의 지속기간, 정신적 및 육체적 효과, 경우에 따라서는 피해자의 성별, 연령 및 건강상태 등 모든 상황을 고려하여야 한다.

유럽인권재판소는 1978년의 *Ireland v. United Kingdom* 사건에서 북아일랜드가 피구금자에 대하여 사용한 5가지 신문방식, 즉 ① 벽에 세우기(wall-standing: 피구금자를 긴장된 자세로 있도록 몇 시간 동안이고 강용하는 것으로서, 사지를 죽 펴고 벽에 기대여 손은 머리 위 벽면 높이로 든 채 다리는 벌리고 발바닥을 벽에 붙임으로써 몸무게를 주로 발가락 끝에 의지하도록 하는 것임), ② 머리에 올려놓기(hooding: 검정색 또는 남색 가방을 피구금자의 머리 위에 올려놓는 것으로 적어도 초기에는 신문시를 제외하고 계속 올려놓음), ③ 소음내기(subjection to noise: 신문 중에 계속적인 쇠소리가 나는 방에 억류함), ④ 잠 안 채우기(deprivation of sleep: 심문 중에 피구금자에게 잠을 못 자게 함), ⑤ 음식과 음료수 제공거부(deprivation of food and drink: 신문 중 도는 수감 중 피구금자의 음식량을 줄임)와 같은 신문방식이 유럽인권협약 제3조 소정의 (고문에 이르지 아니하는) 비인도적이거나 굴욕적인 처우에 해당함은 만장일치로 결정하였다. 나아가 위와 같은 신문기술이 고문에 해당하는가에 대해서는 “재판소는 협약 제3조에 구현된 이 개념과 비인간적이거나 굴욕적인 처우와의 구별에 유의하여야 한다. 이 구별은 기본적으로 가해진 고통의 강도 차이에서 파생된다는 것이 재판소의 견해이다. 고문과 비인도적 또는 굴욕적인 처우를 구별하면서 매우 심각하고 잔인한 피해를 야기하는 비인도적 처우를 특별히 치욕적인 것으로 간주하려는 것이 협약의 의도로 보인다고 생각하고 있다. 위 다섯 가지 심문기술이 혼합되어 사용될 때

17) 민경식, 앞의 논문 (주13), 59쪽.

는 일반적으로 이해되는 고문이라는 단어가 함축하는 특정한 강도와 잔인성의 피해에 이르게 될 수 있다.”고 하여 위의 각 신문방식은 개별적으로 사용되는 경우에는 비인도적이고 굴욕적인 처우에 불과할 뿐 고문에 이르지 않는다고 할지라도, 위 5가지 신문방식을 혼합하여 사용한다면 그것은 곧 고문에 해당될 수 있다고 판단하였다.¹⁸⁾ 이 판결은 고문(고문방지협약 제1조)과 그에 이르지 아니하는 잔혹한, 비인간적 또는 굴욕적인 처우와 처벌(제16조; 이하에서는 편의상 약칭하여 ‘부당한 처우, ill-treatment’라고 한다)을 구별하는 기준을 제시한 선례가 되었다. 그 후 유럽인권재판소는 2000년의 *Salman v. Turkey* 사건에서 구금될 당시 건강한 상태였던 피해자가 그의 발에 타박상과 찰과상을 그리고 흉부에 골절상을 각 입었고, 결국 사망에 이르게 되었는데, 이러한 부당한 처우의 성격과 정도 및 그것이 신문 중에 이루어졌음이 추정되는 점 등을 종합하여 고문에 이르렀다고 판단하였다.¹⁹⁾ 또한 개인이 건강한 상태에서 구금되었다가 석방 당시에 상해를 입은 것이 확인된 경우에는 국가는 그러한 상해가 어떻게 발생하게 되었는지에 관하여 납득할 만한 설명과 피해자의 주장을 배척할 수 있는 증거를 제출할 의무가 있다는 것이 유럽인권재판소의 확립된 태도이다.²⁰⁾

그런데 이스라엘 대법원은 1999년 비밀경찰조직인 안보총국(General Security

18) *Ireland v. United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 18 January 1978, 2 EHRR 25, para. 167.

19) *Salman v. Turkey*, Judgement of the ECHR, 27 June 2000.

20) *Colak and Filizer v. Turkey*, Judgement of the ECHR, 8 January 2004, Application nos. 32578/96 and 32579/96, para. 30; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, para. 87, ECHR 1999-V; *Aksoy v. Turkey*, Judgement of the ECHR, 18 December 1996, Reports of Judgements and Decisions 1996-VI, p. 2278, para. 62; *Tomasi v. France*, Judgement of the ECHR, 27 August 1992, Series A no. 241-A, pp. 40~41, paras. 108-111; *Ribitsch v. Austria*, Judgement of the ECHR, 4 December 1995, Series A no. 336, p. 26, para. 34.

Service)이 테러활동에 관련된 팔레스타인 피의자에 대한 특정한 신문방식, 즉 ‘적당한 고문’(moderate torture)의 합법성에 관한 획기적인 판결을 선고함으로써 한 때 논란이 된 바 있다.²¹⁾ 위 판결에 의하면 GSS에 의한 팔레스타인 피의자에 대한 대표적인 신체적 고통을 가하는 신문방식으로 흔들기(Shaking, 피의자의 상체를 앞뒤로 강하게 흔들으로써 목과 머리가 전후좌우로 빠르게 흔들거리게 되어 심각한 뇌손상, 척수손상, 두통을 야기하거나 피의자의 의식을 잃게 하고 통제 불가능한 구토나 방뇨를 일으킬 수도 있음), 속칭 ‘샤바흐’(Shabach) 자세로 대기시키기,²²⁾ 개구리 자세로 웅크리기(Frog Crouch), 수갑을 과도하게 조르기, 수면박탈(샤바흐 자세, 큰소리의 음악, 쉬지 않고 계속되는 강도 높은 신문으로 인하여 잠을 잘 수가 없음) 등을 들 수 있는데, 이스라엘은 건국 초기부터 자신의 존재와 안보를 위한 지속적인 투쟁을 이어왔고, 이스라엘을 말살하려는 목표를 가진 테러조직에 의한 테러활동과 질서교란행위는 군인과 민간인, 남녀노소를 가리지 않고 그 장소를 불문하고 계속되어 왔으며, 이에 따라 1996년 1월 1일부터 1998년 4월 15일까지 테러공격으로 121명이 숨지고 707명이 사망한 역사적 상황이라는 특수성을 전제로 한 다음, “현행법상 GSS는 테러혐의자에 대한 신문에 있어 본질적으로 요구되는 정도 이상으로 흔들기, 샤바흐, 개구리 자세로 웅크리기, 수면박탈방식

21) Eyal Benvenisti, “The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists”, *EJIL*, Vol. 8 (1997) No. 4, p. 596.

22) 원래 샤바흐는 ‘큰 소리로 외침’ ‘승리의 외침’ ‘승리로 기뻐하다’의 뜻을 가지고 있는 찬양어로서 ‘칭송’ ‘찬양’ 등으로 번역되고 있는데, 신문방식으로서의 샤바흐는 지면 쪽으로 기울어진 작고 긴 의자 위에 피의자를 앉힌 후, 그의 한 손은 뒤로 묶어 의자의 앉는 부분과 등받이 사이에 끼워두고, 다른 한 손은 의자 등받이 뒤쪽으로 하여 의자 밑 부분에 묶어 두며, 다른 피의자들과의 의사소통을 방지하기 위하여 머리에는 불투명한 부대를 덮어씌워 어깨 밑으로 숙이도록 한 채 큰 소리의 음악을 틀어놓고 장시간 동안 그 상태로 두는데, 이러한 자세는 양팔에 심각한 근육통과 목과 머리에 통증을 일으킬 수 있다.

을 사용할 권한을 가지지 않는다.”는 취지로 판단하였다.²³⁾ 결국 위 판결은 신문에 있어 본질적으로 요구되는 정도 안에서 이루어지는 ‘적당한 고문’, 즉 피의자가 무고한 시민들의 사망을 포함한 국가에 대한 급박한 테러공격에 관한 정보를 가지고 있다고 판단되는 상황에서 엄격히 제한된 신문 환경에서 사용된 ‘적당한 신체적 강제’를 허용하고 있는 "Landau rules"에 따랐다면 그 신문의 합법성이 인정되고, 또한 GSS에 의한 신문방식이 당시 이스라엘 국내법상 허용되지 않는 것이라고 판시함으로써 의회가 장래 그와 같은 절차를 허용하는 입법을 할 가능성을 열어 놓고 있다는 점에서 비판을 받고 있다.²⁴⁾

한편 고문에 이르는 정도의 ‘고통과 피해의 강도’는 앞서 본 바와 같이 피해자의 육체적 상태와 정신적 저항력 등의 상황에 따라 상대적일 뿐만 아니라, 시대와 장소에 따라서도 달라진다고 할 것이므로, 고문 여부를 판단함에 있어서는 그 행위 당시의 상황도 아울러 고려하지 않으면 아니 된다. 유럽인권재판소는 1999년의 *Selmouni v. France* 사건에서 “어떤 행위가 과거에는 ‘고문’에 대비되는 ‘비인도적 및 굴욕적인 처우’로 분류되었던 것도 장래에는 달리 분류될 수도 있다. 인권과 기본적 자유의 보호의 영역에서 요구되는 점차 증가하는 높은 수준은 상당히 그리고 필연적으로 민주사회의 기본적 가치에 대한 위반을 평가함에 있어서 보다 엄

23) The Supreme Court of Justice of Israel, *Judgement on the Interrogation Methods applied by the GSS*, 6 September 1999, H.C. 5100/94, H.C. 4054/95, H.C. 6536/95, H.C. 5188/96, H.C. 7563/97, H.C. 7628/97, H.C. 1043/99.

24) *Concluding observations of the Committee against Torture: Israel*, 09/05/97, A/52/44, paras. 253~260 (① 매우 고통스러운 환경 하의 구금, ② 특별한 환경 하에 두건으로 눈을 가림, ③ 장기간 고음의 음악을 듣게 함, ④ 장기간 수면 박탈, ⑤ 죽음에 대한 위협, ⑥ 극렬한 흔들기, ⑦ 오싹하게 하기 위하여 찬 공기의 사용 등은 협약 제16조에 위반될 뿐만 아니라 제1조 소정의 고문에 해당한다는 것이 고문방지위원회의 견해라고 밝히면서, 테러에 의한 안보 위협에 직면한 이스라엘의 특수한 사정을 인식하면서도 위 이스라엘 국내법원의 판결 내용에 대해 우려를 표시하고 있다).

격한 기준을 요청하고 있다.” 라고 판단하였다.²⁵⁾ 이와 관련하여 고문관련특별보고관이 2003년 유엔인권위원회에 제출한 보고서에 의하면, HIV-감염 혈액의 고의적 투여, 구금자에 대한 HIV-관련정보, 예방교육 및 방법, 자발적 시험, 자문, HIV-관련 건강검진의 접근 거부 그리고 치료시도의 접근과 자발적 참여의 거부도 금지되어야 할 고문과 그 밖의 부당한 처우에 포함되어야 한다고 하였다.²⁶⁾

고문의 행위태양은 흔히 하나의 행위에 그치기보다는 여러 행위가 중첩되는 형식을 취하는 것이 일반적이다. 따라서 비록 개별적인 하나하나의 행위가 고문에 이르는 정도의 ‘극심한’ 고통과 피해를 야기하는 것이 아니라 하더라도, 여러 행위가 중첩됨으로써 그 고통과 피해가 가중됨으로써 협약 제1조에서 요구한 고문에 이르는 고통과 피해에 해당될 수도 있다. 이와 관련하여 비록 고문에 관한 것은 아니지만 행위의 중첩적 효과의 중요성을 강조한 선례로는 유럽인권재판소의 *Dougoz v. Greece* 사건 판결(2001년)을 들 수 있다. 위 사건에서 피해자는 국외 추방을 대기하면서 17개월 동안 2개의 수용소에 수용되어 있었는데, 그가 수용된 감방은 그 수용능력이 20명 정도이었음에도 100명이 수용되기 일쑤였고, 침대는 물론이고 침구조차 갖춰지지 않았으며, 일부 피수용자는 복도에서 잠을 자야 했고, 화장실은 100명이 사용하기에는 턱없이 부족했으며, 온수도 거의 공급되지 아니하였고, 맑은 공기와 햇볕을 마시거나 쬐일 수도 없었으며, 운동할 수 있는 마당도 마련되지 않았다는 것이다. 이에 위 재판소는 과도한 수용과 수면시설의 부족 등과 같은 이러한 상황은 피해자의 장기간 구금생활과 결합함으로써 굴욕적 대우

25) *Selmouni v. France*, Judgement of the ECHR, 28 July 1999, para. 101.

26) *Report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, "Civil and Political Rights, including the questions of torture and detention"*, E/CN.4/2004/56, 23 December 2003, paras. 52~53.

에 해당한다고 판단하였다.²⁷⁾

고문에 의해 야기되는 피해자의 고통이나 피해는 반드시 신체적 고통만을 의미하는 것이 아니라, 정신적 내지 심리적 고통도 포함한다. 협약은 이 점을 명백히 밝히고 있다. 이는 현대적인 고문기술의 발달에 따른 심리적 형태의 고문이 점차 증가하는 현상을 반영한 것이라고 말할 수도 있다.²⁸⁾ 또한 고문은 작위(act)의 형태로 이루어짐이 보통이다. 협약도 작위만을 언급하고 있을 뿐 부작위에 의한 고문에 대해서는 아무런 언급도 없으나, 부작위도 고문의 행위태양으로 인정된다. 유럽인권재판소도 그와 같은 입장에서 있음을 확인할 수 있다. 즉 유럽인권재판소는 2001년의 *Price v. United Kingdom* 사건에서 중증 장애인을 구금함에 있어서는 통상의 적법절차를 준수하여야 하는 것은 물론이고 개별적 사정에 따른 특별한 조치를 취하지 아니하고 방치하는 것(부작위)은 곧 굴욕적 처우에 해당한다고 판단하였다.²⁹⁾ 미주인권재판소도 1997년의 *Loayza Tamayo* 사건에서 피해자는 외부와 차단된 상태에서 하루에 23.5시간씩 습하고 추운 감방에 감금되었는데, 그 감방은 가로 2미터, 세로 3미터 정도였고, 그곳에는 직접적인 환기시설도 갖추어지지 않았고 직접적인 햇빛도 들어오지 않았으며, 단지 하루에 20~30분간씩 밖으로 나가 햇빛을 쬐는 것이 허용되었을 뿐이고, 라디오·신문·잡지도 허용되지 아니한 채 장기간 구금된 것과 관련하여 “(그것이) 비록 신체적 상해를 가한 것이 아닐지라도, (그로 말미암은) 정신불안에 의한 심리적 및 정신적 고통도 비인도적 처우에 해당될 수 있다.”고 판단하였다.³⁰⁾

27) *Dougoz v. Greece*, Judgement of the ECHR, 6 March 2001.

28) 최태현, 앞의 논문 (주11), 147쪽.

29) *Price v. United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 10 July 2001, para. 34.

20 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

다. 합법적인 제재조치

고문방지협약 제1조 후단에 의하면, 합법적인 제재조치로부터 야기되고 이에 고유하거나 부수적인 고통 또는 피해는 고문에 해당되지 않음을 명백히 밝히고 있다. 따라서 합법적인 형집행 과정에서 고문에 해당하는 극심한 고통이나 피해가 발생하였다 하더라도 위 법조문의 해석상 고문에 해당한다고 말할 수는 없을 것이다. 그런데 협약 제16조는 고문에 미치지 아니하는 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 형벌도 고문과 마찬가지로 이를 예방하기 위한 조치를 취할 것을 당사국에게 의무지우고 있다. 여기서 주로 문제되는 것은 국내법상 적법절차에 따라 이루어지는 체벌(혹은 신체형), 사형(사형의 집행방식과 사형수 감방의 현상)의 집행이 협약 제16조 소정의 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 형벌에 해당할 것인가 여부에 있다.

체벌(corporal punishment)이라 함은 넓은 의미에서 주로 처벌과 교화를 목적으로 하여 신체적 폭력과 고통을 가하는 것을 포함하는 처벌을 말한다.³¹⁾ 이러한 체벌의 금지를 명확하게 규정하고 있는 국제인권조약은 찾을 수가 없다.³²⁾ 다만 법적 구속력이 없는 국제기구의 결의 또는 권고적 의견에서 체벌에 대한 언급을 발견할 수 있을 뿐이다. 유엔인권위원회는 2002/38 결의에서 체벌의 정확한 의

30) *Loayza Tamayo Case*, Judgement of the Inter-Am. Ct. H.R., September 17, 1997, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 47 (1999), para. 57.

31) Jessica Wyndham, *supra note* 1, p. 39.

32) *Ibid.*, p. 40.

미에 대하여 아무런 언급도 없이 막연히 “아동을 포함하여 체벌은 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처벌이거나 심지어 고문에 해당할 수도 있다.”는 것을 각국 정부는 상기할 필요가 있다고 하였고, 고문특별보고관도 처벌은 고문 및 기타 부당한 처우의 금지규정과 양립할 수 없다고 연례보고서를 통하여 지속적으로 밝히고 있다.³³⁾ 또한 인권이사회는 제20호 일반의견에서 “(잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적인 형벌)의 금지는 범죄의 처벌이나 교육적 또는 교화적 조치로서 명령된 과도한 징벌을 포함하는 체형에 대하여도 확장 적용되어야 한다.”는 견해를 표명하기도 하였다.³⁴⁾ 인권이사회는 2004년의 *Pryce v. Jamaica* 사건에서 피해자가 그의 여자 친구의 모에게 상해를 가하여 영구장애가 남도록 한 행위에 대한 형벌로서 타마린드(열대산 콩과의 상록수) 회초리로 6번 맞는 처벌을 선고받은 것과 관련하여, 체벌의 금지는 처벌받아야 할 범죄의 성격을 불문하고 적용되어야 한다고 하면서 위와 같은 처벌을 가하는 것은 B규약 제7조에 위반된다고 판단하였다.³⁵⁾ 유럽인권재판소는 1978년의 *Tyrer v. the United Kingdom* 사건에서 법률상 체형제도를 유지하고 있는 영국의 Isle of Man 섬에 거주하는 있는 소년이 실질적 신체손상을 일으킨 폭력범죄로 유죄평결을 받아 사법적 체벌의 판결을 선고 받은 후 그 판결의 집행으로 경찰관으로부터 엉덩이를 벗겨 곤장을 맞은 데 대하여 이는 굴욕적 형벌에 해당한다는 주장에 대하여, 사법적 체벌은 한 인간이 다

33) *Interim Report by Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment to the UN General Assembly, A/57/173, 2 July 2002, para. 48.*

34) *General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92, CCPR General Comment No. 20. (General comments), para. 5.*

35) *Pryce v. Jamaica, 13/05/2004, CCPR/C/80/D/793/1998, para. 6.2.*

른 인간에 대하여 신체적 폭력을 가는 것으로서 모든 차원 특히 사법부와 경찰의 차원에서의 국가제도에 명백히 포함된 것이라고 그 성격을 밝힌 다음, 비록 피해자가 극심하거나 장기간의 신체적 고통을 입은 것이 아니라 할지라도 인간존엄과 신체의 자유를 보호하기 위한 고문 및 부당한 처우의 주된 금지 대상 중의 하나인 폭력이라 할 것이고, 이는 비록 고문에 이르지 않았다 하더라도 굴욕적인 처우에는 해당한다고 판단하였다.³⁶⁾ 또한 형벌뿐만 아니라 학교에서 교사의 학생에 대한 훈육적 체벌도 경우에 따라서는 유럽인권협약 제3조 소정의 굴욕적 처우에 해당한다는 것이 유럽인권재판소의 확립된 태도이다.³⁷⁾ 이러한 선례가 축적됨으로써 오늘날에 이르러서는 체벌은 그 국내법에서의 허용 여부를 불문하고 고문 또는 부당한 처우에 해당한다고 해석함이 일반적이다.³⁸⁾ 따라서 체벌은 고문방지협약 제1조 후단의 규정에도 불구하고 협약 제16조 소정의 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처벌에 해당된다고 해석함이 상당하다.

우리 대법원도 교사의 학생에 대한 체벌에 관하여 초·중등교육법령에 따르면 교사는 교육상 필요하다고 인정할 때에는 징계를 할 수 있고 징계를 하지 않는 경우에는 그 밖의 방법으로 지도할 수 있는데, 그 지도에 있어서는 교육상 불가피한 경우에만 신체적·정신적 고통을 가하는 방법인 이른바 체벌로 할 수 있는바, 학생에 대한 폭행, 욕설에 해당하는 지도행위는 학생의 잘못된 언행을 교정하려는

36) *Tyrer v. the United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 25 April 1978, (No. 26) 2 E.H.R.R. 1, paras. 29~30, 33.

37) *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 25 Feb 1982, (No. 48) 4 E.H.R.R. 293; *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 25 March 1993, (No. 247C), 19 E.H.R.R. 112.

38) Jessica Wyndham, *supra note* 1, p. 42.

목적에서 나온 것이었으며 다른 교육적 수단으로는 교정이 불가능하였던 경우로서 그 방법과 정도에서 사회통념상 용인될 수 있을 만한 객관적 타당성을 갖추었던 경우에만 법령에 의한 정당행위로 볼 수 있고, 그렇지 않고 교사의 성격 또는 감정에서 비롯된 것이거나, 공개적으로 학생에게 체벌·모욕을 가하거나, 학생의 신체나 정신건강에 위험한 물건 또는 교사의 신체를 이용하여 학생의 신체 중 부상의 위험성이 있는 부위를 때리거나, 학생의 성별·연령·개인적 사정에서 건디기 어려운 모욕감을 주어 방법·정도가 지나치게 된 지도행위 등은 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 객관적 타당성을 갖추었다고 보기 어렵다고 판단하였다.³⁹⁾

고문방지협약은 당사국에 대하여 국내법상의 사형제도 폐지를 요구하지 않는다. 그러나 사형제도를 유지함으로써 뒤따르는 사형의 집행방식 등이 고문 또는 부당한 처우에 해당하는지 여부는 사형제도 폐지와는 별개의 문제이다. 사형이 고문에 해당하는지 여부와 관련하여 문제되는 것은 먼저 사형집행방식이다. 인권이사회는 1994년의 *Chitat v. Canada* 사건에서 사형집행방식은 가능한 한 신체적 및 정신적 고통을 최소화하는 방식으로 집행되어야 한다는 제20호 일반의견⁴⁰⁾을 재확인하면서, 질식가스나 시안화물가스에 의한 사형집행방식은 잔혹하고 비인도적 처우라고 판단하였다.⁴¹⁾ 둘째 사형집행절차가 문제된다. 사형수 감방에 구금하는 그 자체만으로는 B규약 제7조(유럽인권협약 제3조) 위반이 아니라는 것이 인권이사회와 유럽인권재판소의 태도이다.⁴²⁾ 또한 인권이사회에 의하면, 사형집행의 장기

39) 대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결.

40) *Official Records of the General Assembly, Forty-seventh Session, Supplement No. 40 (A/47/40)*, annex VI. A, general comment 20(44), para. 6.

41) *Chitat v. Canada*, 07/01/94, CCPR/C/49/D/469/1991, para. 16.3.

42) *Clive Johnson v. Jamaica*, 25/11/98, CCPR/C/64/D/592/1994, para. 10.4; *Ocalan v. Turkey*, 24

간 지연은 다른 특별한 사정이 없는 한 고문 또는 부당한 대우에 해당하지 아니하고,⁴³⁾ 국내적 구제절차가 완료된 후 적어도 1년 이내에 사형집행이 가능한 경우에 불과 8시간 만에 집행은 하였다 하더라도 역시 고문 또는 부당한 대우에 해당하지 아니하나,⁴⁴⁾ 사형수 감방에서 풀려나온 후 집행시까지 20시간을 대기하도록 하였다면 그것은 잔혹하고 비인도적 처우에 해당된다고 판단하였다.⁴⁵⁾ 셋째 사형수 감방의 환경이다. 사형수를 감방에 구금하는 경우에도 그것은 구금의 한 형태로 보아야 하고, 다른 모든 수용자들에 대한 구금에 적용되는 일반원칙이 적용되어야 한다. 따라서 사형수 감방에 구금되어 있는 기간 동안 구타당하거나 기본적인 위생시설이나 의학적 치료가 이루어지지 않는다면 그것은 B규약 제10조에 위반된다.⁴⁶⁾ 인권이사회는 1997년의 *Williams v. Jamaica* 사건에서 피해자가 사형수 감방에 상당한 기간 동안 구금됨에 따른 심리적 영향으로 말미암아 정신불안 상태를 나타내고 그것이 극도로 악화되었음에도 불구하고 당국이 그의 정신건강상태나 심리를 검사하지도 않고 어떠한 치료도 하지 않은 것에 대하여 이는 B규약 제7조, 제10조 제1항에 위반된다고 판단하였다.⁴⁷⁾

마지막으로 이른바 ‘사형수 감방 현상’(death row phenomenon)이다. 이는 사형수가 사형확정판결을 받은 후 집행에 이르기까지 사형수 감방에 장기간 수용되

Judgement of the ECHR, 12 March 2003.

43) *Howell v. Jamaica*, 07/11/2003, CCPR/C/79/D/798/1998, para. 6.3; *Pratt and Morgan v. Jamaica*, 07/04/89, CCPR/C/35/D/210/1987, para. 13.6.

44) *Rolando v. Philippines*, 08/12/2004, CCPR/C/82/D/1110/2002, para. 5.4.

45) *Pratt and Morgan v. Jamaica*, 07/04/89, CCPR/C/35/D/210/1987, para. 13.7.

46) Jessica Wyndham, *supra note* 1, pp. 57~58.

47) *Williams v. Jamaica*, 17/11/97, CCPR/C/61/D/609/1995, para. 6.4.

어 지내게 되는 극단적 상황에서 발생하게 되는 심리적 현상을 말한다. 이것은 주로 사형확정판결시부터 사형집행시까지의 시간적 간격으로 말미암아 발생하게 되는 것이다. 유럽인권재판소는 1989년의 *Soering v. the United Kingdom* 사건에 ‘사형수 감방 현상’은 유럽인권협약 제3조에 위반되는 부당한 처우 중의 한 형태라고 확인하였다.⁴⁸⁾ 반면에 인권이사회는 이러한 ‘사형수 감방 현상’의 개념은 원칙적으로 비록 피고인에게 정신적 고통을 줄 수 있다고 할지라도 사형선고를 위한 재판절차 진행의 지연 그 자체만으로는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우에 해당되지 않는다는 확립된 선례에 배치된다는 것을 명확히 하였다.⁴⁹⁾ 그러나 인권이사회도 ‘사형수 감방’(death row)과 ‘사형집행장(death cell)’을 구별하여 전자의 경우에는 상당히 오랜 기간(예컨대 14년)이 경과하더라도 협약위반에 해당하지 아니하나,⁵⁰⁾ 후자의 경우에는 비교적 짧은 기간(예컨대 2주)일지라도 협약 제7조에 위반된다고 판단하였다.⁵¹⁾ 다만 인권이사회는 국내 항소법원이 약 13년간이나 이 유가 기재된 판결문을 송달하지 아니함으로써 피해자가 1981년부터 당해 범죄가 사형을 선고할 수 있는 범죄에서 제외된 1992년까지 동안 사형수 감방에 수용되어 있을 수밖에 없었고, 이에 따라 엄청난 심리적 고통을 받았을 뿐만 아니라 그 기간 중인 1988년에는 5일 동안 사형집행장에 수용되었으며 교도관들로부터 주기

48) *Soering v. the United Kingdom*, [1989] ECHR (Series A), No. 161.

49) *Howell v. Jamaica*, 07/11/2003, CCPR/C/79/D/798/1998, para. 6.3; *Pratt and Morgan v. Jamaica*, 07/04/89, CCPR/C/35/D/210/1987.

50) *Bailey v. Jamaica*, 17/09/99, CCPR/66/D/709/1996, para. 7.6; *Adams v. Jamaica*, (Communication No. 607/1994) UN H.R.C. 30 October 1996, para. 8.1; *Errol Johnson v. Jamaica*, (Communication No. 588/1994) UN H.R.C. 22 March 1996, paras. 8.2~8.5.

51) *Pennant v. Jamaica*, 03/12/98, CCPR/64/D/647/1995, para. 8.6.

적으로 구타까지 당한 경우에는 B규약 위반에 해당된다고 판단하였다.⁵²⁾

라. 고문에 미치지 아니하는 부당한 처우나 형벌

협약 제16조 제1항 본문에 의하면, 제1조에 규정된 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌이 공무원 또는 공적 자격으로 임무를 수행하는 다른 사람에 의하거나 또는 이러한 사람의 교사에 의하거나 동의 또는 묵인 하에 행하여질 때에는 자국의 관할권 하에 있는 영토 내에서 그러한 행위를 예방하기 위한 조치를 취하도록 당사국에게 의무지우고 있다. 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 형벌[이하 약칭하여 ‘부당한 처우’(ill-treatment)라 한다]은 무엇보다도 ‘극심한 고통과 피해’를 전제로 하지 않는다는 점에서 고문과 구별된다. 유럽인권위원회는 일찍이 1969년의 ‘Greek’ 사건에서 고문과 이에 미치지 아니하는 부당한 처우와의 관계에 대하여 “모든 고문은 비인도적이고 굴욕적인 처우이어야 하고, 비인도적 처우는 굴욕적이어야 한다. 비인도적 처우의 개념은 적어도 특정한 상황에서도 정당화될 수 없는 고의적으로 정신적 또는 신체적인 심각한 피해를 야기하는 처우를 포함한다. 고문은 때때로 비인도적 처우로 묘사되기도 하나, 그것은 일반적으로 비인도적 처우의 가중된 형태이다. 개인에 대한 처우나 형벌은 그것이 다른 사람 앞에서 모멸감을 느끼게 함으로써 자신의 의사 또는 양심에 반하는 행동을 하도록 유도한다면 굴욕적이라고 말할 수 있다.”고 판단하였다.⁵³⁾ 또한 ‘비인도적’(inhuman) 처우와

52) *Francis v. Jamaica*, 03/08/95, CCPR/C/54/D/606/1994, para. 9.1.

53) ‘Greek’ case, [1969] 1 Y.B. Eur. Conv. on Human Rights 1 (Eur. Comm. on Human Rights), p. 186.
고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 27

'굴욕적인'(degrading) 처우는 그 법적 책임의 면에서 평가를 달리하는 것이 아니므로 굳이 구별의 실익은 없다 할 수 있다. 그럼에도 유럽인권재판소는 그 판례를 통하여 양자간의 개념적 구별을 명확히 하고 있다.⁵⁴⁾ 즉, 비인도적 처우는 예비, 장기간 지속, 강한 육체적 및 정신적 피해, 격렬한 심리적 고통을 전제로 하는 반면에, 굴욕적인 처우는 공포·분노·열등의 감정, 모멸감과 타락, 신체적 또는 정신적 저항의 포기 등을 전제로 한다는 것이다.

한편 부당한 처우에 있어서도 '최소 수준의 극심함'(a minimum level of severity)이 전제되어야 함은 물론이다. 여기서 최소 수준의 극심함이라 함은 고통 또는 모멸감이 어떠한 경우라도 자유의 합법적 박탈로 인한 고통 또는 모멸감의 필수요소를 초과하여야 한다는 것을 의미한다.⁵⁵⁾ 그런데 이에 관한 판단기준은 어디까지나 상대적이다. 그것은 부당한 처우의 지속기간과 방법, 정신적 및 육체적 효과, 경우에 따라서는 피해자의 성별, 연령 및 건강상태 등 모든 상황을 고려하여야 한다는 것은 유럽인권재판소의 확립된 태도이다.⁵⁶⁾ 이에 따라 고문과 이에 미

54) *Ireland v. United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 18 January 1978, 2 EHRR 25; *I.I. v. Bulgaria*, Judgement of the ECHR, 9 June 2005, Application no. 44082/98, para. 66; *Mayzit v. Russia*, Judgement of the ECHR, 20 January 2005, Application no. 63378/00, para. 36; *Ramirez Sanchez v. France*, Judgement of the ECHR, 27 January 2005, Application no. 59450/00, para. 97; M. Janis et. al., *European Human Rights - Text and Materials* - (Oxford: Clarendon Press, 1995), p. 132.

55) *I.I. v. Bulgaria*, Judgement of the ECHR, 9 June 2005, Application no. 44082/98, para. 68; *Nevmerzhiisky v. Ukraine*, Judgement of the ECHR, 5 April 2005, Application no. 54825/00, para. 81.

56) *Sald v. the Netherlands*, Judgement of the ECHR, 5 July 2005, Application no. 2345/02, para. 47; *I.I. v. Bulgaria*, Judgement of the ECHR, 9 June 2005, Application no. 44082/98, para. 66; *Nevmerzhiisky v. Ukraine*, Judgement of the ECHR, 5 April 2005, Application no. 54825/00, para. 80; *Ramirez Sanchez v. France*, Judgement of the ECHR, 27 January 2005, Application no. 59450/00, para. 97; *Mayzit v. Russia*, Judgement of the ECHR, 20 January 2005, (Application no. 63378/00), para. 35; *Thampibillai v. The Netherlands*, Judgement of the ECHR, 17 February 2004, (Application

치지 아니하는 부당한 처우와의 구별에 관하여, 유럽인권재판소는 2001년의 *Denizci v. Cyprus* 사건에서 피해자들이 경찰관에 의해 구금된 후 구타당하였다는 주장에 대하여 경찰관이 피해자들을 구금한 후 고의적으로 그 정도에 있어서 다양한 방법으로 부당한 처우를 한 사실은 인정되나, 그 경찰관이 자백을 얻어낼 목적이 있는지 및 구타의 정확한 성격과 피해자들의 부상 정도에 관하여 구체적 사실을 확정할 수 없고, 몇몇 피해자가 중대한 부상을 입었다고 하더라도 그 부당한 처우가 장기간에 걸쳐 이루어졌다는 증거가 없다는 이유로, 위와 같은 부당한 처우는 고문에 이르지 않는다고 판단하였다.⁵⁷⁾ 반면에 인권이사회는 고문과 부당한 처우 간의 구별에 관한 ‘정도 이론’(degrees theory)에 근거한 개념적 접근방법으로는 만족할 만한 답변을 얻을 수 없다고 하면서, 1982년의 제7호 일반의견을 대체한 1992년의 제20호 일반의견에서는 고문을 비롯한 여러 유형의 처우 간의 개념적 구별 내지 일반적 정의를 발전시키는 것을 자제하고, 그 대신에 실제로 실행된 처우의 성격, 목적 및 정도에 따른 구별을 강조하면서 개별 사건에서 현실적으로 발생한 위반에 관한 특정한 사실인정에 초점을 두었다.⁵⁸⁾ 또한 인권이사회는 1983년의 *Estrella v. Uruguay* 사건에서도 위 제20호 일반의견의 취지를 언급하면서 “처우 또는 형벌의 다양한 금지유형들간의 명확한 구별을 지을 필요는 없다.

no. 61350/00), para. 60; *Venkadajalarma v. The Netherlands*, Judgement of the ECHR, 17 February 2004, (Application no. 58510/00), para. 62; *Kmetty v. Hungary*, Judgement of the ECHR, 16 December 2003, (Application no. 57967/00), para. 32; *Ireland v. the United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 18 January 1978, Series A no. 25, 2 EHRR 25, p. 65, para. 162; *Vuolanne v. Finland*, H.R.C. Report, G.A.O.R., 44th Sess., Supp. 40, p. 249 (1989).

57) *Denizci and Others v. Cyprus*, Judgement of the ECHR, 23 May 2001.

58) *General Comment No. 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92*, CCPR General Comment No. 20. (General comments), para. 4.

이러한 구별은 문제된 특정한 당해 처우의 종류, 목적 및 심각성의 정도에 달린 것이다.”라고 판단하였다.⁵⁹⁾

부당한 처우는 좁은 의미의 고문(제1조)과는 달리 고의적, 목적적 요소를 성립 요건으로 하지 않으며,⁶⁰⁾ 고의적 행위보다는 부작위에 의해 발생한다.⁶¹⁾ 유럽인권재판소는 2004년의 *Krastanov v. Bulgaria* 사건에서 비록 극심한 신체적 고통과 피해를 받아 그로 인한 신체적 상해가 장기간 계속되었다고 하더라도, 그것이 경찰관의 임무 수행과정에서 발생한 것에 지나지 아니하고 자백을 받거나 신체적 및 정신적 저항을 억압하는 등의 목적 하에서 고의적으로 가해진 것이 아니라면 비인도적 처우에 해당하기에 충분한 정도의 극심한 고통일지언정 그것이 고문에 해당되는 것은 아니라고 판단하였다.⁶²⁾ 그러나 이와 같이 부당한 처우가 반드시 고의적 행위를 전제로 하지 않는다 하더라도, 고의의 부존재는 손해배상액의 산정에서 고려될 수 있다.⁶³⁾ 또한 협약은 부당한 처우에 대하여는 고문과 달리 당사국의 의무 범위를 상당히 좁히고 있다. 즉, 당사국에게 협약 제10조(고문방지교육), 제11조(고문방지제도의 점검), 제12조(고문행위에 대한 신속하고 공평한 조사), 제13조(피해자의 고소와 조사를 받을 권리의 보장)에 따른 의무만 부과하고 있다(제16

59) *Estrella v. Uruguay*, [1983] 2 Selected Decisions H.R.C. 93, para. 2.

60) *Nevmerzhiysky v. Ukraine*, Judgement of the ECHR, 5 April 2005, Application no. 54825/00, para. 80; *Peers v. Greece*, no. 28524/95, paras. 67~68, 74, ECHR 2001-III; *Valasinas v. Lithuania*, no. 44558/98, para. 101, ECHR 2001-VIII; *Ireland v. United Kingdom*, [1978] ECHR, Series A, No.25, para. 162; *V v. United Kingdom*, [1999] ECHR, Series A, No.9, para. 71.

61) *Denizci and Others v. Cyprus*, Judgement of the ECHR, 23 May 2001.

62) *Krastanov v. Bulgaria*, Judgement of the ECHR, 30 September 2004, Application no. 50222/99, para. 53.

63) *Price v. United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 10 July 2001, para. 34.

조 단서). 초안 준비과정에서는 제3조, 제14조 및 제15조에 따른 의무가 고문에 미치지 아니하는 처우나 처벌에도 적용되어야 할 것인지 여부에 관하여 논란이 제기된 바 있으나, 결국 이들 조항에 따른 의무는 적용되지 아니하는 것으로 결정되었던 것이다.⁶⁴⁾ 다만 국제법규 또는 국내법에 있는 광범위한 보호는 고문에 미치지 아니하는 처우나 처벌에 대하여 협약이 규정하고 있는 위와 같은 제한된 보호에 의해 영향 받지 않을 것임을 분명히 하였다(협약 제16조 제2항). 예컨대, 인도 또는 추방될 사람이 고문에는 미치지 못하지만 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌을 받을 위험이 있다고 믿을만한 실질적인 근거가 있는 타국으로의 인도 또는 추방의 금지가 다른 국제법규 또는 국내법규로부터 도출될 수 있는 한 위 협약 제3조가 오로지 고문에만 적용된다고 하여 이들 법규에 의하여 인정된 인도 또는 추방금지를 제한하는 것으로 해석되어서는 아니 된다는 것이다.⁶⁵⁾

3. 고문 또는 부당한 대우의 구체적 행위유형

가. 구금 상태 하에서의 고문 또는 부당한 처우

고문은 체포 또는 구금 상태에 있는 피의자 또는 피고인에 대하여 이루어지는 것이 가장 일반적이다. 그러나 체포 또는 구금행위 그 자체는 그것이 자의적이거나 법에 정한 요건과 절차에 따르지 않는 위법한 것이 아닌 이상 고문 또는 부당한 처우에 해당하지 않음은 물론이다. 그런데 일응 적법한 절차에 따른 구금이라고

64) 법무부, 『인권정책자료 유엔고문방지협약』 (1995), 185쪽.

65) 법무부, 앞의 책 (주64), 185~186쪽.

하더라도 그 피의자에게 특별한 사정이 있는 경우 그에 대한 특별한 배려를 하지 아니하였다면 고문 또는 부당한 처우라고 할 것인가. 이에 관하여 유럽인권재판소는 2001년의 *Price v. United Kingdom* 사건에서 구금된 피해자의 개별적 사정은 그를 구금한 공무원에게 특별한 의무를 부여한다고 하면서 통상의 적법절차 이외에 그러한 특별한 의무를 해태한 경우에도 굴욕적 처우에 해당한다고 판단하였다. 즉 피해자는 해표지증(phocomelia, 손과 발이 단축된 팔과 다리에 붙어 있는 선천적 기형)을 가지고 태어났는데, 경찰서와 교도소에 구금되어 있는 동안 독감에 걸렸고, 적당한 침대가 없어 잠을 제대로 잘 수 없었으며, 화장실을 이용하는 동안 남자 공무원에 의해 도움을 받음으로써 모멸감을 가지게 되었고, 방실 내에서 청결을 유지하는 데도 어려움이 많았다. 유럽인권재판소는 그와 같은 조건 하에서 중증 장애인인 피해자를 구금한 것은 굴욕적 처우에 해당한다고 판단하였던 것이다.⁶⁶⁾

한편 비록 위 사건에서 보는 바와 같은 개별화된 처우가 요구되지 않는 경우에도, 피의자 또는 피고인, 수형자를 구금하거나 수용함에 있어서 법이 요구하는 기본적 요건과 절차를 따르지 않는 경우에는 그것은 고문 또는 부당한 처우에 해당할 수도 있다.⁶⁷⁾ 예컨대, 외부와 차단된 채 잘 알려지지 않는 곳에 장기간 수용하는 행위,⁶⁸⁾ 가로 6피트 세로 14피트의 독방에 10년간 수용하면서 하루 평균 3.5

66) *Price v. United Kingdom*, Judgement of the ECHR, 10 July 2001, para. 34.

67) Jessica Wyndham, "Torture Background Paper", Advisory Council of Jurists, 『The Asia Pacific Forum』 (2005. 8.), p.22.

68) *Atachahua v. Peru*, 16/04/96, CCPR/C/56/D540/1993, para. 8.5; *N'Goya v. Democratic Republic of Congo*, 16/04/96, CCPR/C/56/D/542/1993, para. 5.5; *El-Megreisi v. Lybyan Arab Jamilhiriya*, 24/03/94, CCPR/C/50/D/440/1990, para. 5.4; *Velasquez Rodriguez Case*, Judgement of the IACHR, 28 July 1988, Series C No.4, para. 156; *Godínez Cruz Case*, Judgement of the IACHR, 20 January 1989,

시간 동안만 밖으로 나올 수 있도록 하고 휴식시설이나 도서반입도 금지하는 행위,⁶⁹⁾ 알몸상태에서 두건을 씌운 채 감방에 넣어두거나 마취제를 투여한 상태에서 신문하는 행위, 영양실조에 걸릴 정도로 음식제공을 제한하는 행위, 어둠과 고립 상태에서 하루에 22시간씩 감치하는 행위,⁷⁰⁾ 감방 안에서 피해자를 언론에 노출 시키거나 1년에 한번 찾아오는 가족의 면회를 거부하거나 통신의 송수신을 차단하는 행위,⁷¹⁾ 간수자가 죄수를 폭행하거나 반복적으로 그의 침실을 물에 젖게 하는 행위,⁷²⁾ 여러 날 동안 음식과 물을 박탈하거나 그러한 부당한 처우 후에도 의학적 치료를 거부하는 행위⁷³⁾ 등은 고문에 해당하거나, 잔혹한, 비인간적 또는 굴욕적인 처우에 해당한다.

구금 상태에 있는 피의자, 피고인 또는 수형자에 대하여 법집행공무원은 필요에 따라 권총 등을 이용한 강제력을 사용하거나 폭력을 행사하는 경우 고문 또는 부당한 대우에 해당하는가. 그 한계는 어디까지인가. 피구금자에 대한 무력 사용 또는 폭력 행사는 오로지 반드시 필요한 경우에 자신의 임무 수행을 위하여 필요한 범위 내에서, 또한 다른 수단이 비효율적이거나 당초 의도된 결과를 기대할 수 없는 경우에 한하여 예외적으로 허용되나(소위 비례성의 원칙), 가능한 한 무력 사용

Series C No.5, para. 164; *Villagran Morales Case*, Judgement of the IACHR, 19 November 1999, Series C No.63, para. 162-164.

69) *Edwards v. Jamaica*, 19/08/97, CCPR/C/60/D/529/1993, para. 8.3.

70) *Robinson v. Jamaica*, 13/04/2000, CCPR/C/68/D/731/1996, paras. 10.1~10.2.

71) *Polay v. Peru*, 09/01/98, CCPR/C/61/D/577/1994, para. 8.5.

72) *Young v. Jamaica*, 17/12/97, CCPR/C/61/D/615/1995/Rev.1, para. 5.2.

73) *Miha v. Equatorial Guinea*, 10/08/94, CCPR/C/51/D/414/1990, para. 6.4; *Ilhan v. Turkey*, Judgement of the ECHR, 27 June 2000.

에 앞서 비폭력적 수단을 사용하여야 하고, 무력을 사용하거나 폭력을 행사하더라도 그 피해의 정도를 최소화하며 생명을 존중하고 보호하여야 함은 물론이다.⁷⁴⁾ 우리 행형법에 있어서도 수용자가 자살을 하려고 하는 때 등에는 교도관은 당해 수용자를 제압하기 위하여 신체적인 유형력을 행사하는 등의 강제력을 행사할 수 있고, 수형자가 다른 사람에게 중대한 위해를 가하는 때 등에는 교도관은 무기를 사용할 수 있으나, 그것은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다고 규정하고 있다(동법 제14조의2, 제15조). 이와 관련하여 유엔인권이사회는 2000년의 *Robinson v. Jamaica* 사건에서 수형자에 대한 구타는 그 수형자를 이감함에 있어 특정한 감방에서 떠날 것을 수차 지시하였음에도 이를 무시하므로 어쩔 수 없이 강제적으로 이감하는 과정에서 발생한 것이라는 당사국의 주장에 대하여 그 수형자가 머리, 등, 가슴 및 다리부분에 입은 상해는 강제적으로 이감하는 데 필요한 정도를 넘는 것이라고 판단하였다.⁷⁵⁾ 또한 1999년의 *Henry v. Trinidad and Tobago* 사건에서도 수형자인 피해자는 담당교도관으로부터 머리 부분을 구타당하였다고 주장함에 대하여, 당사국은 위 구타사실을 인정하면서도 그 담당교도관이 자신을 방어할 목적이었으므로 정당화된다고 주장하였으나, 유엔인권이사회는 피해자의 교도관에 대한 폭행 혐의가 인정되지 아니한다는 감독관의 조사결과를 원용하여 위 구타행위가 정당방위라는 당사국의 주장을 배척하고 협약(B규약 제7조) 위반을 인정하였다.⁷⁶⁾

구금 상태에 있는 피의자, 피고인 또는 수형자에 대하여 보안목적의 알몸 수색

74) Jessica Wyndham, *supra note 1*, p. 26.

75) *Robinson v. Jamaica*, 12/04/2000, CCPR/C/78/D/731/2000, para. 10.3.

76) *Henry v. Trinidad and Tobago*, 10/02/99, CCPR/C/64/D/752/1997, para. 7.1.

이나 수갑 사용이 고문 또는 부당한 처우에 해당할 것인가. 우리 행정법에 의하면 교도관은 수용자의 도주 등의 방지 기타 교도소 등의 안전과 질서유지를 필요할 경우 수갑 등의 계구를 사용할 수 있고, 수용자의 신체 등을 검사할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제14조, 제17조의2). 이와 관련하여 유엔인권이사회는 2003년의 *Cabal and Bertran v. Australia* 사건에서 교도소의 이감을 위한 수송과정에서 12개 내지 17개를 서로 연결한 수갑을 차야 했고, 그때마다 알몸 수색을 당하여야만 했는데, 이는 B규약 제7조에 위반된다는 피해자들의 주장에 대하여, 이감과정에서의 탈주 등과 같은 사태 발생의 가능성이 매우 높다는 점과 교도소의 안전과 질서유지를 위하여 신체검사를 실시함에 있어 피해자들의 모멸감을 최소화하는 방법으로 알몸 수색이 이루어졌다는 점 등을 들어 피해자들에 대한 위와 같은 수갑 사용과 알몸 수색은 위 B규약 조항에 위반되지 않는다고 판단하였다.⁷⁷⁾ 그러나 유럽인권재판소는 2002년의 *Mouisel v. France* 사건에서 중증의 백혈병을 앓고 있는 수용자를 치료 받게 할 목적으로 병원으로 이송하면서 그 수용자에 대해 수갑을 채운 것은 그의 건강상태 등에 비추어 보면 불필요한 조치였던 것으로 보이고, 도주 방지 등 기타 안전을 고려하더라도 비인간적 내지 굴욕적 처우에 해당한다고 판단하였고,⁷⁸⁾ 또한 2001년의 *Iwanzcuk v. Poland* 사건에서는 사기 혐의로 재판을 대기하면서 구금 상태에 있는 피해자가 국회의원선거에 투표를 하도록 허락받아 외출을 하기 위하여 신체검사를 함에 있어서 속옷까지 벗어야 했고 그의 알몸에 대한 모멸감을 느낄 수 있는 언어폭력을 당하자 이를 거절한다는 이유로 위 외출이 거부된 것은 피해자가 과거 폭력 전력이 없고 알몸 수색의 강제를 정당

77) *Cabal and Bertran v. Australia*, 19/09/2003, CCPR/C/78/D/1020/2001, para. 8.2.

78) *Mouisel v. France*, Judgement of the ECHR, 14 November 2002.

화할 수 있는 합리적 이유가 없으며 때로는 알몸 수색이 필요한 경우가 있다 하더라도 적절한 방법에 따라야 할 것인데 위와 같은 교도관의 행위는 피해자로 하여금 모멸감과 열등감을 불러일으키도록 할 의도임이 분명한 이상 이는 굴욕적인 처우에 해당한다고 판단하였다.⁷⁹⁾

그런데 우리 법원은 피의자에 대한 알몸 수색방법의 신체검사는 비록 고문(형법 제125조 소정의 폭행, 가혹행위)에 해당한다고 하지 않더라도 국가배상법상 공권력의 부당한 행사에 해당한다고 판단하고 있다. 우리나라 구 형형법(1999. 12. 28. 법률 제6038호로 개정되기 전의 것)과 피의자유치및호송규칙(경찰청 훈령 제285호)에 의하면, 수용자로서 교도소 등에 신입하는 자에 대하여는 신체 등을 검사하여야 하고, 간수자는 피의자를 유치함에 있어서는 그 신체에 흉기 등의 은닉 소지 여부를 철저히 검사하여야 하되, 다만 여자피의자의 경우는 성년의 여자를 참여시켜야 하고, 간수자가 피의자의 신체를 검사함에 있어서는 두발을 비롯한 신체의 각 부분과 의복 및 양목의 속까지 면밀한 검사를 실시하여 흉기는 물론 독극물 등을 은닉, 소지하는 일이 없도록 하여야 한다고 규정하고 있다. 그런데 민주노총의 조합원으로서 여자들인 원고들은 선거법위반의 현행범으로 체포되어 경찰서에 인치된 후 피의자로서 조사를 받음에 있어 위 선거법위반이라는 경미한 피의사실로 체포되었고 흉기를 휴대한 사실도 없으며 48시간 내에 석방될 것이 확실하여 자해의 우려도 없었을 뿐만 아니라 유치장 입감 때에 신체검사를 받아 변호인접견 후 재입감 때에는 더 이상의 신체검사가 필요 없는 상황이었음에도, 수사과정에서 묵비권을 행사하는 등 수사에 협조를 하지 않았다는 이유로 알몸 상태에서 앉았다 일어서기를 3회 가량 반복하여 실시한 것은 명백한 가혹행위에 해당하고, 이러한

79) *Iwanczuk v. Poland*, Judgement of the ECHR, 15 November 2001.

신체검사는 그 목적 달성에 필요한 한도를 현저히 넘은 것으로서 위법하다 할 것이므로, 국가는 그 소속 공무원인 경찰관의 위와 같은 직무집행상의 위법행위로 원고들이 입은 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 하면서 국가배상청구를 하였다. 이 사건에서 대법원은 원고들의 청구를 기각한 원심 판결⁸⁰⁾을 파기, 환송하면서 “위 호송규칙은 경찰청장이 관련 행정기관 및 그 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 발한 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성질을 가지는 것에 불과하고 법규명령의 성질을 가진 것이라고는 볼 수 없으므로, 이에 따른 처분이라고 하여 당연히 적법한 처분이라고 할 수 없고, 또한 위법하거나 부당한 공권력의 행사가 오랜 기간 반복되어 왔고 그 동안에 그에 대한 이의가 없었다고 하여 그 공권력 행사가 적법하거나 정당한 것으로 되는 것도 아니므로, 이 사건 신체검사의 방법이 적법한지 여부는 근거법령인 행형법의 규정과 취지에 따라 별도로 판단되어야 할 것이다.” 라고 전제한 다음, “이러한 신체검사는 필요한 체소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 모멸감을 포함한 기본권이 부당하게 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 행하여져야만 할 것이고, 특히 수용자의 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 하는 것과 같은 방법의 신체

80) 서울고등법원 2001. 7. 6. 선고 2000나59403 판결 (이에 의하면, 여자경찰관이 위 호송규칙에 따라 혼자 안에서 시정이 가능한 밀폐된 장소인 신체검사실에서 원고들을 뒤로 돌아서게 하여 등을 보이고 스스로 속옷을 포함한 상, 하의를 거드랑이와 무릎까지 탈의한 상태에서 3회 정도 앉았다 일어서기를 반복한 사실을 인정하면서도, 만일 경찰공무원이 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자에 대하여 가혹행위를 하거나 특히 여성으로서의 성적 모멸감을 자극하는 방법으로 신체적, 정신적 고통을 가하는 행위를 하였다면 이는 인권침해행위로서 용납할 수 없는 범죄행위라 할 것이고, 국가는 공무원의 그러한 불법행위에 대한 손해를 배상할 의무가 있다 할 것이나, 이 사건에 관하여 보면 원고들이 비록 재입감시 신체검사를 받는 과정에서 주관적으로는 성적 모멸감을 느끼고 정신적 고통을 받았다 하더라도, 위 인정과 같은 사실만으로는 경찰관이 원고들에 대하여 가혹행위를 하였다거나 특히 여성으로서의 성적 모멸감을 자극하는 방법으로 신체적, 정신적 고통을 가하였다고 볼 수 없다고 하여 원고들의 청구를 기각하였다).

검사는 수용자의 명예나 모멸감을 심하게 손상하므로 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 반입이나 소지가 금지된 물품을 은닉하고 있어서 다른 방법(외부로 부터의 관찰·촉진에 의한 검사, 걸옷을 벗고 가운 등을 걸치게 한 상태에서 속옷을 벗어서 제출하게 하는 등의 방법을 생각할 수 있다)으로는 은닉한 물품을 찾아 내기 어렵다고 볼 만한 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 허용된다고 할 것인데, 이 사건 신체검사의 경우 그와 같은 합리적인 이유가 있었다고 할 수 없으므로 그 한계를 일탈한 위법한 것이라고 할 것이다.” 라고 판단하였다.⁸¹⁾

위 대법원 판결이 선고된 후에는 하급심 법원은 위 판결의 취지에 따라 유치장 입감시 신체검사의 위법성을 인정하고, 그에 따른 국가배상책임을 인정하고 있다. 노동조합의 조합원들로서 여자들인 원고들이 노동조합이 주최한 집회와 관련하여 현행범으로 체포되어 경찰서에 연행되어 조사를 받은 후 유치장으로 이동하여 유치장 입감절차를 받게 되었는데, 여자경찰관이 유치장 내에 있는 신체수색실로 원고들을 1명 내지 2명씩 들어오게 하여 상의를 입은 상태에서 브레지어를 풀라고 한 후 상의 위로 원고들의 신체를 만지는 방법으로 신체를 수색한 다음 원고들에게 가운을 입게 하지 않은 채 뒤돌아서서 하의를 무릎까지 내린 상태에서 앉았다 일어서기를 1 내지 2회 가량 하는 방법으로 신체검사를 하였고(당시 원고 중 1명은 생리중이었다), 원고 중 일부가 항의하면서 입고 있던 상의에 달린 끈의 제거를 거부하자 끈을 가위로 자르기도 하였다는 등의 이유로 국가배상청구를 하였다. 이에 서울지방법원은 위 대법원 판결의 취지에 따라 “원고들에게 가운을 입게 하는 등의 조치도 없이 이 사건 신체검사를 실시한 것은 유치장 내의 안전 및 질서유지, 유치인의 생명 및 신체의 보호라는 본래의 목적달성에 필요한 한도를 일탈한 것으로

81) 대법원 2001. 10. 26. 선고 2001다51466 판결.
38 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

로서 위법행위에 해당한다고 봄이 상당하고, 따라서 국가는 그 소속 공무원인 경찰관의 위와 같은 직무상의 위법행위로 인하여 원고들이 입은 정신적 손해를 금전으로나마 배상할 책임이 있다.”고 판단하였다.⁸²⁾

피의자, 피고인 또는 수형자에 대하여 그들로부터 정보를 얻을 목적이거나 항의표시로서의 단식투쟁에 대한 반대조치로서 강제급식을 실시하는 경우 이는 고문 또는 부당한 처우에 해당할 것인가. 이와 관련하여 유럽인권위원회는 1984년의 *X v. Germany* 사건에서 어떠한 상황 하에서는 일종의 항의표시로서 단식투쟁 중인 수형자에 대한 강제급식이 유럽인권협약 제3조 소정의 굴욕적인 처우를 충족하는 요소를 포함하는 경우에는 협약위반으로 인정될 여지가 있다 하더라도, 본건에 있어서는 관련 당국이 어떠한 음식의 섭취도 거부하고 있는 피해자의 의사를 존중함으로써 그의 상해 또는 사망에 이르게 될지도 모를 위험을 감수할 것인가, 아니면 피해자의 인간으로서의 존엄성을 침해할 수 있을 지도 모르나 그의 생존을 위하여 특단의 조치를 취할 것인가를 선택함에 있어서 오로지 피해자의 최선 이익을 위하여 행동한 것으로 인정되므로 협약위반이 없다고 판단하였다.⁸³⁾

나. 수사 또는 신문 과정에서의 고문 또는 부당한 처우

수사 또는 신문 과정에서 구속피의자로부터 자백을 얻거나 정보를 캐내기 위하여 고문 또는 부당한 처우가 발생하는 것은 흔히 있는 일이다. 우리나라의 고문금지에 관한 법제도는 대부분 이러한 유형의 고문 또는 부당한 처우를 전제로 하고

82) 서울지방법원 2003. 4. 16. 선고 2002가단254987 판결.

83) *X v. Germany*, [1984] 7 EHRR 152, paras. 153-154.

있다고 해도 과언이 아니다. 그런데 최근 수사 및 신문기법의 발달로 말미암아 그것이 금지된 고문 또는 부당한 처우에 해당하는지 여부가 문제되고 있다. 특히 피의자에 대하여 직접적으로 육체적 고통을 가하지 아니하고 정신 내지 심리 상태를 이용하는 경우에는 더욱 그렇다. 예컨대, 구속피의자에 대하여 특정 개인 또는 단체를 비난하도록 강요하기, 구속피의자의 자존심을 공격하거나 모욕하기, 구속피의자에 대한 우호적 신문자와 적대적 신문자를 한 조로 만들어 신문하기, 구속피의자에 대한 음식제공방식을 변경하기, 구속피의자의 수면시간을 조절하기, 다른 피의자로부터 분리하거나 고립상태에 두기, 빛을 차단하여 암흑상태에 두기, 한번에 20시간 이상의 장기간 동안 신문하기, 종교서적과 같은 심리적 안식을 주는 물품 없애기 등을 들 수 있다.⁸⁴⁾

국제적 및 지역적 재판소, 국내법원의 판결과 결정 및 인권관련 국제기구결의 등을 비롯한 각종 국제문서에서 확인된 신문과정에서의 고문 또는 부당한 처우에 해당되는 행위유형 중 정신적 요소보다는 주로 신체적 요소를 포함하는 것으로는, 매우 고통스러운 환경에서 구금상태를 유지하는 행위, 특별한 조건 하에서 두건으로 눈을 가리는 행위, 장기간 고음 상태에서 음악을 듣게 하는 행위, 장기간 수면을 박탈하는 행위(밤샘수사), 폭력적인 진동에 노출시키는 행위, 오싹하게 만들기 위해서 찬공기를 사용하는 행위,⁸⁵⁾ 강압의 수단으로서 전기적 충격도구 및 감금의자를 사용하는 행위,⁸⁶⁾ 경찰봉으로 구속피의자를 구타하거나 금속봉으로 신체부

84) Jessica Wyndham, *supra note 1*, p. 31 (이러한 현대적인 신문방식은 2002년 말경 ~2003년 초경 쿠바 소재 미국의 관타나모 수용소에 구금되어 있는 테러리스트들로부터 정보를 수집하기 위하여 사용된 것이라고 미국국방장관이 밝힌 내용이다).

85) *Concluding observations of the Committee against Torture: Israel*, 09/05/97, A/52/44, paras 253~260, para. 257.

분을 감전시킴으로써 그의 두부와 흉부에 상해를 가하는 행위,⁸⁷⁾ 구타하거나 부서진 유리조각으로 신체 일부분을 베거나 두건으로 두건을 덮어씌우거나 담뱃불로 찌르는 행위,⁸⁸⁾ 익사 직전에 이르도록 피의자의 머리를 물 속에 집어넣어 두는 행위,⁸⁹⁾ 피의자를 결박한 상태에서 의식을 잃을 때까지 전신을 구타하거나 거꾸로 매달거나 갈기갈기 찢어서 상처를 입히거나 집게로 손톱을 뽑거나 금속관으로 무릎이나 발목을 가격하여 다리를 부러뜨리거나 소총 개머리판을 휘둘러 손가락을 부러뜨리는 행위,⁹⁰⁾ 알몸 상태에서 양팔을 등 뒤쪽으로 하여 장기간 매어 둠으로써 당시에는 그다지 큰 신체적 고통이 없다 하더라도 결국 양팔이 늘어나서 불구에 이르도록 한 행위⁹¹⁾ 등을 들 수 있고, 반면에 신체적 요소를 내포하고 있으나 주로 정신적 요소를 포함하는 고문 또는 부당한 처우에 해당하는 행위유형으로는, 모의 매장, 모의 집행, 구타 및 음식제공의 박탈 행위,⁹²⁾ 비인간적 처우에 해당할 수 있는 행동을 하려는 듯한 위협 행위,⁹³⁾ 강간을 할 듯한 위협 행위,⁹⁴⁾ 신체의

86) *Concluding observations of the Committee against Torture: United States of America*, 19/05/2000, A/55/44, paras. 175~180, para. 180 (c).

87) *Khomidova v. Tajikistan*, 25/08/2004, CCPR/C/81/D/117/2002, paras. 2.6 and 6.2.

88) Case 7481, Resolution No. 30/82, *Hechos ocurridos en Caracoles* (Bolivia), Annual Report of the IACHR (1981/82), pp. 36, 39, 40; Case 10574, Report No. 5/94, *Lovato Rivera* (El Salvador), Annual Report of the IACHR (1993), pp. 174, 179.

89) Case 9274, Resolution No. 11/84, *Roslik* (Uruguay), Annual Report of the IACHR (1984-85), p. 122, 127.

90) *Mulezi v. Democratic Republic of Congo*, 23/07/2004, CCPR/C/81/D/962/2001, para. 2.4.

91) *Aksoy v. Turkey*, Judgement of the ECHR, 18 December 1996.

92) Case 7823, Report No. 32/82, *Solanoa* (Bolivia), Annual Report of the IACHR (1981~82), pp. 42, 44.

93) *Villagran Morales Case*, Judgement of the IACHR, 19 November 1999, Series C No. 63, paras. 178~198.

일부를 잘라내겠다는 위협 행위,⁹⁵⁾ 본인을 살해하겠다고 위협하는 행위,⁹⁶⁾ 구금 피의자의 자택을 불태우거나 그의 처와 자식들을 강제로 퇴거시키거나 승용차와 가구를 압수하거나 그 부모의 농장과 동물들을 파괴 또는 몰수하거나 그 부모를 소총 개머리판으로 구타하는 행위,⁹⁷⁾ 다른 피해자들의 고문장면을 보여주는 행위,⁹⁸⁾ 정보를 제공하지 않으면 제3자를 살해하겠다는 위협 행위⁹⁹⁾ 등을 들 수 있다.

4. 고문의 정의에 관한 국내법규정의 정비 필요성

고문방지위원회는 1996년 대한민국의 제1차 보고서에 대한 심사를 통하여 형법상 고문범죄의 정의가 협약 제1조에 포함된 고문의 정의에 일치하지 않는 점을 우려하면서 협약상의 고문의 정의에 일치하도록 법규정을 신설할 것을 권고한 바 있다.¹⁰⁰⁾ 이와 관련하여 법무부가 마련하여 2004년 2월경 고문방지위원회에 제출한 제2차 보고서에 의하면, 1996년 제1차 보고서의 내용과 마찬가지로,¹⁰¹⁾ “(대한민

94) *Abad v. Spain*, 14/05/98, CAT/C/20/D/59/1996, para. 8.3.

95) Case 7824, Report No. 33/82, *Barrea* (Bolivia), Annual Report of the IACHR (1981~82), pp. 45, 46.

96) Case 10508, Report No. 25/94, *Lissardi & Rossi* (Guatemala), Annual Report of the IACHR (1994), pp. 51, 54.

97) *Khomidova v. Tajikistan*, 25/08/2004, CCPR/C/81/D/117/2002, paras. 2.6 and 6.2.

98) Case 7824, Report No. 33/82, *Barrea* (Bolivia), Annual Report of the IACHR (1981~82), pp. 45, 46.

99) *Chaparro, Crespo, Soli and Izquierdo v. Columbia*, 19/08/97, CCPR/C/60/D/612/1995, para. 8.5; *N'Goya v. Democratic Republic of Congo*, 16/04/96, CCPR/C/56/D/542/1993, para. 5.5

100) 인권고등판무관실, “대한민국 1차 정부보고서에 대한 유엔의 최종평가서”, 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집 제6-1권』 (2003. 12.), 135~136쪽.

42 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

국의) 기존 형사법과 관련 법규들이 협약 제1조에서 규정하고 있는 고문을 행하는 자들을 처벌하기에 충분하다고 본다.”고 하면서 “관련 법규들에 의한 처벌가능한 행위의 개념이 협약 제1조에서 정의된 고문의 개념보다 훨씬 더 포괄적이며, 아울러 고문미수와 여타 잔혹한, 비인간적인 처우까지 포함하여 처벌할 수 있다고 본다. …… (따라서) 협약에 나타난 고문의 정의에 일치시키기 위하여 현 법률을 수정할 필요는 없다는 것이 정부의 의견이다.”라고 밝혔다.¹⁰²⁾ 또한 고문방지협약의 규정 취지와 내용은 우리나라 현행법체계 속에서 만족스러운 정도로 구현되어 있다는 견해도 있다.¹⁰³⁾

그런데 우리나라에 있어서는 고문금지에 관한 헌법을 비롯한 형법과 형사소송법 등 일반법은 물론이고, 국가인권위원회법, 의문사규명특별법, 민주화보상특별법 등과 같은 특별법이 있음에도 불구하고, 고문방지협약 제1조에 규정된 것과 같은 고문의 개념을 구체적으로 정의하고 있는 규정은 어디에도 찾아볼 수 없다. 특히 고문방지협약이나 미주고문방지협약과 같은 조약 규정뿐만 아니라 유럽인권재판소 등의 국제재판소의 판례 및 각국의 입법례와 국내재판소의 판례에 의하면,

101) 제1차 보고서에 의하면, 비록 대한민국의 형법이 고문 관련 구체적인 규정을 두고 있지는 않으나, 형법과 관련 특별법은 협약 제1조에서 규정한 고문을 행한 사람들을 처벌하기에 충분하다고 하였다 (제105문단). 왜냐하면, 협약상의 고문을 구성하기 위한 요건은 형법이 처벌대상으로 하고 있는 독직폭행, 가혹행위의 구성요건보다 강화된 요소를 내포하고 있어 그 요건 충족이 어렵기 때문에 협약상의 고문을 행한 사람은 대부분 위 형법 규정에 의해 처벌될 수 있기 때문이라는 것이다 (제106의 a문단).

102) 『고문방지협약 제19조에 근거한 대한민국의 제2차 정기보고서』 (2004. 2.), 제100~101문단.

103) 탁희성/도종진, “형사절차상 고문방지대책”, 형사정책연구(형사정책연구원), 제14권 제2호 (통권 제54호, 2003. 여름호), 244쪽 (이 견해에 의하면, 우리 헌법 제12조 제2항, 제7항, 이에 대한 실효성을 담보하기 위한 규정인 형법 제125조 및 특가법 제4조의2, 형사소송법 제34조, 제198조, 제309조 등을 그 대표적인 법조문으로 들고 있다).

‘극심한 고통 또는 피해’를 전제로 하는 고문과 그에 미치지 아니하는 그 밖의 잔인한, 비인도적인 또는 굴욕적 처우나 처벌의 개념을 명확히 구분하여 그에 따른 법적 책임을 달리하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라 현행법은 고문의 개념에 관한 정확한 정의가 없을 뿐더러 위 제2차 보고서에서 보는 바와 같이 고문에 이르지 아니하는 부당한 처우를 포함하는 포괄적 의미에서는 넓은 의미에 있어서의 고문을 전제로 하고 있다.

그러나 헌법 제12조 제2항 전단이 규정한 고문의 금지에 관한 선언적 내지 일반 규정에서의 ‘고문’, 헌법 제12조 제7항 및 형사소송법 제309조이 규정한 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 제한하는 근거로서의 ‘고문’, 국가인권위원회법 제19조 제2호가 규정한 인권침해행위의 한 유형으로서의 ‘고문’, 그리고 이른바 고문범죄의 처벌을 규정하고 있는 형법 제125조 및 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의2 소정의 ‘폭행, 가혹행위’의 각 개념이 과연 동일한 개념으로 파악할 수 있을 것인지, 상호간에 구별되어야 한다면 그 구별기준을 어디에 둘 것인지 여부가 문제된다. 특히 형사소송법 제309조는 피고인의 자백의 임의성에 의심이 들도록 만드는 사유로서 고문 이외에도 ‘폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법’을 나열하고 있는데, 여기서도 고문과 그 밖의 사유가 어떻게 구별되어야 하는지, 또한 형법 제125조 소정의 ‘폭행’과 형사소송법 제309조 소정의 ‘폭행’이 동일한 개념인지 아니면 구별되어야 한다면 그것들을 어떻게 구별할 것인지 등 해결하기 쉽지 않는 문제들이 생긴다. 더구나 고문으로 인한 피해의 민사상 구제와 관련하여 현행법상으로는 의문사규명특별법과 민주화보상특별법 등과 같은 특별법이 따로 정하고 있는 경우 이외에는 국가배상법과 민법에 의할 수밖에 없는데, 국가배상법과 민법상의 불법행위와 고문범죄의 처벌에 관한 형사법상의

44 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

폭행, 가혹행위는 어떻게 구별하여야 할 것인지, 형사법상의 모든 폭행, 가혹행위는 사법상의 불법행위에 포함된다고 할 것인지, 형사법상의 폭행, 가혹행위에 해당되지 않는다고 하여 고문범죄로서 처벌되지 아니하는 행위도 사법상의 불법행위에 해당한다고 하여 손해배상책임을 인정할 수 있을 것인지 등의 여부가 문제된다.

이러한 어려운 문제들은 결국 우리 현행법상 고문의 개념에 관한 명확한 규정을 두고 있지 아니한 데서 연유한다고 생각된다. 따라서 속칭 고문방지법이라는 특별법을 새롭게 제정하는 방식이든지, 아니면 기존의 법률을 개정하는 방식이든지 어느 쪽이라도 고문의 개념에 관한 명확한 정의가 입법론적으로 요청된다. 그런데 고문특별보고관이 2004년 9월 유엔총회에 제출한 보고서¹⁰⁴⁾에서 보는 바와 같이 비록 고문방지협약 제16조에 고문에 이르지 아니하는 부당한 대우를 따로 규정하고 있다 하더라도 제1조 소정의 고문에 관한 정의는 고문범죄의 처벌, 고문피해자의 구제, 고문사건에 대한 조사, 행정적 지원 등에 관하여 한꺼번에 적용하기 위해서는 그 범위를 지나치게 좁게 정하고 있음을 특별히 유의하지 않으면 아니 된다. 또한 앞서 본 바와 같이 인권이사회는 고문과 부당한 처우 간의 구별에 관한 ‘정도이론’(degrees theory)에 근거한 개념적 접근방법으로는 만족할 만한 답변을 얻을 수 없다고 하면서, 1982년의 제7호 일반의견을 대체한 1992년의 제20호 일반의견에서는 고문을 비롯한 여러 유형의 처우 간의 개념적 구별 내지 일반적 정의를 발전시키는 것을 자제하고, 그 대신에 실제로 실행된 처우의 성격, 목적 및 정도에 따른 구별을 강조하면서 개별 사건에서 현실적으로 발생한 위반에 관한 특정한 사

104) *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 1 September 2004, UNGA, A/59/324, para. 16.

실인정에 초점을 두고 있음을 다시 한 번 지적할 필요가 있다고 생각된다. 어차피 고문과 이에 미치지 아니한 부당한 처우에 관하여 개념적인 접근방식은 한계에 부딪치게 마련인데, 헌법과 형법 및 형사소송법과 같은 기본법뿐만 아니라 국가인권위원회법 등의 특별법에 산발적으로 흩어져 있는 고문에 관한 현행법규정을 그대로 둔 채, 속칭 고문방지법이라는 특별법을 제정하여 고문방지협약 제1조가 규정하고 있는 고문의 정의와 같은 고문에 대한 선부른 정의는 법적용과 법집행 과정에 혼란만 초래할 위험을 충분히 내포하고 있으므로 보다 신중을 기하지 않으면 아니 될 것이다.

Ⅲ. 고문범죄의 처벌

1. 고문방지협약 제4조

협약 제4조 제1항에 의하면, 모든 고문행위(미수, 공모 또는 가담도 포함)가 자기 나라의 형법에 따라 범죄가 되도록 보장할 것을 당사국의 의무로 규정하고 있다. 아울러 고문범죄의 심각성이 고려된 적절한, 즉 중한 처벌로써 처벌하도록 의무지우고 있다(제4조 제2항). 고문가해자를 처벌하지 않거나 처벌하는 경우에도 가볍게 처벌하는 것은 고문을 지속하게 하는 가장 중요한 요인 중의 하나이다. 따라서 입법부는 고문관련자를 중한 처벌로 처벌하는 입법조치를 취하여야 하고, 사법부는 중형으로 다스려야 한다.¹⁰⁵⁾ 그런데 처벌의 강도 및 양형에 관한 국가관행

105) 민경식, 앞의 논문 (주13), 65쪽.

은 나라마다 매우 다르다. 일반적으로 낮은 양형을 적용하는 나라에서 강한 처벌이라고 생각되는 처벌이 높은 양형을 적용하는 나라에서는 약한 처벌이라고 생각될 수도 있다. 다만 위 협약 규정(제4조 제2항)이 의도하는 것은 고문에 대한 처벌이 그 나라의 국내형사법체계에 있어 가장 중대한 범죄에 적용되는 처벌에 가까운 것이어야 한다는 데 있다.¹⁰⁶⁾

2. 고문범죄의 처벌에 관한 국내법규정

우리나라 형사법체계에 있어서 고문범죄의 처벌에 관한 법률로는 형법 제125조(폭행, 가혹행위), 특정범죄가중처벌법 제4조의2(가중처벌) 규정을 들 수 있다. 즉 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처하고(형법 제125조), 위 죄를 범하여 사람을 치상한 때에는 1년 이상의 유기징역에, 치상한 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다(특가법 제4조의2 제1항, 제2항). 한편 인신구속 등에 관한 직무를 수행하는 자들이 고문의 방법으로 위 형법 및 특가법에서 정한 형보다 중한 죄, 예컨대 강간, 강제추행 등의 죄를 범한 경우에는 보다 중한 죄의 형으로 처벌받게 된다(형법 제40조). 그러나 협약 제4조 제2항은 고문범죄의 처벌은 그 범죄의 심각성을 고려한 적절한 처벌에 의하여야 한다고 규정하고 있고, 이는 고문은 국내법에서 가장 중대한 범죄 중의 하나로써 그에 상응하는 처벌이 이루어져야 한다는 정신을 반영한 것이라는 점에서 볼

106) 법무부, 앞의 책 (주64), 157쪽.

때, 고문범죄의 처벌에 관한 위 법률규정의 법정형은 너무 가볍게 규정되어 있다는 비판¹⁰⁷⁾을 받고 있다.

한편 고문방지위원회는 1996년 대한민국의 제1차 보고서에 대한 심사를 통하여 형법상 고문범죄의 정의가 협약 제1조에 포함된 고문의 정의에 일치하지 않는 점을 우려하면서 협약상의 고문의 정의에 일치하도록 법규정을 신설할 것을 권고한 바 있다.¹⁰⁸⁾ 이와 관련하여 법무부가 마련한 제2차 보고서에 의하면, 제1차 보고서의 내용과 마찬가지로,¹⁰⁹⁾ “한국 정부는 위원회의 이러한 우려를 충분히 이해하지만, 기존 형사법과 관련 법규들이 협약 제1조에서 규정하고 있는 고문을 행하는 자들을 처벌하기에 충분하다고 본다.”고 하면서 “관련 법규들에 의한 처벌가능한 행위의 개념이 협약 제1조에서 정의된 고문의 개념보다 훨씬 더 포괄적이며, 아울러 고문미수와 여타 잔혹한, 비인간적인 처우까지 포함할 수 있다고 본다. …… (따라서) 협약에 나타난 고문의 정의에 일치시키기 위하여 현 법률을 수정할 필요는 없다는 것이 정부의 의견이다.”라고 하였다.¹¹⁰⁾ 이에 대하여 국가인권위원회는 형법 제124조, 제125조의 규정만으로는 고문에 대한 명시적인 개념 정의를 한 것

107) 한국인권단체협의회 외, “대한민국 1차 정부보고서에 대한 대한민국인권단체의 반박보고서”, 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집 제6-1권』(2003. 12.), 112~113쪽.

108) 인권고등판무관실, “대한민국 1차 정부보고서에 대한 유엔의 최종평가서”, 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집 제6-1권』(2003. 12.), 135~136쪽.

109) 제1차 보고서에 의하면, 비록 대한민국의 형법이 고문 관련 구체적인 규정을 두고 있지는 않으나, 형법과 관련 특별법은 협약 제1조에서 규정한 고문을 행한 사람들을 처벌하기에 충분하다고 하였다(제105문단). 왜냐하면, 협약상의 고문을 구성하기 위한 요건은 형법이 처벌대상으로 하고 있는 독직폭행, 가혹행위의 구성요건보다 강화된 요소를 내포하고 있어 그 요건 충족이 어렵기 때문에 협약상의 고문을 행한 사람은 대부분 위 형법 규정에 의해 처벌될 수 있기 때문이라는 것이다(제106의 a문단).

110) 『고문방지협약 제19조에 근거한 대한민국의 제2차 정기보고서』(2004. 2.), 제100~101문단.

이라고 볼 수 없고, 현행 형법에서 이를 강화하여 고문죄를 명시한다 하더라도 형법의 전반적인 법체계에 비추어 고문방지협약에서 말하는 고문의 개념적 정의를 정확하게 반영하기 어려움이 있고, 또한 고문은 주로 형법을 집행하는 과정에서 발생하므로 형법에서 이를 다루는 것은 적절하지 않으며, 고문을 방지하거나 고문죄를 다루는 기구는 형집행기구가 아닌 별도의 기구가 되는 것이 바람직하고, 우리나라 상황에서 고문 관련법은 형법뿐만 아니라 국가보안법 등 여러 법률에 관련되어 있으므로 형사법에 고문죄에 관한 단일규정을 포함하는 것만으로는 고문방지협약에 따른 국가의 의무를 이행하는 것으로 보기 어렵다는 등의 이유를 들어 “고문죄에 대한 개념을 명확하게 하고 고문의 예방과 처벌을 위한 전반적인 국가의 의무를 이행하기 위해서는 고문방지를 위한 특별법이 제정되고 그 안에서 고문에 관한 법적인 정의가 명백하게 제시되어야 할 것”을 제안하고 있다.¹¹¹⁾ 형법 제 125조 소정의 독직폭행, 가혹행위죄는 협약 제1조 소정의 고문을 포괄한다는 위 보고서의 내용에 대하여도, “위 형법규정은 고문죄에 대한 명시적인 개념 정의라고 볼 수 없고, 또한 협약에서는 육체에 가하는 행위뿐만 아니라 정신적인 고통을 야기하는 행위도 고문에 포함시키는 데 비하여 우리나라 형법은 정신적 고통을 금지하는 행위로 규정하고 있다고 보기는 어렵다.”¹¹²⁾고 비판하고 있다.¹¹³⁾

111) 국가인권위원회 사무처준비단, 『고문방지협약 제2차 정부보고서초안에 대한 국가인권위원회의 의견』(2002. 2. 26.), 6쪽.

112) 그러나 형법 제125조 소정의 독직폭행, 가혹행위죄에 있어서, 폭행이라 함은 신체에 대한 유형력의 행사를 말하고 직접 사람에 대한 것임을 요하지 않으며, 가혹한 행위란 폭행 이외의 방법에 의하여 정신적, 육체적으로 고통을 주는 일체의 행위를 말한다고 해석함이 일반적이다 {이회창(편집대표), 『주석 형법 (III)』, (서울: 한국사법행정학회, 1997), 170쪽}.

113) 국가인권위원회 인권정책국, 『고문방지협약 제2차 정부보고서 수정안에 대한 국가인권위원회의 의견』(2002. 2. 26.), 16쪽.

그러나 협약 제4조가 고문을 국내형사법에 따라 범죄로 규정하고 그 고문을 행한 사람들을 처벌하도록 요구한다고 하여 그것이 반드시 협약 제1조 소정의 고문을 특정한 독립된 범죄로 규정하여야 한다는 것은 아니라는 것이 일반적인 해석이다.¹¹⁴⁾ 중요한 것은 위 고문이 국내형법에 의하여 범죄로 규정되고, 그 심각성을 충분히 고려한 중한 처벌로 처벌되어야 한다는 것이다. 결국 당사국은 고문을 독립된 범죄로 할 것인지, 고문과 이에 미치지 아니하는 처우와 처벌을 포괄하여 하나의 범죄로 할 것인지, 그 보다도 더 광범위한 범죄를 포괄할 것인지 여부 등은 당사국의 입법재량에 달린 문제라고 본다.¹¹⁵⁾ 따라서 고문방지법과 같은 특별법 제정보다는 기존의 형법, 형사소송법 등의 기본법을 고문방지협약의 취지에 부합되도록 정비하는 방식이 보다 바람직하다고 생각된다.

3. 형법 제125조 소정의 독직폭행, 가혹행위죄의 구성요건

독직폭행, 가혹행위죄의 구성요건에 관하여 간략하게 검토하고자 한다. 먼저 위 폭행, 가혹행위 범죄의 행위주체는 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자에 한정된다. 따라서 교도소에서 일어나는 교도관에 의한 재소자에 대한 폭행, 가혹행위는 위 형법 제125조 등이 적용되지 아니하고, 단순폭행죄(형법 제260조), 상해죄(형법 제257조) 내지 폭력행위처벌에 관한 법률위반죄(폭행 또는 상해)가 성립될 뿐이다. 광주고등법원은 형법 제125조 소정의 “기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자”라 함은 사법경찰관의 직무를 행하는

114) 법무부, 앞의 책 (주64), 157~158쪽.

115) 위의 책, 158쪽.

자와 그 직무범위에 관한 법률에 규정되어 사법경찰관의 직무를 행하는 자를 말하고, “이를 보조하는 자”라 함은 법원, 검찰의 직원 또는 사법경찰관과 같이 그 직무상 보조자의 지위에 있는 자를 말하며, 일반교도관들은 당해 교도소에서 발생하는 범죄에 대한 수사 또는 그 보조업무를 처리하는 경우가 아닌 한 형법 제125조에 규정된 특수공무원의 어느 범주에 속한다고 할 수 없으므로, 일반교도관의 기결수에 대한 폭행 또는 가혹행위는 형법 제125조로 의율할 수 없다고 판단하였다.¹¹⁶⁾ 또한 교도소 보안과 관구계장으로 근무하던 피고인이 야간에 당직 근무 중 다른 교도관들과 공동하여 재소자인 피해자가 자신에 대한 교도소장의 징벌이 부당하게 이루어졌다면서 방실문을 발로 걷어차는 등 소란을 피우자, 피해자를 위방실에서 끌어내어 건물 지하에 위치한 보안과 신입실로 데리고 간 후 들것에 눕히고 온몸을 포승줄로 묶어 움직이지 못하게 한 다음 그 상태로 독거방에 수감시켜 4일간 방치함으로써 피해자로 하여금 식사를 불가능하게 하고 신체활동을 극도로 제한하는 등 폭행을 가한 데 대하여, 검사가 피고인을 형법 제125조 소정의 독직가혹행위죄로 기소하였으나, 1심 법원은 피고인이 위 범죄의 주체에 해당하지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였고,¹¹⁷⁾ 검사가 항소 후 피고인에 대한 죄명에 폭력행위등처벌에 관한 법률위반(폭행)을 예비적으로 추가하는 공소장변경허가신청을 하자, 2심 법원은 위 공소장변경을 허가한 다음 주위적 공소사실인 독직가혹행

116) 광주고등법원 1992. 11. 21.자 92초43 결정 (이 사건에서 피해자는 폭력행위로 징역 1년 6월의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 후 교도소에 기결수로 복역하던 중 피해자가 다른 기결수들의 말다툼을 말리다가 순찰 중이던 교도관을 큰소리로 불렀다는 이유로 교도관들로부터 수갑을 채운 상태에서 구둑발과 주먹으로 구타당하였다는 등의 이유를 들어 위 교도관들을 독직폭행, 가혹행위죄 등으로 검찰에 고소하였으나 검사가 혐의없음을 이유로 불기소처분을 하자 재정신청을 하였던 것이다).

117) 춘천지방법원 원주지원 1999. 3. 19. 선고 98고단458 판결.

위에 대해서는 1심과 마찬가지로 교도관은 독직가혹행위의 주체가 아니라는 이유로 무죄라고 판단하고, 예비적 공소사실인 폭력행위등처벌에관한법률위반죄(폭행)를 유죄로 인정하였다.¹¹⁸⁾ 한편 고문방지협약상의 고문은 수사과정에서 뿐만 아니라 형이 확정된 구금시설 수용자에 대한 가혹행위와 비인도적 행위까지 포괄하는 개념으로 해석함이 일반적이다.¹¹⁹⁾ 이 점에서 고문방지협약과 국내형사법체계의 괴리 내지 고문방지협약의 국내적 이행의 미비를 보이고 있다.

위 폭행, 가혹행위 범죄의 행위객체는 “형사피의자 또는 기타 사람”에 한정된다. 여기서 “기타 사람”이라 함은 피고인, 증인, 참고인 등 재판이나 수사에 있어서 조사의 대상이 된 사람을 말한다. 따라서 형이 확정되어 복역 중인 기결수는 교도소 내에서 발생한 다른 범죄의 피의자나 참고인이 아닌 이상 이에 포함되지 않는다고 해석된다.¹²⁰⁾ 고문은 역사적으로 주로 자유를 박탈당한 자이거나 적어도 고통을 가하는 자의 사실적 권력이나 통제 하에 있는 자에 대하여 이루어져왔고, 이에 고문방지협약도 자유를 박탈당한 자에 대한 고문을 금지하고자 하는 입법취지에 비추어 볼 때, 자유를 박탈당한 채 장기간 구금되어 있는 기결수도 고문에 취약할 수밖에 없다는 점에서 기결수를 위 폭행, 가혹행위 범죄의 행위객체에서 배제한 위 법률은 고문방지협약의 규정과 조화를 이루지 못하고 있다고 볼 수밖에 없다.

118) 춘천지방법원 1999. 12. 31. 선고 99노301 판결 (피고인에 대하여 벌금 300만 원에 처하되, 피고인은 초범으로서 25년 가까이 교정직 공무원으로 재직하여 온 점, 피고인의 이 사건 범행은 기율이 특히 중시되는 교도소 내에서 피해자가 과격한 소란행위를 함으로써 야기되었던 점, 개전의 정상이 현저한 점 등이 참작되어 위 형의 선고가 유예되었다).

119) J. Herman Burgers/Hans Damelins, *The UN Convention against Torture* (Martinus Nijhoff Publishers, 1988), pp. 115~118.

120) 광주고등법원 1992. 11. 21.자 92초43 결정.

위 폭행, 가혹행위 범죄의 행위태양은 폭행 또는 가혹한 행위이다. 폭행이라 함은 신체에 대한 유형력의 행사를 말하고 직접 사람에게 대한 것임을 요하지 않으며, 가혹한 행위란 폭행 이외의 방법에 의하여 정신적, 육체적으로 고통을 주는 일체의 행위를 말한다.¹²¹⁾ 또한 가혹한 행위는 반드시 타인의 생명, 신체의 완전성을 위태롭게 할 정도가 아니더라도 타인에게 정신적, 육체적 고통을 줄 수 있는 행위이면 충분하다는 점에서 학대죄(형법 제273조)의 학대보다는 그 범위와 정도가 넓은 개념이고, 중체포감금죄(형법 제277조)의 가혹한 행위와 같은 의미라고 한다.¹²²⁾

4. 재판실무관행에서 나타난 고문범죄의 처벌에 관한 구체적 사례

고문방지위원회에 대한 대한민국정부의 제2차 보고서에 의하면, 1996년부터 1999년까지 30명의 경찰이 범죄 용의자들의 신문 중에 고문을 포함한 잔인한 처우를 행한 것으로 유죄판결을 받았다고 한다.¹²³⁾ 우리 법원이 인정하고 있는 폭행 또는 가혹한 행위(독직폭행죄, 독직가혹행위죄)의 구체적인 사례로는, 경찰관인 피고인이 피해자를 간첩 혐의로 수사하면서 불법감금하여 잠을 재우지 아니하고 몽둥이 등으로 때리거나 전기고문(발가락 부위에 전기도선을 연결하여 붕대로 감은 다음 처음에는 짧고 약하게 전류를 흘려 보내다가 점점 길고 강하게 전류를 흘려 보내어 극심한 고통을 느끼게 하는 방법), 전기봉고문(고문대 위에 결박한 다음

121) 이회창(편집대표), 앞의 책 (주112), 170쪽.

122) 위의 책, 170~171쪽.

123) 『고문방지협약 제19조에 근거한 대한민국의 제2차 정기보고서』(2004. 2.), 제29문단.
고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 53

금속막대를 양말 등 위에 붓대로 묶고 위 금속막대에 전기기구를 접촉시켜서 신체에 전류를 직접 통하지는 아니하나 위 금속막대에 강한 진동을 일으켜서 그 진동에 의하여 고통을 가하는 방법) 또는 물고문(주전자 및 샤워기로 얼굴 위에 물을 부어서 호흡곤란 등으로 고통을 받게 하는 방법)을 하는 등의 가혹행위를 한 경우(속칭 김근태 고문사건),¹²⁴⁾ 검사와 검찰직원 및 검찰청 파견 경찰관들이 검찰청 조사실에서 4일에 걸쳐 8명의 피해자들을 살인 혐의로 순차적으로 긴급체포한 다음 밤샘수사를 통하여 그들로부터 자백을 받아 내기 위하여 발로 피해자의 낭심 부위를 힘껏 차고, 허벅지를 수회 밟으며, 무릎을 꿇은 상태에서 양 팔꿈치를 바닥에 대고 얼굴을 박게 한 채 약 20분 동안 그대로 있게 하고서 발로 허벅지 부위를 수회 걷어찬 다음 허벅지 부위를 수회 밟거나, 수갑을 찬 상태로 ‘엎드려뺨쳐’를 시킨 후 다시 무릎을 꿇게 하는 등 피고인들이 번갈아 가면서 위와 같은 행위를 반복하였고, 피해자가 조사실에 들어온 지 약 11시간 만에 바닥에 드러누워 일으켜 세우려고 하여도 다시 바닥에 넘어지는 등 건강에 이상이 있는 것으로 판단할 수 있는 거동을 보이고 있었는데도 그를 병원으로 후송하는 등의 적절한 조치를 취하지 아니하고 그대로 내버려 두는 등의 폭행과 가혹행위를 하였으며, 그에 따라 피해자 중의 한 사람이 사망에 이르게 된 경우(속칭 망 조천훈 고문치사사건),¹²⁵⁾ 경

124) 서울고등법원 2000. 6. 22. 선고 2000노507 판결 (피고인에 대하여 1심이 징역 7년에 자격정지 7년을 선고하였는데, 피고인과 공소유지번호사가 양형부당을 이유로 쌍방 항소하였으나, 항소심은 “수사기관의 불법구금, 수사의 편의를 위한 고문 등의 가혹행위는 법치주의의 근간을 뒤흔드는 신체의 자유의 심각한 침해로서 반드시 근절되어야 할 범죄행위이므로 그와 같은 범죄자에 대하여는 엄벌할 필요가 있다”고 하면서도, 원심의 형량은 적정하고 그것이 너무 무겁거나 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다고 하여 그 항소를 기각하였다). 한편 위 이근안과 공범으로 기소된 다른 5명의 경찰관들은 각 징역 1년의 형을 선고받았다.

125) 서울고등법원 2005. 1. 21. 선고 2003노3161, 2004노284 판결 (검사인 피고인에 대하여는 징역 1년 6월의 실형, 나머지 검찰직원 및 경찰관에 대하여는 징역 1년 집행유예 2년에서 징역 2년 6
54 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

찰관인 피고인들이 마약류매매 혐의를 받고 있는 피해자를 체포하여 경찰서로 인치한 후 조사함에 있어 피해자가 소란을 피운다는 이유로, 피고인1은 쇠파이프로 위협적인 분위기를 조성하고, 피고인2는 고개를 숙이고 있던 피해자의 머리부분을 발로 걷어차는 등 폭행하고 이로 인하여 3주간의 치료를 요하는 좌측고막천공상 등을 입게 한 경우,¹²⁶⁾ 경찰관인 피고인들이 살인 혐의를 받고 있는 피해자를 수사함에 있어 피해자가 범행을 완강히 부인하자 피고인1,2,3은 피해자의 어깨와 발을 잡아 움직이지 못하게 하고, 피고인4는 곤봉으로 피해자의 발바닥을 수십 회 때리고, 또한 수건을 반으로 찢어 피해자의 양 손목에 감고 그 위에 수갑을 채워 조이고, 이불을 뒤집어씌운 뒤 곤봉으로 발바닥 등을 수회 때리며, 다시 옷을 모두 벗기고 역기대 위에 피해자의 무릎을 걸치고 눕게 한 후 손에 채운 수갑을 조이고, 입과 코 부위를 수건으로 덮은 후 수건 위에 주전자로 물을 붓는 등의 행위를 한 경우,¹²⁷⁾ 경찰관이 절도 혐의로 받고 있는 피해자(몽골인)를 조사함에 있어 피해자가 범행을 부인한다는 이유로 죽도(길이 117.5cm)로 피해자의 어깨 등을 수회 내려치고, 이어 동료 경찰관이 차고 있던 권총을 뽑아 실탄 1발을 장전하고 피해자의 이마에 총구를 겨누다가 과실로 그대로 발사함으로써 피해자의 왼쪽 이마에

월의 실형과 일부 자격정지 병과의 형이 각 선고되었다. 피고인들이 대법원에 상고하였으나 2005. 5. 26. 기각되어 위 판결이 확정되었다).

126) 서울고등법원 2004. 6. 24. 선고 2003노3176 판결 (피고인에 대하여 징역 8월 및 자격정지 1년에 처하되, 피해자에게 직접 폭행을 가한 피고인1에 대하여 아무런 범죄경력이 없고, 22년간 경찰 공무원으로서 성실하게 근무하여 온 점, 거대 마약조직의 두목들을 잡기 위해 그 주변 인물을 조사하는 과정에서 이 사건 범행에 이른 것으로 그 동기에 참작할 사정이 있는 점, 피고인도 반성하고 있고, 피해자도 처벌을 원하지 아니하는 점 등의 정상이 참작되어 위 형의 선고가 유예되었다).

127) 대전지방법원 2002. 10. 11. 선고 2001노1439 판결 (피고인들에 대하여 각 징역 8월에 집행유예 2년 및 자격정지 1년이 선고되었다).

서 오른쪽 턱부위를 관통하여 상해를 입힌 경우,¹²⁸⁾ 경찰관들인 피고인들은 특수절도 혐의로 긴급체포된 피해자를 조사하던 중 범행사실을 부인한다는 이유로, 피고인1은 손바닥으로 피해자의 뺨을 10회 때리고, 피고인2는 피해자를 골방으로 데려가 문을 닫은 후 손바닥으로 뺨을 6, 7회 때려 뒤로 넘어뜨리고 다시 발로 정강이 부분을 수회 차는 등의 폭행을 가한 경우,¹²⁹⁾ 경찰관이 특수절도 혐의로 긴급체포되어 온 피해자를 조사함에 있어 그가 공범의 소재에 대하여 사실대로 이야기하지 않는다는 이유로 경찰진압봉으로 피해자의 등, 어깨, 허리 등을 약 15회 때리는 등 폭행을 가한 경우,¹³⁰⁾ 경찰관들인 피고인들은 강도죄로 구속되어 조사를 받고 있던 피해자에 대하여 여죄인 강도살인사건에 대한 추궁을 하기 위하여 피고인1은 흰 종이로 둘러싼 몽둥이로 피해자1의 목, 팔, 머리부분을 수회 때리고, 피고인2는 자백하라는 취지로 추궁하면서 피해자1의 옆구리 부분을 수회 걷어차 폭행하고, 이에 피해자1이 피해자2,3과 함께 공동으로 강도살인범행을 한 것이라고 자백하자 피해자2,3을 긴급체포한 후 범행을 추궁하는 과정에서 피고인1은 자백을 강요하며 피해자1의 주먹으로 얼굴을 10여회 때리고, 피고인2는 피해자2의 얼굴을 10여회 때리는 등 폭행하며, 밤샘조사를 받고 새벽 06:50경에야 유치장에 입감된 피해자2를 08:00경 출감시킨 후 15:00경까지 다른 경찰관과 번갈아 가면

128) 서울지방법원 2000. 10. 10. 선고 2000노5484 판결 (피고인에 대하여 징역 2년의 실형이 선고되었다. 다만 원심이 자격정지형을 병과하지 아니하였으므로, 피고인만이 항소한 항소심에서도 불이익변경금지원칙에 의하여 자격정지형이 병과되지 아니하였다).

129) 서울지방법원 2003. 10. 10. 선고 2003노807 판결 (피고인들에 대하여 각 징역 6월 및 자격정지 1년의 형이 선고유예되었다).

130) 대구지방법원 2003. 1. 10. 선고 2001노1763 판결 (피고인이 경찰공무원으로서 20년간 근무하여 온 점, 이 사건 판결이 확정되면 공무원 신분을 상실하는 점 등 제반 정상이 참작되어 피고인에 대하여 징역 6월에 집행유예 1년 및 자격정지 1년의 형이 선고되었다).

서 추궁함에 있어 피고인1은 피해자2에게 ‘한건이나 두건이나 똑같다. 자백하지 않으면 15년을 살리겠다. 사형을 시키겠다.’는 취지로 협박하고, 피고인3은 욕설을 하면서 주먹으로 피해자2의 얼굴 부분을 수회 때리고 정강이를 수회 걷어차고, 부러진 커터 칼날을 잡고 피해자의 목에 들이대어 폭행한 경우,¹³¹⁾ 경찰관들인 피고인들이 살인사건의 공범으로 검거한 피해자1을 수사함에 있어서 위 피해자가 자백을 하지 않는다는 이유로 피고인1은 주먹과 경찰봉으로 수갑을 찬 위 피해자의 어깨를 때리고 수건으로 얼굴을 가리고 무릎을 꿇게 한 다음 발로 허벅지를 수회 밟고, 피고인2는 동일한 방법으로 위 피해자를 수회 때려 타박상 등의 상해를 가하며, 피고인3은 위 살인사건의 주범으로 검거한 피해자2를 수사함에 있어서 공모 부분에 대하여 자백하지 않는다는 이유로 알루미늄 파이프로 위 피해자의 등을 때리는 등의 폭행을 한 경우,¹³²⁾ 등이다.

5. 고문의 미수, 공모 또는 가담행위의 처벌

고문행위를 실행한 경우뿐만 아니라 미수, 공모 또는 가담한 경우에도 처벌되어야 한다는 것이 협약 규정(제4조 제1항)상 명백하다. 고문범죄는 단독범으로 행해

131) 춘천지방법원 2005. 5. 13. 선고 2004노549 판결 (수사기관이 인신구속에 관한 직무를 행함에 당하여 형사피의자에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 하는 것은 형사절차에 있어서 인권침해를 막기 위해서 그에 상응한 책임을 물어야 마땅하나, 피고인들이 격무에 시달리면서 경찰관으로서 성실히 복무해왔고, 유죄가 확정되면 경찰직을 떠나야 하는 등 신분상으로는나 경제적으로나 그에 상응하는 대가를 치르게 되는 점 등의 정상이 참작되어 피고인들에 대하여 각 징역 6월에 집행유예 2년, 자격정지 2년의 형이 선고되었다).

132) 광주고등법원 2005. 3. 31. 선고 2005노32 판결 (피고인1에 대하여 징역 8월의 형이 선고유예되었고, 피고인2,3에 대하여는 각 징역 6월과 자격정지 6월의 형이 선고유예되었다)

지는 경우보다는 오히려 조직적 범행으로 이루어지거나 여러 사람들의 공모 또는 교사, 방조에 의해 이루어지는 경우가 많다는 것은 그 범죄의 성격에 비추어 미루어 짐작할 수 있다. 우리 형법상으로도 고문행위를 직접 실행하지 않은 경우, 즉 공모(형법 제30조), 교사(제31조), 방조(32조)한 경우에는 처벌될 수 있다. 또한 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계에 없는 자에게도 그 행위유형에 따라 공동정범, 교사범, 방조범으로 처벌될 수 있으므로(형법 제33조), 공무원이 아닌 자가 공무원의 고문행위에 가담한 경우에는 그 가담유형에 따라 처벌된다.

대법원은 속칭 망 조천훈 사망사건에서 당해 고문행위를 직접 실행하지 아니한 검사를 공동정범으로 처벌할 것인가 라는 문제에 관하여, “2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가동하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 (공모관계가 성립: 필자 주) 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것” 이고 또한 “결과적가중범의 공동정범은 기본행위를 공동으로 할 의사가 있으면 성립하고, 결과를 공동으로 할 의사는 필요 없으며, 그 결과의 발생을 예견할 수 있으면 족한 것”이라고 전제한 후,¹³³⁾ “검사가 검찰직원 등에게 혐의자를 적절한 물리력을 행사하여 심리적·육체적으로 제압한 다음 신문하여 혐의자가 범행을 시인하면 진술서를 받도록 명시 또는 묵시적으로 지시하였다고 인정되므로, 위 검사

133) 결과적가중범의 공동정범을 인정하는 것은 대법원의 확립된 태도이나 (대법원 1978. 1. 17. 선고 77도2193 판결; 1988. 9. 13. 선고 88도1046 판결), 이러한 판례의 태도는 가벌성의 지나친 확장이란 점에서 수공하기 곤란하다는 비판이 제기되고 있다 {김일수, 앞의 책 (주15), 554쪽}.

등 사이에서 위와 같이 혐의자에게 물리력을 사용하여 자백을 받아내기로 서로 공모하였다고 인정되고, 따라서 위 검사는 다른 공범자들의 행위에 대하여도 공동정범으로서의 책임이 있다.”고 판단한 원심(서울고등법원 2005. 1. 21. 선고 2003노 3161, 2004노284 판결)은 옳고 사실오인이나 공모공동정범에 관한 법리오해 등의 위법이 없다고 판단하였다.¹³⁴⁾

그런데 우리 형사법체계에 있어서는 형법 제124조(불법체포, 감금)의 경우에는 그 제2항에서 미수범의 처벌 규정을 두고 있음에 반하여, 형법 제125조(폭행, 가혹행위)의 경우에는 미수범의 처벌에 관한 아무런 규정도 두고 있지 아니하므로, 고문미수행위에 대하여는 어떠한 처벌도 할 수 없도록 되어 있다. 고문방지협약의 가입에 즈음하여 협약 제4조의 국내적 이행을 위하여 위 독직폭행, 가혹행위죄의 미수범을 처벌하는 내용의 법개정에 관한 논의가 있었다고 한다. 그러나 협약상의 고문범죄는 극심한 신체적 및 정신적 고통이나 피해가 실현된 경우를 전제로 하므로, 비록 고문행위를 착수하였으나 그와 같은 극심한 신체적 및 정신적 고통이나 피해에 이르지 않는 경우에도 고문미수죄로 처벌하도록 요구하는 것이다. 그런데 위 형법규정은 폭행, 가혹행위로 인하여 극심한 고통이나 피해를 야기할 것을 요구하지 아니하고, 협약상의 고문미수에 해당하는 행위도 위 독직폭행, 가혹행위의 기수로 처벌되거나 다른 처벌조항(상해미수, 불법체포 및 감금미수, 협박 또는 협박미수, 강간 및 강제추행미수, 폭행 등)에 의하여 처벌될 수도 있기 때문에 위와 같이 미수범의 처벌에 관한 아무런 규정이 없더라도 협약 제4조와 충돌되는 것은 아니라고 한다(제1차 보고서 제110의 b문단).¹³⁵⁾

134) 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도945 판결.

135) 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집 제6-1권』(2003. 12.), 47쪽.

6. 고문범죄에 대한 공소시효의 배제

공소시효제도는 범죄행위가 종료된 후 일정한 기간이 경과함에 따라 공소권이 소멸되는 제도로서, '정의'의 이념이 '법적 안정성'의 이념에 양보한 결과로 생겨난 제도이다.¹³⁶⁾ 이는 시간의 경과로 인하여 범죄의 사회적 관심이 미약해져 가벌성이 감소하고 범인이 장기간 도피생활을 하면서 정신적 고통을 받은 점과 증거가 산일되어 공정한 재판을 하기 어렵다는 점 등을 근거로 하여 범인이 범죄 후 일정한 기간 기소되지 아니함으로써 형성된 사실상의 상태를 존중하여 법적 안정성을 도모하고 처벌권의 적정을 기하려는 데 그 존재이유가 있다.¹³⁷⁾

그런데 인간의 존엄성을 침해하는 반인도적 고문행위를 한 자에 대해서는 반드시 처벌하여야 한다는 형사사법적 정의의 요청에 따라 공소시효 자체의 적용을 배제하거나 시효를 정지하여야 한다는 주장¹³⁸⁾이 제기되고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 고문행위를 한 수사관에 대하여 공소시효의 도과를 이유로 한 검사의 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원사건¹³⁹⁾에서, 공소시효제도를 어떻게 정할

136) 조국, "반인권적 국가범죄의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙", 형사법연구, 제17호(2002), 6쪽.

137) 헌법재판소 1995. 7. 21.자 95헌마8,9,16,17 결정.

138) 반인도적 범죄와 반인권적 범죄는 명백히 구별되어야 하고, 반인도적 범죄의 범주에 들지 않는 국가권력에 의한 반인권적 범죄의 경우에는 공소시효 적용이 배제되어야 할 반인도적 범죄와 동일시 할 필요는 없으며, 다만 국가기관에 의한 반인권적 범죄행위는 왕왕 그 사실의 존부가 은폐되기 쉬우므로 적어도 이러한 사실이 밝혀질 때까지는 공소시효는 정지된다고 선언하는 것이 필요하고, 공소시효 기간을 연장하는 것도 고려되어야 한다는 견해도 있다 (박찬운, 앞의 논문 (8), 23쪽).

139) 청구인들은 1979년경부터 1985년경 사이에 각 자신의 자취방이나 직장에서 국가안전기획부 수
60 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

것인가의 판단은 원칙적으로 입법자의 폭넓은 재량에 속한다고 전제한 후 고문범죄에 대하여 공소시효를 배제하지 아니하고 다른 모든 범죄와 마찬가지로 공소시효의 적용대상이 되도록 한 것이 헌법규정에 위반하여 입법재량권을 자의적으로 행사한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 고문범죄에 대한 공소시효규정을 합헌이라고 결정하였다.¹⁴⁰⁾ 헌법재판소는 이와 같이 공소시효의 문제를 단순한 입법재량권의 문제로 이해함으로써 궁극적으로는 입법적 방법을 통해 공소시효를 배제할 수도 있다는 여지를 남겨두고 있으므로, 앞으로 고문 등 일부 범죄를 공소시효대상에서 배제하거나, 공소시효기간을 연장하는 방법으로 법률개정이 요청된다는 주장도 나오고 있다.¹⁴¹⁾ 또한 불처벌에 대한 신뢰가 법적으로 보호가치가 없다고 판단될 수 있는 경우에 한해서 시효배제가 논해져야 할 것이라면서, 국가기관에 의한 인권침해행위가 전부 공소시효배제의 대상이 된다고 할 수는 없고, 적어도 국제법상의 반인도범죄에 준하는 수준의 인권침해행위, 즉 국가권력기관에 의한 인권침해행위가 발생하고 그에 의한 결과가 피해자의 사망 내지 중상해를 야기한 경우에 한하여 공소시효배제가 이루어져야 할 것이라는 견해¹⁴²⁾도 있다.

실제로 16대 국회 회기 중에 형사소송법의 개정을 통하여 고문 등의 범죄를 공

사관들에 의해 영장 없이 체포되어 구속영장이 발부될 때까지 상당기간 불법감금된 상태에서 국가보안법위반 혐의를 부인한다는 이유로 몽둥이로 전신구타, 송곳으로 온 몸을 찌르기, 물고문, 잠 안재우기 등 폭행을 당하여 1994년경 위 수사관들을 고소하였으나 모두 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권없음의 불기소처분되자, 청구인들이 위 불기소처분에 불복하여 검찰청법이 정한 절차에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 기각되었고, 이에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

140) 헌법재판소 1995. 7. 21.자 95헌마8,9,16,17 결정.

141) 민경식, 앞의 논문 (주13), 71~72쪽.

142) 탁희성/도종진, 앞의 논문 (주103), 292쪽.

공소시효대상에서 배제하려는 입법이 시도된 바 있다. 2002. 5. 24. 당시 이주영 의원 등 24명의 의원이 발의한 형사소송법중개정법률안이 바로 그것이다. 위 법률안에 의하면, 국가기관이 그 직무를 행함에 있어서 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 하여 상해를 입히거나 사망하도록 한 행위, 즉 특가법(독직폭행치사상, 독직가혹행위치사상)위반죄에 대하여는 공소시효를 적용하지 아니한다는 것이다(안 제249조 제2항). 그러나 위 법률안은 법사위원회에서 검토하던 중 16대 국회의 임기만료로 인하여 폐기되었다. 한편, 정부에서도 공소시효의 적용배제와 관련하여 국제형사재판소규정¹⁴³⁾의 비준을 위한 국내법 정비차원에서 공소시효 적용배제대상인 반인도적 범죄 등의 범위와 처벌을 포함한 법률의 제정 또는 개정을 검토 중인 것으로 알려졌으나,¹⁴⁴⁾ 위 국제형사재판소규정이 발효한 현재까지도 별다른 성과가 나오지 않고 있다.

7. 고문범죄 처벌의 재판실무관행에 비판

우리나라에서는 지금까지 고문에 대한 사후대책의 중심축으로 소위 증거능력의 문제를 거론하여 왔다. 증거를 얻기 위해 고문을 행하는 것이니 그렇게 얻어진 증거를 증거세계에서 쫓아버리면 수사기관이 고문의 필요성을 느끼지 못함으로써 고문관행은 사라질 것이 아니냐는 이유에서였다. 하지만 이러한 증거능력 배제의 방책은 우리의 수사관행에서 고문을 완전히 몰아내기에 역부족이었던 같다. 결국

143) 국제형사재판소규정 제29조에 의하면 “재판소의 관할범위에 대하여는 어떠한 시효도 적용되지 아니한다.”고 하여 시효적용을 배제하는 규정을 두고 있다.

144) 임종훈(국회 법제사법위원회 수석전문위원), 『형사소송법중개정법률안 검토보고』(2002. 9.), 4쪽.

고문에 대한 사후대책의 중심축은 증거능력 운운의 방책보다 고문관련자들에 대한 철저한 처벌 쪽으로 옮겨져야 한다는 주장¹⁴⁵⁾이 설득력을 얻고 있다.

피의자 또는 피고인이 수사기관에 의하여 폭행, 가혹행위를 당하였다고 주장하는 경우가 흔히 있다. 그러나 실제로 독직가혹행위 등으로 처벌을 받은 경우는 그리 많지 않다.¹⁴⁶⁾ 실무관행상 재정신청 사건의 경우에도 인용되는 경우보다는 기각되는 경우가 훨씬 많다. 이에 따라 그 동안 우리의 형사사법은 고문관련자의 처벌에 있어서 관대함을 넘어서 ‘같은 편’의 모습을 보여주었는바, 검찰은 기소하지 않았고, 법원은 피해자의 재정신청을 받아들이지 않았으며, 간혹 재판단계까지 회부된 사안에 있어서도 사법부는 최대한의 관용을 베풀었다는 등의 비판¹⁴⁷⁾을 받기에 이르렀다.

검찰의 기소독점권을 견제할 수 있는 재정신청제도는 현행법상 수사공무원 등의 불법체포, 가혹행위 등(형법 제123조 내지 제125조의 죄)에 대한 검사의 불기소처분에 대해서만 인정되고 있다. 이러한 현행제도는 검찰의 공소권에 대한 일반적이고 효과적인 사법적 통제수단이 되지 못하고 있으므로, 재정신청의 대상범위를 전체 범죄행위로 확대하는 것이 필요하다는 주장이 제기되고 있다.

145) 이승호, “검찰의 고문치사 사건을 바라보며”, 『토론회-수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안』(국가인권위원회, 2002), 31~32쪽.

146) 법무부가 국회 법사위에 제출한 자료에 따르면, 1999. 7. 1.부터 2000. 6. 30.까지 1년간 폭행, 감금, 고문, 직권남용 등 인권침해를 이유로 경찰, 검찰, 국정원직원, 교도관 등이 고소, 고발당한 사건은 1,035건인데, 그 중 7건만 기소되고 나머지는 불기소되었다고 한다[장주영, “수사과정의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안”, 『토론회-수사과정에서의 가혹행위 방지를 위한 제도적 방안』(국가인권위원회, 2002), 50쪽].

147) 이승호, 앞의 논문(주145), 32쪽.

IV. 고문에 의해 수집된 증거의 배제

1. 고문방지협약 제15조와 고문에 의해 수집된 증거배제법칙

위 협약은 제15조 본문에서 당사국은 고문의 결과 행해진 것으로 입증된 진술이 모든 소송에서 증거로 원용되지 아니할 것을 보장하도록 규정하고 있다. 미주인권 협약 제10조도 위와 유사한 규정을 두고 있다. 나아가 B규약 제14조 제3항 (g)호에 의하면, 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 완전 평등하게 보장받을 권리 중의 하나로서 유죄의 자백을 강요당하지 아니할 것을 규정하고 있다.

고문의 주된 목적은 수사절차에서 피의자로부터 자백을 얻어내기 위함에 있다. 따라서 고문을 근절하기 위해서는 무엇보다도 「불법의 과실도 불법」이라는 소위 毒樹의 果實 이론(The Doctrine of the Fruit of the Poisonous Tree)에 따라 고문에 의한 자백에 의해 수집된 증거에 대해서는 증거능력을 배제하여야 한다.

고문에 의한 자백의 증거능력을 부인하는 이론적 근거에 대해서는 논란이 제기되고 있다. 허위배제설, 인권옹호설, 절충설(허위배제 + 인권옹호), 위법배제설 등이 바로 그것이다. 전통적인 임의성의 법칙(허위배제설 내지 인권옹호설)에 뿌리를 두고 있던 영미 증거법에 있어서의 자백법칙은 미국 연방대법원의 Escobede 사건(1964년)과 Miranda 사건(1966년) 판결을 계기로 하여 전통적 원칙에서 탈피하여 비록 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 위법한 방법에 의하여 수집된 자백은 그 자체로서 배제되어야 한다는 의미에서 위법배제설의 입장으로 정립되기에

이르렀다. 미국 연방대법원은 위 Escobede 사건에서, 피고인이 살인의 혐의로 체포되어 경찰서에서 수 시간 동안 신문을 받으면서 변호인과의 접견을 요구하였으나 거절당한 채 자백한 경우에는 변호인의 조력을 받을 권리가 침해된 위법한 상태에서 이루어진 것으로서 그 자백은 증거로 허용될 수 없다고 판단하였고,¹⁴⁸⁾ 위 Miranda 사건에서는, 수사기관이 구금된 피의자에게 진술거부권이 있다는 사실과 변호인의 조력을 받을 권리가 있다는 사실 등을 고지하지 않은 채 받은 진술은 증거로 사용할 수 없다고 판단하였다.¹⁴⁹⁾

그런데 영국 상고심법원(Court of Appeal of England and Wales)은 2004년의 *Mohamoud Abu Rideh, Jamal Ajouaou v. Secretary of state for the Home Department* 사건에서 테러와의 전쟁과 관련하여 테러와 같은 특수한 사건에서는 고문에 의하여 수집된 증거의 증거능력을 인정하는 판결을 함으로써 논란이 제기되고 있다. 위 판결에 의하면 영국 정부가 고문을 실행하거나 묵인한 것이 아닌 이상, 제3국에서 실행된 고문에 의하여 수집된 증거는 테러와 같은 특수한 사건에 관한 증거로 사용될 수 있다고 하였다.¹⁵⁰⁾ 이 판결은 고문방지협약이나 B규약에서 규정한 확립된 국제인권법원칙에 명백히 위반된다. 이에 고문방지위원회는 2004년의 영국정부에 대한 권고의견에서 고문에 의한 진술의 증거배제를 규정한 협약 제15조 소정의 고문은 공무원에 의한 것만이 아니라 어떠한 개인 또는 단체에 의한 것도 포함된다고 하면서¹⁵¹⁾ 비록 제3국에서 실행되거나 개인 또는 단체

148) *Escobede v. Illinois*, 378 U.S. 748 (1964).

149) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

150) *Mohamoud Abu Rideh, Jamal Ajouaou v. Secretary of state for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 1123, para. 253.

151) *Conclusion and recommendation of the Committee against Torture to the United Kingdom*, 고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 65

에 의해 이루어진 고문이라 하더라도 이에 의한 자백을 근거로 유죄를 선고하여서는 안 된다고 밝혔다.

한편 인권이사회는 2004년의 *Singarasa v. Sri Lanka* 사건에서 위 영국 법원의 판결과는 달리 비록 테러범으로 기소된 피의자에 대하여도 고문에 의한 자백은 증거능력이 없다고 하여야 하고, 만약 국내법원이 고문에 의한 자백에 근거하여 유죄판결을 하였다면 그것은 B규약 제14조 제3항 (g)호에 위반된다고 판단하였다. 위 사건에서 피의자는 테러조직에서 훈련을 받고, 군인을 살해하였으며, 정부를 전복할 음모를 꾸몄다는 등을 포함하는 범죄를 저지른 혐의로 구금되었는데, 외부와 연락이 차단된 구금 기간 중 13일 동안 속칭 물고문과 폭행 등의 고문과 부당한 처우를 당하였고, 통역과 접견 등 어떠한 법적 보호도 받지 못한 상태에서 자신의 범행을 자백하게 되었음에도, 국내 법원은 피의자가 법정에서 이르기 전에는 어느 누구에게도 고문을 받았다는 사실을 밝힌 적이 없고 또한 영장실질신문시 영장담당판사 앞에서 그와 같은 주장을 한 적이 없음을 들어, 구금 기간 중 고문에 의하여 자백한 것이라는 피의자의 변소를 배척하고 오로지 피의자의 자백에만 근거하여 유죄를 선고하였다. 이에 대하여 인권이사회는 B규약 제14조 제3항 (g)호 소정의 ‘유죄의 자백을 강요당하지 아니할 것’이라 함은 “수사기관이 유죄 자백을 얻은 목적으로 피의자에 대하여 어떠한 직접 또는 간접적인 신체적 또는 심리적 강제가 없어야 한다.” 라는 의미라고 파악한 다음, 피의자에 대한 위와 같은 고문과 그에 기한 자백에 근거하여 유죄판결을 한 것은 B규약 제14조 제2항(무죄추정), 제3항 (g)호(유죄 자백 강요 금지) 및 제7조(고문금지)에 위반된다고 판단하였다.¹⁵²⁾

CAT/C/CR/33/3, 25 November 2004, para. 4(a).

2. 고문에 의해 수집된 증거배제에 관한 우리나라의 관련법규정

가. 자백의 임의성

우리나라 구 형사소송법(의용형사소송법)에서는 고문에 의한 자백에 대하여 그 증거능력을 제한하지 아니하고, 다만 그 증거능력을 법관의 판단에 일임하였으나, 현행 헌법 제12조 제7항은 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때에는 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다.”고 규정하고, 또한 형사소송법 제309조는 “피고인의 자백이 고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.”고 규정하여, 고문에 의한 자백과 같이 그 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 절대적으로 부정하는 규정, 즉 자백의 임의성법칙(자백배제법칙)을 명문화함으로써 고문방지협약 규정의 취지에 부합하는 입법이 이루어졌다. 이러한 현행법의 태도는 영미법상의 자백배제법칙을 받아들이면서 헌법의 기본권조항과 형사소송법상의 증거법에 관한 조항을 통하여 임의성 심사를 자백의 증거능력제한의 기준으로 인정하고 있는 것으로 해석된다.¹⁵³⁾ 다만, 이러한 현행법상의 자백배제법칙의 이론적 근거가 무엇인가에 관하여는 허위배제설, 인권

152) *Singarasa v. Sri Lanka*, 23/08/2004, CCPR/C/81/D/1033/2001, paras. 2.3~2.11 and 7.4.

153) 박미숙, “위법수집증거배제법칙과 자백배제법칙과의 관계”, 형사정책연구소식(한국형사정책연구원), 통권 제24호 (1994), 30쪽.

옹호설, 절충설, 위법배제설 등의 견해가 대립되고 있다. 판례의 입장은 전통적으로 허위배제설에 입각하고 있으나,¹⁵⁴⁾ 위법배제설¹⁵⁵⁾ 또는 절충설¹⁵⁶⁾에 의하여 자백의 증거능력을 부정하는 듯한 태도를 보이는 판결도 있다.¹⁵⁷⁾

나. 진술의 임의성

또한 우리 형사소송법은 제317조에서 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의로 된 것이 아닌 것은 증거로 할 수 없다고 규정하여 임의성이 없는 진술의 증거

154) 대법원 1954. 10. 26. 선고 4286형상134 판결; 1955. 6. 10. 선고 4288형상111 판결; 1959. 10. 31. 선고 4292형상257 판결; 1966. 2. 28. 선고 65도1118 판결; 1968. 5. 7. 선고 68도79 판결; 1977. 4. 26. 선고 77도210 판결; 1981. 10. 13. 선고 81도2160 판결.

155) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결 (변호인접견권의 침해); 1992. 6. 23. 판결 92도682 판결 (진술거부권 불고지).

156) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결; 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결 {“임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 부정하는 취지가 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태하에서 행하여진 자백은 그 자체가 실체적 진실에 부합하지 아니하여 재판의 소지가 있을 뿐만 아니라(허위배제설), 그 진위여부를 떠나서 자백을 얻기 위하여 피의자의 기본적 인권을 침해하는 위법부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것(인권옹호설)이다.”}. 이 판결에 대하여 인권옹호설을 명시적으로 밝힌 것이라는 견해가 있는가 하면 {심희기, “공동피고인의 수사상 진술과 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 부정하는 취지”, 고시연구(1998. 7.), 190쪽}, 이 판결이 절충설의 입장을 명시적으로 밝힌 것으로 보이기도는 하나, 인권옹호설을 기초로 하고 있다고 보기에는 무리가 있으며, 오히려 우리 판례는 아직까지도 허위배제설의 입장을 더 중시하는 것으로 생각된다는 견해도 있다 {박광민, “자백의 임의성과 그 입증”, 형사판례연구(형사판례연구회 편), 제8권(2000), 466쪽}.

157) 대법원 판결들은 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 부정하는 이유에 관하여 아무런 언급도 하지 않고 있으며, 다만 피고인의 수사상 자백에 임의성을 의심할 사유가 있거나 자백의 임의성의 의미내용을 판시하고 있을 뿐이므로, 결국 자백의 임의성법칙의 이론적 근거에 관한 대법원판례는 없다고 보는 것이 타당하다는 견해도 있다{차용석, 백형구(편집대표), 『주석 형사소송법 (III)』 (서울; 한국사법행정학회, 1999), 372~373쪽}.

능력을 부인하고 있다. 그런데 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력에 관해서는 위에서 본 바와 같이 형사소송법 제309조가 규정하고 있으므로, 제309조와 제317조의 관계는 특별법과 일반법의 관계에 있다고 보는 것이 일반적인 견해¹⁵⁸⁾이다. 따라서 자백이 아닌 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술이 임의성에 의심이 있는 경우 그 진술의 증거능력에 관해서는 제317조가 적용된다. 그런데 자백의 임의성(제309조)과 진술의 임의성(제317조)의 관계에 관하여, 전자는 위법배제적 관점에서 이해되는 것임에 비하여, 후자는 허위배제적 관점에서 요구되는 것이라는 점에서 그 의미가 서로 다르다는 견해도 없지 아니하나, 자백의 임의성과 진술의 임의성에 있어 그 임의성의 의미는 같다는 것이 통설적 견해이다.¹⁵⁹⁾ 따라서 제317조는 제309조와는 달리 진술의 임의성, 즉 진술자의 진술의 자유를 침해하는 위법사유에 관하여는 특별한 문구를 두지 않고 있으나, 제309조와 마찬가지로 ‘고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법’으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 사유가 있는 때에는 그 진술은 증거능력이 없다고 해석함이 상당하다.

다. 위법수집증거배제

위법수집증거배제법칙은 범죄사실을 증명할 수 있는 증거라도 그 수집방법의 위법성을 이유로 아예 증거능력조차 인정하지 않는 증거법칙을 말한다. 이 법칙은 수사기관의 위법수사를 억제하고(위법수사 억제의 원칙, disciplinary principle),

158) 위의 책, 491쪽.

159) 위의 책, 492쪽.

개인의 헌법적 권리를 보장한다(개인적 권리 보호의 원칙, protective principle)는 실질적 요청이 실제적 진실을 희생하면서까지 관철되어야 한다는 사상을 그 근저로 삼고 있다.¹⁶⁰⁾ 이러한 위법수집증거배제법칙은 1961년의 미국 연방대법원 Mapp v. Ohio 사건¹⁶¹⁾ 판결에 의하여 그 기초가 마련된 후 이후의 많은 판례의 축적을 통하여 그 체계가 만들어진 것이다.¹⁶²⁾ 우리나라 법원에서도 변호인과의 접견교통이 위법하게 제한된 상태에서 얻은 피의자의 자백은 위법하게 수집된 증거로서 임의성이나 신빙성의 유무를 묻지 않고 증거수집방법의 위법성을 이유로 증거능력을 배제한 판결¹⁶³⁾이 선고된 이래, 위법수집증거법칙은 증거법의 일반원칙으로 받아들여지고 있다.¹⁶⁴⁾ 최근 논의되고 있는 사법제도개혁추진위원회(사개추위)의 형사소송법 개정안에 따르면, 적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다(제308조의2)고 하는 위법수집증거의 배제에 관한 일반원칙을 명문화하고 있다.¹⁶⁵⁾

160) 최병각, “위법수집증거배제법칙의 입법화”, 형사정책연구소식(한국형사정책연구원), 통권 제27호 (1995), 10~11쪽.

161) 367 U.S. 643 (1961).

162) 조국, “미국 헌법 수정 제4조 위반 위법수집증거배제에 관한 일고”, 판례실무연구(비교법실무연구회), 제III권 (1999), 233쪽.

163) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1586 판결.

164) 대법원 1992. 6. 23. 선고 93도682 판결 (수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 미리 진술거부권을 고지하지 아니한 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되더라도 증거능력이 부인된다고 함); 1992. 8. 7. 선고 88두1339 판결(사법경찰관사무취급이 작성한 실황조사서가 사고발생 직후 사고 장소에서 긴급을 요하여 판사의 영장 없이 시행되었더라도 사후영장을 받지 않았다면 형사소송 제216조 제3항에 비추어 증거능력이 인정되지 아니 함)

165) 대법원 사법정책연구실, 『공판중심주의 관련 형사소송법 개정안 사개추위 소위 결과』 (2005. 7. 7.), 13쪽(이 규정은 위법수집증거 배제의 법리를 판례의 형성에만 일임해 둘 수 없고 선언적 규정
70 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

그런데 자백의 임의성법칙과 위법수집증거배제법칙의 구별 내지 관계에 관하여, 특히 위법수집증거배제법칙을 명문화하지 않고 있는 현행법 체제하에서 위법수집 증거배제법칙의 법률적 근거규정과 관련하여 약간의 논란이 제기되고 있다. 형사소송법 제309조가 규정하고 있는 증거법칙을 자백배제법칙이라고 부르면서 자백의 임의성법칙 외에 위법수집자백의 배제법칙¹⁶⁶⁾을 포함시킴으로써 위 법조문은 곧 위법수집증거배제법칙의 근거규정이 될 수 있다는 견해¹⁶⁷⁾가 있는 반면에, 이론상 자백배제법칙은 자백의 임의성법칙과 위법수집자백의 배제법칙으로 명백히 구분됨을 전제로 하여 위 법조문은 자백의 임의성법칙을 규정하고 있을 뿐 위법수집증거배제법칙의 근거규정이 될 수는 없다는 견해¹⁶⁸⁾도 있다. 한편 형사소송법 제309조의 취지가 불법적이고 인권침해적인 수사기관의 행위를 방지하고자 하는데 있다고 보는 이상 자백의 임의성 유무의 판단은 중요하지 않으며, 고문 등과 같은 위법, 부당한 수사방법에 해당하는 사유가 있으면 당연히 임의성이 없는 것으로 판단하여 그에 의해 획득된 자백의 증거능력이 부정되는 것으로 보아야 하고,

정이라도 두어야 한다는 주장으로 신설된 조항인데, 이 조항을 두더라도 배제범위는 판례에 의하여 신축적일 수밖에 없다는 점을 감안하여, 원안에서는 “위법하게 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.”고 규정되어 있던 것을 헌법 제12조 제1항의 적법절차 개념을 원용하여 수정함으로써 해석의 여백을 두고자 하였다고 한다).

166) 위법수집자백의 배제법칙, 즉 자백의 위법배제법칙이라 함은 자백의 임의성이 인정되는 경우에도 자백의 수집절차에 중대한 위법이 있으면 그 자백의 증거능력이 부정된다는 증거법칙을 말한다 (차용석, 백형구(편집대표), 앞의 책 (주157), 364쪽).

167) 박미숙, 앞의 논문 (주153), 34쪽; 이 견해에 따르면, 형사소송법 제309조의 자백배제법칙은 위법수집증거배제법칙이 적용되는 일부분을 규정한 것에 지나지 아니하므로, 위법한 절차에 의하여 수집한 자백, 예컨대 불법구속 ㄷ의 자백, 별건구속 중의 자백, 변호인선임권과 접견교통권 등의 침해에 의한 자백, 진술거부권의 불고지에 의한 자백 등도 그 임의성이 의심되는 경우에 해당하여 제309조의 자백배제법칙에 따라 증거능력이 부인된다고 한다.

168) 차용석, 백형구(편집대표), 앞의 책 (주157), 377쪽.

거기에 별도의 임의성 판단은 요구될 필요가 없다는 견해¹⁶⁹⁾도 있다.

3. 자백 또는 진술의 자유를 침해하는 위법사유

형사소송법 제309조는 임의성에 의심이 있는 자백의 증거능력을 부인함에 있어 임의성, 즉 피고인의 진술의 자유를 침해하는 위법사유로서 ‘고문’ 뿐만 아니라 ‘폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법’을 들고 있는데, 위의 각 위법사유는 원칙적으로 예시사유로 보아야 한다는 것이 대법원 판례의 태도이다. 즉, “고문, 폭행, 협박, 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 방법 등은 일응 진술의 자유를 침해하는 위법사유의 예시에 불과함은 같은 법조의 문리적 해석의 당연한 귀결이라 할 것이며, 문면상 기타의 방법은 또한 다종다양할 것임은 말할 나위도 없다.”는 것이다.¹⁷⁰⁾ 아래에서는 위의 각 위법사유에 관하여 개별적으로 고찰하고자 한다.

가. 고문, 폭행, 협박

고문, 폭행, 협박은 자백의 임의성을 의심할 이유가 있는 전형적인 위법사유의 유형이다. 그런데 법규정은 고문, 폭행, 협박이라고 병렬적으로 나열하고 있을 뿐

169) 탁희성/도종진, 앞의 논문 (주103), 279쪽 (이 견해는 위법배제설에 근거하여 형사소송법 제309조에서 ‘임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유’라는 문구가 동어반복에 불과한 불필요한 것으로 해석하나, 자백배제원칙의 연혁과 입법취지 등에 비추어 납득하지 못할 바는 아니지만, 문리해석의 원칙상 쉽게 받아들이기는 어렵다).

170) 대법원 1985. 2. 26. 선고 82도2413 판결 (일명 고속종 여인 사건).
72 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

이어서 각 개념의 의미와 상호간의 관계에 관하여 약간의 의문이 발생한다. 이와 관련하여 일부 견해¹⁷¹⁾에 의하면, 고문이라 함은 자백을 받아낼 목적으로 신체에 대하여 위해를 가하는 것을 말한다고 단정하면서, 폭행이 고문의 범주에 포함될 수 있을지언정, 고문과 협박은 그 의미내용이 다르므로 명백히 구별되어야 한다는 것이다. 이에 따르면, 오로지 신체에 대하여 위해를 가하는 것만이 고문에 해당하기 때문에, 예컨대 수사기관이 피고인에게 만약 자백을 하지 않으면 처까지 구속시키겠다고 말하거나, 피고인이 보는 앞에서 다른 피고인을 고문하는 것과 같이 정신적인 고통을 가하는 것은 협박일 뿐 고문이 아니라고 한다. 그러나 고문은 자백을 받아낼 목적으로 사람의 정신이나 신체에 대하여 비인도적, 비정상적인 고통을 가하는 것이고, 폭행은 신체에 대한 유형력의 행사를 말하며, 협박은 해악을 고지하여 공포심을 일으키는 행위를 말한다는 것이 통설적 견해¹⁷²⁾이다. 이에 의하면 폭행과 협박은 고문의 한 수단으로서 병행하는 경우가 대부분이어서 넓은 의미에서 고문의 일종이고, 따라서 고문, 폭행, 협박은 개념적으로 엄격히 구별될 수 없을 뿐더러 구별할 실익도 없다고 한다.

대법원은 고문의 개념에 관하여 반드시 피의자에 대한 직접적인 신체적 고통을 가하는 것만을 의미하는 것이 아니라는 통설적 견해를 채택하고 있다. 즉, “피고인이 검찰에서 수뢰사실을 시인하였으나, 그 당시의 사정으로 직접 고문을 당한 바 없어도 다른 피고인들이 모두 고문을 당하는 것을 듣고 자백을 강요당한 것으로 느끼고 법정에서 사실대로 말하려고 허위자백하였다고 검사 작성의 조서의 임의성을 부인하고 있는 점 등을 종합하여 검사 작성의 조서가 임의로 진술한 것이 아

171) 차용석, 백형구(편집대표), 앞의 책 (주157), 364쪽.

172) 배종대, 이상돈(공저), 『형사소송법 제5판』 (서울: 홍문사, 2004), 568쪽.

니라고 의심할만한 이유가 있어 증거능력이 없다.”고 판시하였다.¹⁷³⁾

한편 대법원은 고문이 폭행 또는 협박의 개념을 포섭함을 인정하면서도 고문에 이르지 아니하는 폭행 또는 협박의 경우에도 고문과 마찬가지로 그로 인한 자백의 임의성을 의심할 이유가 있어 증거능력이 없다는 취지로 판시함으로써 고문과 폭행 또는 협박의 개념을 서로 구분하는 듯한 태도를 보이기도 있다. 즉, 속칭 정읍 일가족살해사건(1977년)¹⁷⁴⁾에서, “피고인이 범행을 한 뚜렷한 동기가 없고 범인이라는 혐의를 받을 수사의 단서도 없으며 피고인의 자백진술이 객관적 합리성이 결여되고 범행현장과 객관적 상황과 중요한 부분이 부합되지 않는 등의 특별사정이 있는 경우, 피고인이 수사기관에서 자백하게 된 연유가 피고인의 주장대로 고문이 아니라 할지라도 다소의 폭행 또는 기타의 방법(경찰관이 피고인을 조사할 시 나뭇가지로 발바닥을 때리거나 수사기관에서 잠을 못 자게 함)으로 자백을 강요하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 사유가 있다 할 것이다.”라고 판시하였다.

나. 신체구속의 부당한 장기화 또는 기망

신체구속의 부당한 장기화라 함은 신체구속 자체는 적법하지만 법정구속기간을 탈법적으로 초과함으로써 그 신체구속이 부당하게 장기화된 경우를 말한다.¹⁷⁵⁾

173) 대법원 1978. 1. 31. 선고 77도463 판결 {이 판결은 피고인이 들을 수 있도록 옆방에서 다른 피의자들을 고문함으로써 간접적인 고문방법을 사용한 것에 대하여 정신적인 고문 역시 신체적 고문과 다를 바 없으므로 자백의 증거능력을 부정한 것이다. 이삼, “자백배제법칙에 관한 연구”, 성균관대학교, 박사학위논문(2002), 124쪽}.

174) 대법원 1977. 4. 26. 선고 77도210 판결.
74 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

이에 대하여 위법배제설의 입장에서 불법구속을 전제로 하여 구속기간만료 후의 부당한 장기구속은 물론 처음부터 불법으로 행해진 구속에 기인한 자백도 포함된다고 하면서 이 경우 자백이 증거능력을 상실하는 것은 자백의 임의성과 상관없이 구속의 위법성 때문이라는 견해¹⁷⁶⁾가 있다. 그러나 이는 위법배제라는 논리적 일관성에도 불구하고 ‘불법’과 ‘부당’은 명백히 구별되어야 한다는 점에서 문리적으로 무리한 해석으로 볼 수밖에 없다.¹⁷⁷⁾ 왜냐하면 불법구속 중의 자백이라는 사실만으로 그 임의성에 의심이 있다고 단정할 수 없고, 또한 불법구속이라 하여 자백의 임의성과 상관없이 증거능력을 부인한다는 것은 형사소송법 제309조의 명문에 정면으로 위배되며,¹⁷⁸⁾ 나아가 불법구속 중의 자백인 경우에는 장기간 구금여부를 불문하고 구금 자체의 위법성으로 말미암아 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 그 자백의 증거능력이 부인될 수도 있기 때문이다.¹⁷⁹⁾ 따라서 여기서 신체구속

175) 차용석, 백형구(편집대표), 앞의 책 (주157), 378쪽; 이삼, 앞의 논문 (주173), 127쪽.

176) 배종대, 이상돈(공저), 앞의 책 (주172), 570쪽.

177) 한편 이와 관련하여 조문의 입법취지가 불법구속을 예상한 것이나 입법과정에서 문구가 구속의 부당한 장기화로 변경되어 규정된 것이 아닌가 생각된다는 견해가 있으나 {이삼, 앞의 논문 (주173), 129쪽}, 위 조문의 입법경위 등에 비추어 보면 찬동할 수 없는 견해로 생각된다.

178) 일본 최고재판소는 불법구금 중의 자백의 경우에도 그 자체만으로 증거능력이 없다고 할 수 없고, 임의성 요건이 충족되지 않은 경우에 한하여 증거능력이 부정된다고 판단하고 있다. 즉 “사법경찰관의 피고인에 대한 피의자신문조서의 임의성에 대하여 변호인 및 피고인이 아무런 항변도 하지 아니하였다. 가령 위 조서가 소론과 같이 불법체포 구금 중에 작성된 것이라고 하더라도 그러한 사실만으로 곧바로 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다.”고 판시하였다 {최고재판소 소화 27. 11. 25. 형집 6권 10호, 1245쪽}. 위 판례의 취지는 통설적 견해로서 받아들여지고 있다 {熊谷 弘 外3(編), 『證據法大系 II-自白-』(東京: 日本評論社, 1970), 166쪽}.

179) 이와 관련하여 그 구속 자체에 불법이 있는 경우에는 그 자백의 임의성을 논할 필요 없이 ‘법의 적정절차’의 위반을 이유로(위법배제의 관점에서) 증거능력이 부인되어야 한다는 견해 {차용석, 『형사소송과 증거법』(서울: 한국사법행정학회, 1988), 205쪽}가 있다. 일본의 하급심법원도 위 견해와 같은 입장을 취한 바 있다. 즉, 일본 오사카고등재판소는 “위와 같은 상황 하에서 이루어
고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 75

의 부당한 장기화라 함은 예컨대 피고인 구속 기소된 이후 법정에서 그 사안의 경중이나 피고인의 신분 등에 비추어 증거인멸 또는 도주우려가 없어 장기간 구속할 필요가 없음에도 지나치게 오랫동안 구속 상태로 재판을 받음으로써 심신이 지친 상태에서 판결을 빨리 받기 위하여 자백한 경우와 같이 신체구속 자체는 적법하지만 그 신체구속이 부당하게 장기화된 경우를 의미할 뿐이고, 반드시 불법구속이 장기화되는 경우를 의미한다고 해석되지는 않는다.¹⁸⁰⁾ 과연 어느 정도의 구금기간이 ‘부당하게 장기간’이라고 판단될 수 있을 것인가. 이것은 일종의 가치개념이기 때문에 일률적으로 며칠 또는 몇 개월이라고 단정할 수 없는 일이고, 결국 개개의 사안에 따라서 구체적으로 양식에 기초하여 판단하지 않을 수 없다. 여기서는 진술자의 심신 상태 등과 같은 주관적 사정과 사안의 성질 등을 기준으로 한 구금의 필요성이라고 하는 객관적 사정을 다 같이 고려하지 않으면 안 될 것이다.¹⁸¹⁾ 일본 최고재판소는 피고인이 절도범으로 체포되어 구속된 후 경찰에서부터 줄곧 범행을 부인하다가 제1심에서 유죄의 판결을 선고 받고 항소심에 이르러 구속된 지 약 4개월 만에 자백한 사건에 관하여, 피고인이 범행사실을 부인하고 있는 이외에는 다른 여러 정황에 비추어 증거인멸 및 도주 우려가 없고, 피고인에 대하여 자백을 강요하는 이외에는 피고인을 장기간 구금할 필요성이 엿보이지 아니하는

진 현행범체포는 형사소송법 제212조 제1항 내지 제2항 각호의 요건을 충족한 것으로 생각되지 않고, 또한 긴급체포를 할 수 있는 사안이 아니기 때문에, 위 현행범체포는 위법하고, 따라서 그와 같은 위법한 체포에 의한 신병 구속 중에 작성된 사법경찰관의 피고인에 대한 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로 해석하여야 한다. 이에 위법한 절차에 의하여 수집된 증거는 증거로 함에 동의하지 아니하는 한 증거로 할 수 없다고 해석함이 상당하다.” (소화 40. 11. 8. 하형집 7권 11호, 1947쪽).

180) 이삼, 앞의 논문 (주173), 129쪽.

181) 熊谷 弘 外3(編), 앞의 책 (주178), 139쪽.

점 등을 종합하면, 위와 같은 4개월간의 구금은 부당하게 장기의 구금이라고 하지 않을 수 없고, 이와 같이 부당하게 장기간의 구금 후에 이루어진 자백을 유죄의 증거로 삼는 것은 헌법¹⁸²⁾에 위반된다고 판단하였다.¹⁸³⁾ 위 판결은 비록 불법구금이 아니더라도 부당하게 장기간 구금 후에 이루어진 자백은 그 자체로서 증거능력이 없다는 취지로 판단한 것으로 보인다. 그런데 신체구속의 부당한 장기화라 함은 곧 불법구금을 전제로 하는 듯한 우리나라 하급심 판결¹⁸⁴⁾과, 불법구속 중의 자백에 관하여 구금 자체의 위법성이 아니라 그로 인한 진술의 임의성이 의심된다는 이유로 증거능력을 부정한 하급심 판결¹⁸⁵⁾이 있어 주목된다.

182) 일본 헌법 제38조 제2항은 “부당하게 장기적으로 억류 또는 구금된 후의 자백은 이를 증거로 할 수 없다.”고 하여 자백의 임의성 요건을 명시하지 않음에 반하여(우리 헌법규정과는 이 점에서 차이가 있다), 일본 형사소송법 제319조 제1항은 우리와 마찬가지로 임의성 요건을 명시하여 “강제, 고문 또는 협박에 의한 자백, 부당하게 장기적으로 억류 또는 구금된 후의 자백, 그밖에 임의로 된 것이 아니라는 의심이 있는 자백은 이를 증거로 할 수 없다.”고 규정하고 있다.

183) 일본 최고재판소 소화 23. 7. 19. (대)형집 2권8호, 944쪽 {熊谷 弘 外3(編), 앞의 책 (주178), 137~139쪽에서 재인용}.

184) 서울고등법원 1984. 7. 12. 선고 84노642 판결 (피고인들은 국가보안법위반의 혐의를 받고 1983. 8. 10.경 각 군수사기관에 의하여 영장 없이 연행되어 조사를 받다가 동년 9. 20.자에 구속영장에 의하여 정식 구속되어 구치소에 수감된 후 동년 10. 5.자에 검찰에 송치되고 그때부터 10. 31.까지 검사로부터 각 4차에 걸쳐 신문을 받고 이 사건 국가보안법위반의 범죄사실에 대하여 각 자백을 한 사실이 인정되는바, 그렇다면 피고인들의 검찰에서의 위 자백은 신체구속의 부당한 장기화로 인하여 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때에 해당한다 할 것이므로 일응 그 자백은 증거능력이 없는 것으로 추정된다).

185) 서울고등법원 1987. 2. 10. 선고 86노3515 판결 (피고인이 1986. 3. 11. 점심때쯤 길거리에서 택시를 기다리던 중 정체를 수사요원들에 의하여 일반경찰서가 아닌 보안사령부 분실에 연행되어 그날 그곳 지하실에서 수사가 시작되어 판사가 발부한 구속영장에 의하여 같은 해 4. 14. 적법하게 구속되기까지 1달 3일 동안 외부와는 일체 연락이 끊긴 채 장기간의 불법구금상태에서 조사 받은 사실 등과 같은 피고인이 검거된 경위와 오직 피고인의 자백을 얻어내기 위하여 장기적 불법구금이 이루어진 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 사법경찰관 앞에서의 진술은 임의성이 없는 심리상태에서 이루어진 것이라고 의심할 사정이 충분히 엿보인다). 다만 위 판결은 피고인의 자백이 그 임의성에 의심이 있다고 판단한 사유로서 위와 같이 불법구금상태에 있었을 뿐만 아
고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 77

기망에 의한 자백이란 피의자에 대하여 거짓말을 하여 이를 오신한 피의자로부터 받아 낸 자백을 말한다. 예컨대, 공범자가 이미 자백하였다고 거짓말을 하여 피의자로부터 받아낸 자백이 그 대표적인 예이다. 한편 수사기관이 피의자에게 일정한 이익의 제공을 약속하고 받아 낸 자백도 임의성에 의심이 있는 자백에 해당한다. 예컨대, 수사기관이 형이 무거운 특가법(뇌물수수)위반죄 대신 형이 가벼운 형법상 수뢰죄로 처벌되도록 하겠다고 약속하고 자백을 유도한 상황 하에서 한 자백은 임의성이 인정되지 않는다.¹⁸⁶⁾ 이와 같은 약속에 의한 자백은 기망에 의한 자백에 해당하지는 아니하나 기타의 방법에 의한 임의성에 의심이 있는 자백에 해당한다. 다만 그 약속이 거짓말인 경우는 기망에 의한 자백에 해당됨은 물론이다.

다. 기타의 방법

(1) 철야조사

현행법을 체포하거나 피의자를 긴급체포한 경우에는 형사소송법이 정한 48시간 이내 구속영장을 청구하여야 하는데, 이와 같은 시간적 제약으로 말미암아 수사기법의 하나로서 철야조사가 이루어지는 경우가 있다. 여기서 철야조사는 일몰 후 일출 전에 이루어지는 수사라는 점에서 야간조사의 일종이라 할 수 있는데, 야간조사 중에서도 밤 12시를 넘어서까지 계속되는 수사, 특히 밤을 지새우는 수사, 이른바 밤샘수사를 말한다. 철야조사는 ‘잠안재우기 수사’와는 개념으로 구별될

나라 피고인에 대하여 폭행 또는 가혹행위가 이루어진 사실도 아울러 들고 있다.

186) 대법원 1984. 5. 9. 선고 83도2782 판결.
78 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

수 있다. 철야조사에 있어서는 일반적으로 피조사자가 밤새 잠을 자지 않은 상태에서 조사가 이루어질 것이나, 예컨대 주간에 잠을 자고 야간에 근무하는 사람을 조사하는 경우에 피조사자가 원하여 밤새 내내 조사가 이루어졌다고 할지라도 그것은 철야수사라고 할지언정 ‘잠안재우기 수사’라고 할 수는 없을 것이다. 또한 반대로 주간에 조사가 이루어졌다고 할지라도 그 전날 밤에 잠을 자지 못하여 잠이 부족한 상태에 있는 자를 조사하면서 잠을 못 자게 하였다면 그것은 철야수사에 해당하지는 않더라도 ‘잠안재우기 수사’에 해당할 것이다.¹⁸⁷⁾

각국의 입법례에 의하면, 단순한 야간조사는 위법한 것이 아니나, 밤새 잠을 자지 않은 상태에서 조사가 이루어지는 철야조사 및 ‘잠안재우기 수사’는 그 자체가 위법할 뿐만 아니라 그로 인하여 수집된 자백은 증거능력이 인정되지 못한다.¹⁸⁸⁾ 독일 형사소송법 제136조의 a항에 대한 해석에 있어서도 잠을 재우지 않는 철야신문으로 인하여 피의자의 의사결정과 의사활동의 자유가 침해된 때에는 자백을 증거로 사용할 수 없다고 해석하고 있다.¹⁸⁹⁾ 미국 연방대법원은 “피고인이 경찰에 체포되어 외부와의 연락이 두절된 상태에서 수면이나 휴식 없이 수사관 등이 끊임 없이 교대하며 36시간 동안 신문한 끝에 얻은 자백은 임의적이라고 볼 수 없고, 따라서 적법절차에 어긋나므로 증거로 삼을 수 없다.”,¹⁹⁰⁾ “양친을 살해한 혐의로 경찰에 체포되어 화요일 오후부터 금요일 오전까지 조사를 받았는데, 화요일 오후

187) 봉욱, “철야조사에 의하여 얻은 자백의 증거능력”, 형사판례연구, 제7권 (1999), 426~427쪽.

188) 위의 논문, 427~431쪽.

189) Boujong, KK §136a, Rn. 12; Gundlach, AK §136a, Rn. 26; Hanack, LR §136a, Rn. 19; Kleinknecht/Meyer-Gossner, §136a, Rn. 8; Rogall, SK §136a, Rn. 35; 박광민, 앞의 논문 (주156), 468쪽에서 재인용.

190) *Aschcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143(1944); 봉욱, 앞의 논문 (주187), 428쪽에서 재인용.
고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 79

병을 고쳐주는 의사라고 속이고 정신과 의사를 데려와서 90분간 맹렬히 신문하여 피의자가 극도로 피로한 상태에서 한 자백은 강요에 의한 것으로서 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 위반하였다.”¹⁹¹⁾ “자백하기까지 5일간 감금이 되었고, 신문은 하루 6시간씩 이루어졌으며 때로는 한 사람 때로는 여러 사람에게 의하여 신문을 받았으며, 신문을 받은 시간은 총 23시간이며 완전히 변호인과 연락이 없는 고립 상태에 있었는바, 이와 같은 장시간의 감금, 신문의 양과 방법, 고립상태 등을 고려할 때 그 때에 이루어진 자백은 충분히 강제성이 있다고 보이므로 이 자백을 증거로 채택한 재판은 적법절차에 위반한 것으로 인정된다.”¹⁹²⁾고 각 판결하였고, 또한 독일 연방대법원도 야간조사로 피의자를 피로하게 하여 피의자의 의사결정의 자유를 침해하는 것이 아닌 한 야간조사 그 자체가 금지되어 있는 것은 아니라고 하면서도,¹⁹³⁾ “30시간 이상 잠을 재우지 않은 상태에서 자백을 받았다면 피의자를 피로하게 하여 의사결정의 자유를 침해하였다고 볼 수 있다.”고 판단하였다.¹⁹⁴⁾

우리 형사소송법상 잠을 재우지 않고 이루어지는 철야조사는 허용되는가. 고문방지위원회는 대한민국의 제1차 보고서에 대한 최종평가에서 자백을 얻어내기 위해 일상적으로 사용되고 있는 듯한 피의자들에 대한 수면박탈행위는 용인되어서는 안 된다고 권고한 바 있다.¹⁹⁵⁾ 형사소송법은 철야조사의 금지나 위법성에 대하

191) *Leyra v. Denno*, 347 U.S. 556(1954); 이삼, 앞의 논문 (주173), 143쪽에서 재인용.

192) *Reck v. Pate, Warden*, 367 U.S. 433(1961); 봉욱, 앞의 논문 (주187), 144쪽에서 재인용.

193) BGHSt, 1, 376; 위의 논문, 429쪽에서 재인용.

194) BGHSt, 13, 60; 위의 논문, 429쪽에서 재인용.

195) 인권고등판무관실, “대한민국 1차 정부보고서에 대한 유엔의 최종평가서”, 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집 제6-1권』(2003. 12.), 135쪽.

여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 다만 검찰은 2002년 발생한 ‘서울지검 고문치사사건’을 계기로 하여 종래의 철야조사라는 수사관행을 시정하여 인권보호수사준칙(2003년 법무부 훈련 제474호)에 심야조사의 금지에 관한 조항을 삽입함으로써, 검사는 피조사자의 동의가 있는 경우 등의 일정한 예외¹⁹⁶⁾를 제외하고는 원칙적으로 자정 이전에는 피의자 등 사건관계인에 대한 조사를 마치도록 하고 있을 뿐이다. 따라서 이론적으로는 철야 또는 야간에 계속적으로 신문한다고 하여 그것만으로 형사소송법상 위법이라고 할 수 없고, 그것이 피의자의 인권침해라고 하는 요인의 유무 및 진술내용에 허위가 개입할 개연성의 유무에 따라 위법성을 가질 수 있다는 견해¹⁹⁷⁾가 있으나, 체포된 후 수일 간에 걸쳐 연일 아침부터 밤까지 거의 같은 사실을 되풀이하여 신문하는 경우에는 비록 피의자의 승낙이 있었다 할지라도 이로 인한 자백의 임의성은 일단 의심하지 않을 수 없을 것이며, 감을 재우지 않은 철야신문으로 인하여 피의자의 심신이 지친 끝에 정상적인 판단능력을 잃어버리거나 자유의사가 억압되어 자백에 이르게 된 경우에는 ‘기타의 방법에 의한 임의성에 의심이 있는 자백’의 대표적인 경우로 보아야 한다는 견해¹⁹⁸⁾가 일반적이다.

대법원은 피조사자에 대하여 감을 재우지 않은 채 밤새 신문을 계속하는 철야조

196) 인권보호수사준칙 제17조 제2항에 의하면, 검사는 조사받는 사람이나 그 변호인의 동의를 받았을 때, 공소시효의 완성이 임박했을 때, 체포기간 내에 구속여부를 판단하기 위해 신속한 조사가 필요한 때 등 합리적인 이유가 있을 경우에는 인권보호관의 허가를 받아 자정 이후에도 조사를 할 수 있다고 규정하고 있다. 이와 같이 철야조사는 피의자에게 심리적인 압박을 가하여 진술을 강제로 얻어내고자 하는 의도에서 비롯된 것이 아니라 단지 수사상 시간적 제약으로 인해 불가피하게 심야에도 조사를 할 수밖에 없는 예외적인 필요에서 인정된다 {탁희성/도종진, 앞의 논문 (주103), 260쪽}.

197) 사법연수원, 『형사증거법』 (1998), 49쪽.

198) 박광민, 앞의 논문 (주156), 468쪽.

사에 의하여 얻은 자백의 증거능력을 부인하는 일련의 판결을 선고하였다.¹⁹⁹⁾ 은행지점장의 특경법(수재등)위반사건(1997년)²⁰⁰⁾에서, 피고인은 아침에 검찰에 연행되어 다음날 오후까지 약 30시간 동안 잠을 자지 못한 채 검사 2명에 의하여 교대로 계속 조사를 받아 심신이 몹시 지친 상태에서 검사가 사안이 무겁지 아니하고 취업할 처지도 아니니 유죄판결을 받더라도 집행유예의 형이 선고될 것인데 범행을 부인하여 고생을 할 것이 아니라 속히 귀가하는 것이 좋지 않겠느냐고 회유하는 바람에 우선 귀가하고 보자는 자포자기의 심정에서 허위로 자백을 하였다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 피고인이 검찰에서 처음에는 범행을 부인하다가 나중에 자백을 한 과정에서 동일한 피의자에 대하여 하루 동안에 3회의 피의자 신문조서가 작성된 것과 뚜렷한 이유 없이 같은 날 중간에 검사가 교체되었다가 다시 원래의 담당검사에 의하여 수사가 진행된 점 등을 감안하면, 피고인의 자백은 자유로운 의사에 의하여 임의로 되었다기보다는 피고인의 주장과 같이 검사 2명이 피고인을 잠을 재우지 아니한 채 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아낸 것이 아닌가 하는 강한 의심을 가지게 한다고 하면서 이와 같이 피고인의 자백이 피고인을 잠을 재우지 아니한 상태에서 이루어진 것으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 이유가 있는 때에는 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 증거

199) 철야조사에 의한 자백의 증거능력에 관한 일련의 대법원 판결들에 대하여, 단순히 이들 판례요지만을 보고 대법원이 철야조사에 의한 자백의 임의성을 무조건 부인하는 입장을 취한 것이라고 보는 것은 무리라는 견해가 있다. 판결들의 구체적 사실관계에 비추어 보면, 철야신문에 의한 자백의 임의성을 의심할 수 있는 일응의 기준으로 “피의자가 극도의 피로로 인하여 자포자기의 상태에 이른 경우 또는 심신이 지칠 대로 지쳐 정상적인 판단능력을 잃을 정도의 상태”를 설정할 수 있다고 보여 진다. 따라서 대법원의 기본적 태도는 위법배제설 내지 인권옹호설에 기초하고 있다고 보기는 어렵고, 아직까지 허위배제설의 입장을 벗어나지 못하고 있다는 것이다 (박광민, 앞의 논문 (주156), 469~470쪽).

200) 대법원 1997. 6. 27. 선고 95도1964 판결.

능력이 없다고 판단하였다.

군청 계장의 뇌물수수사건(1998년)²⁰¹⁾에서, 피고인은 검찰에 구인되어 조사받는 과정에서 부하직원으로부터 뇌물을 상납 받은 사실이 없다고 극구 결백을 주장하였음에도 위 부하직원이 이미 자백하였다면서 그와의 대질신문도 거절당한 채 이틀 동안 자백을 강요하는 신문을 계속 당하였고, 조사가 진행되는 동안 밤에는 안대로 눈을 가린 채로 철제 의자에 앉히고 잠을 재우지 아니하는 바람에 불안한 상태가 계속된 나머지 자포자기의 심정이 되어 어쩔 수 없이 묻는 대로 고개만 끄떡이거나 범행을 시인하는 진술을 한 결과 뇌물수수의 각 범행을 허위로 자백하는 결과가 되었다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 피고인이 이 사건 범행을 자백한 경위, 그 구체적 내용 및 자백 후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인의 검찰에서의 자백은 그 주장대로 잠을 재우지 아니한 채 신문을 계속한 것이 사실이라면 강요와 회유를 거듭한 끝에 받아들인 것일 뿐 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 상당한 이유가 있어, 이것이 이 사건에서 문제되는 철야조사 때문인지 여부를 심리판단하지 아니하고는 결국 유죄의 증거로 삼을 수 없다고 할 것이라고 판단하였다.

국립대학교 교수채용과 관련한 특가법(뇌물)사건(1999년)²⁰²⁾에서, 피고인1은 검찰에서 30여 시간 이상 잠을 재우지 않고 꿇어앉히고, 뺨을 때리고, 불펜으로 옆구리를 찌르는 등 폭언과 폭행을 하면서 외부와 연락을 하지 못하게 한 채 계속하여 신문을 하여 심신이 지칠 대로 지쳐 자포자기의 상태에서 허위로 진술하였던 것이고, 피고인2는 독일에서 12시간 이상 비행기를 타고 온 자신을 검찰에서 48

201) 대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결.

202) 대법원 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결.

시간 이상 잠을 재우지 않고 욕설과 폭언을 하면서 밤샘조사를 하고, 그 과정에서 코피를 흘리는 등 체력이 극도로 소진되어 의식조차 혼미한 상태에서 일부 수사관의 강압에 의하여 억지로 진술하였으므로, 그 진술은 임의성이 없다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 피고인들의 검찰에서의 자백이 그들 주장대로 잠을 재우지 아니한 상태에서 폭언과 강요 속에 신문을 계속한 것이 사실이라면, 그 자백은 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 판시하였다.

위 각 판결들을 종합하여 보면, 야간조사 내지 철야조사 자체가 위법하여 그로 인하여 수집한 자백의 증거능력이 부정된다기보다는 철야조사 등으로 말미암아 피의자가 잠을 자지 못하여 극도로 피로한 상태에서 자포자기의 상태에 이르거나, 심신이 지칠 대로 지쳐 정상적인 판단능력을 잃을 정도의 상태에서 한 자백은 형사소송법 제309조 소정의 '기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때'에 해당하여 그 증거능력이 부정된다고 해석된다. 철야조사의 경우와 비슷한 장시간의 신문에 의하여 피의자가 극도로 피로하여 자포자기 상태에 이르렀거나 심신이 지칠 대로 지쳐 정상적인 판단을 할 수 없는 상태에서 한 자백도 마찬가지로 그 임의성이 의심되므로 증거능력은 부정된다고 보아야 한다.²⁰³⁾

(2) 진술거부권의 불고지, 변호인선임권과 접견교통권의 침해

수사기관이 피의자에게 진술거부권을 고지하지 아니하고 피의자를 신문하여 자백을 받아 낸 경우(속칭 'Miranda Rule') 또는 피의자의 변호인선임권을 침해하거

203) 이삼, 앞의 논문 (주173), 146쪽.

나 구속된 피의자와 그 변호인과의 접견교통권을 침해하고 그 기간 중에 피의자를 신문하여 자백을 받아 낸 경우에 이러한 진술거부권의 불고지, 변호인선임권과 접견교통권의 침해가 형사소송법 제309조 소정의 자백의 임의성을 침해하는 위법사유로서의 '기타의 방법'에 해당하는가에 대해서는 논란의 여지가 있다. 수사기관이 피의자에게 진술거부권을 고지하지 아니하고 피의자를 신문하여 자백을 받아 낸 경우에 그것만으로 임의성이 없다고 단정할 수 없고, 비록 임의성이 인정되는 경우에도 그러한 자백은 위법수집증거의 배제법칙에 의하여 그 증거능력을 부정하여야 한다는 이론구성이 합리적이다.²⁰⁴⁾ 변호인선임권과 접견교통권의 침해도 마찬가지로 볼 수 있다.²⁰⁵⁾

이와 관련하여 헌법재판소는 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 인정요건을 정한 형사소송법 제312조 제1항 단서의 위헌 여부에 관한 헌법소원사건에서 심판하면서 “헌법상 보장된 적법절차의 요청에 따라 검사가 작성한 피의자신문조서에 나타난 피고인의 자백진술이 고문 등으로 그 임의성이 결여되어 있을 때, 형사피의자의 자기부죄거부권에 더 얽은 진술거부권이 사전고지 없이 이루어졌을 때, 변호인과의 접견교통권이 위법하게 제한된 상태에서 이루어졌을 때에는 비록 피고인이 그 조서의 진정성립을 인정하고 진술내용의 신빙성이 인정된다고 하더라도 증거능력은 원칙적으로 부인된다.”고 판시하였다.²⁰⁶⁾ 또한 대법원은 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하

204) 차용석, 백형구(편집대표), 앞의 책 (주1157), 380쪽.

205) 위의 책, 381쪽.

206) 헌법재판소 1995. 6. 29.자 93헌바45 결정 (재판관 김용준, 김문희, 이재화, 정경식, 고종석, 신창언의 다수의견).

지 않는 자기부죄거부의 권리에 더 얽은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 한다고 판시하였다.²⁰⁷⁾ 또한 검사가 변호인접견을 금지한 상태에서 피의자신문조서가 작성되었다는 사실만으로 임의성이 없다고 볼 수 없다는 종래의 태도²⁰⁸⁾를 변경하여, 검사 작성의 피의자신문조서가 검사에 의하여 피의자에 대한 변호인의 접견이 부당하게 제한되고 있는 동안에 작성된 경우에는 증거능력이 없다고 하였다.²⁰⁹⁾

한편 구금된 피의자의 피의자신문에 있어서 변호인참여를 인정하지 아니한 상태에서 얻어진 피의자의 자백의 증거능력에 관하여는 논란의 여지가 남아 있다. 미국의 증거배제법칙에 의하면, 피의자가 형사절차의 모든 중요한 단계에서 변호인의 조력을 받을 권리를 포기하지 않았음에도 변호인을 참석시키지 않은 채 증거를 얻은 경우에는 수정헌법 제6조의 위반으로 인정되어 증거능력이 인정되지 않는다.²¹⁰⁾ 또한 각종의 국제인권기준과 국제인권법의 해석상 수사기관의 신문에 변호인이 참여하는 것은 변호인의 접견교통권이나 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용으로 받아들여지고 있다.²¹¹⁾ 또한 고문방지위원회는 대한민국의 제1차 보고서

207) 대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결.

208) 대법원 1984. 7. 10. 선고 84도846 판결.

209) 대법원 1990. 8. 24. 선고 90도1285 판결.

210) *U.S. v. Wade*, 388 U.S. 218, 237~239 (1967); *Massiah v. U.S.*, 377 U.S. 201, 206~207 (1964); 문용선 외, “미국의 형사소송구조”, 대법원, 『바람직한 형사사법시스템의 모색, 결과보고서(Ⅰ)』 (2004), 356쪽에서 재인용.

211) 박찬운, “변호사가 보는 바람직한 형사사법의 모색”, 대법원, 『바람직한 형사사법시스템의 모색, 결과보고서(Ⅲ)』 (2004), 188쪽.

에 대한 최종평가에서 협약 제15조의 국내적 이행을 위하여 수사기간의 피의자 신문시 변호인의 참여를 허용하도록 할 것을 권고하기도 하였다.²¹²⁾

우리나라 현행 형사소송법은 불구속피의자는 물론이고 구속피의자의 피의자신문에도 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지 않다.²¹³⁾ 우리나라의 경우에도 헌법이나 형사소송법에 규정된 적법절차조항이나 변호인의 조력을 받을 권리로부터 유추하여 피의자신문시 변호인 참여권이 보장된다고 해석할 여지도 없지 아니하나, 현행법의 해석상으로는 초동수사의 중요성에 비추어 볼 때 피의자신문단계에서 변호인의 참여시 수사기밀이 누설될 수도 있고, 이를 방지할 대책이 마련되어 있지 않다는 점, 체포 후 48시간 이내에 피의자에 대한 구속영장을 청구하고 구속 후에도 구속기간이 경찰에서 10일, 검찰에서 최대한 20일 이내로 제한되어 있는 등 구속기간이 단기라는 점, 현실적으로 피의자 진술 이외의 진술증거 확보방안이 전무하다는 점, 그리고 무엇보다도 명문규정이 없다는 점을 그 이유로 들어 피의자신문시 변호인의 참여권을 인정할 수 없다는 견해가 설득력을 가지고 있었다.²¹⁴⁾

212) 인권고등판무관실, “대한민국 1차 정부보고서에 대한 유엔의 최종평가서”, 국가인권위원회, 『국제인권조약 국내이행자료집 제6-1권』(2003. 12.), 136쪽.

213) 현행 형사소송법 제243조에는 “검사가 피의자를 신문함에는 검찰청 수사관 또는 서기관이나 서기를 참여하게 하여야 하고, 사법경찰관이 피의자를 신문함에는 사법경찰관을 참여하게 하여야 한다.”고만 규정되어 있을 뿐이고, 변호인이 신문시 참여할 수 있도록 하는 규정은 없다. 다만 한미행정협정의 합의의사록 제22조 제9항 (마)호는 수사과정을 포함하여 형사절차의 전과정에 걸쳐서 변호인의 참여권을 명문으로 규정하고 있다. 또한 수사실무에서는 경찰은 1999년 6월에, 검찰은 2003년 1월에 각각 수사지침과 훈령을 통하여 국가보안법위반사건 등과 기타 수사에 중대한 지장을 초래하는 경우를 제외하고는 피의자신문시 변호인의 참여권을 인정하거나(경찰) 변호인의 신문절차 참여를 보장한다는 선언적인 원칙규정(검찰)을 두고 있다.

214) 백형구, 『형사소송법강의 신정3판』(서울: 박영사, 1997), 405쪽; 이재상/박미숙, 『수사절차상 피의자의 변호권에 관한 연구』(한국형사정책연구원, 1994), 91쪽 이하; 탁희성/도중진, 앞의 논고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 87

그런데 대법원은 2003년의 속칭 송두율 교수 사건²¹⁵⁾에서, 변호인의 조력을 받을 권리를 선언한 헌법규정과 적법절차주의를 선언한 헌법의 정신에 기초하여 형사소송법 제209조, 제89조 등의 유추적용에 의하여 구금된 피의자에 대한 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 권리가 있음을 인정한 후, 구속된 피의자에 대한 검사의 피의자신문시에 피의자의 요구에도 불구하고 변호인의 참여를 거부한 검사의 처분은 위법하다고 판단하면서도, “구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리는 헌법상 보장된 다른 기본권과 사이에 조화를 이루어야 하며, 구금된 피의자에 대한 신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 아니하므로 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한하여야 할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연하다.”고 판시함으로써 변호인의 신문참여를 제한할 수 있는 가능성을 열어 놓았다.²¹⁶⁾ 또한 헌법재판소는 최근 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 인정요건을 정한 현행 형사소송법 제312조 제1항에 대한 위헌법률심판사건²¹⁷⁾에서 4 대 4의 의견으

문 (주103), 262쪽.

215) 대법원 2003. 11. 11.자 2003모402 결정.

216) 이 판결은 변호인의 신문참여권의 헌법적 성격을 정면에서 다룬 역사적 판결로 기록될 것이라고 하면서도, 한편에서 변호인의 신문참여를 제한할 수 있는 가능성도 동시에 열어 놓음으로써 향후 변호인참여는 대법원이 변호인참여를 제한할 수 있다고 한 위 단서의 범위와 내용을 가지고 공방을 벌릴 공산이 커졌다는 비판적 입장이 제기된 바 있다 (박찬운, 앞의 논문 (주211), 189쪽).

217) 제청법원(광주지방법원 해남지원)은 위헌심판제청 이유의 하나로 “형사소송법 제312조 제1항이 인정하고 있는 검사 작성의 피의자신문조서의 강력한 증거능력으로 인하여 수사 및 소추의 주체인 검사로 하여금 특히 수사단계에서 자백의 확보에 주력하게 함으로써 그 과정에서 현실적

로 합헌결정²¹⁸⁾을 내렸으나, 다수의 재판관들은 “아직도 이 사건 법률조항의 명확성에 관한 논란이 계속되고 있고, 형사재판에서의 직접주의, 공판주의가 강조되는 오늘날의 현실을 감안하여 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 부여하기 위한 요건을 좀 더 구체적으로 명확하게 규정하는 입법조치가 필요하다.”²¹⁹⁾ 거나, “입법자가 …… 피의자의 변호인 참여 요구권에 대한 고지절차 등을 통한 변호인 참여의 실질적인 보장이 증거능력 부여의 전제조건임을 명백히 하여 증거능력 부여의 요건을 보다 명확히 하는 한편, 검사가 행하는 피의자신문의 절차적 투명성을 강조하는 입법적 조치를 고려하였어야 할 것이다.”²²⁰⁾ 판시한 바 있다. 위와 같은 대법원 및 헌법재판소의 일련의 결정들은 구금된 피의자에 대하여 변호인의 신문참여권이 배제된 상태에서 작성된 검사의 피의자신문조서의 증거능력도 부정될 수 있는 기초를 마련한 것으로 볼 수 있다.²²¹⁾ 2002년 법무부가 마련한 형사소송법 개정안²²²⁾에 의하면, 구속 후 48시간 내인 경우 등의 예외를 제외하고 변호인 또는 변호인이 되려는 자는 검사 또는 사법경찰관의 피의자신문에 참여할

으로 헌법상 고문금지, 진술거부권, 피의자의 생명권과 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 침해할 가능성이 높다.”는 것을 들고 있다.

218) 헌법재판소 2005. 5. 26.자 2003헌가7 결정.

219) 재판관 김영일, 전효숙의 보충의견.

220) 재판관 윤영철, 권성, 김효중, 이상경의 반대의견 (헌법불합치의견).

221) 이해광 외, “바람직한 형사사법시스템의 모색”, 대법원, 『바람직한 형사사법시스템의 모색, 결과보고서(III)』(2004), 137~138쪽 (이와 관련하여 법해석상으로, 변호인의 접견이 부당하게 제한하고 있는 동안에 작성된 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 부정한 대법원 판결과 구금된 피의자에 대하여 변호인의 피의자신문참여권을 인정한 대법원 결정을 한데 모으면, 피의자신문시 변호인의 입회기 부정된 상태에서 작성된 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 부정하는 것은 어렵지 않다고 보여 진다고 한다).

222) 법무부, 『형법·형사소송법개정초안』(2002. 12. 18.자 법무부 보도자료).

수 있다는 내용의 변호인 참여권을 명문화하고 있다.²²³⁾ 또한 최근 사개추위가 당초 발표한 형사소송법 개정안에는 변호인의 신문참여권과 그 제한에 관한 명문의 규정을 찾아 볼 수가 없었으나, 5인 실무소위에서 합의된 수정안에 의하면, 수사기관의 피의자신문시 변호인 참여권을 인정하고, 변호인이 참여하는 등 특히 신뢰할 수 있는 상황에서 검사가 작성한 피의자신문조서에 한하여 증거능력을 인정하도록 하고 있다.²²⁴⁾

(3) 마약분석, 거짓말탐지기에 의한 자백

마약분석이란 피의자에게 마약을 주사한 다음 정신분석에 의하여 피의자로부터 진술을 듣는 것을 말한다. 이러한 마약분석은 피의자의 의사결정의 자유를 침해하는 수사방법에 해당하므로, 형사소송법 제309조 소정의 자백의 임의성을 침해하는 위법사유로서의 ‘기타의 방법’에 해당함은 이론의 여지가 없다. 비록 사전에 피의자로부터 마약분석에 대한 승낙을 받았다고 하더라도 마찬가지로 위법하므로 그 자백의 증거능력은 부인된다.²²⁵⁾

거짓말탐지기의 검사결과로 취득한 자백에 관하여는 그것이 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이므로 모두 증거능력을 부인하여야 한다는 견해가 없지 아니하

223) 이러한 개정안에 대해서는 대다수 범죄가 48시간 내에 수사종결되는 관례에 비추어 볼 때 변호인 참여를 48시간 동안 제한하는 것은 변호인 참여제의 본질을 훼손하는 것일 뿐만 아니라 사실상 변호인 참여를 불허하겠다는 것과 다를 바 없으며, 구속 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 규정한 헌법의 취지에도 부합하지 않는다는 비판이 있다 {탁희성/도종진, 앞의 논문 (주103), 265쪽}.

224) 대법원 사법정책연구실, 『공판중심주의 관련 형사소송법 개정안 사개추위 소위 결과』(2005. 7. 7.), 1~13쪽.

225) 차용석, 백형구(편집대표), 앞의 책 (주157), 382쪽.

나, 피검사자의 동의가 있는 경우에는 의사결정의 자유를 침해하는 경우에 해당하지 아니하므로 그에 의한 자백은 증거능력이 인정된다는 것이 통설적 견해다.²²⁶⁾ 다만, 우리 대법원은 거짓말탐지기의 검사결과에 대하여 증거능력을 인정할 수 있으려면 첫째로, 거짓말을 하면 반드시 일정한 심리상태의 변동이 일어나고 둘째로, 그 심리상태의 변동은 반드시 일정한 생리적 반응을 일으키며 셋째로, 그 생리적 반응에 의하여 피검사자의 말이 거짓인지 아닌지가 정확히 판정될 수 있다는 세 가지 전제요건이 충족되어야 한다고 하였다.²²⁷⁾

4. 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력을 둘러싼 최근의 논쟁

검사 작성의 피의자신문조서에 대하여는 검사 이외의 수사관이 작성한 피의자신문조서와는 달리 그 피고인의 법정에서의 진술 여하에 불구하고 증거능력을 인정하는 현행법의 태도에 대하여는 많은 논란이 제기되어 왔다. 헌법재판소는 검사 작성의 피의자신문조서에 대한 증거능력의 인정요건을 정한 형사소송법 제312조 제1항 단서의 위헌 여부에 관하여, 다수의견²²⁸⁾으로 “(이는) 형사소송법이 목적으로 하는 실체적 진실의 발견과 신속한 재판에 위한 것으로 그 목적의 정당성이 인정되고, …… 검사는 판사와 동일한 자격을 갖춘 자로서 임명되고 공익의 대표자라는 지위에서 활동하므로, 검사에 의한 피의자 신문시에는 고문 등 부당한 인권

226) 배종대/이상돈, 앞의 책 (주172), 573쪽.

227) 대법원 1986. 11. 25. 선고 85도2208 판결; 대법원 2005. 5. 26. 선고 2005도130 판결.

228) 헌법재판소 1995. 6. 29.자 93헌바45 결정 (재판관 김용준, 김문희, 이재화, 정경식, 고종석, 신창언의 다수의견).

유린행위가 개입될 가능성이 상대적으로 낮다고 할 수 있으므로, …… 검사 작성의 피의자신문조서와 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서에 대하여 증거능력인정의 요건에 차등을 두어 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력인정 요건을 완화한 것은 피의자의 인권보호와 실체적 진실발견 및 재판의 신속한 진행 사이의 조화를 이루기 위한 것으로서 그 합리적 이유가 인정된다.”고 판시한 바 있다. 그러나 위 사건에서 소수의 반대의견²²⁹⁾에 의하면, “검사 작성의 피의자신문조서에 대하여 그 피고인의 법정에서의 진술 여하에 불구하고 증거능력을 인정하는 것은 제3의 심판기관인 법원에 의한 재판이 실질적으로 소추기관인 검사에 의하여 왜곡될 개연성을 제도적으로 보장하는 것으로서, …… (이는) 수사 및 소추의 주체인 검사로 하여금 특히 수사단계에서의 자백의 확보에 주력하게 함으로써 현실적으로 인권의 침해가능성을 높이는 것이 되어 결과적으로 헌법의 고문금지, 불리한 진술거부권 등 명문규정을 형해화할 가능성을 전혀 배제할 수 없다.”고 하였다. 최근 사법개혁추진위원회가 마련 중에 있는 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력과 관련한 형사소송법 개정안을 둘러싼 논쟁에 있어서 위 반대의견이 시사하는 바가 크다.

피고인이 경찰에서 고문에 의하여 자백한 후 검찰에 송치되어 다시 검사에게 동일한 자백을 하는 경우에 경찰 작성의 피의자신문조서가 증거능력이 없음은 당연하나, 검사의 피의자신문시에는 고문 등이 없었던 경우에도 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력이 부인되는가. 이와 관련하여 대법원은 당초에는 검사에 대한 자백의 임의성을 인정하는 견해를 취하다가,²³⁰⁾ 1981년 이후의 판결에서는 경찰

229) 헌법재판소 1995. 6. 29.자 93헌바45 결정 (재판관 김진우, 조승형의 반대의견).

230) 대법원 1972. 8. 22. 선고 72도1469 판결; 1977. 5. 24. 선고 77도629 판결.

에 의한 고문에 의한 임의성에 의심이 있는 심리상태가 검사의 조사단계까지 계속 되었다면 검사 앞에서 행한 자백도 임의성에 의심이 있는 것으로 보아 그 증거능력이 인정되지 않는다고 판단하고 있다.²³¹⁾

또한 대법원은 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력에 관하여, 최근 형식적 진정성립이 인정되면 그 실질적 진정성립이 추정된다면서 그 증거능력을 인정하던 종래의 태도²³²⁾를 변경하여 검찰에서 조사를 받으면서 검사가 작성한 조서에 서명, 날인을 한 피고인이 법정에서 그 조서 내용이 실제로 진술한 것과 다르게 기재되었다고 주장할 경우, 즉 실질적 진정성립을 부인하는 경우에는 그 증거능력을 인정할 수 없다고 하여 판례를 변경하였다.²³³⁾ 이 판례 변경에 대해서는 이론적 및 정책적 측면에서 비판적 견해²³⁴⁾도 없지 아니하나, 본 판결로 말미암아 현재

231) 대법원 1981. 10. 13. 선고 81도2160 판결; 1982. 2. 23. 선고 81도3324 판결; 1982. 6. 8. 선고 82도 850 판결; 1983. 9. 27. 선고 83도1953 판결; 1984. 5. 15. 선고 84도472 판결; 1987. 7. 28. 선고 80도2688 판결; 1992. 11. 24. 선고 92도2409 판결.

232) 대법원 1984. 6. 26. 선고 84도748 판결; 1986. 3. 25. 선고 86도218 판결; 1992. 6. 23. 선고 92도 769 판결; 1994. 1. 25. 선고 93도1747 판결; 1995. 5. 12. 선고 95도484 판결; 1998. 6. 9. 선고 98도 980 판결; 1999. 7. 23. 선고 99도1860 판결; 2000. 6. 13. 선고 99도1581 판결; 2000. 7. 28. 선고 2000도2617 판결; 2001. 4. 10. 선고 2001도221 판결; 2001. 6. 29. 선고 2001도1049 판결; 2001. 8. 24. 선고 2001도3319 판결; 2001. 9. 28. 선고 2001도4395 판결; 2002. 12. 6. 선고 2002도4232 판결; 2003. 10. 23. 선고 2003도4411 판결 등 다수.

233) 대법원 2004. 12. 16. 선고 2002도537 판결.

234) 차동언, “한국 형사사법의 미래를 생각하며”, 『형사소송법 개정안 공청회-국민을 위한 바람직한 형사사법절차의 모색-』 (대검찰청, 2005. 5.), 29쪽 이하 (검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력에 관하여 형식적 진정성립에서 나아가 실질적 진정성립의 요건까지 아울러 요구하는 것은 세계적으로 유래가 없는 법제이며, 위 판결이 진정성립의 입증은 원진술자의 법정에서의 진술 이외에 다른 방법이 없다고 판시함으로써, 조서 내용이 수사기관에서의 진술과 차이가 난다는 피고인의 진술만으로 별도의 증거능력을 인정받을 수 있는 기회를 완전히 배제한 채 전면적으로 증거능력이 부인된다는 법원의 해석은 문제가 있다고 지적하고 있다); 백형구, “검찰조서에 있어 성립의 진정”, 법률신문, 제3346호 (2005. 3. 14.자) (형사소송법 제312조 제1항 본문이 원진 고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌 93

진행되고 있는 ‘형사사법개혁’ 논의의 핵심화두인 ‘공판중심주의’를 강화할 수 있는 획기적인 발판이 마련된 셈이라거나,²³⁵⁾ 자백 중심의 수사 관행과 조서재판의 핵심요인이 되었던 종전 판례를 변경하여 공판중심주의적 법정심리절차의 실현을 위한 첫걸음을 디딘 판결이고, 법정에서 피고인의 방어권을 실질적으로 강화하고 직접심리주의 및 공판중심주의를 실현함으로써 법치국가적 형사재판의 모델을 확립하는 계기가 될 것으로 평가할 수 있다는 긍정적 견해²³⁶⁾도 있다.

그런데 최근 위 대법원 판결의 태도와 궤도를 같이하면서도 더 나아가 원칙적으로 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서 등은 법정에서 피고인이 동의하지 아니하는 한 일체의 증거능력을 배제하고, 오로지 그 피고인을 조사하였던 검사 등의 조사과정에 관한 증언에 대해서만 증거능력을 부여하려는 사개추위의 형사소송법 개정안²³⁷⁾이 공표되자, 검찰은 사개추위가 공판중심주의를 앞세워 사실상

술자가 공판기일에 그 조서의 실질적 성립의 진정을 부인하면 그 조서에 기재된 진술은 증거능력이 없다는 내용을 규정하고 있다고 해석한다는 것은 위 조항의 문리해석에 반하며 반대해석의 법리에 위배되고, 조서의 실질적 성립의 진정이 조서작성자의 증언, 녹음테이프, 비디오테이프에 의해서 입증됨에도 불구하고 원진술자가 그 성립의 진정을 부인한다는 이유만으로 그 조서의 성립의 진정을 부정한다는 것은 불합리하다.); 정웅석, “피고인이 된 피의자신문조서의 증거능력”, 법률신문, 제3329호 (2005. 1. 10.자) (이번 대법원 판결은 형사소송법 제312조 제1항 단서에 대한 법원의 증거심사가 좀 더 엄격해졌다는 의미이지 피고인이 부인하면 곧바로 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력이 부정된다고 보는 것은 법문에 반할 뿐만 아니라 논리적 타당성도 빈약하다.”).

235) 심희기, “검면조서 등의 ‘성립의 진정’의 의미와 인정방법”, 법률신문, 제3330호 (2005. 1. 13.자).

236) 하태훈, “공판중심주의 확립을 위한 형사소송법 개정안”, 사법제도개혁추진위원회, 『공판중심주의 확립을 위한 형사소송법 개정안 공청회』 (2005. 6. 24.), 11쪽.

237) 2005. 4. 25. 발표된 개정안 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등) 제1항은 “검사 또는 사법경찰관이 피의자의 진술을 기재한 조서와 피의자가 수사과정에서 작성한 진술서는 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인이나 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

검찰의 수사권을 부인하는 내용이라고 강력 반발하고 있다.²³⁸⁾ 논쟁의 초점은 수사절차상의 진술을 공판정에 현출하는 방법으로서 조사자증언, 원진술자의 공판정 진술(피고인 또는 피고인 아닌 자의 인정진술과 모순진술), 영상녹화물(및 그 자체의 증거능력)에 모아지고 있다.²³⁹⁾ 결국 사개추위는 검찰의 주장을 일부 수용하여 검사의 피고인에 대한 피의자신문조서는 피고인이 검찰에서 한 진술 내용을 법정에서 부인할 때, 그 조서가 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것이고(수사과정기록제도, 진술거부권의 실질적 보장, 피의자신문조서 작성 방식의 구체화), 피고인의 진술 또는 영상녹화물²⁴⁰⁾ 등 객관적 방법에 의하여 실질적 진정성립이 증명되며, 변호인이 참여하는 등 특히 신뢰할 수 있는 상황에서 작성된 경우에 한하여(변호인 참여권의 실질화) 그 증거능력을 인정하고, 수사과정에서의 영상녹화물에 관하여는 피고인이 조사시 일정한 진술을 한 사실을 인정하지 않고, 검사 등 조사자의 법정진술을 통해서도 증명하기 어려울 경우에 한하여 적법한 절차와 방식으로 작성되고, 조사자의 진술에 의하여 조사의 전과정이 녹화된 것임이 인정되며, 변

238) 이완규, “공판중심주의와 증거법의 이상, 현실 그리고 미래”, 사법제도개혁추진위원회, 『공판중심주의 확립을 위한 형사소송법 개정안 공청회』(2005. 6. 24.), 135~151쪽 (“그간의 논의과정과 사개추위의 추진기획단의 의사결정을 주도하고 있는 사람들의 주장을 보자면 기본적으로 증거법이론에 대한 이해부족에 더하여 그 증거법과 현실의 실무와의 연관성 및 우리나라의 실무 현실에 대한 이해와 검토가 너무 부족한 것으로 보여 우려가 된다. …… 도대체 이런 증거법을 만드는 의도가 무엇인지 의문이다.”).

239) 하태훈, 앞의 논문 (주236), 15~19쪽; 이완규, 앞의 논문 (주238), 120~122쪽.

240) 2003년의 유엔고문특별보고관의 보고서에 의하면 고문방지협약 제15조 소정의 고문에 의한 진술의 증거배제를 위한 안전장치로서 신문과정을 녹음 및 녹화하도록 하고 이와 같이 녹음 및 녹화를 하지 아니한 상태에서 수집된 진술은 재판절차에서 증거로 할 수 없어야 한다고 하였다 (Jessica Wyndham, *supra* note 1, pp.87~88; Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 'Civil and Political Rights, including the questions of torture and detention', E/CN.4/2004/56, 23 December 2003, para. 33).

호인 참여 등 특신성이 있는 경우에 한하여 그 증거능력을 인정하는 것으로 개정안을 마련한 것으로 알려지고 있다.²⁴¹⁾

V. 맺는말

결론적으로 기존의 형법, 형사소송법, 민법, 국가배상법, 기타 특별법에 흩어져 있는 고문에 관한 모든 법규정을 모아 고문금지에 관한 종합세트와 같은 속칭 고문방지법이라는 특별법을 제정하는 것은 형사법과 민사법, 그리고 실체법과 절차법을 통합하여야 하는 것으로서 이는 실제로 뿐만 아니라 이론상으로도 불가능한 일에 가깝고, 또한 그 필요성도 의문이다. 특히 고문방지협약 제1조와 제16조에서 보는 바와 같은 고문과 이에 미치지 아니하는 부당한 처우에 관한 개념적 구별을 전제로 하여 고문의 정의를 규정하는 것은 법 적용과 법 집행에 있어서 극심한 혼란만 초래할 것이 명백하다. 왜냐하면 형법상 고문범죄의 처벌에 있어서 고문과 형사소송법상 증거능력 배제에 있어서 고문은 그 성격과 범위가 다를 수밖에 없고, 더구나 위와 같은 형사법상의 고문과 피해자 구제를 위한 국가배상법 내지 민법상의 배상책임에 있어서의 고문은 명확히 구별되지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 고문방지법에 고문의 정의를 둔다면 그것은 곧 다른 모든 법 분야의 법 적용 및 법 집행에 있어서 족쇄의 역할을 할 수도 있을 것이다. 결국 고문금지에 관하여 여기 저기 흩어져 있는 법규정을 그대로 둔 채, 예컨대 기존의 형법상 독직폭

241) 대법원 사법정책연구실, 『공판중심주의 관련 형사소송법 개정안 사개추위 소위 결과』(2005. 7. 7.), 1~13쪽.

행, 가혹행위죄를 고문범죄로 규정하여 그 범죄의 유형을 보다 구체적으로 세분하고 그에 상응하는 형벌을 부과하는 방식으로 개정하는 등의 기존 법률을 재정비하는 것이 올바른 방향이 아닌가 생각된다. 설령 고문방지법이라는 특별법을 새로 제정하더라도 기존의 고문관련법령을 통폐합하는 방식이 아니라, 고문의 진상규명을 위한 조사절차, 고문범죄의 처벌 및 고문피해자 구제를 위한 특별절차, 피해자에 대한 행정적 지원 등을 규정하는 데 그쳐야 할 것이다.

고문방지협약의 적용 실태 및 문제점

- 사법적 적용을 중심으로 -

차지훈 (민변국제연대위원장, 변호사)

【발제문 2】

고문방지협약의 적용 실태 및 문제점

- 사법적 적용을 중심으로 -

차지훈(민변국제연대위원장, 변호사)

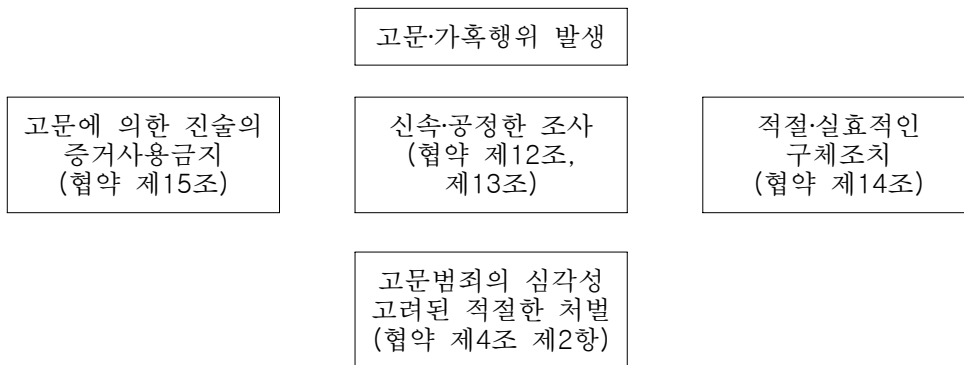
I. 머리말

2000년, 과거 독재정권에서 고문의 상징과도 같았던 이른 바 고문기술자 이모경감을 감옥에 집어 넣었다. 이제 우리 사회는 고문에 대하여 한 영화의 제목과 같이 이를 추억으로만 간직하게 되었는가? 칠성판고문, 통닭고문, 물고문, 전기고문, 성고문..., “‘턱’하고 치니 ‘억’하고 죽었다”는 수사발표. 이러한 말들이 흔히 들리지 않는다. 그러나 2002년 서울지검 조천훈씨 고문치사사건, “물고문, 성고문, 죽지 않을 만큼 구타...” 연예인 서모씨 매니저의 최근 고백담, “발가벗긴 채 서울지검 12층 복도를 개처럼 끌고 다녔다.” 흘러간 레코드 인 줄 알았더니 아직 우리 주위에 있었다. 알몸수색, 밤샘조사, 의료권보장, 계구사용... 과거에는 야만적 고문행위에 가려 관심조차 끌지 못하였던 비인도적·굴욕적 처우들이 관심사로 들어왔다. 고문방지협약에 따른 제1차 보고서 심사이후 우리 사회는 민주적 정부의 등장과 함께 고문방지를 위한 상당한 조치를 취하여 왔다. 그러나 과거의 잘못된 관행이 이런 저런 이유로 상존하면서 독버섯처럼 우리를 경각시키고 있고, 인권의식의 신장과 함께 그에 걸맞는 수사 및 구금제도의 개선이라는 과제가 우리의 지속

적인 관심을 촉구하고 있다.

‘고문및그밖의잔혹한비인도적또는굴욕적대우나처벌의방지에관함협약(다음부터는 “고문방지협약”)’ 제2조는 협약당사국으로 하여금 자국 내에서 고문행위를 방지하기 위한 입법·행정·사법 또는 그 밖의 조치를 취할 의무를 부과 하고 있다. 고문방지협약의 국내적 적용에는 고문을 방지하기 위한 입법적·행정적 조치가 모두 포함되어야 할 것이나 여기에서는 사법적 조치만을, 특히 법원의 판결을 중심으로 그 적용실태를 분석하고, 문제점을 논하고자 한다. 시간적인 범위는 유엔 고문방지위원회(Committee against Torture)가 최초 정부보고서를 심사(1996년 11월)한 이후인 1997년부터 현재까지로 하였다.

고문방지협약에 따른 사법적 조치를 도표로 분류하여 보면 다음과 같다.



II. 고문·가혹행위의 유형과 사례

가. 고문방지와 관련된 정부의 주요 조치

1997년 이후 현재까지 정부가 고문방지와 관련하여 취한 주요한 조치를 개괄하면 다음과 같다.

(1) 국가인권위원회와 과거 인권침해조사기구의 설립

2001. 11. 25. 우리 사회의 인권을 보호하고 향상시키기 위한 업무를 수행하는 국가인권위원회가 설립되어 활동을 시작하였다. 국가인권위원회법 제19조 제2항은 인권침해행위의 조사와 구제를 국가인권위원회의 업무와 권한으로 규정하고, 제 30조 제1항 제1호는 “국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우”를 국가인권위원회의 조사대상으로 규정하고 있는 바, 이로써 경찰이나 검찰 등 수사기관이나 교도소 등 교정시설에서 발생한 고문 및 가혹행위에 대하여 수사기관으로부터 독립하여 조사를 할 수 있는 기구가 탄생한 것이다. 국가인권위원회는 설립 이래 2004년 말까지 고문·가혹행위와 관련된 인권침해행위에 대하여 모두 10,501건을 접수하였으며 그 중 7,732건을 처리하였고, 처리사건 중 모두 268건에 대하여 수사기관 등의 인권침해행위를 인정하는 결정을 내렸다²⁴²⁾. 국가인권위원회가 설립됨으로써 고문·가혹행위에 대한 공정한 조사의 가능성이 확대되었으나 국가인권

242) 국가인권위원회, 연간보고서 2002년, 116; 2003년, 117; 2004년, 94.

위원회는 사건발생 후 1년이 지난 경우나 다른 기관에 의하여 권리구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우에는 조사를 할 수 없고²⁴³⁾, 강제조사권이 없다는 점에서 은밀하게 이루어져 입증이 어려운 고문행위를 효과적으로 조사하기에는 여러 한계를 갖고 있음도 사실이다.

2000. 5. 16. 대통령 직속의 의문사진상규명위원회가 설립되었다. 의문사진상규명위원회는 1969년 삼선개헌 이후 발생한 사건에 대해 2000. 12. 31.까지 접수된 의문사관련 진정의 조사 및 처리를 2002. 9. 16.까지 완료하는 한시적 기구였으나, 2002. 12. 5. 특별법 개정으로 인해 조사기간이 연장되었다. 제1차 조사기간인 2002. 9. 16.까지 의문사진상규명위원회는 총83건의 청원을 받았고, 그 중 철회된 1건을 제외한 나머지에 대하여 조사를 한 결과 19건 불법개재, 33건 증거불충분, 30건 조사불가능의 결정을 내렸다. 조사결과 불법행위에 의한 의문사로 판정된 19건에 대하여서는 보상절차가 진행 중에 있으며, 그 중 1건에 대하여서는 가해 경찰관을 검찰에 고발하였다²⁴⁴⁾. 의문사진상규명위원회 이외에도 과거 국가권력기관의 불법적 인권유린행위의 조사를 위한 위원회가 설립되었다. 경찰청은 2004. 11. 18. ‘과거사 진상규명위원회’를, 국가정보원은 ‘과거사건 진실규명을 통한 발전위원회’를, 국방부는 2005. 5. 27. ‘과거사 진상규명위원회’를 각 발족하였다. 이들 위원회의 활동을 통하여 과거 독재정권아래에서 자행된 고문사건들에 대한 조사가 이루어질 수 있을 것으로 기대되고 있으나 모두 한시적인 기구이고, 조사권한이 미약하다는 점에서 충실한 조사가 이루어질 수 있을지에 대한 우려

243) 국가인권위원회법 제32조 제1항 제4호, 제5호.

244) 고문방지협약에 따라 정부가 고문방지위원회에 제출한 제2차보고서(다음부터는 ‘제2차보고서’), 제66항.

도 있다.

(2) 법규·제도의 개정

(가) 수사관련

1997. 12. 형사소송법 개정시 영장실질심사제도가 도입되었다. 영장실질심사제도란 검사의 구속영장청구시 피의자 등이 판사에게 구속사유에 대한 심사를 청구할 수 있는 것으로 영장실질심사제도가 실시된 이래 구속자의 평균 77.9%가 영장실질심사를 받았다²⁴⁵⁾. 영장실질심사제도는 수사초기에 법관이 피의자를 면접할 수 있어 수사기관의 고문·가혹행위 방지에 기여할 수 있으나 심사가 피의자 등의 신청시에만 이루어 진다는 점에서 유엔 시민적·정치적권리위원회로부터 모든 피체포·구금자는 신속히 판사에게 회부되어야 한다는 위 규약에 위배된다는 지적을 받았다. 영장실질심사제도는 필요적 심사제도로 개정될 것으로 보인다.

이 이외에 수사와 관련된 고문방지를 위하여 취해진 주요한 조치는 다음과 같다.

- 1998년 4월 및 10월, 법무부, 불구속수사지침 시달²⁴⁶⁾
- 1998년 12월, 법무부, 인권보장과 적법절차 준수를 포함하고 있는 검사윤리규정 제정²⁴⁷⁾
- 1999. 1. 13. 국군기무사령부, 수사시 인권보호지침 제정²⁴⁸⁾

245) 제2차보고서, 제24항.

246) 제2차보고서, 제20항.

247) 제2차보고서, 제50항.

- 1999. 5. 31. 경찰청, 피의자신문시 변호인 참여 보장, 경찰서유치장에 변호인 접견장소설치 등을 주 내용으로 하는 인권보호수사체계방안 전국 경찰에 시달
- 2000년 3월, 대검찰청, 모든 지역검찰청에 인권침해사건 조사부서 지명
- 2002. 12. 27. 법무부, 서울지검피의자 고문치사사건 발생 후 인권보호를 위한 지침제정
- 2003년 1월. 경찰청, 알몸수색 제한을 내용으로 하는 ‘피의자유치및호송규칙’ 개정

(나) 구금시설 관련

- 1998. 9. 8. 법무부, 교도시설에서의 인권침해방지지침 시달
- 1999년. 법무부, 계구사용과 관련된 범죄통제조례 개정
- 2000. 3. 28. 기결수 면회 횟수 월 2-3회에서 4회 이상, 수감 중 집필 및 글의 외부발송제한 완화, 남자교도관의 야간에 여자수용자 시찰의 원칙적 금지를 주요 내용으로 하는 행형법시행령개정
- 2000. 3. 28. 법무부, 법원·검찰청 내의 대기감방인 구치감의 수용자에 대한 계구사용금지를 주 내용으로 하는 계호근무준칙 개정
- 2003년 법무부, 국가보안법위반수형자의 급외자분류처우규정 폐지를 주요 내용으로 하는 수형자분류처우규칙 개정²⁴⁹⁾
- 2003. 12. 23. 법무부, ‘징벌과 계구 제도 개선방안’ 발표

248) 제2차보고서, 제52항.

249) 대한변호사협회, 인권보고서 2003년, 121.

나. 유형과 사례

(1) 체포 및 수사과정

체포·수사과정에서의 고문·가혹행위와 관련하여서는 긴급체포의 남용, 피체포자의 유치장 인치시 알몸수색, 잠안재우기 신문 등에 대하여 논란이 많았다. 긴급체포의 남용문제는 뒤에서 별도의 항목으로 다루었다.

[알몸 수색]

알몸수색은 행형법 및 경찰청훈령인 ‘피의자유치및호송규칙’에 의거하여 피체포자의 유치장 인치시 신체검사의 명목으로 관행적으로 이루어져 왔는데 특히, 여성피의자의 경우 모욕적 처우로서 인권침해라는 비판이 많았다.

다음은 알몸수색에 대한 법원 등의 판결례이다.

“대법원은 2001. 11. 7. 알몸수색을 당한 민주노총 여성조합원 박모씨등이 국가를 상대로 낸 손해배상청구소송에서 “유치장 구금전 신체검사는 피의자들의 자살, 자해 등을 방지하는데 필요한 최소 범위에서 명예나 수치심의 손상없이 이루어져야” 한다면서 이 사건은 원고들이 흥기를 은닉했다고 볼 만한 합리적인 이유가 없는 만큼 경찰의 알몸수색은 위법이라고 판결하였다²⁵⁰⁾.

2002. 11. 6. 서울지방법원은 전교조 조합원 박모교사와 보건의료노조 차모위원장 등이 경찰의 알몸수색과 관련하여 제기한 손해배상청구소송에서 국가는 이

250) 한겨레신문, 2001. 11. 8. ;인권보고서 2001년도, 61.

들에게 200만원에서300만원씩을 지급하라고 판결하였다²⁵¹⁾.

헌법재판소는 2002. 7. “경찰서 유치장의 수용자에 대하여 실시하는 정밀신체 수색은 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 위험물 및 반입금지물품을 소지·은닉한 채 입소할 가능성이 있다고 판단되는 경우 등 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 기본권 침해의 여지를 최소화하는 수단과 방법으로 실시되어야 한다.”면서 선거법위반혐의로 체포된 여성들에 대하여 체포당시와 변호인 접견과정에서 위험물을 숨길 가능성이 거의 없었는데도 옷을 전부 벗기고 앉았다 일어서기를 반복하는 방법으로 수색하는 것은 필요한 범위를 벗어나 인격권을 침해한 것이라고 하였다²⁵²⁾.

국가인권위원회도 2002. 10. 알몸수색의 관행에 대하여 그 위법성을 지적하면서 피의자의 유치장 인치시 신체검사요건을 강화할 것을 권고하였다²⁵³⁾.”

이와 같이 대법원, 헌법재판소, 국가인권위원회의 알몸수색관행에 대한 위법판단이 있자 경찰청은 2003년 1월 ‘피의자유치및호송규칙’을 개정하여 죄질이 가벼운 피의자에 대하여 신체검사시 옷을 입은 상태에서 흉기소지여부를 확인하고, 속옷을 벗기고 신체검사를 하는 경우에는 ‘탈의막’시설에서 신체검사용 가운을 입은 상태에서 실시하도록 하였다. 경찰청 훈령의 개정이 알몸수색과 같은 피의자에 대한 모욕적 처우가 개선되는 계기가 되어야 할 것이다.

[잠안재우기 수사]

251) 인권보고서 2002년, 250.

252) 헌법재판소 2000헌마327결정.

253) 국가인권위원회, 연간보고서 2002년, 120.

잠안재우기 수사는 효과적인 수사의 명목으로 밤샘조사 방식으로 관행적으로 이루어져 왔다. 재판과정에서 고문이나 가혹행위의 주장이 있는 경우 거의 대부분이 체포 후 수감시간에서 수일동안 잠을 자지 않고 조사를 받았고, 이로 인하여 극도로 심신이 지친 상태에서 자포자기의 상태에서 자백을 하였다는 주장이 제기되고 있다.

대법원은 1997. 6. 27. 피고인이 검찰에 연행된 때로부터 약 30시간 동안 잠을 재우지 아니한 채 검사 2명이 교대로 신문을 하여 받아 낸 피의자신문조서의 증거능력을 부인²⁵⁴⁾한 이래 1997. 7. 6. 수입신용장 개설과 관련하여 업자로부터 사례금을 받은 혐의로 기소된 문모씨에 대하여 잠을 재우지 않은 상태에서 이루어진 피고인의 자백은 임의로 진술한 것이라고 볼 수 없다 라고 판결하였고²⁵⁵⁾, 2002. 10. 8. 알선수재 사건의 공여자 등이 별건으로 구속된 상태에서 10여일 내지 수십여일 동안 거의 매일 검사실로 소환되어 밤늦게 까지 조사를 받았다면 이들은 과도한 육체적 피로, 수면부족, 심리적 압박감 속에서 진술을 한 것으로 보여 지므로 이들에 대한 진술조서는 그 임의성을 의심할 만한 사정이 있다²⁵⁶⁾ 라고 판결하였다.

그러나 이러한 대법원의 잠안재우기 수사에 대한 제동에도 불구하고 수사기관의 잠안재우기 수사관행이 사라진 것은 아닌 것으로 보인다. 1998. 4. 23. 개인휴대통신 사업자 선정비리 의혹과 관련하여 대검찰청에서 밤샘조사를 받던 이명철 씨가 오전에 탁자에 머리를 부딪친 뒤 책상 위에 있던 문구용 가위로 목을 찌르는

254) 대법원 95도1964판결.

255) 인권보고서 1998년, 56; 대법원 95도1964.

256) 대법원 2001도3931판결.

자해사건이 발생하였고²⁵⁷⁾, 서울지방검찰청에서 고문으로 사망한 조천훈씨의 경우에도 밤샘조사를 받았다. 이와 같이 잠안깨우기 수사관행이 사라지지 않고 있는 이유는 수사초기 피의자를 압박하여 자백을 얻어 내려는 수사상의 요구 때문으로 보인다. 이를 개선하기 위하여서는 수사기관의 의지뿐만 아니라 사실상 자백을 증거의 중심으로 하여 운영되는 현행 형사소송법상의 제도의 개선이 필요하다.

[서울지검 고문치사사건에서 드러난 야만적 형태의 고문]

2002. 10. 26. 서울지방검찰청에서 조사를 받던 조천훈씨가 고문으로 사망하였다²⁵⁸⁾. 조천훈씨 고문치사사건에서 드러난 고문의 형태를 보자.

“(조천훈씨의 경우)

소재가 파악된 사람에게 대하여서 조차 체포영장발부 받지 아니하고 긴급체포.

밤샘조사

주먹과 발로 허벅지, 낭심 등을 가리지 않고 구타

엎드려 뺨치기, 원산폭격

신음을 하고 숨을 몰아 쉬는 것을 알고도 침대에 눕힌 채 4시간동안 방치

결국 사망에 이름.

(다른 공동피의자 박모씨의 경우)

특별조사실 세면장에 눕힌 채 얼굴에 흰 수건을 덮고 10분간 바가지로 3, 4차례

물을 붓는 물고문,

성기를 짹 쥐는 성고문

257) 인권보고서 1998년, 65.

258) 인권보고서 2002년, 66-68.

구타

(다른 공동피의자 정모씨의 경우)

앉아 일어서기, 깍지 끼고 옆드려 뺨치기

박스포장용 테이프로 눈을 가린 후 주먹으로 머리 때리기

(다른 공동피의자 권모씨의 경우)

체포후 호송 중 무릎을 꿇린 상태에서 목을 누르고, 손가락으로 눈을 후벼 파고,
뒷머리를 가격

원산폭격, 구타”

그 동안 우리가 사라진 것으로 간주하였던 물고문, 성고문, 테이프로 눈 가리기 등 야만의 폭력이 우리나라의 가장 중추적인 수사기관의 한 가운데에 도사리고 있었다. 다만, 우리는 이를 모르고 있었거나 어찌면 외면하고 있었을 뿐이다.

(2) 구금과정

고문방지협약 제1조는 고문의 정의에서 “본인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌을 하기 위한 목적으로 개인에게 고의로 극심한 신체적·정신적 고통을 가하는 행위”를 고문의 하나로서 포함하고 있고, 제16조는 고문에는 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌도 금지하고 있다. 교정시설에서의 가혹행위 역시 협약상 고문이나 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 해당된다.

교정시설에서의 고문과 관련하여서는 과도한 계구의 사용, 접견제한, 열악한 의료사정 및 대용감방 등이 주로 문제가 되어 왔다.

[과도한 계구 사용]

대법원은 1998년 “계구의 사용은 사용목적과 필요성, 그 사용으로 인한 기본권의 침해정도, 목적달성을 위한 다른 방법의 유무 등 제반 사정에 비추어 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서만 허용된다.” 라고 하면서 수감자의 소란행위가 종료된 후 독거실에 수용되어 별다른 소란행위가 없이 단식하고 있음에도 수감자에게 계속하여 수갑을 채우고 포승으로 묶인 상태로 9일 동안 독방에 가두는 것은 위법하다고 하여 본래 목적에서 벗어나 징벌의 목적으로 사용되고 있던 계구사용에 대하여 제동을 걸었다²⁵⁹⁾. 그 후 법무부는 1999년 계구사용과 관련된 범죄통제조례를 개정하였다. 그럼에도 불구하고 계구의 인권침해적 사용의 줄어 든 것으로 보이지는 않는다.

다음은 과도한 계구사용에 대한 사례이다.

“1998. 4. 22. 조세형씨는 서울지방법원의 보호감호처분재심재판에서 개방고문(혁수갑을 차고 손을 뒤로 해 등 뒤로 높이 묶인 손이 혁수갑과 연결된 채 옆드려 음식을 훔쳐 먹는 고문), 3년간 수감생활, 폐쇄회로 24시간 감시 등 청송교도소에서의 인권침해실상을 폭로하였다²⁶⁰⁾.

2000. 11. 24. 부산구치소에서 기결수로 복역 중이던 말기신부전증 환자인 곽모씨가 병원에서 혈액투석치료를 받았는데 치료받는 4시간 동안 발목에 자물쇠가 달린 길이 1미터의 쇠사슬이 채워져 있었다²⁶¹⁾.

259) 인권보고서 1998년, 229.

260) 인권보고서 1998년, 67.

261) 인권보고서 2000년, 56.

2002. 5. 23. 부산교도소에 수감 중이던 배모씨가 징벌방에서 목매 달아 자살을 기도하였고, 병원에 이송하였으나 사망하였다. 그는 자살기도 전까지 징벌방에서 3개월째 수감 중이었고, 100시간 넘게 손목과 발목에 수갑, 사슬 등 계구를 착용하고 있었음이 밝혀 졌다²⁶²⁾.

2003.12.18. 헌법재판소에서 신체의 자유 및 인간의 존엄성을 침해받았다고 판단을 받은 광주구치소 수감자의 경우에도 1년이 넘는 기간동안 금속수갑과 가죽수갑으로 묶여 있었다²⁶³⁾.”

[접견 제한]

헌법재판소는 2002. 4. 26. 군인미결수용자의 면회회수를 주 2회로 제한하는 군행형법 시행령에 대하여 평등권침해를 이유로 효력정지가처분결정 내렸다²⁶⁴⁾.

국가인권위원회는 ‘수형자 규율 및 징벌에 관한 규칙’ 중 수형자들이 규율을 위반 경우 서신 수발신, 운동, 접견, 작업, 전화통화, 도서열람 등을 금지하고 있는 제7조 제2항에 대하여 규율위반 사실에 대한 진상을 조사함에 있어 증거인멸 우려가 있다고 인정되는 경우에 한하여 조사기간 중 당해 수용자에 대한 접견·서신수발·전화통화를 제한할 수 있되 변호인과의 접견 등은 항상 보장하도록 개정권고를 하였다²⁶⁵⁾.

262) 인권보고서 2003년, 92.

263) 인권보고서 2003년, 92.

264) 인권보고서 2002년, 65.

265) 국가인권위원회, 연간보고서 2002년, 125.

[열악한 의료실태]

2003년 법무부의 교정시설 수용자에 대한 의료실태점검결과를 보면 전국 45개 교정시설 수용자 6만명 중 1일 평균 16,575명이 진료를 받고 있고, 전국 교정시설의 의사정원은 65명이나 예산부족으로 그나마 전임의사 없는 곳 많으며, 의사 1인당 1일 평균 진료환자 수가 적정인권인 75명의 3배가 넘는 257명으로 밝혀 졌다. 이러한 열악한 의료상황 속에서 교정시설에서의 병사자 수는 2000년 21명, 2001년 12명, 2002년 상반기 11명에 이르고 있다.

다음은 교정시설의 열악한 의료상황에서 발생한 사건의 예이다.

“2002. 1. 4. 뇌출혈증상의 교통사고 가해자가 경찰서 사무실에 눕혀둔 채 방치된 후 사망하였다²⁶⁶⁾.

2002. 3. 24. 수원구치소에 수감 중이다 뇌사상태에 빠진 박명원씨가 사망하였다.

2002. 1. 7. 서울구치소 수감 중이던 조원순씨가 병원으로 옮긴 지 8시간만에 사망하였다²⁶⁷⁾.

서울지방법원은 2002. 1. 22. 닭서리를 한 혐의로 유치장에 구금되어 있던 알콜중독증상이 있던 박모씨가 구금 도중 몇 차례 발작과 금단증상을 보이자 경찰이 손발을 묶고 입에 재갈을 물린 채 테이프로 봉하였고, 박씨의 친구들이 박씨에게 알콜금단증상이 있다는 사실을 알려 주었음에도 병원 후송등 조치를 취하지 아니하여 사망한 사건에 대하여 국가는 유족에게 2,900만원을 지급하라는 판결을 내렸다²⁶⁸⁾.

266) 인권보고서 2002년, 60.

267) 인권보고서 2002년, 264.

서울지방법원은 2002. 11. 22. 교도소 의무과장이 수감자에 대하여 정밀검사를 받을 필요가 있다고 2번이나 진단하였음에도 교도소측이 이를 무시한 사건에 대하여 200만원에서 1,000만원의 손해배상판결을 내렸다²⁶⁹⁾.

2000년 청송보호감호서의 수용자가 항문의 출혈증상을 호소하면서 진료를 요구하였으나 감호소는 치질약과 지혈제만 지급하고 방치하다 증상이 악화되어 외부병원진단을 받은 결과 중기 직장암으로 판정되는 사건이 있었고, 광주교도서에서는 위암병력이 있는 수감자가 정밀진찰요구를 하였음에도 이를 방치하다 위암3기까지 진행된 뒤에야 치료개시를 하는 사건도 있었다.”

[대용감방의 문제]

대용감방이란 구치소나 교도소 등 교정시설이 없는 지역에서 구속기소된 미결수를 임시로 수용하는 시설인 경찰서의 유치장으로서 그 설치 및 운용에 대한 법적 근거가 없으나 예산부족 등을 이유로 관행적으로 이용되고 있다. 전국적으로 16개가 운영되고 있고, 하루평균 3,600명이 수감되고 있다²⁷⁰⁾. 대용감방은 감방 시설이 낡고 비좁아서 수용자들은 일반 교도소나 구치소에 수감된 재소자들과 달리 별도의 여가시간은 물론 운동조차 할 수 없는 데다가 수용인원이 늘어 나는 경우에는 새우잠을 자야 하고, 특히, 여성 수감자의 경우에는 경찰 인력부족으로 남자경찰관의 감시를 받으며 생활하여야 하므로 심한 수치감과 모욕감에 시달리고 있다고 한다²⁷¹⁾.

268) 인권보고서 2002년, 252.

269) 인권보고서 2002년, 263.

270) 인권보고서 2002년, 265.

다. 법원의 고문범죄인식의 문제

고문방지위원회는 최초 정부보고서 심사 후 우리 형법에 고문범죄에 대한 개념 규정이 없음에 대하여 우려를 표명하면서 협약 제1조와 일치하는 고문범죄의 개념을 법규정에 둘 것을 권고하였다²⁷²⁾. 이에 대하여 우리 정부는 기존 형사법과 관련 법규들이 협약 제1조에서 규정하고 있는 고문을 행하는 자들을 처벌하기에 충분하다고 주장하였다²⁷³⁾. 우리 형법상의 고문범죄와 관련된 규정이 정부의 주장과 같이 협약상의 고문개념을 포괄하기에 충분한지 여부에 대하여서는 다른 주제 발표에서 충분히 다루어 질 것이므로 이는 별론으로 하기로 하고, 여기에서는 우리 법원이 협약상의 고문개념에 해당되는 모든 행위에 대하여 이를 고문이나 가혹행위로 받아 들이고 있는지에 대하여 살펴 보겠다. 이 점과 관련하여서는 앞서 살펴 본 것과 같이 우리 법원은 비교적 넓게 고문이나 가혹행위를 인정하고 있는 것으로 보인다. 예컨대, 수사과정에서의 잠안재우기, 체포·구금과정에서의 알몸신체 검사, 과도한 계구사용, 접견제한 등에 대하여 이를 위법한 행위로 판단하고 있다. 그러나 위와 같은 가혹행위에 대하여 법원이 일관된 태도를 취하고 있다고 하기는 어렵다. 대법원에서 수사기관에서의 밤샘수사 등 가혹행위의 의혹이 있어 피고인의 자백의 임의성을 인정하기 어렵다 라고 한 판결을 보면 상당수는 원심에서는 가혹행위주장에 대하여 이를 인정하지 아니하고 있고²⁷⁴⁾, 알몸수색에 대한 손해

271) 인권보고서 2002년, 66.

272) UN Doc. A52/44, 제55항, 제62항.

273) 제2차보고서 제99항, 제100항.

94 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

배상을 인정한 대법원 판결의 원심은 대법원이 위법한 신체검색방법이라고 한 알몸수색에 대하여 이를 모욕을 주는 신체검사라고 할 수 없고 위법·부당한 것도 아니라고 판단하였다. 이와 같이 하급심에서 가혹행위에 대하여 종종 대법원과 일치하지 아니하는 판단을 한 경우도 있지만 대법원의 태도에 비추어 볼 때 우리 법원의 고문범죄에 대한 인식이나 위법선언에 그다지 심각한 문제가 있는 것으로 보이는 아니다. 오히려 문제는 뒤에서 살펴 보는 것과 같이 고문에 의한 진술의 증거사용과 관련된 법원의 태도이다.

라. 고문방지를 위한 형사법상 방안과 관련하여

(1) 조서중심재판·수사제도 및 관행의 극복

우리 헌법과 형사소송법은 공개재판주의, 구두변론주의, 직접심리주의, 집중심리주의를 공판절차의 기본원칙으로 하는 공판중심주의를 채택하고 있으나 정작 형사재판에서는 유무죄의 판단과 형의 양정이 공개된 법정에서의 구두변론을 통해서가 아니라 주로 법관의 집무실에서 수사기록의 검토를 통하여 이루어 지는 조

274) 물론 이는 피고인의 주장사실에 대하여 이를 고문이나 가혹행위로 인정하지 아니하기 때문이 아니라 입증에 없기 때문인 경우도 많을 것이다. 그러나 모든 경우가 그러하다고 할 수 없는 이유는 상당수의 판결에서는 피고인의 고문이나 가혹행위 주장에 대하여 판단조차 하지 아니하는 경우가 있기 때문이다. 예컨대, 서울고등법원 98노1794판결은 한 지방자치단체장의 뇌물죄사건에서 피고인이 “14:30경 검사실에 출석하여 그 다음날인 08:00경까지 잠을 자지 못한 상태에서 온갖 회유와 인격적 모독을 당하면서 불안, 초조에 시달리다가 자포자기한 채 검사의 요구에 따라 진술하게 되었으므로” 진술의 임의성이 없다고 주장하였으나 피고인의 주장과 같이 밤샘조사가 있었는지 여부에 대하여서는 전혀 심리를 하지 아니하고 피고인이 조서의 진정성립을 인정하였고, 사실관계에 대하여 비교적 상세히 진술하였다고 보여지며, 서류의 형식과 내용 등 다른 사유들을 근거로 임의성이 없는 것이 아니라고 판단하였다.

서재판이 관행화 되었다²⁷⁵). 이러한 조서중심의 재판관행은 피고인의 혐의를 입증하는 수단으로서 수사기관에서의 작성된 조서의 가치를 높여 주고, 수사기관은 피의자의 혐의를 입증하기 위한 과학적 수사에 의존하기 보다는 피의자의 자백을 얻어 이를 조서화하는 것에 수사의 비중을 둘 수 밖에 없게 된다. 결국, 우리 형사소송에서 조서재판의 관행은 수사관들로 하여금 피고인의 자백을 얻기 위하여 고문이나 가혹행위도 불사하게 만드는 한 원인이 되고 있다. 실제로 형사재판에서 피고인의 고문주장은 거의 대부분 피고인의 자백을 담은 피의자신문조서작성과 관련된 것이다.

종래 법원은 검사작성의 피의자신문조서의 성립의 진정이라 함은 간인, 서명, 날인 등 조서의 형식적인 진정성립 뿐만 아니라 그 조서가 진술자의 진술내용대로 기재된 것이라는 실질적인 진정성립까지 포함한다고 하면서도 원진술자인 피고인이 공판정에서 피의자신문조서의 간인, 서명, 무인을 한 사실을 인정하면 그 간인, 서명, 무인이 형사소송법상의 절차를 거친 바 없이 된 것이라고 볼 사정이 없는 한 그 피의자신문조서에 기재된 내용은 본인이 진술한 내용대로 기재된 것으로 추정된다는 입장이었다²⁷⁶). 검사작성의 피고인신문조서에 대한 이와 같은 법원의 입장이 법원의 조서재판관행의 토대가 되었음은 물론이다.

법원 내에서도 종종 이러한 조서재판의 관행에 대한 도전이 있었다.

“대법원은 2000. 6. 15. 검찰수사에서 참고인으로 진술하였다가 그 후 재판과정에서 증인으로 나와 검찰진술을 번복하자 검찰에서 다시 그 증인을 소환하여 법정

275) 사법개혁위원회, 국민과 함께하는 사법개혁:사법개혁위원회 백서, 사법개혁위원회 자료집 (VII),206, 207.

276) 대법원 84도748, 86도218, 92도769, 93도1747 등 다수의 판결.
96 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

증언을 번복하는 내용의 진술을 받아 다시 이를 법원에 증거로 제출한 것에 대하여 “이를 유죄의 증거로 삼는 것은 당사자주의, 공판중심주의, 직접주의를 지향하는 현행 형사소송법의 소송구조에 어긋나는 것일 뿐만 아니라 헌법 제27조가 보장하는 기본권, 즉, 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사, 진술되고 이에 대하여 피고인이 공격, 방어할 수 있는 기회가 실질적으로 부여되는 재판을 받을 권리를 침해하는 것이므로 이러한 진술조서는 피고인이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하는 한 그 증거능력이 없다”고 판결²⁷⁷⁾하였다.

광주지법 해남지원은 2003. 2. 검사작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정한 형사소송법 제312조 제1항에 대하여 위헌제청을 하였다²⁷⁸⁾.”

그러다가 대법원은 2004. 12. 16. 전원합의체로 검사가 작성한 피의자신문조서에 대하여 형식적 성립인정이 인정되면 실질적 성립인정도 추정된다 라는 종래의 대법원의 태도를 변경하고, “검사가 피의자나 피의자 아닌 자의 진술을 기재한 조서는 공판준비 또는 공판기일에서 원진술자의 진술에 의하여 형식적 진정성립뿐만 아니라 실질적인 진정성립까지 인정된 때에 한하여 비로소 그 성립의 진정함이 인정되어 증거로 사용할 수 있다고 보아야 할 것이며, 그와 같이 해석하는 것이 우리 형사소송법이 취하고 있는 직접심리주의 및 구두변론주의를 내용으로 하는 공판중심주의의 이념에 부합하는 것이” 라고 판결하였다²⁷⁹⁾.

위 전원합의체판결은 그 동안의 조서중심재판, 조서중심수사의 관행에 쐈기를 박는 것임에는 틀림이 없다. 그러나 이로써 고문도 불사하면서 자백을 받고자 하

277) 대법원 91도 1108판결.

278) 조선일보, 2003.2.20. 10; 인권보고서 2002년, 72.

279) 대법원 2002도537판결.

는 종래의 수사방법에 대한 근본적인 변화가 이루어 질 것이라고 기대하기는 어렵다. 위 판결에 따르더라도 피의자신문조서가 피의자가 진술한대로 기재된 경우에는 그 진술이 고문에 의한 것이라도 그 조서의 증거능력을 부인할 수는 없기 때문이다. 이는 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서의 증거능력에 비추어 보아서도 그렇다. 사법경찰관이 작성한 피의자신문조서는 현행 형사소송법에 따르면 피고인이 법정에서 조서의 내용과 본인의 진술내용이 다르다는 취지의 내용부인을 하면 이를 증거로 사용할 수 없으나 사법경찰관은 여전히 자백을 받아 이를 피의자신문조서로 작성하고자 노력하고 있다. 이와 같이 조서의 증거능력을 제한함으로써 가혹행위를 방지하고자 하는 노력에는 한계가 있을 수 밖에 없다. 따라서 수사기관의 고문행위를 방지하기 위하여서는 조서제도 자체를 없애고, 공판정에서의 진술과 증거에 의하여 판단을 하는 당사자주의에 기초한 공판중심의 재판제도를 확립하는 것이 필요하다. 이러한 점에서 사법개혁추진위원회가 최근 공판중심제도를 확립하는 방향으로 형사소송법을 개정하기로 하였으면서도 조서재판주의를 완전하게 극복하지 못하고 일정한 경우에는 조서를 증거로 사용하도록 허용²⁸⁰⁾한 것은 고문방지라는 피고인의 인권보장의 관점에서는 바람직하지 못한 것이라고 하겠다.

(2) 긴급체포 남용 관행의 극복과 피체포·구금자의 필요적 법관면접제도 도

280) 사법개혁추진위원회는 2005. 7. 18. 제5차회의에서 검사작성의 피의자신문조서는 적법한 절차와 방법에 의하여 작성된 것으로서 피고인이 진술한 내용과 동일하게 기재되었음이 피고인의 진술이나 영상녹화물 등 객관적인 방법으로 증명되고, 조서에 기재된 진술이 변호인이 참여 하에 이루어 지는 등 특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여 졌음이 증명된 때에 한하여 증거로 사용할 수 있는 것을 공판중심주의적 법정심리절차의 확립방안의 하나로 의결하였다: 사법개혁추진위원회, 보도자료 2005. 7. 19.

입

피고인이 재판에서 고문사실을 주장하는 사건을 보면 그들 대부분은 긴급체포되었음을 알 수 있다. 긴급체포란 법관으로부터 영장을 발부받을 수 없는 긴급한 사정이 있는 경우 수사관으로 하여금 일정한 요건아래에서 법관의 영장없이도 일단 피의자를 체포할 수 있게 하는 제도로서 1995년 형사소송법 개정시 긴급구속 제도를 대체하는 제도로서 도입되었다. 물론, 수사관은 긴급체포 후 피의자를 계속 구속할 필요성이 있는 경우에는 48시간 이내에 법관에게 이른 바 사후영장을 청구하여야 한다.

수사관이 피의자를 체포하여 고문 등 가혹행위를 한 경우를 보면 예외 없이 체포함과 동시에, 또는 체포 후 곧바로 구타 등 가혹행위를 가하고 있다. 이른 바, 기선제압이다²⁸¹⁾. 피의자는 보통 수사기관에 체포되는 경우 그 때 커다란 심리적인 압박감을 느낄 것²⁸²⁾이므로 수사기관으로서는 초기에 피의자를 제압하여 자백을 받아 내는 것이 가장 효과적일 것이다. 따라서 자백을 받아 내기 위한 가혹행위도 체포 후 위 48시간 이내에 행하여 질 가능성이 가장 높다 할 수 있다. 문제는 가혹행위가 발생할 가능성이 가장 높은 긴급체포 후 법관에게 영장을 청구하여야 할

281) 서울지검 조천훈씨 고문치사사건의 경우 수사관들은 체포 후 후송 중에 구타를 시작하거나 조 사실에 인치후 기선제압의 방법으로 구타를 시작하였다. 인권보고서 2002년, 67.

282) 1997년 서울지방검찰청 특수부로부터 출석통지를 받아 밤샘조사 후 혐의사실을 자백하고 뇌물죄로 기소된 지방자치단체장 방모씨의 경우 재판에서 “서울지방검찰청 특수부 검사로부터 다음날 14:00경 까지 출석하라는 통지를 받고 무슨 일인지 몰라 걱정을 하다가 결국 그 날 잠을 한숨도 못 자고 그 다음날 14:30경 검사실에 출석하여 그 다음날 08:00경까지 잠을 자지 못한 상태에서 온갖 회유와 인격적 모독을 당하면서 불안, 초초에 시달리다가 자포자기한 채 검사의 요구에 따라 진술하게 되었”다 라고 진술하고 있다.

의무가 있는 48시간동안 수사기관은 전혀 법원의 감시나 통제를 받지 아니하고 수사를 할 수 있다는 점이다. 이 48시간 동안 수사기관에서는 범죄혐의자를 체포한 후 조사를 하여 보고, 별다른 혐의점이 없거나 구속할만한 사건이 아니라고 판단하면 피의자를 풀어 주면 그만이다. 물론, 그 과정에서 가혹행위가 수반되는 경우도 있을 것이다. 우리나라의 긴급체포제도와 관련하여 48시간이내에 풀어 주는 경우 사후영장을 청구하지 아니하여도 된다는 점에서 헌법에서 요구하고 있는 영장주의에 위반된다는 비판이 많으나 영장주의 위반의 실체는 수사기관이 피의자의 체포 후 구속영장청구시까지의 48시간 동안에는 전혀 법원의 통제를 받지 아니하고 피의자의 신병을 확보한 상태에서 수사를 할 수 있어 조사시 고문이나 가혹행위가 개재될 위험성이 매우 크다는 점에 있다.

대법원은 “긴급체포는 영장주의에 대한 예외인 만큼 형사소송법 제200조의 3 제1항의 요건을 모두 갖춘 경우에 한하여 예외적으로 허용되어야 하고, 요건을 갖추지 못한 긴급체포는 법적 근거에 의하지 아니한 영장없는 체포로서 위법한 체포에 해당되는 것이고, 이러한 위법한 체포는 영장주의에 위배되는 중대한 것이니 그 체포에 의한 유치 중에 작성된 피의자신문조서는 위법하게 수집된 증거로서 특별한 사정이 없는 한 이를 유죄의 증거로 할 수 없다²⁸³⁾.”라고 하여 위법한 긴급체포로 인한 진술의 증거사용을 제한하고 있다. 그러나 대법원은 긴급체포의 요건인 긴급성은 피의자를 긴급체포할 당시에 그 때까지 수집된 자료 등을 종합하여 객관적으로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등의 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것으로 긴급체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히

283) 대법원 2000도5701 판결.

합리성을 잃은 경우에 그 체포가 위법한 것이라고²⁸⁴⁾ 하여 긴급체포에 대한 수사기관의 재량권을 상당한 정도로 인정하고 있다.

긴급체포제도가 운영되는 실태를 보면 체포자 중에는 긴급한 경우 예외적으로 허용되는 긴급체포에 의하여 체포된 자가 사전에 체포영장을 발부받아 체포된 자보다 그 비율이 수배에 이를 정도로 훨씬 많다. 예컨대, 2003년의 경우 체포영장에 의한 체포자 수는 13,482명인데 비하여 긴급체포로 체포된 자의 수는 98,778명으로 긴급체포된 자의 수가 체포영장에 의한 체포자 수보다 7배를 넘고 있다²⁸⁵⁾. 그리고 긴급체포된 자 중에서 수사단계에서 석방되는 자의 비율이 2001년 37.6%, 2002년 42.1%, 2003년 상반기 44.7%에 이르고 있다²⁸⁶⁾. 이와 같이 긴급체포된 자의 수가 많은 것에 대하여 검찰에서는 1998년에 제정된 ‘지명수배절차에 관한 예규’에 따라 법정형이 징역3년 이상에 해당하는 범죄 혐의자의 소재를 알 수 없는 경우 지명수배를 하도록 되어 있는 바, 긴급체포의 상당수가 이들 지명수배된 기소중지자의 체포과정에서 발생하는 것으로 2003. 8. 23. 대검찰청에서 지명수배시 원칙적으로 체포영장을 발부받도록 지시한 이후에는 긴급체포된 자의 수가 점차 줄어 들고 있다고 하고 있다²⁸⁷⁾. 그러나 검찰의 통계에 의하더라도 2004년에도 검찰의 경우 월평균 410여건, 경찰의 경우 5,600건을 합쳐 6,000여건 이상의 긴급체포가 이루어 지고 있다.²⁸⁸⁾

284) 대법원 2003다6668, 2002모81판결.

285) 사법제도개혁추진위원회, 인신구속자료집, 사법개혁위원회 제17차회의자료 중 긴급체포에 관한 검토의견, 113.

286) 한겨레신문, 2003. 9. 23. ;인권보고서 2003년, 116.

287) 사법제도개혁추진위원회, 위 자료집, 88-90.

288) 앞의 책, 90.

이러한 현실에 비추어 법원이 긴급체포의 요건 판단에 대하여 수사기관에 상당한 재량권을 부여하고 있는 것이 긴급체포제도의 남용을 적절히 견제하고 있는 것 인지는 대단히 의문이다.

시민적·정치적권리에관한국제규약 제9조 제3항은 모든 피체포자 및 피구금자는 신속하게 법관에게 회부되어야 한다 라고 규정하고 있으며, 유엔의 시민적·정치적권리위원회(Human Rights Committee)는 1999. 11. 1. 우리 정부의 시민적·정치적권리에관한국제규약에 따른 최초 보고서의 심사후 구속영장심사시 피의자가 신청하는 경우에만 법관에 회부되는 우리 형사소송법 제201조의 2 영장실질심사 제도가 위 규약에 위배된다 라는 우려를 표명한 바 있다²⁸⁹⁾.

긴급체포제도는 예외적 이용이라는 제도의 목적을 넘어서서 남용되고 있고, 법원의 통제를 받지 아니하고 사실상 영장없는 체포와 구금을 인정하여 수사기관의 가혹행위에 대한 감시를 어렵게 하고 있다. 긴급체포제도의 개선방안과 관련하여 사법개혁위원회에서는 현행 긴급체포제도가 사후영장을 발부받지 않아도 되는 점에만 중점을 두고 이는 우리 헌법의 영장주의에 위배되므로 긴급체포 후 48시간 이내에 석방하는 경우에도 사후에 영장을 발급받아야 하는지 여부에 논의의 핵심을 두고, 긴급체포시 지체없이 법원에 사후 구속영장을 청구하되 48시간을 넘지 않아야 하고, 사후 구속영장을 청구하지 아니하고 석방한 경우에는 법원에 정기적으로 그 사유 등을 통지하는 방안(다수의견)과 모든 긴급체포에 대하여 사후 영장을 발부 받는 방안(소수의견)이 제안되었다²⁹⁰⁾. 그러나 긴급체포의 문제의 핵심은 체포 후 48시간 동안 수사기관이 아무런 감시가 없는 상황에서 피의자를 구금한

289) UN Doc. CCPR/C/79/Add.114, 제13항.

290) 사법제도개혁추진위원회, 앞의 책, 6.

체 조사를 할 수 있다는 점으로 시민적·정치적권리에 관한 국제규약의 정신이나 수사기관에서의 가혹행위가 체포 후 즉시 이루어 지는 경우가 많다는 점을 고려하면 원칙적으로 수사기관은 긴급체포 후 수사를 개시하여서는 아니 되고, 즉시 피체포자를 법관에게 회부하여 법관으로부터 피체포자의 구속여부를 판단받은 후 수사를 개시하는 방식으로 긴급체포제도가 개선되어야 할 것이다.

(3) 변호인 참여권 보장

헌법 제12조 제4항은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 하여 피의자가 수사기관에서 조사를 받을 때 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 그러나 그 동안 수사기관에서는 변호인 참여권에 대하여 형사소송법 등에 명문화된 규정이 없다는 이유로 이를 받아 들이지 않았다. 이와 관련하여 고문방지위원회는 우리 정부의 최초보고서 심사 후 고문에 의한 진술의 소송에서의 증거사용금지를 규정한 협약 제15조의 적극적인 실현을 위하여 수사기관의 신문시 변호인의 참여가 보장되어야 한다 라고 권고하였다²⁹¹⁾.

그러나 고문방지위원회의 권고에도 불구하고 최근까지 변호인 참여권이 실질적으로 보장되지는 못하였다. 대검찰청 예규는 “신문 중인 피의자에 대해 변호인이 접견을 요구할 때 검사는 ‘신문을 중단하게 되면 수사에 현저한 지장이 있다’고 알리고 신문이 끝난 뒤에 접견을 시켜준다.”라고 하고, 변호인이 피의자와의 접견교통권을 남용하고 있다고 판단되면 ‘접견불가결정’까지 내릴 수 있는 권한을 검사

291) UN Doc. A/52/44, 제68항.

에게 부여함으로써 사실상 피의자신문시 변호인의 입회를 거부하도록 지시하여 왔다²⁹²⁾. 경찰청은 1999. 6. 7. 피의자신문과정에 변호인의 참여를 보장하도록 한 ‘인권보호수사체계’ 지침을 전국 경찰에 시달하였으나 이 역시 변호인 입회를 제한할 수 있는 예외²⁹³⁾가 많아 변호인의 참여권이 실질적으로 보장되고 있다고 하기에는 미흡한 점이 많았다.

이러한 수사기관의 변호인참여권의 부인 관행에 대하여 대법원은 2003. 11. 11. “형사소송법은 아직 구금된 피의자의 피의자신문에 변호인이 참여할 수 있다는 명문규정을 두고 있지는 아니하지만 신체를 구속당한 사람의 변호인과의 접견교통권이 헌법과 법률에 의하여 보장되고 있을 뿐 아니라 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다고 선언한 헌법규정에 비추어 구금된 피의자는 형사소송법의 위 규정을 유추적용하여 피의자신문을 받음에 있어 변호인의 참여를 요구할 수 있고, 그러한 경우 수사기관은 이를 거절할 수 없는 것으로 해석하여야 하고, 이렇게 해석하는 것은 인신구속과 처벌에 관하여 ‘적법절차주의’를 선언한 헌법의 정신에도 부합한다 할 것”이라고 하면서 원칙적으로 구속된 피의자신문시 변호인 참여권을 보장하면서도 “구금된 피의자가 피의자신문시 변호인의 참여를 요구할 수 있는 권리가 형사소송법 제209조, 제89조 등의 유추적용에 의하여 보호되는 권리라 하더라도 헌법상 보장된 다른 기본권과 조화를 이루어야 하며, 구금된 피의자에 대한 신문시 무제한적으로 변호인의 참여를 허용하는 것 또한 헌법이 선언한 적법절차의 정신에 맞지 아니하므로 신문을 방해

292) 인권보고서 1999년, 217, 218.

293) 경찰청 지침은 ① 국가보안법위반사건, ② 조직범죄, 마약 또는 테러관련 사건, ③ 피의자가 증거를 인멸하거나 도주할 우려가 있는 경우, ④ 변호인의 입회가 신문에 심각한 장애가 된다고 판단되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

하거나 수사기밀을 누설하는 등의 염려가 있다고 의심할 만한 이유가 있는 특별한 사정이 있음이 객관적으로 명백하여 변호인의 참여를 제한할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 변호인의 참여를 제한할 수 있음은 당연”하다 라고 하여 예외적으로 변호인 참여를 제한하는 것도 인정하였다²⁹⁴⁾²⁹⁵⁾. 한편, 헌법재판소는 2004. 9. 23. 대법원판결로부터 한 걸음 더 나아가 불구속 피의자나 피고인의 경우에도 변호인의 참여를 원하는 경우에는 “위법한 조력의 우려가 있어 이를 제한하는 다른 규정이 있고, 그가 이에 해당한다고 하지 않는 한 수사기관은 피의자의 위 요구를 거절할 수 없다²⁹⁶⁾.”라고 하여 구속피의자나 피고인뿐만 아니라 불구속 피의자나 피고인의 경우에도 변호인 참여권이 보장됨을 분명히 하였다. 위 대법원 판결이나 헌법재판소 판결은 그 동안 피의자신문시 변호인의 참여요청이 있는 경우에도 수사기관이 자의적으로 판단하여 이를 거부하여 오던 관행에 제동을 걸기는 하였으나 변호인 참여를 제한할 수 있는 사유로서 신문을 방해하거나 수사기밀을 누설할 염려가 있는 경우라는 추상적인 기준을 제시함으로써 여전히 변호인 참여에 대한 논란의 여지를 제공하였다.

위 대법원 판결과 헌법재판소의 결정이 있는 후 법무부는 변호인참여권 보장을 포함하는 형사소송법 개정안을 마련하였고, 사법제도개혁추진위원회에서도 공판중심적 법정심리절차 확립방안의 하나로서 변호인의 신문참여권을 폭 넓게 인정하는 안을 의결하였다²⁹⁷⁾. 이와 같이 변호인 참여권에 대한 법적 근거가 마련되는

294) 대법원 2003모402판결.

295) 위 판결은 송두율 교수에 대한 서울지방검찰청의 변호인접견 거부에 대한 것으로 검찰이 변호인의 참여를 불허할 필요가 인정되는 객관적이고 명백한 특별한 사정이 있음을 인정할 자료를 제출하지 아니하였다는 이유로 접견불허처분이 위법하다고 판단하였다.

296) 헌법재판소 2000헌마138결정.

경우에는 피의자신문시 변호인 참여와 관련하여 수사기관의 자의적인 거부행위가 줄어들 것이고, 피의자신문시 변호인 참여는 수사기관에서의 가혹행위 예방에도 상당한 도움을 줄 것이다.

(4) 불구속수사원칙의 확립

피의자나 피고인의 구속은 수사나 재판절차에의 출석 및 형집행을 담보하기 위하여 불가피한 측면도 있으나 대부분의 고문이나 가혹행위가 구속상태에서 발생하고 있고, 구속 그 자체가 피의자나 피고인의 자백을 얻어 내기 위한 수단으로서 사용됨으로써 인권침해의 원인이 되고 있다. 따라서 우리 헌법이나 형사소송법은 불구속 수사 및 재판의 원칙을 천명하고 있다.

우리나라의 구속자 수는 영장실질심사제도를 시행한 이후인 1998년 이래 지속적으로 감소하고 있으나 선진국과 비교할 때 아직도 지나치게 많은 상황이다²⁹⁸⁾.

[1997년도 각국의 구속 관련 통계자료]²⁹⁹⁾

(단위 : 명)

297) 사법제도개혁추진위원회, 보도자료 2005. 7. 18.

298) 사법제도개혁추진위원회, 앞의 자료집, 11.

299) 앞의 자료집, 12.

	우리나라	일본	독일	스웨덴
인구 수	45,991,000	126,166,000	82,057,000	8,847,625
입건 범죄 수	934,933	2,086,735	6,586,165	1,196,065
구속 인원	118,576	101,790	19,900	9,276
인구 1만명 당 구속자 수	25.8	8.0	2.4	10.5
범죄 1천건 당 구속자 수	126.8	48.8	3.0	7.7

[수사단계의 영장발부인원 변화]³⁰⁰⁾

(단위 : 명)

연도	영장청구 인원	영장발부 인원
1997년	144,232	118,576
1998년	163,507	140,297
1999년	129,250	111,633
2000년	122,359	106,809
2001년	121,031	105,815
2002년	115,171	99,995

이와 같이 구속자 수가 지나치게 많은 현실을 개선하기 위하여 사법제도개혁추진위원회에서는 영장단계에서 조건부 석방제도를 도입하고, 석방제도를 통합하며 석방조건을 다양화하여 불구속 수사 및 재판의 원칙을 확립하고자 하는 방안을 강구하고 있다³⁰¹⁾.

Ⅲ. 소송에서 증거사용

가. 협약과 국내법 규정

이와 관련된 협약 및 국내법은 협약 제15조, 헌법 제 12조 제7항, 형사소송법

300) 앞의 자료집, 12.

301) 앞의 자료집, 5-7.

제309조, 제312조, 제317조 제1항 등이다.

나. 법원의 적용 실태 및 문제점

우리 헌법이나 형사소송법은 고문 등에 의한 임의성이 없는 진술은 이를 증거로 사용하지 못한다 라고 하고 있고, 법원 역시 고문 등에 의한 임의성 없는 진술을 증거로 사용할 수 없다는 태도를 취하고 있다.

다음 두 가지 문제가 논의될 수 있다.

(1) 첫째, 고문에 의한 진술이 허위인 경우에만 증거로 사용될 수 없는 것인지의 문제이다.

이는 학계에서는 임의성 없는 진술의 배제원칙에 대한 이론적 근거와 관련하여 논의되고 있다. 임의성 없는 자백은 허위일 가능성이 높고, 진실발견을 저해하기 때문에 증거능력이 부정된다는 허위배제설, 묵비권을 중심으로 한 피고인의 인권을 보장하기 위한 것이라는 인권보장설, 양자를 모두 포괄하는 절충설, 위법수집 증거에 대한 증거능력을 부인하는 입장에서의 위법배제설 등이 있고, 허위배제설은 고문에 의한 진술이라도 허위가 아닌 이상 이를 증거로 사용할 수 있다는 것이고, 인권보장설이나 위법배제설은 고문에 의한 진술은 허위가 아니라고 하더라도 이를 증거로 사용할 수 없다는 것이다³⁰²⁾.

피고인이 재판에서 고문사실을 주장하며 진술의 임의성을 다투는 경우 법원이 고문사실이외에도 그 진술의 허위여부를 따지는지 여부는 분명하지는 않다. 과거

302) 이재상, 형사소송법, 제5판, 박영사, 1998, 477-479.

대법원은 대체로 허위배제설의 입장에 있었다 라고 주장된다³⁰³⁾. 그러나 근래의 대법원 판결을 보면 여전히 고문 등에 의하여 허위진술을 하는 경우에 임의성이 부인된다는 취지의 판결³⁰⁴⁾을 하는 경우도 있지만 허위여부에 대한 언급을 하지 아니하고 고문 등의 행위가 있었는지 여부만으로 임의성을 판단하는 판결³⁰⁵⁾도 있다.

고문에 의한 자백의 증거능력제한제도는 영국 보통법아래에서 자백의 진실성보장을 위하여 도입되었으나 미국이나 독일의 경우 진술의 신빙성보장의 목적보다는 피고인의 진술에 관한권리보장이나 수사과정의 적법절차준수와 같은 인권보장적 관점에서 필요한 것으로 이해되고 있다³⁰⁶⁾.

만일, 우리 법원이 고문 등에 의한 진술이라도 그것이 허위가 아니라고 인정되는 경우에는 이를 증거로 사용할 수 있다 라는 태도를 취하고 있다면 이러한 해석이 우리 헌법이나 형사소송법에 위배되는 것인지 여부는 별론으로 하더라도, 고문의 결과로 행하여진 모든 진술에 대한 증거사용을 부인하고 있는 협약에 위배되는 것임은 분명하다.

303) 앞의 책, 479, 480.

304) 대법원 2003도8077판결은 “피고인의 검찰진술의 임의성 유무가 다투어 지는 경우, ... 중략... 기록에 나타난 제반 사정을 종합하여 볼 때, 위 피고인이 검찰에서 조사를 받을 때 계속되는 철야조사 또는 검찰수사관의 협박이나 회유 등에 의하여 사실과 다른 허위의 자백을 하였다고 보이지 아니하고 ...” 라고 기술하고 있고, 이외에 대법원 2003도705 등이 임의성에 대한 판단시 진술의 허위여부에 대한 기술을 하고 있다. 그러나 대법원이 진술의 임의성 판단시 고문행위의 존재여부 이외에도 진술의 허위여부에 대하여 이를 독립적으로 판단한 경우는 찾아지지 않는 바, 위 판결들의 취지가 진술의 임의성 판단시 고문행위의 존재여부 이외에 진술의 허위성 여부에 대하여 별도로 판단을 하여야 한다는 것인지 여부는 분명하지는 않다.

305) 대법원 2001도3931, 98도3584, 97도3234판결 등.

306) 이재상, 앞의 책, 474-476.

(2) 둘째, 고문주장에 대한 입증의 문제이다. 고문은 일반적으로 가해자와 피해자만이 있는 상황에서 은밀하게 이루어 지기 때문에 고문을 당한 피해자가 고문사실을 법정에서 주장하는 경우 그 진위를 밝히는 것이 어렵다.

대법원은 과거에는 “진술의 임의성이라는 것은 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타 진술의 임의성을 잃게 하는 사정이 없다는 것, 즉 증거의 수집과정에 위법성이 없다는 것인데 진술의 임의성을 잃게 하는 그와 같은 사정은 헌법이나 형사소송법의 규정에 비추어 볼 때 이례에 속한다고 할 것이므로 진술의 임의성은 추정된다고 볼 것이다³⁰⁷⁾.” 라고 하거나 “형사소송법 제309조의 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유라는 것은 단지 임의성이 없다는 주장만으로는 불충분하고 법관이 자백의 임의성 존부에 관하여 상당한 이유가 있다고 의심할 만한 고문·폭행·협박·신체구속의 부당한 장기화·기망 기타의 방법 등 구체적인 사실을 들어야 하고 그에 의하여 자백의 임의성에 합리적이고 상당한 정도의 의심이 있을 때 비로소 소추관에게 그에 대한 입증책임이 돌아 간다고 할 것이다³⁰⁸⁾.”라고 하여 고문사실에 대하여 피고인이, 법관이 자백의 임의성에 대하여 상당한 정도의 의심이 들 정도까지 입증을 하여 진술의 임의성에 대한 추정을 깨야 한다는 입장이었다.

그런데 근래에 들어서는 여전히 종전의 대법원 판결에서와 같이 진술의 임의성이 추정되며³⁰⁹⁾, 피고인이 진술의 임의성을 다투는 경우 반드시 검사로 하여금 그

307) 대법원 82도3248판결.

308) 대법원 84도1139판결.

309) 대법원 97도1729판결.

임의성에 관한 입증을 하게 하여야 하는 것은 아니다³¹⁰⁾ 라는 입장의 판결도 있지만 “임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지는 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 진술은 그 자체가 실제적 진술에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있을 뿐 만 아니라 그 진위여부를 떠나서 진술자의 기본적 인권을 침해하는 위법 부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다.”라고 하여 고문사실에 대한 주장이 있는 경우 검사가 그 의문점을 해소하지 못하는 경우 그에 따른 조서의 임의성을 배제할 수 있다는 입장을 취하고 있는 판결들이 두드러져 보인다³¹¹⁾.

이러한 대법원의 태도변화는 고문주장에 대하여 피고인이 법관이 진술의 임의성에 대하여 상당한 의심을 가질 정도의 입증을 하여야 한다는 종전의 판결과 비교하여 피고인의 고문사실에 대한 입증의 부담을 덜어 준 것은 사실이지만 그렇다고 하여 그 고문주장에 대한 입증책임을 검사에게 전가하고 있는 것인지 여부는 의문이다. 이들 판결들 중 일부는 피고인의 자백과정에서의 잠안재우기·폭행 등의 주장에 대하여 피고인들이 검찰청에서 새벽까지 조사를 받은 사실 등을 근거로 진술의 임의성을 의심할만한 사정이 있다고 하고, 그럼에도 불구하고 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하지 못하였으므로 증거능력이 없다 라고 하고 있는 바, 과거의 판결이나 근래의 판결은 모두 여전히 고문주장이 있는 경우 피고인이 그 주장에 대하여 입증을 하여야 하는 것은 마찬가지이며, 단지, 입증의 정

310) 대법원 99도2317판결.

311) 대법원 2001도3931, 98도3584, 97도3234판결.
112 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

도에 차이를 둔 것이 아닌가 생각된다. 이는 대법원이 임의성에 대한 입증책임을 검사에게 부담하는 취지의 판결을 하면서 종래의 임의성이 추정된다는 판결의 변경절차를 밟지 아니하였다는 점에서도 그러하다. 그러나 일부판결의 경우 자백과정에서의 잠안재우기와 같은 가혹행위 주장에 대하여 사실인정을 하지 아니한 가운데 피고인들의 그러한 주장에 대하여 검사가 조사를 받는 과정에서 충분한 수면을 취하였다는 등의 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다³¹²⁾라고 하거나 피고인들의 진술이 피고인들이 주장하는 잠안재우기 등과 같은 철야조사로 인한 것인지 여부를 심리·판단하지 아니하고는 이를 유죄의 증거로 쓸 수 없다³¹³⁾라고 하여 고문주장사실에 대한 피고인의 입증여부를 별달리 문제삼지 않고 있다. 결국, 우리 법원은 고문주장에 대하여 과거 피고인에게 사실상 입증책임을 부담시키던 입장으로부터 점차 검사에게 고문주장에 대한 의문을 해소하는 입증책임을 부담하는 입장으로 변화하는 중에 있다고 보인다.

한편, 대법원은 “피고인의 검찰 진술의 임의성의 유무가 다투어 지는 경우 법원은 구체적인 사건에 따라 피고인의 학력, 경력, 직업, 사회적 지위, 지능정도, 진술의 내용, 피의자신문조서의 형식 등 제반 사정을 참작하여 자유로운 심증으로 위 진술이 임의로 된 것인지 여부를 판단하면 된다.³¹⁴⁾” 라고 하여 임의성에 대하여서는 자유로운 증명으로도 족하다는 입장이다.

다. 소결론

312) 대법원 98도3584판결.

313) 대법원 97도3234판결.

314) 대법원 2003도8077판결.

고문에 의한 진술의 증거사용에 대하여 법원은 과거에는 명목적으로는 이를 금지하나 실제 적용에 있어서 진술의 허위여부에 따라 증거사용을 인정한다든지 피고인에게 고문주장에 대한 입증책임을 부담하게 함으로써 고문에 의한 진술의 증거능력부인을 어렵게 만들었으나 점차 이를 실질적으로 부정하는 방향으로 태도를 바꾸고 있음은 사실이다. 그러나 고문에 의한 진술의 증거능력에 대한 법원 판결의 변화만으로는 아직 수사기관의 고문이나 가혹행위를 근절하는데 한계가 있을 수 밖에 없을 것이다. 앞에서 본 형사사법제도의 개정이 필요하다.

IV. 수사 및 처벌

가. 협약과 국내법 규정

이와 관련된 협약 및 국내법은 협약 제12조, 제13조, 제4조 제2항, 형법 제123조, 제124조, 125조, 특정범죄가중처벌법 제4조의 2, 인권침해사건처리규정 등이
다.

나. 조사실태

고문방지위원회는 1996. 11. 13. 우리 정부의 최초 보고서에 대한 심의 후 한국의 고문방지협약 적용과 관련하여 고문범죄혐의자에 대하여 신속하고 공정한 조사와 기소가 이루어지지 않고 있는 상황에 대하여 우려하고 있으며, 고문피해자의 고소가 있어야만 조사가 이루어 지는 것은 협약에 비추어 수용될 수 없는 관행이라고 지적한 바 있다³¹⁵⁾. 이에 대하여 정부는 제2차 보고서에서 고문범죄혐의에 대한 조사관행에 대하여서는 구체적인 언급이 없이 우리나라의 관련 법은 고문행위가 자행되었다는 합리적인 근거가 있는 경우에는 검사와 사법경찰관에 의하여 신속하고, 공정한 조사를 보장한다 라고 하고 있다³¹⁶⁾.

그러나 과연 정부가 주장하는 것과 같이 고문행위에 대한 주장이 있는 경우 수사기관이 신속하고 공정하게 조사를 하고 있는지는 의문이다.

315) UN Doc. A/52/44 제58항.

316) 제2차보고서, 제59항.

2002년 국회 법제사법위원회의 법무부에 대한 국정감사자료에 따르면 수사기관에서의 가혹행위를 이유로 한 재정신청 건 수는 2000년 75건, 2001년 93건, 2002년 1월-7월 64건이다³¹⁷⁾. 재정신청제도란 검사가 공무원의 직권남용, 불법감금, 가혹행위에 대하여 불기소처분을 하는 경우 법원에 불기소처분의 적합여부에 대한 재판을 청구하는 것으로 법원은 재정신청이 이유 있는 경우에는 이를 심판에 회부하는 결정을 하고 공소유지 담당변호사가 고문범죄혐의자를 기소하는 제도이다. 위 재정신청 건 수 중 재정신청이 이유 있어 심판에 회부한 경우가 어느 정도인지에 대하여서는 이에 대한 통계가 없어 알 수는 없으나 재정신청 그 자체가 수사기관의 수사에 대한 불복이라는 점을 감안하면 수사기관의 가혹행위에 대한 수사에 대하여 위와 같이 상당한 수의 재정신청이 이루어 지고 있다는 점은 수사기관의 가혹행위에 대한 조사의 신뢰성이 낮다는 사실을 보여 주고 있음은 틀림이 없다. 또한, 1997년의 경우 교도관이 가혹행위 등을 이유로 수용자로부터 고소당한 사건의 처리현황을 보면 총 16건에 대한 고소가 있었으나 그 중 무혐의 12건, 고소취하 1건, 조사중 1건으로 혐의가 인정된 것은 단 한 건도 없었다³¹⁸⁾. 앞서 본 것과 같이 교정시설에서의 가혹행위에 대한 시비가 끊이지 않고 있음에도 이와 같이 16건의 고소 중 단 한 건의 가혹행위도 인정되지 않았다는 것은 조사에 대한 공정성에 상당한 의심을 들게 한다.

다음은 수사기관이 가혹행위에 대한 조사에 소극적이며, 심지어는 고문혐의가 있는 동료 수사관의 도피를 도와 주고 있다는 사실을 보여 주는 사례들이다.

“2001. 5. 13. 대법원은 재소자 김모씨가 1996년 10월 가혹행위와 관련된 고소

317) 인권보고서 2002년, 69.

318) 인권보고서 1998년, 54.

장을 접수하려 하였으나 담당 교도관이 접수를 거부한 사건에 대하여 국가의 손해 배상책임을 인정하였다³¹⁹⁾.

2000년 5월 PC통신 게시판에 북한을 찬양하는 글을 올린 혐의로 국가정보원에 구속, 조사를 받던 지태환씨가 수사과정에서 진술거부를 이유로 3차례에 걸쳐 가습, 명치, 옆구리 등을 구타당하고, 무릅으로 국부를 가격당했다 라고 주장하였는데 지씨의 변호인이 이를 확인하기 위하여 의사검진을 신청하고 국가정보원을 방문하였으나 국가정보원은 변호사의 검진요구와 사진촬영을 거부하였다. 그 후 증거보전소송의 신체감정 및 검증에서 지씨의 국부에 상처가 나 있는 것이 확인되었다³²⁰⁾.

서울지방검찰청은 1999. 10. 17. 고문기술자 이모 전 경감의 도피와 관련하여 김모 전 치안본부장이 전모씨로부터 10억원을 받아 박모 전 치안감에게 전달했고, 박모 전 치안감은 이모 전 경감에게 도피지시 및 1,500만원을 제공한 사실을 발표하였다³²¹⁾.”

2001. 11. 설립된 국가인권위원회는 설립 후 수사기관 등의 인권침해행위에 대하여 다음 표와 같이 접수를 받아 처리를 하였다.

[국가인권위원회 인권침해 진정사건 처리 현황]

319) 인권보고서 2001년, 259.

320) 인권보고서 2001년, 51.

321) 인권보고서 1999년,59.

연도	접수 건 수	처리건수	인용건수
2002년	2,833	1,360	29
2003년	3,041(1,476이월)	3,137	94
2004년	4,627	4,932	145

위 표에서 ‘인용 건 수’란 사건의 조사 후 혐의가 인정되어 수사기관에 고발 또는 수사의뢰, 권고, 긴급구제조치를 취한 경우를 말한다. 국가인권위원회는 다른 기관에 의하여 권리구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우에는 조사를 할 수 없으므로 위 인용 건 수는 모두 수사기관의 조사를 거치지 아니한 사건들로서 국가인권위원회가 고문 및 가혹행위에 대하여 제3의 조사기관으로서 기능할 수 있음을 보여 주고 있다. 그러나 앞서 본 것과 같이 국가인권위원회는 조사대상이 한정되어 있고, 조사권도 수사기관에 비하여 대단히 약하다는 점을 감안하면 고문과 같이 그 혐의를 입증하는 것이 대단히 어려운 사건을 국가인권위원회가 충분히 조사하기에는 어려움이 많을 것이다.

다. 처벌실태

고문방지협약 제4조 제2항은 당사국에 대하여 고문범죄가 고문범죄의 심각성을 고려한 적절한 형벌로 처벌될 수 있도록 하여야 한다 라고 규정하고 있다. 정부는 이에 대하여 고문범죄자가 고문범죄의 심각성을 고려한 적절한 형벌로 처벌되고 있는지 여부에 대하여서는 구체적인 언급이 없이 고문범죄에 대하여 협약의 요구를 만족시키기에 충분한 형법 및 특별법 규정이 있다 라고만 주장하고 있다³²²).

(1) 기소실태

다음 표는 수사기관의 폭행·감금·고문 등에 대한 고소·고발사건 처리현황이다³²³⁾.

기간	총 건수	기소	기소유예	혐의없음	기소중지	기타	수사중
1996.9.1.- 1997.8.31.	262	3	36	177	11	17	18
1997. 10.- 1998. 9.31.	348	10	30	187	4	39	30
1999.7.1.- 2000.6.30.	1,035	7	19	392	24	283	100

법무부가 제정한 인권침해사건처리규정 제7조를 보면 수사관의 가혹행위가 인정되는 경우에도 조치유예를 할 수 있도록 규정하고 있다. 고문범죄는 한 인간을 파괴하는 행위인 동시에 인류문명에 도전하는 매우 심각한 범죄행위이다. 원칙적으로 기소유예처분의 대상이 되어서는 아니 될 것이다. 그러나 위 표를 보면 고문 혐의가 인정되는 경우에도 기소를 하기 보다는 기소유예의 불기소 처분을 하는 경우가 훨씬 많음을 알 수 있다. 고문범죄의 심각성을 고려한 처분이라고 보기 어렵

322) 제2차보고서, 제29항.

323) 위 표의 통계는 국회 법제사법위원회의 국정감사자료를 인용한 대한변호사협회의 인권보고서를 인용한 것이다. 인권보고서에 통계가 나와 있는 년도만 통계를 제시하였다. 제2차 정부보고서 제 79항에는 같은 내용의 사건 처리현황 표가 있는데 위 표의 내용과는 상당한 차이를 보이고 있다.

다.

다음은 고문혐의가 밝혀진 경우에도 기소되지 아니한 사례들이다³²⁴⁾.

“2000. 6. 살인용의자로 지목된 중국인노동자 4명에 대한 고문 경찰관 6명은 형사기소되지 않고 감봉 및 견책만을 받았다³²⁵⁾.

서울고등법원은 2002년 총기탈취혐의로 보통군사법원에서 무기징역 등을 선고 받은 전직 부사관 정모중사 등 3명 재심소송에서 불법구금상태에서 가혹행위를 당하여 허위자백 강요받은 사실 인정하여 무죄를 선고하였다. 그러나 가혹행위를 한 헌병대 수사관 6명은 군검찰로부터 기소유예를 받고, 근신과 견책의 경징계만 받았다³²⁶⁾.”

(2) 형벌실태

이와 같이 고문혐의가 드러나 기소되는 경우에도 고문범죄자들에 대한 법원의 처벌실태를 보면 과연 법원이 고문범죄행위의 심각성을 인식하고 있는지 의문을 갖게 하는 경우가 많다.

324) 무죄판결 중 고문이나 가혹행위를 이유로 피의자신문조서의 증거능력이 인정되지 않은 경우도 많고, 고문이나 가혹행위를 이유로 한 손해배상청구소송도 많다. 그러나 이러한 경우 해당 수사관들에 대한 수사나 처벌이 이루어 졌는지 여부는 불확실하다. 이에 대한 보다 구체적인 자료가 요구된다.

325) 인권하루소식, 2000.7.13. ;인권보고서 2000년도, 52.

326) 세계일보, 2002.7.27. 18. ; 인권보고서 2002년도 69.
120 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

2000. 2. 10. 수원지방법원 성남지원은 김근태씨 등 이른 바 시국사건 관련자들에 대하여 단골로 전기고문 등을 가하여 고문기술자라는 별명까지 얻은 이모 전 경감에 대하여 징역 7년, 자격정지 7년의 형을 선고하였다. 당시 공소유지 담당변호사는 이씨에 대하여 법정최고형인 징역 10년 6월을 구형하였으나 담당재판부는 “피고인이 개인적인 목적보다는 수사의욕이 앞서 고문을 한 점과 고령이며 자수를 한 점을 참작, 형량을 결정했다.”라고 양형참작사유를 밝혔다. 제1심의 형량은 항소심 및 대법원에서도 그대로 인정되어 확정되었다. 고문기술자라는 별명까지 얻는 상습적인 고문범죄자에 대하여 수사의욕이 앞서 범행을 저질렀다는 점을 양형참작 사유로 고려하였다는 것은 과연 재판부가 고문범죄의 성격과 심각성을 제대로 인식하고 있었던 것인지 의문을 갖게 한다.

법원은 고문범죄자에 대하여 가벼운 실형이나 심지어 집행유예의 형을 선고하는 경우도 많다.

“수원지법 성남지원은 1999. 10. 21. 납북어부 김학성씨에 대한 고문 경찰관 6명에 대하여 3명 실형, 3명 징역1년 집행유예2년 형을 선고하였고³²⁷⁾, 항소심인 서울고등법원은 피고인 모두에 대하여 형을 감경하여 2명 징역1년, 자격정지 1년, 4명 징역 1년 집행유예 2년 및 자격정지 1년의 형을 선고하였다³²⁸⁾).

서울고등법원은 1993. 8. 23. 김근태씨에 대한 치안본부 대공수사단 경찰관들의 물고문, 전기고문, 전기봉고문에 대하여 독직폭행죄 등을 인정하였으나 “피고인들은 자신들의 개인적인 감정이나 욕심에서 이 사건 범죄를 저지른 것이 아니고 공무를 수행하여 오면서 그 직무에 집착한 나머지 저질러진 것으로 보여지는 점,

327) 한겨레신문, 조선일보, 1999. 10. 22. ; 인권보고서 1999년도, 58.

328) 한겨레신문, 2000.3.15. ; 인권보고서2000년도, 51.

피고인들이 20년 내지 30년 간 대공업무에 종사하여 오면서 국가안보에 적지 않은 기여를 하여 온 점” 등을 고려하면 원심이 피고인들에게 선고한 형량은 너무 가벼운 것이 아니라 오히려 너무 무거워서 부당하다고 인정된다고 하면서 공소유지담당변호사의 항소를 기각하고 피고인들의 항소를 받아 들여 원심의 형을 감경하여 피고인들에게 징역 3년 자격정지 2년, 징역 2년, 징역 1년6월을 선고하였다³²⁹⁾.

권인숙씨에 대하여 성고문을 한 부천경찰서 소속 고문 경찰관 문모씨는 징역 5년, 자격정지 3년의 형을 선고받았다.

서울지방법원은 2003. 11. 5. 서울지검 조천훈씨고문치사사건의 수사담당검사였던 홍모검사 및 수사관 2명에 대하여 징역3년, 수사관 4명에 대하여 징역10월부터 2년6월에 집행유예의 형을 선고하였다.

대구지방법원은 1999. 8. 절도용의자에 대한 가혹행위 경찰관 2명에 대하여 1명 징역8월, 1명 징역1년에 집행유예2년의 형을 선고하였다³³⁰⁾.

서울지방법원 남부지원은 1999년 임의동행형식으로 연행하여 경찰서 보호실에 불법감금한 경찰관에 대하여 징역4월, 자격정지 1년의 형을 선고하였다³³¹⁾.”

(3) 공소시효배제의 문제

2000. 1. 검찰은 일명 고문기술자 이모경감에 대하여 납북어부 김학성씨에 대한

329) 서울고등법원 91노976판결.

330) 제2차보고서 제73항.

331) 인권보고서 1999년, 224.

고문행위에 대하여서만 기소를 하고, 김근태, 함주명씨 등과 관련된 고문행위에 대하여서는 공소시효³³²⁾를 만료로 불기소 처분하였다³³³⁾. 이에 대하여 인권단체들의 항의와 반발이 뒤 따랐음은 물론이다. 최근 인권단체들은 고문을 포함한 반인권적 국가범죄에 대하여서는 시효적용을 배제하는 것을 주요 내용으로 하는 ‘반인도적국가범죄에 관한 특별법’에 대한 입법청원을 한 바도 있다. 1993년 비엔나 세계인권선언은 “국가는 고문과 같은 중대한 인권침해행위의 책임자에 대한 불처벌을 야기하는 법을 폐기하고 그러한 침해행위를 처벌하여야 한다.”라고 하였다³³⁴⁾. 유엔 역시 1968. 11. 26. ‘전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한 시효부적용협약’을 채택한 바 있다. 우리의 경우에도 1995년 ‘헌정질서파괴범죄의공소시효등에 관한 특별법’을 제정하여 헌정질서의 파괴를 목적으로 하는 범죄와 집단살해범죄에 대하여서는 공소시효의 적용을 배제한 바 있고, 이에 대하여 헌법재판소는 “왜곡된 한국 반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과정에서의 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여야 한다는 중대한 공익이 개인의 공소시효에 의하여 보호될 수 있는 신뢰보호이익에 우선하여 헌법에 위반되지 않는다” 라고 결정한 바도 있다. 또한 우리나라는 반인도적 범죄 등 국제형사재판소 관할 범죄에 대하여서는 공소시효의 적용을 배제하는 로마규정을 비준한 상태이다³³⁵⁾. 물론, 고문범죄에 대한 공소시효배제의 문제는 죄형법

332) 고문의 경우 형법과 특정범죄가중처벌에 관한 특별법상의 법정형에 따른 공소시효는 7년에서 10년(치사의 경우)이다. 이 사건의 경우 공소시효는 7년이였다.

333) 인터넷한겨레, 2000.1.11.

334) 조시현, “중대한 인권침해행위에 대한 시효문제”, 민주사회를 위한 변호사모임, 고문방지 관련 자료모음, 116.

335) 국제형사재판소에 관한 ‘로마규정’ 제29조는 “재판소의 관할범죄에 대하여서는 어떠한 시효도 고문방지협약의 적용 실태 및 문제점 123

정주의나 소급입법금지의 원칙과 충돌될 수도 있고, 모든 고문범죄에 대하여 이를 반인도적 범죄행위로 볼 수 있느냐는 의문이 있을 수 있다. 그러나 오늘날 우리에게 과거 독재정권의 유산을 청산하는 작업이 중요한 과제로 남아 있고, 반인도적 범죄행위를 저지른 자에 대하여 시효라는 도피처를 제공하여서는 아니된다 라는 것이 국제적 합의라고 할 때 반인도적 고문범죄행위에 대하여 공소시효의 적용을 배제할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

V. 피해자구제

가. 협약 및 국내법 규정

이와 관련된 협약 및 국내법은 협약 제14조, 민법 제750조, 국가배상법 제2조, 형사보상법 등이다.

나. 협약 제14조는 당사국에 대하여 고문행위의 피해자가 구제를 받고, 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장하여야 한다 라고 규정하고 있다. 우리의 경우 “가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리”의 보장이 이루어 지고 있는지, 특히, 고문으로 인한 신체적·정신적 결과를 극복하기 위한 전문적인 치료나 재활을 위한 조치가 이루어 지고 있는지 여부가 문제이다.

적용되지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

다. 법원에 의한 구제 실태

고문을 당한 피해자는 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 경우 법원은 고문피해자에 대하여 일반불법행위로 인한 손해배상이론을 그대로 적용하여 손해배상금의 지급을 명하고 있다³³⁶⁾.

다음은 고문피해자의 손해배상청구소송에 대한 법원의 판결례들이다.

“서울지방법원은 2002. 7. 24. 체포와 수사과정에서 경찰관으로부터 폭행을 당하여 늑골골절 등 상해입고, 치료요구를 거부당한 고문피해자에 대하여 위자료 1,000만원의 지급 판결을 내렸다.

김근태씨의 경우 고문피해에 대하여 위자료 3,500만원³³⁷⁾, 권인숙씨의 경우 성고문피해에 대하여 위자료 2,000만원³³⁸⁾의 판결을 받았다.”

그러나 이와 같이 금전적인 손해배상금의 지급만을 구하고 이를 명할 수 있는 일반 불법행위에 따른 손해배상청구제도는 고문피해에 대한 적절한 배상이 될 수 없는 경우도 있다. 1998.8.16. 광주민주화운동 당시 시민군으로 활동하였던 김영철씨가 고문후유증인 정신병으로 고생하다가 사망하였고³³⁹⁾, 1998.12.7. 고문후유증으로 정신과 치료를 받던 이길상씨가 아파트옥상에서 투신하여 자살하였다³⁴⁰⁾. 이들과 같이 고문피해자 중에는 신체적·정신적 피해로 인하여 정상적인 사

336) 불법행위에 대한 손해배상의 범위는 소극적 손해(일실수입), 적극적 손해(치료비 등), 위자료로 나뉜다; 서울고등법원 99나39205판결.

337) 서울민사지방법원 86가합5126판결.

338) 서울민사지방법원 86가합5264판결.

339) 인권보고서 1998년, 65.

340) 인권보고서 1998년, 66.

회생활을 할 수 없게 되는 경우도 있는데 이러한 경우 이에 대한 금전적인 배상이 외에 고문으로 인한 장애를 극복하고 다시 사회에 복귀할 수 있도록 치료나 재활 프로그램이 제공되어야 할 것이다. 현재의 손해배상제도 아래서는 법원이 이와 같은 조치를 명하는 것은 현실적으로 불가능하므로 정부가 고문피해자에 대하여 치료나 재활프로그램을 운영하는 방안을 강구할 필요가 있다.

라. 손해배상청구권 소멸시효의 문제

서울지방법원은 2000. 6. 14. 납북어부 김학성씨가 국가를 상대로 제기한 손해배상청구사건에서 고문행위로 인한 피고의 손해배상청구권의 소멸시효는 원칙적으로 피고에 대한 수사가 종료되어 기소된 1986. 3. 28.경에는 경찰관들의 불법체포감금 및 가혹행위로부터 벗어났다 할 것이므로 그 무렵 손해배상청구를 할 수 있다는 사실을 알았다고 할 것이며, 그러하지 아니하다 하더라도 고문범죄에 대한 재정신청이 인용된 1998. 10. 29. 경에는 손해 및 가해자를 알게 되었다고 할 것이므로 그로부터 3년이 도과한 원고의 청구는 시효로 소멸하였다는 이유로 이를 기각하였다³⁴¹⁾.

고문범죄행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효배제의 문제도 반인도적 범죄행위는 시간의 경과로 책임을 면할 수는 없다는 논거에서 비롯된 것이라는 점에서 공소시효배제의 문제와 유사한 성격을 갖는다. 시효이익이란 언제든지 포기할 수 있는 것이므로 국가가 고문범죄행위로 인한 손해배상청구권에 대하여 시효이익을 포기하는 취지의 특별법 제정과 같은 방안을 강구하여 볼 수 있을 것이다. 근래 우

341) 서울지방법원 99가합105556판결.
126 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

리 사회는 과거 독재정권아래에서의 민주화운동과 관련하여 그 명예를 회복하고, 그 피해를 보상하여 주는 ‘민주화운동관련자명예회복및보상에관한법률’, ‘의문사진상규명에관한특별법’, ‘광주민주화운동관련자보상법’과 같은 특별법을 제정하였다. 이들 특별법을 통하여 미흡하나마 과거 고문피해자들에 대한 보상의 길이 열렸음은 다행이다.

VI. 맺는말

최초 정부보고서의 심사 이후 우리 사회의 민주화가 진전됨에 따라 정부는 수사기관이나 교정기관에서의 고문 등 가혹행위를 방지하기 위하여 여러 가지 조치를 취하여 왔다. 그러나 그 중 상당 수는 정부에서 적극적으로 추진한 것이라기 보다는 충격적인 고문행위가 발생하거나 법원이나 국가인권위원회에서 위법성을 지적한 후 이에 대한 대책으로 마련된 것으로 미봉책에 머무는 경우도 많았다. 법원 역시 고문이나 가혹행위가 밝혀진 경우에는 이를 용납하지는 않고 있고, 최근에는 피의자나 피고인의 인권을 보호하기 위한 전향적인 판결을 내놓고 있으나 법원도 지금까지 조서중심의 재판관행에서 벗어나지 못함으로써 자백을 강요하는 수사관행을 방조하였다는 비판에서 자유롭지는 못 할 것이며, 고문범죄자에 대한 처벌이나 피해구제의 경우에도 협약이 요구하는 고문범죄의 특성을 고려한 처벌이나 구제조치를 취하고 있다고 하기에는 미흡한 경우가 많다. 이는 법원의 미온적이고 소극적인 태도에서도 기인된 바가 있으나 제도적인 결함에 의한 탓도 크므로 고문 등 가혹행위를 보다 효과적으로 방지하고, 협약의 이행을 충실히 하기 위하여서는

그 동안 이를 방조하여 온 수사나 재판관행과 제도에 대하여 근본적인 검토와 개선 노력이 요구되며, 고문범죄의 특성을 고려한 특별법의 제정도 고려하여 볼 만하다.

고문방지협약상 통보제도의 도입여부 및 이에 따른 문제점

정경수 (순천대학교 법정학부 교수)

【발제문 3】

고문방지협약상 통보제도의 도입여부 및 이에 따른 문제점

정경수(순천대학교 법정학부 교수)

I. 머리말

유엔고문방지위원회가 고문방지협약 당사국인 한국 정부를 향한 첫 인사말 중 하나는 “본 위원회는 대한민국이 유보를 재검토하고 본 협약의 제21조 및 제22조에 관한 선언을 희망한다”는 것이다.³⁴²⁾ 즉, 국가간통보 및 개인통보를 수리하고 심리할 수 있는 고문방지위원회의 권한을 한국 정부가 수락할 것을 위원회가 권고의 형식으로 점잖게 요청한 것이다. 위원회의 권고 배경은 너무나 단순하다. 한국 정부는 1995년 1월 9일 고문방지협약 가입서를 기탁하면서 동 협약 제21조 및 제22조의 수락선언을 담지 않았다. 위원회는 한국 정부가 바로 이 두 조항을 수락함으로써 동 협약이 확립하고 있는 4가지 방식의 모든 이행절차³⁴³⁾에 한국 정부가

342) 유엔고문방지위원회는 한국 정부가 고문방지협약 가입에 따라 제출한 최초 정부 보고서에 대한 검토 후 최종의견을 제시하였다. 동 의견은 서론, 긍정적 측면, 협약 조항의 적용을 가로막는 요소 및 장애, 관심 주제, 권고로 구성되어 있으며, 8가지 권고사항 중 하나가 동 협약 제21조 및 제22조의 수락 요청을 담고 있다. (“Report of the Committee against Torture”, *General Assembly Official Records*, UN Doc. A/52/44, paras. 44-69, pp. 12-14.)

참여하기를 촉구한 것이다. 이 발표의 출발점은 바로 위원회의 제21조 및 제22조의 수락 권고이다. 그리고 그 권고를 받아들여야 할지에 대한 진지한 검토가 이 발표의 목적이다.

구체적이고 세부적인 논의에 앞서 국제인권보호의 현재적 흐름을 확인할 필요가 있다. 그 흐름 속에서 이행절차의 수락에 대한 의미를 분명히 할 수 있기 때문이다. 제2차 세계대전 이후 본격화된 국제인권보호의 노력은 침해와 박탈에 노출된 인권을 존중과 보호를 받는 인권으로 반전시키기 위한 활동이었다. 그 활동을 뒷받침하기 위하여 우선적으로 해야 할 일은 국제사회가 준거해야 할 인권규범을 만드는 것이었다. 그 결과 4중규범단계의 확립으로 나타났다.³⁴⁴⁾ 규범정립이 어느 정도 완성되자 국제사회의 노력은 추가 기준의 지속적인 정립보다는 이미 확립된 인권기준의 실효적 이행과 집행에 대한 강조로 그 역점 대상이 변화하기 시작하였다.³⁴⁵⁾ 특히 유엔의 후원 하에 채택된 7대 인권조약체제, 즉 경제적·사회적·문화적권리규약, 시민적·정치적권리규약, 인종차별철폐협약, 고문방지협약, 여성차별철폐협약, 아동권리협약 및 이주노동자협약은 각 조약의 이행을 감시할 별도의 조

343) 고문방지협약이 확립하고 있는 4가지 이행제도는 동 협약 제19조를 통한 국가보고절차, 제20조를 통한 조사절차, 제21조를 통한 국가간통보절차 및 제22조를 통한 개인통보절차이다.

344) 4중규범단계(four-tiered normative edifice) 중 제1단계는 국제인권체제의 초석으로서 유엔 헌장이며, 제2단계는 헌장상의 인권을 구체화한 세계인권선언이며, 제3단계는 보편적 인권조약들 중 유일하게 인권주제를 광범위하게 포괄하고 있는 시민적·정치적권리규약과 경제적·사회적·문화적권리규약이며, 제4단계는 한정적 주제 또는 특별 주제에 국한되는 다수의 인권조약과 결의 또는 선언들이다. (H. J. Steiner & P. Alston, *International Human Rights in Context* (2nd ed.), Oxford Univ. Press, 2000, pp. 140-141.)

345) A. Byrnes, "An Effective Complaints Procedure in the Context of International Human Rights Law", in Anne F. Bayefsky (ed.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2000, p. 139.

약기구와 이행절차를 확립하고 있다. 그 절차에는 국가보고절차, 조사절차, 국가간통보절차와 개인통보절차가 있다.³⁴⁶⁾ 바로 이 절차에 대한 국가들의 참여 확대와 절차의 실효화가 국제인권보호의 현재적 흐름인 것이다.

국제인권보호의 전반적 흐름 속에서 볼 때, 한국 정부에 대한 위원회의 권고는 한국 정부가 고문방지협약체제가 채택하고 있는 이행절차에 전면적으로 참여할 것을 촉구한 것이다. 이제 한국 정부가 위원회의 권고에 따라 고문방지협약체제상의 국가간통보제도와 개인통보제도를 받아들일지에 대한 본격적인 검토에 들어가도록 하겠다. 그 검토는 크게 두 가지 영역으로 나누어 진행할 것이다. 하나는 국가간통보절차와 개인통보절차의 기본적 의미를 되새기고, 동 절차를 동일하게 두고 있는 시민적·정치적권리규약체제와 고문방지협약체제의 절차운영상 나타난 특징과 한국의 경험을 실증적으로 분석함으로써, 고문방지협약체제상 개인통보의 실

346) 7개 주요 인권조약이 채택하고 있는 조약이행감시기구 및 절차는 다음과 같다.

<7대 주요 인권조약 이행감시기구 및 절차>

조약	조약이행감시기구	국가 보고절차	국가간 통보절차	개인 통보절차	조사절차
경제적·사회적·문화적권리규약(1966)	경제적·사회적·문화적권리위원회	○	×	×	×
시민적·정치적권리규약(1966), 시민적·정치적권리규약선택의정서(1966), 시민적·정치적권리규약제2선택의정서(1989)	인권이사회	○	○	○	×
인종차별철폐협약(1965)	인종차별철폐위원회	○	○	○	×
여성차별철폐협약(1979), 여성차별철폐협약선택의정서(1999)	여성차별철폐위원회	○	×	○	○
고문방지협약(1984), 고문방지협약선택의정서(2002)	고문방지위원회	○	○	○	○
아동권리협약(1989), 아동의 무력분쟁 관여에 관한 선택의정서(2000), 아동매매, 아동매춘 및 아동포르노그래피에 관한 선택의정서(2000)	아동권리위원회	○	×	×	×
이주노동자협약(1990)		○	○	○	×

질적 기능을 규명하는 것이다. 다른 하나는 한국 정부가 고문방지협약체제상의 통보제도를 수락함에 있어서 제기되는 쟁점사항을 진단하고 평가하는 것이다. 그리고 이에 기초하여 한국 정부가 위원회의 권고를 받아들이는 것이 적절한지에 대한 결론을 도출하도록 하겠다.

II. 시민적·정치적권리규약체제와 고문방지협약체제상 통보제도의 특징과 경험

1. 통보절차의 제도적 의의

인권보호를 위한 국제조약이 채택하고 있는 통보절차는 앞서 적시한 바와 같이 국가간통보절차와 개인통보절차이다. 국가간통보절차는 인권조약의 일방 당사국이 타방당사국의 인권조약상 의무위반을 주장하고, 조약상 기구가 이 문제를 당해 조약체제에 따라 해결하는 것이다.³⁴⁷⁾ 개인통보절차는 개인 또는 개인의 집단이 인권조약의 당사국을 상대로 인권위반 문제를 제기하는 것이다.³⁴⁸⁾ 여기서 통보절차는 청원절차(complaint procedures)의 다른 명칭으로 이해되고 있으며, 인종차별철폐협약, 시민적·정치적권리규약 선택의정서, 고문방지협약, 여성차별철폐협

347) H. Victor Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press (1999), p. 75.

348) H. Victor Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press (1999), p. 67.

약 선택의정서 등 인권조약은 공식적으로 통보절차라는 용어를 사용하고 있다. 즉, 용어사용에 관한 유엔 차원의 실행은 ‘청원’(complaints) 대신 ‘통보’(communications)를 확립하고 있는 것이다. ‘청원’이나 ‘통보’는 그 내용에 있어서 원칙적으로 차이가 없음에도 불구하고, ‘청원’보다 용어의 격이 낮은 ‘통보’를 채용하고 있는 이유는 명확하다. 문자적 의미에 있어서 피소국에 대한 기소, 즉 피소국의 위법혐의에 대한 기소라는 뜻을 갖는 ‘청원’에 대하여 국가들이 가질 수 있는 거부감을 완화하고 국가들의 수락을 용이하게 하고자 함이었다. 그래서 비교적 단순한 의사 또는 정보의 전달에 해당하는 ‘통보’를 사용한 것이다.³⁴⁹⁾ 여기서 인권의 국제적 보호가 현 단계에서는 주권의 벽을 넘는 대신 우회하는 방식으로 절차적 구제를 제공하는 한계를 목도할 수 있다.

‘청원’ 대신 ‘통보’라는 용어를 취할 수밖에 없는 국제적 한계는 ‘통보’에 대한 심리 결과물의 법적 성격에서도 드러난다. 인권조약의 이행감시기구는 해당 통보에 대한 법적 검토 결과를 제시하게 되는데, 이때 ‘명령’(order)이나 ‘결정’(decision)이라는 용어를 사용하지 않는다. 대신 대부분의 인권조약은 ‘견해’(views)를, 인종차별철폐협약은 ‘제안 및 권고’(suggestions and recommendations)를 사용하는데, 법적 구속력이 없다는 점에서 차이가 없다. 즉 ‘견해’나 ‘제안 및 권고’는 관련 당사국을 법적 구속하지 않으며, 관련 당사국에 대한 권고적 효력을 갖는데 지나지 않는다.³⁵⁰⁾ 그 결과 관련 당사국들은 통보에 따른 견해를 거절하면서 견해에 대한 불이행의 관행을 만들고 왔던 점은 부인할 수 없는 사실이다. 결국 국제적 인권보호

349) C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford Univ. Press, 2003, p. 159.

350) J. Crawford, "The UN Human Rights Treaty System: A System in Crisis", in P. Alston and J. Crawford (eds), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge Univ. Press, 2000, p. 2.

장치로서 통보절차는 사법적 구제에 비견될 수 없으며 당사자들을 법적으로 구속하지 않는 비사법적 구제에 불과한 것이다.³⁵¹⁾

과연 인권조약의 이행장치로서 통보절차는 단지 형식적 구제 또는 장식적 구제에 불과한가? 이 질문에 대한 평가는 국가간통보절차와 개인통보절차에서 차이가 있다. 양 절차는 통보의 주 목적을 달리한다. 개인통보는 인권조약상 권리보장에 관련된 통보이지만, 국가간통보는 상대국의 인권조약상 의무위반에 대한 통보이다.³⁵²⁾ 상대국의 조약위반문제를 공식적으로 제기하는 국가간통보절차의 특성상 국가들은 다른 국가의 인권정책에 동의하지 않을 경우에 공식적인 국제절차를 적용하는데 이해관계를 갖지 않으며, 경우에 따라 비공식적 외교적 절차가 문제해결에 보다 실효적이라고 보고 있다. 그 결과 실제 국가간통보절차가 보편적 차원에서 적용된 예는 없다.³⁵³⁾ 그런 의미에서 국가간통보절차는 형식적이고 장식적이라고 할 수 있다. 그러나 개인통보절차에 대한 평가는 반대이다. 모제(Mose)와 옉잘(Opsahl)은 통보절차를 국제법상 하나의 ‘혁명’이라고 묘사하였고,³⁵⁴⁾ 미주인권 재판소의 트린다데(Trindade)는 카스틸로 페트루찌 대 페루(*Castillo Petruzzi v Peru*) 사건에서, 개인청원권이 없다면 미주인권협약은 “죽은 활자보다 나을 바가 없다”는 확신에 찬 견해를 피력하였다.³⁵⁵⁾ 인권조약상 개인통보절차에 대한 전향

351) J. Rehman, *International Human Rights Law: A Practical Approach*, Pearson Education Limited, 2003, pp. 102-103.

352) J. Rehman, *International Human Rights Law: A Practical Approach*, Pearson Education Limited, 2003, pp. 162.

353) C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford Univ. Press, 2003, p. 160.

354) E. Mose & T. Opsahl, "The Optional Protocol to the ICCPR", *Santa Clara Law Review*, vol. 21, 1981, pp. 329-331. (김태천, "국제인권규약의 개인청원제도: 그 실효성 확보를 위한 몇 가지 제언", 『국제인권법의 실천제도』, 박영사 (1998), 146쪽에서 재인용)

적인 평가는 다음에 그 근거를 두고 있다. 첫째는 개인이 국제적 차원에서 국가를 상대로 한 절차적 권리를 가짐으로써 국제법상 주체로 부상하였다는 점이다. 둘째는 통보에 의한 조약기구 심리의 직접적 대상으로부터 이탈하기 위한 국가의 주권적 권리 행사가 인정되지 않는다는 차원에서 볼 때 실질적으로 청원에 준한다는 점이다. 셋째는 국가의 ‘의무모델’(duties model) 형식으로 된 인권조약에 있어서 특정 국가의 구체적인 인권침해여부를 법적으로 심사할 수 있다는 점이다.³⁵⁶⁾

이제 인권조약상 통보절차의 의의를 정리하면, 통보절차는 주권과 인권의 병존을 전제로 하여 개별 국가의 구체적인 인권침해를 법적으로 검토함으로써 국가의 인권조약 준수를 유도하는 것이다. 이를 단적으로 말하면, 개인에 대한 국가의 구체적인 인권침해 혐의 사안을 매개로 하여 국가의 인권조약의무 이행을 유도하는 ‘건설적 대화’(constructive dialogue)인 것이다.

2. 시민적·정치적권리규약체제와 고문방지협약체제상 개인통보의 특징

보편적 인권조약이 채택·시행하고 있는 개인통보절차는 기본적으로 통일되어

355) 트린다데 판사의 진술 원문은 다음과 같다. “Let us be realistic: without the right of individual petition, and the consequent access to justice at international level, the rights enshrined into the American Convention would be reduced to a little more than dead letter. It is by the free and full exercise of the right of individual petition that the rights set forth in the Convention become *effective*. The right of individual petition shelters, in fact, the last hope of those who did not find justice at national level. I would not refrain myself nor hesitate to add, – allowing myself the metaphor, – that the right of individual petition is undoubtedly the most luminous star in the universe of human rights.” (Inter-American Court of Human Rights, *Case of Castillo-Petruzzi vs. Peru. Preliminary Objections*. Judgment of September 4, 1998, http://www.corteidh.or.cr/seriec_ing/index.html)

356) C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford Univ. Press, 2003, p. 160.
고문방지협약상 통보제도의 도입여부 및 이에 따른 문제점 125

있으면서도, 당해 조약이 보장하고 있는 인권의 특성상 일정한 차이를 보이고 있다. 그 중에서도 가장 일반적인 절차를 취하고 있는 시민적·정치적권리규약상 개인통보의 절차적 특징을 살펴본 후에 고문방지협약체제상 개인통보의 절차의 특징을 도출하고자 한다.

시민적·정치적권리규약체제의 개인통보절차의 규모와 역사는 다른 인권조약체제를 압도하고 있다. 2005년 6월 3일 현재 동 규약의 당사국 수는 154개국, 그 중 104개국이 동 규약 선택의정서의 당사국이라는 점³⁵⁷⁾을 배경으로 1977년 이래 2005년 4월 8일까지 1,369여 건의 개인통보사례가 다루어졌다. 보다 구체적으로 살펴보면, 현재 진행 중인 305건, 불허된 387건 및 철회된 187건을 제외하고, 490건에 대한 견해가 채택되었다. 그 중 380건에 대해서는 당사국에 의한 규약 위반이 발견되었고, 110건에 대해서는 위반을 발견하지 못하였다는 판정이 내려졌다.

<시민적·정치적권리규약선택의정서에 따른 개인통보사건의 통계>³⁵⁸⁾

당사국	진행 사건		종결 사건			
	허용 전	허용 후	허용 불허	철회	견해 (1) / (2)	총계
104	298	7	387	187	380/110 (490)	1369

(1) 위반 발견 / (2) 위반 발견 없음

357) Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties, <http://www.ohchr.org/english/bodies/docs/RatificationStatus.pdf>.

358) <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/stat2.htm#1>
126 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

인종차별철폐협약체제상 개인통보절차는 시민적·정치적권리규약에 비해 먼저 채택되었으나, 발효는 5년 뒤인 1982년에 이루어졌다. 24년간의 역사를 가진 인종차별철폐협약체제상 개인통보의 양과 질은 시민적·정치적권리규약체제에 비해 현격히 떨어진다. 개인통보절차를 규정한 협약 제14조의 수락을 선언한 국가 수는 45개국으로 시민적·정치적권리규약체제의 절반에도 못 미치는 수준이고, 개인통보가 제출된 33건 중 현재 진행 중인 2건을 제외한 31건 가운데 13건은 각하되고, 18건만 최종적으로 견해가 채택되었다. 그 중 당사국의 협약 위반 발견은 6건에 그친다. 이러한 통계치는 인종차별철폐협약체제상 개인통보의 활용은 현실적으로 크게 주목받지 못할 정도임을 보여주고 있다.

<인종차별철폐협약 제14조에 따른 개인통보사건의 통계>³⁵⁹⁾

당사국	진행 사건		종결 사건			
	허용 전	허용 후	허용 불허	철회	견해 (1) / (2)	총계
45	2	-	13	-	6/12 (18)	33

(1) 위반 발견 / (2) 위반 발견 없음

특정 주제를 대상으로 하는 인권조약이라는 점에서 인종차별철폐협약체제와 같은 선상에 있는 고문방지협약체제의 개인통보절차는 인종차별철폐협약체제보다는 활성화되어 있다. 개인통보절차를 규정한 협약 제22조의 수락을 선언한 국가의 수가 55개국이라는 점에서는 인종차별철폐협약보다 약간 많으나, 개인통보가 제출된 사건에서는 267건으로 약 8배에 달한다. 그러나 종결 사건의 통계에서 흥미로

359) <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/stat3.htm>

운 점이 발견된다. 217건의 종결 사건 중 최종적으로 견해가 채택된 사건은 102건 이고, 그 중 위반을 발견하지 못했다는 판정례가 2/3 정도인 75건이다. 그리고 자진 철회 사건은 46건에 달한다. 이러한 수치는 고문방지협약체제상 개인통보절차를 통한 구제 판정은 매우 적다는 것을 의미함과 동시에 반드시 구제 판정을 얻고자 하지 않는 개인통보사건이 많다는 것을 알려주고 있다. 그 이유는 고문방지협약상 개인통보절차의 현실적 기능에서 분석하도록 하겠다.

<고문방지협약 제22조에 따른 개인통보사건의 통계>³⁶⁰⁾

당사국	진행 사건		종결 사건			
	허용 전	허용 후	허용 불허	철회	견해 (1) / (2)	총계
56	44	6	3	46	27/75 (102)	267

(1) 위반 발견 / (2) 위반 발견 없음

이제 인권조약에 의해 보장된 인권이 개인통보절차에서 어떻게 원용되고 있는지를 구체적인 해당 조약의 조항별 사례분석을 통해 확인하도록 하겠다. 우선 시민적·정치적권리규약체제상 개인통보사건을 분석하고자 한다. 그리고 그 분석의 범위는 인권이사회 제79차회기(2003. 10. 20 - 11. 7), 제80차회기(2004. 3. 15 - 4. 2), 제81차회기(2004. 7. 5 -30)에 걸친 1년간으로 한정하겠다. 동 기간 동안 인권이사회가 견해를 채택한 사건은 37건이며, 허용을 불허한 사건은 26건이다.³⁶¹⁾ 이 중 견해 채택 사건의 목록과 해당 사건에서 원용된 시민적·정치적권리

360) <http://www.ohchr.org/english/bodies/cat/stat3.htm>

361) 인권이사회 제79차-제81차회기에서 허용 불허된 사건 26건의 내역은 다음과 같다. 697/1996 128 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

규약의 조항 내역은 다음과 같다.

<인권이사회 제79·80·81차회기 내 채택된 개인통보사건 현황>

	사건번호	통보인 대 당사국	원용 조항
1 ³⁶²⁾	712/1996	Smirnova v. Russian Federation	7, 9(4)
2 ³⁶³⁾	793/1998	Pryce v. Jamaica	7
3 ³⁶⁴⁾	797/1998	Lobban v. Jamaica	10
4 ³⁶⁵⁾	798/1998	Howell v. Jamaica	10
5 ³⁶⁶⁾	811/1998	Mulai v. Republic of Guyana	6, 14(1)
6 ³⁶⁷⁾	815/1998	Dugin v. Russian Federation	14(1)

(Aponte Guzmán v. Colombia), 842/1998 (Romanov v. Ukraine), 870/1999 (H.S. v. Greece), 874/1999 (Kuznetsov v. Russian Federation), 901/1999 (Laing v. Australia), 961/2000 (Everett v. Spain), 970/2001 (Fabrikant v. Canada), 977/2001 (Brandsma v. The Netherlands), 990/2001 (Irschik v. Austria), 999/2001 (Dichtl et al. v. Austria), 1003/2001 (P.L. v. Germany), 1008/2001 (Hoyos v. Spain), 1019/2001 (Barcaiztegui v. Spain), 1024/2001 (Sanles Sanles v. Spain), 1040/2001 (Romans v. Canada), 1045/2002 (Baroy v. The Philippines), 1074/2002 (Navarra Ferragut v. Spain), 1084/2002 (Bochaton v. France), 1106/2002 (Palandjian v. Hungary), 1115/2002 (Petersen v. Germany), 1138/2002 (Arenz v. Germany), 1179/2003 (Ngambi v. France), 1191/2003 (Hruska v. Czech Republic), 1214/2003 (Vlad), 1239/2004 (Wilson v. Australia), 1272/2004 (Benali v. The Netherlands).

362) CCPR/C/81/D/712/1996, 18 August 2004

363) CCPR/C/80/D/793/1998, 13 May 2004

364) CCPR/C/80/D/797/1998, 13 May 2004

365) CCPR/C/79/D/798/1998, 7 November 2003

366) CCPR/C/81/D/811/1998, 18 August 2004

367) CCPR/C/81/D/815/1998, 18 August 2004

	사건번호	통보인 대 당사국	원용 조항
7368)	867/1999	Smartt v. Republic of Guyana	6
8369)	868/1999	Wilson v. The Philippines	7, 9(2), 9(3), 10
9370)	888/1999	Telitsin v. Russian Federation	7
10 371)	904/2000	Van Marcke v. Belgium	6, 7, 10
11 372)	909/2002	Kankanamge v. Sri Lanka	14(3(c)), 19
12 373)	910/2000	Randolph v. Togo	12
13 374)	911/2000	Nazarov v. Uzbekistan	9(3)
14 375)	917/2000	Arutyunyan v. Uzbekistan	6, 10, 14(3(e))
15 376)	920/2000	Lovell v. Australia	19
16 377)	926/2000	Shin v. Republic of Korea	19
17 378)	927/2000	Svetik v. Belarus	19
18 379)	938/2000	Girjadat Siewpersaud et al. v. Trinidad and Tobago	9(3), 10, 14(5)
19 380)	943/2000	Guido Jacobs v. Belgium	3
20 381)	962/2001	Mulezi v. Democratic Republic of the Congo	6, 7, 9(1), 9(2), 9(4), 10
21 382)	964/2001	Saidov v. Tajikistan	7, 10, 14(1), 14(2), 14(3(b)), 14(3(e)), 14(5)
22 383)	976/2001	Derksen v. The Netherlands	26
23 384)	1002/2001	Wallman v. Austria	22
24 385)	1006/2001	Martínez Muñoz v. Spain	14(3(c))
25 386)	1011/2001	Madafferi v. Australia	10, 17, 23, 24
26 387)	1015/2001	Perterer v. Austria	14(1)
130 27 388)	1033/2001	고분방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석 Nallarattnam v. Sri Lanka	14(1), 14(3(g)), 14(5)
28 389)	1051/2002	Ahani v. Canada	7, 9(4), 13
29 390)	1060/2002	Deisl v. Austria	14(1)
30 391)	1069/2002	Bakhtiyari v. Australia	9(1), 9(4), 10, 17, 23, 24

인권이사회 제79·80·81차회기 내 개인통보 처리 내역 중 사건별 원용조항들을

-
- 368) CCPR/C/81/D/867/1999, 19 August 2004
 - 369) CCPR/C/79/D/868/1999, 11 November 2003
 - 370) CCPR/C/80/D/888/1999, 29 April 2004
 - 371) CCPR/C/81/D/904/2000, 9 August 2004
 - 372) CCPR/C/81/D/909/2000, 26 August 2004
 - 373) CCPR/C/79/D/910/2000, 15 December 2003
 - 374) CCPR/C/81/D/911/2000, 19 August 2004
 - 375) CCPR/C/80/D/917/2000, 13 May 2004
 - 376) CCPR/C/80/D/920/2000, 13 May 2004
 - 377) CCPR/C/80/D/926/2000, 19 March 2004
 - 378) CCPR/C/81/D/927/2000, 25 August 2004
 - 379) CCPR/C/81/D/938/2000, 19 August 2004
 - 380) CCPR/C/81/D/943/2000, 17 August 2004
 - 381) CCPR/C/81/D/962/2001, 23 July 2004
 - 382) CCPR/C/81/D/964/2001, 20 August 2004
 - 383) CCPR/C/80/D/976/2001, 15 June 2004
 - 384) CCPR/C/80/D/1002/2001, 29 April 2004
 - 385) CCPR/C/79/D/1006/2001, 4 February 2004
 - 386) CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 August 2004
 - 387) CCPR/C/81/D/1015/2001, 20 August 2004
 - 388) CCPR/C/81/D/1033/2001, 23 August 2004
 - 389) CCPR/C/80/D/1051/2002, 15 June 2004
 - 390) CCPR/C/81/D/1060/2002, 23 August 2004
 - 391) CCPR/C/79/D/1069/2002, 6 November 2003

살펴보면, 단일조항을 원용한 경우도 있지만, 상당수는 복수원용이 이루어지고 있다. 원용 조항의 단수 또는 복수 여부를 구분하지 않고 통합하여 각 조항별 원용 사건과 빈도를 분류하면, 다음과 같다.

<인권이사회 제79·80·81차회기 내 견해 채택 개인통보의 조항별 원용 현황>

392) CCPR/C/80/D/1080/2002, 24 March 2004

393) CCPR/C/79/D/1090/2002, 15 December 2003

394) CCPR/C/79/D/1096/2002, 12 November 2003

395) CCPR/C/81/D/1117/2002, 25 August 2004

396) CCPR/C/81/D/1136/2002, 25 August 2004

397) CCPR/C/81/D/1160/2003, 23 August 2004

398) CCPR/C/81/D/1167/2003, 7 September 2004

	규약 조항	관련 인권 내용	사건 수	해당 사건
1	제3조	남녀평등권	1	943/2000
2	제6조	생명권	9	811/1998, 867/1999, 888/1999, 917/2000, 962/2001, 964/2001, 1096/2002, 1117/2002, 1167/2003
3	제7조	고문 및 학대 금지	8	712/1996, 793/1998, 868/1999, 888/1999, 962/2001, 964/2001, 1051/2002, 1096/2002
4	제9조 제1항	신체의 자유 및 안전	4	962/2001, 1069/2002, 1090/2002, 1117/2002
5	제9조 제2항	체포시 체포이유 및 혐의사실 고 지를 받을 권리	3	868/1999, 962/2001, 1096/2002
6	제9조 제3항	판사에게 신속히 회부될 권리	4	868/1999, 911/2000, 938/2000, 1096/2002
7	제9조 제4항	법원이 지체 없이 억류의 적법성 및 불법 억류에 석방명령을 결정 할 수 있도록 법원에 절차를 개시 할 수 있는 권리	5	712/1996, 962/2001, 1051/2002, 1069/2002, 1090/2002
8	제10조	구금시 처우	9	797/1998, 798/1998, 868/1999, 917/2000, 938/2000, 962/2001, 964/2001, 1011/2001, 1096/2002
9	제12조	이전의 자유 및 귀국의 권리	1	910/2000
10	제13조	추방	1	1051/2002
11	제14조 제1항	공정한 심리의 보장	10	811/1998, 815/1998, 904/2000, 911/2000, 964/2001, 1015/2001, 1033/2001, 1060/2002, 1096/2002, 1117/2002
12	제14조 제2항	무죄추정의 권리	1	964/2001
13	제14조 제3항(a)	죄의 성격과 이유를 신속하고 상 세히 고지 받을 권리	1	1096/2002
14	제14조 제3항(b)	변호 준비를 위한 적정 시간 확보 편의에 대한 권리	3	964/2001, 1117/2002, 1167/2003
15	제14조 제3항(c)	지체 없이 재판을 받을 권리	2	909/2002, 1006/2001
16	제14조 제3항(e)	법적 조력을 받을 권리 및 자기에 게 불리한 증인을 신문하거나 신 문받도록 할 것과 자기에 불리 한 증인과 동일한 조건으로 자기 를 위한 증인을 출석시키고 신문 을 받도록 하는 권리	2	917/2000, 964/2001

	규약 조항	관련 인권 내용	사건 수	해당 사건
17	제14조 제3항(g)	자기에게 불리한 진술 및 유죄의 자백을 강요당하지 않을 권리	2	1033/2001, 1096/2002
18	제14조 제5항	상소의 권리	3	938/2000, 964/2001, 1033/2001
19	제15조 제1항	죄형법정주의	1	1080/2002
20	제17조, 제23조, 제24조	가족 및 아동보호의 권리	2	1011/2001, 1069/2002
21	제19조	의견과 표현의 자유	4	909/2000, 920/2000, 926/2000, 927/2000
22	제22조	결사의 자유	1	1002/2001
23	제26조	법 앞의 평등 및 차별의 금지	3	976/2001, 1136/2002, 1160/2003

위의 조항별 원용 현황은 기본적으로 시민적·정치적권리규약이 보편적 차원의 인권조약체제에서 차지하는 지위를 다시금 확인시켜준다. 그것은 시민적·정치적권리규약이 유엔 중심의 인권조약체제에서 포괄적인 주체의 인권 보장을 담고 있는 일반법적 성격을 띤 조약이라는 점이다. 그리고 개인통보 역시 그에 상응하여 거의 모든 실체법적 조항에 근거하여 제기되는 경향을 보여주고 있다. 형사절차 및 행정절차와 관련된 개인통보가 여러 조항에 걸쳐 큰 비중을 차지하고 있으며, 그 중에는 고문 및 학대 금지를 담은 규약 제7조에 근거한 개인통보 사건이 8건에 이르고 있다. 이러한 사실을 통해 시민적·정치적권리규약체제상의 개인통보절차가 고문 및 잔혹하고 비인도적이고 굴욕적인 대우나 처우의 금지에 있어서도 매우 활

134 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

발하게 이용되고 있음을 알 수 있다.

보다 구체적으로 고문과 관련하여 시민적·정치적권리규약체제상의 개인통보절차가 어떻게 적용 또는 활용되는지를 동 규약 제7조 관련 8건의 사건 분석을 통해서 알아보도록 하겠다. 712/1996 (Smirnova v. Russian Federation)³⁹⁹⁾에서는 구금 중 처우 및 치료 방기가 통보대상이 되었으며, 793/1998 (Pryce v. Jamaica)⁴⁰⁰⁾에서는 체형의 일종인 타마린드 스위치 처벌⁴⁰¹⁾이 잔혹하고 비인도적이고 굴욕적인 처벌이라고 주장하였다. 868/1999 (Wilson v. The Philippines)⁴⁰²⁾에서는 부에 의한 미성년 강간에 대하여 사형을 언도한 것과 재판과정에서의 주요 절차 생략 및 사형 언도 이후의 고통을 문제로 삼았으며, 888/1999 (Telitsin v. Russian Federation)⁴⁰³⁾에서는 손을 묶어 매단 채 자행한 무차별적인 구타를 문제로 제기하였다. 962/2001 (Mulezi v. Democratic Republic of the Congo)⁴⁰⁴⁾에서는 고문 및 학대와 이후 거동 장애에 대한 의도적인 치료 방기에 대하여 통보

399) Communication No. 712/1996, Smirnova v. Russian Federation (Views adopted on 5 July 2004, eighty-first session).

400) Communication No. 793/1998, Pryce v. Jamaica (Views adopted on 15 March 2004, eightieth session).

401) 타마린드 스위치 처벌(tamarind switch punishment)이란, 처벌대상자의 눈을 가리고 바지와 팬티를 벗긴 다음 통에 눕히는데 몸은 통을 향하게 하고 손과 발은 위 아래로 뻗도록 하여 줄로 묶어 두고 페니스를 통의 홈에 끼워놓게 한 자세에서 태형을 가하는 것으로, 체형의 일종이다. Communication No. 793/1998, Pryce v. Jamaica, para. 2.3.

402) Communication No. 868/1999, Wilson v. The Philippines (Views adopted on 30 October 2003, seventy session).

403) Communication No. 888/1999, Telitsin v. Russian Federation (Views adopted on 29 March 2004, eightieth session).

404) Communication No. 962/2001, Mulezi v. Democratic Republic of the Congo (Views adopted on 6 July 2004, eighty session).

를 제기하였고, 964/2001 (Saidov v. Tajikistan)⁴⁰⁵에서는 자백을 받기 위한 수사관의 고문을 문제로 삼았다. 1051/2002 (Ahani v. Canada)⁴⁰⁶에서는 통보인을 고문 및 잔혹하고 비인도적이고 굴욕적인 처벌을 받을 수 있는 국가로 추방하려는 것이 규약 제7조 위반이라고 하였으며, 1096/2002 (Kurbanova v. Tajikistan)⁴⁰⁷에서는 수사를 받는 동안 자백을 받아내기 위하여 발로 차고 경찰봉으로 때리고 목을 조르는 구타고문과 전기고문을 가하고 수사관 면전에서 살인사건의 피해자 아버지가 통보인을 구타하도록 한 것이 규약 제7조를 위반하는 인권 침해라고 주장하였다.

405) Communication No. 964/2001, Saidov v. Tajikistan (Views adopted on 8 July 2004, eighty session).

406) Communication No. 1051/2002, Ahani v. Canada (Views adopted on 29 March 2004, eightieth session).

407) Communication No. 1096/2002, Kurbanova v. Tajikistan (Views adopted on 6 November 2003, seventy session).

이러한 통보사건들은 주로 수사과정 또는 처벌과정에서 자행된 고문 및 잔혹하고 비인도적이고 굴욕적인 대우나 처벌을 문제로 삼고 있다는 점에서 규약 제7조의 전형적인 범주에 속하며, 이후 다루게 될 고문방지협약의 중심 주제에 속하는 것들이다. 그러나 여기서 특별히 주목할 사건은 1051/2002 (Ahani v. Canada)이다. 동 사건의 통보인인 Mansour Ahani는 그의 추방에 관한 캐나다 대법원의 최종 결정을 기다리는 단계에서 인권이사회에 통보를 제출하였다. 그는 이란의 인권 상황에 관한 다양한 보고서와 증거가 정치범에 대한 자의적 구금, 고문 및 약식처형이 이루어지고 있음 보여주고 있다면서 캐나다가 통보인을 이란으로 추방하는 것은 통보인을 고문의 위협에 놓이게 함으로써 규약 제7조를 위반하는 것이라고 주장하였다. 이에 인권이사회는 동 이사회가 통보인의 퇴거에 앞서 고문의 위협 정도 또는 송환 이후 고문이나 학대를 받을지 여부에 대하여 결정할 필요가 없다고 보면서, 고문금지는 절대적이어서 대체적 고려가 필요하지 않는다는 입장을 취하였다. 그리고 동 이사회는 제7조 위반을 발견하였다. 이 사건은 두 가지 점에서 중요성을 갖는다. 하나는 시민적·정치적권리규약 제7조가 고문방지협약 제3조를 포괄하는 방식으로 해석되고 있다는 점이다. 다른 하나는 이후 살피게 될 고문방지위원회보다 더 강한 보호를 제공하는 태도를 취하고 있다는 점이다. 특히 후자는 동일 사안에 대한 두 위원회간에 상이한 법리와 결론을 가질 수 있음을 보여주고 있다.

이제 본격적으로 고문방지협약 제22조에 따른 개인통보절차가 구체적으로 어떻게 활용되고 있는지를 살펴보고자 한다. 여기서 분석의 범위는 고문방지위원회 제31차회기(2003. 11. 10 - 21)에서 제32차회기 (2004. 5. 3 - 21)까지 1년으로 한

정하겠다. 이 기간 동안 위원회가 견해를 채택한 사건은 18건이며, 허용을 불허한 사건은 5건이다. 이 발표의 주요 주제인 고문방지협약 제22조에 따른 개인통보절차에 대한 연구의 심도를 위하여 견해 채택 사건과 허용 불허 사건 모두를 분석 대상으로 설정하고자 한다. 또한 동 절차가 활용되는 구체적인 양상을 확인하기 위하여 통보인의 국적, 통보 제기 전 국내 단계에서의 난민신청 여부 등을 포함하고자 한다.

<고문방지위원회 제31·32차회기 내 채택된 개인통보사건 현황>

	통보 번호	통보인 대 당사국	통보인 국적	난민 신청 여부	관련 조항	관련 사항	위원회 조치내용
1408)	135/ 1999	S.G. v. The Netherlands	터키	○	3	터키로 강제송환	위반 발견 없음
2409)	148/ 1999	A.K. v. Australia	수단	○	3	수단으로 강제송환	위반 발견 없음
3410)	153/ 2000	Z.T. v. Australia	알제리	○	3	알제리로 강제송환	위반 발견 없음
4411)	182/ 2001	A.I. v. Switzerland	스리랑카	○	3	스리랑카로 강제송환	위반 발견 없음
5412)	183/ 2001	B.S.S. v. Canada	인도	×	3, 6	인도로 강제송환	위반 발견 없음
6413)	186/ 2001	K.K. v. Switzerland	스리랑카	○	3	스리랑카로 강제송환	위반 발견 없음
7414)	187/ 2001	Dhaou Belgacem Thabti v. Tunisia	튀니지 (난민지위 인정자)	-	1,2(1),4, 5, 12,13,14, 15,16	고문 등 ⁴¹⁵⁾	위반 발견
8416)	188/ 2001	Imed Abdelli v. Tunisia	튀니지 (난민지위 인정자)	-	1,2(1),4, 5, 12,13,14, 15,16	위와 같음	위반 발견
9417)	189/ 2001	Bouabdallah LTAIEF v. Tunisia	튀니지 (난민지위 인정자)	-	1,2(1),4, 5, 12,13,14, 15,16	위와 같음	위반 발견
10 418)	196/ 2002	M.A.M. v. Sweden	방글라데시	○	3	방글라데시로 퇴거	위반 발견 없음
11 419)	199/ 2002	Hanan Ahmed Fouad Abd El Khalek Attia v. Sweden	이집트	○	3	이집트로퇴거	위반 발견 없음

408) CAT/C/32/D/135/1999, 2004. 5. 14.

409) CAT/C/32/D/148/1999, 2004. 5. 11.

410) CAT/C/31/D/153/2000, 2003. 11. 19.

411) CAT/C/32/D/182/2001, 2004. 5. 17.

412) CAT/C/32/D/183/2001, 2004. 5. 17.

413) CAT/C/31/D/186/2001, 2003. 11. 28.

414) CAT/C/31/D/187/2001, 2003. 11. 20.

415) 고문행위(제1조 위반), 고문방지를 위한 실효적 조치의 실패(제2조 제1항 위반), 청원인이 받은 모든 고문행위를 형법상 범죄로 하는 입법적 조치의 실패(제4조 위반), 고문에 책임이 있는 자에 대한 법적 절차 미착수(제5조 위반), 청원인에게 고문을 가한 자들의 행위에 대한 불조사(제12조 위반), 재판 개시시 고문 주장에 대한 조사 미착수(제13조), 청원인의 청원권을 무시하여 청원인의 구제 및 재활의 권리를 박탈(제14조 위반), 고문에 의한 자백을 증거로 한 유죄 판결(제15조 위반), 청원인의 진료권·통신권·접견권 등을 침해하는 잔혹하고 비인도적이고 굴욕적인 대우 및 처벌(제16조 위반)

416) CAT/C/31/D/188/2001, 2003. 11. 20.

417) CAT/C/31/D/189/2001, 2003. 11. 20.

418) CAT/C/32/D/196/2002, 2004. 5. 14.

419) CAT/C/31/D/199/2002, 2003. 11. 24.

140 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

	통보 번호	통보인 대 당사국	통보인 국적	난민 신청 여부	관련 조항	관련 사항	위원회 조치내용
12 420)	203/ 2002	A.R. v. The Netherlands	이란	○	3	이란으로 강제송환	위반 발견 없음
13 421)	209/ 2002	M.O. v. Denmark	알제리	○	3	알제리로 강제송환	위반 발견 없음
14 422)	210/ 2002	V.R. v. Denmark	러시아연방	○	3	러시아연방 으로강제송환	위반 발견 없음
15 423)	213/ 2002	E.J.V.M. v. Sweden	코스타리카	○	3	코스타리카로 이송	위반 발견 없음
16 424)	214/ 2002	M.A.K. v. Germany	터키	○	3	터키로 강제송환	위반 발견 없음
17 425)	215/ 2002	J.A.G.V. v. Sweden	콜롬비아	○	3	콜롬비아로 이송	위반 발견 없음
18 426)	228/ 2003	T.M. v. Sweden	방글라데시	○	2,3,16	방글라데시로 추방	위반 발견 없음
19 427)	202/ 2002	Helle Jensen v. Denmark	덴마크	×	1,12,16	심리적 고문 등 ⁴²⁸⁾	허용 불허
20 429)	225/ 2003	R.S. v. Denmark	인도	○	3	인도로 송환	허용 불허
21 430)	229/ 2003	H.S.V. v. Sweden	이란 (스웨덴 영주권자)	×	3	이란으로 송환	허용 불허
22 431)	236/ 2003	A.T.A. v. Switzerland	토고	○	3	토고로 추방	허용 불허
23 432)	243/ 2004	S.A. v. Sweden	방글라데시	○	3	방글라데시로 퇴거	허용 불허

420) CAT/C/31/D/203/2002, 2003. 11. 21.

421) CAT/C/31/D/209/2002, 2003. 11. 17.

422) CAT/C/31/D/210/2002, 2003. 11. 21.

423) CAT/C/31/D/213/2002, 2003. 11. 28.

위의 사건 목록 및 내역을 통해 확인될 수 있는 고문방지협약 제22조에 따른 개인통보사건은 몇 가지 도드라진 양상을 보여준다. 우선 통보 관련 당사국과 통보인의 국적이 상이하다는 점이다. 견해 채택 사건과 허용 불허 사건 23건 중 1건을 제외한 나머지, 즉 97%는 외국인이 체류국을 대상으로 개인통보를 제기한 것이다. 둘째, 개인통보를 제출한 통보인들이 대부분 난민지위 인정 신청자라는 점이다. 견해 채택 사건과 허용 불허 사건 23건 중 74%에 해당하는 17건의 통보인들은 체류국에서 난민지위 인정 신청 후 불인정 결정을 받았거나 최종 결정을 앞두고 출신국으로 강제송환될 상황에서 위원회에 개인통보를 제출한 것이다. 나머지 6건 중 2건의 통보인들도 비록 난민신청자는 아닐지라도 출신국으로 강제송환될 상황에서 개인통보를 제출하였다. 셋째, 개인통보사건이 동 협약 제3조에 집중되어 있다는 점이다. 견해 채택 사건 18건 중 13건, 허용 불허 사건 5건 중 4건이 동 협약 제3조만을 원용하고 있다. 또한 나머지 사건 6건 중 2건은 동 협약의 다른 조항들과 함께 제3조가 원용되고 있다. 위원회에 제출된 개인통보사건의 83%가

424) CAT/C/32/D/214/2002, 2004. 5. 17.

425) CAT/C/31/D/215/2002, 2003. 11. 18.

426) CAT/C/31/D/228/2003, 2003. 12. 2.

427) CAT/C/32/D/202/2002, 2004. 5. 11.

428) 심리적 고문행위 및 그로 인한 정신적 장애 발생에도 불구하고 독방에 구금한 행위(제1조 및 제16조 위반), 심리적 고문 주장에 대한 신속하고 공정한 수사 착수 실패(제12조 위반)

429) CAT/C/32/D/225/2003, 2004. 5. 24.

430) CAT/C/32/D/229/2003, 2004. 5. 17.

431) CAT/C/31/D/236/2003, 2003. 11. 14.

432) CAT/C/32/D/243/2004, 2004. 5. 7.

동 협약 제3조에 관한 것이다. 넷째, 최종 견해가 채택된 개인통보사건 중 위원회에 의해 위반이 발견된 사건은 매우 적다는 점이다. 특히 동 협약 제3조가 원용된 사건에 대한 위반 발견은 1건도 없다. 단지 통보인이 출신국에서 받은 고문에 대한 개인통보사건 3건에 대해서만 협약위반을 인정하였을 뿐이다. 그렇다면, 고문방지위원회에 제출된 개인통보사건은 대부분 다음과 같은 속성을 가지고 있다고 볼 수 있다. 즉, 기본적으로 외국인이 체류국 내에서 난민지위 인정을 신청하였으나 인정받지 못한 상태에서 동 협약 제3조를 원용하여 출신국으로 강제송환되지 않기를 바라며 제출된 사건이다. 그러나 통보인의 기대는 무산되는 것으로 귀결된다. 최종 견해 채택 사건 중 78%가 바로 이 유형에 속한다.

시민적·정치적권리규약 제7조와 고문금지협약의 관계 및 동 규약체제상의 개인통보절차와 동 협약체제상의 개인통보절차의 관계는 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 고문금지에 관한 일반적인 국제법적 규율은 시민적·정치적권리규약 제7조에 의해 충분히 달성될 수 있다. 그리고 시민적·정치적권리규약체제상 개인통보사건의 분석결과는 이를 실증적으로 뒷받침한다. 즉 다양한 고문행위, 체형 등 잔혹하고 비인도적이고 굴욕적인 처벌 유형, 구금 중 치료 방기, 장기간의 사형집행 대기상태 등은 고문방지협약체제에 의거하지 않더라도 시민적·정치적권리규약 제7조에 근거를 두고 제출된 개인통보에 의해서 해결될 수 있는 것이다. 그렇다면, 시민적·정치적권리규약과의 관계에서 고문방지협약의 존재의의가 분명해지는 것은 동 협약 제3조이다. 개인통보사건들의 분석을 통해서 확인된 바와 같이, 동 절차는 ‘고문 받을 위험이 있는 국가로 추방·송환·인도하는 것을 금’하는 제3조의 제도적 보장이라고 보는 게 당연할 것이다.⁴³³⁾

433) 고문방지협약 제3조 제1항: 어떠한 당사국도 고문 받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 고문방지협약상 통보제도의 도입여부 및 이에 따른 문제점 143

이러한 진단에도 불구하고 남은 의문이 있다. 그 의문은 실제 구제결정을 기대하기 어려움에도 불구하고 고문방지협약 제3조에 근거한 개인통보가 지속적으로 제기되고 있다는 점이다. 의문 해소의 실마리는 고문방지위원회에 의해 잘 갖추어지고 활발하게 적용되고 있는 ‘임시조치’(interim measures)에서 찾을 수 있다. 임시조치는 현상유지를 통해 상황 악화를 잠정적으로나마 방지하려는 국제인권보호 절차의 한 수단이다. 특히 이 조치는 사건의 본안에 대한 결정이 내려지기 전에 치유할 수 없는 손해를 야기할 국가의 실행행위를 중지시키는 긴급조치를 의미한다.⁴³⁴⁾ 국제인권조약기구 중에서도 고문방지위원회가 바로 이 제도를 가장 잘 확립하고 있고 활발히 운용하고 있다. 그런데 협약에는 이 조치에 관한 명시적인 규정이 없다. 하지만 고문방지위원회는 위원회의 규칙과 관행을 통해 이 제도를 발전시켜 왔다. 위원회 절차규칙 규칙108⁴³⁵⁾은 위반을 주장하는 피해자에게 치유할

있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니 된다.

434) H. Victor Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press (1999), p. 71.

435) Interim measures Rule 108

1. At any time after the receipt of a complaint, the Committee, a working group, or the Rapporteur(s) for new complaints and interim measures may transmit to the State party concerned, for its urgent consideration, a request that it take such interim measures as the Committee considers necessary to avoid irreparable damage to the victim or victims of alleged violations.
2. Where the Committee, the Working Group, or Rapporteur(s) request(s) interim measures under this rule, the request shall not imply a determination of the admissibility or the merits of the complaint. The State party shall be so informed upon transmittal.
3. Where a request for interim measures is made by the Working Group or Rapporteur(s) under the present rule, the Working Group or Rapporteur(s) should inform the Committee members of the nature of the request and the complaint to which the request relates at the next regular session of the Committee.
4. The Secretary-General shall maintain a list of such requests for interim measures.

수 없는 손해가 생기는 것을 피하기 위하여 위원회가 필요할 경우 임시조치를 취하도록 하는 요구를 관련 당사국에게 전달할 권능을 부여하고 있다. 이 임시조치가 예방적 차원에서 고문 받을 위험이 있는 국가로 즉시추방(imminent expulsion)하는 사안을 담고 있는 개인통보사건에서 중요성을 가지게 됨은 당연하다.⁴³⁶⁾ 그리고 해당 국가들이 위원회의 추방 연기 요구를 모두 수락하고 있다.⁴³⁷⁾ 따라서 이 제도는 실효성을 갖고 운용되고 있다. 바로 이러한 이유 때문에 체류국에서 난민지위 인정을 신청하였으나 거절 또는 기각되어 추방될 처지에 놓인 외국인들이 고문방지협약 제22조에 따른 개인통보를 적극 활용하고 있는 것이다. 물론 인권이사회도 이 제도를 운용하고 있다. 인권이사회 역시 시민적·정치적권리규약선택의 정서에 명문 규정은 없지만, 동 이사회의 절차규칙을 통해서 내부 관행으로 확립·시행하고 있다.⁴³⁸⁾ 그러나 그 양적·질적 수준은 고문방지위원회에 못 미치고 있

5. The Rapporteur for new complaints and interim measures shall also monitor compliance with the Committee's requests for interim measures.

6. The State party may inform the Committee that the reasons for the interim measures have lapsed or present arguments why the request for interim measures should be lifted.

7. The Rapporteur, the Committee or the Working Group may withdraw the request for interim measures.

(Committee Against Torture, Rules of Procedure, CAT/C/3/Rev.4, 2002. 8. 9, pp. 38-39)

436) "Report of the Committee against Torture", *General Assembly Official Records*, UN Doc. A/59/44, para. 248, p. 92.

437) "Report of the Committee against Torture", *General Assembly Official Records*, UN Doc. A/59/44, para. 251, p. 93.

438) 시민적·정치적 권리에 관한 인권이사회의 임시조치 권한과 절차는 동 이사회 절차규칙의 규칙 92에 규정되어 있다. The Committee may, prior to forwarding its Views on the communication to the State party concerned, inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State party concerned that such expression of its Views on interim measures does not imply a determination on the merits of the communication. (Human Rights

다.

이제 지금까지의 개인정보에 관한 사건 통계 및 현황 분석을 통해, 고문금지에 관한 시민적·정치적권리규약 및 고문방지협약의 관계와 동 규약상 개인정보절차 및 동 협약상 개인정보절차의 관계는 다음과 같이 정리될 수 있다. 고문금지에 관한 일반적 규율은 시민적·정치적권리규약에 의해서 충분히 가능하며, 법리적 장애는 없다. 이런 조건 하에서 고문방지협약과 동 협약 제22조에 따른 개인정보절차의 기능적 의의는 고문 받을 위험이 있는 국가로 추방·송환·인도를 금지하는 데 집중되어 있다고 평가할 수 있을 것이다.

3. 시민적·정치적권리규약상 개인정보 관련 한국의 경험

보편적 인권조약체제에서 한국에 대하여 적용될 수 있는 개인정보절차에는 시민적·정치적권리규약선택의정서에 따른 절차⁴³⁹⁾와 인종차별철폐협약 제14조에 따른 절차⁴⁴⁰⁾가 있다. 이외에도 고문방지협약 제22조에 따른 절차, 여성차별철폐협약선택의정서에 따른 절차와 이주노동자협약 제77조에 따른 절차가 있다. 그러

Committee, Rules of Procedure of the Human Rights Committee, CCPR/C/3/Rev.7)

439) 한국 정부는 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서』에 대한 국회의 비준 동의를 1990. 3. 16 받아 가입서를 1990. 4. 10 기탁하였으며, 동 의정서는 조약번호 제1008호로 1990. 7. 10 발효되었다.

440) 한국 정부는 『모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약』에 대하여 1978. 8. 8 비준하고 1978. 11. 14 국회의 비준 동의를 받은 후 1978. 12. 5 비준서를 기탁하였으며, 동 협약은 조약번호 제667호로 1979. 1. 4 발효하였다. 이때 한국 정부는 ‘인종차별 철폐에 관한 위원회’의 통보접수 및 심사권능을 규정한 동 협약 제14조의 수락을 선언하지 않았다. 이후 한국 정부는 1997. 3. 5 동 협약 제14조의 수락을 선언하는 선언서를 기탁하였으며, 동 선언서는 조약번호 제1371호로 1997. 3. 10 발효하였다.

146 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

나 한국 정부는 이들에 대한 수락선언 또는 가입을 하지 않은 상태이다. 그리하여 국제적인 개인통보절차에 관한 한국의 경험은 시민적·정치적권리규약선택의정서에 따른 절차와 인종차별철폐협약 제14조에 따른 절차에 국한된다. 그러나 실제 인종차별철폐협약 제14조의 적용례가 전무하기 때문에 사실상 한국의 개인통보절차의 경험은 시민적·정치적권리규약선택의정서에 따른 절차에 집중되어 있다. 약 15년에 걸친 한국 관련 개인통보사건의 통계는 다음의 표와 같다.

<시민적·정치적권리규약선택의정서에 따른 한국 관련 개인통보사건의 통계>441)

	진행 사건		종결 사건			
	허용 전	허용 후	허용 불허	철회	견해 (1) / (2)	총계
대한민국	4	-	1	1	5/1 (6)	12
총계 : 104개국	298	7	387	187	380/110 (490)	1369

(1) 위반 발견 / (2) 위반 발견 없음

유엔문서를 통해 공식적으로 확인할 수 있는 사례는 종결 사건 중 견해가 채택된 경우와 허용이 불허된 경우이다. 이에 해당하는 사례는 전부 7건이며, 그 구체적인 사건 목록과 내역은 다음과 같다.

<시민적·정치적권리규약선택의정서에 따른 한국 관련 개인통보사건 중 종결 사건 현황>

441) <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/stat2.htm#1>
 148 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

	통보 번호	당사국 대 통보인	통보인 국적	관련 조항	관련 인권	관련 사항	위원회 조치내용
1442)	518/ 1992	손중규 대 대한민국	대한민국	19(2)	표현의자유	타 사업장의 파업에 대한 지지 성명에 대한 처벌	19(2) 위반 발견
2443)	574/ 1992	김근태 대 대한민국	대한민국	19(2)	표현의자유	정치적 연설과 문건 배부에 대한 처벌	19(2) 위반 발견
3444)	628/ 1995	박태훈 대 대한민국	대한민국	18(1), 19(1) (2),26	사상과양심의자 유, 표현의자유, 법의보호	반정부시위 및 단체가입에 대한 처벌	19 위반 발견
4445)	644/ 1995	모하마드 아자즈와 아미르 자밀 대 대한민국	파키스탄	6,7,9, 10,14	생명권,고문금지 ,재판의권리,법 앞의평등	고문에 의한 수사, 오역된 증거에 근거한 재판 및 사형판결	위반 발견 없음
5446)	693/ 1996	남기정 대 대한민국	대한민국	19(2)	표현의자유	비검정중등국어교과서 발간 및 채택의 금지	허용 불허

	통보 번호	당사국 대 통보인	통보인 국적	관련 조항	관련 인권	관련 사항	위원회 조치내용
6447)	878/ 1999	강용주 대 대한민국	대한민국	10(1,3 ,), 18(1,2 ,), 19(1), 26	신체의자유,재판 의권리,사상과양 심의자유,표현의 자유,법의보호	준법서약서 요구 등 사상전향제 및 장기간의 독방구금	10(1),18(1 ,), 19(1),26 위반 발견
7448)	926/ 2000	신학철 대 대한민국	대한민국	19(2)	표현의 자유	모내기 그림에 대한 처벌	19(2) 위반 발견

442) CCPR/C/54/D/518/1992, 3 August 1995

443) CCPR/C/64/D/574/1994, 1999. 1. 4

444) CCPR/C/64/D/628/1995, 1998. 11. 3

445) CCPR/C/66/D/644/1995, 1999. 7. 23

446) CCPR/C/78/D/693/1996, 2003. 9. 18

447) CCPR/C/78/D/878/1999, 2003. 7. 23

‘시민적·정치적권리규약선택의정서에 따른 한국 관련 개인통보사건의 통계’는 전체 당사국에 대한 통계수치와 비교할 때, 단순명료한 몇 가지 점을 보여준다. 우선 한국 정부를 대상으로 제출된 개인통보의 사례는 전체 당사국 대비 개인통보 제출 총 건수와 비교하여 평균치에 근접하고 있다. 즉 지나치게 활성화되어 있지 않고, 그렇다고 빈약하지도 않다. 둘째, 허용 불허된 사건의 비율이 전체 당사국 통계에 비하여 매우 낮다. 이와 반비례하여 최종 견해가 채택된 사건의 비율은 매우 높게 나타난다. 셋째, 견해 채택 사건 중 위반 발견 사건이 그 반대의 경우보다 압도적으로 많다. 이는 인권이사회가 통보인의 주장을 인정하고 한국의 규약 위반을 확인하는 비율이 높다는 것을 말해준다. 이를 종합하면, 한국 정부를 대상으로 한 개인통보의 제출 빈도는 평균적이지만, 한국 정부의 규약 위반 판정의 비율은 상당히 높다는 것이다. 이는 통보 제출의 측면에 있어서 절차법적 요건과 실체법적 요건을 잘 구비하고 있다는 것을 보여주는 것이며, 피통보대상의 측면에 있어서 한국 정부의 내재화된 규약 위반 관행을 방증하는 것이라고 잠정 추론할 수 있을 것이다. 그 추론이 확정 결론이 될 수 있는지는 개인통보사건에 대한 구체적인 유형 분석을 통해 확인하도록 하겠다.

먼저 실체법적 측면을 살펴보도록 하자. 7건의 견해 채택 사건 중 644/1995(모하마드 아자즈와 아미르 자밀 대 대한민국)를 제외한 6건은 모두 규약 제19조를 원용하고 있다. 그 중 4건은 제19조만을 근거로 제기된 것이며, 1건은 내용상 인접 영역인 제18조가 제19조와 함께 원용되었으며, 1건은 제18조 외에도 제10조 및 제26조가 제19조와 함께 원용되었다. 또한 제19조가 원용된 6건 중 견해가 채

448) CCPR/C/80/D/926/2000, 2004. 3. 19
150 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

택된 5건 모두는 인권이사회에 의해 한국 정부의 규약 위반 판정이 내려졌다. 한국 정부를 상대로 한 개인통보가 규약 제19조에 집중되어 있고, 거의 일방적이라고 표현할 정도의 규약 위반 판정 결과를 낳은 배경이나 원인은 과연 무엇인가? 그 답은 제19조가 보장하는 의견과 표현의 자유를 침해하는 한국의 정치형법에 있다. 574/1992(김근태 대 대한민국), 628/1995(박태훈 대 대한민국), 926/2000(신학철 대 대한민국)에서는 국가보안법, 518/1992(손종규 대 대한민국)에서는 노동쟁의조정법상 제3자개입금지, 878/1999(강용주 대 대한민국)에서는 준법서약제가 문제가 되었는데, 이들 국내법과 제도는 전형적인 정치형법과 제도에 해당된다.⁴⁴⁹⁾ 결국 군사정부의 권위주의적 통치를 뒷받침하는 정치형법은 지속적으로 규약 제19조가 보장하는 의견과 표현의 자유를 침해하는 주범이었다. 그런데 재미있는 점은 군사정부의 퇴진이 곧바로 그 통치수단이었던 정치형법의 개정·폐지로 연결되지 않았다는 것이다. 그 이후에도 계속 유지되어 왔다. 뿐만 아니라 국내법원은 군사정부시대의 법해석을 답습한 판결을 내려왔다. 그리하여 628/1995(박태훈 대 대한민국), 926/2000(신학철 대 대한민국), 878/1999(강용주 대 대한민국)에서 나타나는 바와 같이 군사정부 퇴진 이후 내려진 국내법원의 판결이 이후 인권이사회에서 규약 위반 판정을 받게 되었다.⁴⁵⁰⁾ 요컨대 시민적·정치적권리규약에 따라 한국 정부를 상대로 제기된 개인통보의 제19조 편중현상은 군사정부시대의 정치형법과 제도에 기인한 것이고, 법제의 개선 및 국내법원의 법해석 변경이

449) 배종대, “정치형법의 이론”, 고려대학교 법학논집, 제26집, 1991, 200-204쪽.

450) 628/1995(박태훈 대 대한민국) 사건의 통보원인이 확정된 대법원의 유죄확정은 1993년 5월 11일, 926/2000(신학철 대 대한민국) 사건의 통보원인이 확정된 대법원의 유죄판결은 1999년 3월 13일에 이루어진 것이고, 878/1999(강용주 대 대한민국) 사건의 통보원인 중 하나인 준법서약제는 1998년 6월부터 시행된 것이다.

없는 한 그 현상은 현재진행이라고 평가할 수 있을 것이다.

이어서 절차법적 측면을 살펴보도록 하자. 한국 정부를 상대로 제출된 개인통보 사건들은 이사회에 의해 허용이 불허된 경우가 1건에 불과할 정도로 허용적합요건을 충분히 구비하고 있다는 것을 보여준다. 그에 반해 허용적합요건 구비에 관한 한국 정부의 반론은 인권이사회에서 거의 받아들여지지 않았다. 먼저 허용이 불허된 693/1996(남기정 대 대한민국)의 이사회 결정을 들여다보면, 불허의 근본이유가 이 사건의 통보 내용이 표현의 자유에 대한 추상적 침해에 대상으로 하였다는 데 있다. 이 점은 통보인 또는 그 대리인이 추상적 침해에 관한 본안 판단을 함으로써 당사국의 국내법을 심사하게 되는 것을 회피하는 이사회 절차법을 간과한 데서 기인한 것으로 보인다. 다음으로 한국 정부가 일련의 개인통보사건에 대한 허용적합요건 충족 미비사유로 초기에는 국내구제절차소진의 미완료를 내세웠다. 518/1992(손종규 대 대한민국)와 628/1995(박태훈 대 대한민국)에서 한국 정부는 헌법소원의 흠결을 국내구제절차미소진이라고 주장하였다. 그러나 동일 내용에 관한 헌법재판소 결정을 제시하며 헌법소원절차의 불필요성을 밝힌 통보인의 주장에 의해 무너졌다. 이후 한국 정부가 헌법소원절차 단순 미경유를 내세워 허용적합요건 불비를 주장하는 일은 없어졌다. 요컨대 한국 정부를 대상으로 제기되는 개인통보들은 허용적합요건에 대한 검토가 충분히 이루어졌다고 볼 수 있는데, 이는 통보인 또는 그 대리인이 개인통보절차가 요구하는 제 요건에 대한 적절한 이해를 가졌다고 추측할 수 있을 것이다. 이에 대비되는 한국 정부의 절차법적 항변은 그만큼 왜소하게 느껴질 것이다.

더불어 본격적인 실체적 및 절차적 측면 외의 부수적 측면을 보면, 한국 정부를 대상으로 제기된 개인통보사건들의 분석과정에서 흥미로운 몇 가지 특징이 나타

난다. 첫째, 제19조 편중현상의 필연적인 결과로 그 이외 조항에 대한 활용이 극히 저조하다는 점이다. 이는 앞서 ‘인권이사회 제79-81차회기 내 견해 채택 개인통보의 조항별 원용 현황’ 분석에서 시민적·정치적권리규약의 거의 모든 실체법적 조항들이 활용되고 있는 점과 대비된다. 한국 정부를 대상으로 인권이사회에 개인통보를 제기할 수 있는 잠재적인 사안은 상당할 것으로 보인다. 그 예로 한국 정부의 보고서에 대한 인권이사회의 최종의견에 의거하여 유력한 잠재사안을 찾아낼 수 있는데, 제1차 보고서에 대한 최종의견에서 언급된 사형선고를 받는 위반행위에 절도를 포함시키는 것,⁴⁵¹⁾ 기소 전 장기간 심문,⁴⁵²⁾ 제2차 보고서에 대한 최종의견에서 언급된 정부의 광범위한 도청장치 사용,⁴⁵³⁾ 교사 및 기타 공무원의 결사의 자유를 제한하는 것 등을 들 수 있다.⁴⁵⁴⁾ 또한 인권이사회의 최종의견에 적시된 고문 및 잔혹하고 비인도적이고 굴욕적인 처벌 및 대우에 관한 한국의 실정에 비추어, 규약 제7조 역시 잠재적인 개인통보의 사안이다. 그럼에도 불구하고 지금까지 이사회에 제출된 개인통보가 규약 제19조에 집중된 것은 개인통보절차에 대

451) 인권이사회는 사형선고를 받는 위반행위에 절도를 포함시키는 것은 규약 제6조에 대한 명백한 위반이라고 적시하였다. Concluding observations of the Human Rights Committee: Republic of Korea, 1992. 9. 25, CCPR/C/79/Add.6, 1992. 9. 25, para. 8.

452) 인권이사회는 기소 전 장기간 심문을 하는 것은 규약 제9조 제3항과 양립할 수 없다고 적시하였다. Concluding observations of the Human Rights Committee: Republic of Korea, 1992. 9. 25, CCPR/C/79/Add.6, 1992. 9. 25, para. 8.

453) 인권이사회는 정부의 광범위한 도청장치 사용은 규약 제17조의 준수와 관련하여 심각한 문제를 야기한다고 적시하였다. Concluding observations of the Human Rights Committee: Republic of Korea, 1999. 11. 1, CCPR/C/79/Add1146, 1992. 9. 25, paras. 17, 19..

454) 인권이사회는 교사의 노조결성과 공무원의 직장협의회결성을 허용하는 법 개정을 주목하면서도, 여전히 남아 있는 교사 및 기타 공무원의 결사의 자유 제한은 규약 제22조 제3항에 부합하지 않는다고 적시하였다. Concluding observations of the Human Rights Committee: Republic of Korea, 1999. 11. 1, CCPR/C/79/Add1146, 1992. 9. 25, paras. 17, 19.

한 정치적 자유 중심의 접근에 따른 현상적 산물로 이해할 수도 있을 것이다.

둘째, 외국인에 의한 개인통보의 희소성이다. 현재까지 외국인에 의한 개인통보는 644/1995(모하마드 아자즈와 아미르 자밀 대 대한민국)에 한한다. 외국인에 의한 개인통보 제출은 시민적·정치적권리규약선택의정서 제1조에 근거하고 있는데, 이 조항은 규약당사국의 관할권 하에 있는 자의 통보제출권을 인정하고 있다.⁴⁵⁵⁾ 바로 이 조항에 의거하여 한국 정부의 인권의무가 한국 국적민을 넘어 외국인에 대해서도 적용되고, 그 결과를 심사받게 되는 국제성을 획득하게 되는 것이다. 외국인의 대우문제는 기본적으로 외국인이 한국 정부의 관할권 하에 놓여 있게 되는 것을 전제로 하는데, 한국 내에서 외국인 문제가 본격적으로 제기되는 시기는 이주노동자의 대거 유입 이후이다. 위의 사건 역시 한국에 온 파키스탄 출신 이주노동자가 제기한 사건이라는 점에서 시사하는 바가 크다. 한국 내 체류 중인 이주노동자는 향후 한국 정부를 상대로 개인통보를 제출할 수 있는 유력한 잠재집단이 될 수 있을 것이다.⁴⁵⁶⁾

셋째, 시민적·정치적권리규약상 개인통보절차의 한국 사례 분석에서 언급할 수 있는 흥미로운 점은 통보대리인이 과반수를 넘는 사건에 있어서 특정인이라는 점이다. 인권이사회의 견해 채택 사건 6건과 허용 불허 사건 1건 등 총 7건의 사건에 있는데, 그 중 4건에 대한 통보대리인은 모두 동일 인물의 변호사이다. 그리고 나머지 3건 중 1건은 다른 인물의 변호사이고, 1건은 파키스탄인이 대리인 없이

455) 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서』 제1조: 이 의정서의 당사국이 된 규약당사국은 그 관할권에 속하는 자로서 동국에 의한 규약에 규정된 권리에 대한 침해의 희생자임을 주장하는 개인으로부터의 통보를 접수하고 심리하는 이사회의 권한을 인정한다. 이사회는 이 의정서의 당사국이 아닌 규약당사국에 관한 어떠한 통보도 접수하지 않는다.

456) 2004년 7월 현재 산업연수생의 자격으로 합법 체류 중인 이주노동자는 57,061명에 달한다. (2004 국정감사 보도자료, 안양이주노동자의 집 자료실, <http://www.amwc.org/>)

직접 통보를 제출한 사건이며, 1건은 대리인이 명시되어 있지 않다. 더욱 재미있는 점은 특정 변호사가 통보를 대리한 4건의 사건 모두 인권이사회에 의해 규약 위반 판정을 받았다는 점이다. 성공률 100%의 신화이다. 과장해서 표현한다면, 한국의 시민적·정치적권리규약체제상 개인통보의 역사와 성공은 특정인에 의존하였다고 말할 수 있을 것이다.

요컨대 국제적 개인통보절차에 관한 한국의 역사와 경험은 다음과 같이 단순하게 정리할 수 있을 것이다. 시민적·정치적권리규약체제상의 절차를 중심으로 전개되어 왔으며, 국민의 정치적 자유를 제약하는 국내법과 제도에 따른 유죄판결을 통보원인으로 하고 표현의 자유를 보장한 규약 제19조에 근거하여 특정 변호사가 피해자를 대리하여 통보를 제기하였으며, 그 통보는 인권이사회에 의하여 한국 정부의 규약 위반 판정을 받게 되었다. 여기서 우리는 한국에서 국제인권보호절차의 활용을 개척한 특정인에 대한 고무적인 평가와 함께 편중화에서 나타나는 전체적 역량의 빈곤 문제를 성찰할 필요가 있을 것이다.

Ⅲ. 고문방지협약체제상 통보절차의 도입에 관한 몇 가지 쟁점

1. 동일 주제에 대한 통보절차의 중복문제

고문으로부터 자유를 보장하기 위한 국제적 노력은 세계인권선언 채택시부터

나타났다. 동 선언 제5조를 위시하여 1951년 집단살해금지협약, 1949년 제네바협약 공통 3조에 명시되었다. 또한 시민적·정치적권리규약 제7조에 반영되었다. 시민적·정치적권리규약은 당사국에게 법적 구속력을 부과하는 보편적 인권조약이라는 점에서 고문금지에 관한 국제입법은 정점에 이르게 되었다. 그러나 동 규약이 발효된 1970년대에도 고문은 여전히 근절되지 않을 뿐 아니라 일부 국가에서는 고문이 권위주의통치의 수단으로 빈번하게 사용되고 있었다. 이에 고문만을 주제로 하는 인권조약을 만들려는 노력이 집중되어 1984년 고문금지협약이 채택되기에 이르렀다. 그리하여 고문방지협약은 그 출현시부터 시민적·정치적권리규약 제7조의 특화라는 배경을 깔고 있었다.⁴⁵⁷⁾

고문방지협약은 출현시부터 시민적·정치적권리규약 제7조와 병립관계를 전제한 것이다. 그 결과 실제적 규범이라는 점에서 두 인권조약의 중첩은 이미 예정된 것이었다. 국제적 구제절차로서 개인통보절차 역시 중첩은 당연한 것이었다. 개인통보절차의 중첩은 고문방지협약체제상 개인통보절차의 모델이 시민적·정치적권리규약체제라는 점에 있어서도 절차기술상 더욱 강화된다.⁴⁵⁸⁾ 물론 당시 제출에 의한 혼란 야기를 막는 기술적 장치가 마련되어 있다. 시민적·정치적권리규약선택의 정서 제5조 제2항 (a)⁴⁵⁹⁾와 고문방지협약 제22조 제5항 (가)⁴⁶⁰⁾는 개인통보의 허

457) Ann-Marie Bolin Pennegård, "Article 5", in Gudmunur Alfresson (ed), *The Universal Declaration of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 129-131.

458) A. Byrnes, "The Committee against Torture", in P. Alston (ed), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Clarendon Press, 1992, p. 535.

459) 시민적·정치적권리규약선택의정서 제5조 제2항: 이사회는 다음 사항을 확인한 경우가 아니면 개인으로부터의 어떠한 통보도 심리하지 않는다. (a) 동일 문제가 다른 국제적 조사 또는 해결절차에 따라 심사되고 있지 않을 것.

460) 고문방지협약 제22조 제5항: 위원회는 다음 사항을 확인하기 전에는 이 조에 따른 개인의 통보
156 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

용적합성에 의해 국제적 구제절차를 동시에 이용하는 것을 거르도록 하고 있다.⁴⁶¹⁾ 두 인권조약과 그에 따른 통보절차의 중첩은 어느 한 인권조약 및 개인통보절차를 수락하더라도 그 당사국에 대한 고문방지의무 발생과 개인통보권의 부여를 보장한다. 이를 반대 측면에서 보게 되면, 어느 한 인권조약 및 개인통보절차를 수락하는 경우에 다른 조약과 절차를 수락하지 않을 이유가 없는 것이다. 이러한 중첩에 관한 법률적 특징에 대한 이해를 바탕으로 고문방지협약의 가입 추진단계에서 한국 정부가 취한 법률적 모순을 지적하는 의견이 제시되었다. 즉 이미 시민적·정치적권리규약선택의정서에 가입한 한국 정부가 고문방지협약에 가입하면서 동 협약 제21조 및 제22조를 수락하지 않는다 하더라도, 시민적·정치적권리규약선택의정서에 의거하여 고문 관련 개인통보를 제출할 수 있다고 진단하였다.⁴⁶²⁾ 이를 달리 말하면, 굳이 고문방지협약 제22조를 수락하지 않을 이유가 없다는 것이 되기도 한다.

앞서 인권이사회 제79·80·81차회기 내 견해 채택 개인통보 사건들에 대한 분석에서 이미 확인된 바와 같이, 시민적·정치적권리규약 제7조는 고문 일반을 규율하고 있음을 보여주고 있다. 더 나아가 인권이사회는 고문방지협약 제3조를 포괄하는 판례법을 발전시켜왔다. 물론 규약 제7조의 조문 자체에는 ‘규약 고문 받을 위험이 있는 국가로 추방·송환·인도를 금’하는 것이 직접 명시되어 있지 않다. 하지만 인권이사회는 이사회에 제출된 개인통보사건을 다루면서 제7조의 내용이 ‘고문

를 심리하지 아니 한다. 가. 동일한 문제가 다른 국제적인 조사 또는 해결절차에 따라 심리되었거나 현재 심리되고 있지 않을 것.

461) A. Byrnes, "The Committee against Torture", in P. Alston (ed), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Clarendon Press, 1992, p. 540.

462) 정인섭, "주요 인권조약의 국내적 실천", *인권과 정의*, 1995. 1, 75쪽.

받을 위험이 있는 국가로 추방·송환·인도를 금'지하고 있다고 해석하였다.⁴⁶³⁾ 결국 인권조약의 규정 자체 및 그 규정을 적용하는 조약기구의 판례법에 의거하여 볼 때, 고문 관련 사안의 개인통보 허용은 시민적·정치적권리규약선택의정서에 의해서 가능하기 때문에 당해 국가가 고문방지협약 협약 제22조의 수락을 통해 감수해야 할 법률적 위험성은 크지 않을 것이다. 그렇다면, 시민적·정치적권리규약상의 개인통보절차를 받아들이고 있는 한국이 고문방지협약 제22조의 수락을 기피하는 이유는 다른 데서 찾아야 할 것이다.

한국 정부의 고문방지협약 제22조의 수락을 기피하는 이유를 파악하기 위해서는 고문방지협약체제상의 개인통보절차가 동 협약 제3조에 의한 직접적인 보호 뿐만 아니라 제3조의 기능적 연장인 '임시조치'를 통한 보호기능을 수행한다는 점을 주목하여야 할 것이다. 임시조치를 통해 출신국으로 즉시추방될 처지에 놓인 사람들에게 그 추방을 지연시키는 보호의 제공이 제3조의 핵심적 기능이라고 볼 수 있다. 바로 이 기능 때문에 체류국에서 난민지위 인정을 신청하였으나 거절 또는 기각되어 추방될 위기에 놓인 외국인들이 개인통보를 제출하고 있는 것이다. 일단 고문방지위원회에 개인통보를 제출하는 경우에 통보인들은 최소 6개월의 추방유예의 이익을 얻을 수 있는데, 그 이유는 통보를 접수한 고문방지위원회가 통보인을 위하여 임시보호조치를 권고하는 것이 일반적이고, 본안의 처리는 빨라야 6개월 후인 그 다음 회기에 이루어지기 때문이다. 그리고 고문방지위원회는 접수된 통보를 뒷받침하는 증거가 충분하지 않더라도 임시보호조치의 권고결정을 내리는데 인색하지 않다. 이러한 절차상 특징 때문에 법률가들은 추방위기에 놓인 난민

463) Communication No. 1051/2002, Ahani v. Canada (Views adopted on 29 March 2004, eightieth session).

지위신청자에게 법률적 보호를 제공하는 상급상소단계로 간주하고 있는데, 최선의 경우에는 관련 당사국의 협약 위반 발견을 받아낼 수 있고, 최악의 경우에는 6개월의 추방연기라는 사실상의 보호를 의뢰인에게 제공할 수 있다.⁴⁶⁴⁾ 결국 고문방지협약체제상 개인통보절차의 실제 기능은 난민보호체제의 일부를 구성하고 있다고 볼 수 있다. 바로 이러한 특징 때문에 각국의 국내 법률가들은 고문방지협약 제22조에 따른 개인통보절차를 난민소송체계의 최상위단계로 간주하는 경향도 있다. 이러한 분석에 입각하여 볼 때, 한국 정부가 고문방지협약 제22조에 대한 수락선언을 할 지 여부는 한국의 난민관련 법제도와 정책을 변경할 지 여부에 달려 있다고 예상할 수 있을 것이다.

2. 고문방지협약상 개인통보절차의 기능과 한국의 인권정책

고문방지협약체제상 개인통보절차는 동 협약이 보장하는 실체법적 인권의 현실적 구현을 이끌어내고자 하는 장치라는 점에서 동 협약의 당사국이 부담하는 국제인권 의무는 현실적으로 강화될 수밖에 없다. 그런 의미에서 볼 때, 고문방지협약의 당사국인 한국이 동 협약체제상 개인통보절차를 수락하게 되는 것은 동 협약에 관한 한국의 이행수준을 새로운 단계로 진입시키는 것을 의미한다. 새로운 이행단계에 들어서는 과정에서 제기되는 한국의 법제도 또는 법정책의 문제에는 어떠한 것들이 있는가? 한국 정부의 고문방지협약 제22조의 수락이 개인통보의 활용범위와 관련하여 두 영역에서 영향을 미칠 것으로 일단 예상할 수 있을 것이다.

464) Peter Burns, "Commentary on Complaint Processes by Human Rights Committee and Torture Committee Members - (b) The Committee Against Torture", Anne F. Bayefsky ed., *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2000, p. 167.

우선 첫 번째 영역은 수사 및 행형 관련 법제도와 관행이다. 한국 정부의 최초 보고서에 대한 고문방지위원회의 최종의견에 적시된 사항들은 그로 인하여 피해를 입은 사람들에게 의한 개인통보 제출의 원인이 될 수 있을 것이다. 고문방지위원회의 지적사항은 ‘국내형법상 고문범죄 특별정의의 미수용’, ‘혐의자로부터 자백을 받아내기 위한 ‘잠 안재우기’를 비롯한 고문절차’, ‘혐의자에 대하여 기소전 장기간 심문을 부여하는 국내법체제’, ‘고문 및 학대를 자행한 자에 대한 수사 및 기소 부진, 고문 피해자의 고소에만 국한된 수사착수 허용’ 등이다.⁴⁶⁵⁾ 그러나 이에 해당하는 사항은 고문방지협약상 개인통보절차 뿐 아니라 시민적·정치적권리규약상 개인통보절차의 물적 관할사항이기도 하다. 따라서 시민적·정치적권리규약선택의 정서에 따라 제출된 개인통보사건의 예에 비추어 볼 때, 고문방지협약 제22조의 수락이 야기할 환경 변화는 급격하지 않을 것으로 보인다. 요컨대 한국 정부가 시민적·정치적권리규약체제상 개인통보절차가 이미 한국에 적용되고 있다는 점에 비추어 볼 때, 고문방지협약 제22조의 수락선언 그 자체가 수사 및 행형절차와 관한 한국의 법제도와 정책에 미칠 파장은 과대 평가되어서는 아니 될 것이다.

한국 정부의 고문방지협약 제22조 수락선언이 미칠 파장이 제일 큰 영역은 난민 분야이다. 고문방지협약체제에 따른 개인통보사건의 분석에서 드러났듯이, 고문방지협약 제22조에 근거한 개인통보절차가 사실상 난민보호법체제의 일부를 구성하는 관행은 이미 확립되어 있다. 이에 비해 한국 정부의 난민정책은 난민지위의 인정에 극히 소극적으로 임해오고 있다. 1992년 12월 3일 난민의 지위에 관한 협약과 난민의 지위에 관한 의정서에 대한 가입서를 기탁한 이후 10년 가까이 난민지위를 인정한 예가 없다가 2001년에 이르러 첫 인정이 이루어졌다. 지금까지 난민

465) Report of the Committee of Torture, A/52/44, paras. 55-61, pp. 13-14.

지위를 인정받은 외국인인 37명이다. 이에 비해 난민지위 인정을 신청한 외국인인 494명이다. 특히 주목해야 할 현상은 2003년 이후 난민신청이 급격한 증가 추세를 보이고 있다는 점이다. 그 이전에는 한 해 20-30명에 머물던 난민인정 신청 건수가 2003년에는 84명, 2004년에는 145명, 2005년 1/4분기에만 88명에 이르고 있다.⁴⁶⁶⁾ 이들은 한국 정부를 상대로 한 개인통보를 고문방지위원회에 제출할 유력한 잠재군이다. 특히 고문방지위원회의 임시보호를 위한 권고기능은 추방위기에 놓인 난민지위 인정신청 외국인인 동 절차를 활용할 가능성을 높일 것이다.

현재 한국의 난민 관련 법제도와 정책은 여러 측면에서 고문방지협약 제3조와 양립하기 어려운 요소를 가지고 있다. 난민지위 인정 신청기간을 입국 후 1년 내로 제한하고 있는 출입국관리법 제76조의2 제2항,⁴⁶⁷⁾ 7일로 제한된 이의신청기간과 난민지위 인정 불허 결정을 내린 당사자인 법무부장관이 이의신청을 심사하도록 하고 행정심판을 청구할 수 없도록 한 동법 제76조의4⁴⁶⁸⁾는 한국 정부의 제3조 위반을 야기할 소지를 갖고 있다. 특히 동 법 제76조의2에서 규정한 신청기간 제한은 기본적으로 '현지에 체재 중에 난민이 된 자'(refugee *sur place*), 즉 현지 난민⁴⁶⁹⁾의 인정을 가로막고 있다. 또한 난민지위 인정 신청자의 헌법소원 역시 용

466) 한겨레신문, 2005. 4. 26.

467) 『출입국관리법』 제76조의2(난민의 인정): ① 법무부장관은 대한민국 안에 있는 외국인으로부터 대통령령이 정하는 바에 따라 난민의 인정에 관한 신청이 있는 때에는 그 외국인이 난민임을 인정할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 신청은 그 외국인이 대한민국에 상륙 또는 입국한 날(대한민국에 있는 동안에 난민의 사유가 발생한 때에는 그 사실을 안 날)부터 1년 이내에 하여야 한다. 다만, 질병 기타 부득이한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

468) 제76조의4 (이의신청): 제76조의2제1항의 규정에 의하여 난민인정의 신청을 하였으나 난민의 인정을 받지 못한 자 또는 제76조의3제1항의 규정에 의하여 난민의 인정이 취소된 자는 그 통지를 받은 날부터 7일 이내에 대통령령이 정하는 바에 따라 법무부장관에게 이의신청을 할 수 있다. 이 경우 행정심판법에 의한 행정심판을 청구할 수 없다.

이하지 않은 점 또한 동 협약 제3조와의 양립문제 및 국내구제절차소진문제를 제기할 수 있을 것이다. 헌법재판소는 외국국적 또는 무국적의 자연인은 자연권적 성질을 갖는 기본권들과 관련해서만 헌법소원을 제기할 수 있다고 보거나⁴⁷⁰⁾ ‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’이 기본권 침해에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다고 보고 있다.⁴⁷¹⁾ 결국 기존 헌법재판소의 입장에 비추어, 난민지위 인정을 신청한 외국인이 난민지위 불인정 처분에 대한 헌법소원은 현재로서는 어려울 수밖에 없을 것이다. 물론 「출입국관리법」 제762조의7에 의거한 난민에 대한 체류허가의 특례라는 방지장치가 있다. 그러나 그 장치가 고문방지위원회의 임시조치를 수용하기에는 자의적 운용 여지를 갖고 있다는 한계를 무시해서는 아니 될 것이다.⁴⁷²⁾

한국 정부의 고문방지협약 제22조의 수락선언은 한국의 이주노동자정책에 대한 도전을 야기할 가능성이 있다. 1990년대 이후 한국은 이주노동자를 국내노동시장의 풍부한 저임의 산업예비군으로 간주하는 정책을 펼치고 있다고 평가받고 있다. 한국 정부는 불법체류의 단속과 방임을 반복함으로써 이주노동자의 노동력 공급에 유연성을 갖도록 하고 있다. 그런데 문제는 한국에 유입된 이주노동자들 상당수가 정치적 혼란 하에 있거나 반체제인사를 불법적으로 억압하는 국가들 출신이

469) 국제연합난민고등판무관사무소, 『난민 관련 국제조약집』, 19967, 82-83쪽.

470) 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』, 1998, 151쪽.

471) 헌법재판소 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 723-724쪽, 헌법재판소 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 480쪽.

472) 제76조의7 (난민에 대한 체류허가의 특례): 법무부장관은 난민의 인정을 받은 자가 제60조제1항의 규정에 의한 이의신청을 한 때에는 제61조제1항에 규정된 사유에 해당되지 아니하고 이의신청이 이유 없다고 인정되는 경우에도 그의 체류를 허가할 수 있다. 이 경우 제61조제2항의 규정을 준용한다.

라는 점이다. 여기에는 내전 또는 준내전 하에 놓인 네팔·스리랑카, 국내 무장반란 단체의 공격과 그에 대한 진압이 이루어지는 미얀마, 인도네시아, 필리핀 등이 있다. 합법적으로 국내에 유입된 이주노동자에 대한 통계만 보더라도 이들 국가 출신이 대다수임을 알 수 있다.⁴⁷³⁾ 바로 이들 국가 출신의 이주노동자들이 출신국의 정치적 상황과 맞물릴 경우, 한국 내에서 난민지위 인정 신청을 할 잠재군이 될 것이다. 최근 법무부에 난민지위 인정신청을 한 14명의 미얀마인들 중 불허 처분을 받은 9명이 한국 정부를 상대로 소송이 제기하였다.⁴⁷⁴⁾ 그들 중 마웅저는 미얀마

473) 전체 산업연수생 현황 (2004. 7. 현재)

구분	'04년 도입 규모 배정	연수취업			입국진행	연수업체대체	
		연수생	취업자	계		업체수	대기자수
네팔	902	1,326	1,799	3,125	629	7	12
미얀마	647	90	439	529	647	0	0
방글라데시	-	13	903	916	-	4	4
베트남	2,631	1,869	4,838	6,707	1,843	22	25
스리랑카	1,160	1,108	1,484	2,592	986	8	14
인니	2,899	3,027	8,695	11,722	1,788	9	22
중국	2,693	4,066	8,090	12,156	1,302	207	296
필리핀	1,996	1,545	4,113	5,658	1,640	14	17
파키스탄	2,075	1,302	1,416	2,718	1,588	93	146
이란	255	81	102	183	214	5	8
우즈베키스탄	1,591	1,871	1,607	3,478	1,132	19	33
태국	2,389	489	1,773	2,262	2,166	3	5
몽고	1,154	1,278	757	2,035	696	26	33
카자흐스탄	1,595	1,690	398	2,088	850	15	21
캄보디아	1,013	723	169	892	890	2	2
계	23,000	20,478	36,583	57,061	16,644	434	638

주) 연수대체사유 : 업체 경영악화, 연수생 부적응, 부도(폐업), 기타 등
(2004 국정감사 보도자료, 안양이주노동자의 집 자료실, <http://www.amwc.org/>.)

474) 한겨레신문, 2005. 7. 13.

에서 학생운동을 하다 군사정부의 탄압을 피해 1994년 한국에 왔으며, 공장을 전전하면서도 미얀마 민족민주동맹 한국지부 창립을 주도하고 버어마 민주화 촉구운동을 전개하여 왔다.⁴⁷⁵⁾ 마웅저의 예에서 보듯이, 한국 정부의 고문방지협약 제22조의 수락은 표면적으로는 한국 정부의 난민 관련 법제도와 정책에 대한 국제기준 적합성 문제를 야기하지만, 그 이면에는 한국 정부의 이주노동자정책이 깊이 관련될 수밖에 없을 것이다.

현재 정부조직법상 수사절차의 지휘·감독, 행형 및 출입국관리의 주무부서는 법무부이다.⁴⁷⁶⁾ 이에 의거하여 볼 때, 고문방지협약의 국내 이행과 직접 관련된 주무부서는 법무부이라는 점이 분명하다. 그렇다면, 한국의 동 협약 제22조의 수락 여부는 법무부에게 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 이 점에서 있어서 한국 정부가 고문방지위원회에 제출한 제2차 정부보고서 중 ‘동 협약 제21제 및 제22조에 관한 유보’에 대한 진술의 의미가 명확해진다. “위원회는 권고를 통해 대한민국이 국가통보 및 개인통보에 관한 협약 제21조 및 제22조에 관한 유보를 재검토하고 (그 수락을) 선언하는 것을 바라는 희망을 표명하였다. 위원회의 권고에 따라 대한민국의 관련 정부부처는 협약 제21조 및 제22조에 규정된 위원회 권한을 승인하는 선언을 할 것인지를 논의하여 왔다. 그러나 아직 합의에 이르지 못하였다.”⁴⁷⁷⁾

475) 한겨레신문, 2005. 4. 26.

476) 『정부조직법』 제32조 (법무부): ① 법무부장관은 검찰·행형·인권옹호·출입국관리 기타 법무에 관한 사무를 관장한다. ② 검사에 관한 사무를 관장하기 위하여 법무부장관 소속하에 검찰청을 둔다. ③ 검찰청의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

477) Second periodic reports of States parties due in 1996 : Republic of Korea. 2005. 2. 14, CAT/C/53/Add.2, para. 121, p. 26.

3. 고문방지협약 제22조 수락선언의 형식과 내용

한국 정부의 고문방지협약 제22조의 수락은 최소한 현행 난민 관련 법제도와 정책에 영향을 미친다는 것은 분명하다. 동 조항의 수락시 이 문제를 해결하기 위하여 관련 국내법제도와 정책을 변경하는 방법과 동 조항의 법적 효과를 일부 배제하는 방법을 검토할 수 있다. 여기서 후자는 조약법상 유보에 해당된다. 유보는 조약의 일부 규정을 자국에 적용함에 있어서 그 조약의 일부 규정의 법적 효과를 배제하거나 또는 변경시키는 것이다.⁴⁷⁸⁾ 과연 한국 정부가 고문방지협약상 개인통보절차에 관한 고문방위원회의 권한을 수락함에 있어서 동 위원회의 관할 범위를 제한하기 위한 유보를 할 수 있는가?

개인통보절차를 두고 있는 인권조약은 입법상 두 개의 방식으로 동 절차를 규정하고 있다. 하나는 별도의 선택의정서에 의거하는 방식이다. 시민적·정치적권리규약선택의정서와 여성차별철폐협약선택의정서가 그에 해당된다. 다른 하나는 당해 조약 내에 규정을 두는 방식이다. 인종차별철폐협약 제14조, 고문방지협약 제22조, 이주노동자협약 제77조가 여기에 속한다. 고문방지협약상 개인통보절차는 조약 내 조항으로 규정되어 있기 때문에 원칙적으로 유보방식을 취할 수 없다. 특정 조항의 수락과 그 조항에 대한 유보는 양립할 수 없기 때문이다. 물론 고문방지협약의 실제법적 조항에 대한 유보를 고려해보는 것은 자유이다. 하지만 유보에 관한 동 협약의 해석론상 제3조에 대한 유보는 허용되지 않는다. 당연히 제3조를 유

478) 조약법에 관한 비엔나협약 제2조 용어의 사용 1. (d): “유보”라 함은 자구 또는 명칭에 관계없이 조약의 서명·비준·수락·승인 또는 가입시에 국가가 그 조약의 일부 규정을 자국에 적용함에 있어서 그 조약의 일부 규정의 법적 효과를 배제하거나 또는 변경시키고자 의도하는 경우에 그 국가가 행하는 일방적 성명이다.

보한 국가 역시 하나도 없다. 이런 조건하에서는 유보가 아니면서도 위원회의 권한 부여를 실질적으로 제한하는 대안을 찾아야 할 것이다. 그 대안으로 생각해 볼 수 있는 것 중 하나는 동 협약 제22조에 대한 수락선언시 해석선언을 첨부하는 것이다. 해석선언은 자국에게 유리한 해석·적용을 확보하기 위한 방편으로 널리 활용되고 있다.⁴⁷⁹⁾ 왜냐하면 해석선언은 조약 문언의 범위 내에서 특정 해석에 대한 자국의 이해를 표시하는 것이지만, 실제 해석선언과 조약 문언의 적용을 변경하거나 배제하는 유보와의 경계가 명확하지 않기 때문이다.⁴⁸⁰⁾

한국 정부의 동 협약 제21조 및 제22조에 대한 수락선언시 상정할 수 있는 해석선언은 동 협약 제3조의 적용 요건을 엄격하게 제한하는 것이다. 이를 위해 참고할 수 있는 예는 독일과 미국의 해석선언에서 찾을 수 있다. 독일의 경우, “[제3조는] 고문을 받을 구체적인 위험에 노출된 국가로 직접 이송하는 것을 금지한다”고 선언하였다.⁴⁸¹⁾ 미국의 경우, “미국은 ‘고문을 받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는’이라는 어구를 ‘고문을 받지 않을 가능성보다는 받을 가능성이 많을 경우’로 이해한다”고 선언하였다.⁴⁸²⁾ 독일이 말하는 ‘위험의 구체성’과 미국이

479) 山本草二 (박배근 역), 『국제법』, 1999, 612쪽.

480) 조약의 특정 조항에 대한 이해 또는 해석에 관한 선언은 채택된 조약 문언의 변경 또는 적용 배제일 수 있기 때문에 그 국가의 단순한 명료화일 수도 있고 유보에 해당할 수도 있다. (International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, 1966-II, pp. 189-190.)

481) 동 협약 제3조에 대한 독일의 해석선언은 다음과 같다. “Article 3 This provision prohibits the transfer of a person directly to a State where this person is exposed to a concrete danger of being subjected to torture. In the opinion of the Federal Republic of Germany, article 3 as well as the other provisions of the Convention exclusively establish State obligations that are met by the Federal Republic of Germany in conformity with the provisions of its domestic law which is in accordance with the Convention.” (<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm#reservations>)

언급한 ‘위험의 불확정성’은 동 협약 제3조의 조약 문언의 의미를 축소시킬 수밖에 없다는 것은 명약관화하다. 특히 개인통보절차와 관련하여 양국의 해석선언이 실제 효과를 갖는 기능은 입증책임의 전환과 강화이다. 통보인은 위험의 구체성을 입증하지 않는 한, 그리고 위험의 높은 개연성을 증명하지 않는 한 독일이나 미국이 규약을 위반하였다는 판정을 이끌어내기란 용이하지 않을 것이기 때문이다.

한국 정부가 동 협약 제21조 및 제22조의 수락선언시 독일이나 미국과 같은 해석선언을 수락선언에 첨부할 여지가 있는지는 불투명하다. 왜냐하면, 첫째, 독일과 미국의 해석선언은 고문방지위원회의 절차법적 권한을 인정하는 제21조 및 제22조 수락선언과 별개로 이루어진 실제법적 조항에 대한 해석선언이었기 때문이다. 한국 정부는 동 협약의 가입시에 실제법적 조항에 대한 유보 또는 해석선언을 하지 않았는데, 이후 당사국 의무의 후퇴를 의미하는 해석선언이 용인될 수 있는지는 회의적이다. 둘째, 동 협약 제21조 및 제22조상의 고문방지위원회의 권한 수락선언시 동 조항들의 해석과 적용에 관한 해석선언을 한 국가실행은 없다는 점이다. 동 협약상 수락선언시 해석선언의 국가실행 부재는 인권조약기구의 관할 범위에 있어서 기구의 독점적 해석권한을 유지하는 인권조약기구의 관행과 결합되어 한국 정부의 선택 여지를 극도로 줄어들게 할 것이기 때문이다.

결국 한국 정부의 동 협약 제21조 및 제22조의 수락선언은 변형 없는 있는 그대로의 수락이 선택가능한 유일한 방식이라는 결론에 이르게 된다. 문제는 이러한

482) 동 협약 비준시 미국의 선언 내용 중 관련 부분은 다음과 같다. “... II. The Senate’s advice and consent is subject to the following understandings, which shall apply to the obligations of the United States under this Convention: ... (2) That the United States understands the phrase, ‘where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture,’ as used in article 3 of the Convention, to mean ‘if it is more likely than not that he would be tortured.’ ...” (<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm#reservations>)

결론이 앞서 검토한 동 협약체제상 통보제도의 수락에 의해 야기될 국내법제도와 정책과의 부정합문제를 해결하기 위한 선택의 여지를 단 하나로 집약시킨다. 그것은 다름 아닌 국내법제도와 정책의 변경이다. 그러나 그 변경의 필요성과 범위는 결코 크지 않다. 우선 수사절차 및 행정절차에 의해 야기될 문제는 결코 새롭지 않다. 왜냐하면, 한국 정부가 현재 받아들이고 있는 시민적·정치적권리규약체제상의 통보제도에 의해 이미 포섭되는 사안이기 때문이다. 만일 고문방지협약체제상 통보제도의 도입이 현행 수사절차 및 행정절차에 미칠 파장이 크다는 논리를 그대로 인정한다면, 그 다음은 시민적·정치적권리규약선택의정서의 폐기를 유엔사무총장에게 통보해야 할 것이다.⁴⁸³⁾ 그러나 누구도 이러한 제도의 개악을 주장할 수는 없을 것이다. 다음으로 난민 분야에서 야기될 문제이다. 이 역시 과대평가될 수 없는 사안이다. 왜냐하면, 고문방지위원회가 본안 심리에 있어서 엄격한 태도를 취하고 있는 경향에 비추었을 때,⁴⁸⁴⁾ 설령 한국 정부를 상대로 제출된 개인통보사건에서 한국 정부의 협약 위반 판정이 내려질 개연성은 여러 측면에서 그리 높다고 보이지 않기 때문이다. 오히려 인권이사회의 본안 심리가 관대한 편이다. 또한 한국의 난민 관련 법제도 자체의 문제점은 심각한 것이 아니라 그 운용이 매우 소극

483) 시민적·정치적권리규약선택의정서 제12조 제1항: 당사국은 언제든지 국제연합 사무총장에 대한 서면통보에 의하여 이 의정서를 폐기할 수 있다. 폐기는 사무총장이 통보를 접수한 날로부터 3개월 후에 효력을 발생한다.

484) 고문방지위원회는 일반논평을 통해 본안 심리에 관한 기준을 다음과 같이 밝혔다. 첫째, 입증책임은 사건을 제기한 통보인에게 있다. 둘째, 고문 받을 위험에 대한 평가는 단순한 이론 또는 의심 넘는 근거에 기반하여야만 한다. 셋째, 통보인은 고문 받을 위험이 있음을 분명히 하여야 하고, 그렇게 믿는 근거가 실질적이어야 하며, 그러한 위험이 현재 자기에게 있음을 밝혀야 한다. (The Committee against Torture, "General Comment No. 1: Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22", in the Secretariat (ed), *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, United Nations, 2001. 4. 26, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, paras. 5-7, p. 253.)

적이라는 데 있다. 따라서 주어진 법제도의 영역 내에서 운용의 개선에 의해 충분히 해결될 수 있다고 본다. 특히 즉시추방, 송환, 인도의 자제를 통해 해결할 수 있을 것이다. 이렇게 평가할 때, 한국 정부가 실질적 기능을 하지 않는 고문방지협약 제21조와 극히 협소한 영역에서 제한된 사안과 관련하여 부정합성을 갖는 것으로 보이는 동 협약 제22조를 수락하는 데 어려움이 없다고 보아야 할 것이다. 이런 의미에서 부록에서 제시한 바와 같이, 대다수 국가가 취하고 있는 동 협약 제21조 및 제22조의 동시 수락은 한국이 인권친화국으로 가는 과정에서 반드시 취해야 할 태도라고 볼 수 있을 것이다.

IV. 맺는말

이제 이 발표를 마무리하면서 고문방지위원회가 한국 정부에게 처음으로 건넨 인사에 대한 적절한 답사를 추천하고자 한다.

“위원회의 권고에 따라 대한민국의 관련 정부부처는 협약 제21조 및 제22조에 규정된 위원회의 권한을 승인하는 선언을 할 것인지를 진지하게 검토하였으며, 이제 다음과 같은 합의에 도달하였다. 대한민국 정부는 동 협약 제21조에 의거하여 어떤 당사국이 동 협약에 따른 의무를 다른 당사국이 이행하지 아니하고 있다고 통보하는 경우에 위원회가 이러한 통보를 수리하고 심리할 권한을 가지고 있음을 인정한다. 또한 대한민국 정부는 동 협약 제22조에 의거하여 자국의 관할권 하에 있는 개인이 당사국의 협약 규정의 위반으로 인하여 피해를 받았다고 주장하는 경우에 위원회가 그 개인으로부터 직접 또는 그 대리인으로부터 통보를 수리하고 심

리할 권한을 가지고 있음을 인정한다.”⁴⁸⁵⁾

이러한 답사 추천에 선뜻 받아들이기를 주저하는 관련 정부부처가 있을 수 있다. 특히 개선 중에 있는 수사절차 및 행정절차가 완료되지 않는 현 상황과 현행 난민 관련 법제도와 정책의 여건상 고문방지협약 제21조 및 제22조를 수락하기에는 시기상조라고 항변할 수 있다. 그러나 개선이 종결된 법제도와 절차 및 정책이란 존재할 수 없다. 끊임없이 개선되는 것이기 때문이다. 오히려 그 개선이 준거해야 할 기준을 찾아내고 그 기준에 맞추어 개선을 촉진하기 위해서라도 고문방지협약체제상 4가지의 모든 이행제도를 도입하는 것이 필요할 것이다. 그런 의미에서 개인통보제도의 기능과 목적에 관한 A. Byrnes의 다음의 진술은 통보제도 도입에 주저하는 관련부처에게 시사하는 바가 클 것이다. 개인통보제도의 기능은 “첫째, 권리를 침해받은 사람에게 효과적이고 적시의 구제를 제공하며, 둘째, 피소국의 법과 실행의 변화를 불러일으켜 현재 또는 미래에 유사한 처지에 놓인 다른 사람에게 혜택을 주며, 셋째, 관련 조약의 판례법 성안을 통해 당해 조약이 담고 있는 보장의 의미 및 그 권리의 보호에 필요한 조치의 의미에 관하여 당사국들에게 지침을 제공하는 것이다.”⁴⁸⁶⁾

485) 이 문안은 동 협약 제21조 및 제22조를 수락한 국가들이 일반적으로 사용한 문구를 활용한 것이다. 이 전형적인 문구를 통해 동시 수락선언을 한 국가에는 알제리, 오스트레일리아, 오스트리아, 벨기에, 불가리아, 캐나다, 체코, 덴마크, 프랑스, 독일, 가나, 그리스, 아이슬란드, 아일랜드, 이탈리아, 리히텐슈타인, 룩셈부르크, 모나코, 네덜란드, 뉴질랜드, 노르웨이, 파라과이, 페루, 포르투갈, 러시아연방, 세네갈, 세르비아모테네그로, 슬로바키아, 슬로베니아, 남아프리카공화국, 스페인, 스웨덴, 스위스, 토고, 터키, 우크라이나 등이다.

486) A. Byrnes, “An Effective Complaints Procedure in the Context of International Human Rights Law”, in Anne F. Bayefsky (ed.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2000, p. 140.

<부록>

고문방지협약 제21조 및 제22조 동시 수락 선언국

당사국	발효일
Algeria	12 October 1989
Argentina	26 June 1987
Australia	29 January 1993
Austria	28 August 1987
Belgium	25 July 1999
Bosnia and Herzegovina	4 June 2003
Bulgaria	12 June 1993
Cameroon	11 November 2000
Canada	24 July 1987
Chile	15 March 2004
Costa Rica	27 February 2002
Croatia	8 October 1991
Cyprus	8 April 1993
Czech Republic	3 September 1996
Denmark	26 June 1987
Ecuador	29 April 1988
Finland	29 September 1989
France	26 June 1987
Germany	19 October 2001
Ghana	7 October 2000
Greece	5 November 1988
Hungary	26 June 1987
Iceland	22 November 1996
Ireland	11 April 2002
Italy	11 February 1989
Liechtenstein	2 December 1990
Luxembourg	29 October 1987
Malta	13 October 1990
Monaco	6 January 1992
Netherlands	20 January 1989
New Zealand	9 January 1990
Norway	26 June 1987
Paraguay	29 May 2002
Peru	7 July 1988
Poland	12 June 1993
Portugal	11 March 1989

당사국	발효일
Russian Federation	1 October 1991
Senegal	16 October 1996
Serbia and Montenegro	12 March 2001
Slovakia	17 April 1995
Slovenia	16 July 1993
South Africa	10 December 1998
Spain	20 November 1987
Sweden	26 June 1987
Switzerland	26 June 1987
Togo	18 December 1987
Tunisia	23 October 1988
Turkey	1 September 1988
Uruguay	26 June 1987
Ukraine	12 September 2003
Venezuela	26 April 1994

고문방지협약 제21조 수락국

당사국	발효일
Japan	29 June 1999
Uganda	19 December 2001
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	8 December 1988
United States of America	21 October 1994

고문방지협약 제22조 수락국

고문방지협약상 통보제도의 도입여부 및 이에 따른 문제점 173

당사국	발효일
Burundi	10 June 2003
Azerbaijan	4 February 2002
Guatemala	25 September 2003
Mexico	15 March 2002
Seychelles	6 August 2001

선택의정서 제3부의 ‘방지 소위원회’ 및 제4부의 ‘국가예방기구’
제도의 국내적 도입에 대한 고찰

박기갑 (고려대학교 법과대학 교수)

【발제문 4】

선택의정서 제3부의 ‘방지 소위원회’ 및 제4부의
‘국가예방기구’
제도의 국내적 도입에 대한 고찰

박기갑 (고려대학교 법과대학 교수)*

I. 머리말

1984년 12월 10일 제39차 유엔 총회에서 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’(이하 ‘고문방지협약’이라 함)이 채택된 지⁴⁸⁷⁾ 18년 후인 2002년 12월 18일 제57차 유엔 총회에서 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약에 관한 선택의정서’(이하 ‘선택의정서’라 함)가 표결에 의해 채택되었다. 참고로 선택의정서는 유엔 총회에 상정되기 전에 인권위원회와 경제사회이사회에서도 각각 표결을

* 발표문 작성에 필요한 자료수집에 김현정(고려대 대학원 박사과정), 임예준(고려대 대학원 석사과정)이 많은 도움을 주었음을 밝힙니다.

487) 동 협약은 1987년 6월 26일 발효하였으며, 대한민국에 대해서는 국회 동의를 거쳐 1995년 2월 8일 발효함. 동 협약에 관해서는 최태현, “고문방지협약”, 국제인권법 제1호, 1996, pp.139-174 참조.

거쳐 채택되었다.⁴⁸⁸⁾

고문금지 또는 고문을 받지 아니할 인간의 권리는 오늘날 가장 중요한 인권의 기본원칙을 구성하고 있으며, 고문은 ‘인류의 적’(*hostis humanis generis*) 또는 국제법상 강행법규(*jus cogens*)위반행위로 간주되고 있지만 정작 상당수의 국가들은 아직까지도 넓은 의미의 고문, 즉 고문행위뿐만 아니라 잔혹하거나 비인간적이거나 또는 인간의 존엄성을 해하는 국욕적인 처우 또는 처벌행위에 관하여 국제기관이 개입하여 조사하는 것을 반기지 아니한다. 이러한 분위기는 9.11 이후 국가마다 ‘테러와의 전쟁’이 본격화되고 반테러법이 속속 제정되면서 특히 두드러지고 있으며, 2001년 아프가니스탄과 2003년 이라크 전쟁에서 잡은 포로들을 억류시키고 있는 미국 관할권하의 Guantanamo Bay 수용소의 존재가 그 대표적인 예이다.

따라서 현장을 방문하고 제약국에게 권고를 행할 수 있는 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌 방지 소위원회’(Subcommittee on Prevention, 이하 ‘방지 소위원회’라 함)의 창설과 국내적 차원에서 고문방지를 위한 제도적 장치인 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 국내차원의 방문기구(National Preventive Mechanisms, 이하 ‘국가예방기구’라 함)의 설치 등 고문방지에 관한 혁신적인 내용을 담고 있다고 평가되는 2004년 선택의정서가 국제사회에서 효율적으로 적용되어지기 위해서는 많은 난관을 넘어야 할 것이다.

선택의정서는 스무번 째의 비준서나 가입서가 유엔 사무총장에게 기탁된 날로

488) UN Press Release HR/CN/02/49, April 22, 2002 참조. 유엔 총회 표결시 중국, 일본, 러시아는 기권하고 미국은 반대하였다. 한국은 찬성하였다.

부터 30일째 되는 날 발효하게 된다.⁴⁸⁹⁾ 2005년 상반기 현재까지 33개국이 서명하고 6개국이 비준하고 있어 선택의정서의 효력발생까지는 좀더 시간이 걸릴 것이다. 우리나라는 아직 서명조차 하지 않고 있으며, 선택의정서에의 가입절차는 고문방지협약 가입 당시 국회의 동의를 거쳤으며, 동 선택의정서 내용이 헌법 제60조 1항의 ‘...국가 주권에 제약에 관한 조약’이라는 해석이 가능하므로 향후 국회 동의까지 필요로 함을 감안해볼 때 그 주요내용에 대한 본격적 검토가 필요하다. 따라서 이 발표문에서는

- 선택의정서상에 명시된 두 기관의 권한을 분석한 연후에
- 우리나라가 비준하여 국내적용시 생겨날 수 있는 법적 문제점을 분석하기로 한다.

II. 방지 소위원회와 국가예방기구의 권한 분석

2004년 선택의정서의 가장 큰 특징이자 발전은 위원회의 현장방문권에 있다고 한다. 그런데 1984년 고문방지협약에도 고문방지위원회의 현장방문권은 존재한다. 과연 어떤 차이점이 있는걸까?

가장 큰 차이점은 두 가지라고 보여진다. 하나는 국가의 사전동의(事前同意) 유무이며, 또 하나는 고문이 행하진 사후적 조치(*a posteriori* measures)이냐 아니면 고문 예방적 차원의 사전적 조치(*a priori* measures)인가의 여부이다. 2004년 선택의정서상의 기관의 권한은 일단 비준한 국가에 대해서는 향후 이루어지는 개별 방문에 대한 관련 국가의 동의는 불필요하며, 고문 자체를 방지하기 위한 예방적

489) 선택의정서 제28조

선택의정서 제3부의 ‘방지 소위원회’ 및 제4부의 ‘국가예방기구’ 제도의 국내적 도입에 대한 고찰 163

기능이 강화된 성격이다.

실제로 1984년 고문방지협약상의 고문방지위원회의 현장방문이 이루어지기 위해서는 여러 가지 조건충족이 요구될 뿐만 아니라 내재적인 한계가 존재한다. 즉 어떤 당사국의 영토 내에서 고문이 조직적으로 자행되고 있다는 근거있는 내용을 포함하고 있는 것으로 추정되는 신뢰할 만한 정보를 접수한 연후에 조사를 위해 현장방문이 필요하다고 판단되는 경우 관련당사국과의 합의 하에 관련당사국의 영토방문이 이루어질 수 있다.⁴⁹⁰⁾ 또한 당사국은 이러한 위원회의 권능을 인정하지 않겠다는 선언을 할 수 있기 때문에⁴⁹¹⁾ 1984년 협약상의 현장방문권은 크게 제약될 수 밖에 없다. 아울러 일단 고문에 의한 희생자가 발생한 후에 이루어지기 때문에 ‘사후약방문’(死後藥方文)식 조치가 될 가능성이 높으며, 증거인멸의 우려도 높다. 참고로 1984년 고문방지협약상의 현장방문권과 유사한 내용은 1999년에 채택된 ‘여성에 대한 차별철폐에 관한 협약 선택의정서’ 제8조에서도 찾아볼 수 있다.⁴⁹²⁾

이러한 한계를 극복하기 위해 1986년부터 예방적 기능을 강조하는 선택의정서

490) 1984년 고문방지협약 제20조 1,2,3항

491) 1984년 고문방지협약 제28조

492) Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A/RES/54/4.

제8조: 이 조는 협약에 규정된 권리가 당사국에 의하여 심각하게 또는 조직적으로 침해된다고 믿을 만한 정보를 접수한 경우 위원회가 하나 또는 그 이상의 위원에 의한 비밀조사를 시작할 수 있는 조사절차를 규정한다. 충분한 근거가 있고, 당사국이 동의하는 경우 위원회는 당사국을 방문할 수 있다. 위원회의 판단, 논평 또는 권고는 관련 당사국에게 전달되며, 당사국은 6개월 내에 답변할 수 있다.

제10조: 선택의정서 비준시 당사국은 제8조와 제9조에 의하여 규정된 조사를 개시하고 수행할 위원회 권한의 수락을 거부할 수 있다. 그러나 이 선언은 이후 철회될 수 있다.

초안이 논의되기 시작했다. 이러한 논의의 바탕에는 1949년 제네바협약 공통 조항(제10/10/10/11조)에 따라 구금지역에 대한 방문을 수행하는 국제적십자사의 기능과 1987년에 체결된 ‘고문 및 그 밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 유럽협약’(이하 ‘고문방지유럽협약’이라 함)이 고문 방지를 위한 국제사찰단을 설치한데 크게 영향을 받았다.⁴⁹³⁾

선택의정서는 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 방지하기 위하여 ‘독립적인 국제 및 국내 기구에 의해 수행되는 구금장소로의 정기적인 방문제도’를 수립함을 목적으로 하며(제1조), 이를 위하여 두 기관의 설립을 예정하고 있다.

첫째, 선택의정서는 당사국이 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 국내차원의 독립적 방문기구인 ‘국가예방기구’를 설립할 것을 요구한다.(선택의정서 제3조 및 제17조 이하) 독립적인 국가예방기구는 1) 정기적으로 피구금자의 처우 조사, 2) 고문방지목적으로 관련 당국에의 권고, 3) 관련 현행 법 혹은 입법초안에 대한 제안, 조사결과의 제출 등의 권한을 갖는다(제19조).

둘째, 선택의정서는 국제적 차원에서 독립적인 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 ‘방지 소위원회’ 설립을 예정이다.(선택의정서 제2조 및 제5조 이하) 방지 소위원회는 당사국에 의하여 선출되며, 1) 구금지역에

493) 고문방지유럽협약은 고문 및 그 밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 유럽위원회(European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)를 설치하고, 동 위원회가 협약당사국 관할 내의 각종 수형 및 구금시설에서 고문 등이 행해지고 있는지를 확인하기 위해 관련시설을 방문할 수 있고, 필요하다면 ‘개선’을 제안할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 고문방지유럽협약 제1, 2, 7, 8조 참조. 김대순, 국제법론, 제10판, p.612-13.

정기적으로 방문을 수행하며 당사국에 권고를 하는 역할을 하며, 2) 국가예방기구 및 당사국에 관련 사안에 대하여 조언과 조력을 제공하거나 권고를 하며, 3) 고문 방지를 위하여 국제, 지역적, 국제적 협력 등의 권한을 행사할 수 있다.(제11조)

두 기관의 권한, 구성 등을 중심으로 선택의정서의 조항을 대별하면 다음 표와 같다.

【표】 선택의정서 관련 조문 비교

	국가예방기구	방지 소위원회
목적	제1조 국제 및 국내 기구에 의해 수행되는 구금장소로의 정기적인 방문 제도의 확립	
권한	제19조 국가예방기구는 최소한 다음의 권한을 가진다. (a) 제4조에 규정된 구금장소에서 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터의 보호를 강화하기 위한 목적으로 자유를 박탈당한 사람들에 대한 처우를 정기적으로 조사할 권한 (b) 자유를 박탈당한 사람들의 처우 및 환경을 개선하고 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 방지하기 위한 목적으로 관련 당국에 권고를 할 권한 (c) 현행 법 혹은 입법 초안에 대하여 제안이나 조사결과를 제출할 권한	제11조 1. (a) 방지 소위원회는 제4조에 규정된 장소들을 방문하고 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터의 자유를 박탈당한 개인의 보호에 관해 당사국들에게 권고를 내린다. (b) 국가예방기구에 대해서는 (i) 필요시, 이들 기구의 설립에 관하여 당사국에 조언하고 조력한다. (ii) 이들 기구와 직접적이고 필요시 긴밀한 연락을 유지하며, 역량 강화를 위하여 교육과 기술적 원조를 제공한다. (iii) 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터의 자유를 박탈당한 개인에 대한 보호를 강화하기 위하여 필수적인 필요사항과 수단을 평가함에 있어서 조언하고 조력한다. (iv) 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 국가예방기구의 역량과 권한을 강화하기 위하여, 당사국들에게 권고를 내리고 조사를 행한다. (c) 모든 형태의 고문을 방지하기 위하여, 국제적, 지역적 그리고 국내 기관뿐만 아니라 국제연합의 유관 기관 및 다른 동행체 조직에 대한 권고 및 67 밖의 잔혹한, 비인간적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터의 보호를 강화하는 방향으로 협력한다.

	국가예방기구	방지 소위원회
권 한		<p>제13조</p> <p>1. 방지 소위원회는 제11조에 규정된 임무를 이행하기 위하여, 최초에는 추천을 통하여, 당사국들에 대한 정기 방문 프로그램을 제정한다.</p> <p>4. 방지 소위원회가 적절하다고 고려하는 경우, 정기 방문 이후 짧은 후속 방문을 제안할 수 있다.</p>
구 성	<p>제17조-제18조</p> <p>당사국은 하나 이상의 국가예방기구를 유지, 지명, 또는 설립하여야 한다. 구체적인 기구의 구성은 규정하지 않았으며 각 국의 재량사항이다. 그러나 국가예방기구는 독립성, 공정성, 전문적 지식 등을 갖출 것이 요구된다.</p> <p>아울러 당사국은 기구 설립에 있어 인권 증진과 보호를 위한 국가기관의 지위와 관련된 원칙(494)을 충분히 고려하여야 한다.</p>	<p>제5조-제10조</p> <p>당사국이 비밀투표로 선출. 4년 임기의 10인으로 구성되며 이후 25인으로 증원에정</p>
당사국의 허가	<p>제20조</p> <p>국가예방기구가 그 임무를 완수할 수 있도록 하기 위하여, 이 의정서의 당사국은 다음을 허가할 의무를 진다.</p> <p>(a) 제4조에 규정된 구금장소에서 자유를 박탈당한 사람들의 수, 구금장소 및 위치에 대한 정보에 대한 제한 없는 접근</p> <p>(b) 피구금자에 대한 처우, 그들의 구금 상태에 대한 정보에 대한 제한 없는 접근</p> <p>(c) 모든 구금장소와 설비 및 시설에 대한 접근</p> <p>(d) 자유를 박탈당한 사람들 및 기타 관련 정보를 제공할 수 있는 모든 사</p>	<p>제14조</p> <p>1. 방지 소위원회가 그 임무를 완수할 수 있도록 하기 위하여, 이 의정서의 당사국은 방지 소위원회에게 다음을 허가한다.</p> <p>(a) 제4조에 규정된 구금장소에서 자유를 박탈당한 사람들의 수, 구금장소의 숫자 및 위치에 대한 정보에 대한 제한 없는 접근</p> <p>(b) 피구금자에 대한 처우, 그들의 구금 상태에 대한 정보에 대한 제한 없는 접근</p> <p>(c) 아래 2항의 규정에 따를 것을 조건으로, 모든 구금장소와 시설 및 설비에 대한 제한 없는 접근</p>

494) 1991년 세계국가인권기구대회에서 수립된 “인권 보호 및 증진을 위한 국가기구의 지위 및 기능에 관한 원칙” (일명 ‘파리원칙’)을 말한다.
선택의정서 제3부의 ‘방지 소위원회’ 및 제4부의 ‘국가예방기구’ 제도의 국내적 도입에 대한 고찰 169

	국가예방기구	방지 소위원회
당사국의 허가	<p>람들과 개인적으로, 혹은 필요시 통역사와 함께, 입회인 없이 면담할 기회</p> <p>(e) 원하는 방문 장소와 면담자를 선택할 자유</p> <p>(f) 방지 소위원회와 연락을 취하고, 정보를 보내고, 회합할 권리</p>	<p>(d) 자유를 박탈당한 사람들 및 기타 관련 정보를 제공할 수 있는 모든 사람들과 개인적으로, 혹은 필요 시 통역사와 함께, 입회인 없이 면담할 기회</p> <p>(e) 원하는 방문 장소와 면담자를 선택할 자유</p> <p>2. 구금장소 방문에 대한 반대는 국가 방위나 공공의 안전 문제, 자연 재해 또는 방문장소의 극심한 무질서 등 긴급하고 어쩔 수 없는 상황에서만 성립될 수 있다. 당사국은 방문을 막기 위해 비상 사태 등의 선포를 발동할 수 없다.</p>
보고서	<p>제23조</p> <p>이 의정서의 당사국들은 국가예방기구의 연례보고서 발행과 보급을 책임진다</p>	<p>제16조</p> <p>3. 방지 소위원회는 고문방지위원회에 그 활동에 관한 공식 연례 보고서를 제출한다.</p>
의무 이행의 연기 (유예)	<p>제24조</p> <p>1. 비준과 동시에 당사국은 이 협정서의 제3장 혹은 제4장에 규정된 의무의 이행을 연기하는 선언을 할 수 있다.</p> <p>2. 이 연기는 최장 3년간 유효하다. 당사국의 충분한 의견반영과 방지 소위원회와의 협의가 있는 후, 고문방지위원회는 그 기간을 추가로 2년 연장할 수 있다.</p>	
비용 부담	<p>해당 규정 없음</p>	<p>제25조</p> <p>1. 이 의정서의 이행에 관해 방지 소위원회에 의해 발생한 비용은 국제연합이 부담한다.</p>
다른 유사 1협약과의 관계	<p>제31조-제32조</p> <p>구금장소의 방문제도를 가지고 있는 지역협약, 1949년 제네바 4개 협약 및 제1협약의 당사국으로서 당사국이 부담하는 의무를 저해하지 않는다. 또한 국제인도법이 적용되지 않는 상황에서 당사국이 국제적십자사위원회에 구금장소 방문을 허가할 기회를 저해하지 않는다.</p>	

II-1. 방지소위원회의 방문권을 둘러싼 논쟁

1. 초안작성단계⁴⁹⁵⁾

선택의정서 교섭과정에서 가장 논란이 된 부분은 바로 새로운 방지 소위원회가 행하게 될 방문의 종류였다. 선택의정서 초안의 실무그룹의 Chairman-Rapporteur를 맡은 Costa Rica가 1991년 제안한 1차 초안(original text)은 방지 소위원회가 각 국에 대하여 정기 방문(regular mission)을 행함과 동시에 정기 방문과 별도로 방지 소위원회가 “사정상 요구되는 것으로 보일 때” (as appear to it to be required in the circumstances) 방문을 행할 수 있도록 권한을 부여하였다.⁴⁹⁶⁾ 이는 '고문방지유럽협약'이 제8조 1항에서 위원회가 “통고 후 언제든지 당사국의 영토를 방문”할 수 있도록 규정한 것을 답습한 것이라 할 수 있다. 이러한 1차 초안은 유럽대표들에 의하여 환영받았으나 다른 국가들은 국제기관에 강제적 성격의 권한을 부여하는 것에 반대하였다. 그 주된 이유로서 새로

495) 이하 내용은 M.J. Dennis, “Human Rights in 2002: The Annual Sessions of the UN Commission on Human Rights and the Economic and Social Council”, 97 AJIL 364 (2003)과 Commission on Human Rights의 1996, 2001, 2002년 보고서 내용을 정리한 것임. 국내문헌으로는 최태현, “고문방지위원회의 기능과 감독절차” 중 3.선택의정서 초안 부분 참조. 국제인권법 2호, 1998, pp.250-284.

496) Draft Article 8

1. The Subcommittee shall establish a programme of regular missions to each of the States. Apart from regular missions, it shall also undertake such other missions as appear to it to be required in the circumstances.
2. The Subcommittee shall postpone any such mission if the State Party concerned has agreed to a visit to its territory by the Committee against Torture pursuant to article 20, paragraph 3, of the Convention. (emphasis added, UN Doc. E/CN.4/1991/66)

설립될 국제기관은 국내기구를 보조하는 역할로 한정되어야 하며, 별도로 국제기관가 자국의 영토에서 활동하는 것에 대하여 부정적인 입장을 보였다.⁴⁹⁷⁾ 즉 이러한 논거는 결국 고문방지협약 제20조에 따라 고문방지위원회가 관련 당사국의 합의하에 영토를 방문할 수 있는 방식과 유사한 것으로서⁴⁹⁸⁾ 국제적 차원의 강제적 관여를 줄이려는 국가들의 의사 표현으로 볼 수 있다.

이후 2001년 중남미 국가들이 제안한 방식⁴⁹⁹⁾은 국제기관에게 직접적인 조사수행권한을 부여하기 보다는, 선택의정서에 의하여 설립될 새로운 국내기구를 감독하고 이에 조력하는 것에 초점을 맞추었다.⁵⁰⁰⁾ 대신 선택조항을 두어 당사국 스스

497) Report of the Working Group on a Draft Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on its Tenth Session, E/CN.4/2002/78, paras. 21-22, 108.

498) Report of the Working Group on a Draft Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on its Tenth Session, E/CN.4/2002/78, paras. 21-22, 25, 108.

499) Alternative Preliminary Draft Optional Protocol to The Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Submitted by The Delegation of Mexico with The Support of Grulac, UN Doc. E/CN.4/2001/67, Annex I.

500) Draft Article 2 (former art. 2, amended)

There shall be established a Sub-Committee for the Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of the Committee against Torture which shall carry out the functions laid down in the present Protocol (hereinafter referred to as the Sub-Committee):

1. The Sub-Committee shall be responsible for supporting and supervising the work carried out by national mechanisms in accordance with the provisions of the present Protocol.
2. The Sub-Committee shall carry out its work within the framework of the Charter of the United Nations and shall be guided by the purposes and principles enunciated therein;
3. The Sub-Committee shall also be guided by the principles of confidentiality, impartiality, universality and objectivity.

Draft Article 15

The Sub-Committee shall have as its mandate to:

1. Advise and assist States parties, when necessary, in the establishment of national mechanisms;

로 자국이 방지 소위원회의 정기 방문에 포함될 것인지 선택할 수 있도록 할 것을 제안하였다.⁵⁰¹⁾

-
2. Maintain close contact with national mechanisms and provide them with training and advice with a view to strengthening their capacities;
 3. Provide national mechanisms with assistance and advice in assessing needs and measures in order to strengthen the protection of persons deprived of their liberty against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment;
 4. Supervise the functioning of national mechanisms;
 5. Make recommendations to national mechanisms and to States parties on measures to strengthen, if necessary, the protection of persons deprived of their liberty against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment;
 6. Make recommendations and observations to States parties with a view to strengthening the capacities and mandate of national mechanisms for the prevention of torture.

501) Draft Article 23

1. A State party to the present Protocol may at any time declare under this article that it agrees to receive a delegation of the Sub-Committee to carry out, in accordance with the present Protocol, visits to any territory under its jurisdiction where persons deprived of their liberty by a public authority or at its instigation or with its consent or acquiescence are or may be held.
2. The Sub-Committee shall establish, by lot, a programme of visits to all States parties making the declaration provided for in the preceding paragraph.
3. Such visits may be conducted jointly with the national mechanism.
4. Visits shall be conducted by at least two members of the Sub-Committee. They may be accompanied by experts of demonstrated professional experience and knowledge in the fields covered by the present Protocol and shall be selected by consensus from a roster of experts prepared on the basis of proposals made by the States parties that have made the declaration provided for in paragraph 1 of this article, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and the United Nations Centre for Crime Prevention. In preparing the roster of experts, the States parties concerned shall propose no more than five national experts.
5. The delegation making the visits and its members shall enjoy the same powers and duties conferred on the national mechanism under articles 5, 6 and 7, paragraphs 1 (a) and 2.
6. The provisions of this article shall enter into force when five States parties to the present Protocol have made the declaration provided for in paragraph 1 of this article. Such declarations must be deposited by States parties with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the other States parties. A declaration may be withdrawn at any time by notification to the Secretary-General. Such declarations shall not become effective until six

2. 성안단계

실무그룹의 Chairman-Rapporteur의 최종 초안은 이러한 중남미 국가들의 제안을 수용하여 국내적, 국제적 메커니즘을 모두 수립할 것을 예정하였다. 다만 중남미 국가들의 제안과 상이한 점은 정기 방문을 선택사항이 아니라 강제적(mandatory) 사항으로 규정한 것이다. 그러나 1차 초안과 달리 국제기관에 임시적 방문을 수행할 수 있는 권한을 부여하지 않았다.⁵⁰²⁾ 국제기관은 단지 “정기 방문 이후 짧은 후속 방문을 제안할 수 있다”(may propose a short follow-up visit after a regular visit)를 하도록 규정되었을 뿐이다.(선택의정서 제13조)

참고로 방지 소위원회의 방문권을 ‘고문방지유럽협약 위원회’의 그것과 비교해 보면 상대적으로 약함을 알 수 있다. 고문방지유럽협약 위원회는 매4년마다 당사국에 대하여 정기 방문(periodic visits)을 행하며 지정(targeted), 임시 및 후속 방문도 행하고 있다.⁵⁰³⁾ 이렇게 볼 때 방지 소위원회가 과연 임시 방문 없이 정기 방문만으로 선택의정서 채택의 소기 목적을 달성할 수 있을지 의문을 품을 수도 있다.

방지 소위원회의 정기 방문 프로그램의 수행이 UN 예산으로 운영되는 것도 하

months after their notification.

502) 이와 관련하여 아르헨티나는 chairman의 draft가 국제 메커니즘이 “언제든지 (any time)” 방문할 수 있음 배제하고 있다고 한 바 있다. Report of the Working Group on a Draft Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on its Tenth Session, E/CN.4/2002/78, para. 96.

503) European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 7th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1996, 22 August 1997, para. 21, <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-07.htm>, 2005-06-29 검색.

나의 문제로 지적될 수 있다.(선택의정서 제25조) 대부분의 유엔 인권협약상 기구들은 실질적인 재정부족에 시달리고 있기 때문에 협약상 방문권이 규정되어 있더라도 실제로는 당사국에 대한 정기 방문을 수행하고 있지 못한 실정이다. 이와 같은 재정부족현상이 고문방지협약 선택의정서의 기구에게도 발생한다면 실효성에 타격을 입을 수밖에 없을 것이다.

II-2. 국가예방기구

국가예방기구의 구체적인 형태에 관해서는 선택의정서에는 구체적인 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 옴부즈맨이나 단독 인권위원회, 의회내 위원회, NGO 등 각 국가의 법-사회 구조에 따라 자율적으로 선택할 수 있을 것이다.⁵⁰⁴⁾ 우리나라와 관련해서는 제3장에서 후술한다.

필수적으로 요구되는 것은 법률에 의해서 설립되어야 하고, 재정적인 독립이 보장되어야 하며, 다양한 전문가의 균형적인 위원으로 구성되어야 한다는 것이다. (선택의정서 제18조) 그러나 재정적인 독립이 가능한지 여부에 관하여는 개별 국가의 재정 상황에 따라서 달라질 수 있다. 선택의정서 상에는 유엔의 교육프로그램을 제공해 준다는 규정만 있을 뿐(선택의정서 제26조)이다.

국가예방기구가 원활하게 자신의 역할을 수행할 수 있는지의 여부는 과연 당해

504) Inter-American Institute of Human Rights & The Association for the Prevention of Torture, Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: A Manual for Prevention, <http://www.apt.ch/pub/library/OPCAT%20Manual.pdf>, 2005-06-29 검색.

국가의 민주주의 확립 정도 및 사법제도가 상대적으로 독립적인가에 달려있을 것이다.

Ⅲ. 선택의정서에 예정된 제도의 국내적 도입 문제

국제조약상의 권리와 의무를 우리나라가 받아들일지 여부는 조약상의 내용이 이미 국제관습법으로 확립되어 있지 않는 이상 전적으로 대한민국 정부의 선택사항이다. 2002년 선택의정서 역시 헌법 제6조 1항에 명시된 조약의 일 형태이므로 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 ...국내법과 같은 효력을 가진다”라는 규정에 의거하여 만일 대한민국 정부가 가입한다면 신법우선의 원칙(新法優先의 原則)에 의하여 기존의 관련 국내법규, 가령 행정법, 군행법 등에 우선하여 적용될 것이다.

더욱이 선택의정서에 대해서는 일체 유보를 할 수 없도록 규정되어 있어(선택의정서 제30조) 일단 가입한 후에는 국내에 소재하거나 대한민국 정부의 관할권 하에 있는 모든 구금장소에 대한 국제기관(방지 소위원회)과 국내기구(국가예방기구)의 제한없는 정기적 방문에 기반을 둔 비사법적(非司法的) 감독을 받아야 하며, 만일 이와 상치되는 국내법령이 존재한다면 개정 내지 폐지시켜야 하며, 필요한 경우 이행입법을 서둘러야 할 것이다.

우리나라는 소위 6대 국제인권조약에 모두 가입하였을 뿐만 아니라 1995년 고문방지협약 가입시 동 협약 제28조에 명시된 고문방지위원회의 권한을 인정하지 않겠다는 소위 ‘선택적 배제’(opt-out) 조항에 의거한 선언을 하지 않았다. 따라서

대한민국 영토내 또는 관할권 하에 있는 모든 구금장소에 대한 고문방지위원회의 사후적 현장방문권은 일정한 조건하에 인정되어 있는 셈이다. 그러므로 이를 보완하기 위하여 사전적 현장방문권을 예정하고 있는 선택의정서에의 가입요구가 인권관련 NGO에 의해 더욱 거세어질 수도 있다.

그러나 21세기초 현재에도 국제인권법의 신장과 발전에 가장 큰 난관인 국가주권 또는 국가안보 논리를 내세운 보호장벽은 계속 존재한다. 즉 과연 선택의정서 제14조에 명시된 방지 소위원회의 각종 제한없는 권한행사를 남북대치상황과 테러와의 전쟁을 수행하고 있는 정부측 입장에서 볼 때 어떻게 적절히 조화시킬 수 있겠는가가 향후 가입을 둘러싼 논의과정에서 가장 큰 관건으로 등장할 것이다.⁵⁰⁵⁾ 향후 가능한 선택의정서에의 가입가능성을 예측하기 위하여

- 선택의정서 초안작성과정에서 나타난 대한민국 정부의 입장변화와
- 관련 국내법령의 검토 및
- 국가예방기구와 관련된 가능한 설립 내지 지정방식을 살펴본다.

III-1. 선택의정서 초안작성과정에서의 대한민국 입장

이미 앞에서 언급한 바처럼 1991년 코스타리카 정부에 의해 제안된 고문방지협약 선택의정서는 세계회의, 유엔인권위원회 등에서의 10여년의 논의를 거쳐 2002

505) 구금장소 방문에 대한 반대는 국가 방위나 공공의 안전문제, 자연재해 또는 방문장소의 극심한 무질서 등 긴급하고 어쩔 수 없는 상황에서만 성립될 수 있으며, 당사국은 방문을 막기 위해 비상사태 등의 선포를 발동할 수 없다. 선택의정서 제14조 2항

년 4월 제58차 유엔인권위원회 의정서 초안 안건으로 상정되었다.

선택의정서 채택에 있어 대한민국 정부 각처의 입장은 다음과 같았다. 외교통상부는 선택의정서를 국제인권법 분야의 중요성과로 파악하고, 채택 단계에서부터의 반대 또는 기권으로 인한 국가이미지 손상에 대한 우려 등을 나타냈다. 반면 국가정보원과 국방부는 방위 소위원회의 무제한적 방문접근에 따른 국가 사법주권의 침해 우려, 분단국가로서 국내여건 및 국방·공안상의 이유 등으로 적극지지가 곤란하다는 입장이었으며 법무부 또한 원칙적으로 반대 입장이었다. 이러한 국내 유관부처의 서로 다른 입장을 정리하여 최종적으로 대한민국 정부는 고문방지를 위한 강력한 국제 방문 및 국내장치의 마련과 국제적 지원 등에 대한 내용에는 동의한다는데 가닥을 잡았다. 그러나 정부는 선택의정서가 실질적 효력을 발휘하기 위해서는 표결을 통해 의정서 초안을 채택하는 것은 바람직하지 않다고 보아 인권위원회에서 결의채택시 반대를 하였다.⁵⁰⁶⁾

이후 대한민국 정부는 유엔 경제사회이사회 표결과정에서는 미국측 수정안에 대해서는 기권, 이사회 결의채택에 대해서는 찬성하였다.⁵⁰⁷⁾ 그리고 유엔 제3위원회 표결을 거쳐 동 선택의정서가 결의로 채택된⁵⁰⁸⁾ 2002년 12월 18일 제57차 유엔총회에서도 정부는 찬성을 하였다. (투표 결과 : 찬성 127, 반대 4, 기권 42, 불참 18개국⁵⁰⁹⁾) 2005년 6월말 현재 선택의정서에는 서명 34개국, 비준 또는 가입

506) CHR Resolution E/CN.4/2002/L.5 2002년 4월 22일 채택. 국가인권위원회 자료 : 고문방지협약선택의정서(안) 표결관련 의견 제출, http://www.humanrights.go.kr/policy/policy/poli03_02_view.jsp?poli03_02_seqid=56, 2005-06-29 검색; E/CN.4/2002/L.5 (22/04/02).

507) Resolution E/2002/23, 2002년 7월 24일 채택.

508) A/RES/57/199.

509) General Assembly Adopts 75 Resolutions on Social, Humanitarian Issues, Including Optional 178 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

9개국⁵¹⁰⁾이며, 대한민국은 서명하고 있지 않은 상태이다.

III-2. 선택의정서에 대한 국제사회의 반응⁵¹¹⁾

Protocol to Convention Against Torture, UN Press Release GA/10124, Annex X, December 18, 2002, <http://www.un.org/News/Press/docs/2002/ga10124.doc.htm>, 2006-06-29 검색.

구체적인 투표결과와는 다음과 같다.

In favour: Albania, Andorra, Angola, Antigua and Barbuda, Argentina, Armenia, Austria, Azerbaijan, Bahrain, Barbados, Belarus, Belgium, Benin, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Botswana, Brazil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Canada, Cape Verde, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Democratic Republic of the Congo, Denmark, Dominica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Equatorial Guinea, Eritrea, Estonia, Federated States of Micronesia, Fiji, Finland, France, Gabon, Gambia, Georgia, Germany, Ghana, Greece, Guatemala, Guinea, Haiti, Honduras, Hungary, Iceland, Indonesia, Ireland, Israel, Italy, Jordan, Kazakhstan, Kiribati, Kyrgyzstan, Latvia, Lebanon, Lesotho, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Madagascar, Malawi, Mali, Malta, Mauritius, Mexico, Monaco, Mongolia, Morocco, Mozambique, Namibia, Nauru, Netherlands, New Zealand, Nicaragua, Norway, Panama, Papua New Guinea, Paraguay, Peru, Poland, Portugal, Republic of Korea, Republic of Moldova, Romania, Saint Vincent and the Grenadines, Samoa, San Marino, Sao Tome and Principe, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Slovakia, Slovenia, Solomon Islands, South Africa, Spain, Sri Lanka, Suriname, Swaziland, Sweden, Switzerland, Tajikistan, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Timor-Leste, Turkey, Tuvalu, Uganda, Ukraine, United Kingdom, Uruguay, Vanuatu, Venezuela, Yemen, Yugoslavia, Zambia, Zimbabwe.

Against: Marshall Islands, Nigeria, Palau, United States.

Abstaining: Algeria, Australia, Bahamas, Bangladesh, Belize, Bhutan, Brunei Darussalam, Cameroon, China, Cuba, Djibouti, Egypt, Ethiopia, Grenada, Guyana, India, Jamaica, Japan, Kenya, Kuwait, Libya, Malaysia, Mauritania, Myanmar, Nepal, Oman, Pakistan, Philippines, Qatar, Russian Federation, Saint Lucia, Saudi Arabia, Singapore, Somalia, Sudan, Syria, Thailand, Togo, Tunisia, United Republic of Tanzania, Uzbekistan, Viet Nam.

Absent: Afghanistan, Central African Republic, Chad, Comoros, Democratic People's Republic of Korea, Guinea-Bissau, Iran, Iraq, Lao People's Democratic Republic, Liberia, Maldives, Niger, Rwanda, Saint Kitts and Nevis, Tonga, Trinidad and Tobago, Turkmenistan, United Arab Emirates.

510) 알바니아, 아르헨티나, 체코, 덴마크, 라이베리아, 말리, 말타, 멕시코, 영국.

511) Association for the Prevention of Torture, Annual Report 2004, pp. 6-7, <http://www.ap.t.ch/pub/library/APT%20Annual%20Report%202004%20English.pdf>, 2005-06-29 검색.

선택의정서 제3부의 '방지 소위원회' 및 제4부의 '국가예방기구' 제도의 국내적 도입에 대한 고찰 179

이하에서는 각 대륙별로 선택의정서에 대한 입장이 파악된 각 국가를 약술한다.

1. 아프리카 지역

2004년 12월 세네갈 Dakar에서 열린 제36차 아프리카 인권 및 인민의 권리위원회(African Commission on human and peoples' rights)에서 논의된바 있다. 세네갈의 인권장관(minister of human rights) Bassine Niang은 곧 추가의정서를 비준할 것이며 국가예방기구(national preventive mechanism) 설치를 고려하겠다고 하였다.

2. 중남미 지역

멕시코 외무장관은 2004년 11월 열린 "고문 예방 조사 및 처벌을 위한 국내 및 국제 문서(instruments)"에 관한 세미나를 개최하였고 멕시코는 설립될 국가예방기구의 형태에 대하여 논의하기로 하였다. 베네수엘라는 Penal Reform International (PRI, 영국에 본부를 둔 NGO)과 국립형사정책연구소(National Institute of Criminology)가 개최한 국제 및 국내감시기구(메커니즘)에 관한 세미나를 열었다.

3. 아시아 지역

스리랑카는 이미 국가예방기구 역할을 수행할 기구가 있는지 검토하였다. 한편

카자흐스탄의 경우 의회는 교도소 방문(prison visits)에 관한 법률 초안을 심의중에 있다. 동 법률은 NGO에게 인권감시목적으로 교도소를 방문할 공식적인 권한을 부여하고 있다. 이와 함께 카자흐스탄 외무부는 선택의정서 비준을 심도있게 고려하고 있음을 밝혔다.

4. 유럽 지역

스위스는 선택의정서를 2004년 6월 25일 서명하였고 아직 비준하지 않은 상태이다. 스위스 외무성(Division of International Affairs of the Federal Office of Justice, FOJ)이 이를 담당하고 있다. 외무성은 우선 2003년 선택의정서에 대하여 cantons 당국과 협의하였다. 스위스에서는 canton 당국이 구금장소를 관리한다. 여기서 문제는 국가예방기구가 canton의 차원에서도 설립되어야 하는 것이었다. 대부분의 canton은 선택의정서 비준에 동의하였고 연방차원에서 국가예방기구를 설치하는 것에 동의하였다. 두 번째 단계로, 관련 연방정부는 국간(inter-departmental) 실무그룹을 조직하여 스위스에서 선택의정서의 이행준비를 위한 업무를 담당하도록 하였다. 실무그룹은 연방정부내 관련 부처, 그리고 canton대표들로 구성되었으며 2004년 1월 사법경찰부(Department of Justice and Police, FDJP)에 보고서를 제출하였다. 실무그룹에서는 공청회, 토론을 통하여 국가예방기구를 위한 기존 기구 및 기타 다른 선택사항을 검토하였다. 가장 선호된 선택사항은 12~20명 전문가로 구성된 연방기구로서 모든 canton의 구금장소를 방문하는 것이었다. 국가예방기구의 소요예산은 1년에 55번의 방문을 기준으로 600,000 스위스 프랑으로 책정되었다. 이러한 제안은 스위스 의회에서 비준

을 결정하는데 고려될 예정이다.⁵¹²⁾

III-3. 대한민국 국내이행조치 검토

선택의정서는 제24조에서 방지 소위원회와 국가예방기구와 관련 의무 이행과 관련 최장 3년과 추가 2년 연장의 연기(유예) 규정을 두고 있기 때문에 국내적 차원의 국가예방기구를 설립하거나 지명하기 전에 선택의정서를 비준할 수도 있다. 그러나 통상 선택의정서를 서명, 비준하기 전에 해당 의정서가 어떠한 파급효를 갖고 있으며 국내이행과 관련하여 필요한 조치를 검토하는 것이 필요하다.

1. 고문관련 국내법령

(1) 고문 금지

현행 헌법 제12조 2항 전단에서는 고문 금지를 규정하고 있고, 동조 7항은 고문 등에 의한 자백의 증거능력과 증명력을 제한하고 있다. 동조 7항 고문 등에 의한 자백의 증거능력과 증명력 제한하고 있다. 형법은 고문범죄를 처벌하고 있고(제124-제125조) 형사소송법(제309조)에서도 고문에 의한 자백의 증거능력을 부정하고 있다. 그러나 우리나라의 고문 관련 상황은 관련 법령의 미비보다는 수사의 구조나 관행의 문제이다.

512) Association for the Prevention of Torture, Annual Report 2004, p. 8, <http://www.ap.t.ch/pub/library/APT%20Annual%20Report%202004%20English.pdf>, 2005-06-29 검색.

(2) 고문에 의한 인권침해 관련 조사

고문 인권침해 관련 조사권한은 국가인권위원회법에 따라 국가인권위원회에 부여되어 있다. 또한 민주화운동 기간 중에 발생한 고문 등에 의한 의문사에 대하여 진상을 규명하고 보상을 하기 위하여 의문사진상규명위원회(의문사진상규명에 관한특별법 제3조 이하), 민주화운동관련자 및 유족에 대한 명예회복과 보상금 등을 심의 결정하기 위하여 민주화운동관련자 명예회복및보상심의위원회를 각각 설립하여 운영하고 있다.(민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률 제4조 이하)

2. 구금장소 방문 (교도소 등의 방문)

행형법상 구금장소의 방문은 순회점검과 수시시찰로 구분해볼 수 있다. 첫째, 순회점검은 법무부장관 또는 법무부장관으로부터 순회점검의 명을 받은 공무원(순회점검공무원)이 2년에 1회 이상 교도소·소년교도소·구치소(이하 "교도소등"이라 한다)를 점검하는 것을 말한다. (행형법 제5조, 행형법시행령 제2조) 둘째, 수시시찰은 행형법 제5조 2항에 따라 판사와 검사가 행할 수 있다. 군행형법도 이와 유사하다.

참모총장 또는 참모총장으로부터 교도소등에 대한 순회점검의 명을 받은 공무원(순회점검공무원)은 매년 1회 이상 교도소등을 순회점검하여야 한다. (군행형법 제3조, 군행형법시행령 제2조의2) 군판사와 검찰관은 교도소등을 수시시찰할 수

있다.(군행형법 제3조 2항) 참고로 관련 조항은 아래와 같다.

행형법

제5조 (교도소등의 순회점검등<개정 1995.1.5>) ①법무부장관은 교도소등을 순회 점검하거나 소속공무원으로 하여금 순회점검하게 할 수 있다. <개정 1995.1.5, 1999.12.28>

②판사와 검사는 교도소등을 수시로 시찰할 수 있다. <개정 1999.12.28>

③제2항에 규정된 자 외의 자가 학술연구 기타 정당한 이유로 교도소등을 참관 하고자 할 때에는 그 이유를 명시하여 당해소장의 허가를 얻어야 한다. <개정 1980.12.22, 1999.12.28>

④삭제 <1995.1.5>

제6조 (청원) ① 수용자는 그 처우에 대하여 불복이 있을 때에는 법무부장관 또는 순회점검공무원에게 청원할 수 있다. <개정 1995.1.5, 1999.12.28>

② 법무부장관에게 청원하고자 하는 수용자는 청원서를 작성하여 봉한 후 당해 소장에게 제출하여야 한다. <개정 1999.12.28>

③ 소장은 청원서를 개봉하여서는 아니되며 지체없이 이를 법무부장관에게 송 부하여야 한다. <신설 1999.12.28>

④ 순회점검공무원에 대한 청원은 서면 또는 구술로써 할 수 있다. 순회점검공 무원이 구술에 의한 청원을 청취하는 때에는 교도관을 참여시키지 못한다.<신설 1995.1.5>

⑤ 소장은 수용자의 청원을 저지하거나 청원을 하였다는 이유로 불이익한 처우

를 하여서는 아니된다. <신설 1999.12.28>

⑥ 청원에 대한 결정은 문서로서 하여야 하며 그 결정서는 당해 소장이 지체없이 이를 청원인에게 전달하여야 한다. <신설 1995.1.5>

행형법시행령

제2조 (교도소등의 순회점검) 법무부장관 또는 법무부장관으로부터 순회점검의 명을 받은 공무원(이하 "순회점검공무원"이라 한다)은 행형법(이하 "법"이라 한다) 제5조제1항의 규정에 의하여 2년에 1회 이상 교도소·소년교도소·구치소 및 그지소(이하 "교도소등"이라 한다)를 순회점검하여야 한다.

제6조 (순회점검공무원에의 청원) ①소장은 법 제6조제4항의 규정에 의하여 순회점검공무원에게 청원을 하고자 하는 수용자가 있을 때에는 그 성명을 청원부에 기재하여야 한다. <개정 2000.3.28>

② 순회점검공무원은 수용자로부터 구술청원을 받은 때에는 그 요지를 청원부에 기재하여야 한다.

[전문개정 1995.8.26]

제7조 (순회점검공무원의 직책등) ①순회점검공무원은 법 제6조제4항의 규정에 의하여받은 청원을 심사한 후 스스로 그에 대한 결정을 하였을 때에는 그 요지를 청원부에 기재하여야 한다. <개정 1995.8.26, 2000.3.28>

②순회점검공무원은 법 제6조제4항의 규정에 의하여 받은 청원중 특히 중요하다고 인정되는 것은 이를 법무부장관에게 보고하여야 하며 스스로 그에 대한 결

정을 하지 못한다. <개정 1995.8.26, 2000.3.28>

③제1항의 규정에 의하여 순회점검공무원이 청원에 대하여 스스로 결정을 하고 그 요지를 청원부에 기재한 때에는 소장은 법 제6조제6항의 규정에 의한 결정서를 청원인에게 전달하여야 한다. <신설 2000.3.28>

제5조 (교도소등의 순회점검등<개정 1995.1.5>) ①법무부장관은 교도소등을 순회 점검하거나 소속공무원으로 하여금 순회점검하게 할 수 있다. <개정 1995.1.5, 1999.12.28>

②판사와 검사는 교도소등을 수시로 시찰할 수 있다.<개정 1999.12.28>

③제2항에 규정된 자외의 자가 학술연구 기타 정당한 이유로 교도소등을 참관하고자 할 때에는 그 이유를 명시하여 당해소장의 허가를 얻어야 한다. <개정 1980.12.22, 1999.12.28>

④삭제<1995.1.5>

군행형법

제3조 (교도소의 순회점검등) ①참모총장은 교도소 및 미결수용실을 순회점검하거나, 소속공무원으로 하여금 순회점검하게 할 수 있다.

②군판사와 검찰관은 교도소 및 미결수용실을 수시로 살펴 볼 수 있다.

③제2항에 규정된 자외의 자가 학술연구 기타 정당한 이유로 교도소를 참관하고자 하는 때에는 그 이유를 명시하여 미리 소장의 허가를 받아야 한다.

제4조 (청원) ①수용자가 그 처우에 불복하는 때에는 참모총장 또는 순회점검공무

원에게 청원할 수 있다.

②수용자가 참모총장에게 청원하고자 하는 때에는 그 취지를 적은 서면을 소장을 거쳐 제출하여야 한다. 교도관은 청원서를 개봉하지 못한다.

③순회점검공무원에 대한 청원은 서면 또는 구술로써 할 수 있다. 순회점검공무원이 구술에 의한 청원을 듣는 때에는 교도관을 참여 시키지 못한다.

④제2항의 규정에 의하여 참모총장이 청원에 대한 결정을 하는 때에는 문서로써 하여야 하며, 소장은 그 결정서를 지체없이 청원인에게 전달하여야 한다.

군행형법시행령

제2조의2 (교도소등의 순회점검) 군교도소(지소를 포함한다. 이하 같다) 및 미결수용실(이하 "교도소등"이라 한다)을 지휘·감독하는 당해군참모총장(이하 "참모총장"이라 한다) 또는 참모총장으로부터 교도소등에 대한 순회점검의 명을 받은 공무원(이하 "순회점검공무원"이라 한다)은 법 제3조제1항의 규정에 의하여 매년 1회이상 교도소등을 순회점검하여야 한다. <개정 2004.11.30>

[제2조에서 이동 <2004.11.30>]

제4조 (순회점검공무원등의 직무) 순회점검공무원·군판사 및 검찰관은 법 제2조제3항의 규정에 의한 수형자 및 법 제2조제4항의 규정에 의한 미결수용자(이하 "수용자"라 한다)에 대한 처우·급여·위생·수용시설 기타 필요한 사항을 시찰할 수 있고, 순회점검공무원은 교도소등의 관계직원에 대하여 직무상 필요한 지시를 할 수 있다. <개정 2004.11.30>

제7조 (순회점검공무원에의 청원) ①소장은 법 제4조제3항의 규정에 의하여 순회 점검공무원에게 청원을 하고자 하는 수용자가 있는 때에는 그 성명을 청원부에 기재하여야 한다.

②순회점검공무원은 수용자로부터 구술청원을 받은 때에는 그 요지를 청원부에 기재하여야 한다.

제8조 (순회점검공무원에의 청원에 대한 결정) ①순회점검공무원은 법 제4조제3항의 규정에 의한 청원을 심사한 후 스스로 그에 대한 결정을 한 때에는 그 요지를 청원부에 기재하여야 한다.

②순회점검공무원은 청원중 특히 중요하다고 인정되는 것은 이를 참모총장에게 보고하여야 하며, 스스로 그에 대한 결정을 하지 못한다.

③참모총장은 제2항의 규정에 의하여 순회점검공무원으로부터 보고 받은 청원에 대하여 결정을 한 때에는 지체없이 그 결정서를 소장에게 송부하여야 한다.

3. 구금장소를 방문할 수 있는 별도의 국내기구 : 국가인권위원회

선택의정서에 대한민국이 비준 또는 가입하면 제24조에 따른 의무이행연기 선언을 하지 않는다면 늦어도 1년 이내에 하나 이상의 국내 차원에서의 고문 예방을 위하여 독립적인 국가예방기구를 유지, 지명 혹은 설립해야 한다. (선택의정서 제 17조) 이 경우 재정적 부담, 인력 낭비 등 중첩적 기능을 회피하거나 가능한 권한 충돌현상을 피하기 위해 이미 존재하는 기구 내지 관련 NGO를 국가예방기구로 지명할 수도 있을 것이다. (NGO와 관련해서는 제17조 후단 참조) 이하에서는 국
188 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

내 구금장소를 방문하여 조사할 수 있는 권한을 가진 국가인권위원회가 과연 선택 의정서상의 국가예방기구로 지명되는데 과연 적절한지 여부 내지 국가예방기구로서 지명되기 위한 개선점 등을 살펴본다.

(1) 국가인권위원회의 권한

국가인권위원회법은 국가인권위원회에 고문을 포함한 인권침해행위에 대하여 구금, 보호시설을 방문하여 조사할 수 있는 권한을 부여하고 있다. (국가인권위원회법 제24조, 시행령 제3조) 이를 위하여 국가인권위원회는 수용되어 있는 자와 면담을 할 수 있고 (제24조 4항) 인권침해 행위가 있다고 판단되는 경우 보호조치를 취할 수 있다. (시행령 제4조, 제5조) 이러한 국가인권위원회의 권한은 고문방지협약 선택의정서 제4부의 규정 제19조의 권한에 의해 수행될 국가예방기구의 권한⁵¹³⁾과 유사하다.

(2) 국가예방기구와의 문제

그러나 국가인권위원회법 제30조 위원회의 조사대상은 동조 제1항에서와 같이 인권침해 사후의 내용의 진정이 요구되고 있으며, 제2항에서 직권 조사 발동은 엄격한 요건 (믿을만한 상당한 근거와 내용이 중대하다고 인정될 경우)이 충족될 경우에만 한하고 있으므로, 본 위원회의 조사권한은 사전적(예방적) 차원 이라기보

513) 정기적인 검사, 유엔의 규범을 고려한 수형자들의 처우와 환경에 대한 정부에의 권고, 제안서를 제출하고, 제20조에 따라 구금된 자들의 수, 그리고 그들의 장소와 위치와 같은 모든 정보에의 접근권, 구금 시설 뿐 만 아니라 그들의 처우에 대한 정보에의 접근, 구금자들과의 인터뷰 허용 등. 선택의정서 제3부의 '방지 소위원회' 및 제4부의 '국가예방기구' 제도의 국내적 도입에 대한 고찰 189

다는 사후적 차원의 성격이 강하다고 볼 수 있다. (제48조 긴급 구제조치의 권고)

아울러 선택의정서는 제17조에서 하나 이상의 “독립적인 국가예방기구”를 유지, 지명 또는 설립 (maintain, designate or establish)할 것을 규정한 바, 이는 기존에 국내적 차원에서 고문 예방을 위해 활동하는 국내기구가 있다면 이를 그대로 국가예방기구로 운영할 수 있음을 의미한다.

(3) 국가인권위원회의 견해

국가인권위원회는 선택의정서초안에 대한 대한민국 입장과 관련하여 의견을 표명한 바에 따르면, 국가인권위원회는 그 동안 국가구금시설의 인권상황에 대한 국내적 접근이 어려운 상황에 비추어 볼 때, 권한 있는 강력한 국제기구의 실태조사와 개선을 위한 기술적 지원과 협력은 필수적인 것이라고 하였다. 따라서 선택의정서의 채택은 국내 구금시설의 인권상황을 현저히 변화시킬 계기가 될 것이라는 긍정적인 요지로 대한민국이 선택의정서 초안에 관하여 찬성할 것을 권고하였다.⁵¹⁴⁾

IV. 맺는말

지금까지 이 발표문에서는 향후 선택의정서 가입여부 검토과정에서 가장 핵심적으로 거론될 두 기관, 즉 국제적 차원에서의 방지 소위원회와 국내적 차원에서

514) 국가인권위원회 자료 : 고문방지협약선택의정서(안) 표결관련 의견 제출, http://www.humanrights.go.kr/policy/policy/poli03_02_view.jsp?poli03_02_seqid=56, 2005-06-29 검색.

의 국가예방기구의 권한을 살펴보고 국내적 이행시 발생할 수 있는 몇 가지 법적 문제점을 검토하였다.

방지 소위원회의 권한은 84년 고문방지협약상의 고문방지위원회의 권한(제한된 사후적 현장방문권)과 비교하여 볼 때 매우 강력한 사전적 예방적 감독기능이라고 결론내릴 수 있다. 또한 선택의정서에 대한 유보는 금지되므로 일단 대한민국 정부가 가입을 한 후에는 별도의 통고없이 대한민국 영토내 또는 관할권 하에 있는 구금장소에 대한 제한없는 현장방문을 허용하여야 한다. 이러한 조치는 인권보호 뿐만 아니라 고문과 인간의 존엄성을 해하는 위법행위의 가능성을 현저히 감소시킬 것이라는 긍정적 측면도 있지만 동시에 일각에서는 국가주권 및 국가안보를 저해할 수도 있다는 우려도 제기될 수 있다.

국가예방기구와 관련해서는 현행 국내법령과의 비교검토 및 가능한 기구 설치 내지 지명이 필요할 것이다. 현재까지의 상황을 바탕으로 결론을 내려본다면 첫째, 선택의정서상 국가예방기구는 그 성격에서 예방적(정기적 방문 포함) 기능을 강조하고 있다는 점에서 현행 국가인권위원회의 권한과 차이가 있다. 둘째, 선택의정서에서 기존의 국내기구를 국가예방기구로 지명할 수 있음을 예정하였으므로 기존의 관련 국내 인권관련 기구와의 마찰은 크지 않을 것으로 보인다. 단, 선택의정서 서명, 비준 또는 가입 후 국가인권위원회가 국가예방기구의 역할을 함께 수행하는 것이 국가인권위원회법과 동법 시행령에 저촉되지 않는지, 개정해야 할 필요가 있는지를 검토해야 할 것이다.

끝으로 선택의정서를 국내에 도입하기 위해서 선행되어야 할 몇 가지 제안을 한다.

- 국제인권법 및 고문방지에 대한 경험있는 학자 및 실무자 그룹의 자문 필요 (법
적인 측면과 운영적 측면)
 - 이미 구금장소의 방문을 수행하고 있는 다른 기구들과의 정보교류
 - 국가예방기구의 구성, 절차 등 세부적 규정 마련의 필요⁵¹⁵⁾
- 국가예방기구의 사법, 집행부에서의 독립, 재정의 자율성 및 독립성 문제의 심
도있는 검토 필요
 - 구금장소 방문기구의 구성원들의 교육
 - 국가예방기구에 대한 모니터링의 필요
 - 방지 소위원회 위원 후보자 지명절차(선택의정서 제5조 및 제6조)
 - 의무 이행의 연기 규정 검토 필요성

515) 이를 위해서는 국제기구의 권고 또는 지침, 파리원칙, 그 외 인권관련 NGO의 지침서 등을 참고
로 할 수 있다. 파리원칙은 국가인권기구의 효율적 기능을 위한 기준을 설정하고 있으며 국가예
방기구에 대해서도 중요한 지침이 된다. 파리원칙은 1992년 인권위원회 결의 제1992/54호, 1993년
유엔총회 결의 제48/134호에서 승인되었다.

고문방지협약의 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌에 대한 토론문

한상훈 (연세대학교 법과대학 교수)

【토론문 1】

고문방지협약의 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌에 대한 토론문

한상훈 (연세대학교 법과대학 교수)

I. 머리말

- 발표자께서 워낙 고문방지협약의 내용과 우리나라의 제정법 및 판례에 대하여 자세한 설명을 해주셔서 감사드리고, 이 점에 대하여 달리 첨부할 의견은 없음.
- 이론적인 부분에서 보다는 결론에 있어서 발표자와 약간 관점을 달리하는 부분을 중심으로 토론을 하고자 함.
- 「고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(약칭: 고문방지협약)」(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CAT)는 1984년 12월 10일 뉴욕에서 작성되어 1987년 06월 26일 발효됨.
- 2004. 4. 23. 현재 136개국이 가입. 미국은 1994.10, 영국은 1988.12, 독일은 1990.10, 프랑스는 1986.2, 중국은 1988.12, 일본은 1999.6. 가입하였

음.

- 우리나라는 1994년 12월 15일 국회의 비준동의를 받아, 1995년 1월 09일 UN 사무총장에 기탁하였고, 1995년 2월 8일 조약 제1272호로 국내에서 발효되었음.⁵¹⁶⁾

II. 쟁점

1. “고문”의 법률적 개념정의 및 처벌의 필요성

- 우리나라의 고문방지법제와 관련하여 유엔고문방지위원회와 우리나라의 국가인권위원회, 인권단체(NGOs)는 고문방지특별법 등의 형식을 통한 고문의 개념정의와 처벌이 필요하다는 입장이고, 법무부는 불필요하다는 입장으로 상호 대립되고 있음. 이에 대하여 발표자는 법무부의 입장과 동일한 견해로 보임.
- 고문방지협약상의 고문 개념과 우리나라의 실정법상 관련규정은 다음과 같음.

※ 고문방지협약 제1조

1. 이 협약의 목적상 "고문"이라 함은 공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또

516) 관보게재일 1995년 2월 8일, 다자조약집 제12권에 수록.
188 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

는 이러한 자의 교사·동의·묵인 아래, 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적으로, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌을 하기 위한 목적으로, 개인이나 제3자를 협박·강요할 목적으로, 또는 모든 종류의 차별에 기초한 이유로, 개인에게 고의로 극심한 신체적·정신적 고통을 가하는 행위를 말한다.

다만, 합법적 제재조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수되는 고통은 고문에 포함되지 아니한다.

2. 이 조는 더 광범위하게 적용되는 규정을 포함하고 있거나 포함하게 될 국제문서나 국내입법을 해하지 아니한다.

※ 형법

제124조 (불법체포, 불법감금) ① 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포 또는 감금한 때에는 7년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

② 전항의 미수범은 처벌한다.

제125조 (폭행, 가혹행위) 재판, 검찰, 경찰 기타 인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 형사피의자 또는 기타 사람에 대하여 폭행 또는 가혹한 행위를 가한 때에는 5년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다.

※ 특정범죄 가중처벌등에 관한 법률

제4조의2 (체포·감금등의 가중처벌) ①형법 제124조·제125조에 규정된 죄를 범하여 사람을 치상한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

②형법 제124조, 제125조에 규정된 죄를 범하여 사람을 치사한 때에는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.

- 양자를 비교하여 보면, 가장 눈에 띄는 차이점은 주체의 부분임. 고문방지협약은 공무원과 공무수행자를 상정하고 있으나, 우리나라 현행법은 재판기관, 수사기관을 예정하고 있음. 따라서, 그 이외의 공무원, 예를 들면, 교정공무원, 정보기관, 군 특수부대 등은 주체에 해당되지 않을 수 있어, 고문방지협약과 충돌한다고 볼 수 있음.
- 또한 우리나라 법제는 체포, 감금, 폭행, 가혹행위 등으로 그 행위유형을 구별하여 규정하고, 각 행위에 따라 미수범처벌여부나 법정형도 차이가 남.
- 고문방지특별법의 제정여부와는 별도로 고문방지협약의 정신에 기초하여, 고문 및 기타 비인도적 행위에 관한 조문을 정비할 필요성이 있다고 보임. 이러한 규정은 고문방지협약상의 고문을 포함하는 현행법보다 훨씬 포괄적인 통합규정이어야 할 것임. 포괄적 통합규정은 형법 제124조, 제125조 및 특가법 제4조의2도 아우르는 규정이어야 함.

※ 일본형법

(공무원직권남용)

제193조 공무원이 그 직권을 남용하고, 사람에게 의무가 없는 것을 행하게 하거나 또는 권리행사를 방해한 때는, 2년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

(특별공무원 직권남용)

제194조 재판, 검찰 또는 경찰의 직무를 행하는 자 또는 이러한 직무를 보조하는 자가 그 직권을 남용하여 사람을 체포하거나 또는 감금을 한 때는, 6월 이상 10년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

(특별공무원 폭행 능욕)

제195조 재판, 검찰 또는 경찰의 직무를 행한자 또는 이러한 직무를 보조한 자가, 그 직무를 행한데 있어서, 피고인, 피의자 그 밖의 자에 대하여 폭행 또는 능욕 또는 가학의 행위를 때는, 7년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

2. 법령에 의하여 구금된 자를 간수 또는 호송하는 자가 그 구금된 자에 대하여 폭행 또는 능욕 또는 가학의 행위를 한 때에도 전항과 같다.

(특별공무원 직권남용등 치사 상)

제196조 전2조의 죄를 범하여 사람을 사상한 자는 상해의 죄와 비교하여 무거운 형에 의하여 처단한다.

2. 고문에 대한 처벌규정의 신설 또는 개정

- 고문방지협약상의 고문 및 기타 비인도적 행위를 포괄하는 규정에 대하여는 법정형의 정비도 필요함.
- 형법 제135조는 공무원이 범죄를 범한 경우, 통상의 경우보다 그 형을 2분의 1까지 가중하는 가중처벌규정을 두고 있음. 따라서 일정한 경우, 고문의 처벌규정보다 이 규정에 의한 법정형이 보다 중할 수 있으므로, 이 규정은 유지함. 다만, 공무원에 대한 일반적 가중처벌규정이 정당한지는 검토가 필요함.
- 고문처벌조항과 제135조에 의한 가중처벌규정 간의 관계는 상상적 경합의 형태가 되어야 할 것으로 생각됨.

※ 형법

제135조 (공무원의 직무상 범죄에 대한 형의 가중) 공무원이 직권을 이용하여 본 장이외의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다. 단 공무원의 신분에 의하여 특별히 형이 규정된 때에는 예외로 한다.

3. 고문가해자에 대한 신속하고 철저한 수사 및 기소, 처벌

- 고문방지협약과 유엔고문방지위원회는 형식적 법규정이 아니라 실제 한 나라의 관행과 실무가 고문을 방지하기 위하여 충분하고도 실효적인지에 관심이 있음(고문방지협약 제2조 제1항, 제12조 참조).

- 따라서 우리나라의 고문을 실제로 방지하고 근절할 수 있는 현실적이고 실질적인 조치들이 필요함. 그렇지 않으면 고문방지협약 제12조에 반하는 것임.
- 고문가해자의 처벌의 가장 큰 걸림돌은 그 가해자가 수사기관 등 공무원이고, 같은 공무원이 검사나 수사기관이 고문가해자를 적극적으로 수사하여 기소하려고 하지 않는다는 점임. 과거 이근안사건에서와 같이, 국가기관이 조직적으로 가해자를 은닉, 도피한다는 의혹도 있었음.
- 설사 가해자가 체포되어도 기소유예나 선고유예 등 경한 처벌을 받는다는 의심이 있음.
- 이러한 의혹을 방지하기 위하여 독직폭행 등에 대하여 재정신청제도를 두고 있으나, 재정법원에 수사권한이 없어 큰 실효를 거두지 못하고, 또 법원에 수사권한까지 부여하는 것이 권력분립의 원칙상 타당한지도 논란이 됨.
- 그렇다면, 특별검사나 독립된 인권기관의 조사와 고발이라는 장치가 유용할 것이라는 생각됨. 국가인권위원회나 의문사조사위원회 등의 보다 실질적인 조사권이 고려될 수 있음.
- 국가인권위원회에 고문의혹과 관련하여 특별검사를 요청할 수 있는 제도적 장치도 긍정적으로 검토가 필요함.

4. 고문피해자에 대한 충분한 배상 및 구제

- 고문으로 인해 사망하지 않은 경우에도 그 피해자에 대하여 충분한 금전적 배상과 재활치료의 제공, 취업알선 등의 구제조치와 법적 근거가 필요함.
- 현재에는 이에 관한 법적 절차나 규정이 없어, 고문방지협약 제14조에 위반

한다고 보임. 고문방지위원회도 이에 대한 개선을 권고하였음.

- 다만 고문피해자의 보상만을 위한 별도의 기구는 현실적으로 효용성이 많지 않으므로, 의문사진상규명위원회나 민주화운동관련자 명예회복및보상심의위원회, 또는 국가인권위원회에 관련역할을 부여함이 적절할 것으로 보임.

5. 고문범죄에 대한 공소시효의 연장 또는 폐지

- 반인도적 국가기관의 범죄에 대하여는 공소시효를 폐지하는 것이 국제인권법의 흐름임.
- 우리나라도 이미 헌정질서파괴범죄, 내란목적살인죄, 집단살해죄 등에 대하여는 공소시효를 폐지하였고, 최근 비준한 국제형사재판소규정에는 반인도적범죄, 집단살해 등에 대하여 공소시효를 폐지하였음.
- 최근 논란이 되고 있는 안기부 특수팀의 불법도청사건에서 알 수 있듯이, 최고권력자의 묵인 또는 비호하에 자행되는 국가기관의 뻔뻔한 범죄행위는 그 발각과 처벌이 쉽지 않아 대부분 공소시효에 의하여 면책되고 있음.
- 최종욱교수사건 등에서도 공소시효의 방패막 뒤에 처벌받지 않는 국가기관의 범죄행위, 고문행위의 부당성이 드러남.
- 특히 고문범죄에 있어서는 헌법과 법률에 의하여 국민을 보호해야 하는 국가기관이 명백한 불법행위를 자행한다는 점에서 국가기관의 고문범죄에 대하여는 공소시효를 폐지하거나 대폭 연장하여야 할 것임.

6. 수사기관에 대한 인권교육 및 고문방지 교육

- 수사기관, 국가기관에 대한 인권교육은 형식적이거나 큰 효과를 보지 못하고 있다고 생각됨. 즉 고문방지협약 제10조 제1항을 충분히 이행하지 않은 것임.
- 최근 경찰청은 고 박종철군이 고문으로 사망하였던 남영동 대공분실을 공개하고 인권기념관으로 전환하겠다는 발표를 하였음. 그러나, 진정 인권기념관은 누구를 대상으로 하여야 하는가? 국민이 아니라, 경찰 자신을 대상으로 하여야 함.
- 경찰로 임관하는 사람, 경찰대출신이든 공채출신이든 반드시 인권기념관을 방문하여 자신들의 불행했던 과거사를 반성하고 국민에게 진심으로 사죄하고, 또 다시는 그러한 범죄행위가 재발하지 않도록 다짐하고 결의하는 장소가 되어야 함.
- 그러나, 여전히 경찰, 검찰의 마음 속에는 “간첩을 잡기 위해서는 고문이라도 해야 한다”는 용납할 수 없는 관념이 남아있는 것은 아닌지 걱정이 됨.
- 수사기관, 교정기관, 권력기관의 철저한 자기반성과 의식개혁이 없이는 인권보호, 고문방지는 공염불에 그치고 말 것임. 보다 효과적인 교육프로그램이 필요함.

7. 형집행정정에서의 고문

- 교정시설에서의 고문
 - 징벌방, 금치

- 열악한 환경 - 과밀수용
 - 치료의 거부 또는 지연
 - 주말의 운동기회 박탈
 - 제3자, 특히 재소자 간의 폭행, 고문의 목인, 조장
- 사형집행의 보류와 사형수대기현상

8. 군대에서의 고문 기타 비인도적 행위

- 군대에서의 가혹행위, 열차려, 폭언 등의 인권침해, 고문도 심각한 수준임
- 최근에 있었던 사건만도 인분사건, 군인나체사진사건 등을 들 수 있고, 연천 충기난사사건도 폭언 또는 가혹행위와 관련이 있다는 주장도 있음
- 가혹행위 등의 행위에 대하여 철저한 수사과 처벌이 필요하고, 군의 기강을 확립하면서도 인권을 침해하지 않는 합리적 대안을 모색해야 함.
- 최근 사개추위에서 의결한 군사법원의 독립성 강화와 군검찰의 중립성확보 방안은 하나의 중요한 계기가 될 것으로 생각됨.

Ⅲ. 맺는말

- 이상 부족한 토론을 마치면서 고문방지협약의 규정과 현재 우리나라의 법령, 실무가 상충되는 부분은 다음과 같이 법령을 정비하는 것이 적절하다고 생각됨.

○ 형법 개정안

- 형법 제124조, 제125조의 통합 정비 - 처벌되는 행위 및 주체를 확대하고, 법정형을 조정함.
- 특가법 제4조의2는 형법에 흡수

○ 「고문 기타 잔혹한 행위의 처벌 및 피해자구조에 관한 특례법(가칭)」을 제정하여 다음과 같은 사항을 포함함.

- 고문 기타 잔혹한 행위의 개념정의
- 고문주장에 대한 조사절차
- 고문피해자에 대한 재활 및 구제절차
- 배상의 범위 및 절차
- 담당할 기구에 대한 규정
- 특별검사의 요청에 관한 절차
- 공소시효의 폐지에 관한 규정
- 고문방지교육의 실시에 관한 규정

고문방지협약의 적용 실태 및 문제점

조희진 (사법연수원 교수, 검사)

【토론문 2】

고문방지협약의 적용 실태 및 문제점

조희진 (사법연수원 교수, 검사)

I. 머리말

『고문방지협약의 적용 실태 및 문제점』에 관하여 발제자는 UN 고문방지위원회가 우리나라 정부보고서를 1차 심사한 이후인 1997년부터 2005년 현재까지 고문방지협약의 국내적 적용과 관련하여 법원판결을 중심으로 한 사법적 적용의 실태를 분석하고 그 문제점을 지적하였다. 발제된 내용은 크게 ‘고문·가혹행위의 유형과 사례’, ‘소송에서의 증거사용’, ‘수사 및 처벌’과 ‘피해자구제’ 부분으로 나뉘는데, 먼저, 고문·가혹행위의 유형과 사례 부분에서는 1차 보고서 심사이후 고문방지와 관련된 주요 정부조치로서 관련 법규, 제도 등의 개선 사항을 정부의 2차 보고서 자료를 근거로 망라하여 소개하였고, 우리나라에서 행해진 다수의 고문·가혹행위의 유형과 사례를 형사피의자의 체포과정, 수사과정, 구금과정 등 단계별로 예시하고, 고문방지를 위한 형사법상 방안으로 ‘조서중심의 재판·수사제도 및 관행의 극복’, ‘긴급체포남용 관행의 극복과 피체포·구금자의 필요적 법관면접제도의 도입’, ‘변호인의 참여권 보장’, ‘불구속 수사의 원칙확립’ 등을 제안하였다. 소송에서의 증거사용 부분에서는 고문에 의한 진술의 증거능력배제의 이론적

검토와 고문주장시의 입증책임의 문제를 거론하고, 수사 및 처벌과 관련하여는 고문가해 혐의자에 대한 조사 및 처벌실태와 공소시효 배제의 문제를 다루고, 마지막으로, 피해자구제와 관련하여 협약 제14조에서 규정하는 바와 같이 “완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리”의 보장을 위한 정책적 제안과 함께, 손해배상청구권의 소멸시효배제 문제를 조심스럽게 제안한 뒤 주제 전반에 관한 결론을 맺고 있다.

주제발표 내용은 이와 같이 형사절차 단계별로 다양한 사례와 제도개선 상황 및 향후 개선방안까지 망라하여 소개하고 제안하였다는 점에서 의미가 있다. 그러나, 한편 다양한 사례와 제도들을 망라하다 보니 구체적 사례나 제도들이 의미하는 바를 좀 더 깊이 있게 분석하고 문제점을 발굴해 내지 못한 점도 있는 것 같다. 주제의 범위가 광범위하기 때문이라고도 생각된다. 더불어 토론 자료도 깊이 있게 파고들어 분석하여 문제점을 발굴해 내는데 미치지 못했음을 반성하며, 이하 발표된 내용을 발제자의 원고 내용 순서에 따라 항목별로 검토하고자 한다.

II. 고문방지협약의 실제적 적용 검토

1. 고문·가혹행위의 유형과 사례

가. 제1차 보고서 심사 이후 고문방지와 관련된 주요 정부조치

- (1) 국가인권위원회와 과거 인권침해조사기구의 설립
- 200 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

고문·가혹행위의 유형과 사례를 분석하기에 앞서 발제자는 고문방지위원회의 제1차 보고서 심사 이후 고문방지와 관련된 주요 정부조치를 열거하였다. 수사기관의 가혹행위 감시기구로서 국가인권위원회의 설립 및 활동을 비롯하여, 과거 인권침해조사기구로서 의문사진상규명위원회 등의 설립 및 활동과 법무부, 검찰, 경찰, 구금시설 등에서의 각종 인권침해방지지침 등을 소개하였다.

국가인권위원회는 2001. 11. 25. 설립 이후 2004년 말까지 고문·가혹행위와 관련된 인권침해행위에 대하여 모두 10,501건을 접수하여 그중 7,732건을 처리하였고, 처리사건 중 268건에 대하여 수사기관 등의 인권침해행위를 인정하는 결정을 내렸다. 문제는 처리된 사건 중 약 3.47퍼센트의 비율에 해당하는 극소수의 사건만 인권침해행위가 인정된다고 잠정결론이 내려진 셈인데, 이처럼 인용사례가 극소수에 불과한 원인이 무엇인지, 인용된 사건과 그렇지 아니한 사건의 유형은 주로 어떠한 것이며 유형별 연관성이 있는지, 그리고 인권침해행위로 인정되지 아니한 나머지 사건의 처리 내용은 무엇인지에 대한 분석이 필요하다고 생각한다. 발제자는 국가인권위원회가 사건발생 후 1년이 지난 경우나 다른 기관에 의한 구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우에는 조사를 할 수 없고, 강제조사권이 없다는 점에서 입증이 어려운 고문행위를 효과적으로 조사하는데 한계가 있다고 하였는데, 그 한계가 인용되지 아니한 나머지 사건 처리와 깊은 연관이 있다는 것인지 보다 실증적으로 분석하고 설명되었으면 한다.

(2) 법규·제도의 개정

영장실질심사, 즉 구속전피의자신문제도와 관련하여, 법무부가 2004. 12. 15. 입법예고한 형사소송법 개정안을 보면, 피의자 등의 신청을 전제로 판사가 심문을

하도록 되어 있는 종전의 규정을 “지체없이 피의자를 심문하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날 이내에 심문하여야 한다”라고 필요적 심문을 명시하고 있다. 또한, 사전구속영장을 청구하는 경우에도 피의자가 도피하여 심문할 수 없는 경우를 제외하고 원칙적으로 모두 심문하도록 개정안을 마련하였다.

나. 유형과 사례(고문방지협약상의 고문의 정의와 관련하여)

고문방지위원회는 1차 보고서 심사결과, 고문에 대한 개념 명문화 등 고문방지협약에 따른 이행입법제정을 권고한 바 있다. 고문방지협약 제1조 전단은 “고문이라 함은, 공무원이나 그 밖의 공무수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사·동의·묵인 아래, 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적으로, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 그 자를 처벌하기 위한 목적으로, 개인이나 제3자를 협박·강요할 목적으로, 또는 모든 종류의 차별에 기초한 이유로, 개인에게 고의로 극심한 신체적·정신적 고통을 가하는 행위를 말한다”라고 고문의 정의를 규정하고, 같은 조 후단에서 “다만, 합법적 제재 조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나, 이에 부수되는 고통은 고문에 포함되지 아니한다”라고 규정하고 있다. 또한 협약 제16조제1항 본문에 의하면, “당사국은 자기나라 관할 하의 영토 내에서 제1조에 규정된 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌이 공무원이나 그 밖의 공무수행자에 의하여 직접 또는 이들의 교사·동의·묵인 아래 이루어지는 것을 방지한다”라고 규정하여 ‘고문’과 별도로 ‘고문에 이르지 아니하는 그 밖의 부당한 처우나 형

202 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

별'이라는 개념을 구별하고 있다.

한편, 우리나라의 고문관련 규정은 헌법 제12조 제2항의 선언적 규정을 비롯하여 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조의 고문 등에 의한 임의성이 의심되는 자백의 증거능력 제한 규정, 형법 제125조의 독직폭행, 가혹행위죄 규정과 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2의 가중처벌 규정을 들 수 있다. 위 각 조문 모두 고문의 정의를 별도로 규정하지 아니하고, 고문을 폭행, 협박 등과 대등하게 열거하거나 고문 대신 폭행 또는 가혹행위라는 표현을 사용하고 있다.

발제 내용에는 체포, 수사, 구금 등 주로 수사절차상 비롯되는 고문·가혹행위의 유형과 사례의 예시와 함께 각 사례에 대한 판례의 태도가 소개되어 있으나, 예시한 각 고문·가혹행위가 고문방지협약상의 고문에 해당하는지에 대한 구체적 언급은 없다. 관련 사례에 대한 판례의 태도에 비추어 예시된 사례와 고문방지협약상의 고문 또는 고문에 미치지 않는 그 밖의 부당한 처우와 어떠한 연관성이 있는지를 몇 개의 사례를 통해 살펴보고자 한다.

(1) 체포 및 수사과정

'알몸수색'의 위법성을 지적하는 일련의 법원 판결들, 헌법재판소의 결정 및 피의자 유치장 인치시의 신체검사 요건을 강화하라는 국가인권위원회의 권고는 종국적으로 경찰청이 '피의자유치및호송규칙'을 개정하여 종래의 관행을 탈피하게 되었다는 점에서 그 의의가 크다. 그러나 과연 알몸수색이 고문방지협약 제1조의 고문에 해당하는지는 의문이고, 더욱이 동조 후단의 합법적 제재조치로부터 초래되거나 이에 내재하거나 부수되는 고통을 제외한다는 취지에 비추어 비록 예시된 사례에서 알몸수색을 위법한 것으로 판단하였으나, 협약상의 고문에는 해당하지

않는 것으로 판단된다.

대법원도 “이러한 신체검사는 필요한 최소한도의 범위 내에서.....특히, 수용자의 옷을 전부 벗긴 상태에서 앉았다 일어서기를 반복하게 하는 것과 같은 방법의 신체검사는 수용자의 명예나 모멸감을 심하게 손상하므로, 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 반입이나 소지가 금지된 물품을 은닉하고 있어서 다른 방법(외부로부터의 관찰·촉진에 의한 검사, 겹옷을 벗고 가운 등을 걸치게 한 상태에서 속옷을 벗어서 제출하게 하는 등의 방법을 생각할 수 있다)으로는 은닉한 물품을 찾아내기 어렵다고 볼 만한 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 허용된다고 할 것인데, 이 사건 신체검사의 경우 그와 같은 합리적인 이유가 있었다고 할 수 없으므로 그 한계를 일탈한 위법한 것이다.”라고 판시하여(2001. 10. 26. 선고 2001다51466) 위법한 공권력의 행사로서 국가배상법상의 배상책임을 인정하면서도 고문에는 해당하지 않는다는 취지를 밝히고 있다.

같은 사건의 하급심이 국가배상책임을 인정하지 아니하는 근거로 “...경찰관이 원고들에 대하여 가혹행위를 하였다거나 특히 여성으로서의 신체적 모멸감을 자극하는 방법으로 신체적, 정신적 고통을 가하였다고 볼 수 없다.”라고 판시한(서울고등법원 2001. 7. 6. 선고 2000나59403) 것을 보더라도 이와 같은 경찰관의 행위를 고문으로 보지 않았음을 알 수 있다.

‘잠안재우기 수사’는 ‘철야조사’ 또는 ‘밤샘조사’와는 구분되는 개념으로, ‘잠안재우기 수사’와는 달리 ‘철야조사’ 또는 ‘밤샘조사’ 자체가 구체적인 상황을 배제한 채 위법하다고 보기는 어렵다고 판단된다. 그러나, 고문방지위원회는 1차 보고서 심사결과 우리나라 수사절차상의 ‘수면박탈관행의 존속’에 대하여 우려를 표명한바 있다.

2002년 발생한 서울지검 고문치사 사건을 계기로 검찰은 수사과정에서의 고문을 원천적으로 방지하기 위하여 철야조사 금지를 비롯하여 수사시 가혹행위 및 단독조사근절, 인권보호관 지정·운영 등을 내용으로 하는 ‘고문수사 재발방지대책’을 시달하고(2002. 11. 6.), ‘변호인의 피의자신문 참여 운영지침’을 만들어 2002. 12. 27.부터 시행하고 있다. 법무부도 철야조사 금지 등의 내용이 포함된 ‘인권보호수사준칙’을 제정·시행(2003. 1. 1.)하고 있는데, 인권보호수사준칙 제 17조 제2항에 의하면, 원칙적으로 철야조사는 금지되나, 예외적으로 조사받는 사람이나 그 변호인의 동의가 있을 때, 공소시효의 완성이 임박하였을 때, 체포기간 내에 구속여부를 판단하기 위해 신속한 조사가 필요한 때 등 합리적인 이유가 있을 때에는 인권보호관의 허락을 받아 자정이후에도 조사를 할 수 있다고 규정하고 있다.

예시된 사례에서 대법원은 철야수사로 잠을 자지 못한 상태에서 검사의 회유 끝에 허위자백 하였다는 상고이유에 대하여, “...피고인의 검찰에서의 자백은 위 피고인의 자유로운 의사에 의하여 임의로 되었다기보다는.... 검사 2명이 위 피고인을 잠을 재우지 아니한 채 교대로 신문을 하면서 회유한 끝에 받아낸 것이 아닌가 하는 강한 의심을 가지게 한다.... 그렇다면,.... 피고인의 자백은... 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때에 해당한다 할 것이므로, 형사소송법 제309조의 규정에 의하여 위 각 피의자신문조서는 증거능력이 없다고 보아야 할 것이고...”라고 판시하여 고문, 기타 가혹한 행위 여부에 대한 구체적인 언급을 하지 않았다. 그러나, 고문방지위원회의 우려표명과 함께 관례의 태도들을 종합해 보면, 야간조사 내지 철야조사 자체가 위법하다기 보다는 철야조사 등으로 피의자가 잠을 자지 못하여 극도의 피로한 상태에서 자포자기의 상태에 이르거나

심신이 지칠대로 지쳐 정상적인 판단능력을 잃을 정도의 상태에서 한 자백은 형사소송법 제309조 소정의 '기타의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할 만한 이유가 있는 때'에 해당하여 그 증거능력이 부정된다고 해석된다(김태천, 제1주제 '고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화와 충돌' 발표문 내용 참조).

(2) 구금과정

교정시설에서의 고문과 관련하여 과도한 계구의 사용, 접견제한, 열악한 의료사정 및 대용감방에 대한 문제제기는 의미가 크다. 고문방지협약 제1조 후단에서도 합법적 제재조치로부터 초래되거나 이에 내재하거나 부수되는 고통은 고문에 포함되지 않는다고 명시하였듯이, 합법적인 형집행 과정에서 고문에 해당하는 극심한 고통이나 피해가 발생하였더라도 법조문의 해석상 고문에 해당한다고 말 할 수는 없을 것이다. 교정시설의 특성상 형집행 과정에서 부득이 허용하지 않을 수 없는 부분이 대부분이다.

그러나, 도주경력이 있고, 정신적 불안과 갈등으로 인하여 자살, 자해의 위험이 있는 재소자에 대하여 1년 이상 교도소 수용기간 동안 일주일에 1회 내지 수회, 각 약 30분 내지 2시간 동안 일시적으로 해제된 것을 제외하고는 항상 이중금속수갑과 가죽수갑을 착용하여 두 팔이 몸에 고정된 상태에서 생활하게 한 사안에서 헌법재판소 전원재판부는 위헌결정(2003. 12. 18. 2001헌마163)을 하면서 "... 계구사용은 무엇보다 수용자들의 육체적·정신적 건강상태가 유지되는 범위 내에서 이루어져야 하고, 시설의 안전과 구금생활의 질서에 대한 구체적이고 분명한 위험이 임박한 상황에서 이를 제거하기 위하여 제한적으로 필요한 만큼만 이루어

져야 한다.....따라서, 이 사건 계구사용행위는 기본권의 제한적 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고 나아가 인간의 존엄성을 침해한 것으로 판단된다.”고 판시하여 비록 고문이라는 직접적인 용어는 사용하지 아니하였지만, 이와 같은 행위가 인간의 존엄을 해하는 고문임을 명시하였다고 볼 수 있다.

구금시설의 열악한 의료실태와 그로 인하여 비롯된 수감자의 사망 등 인권침해 예시와 관련하여, 최근의 의료인력 등에 관한 법무부 교정국의 통계를 보면, 2005년 7. 현재 전국 46개 교정시설 중 의료 인력은 총 264명(의사 67명, 공중보건의 113명, 약사 3명, 간호사 68명, 의료기사 13명)으로 의사 1인당 수용자 수는 295명(수용자 53,200명/의사 180명)인데, 의사 1인당 국민 수가 608명(2003년 기준)임을 감안할 때 재소자의 의료진 접근성이 그나마 확보되었다고 생각된다. 또한 2005년 현재, 의사 1인당 1일 평균 진료하는 수용시설 환자 수는 약 100명이며, 여성 재소자만을 수용하고 있는 청주 여자 교도소의 경우 일반의 1명 이외에 공중보건의 1명을 산부인과 전문의로 배치하고, 2005년도 의료비를 전년대비 22퍼센트 증가한 67억 원으로 책정하는 등, 2003년에 비하여 구금시설 재소자에 대한 의료실태가 다소 향상되었다고도 볼 수 있으나, 질적인 면에서 의료실태가 실질적으로 얼마나 향상되었는지에 대하여는 의문이고, 앞으로도 지속적인 관심이 요구된다.

또한 구금시설은 전문의나 일반의 대신 공중보건의로 의료 인력을 보충할 수밖에 없는 현실인데, 구금시설에 대한 낮은 사회적 인식 때문에 양질의 의료 인력을 충분히 확보하기가 매우 어렵기 때문이다.

열악한 의료상황을 보완하는 방안으로, 교도소장의 판단에 따라 수용자의 치료를 위하여 외부 의료기관에 이송할 수 있으며(행형법 제29조, 동법 시행령 105조), 실무상 형집행정지 신청에 앞서 이 제도를 활용하는 경우가 종종 있으나 수용자들은 형집행정지를 고집하는 실정이어서 형집행사무에 어려움이 많다.

다. 고문방지를 위한 형사법상 방안

(1) 조서중심 재판, 수사제도 및 관행의 극복

대법원이 2004. 12. 16. 전원합의체 판결로 검사가 작성한 피의자신문조서에 대한 형식적 성립인정이 인정되면 실질적 진정성립도 추정된다는 종래의 대법원 태도를 변경한 것은 비록 검사 작성 피의자신문조서에 대한 불신에서 비롯된 것이라 하더라도 형사소송법 체계를 전반적으로 재정비하는 계기를 부여했고, 검찰도 과거의 수사여건이나 방법에 더 이상 안주할 수 없다는 자기반성과 자기혁신의 방안을 모색하도록 하는 중요한 계기가 되었다는데 그 의미가 매우 크다.

이제껏 형사소송법상 검찰 피의자신문조서의 증거능력을 인정한 배경에는 수사법기관이자 인권보장 기관으로서의 검사에 대한 신뢰와 함께 피의자신문조서 작성시 적법절차의 엄격한 준수에 대한 신뢰가 그 저변에 깔려 있었기 때문이라고 본다. 그러나, 과도한 사건부담과 실제진실발견에 대한 과욕으로 인하여 몇몇 사건에서 인권보장기관으로서의 국민의 신뢰를 잃게 되는 상황을 초래하였다.

2005. 7. 사법개혁추진위원회가 공판중심주의 강화방안으로서 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력 부여 요건을 보다 엄격히 명문화하기로 결론을 내림으로써 검찰 피의자신문조서의 증거능력의 신빙성을 실질적으로, 그리고 제도적으로

뒷받침하게 되었으며, 또한 경찰 작성의 피의자신문조서도 종래 피의자가 내용부인하면 아무리 임의성이 증명되더라도 무조건 증거로서 사용할 수 없었던 불합리를 시정하여 조사자의 증언을 통해 증거능력을 부여하는 발전적인 태도를 취하였는데 증거법상 의미가 크다고 생각된다.

특히, 검사작성 피의자신문조서의 진정성립과 관련하여 피고인의 진술에 전적으로 의존하던 기존의 방식에서 벗어나 영상녹화물 등 객관적인 방법에 의하여도 증명이 가능하도록 하였는데, 영상녹화물에 의한 증거수집 방안과 관련하여, 검찰은 2004. 6. 1.부터 전국 10개청 20개 검사실에서 '수사과정 녹음·녹화제 시범실시'를 추진해 왔고, 2004. 11. 24. 서울중앙지검 등 전자조사실 시범실시청을 지정하여 2004. 12. 22. 서울중앙지검 등 4개 지검에 검사신문실 등 12실의 전자조사실을 설치하여 현재까지 운영하고 있으며, 예산 소요 문제로 점차 단계적으로 확대 실시할 예정이다. 전자조사실은 검사신문실, 아동·여성조사실과 일반조사실로 구성되며, 전자조사실의 확충으로 인권시비의 소지를 근원적으로 해결하고, 조사 시간 단축, 신중한 어휘선택 등 조사기법의 개발로 조사서비스의 제공, 피조사자의 만족도를 향상시킨다는 목표하에 추진 중이다. 향후 새로운 형태의 조사체계로서 녹음·녹화제도가 고문 방지를 위한 제도적 방안으로 정착될 수 있도록 적극적인 외부의 감시와 질책, 그리고 지속적인 관심이 필요하다.

(2) 긴급체포 남용 관행의 극복과 피체포·구금자의 필요적 법관면접제도 도입

체포영장에 대비한 긴급체포의 비율이 높은 것이 현실이나, 그 비율은 점차 낮아지고 있다. 대검찰청 통계에 의하면, 2004년의 경우 긴급체포 인원은 66,798

명인데 비하여 체포영장으로 체포된 인원은 47,560명으로 긴급체포 비율이 약 1.4배 높다. 또한 2005년 6. 30. 현재 긴급체포와 체포영장 인원을 대비하더라도 22,470명 대 21,955명으로 비율상 거의 차이가 나질 않는다. 이는 2003. 8. 23. 지명수배시 원칙적 체포영장을 발부받도록 한 대검찰청의 지시 결과라고도 볼 수 있다. 실제로 2004년부터 2005년 상반기까지 일선 청에 근무하면서 지명수배 시 대부분 체포영장을 발부받고, 긴급체포는 극히 예외적인 경우에 시행하였던 경험이 있다. 앞으로도 긴급체포의 비율은 점차 줄어들 것으로 예상된다.

발제된 내용과 같이 고문 등 인권침해 시비와 관련하여 긴급체포의 폐단을 우려하는 데는 확실히 타당한 근거가 있다. 그럼에도 불구하고 긴급체포가 필요한 경우를 예상하지 않을 수 없는 것이 수사의 현실이다. 긴급체포 후 48시간 동안 아무런 감시가 없는 상태에서 피의자를 조사한다는 것을 전제로 긴급체포를 하더라도 수사기관은 수사를 개시하여서는 안 되고 즉시 법관에게 회부하여 피체포자의 구속여부를 판단 받은 후 수사를 개시하는 방안으로 개선되어야 한다는 견해는 실제적 진실 발견을 위한 수사의 합목적성을 전혀 고려하지 않은 것이 아닌가 싶다.

입법 예고된 형사소송법 개정안에서 수사과정에서의 변호인 참여를 적극적으로 보장하고 있는 점을 고려하더라도 긴급체포시 우려되는 인권침해 상황을 감시하고 이에 대처하는 방안을 모색하면서 예외적으로 긴급체포를 허용하는 방안이 적절하다고 본다.

형사소송법 개정안은 긴급체포에 관하여 종래 48시간 이내에 구속영장을 청구하도록 규정된 것을 조사를 마친 후 “지체 없이” 구속 영장을 청구하도록 변경하였으나, 인신구속제도에 관한 사법개혁추진위원회의 최종결론 여부에 따라 변화

가 있을 것으로 예상된다.

(3) 변호인의 참여권보장과 불구속 수사의 원칙

고문방지위원회의 1차 심사결과 권고사항이었던 피의자신문시 변호인의 신문 참여 보장은 입법예고 된 형사소송법개정안에서도 신설하였고, 사법개혁추진위원회도 변호인의 신문참여권을 인정하는 안을 의결하였다. 사법개혁추진위원회의 의결안은 형사소송법 개정안에 변호인 참여의 제한사유로 들고 있는 ① 증거인멸, 은닉, 조작 또는 조작된 증거의 사용, ② 공범의 도주, ③ 피해자, 당해 사건의 수사 또는 재판에 필요한 사실을 알고 있다고 인정되는 자 또는 그 친족의 생명·신체나 재산에 대한 위해를 받아들이지 아니하여 보다 폭 넓게 변호인의 참여권을 보장하고 있다.

불구속 수사의 원칙 확립과 관련하여, 대검찰청의 통계에 의하면 수사단계의 구속영장청구인원과 발부인원은 2003년에 108,629명/93,594명, 2004년에는 100,115명/85,190명이며, 2005년 6월 30일 현재 40,117명/34,705명으로 표에 나타난 것과 같이 그 이후에도 꾸준히 감소하고 있다. 매년 사건수의 증가를 고려할 때 불구속 수사의 원칙이 실무상 자리 잡아 가고 있음을 알 수 있다.

2. 소송에서의 증거사용

우리 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조는 고문방지협약 제15조의 고문 결과 행해진 진술증거에 대한 증거배제 법칙에 부합하는 명문 규정을 두고 있다. 즉 고문 등으로 인한 피고인의 자백에 대하여 유죄의 증거로 하지 못함을 명백

히 하고 있으며, 그 근거로 임의성 유무를 들고 있다. 법원의 적용실태 및 문제점 중 임의성 없는 진술의 이론적 근거에 대한 부분은 제1주제 발표 내용에서 자세히 언급, 토론 될 것이 예상되므로 여기서는 생략하며, 고문주장에 대한 입증의 문제와 관련해서는 비록 대법원 판례의 태도가 일관된 견해로 보이지는 않으나, 공판 중심주의적 법정심리절차 확립방안의 일환으로 사법개혁추진위원회에서 의결한 검사작성 피의자신문조서의 증거능력인정 방안에서도 알 수 있듯이 검사가 보다 엄격하게 입증하도록 제도화하는 추세라고 볼 수 있다.

3. 수사 및 처벌

고문방지협약 제4조, 제12조와 제13조는 고문, 고문미수, 고문 공모 또는 가담에 대한 형사처벌, 당사국의 고문범죄에 대한 신속하고 공평한 조사 및 고문범죄 피해자의 고소에 대한 신속하고 공정한 조사권리 보장 등을 규정하고 있으며, 고문방지위원회는 우리나라에 대한 제1차 심사보고 결과 고문범죄의 조사처벌과 처벌규정이 미흡하다는 우려를 표하였다.

우리 법상 고문관련 처벌규정으로는 형법 제123조(직권남용권리행사방해), 제124조 ①(직권남용(체포, 감금) ② (제1항 각 죄명 미수), 제125조 독직(폭행, 가혹행위), 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 2 (독직폭행, 가혹행위) 등이 있는데, 고문범죄를 별도로 처벌하는 규정을 두고 있지 아니하며, 형법 제125조의 구성요건도 ‘고문’ 대신 ‘폭행 또는 가혹행위’로 규정하고 있을 뿐이다.

또한 고문방지협약 제4조에서는 고문범죄의 미수, 공범 등에 대한 형사범죄화를 규정하고 있으나, 형법 제123조나 제125조의 경우 또한 특별법의 경우에도 미

수처벌 규정이 없다.

다양한 내용의 고문관련 고소나 진정 등이 반드시 위 형법과 특별법 조항으로만 의율 된다고도 볼 수 없기 때문에 위 형법과 특별법 통계 외에는 고문관련 범죄의 처벌 현황을 별도로 정확히 파악하기가 어렵다. 고문방지위원회가 고문에 대한 개념의 명문화 및 별도 이행입법 등을 요구하는 이유도 고문에 대한 당사국의 적극적인 관심제고를 촉구하여 고문범죄에 대한 특별 관리, 법집행 감시 등을 위한 것이라 볼 수 있다.

그러나, 실질적으로는 형법과 특별법에 의하여 고문범죄는 물론 고문에 미치지 않는 기타 부당한 처우에 대하여도 충분히 조사 및 처벌이 가능하므로 반드시 고문범죄에 관한 특별입법이 시급한 것은 아니라고 본다. 오히려 협약 자체에 의하더라도 다소 모호한 고문 및 부당한 처우에 대한 개념과 한계를 어떻게 현실에 맞게 법제화 할 것인지, 또한 산재되어 있는 고문 관련 규정을 이론적으로나 체계적으로 특별법과 모순되지 않게 재정비하는 데 드는 어려움 등을 고려할 때, 고문범죄에 관한 특별법을 제정하기 보다는 현재의 법체계 내에서 고문범죄 처벌을 위한 법집행기관의 적극적인 의지 확보와 법집행 담당자에 대한 교육 등 이를 뒷받침할 제도적인 방안의 수립과 실천이 더욱 중요하다고 할 것이다.

국가인권위원회의 진정사건 처리 현황과 관련하여 다소 미흡한 점은 앞서 언급한바와 같고, 수사기관의 폭행, 감금, 고문 등에 대한 고소, 고발 처리현황을 보충하자면, 대검찰청 통계에 따른 형법 제125조 해당 범죄의 사건 처리 현황은, 2001년 125건 402명, 2002년 147건 467명, 2003년 154건 427명, 2004년 196건 164명, 2005년 6월 30일 현재 86건 271명이 각 접수 되었으며, 그중 2004년 처리 현황만을 보면, 구공판 1명, 혐의없음 252명, 기소유예 6명, 죄안됨 12명, 공

소권없음 12명, 각하 143명, 타관이송 212명 등이다. 발제된 내용의 표와 마찬가지로 기소율이 극히 낮으나 그 원인에 대하여는 분석된 자료는 없다. 앞으로 이 부분에 대하여 세부적인 분석이 필요하다고 본다.

공소시효배제의 문제와 관련하여, 발제자도 언급하였듯이 현행법상은 물론, 특별법을 제정하더라도 고문범죄의 정의, 범위 및 한계 등을 명확하게 규정하기 어려운 상태에서, 공소시효 배제를 도입을 논의하기엔 부족한 점이 많다. 국가인권위원회의 고문관련 사건처리와 형법상 고문관련 범죄의 사건처리 통계에서도 알 수 있듯이 고문범죄를 입증하는 것이 어려울 뿐 아니라, 고문범죄로 고소, 고발, 진정되는 사건 자체에 내재하는 문제점도 분명히 있다고 본다. 따라서, 공소시효배제 등을 논의하기 전에 먼저 고문범죄에 대한 명확한 범위 또는 한계 설정, 실태 분석 등이 뒷받침 되어야 할 것이다.

4. 피해자 구제

고문방지위원회는 우리나라에 대한 1차 심사결과 고문 피해자에 대한 구제가 미흡하다는 우려를 표명하였다. 고문방지협약 제14조는 피해자에 대하여 당사국이 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장해야 한다고 규정하고 있는바, 발제자는 우리 법원의 구제실태를 보면 국가배상을 청구한 고문 피해자에 대하여 일반 불법행위 손해배상 이론을 그대로 적용하여 손해배상금지규에 그치고 있어 협약에서 요구하는 완전한 재활수단의 제공이 미흡하다고 지적하면서 고문 범죄의 피해자에 대하여는 정부가 정책적으로 피해자에 대한 치료나 재활프로그램을 운영하는 방안을 제안하고 있

다. 이는 의미 있는 제안으로 적극적인 검토가 필요하다고 생각된다. 예컨대 고문 관련 피해자 구제를 위한 특별법 제정 시 구체적인 방안을 법제화 할 수도 있고, 법무부나 국가인권위원회에서 정책적으로 제도시행을 강구하는 방안도 가능하다. 그러기 위해서는 고문 피해자의 고문으로 인한 신체적·정신적 피해의 입증이 중요하다. 또한 손해배상액 산정에 있어서도 법원은 고문피해자의 충분한 재활치료가 보장될 수 있는 위자료를 산정하는 등 고문 피해자의 구제를 위하여 적극적인 고려를 해야 할 것이다.

Ⅲ. 맺는말

주제발표 내용과 관련하여 다소 아쉬운 점이 있다면, 주로 수사과정에서의 피의자에 대한 고문 등 가혹행위에만 논의를 집중하였는데, 이는 우리나라에서 고문이 문제된 사안이 대부분 과거 권위적인 시대의 수사과정에서 비롯된 일이고, 더욱이 2002년도에 서울지검에서 고문치사 사건이 발생되었기 때문이라고 생각된다. 물론, 수사과정에서의 고문 등 가혹행위의 문제가 중요함은 더 말할 나위 없으나, 고문방지협약이 담고 있는 각종 내용은 수사과정에 국한하지 않고 있다. 다양하게 검토하여야 할 사법적 조치의 문제들이 있는 것이다.

민주주의의 선봉임을 자처하는 미국의 이라크 포로에 대한 고문 등 가혹행위, 하루도 끊임없이 지구상에서 발생하는 크고 작은 전쟁과 테러에서 비롯되는 고문 등을 접하면서, 글로벌화가 가속됨에 따라 우리나라에도 다수의 외국인 노동자가 유입되고, 많은 수의 우리 국민도 전 세계에 퍼져서 경제활동을 하고 있는 현실과

그에 따라 고문범죄도 국경을 넘나들고 있는(얼마 전 중국에서 마약범죄로 우리나라 국민이 사형 집행된 적이 있다) 현실에서, 또한 남북한 대치와 경제협력 및 평화모색의 와중에도 전 세계적으로 유례없이 인권이 유린되고 있는 북한과 관련하여 고문방지협약을 어떻게 적용해야 하는지, 또한 고문방지협약이 우리에게 직면한 다양한, 그리고 가능한 문제들에 대하여 제시하는 방안은 무엇인지에 대하여 생각하고 논의하지 못하였다는 점이다. 이 점은 앞으로 논의가 활성화되기를 기대해 본다.

고문이란, 굳이 그 정의를 법에 명시하지 않더라도 우리 모두가 그 본질적인 의미가 무엇인지에 대하여 공유하는 바가 있고, 모두가 알고 있다고 생각한다. 근본적으로는 우리 헌법이 천명한 바와 같이 '인간의 존엄성 보장'에 대한 문제이다. 토론을 준비하면서, 너무나 많은 사례들이 우리 사회에 그것도 아주 가까이 있었다는데 새삼 놀랐고 느끼는 바도 많았다. 비단 우리 사회 뿐 아니라 어느 사회든지 그 사회의 발달여하에 관계없이 또는 발달 수준에 적합한 다양한 형태로 언제든지 인간의 존엄을 해치는데 무감각해지고 합리화 시킬 수 있는 여지가 감춰져 있다.

따라서, 인간의 존엄을 근본적으로 말살하는 고문에 대하여 법집행 기관은 물론 사회 일반인 모두가 수시로 경각심을 일깨우고, 제도적으로 각종 예방장치를 마련함과 동시에, 제도 실행을 지속적으로 점검하고 그 결과를 새로이 제도에 반영하여야 한다. 또한 인간의 존엄성에 대한 다양한 토론과 학습의 장을 우리 사회 구성원이 모두가 공유할 기회를 가져야 한다고 생각한다.

고문방지협약상 통보제도 도입 관련 문제 검토

장복희 (카톨릭대학교 법학부 교수)

【토론문 3】

고문방지협약상 통보제도 도입 관련 문제 검토

장복희 (가톨릭대학교 법학부 교수)

I. 고문방지협약 제21조와 제22조

한국은 1995년 1월 9일 유보없이 고문방지협약을 비준하였으나, 제21조와 제22조는 수락하지 않았다. 제21조란 특정 당사국이 협약상의 의무를 위반하고 있다고 다른 당사국이 고문방지위원회에 이의를 제기할 수 있는 제도를 가르킨다. 이같은 국가간 통보권은 제21조를 수락한 당사국 간에만 인정된다. 제22조는 고문 등의 피해를 받았다고 주장하는 개인이 직접 고문방지위원회에 조사를 요청할 수 있는 제도를 규정하고 있다.

1. 한국의 최초 보고서에 대한 고문방지위원회 의견

위원회는 고문방지협약(협약) 제1조에 규정된 고문 등의 정의가 한국의 형법 등 국내법에 충분히 반영되어 있지 못함을 지적하며, 이에 대한 입법조치를 촉구하였다. 한국의 경우 수사기관에서의 기소 전 피의자 구금시간이 지나치게 길고, 심문과정에 변호인 입회가 허용되어야 하며, 수사관행상 잠 안재우고 자백을 강요하는 등 고문에

해당되는 행위가 실시되고 있다고 지적하였다. 또한 고문책임자를 국가 자신이 조사하여 기소할 것과 고문피해자에 대한 보상절차가 보다 효과적으로 되어야 할 것으로 강조하였다.

또한 위원회는 정부에의 권고에서 정부가 유보사항을 검토하고 국가적, 개인적 통보에 관한 협약 제21조, 제22조를 위원회에 공표하기를 희망함을 밝혔으나, 이에 대해 정부의 관련 부서와 기관들은 협약 제21조, 22조에 명시된 위원회의 권한을 인정하는 선언의 가능성에 관하여 논의를 진행시켜 왔다. 그러나 아직 합의에는 이르지 못한 상태이다.

2. 제21조 : 국가간 통보제도

제21조와 같은 상호주의에서는, 일정한 절차적 요건이 있어야 하고, 고문방지위원회(위원회)는 해결을 위한 임시조정위원회를 설치하는 것과 같은 주선을 한다. 이것이 성공적이면, 절차는 비공개이고, 위원회는 사실과 해결에 관한 간단한 진술을 포함한 보고서를 채택함으로써 사안을 종료한다. 이에 따른 해결이 이루어지지 않을 경우에는, 위원회의 보고내용은 사실관계에 관한 약속로 한정하며, 관련당사국이 제출한 서면진술 및 구두진술 기록이 보고서에 첨부된다. 어떤 문제와 관련된 것이든 보고서는 관련 당사국에게 통보된다. 이 제도가 어떻게 실제로 운영될지 예상하기에는 많은 경험이 없다.

3. 제22조 : 개인통보제도

이 제도는 B 규약 선택의정서의 개인통보제도에 의한 인권위원회의 활동을 본보기로 삼을 수 있다. 실제로 고문방지위원회의 사례법은 대부분 고문방지협약을 명료화하고 있지 않다. 고문방지협약 체제상개인통보사건의 제한적 기록은, 제22조를 수락한 대부분 국가는, 잠재적 청원자가 생각하기에 이와 유사한 체제인 보다 권위 있는 구제제도를 가지고 있는 B규약, 유럽인권협약 혹은 미주인권협약에 가입하고 이를 이용하고 있다는 점이다. 법률가 사이에서도 고문방지협약과 그 보호제도에 대하여는 잘 모르는 경우가 있다.

이 절차는 다른 국제적 구제절차가 없는 경우에 실질적으로 유용하다. 이 점에서 추방의 위협에 있는 사안에 관련한 신속한 절차로 이용되었다.

II. 추방, 강제송환과 관련한 출입국관리 중 난민관계법 규정 개정방향

1. 제76조 2항상, 1년은 훈시규정이고 삭제 필요

제72조 ②제1항의 규정에 의한 신청은 그 외국인이 대한민국에 상륙 또는 입국한 날 (대한민국에 있는 동안에 난민의 사유가 발생한 때에는 그 사실을 안 날)부터 1년 이내에 하여야 한다. 다만, 질병 기타 부득이한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다. <개정 2001.12.29>

2. 제64조 3항 (송환국) 개정 필요 - 고문에 의한 강제송환금지 규정포함

제64조(송환국 및 강제송환금지) ③난민에 대하여는 제1항 또는 제2항의 규정에 불구하고 난민협약제33조제1항의 규정에 의하여 추방 또는 송환이 금지되는 영역이 속하는 국가에 송환하지 아니한다. 다만, 법무부장관이 대한민국의 이익이나 안전을 해한다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다. <신설1993.12.10>

⇒ ③난민의 인정을 받은 자, 난민인정신청자 및 법제 76조의 2 제3항이 정한 자에 대하여는 인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 견해를 이유로 (난민협약 제1조상 난민정의) 그 생명 또는 안전과 자유가 위협받을 우려가 있는 국가 또는 고문 (고문협약 제3조상 고문정의, B 규약 제7조 참조)등 비인도적 처우(B 규약 제7조 참조)를 받을 위험이 있는 국가에 송환하지 아니한다. 다만, 법무부장관이 대한민국의 이익이나 안전을 해한다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다. 국내법에 고문에 위험이 있는 국가로의 강제송환금지를 규정하는 경우 협약 제22조를 수락하지 않는 것은 설득력이 없다.

Ⅲ. 여타 국제적 구제

1. 고문에 관한 특별보고관제도, 특별보고관의 성격과 임무

2. 고문의 체계적 관행에 관한 연구

3. 예방적 조치

218 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

4. 고문방지유럽협약

유럽차원에서 인권협약상의 고문방지위원회는, UN의 선택의정서의 영감을 얻은 제도로서, 재소자 처우 개선에 중요한 자극제가 되고 있다.

5. 고문피해자에 대한 자발적 기금

인도주의의 우선으로, 암적 존재와 같은 고문이 계속되는 현실에서 UN 총회는 고문피해자를 위한 자원기금(A Voluntary Fund for Victims of Torture)을 마련하였다.

IV. 현 상태에서의 해결책과 문제점

1. 한국이 가입 비준한 인권조약 적용: B규약 제7조와 B규약 선택의정서 상 개인통보제도, 제네바협약, 여성차별철폐협약, 아동권리협약, 제노사이드협약, 인종차별철폐협약 등
2. 주요 국제인권조약에 적극적 가입
3. 관련 국내법제도 정비
4. 헌법 제6조에 의한 국제인권조약의 적극적 적용과 국제인권기준의 실천의지

5. 세계인권선언, 여성과 아동의 무력분쟁에서의 보호에 관한 선언, 재소자 처우에 관한 최저기준, 법집행공무원의 행동강령 등과 같은 UN 기준과 선언을 존중과 준수.

V. 맺는말

고문은 분명 인간의 존엄성에 반하는 모욕적인 행위이며, 국제인권법에 의하여 금지되고 있다. 고문의 심각성을 고려해 볼 때, 감시제도와 국제적 혹은 지역적 감시상황에 의한 보고관 제도를 활용하는 것과, 예상되는 인간존엄성을 침해하는 처우에 대한 법제도의 개선은 난민과 비호신청인에게는 계속해서 중요하다.

사회가 발전할 수 록, 고문, 잔인하고, 비인도적이며 굴욕적인 처우와 관련한 규정 범위는 엄격한 정의를 넘어서 더욱 확대 해석되어야 하고, 인간의 존엄성과 인간가치에 위협이 되는 새로운 고문과 유사한 형태의 처우가 법의 테두리 내에 포함되어야 하고, 이를 감시하고 구제하는 제도가 실질적으로 중요한 역할을 하게 된다. 이는 특히 인간의 생명과 신체의 자유와 직결되는 문제이기 때문이다.

난민신청자와 외국인에 대한 고문과 관련한 추방, 송환문제에서 국내법(출입국 관리 및 난민관계법 관련) 규정을 수정하고 제21조와 제22조를 수락하는 것이 가장 적극적이고 자연스러운 방안이 될 것이다.

고문방지협약 선택의정서의 ‘방지소위원회’ 및 ‘국가예방기구’ 국내도입에 관한 검토

박원석 (참여연대 사회인권국장)

【토론문 4】

고문방지협약 선택의정서의 ‘방지소위원회’ 및
‘국가예방기구’ 국내도입에 관한 검토

박원석 (참여연대 사회인권국장)

I. 머리말

- 국제관습법이 강행규범(jus cogens)으로 금지하고 있는 고문은 많은 문명화된 국가들에서 사라진 것처럼 보이며, 민주화 이후 한국의 형사구금 절차에서도 사라진 것처럼 보임.
- 그러나, 앰네스티 인터내셔널의 보고에 따르면 2001년 한해동안 보고된 152개국중 111개국에서 다양한 형태의 고문이 있었던 것으로 파악되었으며, 국내적으로도 문민정부 시절인 지난 1996년까지 양심수들에 대한 다양한 형태의 고문과 가혹행위가 있었던 것으로 보고된 바 있음. 그후로도 ‘국가인권위원회’가 직권조사를 진행했던 서울지검 수사관들에 의한 피의자 폭행치사 사건에서처럼 수사 및 구금 과정에서 고문 또는 그와 유사한 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌은 사라지지 않고 있음.

- 또한, 최근 잇따라 제기되고 있는 외국인보호소에서의 각종 인권침해 사례들에서 보여지는 것처럼 이와 같은 처우가 미등록 이주노동자등 이 사회에서 시민권을 획득하지 못한 사람들에게 전이되는 양상도 나타나고 있음.
- 고문의 사후적인 조사와 처벌, 구제만이 아니라 국제기구와 국가기구의 정기방문을 통한 사전적 예방에 초점을 둔 고문방지협약 선택의정서의 채택은 ‘인권의 무덤’이라 지칭되는 고문을 현대사회에서 추방하기 위한 국제인권법 제상의 중요한 발전이라고 볼 수 있음. 이 토론문에서는 고문방지협약 선택의정서의 내용 및 특징을 살펴보는 한편 그 핵심내용인 ‘방지소위원회’ 및 ‘국가예방기구’ 국내도입시의 검토사항을 살펴보고자 함.

II. 쟁점

1. 고문방지협약의 검토

(1) 개요

○ 1987년 유엔총회에서 표결없이 채택, 1989년 6월 26일 발효(대한민국 1995년 비준)

○ 2005년 6월 현재 139개국 비준(12개국은 서명만 한 채 미비준 상태)

(2) 주요내용

○ 고문에 관한 정의(제 1조)

- 공무원 이나 그밖의 공무수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사·동묵인아래
- 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적
- 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대해 처벌하기 위한 목적
- 개인이나 제3자를 협박·강요할 목적 또는 모든 종류의 차별에 기초한 이유로
- 개인에게 고의로 극심한 신체적 정신적 고통을 가하는 행위를 말함

○ 고문방지위원회의 구성 (제 17조)- 당사국에 의해 10인의 전문가로 구성

○ 국가 및 개인의 제소절차(통보제도, system of communication) 제 21조 및 22조)

- 단 이 규정은 당사국이 이를 명시적으로 선언했을 경우만 적용

○ 중대한 침해의 경우 위원회의 현장조사 기능 명시(제 20조)

- 그러나, 현재까지 이 같은 조사기능이 발동된 바 없음

○ 국가의 예방적 기능 주장, 단 국가의 재량사항으로 남겨둠 (제 2조, 제 16조)

☞ 이상 협약의 주요내용에 비추어 볼 때, 선택의정서는 협약상의 새로운 권리를

추가하는 것으로 볼 수 없음. 다만, 국제적인 전문가 그룹과 국가의 독립적인 기구에 의한 방문을 제도화하는 것으로 판단할 수 있음.

2. 고문방지협약 선택의정서의 내용

(1) 개요

- 2002년 12월 18일 UN 총회에서 채택
찬성 127, 반대 4, 기권 42, 불참 18 (대한민국 정부 찬성표결)
- 고문방지협약의 당사국만이 서명, 비준할 수 있음
- 20번째 비준서가 유엔 사무총장에게 기탁된 날로부터 30일째 되는 날 발효
(선택의정서 제28조)
- 비준국에 대해서는 비준 또는 승인이 있는 날로부터 30일째 되는날 적용
- 2005년 7월 현재 37개국 서명 10개국 비준(대한민국 정부는 미서명 상태)

[표] 고문방지협약 선택의정서 서명 및 비준국 현황

Participant	Signature	Ratification, Accession (a)
Albania	.	1 Oct 2003 a
Argentina	30 Apr 2003	15 Nov 2004
Austria	25 Sep 2003	.
Benin	24 Feb 2005	.
Brazil	13 Oct 2003	.
Chile	6 Jun 2005	.
Costa Rica	4 Feb 2003	.
Croatia	23 Sep 2003	25 Apr 2005
Cyprus	26 Jul 2004	.
Czech Republic	13 Sep 2004	.
Denmark 1	26 Jun 2003	25 Jun 2004
Estonia	21 Sep 2004	.
Finland	23 Sep 2003	.
Gabon	15 Dec 2004	.
Guatemala	25 Sep 2003	.
Honduras	8 Dec 2004	.
Iceland	24 Sep 2003	.
Italy	20 Aug 2003	.
Liberia	.	22 Sep 2004 a
Liechtenstein	24 Jun 2005	.
Luxembourg	13 Jan 2005	.
Madagascar	24 Sep 2003	.
Mali	19 Jan 2004	12 May 2005
Malta	24 Sep 2003	24 Sep 2003
Mauritius	.	21 Jun 2005 a
Mexico	23 Sep 2003	11 Apr 2005
Netherlands	3 Jun 2005	.
New Zealand	23 Sep 2003	.
Norway	24 Sep 2003	.
Paraguay	22 Sep 2004	.
Poland	5 Apr 2004	.
Romania	24 Sep 2003	.
Senegal	4 Feb 2003	.
Serbia and Montenegro	25 Sep 2003	.
Sierra Leone	26 Sep 2003	.
Spain	13 Apr 2005	.

출처: http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9_b.htm

(2) 선택의정서의 목적

- 선택의정서는 “필요할시 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌을 방지하기 위해 구금된 사람들의 보호 강화”에 초점을 두며
- 이를 위해 “독립적인 국제 및 국내 기구에 의한 구금시설에 대한 정기적인 방문시스템의 확립”을 목적으로 함
- 따라서, 선택의정서는 침해사실이 존재하는지 여부에 대한 선행적 판단을 배제한 형태의 절차를 통해 예방적 측면을 부각시킬뿐, 새로운 권리를 부여하거나 법률적인 조치를 추가하지 않음

(3) 기능 및 수단

- 선택의정서는 국제기구인 방지소위원회(the Sub-committee on Prevention)와 독립적인 국가기구인 국가예방기구(National Preventive Mechanism)의 방문을 결합시킴
- 선택의정서의 이같은 방문기구들은 국가의 사법권과 감독하에 있는 어떤 장소
 - “공권력의 명령 또는 교사 동의, 묵인에 의해 자유를 박탈당하고 구금되거나 구금될 수 있는 시설”도 방문할 수 있음(선택의정서 제 4조 1항)
- 이상의 조항에서 ‘자유박탈’을 “개인의 자유의지에 의해 떠나는 것이 허용되지 않는 사법적, 행정적 또는 그밖의 공적 권력에 의한 공공 또는 사적인 유치 상태를 막론한 어떤 형태의 구금 또는 수감 또는 배치”(제 4조 2항)로

규정함. 따라서 현실에서는 공적, 사적 기관을 막론하고 개인을 보호, 구금하는 광범위한 시설이 방문대상에 해당할 수 있음

- 경찰서 및 유치장/ 구치감 및 구치소/ 교도소/ 청소년 교정시설/ 외국인 보호소/ 정신병원

(4) 방지소위원회

○ 구성

- 비준당사국이 50개국일때까지는 10명의 위원으로 구성, 그 이상일 경우 25명으로 확대
- 비준 당사국에 의해 매우 엄격한 절차에 따라 선출
- 구성의 균형: 지역, 사법제도, 성 및 한 국가에서 한명이상 선출되지 않도록 안배
- 재임 가능한 4년의 임기

○ 수입사항

- 연간 계획에 따라 비준 당사국에 대한 정기적 방문 (첫 단계에서 추첨으로 결정)
- 국가예방기구 설립 및 국가예방기구의 역할증진을 위한 협력, 훈련, 조언
- 관련 UN 기구들(고문방지위원회, 특별보고관등), 지역기구들(예를 들어 고문방지 유럽위원회) 및 국가기구와의 협력

○ 방문

- 최소 2인의 위원들(전문가들 동반할 수 있음)에 의한 방문

- 입국, 구금장소에의 접근, 구금자와의 접촉 및 인터뷰, 정보제공자에 대한 제한금지 등 비준국의 의무. 단, 긴급하고 무리한 사유(국가방어, 공공안전, 자연재해)가 있는 장소에 대한 방문의 연기
- 비밀 절차 : 구금조건의 개선을 위한 권고를 포함하는 방문의 보고, 국가 및 지방 정부와의 지속적인 대화
 - 새로운 상황을 확신하기 위한 방지소위원회의 후속방문 가능
- 비준 당사국이 협조에 불응하거나 권고에 따른 조치를 취하지 않을 경우 고문방지위원회(CAT)은 보고서를 공표하는 방식으로 대응할 수 있음

(5) 국가예방기구

○ 구성

- 구성형태에 대한 세부의무사항 부과하지 않음.
 - 음브즈만, 단독 위원회, 특화된 위원회들 etc.
- 비준 국가의 의무사항: 입법적수단에 의한 설립, 재정적 독립성, 다양한 전문성, 균형된 멤버십 (인종적 또는 소수자 그룹의 적절한 대표성 포함), 인권 보호 증진을 위한 국가기구 설립의 원칙(파리원칙)에 조응

○ 방문

- 방문의 형태(정기적, 임시적, 후속방문), 빈도, 기밀성, 대화의 유연성 그러나, 방문의 어려움이 있는 경우 방지소위원회가 권고를 제기하고 국가예방기구의 권한을 강화하기 위한 관찰을 할 수 있음
- 방지소위원회에 방문보고서 제출에 대한 명시적 언급 없음. 단, 정보공유를

위한 접촉이 가능함

- 활동에 관한 연차보고서를 정부에 제출하며, 정부는 이를 출판, 배포함

(6) 기타 사항들

○ NGO와의 관계

- NGO와의 접촉, 관계에 대한 명시적 언급 없음
- 단, 선택의정서는 비준국이 방지소위원회와 국가예방기구가 '정보를 제공할 수 있는 사람, 인터뷰를 원하는 사람과의 접촉하는 기회'를 부여하는 책임을 갖는 점을 특화하고 있으며, 이것에 제한이나 편견이 없어야 함을 명시하고 있는 점으로 볼 때 개방적인 형태의 관계를 내포하고 있는 것으로 볼 수 있음.

○ 경과조치

- 국가예방기구의 설립을 위해 선택의정서 발효후 1년간의 유예기간을 둠
- 당사국이 의정서의 비준에 기초해 3년간 (방지소위, 국가예방기구) 둘 중 하나의 기구를 연기하는 선언을 할 수 있도록 부여함.(고문방지위원회와의 협정에 따라 5년까지 연기가능)

○ 기타조항

- 선택의정서의 조항에 대한 유보(reservation) 허용되지 않음
- 방지소위원회의 재원은 UN의 일반예산으로 조달함
- 방지소위의 권고 이행 재원 또는 국가 예방기구의 교육프로그램 지원을 위한 자발적 기여를 통한 특별기금 설치

- 국제인도주의법과의 일치성: ICRC 방문에 있어서의 특권 유지

3. 고문방지 선택의정서의 의의 및 특징

(1) 예방적 초점

- 사후적인 조사, 제재가 아닌 사전적인 예방에 초점
- UN 인권메커니즘내의 독특한 제도, 유엔인권협약의 진화

(2) 국제기구와 국가기구의 중층적 접근

- 국제적인 방지소위원회와 국가예방기구 방문의 결합
- 국제 방지소위와 국가기구간 폭넓은 협력, 정보소통의 장치마련
- 국제인권조약 국가 이행의 실효성의 한계를 극복하는 발상
- 국제적 기준의 국가적 이행을 보장하는 실효적 장치

(3) 건설적 대화의 원칙

- 당사국과 방지소위, 당사국과 국가예방기구간의 대화의 원칙
- 당사국과 방문기구의 건설적 대화를 통한 예방효과 제고

(4) 구속력의 제고

- 선택의정서 조항의 유보 불가
- 국가예방기구의 설립의무 및 방문의 권한 부여 (최소한의 유연한 권한)
- 방지소위원회의 국가방문 사전동의 배제 및 예방차원의 정기방문

4. 국내도입의 검토사항

(1) 정부 태도변화

- 한국정부는 1995년 ‘고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’(이하 고문방지협약)을 비준함으로써 협약국의 지위를 획득했으며, 협약 제 19조의 규정에 따라 지난 1996년과 2005년 초 두차례의 국가보고서를 제출한 바 있음.
 - 그러나, 한국정부는 지난 2002년 UN 총회에서 채택된 ‘고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 선택의정서’(이하 선택의정서)는 채택 당시 찬성표결에도 불구하고 비준은 물론 아직 서명조차 하지 않고 있음.
 - 현재까지, 국가주권 및 안보 등의 이유로 이 협약의 서명, 비준을 유보하는 듯한 입장, 태도가 명시적으로 드러난 바 없으나, 협약채택 3년이 경과하고 있는 시점까지 특별한 이유없이 이를 미루는 것은 유엔인권위원회 회원국으로써 적합한 태도로 볼 수 없음.
 - 특히 국가인권기구가 설립되어 (사후적인 차원이지만) 구금시설에 대한 일상
- 234 고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석

적인 방문, 조사 등이 이루어지고 있는 마당에 더 이상 이 협약의 비준을 미를 하등의 이유가 없다고 판단되며, 조속한 시일내에 비준 절차를 추진할 필요.

(2) 국내법제도 및 절차와의 조응여부

- 대한민국정부는 선택의정서의 모범이라 할 수 있는 고문방지협약상의 어떤 조항 및 위원회의 권한에 대해서 유보하거나 배제하는 선언을 한 바 없음. 따라서, 현재로도 고문방지위원회(CAT)의 사후방문의 가능성은 발표문에서도 기술하고 있듯, 제도적으로 존재함.
- 고문방지협약은 국제관습법상의 강행법규로 인정되지만, 선택의정서는 그 이행절차를 보완한 것으로 국내적 효력을 갖기 위해서는 명시적 비준이 필요함. 대한민국 정부가 이를 비준하면, 이는 헌법 제 6조 1항에 따라 국내법과 같은 효력을 발휘하며, 기존 국내 관련 법령보다 우선하는 지위 확보함.
- 또한 헌법과 형법, 형사소송법 등도 고문을 금지하거나 고문에 의한 자백의 증거능력을 인정하지 않고 있으며, 국가인권위원회법에 따라 고문피해에 대한 조사 등을 할 수 있으므로 국내법령과의 충돌은 없다고 보여짐.
- 문제는 이 협약상의 국가방문권 등이 국가주권 및 국가안보 등을 저해할 수 있다는 '정치적인 판단과 이유'인데, 이는 매우 고답적이고 과장된 논리일뿐 더러 협약이 명시하는 방지소위원회의 방문에 따르는 국가의 의무들로 볼 때 도 국가주권과 안보에 실질적 위협이 될 소지가 있는 사항은 없는 것으로 보여짐.

(3) 국가예방기구의 주체

- 선택의정서는 당사국이 하나 이상의 국가예방기구를 구성하도록 하고 있음
- 현재 국내 구금시설 및 보호시설의 운영 및 관리, 감독은 법무부, 경찰청, 군, 보건복지부 등이 연관되어 있으며, 사전적, 사후적 방문 또는 점검을 하고 있는 기관은 법무부, 군당국, 국가인권위원회 등이 해당함.
- 선택의정서는 국가예방기구의 구성형태에 대해서는 특별한 제약이 없으나, 앞서 살펴본 바처럼 입법적 수단 의한 설립, 독립성, 재정자립성 등 법적지위와 위상에 관한 제한을 두고 있음. 따라서, 구금 및 보호를 직접 담당하는 정부 집행기구가 예방기구로서의 역할을 담당하는 것은 독립성의 원칙과 충돌함.
- 결국, 국가인권위원회에 조사차원의 사후적 방문만이 아닌 사전예방기능을 부여하거나, 별도의 입법을 통한 음부즈만형태 또는 독립기구형태의 국가예방기구를 구성하는 것이 현실적인 방안이 될 듯.
- 행정, 예산상의 효율성을 고려한다면, 이 협약이 비준될 시 이미 법에 의해 설립되었고 독립적 위상을 확보하고 있는 국가인권위원회에 국가예방기구로서의 역할을 부여하는 것을 검토할 수 있으며(국가인권위원회법의 조사권한에 대한 정비 필요)
- 복수의 예방기구 설립 조항에 따라 민간 또는 여타 독립적 형태의 방문기구를 둘 수 있는 점을 감안할 때, 인권 NGO 또는 전문가 등 민간의 방문기구를 두는 방안도 검토할 수 있음. 그러나, 고문과 관련해 그 같은 공신력을 확보

한 국내의 단체 및 전문가 집단이 아직 없을뿐더러, 입법적 절차가 따라야 하는 점에서 현실적으로는 다소 무리일 것으로 판단됨.

(4) NGO의 역할

- 고문방지협약과 관련해 그간 국내 인권단체 등 NGO들은 지난 1996년 협약 비준이후 첫 국가보고서 제출시 이에 대한 반박보고서를 제출하고 국내의 고문 및 그와 유사한 인권침해 실태를 고발 한 바 있음. 올해 초 제출된 2차 국가보고서의 검토 및 반박보고서등 구체적 활동 계획은 확인된 바 없으나, 민변 등 인권단체들을 중심으로 대응의 움직임이 있는 것으로 파악됨.
- 이와는 별개로, ‘고문등정치폭력피해자를돕는모임’ 등에서 고문피해 실태를 고발하고 피해자들의 치유와 재활을 위한 기관설립 등의 활동도 진행되고 있음.
- 고문방지협약 선택의정서 채택에 대해서도 간간히 인권시민사회단체들의 주장이 제기되었으나 본격적인 협약비준을 위한 활동은 진행된 바 없음. 선택의정서가 이미 국제적 기준으로 채택된 협약의 일부라는 점을 감안할 때, 국제인권메커니즘의 발전 및 국내적 수용이라는 관점에서 NGO들의 보다 활발한 협약비준 촉구활동이 요구되는 시점임.

* * *