

# 긴급구조상황에서 고문의 허용 여부

- 고문행위의 형사법적 정당화와 면책 가능성을 중심으로\* -

김 재 봉\*\*

## 〈 목 차 〉

- I. 시작글
- II. 고문금지 원칙과 고문 판결을 통한 문제점의 확인
- III. 고문의 형법상 정당화 요건 충족 여부
- IV. 고문금지의 상대화 가능성
- V. 고문의 정당화에 대한 기타 이론
- VI. 고문의 면책 가능성
- VII. 마침글

## I. 시작글

전세계를 공포와 경악으로 몰아 넣었던 2001년의 9·11 테러 사건이 발생한지도 어느덧 10여년이 지났지만 아직도 그 공포와 불안의 기억은 우리의 뇌리에 생생히 남아 있다. 이 사건을 계기로 테러에 대한 강력한 대응을 요구하는 목소리가 높아졌고, 테러의 직접 피해자인 미국은 물론 남미 등 여러 국가에서 테러방지과 진압을 위한 강력한 조치가 다양하게 시행되고 있다. 아울러 학계에서도 테러와 관련한 몇몇 이슈에 대한 논의가 활발하게 진행되고 있다. 테러예방을 위한 과도한 검문검색의 문제, 테러의 수단으로 사용되는 비행기 격추의 문제,<sup>1)</sup> 인질범에 대한 의도적 사살의 문제

\* 이 논문은 2013년 한양대학교 교내연구비 지원으로 연구되었음(HY-20130000000170-G).

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

1) 독일에서는 2004년 9월 24일 항공기가 수단이 되어 생명침해 등 급박한 위험이 있는 경우에는 항공기에 대한 착륙강제, 무력사용, 위협사격 외에 항공기의 격추까지 허용하는 항공안전법(Luftsicherheitsgesetz)이 입법된 바 있다. 이 법률조항에 대하여 연방헌법재판소는 2006년 2월 15일에 다수의 생명을 구할 목적으로 무고한 소수의 생명을 희생하는 것은 기본법 제1조의 인간의 존엄에 반한다는 이유로 위헌결정하였다. 항공기 격추

(gezielter Todesschuss), 테러 등 조직범죄단체에 대한 온라인수색의 문제 등 다양한 논쟁거리가 있지만, 무엇보다도 테러범이나 인질범 등에 대한 고문의 허용 여부가 가장 큰 논란의 대상이 되고 있다.

전통적으로 고문은 절대적으로 금지되는 것이었고 그 허용 여부에 대한 논의조차 금기시되어 왔다. 그러나 9·11테러 등 몇몇 사건을 계기로 과거에 논문이나 교과서에서 다소는 흥미거리로 거론되던 끔직한 사건들이 실제 우리 주변에서 언제든지 발생할 수 있다는 것을 인식하게 되었다. 따라서 소위 시한폭탄 상황(ticking time bomb scenario)<sup>2)</sup>이나 인질의 목숨이 경각에 달린 긴박한 상황이 전개되고 있을 때, 인명구조를 위한 고문(Rettungfolter)을 허용할 것인지가 본격적인 논란의 대상이 되고 있다. 과거에는 주로 범인처벌을 위한 증거의 수집을 위한 고문의 금지가 주로 논의되었으나 이제는 인명살상의 방지 등 중대한 법익에 대한 위협의 방지를 위한 고문의 허용 여부 쪽으로 관심의 방향이 옮겨졌다고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

이러한 고문의 허용 여부와 관련하여 경찰 등 국가기관에게 고문의 권한을 인정할 것인지에 대한 논의가 경찰법 내지 공법 분야에서 활발하게 전개되고 있다. 그러나 본 논문에서는 고문행위와 관련된 형사법적 문제를 주로 다루고자 한다. 경찰 등 국가기관의 고문행위가 비록 그 목적이 인명구조를 위한 것이라도 형법상 폭행·가혹행위(제125조), 강요죄(제324조), 특가범위반죄(제4조의2, 체포감금 등의 가중처벌) 등의 구성요건에 해당함을 부정할 수 없다. 그러나 인명살상을 방지하기 위하여 불가피하게 이루어진 행위를 형사처벌로 쉽게 단죄할 수는 없다. 따라서 고문행위의 정당화 또는 면책의 가능성에 대하여 진지하게 고민해 볼 필요가 있다. 아래에서는 고문행위의 형사법적 정당화 및 면책에 대한 다양한 논의를 소개하고 현시점에 올바른 해결의 방향은 무엇인지를 생각해 보기로 한다.

에 대한 독일의 논의에 대하여는, 조병선, 긴박한 테러행위와 형사법 - 독일에서의 논쟁에 비추어 본 형사법의 "형사정책적 관점"에서의 해석 -, 형사정책 제24권 제2호(2012.8), 63면 이하.

- 2) 시한폭탄상황은 테러리스트가 수많은 인명을 살상하기 위한 시한폭탄을 설치해 놓았고 그 폭탄의 위치를 알고 있는 범인이 체포되어 있을 때, 고문에 의해서만 그 위치에 대한 정보를 얻어 내 인명살상을 예방할 수 있는 상황을 말한다. 이러한 시한폭탄 시나리오는 프랑스 소설가인 Jean Lartéguy가 1960년 인도차이나 전쟁을 배경으로 한 소설 'Les Centurions'에서 처음으로 제시하였다고 한다(Twining, WL: Twining, PE 1973, "Bentham on torture", N. Ir. LQ 24: 305).
- 3) 이처럼 인명구조 목적의 고문과 소추를 위한 증거수집 목적의 고문은 구별되어야 한다. 따라서 인명구조를 위한 고문의 과정에서 얻어진 증거를 유죄의 증거로 사용할 수 있는지는 별개의 문제로 다루어져야 한다. 이에 대한 보다 자세한 논의는, Marcy Strauss, Torture, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 2003/2004, 217 ; John Alan Cohan, Torture and the Necessity Doctrine, 41 Val. U.L. Rev., Summer 2007, 1601.

## II. 고문금지 원칙과 고문 판결을 통한 문제점의 확인

### 1. 고문의 개념과 고문금지의 원칙

고문은 논자에 따라 개념의 내포와 외연이 다를 수 있으나, 국제연합의 고문방지협약에서는 ‘고문이란 공무원이나 그 밖의 공무수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사·동의·묵인아래, 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적으로, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행할 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 제재 조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수되는 고통은 고문에 포함되지 아니한다’ 라고 규정하고 있고,<sup>4)</sup> 이것이 전통적인 고문의 개념으로서 전세계적으로 통용되고 있다. 이에 따르면 우선 주체적 요건으로서 공무원이나 국가기관이 그 주체가 될 것이 요구되며, 私인에 의하여 이루어지는 고통의 부과는 고문에 포함되지 않는다. 또한 고통의 정도에 있어서 신체적·정신적 고통이 극심할 것이 요구되며, 단순히 비인도적이거나 굴욕적인 대우는 포함되지 않는다.<sup>5)</sup> 고문의 목적에 있어서 전통적으로는 범죄자 처벌을 위한 증거수집의 경우로 한정되었으나 고문방지협약에서는 그밖의 정보취득을 위한 경우, 협박이나 강요를 위한 경우, 유대인이나 소수민족 등 특정부류의 사람들을 차별하기 위한 경우도 포함시키고 있다.<sup>6)</sup>

고문은 국내의 법규에 의해 절대적으로 금지되고 있다. 현행 헌법은 고문을 받지 않을 권리(제12조 제2항 전단)을 규정하고 있고, 고문 등에 의한 임의성 없는 자백의 증거능력을 배제하고 있다(제12조 제7항). 형사소송법은 자백배제법칙(제309조)과 위법수집증거법칙(제310조)을 규정하여 고문을 간접적으로 금지하고 있다. 형법은 인신구속 공무원의 폭행·가혹행위를 처벌하고 있다(제124조). 국제법규에서는 고문금지의 절대성을 명시적으로 규정하고 있다. ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약’은 고문금

4) 1984년 12월 10일 국제연합의 「고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인간적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약」(고문방지 협약으로 약칭) 제1조 제1항.

5) 최태현, 고문방지협약, 국제인권법 제1호, 1996, 146면.

6) 이는 예시규정으로서 그 밖의 목적을 갖는 경우도 고문에 포함될 수 있지만 예시된 목적과 공통성을 가져야 한다고 한다(최태현, 앞의 논문, 148면).

지를 비상사태시에도 예외적 정지가 허용되지 않는 절대적 자유의 일종으로 규정하고 있고(동 규약 제4조 제1항), 고문방지협약도 전쟁상태·전쟁의 위협·국내의 정치 불안 또는 그 밖의 사회적 긴급상황 등 어떠한 예외적인 상황도 그리고 상관 또는 당국의 명령도 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없는 것으로 규정하고 있다(동 협약 제2조 제2항, 제3항).

이처럼 고문을 절대적으로 금지하는 것은 고문으로 인하여 침해되는 법익이 절대적인 보호의 대상이기 때문이다. 고문은 인간의 존엄과 법치국가적 엄결성(integrity)을 침해하는 것으로 인식되고 있다. 특히 인간의 존엄은 최소한의 실존권, 자율적 자기발현권, 정신적 불가침권, 극심한 고통으로부터의 자유권, 정보의 자기결정권, 법적 평등권, 최소한의 존중을 받을 권리 등 다양한 주관적 권리를 내포하며, 불가침·불가양의 것으로 인정되고 있다.<sup>7)</sup> 고문은 인간의 존엄에 포함된 위와 같은 다양한 구체적 권리들을 직접 침해하고, 이는 인간존엄의 불가침성에 반하는 것이기 때문에 고문은 절대적으로 금지되는 것으로 인식되어 왔다.

## 2. 독일과 이스라엘의 고문 판결

### (1) 독일의 다슈너 판결

독일에서 고문의 허용 여부와 고문행위자의 형사처벌 여부에 관한 뜨거운 논쟁을 촉발시킨 사건으로 2004년의 다슈너(Daschner) 사건을 들 수 있다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 2002년 9월 27일 당시 27세의 법과대학생 게프겐(Magnus Gäfgen)은 메츨러 은행 회장의 11세 아들 메츨러(Jakob von Metzler)를 유괴하여 살해한 후, 살해한 사실을 숨긴 채 100만 유로를 요구하다가 9월 30일에 검거되었다. 체포된 후 게프겐은 아이의 소재를 거짓으로 말하는 등 수사에 혼선을 주는 진술을 한 후 묵비권을 행사하였다. 당시 수사를 지휘하던 프랑크푸르트 경찰서 부서장 다슈너(Wolfgang Daschner)는 아직 메츨러가 살아있고 또한 메츨러의 생명이 위험하다고 생각하여, 부하 경찰관 엔니히카이트(Ennigkeit)에게 고문을 계획하여 실행하도록 지시하였다. 즉 10월 1일 게프겐에게 메츨러를 은닉한 장소를 자백하지 않는다면 '이제껏 경험해 보지 못했을 고통을 겪을 것이며 이 고문은 아무런 흔적을 남기지 않을 것'이라고 말하였고, 실제로 의사의 감독 하에 독일스포츠협회의 지도자 자격증을 가

7) Hilgendorf, Folter im Rechtsstaat?, JZ 7/2004, S. 337.

지고 있는 공무원으로 하여금 손가락의 관절을 꺾고, 귀의 통증을 강하게 압박하는 등의 계획을 세웠으나 이 계획이 실행되기 직전 위협을 느낀 게프겐은 메츨러를 살해하였다고 자백하였고, 메츨러는 프랑크푸르트 인근의 호수가에서 사체로 발견되었다. 이후 다슈너와 엔니히카이트는 고문에 의한 진술강요를 이유로 기소되었다.

2004년 12월 20일 프랑크푸르트 지방법원은 엔니히카이트에게 독일형법 제240조의 강요죄<sup>8)</sup>로 유죄를, 다슈너에게는 독일형법 제357조의 ‘부하에 대한 범죄유인죄’(Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat)로 유죄를 인정하였고, 다만 두 사람 모두에게 형감경사유를 인정하여 경고부 형벌유예(Verwarnung mit Strafvorbehalt : 독일형법 제59조)를 선고하였다. 프랑크푸르트 지방법원은 다슈너 판결에서 인명구조를 위한 고문행위가 정당화사유 및 면책사유에 해당하는지를 검토하였다. 먼저 경찰법상의 정보제공의무에 따른 정당화를 검토하였다. 독일 헤센주 경찰법<sup>9)</sup>은 경찰책임야기자(Störer)에게 해당 위협을 회피시키기 위한 정보제공의무를 규정하고 있지만(동법 제12조 제2항), 그 정보를 직접적인 물리력을 행사하여 취득하는 것을 금지하면서(동법 제52조 제2항), 진술강요를 금지하는 독일 형사소송법 제136a조를 준용하도록 하고 있다는 것(동법 제12조 제4항)을 이유로 경찰법상 정보제공의무는 고문협박의 정당화 근거가 될 수 없다고 하였다. 또한 헤센주 경찰법 제54조 제2항은 긴급행위권 유보조항(Notrechtsvorbehalt)<sup>10)</sup>을 두어 경찰행위에 있어서 정당방위나 긴급피난 규정에 따른 민법 또는 형법상의 효과가 유지된다고 규정하고 있기 때문에 두 사람의 행위가 정당방위와 긴급피난에 해당하는지를 검토하였다. 그러나 법원은 정당방위 요건으로서 필요성(Erforderlichkeit)과 정당화적 긴급피난 요건으로서 보충성을 충족시키지 못한다고 하였다. 또한 정당방위의 요건으로서 ‘요구성(Gebotenheit)’과 정당화적 긴급피난의 요건으로서 ‘수단의 상당성(ein angemessenes Mittel)’ 충족시키지 못한다고 하였는데, 그 이유는 두 사람의 행위는 인간의 존엄을 보장한 독일 기본법 제1조 제1항 제1문에 반하며, 또한 독일 기본법 제104조 제1항 제2문과 유럽인권조약 제3조에서 규정된 고문금지 규정에 위반한다는 것을 제시하였다. 이밖에 면책사유로서 정당화적 긴급피난(독일형법 제35조)에 해당하는지를 검토

8) 자백을 위한 것이 아니라 경찰상 예방목적을 위한 것이었다는 이유로 진술강요죄(독일형법 제343조)로 기소되지 않았다.

9) 공공안전과 질서에 관한 법률(Gesetz über die öffentlichen Sicherheit und Ordnung : HSOG)

10) 독일의 통일경찰법초안과 각주의 경찰법에는 ‘정당방위 및 긴급피난규정에 의한 형법 및 민법적 효과는 유지된다’는 긴급행위권 유보규정(Notrechtsvorbehalt)을 두고 있다(§ 35 ME ; Art. 60 II bayPAG ; § 71 II NdsSOG ; § 57 II RhPfPOG).

하였지만 위난상황에 빠진 자와 친족 등 밀접한 관련성이 없다는 이유로 부정되었다. 또한 법률의 착오도 다슈너는 진술강요의 금지규정(독일 형사소송법 제136a조)을 이미 알고 있었다는 이유로 받아들여지지 않았다.<sup>11)</sup>

## 2. 이스라엘의 GSS 판결

이스라엘과 팔레스타인 간의 분쟁에서 팔레스타인 독립운동을 진압하기 위해 이스라엘 보안국(General Security Services ; GSS)이 테러혐의자에 대하여 고문을 실행했다는 주장이 끊임없이 제기되어 왔다. 1987년에 이러한 고문의 적법 여부를 판단하기 위한 란다우 위원회(Landau Commission)가 구성되었다. 동 위원회는 테러혐의자에 대해 실행된 적정한 정도의 폭력(moderate force)은 최후수단성과 균형성을 갖춘 긴급 피난에 해당하여 위법하지 않다는 결론을 내렸다.<sup>12)</sup> 이처럼 위원회가 테러범이 갖는 인간존엄과 자율성이라는 법익을 무시하고 테러로부터 시민안전의 보호가 우선된다고 하여 이익형량에 따른 긴급피난을 인정한 것에 대하여 많은 비판이 제기되었다.

이후 란다우 위원회가 허용한 강압적 신문방식의 적법성에 대한 심사를 요구하는 청원이 이스라엘 대법원(High Court of Justice : HCJ)에 수차례 제기되었고, 1999년에 이스라엘 대법원은 GSS의 강압적 신문은 위법하다는 결정을 내렸다. 즉 GSS가 행한 강압적 신문은 통상적인 상황에서 이루어진 것이고(ordinary police force), 이는 테러혐의자의 존엄과 신체적 완전성 그리고 법치주의를 과도하게 침해하는 불공정하고 비합리적인 것이라고 판단하였다. 아울러 강요적 신문방식을 허용할 것인지 여부는 입법부가 결정할 사항인데, 법률에 의한 명시적 권한부여가 결여되어 있기 때문에 GSS의 강요적 신문은 위법한 것이라고 하였다. 이처럼 이스라엘 대법원은 고문이 절대적으로 금지되는 것인지에 대하여는 스스로 판단하지는 않고 입법부에 그에 대한 판단을 미루어 버렸다. 이는 법률의 규정이 있다면 고문과 같은 강압적 수단도 허용될 수 있다는 것으로 이해할 수 있다.

11) 다슈너에게는 벌금 10,800유로를, 엔니히카이트에게는 벌금 3600유로를 확정하고 다만 형벌부과를 유예하였다(LG Frankfurt a. Main, Ur. v. 20.12.2004, NJW 10/2004, 692ff). 게프겐은 인질살해죄로 종신형을 선고 받았으나 이후 고문 협박을 받아 자백했다는 이유로 재심을 청구했고 법원은 고문에 의한 자백진술의 증거능력을 부정하였으나 다른 증거로 유죄를 인정해 종신형을 선고하였다.

12) 이후 동 위원회는 GSS 요원에게 강압적 수단을 허용하는 신문방식에 대한 가이드라인을 제정하였고, 이에 따라 GSS는 상체 흔들기, 잠안재우기 등을 테러리스트 신문에 사용하였다(Experts of the Report of The Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity, 23 ISR. L. REV. 146 - 184 (1989).

한편 이스라엘 대법원은 형법상 긴급피난이 폭력적 신문의 권한을 부여하는 근거가 될 수 없다고 하면서도 그러한 권한의 결여가 형사책임을 부정하기 위한 긴급피난이나 기타 정당화사유의 적용을 배제하는 것은 아니라고 하였다. 이스라엘 대법원은 이러한 긴급피난이 적용되기 위한 요건을 스스로는 제시하지 않으면서, 검찰총장에게 GSS 요원에게 긴급피난을 인정할 수 있는 요건에 대하여 검토할 것을 요청하였다. 이로써 이스라엘 대법원은 테러방지를 위한 강압적 신문이 통상적인 상황에서 이루어지면 위법한 것이지만 시한폭탄 설치와 같은 특별한 상황에서는 정당화될 수 있음을 암시하였다고 할 수 있다.<sup>13)</sup>

### 3. 다슈너 판결과 GSS 판결의 비교와 쟁점의 확인

다슈너 판결과 GSS 판결은 모두 고문 등 강압적 신문방식이 인간의 존엄을 침해하는 것으로서 위법한 것으로 판단하였다는 점에서 공통된다.<sup>14)</sup> 그러나 고문의 허용 여부에 대한 법리에 있어서는 양자간에 차이점이 발견된다. 독일법원은 경찰법이 강압적 방식에 의한 신문을 금지하고 있고 더 나아가 법률에 의해서도 고문이 허용될 수 없다는 입장을 취한 반면, 이스라엘 법원은 폭력적 신문이라도 입법에 의해 허용될 수 있음을 인정하였다. 또한 시한폭탄 상황과 같은 특별한 상황에서 긴급피난 등에 의한 정당화가 가능한지에 대하여 독일법원은 명시적으로 밝히고 있지 않으나 이스라엘 법원은 허용가능성을 내비쳤다. 이처럼 양자 간에 차이가 나는 이유로서 우선 이스라엘은 독일과 달리 테러와의 전쟁 상황에 있기 때문에 테러의 심각성이 독일보다 훨씬 크다는 점을 들 수 있다. 또한 고문에 의해 침해되는 인간의 존엄에 대한 인식의 차이를 주목할 필요가 있다. 독일의 경우 인간의 존엄을 불가침의 절대적 권리로 이해하여 그에 대한 침해는 정당화나 면책이 되기가 쉽지 않다. 반면 이스라엘에서는 인간의 존엄도 특별한 지위를 갖지 않고 다른 자유권과 마찬가지로 기본권 중의 하나로 인식되고 있고 따라서 그에 대한 침해의 정당화나 면책이 보다 용이하다.<sup>15)</sup> 결국

13) Miriam Gur-Arye / Florian Jessberger, The Protection of Human Dignity in Interrogations : May Interrogative Torture ever be Tolerated? Reflection in Light of Recent German and Israeli Experiences, 44 Isr. L. Rev. 229, 237 (2011).

14) 다슈너 판결에서는 형사소송절차에서 문제가 다루어져 고문행위자에게 유죄판결이 선고되었지만, GSS 판결에서는 기본권침해의 문제를 다루는 헌법소송절차에서 문제가 다루어져 고문행위의 위법성에 대하여만 결정이 이루어졌다.

15) Miriam Gur-Arye / Florian Jessberger, Ibid, 250.

인간존엄의 헌법상 성격에 대한 시각 차이가 고문행위자의 처벌 여부에 큰 영향을 미친다는 것을 알 수 있다.

### Ⅲ. 고문의 형법상 정당화 요건 충족 여부

고문행위자의 형사처벌 여부를 판단하는데 있어서는, 우선 인명구조를 위한 고문이 형법에 규정된 개별적 위법성조각사유의 요건을 충족하여 정당화되는지를 검토할 필요가 있다. 형법상 정당화 사유가 경찰관 등 국가기관 내지 고권행위자(Hoheitsträger)에게 적용될 수 있는지에 대하여는 논란이 있으나<sup>16)</sup> 여기서는 적용가능하다는 것을 전제로 논의해 보기로 한다.

#### 1. 정당방위 요건 충족 여부

인명구조를 위하여 고문이 필요한 경우는 타인을 위한 정당방위 즉 긴급구조(Nothilfe) 요건의 충족 여부가 검토되어야 한다. 정당방위의 요건으로서 우선 범의에 대한 위법한 침해가 있어야 한다. 시한폭탄을 설치하거나 어린이를 유괴한 자가 그 장소에 대한 진술을 거부하는 경우, 위법한 선행행위에 의하여 진술의무를 부담하고 그 자의 침묵은 부작위에 의한 피해자에 대한 침해로서 침해의 위법성 요건을 충족한다.<sup>17)</sup> 다음으로 필요성 요건의 충족 여부가 검토되어야 하는데, 고문의 실행이나 위협 이전에 다른 수단들을 충분히 사용하여 더 이상 다른 수단이 존재하지 않을 때 이 요건이 충족되게 된다.<sup>18)</sup> 마지막으로 정당방위의 사회윤리적 제한 내지 요구성 요건이

16) 경찰관 등 국가기관의 행위가 정당방위 등 형법상 위법성조각사유를 통하여 정당화되는지에 대하여 다양한 견해가 주장된다. 경찰법 우선설에 의하면 경찰관의 행위는 국가기관의 고권적 행위(hoheitliches Handeln)로서 이에 대하여는 개별적인 범률의 수권이 있어야 하고 정당방위와 같은 일반적인 정당화사유에 의한 수권은 인정될 수 없다고 한다. 반면 형법 우선설에 의하면 국가기관의 행위에도 형법상 정당화사유가 직접적인 수권규정으로 적용될 수 있다고 한다. 구별설은 경찰관의 행위에 대하여 공법적 판단과 형법적 판단을 분리하여 경찰관의 행위가 형법상 정당방위 등의 요건을 충족하면 형법상으로는 적법하여 형사처벌은 받지 않지만, 추가적으로 경찰법상 특별요건이 구비되지 않는 한 공법(경찰법과 징계법)상으로는 위법한 것으로 파악한다. 보다 자세한 내용은, 김재봉, 위기개입시 경찰의 대응과 공법·형사법적 문제, 경찰법연구, 통권10호(2009년 12월), 123면 이하 참조.

17) Roxin, Strafrecht AT, § 15, Rn 15.



검토되어야 한다. 정당방위의 근거는 자기보호의 원리 외에 법질서수호의 원리에서 찾는 것이 일반적이다.<sup>19)</sup> 이는 위법한 침해로부터 자기를 보호하기 필요한 행위라도 법질서가 요구(Gebotenheit)하는 범위 내에서만 정당방위가 허용되는 것을 의미한다. 따라서 인명구조를 위한 고문행위도 법질서가 요구하지 않는 것이라고 한다면 정당방위가 될 수 없다. 고문의 금지를 절대적인 것으로 보는 전통적인 입장에 의하면 고문은 어떠한 경우에도 예외를 허용하지 않고 절대적으로 금지되는 것이 되기 때문에 고문행위는 요구성 요건을 충족하지 못하게 된다.<sup>20)</sup> 반면 고문의 금지에 대한 예외를 인정하여 고문금지 원칙을 완화시킬 수 있다면 인명구조를 위한 고문행위는 정당방위로 인정될 여지가 있게 되는데 이에 대하여는 후술하기로 한다.

## 2. 정당화적 긴급피난의 요건 충족 여부

정당방위 다음으로 고문행위를 정당화시킬 수 있는 사유로 정당화적 긴급피난이 고려될 수 있다. 인명구조를 위한 고문 사례에서 정당화적 긴급피난의 요건으로서 위난의 현재성은 비교적 쉽게 충족될 수 있다. 그러나 균형성 요건이 가장 큰 장애가 된다. 균형성은 충돌하는 가치나 이익을 형량하여 구조이익이 피해이익보다 우월한 것을 말한다.<sup>21)</sup> 따라서 균형성 요건을 충족하기 위해서는 충돌되는 이익이 교량이 가능한 것을 전제로 한다. 만일 고문에 의해 침해되는 법익인 인간 존엄의 보호는 절대적인 것이고 따라서 고문은 법질서가 절대적으로 금지하는 것이라면 인간의 존엄은 형량이 불가능한 법익이 되어 이익형량에 기초한 정당화적 긴급피난이 적용될 여지는 없게 된다. 즉 인간의 존엄이나 자율성 등을 침해하는 행위는 아무리 그 목적이 순수하고 커다란 가치를 갖는 것이라도 상당성(Angemessenheit)이나 사회윤리적 제한의

18) Hilgendorf, Folter im Rechtsstaat?, JZ 7/2004, S. 339. 다슈너 사건에서는 프랑크푸르트 지방법원은 고문 협박 외의 다른 수단을 충분히 사용하지 않았다는 이유로 필요성 요건을 충족하지 않는다고 하였다(LG Frankfurt, aaO). 록신(Roxin)은 이미 체포된 상태에서 더 이상 몸값을 받아낼 수 없다는 것을 알리고 숨긴 장소를 말함으로써 형사처벌이 감경될 수 있다는 것을 알려 줌으로써 숨긴 장소를 말하도록 설득할 수 있는 방법이 있었고, 그래도 여전히 진술을 거부하는 경우 이미 유괴된 아이는 살해되었을 가능성이 있었기 때문에 고문은 불필요한 것이 되어 필요성 요건은 충족되지 않는다고 한다(Roxin, Strafrecht AT, § 15 Rn 105).

19) 임웅, 형법총론, 2014, 231면.

20) Roxin, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, FS-Albin Eser, 2005, S. 465.

21) 오영근, 형법총론, 2014, 211면.

요건을 충족시키지 못하여 정당화적 긴급피난은 부정되게 된다.<sup>22)</sup> 이에 따라 종래의 다수설은 인명구조를 위한 고문은 인간의 존엄과 자율성이라는 절대적인 가치를 침해하는 것으로서 허용할 수 없다고 한다. 반면 인간의 존엄도 형량이 가능한 이익이라고 한다면 형량을 통한 정당화적 긴급피난의 가능성이 열려있게 된다. 결국 인간의 존엄을 형량가능한 이익으로 볼 것인지가 정당화적 긴급피난의 인정에 있어서 핵심이 된다고 할 수 있다.

### 3. 정당화적 의무 충돌의 요건 충족 여부

시한폭탄 상황에서 테러범이 체포되거나 어린이를 유괴하여 숨겨둔 인질범을 체포하였으나 테러범이나 인질범이 폭탄이나 인질의 위치에 대하여 침묵하기 때문에 폭탄이나 인질의 위치를 알아내는 방법으로 고문밖에 없는 경우, 경찰관은 의무의 충돌 상황에 빠지게 된다. 우선은 국내 및 국제법규가 금지하는 고문을 해서는 안될 부작용의무를 부담한다. 그러나 또 한편으로는 무고한 시민의 생명을 구조해야 할 작위의무가 발생한다. 경찰이 기본권 보호의무를 이행하는데 있어서 경찰권 발동 여부 및 그 수단의 선택에 원칙적으로 재량이 인정된다(Opportunitätsprinzip). 그러나 생명이나 신체 등 중대한 법익에 대한 침해의 위험이 있고 경찰권 발동이 그 위험을 방지하기 위한 유일한 수단일 경우에는 경찰의 재량이 영으로 축소되어 경찰권 발동이 의무화된다.<sup>23)</sup> 고문금지라는 부작용의무와 기본권 보호라는 작위의무는 동시에 충족될 수 없는 성질의 것이다. 여기서 기본권 보호의무를 이행하기 위하여 고문을 선택한 경찰관을 폭행·가혹행위죄나 강요죄로 처벌할 수 있는지는 의무의 충돌이론에 의하여 해결하여야 한다.

의무충돌의 경우 서로 충돌하는 이익을 형량하여 구조된 이익이 침해된 이익보

22) 마찬가지로 형량할 수 없는 법익인 생명과 생명이 충돌하는 경우에도 정당화적 긴급피난은 허용될 수 없다. 예컨대 위난공동체(Gefahrengemeinschaft) 즉 공동위난에 사람 모두가 죽는 것을 피하기 위해 그 중 일부를 희생시키고 나머지 사람들이 사는 경우에도 정당화는 인정되지 않는다. 따라서 로프에 몸을 감고 바위를 타던 두 사람의 산악인 중 한 사람이 추락하자 나머지 한 사람이 함께 추락하는 것을 면하기 위해 로프를 끊어 다른 사람을 희생시키고 자신의 생명을 구한 경우 정당화적 긴급피난은 인정될 수 없다. 또한 신장병 환자의 생명을 구하기 위해 다른 사람의 신장을 그의 의사에 반해 강제로 적출하여 환자의 생명을 살린 경우 또는 치명상을 입은 희귀혈액형 소유자의 생명을 살리기 위해 주변의 같은 혈액형 소지자로부터 강제로 채혈하여 환자의 생명을 살린 경우, 비록 생명이 신체보다 가치가 중한 것으로 일반인이 생각하더라도, 형량의 대상이 될 수 없는 법익인 당사자의 인격권과 자율성을 침해하는 것으로서 정당화적 긴급피난은 인정되지 않는다(김일수·서보학, 형법총론, 2014, 313면 ; 임웅, 형법총론, 2014, 255).

23) 이성용, 긴급구조적 고문에 관한 독일의 논쟁과 그 시사점, 경찰학연구 제9권 제1호, 2008, 116면.

다 크거나 동등한 경우 위법성이 조각된다. 그러나 형량이 불가능한 이익이 충돌하는 경우에는 위법성이 조각되지 않고 책임조각이 고려될 수 있을 뿐이다.<sup>24)</sup> 여기서도 정당방위나 긴급피난의 경우와 마찬가지로 인간의 존엄이나 생명이라는 법익을 형량할 수 있느냐의 문제가 대두되게 된다. 이를 종래의 통설에 따라 부정하면 정당화는 불가능하고 긍정하면 정당화의 가능성이 열리게 된다.

#### 4. 정당행위 요건의 충족 여부

위와 같이 개별적 위법성조각사유의 요건을 충족하기가 쉽지 않은 상황에서 마지막으로 고문이 사회상규에 위배되지 않는 정당행위(형법 제20조)로서 정당화될 수 있는지를 살펴보기로 한다. 사회상규를 기초로 하는 정당행위는 그 포괄적·일반적 성격 때문에 그 해당 여부를 판단하기 어렵다는 문제점이 있는 바, 우리 대법원은 상당히 엄격한 판단기준을 요구하고 있다. 즉 ‘극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위 안에 있는 것’이어야 하고, ‘사회발전에 따라 전혀 위법하지 않다고 인식되고 그 처벌이 무가치할뿐 아니라 사회정의에 배반된다고 생각될 정도에 이를 경우’이거나 ‘자유민주주의 사회의 목적 가치 ... 를 실현하기 위해 사회적 상당성이 있는 수단으로 행’한 경우에 한하여 사회상규에 위배되지 않는 행위가 된다고 한다.<sup>25)</sup> 또는 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 긴급성, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 정당행위로 될 수 있다고 한다.<sup>26)</sup>

이러한 대법원 판단기준에 따를 때 고문이 정당행위로 인정받기는 어려워 보인다. 국내 및 국제법규가 고문을 절대적으로 금지하고 있고 허용 여부에 대하여 논란이 지속되는 상황에서 ‘극히’ 정상적인 행위이거나 ‘전혀’ 위법하지 않고 그에 대한 처벌이 무가치하며 사회정의에 배반된다고 단정할 수는 없기 때문이다. 이와 같이 대법원이 정당행위에 대하여 설정한 엄격한 요건 때문에 정당화적 긴급피난보다 그 충족이 어려울 수 있다는 비판이 가능하다. 따라서 정당행위의 요건을 좀더 완화시켜 볼 수도 있다. 인명구조를 위한 고문의 상황에서는 고문 대상자의 인간존엄과 신체침해만이 문제되는 것이 아니다. 시한폭탄의 폭발에 직면한 시민이나 인질로 잡힌 피해자의 경

24) 임웅, 형법총론, 2014, 275면.

25) 대판1983.2.8, 82도357 ; 대판1985.6.11, 84도1958.

26) 대판2001.2.23, 2000도4415 ; 대판1987.1.20, 86도1809.

우 생명의 위험 외에 극심한 공포와 불안 속에 인간존엄과 자율성이 위협받게 된다. 결국 고문 대상자의 법익과 테러나 인질 피해자의 법익을 비교하면 어느 쪽이 우월한 것이라고 평가할 수 없고,<sup>27)</sup> 이러한 상황에서는 고문을 정당행위로서 인정하여야 한다는 주장이 가능하다. 이처럼 이익형량을 기초로 한 주장은 경청할만한 가치가 충분히 있지만, 고문금지를 예외가 인정되지 않는 절대적인 것으로 생각하는 전통적 입장에서는 받아들일 수 없는 주장이 될 것이다.

## 5. 중간 결론

긴박한 인명구조를 위한 고문은 위에서 본 바와 같이 여러 위법성조각사유와 관련하여 정당화가 고려될 수 있다. 다만 개별적 위법성조각사유의 요건을 대부분 충족하는 경우에도 고문의 절대적 금지라는 전통적인 원칙이 커다란 장벽으로 작용하는 것을 알 수 있다. 결국 고문이 정당화되기 위해서는 고문금지의 상대화가 그 전제임을 알 수 있다. 고문에 의해 침해되는 인간의 존엄이나 자율성이라는 법익은 형량이 불가능하고 어떠한 경우에도 침해되어서는 안되는 절대적 보호의 대상이라면 고문의 정당화는 사실상 불가능하다. 반면 인간존엄의 보호가 예외를 허용하는 상대적인 의미를 갖는 것이라면 생명구조 등 특별한 경우에 행하여진 고문은 이익형량을 통해 정당화될 가능성이 있다. 아래에서 인간존엄 보호와 고문금지의 상대화에 대하여 살펴보기로 한다.

## IV. 고문금지의 상대화 가능성

### 1. 고문금지의 상대화 및 이익형량에 대한 논의

앞에서 살펴본 바와 같이 전통적으로 고문은 절대적으로 금지되는 것으로 인식되어 왔다. 이에 따르면 고문행위자는 형사처벌되고 고문에 의하여 취득한 증거는 테러범이나 인질범을 처벌하기 위한 증거로 사용될 수 없다. 그러나 이러한 결론이 테러와 인질로 인한 생명과 재산침해의 위험이 크게 높아진 새로운 상황에서 항상 유지되어

27) Hilgendorf, Folter im Rechtsstaat?, JZ 7/2004, S. 339.

야 하는지에 대한 의문을 갖고 전통적인 관념을 수정하려는 견해들이 등장하고 있다. 형사소송법상 증거수집을 위한 고문과 경찰법상 위험방지를 위한 고문을 별개의 것으로 보고 최소한 후자의 경우 이를 경찰법 내지 공법상 정당한 것으로 인정하여야 한다는 것이다. 이는 고문의 절대적 금지라는 빗장을 풀고 고문금지를 상대화시켜 그에 대한 예외를 인정하려는 시도인 것이다.

고문금지의 상대화를 주장하는 대표자로 브루거(Brugger)를 들 수 있다. 그도 역시 헌법, 경찰법, 형사소송법 및 국제법에 의해 고문이 절대적으로 금지된다는 것을 인정하지만, 이는 증거수집과 사용이 문제되는 형사소송법 영역에서만 유효한 것이고 위험방지를 위한 경찰법 영역에서는 타당하지 않다고 한다. 그는 무고한 시민의 생명에 대한 현저한 위협을 방지하기 위한 유일한 수단이 되는 경우 고문이 허용되어야 한다고 한다. 실정법상 고문을 절대적으로 금지하면서 다른 한편에서는 범죄자에 대한 광범위한 법익침해를 허용하는 모순이 존재하며, 이를 평가의 모순(Wertungswidersprüchen) 또는 평가의 흠결(Wertungslücke)이라고 하였다. 그 예로 인질범에 대한 의도적 사살을 든다. 독일에서는 인질범이 인질에 대한 살해를 위협하는 상황에서 인질의 생명을 구하기 위하여 다른 수단이 없는 경우 경찰관이 인질범을 의도적으로 사살하는 것을 허용하고 있다.<sup>28)</sup> 이처럼 인명구조를 위해 생명을 침해하는 의도적 사살을 허용하면서, 시한폭탄 상황에서 인명구조를 위해 그보다 덜한 침해를 야기하는 고문을 금지하는 것에 대하여 의문을 표시하면서 이를 모순 내지 결함으로 보았다. 이러한 모순을 해결하기 위해 고문을 금지하는 국내의 규범을 목적론적으로 축소해석하여 극단적인 상황에서는 고문을 허용하여야 한다고 한다.<sup>29)</sup> 그리고 고문을 정당화할 수 있는 기준 및 요건으로 비례원칙을 제시하였다. 브루거는 자신의 이러한 주장을 뒷받침하기 위해 칸트의 법철학을 원용한다. 정당화되는 고문행위도 칸트가 말하는 '법적 강제(Rechtswang)의 권능'의 하나로 포착한다. 칸트의 경우 각각의 개인을 자율적 인격으로 보고, 법질서에 의해 개인의 자유가 보편적으로 조화될 수 있어야 한다고 하면서 그 자유에 대한 불법적인 방해가 있을 경우, 방해를 제거하는데 적합한 강제력을 인정하였다. 이에 따라 브루거에 의하면 테러범은 각 개인의 보편적 자유에 대한 방해를 야기한 것이며 이를 제거하기 위한 법적 강제를 테러

28) 독일에서 의도적 사살 또는 조준사살의 허용 여부에 대한 논의에 대해 자세한 것은, 김재봉, 위기개입시 경찰의 대응과 공법·형사법적 문제, 경찰법연구, 통권10호(2009년 12월), 123면 이하 참조.

29) Winfried Brugger, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter, JZ 4/2000, S. 168.

범은 수인해야 한다고 주장한다.<sup>30)</sup>

슈타르크(Starck)는 긴급상황에서 이익형량을 토대로 고문의 허용을 주장한다. 그는 위험방지를 위한 고문과 증거수집을 위한 고문을 구별하면서, 후자는 절대적으로 금지되지만 전자는 시한폭탄 상황과 같은 예외적인 경우에는 인명구조를 위한 조준사살과 마찬가지로 허용되어야 한다고 한다. 슈타르크에 의하면 국가는 인간의 존엄을 존중해야 할 의무가 있기 때문에 고문에 의해 인간존엄을 침해해서는 안될 의무를 부담한다고 한다. 동시에 국가는 무고한 시민의 인간존엄이 침해되는 것을 방지해야 할 의무도 있다고 한다. 시한폭탄 상황에서는 인간존엄을 침해해서는 안될 의무와 인간존엄을 보호해야 할 의무가 충돌하게 되는데, 이 때에는 인간의 존엄과 관련한 형량을 할 수밖에 없다고 한다. 그리고 인명구조를 위해 적합한 것이고 다른 수단이 없는 경우에는 고문을 가할 것이라고 위협하는 것은 비례원칙을 충족하게 된다고 한다.<sup>31)</sup>

## 2. 고문금지 상대화이론에 대한 평가

위와 같은 고문금지의 상대화이론은 나름대로 설득력있는 논거들을 제시하지만 아직까지는 일반적인 지지를 받지 못하고 오히려 여러 비판에 직면하고 있다. 우선 인질구조를 위한 인질범 사살을 유추적용하여 고문을 허용하는 것에 대한 비판이 제기된다. 즉 인간존엄의 침해로부터 고문의 금지가 도출되는데, 인질범을 고문하는 경우 인간존엄에 대한 침해가 있지만, 인질범 사살의 경우에는 인간존엄의 침해는 문제되지 않고 생명침해만이 문제된다고 한다. 또한 인질협박자의 경우 그가 진범이라는 것이 확실하지 않고 그에 대한 신문이 비밀리에 이루어지지만 인질범 사살의 경우에는 이러한 문제는 없다고 한다.<sup>32)</sup> 시한폭탄 상황에서 의무의 충돌을 이유로 고문을 주장하는 것을 비판하는 견해도 있다. 엔더스(Enders)는 국가의무의 해결불가능한 충돌 상황에서 그에 대한 해결기준이 없는 경우라면 국가에게 판단의 여지가 부여되고 국가가 어떠한 결정을 내리든 정당한 것으로 인정될 수 있다고 한다. 그러나 시한폭탄 상황에서 고문의 허용 여부에 대하여 독일 기본법은 이미 부정적인 판단을 내리고 있다고 한다. 독일 기본법은 개인 자유의 제한은 형식적 법률에 의해서 그리고 법률

30) Winfried Brugger, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter, JZ 4/2000, S. 170.

31) Starck, GG, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79, in: Mangoldt, Kleine, Strack, 2005.

32) Pierth·Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2010, § 8 Rn. 382.

에 규정된 방법으로만 제한될 수 있도록 하고(제104조 제1항 제1문), 구금된 개인은 정신적 그리고 신체적으로 학대를 받아서는 안된다고 규정하고 있기 때문에(동조 동항 제2문), 고문은 이미 기본법상 허용되는 행위에서 배제되어 있다고 한다.<sup>33)</sup>

철학적 관점에서 상대화이론을 비판하는 견해도 있다. 고문을 정당화하는 상대화이론은 목적이 수단을 정당화한다는 결과주의(consequentialism)를 바탕으로 하는 것인데, 의무론(deontology)의 입장에서는 당연히 이를 거부하게 된다. 결과주의에 따라 테러범에 대한 고문을 인정할 경우, 국가는 목적을 달성하기 위해 폭력을 행사하는 테러범과 같은 수준으로 자신을 추락시켜 도덕적 근거를 상실하게 된다고 한다. 비도적이고 부당한 수단을 사용함으로써 얻게 되는 생명과 국가안보라는 이익이 그로 인하여 잃게 되는 이익보다 우월하다고 할 수 없기 때문에, 고문을 사용하여 테러와의 전쟁에서 승리하더라도 그것은 가치있는 승리가 아니라고 한다.<sup>34)</sup> 또한 법치국가에서 고문을 허용한다는 것은 고문의 방법을 법으로 규정하고 고문기술자를 공식적으로 양성하는 것을 의미하는데 이것은 도저히 상상할 수 없는 것이라고 한다.

고문을 정당화할 경우 그 남용의 가능성에 대한 우려의 목소리도 높다. 고문을 극단적인 경우로 한정하더라도 한번 허용되고 나면, 소위 미끄러운 경사길이론(slippery slope theory)에 따라 그 대상이 모든 테러혐의자로 확장되어 무분별하게 고문이 행해질 수 있다는 것이다. 또한 법으로 허용되는 고문을 정형화한다는 것은 불가능할 수밖에 없는데, 고문에는 법적 한계를 설정할 수 없고 대상자를 고문행위자의 자의에 전적으로 맡기는 것이기 때문이라고 한다. 그러나 무엇보다도 상대화이론에 대한 가장 핵심적인 반론은 인간존엄의 침해에 기초한 것이라고 할 수 있다. 고문은 인간의 깊숙한 내면영역인 자기결정과 의사의 자유에까지 영향을 미치게 되어, 고문대상자를 정신이 배제된 단순한 육체적 존재 또는 식물적 존재로 격하시킨다고 한다. 따라서 고문은 살인이나 상해보다 더 중대한 침해를 가져오는데 살인이나 상해는 육체에 영향을 미칠 뿐 내면의 핵심영역인 인간존엄에는 영향을 미치지 않는 것이 아니기 때문이라고 한다.<sup>35)</sup>

33) Enders, Der Staat in Not, DÖV 2007, S. 1039ff.

34) Marcy Strauss, Torture, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 2003/2004, 256-257.

35) Hilgendorf, Folter im Rechtsstaat?, JZ 7/2004, S. 336.

## V. 고문의 정당화에 대한 기타 이론

### 1. 적대형법이론

고문을 정당화할 수 있는 이론적 기초로서 독일의 야콥스(Jakobs)가 주장한 적대형법이론(Feindstrafrecht)을 들 수 있다. 적대형법이론은 전통적인 형법은 범질서를 지킬 준비가 되어있는 ‘시민(Bürger)’에게만 적용되고, 테러와 같은 범죄를 저지를 우려가 있는 자는 사회의 ‘적(Feind)’으로 간주하여 이에 대해서는 전통적인 형법이 아니라 위협을 효과적으로 제거할 수 있는 특수한 형법이 적용되어야 한다는 이론을 말한다. 이에 따르면 일반시민에게 적용되는 전통적인 형법이 시민형법(Bürgerstrafrecht)이고 적에게 적용되는 형법이 적대형법(Feindstrafrecht)이 된다.

적대형법에 의하면 위협방지를 위해 종래의 법치국가적 제약에서 벗어나 가능한 모든 조치를 적에게 취할 수 있다. 구체적으로 처벌의 강화, 예비행위의 처벌, 수사절차에서 영장없는 체포나 감청의 허용, 변호인접견권의 박탈 등을 들 수 있다. 야콥스는 개인(Individuum)을 두가지로 분류하여 전통적인 시민형법이 적용되는 인격체(Person) 또는 시민(Bürger)과 적대형법이 적용되는 비인격체(Unperson) 또는 적(Feind)으로 나눈다. 그리고 이러한 적대형법의 예로서 범죄적 성향을 갖는 성범죄, 영리활동으로 이루어지는 경제범죄, 마약범죄, 기타 영리적 조직범죄, 조직에 연계되어 이루어지는 테러범죄, 조직범죄 등을 제시하였다. 이러한 적들은 지속적이고 명백히 법을 외면함으로써 인격체로 취급되기 위한 최소한의 기대를 할 수 없기 때문에 투쟁입법으로 대처해야 한다는 것이다.<sup>36)</sup>

야콥스는 테러범에게 고문을 가할 수 있다는 것을 명시적으로 밝히지는 않았다. 그러나 그의 적대형법의 취지를 고려하면 고문도 충분히 정당화할 수 있게 된다. 실제로 이스라엘 대법원이 GSS 판결에서 테러범 고문의 정당화 가능성을 인정한 것을 적대형법이 적용된 예로 보는 견해가 있다.<sup>37)</sup> 또한 쿠바의 관타나모만(Guantanamo Bay) 수용소에 수감된 알케에다와 탈레반 관련 테러 용의자 등 대한 적법절차의 무시와 고문도 적대형법의 예로 거론되고 있다.<sup>38)</sup>

36) Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, S. 88(92).

37) Roxin, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, FS-Albin Eser, 2005, S. 467.



이러한 적대형법에 대하여는 많은 비판이 제기된다. 우선 소위 '적'을 차별하여 취급할 수 있는 헌법상 근거가 없다는 점이 지적된다. 헌법은 인간존엄의 보장을 법준수 의지가 있는 시민에 대하여만 한정하지 않고, 모든 인간에게 인간존엄의 불가침성을 보장하고 있기 때문에 '적'을 법원칙의 적용에서 배제하는 것은 헌법에 반한다는 것이다.<sup>39)</sup> 또한 '적'의 개념이 불명확하다는 비판이 제기된다. 책임무능력자 아니면 지속적으로 법적대적 의사를 가지고 있는 범죄자를 확인할 수 있는 기준이 없기 때문에, 권력자의 기호에 따라 분류기준이 설정되어 반체제·반정부 운동을 억압하거나 인종차별을 합리화하는 도구로 이용될 위험이 있다는 것이다. 이밖에 적대형법은 헌법적 인간상에 맞지 않는다는 문제를 제기하기도 한다. 헌법상 책임주의와 인간의 존엄성 존중은 모든 인간이 자율적이고 윤리적인 존재로서 올바른 선택을 할 수 있다는 것을 전제로 한다는 점에서, 헌법은 모든 인간에게 동일한 인간상을 설정하고 있으며 이원적·대립적으로 인간을 파악하고 있지 않다고 한다.<sup>40)</sup>

## 2. 고문영장이론

인명구조를 위한 고문을 정당한 것으로 인정하는 것을 전제로 고문의 절차를 통제하기 위해 미국의 더쇼위츠(Dershowitz)는 고문영장이론을 주장한다. 시한폭탄 상황과 같이 긴박한 상태에서 폭탄의 위치를 알고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자가 폭탄의 위치에 대하여 계속 침묵하고 있을 경우 경찰관이 법원으로부터 영장을 발부받아 고문을 실행하도록 하자는 것이다. 더쇼위츠도 고문은 끔직한 관행으로서 근절되어야 하며 원칙적으로 불법이라는 것에 대하여 동의한다. 그러나 오늘날 모든 국가에서 법의 규제를 벗어나(extralegally) 고문이 행해지고 있다고 한다. 이러한 상황에서 고문을 법의 영역으로 끌어 들여 통제하는 것이 규제 없는 상태에 방치하는 것보다 나은 것이며 그 방법으로 고문영장을 제시하면서 이것이 최악이 아닌 次惡(lesser of evils)의 방법이 될 것이라고 한다.<sup>41)</sup> 그는 고문영장제도는 여러 장점이 있

38) Kai Ambos, Terrorimus und faires Verfahren: Zum Recht auf ein faires Vefahren für mutmaßliche Terroristen in Guantánamo Bay, GA 2013, 682ff.

39) Oskar Negt, Der politishe Mensch, Demokratie als Lebensform, 2010, S. 109.

40) 최성진, 현대사회에 있어서 형법의 이원적 경향: Jakobs의 적대형법 구상을 예로 하여, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010, 302면.

41) Alan Dershowitz, The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. (2003/2004), 275.

다고 한다. 우선 고문의 실행 여부에 대하여 고문의 필요성에 집착하며 은밀하게 활동하는 경찰관이나 반테러 기관에 맡기지 않고, 법관이 안전보장과 자유보장이라는 대립하는 가치를 전문성을 가지고 형량하여 판단함으로써 책임있는 결정을 할 수 있다고 한다. 경찰 등 국가기관이 고문영장을 청구할 때 혐의자가 테러공격에 대한 정보를 알고 있다는 충분한 증거가 없는 한 법관은 영장을 기각할 것이기 때문에 법집행기관은 사전에 충분한 증거가 없을 때는 영장을 청구하지 않을 것이고 결국 고문의 숫자를 줄일 수 있다고 한다.<sup>42)</sup>

더쇼위츠의 고문영장이론에 대하여는 지지보다는 반대가 더 많아 보인다. 먼저 고문영장이론은 고문의 허용을 전제로 하는 것이기 때문에 고문의 정당화를 반대하는 입장에서는 부정적인 입장을 취하게 된다. 또한 고문영장제도는 더쇼위츠의 주장대로 고문의 숫자를 줄이는데 기여하지 못할 것이라는 비판이 있다. 경찰관의 영장청구가 기각되든 인용되든 경찰관은 아무런 불이익을 받지 않기 때문에 경찰관은 고문의 요건 충족 여부에 대하여 확신하지 못하는 상황에서도 일단은 영장을 청구할 것이고 이때 영장이 발부될 수도 있기 때문에 경찰관은 마구잡이로 영장을 청구할 것이라고 한다. 또한 고문영장이 발부될 경우 고문의 적법성을 인정받았기 때문에 경찰관은 과도하게 고문을 실행할 수 있다고 한다. 영장을 발부하면서 얼마만큼 고문하라고 요구할 수는 없기 때문에 고문의 정도에 대한 통제는 불가능하다는 것이다. 이밖에 합법적인 사회를 뒷받침하는데 상징적 역할을 수행하는 법원을 고문의 절차에 끌어들이므로써 법원을 오염시키고 사법적 엄결성을 해치게 된다는 문제를 지적하기도 한다.<sup>43)</sup>

### 3.私人행위이론

인명구조를 위한 고문을 실행한 경찰관에게 국가기관이 아닌 私人的 지위에서 정당방위를 인정하고자 하는 이론이 사인행위이론이다. 사인이 테러나 인질로 인한 위협에 빠진 타인을 구조하기 위해 고문을 한 경우 정당방위를 인정할 수 있는지에 대하여는 견해가 갈리고 있다.<sup>44)</sup> 여기서 고문의 절대적 금지는 국가기관에 한하여 적용되

42) Alan Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, 2002, 158-160.

43) Fritz Allhoff, *Torture Warrants, Self Defense, and Necessity*, 11 *Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J.*, 430-433.

44) 찬성하는 견해로, Engländer, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, S. 335ff. 반대하는 견해로, Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner, Teil*, 5. Aufl. 2013, § 18 Rn. 99.

는 것이기 때문에 사인의 고문은 정당방위로 인정될 수 있다는 것을 전제로, 고문을 실행한 경찰관은 사인의 지위에서 정당방위권을 주장할 수 있다고 한다. 에르브(Erb)는 국가기관에 의한 고문은 절대로 금지되지만 私人에게는 피해자를 구조하기 위한 정당방위권의 행사로서 고문을 금지해서는 안된다고 한다. 인명구조를 위해 경찰관이 강제력을 행사한 경우 국가기관으로서의 역할 뒤에 개인으로서 행위를 한 측면이 있기 때문에, 이 경우에는 국가권력이 후퇴한 개인들간의 자연상태로 볼 수 있다고 한다. 인질의 생명이 위험에 빠진 긴박한 상황이 전개되고 있을 때 경찰관이 고문을 하더라도 사인들간에 이루어지는 고문상황과 동일하게 볼 수 있다고 한다. 따라서 국가기관으로서 갖는 제약을 받지 않고 일반적인 정당방위의 요건을 충족하는 한 고문행위는 정당화될 수 있다고 한다.<sup>45)</sup>

이러한 사인행위이론은 여러 문제점을 안고 있다. 우선 이 이론은 사인의 고문이 정당화되는 것을 전제로 하는데, 이에 대하여는 논란이 지속되고 있는 상황이다. 또한 경찰관의 지위를 국가기관으로서의 지위와 사인으로서의 지위를 분리하는 것은 지나치게 기교적인 설명이며 경찰관의 신분으로 고문을 행한 이상 국가기관으로서 지위만을 인정하는 것이 타당한 것으로 보인다.<sup>46)</sup> 또한 이 이론은 사실상 국가기관에 대한 고문금지원칙을 회피하는 수단으로 작용할 가능성도 있다.

## VI. 고문의 면책 가능성

위에서 고문행위를 정당화하는 데에는 많은 난관이 있음을 확인하였다. 그렇다면 다음단계로 책임조각의 가능성은 없는 것인지를 살펴볼 필요가 있다.

### 1. 면책적 긴급피난의 가능성

면책적 긴급피난은 동등한 이익 간에 또는 이익형량이 불가능한 이익간에 충돌이 있는 위난 상황에서 그 중 하나의 이익의 희생시키고 다른 이익을 구한 경우에 책임을 조각시키는 사유를 말한다. 면책적 긴급피난을 명문으로 규정하고 있는 독일과는

45) Volker Erb, Nothilfe durch Folter, Jura 1/2005, 24ff.

46) Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 15 Rn 112.

달리(독일형법 제35조), 우리 형법에는 이에 관한 명문의 규정이 없다. 여기서 면책적 긴급피난을 초법규적 책임조각사유로 인정할 것인지가 문제되는데, 긍정하는 입장과<sup>47)</sup> 부정하는 입장이 있다.<sup>48)</sup> 일단 긍정설의 입장에서 그 요건의 충족 여부를 검토해 보기로 한다.

독일의 경우 면책적 긴급피난이 인정되기 위해서는 '자기 친족 또는 기타 이와 밀접한 관계에 있는 자의 위험을 피하기' 위한 행위일 것이 요구된다. 경찰 등 고문행위자는 일반적으로 유괴나 테러로 인해 위험에 빠진 자와 밀접한 관계에 있는 것은 아니기 때문에 이 요건을 충족하지 못하여 면책적 긴급피난이 될 수 없다.<sup>49)</sup> 우리나라의 경우 면책적 긴급피난을 책임조각사유로 인정하는 입장에서 그 구체적 요건에 대하여는 견해가 갈린다. 특히 보호되는 범익의 주체에 대하여 독일처럼 자기, 친족 또는 밀접한 관계에 있는 자로 한정하는 견해와 이러한 제한 없이 누구든지 보호되는 범익의 주체가 될 수 있다는 견해가 주장되고 있다. 전자의 입장이라면 고문행위는 면책적 긴급피난행위가 될 수 없고, 후자의 입장이라면 면책적 긴급피난의 여지가 있게 된다. 다만 후자처럼 보호범익의 주체를 제한하지 않는 등 면책적 긴급피난에 특별한 요건을 설정하지 않는다면, 면책적 긴급피난은 아래에서 논의하는 기대불가능성에 따른 초법규적 책임조각사유와 별 차이가 없게 된다.

## 2. 기대불가능성에 따른 초법규적 책임조각 인정 여부

우리나라의 통설과 판례는 기대불가능성을 초법규적 책임조각사유로 인정하고 있다.<sup>50)</sup> 면책적 긴급피난을 책임조각사유로 인정하지 않는 입장에서는 고문행위는 기대불가능성에 따른 초법규적 책임조각의 문제로 다루게 된다. 면책적 긴급피난을 책임조각사유로 인정하는 입장에서 고문행위가 그 요건을 충족하지 못하면 초법규적 책임조각의 문제가 남을 수 있다.

기대불가능성이란 위법행위를 한 자에 대하여 적법행위를 할 수는 없었는지를 행위자의 입장에서 판단하는 것을 말하며, 위법행위를 한 행위자 개인을 비난할 수 있는

47) 임웅, 형법총론, 2014, 349면.

48) 박상기, 형법학, 2013, 176면 이하.

49) Roxin, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, FS-Albin Eser, 2005, S. 464.

50) 김성돈, 형법총론, 389면 이하. 대판 197.7.7, 86도1724 전원합의체 판결.

지가 핵심이 된다. 기대불가능성이 인정되기 위한 일반적 요건으로는 행위자가 자기 또는 타인의 법익이 침해될 위난상황에 직면해 있고, 위난을 피하기 위한 위법행위가 정신적으로 강제되며, 동일한 행위상황의 반복가능성이 없어 예방적 필요성이 결여되어 있고, 법에 대한 내적 심정(Rechtsgesinnung)이 비난가능한 것이 아닐 것이 요구된다.<sup>51)</sup> 이러한 기대불가능성에 의한 면책이 인정되기 위한 구체적 요건으로 먼저 구조이익의 범위를 한정할 것인지에 대하여 논란이 있다. 생명에 한정된다는 견해,<sup>52)</sup> 생명 외에 신체, 자유도 포함된다는 견해,<sup>53)</sup> 중대한 이익인 한 제한 없이 모든 법익의 구조이익이 된다는 견해<sup>54)</sup> 등이 대립한다. 다음으로 행위가 위난을 피하기 위하여 필요한 것이고 또한 최후의 수단이어야 한다. 주관적 요건으로 행위자는 행위상황에 대한 인식을 하고 그 행위가 최후의 수단이라는 것을 경솔하게 판단해서는 안되고 충실한 검토를 통해 결정하여야 한다. 이밖에 충돌하는 이익간에는 균형성이 요구되지 않기 때문에 보다 적은 가치의 이익을 구조한 경우나 형량이 불가능한 이익이 충돌하는 경우에도 면책이 인정될 수 있다.<sup>55)</sup>

고문의 경우 그것이 이루어진 상황은 매우 다양하기 때문에 위와 같은 면책요건의 구비 여부를 판단하기가 용이하지 않고 또한 설부르게 판단해서도 안될 것이다. 전통적으로 고문은 절대적으로 금지되어 왔다는 점, 고문행위자는 적법행위에 대한 기대가능성이 매우 높은 공무원이라는 점, 구조하려는 이익이 생명과 같은 중대한 법익이라는 점 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 결정하여야 한다. 여기서 고문행위가 기대불가능성을 이유로 면책되기 위한 요건을 보다 구체적으로 제시하면 다음과 같다. 행위자는 시한폭탄 시나리오와 같은 극단적 상황에서 법에 충실한 양심적 결정을 통하여 고문행위를 선택하여야 하고, 그 행위는 생명을 구조하기 위한 것이어야 한다. 또한 법익의 구조를 위한 최소침해와 최후의 수단이어야 하고, 그 수단의 사용으로 인한 법익구조의 가능성이 고도로 높아야 한다. 그리고 행위상황이 반복될 가능성이 없어 그로 인한 형법의 예방기능이 약화되지 않아야 한다.<sup>56)</sup>

51) Kühl, Strafrecht AT, § 12 Rn 98.

52) Kühl, Strafrecht AT, 2012, § 12 Rn 98.

53) LK, Ronnau, vor § 32 Rn 203.

54) Jakobs, Strafrecht, 1993, Abschnitt 20, Rn 42, S. 589.

55) 임웅, 형법총론, 2014, 346면 이하.

56) Roxin, Strafrecht AT, 2006, § 22 Rn 166f.

## VII. 마침글

고문의 금지는 너무도 당연한 것으로서 그동안 거론하는 것조차 터부시되어 왔다. 그러나 시대 상황은 더 이상 이를 용납하지 않고 우리에게 본격적인 논의의 장으로 나설 것을 요구하고 있다. 고문의 허용 여부에 대한 논의에 있어서 결론을 내리기 쉽지 않은 이유는 쉽게 포기할 수 없는 본질적인 가치가 충돌하기 때문이다. 생명에 대한 긴박한 위협 상황에서 절실한 양심의 소리에 따라 행동한 자를 쉽게 단죄할 수 있을 것인가? 실제 상황에 들어가 보지 않은 외부인으로서 그에 대한 올바른 평가는 가능한 것인가? 위기에 빠진 생명 앞의 행위는 인간 본성에 충실한 자연상태의 행위로서 법과 논리의 문제가 아니지 않은가? 이러한 질문에 부딪히면 우리의 감정은 고문 행위자에 대한 우호적인 지지 쪽으로 이끌리게 된다. 다슈너 판결에서 유죄를 인정하면서도 형벌을 유예한 법원의 태도와 당시 여론조사에서 다슈너의 행동에 대한 반대 보다는 지지가 많았다는 것을 충분히 이해할 수 있다.

그러나 이 모든 것을 인정하면서도 고문의 정당화에 대하여는 주저할 수밖에 없다. 이로 인하여 희생되는 것이 너무 크기 때문이다. 고문은 인간을 주체가 아닌 객체로 전락시킨다. 자율이 배제된 생명이 과연 가치가 있는 것일까? 오래된 공권력 남용의 역사와 그로 인한 비인간적 상황을 새삼 거론할 필요는 없을 것으로 보인다. 따라서 우리는 고문은 나쁜 것이며 정당한 것이 될 수 없다고 선언할 수밖에 없다. 그렇다고 여기서 그치는 것은 책임있는 자세로 보이지 않는다. 행위자에 대한 진정한 이해가 남아 있기 때문이다. 누구라도 그 상황에서 그러한 행동을 했을 것이라는 판단이 선다면 그를 비난할 수는 없을 것이다. 여기서 면책의 문은 열어둘 필요가 있다. 법은 공유할 수 있는 양심적 결정에 대하여 최소한의 관심은 보여주어야 하기 때문이다. 그러나 이 경우에도 엄격한 사후심사는 필수적인 요건이다.

주제어 : 고문, 긴급구조, 적대형법, 고문영장

\*논문접수 : 2014.12.10.      \*심사개시 : 2014.12.16.      \*게재확정 : 2014.12.22.

## 參 考 文 獻

### I. 국내 문헌

- 김성돈, 형법총론, 2014.
- 김일수서보학, 형법총론, 2014.
- 김재봉, 위기개입시 경찰의 대응과 공법·형사법적 문제, 경찰법연구, 통권10호(2009년 12월).
- 박상기, 형법학, 2013.
- 오영근, 형법총론, 2014.
- 이성용, 긴급구조적 고문에 관한 독일의 논쟁과 그 시사점, 경찰학연구 제9권 제1호, 2008.
- 임웅, 형법총론, 2014.
- 조병선, 긴박한 테러행위와 형사법 - 독일에서의 논쟁에 비추어 본 형사법의 “형사정책적 관점”에서의 해석 -, 형사정책 제24권 제2호(2012.8).
- 최성진, 현대사회에 있어서 형법의 이원적 경향: Jakobs의 적대형법 구상을 예로 하여, 형사정책연구 제21권 제3호, 2010.
- 최태현, 고문방지협약, 국제인권법 제1호, 1996.

### II. 외국 문헌

#### <독일문헌>

- Ambos, Kai, Terrorismus und faires Verfahren: Zum Recht auf ein faires Verfahren für mutmaßliche Terroristen in Guantánamo Bay, GA 2013.
- Brugger, Winfried, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter, JZ 4/2000.
- Enders, Der Staat in Not, DÖV 2007.
- Engländer, Armin, Grund und Grenzen der Nothilfe, 2008.
- Erb, Volker, Nothilfe durch Folter, Jura 1/2005.

Hilgendorf, Folter im Rechtsstaat?, JZ 7/2004.

Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004.

Jakobs, Strafrecht, 1993.

Kühl, Strafrecht AT, 2012.

Pierth·Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2010.

Negt, Oskar, Der politische Mensch, Demokratie als Lebensform, 2010.

Rengier, Strafrecht, Allgemeiner, Teil, 5. Aufl. 2013.

Rönnau, LK Strafgesetzbuch, 1994.

Roxin, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, FS-Albin Eser, 2005.

Roxin, Strafrecht AT, 2006.

Starck, GG, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79, in: Mangoldt, Kleine, Strack, 2005.

<영미 기타 외국문헌>

Allhoff, Fritz, Torture Warrants, Self Defense, and Necessity, 11 Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J., 2013.

Cohan, John Alan, Torture and the Necessity Doctrine, 41 Val. U.L. Rev., Summer 2007.

Derschowitz, Alan, The Torture Warrant: A Response to Professor Strauss, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. (2003/2004).

Experts of the Report of The Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service Regarding Hostile Terrorist Activity, 23 ISR. L. REV. (1989).

Marcy Strauss, Torture, 48 N.Y.L. Sch. L. Rev. 2003/2004.

Miriam Gur-Arye / Florian Jessberger, The Portection of Human Dignity in Interrogations : May Interogative Torture ever be Tolerated? Reflection in Light of Recent German and Israeli Experiences, 44 Isr. L. Rev. 229 (2011).

Twining, WL; Twining, PE 1973, "Bentham on torture". N. Ir. LQ 24: 305.



[ABSTRACT]

## Torture as a Preventive Action in Emergency Situation

- Focused on Criminal Justification and Excuse of Torture -

Kim, Jae-Bong\*

The Sept. 11 terrorist attacks awakened people to the dangers of terrorism, and many countries take strong measures against terrorism. In this context, it is being actively discussed, whether torture against suspected terrorists or hostage takers is criminally justified or excused. Traditionally, torture is absolutely forbidden and has been considered taboo. However, it is argued in some papers that torture should be allowed and justified as a preventive action for saving life in the life threatening emergency situation, especially, ticking time bomb scenario. According to them, prohibition against torture is not any more absolute principle, it can get relative meaning in exceptional conditions. They say, human dignity or autonomy can be one of the elements under balancing test. According to them, torture for saving life should be justified, because life of the innocent people has higher value than dignity of the terrorists or hostage takers.

In this paper, it is examined, whether the supporting argument for torture is proper or reasonable, and torture for saving life in emergency situation satisfy the requirements of self defense, justified necessity, conflict of duties, justifiable act. In my opinion, torture can not be justified under any justification catalogues. We can not set the reasonable limits of torture, and the officers can misuse or abuse their legal authorities to torture. Once the door is open to torture, it can be slippery slope. This is the main reason of negative attitude towards torture. But a denial of justification does not mean the punishment of torturer. There is still room for excuse under strict requirements. If it is impossible to expect not to use torture in the extreme situation, we can treat the conscientious decision as an excuse.

---

\* Professor, School of Law, Hanyang University

Key words : Torture, Defence of a Third Person(Nothilfe), Enemy Criminal Law  
(Feindstrafrecht), Torture Warrants