

재중 탈북자 보호와 고문방지협약*

이 규 창**

◀ 목 차 ▶

I. 서론	III. 고문방지협약의 고문의 정의와 탈북자들에 대한 고문 여부
II. 고문방지협약 제3조와 난민협약 제33조	
1. 고문방지협약 제3조와 난민협약 제33조의 규정 비교	1. 행위의 양태
2. 재중 탈북자의 협약난민에의 해당 여부	2. 행위의 주체
3. 소결	3. 합법적 제재조치의 예외
	4. 행위의 고의 및 목적
	5. 소결
	IV. 결론

I. 서론

1990년 이후 북한을 탈출하여 중국이나 러시아 등 제3국에 불법 체류하고 있는 탈북자들이 상당수에 이르고 있는 것으로 추정되고 있다. 이들은 불안정한 신분상 공개적으로 도움을 청할 수 없는 상황에 처해 있기 때문에 정확한 실태파악이 불가능하다. 적게는 중국 정부가 대략 1만 정도로 추산하고 있으나 많게는 중국 현지에서 탈북자들을 지원하고 있는 민간단체들이 10만~30만 명에 이를 것으로 추정하고 있다. 한국 정부는 제3국에 소재하고 있는 탈북자들이 약 10,000~30,000명 수준으로 추정된다고 발표하였다.¹⁾ 북

· 투고일 : 2006년 4월 5일, 심사일 : 2006년 5월 19일, 심사완료일 : 2006년 6월 9일.

* 이 글은 2006년 3월 25일 개최된 2006년도 대한국제법학회 제1차 학술연구세미나에서 발표한 글을 일부 수정·보완한 것입니다.

** 대법원 특수사법제도연구위원회 조사위원.

한과 중국 간에는 1960년대 초 비밀리에 「중국·북한 탈북자 범죄인 상호인도협정」(일명 밀입국자 송환협정)이 체결된 것으로 알려져 있다.²⁾ 또한 양국은 1986년 8월 12일 중국 단둥에서 「중국과 북한간 변경지역의 국가안전과 사회질서 유지업무를 위한 상호협력 의정서」를 체결하였다.³⁾ 중국 국무원 산하 국제 연구소가 동북3성 지역 국경도시를 실사한 후 작성한 보고서에 의하면 중국 당국이 북한으로 송환한 탈북자 수는 1996년 589명, 1997년 5,439명, 1998년 6,300명으로 매년 증가하고 있는 것으로 나타나 있으며,⁴⁾ 미국의 비영리 인권단체인 난민위원회(USCR)는 2000년 6월에 1만 5천명이 강제로 북한에 송환되는 등 한 해 동안 최소한 6천명이 송환됐다고 밝혔다.⁵⁾ 이 글의 목적은 이러한 중국 측의 탈북자 송환행위가 고문방지협약⁶⁾ 제3조에서 규정하고 있는 강제송환금지에 위반되는가의 여부를 검토하는 데 있다. 고문방지협약이 재중 탈북자 강제송환금지의 국제법적 근거로서 가능한지, 가능하지 않다면 어떤 문제점이 있는지를 분석하고자 한다.

한편, 본 연구가 필요한가 하는 의문이 제기될 수 있다. 왜냐하면 잘 알려져 있는 바와 같이 난민협약⁷⁾ 제33조도 강제송환을 금지하고 있기 때문이다. 본문에서 자세히 살펴볼 것지만 탈북자가 난민협약에서 정의하고 난민(소위 “협약난민”)에 해당하는가에 대해서는 견해 차이가 있다. 만일 재중 탈북자가 협약난민에 해당된다고 본다면 난민협약에서도 재중 탈북자의 강제송환금지에 대한 국제법적 근거를 찾을 수 있기 때문에 본 연구의 필요성은 크게 느껴지지 않을 수 있다. 그러나 반대로 재중 탈북자가 협약난민에 해당되지 않

1) 통일연구원, 『북한인권백서 2005』 (서울: 통일연구원, 2005), 244-245면.

2) 통일연구원, 상계서, 260면.

3) 동 의정서는 북한과 중국 양국이 공개하지 않던 것을 일본의 북한문제 비정부 단체의 간행물을 통해 알려지게 되었다. 동 의정서는 주민의 불법월경 방지업무에 관한 쌍방의 상호 협력(제4조), 범죄자 처리문제의 상호 협력(제5조)등을 규정하고 있다. 동 의정서는 정일영·박춘호(공편), 『한·중 수교 십년 중국국적 조선족과 탈북난민 문제』(서울: 백상재단, 2003), 251면 이하에 부록으로 수록되어 있다.

4) 통일연구원, 전계서, 245면.

5) 통일연구원, 전계서, 261-262면.

6) 정식 명칭은 「고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약」(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)이다. 채택일: 1984년 12월 10일, 발효일: 1987년 6월 26일, 대한민국 발효일: 1995년 2월 8일(조약 제1272호). 외교통상부<www.mofat.go.kr>, 조약국: 조약정보(검색일: 2006년 3월 5일).

7) 정식 명칭은 「난민의 지위에 관한 협약」(Convention relating to the Status of Refugees)이다. 채택일: 1951년 7월 28일, 발효일: 1954년 4월 22일, 대한민국 발효일: 1993년 3월 3일(조약 제1166호). 외교통상부, 전계주 6.

는다고 이해하는 경우에는 적절히 지적되고 있는 바와 같이 국제인권법 쪽에서 탈북자의 보호 방법을 찾아야 하기 때문에⁸⁾ 본 연구는 재중 탈북자의 인권 보호에 있어 중요한 의미를 갖는다고 말할 수 있다. 아래에서는 먼저 강제송환을 금지하고 있는 난민협약 제33조와 고문방지협약 제3조의 규정을 비교하고(Ⅱ), 이어 고문방지협약상의 고문 정의의 분석을 통해 중국에서 강제송환된 탈북자들에 대해 고문이 행해지고 있는지의 여부와 문제점들을 검토한 후(Ⅲ), 마지막으로 결론을 내리고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 고문방지협약 제3조와 난민협약 제33조

1. 고문방지협약 제3조와 난민협약 제33조의 규정 비교

고문방지협약상의 강제송환금지규정은 난민협약상의 강제송환금지규정을 토대로 하여 만들어졌다.⁹⁾ 양 규정은 다음과 같다.

난민협약 제33조	고문방지협약 제3조
제1항 체약국은 난민을 어떠한 방법으로도 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단예의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 그 생명이나 자유가 위협받을 우려가 있는 영역의 국경으로 추방하거나 송환하여서는 아니된다.	제1항 어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니된다.
제2항 체약국에 있는 난민으로서 그 국가의 안보에 위험하다고 인정되기에 충분한 상당한 이유가 있는 자 또는 특히 중대한 범죄에 관하여 유죄의 판결이 확정되고 그 국가공동체에 대하여 위험한 존재가 된 자는 이 규정의 이익을 요구하지 못 한다.	제2항 위와 같이 믿을 만한 근거가 있는지 여부를 결정하기 위하여, 권한 있는 당국은 가능한 경우 관련국가에서 현저하며 극악한 또는 대규모 인권침해 사례가 꾸준히 존재하여 왔는지 여부를 포함하여 모든 관련사항을 고려한다.

양 규정을 비교해 볼 때 몇 가지 차이점을 발견할 수 있다. 첫째, 난민협약이 대상을 협

8) 김찬규, “탈북자의 보호에 관한 국제법적 고찰”, 정일영·박춘호(공편), 전게서, 165면.

9) J. H. Burgers & H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p.125.

약난민으로 한정하고 있는 반면 고문방지협약은 개인(a person)으로 규정하고 있다. 둘째, 난민협약은 추방과 송환만을 금지하고 있는 반면 고문방지협약은 범죄인인도까지도 포함하고 있다. 범죄인인도가 포함된 이유는 개인의 신체가 다른 국가로 이송되는 모든 가능한 형태를 포괄하기 위한 의도에서였다.¹⁰⁾ 셋째, 난민협약은 인종, 종교, 국적, 특정 사회집단에의 구성원 신분 또는 정치적 의견이 원인이 되는 경우에만 추방 또는 강제송환을 금지하고 있는 반면 고문방지협약은 그러한 제한 규정을 두고 있지 않다. 넷째, 난민협약상의 강제송환금지는 예외가 있다. 즉, 난민협약 제33조 제2항에 의하면 체약국에 있는 난민으로서 그 국가의 안보에 위협하다고 인정되기에 충분한 상당한 이유가 있는 자 또는 특히 중대한 범죄에 관하여 유죄의 판결이 확정되고 그 국가공동체에 대하여 위험한 존재가 된 자는 강제송환금지규정의 이익을 요구하지 못한다. 이에 반해 고문방지협약상의 강제송환금지규정에는 이에 대응하는 예외 조항이 없다.

이상에서 난민협약 제33조와 고문방지협약 제3조의 규정을 비교해 보았다. 탈북자의 송환과 관련하여 가장 중요한 차이점은 대상에 있어서의 차이라고 할 수 있다. 위에서 언급한 바와 같이 난민협약 제33조 제1항은 협약난민만을 대상으로 하고 있는 반면 고문방지협약 제3조는 모든 개인을 대상으로 하고 있다. 그러면 재중 탈북자의 강제송환금지에 있어 고문방지협약 제3조가 난민협약 제33조보다 유용한가? 고문방지협약 제3조가 모든 개인을 대상으로 한다는 점에서 협약난민만을 대상으로 하는 난민협약 제33조보다는 적용 대상의 범위가 넓다고 말할 수 있다. 그렇다고 해서 재중 탈북자의 강제송환금지에 있어 고문방지협약 제3조가 난민협약 제33조보다 유용하다거나 효과적이라고 단언할 수는 없다. 왜냐하면 난민협약 제33조는 생명이나 자유가 ‘위협받을 우려가 있는’이라고 규정되어 있는 반면 고문방지협약 제3조는 ‘고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거’라고 하여 보다 엄격한 요건을 요구하고 있기 때문이다.

그러면 재중 탈북자들이 협약난민에 해당된다고 볼 수 있는가? 이 문제에 대해서는 항을 바꾸어 살펴본다.

10) D. Weissbrodt & I. Hortreiter, “The Principle of Non-Refoulement”, *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 5(1999), pp.7-8.

2. 재중 탈북자의 협약난민에의 해당 여부

난민의 개념에 대해서는 정치적 난민, 전쟁난민, 경제적 난민, 인도적 난민, 위임난민 등이 있으며,¹¹⁾ 최근에는 환경 파괴 또는 환경 조건의 악화로 고향을 떠나야만 하는 사람들을 일컫는 소위 ‘환경 난민’(environmental refugee) 또는 ‘생태적 난민’(ecological refugee)의 개념도 등장하고 있다.¹²⁾ 또한 난민협약과 지역적인 차원에서 채택된 난민관련 국제문서에서의 난민의 정의가 조금씩 차이가 나기 때문에 난민의 정의는 결코 쉽지 않다.¹³⁾ 그러나 재중 탈북자가 강제송환금지의 대상이 되는가의 요체는 그들이 협약난민에 해당되는가의 여부에 달려 있다고 말할 수 있다. 해외 탈북자가 협약난민에 해당되는가에 대해 국내 학자들 간에 의견 차이를 보이고 있다. 탈북자가 협약난민에 해당하는 것으로 이해하는 견해의 예로는 ‘중국은 1951년 난민협약의 체약국이지만 탈북자를 난민으로 보호할 국제적 의무를 이행하고 있지 않다’¹⁴⁾거나 ‘탈북자들은 개별적이고 구체적인 상황에 따라 1951년 협약의 적용을 직접 받는 협약난민이나 UNHCR의 심사에 의한 위임난민의 지위 혹은 최소한 사실상의 난민 지위를 부여받아야 한다’¹⁵⁾는 입장이 있는 반면에, 반대의 견해의 예로는 ‘그들이 국제법상의 난민에는 해당하지 않는다는 뜻이며 따라서 그들에 대한 보호는 난민의 지위에 관한 협약 또는 의정서로는 불가능’하다거나¹⁶⁾ ‘탈북자는 법적으로나 현실적으로나 난민의 지위를 획득하기는 어렵다고 보여지며, 다만 UNHCR의 관행에 비추어 볼 때 광의의 난민으로서 인도주의적 보호의 대상이 된다’¹⁷⁾는 입장들이 있다.

11) 제성호, “해외 탈북자의 법적 지위와 처리 방향”, 『서울국제법연구』, 제9권 1호(2002), 43-49면.

12) 박병도, “환경난민의 법적 지위”, 『국제법학회논총』, 제47권 제3호(2002. 12), 121-144면.

13) 보편적·지역적 성격의 국제문서에서의 난민 정의에 관한 상세한 내용은 다음 문헌들을 참조. B. S. Chimni(ed.), *International Refugee Law*(2000), pp.1-81; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*(2nd ed., 1996), pp.3-31. 한편, 난민 개념의 변화 내지는 再考에 대해서는 F. Nicholson & P. Twomey(eds.), *Refugee Rights and Realities*(1999), pp.13-150 참조.

14) 장복희, “대량 탈북난민에 대한 국제법적 보호”, 정일영·박춘호(공편), 전게서, 191면.

15) 이용중, “국제난민법과 탈북자 보호”, 정일영·박춘호(공편), 전게서, 141면. 밑줄은 필자에 의한 것임.

16) 김찬규, “탈북자의 보호에 관한 국제법적 고찰”, 정일영·박춘호(공편), 전게서, 165면.

17) 이호진, “탈북자문제의 국제법적 고찰: 이상과 현실”, 오윤경 외, 『21세기 현대 국제법질서』, 개정판(서울: 박영사, 2001), 262면. 밑줄은 필자에 의한 것임.

난민협약 제1조 A(2)는 난민의 요건 가운데 하나로 박해로 인한 공포를 요구하고 있으며 그 사유는 인종, 종교, 국적, 특정사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견의 다섯 가지를 규정하고 있다. 그런데 탈북자들은 경제적인 이유에서 탈북하는 경우가 많기 때문에 협약난민으로 보기는 어렵다. 가령 식량난이 가장 심각했던 것으로 알려진 1996년~1997년의 위기 상황으로 인해 1997년~1998년에는 아사상태를 모면하기 위해 단순히 식량을 찾아 국경을 넘는 대량 탈북이 이루어졌다.¹⁸⁾ 2004년 6월말 현재 탈북동기 현황을 보더라도 생활고가 전체 4,075명 가운데 2,263명으로 절반 이상을 차지하고 있는 것으로 나타나고 있다.¹⁹⁾ 반면 경우에 따라서는 탈북자들의 탈북 동기가 난민협약에 규정되어 있는 박해 사유에 해당하는 것으로 해석될 수 있다. 즉 난민협약은 박해로 인한 공포의 사유 가운데 하나로 특정사회집단의 구성원 신분을 들고 있는데 동요계층 또는 적대계층에 속하는 북한주민들이 여기에 해당된다는 해석이 가능하다. 북한당국은 전 주민을 크게 핵심군중(핵심계층), 기본군중(동요계층), 복잡군중(적대계층) 등 3계층으로 분류하고 있다. 핵심계층은 전체 인구의 28%, 동요계층은 45%, 적대계층은 27%를 차지하고 있으며 이들을 다시 51개 부류로 나누고 교육혜택이나 핵심간부 선발시 출신성분에 따라 차별을 하고 있는 것으로 나타나고 있다. 또한 북한 당국은 주민들의 출신성분에 따라 거주지역을 차등화하거나 강제이주시키고 있다. 특히 범죄자나 탈북자, 성분 불량자 가족들은 산간오지로 강제이주당하고 있다.²⁰⁾ 난민협약은 정치적 의견도 사유 가운데 하나로 규정하고 있는데 성분불량, 문책 등에 의한 숙청 또는 강등대상자인 경우, 범법자로서 극한처벌 대상자가 여기에 해당된다고 볼 수 있다. 재중 탈북자의 경우 이들의 탈북 동기는 식량난, 성분불량, 문책 등에 의한 숙청 또는 강등대상자인 경우, 범법자로서 극한처벌 대상자, 친척방문을 이유로 출국해 불법 체류하는 경우로 분류되고 있다.²¹⁾ 또한 1998년에 개정된 북한 사회주의헌법 제68조는 북한 공민이 신앙의 자유를 가진다고 규정하고 있으나 최근의 보고에 따르면 북한당국은 건국 이래 종교탄압을 꾸준히 실시해 왔으며, 특히 기독교인들을 엄하게 처벌하고 있는 것으로 나타나고 있다. 국내에 정착해 있는 한 탈북

18) 국회사무처 예산정책국, 『2001년도 국정감사자료집-통일외교통상위원회 소관』 (2001. 9), 235면.

19) 2004년 6월말 현재 탈북동기별 현황은 전체 4,075명 가운데 생활고 2,263명(55.53%), 처벌우려 356명(8.74%), 체제불만 367명(9.01%), 동반탈북 823명(20.2%), 중국정착 105명(2.58%), 가정불화 135명(3.31%), 기타 26명(0.64%)이다. 통일연구원, 전게서, 254면.

20) 통일연구원, 전게서, 80-92면.

21) 김구섭, “탈북러시 붕괴의 전조인가”, 『신동아』, 통권 제440호(1996. 5), 648-649면.

자(또는 새터민)²²⁾의 증언에 의하면 북한당국은 3년간이나 미행을 하여 지하교회를 적발한 적이 있다고 한다.²³⁾ 미국 국무성이 2004년 9월 15일 발표한 ‘국제종교자유보고서 2004’에서도 북한을 종교의 자유가 없는 ‘특별관심대상국’(Country of Particular Concern)으로 지정하였으며,²⁴⁾ 미국의 부시 대통령에 의해 서명된 미국의 북한인권법도 북한에는 진정한 종교의 자유가 존재하지 않으며, 북한은 체포·징역·고문과 때로는 사형에 의해 공적·사적 종교 활동을 심하게 억압하고 있다고 규정하고 있다.²⁵⁾ 따라서 만일 북한 주민이 종교를 이유로 박해받을 공포 때문에 북한을 탈출하였다면 이는 협약난민에 해당된다는 해석이 가능하다.

그런데 문제는 난민협약이 난민지위의 결정에 관한 구체적인 규정을 두지 않은 채 이 문제를 체약국의 국내법에 맡기고 있다는 데 있다. 이것은 난민지위의 결정을 위해 어떤 절차를 도입할 것인지의 문제가 각 체약국의 국내법에 맡겨져 있다는 것을 의미한다.²⁶⁾ 다시 말해 탈북자가 난민협약상의 난민 요건을 충족한다고 하더라도 난민 지위를 부여할 것인가는 체약국에 의해 좌우된다는 데에 문제가 있다.

3. 소결

난민협약의 해석상 탈북자들이 난민협약에서 박해 사유로 규정하고 있는 종교, 특정사회집단 등의 구성원 신분, 정치적 의견 때문에 탈북하는 경우에는 협약난민에 해당될 수도 있다. 실제로 유럽 몇몇 나라와 미국은 탈북자들에게 난민지위를 인정하고 있다.²⁷⁾ 그러나 재중 탈북자들의 경우 협약난민의 지위 판정은 어디까지나 영토국인 중국정부가 담당

22) 국내에 정착해 있는 탈북자들을 ‘새터민’이라고도 하는데 이 용어는 북한이탈주민 또는 탈북자라는 용어를 2004년도에 국민 의견 수렴을 거쳐 선정한 대체 용어이다. 통일부, 『통일백서 2005』(서울: 통일부, 2005), 171면.

23) 통일연구원, 전게서, 114면, 122-123면.

24) 통일부, 전게서, 180면.

25) 미국의 2004년 북한인권법(North Korean Human Rights Act) Sec.3(10).

26) 김대순, 『국제법론』, 제10판(서울: 삼영사, 2005), 644면.

27) 보도에 의하면 난민지위를 인정받은 탈북자 320명이 2004년 현재 서유럽 5개국에 거주하고 있는 것으로 집계되었는데 국가별로는 독일(276명), 영국(17명), 네덜란드(15명), 덴마크(7명), 아일랜드(5명)이라고 한다. 조선일보 통한문제연구소<nk.chosun.com>, “탈북난민 320명 서유럽 5개국 거주”(검색일: 2006년 3월 10일). 또한 미국도 2004년 북한인권법이 제정된 이후 처음으로 탈북자 6명에게 난민지위를 인정한 것으로 보도되고 있다. 조선일보, 2006. 5. 8, A6면.

하기 때문에 중국의 정치적인 재량이 상당히 개입함을 부인하기 어렵다.²⁸⁾ 중국은 1999년부터 탈북자를 난민이 아니라 ‘식량유민’으로 규정하고 있다.²⁹⁾ 또한 북한 주민은 소위 영토조항으로 불리고 있는 헌법 제3조의 해석상 한국 국민으로 간주되기 때문에 한국 국민이 아닌 제3국 국적인에게 부여되는 국제법상 난민제도를 탈북자에게 적용하기 어려운 문제점도 내재되어 있다.³⁰⁾ 이에 반해 고문방지협약 제3조는 적용대상을 단순히 개인이라고만 규정하고 있기 때문에 탈북자 문제에 적용하는데 별다른 어려움이 없다. 다시 말해 적용 대상에 있어서는 고문방지협약이 난민협약보다는 유리하다.

한편, 고문방지협약 제3조가 국제관습법적인 효력을 갖는지 아니면 단순히 협약 당사국만 구속하는 약정적인 효력만을 갖는지가 문제될 수 있다.³¹⁾ 그러나 약정적인 효력만을 갖는다고 보더라도 중국은 고문방지협약의 당사국이기 때문에 동 협약 제3조의 규정을 준수할 국제법상의 의무가 있다.³²⁾ 그런데 중국에 의한 고문방지협약 제3조 위반이 성립하기 위해서는 중국에서 북한으로 강제송환된 탈북자들이 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있어야 한다. 여기서 고문이 무엇을 의미하는지가 중요한 문제로 부각되는데 고문방지협약은 제1조 제1항에서 고문을 정의하고 있다. 아래에서는 항을 바꾸어 중국에서 북한으로 강제송환된 탈북자들이 고문방지협약에서 정의하고 있는 고문을 당하고 있는지의 문제를 분석한다.

Ⅲ. 고문방지협약의 고문의 정의와 탈북자들에 대한 고문 여부

고문방지협약 제1조 제1항은 고문을 다음과 같이 정의하고 있다.

이 협약의 목적상 “고문”이라 함은 공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또

28) 제성호, 전제논문, 51면.

29) 통일연구원, 전제서, 262면.

30) 박기갑, “국제법과 한국: 과거에서 미래로”, 『국제법평론』, 통권 제19호(2003), 16면. 참고로 2004년 미국 북한인권법 제302조(b)는 난민지위 자격에 있어 북한 주민은 한국 국민으로 간주되지 않는다고 규정하고 있다.

31) 고문방지협약 제3조의 법적인 성질인 대해서는 줄저, 『추방과 외국인 인권』(파주: 한국학술정보, 2006), 298-299면 참조.

32) 중국의 고문방지협약 서명일: 1986년 12월 12일, 비준일: 1988년 10월 4일. United Nations, Treaty Collection<untreaty.un.org/English/access.asp>, Status of Multilateral treaties deposited with the Secretary-General(검색일: 2006년 3월 6일).

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 또는 정신적 고통을 가하는 행위를 말한다. 다만, 합법적 제재조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수되는 고통은 고문에 포함되지 않는다.

위의 고문의 정의는 크게 행위의 양태, 행위의 주체, 행위의 객체, 행위의 고의 및 목적으로 나눌 수 있으며 이러한 행위들이 합법적인 제재조치가 아니어야 한다. 이 가운데 행위의 객체에 대해서는 단순히 개인(a person)이라고만 규정되어 있기 때문에 해석상 별다른 어려움이 없다. 따라서 아래에서는 그 밖의 요소들의 성립가능성에 대해 분석한다.

1. 행위의 양태

고문방지협약 제1조 제1항에서 정의하고 있는 고문이 되기 위한 행위는 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하는 행위이다. 1986년 유엔의 고문에 관한 특별보고관(Special Rapporteur on Torture)을 역임했던 Kooijmans는 유엔인권위원회에 제출한 보고서에서 신체적 고통의 예로서 구타, 손톱이나 발톱 등의 추출, 불로 지지기, 전기 충격, 매달기, 질식시키기, 과도한 빛이나 소음에의 노출, 성적 공격, 감금이나 정신적 수용시설에서의 약물요법, 휴식이나 수면의 장기간 거부, 음식물의 장기간 공급거부, 충분한 위생의 장기간 공급거부, 의료적 지원의 장기간 공급거부 등을 들고 있다.³³⁾ 또한 작위 뿐만 아니라 부작위도 신체적 고통에 해당할 수 있다. 고문방지협약은 적극적인 행위(act)만을 언급하고 있지 부작위는 언급하고 있지 않다. 물론 고문이 되기 위해서는 작위가 통상적이거나 고문방지협약 제1조는 특별한 경우에 부작위도 고문에 해당할 수 있다는 것을 배제하고 있다고 보여지지는 않는다.³⁴⁾ 특히 주목해서 볼 필요가 있는 것은 고문방지협약 제1조가 신체적 ‘또는 정신적’ 고통이라고 규정함으로써 육체에 대한 직접적이고 물리적인 고

33) UN Doc. E/CN.4/1986/15(Report by the Special Rapporteur, Mr Kooijmans, appointed pursuant to Commission on Human Rights resolution 1985/33). para.119.

34) 최태현, “고문방지협약”, 『국제인권법』, 창간호(1996), 147면.

통뿐만 아니라 정신적인 고통도 행위의 양태에 포함시키고 있다는 점이다. 고문에는 두 가지 형태, 즉 신체적 고문과 심리적(psychological) 내지는 정신적(mental) 고문이 있는데 이 두 가지 형태의 고문은 상호 밀접하게 관련되어 있다.³⁵⁾ 김태천 판사는 정신적 요소를 포함하는 고문 또는 부당한 처우에 해당하는 행위유형의 예로 모의 매장, 모의 집행, 구타 및 음식제공의 박탈 행위, 비인간적 처우에 해당할 수 있는 행동을 하려는 듯한 위협 행위, 강간을 할 듯한 위협 행위, 신체의 일부를 잘라내겠다는 위협 행위, 본인을 살해하겠다고 위협하는 행위, 다른 피해자들의 고문장면을 보여주는 행위, 정보를 제공하지 않으면 제3자를 살해하겠다는 위협 행위 등을 들고 있다.³⁶⁾ 한편, 신체적 고통 또는 정신적 고통이 극심한가의 여부는 개별적인 사안의 상황을 고려해야 한다. 또한 고통의 극심성은 피해자의 육체적 상태와 정신적 저항력 등의 상황에 따라 상대적이라 할 것이므로 이에 관한 판단은 부당한 처우의 지속기간, 정신적 및 육체적 효과, 경우에 따라서는 피해자의 성별, 연령 및 건강상태 등 모든 상황을 고려해야 한다.³⁷⁾

북한으로 강제송환된 탈북자들에 대한 극심한 신체적 또는 정신적 고통이 존재하는가의 여부를 알기 위해서는 먼저 이들의 인권침해 실태를 살펴볼 필요가 있다. 1998년에 개정되기 이전의 북한 사회주의헌법 제86조는 조국과 인민을 배반하는 것은 가장 큰 죄악이며 조국과 인민을 배반하는 자는 법에 따라 엄중히 처벌한다고 규정하고 있다. 이에 따라 북한당국은 송환된 탈북자들을 초기에는 정치범으로 간주하여 정치범 수용소에 특별관리하고, 가족들을 통제구역으로 강제이주하였다. 그러나 탈북자의 수가 급증하자 탈북 이후 체류기간과 탈북동기에 따라 처벌강도를 달리하여 왔다.³⁸⁾ 특히 1987년 형법 제47조는 탈북을 조국반역행위로 규정하여 7년 이상의 노동교화형에 처한다고 명시하고 있는 반면 1999년 형법은 탈북행위를 두 가지 유형으로 나누어 단순월경행위 즉 ‘비법적으로 국경을 넘는 자’는 3년 이하의 노동교화형에 처한다고 규정하고(제117조), 공화국전복목적탈출행위는 ‘공민이 공화국을 전복할 목적 밑에 다른 나라로 도망치는 것과 같은 행위를 한 경우에는 5년 이상 10년 이하의 노동교화형에 처한다. 정상이 무거운 경우에는 10년 이상의 노동교화형 또는 사형 및 전부의 재산몰수형에 처한다’고 규정하고 있다. 북한 형법은

35) UN Doc. E/CN.4/1986/15, para.118.

36) 김태천, “고문방지협약상 규정과 국내형사법체계와의 조화 및 충돌”, 국가인권위원회 주최 『고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석』 세미나 발제문(2005. 7. 28), 33면.

37) 김태천, 상개논문, 12면.

38) 통일연구원, 전개서, 248면.

2004년 4월 29일 최고인민회의 상임위원회 정령 432호로 개정(제5차 개정)된 바 있는데,³⁹⁾ 개정된 북한 형법 제62조는 ‘조국반역죄’를 ‘국민이 조국을 배반하고 다른 나라로 도망쳤거나 투항, 변절하였거나 비밀을 넘겨준 조국반역행위를 한 경우에는 5년 이상의 노동교화형에 처한다. 정상이 특히 무거운 경우에는 무기로노동교화형 또는 사형 및 재산몰수형에 처한다’고 명시하고 있다. 그러나 2004년 형법 제4조(조국과 민족반역행위를 누워친자의 처리원칙)는 ‘국가는 조국과 민족을 반역한 행위를 한자라 하더라도 조국통일을 위하여 적극적으로 나서는 경우에는 과거를 묻지 않으며, 형사책임을 추궁하지 않도록 한다’고 규정하고 있다. 또한 동법 제5조는 자수자의 처리원칙이라고 해서 ‘국가는 범죄를 저지른 자라 하더라도 자기의 잘못을 진심으로 뉘우치고 자수한 자에 대하여서는 관대히 용서한다’고 규정하고 있다. 탈북자들의 탈북은 귀환 시 정치적 처벌이 명백한 경우와 정치적 처벌보다는 단순처벌 후 석방될 경우로 나누어 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 여기서 특히 문제가 되는 것은 강제송환된 탈북자들이 정치적 처벌을 받는 경우이다. 탈북자들의 증언에 따르면 북한에서 정당한 법적 절차를 거치지 않고 피의자를 구금하거나 고문을 자행하는 등 실체에 있어서는 비인간적인 처우가 만연되어 있다고 한다.⁴¹⁾ 한 탈북자는 ‘북한으로 송환되어 감옥에 수감되었을 때 주리를 틀고 두 팔 평형으로 들게 하고 조금만 움직여도 물매가 안겨지고 말하면 ‘거짓말이다’ 하고, 입 다물면 ‘주둥이 붙었는가’하고 생트집이니 이래도 맞고 저래도 맞을 바엔 입을 완전히 다무는 것이 상책이었다’며 증언하고 있다.⁴²⁾ 북한으로 강제송환된 탈북자들에 대해 신체적 고통이 이루어지고 있다는 것은 유엔인권위원회와 유엔총회의 대북인권결의에서도 확인할 수 있다. 유엔인권위원회는 2003년과 2004년, 2005년 세 차례에 걸쳐 북한 인권상황에 대한 결의를 채택한 바 있는데⁴³⁾ 2004년과 2005년의 결의에서 해외에서 송환된 탈북자들에 대한 고문에 대해 깊은 우려를 표명하고 있다. 해당 부분의 원문은 다음과 같다.

39) 북한 형법은 1950년 3월 3일 최고인민회의 제5차 회의에 의해 제정, 이후 1974년 12월 19일 최고인민회의 상설회의 결정(제1차 개정), 1987년 2월 5일 최고인민회의 상설회의 결정 제2호(제2차 개정), 1995년 3월 15일 최고인민회의 상설회의 결정 제54호(제3차 개정), 1999년 8월 11일 최고인민회의 상임위원회 정령 제953호(제4차 개정)를 거쳐, 2004년 4월 29일 최고인민회의 상임위원회 정령 432호(제5차 개정)에 이르고 있다.

40) 통일연구원, 전게서, 248-251면.

41) 통일연구원, 전게서, 46-47면. 밑줄은 필자에 의한 것임.

42) 통일연구원, 전게서, 48면.

43) UN Doc. E/EN.4/RES/2003/10(2003년 4월 16일 채택), UN Doc. E/EN.4/RES/2004/13(2004년 4월 15일 채택), UN Doc. E/EN.4/RES/2005/11(2005년 4월 14일 채택).

1. *Express its deep concern* about continuing reports of systematic, widespread and grave violations of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, including:
 - (b) Sanctions on citizens of the Democratic People's Republic of Korea who have been repatriated from abroad, such as treating their departure as treason leading to punishments of internment, torture, inhuman or degrading treatment or the death penalty, and infanticide in prison and labour camp;⁴⁴⁾(밧줄은 필자에 의한 것임).

2005년 11월 17일 유엔총회에서 통과된 대북인권결의⁴⁵⁾에도 고문을 포함한 조직적이고 광범위하며 중대한 인권위반에 대해 심각한 우려를 표명하고 있다. 해당 부분의 원문은 다음과 같다.

1. *Expresses its serious concern at:*
 - (b) Continuing reports of systematic, widespread and grave violations of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, including:
 - (i) Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, public executions, extrajudicial and arbitrary detention, the absence of due process and the rule of law, the imposition of the death penalty for political reasons, the existence of a large number of prison camps and the extensive use of forced labour(밧줄은 필자에 의한 것임).

국제사면위원회도 2004년도 보고서에서 수천 명의 북한 주민들이 중국에서 체포되어 북한으로 강제송환되었는데 북한으로 송환된 사람들의 대부분은 장기적인 구금, 심문과

44) 끝부분의 'and infanticide in prison and labour camp'는 2004년 결의에는 있지만 2005년 결의에는 포함되어 있지 않다.

45) UN Doc. A/RES/60/173. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea.

고문을 당하였다고 보고하고 있으며,⁴⁶⁾ 2005년 보고서에도 중국에서 강제 송환된 탈북자들은 국가안전보위부나 인민보안성에서 운영하는 경찰서나 유치장에서 억류 또는 심문을 받았다고 보고하고 있다.⁴⁷⁾ 또한 2005년 9월에는 탈북한 죄로 북한 보위부의 고문을 받아 두 다리를 못 쓰게 된 여성이 태국에 도착, 한국행을 기다리고 있다는 기사가 보도되기도 하였다.⁴⁸⁾

한편, 육체에 대한 직접적·물리적인 고통 외에 정신적인 고통 또한 당하고 있는 것으로 증언되고 있다. 탈북자들에 따르면 1997년 이후 공개처형이 증가하였는데 그 이유는 식량난이 가중되면서 절도·강도·월경·밀수 등이 성행하여 이런 행위를 저지른 사람들을 본보기로 공개처형으로 다스렸기 때문이라고 한다.⁴⁹⁾ 조국반역죄의 경우 정치범으로 처벌될 수 있는데 정치범으로 분류되는 경우 정치범수용소에 수감된다. 많은 수용자들이 정치범수용소의 열악한 환경에 시달리며 비인간적인 대우를 받고 있다. 수용소의 열악한 환경과 고통 등을 이기지 못하고 탈출하다가 체포된 자나 보위부원에게 반항하거나 보위부원을 살해한 자는 반드시 수용자들이 지켜보는 가운데 교수형에 처하거나 총살된다.⁵⁰⁾ 북한당국이 탈북자들을 공개처형하거나 정치범수용소에 수감하는 행위는 탈북자들의 신체에 대한 직접적·물리적인 고통뿐만이 아니라 극심한 정신적인 고통을 가하는 행위에 해당된다고 볼 수 있다.

지금까지 살펴본 강제송환된 탈북자들의 인권침해 실태를 통해 알 수 있는 것은 북한당국이 탈북 행위를 단순월경과 조국반역죄에 해당하는 행위로 구분하고 탈북 이후의 체류기간과 탈북 동기에 따라 처벌강도를 달리하고 있으며 조국반역행위에 해당한다고 하더라도 누우친 자에 대해서는 형사책임을 추궁하지 않는 정책을 시행하고 있기 때문에 중국에서 강제송환된 모든 탈북자들이 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 받고 있다고는 말할

46) Amnesty International Report 2004<web.amnesty.org/report2004/index-org>: North Korea(검색일: 2005년 9월 16일).

47) Amnesty International Report 2005<web.amnesty.org/report2005/index-org>: North Korea(검색일: 2005년 9월 16일).

48) 조선일보<www.chosun.com>, “이 발없는 다리로! ... 기어서 또 탈북”(검색일: 2005년 9월 21일).

49) 북한인권시민연합, 『북한인권 Newsletter』, 제91호(2005. 4), 1면. 밑줄은 필자에 의한 것임.

50) 정치범수용소 내 인권침해 실태, 정치범의 대상 및 처벌, 정치범수용소 현황 및 운영, 수용소 조직 및 규모, 수용대상 및 절차, 수용자 생활실태, 수용소 내 공개처형 현황에 대해서는 통일연구원, 전거서, 217-236면 참조.

수 없다는 것이다. 그러나 조국반역죄에 해당되어 정치범으로 분류되는 경우에는 신체에 대한 직접적인 고통을 당하고 있으며 정치범수용소에 수감되거나 심한 경우에는 공개처형 까지도 당함으로써 극심한 정신적 고통도 겪고 있다고 말할 수 있다.

2. 행위의 주체

고문은 전통적으로 형사소송절차에서 증거를 확보하기 위해 사용되어 왔기 때문에, 고문이란 기본적으로 공무원에 의한 것만이 문제가 되어 왔다.⁵¹⁾ 고문방지협약도 고문을 정의함에 있어 ‘공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접’이라고 규정함으로써 원칙적으로 공무원에 의한 고문만을 대상으로 하고 있다.⁵²⁾ 그러나 ‘또는 이러한 자의 교사·동의·묵인 아래’라고 규정함으로써 사인의 행위라고 하더라도 공무원이나 공무 수행자의 교사나 동의 또는 묵인 하에 행해진 고문도 적용대상에 포함하고 있다. 그러나 순수하게 사인에 의해 행해진 고문은 일종의 가중된 형태의 폭행으로서 비록 피해자에 대한 결과는 같다고 할지라도 고문방지협약에서 정의하고 있는 고문에는 해당되지 않는다.⁵³⁾

탈북자의 증언에 의하면 교화소, 노동단련대, 집결소, 구류장 등 각종 구금 시설에서 고문이나 가혹행위 및 사형 등이 자행되고 있다고 한다. 그런데 신체적 고통의 일종인 구타는 주로 구금시설의 지도원이 직접 가하기보다는 지시에 따라 수감자들이 집단으로 구타하는 경우가 많다고 한다.⁵⁴⁾ 여기서 지도원이란 ‘일정한 분야의 일을 직능에 따라 독자적으로 맡아 조직하고 처리하거나 자기가 맡은 단위나 아래 단위 사업을 지도하게 되어 있는 직위 또는 그 사람’을 말한다.⁵⁵⁾ 또 다른 탈북자의 증언에 의하면 그는 탈북했다가 중국에서 체포, 송환되어 온성군 동포구류장이라고 하는 곳에 있었는데 계호들이 살창 쪽으로 끌어내가지고 살창에다가 족쇄를 걸고 사람의 손목을 걸고 공중에 띄워놓고 때로는 여

51) 최태현, 전계주 34, 145면.

52) 참고로 국제형사재판소로마규정 제7조 제2항(e)도 인도에 반하는 범죄의 하나로서 고문을 정의하고 있는데 동 조항에 의한 고문의 정의는 ‘자신의 구금 하에 있거나 통제 하에 있는 자에게 고의적으로 신체적 또는 정신적으로 고통이나 괴로움을 가하는 것을 말한다. 다만, 오히려 합법적 제재로부터 발생하거나, 이에 내재되어 있거나 또는 이에 부수하는 고통이나 괴로움은 포함되지 아니한다’고 되어 있어 고문방지협약상의 고문의 정의와는 달리 공무원의 어떠한 참가가 없는 행위도 고문에 포함시키고 있다.

53) 김태천, 전계주 36, 10면.

54) 통일연구원, 전계서, 50면.

55) 국립국어원<www.korean.go.kr>, 표준국어대사전(검색일: 2006년 3월 8일).

럿이 들어와서 구두발로 차고 손으로 때리며 짐승 취급을 했다고 한다.⁵⁶⁾ 여기서 계호(戒護)란 계호원(戒護員)이라고도 하는데 범죄자를 지키고 관리하는 임무를 맡아 수행하는 사람으로 남한의 교도관에 해당한다.⁵⁷⁾ 또한 2005년 9월에는 북한군에 붙잡힌 탈북 여성이 북한 군인에게 심문을 받으며 몽둥이로 구타를 당하는 사진이 모 방송을 통해 세상에 알려지면서 큰 충격을 주기도 하였다.⁵⁸⁾

이상의 몇 가지 사례를 통해 북한 군인이나 계호 또는 지도원들이 직접 또는 이들의 지시에 따라 간접적으로 탈북자들에게 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가해고 있다는 사실을 알 수 있다. 따라서 ‘공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사·동의·묵인 아래’라고 규정되어 있는 행위 주체의 요소도 성립된다고 볼 수 있다.

3. 합법적 제재조치의 예외

고문방지협약 제1조 단서는 합법적 제재조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수하는 고통은 고문에 포함되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 재중 탈북자나 한국 당국이 중국 정부에 대해 탈북자를 극심한 신체적 또는 정신적 고통의 위험이 있는 북한으로 강제송환하는 것은 고문방지협약 제3조 위반에 해당한다고 주장하는 경우 중국은 북한이 북한의 형법이나 형사소송법 규정을 통해 탈북자들에게 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하고 있기 때문에, 다시 말해 합법적 제재조치이기 때문에, 고문방지협약에서 정의하고 있는 고문에 해당되지 않는다고 주장할 가능성이 높다. 그러면 여기서 합법성이란 국내법에의 합치만을 의미하는가 아니면 현행의 국제적 기준에도 합치하는 것을 포함하는가? 이 문제에 대해 고문방지협약은 명백한 입장을 밝히고 있지 않다.⁵⁹⁾ 그러나 합법적이란 것은 국내법뿐만 아니라 국제법에도 합치되어야 하는 것으로 이해되어야 한다. 다시 말해 국내법 하에서 인정된 제재라도 그것이 항상 합법적인 제재가 되는 것은 아니며, 합법성의 판단은 궁극적으로 국내법이 아니라 국제법에 의해 판단되어야 한다.⁶⁰⁾ 그

56) 북한인권시민연합, 『생명과 인권』, vol. 32(2004년 겨울), 17-18면.

57) 통일부<www.unikorea.go.kr>, 통일·북한용어 사전(검색일: 2006년 3월 7일).

58) CBS 노컷뉴스, “북한군에 붙잡힌 탈북여성, 심문받는 사진공개” <www.cbs.co.kr/nocut/show.asp?idx=78530>(검색일: 2005년 9월 27일).

59) 최태현, 전계주 34, 149면.

60) UN Doc. E/CN.4/1988/17(Report by the Special Rapporteur, Mr. P. Kooijmans, appointed pursuant to Commission on Human Rights resolution 1987/29), para.42.

러면 중국이 극심한 신체적 또는 정신적 고통의 위험이 있는 북한으로 탈북자들을 송환하는 행위는 국제법에 합치되는가?

1948년에 제정된 세계인권선언은 제3조에서 모든 사람이 신체의 자유와 안전을 누릴 권리가 있다고 선언하고 있으며, 제5조에서는 보다 구체적으로 어느 누구도 고문을 받지 않는다고 선언하고 있다. 주지하다시피 세계인권선언은 일부 조항을 제외한 대부분의 조항이 국제관습법화된 것으로 간주되고 있다. 또한 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 “자유권규약”)도 제9조에서 모든 사람이 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다고 규정하고 있고, 제7조에서는 모든 사람에 대한 고문을 금지하고 있다. 북한은 자유권규약 당사국이기 때문에⁶¹⁾ 북한이 강제송환된 탈북자들에 대해 극심한 육체적 또는 정신적 고통을 가하는 것은 자유권규약 위반에 해당된다. 한편, 중국은 북한이 자유권규약을 탈퇴하였기 때문에⁶²⁾ 자유권규약의 규정들이 북한에 대해서 법적인 효력이 없다고 주장할 가능성을 배제할 수 없다. 그러나 유엔 사무총장은 1997년 9월 23일 북한에 보낸 비망록(aide-mémoire)을 통해 북한의 탈퇴는 자유권규약의 모든 당사국이 동의하지 않는 한 불가능하다는 입장을 밝혔고,⁶³⁾ 인권이사회(Human Rights Committee)도 1997년 12월 8일 일반논평을 통해 자유권규약을 비준하거나 가입 또는 승계한 국가는 자유권규약을 폐기하거나 탈퇴할 수 없다고 하였다.⁶⁴⁾ 따라서 북한은 아직까지 법적으로 자유권규약의 당사국이라고 할 것이다. 북한은 자유권규약 탈퇴 이후인 2000년 5월 4일 인권이사회에 2차 보고서를 제출한 바 있는데,⁶⁵⁾ 이것은 북한이 자유권규약상의 의무를 이행한 것으로서 북한 스스로 자유권규약의 당사국임을 대외적으로 천명한 것이라고 할 수 있다.⁶⁶⁾ 특히 고문금지는 국제법상 강행규범에 속하는 것으로 간주되고 있기 때문에 북한의 행위는 강행규범을 위반하는 것이 된다.⁶⁷⁾ 이와 관련하여 영국 대법원(House of

61) 북한은 1981년 9월 14일 자유권규약에 가입하였다. United Nations, *supra* note 32.

62) 1997년 8월 21일 “소수민족의 보호와 차별 금지에 관한 유엔 소위원회”가 북한의 인권에 관한 관행을 비판하는 결의를 채택하자 북한은 1997년 8월 25일 유엔 사무총장에게 자유권규약을 탈퇴한다는 통보를 하였다. 김정건, 『국제법』, 신판(서울: 박영사, 2004), 482면 참조.

63) United Nations, *supra* note 32.

64) Human Rights Committee, General Comment 26(1997. 12. 8), para.5.

65) UN Doc. CCPR/C/PRK/2000/2.

66) 북한의 자유권규약 탈퇴와 그 효과에 대한 보다 상세한 내용은 김명기, “북한의 인권규약 탈퇴에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제45권 제1호(2000. 6), 21-36면; 지봉도, “북한의 국제인권규약탈퇴의 법적 효과”, 『국제법학회논총』, 제42권 제2호(1997. 12), 197-213면 참조.

Lords)은 피노체트(Pinochet) 사건에서 6대의 1의 판결로 피노체트가 고문 및 고문공모에 대하여 주권면제를 주장할 수 없다고 판결한 바 있는데, 여기서 Hutton판사는 고문행위는 고문방지협약의 채택 이전부터 국제법상 용인될 수 없는 국제범죄로 인정되어 왔다고 하였으며, Phillips판사는 고문범죄와 같은 중대한 범죄는 인류양심에 대한 충격이며 국제공동체에 의하여 절대로 용납될 수 없다고 하였다.⁶⁸⁾

요컨대, 북한이 강제송환된 탈북자들에 대해 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하는 것은 세계인권선언과 자유권규약, 강행규범을 위반하는 것으로서 합법적인 제제조치라고 할 수 없다.

4. 행위의 고의 및 목적

고문방지협약상의 고문이 성립되기 위해서는 반드시 가해자의 고의가 있어야 한다. 고문방지협약 제1조는 ‘고의적으로 가하는’(intentionally inflicted)이라고 하여 이 점을 분명히 하고 있다. 다시 말해 극심한 신체적 또는 정신적 고통이 사고나 단순 과실로 초래된 경우에는 고문으로서의 성립요건을 충족하지 못하게 된다.⁶⁹⁾ 또한 고문방지협약 제1조의 정의에 따르면 고문이 성립하기 위해서는 일정한 목적이 있어야 한다. 그 목적으로 고문방지협약 제1조는 ①어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적, ②개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌을 하기 위한 목적, ③개인이나 제3자를 협박·강요할 목적, ④모든 종류의 차별에 기초한 이유의 네 가지를 규정하고 있다. 위와 같은 4가지의 목적은 예시규정에 불과한 지, 아니면 그 중 어느 하나에도 해당하지 않으면 고문으로서의 요건을 갖추지 못하게 되는 열거규정인가에 관하여는 고문방지협약 초안 작성 단계부터 논란이 있었는데 결론적으로는 ‘...와 같은 목적’(such purposes as)이라고 규정됨으로써 원칙적으로 예시규정으로 보면서도 그 행위의 목적이 예시된 4가지의 목적과 어떤 공통성을 가져야 한다고 제한하였다.⁷⁰⁾

67) 고문금지에는 침략·집단살해·노예매매·인종차별·인도에 반하는 범죄의 금지, 자결권과 함께 강행규범에 속하는 것으로 인식되고 있다. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*(Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p.188.

68) 자세한 내용은 최태현, “피노체트사건에 대한 국제법적 평가”, 『국제법학회논총』, 제48권 제1호(2003. 6), 271-294면, 특히 276-279면 참조.

69) Burgers & Danelius, *supra* note 9, p.118.

중국의 탈북자 강제송환과 관련하여 중요한 문제는 고의와 목적에 대한 입증을 누가 해야 하는가와 고의와 목적이 있는가의 여부를 누가 결정하는가의 문제라고 할 수 있다. 다시 말해 강제송환의 위험에 처해 있는 재중 탈북자나 한국 당국이 중국에 대하여 탈북자를 강제송환하는 것은 고문방지협약 제3조 위반이라고 주장하는 경우, 북한 당국이 탈북자들에게 고의와 목적을 가지고 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하고 있다는 점을 탈북자나 한국 당국이 적극적으로 입증을 해야 하는 지, 아니면 고의와 목적이 없다는 것을 - 그렇기 때문에 고문방지협약상의 고문이 아니라는 것을 - 중국 측이 입증을 해야 하는 지가 중요한 문제로 부각될 수 있다. 고문방지위원회는 고문방지협약 제3조의 적용과 관련하여 입증책임은 이를 주장하는 통보인에게 있다고 논평한 바 있다.⁷¹⁾ 이 논평에 따르면 고의 및 목적에 대한 입증책임은 강제송환의 불법성을 주장하는 탈북자와 한국 당국이 부담해야 한다. 그러면 북한 당국이 고의와 목적을 가지고 탈북자들에게 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하고 있음을 탈북자들 또는 한국 당국이 어떻게 입증할 수 있는가?

고문방지협약은 그 내용의 이행을 감독하기 위한 제도로써 당사국들에게 강제적으로 적용되는 2가지의 제도와 2가지 선택적인 제도를 시행하고 있다. 전자에는 동 협약 제19조의 보고서제출제도와 제20조의 조사제도가 있고, 후자에는 제21조의 국가통보제도와 제22조의 개인통보제도가 있다.

첫째, 보고서제출제도. 고문방지협약의 당사국은 고문방지협약에 따른 의무를 이행하기 위하여 취한 조치에 관해 고문방지협약 발효 후 1년 이내에, 그리고 새로이 취한 조치에 관해서는 4년마다 고문방지위원회에 보고서를 제출해야 한다.⁷²⁾ 하지만 북한은 2006년 4월 2일 현재 고문방지협약을 비준하고 있지 않기 때문에, 다시 말해 동 협약의 당사국이 아니기 때문에⁷³⁾ 고문방지위원회에 보고서를 제출할 의무가 없다. 따라서 보고서를 통해 북한 당국이 고의와 목적을 가지고 탈북자들에게 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하고 있음을 확인할 수는 없다. 한편, 중국은 1989년 12월 최초보고서를 제출한 이래,⁷⁴⁾ 1992년 10월에 추가보고서를 제출했고,⁷⁵⁾ 1995년 12월에는 2차보고서,⁷⁶⁾ 1999년 5월

70) 김태천, 전계주 36, 12면.

71) Committee Against Torture, General Comment No.1(1997. 11. 12), para.5.

72) 고문방지협약 제19조 제1항.

73) United Nations, *supra* note 32.

74) UN Doc. CAT/C/7/Add.5.

에는 3차보고서⁷⁷⁾를 제출하였다. 이 글의 주제인 고문방지협약 제3조의 준수여부에 대해 중국은 최초보고서에 대한 추가보고서에서 ‘범죄인인도나 강제송환의 적법성 여부를 결정할 때는 국제법의 일반원칙과 중국이 부담하고 있는 국제법상의 의무와 양립하는지의 여부를 사법당국이 신중하게 고려한다’고 해서 일반적이고 추상적으로 보고하고 있을 뿐이며,⁷⁸⁾ 2차 보고서와 3차보고서에서도 같은 내용을 반복하고 있다.⁷⁹⁾

둘째, 조사제도. 고문방지위원회는 어떤 당사국의 영토 내에서 고문이 조직적으로 자행되고 있다는 내용을 포함하고 있는 것으로 추정되는 신뢰할 만한 정보를 접수하는 경우, 그 당사국에 대하여 그러한 정보를 조사하는 데 협조할 것과 또한 이를 위하여 관련 정보에 대한 의견을 제출하도록 요청해야 한다.⁸⁰⁾ 고문방지위원회는 관련당사국이 제출한 의견 및 그 밖의 입수 가능한 모든 관련 정보를 고려하여 정당하다고 결정하는 경우 고문방지위원회의 위원 1명 이상을 지명하여 비공개 조사를 실시할 수 있으며,⁸¹⁾ 이러한 조사에는 관련 당사국의 영토 방문이 포함될 수 있다.⁸²⁾ 즉, 어떤 당사국 내에서 고문이 행해지고 있는 것으로 믿을 만한 정보를 입수한 경우 고문방지위원회는 영토 방문을 포함한 조사실시를 통해 당해 당사국 내에서 고문이 행해지고 있는지의 여부를 조사할 있다. 이러한 고문방지위원회의 기능은 인권조약에 관한 하나의 커다란 혁신적 조치로 평가받고 있다.⁸³⁾ 그러나 앞에서 본 바와 같이 북한은 아직까지 고문방지협약의 당사국이 아니기 때문에 고문방지위원회가 북한을 방문하여 고문이 조직적으로 자행되고 있는지를 조사할 수는 없다.

셋째, 국가통보제도. 국가통보제도(또는 국가고발제도)란 인권조약의 당사국이 조약상의 인권보장의무를 이행하고 있지 않은 경우, 타당사국이 이 사실을 해당 국가 또는 인권조약상의 기구에 통보하여 사태 해결을 도모하는 제도이다.⁸⁴⁾ 고문방지협약상의 국가통

75) UN Doc. CAT/C/7/Add.14.

76) UN Doc. CAT/C/20/Add.5.

77) UN Doc. CAT/C/39/Add.2.

78) UN Doc. CAT/C/7/Add.14, para.73.

79) UN Doc. CAT/C/20/Add.5, para.8; UN Doc. CAT/C/39/Add.2, para.11.

80) 고문방지협약 제20조 제1항.

81) 고문방지협약 제20조 제2항.

82) 고문방지협약 제20조 제3항.

83) 토마스 버겐탈/양 건 · 김재원(공역), 『국제인권법』, 중보판(서울: 교육과학사, 2001), 53면.

84) 정인섭, 『국제인권규약과 개인통보제도』(서울: 도서출판 사람생각, 2000), 21면.

보제도가 적용되기 위해서는 고문방지위원회가 국가통보를 수리하고 심리할 권한을 가지고 있음을 당사국이 선언해야 한다.⁸⁵⁾ 그러나 중국은 2006년 3월 현재 아직까지 고문방지협약상의 국가통보를 수락하고 있지 않기 때문에⁸⁶⁾ 한국은 고문방지협약 제3조 위반을 이유로 중국을 상대로 고문방지위원회에 국가통보를 할 수 없다.

넷째, 개인통보제도. 개인통보제도(또는 개인청원제도, 개인고발제도)란 인권조약에서 인정된 권리를 침해당한 개인이 조약이행감독기관에 대하여 자신의 불만을 직접 청원함으로써 인권침해국의 책임을 묻고자 하는 제도이다.⁸⁷⁾ 고문방지협약상의 개인통보는 국가통보와 마찬가지로 당사국이 사전에 명시적으로 선언한 경우에만 적용된다.⁸⁸⁾ 그러나 중국은 국가통보와 마찬가지로 개인통보를 아직까지 수락하고 있지 않기 때문에⁸⁹⁾ 강제송환의 위험에 처해 있는 재중 탈북자들은 고문방지협약 제3조 위반을 이유로 중국을 상대로 고문방지위원회에 개인통보를 할 수 없다.

요컨대, 고문방지협약 제1조에 규정되어 있는 고의 및 목적의 존재 여부를 탈북자나 한국 당국이 입증하기 위해서는 어떠한 형태로든 고문방지위원회에 의해 탈북자의 강제송환 문제가 다루어져야 하는데 북한은 아직까지 고문방지협약을 비준하고 있지 않기 때문에 보고서를 제출할 의무가 없고 고문방지위원회가 북한을 방문하여 조사할 수도 없다. 한편, 중국은 고문방지협약에는 가입하고 있지만 보고서의 내용이 추상적이어서 보고서를 가지고 중국이 고문방지협약 제3조를 위반하고 있음을 밝히기가 어렵고, 개인통보제도와 국가통보제도는 수락하고 있지 않기 때문에 고문방지위원회가 탈북자의 강제송환문제를 다룰 수는 없다. 따라서 강제송환된 탈북자들이 북한내에서 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 당하고 있을 것이라는 개연성은 높지만 재중 탈북자나 한국 당국이 고의 및 목적의 존재 여부를 밝히는 데에는 현실적인 어려움이 따른다.

85) 고문방지협약 제21조 제1항.

86) United Nations, *supra* note 32.

87) 김태천, “국제인권규약의 개인청원제도”, 『국제인권법의 실천제도(석암 배재식박사고회기념논문집)』(서울: 박영사, 1998), 146면.

88) 고문방지협약 제22조 제1항.

89) United Nations, *supra* note 32.

5. 소결

고문방지협약 제1조의 고문의 정의는 행위의 양태, 행위의 주체, 행위의 객체, 행위의 고의 및 목적으로 나눌 수 있으며 합법적 제재조치로부터 초래되거나 이에 내재하거나 부수되는 고통은 제외된다.

첫째, 행위의 양태에 대해서 고문방지협약 제1조는 극심한 신체적 또는 정신적 고통이라고 규정하고 있다. 북한 당국은 탈북 행위를 단순월경과 조국반역죄에 해당하는 행위로 구분하고 조국반역행위에 해당한다고 하더라도 누우친 자에 대해서는 형사책임을 추궁하지 않는 정책을 시행하고 있기 때문에 중국에서 강제송환된 모든 탈북자들이 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 당하고 있다고는 말할 수 없다. 하지만 조국반역죄에 해당되어 정치범으로 분류되는 경우에는 신체에 대한 물리적이고 직접적인 고통뿐만 아니라 정치범 수용소에 수감되거나 공개처형까지도 당함으로써 극심한 정신적인 고통을 받고 있다.

둘째, 행위의 주체에 대해 고문방지협약 제1조는 공무원이나 공무 수행자가 직접 행한 것뿐만 아니라 이들의 교사·동의·묵인 아래 간접적으로 행한 것도 고문에 포함하고 있다. 탈북자의 증언이나 언론보도를 통해 알 수 있는 것은 북한의 지도원이나 계호 또는 군인들이 직접 또는 이들의 지시에 따라 간접적으로 극심한 신체적 또는 정신적 고통이 가해지고 있다는 것이다.

셋째, 행위의 객체는 단순히 개인이라고만 되어 있기 때문에 고문방지협약 제1조를 탈북자에게 적용하는 데는 별다른 어려움이 없다.

넷째, 합법적 제재조치는 국내법뿐만 아니라 국제법에도 합치되는 제재조치이어야 한다. 그런데 북한이 강제송환된 탈북자들에게 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하고 있는 것은 신체의 자유와 안전 및 고문 금지를 규정하고 있는 세계인권선언과 북한이 당사국으로 되어 있는 자유권규약 및 강행규범을 위반하는 것으로서 합법적 제재조치라고 볼 수 없다.

다섯째, 북한 당국이 고의와 고문방지협약 제1조에 규정되어 있는 일정한 목적을 가지고 탈북자들에 대해 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하고 있다는 것이 입증되고 고문방지위원회가 고의 및 목적의 존재 여부를 판단하기 위해서는 어떤 형태로든 탈북자의 강제송환문제가 고문방지위원회에 제기되어야 하는데 북한은 고문방지협약의 당사국이 아니고, 중국은 고문방지협약상의 개인통보제도와 국가통보제도를 아직까지 수락하고 있지

않다. 따라서 고문방지협약의 이행감독제도들인 보고서제출제도, 조사제도, 개인통보제도 및 국가통보제도를 통해 북한 내에서 강제송환된 탈북자들에 대해 고문이 자행되고 있음을 밝히기에는 어려움이 있다.

IV. 결론

이상에서 재중 탈북자의 강제송환 금지에 대한 법적 근거라는 관점에서 고문방지협약의 분석을 시도해보았다. 본문의 내용을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 강제송환은 난민협약 제33조에서도 금지하고 있지만 동 규정은 협약난민만을 대상으로 한다. 그런데 재중 탈북자들에 대한 난민 지위 판정은 중국정부가 담당하기 때문에 재중 탈북자들이 협약난민의 지위를 인정받기가 현실적으로 어렵다는 점을 부인하기 어렵다. 그렇다고 해서 난민협약을 포기하자는 주장을 하는 것은 아니다. 왜냐하면 탈북자들이 협약난민에 해당된다는 해석이 가능하고 또한 다른 나라에서 탈북자들을 난민으로 인정한 사례도 있기 때문에 한국 정부는 중국에 대해 탈북자들을 난민으로 인정해 달라는 요구를 계속할 필요는 있다.⁹⁰⁾ 한편, 앞서서도 한 차례 언급한 바와 같이 고문방지협약 제3조는 적용대상을 개인으로 규정하고 있기 때문에 적용 대상에 있어서는 일단 난민협약보다는 유리한 면이 있지만 그렇다고 해서 재중 탈북자 보호에 있어 고문방지협약이 난민협약보다 효과적이라거나 유용하다고는 단언할 수는 없다. 필자가 강조하고 싶은 것은 탈북자의 강제송환금지에 대한 법적 근거로서 난민협약만을 고집할 것이 아니라 다른 데서 찾는 노력을 병행할 필요가 있다는 것이다. 이런 점에서 고문방지협약은 탈북자의 강제송환금지에 대한 유용한 법적 근거가 될 수 있을 것으로 생각된다.

90) 탈북자를 국제법상 난민으로 간주하는 경우, 탈북자를 외국인으로 보게 되어 헌법 제3조 영토 조항 및 북한 주민을 한국 국민으로 판시한 대법원 판례(대법원 1996. 11. 21 선고 96누 1221판결)와 반하는 문제가 제기될 수 있다(이 논문, 앞의 주 30 및 본문 참조). 그러나 우리나라 법률의 효력이 중국에 미치지 못하고 외교보호권의 행사에도 어려움이 있는 점을 감안 하면, 재중 탈북자를 한국 국민으로 간주하여 보호하는 노력과는 별도로 재중 탈북자가 국제법상 난민의 지위를 인정받도록 노력하는 것이 요구된다고 하겠다. 그러나 이러한 견해에 대해서는 한국 정부가 탈북자에게 한국국민의 지위를 부여하면 헌법상 직접 국민의 보호를 받을 수 있지만, 반면에 난민의 지위를 인정하면 체류국의 국내법과 유엔의 개입에 의해 정부의 수동적인 보호만 가능하며 탈북자의 보호범위를 제한할 수밖에 없다는 비판적인 견해가 있다. 정영화, “북한 주민의 대량 이주에 대비한 법정책론”, 『통일연구논총』, 제4권 2호(1995), 167-168면.

둘째, 고문방지협약 제3조는 고문 받을 위험이 있다고 믿을만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방하거나 송환 또는 인도하는 것을 금지하고 있다. 따라서 고문방지협약의 당사국인 중국은 동 규정에 따라 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경우에는 탈북자를 북한으로 강제송환해서는 안 된다.

셋째, 고문방지협약상의 고문의 정의는 제1조에 규정되어 있는데 행위의 양태, 행위의 주체, 행위의 객체, 행위의 고의 및 목적으로 나눌 수 있으며 합법적 제재조치로부터 초래되거나 이에 내재하거나 부수되는 고통은 제외된다. 본문에서 자세히 분석한 바와 같이 유엔인권위원회의 북한인권결의와 유엔총회의 대북인권결의, 탈북자들의 증언, 통일연구원의 북한인권백서, 국제사면위원회의 북한인권보고서 등을 종합해 보면 행위의 양태와 주체, 객체, 합법적 제재조치의 예외 등의 구성요건들은 성립한다. 반면 북한 당국이 강제송환된 탈북자들에 대해 고의와 목적을 가지고 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 당하고 있는가의 여부를 밝히기에는 어려움이 있다. 이 점에서 고문방지협약 제3조는 재중탈북자 강제송환 금지에 대한 법적 근거로서의 가능성과 함께 한계도 있다고 말할 수 있다.

그러면 한국 정부 당국은 어떤 노력을 기울여야 하는가? 여기서 필자는 한국이 고문방지협약상의 개인통보제도와 국가통보제도를 하루빨리 수락해야 한다고 촉구하고 싶다.⁹¹⁾ 우리나라 국민과 국내체류 외국인의 인권보호 차원에서 뿐만 아니라 재중 탈북자의 법적 인 보호 차원에서도 고문방지협약상의 개인통보와 국가통보는 하루속히 수락되어야 한다.⁹²⁾ 다시 말해 중국의 탈북자 강제송환 문제가 고문방지위원회에 의해 다루어지기 위해서는 중국이 개인통보나 국가통보를 수락해야 하는데 한국이 개인통보와 국가통보를 수락하지 않은 채 중국에 대해서 국가통보와 개인통보를 수락하라고 요구하는 것은 타당하

91) 한국은 2006년 3월 6일 현재 아직까지 국가통보제도와 개인통보제도 두 가지 모두 수락하지 않고 있다. United Nations, Treaty Collection<untreaty.un.org/English/access.asp>, Status of Multilateral treaties deposited with the Secretary-General(검색일: 2006년 3월 6일).

92) 정경수교수도 한국이 국가통보와 개인통보를 모두 수락해야 한다고 말하고 있다. 정경수, “고문방지협약상 통보제도의 도입여부 및 이에 따른 문제점”, 국가인권위원회 주최 『고문방지협약 및 그 선택의정서 관련 주요쟁점 분석』 세미나 발제문(2005. 7. 28), 155-156면. 한편, 우리나라 국가인권위원회는 2003년 12월 8일 개인통보제도에 따른 인권이사회 결정을 관보에 게재하고 그 결정을 이행할 수 있도록 하는 특별법을 제정할 것과 고문방지협약 제21조 국가통보제도와 제22조 개인통보제도에 대하여 명시적인 수락선언을 할 것을 국무총리와 외교통상부장관 및 법무부장관에게 각각 권고한 바 있다. 국가인권위원회 결정 제목: 유엔인권협약 개인통보제도에 따른 국내구제절차마련 특별법제정 및 고문방지협약 제21조와 제22조에 대한 수락선언권고

지 않기 때문이다. 물론 우리나라가 고문방지협약상의 개인통보제도와 국가통보제도를 수락한다고 해서 중국이 개인통보와 국가통보를 수락할 것을 기대하는 것은 단순한 생각일 수 있다. 그러나 우리나라가 먼저 수락한 후 중국에 대해서도 수락할 것을 요구하고, 그 후에 중국이 수락하면 개인통보제도와 국가통보제도를 활용하여 재중 탈북자의 강제송환 문제를 논하는 것도 탈북자 보호의 한 가지 방안이 될 수 있을 것으로 생각된다. 2005년 12월 19일 법률 제7763호로 제정되어 2006년 6월 30일 시행을 앞두고 있는 「남북관계 발전에 관한 법률」 제9조 제1항은 한반도 분단으로 인한 인도적 문제해결과 ‘인권개선을 위한 노력’을 정부의 책무로 규정하고 있다. 마지막으로 탈북자의 강제송환 금지에 대한 법적 근거로서의 고문방지협약에 대한 논의가 활발하지 못한 실정인데 필자의 부족한 글이 계기가 되어 탈북자 보호의 법적 근거로서의 고문방지협약 제3조에 대한 논의가 활발해지기를 기대한다.

◀ 국문초록 ▶

이 글의 목적은 중국의 탈북자 송환행위가 고문방지협약 제3조에서 규정하고 있는 강제송환금지에 위반되는가의 여부를 검토하는 것이다. 고문방지협약 제3조는 고문 받을 위험이 있다고 믿을만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인(a person)을 추방하거나 송환 또는 인도하는 것을 금지하고 있다. 중국은 고문방지협약의 당사국이므로 고문방지협약 제3조에 따라 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경우에는 탈북자를 북한으로 강제송환해서는 안 된다.

고문방지협약상의 고문은 동 협약 제1조에 정의되어 있다. 이 글에서는 중국에서 강제송환된 탈북자들이 북한에서 고문을 당하고 있는지의 여부를 알아보기 위해 고문방지협약상의 고문의 정의를 행위의 양태, 행위의 주체, 합법적 제재조치의 예외, 행위의 고의 및 목적으로 나누어 분석을 시도하였다. 유엔인권위원회의 북한인권결의와 유엔총회의 대북인권결의, 탈북자들의 증언, 통일연구원의 북한인권백서, 국제사면위원회의 북한인권보고서 등을 종합해 보면 행위의 양태와 주체, 합법적 제재조치의 예외 등의 구성요건들은 성립한다. 그러나 고문방지협약 제1조에 규정되어 있는 고의 및 목적의 존재 여부를 탈북자나 한국 당국이 입증하기 위해서는 어떠한 형태로든 고문방지위원회에 의해 탈북자의 강제송환문

제가 다루어져야 하는데 북한은 아직까지 고문방지협약을 비준하지 않고 있고 중국은 고문방지협약에는 가입하고 있지만 보고서의 내용이 추상적이어서 보고서를 가지고 중국이 고문방지협약 제3조를 위반하고 있음을 밝히기가 어렵고, 개인통보제도와 국가통보제도는 수락하고 있지 않다. 따라서 강제송환된 탈북자들이 북한내에서 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 당하고 있을 것이라는 개연성은 높지만 재중 탈북자나 한국 당국이 고의 및 목적의 존재 여부를 밝히는 데에는 현실적인 어려움이 따른다. 이 점에서 고문방지협약 제3조는 재중탈북자 강제송환 금지에 대한 법적 근거로서의 가능성과 함께 한계도 있다고 말할 수 있다.

재중 탈북자의 인권 보호를 위해 한국 정부는 고문방지협약상의 개인통보제도와 국가통보제도를 수락해야 할 것이다. 우리나라가 먼저 수락한 후 중국에 대해서도 수락할 것을 요구하고, 그 후에 중국이 수락하면 개인통보제도와 국가통보제도를 활용하여 재중 탈북자의 강제송환문제를 논하는 것도 재중 탈북자 보호의 한 가지 방안이 될 수 있을 것으로 생각된다.

◀주 제 어▶

고문방지협약, 강제송환금지, 재중 탈북자, 고문의 정의, 고문방지위원회, 난민협약, 협약난민

◀ABSTRACT▶

Protection of North Korea Defectors in China and Convention Against Torture

Kyu Chang Lee

Purpose of this paper is to review whether or not China's action which repatriates North Korea Defectors to North Korea contravenes prohibition of return stipulated in article 3 of Convention against

Torture(hereinafter "CAT"). Article 3 of CAT prohibits expulsion, return or extradition of a person to another State where are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. Because China is a party to CAT, China shall not return North Korea Defectors to North Korea where are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to torture.

Torture is defined in article 1 of CAT. To make clear whether or not North Korea Defectors repatriated by China are tortured, we analyse modes of behavior, subject of behavior, exception of lawful sanctions, intent and purpose of behavior defined in article 1 of CAT. Taking the official documents such as resolutions of UN Commission on Human Rights and UN General Assembly on North Korean Human Rights, White Paper on Human Rights in North Korea published in 2005 by Korea Institute for National Unification and reports on North Korean Human Rights by Amnesty International and testimonies of North Korea Defectors settled in South Korea into consideration collectively, we can say that conditions on modes of behavior, subject of behavior and exception of lawful sanctions are satisfied. Meanwhile, in order for North Korea Defectors in China or Government of South Korea to prove North Korea's intent and purpose, the matters of return of North Korea Defectors shall be dealt by Committee against Torture. But North Korea is not still a party to CAT. Although China is a party to CAT, content on article 3 of CAT contained in reports submitted by China is superficial. And China does not still accept state communications and individual communications provided in article 21 and 22 of CAT. Therefore although it is highly estimated that North Korea Defectors repatriated by China is suffered severe pain or suffering, whether physical or mental, it is difficult for North

Korea Defectors in China or Government of South Korea to prove North Korea's intent and purpose. In this context we can say that article 3 of CAT has both possibility and limit as a legal basis for protection for North Korea Defectors in China.

For protection of human rights of North Korea Defectors in China, Government of South Korea shall accept state communications and individual communications under CAT. And then Government of South Korea shall request China to accept state communications and individual communications under CAT. In my opinion, if China were accept state communications or individual communications, North Korea Defectors or Government of South Korea can prove intent and purpose by using state communications or individual communications.

◀Key words▶

Convention Against Torture, Prohibition of return(*refoulement*), North Korea Defectors in China, Definition of Torture, Committee Against Torture, Refugee Convention, Convention Refugee